

## ปฎิณกะกฎหมายแรงงาน : Automatic Unfair Dismissal

โดย นายอิสรา วรรณสวาท<sup>1</sup>

สวัสดีครับ ปฎิณกะกฎหมายแรงงานเรื่องต่อไปนี้เป็นเรื่องใหญ่ในกฎหมายแรงงานและเกิดคดีความไปที่ศาลแรงงานมากที่สุดคือ การเลิกจ้างไม่เป็นธรรม (Unfair Dismissal) ซึ่งมีที่มาจากแนวคิดมาตรฐานความเป็นธรรมตามหลัก fairness ได้รับการรับรองโดยอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยการสิ้นสุดการทำงาน หรือ The ILO Termination of Employment Convention No.158 มาตรา 4 ซึ่งให้ความสำคัญกับ Valid Reason หรือเหตุผลโดยชอบในกรณีที่นายจ้างสามารถเลิกจ้างลูกจ้างได้ valid reason จึงเป็นส่วนหนึ่งในการรับรองว่าการเลิกจ้างของนายจ้างจะถือได้ว่ามีความเป็นธรรมตามหลัก fairness ซึ่งหลัก fairness นี้ถือเป็นองค์ประกอบหลักของความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งประกอบจากการที่นายจ้างต้องไม่กระทำการใดตามอำเภอใจ (arbitrary) กระทำการอันเป็นการเลือกปฏิบัติ (non-discrimination) หรือกระทำการใดที่ขาดเหตุผลอันสมควร (unreasonableness) มาตรฐานความเป็นธรรมตามหลัก fairness แบ่งได้เป็น 2 ลักษณะ คือ procedural fairness และ substantive fairness ซึ่งทั้งสองลักษณะนี้มีหลักการดังนี้

procedural fairness หรือ fairness in action มีหลักในการพิจารณาว่าการดำเนินการกระบวนการทางวินัย ซึ่งนายจ้างจะต้องให้อีกาสูกจ้างในการพิจารณาและชี้แจงข้อกล่าวหาอย่างเหมาะสม ภายใต้หลัก audi alterem partem rule หลักการนี้ยังให้สิทธิลูกจ้างได้พบกับพยานที่เป็นฝ่ายตรงข้าม ลูกจ้างมีสิทธินำเสนอพยานหลักฐานฝ่ายตน การมีทนายความหรือที่ปรึกษาตามความจำเป็น มีข้อยกเว้นการดำเนินการตามกระบวนการทางวินัยสำหรับกรณีมีเหตุฉุกเฉิน (cases of emergency) เพื่อรักษาชีวิตหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากการจลาจลหรือกรณีที่ลูกจ้างสละสิทธิในกระบวนการดำเนินการทางวินัยหรือกระทำการอันเห็นได้ชัดว่าไม่ให้ความร่วมมือกับนายจ้างในกระบวนการดังกล่าว หรือกรณีที่ลูกจ้างกระทำการบางอย่างที่แสดงให้เห็นว่าไม่สามารถดำเนินการทางวินัยได้ เช่น กรณีที่ลูกจ้างกระทำผิดกฎหมายแล้วหนีไปไม่กลับเข้าทำงานอีกเลย เป็นต้น หรือกรณีที่ลูกจ้างยอมรับว่าได้กระทำความผิด (pleads guilty) ตามข้อกล่าวหาจริง ซึ่งกรณีนี้ลูกจ้างสามารถแสดงพยานหลักฐานเพื่อการลดหย่อนโทษได้ นอกจากนี้ ลูกจ้างจะต้องได้รับการแจ้งข้อกล่าวหา ได้รับการแจ้งเวลาและสถานที่ดำเนินการทางวินัยโดยมีระยะเวลาที่เหมาะสม ลูกจ้างต้องมีโอกาสได้รับการช่วยเหลือ

<sup>1</sup> ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ ประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คดีชำนาญพิเศษแผนกคดีแรงงาน

