

บทที่ 1

บทนำ

ความสำคัญของปัญหา

ความสัมพันธ์ในการทำงาน (The Employment Relationship) หรือการจ้างงานในรูปแบบต่างๆ ที่เกิดขึ้นในระยะที่ผ่านมาตามการพัฒนาของโลก ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงและต้องการความคล่องตัวตลอดจนความยืดหยุ่นในการบริหารองค์กร หรือมีวิธีการทำงานใหม่ๆ เป็นการปรับตัวขององค์กรเพื่อให้สามารถแข่งขันกับองค์กรและประเทศอื่นๆ ในสภาพที่มีการแข่งขันอย่างสูงในปัจจุบัน แต่การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวส่งผลกระทบต่อแรงงานของประเทศเช่นกัน

แรงงานหรือบุคคลอาจเสนอให้บริการแก่ฝ่ายที่เป็นผู้ว่าจ้างหรือนายจ้างในรูปแบบเดิม คือ การจ้างแรงงานสองฝ่ายแบบดั้งเดิม คือ ลูกจ้างฝ่ายหนึ่ง กับนายจ้างอีกฝ่ายหนึ่ง หรืออาจเป็นความสัมพันธ์ในรูปแบบใหม่ๆ เช่น การทำสัญญาให้บริการแก่ผู้ว่าจ้างในฐานะผู้ทำงานอิสระ หรือผู้รับเหมาในฐานะคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งหรือพาณิชย์ มิใช่สัญญาจ้างตามกฎหมายแรงงาน

ในบางประเทศและในบางอุตสาหกรรมจะมีรูปแบบการทำงานแตกต่างไปจากเดิม หลากหลายรูปแบบมากกว่าในบางประเทศหรือบางอุตสาหกรรม นายจ้างหรืออาจเรียกชื่ออื่น เช่น ผู้จัดการแรงงาน ผู้รับเหมาช่วง หรือในชื่ออื่นๆ จะจ้างแรงงานหรือบุคคลมาทำงานให้ตน เป็นการทำสัญญาจ้างให้บริการหรือทำงานในรูปแบบที่แตกต่างไปจากการจ้างลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานแบบเดิม เพื่อให้เหมาะสมและเกิดประโยชน์สูงสุดแก่นายจ้าง และนายจ้างสามารถปรับเปลี่ยนวิธีการทำงานได้อย่างเหมาะสมตามสถานการณ์ การจ้างบางส่วนจะเปลี่ยนเป็นการจ้างงานระยะสั้นมีระยะเวลาจำกัด แทนการจ้างงานโดยไม่กำหนดวันสิ้นสุดสัญญาแบบเดิม บางครั้งก็เป็นการตกลงทำงานเฉพาะบางวัน หรือบางเวลาในแต่ละสัปดาห์ หรืออาจเป็นการทำสัญญาทางแพ่งจ้างผู้ปฏิบัติงานอิสระ (Self - employed) เป็นผู้ดำเนินการ โดยมีการจ่ายค่าตอบแทนตามสัญญาหรือข้อตกลง การทำสัญญาเหล่านี้บางครั้งก็เป็นการทำอย่างถูกต้อง มีเจตนาให้นายจ้างมีทางเลือกในการทำงานที่เหมาะสมกับลักษณะงาน แต่สัญญาจำนวนหนึ่งมีเจตนาแอบแฝง คือทำสัญญาในลักษณะที่ดูเหมือนมิใช่สัญญาจ้างงานตามปกติ เช่น เป็นสัญญาจ้างผู้ทำงานอิสระ หรือผู้รับงานไปทำโดยไม่ได้เป็นลูกจ้าง หรือใช้บุคคลที่ 3 มาทำสัญญาในลักษณะเป็นนายจ้าง แต่แท้จริงแล้วก็คือสัญญาจ้างแรงงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างนั่นเอง แต่เนื่องจากอาจมีเจตนาต้องการปกปิดฐานะของนายจ้าง หรืออาจต้องการลดภาระของนายจ้างในการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หรือกฎหมายประกันสังคม หรือด้านภาษี จึงมีการทำสัญญาในลักษณะเป็น

สัญญาที่มีเจตนาแอบแฝง (disguised) ซึ่งทำให้ไม่ชัดเจนว่าใครเป็นนายจ้างที่แท้จริงที่ต้องรับผิดชอบ ต่อแรงงานที่เป็นคู่สัญญา หรือเป็นสัญญาทางแพ่งมิใช่สัญญาจ้างงานตามกฎหมายแรงงาน

การบริหารแรงงานของไทยในระยะเวลาที่ผ่านมา กฎหมายแรงงานของไทยได้ยึดถือรูปแบบ ความสัมพันธ์ดั้งเดิมในลักษณะนายจ้าง-ลูกจ้างเป็นหลัก โดยเฉพาะในการให้ความคุ้มครองแรงงาน ใน กรณีความจำเป็นต้องปรับหรือขยายการคุ้มครองตามกฎหมายออกไปให้ครอบคลุมแรงงานกลุ่มใหม่ที่ จำเป็นต้องให้การคุ้มครอง เช่น การแก้ไขกฎหมายให้รวมผู้รับเหมาย่อยหรือผู้รับเหมาช่วง หรือการขยาย ไปครอบคลุมแรงงานบางประเภท เช่น แรงงานภาคเกษตรให้อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน ตามความจำเป็นหรือในกรณีที่พบว่ามีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบการทำงานหรือวิธีการจ้างงานซึ่ง เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม จนเป็นเหตุให้ต้องปรับเปลี่ยนกฎหมายหรือแนวคิดในการให้ความคุ้มครองให้ สามารถคุ้มครองผู้ทำงานหรือแรงงานประเภทใหม่ๆ ที่อาจไม่ใช่เป็น “ลูกจ้าง” ในความหมายเดิม แต่เป็น กลุ่มที่มีความจำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน เพื่อความมั่นคงในชีวิตเช่นเดียวกับลูกจ้าง ทั่วไป เป็นความจำเป็นในการปรับระบบการบริหารแรงงานเพื่อให้สามารถให้การคุ้มครองแรงงานกลุ่ม ต่างๆ ที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองในสังคม ขณะเดียวกันก็ต้องมีการทำให้กฎหมายมีลักษณะ ที่สามารถปรับให้เหมาะสมและมีความยืดหยุ่นตามสมควรเพื่อไม่ให้เกิดปัญหาแก่ภาคเอกชนในการปรับ การทำงานของตนให้เหมาะสมกับสภาพการทางธุรกิจ และสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจที่ เปลี่ยนแปลงไป

การทราบบรูปแบบหรือลักษณะการทำงานในรูปแบบต่างๆ ที่เกิดขึ้นในระยะเวลาที่ผ่านมา และแนวทางให้ความคุ้มครองที่เหมาะสม จึงเป็นความจำเป็นในส่วนของ การสร้างข้อมูลและข่าวสาร ที่จำเป็นสำหรับการบริหารแรงงานในอนาคต

วัตถุประสงค์

1. การศึกษาครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาและทราบบรรณวมิตตลอดจนรูปแบบของ ความสัมพันธ์ในการทำงาน รวมทั้งนิยาม หรือ ลักษณะสำคัญของการทำงานรูปแบบต่างๆ เพื่อเป็นข้อมูล ในการพัฒนาระบบการคุ้มครอง และดูแลผู้ทำงานหรือแรงงานที่ต้องทำงานในรูปแบบการจ้างงาน หรือการตกลงที่เปลี่ยนไปจากเดิม

2. การจ้างงานในลักษณะที่อาจถือว่าการจ้างงานแฝง (Disguised Employment Relationship) ซึ่งในสาระสำคัญก็คือ การจ้างบุคคลอื่นมาทำงานโดยอาจเรียกหรือมีรูปแบบการจ้าง

หรือข้อตกลงที่อาจไม่ตรงกับลักษณะของลูกจ้าง นายจ้างในคำนิยามตามกฎหมายแรงงานดั้งเดิม บางส่วนน่าจะจะเป็นความจำเป็นในการปรับการทำงานให้เหมาะสมกับสภาพทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป แต่บางส่วนน่าจะจะเป็นความพยายามของฝ่ายนายจ้าง หรือเจ้าของทุนในการหาประโยชน์สูงสุดจากแรงงาน โดยไม่ได้คำนึงถึงความมั่นคงในชีวิตของฝ่ายลูกจ้างหรือผู้ทำงานแต่อย่างใด ลักษณะเช่นนี้หากไม่มีการควบคุม ปล่อยให้เกิดการใช้ช่องว่างของกฎหมาย อาจเป็นเหตุให้เกิดปัญหาแก่ผู้ทำงานหรือแรงงาน บางกลุ่ม ในระยะที่ผ่านมาฝ่ายลูกจ้าง และองค์กรที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์กรแรงงานระหว่างประเทศ ได้เห็นปัญหานี้ และได้เสนอมาตรการต่างๆ ในการป้องกันและแก้ไขปัญหา มีการดำเนินการศึกษาและร่วมกัน พิจารณามาตรการที่เป็นประโยชน์และยอมรับของทุกฝ่ายในระบบไตรภาคีภายใต้องค์การแรงงาน ระหว่างประเทศมาเป็นเวลาต่อเนื่องกว่าทศวรรษแล้ว การทราบข้อมูลการดำเนินการขององค์กรฯ และ ประเทศสมาชิกอื่นๆ ตลอดจนแนวโน้มในการเปลี่ยนแปลงการทำงานในตลาดแรงงานจะเป็นประโยชน์ อย่างยิ่งในการบริหารแรงงานเพื่อมิให้เกิดปัญหาแก่แรงงานกลุ่มที่ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลง วิธีการทำงานในสังคมต่อไป

ขอบเขตและวิธีการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้เป็นการศึกษาจากเอกสารของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องคือ องค์กรแรงงาน ระหว่างประเทศ กระทรวงแรงงาน และจากกฎหมายของประเทศต่าง ๆ โดยศึกษาจากเอกสารหลักที่องค์การ แรงงานระหว่างประเทศจัดทำขึ้นเพื่อเป็นเอกสารประกอบการประชุมใหญ่ประจำปีขององค์การในสมัยการ ประชุมปี 2546 และ 2547 และจากข้อมูลที่ได้รับขณะปฏิบัติงานขณะประจำการที่คณะทูตถาวรประจำ สหประชาชาติ ณ นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์

สำหรับขอบเขตการศึกษาค้นคว้าครั้งนี้เป็นการศึกษาลักษณะ ความหมายและขอบเขตของ การจ้างงานหรือความสัมพันธ์ในการทำงาน ในลักษณะต่างๆ ที่พัฒนาขึ้นในระยะที่ผ่านมา ตลอดจน การดำเนินการปรับ หรือเปลี่ยนแปลงกฎหมาย และมาตรการให้ความคุ้มครองผู้ซึ่งอาจได้รับผลกระทบ จากการเปลี่ยนแปลงลักษณะการทำงานนั้น

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การทราบแนวโน้มและลักษณะการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ ตลอดจนมาตรการในการ ป้องกัน หรือแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว ทั้งในระดับภาพรวมที่ดำเนินการโดยองค์การ แรงงาน และโดยประเทศสมาชิกจะเป็นประโยชน์ต่อการบริหารแรงงานของประเทศ โดยเป็นข้อมูล

ประกอบการพิจารณาปรับกฎหมายและการบริหารแรงงานเพื่อให้สามารถให้ความคุ้มครองผู้ทำงานหรือแรงงานจากการเปลี่ยนแปลงของโลกซึ่งมีผลต่อการเปลี่ยนแปลงลักษณะการทำงานของสังคมและของนายจ้าง

ระบบบริหารแรงงานที่ดี ควรจะมีความยืดหยุ่น คล่องตัว และมีความผสมผสานสามารถปรับไปตามความเปลี่ยนแปลงของระบบการทำงานของฝ่ายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการสามารถให้การคุ้มครองแรงงานของประเทศ และไม่ควรมีลักษณะขาดความยืดหยุ่นหรือแข็งจนไม่สามารถปรับให้ทันการปรับตัวของภาคเอกชนในการแข่งขันกับผู้ผลิตหรือประเทศอื่นๆ ในโลกแห่งการแข่งขันที่รุนแรงในปัจจุบัน

คำอธิบายศัพท์

“Employment Relationship” หมายถึงความสัมพันธ์ในการทำงานระหว่างฝ่ายต่างๆ เป็น นิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล ฝ่าย ต่างๆ เช่นระหว่างนายจ้าง – ลูกจ้าง ผู้ใช้ – ผู้จัดการแรงงาน ผู้ว่าจ้าง - ผู้ประกอบการอิสระ

“Employee” หมายถึง ลูกจ้าง ซึ่งทำงานให้กับนายจ้าง

“Workers” หมายถึง แรงงาน ซึ่งรวมถึงลูกจ้าง และผู้รับทำงาน หรือให้บริการเพื่อค่าตอบแทน

“dependent worker” หมายถึง ลูกจ้าง หรือผู้ทำงานภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายนายจ้าง

“independent worker” หมายถึง ผู้ประกอบอาชีพอิสระ หรือผู้รับงานอิสระ และไม่อยู่ในบังคับของนายจ้างในลักษณะของลูกจ้าง

“user enterprise” หมายถึง องค์กรที่เป็นผู้ใช้แรงงานหรือลูกจ้าง ที่ผู้จัดการแรงงาน (provider) จัดมาให้

“provider” ผู้จัดการ หมายถึง ผู้จัดการแรงงาน เพื่อส่งไปทำงานให้บุคคลที่ 3 หรือ user ในกรณีปกติถือว่าผู้จัดหานี้เป็นนายจ้างด้วย

บทที่ 2

ขอบเขตและความหมายของความสัมพันธ์ในการจ้างงานและผลกระทบต่อแรงงาน

การเปลี่ยนแปลงการจ้างงาน และลักษณะของความสัมพันธ์ในการจ้างงานใหม่

ความสัมพันธ์ในการจ้างงาน (The Employment Relationship) ในทางกฎหมาย หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลหนึ่งที่เรียกว่า “ลูกจ้าง” (หรือคนงาน) และนายจ้าง ซึ่งเป็นบุคคลที่ “ลูกจ้าง” ยอมรับทำงานให้โดยมีเงื่อนไข หรือข้อตกลงในการทำงาน โดย “ลูกจ้าง” ได้รับค่าจ้างเป็นสิ่งตอบแทน ความสัมพันธ์นี้จึงเป็นความสัมพันธ์เชิงตอบแทนด้านสิทธิและหน้าที่ระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง และเป็นวิธีที่ลูกจ้างส่วนใหญ่ใช้เพื่อให้ได้รับสิทธิ และค่าตอบแทนจากการทำงาน และเป็นการกำหนดจุดอ้างอิง หรือกำหนดขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ของนายจ้าง และลูกจ้าง หรือผู้ที่รับทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้าง

ความสัมพันธ์ในการทำงาน หรือจ้างงานแบบดั้งเดิมระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง โดยปกติ จะมีลักษณะที่ถาวร และมักไม่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดของข้อตกลงหรือสัญญา (แต่ในบางกรณีอาจมีการกำหนดระยะเวลาการจ้างกำหนดแน่นอนก็ได้เช่นกันแล้วแต่การตกลงกัน) หรือกำหนดวัตถุประสงค์ ในการทำสัญญาเป็นการเฉพาะเจาะจงให้มีการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่ง รวมทั้งอาจตกลงทำงาน ในลักษณะเป็นงานบางเวลาหรือ part-time หรือเป็นงานที่ทำโดยไม่ต้องเข้าไปทำงานในสำนักงาน (Telework) สิ่งสำคัญคือเป็นข้อตกลงในลักษณะการจ้างงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้างอย่างชัดเจน

ขณะที่ความสัมพันธ์อีกแบบหนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ หรือข้อตกลงตามกฎหมายแพ่ง เป็นสัญญาการให้บริการ หรือดำเนินการใด จากผู้ให้บริการซึ่งเป็นผู้ประกอบอาชีพอิสระกับผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นความสัมพันธ์อีกแบบหนึ่งในการทำงานในวงการธุรกิจเอกชน เป็นไปตามการปรับตัวหรือวิธีทำงาน ให้เข้ากับตลาด และสถานการณ์ทางธุรกิจในตลาดการแข่งขันในโลกปัจจุบัน ขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่ผู้ซึ่งอาจเรียกชื่อเป็นอย่างอื่นแต่แท้จริงแล้ว คือ ลูกจ้าง ผลก็คือลูกจ้างที่ทำข้อตกลงใน ลักษณะนี้จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานซึ่งบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน

เพื่อความกระจ่างเมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ในการทำงาน หรือการทำงานภายใต้ความสัมพันธ์แบบใหม่ที่แตกต่างจากการจ้างงานในลักษณะนายจ้าง-ลูกจ้างแบบเดิม ในที่นี้ขอสรุปความหมายของการจ้างงานในแนวใหม่ เพื่อให้เห็นความหมายที่ชัดเจน คือ บุคคลอาจให้บริการของตน โดยอาจเป็นลูกจ้าง (dependent worker) มีนายจ้างตามข้อตกลงการจ้างงาน หรืออาจให้บริการในฐานะเป็น แรงงานอิสระ ประกอบอาชีพด้วยตนเอง (Independent worker หรือ self-employed) โดยมีข้อตกลง

ทางแพ่ง หรือพาณิชย์กับผู้ว่าจ้าง ความสัมพันธ์ในการทำงานแต่ละแบบข้างต้น แต่ละประเทศก็มีกฎหมายกำหนดความสัมพันธ์แตกต่างกันไป เพื่อสามารถจำแนกว่าเป็นการตกลงหรือความสัมพันธ์แบบใด

โดยปกติการทำสัญญาจ้างงานจะจำแนกได้เป็น 3 แบบ คือ

- (1) แบบไม่จำกัดระยะเวลา คือ ไม่มีการระบุเวลาการสิ้นสุดสัญญา
- (2) สัญญาที่ระบุระยะเวลาจ้างแน่นอน
- (3) สัญญาที่ระบุภารกิจ หรืองานที่ตกลงกันระหว่างคู่สัญญาซึ่งปกติสัญญาสิ้นสุดลง

เมื่อมีการปฏิบัติตามภารกิจหรือข้อตกลงนั้นแล้ว

จากการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ พบว่าในระยะที่ผ่านมาได้มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะการจ้างที่แตกต่างไปจากการจ้างงานตามสัญญาจ้างงานแบบเดิมมากขึ้น โดยในบางภาคเศรษฐกิจ เช่น เศรษฐกิจนอกระบบ หรือเศรษฐกิจแบบไม่เป็นทางการ (Informal economy) และในบางประเทศ การจ้างงานมีลักษณะยืดหยุ่นและปรับตัวให้มีรูปแบบต่างๆ มากขึ้น นายจ้างมีการจ้างงานหรือทำสัญญาการทำงานกับอีกฝ่ายหนึ่งในรูปแบบใหม่ๆ นอกเหนือจากการจ้างงานลูกจ้างเต็มเวลาเป็นการถาวรแบบเดิม เพื่อให้การทำสัญญาให้บริการหรือการจ้างงานใหม่ๆ นี้มีประสิทธิภาพและเหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงที่นายจ้างเห็นว่ามีความจำเป็นต่อองค์กรของตน ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งคือแรงงานซึ่งบางส่วนตกลงทำงานในลักษณะเป็นงานตามสัญญาจ้างงานระยะสั้น หรือตกลงทำงานให้นายจ้างเฉพาะบางวันในสัปดาห์ หรือบางช่วงของวัน ซึ่งอาจเป็นข้อตกลงที่เป็นประโยชน์แก่แรงงานบางกลุ่มที่ต้องการทำงานในลักษณะนี้เช่นกัน เนื่องจากอาจทำงานได้ไม่ตลอดวันหรือทุกวัน การตกลงในลักษณะเช่นนี้จึงเป็นประโยชน์แก่ทั้งฝ่ายนายจ้าง และลูกจ้างในบางกรณี อย่างไรก็ตามการจ้างงานในลักษณะนี้ทั้งหมดโดยปกติก็ยังคงเป็นการจ้างงานตามกฎหมายแรงงาน

สัญญาอีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญา หรือการทำข้อตกลงตามกฎหมายแพ่ง หรือพาณิชย์ ที่มีการว่าจ้างให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งให้บริการหรือดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งในฐานะเป็นผู้ทำงานอิสระ ไม่ใช่ในฐานะลูกจ้าง และไม่ได้เป็นการจ้างงานในลักษณะการจ้างลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน โดยมีเงื่อนไขและสภาพการณ์ทำงานแตกต่างจากการจ้างแรงงาน การจ้างในลักษณะเช่นนี้มีการขยายตัวในระยะที่ผ่านมาเช่นกัน และถือเป็นความสัมพันธ์ในการทำงานแบบใหม่ หากพิจารณาตามกฎหมายแรงงานแล้วการทำสัญญาในลักษณะนี้ย่อมไม่อยู่ในบังคับ และการคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน กล่าวคือไม่มีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานตามความหมายดั้งเดิม

การคุ้มครองแรงงานจำเป็นต้องปรับไปตามสภาพของตลาดแรงงานรวมทั้งการจัดระบบงานของภาคเอกชนที่เปลี่ยนแปลงไป ลักษณะและความเร็วในการเปลี่ยนแปลงนี้มีผลต่อลักษณะการจ้างงาน รูปแบบการจ้างงานตลอดจนลักษณะความสัมพันธ์ของการทำงานที่เปลี่ยนแปลงไป มีรูปแบบการจ้างงานใหม่ ๆ เกิดขึ้นอยู่เสมอ ตามลักษณะของการทำงานในสังคม การปรับตัวนี้เป็นทั้งประโยชน์แก่ฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง แต่ขณะเดียวกันก็อาจก่อให้เกิดปัญหาแก่บางฝ่ายโดยเฉพาะฝ่ายที่เดิมจัดอยู่ในกลุ่มลูกจ้างซึ่งโดยปกติเป็นฝ่ายที่เสียเปรียบและต้องการความคุ้มครองจากสังคม การพัฒนาและเปลี่ยนแปลงเหล่านี้มีผลกระทบต่อการทำงานและตลาดแรงงาน ทั้งยังกระทบต่อแนวคิดดั้งเดิมในการจ้างงานที่ยึดถือกันมานาน แต่การเปลี่ยนแปลงนี้ก็สร้างโอกาส และทำให้ผู้เกี่ยวข้องทั้งนายจ้างและลูกจ้างมีทางเลือกมากขึ้น ความถาวรมั่นคงของการจ้างงานตามที่เคยปฏิบัติในการจ้างงานแบบเดิมบางส่วนถูกแทนที่ด้วยการจ้างงานแนวใหม่ เช่น การทำงานที่มีลักษณะการจ้างงานระยะสั้น เป็นงานที่ทำเป็นบางเวลา หรือเป็นงานเฉพาะเมื่อเสร็จงานก็หมดความผูกพันระหว่างคู่สัญญา หรืออาจเป็นลักษณะการจ้างผู้ประกอบการ หรือผู้รับงานอิสระเข้ามาเป็นคู่สัญญา หรือมีการจ้างผู้รับเหมา หรือให้งานบุคคลภายนอกไปทำตามปริมาณงานหรือตามลักษณะงานที่ตกลงกันแทนการจ้างลูกจ้างเพื่อทำงานนั้นตามที่เคยปฏิบัติกันมา

ในอดีตที่ผ่านมาเครื่องมือในการพิทักษ์สิทธิและสภาพความเป็นอยู่ของแรงงาน ได้แก่ กฎหมายแรงงาน ตลอดจนระเบียบ และข้อตกลงร่วมระหว่างนายจ้างและลูกจ้างซึ่งกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างคู่สัญญา เป็นระบบที่พัฒนามานาน และสามารถคุ้มครองแรงงานที่ทำงานในลักษณะการจ้างงานลูกจ้างได้ดีพอสมควรในระยะที่ผ่านมาจนถึงปัจจุบัน แต่เมื่อลักษณะการจ้างงานเปลี่ยนแปลงไปจะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งเริ่มได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงนั้น จนไม่ได้รับการคุ้มครองที่พอเพียง และจำเป็นต้องมีการปรับรูปแบบการคุ้มครองให้เหมาะสมยิ่งขึ้น

