

บทที่ 2

แนวคิด ประวัติความเป็นมา ความหมาย ลักษณะ ความคล้ายคลึง ความแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างบริการ และ สภาพการทำงานของหญิงบริการผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ในประเทศไทย

ในปัจจุบันเศรษฐกิจและสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดการขยายตัวของภาคแรงงาน เช่น งานบริการ งานท่องเที่ยว เป็นต้น การจ้างแรงงานในระบบโดยถูกต้องตามกฎหมายก็มีข้อกำหนด และวิธีการที่แตกต่างกัน ตามแรงงานแต่ละรูปแบบ แต่ละประเภท ด้วยเหตุนี้เองประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยจึงได้แบ่งแยกลักษณะของการจ้างงานโดยใช้สัญญาเป็นหลักในการแบ่งแยกเป็นสัญญาจ้าง

แต่ในความเป็นจริงของสังคมในปัจจุบันนั้น มีแรงงานหญิงกลุ่มหนึ่งทำงานในสถานบริการ ซึ่งลักษณะของงานที่ทำนั้น นอกจากมีลักษณะการทำงานที่พิเศษแล้ว ยังมีลักษณะการทำงานที่ก้ำกึ่งระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ จึงเป็นเหตุให้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายมารับรองคุ้มครองการทำงาน มีผลให้แรงงานหญิงเหล่านี้ไม่ได้รับความคุ้มครองใด ๆ ตามกฎหมายแรงงาน ด้วยเหตุนี้เองจึงจำเป็นต้องศึกษาและทำความเข้าใจแนวคิด ความหมาย ลักษณะความคล้ายคลึงและความแตกต่างของสัญญาจ้างแรงงาน จ้างทำของ รวมทั้งศึกษาถึงความหมาย ลักษณะและสภาพการทำงานของหญิงในสถานบริการ ซึ่งอาจมีค่านิยมที่จัดอยู่ในลักษณะของสัญญาอีกประเภทหนึ่ง คือ สัญญาจ้างบริการ ดังจะกล่าวโดยละเอียดต่อไปนี้

2.1 แนวคิด ประวัติความเป็นมา ความหมาย และลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน

ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการคุ้มครองการจ้างแรงงานของประเทศ เช่นเดียวกับนานาอารยประเทศอื่นมาเป็นเวลานานนับตั้งแต่อดีต ปรากฏได้จากกฎหมายแรงงานที่เก่าแก่ที่สุดของประเทศ บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 6 มาตรา 575 ถึงมาตรา 586 ว่าด้วยเรื่องจ้างแรงงาน ถือเป็นปฐมบทของการวางกรอบทางกฎหมายของสัญญาจ้างแรงงานที่กำหนดให้คู่สัญญามีนิติสัมพันธ์ต่อกัน ทั้งสิทธิและหน้าที่ตามที่กฎหมาย

กำหนดในฐานะนายจ้างกับลูกจ้าง ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายแนวคิด ประวัติ ความหมาย และลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานโดยแยกศึกษาได้ ดังนี้

2.1.1 แนวคิด ประวัติความเป็นมา ของสัญญาจ้างแรงงาน

แนวคิด ประวัติของสัญญาจ้างแรงงานในต่างประเทศ เริ่มตั้งแต่ยุคโรมันยุคกลาง และยุคการปฏิวัติของฝรั่งเศส ซึ่งมีอิทธิพลต่อแนวคิดและประวัติของสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทย¹ ดังนี้

ในสมัยโรมัน ยังไม่ปรากฏมีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานอย่างที่เป็นอย่างในปัจจุบัน นักกฎหมายโรมันรู้จักเพียง “สัญญาเช่า (Location Conduction)” ประเภทเดียวเท่านั้น และได้ใช้กฎเกณฑ์ของสัญญานี้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทุกประเภทที่ถือว่าอยู่ในสัญญาเช่า²

ตามกฎหมายโรมัน คู่สัญญาของสัญญาเช่ามีสองฝ่าย คือ “บุคคลผู้มอบสิ่งของบางสิ่งให้ (Locator)” เป็นผู้อนุญาตให้บุคคลอื่นมีอำนาจใช้สอยหรือได้ประโยชน์ในสิ่งของของเขา ในกรณีการเช่าทรัพย์เขาก็ยินยอมให้บุคคลอื่นใช้สอยหรือใช้ประโยชน์ในทรัพย์ของเขา ในกรณีเช่าการทำงาน เขาก็มอบการทำงานของเขาให้บุคคลอื่น และสุดท้ายในกรณีการเช่าเพื่อผลงานเขาก็มอบผลงานที่ทำสำเร็จให้ ขณะที่อีกฝ่าย คือ “บุคคลผู้รับเอาสิ่งของที่เขาให้เช่า (Conductor)” ซึ่งก็คือบุคคลผู้ที่มีอำนาจใช้สอย หรือได้รับประโยชน์ในสิ่งของนั้น ไม่ว่าจะเป็นทรัพย์ การทำงานให้ของบุคคล หรือผลงานที่ทำสำเร็จ³

แม้ว่าในสมัยโรมันจะถือว่าสัญญาเช่าเป็น “สัญญารูปแบบเดียว (Uniform contract)” แต่ก็ได้เริ่มมีเค้าการจำแนกสัญญาเช่าออกเป็นสามแบบตามวัตถุประสงค์ที่ถูกเช่า คือการใช้สอย หรือใช้ประโยชน์ในสิ่งของ การทำงานให้ หรือผลงานที่ทำสำเร็จ⁴

ในยุคหลังสมัยโรมัน นักกฎหมายคลาสสิก ได้ศึกษาสัญญาเช่าของโรมันและได้อธิบายเป็นแนวคำอธิบายสมัยใหม่ว่า แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ

¹ สดุดี สินไชย, “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานนอกระบบ,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2550).

² Barry Nicholas, *An Introduction to Roman law*, (Oxford: Clarendon Press, 1962), p. 182. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, “สัญญาจ้างแรงงาน: ศึกษาในแง่ลักษณะของนิติสัมพันธ์,” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), น. 7.

³ Max Kaser, *Roman Private Law*, (Durban: Butterworth & Co. (South Africa) Ltd, 1986), p. 183. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*).

⁴ Henry John Roby, *Roman Private Law in the Times of Cicero and of the Antonies*. Volume 2. Scientia Verlag Aalen, 1975. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2*).

1) สัญญาเช่าทรัพย์สิน คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้มอบสิ่งของบางสิ่งให้ (Locator)” ตกลงที่จะให้สิ่งของเพื่อการใช้สอยหรือการใช้ประโยชน์ (ไม่ว่าจะเป็นที่ดินเพาะปลูก บ้าน ห้องพัก ทาส สัตว์ หรือสิ่งของที่เคลื่อนที่ได้อื่น) แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้รับเอาสิ่งของที่เขาให้เช่า (Conductor)” และ “บุคคลผู้รับเอาสิ่งของที่เขาให้เช่า (Conductor)” ตกลงที่จะให้ค่าตอบแทน

2) สัญญาเช่าเพื่อผลงาน คือสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้มอบสิ่งของบางสิ่งให้ (Locator)” ตกลงที่จะให้ผลงานที่เขาทำจนเสร็จ เช่น สร้างบ้านเรือนหรือตัดเสื้อผ้า เป็นต้น เพื่อค่าตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้รับเอาสิ่งของที่เขาให้เช่า (Conductor)”

3) สัญญาเช่าการทำงาน คือ สัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้มอบสิ่งของบางสิ่งให้ (Locator)” ตกลงที่จะทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งให้ เช่น ทำงานบ้านหรือต่อสู้ในสนามกีฬา เป็นต้น) เพื่อค่าตอบแทนจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า “บุคคลผู้รับเอาสิ่งของที่เขาให้เช่า (Conductor)”

ตามข้อเท็จจริงในสมัยโรมันยังไม่มีการบัญญัติกฎหมาย โดยแบ่งสัญญาออกเป็นสามประเภทแตกต่างกันอย่างชัดเจนเช่นในยุคหลัง การจำแนกว่าข้อเท็จจริงใดเป็นสัญญาประเภทใด นักกฎหมายอาจคิดว่าเป็นเรื่องที่ยุงยาก ตัวอย่างเช่น การที่ ก. ให้ ข. เช่าม้าโดยมีเงื่อนไขว่า ข. นอกจากต้องจ่ายค่าเช่าแล้วยังต้องฝึกม้าให้เชื่องด้วยนั้น ตามข้อเท็จจริงนี้ในปัจจุบันอาจมีการจำแนกเป็นสัญญาได้หลายประเภท แต่ในสมัยโรมันไม่มีความจำเป็นต้องจำแนกเพราะถือว่าเป็นสัญญาเช่าทั้งหมด นักกฎหมายโรมันในยุคหลัง ได้พยายามอธิบายความแตกต่างระหว่างสัญญาเช่าการทำงานและสัญญาเช่าเพื่อผลงานว่า หากตามข้อเท็จจริงปรากฏว่า ทาสทำงานให้แก่บุคคลอื่นนอกจากเจ้าของของตนเองโดยสมัครใจ ความสัมพันธ์ระหว่างทาสกับบุคคลอื่นที่ทาสทำงานให้ ถือเป็นสัญญาเช่าการทำงาน แต่ถ้าเจ้าของทาสให้ทาสของตนไปทำงานให้บุคคลอื่นความสัมพันธ์ระหว่างเจ้าของทาสกับบุคคลอื่น ถือเป็นสัญญาเช่าเพื่อผลงาน⁵ ซึ่งเห็นได้ว่าสัญญาเช่าการทำงานเป็นการให้เช่า “การทำงาน” หรือ “การบริการ” จริง ๆ ไม่ใช่เช่าตัวบุคคลหรือทาส ทั้งนี้เพราะ “การทำงาน” ของทาสเป็นวัตถุของสัญญาเช่าไม่ใช่ “ตัวบุคคล” ที่ทำงานให้

แม้บุคคลจะให้เช่าการทำงานได้โดยใจสมัคร แต่ในสมัยโรมันไม่ใช่บุคคลทุกประเภทจะให้เช่าการทำงานเพื่อบริการได้ ผู้ที่ให้เช่าการทำงานได้ ต้องเป็นพวกที่ทำงานเกี่ยวกับการใช้แรงงาน หรือผู้ที่ทำงานเป็นแรงงานรายวันเท่านั้น ส่วน “ผู้ที่มีความรู้ในทางด้านวิชาการชั้นสูง

⁵ Lord Mackenzie, *Studies in Roman Law with Comparative views of The Law of France*, 3rd ed., England and Scotland, 1870), 227.

⁶ *Ibid.*, p. 227. (อ้างถึงใน วินัย คูวิโรจน์, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*).

(Liberal Arts)” เช่น ทนายความ นักฟิสิกส์ นักสำรวจ อาจารย์ นักปราชญ์ และผู้มีวิชาการความชำนาญอื่น ๆ จะเข้าทำสัญญาเช่าการทำงานไม่ได้ เพราะในยุคนี้ถือว่าอยู่ในฐานะสมาชิกสังคมชั้นสูงของโรมัน การให้เช่าการทำงานเพื่อรับค่าจ้างเป็นการฝ่าฝืนต่อกฎเกณฑ์ที่ดั้งเดิมของบรรพบุรุษ สมาชิกของชนชั้นสูง จึงต้องทำงานให้บุคคลอื่นในลักษณะการให้เปล่า โดยทำให้ฐานะผู้แทนและจารีตประเพณียุคนั้นก็กำหนดให้ผู้ที่ได้รับบริการ ต้องมีหน้าที่ทางศีลธรรมที่จะต้องจ่ายค่าตอบแทนให้ และในยุคหลังต่อมา จึงค่อยถือว่าค่าตอบแทนดังกล่าวเป็นสิ่งที่ต้องให้ตอบแทนและเป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การฟ้องร้องเรียกค่าตอบแทนก็ไม่อาจทำได้โดยวิธีการดำเนินคดีธรรมดา ต้องกระทำโดยวิธีการดำเนินคดีพิเศษเท่านั้น⁷

ในสมัยโรมัน กฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับสัญญาเช่าการทำงานมีน้อยมากมีเพียงแต่หลักเกณฑ์ที่สำคัญ ๆ เท่านั้น ได้แก่

1) หากผู้ให้เช่าการทำงานพร้อมจะทำงานให้ ผู้เช่าการทำงานจะต้องจ่ายค่าตอบแทนเต็มตามจำนวนที่ตกลงไว้ ไม่ว่าผู้เช่าการทำงานจะได้ให้ผู้ให้เช่าการทำงาน ทำงานหรือไม่ก็ตาม⁸

2) ถ้ามีเหตุทำให้ผู้ให้เช่าการทำงานไม่ต้องทำงาน โดยไม่ใช่ความผิดของตนเอง ผู้ให้เช่าการทำงานยังมีสิทธิได้รับค่าตอบแทน เว้นแต่เขามีงานอื่น⁹

3) ผู้ให้เช่าการทำงานจะต้องรับผิดชอบในผลที่เกิดตามมา อันเกิดเนื่องมาจากความประมาทหรือความผิดของตนเอง

4) ค่าตอบแทนจะจ่ายให้วันต่อวัน ดังนั้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ทาสทำงานให้ผู้เช่าการทำงานแล้วทาสถูกขายไปยังเจ้าของทาสคนอื่น เจ้าของทาสใหม่ได้สิทธิในค่าตอบแทนที่ผู้เช่าการทำงานค้างจ่าย นับจากวันที่มีการซื้อขายทาส แต่ด้วยเหตุทาสเป็นคู่สัญญาให้เช่าแรงงานกับผู้เช่าการทำงาน ทาสเท่านั้นจึงมีสิทธิฟ้องร้องคดีได้ แต่ต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของทาสใหม่ตามขบวนการฟ้องคดี

5) ความสัมพันธ์ตามสัญญาเช่าการทำงานจะยุติลงเมื่อผู้ให้เช่าการทำงานทำงานเสร็จสิ้นและได้รับค่าตอบแทนครบด้วย หรือเป็นไปได้ที่จะทำงานต่อไปได้ หรือผู้ให้เช่าการทำงานตาย และการเช่าการทำงานนั้นเป็นการทำงานให้เป็นการเฉพาะส่วนบุคคล

การที่นักกฎหมายโรมันไม่ให้ความสนใจในการบัญญัติกฎหมาย โดยจำแนกสัญญาทั้งสามประเภทออกจากกันอย่างชัดเจน และไม่ได้บัญญัติกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่

⁷ W.W. Buckland, *A manual of roman Private Law*, (London: Cambridge University Press, 1957), p. 292. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 2*).