จากเพื่อนร่วมงานหรือตัวแทนลูกจ้าง นายจ้างต้องแสดงพยานหลักฐานตามข้อกล่าวหาแก่ลูกจ้าง ก่อนการสอบสวน เมื่อพบการกระทำความผิดแล้วก่อนที่จะลงโทษนายจ้างจะต้องแจ้งสิทธิ ในการอุทธรณ์แก่ลูกจ้าง และการสอบสวนจะต้องดำเนินการด้วยความสุจริต และต้องแสดง เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยที่เพียงพอ (adequate reasons) ที่จะเข้าใจมูลฐานแห่งดุลพินิจดังกล่าว กรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างโดยไม่ดำเนินการตามกระบวนการนี้ หากตามเนื้อหาของเรื่องแล้ว มีเหตุที่เข้ากรณี substantive fairness ซึ่งหากนายจ้างดำเนินการถูกต้องตามกระบวนการแล้ว สามารถเลิกจ้างได้โดยไม่ใช้การเลิกจ้างไม่เป็นธรรม ดังนั้นบางประเทศจะให้ศาลสามารถใช้ดุลพินิจ ลดค่าเสียหายที่นายจ้างต้องจ่ายให้ลูกจ้างได้ตามความเหมาะสม (polkey reduction) โดยอาจจะ ลดค่าเสียหายได้ตั้งแต่จำนวนน้อยไปจนถึงไม่ให้จ่ายเลยก็ได้

substantive fairness มีหลักในการพิจารณาสำหรับกรณีเลิกจ้าง ซึ่งจะต้องปรากฏเหตุผล อันสมควร (valid reason) โดยมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะพิสูจน์ให้เห็นได้ ภายใต้หลัก ความยุติธรรมตามธรรมชาติ (natural justice) โดย valid reason นี้เป็นการวางมาตรฐาน การเลิกจ้างว่าลักษณะใดถือเป็นการเลิกจ้างที่เป็นธรรมตามหลัก fairness ซึ่งได้แก่กรณี ที่ลูกจ้างขาดความสามารถ (capacity) มีความประพฤติไม่เหมาะสม (conduct) หรือกรณี เป็นความต้องการในงาน (operational requirement) คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญของ ILO มีคำอธิบายเพิ่มเติมสำหรับการเลิกจ้างเพราะเหตุขาดความสามารถของลูกจ้างเป็น 2 กรณี คือ กรณีการขาดทักษะ (skills) หรือคุณลักษณะที่จำเป็นแก่การทำงาน อันเป็นเหตุให้ผลงาน ที่ออกมาไม่เป็นที่น่าพอใจ และกรณีขาดความสามารถเพราะเหตุความเจ็บป่วย (illness) หรือบาดเจ็บ (injury) ส่วนกรณีความประพฤติหรือการกระทำของลูกจ้างที่ไม่ถูกต้อง (misconduct) แบ่งเป็น 2 กรณีเช่นกัน คือ กรณีไม่สามารถทำให้งานสำเร็จลุล่วงไปตามหน้าที่ เพราะเหตุที่ลูกจ้างประมาทเลินเล่อ (neglect) ในหน้าที่ ละเมิดกฎการทำงาน (violation of work rules) ขัดคำสั่งอันชอบของนายจ้าง (disobedience of legitimate orders) เป็นต้น และกรณีเกี่ยวข้องกับความประพฤติที่ไม่เหมาะสมอื่น ๆ เช่น ไม่ปฏิบัติตามกฎระเบียบ (disorderly conduct) ก่อความรุนแรง (violence) ทำร้ายผู้อื่น (assault) ใช้วาจาดูหมิ่น เหยียดหยามผู้อื่น (insulting language) เป็นต้น ส่วนกรณีที่เป็นเหตุผลของฝ่ายนายจ้าง โดยไม่เกี่ยวกับการกระทำใดหรือความประพฤติใดของลูกจ้าง แต่เป็นความจำเป็นของนายจ้าง คือ ความต้องการในงาน (operational requirement) ต้องพิจารณาเหตุผลโดยทั่วไปรวมทั้ง เหตุที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจ เทคโนโลยี โครงสร้าง และสิ่งอื่นทำนองเดียวกัน ซึ่งการเลิกจ้างเพราะ เหตุนี้อาจเกี่ยวเนื่องจากการที่ต้องลดงานหรือปิดกิจการซึ่งเป็นผลให้ต้องเลิกจ้างลูกจ้างบางคน หรือจำนวนมากก็ได้ ซึ่งกรณีเลิกจ้างเพราะเหตุที่เป็นความต้องการในงานนี้ หากเป็นกรณี