กลุ่มที่อาจถือว่าได้รับผลกระทบมากที่สุด คือ กลุ่มแรงงานที่ในทางเป็นจริงยังเป็นผู้รับจ้าง (dependent) อยู่ แต่จากลักษณะการทำสัญญาจ้างหรือข้อตกลง ทำให้ดูเหมือนเป็นผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบการอาชีพด้วยตนเองหรือเป็นแรงงานอิสระ ไม่ใช่คู่สัญญาในลักษณะของลูกจ้าง จึงไม่ได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากสาเหตุดังต่อไปนี้

(1) ขอบเขต หรือข้อจำกัดของกฎหมายเดิมที่แคบเกินไป หรือมีการตีความกฎหมายในแนวแคบและจำกัด เป็นผลให้แรงงานบางกลุ่มไม่ได้อยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน

(2) การร่างกฎหมายที่ขาดประสิทธิภาพ หรือกำกวมมากเกินไปจนขาดความชัดเจน เป็นผลให้การคุ้มครองไม่ชัดเจน และทำให้แรงงานจำนวนหนึ่งไม่ได้รับการคุ้มครอง

(3) มีการซ่อน หรือแอบแฝง (disguised) ลักษณะการจ้างงานที่แท้จริง เป็นการจ้างงานแต่ทำสัญญาให้ดูเหมือนเป็นการว่าจ้างในลักษณะอื่น

(4) การเจตนาทำสัญญากำกวมไม่แน่ชัด เพื่อให้เกิดปัญหาว่ามีการจ้างงานตามสัญญาหรือไม่ หรือใครเป็นนายจ้าง

(5) มีการทำสัญญาที่ระบุว่าเป็นจ้างงาน แต่เนื้อหาไม่ชัดเจนว่าใครเป็นนายจ้าง ลูกจ้างมีสิทธิใดบ้าง และใครเป็นผู้รับผิดชอบลูกจ้าง

(6) ปัญหาการบังคับใช้ หรือการปฏิบัติเป็นไปตามกฎหมายเป็นผลให้ลูกจ้างบางส่วนไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

จากปัญหาการจ้างงานที่เปลี่ยนแปลงรูปแบบไปตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น องค์การแรงงานระหว่างประเทศจึงได้ดำเนินการศึกษาปัญหาและพิจารณามาตรการและแนวทางในการให้ความคุ้มครองแรงงานกลุ่มใหม่นี้ตามวัตถุประสงค์หลักขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยครั้งแรกที่มีการกล่าวถึงปัญหานี้คือทศวรรษที่ 1950 และมีการนำเรื่องนี้เข้าสู่ที่ประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Conference) ในปี ค.ศ.1990 เมื่อมีการพิจารณาเรื่องการจ้างงานของผู้ทำงาน หรือประกอบอาชีพอิสระ (self-employment) โดยที่ประชุมได้ข้อสรุปสำคัญประการหนึ่งคือ ควรมีการคุ้มครองแรงงานที่ประกอบอาชีพอิสระ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกลุ่มที่เป็นแรงงานรับเหมา ช่างงาน หรือการรับเหมาค่าแรง (contract labour) ที่อาจทำให้แรงงานเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเดิม

ในการประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศครั้งต่อมาเช่นสมัยปี ค.ศ. 1997 – ค.ศ. 1998 ได้มีการพยายามให้ที่ประชุมตราอนุสัญญาเพื่อการคุ้มครองแรงงานกลุ่มที่เรียกว่า “contract labour” ซึ่งมีบางส่วนที่เป็นแรงงานหรือเป็นลูกจ้าง (dependent) แต่จากลักษณะการทำสัญญาทำให้ดูเหมือนเป็นผู้รับงานอิสระ จึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งแรงงานกลุ่มนี้บางส่วนเป็นที่เข้าใจว่าเป็นแรงงานในลักษณะสัญญาจ้าง 3 ฝ่าย หรือเป็นแรงงานที่ทำสัญญากับผู้ว่าจ้างตามกฎหมายแห่ง แต่แท้จริงแล้วเป็นการจ้างงานลูกจ้างเข้าทำงานในสถานประกอบการเช่นเดียวกับลูกจ้างทั่วไป แต่ลักษณะของสัญญาอาจทำให้เข้าใจว่าเป็นการทำสัญญาในลักษณะอื่น แต่ข้อเสนอให้มีการตราอนุสัญญา

หรือข้อเสนอเพื่อคุ้มครองแรงงานกลุ่มนี้ไม่ได้รับการเห็นชอบจากที่ประชุมใหญ่ดังกล่าว กลุ่มนายจ้างได้แสดงความเห็นด้านการตราอนุสัญญาเพื่อคุ้มครองแรงงานกลุ่มนี้เป็นภาระเฉพาะ โดยเห็นว่าแต่ละประเทศมีสภาพและปัญหาแตกต่างกัน รวมทั้งมีวิธีดำเนินการแก้ไขแตกต่างกันมาก จนยากที่จะนำมาสรุปว่าเป็นปัญหาในลักษณะเดียวกันที่อาจใช้มาตรการแก้ไขปัญหาแบบเดียวกันหรือเป็นมาตรการรวม และเห็นว่า การพยายามควบคุมการทำสัญญาในลักษณะนี้อาจเป็นผลเสีย คือทำให้เสียโอกาสในการสร้างงานตามสัญญาทางแพ่งที่กระทำโดยสุจริต แต่เห็นด้วยว่าถ้ามีการจำกัดการดำเนินการเพื่อคุ้มครองแรงงานจากผู้ที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือมีการทำสัญญาจ้างงานแอบแฝงเพื่อเอาเปรียบฝ่ายแรงงาน เพื่อลดต้นทุน และเพื่อให้ได้เปรียบคู่แข่งรายอื่นๆ ในตลาดก็ควรมีการดำเนินการกำหนดมาตรการคุ้มครองแรงงานกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะ แต่เห็นว่าปัญหานี้ยังขาดข้อมูลที่ชัดเจนและพอเพียง ยังมีข้อมูลและความคิดเห็นที่แตกต่างกันมากกว่าจะดำเนินการแก้ปัญหานี้อย่างไร ในขณะนั้นจึงยังไม่ควรดำเนินการตราอนุสัญญา (convention) หรือข้อเสนอ (recommendation) ในเรื่องนี้ในการพิจารณาในสมัยประชุมดังกล่าว

ด้านนายจ้างและรัฐบาลประเทศสมาชิกบางประเทศที่ร่วมประชุมสมัยนั้นได้แสดงความเห็นในที่ประชุมดังกล่าวว่า การตราอนุสัญญาหรือข้อเสนอเพื่อคุ้มครองแรงงานประเภทนี้โดยเฉพาะ อาจจะทำให้เกิดแรงงานประเภทที่ 3 ซึ่งไม่มีคำจำกัดความที่แน่นอนขึ้น โดยเป็นกลุ่มที่อยู่ระหว่างลูกจ้างในความหมายทั่วไปกับ ผู้ประกอบอาชีพอิสระ รัฐบาลหลายประเทศเห็นว่าการมีมาตรการคุ้มครองเฉพาะบุคคลกลุ่มใหม่นี้อาจเป็นผลเสียได้หากไม่มีคำนิยาม หรือกำหนดขอบเขตที่แน่ชัด เนื่องจากอาจทำให้ลูกจ้างบางส่วนถูกจัดเป็นแรงงานประเภทที่ 3 นี้ และอาจได้รับการคุ้มครองน้อยกว่าลูกจ้างตามปกติตามกฎหมายแรงงาน ขณะที่นายจ้างเกรงว่า แรงงานกลุ่มนี้จะได้รับสิทธิต่างๆ หลายด้านของลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ทั้งที่แท้จริงแล้วไม่ได้เป็นลูกจ้างแต่เป็นผู้ประกอบการอิสระในฐานะคู่สัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัญหาสำคัญจึงเกิดจากความเข้าใจในความหมายและนิยามของคำว่า "Contract Labour" แม้จะมีการอ้างถึงคำนี้โดยทั่วไป แต่กลับไม่มีคำนิยามที่แน่นอนและเป็นที่ยอมรับของฝ่ายต่างๆ รวมทั้งการยอมรับในที่ประชุมดังกล่าว

แม้จะมีความเห็นแตกต่างกัน แต่ผู้เข้าร่วมประชุมส่วนใหญ่เห็นพ้องกันว่า ควรมีการดำเนินการให้ความคุ้มครองแรงงานที่ถูกจ้างงานแบบแอบแฝง และมีเจตนาหลีกเลี่ยงการรับผิดชอบของผู้ว่าจ้างจนมีผลให้บุคคลบางกลุ่มไม่ได้รับสิทธิและการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน โดยเฉพาะแรงงานที่จ้างโดยคนกลาง หรือผู้รับเหมาช่วงหรือฝ่ายที่ 3 ที่มีฐานะทางกฎหมายไม่แน่ชัด รวมทั้งแรงงานกลุ่มที่ระบุ

ในสัญญาว่าเป็นผู้ทำงานอิสระบางกลุ่มที่น่าจะมีการเจตนาทำสัญญาไม่ให้อยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายแรงงานด้วย ผู้เข้าร่วมประชุมบางท่านก็พยายามแยกแรงงานออกเป็นกลุ่มว่า กลุ่มไหนเป็นลูกจ้างหรือกลุ่มไหนเป็นผู้รับงานอิสระ บางท่านก็กล่าวถึงแรงงานที่เป็นลูกจ้างที่ต้องพึ่งพานายจ้างทางเศรษฐกิจแต่ก็ถูกจัดอยู่ในกลุ่มผู้รับงานอิสระ ดังนั้นแม้คำนิยามจะไม่ชัดเจนแต่ที่ประชุมก็มีความเห็นร่วมกันว่า ควรมีการดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยฝ่ายนายจ้างมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นลูกจ้างที่อยู่ในกลุ่มที่มิใช่เจตนาทำสัญญาในลักษณะบิดเบือนหรือแอบแฝงทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเท่านั้น

เพื่อเป็นการกำหนดแนวทางดำเนินการในอนาคต ที่ประชุมฯ จึงได้มีมติให้องค์การแรงงานระหว่างประเทศดำเนินการศึกษาว่าแรงงานประเภทใดต้องการการคุ้มครอง โดยให้ตั้งคณะผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ดำเนินการศึกษาในเรื่องนี้ ดังนั้นจึงได้มีการดำเนินการตามมติในที่ประชุม โดยได้ดำเนินการศึกษาปัญหาของประเทศต่างๆ (ในปี ค.ศ. 1999 มีการศึกษา 29 ประเทศ และต่อมาได้ศึกษาเพิ่มเติมอีกในปี ค.ศ. 2000 – ค.ศ. 2001 รวมการศึกษาทั้งหมด 39 ฉบับ) รวมทั้งได้มีการจัดการประชุมอย่างไม่เป็นทางการในภูมิภาคต่างๆ และการประชุมไตรภาคีผู้เชี่ยวชาญ (Tripartite Meeting of Experts on Workers in Situations Needing Protection) ในเดือนพฤษภาคม 2543 ซึ่งได้ข้อสรุปว่า ควรมีการดำเนินการขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในด้านต่างๆ เช่นการร่างอนุสัญญาให้การคุ้มครองแรงงานกลุ่มนี้ การให้ความช่วยเหลือทางวิชาการแก่ประเทศสมาชิกในการกำหนดนโยบายที่เหมาะสมกับการคุ้มครองแรงงานประเภทนี้ในประเทศสมาชิก รวมทั้งการให้ข้อมูลข่าวสารด้านการจ้างงานประเภทนี้แก่ประเทศสมาชิก

จากการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศดังกล่าว (อ้างใน Report V: The scope of the employment relationship , 91st Session ,2003) และแหล่งอื่นๆ พบว่า มีการจ้างงานในลักษณะแอบแฝง หรือเปลี่ยนจากลักษณะการจ้างงานแบบลูกจ้าง - นายจ้างเพิ่มขึ้น ส่งผลให้เกิดความไม่มั่นคงของลูกจ้าง และมีผลให้เกิดการเพิ่มความยากจนให้ลูกจ้างบางส่วน รวมทั้งมีผลกระทบในทางลบต่อนายจ้าง หรือ ผู้ประกอบการที่ใช้วิธีการจ้างงานแบบนี้เช่นมีการลาออกของลูกจ้าง การลดผลิตภาพแรงงาน เป็นต้น การดำเนินการดังกล่าวเป็นความท้าทายใหม่ต่อกฎหมายแรงงานในระดับประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศด้วย นอกจากนี้ยังสร้างปัญหาการคุ้มครองแรงงานประเภทนี้ในกรอบของแนวการคุ้มครองปัจจุบัน ดังนั้นแม้กฎหมายของแต่ละประเทศจะบัญญัติไว้ให้การคุ้มครองลูกจ้างตามความหมายดั้งเดิมไว้ดีแล้วก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกำหนดนั้นอาจไม่สามารถบังคับใช้กับนายจ้างและแรงงานกลุ่มนี้ได้ เนื่องจากตามกฎหมายแล้วแรงงานกลุ่มนี้ไม่ได้เป็น “ลูกจ้าง” ในบังคับของกฎหมายแต่อย่างใด

ปัญหาการใช้กฎหมายแรงงานมักเกิดขึ้นในภาคธุรกิจขนาดเล็ก หรือภาคไม่เป็นทางการ (informal economy) เนื่องจากลักษณะการทำงานหลายอย่างยากที่จะระบุว่าเป็นการจ้างงานในลักษณะเป็นแรงงาน (dependent) หรือเป็นผู้รับงานอิสระ (independent) โดยแรงงานที่ถูกจัดว่าเป็นการจ้างงานในลักษณะลูกจ้าง (dependent) ในทางปฏิบัติแต่สัญญากลับระบุว่าเป็นการว่าจ้างแบบอื่นๆ จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน และเป็นกลุ่มที่ต้องการการคุ้มครองจากกฎหมายมากกว่ากลุ่มอื่นๆ

แรงงานในอุตสาหกรรมขนาดเล็กหรือภาคนอกระบบ (informal economy)

โดยปกติในประเทศกำลังพัฒนาซึ่งมีภาคอุตสาหกรรมที่ไม่เป็นทางการ (informal economy) หรืออุตสาหกรรมนอกระบบที่มักเป็นกิจการขนาดเล็ก หรือกิจการในครัวเรือนที่มีการทำงานในลักษณะง่ายๆ ไม่มีการทำสัญญาจ้างหรือการกำหนดรูปแบบการทำงานแบบการทำงานในสถานประกอบการจำนวนมาก แต่เป็นแหล่งงานใหญ่ที่มีความสำคัญของหลายประเทศ แรงงานในกลุ่มนี้มักจะไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน เนื่องจากแม้จะมีการทำงานแต่ก็ไม่สามารถระบุได้แน่นอนในบางรายว่าเป็นการจ้างงานหรือมีความสัมพันธ์ในแบบนายจ้างลูกจ้างแต่ฐานะการทำงานอาจจะไม่ได้เป็นการจ้างงานในแบบลูกจ้าง นายจ้างอย่างเด่นชัด บางส่วนมีลักษณะการทำงานแบบอิสระ หรือทำงานด้วยตนเอง (self-employed) หรือเป็นแรงงานอิสระ (independent) ไม่มีนายจ้าง หรือเป็นการทำงานในครัวเรือนที่สมาชิกช่วยกันทำมากกว่าการทำงานเป็นลูกจ้างเพื่อรับค่าจ้าง

แรงงานหญิง

ลักษณะการทำงานของแรงงานหญิง ที่ทำงานบ้าน ธุรกิจในครัวเรือนหรือ การทำการเกษตรในครอบครัว โดยถือเป็นแรงงานในครอบครัวไม่ได้รับค่าจ้าง เช่น ลูกจ้างทั่วไป มีผลให้แรงงานหญิงจำนวนมากไม่ได้รับการจัดให้เป็นเป็นลูกจ้างในการจ้างงานตามกฎหมายแรงงานในหลายประเทศ จึงไม่อยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน

แรงงานที่ทำงานอิสระ (Self-employed)

เป็นกลุ่มที่โดยกฎหมายแล้วไม่อยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน เนื่องจากเป็นการทำงานโดยไม่มีผู้ว่าจ้างในลักษณะนายจ้าง แต่ในทางปฏิบัติมีกลุ่มที่มีลักษณะไม่ชัดเจน เป็นกลุ่มที่เป็นปัญหา และมีความไม่แน่ชัดในการทำงานแต่โดยปกติไม่สามารถจัดเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานได้ แต่ก็มีบางกลุ่มที่อาจมีฐานะการล้ำกึ่งระหว่างลูกจ้างกับผู้ทำงานอิสระ และอาจต้องมีวิธีการดูแลอีกแบบหนึ่งต่างจากแรงงานทั่วไป

การคุ้มครองทางกฎหมายกับการเปลี่ยนแปลงลักษณะการจ้างงาน

การเปลี่ยนแปลงสภาพของตลาดแรงงาน และการทำงานมีผลให้แรงงานบางกลุ่มที่มีลักษณะการทำงานที่แตกต่างไปจากเดิมไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ลักษณะการจ้างงานใหม่ๆ เหล่านี้ บางส่วนเกิดขึ้นจากการปรับตัวตามการเปลี่ยนแปลงของโลกยุคปัจจุบัน การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี การปรับรูปแบบขององค์กร วิธีการทำงาน การปฏิบัติหน้าที่ภายในองค์กร รวมทั้งการปรับโครงสร้างองค์กรเพื่อให้เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงของโลก แต่ละประเทศได้รับผลกระทบจากโลกาภิวัตน์แตกต่างกันไป บางประเทศก็มิให้มีการลงทุนและมีการจ้างงานเพิ่ม ตลาดแรงงานพัฒนาไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ประเทศ องค์กรธุรกิจ แต่ในอีกหลายประเทศมีผลให้เกิดการลดการผลิต มีจ้างงานลดลง และเกิดความไม่เท่าเทียมในสังคมเพิ่มขึ้น ส่งผลกระทบต่อสังคมในหลายๆ ทาง

จากวิกฤติการณ์ทางการเงินในครั้งสุดท้ายที่ผ่านมา จากการปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจ และจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในหลายประเทศ ส่งผลกระทบต่อประเทศกำลังพัฒนาและประเทศกึ่งพัฒนาที่กำลังจะเป็นประเทศอุตสาหกรรมหลายประเทศอย่างใหญ่หลวง บางประเทศมีการเลิกจ้างแรงงานจำนวนมาก บางส่วนมีการเปลี่ยนสถานะของแรงงานและการจ้างงาน เป็นผลให้สภาพทางการเงินของประเทศอ่อนแอลง เกิดปัญหาการว่างงานของแรงงานขณะเดียวกันมีผลทำให้เศรษฐกิจบางด้านขยายตัวอย่างมาก เช่น เศรษฐกิจที่ไม่เป็นทางการ มีการจ้างงานที่ไม่ได้ดำเนินการในลักษณะจ้างลูกจ้างในสถานประกอบการเพิ่มมากขึ้น นอกจากนั้นการปรับตัวทางเศรษฐกิจยังมีผลมาจากการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างประชากร การอพยพแรงงานระหว่างประเทศ การเติบโตของภาคบริการ (service sector) การมีแรงงานหญิงเข้าสู่ตลาดแรงงานเพิ่มมากขึ้น บางประเทศแรงงานวัยหนุ่มสาวมีการพัฒนาทักษะสูงขึ้น ขณะที่บางประเทศกลับขาดการพัฒนาฝีมือ การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้มีผลต่อแรงงานในด้านทัศนคติต่อการทำงาน ในการหางานทำและในการรักษางานเดิมของตนไว้ ภาคเอกชนมีการปรับตัวเพื่อให้สามารถใช้แรงงานที่มีลักษณะเปลี่ยนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น รวมทั้งการใช้วิธีการทำงานและการจ้างงานหลายๆ วิธีที่เหมาะสมกับกิจกรรมของตน เช่น การใช้ผู้รับเหมาช่วงหรือผู้รับเหมาย่อย การจ้างผู้มาทำงานในลักษณะจ้างผู้ประกอบการหรือผู้ประกอบการอาชีพอิสระ หรือการจ้างบริษัทจัดหาแรงงานมาทำงานบางด้านแทนที่ลูกจ้างที่เคยจ้างในลักษณะลูกจ้างของตนโดยตรง การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และระบบบริหารก็มีผลให้ภาคเอกชนต้องปรับตัวเพื่อให้สามารถแข่งขันในตลาดที่มีการแข่งขันสูงในปัจจุบัน ทางราชการจำเป็นต้องปรับตัว อาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมาย

และกลไกการบริการเพื่อให้การคุ้มครองแรงงาน ขณะเดียวกันก็มีให้เป็นอุปสรรคในการจ้างงาน และมีการส่งเสริมการประกอบอาชีพอิสระ เพื่อเป็นการสร้างงานและรายได้ของประชาชนด้วย

จากการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (อ้างใน Report V ข้างต้น) พบว่าบางประเทศได้ปรับตัวในการบริการแรงงาน โดยการลดกิจกรรมด้านการคุ้มครองแรงงานลงเพื่อให้มีการจ้างงานสะดวกขึ้น ซึ่งการดำเนินการ อาจมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพหลังวิกฤติ หรือโดยการลดงบประมาณด้านการตรวจแรงงานและการบังคับใช้กฎหมายลงและหันไปรักษางานหรือส่งเสริมการจ้างงานแทน

การเปลี่ยนแปลงสภาพการจ้างงานดังกล่าวข้างต้น ยังมีผลต่อองค์การของฝ่ายแรงงาน คือสภาพแรงงานซึ่งจะมีการทำงานที่ยากลำบากขึ้น อำนาจต่อรองจำกัด เป็นผลให้แรงงานโดยรวมมีอำนาจต่อรองกับนายจ้างลดลง

ผลของการขาดการคุ้มครองตามกฎหมาย

การเปลี่ยนแปลงลักษณะการจ้างงานมีผลต่อทั้งนายจ้างและลูกจ้าง กรณีของนายจ้าง การเปลี่ยนแปลงมีผลให้ลูกจ้างขาดความมั่นคงในการทำงานและอาจส่งผลให้ผลิตภาพของแรงงานต่ำลง ขณะที่ฝ่ายลูกจ้างได้รับผลกระทบหลายประการ เช่น การขาดการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานเดิมเป็นผลให้ไม่ได้รับการคุ้มครอง และการใช้สิทธิต่างๆ เช่น สิทธิการดำเนินคดีในศาลแรงงาน บางประเทศลูกจ้างก็สูญเสียสิทธิทางประกันสังคม

การขาดความมั่นคงในระยะยาวจะมีผลกระทบต่อความผูกพันที่แรงงานมีต่อนายจ้าง นอกจากนั้นการจ้างงานในลักษณะไม่ได้เป็นลูกจ้างโดยตรงก็มักจะไม่มีการลงทุนในด้านแรงงาน เช่น การฝึกอบรมและ พัฒนาแรงงาน ซึ่งจะมีผลให้ผลิตภาพของแรงงานและบริษัทนายจ้างลดลงในที่สุด ขณะที่ประเทศก็จะสูญเสียความสามารถในการแข่งขันในตลาด อุตสาหกรรมต่างๆ เช่น อุตสาหกรรมก่อสร้างที่มีการจ้างแรงงานนอกระบบมากขึ้นแทนการจ้างลูกจ้างแบบเดิมก็จะมีภาพพจน์ที่ไม่ดี ลดจำนวนแรงงาน ที่จะเข้าสู่อุตสาหกรรมก่อสร้าง และอาจทำให้อัตราการเข้าออกงานในอุตสาหกรรมสูงขึ้น

