

## บทที่ 5

### ปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ตามกฎหมายไทยและบทวิเคราะห์เชิงกฎหมายเปรียบเทียบ

#### 1. ความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงที่ใช้บังคับในปัจจุบัน

บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของไทยที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ได้แก่ มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งบัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบการกิจการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือ รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็น นายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

จากบทบัญญัตินี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่มีความไม่ชัดเจน ของถ้อยคำในหลายส่วน อันอาจก่อให้เกิดความสับสนในการใช้และการตีความกฎหมาย ซึ่งจะ เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้ความคุ้มครองต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในท้ายที่สุด โดยมีประเด็นอันสามารถพิจารณาได้ ดังต่อไปนี้

##### 1) ความหมายของการจ้างเหมาค่าแรง

จากการศึกษาความหมายของการจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎี พบว่าลักษณะทั่วไป ของการจ้างเหมาค่าแรง ได้ถูกอธิบายว่า<sup>1</sup> เป็นการทำสัญญาซึ่งเกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้ประกอบการ คือ ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือธุรกิจอย่างใดอย่างหนึ่ง ผู้รับเหมาค่าแรง คือ บุคคลที่เป็นผู้รับเหมาทำงานส่วนใดส่วนหนึ่งในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในสถานประกอบ กิจการหรือสถานที่ทำงานของผู้ประกอบการ โดยทำสัญญารับเหมาเฉพาะค่าแรงกับผู้ประกอบ

---

<sup>1</sup>เกษมสันต์ วิลาวรรณ, “การจ้างเหมา,” รพีสาร ปีที่ 3, ฉบับที่ 8 (กรกฎาคม-กันยายน 2537), น. 21.

กิจการ ด้วยวิธีการจัดหาคนมาทำงานพร้อมทั้งควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเอง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง คือ ผู้ที่เป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ในทำนองเดียวกัน โครงสร้างของระบบการจ้างเหมาค่าแรง ก็ถูกอธิบายว่า<sup>2</sup> เป็นกระบวนการจ้างงานรูปแบบใหม่ที่มีบุคคลภายนอก ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ มารับเหมาเอางานช่วงใดช่วงหนึ่ง หรือตอนใดตอนหนึ่งในกระบวนการผลิตไปทำเอง และทำหน้าที่จัดหาคนงานเข้ามาทำงานในสายการผลิตของโรงงานนั้นๆ และผู้รับเหมานั้นก็ทำสัญญาว่าจ้างคนงานเหล่านั้นโดยตรง เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน โดยผู้รับเหมาทำหน้าที่จ่ายค่าจ้างและรับผิดชอบในเรื่องประกันสังคม และความเสียหายใดๆตามกฎหมายต่อลูกจ้างเอง

นอกจากนี้ ยังปรากฏแนวคิดตามคำพิพากษาของศาลซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความเข้าใจเกี่ยวกับลักษณะและผลทางกฎหมายของการจ้างเหมาค่าแรงว่า ในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงนั้น ระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการไม่ได้มีการติดต่อหรือมีข้อตกลงใดๆกันเลย การตกลงเกี่ยวกับการทำงานเป็นการตกลงระหว่างผู้ประกอบกิจการกับผู้รับเหมาค่าแรง การควบคุมการทำงานหรือการสั่งการใดๆอยู่ที่ผู้รับเหมาค่าแรง ผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ ตั้งแต่การจ้าง การจ่ายค่าจ้าง และการควบคุมการทำงานเช่นนี้แล้ว ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจึงไม่น่าจะเป็นลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการ<sup>3</sup> อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ประกอบกิจการให้บริการจ้างเหมาค่าแรง โดยมอบหมายให้ผู้รับเหมาค่าแรงไปจัดหาลูกจ้างมาทำงาน แม้ว่าการทำงานของลูกจ้างทุกขั้นตอนอยู่ภายใต้การควบคุมและสั่งการของผู้รับเหมาค่าแรง และผู้รับเหมาค่าแรงเพียงผู้เดียวเป็นคนจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง อันมีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ซึ่งทำให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวก็ตาม แต่การที่ลูกจ้างต้องทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการและใช้เครื่องมือที่สำคัญสำหรับใช้ทำงานที่ผู้ประกอบกิจการเป็นผู้จัดหา และหากการทำงานของลูกจ้างเป็นส่วนหนึ่งในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ กรณีเช่นนี้ ต้องถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่จัดหาคนงานนั้นด้วย<sup>4</sup>

ดังนั้น โดยสรุปแล้ว การจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎีจึงควรจะหมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้

<sup>2</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ยิ่งแก้ก็ยิ่งยุ่ง”, วารสารกฎหมายใหม่, ปีที่ 6, ฉบับที่ 94 (เมษายน 2551), น. 45.

<sup>3</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 2910/2524

<sup>4</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 4098/2546, 6474/2546

ประกอบกิจการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างและทำการว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง เพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการใช้แรงงานอีกทอดหนึ่ง

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติของกฎหมายไทยนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน พบว่าในเรื่องความหมายและลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงนี้ ตามกฎหมายไทยไม่มีการกำหนดนิยามความหมายที่ชัดเจนเอาไว้โดยตรง มีเพียงการอธิบายถึงลักษณะของการดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรง กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ซึ่งได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงเป็นครั้งแรก ในมาตรา 5(3) ความว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง โดยมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย”

ลักษณะการดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 จึงได้แก่

กรณีแรกคือ การมอบหมายให้บุคคลอื่นรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่ง

กรณีที่สองคือ การมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน

การยกตัวอย่างลักษณะการดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ทำให้เกิดความสับสนกับการจ้างงานรูปแบบอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน โดยกรณีที่มีปัญหามากที่สุดได้แก่กรณีแรก กล่าวคือ การมอบหมายให้บุคคลอื่นรับเหมาเองงานส่วนใดส่วนหนึ่งในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการไปทำแทน โดยบุคคลภายนอกนั้นรับหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบในการหาคนมาทำงานและจ่ายค่าจ้างแก่คนที่มาทำงานดังกล่าว ผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมบังคับบัญชาในการทำงานก็คือผู้รับเหมา เพราะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจโดยตรง และรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง จึงมีลักษณะเหมือนกับการจ้างเหมาช่วงการผลิตที่ให้ผู้รับเหมานำลูกจ้างของตนเข้าไปทำงานในสถานประกอบการของผู้ว่าจ้าง ด้วยเหตุนี้ จึงยากที่จะแยกแยะว่าการดำเนินการโดยการมอบหมายให้บุคคลภายนอกรับช่วงงานไปควบคุมดูแลและจัดหาลูกจ้างเข้ามาทำงานที่รับเหมาเองนั้นมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของหรือเป็นการจ้างเหมาค่าแรงกันแน่

อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติมาตรา 5(3) ซึ่งถูกบัญญัติไว้ในส่วนของนิยามความหมายของคำว่า “นายจ้าง” นี้ ก็ทำให้สามารถพอเข้าใจได้ถึงลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎี ซึ่งควรหมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างและทำการว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง เพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการใช้แรงงานอีกทอดหนึ่ง กล่าวคือ ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า ปัจจัยที่กำหนดฐานะการเป็นนายจ้างนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายลักษณะ โดยนอกเหนือจากจะหมายถึง การเป็นบุคคลที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานและจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างนั่นเองโดยตรง ตลอดถึงบุคคลที่เป็นตัวแทนเพื่อทำการลักษณะเช่นว่านั้น ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 5(1) และ 5(2) แล้ว ยังมีกรณีที่บุคคลใดซึ่งกฎหมายให้ถือว่า มีฐานะเป็นนายจ้างด้วย ซึ่งก็ได้แก่บทบัญญัติในส่วนของมาตรา 5(3) นี้เอง เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 5 ทั้งหมดประกอบกัน จึงทำให้เข้าใจได้ว่า กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงนี้ทำให้มีนายจ้างเกิดขึ้นพร้อมกันถึงสองคนในเวลาเดียวกัน

โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีลักษณะเป็นการช่วยแก้ปัญหาเรื่องสิทธิตามมาตราฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน จากบุคคลซึ่งตนเองควรจะสามารถเรียกร้องได้เพราะความเป็นนายจ้างโดยตรง (ผู้รับเหมาค่าแรง) หรือเพราะความเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (ผู้ประกอบการ)<sup>5</sup> ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องต่อผู้ประกอบการเมื่อนายจ้างตัวจริงคือผู้รับเหมาค่าแรงไม่จ่ายค่าจ้าง หรือเงินใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง<sup>6</sup> แต่ไม่ได้หมายความว่า ในระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงจะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันโดยตรง เพราะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกันนั่นเอง<sup>7</sup> การที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความรับผิดชอบหรือผูกพันต่อลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงนั้นก็เพราะบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องมีฐานะเป็นนายจ้างด้วยเท่านั้น โดยเมื่อนายจ้างผู้รับเหมาค่าแรงไปจ้างลูกจ้างให้มาทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ โดยงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการก็ถือว่าผู้ประกอบการนั้นเป็นนายจ้างด้วย ซึ่งมีผลว่า หากผู้รับเหมาค่าแรงมีนิติสัมพันธ์ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน

<sup>5</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 46.

<sup>6</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>7</sup> เพิ่งอ้าง

เท่าใด ผู้ประกอบกิจการก็ต้องรับผิดชอบลูกจ้างนั้นตามสัญญาที่นายจ้างผู้รับเหมาค่าแรงทำไว้กับลูกจ้างเท่านั้น<sup>8</sup>

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 มีการตีความความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ออกไป และได้กำหนดหลักการซึ่งมีเนื้อหาหลักขณะเช่นเดิมนั้นมาแยกบัญญัติใหม่ไว้ในส่วนของมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แทน พร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า “ลูกจ้าง” มาเป็น “คนที่มาทำงาน” ด้วย ความว่า

“ในกรณีผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว”

ดังนั้น การดำเนินการอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 มาตรา 11/1 จึงได้แก่ กรณีที่ผู้ประกอบกิจการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดซึ่งไม่ใช่ผู้ประกอบธุรกิจจัดหางาน จัดหาคนมาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ฉะนั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำตามบทบัญญัติดังกล่าวแล้ว จึงมีข้อสังเกตว่า การที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลภายนอกจัดหาคนมาทำงานให้แก่ตนอันมีลักษณะเป็นการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัตินี้หมายความว่า บุคคลผู้ได้รับมอบหมายอาจไม่มีหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานของคนที่มาทำงาน บุคคลดังกล่าวมีหน้าที่เพียงจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานกรณีหนึ่ง หรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายให้จัดหาคนมาทำงาน อาจทำหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานด้วยอีกกรณีหนึ่ง ซึ่งหากเป็นดังกรณีหลังนี้ จะทำให้แทบไม่มีเส้นแบ่งระหว่างสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับสัญญาจ้างทำของเช่นเดิม<sup>9</sup> และการใช้ถ้อยคำว่า “ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานหรือไม่ก็ตาม” ทำให้แปลความได้ว่า การจ้างเหมาค่าแรงคือ การที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดย “คนที่มาทำงาน”

<sup>8</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 197-199/2550

<sup>9</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น. 47.

นั่นอาจจะมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบกิจการให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ได้<sup>10</sup> ทั้งนี้ แม้ว่าการใช้ถ้อยคำดังกล่าวจะเพื่อต้องการให้เข้าใจว่า การดำเนินการตามนัยแห่งมาตรา 11/1 นี้ เป็นลักษณะที่มีความแตกต่างจากการจัดหางานทั่วไป ซึ่งผู้ให้บริการจัดหางานจะทำหน้าที่เพียงจัดให้นายจ้างและลูกจ้างทำสัญญาจ้างกันโดยตรงเท่านั้น ไม่ได้ดำเนินการอื่นใด เช่น การควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่ถูกจัดมาทำงานด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ถ้อยคำในส่วนนี้อาจนำมาซึ่งความสับสนเกี่ยวกับลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎี ซึ่งเป็นการที่ผู้ได้รับมอบหมายให้จัดหาคนมาทำงานนั้น ได้นำ “ลูกจ้าง” ของตนเข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการที่ต้องการใช้แรงงาน

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตเพิ่มเติมอีกว่า การตัดนิยามความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ออกไป และได้กำหนดหลักการซึ่งมีเนื้อหาหลักขณะเช่นเดิมนั้นมาแยกบัญญัติใหม่ไว้ในส่วนของมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แทนพร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า “ลูกจ้าง” มาเป็น “คนที่มาทำงาน” ด้วย เท่ากับเป็นการแยกปัจจัยที่กำหนดฐานะความเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายจากเดิมที่เคยกำหนดไว้ในมาตรา 5(3) มาบัญญัติใหม่ไว้ในมาตรา 11/1 ซึ่งจะทำให้ขาดความเชื่อมโยงกับความเป็นนายจ้างโดยตรงทั่วไปในมาตรา 5 และส่งผลให้กลับกลายเป็นว่า ต่อไปนี้กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงจะทำให้มีนายจ้างเกิดขึ้นเพียงคนเดียวคือผู้ประกอบกิจการ ประกอบกับการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” แทนคำว่า “ลูกจ้าง” ตามบทบัญญัติเดิม ซึ่งทำให้เข้าใจว่า การจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดย “คนที่มาทำงาน” นั้นจะมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบกิจการให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” นี้ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า คนที่ถูกจัดมาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการนั้น มีฐานะเป็น “ลูกจ้าง” ของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด จึงเท่ากับขาดสาระสำคัญในเรื่องความหมายและลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎี

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นนี้มิสาเหตุมาจากการที่บทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.

<sup>10</sup> กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, คำชี้แจงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551, น. 11.

2551 มิได้นิยามความหมายของการจ้างเหมาค่าแรงไว้อย่างแน่ชัด เพื่อให้เห็นถึงความแตกต่างระหว่างการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับการทำสัญญารูปแบบอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสัญญาจ้างทำของ และการใช้ถ้อยคำซึ่งไม่อาจสื่อให้เห็นถึงลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในทางทฤษฎีได้ ฉะนั้น แนวทางที่จะช่วยลดความคลุมเครือในเรื่องความหมายและลักษณะของการจ้างเหมาค่าแรงก็คือ การมีกฎหมายที่กำหนดนิยามความหมายที่ชัดเจนของการจ้างเหมาค่าแรงด้วย ดังเช่นกรณีของสัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 และมาตรา 587 ตามลำดับ เป็นต้น

โดยในเรื่องความหมายที่ชัดเจนของการจ้างเหมาค่าแรง อาจพิจารณาจากแนวทางของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L.1251-1 ว่า การจ้างเหมาค่าแรงคือ การที่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัด<sup>11</sup> และหลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือว่าการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาเช่าประเภทหนึ่งคือ การให้เช่าลูกจ้าง (Employee Leasing) โดยมีคู่สัญญาสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ให้เช่า (Lessor) ผู้เช่า (Lessee) และลูกจ้างที่ถูกเช่า (Leased Employee) ซึ่งผู้ให้เช่าผูกพันตนที่จะต้องจัดหาลูกจ้างที่เหมาะสมให้แก่ผู้เช่า โดยที่ผู้เช่าไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่ถูกเช่า แม้ลูกจ้างดังกล่าวจะทำงานให้แก่ผู้เช่าภายใต้การควบคุมของผู้เช่าเหมือนกับลูกจ้างอื่นๆของผู้เช่าก็ตาม ผู้ให้เช่ายังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างอยู่ตลอดระยะเวลาที่เช่า<sup>12</sup> และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าหาใช่สัญญาจ้างแรงงานไม่ เป็นเพียงสัญญาตามกฎหมายแพ่ง<sup>13</sup> กล่าวคือ เป็นสัญญาเช่าชนิดหนึ่งที่เกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้เช่าที่ประสงค์จะได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องหาลูกจ้างมาให้แก่ผู้เช่าในช่วงเวลาที่ตกลงกัน และผู้เช่าตกลงจะจ่ายค่าเช่าเป็นการตอบแทน<sup>14</sup> นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษคือ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้าง

<sup>11</sup> French Labor Code, article L.1251-1.

