

## ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมา ค่าแรง: ศึกษาเฉพาะกรณีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในภาคเอกชน<sup>1</sup>

สุทธิ วาจารย์<sup>2</sup>

จากการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในภาคเอกชน อันมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิวัฒนาการ ความเป็นมาและแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานและการจ้างเหมาแรงงาน และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง รวมถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสถานะ สิทธิหน้าที่และสวัสดิการของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง หน้าที่ของนายจ้าง และมาตรการลงโทษผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงาน ทั้งนี้ เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งการศึกษาดังกล่าวทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจในสิทธิมนุษยชน เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การแทรกแซงของรัฐ และการไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม อันเป็นแนวคิดทฤษฎีของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน รวมทั้งวิวัฒนาการของการจ้างเหมาแรงงานทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทย แนวคิดเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงาน และทฤษฎีเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงาน ซึ่งประกอบไปด้วยทฤษฎีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และหลักสัญญาจ้างแรงงาน ทำให้ทราบว่า การจ้างเหมาแรงงาน หรือการจ้างแรงงานรูปแบบพิเศษที่มีผู้ที่เกี่ยวข้องด้วยกัน 3 ฝ่าย ได้แก่ นายจ้างผู้ประกอบการ ผู้รับเหมาค่าแรง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง โดยนายจ้างผู้ประกอบการจะว่าจ้างผู้รับเหมาค่าแรงให้หาคนมาทำงานในสถานประกอบการของตน ซึ่งผู้รับเหมาค่าแรงก็จะจัดหาและส่งตัวลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเข้าไปทำงานในสถานประกอบการของนายจ้างผู้ประกอบการ ทั้งนี้ นายจ้างผู้ประกอบการมีหน้าที่เพียงจ่ายค่าจ้างให้แก่ผู้รับเหมาค่าแรง ส่วนผู้รับเหมาค่าแรงจะเป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเอง เดิมทีถูกนำมาใช้อย่างแพร่หลายโดยมีวัตถุประสงค์ในการช่วยลดต้นทุนการผลิตให้แก่นายจ้างผู้ประกอบการ เนื่องจากได้รับผลกระทบจากปัญหาทางเศรษฐกิจของประเทศ อีกทั้งยังเป็นการกระตุ้นให้มีการจ้างแรงงานมากขึ้น เป็นการเพิ่มโอกาสในการทำงาน และช่วยให้สามารถจัดปัญหาการว่างงานได้ นอกจากนี้ การจ้างเหมาแรงงานยังเป็นการเสริมสร้างให้เกิดการพัฒนาฝีมือของแรงงานอีกด้วย ในช่วงแรกสัญญาจ้างเหมาแรงงานจะมีลักษณะเป็นสัญญาที่มีกำหนดระยะเวลาสั้น ๆ หรือเป็นการจ้างแรงงานเพียงชั่วคราวเท่านั้น

---

<sup>1</sup> บทความนี้เรียบเรียงจากการศึกษาอิสระ เรื่อง ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง : ศึกษาเฉพาะกรณีลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในภาคเอกชน โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ รองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ประเสริฐ ตันศิริ และรองศาสตราจารย์ ดร.ปภาศรี บัวสวรรค์