⁸ Henry John Roby, *supra note 4*, p. 174. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 2*).

⁹ W.W. Buckland, *supra note 7*, p. 292). Op.cit. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, *อ้างแล้ว เชนอรรถที่ 2*).

ของคู่สัญญาให้ชัดเจนเหมือนกับที่ได้บัญญัติในกฎหมายประเภทอื่น ๆ ก็เพราะเหตุที่นักกฎหมาย ซึ่งเป็น “ผู้ที่มีความรู้ในวิชาการชั้นสูง (Liberal Arts)” ไม่อยู่ในกลุ่มคนที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้าง แรงงานทั้งสองฝ่ายเหมือนกับสัญญาประเภทอื่น ๆ ที่ตน หรือกลุ่มคนในสังคมของตนจะต้องเข้าไป เกี่ยวข้องและมีส่วนได้เสียในฐานะใดฐานะหนึ่งตลอดเวลา เช่น สัญญาซื้อขาย สัญญาแลกเปลี่ยน สัญญาให้ สัญญาคุ้มภัย สัญญาหุ้นส่วน สัญญารับขนมรดก เป็นต้น

ในยุคกลางสัญญาจ้างแรงงานที่สำคัญและมีอยู่กว้างขวางคือ “สัญญาจ้างทำงานรับใช้ในครัวเรือน (Household Labour)” ซึ่งเกิดจากแรงผลักดันจากความจำเป็นทางเศรษฐกิจของเจ้าของบ้านที่ต้องการแรงงานมาทำงานรับใช้ในครัวเรือน จึงเกิดมีกลุ่มแรงงานเสรีขึ้น โดยคนงานที่ทำงานรับใช้ครอบครัว และช่างฝึกหัดในโรงงานกลายเป็นแรงงานที่จำเป็นในเขตเมือง ส่วนในเขตชนบท ลูกของเสรีชนถูกจ้างเป็นแรงงานในไร่เป็นเด็กรับใช้ในครัวเรือน โดยได้รับค่าจ้างถูกที่สุด ผลจากการที่คนงานเข้าสู่ความสัมพันธ์เชิงสมาชิกภายในครอบครัวในลักษณะใหม่ขึ้น ความสัมพันธ์นี้ ทำให้การทำงานของคนงานไม่จำกัดอยู่เฉพาะการทำงานตามสัญญาและนายจ้างจ่ายค่าตอบแทนเท่านั้น แต่ยังก่อให้เกิดหน้าที่แก่นายจ้างที่จะต้องให้ความดูแลปกป้องคุ้มครองในคนงานของตนด้วย จึงเกิดความสัมพันธ์ที่เรียกว่า “เจ้านาย (Master)” กับ “บ่าว (Servant)” ขึ้น ซึ่งความสัมพันธ์ในลักษณะนี้แสดงให้เห็นว่าฐานะทางสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่เท่าเทียมกัน โดยฝ่ายลูกจ้างต้องพึ่งพานายจ้างทั้งในด้านการดำรงชีวิตและการศึกษา ความสัมพันธ์ที่เหลื่อมล้ำนี้เป็นสิ่งที่ยอมรับกันทั่วไปว่าเป็นธรรมชาติของสัญญาจ้างแรงงาน ดังจะเห็นได้จากพระราชบัญญัติของประเทศอังกฤษจะเรียกลูกจ้างว่า “บ่าว (Servant)” มาโดยตลอด จนถึงปี ค.ศ. 1875 รัฐสภาอังกฤษจึงเปลี่ยนไปเรียก “คนงาน (Workman)” หรือ “ลูกจ้าง (Employee)”

จากอิทธิพลแนวความคิดเรื่องแรงงานโดยการบังคับจาก “ตะวันออกกลาง (Eastern)” ทำให้แนวคิดในการให้การดูแลปกป้องคุ้มครองลูกจ้างในตอนปลายของยุคกลางเสื่อมสลายลง การปฏิบัติของนายจ้างต่อลูกจ้างโดยการให้การดูแลเลี้ยงคนในครอบครัวก็เปลี่ยนไป และประกอบกับมีการพัฒนาระบบโรงงานอย่างกว้างขวางขึ้น ทำให้ช่องว่างระหว่างคนงานและเจ้าของที่ดินกับนายทุนขยายตัวออกไปมากขึ้น ซึ่งช่องว่างระหว่างชนชั้นนี้ก่อให้เกิดความขัดแย้งกันอยู่ตลอดเวลาโดยเฉพาะในประเทศฝรั่งเศสจนเกิดปฏิวัติในปี ค.ศ. 1789 ขึ้น ในประเทศฝรั่งเศสก่อนการบัญญัติประมวลกฎหมายไปเลียนหรือ “ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Law)” นักกฎหมายได้ให้ความสนใจสัญญาจ้างแรงงานน้อยมากไม่มีการศึกษาวิเคราะห์ถึงธรรมชาติ สภาพหรือผลของสัญญาไว้เลย ทั้งนี้ก็เพราะด้วยเหตุผลสองประการคือ ประการแรกกฎหมายโรมันไม่ได้ให้แนวทางในการศึกษาไว้ ศึกษากันเพียงแต่ว่าเป็นสัญญาเพื่อเป็นบ่าวเท่านั้น ประการต่อมาภายใต้ยุคสมบูรณาญาสิทธิราช “งานในโรงงานอุตสาหกรรม (Guild)” ก็ถูกควบคุมโดยกลุ่มสมาคมของชนชั้น

ขุนนาง ในยุคนั้น โรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ถูกควบคุมโดยพระบรมราชโองการของกษัตริย์ และ โรงงานอุตสาหกรรมทั้งหมดก็ถือเป็นกิจการที่ขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลมากกว่าจะมีกฎหมายรับรอง นักกฎหมายยุคนั้นมีจำนวนไม่กี่คนที่ศึกษาหลักกฎหมายเฉพาะในสัญญาที่เกี่ยวข้อง เช่นสัญญาจ้างทำงานรับใช้ในครัวเรือน ซึ่งก็เป็นเพียงปัญหาเล็กน้อยเท่านั้น ในยุคสมัยดังกล่าว

แม้ผู้ร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะได้แยกสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาจ้างทำของ แต่ก็ยังมีบัญญัติถึงสัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างแรงงานนี้เพียงเล็กน้อยในประมวลกฎหมาย คือ บัญญัติถึงสัญญาจ้างทำของในมาตรา 1788 – 1790 และสัญญาจ้างแรงงานในมาตรา 1798 – 1799 ซึ่งมาตรา 1788 – 1790 ดังกล่าวก็ไม่ได้บัญญัติหลักกฎหมายจ้างทำของขึ้นมาใหม่ เพราะในยุคนั้นเห็นว่าหลักกฎหมายทั่วไปของโรมันในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างคนงานกับผู้บริโภครู้ก็สามารถนำมาใช้แก้ปัญหาได้เพียงพอแล้ว ส่วนมาตรา 1780 และ 1781 บัญญัติอยู่ภายใต้หัวข้อ “การจ้างคนงานทำงานรับใช้ในบ้านและคนงาน” โดยมาตรา 1780 ให้ความหมายของสัญญาจ้างแรงงานว่าคือสัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนเองที่จะทำงานบางสิ่งบางอย่างให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อให้ได้ค่าจ้างตามที่ตกลงกันไว้ในระหว่างคู่สัญญา สำหรับบทบัญญัติให้ความคุ้มครองลูกจ้างก็มีเพียงเรื่องคนงานรับใช้ในบ้านเท่านั้น ซึ่งมีบทบัญญัติห้ามมิให้ว่าจ้างกันตลอดชีวิต ซึ่งหากยินยอมให้กระทำก็เท่ากับลูกจ้างได้กลายเป็นทาสโดยสัญญา นอกนั้นก็ให้นำหลักกฎหมายทั่วไปเรื่องการทำสัญญามาใช้บังคับ ในประเทศฝรั่งเศสช่วงปี ค.ศ. 1803 ได้มีการออกกฎหมายมาในระยะเดียวกับที่มีการเตรียมการร่างประมวลกฎหมายแพ่งเพื่อแก้ไขปัญหาในเมืองอุตสาหกรรมที่มีปัญหาว่านายจ้างร้องเรียนต่อรัฐบาลว่าคนงานไม่ซื่อสัตย์ต่อสัญญาจ้างแรงงานที่ทำกับนายจ้าง แต่คณะกงสุลผู้ปกครองก็ยังคงมีความเห็นแบบเดิมที่ว่าปัญหาแรงงานเป็นเรื่องนโยบายและการปกครอง จึงได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งอีก¹⁰ ในช่วงที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส สังคมในสมัยนั้นนอกจากจะมีนายจ้างและลูกจ้างซึ่งผูกพันกันด้วยสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ก็มีคนงานอื่นที่ทำงานอิสระและทำสัญญาซื้อขายผลิตผลและสินค้ากับลูกค้า กฎหมายที่มีอยู่เพียงเฉพาะที่เกี่ยวกับเรื่องกรรมสิทธิ์และสัญญาบางประเภท เช่น สัญญาซื้อขาย เป็นต้น ก็ดูเหมือนว่าจะเพียงพอในการแก้ปัญหาได้แล้ว

อย่างไรก็ตามกฎหมายที่บัญญัติถึงสัญญาจ้างแรงงานที่ชัดเจนกว่าประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส คือ พระราชบัญญัติที่ออกเมื่อวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 1851 เรื่องสัญญาช่างฝึกหัดงานโดยบัญญัติว่าสัญญาดังกล่าวคือสัญญาที่ช่างฝีมือ หัวหน้างานหรือคนงานผูกพันตนเองที่จะสอนวิชาชีพ

¹⁰ Rene' David, English law and French Law, (London: Stevens & sons, 1980), p. 137. (อ้างถึงใน วินัย ลูว์โรจน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2).

ของเขาหรือความรู้ทางการค้าหรือความรู้อื่น ๆ แก่ ช่างฝึกคนงาน ซึ่งผูกพันตนเองที่จะทำงานให้ตามเงื่อนไขและระยะเวลาที่ตกลงกันไว้ ตามสัญญาช่างฝึกหัดงานนี้ นายจ้างผู้ฝึกสอนมีหน้าที่ต้องสอนช่างฝึกหัดงานให้มีความรู้สามารถที่จะทำงานได้ และต้องให้เอกสารรับรองภายหลังจากครบกำหนดระยะเวลาฝึกสอนแล้ว และช่างฝึกหัดงานมีหน้าที่ต้องซื่อสัตย์ เชื่อฟังและปฏิบัติต่อนายจ้างด้วยความนับถือกับต้องทำงานให้อย่างเต็มกำลังความสามารถ

แม้ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสจะมีบัญญัติเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานเพียงเล็กน้อย บทบัญญัติที่สำคัญคือ การให้ความหมายของสัญญาจ้างแรงงานในมาตรา 1780 ว่าเป็นสัญญาฝ่ายหนึ่งผูกพันตนเองที่จะทำงานบางสิ่งบางอย่างให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ได้ค่าจ้างงานตามที่ตกลงกันไว้ในระหว่างคู่สัญญา ดังนั้นเห็นได้ว่าแม้การให้ความสนใจดูแลลูกจ้างจะมีไม่มากแต่ฐานะของลูกจ้างก็ได้รับการยอมรับในระบบกฎหมายแพ่งแล้ว โดยมีการแยกสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาประเภทอื่น ๆ สถานะของลูกจ้างตามความเป็นจริงกลายเป็นสถานะของลูกจ้างตามสัญญา และลูกจ้างถือว่าเป็นบุคคลที่มีเสรีภาพในการทำสัญญาจ้างแรงงานได้อย่างเสรีเช่นเดียวกับคู่สัญญาในสัญญาประเภทอื่น ๆ

โดยประวัติแนวคิดของสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทยนั้น ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งมีรากฐานมาจากสัญญาเช่า ตามกฎหมายโรมัน สัญญาเช่าแยกออกเป็น “สัญญาเช่าทรัพย์สิน (Locatio Conductio Rei)” “สัญญาเช่าบริการ หรือสัญญาจ้างแรงงาน (Locatio Conductio Operarum)” และ “สัญญาเช่างาน หรือสัญญาจ้างทำของ (Locatio Conductio Operis)” โดยสัญญาเช่าทรัพย์สิน คือสัญญาให้ใช้ทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน สัญญาเช่าบริการ คือสัญญาการใช้แรงงานกระทำการให้นายจ้างโดยมีค่าตอบแทน และสัญญาจ้างทำของ คือสัญญาการจ้างทำงานจ้างใจจนสำเร็จ¹¹

ก่อนที่จะมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ประเทศไทยได้ใช้กฎหมายตราสามดวงตามพระอัยการเบ็ดเสร็จ ที่บัญญัติเรื่องสัญญาจ้างและวาน รวมกันเป็นลักษณะเดียวกัน มีบทบัญญัติตั้งแต่บทที่ 98-111

สัญญาจ้างและวาน ตามกฎหมายตราสามดวงในพระอัยการเบ็ดเสร็จ คือ เป็นสัญญาที่ถือเอาประโยชน์จากการรับใช้ของผู้อื่นเพื่อกิจการสิ่งหนึ่ง หรือชั่วระยะเวลาหนึ่ง สัญญานี้ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยา และตลอดจนสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ในสัรัชกาลแรก สัญญาจ้างและวานเป็นสัญญาที่ใช้กันน้อย ทั้งนี้ เป็นเพราะในยุคนั้นมีทาสเหลือเฟือและมีไพร่พลประจำราชการชั้นผู้ใหญ่ ผู้เป็นประมุขในครอบครัวมักจะมีทาสหรือบ่าวไพร่ พอที่จะใช้ให้กระทำการใด ๆ ได้

¹¹ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, “กฎหมายแรงงานในต่างประเทศ.” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เล่มที่ 2, น. 43 (พฤษภาคม 2539).