<sup>12</sup> Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 1 (1).

<sup>13</sup> Peter Schürent, "Employee leasing in Germany: The hiring out of an employee as a temporary worker," p. 68 Retrieved January 24, 2009 from [http://www.law.uiuc.edu/publications/cil&pj/archive/vol\\_23/issue\\_1/SchurenArticle23-1.pdf](http://www.law.uiuc.edu/publications/cil&pj/archive/vol_23/issue_1/SchurenArticle23-1.pdf)

<sup>14</sup> *Ibid* .pp. 74-75.

งาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) ก็มีการนิยามความหมายของการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง หรือ “Employment Business” ไว้ในมาตรา 13(3) ว่าหมายถึง การรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง<sup>15</sup>

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรมีการบัญญัตินิยามความหมายของการจ้างเหมาค่าแรงให้ชัดเจน โดยให้สามารถสื่อความได้ว่าหมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างและทำการว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง เพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการอีกทอดหนึ่ง และอำนาจในการควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้าง รวมถึงเครื่องมือและอุปกรณ์ที่ใช้ในการทำงาน เป็นของผู้ประกอบการ

## 2) ความรับผิดในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ในเรื่องความรับผิดในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มีข้อที่น่าสังเกตว่า กฎหมายไทยเริ่มใช้หลักการกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างแก่ผู้ประกอบการเป็นครั้งแรกเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ซึ่งได้บัญญัติไว้ในมาตรา 5(3)<sup>16</sup> ในส่วนที่เป็นกรณียกเว้นคำที่ว่า “นายจ้าง” อย่างไรก็ดี เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานมาเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ได้มีการตัดนิยามความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ออกไป และได้กำหนดหลักการซึ่งมีเนื้อหาลักษณะเช่นเดิมนั้นมาแยกบัญญัติ

<sup>15</sup> Employment Agencies Act 1973, section 13(3).

<sup>16</sup> มาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง โดยมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย”

ใหม่ไว้ในส่วนของมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง<sup>17</sup> แทน พร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า “ลูกจ้าง” มาเป็น “คนที่มาทำงาน” ด้วย ดังนี้ จึงทำให้มีข้อที่น่าพิจารณาว่า พัฒนาการดังกล่าวของ บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง มีผลให้การอธิบายเรื่องความรับผิดในฐานะนายจ้างของผู้ ประกอบกิจการจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงไปด้วยหรือไม่

ในเรื่องนี้สามารถอธิบายได้ว่า แต่เดิมนั้น การที่บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นส่วนของการนิยามศัพท์ของคำว่านายจ้าง ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า ปัจจัยที่กำหนด สถานะการเป็นนายจ้างนั้นขึ้นอยู่กับหลายลักษณะ โดยนอกเหนือจากจะหมายถึง การเป็นบุคคล ที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานและจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างนั่นเองโดยตรง ตลอดถึงบุคคลที่เป็น ตัวแทนเพื่อทำการลักษณะเช่นว่านั้น ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 5(1) และ 5(2) แล้ว ยังมีกรณี ที่บุคคลใดซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเป็นนายจ้างด้วย ซึ่งก็ได้แก่บทบัญญัติในส่วนของมาตรา 5(3) นี้เอง และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 5 ทั้งหมดประกอบกัน จึงทำให้เข้าใจได้ว่า กรณี ที่มีการจ้างเหมาค่าแรงนี้ทำให้มีนายจ้างเกิดขึ้นพร้อมกันถึงสองคนในเวลาเดียวกัน

โดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าว มีลักษณะเป็นการช่วยแก้ปัญหาเรื่องสิทธิตามมาตราฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน จากบุคคลซึ่งตนเองควร จะสามารถเรียกร้องได้เพราะความเป็นนายจ้างโดยตรง (ผู้รับเหมาค่าแรง) หรือเพราะความเป็นผู้ ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (ผู้ประกอบการ)<sup>18</sup> ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ให้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องต่อผู้ประกอบการเมื่อนายจ้างตัวจริงคือผู้รับเหมาค่าแรงไม่ จ่ายค่าจ้าง หรือเงินใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง<sup>19</sup> แต่ไม่ได้ หมายความว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะเป็นลูกจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการ เพราะไม่ได้มีนิติ สัมพันธ์ใดๆต่อกันนั่นเอง<sup>20</sup> การที่ผู้ประกอบการจะต้องมีความรับผิดหรือผูกพันต่อลูกจ้าง

<sup>17</sup> มาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การ ประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ใน ความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือ รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็น นายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว”

<sup>18</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 46.

<sup>19</sup> เพิ่งอ้าง

<sup>20</sup> เพิ่งอ้าง

รับเหมาค่าแรงนั้นก็เพราะบทบัญญัติมาตรา 5(3) ในตอนท้ายเอง ซึ่งเขียนไว้อย่างชัดเจนว่า “ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย” โดยมีผลว่า หากผู้รับเหมาค่าแรงมีนิติสัมพันธ์ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่าใด ผู้ประกอบการก็ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างนั้นตามสัญญาที่นายจ้างผู้รับเหมาค่าแรงทำไว้กับลูกจ้างเท่านั้น<sup>21</sup> หรือเท่ากับว่า ผู้ประกอบการซึ่งแม้จะมีได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แต่ก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงทุกประการ

จะเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ได้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนถึงนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งประกอบด้วยบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างและทำการว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง เพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการใช้แรงงานอีกทอดหนึ่ง โดยเป็นการย้ำให้เห็นว่า กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงนั้น จะส่งผลให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีนายจ้างเพิ่มขึ้นอีกคนหนึ่งคือผู้ประกอบการ ซึ่งเป็นบุคคลที่กฎหมายกำหนดให้มีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างด้วย นอกเหนือจากผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง

เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานมาเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 โดยได้มีการตัดนิยามความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) ออกไป และได้นำหลักการดังกล่าวมาแยกบัญญัติใหม่ไว้ในมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แทน และมีการเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า “ลูกจ้าง” มาเป็น “คนที่มาทำงาน” ด้วย ดังนี้ จึงเท่ากับเป็นการแยกปัจจัยที่กำหนดฐานะความเป็นนายจ้างโดยผลของกฎหมายจากเดิมที่เคยกำหนดไว้ในมาตรา 5(3) มาบัญญัติใหม่ไว้ในมาตรา 11/1 แทน ซึ่งจะทำให้ขาดความเชื่อมโยงกับความเป็นนายจ้างโดยตรงทั่วไปในมาตรา 5 และส่งผลให้กลับกลายเป็นว่า ต่อไปนี้กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงจะทำให้มีนายจ้างเกิดขึ้นเพียงคนเดียวคือผู้ประกอบการ ดังถ้อยคำในตอนท้ายของบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคหนึ่งเอง ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว” ประกอบกับการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” แทนคำว่า “ลูกจ้าง” ตามบทบัญญัติเดิม ซึ่งทำให้เข้าใจว่า การจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดย “คนที่มาทำงาน” นั้นจะมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบการ

<sup>21</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 197-199/2550

ให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ตาม ซึ่งการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” นี้ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า คนที่ถูกจัดมาให้ทำงานให้แก่ผู้ประกอบการนั้น มีฐานะเป็น “ลูกจ้าง” ของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด ฉะนั้น เมื่อมองในแง่มุมมองนี้แล้ว บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงตามมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบการเพียงลำพัง ซึ่งเท่ากับว่าผู้ประกอบการเท่านั้นที่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงดังเช่นในอดีตอีกต่อไป จึงเท่ากับเป็นการบิดเบือนลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างเหมาค่าแรง และอาจเป็นการส่งเสริมทางอ้อมให้บุคคลที่ไม่มีความมั่นคงทางการเงิน หันมาประกอบธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรงเพื่อแสวงประโยชน์จากการหักหัวคิวคนงานเพียงอย่างเดียว เพราะไม่ต้องมีความรับผิดในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้โอนความรับผิดในฐานะนายจ้างทั้งหมดไปสู่ผู้ประกอบการที่ได้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงแต่เพียงผู้เดียวแล้ว

จากการศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายต่างประเทศ พบว่าไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่กำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องมีความรับผิดในฐานะนายจ้างเพียงลำพัง แต่มีการกำหนดถึงความรับผิดของผู้รับเหมาค่าแรงด้วย

ตัวอย่างเช่น กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งได้อธิบายว่า ลักษณะสำคัญของกิจการจ้างเหมาค่าแรงเป็นความสัมพันธ์แบบสามมิติ ซึ่งได้ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นสองด้านแก่ลูกจ้าง ได้แก่ ความผูกพันกับผู้รับเหมาค่าแรงทางหนึ่ง และอีกทางหนึ่งคือความผูกพันกับผู้ประกอบการ โดยฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงนั้นชัดเจนอยู่แล้วว่ามีฐานะทางกฎหมายเป็นนายจ้างของลูกจ้าง เนื่องจากมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานนั่นเอง ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงเป็นบุคคลที่มีหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายแรงงานทุกประการ ในขณะที่ผู้ประกอบการนั้นเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้าง ซึ่งแม้ว่าจะระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วการที่ลูกจ้างได้ไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ประกอบการภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ และในการทำงานนั้นผู้ประกอบการก็เป็นบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมการทำงานของลูกจ้างในแต่ละวัน ดังนี้ จึงสมควรต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ได้เข้ามาปฏิบัติงานให้ตนด้วย ดังนั้น กฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้มีแนวคิดการพัฒนาในเรื่องสถานะทางกฎหมายรูปแบบใหม่ของผู้ประกอบการนี้ โดยให้มี

ลักษณะเฉพาะตัวแตกต่างจากฐานะนายจ้างโดยทั่วไปตามปกติ กล่าวคือ มีฐานะเป็นนายจ้าง ผู้ใช้ประโยชน์ซึ่งเป็นสถานะที่ถูกกำหนดขึ้นโดยเฉพาะตามกฎหมายแรงงานนี้เท่านั้น โดยหลักแล้ว ผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับสภาพการจ้างและความปลอดภัยในการทำงานของ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระหว่างที่ลูกจ้างดังกล่าวเข้ามาปฏิบัติงานภายในสถานประกอบการของตน รวมถึงความรับผิดชอบทั้งในทางแพ่งและทางอาญาในกรณีที่เกิดความเสียหายใดๆต่อตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระหว่างที่ได้ปฏิบัติงาน ซึ่งความเสียหายนี้หมายถึงความเสียหายทางร่างกายและความเสียหายในทางทรัพย์สินของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย นอกจากนี้ ผู้ประกอบกิจการจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปก่อความเสียหายต่อบุคคลภายนอกอีกด้วย<sup>22</sup>

ตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้อธิบายว่า ความผูกพันระหว่าง ผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นเป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนี้ บรรดาสิทธิทั้งหลายของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน ผู้รับเหมาค่าแรงจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบอย่างเต็มที่ ใน ส่วนของผู้ประกอบกิจการนั้น แม้ว่าจะไม่ได้มีความผูกพันโดยตรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นได้เข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ ภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการด้วย ดังนั้น จึงก่อให้เกิดเป็นความสัมพันธ์กึ่ง สัญญา<sup>23</sup> เพื่อให้ผู้ประกอบกิจการมีความรับผิดชอบในฐานะเช่นเดียวกับนายจ้างด้วย ซึ่ง โดยทั่วไปผู้ประกอบกิจการก็ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยในการ ทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรจะมีการแก้ไขถ้อยคำในส่วนนี้เสียใหม่ เพื่อ ป้องกันมิให้เกิดความสับสนเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้าง เหมาค่าแรงอีกทางหนึ่งด้วย โดยการใช้อ้อยคำที่ทำให้สามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติ ในเรื่องนี้เป็นการกำหนดความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบกิจการในฐานะที่เป็นบุคคล ที่ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันเป็นการกำหนดให้มีบุคคลที่ต้องมี ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างอีกคนหนึ่งนอกเหนือจากผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างตามสัญญา จ้างโดยตรง เพื่อให้หลักประกันเพิ่มเติมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกชั้นหนึ่ง มิใช่การกำหนดความ รับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบกิจการเพียงลำพังแต่อย่างใด

<sup>22</sup> Christophe Vigneau. (2001, Fall). "Temporary Agency Work in France," *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 23(1), 45-66, pp.57-60. Retrieved October 25,2008, from Westlaw database

<sup>23</sup> Peter Schürent, *supra note* 13, p.70.

### 3) มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า มาตรการคุ้มครองสิทธิตามมาตรฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน จากบุคคลซึ่งตนเองควรจะสามารถเรียกร้องได้ ตามมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 นั้น มีลักษณะเป็นเพียงการกำหนดตัวบุคคลที่จะต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ในกรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงปฏิเสธความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างเท่านั้น ซึ่งมีได้เป็นการรับรองว่า ลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในสถานประกอบการตามไปด้วย เนื่องจากปรากฏในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า ลูกจ้างเหล่านี้มักได้รับการปฏิบัติแตกต่างจากลูกจ้างทั่วไปที่ผู้ประกอบการกิจการว่าจ้างเองโดยตรง โดยมีลักษณะเป็นการแบ่งแยกมาตรฐานอย่างชัดเจน ซึ่งแน่นอนว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงย่อมได้รับการปฏิบัติที่ดีน้อยกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ดังนั้น เมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานในปี พ.ศ.2551 จึงได้บรรจุหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Equal Treatment) ต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงานด้วย โดยกำหนดว่า<sup>24</sup> “ให้ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

จากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า มีประเด็นที่อาจเป็นปัญหาในทางปฏิบัติซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ ดังนี้

ประเด็นแรกคือ เรื่องความหมายของสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ กล่าวคือ มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า สิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับนั้น หมายความว่าอย่างไร เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานฯเอง ก็ได้มีการนิยามความหมายในเรื่องนี้ไว้แต่อย่างใด และเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในบทบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว พบว่า คำว่า “สิทธิประโยชน์” นั้น สามารถแยกออกได้เป็นสองคำคือ<sup>25</sup> “สิทธิ” เช่น สิทธิในการมีวันหยุดพักผ่อน สิทธิในการปฏิเสธการทำงานล่วงเวลา หรือสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 มาตรา 11/1 วรรคสอง

<sup>25</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, สุภชัย มนต์ไพบูลย์, อรรถพล มนต์ไพบูลย์, ปุจฉา-วิสัชนากฎหมายแรงงานพร้อมแนวปฏิบัติตาม พ.ร.บ. คุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท กรุงเทพนิติการ จำกัด, 2551), น. 75.