<sup>2</sup> นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ต่อมาการจ้างเหมาแรงงานได้กลายเป็นที่นิยมอย่างมากสำหรับนายจ้างผู้ประกอบการ ซึ่งทำให้การจ้างเหมาแรงงานถูกนำมาใช้ภายใต้วัตถุประสงค์ที่เปลี่ยนแปลงไป กล่าวคือ การจ้างเหมาแรงงานถูกนำมาใช้เพื่อให้นายจ้างผู้ประกอบการได้ผลกำไรในจำนวนที่สูงที่สุดเท่าที่จะทำได้ โดยการลดต้นทุนด้านค่าใช้จ่ายในการจ้างแรงงาน เพราะหากผู้ประกอบการจ้างลูกจ้างโดยการทำสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างเอง นายจ้างผู้ประกอบการก็จะมีค่าใช้จ่ายในการสรรหาลูกจ้าง อีกทั้งยังต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดรวมถึงค่าใช้จ่ายในการจัดให้ลูกจ้างได้รับสวัสดิการที่เหมาะสม และหากลูกจ้างรวมตัวกันเรียกร้องให้มีสภาพการจ้างที่ดียิ่งขึ้น นายจ้างผู้ประกอบการก็อาจต้องยอมตามข้อเรียกร้องนั้นเพื่อป้องกันมิให้ลูกจ้างนัดการหยุดงานอันอาจส่งผลกระทบต่อกิจการของนายจ้างผู้ประกอบการ นายจ้างผู้ประกอบการจึงเลือกใช้การจ้างเหมาแรงงานเพื่อผลักภาระค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ไปให้แก่ผู้รับเหมาค่าแรง ทำให้นายจ้างผู้ประกอบการไม่ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แต่จะรับผิดชอบต่อลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรงเท่านั้น ซึ่งลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรง และลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มักได้รับค่าแรงที่ไม่เท่าเทียมกัน ยิ่งไปกว่านั้น ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอาจไม่ได้รับสิทธิ ประโยชน์ รวมถึงสวัสดิการเช่นเดียวกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรงอีกด้วย ทั้งที่ลูกจ้างทั้งสองประเภทนี้ได้ทำงานในลักษณะเดียวกันให้นายจ้างผู้ประกอบการ เช่นนี้ย่อมเกิดความไม่เป็นธรรมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ส่งผลให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงออกมาเรียกร้องสิทธิของตนเองเป็นจำนวนมาก

ประเทศไทยได้พยายามแก้ไขปัญหานี้มาโดยตลอด โดยมีการออกพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาใช้บังคับเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานโดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการและโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนที่มาทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ทั้งยังกำหนดให้ผู้ประกอบการมีหน้าที่ในการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติอีกด้วย และต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560 ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท

จากการศึกษาทำให้ทราบว่าแม้จะมีการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในภาคเอกชนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 5)

พ.ศ. 2560 ก็ตาม แต่มาตรการดังกล่าวยังขาดความชัดเจน ไม่สามารถบังคับใช้ได้มีประสิทธิภาพ ทำให้ไม่อาจก่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงและไม่สามารถจัดการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมได้ ซึ่งสามารถสรุปปัญหากฎหมายได้ดังต่อไปนี้

**ประเด็นปัญหาที่หนึ่ง** ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะมีการกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง แต่กฎหมายมิให้บัญญัตินิยามหรือให้ความหมายที่ชัดเจนของสัญญาจ้างเหมาแรงงานและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเอาไว้ มีเพียงการบัญญัติลักษณะของการดำเนินการรับเหมาค่าแรงเท่านั้น จึงทำให้นายจ้างผู้ประกอบกิจการอาศัยช่องว่างของกฎหมายในส่วนนี้ตีความว่าสัญญาจ้างที่ตนทำขึ้นนั้น ไม่ใช่สัญญาจ้างเหมาแรงงาน ทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