ที่นายจ้างมีความจำเป็นต้องกระทำจริงแล้วก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาเหตุอื่นอันเนื่องมาจากลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นความสามารถหรือความประพฤติของลูกจ้างอีก

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นเป็นแนวคิดพื้นฐานของการพิจารณาว่ากรณีใดควรจะถือเป็นเรื่องการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม ซึ่งโดยปกติจะต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานว่ามีเหตุอันไม่สมควรและไม่เป็นธรรมหรือไม่ ตามกฎหมายไทยจะพิจารณาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49 แต่ศาลไทยจะให้ความสำคัญเฉพาะ substantive fairness โดยจะพิจารณาที่ผลของคดีเป็นสำคัญ แต่ไม่ให้ความสำคัญกับกระบวนการก่อนเลิกจ้าง ซึ่งจะแตกต่างจากหลายประเทศที่ให้ความสำคัญกับทั้ง procedural fairness และ substantive fairness เช่น ประเทศฝรั่งเศส อิตาลี เป็นต้น สำหรับประเทศอังกฤษจะพิจารณาการเลิกจ้างที่ต้องเป็นไปตาม The Employment Rights Act 1996 ซึ่งจะต้องพิจารณาก่อนว่าลูกจ้างได้ทำงานติดต่อกันมาครบ 2 ปี หรือไม่ และนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเป็นไปตามหลักการของ procedural fairness และ substantive fairness ข้างต้นหรือไม่ด้วย ยิ่งกว่านั้นยังมีบางกรณีที่ถือได้ว่าหากนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเพราะเหตุบางอย่างจะถือเป็น การเลิกจ้างไม่เป็นธรรมโดยอัตโนมัติ หรือ Automatic Unfair Dismissal ซึ่งแม้ลูกจ้างยังทำงานติดต่อกันไม่ครบ 2 ปี ก็ได้สิทธิที่จะฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายได้ กรณีจะเป็น Automatic Unfair Dismissal จะต้องเป็นการเลิกจ้างด้วยเหตุที่ลูกจ้างใช้หรือขอใช้สิทธิพื้นฐานของลูกจ้างที่มีอยู่ตามกฎหมายแต่นายจ้างกลับเลิกจ้างเพราะเหตุดังกล่าว เช่น กรณีลูกจ้างขอใช้สิทธิเกี่ยวกับครอบครัว ได้แก่ การลาคลอดหรือปฏิบัติหน้าที่ความเป็นมารดา (maternity) หรือความเป็นบิดา (paternity) หรือการลาเพื่อดูแลคนในครอบครัวที่เจ็บป่วย ตามกฎหมายไทยจะมีข้อห้ามนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงเพราะเหตุมีครรภ์ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 43 ซึ่งศาลฎีกาเคยมีคำพิพากษา เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1394/2549 ข้อตกลงระหว่างโจทก์กับ ส. ตามสัญญาจ้างพนักงานต้อนรับบนเครื่องบินที่ว่า ภายในระยะเวลา 2 ปี นับแต่วันเริ่มสัญญา หาก ส. ตั้งครรภ์ให้ถือว่า ส. ได้บอกเลิกสัญญานี้แล้ว เป็นข้อตกลงที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีผลเป็นการเลิกจ้าง เพราะ ส. มีครรภ์ อันขัดต่อพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 43 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงเป็นโมฆะ