ตามต้องการ ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจ้างบุคคลอื่นอีก สัญญาจ้างและวานเป็นสัญญาซึ่งโดยมากมักทำขึ้นสำหรับช่วงระยะสั้น ๆ และเพื่อกิจการเฉพาะสิ่ง มิใช่เป็นสัญญาซึ่งเกิดขึ้นบ่อย ๆ หรือมีช่วงระยะเวลาอันเหมือนสมัยปัจจุบัน ทำให้บทบัญญัติในสมัยโบราณมีน้อยและไม่ครบถ้วน

ในสมัยนั้นถือว่า สัญญาจ้างและวานเกิดจากการส่งมอบทรัพย์สินเช่นเดียวกับสัญญาฝาก สัญญาเช่า สัญญายืม เป็นต้น โดยทรัพย์สินที่ส่งมอบคือคน ซึ่งอาจเป็นทาสหรือไม่ใช่ทาสก็ตาม แต่โดยมากลูกจ้างจะเป็นทาสหรือไพร่ ซึ่งได้รับอนุญาตจากผู้เป็นนายให้ไปทำงานกับผู้จ้างชั่วคราว สัญญาจ้างจึงมีลักษณะคล้ายกับสัญญาเช่าหรือสัญญายืม สัญญาจ้างและสัญญาวานก็คือ สัญญาเช่าและสัญญายืม ที่มีวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเป็นคน ค่าจ้างเทียบได้กับค่าเช่า บทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นตัวอย่างที่สัญญาจ้างทั้งสองปะปนกันอยู่ เช่น พระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ 100 กล่าวถึง การจ้างช่าง ม้า โค กระบือ ซึ่งความจริงควรเป็นสัญญาเช่า ช่าง ม้า โค กระบือ เป็นต้น และพระอัยการเบ็ดเสร็จ ได้บัญญัติถึงสัญญาจ้างไว้หลายประการ คือ ถ้าลูกจ้างเป็นผู้ตกอยู่ในอำนาจของผู้อื่นซึ่งในสมัยนั้นมักจะเสมือนคือเป็น บ่าว ไพร่ บุตร หรือทาส สัญญาจ้างจะต้องกระทำต่อผู้เป็นมูลนายหรือพ่อแม่หรือนายของผู้นั้น มิฉะนั้นผู้ว่าจ้างจะต้องรับผิดชอบในการตายหรือหนีหายของลูกจ้าง ซึ่งตนได้จ้างมาไม่ว่าจะเสียค่าจ้างหรือไม่ก็ และหากสัญญาได้กระทำโดยถูกต้อง ผู้จ้างไม่ต้องรับผิดชอบในการหนีหายหรือตายของลูกจ้าง แม้การตายจะเกิดขึ้นจากงานที่ต้องเสี่ยงภัยอย่างร้ายแรงก็ตาม ผู้จ้างเพียงเสียค่าจ้างเท่านั้น มีข้อยกเว้นข้อเดียวเท่านั้นคือเมื่อจ้างคนไปดำน้ำหาของที่ตกหาย หากลูกจ้างจมน้ำตายแต่ได้ของที่สูญหายนั้นคืนมา ผู้เป็นเจ้าของทรัพย์สินที่ตกหายนอกจากจะต้องจ่ายค่าจ้างตามที่ตกลงแล้ว ยังต้องจ่ายบำเหน็จให้แก่ผู้เป็นนายจ้างของลูกจ้าง อีกหนึ่งในเรื่องของราคาของที่ได้คืนมาฐานเป็นค่าปลงศพผู้ตาย ค่าจ้างจะเกิดขึ้นต่อเมื่อเป็นสัญญาจ้างและต้องชำระให้แก่ผู้ที่ทำสัญญาด้วย คือชำระแก่ผู้เป็นมูลนาย บิดามารดา หรือนายของลูกจ้างแล้วแต่กรณี ค่าจ้างจะต้องชำระตามที่ได้ให้สัญญาไว้เสมอ แม้ว่ากิจการซึ่งผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องกระทำนั้นจะไม่ก่อให้เกิดกำไรแก่ผู้จ้างตั้งที่ได้คาดหมายไว้

บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างนี้ เมื่อเลิกทาสแล้วการจ้างคนที่ไม่ใช่ทาสก็มีมากขึ้นทุกที จึงไม่อาจใช้บังคับได้เพียงพอ ทั้งยังมีบทบัญญัติหลายบทที่ใช้บังคับได้อีกด้วย แต่บทบัญญัติเหล่านี้ก็ยังคงเป็นกฎหมายใช้บังคับกับสัญญาจ้างแรงงานอยู่จนถึงช่วงระยะเวลาประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 จึงได้ถูกยกเลิกไปโดยสิ้นเชิง¹²

ในช่วงระยะเวลาเมื่อมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้อธิบายถึงการเปลี่ยนแปลงวิวัฒนาการทางกฎหมายของไทยที่

¹² ร.แดงกาศ, ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย เล่ม 2, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ไทยวัฒนาพานิชย์, 2526), น. 227-231.

สำคัญคือ ยกเลิกกฎหมายเดิมที่ใช้มาตั้งแต่สมัยกรุงศรีอยุธยาจนถึงสมัยรัชกาลที่ 4 และรับเอากฎหมายตะวันตกเข้ามาสู่ประเทศไทยในกลางศตวรรษที่ 19 ว่า ประเทศไทยก็เหมือนกับในประเทศในเอเชียอื่น ๆ ที่ต้องเผชิญหน้ากับอิทธิพลของวัฒนธรรมตะวันตกทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจและการจัดระบบการปกครองและสังคม ซึ่งในที่สุดประเทศไทยก็ถูกกดดันให้ต้องยอมรับความคิดและระบบกฎหมายของตะวันตกเข้ามาใช้ในประเทศ โดยในระยะแรกได้รับหลักกฎหมายและหลักปฏิบัติของอังกฤษเข้ามาใช้ในการชี้ขาดตัดสินคดีในศาลและในการสอนในโรงเรียนสอนกฎหมาย ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 จนถึงรัชกาลที่ 6 เป็นระยะเวลาครึ่งศตวรรษ ในทางปฏิบัติหลักกฎหมายอังกฤษถูกรับเข้ามาใช้ “เป็นเรื่อง ๆ (Piecemeal)” ตามแต่คดีที่เกิดขึ้นและตามคดีที่เกิดขึ้น และตามแต่ที่ศาลจะได้ตัดสินชี้ขาดคดีที่ศาลไทยและนำหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ชี้ขาดตัดสินคดีส่วนมากก็จะเป็นกรณีกฎหมายไทยดั้งเดิมไม่มีบทบัญญัติหรือมีแต่ล้าสมัยไม่เหมาะสมกับกาลเทศะในสมัยใหม่ ส่วนกฎหมายดั้งเดิมที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวงและที่อื่น ๆ ก็ยังคงเป็นกฎหมายรากฐานของบ้านเมืองที่ใช้บังคับอยู่

ในปลายสมัยรัชกาลที่ 6 ได้มีการตัดสินใจยกเลิกกฎหมายไทยดั้งเดิมและทำประมวลกฎหมายแบบตะวันตกขึ้นแทน ได้มีการยกร่างประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพที่ 1 และบรรพที่ 2 ซึ่งร่างโดยที่ปรึกษาฝรั่งเศสในปี พ.ศ. 2466 เพื่อให้วงการนักกฎหมายได้วิพากษ์วิจารณ์ว่าจะใช้ได้ดีเพียงใด หลังจากประกาศใช้เป็นเวลา 2 ปี ในสมัยรัชกาลที่ 7 ก็มีการประกาศยกเลิก และให้ประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่ 1 และบรรพที่ 2 ฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2468 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับใหม่เป็นระบบประมวลกฎหมายแบบเยอรมัน โดยลอกเลียนแบบตามตัวอย่างประมวลกฎหมายของญี่ปุ่น ซึ่งก็เลียนแบบมาจากประมวลกฎหมายของเยอรมันอีกทอดหนึ่ง ซึ่งต่างมีความเป็นมาจากกฎหมายของสมัยโรมัน และต่อมาในสมัยรัชกาลที่ 7 เช่นเดียวกันก็ได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่ 3 และบรรพที่ 4 ในปี พ.ศ. 2471 และ 2473 ตามลำดับ ส่วนบรรพที่ 5 และบรรพที่ 6 ประกาศใช้ในสมัยรัชกาลที่ 8 ในปี พ.ศ. 2477 การยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งหกบรรพจึงเสร็จสมบูรณ์เป็นระยะเวลายาวนานร่วม 3 รัชกาล

โดยเฉพาะในการยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่ 3 ลักษณะที่ 6 สัญญาจ้างแรงงานนั้น พระยามานวราชเสวี อดีตกรรมการร่างกฎหมาย กรมร่างกฎหมายในช่วงปี พ.ศ. 2466-2467 ได้อธิบายไว้ถึงที่มาของกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพที่ 1-5 ว่าสัญญาจ้างแรงงานในมาตรา 575 มีที่มาจากประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศต่าง ๆ 5 ประเทศ

ด้วยกัน คือ ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส มาตรา 1780 ประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน มาตรา 611 ประมวลกฎหมายแพ่งสวิส มาตรา 238 และประมวลกฎหมายแพ่งญี่ปุ่น มาตรา 623¹³

2.1.2 ความหมายของสัญญาจ้างแรงงาน

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้ความหมายของสัญญาจ้างแรงงานไว้ใน มาตรา 575 ว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ลูกจ้าง ตกลงทำงานให้บุคคล อีกคนหนึ่งเรียกว่า นายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้”

จากบทบัญญัติมาตรา 575 นั้น สามารถแยกสาระสำคัญของความหมายในสัญญาจ้าง แรงงานได้ว่า

1) สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่ายคือ ฝ่ายนายจ้างฝ่ายหนึ่ง และฝ่าย ลูกจ้างอีกฝ่ายหนึ่ง

นายจ้าง ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มิได้ให้คำจำกัดความไว้ แต่ถ้าพิจารณาจาก คำจำกัดความของสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา 575 แล้ว อาจให้คำจำกัดความของนายจ้างได้ว่าเป็นบุคคลที่จ้างบุคคลอื่นให้ทำงานให้ตน โดยตกลงจ่ายค่าตอบแทนให้ ซึ่งค่าตอบแทนนี้เรียกว่า สินจ้าง

ตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 5 บัญญัติว่า “นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความรวมถึง ผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ ทำงานแทนนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคล ให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทน นิติบุคคล และผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนนิติบุคคล ด้วย

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้ให้ความหมายของนายจ้างว่า หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้างให้ และหมายความรวมถึง ผู้ซึ่งได้รับ มอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง และในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึง ผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติ หรือบุคคลและผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทน นิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย

ในกรณีที่ผู้ประกอบการได้ว่าจ้างด้วยวิธีเหมาค่าแรง โดยมอบให้บุคคลหนึ่งบุคคล ใดรับช่วงไปควบคุมดูแลการทำงาน และรับผิดชอบจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างอีกทอดหนึ่งก็ดี มอบหมาย ให้บุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้จัดหาลูกจ้างมาทำงาน อันมิใช่การประกอบธุรกิจจัดหางานก็ดี โดยการ ทำงานนั้นเป็นส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดในกระบวนการผลิต หรือธุรกิจในความรับผิดชอบของ ผู้ประกอบการ ให้ถือว่า ผู้ประกอบการเป็นนายจ้างของลูกจ้างดังกล่าวด้วย

¹³ วินัย ลู่วิโรจน์, *อ้างแล้ว เจริญธรรม* 2, น. 22-23.

โดยสำหรับลูกจ้าง หากพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลแพ่งและพาณิชย์โดยเฉพาะ บทบัญญัติมาตรา 575 ก็อาจกล่าวได้ว่า ลูกจ้างคือ บุคคลหนึ่งที่ตกลงจะทำงานให้แก่นายจ้าง โดยได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน แม้ว่าบทบัญญัติมาตรา 575 นี้ จะมีได้ให้คำจำกัดความเช่นนี้ไว้ โดยตรงก็ตาม และถ้าพิจารณาจากพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 แล้ว จะพบคำจำกัดความ คำว่า ลูกจ้าง ในมาตรา 5 ว่า “ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมด้วย” หรือตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ที่ได้ให้คำจำกัดความว่า ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่นิติบุคคลอยู่ในฐานะคู่สัญญา นิติบุคคลจะทำหน้าที่เป็นนายจ้างได้ เนื่องจากนิติบุคคลมีทรัพย์สินที่จะจ่ายเป็นสินจ้างได้ แต่นิติบุคคลเป็นลูกจ้างไม่ได้ เพราะนิติบุคคลทำหน้าที่ลูกจ้างไม่ได้ เนื่องจากนิติบุคคลไม่มีแรงงาน ไม่มีกำลังกายและกำลังความคิดที่จะทำงานให้แก่นายจ้าง ต้องอาศัยคนธรรมดาไปทำหน้าที่¹⁴

2) สัญญาจ้างแรงงานมีวัตถุประสงค์ที่ให้ลูกจ้างทำงานให้แก่นายจ้าง มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะให้มีการทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จดังเช่น สัญญาจ้างทำของ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587¹⁵

3) สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่นายจ้างตกลงจะให้สินจ้างแก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้

กรณีที่ลูกจ้างได้ทำงานให้แก่นายจ้างนั้นมิได้ทำแบบให้เปล่า แต่กระทำการงานไปโดยหวังจะได้รับสินจ้างของนายจ้าง ดังนั้น ในสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างจะจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำการงานให้ การทำงานและสินจ้าง จึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงาน การทำงานให้โดยไม่มีสินจ้าง จึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน หากแต่เป็นการงานหรือการใช้หรือการช่วยเหลือเอื้อเฟื้อเผื่อแผ่กัน¹⁶

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้เรียกค่าตอบแทนในการที่ลูกจ้างทำงานให้แก่ นายจ้างว่า สินจ้าง แต่ถ้าดูในกฎหมายคุ้มครองแรงงาน จะปรากฏว่า มีการใช้ถ้อยคำคำว่า “ค่าจ้าง”

¹⁴ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, สัญญาจ้างแรงงาน สิทธิ และหน้าที่ระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2540), น. 3.

