

บทที่ 6

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

แต่เดิมนั้น เมื่อนายจ้างต้องการใช้แรงงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ก็จะจ้างคนมาทำงานให้แก่ตนเองโดยตรง ซึ่งเรียกคนงานเหล่านี้ว่าลูกจ้างประจำ ต่อมาเมื่อเศรษฐกิจการค้าเจริญขึ้นโดยลำดับ จึงได้มีแนวคิดในการสร้างรูปแบบการจ้างงานระยะสั้นรูปแบบใหม่ที่มีลักษณะยืดหยุ่น เพื่อตอบสนองความผันผวนในการดำเนินธุรกิจพร้อมทั้งสามารถลดค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้ประกอบการด้วย ด้วยเหตุนี้ รูปแบบการจ้างงานซึ่งผู้ประกอบการไม่ต้องว่าจ้างลูกจ้างด้วยตนเอง แต่เป็นการมอบหมายให้บุคคลภายนอกทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อมาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน หรือที่เรียกว่าการจ้างเหมาค่าแรง จึงได้ถือกำเนิดขึ้น โดยมีแนวคิดหลักคือการสร้างความสมดุลระหว่างอุปสงค์และอุปทานในการจ้างงาน และนับจากผลกระทบของวิกฤติทางเศรษฐกิจเมื่อปี พ.ศ.2540 ซึ่งบรรดาธุรกิจการค้าต้องทำการปลดคนงานที่เป็นลูกจ้างประจำออกเป็นจำนวนมากเพื่อรักษาสถานะของบริษัท จึงทำให้การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงเข้ามามีบทบาทในสถานประกอบการในประเทศไทยอย่างแพร่หลาย

ระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้นับเป็นรูปแบบการจ้างงานที่อำนวยความสะดวกอย่างมากแก่กิจการ เนื่องด้วยข้อดีในด้านของความยืดหยุ่น ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดความเสี่ยงในการดำเนินกิจการในสภาวะที่เศรษฐกิจมีความผันผวน โดยการปรับเพิ่มหรือลดปริมาณแรงงานเหมาค่าแรงได้อย่างคล่องตัว รวมถึงช่วยให้กิจการสามารถลดต้นทุนในด้านสวัสดิการพนักงาน และลดค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการเลิกจ้างพนักงานได้อีกด้วย นอกจากนี้ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังช่วยให้ลูกจ้างได้พัฒนาทักษะและเพิ่มประสบการณ์ในการทำงาน อันจะเป็นรากฐานให้สามารถมีโอกาสได้รับงานที่มั่นคงมากขึ้นในอนาคต และเป็นช่องทางในการเข้าสู่ตลาดแรงงานแก่ผู้ที่ขาดโอกาสในการทำงานอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ในอีกทางหนึ่ง การจ้างเหมาค่าแรงก็ได้ส่งผลกระทบต่อระบบความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้าง พร้อมทั้งสร้างสภาพการจ้างที่ไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างในระบบนี้ด้วย สภาวะที่เปรียบเสมือนเหรียญสองด้านของระบบการจ้างเหมาค่าแรงนี้ จึงส่งผลกระทบต่อนโยบายด้านการบริหารกฎหมายของประเทศไทย โดยปรากฏจากเนื้อหาของบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน อันสะท้อนถึงเจตนารมณ์ของภาครัฐในการจัดการกับระบบการจ้างเหมาค่าแรงในแต่ละยุคสมัย

กฎหมายไทยเริ่มปรับตัวรับมือกับปัญหาที่เกิดจากการนำระบบการจ้างเหมาค่าแรงเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ โดยการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงเป็นครั้งแรก ได้แก่ บทบัญญัติมาตรา 5(3)¹ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 โดยมีแนวคิดเป็นการขยายความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างไปสู่ผู้ประกอบการซึ่งได้ใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย แม้ไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานระหว่างกันก็ตาม การกำหนดเช่นนี้เพราะเกรงว่าผู้ประกอบการจะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในฐานะนายจ้าง จึงไม่จ้างลูกจ้างเองด้วยวิธีการจ้างงานปกติ เพราะไม่ยอมปฏิบัติตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งการจ้างงานด้วยวิธีการเหมาค่าแรงจะทำให้ลูกจ้างมีหลักประกันการทำงานน้อยลง เพราะส่วนใหญ่ผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงมักมีฐานะทางการเงินไม่มั่นคง ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างด้วยเพื่อสร้างหลักประกันและความมั่นคงในการทำงานให้แก่ลูกจ้างอีกชั้นหนึ่ง เพื่อประโยชน์ให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องต่อผู้ประกอบการเมื่อนายจ้างตัวจริงคือผู้รับเหมาค่าแรงไม่จ่ายค่าจ้าง หรือเงินใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ บทบัญญัติมาตรา 5(3) นี้ เป็นการช่วยแก้ปัญหาเรื่องสิทธิตามมาตราฐานขั้นต่ำที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน จากบุคคลซึ่งตนเองควรจะสามารถเรียกร้องได้เพราะความเป็นนายจ้างโดยตรง (ผู้รับเหมาค่าแรง) หรือเพราะความเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (ผู้ประกอบการ) นั่นเอง

ต่อมาเมื่อมีการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 มีการตัดนิยามความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ออกไป และได้กำหนด

¹ มาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรง โดยมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย”

หลักการซึ่งมีเนื้อหาลักษณะเช่นเดิมนั้นมาแยกบัญญัติใหม่ไว้ในส่วนของมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง² แทน พร้อมทั้งเปลี่ยนแปลงถ้อยคำจากคำว่า “ลูกจ้าง” มาเป็น “คนที่มาทำงาน” ด้วย โดยในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า แต่เดิมนั้น การที่บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 5 ซึ่งเป็นส่วนของการนิยามศัพท์ของคำว่านายจ้าง ทำให้สามารถเข้าใจได้ว่า ปัจจัยที่กำหนดฐานะการเป็นนายจ้างนั้นมียู่ด้วยกันหลายลักษณะ โดยนอกเหนือจากจะหมายถึง การเป็นบุคคลที่ตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงาน และจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างนั่นเองโดยตรง ตลอดถึงบุคคลที่เป็นตัวแทนเพื่อทำการลักษณะเช่นนั้น ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 5(1) และ 5(2) แล้ว ยังมีกรณีที่บุคคลใดซึ่งกฎหมายให้ถือว่าเป็นนายจ้างด้วย ซึ่งก็ได้แก่บทบัญญัติในส่วนของมาตรา 5(3) และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 5 ทั้งหมดประกอบกัน จึงทำให้เข้าใจได้ว่า กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงนี้ทำให้ผู้ประกอบการกิจการซึ่งแม้จะมีได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงโดยตรง แต่ก็ต้องมีความรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะเช่นเดียวกันกับผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงทุกประการ ซึ่งจะเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 5(3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ได้สะท้อนให้เห็นอย่างชัดเจนถึงนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงซึ่งประกอบด้วยบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงจะทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างและทำการว่าจ้างลูกจ้างนั่นเอง เพื่อส่งไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการที่ต้องการใช้แรงงานอีกทอดหนึ่ง

ดังนั้น การตัดนิยามความหมายของคำว่านายจ้างตามมาตรา 5(3) ออกไป และได้นำหลักการดังกล่าวมาแยกบัญญัติใหม่ไว้ในมาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แทน จึงเท่ากับทำให้ขาดความเชื่อมโยงกับความความเป็นนายจ้างโดยตรงทั่วไปในมาตรา 5 และส่งผลให้กลับกลายเป็นว่า ต่อไปนี้ กรณีที่มีการจ้างเหมาค่าแรงจะทำให้มีนายจ้างเกิดขึ้นเพียงคนเดียวคือผู้ประกอบการ ประกอบกับการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” แทนคำว่า “ลูกจ้าง” ยิ่งทำให้เข้าใจว่า การจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดย “คนที่มาทำงาน” นั้นจะมีสถานะเป็น “ลูกจ้าง” ของบุคคล

² มาตรา 11/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว”

ที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบการให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ตาม เนื่องจากการใช้คำว่า “คนที่มาทำงาน” นี้ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า คนที่ถูกจัดหามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบการนั้น มีฐานะเป็น “ลูกจ้าง” ของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด ฉะนั้น จึงก่อให้เกิดความเข้าใจที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกจากนี้ ถ้อยคำในตอนท้ายของบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคหนึ่งเอง ซึ่งบัญญัติว่า “ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว” ยิ่งเท่ากับเป็นการย้ำว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบการเพียงลำพัง โดยให้ถือว่าผู้ประกอบการเท่านั้นที่มีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ผู้รับเหมาค่าแรงไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงดังเช่นในอดีตอีกต่อไป

การบิดเบือนลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างเหมาค่าแรงโดยบทบัญญัตินี้ดังกล่าวนี้ สะท้อนให้เห็นถึงนโยบายการบริหารกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงที่เปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่เป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นอีกบุคคลหนึ่งที่ต้องมีความรับผิดในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงด้วย เพราะเป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องต่อผู้ประกอบการเมื่อนายจ้างตัวจริงคือผู้รับเหมาค่าแรงไม่จ่ายค่าจ้าง หรือเงินใดๆตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มาสู่การสร้างระบบความรับผิดที่ทำให้เข้าใจว่าผู้ประกอบการต้องรับผิดแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งดูประหนึ่งเป็นการกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบการเพียงลำพัง พร้อมทั้งต้องดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน³ ทั้งนี้ เพื่อให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงสูญสิ้นไปจากระบบการจ้างงานในประเทศไทย เนื่องจากรัฐไม่อาจจะออกกฎหมายห้ามมิให้มีการจ้างเหมาค่าแรงได้ เพราะเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลในการทำสัญญา และอาจจะกระทบต่อการดำเนินธุรกิจของกิจการซึ่งมักใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากในปัจจุบัน ฉะนั้น

³ มาตรา 11/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 บัญญัติว่า “ให้ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

การที่กฎหมายกำหนดมาตรการลักษณะดังกล่าว ย่อมส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการต้องทบทวนว่า หากจะต้องมีฐานะเป็นนายจ้างเพียงลำพังและต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจัดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแล้ว ก็ไม่แตกต่างอะไรกับการที่ผู้ประกอบกิจการจะต้องว่าจ้างลูกจ้างโดยสัญญาจ้างตามปกติ และผู้ประกอบกิจการหลายรายอาจไม่เห็นประโยชน์ที่จะใช้การจ้างงานในระบบนี้ต่อไป

อย่างไรก็ตาม ในอีกทางหนึ่ง การสร้างระบบความรับผิดชอบที่ทำให้เข้าใจว่าผู้ประกอบกิจการต้องมีฐานะเป็นนายจ้างแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งเป็นการเพิ่มภาระด้านการบริหารจัดการและต้นทุนให้แก่ผู้ประกอบกิจการ กลับยิ่งเป็นการบีบให้ผู้ประกอบกิจการต้องแสวงหาหนทางหลีกเลี่ยงกฎหมายอย่างไม่สิ้นสุด และปัญหาที่ตามมาคือ การใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงโดยแสดงออกหรือบิดเบือนว่าเป็นการจ้างทำของจะยิ่งกลับทวีขึ้น ซึ่งสุดท้ายแล้ว ไม่เพียงแต่ไม่อาจกระทบต่ออุปสงค์ในการเลือกใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงของผู้ประกอบกิจการ แต่อาจก่อให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงที่มีลักษณะเป็นการเอาัดเอาเปรียบลูกจ้างมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ มาตรการตามบทบัญญัติดังกล่าว ปรากฏเงื่อนไขการดำเนินการซึ่งประกอบด้วยองค์ประกอบสำคัญ 2 ประการ คือ ในสถานประกอบการนั้นจะต้องประกอบด้วยลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏอีกด้วยว่าลูกจ้างทั้งสองประเภทนั้นทำงานในลักษณะเดียวกัน ดังนี้ มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติดังกล่าว จึงมีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบการคุ้มครองเฉพาะกรณีที่เป็นกรณีนายจ้างหนึ่งมีสายการผลิตมากกว่าหนึ่งสาย โดยในสายการผลิตหนึ่งผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทั้งหมด และอีกสายการผลิตหนึ่งเป็นการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมดเช่นเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานอยู่คนละสายการผลิต การดำเนินการเช่นนี้ย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคสอง

นอกจากนี้ แม้ว่าหลักการตามบทบัญญัติในวรรคสองที่ได้เพิ่มเติมขึ้นใหม่นี้ นับเป็นแนวคิดที่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างยิ่ง ในการที่จะทำให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน อย่างไรก็ตาม ต้องไม่ลืมว่าระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้น แท้จริงแล้วมิได้มีนิติสัมพันธ์ใดๆต่อกัน การจะขอบังคับให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องมีความรับผิดชอบและผูกพันต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงดังเช่นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเอง ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะแม้แต่กรณีที่เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้

ประกอบกิจการเอง ก็ยังอาจได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลากับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลา เป็นต้น เนื่องจากกรณีลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้น เป็นลูกจ้างที่จ้างเป็นครั้งคราว เป็นการจ้างเฉพาะกิจ นายจ้างอาจตกลงกับลูกจ้าง กำหนดเงื่อนไขการจ้างเฉพาะราย มีสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นก็ได้ อีกทั้งบทบัญญัติดังกล่าวนี้ก็ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงาน การใช้ถ้อยคำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ซึ่งมีความหมายกว้างกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงาน จะทำให้เข้าใจว่า หากลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการซึ่งทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เหนือกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นไร ผู้ประกอบกิจการก็ต้องดำเนินการให้ลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการนั้นเช่นเดียวกัน ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่น่าจะถูกต้องเมื่อคำนึงถึงการไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตอีกว่า การใช้คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ซึ่งเป็นเพียงส่วนหนึ่งของ “สภาพการจ้าง” ตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ซึ่งหมายความว่า เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน ฉะนั้น บทบัญญัติดังกล่าว จึงมีเนื้อหาในลักษณะที่เป็นการเรียกร้องให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เฉพาะในเรื่องที่เป็นด้านดีหรือในแง่ของประโยชน์จากการทำงานที่ลูกจ้างควรจะได้รับเท่านั้น เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวมิได้ครอบคลุมถึงเงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ซึ่งถือเป็นสภาพการจ้างในด้านอื่นๆ ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งก็เท่ากับหมายความว่า การใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบกิจการสามารถดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสภาพการจ้างในเรื่องอื่นๆ เช่น เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า พัฒนาการของกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมใหม่นี้ ไม่เพียงไม่อาจทำให้บรรลุผลดังเจตนารมณ์ของภาครัฐ ในการกำจัดระบบการจ้างเหมาค่าแรงให้หมดไปจากระบบการจ้างงานของประเทศไทยได้ แต่ยังคงก่อให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบลูกจ้างมากยิ่งขึ้นอีกด้วย และเมื่อบทบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่อาจนำไปสู่ความสำเร็จในการสร้างผลกระทบต่ออุปสงค์ในการเลิกใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงของผู้ประกอบกิจการ ระบบการจ้างเหมาค่าแรงก็จะยังคงเป็นรูปแบบการจ้างงานที่

แพร่หลายในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจต่อไป ซึ่งปัจจุบันพบว่า ผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยไม่จำกัดลักษณะของงานหรือความจำเป็นแท้จริงในการดำเนินธุรกิจ หรืออาจกล่าวได้ว่ากิจการใดสามารถมอบหมายให้ผู้อื่นกระทำแทนได้โดยชอบด้วยกฎหมาย กิจการนั้นย่อมสามารถที่จะทำการจ้างเหมาค่าแรงได้ ทั้งนี้ ย่อมสุดแล้วแต่ความประสงค์ของผู้ประกอบกิจการที่ประสงค์จะให้เกิดการจ้างเหมาค่าแรงในงานลักษณะใดหรือในสถานการณ์ใด ดังนั้น จึงทำให้มีการแพร่หลายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานทุกส่วนในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของกิจการ ไม่เว้นแม้แต่ในงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ ซึ่งถือเป็นงานส่วนสำคัญของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจและเป็นงานส่วนที่มีลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานอยู่จำนวนมาก

ปรากฏการณ์เช่นนี้ ทำให้ในสถานประกอบการเต็มไปด้วยลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งจะเกิดปัญหาต่อระบบแรงงานเป็นอย่างมาก หากปรากฏว่าในสถานประกอบการใดมีจำนวนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมากกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เพราะอาจทำให้กระทบต่อสิทธิของลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ยังคงเหลืออยู่ในสถานประกอบการด้วย กล่าวคือ หากสถานประกอบการมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากจนกลายเป็นลูกจ้างส่วนใหญ่ ซึ่งโดยทั่วไปลูกจ้างเหล่านี้ไม่อาจเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานภายในสถานประกอบการได้ ย่อมทำให้สหภาพแรงงานมีขนาดเล็กลง ส่งผลให้มีอำนาจในการต่อรองน้อยลงลงตามไปด้วย จนในที่สุดนายจ้างก็จะไม่ให้ความสำคัญอีกต่อไป นอกจากนี้ การที่ผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างเสรี ยังอาจส่งผลกระทบต่อกระบวนการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์อีกด้วย กล่าวคือ เครื่องมือสำคัญของลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานที่ยื่นข้อเรียกร้องก็คือ การนัดหยุดงาน เพื่อกดดันให้นายจ้างยอมตกลงตามข้อเรียกร้อง แต่กรณีอาจเกิดขึ้นได้ว่า ในระหว่างนั้นนายจ้างสามารถไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมาทำงานทดแทนลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่กำลังหยุดงานประท้วง ซึ่งปัจจุบันก็ไม่มีกฎหมายห้ามการดำเนินการลักษณะดังกล่าวแต่อย่างใด กรณีเช่นนี้ กิจการของนายจ้างก็ยังคงสามารถดำเนินต่อไปได้ตามปกติ นายจ้างจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการหยุดงานประท้วงของพนักงาน เพราะมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานแทน ส่งผลให้กระบวนการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ไม่อาจบรรลุผลได้

นอกจากนี้ ความแพร่หลายของระบบการจ้างเหมาค่าแรงยังเป็นผลมาจาก การที่ปัจจุบันผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายเดียวกัน ในลักษณะที่ให้ทำงานติดต่อกันเป็นระยะเวลายาวนาน เพื่อทดแทนการจ้าง

ลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างโดยตรง โดยมีการต่อสัญญากันหลายฉบับต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ ซึ่งกรณีเช่นนี้ ถือเป็น การเอาเปรียบลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเกินสมควร เพราะการที่ความสิ้นสุดของการจ้างงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นเรื่องที่ไม่อาจคาดหมายได้ เนื่องจากมีลักษณะคล้ายกับเป็นการจ้างบนพื้นฐานของการจ้างงานแบบประจำ ย่อมเท่ากับเป็นการซ้ำเติมให้ลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรงซึ่งโดยทั่วไปก็เป็นรูปแบบการจ้างงานที่อยู่บนพื้นฐานของความไม่มั่นคงอยู่แล้ว จะต้องตกอยู่ในภาวะที่ไม่มีมีความมั่นคงในการทำงานอย่างไม่รู้จบอีกโสดหนึ่งด้วย

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงระดับระหว่างประเทศและในต่างประเทศ พบว่ามาตรการทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการนำระบบการจ้างเหมาค่าแรงมาใช้ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ มีอยู่หลากหลายแนวทางด้วยกัน โดยนอกเหนือจากมาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระนาบของการคุ้มครองสิทธิต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงาน ดังเช่นที่ใช้บังคับในประเทศไทยในปัจจุบันแล้ว ยังปรากฏมาตรการในระนาบของการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง และมาตรการในระนาบของการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงอีกด้วย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ดังเช่นหลักการตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งทำให้ผู้ประกอบการไม่อาจทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้ตามอำเภอใจ โดยอยู่ภายใต้แนวคิดที่กำหนดให้สัญญาจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้ในบางโอกาสหรือบางสถานการณ์อย่างมีข้อจำกัด และภายใต้เหตุผลเหตุและความจำเป็นชั่วคราว และการจ้างงานด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้จะต้องไม่ใช่การจ้างเพื่อไปทำงานในกิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือในงานทั่วไปและงานที่บริษัทต้องทำเป็นประจำ แต่จะต้องใช้ในงานอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นการชั่วคราวเท่านั้น นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้งด้วย เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถทราบได้ว่า สัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อใดอย่างแน่นอน และได้เตรียมการหางานใหม่ได้ทัน รวมถึงเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายเดียวกันอย่างต่อเนื่องยาวนานเกินไปจนมีลักษณะเหมือนเป็นการจ้างงานแบบประจำ นอกจากนี้ ผลจากการที่ผู้ประกอบการไม่สามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างต่อเนื่องยาวนาน ยังถือเป็น การป้องกันมิให้ผู้ประกอบการสามารถนำเอางานงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ มาทำการจ้างเหมาค่าแรงได้อีกทางหนึ่งด้วย ฉะนั้น การนำมาตรการในระนาบของการควบคุมในส่วนของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ จึงน่าจะเป็นมาตรการที่มีความเหมาะสมกับปัญหาสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยในปัจจุบัน

ดังนั้น จึงต้องยอมรับว่า กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของไทยในปัจจุบัน ได้แก่ มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งมีลักษณะเป็น มาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระนาบของการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ไม่อาจเพียงพอต่อการควบคุมมิให้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงแพร่หลายในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องแสวงหามาตรการทางกฎหมายในระนาบอื่นๆ เพื่อแก้ไขและรับมือกับปัญหาดังกล่าวด้วย ดังเช่นการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงระหว่างผู้ประกอบการกับผู้รับเหมาค่าแรงนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยทั้งในปัจจุบันและในอนาคต และเป็นแนวทางการให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงโดยรอบด้านอย่างแท้จริง

พร้อมกันนี้ ควรมีการกำหนดนิยามความหมายที่ชัดเจนของการจ้างเหมาค่าแรง เพื่อส่งเสริมให้การใช้และการตีความบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับในปัจจุบันเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในเรื่องนี้เห็นว่า อาจพิจารณาตามแนวทางของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L.1251-1 ว่า การจ้างเหมาค่าแรงคือ การที่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัด และหลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือว่าการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาเช่าประเภทหนึ่งคือการให้เช่าลูกจ้าง โดยมีคู่สัญญาสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ให้เช่า ผู้เช่า และลูกจ้างที่ถูกเช่า ซึ่งผู้ให้เช่าผูกพันตนที่จะต้องจัดหาลูกจ้างที่เหมาะสมให้แก่ผู้เช่า โดยที่ผู้เช่าไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่ถูกเช่า แม้ลูกจ้างดังกล่าวจะทำงานให้แก่ผู้เช่าภายใต้การควบคุมของผู้เช่าเหมือนกับลูกจ้างอื่นๆของผู้เช่าก็ตาม ผู้ให้เช่ายังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างอยู่ตลอดระยะเวลาที่เช่า และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้เช่าที่ประสงค์จะได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องหาลูกจ้างมาให้แก่ผู้เช่าในช่วงเวลาที่ตกลงกัน และผู้เช่าตกลงจะจ่ายค่าเช่าเป็นการตอบแทน นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษคือ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ. 1973 (the Employment Agencies Act 1973) ก็มีการนิยามความหมายของการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงไว้ในมาตรา 13(3) ว่าหมายถึง การรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง

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

นอกจากนี้ เพื่อขจัดความสับสนเกี่ยวกับลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างเหมาค่าแรง พร้อมทั้งลดแรงกดดันเพื่อมิให้ผู้ประกอบการพยายามแสวงหาหนทางหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยประการอื่น เป็นต้นว่าการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงโดยแสดงออกหรือบิดเบือนว่าเป็นการจ้างทำของ จึงควรมีการกำหนดถึงความรับผิดชอบของผู้รับเหมาค่าแรงด้วย นอกเหนือจากการสร้างระบบความรับผิดที่ดูประหนึ่งว่าเป็นกรณีให้ผู้ประกอบการมีความรับผิดในฐานะนายจ้างแต่เพียงลำพัง โดยการใช้อ้อยค่าที่ทำให้สามารถเข้าใจได้อย่างชัดเจนว่า บทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบการในฐานะที่เป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันเป็นการกำหนดให้มิบุคคลที่ต้องมีความรับผิดในฐานะนายจ้างเพิ่มขึ้นอีกคนหนึ่ง โดยที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ยังคงมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงอยู่ เพื่อแสดงถึงการให้หลักประกันเพิ่มเติมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกชั้นหนึ่ง มิใช่การกำหนดความรับผิดในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบการเพียงลำพังแต่อย่างใด และควรกำหนดขอบเขตในเรื่องความรับผิดในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบการที่ใช้การจ้างเหมาค่าแรงให้ชัดเจน ว่ามีความรับผิดในเรื่องใดบ้าง เพื่อมิให้เห็นว่าผู้ประกอบการมีความผูกพันต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในลักษณะเช่นเดียวกันกับกรณีที่เป็นนายจ้างลูกจ้างกันโดยตรง

จากการศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดของผู้ประกอบการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายต่างประเทศ พบว่าไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่กำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องมีความรับผิดในฐานะนายจ้างเพียงลำพัง การกำหนดหน้าที่ความรับผิดของผู้ประกอบการต่อลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงมีลักษณะเป็นความรับผิดร่วมกันกับผู้รับเหมาค่าแรง ตัวอย่างเช่น กฎหมายของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งได้อธิบายว่า ลักษณะสำคัญของการจ้างเหมาค่าแรงเป็นความสัมพันธ์แบบสามมิติ ซึ่งได้ก่อให้เกิดความผูกพันขึ้นสองด้านแก่ลูกจ้าง ได้แก่ ความผูกพันกับผู้รับเหมาค่าแรงทางหนึ่ง และอีกทางหนึ่งคือความผูกพันกับผู้ประกอบการ โดยฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงนั้นชัดเจนอยู่แล้วว่ามีฐานะทางกฎหมายเป็นนายจ้างของลูกจ้าง เนื่องจากมีความสัมพันธ์กันตามสัญญาจ้างแรงงานนั่นเอง ดังนั้น ผู้รับเหมาค่าแรงจึงเป็นบุคคลที่มีหน้าที่

ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างตามกฎหมายแรงงานทุกประการ ในขณะที่ผู้ประกอบการนั้น เป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้าง ซึ่งแม้ว่าระหว่างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับผู้ประกอบการจะไม่ได้มีความสัมพันธ์ในทางสัญญาต่อกัน แต่ในความเป็นจริงแล้วการที่ลูกจ้างได้ไปปฏิบัติงานให้แก่ผู้ประกอบการภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบการ และใน การทำงานนั้นผู้ประกอบการก็เป็นบุคคลที่มีอำนาจบังคับบัญชาและควบคุมการทำงาน ของลูกจ้างในแต่ละวัน ดังนี้ จึงสมควรต้องมีความรับผิดชอบตามกฎหมายต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ ได้เข้ามาปฏิบัติงานให้ตนด้วย ซึ่งโดยทั่วไปแล้วผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับสภาพ การจ้างและความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในระหว่างที่ลูกจ้างดังกล่าว เข้ามาปฏิบัติงานภายในสถานประกอบการของตน และตามกฎหมายประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี ได้อธิบายว่า ความผูกพันระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้นเป็นไป ตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนี้ บรรดาสิทธิทั้งหลายของลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน ผู้รับเหมา ค่าแรงจึงต้องเป็นผู้รับผิดชอบอย่างเต็มที่ ในส่วนของผู้ประกอบการนั้น แม้ว่าจะไม่ได้มีความ ผูกพันโดยตรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ตาม แต่เนื่องจากข้อเท็จจริงที่ว่า ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง นั้นได้เข้ามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบการภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบการด้วย ดังนั้น จึงก่อให้เกิดเป็นความสัมพันธ์กึ่งสัญญา เพื่อให้ผู้ประกอบการมีความรับผิดชอบใน ในฐานะเช่นเดียวกับนายจ้างด้วย ซึ่งโดยทั่วไปผู้ประกอบการก็ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติใน เรื่องเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานของลูกจ้าง เป็นต้น

ประการสุดท้าย ในส่วนของถ้อยคำตามบทบัญญัติในวรรคสอง ซึ่งใช้ถ้อยคำว่า “สิทธิ ประโยชน์และสวัสดิการ” อันเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอันเกี่ยวกับการ จ้างงานและการทำงานที่ลูกจ้างพึงได้รับตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยมีความหมายว่า เป็น ค่าตอบแทน หรือรางวัลที่นายจ้างจ่ายให้แก่พนักงานหรือลูกจ้าง ทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เพื่อเสริมสร้างขวัญกำลังใจ และอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงาน ตลอดจนช่วยเสริมสร้าง ความมั่นคงในการดำรงชีวิตแก่ลูกจ้าง เช่น ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา เบี้ยขยัน ค่ากะ ค่าอาหาร ค่าครองชีพ หอพัก สิทธิในการได้หยุดพักผ่อนประจำปีเพิ่มขึ้นตามอายุงาน สิทธิการได้รับเงินโบนัส หรือ เงินพิเศษอื่น การได้โดยสรวรรรับส่งที่นายจ้างจัดให้ การได้รับชุดทำงานจากนายจ้าง เป็นต้น การ ใช้ถ้อยคำดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่เกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานเท่านั้น อีกทั้งเมื่อคำนึงถึงการไม่มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของ สัญญาจ้างแรงงานต่อกันระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และข้อเท็จจริงที่ว่า แม้แต่กรณีที่เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการเอง ก็ยังอาจได้รับสิทธิ ประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลา

กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลา เป็นต้น ดังนี้ หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติไว้ในมาตรา 11/1 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 นี้ จึงทำให้เป็นบทบัญญัติที่อาจก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

โดยในเรื่องนี้ จากการศึกษามาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ตามหลักการของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง พบว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐาน โดยมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการคุ้มครองในเรื่องเวลาการทำงาน การทำงานล่วงเวลา ช่วงเวลาพัก การทำงานในเวลา กลางคืน วันหยุดและวันหยุดราชการ และในเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้าง และตามหลักการของกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ต่างก็ล้วนเป็นการกำหนดอย่างชัดเจนว่า เป็นการคุ้มครองในเรื่องค่าจ้างและสภาพการจ้างพื้นฐานที่เกี่ยวกับการทำงาน ดังนั้น จึงควรมีการแก้ไขถ้อยคำในส่วนนี้เพื่อมิให้หมายความว่า เป็นการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการในลักษณะเช่นเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง และกำหนดให้ชัดเจนว่า การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติในที่นี้ หมายถึง การดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงได้รับสภาพการจ้างที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

2. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาถึงสถานการณ์และปัญหาเกี่ยวกับระบบการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศไทยในปัจจุบัน กับการศึกษาแนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการนำระบบการจ้างเหมาค่าแรงเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของต่างประเทศ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาและการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อรับมือกับสถานการณ์การจ้างเหมาค่าแรงในประเทศไทย โดยแบ่งเป็น 2 ส่วนคือ การกำหนดแนวทางในการใช้และการตีความบทบัญญัติที่ใช้บังคับในปัจจุบัน และการนำเสนอแนวทางในการแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมาย ทั้งนี้ เพื่อให้มีผลเป็นการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงในประเทศไทยทั้งในระยะสั้นและระยะยาว

2.1 การใช้และการตีความกฎหมาย

ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันซึ่งได้แก่ มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 เพื่อประโยชน์ในการใช้ และการตีความกฎหมายในเรื่องดังกล่าว ผู้เขียนขอเสนอแนวทางการพิจารณาในประเด็น ดังต่อไปนี้

ก. ประเด็นเรื่องความหมายของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ

จากเนื้อหาของบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการพิจารณาความหมายของ สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรค หนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 โดยแยกพิจารณาถ้อยคำตาม บทบัญญัติดังกล่าวเป็น 3 ส่วน คือ

1) การมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบ ธุรกิจจัดหางาน

การดำเนินการดังกล่าว หมายถึง การที่ผู้ประกอบกิจการได้มอบหมายให้ บุคคลภายนอกจัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดยการมอบหมายนั้น ต้องมิใช่ลักษณะของการ ประกอบธุรกิจจัดหางานตามพระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองคนหางาน พ.ศ.2528 ทั้งนี้ เพราะหากเป็นการดำเนินการในลักษณะของการประกอบธุรกิจจัดหางาน ผู้ประกอบธุรกิจจัดหา งานมีหน้าที่เพียงแต่จัดหาคนหางานส่งให้ผู้ประกอบกิจการโดยตรงเท่านั้น ผู้ประกอบธุรกิจจัดหา งานหาได้มีนิติสัมพันธ์กับคนหางานในลักษณะของนายจ้างและลูกจ้างกันแต่อย่างใด และในกรณี เช่นนี้ ผู้ประกอบกิจการย่อมมีฐานะเป็นนายจ้างโดยตรงของคนงานที่เข้าไปทำงานให้ตนอยู่แล้ว

2) การทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความ รับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ

ในเรื่องนี้ หมายความว่า โดยปกติสถานประกอบกิจการที่มีงานต้องดำเนินการผลิต หรือมีงานอันเป็นธุรกิจที่ต้องใช้คนทำงาน ก็จะมีเจ้าจ้างลูกจ้างมาทำงานนั้น แต่ถ้าสถานประกอบ กิจการใดผู้ประกอบกิจการมิได้ว่าจ้างลูกจ้างมาทำงานนั่นเอง หากมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้ จัดหาคนมาทำงานนั้น กฎหมายบัญญัติให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่ถูกจัดหา มาทำงาน ก็ต่อเมื่อเป็นการมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานในงานที่เป็นส่วนหนึ่ง ส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ ในอีกทางหนึ่ง หาก เป็นการมอบหมายให้จัดหาคนมาทำงานในงานที่ไม่ใช่ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือ

ธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ กรณีเช่นนี้ ย่อมถือไม่ได้ว่าเป็นสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจที่ผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

โดยการพิจารณาถึงความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการนั้น ในกรณีที่เป็นกิจการประเภทอุตสาหกรรมที่มีการผลิตสินค้าอย่างหนึ่งอย่างใด การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิต ควรต้องพิจารณาตั้งแต่เริ่มกระบวนการผลิตเป็นต้นไปจนถึงสิ้นสุดกระบวนการผลิต หรือในสายการผลิตที่เป็นต้นน้ำไปจนถึงปลายน้ำ ทั้งสายการผลิตหลักและสายการผลิตรองหรือสายการผลิตที่ต่อเนื่องใกล้ชิดกับสายการผลิตหลักด้วย โดยสายการผลิตรองนั้นจะต้องมีส่วนสนับสนุนการดำเนินการตามสายการผลิตหลัก ในลักษณะซึ่งหากไม่มีสายการผลิตรองดังกล่าวแล้วจะทำให้กระบวนการผลิตไม่สมบูรณ์ และกรณีที่เป็นสถานประกอบกิจการประเภทพาณิชยกรรมหรือประเภทบริการ การทำงานส่วนหนึ่งส่วนใดในธุรกิจ ควรพิจารณาจากวัตถุประสงค์หลักอันเป็นวัตถุประสงค์สำคัญที่สุดที่ธุรกิจมุ่งดำเนินการ รวมถึงวัตถุประสงค์รองซึ่งจำเป็นจะต้องทำควบคู่ไปกับวัตถุประสงค์หลัก เพื่อสนับสนุนให้การดำเนินการต่างๆสามารถบรรลุผลตามวัตถุประสงค์หลักของกิจการด้วย ดังนั้น การพิจารณาความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ จึงต้องพิจารณาจากธรรมชาติของงานและเป้าหมายของงานของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจก็คือ งานที่เป็นส่วนสำคัญซึ่งขาดไม่ได้อย่างแน่นอนในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ รวมถึงงานสนับสนุนโดยตรงซึ่งเป็นงานส่วนสำคัญรองลงมาที่ขาดไม่ได้เช่นกัน แต่ไม่รวมกรณีที่เป็นงานสนับสนุนโดยอ้อม ตัวอย่างเช่น ถ้าธุรกิจเป็นงานการผลิตหรือการขายเพื่อหารายได้ ฝ่ายผลิต หรือฝ่ายขาย ย่อมเป็นส่วนงานหรือกระบวนการสำคัญที่ขาดไม่ได้แน่นอน ขณะเดียวกัน งานสนับสนุนโดยตรง เช่น ฝ่ายบัญชี การเงิน ฝ่ายบุคคล ฝ่ายคอมพิวเตอร์ ฝ่ายซ่อมบำรุง ฝ่ายจัดซื้อ เป็นต้น ก็เป็นส่วนงานสำคัญรองลงมาที่ขาดไม่ได้เช่นกัน จึงถือเป็นงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการด้วย แต่ในกรณีที่เป็นงานสนับสนุนโดยอ้อม เช่น พนักงานรักษาความปลอดภัย คนสวน แม่บ้าน พนักงานขับรถผู้บริหาร เป็นต้น ย่อมไม่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการอย่างแน่นอน

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า งานที่มักไม่ถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจคือ งานที่มีลักษณะแยกส่วนจากกระบวนการผลิตหรือธุรกิจหลักอย่างชัดเจน เช่น งานทำความสะอาด งานรักษาความปลอดภัย หรืออาจเป็นงานที่ไม่ได้แยกส่วนจากกระบวนการผลิตหรือธุรกิจหลักอย่างชัดเจน เช่น งานรับส่งเอกสาร งานขนส่ง เป็นต้น ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบกิจการจ้างเหมาค่าแรงให้บริษัทส่งพนักงานรับส่งเอกสารมาทำหน้าที่รับส่งเอกสาร สัญญานั้นก็เป็น

สัญญาจ้างรับเหมาค่าแรง แต่ผู้ประกอบการไม่เป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายนั้น เพราะการรับส่งเอกสารไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ หรือกรณีบริษัทประกอบอุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนรถยนต์ ว่าจ้างบริษัทรักษาความสะอาดหรือรักษาความปลอดภัย จัดหาลูกจ้างมาทำความสะอาดหรือรักษาความปลอดภัยให้บริษัทตน ผู้ประกอบการผลิตชิ้นส่วนรถยนต์ไม่ถือเป็นนายจ้างของพนักงานทำความสะอาดหรือพนักงานรักษาความปลอดภัย เพราะการรักษาความสะอาดและการรักษาความปลอดภัยไม่ใช่ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของบริษัทดังกล่าว อย่างไรก็ตาม หากเป็นผู้ประกอบการห้างสรรพสินค้า ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการจัดจำหน่ายสินค้าแก่ประชาชนและอำนวยความสะดวกและความปลอดภัยในการจับจ่ายสินค้าภายในห้าง ดังนี้ การรักษาความสะอาดหรือการรักษาความปลอดภัยแก่ทรัพย์สินของผู้เข้ามาใช้บริการภายในห้างสรรพสินค้า ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการด้วย หรือหากบริษัทประกอบกิจการรับขนเงิน ว่าจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยจัดหาพนักงานรักษาความปลอดภัยมาปฏิบัติหน้าที่ประจำรถขนเงิน เพื่อดูแลรักษาความปลอดภัยเงินที่รับจ้างขน กรณีเช่นนี้ การทำงานจึงเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของบริษัทขนเงิน ดังนี้ จะเห็นว่า แม้ว่าลักษณะการทำงานจะเป็นงานรักษาความสะอาดหรืองานรักษาความปลอดภัย ซึ่งอาจดูเหมือนมีลักษณะไม่สำคัญต่อกระบวนการผลิตหรือธุรกิจก็ตาม แต่ในการดำเนินกิจการบางประเภท การรักษาความสะอาดหรือการรักษาความปลอดภัยก็อาจเป็นส่วนสำคัญหรือเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจก็ได้ ดังนั้น ในการพิจารณาความเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ ควรต้องพิจารณาถึงธรรมชาติของงาน วัตถุประสงค์ของกิจการ และประเภทของกิจการเป็นหลักด้วย

3) การกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ได้

การกำหนดเช่นนี้มีความหมายว่า การที่ผู้ประกอบการได้มอบหมายให้บุคคลภายนอกทำหน้าที่จัดหาคนมาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน ผู้ประกอบการรายนั้นจะต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของคนที่ถูกจัดหามาทำงานดังกล่าว โดยไม่ต้องคำนึงถึงว่าบุคคลผู้ได้รับมอบหมายให้จัดหาคนมาทำงาน จะทำหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบในฐานะนายจ้าง โดยการมอบหมายให้บุคคลภายนอกทำการจัดหาคนมาทำงานแทนตนเอง กฎหมายจึงต้องกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องมีฐานะเป็น

นายจ้างของคนที่ถูกจัดหามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตนไม่ว่ากรณีใดๆ อนึ่ง หน้าที่ในการจ่ายค่าจ้างและอำนาจในการควบคุมดูแลการทำงานนี้ แม้จะถือเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาถึงความเป็นนายจ้างด้วย แต่กรณีนี้กฎหมายถือว่า เมื่อการทำงานของคนที่ถูกจัดหามาตั้งกล่าว อยู่ในส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการแล้ว ผู้ประกอบกิจการก็ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว ฉะนั้น ไม่ว่าบุคคลภายนอกผู้ได้รับมอบหมายให้จัดหามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ จะได้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใดต่อคนที่มาทำงานนั้น ทั้งการรับหน้าที่จ่ายค่าจ้างหรือการควบคุมดูแลการทำงาน ก็ล้วนแต่เป็นเรื่องที่ไม่สลักสำคัญทั้งสิ้น โดยยังคงถือว่าเป็นการดำเนินการในฐานะตัวแทนของผู้ประกอบกิจการนั่นเอง

ข. ประเด็นเรื่องสิทธิและหน้าที่ในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบกิจการที่ใช้การจ้างเหมาค่าแรง

ในเรื่องนี้ เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการซึ่งแม้จะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แต่ก็จะต้องมีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันโดยผลของกฎหมาย เพราะการที่ผู้ประกอบกิจการนั้นเป็นบุคคลที่ได้ใช้ประโยชน์จากแรงงานของคนที่มาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดที่เทียบเคียงมาจากหลักวินิจฉัยในการพิจารณาถึงลักษณะสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานของระบบคอมมอนลอว์ (Common Law) ที่เรียกว่า ลักษณะการทำงานร่วมในองค์กร (Integration of Organization Test) ซึ่งมีหลักการทั่วไปคือ หากงานที่ลูกจ้างทำถือว่าเป็นส่วนประกอบที่เป็นอันหนึ่งอันเดียวกับองค์กร หรือแม้เป็นเพียงส่วนเสริมหรือช่วยขององค์กรเท่านั้น ก็จะได้ถือว่ามีลักษณะนิติสัมพันธ์เป็นนายจ้างลูกจ้างกัน โดยหลักการดังกล่าวมีที่มาจากหลักการพิจารณาความรับผิดชอบเพื่อละเมิดในการกระทำของบุคคลอื่น (Vicarious Liability)

การขยายความรับผิดในฐานะนายจ้างไปสู่ผู้ประกอบกิจการที่ใช้การจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างในระบบจ้างเหมาค่าแรง อันเป็นการช่วยแก้ปัญหาเรื่องสิทธิที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงพึงได้รับตามกฎหมายแรงงาน จากบุคคลซึ่งตนเองควรจะสามารถเรียกร้องได้เพราะความเป็นนายจ้างโดยตรง (ผู้รับเหมาค่าแรง) หรือเพราะความเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง (ผู้ประกอบกิจการ) ทั้งนี้ แม้ว่าจะระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจะไม่ได้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่เมื่อกฎหมายกำหนดให้ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างลูกจ้างกันแล้ว จึงก่อให้เกิดความผูกพันทั้งในด้านของสิทธิและหน้าที่ในฐานะนายจ้างลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานในประการต่างๆ ดังได้กล่าวถึงข้างต้น และเป็นเหตุให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

เช่นเดียวกันกับผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างโดยตรงทุกประการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากผู้รับเหมาค่าแรงมีนิติสัมพันธ์ต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่าใด ผู้ประกอบกิจการก็ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างนั้นตามสัญญาที่ผู้รับเหมาค่าแรงทำไว้กับลูกจ้างเท่านั้น ฉะนั้น จึงมีผลว่า หากผู้รับเหมาค่าแรงดำเนินการใดๆ อันเกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์และหน้าที่ในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ย่อมเท่ากับเป็นการดำเนินการแทนผู้ประกอบกิจการนั่นเอง

ค. ประเด็นเรื่องมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการปฏิบัติ
อย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

หลักการดังกล่าว ซึ่งปรากฏในมาตรา 11/1 วรรคสองนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเป็นลำดับ ดังนี้