หากเป็นกรณีลูกจ้างปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นกรรมการลูกจ้างหรือผู้แทนสหภาพแรงงาน หรือเป็นลูกจ้างและได้เข้าร่วมในกิจกรรมของสหภาพแรงงาน (คดี Cadent Gas Ltd v Singh UKEAT/0024/19/BA) หรือกรณีนายจ้างบังคับหรือกระทำการใดให้ลูกจ้างเข้าร่วมหรือไม่เข้าร่วม เป็นสมาชิกของสหภาพแรงงาน หากลูกจ้างถูกเลิกจ้างเพราะการทำหน้าที่หรือใช้สิทธิเกี่ยวเนื่อง ด้วยกิจกรรมของสหภาพแรงงานล้วนแต่เป็น Automatic Unfair Dismissals ทั้งสิ้น ตามกฎหมายไทย จะมีพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 52 ให้ความคุ้มครองกรรมการลูกจ้าง จากการถูกนายจ้างดำเนินการต่าง ๆ จนถึงเลิกจ้าง ให้ความคุ้มครองในเรื่องการกระทำ อันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 31 มาตรา 99 มาตรา 121 และมาตรา 123 และให้ความคุ้มครอง ในเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมตามมาตรา 122 กรณีทำนองเดียวกันศาลฎีกาไทยจะให้ความคุ้มครองแก่กรรมการลูกจ้างและกรรมการสหภาพแรงงานอย่างมากเพราะถือเป็นผู้ที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของลูกจ้าง แม้กิจการของนายจ้างจะประสบภาวะขาดทุนซึ่งหากเป็น การเลิกจ้างลูกจ้างทั่วไปจะไม่ถือเป็นการเลิกจ้างไม่เป็นธรรม แต่สำหรับลูกจ้างที่เป็นกรรมการ ลูกจ้าง อนุกรรมการ และกรรมการสหภาพแรงงาน ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3761/2524 ว่าการที่นายจ้างประสบปัญหาขาดทุนจนต้องลดการผลิตแต่ยังไม่ถึงกับยุบหน่วยงาน เสียทั้งหน่วยหรือเลิกกิจการไป ยังไม่มีเหตุผลเพียงพอและสมควรที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้าง ที่เป็นกรรมการลูกจ้าง อนุกรรมการ และกรรมการสหภาพแรงงานได้ นอกจากนั้นในประเทศอังกฤษ ยังให้ความคุ้มครองกรณีลูกจ้างไปทำหน้าที่ลูกขุน ซึ่งตามกฎหมายไทยแม้จะไม่มีระบบลูกขุน แต่หากจะเปรียบเทียบกับในกรณีที่ลูกจ้างไปทำหน้าที่ในกิจการของสหภาพแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นการไกล่เกลี่ย การชี้ขาดข้อพิพาทแรงงาน หรือไปประชุมตามที่ทางราชการกำหนด กฎหมายก็ให้ลูกจ้างสามารถลาไปได้และไม่ถือว่าวันลาของลูกจ้างเป็นวันทำงาน โดยเป็นไป ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 102

กรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเพราะเหตุที่ลูกจ้างยื่นข้อเรียกร้องสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ (statutory right) (คดี Spaceman v ISS Mediclean Ltd (t/a ISS Facility Service Healthcare) UKEAT/0142/18/JOJ) เช่น การดำเนินการทางกฎหมายต่อนายจ้างที่หักค่าจ้าง เป็นต้น (คดี Stone v Burflex (Scaffolding) Ltd EA-2019-001183-RN) หรือกรณีลูกจ้างเรียกร้องสิทธิเกี่ยวกับ สุขภาพความปลอดภัยในการทำงาน (คดี Castano v London General Transport Services Ltd UKEAT/0150/19/DA) ตามกฎหมายไทยมีตัวอย่างกรณีที่ลูกจ้างร้องต่อคณะกรรมการ สวัสดิการแรงงาน หรือพนักงานตรวจแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 120 และมาตรา 123 หรือการให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่ฟ้องร้อง เป็นพยาน หรือให้หลักฐานข้อมูลเกี่ยวกับความปลอดภัย อาชีวอนามัยและสภาพแวดล้อมในการทำงาน

