

## ปณิธานกฎหมายแรงงาน

### Triangular Employment Relationships ตอนที่ 1

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

นายอิสรา วรรณสวาท<sup>1</sup>

สวัสดีครับ ปณิธานกฎหมายแรงงานเรื่องนี้ผู้เขียนขอนำหลักกฎหมายแรงงานรูปแบบใหม่มาแนะนำนะครับ นั่นคือหลักสัญญาจ้างแรงงานสามฝ่ายหรือ Triangular Employment Relationships ซึ่งเป็นหลักกฎหมายแรงงานที่มีการพัฒนาตามการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจสังคมและเทคโนโลยี หลักการนี้เปลี่ยนแปลงหลักสัญญาจ้างแรงงานเดิมที่เป็นสัญญา 2 ฝ่าย (Bilateral Contracts) มาเป็นสัญญาจ้าง 3 ฝ่าย (Triangular/Tripartite Contract) หรืออาจจะเป็นสัญญามากกว่า 3 ฝ่าย (Multilateral Contracts) ก็ได้ การจ้างแรงงานในลักษณะนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อลดค่าใช้จ่ายและความรับผิดชอบของผู้ประกอบกิจการที่มีต่อลูกจ้าง จึงได้ให้คนกลางจัดหาคนที่มาทำงานไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการโดยที่ผู้ประกอบกิจการไม่ประสงค์ที่จะเป็นนายจ้างโดยตรงของคนที่มาทำงานเหล่านั้น ซึ่งในระบบกฎหมายแรงงานของบางประเทศก็ไม่ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้าง บางประเทศกลับถือว่าเป็นนายจ้าง บางประเทศถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างร่วมกันกับคนกลางจัดหาคนที่มาทำงาน แต่บางประเทศกลับถือว่าทั้งผู้ประกอบกิจการและคนกลางจัดหาคนที่มาทำงานล้วนไม่ถือเป็นนายจ้างทั้งคู่ ซึ่งผู้เขียนจะนำเสนอต่อไป อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแรงงานในประเทศใด หากมีการจ้างแรงงานสามฝ่ายแล้วส่วนใหญ่ก็จะกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการไม่ว่าจะถือว่าเป็นนายจ้างหรือไม่ก็ต้องรับผิดชอบต่อคนที่มาทำงานที่จะต้องไม่กระทำการที่เป็นการเลือกปฏิบัติหรือ Discrimination ต่อคนที่มาทำงาน ให้ได้รับสิทธิประโยชน์แตกต่างจากลูกจ้างโดยตรงของผู้ประกอบกิจการเอง

สำหรับสัญญาจ้างแรงงานโดยทั่วไปในทุกระบบกฎหมายจะมีลักษณะร่วมกันโดยมีพื้นฐานมาจากความตกลงกันระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเพียง 2 ฝ่าย โดยลูกจ้างตกลงจะทำงานให้นายจ้างภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้าง และนายจ้างตกลงจะจ่ายค่าจ้างให้เป็นการตอบแทนการทำงานในลักษณะของสัญญาต่างตอบแทนโดยทั่วไปนั่นเอง แต่สัญญาจ้าง 3 ฝ่าย ในลักษณะของ Triangular contracts จะประกอบด้วยคู่สัญญาอย่างน้อย 3 ฝ่าย ได้แก่ ผู้ประกอบกิจการ (Client/User Undertakings) ฝ่ายหนึ่ง คนกลาง (Provider/Temporary Worker Agencies (TWA)) ซึ่งอาจจะมีหลายช่วงก็ได้ฝ่ายหนึ่ง และลูกจ้างหรือคนที่มาทำงาน (Worker/Temporary Agency Workers (TAW)) อีกฝ่ายหนึ่ง โดยความสัมพันธ์ของคู่สัญญาทั้งสามฝ่ายดังกล่าวจะมีลักษณะเหมือนรูปสามเหลี่ยม โดยผู้ประกอบกิจการกับคนกลางจะมีสัญญาจ้างเหมาแรงงานหรือบางประเทศจะรวมถึงสัญญาจ้างเหมาบริการต่อกันด้วย และคนกลางกับลูกจ้างหรือคนที่มาทำงานจะมีสัญญาจ้างแรงงานหรือบางประเทศจะไม่ทำเป็นสัญญาจ้างแรงงาน