¹⁵ ไพฑูริย์ เอกจริยกร, คำอธิบายกฎหมายจ้างแรงงาน จ้างทำของ รับขน ยืม ผ่ากทรัพย์ เจ้าสำนักโรงแรม, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), น. 25-32.

¹⁶ วสันต์ รัตนากิจ, ข้อแตกต่างระหว่างการจ้างแรงงานและจ้างทำของ (เอกสารภาณีอากร), (กรุงเทพมหานคร, 2535), น. 106.

ที่เป็นที่รู้จักและใช้กันโดยทั่วไป โดยคำว่า ค่าจ้าง นี้หมายถึง เงินทุกประเภทที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเป็นค่าตอบแทนการทำงานในวันและเวลาทำงานปกติ ไม่ว่าจะคำนวณตามระยะเวลา หรือคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ และให้ความหมายรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลา ซึ่งลูกจ้างไม่ได้ทำงานด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าจะกำหนดคำนวณ หรือจ่ายในลักษณะใด หรือโดยวิธีการใดและไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร หรือค่าจ้าง หมายความว่า เงินที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันจ่ายเป็นค่าตอบแทนในการทำงานตามสัญญาจ้างสำหรับระยะเวลาการทำงานปกติเป็นรายชั่วโมง รายวัน รายสัปดาห์ รายเดือน หรือระยะเวลาอื่น หรือจ้างให้โดยคำนวณตามผลงานที่ลูกจ้างทำให้ในระยะเวลาปกติของวันทำงาน และให้ให้ความหมายรวมถึงเงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างในวันหยุดและวันลาที่ลูกจ้างมิได้ทำงาน แต่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามพระราชบัญญัตินี้

คำว่า “สินจ้าง” มีความหมายกว้างกว่า “ค่าจ้าง” ตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน “สินจ้าง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น จะเป็นเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดก็ได้แต่ “ค่าจ้าง” ในกฎหมายคุ้มครองแรงงานจะมีความหมายแคบกว่า กล่าวคือ ค่าจ้างจะต้องเป็น “เงิน”¹⁷

2.1.3 ลักษณะของสัญญาจ้างแรงงาน

การจ้างงานตามสัญญาจ้างแรงงานนั้น มีลักษณะอันเป็นองค์ประกอบสำคัญ ดังนี้

1. เป็นสัญญาระหว่างบุคคลสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “ลูกจ้าง” ตกลงทำงานให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งซึ่งเรียกว่า “นายจ้าง”

2. เป็นสัญญาต่างตอบแทน คือ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ที่จะต้องชำระตอบแทนต่อกัน โดยลูกจ้างมีหน้าที่ต้องทำงานให้นายจ้างภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้างด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และรักษาผลประโยชน์ให้นายจ้าง ส่วนนายจ้างก็มีหน้าที่หรือมีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายสินจ้างให้ลูกจ้างเป็นการตอบแทนตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ และดูแลเอาใจใส่สภาพการทำงานสวัสดิการ และความปลอดภัยในการทำงานให้ลูกจ้างเช่นกัน สัญญาจ้างแรงงานถึงเป็นสัญญาต่างตอบแทน หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็ย่อมมีสิทธิที่จะไม่ชำระหนี้ในส่วนของตนได้เช่นกัน ดังนั้น การทำงานและสินจ้างจึงเป็นสาระสำคัญของสัญญาจ้างแรงงานทำงานให้โดยไม่มีสินจ้าง จึงไม่เป็นสัญญาจ้างแรงงาน แต่อาจเป็นความสัมพันธ์ในลักษณะอื่น เช่น เป็นตัวการตัวแทน เป็นต้น

3. เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ กฎหมายมิได้กำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานไว้ จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด แต่ลูกจ้างจะต้องมีเจตนาทำงานในฐานะลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน โดยการตกลงเข้าทำงานให้นายจ้างเพื่อรับสินจ้าง และเมื่อนายจ้างรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยตกลงจ่ายสินจ้างให้ลูกจ้างตลอดระยะเวลาที่ทำงาน

¹⁷ ไพฑูริศ เอกจริยกร, *อ่างแล้ว เจริงรรถที่ 15*, น. 34

ให้ แสดงว่าคำเสนอและคำสนองถูกต้องตรงกันแล้วก็ก่อให้เกิดสัญญาจ้างแรงงานขึ้นทันที คือ สมบูรณ์โดยเจตนาตกลงกัน แม้จะตกลงกันด้วยวาจาสัญญาก็เกิดขึ้น โดยสมบูรณ์แล้วแต่การแสดง เจตนาทำสัญญานี้ต้องแสดงต่อนายจ้างผู้มีอำนาจเข้าทำงานเท่านั้น ถ้าแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่มี อำนาจรับเข้าทำงาน สัญญาจ้างแรงงานก็ไม่เกิดขึ้น

สัญญาจ้างแรงงานจึงอาจเกิดขึ้นจากการตกลงด้วยวาจา การตกลงโดยปริยาย หรือการ ทำสัญญาเป็นหนังสือก็ได้ หากมีการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือ นายจ้างและลูกจ้างจะ กำหนดรูปแบบของสัญญาหรือมีข้อความอย่างไรก็ได้

4. เป็นสัญญาเฉพาะตัว คือ ถือความสำคัญในตัวบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเป็นสำคัญ เมื่อนายจ้างและลูกจ้างตกลงกันแล้ว นายจ้างจะโอนสิทธิของตนให้บุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่ ลูกจ้างจะยินยอม ในทำนองเดียวกันลูกจ้างจะให้บุคคลภายนอกทำงานแทนไม่ได้เช่นกัน เว้นแต่ นายจ้างจะยินยอม (มาตรา 577) หากฝ่ายใดฝ่าฝืน อีกฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ นอกจากนี้ หากสัญญาจ้างแรงงานใดมีสาระสำคัญที่ตัวบุคคลผู้เป็นนายจ้าง สัญญานั้นย่อมระงับไปด้วยมรณะ แห่งนายจ้าง (มาตรา 584)

นอกจากลักษณะสำคัญทั้ง 4 ประการนี้แล้ว สัญญาจ้างแรงงานนี้มีได้หมายถึง การจ้าง แรงงานที่ใช้แรงงานแต่เพียงอย่างเดียว หากหมายถึงงานที่ใช้สมองด้วย เช่น งานของนักกฎหมาย นักบัญชี แพทย์ และผู้บริหาร เป็นต้น

5. เป็นสัญญาที่ตกลงกำหนดเงื่อนไขการจ้าง ระยะเวลาการจ้าง การทำงาน ค่าจ้าง ผลประโยชน์ตอบแทนอื่นไว้อย่างไรก็ดี แต่ข้อตกลงนั้นจักต้องไม่ขัด หรือผิดแผกแตกต่างไปจาก กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน¹⁸

2.2 แนวคิด ประวัติความเป็นมา ความหมาย และลักษณะของสัญญาจ้างทำของ

แนวคิด ประวัติ ของสัญญาจ้างทำของนั้น เหมือนกับแนวคิด ประวัติ ของสัญญาจ้าง แรงงาน เนื่องจากความคุ้มครองทางด้านแรงงานในอดีตยังไม่เป็นที่สำคัญของนักปราชญ์ รวมถึง นักกฎหมายในยุคสมัยนั้น ซึ่งผู้วิจัยจะได้อธิบายแนวคิด ประวัติ ความหมาย และลักษณะของของ สัญญาจ้างทำของ โดยแยกศึกษาได้ ดังนี้

¹⁸ วีระ ศรีธรรมรักษ์, กฎหมายแรงงาน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2543), น. 56-58.

2.2.1 แนวคิด ประวัติความเป็นมาของสัญญาจ้างทำของ

ประวัติ แนวคิดของสัญญาจ้างทำของเริ่มตั้งแต่ยุคโรมัน ในสมัยนั้นนักกฎหมายโรมันไม่ได้บัญญัติกฎหมายจำแนก “สัญญาเช่าการทำงาน (Locatio conductio Operarum)” ซึ่งก็คือสัญญาจ้างแรงงาน กับ “สัญญาเช่าเพื่อผลงาน (Locatio conductio Operis)” นั่นก็คือ สัญญาจ้างทำของอย่างชัดเจน ต่อมาในยุคกลางของยุโรปก็ยังไม่มีการกำหนดแนวความคิดที่เกี่ยวข้องกับสัญญาจ้างแรงงานและสัญญาจ้างทำของที่เป็นอยู่ปัจจุบัน แต่ก็ได้เริ่มมีการพัฒนาอย่างช้า ๆ ขึ้นในยุโรป โดยในช่วงตอนต้นของยุคกลาง ก็มีหลักฐานที่แสดงว่ามีการทำสัญญาทั้งสองประเภทดังกล่าวขึ้น ในช่วงยุค “กฎหมายชาวบ้าน (Folk-Laws) หรือ (Folk Reacht)” มี “แรงงานเสรี (Free Servant)” ที่รับจ้างทำงานอย่างอิสระเกิดขึ้นคล้ายผู้รับจ้างในสัญญาจ้างทำของในปัจจุบัน แรงงานประเภทนี้เริ่มมีความสำคัญมากขึ้นในเขตเมืองใหญ่ของยุโรป โดยเฉพาะในช่วงการเริ่มพัฒนาโรงงานช่างฝีมือ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 900 เป็นต้นมา ในยุคนั้นมีแรงงานรับจ้างอิสระในหลายรูปแบบ เช่น “ช่างฝีมือ (Handicraft)” ซึ่งเป็นแรงงานที่ผลิตสินค้าออกจำหน่าย “ช่างผลิต (Job Work)” ซึ่งเป็นแรงงานที่ผลิตสินค้าตามความต้องการของผู้ว่าจ้างเป็นราย ๆ

ในยุคกลาง มีการห้ามการผลิตสินค้าเพื่อการจำหน่ายในอนาคต ช่างผลิตจะรับวัสดุมาและทำการผลิตตามความรับผิดชอบของตน ซึ่งอาจจะทำอยู่ในบ้านของตนเองหรือบ้านของผู้ว่าจ้างก็ได้ ช่างผลิตมักจะได้รับค่าตอบแทนเป็นสินค้าหรือเงิน จำนวนค่าจ้างอาจแล้วแต่คู่สัญญาจะกำหนดขึ้นเอง แต่โดยทั่วไปจะถูกกำหนดในรูปบัญชีค่าจ้าง โดยเจ้าหน้าที่ปกครองท้องถิ่นหรือสมาคมช่างฝีมือ ในยุคกลางการที่ช่างผลิตจะได้รับค่าตอบแทนโดยคำนวณด้วยวิธีใดต่างถือเป็นสัญญาจ้างทำของทั้งสิ้น ซึ่งต่างจากสัญญาจ้างแรงงานในยุคกลางถือว่า คือสัญญาที่คนงานจะไม่อาจทำงานได้อย่างอิสระ แต่ต้องทำงานอยู่ภายใต้การชี้นำหรือตามความต้องการของนายจ้าง นอกจากนี้ตามสัญญาจ้างแรงงานคนงานจะไม่ต้องรับผิดชอบต่อผลสำเร็จและคุณภาพของงาน นายจ้างต้องผูกพันที่จะควบคุมการทำงานของลูกจ้างเอง จึงถือว่าสัญญาจ้างแรงงานนั้นแตกต่างจากสัญญาจ้างทำของตรงที่มีความเป็นอิสระนั่นเอง

ประวัติแนวคิดของสัญญาจ้างทำของในประเทศไทยนั้น สัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างแรงงาน มีที่มาจากกฎหมายโรมันเช่นเดียวกัน

ก่อนที่จะมีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มีที่มาซึ่งปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวงตามพระอัยการเบ็ดเสร็จ ที่บัญญัติเรื่องสัญญาจ้างและวาน ซึ่งในสมัยนั้นมีสัญญาจ้างที่ลูกจ้างเองเข้าเป็นคู่สัญญา โดยเป็นผู้ที่ให้จ้างแรงงานของตนเป็นอาชีพเพื่อกิจการสิ่งหนึ่งสิ่งใด โดยเฉพาะ สัญญาจ้างประเภทนี้ ได้แก่ กรณีที่ผู้รับจ้างเป็นช่างได้รับมอบทรัพย์สินหนึ่งมาเพื่อทำการซ่อมแซม หากผู้รับจ้างทำให้วัตถุที่ได้รับมอบแตกหักหรือสูญหายผู้รับจ้าง