โดยห้ามนายจ้างเลิกจ้างหรือโยกย้ายหน้าที่การงานของลูกจ้างเพราะเหตุดังกล่าว ตามพระราชบัญญัติความปลอดภัย อาชีวอนามัย และสภาพแวดล้อมในการทำงาน พ.ศ. 2554 มาตรา 42 หรือกรณีลูกจ้างเปิดเผยข้อมูลการกระทำผิดของนายจ้าง (whistleblowing) ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ (คดี Fife Council v Mrs Dianne Aitken: EA-2019-SCO-000113-SH และคดี Okwu v Rise Community Action UKEAT/0082/19/OO) หากลูกจ้างดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้โดยชอบแล้วถูกนายจ้างเลิกจ้าง ถือได้ว่าลูกจ้างเป็นผู้ให้ข้อเท็จจริงแก่เจ้าหน้าที่โดยชอบด้วยกฎหมายจึงได้รับความคุ้มครองจากการถูกเลิกจ้างโดยถือเป็น เป็น Automatic Unfair Dismissals เช่นกัน

นอกจากนั้นจะเป็นกรณีที่นายจ้างดำเนินการเพื่อประโยชน์ของนายจ้างฝ่ายเดียวแล้วมีผลกระทบต่อลูกจ้าง เช่น กรณีนายจ้างโอนกิจการให้นายจ้างอื่นแล้วเลิกจ้างลูกจ้าง (คดี Hare Wines Ltd v Kaur and another [2019] EWCA Civ 216) หรือกรณีนายจ้างมีคำสั่งให้ลูกจ้างต้องทำงานที่ขัดต่อสิทธิพื้นฐานตามกฎหมายแรงงาน เมื่อลูกจ้างไม่ทำจึงถูกเลิกจ้างด้วยเหตุต่าง ๆ เช่น กรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานในวันหยุด (for a shop or betting worker for refusing to work on a Sunday) ให้ลูกจ้างทำงานนอกเวลาการทำงานปกติ (for a reason connected with rights under the working time) ให้ลูกจ้างทำงานโดยได้ค่าจ้างต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ (for a reason relating to the national minimum wage) หรือกรณีที่ลูกจ้างขอลาเพื่อการศึกษาหรือฝึกอบรม (for a reason in connection with time off for study and training) ตามสิทธิพื้นฐานแต่นายจ้างไม่ให้ไปแล้วเลิกจ้าง เป็นต้น

จากที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาข้างต้นเป็นเพียงตัวอย่างส่วนหนึ่งของกรณีที่เป็น Automatic Unfair Dismissal ซึ่งมีถึง 60 กรณี แต่ที่นำมาแสดงเป็นเพียงบางส่วนเท่านั้นซึ่งหากเขียนทั้งหมดจะใช้น้ำกระดาษอีกมาก จึงขอเสนอมาเพียงเพื่อให้ทราบแนวคิดและการใช้กฎหมายแรงงานของต่างประเทศที่มีความแตกต่างจากของไทยเพื่อประโยชน์ในการใช้และพัฒนากฎหมายแรงงานของไทยต่อไป วันนี้ผู้เขียนขอจบปณิธานกฎหมายแรงงานเรื่องที่ 11 เพียงเท่านี้ หากผู้อ่านยังไม่เบื่อในโอกาสต่อไปผู้เขียนจะได้นำแนวคิดใหม่ ๆ มาเสนออีกครั้ง สวัสดีครับ