**ประเด็นปัญหาที่สอง** ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที และสวัสดิการของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ซึ่งเป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องมากจากปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง กล่าวคือ หากลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างรับเหมาค่าแรงของนายจ้างผู้ประกอบกิจการแล้ว ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องใด ๆ ต่อนายจ้างผู้ประกอบกิจการ และเนื่องจากสัญญาจ้างแรงงานมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทน เมื่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงไม่มีสิทธิเรียกร้องต่อนายจ้างผู้ประกอบกิจการแล้ว นายจ้างผู้ประกอบกิจการย่อมไม่มีหน้าที่ต่อลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเช่นกัน แต่เมื่อนายจ้างผู้ประกอบกิจการจะยอมรับสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรงว่าเป็นลูกจ้างของตนด้วยก็ตาม ก็ยังมีปัญหาต่อไปว่า งานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำให้แก่นายจ้างผู้ประกอบกิจการนั้นเป็นงานลักษณะเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานโดยตรงของนายจ้างผู้ประกอบกิจการหรือไม่ ซึ่งส่งผลต่อสิทธิ ประโยชน์ และสวัสดิการของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และแม้จะพิจารณาในความว่างงานที่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงทำให้แก่นายจ้างผู้ประกอบกิจการจะเป็นงานลักษณะเดียวกันกับที่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยตรงของนายจ้างผู้ประกอบกิจการแล้ว ก็ยังมีปัญหาต่อไปว่า สิทธิ ประโยชน์ และสวัสดิการที่นายจ้างผู้ประกอบกิจการต้องจัดให้แก่ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างเท่าเทียมกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยไม่เลือกปฏิบัติ นั้น ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถเรียกร้องได้มากน้อยเพียงใด

**ประเด็นปัญหาที่สาม** ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษนายจ้างผู้ประกอบกิจการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงานที่แม้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะมีการกำหนดบทลงโทษให้แก่ผู้ประกอบกิจการที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงเอาไว้แล้วก็ตาม แต่โทษดังกล่าวเป็นเพียงโทษปรับไม่เกิน 100,000 บาท ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบจำนวนเงินค่าปรับดังกล่าวกับจำนวนเงินที่นายจ้างผู้ประกอบกิจการจะต้องใช้ในการจัดการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงได้รับสิทธิ ประโยชน์ และสวัสดิการอย่างเป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติแล้ว จำนวนเงินที่นายจ้างผู้ประกอบ

กิจการจะต้องใช้ในการดำเนินการดังกล่าวอาจเป็นจำนวนเงินที่สูงกว่าจำนวนเงินค่าปรับมาก เช่นนี้ นายจ้าง ผู้ประกอบกิจการจึงเลือกที่จะกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว เพราะเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่า อีกทั้งการเสียค่าปรับดังกล่าวถือเป็นบทลงโทษทางอาญาในกรณีคดีมีโทษปรับสถานเดียว ซึ่งเมื่อนายจ้างผู้ประกอบกิจการยินยอมเสียค่าปรับจำนวน 100,000 บาท แก่พนักงานเจ้าหน้าที่ก่อนศาลพิจารณา คดีอาญาย่อมเลิกกัน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็ไม่ได้ได้รับความคุ้มครอง

จากการศึกษาค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ ค.ศ. 1958 อนุสัญญาฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงของประเทศไทย กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงของประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว ผู้ศึกษาขอเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาตามประเด็นปัญหาดังนี้

### 1. ปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ผู้ศึกษาเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยกำหนดนิยามของคำว่า “การจ้างเหมาแรงงาน” และ “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนและป้องกันการตีความที่แตกต่างกัน โดยอาจนำเอาลักษณะถ้อยคำตามกฎหมายแรงงานของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่บัญญัติว่า “การจ้างเหมาแรงงาน หมายถึง รูปแบบการจ้างงานที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย ได้แก่ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบกิจการ โดยบริษัทผู้รับเหมาค่าแรงทำหน้าที่จัดหาลูกจ้างเพื่อไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการ ซึ่งมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเฉพาะภายใต้ระยะเวลาอันมีจำกัด” หรือถ้อยคำตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยสำนักจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 ที่บัญญัติว่า “การให้บริการของสำนักจัดหางานเอกชน หมายถึง การที่สำนักจัดหางานเอกชนได้ดำเนินการว่าจ้างลูกจ้างไว้สำหรับให้แก่บุคคลฝ่ายที่สามตามที่ได้รับมอบหมาย ซึ่งบุคคลดังกล่าวจะเป็นกิจการที่ใช้บริการจากแรงงานของลูกจ้างอย่างแท้จริง” มาเป็นแนวทางในการบัญญัติความหมายของคำดังกล่าว