การขาดการคุ้มครองแรงงานยังมีผลต่อสุขภาพ และความปลอดภัยในการทำงานของแรงงานด้วย ทั้งอาจส่งผลต่อบุคคลภายนอกและสังคมส่วนรวมได้ เช่น การมีพนักงานขับรถบรรทุกขนาดใหญ่ที่มีปัญหาการทำงาน มีสภาพการทำงานที่ไม่มั่นคงหรือถูกบังคับให้ทำงานเกินชั่วโมงมาตรฐาน อาจสร้างอันตรายให้แก่บุคคลภายนอกและสังคมได้ เช่น อาจก่อให้เกิดอุบัติเหตุได้ หรือในบางอุตสาหกรรม

อาจเกิดอุบัติเหตุจนมีผลต่อสภาพแวดล้อมและสังคมข้างเคียงกับโรงงานได้ กรณีที่ใช้ผู้รับเหมาช่วงทำงาน อาจเกิดปัญหาความปลอดภัยในการทำงานขึ้นเนื่องจากการพยายามลดต้นทุนจนขาดการป้องกัน อันตรายจากการทำงาน

ผลกระทบอีกประการหนึ่งคือ อาจสร้างปัญหาให้ระบบภาษีและกองทุนประกันสังคม เช่น การศึกษาในสหรัฐอเมริกา กระทรวงการคลังสหรัฐอเมริกาประมาณการว่า การกำหนดให้ลูกจ้างแรงงานเดิมเป็นผู้ประกอบการอิสระมีผลให้กองทุนประกันสังคมได้รับเงินสมทบลดลงจากที่ควรได้รับถึง ปีละ 2,600 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และขาดรายได้ในรูปภาษีรายได้ถึง ปีละ 1,600 ล้านดอลลาร์สหรัฐ

บทที่ 3

การจ้างงานที่มีลักษณะไม่ชัดเจนแบบต่างๆ

ความสัมพันธ์ในการจ้างงานระหว่างนายจ้าง ลูกจ้าง หรือผู้ว่าจ้างฝ่ายหนึ่ง และฝ่ายที่รับคำสั่งให้ไปปฏิบัติ ได้แก่ ลูกจ้างอีกฝ่ายหนึ่ง เป็นความสัมพันธ์ในการจ้างงานตามกฎหมายในความหมายดั้งเดิม ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ถือเป็นหลักในการคุ้มครองแรงงานตลอดมาจนถึงปัจจุบัน เป็นการแยกระหว่างคนทำงานที่เป็นลูกจ้าง หรือต้องขึ้นกับนายจ้าง (dependent) ประเภทหนึ่งกับอีกประเภทหนึ่งคือ ผู้ปฏิบัติงานอิสระ หรือผู้ประกอบการที่ด้วยตนเอง (independent workers , own-account หรือ self-employed) ซึ่งไม่ได้มีนายจ้างหรือผู้ว่าจ้างในลักษณะการเป็นนายจ้างตามกฎหมายแรงงาน

จากการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (Report V, อ้างแล้ว) พบว่าแม้ลักษณะการจ้างงานจะมีการเปลี่ยนไปบางส่วนในปัจจุบัน แต่ส่วนใหญ่การจ้างงานยังคงมีลักษณะแบบนายจ้าง - ลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานเช่นเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศพัฒนาแล้วที่มีภาคเศรษฐกิจทางการมีขนาดใหญ่ การจ้างงานในลักษณะนี้ยังเป็นการจ้างงานหลักของสังคม ซึ่งต่างกับความเชื่อที่ว่าการทำงานในลักษณะใหม่มีการขยายตัวมากและอาจมาแทนที่การทำงานแบบเดิม ตัวอย่างจากการศึกษาที่ยืนยันเรื่องนี้คือ ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้างกับนายจ้างรายหนึ่งในประเทศพัฒนาแล้ว ยังคงสูงมาก เช่น ในปี ค.ศ. 2000 ระยะเวลาการทำงานของลูกจ้างกับนายจ้างรายหนึ่งๆ โดยเฉลี่ยคือ 10.4 ปี (ต่ำสุด 8.2 ปี และสูงสุดคือ 13.5 ปี) (Report V.อ้างแล้ว หน้า 19) แสดงว่าแรงงานส่วนใหญ่ไม่ได้เปลี่ยนงานหรือถูกเปลี่ยนฐานะการทำงานตามที่เชื่อแต่อย่างใด

ในประเทศอีกกลุ่มหนึ่งที่มีการพัฒนาอุตสาหกรรมน้อยกว่า และมีภาคเศรษฐกิจนอกระบบใหญ่กว่า มีการจ้างงานในอุตสาหกรรมหรือภาคทางการ (Formal) จำนวนหนึ่งแต่แรงงานจำนวนมาก ยังคงทำงานเป็นแรงงานนอกระบบ (Informal) ทำงานกับนายจ้างขนาดเล็ก หรือทำงานอิสระไม่มีนายจ้าง อย่างไรก็ตามในประเทศเหล่านี้แรงงานที่มีการจ้างงานและอยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงานก็มีจำนวนที่ถือว่ามากพอสมควรเมื่อเทียบกับแรงงานกลุ่มอื่นๆ ในตลาดแรงงาน ในกลุ่มนี้อาจมีการจ้างงานที่แตกต่างจากการจ้างงานในลักษณะนายจ้าง-ลูกจ้างเป็นสัดส่วนน้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่ก็น่าจะเป็นเรื่องปกติของประเทศกำลังพัฒนาทั่วไป

ขอบเขตของกฎหมายการจ้างงาน

ความสัมพันธ์หรือสัญญาที่เป็นปัญหาจนยากที่จะจำแนกว่าเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะใดแน่ชัด ได้แก่ การทำสัญญาในลักษณะจ้างผู้ทำงานอิสระ (independent) หรือผู้รับงานไปทำ โดยไม่ได้เป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง แต่ในทางเป็นจริงสัญญานี้บางส่วนเป็นสัญญาจ้างงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ในลักษณะการจ้างลูกจ้าง แต่พยายามทำให้เห็นว่าเป็นการจ้างผู้ปฏิบัติงานอิสระตามสัญญาทางแพ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ต่างๆ เช่น การไม่ให้เรียกร้องสิทธิตามกฎหมายแรงงาน การหลีกเลี่ยงภาระทางภาษี และภาระทางประกันสังคม

โดยทั่วไปคำว่า "ความสัมพันธ์ในการจ้างงาน" (Employment relationship) กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลผู้หนึ่ง เรียกว่า "ลูกจ้าง" หรือ "คนงาน" และบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "นายจ้าง" ซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่ให้บริการหรือทำงานให้แก่นายจ้างโดยมีเงื่อนไขหรือข้อตกลงการจ้าง โดยลูกจ้างหวังรับค่าตอบแทนจากการให้บริการนั้น กฎหมายของบางประเทศกำหนดให้ใช้สัญญาจ้างงานเป็นหลักในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคล 2 ฝ่ายดังกล่าว บางประเทศกำหนดให้ผู้รับเหมา (contractor) หรือ "ผู้จัดหางาน" (Employment agency) เป็น "ฝ่ายจ้าง" ลักษณะหนึ่งด้วย และกฎหมายอาจกำหนดความรับผิดชอบของ "ผู้ใช้บริการ" (User) ของแรงงานที่ผู้รับเหมา หรือผู้จัดหางานนำมาให้

เกณฑ์ หรือคุณสมบัติที่ใช้กำหนด หรือจำแนกระหว่างข้อตกลงการจ้างงาน และข้อตกลงลักษณะอื่นของแต่ละประเทศจะมีความแตกต่างกัน โดยมีลักษณะทั่วไปคือ

สัญญาการจ้างงานเกิดขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หากมีลักษณะบางประการดังนี้ เช่น จะเป็นการจ้างงานตามสัญญาลักษณะจ้างงานเมื่อบุคคลหนึ่งทำงาน หรือให้บริการในฐานะผู้ได้บังคับบัญชาของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือทำงานโดยต้องขึ้นกับนายจ้างหรือผู้แทนนายจ้าง หรือต้องทำงานให้บุคคลอื่น หรือผู้ทำงานต้องเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร หรือทำงานโดยไม่ต้องรับความเสี่ยงในฐานะผู้ประกอบการ

กฎหมายของบางประเทศกำหนดขอบเขตไว้กว้างขึ้น โดยกำหนดว่า ผู้ทำงานที่มีลักษณะบางประการจะถือเป็นลูกจ้าง แม้ไม่มีสัญญาเป็นหนังสือ หรือมีสัญญาแต่ไม่อาจจะระบุชัดเจนนัก แต่ถ้ามีลักษณะ หรือข้อเท็จจริงทำให้สันนิษฐานได้ว่า มีการจ้างงานเกิดขึ้น ก็ให้ถือว่าเป็นการจ้างงานตาม

กฎหมายแรงงาน ในทางตรงกันข้ามกฎหมายของบางประเทศกำหนดคำจำกัดความของการจ้างงาน ตามกฎหมายแรงงานไว้แคบ และเฉพาะเจาะจงมาก

การกำหนดว่า มีการทำสัญญาการจ้างงานหรือไม่ ควรยึดถือ “ข้อเท็จจริง” (fact) ว่า ข้อตกลงมีจุดมุ่งหมายที่แท้จริงอย่างไร ไม่ใช่ยึดถือตามข้อความหรือตัวอักษรในสัญญา ซึ่งอาจไม่ตรงกับความเป็นจริง การกำหนดว่าการตกลงในลักษณะใดเป็นสัญญาจ้างงานหรือไม่ จึงขึ้นอยู่กับว่าข้อตกลงนั้นมีลักษณะ หรือเงื่อนไขตรงกับคำจำกัดความของสัญญาจ้างงานหรือไม่ กล่าวคือ มีการตกลงในเรื่อง สิทธิหน้าที่และการให้บริการของ 2 ฝ่ายคู่สัญญาหรือไม่ การกำหนดเช่นนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายคือ หลักการยึดข้อเท็จจริงหลัก (primacy of fact) ซึ่งศาลอาจใช้หลักนี้ในการพิจารณาเมื่อขาดสัญญาที่เป็น เอกสาร หรือมีสัญญาแต่ขาดความแน่ชัดในเรื่องเนื้อหาหรือข้อตกลงในสัญญานั้น

ขณะที่บางประเทศกฎหมายกำหนดให้ใช้เครื่องชี้วัด (indicators) หรือหลักฐาน หรือ ลักษณะบางประการเพื่อกำหนดว่ามีการจ้างงานตามสัญญาหรือไม่ เช่น การมีสัญญาจ้างงานใน ลักษณะจ้างแรงงานตามกฎหมายแรงงาน การมีข้อตกลงให้ฝ่ายหนึ่งต้องทำตามคำสั่งของอีกฝ่ายหนึ่ง หรือไม่ หรือมีการตกลงว่าฝ่ายหนึ่งจะทำงานตามคำสั่งของนายจ้าง หรือ มีความแตกต่างหรือความไม่ เท่าเทียมกันระหว่างคู่สัญญา 2 ฝ่ายโดยฝ่ายหนึ่งมีอำนาจสั่งการอีกฝ่ายหนึ่งหรือไม่ หรือจากการที่ฝ่าย หนึ่งต้องพึ่งพานายจ้างทางเศรษฐกิจหรือไม่ หรือสามารถพึ่งตนเองได้

สำหรับประเทศที่มีระบบกฎหมาย common law เช่น อังกฤษ ผู้พิพากษาจะใช้คุณสมบัติหรือตัวทดสอบ (test) บางด้าน ประกอบกับข้อมูล จากการพิจารณาพิพากษาในอดีตก่อนๆ เช่น การพิสูจน์ว่ามีสภาพการบังคับ หรือควบคุมจากฝ่ายหนึ่งหรือไม่ มีการเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรหรือไม่ ความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ (ใครเป็นผู้รับผิดชอบเรื่องทางการเงิน) และการมีความรับผิดชอบร่วมกันของคู่สัญญา อย่างไรก็ตามก็ดีไม่ว่าจะเป็นระบบกฎหมายใดผู้พิพากษาก็ต้องตัดสินโดยยึดข้อเท็จจริงใน คดีเป็นหลัก ไม่ได้ยึดเฉพาะสัญญาหรือสิ่งที่คู่สัญญาแสดงต่อศาลเท่านั้น แม้จะมีกฎหมายเป็นกลาง หรือหลักในการกำหนดว่า การจ้างงานเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะใด แต่ในบางกรณีกฎหมายก็อาจ ไม่ครอบคลุมหรือชัดเจนพอที่จะกำหนดแน่นอนว่าเป็นการจ้างในลักษณะใด เมื่อสภาพการจ้างงานมีการเปลี่ยนแปลงไปตามการพัฒนาของตลาดแรงงานและการจัดระบบการทำงาน สะท้อนให้เห็นว่า กฎหมายอาจไม่สามารถนำมาใช้กับสภาพปัจจุบันได้ในทุกกรณี

การทำสัญญาจ้างงานแบบแอบแฝง

การทำสัญญาจ้างงานแบบแอบแฝง หรือการเจตนาทำสัญญาให้เกิดความเข้าใจผิดหรือไม่แน่ชัด เป็นการทำสัญญาให้มีข้อความเสมือนหนึ่งว่าเป็นสัญญาประเภทหนึ่ง เช่น สัญญาจ้างผู้ปฏิบัติงานอิสระ แต่มีเจตนาให้สัญญานั้นเป็นอีกลักษณะหนึ่ง เช่น เป็นสัญญาจ้างงานระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ทั้งนี้เพื่อให้ไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายแรงงานหรือกฎหมายอื่นๆ การดำเนินการอาจทำได้หลายวิธี เช่น การทำสัญญาในรูปแบบอื่นแทนสัญญาจ้างงาน หรือทำสัญญาในลักษณะที่ทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับสิทธิ หรือได้รับสิทธิน้อยกว่าที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด อีกลักษณะหนึ่งคือการพยายามทำสัญญาเพื่อไม่ให้ทราบว่าบุคคลหรือองค์กรใดเป็นนายจ้างที่แท้จริง โดยที่คู่สัญญาเป็นบุคคลที่เป็นเพียงคนกลางเท่านั้น ไม่ใช่ นายจ้างที่แท้จริง เพื่อให้ นายจ้างที่แท้จริงไม่ต้องรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญากับลูกจ้าง และไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายต่อลูกจ้าง

วิธีที่ใช้กันทั่วไปได้แก่ การทำสัญญาให้มีลักษณะอื่นไม่ใช่สัญญาจ้างแรงงาน เช่น การทำสัญญาตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การจัดตั้งสหกรณ์ การทำสัญญาในลักษณะเป็นการร่วมทำธุรกิจในครอบครัว ไม่ใช่การจ้างลูกจ้าง ซึ่งแต่ละวิธีจะมีผลให้ผู้ปฏิบัติงานหรือฝ่ายลูกจ้าง ไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน โดยอาจเป็นสมาชิกสหกรณ์ หรือเป็นสมาชิกในครอบครัว เป็นการทำงานในครอบครัวไม่มีการจ้างงานในลักษณะการจ้างลูกจ้าง เป็นต้น

การทำสัญญาแฝงอีกลักษณะหนึ่ง คือ การทำสัญญาในลักษณะการฝึกงาน แม้จะมีนัยยะเพื่อประโยชน์แก่แรงงานและสังคม แต่ในทางปฏิบัติกลับใช้เป็นการเลี่ยงทำสัญญาจ้าง เพื่อให้สามารถจ่ายค่าตอบแทนน้อยกว่าแรงงาน ปกติ

อีกวิธีหนึ่งในการทำสัญญาจ้างงานแบบแอบแฝง คือ การใช้ “รูปแบบ” ของสัญญาให้เกิดความเข้าใจว่าไม่ได้เป็นสัญญาจ้างงานแรงงาน ซึ่งมีผลให้สิทธิและผลประโยชน์ของลูกจ้างไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน เป็นเจตนาที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เช่น การทำสัญญาจ้างงานให้มีระยะเวลาการจ้างที่แน่นอน หรือจ้างให้ทำงานใดหนึ่งเพื่อหลีกเลี่ยงไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย และอาจทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับสิทธิในฐานะพนักงานประจำ และมีสิทธิในเรื่องค่าชดเชยเมื่อเลิกจ้าง แต่ในทางปฏิบัติสัญญานี้กลับไม่ได้สิ้นสุดลงเมื่อถึงกำหนดวันที่ระบุว่าเป็นวันสิ้นสุดสัญญา เนื่องจากมีการต่อสัญญาจ้างงานไปเรื่อยๆ โดยอาจมีช่วงเว้นว่างก่อนเริ่มสัญญาใหม่ หรืออาจไม่มีการเว้นเลยก็ได้ สัญญาจ้างงานแบบแอบแฝงในลักษณะนี้จึงมีวัตถุประสงค์หลักในการพยายามหลบเลี่ยงกฎหมายคุ้มครองแรงงาน

สัญญาจ้างที่มีเจตนาไม่ให้ความชัดเจน (Objectively ambiguous employment relationship) สัญญาแอบแฝงอีกประเภทหนึ่งคือ สัญญาจ้างงานที่เจตนาทำขึ้นเพื่อมิให้ทราบฐานะที่แท้จริงของฝ่ายลูกจ้าง หรือนายจ้าง เช่น การทำสัญญาในลักษณะที่ลูกจ้างมีความเป็นอิสระค่อนข้างสูง เพื่อให้ดูเหมือนว่าไม่ใช่เป็นลูกจ้าง อย่างไรก็ตามในบางกรณีก็เป็นความไม่ตั้งใจที่ทำให้สัญญาจ้างงานขาดความแน่ชัด เช่น กรณีตัวอย่างต่อไปนี้คือ เมื่อมีแพทย์ซึ่งเดิมก็เปิดคลินิกอิสระให้บริการแก่คนไข้ทั่วไป ต่อมาเมื่อลูกจ้างของนายจ้างรายหนึ่งมารับบริการจากแพทย์รายนี้ และเวลาผ่านไปมีลูกจ้างของนายจ้างรายนี้มารับการรักษาเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ จนในที่สุดแพทย์คนนี้ก็ให้บริการเฉพาะคนไข้ที่เป็นลูกจ้างของนายจ้างรายนี้อย่างเดียว และมีการจ่ายค่ารักษาในลักษณะจ่ายเหมาเป็นรายสัปดาห์และรายเดือน ต่อมาแพทย์รายนี้ได้เปิดสำนักงานของตนและเลิกให้บริการแก่คนไข้อื่นๆ คงให้บริการเฉพาะลูกจ้างของนายจ้างรายนี้เท่านั้น หลายปีต่อมาแพทย์คนนี้ก็ถูกบอกเลิกสัญญาให้บริการทางการแพทย์แก่ลูกจ้างของนายจ้างรายนี้คำถามจึงมีว่าแพทย์ผู้นี้เป็นลูกจ้างของนายจ้างรายนี้หรือไม่ และควรได้รับค่าชดเชยจากการถูกให้ออกจากงานหรือไม่

หรือในกรณีอื่นๆ เช่น บุคคลอาจได้รับการว่าจ้างให้ทำงานนอกที่ทำการของนายจ้าง โดยไม่มีเวลาทำงานที่แน่นอน แต่มีการจ่ายค่าตอบแทนตามที่ตกลงกัน และบุคคลนั้นมีอิสระในการทำงานตามเวลาและสถานที่ที่ตนเองกำหนด หรือแรงงานบางรายไม่เคยได้เข้าไปในบริษัทที่ตนสมัครงาน และทำงานเลย การสมัครงานก็ทำทางอินเทอร์เน็ต ตกลงจ้างทางอินเทอร์เน็ต และรับเงินค่าจ้างโดยการโอนเงินในระบบธนาคาร กรณีนี้ถ้านายจ้างเป็นผู้จัดหาเครื่องมือในการทำงาน ออกคำสั่งในการทำงาน และมีการควบคุมการทำงานของบุคคลนี้ในระดับหนึ่ง ก็ยังอาจถือว่า บุคคลนี้เป็นลูกจ้างของนายจ้างรายนี้ได้

งานอีกประเภทหนึ่งที่อาจจัดเป็นงานในลักษณะสัญญาแอบแฝงคือ การทำงานโดยไม่ได้รับค่าจ้างโดยตรง เช่น กรณีงานในกิจการของครอบครัว ภรรยา หรือญาติอาจทำงานในครอบครัว ไม่ได้มีข้อตกลงในการจ้างงานหรือการทำข้อตกลงใดๆ ซึ่งโดยปกติไม่ได้ถือเป็นลูกจ้างจึงไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ไม่มีการประกันสุขภาพ และประกันสังคมตามกฎหมาย

หรือบางครั้งอาจเป็นในรูปของ อาสาสมัคร เช่น อาสาสมัครทำงานช่วยงานด้านการศึกษาพยาบาล ด้านบริการสังคม และการกีฬา โดยอาจได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ซึ่งมีฐานะต่างกับพนักงานที่เป็นลูกจ้างของหน่วยงานนั้น

บางกรณีก็ขึ้นอยู่กับฝ่ายลูกจ้างว่าเข้าใจสัญญาหรือข้อตกลงในลักษณะใด บางคนอาจเข้าใจว่าเป็นการจ้างทำงานในฐานะผู้รับงานอิสระ ตามที่กล่าวไว้ในสัญญา แต่บางคนก็อาจไม่ทราบจริงๆ ว่าตนมีฐานะอย่างไรตามสัญญา ซึ่งเป็นลักษณะของสัญญาแอบแฝงประการหนึ่ง

ในระหว่างลูกจ้างกับผู้รับงานอิสระ คือ กลุ่มที่อยู่ตรงกลางระหว่าง 2 กลุ่มนี้ เป็นกลุ่มที่เรียกว่า “แรงงานที่ต้องพึ่งพาทางเศรษฐกิจ” (Economically dependent workers) ซึ่งอาจเป็นผู้ที่ทำงานอิสระ แต่ก็ต้องอาศัยผู้ว่าจ้างจำนวนไม่กี่รายเพื่อให้มีรายได้พอเพียง ซึ่งกลุ่มนี้ยากที่จะหาจำนวนที่แน่นอนได้เนื่องจากไม่มีลักษณะเด่นชัด และอาจยากลำบากในการกำหนดว่าบุคคลใดอยู่ในกลุ่มนี้ รวมทั้งการไม่มีการรวบรวมสถิติแรงงานในกลุ่มนี้ แต่ก็สามารถสรุปได้ในระดับหนึ่งว่ากลุ่มนี้น่าจะขยายตัวขึ้นในระยะไม่นานมานี้

กรณีของพนักงานขับรถยนต์บรรทุก

กรณีของพนักงานขับรถบรรทุกอาจเป็นตัวอย่างที่ดีในเรื่องสัญญาที่ไม่แน่ชัด หรือแอบแฝง ในหลายประเทศ ลูกจ้างตำแหน่งพนักงานขับรถบรรทุกของบริษัทนายจ้าง ถูกเปลี่ยนเป็นลูกจ้างของผู้รับเหมาที่มารับงานจากบริษัทนายจ้าง หรือเปลี่ยนเป็นผู้รับงานจากบริษัทนายจ้างไปทำในฐานะผู้รับงานอิสระเป็นเจ้าของรถ หรือผู้เช่ารถแต่มารับขนส่งในงานเดิมที่ทำอยู่ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างรายนี้ โดยเป็นเงื่อนไขที่ต้องปฏิบัติตามประสงค์จะทำงานกับนายจ้างรายนี้ต่อไป เป็นผลให้เกิดผู้รับงานอิสระจำนวนมากในอุตสาหกรรมขนส่ง ลูกจ้างกลุ่มนี้จึงเปลี่ยนฐานะเป็นผู้รับงานไปทำในลักษณะของคู่สัญญาตามกำหนดหมายแฝง และไม่ได้เป็นลูกจ้างอีกต่อไป ทั้งที่ในทางปฏิบัติยังคงทำงานเดิมให้นายจ้างรายเดิม แต่ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานอีกต่อไป ทั้งยังต้องจ่ายค่าบำรุงรักษารถยนต์เองด้วย และยังคงพึ่งนายจ้างเหมือนขณะเป็นลูกจ้าง