1) การเปรียบเทียบระหว่างลูกจ้างสองประเภท

ในเรื่องนี้จะต้องปรากฏว่า ในสถานประกอบการนั้นต้องมีลูกจ้างอยู่สองประเภทรวมกัน คือ ลูกจ้างที่ผู้ประกอบกิจการจ้างเองโดยตรงประเภทหนึ่ง กับลูกจ้างที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดจัดหามาให้อีกประเภทหนึ่ง อย่างไรก็ตามในสถานประกอบการหนึ่งอาจมีลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง 2 ประเภท คือ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแบบมีกำหนดเวลา กับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแบบไม่มีกำหนดเวลา ในกรณีเช่นนี้วัตถุประสงค์การเปรียบเทียบได้แก่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงแบบไม่มีกำหนดเวลาเท่านั้น เพราะตามเจตนารมณ์ของมาตรา 11/1 การคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติเช่นเดียวกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ย่อมหมายถึงลูกจ้างส่วนใหญ่ของผู้ประกอบกิจการ เนื่องจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลาเป็นลูกจ้างที่จ้างเป็นครั้งคราว เป็นการจ้างเฉพาะกิจ นายจ้างอาจตกลงกับลูกจ้าง กำหนดเงื่อนไขการจ้างเฉพาะราย มีสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นก็ได้ โดยการตีความในลักษณะนี้ก็เพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้เป็นช่องทางหลีกเลี่ยงค่าใช้จ่ายในการจัดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยจ้างลูกจ้างโดยตรงของตนแบบมีกำหนดเวลา แทรกอยู่ในส่วนงานที่มีลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แล้วใช้อ้างอิงเป็นตัวเปรียบเทียบ

2) หลักเกณฑ์ในการเปรียบเทียบ

นอกจากในสถานประกอบการเดียวกันจะต้องประกอบด้วยลูกจ้าง 2 ประเภท คือ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงแล้ว จะต้องต้องมีข้อเท็จจริงปรากฏอีกด้วยว่า ลูกจ้างทั้งสองประเภทดังกล่าวต้องทำงานในลักษณะเดียวกัน ซึ่งคำว่า “งานในลักษณะเดียวกัน” หมายความว่า งานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงกับงานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการทำมีลักษณะเดียวกัน โดยอาจพิจารณาจากลักษณะงาน ตำแหน่งงาน หน้าที่การงาน หรือ

อำนาจหน้าที่ อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบกิจการอาจมีการจัดทำคำบรรยายลักษณะงาน (Job Description) เพื่อแสดงถึงลักษณะงานที่แตกต่างกันระหว่างงานของลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ดังนั้น การแปลความ “งานลักษณะเดียวกัน” จึงควรหมายถึงงานในระดับเดียวกัน หน่วยงานเดียวกัน ชื่องานเหมือนกัน เนื้องานเป็นอย่างไรตามคำบรรยายลักษณะงาน หรือเนื้องานเดียวกันตามข้อเท็จจริงโดยในคำบรรยายลักษณะงานอาจตรงกันหรือไม่ก็ได้ โดยหากพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว งานที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับงานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำเป็นงานลักษณะเดียวกัน ผู้ประกอบกิจการมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้ลูกจ้างทั้งสองประเภทได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ในเรื่องนี้มีข้อสังเกตว่า กฎหมายมุ่งกำหนดกรอบเฉพาะกรณีเป็นการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานในลักษณะเดียวกันหรืออาจเรียกได้ว่าเป็นสายการผลิตเดียวกันเท่านั้น หมายความว่า หากในสายการผลิตหนึ่งมีลูกจ้างสองประเภททำงานอยู่ร่วมกัน โดยลักษณะการทำงานเหมือนกัน อาศัยทักษะฝีมือหรือความเชี่ยวชาญในระดับเดียวกัน มีชั่วโมงการทำงานเหมือนกัน เป็นต้น กรณีเช่นนี้ผู้ประกอบกิจการจะตกอยู่ภายในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัตินี้ อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีที่โรงงานหนึ่งมีสายการผลิตมากกว่าหนึ่งสาย โดยในสายการผลิตหนึ่งผู้ประกอบกิจการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานทั้งหมด และอีกสายการผลิตหนึ่งเป็นการใช้ลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานทั้งหมดเช่นเดียวกัน จึงเป็นเรื่องที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงทำงานอยู่คนละสายการผลิต การดำเนินการเช่นนี้ย่อมไม่ตกอยู่ในบังคับของบทบัญญัติเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ ต้องปรากฏด้วยว่าทั้งสองสายการผลิตนั้นมีคุณค่างานหรือลักษณะการทำงานที่แตกต่างกันอย่างชัดเจน เปรียบเสมือนอยู่บนบันไดคนละชั้น ตัวอย่างเช่น สายการผลิตที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำงานอยู่นั้นเป็นงานพื้นฐาน แต่งานในสายการผลิตที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานอยู่มีลักษณะเป็นการต่อยอดขึ้นไปเทียบได้กับอยู่บนบันไดอีกชั้น

3) ความหมายของสิทธิประโยชน์และสวัสดิการ

คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” นี้ มีความหมายว่า ค่าตอบแทน หรือรางวัลที่นายจ้างจ่ายให้แก่พนักงานหรือลูกจ้าง ทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เพื่อเสริมสร้างขวัญกำลังใจ และอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงาน ตลอดจนช่วยเสริมสร้างความมั่นคงในการดำรงชีวิตแก่ลูกจ้าง เช่น ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา เบี้ยขยัน ค่ากะ ค่าอาหาร ค่าครองชีพ หอพัก สิทธิในการได้หยุดพักผ่อนประจำปีเพิ่มขึ้นตามอายุงาน สิทธิการได้รับเงินโบนัส หรือเงินพิเศษอื่น การได้โดยสารรถรับส่งที่นายจ้างจัดให้ การได้รับชุดทำงานจากนายจ้าง เป็นต้น ในขณะที่กฎหมาย

คุ้มครองแรงงานเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการจ้างงานเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง โดยกำหนดเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้าง การใช้แรงงาน และการจัดสถานที่ อุปกรณ์ในการทำงาน เพื่อให้ผู้ทำงานมีสุขภาพอนามัยอันดี มีความปลอดภัยในชีวิตและร่างกาย และได้รับค่าตอบแทนตามสมควร หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นการกำหนดในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงาน ฉะนั้น การใช้คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ซึ่งมีความหมายดังกล่าวข้างต้น ซึ่งจะเห็นว่า อาจเป็นเรื่องที่นอกเหนือจากสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงาน เช่น เป็นเรื่องของสวัสดิการที่นายจ้างจัดให้แก่ลูกจ้าง นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนด เป็นต้น จึงเท่ากับเป็นการบังคับให้ผู้ประกอบกิจการต้องดำเนินการในเรื่องที่เกินกว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ดังนั้น หากจะแปลความว่า คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” นี้ เป็นเพียงการขยายความสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงาน อาทิ ค่าตอบแทน และประโยชน์ตอบแทนกรณีอื่นๆที่เป็นมาตรฐานภายในสถานประกอบการของผู้ประกอบกิจการ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างพึงได้รับอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงานเป็นมาตรฐานเดียวกัน จึงน่าจะเป็นเรื่องที่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงานยิ่งกว่า

4) ความหมายของการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติในที่นี้ ไม่อาจแปลความได้ว่า หากลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการซึ่งทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เหนือกว่ามาตรฐานขั้นต่ำตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นไร ผู้ประกอบกิจการก็ต้องดำเนินการให้ลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการนั้นเช่นเดียวกัน เพราะต้องไม่ลืมนึกว่าระหว่างผู้ประกอบกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงนั้น แท้จริงแล้วมิได้มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานต่อกัน แต่เป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเท่านั้น การจะขอบังคับให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องมีความรับผิดชอบและผูกพันต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงดังเช่นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเอง ย่อมเป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้อง เพราะแม้แต่กรณีที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเอง ก็ยังอาจได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลากับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลา เป็นต้น เนื่องจากกรณีลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้น เป็นลูกจ้างที่จ้างเป็นครั้งคราว เป็นการจ้างเฉพาะกิจ นายจ้าง

อาจตกลงกับลูกจ้าง กำหนดเงื่อนไขการจ้างเฉพาะราย มีสวัสดิการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ก็ได้ อีกทั้งบทบัญญัติในเรื่องการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัตินี้ก็ถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ในการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานเท่านั้น ในขณะที่ความรับผิดชอบและความผูกพันระหว่างผู้ประกอบการกิจการกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงนั้น เป็นเรื่องของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งอาจจะมากกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานก็ได้ นอกจากนี้ การที่คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” นี้ เป็นส่วนหนึ่งของ “สภาพการจ้าง” ซึ่งมีความหมายว่า เงื่อนไขการจ้าง หรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน ฉะนั้น การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติในที่นี้ จึงควรหมายถึง การดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง และการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ได้รับสภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน ด้วย

2.2 การแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมาย

จากการศึกษาหลักการของกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง ตามแนวทางของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศและมาตรฐานระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้อง รวมถึงกฎหมายต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อขจัดปัญหาที่เกิดจากการใช้และการตีความกฎหมายตามบทบัญญัติที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ควรมีการกำหนดมาตรการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง โดยมีการกำหนดบทบัญญัติเพิ่มเติมเพื่อให้เกิดความชัดเจนในการใช้กฎหมายและประสิทธิภาพในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมากยิ่งขึ้น พร้อมกันนี้ ขอเสนอแนวคิดการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงโดยรอบด้าน นอกเหนือจากมาตรการในระนาบของการคุ้มครองสิทธิต่างๆที่ลูกจ้างพึงได้รับในการจ้างงานและการทำงาน ดังเช่นที่ใช้บังคับในปัจจุบัน โดยเห็นสมควรให้กำหนดมาตรการเพิ่มเติมในระนาบของการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง และการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อให้สามารถจัดการกับปัญหาที่เกิดจากการนำระบบการจ้างเหมาค่าแรงเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในปัจจุบันและอนาคตได้อย่างมีประสิทธิภาพ

โดยในการจัดทำกฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรงนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการออกเป็นกฎกระทรวงซึ่งเป็นการออกตามความในมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติ

คุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ทั้งนี้ จะต้องมีกรออกพระราชกฤษฎีกาเพิ่มเติมเพื่อกำหนด “งานรับเหมาค่าแรง” ให้มีการคุ้มครองให้แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แล้วจึงออกกฎกระทรวงต่อไป เนื่องจากแนวทางในการออกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงนี้จะทำให้มาตรการดังกล่าวสามารถใช้อย่างรวดเร็วและทันต่อสถานการณ์ในปัจจุบัน นอกจากนี้ เพื่อป้องกันมิให้หลักการตามกฎกระทรวงมีเนื้อหาขัดแย้งกับบทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการจ้างเหมาค่าแรง ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขเนื้อหาในส่วนของมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 และกำหนดใหม่ให้มีเนื้อหาที่แสดงถึงลักษณะความเป็นรูปแบบการจ้างงานชั่วคราวระยะสั้นของระบบการจ้างเหมาค่าแรง โดยกำหนดไว้ในมาตรา 11/1 วรรคท้าย ความว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ ในความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ทั้งนี้ การจ้างเหมาค่าแรงตามวรรคหนึ่ง จะกระทำได้เฉพาะกรณีเป็นงานชั่วคราวเท่านั้น”

การออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดมาตรการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ก็เพื่อแก้ไขปัญหาการใช้และการตีความกฎหมายตามบทบัญญัติที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน รวมถึงป้องกันมิให้บุคคลที่ไม่มีความมั่นคงทางการเงินและไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเป็นผู้รับเหมาค่าแรงอย่างแท้จริง ใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อแสวงประโยชน์อันมิชอบ และเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การจ้างงานในระบบการจ้างเหมาค่าแรงมากเกินไป เนื่องจากการจ้างงานรูปแบบนี้มีข้อดีในด้านของความยืดหยุ่นซึ่งช่วยให้ผู้ประกอบกิจการสามารถปรับเปลี่ยนหรือลดกำลังแรงงานได้อย่างคล่องตัว และยังช่วยลดต้นทุนของกิจการได้เป็นอย่างมาก จึงถือเป็นรูปแบบการจ้างงานที่มีประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจอยู่บ้าง และในต่างประเทศแทบทุกประเทศก็มีการใช้กันอย่างแพร่หลายมานานแล้ว ฉะนั้น จึงควรมีการส่งเสริมให้เป็นรูปแบบการจ้างงานทางเลือก เพื่อประโยชน์ทั้งแก่ฝ่ายผู้ประกอบกิจการและฝ่ายลูกจ้างด้วย มิใช่กลายเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบ

กิจการนำเอาระบบการจ้างเหมาค่าแรงมาทดแทนการจ้างลูกจ้างโดยสัญญาจ้างตามปกติ โดยในเนื้อหาของกฎกระทรวงจะต้องมีประเด็นดังนี้คือ

ก. ความหมายของการจ้างเหมาค่าแรง

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการกำหนดนิยามความหมายที่ชัดเจนของการจ้างเหมาค่าแรง โดยพิจารณาตามแนวทางของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ซึ่งกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน มาตรา L.1251-1 ว่า การจ้างเหมาค่าแรงคือ การที่บริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัด และหลักการของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งถือว่าการจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะพื้นฐานเป็นสัญญาเช่าประเภทหนึ่งคือการให้เช่าลูกจ้าง โดยมีคู่สัญญาสามฝ่ายเข้ามาเกี่ยวข้อง ได้แก่ ผู้ให้เช่า ผู้เช่า และลูกจ้างที่ถูกเช่า ซึ่งผู้ให้เช่าผูกพันตนที่จะต้องจัดหาลูกจ้างที่เหมาะสมให้แก่ผู้เช่า โดยที่ผู้เช่าไม่ต้องมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างที่ถูกเช่า แม้ลูกจ้างดังกล่าวจะทำงานให้แก่ผู้เช่าภายใต้การควบคุมของผู้เช่าเหมือนกับลูกจ้างอื่นๆของผู้เช่าก็ตาม ผู้ให้เช่ายังคงเป็นนายจ้างของลูกจ้างอยู่ตลอดระยะเวลาที่เช่า และนิติสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง ซึ่งเกิดขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้เช่าที่ประสงค์จะได้ลูกจ้างเข้ามาทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของตน ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องหาลูกจ้างมาให้แก่ผู้เช่าในช่วงเวลาที่ตกลงกัน และผู้เช่าตกลงจะจ่ายค่าเช่าเป็นการตอบแทน นอกจากนี้ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษคือ พระราชบัญญัติตัวแทนการจ้างงาน ค.ศ.1973 (Employment Agencies Act 1973) ก็มีการนิยามความหมายของการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงไว้ในมาตรา 13(3) ว่าหมายถึง การรับดำเนินการจัดหาลูกจ้างเพื่อจัดส่งเข้าไปทำงานให้แก่บุคคลอื่น โดยที่บุคคลอื่นนั้นเป็นผู้ที่มีอำนาจในการควบคุมหรือบังคับบัญชาการทำงานของลูกจ้าง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

ข้อ 2 “งานจ้างเหมาค่าแรง หมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย คือ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาและจัดส่งลูกจ้างของตนไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบการ โดยที่ผู้ประกอบการนั้นเป็นผู้มีอำนาจควบคุมดูแลการทำงานของลูกจ้างดังกล่าว และเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการทำงานผู้ประกอบการเป็นผู้จัดหา”

ข. ความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างของผู้ประกอบกิจการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า เพื่อขจัดความสับสนเกี่ยวกับลักษณะอันเป็นสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของการจ้างเหมาค่าแรง พร้อมทั้งลดแรงกดดันเพื่อมิให้ผู้ประกอบกิจการพยายามแสวงหาหนทางหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยประการอื่น เป็นต้นว่าการใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงโดยแสดงออกหรือบิดเบือนว่าเป็นการจ้างทำของ จึงควรมีการกำหนดถึงความรับผิดชอบของฝ่ายผู้รับเหมาค่าแรงด้วย นอกเหนือจากการสร้างระบบความรับผิดชอบที่ดูประหนึ่งว่าเป็นกรณีที่ทำให้ผู้ประกอบกิจการมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างแต่เพียงลำพัง เพื่อให้สามารถเข้าใจว่า บทบัญญัติในเรื่องนี้เป็นการกำหนดความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบกิจการในฐานะที่เป็นบุคคลที่ได้รับประโยชน์จากแรงงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง อันเป็นการกำหนดให้มีบุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างอีกคนหนึ่ง โดยที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ยังคงมีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงซึ่งเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงอยู่ เพื่อแสดงถึงการให้หลักประกันแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกชั้นหนึ่ง มิใช่การกำหนดความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างให้แก่ผู้ประกอบกิจการเพียงลำพังแต่อย่างใด ซึ่งจากการศึกษาในประเด็นเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามกฎหมายต่างประเทศ ก็พบว่าไม่มีกฎหมายของประเทศใดที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจะต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างเพียงลำพัง แต่มีการกำหนดถึงความรับผิดชอบของผู้รับเหมาค่าแรงด้วย

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

ข้อ 3 “ให้ผู้ประกอบกิจการที่ได้ใช้ลูกจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทำงานในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของตน มีความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัตินี้ต่อลูกจ้างดังกล่าวเช่นเดียวกันกับผู้รับเหมาค่าแรงทุกประการ”

ค. มาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามหลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ

ในเรื่องนี้ผู้เขียนเห็นว่า คำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ตามบทบัญญัติมาตรา 11/1 วรรคสองนั้น เป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอันเกี่ยวกับการจ้างงานและการทำงานที่ลูกจ้างพึงได้รับตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน โดยมีความหมายว่า เป็นค่าตอบแทน หรือรางวัลที่นายจ้างจ่ายให้แก่พนักงานหรือลูกจ้าง ทั้งที่เป็นตัวเงินและไม่เป็นตัวเงิน เพื่อเสริมสร้างขวัญกำลังใจ และอำนวยความสะดวกในการปฏิบัติงาน ตลอดจนช่วยเสริมสร้างความมั่นคงในการดำรงชีวิตแก่ลูกจ้าง เช่น ค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา เบี้ยขยัน ค่ากะ ค่าอาหาร ค่าครองชีพ หอพัก สิทธิในการได้หยุดพักผ่อนประจำปีเพิ่มขึ้นตามอายุงาน สิทธิการได้รับเงินโบนัส หรือ

เงินพิเศษอื่น การได้โดยสารถรับส่งที่นายจ้างจัดให้ การได้รับชุดทำงานจากนายจ้าง เป็นต้น การใช้ถ้อยคำดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่ขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นเรื่องของการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการจ้างงานเท่านั้น อีกทั้งเมื่อคำนึงถึงการไม่มีนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างแรงงานต่อกันระหว่างผู้ประกอบการกิจการกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และข้อเท็จจริงที่ว่า แม้แต่กรณีที่เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงของผู้ประกอบการกิจการเอง ก็ยังอาจได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน เช่น ระหว่างลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบไม่มีกำหนดเวลากับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแบบมีกำหนดเวลา เป็นต้น ดังนี้ จึงทำให้ยากก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

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 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องมีหน้าที่ดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการอย่างเป็นธรรม โดยไม่เลือกปฏิบัติ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีเนื้อหาในลักษณะที่เป็นการเรียกร้องให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เฉพาะในเรื่องที่เป็นด้านดีหรือในแง่ของประโยชน์จากการทำงานที่ลูกจ้างควรจะได้รับเท่านั้น เนื่องจากถ้อยคำดังกล่าวมิได้ครอบคลุมถึงเงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ซึ่งถือเป็นสภาพการจ้างในด้านอื่นๆ ด้วยแต่อย่างใด ซึ่งก็เท่ากับหมายความว่า การใช้ถ้อยคำดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ประกอบการสามารถดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสภาพการจ้างในเรื่องอื่นๆ เช่น เงื่อนไขการจ้างหรือการทำงาน หรือกำหนดวันและเวลาทำงาน ในลักษณะที่เป็นการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้

จากการศึกษามาตรการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกัน ตามหลักการของกฎเกณฑ์ของรัฐสภาและคณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยการจ้างเหมาค่าแรง พบว่าเป็นการให้ความคุ้มครองเกี่ยวกับเงื่อนไขและสภาพการจ้างพื้นฐาน โดยมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าเป็นการคุ้มครองในเรื่องเวลาการทำงาน การทำงานล่วงเวลา ช่วงเวลาพัก การทำงานในเวลากลางคืน วันหยุดและวันหยุดราชการ และในเรื่องเกี่ยวกับค่าจ้าง และตามหลักการของกฎหมาย

ต่างประเทศ ทั้งประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศอังกฤษ ต่างก็ล้วนเป็นการกำหนดอย่างชัดเจนว่า เป็นการคุ้มครองในเรื่องค่าจ้างและสภาพการจ้างพื้นฐานที่เกี่ยวกับการทำงาน ซึ่งตามกฎหมายไทยถ้อยคำดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีความหมายกว้าง โดยคำว่า “สิทธิประโยชน์และสวัสดิการ” ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของ “สภาพการจ้าง” ด้วยเช่นกัน ดังนั้น จึงควรมีการกำหนดเพิ่มเติมให้ชัดเจนว่า การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติในที่นี้ หมายถึง การดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้มีสภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

ข้อ 4 “ให้ผู้ประกอบกิจการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสภาพการจ้างที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน”

ง. การควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

เนื่องจากถ้อยคำตามบทบัญญัติมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2551 ที่ใช้บังคับในปัจจุบัน ได้ก่อให้เกิดความเข้าใจที่เปลี่ยนแปลงไปเกี่ยวกับลักษณะความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง กล่าวคือ ถ้อยคำที่ว่า “โดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม” ทำให้เข้าใจว่า การจ้างเหมาค่าแรงตามนัยแห่งบทบัญญัติมาตรา 11/1 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ประกอบกิจการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานให้แก่ตน โดยคนที่มาทำงานนั้นจะมีสถานะเป็นลูกจ้างของบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากผู้ประกอบกิจการให้จัดหาคนมาทำงานในสถานประกอบการด้วยหรือไม่ก็ตาม ดังนี้ จึงเท่ากับ ไม่ได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่า คนที่ถูกจัดหามาทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการนั้น มีฐานะเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาค่าแรงแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงอาจทำให้บุคคลที่ไม่มีความมั่นคงทางการเงินซึ่งเห็นประโยชน์จากช่องทางดังกล่าว หันมาประกอบธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรงกันมากขึ้นเพื่อแสวงประโยชน์จากการหักหัวคิวคนงานเพียงอย่างเดียว เพราะเข้าใจว่าไม่ต้องมีความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีกต่อไป เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดให้โอนความรับผิดชอบในฐานะนายจ้างทั้งหมดไปสู่ผู้ประกอบกิจการที่ได้ใช้การจ้างเหมาค่าแรงแต่เพียงผู้เดียวแล้ว

ดังนั้น จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหันมาพิจารณาและให้ความสำคัญกับความสัมพันธ์ระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรงด้วย เพราะอย่างไรเสีย

ความสัมพันธ์ดังกล่าวก็มีความเกี่ยวข้องอย่างแยกไม่ออกกับระบบการจ้างเหมาค่าแรง ซึ่งหากไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวก็จะทำให้สูญเสียสาระสำคัญของนิติสัมพันธ์ในเชิงของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไป อันอาจส่งผลให้มีการบิดเบือนลักษณะของการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไปสู่สัญญารูปแบบอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกัน ฉะนั้น การกำหนดมาตรการในระนาบของการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง นอกเหนือจากมาตรการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่ใช้บังคับอยู่ อาจเป็นการช่วยยับยั้งมิให้มีการจ้างเหมาค่าแรงโดยมีลักษณะเป็นการเอาัดเอาเปรียบลูกจ้างได้อีกทางหนึ่ง

โดยมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงที่ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะมีความเหมาะสม ได้แก่ มาตรการตามกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรงของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งมีหลักการว่า บริษัทที่ประสงค์จะดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงจะต้องขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐ โดยหน่วยงานดังกล่าว มีภารกิจหลักอันเกี่ยวข้องเนื่องกับการจ้างเหมาค่าแรง คือ

1) การพิจารณาออกใบอนุญาต

ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงนั้น หากปรากฏว่าผู้ขออนุญาตประกอบกิจการเคยมีประวัติในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง หรือมีการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานและการประกันสังคม หน่วยงานของรัฐมีอำนาจออกคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตประกอบกิจการให้ได้ แต่ในกรณีที่ได้ออกใบอนุญาตให้ประกอบกิจการแล้ว ก็ยังมีอำนาจเพิกถอนได้ หากผู้ได้รับอนุญาตไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด โดยการอนุญาตนี้มีลักษณะเป็นการชั่วคราว คือ ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการที่ออกให้ครั้งแรกจะสามารถใช้ได้จำกัดเพียงหนึ่งปี หากยังดำเนินกิจการอยู่เกินกว่าหนึ่งปีก็ต้องไปขออนุญาตใหม่เป็นรายปี โดยหากมีการขออนุญาตประกอบกิจการชั่วคราวติดต่อกันรวมสามครั้งแล้วการขออนุญาตครั้งต่อไปจึงจะกลายเป็นการอนุญาตแบบไม่จำกัดระยะเวลา อย่างไรก็ตาม หากมีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดก็สามารถถูกเพิกถอนใบอนุญาตได้เช่นกัน

2) การกำกับดูแลการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรง

นอกจากหน้าที่ในการพิจารณาเพื่อออกใบอนุญาตประกอบกิจการรับเหมาค่าแรงแล้ว หน่วยงานของรัฐจะต้องมีหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การกำกับดูแลการดำเนินกิจการรับเหมาค่าแรงให้เป็นไปโดยเรียบร้อย ซึ่งหากมีการดำเนินกิจการโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ก็ทรงไว้ซึ่งอำนาจในการเพิกถอนการดำเนินการที่ไม่ถูกต้องนั้น รวมถึงอำนาจในการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการด้วย

การกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงโดยใช้ระบบการขออนุญาตและการกำกับดูแลโดยหน่วยงานของรัฐดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า จะช่วยให้สามารถป้องกันมิให้บุคคลที่ไม่มีความมั่นคงทางการเงินและไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะเป็นผู้รับเหมาค่าแรงอย่างแท้จริง ใช้ระบบการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อแสวงประโยชน์อันมิชอบ เนื่องจากระบบการออกใบอนุญาตตามแนวทางนี้เป็นการบังคับว่า ผู้ที่จะประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงนั้นจะต้องเป็นนิติบุคคลซึ่งได้ดำเนินการขออนุญาตประกอบกิจการจากรัฐแล้ว ย่อมเป็นหลักประกันแก่ลูกจ้างที่ดีกว่าการเป็นเพียงบุคคลธรรมดา และการมีหน่วยงานของรัฐซึ่งมีอำนาจกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของผู้รับเหมาค่าแรง ยังช่วยให้สามารถตรวจสอบและทราบข้อมูลเกี่ยวกับผู้ประกอบการรับเหมาค่าแรงแต่ละรายได้ ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้มีการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงอันมีลักษณะเป็นการเอาัดเอาเปรียบลูกจ้าง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

ข้อ 5 “ผู้ประสงค์จะประกอบธุรกิจเป็นผู้รับเหมาค่าแรง จะต้องเป็นนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีแล้วเท่านั้น ในการนี้ รัฐมนตรีมีอำนาจที่จะไม่อนุญาตได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ขออนุญาตเคยมีประวัติในการกระทำผิดกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างเหมาค่าแรง หรือมีการฝ่าฝืนกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานและการประกันสังคม หรือมีฐานะทางการเงินไม่มั่นคง และทรงไว้ซึ่งอำนาจเพิกถอนการอนุญาต หากผู้ได้รับอนุญาตกระทำการอันฝ่าฝืนกฎหมายหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไม่ว่าเวลาใด ๆ หนึ่ง การอนุญาตนี้ให้ผลใช้ได้เพียง 1 ปี เว้นแต่ผู้ขออนุญาตรายเดิมได้ดำเนินการขออนุญาตติดต่อกันจนครบ 3 ปี ให้การอนุญาตครั้งต่อไปมีผลโดยไม่มีกำหนดเวลา”

จ. การกำหนดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ในปัจจุบัน กฎหมายไทยมิได้มีแนวความคิดการกำหนดมาตรการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง โดยวิธีการจำกัดมูลเหตุในการทำสัญญา ส่งผลให้ผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้อย่างกว้างขวางและแพร่หลาย โดยไม่จำกัดลักษณะของงานหรือความจำเป็นแท้จริงในการดำเนินธุรกิจ จึงทำให้มีการแพร่หลายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในงานทุกส่วน ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของกิจการ ไม่เว้นแม้แต่ในงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ ซึ่งถือเป็นงานส่วนสำคัญของกระบวนการผลิตหรือธุรกิจและเป็นงานส่วนที่มีลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงทำงานอยู่จำนวนมาก โดยผู้ประกอบการอาจใช้วิธีการปลดลูกจ้างประจำออกแล้วแทนที่ด้วยลูกจ้าง

รับเหมาค่าแรง หรืออาจยื่นเงื่อนไขเพื่อให้เปลี่ยนแปลงสถานะจากลูกจ้างโดยสัญญาจ้างแรงงานตามปกติมาเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง

ปรากฏการณ์เช่นนี้ ทำให้ในสถานประกอบการเต็มไปด้วยลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งจะเกิดปัญหาต่อระบบแรงงานเป็นอย่างมาก หากปรากฏว่าในสถานประกอบการใดมีจำนวนลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมากกว่าลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง เพราะนอกจากจะส่งผลให้มีจำนวนลูกจ้างในระบบการจ้างงานที่ไม่มีความมั่นคงนี้เพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ ในระบบแรงงานแล้ว ยังทำให้กระทบต่อสิทธิของลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่ยังคงเหลืออยู่ในสถานประกอบการด้วย กล่าวคือ หากสถานประกอบการมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจำนวนมากจนกลายเป็นลูกจ้างส่วนใหญ่ ซึ่งโดยทั่วไปลูกจ้างเหล่านี้ไม่อาจเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานภายในสถานประกอบการได้ ย่อมทำให้สหภาพแรงงานมีขนาดเล็กลง ส่งผลให้มีอำนาจในการต่อรองน้อยลงตามไปด้วย จนในที่สุดนายจ้างก็จะไม่ให้ความสำคัญอีกต่อไป นอกจากนี้ ยังปรากฏอีกด้วยว่าผู้ประกอบการสามารถไปทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมาทำงานทดแทนลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่กำลังหยุดงานประท้วง กรณีเช่นนี้ กิจการของนายจ้างก็ยังคงสามารถดำเนินต่อไปได้ตามปกติ นายจ้างจึงไม่ได้รับผลกระทบจากการหยุดงานประท้วงของพนักงาน เพราะมีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้ามาทำงานแทน ส่งผลให้กระบวนการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงานสัมพันธไม้อาจบรรลุผลได้

ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ นำแนวคิดในการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงตามแนวทางของกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้บังคับ โดยมีหลักการพื้นฐานที่ต้องคำนึงถึงคือ การจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้ในบางโอกาสหรือบางสถานการณ์อย่างมีข้อจำกัด และภายใต้มูลเหตุและความจำเป็นชั่วคราว นอกจากนี้ การจ้างงานด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนี้จะต้องไม่ใช่การจ้างเพื่อไปทำงานในกิจการอันเป็นวัตถุประสงค์หลักของบริษัทหรือในงานทั่วไป และงานที่บริษัทต้องทำเป็นประจำ แต่บริษัทผู้ประกอบการจะใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ในงานอันมีลักษณะเฉพาะและเป็นการชั่วคราวเท่านั้น

ดังนั้น จึงต้องกำหนดหลักการสำคัญคือ การห้ามมิให้นำเอางานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรืองานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ มาทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อไปทำงานประจำในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัท และกำหนดสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้นซึ่งอนุญาตให้กิจการสามารถใช้การจ้างเหมาค่าแรงได้ ซึ่งเป็นไปตามหลักการที่กำหนดให้การจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้ในบางโอกาสหรือบางสถานการณ์อย่างมีข้อจำกัด และภายใต้มูลเหตุและความจำเป็นชั่วคราวนั้น เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงถูกใช้อย่างจำกัดเฉพาะในงานที่เกิดขึ้น

บางครั้งบางคราวหรือเป็นงานชั่วคราวในบริษัทของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งประกอบด้วย 3 กรณี ได้แก่

1) เพื่อเป็นการทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการ

ตามกฎหมายแรงงานฝรั่งเศส ลูกจ้างโดยทั่วไปจะถูกจ้างด้วยสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา ส่วนการจ้างแบบมีกำหนดเวลานั้นถือเป็นข้อยกเว้นซึ่งสามารถทำได้ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมาย รวมถึงการจ้างด้วยวิธีการเหมาค่าแรงนี้ด้วย ดังนี้ ลูกจ้างตามปกติของสถานประกอบการจึงหมายถึงลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลา

การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างของสถานประกอบการนี้ สามารถทำได้ในกรณีเพื่อทดแทนลูกจ้างที่หยุดงาน หรือเพื่อทดแทนลูกจ้างที่สัญญาจ้างแรงงานระบุลงชั่วคราว หรือเพื่อทดแทนในกรณีที่ลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่งนั้นได้ลาออกไปก่อนที่จะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้น ซึ่งบริษัทจะต้องยุบหรือยกเลิกตำแหน่งดังกล่าวภายใน 24 เดือนนับแต่วันที่ลูกจ้างได้ลาออกไป นั้นหมายความว่า สถานประกอบการสามารถใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเพื่อทดแทนลูกจ้างในกรณีเพื่อรอการยุบเลิกตำแหน่งนั้นได้ไม่เกิน 24 เดือน ทั้งนี้ จะต้องมีการปรึกษากับคณะกรรมการแรงงานหรือตัวแทนสหภาพแรงงานด้วย นอกจากนี้ ในกรณีที่ตำแหน่งงานใดว่างลงกฎหมายก็อนุญาตให้สามารถจ้างลูกจ้างเหมาค่าแรงมาทำงานในตำแหน่งดังกล่าวในระหว่างที่สถานประกอบการกำลังสรรหาลูกจ้างตามสัญญาจ้างที่ไม่มีกำหนดเวลารายใหม่มาทำงานในตำแหน่งนั้น

2) กรณีที่สถานประกอบการมีกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเป็นการชั่วคราว

คือการจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานที่เพิ่มขึ้นมากกว่าปกติ อันเป็นความจำเป็นเร่งด่วนที่บริษัทจะต้องเพิ่มกำลังการผลิตเป็นการชั่วคราว ซึ่งครอบคลุมสาเหตุทุกประการที่บริษัทจะต้องเพิ่มกำลังการผลิต

3) เพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้

หมายถึง การจ้างเหมาค่าแรงเพื่อมาทำงานใดๆที่มีเฉพาะตามฤดูกาล จึงไม่อาจจ้างลูกจ้างปกติได้ ซึ่งอาจเป็นลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลโดยธรรมชาติ อาทิ งานในภาคเกษตรกรรม ธุรกิจเกี่ยวกับการเกษตรหรืออาหาร และธุรกิจท่องเที่ยว เป็นต้น หรือลักษณะของงานที่มีตามฤดูกาลในทางการบริหารแรงงาน เช่น งานที่บริษัทต้องทำทุกๆปีในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามวันที่กำหนดแน่นอนหรือตามช่วงฤดูกาล ส่วนงานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยพระราชกำหนดหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้ นั้น ตัวอย่างเช่น งานพิเศษในโรงแรมหรือภัตตาคาร เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง
ดังนี้

ข้อ 6 “ห้ามมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานปกติของธุรกิจหรือการค้า หรือ
งานประจำที่ต้องทำต่อเนื่องโดยตลอดตามปกติในทางธุรกิจการค้าของกิจการ เว้นแต่ในกรณี
ดังต่อไปนี้

(1) การทดแทนลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรงที่หยุดงาน หรือสัญญาจ้างแรงงาน
รับลงชั่วคราวอันมิใช่เพราะข้อพิพาทแรงงาน

(2) กรณีที่สถานประกอบการมีกำลังการผลิตเพิ่มขึ้นเป็นการชั่วคราว

(3) เพื่อทำงานที่มีตามฤดูกาลหรืองานในบางกิจการที่ถูกกำหนดโดยบทบัญญัติของ
กฎหมายหรือข้อตกลงร่วม ว่ากรณีดังกล่าวจะจ้างลูกจ้างปกติไม่ได้”

ฉ. การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและการกำหนด
ข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง

ปัญหาในเรื่องนี้คือ ในการใช้บริการจ้างเหมาค่าแรงโดยทั่วไปนั้น ผู้ประกอบกิจการจะ
ทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงแบบมีกำหนดเวลา ซึ่งมักจะกำหนดเป็นช่วงเวลา
สั้นๆ เป็นผลให้เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญา การทำงานของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ต้อง
สิ้นสุดลง หากผู้ประกอบกิจการต้องการใช้แรงงานของลูกจ้างดังกล่าวต่อไป ก็จะทำสัญญาจ้าง
เหมาค่าแรงกับผู้รับเหมาค่าแรงไปเรื่อยๆ ในทางกลับกัน หากผู้ประกอบกิจการไม่ประสงค์จะให้
ลูกจ้างนั้นทำงานต่อไปเมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ผู้ประกอบกิจการก็จะไม่ทำการ
ต่อสัญญาอีก ดังนี้ จึงแสดงให้เห็นถึงการขาดความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างในระบบนี้ ซึ่งมี
โอกาสในการทำงานโดยขึ้นอยู่กับความพึงพอใจของผู้ประกอบกิจการ

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบกิจการในปัจจุบันยังได้ซ้ำเติมให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ต้อง
ตกอยู่ในภาวะที่ไม่มีความมั่นคงในการทำงานอย่างไม่รู้จบอีกโสดหนึ่งด้วย โดยมักปรากฏใน
หลายกรณีว่า ผู้ประกอบกิจการจะทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงราย
เดียวกัน ในลักษณะที่ให้ทำงานติดต่อกันเป็นระยะเวลายาวนาน เพื่อทดแทนการจ้าง
ลูกจ้างประจำตามสัญญาจ้างโดยตรง โดยมีการต่อสัญญากันหลายฉบับต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ
ดังนี้ ความลึกลับของการจ้างงานตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงเป็นเรื่องที่ไม่อาจคาดหมายได้
เพราะมีลักษณะคล้ายกับการจ้างบนพื้นฐานของการจ้างงานแบบประจำ กรณีเช่นนี้ ย่อมทำให้
ลูกจ้างดังกล่าวคาดหมายว่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาแล้ว ตนเองจะยังคงได้ทำงาน
ต่อไปดังเช่นที่เคยปฏิบัติกันมา ซึ่งหากไม่เป็นเช่นนั้น ลูกจ้างก็ไม่อาจหางานใหม่ได้ทัน ซึ่งจะส่งผล
ถึงคุณภาพชีวิตและครอบครัวของลูกจ้างดังกล่าวด้วย

ดังนี้ เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถทราบได้ว่า สัญญาจะสิ้นสุดลงเมื่อใดอย่างแน่นอน รวมถึงเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงรายเดียวกันอย่างต่อเนื่องยาวนานเกินไปจนมีลักษณะเหมือนเป็นการจ้างงานแบบประจำ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้นำแนวคิดเรื่องการควบคุมกำหนดเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและการกำหนดข้อจำกัดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้ง ตามแนวทางของกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้บังคับ โดยประกอบด้วยหลักการสำคัญ 3 ประการ คือ

1) หลักการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญา

เนื่องจากแนวคิดที่ว่า สัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้นมีความเชื่อมโยงอย่างเหนียวแน่นกับสัญญาจ้างแรงงานระหว่างผู้รับเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรับเหมาค่าแรง คือ ในการจ้างเหมาค่าแรงจะต้องประกอบด้วยสัญญาจ้างเหมาค่าแรงและสัญญาจ้างแรงงานควบคู่กันเสมอ ซึ่งกำหนดระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีอิทธิพลต่อกำหนดเวลาของสัญญาจ้างแรงงาน หากระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสิ้นสุดก็จะทำให้ระยะเวลาของสัญญาจ้างแรงงานสิ้นสุดลงไปด้วยเช่นกัน ดังนั้น ระยะเวลาของสัญญาจ้างเหมาค่าแรงจึงควรจะมีอย่างจำกัดและชัดเจน ซึ่งโดยทั่วไปกำหนดไว้ไม่เกิน 18 เดือน

2) หลักการจำกัดการต่อสัญญา

การกำหนดข้อจำกัดและเงื่อนไขในการต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงนั้น จะช่วยป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้วิธีการจ้างเหมาค่าแรงกับลูกจ้างรายเดียวติดต่อกันหลายครั้ง อันเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการใช้การจ้างงานในระบบจ้างเหมาค่าแรงนานเกินความจำเป็น ซึ่งหากไม่มีมาตรการในเรื่องหลังนี้ การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงก็ย่อมไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ เพราะผู้ประกอบกิจการสามารถทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยกำหนดระยะเวลาไม่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วก็ยังสามารถต่อสัญญาใหม่ได้อีกไปเรื่อยๆ โดยตามกฎหมายประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส อนุญาตให้สามารถต่อสัญญาจ้างเหมาค่าแรงได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น เพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเป็นระยะเวลายาวนานต่อเนื่องกันไปเรื่อยๆ และมีเงื่อนไขสำคัญคือ ระยะเวลาของสัญญาที่ต่อในภายหลังนี้ เมื่อรวมกับระยะเวลาตามสัญญาเดิมจะต้องไม่เกินกว่าระยะเวลาสูงสุดที่กฎหมายกำหนด และมูลเหตุในการทำสัญญาครั้งหลังนี้จะต้องมีลักษณะเดียวกันกับมูลเหตุตามสัญญาเดิม

3) หลักการเว้นระยะเวลาในการทำสัญญาใหม่

มาตรการที่กล่าวมาข้างต้น ทั้งการกำหนดระยะเวลาในการทำสัญญาจ้างเหมา ค่าแรง และการจำกัดการต่อสัญญา ล้วนเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบกิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงโดยใช้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงคนเดียวต่อเนื่องเป็นเวลายาวนานเกินความจำเป็น จึงอาจมีกรณีที่ผู้ประกอบกิจการจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานเดียวกันโดยเปลี่ยนตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไปเรื่อยๆ เพื่อป้องกันมิให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยการปฏิบัติลักษณะดังกล่าว ประมวลกฎหมายแรงงานฝรั่งเศสจึงได้กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการทำสัญญาจ้างเหมา ค่าแรงต่อเนื่องเป็นระยะเวลายาวนานในตำแหน่งงานเดียวกัน เพราะผู้ประกอบกิจการอาจจะหลีกเลี่ยงการจ้างลูกจ้างแบบประจำโดยใช้การจ้างเหมาค่าแรงในตำแหน่งงานนั้นต่อเนื่องเป็น ระยะเวลายาวนาน ซึ่งก็จะมีผลเหมือนกับการจ้างลูกจ้างแบบประจำ ดังนี้ จึงมีการกำหนดหลักเกณฑ์ คือ เมื่อระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลง ห้ามมิให้ผู้ประกอบกิจการทำ สัญญาจ้างเหมาค่าแรงหรือสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาแน่นอนในงานตำแหน่งเดียวกันนั้น ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่เป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในตำแหน่งนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่ จะผ่านพ้นช่วงเวลาซึ่งคิดเป็นหนึ่งในสามของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม ซึ่งในการ คำนวณดังกล่าว ให้นับเฉพาะวันที่เป็นวันทำงานตามปกติของสถานประกอบการนั้น

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการเปลี่ยนแปลงอัตราตามกฎหมาย ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส จาก 18 เดือน เป็น 1 ปี เพื่อให้สอดคล้องกับระบบการขออนุญาต ประกอบกิจการรับเหมาค่าแรง

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอให้ร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการควบคุมงานจ้างเหมาค่าแรง ดังนี้

ข้อ 7 “ระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงสามารถทำได้ไม่เกิน 1 ปี หรือต่อสัญญาได้เพียง 1 ครั้ง ทั้งนี้ ระยะเวลาของสัญญาที่ต่อในภายหลังนี้ เมื่อรวมกับระยะเวลา ตามสัญญาเดิมจะต้องไม่เกินกว่า 1 ปี และมูลเหตุในการทำสัญญาครั้งหลังนี้จะต้องมีลักษณะ เดียวกันกับมูลเหตุตามสัญญาเดิมด้วย”

ข้อ 8 “เมื่อระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิมได้สิ้นสุดลง ห้ามมิให้ผู้ประกอบ กิจการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในงานตำแหน่งเดียวกันนั้น ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนตัวบุคคลที่เป็น ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในตำแหน่งนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งนี้ เว้นแต่จะผ่านพ้นช่วงเวลาซึ่งคิดเป็นหนึ่ง ในสามของระยะเวลาตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงเดิม”

ข้อ 9 “การดำเนินการใดๆโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติตามกฎหมายกระทรวงนี้ ให้ผู้ประกอบ กิจการที่ดำเนินการดังกล่าวต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นนายจ้าง”

จากการที่ผู้เขียนได้เสนอถึงปัญหาเกี่ยวกับมาตรการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างรับเหมา
ค่าแรงตามกฎหมายที่ใช้บังคับในปัจจุบัน รวมถึงปัญหาที่เกิดจากการนำระบบการจ้างเหมา
ค่าแรงเข้ามาใช้ในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของประเทศไทย และความบกพร่องของกฎหมายที่
มิได้มีแนวคิดการกำหนดมาตรการในระนาบของการควบคุมการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงไว้
ตลอดจนแนวทางในการแก้ไขปัญหา ผู้เขียนหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ในอนาคตอันใกล้นี้จะมีการแก้ไข
เพิ่มเติมกฎหมาย เพื่อให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับการคุ้มครองโดยรอบด้านอย่างแท้จริง และ
เพื่อความมั่นคงในการทำงานของลูกจ้างทั้งหลายในระบบแรงงาน