

ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ



การค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
วิชาเอกกฎหมายมหาชน สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช
พ.ศ. 2564

Problems of Right Protection of Contracted Employees
in Government Authorities

Mr.Natawoot Saodan

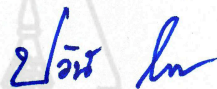


An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Public Law
School of Law
Sukhothai Thammathirat Open University
2021

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ในหน่วยงานของรัฐ
ชื่อและนามสกุล	นายณัฐวุฒิ เสาร์แดน
วิชาเอก	กฎหมายมหาชน
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง

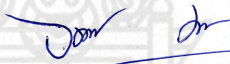
การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2565

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ



.....ประธานกรรมการ

(รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง)



.....กรรมการ

(รองศาสตราจารย์ อาจารย์ มีอินทร์เกิด มีสิทธิ์)



.....
(รองศาสตราจารย์วรวุฒิ เทพทอง)

ประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ
 ผู้ศึกษา นายณัฐวุฒิ เสาร์แดน รหัสนักศึกษ 2634000588 ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
 อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง
 ปีการศึกษา 2564

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ มีวัตถุประสงค์ (1) เพื่อทราบแนวคิด ทฤษฎี หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ (2) เพื่อทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายแรงงาน สิทธิสวัสดิการของรัฐ และการคุ้มครองความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ และ (3) เพื่อสามารถหาแนวทางการแก้ไขปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

การวิจัยฉบับนี้ เป็นการวิจัยทางกฎหมายประเภทการวิจัยเชิงคุณภาพ วิธีการศึกษาการวิจัยจาก หนังสือ ร่างพระราชบัญญัติ วารสารกฎหมาย วารสารทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ ข้อมูลจากสื่ออินเทอร์เน็ต และสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อทำการหาข้อสรุปและข้อเสนอแนะ

ผลการศึกษาพบว่า (1) แนวคิดของการจ้างเหมาบริการ แนวคิดและทฤษฎีเรื่องความคุ้มครองการกระทำความผิดทางละเมิด และแนวคิดที่ว่าด้วยทฤษฎีการคุ้มครองสวัสดิการของรัฐ มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ (2) กฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการของประเทศไทย ได้แก่พระราชบัญญัติวิธีรับประมวล พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ได้แก่ บัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐแทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972 กฎหมายประเทศฝรั่งเศส คือ กฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน และกฎหมายของสหรัฐอเมริกา คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 (3) ปัญหาที่พบคือ เนื่องด้วย หนังสือกระทรวงการคลัง มีแนวทาง มิให้พนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ผู้ศึกษาจึงเสนอแนะให้มีการยกเลิกหนังสือกระทรวงการคลังฉบับดังกล่าวข้างต้น รวมถึงเพิ่มบทนิยามให้การจ้างเหมาบริการ มีฐานะเป็นลูกจ้างหรือการจ้างแรงงานแบบพิเศษ ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และการแก้ไขนิยาม ให้พนักงานจ้างเหมาบริการ มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 รวมถึง ปรับปรุงแนวทางการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในหน่วยงานราชการ เพื่อให้เกิดความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการอย่างถูกต้องและเป็นธรรม

คำสำคัญ การคุ้มครองสิทธิ พนักงานจ้างเหมาบริการ หน่วยงานของรัฐ

Independent Study title: Problems of Right Protection of Contracted Employees in Government Authorities

Author: Mr.Natawoot Saodan; **ID:** 2634000588; **Degree:** Master of Laws.

Independent Study advisor: Pawinee Praithong Associate Professor;

Academic year: 2021

Abstract

This independent study aimed (1) to realize concepts, theories or principles related to the right protection of contracted employees, (2) to perceive laws pertaining to the right protection of contracted employees in accordance with the labor laws, public welfare, and protection of liability to violation of Thai and foreign laws, and (3) to find a guideline for solving problems of the right protection of contracted employees in the government authorities.

This study is qualitative legal research, conducted with documentary analysis from books, the drafted acts, legal journals, academic journals, theses, data from the internet media and other electronic media in Thailand and foreign countries in order to provide a conclusion and recommendation.

The findings revealed that (1) the concepts of contracted service, the concepts and theories of protection of the violation-related offences and the concepts on the theory of public welfare protection were directly related to right protection of the contracted employees. (2) The laws directly related to right protection of the contracted employees in Thailand include the Budgetary Procedure Act B.E. 2561 (2018), the Labor Protection Act B.E. 2541 (1998) and amendment, the Liability for the Act on Wrongful Acts of Officials B.E. 2539 (1996), the Local Government Act B.E. 2542 (1999), the Public Procurement And Supplies Administration Act B.E. 2560 (2017) and the Civil and Commercial Code. Meanwhile, the laws of the Federation Republic of Germany include the Act on representatives of the Federation Republic and County, the government act associated with the Labor Institute 1972. The French laws include general laws on labor protection and the US laws include the federal regulation on service agreement 1965. (3) The problems are that according to a letter of the Ministry of Finance, the contracted employees may not be under protection according to the Labor Protection Act B.E. 2541 (1998), the Social Security Act B.E. 2533 (1990), and the Act on Wrongful Acts of Officials B.E. 2539 (1996). Therefore, the researcher has a recommendation that the letter of the Ministry of Finance as above mentioned should be revoked, and definitions on contracted service should be added that these workers are an employee with special employment pursuant to the Labor Protection Act B.E. 2541 (1998), and the Social Security Act B.E. 2533 (1990). Additionally, the definition should be revised that a contracted employee is a government official in accordance with the Act on Wrongful Acts of Officials B.E. 2539 (1996). The guideline of practices of government officials should be improved in order to cover right protection for contracted employees rightfully and fairly.

Keyword: Right protection, Contracted employee, Government authority

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาครั้งนี้สำเร็จได้ด้วยคำแนะนำของคณาจารย์ที่ให้ความอนุเคราะห์ในการให้ความรู้ และคำแนะนำตั้งแต่เริ่มการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ จนถึงวันที่ได้ดำเนินการศึกษาค้นคว้าอิสระจนสำเร็จเป็นรูปเล่ม ซึ่งหากไม่มีท่านเหล่านี้การศึกษาค้นคว้าอิสระ คงจะสำเร็จไม่ได้ ในโอกาสนี้ จึงขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร.ปวีณี ไพรทอง ที่กรุณาได้รับเป็นที่ปรึกษาในการศึกษาค้นคว้าอิสระ ถึงแม้ท่านจะมีภาระงานที่หนักเพียงใด ท่านยังกรุณาสละเวลาของท่านให้คำแนะนำในการจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระ แนะนำ แนวคิด ทฤษฎี หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งให้คำแนะนำหนังสือและบทความที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนช่วยกรุณา ตรวจทานแก้ไขโดยมุ่งหวังเพื่อให้การจัดการทำการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้ สำเร็จด้วยดี ผู้ศึกษารู้สึกซาบซึ้งและระลึกในบุญคุณของท่านเสมอ จึงขอกราบขอบพระคุณท่านเป็นอย่างสูงมา ณ โอกาสนี้

ในการนี้ ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณ ร้อยตำรวจเอก สติത്യ เสาร์แดน และนางศุภรัตน์ เสาร์แดน บิดามารดา ผู้เป็นแรงผลักดันในการฝ่าฝืนอุปสรรคในชีวิต รวมทั้งผู้อยู่เบื้องหลังทุกท่านที่ไม่ได้กล่าวถึง ที่คอยช่วยเหลือสนับสนุน ให้กำลังใจและความห่วงใยผู้ศึกษาเป็นอย่างดีเรื่อยมา

รวมถึงคณาจารย์สาขาวิชาเอกกฎหมายมหาชนทุกท่าน ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ ตลอดจนหลักสูตรของการศึกษาจนสามารถจัดทำการศึกษาค้นคว้าอิสระครั้งนี้ได้ จนประสบความสำเร็จ รวมทั้งขอขอบคุณเพื่อนๆ ที่ช่วยให้คำแนะนำในการศึกษา ค้นคว้าอิสระ ครั้งนี้จนเสร็จสมบูรณ์ และอำนวยความสะดวกทุกด้านจนทำให้การจัดการศึกษา ค้นคว้าอิสระครั้งนี้สำเร็จด้วยดี

สุดท้ายนี้ หากการศึกษาค้นคว้าอิสระเล่มนี้มีข้อผิดพลาดประการใด ผู้ศึกษาขออ้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว และหากมีสิ่งใดที่เป็นประโยชน์แก่การศึกษาหรือการพัฒนากฎหมายอยู่บ้างผู้ศึกษาขออุทิศไว้เป็นงานวิชาการเพื่อการศึกษาต่อไป

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญตาราง.....	ฅ
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์	4
3. ขอบเขตการศึกษา	5
4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
5. ระเบียบวิธีวิจัย.....	5
บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ในหน่วยงานของรัฐ.....	6
1. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการจ้างเหมาบริการ.....	6
1.1 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการ (Outsourcing).....	6
1.2 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทย.....	9
1.2.1 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน.....	9
1.2.2 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ.....	15
2. แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการคุ้มครองความผิดทางละเมิด.....	25
2.1 ทฤษฎีตัวการและตัวแทน.....	25
2.2 แนวคิดเรื่องการให้บุคลากรภาครัฐอยู่ในฐานะผู้กระทำการแทน องค์กรของรัฐ และฐานะผู้กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ.....	27
2.3 แนวคิดเรื่องความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.....	30
3. แนวคิดและทฤษฎีการคุ้มครองสวัสดิการของรัฐ.....	32
3.1 ทฤษฎีการจัดสวัสดิการของมอesti.....	32
3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองการจ้างแรงงาน.....	34
3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการประกันสังคม.....	38
บทที่ 3 กฎหมายประเทศไทย และ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับคุ้มครองสิทธิ ของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ.....	40
1. กฎหมายประเทศไทย.....	40
1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย.....	40
1.2 พระราชบัญญัติวิธีรับประมาณ พ.ศ. 2561	42
1.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม.....	43

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
1.4 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม.....	44
1.5 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.....	46
1.6 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542.....	49
1.7 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560.....	50
1.8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.....	52
2. กฎหมายต่างประเทศ.....	52
2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี.....	52
2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส.....	59
2.3 สหรัฐอเมริกา.....	63
3. เปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ.....	67
3.1 การให้ความคุ้มครองในกฎหมายคุ้มครองแรงงานและการประกันสังคม.....	67
3.2 การให้ความคุ้มครองในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิด ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ.....	72
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ.....	79
1. ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน.....	82
2. ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายประกันสังคม.....	86
3. ปัญหาการตีความหมาย หรือการให้คำนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539.....	89
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	93
1. บทสรุป.....	93
2. ข้อเสนอแนะ.....	96
บรรณานุกรม.....	98
ประวัติผู้ศึกษา.....	104

สารบัญตาราง

ตารางที่ 3.3 เปรียบเทียบความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ
ของประเทศไทยและต่างประเทศ..... 77



บทที่ 1

บทนำ

1. ที่มาและความสำคัญของปัญหา

รัฐ คือบุคคลสมมุติทางกฎหมาย ที่มีภารกิจหลักคือตอบสนองความต้องการของประชาชน เพื่อให้ประชาชนในรัฐสามารถดำเนินชีวิตอยู่ได้อย่างสงบสุข ซึ่งการดำเนินการของรัฐนั้น มิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง แต่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยการดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะนั้น รัฐต้องอาศัยองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นผู้แทนในการดำเนินการเพื่อตอบสนองเจตนารมณ์ของรัฐ ซึ่งผู้ที่กระทำการแทนนั้นคือ หน่วยงานของรัฐ รวมถึงองค์กรต่างๆ ที่ช่วยเหลือการทำงานของรัฐบาลให้สามารถดำเนินการตามภารกิจของรัฐให้สัมฤทธิ์ผล ต่อมา เมื่อสังคมได้มีการขยายตัวขึ้น ภารกิจของรัฐนั้นก็มีความซับซ้อนมากขึ้นอีกด้วย ทำให้หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติหน้าที่ ไม่สามารถดำเนินการให้ได้ผลลัพธ์อย่างสมควร หรือภารกิจของรัฐนั้นจำเป็นต้องใช้ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการปฏิบัติงาน รวมถึงปัญหาจำนวนเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอยู่จำนวนมาก จนทำให้เกิดปัญหาในด้านงบประมาณ ด้วยเหตุนี้จึงทำให้เกิดแนวคิดที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยหนึ่งในวิธีการแก้ไขปัญหานี้คือ การให้เอกชนผู้ที่มีความสามารถในงานเฉพาะด้าน เข้ามาเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐ โดยเป็นการดำเนินการในรูปแบบของสัญญาจ้างที่มีชื่อว่า “สัญญาจ้างเหมาบริการ”

แนวความคิดให้หน่วยงานของรัฐ มีการนำเอกชนมาร่วมกันในการดำเนินงานของรัฐนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากเมื่อปี พ.ศ. 2541¹ โดยคณะรัฐมนตรี ได้มีมติเรื่องการปฏิรูประบบราชการเพื่อปรับลดอัตรากำลังภาครัฐ ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2548² กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือแจ้งเวียนหน่วยงานรัฐ ให้จ้างเอกชนดำเนินงานโดยไม่ถือเป็นการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ ไม่ถือเป็นการจ้างแรงงาน และไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานและกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม ทำให้เกิดช่องว่างของกฎหมายที่จำกัดให้มีลูกจ้างของส่วนราชการที่มีจำนวนลดลง แต่ใช้การจ้างเหมาบริการเพื่อให้การดำเนินการของรัฐที่มีปริมาณงานเท่าเดิมนั้นสามารถดำเนินการต่อไปได้ ซึ่งหากพิจารณาตามหนังสือเวียนทางราชการดังกล่าวจะเห็นได้ว่า จุดประสงค์อีกประการของการทำสัญญาจ้างเหมาบริการคือการลดจำนวนบุคลากร และค่าใช้จ่ายเรื่องการบริหารทรัพยากรบุคคลในหน่วยงานของรัฐ โดยเปลี่ยนจากการจ่ายเงินเดือนของบุคลากร เป็นการจ่ายค่าตอบแทนให้กับพนักงานจ้างเหมาบริการแทน ซึ่งจะเห็นว่า การดำเนินการตามหนังสือเวียนดังกล่าวนี้ มิได้เป็นการลดภารกิจหรือการลดจำนวนงานของภาครัฐลงเลยแม้แต่น้อย เพราะยังมีผู้ที่ต้องรับผิดชอบภารกิจของรัฐอยู่เช่นเดิม แต่เปลี่ยนผู้ดำเนินการจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นพนักงานจ้างเหมาบริการเท่านั้น

¹ หนังสือ ที่ กค 0526.5/ว 131 ลว. 28 ธันวาคม 2541

² หนังสือ ที่ กค 0409.6/ว 86 ลว. 17 กุมภาพันธ์ 2548

จากข้อเท็จจริงที่ผู้ศึกษาเคยปฏิบัติงานอยู่ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นระดับเทศบาล ตำบลแห่งหนึ่ง ซึ่งหน่วยงานของรัฐนั้นมีลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐทั้งลูกจ้างประจำ และลูกจ้างชั่วคราว รวมถึงมีผู้ปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างเหมาบริการด้วยเช่นกัน ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้นมีช่องว่างในความเหลื่อมล้ำอยู่มาก เช่น ในการปฏิบัติหน้าที่ในกิจการประปาของเทศบาล มีบุคลากรที่ปฏิบัติงานในภารกิจนั้นอยู่ทั้งหมด 3 ท่าน ซึ่งแต่ละท่าน มิได้มีสถานะที่เหมือนกัน กล่าวคือ มีลูกจ้างที่มีตำแหน่งเป็นลูกจ้างตามภารกิจ 1 ท่าน ลูกจ้างทั่วไป 1 ท่าน ซึ่งถือเป็นลูกจ้างชั่วคราวของหน่วยงานของรัฐ และมีบุคลากรที่มีตำแหน่งเป็นพนักงานจ้างเหมาบริการ 1 ท่าน ซึ่งมีได้มีสถานะเป็นลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในการปฏิบัติงานนั้นมิได้มีข้อแตกต่างกัน แต่การได้รับสิทธิ สวัสดิการ ค่าตอบแทน หรือความคุ้มครองตามกฎหมายต่างๆ นั้นกลับได้รับต่างกัน รวมถึงอีกมีกรณีที่ข้าราชการส่วนท้องถิ่น ได้ออกปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับพนักงานจ้างเหมาบริการตำแหน่งคนสวน เมื่อเกิดความเสียหายทางละเมิดจากการทำงาน ข้าราชการนั้นได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่พนักงานจ้างเหมาบริการซึ่งได้รับคำสั่งในการปฏิบัติงานจากข้าราชการรายดังกล่าว ต้องชดใช้ความเสียหายด้วยตนเอง ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่า การที่บุคคลได้รับการฝึกที่เหมือนกัน มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อให้ตอบสนองความต้องการของประชาชนเหมือนกัน แต่ได้รับความคุ้มครองหรือได้รับสถานะทางกฎหมายที่ต่างกันนั้น ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอย่างมาก และเมื่อศึกษาจากข้อเท็จจริงแล้ว พนักงานจ้างเหมาบริการนั้นต้องปฏิบัติงานเช่นเดียวกันกับข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่อื่นในหน่วยงานของรัฐ เช่น การลงเวลาปฏิบัติงาน การทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ซึ่งเป็นรูปแบบของการจ้างแรงงานมิใช่รูปแบบการจ้างทำของ แต่กลับไม่ได้รับผลตอบแทนของการจ้างแรงงาน เช่น การได้ค่าตอบแทนล่วงเวลา การได้รับสวัสดิการต่างๆ ที่ลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐพึงได้รับ หรือการรับความคุ้มครองเมื่อกระทำความผิดทางละเมิดซึ่งเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานจ้างเหมาบริการจะมิได้รับความคุ้มครองใดๆ เหมือนเช่นเจ้าหน้าที่ของรัฐ กล่าวคือ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 พนักงานจ้างเหมาบริการซึ่งได้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับงานของหน่วยงานราชการ หรือคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของหน่วยงานราชการ แต่เมื่อได้กระทำความผิด การกระทำนั้นกลับไม่อยู่ในกรอบของงานมาตรฐานงานวินัยหรืองานของงานบริหารงานบุคคล เพราะถือว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้นไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งจะส่งผลเสียต่อพนักงานจ้างเหมาบริการอย่างมาก เพราะในการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ในบางกรณีก็ไม่สามารถแบ่งแยกออกจากเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ และเมื่อมีการพิจารณาทางวินัย หากเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ มักจะได้รับการสอบสวนตามระเบียบของการสอบสวนทางวินัยเสียก่อน แต่หากเป็นความผิดของพนักงานจ้างเหมาบริการซึ่งได้ปฏิบัติงานร่วมกัน มักจะถูกพิจารณายกเลิกสัญญาโดยไม่มี การสอบสวนเสียก่อน ซึ่งไม่เป็นธรรมตามหลักมนุษยธรรมอย่างยิ่ง

จากการที่พนักงานจ้างเหมาบริการ ถูกจำกัดความตามหนังสือราชการอีกหลายฉบับว่า การทำสัญญาจ้างเหมาบริการนั้นให้เป็นในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของ มิใช่ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน ทำให้เกิดปัญหาในการตีความบ่อยครั้ง เพราะแม้ว่าในรูปแบบของการทำสัญญาจ้างเหมาบริการนั้น จะให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2535 ซึ่งอยู่

ในลักษณะรูปแบบของสัญญาจ้างทำของ แต่เนื้อหาในสัญญาจ้างหรือการรับคำสั่งจากผู้มีอำนาจบังคับบัญชา รวมถึงการปฏิบัติตามกฎระเบียบของหน่วยงานของรัฐนั้น ทำให้เกิดความขัดแย้งในการตีความสถานะของพนักงานจ้างเหมาบริการอยู่บ่อยครั้ง จนกระทั่งมีการทำหนังสือหารือต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อตีความสถานะของพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 849/2542 มิได้กำหนดให้พนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในฐานะ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ดังนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดมีฐานะเป็นพนักงานจ้างเหมาบริการ ความเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ โดยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ 849/2542³ ได้วินิจฉัยไว้ว่า “ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง โดยเจ้าหน้าที่จะต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่อง มีอัตราค่าตอบแทนโดยมีการเลื่อนขั้นเงินเดือน และมีการลงโทษทางวินัย หากไม่เข้าตามลักษณะดังกล่าวแล้วย่อมไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามความเห็นดังกล่าว” ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งในหน่วยงาน ลูกจ้างชั่วคราวหรือลูกจ้างโครงการ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำวินิจฉัยดังกล่าว นอกจากนี้ ลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่ว่าจะมิสัญญาจ้างเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 896/2542 วินิจฉัยว่า “การแต่งตั้งให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทนเก็บเงินค่าไฟฟ้าแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค บุคคลดังกล่าวไม่เป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

จากการตีความดังกล่าว ผู้ศึกษาความเห็นว่าเป็นการตีความทางกฎหมายที่ขัดแย้งต่อหลักสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เนื่องจากการปฏิบัติงานของลูกจ้างขององค์กรของรัฐ และพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มีความคล้ายคลึงกัน ทั้งในแง่ของการปฏิบัติงาน ความรับผิดชอบ การที่ต้องรับฟังและปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา จึงสมควรได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังที่ลูกจ้างของรัฐได้รับ เนื่องจากผู้ศึกษามีความเห็นที่ปัจจุบันการที่พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้ถูกให้มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะทำให้เกิดปัญหาตามมามากมาย เช่น ปัญหาการไม่ได้รับความเท่าเทียมด้านสิทธิของการทำงาน ความไม่เท่าเทียมในเรื่องรัฐสวัสดิการ รวมถึง ความเท่าเทียมในด้านการพิจารณาโทษทางวินัยหรือการให้ความคุ้มครองจากกระทำ ความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งทำให้การทำงานในหน่วยงานภาครัฐนั้น เกิดความไม่เท่าเทียมกันมากกว่าการทำงานในภาคเอกชน ทั้งๆที่หน่วยงานของรัฐเป็นหน่วยงานที่ตอบสนองอุดมการณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยตรง แต่ไม่สามารถดำรงไว้ซึ่งอุดมการณ์ดังกล่าว

³ บันทึก เรื่อง ความรับผิดละเมิดของลูกจ้าง ร.ส.พ. ตามสัญญาจ้างแรงงาน (ลูกจ้างชั่วคราว เฉพาะงาน) – คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เรื่องเสรีจที่ 849/2542 มาตรา 4 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539. 30 พฤษภาคม 2565 สืบค้นจาก https://www.krisdika.go.th/data/comment/comment1/2542/c1_0849_2542.pdf.

โดยผู้ศึกษามีความประสงค์จะศึกษาถึงปัญหาของความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 การได้รับรัฐสวัสดิการประกันสังคม ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และการได้รับความคุ้มครองจากการกระทำผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ เพราะถือว่าเป็นผู้ที่ปฏิบัติงานประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกับข้าราชการ พนักงานราชการ หรือลูกจ้างประจำ ซึ่งต้องได้รับความคุ้มครองให้เหมาะสมและเท่าเทียม

จากเหตุผลดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจในการศึกษาเพื่อหาแนวทางการแก้ไขเรื่องการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการของรัฐ โดยศึกษามุ่งเน้นการศึกษาเฉพาะความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 การได้รับรัฐสวัสดิการประกันสังคม ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และการได้รับความคุ้มครองทางละเมิดจากพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อให้เกิดการปรับปรุง เปลี่ยนแปลงโดยอาศัยแนวคิด ทฤษฎีต่างๆ มาเปรียบเทียบถึงความเหมาะสมในการเปลี่ยนแปลงตัวบทกฎหมาย รวมถึงเพื่อให้มีการบัญญัติกฎหมายที่ค้ำประกันการได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกัน เนื่องจากหากมีการตีความของกฎหมายที่มีลักษณะความรับผิด หรือผลประโยชน์ของผู้ที่ปฏิบัติงานร่วมกัน ทั้งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายอาญา หรือกฎหมายระดับพระราชบัญญัติฉบับอื่นๆ ก็มีแนวทางการปฏิบัติที่ยึดถือหลักสิทธิ เสรีภาพ หรือความเท่าเทียมกันเป็นแกนหลักในการบัญญัติกฎหมาย แต่เหตุใด การบัญญัติกฎหมายในที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ จึงไม่บัญญัติตามแนวทางเหมือนดังเช่นกฎหมายฉบับอื่น รวมถึงวิจัยจะได้ศึกษาถึงการบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐและพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายต่างประเทศ และศึกษาสถานะทางกฎหมายของพนักงานจ้างเหมาบริการ หรือเอกชนที่เข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เห็นถึงแนวทางการแก้ไขกฎหมาย และรวมถึงการแก้ไขในแนวทางปฏิบัติต่อพนักงานจ้างเหมาบริการของหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้เกิดแนวทางการปฏิบัติที่ยึดหลักความเท่าเทียมกันในสิทธิเสรีภาพตามแนวทางของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงเป็นสิ่งที่ผู้ศึกษาเห็นควรที่จะศึกษาถึงแนวคิด หรือการแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสม เพื่อให้ผู้ที่ปฏิบัติงานให้กับรัฐ ได้รับประโยชน์สูงสุด และหากมีการแก้ไขกฎหมายฉบับดังกล่าว องค์กรของรัฐจะได้รับการพัฒนาจากบุคลากรของรัฐประเภทอื่นๆที่มีความตั้งใจในการปฏิบัติงานและทุ่มเทเพื่อกิจการงานของรัฐ อีกทั้งบุคลากรเหล่านั้น สามารถปฏิบัติงานอย่างเต็มภาคภูมิ และได้รับสิทธิต่างๆ ตามที่ได้ปฏิบัติหน้าที่อย่างยุติธรรมต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ

2.2 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการกรณีสิทธิการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน สิทธิสวัสดิการประกันสังคม และการคุ้มครองความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ

2.3 เพื่อวิเคราะห์หาแนวทางการแก้ไขปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานรัฐ กรณีสิทธิการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน สิทธิสวัสดิการประกันสังคม และการคุ้มครองความรับผิดทางละเมิดของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานรัฐ

3. ขอบเขตการศึกษา

ศึกษาเกี่ยวกับความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ โดยมุ่งเน้นศึกษาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมถึง พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยศึกษาจากกฎหมายเปรียบเทียบทั้งตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ โดยทำการศึกษาและวิเคราะห์ปัญหาของสัญญาจ้างเหมาบริการกรณีจ้างบุคคลธรรมดาเข้ามาดำเนินการในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และปัญหาของสถานะทางกฎหมายของพนักงานจ้างเหมาบริการ ประกอบกับพิจารณาข้อเท็จจริงในเชิงปฏิบัติที่หน่วยงานของรัฐมีอำนาจในการควบคุม กำกับ ดูแลการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างทั้งหมด เพื่อให้เกิดการปรับปรุงการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการให้เท่าเทียมและเป็นธรรมเช่นเดียวกันกับลูกจ้างอื่นๆ ของหน่วยงานภาครัฐ รวมถึงแนวทางในการพัฒนากฎหมายให้เกิดการดำเนินการอย่างยุติธรรมและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประชาชนต่อไป

4. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

4.1. เพื่อทราบแนวคิด ทฤษฎี หรือหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ

4.2 เพื่อทราบถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ กรณีสิทธิการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน สิทธิสวัสดิการประกันสังคม และการคุ้มครองความรับผิดทางละเมิดในกฎหมายประเทศไทยและต่างประเทศ

4.3 เพื่อสามารถหาแนวทางแก้ไขปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการกรณีสิทธิการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน สิทธิสวัสดิการประกันสังคม และการคุ้มครองความรับผิดทางละเมิดของพนักงานจ้างเหมาบริการ

5. ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ (Problems of Right Protection of Contracted Employees in Government Authority) เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Legal Research) ด้วยวิธีการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative research) โดยเป็นศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้า และรวบรวมข้อมูลเอกสารต่าง ๆ เช่น หนังสือ ตำรา ร่างพระราชบัญญัติ วารสารกฎหมาย วารสารทางวิชาการ

รายงานการวิจัย ผลการศึกษาวิจัย วิทยานิพนธ์ ข้อมูลจากสื่ออินเทอร์เน็ต และสื่ออิเล็กทรอนิกส์อื่น ๆ ทั้งของประเทศไทยและของต่างประเทศ เพื่อหาแนวทางการแก้ไขปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในภาครัฐ โดยวิเคราะห์จากพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539



บทที่ 2

แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ ของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

จากการที่ผู้ศึกษา มีความสนใจเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการขับเคลื่อนให้การดำเนินการของรัฐนั้นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือเรียกได้ว่า มิใช่บุคลากรของหน่วยงานของรัฐประเภทใดเลยนั้น ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ให้แก่รัฐ หรือเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะเช่นเดียวกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ มิได้รับการคุ้มครองสิทธิหรือผลประโยชน์ที่ควรจะได้รับ หรือได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ซึ่งหากจะวิเคราะห์ถึงปัญหาหรือแนวทางการแก้ไขปัญหา นั้น จะต้องศึกษาถึงแนวคิด หรือทฤษฎีที่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาบริการ หรือแนวคิดทฤษฎีที่กล่าวถึงการคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาจะขอยกตัวอย่าง สิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐเรื่องการคุ้มครองในความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ความคุ้มครองตามสิทธิของกฎหมายแรงงาน และสิทธิของการได้รับสวัสดิการประกันสังคมของลูกจ้าง ซึ่งมีความสำคัญกับการทำงานในรูปแบบเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อให้เกิดการวิเคราะห์ถึงปัญหาและการหาแนวทางแก้ไขเรื่องของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการต่อไป

1. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการจ้างเหมาบริการ

1.1 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการ (Outsourcing)

Outsourcing หมายถึง “The Practice of Subcontracting Manufacturing Work to Outside and Especially Foreign or Nonunion Companies” กล่าวคือ เป็นหลักปฏิบัติในการทำสัญญาให้หน่วยงานภายนอก สร้างผลิตผลหรือการบริการแทน โดยเฉพาะในบริษัทต่างประเทศ หรือบริษัทที่ไม่มีสหภาพแรงงาน⁴

Heywood ให้ความหมาย “การจ้างงานภายนอก” คือ การส่งต่อกิจกรรมทางธุรกิจหรืองานภารกิจภายในองค์กรพร้อมเครื่องมืออุปกรณ์และบุคลากรที่เกี่ยวข้องให้กับผู้ให้บริการจากภายนอกองค์กรที่เสนอให้บริการงานนั้น ๆ ในช่วงเวลาที่กำหนดไว้ตามที่ได้ตกลงด้วยราคาค่าจ้างที่เหมาะสม

⁴ ศศิประภา จันทร์พร้อมศรี. *Outsourcing*. 28 พฤษภาคม 2565 สืบค้นจาก Framework Management Tool Box, <http://wirotsriherun.blogspot.com>.

ทัศนคติหนึ่งของแนวคิดการจัดการภาครัฐใหม่ คือ พอลลิติกส์⁵ :ซึ่งได้สรุปลักษณะเด่นของแนวคิดนี้จากประสบการณ์การบริหารที่เกิดขึ้นในภาครัฐทั่วโลก จำนวน 8 องค์ประกอบหลัก และหนึ่งในองค์ประกอบหลัก ในข้อ 4 กำหนดไว้ว่า ใช้วิธีการทำสัญญาจ้างเหมาในภาระหน้าที่บางอย่างของรัฐให้หน่วยงานที่มีใช้ภาครัฐทำแทน จากแนวคิดการจัดการภาครัฐแนวใหม่ ที่ส่งผ่านมายังประเทศโลกที่สามที่เป็นประเทศกำลังพัฒนารวมทั้งประเทศไทย โดยพบว่า ในประเทศไทยมีการปฏิรูประบบบริการภาครัฐอย่างจริงจัง มีการจัดกระบวนการทำงาน ภายใต้กรอบของระบบบริหารจัดการภาครัฐแนวใหม่ ซึ่งเป็นระบบบริหารโดยมุ่งผลสัมฤทธิ์ เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 26 พฤษภาคม 2541 และ วันที่ 28 กรกฎาคม 2541 ให้ถ่ายโอนภารกิจรองให้แก่ภาคเอกชน หรือจ้างเหมาหรือซื้อบริการจากภาคเอกชน ซึ่งเป็นผลพวงจากการเกิดวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศไทยในปี พ.ศ. 2540 โดยการถ่ายโอนภารกิจรองให้แก่ภาคเอกชนดำเนินการแทนหรือการว่าจ้าง (Outsourcing) มีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมต้นทุนและประหยัดค่าใช้จ่ายขององค์กร แล้วยังมีเหตุผลอื่น ๆ ที่สามารถสรุปเป็นเหตุผลในการการจ้างเหมาบริการ Outsourcing ได้แก่ การแข่งขันทางด้านธุรกิจและด้านการบริการแก่ลูกค้าที่มีการแข่งขันสูง การเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว โดยที่ผลกระทบด้านเทคโนโลยีให้ Outsource ดำเนินการแทน รวมถึงความล่าช้าในการพัฒนาบุคลากรให้มีความรู้ความสามารถในการปฏิบัติงานและบริหารงานในด้านต่าง ๆ⁶

จากเหตุผลความจำเป็นที่กล่าวมา จึงทำให้ผู้บริหารองค์กรเริ่มมีการพิจารณาที่จะมอบหมายภารกิจด้านอื่น ๆ ที่ไม่ใช่งานหลักขององค์กร ให้กับบุคคลภายนอกที่มีความรู้ความชำนาญ เข้ามาบริหารในงานจ้างขององค์กรนั้น ๆ โดยอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของ “ผู้ว่าจ้าง” ทำให้หน่วยงานที่มีการว่าจ้าง Outsourcing สามารถแข่งขันในตลาดในส่วนที่ตนถนัดได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น ดังนั้น เหตุผลที่มีการจ้างเหมาบริการเริ่มมีบทบาทมากขึ้นในปัจจุบัน ก็เนื่องจากองค์กรต่าง ๆ เล็งเห็นประโยชน์ของการจ้างเหมาบริการ ที่สามารถจะช่วยลดภาระค่าใช้จ่ายเป็นหลัก ทำให้กระแสเงินหมุนเวียนในองค์กรมีสภาพคล่องตัวมากยิ่งขึ้น เช่น ในเรื่องของการลงทุนก็สามารถผลัดภาระทางด้านเทคโนโลยีต่าง ๆ ไปให้กับบริษัทที่ว่าจ้างได้ เพื่อเพิ่มขีดความสามารถทางการแข่งขันอันเนื่องมาจากการดำเนินงานต่าง ๆ จะเกิดความสะดวกรวดเร็ว ประหยัด และมีประสิทธิภาพสูง โดยสามารถควบคุมต้นทุนการดำเนินงานให้ต่ำลง แต่เนื่องจากแนวคิดดังกล่าวองค์กรที่ต้องการที่จะควบคุมต้นทุนและประหยัดค่าใช้จ่ายในการจ้างแรงงาน ทำให้ส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตการทำงานของพนักงานจ้างเหมาแรงงานภายนอก (Outsourcing) ซึ่งพวกเขาไม่สามารถคาดหวังต่อความมั่นคงและโอกาสในการเติบโตในอาชีพการงานได้เลย จึงสะท้อนให้เห็นว่า สถานการณ์ของพนักงานจ้างเหมาบริการ วางอยู่บนความเสี่ยงและไม่มีหลักประกันใดที่จะรับรองคุณภาพชีวิต และจากลักษณะการจ้างงานที่เป็นรายวันแบบรับเหมาจ้างช่วง และรับเหมาค่าแรง ในขณะที่ความต้องการแรงงานในการจ้างเหมาแรงงานมีแนวโน้มเพิ่มขึ้น แต่กลับได้รับความ

⁵ อัมพร อารังลักษณ์ และคณะ. การบริหารปกครองสาธารณะ : การบริหารรัฐกิจใน ศตวรรษที่ 21 . ปทุมธานี : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2556. หน้า 12-13.

⁶ ศศิประภา จันทรพร้อมศรี. อ่างแล้ว เชียงอรรถที่ 4.

สนใจในเรื่องคุณภาพชีวิตในการทำงานน้อยลงทุกที ด้วยเกรงว่าจะกระทบกับต้นทุนการผลิต แต่หากตัวแทนองค์การพิจารณาถึงผลได้ผลเสียของการปรับปรุงคุณภาพชีวิตในการทำงานให้อยู่ในระดับที่น่าพอใจหรือเหมาะสม ส่งเสริมให้มีการสร้างคุณภาพชีวิตในการทำงาน (Quality of Work Life) ให้เกิดความสมดุลของชีวิตและได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม ไม่ว่าจะป็นพนักงานประจำหรือพนักงานรับจ้างเหมาแรงงานภายนอกก็จะทำให้พนักงานมีสภาพร่างกายแข็งแรง จิตใจและอารมณ์ที่ดี พร้อมทั้งจะทุ่มเทแรงกายแรงใจ และจะส่งผลต่อการทำงานที่ดีตามไปด้วย จากแนวคิดที่กล่าวมาพบว่าการมุ่งหวังลดต้นทุน โดยไม่คำนึงถึงคุณภาพชีวิตของพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งเรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณา เพราะหากพนักงานจ้างเหมาบริการไม่ถูกเหลียวแล ไม่มีคุณภาพชีวิตที่ดี ถูกละเลยและไม่ให้ความสำคัญกับคุณภาพชีวิตในการทำงาน ทั้งๆ ที่เป็นกำลังสำคัญอีกกลุ่มหนึ่งของบุคลากรในองค์กร จะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพของงานโดยรวมทั้งหมด ดังนั้น คุณภาพชีวิตในการทำงานเป็นสิ่งจำเป็น และมีความสำคัญอย่างยิ่งไม่ว่าจะสำหรับพนักงานประจำหรือพนักงานจ้างเหมาแรงงานภายนอก สำระสำคัญที่ได้กล่าวมาเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการเพื่อมุ่งการลดต้นทุน และ ประหยัดค่าใช้จ่ายในส่วนของการจ้างทรัพยากรบุคคล แต่การจ้างโดยมุ่งประหยัดค่าใช้จ่าย จะผูกผันกับคุณภาพการทำงานที่ได้รับ จึงเป็นประเด็นและปัจจัยที่จะต้องตระหนักเพื่อให้เกิดสมดุลภาพให้มากที่สุด⁷

1.2 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทย

1.2.1 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน

การจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน มีที่มาจากแนวคิดของการดำเนินการทางธุรกิจในยุคที่เศรษฐกิจแบบทุนนิยมเจริญเติบโต มีการแข่งขันทางธุรกิจสูง ผู้ประกอบการจะต้องอาศัยศักยภาพที่มากพอที่จะดำเนินการแข่งขันกับคู่แข่งได้ และต้องแสวงหาเครื่องมือในการลดต้นทุนการผลิตให้มากที่สุด ซึ่งหนึ่งในต้นทุนการผลิตที่ทุกกิจการต้องทำคือ การลดต้นทุนอันเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล จึงทำให้เกิดแนวคิดในการจ้างเหมาบริการ ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดภาระในต้นทุนอันเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลลงได้ โดยวิธีการถ่ายโอนงานให้บุคคลภายนอกที่อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่จะสามารถรับงานของตนไปทำแทนทั้งหมดให้สำเร็จ ในการนี้ผู้ประกอบการจึงไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายอันเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลด้านต่างๆ ทั้งในส่วนของการค่าตอบแทน ซึ่งผู้ประกอบการสามารถกำหนดค่าตอบแทนหรือค่าจ้างที่คงที่ ไม่จำเป็นต้องมีระบบการเลื่อนเงินเดือน และในด้านสวัสดิการ เช่น ค่ารักษาพยาบาล โบนัสประจำปี ก็ไม่จำเป็นต้องจัดให้มีเช่นกัน ดังนั้น ในการจ้างเหมาบริการจึงทำให้ผู้ประกอบการสามารถลดค่าใช้จ่ายและทำให้ผลกำไรเพิ่มขึ้นได้

หากกล่าวถึงการจ้างเหมาบริการนั้น เป็นรูปแบบหนึ่งของการจ้างแรงงานจากภายนอก (Outsource) ที่มีลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาจ้างทำของ เช่นเดียวกับสัญญาจ้างทำของในรูปแบบอื่นๆ เช่น สัญญารับขน สัญญาจ้างเหมาช่วง สัญญาตั้งตัวแทนจำหน่ายสินค้า⁸ โดย

⁷ เรื่องเดียวกัน.

⁸ กิตติวิทย์ นิภาพันธ์ และรัฐกรณ์ นิภาพันธ์. *Outsource ผลกระทบต่อเศรษฐกิจ และ การจ้างแรงงาน*. วารสารข่าวกฎหมายใหม่, เล่มที่ 52, ปีที่ 3. หน้า 34.

เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการได้ดำเนินการว่าจ้างให้บุคคลภายนอก มารับทำงานของตนบนพื้นฐานว่า หากผู้ประกอบการพิจารณาเห็นว่า มีส่วนหนึ่งส่วนใดในกิจการของตนที่ไม่สามารถจัดทำได้เอง เนื่องจากเหตุผลต่างๆ เช่น เหตุผลทางด้านความพร้อมด้านอุปกรณ์ที่ต้องใช้ในการดำเนินการ เหตุผลทางด้านความเชี่ยวชาญ ซึ่งหากต้องจัดทำเองแล้วจะทำให้ต้นทุนในการประกอบกิจการสูงเกินเมื่อเทียบกับการว่าจ้างให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดำเนินการแทน หรือการดำเนินการดังกล่าวต้องใช้ความเชี่ยวชาญในด้านการทำงานที่เฉพาะ ซึ่งไม่สามารถดำเนินการเองได้หรือหากดำเนินการเอง อาจก่อให้เกิดผลเสียด้านประสิทธิภาพของการทำงาน ดังนั้น ผู้ประกอบการจึงเลือกใช้วิธีการทำสัญญาจ้างเหมาบริการกับบุคคลภายนอก ให้เป็นผู้ดำเนินการจัดทำงานนั้นๆ แทนตน ซึ่งกรณีอาจแบ่งลักษณะและประเภทของการจ้างเหมาบริการได้ ดังนี้⁹

1. การให้บริการลูกค้า คือกรณีที่ผู้ขายสินค้าได้มีข้อสัญญาประกอบสัญญาขายสินค้าว่าจะให้การดูแลและให้บริการหลังการขายแก่ผู้ซื้อสินค้า เช่น การให้บริการตรวจเช็คซ่อมแซมสินค้า ซึ่งการให้บริการหลังการขายเหล่านี้ย่อมมีต้นทุนที่ทำให้บริษัทที่ขายสินค้า ต้องแบกรับผิดชอบเพิ่มขึ้นจากการขายสินค้าปกติ

2. การให้บริการงานสำนักงานส่วนหลัง โดยทั่วไปแล้วในการดำเนินการของนิติบุคคลต่างๆ อาจแบ่งส่วนงานได้เป็น 2 ส่วน ได้แก่ สำนักงานส่วนหน้า (Front Office) ซึ่งจะทำหน้าที่หลักอันเกี่ยวข้องกับธุรกิจโดยตรงของบริษัทนั้น และสำนักงานส่วนหลัง (Back Office) ซึ่งทำหน้าที่สนับสนุนการดำเนินงานหลักของบริษัทให้เป็นไปด้วยความเรียบร้อย เช่น งานอันเกี่ยวกับทรัพยากรมนุษย์ งานธุรการ เป็นต้น¹⁰ การจ้างเหมาบริการให้บุคคลภายนอกให้เป็นผู้ดำเนินการจัดทำงานสำนักงานส่วนหลังนั้น ย่อมทำให้สามารถลดปริมาณงานในบริษัทในส่วนที่ผู้ประกอบการไม่จำเป็นต้องดำเนินการด้วยตนเอง และผู้ประกอบการยังสามารถดำเนินการในส่วนงานหลักให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

3. การให้บริการด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ (IT) ในยุคปัจจุบัน ระบบสารสนเทศเป็นสิ่งที่จำเป็น และมีส่วนช่วยให้การบริหารจัดการและการดำเนินงานของบริษัทต่างๆ เป็นระบบอย่างถูกต้องรวดเร็ว แม่นยำ ซึ่งทำให้บริษัทสามารถดำเนินการของบริษัทได้โดยใช้แรงงานจำนวนน้อยลง เนื่องจากสามารถใช้เทคโนโลยีต่างๆ เข้ามาทดแทนการใช้แรงงานจากบุคคล เช่น การใช้ระบบสารสนเทศแทนการใช้บุคคลดำเนินการผลิตในส่วนต่างๆ เช่น การวางระบบรักษาความปลอดภัยของข้อมูล การวางระบบเน็ตเวิร์ค เป็นต้น

4. การให้บริการด้านการบริหาร อันได้แก่ การฝึกอบรมพนักงาน การวางระบบการบริหารจัดการระบบบัญชี การวางสายการผลิต การขนส่ง เป็นต้น

5. การให้บริการอื่นๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของบริษัท ผู้ประกอบการสามารถบริหารงานโดยลดต้นทุนได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้บุคคลภายนอกที่มีความเชี่ยวชาญมากกว่า มารับดำเนินการจัดทำงานแทนบริษัทผู้ประกอบการ ซึ่งโดยมากแล้วจะเป็นงานที่ไม่เกี่ยวข้อง

⁹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 35.

¹⁰ Miche. *What Is Back Office Outsourcing?*. 24 August, 2022 Retrieves from <http://bposervicesinphilippines.weebly.com/what-is-back-office-outsourcing.html>.

กับกระบวนการผลิตหรือธุรกิจของบริษัท เช่น งานดูแลความสะอาดสถานที่ งานรักษาความปลอดภัย งานรับส่งเอกสาร เป็นต้น¹¹

จากการศึกษาพบว่า การจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน มีวัตถุประสงค์เพื่อพยายามลดต้นทุนเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน (Workforce) ของบริษัทผู้ประกอบการ จึงอาจสรุปเหตุผลหรือวัตถุประสงค์ ในการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน ดังนี้¹²

1. เพื่อให้ผู้ประกอบการสามารถแสวงหากำไรให้ได้มากที่สุด และสามารถแข่งขันทางธุรกิจกับผู้ประกอบการอื่นๆ ทั้งทางด้านธุรกิจและการบริการลูกค้า

2. เพื่อรับมือและแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการเปลี่ยนแปลงด้านเทคโนโลยีที่รวดเร็วและจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีเข้าช่วยเพิ่มประสิทธิภาพการแข่งขันทางธุรกิจ โดยการผลักภาระต้นทุนอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวให้ผู้รับจ้างเหมาบริการ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกเป็นผู้รับผิดชอบต้นทุนดังกล่าวแทน

3. เพื่อแก้ไขปัญหาต้นทุนและความล่าช้าในการพัฒนาบุคลากรภายในองค์กร เพื่อให้มีความรู้ความสามารถเพียงพอในการปฏิบัติงานและบริหารงานในด้านต่างๆ โดยการจ้างบุคคลภายนอกผู้มีความเชี่ยวชาญในงานนั้นๆ เป็นผู้ดำเนินการแทนการจ้างหรือมอบหมายให้บุคลากรในองค์กรเป็นผู้ดำเนินการ

4. ทำให้องค์กรของผู้ประกอบการสามารถนำต้นทุนที่ไม่ได้เสียไปกับการจ้างแรงงาน และพัฒนาบุคลากรภายในของตน ที่มีใช้งานหลักขององค์กร ไปใช้ลงทุนและแข่งขันในส่วนที่ถนัดได้อย่างมีกำลังและประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น อันจะทำให้บริษัทมีความสามารถที่จะเข้าแข่งขันทางธุรกิจในขนาดใหญ่ยิ่งขึ้นได้¹³

5. เพื่อลดความเสี่ยงในการดำเนินงานที่ตนไม่ถนัด โดยการจ้างเหมาบริการให้บุคคลภายนอกผู้รับจ้างซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในงานดังกล่าวมากกว่า ให้เข้าร่วมรับความเสี่ยงกับผู้ประกอบการ¹⁴

ลักษณะของการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน

การจ้างเหมาบริการเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง (Hire of work) จึงมีลักษณะสาระสำคัญของสัญญาเช่นเดียวกับสัญญาจ้างทำของทั่วไป คือ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญาสองฝ่าย โดยฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “ผู้ว่าจ้าง” อีกฝ่ายเรียกว่า “ผู้รับจ้าง” ซึ่งตกลงจะรับทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยจะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทนตามผลการทำงานตามสัญญา และวัตถุประสงค์ของสัญญานั้นอาจจะเป็นการทำให้เกิดวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา หรือการซ่อมแซม

¹¹ อานนท์ ชันโพธิ์น้อย. สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2553. หน้า 140.

¹² สุภาพพงศ์ เหล่าแสนสุข. การยกระดับคุณภาพชีวิตของพนักงานจ้างเหมาบริการ *Outsource* ประเภทงานรักษาความปลอดภัย มาตรการแห่งประเทศไทย (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2558. หน้า 30.

¹³ Ann Logue. *Learn Why Companies Outsource*. 1 July, 2022. Retrieves from <https://www.thebalance.com/why-do-companies-outsource-2553035>.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน.

ดัดแปลง ต่อเติมวัตถุ หรือ การทำงานใดๆ ที่ไม่ก่อให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น เช่น การจ้างว่าความ การจ้างแสดงภาพยนตร์ เป็นต้น¹⁵ โดยสัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มีลักษณะสำคัญ คือ เป็นสัญญาที่ “มุ่งผลสำเร็จแห่งงานที่ว่าจ้าง” เป็นสำคัญ ผู้รับจ้างตกลงจะทำงานดังกล่าวโดยอิสระแก่ผู้ว่าจ้าง¹⁶ โดยนัยนี้ ผู้ว่าจ้างจึงไม่มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวผู้รับจ้าง ผู้รับจ้างไม่จำเป็นต้องเชื่อฟังคำสั่งของ ผู้ว่าจ้าง ซึ่งกรณีนี้ย่อมแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงาน ที่นายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาเหนือตัวลูกจ้าง ลักษณะสำคัญนี้ ทำให้สามารถแยกความแตกต่างระหว่างสัญญาจ้างเหมาบริการซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งกับสัญญาจ้างแรงงานได้

มีข้อสังเกตว่า นิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการนั้น อาจมีลักษณะคล้ายคลึงกับ “สัญญาจ้างเหมาค่าแรง” ตามมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541¹⁷ กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการต้องส่งลูกจ้างของตนเองเข้าไปทำงานในสถานประกอบกิจการของผู้ว่าจ้าง เช่น การจ้างเหมาบริการให้วางระบบสารสนเทศ ที่ผู้รับจ้างอาจต้องส่งลูกจ้างของตนเองเข้าไปทำระบบในสถานประกอบการ เช่นเดียวกับกรณีของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เนื่องจาก สัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย คือ ผู้รับเหมาค่าแรง ลูกจ้างรับเหมาค่าแรง และผู้ประกอบการ โดยผู้ประกอบการ ว่าจ้างให้บุคคลใดไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ให้ทำหน้าที่เป็นผู้จัดหาลูกจ้างรับเหมาค่าแรง มาทำงานในงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตในสถานประกอบกิจการ กรณีที่เป็นสถานประกอบกิจการประเภทอุตสาหกรรมการผลิตสินค้า หรือทำงานในส่วนหนึ่งส่วนใดของธุรกิจ กรณีที่เป็นสถานประกอบการประเภทพาณิชยกรรมหรือประเภทบริการ¹⁸ กรณีเช่นนี้น่าจะอาจก่อให้เกิดความสับสนได้ว่า กรณีใดเป็นนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการและกรณีใดเป็นสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ดังจะเห็นได้จากความพยายามในการลดความสับสนดังกล่าว โดยการแก้ไขตัดความในมาตรา 5 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541¹⁹ ออกไป และบัญญัติมาตรา 11/1 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย

¹⁵ ไผ่พิชิต เอกจริยากร. *คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รัชชน*. (พิมพ์ครั้งที่ 14) .วิญญูชน : กรุงเทพมหานคร. 2561. หน้า 113.