ทั้งลูกจ้างชายหรือหญิง สิทธิการซื้อหุ้นในราคาพนักงาน เป็นต้น และ “ประโยชน์” เช่น เงินค่าจ้างที่ได้มาเพราะการทำงาน เงินตอบแทนเมื่อได้ทำงานได้ตามเป้าหมาย เป็นต้น ส่วนคำว่า “สวัสดิการ” นั้นหมายถึงประโยชน์อย่างอื่นนอกเหนือจากค่าตอบแทนในการทำงานโดยตรง<sup>26</sup> หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การที่นายจ้างจัดให้มีขึ้นให้ลูกจ้างเพื่อช่วยเหลือหรือจูงใจหรืออำนวยความสะดวกให้ลูกจ้าง เช่น ค่ารักษาพยาบาล การจัดรถรับส่งพนักงาน โบนัส เบี้ยขยัน ค่าน้ำมันรถ ค่าอาหาร เป็นต้น โดยนายจ้างอาจจัดให้มีเพียงสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ห้องน้ำ ห้องส้วม ที่ถูกสุขลักษณะ น้ำดื่มสะอาดสำหรับดื่ม ยารักษาโรค เครื่องป้องกันอันตราย การตรวจร่างกายประจำปี ประกันสังคม เงินทดแทน เป็นต้น หรืออาจจัดให้มีสวัสดิการที่เพิ่มเติมจากที่กฎหมายกำหนดก็ได้ เช่น ค่ารักษาพยาบาล ประกันชีวิต ประกันอุบัติเหตุ เครื่องแบบ หอพัก รถรับส่งพนักงาน อาหารถูก โบนัส เป็นต้น<sup>27</sup>

ดังนั้น “สิทธิประโยชน์สวัสดิการ” ในที่นี้จึงหมายถึง ค่าตอบแทน หรือรางวัลที่นายจ้างจ่ายให้แก่พนักงานหรือลูกจ้าง ทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เพื่อเสริมสร้างขวัญกำลังใจ และอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงาน ตลอดจนช่วยเสริมสร้างความมั่นคงในการดำรงชีวิตแก่ลูกจ้าง เช่น ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา เบี้ยขยัน ค่ากะ ค่าอาหาร ค่าครองชีพ หอพัก สิทธิในการได้หยุดพักผ่อนประจำปีเพิ่มขึ้นตามอายุงาน สิทธิการได้รับเงินโบนัส หรือเงินพิเศษอื่น การได้โดยสารรถรับส่งที่นายจ้างจัดให้ การได้รับชุดทำงานจากนายจ้าง เป็นต้น<sup>28</sup>

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่า กฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการจ้างงานเท่านั้น<sup>29</sup> กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง โดยกำหนดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้าง การใช้แรงงาน และการจัดสถานที่ อุปกรณ์ในการทำงาน เพื่อให้ผู้ทำงานมีสุขภาพอนามัยอันดี มีความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และได้รับค่าตอบแทนตามสมควร ฉะนั้น มาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับ

<sup>26</sup> สุดาศิริ วิศวกรรม, คำอธิบายกฎหมายแรงงานสัมพันธ์, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2544), น. 19.

<sup>27</sup> เกษมสันต์ วิศววรรณ, สุภชัย มนต์ไพบูลย์, อรรถพล มนต์ไพบูลย์, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 25, น. 171.

<sup>28</sup> กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 10, น. 12.

<sup>29</sup> พงษ์รัตน์ เครือกลิ่น, คำอธิบายกฎหมายเพื่อการบริหารทรัพยากรมนุษย์, พิมพ์ครั้งที่ 6 แก้ไขปรับปรุงใหม่, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), น. 15.

การจ้างงานนี้ จึงหมายถึง สิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงาน ในขณะที่คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ดังที่ได้มีการอธิบายข้างต้นนั้น จะเห็นว่า อาจเป็นเรื่องที่นอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงาน เช่น เป็นเรื่องของสวัสดิการที่นายจ้างจัดให้แก่ลูกจ้างนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น ดังนั้น ถ้อยคำดังกล่าวนี้จึงน่าจะกินความกว้างเกินกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน แม้ว่าสาเหตุที่ผู้ร่างกฎหมายใช้คำว่าสิทธิประโยชน์และสวัสดิการนี้ ก็เพื่อต้องการขยายความสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงาน อาทิ ค่าตอบแทน และประโยชน์ตอบแทนกรณีอื่นๆที่เป็นมาตรฐานภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงานเป็นมาตรฐานเดียวกันก็ตาม แต่การใช้ถ้อยคำดังกล่าวส่งผลให้เนื้อหาของมาตรา 11/1 วรรคสองนี้ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องดำเนินการนอกเหนือจากมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการจ้างงานตามเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน<sup>30</sup>

นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตอีกว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” นี้เป็นเพียงส่วนหนึ่งของ “สภาพการจ้าง” ตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์เท่านั้น กล่าวคือ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 มาตรา 5 ได้ให้คำวิเคราะห์ศัพท์ของสภาพการจ้างไว้ว่า “สภาพการจ้าง” หมายความว่า เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน ฉะนั้น การที่บทบัญญัติในมาตรา 11/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องมีหน้าที่ดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาในลักษณะที่เป็นการเรียกร้องให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เฉพาะในเรื่องที่เป็นด้านดีหรือในแง่ของประโยชน์จากการทำงานที่ลูกจ้างควรจะได้รับเท่านั้น เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวมิได้ครอบคลุมถึงเงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ซึ่งถือเป็นสภาพการจ้างในด้านอื่นๆ ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งก็เท่ากับหมายความว่า การใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการสามารถดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสภาพการจ้างในเรื่องอื่นๆ เช่น เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ในลักษณะที่เป็นการ

<sup>30</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, อ่างแล้ว เขิงอรรถที่ 2, น. 48.

ปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้ ยกตัวอย่างเช่น ในการทำงานลักษณะเดียวกันในสถานประกอบการหนึ่ง มีการแบ่งงานออกเป็นสองกะ โดยกะหนึ่งให้เป็นการทำงานในเวลาปกติโดยใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ส่วนอีกกะหนึ่งให้ทำงานในเวลากลางคืนโดยใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งการดำเนินการลักษณะดังกล่าว อาจส่งผลกระทบต่อการใช้คุณภาพชีวิตที่ดีตามปกติของลูกจ้าง เป็นต้น

ประเด็นที่สองคือ เรื่องความหมายของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ โดยในเรื่องนี้มีการเสนอแนวคิดว่า “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” โดยทั่วไปย่อมหมายถึง การปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงบนพื้นฐานของหลักคุณธรรมในการจ้างงาน โดยไม่ปฏิบัติต่อลูกจ้างทั้งสองประเภทดังกล่าวแตกต่างกัน หรือด้อยกว่ากัน ในลักษณะที่ไม่สัมพันธ์กับหลักคุณธรรม หรือเงื่อนไขของงาน หรือโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และสำหรับแนวทางการพิจารณาเรื่องความเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัตินี้ อาจพิจารณาได้จากลักษณะงาน หน้าที่ความรับผิดชอบ คุณวุฒิ ประสบการณ์ ระยะเวลาทำงาน ทักษะฝีมือ คุณภาพของงานหรือปริมาณงาน เป็นต้น โดยหากลูกจ้างทั้งสองประเภทมีคุณสมบัติเหมือนกันก็จะต้องได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการภายใต้เงื่อนไขอย่างเดียวกัน<sup>31</sup> ตัวอย่างเช่น กรณีที่ผู้ประกอบการได้รับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานในสายการผลิตเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ซึ่งปรากฏว่าลูกจ้างทั้งสองประเภทมีระยะเวลาการทำงานกับผู้ประกอบกิจการแตกต่างกัน กล่าวคือ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานมาแล้วเป็นเวลา 3 ปี แต่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพิ่งเข้ามาทำงานได้แค่ 1 เดือน ดังนี้ แม้ว่าเป็นการทำงานในลักษณะเดียวกัน ผู้ประกอบการก็มีเหตุผลที่จะจ่ายค่าจ้างไม่เท่ากันได้เพราะมีอายุงานต่างกัน จะเห็นว่าคุณลักษณะเช่นนี้แม้ไม่เท่ากันแต่ก็เป็นธรรม<sup>32</sup>

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามมาตรา 11/1 วรรคสองนี้ หากพิจารณาว่า “การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ” เป็นการบังคับให้ผู้ประกอบการต้องจัดการให้ ซึ่งอาจหมายถึงการดำเนินการด้วยตนเอง หรือบีบบังคับด้วยทางใดๆต่อผู้รับเหมาค่าแรง ให้จัดการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงซึ่งทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และ

<sup>31</sup> กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 10, น. 12.

<sup>32</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, สุภชัย มนต์ไพบูลย์, อรรถพล มนต์ไพบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 25, น. 76-77.

สวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ ซึ่งก็คือเท่ากับลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการเองนั้น<sup>33</sup> เป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องและไม่อาจเป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติ เพราะต้องไม่ลืมว่าระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้น แท้จริงแล้วมิได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเท่านั้น อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงาน

ดังนั้น การที่จะแปลความว่า ถ้าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการซึ่งทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เหนือกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นไร ผู้ประกอบกิจการก็ต้องดำเนินการให้ลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการนั้นเช่นเดียวกัน ทั้งๆที่ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในฐานะนายจ้างลูกจ้างกัน ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่สมเหตุผลผลเท่าใดนัก<sup>34</sup> เพราะแม้แต่กรณีที่ เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเอง ก็ยังอาจได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลากับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลา เป็นต้น เนื่องจากกรณีลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้น เป็นลูกจ้างที่จ้างเป็นครั้งคราว เป็นการจ้างเฉพาะกิจ นายจ้างอาจตกลงกับลูกจ้าง กำหนดเงื่อนไขการจ้างเฉพาะราย มีสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นก็ได้<sup>35</sup> ฉะนั้น จึงมีข้อพิจารณาว่า การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติในที่นี้ แท้จริงแล้วควรหมายถึงการดำเนินการลักษณะใด กล่าวคือ ควรหมายถึงการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการเช่นเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเองทุกประการ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะถูกต้องเมื่อคำนึงถึงการไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน หรือควรหมายถึงการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง แต่ไม่รวมถึงสิทธิประการอื่นที่นอกเหนือหรือเกินกว่าที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดไว้

<sup>33</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 48.

<sup>34</sup> *เพ็ญอ้าง*

<sup>35</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, สุภชัย มนัสไพบุลย์, อรรถพล มนัสไพบุลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 25*, น. 79.

ในประเด็นเรื่อง มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างประจำของผู้ประกอบกิจการนี้ ถือเป็นหลักการสำคัญของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศซึ่งมุ่งจัดการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างในกระบวนการจ้างงานทั้งหลาย ฉะนั้น จึงเป็นมาตรการสำคัญที่ทุกประเทศจะต้องกำหนดไว้ในบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงหรือแนวปฏิบัติภายในประเทศเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง รวมถึงเป็นมาตรการสำคัญตามกฎหมายของรัฐบาลและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงด้วย

โดยในเรื่องนี้ ตามหลักการของกฎหมายของรัฐบาลและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง กำหนดให้เงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่จะพึงได้รับในระหว่างที่เข้าไปทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการนั้น จะต้องไม่น้อยกว่าอัตราที่ลูกจ้างดังกล่าวจะพึงได้รับจากผู้ประกอบกิจการในกรณีที่เข้าเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในตำแหน่งงานเดียวกันนั้น<sup>36</sup> และสำหรับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐาน (Basic Working and Employment Conditions) ซึ่งลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับระหว่างที่ทำงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น ได้แก่ เงื่อนไขและสภาพการจ้างที่ถูกกำหนดโดยกฎหมายลายลักษณ์อักษร ข้อบังคับในการทำงาน ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกิดจากการเจรจาต่อรองร่วม รวมถึงข้อกำหนดอื่นๆที่ใช้บังคับในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเวลาในการทำงาน ได้แก่ เวลาการทำงาน การทำงานล่วงเวลา ช่วงเวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดและวันหยุดราชการ และในเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้าง<sup>37</sup>

จะเห็นว่า มาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ตามหลักการของกฎหมายของรัฐบาลและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง เป็นการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐาน โดยมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการคุ้มครองในเรื่องเวลาการทำงาน การทำงานล่วงเวลา ช่วงเวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดและวันหยุดราชการ และในเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้าง

สำหรับกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ในส่วนของมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมโดยไม่เลือกปฏิบัตินี้ ประมวลกฎหมาย

<sup>36</sup> Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary work, recital 14 and article 5 (1).

<sup>37</sup> Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary work, article 3 (1)(f).

แรงงานฝรั่งเศสได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องอยู่ภายใต้มาตรการและข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างที่ทำงานในสถานประกอบการนั้น<sup>38</sup> ซึ่งหมายความว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสิทธิเช่นเดียวกับลูกจ้างประจำในสถานประกอบการเดียวกันในเรื่องค่าตอบแทนและสภาพการจ้างทั้งหลาย โดยในเรื่องค่าตอบแทนนั้น มาตรา L.1251-18 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส กำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับค่าตอบแทนไม่น้อยกว่าลูกจ้างประจำที่ทำงานลักษณะเดียวกัน ซึ่งค่าตอบแทนนี้ มาตรา L.3221-3 บัญญัติว่าหมายถึงความถึง ค่าจ้าง เงินเดือน เงินโบนัส เงินช่วยเหลือ และเงินสวัสดิการอื่นๆไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม และไม่ว่าจะจ่ายเป็นเงินหรือการตอบแทนในลักษณะอื่นที่นายจ้างพึงจ่ายให้แก่ลูกจ้างเพราะเหตุที่ได้ใช้แรงงานจากฝ่ายลูกจ้าง โดยในการคิดคำนวณค่าตอบแทนของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง จะต้องเทียบกับลูกจ้างประจำที่มีคุณสมบัติเหมือนกันและทำงานลักษณะเดียวกันภายในสถานประกอบการเดียวกันนั้น ในส่วนของสภาพการจ้างอื่นๆ ผู้ประกอบกิจการก็ต้องปฏิบัติตามหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมเช่นเดียวกัน ซึ่งสภาพการจ้างนี้ หมายถึง เวลาทำงาน การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดประจำสัปดาห์และวันหยุดประจำปี สุขภาพและความปลอดภัยในการทำงาน การใช้แรงงานสตรี เด็ก และคนงานที่อายุน้อย<sup>39</sup> นอกจากนี้ ยังรวมถึงบริการอื่นๆที่ลูกจ้างประจำพึงได้รับด้วย เช่น บริการรถรับส่ง โรงอาหาร อุปกรณ์กีฬา ห้องอาบน้ำ ห้องสุขา ห้องสมุด และห้องพยาบาล เป็นต้น โดยหากผู้ประกอบกิจการรายได้ดำเนินการฝ่าฝืนหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมนี้ก็จะต้องมีความรับผิดชอบทางอาญาด้วย<sup>40</sup>

ในส่วนของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมมีสาระสำคัญคือ ในระหว่างที่ทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการในสถานประกอบการเดียวกัน โดยกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่สำคัญที่จะต้องรับรองว่าลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะได้รับค่าจ้างและสภาพการจ้างเช่นเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง โดยระหว่างที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ลูกจ้าง

<sup>38</sup> European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions. Temporary agency work and collective bargaining in the EU, p.43. Retrieved August 21, 2009, from <http://www.eurofound.europa.eu/docs/eiro/tn0807019s/tn0807019s.pdf>

<sup>39</sup> French Labor Code, section L.1251-21.

<sup>40</sup> Christophe Vigneau, *supra* note 22, p. 60.