ความสัมพันธ์ในการจ้างงานแบบ 3 ฝ่าย (Triangular Employment Relationship)

โดยปกติการจ้างงานจะเกี่ยวข้องกับบุคคล 2 ฝ่ายเท่านั้น คือ นายจ้างกับลูกจ้าง แต่ปัจจุบันการทำงานมีความซับซ้อนยิ่งขึ้น เมื่อมีฝ่ายที่ 3 หรือมากกว่าเข้ามาเกี่ยวข้องในลักษณะมีความเกี่ยวพันกัน 3 ฝ่าย การทำสัญญาลักษณะนี้บางครั้งก็เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายที่เกี่ยวข้อง แต่ในหลายกรณีจะมีผลเสียทำให้แรงงานไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

สำหรับลูกจ้างแล้วความสัมพันธ์ในลักษณะนี้มีคำถาม 3 ประการ คือ ใครเป็นนายจ้างที่แท้จริง ลูกจ้างได้รับสิทธิอะไรบ้าง และใครรับผิดชอบลูกจ้างหรือแรงงานเหล่านี้ โดยปกติแล้วแรงงานกลุ่มนี้จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานในบางด้าน ซึ่งสิทธิที่ได้รับนั้นจะมีข้อจำกัดมากกว่าลูกจ้างปกติทั่วไป สัญญาในลักษณะนี้มีกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องน้อยกว่าการจ้างงานตามปกติ

รูปแบบของการจ้างงานแบบ 3 ฝ่าย

การทำสัญญาในลักษณะที่เข้าข่ายการจ้างงานแบบ 3 ฝ่าย ได้แก่ สัญญาที่แรงงานหรือลูกจ้างที่เป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกับอีกฝ่ายหนึ่งคือผู้ว่าจ้างหรือนายจ้างหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “ผู้จัดหาแรงงาน” (The provider) เพื่อให้ลูกจ้างของตนทำงานให้กับบุคคลหรือสถานประกอบการซึ่งเป็นฝ่ายที่ 3 (The user enterprise) ในลักษณะของการให้บริการด้านแรงงาน หรือบริการใดหนึ่งแก่ฝ่ายที่ 3 โดยฝ่ายที่ 3 นี้มีอำนาจควบคุมลูกจ้างในระดับหนึ่งแต่ก็ได้เป็นนายจ้างของลูกจ้างนั้น

ความสัมพันธ์ในการทำงานในลักษณะนี้มีลักษณะของสัญญาการว่าจ้างให้ทำงานหรือให้บริการ หลายรูปแบบด้วยกัน ทั้งยังมีส่วนในการสร้างงานและประสบการณ์ให้แก่แรงงานที่ทำงานในลักษณะนี้ แต่ก็อาจทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ เมื่อลูกจ้างต้องทำงานภายใต้คำสั่งของบุคคลหลายฝ่าย และแต่ละฝ่ายต่างปฏิบัติหน้าที่บางด้าน บางลักษณะของนายจ้างในความหมายดั้งเดิม เช่น นายจ้างหรือผู้จัดหาแรงงานเป็นนายจ้างเป็นผู้จ่ายค่าจ้างและมีอำนาจสั่งการ ขณะเดียวกันฝ่ายที่ 3 ก็มีอำนาจสั่งการและควบคุมการทำงานของลูกจ้าง การทำสัญญาบางส่วนมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์คือ สัญญาระหว่างผู้จัดหาแรงงาน (provider) และผู้ใช้ (user) แรงงาน และสัญญาอีกส่วนหนึ่งเป็นสัญญาจ้างงานระหว่างผู้จัดหาแรงงานและลูกจ้าง แต่ในทางปฏิบัติอาจมีการทำสัญญาแอบแฝง หรือหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยที่ฝ่ายจัดหาแรงงาน อาจไม่ใช่ นายจ้างที่แท้จริงแต่เป็นเพียงคนกลาง เพื่อปกปิดฐานะที่แท้จริงของนายจ้าง หรือเพื่อมิให้ความรับผิดชอบตกอยู่กับนายจ้างที่แท้จริง รูปแบบหนึ่งของการทำสัญญาในลักษณะนี้ได้แก่ สหกรณ์ การใช้บริษัทจัดหางาน หรือบริษัทที่ให้บริการด้านแรงงาน หรือการใช้ผู้รับเหมาช่วง หรือผู้รับเหมาย่อย หรือระบบ franchise ที่เจ้าของเครื่องหมายการค้า หรือสินค้า ตกกลงให้ผู้ประกอบการใช้เครื่องหมาย หรือสินค้านั้นแล้วมีข้อตกลงในการเข้าไปควบคุมกิจการบางด้าน เช่น ลูกจ้าง เป็นต้น

ตัวอย่างของสัญญาการจ้างในลักษณะนี้อาจเห็นได้จากกลุ่มตัวอย่างดังต่อไปนี้

งานก่อสร้าง

งานก่อสร้างมีแนวโน้มใช้บริษัทรับเหมาถ้อยหรือรับเหมาช่วง การใช้คนกลางในการทำงาน และใช้ผู้ทำงานอิสระมากขึ้น บริษัทก่อสร้างขนาดใหญ่หลายแห่งเลิกทำงานก่อสร้างโดยตรง แต่ทำงานด้านการบริหารและประสานงานโครงการ การหาลูกค้าและควบคุมโครงการ แล้วมอบงานนั้นให้ผู้รับเหมาถ้อยเป็นผู้ดำเนินการก่อสร้าง ผู้รับเหมาถ้อยเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นบริษัทขนาดเล็ก หรือเล็กมาก หรือทำเฉพาะด้านรับเหมาค่าแรง หรือผู้รับงานอิสระ ปัญหาที่เกิดขึ้นตามมาคือ บริษัทหรือนายจ้างรายเล็กๆ เหล่านี้ส่วนมากจะมีสภาพการจ้างและสวัสดิการไม่ดี และไม่มั่นคง เป็นผลให้แรงงานได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงวิธีการทำงานแบบใหม่นี้

งานตัดเย็บเสื้อผ้า

งานตัดเย็บเสื้อผ้านี้ส่วนใหญ่จ้างงานแรงงานหญิง ซึ่งในบางประเทศเป็นแรงงานอพยพจำนวนมาก บางครั้งก็ใช้แรงงานเด็ก และใช้แรงงานอิสระซึ่งอาจเป็นงานที่ทำนอกโรงงาน ในรูปงานบ้าน (homeworker) หรือรับงานไปทำที่บ้าน ไม่ใช่การจ้างแบบลูกจ้าง ทำให้เกิดปัญหาในการให้ความคุ้มครองแรงงานที่มีการจ้างงานในลักษณะนี้

งานขายของในห้างสรรพสินค้า

ในหลายประเทศห้างสรรพสินค้าได้แบ่งงานภายในห้างเป็นหน่วยอิสระย่อย หน่วยเล็กๆ จำนวนมากทำงานให้แก่ห้าง โดยส่วนใหญ่จะเป็นแรงงานหญิง แต่มีการแบ่งประเภทแรงงานเป็นหลายกลุ่ม หลายประเภท บางส่วนก็เป็นบุคคลที่เจ้าของสินค้าหรือร้านค้าย่อยเป็นผู้ว่าจ้าง บางส่วนก็เป็นแรงงานอิสระ บางส่วนเป็นลูกจ้างของห้างโดยตรง ลูกจ้างหรือผู้ทำงานที่ไม่ได้เป็นลูกจ้างโดยตรง ลักษณะนี้กฎหมายยังไม่ได้ครอบคลุมและคุ้มครอง เป็นผลให้การคุ้มครองแรงงานบางส่วนเป็นปัญหา บางส่วนก็ระบุให้ผู้ที่เป็นผู้ใช้และสั่งการแรงงาน (user) เป็นนายจ้างที่ต้องรับผิดชอบลูกจ้างที่ตนมีอำนาจสั่งการ

พนักงานซูเปอร์มาร์เก็ตและไฮเปอร์มาร์เก็ต

เช่นเดียวกับห้างสรรพสินค้าพนักงานบางประเภทของสถานประกอบการที่ดำเนินการจำหน่ายในสินค้าประเภท Supermarket และ hypermarket เช่น พนักงานจัดของเข้าชั้น และพนักงานสาธิตหรือส่งเสริมสินค้าที่ถูกส่งมาทำงานในห้าง พนักงานเหล่านี้อาจเป็นลูกจ้างของห้างโดยตรง หรือของบริษัทที่เป็นผู้ส่งสินค้าให้ห้างที่จ้างมาทำหน้าที่ในห้างนี้ หรืออาจเป็นลูกจ้างของบริษัทจัดหาแรงงานรับทำงานในห้างนี้โดยไม่ได้เป็นลูกจ้างของห้าง การบรรจุสินค้าประเภทอาหารเพื่อขายในห้างส่วนใหญ่

มักจะกระทำโดยบริษัทขนาดเล็กภายนอกที่จ้างดำเนินการ นอกจากนี้บริการอื่นๆ ก็จ้างให้ผู้ประกอบการภายนอก (outsource) ไปทำแทน เป็นผลให้แรงงานจำนวนมากไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย

บริษัทรักษาความปลอดภัย

บริษัทรักษาความปลอดภัยเป็นตัวอย่างที่ดีในการจ้างงานในลักษณะ 3 ฝ่าย โดยมีบริษัทยามเข้ามาทำหน้าที่เหมือนนายจ้าง แต่ผู้ใช้ยามที่บริษัทยามส่งมาให้จริงๆ คือ เจ้าของสถานที่ และเป็นบุคคลที่ลูกจ้างต้องรับคำสั่งและฟังพามากกว่านายจ้าง หรือบริษัทจัดหายามทำให้แรงงานกลุ่มนี้อาจไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกับลูกจ้างตามการจ้างงานในลักษณะนายจ้าง – ลูกจ้างโดยตรง

คำถามเกี่ยวกับการจ้างงานแบบ 3 ฝ่าย

ในการจ้างงานปกติซึ่งมีลูกจ้าง และนายจ้าง หรือมีฝ่ายที่เป็นนายจ้างเพียงบุคคล หรือองค์กรเดียว ก็จะไม่มีความเกิดขึ้นว่าใครเป็นนายจ้างที่แท้จริง โดยบุคคลนี้จะเป็นผู้ว่าจ้างลูกจ้าง หรือทำหน้าที่ปกติของนายจ้างในการมอบหมายงาน จัดหาเครื่องมือและวิธีการทำงานให้ลูกจ้างออกคำสั่งและตรวจสอบการปฏิบัติงาน จ่ายค่าจ้าง รับผิดชอบเรื่องของธุรกิจ ทำกำไรให้แก่ธุรกิจ และการเลิกจ้าง แต่ในกรณีการทำสัญญาจ้างงาน 3 ฝ่าย มีผู้เกี่ยวข้องในฐานะนายจ้างมากขึ้นและแต่ละฝ่ายก็มีหน้าที่รับผิดชอบบางส่วนของนายจ้าง ในกรณีนี้จึงอาจมีความเข้าใจได้ว่ามีบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลหลายกลุ่มร่วมเป็นนายจ้าง

ฝ่ายใดคือนายจ้าง

คำถาม คือ บุคคลหรือฝ่ายใดเป็นนายจ้างที่แท้จริง จากกรณีที่มีหลายฝ่ายเกี่ยวข้องในฐานะนายจ้าง หรือมีหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของนายจ้าง โดยลูกจ้างต้องทำงานกับฝ่ายที่อาจเรียกว่าเป็นนายจ้างหลายคน กรณีเกิดปัญหาขึ้นจึงไม่แน่ใจว่าบุคคลใดจะเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น กรณีนายจ้างหรือผู้จัดหาแรงงาน (provider) ล้มละลายหรือเลิกกิจการ การจ่ายค่าชดเชยกรณีถูกเลิกจ้าง หรือกรณีประสบอันตรายจากการทำงานจะเรียกร้องจากฝ่ายใด จะสามารถเรียกร้องจากผู้ที่เป็นผู้ใช้ (user) ได้หรือไม่ เนื่องจากไม่ได้เป็นนายจ้างตามข้อตกลง

สิทธิของแรงงาน

ฝ่ายใดในกลุ่มของนายจ้างหรือฝ่ายที่น่าจะเป็นนายจ้างจะเป็นผู้รับผิดชอบต่อแรงงาน ผู้จัดหาแรงงาน (provider) หรือผู้ใช้ (user) หรือต้องรับผิดชอบร่วมกัน คำตอบคือ แล้วแต่กรณีซึ่งมีข้อเท็จจริงต่างกัน

ตามกฎหมายและตามความเข้าใจทั่วไป ผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อแรงงานก็คือ “นายจ้าง” ไม่ว่าจะเรียกชื่อใด เช่น ผู้จัดการแรงงาน ผู้รับเหมา บริษัทจัดหางาน สหกรณ์ หรือองค์กรอื่นๆ ในลักษณะต่างๆ กัน ในทางปฏิบัติผู้ใช้ (use) จะมีบทบาทมากกว่าฝ่ายอื่น ๆ เนื่องจากโดยปกติจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขการจ้างและการทำงาน เช่น ชั่วโมงทำงาน เวลาพัก การลาพักผ่อน เป็นต้น บางกรณีกฎหมายก็กำหนดความรับผิดชอบให้ผู้ใช้ เนื่องจากปกติเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการทำงานของแรงงาน กฎหมายของแต่ละประเทศแตกต่างกัน บางกรณีทั้งผู้จัดการแรงงานและผู้ใช้ต้องรับผิดชอบร่วมกัน แรงงานจึงอาจเรียกร้องจากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง หรือทั้ง 2 ฝ่ายร่วมกันก็ได้ บางกรณีก็ให้ผู้จัดการแรงงานซึ่งในข้อตกลงและทางปฏิบัติก็คือนายจ้างเนื่องจากเป็นผู้ว่าจ้างและผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่แรงงานเป็นผู้รับผิดชอบเป็นคนแรก แต่กรณีที่ไม่สามารถเรียกร้องจากฝ่ายนี้ได้ ก็ให้เรียกร้องจากฝ่ายที่เป็นผู้ใช้ได้

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศบางฉบับได้บัญญัติในเรื่องนี้ไว้เช่นกัน เช่น

- อนุสัญญาฉบับที่ 94 – The Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 กำหนดหลักประกันสำหรับแรงงานที่ทำงานรับเหมากับหน่วยงานของรัฐ

- อนุสัญญาฉบับที่ 162 – The Asbestos Convention, 1986 กำหนดว่ากรณีที่มีนายจ้างมากกว่า 1 รายในสถานที่ทำงานนั้น ทุกฝ่ายต้องร่วมกันจัดหาหรือกำหนดมาตรการเรื่องการป้องกันอันตรายจากการทำงานโดยไม่เลือกว่าฝ่ายใดเป็นนายจ้างตามสัญญาจ้าง

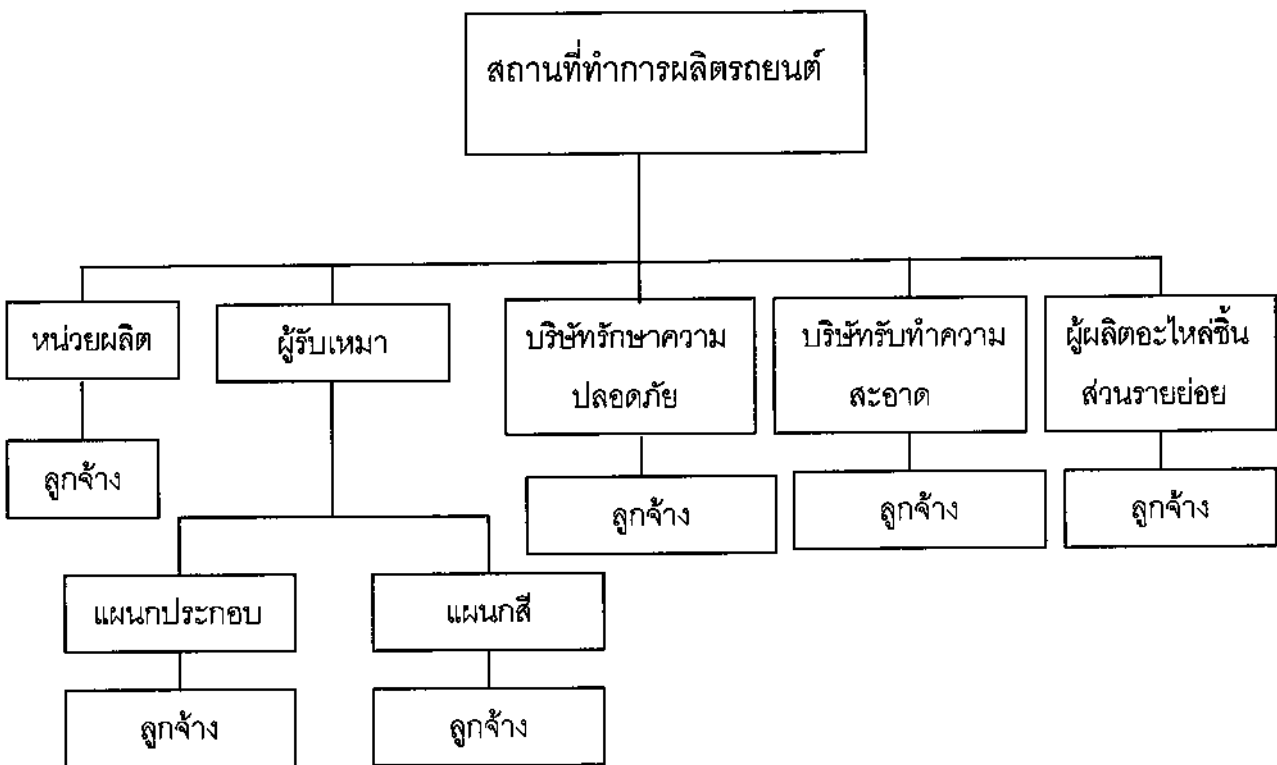
- อนุสัญญาฉบับที่ 167 – The Safety and Health in Construction Convention, 1988 กำหนดความรับผิดชอบของนายจ้างทำนองเดียวกันโดยกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ที่เกี่ยวข้องในแต่ละด้าน รวมทั้งได้กำหนดนิยามของคำว่านายจ้างด้วยโดยให้หมายความถึง ผู้รับเหมาหลัก ผู้รับเหมา และผู้รับเหมาย่อยหรือรับเหมาช่วง

- อนุสัญญาฉบับที่ 148 – The Working Environment (Air Pollution, Noise and Vibration) Convention, 1977 ฉบับที่ 152 The Occupational Safety and Health (Dock Work) Convention, 1981 ฉบับที่ 155 The Occupational Safety and Health Convention, 1981 ฉบับที่ 176 The Safety and Health in Mines Convention, 1995 และฉบับที่ 177 – The Home Work Convention, 1996 อนุสัญญาเหล่านี้กำหนดความรับผิดชอบของนายจ้าง และคนกลาง ขณะที่อนุสัญญาฉบับที่ 181 -The Private Employment Agencies Convention, 1997 กำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางบริษัทจัดหางานเอกชน และผู้ใช้แรงงานจากบริษัทจัดหางานเหล่านี้

ปัญหาสำคัญในด้านการจ้างงานแบบ 3 ฝ่าย นี้คือ ปัญหาการคุ้มครองแรงงานให้ได้รับสิทธิและการคุ้มครองเท่ากับแรงงานที่เป็นลูกจ้างในความหมายของการจ้างงานปกติ ขณะเดียวกันก็ไม่เป็นอุปสรรคในการทำงานขององค์กรที่เกี่ยวข้องที่ต้องการความคล่องตัวและการทำงานที่เหมาะสมกับธุรกิจของตน

โดยสรุป กรณีการจ้างงานแบบ 3 ฝ่ายนี้ ข้อสำคัญคือต้องกำหนดให้ได้ว่าผู้ใดเป็นนายจ้างที่แท้จริง และมีสิทธิและหน้าที่ใดบ้าง และผู้ใดเป็นผู้ต้องรับผิดชอบต่อแรงงาน รวมทั้งต้องกำหนดฐานะหรือความรับผิดชอบของผู้ใช้ (User) กรณีที่แรงงานนั้นจัดหาโดยผู้จัดหาแรงงาน (Provider)

แผนภูมิสรุปแสดงการเป็นลูกจ้าง – นายจ้าง



การศึกษาตัวอย่างจากประเทศต่างๆ

จากการดำเนินการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ในช่วงปี ค.ศ. 1999 – ค.ศ. 2001 โดยมีรายงานศึกษาเป็นรายประเทศ* และการศึกษาจากกฎหมายของประเทศสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศจำนวน 60 ประเทศ** มีข้อมูลที่น่าสนใจ ดังนี้

1. กฎหมายคุ้มครองแรงงาน

กฎหมายแรงงานของหลายประเทศ มีบทบัญญัติกำหนดความสัมพันธ์ในการจ้างงานในด้านการกำหนดขอบเขตหรือลักษณะของการจ้างงาน แม้กฎหมายของประเทศเหล่านี้จะมีสิ่งคล้ายกันบ้าง แต่ก็มีความแตกต่างในเรื่องขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายของแต่ละประเทศกฎหมายของบางประเทศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับสัญญาการจ้างงานในลักษณะเป็นสัญญาเฉพาะกำหนดนิยามหรือขอบเขตการจ้างงานฝ่ายที่เกี่ยวข้องและข้อตกลงหรือความรับผิดชอบ ขณะที่กฎหมายของบางประเทศกำหนดหลักเกณฑ์เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การจ้างงานและกำหนดกลไกหรือเครื่องมือทางบริหาร และศาล ในการตรวจสอบการปฏิบัติและการบังคับใช้กฎหมาย

กฎหมายของบางประเทศ*** ได้กำหนดครอบคลุมความสัมพันธ์ของการจ้างงาน และกำหนดค่านิยามของนายจ้างและลูกจ้าง และบางกรณีอาจรวมบริษัทจัดหางานหรือผู้รับเหมา เป็นนายจ้างด้วย รวมทั้งกำหนดความรับผิดชอบบางประการของผู้ใช้ (User) คนงาน ซึ่งจัดหาโดยผู้รับเหมาหรือบริษัทจัดหางานในหลายประเทศที่กำหนดนิยามหรือความหมายของสัญญาจ้างในลักษณะการกำหนดข้อเท็จจริงเพื่อใช้ประกอบการกำหนดว่าสัญญาใดเป็นสัญญาจ้างงานหรือเป็นสัญญาประเภทอื่นๆ ขณะที่บางประเทศกำหนดเพียงหลักการกว้างๆ ไม่ระบุเฉพาะเจาะจง การตัดสินใจว่าเป็นสัญญาจ้างงานหรือไม่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี

* มีการศึกษารวม 39 ประเทศ ได้แก่ อาร์เจนตินา ออสเตรเลีย บราซิล แคนาดา จีน ฝรั่งเศส เยอรมนี ฮังการี อินเดีย อิหร่าน อิตาลี ญี่ปุ่น เกาหลี เม็กซิโก โมร็อกโก ไนจีเรีย ปากีสถาน เปรู ฟิลิปปินส์ โปแลนด์ รัสเซีย สโลวาเกีย อาฟริกาใต้ ตรินิแดดและโตเบโก สหราชอาณาจักร สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย เวเนซุเอลา บัลแกเรีย คอสตาริกา เอลซัลวาดอร์ ไอร์แลนด์ ฟินแลนด์ จาเมกา ปานามา ศรีลังกา และประเทศไทย