¹⁶ สุภาพพงศ์ เหล่าแสนสุข. *การยกระดับคุณภาพชีวิตของพนักงานจ้างเหมาบริการ Outsource ประเภทงานรักษาความปลอดภัย ธนาคารแห่งประเทศไทย* (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2558. หน้า 39.

¹⁷ มาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า
“ในกรณีที่ผู้ประกอบการมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิต หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ประกอบการ และโดยบุคคลนั้นจะเป็นผู้ควบคุมดูแลการทำงานหรือรับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้างให้แก่คนทำงานนั้นหรือไม่ก็ตาม ให้ถือว่าผู้ประกอบการ เป็นนายจ้างของคนที่มาทำงานดังกล่าว

ให้ผู้ประกอบการดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเดียวกันกับ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติ”

¹⁸ เกษมสันต์ วิลาวรรณ. *คำอธิบายกฎหมายแรงงาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 26) .กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2562. หน้า 48-51.

¹⁹ มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551 แทน โดยมีการตัดกรณีผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีที่ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรงโดยมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงาน และรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างออก คงไว้แต่กรณีที่เป็นลักษณะของผู้ประกอบการที่ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง โดยมอบหมายให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดที่มีใช้ผู้ประกอบการธุรกิจจัดหางาน และจัดหาลูกจ้างส่งมาทำงานเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดความสับสนระหว่างสัญญาทั้งสองประเภท²⁰ เนื่องจากการว่าจ้างที่ผู้รับจ้างจำเป็นต้องจัดส่งลูกจ้างของตนให้เข้าปฏิบัติงานในสถานประกอบการ และลูกจ้างดังกล่าวต้องรับผิดชอบในงานที่เป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในธุรกิจของผู้ประกอบการกิจการบางกรณีก็อาจมิใช่การจ้างเหมาค่าแรง แต่เป็นการจ้างเหมาบริการ ทำให้ไม่อาจถือได้ว่าผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างหรือไม่ เพราะหากผู้ประกอบการมีฐานะเป็นนายจ้างของลูกจ้างแล้ว จะต้องดำเนินการให้ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงที่ทำงานในลักษณะเช่นเดียวกันกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างโดยตรง ซึ่งจะทำให้ลูกจ้างได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่เป็นธรรมโดยไม่เลือกปฏิบัติตั้งเช่นกรณีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรง ดังนั้น จึงต้องพิจารณาความแตกต่างระหว่างนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการและสัญญาจ้างเหมาค่าแรง เพื่อให้สามารถวินิจฉัยถึงสถานะทางกฎหมายของผู้รับจ้างตามสัญญาทั้งสองประเภทซึ่งย่อมมีสถานะทางกฎหมาย และการได้รับความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ที่แตกต่างกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์ดังนี้²¹

1. อำนาจบังคับบัญชาการทำงานของผู้เข้าปฏิบัติงานตามสัญญา หากเป็นกรณีสัญญาจ้างเหมาค่าแรง จะเป็นสัญญาที่เกี่ยวข้องกับบุคคลสามฝ่าย โดยที่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างและลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมิได้มีนิติสัมพันธ์ระหว่างกันแต่อย่างใด กล่าวคือ ลูกจ้างรับเหมาค่าแรงมีสถานะเป็นลูกจ้างของผู้รับจ้างเหมาค่าแรงตามสัญญาจ้างแรงงาน เพียงแต่กฎหมายกำหนดให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย จึงสามารถตีความได้ว่า ลูกจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะการทำงานเช่นเดียวกันกับลูกจ้างอื่นๆ ของผู้ประกอบการ และจะต้องปฏิบัติตามคำสั่งภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของผู้ประกอบการ ในขณะที่ลักษณะนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการนั้น แม้จะเป็นกรณีที่ผู้รับจ้างเหมาบริการ จะต้องส่งลูกจ้างของตนเข้าปฏิบัติงานในสถานประกอบการของผู้ว่าจ้าง แต่เมื่อสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของแล้ว บุคคลที่เข้าปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างเหมาบริการ จะปฏิบัติงานภายใต้การกำกับดูแลของผู้รับจ้างเหมาบริการเท่านั้น มิได้อยู่ภายใต้การควบคุมบังคับบัญชาของผู้จ้างเหมาบริการแต่อย่างใด

ในพระราชบัญญัตินี้

“นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความ รวมถึง

(3) ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง โดยมอบให้บุคคลหนึ่งบุคคลใด รับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงานและรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมายให้ บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการ ทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของ ผู้ประกอบการ ให้ถือว่าผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย

²⁰ อานนท์ ชันโพธิ์น้อย. สำนักงาน ก.พ. *สาระสำคัญในการปรับปรุงพระราชบัญญัติระเบียบ*

ข้าราชการพลเรือนฉบับใหม่. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : โกลบอล อินเทอร์เน็ตคอมมิวนิเคชั่น. 2550. หน้า 140-141.

²¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 141-143.

2. หลักเกณฑ์ของลักษณะความเชี่ยวชาญของผู้รับจ้าง ซึ่งตามวัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง คือการที่ผู้ประกอบกิจการไม่ต้องการจ้างลูกจ้างมาทำงานในสถานประกอบกิจการของตนเอง โดยตรง เนื่องจากต้องการที่จะหลีกเลี่ยงความเป็นนายจ้างที่ต้องมีหน้าที่ตามกฎหมาย ด้วยเหตุนี้ผู้รับจ้างเหมาค่าแรง จึงไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญในงานของผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด ในขณะที่สัญญาจ้างเหมาบริการนั้น มีวัตถุประสงค์ของสัญญาคือการถ่ายโอนงานที่ผู้ว่าจ้างเห็นว่าตน หรือบุคลากรในองค์กรของตนไม่มี ความเชี่ยวชาญ หรือไม่มีอุปกรณ์เพียงพอที่จะจัดทำงานดังกล่าวให้บรรลุผลสำเร็จ หรือการดำเนินการดังกล่าวด้วยตนเองหรือบุคลากรในองค์กรนั้น จะทำให้มีต้นทุนสูงกว่าเมื่อเทียบกับการว่าจ้างให้ผู้รับจ้างเหมาบริการเป็นผู้ดำเนินการดังกล่าวให้สำเร็จแทนตน ดังนั้น ความเชี่ยวชาญในการดำเนินการตามทำสัญญาจ้างเหมาบริการจึงมีความสำคัญ

3. หน้าที่ในการจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ของผู้ว่าจ้าง ในกรณีของสัญญาจ้างเหมาบริการ เมื่อเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง โดยหลักผู้รับจ้างทำของจึงเป็นผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องจัดหาเครื่องมือหรืออุปกรณ์ที่ใช้ในการปฏิบัติงาน ตามความในมาตรา 588 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบการจ้างเหมาบริการมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการถ่ายโอนงานที่ผู้ว่าจ้างเห็นว่าตนไม่มีความเชี่ยวชาญหรือไม่มีอุปกรณ์เพียงพอไปให้ผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการแทน ผู้รับจ้างจึงต้องเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ในการทำงาน ในขณะที่วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างเหมาค่าแรง คือการที่ผู้ประกอบกิจการต้องการผลกำไรในการเป็นนายจ้างให้ผู้รับจ้างเหมาค่าแรงเป็นผู้รับผิดชอบแทน โดยให้ผู้รับจ้างเหมาค่าแรงเป็นผู้ดำเนินการจ้างลูกจ้าง และส่งลูกจ้างของตนเข้าปฏิบัติงานในสถานประกอบกิจการของผู้ว่าจ้าง ดังนั้น ผู้รับจ้างเหมาค่าแรงจึงมีหน้าที่ตามสัญญาเพียงแต่ดำเนินการจัดหาลูกจ้างให้แก่ผู้ว่าจ้างเท่านั้น หน้าที่ในการจัดหาเครื่องมือและอุปกรณ์ยังคงเป็นของผู้ว่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงดังเดิม

สถานะทางกฎหมายของผู้รับจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน

เมื่อสัญญาจ้างเหมาบริการมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง ผู้รับจ้างเหมาบริการจึงมีสถานะเป็นผู้รับจ้างทำของตามกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาข้อเท็จจริงในการทำสัญญาจ้างเหมาบริการ จะเห็นได้ว่า การจ้างเหมาบริการเป็นการทำสัญญาที่มุ่งหวังการใช้ประโยชน์จากแรงงานของผู้รับจ้างเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในกรณีของการจ้างเหมาบริการนิติบุคคลระหว่างลูกจ้าง และ ผู้รับจ้างเหมาบริการ ซึ่งยังคงมีรูปแบบนิติสัมพันธ์ต่อกันตามสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างของผู้รับจ้างจึงยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะลูกจ้างของผู้รับจ้าง และผู้รับจ้างก็ยังคงมีหน้าที่ตามกฎหมายในฐานะนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวเช่นกัน อีกทั้งแม้ว่าลูกจ้างดังกล่าวจะเข้าปฏิบัติงานในสถานประกอบกิจการของผู้ว่าจ้าง แต่ผู้ว่าจ้างก็หาได้มีอำนาจบังคับบัญชาต่อลูกจ้าง เพราะลูกจ้างคงเพียงแต่ปฏิบัติงานภายใต้คำสั่งของผู้รับจ้างเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้จึงเห็นได้ว่าลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง ซึ่งเป็นแรงงานตามสัญญาจ้างเหมาบริการยังคงมีสถานะเป็นลูกจ้างที่อยู่ในระบบกฎหมายแรงงาน และยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายทุกประการ แต่ในส่วนกรณีของสัญญาจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาโดยตรง จะเห็นได้ว่าบุคคลธรรมดาซึ่งมีสถานะเป็นผู้รับจ้างตามสัญญา มีสถานะเป็นเพียงผู้รับจ้างทำของโดยมิได้มีสถานะเป็นลูกจ้างของบุคคลใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ผู้รับจ้าง ต้องไปปฏิบัติงานที่สถานประกอบกิจการของผู้ว่าจ้าง ซึ่งในทางข้อเท็จจริงแล้วการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง จะมีลักษณะงานที่มีความคล้ายคลึงกับลูกจ้างของผู้ว่าจ้าง

กล่าวคือ พนักงานจ้างเหมาบริการมักจะต้องปฏิบัติงานภายใต้คำสั่งของผู้ว่าจ้าง ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางข้อเท็จจริงแล้ว นิติสัมพันธ์ตามสัญญาดังกล่าวมิใช่ลักษณะของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการ แต่เป็นลักษณะของนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งมีกรณีตัวอย่าง เช่นกรณีของบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) ได้ทำหนังสือหารือไปยังสำนักงานอัยการสูงสุด กรณีที่บริษัทจะทำการจ้างเหมาบริการพนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน สำนักงานอัยการสูงสุดได้มีความเห็นต่อกรณีดังกล่าวว่า ศาลแรงงานอาจพิจารณาว่านิติสัมพันธ์ระหว่างบริษัทการบินไทย จำกัด (มหาชน) กับพนักงานต้อนรับมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 และตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ซึ่งทำให้พนักงานต้อนรับบนเครื่องบิน มีสถานะเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543²² ดังนี้แล้ว ในบางกรณี ผู้ประกอบการอาจใช้วิธีการทำสัญญาจ้างเหมาบริการเพื่อหลีกเลี่ยงการทำสัญญาจ้างแรงงาน จึงมีข้อควรพิจารณาว่า แม้การจ้างเหมาบริการจะทำให้ผู้ประกอบการสามารถควบคุมต้นทุน และประหยัดค่าใช้จ่ายในการบริหารงานบุคคล ซึ่งทำให้เพิ่มความสามารถในการแข่งขันทางธุรกิจ แต่หากนำมาใช้ผิดวัตถุประสงค์และมีลักษณะทางนิติสัมพันธ์ที่ไม่ถูกต้องแท้จริง ย่อมทำให้ผู้รับจ้างเหมาบริการมีสถานะเป็นแรงงานนอกระบบกฎหมาย เนื่องจากแม้ว่าจะมีลักษณะการดำเนินการอยู่ในรูปแบบของสัญญาจ้างแรงงาน แต่จะมีได้รับความคุ้มครองในสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งทำให้ผู้รับจ้างเหมาบริการไม่สามารถคาดหวังต่อความมั่นคงและโอกาสเจริญเติบโตในหน้าที่การงาน เป็นการทำงานที่วางอยู่บนความเสี่ยงและไม่มีหลักประกันรับรองคุณภาพชีวิตใดๆ²³ ท้ายที่สุดแล้วแม้การจ้างเหมาบริการจะมีผลดีต่อภาคธุรกิจ แต่ก็อาจมีผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการแรงงาน เนื่องจากหากแรงงานมีคุณภาพชีวิตที่ไม่ดี ก็ย่อมทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศไม่อาจพัฒนาได้อย่างยั่งยืน รวมถึงในการจ้างเหมาบริการนั้นมิได้มีอยู่ในเฉพาะภาคเอกชนเท่านั้น แต่ยังมีบริการในภาครัฐอยู่เช่นกัน ซึ่งในการจ้างเหมาบริการในภาครัฐนั้น เป็นที่น่าสนใจว่า พนักงานจ้างเหมาบริการในภาครัฐจะได้รับความคุ้มครองสิทธิที่พึงได้จากกฎหมาย ตามที่บุคลากรที่ปฏิบัติงานให้หน่วยงานของรัฐพึงจะได้รับในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ จึงจะได้ศึกษาต่อไปถึงการจ้างเหมาบริการในภาครัฐเป็นลำดับต่อไป

1.2.2 แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

แนวคิดเรื่องการจ้างเหมาบริการในภาครัฐนั้น เกิดขึ้นจากการที่การดำเนินการในภาครัฐนั้นมีขนาดที่ขยายใหญ่และมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ซึ่งทำให้รัฐต้องจัดทำภารกิจต่างๆ อันเป็นภารกิจลำดับรองเพิ่มขึ้นตามความต้องการของประชาชน แต่เมื่อระยะเวลาผ่านไปภารกิจลำดับรองนั้นไม่เกิดความคุ้มค่าของการดำเนินการของรัฐ เนื่องจากอาจเป็นภารกิจที่ต้องใช้งบประมาณสูง และต้องอาศัย “อำนาจรัฐ” ในการบังคับการจึงจะสามารถดำเนินการได้ ซึ่งเป็น

²² กิตติวิทย์ นิภานันท์ และรัฐปกรณณ์ นิภานันท์. *Outsource ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการจ้างแรงงาน*. วารสารข่าวกฎหมายใหม่, เล่ม 52, ปีที่ 3. 2548. หน้า 36-37.

²³ สุภาพพงศ์ เหล่าแสนสุข. *การยกระดับคุณภาพชีวิตของพนักงานจ้างเหมาบริการ outsource ประเภทงานรักษาความปลอดภัย ธนาครแห่งประเทศไทย (สารนิพนธ์มหาบัณฑิต)*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2558. หน้า 31.

ภารกิจที่รัฐต้องเป็นผู้ดำเนินการ (Operator) ด้วยตนเองเท่านั้น แต่เมื่อพัฒนาการของภารกิจดังกล่าวที่สามารถดำเนินมาจนกระทั่งไม่จำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐในการดำเนินงาน รัฐก็สามารถลดบทบาททางภารกิจของรัฐในกิจการนั้นๆลง จากที่แต่เดิมเป็นผู้ดำเนินการ (Operator) ด้วยตนเอง ก็สามารถเปลี่ยนเป็นเพียงผู้ควบคุมกำกับดูแล (Regulator) ผู้วางแผน (Planner) และผู้ประสานงาน (Coordinator)²⁴ และ ถือเป็นโอกาสให้ภาคเอกชนเข้ามาดำเนินการในภารกิจนั้นแทนรัฐได้ ซึ่งในประเทศไทยได้มีการศึกษาและวิจัยเพื่อจำแนกว่า กิจการประเภทใดบ้างที่รัฐควรมีบทบาทเพียงผู้กำกับดูแลติดตามหรือสนับสนุนการดำเนินของเอกชน และได้มีการพิจารณาทบทวนบทบาทต่างๆ ของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบาทในทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ว่ามีเรื่องใดบ้างที่รัฐจะสามารถมอบให้ภาคเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนทั้งหมดหรือบางส่วน เรื่องใดบ้างที่รัฐยังคงจะต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง²⁵ ซึ่งต่อมา ได้ปรากฏแนวทางดังกล่าวในแผนแม่บทการปฏิรูประบบราชการ (พ.ศ. 2540 - พ.ศ. 2544)²⁶ ของคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการในปี พ.ศ. 2540 ที่มีการกำหนดแผนการ ดำเนินงานของรัฐ ในการปรับเปลี่ยนบทบาทของหน่วยงานภาครัฐให้เป็นผู้ส่งเสริมสนับสนุน กำกับ ควบคุมมากกว่าการเป็นผู้ปฏิบัติเอง หรือการลดบทบาทในการดำเนินการกิจต่างๆ ของรัฐ เพื่อส่งเสริมให้ภาคเอกชน หรือประชาชนได้เข้ามามีบทบาทในการดำเนินการของรัฐมากขึ้น ทั้งนี้ เพื่อการลดขนาดระบบราชการ แต่มุ่งเน้นในการให้ความสำคัญต่อประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการดำเนินงานมากยิ่งขึ้น²⁷ ในการนี้ คณะรัฐมนตรีจึงได้มีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กรกฎาคม 2541 วางแผนนโยบายในการจัดกลุ่มภารกิจของรัฐ และปรับลดบทบาทของรัฐในภารกิจบางประเภท เพื่อให้หน่วยงานต่างๆ ของรัฐ ปฏิบัติตามแนวนโยบายดังกล่าว โดยให้มีการถ่ายโอนภารกิจของรัฐไปสู่ภาคเอกชนซึ่งอาจกระทำได้ โดยอาศัยรูปแบบและวิธีการที่แตกต่างกันไป เช่น การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization) การทำสัญญากับภาคเอกชน (Contract)²⁸ เป็นต้น

จากการศึกษาถึงแนวคิดของการจ้างเหมาบริการในภาครัฐนั้น จะเห็นได้ว่าการจ้างเหมาบริการ เปรียบเสมือนเป็นเครื่องมือหนึ่งในการลดบทบาทในภารกิจของรัฐ โดยให้รัฐเข้าทำสัญญากับภาคเอกชน เมื่อรัฐโดยองค์กรของรัฐประเภทต่างๆ เห็นว่างานในภารกิจตามอำนาจหน้าที่ของตนประเภทใด มีความน่าจะเป็น ที่หากดำเนินการด้วยตนเองแล้ว จะต้องเสียงบประมาณในการดำเนินงานด้านต่างๆ จำนวนมาก เช่น งบประมาณเกี่ยวกับการจ้างผู้เชี่ยวชาญ หรืองบประมาณในการจัดหาวัสดุอุปกรณ์มากกว่า เมื่อเทียบกับการถ่ายโอนงานนั้นๆ ไป ให้เอกชนซึ่งเป็นคนภายนอก เป็นผู้ดำเนินงานแทน ซึ่งเมื่อรัฐเห็นเช่นนั้น ก็ย่อมเลือกใช้วิธีการจ้างเหมาบริการ ให้

²⁴ โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. *กฎหมายมหาชนกับการปฏิรูประบบราชการในยุค โลกาภิวัตน์*. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม. 2544. หน้า 84-85.

²⁵ เรื่องเดียวกัน.

²⁶ สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ. *คณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ พ.ศ. 2540- 2543*. กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ. หน้า 37.

²⁷ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, *แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่แปด พ.ศ. 2540 - 2544*. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก http://www.rpu.ac.th/Library_web/doc/ebook_T/plan8.pdf.

²⁸ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2542 เรื่อง การจัดกลุ่มภารกิจของรัฐ.

บุคคลภายนอกเป็นผู้จัดทำงานนั้นแทน โดยงานของรัฐที่องค์กรของรัฐอาจจ้างเหมาบริการได้นั้น ย่อมต้องมีลักษณะเป็นงานที่โดยสภาพแล้วสามารถถ่ายโอนให้บุคคลภายนอกเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐได้ อย่างไรก็ตาม ในประเทศไทยมิได้มีการจ้างเหมาบริการมาใช้ในการจ้างงานในลักษณะดังกล่าวแต่เพียงอย่างเดียว แต่ปรากฏแนวปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2541 และ ตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ให้หน่วยงานราชการ ใช้การจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดา เพื่อให้บุคคลดังกล่าวเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งลูกจ้างประจำ หรือ ลูกจ้างชั่วคราวที่ว่างลง หรือตำแหน่งของข้าราชการที่เกษียณอายุ จึงเห็นได้ว่านอกจากการจ้างเหมาบริการในภาครัฐ จะถูกนำมาใช้เพื่อการถ่ายโอนงานให้บุคคลภายนอก ทั้งที่อาจเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล รับงานใดๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้นไปทำแทนทั้งหมด ซึ่งจะทำให้ส่วนราชการไม่ต้องจัดสรรงบประมาณด้านการบริหารงานบุคคลแต่ก็สามารถดำเนินการหลักขององค์กรให้สำเร็จได้ การจ้างเหมาบริการยังถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการจัดจ้างบุคคลให้เข้าปฏิบัติงานในส่วนราชการ อันเป็นการมอบหมายงานให้บุคลากรภายในองค์กรเป็นผู้ดำเนินงาน มิใช่การถ่ายโอนงานให้บุคคลภายนอกตามเจตนารมณ์ของสัญญาจ้างเหมาบริการแต่อย่างใด

การจ้างเหมาบริการในภาครัฐ มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง และมีลักษณะเป็นการใช้ประโยชน์จากบุคคลภายนอกองค์กรเช่นเดียวกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน โดยหมายความถึงสัญญาที่รัฐโดยหน่วยงานของรัฐ ว่าจ้างให้เอกชนซึ่งอาจเป็นได้ทั้งนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดา ให้เข้ามาดำเนินการภารกิจขององค์กรของรัฐนั้นๆ แทนรัฐทั้งหมดหรือเพียงบางส่วน ดังนั้น สัญญาจ้างเหมาบริการนี้จึงมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งด้วย ในส่วนของงานที่องค์กรของรัฐอาจจ้างเหมาบริการเอกชนได้นั้น โดยหลักแล้วย่อมต้องมีลักษณะเช่นเดียวกับงานที่สามารถจ้างเหมาบริการภาคเอกชนได้ กล่าวคือ มีลักษณะเป็นงานในภารกิจขององค์กรของรัฐที่จำต้องอาศัยอุปกรณ์ที่รัฐมิได้มีความพร้อมมากเพียงพอในการดำเนินการ หรือมีลักษณะงานที่ต้องอาศัยความเชี่ยวชาญในการดำเนินการ ซึ่งเมื่อเทียบระหว่างที่รัฐจะต้องดำเนินการด้วยตนเอง กับจ้างเหมาบริการให้เอกชนผู้รับจ้างเป็นผู้ดำเนินการในภารกิจนั้นแทนนั้น จะทำให้รัฐต้องอาศัยงบประมาณในการจัดทำมากกว่า เช่น งานก่อสร้างสิ่งสาธารณูปโภคต่างๆ งานวางระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก ภารกิจใดๆ ขององค์กรของรัฐย่อมเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีจึงมีงานบางประเภทที่ในภาคเอกชนอาจจ้างเหมาบริการให้บุคคลภายนอกองค์กรเป็นผู้ดำเนินการแทนได้ แต่ในภาครัฐไม่อาจทำได้ เช่น งานที่ไม่ใช่งานหลักในวัตถุประสงค์ขององค์กรของรัฐบางประเภทเนื่องจากในการดำเนินการอันเกี่ยวกับส่วนสนับสนุนขององค์กรภาครัฐต่างๆ ย่อมมีลักษณะ ที่เป็นความลับของทางราชการ ซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ และจะต้องดำเนินการภายใต้การบังคับบัญชาที่ควบคุมด้วยระเบียบวินัยของทางราชการ

กรณีมีข้อสังเกตในส่วนของการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาในภาครัฐว่า เมื่อปรากฏว่าในภาครัฐได้มีการนำการจ้างเหมาบริการลูกจ้างชั่วคราว ลูกจ้างประจำ หรือข้าราชการ มาใช้ในการจัดจ้างบุคลากรของรัฐ เพื่อให้เข้าปฏิบัติงานในองค์กรในตำแหน่ง การจ้างเหมาบริการนั้น จะไม่เป็นการการจ้างแรงงานภายนอก (Outsourcing) แต่จะถูกนำไปใช้เป็นเครื่องมือในการจัดจ้างให้บุคคลเข้าปฏิบัติงานในฐานะที่เป็นแรงงานภายในองค์กรอีกด้วย (Insourcing) ซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาของการจ้างเหมาบริการในองค์กรภาครัฐ รวมถึงปัญหาที่บุคคลซึ่งเข้าปฏิบัติงานในองค์กรตามสัญญา

จ้างเหมาบริการนั้นมีสถานะเป็นผู้รับจ้างทำของเท่านั้น ดังนั้นบุคคลดังกล่าวจะมีได้รับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามกฎหมายในฐานะที่เป็นแรงงานภาครัฐ แต่กลับอยู่ในสถานะแรงงานนอกระบบประเภทหนึ่ง ทำให้การจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาในภาครัฐนั้นจึงมิได้มีความหมายอย่างเดียวกับการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาในภาคเอกชน

วัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

จากที่ได้ศึกษาที่มาของการจ้างเหมาบริการในภาครัฐเห็นได้ว่า การจ้างเหมาบริการในภาครัฐมีวัตถุประสงค์เพื่อการลดบทบาทที่ไม่จำเป็นในภารกิจของรัฐ โดยที่รัฐไม่ต้องดำเนินการด้วยตนเอง และถ่ายโอนไปให้เอกชนบุคคลภายนอกให้เป็นผู้ดำเนินการในภารกิจนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน แทนองค์การของรัฐ และเมื่อรัฐสามารถปฏิบัติภารกิจของตนไว้แต่เฉพาะเท่าที่จำเป็น รัฐจะสามารถลดหรือจำกัดงบประมาณรายจ่ายในส่วนที่ไม่จำเป็นลงได้ และสามารถจัดสรรงบประมาณรายจ่ายส่วนอื่นๆ เพื่อให้ได้ประโยชน์สูงสุด อีกทั้งเมื่อรัฐสามารถลดภารกิจลงได้ก็ย่อมส่งผลโดยตรงต่อการลดจำนวนอัตรากำลังบุคลากรของรัฐได้ตามขนาดภารกิจ อย่างไรก็ตาม ทัศนียังมีข้อควรพิจารณาอยู่ว่า การนำสัญญาจ้างเหมาบริการมาใช้ในหน่วยงานของรัฐ จะสามารถบรรลุผลในการถ่ายโอนภารกิจรัฐให้ภาคเอกชนเข้าร่วมดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ เนื่องจากเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์โดยแท้จริงแล้ว การที่รัฐจ้างเหมาบริการจากเอกชนนั้น มิได้เป็นการที่รัฐถ่ายโอนงานให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการในฐานะเป็นผู้ดำเนินการในภารกิจนั้น แต่เป็นเพียงการที่รัฐจ้างเอกชน ให้เข้าเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐในงานดังกล่าว โดยงานนั้นยังคงเป็นงานในความรับผิดชอบของรัฐ²⁹ กล่าวคือ การจ้างเหมาบริการเป็นหนึ่งในกระบวนการที่เกิดขึ้นจากการปฏิรูประบบราชการตามแนวความคิดการบริหารจัดการ ภาครัฐแนวใหม่ (New Public Management) ตามกระแสการปฏิรูประบบราชการที่รัฐมีนโยบายตามที่ปรากฏในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นที่มาของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้ส่วนราชการยุบเลิก อัตรากำลังข้าราชการ ลูกจ้างประจำ และลูกจ้างชั่วคราว³⁰ โดยมีได้ยุบเลิกภารกิจซึ่งอยู่ในอำนาจหน้าที่ของบุคลากรดังกล่าวลง การดำเนินนโยบายเช่นนี้ จึงทำให้ส่วนราชการต้องดำเนินการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาให้เข้าปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเดิมในหน่วยงานของบุคลากรที่ยุบเลิกไป จะเห็นได้ว่าการดำเนินการดังกล่าว เป็นไปด้วยเหตุแห่งความจำเป็นด้านอัตรากำลังคน³¹ มิใช่ด้วยเหตุผลด้านการลดบทบาททางภารกิจดังที่กล่าวอ้างแต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า การจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น มิได้เป็นการแก้ไขปัญหาตามวัตถุประสงค์ที่มีนโยบายต่างที่ได้ให้วางหลักไว้ เพราะตามวัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการนั้น งานหรือภารกิจความรับผิดชอบของรัฐนั้นมิได้มีน้อยลงไป

²⁹ กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม, *คู่มือการจ้างเหมาบริการ กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม กรณีจ้างเหมาบุคคลธรรมดาปฏิบัติงานของรัฐ*. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก <http://hr.dipgo.th/LinkClick.aspx?fileticket=Sic8zkwchWM%3D&tabid=90>.

³⁰ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 26 พฤษภาคม 2541 และหนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553

³¹ จตุรงค์ ปัญญาดี. *ปัญหาการจ้างเหมาบริการของส่วนราชการไทย* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2544. หน้า 46.

เหมือนกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน เพราะอย่างที่กล่าวไว้ว่า เอกชนมิได้เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการภารกิจที่ได้จ้างเหมาบริการนั้นไว้ เพียงแต่เป็นผู้ที่ดำเนินการแทนรัฐเท่านั้น ดังนั้นภารกิจของรัฐนั้นยังมีจำนวนที่เท่าเดิม และยังต้องมีการประเมินประสิทธิภาพการทำงานของเอกชนตามสัญญาจ้างเหมาบริการ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์เทียบเท่ากับหรือมากกว่าที่เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นดำเนินการเอง

ในแง่ของการลดจำนวนงบประมาณในด้านการบริหารงานบุคคลนั้น การจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ เป็นเพียงเครื่องมือที่ลดจำนวนบุคลากรที่มีอยู่เป็นจำนวนมากในหน่วยงานของรัฐในรูปแบบลูกจ้างประจำ หรือลูกจ้างชั่วคราว ให้เปลี่ยนมาเป็นการจ้างบุคคลอื่นมาทำหน้าที่แทน แต่ก็ไม่สามารถให้สถานะบุคคลดังกล่าวว่าเป็นบุคคลภายนอกได้เสียทีเดียว เนื่องจากตัวอย่างที่ได้แสดงให้เห็นว่า ในบางกรณีก็มีบุคคลภายในที่ได้พ้นจากตำแหน่งไปแล้ว กลับมาปฏิบัติงานในตำแหน่งเดิมเพียงแต่เปลี่ยนรูปแบบการจ้างเป็นการจ้างเหมาบริการเท่านั้น แต่ในข้อเท็จจริง บุคคลดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นบุคคลภายใน ซึ่งมีได้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการ แต่ในแง่หนึ่งการจ้างเหมาบริการนี้ย่อมส่งผลดีต่อระบบราชการทำให้หน่วยงานราชการมีขนาดเล็กลง³² สามารถลดขนาดอัตรากำลังคนภาครัฐ ซึ่งจะทำให้รัฐสามารถลดงบประมาณอันเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลได้ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ศึกษาเห็นว่า การจำกัด หรือลดงบประมาณในการบริหารงานบุคคลนั้นไม่สามารถบรรลุตามวัตถุประสงค์ได้จริง เนื่องจากรัฐยังคงต้องการแรงงานในการปฏิบัติงานดังกล่าว อีกทั้งการจ้างเหมาบริการก็มีค่าใช้จ่ายซึ่งต้องตั้งเป็นงบประมาณ เช่นกัน เพียงแต่มีใช้งบประมาณประเภทบุคลากร แต่เป็นงบประมาณประเภทงบดำเนินงาน หมวดค่าตอบแทน ใช้สอยและวัสดุ ดังนั้น ในข้อเท็จจริงเรื่องของงบประมาณนั้น รัฐอาจลดต้นทุนในการใช้งบประมาณในการบริหารงานบุคคลเฉพาะกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับเงินบำเหน็จหรือบำนาญจากการที่ได้ปฏิบัติงานในราชการถึงกำหนดแล้ว แต่สำหรับการลดงบประมาณของเจ้าหน้าที่ที่ปฏิบัติหน้าที่อยู่นั้น อาจไม่สามารถลดจำนวนงบประมาณตามวัตถุประสงค์ของการจ้างบุคคลภายนอกมาปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างเหมาบริการได้มากนัก เพราะจำนวนของผู้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้นมิได้ลดลงไปเลย ในทางกลับกัน จำนวนการทำสัญญาจ้างเหมาบริการอันเป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการจ้างแรงงานจากภายนอก (Outsourcing Contract) ย่อมมีจำนวนที่เพิ่มขึ้น³³ นอกจากนี้แล้ว การทำสัญญาก็มีต้นทุน อันเกี่ยวกับการบริหารสัญญาเช่นกัน จึงมีข้อสังเกตว่าใน ภาพรวมแล้ว การจ้างเหมาบริการนั้น มิได้ตอบสนองต่อทั้งวัตถุประสงค์ในการลดบทบาททางภารกิจของรัฐและการลดขนาดอัตรากำลังคนในภาครัฐแต่อย่างใด

ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า วัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการในภาครัฐกับในภาคเอกชนนั้นมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในภาคเอกชนนั้น การจ้างเหมาบริการมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการลดต้นทุนการบริหารงานบุคคลหรือต้นทุนในการผลิต เพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขัน

³² อัญชลี กิจสำเร็จ. *ความมั่นคงในการทำงานของพนักงานจ้างเหมาบริการโดยระบบราชการ* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2555. หน้า1-2.

³³ Paul C. Light. *OUTSOURCING AND THE TRUE SIZE OF GOVERNMENT*. Public Contract Law Journal, Vol.3, No.2. 2004. p.313-314.

ทางธุรกิจเป็นสิ่งสำคัญ แต่การจ้างเหมาบริการในภาครัฐกลับมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดจ้างบุคคลธรรมดาให้เข้าปฏิบัติงานทดแทนบุคลากรภาครัฐที่ถูกยุบ หรือยกเลิกไปเสียมากกว่า

ลักษณะของนิติสัมพันธ์ของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

การจ้างเหมาบริการในภาครัฐมีลักษณะนิติสัมพันธ์เป็น “สัญญาจ้างทำของ” เช่นเดียวกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน โดยเมื่อเป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งซึ่งอยู่ในการดำเนินการของรัฐแล้ว จึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาของรัฐ ซึ่งปัจจุบันได้ดำเนินการภายใต้พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และที่แก้ไขเพิ่มเติม การดำเนินการทำสัญญาจ้างเหมาบริการซึ่งถือเป็นงานบริการและเป็นพัสดุตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว³⁴ จะต้องมีการดำเนินการจัดซื้อจัดจ้างตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่บัญญัติขึ้นใช้กับการจัดซื้อจัดจ้าง “พัสดุ”³⁵ การจัดซื้อสินค้าและการจัดจ้างงานบริการและงานใดๆ เช่นว่านี้ มีลักษณะเป็นสัญญาซื้อขายและสัญญาจ้างทำของ โดยมีได้รวมถึงการทำสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐซึ่งมีลักษณะนิติสัมพันธ์ ตามสัญญาจ้างแรงงาน ทำให้เกิดปัญหาที่ว่า การจ้างเหมาบริการภาครัฐที่เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงนั้น ได้ถูกนำมาใช้อย่างถูกต้องตรงตามลักษณะของนิติสัมพันธ์แห่งสัญญาหรือไม่ อย่างไร

ในการทำสัญญาจ้างเหมาบริการนั้น อาจจะมีลักษณะการจ้างเช่นเดียวกับกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน คือ การจ้างเหมาบริการจากนิติบุคคล ซึ่งจะมีลักษณะที่ว่าหน่วยงานของรัฐ อาจทำสัญญาต่อนิติบุคคลหนึ่ง โดยให้นิติบุคคลนั้น ซึ่งอยู่ในฐานะผู้รับจ้างให้ไปดำเนินการในภารกิจนั้นให้สำเร็จ ไม่ว่าจะผู้รับจ้างนั้นจะดำเนินการให้สำเร็จด้วยวิธีการอย่างไรนั้นย่อมสุดแท้แต่วิธีการของผู้รับจ้าง ซึ่งหากพิจารณาตามลักษณะของจ้างงานแล้ว เห็นได้ชัดเจนว่าเป็นลักษณะของการจ้างทำของ แต่ในบางกรณี อาจเป็นกรณีที่ควรสงสัยว่า หากนิติบุคคลนั้นได้มีการจ้างแรงงานจากบุคคลอื่นในเพื่อให้มาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นประเด็นเดียวกับที่จ้างเหมาบริการในภาคเอกชน เช่น กรณีที่ผู้รับจ้างเหมาบริการเป็นบริษัททางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ ซึ่งในสัญญาผู้รับจ้างนั้นจะต้องเข้ามาดูแลรักษา หรือทำการเปลี่ยนแปลงใดๆ เพื่อให้ประสบความสำเร็จในภารกิจ ที่ต้องเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ อาจทำให้เกิดความสับสนว่า ลูกจ้างของผู้รับจ้างที่เข้ามาทำงานในที่ทำการมีสถานะทางกฎหมายหรือมีนิติสัมพันธ์กับหน่วยงานของรัฐผู้ว่าจ้างหรือไม่ ซึ่งในกรณีดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่นิติบุคคลซึ่งอยู่ในฐานะของผู้รับจ้าง ได้มีแนวทางการปฏิบัติงานที่ต้องมีการนำบุคคลภายนอกมาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้น ก็เป็นไปเพื่อให้การดำเนินการตามสัญญาจ้างนั้นสามารถบรรลุผลไปได้ แต่ก็ยังอยู่ในขอบเขตของสัญญาจ้างทำของที่ผู้

³⁴ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“พัสดุ” หมายความว่า สินค้า งานบริการ งานก่อสร้าง งานจ้างที่ปรึกษา และงานจ้าง ออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง รวมทั้งการดำเนินการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

“งานบริการ” หมายความว่า งานจ้างบริการ งานจ้างเหมาบริการ งานจ้างทำของและการ รับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ไม่ หมายความว่ารวมถึงการจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ การรับขนในการเดินทางไปราชการหรือ ไปปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ งานจ้างที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง และ การจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

³⁵ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

รับจ้างได้ทำกับหน่วยงานของรัฐ ดังนั้น แม้ว่าจะมีบุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งอาจจะเป็นการจ้างแรงงานของนิติบุคคลผู้รับจ้างนั้น ก็ไม่ได้ทำให้ขอบเขตของการจ้างเหมาบริการที่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของนั้นเปลี่ยนแปลงไป ส่วนกรณีที่บุคคลภายนอกนั้น ได้รับจ้างจากนิติบุคคลผู้รับจ้างจากหน่วยงานของรัฐนั้นจะอยู่ในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างแรงงานนั้น จะอยู่นอกเหนือจากการดำเนินการกับหน่วยงานของรัฐ

อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงนั้นย่อมต่างจากนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างเหมาค่าแรงในภาคเอกชน เมื่อพิจารณาตามมาตรา 11/1 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติให้ถือว่าลูกจ้างของผู้รับจ้างเหมาค่าแรง มีสถานะเป็นลูกจ้างของผู้ว่าจ้างเหมาค่าแรงด้วย แต่เนื่องจากในภาครัฐนั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการนำ “การจ้างเหมาค่าแรง” มาใช้เพื่อจัดจ้างแรงงานจากภายนอก เนื่องจาก สัญญาจ้างเหมาค่าแรงมีลักษณะเป็นการที่ผู้ว่าจ้างได้ว่าจ้างให้ผู้รับจ้างจัดหาคนมาทำงานอันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางาน โดยการทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจในความรับผิดชอบของผู้ว่าจ้าง ซึ่งถือว่าการนำบุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานนั้น ถือเป็นการใช้อำนาจในการบริหารงานบุคคลเพื่อเพิ่มผลผลิตในธุรกิจ หรือภารกิจได้ แต่ในการบริหารในภาครัฐนั้น ว่าไม่อาจมอบหมายให้บุคคลใดเป็นผู้จัดหาคนมาทำงานในหน่วยงานของรัฐได้ เพราะการสรรหาบุคคลเข้าปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นการสรรหาบุคคลากรในตำแหน่งใดก็ตาม ทั้งการบรรจุข้าราชการ การจ้างตามสัญญาจ้างลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว หรือ พนักงานราชการนั้น ล้วนแต่ต้องกระทำตามระเบียบหรือแนวทางในการบริหารงานบุคคลที่ส่วนมากจะกำหนดไว้ในแนวทางเดียวกัน ซึ่งรัฐนั้นต้องเป็นผู้ดำเนินการเอง มิได้ให้หน่วยงานหรือบุคคลใดเป็นผู้จัดหาให้ได้

ในการจ้างเหมาบริการที่เป็นการจ้างบุคคลธรรมดา นั้น ยังคงมีประเด็นที่เกี่ยวกับลักษณะสัญญาที่ไม่เป็นไปตามลักษณะนิติสัมพันธ์ที่ถูกต้องของสัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งเป็นปัญหาเช่นเดียวกันกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่สัญญากำหนดให้ผู้ว่าจ้างจะต้องเข้าไปปฏิบัติงานในสถานที่ทำการของหน่วยงานรัฐ ซึ่งเมื่อมีการเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐแล้ว มักจะมีการนำระเบียบกฎเกณฑ์บางประการที่ใช้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐมาบังคับใช้กับจ้างเหมาบริการ ทำให้เกิดความสับสนการตีความการทำสัญญา การปฏิบัติงาน รวมถึงความคุ้มครองที่ได้รับจากหน่วยงานของรัฐ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า การทำสัญญาจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาในหน่วยงานของรัฐนั้น มีปัญหาในเรื่องของรูปแบบและเนื้อหาของสัญญานั้นไม่สัมพันธ์กัน ซึ่งเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างรูปแบบและเนื้อหาของสัญญาแล้ว มักจะมีการตีความการทำสัญญาจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐว่า เป็นสัญญาที่ได้ดำเนินการจ้างตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ ซึ่งเป็นลักษณะของการจ้างตามสัญญาจ้างทำของ มิใช่การจัดจ้างในลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน หรือบุคลากรภาครัฐได้ เพราะ ในดำเนินการตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ การนำสัญญาที่มีรูปแบบเป็นสัญญาจัดจ้างพัสดุหรือการบริการต่างๆ ซึ่งเป็น สัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่งมาใช้ในการจัดจ้างแรงงาน ย่อมขัดต่อลักษณะนิติสัมพันธ์ตามวัตถุประสงค์ที่แท้จริงแห่งสัญญาดังกล่าว และเมื่อหากจะมีการนำสัญญาจ้างเหมาบริการไปใช้เพื่อการจัดจ้างแรงงาน แต่เมื่อมีกรณีพิพาทขึ้นสู่ศาล การที่ศาลจะพิจารณาว่า สัญญาที่พิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาประเภทใด ก็ต้อง

พิจารณาตามนิติสัมพันธ์ที่แท้จริง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วย่อมเห็นได้ว่า สัญญาจ้างเหมาบริการ ในลักษณะดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของ มิใช่สัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งส่งผลต่อไปถึงสถานะทางกฎหมาย และการคุ้มครองผู้รับจ้างเหมาบริการตามสัญญาต่อไป

สถานะทางกฎหมายของผู้รับจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

ก่อนหน้านี้ ในการจ้างเหมาบริการในภาครัฐนั้น จะมีการรับรองสถานะของผู้รับจ้างเหมาบริการตามลักษณะของการทำสัญญาและการปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐนั้น หากเป็นกรณีที่มีการจ้างเหมาบริการโดยการจ้างงานบริการ ที่ให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลดำเนินการจัดทำบริการนั้น โดยมีลักษณะเป็นการมุ่งผลสำเร็จของงานให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาการจ้างเหมาบริการบุคคลภายนอกนั้นย่อมทำให้ผู้รับจ้างเหมาบริการมีสถานะทางกฎหมายเป็น “ผู้รับจ้างทำของ” แต่หากการจ้างเหมาบริการนั้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เป็นการทำสัญญาจ้างในลักษณะของการจัดจ้างแรงงาน หรือบุคลากรในภาครัฐดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งในกรณีนี้จะเกิดขึ้นกับการจ้างเหมาบุคคลธรรมดาเท่านั้น กรณีนี้ผู้รับจ้างเหมาบริการที่เป็นบุคคลธรรมดานั้น จะมีสถานะทางกฎหมายเป็น “ลูกจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงาน

แต่หลังจากที่มีแนวความคิดว่าด้วยการลดบทบาททางภารกิจของรัฐ โดยมีการจ้างเหมาบริการเป็นหนึ่งในเครื่องมือที่รัฐอ้างว่าได้นำมาใช้เพื่อการถ่ายโอนภารกิจของรัฐไปให้ออกชนเพื่อให้เป็นผู้ดำเนินการแทน โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2541 เรื่อง มาตรการปรับขนาดอัตรากำลังภาครัฐ : ลูกจ้างประจำ³⁶ ซึ่งมีเนื้อหาให้ทุกส่วนราชการเร่งดำเนินการจ้างเหมาบริการ โดยเฉพาะในเรื่องการรักษาความปลอดภัยสถานที่ราชการ การทำความสะอาด และการดูแลรักษาต้นไม้หรือสวนประดับ และให้ดำเนินการยุบตำแหน่งลูกจ้างประจำที่ว่างลงและให้ใช้การจ้างเหมาบริการเพื่อจ้างบุคคลธรรมดา ให้เข้าปฏิบัติงานในหน้าที่ของลูกจ้างประจำที่ว่างลงแทน รวมถึงจากการที่กระทรวงการคลัง ได้มีหนังสือเวียนแจ้งส่วนราชการต่างๆ เกี่ยวกับหลักเกณฑ์การปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับดังกล่าว ซึ่งเป็นการวางหลักเกณฑ์ให้ส่วนราชการ อาจจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาได้ในกรณีที่ส่วนราชการนั้นไม่มีตำแหน่งข้าราชการหรือลูกจ้างของทางราชการ ปฏิบัติงานที่เป็นงาน หรือเป็นโครงการใหม่ หรือเป็นกรณีที่มีตำแหน่งข้าราชการหรือลูกจ้างของทางราชการ แต่ต่อมาตำแหน่งนั้นว่างลงหรือถูกยุบเลิกไป หากในกรณีที่ให้มีการจ้างเหมาบริการทดแทนตำแหน่งของข้าราชการ หรือลูกจ้างฯ ที่ถูกยุบหรือยกเลิกตำแหน่งไปนั้น อาจทำให้เกิดความสับสนในสถานะของผู้รับจ้างเหมาบริการว่า จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร ดังนั้น เพื่อเป็นการขจัดปัญหาดังกล่าว จึงได้มีการเวียนหนังสือราชการของกระทรวงการคลังตามที่ปรากฏในหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553³⁷ โดยเนื้อหาเป็นการเน้นย้ำอย่างชัดเจน เพื่อให้ส่วนราชการต่างๆ ทราบเป็นแนวทางเดียวกันว่า การการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาจะต้องเป็นรูปแบบสัญญาการจ้างทำของเท่านั้น

³⁶ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 26 พฤษภาคม 2541 เรื่อง มาตรการปรับขนาดอัตรากำลังภาครัฐ : ลูกจ้างประจำ.

³⁷ หนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0406.4/ว.67 เรื่อง การจ้างเอกชนดำเนินงาน ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553.

กล่าวคือ ต้องมีการดำเนินการจ้างตามลักษณะของสัญญาจ้างทำของทุกประการ ซึ่งมีลักษณะมุ่งผลสำเร็จของงานภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นสำคัญ มิใช่มุ่งเน้นที่การปฏิบัติงานให้เป็นไปตามระเบียบของทางราชการ โดยผู้ว่าจ้างจะไม่มีอำนาจในการบังคับบัญชา มีแต่เพียงอำนาจในการสอดส่อง ดูแล ควบคุม ตรวจสอบให้ทำงานนั้นเป็นไปตามผลลัพธ์ที่กำหนดไว้ในสัญญา และผู้รับจ้างเหมาบริการนั้น จะไม่อยู่ภายใต้กฎ ระเบียบหรือข้อบังคับต่างๆที่ข้าราชการ หรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติ เช่น ในการเข้าทำงานนั้น หากเป็นการปฏิบัติงานตามระเบียบของข้าราชการ หรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐนั้น ต้องเป็นไปตามระเบียบของงานบริหารงานบุคคล หรือตามกฎหมายที่หน่วยงานนั้นกำหนดวิธีการไว้ อาจใช้วิธีการบันทึกเวลาการปฏิบัติงานหรือวิธีการอื่นใดที่ได้กำหนดไว้เหมาะสม หากไม่มาปฏิบัติงานอาจมีการบอกกล่าวล่วงหน้า และอาจหาผู้อื่นมาทำแทน ซึ่งหากการไม่มาปฏิบัติงานหรือการให้ผู้อื่นมาปฏิบัติงานแทนนั้นมีความเสียหายเกิดขึ้น ก็อาจกำหนดเป็นค่าปรับได้ ในส่วนของค่าตอบแทนนั้น ไม่จำเป็นต้องกำหนดค่าตอบแทนตามวุฒิการศึกษา แต่ให้พิจารณาจากความรู้และประสบการณ์ที่เหมาะสมกับลักษณะงานที่ต้องการจ้าง

จากการที่มีการแจ้งเวียนหนังสือราชการจากกระทรวงการคลังจำนวนหลายฉบับตามที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น ทำให้ทราบถึงปัญหาของการจ้างเหมาบริการบุคคลภายนอกในภาครัฐได้อย่างชัดเจน แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการชี้แจงออกมาจากกระทรวงการคลังต่อหนังสือดังกล่าวก็ดี แต่ในข้อเท็จจริงของการปฏิบัติงานนั้น ยังปรากฏปัญหาของการจ้างเหมาบริการอยู่ โดยเฉพาะเรื่องของสถานะทางกฎหมายของผู้รับจ้าง ว่ามีสถานะเป็นลูกจ้างเหมาบริการ และยังคงปรากฏว่าการจ้างเหมาบริการในปัจจุบัน ก็ยังมีได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่หนังสือดังกล่าวกำหนดไว้ทั้งในทางรูปแบบและเนื้อหาแห่งสัญญา โดยข้อเท็จจริงดังกล่าวจะเห็นได้จากการที่มีการซักถามต่อหน่วยงานของรัฐถึงสถานะทางกฎหมายของตนเองอยู่เสมอ โดยมีความเข้าใจว่าตนมีสถานะเป็น “ลูกจ้างเหมาบริการ” ซึ่งเป็น ลูกจ้างประเภทหนึ่งของรัฐ³⁸ ซึ่งปัญหานี้ นอกจากจะเกิดจากความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องของผู้รับจ้างแล้ว ปัญหาอีกส่วนหนึ่งนั้น ได้เกิดขึ้นจากองค์กรของรัฐซึ่งเป็นผู้ดำเนินการตามนโยบายการจ้างเหมาบริการเอง ก็ขาดความเข้าใจในแนวทางและวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของการทำสัญญาจ้างเหมาบริการ ซึ่งจะปรากฏเป็นการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐเป็นจำนวนมากที่มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน มิใช่สัญญาจ้างทำของ รวมถึงการประกาศรับสมัครการจ้างเหมาบริการในตำแหน่ง “ลูกจ้างโครงการ”³⁹ หรือ “ลูกจ้างชั่วคราวจ้างเหมาบริการ”⁴⁰

³⁸ เห็นได้จากกระทู้สอบถามถึงสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของผู้รับจ้างเหมาบริการบุคคล ธรรมดา ในภาครัฐต่างๆ ทางออนไลน์ อาทิเช่น “กระทู้สอบถามรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน เรื่อง การปรับเงินเดือนขั้นต่ำตามการปรับค่าจ้างขั้นต่ำ”. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก http://lb.mol.go.th/ewtadmin/ewt/mol_minister/index_answer.php?wcad=2 &wtid=19 04&t=&filename.

³⁹ อาทิเช่น ที่ปรากฏใน “ประกาศกองหลักนิติบัญญัติ เรื่อง รายชื่อผู้มีสิทธิเข้าสอบสัมภาษณ์ เพื่อจัดจ้างเป็นลูกจ้างโครงการจัดทำข้อมูลแบบกฎหมาย เพื่อใช้ในการวิเคราะห์แบบกฎหมาย ตำแหน่งนิติกร ลงวันที่ 9 มีนาคม 2561 ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา”. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก <http://web.krisdika.go.th/data/news/news12604.pdf>.