นอกจากนี้ ผู้ศึกษายังเห็นควรให้มีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการทำสัญญาจ้างเหมาแรงงานไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา เนื่องจากสัญญาจ้างเหมาแรงงานนั้นเป็นสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากสัญญาอื่น เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น และเพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในอีกระนาบหนึ่งเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส จึงควรกำหนดข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาแรงงาน เช่น ตามแนวทางของประเทศอังกฤษที่ห้ามมิให้ผู้รับเหมาค่าแรงจัดส่งลูกจ้างไปทำงานให้แก่ผู้ประกอบกิจการเพื่อทดแทนลูกจ้างประจำซึ่งกำลังหยุดงานประท้วง รวมถึงในกรณีเพื่อทำงานแทนลูกจ้างประจำซึ่งได้โยกย้ายไปปฏิบัติงานแทนลูกจ้างอีกคนหนึ่งที่กำลังหยุดงานประท้วงด้วย ทั้งนี้ ให้ใช้บังคับเฉพาะกรณีที่กระบวนการณ์หยุดงานของลูกจ้างเป็น

การชอด้วยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น หรือตามแนวทางของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสที่มีการกำหนดมูลเหตุในการทำสัญญาจ้างเหมาแรงงาน การกำหนดระยะเวลาสูงสุดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรง และการกำหนดข้อจำกัดในการทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงที่ต่อเนื่องกันหลายครั้งตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 3 ทั้งนี้ การพิจารณาแนวทางในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวย่อมเป็นไปตามแนวคิดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงของรัฐบาล ซึ่งจะต้องพิจารณาเลือกแนวทางที่เหมาะสมกับแนวคิดด้วย จึงจะสอดคล้องกัน

## 2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และสวัสดิการของลูกจ้างรับเหมาค่าแรง

ผู้ศึกษาเห็นควรให้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยกำหนดนิยามของคำว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ” และ “การเลือกปฏิบัติ” เพื่อให้เกิดความชัดเจนและป้องกันการตีความเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน

ทั้งนี้ ในการกำหนดนิยามของคำว่า “ส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ” ควรกำหนดให้หมายความรวมถึงงานที่มีลักษณะงานเป็นงานสนับสนุนงานหลัก ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่ง เพียงพอที่จะเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการด้วย

ส่วนการกำหนดนิยามของคำว่า “การเลือกปฏิบัติ” นั้น โดยอาจนำเอาลักษณะด้อยค่าตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ การจ้างงาน และการประกอบอาชีพ ค.ศ. 1997 ที่บัญญัติว่า “การเลือกปฏิบัติ ให้หมายรวมถึงความโดดเด่น ความแตกต่าง หรือลักษณะภายนอกใด ๆ ที่เกิดจากเชื้อชาติสีผิวเพศ ศาสนาความคิดเห็นทางการเมืองการกีดกันทางเชื้อชาติ หรือแหล่งกำเนิดทางสังคมซึ่งมีผลต่อการลดหรือทำให้ความเท่าเทียมกันของโอกาสหรือการปฏิบัติต่อการจ้างงานหรือการประกอบอาชีพ และความโดดเด่น ความแตกต่าง หรือลักษณะภายนอกอื่น ๆ ซึ่งมีผลกระทบต่อการลดหรือทำให้ความเท่าเทียมกันของโอกาสหรือการปฏิบัติต่อการจ้างงานหรือการประกอบอาชีพตามที่อาจถูกกำหนดโดยสมาชิกที่เกี่ยวข้องหลังจากที่ได้ปรึกษาหารือกับตัวแทนนายจ้าง องค์การแรงงานที่มีอยู่และหน่วยงานอื่นที่เหมาะสม แต่ความโดดเด่น ความแตกต่าง หรือลักษณะภายนอกใด ๆ สำหรับงานเฉพาะ โดยพิจารณาจากความต้องการโดยธรรมชาติไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ” ทั้งนี้เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมในทุกด้าน