<sup>1</sup> ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์คดีชั้นอุทธรณ์ แผนกคดีแรงงาน

แต่ให้ทำเป็นสัญญาจัดส่งคนไปทำงานต่อกัน ส่วนความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการกับลูกจ้างนั้น ผู้ประกอบการเพียงแต่ให้ลูกจ้างหรือคนที่มาทำงานเข้าทำงานในสถานประกอบการของตน อันเป็นผลมาจากสัญญาจ้างเหมาแรงงานหรือสัญญาจ้างเหมาบริการระหว่างผู้ประกอบการกับคนกลาง โดยผู้ประกอบการอาจจะควบคุมบังคับบัญชาการทำงานของคนที่มาทำงานด้วยก็ได้แม้จะไม่ได้มีสัญญาจ้างแรงงานต่อกันก็ตาม หรืออาจจะบังคับบัญชาทางอ้อมโดยการสั่งการให้คนกลางดำเนินการใดตามความประสงค์ก็ได้

ตามสัญญาจ้างแรงงานสามฝ่ายหรือ Triangular Employment Relationships นี้ หากพิจารณาตามหลักสัญญาจ้างแรงงานทั่วไปแล้ว ทั้งผู้ประกอบการและคนกลางต่างขาดองค์ประกอบของการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานด้วยกัน เช่น บริษัท ก ให้นาย ข จัดหาคนมาทำงานเป็นการชั่วคราวในบริษัท ก โดยบริษัท ก ตกลงว่าจะมีอำนาจบังคับบัญชาการทำงานของคนที่มาทำงานเอง ดังนี้ สัญญาระหว่างบริษัท ก กับนาย ข อาจเป็นสัญญาจ้างเหมาแรงงานหรือสัญญาจ้างเหมาบริการก็ได้ (แต่ในระบบของกฎหมายไทยยอมรับเฉพาะการจ้างเหมาแรงงาน) และเมื่อนาย ข ไปจัดหาคนมาทำงาน สมมติว่าเป็น นาย ค สัญญาระหว่างนาย ข กับนาย ค อาจจะเป็นสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจัดส่งคนไปทำงานก็ได้ ขึ้นอยู่กับว่านาย ข มีกิจการของตนเองที่จะให้นาย ค ทำหรือไม่ หากนาย ข มีกิจการของตนเองแล้วรับนาย ค เข้าทำงานกับตน หรือนาย ข ดำเนินกิจการจ้างเหมาบริการก็จำเป็นที่จะต้องมีลูกจ้างของตนเองเพื่อไปรับงานรับเหมาบริการ ดังนี้สัญญาระหว่างนาย ข กับนาย ค ถือเป็นสัญญาจ้างแรงงานในกรณีนี้เมื่อนาย ข จะส่งนาย ค ไปทำงานกับบริษัท ก ก็ตาม ความเป็นนายจ้างระหว่างนาย ข กับนาย ค ยังคงมีอยู่ไม่เปลี่ยนแปลงไป บริษัท ก จึงมีหน้าที่เพียงการบังคับบัญชาการทำงานของนาย ค แทนนาย ข เท่านั้น แต่หากนาย ข ไม่ได้ประกอบกิจการใด การจ้างนาย ค มากก็เพียงเพื่อการจัดส่งนาย ค ไปทำงานกับบริษัท ก เช่นนี้ สัญญาระหว่างนาย ข กับนาย ค ย่อมไม่อาจเป็นสัญญาจ้างแรงงานได้ เพราะนาย ข ไม่มีงานให้นาย ค ทำ การทำงานของนาย ค ก็เป็นการทำงานให้บริษัท ก ซึ่งไม่ใช่นาย ข ดังนั้นสัญญาต่างตอบแทนระหว่างนาย ข กับนาย ค จึงไม่เกิดขึ้น และเมื่อนาย ข ส่งนาย ค ไปทำงานกับบริษัท ก นาย ค ก็ไปอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของบริษัท ก ไม่ใช่การบังคับบัญชาของนาย ข ส่วนค่าตอบแทนการทำงานนั้นก็เงินที่บริษัท ก มอบให้ โดยอาจจะมอบให้นาย ค โดยตรงหรือมอบให้นาย ข เพื่อให้นาย ข มอบให้นาย ค อีกต่อหนึ่ง โดยนาย ข อาจจะหักเงินส่วนหนึ่งเป็นค่าบริการไว้ก็ได้ เงินที่ได้รับจึงไม่ใช่เงินของนาย ข แต่เป็นเงินของบริษัท ก จึงไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นค่าจ้างที่นายจ้างมอบให้แก่ลูกจ้างได้ สำหรับความสัมพันธ์ระหว่างบริษัท ก กับนาย ค นั้น บริษัท ก ไม่ได้มีสัญญาจ้างแรงงานใดกับนาย ค การที่นาย ค มาทำงานในบริษัท ก ก็เนื่องจากมีสัญญาระหว่างบริษัท ก กับนาย ข ในการจัดส่งคนมาทำงานไปทำงานในบริษัท ก เท่านั้น ทั้งนาย ข จะต้องไม่ได้ประกอบธุรกิจในการจัดหางานด้วย เพราะหากนาย ข ประกอบธุรกิจจัดหางานการส่งนาย ค ไปทำงานกับบริษัท ก ก็จะเป็นการส่งคนหางานไปทำงานกับนายจ้างโดยตรงตามปกติ นอกจากนั้นการทำงานนั้นต้องเป็นสัญญาให้ทำงานเพียงชั่วคราวด้วย ไม่ใช่เป็นการทำงานตลอดไป

โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา มิฉะนั้นก็จะเป็นกรณีที่นาย ค เป็นลูกจ้างโดยตรงของบริษัท ก ด้วยเช่นกัน สำหรับระยะเวลาเท่าใดที่ถือเป็นการทำงานชั่วคราวก็ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละประเทศจะกำหนดไว้ เช่น ประเทศเยอรมนีจะมีกฎหมายชื่อ Act on Temporary Agency Work (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) มาตรา 1 (1b) บัญญัติให้ การส่งคนที่มาทำงานไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการรายเดียวกันจะทำงานติดต่อกันได้ไม่เกิน 18 เดือน หรือประเทศแอฟริกาใต้มีกฎหมายชื่อ The Employment Equity Act 1998 มาตรา 57 (1) บัญญัติให้ กรณีที่คนกลางส่งตัวคนทำงานไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการ หากเป็นการให้ไปทำงานโดยไม่ได้กำหนดระยะเวลาไว้ หรือกำหนดไว้ตั้งแต่ 3 เดือนขึ้นไป ให้ถือว่าผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้างของคนที่มาทำงาน เป็นต้น ดังนั้นเมื่อพิจารณาตามหลักสัญญาจ้างแรงงานทั่วไปอาจทำให้คนทำงานขาดความมั่นคงและความคุ้มครองพื้นฐานเหมือนลูกจ้างปกติ อีกทั้งเมื่อเกิดปัญหาในการทำงานก็ไม่แน่ใจว่าควรฟ้องใครในฐานะเป็นนายจ้างได้บ้าง บางประเทศจึงได้บัญญัติเอาไว้ว่าจะให้ผู้ประกอบกิจการหรือคนกลางเป็นนายจ้างเพื่อความชัดเจนของกฎหมายและเพื่อแก้ไขปัญหาที่ผู้ประกอบกิจการหรือคนกลางมักจะเลี่ยงความรับผิดชอบต่อคนทำงาน