และมีการให้ข้อมูลแก่สาธารณะในเรื่องของการเลิกจ้างผู้รับจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาว่าเป็น การเลิกจ้าง “ลูกจ้างชั่วคราวจ้างเหมาบริการ”⁴¹ ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเข้าใจที่สับสนและ คลาดเคลื่อนของหน่วยงานของรัฐ ผู้ว่าจ้าง ที่ยังคงดำเนินการจ้างเหมาบริการที่อยู่ในขอบเขตตามมติ คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2541 ที่ให้ส่วนราชการยุบตำแหน่งข้าราชการที่เกษียณอายุ และลูกจ้างประจำที่ว่างลง โดยให้ทบทุนงานที่สามารถถ่ายโอนให้เอกชนรับไปดำเนินงานแทน ประกอบกับแนวทางตามหนังสือจากกระทรวงการคลัง ที่กล่าวว่าให้ตีความการจ้างเหมาบริการเป็น การจ้างในลักษณะการจ้างทำของ แต่กลับมีการปฏิบัติต่อผู้รับจ้างเหมาบริการเสมือนหนึ่งว่าเป็นผู้ที่ เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทหนึ่ง โดยเฉพาะอำนาจบังคับบัญชา ที่หัวหน้าหน่วยงานยังมีอำนาจใน การสั่งการ หรือบังคับบัญชาซึ่งแม้ว่าจะไม่มีการสั่งการออกมาเป็นกฎหรือระเบียบใดๆก็ตาม แต่ก็ เป็นการสั่งการเนื่องด้วยเหตุผลที่ว่า จะทำให้มีผลกับการทำสัญญาต่อหากมีการปฏิบัติงานครบตาม กำหนดระยะเวลาในสัญญาแล้ว ซึ่งปัญหาด้านสถานะของจ้างเหมาบริการแล้วนี้ ทำให้องค์กรของรัฐผู้ ว่าจ้าง มิได้มีสถานะเป็นนายจ้างของบุคคลดังกล่าว และมีได้มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2535 ที่จะต้องนำส่งเงินสมทบ การแก้ปัญหาอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และ สวัสดิการของลูกจ้างเหมาบริการภาครัฐ โดยในปัจจุบันมีจำนวนประมาณ 4-5 แสนคน ตามที่ ประธานเครือข่ายประกันสังคม คนทำงาน (คปค.) และสภาองค์การลูกจ้างพัฒนาแรงงานแห่ง ประเทศไทยได้ทำหนังสือร้องเรียนต่อนายกรัฐมนตรี จึงแนะนำให้ลูกจ้างเหมาบริการภาครัฐสมัครเป็น ผู้ประกันตนตามมาตรา 40 ของ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2535 โดยจ่ายเงินสมทบเอง และ ในส่วนของสิทธิในการรักษาพยาบาล ก็สามารถใช้อัตริสิทธิ์หลักประกันสุขภาพหรือบัตรทองได้ เช่นเดียวกับคนไทยทุกคน⁴²

จากปัญหาที่ได้กล่าวมาแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่มีการจ้างเหมาบริการใน ภาครัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้รับสามารถดำเนินการกิจของรัฐได้ตามปกติ โดยสามารถลดรายจ่ายใน ด้านการบริหารงานบุคคลลง ทำให้สถานะทางกฎหมายของบุคคลดังกล่าว นั้น เป็นไปในลักษณะของ การทำสัญญาจ้างทำของ ซึ่งเกิดความชัดเจนในรูปแบบการทำสัญญาตามหนังสือของ กระทรวงการคลังซึ่งเป็นเสมือนแนวทางหลักที่บังคับใช้กันทั่วประเทศ แต่ในด้านการดำเนินการของ จ้างเหมาบริการนั้น เป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะ และปฏิบัติอย่างเดียวกันกับลูกจ้าง

⁴⁰ อาทิเช่น ที่ปรากฏใน “ประกาศกองหลักนิติบัญญัติ เรื่อง รายชื่อผู้มีสิทธิเข้าสอบสัมภาษณ์ เพื่อจัด จ้างเป็นลูกจ้างโครงการจัดทำข้อมูลแบบกฎหมาย เพื่อใช้ในการวิเคราะห์แบบกฎหมาย ตำแหน่งนิติกร ลงวันที่ 9 มีนาคม 2561 ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา”. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก <http://web.krisdika.go.th/data/news/news12604.pdf>.

⁴¹ “ก.ยุติธรรมจ่อไล่ลูกจ้างชั่วคราวกว่า 2 พันคน ไม่มีเงินจ้าง ผู้บริหารเร่งหาทางออก” มติชน ออนไลน์ (18 พฤษภาคม 2560). 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก https://www.matichon.co.th/local/news_561408.

⁴² ข่าวทำเนียบรัฐบาล วันที่ 19 พฤษภาคม 2561, นายกฯ ท้วงใยสวัสดิการประชาชนทุก กลุ่ม พร้อมรับฟังข้อเรียกร้องดูแลสิทธิประโยชน์ลูกจ้างเหมาบริการ มอบหน่วยงานไปพิจารณา แนะทุกฝ่ายหาทางออก ตามข้อเท็จจริงและความเป็นไปได้. 25 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก <http://www.thaigov.go.th/news/contents/details/12378>.

หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน ทำให้สถานะของบุคคลดังกล่าวนั้นมีการขัดแย้งกันระหว่างรูปแบบของสัญญาและเนื้อหาของสัญญาอย่างชัดเจน และปัญหาดังกล่าวนั้นย่อมทำให้เกิดปัญหาต่างๆตามมาอีกมาก เช่น ปัญหาอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของบุคคลดังกล่าว หรือสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองในความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพื่อประโยชน์ของผู้รับจ้างเหมาบริการ และประโยชน์ของรัฐต่อไป

2. แนวคิดและทฤษฎีเรื่องการคุ้มครองความผิดทางละเมิด

2.1 ทฤษฎีตัวการและตัวแทน (Principal-Agent Theory)

แนวคิดของทฤษฎีตัวการและตัวแทนพัฒนาโดยนักเศรษฐศาสตร์ คือ Jensen และ Meckling ซึ่งมองว่า ปัญหาที่จะเกิดขึ้นจากการทำสัญญาในกรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียไม่ได้เป็นผู้ควบคุมการผลิตด้วยตนเอง โดยทฤษฎีตัวการและตัวแทนมองว่า การตกลงร่วมกันในรูปแบบของสัญญา (Contracts) เกิดขึ้นจากบุคคลฝ่ายหนึ่ง (ผู้ว่าจ้าง/ตัวการ) ได้เข้ามาตกลงแลกเปลี่ยน (Exchange) กับอีกฝ่ายหนึ่ง (ผู้รับจ้าง/ตัวแทน) ซึ่งหากมีตัวแทนเข้ามามีส่วนร่วมในการตกลงทำสัญญานี้ ฝ่ายตัวแทนทำหน้าที่ในการตัดสินใจบางอย่าง หรือให้รับผิดชอบดำเนินการต่าง ๆ แทนฝ่ายตัวการ โดยมีเงื่อนไขสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายตัวแทนนั้น จะได้รับรางวัลตอบแทนการดำเนินงานของตนในระดับที่ยอมรับซึ่งกันและกัน การทำสัญญาในลักษณะที่มีตัวการและตัวแทนนี้ เพื่อขจัดปัญหาบางอย่างซึ่งอาจทำให้นิติสัมพันธ์ หรือเนื้อหาของสัญญานั้นมีความบกพร่องหรือมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน เช่น การที่ตัวการขาดทักษะ และความรู้ความสามารถอย่างที่มีความจำเป็น หรือเพื่อให้เป็นไปตามหลักของ การแบ่งงานกันทำ (Division of Labor) โดยมุ่งหวังงานที่มีประสิทธิภาพสูงสุด

ทฤษฎีดังกล่าวนี้มีข้อสมมติพื้นฐานว่า ปัจเจกบุคคลทั่วไปนั้น เป็นผู้ที่มีเหตุผลพยายามแสวงหาอรรถประโยชน์อันสูงสุด และคำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวเป็นหลัก เมื่อการทำสัญญาในลักษณะของสัญญาตัวการและตัวแทนแล้ว เพื่อเป็นการพิทักษ์ผลประโยชน์ของฝ่ายตัวการนั้น มักทำให้เกิดความขัดแย้งเกี่ยวกับทางผลประโยชน์ขึ้นมา (Conflicts of Interest) ระหว่างฝ่ายตัวการและฝ่ายตัวแทนเกิดขึ้นจำนวนมาก ซึ่งปัญหาความขัดแย้งส่วนใหญ่แล้วมักเกิดจากความสัมพันธ์ที่ไม่สมดุลกัน เพราะฝ่ายตัวแทนมักมีข้อได้เปรียบในเรื่องของการได้รับข้อมูลข่าวสารที่มากกว่า (Information Asymmetry) ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ถึงความไม่แน่นอนของสถานการณ์ (Uncertainty) โดยเฉพาะกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการผลิตที่จำเป็นต้องใช้ทรัพยากรต่างๆ เพื่อนำมาเป็นผลผลิตตามวัตถุประสงค์ของสัญญาหรือความต้องการของฝ่ายตัวการ ฝ่ายตัวแทนนั้นอาจฉวยผลประโยชน์มาเป็นของตัวเอง จากการที่ฝ่ายตัวแทนนั้นมีความสามารถในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารก่อนได้ โดยทฤษฎีนี้ได้แบ่งแยกปัญหาความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นสามารถได้ โดยแบ่งออกเป็นสองลักษณะ คือ การไม่สามารถวัดผล หรือสังเกตพฤติกรรมของตัวแทนเมื่อได้ทำสัญญาไปแล้ว (Moral Hazard) และการได้รับข้อมูลก่อนทำสัญญาอย่างเพียงพอ (Adverse Selection)

ปัญหาเรื่องการไม่สามารถวัดผล หรือสังเกตพฤติกรรมของตัวแทนเมื่อได้ทำสัญญาไปแล้ว เป็นพฤติกรรมที่ตัวแทนได้ฉกฉวยโอกาสโดยอาศัยความได้เปรียบในแง่ของข้อมูลข่าวสาร ซึ่งพฤติกรรมนี้ส่งผลให้ตัวแทนแสวงหาผลประโยชน์ให้ส่วนตัวมากกว่า แม้จะขัดกับเป้าหมายของตัวการก็ตาม ซึ่งปัญหาดังกล่าวทำให้ตัวการต้องมีแนวทางในการพยายามที่จะป้องกันมิให้เสียผลประโยชน์ดังกล่าวให้กับตัวแทน เช่น การสร้างระบบการติดตาม การเพิ่มการตรวจสอบการทำงานของตัวแทน เพื่อให้การดำเนินการของตัวแทนนั้น สอดคล้องกับการตกลงในสัญญาและได้รับประโยชน์อย่างสมบูรณ์ รวมถึงการสร้างกลไกเชิงบังคับให้เป็นตัวแทนที่ดี เพื่อจะจูงใจให้ตัวแทนกระทำการอันเป็นผลประโยชน์ของตัวการเสมอ โดยหวังว่าจะทำให้ผู้ปฏิบัติงานขยันขันแข็ง และมุ่งสู่เป้าหมายอย่างไม่เอาเปรียบตัวการและได้รับผลลัพธ์อย่างสมบูรณ์โดยไม่ต้องทำการตรวจสอบเพื่อมิให้เกิดความขัดแย้งซึ่งกันและกัน

ส่วนปัญหาเรื่องของการได้รับข้อมูลอย่างเพียงพอก่อนทำสัญญา เป็นปัญหาที่เปรียบเสมือนการขจัดปัญหาเดิมเพื่อสร้างปัญหาใหม่ให้กับตัวการ เนื่องจากการทำสัญญาลักษณะที่มีตัวแทน เพื่อให้ตัวการสามารถลดความเสี่ยงเรื่องความรอบรู้ หรือทักษะที่ไม่เพียงพอของตัวการ แต่แท้จริงแล้ว การทำสัญญากับตัวแทน โดยที่ไม่มีความรู้ที่แท้จริง จะมีความเสี่ยงซึ่งเกิดจากการขาดข้อมูลที่เพียงพอ เกี่ยวกับตัวแทนในด้านความสามารถ หรือประสบการณ์ หรือจากการที่ตัวแทนใช้ความได้เปรียบในแง่ของข้อมูลข่าวสาร ทำให้ตัวการอาจเลือกทำสัญญากับตัวแทนที่ไม่ดีที่สุด ดังนั้นตัวแทนจึงต้องมีการพัฒนาให้สัญญามีข้อระบุที่ชัดเจน และมีการประเมินความสามารถก่อนที่จะเข้ามาเสนอทำสัญญากับตัวการ

จากการศึกษาทฤษฎีตัวการและตัวแทน จะเห็นได้ว่า สัญญาตัวการตัวแทน เป็นสัญญาที่เกิดจากการตกลงร่วมกันจากบุคคลสองฝ่าย คือฝ่ายตัวการและตัวแทน ซึ่งฝ่ายตัวการนั้นตกลงให้ฝ่ายตัวแทนทำหน้าที่ในการตัดสินใจบางอย่าง หรือให้รับผิดชอบดำเนินการต่าง ๆ แทนฝ่ายตัวการ โดยมีเงื่อนไขสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างทั้งสองฝ่าย การทำสัญญาในลักษณะที่มีตัวการและตัวแทนนี้ มีเพื่อขจัดปัญหาบางอย่างซึ่งอาจทำให้นิติสัมพันธ์ หรือเนื้อหาของสัญญานั้น มีความบกพร่องหรือมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน เช่น การที่ตัวการขาดทักษะ และความรู้ความสามารถบางอย่างที่มีความจำเป็น โดยมุ่งหวังงานที่มีประสิทธิภาพสูงสุด แต่การทำสัญญาตัวการและตัวแทนนั้น อาจเกิดปัญหาจากการที่ตัวแทนที่ได้รับข้อมูลปฐมภูมิ ใช้ช่องว่างในการรับข้อมูลนั้นเพื่อหาประโยชน์เพื่อตนเอง ดังนั้น เพื่อให้ขจัดปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า นอกจากจะต้องมีการตกลงกันระหว่างตัวการและตัวแทนเพื่อให้ทั้งสองฝ่ายได้รับสิ่งตอบแทนที่พึงพอใจกันทั้งสองฝ่ายแล้ว การให้สิทธิและความคุ้มครองที่จำเป็นและเหมาะสมแก่ทั้งสองฝ่ายนั้นก็มีความสำคัญ เพราะการตกลงที่จะมีการดำเนินการบางอย่างร่วมกันนั้น จะต้องให้สถานภาพที่เหมาะสมและคุ้มครองประโยชน์ต่ออีกฝ่ายอย่างเท่าเทียม ซึ่งเป็นหนึ่งแนวคิดที่เป็นหลักในการทำสัญญาหรือข้อตกลงต่างๆ ที่มีลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำแทนอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อรักษาผลประโยชน์ของอีกฝ่าย ซึ่งหนึ่งในสัญญาดังกล่าวนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความใกล้เคียงกับการทำสัญญาจ้างเหมาบริการ โดยการศึกษาถึงแนวคิดดังกล่าวจะสามารถทำให้ทราบถึงปัญหา และแนวทางแก้ไขปัญหาซึ่งจะศึกษาในบทถัดไป

2.2 แนวคิดเรื่องการทำบุคลาการภาครัฐอยู่ในฐานะผู้กระทำการแทนองค์กรของรัฐ และฐานะผู้กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ

แนวคิดเรื่องบุคลาการภาครัฐในฐานะผู้กระทำการแทนองค์กรของรัฐ เริ่มมีแนวคิดนับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พ.ศ.2475 ประเทศไทยได้เปลี่ยนการปกครองจากการที่ปกครองโดยมนุษย์ มาเป็นประเทศที่มีการปกครองโดยกฎหมาย(government of law and not of men) กล่าวคือ เป็นรัฐที่มีการแยกอำนาจรัฐออกจากตัวบุคคล (กษัตริย์) ออกไปเป็นของนิติบุคคลที่เรียกว่า “รัฐ”⁴³ ซึ่งรัฐ ถือเป็นบุคคลสมมุติในทางกฎหมายที่ไม่อาจกระทำการใดๆได้เอง ต้องเกิดจากการกระทำ ซึ่งได้มอบเจตนาผ่านทางบุคคลธรรมดาซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้แทนของรัฐ โดยเป็นการให้บุคคลธรรมดาเข้าปฏิบัติงานเป็นบุคลาการของรัฐ ที่มีการกิจเป็นการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในรัฐ และเนื่องจากการนำบุคคลธรรมดาเข้ามาปฏิบัติงานซึ่งส่งผลโดยตรงกับประโยชน์สาธารณะนั้น จำเป็นต้องมีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือในการจัดระบบดังกล่าว หรือเรียกกันว่าการจัดระบบโดยงานบริหารบุคลาการของรัฐ เพื่อให้สามารถตอบสนองภารกิจของรัฐในการรักษาประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Public Interest)

ในปัจจุบันที่ประเทศไทยถือเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย ซึ่งจึงจำเป็นต้องมีการจัดโครงสร้างให้ “หน่วยย่อย” เข้ามากระจายอำนาจในการจัดระบบเอกชนเพื่อบังคับให้เอกชนสามารถกระทำการหรือละเว้นกระทำการกระทำบางอย่าง⁴⁴ เพื่อให้ภารกิจของรัฐสามารถดำเนินการต่อไปได้อย่างถูกต้อง และมีแนวทางที่เป็นมาตรฐานซึ่งหน่วยย่อยของรัฐที่ถูกกำหนดขึ้น เรียกว่า “องค์กรของรัฐ” แต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีการจัดโครงสร้างให้มีการกระจายอำนาจสู่องค์กรของรัฐแล้ว แต่องค์กรของรัฐนั้นก็ยังคงมีสถานะเป็นนามธรรม ซึ่งไม่สามารถกระทำการใดๆได้ด้วยตนเอง ดังนั้น องค์กรของรัฐเอง ก็จำเป็นต้องแสดงออกทางการกระทำหรือเจตนาผ่านทางผู้ที่ดำรงตำแหน่งในองค์กรของรัฐหรือหน่วยย่อยขององค์กรของรัฐนั้นๆ ซึ่งเรียกว่า “องค์กรเจ้าหน้าที่”⁴⁵ โดยมีการใช้กฎระเบียบต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางว่า องค์กรเจ้าหน้าที่นั้นมีอำนาจของรัฐอย่างไร ซึ่งไม่ผูกพันกับองค์กรเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว และองค์กรเจ้าหน้าที่นั้นจะยังคงเป็นตำแหน่งที่มีการดำรงตำแหน่งอยู่สืบไป ไม่ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวบุคคลผู้ปฏิบัติหน้าที่นี้ จนกว่าจะมีการยุบหรือยกเลิกตำแหน่งนั้นโดยกฎหมาย⁴⁶

ในการที่มีบุคคลธรรมดาเข้ามากระทำการในนามขององค์กรของรัฐได้นั้น โดยหลักแล้วมีวิธีการเข้ามาดำรงตำแหน่งอยู่สองรูปแบบ คือ โดยผลของกฎหมายหรือโดยการกำหนดของกฎหมาย และการเข้ารับตำแหน่งโดยการแต่งตั้ง⁴⁷ ดังนั้น ในการเข้ามาดำรงตำแหน่งองค์กรเจ้าหน้าที่

⁴³ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และ กฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2561. หน้า 45.

⁴⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม. 2540. หน้า 3.

⁴⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. *คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพมหานคร: โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2557. หน้า 27.

⁴⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า 106.

⁴⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 107.

ของรัฐนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมายกำหนด และสามารถดำรงตำแหน่งได้ตามวาระ และพ้นจากตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนด โดยคำนึงถึงหลักนิติรัฐนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เมื่อปัจจุบันภารกิจของรัฐมีการขยายตัวและมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นตามความต้องการของประชาชน ทำให้บุคคลธรรมดาที่มาเป็นผู้กระทำการในนามขององค์กรของรัฐนั้น ไม่จำเป็นต้องมีนิติสัมพันธ์กับรัฐในลักษณะที่มีอำนาจเหนือประชาชนเท่านั้น แต่รัฐสามารถเลือกวิธีที่ให้ตัวแทนของรัฐ คือบุคคลธรรมดาที่ดำรงตำแหน่งเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถทำสัญญาจ้างแรงงานกับบุคคลธรรมดาได้อีกทางหนึ่ง ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมาย และมีอำนาจหน้าที่ความรับผิดชอบในภารกิจของรัฐ รวมถึงการได้รับค่าตอบแทน สิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ ซึ่งแตกต่างจากบุคคลที่เข้ามาดำรงตำแหน่งโดยผลของกฎหมาย หรือโดยวิธีการแต่งตั้งซึ่งเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐตามกฎหมายข้าราชการอยู่หลายประการด้วยกัน

แนวคิดที่เห็นว่าบุคลากรภาครัฐในฐานะผู้จัดทำบริการสาธารณะ เป็นแนวคิดที่เกิดขึ้นมาควบคู่กับการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมของมนุษย์ แต่ได้พัฒนาแนวคิดดังกล่าวขึ้นมาเป็นหลักการพื้นฐานในการปกครองของรัฐในประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากในประเทศฝรั่งเศส ได้มีการยอมรับแนวความคิดที่ว่า รัฐมีสภาพบุคคลเป็นของตนเองตามหลักความเป็นนิติบุคคลของรัฐ ดังนั้นการมีสภาพบุคคลจึงทำให้รัฐนั้นมีภารกิจ หรือ “งาน” เป็นของตนเอง ซึ่งงานของรัฐนั้น ได้ยอมรับกันในหลากหลายชื่อ แต่ต่อมาได้ปรากฏคำว่า “บริการสาธารณะ” ขึ้นมาโดยในตอนต้น คำว่า บริการสาธารณะ หมายความว่า กิจกรรมของ “ฝ่ายปกครอง” ทุกประเภท ต่อมาได้พัฒนาความหมายว่า หมายความว่า เฉพาะแต่กิจกรรมของรัฐที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ หรือสิ่งที่รัฐดำเนินการให้แก่ประชาชน เพื่อตอบสนองการเสียภาษีของประชาชน⁴⁸ ที่ผู้จัดทำนั้นต้องเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานทางปกครองเท่านั้น ดังนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า บริการสาธารณะ เป็นงานหรือกิจกรรมประเภทหนึ่งซึ่งรัฐโดยองค์กรของรัฐซึ่งเป็นฝ่ายปกครอง มีหน้าที่จัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยอาจแบ่งประเภทบริการสาธารณะได้อย่างกว้างๆออก เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ⁴⁹

(1) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ งานหรือกิจกรรมที่ฝ่ายปกครองต้องจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน โดยเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบสุขเรียบร้อยของประชาชนทั้งภายในและภายนอกรัฐ โดยมีความสำคัญในการแสดงถึงอำนาจการปกครองหรืออำนาจอธิปไตยในรัฐ ซึ่งเป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สามารถบ่งบอกหรือพิจารณาว่าเป็นรัฐ⁵⁰ ดังนั้น ในการดำเนินการที่เป็นบริการสาธารณะประเภทนี้ จึงจำเป็นต้องอาศัยอำนาจรัฐในการล่วงล้ำเข้าไปในแดนของเอกชน เพื่อสามารถเป็นการบังคับทางกฎหมาย การบริการสาธารณะประเภทนี้จึง

⁴⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. พิมพ์ครั้งที่ 4.

กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2552. หน้า 20.

⁴⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. *สัญญาทางปกครอง*. พิมพ์ครั้งที่ 5 .กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน. 2556. หน้า 27-28.

⁵⁰ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. *วิสาทกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิง ประวัติศาสตร์ และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2529. หน้า 9.

จำเป็นต้องให้องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองเท่านั้นที่สามารถเป็นผู้ดำเนินการ โดยไม่สามารถมอบให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐได้

(2) บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับการให้บริการของเอกชน กล่าวคือ มีการผลิต จำหน่าย การปันผลที่ได้จากการดำเนินกิจกรรม ซึ่งการบริการสาธารณะประเภทนี้ เป็นการดำเนินการที่รัฐโดยฝ่ายปกครองไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเองเสมอไป แต่รัฐสามารถมอบอำนาจให้กับเอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐในการให้บริการสาธารณะที่มีลักษณะดังกล่าวได้

ดังนั้น โดยหลักแล้ว การจัดทำบริการสาธารณะ จึงเป็นงานหรือภารกิจของรัฐ ซึ่งโดยหลักแล้ว “รัฐ” จะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะในระดับชาติ รวมถึงการมี “องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น” เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่นเป็นผู้นำหรือผู้ควบคุมงาน เพื่อสนองความต้องการของส่วนรวมของประชาชน⁵¹ เว้นเสียแต่จะเป็นกรณีที่เป็นการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ที่รัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะแทนตนได้

จากที่กล่าวมา รัฐมีเพียงสภาพนิติบุคคลสมมุติที่ไม่อาจกระทำหรือไม่กระทำการใดได้ด้วยตนเอง ดังนั้นในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะใดๆ รัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยเครื่องมือต่างๆ เข้ามาดำเนินการแทนตน อันได้แก่⁵² (1) มาตรการทางกฎหมาย (2) บุคลากรของรัฐ (3) ทรัพย์สิน และ (4) อำนาจรัฐ ซึ่งหากกล่าวเฉพาะในส่วนของบุคลากรของรัฐ⁵³ เป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองที่จำต้องอาศัยอำนาจรัฐและสถานะการเป็นของบุคลากรภาครัฐในการดำเนินการเท่านั้น เนื่องจากไม่อาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐได้ จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐย่อมไม่สามารถดำเนินการใดๆ ให้บรรลุผลตามภารกิจของรัฐได้เลยหากปราศจากบุคลากรภาครัฐ และยิ่งไปกว่านั้นหากปราศจากเสียซึ่งบุคลากรภาครัฐในฐานะผู้จัดทำบริการสาธารณะรัฐนั้น รัฐย่อมไม่ครบองค์ประกอบความเป็นรัฐอย่างครบถ้วนสมบูรณ์อันจะทำให้มีสถานะเป็นรัฐตามกฎหมายได้เลย เพราะบริการสาธารณะนั้นเป็นหนึ่งในองค์ประกอบที่สำคัญแห่งความเป็นรัฐ⁵⁴

2.3 แนวคิดเรื่องความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

แนวความคิดของการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐหากได้มีการกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นในการปฏิบัติหน้าที่ หรือตามหน้าที่ปกติของการปฏิบัติงาน และการกระทำนั้นมิได้เกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น หากจะศึกษาถึงแนวคิดการบัญญัติพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว จึงเห็นควรศึกษาว่า การกระทำในลักษณะที่เป็นละเมิดนั้น มีลักษณะอย่างไร และการ

⁵¹ ประยูร กาญจนกุล. *คำบรรยายกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2523. หน้า 109.

⁵² จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 50. หน้า 97.

⁵³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. *อ้างแล้ว* เชียงธรรมที่ 49. หน้า 101.

⁵⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 32.

กระทำละเมิดอย่างใดจึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว โดยหากกล่าวถึงความหมายของการกระทำละเมิดนั้น มีนักกฎหมายให้ความหมายเอาไว้เป็นจำนวนมาก และอาจกล่าวได้ว่าความหมายที่ได้จากการจำกัดความของนักกฎหมายแต่ละท่าน จะมีคำจำกัดความที่ใกล้เคียงกัน เช่น

ศาสตราจารย์ ดร.จิต เศรษฐบุตร ให้ความหมายของละเมิด ไว้ว่า “ละเมิดเป็นกรณีที่มีการกระทำอันทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน เป็นเหตุให้ผู้กระทำถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น ทั้งนี้ นอกขอบเขตการกระทำที่เนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามหนี้ในสัญญา”⁵⁵

ศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล “ละเมิด ได้แก่ การกระทำหรือเหตุการณ์ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ละเมิดเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งอย่างหนึ่ง คือ ก่อนมีการละเมิดยังไม่มีหนี้เกิดขึ้น เมื่อมีการละเมิดแล้วจึงมีหนี้เกิดขึ้นดังที่เรียกกันว่า เป็นหนี้ที่เกิดโดยผลของกฎหมายมิใช่โดยเจตนาก่อนหนี้”⁵⁶

ศาสตราจารย์ ชูศักดิ์ ศิรินิล “ละเมิด (torts) เป็นการกระทำให้ผู้อื่นเสียหายล่วงสิทธิของผู้อื่นโดยปราศจากอำนาจหรือเกินกว่าอำนาจที่ตนมีอยู่ ทำให้ผู้อื่นนั้นได้รับความเสียหายต่อสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งที่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครองอยู่”⁵⁷

รองศาสตราจารย์ สุขุม ศุภนิิตย์ “การกระทำอันเป็นละเมิด หมายความว่า การกระทำให้เกิดเสียหายต่อบุคคลอื่นโดยไม่มีสิทธิหรือที่เรียกว่าล่วงสิทธิผิดหน้าที่ ซึ่งหมายความว่า การล่วงล้ำเข้าไปทำให้เสียหายต่อสิทธิของผู้อื่น อันตนมีหน้าที่จักต้องเคารพในสิทธินั้น”⁵⁸

ดังนั้น หากพิจารณาถึงนิยามคำว่าละเมิด ของตัวอย่างการนิยามที่กล่าวกล่าวมาข้างต้นแล้ว สิ่งที่จะเกิดขึ้นเป็นละเมิดได้นั้น คือ ต้องมีการกระทำที่ทำให้เกิดความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่ง และความเสียหายนั้นจะเป็นความเสียหายที่มีกฎหมายรองรับว่า สามารถได้รับค่าทดแทนจากผลของการละเมิดนั้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามภารกิจของหน่วยงานนั้น อาจมีเหตุการณ์ที่ทำให้เกิดความเสียหาย ซึ่งในความเสียหายเกิดต่อบุคคลอื่น หรือหน่วยงานอื่นนั้น มักเกิดขึ้นจากการกระทำความผิดทางละเมิด ซึ่งไม่หากไม่มีการบัญญัติพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายใดๆมารับรอง หรือคุ้มครองการกระทำนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบ โดยพิจารณาความรับผิดชอบตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เสมือนกับว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่ได้มีความแตกต่างจากบุคคลทั่วไปแต่อย่างใด ก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิดจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายที่เกิดขึ้นเต็มจำนวนความเสียหาย เสมือน

⁵⁵ จิต เศรษฐบุตร. *กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล.* วารสารนิติศาสตร์. (เล่ม 3 ตอน 2 กันยายน 2514). 2514. หน้า 119-120.

⁵⁶ วารี นาสกุล. *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้.* กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิบูลย์กิจการพิมพ์. 2544. หน้า 5.

⁵⁷ ชูศักดิ์ ศิรินิล. *ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งลามิควรได้.* กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง. 2526. หน้า 1.

⁵⁸ สุขุม ศุภนิิตย์. *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด.* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ. 2543. หน้า 12.

หนึ่งว่าได้กระทำผิดในฐานะส่วนตัว หากเกิดการกระทำของเจ้าหน้าที่หลายคน เจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องทุกคนก็ต้องร่วมกันรับผิดชอบอย่างลูกหนึ่งรวม โดยเจ้าหน้าที่ทุกคนที่เกี่ยวข้องต้องร่วมกันชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในความเสียหายนั้นจนเต็มจำนวนความเสียหาย ซึ่งการกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว กลายเป็นอุปสรรคอย่างสำคัญในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ เพราะเหตุนี้ หากได้กระทำการใดแล้วโดยขาดความระมัดระวัง จนกระทั่งการกระทำของตน ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ตนจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดขึ้นทั้งหมด ซึ่งจะเกิดผลเสียกับรัฐเป็นอย่างมาก เพราะการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่กล้าตัดสินใจกระทำการตามหน้าที่นี้ จะส่งผลโดยตรงต่อประสิทธิภาพในการดำเนินการอย่างเป็นทางการของรัฐ เช่น จัดทำบริการสาธารณะของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งในที่สุด ผลเสียก็จะตกแก่ประชาชน⁵⁹

จากความเป็นมาและสภาพปัญหาดังกล่าว จึงมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติ ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยมีเจตนารมณ์ปรากฏตามเหตุผลท้ายพระราชบัญญัติ กล่าวคือ “การที่เจ้าหน้าที่ดำเนินการกิจการต่าง ๆ ของหน่วยงานของรัฐนั้น หาได้เป็นไปเพื่อประโยชน์อันเป็นการเฉพาะตัวไม่การปล่อยให้ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่ปฏิบัติงานในหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงเป็นการไม่เหมาะสม ก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่า เจ้าหน้าที่ จะต้องรับผิดชอบในการกระทำต่าง ๆ เป็นการเฉพาะตัวเสมอไป เมื่อการที่เข้าไปทำให้หน่วยงานของรัฐ ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกเพียงใด ก็จะมีการฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่เต็มจำนวนนั้น ทั้งที่บางกรณีเกิดขึ้นโดยความไม่ตั้งใจหรือความผิดพลาดเล็กน้อยในการปฏิบัติหน้าที่ นอกจากนั้น ยังมีการนำหลักเรื่องลูกหนึ่งรวมในระบบกฎหมายแพ่งมาใช้บังคับ ให้เจ้าหน้าที่ต้องร่วมรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ผู้อื่นด้วย ซึ่งระบบนั้นมุ่งหมายแต่จะได้รับเงินครบ โดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมที่จะมีต่อแต่ละคน กรณีเป็นการก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหน้าที่ และยังเป็นการบั่นทอนขวัญและกำลังใจในการทำงานของเจ้าหน้าที่ด้วย จนบางครั้งกลายเป็นปัญหาในการบริหาร เพราะเจ้าหน้าที่ไม่กล้าตัดสินใจดำเนินงานเท่าที่ควร เพราะเกรงความรับผิดชอบที่จะเกิดแก่ตน อนึ่ง การให้คุณให้โทษแก่เจ้าหน้าที่ เพื่อควบคุมการทำงานของเจ้าหน้าที่ ยังมีวิธีการในการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัย กำกับดูแลอีกส่วนหนึ่งอันเป็นหลักประกัน มิให้เจ้าหน้าที่ทำการใด ๆ โดยไม่รอบคอบอยู่แล้ว ดังนั้นจึงสมควรกำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบทางละเมิดในการปฏิบัติงานในหน้าที่เฉพาะเมื่อเป็นการจงใจกระทำเพื่อการเฉพาะตัว หรือจงใจให้เกิดความเสียหาย หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น และให้แบ่งแยกความรับผิดของแต่ละคนมิให้นำหลักลูกหนึ่งรวมมาใช้บังคับ ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและเพิ่มพูนประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของรัฐ”⁶⁰

เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการบัญญัติพระราชบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า แนวคิดในการตราพระราชบัญญัตินี้เน้นไปที่การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ปฏิบัติงานอันอยู่ใน

⁵⁹ ปกรณ์ นิลประพันธ์. *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539*.

19 มิถุนายน 2565 สืบค้นจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=612>

⁶⁰ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 113 ตอนที่ 60 ก เมื่อวันที่ 14 พฤศจิกายน 2539.

กรอบของอำนาจหน้าที่ โดยที่ไม่เป็นการกระทำความผิดที่เป็นไปในทางจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และเป็นแนวคิดที่คำนึงถึงประสิทธิภาพในการทำงาน ที่อาจเกิดความผิดพลาดหรือมีผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐ แต่เป็นความผิดที่เป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชน ซึ่งหน่วยงานของรัฐนั้นจะต้องดำเนินการให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด แต่หากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเป็นฟันเฟืองในการพัฒนานี้ไม่สามารถดำเนินการได้อย่างเต็มประสิทธิภาพเนื่องจากปัญหาความไม่มั่นคงในการปฏิบัติงานนั้นแล้ว การจะบรรลุถึงเป้าหมายดังกล่าวนั้นคงเป็นไปได้ยาก ดังนั้น การบัญญัติกฎหมายฉบับนี้ จึงมีแนวคิดในเรื่องการให้ความคุ้มครองเสียมากกว่าการบัญญัติโทษให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงเป็นการคุ้มครองผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการดำเนินการที่เข้าข่ายที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย เพราะหากให้เจ้าหน้าที่ของรัฐรับผิดโดยตรงเสมือนกับเอกชนกระทำละเมิดกันเองแล้วไซ้ การได้รับการชดใช้หรือเยียวยาความเสียหาย ย่อมเกิดขึ้นได้ช้ากว่าที่รัฐจำเป็นผู้ดำเนินการเอง ส่วนเรื่องการไล่เบี้ยจากเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นว่าจะทำได้หรือไม่ หรือหากกระทำได้แล้วจะไล่เบี้ยได้เท่าใดนั้น จึงจะพิจารณากันในขั้นตอนถัดไป

3. แนวคิดและทฤษฎีการคุ้มครองสวัสดิการของรัฐ

3.1 ทฤษฎีการจัดสวัสดิการของมอลตี (M.V. Moorthy) เป็นแนวคิดที่เป็นต้นแบบที่ว่า รัฐต้องมอบสวัสดิการพื้นฐานที่ให้กับเจ้าหน้าที่ โดยเป็นแนวความคิดพื้นฐานที่มองว่ามนุษย์ที่ปฏิบัติงานในองค์กรของรัฐ มีความจำเป็นต้องได้รับสิทธิบางอย่างที่มากกว่าบุคคลทั่วไปที่มีได้ปฏิบัติงานในองค์กร และสามารถเป็นแนวคิดที่ทำให้เห็นว่า การได้รับมาซึ่งสวัสดิการต่างของเจ้าหน้าที่ในองค์กรนั้นมีที่มาได้อย่างไร⁶¹ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้กล่าวไว้ว่า

1. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของนโยบายหรือการบังคับควบคุม (The policing theory of labour welfare) โดยในความคิดนี้ มีความเชื่อว่า มนุษย์ส่วนใหญ่มีแนวโน้มที่เป็นคนดีลดลง และเป็นคนชั่วมากขึ้น แม้แต่การปฏิบัติในองค์กรของรัฐนั้น ก็จะมีช่องทางที่ผู้มีอำนาจจะเอารัดเอาเปรียบจากเจ้าหน้าที่ได้หากมีโอกาส โดยสรรหาวิธีการต่างเพื่อจะเอาเปรียบผู้อื่น ซึ่งจะทำให้เจ้าหน้าที่หรือลูกจ้างนั้นเกิดหมดกำลังใจในการทำงาน ซึ่งจะส่งผลให้การทำงานนั้นมีประสิทธิภาพลดลง เพราะรัฐนั้นปราศจากซึ่งการกำหนดมาตรการที่ทำให้เกิดความมั่นคงของรัฐ (State Security) ดังนั้น การกำหนดกฎหมายคุ้มครองแรงงานจึงเป็นสิ่งจำเป็นและที่ไม่สามารถหลีกเลี่ยงได้ จึงถือได้ว่า จากแนวความเชื่อเรื่องของการบังคับควบคุม เป็นมูลเหตุให้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อบังคับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม ป้องกันการกดขี่จากนายจ้าง และเป็นเครื่องมือสำหรับใช้ในการตรวจตราการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ภาครัฐ⁶²

2. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นความเชื่อทางศาสนา (The religious theory of labour welfare) แนวคิดการจัดสวัสดิการนี้มีความเชื่อที่ว่า การกระทำสิ่งใดย่อมได้รับผลเช่นนั้น

⁶¹ สุรางค์รัตน์ วศินารมณ. *สวัสดิการในองค์กร : แนวคิดและวิธีการบริหาร*. กรุงเทพฯ, เม็ดทรายพริ้นติ้ง. 2540. หน้า 32

⁶² เรื่องเดียวกัน

หากเริ่มจากการกระทำที่ดีย่อมได้รับผลตอบแทนที่ดี แต่หากเป็นการกระทำชั่วก็ย่อมได้รับผลเช่นนั้น ดังนั้น หากนายจ้างได้ดำเนินการที่เป็นศีลธรรมทางศาสนา การจัดสรรสวัสดิการให้แก่ลูกจ้างนั้นก็เพื่อให้ลูกจ้างมีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น และนายจ้างก็จะได้รับผลตอบแทนที่ดีจากผลงานที่ลูกจ้างได้ปฏิบัติงานให้แก่นายจ้างเช่นกัน

3. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของความรักเพื่อนมนุษย์ (The philanthropic theory of labour welfare) แนวความคิดนี้ เป็นแนวความคิดที่มีความเชื่อว่า มนุษย์เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีความรักและผูกพันซึ่งกันและกัน ดังนั้น หากมีฝ่ายใดที่ต้องการความช่วยเหลือนั้น อีกฝ่ายย่อมช่วยเหลือหรือให้การดูแลเสมอ ดังนั้น นายจ้างที่มีความคิดในลักษณะนี้ จะมีการให้สวัสดิการแก่ลูกจ้างโดยไม่จำเป็นต้องหวังผลประโยชน์ตอบแทน เพราะถือว่าเป็นผู้ที่มีต้นทุนที่สูงกว่า จึงเป็นให้สวัสดิการกับผู้ที่มีต้นทุนน้อยกว่าตนเอง⁶³

4. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของการปฏิบัติแบบบิดาต่อบุตร (The paternalistic theory of labour welfare) เป็นแนวความคิดที่ว่า นายจ้างและลูกจ้างนั้นมีความสัมพันธ์กันแบบพ่อกับลูก หรือความสัมพันธ์เชิงเครือญาติ เมื่อคราวที่ลูกนั้นยังไม่สามารถดำเนินการใดๆได้อย่างเต็มที่ เนื่องจากยังไม่สามารถช่วยเหลือตัวเองได้ พ่อก็ต้องให้การอุปถัมภ์แก่ลูกต่อลูก โดยแนวคิดนี้มีแนวทางว่า การที่นายจ้างและลูกจ้าง มีลักษณะความสัมพันธ์กันแบบอุตสาหกรรมครอบครัว หรือมีผลประโยชน์ร่วมกันนั้น สมาชิกในครอบครัวที่มีอาวุโสกว่า จำต้องเป็นผู้ที่ได้รับบทบาทของการเป็นผู้จัดหาด้านสวัสดิการ และดูแลสนับสนุนผู้ที่ยาวกว่าตนเอง ดังนั้น นายจ้างผู้ที่มีอาวุโสกว่าในองค์กร จึงจำต้องได้รับบทบาทของผู้ที่ริเริ่มจัดหาสวัสดิการให้กับลูกจ้างเช่นกัน

5. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของการป้องกันการเรียกร้อง (The placating theory of labour welfare) เป็นแนวที่เกิเกิดขึ้นจากการมองว่า ลูกจ้างทุกคนนั้นมีสิทธิในการรักษาผลประโยชน์ของตนเอง และการรักษาผลประโยชน์ที่เกิดประสิทธิภาพมากที่สุดคือ การรวมกลุ่มซึ่งใช้เจตนาร่วมกันเพื่อเรียกร้องผลประโยชน์ ซึ่งหนึ่งในผลประโยชน์นั้นคือสวัสดิการของตนเอง และเมื่อลูกจ้างได้มีข้อเรียกร้องให้นายจ้างดำเนินการให้กับลูกจ้างแล้ว นายจ้างไม่อาจละเลยต่อการเรียกร้องของลูกจ้างได้อีก เพราะการละเลยดังกล่าว อาจนำมาสู่การเบาะแว้งซึ่งจะทำให้งานหยุดชะงักลงได้ ดังนั้น การให้ความสนใจต่อสวัสดิการแรงงานนั้น เป็นไปในลักษณะที่ป้องกันข้อเรียกร้องของลูกจ้างซึ่งทฤษฎีนี้จะได้ผลลัพธ์ที่ดีได้ก็ต่อเมื่อ นายจ้างเห็นว่าการจัดสรรสวัสดิการให้กับลูกจ้างนั้นมีความสำคัญ เพราะหากนายจ้างไม่ได้ให้ความสำคัญแล้ว แนวทางการจัดสรรสวัสดิการก็จะไม่เกิดขึ้น ทฤษฎีนี้จึงไม่ได้เป็นการบังคับใช้กฎหมายให้จัดสรรสวัสดิการแก่แรงงานโดยตรง แต่เป็นการบังคับในทางอ้อม เพราะถ้านายจ้างทุกคนปฏิบัติตามแนวทางทฤษฎีนี้ ก็จะเป็นการป้องกันหรือลดข้อเรียกร้องจากลูกจ้างลงได้

6. การจัดสวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของการประชาสัมพันธ์ (The public relations theory of labour welfare) โดยแนวคิดดังกล่าวมองว่า การจัดการเรื่องสวัสดิการแรงงานนั้นเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดความเชื่อมั่นในองค์กร ว่าองค์กรนั้นมีความมั่นคงและน่าเชื่อถือ การเข้าปฏิบัติงานในองค์กร

⁶³ เรื่องเดียวกัน. หน้า 33.

จะได้รับความสนับสนุนทางด้านสวัสดิการ ซึ่งถือเป็นการประชาสัมพันธ์ทางอ้อมให้ประชาชนมีความนิยมชมชอบในองค์กร หรือผลผลิตที่มาจากองค์กรนั้น อย่างไรก็ตาม การจัดสรรสวัสดิการแรงงาน แนวคิดนี้ อาจขาดความจริงใจและไม่ได้อยู่บนพื้นฐานความต้องการของบรรดาลูกจ้างอย่างแท้จริง เพราะนายจ้างมุ่งผลด้านการโฆษณาประชาสัมพันธ์และสร้างชื่อเสียงให้ตนเองมากกว่าการจัดสวัสดิการแรงงานอย่างแท้จริง ซึ่งในรูปแบบนี้ไม่ต้องบังคับใช้กฎหมาย

7. สวัสดิการแรงงานเป็นเรื่องของความเหมาะสมในการปฏิบัติ (The functional theory of labour welfare) แนวคิดดังกล่าว มีลักษณะที่มองเห็นว่า การจัดสรรเรื่องสวัสดิการแรงงานนั้น เป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงาน เพราะการทำงานนั้นย่อมมีสิ่งจูงใจในหลากหลายด้าน แต่หนึ่งในแรงจูงใจที่มีผลต่อการทำงานมากคือ แรงจูงใจด้านความมั่นคงในการทำงาน หากลูกจ้างได้รับแรงจูงใจดังกล่าว ย่อมเกิดการการทำงานที่พึงพอใจ ดังนั้น การเอาใจใส่ลูกจ้างโดยการเพิ่มเติมสวัสดิการแรงงานนั้น จะทำให้ผลงานที่เกิดจากลูกจ้างนั้นมีปริมาณและคุณภาพที่เพิ่มมากขึ้น และผลประโยชน์ก็จะตกอยู่กับทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นลูกจ้าง นายจ้าง ผลประกอบการ รวมถึงประชาชนอีกด้วย ซึ่งการจัดสรรสวัสดิการแรงงานในรูปแบบนี้ มีความเป็นไปได้มากกว่าทฤษฎีอื่นๆ เนื่องจากนายจ้างได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ขององค์กรมาก่อนสิ่งอื่นใด โดยการมีเป้าหมายของการทำงานคือ ผลประกอบการแล้ว สิ่งที่จะทำให้เกิดผลลัพธ์นี้คือ นายจ้างสามารถจัดสรรสวัสดิการแรงงานให้แก่ลูกจ้างอย่างเหมาะสม⁶⁴

จากการศึกษาแนวคิดการคุ้มครองแรงงาน จากทฤษฎีการจัดสวัสดิการของมอลต์นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การให้ความคุ้มครองแรงงานนั้นเป็นสิ่งที่ควรให้ความสำคัญ และสมควรได้รับการจัดการให้เกิดขึ้นในทุกๆ กิจกรรมที่มีการจ้างแรงงาน แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันในเรื่องของแนวคิดเรื่องที่มาของการจัดการสวัสดิการแรงงาน ไม่ว่าจะเป็นความคิดเรื่องความเชื่อ ศาสนา ความสัมพันธ์ หรือการมองผลประโยชน์ที่ได้รับร่วมกันของนายจ้างและลูกจ้าง แต่ผลลัพธ์ของการดำเนินการนั้นมีเป้าหมายเดียวกัน คือทำให้เกิดผลประโยชน์ของนายจ้าง ลูกจ้าง และองค์กรอย่างเหมาะสม และเป็นรากฐานของความมั่นคงขององค์กร ซึ่งจะส่งผลต่อภาพลักษณ์ รวมถึงผลประโยชน์อย่างอื่น ทั้งรายได้หรือผลประโยชน์ที่เกิดจากการที่ลูกค้าเห็นถึงความน่าเชื่อถือจากองค์กรต่อไป

3.2 แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองการจ้างแรงงาน

แนวคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานนั้น เกิดขึ้นมาในสมัยปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial revolution) ในอังกฤษ ไปจนถึงการจัดตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization หรือ ILO) ในช่วงต้นศตวรรษ ที่ 20 ซึ่งมีที่มาจากการหาหลักการที่สมดุลระหว่างทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับแรงงานอยู่ 2 ทฤษฎี คือ ทฤษฎีเสรีนิยม (Liberalism) และมาร์กซิส (Marxism) โดยทั้งสองทฤษฎีนี้มีการพัฒนามาควบคู่กัน และมีอิทธิพลกับทฤษฎีอีกฝ่ายด้วย

ทฤษฎีเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานนั้น เกิดขึ้นมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมเมื่อปลายศตวรรษที่ 18 เนื่องจากมีการขยายของตัวเมือง และมีการผลิตเพื่ออุตสาหกรรมจำนวนมาก (mass production) จึงเกิดการจ้างแรงงานเพื่อไปใช้ในการผลิต ทำให้แนวทางการวัดคุณภาพชีวิตสามารถพิจารณาจากการทำงานในฝ่ายอุตสาหกรรมและการจ้างแรงงานได้ ต่อมาในช่วง

⁶⁴ เรื่องเดียวกัน. หน้า 34-35.