## 3. ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการลงโทษนายจ้างผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงาน

ผู้ศึกษาเห็นควรเพิ่มโทษปรับให้มีจำนวนสูงขึ้น จาก 100,000 บาท เป็น 500,000 บาท หรือ กำหนดให้ศาลมีอำนาจสั่งให้นายจ้างผู้ประกอบการจ่ายค่าเสียหายเพิ่มขึ้นก็ได้อันมีลักษณะเป็นค่าเสียหายเชิงลงโทษ เพื่อให้ให้นายจ้างผู้ประกอบการกลับมาเคารพกฎหมายคุ้มครองแรงงาน และอาจเพิ่มโทษจำคุกผู้ประกอบการ แต่ในกรณีที่ผู้ประกอบการเป็นนิติบุคคลอาจต้องกำหนดให้ชัดเจนว่า โทษจำคุกนั้นจะ บังคับแก่ผู้ใด จะบังคับเอาแก่ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้น หรือผู้จัดการ อย่างไรก็ตามจากการศึกษามาตรการลงโทษของประเทศอังกฤษ ผู้ศึกษาเห็นว่า มีการลงโทษโดยการออกคำสั่งห้ามดำเนินธุรกิจหรือดำเนินกิจการอันเกี่ยวกับการจ้างเหมาแรงงานได้เป็นเวลาไม่เกิน 10 ปีในกรณีที่บุคคลนั้นประพฤติฝ่าฝืนข้อบังคับ หรือด้วยเหตุผลอื่นที่เหมาะสมอีกด้วย ซึ่งผู้ศึกษาเห็นควรให้รัฐนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้กับมาตรการของประเทศไทยด้วย โดยการออกคำสั่งให้นายจ้างผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงใช้วิธีการจ้างเหมาแรงงานในขั้นต้นเป็นเวลาไม่เกิน 10 ปี เนื่องจากเป็นมาตรการที่ทำให้เกิดผลกระทบต่อกิจการของนายจ้างผู้ประกอบการอย่างมาก และทำให้เกิดการลูกจ้างได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายมากขึ้น และอาจทำให้ผู้ประกอบการเกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำฝ่าฝืนบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้าง รับค่าเหมาแรง และกลับมาปฏิบัติตามบทบัญญัติดังกล่าว เช่นนี้จะช่วยลดความขัดแย้งระหว่างนายจ้างและลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และลดปริมาณคดีข้อพิพาทที่จะขึ้นสู่ศาลได้อีกด้วย

สำหรับกรณีนายจ้างผู้ประกอบการได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และนายจ้างผู้ประกอบการได้ถูกลงโทษโดยการถูกสั่งห้ามไม่ให้ใช้การจ้างแรงงานในรูปแบบการจ้างเหมาค่าแรงหรือใช้ชำระค่าปรับแล้ว แต่นายจ้างผู้ประกอบการเอกชนยังคงฝ่าฝืนบทบัญญัติในการให้ความคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอีก ผู้ศึกษาเห็นว่า กรณีเช่นนี้อาจมีคำสั่งให้เลิกกิจการได้ เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองแรงงานเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น การดำเนินกิจการที่ฝ่าฝืนความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนดังกล่าวย่อมไม่สามารถกระทำได้ แต่หากนำมาเป็นบทกำหนดโทษในขั้นต้น กล่าวคือ เมื่อมีการกระทำการฝ่าฝืนครั้งแรกแล้วสั่งเลิกกิจการทันที อาจเป็นโทษที่รุนแรงและส่งผลกระทบต่อการทำงานมากเกินไปจนสมควรจึงเห็นควรให้โอกาสนายจ้างผู้ประกอบการในการกลับแก้ไขการดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมายเสียก่อน