** ตารางประเทศแนบท้ายในภาคผนวก

*** ตัวอย่าง เช่น อาร์เจนตินา บราซิล แคนาดา จีน คอสตาริกา สาธารณรัฐจีน เอลซัลวาดอร์ อินเดีย อิหร่าน อิตาลี จาเมกา สาธารณรัฐเกาหลี เม็กซิโก โมร็อกโก ไนจีเรีย ปานามา โปแลนด์ รัสเซีย อาฟริกาใต้ ตรินิแดดและโตเบโก สหราชอาณาจักร และเวเนซุเอลา

กลุ่มประเทศที่ใช้ปัจจัยหรือคุณสมบัติบางประการกำหนดลักษณะของสัญญาจ้างงานและสัญญาอื่นๆ เช่น อาร์เจนตินา และเอลซัลวาดอร์ กฎหมายกำหนดว่า จะเป็นการจ้างงานต้องมีการทำงานโดยอยู่ในบังคับบัญชาของนายจ้าง (Dependency and Subordination)

ขณะที่เปรู กำหนดว่าต้องเป็นการอยู่ใต้บังคับหรือกำกับโดยฝ่ายนายจ้างอย่างถาวร ในนิการากัว การจ้างงานหมายถึงการอยู่ใต้บังคับของนายจ้าง ในเปรูและเม็กซิโก กำหนดว่าต้องเป็นงานที่มีการบังคับบัญชาและการสั่งการ ขณะที่เวเนซุเอลา กำหนดว่า การจ้างงานคือ การที่บุคคลหนึ่งทำงานให้บุคคลอีกฝ่ายหนึ่งโดยมีเงื่อนไขว่า การทำงานนั้นต้องขึ้นกับหรืออยู่ในบังคับของอีกฝ่ายหนึ่ง

กรณีของฝรั่งเศส การจ้างงานหมายถึง ต้องมีการทำงานโดยมีการบังคับบัญชาควบคุมโดยฝ่ายนายจ้าง หรือกรณีของลัตเวีย กำหนดว่าเป็นการจ้างงานเมื่อมีการทำงานภายใต้กฎเกณฑ์ขององค์กรนั้น หรือภายใต้การสั่งการของนายจ้าง

สำหรับประเทศเบนิน บูร์กินาฟาโซ คองโก กาบอง ไนจีเรีย รวันดา และโปรตุเกส กำหนดว่า การมีสัญญาจ้างงานคือ การทำงานโดยการสั่งการหรือภายใต้การบังคับของฝ่ายนายจ้าง

กรณีของฟินแลนด์ หมายถึง การทำงานที่ดำเนินการภายใต้การกำกับและตรวจสอบของนายจ้าง

ในบารห์เรน และกาตาร์ หมายถึง การทำงานที่ดำเนินการภายใต้การกำกับ หรือการตรวจสอบของนายจ้าง

ในตูนิเซีย หมายถึง การทำงานโดยการกำกับ และควบคุมของนายจ้าง

ในโมร็อกโก หมายถึง งานที่ทำภายใต้การกำกับของนายจ้าง ในแองโกลา และบอตสวานา กำหนดว่า เป็นสัญญาจ้างงานเมื่อตกลงว่าการทำงานของผู้จ้างนั้นกระทำตามคำสั่งของนายจ้าง ขณะที่สโลวีเนีย กำหนดว่า เป็นการทำงานตามการสั่งการและควบคุมของนายจ้าง

โดยสรุปประเทศที่ใช้ "ปัจจัย" หรือลักษณะบางอย่างในการกำหนดว่าเป็นสัญญาจ้างงานจึงมักจะกำหนดว่าต้องมีการทำงานโดยขึ้นอยู่กับ (Dependency) และการบังคับบัญชา (Subordination) หรือการทำงานโดยการกำกับสั่งการภายใต้อำนาจ หรือ การควบคุม หรือบังคับของนายจ้าง หรือทำตามคำสั่ง และการสั่งการเพื่อนายจ้าง

บางประเทศอาจใช้คำว่า "Dependency" และ "Subordination" ในลักษณะเหมือนกัน ใช้แลกเปลี่ยนกันได้ แต่บางประเทศก็ต้องใช้คำทั้ง 2 ควบคู่กัน เช่น ในกรณีปานามาได้กำหนดความหมายทั้ง 2 คำแตกต่างกัน โดยใช้คำว่า "Legal Subordination" และ "Economic Dependency" ในความหมายว่า นายจ้างหรือผู้แทนนายจ้างเป็นผู้กำกับการทำงานตามกฎหมาย ขณะที่ในทางเศรษฐกิจหมายถึงการต้องพึ่งพาทางเศรษฐกิจระหว่างลูกจ้างและนายจ้าง โดยรายได้ของลูกจ้างทั้งหมดหรือส่วนใหญ่ต้องเป็นรายได้ที่เกิดจากการทำงานให้นายจ้าง ลูกจ้างขาดความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจต้องพึ่งพินายจ้างและการต้องพึ่งพินายจ้างทางเศรษฐกิจนี้ถือเป็นคุณสมบัติประการหนึ่งในการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างหรือไม่

บางประเทศ เช่น คอสตาริกา และปานามา ได้กำหนดระดับอำนาจการบังคับบัญชาและเห็นว่าแม้จะไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเต็มที่ แต่หากมีอำนาจบังคับบัญชาระดับหนึ่งก็ยังคงถือว่าเป็นนายจ้าง

ในประเทศที่ใช้กฎหมาย Common Law มีระบบต่างออกไป โดยไม่ได้กำหนดปัจจัยหรือลักษณะสำคัญที่ใช้กำหนดสัญญาการจ้างงาน แต่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างงานโดยตรง เช่น ในประเทศเคนยา กำหนดไว้ว่า สัญญาจ้างงานคือสัญญาที่บุคคลหนึ่งตกลงทำงานเป็นลูกจ้างของอีกฝ่ายหนึ่ง

ในประเทศไนจีเรีย สัญญาจ้างงานเกิดขึ้นเมื่อบุคคลหนึ่งตกลงที่จะทำงานในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างรายหนึ่ง

ในประเทศเลโซโท และอินโดนีเซีย สัญญาจ้างงาน หมายถึง สัญญาระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

ในประเทศไอร์แลนด์ และนิวซีแลนด์ หมายถึง สัญญาการให้บริการ

ในสาธารณรัฐเกาหลี หมายถึง สัญญาระหว่างบุคคลหนึ่งที่รับผิดชอบที่จะทำงานเพื่อให้มีรายได้

ในจีนและกัมพูชา กำหนดว่า เป็นสัญญาระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

ในมาเลเซีย สัญญาจ้าง หมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งตกลงที่จะว่าจ้างบุคคลอีกฝ่ายหนึ่งเป็นลูกจ้าง และลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้าง

บางประเทศ เช่น ประเทศแองโกลา ไม่ได้กำหนดนิยามศัพท์สัญญาจ้างงานโดยตรง แต่กำหนดให้ฝ่ายหนึ่งมีหน้าที่เคารพคำสั่งและการสั่งการของนายจ้าง แสดงว่ามีการจ้างงาน

ลูกจ้างหรือแรงงาน คำว่า “แรงงาน” (Worker) มักจะถูกใช้แทนบุคคลที่ทำงานให้แก่ นายจ้างในการจ้างงานตามสัญญาจ้าง ทั้งที่เมื่อพิจารณาคำนี้อย่างถี่ถ้วนแล้วคำนี้มีความหมายรวมถึง ลูกจ้าง และบุคคลที่ รับงานอิสระ(Self- Employment)

ในชิลี “แรงงาน” หมายถึง บุคคลซึ่งทำงานโดยต้องขึ้นกับนายจ้าง หรือการบังคับบัญชาของนายจ้าง

ในเม็กซิโก หมายถึง บุคคลที่ทำงานในฐานะบุคคลและพนักงานภายใต้การควบคุมบังคับบัญชา

ในนิการากัว หมายถึง บุคคลที่ทำงานภายใต้การสั่งการและเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของนายจ้างหรือผู้แทน

ในทางตรงกันข้ามในประเทศที่ยึดถือกฎของการใช้คำจำกัดความ กฎหมายจะกำหนดแต่เพียงว่าลูกจ้าง หมายถึง บุคคลที่ทำงานให้แก่นายจ้าง เช่น ประเทศเลโซโท ลูกจ้าง หมายถึง บุคคลหนึ่งใดที่ทำงานในหน้าที่ต่างๆ ภายใต้สัญญากับนายจ้าง

ในประเทศไทย พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า ลูกจ้าง หมายถึง “ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” ขณะที่พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 บัญญัติไว้ว่า “ลูกจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย”

ในออสเตรเลีย ลูกจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งมีอาชีพปกติคือการเป็นลูกจ้าง แต่ไม่รวมบุคคลซึ่งอยู่ในช่วงฝึกงาน

ในปากีสถาน ลูกจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งทำงานในสถานประกอบการ แต่ไม่ได้เป็นนายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง หรือรางวัลไม่ว่าจะเป็นการจ้างงานโดยตรงหรือโดยผ่านผู้รับเหมา และไม่ว่าจะมีการระบุสัญญาจ้างงานอย่างชัดแจ้งหรือโดยนัย

ในสหราชอาณาจักร ลูกจ้าง หมายถึง บุคคลที่ตกลงหรือทำงาน (หรือเพื่อการจ้างงาน) ตามสัญญาจ้างงาน

บางประเทศก็มองการจ้างงานหรือลูกจ้างในแง่เปรียบเทียบกับแรงงานประเภทอื่น เช่น ผู้ประกอบอาชีพอิสระ เช่น ในประเทศชิลี ผู้รับงานอิสระ (Self- Employed Worker) หมายถึง บุคคลซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ได้ขึ้นอยู่กับนายจ้าง หรือมีลูกจ้างในการควบคุมของตน

นายจ้าง

"นายจ้าง" ในกฎหมายของบางประเทศ หมายถึง บุคคลซึ่งจ้างงานลูกจ้าง หรือใช้บริการจากลูกจ้าง โดยอาจมีสัญญาจ้างงานด้วย (อาร์เจนตินา แคนาดา ซิลิ โคลัมเบีย คอสตาริกา เม็กซิโก นิการากัว กาตาร์ ปานามา บาร์เรน คองโก กานา อิหร่าน ไทย มาเลเซีย นิวซีแลนด์ ลัตเวีย และสโลเวเนีย)

ในเวเนซุเอลา นายจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งรับผิดชอบในองค์กรหรือหน่วยงานที่ซึ่งลูกจ้างทำงานของตน

ในบราซิล นายจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งมีความเสี่ยงทางธุรกิจจ้าง และจ่ายค่าจ้าง และกำกับดูแลการทำงาน

ในเวียดนาม นายจ้าง หมายถึง บุคคลที่มีหน้าที่ 3 ประการ คือ การจัดหาแรงงาน การจ้างงาน และจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง

ในสเปน นายจ้างมีความหมายรวมถึง ผู้ที่จัดหาแรงงานอย่างถูกต้องตามกฎหมายด้วย นายจ้างหรือผู้ประกอบการ หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือร่วมกันทั้ง 2 ฝ่าย มีการตกลงให้ได้รับบริการซึ่งดำเนินการโดยลูกจ้างที่จ้างโดยบุคคลอื่นด้วย และลูกจ้างนั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรภายใต้การควบคุมของนายจ้าง และให้หมายความรวมถึง ผู้จัดหาแรงงานที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย และจัดหาแรงงานให้แก่ นายจ้างด้วย

ในสหราชอาณาจักร นายจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งว่าจ้างลูกจ้างหรือแรงงาน

บางประเทศ นายจ้าง หมายถึง บุคคลซึ่งลงนามในสัญญาจ้างกับฝ่ายลูกจ้าง และอาจหมายความรวมถึง บุคคลซึ่งเป็นตัวแทนนายจ้างด้วย เช่น ในประเทศบอตสวานา นายจ้าง หมายถึง บุคคลหนึ่งใดซึ่งทำสัญญาจ้างงานเพื่อจ้างแรงงานบุคคลอื่น รวมทั้งรัฐบาลหรือองค์กรของรัฐอื่นๆ หรือบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของหรือดำเนินการหรือรับผิดชอบในการบริการในสถานประกอบการธุรกิจ หรือรัฐวิสาหกิจหนึ่งใด ซึ่งลูกจ้างได้รับการว่าจ้าง

บางประเทศ เช่น เม็กซิโก ปานามา เวเนซุเอลา กฎหมายได้บัญญัติลักษณะตัวแทนนายจ้างและกำหนดลักษณะความแตกต่างระหว่างนายจ้างและตัวแทนนายจ้าง

การกำหนดขอบเขตของการจ้างงาน

ในบางกรณีแม้จะมีกฎหมายกำหนดเรื่องความสัมพันธ์ในการจ้างงานได้ แต่ในทางปฏิบัติ บางครั้งก็ยากที่จะระบุได้ว่าการจ้างงานหรือไม่ ในหลายกรณีลูกจ้างไม่กล้านำคดีขึ้นสู่ศาล ตราบใดที่ยังไม่มีการเลิกสัญญาจ้าง เนื่องจากเกรงว่าอาจทำให้ถูกเลิกจ้างได้ และกรณีที่มีการเลิกจ้างจริงก็ยากที่จะเรียกร้องค่าชดเชยจากนายจ้างหรือผู้ว่าจ้างคู่สัญญา

มีวิธีการหลายวิธีที่จะกำหนดว่าข้อตกลงใดเป็นสัญญาจ้างงานหรือไม่ วิธีที่ใช้กันมากที่สุดคือ การใช้หลักการ primacy of fact คือการใช้ **ข้อเท็จจริง** ในการกำหนดสิ่งที่ตกลงกันไว้มากกว่าที่จะพิจารณาถ้อยคำในสัญญาหรือข้อตกลงที่อาจระบุแตกต่างไปจากการที่ตกลงกันจริง

โดยทั่วไปผู้พิพากษาอาจพิจารณาดัดสินจากข้อเท็จจริงในสัญญานั้นด้วย เช่น กฎหมายของหลายประเทศกำหนดไว้ว่า สัญญาจ้างงานอาจทำอย่างชัดเจนเป็นหนังสือ หรืออาจเป็นการทำสัญญาในลักษณะอื่นๆ แต่เป็นที่เข้าใจว่าการจ้างงานโดยอาจไม่ได้ระบุเป็นข้อตกลงชัดเจน ทั้งนี้โดยดูจากข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับคดีนั้นๆ ที่ลูกจ้างและนายจ้างตกลงกัน แม้จะไม่ได้ระบุชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษรก็ตาม

กฎหมายของบางประเทศกำหนดไว้ว่าสัญญาจ้างเกิดขึ้นเมื่อมีการจ่ายค่าตอบแทนการทำงาน แม้ในสัญญาจ้างงานนั้นจะไม่ระบุให้มีการจ่ายค่าจ้าง ถ้าข้อเท็จจริงพิสูจน์ได้ว่าไม่ได้มีเจตนาระบุไม่ให้มีการจ่ายค่าจ้าง เช่น กฎหมายของฟินแลนด์ เป็นต้น

เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง ระบบกฎหมายของบางประเทศกำหนดให้อาศัยตัวชี้วัด (indicator) บางตัว เช่น การต้องทำตามคำสั่งนายจ้างหรือตามที่นายจ้างต้องการ รวมทั้งความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจระหว่างคู่สัญญา (หมายถึงคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งคือลูกจ้าง ต้องพึ่งพิงทางเศรษฐกิจอีกฝ่ายหนึ่งคือนายจ้าง)

ในประเทศที่มีระบบกฎหมาย common law ผู้พิพากษาดัดสินโดยใช้การตรวจสอบ (Test) ที่สะสมกันมาจากการตัดสินในคดีก่อนๆ เช่น การมีอำนาจการควบคุม(ของฝ่ายนายจ้าง) การที่เข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร (เป็นพนักงานบริษัททำงานในบริษัท) ข้อเท็จจริงทางเศรษฐกิจ (ใครรับผิดชอบความเสี่ยงในการประกอบกิจการนั้น) และ การต้องมีความรับผิดชอบร่วมกันของคู่สัญญา

ระบบกฎหมายของบางประเทศพยายามป้องกันการเลี่ยงกฎหมายโดยการทำสัญญาแอบแฝง หรือซ่อนเร้น เพื่อไม่ให้ลูกจ้างได้รับสิทธิตามกฎหมายแรงงานหรือต้องการหลีกเลี่ยงภาระต่างๆ เช่น ในประเทศปานามา กฎหมายแรงงานกำหนดว่า การมีสัญญาจ้างงานหรือไม่ ให้พิจารณาจาก

สัญญาที่มีลักษณะทำการลง หรือพยายามหาฝ่ายที่ไม่อยู่จริงมาเป็นคู่สัญญา หรือเป็นคนกลางที่จ้างงานลูกจ้างแทนนายจ้างที่แท้จริง หรือพยายามสร้างนายจ้างที่ไม่มีอยู่จริงขึ้นมาเป็นคู่สัญญากับลูกจ้าง และยังคงกำหนดต่อไปว่า เมื่อบุคคลตามกฎหมายพยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายโดยใช้การหลอกลวง หรือการฉ้อฉล หรือใช้เอกสารปลอมหรือโดยการจัดตั้งบุคคลตามกฎหมายที่ไม่มีอยู่จริงขึ้นมา ลูกจ้างอาจดำเนินการเรียกร้องสิทธิจากผู้ถือหุ้น หุ้นส่วนหรือสมาชิกของสถานประกอบการนั้นได้

บางประเทศ เช่น อาร์เจนตินา กฎหมายกำหนดว่า สัญญาจ้างงานไม่มีผลบังคับใช้ ถ้าสัญญานั้นมีเจตนาทุจริต หรือเจตนาละเมิดกฎหมายแรงงาน ไม่ว่าจะโดยการพยายามทำสัญญาในลักษณะที่ให้เห็นว่าไม่ใช่สัญญาจ้างงานตามกฎหมายแรงงาน หรือโดยการใช้บุคคลที่ 3 เป็นคู่สัญญา หรือโดยวิธีการอื่นใดและให้ถือว่ากฎหมายแรงงานมีผลคุ้มครองลูกจ้างในกรณีนี้ แม้จะพยายามทำสัญญาเป็นอย่างอื่นแต่ก็ไม่มีผลตามกฎหมาย และในอาร์เจนตินาเช่นกัน การใช้วิธีการทำสัญญาในลักษณะการตั้งสหกรณ์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงานและไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในด้านต่างๆ ถือว่าไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

ในประเทศชิลี มีกฎหมายลงโทษนายจ้างที่พยายามหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้บุคคลที่ 3 มาเป็นนายจ้างแทน หรือพยายามทำสัญญาซ่อนเร้น หรือ หลีกเลี่ยงโดยวิธีอื่นเพื่อมิให้ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงานโดยเฉพาะในด้านกฎหมายคุ้มครองแรงงานและการประกันสังคม เช่น การใช้ชื่อบริษัทนายจ้างให้แตกต่างจากชื่อนายจ้างที่แท้จริง หรือพยายามแบ่งบริษัทนายจ้างออกเป็นบริษัทย่อยๆ หรือโดยวิธีการอื่นๆ ซึ่งมีผลให้ลูกจ้างเสียสิทธิตามกฎหมาย

บางประเทศมีกฎหมายคุ้มครองแรงงานที่รับงานไปทำที่บ้าน (homeworker) แม้สัญญาจะระบุแต่เพียงว่า คู่สัญญาต้องซื้อวัตถุดิบจากนายจ้าง และนายจ้างจะซื้อผลิตภัณฑ์ที่ผลิตสำเร็จแล้วจากผู้ซื้อวัตถุดิบและนำไปผลิตเป็นสินค้าหรือผลิตภัณฑ์ ในลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามกฎหมายแพ่ง ไม่ใช่การจ้างงาน เช่นกฎหมายของประเทศเอลซัลวาดอร์ เม็กซิโก และเวเนซุเอลา

การกำหนดโดยกฎหมาย

หลายประเทศมีกฎหมายกำหนดให้ข้อตกลงที่แม้จะขาดความแน่นชัด กำกวม หรือมีข้อขัดแย้งกับกฎหมายให้เป็นสัญญาจ้างงานตามกฎหมายแรงงาน

ในประเทศสเปน กฎหมายถือว่านักกีฬาอาชีพ มีความสัมพันธ์ทางการจ้างงานพิเศษ โดยต้องอุทิศตนเองโดยสมัครใจ ทำการฝึกฝนอย่างสม่ำเสมอภายใต้การควบคุมขององค์กรและการกำกับขององค์กรหรือสโมสรกีฬา เพื่อให้ได้รับค่าตอบแทน (remuneration) ในทางตรงกันข้ามบุคคลที่ฝึกซ้อมในสโมสรเพื่อรับค่าชดเชย (compensation) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการฝึกซ้อมกีฬานั้น กลับไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย กฎนี้ใช้บังคับกับศิลปินเช่นกัน กรณีที่ศิลปินนั้นตกลงกับผู้จัดการขององค์กรที่จัดการแสดง และอยู่ในกำกับขององค์กรนั้น

ในประเทศฝรั่งเศส ถือว่าบุคคลต่อไปนี้มีลักษณะการเป็นลูกจ้างตามทำสัญญาจ้างงานประเภทหนึ่งกับนายจ้าง (ภายใต้เงื่อนไขบางประการ) คือ ศิลปิน นางแบบ นักข่าว ผู้แทนการค้า หรือ ตัวแทนเร่ขายสินค้า

กฎหมายของเม็กซิโก ก็มีบทบัญญัติทำนองเดียวกันเมื่อบัญญัติเรื่องตัวแทนขายสินค้า ผู้ขายประกัน ตัวแทนเร่ขายสินค้า ผู้ส่งเสริมการขาย และตำแหน่งอื่นในลักษณะเดียวกัน

กฎหมายแรงงานของฝรั่งเศส มีบทบัญญัติคุ้มครองแรงงานบางประเภทที่แม้ไม่มีสัญญาจ้างงานแน่ชัดเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีข้อตกลงในการดำเนินการบางประการที่เข้าข่ายการเป็นลูกจ้าง ก็ให้ถือว่ามีสัญญาจ้างงาน

กฎหมายของบางประเทศได้กำหนดเงื่อนไขหรือสภาพบางประการเพื่อกำหนดว่าอยู่หรือไม่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน เช่น ประเทศชิลี งานบ้าน ถือเป็นงานตามกฎหมายแรงงานถ้าเป็นการจ้างในลักษณะประจำ ขณะที่งานที่ทำเพื่อสาธารณะหรืองานราชการ หรืองานบ้านที่ไม่ได้ทำต่อเนื่องกันแต่ทำเป็นครั้งคราว ไม่ถือเป็นงานที่อยู่ในความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน หรืองานที่ทำในฐานะนักศึกษา หรือบัณฑิตของสถานศึกษาที่กำลังศึกษาต่อในระดับสูงกว่าปริญญาตรีก็ไม่ถือว่าเป็นงานที่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน

กฎหมายแรงงานของเม็กซิโก ก็มีบัญญัติคล้ายกันในกรณีของงานที่ทำที่บ้าน ขณะที่กฎหมายการจ้างงานของฟินแลนด์กำหนดว่ากฎหมายแรงงานมีผลบังคับใช้แม้งานที่ทำนั้นจะทำที่บ้านหรือสถานที่ที่นายจ้างกำหนด ไม่ใช่ทำในสถานที่ของบริษัท และทำโดยใช้เครื่องมือ อุปกรณ์ที่นายจ้างจัดให้ก็ตาม