คริสต์ศตวรรษที่ 19 มีความสนใจในทฤษฎีเสรีนิยมคลาสสิก (Classical Liberalism) มากขึ้น โดยมีจุดเริ่มต้นจากงานเขียนของ Adam Smith และ David Ricardo เรื่อง Labour Theory of Value ซึ่งสามารถสรุปใจความสำคัญได้ว่า มูลค่าของสินค้าจะถูกกำหนดจากแรงงานที่ผลิตสินค้านั้น⁶⁵ หรือมีความหมายว่า แรงงานนั้น มีมูลค่าและส่งผลโดยตรงต่อการแลกเปลี่ยนสินค้าเช่นกัน แม้ว่าทฤษฎีดังกล่าวจะมีได้วางหลักการเรื่องสิทธิของแรงงานหรือการคุ้มครองแรงงานไว้ แต่ถือเป็นจุดเริ่มต้นของการเชื่อมโยงแรงงานเข้ากับการแลกเปลี่ยนค่าหรือบริการ และนำไปสู่การพัฒนาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับแรงงานอีกมากมาย

หนึ่งในทฤษฎีที่เป็นต้นแบบของหลักการการคุ้มครองแรงงานนั้น คือ ทฤษฎีมาร์กซิส (Marxism) ของ คาร์ล มาร์ค (Karl Marx) ซึ่งเป็นทฤษฎีที่ต่อยอดแนวความคิดของ Smith และ Ricardo โดยต่อยอดเรื่องที่ยอมรับว่า แรงงานเป็นปัจจัยการผลิต (factor of production) ที่สำคัญ และแรงงานนั้นเป็นผู้ที่นำไปสู่สร้างสรรค์สินค้าและสังคม แต่มาร์คมองว่า มูลค่าของแรงงานนั้นจะต้องมีการตีมูลค่า ซึ่งสามารถคำนวณได้จากการได้รับการดูแลจากสังคมที่ทำให้แรงงานนั้นสามารถทำงานได้ โดยคิดมูลค่านั้นออกเป็นชั่วโมง รวมถึงการมอบอาหาร เสื้อผ้า และที่อยู่อาศัย⁶⁶ และหากไม่มีการมอบสิ่งเหล่านี้ให้กับแรงงาน หรือมีการแสวงหาผลประโยชน์จากนายทุนที่ต้องการเอาเปรียบแรงงานนั้น สังคมก็จะไม่เกิดความยุติธรรม ดังนั้น ทฤษฎีมาร์กซิส จึงได้กลายเป็นจุดเริ่มต้นของทฤษฎีที่ให้ความสำคัญแก่สิทธิและสวัสดิการของแรงงาน และเป็นสัญลักษณ์ของการต่อสู้เรื่องความไม่เท่าเทียมกันในสังคม ระหว่างชนชั้นนายทุนและชนชั้นผู้ใช้แรงงาน

ต่อมาได้เกิดทฤษฎีเสรีนิยมใหม่ (Neoliberalism) ซึ่งมีแนวคิดที่ว่า ปัจเจกชนสามารถทำงาน ลงทุน หรือค้าขายได้ หากกลไกตลาดสามารถทำงานได้อย่างอิสระ และปัจเจกชนสามารถพิจารณาจุดคุ้มทุนของธุรกิจของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น การลงทุนจะย้ายไปในพื้นที่ที่ให้ผลประโยชน์ตอบแทนมากที่สุด ส่วนแรงงานจะย้ายถิ่นฐานการทำงานไปในที่มีค่าแรงสูงที่สุด รวมถึงในช่วงเวลาดังกล่าว มีการค้าขายระหว่างประเทศเพิ่มมากขึ้น จึงมีการขยายตัวของตลาดและการผลิตวัตถุดิบเพื่องานด้านอุตสาหกรรมมากยิ่งขึ้น ทฤษฎีเสรีนิยมใหม่นี้จึงเป็นทฤษฎีที่มีการเรียกร้องว่า รัฐควรลดหรือละเว้นการเข้ามาควบคุมตลาดให้น้อยที่สุด โดยเชื่อว่าการค้าเสรีจะช่วยเพิ่มระดับการพึ่งพิงทางเศรษฐกิจ ซึ่งจะช่วยป้องกันความขัดแย้งระหว่างประเทศและนำไปสู่สันติสุขของโลกในที่สุด⁶⁷ ซึ่งอาจจะขัดต่อหลักที่ให้รัฐเข้ามาควบคุมดูแล หรือว่าคุ้มครองสิทธิของแรงงานให้มากที่สุด เนื่องจากแนวทางของทฤษฎีนี้ต้องการให้ปัจเจกชนมีความสามารถในการแข่งขันการค้าให้มากที่สุดด้วยตัวของตัวเอง แต่ก็เปรียบเสมือนหลักการที่ส่งเสริม ให้แรงงานนั้นมีการแสวงหาการทำงานที่เสริมมากขึ้นด้วยเช่นกัน

⁶⁵ Albert C. Whitaker. *History and criticism of the Labor Theory of Value in English Political Economy*. PhD diss, Columbia University. 1904. P.54.

⁶⁶ David L. Prychitko. *The Concise Encyclopedia of Economics: Marxism*. May 10, 2022 Retrieved from <http://www.econlib.org/library/Enc/Marxism.html>.

⁶⁷ Scott Burchill. *Liberalism," In Theories of International Relations*. ed. Scott Burchill et. al (Hampshire and New York: Palgrave. 2001. P.37-39.

ต่อมาทฤษฎีเสรีนิยมใหม่ ได้แตกแขนงออกเป็นอีก 2 ทฤษฎี โดยทฤษฎีแรกได้แก่ ทฤษฎีเสรีนิยมสถาบัน (Liberal institutionalism) โดยเป็นทฤษฎีที่เกิดจากแนวความคิดที่ว่า เมื่อโลกได้เข้าสู่ยุคอุตสาหกรรมแล้ว การค้าระหว่างประเทศจะเข้ามามีบทบาทในระบบเศรษฐกิจโลกเพิ่มมากขึ้น แต่การที่มีความสัมพันธ์เกิดขึ้นระหว่างรัฐต่อรัฐนั้น ต้องมีการคำนึงถึงว่ารัฐนั้นมีอำนาจอธิปไตยเป็นของตัวเอง (Sovereignty) และไม่สามารถให้รัฐอื่นเข้ามาล่วงล้ำในอธิปไตยของตนเองได้ ดังนั้น จึงควรมีหน่วยงานหรือองค์กรระหว่างประเทศ เพื่อเป็นตัวกลางในการอำนวยความสะดวกและเป็นสื่อกลางในการเจรจาการค้า การลงทุน อำนาจอธิปไตย สนับสนุน และควบคุมดูแลความร่วมมือระหว่างประเทศด้านต่าง ๆ เช่น เศรษฐกิจ การค้า การลงทุน และแรงงาน⁶⁸ จึงได้มีการตั้งองค์กรระหว่างประเทศเพื่อช่วยเสริมสร้างความร่วมมือระหว่างประเทศ เช่น องค์กรสหประชาชาติ (United Nations - UN) สหภาพยุโรป (European Union - EU) และองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization - ILO) เป็นต้น

การจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศเรื่องการคุ้มครองแรงงานนั้น จัดตั้งขึ้นจากผลพวงของสงครามโลกครั้งที่ 1 ที่ทำให้เศรษฐกิจทั่วโลกตกต่ำ จึงต้องการมีการจัดตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ในปี ค.ศ. 1919 จากปรัชญาความเชื่อที่ว่า สันติภาพและความสงบสุขของโลกจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อมีความยุติธรรมในสังคม⁶⁹ เพราะเนื่องจาก ในยุคก่อนและในภาวะสงครามโลกนั้น มีการค้าและบังคับแรงงานทาส (slavery) เกิดขึ้นอยู่ เนื่องจากการแพร่ขยายอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองของจักรวรรดิยุโรป และในขณะเดียวกัน ประเทศไทยเองในขณะนั้น ก็เพิ่งมีการประกาศเลิกทาส โดยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ตราประมวลกฎหมาย ลักษณะอาญา ร.ศ. 127 ในปี พ.ศ. 2452 (ค.ศ. 1909) ซึ่งถือเป็นการยกเลิกแรงงานทาสในประเทศไทยหรือสยามในขณะนั้นอย่างเป็นทางการ⁷⁰ โดยหลังจากที่มีการจัดตั้ง ILO เป็นจุดเริ่มต้นของการสะท้อนปัญหาของการค้าทาสว่าเกิดจากความไม่เท่าเทียมของมนุษย์และความอยุติธรรมในสังคมที่เริ่มไม่เป็นที่ยอมรับในประชาคมโลก และ ILO ได้รับความสนใจจากประเทศต่าง ๆ อย่างจริงจัง หลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่ง ILO ถูกตั้งให้เป็นองค์การชำนาญพิเศษแห่งองค์การสหประชาชาติ ในช่วงเวลาดังกล่าว จึงมีทฤษฎีเสรีนิยมสถาบัน ที่มีแนวทางสนับสนุนการจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศให้มีลักษณะที่เป็นทางการมากขึ้น

ทฤษฎีสายเสรีนิยมอีกแขนงหนึ่งคือ ทฤษฎีสันทิมนุษยชน (Theory of Human Rights) เป็นทฤษฎีที่ผสมผสานกันระหว่างแนวความคิดของมาร์ซิส และแนวความคิดของการพัฒนาตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งเป็นการยอมรับความคิดที่สนับสนุนให้รัฐต้องรับประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของมนุษย์⁷¹ เพื่อให้ประชาชนได้ประกอบการค้าตามกลไกของตลาดได้อย่างปกติ

⁶⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 39-40.

⁶⁹ International Labour Organisation. *Origins and history*. July 6, 2022 Retrieved from <http://www.ilo.org/global/about-theilo/history/lang-en/index.htm>.

⁷⁰ กรมประชาสัมพันธ์. *การเลิกทาส*. 8 กรกฎาคม 2565 สืบค้นจาก <https://www.museumthailand.com/th/459>.

⁷¹ Burchill, "Liberalism," 41-44; James Mensch, "A Theory of Human Rights,". July 10, 2022 Retrieved from <https://www.opendemocracy.net/james-r-mensch/theory-of-human-rights>.

และยอมรับแนวความคิดการพัฒนาตามระบอบประชาธิปไตย ที่ต้องการให้ประชาชนสามารถดำเนินการได้อย่างเสรีภาพ ซึ่งได้ปรากฏตัวอย่างตามปฏิญญาสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติปี ค.ศ.1948 ที่ได้ถูกตราขึ้น โดยมีสาระสำคัญ คือ ให้การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอย่างเท่าเทียมในหลายด้าน และยังมีบทบัญญัติหลายข้อที่เกี่ยวข้องกับแรงงาน เช่น มาตรา 23 (1) ให้บุคคลมีสิทธิที่จะทำงาน และมีอิสรภาพในการเลือกงาน โดยได้รับเงื่อนไขในการทำงานที่เป็นธรรมและเป็นประโยชน์ รวมถึงได้รับการคุ้มครองจากการว่างงาน⁷² มาตรา 23 (4) บุคคลมีสิทธิที่จะจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน⁷³ และมาตรา 24 บุคคลมีสิทธิที่จะพักผ่อน ซึ่งรวมถึงการจำกัดชั่วโมงการทำงานและการมีวันหยุดโดยได้รับค่าจ้าง⁷⁴ เป็นต้น สิทธิของแรงงานจึงถือเป็นหนึ่งในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานที่บุคคลทุกคนพึงได้รับอย่างเท่าเทียมกัน

จากการศึกษาแนวคิด และทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานนั้น จะเห็นได้ว่าทฤษฎีเสรีนิยมและมาร์กซิสเห็นตรงกันว่า สิทธิของแรงงานเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการส่งเสริมและรับประกันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งลูกจ้าง นายจ้าง และรัฐ จะต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคมการทำงานให้มากที่สุด โดยมองเห็นถึงหลักสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก รวมถึงมองว่าการให้การคุ้มครองแรงงานนั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของกฎหมายสูงสุดของรัฐนั้นๆ ด้วย ทำให้เมื่อแรงงานได้รับความคุ้มครองแล้ว ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้น จะไม่ได้ตกแก่ผู้ใช้แรงงานเท่านั้น แต่จะเป็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับนายจ้าง ลูกจ้าง ประชาชนผู้ได้รับประโยชน์จากภารกิจนั้นๆ รวมถึงรัฐด้วย ซึ่งแต่ละรัฐอาจมีแนวทางในการจัดการความคุ้มครองให้เป็นไปในรูปแบบที่เหมาะสมกับการทำงานของแต่ละรัฐ ทั้งเรื่องเวลาการทำงาน เรื่องการลา รวมถึงสวัสดิการต่างๆ ที่แรงงานพึงจะได้ อย่างเท่าเทียมกัน และเป็นเกราะป้องกันมิให้นายทุน หรือผู้จ้างได้ใช้ประโยชน์จากการเป็นผู้สั่งการหรือผู้ทำสัญญา สามารถกดขี่ข่มเหงลูกจ้างได้ เพราะขัดต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ทุกรัฐต้องมีเหมือนกัน

แต่อย่างไรก็ดี การได้รับมาซึ่งความคุ้มครองแรงงานนั้น แต่ละรัฐอาจมีการนิยามการใช้แรงงานที่แตกต่างกันไป โดยจะเป็นผลโดยตรงต่อความคุ้มครองแรงงานที่รัฐนั้นสามารถมอบให้เฉพาะผู้ที่เป็นผู้ใช้แรงงานเท่านั้น แต่หากมองถึงหลักการที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว รูปแบบของการทำสัญญา สถานะทางกฎหมายของลูกจ้างนั้น มีข้อควรพิจารณาหลักในการพิจารณาการให้ความคุ้มครองเลย แต่มองว่าเนื้อหาของการดำเนินการนั้น บุคคลที่เข้าร่วมดำเนินการนั้น มีลักษณะเป็นผู้ที่ไม่ใช่เจ้าของกิจการ และมีการดำเนินการให้ภารกิจของผู้จ้างเป็นไปตามเจตนารมณ์หรือไม่ หากมีลักษณะดังกล่าว ก็ถือเป็นแรงงานซึ่งสมควรที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเดียวกัน แต่หากรัฐใด ที่มีการกำหนดว่า ลูกจ้างหรือผู้ทำสัญญานั้น ต้องมีรูปแบบการทำสัญญาหรือลักษณะตามกฎหมายที่ถูกต้อง

⁷² Article 23(1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

⁷³ Article 23(4) Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

⁷⁴ Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.

ตามกฎหมายแรงงาน อาจทำให้เกิดข้อขัดแย้ง และไม่สามารถดำเนินการให้ความคุ้มครองตามหลักการหรือทฤษฎีที่ได้ศึกษาข้างต้น

3.3 แนวคิดเกี่ยวกับการประกันสังคม

ระบบประกันสังคม มีหลักการที่เป็นมาตรการในการบริหารจัดการด้านสวัสดิการสังคมเพื่อคุ้มครอง ป้องกันประชาชนที่มีรายได้ มิให้ได้รับความเดือนร้อนในความเป็นอยู่ในชีวิต เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนของผู้ที่ปฏิบัติงานเป็นประจำ ในวาระที่มีได้ปฏิบัติงานแล้ว หรือสูญเสียรายได้ทั้งหมดหรือบางส่วน หรือมีรายได้ไม่เพียงพอต่อการดำรงชีวิตเมื่อมิได้ปฏิบัติงาน หรือได้รับความเดือนร้อนในชีวิตความเป็นอยู่ โดยหลักการของการประกันสังคมนั้น รัฐจะต้องผู้ดำเนินการให้ประชาชน เพื่อให้ประชาชนผู้มีรายได้ สามารถมีรายได้ที่เหมาะสมในการดูแลตนเองหรือครอบครัวหลังจากที่ได้ปฏิบัติงานในหลักเกณฑ์ที่ตามมาระเบียบ โดยมีวิธีการออกเงินสมทบเข้ากองทุนตามความสามารถของแต่ละบุคคล ฉะนั้น การประกันสังคมจึงเป็นโครงการทางด้านสวัสดิการสังคมที่มุ่งส่งเสริมชีวิตความเป็นอยู่ของผู้ที่มีรายได้ หรือเคยมีรายได้มาก่อน มีเหตุการณ์ทางสังคมหรือเศรษฐกิจทำให้ต้องขาดแคลนรายได้ลงไปเท่านั้น ทำให้สามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างปกติสุข ⁷⁵

แนวคิดเรื่องการประกันสังคม เกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศเยอรมันภายใต้การปกครอง ของ Chancellor Bismarck ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1883-1889 โดยเป็นกองทุนเพื่อช่วยเหลือประชาชนที่ด้อยความสามารถในการหารายได้ และเพื่อช่วยเหลือกรณีเกิดการเจ็บป่วยขึ้น หลังจากนั้นเป็นเวลาหนึ่งปี ได้เกิดองค์กรที่ชื่อว่า สมาคมนายจ้าง โดยมีหน้าที่ให้ประกันการเจ็บป่วยหรือการทุพพลภาพหรือชราภาพ เนื่องจากการทำงาน ซึ่งมีการบริหารจัดการจากทางภาครัฐ ตั้งแต่ส่วนกลางจนถึงส่วนภูมิภาคตามลำดับ โดยเกิดจากการดำเนินการของสามฝ่าย คือ ฝ่ายลูกจ้าง นายจ้าง และทางรัฐบาล โดยมีการดำเนินการคือใช้วิธีการบังคับให้มีการจัดเก็บเงินเป็นกองทุนสะสม เพื่อให้ผู้มีรายได้สามารถมีหลักประกันประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ที่เข้าร่วมโครงการดังกล่าว หลังจากนั้น ประเทศในภาคพื้นยุโรป ได้มีแนวทางที่ให้รัฐบาลเข้ามาจัดการบริการด้านต่าง ๆ เพื่อบรรเทาความทุกข์ ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่พึงปรารถนาของทุกคนให้น้อยลง เพื่อให้คนในสังคมมีความรู้สึก มั่นคงในการดำรงชีวิต ดังนั้น บริการต่าง ๆ ที่รัฐบาลจัดทำขึ้น จึงเรียกได้ว่าเป็นบริการด้านสวัสดิการของสังคม ⁷⁶

ปัจจุบันนี้ การประกันสังคม เป็นเรื่องสำคัญที่รัฐบาลของประเทศต่างๆ จะนำระบบประกันสังคมไปใช้ในการให้หลักประกันชีวิตแก่ประชาชนของตนตั้งแต่เกิดจนตาย ซึ่งหลักประกันสังคมจะมีคุณลักษณะ ดังนี้ ⁷⁷

⁷⁵ ประชาไท. บทความ: ปฏิรูปประกันสังคมโดยใครเพื่อใคร. 27 กันยายน 2565 สืบค้นจาก

<https://prachatai.com/journal/2008/04/16565>.

⁷⁶ Article 23(1) Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.

⁷⁷ นางสาวปารินทร์ วิไลโรจน์. (2557). ความรู้ทัศนคติและการปฏิบัติเกี่ยวกับการประกันสังคมของนายจ้าง สถานประกอบการขนาดเล็ก ในความรับผิดชอบของ สำนักงานประกันสังคมกรุงเทพมหานคร พื้นที่ 6. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ. ปทุมธานี. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

1. เป็นหลักการในการเฉลี่ยสุข - ทุกข์ ของสมาชิกที่ถือเป็นเพื่อนร่วมงานกัน โดยที่รัฐบาลเป็นผู้ในการสนับสนุนและให้ความสำคัญกับบุคคลที่ทำงาน จนเกิดรายได้ในระบบแรงงาน ซึ่งสามารถขยายการให้การสนับสนุนการคุ้มครองยังผู้ที่อยู่ในระบบการทำงานปกติหรือเรียกได้อีกอย่างว่า ระบบแรงงานนอกระบบ

2. การได้รับความคุ้มครองเรื่องสวัสดิการประกันสังคม ซึ่งจะทำให้เกิดสิทธิประโยชน์นั้น จะเกิดขึ้นเฉพาะกับผู้ที่มีเงินสมทบเท่านั้น ซึ่งในประเทศไทยเรียกว่า "ผู้ประกันตน"

3. การเก็บเงินสมทบซึ่งถือว่าเป็นภาษีพิเศษ สามารถเก็บจากบุคคลที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งความสำเร็จประการหนึ่งของการประกันสังคม คือ ทำให้การประกันสังคมสามารถครอบคลุมทุกตัวบุคคลของประชาชนในชาติ (Universal Coverage) ได้ในอนาคต⁷⁸

จากการศึกษาแนวคิดของการประกันสังคมนั้น เกิดขึ้นจากการที่รัฐต้องการมอบสวัสดิการให้กับประชาชนที่มีความเดือดร้อนเรื่องรายได้ หลังจากที่ไม่สามารถทำงานได้ โดยการได้รับความคุ้มครองของการประกันสังคมนั้น เกิดขึ้นโดยที่ต้องมอบเงินสมทบกองทุนในระหว่างที่ได้ปฏิบัติงานอยู่ ซึ่งเสมือนเป็นการมอบผลประโยชน์ของตนเองต่อเพื่อนร่วมอาชีพที่ไม่สามารถปฏิบัติงานได้แล้ว หรือสิ้นสุดระยะเวลาทำงานตามกฎหมาย และเมื่อตนเองอยู่ในสถานภาพสิ้นสุดระยะเวลาหรือความสามารถในการทำงาน เงินสมทบกองทุนที่รุ่นต่อมาได้จ่ายเพื่อกองทุน ก็จะกลับเป็นรายได้หรือผลประโยชน์ตอบแทนของตนในภายหลัง ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่รัฐได้มอบสวัสดิการด้านการประกันสังคมนั้น เป็นเสมือนสิทธิพื้นฐาน ที่ผู้ที่ได้ปฏิบัติงานต่างสมควรได้รับเช่นกัน ดังเช่นที่ข้าราชการได้รับราชการจนถึงระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถได้รับเงินบำเหน็จหรือบำนาญที่เหมาะสม เพื่อที่จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้ โดยหากมองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือความเท่าเทียมกันของมนุษย์แล้ว แรงงานทุกคนที่ได้จ่ายเงินสมทบในระหว่างการทำงาน ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันเช่นเดียวกัน มิควรแบ่งว่าเป็นแรงงานประเภทไหนหรือยึดถือตามรูปแบบการทำงาน สัญญาซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันได้ในอนาคต



⁷⁸ บัญญัติ เลื่อนแป้น. การประชุมประกันสังคมโลก 14-18 พฤศจิกายน 2559 ณ เมืองปานามา สาธารณรัฐปานามา. วารสารประกันสังคม. 23(1). 2560. หน้า 8-9.

บทที่ 3

กฎหมายประเทศไทย และ กฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ การคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ

1. กฎหมายประเทศไทย

1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้นถือเป็นกฎหมายสูงสุดของการปกครองของ
ไทย โดยฉบับปัจจุบันคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญ
แห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับที่ 20 โดยมีการบัญญัติไว้ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ
บทบัญญัติของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะใช้บังคับมิได้ ดังนั้น ในการ
บัญญัติกฎหมาย หรือหลักเกณฑ์ต่าง ๆ นั้น จึงต้องมีให้ขัดหรือแย้งกับหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ
ซึ่งหากกล่าวถึงหลักปฏิบัติต่างๆ ที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญนั้นมีอยู่จำนวนมาก แต่หลักที่มีอยู่ใน
รัฐธรรมนูญทุกฉบับนั้นคือ หลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการปฏิบัติต่อประชาชนไทย
ทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน

หลักความเสมอภาคถือได้ว่าเป็นหลักที่สำคัญ และ หลักความเสมอภาคยังถือได้ว่าเป็น
เป็นหลักพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตย เพราะถือได้ว่าเป็นหลักพื้นฐานของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
ซึ่งหมายความว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์จะได้รับความคุ้มครองก็ต่อเมื่อบุคคลสามารถนำสิทธิต่างๆ ที่
ได้รับการบัญญัติรับรองคุ้มครองแก่บุคคลนั้นไปอ้างได้อย่างเท่าเทียมกัน⁷⁹ โดยหลักความเสมอภาค
หรือที่เรียกว่าหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Equality before the law) หรืออีกนัยหนึ่งสิทธิ
ของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกันนี้ กล่าวได้ว่ามีบัญญัติรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญ
ของรัฐเสรีประชาธิปไตยแทบทุกรัฐ ดังนั้นหลักความเสมอภาคดังกล่าวนี้หมายความว่า องค์กรผู้ใช้
อำนาจรัฐทั้งหลาย ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคล
ที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อ
บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญให้แตกต่างกันก็ตีการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญให้
เหมือนกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค⁸⁰

หากกล่าวถึงการปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐแล้ว นอกเหนือจากการได้รับความ
เสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งบัญญัติในมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแล้ว
ยังต้องได้รับความคุ้มครองในการปฏิบัติงานตามมาตรา 74 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยอีก
ด้วย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ว่า

⁷⁹ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. *หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพมหานคร, บริษัท ธรรมสาร
จำกัด. 2538. หน้า 34-35.

⁸⁰ สมคิด เลิศไพฑูรย์. *หลักความเสมอภาค*. วารสารนิติศาสตร์ปีที่ 30 ฉบับที่ 2. 2543. หน้า 164-165.

“มาตรา 27 บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการหรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

และตามมาตรา 74 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 74 รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพและวัยและให้มีงานทำ และพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงานได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ และพึงจัดให้มีหรือส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน”

โดยหากพิจารณาบทบัญญัติตามมาตรา 74 แล้ว ถือเป็นบทบัญญัติที่ส่งเสริมสิทธิและสวัสดิการของคนทำงาน ซึ่งสามารถอธิบายแนวคิดตามบทบัญญัติดังกล่าวดังนี้

1. รัฐต้องส่งเสริมให้ประชาชนมีงานทำ และต้องส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพและวัยอีกด้วย
2. รัฐต้องคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัย และสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน
3. รัฐต้องจัดให้ผู้ใช้แรงงานได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ นอกจากนี้ ต้องส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน และจัดให้มีระบบแรงงานสัมพันธ์ที่ทุกฝ่ายเกี่ยวข้องมีส่วนร่วม⁸¹

จากหลักการทั้งสองหลักการข้างต้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ในการวางบทบัญญัติ หรือกฎหมายใดๆที่จะบังคับใช้กับประชาชนไทยนั้น ต้องเป็นไปตามหลักความเสมอภาค ซึ่งหากพิจารณาถึงเรื่องความเสมอภาคในการทำงานนั้น รัฐ จะต้องให้ความสำคัญต่อผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะหน่วยงานของรัฐ หรือในภาคเอกชนก็ตาม หากเป็นบุคคลที่ได้ปฏิบัติงานอย่างเดียวกัน หรือเทียบเท่ากัน ควรได้รับสิทธิ หรือหน้าที่ที่เท่าเทียมกัน แม้ว่า จะมีสถานะในทางกฎหมายแตกต่างกันก็ตาม ซึ่งหากพิจารณาสิทธิ สวัสดิการ ความคุ้มครองของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น สมควร

⁸¹ Ilaw. สรุปรัฐธรรมนูญ 2560: สิทธิแรงงานอ่อนแอ ไม่ประกันค่าแรงขั้นต่ำเท่ากันทั่วประเทศ. 20 พฤศจิกายน 2565 สืบค้นจาก <https://ilaw.or.th/node/5579>.

ได้รียเทียบเท่ากับลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ เพราะว่าในข้อเท็จจริงนั้น พนักงานจ้างเหมาบริการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่นๆนั้น ได้ร่วมกันปฏิบัติงานในภารกิจของรัฐเช่นเดียวกัน ในการกำหนดสถานะทางกฎหมายนั้น ไม่สมควรเป็นการจำกัดสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ให้ได้รับความเสมอภาคกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่นๆ เพราะเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค และหลักการส่งเสริมสิทธิ สวัสดิการ ในการทำงาน ซึ่งบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 27 และมาตรา 74 อย่างที่กล่าวไปแล้ว ซึ่งผู้ศึกษาจะวิเคราะห์บทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการว่าขัดต่อหลักการดังกล่าวหรือไม่ในบทถัดไป

1.2 พระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2561

การปฏิบัติการในภารกิจขององค์กรของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นส่วนราชการ ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมหรือกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือรัฐวิสาหกิจใดๆ จะสามารถดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อมีงบประมาณในการดำเนินงานตามภารกิจนั้นๆ ของตน โดยหากกล่าวถึงการจ้างเหมาบริการนั้น ก็ถือว่าเป็นหนึ่งในเครื่องมือขององค์กรของรัฐที่ทำให้ภารกิจของรัฐนั้นสามารถดำเนินการให้สำเร็จลุล่วงได้ ซึ่งองค์กรของรัฐผู้ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนั้นๆ จะต้องมีความหน้าที่ในการวางแผนเพื่อจัดทำงบประมาณให้สอดคล้องกับภารกิจของตน เพื่อให้ผู้ที่มีหน้าที่จัดทำงบประมาณ ซึ่งได้แก่ สำนักงบประมาณกระทรวงการคลัง สำนักงานคณะกรรมการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ธนาคารแห่งประเทศไทย และคณะรัฐมนตรี สามารถดำเนินการตามขั้นตอน เพื่อให้สามารถจัดทำเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2561 ทั้งนี้ เนื่องจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดไว้ว่า การจ่ายเงินแผ่นดินนั้น จะกระทำได้ก็เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณรายจ่าย กฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ กฎหมายว่าด้วยการโอนเงินงบประมาณหรือกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังเท่านั้น⁸² ดังนั้น หากองค์กรของรัฐองค์กรใด มีแผนการว่าจะมีการจ้างเหมาบริการในภารกิจในปีงบประมาณใด เจ้าหน้าที่งบประมาณขององค์กรของรัฐนั้นๆ จะต้องดำเนินการยื่นของงบประมาณต่อผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ⁸³ เพื่อขอตั้งวงเงินงบประมาณในการดำเนินการจ้าง เพื่อให้สำนักงบประมาณกำหนดยอดวงเงินเบื้องต้นและเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อให้รัฐสภาอนุมัติ โดยเมื่อทราบวงเงินที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติแล้ว⁸⁴ องค์กรของรัฐนั้น จะต้องจัดทำรายละเอียดเพื่อตั้งเป็นงบประมาณรายจ่ายในแต่ละแผนหรือโครงการ โดยการจ้างเหมาบริการนี้จะตั้งเป็นงบประมาณประเภทงบดำเนินการ

มีข้อสังเกตว่า การตั้งงบประมาณขององค์กรของรัฐ เพื่อนำไปใช้ในแผนงานหรือโครงการที่จะดำเนินการจ้างเหมาบริการนั้น องค์กรของรัฐจะต้องดำเนินการตั้งเป็นงบประมาณรายจ่ายประเภทงบดำเนินการมิใช่งบบุคลากร ดังนั้น การเบิกจ่ายเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการ จึงมิได้เบิกจากเงินประเภทเงินเดือนของข้าราชการ หรือค่าจ้างของพนักงานราชการ

⁸² อรรถพิณ ผลสุวรรณ สบายรูป. *กฎหมายการคลัง*. พิมพ์ครั้งที่ 3 โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ : กรุงเทพมหานคร. 2557. หน้า 204 - 220.

⁸³ มาตรา 19 มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2561

⁸⁴ มาตรา 25 และมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2561

ลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว แต่จะต้องเบิกตามหลักเกณฑ์วิธีปฏิบัติเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดา ดังเช่นกรณีของส่วนราชการต่างๆ ที่จะต้องดำเนินการเบิกเงินค่าจ้างจากคลังตั้งแต่วันที่ 15 ของเดือน⁸⁵ แล้วจึงจะดำเนินการจ่ายเงินให้กับผู้รับจ้างเหมาบริการให้ได้รับเงินต่อไป ซึ่งกรณีดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่า การจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาเพื่อมาปฏิบัติงานตามภารกิจขององค์กรของรัฐนั้น หากมีการจ่ายค่าจ้างในการทำงานโดยมิให้ใช้บุคคลากร พนักงานจ้างเหมาบริการจึงไม่ควรปฏิบัติงานที่ต้องปฏิบัติตามกฎ ระเบียบที่บุคคลากรของรัฐนั้นต้องกระทำกัน เพราะถือว่า การไม่ได้รับเงินเดือนหรือค่าจ้างในหมวดบุคคลากร ถือว่าพนักงานจ้างเหมาบริการนั้นไม่ได้มีความสัมพันธ์กับองค์กรของรัฐในแง่ของผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ในข้อเท็จจริงนั้น การปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการซึ่งต้องปฏิบัติงานในองค์กรของรัฐนั้น มิได้มีการปฏิบัติตามกฎ หรือระเบียบของงานหน่วยงานของรัฐแตกต่างจากบุคคลากรประเภทอื่นๆเลย ดังนั้น หากตีความตามพระราชบัญญัติวิธีงบประมาณ พ.ศ. 2561 ในเรื่องของการจ้างเหมาบริการนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการตีความที่ทำให้ลดคุณค่าความเป็นมนุษย์ และอาจทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในสถานะทางกฎหมายของพนักงานจ้างเหมาบริการเป็นอย่างมาก ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาต่างๆตามมาอีกมากมาย ซึ่งผู้ศึกษาขอวิเคราะห์ถึงปัญหาดังกล่าวในบทถัดไป

1.3 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

ตามกฎหมายที่เกี่ยวกับลักษณะความสัมพันธ์ของนายจ้าง ลูกจ้างนั้น สำหรับประเทศไทยนั้นมีอยู่หลายฉบับ หนึ่งในกฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าว และเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ซึ่งปัจจุบันมีการแก้ไขถึงฉบับที่ 7 พ.ศ. 2562 โดยเนื้อหาสาระของ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า กฎหมายแรงงาน คือ กฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของนายจ้าง ลูกจ้างองค์กรของนายจ้าง และองค์กรของลูกจ้าง รวมทั้งมาตรการที่กำหนดให้นายจ้าง ลูกจ้าง และองค์กรดังกล่าวต้องปฏิบัติต่อกัน ทั้งนี้เพื่อให้การจ้างงาน และการใช้งาน การประกอบกิจการ และ ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างเป็นไปโดยเหมาะสม และได้รับประโยชน์ตามสมควร ซึ่งบุคคลที่มีคุณสมบัติตามนิยามของพระราชบัญญัติฉบับนี้ต้องวิเคราะห์ตามบทนิยาม ซึ่งปรากฏในมาตรา 5 โดยอธิบายได้ดังนี้

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“สัญญาจ้างแรงงาน” หมายความว่า สัญญาไม่ว่าเป็นหนังสือหรือด้วยวาจาระบุชัดเจน หรือเป็นที่เข้าใจโดยปริยายซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งเรียกว่า นายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้ค่าจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

“นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้และให้หมายความรวมถึง ฯลฯ

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร

⁸⁵ หนังสือกรมบัญชีกลาง ด่วนที่สุด ที่ กค 0409.3/ว 78 เรื่อง วิธีปฏิบัติในการจ่ายเงินค่าจ้าง ตามสัญญาจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดา ลงวันที่ 27 กันยายน 2549.

“ค่าจ้าง” หมายความว่า เงินที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้างสำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ รายเดือน หรือระยะเวลาอื่น หรือจ่ายให้โดยคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ในเวลาที่ทำงานปกติของวันทำงาน และให้หมายความรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาที่ลูกจ้างมิได้ทำงาน แต่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตเกี่ยวกับการนิยามคำว่า “ลูกจ้าง” ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติมว่า ตามนิยามของสถานการณ์เป็นลูกจ้าง ที่จะถือเป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องอยู่ในนิยามของการจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งได้กำหนดว่า เป็นสัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกบุคคลหนึ่งเรียกว่า นายจ้างและนายจ้างตกลงจะให้ค่าจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ดังนั้น ลักษณะของการทำสัญญาจ้างแรงงานนี้ จะต้องพิจารณาถึงการจ้างงานที่มีกำหนดระยะเวลาการทำงาน เพื่อให้ได้รับผลผลิตตามการงานที่เป็นกิจการของนายจ้าง มิใช่เป็นการจ้างงานตามระยะเวลาของผลสำเร็จของงาน ซึ่งจะเป็นลักษณะของการทำสัญญาจ้างทำของ ซึ่งหมายความว่า ลูกจ้างที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิแรงงานตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่านั้น มิใช่ลูกจ้างตามสัญญาจ้างทำของ

เมื่อตีความตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้ พนักงานจ้างเหมาบริการซึ่งปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐด้วยการทำสัญญาจ้างทำของนั้น จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งจะเกิดความไม่เท่าเทียมกันอย่างมาก เนื่องด้วยการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น แม้ว่าจะมีรูปแบบการทำสัญญาจ้างแบบสัญญาจ้างทำของ และการปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้น ต่างจากการปฏิบัติงานในภาคเอกชน ที่มีความชัดเจนในแง่ของการทำงานสัญญาจ้างบุคคลเพื่อปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างแรงงานหรือสัญญาจ้างทำของ เนื่องจากพนักงานจ้างเหมาบริการนั้นต้องทำงานไม่ต่างจากลูกจ้างอื่นๆ มีเวลาเข้าออกทำงานเหมือนลูกจ้างประเภทอื่น ต้องรับคำสั่งจากผู้บังคับบัญชา และได้ค่าตอบแทนที่ส่วนใหญ่ได้รับเป็นรายเดือน ซึ่งเป็นการได้รับค่าตอบแทนเหมือนนิยามของคำว่า “ค่าจ้าง” ตามพระราชบัญญัตินี้ เพียงแต่การเบิกจ่ายนั้น มิได้เบิกจ่ายตามระเบียบการบริหารงานบุคคล ซึ่งเป็นการเบิกจ่ายค่าตอบแทนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่เป็นการเบิกจ่ายตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 เท่านั้น ซึ่งมีประเด็นในการปฏิบัติงานว่า หากการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น อยู่ในลักษณะของการทำงานตามเนื้อหาของสัญญาจ้างแรงงาน เห็นควรพิจารณาตีความกฎหมายตามบทบัญญัติ หรือตามความเป็นจริงหรือไม่ อย่างไร ซึ่งจะขอวิเคราะห์ในบทถัดไป

1.4 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาทฤษฎีเรื่องรัฐสวัสดิการ และหลักการประกันสังคมในบทที่ 2 ซึ่งเป็นหลักการที่กล่าวถึงความคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง ที่พึงจะได้รับจากนายจ้างหรือรัฐ โดยถือเป็นความเท่าเทียมกันและความเสมอภาคของมนุษย์ที่เป็นหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ดังนั้น เพื่อให้หลักการดังกล่าว สามารถบังคับใช้ได้เป็นอย่างดี จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายหลายฉบับที่นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติ และบังคับเป็นการทั่วไป ซึ่งหนึ่งในกฎหมายที่บังคับใช้ในประเทศไทยนั้น คือพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งถือเป็นรากฐานของกฎหมายที่ว่าด้วยสิทธิประกันสังคมของลูกจ้างของหน่วยงานต่างๆ รวมถึงลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐด้วย

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 เป็นกฎหมายที่มีหลักการในการสร้างหลักประกันให้แก่ ผู้ประกันตนตามกฎหมายในการดำรงชีวิต โดยพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 มาตรา 54 บัญญัติให้ ความคุ้มครองผู้ประกันตน 7 กรณี ได้แก่ กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย กรณีคลอดบุตร กรณีทุพพลภาพ กรณีตาย กรณีสงเคราะห์บุตร กรณีชราภาพ และกรณีว่างงาน โดยจะมีการจ่ายเงินจากกองทุนประกันสังคม เป็นประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ส่งเงินสมทบเมื่อเกิดความเดือดร้อนดังกล่าว การประกันสังคมจึงเป็นวิธีการหนึ่งที่ยึดหลักการพึ่งตนเอง และช่วยเหลือซึ่งกันและกันของผู้เอาประกันและนายจ้างเพื่อให้มีความมั่นคงในการดำรงชีวิต แม้ขาดแคลนรายได้ก็สามารถดำรงชีวิตอยู่ได้อย่างปกติสุข

บุคคลที่จะสามารถขอเข้าเป็นสมาชิกของกองทุนประกันสังคมนั้น จะต้องเป็น “ผู้ประกันตน” ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ เมื่อพิจารณาถึงผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัตินี้ จะประกอบไปด้วย ผู้ประกันตนตามมาตรา 33 ซึ่งหมายความถึง ลูกจ้างที่มีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีบริบูรณ์ และไม่เกิน 60 ปีบริบูรณ์ในวันเข้าทำงาน และทำงานอยู่ในสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป โดยนายจ้างจะต้องขึ้นทะเบียนลูกจ้างของตนภายใต้โครงการนี้ และยังหมายความรวมถึง ผู้ประกันตนตามมาตรา 39 คือ ผู้ที่เคยเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 33 โดยจ่ายเงินมาแล้วไม่น้อยกว่าสิบสองเดือน และต่อมาความเป็นผู้ประกันตนได้สิ้นสุดลงตามมาตรา 38 (2) คือ สิ้นสุดการเป็นสภาพลูกจ้าง ถ้าผู้นั้นประสงค์จะเป็นผู้ประกันตนต่อไป ให้แสดงความจำนง ต่อสำนักงานประกันสังคมตามระเบียบที่กำหนด ภายในหกเดือนนับตั้งแต่วันสิ้นสุดการเป็นผู้ประกันตน และผู้ประกันตนตามมาตรา 40 คือ บุคคลอื่นที่ไม่ใช่ลูกจ้างตามมาตรา 33 จะสมัครเข้าเป็นผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัตินี้ได้

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น การที่จะได้รับความคุ้มครองเรื่องสิทธิด้านการประกันสังคมนั้น ผู้ที่มีฐานะตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติ จะต้องเป็นผู้ประกันตนในกรณีใดกรณีหนึ่งตามที่ได้กล่าวไปแล้ว แต่เนื่องจากการแจ้งเวียนหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ข้อ 1.6 ซึ่งให้หลักเกณฑ์ไว้ว่า “ผู้รับจ้างเหมาบริการ มีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำของตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมไม่ถือเป็นบุคลากรของรัฐ ที่จะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการ ที่พึงได้จากทางราชการ เช่นเดียวกับข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐได้รับ เนื่องจากเป็นเพียงผู้รับจ้างทำของ จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ส่วนราชการผู้ว่าจ้าง จึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องนำส่งเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม อย่างไรก็ตาม หากผู้รับจ้างประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ประกันตน ก็สามารถสมัครเป็นผู้ประกันตนได้ตามมาตรา 40 ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม” ซึ่งหลักการตามหนังสือดังกล่าวนี้ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างและพนักงานจ้างเหมาบริการของหน่วยงานของรัฐ เพราะหากกล่าวถึงการปฏิบัติงานนั้น ลูกจ้าง และพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น มิได้ปฏิบัติงานที่ต่างกัน เพราะการจ้างเหมาบริการบุคคลภายนอกนั้น นอกจากจะมีจุดประสงค์ของเรื่องของการลดภาระค่าใช้จ่ายในการบริหารงานบุคคล แต่ยังมีจุดประสงค์คือการปฏิบัติงานในส่วนที่หน่วยงานของรัฐได้ยกเลิกตำแหน่งลูกจ้างประจำ หรือลูกจ้างชั่วคราวในหน่วยงานของรัฐเช่นกัน ดังนั้น เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการได้ปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งเป็นภารกิจเดิมของหน่วยงาน

แล้ว การไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิตามที่ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐพึงได้นั้น หาได้สมควรไม่ เนื่องจากจะทำให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาอีกหลายประการ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในบทถัดไป

1.5 พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ในการศึกษาถึงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิด พ.ศ. 2539 นั้น จึงต้องศึกษาถึงองค์ประกอบการทำละเมิดตามพระราชบัญญัตินี้ว่า ลักษณะที่จะเข้าองค์ประกอบที่ต้องพิจารณาตามความรับผิด และองค์ประกอบที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้มีอย่างไรบ้าง โดยองค์ประกอบของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มีดังนี้

1. ผู้กระทำละเมิดต้องเป็น “เจ้าหน้าที่” การกระทำละเมิดที่สามารถนำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับนั้น ตามมาตรา 4⁸⁶ แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดไว้ว่าเหตุละเมิดจะต้องเกิดจากการกระทำของ “เจ้าหน้าที่” ซึ่งเป็นบุคลธรรมดาที่กระทำการแทนและในนามของหน่วยงานของรัฐ เช่น ข้าราชการ พนักงานราชการ ลูกจ้างประจำหรือลูกจ้างชั่วคราว ทั้งนี้หากผู้กระทำละเมิดมีฐานะเป็นเอกชน การกระทำละเมิดนั้นย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีข้อสังเกตว่า พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่สามารถนำมาใช้บังคับกับกรณีที่ผู้กระทำละเมิด มีฐานะเป็นพนักงานจ้างเหมาบริการ เนื่องจากตาม พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีที่ 849/2542 มิได้กำหนดให้พนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในฐานะ “เจ้าหน้าที่” ดังนั้น ในกรณีที่ผู้กระทำละเมิดมีฐานะเป็นพนักงานจ้างเหมาบริการ ความเสียหายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 มาใช้บังคับ โดยมีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา ดังนี้

คณะกรรมการต้องพิจารณาว่าผู้กระทำละเมิดเป็นเจ้าหน้าที่หรือไม่เป็นอันดับแรก ซึ่งตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ 849/2542⁸⁷ ได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่หมายความว่า ข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ ต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่อง มีอัตราค่าตอบแทนโดยมีการเลื่อนขึ้นเงินเดือน และมีการลงโทษทางวินัย หากไม่เข้าตามลักษณะดังกล่าวแล้วย่อมไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามความเห็นดังกล่าว” ดังนั้น ผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับแต่งตั้งในหน่วยงาน ลูกจ้างชั่วคราวหรือลูกจ้างโครงการ จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นเจ้าหน้าที่ตามคำวินิจฉัยดังกล่าว นอกจากนี้ ลูกจ้างที่หน่วยงานของรัฐได้ว่าจ้างให้ปฏิบัติงานเป็นครั้งคราวเฉพาะงาน ไม่ว่าจะ

⁸⁶ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้ง ในฐานะเป็น กรรมการหรือฐานะอื่นใด

⁸⁷ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 13 กรกฎาคม 2565 สืบค้นจาก <https://www.krisdika.go.th/web/bureau-of-administrative-law/rule5>.

มีสัญญาจ้างเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 896/2542 วินิจฉัยว่า “การแต่งตั้งให้บุคคลอื่นเป็นตัวแทนเก็บเงินค่าไฟฟ้าแทนการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค บุคคลดังกล่าวไม่ เป็นเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เนื่องจากเป็นสัญญาจ้าง ทำของตามมาตรา 428 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

ดังนั้น หากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่นั้นไปทำละเมิด ก็ต้องรับผิดชอบหน่วยงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยมีให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดทาง ละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ แต่ไม่ได้หมายความว่าเมื่อพิจารณาเบื้องต้นแล้วพบว่า ผู้กระทำละเมิดไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว จะไม่ต้องมีการตั้งกรรมการหรือยุติการดำเนินการ เนื่องจากคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความผิดทางละเมิดยังมีหน้าที่พิจารณาว่ามีข้อเท็จจริงอย่างไร มีบุคคลใดบ้างต้องรับผิดชอบในฐานะเจ้าหน้าที่หรือไม่ใช่เจ้าหน้าที่ จึงต้องมีการแต่งตั้งคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาว่ามีเจ้าหน้าที่เข้าไปเกี่ยวข้องกับควมรับผิดชอบนั้นหรือไม่ เช่น ในฐานะผู้ปฏิบัติ หรือ ผู้บังคับบัญชา เป็นต้น”

2. ต้องมีการกระทำที่เป็นละเมิด การกระทำอย่างใดจะถือว่าเป็นละเมิดหรือไม่นั้น ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มิได้ให้ความหมายไว้โดยเฉพาะ จึงต้องใช้หลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 420 มาใช้บังคับ ตามมาตราดังกล่าว ได้ให้ความหมายของการทำละเมิดไว้ว่า เป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาท เลินเล่อต่อบุคคลภายนอกโดยผิดกฎหมาย และการกระทำนั้นเป็นเหตุให้ผู้ถูกระทำเกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย อนามัย ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งกฎหมายถือว่า ผู้นั้นเป็น ผู้ทำละเมิด และจะต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น การกระทำใดที่จะถือว่าเป็น การทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ การกระทำนั้นจะต้องเข้าองค์ประกอบของเรื่องละเมิด ตาม มาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตรีบใดที่การกระทำนั้นไม่เข้าองค์ประกอบตาม บทบัญญัติดังกล่าว การกระทำนั้นก็ไม่เป็นละเมิดของเจ้าหน้าที่ ส่งผลให้ผู้กระทำไม่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่า สินไหมทดแทน การพิจารณาว่าการกระทำใดเป็นละเมิดหรือไม่นั้นถือว่าเป็นเรื่องสำคัญ เพราะเมื่อ สามารถวินิจฉัยได้ว่า การกระทำของเจ้าหน้าที่เป็นละเมิดแล้ว จึงจะพิจารณาหลักเกณฑ์ใน พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ต่อไป ว่าระหว่างเจ้าหน้าที่หรือ หน่วยงานของรัฐ ใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น และรับผิดชอบน้อยเพียงใด แต่ละฝ่าย จะมีสิทธิไล่เบี้ยหรือเรียกร้องให้อีกฝ่ายรับผิดชอบได้หรือไม่เพียงใด

3. ผู้ถูกระทำจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 สามารถแบ่งกรณีของการกระทำละเมิดออกเป็น 2 กรณี ได้แก่

3.1 กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ กระทำละเมิดเป็นเหตุให้บุคคลภายนอกได้รับความเสียหาย ไม่ว่าจะบุคคลภายนอกนั้น จะเป็นเอกชน หรือเจ้าหน้าที่ด้วยกันก็ตาม บุคคลภายนอกผู้เสียหายย่อมมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนเพื่อ ละเมิดได้ ส่วนจะใช้สิทธิเรียกร้องเป็นอย่างใดนั้น ขึ้นอยู่กับว่าเป็นการกระทำละเมิดในการปฏิบัติ หน้าที่ หรือเป็นการกระทำละเมิดในทางส่วนตัว การพิจารณาว่าการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่

หรือการกระทำละเมิดในทางส่วนตัว มีความสำคัญในเรื่องของการใช้สิทธิเรียกร้องของบุคคลภายนอก และการรับผิดชอบของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งจะได้อธิบายต่อไป⁸⁸

3.1.1 กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ อาจเป็นการละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ตามธรรมดาทั่วไป หรือเป็นการละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย จากกฎคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือละเมิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด หรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร โดยมาตรา 5⁸⁹ กำหนดไว้ว่าให้หน่วยงานของรัฐซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดสังกัดอยู่ ต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ในสังกัดของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ แม้ว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะได้กระทำละเมิดด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตาม โดยในกรณีนี้ผู้เสียหายไม่สามารถฟ้องร้องเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดได้โดยตรง แต่ต้องฟ้องหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชอบ อนึ่งหากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่า “กระทรวงการคลัง” เป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบต่อคดีใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย

3.1.2 ลักษณะของการละเมิดในทางส่วนตัว กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในทางส่วนตัวต่อบุคคลภายนอกเป็นกรณีที่มีใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ โดยอาจเป็นการกระทำละเมิดในการดำเนินชีวิตส่วนตัวหรืออาจจะเป็นการทำละเมิดในระหว่างที่ปฏิบัติหน้าที่ แต่การละเมิดนั้นไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่แต่อย่างใด เช่น เจ้าพนักงานตำรวจไปดูแลความสงบเรียบร้อยที่งานบวชงานศพ แต่ดื่มสุรามึนเมาจนมีเรื่องทะเลาะวิวาทกับชาวบ้านแล้วชกป็นยิงคู่กรณีได้รับบาดเจ็บสาหัส เช่นนี้แล้ว เป็นการกระทำละเมิดในลักษณะที่เป็นเรื่องส่วนตัวของเจ้าหน้าที่โดยแท้ เจ้าพนักงานตำรวจผู้นั้นต้องรับผิดชอบส่วนตัวต่อชาวบ้านได้รับบาดเจ็บจากการวิวาทนั้น จะฟ้องหน่วยงานของรัฐมารับผิดในค่าสินไหมทดแทนไม่ได้

3.2 กรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ลักษณะของการละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ไม่จำเป็นที่จะต้องเป็นบุคคลภายนอกเสมอไป บางกรณีผู้เสียหายอาจเป็นหน่วยงานของรัฐก็ได้ โดยอาจจะเป็นหน่วยงานของรัฐที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นสังกัดอยู่หรืออาจจะเป็นหน่วยงานอื่น ๆ ของรัฐก็ได้ เช่น เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของกระทรวงศึกษาธิการขับรถไปติดต่อบุคลากรด้วยความเร็วสูง เป็นเหตุให้รถเสียหลักพุ่งชนรถของหน่วยงานอื่นได้รับความเสียหาย หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีสิทธิที่จะเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้หรือไม่ เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับลักษณะของการกระทำละเมิดว่า เป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือไม่ ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดหน่วยงานของรัฐมีสิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ได้ เฉพาะในกรณีที่การละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ที่เกิดจากความจงใจ หรือ ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของเจ้าหน้าที่เท่านั้น ส่วนการ

⁸⁸ สุจิน ชื่อสุวรรณ. ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2532. หน้า 120.