จะต้องใช้ราคาของนั้นเท่าที่คู่กรณีได้ประมาณราคาไว้ในขณะที่ทำสัญญากัน นอกจากนี้ผู้รับจ้างก็ไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างด้วย¹⁹ ในสัญญาจ้างประเภทนี้หากได้จ่ายค่าจ้างไปแล้วผู้จ้างไม่มีสิทธิให้ส่งค่าจ้างนั้นคืน แม้ในกรณีที่การปฏิบัติงานมิได้เป็นไปตามที่ได้สั่งไว้ (พระอัยการเบ็ดเสร็จ บทที่ 107) ซึ่งเห็นได้ว่าสัญญาข้างต้นคือสัญญาจ้างทำของในความหมายของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 587 ในปัจจุบันนั่นเอง และเป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่าในสมัยนั้นยังไม่แบ่งแยกสัญญาจ้างแรงงานออกจากสัญญาอื่น ๆ เช่น สัญญาจ้างทำของ เป็นต้น

บทบัญญัติในพระอัยการเบ็ดเสร็จที่เกี่ยวกับสัญญาจ้างนี้ เมื่อมีการเลิกทาสแล้ว การจ้างคนที่ไม่ใช่ทาสก็มีมากขึ้นทุกที จึงไม่อาจใช้บังคับได้เพียงพอ ทั้งมีบทบัญญัติหลายบทที่ใช้บังคับไม่ได้อีกด้วย แต่ถึงกระนั้นก็ดี บทบัญญัติเพียงเท่านั้น ก็ยังคงเป็นกฎหมายบังคับใช้อยู่ จนกระทั่งมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 จึงมีการยกเลิกกฎหมายตราสามดวงตามพระอัยการเบ็ดเสร็จ²⁰

2.2.2 ความหมายของสัญญาจ้างทำของ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้ความหมายของสัญญาจ้างทำของไว้ในมาตรา 587 “อันว่าจ้างทำของนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจ้างตกลงรับจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ทำนั้น

1) สัญญาจ้างทำของเป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย

คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในสัญญาจ้างทำของ ก็คือ ฝ่ายผู้ว่าจ้างฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเป็นผู้ที่ตกลงให้ผู้รับจ้างทำการงานสิ่งใดจนสำเร็จให้แก่ตน แล้วจะจ่ายสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้าง ส่วนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็คือ ผู้รับจ้างที่ตกลงรับทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่ผู้ว่าจ้าง โดยจะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน ฉะนั้นบุคคลอื่นที่ไม่ใช่คู่สัญญาก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องให้คู่สัญญาฝ่ายใดต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาได้

2) วัตถุประสงค์ของสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของนั้น มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญก็คือ การที่ผู้รับจ้างตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่ผู้ว่าจ้างจนเป็นผลสำเร็จ ผู้ว่าจ้างมิได้ต้องการเฉพาะแรงงานของผู้รับจ้างแต่อย่างเดียว ดังเช่น นายจ้างต้องการจากลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน

¹⁹ พระอัยการเบ็ดเสร็จบทที่ 99.

²⁰ ร.แดงกาศ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12*, น. 227-231.

ส่วนที่เกี่ยวกับการงานที่ผู้รับจ้างจะทำให้แก่ผู้ว่าจ้างนั้น อาจเป็น

ก. การทำให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้นมา เช่น การรับจ้างก่อสร้างบ้าน ถนน สะพาน เฟอร์นิเจอร์

ข. การซ่อมแซม คัดแปลง หรือต่อเติมวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น หลังคารั่ว ผู้รับจ้างก็รับจ้างซ่อมหลังคา หรือหากผู้ว่าจ้างต้องการเปลี่ยนบานประตู หรือกระจกหน้าต่างหรือเปลี่ยนสีของบ้าน ingsจ้างผู้รับจ้างมาดำเนินการ

ค. การทำงานโดยไม่ก่อให้เกิดวัตถุอย่างใดอย่างหนึ่งขึ้น เช่น จ้างว่าความ จ้างแสดงภาพยนตร์ หรือจ้างร้องเพลง หรือแสดงดนตรี

3) ผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จการทำงานนั้น

ในสัญญาจ้างทำของนั้น เมื่อผู้รับจ้างมิได้ทำงานให้แก่ผู้ว่าจ้างโดยเปล่าประโยชน์ หรือโดยปราศจากค่าตอบแทน เมื่อผู้รับจ้างทำการงานให้แก่ผู้ว่าจ้างแล้ว ก็จะได้รับสินจ้างเป็นการตอบแทน สัญญาจ้างทำของจึงเป็นสัญญาที่มีค่าตอบแทน และเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างมีหน้าที่ตอบแทนซึ่งกันและกัน สินจ้างที่ต้องจ่ายโดยมากเป็นเงินตรา แต่จะตกลงจ่ายเป็นทรัพย์สินอย่างอื่นก็ได้²¹

2.2.3 ลักษณะของสัญญาจ้างทำของ

สัญญาจ้างทำของนี้มีลักษณะคล้ายกับสัญญาจ้างแรงงานอยู่หลายประการ ลักษณะอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ มีดังนี้

1) เป็นสัญญาต่างตอบแทนที่คู่สัญญา โดยผู้รับจ้างฝ่ายหนึ่งตกลงที่จะทำงานให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งเรียกว่าผู้ว่าจ้าง และพร้อมกันนั้นฝ่ายแรกก็จะได้รับสินจ้างตอบแทนจากฝ่ายหลัง สำหรับงานนั้น

2) ผู้รับจ้างมีหน้าที่ต้องทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จและผู้ว่าจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายสินจ้างตอบแทน ก็เพื่อผลสำเร็จของการทำงานที่ทำนั้น โดยเน้นลงไปทีผลสำเร็จของงาน

3) เป็นสัญญาประเภทที่สมบูรณ์โดยมีเจตนาตกลงกัน กล่าวคือ ไม่ต้องทำตามแบบ และไม่ต้องมีพยานหลักฐานอย่างไร ก็ฟ้องร้องบังคับคดีกันได้²²

²¹ จินดา บุญชอาคม, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงาน จ้างทำของ, (พระนคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, น. 2512), น. 15.

²² กมล สนธิเกษตริน, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยจ้างแรงงาน จ้างทำของและรับขน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2532), น. 25.

2.3 แนวคิด ประวัติความเป็นมา ความหมาย และลักษณะของสัญญาจ้างบริการ

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวไปในบทก่อนหน้าแล้วว่า การจ้างแรงงานตามกฎหมายนั้นแบ่งออกเป็นจ้างแรงงาน และจ้างทำของ ซึ่งในปัจจุบันเมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในสังคมแล้วยังมีการจ้างแรงงานในรูปแบบอื่นที่ไม่เข้าลักษณะของการจ้างแรงงานและจ้างทำของ ซึ่งผู้วิจัยขออนุญาตการจ้างแรงงานประเภทดังกล่าวว่า เป็นจ้างบริการ และแบ่งแนวทางการศึกษาเป็นสองช่วงระยะเวลา กล่าวคือ ช่วงระยะเวลาแรกเป็นการศึกษาแนวความคิดของสัญญาจ้างบริการที่ปรากฏอยู่ก่อนที่ประเทศต่าง ๆ ในทวีปยุโรปจะได้มีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นบังคับใช้ในประเทศของตน โดยเป็นการศึกษาแนวความคิดของสัญญาจ้างบริการในช่วงสมัยของยุคโรมัน ยุคกลางและยุคสมัยใหม่ในช่วงก่อนที่จะมีการจัดทำประมวลกฎหมายแพ่ง ส่วนในช่วงระยะเวลาที่สองนั้นผู้วิจัยได้ทำการศึกษาแนวคิดของสัญญาจ้างบริการในประเทศต่าง ๆ ในเวลาที่มีการร่างประมวลกฎหมายแพ่งขึ้นบังคับใช้

2.3.1 แนวคิด ประวัติความเป็นมา ของสัญญาจ้างบริการ

แนวคิด ประวัติความเป็นมา ของสัญญาจ้างบริการ นั้นมาจากต่างประเทศ โดยเมื่อมีการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ “องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)” ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS)” มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2538 เป็นต้นมา จึงนับเป็นข้อตกลงระดับพหุภาคีหรือหลายฝ่ายฉบับแรกซึ่งครอบคลุมการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศในด้านอุตสาหกรรมและบริการ ซึ่งลักษณะของการบริการนั้นสามารถจำแนกออกได้เป็น 5 ประการ คือ

1. “บริการไม่สามารถจับต้องได้ (Intangibility)” กล่าวคือผู้รับบริการ ไม่สามารถที่จะมองเห็น จับต้องหรือรู้สึกถึงการบริการใด ๆ ก่อนการรับบริการได้ แต่สามารถรับรู้ว่าการบริการของผู้ให้บริการนั้นดีหรือไม่ก็ต่อเมื่อได้เข้ารับบริการนั้น ๆ แล้ว²³

2. “บริการไม่สามารถแบ่งแยกได้ (Inseparability)” กล่าวคือ การให้บริการเป็นลักษณะที่ไม่อาจแยกออกจากตัวบุคคลที่เป็นผู้ให้บริการนั้น ๆ ได้ เช่น ในการเข้าชมคอนเสิร์ตของนักร้องชั้นนำ คุณค่าของความเพลิดเพลินจากเสียงเพลงและดนตรีที่ไพเราะจะแยกจากตัวนักร้องซึ่งเป็นผู้ให้บริการไม่ได้²⁴

²³ นิตยาพร เสมอใจ, การจัดการและการตลาดบริการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2547).

²⁴ คริสโตเฟอร์ เอช เลฟลือค และ ลอเรน ไรท์, แปลโดย อุดลย์ จาตุรงค์กุล ดลยา จาตุรงค์กุล และ พิมพ์เดือน จาตุรงค์กุล, การตลาดบริการ (principles of Service marketing and Management), (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์เพียร์สัน เอ็ดดูเคชั่น อินโดไชน่า, 2546).

3. “บริการความไม่แน่นอน (Variability)” กล่าวคือ การควบคุมคุณภาพของการบริการเป็นไปได้ยากเนื่องจากมีปัจจัยเข้ามาเกี่ยวข้องหลายปัจจัย และปัจจัยหลักจะมาจากบุคลากรที่จะให้บริการ ยกตัวอย่างเช่น ในการใช้บริการร้านตัดผมกับช่างคนเดิมก็อาจตัดผมได้ไม่เหมือนกันในแต่ละครั้ง ดังนั้นรูปแบบการให้บริการจะผันแปรไปตามลักษณะผู้รับบริการและให้บริการเป็นส่วนใหญ่

4. “บริการจัดทำมาตรฐานได้ยาก (Heterogeneity)” กล่าวคือ ในการจัดทำบริการนั้นคนเป็นปัจจัยสำคัญของการบริการ การจัดทำมาตรฐานโดยการจัดการคนเป็นเรื่องที่ยาก จะเห็นว่าบริการมีความหลากหลายสูงขึ้นอยู่กับว่าใครเป็นผู้ให้บริการ จะให้บริการเมื่อไหร่ ที่ไหนและอย่างไร บริการจึงมีความแตกต่างกัน

5. “บริการไม่สามารถเก็บไว้ได้ (Perish ability)” กล่าวคือ บริการไม่สามารถผลิตแล้วเก็บไว้เหมือนสินค้าอื่นได้ เมื่อไม่มีความต้องการใช้บริการจะเกิดความสูญเปล่า การบริการจึงมีการสูญเสียก่อนข้างสูงขึ้นอยู่กับความต้องการใช้บริการในแต่ละช่วงเวลา ถ้าความต้องการใช้บริการมีความสม่ำเสมอ การให้บริการก็จะมีปัญหา แต่ถ้าความต้องการใช้บริการไม่แน่นอนจะเกิดปัญหาคือ บริการไม่ทันหรือไม่มีลูกค้าเช่น สถานบันเทิงวันศุกร์-เสาร์ ช่วงต้นเดือนจะมีคนมารับบริการแน่นซึ่งอาจทำให้บริการไม่เพียงพอ แต่ถ้าเป็นวันธรรมดาอาจจะไม่มีลูกค้า

นอกจากนี้ “องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)” ยังได้ให้ความหมายและถือว่า “บริการเป็นสินค้าประเภทหนึ่งที่สามารถแลกเปลี่ยนกันได้ แต่จับต้องตัวสินค้าไม่ได้ กล่าวคือใช้บริการได้จากเจ้าของผู้ให้บริการ” ซึ่งการบริการนั้นอาจมี หรือไม่มีสัญญาจ้างงานที่เป็นทางการก็ได้

กล่าวคือ การจ้างบริการ อาจมีหรือไม่มีนายจ้าง หรือการจ้างงานแบบเป็นรูปแบบหรือไม่เป็นรูปแบบก็ได้ อาจทำงานอยู่ในสถานประกอบการของนายจ้าง มีค่าจ้างหรือค่าตอบแทนที่ไม่แน่นอน ซึ่งจัดเป็นรูปแบบการให้บริการที่กว้างมาก

ในขณะเดียวกัน “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS)” ก็ได้มีการจำแนกประเภทของการค้าบริการที่ได้มีการเจรจาเปิดเสรีออกเป็นสาขาต่าง ๆ 12 สาขา ดังนี้

(1) “บริการด้านธุรกิจ (Business Services)” ภายใต้อสาขานี้จะครอบคลุมบริการวิชาชีพ คอมพิวเตอร์ โฆษณา คั่นคว้าวิจัย และอื่น ๆ

(2) “บริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services)” ภายใต้อสาขานี้จะครอบคลุมบริการไปรษณีย์ พستคุณศัพท์โทรคมนาคม และโทรทัศน