ในประเทศโคลัมเบีย ผู้ขายประกันหรือตราสารทางการเงิน อาจเป็นหรือไม่เป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน ขึ้นอยู่กับว่าได้ตกลงทำสัญญาจ้างงาน หรือตกลงว่าจะเป็นการทำงานอิสระ

ขณะที่กฎหมายของบางประเทศ บัญญัติในลักษณะกลับกัน คือ กำหนดลักษณะงานที่ไม่เข้าข่ายเป็นการจ้างงานตามกฎหมายแรงงาน หรือกำหนดให้แรงงานบางประเภทไม่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน บางประเทศกฎหมายกำหนดให้อำนาจรัฐบาลเป็นผู้กำหนดงานที่ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายแรงงาน ตัวอย่างที่เห็นชัดและใช้กันทั่วไป ได้แก่ การบัญญัติให้งานราชการหรืองานในลักษณะเดียวกัน ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายแรงงาน บางประเทศก็จะจำกัดการไม่คุ้มครองเฉพาะแรงงานภาคราชการเท่านั้น ขณะที่บางประเทศยกเว้นงานที่เป็นการเกณฑ์แรงงานขณะถูกจำกัด งานที่ไม่ถือว่าเป็นงานที่ทำเพื่อผลประโยชน์ทางธุรกิจ งานบ้าน รวมทั้งงานของสมาชิกสหกรณ์ ในประเทศสเปนได้กำหนดว่า ผู้ให้คำปรึกษาทางธุรกิจ งานอาสาสมัครที่ไม่แสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ งานที่กระทำโดยสมาชิกครอบครัว(แม้จะเป็นงานที่แสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ) ไม่เป็นการจ้างแรงงานตามกฎหมาย ทั้งนี้นอกจากจะมีหลักฐานแสดงว่ามีสัญญาการจ้างเป็นลูกจ้าง บางประเทศก็มีบทบัญญัติยกเว้นสถานประกอบการที่มีลูกจ้างน้อยกว่ากฎหมายกำหนดให้ไม่อยู่ในการคุ้มครองของกฎหมายแรงงานหรือกฎหมายบางด้าน เช่น การประกันสังคม

หลายประเทศกำหนดให้อำนาจรัฐบาลเป็นผู้กำหนดขอบเขตการคุ้มครองของกฎหมายแรงงานโดยอาจให้อำนาจกำหนดให้แรงงานบางประเภทอยู่หรือไม่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน เช่น กรณีของสหราชอาณาจักรให้อำนาจกำหนดว่าสัญญาจ้างนั้นเป็นสัญญาจ้างงานตามกฎหมายแรงงานหรือเป็นสัญญาตามกฎหมายอื่น

ในแอฟริกาใต้ รัฐมนตรี(แรงงาน)โดยความเห็นชอบของ Employment Conditions Commission และโดยการประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีอำนาจกำหนดว่า งานใดอยู่ความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน ขณะที่ประเทศบอตสวานาให้อำนาจรัฐมนตรีกำหนดงานที่ไม่อยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงานทั้งหมดหรือบางส่วนของงาน

การพิสูจน์ว่าเป็นสัญญาจ้างงานหรือไม่

เพื่อเป็นการช่วยแบ่งเบาภาระของฝ่ายลูกจ้างในการพิสูจน์ว่าสัญญานั้นเป็นสัญญาจ้างงานตามกฎหมายแรงงานหรือไม่ กฎหมายบางประเทศกำหนดว่าให้ถือว่ามิใช่สัญญาจ้าง เมื่อทั้งสองฝ่ายตกลงกันว่าเป็นการจ้างงานโดยไม่จำเป็นต้องดำเนินการให้เป็นทางการหรือทำให้เป็นสัญญาทางการหรืออาจไม่ต้องเป็นลายลักษณ์อักษร แต่ก็มีบางประเทศกำหนดว่าจะเป็นการพิสูจน์ที่ถูกต้อง ต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายของรัสเซียกำหนดว่า สัญญาจ้างงานที่แม้ไม่ได้ทำตามแบบที่ถูกต้องแต่

ลูกจ้างได้เริ่มทำงานตามคำสั่งของนายจ้างหรือตัวแทนนายจ้างโดยเข้าใจว่ามีสัญญาจ้างงานแล้ว เมื่อทำงานแล้วนายจ้างมีหน้าที่ทำสัญญาเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 3 วัน ตั้งแต่ลูกจ้างเริ่มทำงาน

กฎหมายแรงงานโดยทั่วไปจะกำหนดว่าการพิสูจน์ว่ามีการทำสัญญาจ้างหรือไม่ โดยอาจให้พิสูจน์โดยวิธีพิสูจน์ตามปกติในทางคดีที่ทั่วๆ ไป หรืออาจอนุญาตให้พิสูจน์โดยวิธีเฉพาะที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

องค์ประกอบที่สำคัญที่ทำให้สัญญาจ้างงานมีลักษณะแน่นอน คือการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ทำสัญญาจ้างเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมีหนังสือแจ้งการจ้างงานหรือเอกสารอื่นใดที่แสดงการจ้างงาน หรือการดำเนินการใดๆ ที่ตกลงกันกับฝ่ายลูกจ้าง กฎเกณฑ์นี้หลายประเทศได้กำหนดไว้ในกฎหมาย รวมทั้งสหภาพยุโรป ซึ่งต่อมาสมาชิกสหภาพยุโรปหลายประเทศได้นำไปปฏิบัติโดยบัญญัติไว้ในกฎหมายของประเทศนั้น เช่น ฟินแลนด์ เนเธอร์แลนด์ สเปน สหราชอาณาจักร เป็นต้น การที่นายจ้างไม่ทำสัญญาจ้างหรือแจ้งเป็นหนังสือยอมทำให้ลูกจ้างไม่แน่ใจในสถานภาพของตนเองในฐานะคู่สัญญาตามกฎหมาย และการทำเป็นหนังสือยอมช่วยให้ลูกจ้างพิสูจน์การจ้างงานได้ง่ายกว่า

การช่วยให้การพิสูจน์ว่าการจ้างงานมีอยู่จริงทำได้ง่ายขึ้นสำหรับฝ่ายลูกจ้าง กฎหมายบางประเทศกำหนดให้ถือว่ามีสัญญาจ้างงาน หากมีการกระทำที่เข้าข่ายบางประการ เช่น กรณีที่มีการตกลงและมีการเข้าทำงานหรือให้บริการ หรือบางกรณีก็ถือว่ามีสัญญาจ้างงานแล้วถ้าลูกจ้างทำงานเกินจำนวนวันที่กำหนดไว้ เช่น 2 วัน เป็นต้น หรือเมื่อพิสูจน์ได้ว่าการสั่งการและการบังคับบัญชาในการทำงาน

ในประเทศเนเธอร์แลนด์ กฎหมายกำหนดว่า บุคคลหนึ่งใดที่ได้ดำเนินงานให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อรับค่าจ้างติดต่อกันเป็นเวลากว่า 3 เดือนทุกสัปดาห์ หรือไม่น้อยกว่า 20 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ให้ถือว่ามีกรจ้างงานตามสัญญาจ้างแล้ว

กรณีของโปรตุเกส ให้ถือว่ามีสัญญาจ้างงานเมื่อกรณีเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (ก) แรงงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งขององค์กร และทำงานภายใต้การควบคุมของนายจ้าง
- (ข) มีการทำงานเพื่อประโยชน์ขององค์กร หรือภายใต้การควบคุมขององค์กร ตามตารางเวลาการทำงานที่กำหนดไว้ล่วงหน้า
- (ค) ลูกจ้างได้รับค่าจ้างจากการทำงานนั้น และต้องพึ่งพานายจ้างทางเศรษฐกิจ
- (ง) เครื่องมือการทำงานได้รับการจัดหาโดยฝ่ายนายจ้าง

(๑) มีการทำงานติดต่อกันเกิน 90 วันขึ้นไป

ในประเทศเอสโตเนีย ถือว่าคู่สัญญาได้ทำสัญญาจ้างงาน นอกจากนายจ้างจะพิสูจน์ได้ว่ามิได้ทำสัญญา หรือทำสัญญาในลักษณะอื่น ซึ่งทำให้หน้าที่ในการพิสูจน์เป็นของฝ่ายนายจ้าง

ในมาเลเซีย การจ้างแรงงานจะต้องทำเป็นสัญญาเท่านั้น ห้ามดำเนินการในลักษณะอื่น และให้ถือว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งคือ ลูกจ้าง และอีกฝ่ายหนึ่งคือนายจ้าง หรือองค์การนายจ้าง

ในบางประเทศกฎหมายกำหนดให้ทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ กรณีที่ทำสัญญาด้วยวาจา นายจ้างอาจถูกดำเนินคดีได้ กรณีของประเทศปานามา กำหนดว่า กรณีที่ไม่มีสัญญาจ้างงานเป็นหนังสือข้อเท็จจริงที่ฝ่ายลูกจ้างเป็นผู้ให้ถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่ต้องเว้นแต่จะพิสูจน์ให้เห็นได้อย่างชัดเจน โดยประเทศจากข้อสงสัยว่าไม่ถูกต้อง

ในบางประเทศถือว่าสัญญาจ้างยังคงมีผลแม้สัญญานั้นจะทำโดยมีระยะเวลาจ้างจำกัด แต่ตามลักษณะแห่งงานนั้นมีลักษณะถาวร เช่น กรณีของประเทศเอลซัลวาดอร์

การทำให้ความสัมพันธ์ในการจ้างงานมีความชัดเจนแน่นอน

หลายประเทศได้ปรับกฎหมายให้ทันสถานการณ์เพื่อความคุ้มครองแรงงานในการทำงานลักษณะต่างๆ เพื่อป้องกันการจ้างงานแอบแฝงหรือโดยทุจริต เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายแรงงานมากขึ้น และเพื่อให้การพิสูจน์ว่ามีสัญญาจ้างงานง่ายขึ้นสำหรับฝ่ายลูกจ้าง

วิธีการหนึ่งในการแก้ปัญหาคือการให้คำจำกัดความ ความสัมพันธ์ของการจ้างใหม่ให้ครอบคลุมและชัดเจนยิ่งขึ้น การพยายามสร้างกลไกหรือเครื่องมือเพื่อให้สามารถปรับกฎหมายให้เหมาะสมกับสภาพปัจจุบัน และอีกวิธีหนึ่งคือการบัญญัติแยกการทำงานในลักษณะการจ้างงานลูกจ้างและการทำงานในลักษณะผู้ปฏิบัติงานอิสระให้ชัดเจนขึ้น วิธีที่ 3 คือ การใช้วิธีการทั้ง 2 อย่างข้างต้นด้วยกัน

บางประเทศบัญญัติกฎหมายกำหนดให้งานบางลักษณะมีความชัดเจนขึ้นเพื่อขจัดปัญหาที่เคยเกิดขึ้น ขณะที่บางประเทศก็ทำโดยกำหนดว่าสัญญาการจ้างงานในลักษณะอื่นที่มีลักษณะของสัญญาจ้างงานก็ให้ถือว่าเป็นสัญญาจ้างงาน วิธีการทั้ง 3 นี้มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) กฎหมายที่บัญญัติกำหนดขอบเขตการจ้างงานให้ชัดเจนขึ้น

กรณีของนิวซีแลนด์ ได้ดำเนินการปรับปรุง โดยกำหนดไว้ในกฎหมายการจ้างงานให้ครอบคลุมแรงงานประเภทต่างๆ ที่กฎหมายให้ความคุ้มครอง และกำหนดให้องค์กรอิสระคือ

ศาลการจ้างงาน (The Employment Court หรือ The Employment Relations Authority) มีอำนาจตรวจสอบสัญญาระหว่างฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายนายจ้างได้ การตรวจสอบนี้มีผลให้การทำสัญญาโดยทุจริต และสัญญาแอบแฝงต่างๆ กระทำได้ยากขึ้น เช่น ในส่วนที่ 6 ของกฎหมายดังกล่าว กำหนดว่า ลูกจ้างหมายถึง บุคคลที่นายจ้างตกลงจ้างเพื่อทำงานหนึ่งใดโดยได้รับค่าตอบแทน และให้รวมถึงผู้รับงานไปทำที่บ้านและบุคคลซึ่งประสงค์จะทำงาน แต่ไม่รวมอาสาสมัครซึ่งไม่หวังหรือไม่ได้รับค่าตอบแทนจากการทำงานในฐานะอาสาสมัคร และบัญญัติด้วยว่าในการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างของบุคคลอื่นตามกฎหมายการจ้างงานนี้หรือไม่ โดยให้ศาลหรือองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายเป็นผู้กำหนด

ในประเทศฟินแลนด์ กฎหมายการจ้างงาน (The Employment Contracts Act) บังคับใช้กับการจ้างงานระหว่างฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายนายจ้างที่ตกลงกันทำงานหรือให้บริการแก่อีกฝ่ายหนึ่งภายใต้การกำกับควบคุมของอีกฝ่ายหนึ่ง โดยได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทน รวมทั้งได้ห้ามการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานในเรื่องต่างๆ และกำหนดว่ากฎหมายยังมีผลบังคับ แม้ว่าตามข้อเท็จจริงแล้วลูกจ้างจะทำงานโดยใช้เครื่องมือ หรืออุปกรณ์การทำงานของตนเอง และสัญญาจ้างงานนั้นอาจเป็นสัญญาโดยวาจา หนังสือ หรือในรูปอิเล็กทรอนิกส์ (electronic form) ซึ่งในกรณีทำสัญญา electronic นี้ทำให้การกำหนดความสัมพันธ์ในการจ้างงานได้ง่ายขึ้นแม้ว่าทั้งฝ่ายลูกจ้างและฝ่ายนายจ้างอาจไม่เคยพบกันหรือรู้จักกันมาก่อนเลย

นอกจากนั้นกฎหมายยังสนับสนุนการทำสัญญาไม่จำกัดเวลามากกว่าการทำสัญญาที่มีระยะเวลาจำกัด โดยกำหนดว่าจะทำสัญญาที่มีระยะเวลาจำกัดได้ต้องมีเหตุผลสมควรเท่านั้น รวมทั้งกำหนดว่าสิทธิของแรงงานยังคงอยู่แม้สัญญานั้นจะสิ้นสุดลงตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญา แต่หลังจากนั้นยังคงมีการทำงานต่อเนื่องกันไป หรือแม้มีการหยุดทำงานชั่วคราวหนึ่งเป็นระยะเวลาสั้นๆ ก่อนเริ่มทำงานใหม่อีกครั้งหนึ่ง วิธีการนี้ทำให้ความแตกต่างระหว่างลูกจ้างที่ทำสัญญาจ้างงานโดยไม่มีการกำหนดวันสิ้นสุดสัญญา และสัญญาที่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดแน่นอน มีความแตกต่างน้อยลง ดังนั้นสัญญาจ้างที่มีการกำหนดระยะเวลาที่แน่นอนแต่มีการต่อสัญญาไปเรื่อยๆ โดยไม่มีเหตุผลสมควร ถือว่าเป็นสัญญาที่ไม่มีการจำกัดระยะเวลาการจ้าง ซึ่งเป็นประโยชน์แก่แรงงานในฟินแลนด์มาก เนื่องจากในระยะเวลาที่ผ่านมามีการทำสัญญาจ้างงานโดยกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดลงของสัญญาเพิ่มมากขึ้น ซึ่งมีผลต่อแรงงานชายและหญิงแตกต่างกันโดยมีแรงงานหญิงทำสัญญาจ้างงานแบบมีระยะเวลาสิ้นสุดมากกว่าแรงงานชาย คือร้อยละ 21 ของแรงงานหญิงเทียบกับร้อยละ 15 ของแรงงานชาย

กรณีของนิวซีแลนด์ มีกฎหมายกำหนดเรื่องอายุของสัญญาเช่นกัน กล่าวคือ กำหนดว่าสัญญาที่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุดแน่นอนต้องประกอบด้วยเหตุผลที่เหมาะสม โดยกฎหมายกำหนดว่าการทำสัญญากำหนดระยะเวลาสิ้นสุดแน่นอนที่กระทำเพื่อวัตถุประสงค์ในการจำกัดสิทธิลูกจ้างไม่ถือว่าเป็นเหตุผลสมควรตามกฎหมาย

ในสหราชอาณาจักร กฎหมายบัญญัติให้อำนาจรัฐบาล กำหนดขอบเขตของการจ้างงานซึ่งการกำหนดนี้มีประโยชน์มากในการกำหนดความสัมพันธ์ในการจ้างงานในสภาพเศรษฐกิจที่มีการทำงานในลักษณะใหม่ๆ มากขึ้นตามกฎหมายการจ้างงาน (The Employment Relations Act, 1999) รัฐบาลมีอำนาจกำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างและได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย และบุคคลใดเป็นนายจ้าง

(2) การกำหนดขอบเขตและความแตกต่างระหว่างลูกจ้างและผู้ปฏิบัติงานอิสระ

ในกรณีของไอร์แลนด์ จากปัญหาการจำแนกระหว่างลูกจ้างและผู้ปฏิบัติงานอิสระ หรือผู้ประกอบการอาชีพอิสระ จึงมีการสร้างระบบที่ประกอบด้วยระบบไตรภาคี คือ รัฐบาล นายจ้าง และลูกจ้าง โดยระบบแรงงานสัมพันธ์ของไอร์แลนด์จะประกอบด้วยฝ่ายต่างๆ ในสังคม เพื่อกำหนดข้อตกลงระดับประเทศ เช่น การกำหนดการขึ้นค่าจ้างประจำปี และนโยบายด้านอื่นๆ ในการทำความเข้าใจของคณะกรรมการดังกล่าวในปีค.ศ. 2000 - ค.ศ. 2002 ได้มีการตกลงที่เรียกว่า “ The Programme for Prosperity and Fairness “ (PPF) กำหนดให้จัดตั้ง “ Employment Status Groups” ซึ่งมีหน้าที่กำหนดคำนิยามของคำว่า ลูกจ้าง เนื่องจากที่ผ่านมามีการจำแนกแรงงานเป็นกลุ่มผู้ทำงานอิสระมากขึ้นทั้งที่ตามลักษณะการทำงานน่าจะเป็นลูกจ้างมากกว่า

การจำแนกประเภทแรงงานอย่างไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงส่งผลกระทบต่อหลายประการ เช่น ด้านภาษี ด้านการประกันสังคม สิทธิของลูกจ้างด้านการประกันการว่างงาน การประสบอันตราย และการเจ็บป่วยจากการทำงาน และสิทธิอีกหลายประการตามกฎหมายแรงงาน นอกจากนี้ยังมีผลต่อนายจ้างในแง่อาจถูกลงโทษตามกฎหมาย ส่วนเจ้าหน้าที่ด้านภาษีก็ประสงค์จะให้มีการกำหนดให้ชัดเจนว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างหรือเป็นผู้ประกอบการอาชีพอิสระ เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงภาษีและภาระอื่นตามกฎหมาย คณะกรรมการดังกล่าวจึงได้กำหนดตัวชี้วัดเพื่อกำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างหรือผู้ประกอบการอาชีพอิสระ เมื่อพิจารณาตัวชี้วัดนี้ (ตามตารางต่อไปนี้) ประกอบกับข้อเท็จจริงอื่นๆ เช่น สภาพการทำงานโดยรวมของลูกจ้าง สภาพการทำงาน และลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาจะทำให้การกำหนดว่าสัญญาจ้างนั้นเป็นสัญญาจ้างงานหรือสัญญาประเภทอื่นสะดวกขึ้น

กลุ่มนี้ยังได้กำหนดว่า ไม่ควรกำหนดตัวชี้วัดนี้ในตัวบทของกฎหมาย หรือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายหลัก แต่ควรกำหนดเป็นแนวปฏิบัติ (code of practice) และให้การกำหนดแยกประเภทแรงงานเป็นไปโดยสมัครใจ ซึ่งแม้จะเป็นการปฏิบัติตามโดยสมัครใจ ไม่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมายก็ตาม แต่ก็หวังว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะสมัครใจนำหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ในการแก้ไขข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้น ซึ่งคณะกรรมการฯ ชุดนี้มีภารกิจในการตรวจสอบและติดตามผลการบังคับใช้ตัวชี้วัดนี้

ตารางที่ 1

แสดงแนวปฏิบัติในการกำหนดว่าบุคคลเป็นลูกจ้างหรือทำงานอิสระ
ประเทศไอร์แลนด์

ลูกจ้าง	ผู้ทำงานอิสระ
<p><u>บุคคลโดยปกติจะเป็นลูกจ้างเมื่อ</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - อยู่ใต้การควบคุมของบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้กำหนดวิธีการทำงาน เวลา และสถานที่ทำงาน - เป็นผู้ใช้แรงงาน หรือรับผิดชอบในการทำงานเท่านั้น - รับค่าจ้างแน่นอนเป็นรายชั่วโมง รายวันหรือรายสัปดาห์ - ไม่สามารถจัดหาช่วงงานที่ทำให้บุคคลอื่น - ไม่ได้เป็นผู้จัดหาวัตถุดิบในการทำงานนั้น 	<p><u>บุคคลโดยปกติจะเป็นผู้ประกอบการที่อิสระเมื่อ</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - เป็นเจ้าของธุรกิจหรือกิจการนั้น - มีความเสี่ยงทางการเงิน ต้องรับผิดชอบกรณีผลิตสินค้าไม่ได้มาตรฐานหรือไม่ทันเวลา - รับผิดชอบในการลงทุน และการบริหารกิจการนั้น - มีโอกาสทำกำไรจากบริหารกิจการนั้น - มีอำนาจควบคุมสิ่งที่ทำ เวลา และสถานที่ดำเนินการ

ลูกจ้าง	ผู้ทำงานอิสระ
<ul style="list-style-type: none"> - ไม่ได้เป็นผู้จัดหาอุปกรณ์ในการทำงานเว้นแต่เครื่องมือขนาดเล็กสำหรับทำงานนั้นตามปกติ - ไม่มีความเสี่ยงทางการเงินเป็นส่วนบุคคลในการทำงานที่ได้รับมอบหมาย - ไม่ต้องรับผิดชอบการลงทุนและการบริหารกิจการ - ไม่มีโอกาสทำกำไรจากการบริหารงานที่มีประสิทธิภาพหรือการดำเนินงานที่ดี - มีการกำหนดชั่วโมงทำงานต่อสัปดาห์หรือต่อเนื่อง - ทำงานให้แก่บุคคลรายเดียวหรือองค์กรเดียว - รับค่าเบี้ยเลี้ยงหรือค่าใช้จ่ายเพื่อการยังชีพหรือเมื่อเดินทาง - มีสิทธิได้รับค่าทำงานพิเศษหรือค่าล่วงเวลา 	<ul style="list-style-type: none"> - มีอิสระในการจ้างบุคคลอื่น โดยเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขการจ้าง เพื่อทำงานใดงานหนึ่งตามที่กำหนด - สามารถให้บริการแก่ผู้ใช้บริการหลายรายพร้อมกัน - เป็นผู้จัดหาวัตถุดิบในการผลิต - จัดหาเครื่องจักร อุปกรณ์ในการทำงาน - มีสถานที่ประกอบธุรกิจแน่นอนเพื่อเป็นที่เก็บวัตถุดิบ เครื่องมือ และอื่นๆ - คำนวณต้นทุนและตกลงราคาสำหรับงานที่รับทำ - เป็นผู้ทำประกันภัยสำหรับธุรกิจตน - กำหนดชั่วโมงทำงานเพื่อให้งานสำเร็จตามเป้าหมาย

ที่มา: Programmer for Prosperity and Fairness, Employment Status Groups. Code of practice for determining employment or self-employment status of individuals. (Dublin, July 2001)