⁸⁹ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 5 หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องหน่วยงานของรัฐดังกล่าวได้โดยตรง แต่จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ ถ้าการละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ซึ่งไม่ได้สังกัดหน่วยงานของรัฐแห่งใดให้ถือว่ากระทรวงการคลังเป็นหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดชอบตามวรรคหนึ่ง

กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกิดจากความประมาทเลินเล่อธรรมดา มาตรา 10⁹⁰ ประกอบกับ มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539 ไม่ได้ให้สิทธิแก่หน่วยงานของรัฐในการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นจึงตกเป็นพับแก่หน่วยงานของรัฐ อย่างไรก็ตามการใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดโดยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง หน่วยงานของรัฐยังคงต้องพิจารณาถึงระดับความร้ายแรงแห่งการกระทำละเมิดและความเป็นธรรมแล้วแต่กรณีไป⁹¹

1.6 พระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

หากพิจารณาถึงพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งเป็นข้อพิจารณาหลักของวิจัยฉบับนี้ นั้น จะปรากฏว่าพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ได้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐทั่วไป แต่ในหน่วยงานของรัฐที่เห็นความแตกต่างถึงสิทธิและหน้าที่ของพนักงานจ้างเหมาบริการได้อย่างชัดเจนนั้นคือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีการจ้างงานบุคคลภายนอกให้มาปฏิบัติงานในหน่วยงาน ในลักษณะพนักงานจ้างเหมาบริการเป็นจำนวนมาก ซึ่งนอกจากจำนวนของพนักงานจ้างเหมาบริการในองค์กร จะมีจำนวนมากแล้ว ปัญหาที่เกิดขึ้นกับพนักงานจ้างเหมาบริการก็มีจำนวนมากเช่นเดียวกัน การวิเคราะห์ถึงปัญหาต่างๆ จึงต้องพิจารณากฎหมายที่เป็นระเบียบในการบริหารงานบุคคล ซึ่งกฎหมายที่เป็นหลักในเรื่องดังกล่าว คือพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ซึ่งได้ให้นิยามที่เกี่ยวข้องกับพนักงานจ้างเหมาบริการ ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 มาตรา 3 บัญญัติไว้ว่า “พนักงานส่วนท้องถิ่น หมายความว่า ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด พนักงานเทศบาล พนักงานส่วนตำบล ข้าราชการกรุงเทพมหานคร พนักงานเมืองพัทยา และข้าราชการหรือพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่มีกฎหมายจัดตั้งซึ่งได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการโดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือจากเงินงบประมาณ หมวดเงินเดือนของรัฐบาลที่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำมาจัดเป็นเงินเดือนของข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น”

ดังนั้น หากพิจารณาจากนิยามดังกล่าวแล้ว ลูกจ้างที่จะถือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ต้องเป็นลูกจ้างที่ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือจากเงินงบประมาณ หมวดเงินเดือนของรัฐบาลเท่านั้น หากได้รับค่าจ้างโดยใช้ระเบียบอื่นนั้น จะไม่ถือเป็นลูกจ้างอันเป็นนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งเมื่อตีความเช่นนี้ พนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งเป็นฟันเฟืองสำคัญที่ทำให้การปฏิบัติงานในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น มิได้มีฐานะเป็นลูกจ้างขององค์กร เนื่องจาก พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้รับค่าจ้างจากงบประมาณหมวดเงินเดือนของ

⁹⁰ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ มาตรา 10

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้กระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะหน่วยงานของรัฐที่ผู้นั้น อยู่ในสังกัดหรือไม่ ถ้าเป็นการกระทำในการปฏิบัติหน้าที่การเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ให้ทบบัญญัติมาตรา 8 มาใช้บังคับโดยอนุโลม แต่ถ้า มิใช่การกระทำในการปฏิบัติหน้าที่ให้บังคับตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁹¹ สุจิน ชื่อสุวรรณ. ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต). จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพมหานคร. 2532. หน้า 140.

องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น หรือจากเงินงบประมาณ หมวดเงินอุดหนุนของรัฐบาล แต่พนักงานจ้างเหมาบริการจะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าจ้าง ตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นหนึ่งในปัญหาที่สำคัญของการบริหารทรัพยากรบุคคลในหน่วยงาน เพราะในความเป็นจริงดังที่กล่าวไว้ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้นเป็นบุคคล ไม่ว่าจะเป็บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม แต่มิได้ให้คำนิยามว่าเป็นหนึ่งในทรัพยากรบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งจะทำให้เกิดปัญหาทั้งในด้านการปฏิบัติงานให้ได้ผลลัพธ์อย่างที่ต้องการตามสัญญา และแรงจูงใจเพื่อให้ผลลัพธ์ของงานนั้นมีคุณภาพอย่างที่เราควรจะเป็น ซึ่งปัญหาดังกล่าว จะถูกวิเคราะห์อยู่ในบทถัดไป

1.7 พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560

พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 มีความเกี่ยวข้องกับพนักงานจ้างเหมาบริการ เนื่องจากนิยามของพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ไม่ได้รวมพนักงานจ้างเหมาบริการไว้ในนิยามของการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การจ้างเหมาบริการบุคคลภายนอก จึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งพิจารณาต่อไปนี้

ตามมาตรา 4 “ในพระราชบัญญัตินี้ “งานบริการ” หมายความว่า งานจ้างบริการงานจ้างเหมาบริการ งานจ้างทำของและการรับขน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ไม่หมายความรวมถึงการจ้าง ลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ การรับขนในการเดินทางไปราชการหรือไปปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ งานจ้างที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” เมื่อพิจารณาบทบัญญัตินี้จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ได้นิยามคำว่างานบริการ มิให้หมายความรวมถึง การจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ การรับขนในการเดินทางไปราชการหรือไปปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐ งานจ้างที่ปรึกษา งานจ้างออกแบบหรือควบคุมงานก่อสร้าง และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า การจ้างเหมาบริการนั้น ไม่ได้อยู่ในความหมายของการจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ อีกนัยหนึ่งคือ งานบริการนี้ไม่จัดอยู่ในงานจ้างแรงงาน แต่อยู่ในลักษณะการจ้างทำของ ใช้วิธีการจัดหาตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ไม่ถือเป็นการจ้างลูกจ้าง และไม่ถือเป็นการจ้างแรงงานที่สถาบันซึ่งเป็นผู้ว่าจ้างกับเอกชนซึ่งเป็นผู้รับจ้างจะมีนิติสัมพันธ์ในฐานะ “นายจ้างกับลูกจ้าง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วว่าพนักงานจ้างเหมาบริการหรืองานจ้างเหมาบริการอยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 พนักงานจ้างเหมาบริการจึงต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติ หรือระเบียบนี้อย่างถูกต้องครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นการจัดซื้อจัดจ้าง การทำสัญญา การบริหารสัญญา การเลิกสัญญา บทกำหนดโทษ หรืออื่นๆ จะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติและระเบียบที่กล่าวมาแล้ว ซึ่งจะมีผลให้พนักงานจ้างเหมาบริการ ไม่อยู่ในคำจำกัดความว่าเป็นการจ้างแรงงานตามกฎหมายอื่น เช่น นิติสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างลูกจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 รวมถึงลักษณะสัญญาจ้างแรงงาน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งจะส่งผลต่อสิทธิและหน้าที่ ที่พนักงานจ้างเหมาบริการสมควรจะได้รับ ถือเป็น

ความ เหลื่อมล้ำที่บุคคลซึ่งได้ปฏิบัติงานให้กับหน่วยงานราชการควรได้รับอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งจะขอวิเคราะห์ในบทถัดไป

1.8 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะของการจ้างงานได้ปรากฏอยู่ในบรรพที่ 3 ลักษณะที่ 6 จ้างแรงงาน และลักษณะที่ 7 จ้างทำของ ได้บัญญัติถึงความแตกต่างระหว่างจ้างแรงงาน และจ้างทำของอยู่หลายประการ แต่หากพิจารณาถึงความแตกต่างที่มีความเกี่ยวข้องกับการจ้างงานของพนักงานจ้างเหมาบริการแล้ว มีส่วนที่ต้องพิจารณาหลักๆอยู่ 2 ประการ คือนิยามในการจ้างงาน และลักษณะในการรับค่าตอบแทน ซึ่งปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังต่อไปนี้

มาตรา 575 อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

มาตรา 580 ถ้าไม่มีกำหนดโดยสัญญาหรือจารีตประเพณีว่าจะพึงจ่ายสินจ้างเมื่อไร ท่านว่าพึงจ่ายเมื่องานได้ทำแล้วเสร็จ ถ้าการจ่ายสินจ้างนั้นได้กำหนดกันไว้เป็นระยะเวลา ก็ให้พึงจ่ายเมื่อสุดระยะเวลาเช่นนั้นทุกคราวไป

มาตรา 587 อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ผู้รับจ้าง ตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น

มาตรา 602 อันสินจ้างนั้นพึงใช้ให้เมื่อรับมอบการที่ทำได้ ถ้าการที่ทำงานนั้นมีกำหนดว่าจะส่งรับกันเป็นส่วน ๆ และได้ระบุจำนวนสินจ้างไว้เป็นส่วน ๆ ไซ้ ท่านว่าพึงใช้สินจ้างเพื่อการแต่ละส่วนในเวลารับเอาส่วนนั้น

หากพิจารณาลักษณะของนิยาม และการจ่ายค่าตอบแทนแล้วจะเห็นว่า การจ้างแรงงานและการจ้างทำของนั้นมีลักษณะที่แตกต่างกันอย่างมากระหว่างกัน โดยในสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือการตกลงกันทำงานระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง และจะตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาในการทำงาน ซึ่งหากพิจารณาจากนิยามดังกล่าวนี้ แสดงให้เห็นว่า สิ่งที่เป็นส่วนที่สำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน นอกจากจะมีนายจ้างและลูกจ้างแล้ว ยังต้องมีการทำงานให้ตลอดการจ้างงานนั้น หรือพิจารณาการทำงานของลูกจ้าง มากกว่าผลงานของลูกจ้าง ส่วนการทำงานของลูกจ้างจะมีอย่างไรนั้น ต้องพิจารณาจากสัญญาจ้าง แต่หากพิจารณาการจ้างทำของนั้น นิยามของการจ้างทำของพิจารณาถึงส่วนของผลสำเร็จ ที่ลูกจ้างตกลงรับจะทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่ง จนสำเร็จ กล่าวคือ พิจารณาความสำเร็จของงานมากกว่าการทำงานตามปกติของสัญญาจ้างนั่นเอง

และหากพิจารณาถึง การจ่ายค่าจ้างของการจ้างแรงงานและการจ้างทำของนั้น มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ การจ่ายค่าจ้างของการจ้างแรงงานนั้น หากไม่มีกำหนดโดยสัญญาหรือจารีตประเพณีว่าจะพึงจ่ายสินจ้างเมื่อไร ท่านว่าพึงจ่ายเมื่องานได้ทำแล้วเสร็จ ถ้าการจ่ายสินจ้างนั้นได้กำหนดกันไว้เป็นระยะเวลา ก็ให้พึงจ่ายเมื่อสุดระยะเวลาเช่นนั้นทุกคราวไป แต่ไม่ว่าอย่างไร การจ่ายค่าจ้างนั้น จะจ่ายตามระยะเวลาที่เท่ากันเป็นระยะๆ และจะสิ้นสุดลงเมื่อสิ้นสุดสัญญาจ้าง แต่การจ่ายค่าจ้าง หรือสินจ้างในสัญญาจ้างทำของนั้น ให้จ่ายค่าจ้างเมื่อรับมอบการที่ทำได้ ถ้าการที่ทำงานนั้นมีกำหนดว่าจะส่งรับกันเป็นส่วน ๆ และได้ระบุจำนวนสินจ้างไว้เป็นส่วน ๆ ไซ้ ท่านว่าพึงใช้สินจ้างเพื่อการแต่ละส่วนในเวลารับเอาส่วนนั้น ซึ่งหมายถึง การจ่ายสินจ้างตามสัญญาจ้างทำของนั้น จะจ่ายสินจ้างตามความสำเร็จของผลงาน ไม่ว่าจะเป็นการจ่ายทั้งหมดในครั้งเดียว หรือการจ่ายเป็นส่วนๆก็ตาม

จากข้อกำหนดของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การกำหนดว่าการจ้างแรงงานและการจ้างทำของ มีลักษณะหรือมีความแตกต่างกันอย่างไรนั้น มีการแบ่งความแตกต่างนั้นอย่างชัดเจน ซึ่งเมื่อพิจารณากับการจ้างเหมาบริการ ที่มีการพิจารณาว่า การจ้างเหมาบริการมีลักษณะเป็นการจ้างทำของนั้น ก็หาเป็นลักษณะของการจ้างทำของที่สมบูรณ์ไม่ เพราะเมื่อพิจารณาตามข้อกำหนดแล้ว การจ้างเหมาบริการยังมีลักษณะเป็นการจ้างที่มีกำหนดระยะเวลา ซึ่งแม้ว่า ในสัญญาจะระบุไว้ว่าเป็นลักษณะของการจ้างทำของ แต่เมื่อมีการกำหนดระยะเวลาในการทำงาน ไม่ใช่การพิจารณาว่าเป็นการจ้างงานตามผลงานอย่างสัญญาจ้างทำของ ดังนั้น จะจัดการจ้างเหมาบริการให้เป็นการจ้างทำของนั้นก็หาสมควรไม่ และเมื่อพิจารณาจากการจ่ายค่าจ้างหรือสินจ้าง มิได้เป็นไปตามหลักของการจ้างทำของ เพราะมีการจ่ายสินจ้างเป็นรูปแบบรายเดือน ไม่ใช่การจ่ายค่าจ้างตามลักษณะความสำเร็จของผลงานแต่อย่างใด ซึ่งข้อบกพร่องเหล่านี้จะทำให้เกิดปัญหาในการตีความและการคุ้มครองสิทธิต่างๆของพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งจะขออธิบายอย่างละเอียดอยู่ในบทถัดไป

2. กฎหมายต่างประเทศ

2.1 สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ในระบบการบริหารงานแผ่นดินของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ประเทศเยอรมัน) นั้น ได้แบ่งประเภทบุคลากรในหน่วยงานของรัฐออกเป็น 2 ประเภทคือ ข้าราชการ (Beamte)⁹² และบุคลากรอีกประเภทหนึ่งคือ พนักงาน(Angestellte) และลูกจ้าง (Arbeiter) ซึ่งมีผู้ใช้ที่มีสถานะเป็นข้าราชการ เนื่องจากบุคลากรภาครัฐทั้งสองประเภท มิใช่บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐหรือองค์กรของรัฐต้นสังกัดตามกฎหมาย โดยพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมันมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ด้วยเหตุที่รัฐต้องการบุคคลเป็นจำนวนมาก เพื่อเข้ามาปฏิบัติงานอันเกี่ยวกับการสงครามที่เกิดขึ้นในขณะนั้น หลังจากเหตุการณ์ดังกล่าว แม้รัฐมิได้มีสงครามดังเช่นในอดีต แต่เมื่อรัฐมีการพัฒนาตามกระแสโลก ทำให้มีภารกิจเพิ่มและมีความซับซ้อนมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องสรรหาบุคลากรภาครัฐเข้ามาทำหน้าที่จัดทำภารกิจดังกล่าวให้เรียบร้อย ซึ่งแม้กฎหมายพื้นฐานอันเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมันที่ใช้บังคับในปัจจุบัน จะได้บัญญัติรับรองให้ข้าราชการเป็นบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนรัฐเป็นหลักก็ตาม แต่ก็มิใช่ว่าองค์กรของรัฐจะไม่สามารถดำเนินการสรรหาบุคลากรภาครัฐประเภทอื่นได้ ทำให้องค์กรของรัฐ ยังคงสามารถดำเนินการจ้างพนักงานและลูกจ้าง ให้เข้ามาสนับสนุนงานงานของรัฐได้เช่นกัน ดังที่ปรากฏในทางข้อเท็จจริงว่า องค์กรของรัฐ ได้ว่าจ้างพนักงานและลูกจ้างเสียมากกว่าการบรรจุหรือแต่งตั้งข้าราชการ⁹³ เนื่องจาก

⁹² สหพันธ์รัฐเยอรมนีมีการปกครองระบอบหลักสาธารณรัฐ (Republik) ซึ่งหมายถึงการที่ไม่มีองค์ประกอบของรัฐสืบทอดอำนาจการปกครองผ่านรัชทายาท แต่มีประมุขที่ได้รับการเลือกตั้งและดำรงตำแหน่งตามวาระที่กฎหมายกำหนดคำว่า “Beamte” ในภาษาเยอรมันจึงสมควรแปลว่า “ข้าราชการ” แต่เพื่อป้องกันความสับสนและเพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจในที่นี้จึงขอใช้คำว่า “ข้าราชการ” แทน

⁹³ Giuseppe Casale and Joseph Tenkorang, Public service labour relations : A comparative overview, DIALOGUE Paper No. 17 (Geneva : International Labour Office. 2008. p.21-22

การปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานและลูกจ้างมีความยืดหยุ่นมากกว่าการปฏิบัติงานของข้าราชการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีขององค์กรของรัฐส่วนท้องถิ่น ที่มีภารกิจที่เกี่ยวกับการให้บริการประชาชน โดยตรงมากกว่าองค์กรของรัฐประเภทอื่นๆ แต่สำหรับในระดับลรัฐนั้น จำนวนบุคลากรภาครัฐที่เป็นข้าราชการยังมีความจำเป็นที่ต้องมีจำนวนที่ค่อนข้างมากเมื่อเทียบกับพนักงานหรือลูกจ้าง เนื่องจากในระดับลรัฐยังคงมีภารกิจเกี่ยวกับการศึกษาและการตำรวจอยู่ ซึ่งภารกิจเหล่านี้ล้วนแต่เป็นภารกิจดั้งเดิมที่รัฐยังคงต้องอาศัยข้าราชการเป็นผู้ดำเนินการตามภารกิจ⁹⁴ ทั้งนี้ ความนิยมของรัฐที่มักจะเลือกการว่าจ้างบุคลากรภาครัฐประเภทลูกจ้างหรือพนักงานของรัฐซึ่งมีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงานมากกว่าการสรรหาและบรรจุบุคลากรภาครัฐประเภทข้าราชการซึ่งมีความสัมพันธ์กับรัฐตามกฎหมาย ส่วนหนึ่งนั้นมีที่มาจาก แนวความคิดว่าด้วยการจัดการภาครัฐแนวใหม่ (New Public Management) ที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไว้ข้างต้นในบทที่ 2 ซึ่งแพร่หลายโดยทั่วไป นั่นเอง⁹⁵

ถึงแม้ว่าบุคลากรประเภทพนักงาน และลูกจ้างนั้น จะเป็นบุคลากรที่เข้ามาดำเนินการในภาครัฐโดยการทำสัญญาจ้างเหมือนกัน แต่ก็มีลักษณะบางอย่างที่แตกต่างกัน กล่าวคือ พนักงาน เป็นผู้ได้รับการว่าจ้างจากองค์กรของรัฐ ซึ่งจะมีสถานะเป็นนายจ้างตามกฎหมาย มีหน้าที่รับผิดชอบงานที่มีได้มีความสำคัญ หรือมีชิ้นงานอันเป็นภารกิจหลักขององค์กรของรัฐนั้นๆ ซึ่งจะได้รับค่าตอบแทนการปฏิบัติงานเป็นรายเดือนเป็นจำนวนที่แน่นอน⁹⁶ โดยสามารถแบ่งประเภทพนักงานได้เป็น 4 ประเภทตามอัตราเงินเดือน และลักษณะงานในความรับผิดชอบ ส่วนลูกจ้างนั้น แม้จะเป็นผู้มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานเช่นเดียวกับพนักงาน แต่มีความแตกต่างกับพนักงานอย่างมีนัยสำคัญในเรื่องของลักษณะงานและการจ่ายค่าตอบแทน กล่าวคือ ลูกจ้างมักจะเป็นผู้ปฏิบัติงานอันมีลักษณะเป็นการใช้แรงงานเสียมากกว่า รวมถึงการจ่ายเงินค่าตอบแทนนั้นก็จะมีได้มีลักษณะการจ่ายเป็นรายเดือนและมีจำนวนที่แน่นอนเหมือนกรณีของพนักงาน แต่จะเป็นการจ่ายเป็นรายชั่วโมงหรือรายวัน หรือตามจำนวนงานที่ปฏิบัติสำเร็จจริง โดยพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมันเป็นบุคลากรภาครัฐที่มีใช้ข้าราชการ แต่เป็นไปตามสัญญาจ้างแรงงาน พนักงานและลูกจ้างจึงย่อมมี

⁹⁴ Kuhlmann sabine, “ Civil Service in Germany : Characteristics of Public Employment and Modernization” paper presented at the meeting Modernization of State and Administration in Europe : A France - Germany Comparison, 14 - 15 May 2004, Bordeaux, Goethe – Institut, p.4. อ้างถึงใน นริศชา ละม้ายอินทร์.(2554). ปัญหาการแบ่งแยก สัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง : ศึกษารณีสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต .คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 100.

⁹⁵ Sylvia Horton, “Contrasting Anglo-American and Continental European civil service systems” in Andrew Massey, International Handbook on Civil Service Systems Edited by Andrew Massey, (United Kingdom : Edward Elgar Publishing Limited, 2011), p.31-32.

⁹⁶ Nicole Hery-Moßmann, “Unterschied Angestellter und Arbeiter - alle Infos”, Retrieved on October 24, 2022, from https://praxistipps.focus.de/unterschiedangestellter-und-arbeiter-alle-infos_100929

สถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน รวมทั้งสัญญาจ้างแรงงานระหว่างองค์กรของรัฐผู้ว่าจ้างและพนักงานหรือลูกจ้างนี้จะมี ลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานในภาคเอกชน⁹⁷

สิทธิความคุ้มครองที่ได้รับจากสัญญาจ้างและสวัสดิการตามกฎหมาย

รูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและลูกจ้างหรือพนักงาน เป็นไปความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน⁹⁸ ดังนั้นแล้ว สิทธิประโยชน์และสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมันโดยหลักจึงจะเป็นไปตามที่กำหนดและตกลงกันไว้ในสัญญาจ้างกับองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ว่าจ้าง ที่เรียกว่า “สัญญาข้อตกลงร่วม” และตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Agreement) คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐและบุคลากรภาครัฐประเภทพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยข้อตกลงร่วมนี้เกิดขึ้นเนื่องจาก รัฐมีภารกิจที่จะต้องอาศัยงบประมาณในการดำเนินงานมากยิ่งขึ้น รัฐจึงต้องการลดงบประมาณอันเกี่ยวกับการจ้างตำแหน่งงาน ซึ่งอาจส่งผลต่อการจ้างงานตามสัญญาจ้างแรงงาน รัฐซึ่งย่อมมีอำนาจเหนือกว่าเอกชนจึงอาจอาศัยอำนาจดังกล่าวในการกำหนดข้อตกลงอันมีลักษณะเป็นการเอาเปรียบเอกชนผู้เป็นลูกจ้างได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของข้อตกลงอันเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ดังนั้น นอกจากในระบบกฎหมายเยอรมันจะได้ให้สิทธิแก่พนักงานและลูกจ้างในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพแรงงานแล้ว ก็ยังได้ให้สิทธิแก่สหภาพแรงงานของพนักงานหรือลูกจ้างนั้นๆ ด้วย โดยสามารถเจรจาต่อรองข้อตกลงร่วมกับรัฐ โดยมีรัฐบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงร่วม 1949 เป็นกฎหมายที่รับรองและให้อำนาจสิทธิดังกล่าวไว้ ทั้งนี้ การให้สิทธิในการต่อรองดังกล่าวแก่พนักงานและลูกจ้างมีหลักการสำคัญในการต่อรอง คือ จะต้องอยู่บนฐานของการชั่งน้ำหนักเพื่อให้ความเท่าเทียมกันระหว่างประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานของพนักงานหรือลูกจ้าง กับความมั่นคงในอาชีพของพนักงานหรือลูกจ้างผู้นั้น⁹⁹ จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้รัฐจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือบุคคลที่จะเข้าปฏิบัติงานให้แก่รัฐในฐานะพนักงานและลูกจ้าง ทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมายก็ตาม แต่ระบบกฎหมายเยอรมันก็ได้เล็งเห็นถึงความได้เปรียบของรัฐ ที่จะใช้อำนาจเหนือดังกล่าวไปในทางที่ทำให้พนักงานหรือลูกจ้างเกิดความเสียเปรียบ ในการต่อรองและตกลงเงื่อนไขอันเกี่ยวกับสภาพการจ้าง จึงได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองและรับรองให้บุคคลที่จะเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งดังกล่าวร่วมกับสหภาพแรงงานนั้นๆ มีสิทธิที่จะต่อรองข้อตกลง ที่จะได้ทำขึ้นในสัญญาจ้าง อันเป็นการให้ความคุ้มครองบุคลากรดังกล่าวในฐานะที่เป็นแรงงานในระบบกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากการจ้างบุคลากรภาครัฐที่มีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายไทย ที่มีได้มีสิทธิต่อรองในข้อตกลงตามสัญญาจ้าง โดยเป็นอำนาจของรัฐ โดยองค์กรของรัฐผู้ว่าจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียวในการกำหนดข้อตกลงตามสัญญา

นอกจากนี้ ดังได้กล่าวมาแล้วว่าโดยหลักหน้าที่รวมถึงสิทธิประโยชน์ สวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน จะต้องเป็นไปตามสัญญาข้อตกลงร่วมที่ได้ตกลงไว้ร่วมกัน แต่นอกจากจะต้องไปตามข้อสัญญาแล้ว สิทธิประโยชน์และหน้าที่ของพนักงานและลูกจ้างใน

⁹⁷ Kuhlmann Sabine, supra note 84, p.4.

⁹⁸ Kuhlmann Sabine, supra note 84, p.4

⁹⁹ Casale, G., Tenkorang, J., & Law, L. (2008). *Public service labour relations: A comparative overview*. Geneva: ILO.p.20-23.

ระบบกฎหมายเยอรมันก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคลากรดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยใน ส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของบุคลากรภาครัฐ ประเภทพนักงาน หรือลูกจ้างนั้น แม้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและบุคลากรดังกล่าวจะเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง ซึ่งอยู่ ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่กฎหมายอีกหนึ่งฉบับที่ใช้บังคับแก่บุคลากรดังกล่าวโดยเฉพาะ โดยนัยนี้พนักงานและลูกจ้างของรัฐ จึงมีสิทธิประโยชน์ สวัสดิการและหน้าที่ที่แตกต่างไปจากลูกจ้าง ในภาคเอกชนอยู่บ้าง โดยจะถือว่าพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน เป็นผู้มีความ ความสัมพันธ์ทางแพ่งกับรัฐที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแต่เฉพาะลูกจ้างตาม สัญญาจ้างแรงงานในภาครัฐเท่านั้น กล่าวคือ จะอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของรัฐบัญญัติว่าด้วยบุคลากร ผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐ¹⁰⁰ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972¹⁰¹ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ เกี่ยวกับ การคุ้มครองแรงงานและแรงงานสัมพันธ์ที่บังคับใช้กับแรงงานในภาคเอกชน¹⁰²

ส่วนเรื่องความคุ้มครองสิทธิในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของกฎหมายสหพันธ์ สาธารณรัฐเยอรมนี (ประเทศเยอรมัน) ในปัจจุบันจะเห็นได้ว่ากฎหมายประเทศเยอรมันนั้น มีบทบัญญัติ ที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนกฎหมายมหาชนของ เยอรมัน ได้แก่ มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบของการ กระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ และกำหนดผลให้เจ้าหน้าที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และมาตรา 34¹⁰³ แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติให้การรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ตกเป็นของรัฐ โดย ผู้เสียหายต้องฟ้องรัฐเป็นคู่ความในคดีโดยตรง จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้ นอกจากนั้น ยังสงวนสิทธิใน การไล่เบียดในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำการ โดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน มิใช่บทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐไล่เบียดเอาจากเจ้าหน้าที่โดยตรง หากแต่ ให้อำนาจหน่วยงานต้นสังกัด ที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในการออกกฎหมายระดบรอง เพื่อกำหนด รายละเอียดองค์ประกอบของการใช้สิทธิไล่เบียดต่อไป ซึ่งในปัจจุบันได้มีการออกบทบัญญัติดังกล่าว กระจัดกระจายอยู่ในระเบียบข้าราชการของทุกหน่วยงาน อาทิ มาตรา 78 กฎหมายว่าด้วยระเบียบ ข้าราชการพลเรือนแห่งสหพันธ์ มาตรา 96 กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนแห่งมลรัฐ

¹⁰⁰ the Federal and Lander Personnel Representation Act 1974

¹⁰¹ The Works Constitution Act 1972

¹⁰² นริศชา ละม้ายอินทร์. ปัญหาการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง : ศึกษา กรณีสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. หน้า104.

¹⁰³ มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน (ความรับผิดชอบในการละเมิดหน้าที่ราชการ) “หากบุคคลใดก็ตาม กระทำละเมิด ต่อหน้าที่ราชการตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น และกระทำการนั้นในการปฏิบัติ หน้าที่ราชการ ตามที่ได้รับมอบหมาย ให้ความรับผิดชอบเพื่อการดังกล่าวตกแก่ส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐ ที่ว่า จ้างบุคคลนั้น เป็นหลัก อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดโดยเจตนาหรือโดยประมาทเลินเล่ออย่าง ร้ายแรง ให้สงวนสิทธิในการไล่เบียดกับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด ทั้งนี้ ศาลยุติธรรมต้องไม่ปิดกั้นโอกาสในการ เรียกร้อง ค่าสินไหมทดแทน และสิทธิในการไล่เบียด” ในการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามที่ตนได้รับมอบหมายละเมิด หน้าที่ ราชการซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้เพื่อคุ้มครองบุคคลอื่น

บาเดน วิทเทินแบร์ก หรือมาตรา 24 หมายความว่าด้วยระเบียบข้าราชการทหารในเบื้องต้น¹⁰⁴ จึงอาจสรุปได้ว่า มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานของเยอรมัน เป็นบทบัญญัติที่มีสาระสำคัญเทียบเคียงได้กับมาตรา 420 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ของไทย กล่าวคือ กำหนดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของบุคคลภายนอกต่อหน่วยงานของรัฐ เมื่อเจ้าหน้าที่กระทำความผิดในการปฏิบัติหน้าที่ อันถือเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนผู้เสียหาย และ มาตรา 34 ประโยค 3 แห่งกฎหมายพื้นฐาน กำหนดให้คดีที่บุคคลภายนอกเรียกค่าสินไหมทดแทนจากหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้รับผิดชอบในผลละเมิดของเจ้าหน้าที่ อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ขณะที่กฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการของหน่วยงานของรัฐ ตามที่กล่าวมาข้างต้น ได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของหน่วยงานของรัฐเอา กับเจ้าหน้าที่ผู้กระทำความผิด ทั้งในกรณีที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายแล้ว และในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดกับหน่วยงานของรัฐโดยตรง จึงเทียบเคียงได้กับมาตรา 8 และมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ของไทย อย่างไรก็ดี แม้ว่าการใช้สิทธิไล่เบี้ยของหน่วยงานของรัฐเอา กับเจ้าหน้าที่ทั้งสองกรณี จะเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐในฐานะผู้บังคับบัญชา กับเจ้าหน้าที่ของรัฐในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาบนพื้นฐานของกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการ อันถือเป็นนิติสัมพันธ์ทางปกครองโดยแท้ก็ตาม แต่มาตรา 34 วรรค 3 แห่งกฎหมายพื้นฐานกลับบัญญัติให้สิทธิไล่เบี้ยของรัฐ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดกับบุคคลภายนอกอยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม ด้วยเหตุผลทางประวัติศาสตร์สองประการ ได้แก่ ประการที่หนึ่งเนื่องจากระบบศาลปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีพัฒนาการที่ช้ากว่าระบบศาลยุติธรรม โดยในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับไวมา ค.ศ. 1919 ซึ่งเป็นต้นแบบของมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐานดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ปรากฏเพียงศาลปกครองระดับมลรัฐเท่านั้น ความเชื่อถือและการยอมรับในความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการในศาลปกครองจึงมีอยู่ในวงจำกัด ส่วนเหตุผลประการที่สองคือ ตามโครงสร้างทางกฎหมายของความรับผิดของรัฐเพื่อละเมิดของเจ้าหน้าที่ มีลักษณะเป็นความรับผิดเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ทางแพ่งตามมาตรา 839 ประมวลกฎหมายแพ่ง มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน เพียงแต่เปลี่ยนตัวผู้ถูกฟ้องและกำหนดสิทธิไล่เบี้ยของรัฐเพิ่มเติมจากประมวลกฎหมายแพ่งเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติรายละเอียดเพิ่มเติมดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ เพราะเนื่องจากเหตุผลของการปกครองระบอบสหพันธ์ มิได้มีวัตถุประสงค์จะใช้รัฐธรรมนูญ เป็นเครื่องมือแปรสภาพสิทธิเรียกร้องทางแพ่งให้เป็นสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายมหาชน¹⁰⁵

อย่างไรก็ดี มาตรา 34 วรรคสาม แห่งกฎหมายพื้นฐาน มิได้ครอบคลุมถึงกรณีที่เจ้าหน้าที่กระทำความผิดต่อหน่วยงานของรัฐ สิทธิเรียกร้องในกรณีดังกล่าวจึงอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง อนึ่ง ในระบบกฎหมายปกครองของเยอรมันเป็นที่ยอมรับกันว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชน ไม่จำเป็นต้องก่อตั้งขึ้นบนพื้นฐานของกฎหมายมหาชนเสมอไป หากแต่รัฐสามารถมาดำเนิน

¹⁰⁴ ธีรยุทธพล สุกุลเมฆา. *หลักกฎหมายว่า ด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในระบบกฎหมายของ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี*. บทความทางวิชาการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 2558. หน้า 1-3.

¹⁰⁵ นริศษา ละม้ายอินทร์. อ้างแล้ว เชียงธรรมที่ 102. หน้า104.

กิจกรรมทางปกครองในแดนของกฎหมายเอกชนได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการจัดหาเพื่อให้ได้มาซึ่ง วัสดุที่จำเป็นในการจัดทำบริการสาธารณะ หรือการดำเนินธุรกรรมเพื่อหารายได้เข้าคลัง ในกรณีที่รัฐ สมัครใจลดฐานะลงมาดำเนินการแย่งบุคคลธรรมดา รัฐจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเอกชน และสูญเสียซึ่งสิทธิในการเลือกใช้กฎหมายหรือมาตรการพิเศษซึ่งโดยธรรมชาติแล้ว แสดงถึงเอกสิทธิ ของรัฐที่อยู่เหนือประชาชน ดังเช่น การออกคำสั่งทางปกครอง เป็นต้น¹⁰⁶

เมื่อพิจารณาเรื่ององค์ประกอบของกฎหมายของคำว่า “การกระทำละเมิดในการ ปฏิบัติหน้าที่” ของกฎหมายเยอรมันนั้น จึงหมายรวมแต่เฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ในแดนกฎหมาย มหาชนเท่านั้น หากเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก แม้จะเกิดจากการ ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ แต่หากเป็นการกระทำแทนในแดนกฎหมายเอกชนแล้ว รัฐจะต้องร่วมรับผิดชอบ ในผลละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังเช่นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนรับผิดชอบในผลละเมิดของผู้แทน หรือผู้มี อำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล ซึ่งเปรียบเสมือนเป็นการรับผิดชอบในการกระทำของตนเอง มิใช่การรับ ผิดในผลละเมิดของเจ้าหน้าที่ดังเช่นที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ประกอบมาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง โดยให้นำมาตรา 31 และ 89 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง¹⁰⁷ มาใช้ บังคับกับหน่วยงานต้นสังกัด ซึ่งผู้แทนหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนในหน่วยงานรัฐที่มีฐานะเป็นนิติ บุคคลในกรณีนี้ ได้แก่ เจ้าหน้าที่รัฐระดับบริหารซึ่งมีอำนาจหน้าที่ โดยมีการบัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างชัดเจนเทียบเคียงได้กับผู้แทนนิติบุคคลตามกฎหมายแพ่ง

เมื่อมีการกระทำที่เป็นละเมิดแล้ว ย่อมมีความเสียหายเกิดขึ้น ซึ่งตามกฎหมาย เยอรมัน ผู้ที่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ นิติบุคคลมหาชนต้นสังกัดของข้าราชการผู้กระทำ ความผิดทางละเมิดในหน้าที่และก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ซึ่งได้แก่ สหพันธ์ มลรัฐ หรือนิติบุคคล มหาชนอื่น เช่น องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น¹⁰⁸ โดยหากพิจารณาความคุ้มครองสิทธิในการ กระทำความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น การกระทำนั้นจะต้องครอบคลุมประกอบที่จะได้รับ ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวกล่าว ดังนี้

1. เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำการปฏิบัติงานในหน้าที่ทางมหาชน โดยการกระทำที่ จะถือว่าเป็นการกระทำในตำแหน่งหน้าที่ทางมหาชนได้นั้น จะต้องกระทำโดยบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ เพื่อรัฐ คือ ประการที่หนึ่งผู้ที่กระทำจะต้องเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และอีกประการหนึ่งการกระทำของ เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำลงในแดนของกฎหมายมหาชน โดยไม่ได้หมายความว่าเฉพาะข้าราชการ พนักงาน และลูกจ้างทางราชการเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึง บุคคลซึ่งอยู่ในความสัมพันธ์กับ ทางการตามกฎหมายมหาชน และบุคคลซึ่งได้รับมอบหมายให้จัดทำภาระหน้าที่ในทางมหาชนด้วย

¹⁰⁶ เรื่องเดียวกัน. หน้า105.

¹⁰⁷ มาตรา 31 และ 89 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี เทียบเคียงได้กับ มาตรา 76 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทย บัญญัติความรับผิดชอบของนิติบุคคลกรณีผู้แทนนิติ บุคคลกระทำให้เกิดความเสียหาย

¹⁰⁸ คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ความรับผิด ทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และข้อมูลข่าวสารของราชการ. พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ใน กฎหมายเยอรมนี. รายงานการเสวนา ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น B1 อาคารศาลปกครอง กรุงเทพฯ.

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 839(1) ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (BGB) จะใช้คำว่า “Beamten”¹⁰⁹ ซึ่งหมายถึงข้าราชการพลเรือน แต่ตามบทบัญญัติมาตรา 34 กฎหมายรัฐธรรมนูญ (GG) ใช้ถ้อยคำกว้างกว่าคือใช้คำว่า “jemand” ซึ่งหมายถึง บุคคลใดๆ ดังนั้นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่อันอาจทำให้รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นข้าราชการพลเรือนตามความหมายของกฎหมายข้าราชการเท่านั้น แต่หมายถึงบรรดาพนักงาน ลูกจ้างของรัฐ บุคคลที่มีความสัมพันธ์ในการรับใช้รัฐในฐานะเป็นข้าราชการประจำ¹¹⁰ ตลอดจนบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับรัฐ เพราะส่วนตำแหน่งในทางมหาชนที่ไม่ได้เป็นข้าราชการประจำ กรณีเอกชนอาจถือเป็นข้าราชการตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐได้ ถ้าได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐ หรือเอกชนผู้ที่ได้รับมอบอำนาจ¹¹¹

2. การละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ต้องผูกพันบุคคลที่สาม หากการกระทำละเมิดต่อการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ไม่มีความเชื่อมโยงกับบุคคลที่สาม (บุคคลที่ได้รับความเสียหาย) ยังไม่ถือเป็นการละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ และต้องเป็นหน้าที่ของรัฐซึ่งมีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลที่สาม ไม่ใช่หน้าที่ที่มีขึ้นเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะทั่วไปเท่านั้น การพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างหน้าที่รักกับบุคคลที่สามที่แท้จริงแล้ว คือ การพิจารณาวัตถุประสงค์ของหน้าที่นั้นๆ ว่ามุ่งประสงค์คุ้มครองประโยชน์ส่วนบุคคลที่ได้รับความเสียหายหรือไม่ บุคคลจะฟ้องร้องให้รัฐรับผิดแทนเจ้าหน้าที่ จะต้องเป็นบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดในหน้าที่ของรัฐซึ่งคุ้มครองตนเท่านั้น¹¹²

3. การกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดต่อกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐ ต้องเป็นการกระทำละเมิดต่อหน้าที่ของรัฐ หน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ของรัฐ หรือหน้าที่ตามตำแหน่งหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต่อหน่วยงานที่ตนปฏิบัติงาน ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐไม่ได้เชื่อมโยงการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นการทำให้เสียชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่ง (BGB) มาตรา 839 ซึ่งการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐในความรับผิดทางละเมิดการนั้น ต้องแยกต่างหากจากความรับผิดละเมิดทั่วไป¹¹³

¹⁰⁹ สหพันธรัฐเยอรมนีมีการปกครองระบอบหลักสาธารณรัฐ (Republik) ซึ่งหมายถึงการที่ไม่มีองค์ประมุขของรัฐสืบทอดอำนาจการปกครองผ่านรัชทายาท แต่มีประมุขที่ได้รับการเลือกตั้งและดำรงตำแหน่งตามวาระที่กฎหมายกำหนด คำว่า “Beamten” ในภาษาเยอรมันจึงสมควรแปลว่า “ข้าราชการ” แต่เพื่อป้องกันความสับสนและเพื่อความสะดวกในการทำความเข้าใจในนี้จึงขอใช้คำว่า “ข้าราชการ” แทน

¹¹⁰ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. *การพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ .กรุงเทพฯ: กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง. 2550. หน้า 72-73.

¹¹¹ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. *ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน*. รายงานวิจัย .กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 2547. หน้า 13-14.

¹¹² สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. *วิเคราะห์คำพิพากษาศาลฎีกาของศาลปกครองต่างประเทศ*. วรสารวิชาการศาลปกครอง. ฉบับพิเศษ. 2552. หน้า 79.

¹¹³ ศิริจันทร์พร ธารมณี. *ความรับผิดทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง กรณีศึกษาการทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่*. วรสารวิชาการ. 2559. หน้า 65.

4. ความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล¹¹⁴ การกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการละเมิดนั้น จะถือว่าเป็นการละเมิดที่รัฐต้องเข้ามารับผิดชอบได้ก็ต่อเมื่อ การกระทำละเมิดในหน้าที่ดังกล่าวจะต้องเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายนั้นเกิดขึ้น ซึ่งการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลนั้น กฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐไม่ได้กำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นพิเศษ จึงอาศัยหลักการเดียวกันกับการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลตามหลักละเมิดในกฎหมายแพ่งทั่วไป¹¹⁵

2.2 สาธารณรัฐฝรั่งเศส

ระบบกฎหมายฝรั่งเศส มีการแบ่งประเภทบุคลากรภาครัฐออกเป็น 2 ประเภท คือ บุคลากรที่มีสถานะเป็นข้าราชการ และบุคลากรภาครัฐที่มีได้มีสถานะเป็นข้าราชการ โดยหากกล่าวถึงบุคลากรที่มีได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นข้าราชการนั้นจะเรียกว่า ลูกจ้าง (Agent Contractuels) และมีบุคคลอีกหนึ่งประเภทที่ไม่ได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นบุคลากรของรัฐ กล่าวคือ เป็นบุคคลที่มีได้มีความสัมพันธ์ทางกฎหมายกับรัฐ เรียกว่า อาสาสมัคร (Collaborateurs bénévoles) ซึ่งแม้จะมีได้มีสถานะเป็นบุคลากรของรัฐ แต่ก็ได้รับความคุ้มครองบางประการจากรัฐเช่นเดียวกัน

หากกล่าวถึง ลูกจ้าง คือบุคลากรภาครัฐที่มีได้มีสถานะเป็นข้าราชการ ซึ่งทำงานอยู่กับองค์กรของฝ่ายปกครองต่างๆ ทั้งองค์กรของรัฐส่วนกลาง ส่วนจังหวัด ส่วน ท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชน¹¹⁶ โดยมีข้อแตกต่างสำคัญที่ทำให้ลูกจ้างแตกต่างจากบุคลากรภาครัฐที่มีสถานะเป็นข้าราชการ อยู่สองประการด้วยกัน ประการแรก ลูกจ้างมิใช่บุคคลที่เข้าปฏิบัติงานในองค์กรของรัฐโดยการบรรจุและแต่งตั้งตามคำสั่งทางปกครอง แต่เป็นผู้เข้าทำงานให้แก่องค์กรของรัฐโดยได้รับการว่าจ้างตามสัญญา และประการที่สอง ลูกจ้างมิใช่บุคคลที่ทำงานให้แก่องค์กรของรัฐเป็นการถาวรดังเช่นข้าราชการ กล่าวคือ การทำงานของลูกจ้างนั้นมีระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งตามกำหนดเวลาการจ้างที่ระบุไว้ตามสัญญาที่จ้าง ด้วยเหตุนี้ทำให้อาจเรียกบุคลากรภาครัฐที่เป็นลูกจ้างได้ว่า “เจ้าหน้าที่วิสามัญ”¹¹⁷ โดยลูกจ้างซึ่งทำงานให้แก่รัฐ หรือองค์กรของรัฐต้นสังกัดตามสัญญาจ้าง แรงงาน จะมีการทำสัญญาในลักษณะเป็นสัญญาแบบ (Contract - type) ที่กำหนดโดยฝ่ายปกครอง¹¹⁸ ทำนองเดียวกับแบบของสัญญาจ้างพนักงานราชการหรือลูกจ้างของรัฐในระบบกฎหมายไทย ที่มีการจัดทำแบบของสัญญาในการจ้างเช่นเดียวกัน และมีเอกสารแนบท้ายที่เป็นกฎเกณฑ์แบบ (reglement type) ที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ต่างๆ ในการปฏิบัติหน้าที่ของลูกจ้าง อาทิ เช่น การกำหนดความก้าวหน้าของตำแหน่งงาน อายุที่จะเกษียณ ระยะเวลาการจ้าง เหตุแห่งการ เลิกจ้าง เป็นต้น โดยฝ่ายปกครองหรือองค์กรของรัฐ

¹¹⁴ จิตติ ติงศภัทย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2523. หน้า 212-214.

¹¹⁵ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์. ความรับผิดชอบของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน. รายงานวิจัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 2547. หน้า 22.

¹¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจียงรอดที่ 48. หน้า 102.

¹¹⁷ รังสิกร อุปพงศ์. อำนาจของรัฐมนตรีในการวางนโยบายการบริหารงานบุคคลในประเทศฝรั่งเศส. วรสารกฎหมายปกครอง .เล่มที่ 9 ,ตอนที่ 1. 2553. หน้า 221.

¹¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจียงรอดที่ 48. หน้า102.

ที่ว่าจ้าง จะทรงไว้ซึ่งสิทธิในการเลิกจ้างลูกจ้างในเวลาใดก็ได้ เพียงแต่รัฐจะต้องจ่ายค่าทดแทนการเลิกจ้างให้แก่ลูกจ้าง ลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจึงมิได้มีลักษณะการทำงานที่เป็นการถาวร¹¹⁹ ด้วยเหตุนี้สิทธิและหน้าที่ของลูกจ้างจะเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดังกล่าว ประกอบกับสิทธิและหน้าที่บางประการที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ โดยนัยนี้ลูกจ้างจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็น “ลูกจ้าง” ตามสัญญาจ้างแรงงานของรัฐหรือองค์กรของรัฐผู้มีสถานะเป็นนายจ้างตามสัญญาดังกล่าว

ในความรับผิดชอบของลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศส อาจเป็นผู้ที่มีหน้าที่และลักษณะงานที่รับผิดชอบตามสัญญา อันเกี่ยวกับการเข้ามามีส่วนร่วมโดยตรงในการจัดทำบริการสาธารณะของรัฐก็ได้ โดยหากเป็นกรณีการจ้างลูกจ้างให้เข้าปฏิบัติงานที่มีลักษณะเป็นการเข้าร่วมการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาจ้างดังกล่าวจะถูกให้ลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม รัฐก็อาจดำเนินการจ้างลูกจ้างให้เป็นบุคลากรผู้ปฏิบัติงานที่ไม่เกี่ยวข้องกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง สัญญาจ้างดังกล่าวจะถูกให้ลักษณะทางกฎหมายเป็นสัญญาทางปกครอง อย่างไรก็ตาม รัฐก็อาจดำเนินการจ้างลูกจ้างให้เข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งนอกระบบราชการรับผิดชอบงานทำความสะอาด เป็นต้น เช่นนี้รัฐก็สามารถทำได้เพียงแต่สัญญาที่ว่าจ้างลูกจ้างดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาทางแพ่ง มิใช่สัญญาทางปกครองดังเช่นกรณีการจ้างลูกจ้างให้เข้าปฏิบัติงานเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะโดยตรง ซึ่งงานที่ลูกจ้างจะเข้าปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างได้นั้น ก็อาจเป็นงานที่โดยสภาพจะต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรของรัฐ เพียงมีข้อแตกต่างในแง่ของอำนาจบังคับบัญชาที่องค์กรของรัฐต้นสังกัดมีต่อบุคลากรภาครัฐประเภทข้าราชการและลูกจ้าง คือ กรณีของอำนาจบังคับบัญชาที่องค์กรของรัฐต้นสังกัดมีต่อข้าราชการ ย่อมเป็นไปในลักษณะของการใช้อำนาจทางกฎหมายตามสายการบังคับบัญชา หรือลำดับชั้นบังคับบัญชาจากบนสู่ล่างในการควบคุมการปฏิบัติงานของข้าราชการทั้งระบบ แต่ในกรณีของลูกจ้างนั้นเป็นการใช้อำนาจบังคับบัญชาอันที่มีมาจากสัญญาจ้างแรงงาน ซึ่งไม่ใช่การใช้อำนาจทางกฎหมายดังเช่นกรณีของข้าราชการ อย่างไรก็ตาม เมื่อลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสไม่ได้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐตามกฎหมายแต่เป็นผู้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน ทั้งที่เป็นสัญญาจ้างแรงงานในภาคมหาชนและในภาคเอกชนก็ตาม¹²⁰ โดยสภาพแล้วจึงย่อมไม่อาจเป็นผู้ปฏิบัติงานที่ต้องอาศัยอำนาจรัฐในการดำเนินงานได้ อาทิเช่น การออกคำสั่งทางปกครองเพื่ออนุญาตให้เอกชนกระทำการหรือห้ามมิให้กระทำต่างๆ เป็นต้น

สิทธิความคุ้มครองที่ได้รับจากสัญญาจ้างและสวัสดิการตามกฎหมาย

โดยหลักแล้วสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีอยู่เช่นใดนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์แนบท้ายสัญญาดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แบบ (reglement type) ซึ่งจะกำหนดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่ลูกจ้างพึงได้รับไว้ อย่างไรก็ตาม นอกจากลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามที่ระบุไว้ในสัญญา หากในกรณีที่ในสัญญาจ้างดังกล่าว มีข้อตกลงให้ลูกจ้างอยู่ภายใต้ระบบการคุ้มครองสิทธิประโยชน์

¹¹⁹ เรื่องเดียวกัน

¹²⁰ นริศชา ละม้ายอินทร์. ปัญหาการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง : ศึกษากรณีสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. หน้า 105-107.

และ สวัสดิการในภาคเอกชนก็อาจกระทำได้เช่นกัน โดยการกำหนดยกเว้นให้ลูกจ้างได้รับสิทธิประโยชน์ และสวัสดิการตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งมาตรา L1111-1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน ได้บัญญัติให้ความในประมวลกฎหมายนี้อาจใช้บังคับกับลูกจ้างของรัฐได้เช่นกัน หากมีข้อตกลงตามสัญญาที่ว่าจ้างกำหนดให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแรงงานมาใช้บังคับแก่กรณี¹²¹ โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของการจ้างพนักงานรัฐวิสาหกิจที่มีสถานะเป็นลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และได้รับการพัฒนาและยอมรับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมาบังคับใช้ได้ ในการจัดรูปแบบความสัมพันธ์ทางแรงงานระหว่างรัฐและลูกจ้าง อาจกล่าวได้ว่าประเทศฝรั่งเศส มีแนวความคิดในการบริหารงานรัฐวิสาหกิจเช่นเดียวกับการบริหารงานในภาคเอกชน พนักงานรัฐวิสาหกิจจึงมีสภาพเช่นเดียวกับเอกชนโดยทั่วไปและมีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างตามระบบความสัมพันธ์แรงงานแบบเอกชน¹²²

ส่วนเรื่องความคุ้มครองสิทธิในเรื่องความรับผิดทางละเมิดของกฎหมายในสาธารณรัฐฝรั่งเศส ไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในรูปประมวลกฎหมาย และในเวลาเดียวกันระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ได้ถือหลักให้รัฐ เข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ที่ตั้งเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันหรือระบบกฎหมายของประเทศไทย แต่ให้รัฐรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำของตนเอง ด้วยเหตุนี้จึงกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดในทางกฎหมายมหาชน แยกขาดจากความรับผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่ง กรณีจึงแตกต่างจากระบบกฎหมายของประเทศเยอรมันและกฎหมายไทย ที่ใช้ฐานความผิดทางละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งมาเป็นฐานทางกฎหมายสำหรับความรับผิดของรัฐ

ในเรื่องความรับผิดที่เกิดจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น สาธารณรัฐฝรั่งเศส เป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับเรื่องละเมิด แยกต่างหากจากกรณีกฎหมายเอกชน และยอมรับกันมานานแล้วว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดโดยพิจารณาว่าความผิดนั้นกระทำไปเพื่อ “บริการสาธารณะ” (service public) หรือไม่ ซึ่งจะสามารถแบ่งแยกความรับผิดออกเป็น 3 ประเภทดังนี้

(1) ความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นการส่วนตัว เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำความผิดทางละเมิดโดยเป็นการกระทำเพื่อเหตุผลหรือเพื่อประโยชน์ส่วนตน กรณีนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในการเสียหายผู้เสียหายด้วยตัวเอง รัฐจะไม่เข้าไปรับผิดชอบด้วย ซึ่งผู้เสียหายจะต้องฟ้องผู้ที่กระทำความผิดทางละเมิดต่อศาลยุติธรรม เพราะเคยมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการอำนาจศาลไว้ว่า ศาลยุติธรรมไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เจ้าหน้าที่ถูกฟ้องในกรณีการทำผิดในการปฏิบัติหน้าที่ จึงหมายความว่าเจ้าหน้าที่จะถูกฟ้องยังศาลยุติธรรมได้ก็เฉพาะกรณีเจ้าหน้าที่กระทำผิดเป็นส่วนตัวเท่านั้น¹²³

¹²¹ Article L1111-1, Code du travail

¹²² สิริเพ็ญ จันทวิเศษ. *สถานะทางกฎหมายของพนักงานรัฐวิสาหกิจ* (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต).