รับเหมาค่าแรงมีสิทธิได้รับค่าจ้างในอัตราที่ไม่น้อยกว่าลูกจ้างที่ทำงานเดียวกันในบริษัทผู้ประกอบการ  
กิจการได้รับ<sup>41</sup>

ในส่วนของประเทศอังกฤษนั้น พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศอังกฤษ ไม่ได้มีการกำหนดรับรองในเรื่องของสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเอาไว้ จึงทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงส่วนใหญ่ได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากลูกจ้างประจำในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ อาทิ ในเรื่องค่าจ้าง และสวัสดิการต่างๆ เป็นต้น ดังนี้ จึงมีความพยายามที่จะเสนอแนวคิดการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งปรากฏในกฎหมายที่เรียกว่า “Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill 2008” สาระสำคัญของกฎหมายนี้คือ ผู้รับเหมาค่าแรงหรือผู้ประกอบการจะต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในเรื่องการทำงานและสภาพการจ้างพื้นฐาน ในระดับที่ไม่น้อยกว่าลูกจ้างประจำที่อาจเปรียบเทียบได้<sup>42</sup> ซึ่งลูกจ้างประจำที่อาจเปรียบเทียบได้ (Comparable Direct Workers) นี้หมายถึง ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงในบริษัทผู้ประกอบการ ซึ่งทำงานลักษณะเดียวกัน มีระยะเวลาในการทำงาน คุณสมบัติ และทักษะเช่นเดียวกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ในเวลาที่มีการกล่าวอ้างว่ามีการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเกิดขึ้น<sup>43</sup>

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า มาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมตามกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ต่างล้วนเป็นการกำหนดอย่างชัดเจนว่า เป็นการคุ้มครองในเรื่องที่เกี่ยวกับสภาพการจ้าง ซึ่งตามกฎหมายไทยถ้อยคำดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความหมายกว้าง โดยคำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของสภาพการจ้างด้วยเช่นกัน

## 2. การบิดเบือนกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง

ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงของผู้ประกอบการครั้งหนึ่งๆ กรณีจะเป็นสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจอันอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่ง

<sup>41</sup> Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 3(1) No.3 and section 9 No.2.

<sup>42</sup> Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill, section 1(1).

<sup>43</sup> Temporary and Agency Workers (Equal Treatment) Bill, section 2.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งผู้ประกอบการต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่มาทำงานให้แก่ตนด้วยนั้น จะต้องประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ผู้ประกอบการได้มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน และการทำงานนั้นต้องเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการด้วย ฉะนั้น หากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่มาทำงานนั้นไม่ได้ทำงานในส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ย่อมถือไม่ได้ว่า ผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างดังกล่าว<sup>44</sup>

ดังนั้น จึงมักมีปัญหาเกี่ยวกับประเด็นความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ประกอบการมักใช้เป็นข้ออ้างในการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง เนื่องจากบทบัญญัติมาตรา 11/1 เอง ก็ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ อีกทั้งยังไม่เคยมีคำพิพากษาฎีกาวางแนวปฏิบัติในเรื่องนี้ไว้ ส่งผลให้มีแนวคิดในการตีความคำว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ” แตกต่างกัน

ตัวอย่างเช่น กรณีสถานประกอบการประเภทอุตสาหกรรมที่มีการผลิตสินค้าอย่างหนึ่งอย่างใด การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิต ควรต้องพิจารณาตั้งแต่เริ่มกระบวนการผลิตเป็นต้นไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการผลิต ส่วนกรณีที่เป็นสถานประกอบการประเภทพาณิชย์กรรมหรือประเภทบริการ การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในธุรกิจ ได้แก่กิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของกิจการนั้น<sup>45</sup> หรืออาจพิจารณาความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการจากธรรมชาติของงานและเป้าหมายของงานของผู้ประกอบการนั่นเอง ซึ่งงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจก็คืองานที่เป็นส่วนสำคัญซึ่งขาดไม่ได้อย่างแน่นอนในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ รวมถึงงานสนับสนุนโดยตรงซึ่งเป็นงานส่วนสำคัญรองลงมาที่ขาดไม่ได้เช่นกัน แต่ไม่รวมกรณีที่เป็นงานสนับสนุนโดยอ้อม<sup>46</sup>

<sup>44</sup> พงษ์รัตน์ เกรือกลืน, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 29*, น. 74-75.

<sup>45</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *คำอธิบายกฎหมายแรงงาน*, พิมพ์ครั้งที่ 15 แก้ไขเพิ่มเติม, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), น. 47.

<sup>46</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, น. 49-50.

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ในการตีความเรื่อง ความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ ก็ยังมีความเป็นอัตวิสัย (Subjective) อยู่มาก กล่าวคือ ฝ่ายผู้ประกอบกิจการมักต้องการถือประโยชน์จากช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมาย จึงมักมีแนวทางการตีความส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจให้มีความหมายอย่างแคบ คือหมายถึงกระบวนการผลิตหลักหรือธุรกิจหลักของกิจการเท่านั้น เพื่อให้การทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานส่วนสนับสนุนของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ไม่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย ในทางตรงกันข้าม ฝ่ายลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ก็ย่อมต้องการได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ อย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการ การตีความเรื่องความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ จึงมักเป็นไปในแนวทางที่ขยายออก เพื่อให้ครอบคลุมการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานส่วนที่สนับสนุนด้วย หรืออาจเป็นการขยายความไปถึงงานที่แยกส่วนชัดเจนจากกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ในลักษณะที่ไม่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์หรือมีส่วนสำคัญในการสนับสนุนการดำเนินการในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจแต่อย่างใด

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า การพิจารณาถึงความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการนั้น ในกรณีที่เป็นการประเภทอุตสาหกรรมที่มีการผลิตสินค้าอย่างหนึ่งอย่างใด การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตควรต้องพิจารณาตั้งแต่เริ่มกระบวนการผลิตเป็นต้นไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการผลิต หรือในสายการผลิตที่เป็นต้นน้ำไปจนถึงปลายน้ำ ทั้งสายการผลิตหลักและสายการผลิตรองหรือสายการผลิตที่ต่อเนื่องใกล้ชิดกับสายการผลิตหลักด้วย โดยสายการผลิตรองนั้นจะต้องมีลักษณะสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสายการผลิตหลัก ซึ่งหากไม่มีสายการผลิตรองดังกล่าวแล้วจะทำให้กระบวนการผลิตไม่สมบูรณ์ และกรณีที่เป็นการประเภทพาณิชยกรรมหรือประเภทบริการ การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในธุรกิจ ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดที่ธุรกิจมุ่งดำเนินกิจการ รวมถึงวัตถุประสงค์รองซึ่งจำเป็นจะต้องทำควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์หลัก เพื่อสนับสนุนให้การดำเนินกิจการต่างๆ สามารถบรรลุผลตามวัตถุประสงค์หลักของกิจการด้วย

นอกจากปัญหาเกี่ยวกับการบิดเบือนกฎหมายตามบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคหนึ่งแล้ว เนื้อหาของหลักการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงโดยไม่เลือกปฏิบัติตามวรรคสอง ก็อาจถูกบิดเบือนได้ในหลายประเด็น คือ

ประเด็นแรกคือ ในเรื่องการเปรียบเทียบระหว่างลูกจ้างสองประเภท ซึ่งบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า เป็นการเปรียบเทียบระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับลูกจ้าง

ตามสัญญาจ้างโดยตรง กล่าวคือ ในสถานประกอบการนั้นต้องมีลูกจ้างอยู่สองประเภทรวมกัน คือ ลูกจ้างที่ผู้ประกอบการจ้างเองโดยตรงประเภทหนึ่ง กับลูกจ้างที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดจัดหามาให้อีกประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตาม กรณีสถานประกอบการหนึ่งมีลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง 2 ประเภท คือ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแบบมีกำหนดเวลา กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแบบไม่มีกำหนดเวลา จึงมีปัญหาว่า จะต้องเปรียบเทียบกับลูกจ้างประเภทใด เพราะไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างซึ่งมีลักษณะเป็นลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว ก็เป็นลูกจ้างตามความหมายของกฎหมายแรงงานทั้งสิ้น<sup>47</sup> อย่างไรก็ตาม เนื่องจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลาเป็นลูกจ้างที่จ้างเป็นครั้งคราว เป็นการจ้างเฉพาะกิจ นายจ้างอาจตกลงกับลูกจ้าง กำหนดเงื่อนไขการจ้างเฉพาะราย มีสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นก็ได้ ดังนั้น จึงอาจกลายเป็นช่องทางแก่สถานประกอบการในการหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการจัดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยจ้างลูกจ้างโดยตรงของตนแบบมีกำหนดเวลา แทรกอยู่ในส่วนงานที่มีลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แล้วใช้อ้างอิงเป็นตัวเปรียบเทียบ<sup>48</sup>

ประเด็นที่สองคือ เรื่องหลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบ จากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นว่า ปราบกฏเงื่อนไขการดำเนินการซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ในสถานประกอบการนั้นจะต้องประกอบด้วยลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏอีกด้วยว่าลูกจ้างทั้งสองประเภทนั้นทำงานในลักษณะเดียวกัน โดยพิจารณาจากลักษณะของงาน ตำแหน่งงาน อำนาจหน้าที่ในการทำงาน และหมายความรวมถึงว่าต้องเป็นการทำงานระดับเดียวกัน หรือในหน่วยงานเดียวกันด้วย ดังนี้ จะเห็นว่า มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติดังกล่าว มีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบการคุ้มครองเฉพาะกรณีที่เป็นกรจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานในลักษณะเดียวกันหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสายการผลิตเดียวกันเท่านั้น หมายความว่า หากในสายการผลิตหนึ่งมีลูกจ้างสองประเภททำงานอยู่ร่วมกัน โดยลักษณะการทำงานเหมือนกัน อาศัยทักษะฝีมือหรือความเชี่ยวชาญในระดับเดียวกัน มีชั่วโมงการทำงานเหมือนกัน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ผู้ประกอบการจะตกอยู่ภายในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่โรงงานหนึ่งมีสายการผลิตมากกว่าหนึ่งสาย โดยใน

<sup>47</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 45, น. 30.

<sup>48</sup> เกษมสันต์ วิลาวรรณ, สุภชัย มนต์ไพบูลย์, อรรถพล มนต์ไพบูลย์, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 21, น. 79.

สายการผลิตหนึ่งผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานทั้งหมด และอีกสายการผลิตหนึ่งเป็นการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมดเช่นเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานอยู่คนละสายการผลิต การดำเนินการเช่นนี้ย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุนี้ จึงอาจเป็นช่องทางให้สถานประกอบการใช้เพื่อหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการจัดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกทางหนึ่ง โดยใช้วิธีการแบ่งแยกงานโดยกำหนดให้งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำ มีลักษณะที่ต่างจากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างชัดเจน คือ มีค่างาน หรือระดับหรือความลึกของเนื้อหางานแตกต่างกัน ในลักษณะที่จัดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานที่เป็นงานพื้นฐาน แต่งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำนั้นเป็นการต่อยอดขึ้นไป เทียบได้กับอยู่บนขั้นบันไดอีกชั้น เช่น ในหน่วยงานเดียวกัน ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานในระดับบริหาร ส่วนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานในระดับปฏิบัติการ เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีการแบ่งแยกหน่วยงาน โดยการแยกสายการผลิต ออกเป็นส่วนย่อยๆ เพื่อไม่ให้มีลักษณะงานเหมือนกัน แล้วให้แต่ละสายงานย่อยๆ นั้น มีเฉพาะลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงหรือลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมด<sup>49</sup>

### 3. การขาดมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของไทยในอดีต คือ มาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มีเนื้อหาเป็นการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยวิธีการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงด้วย เพราะเป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง การกำหนดเช่นนี้ เพราะเกรงว่าผู้ประกอบกิจการจะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในฐานะนายจ้าง จึงไม่จ้างลูกจ้างเองด้วยวิธีการจ้างงานปกติ เพราะไม่อยากปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน เช่น ต้องส่งเงินเข้ากองทุนประกันสังคม ต้องจ่ายเงินสมทบกองทุนเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้าง หรือต้องจ่ายค่าชดเชยเมื่อเลิกจ้างลูกจ้าง ซึ่งการจ้างงานด้วยวิธีการเหมาค่าแรงจะทำให้ลูกจ้างมีหลักประกันการทำงานน้อยลง เพราะส่วนใหญ่ผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงมักมีฐานะทางการเงินไม่มั่นคง ดังนั้น กฎหมายจึง

<sup>49</sup> เฟิงอ้าง, น. 75.

กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างด้วย เพื่อสร้างหลักประกันและความมั่นคงในการทำงานให้แก่ลูกจ้างอีกชั้นหนึ่ง<sup>50</sup> โดยกำหนดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องต่อผู้ประกอบการเมื่อนายจ้างตัวจริงคือผู้รับเหมาค่าแรงไม่จ่ายค่าจ้าง หรือเงินใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง<sup>51</sup>

เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายคุ้มครองแรงงานในส่วนของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง จนเปลี่ยนแปลงเนื้อหาเป็นดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ถ้อยคำตามบทบัญญัตินี้<sup>52</sup> ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบกิจการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง กล่าวคือ การใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” แทนคำว่า “ลูกจ้าง” ทำให้เข้าใจว่า การจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดย “คนที่มาทำงาน” นั้นจะมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบกิจการให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” นี้ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า คนที่ถูกจัดหามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการนั้น มีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด ประกอบกับถ้อยคำในตอนท้ายของบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว” เท่ากับเป็นการสร้างความเข้าใจว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบกิจการเพียงลำพัง โดยให้ถือว่าผู้ประกอบ

<sup>50</sup> ชลิต จันประดับ, พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 เล่มที่ 2, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ บริษัท สินธนา ก๊อบบี้ เซ็นเตอร์ จำกัด, 2550), น. 14.

<sup>51</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, อ่างแล้ว เจริญรทที่ 2, น. 46.

<sup>52</sup> มาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในการความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว”

กิจการเท่านั้นที่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ไม่ใช่ความรับผิดชอบร่วมกับผู้รับเหมาค่าแรงดังเช่นในอดีตอีกต่อไป

การบิดเบือนลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างเหมาค่าแรงโดยถือยศตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ อาจทำให้บุคคลที่ไม่มีความมั่นคงทางการเงินซึ่งเห็นประโยชน์จากช่องทางดังกล่าว หันมาประกอบธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรงกันมากขึ้นเพื่อแสวงประโยชน์จากการหักหัวคิวคนงานเพียงอย่างเดียว เพราะเข้าใจว่าไม่ต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้อोनความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างทั้งหมดไปสู่ผู้ประกอบการที่ได้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงแต่เพียงผู้เดียวแล้ว นอกจากนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาตามมาคือ การสร้างระบบความรับผิดที่ทำให้เข้าใจว่าผู้ประกอบการกิจการต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว กลับยิ่งเป็นการบีบให้ผู้ประกอบการต้องแสวงหาหนทางหลีกเลี่ยงกฎหมายอย่างไม่สิ้นสุด และหากเป็นเช่นนั้น ปัญหาการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงโดยแสดงออกหรือบิดเบือนว่าเป็นการจ้างทำของจะยิ่งกลับทวีขึ้น ซึ่งในที่สุดแล้วลูกจ้างก็จะไม่ได้รับหลักประกันใดๆตามกฎหมายแรงงานนั่นเอง

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหันมาพิจารณาและให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย เพราะอย่างไรเสีย ความสัมพันธ์ดังกล่าวก็มีความเกี่ยวข้องอย่างแยกไม่ออกกับระบบการจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งหากไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวก็จะทำให้สูญเสียสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไป อันอาจส่งผลให้มีการบิดเบือนลักษณะของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไปสู่สัญญารูปแบบอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ฉะนั้น การกำหนดมาตรการในระนาบของการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากมาตรการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับอยู่ อาจเป็นการช่วยยับยั้งมิให้มีการจ้างเหมาค่าแรงโดยมีลักษณะเป็นการเอาัดเอาเปรียบลูกจ้างได้อีกทางหนึ่ง

โดยในเรื่องนี้ ปรากฏตามหลักการของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 ด้วย โดยกำหนดให้การดำเนินการในลักษณะอันเป็นการให้บริการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดเงื่อนไขที่ควบคุมการดำเนินงานของสำนักจัดหางานเอกชนตามระบบการออกใบอนุญาตหรือการออกใบรับรอง<sup>53</sup> กล่าวคือ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดมาตรการเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงไว้คือ ประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่าง

<sup>53</sup> Private Employment Agencies Convention, c181, 1997, article 3(2).

ประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว จะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการของสำนักจัดหางานเอกชนในการให้บริการรับเหมาค่าแรงตามมาตรา 1 วรรค 1(b) หากสำนักจัดหางานเอกชนไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าวแล้วก็จะไม่สามารถให้บริการรับเหมาค่าแรงได้ มาตราการควบคุมการประกอบธุรกิจของสำนักจัดหางานเอกชนตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศดังกล่าวมานี้ จะทำให้รัฐสามารถกำกับดูแลและควบคุมการดำเนินธุรกิจรับเหมาค่าแรงได้มากขึ้น กล่าวคือ บุคคลที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล จำเป็นต้องดำเนินการขออนุญาตประกอบกิจการจากรัฐเสียก่อน ไม่ใช่สามารถประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงได้อย่างเสรี และรัฐยังสามารถตรวจสอบและทราบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการรับเหมาค่าแรงแต่ละรายได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงอันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบลูกจ้าง

ตามกฎหมายต่างประเทศคือ กฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส การดำเนินกิจการเกี่ยวกับการรับเหมาค่าแรงไม่ใช่ธุรกิจที่สามารถกระทำได้อย่างเสรี แต่ผู้ที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจทางด้านนี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ ด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายซึ่งต้องการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ทั้งนี้ เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกทางหนึ่ง ผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐและต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขหลักสำคัญ 3 ประการ<sup>54</sup> ดังต่อไปนี้

ประการแรกคือ การดำเนินการตามหลักการดำเนินกิจการเฉพาะ (Exclusive Activity) กล่าวคือ

ผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงจะไม่สามารถได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจการประเภทอื่น ๆ นอกเหนือจากการรับเหมาค่าแรง และบริษัทอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงก็ไม่อาจดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงได้เช่นเดียวกัน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กิจการรับเหมาค่าแรงเป็นกิจการที่ผูกขาดให้ทำได้เฉพาะบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงเท่านั้น หากผู้ใดฝ่าฝืนก็อาจมีโทษในทางอาญา ซึ่งศาลฝรั่งเศสมักจะกำหนดโทษที่ค่อนข้างรุนแรงต่อผู้ที่ฝ่าฝืนหลักการดำเนินกิจการเฉพาะนี้ นอกจากนี้ ยังห้ามมิให้บริษัทใด ๆ ที่ไม่ใช่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงดำเนินการรับเหมาค่าแรงโดยแสดงออกว่าเป็นสัญญาจ้างทำของ (Contract for Service) อีกด้วย

ประการที่สองคือ การดำเนินการตามหลักการรับรองสถานะทางการเงิน (Financial Guarantee) กล่าวคือ

<sup>54</sup> Christophe Vigneau, *supra note* 22, pp. 48-50.

หลักการนี้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา L.1251-49 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส หมายความว่า ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องให้การรับรองในเวลาใดๆ เพื่อยืนยันความมั่นคงทางการเงิน ว่าในกรณีที่ธุรกิจประสบกับภาวะล้มละลาย ลูกจ้างจะยังสามารถได้รับค่าจ้าง ค่าชดเชย เงินประกันสังคม เป็นต้น<sup>55</sup> โดยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางการเงินที่สำคัญ ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรงจะต้องส่งเอกสารแสดงการรับรองสถานะทางการเงินโดยสถาบันการเงิน รวมถึงจะต้องรายงานการเปลี่ยนแปลงใดๆ เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางการเงินต่อกระทรวงแรงงาน นอกจากนี้ ในเอกสารทุกชนิดของผู้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง ไม่ว่าจะเป็น จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ สัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบกิจการ ก็จะต้องระบุอ้างถึงชื่อและที่อยู่ของธนาคารหรือสถาบันการเงินที่ได้รับรองสถานะทางการเงินของตนด้วย เป็นต้น

หลักการรับรองสถานะทางการเงินนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในเรื่องการจ่ายค่าจ้าง ในกรณีที่ผู้รับเหมาค่าแรงประสบกับภาวะล้มละลาย กล่าวคือ เอกสารแสดงการรับรองสถานะทางการเงินนี้จะแสดงให้เห็นถึงสถานะทางการเงินที่แท้จริงของผู้รับเหมาค่าแรง โดยหากสถานะทางการเงินตามเอกสารดังกล่าวไม่เพียงพอกับมูลค่าของหนี้สินเมื่อใดแล้ว กรณีเช่นนี้ความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการก็จะเกิดขึ้น ดังนั้น ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นผู้ให้บริการรับเหมาค่าแรงก็ต้องเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบในเรื่องค่าจ้างแทนผู้รับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบกิจการก็ไม่อาจทำการตกลงเพื่อยกเว้นความรับผิดชอบนี้ได้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการจ่ายค่าจ้างแทนได้ หากปรากฏว่าสถานะทางการเงินตามเอกสารรับรองสถานะทางการเงินไม่ครอบคลุมมูลค่าหนี้สินทั้งหมดของผู้รับเหมาค่าแรง โดยผู้ประกอบกิจการที่ได้จ่ายค่าจ้างไปแทนนั้น มีสิทธิไต่เบี่ยเอาจากผู้รับเหมาค่าแรงเช่นเดียวกัน

ประการที่สุดท้ายคือ การดำเนินการตามหลักการแถลงเบื้องต้น (Preliminary Declaration) กล่าวคือ

หลักการแถลงเบื้องต้นนี้ถูกสร้างขึ้นโดยกระทรวงแรงงาน เพื่อเป็นกระบวนการควบคุมการดำเนินกิจการของธุรกิจรับเหมาค่าแรงทั้งหลาย โดยใช้หลักการรายงานข้อมูลเป็นระยะๆ ต่อกระทรวงแรงงาน ซึ่งทุกๆ เดือนผู้รับเหมาค่าแรงมีหน้าที่จะต้องแถลงข้อมูลเกี่ยวกับกิจการของตนและกิจการของผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นลูกค้าต่อพนักงานตรวจแรงงาน (Labor Inspector) ในเขตพื้นที่ที่ตนประกอบธุรกิจอยู่ สำหรับกระบวนการในการแถลงก็กำหนดเพียงจะต้องมีการแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงในเรื่องต่างๆ เช่น ชื่อและที่ตั้งของ

<sup>55</sup> French Labor Code, article L.1251-49.

บริษัทรวมถึงสำนักงานสาขาด้วย (ถ้ามี) ชื่อกรรมการ และจำนวนพนักงานประจำ และจะต้องส่งเอกสารแจ้งยอดเงินและการเบิกถอนจากธนาคาร (Monthly Statement) อันเกี่ยวเนื่องจากการดำเนินการรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ในกรณีที่หยุดดำเนินการชั่วคราวหรือปิดกิจการก็จะต้องมีการแจ้งด้วยเช่นกัน<sup>56</sup>

นอกจากนี้ ตามกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินการรับเหมาค่าแรงจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ<sup>57</sup> โดยหน่วยงานที่มีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาตได้แก่ สำนักงานตัวแทนการจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundesagentur für Arbeit (BA)) ซึ่งมีภารกิจหลักอันเกี่ยวเนื่องกับการจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

#### 1) หน้าที่พิจารณาออกใบอนุญาต

ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงนั้น หากปรากฏว่าผู้ขออนุญาตประกอบกิจการเคยมีประวัติในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงหรือมีการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานและการประกันสังคม สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐมีอำนาจออกคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการให้ได้ แต่ในกรณีที่ได้ออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการแล้ว สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐก็ยังมีอำนาจเพิกถอนได้ หากผู้ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยการอนุญาตนี้มีลักษณะเป็นการชั่วคราว คือใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่ออกให้ครั้งแรกจะสามารถใช้ได้จำกัดเพียงหนึ่งปี หากยังดำเนินการอยู่เกินกว่าหนึ่งปีก็ต้องไปขออนุญาตใหม่เป็นรายปี โดยหากมีการขออนุญาตประกอบกิจการชั่วคราวติดต่อกันรวมสามครั้งแล้วการขออนุญาตครั้งต่อไปจึงจะกลายเป็นการอนุญาตแบบไม่จำกัดระยะเวลา อย่างไรก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดก็สามารถถูกเพิกถอนใบอนุญาตได้เช่นกัน<sup>58</sup>

#### 2) หน้าที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

นอกจากหน้าที่ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงแล้ว สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐยังมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การกำกับดูแลการดำเนินการรับเหมาค่าแรงให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ซึ่งหากมีการดำเนินการโดยฝ่าฝืนกฎหมาย สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธ์รัฐก็ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการเพิกถอนการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้น

<sup>56</sup> French Labor Code, article L.1251-45.

<sup>57</sup> Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 1(1).

<sup>58</sup> Peter Schürent, *supra note* 13, p. 75.

รวมถึงอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการด้วย โดยทั่วไปสำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐสามารถรับทราบความเคลื่อนไหวและการดำเนินการต่างๆของผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงได้จากเอกสารรายงานที่ผู้ประกอบการธุรกิจรับเหมาค่าแรงจะต้องส่งให้แก่สำนักงานจ้างงานแห่งสหพันธรัฐปีละสองครั้ง คือรายงานการดำเนินการในช่วงแรกจะต้องส่งในวันที่ 1 กันยายน ของปีนั้น และช่วงที่สองคือในวันที่ 1 มีนาคม ของปีถัดไป โดยรายละเอียดของรายงานการดำเนินการจะเกี่ยวข้องกับสามส่วนเป็นหลักคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง สัญญา รับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการที่ใช้บริการรับเหมาค่าแรง<sup>59</sup>

จากแนวทางตามกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงเป็นมาตรการที่มีประโยชน์ในการให้หลักประกันการทำงานแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่แพ้มาตรการในระนาบอื่นๆ อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้บุคคลใดๆซึ่งไม่มีความมั่นคงทางการเงิน ใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อเป็นช่องทางแสวงหารายได้จากการหักหัวคิวเพียงอย่างเดียว ฉะนั้น กฎหมายไทยควรมีการพิจารณาถึงการกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากมาตรการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันด้วย

#### 4. การขาดมาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ปัจจุบัน การทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ โดยวิธีการที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน เป็นรูปแบบการจ้างงานที่กำลังแพร่หลายในภาคธุรกิจ ทั้งกิจการประเภทอุตสาหกรรม พาณิชยกรรม รวมถึงการบริการต่างๆ และได้ขยายไปในงานหลายส่วนของแต่ละกิจการ ซึ่งนั่นหมายถึงการมีปริมาณลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆในระบบแรงงาน ปრაการการณ์เช่นนี้ก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลเสียต่อบุคคลที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่เป็นกลุ่มบุคคลซึ่งมีอำนาจต่อรองด้อยกว่า การขาดโอกาสทางการศึกษา ขาดประสบการณ์การทำงาน รวมถึงสภาพเศรษฐกิจที่ย่ำแย่ ส่งผลถึงโอกาสในการทำงานและเป็นปัจจัยบีบรัดให้หลายคนต้องยอมตนเข้าเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่า คุณภาพชีวิตและการทำงานของลูกจ้างในระบบนี้มักจะด้อยกว่าการเป็นลูกจ้างในระบบการจ้างงานแบบปกติ

<sup>59</sup> Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) 1972, section 8.

ถึงแม้ว่าภาครัฐจะมีการพยายามกำหนดมาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระนาบของการคุ้มครองสิทธิต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงาน ตามบทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 โดยกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่มอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดหามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน จะต้องมีส่วนเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงาน และต้องดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงานเป็นมาตรฐานเดียวกัน ซึ่งดูประหนึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดชอบอย่างแต่เพียงผู้เดียวแก่ผู้ประกอบกิจการเพื่อให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงสูญสิ้นไปจากระบบการจ้างงานในประเทศไทย<sup>60</sup> เนื่องจากรัฐไม่อาจจะออกกฎหมายห้ามมิให้มีการจ้างเหมาค่าแรงได้ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการทำสัญญา และอาจกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของกิจการซึ่งมักใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากในปัจจุบัน ฉะนั้น การที่กฎหมายกำหนดมาตรการลักษณะดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการต้องทบทวนว่า หากจะต้องมีส่วนเป็นนายจ้างเพียงลำพังและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแล้ว ก็ไม่แตกต่างอะไรกับการที่ผู้ประกอบกิจการจะต้องว่าจ้างลูกจ้างโดยสัญญาจ้างตามปกติ และผู้ประกอบกิจการหลายรายอาจไม่เห็นประโยชน์ที่จะใช้การจ้างงานในระบบนี้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในอีกทางหนึ่ง การสร้างระบบความรับผิดชอบที่ทำให้เข้าใจว่าผู้ประกอบกิจการต้องรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระด้านการบริหารจัดการและต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบกิจการ กลับยิ่งเป็นการบีบให้ผู้ประกอบกิจการต้องแสวงหาหนทางหลีกเลี่ยงกฎหมายอย่างไม่สิ้นสุด และปัญหาที่ตามมาคือ การใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงโดยแสดงออกหรือบิดเบือนว่าเป็นการจ้างทำของจะยิ่งกลับทวีขึ้น ซึ่งสุดท้ายแล้ว ไม่เพียงแต่ไม่อาจกระทบต่ออุปสงค์ในการเลือกใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงของผู้ประกอบกิจการ แต่อาจก่อให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงที่มีลักษณะเป็นการเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ มาตรการตามบทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏเงื่อนไขการดำเนินการซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการคือ ในสถานประกอบการนั้นจะต้องประกอบด้วยลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏอีกด้วยว่าลูกจ้างทั้งสองประเภทนั้นทำงานในลักษณะเดียวกัน โดยพิจารณาจากลักษณะของงาน ตำแหน่งงาน อำนาจหน้าที่ในการ

<sup>60</sup> เกรียงไกร เจียมบุญศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 49.