สำหรับอนุสัญญาในระดับนานาชาตินั้น แม้องค์การแรงงานระหว่างประเทศจะได้ออกอนุสัญญาฉบับที่ 181 ว่าด้วย Private Employment Agencies Convention, 1997 และออกข้อเสนอแนะในเรื่องเดียวกันเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนหางาน แต่ไม่ได้กล่าวโดยตรงถึงกรณีการจ้างแรงงานแบบ Triangular Employment Relationships ซึ่งจะต่างจากในระดับสหภาพยุโรป ที่มีกฎหมายในระดับเดียวกับอนุสัญญาว่าไว้โดยตรง คือ The Temporary Agency Work Directive 2008/104/EC โดยมาตรา 2 ระบุวัตถุประสงค์ของ Directive ฉบับนี้ไว้ว่า เพื่อคุ้มครองการทำงานและยกระดับการทำงานของลูกจ้างหรือ Temporary Agency Workers (TAW) โดยยืนยันหลักการของความเท่าเทียมกันในการทำงานโดยไม่เลือกปฏิบัติ และตามมาตรานี้ยังวางหลักการสำคัญไว้คือ ให้ถือว่าคนกลางหรือ Temporary Worker Agencies (TWA) เป็นนายจ้างของ Temporary Agency Workers (TAW) ด้วย และยังได้ย้ำหลักการดังกล่าวอีกครั้งตามคำนิยามในมาตรา 1 (c) ซึ่งเมื่อประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปนำ Directive ฉบับนี้ไปเป็นแบบร่างกฎหมายภายในประเทศ จึงได้นำหลักการนี้ไปด้วยเพื่อแก้ไขปัญหาว่าใครที่ควรรับผิดชอบในฐานะนายจ้างของ Temporary Agency Workers (TAW) สำหรับปัญหาว่า แล้วผู้ประกอบกิจการจะถือว่าเป็นนายจ้างด้วยหรือไม่ นั้น ยังไม่ปรากฏแนวคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการระดับสหภาพยุโรปที่วางหลักไว้เช่นนั้น ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights (ECHR)) หรือของศาลยุติธรรมยุโรป (Court of Justice of the European Union (CJEU)) ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้เบื้องต้นแล้วว่าปัญหาว่าใครที่ถือว่าเป็นนายจ้างของ Temporary Agency Workers (TAW) เป็นปัญหาหลักที่เกิดขึ้นทั่วไปและแต่ละประเทศจะวางหลักการไว้แตกต่างกัน การกำหนดหลักการดังกล่าวใน Directive ของสหภาพยุโรปจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่แก้ปัญหา

สำหรับแนวทางที่จะให้ผู้ประกอบกิจการหรือคนกลางทำหน้าที่เป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานนั้น แม้แต่แต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกันแต่พอจะแบ่งได้เป็น 4 แนวทาง ดังนี้

1. แนวทางที่กำหนดให้เพียงคนกลางเท่านั้นที่ถือเป็นนายจ้าง ส่วนใหญ่จะเป็นประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปซึ่งมาจากหลักการของ The Temporary Agency Work Directive 2008/104/EC ที่บัญญัติให้คนกลางต้องเป็นนายจ้างดังที่กล่าวมาแล้ว ประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศเยอรมนีจึงได้บัญญัติหลักการทำนองเดียวกันใน Act on Temporary Agency Work (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG) มาตรา 1 (1) วางหลักการสำหรับนายจ้างซึ่งกระทำในฐานะเป็นคนกลางหรือ Temporary Worker Agencies (TWA) ด้วยการส่งลูกจ้างของตนไปทำงานชั่วคราวให้แก่ผู้ประกอบกิจการจึงจะเข้ากรณีที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย หรือประเทศฝรั่งเศส ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน (Code du Travail) ในทำนองเดียวกันด้วย โดยกำหนดให้คนกลางที่จะส่ง Temporary Agency Workers (TAW) ไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการจะต้องทำสัญญา “supply contract” (contrat de mise à disposition) กับผู้ประกอบกิจการ และต้องทำสัญญา fixed-term “assignment contract” (contrat de mission) กับ Temporary Agency Workers (TAW) ในการไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการด้วย และเมื่อสัญญาการทำงานสิ้นสุดลงโดยคนกลางหรือ Temporary Worker Agencies (TWA) ไม่ได้ส่ง Temporary Agency Workers (TAW) ไปทำงานกับผู้ประกอบกิจการรายใหม่ คนกลางหรือ Temporary Worker Agencies (TWA) จะต้องรับผิดชอบในลักษณะเดียวกับนายจ้างในการจ่ายค่าเสียหายจากการสิ้นสุดสัญญาการส่งตัวหรือ “end-of-assignment compensation payment” (indemnité de fin de mission) ให้แก่ Temporary Agency Workers (TAW) เว้นแต่จะเข้ากรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นให้ไม่ต้องจ่าย เช่น กรณีที่ Temporary Agency Workers (TAW) กระทำความผิดร้ายแรง เป็นต้น