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2536. หน้า 51-52.

¹²³ วิสูตร วัจนะเสถียรกุล. *ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง* (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี. 2547. หน้า 13-14.

(2) ความรับผิดของหน่วยงานของรัฐ เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้ปฏิบัติตามหน้าที่แล้วทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน โดยไม่มีวัตถุประสงค์ส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐปะปนในการกระทำนั้น กรณีนี้รัฐจะเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายโดยตรง เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบและจะไม่ถูกฟ้องเป็นส่วนตัว¹²⁴ โดยมีหลักการว่า การกระทำความผิดที่เกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐใดๆ ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำต่อเอกชน เป็นความผิดที่เกิดจากจัดทำบริการสาธารณะ ความผิดนี้จะใช้ประมวลกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้นั้นหาไม่ ซึ่งในการจัดทำบริการสาธารณะบางประเภทก็ไม่ถือเป็นความผิด เช่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน แต่อย่างไรก็ตาม หลักความรับผิดชอบของหน่วยงานให้ถือเป็นหลักทั่วไป ส่วนการไม่ต้องรับผิดของหน่วยงานเป็นเพียงข้อยกเว้น เพื่อให้ความคุ้มครองแก่สิทธิเสรีภาพของเอกชนอย่างเต็มที่

(3) ความรับผิดร่วมกันระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นกรณีที่การกระทำละเมิดที่เกิดขึ้นทั้งความรับผิดของรัฐ และความรับผิดของเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัว ซึ่งเป็นนโยบายทางที่จะช่วยเยียวยาความเสียหายต่อบุคคลภายนอก เพราะอาจเป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่สามารถรับภาระค่าใช้จ่ายต่อผู้เสียหาย ในกรณีนี้ผู้เสียหายอาจฟ้องเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการส่วนตัว หรือจะฟ้องรัฐโดยตรงก็ได้ ส่วนในระหว่างรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะมีการฟ้องไล่เบียดกันได้ตามสัดส่วนของผลแห่งการกระทำละเมิดนั้น¹²⁵

หากพิจารณาถึงตัวผู้ที่ต้องรับผิดในการละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น อย่างที่กล่าวไปข้างต้นว่ากฎหมายของประเทศฝรั่งเศส มีแนวความคิดว่านิติบุคคลในกฎหมายมหาชน (les personnes morales de droit public) ไม่อาจทำการใดๆได้ด้วยตนเอง แต่ต้องทำผ่านบุคคลธรรมดา (Personnes Physiques) เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว จำต้องพิจารณาก่อนว่าเป็นการดำเนินการเพื่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือไม่ หากเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะรัฐจะเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบ หรือร่วมกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อรับผิดชอบร่วมกันแล้วแต่กรณี แต่หากการกระทำละเมิดนั้นเป็นความผิดที่เป็นส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ และมีใช่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้วไซ้เจ้าหน้าที่นั้นก็ต้องรับผิดในผลของการกระทำโดยส่วนตัว

เมื่อพิจารณาคำว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐในความหมายของกฎหมายฝรั่งเศสนั้น หมายถึงเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากหน่วยงานให้ปฏิบัติหน้าที่ และความเสียหายได้เกิดขึ้นเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่นั้น¹²⁶ ซึ่งในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หากเกิดความผิดเป็นการส่วนตัวขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัวต่อผู้เสียหาย โดยให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับประมวลกฎหมายแพ่ง ดังนั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐแยกออกจากกฎการตีความตามกฎหมายอื่นๆ ซึ่งการมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐนั้น มีข้อพิจารณาอยู่แต่เพียงว่า บุคคลนั้นได้กระทำโดยใช้

¹²⁴ ชาญชัย แสงศักดิ์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. 2560. หน้า 23.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 24.

¹²⁶ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ. วารสารวิชาการศาลปกครอง. ฉบับพิเศษ. 2552. หน้า 296-297.

อำนาจมหาชน หรือดำเนินการโดยเป็นการจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่เท่านั้น ไม่ใช่พิจารณาตัวเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยหากการกระทำความผิดทางละเมิดเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว ผู้ที่มีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนได้แก่ นิติบุคคลมหาชนต้นสังกัดของข้าราชการ ผู้กระทำละเมิดตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติและก่อให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น

2.3 สหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่จะถ่ายโอนงานอันเป็นภารกิจของรัฐไปให้บุคคลภายนอกเป็นผู้รับผิดชอบงานดังกล่าว โดยวิธีการทำสัญญากับเอกชน (Contract Out) โดยเฉพาะอย่างยิ่งงานในความรับผิดชอบของสหพันธรัฐ ความพยายามดังกล่าวนี้มีที่มาจากกรณีที่ระบบบริหารงานภาครัฐอเมริกามีขนาดใหญ่มากขึ้น ทำให้ต้องอาศัยบุคลากรภาครัฐจำนวนมากในการขับเคลื่อนระบบงานของรัฐ จึงเกิดแนวคิดในการที่จะถ่ายโอนงานของรัฐไปให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติงานแทน¹²⁷ ดังนั้นในบางกรณีข้าราชการจึงมิใช่ผู้จัดทำบริการสาธารณะดังเช่นเดิม แต่กลับเป็นผู้ทำหน้าที่ในการบริหารการจัดการงานของรัฐโดยการควบคุมการปฏิบัติงานของบุคคลที่เข้าเป็นคู่สัญญากับรัฐให้สำเร็จลุล่วงเสียมากกว่า¹²⁸ ในการจ้างเอกชนให้เข้าปฏิบัติงาน อันมีลักษณะเป็นการถ่ายโอนงานของรัฐให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติงานแทนบุคลากรภาครัฐ ซึ่งรัฐยังเป็นเจ้าของกิจการหรือเป็นผู้รับผิดชอบ (Ownership) ในงานนั้นอยู่ และยังคงไว้ซึ่งอำนาจควบคุมการปฏิบัติงานดังกล่าว เพียงแค่จ้างให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติงานแทนเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อวัตถุประสงค์ในการลดขนาดของรัฐลดจำนวนบุคลากรภาครัฐ¹²⁹ เพื่อลดงบประมาณของรัฐ ทั้งในระดับสหพันธรัฐ ระดับมลรัฐ และ ระดับท้องถิ่น¹³⁰ ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่าระบบการบริหารงานของรัฐในอเมริกาอาจครอบคลุมถึงภาคเอกชนได้เช่นกัน ระบบราชการที่ดูเหมือนจะมีขนาดเล็กลง แท้จริงแล้วอาจมิได้มีขนาดเล็กลงดังเช่นที่กล่าวมาข้างต้น เพียงแต่จำนวนบุคลากรภาครัฐที่ลดน้อยลงเท่านั้น โดยการดำเนินการหาคู่สัญญา (Contractor) ของรัฐในระบบกฎหมายอเมริกันนั้น จะต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนการเสนอราคา (Bidding) เพื่อหาผู้เข้าทำสัญญากับรัฐ ทำนองเดียวกับกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในระบบกฎหมายไทย ซึ่งระบบการเสนอราคานี้ จะต้องเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพในการคัดเลือกโดยสร้างการแข่งขันให้เกิดขึ้นระหว่างเอกชนซึ่งเข้าร่วมเสนอราคา เพื่อให้รัฐสามารถสรรหาเอกชนที่เหมาะสมกับงานที่รัฐจะมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้ปฏิบัติงาน¹³¹

¹²⁷ Anagnoson, J. T. (2011). The United States civil service. In International handbook on civil service systems. Edward Elgar Publishing. p.146-147.

¹²⁸ Forrer, J. & Kee, J. E. (2004). Public Servants as Contract Managers?. Public Contract Law Journal, p.361-367.

¹²⁹ Johnston, V. R., & Seidenstat, P. (2007). Contracting out government services: Privatization at the millenium. International Journal of Public Administration, 30(3), p.231-247.

¹³⁰ Anderson, J. (2011). Rightsizing government: The literature and the Detroit experience. State and Local Government Review, 43(3), p.224-232.

¹³¹ Johnston, V. R., & Seidenstat, P. (2007). Contracting out government services: Privatization at the millenium. International Journal of Public Administration, 30(3), p.231-247. p.232.

ส่วนความหมายของคู่สัญญาของรัฐนั้น แม้กฎหมายจะมีได้กำหนด ความหมายของคำว่า “Contractor” ไว้ก็ตาม แต่ก็ปรากฏว่ามาตรา 8701 แห่งประมวลกฎหมายแห่งอเมริกาได้บัญญัติความหมายของคำว่า “Prime Contractor หรือที่อาจแปลเป็นไทยได้ว่า “คู่สัญญารายใหญ่” ไว้ว่า ให้หมายความถึงบุคคลที่เข้าทำสัญญารายใหญ่กับสหพันธรัฐ ซึ่งบุคคลตามความในมาตรานี้ย่อมหมายความถึงองค์กรเอกชนทั้งที่เป็นคณะบุคคล นิติบุคคล หรือบุคคลธรรมดาที่เข้าทำสัญญากับรัฐ¹³² โดยคู่สัญญาของรัฐจะมีหน้าที่ตามสัญญาในการ จัดทำงานของรัฐแทนรัฐ อย่างไรก็ตาม ในการที่คู่สัญญาจะสามารถดำเนินการตามสัญญานั้นๆ ได้ ก็ย่อมต้องอาศัยบุคคลธรรมดาที่เป็นลูกจ้าง (Employee) ของคู่สัญญาเข้าดำเนินงานเช่นกัน กรณีจะเห็นได้ว่าการดำเนินการให้เอกชนที่เป็นคู่สัญญารับงานของรัฐไปจัดทำนั้น ทำที่สุดแล้วก็จำเป็นต้องอาศัยแรงงานจากบุคคลธรรมดาเช่นเดียวกัน เพียงแต่บุคคลที่เข้าทำงานให้แก่รัฐในกรณี เช่นนี้จะมีได้มีสถานะเป็นบุคลากรภาครัฐ แต่เป็นลูกจ้างของเอกชนหรือแรงงานภาคเอกชน ซึ่งกรณีเช่นนี้ ย่อมมีลักษณะเป็นการที่รัฐได้ดำเนินการจ้างเหมาบริการจากภาคเอกชนในทางหนึ่งนั่นเอง

กล่าวกล่าวถึงสถานะทางกฎหมายของคู่สัญญาของรัฐนั้น ย่อมต้องมีสถานะเป็นผู้รับจ้างทำของ ตามลักษณะของสัญญาจ้างทำของโดยทั่วไป อย่างไรก็ตาม สัญญาของรัฐในฐานะผู้ว่าจ้างและเอกชนผู้รับจ้างมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างเหมาบริการ โดยนัยนี้ ในการที่เอกชนตกลงเข้ารับงานของรัฐไปดำเนินการจัดทำบริการให้แล้วเสร็จจึงจำเป็นต้องอาศัยบุคคลธรรมดา ซึ่งมีฐานะเป็นลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน

สิทธิความคุ้มครองที่ได้รับจากสัญญาจ้างและสวัสดิการตามกฎหมาย

เมื่อคู่สัญญาของรัฐเป็นผู้ที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นผู้รับจ้าง และมีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างทำของ กรณีจึงย่อมไม่มีปัญหาอันเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของคู่สัญญาของรัฐ คงมีแต่เพียงลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ (Service Employee) ที่จะเป็นผู้เข้าปฏิบัติงานให้แก่คู่สัญญาของรัฐในฐานะแรงงานเท่านั้น ที่ยังคงมีข้อควรพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่พึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ในกรณีเช่นนี้แม้ว่าลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐจะมีสถานะเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ที่พึงได้รับสิทธิประโยชน์สวัสดิการตามกฎหมายแรงงานก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายอเมริกา ก็ยังคงเห็นได้ว่าในสถานะนี้คู่สัญญาของรัฐที่จำเป็นต้องเข้าร่วมกระบวนการแข่งขันหรือประกวดราคา เพื่อให้เป็นผู้มีสิทธิเข้าทำสัญญาของรัฐย่อมจะต้องพยายามลดต้นทุนของตนให้ได้มากที่สุด ซึ่งหนึ่งในต้นทุนนั้นก็คือค่าจ้างของลูกจ้าง ด้วยเหตุนี้ในระดับสหพันธรัฐจึงได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 (Service Contract Act of 1965, SCA) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ United States Code¹³³ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของ

¹³² Section 8701, United States Code
(3) Person.

The term “person” means a corporation, partnership, business association of any kind, trust, joint-stock company, or individual

¹³³ Codified at 41 U.S.C. Section 6701-6707

ลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ (Service Employee)¹³⁴ โดยเฉพาะ อันมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ โดยสังเขป ดังนี้

(1) ประกันค่าจ้างขั้นต่ำ (Minimum Monetary Wage) ว่าในสัญญานั้นจะต้องระบุค่าจ้างที่คู่สัญญาจะจ่ายให้แก่ลูกจ้างของตนไว้ โดยจะต้องไม่ต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยโดยทั่วไปของลูกจ้าง แต่ละระดับในท้องถิ่นนั้นๆ หรือ เป็นไปตามข้อตกลงร่วมที่ครอบคลุมถึงลูกจ้างประเภทนั้นๆ

(2) ประกันค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นใดนอกจากค่าจ้าง (Fringe Benefit) ว่าในสัญญาและรายละเอียดการเสนอราคา จะต้องระบุรายละเอียดค่าตอบแทนอื่นใดนอกจากค่าจ้างไว้ด้วย โดยจะต้องไม่ต่ำกว่าอัตราเฉลี่ยโดยทั่วไปของลูกจ้างแต่ละระดับในท้องถิ่นนั้นๆ หรือเป็นไปตามข้อตกลงร่วมที่ครอบคลุมถึงลูกจ้างประเภทนั้นๆ และจะต้องครอบคลุมถึงสิทธิประโยชน์ต่างๆ¹³⁵

(3) ประกันสภาพการจ้าง (Working Condition) ว่าในสัญญาและรายละเอียดการเสนอราคา จะต้องระบุรายละเอียดอันเกี่ยวกับสภาพการจ้างไว้ด้วยว่า ในการปฏิบัติงานตามสัญญาจ้างนั้น ลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐจะต้องปฏิบัติงานที่ใด จะต้อง อยู่ภายใต้สภาพการจ้างใด

(4) ประกันการบอกกล่าว (Notice) ในสัญญาและรายละเอียดการเสนอราคา จะต้องระบุรายละเอียดว่าลูกจ้างดังกล่าวจะต้องเริ่มปฏิบัติงานเมื่อใด และจะต้องได้รับแจ้งถึงค่าจ้างที่ได้รับ รวมถึงค่าตอบแทนและสิทธิประโยชน์อื่นๆ

นอกจากนี้แล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้บัญญัติการคุ้มครองสิทธิที่คล้ายคลึงกับสิทธิของผู้รับจ้างในสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกับและเป็นหลักประกันความคุ้มครองที่ทั่ว แม้ว่าการทำสัญญาของคู่สัญญาของรัฐจะอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของก็ตาม แต่บุคคลธรรมดาผู้ที่ปฏิบัติงานหน่วยงานของรัฐนั้น แม้ว่าจะมีสถานะทางกฎหมายเช่นใด ก็สมควรได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวเช่นกัน ซึ่งสิทธิดังกล่าวนี้ประกอบไปด้วย การดูแลรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล การพิจารณาบำเหน็จกรณีเกษียณอายุหรือเสียชีวิต การได้รับค่าทดแทนกรณีได้รับบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ การได้รับค่าทดแทนกรณีการเลิกจ้าง รวมถึงการได้รับความคุ้มครองจากประกันต่างๆ อันได้แก่ ประกันชีวิต ประกันอุบัติเหตุ ประกันกรณี เจ็บป่วยหรือพิการ และสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น การจ้างค่าจ้างในวันหยุดเทศกาลหรือวันลาพักผ่อน ค่าใช้จ่ายในการฝึกงานหรือโปรแกรมอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น

ส่วนเรื่องความคุ้มครองสิทธิในเรื่องความรับผิดชอบทางละเมิดของกฎหมายในสหรัฐอเมริกา นั้น จากการศึกษาถึงคู่สัญญาของรัฐ (Contractor) จะเห็นได้ว่าแท้จริงแล้ว คู่สัญญาของรัฐในระบบกฎหมายอเมริกาก็คือผู้รับจ้างเหมาบริการในระบบกฎหมายไทย เพียงแต่ในระบบกฎหมายอเมริกานั้นไม่ได้มีการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาโดยตรงดังเช่นในระบบกฎหมายไทยรวมทั้ง แม้จะยอมรับการนำสัญญาจ้างหรือสัญญาจ้างเหมาบริการไปใช้เพื่อการจ้างภาคเอกชน (Private Sector) โดยไม่ได้จำกัดลักษณะงานที่อาจจ้างเหมาบริการไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่ระบบกฎหมายอเมริกาก็ยังคงมองเห็นถึงข้อเสียเปรียบของลูกจ้างของผู้รับจ้างเหมาบริการที่อาจตกเป็นผู้ถูกเอาเปรียบทางแรงงาน จึงได้ตรารัฐบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิทางแรงงานบุคคลดังกล่าวไว้

¹³⁴ Section 6701 - Definitions, United States Code

¹³⁵ Section 6703 - Required contract terms, United States Code

ดังได้กล่าวถึงข้างต้น อย่างไรก็ตาม ความเป็นอิสระขององค์กรในลักษณะเช่นนี้ มีลักษณะเป็นการให้ความคุ้มครองแก่บุคคลดังกล่าวในฐานะที่เป็น “ลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ” หรือลูกจ้างของผู้รับจ้างเหมาบริการตามสัญญา มิใช่ในฐานะที่เป็นบุคลากรภาครัฐ อนึ่ง กรณีของลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐย่อมไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายดังเช่นกรณีสถานะของผู้รับจ้างเหมาบริการที่เป็นบุคคลธรรมดาในระบบกฎหมายไทย เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่าบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน

ส่วนในเรื่องของความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายของประเทศอเมริกันนั้น ระเบียบแรกกฎหมายวางหลักว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชอบในผลของการละเมิดด้วยตนเอง แต่ต่อมาก็พัฒนาไปตรงกันข้ามว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ต้องรับผิดชอบในผลของละเมิด อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์นี้ทยอยยกเลิกไป ซึ่งกล่าวโดยสรุปแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อเอกชนนั้นเป็นไปตามกฎหมายละเมิดปกติ โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบโดยตรงในผลของการทำละเมิด แต่หากองค์กรของรัฐถูกฟ้องจนต้องรับผิดชอบในบางกรณีนั้น จะฟ้องไล่เบี้ยเอาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเองในภายหลังได้ ดังเช่นในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ตรากฎหมายให้องค์กรของรัฐรับผิดชอบในผลแห่งการทำละเมิด เว้นแต่ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยเจตนาร้าย จะต้องรับผิดชอบของการกระทำละเมิดด้วยตนเอง¹³⁶

ในเรื่องของผู้ที่ต้องชดเชยค่าเสียหายต่อบุคคลภายนอกนั้น กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ยังมีความไม่แน่นอน ว่าผู้ใดต้องเป็นผู้ชดเชยค่าเสียหาย หรือสิทธิในการไล่เบี้ยค่าเสียหายต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจากยังมีองค์กรหรือผู้เชี่ยวชาญที่มีความเห็นที่ต่างกัน โดยมีความคิดเห็นจากศาลซึ่งเห็นว่าการฟ้องได้เรียกเจ้าหน้าที่หรือไม่เป็นเรื่องทางวินัย ซึ่งความรับผิดชอบต่อความเสียหายนั้นเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมาก และการนำหลักเรื่องการฟ้องไล่เบี้ยมาบังคับใช้นั้น อาจทำให้ขวัญกำลังใจในการทำงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นลดลง ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้องค์กรของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายโดยตรงหากเป็นการกระทำไปในหน้าที่ โดยกำหนดว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรับผิดชอบเฉพาะการกระทำโดยฉ้อฉล ทุจริต หรือเจตนาร้ายเท่านั้น¹³⁷ แต่หลักในมลรัฐต่างๆและระดับสหรัฐนั้นยังมีความไม่แน่นอน

จากการที่ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา มีสถานะทางกฎหมายเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ ทำให้ลูกจ้างหน่วยงานของรัฐนั้นมิได้มีสิทธิในความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เนื่องจาก ลูกจ้างมิได้มีสถานะเป็นบุคลากรหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย ซึ่งเหมือนกับสถานะของพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทย แต่แตกต่างกันที่ ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐประเทศอเมริกัน จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยความคุ้มครองแรงงาน ซึ่งจะได้รับคุ้มครองกรณีที่มีการได้รับบาดเจ็บ ซึ่งได้รับความคุ้มครองในประกันต่างๆ ทั้งประกันชีวิต ประกันอุบัติเหตุ ประกันกรณีเจ็บป่วยหรือพิการ การดูแลรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล ส่วนเรื่องการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจาก

¹³⁶ ชาญชัย แสงวงศ์ดี. *กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยปราศจากความผิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน. 2540. หน้า 20.

¹³⁷ เรื่องเดียวกัน. หน้า 489.

ความผิดทางละเมิดนั้น โดยปกติแล้วจะเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศไทย

3. เปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ

3.1 การให้ความคุ้มครองในกฎหมายคุ้มครองแรงงานและการประกันสังคม

การพิจารณาเรื่องความคุ้มครองสิทธิแรงงานหรือการได้รับสวัสดิการจากภาครัฐของพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายประเทศต่าง ๆ นั้น ผู้ศึกษาได้เปรียบเทียบการคุ้มครองดังกล่าวจากหลายประเทศ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และระบบกฎหมายจารีตประเพณี โดยในการบริการจัดการโครงสร้างหน่วยงานของรัฐนั้น จะมีบุคลากรที่มีหน้าที่และภาระความรับผิดชอบที่ชัดเจนตามตำแหน่งหน้าที่ โดยมีลักษณะเป็นการดำรงตำแหน่งที่ถาวร ซึ่งในแต่ละประเทศเทศอาจมีชื่อเรียกที่ต่างกัน เช่น ข้าราชการ หรือข้าราชการ ซึ่งจะได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายของการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐของแต่ละประเทศ แต่ในการเปรียบเทียบความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการของประเทศไทยนั้น จะต้องเปรียบเทียบกับบุคคลประเภทอื่น ที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐในลักษณะของการทำสัญญาจ้าง ซึ่งอาจเรียกแตกต่างกันไป อาจจะเรียกว่าลูกจ้าง หรือพนักงาน เป็นต้น โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.1.1 การคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายประเทศไทย โดยพิจารณาสหิตตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น การที่จะได้รับความคุ้มครองในพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวนั้น มีหลักเกณฑ์เฉพาะของมีในกฎหมายแต่ละฉบับ แต่องค์ประกอบที่สำคัญในการได้รับความคุ้มครองในกฎหมายดังกล่าว คือต้องเป็นบุคคลที่อยู่มีคุณสมบัติในนิยามของการได้รับความคุ้มครองสิทธิในกฎหมายนั้นๆ รวมถึงสถานะที่ได้รับตามกฎหมายและนิติสัมพันธ์กับองค์กรของรัฐที่ทำสัญญากับพนักงานจ้างเหมาบริการ

จากการศึกษาถึงสถานะทางกฎหมายของพนักงานจ้างเหมาบริการ และการกำหนดหลักเกณฑ์การจ้างเอกชนเพื่อดำเนินงานแทนรัฐโดยการทำสัญญาจ้างเหมาบริการ จะเห็นได้ว่า การที่รัฐจะมอบหมายให้ส่วนราชการ เป็นผู้ดำเนินการจ้างเอกชนดำเนินงานให้ถูกต้อง จะต้องมีการกำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย จ้างเอกชนดำเนินงานเฉพาะโครงการหรือเฉพาะครั้งคราวที่มีความจำเป็นเท่านั้น และให้ถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 ซึ่งได้ให้คำจำกัดความของการทำสัญญาจ้างเหมาบริการนั้น รวมอยู่ในการจ้างในงานบริการ งานจ้างเหมาบริการ งานจ้างทำของ และการรับขน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ไม่หมายความรวมถึงการจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยมีลักษณะมุ่งผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้างภายในระยะเวลาที่กำหนดตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้างเท่านั้น ซึ่งถือเป็นการวางหลักการให้พนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในสถานะของผู้รับจ้างทำของ มิใช่ผู้รับจ้างแรงงาน ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการนั้นไม่ต้องอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับที่ลูกจ้างของส่วนราชการ โดยทั่วไปต้องถือปฏิบัติ ทั้งนี้ การจ่ายค่าจ้างตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาจ้าง จะจ่ายได้ต่อเมื่อได้มี

การตรวจรับงานจ้างโดยคณะกรรมการตรวจรับพัสดุเรียบร้อยแล้ว และจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างเป็นรายเดือน สถานะผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการนี้ มีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำของตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้าง ไม่ถือเป็นลูกจ้างของทางราชการที่จะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการที่พึงได้รับจากทางราชการเช่นเดียวกับข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐได้รับ

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานในกฎหมายไทย ทั้งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม รวมถึงการกำหนดลักษณะของการทำสัญญาจ้างแรงงานตามหนังสือเวียนของกระทรวงการคลังหลายฉบับแล้วนั้น พนักงานจ้างเหมาบริการของกฎหมายไทย จึงมิได้อยู่ในนิยามของ คำว่า “ลูกจ้าง” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติฯซึ่งหมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ รวมถึงการหนังสือเวียนจากหน่วยงานราชการที่มีการตีความว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้นไม่ถือเป็นบุคลากรของรัฐ ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการ ที่พึงได้รับจากทางราชการเช่นเดียวกับข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐได้รับ เนื่องจากเป็นเพียงผู้รับจ้างทำของ จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เว้นแต่ผู้รับจ้างประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ประกันตน ก็สามารถสมัครเป็นผู้ประกันตนได้ตามมาตรา 40 ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติมได้ ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้รับความคุ้มครองจากกองทุนเงินทดแทนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 เช่นกัน ซึ่งจะเห็นได้ว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการเรื่องสิทธิการคุ้มครองแรงงานและสวัสดิการเรื่องประกันสังคมนั้น ทางภาครัฐมิได้มีนโยบายเพื่อให้ความคุ้มครองเลยแม้แต่น้อย ซึ่งเกิดความเหลื่อมล้ำกับลูกจ้างในส่วนราชการอื่นๆ อย่างมาก จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์แก่พนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้เปรียบเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศที่ได้ยกตัวอย่างในหัวข้อถัดไป

3.1.2 การคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายเยอรมัน จากการศึกษาาระบบกฎหมายของเยอรมันนั้น มีบุคลากรของภาครัฐอยู่สองประเภท คือข้าราชการ และลูกจ้างหรือพนักงาน ซึ่งข้าราชการของเยอรมันนั้นเปรียบเสมือนข้าราชการตามกฎหมายไทย ดังนั้น เพื่อเป็นการศึกษาถึงความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายไทยนั้น จึงต้องเปรียบเทียบกับการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างหรือพนักงานในองค์กรของรัฐในกฎหมายเยอรมัน ซึ่งรูปแบบความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและลูกจ้างหรือพนักงาน เป็นไปความสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ดังนี้แล้ว สิทธิประโยชน์และสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยหลักจึงจะเป็นไปตามที่กำหนดและตกลงกันไว้ในสัญญาจ้าง กับองค์กรของรัฐที่เป็นผู้ว่าจ้าง ที่เรียกว่า “สัญญาข้อตกลงร่วม” และตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (Collective Agreement) คือ ข้อตกลงระหว่างรัฐและบุคลากรภาครัฐประเภทพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน และในระบบกฎหมายเยอรมัน จะได้ให้สิทธิแก่พนักงานและลูกจ้างในการรวมกลุ่มกันเป็นสหภาพแรงงาน เพื่อสามารถเจรจาต่อรองข้อตกลงร่วมกับรัฐ โดยมีรัฐบัญญัติว่าด้วยข้อตกลงร่วม 1949 เป็นกฎหมายที่รับรองและให้อำนาจสิทธิดังกล่าวไว้ จะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายเยอรมัน แม้รัฐจะเป็นผู้มีอำนาจเหนือบุคคลที่จะเข้า

ปฏิบัติงานให้แก่รัฐในฐานะพนักงานและลูกจ้าง ทั้งในทางข้อเท็จจริงและในทางกฎหมายก็ตาม แต่ระบบกฎหมายเยอรมันก็ได้เล็งเห็นถึงความได้เปรียบของรัฐที่จะใช้อำนาจเหนือดังกล่าว ไปในทางที่ทำให้พนักงานหรือลูกจ้างเกิดความเสียเปรียบ ในการต่อรองและตกลงเงื่อนไขอันเกี่ยวกับสภาพการจ้าง จึงได้บัญญัติกฎหมายคุ้มครองและรับรองให้บุคคลที่จะเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งดังกล่าวร่วมกับสภาพแรงงานนั้นๆ มีสิทธิที่จะต่อรองข้อตกลง ที่จะได้ทำขึ้นในสัญญาจ้างอันเป็นการให้ความคุ้มครองบุคลากรดังกล่าวในฐานะที่เป็นแรงงานในระบบกฎหมาย ซึ่งแตกต่างจากการจ้างบุคลากรภาครัฐที่มีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงานระบบกฎหมายไทย ที่มีได้มีสิทธิต่อรองในข้อตกลงตามสัญญาจ้าง โดยเป็นอำนาจของรัฐโดยองค์กรของรัฐผู้ว่าจ้างแต่เพียงฝ่ายเดียว ในการกำหนดข้อตกลงตามสัญญา

นอกจากนี้ ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของบุคลากรภาครัฐ ประเภทพนักงานหรือลูกจ้างนั้น แม้ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและบุคลากรดังกล่าวจะเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง แต่พนักงานและลูกจ้างของรัฐในกฎหมายเยอรมัน จะมีสิทธิประโยชน์ สวัสดิการและหน้าที่ที่แตกต่างไปจากลูกจ้างในภาคเอกชน เพราะถือว่าพนักงานและลูกจ้างในระบบกฎหมายเยอรมัน เป็นผู้มีความสัมพันธ์ทางแพ่งกับรัฐที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแต่เฉพาะบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในภาครัฐเท่านั้น ซึ่งอยู่ในบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานและแรงงานสัมพันธ์ที่บังคับใช้กับแรงงานในภาคเอกชน ทำให้ลูกจ้างและพนักงานจะได้รับความคุ้มครองในด้านของสวัสดิการที่รวมถึงประกันสังคม หรือเงินทดแทนอื่นๆดังที่ลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับ เพียงแต่จะเป็นกฎหมายพิเศษแยกออกมาอีกฉบับเท่านั้น จึงถือว่า ลูกจ้างหรือพนักงานในภาครัฐของกฎหมายเยอรมันนั้นได้รับความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการภาครัฐที่มากกว่ากฎหมายไทยอย่างมาก

3.1.3 การคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยหลักแล้วสิทธิประโยชน์และสวัสดิการของลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะมีอยู่เช่นใดนั้น ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์แนบท้ายสัญญาดังกล่าวที่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แบบ (reglement type) ซึ่งจะกำหนดสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่ลูกจ้างพึงได้รับไว้ซึ่งคล้ายกับกฎหมายเยอรมัน อย่างไรก็ตาม นอกจากลูกจ้างในระบบกฎหมายฝรั่งเศสจะได้รับสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามที่ระบุไว้ในสัญญา หากในกรณีที่ในสัญญาจ้างดังกล่าว มีข้อตกลงให้ลูกจ้างอยู่ภายใต้ระบบการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการในภาคเอกชน ก็สามารถกระทำได้เช่นกัน โดยการกำหนดยกเว้นให้ลูกจ้างได้รับสิทธิประโยชน์ และสวัสดิการตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแรงงาน ซึ่งมาตรา L1111-1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน ได้บัญญัติให้ความในประมวลกฎหมายนี้อาจใช้บังคับกับลูกจ้างของรัฐได้ หากมีข้อตกลงตามสัญญาที่ว่าจ้างกำหนดให้นำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแรงงานมาใช้บังคับ

ดังนั้น จากการศึกษาแนวทางการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐในกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ถือว่ามีความคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน คือ การคุ้มครองสิทธินั้น โดยปกติแล้วจะมีการกำหนดไว้ในสัญญาจ้าง แต่มีความแตกต่างกันที่ กฎหมายฝรั่งเศสจะมีได้มีกฎหมายพิเศษเพื่อให้ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐได้รับสิทธิที่คล้ายคลึงกันกับลูกจ้างในภาคเอกชน แต่

จะมีกฎหมายรองรับให้ลูกจ้างในภาครัฐ สามารถรับสิทธิความคุ้มครองทั้งเรื่องแรงงาน และสวัสดิการต่างๆ เหมือนดังเช่นลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับโดยใช้กฎหมายฉบับเดียวกัน แต่ถึงแม้จะมีความแตกต่างกันในเรื่องของกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแรงงานหรือสวัสดิการต่างจากภาคเอกชน แต่ก็ถือว่า ลูกจ้างในภาครัฐนั้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิในด้านของแรงงานและสวัสดิการ ซึ่งรวมถึงสวัสดิการการได้รับเงินทดแทนจากประกันสังคมอย่างเท่าเทียมกันกับลูกจ้างในกฎหมายเอกชน ซึ่งต่างจากกฎหมายไทย ที่รัฐมิได้ให้การคุ้มครองสิทธิด้านแรงงานหรือสวัสดิการแก่พนักงานจ้างเหมาบริการเหมือนดังเช่นนายจ้างมีให้กับลูกจ้างในภาคเอกชน

3.1.4 การคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา โดยในกฎหมายของประเทศอเมริกานั้น บุคคลภายนอกซึ่งส่วนใหญ่แล้ว จะเข้ามาปฏิบัติงานในรูปแบบของนิติบุคคล จะมีความสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างทำของ เมื่อพิจารณาเรื่องสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่พึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย ลูกจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา นั้น จะได้รับความคุ้มครองตามสัญญาจ้างแรงงานและสวัสดิการกับนิติบุคคลผู้ที่เข้ามาทำสัญญากับรัฐเท่านั้น แต่กฎหมายอเมริกาได้บัญญัติกฎหมายเพื่อรองรับความคุ้มครองลูกจ้างดังกล่าว โดยมีการตราบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 (Service Contract Act of 1965, SCA) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ United States Code เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ (Service Employee) ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ เช่น ประกันค่าจ้างขั้นต่ำ ประกันค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นใดนอกจากค่าจ้าง ประกันสภาพการจ้าง ประกันการบอกกล่าว รวมถึง ยังได้บัญญัติการคุ้มครองสิทธิที่คล้ายคลึงกับสิทธิของผู้รับจ้างในสัญญาจ้างแรงงานทั่วไป เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันและเป็นหลักประกันความคุ้มครองคู่สัญญาของรัฐ แม้จะอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของก็ตาม ซึ่งประกอบไปด้วย การดูแลรักษาพยาบาลที่โรงพยาบาล การพิจารณาบำเหน็จกรณีเกษียณอายุหรือเสียชีวิต การได้รับค่าทดแทนกรณีได้รับบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจากการปฏิบัติงานในหน้าที่ และค่าทดแทนกรณีการเลิกจ้าง การได้รับความคุ้มครองจากประกันต่างๆ อันได้แก่ ประกันชีวิต ประกันอุบัติเหตุ ประกันกรณี เจ็บป่วยหรือพิการ และสิทธิขั้นพื้นฐาน เช่น การจ้างค่าจ้างในวันหยุดเทศกาลหรือวันลาพักผ่อน ค่าใช้จ่ายในการฝึกงานหรือโปรแกรมอื่นๆ ในลักษณะเดียวกัน เป็นต้น

เมื่อพิจารณารูปแบบของคู่สัญญาของรัฐในกฎหมายอเมริกา จะเห็นได้ว่า แท้จริงแล้ว คู่สัญญาของรัฐก็คือผู้รับจ้างเหมาบริการในระบบกฎหมายไทย เพียงแต่ในระบบกฎหมายอเมริกานั้นมิได้มีการจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดาโดยตรงดังเช่นในระบบกฎหมายไทย และได้ตราบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิทางแรงงานบุคคลดังกล่าวไว้ แม้ว่าจะมิได้มีสถานะเป็นลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ หรือลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานตามกฎหมายก็ตาม

จากการศึกษาถึงความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทย เปรียบเทียบกับบุคคลที่ทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไรในกฎหมายต่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่า สถานะของพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทยนั้น มีความคล้ายคลึงกัน คู่สัญญาของรัฐ ในกฎหมายอเมริกามากที่สุด กล่าวคือ บุคคลเหล่านี้มิได้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะบุคลากรของรัฐ แต่จะมีสถานะทางกฎหมายเป็นผู้รับจ้างทำของ

ซึ่งจะมิได้รับความคุ้มครองในด้านสิทธิของกฎหมายแรงงาน รวมถึงรัฐสวัสดิการอื่นที่รัฐพึงมอบให้แก่ผู้ที่เป็นลูกจ้างหน่วยงานของรัฐ

แต่ถึงแม้ในกฎหมายของประเทศต่างๆ จะมีได้ตีความว่า บุคคลที่มีใช้ข้าราชการ จะมีใช้บุคลากรของรัฐ ที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการจากภาครัฐโดยเฉพาะเรื่องสวัสดิการประกันสังคม เหมือนบุคลากรภายในองค์กรของรัฐก็ตาม แต่ก็ได้มีหลักเกณฑ์อื่นๆ เพื่อให้บุคคลเหล่านี้ ได้รับความคุ้มครองแรงงานและสวัสดิการจากภาครัฐอย่างสมควร เพื่อให้ได้รับความเท่าเทียมกันกับบุคลากรภายในของรัฐให้มากที่สุด โดยในอเมริกาจะไม่ได้ให้สถานะของคู่สัญญาของรัฐในฐานะบุคลากรของหน่วยงานของรัฐก็ตาม แต่ในอเมริกาก็ได้มีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 เป็นกฎหมายพิเศษเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมต่อผู้รับจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน และเป็นหลักประกันความคุ้มครองของคู่สัญญาของรัฐซึ่งอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ ซึ่งเป็นรัฐสวัสดิการที่รัฐได้มีไว้เพื่อบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของบุคคลภายนอกที่ทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐในกฎหมายประเทศเยอรมันและฝรั่งเศสอีกด้วย

ในระบบกฎหมายเยอรมันความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและพนักงานหรือลูกจ้างจะเป็นความสัมพันธ์ทางแพ่ง แต่พนักงานและลูกจ้างของรัฐจะมีสิทธิประโยชน์ สวัสดิการในรับการคุ้มครองตามกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแต่เฉพาะบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในภาครัฐเท่านั้น ซึ่งอยู่ในบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972 ทำให้ลูกจ้างและพนักงานจะได้รับความคุ้มครองในด้านของสวัสดิการที่รวมถึงประกันสังคม หรือเงินทดแทนอื่นๆดังที่ลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับ เพียงแต่จะเป็นกฎหมายพิเศษแยกออกมาอีกฉบับเท่านั้น

ส่วนในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายเยอรมัน คือการคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของรัฐนั้น จะมีการกำหนดไว้ในสัญญาจ้าง แต่มีความแตกต่างกันที่ กฎหมายฝรั่งเศสจะมีได้มีกฎหมายพิเศษแยกออกมาอีกหนึ่งฉบับ แต่จะมีกฎหมายรองรับให้ลูกจ้างในภาครัฐ สามารถรับสิทธิความคุ้มครองทั้งเรื่องแรงงาน และสวัสดิการต่างๆ เหมือนดังเช่นลูกจ้างในภาคเอกชน เพื่อให้ลูกจ้างในภาครัฐนั้น ได้รับการคุ้มครองสิทธิในด้านของแรงงานและสวัสดิการ อย่างเท่าเทียมดังเช่นลูกจ้างในภาคเอกชน

เมื่อผู้ศึกษาได้เปรียบเทียบความแตกต่างของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ เปรียบเทียบกับบุคคลภายนอกผู้ทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และ ประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า ไม่ว่าจะประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย หรือระบบกฎหมายจารีตประเพณีก็ตาม ก็ให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการแรงงานของผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งถึงแม้ว่า บุคคลดังกล่าวจะมีสถานะทางกฎหมายเป็นเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรของรัฐหรือไม่ หรือมีสถานะทางกฎหมายตามสัญญาจ้าง อย่างไรก็ตาม หากเป็นผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐแล้ว รัฐจะต้องให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว เพราะเมื่อรัฐถือเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการจ้างบุคคลดังกล่าวแล้ว ก็ควรให้ความคุ้มครองในสิทธิที่บุคคลเหล่านั้นพึงจะได้ ซึ่งแตกต่างจากในประเทศไทย ที่พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้ถูกตีความว่ามีสถานะเป็นผู้รับจ้างแรงงานในหน่วยงานของรัฐ และมีได้รับ

สวัสดิการที่รัฐพึงจะให้ ซึ่งเกิดความไม่เท่าเทียมกันเป็นอย่างมาก ทั้งเหตุผลของการเข้ามาปฏิบัติงาน ในตำแหน่งที่ยุบหรือยกเลิกไป หรือข้อเท็จจริงที่พนักงานจ้างเหมาบริการได้ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาด้วยก็ตาม ดังนั้น หากการบริหารจัดการภาครัฐต้องการให้เกิดความเท่าเทียมกัน และพัฒนาให้ทัดเทียมกับนานาประเทศ จึงสมควรที่จะให้มีการรับรองการคุ้มครองสิทธิแรงงาน และสวัสดิการแรงงานแก่พนักงานจ้างเหมาบริการ ให้เสมือนว่า พนักงานจ้างเหมาบริการเป็นหนึ่งในผู้รับจ้างแรงงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากมิได้มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวแล้ว จะทำให้เกิดปัญหาตามมานับประการ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้วิเคราะห์ในบทถัดไป

3.2 การให้ความคุ้มครองในกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

หากพิจารณาถึงความคุ้มครองเจ้าหน้าที่กรณีเจ้าพนักงานจ้างเหมาบริการที่กระทำ ความผิดทางละเมิดนั้น ย่อมมีความเกี่ยวข้องกับการมีสถานะที่รัฐมอบให้ว่า เป็นบุคลากรของรัฐหรือไม่ เพราะหากมีการตีความหมายว่า พนักงานจ้างเหมาบริการเป็นบุคลากรของรัฐแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองในกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของประเทศนั้นๆ หรือในบางประเทศอาจต้องมีการบัญญัติความคุ้มครองผู้ที่มีใช้บุคลากรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แยกออกมาเป็นกฎหมายเฉพาะ มิเช่นนั้นแล้ว พนักงานจ้างเหมาบริการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำผิดทางละเมิดตามกฎหมายทั่วไป ซึ่งหากพิจารณาตามกฎหมายต่างประเทศที่ยกตัวอย่างมาข้างต้น ประเทศไทยมีการคุ้มครองพนักงานจ้างเหมาบริการ ที่มีความคล้ายคลึง และแตกต่างจากประเทศที่ได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น โดยสามารถอธิบายได้ดังนี้

3.2.1 การคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในกฎหมายประเทศไทย ซึ่งบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายไทย ซึ่งให้ความคุ้มครองไว้ในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 โดยหากจะวิเคราะห์ถึงสิทธิความคุ้มครองพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายนี้ จำเป็นต้องศึกษาว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น อยู่ในขอบเขตของการเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ในความหมายของพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ซึ่งสามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

นิยามของคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งตีความได้ว่า ในพระราชบัญญัตินี้ “เจ้าหน้าที่” หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือผู้ปฏิบัติงานประเภทอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะเป็น กรรมการหรือฐานะอื่นใด ซึ่งหากตีความหมายตามมาตราดังกล่าว คำว่าเจ้าหน้าที่นั้น แบ่งได้ออกเป็นสองกลุ่ม คือบุคคลที่ได้รับคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประจำตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารงานบุคคล ซึ่งในการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครองในส่วนของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น คำว่าเจ้าหน้าที่ ที่ปฏิบัติงานประจำตามความหมายในกฎหมายการบริหารงานบุคคลนั้น ย่อมหมายถึงผู้ที่ปฏิบัติงานอยู่ในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งได้ปฏิบัติงานโดยได้รับคำสั่งแต่งตั้งการปฏิบัติงานประจำที่หน่วยงานนั้น ไม่ว่าจะการจะเป็นตำแหน่งข้าราชการ หรือลูกจ้างในหน่วยงานราชการ และอยู่ในขอบเขตของระเบียบของการบริหารงานบุคคล และประเภทที่สอง คือบุคคลที่มีได้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐเป็นประจำ แต่ได้รับการแต่งตั้ง ให้ปฏิบัติงานของรัฐในฐานะกรรมการหรือฐานะอื่นใด ซึ่งเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการปกติของหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ซึ่งในความหมายของการตีความคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น อาจมีความเข้าใจที่เหลื่อมล้ำกันในส่วนความหมายที่สอง ซึ่งเป็นการ

กำหนดลักษณะที่พิจารณาความเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการปฏิบัติงานมากกว่าการลักษณะของการเข้ารับตำแหน่ง เพราะแม้ว่าจะไม่มีคำสั่งให้เป็นข้าราชการ หรือลูกจ้างของหน่วยงาน ซึ่งต้องปฏิบัติงานในหน่วยงานเป็นปกติแล้ว แต่ยังสามารถแผ่ขยายขอบเขตของการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐออกไปถึงบุคคลภายนอกซึ่งปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐด้วย ซึ่งในแง่ของการตีความเช่นนี้ ผู้ทำศึกษาเห็นว่ามีความเหมาะสมและเป็นธรรมอย่างยิ่ง เนื่องจาก การปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้น ในบางครั้งก็มีความเสี่ยงที่จะมีการขัดกันของผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ การนำบุคคลภายนอกมาช่วยให้การดำเนินการบางอย่างลุล่วงนั้น ย่อมเป็นธรรมต่อการปฏิบัติงานในลักษณะดังกล่าวเสมอ

รวมถึงต่อมาได้มีการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ที่ 849/2542¹³⁸ ที่ได้กล่าวถึงขอบเขตของคำว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงความคุ้มครองต่อการกระทำผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งมีสาระสำคัญในการวินิจฉัย ดังนี้

ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ ต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่อง มีอัตราค่าตอบแทนโดยมีการเลื่อนขั้นเงินเดือน และมีการลงโทษทางวินัย หากไม่เข้าตามลักษณะดังกล่าวแล้วย่อมไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามความเห็นดังกล่าวผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะการทำงานเป็นครั้งคราว ไม่ว่าจะมิสัญญาจ้างเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นหากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่นั้น ไปทำละเมิด ก็ต้องรับผิดชอบหน่วยงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยมีให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ ซึ่งทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ไม่ได้ตกอยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และไม่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

จากนิยามในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ประกอบกับการตีความหน่วยงานต่างๆตามที่กล่าวมาข้างต้น เห็นได้ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองจากความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เนื่องจาก พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นประจำหรือไม่ก็ตาม ดังนั้น เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการได้กระทำความผิดต่อบุคคลภายนอก แม้ว่าการกระทำนั้น จะอยู่ในการบังคับบัญชาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น จะต้องดำเนินการในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หาได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่

3.2.2 ในการคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศไทย มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ในแดนกฎหมายมหาชนของเยอรมัน ได้แก่ มาตรา 839 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ซึ่งกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบของการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ และกำหนดผลให้เจ้าหน้าที่ที่ต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว และมาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งบัญญัติให้การรับผิดเป็นการส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ตกเป็นของรัฐ โดยผู้เสียหายต้องฟ้องรัฐเป็นคู่ความในคดีโดยตรง จะฟ้องเจ้าหน้าที่ไม่ได้

¹³⁸ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. 13 กรกฎาคม 2565 สืบค้นจาก

นอกจากนั้น ยังสงวนสิทธิ์ในการไล่เบียดในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้กระทำการโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง อย่างไรก็ตาม มาตรา 34 แห่งกฎหมายพื้นฐาน มิใช่บทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐไล่เบียดเอากับเจ้าหน้าที่โดยตรง หากแต่ให้อำนาจหน่วยงานต้นสังกัด ที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในการออกกฎหมายระดับรอง เพื่อกำหนดรายละเอียดองค์ประกอบของการใช้สิทธิไล่เบียดต่อไป

จึงทำให้เห็นว่า พนักงานจ้างเหมาบริการในประเทศเยอรมัน ได้รับความคุ้มครอง หากได้ปฏิบัติงานในแดนของกฎหมายมหาชน ซึ่งหากปฏิบัติงานในลักษณะดังกล่าวนี้ รัฐจะต้องชดเชยค่าเสียหายที่เกิดแก่การกระทำผิดทางละเมิดแก่ผู้เสียหายก่อน การไล่เบียดจากพนักงานหรือลูกจ้างนั้น จะเกิดขึ้นได้หากได้มีการกระทำผิดที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และมีกฎหมายเฉพาะของแต่ละหน่วยงานบัญญัติไว้ว่าสามารถไล่เบียดได้ด้วย หากมิได้มีการบัญญัติไว้ก็ไม่สามารถไล่เบียดจากพนักงานจ้างเหมาบริการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่นๆได้

3.2.3 ในการคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีการบัญญัติกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้อยู่ในรูปประมวลกฎหมาย และในเวลาเดียวกันระบบกฎหมายสาธารณรัฐฝรั่งเศสก็ไม่ได้ถือหลักให้รัฐเข้ามารับผิดแทนเจ้าหน้าที่ดังเช่นที่ปรากฏในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีหรือระบบกฎหมายของประเทศไทย แต่ให้รัฐรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำของตนเอง ซึ่งต้องมีความผูกพันในการที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก ซึ่งรัฐจะเข้ามารับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก ก็ต่อเมื่อ การกระทำผิดของหน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ได้กระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะโดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นกลไกหนึ่งในระบบรัฐ และหากกลไกดังกล่าวเกิดผิดพลาดรัฐจะมีหน้าที่ชดเชยค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ที่ได้รับความเสียหายนั้น จึงสามารถกล่าวได้ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการของประเทศฝรั่งเศส ได้อยู่ในค่านิยมของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จะได้รับความคุ้มครองหากได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์สาธารณะ และรัฐจะเข้ามาเป็นผู้รับผิดที่เกิดจากการกระทำผิดที่เป็นละเมิด เสมือนว่ารัฐเป็นผู้กระทำผิดด้วยตนเอง