- (3) “บริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services)” ครอบคลุมทั้งการก่อสร้างและงานติดตั้ง
- (4) “บริการด้านการจัดจำหน่าย (Distribution Services)” ครอบคลุมบริการค้าส่งค้าปลีก ตัวแทนจำหน่าย และธุรกิจเฟรนไชส์
- (5) “บริการด้านการศึกษา (Education Services)” ครอบคลุมตั้งแต่การศึกษาระดับอนุบาลประถม อาชีวะ มัธยม จนถึงมหาวิทยาลัย การศึกษาผู้ใหญ่ รวมทั้งหลักสูตรระยะสั้น
- (6) “บริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services)” ครอบคลุมบริการกำจัดมลภาวะประเภทต่าง ๆ รวมทั้งด้านสุขาภิบาล
- (7) “บริการด้านการเงิน (Financial Services)” ครอบคลุมบริการด้านประกันภัยการธนาคาร ธุรกิจหลักทรัพย์ และการเงินอื่น ๆ
- (8) “บริการที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพและบริการทางสังคม (Health Related and Social Services)” ครอบคลุมโรงพยาบาล และธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพของมนุษย์
- (9) “บริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services)” ครอบคลุม โรงแรม ภัตตาคาร บริษัทตัวแทนท่องเที่ยวและมัคคุเทศก์
- (10) “บริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและการกีฬา (Recreational, Cultural and Sporting Services)” ครอบคลุมธุรกิจบันเทิง ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์
- (11) “บริการด้านขนส่ง (Transport Services)” ครอบคลุมด้านการขนส่งทางบก เรือ อากาศ ทางท่อ
- (12) “บริการด้านอื่น ๆ (Other Services not Included Elsewhere)” เช่น เสริมสวย จัดงานศพ เป็นต้น

นอกจากจากการแยกประเภท และการจัดรูปแบบการให้บริการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น อาจสรุปค่านิยมของคำว่าบริการ ได้ดังนี้

ดร. ชัยสมพล ชาวประเสริฐ ได้ให้นิยามของคำว่าบริการไว้ว่า คือ “กิจกรรมของกระบวนการส่งมอบสินค้าที่ไม่มีตัวตนของธุรกิจให้กับผู้ใช้บริการ โดยสินค้าที่ไม่มีตัวตนนั้นจะต้องตอบสนองความต้องการของผู้รับบริการจนนำไปสู่ความพอใจได้”²⁵

คุณ วีรวัฒน์ กิจเลิศไพโรจน์ ได้ให้ค่านิยมของคำว่าบริการไว้ว่า คือ “การกระทำพฤติกรรม หรือปฏิบัติการที่ฝ่ายหนึ่งเสนอให้อีกฝ่ายหนึ่ง โดยกระบวนการที่เกิดขึ้นนั้นอาจมีตัว

²⁵ สุพรรณณี อินทร์แก้ว, การตลาดธุรกิจบริการเฉพาะอย่าง, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธนาเพลส, 2549), น. 2.

สินค้าเข้ามาเกี่ยวข้องกับ แต่โดยเนื้อแท้ของสิ่งที่เสนอให้ นั่นเป็นการกระทำ พฤติกรรม หรือการปฏิบัติกรซึ่งไม่สามารถนำไปเป็นเจ้าของได้”²⁶

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้นิยามของคำว่า “บริการ” โดยคำว่า บริการเป็นได้ทั้งคำนามและคำกริยา โดยเป็นคำนามหมายถึง การปฏิบัติรับใช้ การให้ความสะดวกต่าง ๆ เช่นร้านนี้บริการลูกค้าดี ถ้าเป็นคำนามหมายถึง การปฏิบัติรับใช้ การให้ความสะดวกต่าง ๆ เช่น ให้บริการ ใช้บริการ

ดร. ฟิลิป คอทเลอร์ และ ดร. พอล เอ็น.บลูม (Dr.Philip Kotler and Dr.Paul N.Bloom) ได้ให้นิยามของบริการไว้ว่า บริการ คือ “กิจกรรมหรือผลประโยชน์ใด ๆ ก็ตามที่บุคคลหนึ่งสามารถเสนอให้อีกบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นที่ไม่สามารถจับต้องได้และไม่ทำให้เกิดความเป็นเจ้าของใด ๆ ทั้งสิ้น การจัดทำบริการนี้อาจจะเกี่ยวข้องหรือไม่มีความเกี่ยวข้องกับสินค้าก็ได้”²⁷

ดร. คริสโทเฟอร์ เฮ็ด. เลิฟล็อก (Dr.Christopher H. Lovelock) ได้ให้นิยามของบริการไว้ว่า การบริการคือ “ปฏิกริยาหรือการปฏิบัติที่ใดหนึ่งเสนอให้กับอีกฝ่ายหนึ่ง ถึงแม้กระบวนการเกี่ยวข้องกับตัวสินค้าแต่การปฏิบัติดังกล่าวเป็นสิ่งที่ไม่สามารถจับต้องได้และครอบครองเป็นเจ้าของได้”

จากความหมายที่ได้ศึกษาในข้างต้นแล้วสามารถให้ความหมายของบริการได้ว่า บริการคือ กิจกรรม การกระทำ ประโยชน์ใด ๆ ก็ตามที่บุคคลหนึ่งให้อีกบุคคลหนึ่ง โดยในกระบวนการจัดทำบริการอาจมีตัวสินค้าหรือวัตถุเข้ามาเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตามคำอธิบายเกี่ยวกับการจ้างบริการนั้นค่อนข้างจะเป็นนามธรรม สิ่งที่ควรมีในสัญญาว่าจ้าง เช่น “อุปกรณ์ที่มีการบำรุงรักษาอย่างดี” หรือ “ความสะอาดของสิ่งอำนวยความสะดวก” หรือ “ทำอย่างมืออาชีพ” เหล่านี้ ต้องให้คำจำกัดความให้มีความชัดเจนและสามารถวัดผลได้ ตัวอย่างเช่น ในสัญญาว่าจ้างทำความสะอาดจะต้องอธิบายคำว่า “พื้นผิวที่เช็ดถูแล้ว” หมายถึง พื้นที่ไม่มีความสกปรกหรือมีน้ำขัง และไม่มีรอยน้ำกระเซ็นหรือคราบน้ำขังบนพื้นผิว ซึ่งจะเขียนสัญญาเหล่านี้ไว้รัดกุมรอบคอบเพียงใดนั้น ขึ้นอยู่กับลักษณะ และเอกลักษณ์ของงานที่ต้องทำ และปัญหาทางด้านเทคนิค

นอกจากการจำแนกประเภทของการบริการตาม “องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)” รวมถึงการแบ่งประเภทของการบริการตามความ “ตกลงทั่วไปว่าด้วยการ

²⁶ ระวีคน์ กิจเลิศไพโรจน์, การตลาดธุรกิจบริการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซีเอ็ดยูเคชั่น, 2547), น. 14.

²⁷ วีรภคิ นวรัตน์, การตลาดบริการ: แนวคิดและกลยุทธ์, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), น. 7.

บริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS)” ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น ตามหลัก
 ตรรกศาสตร์ยังสามารถจัดประเภทของบริการได้ 5 หมวดหมู่ใหญ่ ๆ ดังนี้²⁸

1) บริการประเภทรับจ้างส่วนตัว

ตัวอย่างของบริการประเภทนี้ เช่น การตรวจสอบทางด้านเทคนิค การแปลเอกสาร
 การประเมินราคา บริการอย่างนี้มีเอกลักษณ์เฉพาะตัวและอาศัยวิทยาการทางเทคนิค

2) บริการทางวิชาชีพ

ตัวอย่างของบริการประเภทนี้ เช่น ที่ปรึกษาการบริหารและการให้คำปรึกษาด้านระบบ
 วิศวกร งานด้านกฎหมาย และงานวิจัยการแพทย์ เป็นต้น²⁹

3) งานสนับสนุน

ตัวอย่างของบริการประเภทนี้ เช่น งานรับจ้างทำความสะอาด งานตบแต่งสวนและดูแล
 สนามหญ้า งานปกป้องคุ้มครอง และงานรักษาความปลอดภัย การจ้างงานประเภทดังกล่าวนี้ในวัน
 จะทวีเพิ่มขึ้น งานเหล่านี้ส่วนใหญ่มีใช้งานที่อาศัยความรู้เชิงวิชาการหรือมีเอกลักษณ์พิเศษ
 เฉพาะตัวแต่อย่างใด โดยส่วนใหญ่งานบริการสนับสนุนนั้น มักจะดำเนินการโดยผู้รับเหมาอิสระ
 อาจอยู่ในรูปของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท มากกว่าจะอยู่ในรูปของบุคคล

4) งานบุคลากร

ตัวอย่างของบริการประเภทนี้ เช่น การจ้างแรงงานชั่วคราว การจ้างที่ปรึกษา งานฟื้นฟู
 สมรรถภาพ เป็นต้น งานจำพวกนี้อาจไม่จำเป็นต้องมีเอกลักษณ์เฉพาะตัว หรือใช้ความรู้ในเชิง
 วิชาการก็ได้ อีกทั้งงานบริการจำพวกนี้อาจจะต่อเนื่องหรือไม่ก็ได้เช่นกัน เมื่อจะต้องว่าจ้างงาน
 บุคลากร ต้องระบุให้เจาะจงลงไปให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้เกี่ยวกับงานที่จะให้ทำ คุณสมบัติ และ
 ความชำนาญของบุคลากรที่ต้องการ ผลงานที่ต้องการจะได้รับ และระยะเวลาที่ต้องทำให้แล้วเสร็จ

5) งานรับเหมาก่อสร้าง

ตัวอย่างของงานประเภทนี้ จะครอบคลุมไปถึงงานสถาปัตยกรรม งานรับเหมาก่อสร้าง
 ทั่วไป งานทาสี งานช่างไม้ และงานไฟฟ้า งานประเภทดังกล่าวจะมีทั้งที่ต้องใช้ความรู้ในเชิง
 วิชาการ เช่น การออกแบบทางสถาปัตยกรรม หรือไม่ต้องใช้ความรู้ในเชิงวิชาการก็ได้ เช่น งาน
 ทาสี เป็นต้น³⁰

²⁸ สดุดี สินไชย, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1*.

²⁹ “เทคนิคการจ้างบริการ 5 ประเภท (ตอน 1),” *วิทยายุทธจัดซื้อและบริหารพัสดุ*, ฉบับที่ 17, น. 47-50
 (พฤษภาคม 2542).

³⁰ “เทคนิคการจ้างบริการ 5 ประเภท (ตอน 2),” *วิทยายุทธจัดซื้อและบริหารพัสดุ*, ฉบับที่ 18, น. 25-28
 (มิถุนายน 2542).

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่ารูปแบบการให้บริการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้บริการอาบน้ำ และ นวดนั้น มีลักษณะที่เป็นสัญญาของการจ้างบริการ และไม่ใช่สิ่งใหม่ในสังคมไทยซึ่งมีเอกสารทาง ประวัติศาสตร์กล่าวถึงไว้มากมาย โดยนโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการค้าบริการของไทย เกิดใน รูปแบบการค้าประเวณี ซึ่งเริ่มขึ้นในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาจุฬาลงกรณ์ โดยพระองค์ได้ทรงตราพระราชบัญญัติฉบับหนึ่ง ชื่อ พระราชบัญญัติป้องกันสัญจร โรค รัตน์โกสินทร์ศก 127

จากการศึกษาแนวคิดข้างต้นทั้งแนวคิดของประเทศไทยและต่างประเทศพบว่า การจ้าง บริการเกิดขึ้นมานานแล้ว แม้แต่ในประเทศไทยในสภาพความเป็นจริงของสังคม ก็มีการจ้างบริการ เกิดขึ้น ซึ่งในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยได้ศึกษาเฉพาะการทำงานของแรงงานหญิงในสถานบริการ ที่จัดให้มีการอาบน้ำและนวด โดยเริ่มจากเมื่อประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นพันธมิตรของ สหรัฐอเมริกาในสงครามอินโดจีน ในช่วง พ.ศ. 2502-2512 ในช่วงนี้ได้เกิดสถานเริงรมย์และสถาน บริการอย่างรวดเร็ว เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของทหารอเมริกัน ซึ่งประจำการอยู่ใน ประเทศไทย และเข้ามาพักจากสมรภูมिवีเยตนาม สถานบริการเหล่านี้ ได้แก่ ร้านอาหาร สถานอาบอบนวด บาร์ ไนต์คลับ สภาพดังกล่าวนี้ นำไปสู่การออกพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 โดยรัฐบาลให้เหตุผลท้ายพระราชบัญญัติว่า เพื่อเป็นการควบคุมสถานบริการบาง ประเภทซึ่งดำเนินการไปในทางกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดี และ จัดให้มีการแสดงเพื่อความบันเทิงไม่เหมาะสม เป็นเหตุให้เยาวชนเอาเยี่ยงอย่าง ประพฤติตนเสื่อม ทรามลงผลในทางกฎหมายของการประกาศใช้ พระราชบัญญัติสถานบริการ ก็คือ รัฐยอมรับ สถานะทางกฎหมายของโรงน้ำชา สถานเดินรำ สถานอาบอบนวด ฯลฯ และรับรองสถานภาพของ หญิงพาร์ทเนอร์ หญิงบำเรอ และหญิงบริการ ที่จัดหาไว้ในสถานบริการและสถานเริงรมย์ต่าง ๆ ที่เปิดกิจการมาก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมาย ซึ่งในปัจจุบันพระราชบัญญัติสถานบริการ ยังคง มีผลบังคับใช้อยู่โดยรายละเอียดจะกล่าวในลำดับถัดไป