กรณีของประเทศเยอรมัน ได้มีการกำหนดค่านิยามของคำว่า "ลูกจ้าง" เมื่อทบทวนแก้ไขกฎหมายประกันสังคม ในเดือนมกราคม ค.ศ. 1999 (Social Security Code) โดยกำหนดว่าบุคคลนั้นจะมีฐานะเป็นลูกจ้างเมื่อมีคุณสมบัติตรงตามตัวชี้วัดอย่างน้อย 2 ด้านคือ

- บุคคลนั้นไม่ได้จ้างบุคคลอื่นเป็นลูกจ้างตามกฎหมายประกันสังคม
- ทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างรายเดียว

- ทำงานเดิมในฐานะลูกจ้างติดต่อกัน
- เคยทำงานในงานเดียวกันในฐานะเป็นลูกจ้างมาก่อน
- และเป็นบุคคลซึ่งไม่เข้าข่ายการเป็นผู้ประกอบการด้วยตนเอง

การกำหนดดังกล่าวเพื่อให้เกิดความแน่ชัด และเป็นไปได้ทางปฏิบัติในการกำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างหรือไม่ เพื่อลดการทำสัญญาในลักษณะเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายแรงงาน

(3) การใช้วิธีหลายวิธีร่วมกัน

บางประเทศใช้วิธีการแก้ปัญหาหลายวิธีประกอบกัน เช่น กรณีของแอฟริกาใต้ ได้ใช้วิธีการต่างๆ ตามที่กล่าวข้างต้นผสมผสานกัน ในการปฏิรูปของแอฟริกาใต้ในปี ค.ศ. 1995 และ ค.ศ.1997 โดยได้รับความร่วมมือจากฝ่ายต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งประสบปัญหาเมื่อมีการทำสัญญาในลักษณะต่างๆ แตกต่างจากการทำสัญญาจ้างงานปกติเพิ่มขึ้น ในลักษณะเจตนาทำสัญญาแอบแฝงหรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือการทำสัญญาในลักษณะขาดความชัดเจน โดยมีเจตนาหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ตลอดจนการทำสัญญาในลักษณะสัญญา 3 ฝ่าย โดยมีการนำหลักการใหม่มาเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิรูปรวม 2 ประการ คือ ประการแรก การใช้ระบบคล้ายของเยอรมันตามที่กล่าวข้างต้น และประการที่ 2 การใช้แนวปฏิบัติแบบไอร์แลนด์ควบคู่กันตามที่ปรากฏในกฎหมาย ปีค.ศ. 2002 (The Basic Conditions of Employment Amendment Act, 2002) และกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ (The Labour Relations Amendment Act, 2002) ตามที่กำหนดในกฎหมายเหล่านี้บุคคลหนึ่งจะมีฐานะเป็นลูกจ้าง เมื่อมีคุณสมบัติตรงตามตัวชี้วัดจำนวน 7 ตัว หนึ่งหรือหลายข้อ ตามคุณสมบัติต่อไปนี้

แอฟริกาใต้

ตัวชี้วัด หรือสมมุติฐานของบุคคลที่มีฐานะเป็นลูกจ้าง

บุคคลจะจัดเป็นลูกจ้างเมื่อมีลักษณะหนึ่งใด ดังต่อไปนี้

- การทำงานของบุคคลนั้น อยู่ใต้การควบคุม หรือสั่งการของบุคคลอื่น
- ชั่วโมงทำงานของบุคคลนั้น ถูกกำหนดหรือควบคุมโดยบุคคลอื่น
- กรณีที่บุคคลนั้นทำงานให้แก่องค์กรใดหนึ่ง บุคคลนั้นต้องเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรนั้น
- บุคคลนั้นต้องทำงานให้แก่บุคคลอื่นอย่างน้อย 40 ชั่วโมงในรอบ 3 เดือนที่ผ่านมา

- บุคคลนั้นต้องพึ่งพาบุคคลอื่นทางเศรษฐกิจ
- ได้รับเครื่องมือหรืออุปกรณ์การทำงานจากการจัดหาของบุคคลอื่น
- ทำงานหรือให้บริการแก่นายจ้างหรือบุคคลเพียงรายเดียว

อย่างไรก็ตามมีข้อยกเว้นในการตีความให้เป็นประโยชน์แก่ฝ่ายลูกจ้างในกรณีข้างต้น ตามกฎหมายอีกฉบับหนึ่งคือ The Basic Conditions of Employment Act, 2002 ซึ่งใช้รายได้เป็นตัวกำหนดปัญหาว่า กรณีที่ผู้นั้นมีรายได้มากกว่าปีละ 89,445 แรนด์ (Rand) หรือปีละ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ ก็ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมาย ขณะเดียวกันก็มีมาตรการเสริมอีกฉบับหนึ่งตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ (The Labour Relations Amendment Act) กำหนดให้ The National Economic and Labour Council (NED & LAC) ให้เป็นหน่วยงานในการจัดทำแนวปฏิบัติที่เหมาะสม เพื่อกำหนดว่ากรณีที่บุคคลผู้นั้นมีรายได้มากกว่าปีละ 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ และยังคงอยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายแรงงานในฐานะลูกจ้างหรือไม่ นอกจากนี้ยังมีการให้รัฐมนตรีมีอำนาจพิเศษ กำหนดว่าบุคคลใดเป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงานด้วย โดยมีอำนาจไม่ใช่เฉพาะการตีความหรือทำให้กฎหมายแน่ชัด แต่รวมถึงสามารถออกคำสั่งให้มีการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ด้วย

กรณีของเปรู กฎหมาย (The General Labour Bill, 2002) กำหนดคำนิยามที่แน่ชัดและขอบเขตหลักของความหมายของคำนิยามนี้ โดยกฎหมายฉบับนี้มีเจตนากำหนดกฎเกณฑ์การให้บริการของบุคคลในลักษณะที่มีการบังคับบัญชาและการจ่ายค่าจ้าง โดยมีข้อตกลงด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ ไม่ว่าจะสัญญาที่มีชื่อหรือรูปแบบใด แรงงานจะไม่เสียฐานะลูกจ้างแม้การทำข้อตกลงโดยมีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้นสัญญาจ้างงานจึงหมายถึง ความสัมพันธ์ในการทำงานในลักษณะที่มีการบังคับบัญชาลูกจ้างซึ่งทำงานในองค์กรโดยการควบคุม สั่งการของนายจ้างหรือบุคคลที่ 3 กฎหมายนี้กำหนดว่าให้ถือว่ามิใช่สัญญาจ้างงานเมื่อมีการตกลงให้บริการระหว่างบุคคลหนึ่งเพื่อรับค่าจ้างภายใต้บังคับบัญชา รวมทั้งกำหนดตัวชี้วัดว่าในกรณีใดอาจเข้าข่ายที่จะได้รับสิทธิใดกำหนดนิยามหรือความหมายของคำว่าลูกจ้างและนายจ้าง และให้สันนิษฐานว่าสัญญาโดยทั่วไปเป็นสัญญาที่ไม่มีระยะเวลาสิ้นสุดสัญญา

กรณีของแคนาดาได้มีการแก้ปัญหาของการทำงานในรูปแบบใหม่ๆ เพื่อให้แรงงานได้รับการคุ้มครองโดยการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่งประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญ เพื่อศึกษาและจัดทำรายงานในเรื่องการสร้างการคุ้มครองทางสังคมของบุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองทางสังคมของ

บุคคลที่จำเป็นต้องได้รับการคุ้มครองในสถานการณ์ทำงานที่แตกต่างไปจากการจ้างงานในลักษณะดั้งเดิมเพื่อให้เหมาะสมกับวิธีการทำงานขององค์กรนายจ้างที่เปลี่ยนแปลงไป

การกำหนดลักษณะและประเภทของงานบางด้าน

เป็นการกำหนดลักษณะงานบางชนิดเพื่อให้สามารถจัดเป็นการจ้างงานตามสัญญาจ้างงานหรือสัญญาในลักษณะอื่นๆ เช่น งานบ้าน งานTelework บุคคลที่จ้างโดยบริษัทจัดหาแรงงาน และสหกรณ์แรงงาน

กรณีของชิลี กฎหมายแรงงาน (The Labour Code, 2001) กำหนดว่างานบ้านที่ทำงานต่อเนื่องกันไปหรือเป็นประจำให้ถือว่าเป็นการจ้างงานตามกฎหมาย ขณะที่ฟินแลนด์ กฎหมายแรงงาน (The Employment Contracts Act) กำหนดว่ากฎหมายคุ้มครองกับลูกจ้างที่ทำงานที่บ้านด้วย

ในประเทศนิวซีแลนด์ กฎหมายแรงงาน (The Employment Relations Act) เน้นการใช้บังคับสำหรับผู้รับงานไปทำที่บ้านกรณีที่มีสัญญาระหว่าง 2 ฝ่าย กฎหมายระบุให้รวมผู้รับงานไปทำนอกสำนักงานนายจ้าง หากบุคคลนั้นทำงานโดยมีสัญญาการให้บริการเช่น ผู้เช่าขายสินค้า หรือผู้รับซื้อ (Purchaser) กรณีกฎหมายแรงงานของเวเนซุเอลา (The Labour Act, 1997) กำหนดว่าการที่บุคคลฝ่ายหนึ่งขายวัตถุดิบให้อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อทำการประกอบหรือผลิตเป็นผลิตภัณฑ์ แล้วดำเนินการซื้อผลิตภัณฑ์นั้นกลับมาในลักษณะเป็นการดำเนินการประจำในระดับหนึ่งก็ให้ถือว่าเป็นการจ้างงานในลักษณะนายจ้าง ลูกจ้าง ตามกฎหมายแรงงาน

กรณีเป็น telework ซึ่งเป็นการรับงานไปทำที่บ้านประเภทหนึ่งก็มีกฎหมายบัญญัติคุ้มครองเช่นกัน เช่น กรณีของสหภาพยุโรปได้กำหนดการคุ้มครอง แรงงานที่ทำงานในลักษณะ telework โดยคุ้มครองเฉพาะในรายที่ทำข้อตกลงในลักษณะที่มีข้อตกลงทำเป็นงานประจำ

กรณีของเปรู กฎหมาย (The Peruvian General Bill) กำหนดลักษณะงาน telework และกำหนดให้มีดัชนีตัวชี้วัด เพื่อให้สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการทำงานลักษณะนี้

กรณีของชิลี กฎหมายกำหนดให้งาน telework (ซึ่งกฎหมายกำหนดว่า หมายถึงงานที่ทำนอกที่ทำงานนายจ้าง โดยใช้คอมพิวเตอร์หรือการสื่อสารคมนาคมในการทำงาน) ได้รับการยกเว้นไม่ต้องอยู่ในบังคับของกฎหมายในเรื่องการกำหนดชั่วโมงทำงานสูงสุดตามกฎหมาย

ในกรณีของสหกรณ์ องค์การแรงงานระหว่างประเทศมีนโยบายส่งเสริมสหกรณ์มาเป็นเวลายาวนาน และได้ขอให้ประเทศสมาชิกให้การเคารพสิทธิของแรงงานตามอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องและตามสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงานในการส่งเสริมการสหกรณ์ด้วย เช่น ข้อเสนอฉบับที่ 193 (Promotion of Cooperatives Recommendation , 2002) ส่วนกรณีที่มีนายจ้างบางรายพยายามใช้ระบบสหกรณ์เพื่อปกปิดสภาพการจ้างงานที่แท้จริงนั้นย่อมไม่เป็นไปตามหลักการของสหกรณ์และไม่ควรได้รับการส่งเสริม

กรณีของ case law ศาลและองค์การทางตุลาการมีส่วนสำคัญช่วยทำให้ความหมายหรือคำนิยามของลูกจ้าง ผู้ทำงานอิสระเด่นชัดขึ้น โดยการกำหนดจากข้อเท็จจริงในแต่ละคดีซึ่งจะเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาคดีในครั้งต่อไป

ในกรณีตัวอย่าง เช่น แอฟริกาใต้ นายจ้างรายหนึ่งชักชวนให้ลูกจ้างลาออกจากการเป็นลูกจ้างของตนแล้วทำสัญญาใหม่ในฐานะผู้ทำงานอิสระ รับงานจากบริษัทไปติดตั้งตู้เก็บของ แทนที่จะเป็นลูกจ้างเหมือนเดิม แต่ในการปฏิบัติงานจริง ลูกจ้างซึ่งกลายเป็นผู้ทำงานอิสระตามข้อตกลงใหม่เหล่านี้ทำงานในขอบเขตจำกัดมาก เช่น มีหน้าที่เพียงยกตู้ที่ผลิตสำเร็จแล้วขึ้นรถเพื่อไปติดตั้ง และทำความสะอาดตู้ก่อนส่งมอบให้ลูกค้าเท่านั้น เมื่อศาลวิเคราะห์แล้วเห็นว่านายจ้างมีเจตนาทำสัญญาปกปิดการจ้างงาน ดังนั้นแม้ลูกจ้างจะทำสัญญากับนายจ้างโดยสมัครใจ แต่ศาลก็เห็นว่ายังคงเป็นลูกจ้างเหมือนเดิม ไม่ได้เป็นผู้รับเหมาหรือผู้รับงานอิสระตามสัญญาแต่อย่างใด

การกำหนดบทบัญญัติควบคุมการจ้างงานในลักษณะ 3 ฝ่าย

จากการวิเคราะห์การดำเนินการของประเทศต่างๆ พบว่ากฎหมายมีแนวโน้มให้ความสนใจ 2 ด้านคือ ด้านการให้บริการด้านหนึ่ง และด้านการจัดหาแรงงานอีกด้านหนึ่ง

การกำหนดนายจ้างหรือผู้จัดหาแรงงาน

กฎหมายบางประเทศกำหนดลักษณะการจ้างงานบุคคลกรแบบ 3 ฝ่ายว่า หมายถึง การที่ฝ่ายหนึ่งทำงานให้บุคคลฝ่ายที่ 3 โดยใช้อุปกรณ์และลูกจ้างของตน เช่น การทำสัญญาให้บริการหรือการผลิตสินค้าให้บุคคลที่ 3 โดยเป็นสัญญาตามกฎหมายแพ่ง และมาจ้างแรงงานของตนเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาดังกล่าว เช่น กฎหมายของสเปน (The Workers' Charter) มีบทบัญญัติกำหนดเรื่อง "ผู้รับเหมา" ในฐานะ "ผู้ใช้" (user) แรงงาน

ในบางประเทศใช้คำว่า “ผู้รับเหมา” (contractor) ให้นัยถึงบุคคลซึ่งจัดหาแรงงานให้แก่ผู้ประกอบการด้วย เช่น ประเทศมอริเชียส ใช้คำว่า “job contractor” หรือผู้รับเหมาแรงงาน

บางประเทศในแอฟริกา กฎหมายกำหนดเรื่องผู้รับเหมาช่วงอิสระซึ่งทำสัญญากับวิสาหกิจหรือผู้จัดการโครงการเพื่อดำเนินการหรือให้บริการตามราคาที่ตกลงกัน

ในประเทศฝรั่งเศส กฎหมายแรงงานได้บัญญัติในอีกแง่มุมหนึ่งโดยกำหนดว่า นายจ้างอาจตกลงทำสัญญากับบุคคลที่ทำหน้าที่จัดหาแรงงาน แต่ไม่ได้เป็นเจ้าของกิจการหรือเป็นผู้ประกอบอาชีพอิสระ กรณีบุคคลที่มารับทำงานโดยเป็นผู้จัดหาแรงงานของตนเองประสบปัญหาให้นายจ้างต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

ผู้จัดหาแรงงานปรกติต้องมีภาระรับผิดชอบต่อนายจ้าง และลูกจ้างรวมทั้งอาจต้องมีความรับผิดชอบในด้านอื่นด้วย เช่น ในประเทศสเปน ผู้จัดหาแรงงานมีหน้าที่ต้องแจ้งข้อมูลต่อทั้งลูกจ้างและองค์กรประกันสังคมของประเทศเป็นหนังสือว่า ผู้ใดเป็น “ผู้ใช้” (user) แรงงาน หรือ “นายจ้าง” ซึ่งตนจัดหาแรงงานให้ด้วย

การจัดหาแรงงานตามสัญญาทางแพ่ง

ส่วนมากประเทศต่างๆ จะจำกัดการดำเนินการของบริษัทจัดหาแรงงาน บางประเทศบัญญัติในลักษณะห้ามดำเนินการนอกจากจะได้รับอนุญาตและเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายเท่านั้น องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้แก้ปัญหาในลักษณะภาพรวม โดยการประกาศข้อเสนอแนะว่าด้วยบริษัทจัดหางานเอกชน (The Private Employment Agencies Convention, 1997) และข้อเสนอแนะที่ออกตามอนุสัญญาดังกล่าว (Recommendation No.188) ซึ่งกำหนดเรื่องการจัดหาแรงงานให้แก่ฝ่ายที่ 3 ในฐานะผู้ใช้ (user หรือ user enterprise) ลูกจ้างจะมีผู้จัดหาแรงงานทำหน้าที่คนกลางเจรจาตกลงกับฝ่ายผู้ใช้

กฎหมายของบางประเทศมีบทบัญญัติในเรื่องบริษัทจัดหางานเอกชนเช่นกัน โดยส่วนใหญ่ก็จะมีผลสอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่กล่าวข้างต้น ปัญหามักจะเกิดขึ้นในประเทศที่ไม่มีกฎหมายประเภทนี้ หรือมีกฎหมายแต่มีปัญหาในการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย ทำให้เกิดปัญหาแก่คนหางาน หรือลูกจ้าง

บางประเทศมีบริษัทจัดหางาน หรือบริษัทรับจัดหาแรงงานซึ่งทำหน้าที่เป็นนายจ้างด้วย แต่มักเป็นข้อยกเว้นมากกว่า ส่วนใหญ่เป็นเพียงผู้จัดหาแรงงานให้แก่ นายจ้างเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ใน

กรณีของสหราชอาณาจักร ที่ผู้จัดหาแรงงานทำหน้าที่นายจ้างด้วย คือกรณีที่บุคคลหนึ่งลงทะเบียนกับบริษัทจัดหางานเป็นสัญญาจ้างงานชั่วคราว ซึ่งระบุชัดเจนว่าข้อตกลงนี้จะไม่ก่อให้เกิดสัญญาจ้างงานทั้งระหว่างบุคคลผู้ทำสัญญานั้นกับบริษัทจัดหางาน และระหว่างบุคคลนั้นกับลูกค้าของบริษัทจัดหางาน หลังจากนั้นบุคคลดังกล่าวได้รับมอบหมายจากบริษัทจัดหางานให้ทำงานในตำแหน่งพนักงานทำความสะอาดในหอพัก ซึ่งบริหารงานโดยองค์กรปกครองท้องถิ่น เพื่อทำหน้าที่ดูแลผู้ป่วยทางจิต องค์กรปกครองท้องถิ่นในฐานะผู้บริหารหอพักแห่งนี้เป็นผู้สั่งการและกำกับการทำงานของลูกจ้างรายนี้และเป็นผู้จัดหาวัสดุและอุปกรณ์ทำความสะอาดรวมทั้งผ้ากันเปื้อนให้แก่ลูกจ้าง ลูกจ้างรายนี้ต้องทำงานตามชั่วโมงที่กำหนด สัปดาห์ละ 5 วัน โดยมีบริษัทจัดหางานเป็นผู้จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างผู้นี้ ในเดือนเมษายน ค.ศ. 2001 หลังจากมีเหตุเกิดขึ้นที่หอพักแห่งนี้ องค์กรปกครองท้องถิ่นจึงขอให้ยุติข้อตกลงการทำงานกับลูกจ้างผู้นี้ และต่อมาบริษัทจัดหางานก็แจ้งว่าบริษัทจะไม่ดำเนินการหางานให้ลูกจ้างรายนี้ต่อไป ลูกจ้างจึงได้ร้องเรียนเจ้าหน้าที่ว่าถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม การตัดสินครั้งแรกปรากฏว่าบุคคลนี้ไม่ได้เป็นทั้งลูกจ้างของบริษัทจัดหางานและองค์กรปกครองท้องถิ่น เนื่องจากไม่มีการทำสัญญาจ้างงาน หลังจากการอุทธรณ์ The Employment Appeal Tribunal จึงมีคำชี้ขาดใหม่ว่า บุคคลนี้เป็นลูกจ้างของบริษัทจัดหางาน เนื่องจากบริษัทจัดหางานมีอำนาจสั่งการควบคุมบุคคลนี้ค่อนข้างมาก และทั้งสองฝ่ายนี้มีความรับผิดชอบร่วมกันในการทำงานให้ฝ่ายที่3 ต่อมาเมื่อมีการอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้พิพากษาว่ามีสัญญาจ้างระหว่างลูกจ้างกับองค์กรปกครองท้องถิ่น แม้จะไม่มีการทำสัญญาอย่างชัดเจนก็ตาม

กรณีของสหกรณ์ซึ่งเป็นระบบในการทำงานร่วมกัน รวมทั้งการจัดหาแรงงานมาทำงานวิธีหนึ่ง เช่นในโคลัมเบียแรงงานเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหกรณ์ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ทำการผลิตสินค้าหรือให้บริการ ซึ่งในการดำเนินการนั้นสมาชิกสหกรณ์เป็นผู้ดำเนินการ โดยไม่ได้เป็นลูกจ้างของสหกรณ์ ซึ่งต่างจากบุคคลซึ่งสหกรณ์จ้างเป็นลูกจ้างของสหกรณ์โดยตรง การทำงานนี้สมาชิกอาจได้รับค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม อย่างไรก็ตามระบบนี้ได้นำไปสู่การเจตนาหลีกเลี่ยงการจ้างงานตามกฎหมายแรงงานซึ่งอาจมีโทษตามกฎหมาย รัฐบาลได้ดำเนินการสอบสวนบริษัทจัดหางานที่จัดตั้งสหกรณ์แรงงานขึ้นบังหน้า เพื่อต้องการหลบเลี่ยงภาษี และการจ่ายเงินสมทบตามกฎหมายกองทุนประกันสังคม

ในอาร์เจนตินา กฎหมายกำหนดห้ามสหกรณ์ผู้ใช้แรงงานทำหน้าที่เป็นหน่วยงานจ้างงานชั่วคราวหรือทำงานในลักษณะของบริษัทจัดหางาน

บริษัทจัดหางานเอกชนซึ่งได้ทำสัญญากับนายจ้าง หรือผู้ใช้ (user) แรงงานที่จัดหาให้ต้องเป็นผู้รับผิดชอบในฐานะนายจ้างด้วย แต่ในหลายกรณีต้องรับผิดชอบเพิ่มเติมด้วย เช่น อาจมีหน้าที่

ต้องแจ้งให้ลูกจ้างและตัวแทนทราบข้อมูลของหน่วยงานที่ทำหน้าที่ผู้ใช้ (user) แรงงานที่ผู้จัดหางานจัดหามาให้ เช่น ชื่อ เงื่อนไขการจ้าง วัตถุประสงค์ของการทำสัญญา ระยะเวลาของสัญญา สถานที่ทำงาน จำนวนคนงานที่เกี่ยวข้อง และมาตรการป้องกันอุบัติเหตุและความเสี่ยงจากการทำงาน

ฐานะของ “ผู้ใช้” (user) แรงงาน

โดยปกติความสัมพันธ์การจ้างงานแบบ 3 ฝ่ายนี้ “ผู้จัดหาแรงงาน” (provider) จะมีฐานะเป็น “นายจ้าง” ตามกฎหมายแรงงาน และในอีกทางหนึ่งก็มีความสัมพันธ์ทางแพ่งกับองค์กร “ผู้ใช้” แรงงาน (user enterprise) โดยมีสัญญาในลักษณะข้อตกลงทางแพ่งเพื่อทำงานใดหนึ่ง กฎหมายบางประเทศกำหนดให้ “ผู้ใช้” เป็นผู้ประกอบการหลัก (principal entrepreneur) เช่น ในประเทศฟินแลนด์ กฎหมายการจ้างงาน (The Employment Contracts Act) ใช้คำว่า “user enterprise” เมื่อมีการตกลงจัดหาแรงงานในลักษณะความสัมพันธ์แบบ 3 ฝ่าย