ทำงาน<sup>61</sup> และหมายความรวมถึงว่าต้องเป็นการทำงานระดับเดียวกัน หรือในหน่วยงานเดียวกันด้วย<sup>62</sup> ดังนี้ จะเห็นว่า มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติดังกล่าว มีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบการคุ้มครองเฉพาะกรณีที่เป็นการทำงานรับเหมาค่าแรงเพื่อทำงานในลักษณะเดียวกันหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสายการผลิตเดียวกันเท่านั้น หมายความว่า หากในสายการผลิตหนึ่งมีลูกจ้างสองประเภททำงานอยู่ร่วมกัน โดยลักษณะการทำงานเหมือนกัน อาศัยทักษะฝีมือหรือความเชี่ยวชาญในระดับเดียวกัน มีชั่วโมงการทำงานเหมือนกัน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ผู้ประกอบการจะตกอยู่ภายในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่โรงงานหนึ่งมีสายการผลิตมากกว่าหนึ่งสาย โดยในสายการผลิตหนึ่งผู้ประกอบการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานทั้งหมด และอีกสายการผลิตหนึ่งเป็นการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมดเช่นเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานอยู่คนละสายการผลิต การดำเนินการเช่นนี้ย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ด้วยเหตุนี้ จึงปรากฏว่าผู้ประกอบการในปัจจุบันมักใช้วิธีการแบ่งแยกงาน โดยกำหนดให้งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำ มีลักษณะที่ต่างจากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างชัดเจน คือ มีค่างาน หรือระดับหรือความลึกของเนื้อหางานแตกต่างกัน ในลักษณะที่จัดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานที่เป็นงานพื้นฐาน แต่งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำนั้นเป็นการต่อยอดขึ้นไป เทียบได้กับอยู่บนขั้นบันไดอีกชั้น เช่น ในหน่วยงานเดียวกัน ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานในระดับบริหาร ส่วนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานในระดับปฏิบัติการ เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีการแบ่งแยกหน่วยงาน โดยการแยกสายการผลิต ออกเป็นส่วนย่อยๆ เพื่อไม่ให้มีลักษณะงานเหมือนกัน แล้วให้แต่ละสายงานย่อยๆ นั้น มีเฉพาะลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงหรือลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมด

การที่ระบบการจ้างรับเหมาค่าแรงยังคงเป็นที่นิยมของภาคธุรกิจต่างๆต่อไป นับเป็นการกระทบต่อระบบความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างทั้งหลาย ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างในระบบการจ้างงานโดยสัญญาจ้างตามปกติ เนื่องจากปัจจุบันความต้องการแรงงานหรืออุปสงค์ของกิจการ ไม่อาจรองรับต่ออุปทานของจำนวนแรงงานที่เพิ่มจำนวนขึ้นอย่างมากใน

<sup>61</sup> กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 10, น. 12.

<sup>62</sup> เกரியงไกร เจียมบุญศรี, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่* 2, น. 48.

ตลาดแรงงาน จึงเป็นปัจจัยสำคัญที่ทำให้แรงงานบางส่วนต้องยอมตนเข้าสู่สถานะการเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งมีโอกาสในการทำงานขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้ประกอบกิจการ ลูกจ้างเหล่านี้จึงอยู่บนความเสี่ยงที่อาจถูกเลิกจ้างเมื่อใดก็ได้ ภาวะที่มีจำนวนแรงงานมากเกินไปกว่าความต้องการแรงงานเช่นนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการยิ่งละเลยต่อหลักธรรมาภิบาลในการดำเนินกิจการมากขึ้น ผู้ประกอบกิจการมักพยายามใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรงในงานหลายส่วนมากขึ้นเรื่อยๆ เพื่อผลภวาระความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้ได้มากที่สุด ด้วยเหตุนี้แม้แต่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานประจำในสถานประกอบการเอง ก็อาจถูกเลิกจ้างและต้องเข้าสู่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในที่สุด ซึ่งจะทำให้มีจำนวนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในระบบแรงงาน

ปัญหาเกี่ยวกับการแพร่หลายของระบบการจ้างเหมาค่าแรงในระบบการจ้างงานของประเทศไทยในปัจจุบัน มีสาเหตุมาจากลักษณะสำคัญของระบบการจ้างเหมาค่าแรงเอง ซึ่งอาจถูกใช้เพื่อแสวงประโยชน์ในลักษณะที่ไม่เป็นธรรมต่อระบบความมั่นคงในการจ้างงานของลูกจ้างทั้งระบบ กล่าวคือ

#### 1) การมีเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

สัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นสัญญาชนิดหนึ่งตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเป็นความตกลงอันอยู่บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญาของบุคคล โดยถือกำเนิดขึ้นเพื่อยกเว้นหน้าที่ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างโดยสัญญาจ้างตามปกติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการดำเนินธุรกิจท่ามกลางสภาวะเศรษฐกิจที่มักมีความผันผวนตามกระแสของระบบตลาดการค้าเสรี ซึ่งเป็นปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการหมุนเวียน และการปรับเปลี่ยนหรือลดอัตรากำลังแรงงานของกิจการ การโอนความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างไปยังบุคคลภายนอก นอกจากจะช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายในด้านสวัสดิการพนักงานแล้ว ผู้ประกอบกิจการยังสามารถตัดปัญหาต้นทุนในเรื่องค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการเลิกจ้างได้อีกด้วย ประโยชน์ของระบบการจ้างเหมาค่าแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องการลดภาระค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการเลิกจ้าง ประกอบกับที่ผ่านมากฎหมายไทยมิได้มีแนวคิดการกำหนดมาตรการควบคุมแต่อย่างใด ส่งผลให้การจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยไม่จำกัดลักษณะของงานหรือขนาดของธุรกิจ จึงอาจกล่าวได้ว่ากิจการใดสามารถมอบหมายให้ผู้อื่นกระทำแทนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กิจการนั้นย่อมสามารถที่จะทำการจ้างเหมาค่าแรงได้ ทั้งนี้ ย่อมสุดแล้วแต่ความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการที่ประสงค์จะให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงในงานลักษณะใด

สถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงที่น่าเป็นห่วงอย่างยิ่งในปัจจุบันคือ กรณีที่เป็นงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้า

ของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งถือเป็นงานส่วนสำคัญของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจที่ผู้ประกอบกิจการ น่าจะให้ความสำคัญกับการดำเนินกิจการในงานส่วนนี้ แต่กลับปรากฏว่า แม้แต่งานส่วนดังกล่าว ก็มีการใช้บริการลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และแม้ว่ากฎหมายคุ้มครองแรงงานในปัจจุบันจะ กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการที่ได้ใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรง ในงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดใน กระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน จะต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย ซึ่งส่งผลให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงจะต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานอย่าง เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติก็ตาม ผู้ประกอบกิจการก็อาจหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบดังกล่าวโดยใช้ วิธีการแบ่งแยกงาน โดยกำหนดให้งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำ มีลักษณะที่แตกต่าง จากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างชัดเจน คือ มีค่างาน หรือระดับหรือความลึกของเนื้อหางานแตกต่างกัน ในลักษณะที่จัดให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานที่เป็นงานพื้นฐาน แต่งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้าง โดยตรงทำนั้นเป็นการต่อยอดขึ้นไป เทียบได้กับอยู่บนชั้นบันไดอีกชั้น เช่น ในหน่วยงานเดียวกัน ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานในระดับบริหาร ส่วนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานในระดับ ปฏิบัติการ เป็นต้น หรืออาจใช้วิธีการแบ่งแยกหน่วยงาน โดยการแยกสายการผลิต ออกเป็น ส่วนย่อยๆ เพื่อไม่ให้มีลักษณะงานเหมือนกัน แล้วให้แต่ละสายงานย่อยๆนั้น มีลูกจ้างตามสัญญา จ้างโดยตรงหรือลูกจ้างรับเหมาค่าแรงล้วนๆทำงาน กรณีเช่นนี้ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในแต่ละ สายการผลิตอาจมาจากบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงหลากหลายราย

ดังนั้น จึงทำให้ในสถานประกอบการเดียวกันเต็มไปด้วยลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ทั้งที่ เป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานหลักหรืองานประจำของธุรกิจ และยังมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงใน งานส่วนอื่นๆอีกมากมาย ส่งผลให้มีจำนวนลูกจ้างในระบบการจ้างงานที่ไม่มีความมั่นคงนี้ เพิ่ม มากขึ้นเรื่อยๆในระบบแรงงาน ซึ่งจะเกิดปัญหาหากปรากฏว่ามีจำนวนลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มากกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เพราะอาจทำให้กระทบต่อสิทธิของลูกจ้างตามสัญญา จ้างโดยตรง กล่าวคือ หากสถานประกอบการมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากจนกลายเป็น ลูกจ้างส่วนใหญ่ ซึ่งลูกจ้างเหล่านี้ไม่อาจเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานได้ ย่อมทำให้สหภาพ แรงงานมีขนาดเล็กลง ส่งผลต่ออำนาจในการต่อรองด้วย จึงอาจเป็นการลดอำนาจการต่อรองของ สหภาพแรงงานอีกทางหนึ่ง นอกจากนี้ การที่ปล่อยให้ผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้าง เหมมาค่าแรงได้อย่างไม่จำกัด อาจทำให้กระทบต่อกระบวนการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงาน สัมพันธ์ เพราะเครื่องมือสำคัญของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานที่ยื่นข้อเรียกร้องก็คือ การนัดหยุด

งานประท้วง เพื่อให้ นายจ้าง ยอมตกลงตามข้อเรียกร้อง<sup>63</sup> แต่หากปรากฏว่า นายจ้างไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมาทำงานทดแทนลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่นัดหยุดงาน กรณีเช่นนี้ กิจการของนายจ้างก็ยังคงสามารถดำเนินต่อไปได้ตามปกติ เพราะมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานแทน ส่งผลให้กระบวนการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ไม่อาจบรรลุผลได้

โดยในเรื่องนี้ กฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง กำหนดให้การทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดและข้อห้ามบางประการ ซึ่งข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นจะต้องถูกกำหนดขึ้นบนพื้นฐานของการคุ้มครองคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ข้อเรียกร้องเกี่ยวกับสุขภาพและความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง หรือเพื่อกำหนดบทบาทที่เหมาะสมของตลาดแรงงานและเพื่อป้องกันการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงในทางที่ผิด<sup>64</sup> และเนื่องจากการที่ประเทศสมาชิกหลายประเทศได้มีการให้สัตยาบันตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 การกำหนดข้อห้ามหรือข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง จึงได้รับอิทธิพลของหลักการตามอนุสัญญาฉบับดังกล่าว อาทิเช่น ตามมาตรา 2 (4)(a) ซึ่งกำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อห้ามเพื่อมิให้สำนักจัดหางานเอกชน(ผู้รับเหมาค่าแรง)ดำเนินกิจการในลักษณะที่เป็นการให้บริการแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานประเภทหนึ่งประเภทใดเป็นการเฉพาะ หรือเป็นงานสาขาใดสาขาหนึ่งของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ นอกจากนี้ หลักการตามข้อ 6 ในข้อแนะฉบับที่ 188 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 ซึ่งเป็นข้อแนะของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ได้กำหนดแนวปฏิบัติแก่สำนักจัดหางานเอกชนในการดำเนินกิจการว่า สำนักจัดหางานเอกชนจะต้องไม่ดำเนินการจัดหาลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้แก่ผู้ประกอบการซึ่งมีความประสงค์จะใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างโดยตรงที่กำลังหยุดงานประท้วง ซึ่งหลักการนี้ได้ปรากฏในส่วนอารัมภบทของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรงด้วย<sup>65</sup> กล่าวคือ

<sup>63</sup> สำนักงานการกรรมากรระหว่างประเทศ, การเจรจาต่อรองร่วม, แปลโดย จิตตรา หิรัญอัศว, (กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการการวิจัยแห่งชาติ, 2520), น. 173.

<sup>64</sup> Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, article 4.

<sup>65</sup> Nicola Countouris and Rachel Horton, *supra note* 36, p. 336.

ในเรื่องข้อห้ามหรือข้อจำกัดของการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปฉบับนี้จะประกอบด้วยหลักการทั่วไปคือ การห้ามมิให้ใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำซึ่งกำลังอยู่ระหว่างการหยุดงานประท้วง<sup>66</sup>

ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส แนวคิดในการควบคุมการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะเคร่งครัดมาก การจ้างเหมาค่าแรงจึงสามารถทำได้ในบางโอกาสหรือบางสถานการณ์อย่างมีข้อจำกัด และภายใต้มูลเหตุและความจำเป็นชั่วคราวเท่านั้น<sup>67</sup> ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับรองไว้อย่างชัดเจนในมาตรา L.1251-7 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส นอกจากนี้ หลักการพื้นฐานที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การจ้างงานด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้จะต้องไม่ใช่การจ้างเพื่อไปทำงานในกิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือในงานทั่วไปและงานที่บริษัทต้องทำเป็นประจำ<sup>68</sup> และบริษัทผู้ประกอบกิจการจะใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ในงานอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นการชั่วคราว (Specific Task and Temporary) หรือที่เรียกว่า “Mission” เท่านั้น ซึ่งถือเป็นลักษณะเฉพาะของการจ้างงานในรูปแบบนี้ ดังนั้น บรรดาบริษัทผู้ประกอบกิจการจึงไม่สามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างเสรีในสถานการณ์ใดๆ นอกเหนือจากที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานประจำในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัท ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงควรจะต้องถูกใช้อย่างจำกัดเฉพาะในงานที่เกิดขึ้นบางครั้งบางคราวหรือเป็นงานชั่วคราวในบริษัทของผู้ประกอบกิจการ และเพื่อให้หลักการที่กล่าวมาข้างต้นบรรลุผลเป็นรูปธรรมและจะต้องมีเหตุผลอันสมควรสำหรับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อกำหนดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยสามารถจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

1) สถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้

สำหรับสถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้นี้ มีการกำหนดรายละเอียดไว้ในมาตรา L.1251-6 แห่งประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ดังนี้

(ก) เพื่อเป็นการทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการ<sup>69</sup>

<sup>66</sup> Directive of the European Parliament and of the Council of 19 November 2008 on temporary agency work, recital 20.

<sup>67</sup> French Labor Code, section L.1251-7.

<sup>68</sup> French Labor Code, section L.1251-5.

<sup>69</sup> French Labor Code, section L.1251-6-1.

ตามกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ลูกจ้างโดยทั่วไปจะถูกจ้างด้วยสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา ส่วนการจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้นถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งสามารถทำได้ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย รวมถึงการจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงนี้ด้วย<sup>70</sup> ดังนี้ ลูกจ้างตามปกติของสถานประกอบการจึงหมายถึงลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา

การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการนี้ สามารถทำได้ในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระงับลงชั่วคราว หรือเพื่อทดแทนในกรณีที่ลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่งนั้นได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้น ซึ่งบริษัทจะต้องยุบหรือยกเลิกตำแหน่งดังกล่าวภายใน 24 เดือนนับแต่วันที่ลูกจ้างได้ลาออกไป นั้นหมายความว่า สถานประกอบการสามารถใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในกรณีเพื่อรอการยุบเลิกตำแหน่งนั้นได้ไม่เกิน 24 เดือน ทั้งนี้ จะต้องมีการปรึกษากับคณะกรรมการแรงงานหรือตัวแทนสหภาพแรงงานด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่ตำแหน่งงานใดว่างลงตามกฎหมายก็อนุญาตให้สามารถจ้างลูกจ้างเหมาค่าแรงมาทำงานในตำแหน่งดังกล่าวในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลารายใหม่มาทำงานในตำแหน่งนั้น

(ข) กรณีที่สถานประกอบการมีกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเป็นการชั่วคราว<sup>71</sup>

กล่าวคือ เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ อันเป็นความจำเป็นเร่งด่วนที่สถานประกอบการจะต้องเพิ่มกำลังการผลิตเป็นการชั่วคราว กรณีนี้ถือว่าเป็นมูลเหตุประการสำคัญที่สถานประกอบการใช้เป็นเหตุผลในการใช้บริการจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งครอบคลุมสาเหตุทุกประการที่จะต้องเพิ่มกำลังการผลิต นอกจากนี้ ยังรวมถึงกรณีที่สถานประกอบการมีภาระงานที่เพิ่มขึ้นเกินกว่าปกติ ซึ่งงานดังกล่าวมิใช่งานหลักหรืองานที่สถานประกอบการดำเนินอยู่โดยปกติ ตัวอย่างเช่น การฝึกอบรมพนักงาน การติดตั้งระบบคอมพิวเตอร์ การติดตั้งอุปกรณ์รักษาความปลอดภัย หรือการตรวจสอบบัญชี เป็นต้น กรณีเช่นนี้ สถานประกอบการก็สามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้เช่นเดียวกัน

(ค) เพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้<sup>72</sup>

<sup>70</sup> พิชรินทร์ บรรเทา, “สัญญาจ้างแรงงานที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอน,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), น. 130-135.