3.2.4 การคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา จากการศึกษาาระบบราชการของสหรัฐอเมริกานั้น ไม่ได้มีการบัญญัติคำว่าพนักงานจ้างเหมาบริการอย่างชัดเจน แต่เมื่อเปรียบเทียบกับสถานภาพทางกฎหมายในระบบราชการแล้ว คำว่าพนักงานจ้างเหมาบริการของไทย สามารถเปรียบเทียบกับลูกจ้างในกฎหมายอเมริกา ซึ่งความรับผิดของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐในกฎหมายอเมริกานั้นยังมีความไม่แน่นอน และสามารถเปลี่ยนรูปแบบไปตามมลรัฐได้ ในบางรัฐจะให้รัฐเป็นผู้ชดเชยค่าเสียหายในความผิดทางละเมิด ส่วนบางรัฐยังถือว่า การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้กระทำผิดต้องรับผิดชอบโดยตรง

แต่จากการที่ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้นมีสถานะทางกฎหมายเป็นผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างทำของ ทำให้ลูกจ้างหน่วยงานของรัฐนั้นมิได้มีสิทธิในความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เนื่องจาก ลูกจ้างมิได้มีสถานะเป็นบุคลากรหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมาย ซึ่งเหมือนกับพนักงานจ้างเหมาบริการในกฎหมายไทย แต่ถึงแม้ว่าจะไม่ได้รับความคุ้มครองในกฎหมายคุ้มครองการกระทำผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐของสหรัฐอเมริกานั้น จะได้รับความคุ้มครองตาม

กฎหมายว่าด้วยความคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่สหรัฐอเมริกาได้บัญญัติมาเพื่อรองรับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อลูกจ้าง ส่วนเรื่องการชดใช้ความเสียหายที่เกิดจากความผิดทางละเมิดนั้น โดยปกติแล้วจะเป็นไปตามหลักกฎหมายเอกชน ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศไทย

จากการวิเคราะห์ถึงความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ เรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามกฎหมายของประเทศไทย เปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศต่างๆ ซึ่งได้ยกตัวอย่างทั้งประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบประมวลกฎหมาย และระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี สามารถอธิบายได้ดังต่อไปนี้

จากการยกตัวอย่างกฎหมายในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายที่ต่างกัน ซึ่งผู้ศึกษาได้ศึกษาจากประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา เห็นได้ว่า ในประเทศไทยนั้น การคุ้มครองสิทธิเรื่องความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่นั้น จะอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้ที่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องเป็นบุคคลตามนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น มิได้อยู่ในนิยามดังกล่าว ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองหากมีการกระทำความผิดทางละเมิด แม้ว่าจะกระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่ก็ตาม ซึ่งคล้ายคลึงกับความคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายไทย หรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายอเมริกากระทำความผิดทางละเมิด จะต้องปฏิบัติตามแนวทางของกฎหมายในภาคเอกชนหรือกฎหมายแพ่งในประเทศนั้น ซึ่งจะไม่ได้รับความคุ้มครองเหมือนข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด

แต่เมื่อเปรียบเทียบกับการให้ความคุ้มครองสิทธิในการกระทำความผิดทางละเมิดของประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายอย่างประเทศเยอรมัน และประเทศฝรั่งเศส ต่างก็ได้ให้ความสำคัญในการคุ้มครองพนักงานจ้างเหมาบริการ แม้ว่าจะมีฐานะเป็นเอกชนที่เข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ แต่หากการปฏิบัติงานนั้น เป็นไปเพื่อประโยชน์ของรัฐ หรือประโยชน์ต่อสาธารณะ ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญในการดำเนินการของรัฐนั้น ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายของประเทศไทย

โดยในระบบกฎหมายของเยอรมันนั้น หากพนักงานหรือลูกจ้างที่ได้ปฏิบัติงานในแดนของกฎหมายมหาชน และเกิดความเสียหายจากการกระทำผิดทางละเมิด รัฐจะต้องชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดแก่การกระทำผิดทางละเมิดแก่ผู้เสียหายก่อน ซึ่งการไล่เบียดจากบุคคลเหล่านั้น จะเกิดขึ้นได้หากได้มีการกระทำผิดที่เกิดขึ้นด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง และมีกฎหมายเฉพาะของแต่ละหน่วยงานบัญญัติไว้ว่าสามารถไล่เบียดได้ด้วย หากมิได้มีการบัญญัติไว้ก็ไม่สามารถไล่เบียดจากพนักงานจ้างเหมาบริการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่นๆได้ ซึ่งถือเป็นการให้ความคุ้มครองแก่พนักงาน หรือลูกจ้างที่แตกต่างจากพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายไทย

ส่วนในระบบกฎหมายของฝรั่งเศส ได้บัญญัติให้รัฐรับผิดโดยตรงสำหรับการกระทำของตนเอง ซึ่งต้องมีความผูกพันในการที่จะแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่บุคคลภายนอก ซึ่งรัฐจะเข้ามารับผิดต่อบุคคลภายนอกก็ต่อเมื่อ การกระทำผิดของหน่วยงานเจ้าหน้าที่ของรัฐ ลูกจ้าง หรือแม้แต่อาสาสมัคร ที่ได้กระทำเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ โดยระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าบุคคลที่ทำหน้าที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการจัดทำบริการสาธารณะ เป็นกลไกหนึ่งในระบบรัฐ และหากกลไกดังกล่าวเกิดผิดพลาด รัฐจะมีหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนต่อผู้ที่

ได้รับความเสียหายนั้น ซึ่งคล้ายกับประเทศเยอรมัน ที่รัฐจะคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้นั้น จะพิจารณาจากการปฏิบัติงานว่าเป็นการทำงานเพื่อภารกิจของรัฐ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ มิได้พิจารณาจากสถานะของบุคคล ซึ่งจะจำกัดความคุ้มครองเฉพาะเจ้าหน้าที่ของรัฐดังเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศไทยเท่านั้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบการให้ความคุ้มครองสิทธิด้านความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของประเทศไทย และต่างประเทศนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า การที่ผู้ที่ปฏิบัติงานให้กับหน่วยงานของรัฐ เพื่อภารกิจของรัฐนั้นสมควรได้รับความคุ้มครองดังกล่าว ไม่ว่าจะได้รับความคุ้มครองในการกระทำความผิดทางละเมิดจากสถานะทางกฎหมายเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่ก็ตาม ตัวอย่างเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ไม่ได้ให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกันกับประเทศไทย แต่ในสหรัฐอเมริกานั้น มีการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงาน ซึ่งหนึ่งในสิทธินั้น คือสิทธิของการได้รับประกันการทำงาน หรือการได้รับเงินทดแทนในรูปแบบต่างๆ ซึ่งแม้ว่า ลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐในอเมริกาจะต้องชดใช้ความเสียหายในการกระทำความผิดทางละเมิดด้วยตนเอง แต่ก็มีหลักประกันในการทำงานว่าการถูกพิจารณาให้ออกจากงาน หรือได้รับโทษใดๆจากการปฏิบัติงานนั้น ต้องได้รับการตรวจสอบและได้รับสิ่งทดแทนอื่นๆ จากการปฏิบัติหน้าที่เพื่อรัฐ ซึ่งต่างจากประเทศไทยที่นอกจากจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เหมือนภาคเอกชนแล้ว ยังไม่ได้มีการรับประกันใดๆจากภาครัฐว่าการทำงานต่อจากนั้นจะเป็นเช่นใด และเมื่อพิจารณาจากการได้รับความคุ้มครองสิทธิในการกระทำความผิดทางละเมิดของพนักงาน หรือลูกจ้าง ในระบบกฎหมายเยอรมันและฝรั่งเศส ซึ่งอยู่ในระบบประมวลกฎหมายเหมือนประเทศไทยแล้ว ยิ่งเห็นถึงความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นกับพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายไทย เพราะในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสนั้น ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้ปฏิบัติงานตามเนื้อหาของบุคคลนั้น มิได้พิจารณาแต่รูปแบบของการทำสัญญาหรือสถานะทางกฎหมายของบุคคลนั้นเพียงอย่างเดียว ซึ่งเป็นไปตามหลักของความเสมอภาค ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และประเทศไทยด้วยเช่นกัน แต่การได้รับความคุ้มครองสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันนั้น ย่อมเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการแก้ไขและปรับปรุงเพื่อให้การปฏิบัติงาน และผลลัพธ์จากการปฏิบัติงานให้กับรัฐนั้นมีประสิทธิภาพมากขึ้นอีกด้วย

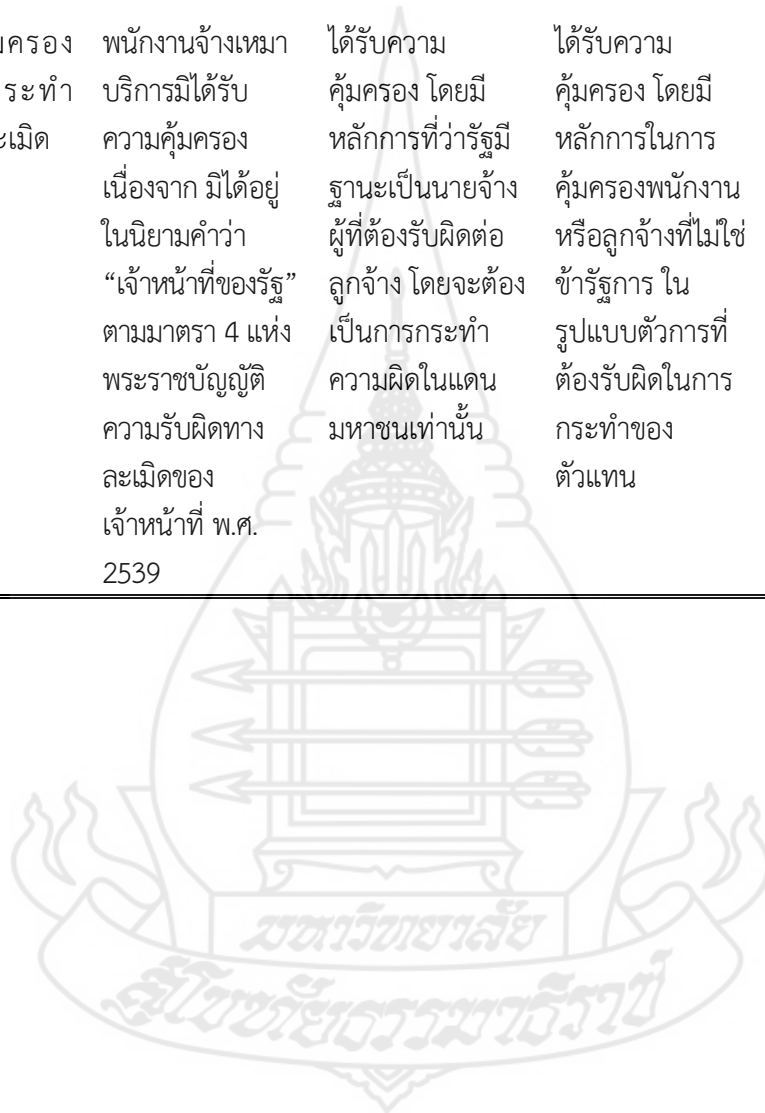
ซึ่งนอกเหนือจะเป็นการให้ความเท่าเทียมกันในลักษณะของการปฏิบัติงานแล้ว ยังถือเป็นการให้ความสำคัญทางด้านความรู้สึกของบุคคลที่ปฏิบัติงานเพื่อรัฐเช่นกัน เนื่องจากหากได้รับความเท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นหนึ่งในทฤษฎีคุณภาพชีวิตในการปฏิบัติงานแล้ว ย่อมส่งผลให้พนักงานจ้างเหมาบริการสามารถทุ่มเทแรงกายและแรงใจในการทำงานได้อย่างเต็มที่ เพราะเนื้อแท้แล้ว พนักงานจ้างเหมาบริการมีความแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพียงแค่กระบวนการสรรหา และกฎหมายที่รองรับเรื่องการบริหารงานบุคคลเท่านั้น แต่การปฏิบัติงานนั้นมีความใกล้เคียงกันกับเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่น หรืออาจจะปฏิบัติงานมากกว่าในบางกรณี การได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมนั้นย่อมส่งผลที่ดีกว่า และจะทำให้ระบบการปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐนั้นมีการพัฒนาสืบไป แต่หากกฎหมายไทย ยังตีความให้พนักงานจ้างเหมาบริการ ไม่อยู่ในค่านิยมของการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว จะมีผลเสียอยู่อีกหลายประการ ซึ่งจะวิเคราะห์ห้อยู่ในบทถัดไป

ตารางที่ 3.1 ตารางเปรียบเทียบความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการของประเทศไทย และต่างประเทศ

ประเด็นความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ	ประเทศไทย	สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี	สาธารณรัฐฝรั่งเศส	สหรัฐอเมริกา
ความคุ้มครองสิทธิแรงงาน	พนักงานจ้างเหมาบริการ มีความคุ้มครองสิทธิแรงงาน เนื่องจากมิได้อยู่ในนิยามของมาตรา 5 แห่ง พรบ.คุ้มครองของมาตรา 5 แห่ง พรบ.คุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม	พนักงานและลูกจ้างของรัฐได้รับความคุ้มครองจากบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและ มลรัฐ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972	ลูกจ้างของรัฐได้รับความคุ้มครองเหมือนดังเช่นเอกชน ได้รับจากกฎหมายทั่วไป	ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้สัญชาติของรัฐได้รับความสิทธิแรงงานจากการตรากฎหมายพิเศษ ชื่อว่า รัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965
ความคุ้มครองรัฐสวัสดิการ	พนักงานจ้างเหมาบริการไม่ได้รับความคุ้มครอง เนื่องจากไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามนัยของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533	ได้รับความคุ้มครองตามบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972	ลูกจ้างของรัฐได้รับความคุ้มครองเหมือนดังเช่นเอกชน ได้รับจากกฎหมายทั่วไป	ได้รับความคุ้มครองตามรัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

ประเด็นความ คุ้มครองสิทธิ ของพนักงาน จ้างเหมาบริการ	ประเทศไทย	สหพันธ์ สาธารณรัฐ เยอรมนี	สาธารณรัฐ ฝรั่งเศส	สหรัฐอเมริกา
ความคุ้มครอง ในการกระทำ ผิดทางละเมิด	พนักงานจ้างเหมา บริการมีได้รับ ความคุ้มครอง เนื่องจาก มีได้อยู่ ในนิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา 4 แห่ง พระราชบัญญัติ ความรับผิดทาง ละเมิดของ เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539	ได้รับความ คุ้มครอง โดยมี หลักการที่ว่ารัฐมี ฐานะเป็นนายจ้าง ผู้ที่ต้องรับผิดชอบ ลูกจ้าง โดยจะต้อง เป็นการกระทำ ความผิดในแดน มหาชนเท่านั้น	ได้รับความ คุ้มครอง โดยมี หลักการในการ คุ้มครองพนักงาน หรือลูกจ้างที่ไม่ใช่ ข้าราชการ ใน รูปแบบตัวการที่ ต้องรับผิดชอบใน กระทำของ ตัวแทน	มิได้รับความ คุ้มครองเหมือน ประเทศไทย



บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ในหน่วยงานของรัฐ

ในการวิเคราะห์ปัญหา และหาแนวทางการแก้ไขปัญหาความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอก ผู้ทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษาได้เน้นการศึกษาเฉพาะแนวทางการแก้ไขปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิแรงงาน สิทธิด้านรัฐสวัสดิการประกันสังคม และสิทธิในการได้รับความคุ้มครองจากการกระทำความผิดทางละเมิด โดยได้ศึกษาจากแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ และหลักการของความคุ้มครองบุคคลผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐในต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา เพื่อนำมาปรับปรุง แก้ไขปัญหาดังกล่าวให้ลดลง โดยมีหลักการที่ว่า การคุ้มครองสิทธิในด้านต่างๆของลูกจ้างทุกคนในรัฐ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่บุคคลเหล่านั้นต้องได้รับกันทุกคนอย่างเท่าเทียม

ซึ่งก่อนที่ผู้ศึกษาจะยกปัญหา และแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว จะขอยกตัวอย่างองค์กรที่เห็นว่า ข้อจำกัดของความคุ้มครองตามกฎหมายต่างๆของพนักงานจ้างเหมาบริการยังมีอยู่ โดยในการการประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2563 ได้มีการตั้งกระทู้ถามถึงเรื่อง การแก้ไขปัญหาพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ โดยถามต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน ดังต่อไปนี้

“เนื่องจากพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการปฏิบัติงานโดยไม่ได้รับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ลูกจ้างควรได้รับ เช่น สิทธิการลาป่วย ลาคลอดบุตร ลาภิจส่วนตัว และลาพักผ่อน โดยได้รับค่าตอบแทนระหว่างลา สิทธิได้รับการปรับเพิ่มเงินเดือน สิทธิการเบิกค่ารักษาพยาบาล และการนำเงินสมทบของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม โดยที่ ส่วนราชการต่าง ๆ ได้จัดจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของเพื่ออำพราง สัญญาจ้างแรงงาน ส่งผลให้พนักงานจ้างเหมาบริการไม่ได้รับการคุ้มครองในฐานะลูกจ้าง ทั้งที่ในทางปฏิบัติมีลักษณะการทำงานที่ไม่แตกต่างจากข้าราชการ หรือพนักงานราชการ จึงขอเรียนถามว่า

1. ในระยะสั้น ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 มีนาคม 2563 ให้กรมบัญชีกลางจัดทำหนังสือชักชวนความเข้าใจกับส่วนราชการให้ดำเนินการจ้างงานให้ถูกต้องตามประเภทการจ้างงาน พิจารณาตามวัตถุประสงค์การจ้างงานเป็นสำคัญ สำหรับการจ่ายอัตราค่าจ้างให้พิจารณาในอัตราที่เหมาะสมและเป็นธรรม ต้องไม่จ่ายในอัตราที่ต่ำเกินไป เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมกับผู้จ้างนั้น กระทรวงแรงงานได้มีการประสานงานกับส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับการจ้างเหมาบริการ เกี่ยวกับการพิจารณาหาแนวทางหรือมาตรการในการคุ้มครองสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐานของพนักงานจ้างเหมาบริการ หรือไม่มีความคืบหน้าในการดำเนินการอย่างไร ขอทราบรายละเอียด

2. ในระยะยาว (เชิงระบบ) ตามมติคณะรัฐมนตรีให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กระทรวงแรงงานและกรมบัญชีกลางเป็นผู้รวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับพนักงานจ้างเหมาบริการรายบุคคล

โดยสำนักงาน ก.พ. จะเป็นผู้ประสานและสนับสนุนการรวบรวมข้อมูลดังกล่าว เพื่อนำมาประกอบการพิจารณาหาทางแก้ไขปัญหาให้เป็นรูปธรรมต่อไปนั้น ในส่วนของกระทรวงแรงงานได้มีการประสานงานความคืบหน้าในเชิงระบบกับส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเพื่อดำเนินการแก้ไขในระยะยาว อย่างเป็นรูปธรรม หรือไม่ อย่างไร”¹³⁹

ซึ่งในการตอบกระทู้ถามครั้งนี้ กระทรวงแรงงาน ได้พิจารณาหาแนวทางแก้ไขปัญหาหรือ มาตรการในการคุ้มครองสิทธิแรงงานขั้นพื้นฐานของพนักงานจ้างเหมาบริการกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

“1. จัดประชุมหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งที่ประชุมสรุปแนวทางในการแก้ไขปัญหา 2 รูปแบบ

1.1 ให้สำนักงาน ก.พ. พิจารณาความเป็นไปได้ในการเพิ่มกรอบอัตรากำลังของส่วนราชการ จากที่ให้จ้างเหมาบริการ ให้ปรับเป็นลูกจ้างชั่วคราว หรือจ้างในรูปแบบอื่นที่ได้รับสิทธิประโยชน์ที่เท่าเทียมกัน ซึ่งสำนักงาน ก.พ. มีหนังสือแจ้งว่า การปรับเปลี่ยนจากการจ้างเหมาให้เป็นบุคลากรภาครัฐ (ลูกจ้าง/พนักงานราชการ) ไม่สอดคล้องกับแผนพัฒนาระบบราชการไทยและ มาตรการบริหาร และพัฒนากำลังพลภาครัฐ

1.2 ให้กรมบัญชีกลางปรับเปลี่ยนรูปแบบการจ้างบุคลากรจากการจ้างเหมาบริการ เป็นจ้างแรงงาน โดยเปลี่ยนหมวดเงินงบประมาณจากงบดำเนินงานเป็นงบบุคลากร ซึ่งกรมบัญชีกลาง มีหนังสือแจ้งว่าการจ้างเหมาบริการให้ยึดตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2551 แนวทางของกรมบัญชีกลาง

2. กระทรวงแรงงานได้เสนอคณะรัฐมนตรีเกี่ยวกับการจ้างเหมาบริการของส่วนราชการ ตามข้อสังเกตของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเงินทดแทน (ฉบับที่ ..) พ.ศ. โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2562 รับทราบแนวทางการแก้ไขปัญหาดังนี้

2.1 ระยะเร่งด่วน ให้ส่วนราชการทบทวนให้สอดคล้องแนวทางที่กรมบัญชีกลาง กำหนดไว้ กรณีจ้างเหมารายบุคคลควรส่งเสริมให้ผู้รับจ้าง สมัครเป็นผู้ประกันตนตามมาตรา 40

2.2 ระยะยาว ควรลดการจ้างรายบุคคล แล้วให้นิติบุคคลหรือคณะบุคคลมารับจ้าง หรือใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศมาทดแทน

สำหรับมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2563 (เสนอโดยสำนักงาน ก.พ.) มีสาระสำคัญ รับทราบรายงานสรุปผลการพิจารณาต่อข้อเสนอแนะมาตรการหรือแนวทางในการ ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กรณีปัญหาพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐไม่ได้รับความ เป็นธรรมในการปฏิบัติงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามที่สำนักงาน ก.พ. เสนอ โดยในระยะเร่งด่วนให้ส่วนราชการทบทวนการจ้างงานให้สอดคล้องกับแนวทางที่กรมบัญชีกลาง กำหนด และกรณีการจ้างเหมาบริการรายบุคคลเพื่อเป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าในการที่จะให้ ผู้รับจ้างเหมาบริการ ได้รับการคุ้มครอง ตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม จึงเห็นควรส่งเสริมให้ พนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐสมัครเป็นผู้ประกันตน ตามมาตรา 40 แห่ง

¹³⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 137 ตอนพิเศษ 272. 13 สิงหาคม 2565 สืบค้นจาก

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 โดยส่วนราชการเพิ่มค่าจ้างให้กับผู้รับจ้าง ในระยะยาวเห็นควรลดลักษณะการจ้างรายบุคคลลงแล้วให้นิติบุคคล หรือคณะบุคคลเข้ามาเป็นผู้รับจ้าง หรือใช้ระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเข้ามาดำเนินการแทน

3. กระทรวงแรงงาน โดยสำนักงานประกันสังคมได้ขยายความคุ้มครองไปยังลูกจ้างหน่วยงานของรัฐและเอกชน กล่าวคือ พระราชบัญญัติเงินทดแทน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 10 ตุลาคม 2561 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 5 ธันวาคม 2561 ได้ขยายความคุ้มครองไปยังลูกจ้างหน่วยงานราชการ องค์กรระหว่างประเทศที่มีการจ้างงานในประเทศ และนายจ้างประเภทกิจการที่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรในทางเศรษฐกิจ รวมเป็นจำนวนทั้งสิ้น 1,042,165 คน ซึ่งทำให้ลูกจ้างได้รับความคุ้มครองกรณีประสบอันตราย เจ็บป่วย สูญหายหรือตาย เนื่องจากการทำงานให้แก่นายจ้างเพิ่มขึ้นเหมือนลูกจ้างของธุรกิจทั่วไป

4. เนื่องจากสภาพปัญหาของพนักงานจ้างเหมาที่ได้รับผลกระทบมีหลายมิติและมีความละเอียดอ่อน เพื่อให้การพิจารณาแก้ไขปัญหานั้นเป็นไปด้วยความรอบคอบและมีประสิทธิภาพ กระทรวงแรงงานจะได้หารือกับกรมบัญชีกลาง สำนักงาน ก.พ. และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อร่วมกันพิจารณาแนวทางในการดำเนินการจ้างงานพนักงานจ้างเหมาบริการให้ถูกต้องตามประเภทการจ้างงาน ตามวัตถุประสงค์การจ้างงาน การจ่ายอัตราค่าจ้างสิทธิประโยชน์ที่เหมาะสม และเป็นธรรมกับผู้จ้างงานต่อไป นอกจากนี้ หากมีการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จะได้หารือ กับหน่วยราชการที่เกี่ยวข้องกำหนดให้ส่วนราชการที่มีการจ้างงานต้องปฏิบัติตามไม่น้อยกว่ามาตรฐานขั้นต่ำ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่แรงงาน (แก้ไขมาตรา 4 โดยกำหนดให้ การจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการโดยส่วนราชการที่เป็นนายจ้างต้องดำเนินการให้พนักงานจ้างเหมาบริการ ดังกล่าวได้รับสิทธิประโยชน์ ค่าตอบแทน สวัสดิการ วันหยุด วันลา ฯลฯ ที่เป็นธรรม)¹⁴⁰

จากตัวอย่างที่สภาผู้แทนราษฎรได้มีการตั้งกระทู้ถามครั้งนี้ ทำให้เห็นว่า ปัญหาของพนักงานจ้างเหมาบริการ ที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมนั้นเป็นปัญหาที่ได้รับความสนใจเป็นอย่างมาก เพราะเนื่องจากเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นในหน่วยงานของรัฐ และมีแนวทางการปฏิบัติตามกฎหมายที่มีความขัดแย้งกับกฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยเรื่องของการเสมอภาค กฎหมายการจ้างแรงงาน กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น รวมถึงแนวทางการปฏิบัติต่อพนักงานจ้างเหมาบริการยังขัดกับหลักการที่เป็นการนำเอกชนภายนอกมาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งผู้ศึกษา ได้ศึกษาถึงแนวคิดทฤษฎี กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายของไทยและกฎหมายต่างประเทศ เพื่อศึกษาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ปัญหาการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ โดยผู้ศึกษาได้พิจารณาถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขได้ดังต่อไปนี้

¹⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

1. ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน

ด้วยเหตุที่หน่วยงานของรัฐ ได้ตีความว่า การจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในลักษณะของการทำสัญญาจ้างทำของ ซึ่งมีการกำหนดข้อสัญญาว่า ผู้รับจ้าง ไม่มีสถานะเป็นพนักงานจ้างหรือลูกจ้างของทางราชการ หรือไม่มีความสัมพันธ์เป็นลูกจ้างตามกฎหมายแรงงาน หรือกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม จึงต้องศึกษาไปถึงแนวความคิดการจ้างบุคคลภายนอก ให้มาทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ โดยเป็นแนวความคิดในการจัดการภาครัฐแนวใหม่ ซึ่งคณะรัฐมนตรีมีมติเกี่ยวกับการปรับปรุงประสิทธิภาพการทำงานของราชการ ให้มีมาตรการปรับลดอัตรากำลังของภาคราชการ และขนาดของหน่วยงานของรัฐ เพื่อให้รัฐได้ปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นหน้าที่หลักมากขึ้น และให้เอกชนเข้ามามีบทบาทและมีส่วนร่วมในกิจกรรมบางส่วนของรัฐ โดยให้รัฐทำหน้าที่เป็นเพียงผู้กำกับ ส่งเสริม และสนับสนุน และให้ปรับขนาดกำลังคนภาครัฐ ลูกจ้างประจำ หมวดยุทธศาสตร์ที่ว่างลง และให้หน่วยงานของรัฐเร่งจ้างงานในรูปแบบของการจ้างเหมาบริการ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์การจ้างเอกชนดำเนินงาน เพื่อให้ส่วนราชการดำเนินการจ้างเอกชนดำเนินงานได้อย่างถูกต้อง โดยกำหนดให้หัวหน้าส่วนราชการหรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมาย จ้างเอกชนดำเนินงานเฉพาะโครงการ หรือเฉพาะครั้งคราวเท่าที่มีความจำเป็น โดยไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงการจ้าง หรือสัญญาจ้างเต็มปีงบประมาณ และมีให้ทำสัญญาการจ้างในลักษณะต่อเนื่อง ลักษณะงานที่จ้างควรเป็น งานที่ส่วนราชการซื้อบริการจาก ผู้รับจ้างเป็นรายชิ้น และให้ถือปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560 และได้กำหนดให้ว่าจ้างในงานบริการ งานจ้างบริการ งานจ้างเหมาบริการ งานจ้างทำของ และการรับขนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จากบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล แต่ไม่หมายความรวมถึงการจ้างลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ และการจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งโดยมีลักษณะมุ่งผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้าง ภายในระยะเวลาที่กำหนดตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้างเท่านั้น เอกชนผู้รับจ้างไม่ต้องอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับที่ลูกจ้างของ ส่วนราชการโดยทั่วไปต้องถือปฏิบัติ ทั้งนี้ การจ่ายค่าจ้างตามข้อตกลงการจ้างหรือ สัญญาจ้างจะจ่ายได้ต่อเมื่อได้มีการตรวจรับงานจ้างโดยคณะกรรมการตรวจรับพัสดุเรียบร้อยแล้ว และจ่ายให้แก่ผู้รับจ้างเป็นรายเดือน สถานะผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการนี้ มีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำของตามข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้าง ไม่ถือเป็นลูกจ้างของทางราชการที่จะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการที่พึงได้รับจากทางราชการเช่นเดียวกับข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐ เพราะมีลักษณะเป็นเพียงผู้รับจ้างทำของ¹⁴¹

หากกล่าวถึงการจ้างงานในลักษณะของสัญญาจ้างทำของตามนัยมาตรา 587 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว มีลักษณะเป็นสัญญาที่มีบุคคลอยู่สองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ผู้ว่าจ้าง" และอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า "ผู้รับจ้าง" โดยผู้รับจ้างตกลงจะทำการสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำงานนั้น ผู้ว่าจ้าง มิได้ต้องการแรงงานของผู้รับจ้างเพียงอย่างเดียว ผู้ว่าจ้างต้องการผลสำเร็จของการทำงานนั้นๆ ด้วย และผู้รับจ้างตกลงจะทำการ

¹⁴¹ หนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553.

งานแก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ โดยผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้างจะไม่มีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ดังนั้น เมื่อผู้ว่าจ้างมอบหมายงานให้แก่ผู้รับจ้างไปแล้ว ผู้รับจ้างไม่ต้องทำงานภายใต้อำนาจการบังคับบัญชาและการควบคุมดูแลคำสั่งของผู้ว่าจ้าง

แต่ในข้อเท็จจริงที่ปรากฏนั้น การปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการพบว่าพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น แม้ว่าจะมีการทำสัญญาจ้างงานเป็นระยะเวลาสั้น แต่มีการทำสัญญาต่อเนื่องเสมือนว่า พนักงานจ้างเหมาบริการเป็นลูกจ้างทั่วไปในหน่วยงานของรัฐ เพียงแต่มีทำสัญญาปีต่อปี ซึ่งอาจจะเป็นระยะเวลาที่สั้นกว่าลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐปกติ แต่การปฏิบัติงานก็ต่อเนื่องกัน รวมถึงพนักงานจ้างเหมาบริการ ต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยระเบียบของทางราชการ เช่น เวลาเข้าทำงาน การลา การร่วมงานที่จัดขึ้นโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรืองานอื่นๆนอกเหนือจากสัญญาจ้าง และพนักงานจ้างเหมาบริการต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา ที่สั่งการ หรือมอบหมายให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยที่ผู้ว่าจ้างในฐานะหน่วยงานของรัฐมีสิทธิออกคำสั่งหรือควบคุมการปฏิบัติงานของผู้รับจ้าง และสั่งให้ผู้รับจ้างทำตามวิธีการที่ตนต้องการได้ทุกอย่าง ซึ่งเป็นการปฏิบัติงานตามนโยบาย และภารกิจของหน่วยงานรัฐที่เป็นผู้ว่าจ้างของส่วนราชการทุกประการ เสมือนหนึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาในหน่วยงาน ดังนั้น การชี้ชัดว่าการทำสัญญาจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการนั้นเป็นการจ้างตามสัญญาจ้างทำของนั้นหาสมควรไม่ เพราะนอกจากจะพิจารณาในรูปแบบเนื้อหาของสัญญาหรือข้อตกลงแล้ว ต้องดูข้อเท็จจริงในเชิงปฏิบัติโดยแยกระหว่างคู่สัญญาด้วย ซึ่งสัญญาดังกล่าว หากพิจารณาความสัมพันธ์ในฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลมหาชน ซึ่งฝ่ายปกครองมีอำนาจหรือเอกสิทธิ์เหนือ ที่จะทำการก่อ เปลี่ยนแปลงให้เกิดสิทธิและหน้าที่ต่อกันของคู่สัญญา กล่าวคือ สัญญาดังกล่าวจะให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นอย่างมาก โดยที่เอกชนไม่มีสิทธิเสมอภาคหรือเท่าเทียมกับนิติบุคคลมหาชน ซึ่งขัดต่อหลักของความเสมอภาคในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้ให้หลักของความเสมอภาคในการทำงานว่า รัฐจะต้องให้ความสำคัญต่อผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานของรัฐ หรือในภาคเอกชนก็ตาม หากเป็นบุคคลที่ได้ปฏิบัติงานอย่างเดียวกันหรือเทียบเท่ากัน ควรได้รับสิทธิ หรือหน้าที่ที่เท่าเทียมกัน แม้ว่า จะมีสถานะในทางกฎหมายแตกต่างกันก็ตาม ดังนั้น เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการและลูกจ้างประเภทอื่นๆ ในหน่วยงานของรัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ และมีข้อกำหนดในการทำงานเหมือนกันแล้ว สมควรได้รับความเท่าเทียมในสิทธิความคุ้มครองเหมือนดังเช่นลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐได้รับเหมือนกัน อีกทั้งนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับรัฐในลักษณะดังกล่าวเป็นความสัมพันธ์ในฐานะนายจ้าง ลูกจ้าง ตามนัยมาตรา 575 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย ซึ่งความขัดแย้งระหว่างรูปแบบของการทำสัญญา กับเนื้อหาในเชิงข้อสัญญานี้ มีตัวอย่างที่เป็นกรณีศึกษาคือ จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2556 ลงวันที่ 3 พฤษภาคม 2556 ที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับประเด็นปัญหาของสัญญาจ้างดังกล่าวไว้ว่า “ลักษณะงานที่ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามสัญญาจ้างลูกจ้างชั่วคราวและตามสัญญาจ้างเหมาบริการ มีลักษณะของการทำงานที่เหมือนกัน คือ ผู้ฟ้องคดีต้องมาทำงานตามวันเวลาราชการ และหากมีกิจจำเป็นไม่อาจมาทำงานได้ ต้องแจ้งให้ทราบ เห็นได้ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีเป็นความสัมพันธ์ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามนัยมาตรา 575 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แม้สัญญาจ้างจะระบุชื่อว่า สัญญาจ้างเหมาบริการ และได้กำหนดเนื้อหาสาระของสัญญาให้มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา 587 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ตาม เมื่อ

ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ลักษณะการปฏิบัติงานเป็นนิติสัมพันธ์กันตามลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาจึงต้องถือปฏิบัติตามลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้น การที่หลีกเลี่ยงการทำสัญญาจ้างแรงงาน แล้วมาทำสัญญาจ้างเหมาบริการแทน เพื่อไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 จึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ในฐานะลูกจ้างตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี พิพากษาให้เพิกถอนการทำสัญญาจ้างเหมาบริการที่ทำไว้และให้ดำเนินการทำสัญญาจ้างให้ถูกต้องตามนิติสัมพันธ์ที่แท้จริง กรณีดังกล่าวจึงเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐจ้างเหมาบริการเลี่ยงการจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน”¹⁴²

เมื่อพิจารณาจากแนวทางของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จะเห็นว่า ได้ให้ความสำคัญกับการพิจารณาสัญญาของพนักงานจ้างเหมาบริการในแง่ของนิติสัมพันธ์มากกว่า เนื้อความในสัญญา เพราะจากข้อเท็จจริงดังที่กล่าวมาข้างต้นว่า พนักงานจ้างเหมาบริการยังต้องปฏิบัติงานตามคำสั่งบัญชาของเจ้าหน้าที่ และปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของหน่วยงานของรัฐ เหมือนดังที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือลูกจ้างทั่วไปปฏิบัติ ซึ่งมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานมากกว่าสัญญาจ้างทำของ รวมถึงการปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการ มิได้มีความแตกต่างในเนื้อหาของงานจากเจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐ ซึ่งหากมิได้มีการแก้ไขให้การทำสัญญาจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการ โดยคำนึงถึงลักษณะเนื้อหาของงานและองค์ประกอบของลักษณะสัญญาแล้ว จะทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการ เสี่ยงสิทธิหลายอย่างที่พึงได้จากกฎหมายว่าด้วยการจ้างแรงงาน ทั้งสวัสดิการ การคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยประกันสังคม สิทธิการลาต่างๆ รวมถึงการได้รับประกันต่างๆหากเกิดปัญหาในการต่อสัญญาจ้าง เนื่องจากหากเป็นลักษณะของสัญญาจ้างทำของ จะต้องพิจารณาการต่อสัญญาจากผลลัพธ์ของงาน แต่ในความเป็นจริงแล้ว การจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ไม่สามารถพิจารณาผลงานที่ปฏิบัติได้ เนื่องจาก เนื้องานที่ปฏิบัติที่แท้จริงแล้ว เป็นงานที่มีอยู่เป็นประจำของหน่วยงาน เมื่อไม่มีผลงานที่เป็นรูปธรรม การต่อสัญญาจ้างก็จะขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอน ซึ่งโดยนัยยะแล้ว เป็นการส่งเสริมให้พนักงานจ้างเหมาบริการต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา เพื่อหวังผลให้ตนเองได้รับการพิจารณาต่อสัญญาต่อไป อันจะเกิดเป็นปัญหาที่ไม่รู้จบ และเป็นวงเวียนแห่งความยุติธรรมที่เกิดขึ้นในหน่วยงานของรัฐสืบไป

รวมถึงการจากศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิแรงงานของกฎหมายประเทศต่างๆ ที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายหรือระบบจารีตประเพณีนั้น ในการให้การคุ้มครองสิทธิแรงงานของประเทศไทยนั้นถือว่ามีความเหลื่อมล้ำกับเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างมาก เนื่องจากพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้ถูกตีความว่ามีสถานะเป็นผู้รับจ้างแรงงานในหน่วยงานของรัฐ และมีได้รับสวัสดิการที่รัฐพึงจะให้ ซึ่งเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส หรือสหรัฐอเมริกา ล้วนแต่ให้การคุ้มครองสิทธิแรงงานต่อพนักงานหรือลูกจ้างที่ได้ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐเป็นอย่างมาก โดยในสหรัฐอเมริกา ได้มีการตราบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 เป็นกฎหมายพิเศษเพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ เพื่อให้เกิดความเท่าเทียมสิทธิของผู้รับจ้างในสัญญาจ้างแรงงาน และเป็นหลักประกันความคุ้มครอง

¹⁴² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2556.

ของคู่สัญญาของรัฐนั้นจะอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของก็ตาม ซึ่งเป็นรัฐสวัสดิการที่รัฐได้มีไว้เพื่อบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานและสวัสดิการของบุคคลภายนอกที่ทำสัญญาจ้างกับหน่วยงานของรัฐในกฎหมายประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศสอีกด้วย โดยในประเทศเยอรมัน พนักงานและลูกจ้างของรัฐ ได้รับสิทธิประโยชน์ในการคุ้มครองแรงงานตามกฎหมายพิเศษที่ใช้บังคับแต่เฉพาะบุคคลที่มีสถานะทางกฎหมายเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในภาครัฐเท่านั้น ซึ่งอยู่ในบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธ์รัฐและมลรัฐ แทนรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972 ทำให้ลูกจ้างและพนักงานจะได้รับความคุ้มครองสิทธิแรงงานดังที่ลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับ เพียงแต่จะเป็นกฎหมายพิเศษแยกออกมาอีกฉบับเท่านั้น ซึ่งจะมีความแตกต่างกับฝรั่งเศสเพียงเล็กน้อย โดยที่กฎหมายประเทศฝรั่งเศส มิได้มีกฎหมายพิเศษแยกออกมาจากกฎหมายทั่วไป แต่จะมีกฎหมายรองรับให้ลูกจ้างในภาครัฐ สามารถรับสิทธิความคุ้มครองทั้งเรื่องแรงงาน และสวัสดิการต่างๆ เหมือนดังเช่นลูกจ้างในภาคเอกชน เมื่อผู้ศึกษาได้พิจารณาเปรียบเทียบกับการให้ความคุ้มครองสิทธิแรงงานของพนักงานจ้างเหมาบริการในประเทศไทยแล้วถือว่าได้รับความคุ้มครองสิทธิแรงงานที่น้อยกว่าประเทศต่างๆ อย่างมาก จึงมีความจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อให้เกิดเป็นธรรมต่อบุคคลที่ได้ปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ต่อรัฐอย่างเหมาะสมที่สุด เพราะการให้คุ้มครองแรงงานนั้น เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิแรงงาน ทั้งทฤษฎีเสรีนิยมและมาร์กซิส ต่างเห็นตรงกันว่า สิทธิของแรงงานเป็นสิ่งที่ต้องได้รับการส่งเสริม และรับประกันเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน ซึ่งลูกจ้าง นายจ้าง และรัฐ จะต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในสังคมการทำงานให้มากที่สุด ซึ่งแต่ละรัฐอาจมีแนวทางในการจัดการความคุ้มครองให้เป็นไปในรูปแบบที่เหมาะสมกับการทำงานของแต่ละรัฐ โดยยึดหลักสิทธิมนุษยชนเป็นหลัก รวมถึงมองว่า การให้การคุ้มครองแรงงานนั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของกฎหมายสูงสุดของรัฐนั้นๆ ทำให้เมื่อแรงงานได้รับความคุ้มครองแล้ว ผลประโยชน์ที่เกิดขึ้น จะไม่ได้ตกแก่ผู้ใช้แรงงานเท่านั้น แต่จะเป็นผลประโยชน์ที่เกิดขึ้นกับนายจ้าง รัฐ และประชาชนในรัฐอีกด้วย

จากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้ศึกษามีความเห็นว่าการแก้ไขปัญหาดังกล่าวมีอยู่สองประการคือ ประการที่หนึ่ง หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ว่าจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างทำของ ซึ่งจำต้องทำสัญญาจ้างที่ต้องการผลลัพธ์ของงานเป็นเรื่องๆ ไป หากหน่วยงานต้องการให้มีบุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นมีหน้าที่ประจำ และมีลักษณะงานที่ต้องกระทำเป็นการทั่วไปตามตำแหน่งงาน ควรมีการสรรหาให้บุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐในรูปแบบอื่น เช่น ลูกจ้างทั่วไป หรือพนักงานราชการ เป็นต้น แต่หากมีความประสงค์จะจ้างบุคคลภายนอกมาในลักษณะของพนักงานจ้างเหมาบริการแล้ว จะต้องปฏิบัติกับพนักงานจ้างเหมาบริการโดยค่านึงว่า บุคคลดังกล่าวมิได้อยู่ในคำสั่งของตนเอง และจะให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติตามแนวทางการทำงานอย่างเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ด้วยเหตุผลที่ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้รับความคุ้มครองตามระเบียบว่าด้วยการบริหารงานบุคคลแล้ว ก็ไม่สมควรที่จะให้บุคคลนั้นต้องปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวด้วย

ในการแก้ไขปัญหาประการที่สอง ผู้ศึกษาเห็นว่า ในการตีความตามกฎหมายหรือหนังสือราชการหลายฉบับ ได้วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งจะไม่ได้รับความคุ้มครองจากหน่วยงานของรัฐเหมือนเจ้าหน้าที่ประเภทอื่นๆ ดังนั้น พนักงานจ้างเหมาบริการ

จึงควรได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพราะมิได้เป็นบุคคลของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการในส่วนท้องถิ่น รวมถึงรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ตามความมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่หากพนักงานจ้างเหมาบริการจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า มิควรใช้คำว่าจ้างเหมาบริการ เนื่องจากจะมีความขัดแย้งในการตีความว่าเป็นการทำสัญญาจ้างทำของ หรือเป็นการเลี้ยงค่าว่าจ้างแรงงาน จึงสมควรให้การจ้างเหมาบริการของรัฐนั้น เป็นการจ้างแบบพิเศษแยกออกมาต่างหาก เพราะลักษณะของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น แม้นว่ารูปแบบในการทำสัญญาหรือการวัดผลสัมฤทธิ์ของการประกอบการนั้น จะอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ แต่เนื้อหาและหลักปฏิบัติในหน่วยงานของรัฐนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน จึงควรเปลี่ยนจากคำว่า “จ้างเหมาบริการ” เป็นคำว่า “การจ้างแรงงานแบบพิเศษ” เพิ่มเติมอยู่ในนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงจะเหมาะสมกว่า และสามารถแก้ไขปัญหาการคุ้มครองสิทธิแรงงานของพนักงานจ้างเหมาบริการได้

ซึ่งหากมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จะทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการกับหน่วยงานของรัฐนั้น ได้รับสิทธิ สวัสดิการตามที่ควรจะได้รับ และจะลดปัญหาที่ผู้ศึกษาได้ยกตัวอย่างมาข้างต้น จะเป็นผลดีต่อพนักงานจ้างเหมาบริการเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานร่วมกัน รวมถึงผลดีต่อหน่วยงานราชการ และประโยชน์สาธารณะต่อไป

2. ปัญหาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐ ตามกฎหมายประกันสังคม

จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาเรื่องความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการด้านแรงงาน ในหัวข้อที่ 4.1 หากปัญหาดังกล่าวไม่ได้ถูกแก้ไขหรือปรับปรุง จะมีปัญหาอื่น ๆ ที่ตามมาอีกมากมาย หนึ่งในนั้นคือ ปัญหาที่พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้รับสวัสดิการที่จำเป็นในการทำงานในหน่วยงานของรัฐ เนื่องจากหากตีความตามหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในข้อ 1.1 ว่า “หากส่วนราชการมีความจำเป็นต้องจ้างเอกชนดำเนินงานในลักษณะการจ้างบุคคลธรรมดา ให้หัวหน้าส่วนราชการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าส่วนราชการดำเนินการจ้างเอกชนดำเนินงานเฉพาะโครงการ หรือเฉพาะครั้งคราวที่มีความจำเป็นเพื่อเสริมการปฏิบัติงานในหน้าที่ปกติของส่วนราชการเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องทำข้อตกลงการจ้างหรือ สัญญาการจ้างเต็มปีงบประมาณและมีให้ทำข้อตกลงการจ้างหรือสัญญาการจ้างในลักษณะต่อเนื่อง” รวมถึงมีหลักเกณฑ์ในข้อ 1.6 ซึ่งให้หลักเกณฑ์ไว้ว่า “ผู้รับจ้างเหมาบริการมีฐานะเป็นผู้รับจ้างทำของตามข้อตกลงการจ้าง หรือสัญญาการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ถือเป็นบุคลากรของรัฐ ที่จะมิสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการ ที่พึงได้รับจากทางราชการ เช่นเดียวกับ ข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐได้รับ เป็นเพียงผู้รับจ้างทำของ จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ส่วน

ราชการผู้ว่าจ้างจึงไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องนำส่งเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม อย่างไรก็ตาม หากผู้รับจ้างประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ประกันตน ก็สามารถสมัครเป็นผู้ประกันตนได้ตามมาตรา 40 ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม”

เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะเห็นว่า ปัญหาที่เกิดจากการไม่ให้พนักงานจ้างเหมาบริการไม่อยู่ในนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และการทำสัญญาจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งเกิดจากการตีความทางกฎหมายและจากหนังสือกระทรวงการคลังดังกล่าวนั้น ทำให้การทำสัญญาจ้างเหมาบริการต้องอยู่ในขอบเขตของข้อตกลงการจ้างในสัญญา และการจ้างนั้นต้องเป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ.2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ.2560 ในปัจจุบัน) ซึ่งจะทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการ มิได้อยู่ในนิยามคำว่า “ลูกจ้าง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือพนักงานจ้างเหมาบริการไม่มีสิทธิได้รับสวัสดิการใดที่บุคลากรของรัฐพึงได้รับ ซึ่งหากพนักงานจ้างเหมาบริการ ประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ประกันตน ก็สามารถสมัครเป็นผู้ประกันตนได้ตามมาตรา 40 ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เป็นกรณีที่พนักงานจ้างเหมาบริการต้องเป็นผู้ยื่นความประสงค์ และหักค่าจ้างที่ได้เพื่อสมัครเข้ากองทุนเป็นผู้ประกันตนได้ด้วยตนเอง มิใช่เป็นการได้รับการช่วยเหลือจากหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ซึ่งการได้รับสวัสดิการดังกล่าวนี้ ควรเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาจ้างแรงงานนั้นพึงได้รับอยู่แล้ว เพราะแม้แต่การเป็นลูกจ้างของเอกชนส่วนใหญ่ ก็ได้รับสวัสดิการขั้นพื้นฐานเหล่านั้นเช่นกัน

เมื่อผู้ศึกษาได้ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องการคุ้มครองสวัสดิการของรัฐ รวมถึงแนวทางการให้ความคุ้มครองสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการ จะเห็นได้ว่า การที่รัฐได้มอบสวัสดิการด้านการประกันสังคมนั้น เป็นเสมือนสิทธิพื้นฐานที่ผู้ที่ได้ปฏิบัติงานสมควรได้รับเช่นกัน ตามแนวคิดการคุ้มครองแรงงานจากทฤษฎีการจัดสวัสดิการของมอลตีที่เห็นว่า การจัดการสวัสดิการแรงงานนั้นเป็นสิ่งที่ทุกคนให้ความสำคัญ และสมควรได้รับการจัดการให้เกิดขึ้นในทุกๆ กิจกรรมที่มีการจ้างแรงงาน แม้ว่าจะมีความแตกต่างกันในเรื่องของแนวคิดเรื่องที่มาของการจัดการสวัสดิการแรงงานที่แตกต่างกัน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความเชื่อ ศาสนา ความสัมพันธ์ หรือการมองผลประโยชน์ที่ได้รับร่วมกันของนายจ้างและลูกจ้าง แต่ผลลัพธ์ของการดำเนินการนั้นมีเป้าหมายเดียวกัน คือทำให้เกิดผลประโยชน์ของนายจ้าง ลูกจ้าง และองค์กรอย่างเหมาะสม ยกตัวอย่างเช่น การที่ข้าราชการได้รับราชการจนถึงระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ก็สามารถได้รับเงินบำเหน็จหรือบำนาญที่เหมาะสม เพื่อที่จะสามารถดำรงชีวิตอยู่ต่อไปได้หลังจากที่สิ้นระยะเวลาหรือความสามารถในการปฏิบัติงานแล้ว โดยหากมองสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือความเท่าเทียมกันของคนทำงาน ตามมาตรา 74 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ว่า รัฐพึงส่งเสริมให้ประชาชนมีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสมกับศักยภาพและวัยและให้มีงานทำ และพึงคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงานได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ และพึงจัดให้มีหรือส่งเสริมการออมเพื่อการดำรงชีพเมื่อพ้นวัยทำงาน ซึ่งพนักงานจ้างเหมาบริการนั้นถือเป็นแรงงานเช่นกัน จึงสมควรที่จะมีสิทธิที่จะได้รับหลักประกันเช่นเดียวกัน ซึ่งจากการที่ผู้ศึกษาได้เปรียบเทียบความแตกต่างของแนวทางการจัดการสวัสดิการให้กับพนักงานหรือลูกจ้างในประเทศเยอรมัน ฝรั่งเศส และ