กฎหมายบางประเทศกำหนดความรับผิดชอบของผู้ใช้ต่อแรงงานที่จัดหาโดยผู้จัดหาแรงงาน โดยกำหนดให้ “ผู้ใช้” มีหน้าที่และความรับผิดชอบในด้านต่างๆ เช่น การเลือกและควบคุมผู้จัดหาแรงงาน การปฏิบัติให้เป็นไปตามสภาพการจ้างที่ได้ตกลงไว้กับผู้จัดหาแรงงาน การปฏิบัติให้สอดคล้องกับบทบัญญัติด้านคุ้มครองแรงงานและประกันสังคม รวมทั้งการจ่ายค่าจ้างขั้นต่ำ การบรรจุเงื่อนไขการจ้างแรงงานไว้ในสัญญาที่ทำกับผู้จัดหาแรงงาน และการเก็บสำเนาข้อตกลงที่ทำกับผู้จัดหาแรงงาน

หน้าที่ความรับผิดชอบของ “ผู้ใช้” ในการคัดเลือกและควบคุม “ผู้จัดหาแรงงาน” คือ การให้ผู้จัดหาแรงงานต้องดำเนินการขออนุญาตการดำเนินการตามกฎหมาย (กรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้) ในประเทศสเปน “ผู้ใช้” ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้รับผิดชอบหลัก (principal enterprise) ต้องดำเนินการอื่นๆ ด้วยคือ

(ก) การตรวจสอบให้คู่สัญญา (Provider) จ่ายเงินสมทบประกันสังคมให้ครบถ้วนและถูกต้องและเป็นปัจจุบัน

(ข) มีหน้าที่ในการแจ้งให้ผู้แทนตามกฎหมายของแรงงาน ทราบเงื่อนไข ข้อตกลงที่ทำกับผู้รับเหมาหรือผู้รับเหมาช่วง

(ค) ต้องแจ้งคณะกรรมการ (Work committee) ทราบเงื่อนไขในการทำสัญญารับเหมาช่วงที่จัดทำขึ้น

กรณีที่แรงงานได้รับการจัดหาโดยบริษัทจัดหางาน “ผู้ใช้” จะมีหน้าที่รับผิดชอบในข้อกำหนดของกฎหมายและเงื่อนไขการทำงานที่มีการตกลงกัน เช่น ชั่วโมงทำงาน การทำงานช่วงกลางคืน วันหยุดประจำสัปดาห์ และวันหยุดประจำปี ความปลอดภัย และสุขอนามัยในการทำงาน การจ้างงาน แรงงานหญิง แรงงานเด็ก และแรงงานเยาวชน “ผู้ใช้” ยังมีหน้าที่รวมถึงความรับผิดชอบต่อในด้านความปลอดภัยในการทำงานและการจัดหาอุปกรณ์ป้องกันอันตรายจากการทำงานให้แก่ลูกจ้างด้วย

การลดค่าใช้จ่ายโดย “ผู้ใช้” บางครั้งเป็นผลให้ทางการต้องเข้าแทรกแซงการดำเนินการของนายจ้างบางราย เช่น ในกรณีของสหรัฐอเมริกา เมื่อ “ผู้ใช้” ซึ่งเป็นผู้ผลิตเสื้อผ้า ถูกศาลสหรัฐอเมริกาสั่งห้ามขายสินค้าที่รับจากผู้รับเหมา (contractor) ที่ละเมิดกฎหมายค่าจ้างขั้นต่ำ และค่าล่วงเวลา เนื่องจากการดำเนินการนั้นไม่ใช่ก่อนผลเสียต่อลูกจ้างเท่านั้น แต่มีผลเสียต่อผู้ผลิตรายอื่นด้วย เนื่องจากไม่สามารถแข่งขันกับผู้ผลิตที่ลดต้นทุน จากการละเมิดกฎหมายคุ้มครองแรงงานได้ ศาลยังได้สั่งให้บริษัทรายนี้ตรวจสอบว่าราคาที่ผู้รับเหมาผลิตสินค้าเสนอนั้น พอเพียงกับการจ่ายค่าจ้างและสวัสดิการให้แรงงานตามกฎหมายในเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำและค่าล่วงเวลาหรือไม่ นอกจากนี้ศาลยังได้ให้ตรวจสอบว่าผู้รับเหมาผลิตสินค้ามีความเต็มใจและความสามารถในการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายหรือไม่ และกำหนดให้ผู้รับเหมาต้องแจ้งให้บริษัททราบทันทีที่พบว่าไม่สามารถปฏิบัติได้ และต้องอนุญาตให้บริษัทสามารถตรวจสอบข้อมูลของผู้รับเหมาได้ นอกจากนี้ผู้รับเหมายังถูกกำหนดให้ต้องทำสัญญารับรองว่าจะปฏิบัติตามกฎหมาย บริษัทยังมีหน้าที่ต้องเก็บรักษาสถิติและข้อมูลต่างๆ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบได้ตลอดเวลา และประการท้ายสุด กรณีบริษัทตรวจพบว่าผู้รับเหมาละเมิดกฎหมายค่าจ้างขั้นต่ำ และค่าล่วงเวลา บริษัทต้องหยุดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยผู้รับเหมารายนั้น และแจ้งให้กระทรวงแรงงานทราบทันที

นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่บัญญัติให้ “ผู้ใช้” ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายกรณีที่ผู้จัดหาแรงงานไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรืออาจต้องร่วมรับผิดชอบตามส่วน เช่น กรณีของปานามา กฎหมายกำหนดว่า “ผู้ใช้” จะต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างทุกคนที่ผู้จัดหาแรงงานจัดหามาให้ กรณีที่ผู้จัดหารายนี้เป็นผู้จัดหาแรงงานให้ “ผู้ใช้” เพียงรายเดียว หรือส่วนใหญ่ และทั้ง 2 ฝ่ายต้องรับผิดชอบร่วมกันในผลประโยชน์และค่าชดเชยที่ต้องจ่ายให้แก่แรงงาน

ในประเทศมอริเชียส กฎหมายกำหนดว่าเพื่อเป็นหลักประกันแก่ลูกจ้างในการได้รับค่าจ้างตามข้อตกลง แรงงานที่จ้างโดยผู้รับเหมาแรงงานจะมีสิทธิเช่นเดียวกับแรงงานที่ “ผู้ใช้” จ้างเอง

โดยตรง ไม่ได้จ้างผ่านนายหน้าจัดหาแรงงาน ดังนั้นแม้จะจ้างผ่านบุคคลที่ 3 นายจ้างก็ต้องรับผิดชอบเช่นกัน

กรณีการจำกัดความรับผิดชอบของ "ผู้ใช้" ศาลฎีกาของประเทศอาร์เจนตินา ได้พิพากษาว่า ความรับผิดชอบของ "ผู้ใช้" ไม่รวมถึงการจ่ายค่าจ้างค้างจ่าย หรือการจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้าง โดยองค์กรที่รับงานบริหารบาร์และภัตตาคารในสถานที่ของ "ผู้ใช้"

ในอินเดีย ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า "ผู้ใช้" ไม่ต้องร่วมรับผิดชอบลูกจ้างที่จ้างผ่านบริษัทจัดหาแรงงาน

สิทธิของแรงงาน

คำถามที่สำคัญประการที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างงานความสัมพันธ์ 3 ฝ่าย คือ สิทธิของแรงงานในหลักการสิทธิของแรงงานในความสัมพันธ์แบบ 3 ฝ่าย คือ สิทธิตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและข้อตกลงร่วม และตามที่ตกลงในสัญญาจ้างงาน แต่ในทางปฏิบัติเมื่อมีการจ้างงานโดยผู้จัดหา (นายจ้าง) เพื่อให้เป็นไปตามสัญญาที่ทำกับฝ่ายที่ 3 ซึ่งมีการจ้างลูกจ้างเช่นกัน โดยปรกติก็จะต้องการให้มีการให้สิทธิแรงงานทั้ง 2 กลุ่มเท่าเทียมกัน ยิ่งเป็นกรณีที่แรงงานทั้ง 2 กลุ่มทำงานในสถานที่เดียวกันหรือทำงานอย่างเดียวกัน กรณีนี้มีปัญหามักจะเกิดขึ้นเมื่อมีการใช้ฝ่ายที่ 3 เพื่อลดต้นทุนของนายจ้างทำให้แรงงานบางกลุ่มไม่ได้รับสิทธิเท่าแรงงานที่จ้างโดยตรงไม่ผ่านฝ่ายที่ 3

ในกรณีที่มีการเจรจาต่อรองร่วมระหว่างผู้แทนฝ่ายนายจ้างและผู้แทนฝ่ายลูกจ้าง ผลการเจรจานั้นควรมีผลถึงลูกจ้างที่จ้างผ่านฝ่ายที่ 3 หรือไม่ กฎหมายบางประเทศ เช่น อาร์เจนตินา ให้สิทธิแก่แรงงานประเภทนี้ด้วย

ขณะที่กฎหมายของประเทศฟินแลนด์ ส่งเสริมการเจรจาต่อรองร่วมสำหรับสถานประกอบการรายหนึ่งๆ กฎหมายนี้ได้กำหนดว่า นายจ้างทุกรายต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงร่วม กรณีที่ผู้จัดหาแรงงานไม่ได้มีข้อตกลงที่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงร่วม อย่างน้อยเงื่อนไขตามข้อตกลงร่วมที่ใช้บังคับระหว่าง "ผู้ใช้" และแรงงานของผู้ใช้โดยตรงก็ต้องใช้บังคับกับแรงงานที่ทำงานกับผู้จัดหาด้วย

ตามกฎหมายแรงงานของประเทศสโลวีเนีย สัญญาการจ้างงานที่ทำระหว่างผู้จัดหาแรงงาน (นายจ้าง) เพื่อให้ลูกจ้างทำงานกับฝ่ายที่ 3 หรือ ผู้ใช้ (user) ต้องกำหนดว่า ระดับค่าจ้าง และค่าตอบแทนอื่นๆ ต้องเป็นไปตามงานที่ทำได้จริงเมื่อทำกับ "ผู้ใช้" และต้องพิจารณาข้อตกลงร่วม และ

กฎหมายทั่วไปที่มีผลบังคับผูกพันกับ "ผู้ใช้" รายนี้ด้วย ยิ่งไปกว่านั้นในช่วงที่แรงงานทำงานกับ "ผู้ใช้" ให้ทั้งสองฝ่ายพิจารณานำบทบัญญัติกฎหมาย ข้อตกลงร่วม ซึ่งมีผลผูกมัด "ผู้ใช้" มาพิจารณาด้วย

ประเด็นการปฏิบัติและบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายมีความสำคัญมากยิ่งในกรณีเป็นคดีที่มีความซับซ้อนทำให้แรงงานไม่สามารถใช้สิทธิของตนได้เต็มที่เมื่อเกิดปัญหาขึ้น แนวโน้มจึงเป็นการพยายามแก้ปัญหาให้แกฝ่ายลูกจ้างให้สามารถใช้สิทธิได้มากขึ้นและมีการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เพื่อขจัดปัญหาในเรื่องการทำสัญญาแฝงหรือเจตนาเลี่ยงกฎหมายที่เป็นผลให้ลูกจ้างเสียสิทธิตามกฎหมายแรงงาน

ในทางปฏิบัติประเทศต่างๆ ใช้วิธีการทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายต่างกัน บางประเทศ เช่น **ฟินแลนด์** ใช้วิธีการกำหนดให้นายจ้างต้องแจ้งลูกจ้างให้ทราบเงื่อนไขการจ้าง ซึ่งตามกฎหมายแล้วบทบัญญัตินี้ให้บังคับเฉพาะกับลูกจ้างเท่านั้น ดังนั้นเท่ากับนายจ้างต้องกำหนดว่าบุคคลที่ตนจ้างมาทำงานบุคคลใดเป็นลูกจ้าง และบุคคลใดมีฐานะอื่น เช่น เป็นผู้รับเหมาหรือเป็นผู้รับงานอิสระ เพราะกฎหมายบัญญัติให้แจ้งเฉพาะลูกจ้างเท่านั้น แต่กฎหมายก็กำหนดว่า กรณีที่แรงงานที่ทำงานกับนายจ้างรายนั้นไม่ได้รับแจ้งข้อมูลเช่นที่กล่าวข้างต้น แต่เชื่อว่าตนเองเป็นลูกจ้างเช่นกัน ก็อาจร้องขอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาได้

กรณีของแอฟริกาใต้มีการบัญญัติในเรื่องนี้ค่อนข้างแน่ชัดเมื่อกฎหมายกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการที่ปรึกษาให้แก่ลูกจ้างเพื่อสามารถตรวจสอบได้ว่าตนมีฐานะเป็นลูกจ้างหรือไม่

กรณีของแคนาดา กฎหมายของมณฑลควิเบกกำหนดในลักษณะเดียวกัน แต่คณะกรรมการมีอำนาจกำหนดไม่ใช่เฉพาะว่าบุคคลนั้นเป็นลูกจ้างหรือไม่ แต่สามารถกำหนดได้ด้วยว่า การทำข้อตกลงนั้นสามารถถูกนายจ้างเปลี่ยนจากลูกจ้างให้เป็นผู้รับงานอิสระหรือไม่ นายจ้างมีหน้าที่แจ้งให้คณะกรรมการลูกจ้างทราบข้อเสนอนี้ฝ่ายนายจ้างขอเปลี่ยนแปลงด้วย ในกรณีนี้ถ้าสมาคมลูกจ้างไม่เห็นด้วยก็อาจนำคดีขึ้นสู่คณะกรรมการของรัฐบาล และหากยังไม่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการดังกล่าวก็ยังไม่สามารถดำเนินการเปลี่ยนแปลงได้ หรือนอกจากฝ่ายลูกจ้างจะให้ความยินยอมแล้ว

ในกรณีของชิลี ใช้วิธีการต่างไป โดยกฎหมายบัญญัติให้ลงทะเบียนเป็นเงินจำนวนมาก หากพบว่านายจ้างมีเจตนาเปลี่ยนสัญญาจ้างให้มีการจ้างงานผ่านบุคคลที่ 3 หรือพยายามสร้างนายจ้างเทียมขึ้นเพื่อให้นายจ้างจริงพ้นความรับผิดชอบตามกฎหมาย รวมทั้งการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตรวจแรงงาน

เพิ่มขึ้นถึง 300 คน เพื่อตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎหมายยังกำหนดมาตรการบังคับให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมาย

โดยสรุปการศึกษากฎหมายของประเทศต่างๆ ที่ดำเนินการมาข้างต้นจะเห็นการดำเนินการของประเทศต่างๆ ในรูปของการพยายามแก้ไขปัญหา การทำสัญญาแลกเปลี่ยนหรือการเจตนาทำสัญญา เพื่อให้เข้าใจว่าไม่มีการจ้างงานแบบมีสัญญาจ้างแรงงานระหว่างลูกจ้าง นายจ้าง ส่วนใหญ่เป็นการนำมาตรการทางกฎหมายมาแก้ไขปัญหา แต่สิ่งที่สำคัญอีกด้านที่อาจจะยังไม่ได้มีการดำเนินการเต็มที่คือการบังคับใช้กฎหมายซึ่งถือว่ามีความสำคัญยิ่งสำหรับการแก้ไขปัญหาการทำสัญญาในลักษณะนี้

บทที่ 4

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

จากปัญหาการเปลี่ยนแปลงความสัมพันธ์ในการจ้างงาน หรือวิธีการจ้างงานตามสภาพการเปลี่ยนแปลงทางการเศรษฐกิจ และบางส่วนนายจ้างเจตนาทำสัญญาในลักษณะซ่อนเร้นหรืออำพรางเพื่อให้พ้นความรับผิดชอบตามกฎหมายบางด้าน แม้จะเป็นผลดีทำให้องค์กรสามารถปรับสภาพการทำงานให้เหมาะสมกับการดำเนินการของตน และสามารถทำให้การทำงานมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกันวิธีการดังกล่าวบางส่วนได้สร้างปัญหาให้แก่แรงงาน ทำให้เกิดปัญหาความมั่นคงในการทำงาน การไม่ได้รับสิทธิบางประการ

สำหรับแนวทางแก้ไขที่องค์กรแรงงานระหว่างประเทศได้ดำเนินการศึกษา และดำเนินการอื่นๆ ต่อเนื่องกันมากกว่าหนึ่งทศวรรษ ประกอบด้วยมาตรการหลายด้านทั้งด้านการพยายามจัดทำอนุสัญญา การศึกษาปัญหาและแนวทางดำเนินการแก้ปัญหาประเทศต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาแล้วบางส่วนในบทที่ 5

มาตรการที่ดำเนินการในลักษณะภาพรวม ได้แก่ การนำปัญหานี้เข้าสู่การพิจารณาในที่ประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศหลายครั้ง ในปี ค.ศ.1997 ค.ศ.1998 ค.ศ. 2003 และจะนำเข้าสู่พิจารณาอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 2006

มติที่ประชุมที่สำคัญในปี ค.ศ. 1998 ได้แก่ การพิจารณาจัดทำร่างอนุสัญญาที่มุ่งเน้นการดำเนินการแก้ปัญหา แต่ก็ไม่ได้รับการสนับสนุนจากฝ่ายรัฐบาลจำนวนหนึ่ง และจากนายจ้าง โดยเหตุผลที่ว่าอาจไม่มีความจำเป็นต้องมีอนุสัญญาด้านนี้เนื่องจากปัญหายังไม่รุนแรงมาก และแต่ละประเทศอาจดำเนินการแก้ปัญหาได้เอง นอกจากนั้นการจัดทำอนุสัญญาเกี่ยวกับแรงงานกลุ่มนี้ ซึ่งยังไม่มีการศึกษารายละเอียดอย่างเพียงพออาจเป็นการสร้างแรงงานกลุ่มใหม่ขึ้นมา และผลที่ได้ อาจทำให้การคุ้มครองไม่แตกต่างหรืออาจไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้ดีเท่ากับการพยายามบังคับใช้อนุสัญญาหรือข้อแนะ และกฎหมายของแต่ละประเทศให้มีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ผู้แทนฝ่ายรัฐบาลจำนวนหนึ่งก็ไม่สนับสนุนจัดทำอนุสัญญาเฉพาะเพื่อการนี้ ความพยายามดำเนินการจัดทำอนุสัญญาต้องยุติไป

ในการประชุมประจำปี ค.ศ. 2003 ซึ่งได้มีการพิจารณาปัญหาอีกครั้งหนึ่ง เป็นโอกาสให้ฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้พิจารณาสภาพปัญหาของประเทศต่างๆ และผลการศึกษาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ และเอกสารที่จัดทำขึ้นเพื่อประกอบการประชุมประจำปี ค.ศ. 2006 ซึ่งมีวาระพิจารณาเรื่องนี้ ได้สรุปความเป็นมาและเสนอแนวทางดำเนินการในระยะต่อไปเพื่อให้สมาชิกร่วมกันพิจารณาในที่ประชุมต่อไป

เอกสารฉบับนี้มีข้อสรุป คือ

(1) ปัญหานี้มีหลายแง่มุมและมีความสลับซับซ้อน แต่ก็ปรากฏการณ์ที่มีความสำคัญเพิ่มขึ้น

(2) วิธีแก้ปัญหามีหลากหลาย และแตกต่างกัน รวมทั้งเปลี่ยนแปลงไปตามความเหมาะสม และจากการศึกษาพบว่า วิธีการแก้ไขของประเทศต่างๆ บางครั้งก็มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

(3) มาตรการที่ดำเนินการโดยประเทศต่างๆ นั้น ควรมีการดำเนินการโดยรวมมาตรการที่เหมาะสม เช่น

- การกำหนดกรอบนโยบายของประเทศ
- การพัฒนาระบบการจัดเก็บรวบรวมข้อมูล
- การกำหนดนโยบายที่ชัดเจนเรื่องแรงงานสตรี
- การปรับปรุงการบังคับใช้ให้เป็นไปตามกฎหมาย

ซึ่งมาตรการเหล่านี้คล้ายคลึงกับมาตรการที่เคยเสนอโดย The Meeting of Experts on Workers in Situation Needing Protection ในปี ค.ศ. 2000

สำหรับการจัดทำอนุสัญญา หรือข้อแนะนำนั้นตามมติที่ประชุมปี ค.ศ. 2003 ที่ได้พิจารณาจัดทำข้อแนะนำ (Recommendation) แทนอนุสัญญา (Convention) ซึ่งเป็นเพียงแนวปฏิบัติ หรือข้อแนะนำให้ประเทศสมาชิกปฏิบัติ ไม่มีผลบังคับเช่นเดียวกับอนุสัญญา อาจมีความเหมาะสมในขั้นนี้ เนื่องจากอาจเป็นแนวทางให้แต่ละประเทศนำไปประกอบพิจารณาปรับปรุงและแก้ไขปัญหาของแต่ละประเทศ

การพิจารณาในการประชุมประจำปี ค.ศ. 2006 น่าจะนำไปสู่การจัดทำข้อแนะนำ และมาตรการแก้ไขปัญหาต่างๆ ได้ชัดเจนขึ้น

สำหรับประเทศไทยแนวทางที่ดำเนินการอาจยึดแนวทางที่รายงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศแนะนำไว้ คือ

1. การศึกษาปัญหาและการปรับปรุงสถิติและระบบข้อมูล เพื่อทราบข้อเท็จจริงและปัญหาของประเทศไทย และเป็นข้อมูลในการแก้ปัญหาของประเทศต่อไป การดำเนินการด้านนี้จะเป็นประโยชน์ในการสร้างข้อมูล ของประเทศไทยก่อนพิจารณากำหนดมาตรการที่เหมาะสมในการปรับปรุงการบริหารแรงงานของประเทศต่อไป
2. การปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมายเพื่อให้ผู้ที่เจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือเจตนาหาประโยชน์จากแรงงานโดยไม่ชอบ ซึ่งเป็นการเอาเปรียบลูกจ้าง และผู้ประกอบการรายอื่นที่ดำเนินการตามกฎหมายทำให้มีต้นทุนสูงกว่าผู้หลีกเลี่ยงกฎหมาย ไม่สามารถหาประโยชน์จากช่องว่างทางกฎหมายที่มีอยู่ได้ นอกจากนั้นควรดำเนินการปรับปรุงกฎหมายให้ครอบคลุมแรงงานทุกกลุ่ม ทุกประเภทที่ยังไม่ได้รับการคุ้มครองทางกฎหมาย ขณะเดียวกันต้องไม่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการของภาคเอกชนที่จำเป็นต้องปรับการทำงานให้สามารถแข่งขันในสภาพที่มีการแข่งขันสูง
3. ขณะเดียวกัน ก็อาจมีความจำเป็นต้องดำเนินการศึกษาแนวทางแก้ไขปัญหาซึ่งดำเนินการโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ และโดยประเทศต่างๆ โดยละเอียดและครอบคลุมเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมด ทั้งนี้อาจดำเนินการขอความร่วมมือจากองค์การแรงงานระหว่างประเทศเข้ามาร่วมดำเนินการ หรือให้การสนับสนุนการดำเนินการในเรื่องนี้ของไทย

บรรณานุกรม

ILO. 1999. Decent Work, Report of the Director – General, International Labour Conference 87 Session. Geneva.

ILO. 2003. Report V The scope of the Employment Relationship. Geneva.

ILO. 2005. Report V The scope of the Employment Relationship. Geneva.