<sup>71</sup> French Labor Code, section L.1251-6-2.

<sup>72</sup> French Labor Code, section L.1251-6-3.

หมายถึง การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานใดๆที่มีเฉพาะตามฤดูกาล จึงไม่อาจจ้างลูกจ้างปกติได้ ซึ่งอาจเป็นลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลโดยธรรมชาติ อาทิ งานในภาคเกษตรกรรม ธุรกิจเกี่ยวกับการเกษตรหรืออาหาร และธุรกิจท่องเที่ยว เป็นต้น หรือลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลในทางการบริหารแรงงาน เช่น งานที่บริษัทต้องทำทุกๆปีในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามวันที่กำหนดแน่นอนหรือตามช่วงฤดูกาล ส่วนงานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้ นั้น ตัวอย่างเช่น งานพิเศษในโรงแรมหรือภัตตาคาร เป็นต้น<sup>73</sup>

(ง) เพื่อทดแทนตำแหน่งในระดับผู้บริหาร<sup>74</sup>

บุคคลในตำแหน่งระดับบริหาร ได้แก่ ตำแหน่งผู้จัดการ หรือกรรมการใหญ่ เป็นต้น เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างของบริษัทด้วย โดยทั่วไปในการดำเนินธุรกิจ หลายบริษัทมักจะว่าจ้างบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญ หรือบริษัทที่มีความเชี่ยวชาญในการบริหารองค์กรเป็นการเฉพาะ เพื่อมาทำงานในตำแหน่งระดับผู้บริหาร ดังนี้ กฎหมายจึงอนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้เป็นกรณีพิเศษ

(จ) เพื่อทดแทนผู้จัดการในฟาร์มและกิจการที่ระบุในข้อ 1-4 ตามมาตรา L.722-1 แห่ง the Rural Code<sup>75</sup>

กิจการตามที่ระบุดังกล่าว ได้แก่ ฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

2) สถานการณ์ที่ห้ามมิให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรง

นอกเหนือจากการกำหนดสถานการณ์ที่อนุญาตให้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้แล้ว กฎหมายฝรั่งเศสยังได้กำหนดมาตรการจำกัดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยการห้ามมิให้ทำการจ้างเหมาค่าแรงในบางสถานการณ์หรือในงานบางลักษณะเป็นการเฉพาะ ซึ่งประกอบด้วย 4 กรณี ดังนี้

<sup>73</sup> The temporary employment contract, Retrieved September 25,2008, from <http://www.travail-solidarite.gouv.fr/informations-pratiques/fiches-pratiques/contrats-travail/contrat-travail-temporaire.html>

<sup>74</sup> French Labor Code, section L.1251-6-4.

<sup>75</sup> French Labor Code, section L.1251-6-5.

(ก) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างซึ่งสัญญาจ้างระงับลงชั่วคราวเพราะข้อพิพาทแรงงาน<sup>76</sup>

กรณีที่ลูกจ้างไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการแรงงานสัมพันธ์ ได้แก่ การหยุดงานเพื่อเรียกร้องให้ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นนายจ้างยอมตกลงตามข้อเรียกร้องของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงาน ในการเจรจาตกลงร่วมกันเพื่อกำหนดหรือแก้ไขสภาพการจ้าง อันเป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งของลูกจ้าง ดังนั้น นายจ้างจะไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานแทนลูกจ้างที่นัดหยุดงานไม่ได้ เพราะจะกระทบต่อกระบวนการเจรจาต่อรองร่วมระหว่างฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง โดยหากกฎหมายไม่ได้กำหนดห้ามในกรณีนี้แล้ว นายจ้างก็สามารถไปจ้างบุคคลอื่นมาทำงานแทนในระหว่างที่ลูกจ้างนัดหยุดงาน กิจการของนายจ้างก็ยังคงสามารถดำเนินไปได้ตามปกติ นายจ้างจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการนัดหยุดงานของลูกจ้างแต่อย่างใด เป็นผลให้กระบวนการเจรจาต่อรองร่วมไม่อาจบรรลุผลได้ อย่างไรก็ตาม นายจ้างก็พยายามหาทางหลีกเลี่ยงหลักการดังกล่าว โดยนายจ้างอาจจะไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก่อนที่ลูกจ้างจะนัดหยุดงาน<sup>77</sup>

(ข) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงในงานอันตราย<sup>78</sup>

ลักษณะของงานอันตรายนี้ จะถูกกำหนดโดยพระราชกำหนด

(ค) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงในวิชาชีพแพทย์<sup>79</sup>

เนื่องจากวิชาชีพแพทย์เกี่ยวข้องกับทำให้บริการสุขภาพแก่ประชาชน ซึ่งในการให้บริการก็ต้องอาศัยความรู้ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์เฉพาะ จึงไม่สมควรที่จะจ้างบุคคลอื่นมาทำงานแทนด้วยวิธีการจ้างเหมาค่าแรงในระหว่างที่หยุดงาน

(ง) ห้ามมิให้จ้างเหมาค่าแรงภายในระยะเวลา 6 เดือนนับแต่ได้มีการปลดพนักงานเพราะเหตุคนล้นงาน<sup>80</sup>

ในกรณีที่บริษัทประสบปัญหาทางเศรษฐกิจจำเป็นต้องมีการปลดพนักงานออก เพราะมีคำสั่งซื้อน้อยจึงต้องลดกำลังการผลิตลง หากต่อมารายในระยะเวลา 6 เดือนนับจากวันที่ได้ปลดพนักงานออก บริษัทมีภาระงานเพิ่มขึ้นหรือมีคำสั่งซื้อเพิ่มขึ้น กรณีเช่นนี้ กฎหมายก็ห้ามมิให้บริษัทเพิ่มกำลังการผลิตโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทดแทนลูกจ้างในตำแหน่งนั้นๆ ที่ถูก

<sup>76</sup> French Labor Code, section L.1251-10-1.

<sup>77</sup> Christophe Vigneau, *supra* note 22, p. 54.

<sup>78</sup> French Labor Code, section L.1251-10-2.

<sup>79</sup> French Labor Code, section L.1251-10-3.

<sup>80</sup> French Labor Code, section L.1251-9.

ปลดออกไป แต่มีข้อยกเว้นให้ทำได้สองกรณี คือ ในกรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงระยะสั้นๆซึ่งมีกำหนดเวลาไม่เกิน 3 เดือน และในกรณีที่ภาระงานซึ่งเพิ่มขึ้นนั้นเกิดจากคำสั่งหรือนโยบายเพื่อการส่งออกซึ่งมากเกินกว่ากำลังการผลิตโดยปกติของบริษัท อย่างไรก็ตาม ข้อห้ามดังกล่าวมุ่งหมายที่จะห้ามเพียงการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในตำแหน่งที่ได้ปลดออกไปเท่านั้น บริษัทซึ่งได้ปลดพนักงานออกเพราะเหตุคนล้นงานจึงยังคงใช้การจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งอื่นหรือกรณีอื่นได้

การที่ผู้ประกอบการในประเทศไทยสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยไม่จำกัดลักษณะของงานหรือความจำเป็นแท้จริงในการดำเนินธุรกิจ ผู้เขียนเห็นว่า เกิดจากปัญหาความบกพร่องของกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทย ซึ่งที่ผ่านมามีได้มีแนวคิดการกำหนดมาตรการในระนาบของการควบคุมในเรื่องการทำสัญญาประเภทนี้แต่อย่างใด มาตรการที่ปรากฏจึงเป็นเพียงมาตรการในระนาบของการคุ้มครองสิทธิที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับในการจ้างงานและการทำงานเท่านั้น ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหันมาพิจารณาในอีกมิติหนึ่ง คือการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างภายหลังจากที่เข้าสู่ระบบการจ้างเหมาค่าแรงแล้วดังเช่นที่ผ่านมา ซึ่งจะทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับความคุ้มครองโดยรอบด้านอย่างแท้จริง และสอดคล้องกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยในปัจจุบัน

## 2) ความสิ้นสุดของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงซึ่งขึ้นอยู่กับความต้องการของผู้ประกอบการ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่า สัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นสัญญาชนิดหนึ่งตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเกิดจากความตกลงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการ บนพื้นฐานของหลักเสรีภาพในการทำสัญญา คู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดเงื่อนไขในสัญญาอย่างไรก็ได้ ตราบใดที่เงื่อนไขดังกล่าวไม่เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น ในเรื่องความสิ้นสุดของสัญญาก็ย่อมเป็นไปตามความตกลงระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและผู้ประกอบการนั่นเอง

โดยทั่วไป ผู้ประกอบการมักทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ส่งผลให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องไปทำสัญญาจ้างแบบมีกำหนดระยะเวลา กับลูกจ้างด้วย ซึ่งมักจะกำหนดเป็นช่วงเวลาสั้นๆ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา หากผู้ประกอบการต้องการให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะทำสัญญาจ้างแบบมีกำหนดระยะเวลา กับลูกจ้างนั้นไปเรื่อยๆ ในทางกลับกัน หากผู้

ประกอบกิจการไม่ประสงค์จะให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะไม่ทำการต่อสัญญาจ้างกับลูกจ้างนั้นอีก

นอกจากนี้ สัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็อาจสิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาได้เช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในกรณีที่ระหว่างระยะเวลาตามสัญญา หากผู้ประกอบการไม่ประสงค์จะให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม ผู้ประกอบการมีสิทธิขอให้ผู้รับเหมาค่าแรงเปลี่ยนตัวลูกจ้างที่มาทำงานในสถานประกอบการของผู้ประกอบการได้ ซึ่งในทางปฏิบัติ ผู้รับเหมาค่าแรงมักจะกำหนดไว้ในข้อตกลงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงว่า ให้ผู้ประกอบการมีสิทธิขอให้เปลี่ยนตัวลูกจ้างนั้นได้ไม่ว่าด้วยเหตุผลใด ทั้งนี้ อาจมีการกำหนดหลักเกณฑ์อย่างอื่นประกอบด้วย เช่น หากลูกจ้างนั้นทำงานไม่เต็มใจทำให้ผู้ประกอบการต้องเสียหาย ผู้ประกอบการจะต้องมีการตักเตือนลูกจ้างนั้นก่อน หากลูกจ้างยังไม่ปรับปรุงตัว จึงจะสามารถขอให้ผู้รับเหมาค่าแรงเปลี่ยนตัวลูกจ้างคนอื่นให้มาทำงานแทนได้ เป็นต้น ซึ่งหากผู้ประกอบการได้ใช้สิทธิขอเปลี่ยนตัวลูกจ้างดังกล่าวแล้ว ก็ย่อมมีผลทำให้สัญญาจ้างระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงและลูกจ้างคนนั้นสิ้นสุดลงด้วย

แม้ว่าปัจจุบัน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 มาตรา 11/1 จะกำหนดให้ผู้ประกอบการที่ใช้การจ้างเหมาค่าแรงในงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่มาทำงานให้แก่ตน และต้องดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่สามารถช่วยให้หลักประกันความมั่นคงในการทำงานแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้ เพราะความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงน่าจะขึ้นอยู่กับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรง ยิ่งกว่าการได้รับหลักประกันว่า จะได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการอย่างเป็นธรรมหรือเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงหรือไม่

โดยในเรื่องการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรงนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงที่ปรากฏนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มิได้มีการคำนึงถึงมาตรการคุ้มครองในระนาบดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากบทบัญญัติในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายไทยเกิดขึ้นครั้งแรกในช่วงปี พ.ศ.2541 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ประเทศไทยกำลังประสบกับวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ การบัญญัติหลักการในเรื่องนี้จึงมีเจตนารมณ์หลักเพื่อช่วยแบ่งเบาภาระแก่นายจ้าง ในขณะที่เดียวกันก็ช่วยให้ลูกจ้างได้มีโอกาสในการทำงานมากขึ้นด้วย กล่าวคือ ในภาวะที่เศรษฐกิจฝืดเคือง ยอดการสั่งซื้อสินค้าของกิจการต่างๆ ย่อมลดลง ส่งผลให้ผู้

ประกอบกิจการหลายรายจำเป็นต้องลดกำลังการผลิตตามไปด้วย และในบางกรณีผู้ประกอบการก็อาจไม่มีงานให้ลูกจ้างทำตลอดปี การที่จะต้องว่าจ้างลูกจ้างประจำทั้งปีในขณะที่ปริมาณงานมีไม่มากนักย่อมเป็นภาระที่เกินสมควรแก่นายจ้าง ฉะนั้น มาตรการทางกฎหมายในช่วงแรกนี้จึงถือกำเนิดขึ้นเพื่อให้ลูกจ้างทั้งหลายได้มีโอกาสในการทำงานมากขึ้น เพราะในสภาวะดังกล่าว นายจ้างย่อมไม่ต้องการว่าจ้างลูกจ้างประจำเพิ่มอย่างแน่นอน ระบบการจ้างเหมาค่าแรงจึงถูกใช้เพื่อเพิ่มอัตราการจ้างงาน แม้การเป็นลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงจะเป็นช่วงเวลาเพียงสั้นๆ แต่ก็จะช่วยให้ลูกจ้างสามารถมีงานทำได้ตลอดปี โดยเมื่อการทำงานในสถานประกอบการหนึ่งได้สิ้นสุดลง ผู้รับเหมาค่าแรงก็จะจัดสรรหมุนเวียนให้ลูกจ้างได้เข้าทำงานในสถานประกอบการอื่นไปเรื่อยๆ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม เมื่อยุคสมัยได้เปลี่ยนแปลงไป แม้ว่าสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบันไม่ได้อยู่ในภาวะย่ำแย่ดังเช่นในช่วงเวลาดังกล่าว แต่กลับปรากฏว่าระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังมีบทบาทและความสำคัญต่อกระบวนการผลิตหรือธุรกิจมากขึ้นเรื่อยๆ โดยลักษณะการดำเนินการของผู้ประกอบการก็เปลี่ยนแปลงไปจากในอดีตเช่นเดียวกัน กล่าวคือ ในการใช้บริการจ้างเหมาค่าแรงโดยทั่วไปนับแต่อดีตนั้น ผู้ประกอบการจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ซึ่งมักจะกำหนดเป็นช่วงเวลาสั้นๆ เป็นผลให้เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา การทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ต้องสิ้นสุดลง หากผู้ประกอบการต้องการใช้แรงงานของลูกจ้างดังกล่าวต่อไป ก็จะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงไปเรื่อยๆ ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบการไม่ประสงค์จะให้ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ผู้ประกอบการก็จะไม่ทำการต่อสัญญาอีก แสดงให้เห็นถึงการขาดความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างในระบบนี้ ซึ่งมีโอกาสในการทำงานโดยขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของผู้ประกอบการ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบการในปัจจุบันยังได้สร้างความไม่เป็นธรรมอีกชั้นหนึ่ง โดยมักปรากฏในหลายกรณีว่า ผู้ประกอบการจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายเดียวกัน ให้ทำงานติดต่อกันเป็นระยะเวลานาน โดยอาจต่อสัญญากันปีต่อปี เพื่อทดแทนการจ้างลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ซึ่งกรณีเช่นนี้ ถือเป็นการเอาเปรียบลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเกินสมควร การที่ผู้ประกอบการว่าจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงต่อเนื่องยาวนานไปเรื่อยๆ ย่อมทำให้ลูกจ้างดังกล่าวคาดหมายว่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ตนเองจะยังคงได้ทำงานต่อไป ซึ่งหากไม่เป็นเช่นนั้น ลูกจ้างก็ไม่อาจหางานใหม่ได้ทันที ซึ่งจะส่งผลถึงคุณภาพชีวิตและครอบครัวของลูกจ้างดังกล่าวด้วย