การที่รัฐรับรองสถานะทางกฎหมายของสถานบริการและสถานภาพของหญิงที่ทำงาน ในสถานบริการ จึงเกิดการจ้างงานและมีอาชีพใหม่ขึ้น ซึ่งแรงงานหญิงเหล่านี้ควรได้รับความ ค้ำจุนคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน แต่เนื่องจากการทำงานของหญิงในสถานบริการนั้นเป็นการจ้าง บริการอย่างหนึ่ง ที่มีลักษณะการทำงานก้ำกึ่งระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของ ซึ่งตามกฎหมาย ค้ำจุนคุ้มครองแรงงานของไทย ไม่ครอบคลุมถึง จึงถือเป็นงานนอกข่ายความคุ้มครอง มีผลให้หญิง เหล่านี้ที่ทำงานในสถานบริการบางประเภทไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานด้วย ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาหาแนวทางในการเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องรวมถึงออกกฎหมายเฉพาะขึ้นมา ใหม่เพื่อคุ้มครองการทำงานของหญิงในสถานบริการกลุ่มดังกล่าวในลำดับต่อไป

2.3.2 ความหมายของสัญญาจ้างบริการ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แบ่งแยกลักษณะของการจ้างงานไว้ 2 ประเภทคือ การจ้างแรงงานและการจ้างทำของ แต่เมื่อพิจารณาจากความเป็นจริงในสังคมลักษณะของการจ้างงานในปัจจุบันนี้มีลักษณะการจ้างงานอีกประเภทหนึ่งเกิดขึ้น คือ การจ้างบริการ

การจ้างบริการนั้น ยังไม่เคยมีคำนิยามจากตำราหรือกฎหมายใด ๆ มาก่อน แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะงานจะเห็นได้ว่า มีลักษณะก้ำกึ่งระหว่างการจ้างแรงงานกับการจ้างทำของ

ดังนั้น ความหมายของการจ้างบริการ จึงต้องอาศัยการเปรียบเทียบจากหลักการจ้างแรงงานและการจ้างทำของ ซึ่งหมายถึง สัญญาซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้ให้บริการ ตกลงที่จะทำงานอย่างใดอย่างให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ จนงานสำเร็จ เพื่อให้ได้มาซึ่งสินจ้าง จากบุคคลภายนอก เรียกว่า ผู้รับบริการ โดยผู้รับประโยชน์ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผู้ให้บริการ รวมถึงเป็นผู้จัดหาวัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือและสถานที่ ตกลงจะแบ่งสินจ้างให้แก่ผู้ให้บริการ

ตามความหมายของราชบัณฑิตยสถาน คำว่า บริการแปลว่า การปฏิบัติรับใช้ให้ความสะดวกต่าง ๆ เช่น โรงแรมนี้บริการลูกค้าดีมาก ใช้เป็นคำนามก็ได้ เช่น หน่วยงานของเรา ต้องการให้ผู้ที่มาใช้บริการ ได้รับความสะดวกสบายทุกประการ ใช้เป็นคำนามว่าการบริการก็ได้ เช่น การบริการลูกค้าของบริษัท ตั้งอยู่บนพื้นฐาน ความสะดวกสบายและให้ลูกค้าได้ประโยชน์สูงสุด โดยคำว่าบริการ เป็นคำที่สร้างขึ้นจากคำภาษาบาลีว่า ปริกร แปลว่า ผู้ช่วย และ บริวาร แปลว่า สิ่งที่ช่วย

ซึ่งเมื่อเทียบเคียง กับคำว่า การจ้างเหมาบริการ ตามความหมายของ ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. 2533 สามารถเทียบเคียง ความหมายของคำว่าบริการ ได้ดังนี้ การจ้างบริการ คือการจ้าง เพื่อให้ผู้รับจ้าง ทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของผู้ให้บริการ ซึ่งลักษณะการทำงาน ของการจ้างบริการนี้ ไม่ได้เป็นการสร้างงานที่ผู้จ้างตกลงจะให้สินจ้างและลูกจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ ไม่เป็นการทำงานไปโดยหวังว่าจะได้รับสินจ้างจากนายจ้างโดยตรง การทำงาน ไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและกำกับของผู้ว่าจ้าง และนายจ้างก็ไม่จำเป็นต้องจัดหาสวัสดิการความปลอดภัย ซึ่งไม่อาจจัดว่าการจ้างที่มีลักษณะดังกล่าวเป็นการจ้างที่เข้าข่ายสัญญาต่างตอบแทน ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้เอง ทำให้เห็นได้ชัดเจนว่าการจ้างบริการ มีความแตกต่างจากสัญญาจ้างแรงงาน และสัญญาจ้างทำของ

2.3.3 ลักษณะของสัญญาจ้างบริการ

สัญญาจ้างบริการนั้น มีลักษณะอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญ ดังนี้

1) เป็นสัญญาที่มีบุคคลสามฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ให้บริการ ฝ่ายผู้รับประโยชน์และฝ่ายผู้รับบริการ

2) ผู้ให้บริการตกลงที่จะทำงานอย่างไรอย่างหนึ่งให้แก่ผู้รับประโยชน์งานนั้นสำเร็จ

3) ลักษณะการทำงานของผู้ให้บริการนั้น เป็นการทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งสินจ้างจากผู้รับบริการ โดยผู้รับประโยชน์จะต้องแบ่งสินจ้างให้แก่ผู้ให้บริการ อาจแบ่งตามจำนวนชั่วโมงที่ให้บริการโดยรับในอัตราเป็นเปอร์เซ็นต์ของค่าบริการตามที่ตกลงกัน

4) ผู้รับประโยชน์มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาผู้ให้บริการ ให้ทำงานตามคำสั่งตามวิธีการที่ตนต้องการ และดูแลการทำงานให้ตรงตามความประสงค์หรือตรงตามที่ตกลงกันได้ เช่น ต้องมาทำงานตามที่กำหนดไว้

5) เป็นสัญญาที่มีลักษณะเป็นการเฉพาะตัวผู้ให้บริการ เนื่องจากผู้รับประโยชน์อาจเลือกให้ผู้ให้บริการคนใดเข้าทำงานกับตน โดยพิจารณาจากคุณสมบัติ ความสามารถพิเศษในการทำงาน ความขยันขันแข็ง และความไว้วางใจ เป็นต้น

6) วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ และสถานที่ ผู้รับประโยชน์เป็นผู้จัดหาให้แก่ผู้ให้บริการ เนื่องจากการทำงานในลักษณะการจ้างบริการ ทำเป็นทำนองร่วมกันหาผลประโยชน์ระหว่างผู้รับประโยชน์กับผู้ให้บริการ ดังนั้น ผู้รับประโยชน์จึงต้องเป็นผู้ลงทุนหาวัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือที่ได้มาตรฐานมาใช้ในการทำงานและจัดหาสถานที่ที่เหมาะสมในการทำงานด้วย

7) ผู้รับประโยชน์เป็นนิติบุคคลได้ แต่ผู้ให้บริการจะเป็นนิติบุคคลไม่ได้ เป็นได้เพียงบุคคลธรรมดา

8) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบเหมือนการจ้างแรงงานและจ้างทำของ

จากที่แยกองค์ประกอบข้างต้น จะเห็นได้ว่าสอดคล้องกับสภาพการทำงานของแรงงานหญิงในสถานอาบอบนวด ที่ส่วนใหญ่ไม่มีการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือกับเจ้าของสถานบริการ เพียงแต่ตกลงว่ามีเงื่อนไขการทำงานเป็นอย่างไร มีหน้าที่ความรับผิดชอบอะไรบ้าง รายได้เท่าใด และถูกหักเท่าใด เวลาทำงาน สถานที่ทำงานอยู่ที่ไหนจะมีรายได้พิเศษหรือสวัสดิการต่าง ๆ อย่างไรบ้าง จึงเป็นปัญหาที่น่าพิเคราะห์ว่าแรงงานหญิงเหล่านี้ อาจไม่ได้อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะได้รับความคุ้มครองเช่นเดียวกับการจ้างแรงงานและจ้างทำของ

2.4 ความแตกต่างความคล้ายคลึงระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างบริการ และสัญญาจ้างทำของกับสัญญาจ้างบริการ

สัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ และสัญญาจ้างบริการนั้น มีความแตกต่างความคล้ายคลึงกัน โดยแยกศึกษาได้ ดังนี้

2.4.1 ความแตกต่างความคล้ายคลึงระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างบริการ

สัญญาจ้างแรงงาน มีข้อแตกต่างจากสัญญาจ้างบริการ ดังนี้

1) จำนวนคู่สัญญา กรณีสัญญาจ้างแรงงาน จะมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือ ฝ่ายนายจ้าง กับฝ่ายลูกจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 ได้บัญญัติไว้ชัดเจน ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ มีคู่สัญญาสามฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ให้บริการ ฝ่ายผู้รับประโยชน์ และฝ่ายผู้รับบริการ

2) ข้อตกลงหลักของสัญญาจ้างแรงงานนั้น ลูกจ้างตกลงทำงานให้นายจ้างตลอดไป จนกว่าจะเลิกจ้าง ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้ให้บริการตกลงที่จะทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้รับประโยชน์จนงานนั้นสำเร็จ

3) จุดมุ่งหมายของสัญญาจ้างแรงงานนั้น ถือตามระยะเวลาที่ทำงานให้เป็นสำคัญ ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ถือความสำเร็จของงานเป็นสำคัญ

4) การจ่ายค่าตอบแทน กรณีสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้ลูกจ้างตลอดเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 หรือนายจ้างต้องจ่ายสินจ้างให้ลูกจ้างตามที่กำหนดในสัญญาหรือจารีตประเพณี ถ้าไม่กำหนดไว้ให้จ่ายเมื่องานเสร็จหรือเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาที่กำหนดจ่ายสินจ้าง ตามมาตรา 580 ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้รับประโยชน์จะแบ่งสินจ้างกับผู้ให้บริการตามความสำเร็จของงานตามที่ตกลงกัน

เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างแล้ว สามารถวิเคราะห์ได้ว่าความแตกต่างดังกล่าวพิจารณาจากสาระสำคัญของการทำงานเป็นหลัก เช่น จุดมุ่งหมายของสัญญาจ้างแรงงานนั้นหรือข้อตกลงหลักของสัญญาจ้างแรงงาน แต่อย่างไรก็ตามสัญญาจ้างแรงงานมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญาจ้างบริการ ดังนี้

1) อำนาจบังคับบัญชา กรณีสัญญาจ้างแรงงาน ลูกจ้างจะต้องทำงานให้นายจ้างตามคำสั่งภายใต้การบังคับบัญชาของนายจ้าง ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้ให้บริการจะต้องทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งให้แก่ผู้รับประโยชน์ ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้รับประโยชน์

2) เป็นสัญญาเฉพาะตัว โดยคำนึงถึงคุณสมบัติของกลุ่มเป็นสาระสำคัญ

3) วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ และสถานที่ นายจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือผู้รับประโยชน์ตามสัญญาจ้างบริการ เป็นผู้จัดหา

4) ความเป็นนิติบุคคล กรณีสัญญาจ้างแรงงาน นายจ้างเป็นนิติบุคคลได้แต่ลูกจ้างจะเป็นนิติบุคคลไม่ได้ เป็นได้เพียงบุคคลธรรมดา ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการผู้รับประโยชน์เป็นนิติบุคคลได้ แต่ผู้ให้บริการจะเป็นนิติบุคคลไม่ได้ เป็นได้เพียงบุคคลธรรมดา

5) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ หรืออาจมีแบบก็ได้

2.4.2 ความแตกต่างความคล้ายคลึงระหว่างสัญญาจ้างทำของกับสัญญาจ้างบริการ

สัญญาจ้างทำของ มีข้อแตกต่างจากสัญญาจ้างบริการ ดังนี้

1) จำนวนคู่สัญญา กรณีสัญญาจ้างทำของ จะมีคู่สัญญาสองฝ่าย คือฝ่ายผู้ว่าจ้างกับผู้รับจ้าง ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 587 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ มีคู่สัญญาสามฝ่าย คือ ฝ่ายผู้ให้บริการ ฝ่ายผู้รับประโยชน์ และฝ่ายผู้รับบริการ

2) อำนาจบังคับบัญชา กรณีสัญญาจ้างทำของ ผู้ว่าจ้างไม่มีการบังคับบัญชาผู้รับจ้าง ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้รับประโยชน์ สามารถควบคุม บังคับบัญชา ให้ผู้ให้บริการต้องทำงานตามคำสั่ง

3) วัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ กรณีสัญญาจ้างทำของ ผู้รับจ้าง มักจะเป็นผู้หาวัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ สัมภาระต่าง ๆ มาทำงานเอง ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้รับประโยชน์จะเป็นผู้จัดหาวัสดุ อุปกรณ์ เครื่องมือ และสถานที่ให้แก่ผู้ให้บริการ

4) ความเป็นนิติบุคคล กรณีสัญญาจ้างทำของ ผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้าง เป็นนิติบุคคลได้ ส่วนกรณีสัญญาจ้างบริการ ผู้รับประโยชน์เป็นนิติบุคคลได้ แต่ผู้ให้บริการเป็นนิติบุคคลไม่ได้ ต้องเป็นเพียงบุคคลธรรมดาเท่านั้น

โดยสัญญาจ้างทำของ ยังมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับสัญญาจ้างบริการ ดังนี้

1) จุดมุ่งหมายของการทำงาน สัญญาจ้างทำของและสัญญาจ้างบริการคือ จะต้องทำงานให้ทันเวลา โดยถือความสำเร็จในงานเป็นสำคัญ

2) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ หรืออาจมีแบบก็ได้

ตามกฎหมายของประเทศไทยนั้น แม้ว่าจะมีการบัญญัติเฉพาะเรื่องจ้างแรงงานกับจ้างทำของ แต่ในความเป็นจริงของสังคม ได้มีการจ้างบริการเกิดขึ้น ซึ่งมีลักษณะก้ำกึ่งระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของ และยังไม่มีกฎหมายบัญญัติออกมา จึงควรมีการกำหนดบทกฎหมายที่เกี่ยวกับการจ้างบริการขึ้น เพื่อรองรับผู้ที่ทำงานในลักษณะดังกล่าว