นอกจากนี้หากรัฐมีแนวคิดในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงอย่างเคร่งครัดก็อาจกำหนดให้มีการบังคับใช้มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงตามแนวทางของประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศสมาใช้บังคับก็ย่อมได้ โดยกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบธุรกิจทางด้านนี้จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขหลักสำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การดำเนินการตามหลักการดำเนินกิจการเฉพาะ (Exclusive Activity) หรือการผูกขาดกิจการรับเหมาค่าแรงให้ทำได้เฉพาะบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจรับเหมาค่าแรงเท่านั้น การดำเนินการตาม

หลักการรับรองสถานะทางการเงิน (Financial Guarantee) โดยกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องส่งเอกสารแสดงการรับรองสถานะทางการเงิน โดยสถาบันการเงิน รวมถึงจะต้องรายงานการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกี่ยวกับการรับรองสถานะทางการเงินต่อกระทรวงแรงงาน และการดำเนินการตามหลักการแถลงเบื้องต้น (Preliminary Declaration) โดยกำหนดให้ผู้รับเหมาค่าแรงต้องแถลงข้อมูลเกี่ยวกับกิจการของตนและกิจการของผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นลูกค้านั้น ๆ ต่อกระทรวงแรงงาน ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้จะทำการจ้างเหมาแรงงานไม่สามารถนำมาใช้ได้อย่างเสรี และถือเป็นการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงในขั้นต้นก่อนที่จะเข้าทำสัญญาจ้างเหมาค่าแรงอีกด้วย

อย่างไรก็ดี แม้จะมีการบัญญัติมาตรการในการลงโทษนายจ้างผู้ประกอบกิจการแล้ว แต่หากยังขาดมาตรการในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจากการใช้สิทธิเรียกร้องหรือยื่นข้อร้องเรียนต่อพนักงานผู้มีอำนาจ หรือยื่นฟ้องต่อศาลแรงงาน ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงก็อาจไม่สามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้อย่างอิสระ ผู้ศึกษาจึงเห็นควรให้กำหนดบทบัญญัติในการคุ้มครองลูกจ้างรับเหมาค่าแรงจากการใช้สิทธิดังกล่าว โดยห้ามมิให้นายจ้างผู้ประกอบกิจการและนายจ้างผู้รับเหมาค่าแรงกลั่นแกล้งหรือเลิกจ้างลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ได้ยื่นข้อร้องเรียนต่อพนักงานผู้มีอำนาจ หรือยื่นฟ้องต่อศาลแรงงาน เพื่อคุ้มครองให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงสามารถใช้สิทธิเรียกร้องที่ตนมีอยู่ได้อย่างเต็มที่และไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายนายจ้าง

## เอกสารอ้างอิง

กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม. คำชี้แจง พระราชบัญญัติ

คุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551.

กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน. “คำอธิบายการจ้างแรงงานตามมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติ

คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541.” 9 กุมภาพันธ์ 2559.

กิตติวิทย์ นิภานันท์ และรัฐกรณ์ นิภานันท์. “Outsource ผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและการจ้าง

แรงงาน.” วารสารข่าวกฎหมายใหม่, 16 (พฤษภาคม 2548): 34.

เกรียงไกร เจียมบุญศรี. “ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง ยิ่งแก้ง่าย.” วารสารกฎหมายใหม่, ปีที่ 6, ฉบับที่ 94,

(เมษายน 2551), หน้า 46-49.

วิจิตรา (พึงลัดดา) วิเชียรชม. คำอธิบายกฎหมายแรงงาน. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2558.

อานนท์ ชันโพธิ์น้อย. “สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553.

Discrimination (Employment and Occupation) Convention, C111, 1958.

Private Employment Agencies Convention, C181, 1997.

Private Employment Agencies Recommendation, R188, 1997.

Employment Agencies Act 1973.

Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses Regulations 2003.

French Labor Code.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2560.