แม้จะมีข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปว่า ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนั้นไม่ใช่การจ้างงานตามแบบปกติซึ่งอยู่บนพื้นฐานของการจ้างงานแบบประจำ แต่เป็นรูปแบบการจ้างงาน

ชั่วคราวระยะสั้นประเภทหนึ่ง ฉะนั้น บุคคลที่ยอมตนเข้าเป็นลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมต้องพึงตระหนักถึงสภาพความไม่มั่นคงของการจ้างงานรูปแบบนี้ดีอยู่แล้ว อย่างไรก็ตาม ความสิ้นสุดของการจ้างงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ควรเป็นเรื่องที่คาดหมายได้ด้วย มิใช่สามารถว่าจ้างกันได้ตามอำเภอใจโดยไม่มีที่สิ้นสุดแน่นอน จนคล้ายกับเป็นการจ้างบนพื้นฐานของการจ้างงานแบบประจำ เพราะการดำเนินการลักษณะดังกล่าว เท่ากับเป็นการซ้ำเติมให้ลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงซึ่งโดยทั่วไปก็เป็นรูปแบบการจ้างงานที่อยู่บนพื้นฐานของความไม่มั่นคงอยู่แล้ว จะต้องตกอยู่ในภาวะที่ไม่มี ความมั่นคงในการทำงานอย่างไม่รู้จบอีกโสดหนึ่งด้วย

ในเรื่องนี้ ประมวลกฎหมายหมายแรงงานฝรั่งเศสมีการบัญญัติหลักการสำคัญเพื่อควบคุมกำหนดเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง ซึ่งประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

#### 1) หลักการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา

แนวคิดในการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็เนื่องมาจาก ตามกฎหมายฝรั่งเศสสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีความเชื่อมโยงอย่างเหนียวแน่นกับสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง คือ ในการจ้างเหมาค่าแรง จะต้องประกอบด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและสัญญาจ้างแรงงานควบคู่กันเสมอ ซึ่งระหว่างสองสัญญาจะมีความเกี่ยวข้องเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน อันมีผลทำให้กำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีอิทธิพลต่อกำหนดเวลาของสัญญาจ้างแรงงาน หากระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสิ้นสุดก็ จะทำให้ระยะเวลาของสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงไปด้วยเช่นกัน ดังนั้น ระยะเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงควรจะมีอย่างจำกัดและชัดเจน<sup>81</sup>

สาระสำคัญของหลักการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา คือ ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงแต่ละสัญญา โดยทั่วไปจะต้องมีการระบุถึงระยะเวลาของสัญญาด้วย เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องกับสัญญาสามารถทราบได้ว่า สัญญาดังกล่าวเริ่มต้นและสิ้นสุดลงเมื่อใด ซึ่งจะตกลงกำหนดได้ไม่เกินระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดในกรณีทั่วไปคือ ไม่เกิน 18 เดือน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีกฎหมายอาจกำหนดระยะเวลาที่แตกต่างจากนี้ได้ ขึ้นอยู่กับมูลเหตุในการทำสัญญาตามมาตรา L.1251-6 และบางกรณีกฎหมายอาจยกเว้นให้ไม่ต้องมีการกำหนดระยะเวลาของสัญญาก็ได้ ทั้งนี้ เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดได้แน่นอน โดยในเรื่องกำหนดระยะเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้ มีรายละเอียดปรากฏในมาตรา L.1251-12 คือ<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Christophe Vigneau, *supra* note 22, p.55.

<sup>82</sup> French Labor Code, section L.1251-12.

โดยหลัก ระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกรณีทั่วไปจะต้องไม่เกินกว่า 18 เดือน ทั้งนี้ โดยรวมถึงกรณีที่มีการต่อสัญญาหลังจากที่ระยะเวลาที่กำหนดตามสัญญาเดิมได้สิ้นสุดลงด้วย กล่าวคือ ไม่ว่าผู้ประกอบการจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรายเดิมกี่ครั้งก็ตาม ระยะเวลาตามสัญญาเหล่านั้นเมื่อรวมกันทั้งหมดแล้วจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในกรณีทั่วไปก็คือ 18 เดือน แต่ในบางกรณีกฎหมายก็อาจกำหนดระยะเวลาสูงสุดไว้สั้นกว่าหรือมากกว่า 18 เดือนก็ได้ ซึ่งได้แก่กรณีดังนี้

(ก) กรณีที่กำหนดระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 9 เดือน

ได้แก่ กรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยมีมูลเหตุเพื่อใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานในตำแหน่งที่ว่างลง ในระหว่างที่บริษัทกำลังดำเนินการสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างปกติเพื่อมาทำงานในตำแหน่งนั้น และในกรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยมีมูลเหตุเพื่อจัดการอย่างเร่งด่วนกับปริมาณงานหรือภาระงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ ซึ่งหากไม่เร่งดำเนินการดังกล่าวแล้วอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่กิจการได้

(ข) กรณีที่กำหนดระยะเวลาสูงสุดไม่เกิน 24 เดือน

ได้แก่ กรณีที่ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไม่ว่าด้วยมูลเหตุใดๆ ซึ่งลูกจ้างจะต้องไปปฏิบัติงานในต่างประเทศ กรณีทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในกรณีที่ลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่งนั้นได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้น และกรณีที่บริษัทต้องปลดพนักงานออกเพราะเหตุคนล้นงาน ซึ่งต่อมาต้องเพิ่มกำลังการผลิตเพราะมีภาระงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่ากำลังการผลิตโดยปกติของบริษัท อันเกิดจากคำสั่งหรือนโยบายเพื่อการส่งออก ในกรณีนี้ ระยะเวลาของสัญญาจะต้องไม่น้อยกว่า 6 เดือนด้วย

แม้ว่าโดยหลักแล้ว ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจะต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงอย่างชัดเจนไว้ในสัญญาด้วย ซึ่งอาจเป็นระยะเวลาแตกต่างกันตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีข้อยกเว้นในบางกรณีซึ่งกฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องกำหนดระยะเวลาไว้ในสัญญา ในกรณีดังกล่าวนี้ แม้ว่าอาจไม่มีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญาก็ตาม แต่ผู้ประกอบการก็ไม่อาจใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานเกินกว่าระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา L.1251-12 ได้ อย่างไรก็ตาม หากต้องการจะตกลงกำหนดระยะเวลาการจ้างเหมาค่าแรงกันก็ย่อมทำได้ ทั้งนี้ จะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกัน โดยกรณีที่ไม่ว่าจำเป็นต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญาได้แก่ กรณีที่กำหนดไว้ในมาตรา L.1251-11 ดังนี้<sup>83</sup>

<sup>83</sup> French Labor Code, section L.1251-11.

- (ก) กรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน
- (ข) กรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระยะสั้นชั่วคราว
- (ค) กรณีเพื่อทำงานในตำแหน่งที่ว่างในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลาการทำงานในตำแหน่งดังกล่าว
- (ง) กรณีเพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้
- (จ) กรณีเพื่อทดแทนบุคคลในตำแหน่งระดับผู้บริหารในภาคธุรกิจหรือผู้จัดการในฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

สาเหตุที่การจ้างเหมาค่าแรงตามมูลเหตุในกรณีข้างต้น ไม่จำเป็นต้องมีการกำหนดระยะเวลาของการจ้างเหมาค่าแรงไว้ในสัญญา เนื่องจากเป็นกรณีที่ไม่อาจกำหนดระยะเวลาได้แน่นอน เช่น ในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน การจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมจะต้องสิ้นสุดลงเมื่อลูกจ้างนั้นกลับเข้ามาทำงานตามปกติ ในกรณีเพื่อทำงานในตำแหน่งที่ว่างในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลาการทำงานในตำแหน่งดังกล่าว การจ้างเหมาค่าแรงก็สิ้นสุดเมื่อได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในตำแหน่งนั้นแล้ว หรือในกรณีที่ทำงานตามฤดูกาล การจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมจะสิ้นสุดเมื่อหมดฤดูกาล เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ทุกกรณีก็จะต้องอยู่ภายใต้บังคับในเรื่องระยะเวลาสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด

## 2) หลักการจำกัดการต่อสัญญา

ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสมีการกำหนดมาตรการอีกประการหนึ่งซึ่งเชื่อมโยงกับการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง นั่นคือ ในเรื่องการต่อสัญญาและเงื่อนไขในการต่อสัญญา ทั้งนี้ เพื่อควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงให้สามารถทำได้อย่างจำกัดมากขึ้น เพราะมาตรการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนานเกินความจำเป็น สำหรับมาตรการกำหนดข้อจำกัดและเงื่อนไขในการต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น จะช่วยป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรายเดี๋ยวดูติดต่อกันหลายครั้ง ซึ่งหากไม่มีมาตรการในเรื่องหลังนี้ การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ เพราะผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยกำหนดระยะเวลาไม่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วก็ยังสามารถต่อสัญญาใหม่ได้อีกไปเรื่อยๆ

ดังนี้ ตามมาตรา L.1251-35 จึงอนุญาตให้สามารถต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นระยะเวลายาวนานต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ<sup>84</sup> โดยมีหลักเกณฑ์ที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่<sup>85</sup>

(ก) ระยะเวลาของสัญญาที่ต่อในภายหลังนี้ เมื่อรวมกับระยะเวลาตามสัญญาเดิมจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดที่กฎหมายกำหนด

(ข) มูลเหตุในการทำสัญญาครั้งหลังนี้จะต้องมีลักษณะเดียวกันกับมูลเหตุตามสัญญาเดิม

(ค) ห้ามมิให้มีการต่อสัญญา ในกรณีที่ระยะเวลาตามสัญญาเดิมได้สิ้นสุดลงและจะต้องผูกพันกันใหม่ตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดเวลา กล่าวคือ ในกรณีที่ระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลงและผู้ประกอบกิจการยังคงให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานต่อไป โดยไม่มีการต่อสัญญาหรือทำสัญญากันใหม่ กฎหมายกำหนดให้ถือว่าเป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีความผูกพันกันตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา<sup>86</sup> ดังนี้ จึงไม่อาจทำการต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ เพราะระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะต้องผูกพันกันโดยตรงตามสัญญาจ้างแรงงานที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาเสียแล้ว

### 3) หลักการเว้นระยะเวลาในการทำสัญญาใหม่

มาตรการที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และการจำกัดการต่อสัญญา ล้วนเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงคนเดียวต่อเนื่องเป็นเวลายาวนานเกินความจำเป็น จึงอาจมีกรณีที่ผู้ประกอบกิจการจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานเดียวกันโดยเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปเรื่อยๆ เพื่อป้องกันมิให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยการปฏิบัติลักษณะดังกล่าวประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในตำแหน่งงานเดียวกัน เพราะผู้ประกอบกิจการอาจจะหลีกเลี่ยงการจ้างลูกจ้างแบบประจำโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานนั้นต่อเนื่องเป็นเวลายาวนาน ซึ่งก็จะมีผลเหมือนกับการจ้างลูกจ้างแบบประจำ และเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของการจ้างเหมาค่าแรงซึ่งต้องใช้เพื่องานอันมีลักษณะเป็นการชั่วคราวเท่านั้น โดย

<sup>84</sup> French Labor Code, section L.1251-35.

<sup>85</sup> Christophe Vigneau, *supra* note 22, p. 56.

<sup>86</sup> French Labor Code, section L.1251-39.

มาตรการป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในตำแหน่งงานเดียวกันนี้ ปราบกฏในมาตรา L.1251-36 ซึ่งมีหลักเกณฑ์คือ<sup>87</sup>

เมื่อระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลง ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงหรือสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนในงานตำแหน่งเดียวกันนั้น ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่เป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในตำแหน่งนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะผ่านพ้นช่วงเวลาซึ่งคิดเป็นหนึ่งในสามของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม ในกรณีที่สัญญาซึ่งจะทำใหม่นั้นมีกำหนดเวลาตั้งแต่สิบสี่วันขึ้นไป หรือหนึ่งในสองของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม ในกรณีที่สัญญาซึ่งจะทำใหม่นั้นมีกำหนดเวลาน้อยกว่าสิบสี่วัน ซึ่งในการคำนวณดังกล่าว ให้นับเฉพาะวันที่เป็นวันทำงานตามปกติของสถานประกอบการนั้น

ดังนั้น ในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงใหม่แต่ละครั้งผู้ประกอบกิจการจะต้องคำนึงถึงเสมอว่า หากเป็นการจ้างเหมาค่าแรงในงานตำแหน่งเดียวกัน จะต้องเว้นระยะเวลาระหว่างสัญญาทั้งสองตามที่กฎหมายกำหนด ผู้ประกอบกิจการไม่อาจทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงซ้ำในงานตำแหน่งเดียวกัน โดยไม่รอให้ผ่านพ้นช่วงเวลาที่ยกกฎหมายกำหนดไปก่อน แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม อย่างไรก็ตาม หลักการเว้นระยะเวลาก็จะไม่ใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้<sup>88</sup>

(ก) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานจะจับลงชั่วคราว

(ข) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อปฏิบัติงานที่มีปริมาณเพิ่มมากขึ้นกว่าปกติอย่างเร่งด่วน

(ค) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้

(ง) กรณีที่เป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนบุคคลในตำแหน่งระดับผู้บริหารในภาคธุรกิจหรือผู้จัดการในฟาร์ม กิจการเกี่ยวกับการเกษตร กิจการป่าไม้ และกิจการประมงและเรือเดินทะเล

(จ) กรณีเป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานตามที่กำหนดไว้ในมาตรา L.5134-82

(ฉ) กรณีที่ลูกจ้างตกลงใจที่จะเลิกสัญญาก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา

(ช) กรณีที่ลูกจ้างปฏิเสธที่จะต่อสัญญาในช่วงเวลาที่ไม่อาจจะทำการต่อสัญญาได้

<sup>87</sup> French Labor Code, section L.1251-36.

<sup>88</sup> French Labor Code, section L.1251-37.

จากแนวทางตามหลักการของกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ระบบกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทย น่าจะมีการกำหนดมาตรการในระนาบของการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยวิธีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้งตามแนวทางดังกล่าวด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวจะทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถทราบได้ว่า สัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อใดอย่างแน่นอน และได้เตรียมการหางานใหม่ได้ทัน รวมถึงเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายเดียวกันอย่างต่อเนื่องยาวนานเกินไปจนมีลักษณะเหมือนเป็นการจ้างงานแบบประจำ นอกจากนี้ ผลจากการที่ผู้ประกอบกิจการไม่สามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างต่อเนื่องยาวนาน ยังถือเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการสามารถนำเอางานงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ มาทำการจ้างเหมาค่าแรงได้อีกทางหนึ่งด้วย

จากปัญหาที่ได้วิเคราะห์ดังกล่าวข้างต้น แสดงให้เห็นว่า ปัญหาเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจตามกฎหมายหมายไทย มิได้อยู่ที่การบังคับใช้กฎหมายแต่เพียงอย่างเดียว แต่ต้นเหตุสำคัญอาจมาจากความบกพร่องในเรื่องอื่นด้วย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายในระนาบอื่นๆนอกเหนือจากมาตรการที่มีอยู่เดิม เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยทั้งในปัจจุบันและในอนาคต