2. แนวทางที่กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการเป็นนายจ้าง ตามแนวทางนี้เป็นการวางหลักโดยคำพิพากษาของศาล เช่น กฎหมายแรงงานของประเทศแคนาดา แบ่งเป็นกฎหมายแรงงานระดับประเทศหรือสหพันธรัฐ (Federal) และระดับมลรัฐหรือท้องถิ่น (Provincial) โดยลูกจ้างส่วนใหญ่จะอยู่ภายใต้กฎหมายระดับท้องถิ่น ส่วนลูกจ้างที่อยู่ภายใต้กฎหมายระดับประเทศเป็นเพียงข้อยกเว้นบางอาชีพ เช่น งานธนาคาร การขนส่งทางเรือหรือรถไฟ เป็นต้น แต่ละมลรัฐก็จะออกกฎหมายแรงงานให้เหมาะสมกับท้องถิ่น แต่โดยทั่วไปจะยอมรับในหลักนายจ้างร่วมหรือ The Common Employer Doctrine ที่ใช้กับการทำงานของลูกจ้างที่ทำให้แก่นายจ้างหลายราย หากนายจ้างแต่ละรายมีความเกี่ยวข้องในลักษณะของการทำร่วมกันอย่างใกล้ชิด เช่น นิติบุคคลหลายรายมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นรายเดียวกัน มีการถือหุ้นของนิติบุคคลเชื่อมโยงกัน มีการแลกเปลี่ยนการบริหารงานกัน เป็นต้น โดยการพิจารณาจะเน้นไปที่ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างด้วยกันแต่จะให้ความสำคัญของความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างน้อยมาก เช่นคดี *Downtown Eatery (1993) Ltd v Ontario, (2001), 8 C.C.E.L.(3d) 186 (Ont.C.A.), [36]*. หากนายจ้างมีความสัมพันธ์กันดังกล่าวก็จะเข้าข้อสันนิษฐานว่าเป็นนายจ้างร่วมกันที่ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างทั้งหมด

แต่กรณีของการจ้างแรงงานแบบ Triangular Employment Relationships นั้น ศาลในประเทศแคนาดา จะไม่นำหลักการของ The Common Employer Doctrine มาใช้แต่อย่างใด ศาลฎีกาของแคนาดา เคยวินิจฉัยคดีในคดีที่ Temporary Agency Workers (TAW) ขอร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน ในสถานประกอบกิจการของผู้ประกอบกิจการ ซึ่งสมาชิกของสหภาพแรงงานนี้จะเป็นลูกจ้างโดยตรง ของผู้ประกอบกิจการเพื่อจะได้มีส่วนร่วมในการเจรจาต่อรองด้วย จึงเกิดปัญหาว่า Temporary Agency Workers (TAW) ดังกล่าวซึ่งถูกคนกลางหรือ Temporary Workers Agencies (TWA) ส่งตัวไปทำงานกับ ผู้ประกอบกิจการจะถือว่าเป็นลูกจ้างของผู้ประกอบกิจการเพื่อเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานได้หรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาของแคนาดาได้วินิจฉัยในคดี *Pointe-Claire (City) v Quebec (Labour Court)*, [1997] 1 S.C.R. 1015, [48] โดยพิจารณาอำนาจบังคับบัญชาตามความเป็นจริงตามหลักของ Principle of The Primacy of Facts แล้วเห็นว่า อำนาจในการบังคับบัญชาที่แท้จริงอยู่ที่ผู้ประกอบกิจการ ส่วนคนกลาง หรือ Temporary Worker Agencies (TWA) เพียงแต่จัดส่งคนหางานไปทำงานด้วยเท่านั้น กรณีดังกล่าว ผู้ประกอบกิจการจึงถือว่าเป็นนายจ้างของ Temporary Agency Workers (TAW) โดยไม่ถือว่าเป็นลูกจ้าง ของคนกลางหรือ Temporary Worker Agencies (TWA) จึงสามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เพื่อการเจรจาต่อรองกับผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นนายจ้างได้

เนื่องจากรายละเอียดของสัญญาจ้างแรงงานสามฝ่ายหรือ Triangular Employment Relationships ที่ต้องกล่าวถึงต่อไปยังมีอีกมาก วันนี้ผู้เขียนจึงขอจบปณิธานกฎหมายแรงงานเรื่องนี้ในส่วนแรกเพียงเท่านี้ก่อน และขอনারายละเอียดส่วนที่ 2 มาเสนอเพิ่มเติมในครั้งหน้าครับ อย่าลืมติดตามกันนะครับ สวัสดีครับ

ศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

มกราคม 2567

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา

แผนกคดีแรงงานในศาลฎีกา