สหรัฐอเมริกา นั้น ได้นำแนวคิดทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ ซึ่งในประเทศเยอรมันและสหรัฐอเมริกา ได้มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างที่มีใช้ข้าราชการออกมามากฉบับ ในเยอรมันจะมีบัญญัติว่าด้วยบุคลากรผู้แทนของสหพันธรัฐและมลรัฐ แขนงรัฐบัญญัติว่าด้วยสถาบันแรงงาน 1972 ซึ่งจะบัญญัติเกี่ยวกับความคุ้มครองในด้านของสวัสดิการที่รวมถึงประกันสังคมหรือเงินทดแทนอื่นๆดังที่ลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับ ส่วนสหรัฐอเมริกานั้น มีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยสัญญาบริการ 1965 เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของลูกจ้างของคู่สัญญาของรัฐ ซึ่งมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ ไว้ด้วย รวมถึงในกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส แม้ไม่ได้มีการบัญญัติกฎหมายพิเศษเพื่อให้ความคุ้มครองสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการ แต่จะมีกฎหมายรองรับให้ลูกจ้างในภาครัฐ สามารถรับสิทธิความคุ้มครองทั้งเรื่องแรงงาน และสวัสดิการต่างๆ เหมือนดังเช่นลูกจ้างในภาคเอกชนได้รับโดยใช้กฎหมายฉบับเดียวกัน ซึ่งจะแตกต่างกับกฎหมายประเทศไทยอย่างมาก ที่มีการจำกัดการให้ความคุ้มครองสิทธิด้านสวัสดิการของพนักงานจ้างเหมาบริการ ทั้งจากการบัญญัติกฎหมายและหนังสือของหน่วยงานราชการต่างๆ

จากปัญหาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่ามีความจำเป็นต้องแก้ไขปัญหายุ่สองแนวทาง โดยแนวทางที่หนึ่งนั้น คือการแก้ไขมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และแก้ไขกฎหมายมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้พนักงานจ้างเหมาบริการอยู่ในนิยามของการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และลูกจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เมื่อถูกตีความตามนิยามดังกล่าว และได้รับความคุ้มครองจากพระราชบัญญัติข้างต้น สิทธิในด้านสวัสดิการการประกันสังคมนั้นย่อมเกิดกับตัวพนักงานจ้างเหมาบริการโดยสภาพทางกฎหมายอยู่แล้ว แต่หากไม่สามารถแก้ไขในกฎหมายในพระราชบัญญัติทั้งสองฉบับนี้แล้ว อาจมีแนวทางแก้ไขปัญหานี้ในแนวทางถัดไป

แนวทางการแก้ไขปัญหาประการที่สองคือ การยกเลิกหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ข้อ 1.1 และ 1.6 เพราะเป็นหนังสือที่เป็นแนวทางที่พนักงานจ้างเหมาบริการจะถูกตีความการทำสัญญาจ้างในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของเท่านั้น และมีให้ได้รับสวัสดิการจากพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ซึ่งหากไม่ยกเลิกหนังสือทั้งฉบับหรือยกเลิก ข้อ 1.1 และ 1.6 นั้น จะไม่สามารถแก้ไขปัญหานี้ได้ และควรมีการแก้ไขนิยามของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เพื่อให้พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น อยู่ในนิยามและได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ โดยเปลี่ยนคำนิยามตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกำหนดว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง” โดยให้ลูกจ้าง มีความหมายรวมถึงพนักงานจ้างเหมาบริการ และ ให้มีการแก้ไขสัญญาจ้างเหมาบริการของส่วนราชการให้มีลักษณะอย่างเดียวกันกับข้าราชการ ลูกจ้าง หรือบุคลากรอื่นของส่วนราชการด้วย”

หากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามแนวทางทั้งสองประการนี้ พนักงานจ้างเหมาบริการจะได้รับความคุ้มครองที่ควรได้รับจากการปฏิบัติงานให้หน่วยงานของรัฐ ซึ่งสวัสดิการดังกล่าว นั้น เป็นสิ่งที่ควรได้รับการปฏิบัติงานในฐานะลูกจ้างทุกประเภท ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะอยู่ในองค์กรของรัฐ หรือองค์กรภาคเอกชน ซึ่งการที่ไม่ได้รับสวัสดิการพื้นฐาน เช่น การประกันสังคมนั้น ถือเป็นความเหลื่อมล้ำที่อาจทำให้เกิดปัญหาอื่นๆตามมาได้อีกในอนาคต

3. ปัญหาการตีความหมาย หรือการให้คำนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539

ปัญหาเรื่องการตีความหมาย หรือการให้คำนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 นั้น เนื่องจากตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ได้บัญญัติไว้ว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ ต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่อง มีอัตราค่าตอบแทนโดยมีการเลื่อนขั้นเงินเดือน และมีการลงโทษทางวินัย หากไม่เข้าตามลักษณะดังกล่าวแล้วย่อมไม่ใช่เจ้าหน้าที่ ตามความเห็นดังกล่าวผู้ที่ปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐที่มีลักษณะการทำงานเป็นครั้งคราว ไม่ว่าจะมิสัญญาจ้างเป็นหนังสือหรือไม่ก็ตาม ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้นหากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่นั้นไปทำละเมิด ก็ต้องรับผิดชอบหน่วยงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยมีให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ

จากนิยามในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เห็นได้ว่าพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นประเภทใดก็ตาม เพราะมิได้มีลักษณะการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่องตามลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน และมีได้อยู่ในขอบเขตของระเบียบบริหารงานบุคคล ทั้งในเรื่องอัตราค่าตอบแทน หรือการลงโทษทางวินัยก็ตาม ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้อยู่ในขอบเขตความคุ้มครองจากความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ดังนั้น เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการได้กระทำความผิดต่อบุคคลภายนอก แม้ว่าการกระทำนั้น จะอยู่ในการบังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ตาม พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น จะต้องดำเนินการในบังคับของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น หากได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ไม่ ซึ่งผู้ศึกษาได้นำทฤษฎีและแนวคิด รวมถึงหลักกฎหมายของไทยและต่างประเทศ มาวิเคราะห์เพื่อหาแนวทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งอธิบายได้ดังนี้

จากการศึกษาที่มา และวัตถุประสงค์ของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น รัฐมีความต้องการลดบทบาทที่ไม่จำเป็นในภารกิจของรัฐลง โดยที่รัฐไม่ต้องดำเนินการด้วยตนเอง และถ่ายโอนไปให้เอกชนบุคคลภายนอกให้เป็นผู้ดำเนินการในภารกิจนั้นทั้งหมดหรือบางส่วน แทนองค์กรของรัฐ ซึ่งกล่าวเป็นอีกนัยว่า เอกชนมิได้เป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินการภารกิจที่ได้จ้างเหมาบริการนั้นเพียงแต่เป็นผู้ที่ดำเนินการแทนรัฐเท่านั้น ความรับผิดชอบใดๆที่เกิดจากการดำเนินการตามภารกิจนั้นยังเป็นของรัฐ ซึ่งเปรียบเสมือนว่า รัฐเป็นตัวการที่ได้มอบหมายให้บุคคลมาดำเนินการให้กับรัฐในลักษณะของตัวแทน ตามแนวความคิดทฤษฎีตัวการและตัวแทนของ Jensen และ Meckling ที่ผู้รับจ้างเหมาบริการคือฝ่ายของตัวแทน ที่เข้ามามีส่วนร่วมในการตกลงทำสัญญากับตัวการ คือรัฐ โดยผู้รับจ้างเหมาบริการทำหน้าที่รับผิดชอบดำเนินการต่าง ๆ แทนรัฐ โดยมีเงื่อนไขสัญญาหรือข้อตกลงร่วมกันระหว่างทั้งสองฝ่าย ซึ่งผู้รับจ้างเหมาบริการจะได้รับรางวัลตอบแทนการดำเนินงานของตนในระดับที่ยอมรับซึ่งกันและกัน นอกจากนี้จะต้องมีการตกลงกันระหว่างรัฐและผู้รับจ้างเหมาบริการแล้ว เพื่อให้ทั้งสองฝ่ายได้รับสิ่งตอบแทนที่พึงพอใจกันทั้งสองฝ่ายแล้ว การให้สิทธิและความคุ้มครองที่จำเป็นและเหมาะสมแก่ทั้งสองฝ่ายนั้นก็มีความสำคัญ เพราะการตกลงที่จะมีการ

ดำเนินการบางอย่างร่วมกันนั้น จะต้องให้สถานภาพที่เหมาะสมและคุ้มครองประโยชน์ต่ออีกฝ่ายอย่างเท่าเทียม ซึ่งเป็นหนึ่งแนวคิดที่เป็นหลักในการทำสัญญาหรือข้อตกลงต่างๆ ที่มีลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งต้องกระทำแทนอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อรักษาผลประโยชน์ของอีกฝ่าย

รวมถึง จากการศึกษาแนวคิดเรื่องการทำบุคลากรภาครัฐอยู่ในฐานะผู้กระทำการแทนองค์กรของรัฐ และฐานะผู้กระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะจะเห็นได้ว่า บุคลากรที่เข้ามาดำเนินการในฐานะของผู้แทนองค์กรของรัฐ และผู้กระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะรัฐมีเพียงสภาพนิติบุคคลสมมติ ที่ไม่อาจกระทำหรือไม่กระทำการใดได้ด้วยตนเอง ดังนั้น ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะใดๆ รัฐจึงจำเป็นต้องอาศัยเครื่องมือต่างๆ เข้ามาดำเนินการแทนตน อันได้แก่ มาตรการทางกฎหมาย บุคลากรของรัฐ ทรัพย์สิน และ อำนาจรัฐ ซึ่งหากกล่าวเฉพาะในส่วนของบุคลากรของรัฐ เป็นเครื่องมือที่มีความสำคัญในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองที่จำต้องอาศัยอำนาจรัฐและสถานะการเป็นบุคลากรภาครัฐในการดำเนินการ จึงอาจกล่าวได้ว่ารัฐย่อมไม่สามารถดำเนินการใดๆ ให้บรรลุผลตามภารกิจของรัฐได้เลยหากปราศจากบุคลากรภาครัฐ ดังนั้น บุคลากรของรัฐ ซึ่งได้ดำเนินการแทนองค์กรของรัฐและเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ควรได้รับความคุ้มครองสิทธิต่างๆ ให้เหมาะสมและเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นบุคลากรนั้น จะเข้ามารับตำแหน่งในองค์กรของรัฐด้วยวิธีใดก็ตาม หากเป็นการกระทำเพื่อเป็นตัวแทนของรัฐและเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ควรได้รับความเสมอภาคและความคุ้มครองสิทธิที่เท่าเทียมกัน ตามหลักความเสมอภาคแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นหลักการให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยจะได้รับความคุ้มครองบุคคลที่มีความเสมอกันในกฎหมาย จะต้องได้รับสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงความคุ้มครองตามกฎหมายที่เท่าเทียมกัน และรัฐจะต้องส่งเสริมให้ประชาชนที่มีความสามารถในการทำงานอย่างเหมาะสม พึงให้ความคุ้มครองผู้ใช้แรงงานให้ได้รับความปลอดภัยและมีสุขอนามัยที่ดีในการทำงาน ได้รับรายได้ สวัสดิการ การประกันสังคม และสิทธิประโยชน์อื่นที่เหมาะสมแก่การดำรงชีพ ซึ่งปฏิบัติงานของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้มีความแตกต่างกับลูกจ้างของรัฐหรือบุคลากรของรัฐประเภทอื่นๆ เลย ดังนั้น ความคุ้มครองตามกฎหมายต่างๆ ที่บุคลากรของรัฐได้รับ พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น จึงสมควรได้รับอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งหนึ่งในความคุ้มครองสิทธิของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นได้แก่ สิทธิความคุ้มครองเมื่อได้กระทำความผิดทางละเมิด ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 แต่พนักงานจ้างเหมาบริการกลับมิได้รับความคุ้มครองสิทธิดังกล่าว เนื่องจากมิได้มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักความตามหลักความเสมอภาค และหลักความคุ้มครองผู้ทำงานตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งแตกต่างจากแนวทางของกฎหมายต่างประเทศที่ได้ศึกษามานี้ ได้มีแนวความคิดที่ให้ความคุ้มครองบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่แทนรัฐ รวมถึงบุคคลที่ได้ปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองสิทธิในการทำผิดทางละเมิด โดยมีได้จำกัดว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือไม่

จากการศึกษาแนวทางคุ้มครองสิทธิด้านความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และพนักงานจ้างเหมาบริการในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย เช่นเยอรมัน และฝรั่งเศส ได้ให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวโดยพิจารณาจากการปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์ของรัฐ หรือประโยชน์ต่อ

สาธารณะ ซึ่งเป็นเป้าหมายสำคัญในการดำเนินการของรัฐนั้น มีความแตกต่างกัน โดยในเยอรมันนั้น จะมีหลักการในการคุ้มครองบุคคลที่ไม่ใช่ข้าราชการ จะมีรูปแบบเป็นฐานะของนายจ้างผู้ที่ต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้าง โดยจะต้องเป็นการกระทำความผิดในแดนมหาชนเท่านั้น ส่วนในลักษณะของประเทศฝรั่งเศสนั้น จะมีหลักการในการคุ้มครองพนักงานหรือลูกจ้างที่ไม่ใช่ข้าราชการ ที่มีรูปแบบตัวการที่ต้องรับผิดชอบในการกระทำของตัวแทน โดยการกระทำนั้น จะต้องเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ไม่ว่าจะใช้หลักการใดในการให้ความคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลที่ไม่ใช่ข้าราชการ หรือไม่ใช่เจ้าหน้าที่ตามกฎหมายไทย การให้ความคุ้มครองสิทธิแก่บุคคลเหล่านั้น เป็นการนำหลักการที่ผู้ศึกษาได้ศึกษามาข้างต้นมาปรับใช้กับหลักปฏิบัติต่อพนักงานหรือลูกจ้าง ที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งสิ้น ซึ่งในกฎหมายไทยนั้น มิได้ปฏิบัติตามแนวคิดทฤษฎีเช่นเดียวกับประเทศเยอรมันหรือประเทศฝรั่งเศส แต่จะมีแนวทางที่คล้ายคลึงกับความคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในประเทศสหรัฐอเมริกา

ลักษณะของการคุ้มครองสิทธิในความรับผิดชอบทางละเมิดของประเทศไทย ที่มีความคล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อพนักงานจ้างเหมาบริการตามกฎหมายไทย หรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐตามกฎหมายอเมริกากระทำความผิดทางละเมิด จะต้องปฏิบัติตามแนวทางของกฎหมายในภาคเอกชนหรือกฎหมายแพ่งในประเทศนั้น ซึ่งจะไม่ได้รับความคุ้มครองเหมือนข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่อย่างใด แต่จะให้ความคุ้มครองทางด้านอื่นทดแทน ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษที่จะให้การทดแทนเนื่องจากการได้ปฏิบัติหน้าที่ หรือต้องออกจากงานเนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งในกฎหมายไทยนั้น หากพนักงานจ้างเหมาบริการได้กระทำความผิดทางละเมิดแล้ว ไม่ได้รับการประกันใดๆ จากภาครัฐว่าการทำงานต่อจากนั้นจะเป็นเช่นใด

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัญหาดังกล่าว เกิดขึ้นจากการที่พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้มีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ ตามนิยามในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เมื่อเกิดปัญหาในกรณีที่พนักงานจ้างเหมาบริการ ได้ออกไปปฏิบัติหน้าที่แล้วได้ไปกระทำละเมิดต่อบุคคลภายนอก อันเป็นเหตุให้จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายค่าสินไหมทดแทนนั้น ผู้เสียหายต้องฟ้องร้องพนักงานจ้างเหมาบริการที่กระทำละเมิดให้รับผิดชอบเป็นการส่วนตัว ไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบแทนพนักงานจ้างเหมาบริการผู้กระทำละเมิดได้ กล่าวคือ ไม่อาจนำบทบัญญัติในพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับแก่พนักงานจ้างเหมาบริการได้ ซึ่งเป็นปัญหาที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อพนักงานจ้างเหมาบริการที่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว รวมไปถึงความไม่เป็นธรรมต่อผู้เสียหาย ที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลให้รับผิดชอบไปก่อน โดยจะเป็นประโยชน์ต่อผู้เสียหาย เพราะหน่วยงานของรัฐย่อมมีความพร้อมทางด้านงบประมาณและสถานะทางสังคมที่ดีกว่าพนักงานจ้างเหมาบริการ

จากแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับพนักงานจ้างเหมาบริการ ทั้งทฤษฎีทางด้านกฎหมาย และทฤษฎีทางด้านสังคม การตีความมิให้รวมพนักงานจ้างเหมาบริการให้อยู่ในความหมายของเจ้าหน้าที่นั้น ย่อมทำให้เกิดผลเสียดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ทั้งผลเสียทางด้านความคุ้มครองเมื่อเกิดการกระทำผิดทางละเมิด ผลเสียทางด้านจิตวิทยาที่ส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการทำงานและผลผลิตของงาน ผู้ศึกษาจึงเห็นควรต้องมีการเปลี่ยนแปลง หรือ ปรับปรุงแก้ไขค่านิยาม ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อกำหนดสถานะสภาพความเป็น

เจ้าหน้าที่ของพนักงานจ้างเหมาบริการให้มีความชัดเจน และเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น ซึ่งจะส่งผลต่อความเป็นธรรมแก่บุคคลภายนอกผู้ถูกระงับการกระทำละเมิด เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้พนักงานจ้างเหมาบริการดังกล่าวอยู่ในความหมายของคำว่า เจ้าหน้าที่ จึงไม่อาจนำบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับในกรณีที่พนักงานจ้างเหมาบริการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่และเกิดความเสียหายแก่เอกชนได้ส่งผลให้พนักงานจ้างเหมาบริการต้องรับผิดเป็นการส่วนตัว จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทนิยามดังกล่าวโดยเพิ่มเติม มาตรา 4 ความว่า “เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือ ผู้ปฏิบัติงานอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะกรรมการ หรือฐานอื่นใด และให้หมายความ รวมถึง พนักงานจ้างเหมาแรงงาน หรือ บริการที่มีลักษณะงานเหมือนกับพนักงานจ้างหรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ” จึงจะมีความเหมาะสม และสามารถแก้ไขปัญหาข้างต้นได้

จากการวิเคราะห์ถึงปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ โดยผู้ศึกษาได้นำหลักแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง รวมถึงการนำข้อดีและข้อเสียตามแนวทางของกฎหมายต่างประเทศ คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สาธารณรัฐฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา เพื่อมาเปรียบเทียบและพัฒนาแนวทางการปรับปรุงกฎหมาย รวมถึงแนวทางการปฏิบัติซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ในกระบวนการในการทำงาน ผู้ศึกษาได้วิเคราะห์จากแนวทางการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงของความเหลื่อมล้ำในสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการว่า เหตุผลหลักของปัญหา คือ การไม่ใช้หลักความเสมอภาคในความเป็นมนุษย์มาปรับใช้ในการออกกฎ ระเบียบ หรือบัญญัติเป็นกฎหมาย ซึ่งถือเป็นตัวอย่างที่ต้องปรับปรุงให้เกิดความเท่าเทียมกันในกฎหมายฉบับอื่นๆ ซึ่งผู้ศึกษาจะสรุปจากการศึกษาจากหัวข้อต่างๆ และมีข้อเสนอแนะในเรื่องความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในบทถัดไป



บทที่ 5

สรุป และข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

พนักงานจ้างเหมาบริการ เป็นบุคคลที่มีความสำคัญในการดำเนินการในภารกิจของรัฐเป็นอย่างมาก โดยพนักงานจ้างเหมาบริการเกิดจากความพยายามในการที่จะปรับลดบทบาทภารกิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และถ่ายโอนภารกิจซึ่งมิใช่ภารกิจหลักดังกล่าวไปให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทน ซึ่งเอกชนที่ดำเนินการในภารกิจแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ก็คือพนักงานจ้างเหมาบริการนั่นเอง โดยในการทำสัญญาจ้างดังกล่าว จะมีลักษณะของนิติสัมพันธ์เป็นสัญญาจ้างทำของประเภทหนึ่ง โดยได้นำหลักการของการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชนมาปรับใช้ อย่างไรก็ตาม จากข้อเท็จจริงแล้ว การทำสัญญาจ้างเหมาบริการในภาครัฐนั้น กลับมิได้มีลักษณะเช่นเดียวกับการจ้างเหมาบริการในภาคเอกชนทั้งหมดเสียทีเดียว เพราะจากนโยบายตามมติคณะรัฐมนตรี และหนังสือของทางราชการที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการดังกล่าวซึ่งได้วางหลักการว่า การจ้างเหมาบริการอาจทำได้ทั้งโดยการจ้างเอกชนที่เป็นนิติบุคคลและบุคคลธรรมดา¹⁴³ โดยมีลักษณะเฉพาะของการวางหลักเกณฑ์ในการทำสัญญาจ้างเหมาบริการ เช่น งานที่ได้มีลักษณะที่สามารถสำเร็จได้เป็นรายชิ้นโดยมุ่งผลสำเร็จของงานเป็นสำคัญ รวมถึงไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของรัฐ รวมทั้งยังอาจเป็นงาน ซึ่งแต่เดิมเป็นงานในตำแหน่งของข้าราชการที่เกษียณอายุหรือตำแหน่งลูกจ้างประจำที่ว่างลง ซึ่งจะเห็นได้ว่า งานที่รัฐได้มอบนโยบายให้องค์กรของรัฐสามารถจ้างเหมาบริการจากบุคคลธรรมดาดำเนินการแทนนั้น แท้จริงแล้วเป็นงานที่รัฐไม่สามารถอาศัยผู้รับเหมาบริการที่มีสถานะทางกฎหมายเป็น “ผู้รับจ้างทำของ” ให้เป็นผู้รับผิดชอบงานในลักษณะดังกล่าวได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ หากพิจารณาจากนิติสัมพันธ์ที่แท้จริงระหว่างรัฐ โดยองค์กรของรัฐผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างเหมาบริการ จะเห็นได้ว่าผู้รับจ้างเหมาบริการย่อมมีสถานะเป็น “ลูกจ้างของรัฐ” อีกประเภทหนึ่ง โดยปรากฏคำพิพากษาของศาลปกครอง ที่ อ. 349/2556 ที่ได้วินิจฉัยว่า การทำสัญญาจ้างเหมาบริการเพื่อจ้างบุคคลธรรมดาให้เข้าปฏิบัติงาน ที่แท้จริงแล้วต้องอาศัยบุคคลผู้มีสถานะทางกฎหมายเป็นบุคลากรภายในองค์กรของรัฐ โดยอาจเป็นข้าราชการหรือลูกจ้างของรัฐนั้น เป็นกรณีที่รัฐทำสัญญาจ้างทำของอำพรางสัญญาจ้างแรงงาน และเป็นกรณีที่รัฐจงใจหลีกเลี่ยงหน้าที่ในฐานะนายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน ดังนั้นผู้รับจ้างเหมาบริการในกรณีเช่นว่า จึงมีสถานะเป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานในสังกัดขององค์กรของรัฐผู้ว่าจ้าง

จากปัญหาที่รัฐมิได้ให้สถานะทางกฎหมายแก่ผู้รับจ้างเหมาบริการที่เป็นบุคคลธรรมดา ให้เป็นบุคลากรภาครัฐประเภทใดประเภทหนึ่ง ผู้รับจ้างเหมาบริการจึงมิได้อยู่ภายใต้ระบบการบริหารงานบุคคลของรัฐ และมิได้รับความคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการตามกฎหมายแรงงาน

¹⁴³ ตามที่ปรากฏในมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 26 พฤษภาคม 2541 และหนังสือ กระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553.

ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งแม้ศาลปกครองสูงสุดจะได้วินิจฉัยว่า ผู้รับจ้างเหมาบริการมีสถานะเป็นลูกจ้างของรัฐประเภทหนึ่ง และรัฐโดยองค์กรของรัฐผู้ว่าจ้างจะต้องให้ความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในฐานะนายจ้างก็ตาม แต่คำพิพากษาดังกล่าว มิได้มีการวินิจฉัยในประเด็นว่าผู้รับจ้างเหมาบริการ พึงจะได้รับความคุ้มครองในสิทธิประโยชน์และสวัสดิการในฐานะที่เป็นลูกจ้างของรัฐประเภทใด โดยหากแบ่งประเภทบุคลากรภาครัฐตามลักษณะนิติสัมพันธ์ที่มีต่อรัฐ จะสามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ บุคลากรภาครัฐผู้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐตามกฎหมาย ข้าราชการ คือ ข้าราชการ และ บุคลากรภาครัฐผู้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน คือ พนักงานราชการ ลูกจ้างประจำ ลูกจ้างชั่วคราว และพนักงานหน่วยงานของรัฐ ซึ่งบุคลากรภาครัฐแต่ละประเภท จะมีแนวทางการบริหารงานบุคคล ซึ่งรวมถึงการคุ้มครองสิทธิประโยชน์และสวัสดิการที่แตกต่างกัน ทั้งในด้านของรูปแบบและเนื้อหาของการคุ้มครอง โดยเมื่อพิจารณาจากลักษณะงานของบุคลากรภาครัฐแต่ละประเภทจะพบว่า บุคลากรภาครัฐแต่ละประเภทมิได้มีลักษณะงานในความรับผิดชอบที่แตกต่างกันแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างบุคลากรภาครัฐ ผู้มีนิติสัมพันธ์กับรัฐตามสัญญาจ้างแรงงาน

จากการที่พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้มีสถานะทางกฎหมายโดยชัดเจน ว่าเป็นลูกจ้างประเภทใดในหน่วยงานของรัฐ รวมถึงการมิได้มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทำให้เกิดปัญหาทางด้านความคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ซึ่งผู้ศึกษาได้เห็นความสำคัญว่า การคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มีความสำคัญเทียบเท่ากับการให้ความคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งเป็นบุคลากรประเภทที่มีนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยผู้ศึกษามีความสนใจในสิทธิด้านความคุ้มครองแรงงาน ความคุ้มครองสวัสดิการประกันสังคม และความคุ้มครองจากการกระทำความผิดทางละเมิด ซึ่งจากการที่ผู้ศึกษาได้นำแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ รวมถึงการพิจารณาจากกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้อง และมีแนวทางที่ใกล้เคียงกัน นำมาเปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการดังกล่าว ประกอบกับการนำกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย คือ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และประเทศฝรั่งเศส และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี คือ ประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อนำแนวคิดของการบังคับใช้กฎหมาย ในการคุ้มครองบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ ที่มีใช้ราชการหรือข้าราชการ ซึ่งจากการศึกษาที่กล่าวมาแล้วทั้งหมด ผู้ศึกษาสามารถสรุปปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการในระบบกฎหมายไทยได้ดังนี้

ปัญหาด้านการคุ้มครองสิทธิแรงงานของพนักงานจ้างเหมาบริการตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และการคุ้มครองเรื่องสวัสดิการประกันสังคม ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม นั้น เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายและแนวทางปฏิบัติของรัฐ ซึ่งปัญหาดังกล่าวนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจากประเด็นเดียวกัน คือ ตามหนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ซึ่งได้วางหลักเกณฑ์ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น เป็นการทำสัญญาจ้างในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ มิใช่สัญญาจ้างแรงงาน รวมถึง มิถือเป็นบุคลากรของรัฐ ที่จะมีสิทธิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการ ที่พึงได้รับจากทางราชการเช่นเดียวกับข้าราชการ ลูกจ้างของส่วนราชการ หรือบุคลากรอื่นของรัฐได้รับ ซึ่งการที่เป็นเพียงผู้รับจ้างทำของ จึงไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐในฐานะนายจ้าง

กับลูกจ้างตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทำให้ส่วนราชการผู้ว่าจ้าง ไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องนำส่งเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม อย่างไรก็ตาม หากผู้รับจ้างประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ของผู้ประกันตน ก็สามารถสมัครเป็นผู้ประกันตนได้ตามมาตรา 40 ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการนั้น มิได้อยู่ในนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และในหนังสือฉบับดังกล่าว ได้มีแนวทางในข้อ 1.6 ว่า พนักงานจ้างเหมาบริการ จะมิได้รับสิทธิประโยชน์ สวัสดิการ ที่พึงได้จากทางราชการ และไม่มีนิติสัมพันธ์กับรัฐ ในฐานะนายจ้างกับลูกจ้างตามนัยมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงเป็นการวางแนวทางที่ผู้ศึกษาเห็นว่า เป็นการกีดกันสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการอย่างมาก

รวมถึงปัญหาของการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการจากการกระทำความผิดทางละเมิด ผู้ศึกษาเห็นว่า ปัญหาที่พนักงานจ้างเหมาบริการมิได้รับความเป็นธรรมในเรื่องดังกล่าว เกิดจากการให้คำนิยามของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาตรา 4 นั้น ได้นิยามคำว่า “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” อันจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้ไว้ว่า เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงานลูกจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ ต้องมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานเป็นประจำและต่อเนื่อง มีอัตราค่าตอบแทนโดยมีการเลื่อนขั้นเงินเดือน และมีการลงโทษทางวินัย หากไม่เข้าตามลักษณะดังกล่าวแล้ว ย่อมไม่ใช่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น พนักงานจ้างเหมาบริการ ผู้ที่เข้ามาทำสัญญาจ้างแบบชั่วคราว หรือลักษณะเป็นการจ้างทำของ ความสัมพันธ์ของบุคคลดังกล่าวกับหน่วยงานของรัฐที่ว่าจ้าง ต้องบังคับตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น หากบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าหน้าที่ได้กระทำความผิดทางละเมิด ก็ต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 โดยมีให้นำพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 มาใช้บังคับ หรือกล่าวโดยสรุปคือ มิได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง ซึ่งการแก้ไขปัญหานี้ จำเป็นต้องมีการแก้ไขในต้วบทกฎหมายเท่านั้น โดยหากไม่มีการแก้ไขในต้วบทกฎหมายในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว พนักงานจ้างเหมาบริการจะมิได้รับความคุ้มครองจากการกระทำความผิดทางละเมิด ซึ่งจะไม่เป็นธรรมอย่างมาก เนื่องจากการปฏิบัติงานในการกิจของรัฐนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงพนักงานจ้างเหมาบริการ ต่างมีส่วนร่วมในการดำเนินการให้สำเร็จ และจากที่ผู้ศึกษาได้กล่าวไปข้างต้น เจ้าหน้าที่ของรัฐประเภทต่าง ๆ นั้น มิได้มีลักษณะงานที่แตกต่างกัน เพียงแต่มีความรับผิดชอบเฉพาะตำแหน่งที่แตกต่างกันเพียงเท่านั้น ดังนั้น หากมีการดำเนินการใดร่วมกัน เพื่อประโยชน์ของสาธารณะแล้วไซ้ เมื่อมีการกระทำผิดทางละเมิดซึ่งต้องชดใช้ค่าเสียหาย ผู้ที่ดำเนินการดังกล่าวควรได้รับความคุ้มครองที่เท่าเทียมกัน หากได้รับการคุ้มครองที่ไม่เท่าเทียมกันแล้ว จะถือเป็นความเหลื่อมล้ำที่เกิดขึ้นในหน่วยงานของรัฐ ซึ่งแท้จริงแล้วการจัดความเหลื่อมล้ำเช่นนี้ ในภาครัฐควรได้รับการปฏิบัติอย่างเคร่งครัดกว่าภาคเอกชนเสียด้วยซ้ำ

ปัญหาเรื่องการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการ ไม่ว่าจะเกิดจาก การตีความบทบัญญัติทางกฎหมาย ปัญหาที่เกิดจากนิติสัมพันธ์ที่ไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้าง รวมถึงปัญหาที่เกิดจากแนวทางการปฏิบัติของรัฐ ผู้ศึกษาเห็นว่า หากการกระทำใด ๆ ที่ใช้หลักความเสมอภาค ซึ่งเป็นหลักการที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับรับรองไว้ ได้ถูกนำมาปรับใช้ในการออกกฎ

ระเบียบ หรือบัญญัติเป็นกฎหมาย และยึดถือหลักสิทธิมนุษยชนเป็นพื้นฐาน ปัญหาดังกล่าวนี้จะไม่เกิดขึ้น เพราะจากการศึกษาในกฎหมายต่างประเทศ ทั้งประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย และประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี ต่างก็ให้ความสำคัญคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่มาปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐ โดยยึดหลักของแนวคิด ทฤษฎีที่ให้ความสำคัญในการคุ้มครองบุคคลที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐทั้งสิ้น ไม่ว่าบุคคลดังกล่าวจะมีสถานะในหน่วยงานของรัฐเป็นอย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเรียกว่า พนักงาน ลูกจ้าง หรือพนักงานจ้างเหมาบริการ หากมีลักษณะเป็นการปฏิบัติงานในภารกิจของรัฐ และปฏิบัติงานเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว ย่อมได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายในรัฐนั้นอย่างสูงที่สุด ซึ่งแนวทางการให้ความคุ้มครองอาจแตกต่างกันตามระบบกฎหมายหรือระบบสังคมของแต่ละรัฐ แต่หลักการของการให้ความคุ้มครองสิทธินั้นเป็นหลักการเช่นเดียวกัน ซึ่งผู้ได้รับประโยชน์ในการคุ้มครองสิทธิของพนักงานจ้างเหมาบริการนี้ จะมีได้มีแต่บุคคลเหล่านั้นเพียงเท่านั้น แต่บุคลากรของรัฐทุกประเภท หน่วยงานของรัฐ บุคคลภายนอกองค์กร รวมถึงรัฐเองก็จะได้ประโยชน์ร่วมกัน

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 ผู้ศึกษาเห็นควรให้มีการยกเลิก หนังสือกระทรวงการคลัง ด่วนมาก ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 ทั้งฉบับ หรือยกเลิกข้อ 1.1 และ 1.6 ในหนังสือฉบับดังกล่าว เพราะเป็นหนังสือที่เป็นแนวทางว่าการจ้างเหมาบริการนั้น มีลักษณะการทำสัญญาจ้างในรูปแบบของสัญญาจ้างทำของเท่านั้น ทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการ มิได้รับความคุ้มครองสิทธิในการจ้างแรงงานในหน่วยงานของรัฐ รวมถึง สิทธิที่จะได้รับสวัสดิการประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือได้รับอย่างมีเงื่อนไข รวมถึง การวางหลักเกณฑ์ให้การทำสัญญาจ้างเหมาบริการ มีลักษณะเป็นการจ้างทำของ จะทำให้พนักงานจ้างเหมาบริการไม่ได้รับความคุ้มครองสิทธิจากการกระทำความผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่อีกด้วย เนื่องจากการเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐโดยลักษณะจ้างทำของ บุคคลดังกล่าวจะมีได้อยู่ในสถานะของการเป็นลูกจ้างของรัฐประเภทใดประเภทหนึ่ง ซึ่งจะไม่มีฐานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามนิยามของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539

2.2 ผู้ศึกษาเห็นควรมีการปรับปรุงแก้ไข กฎหมายทั้ง 3 ฉบับ ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 ซึ่งผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะดังนี้

2.2.1 ผู้ศึกษาเห็นควรเพิ่มเติมนิยามของการจ้างเหมาบริการ โดยใช้คำว่า “การจ้างแรงงานแบบพิเศษ” เพิ่มเติมอยู่ในนิยามของมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยมีควรใช้คำว่าจ้างเหมาบริการ เนื่องจากจะมีความขัดแย้งในการตีความว่าเป็นการทำสัญญาจ้างทำของ หรือเป็นการเลี้ยงค่าจ้างแรงงาน จึงสมควรให้การจ้างเหมาบริการของรัฐนั้น เป็นการจ้างแบบพิเศษแยกออกมาต่างหาก เพราะลักษณะของการจ้างเหมาบริการในหน่วยงานของรัฐนั้น แม้นว่ารูปแบบในการทำสัญญาหรือการวัดผลสัมฤทธิ์ของการประกอบการนั้น

จะอยู่ในลักษณะของสัญญาจ้างทำของ แต่เนื่องงานและหลักปฏิบัติในหน่วยงานของรัฐนั้น มีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน จึงจะสามารถแก้ไขปัญหาการคุ้มครองสิทธิแรงงานของพนักงานจ้างเหมาบริการได้

2.2.2 เห็นควรต้องมีการเปลี่ยนคำนิยาม ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และที่แก้ไขเพิ่มเติม จากเดิมที่บัญญัติว่า

“ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง”

ผู้ศึกษาเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

“ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง รวมถึงสัญญาจ้างเหมาบริการของส่วนราชการที่มีลักษณะงานอย่างเดียวกันกับข้าราชการ ลูกจ้าง หรือบุคลากรอื่นของส่วนราชการด้วย”

ซึ่งหากมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง พนักงานจ้างเหมาบริการจะได้รับสวัสดิการที่ตนเองควรได้รับจากการปฏิบัติงานให้กับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งสวัสดิการดังกล่าวนี้ เป็นสิ่งที่ควรได้รับจากการปฏิบัติงานในฐานะลูกจ้างทุกประเภท ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะอยู่ในองค์กรของรัฐ หรือองค์การภาคเอกชน

2.2.3 เห็นควรต้องมีการเปลี่ยน หรือ ปรับปรุงแก้ไขคำนิยาม คำว่าเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 เพื่อกำหนดสภาพความเป็นเจ้าหน้าที่ของพนักงานจ้างเหมาบริการให้มีความชัดเจน และเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายในการปฏิบัติงานของหน่วยงานของรัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น จากเดิมที่บัญญัติว่า

“เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือ ผู้ปฏิบัติงานอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะกรรมการ หรือฐานะอื่นใด”

ผู้ศึกษาเห็นสมควรแก้ไขเพิ่มเติม ดังนี้

“เจ้าหน้าที่ หมายความว่า ข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้าง หรือ ผู้ปฏิบัติงานอื่น ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งในฐานะกรรมการ หรือฐานะอื่นใด และให้หมายความรวมถึง พนักงานจ้างเหมาบริการหรือแรงงานที่มีลักษณะงานเหมือนกับพนักงานจ้างหรือลูกจ้างในหน่วยงานของรัฐ”

2.3 ผู้ศึกษาขอเสนอให้เปลี่ยนแปลงแนวคิดในการปฏิบัติต่อพนักงานจ้างเหมาบริการ หากมิได้มีการยกเลิกหนังสือราชการ หรือกฎหมายดังกล่าว ตามข้อเสนอนี้ 1 และ 2 หน่วยงานของรัฐที่เป็นผู้ว่าจ้างพนักงานจ้างเหมาบริการ ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของสัญญาจ้างทำของ ซึ่งจำต้องทำสัญญาจ้างที่ต้องการผลลัพธ์ของงานเป็นเรื่องๆไป หากหน่วยงานต้องการให้มีบุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลนั้นมีหน้าที่ประจำ และมีลักษณะงานที่ต้องกระทำเป็นการทั่วไปตามตำแหน่งงาน ควรมีการสรรหาให้บุคคลภายนอกเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงานของรัฐในรูปแบบอื่น เช่น ลูกจ้างทั่วไป หรือพนักงานราชการ เป็นต้น แต่หากมีความประสงค์จะจ้างบุคคลภายนอกมาในลักษณะของพนักงานจ้างเหมาบริการแล้ว จะต้องปฏิบัติกับพนักงานจ้างเหมาบริการโดยค้ำประกันว่า บุคคลดังกล่าวมิได้อยู่ในคำสั่งของตนเอง และจะให้บุคคลดังกล่าวปฏิบัติตามแนวทางการทำงานอย่างเจ้าหน้าที่ของรัฐมิได้ ด้วยหลักการที่ว่า หากพนักงาน จ้างเหมาบริการได้รับความคุ้มครองตามระเบียบว่าด้วยงานบริหารงานบุคคลแล้ว ก็ไม่สมควรที่จะให้บุคคลนั้นต้องปฏิบัติตามระเบียบดังกล่าวด้วย

บรรณานุกรม



บรรณานุกรม

- กรมประชาสัมพันธ์. (2561). *การเลิกทาส*. สืบค้นจาก <https://www.museumthailand.com/th/459/webboard/topic>
- กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม. (2560). *เรื่อง คู่มือการจ้างเหมาบริการ กรมส่งเสริมอุตสาหกรรม กรณีจ้างเหมาบุคคลธรรมดาปฏิบัติงานของรัฐ*. สืบค้นจาก <http://hr.dipgo.th/LinkClick.aspx?fileticket=Sic8zkwchWM%3D&tabid=90>
- กิตติวิทย์ นิภานันท์ และรัฐกรณ์ นิภานันท์. (2548). *Outsource ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและการจ้างแรงงาน*. *วารสารข่าวกฎหมายใหม่*, 3(52).
- กิริติ บัวสด. (2561). *ทฤษฎีและแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่*. สืบค้นจาก <http://www.dspace.spu.ac.th/bitstream/123456789/6466/8/%E0%B8%9A%E0%B8%97%E0%B8%97%E0%B8%B5%E0%B9%88%202.pdf>
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์. (2561). *หลักพื้นฐานกฎหมายมหาชน ว่าด้วยรัฐ รัฐธรรมนูญ และกฎหมาย*. (พิมพ์ครั้งที่ 9). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- เกษมสันต์ วิลาวรรณ. (2562). *คำอธิบายกฎหมายแรงงาน*. (พิมพ์ครั้งที่ 26). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- ข่าวทำเนียบรัฐบาล. (2561). *นายกฯ ห่วงใยสวัสดิการประชาชนทุกกลุ่ม พร้อมรับฟังข้อเรียกร้องดูแลสิทธิประโยชน์ลูกจ้างเหมาบริการ มอบหน่วยงานไปพิจารณา เน้นทุกฝ่ายหาทางออกตามข้อเท็จจริงและความเป็นไปได้*. สืบค้นจาก <http://www.thaigov.go.th/news/contents/details/12378>
- คณะกรรมการด้านวิชาการเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ และข้อมูลข่าวสารของราชการ. (2555). *พระราชบัญญัติความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ในกฎหมายเยอรมนี*. รายงานการเสวนา ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น B1 อาคารศาลปกครอง กรุงเทพฯ.
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.349/2556 (ปกครอง) น. 22
- จตุรงค์ ปัญญาดี. (2554). *ปัญหาการจ้างเหมาบริการของส่วนราชการไทย*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- จันทจิรา เอี่ยมมยุรา. (2529). *วิสาหกิจมหาชน (รัฐวิสาหกิจ) ในกฎหมายไทย : ศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ และเชิงวิเคราะห์ข้อความคิด*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- จิตติ ติงศรัทธี. (2523). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาตรา 354 ถึงมาตรา 452 ว่าด้วยมูลแห่งหนี้*. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- จิต เศรษฐบุตร. (2514). *กฎหมายของประเทศที่ใช้ประมวล*. *วารสารนิติศาสตร์*, 3(2), 119-120
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2540). *กฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐโดยปราศจากความผิด*. กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.

- ชาญชัย แสวงศักดิ์. (2560). คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และ
ความรับผิดชอบของรัฐโดยปราศจากความผิด. (พิมพ์ครั้งที่10). กรุงเทพมหานคร :
วิญญูชน.
- ชูศักดิ์ ศิรินิล. (2526). ตำราประกอบการศึกษากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงาน
นอกสั่ง สามารถทำได้. กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยรามคำแหง.
- นริศชา ละม้ายอินทร์. (2557). ปัญหาการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง :
ศึกษากรณีสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2552). หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ. (พิมพ์ครั้งที่ 4)
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2556). สัญญาทางปกครอง. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน
- ประยูร กาญจนกุล. (2523). คำบรรยายกฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย.
- นางสาวปารณีย์ วิไลโรจน์. (2557). ความรู้ทัศนคติและการปฏิบัติเกี่ยวกับการประกันสังคมของ
นายจ้าง สถานประกอบการขนาดเล็ก ในความรับผิดชอบของสำนักงานประกันสังคม
กรุงเทพมหานคร พื้นที่ 6. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- นายปรกรณ์ นิลประพันธ์. (2548). สาระสำคัญของพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของ
เจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539. สืบค้นจาก <http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=612>
- บัญญัติ เลื่อนแป้น. (2560). การประชุมประกันสังคมโลก. วารสารมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์
มหาวิทยาลัยพะเยา, 8(1) , 8-9.
- ประชาไท. (2551). บทความ “ปฏิรูปประกันสังคมโดยใครเพื่อใคร”. สืบค้นจาก <https://prachatai.com/journal/2008/04/16565>.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2535
- ปรานี สุขศรี. (2552). วิเคราะห์คำพิพากษาคดีปกครองของศาลปกครองต่างประเทศ.
วารสารวิชาการศาลปกครอง, ฉบับพิเศษ 1(79) , 296-297.
- ไพฑูริย์ เอกจริยากร. (2561). คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน. (พิมพ์ครั้งที่ 14)
กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน.
- พระราชบัญญัติการจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. 2560
- พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ.2539
- พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541
- พระราชบัญญัติวิธีรับประมาณ พ.ศ. 2561
- โกคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. (2544). กฎหมายมหาชนกับการปฏิรูประบอบราชการในยุค
โลกาภิวัตน์. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2547). ความรับผิดของรัฐในระบบกฎหมายเยอรมัน. กรุงเทพมหานคร :
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2540). *ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน*. กรุงเทพมหานคร : นิติธรรม.
- วารี นาสกุล. (2544). *ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยละเมิด จัดการงานนอกสั่งและลามิควรได้*. กรุงเทพมหานคร : วิบูลย์กิจการพิมพ์.
- วิสูตร วัจนะเสถียรกุล. (2547). *ความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครองและการฟ้องคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของฝ่ายปกครอง*. (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- ศศิประภา จันทร์พร้อมศรี. (2558). *Outsourcing, " Framework Management Tool Box*. สืบค้นจาก <http://wirotsriherun.blogspot.com>
- ศิรินทร์พร ธารมดี. (2559). ความรับผิดทางละเมิดของคณะกรรมการการเลือกตั้ง กรณีศึกษาการทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่. *วารสารวิชาการมหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ*, 7 (1), 65.
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2550). *การพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. รายงานวิจัย ฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร : กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง
- สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2550). *การพัฒนาปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐ*. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพมหานคร: กรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง
- สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ “แผนพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ ฉบับที่แปด พ.ศ. 2540- 2544. สืบค้นจาก https://www.nesdc.go.th/ewt_dl_link.php?nid =3783
- สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ. *คณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ พ.ศ. 2540-2543* กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ.
- สิริเพ็ญ จันทวิเศษ. (2536). *สถานะทางกฎหมายของพนักงานรัฐวิสาหกิจ*. (วิทยานิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- สุจิน ชื้อสุวรรณ. (2532). *ความรับผิดทางละเมิดของข้าราชการ*. (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตร์ มหาบัณฑิต). คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
- สุภาพพงศ์ เหล่าแสนสุข. (2558). *การยกระดับคุณภาพชีวิตของพนักงานจ้างเหมาบริการ Outsource ประเภทการรักษาความปลอดภัย ธนาคารแห่งประเทศไทย*. (สารนิพนธ์ มหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- สุขุม ศุภนิตย์. (2543). *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยลักษณะละเมิด*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ นิติบรรณการ.
- หนังสือกรมบัญชีกลาง ส่วนที่ 3 ตอนที่ กค 0409.3/ว 78 ลงวันที่ 27 กันยายน 2549 เรื่อง “วิธีปฏิบัติในการจ่ายเงินค่าจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการบุคคลธรรมดา” ถึง ผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดกระทรวง อธิบดี ผู้อำนวยการ เลขาธิการ ผู้บัญชาการ อธิการบดี

- หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0406.4/ว 67 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม 2553 เรื่อง “การจ้างเอกชนดำเนินงาน” ถึง ปลัดกระทรวง อธิบดี อธิการบดี เลขาธิการ ผู้อำนวยการ ผู้บัญชาการ ตำรวจแห่งชาติ ผู้ว่าราชการจังหวัด
- หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0409.6/ว 86 ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 2548 เรื่อง “ซ่อมความเข้าใจเกี่ยวกับการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจ้างเอกชนมาดำเนินงานของส่วนราชการ” ถึง อธิบดีกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น
- หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0526.5/ว 131 ลงวันที่ 28 ธันวาคม 2541 เรื่อง “การเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจ้างเอกชนดำเนินงานของส่วนราชการ” ถึง ผู้ว่าราชการจังหวัด ปลัดกระทรวง ปลัดทบวง อธิบดี เลขาธิการ ผู้อำนวยการ อธิการบดี
- อรพิน ผลสุวรรณีย์ สบายรูป. (2557). *กฎหมายการคลัง*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อัญชลี กิจสำเร็จ. (2555). *ความมั่นคงในการทำงานของพนักงานจ้างเหมาบริการโดยระบบราชการ*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะสังคมสงเคราะห์ศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- อัมพร อารงลักษณ์ และคณะ. (2556). *การบริหารปกครองสาธารณะ : การบริหารรัฐกิจใน ศตวรรษที่ 21*. ปทุมธานี : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- อานนท์ ชันโพธิ์น้อย. (2550). *สาระสำคัญในการปรับปรุงพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน ฉบับใหม่*. (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพมหานคร : โกลบอล อินเทอร์เน็ตคอมมิวนิเคชั่น.
- อานนท์ ชันโพธิ์น้อย. (2553). *สัญญาจ้างเหมาค่าแรงในกระบวนการผลิตหรือธุรกิจ*. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์). มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ปทุมธานี.
- Albert C. Whitaker. (1904). "History and criticism of the Labor Theory of Value in English Political Economy," (PhD diss, Columbia University, 1904).
- Burchill. "Liberalism," 41-44; James Mensch, "A Theory of Human Rights," <https://www.opendemocracy.net/james-r-mensch/theory-of-human-rights>
- David L. Prychitko, "The Concise Encyclopedia of Economics: Marxism,"
- Giuseppe Casale and Joseph Tenkorang. (2008). *Public service labour relations : A comparative overview*, DIALOGUE Paper No. 17 (Geneva : International Labour Office, 2008), p.21-22.
- International Labour Organisation, "Origins and history," สืบค้นจาก <http://www.ilo.org/global/about-theilo/history/lang-en/index.htm>
- Janet Anderson. (2011). "Rightsizing Government: The literature and the Detroit Experience", *state and local government review*, Vol. 43, No. 3, p. 224-232.
- John Forrer and James Edwin Kee. (2004). "Public servants as contract managers", *Public Contract Law Journal*, Vol. 33, No. 2, p.360-361, (Winter 2004).
- Kuhlmann sabine. (2004). "Civil Service in Germany : Characteristics of Public Employment and Modernization" paper presented at the meeting

- Modernization of State and Administration in Europe : A France - Germany Comparison, 14 - 15 May 2004, Bordeaux, Goethe – Institut, p.4.
- Nicole Hery-Moßmann. (2022). “Unterschied Angestellter und Arbeiter - alle Infos”, Retrieved on October 24, 2022, from https://praxistipps.focus.de/unterschiedangestellter-und-arbeiter-alle-infos_100929
- Paul C. Light (2004) “ OUTSOURCING AND THE TRUE SIZE OF GOVERNMENT,” Public Contract Law Journal, Vol.3, No.2, p.313-314
- Scott Burchill. (2001). "Liberalism," In Theories of International Relations, ed. Scott Burchill et. al (Hampshire and New York: Palgrave, 2001).
- Section 8701, United States Code
- Sylvia Horton. (2011). “Contrasting Anglo-American and Continental European civil service systems” in Andrew Massey, International Handbook on Civil Service Systems Edited by Andrew Massey, (United Kingdom : Edward Elgar Publishing Limited, 2011), p.31-32.
- Theodore Anagnoson. (2004). “The United States Civil Service”, supra note 98, p.146-147.
- Universal Declaration of Human Rights : UDHR Article 23(1)-(4)
- Van R. Johnson and Paul Seidenstat. (2007). “Contracting Out Government Services: Privatization at the Millenium”, International Journal of Public Anministration, 30:3, p.231-232.



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อ	นายณัฐวุฒิ เสาร์แดน
วัน เดือน ปีเกิด	26 ธันวาคม 2533
สถานที่เกิด	อำเภอเมืองน่าน จังหวัดน่าน
ประวัติการศึกษา	ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ปีการศึกษา 2556
สถานที่ทำงาน	สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ประจำจังหวัดเชียงราย
ตำแหน่ง	เจ้าพนักงานตรวจสอบทรัพย์สินปฏิบัติการ