2.5 สภาพการทำงานของหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดในประเทศไทย

ในสถานบริการแห่งหนึ่ง ๆ นั้นจะมีแรงงานหญิงซึ่งทำหน้าที่แตกต่างกัน อาทิ หญิงพาร์ทเนอร์ หญิงบำเรอ หญิงบริการนวดทั่วไป (หัตถเวช) และหญิงบริการอื่น ซึ่งในวิทยานิพนธ์นี้เน้นศึกษาเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งเป็นแรงงานที่มีลักษณะของการจ้างแรงงานที่มีความคลุมเครือทั้งในรูปแบบการจ้างงาน ค่าตอบแทน ระยะเวลาการทำงาน เป็นต้น ด้วยเหตุดังกล่าวนี้เองผู้วิจัยจึงนำเสนอประวัติความเป็นมา ความหมาย รวมถึงจำแนก ลักษณะและสภาพการทำงานของแรงงานหญิงในสถานบริการผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด เพื่อประโยชน์ในการศึกษาโดยรวม ดังนี้

2.5.1 ประวัติความเป็นมา

หญิงบริการในประเทศไทยถือกำเนิดขึ้นมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16-17³¹ โดยไม่ได้ถูกนำเข้ามาจากชาติตะวันตกตามเรื่องเล่ากัน เริ่มเป็นที่แพร่หลายกับชาวตะวันตก ในช่วงที่มีการติดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับชาวตะวันตก มีหลักฐานเป็นศัพท์ในสมัย สมเด็จพระนารายณ์มหาราช เรียกว่า รับจ้างทำชำเราแก่บุรุษ โดยเรียกว่า “โสเภณี” ซึ่งเป็นอาชีพเก่าแก่

ต่อมาเมื่อถึงกรุงรัตนโกสินทร์ แหล่งประจำของหญิงบริการอยู่ที่สำเพ็งลูกค้าส่วนใหญ่เป็นพวกชาวจีน เพราะสำเพ็งเป็นแหล่งคนจีน มาตั้งแต่สร้างกรุง ซึ่งในนิราศเมืองแกลง ของสุนทรภู่ ได้กล่าวไว้ว่า เมื่อท่านออกเดินทางไประยองในตอนยามสอง นั่งเรือล่องไปตามแม่น้ำเจ้าพระยา ก็ได้ยินเสียงหญิงเหล่านี้ขับร้องเพลงลอยลมมา

“ถึงสำเพ็งแก่งตั้งริมฝั่งน้ำ แพรประจำจอดเรียงเคียงขนาน

มีซุ้มชอกตรอกนางเจ้าประจານ

ยังสำราญร้องขับไม่หลับลง”

ประมวลกฎหมายตรา 3 ดวงบทพระไอยการลักษณะฝัวเมีย มีการบัญญัติผู้ค้าประเวณีว่าหญิงนครโสเภณี และในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวมีสถานประกอบการเรียกว่าโรงหญิงนครโสเภณี โดยทั่วไปมีโคมกระจกสีเขียวตั้งข้างหน้า จึงเรียกกันว่า สำนักโคมเขียว พอคำก็เปิดไฟหรือจุดตะเกียงในโคมให้ลูกค้ารู้กันเป็นสัญลักษณ์ โดยแหล่งที่ขึ้นชื่อมากเรียกว่า "ตรอกเต้า" มีสำนักตั้งกันเรียงรายตลอดตรอก

โดยลักษณะของหญิงบริการในสมัยนั้นอายุ 15-16 ขึ้นไป ชอบผัดหน้าขาว กินหมากปากแดง ใส่ผ้าออบไทยหอมฟุ้ง แต่งตัวก็นุ่งผ้าลายหรือโจงกระเบน ห่มผ้าแถบหรือสไบเฉียง บางคน

³¹ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, “การค้าประเวณีแอบแฝง (รายงานวิชากฎหมายกับสังคม),” สืบค้นเมื่อวันที่ 25 มกราคม 2559, จาก www.law.cmu.ac.th/law2011/177404/files/1325744049

ใส่เสื้อคอ คือเป็นเสื้อมีสายโยงปากคล้าย ๆ เสื้อสายเดี่ยว ตกคำพวกนี้ก็จะมานั่งโชว์ตัวอยู่หน้าห้อง ริมตรอกอย่างเปิดเผยคอยต้อนรับลูกค้าส่วนในเวลากลางวันนั้นพวกเขาใช้เวลาส่วนใหญ่นอนพัก

อาชีพหญิงบริการในสมัยก่อนเป็นอาชีพที่ไม่ผิดกฎหมาย³² แต่ทางการเขาก็ไม่ได้ปล่อยให้เอาไว้เฉย ๆ โดยมีการเก็บภาษีอากรเข้ารัฐกับเขาด้วย ในรูปแบบภาษีโรงเรือน กระทั่งหลังปี พ.ศ. 2499 เริ่มมีพระราชบัญญัติปรามการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 กำหนดว่าการค้าประเวณีเป็น ความผิดอย่างชัดเจน แต่ในสังคมยุคใหม่เริ่มแพร่หลายมากขึ้นในช่วงสงครามเวียดนาม โดยในช่วง นั้นการค้าประเวณีจะเป็นการลักลอบค้าประเวณี ซึ่งจากการตราพระราชบัญญัติปรามการค้า ประเวณี พ.ศ. 2503 ดังกล่าวทำให้สถานที่ทำงานของหญิงบริการเปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มกระจาย ตัวเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการเป็นการแอบแฝง ซึ่งสถานที่ให้บริการดังกล่าวในปัจจุบัน เรียกว่า “อาบอบนวด” เป็นสถานบริการทางเพศโดยตรง โดยผู้ขายบริการจะนั่งรอภายในสถาน บริการและรอลูกค้าเข้ามาเลือก โดยในสถานบริการจะมีบริการจัดห้องไว้รับรอง

ปัจจุบันการค้าประเวณีในประเทศไทยเป็นเรื่องผิดกฎหมาย แต่ก็ยังคงปล่อยให้มีการ เปิดสถานบริการที่จัดให้มีการอาบน้ำ และนวด (อาบ อบ นวด) ซึ่งถูกจัดให้อยู่ในส่วนของสถาน บริการทั่วไปกระจายอยู่ในกรุงเทพมหานครทั่วไป รวมถึงต่างจังหวัดโดยเฉพาะจังหวัดใหญ่ ๆ นอกจากนี้ยังมีสถานบันเทิง คาเฟ่ ร้านอาหารไอศกรีม สปา หรือร้านตัดผม บางแห่งมีการบริการพิเศษ เพิ่มเติมสำหรับลูกค้าโดยไม่ผิดกฎหมาย แต่เป็นที่รับรู้กันว่าเป็นที่แอบแฝงไปด้วยหญิงบริการ ผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งเน้นการให้บริการความสุขทางเพศเป็นสำคัญ

2.5.2 ความหมายของแรงงานหญิงในสถานบริการ

“แรงงานหญิงในสถานบริการ” หมายถึง หญิงผู้ให้บริการแก่ลูกค้าที่มาใช้บริการของ สถานบริการนั้น

หญิงผู้ให้บริการ ได้แก่ ผู้สนองความต้องการหรือบันเทิงให้แก่ลูกค้า ซึ่งได้แก่ ลูกจ้าง หญิงบริการ หญิงบำเรอ หญิงพนักงานอาบอบนวด หรือคนรับใช้ในสถานบริการนั้น ๆ

ลูกจ้าง ได้แก่ แรงงานหญิงที่ทำหน้าที่ต่าง ๆ กัน ดังนี้ เป็นพนักงานต้อนรับ พนักงานเส ร์ที่อาหาร พนักงานเก็บเงิน พนักงานทำความสะอาด พนักงานดูแลทั่วไปหญิง พนักงานปรุงอาหาร พนักงานผสมเครื่องดื่ม เป็นต้น

หญิงบริการ ได้แก่ หญิงคู่เต้นหรือหญิงคู่รำกับแขกที่เข้าไปเที่ยวในสถานบริการนั้น เช่น หญิงพาร์ตเนอร์ในไนต์คลับ สาวรำวงในโรงรำวง ตามปกติเป็นหญิงบริการ ตาม

³² วิทิพย์, “การค้าประเวณี,” สืบค้นเมื่อวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2559, จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/การค้าประเวณี>

พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 3(1) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

หญิงบำเรอ คือ หญิงปรนนิบัติลูกค้า คอยริน หรือป้อนสุราหรือน้ำชาหรืออาหารแก่ลูกค้า ตามปกติสถานบริการ ตามพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 3(2) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

หญิงพนักงานอาบอบนวด คือ หญิงผู้บริการอาบน้ำ นวด หรืออบตัว ซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นมืออาชีพ เรียกกันทั่วไปว่า หมอนวด

ส่วนคนรับใช้นั้น มิใช่ลูกจ้างดังกล่าวข้างต้น แต่อาจเป็นคนใช้ส่วนตัวของผู้จัดการสถานบริการก็ได้ แต่ต้องทำงานในสถานบริการ³³

สถานบริการ หมายถึง สถานบริการตามคำจำกัดความของพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 มาตรา 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสถานบริการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2521 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2525 และ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2546

เนื่องจากการทำงานของแรงงานหญิงในสถานบริการนั้น กฎหมายแรงงานที่ใช้ในปัจจุบันของประเทศไทย ยังไม่ครอบคลุมถึง หญิงบริการ หญิงบำเรอ หญิงพนักงานอาบอบนวด ในขณะที่แรงงานที่ปฏิบัติหน้าที่อื่น ซึ่งทำงานอยู่สถานบริการเดียวกันต่างก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานที่แตกต่างกันตามรูปแบบของการทำงาน

โดยในการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จะศึกษาเฉพาะแรงงานหญิงที่ทำงานในสถานบริการและอยู่นอกข่ายความคุ้มครองของกฎหมายแรงงาน โดยมุ่งหมายถึงพนักงานหญิงบริการ ผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดเท่านั้น เพื่อหามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองการทำงานของแรงงานหญิงเหล่านี้ต่อไป

2.5.3 สภาพการทำงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด

เนื่องจากการทำงานของหญิงในสถานบริการต่าง ๆ เป็นการทำงานด้านบริการทั้งหมด โดยมีทั้งงานบริการภาคปกติทั่วไป รวมถึงงานบริการที่จัดเป็นแรงงานกลุ่ม “พิเศษ” ซึ่งงานดังกล่าวมีลักษณะของการทำงาน และสภาพของการทำงาน ที่แตกต่างกับแรงงานประเภทอื่น จึงทำให้มีสมมุติฐานว่าสภาพการจ้างงานนั้นไม่มีการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือขึ้น ไม่มีข้อบังคับการทำงานทั้งหมดขึ้นอยู่กับเจ้าของสถานบริการกำหนด และเวลาการทำงาน วันหยุด วันพักผ่อน มีไม่แน่นอน รวมถึงในเรื่องการจ่ายเงินเดือน ค่าจ้างที่แตกต่างจากงานในลักษณะทั่วไป ที่สำคัญคือกรณีการลา

³³ สมพร พรหมพิตร, ดร.ฉ. โสคติพันธุ์, และโดม วิศิษฐ์สรอรรถ, คู่มือกฎหมายสถานบริการ, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ธรรมชา, 2539), น. 60-62.

คลอดที่ไม่ได้รับเงินเดือน ค่าจ้าง หรือเงินช่วยเหลือใด ๆ เช่นเดียวกับแรงงานในภาคทั่วไป นอกจากนี้ยังรวมไปถึงการถูกเลิกจ้างเหตุเพราะแรงงานหญิงนั้นตั้งครรภ์

โดยสรุปแล้ว จากลักษณะและสภาพการทำงานของแรงงานหญิงในสถานบริการนั้น แรงงานหญิงเหล่านี้อาจพิจารณาให้ได้ว่าเป็นการทำงานตามสัญญาจ้างบริการ ซึ่งการทำงานตามสัญญาจ้างบริการ ไม่ได้มีการกำหนดให้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงาน ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า แรงงานหญิงในสถานบริการผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด เป็นการจ้างประเภทหนึ่งที่ไม่ใช่ทั้งการจ้างแรงงานและการจ้างทำของ ประกอบกับสภาพการทำงาน ส่วนใหญ่ไม่มีการทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือขึ้นกับเจ้าของสถานบริการ โดยเจ้าของสถานบริการจะชี้แจงด้วยวาจาว่ามีเงื่อนไขการทำงานเป็นอย่างไร มีหน้าที่ความรับผิดชอบอะไรบ้าง รายได้เท่าไร และถูกหักเท่าไร เวลาทำงาน สถานที่ทำงานอยู่ที่ไหนจะมีรายได้พิเศษหรือสวัสดิการต่าง ๆ อย่งไรบ้าง ซึ่งแรงงานหญิงส่วนใหญ่เข้าใจถึงเงื่อนไขการทำงานหรือข้อตกลงนั้นและเจ้าของสถานบริการก็ปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าว จึงเป็นปัญหาที่น่าพิจารณาว่าแรงงานหญิงเหล่านี้อาจไม่ได้อยู่ในหลักเกณฑ์ที่กฎหมายจะให้ความคุ้มครองในการทำงาน มีผลให้แรงงานหญิงกลุ่มนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานที่มีอยู่ทั้งเรื่องการเข้ารักษาพยาบาล การลาป่วย ลาคลอด ประกันสังคมและสิทธิอื่น ๆ ตามที่กฎหมายแรงงานกำหนด จึงถือเป็นปัญหาทางด้านแรงงานที่สำคัญที่สมควรได้รับการศึกษาพัฒนาและแก้ไข ซึ่งผู้วิจัยจะได้นำเสนอผลการศึกษาความคุ้มครองแรงงานหญิงในสถานบริการของต่างประเทศในบทต่อไป