

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานหญิงผู้ให้บริการ
ในสถานบริการที่จัดให้มีการอาบน้ำ และนวด
ศึกษาเฉพาะสถานบริการในเขตกรุงเทพมหานคร

ภักดี หิรัญนพเจริญ*
ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์**

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อทำการศึกษามาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานหญิงผู้ให้บริการในสถานบริการที่จัดให้มีการอาบน้ำ และนวด โดยที่แรงงานหญิงกลุ่มนี้ถือเป็นแรงงานประเภทหนึ่งที่มีลักษณะการทำงานที่พิเศษโดยใช้ “สรีระ” เป็นส่วนสำคัญในการให้บริการที่มีลักษณะของการทำงานและการจ้างงานที่ก้ำกึ่งระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของ ซึ่งมีอยู่จริงในระบบการจ้างงานในประเทศไทยก่อให้เกิดปัญหาทางด้านแรงงานที่สำคัญ กล่าวคือ แรงงานหญิงกลุ่มนี้เป็นแรงงานประเภทใดระหว่างจ้างแรงงาน จ้างทำของ หรืออาจเป็นการจ้างงานอีกประเภทหนึ่งคือจ้างบริการ นอกจากนี้เป็นที่น่าสนใจว่าแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดกลุ่มนี้อยู่ภายใต้ความคุ้มครองแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 รวมถึงมีเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ.2518 หรือไม่

จากการศึกษาพบว่าปัจจุบันกฎหมายแรงงานของไทยการแบ่งประเภทของแรงงานยังมีความคลุมเครือไม่ชัดเจนโดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดทำให้ความคุ้มครองทางด้านแรงงานตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 รวมถึงการได้รับเสรีภาพในการรวมกลุ่มตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังไม่ครอบคลุมถึงแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ทำให้ไม่ได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมายแรงงาน และไม่มีเสรีภาพในการรวมกลุ่มสำหรับแรงงานของตนเพื่อเจรจาเสนอความต้องการของกลุ่มแรงงานตนกับผู้ประกอบการ รวมไปถึงการไม่ได้รับสวัสดิการเช่นเดียวกับแรงงานภาคปกติอื่นทั่วไป อีกทั้งความคุ้มครองที่มีอยู่ก็ไม่มีเพียงพอและไม่มีความเหมาะสมต่อสภาพของการทำงานรวมถึงไม่ตรงความต้องการที่แท้จริงของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะว่าสมควรให้มีการออกกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่แรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดเป็นการเฉพาะโดยกำหนดให้แรงงานหญิงบริการต้องได้รับการพิจารณาและรับเข้าเป็นลูกจ้างของสถานบริการนั้น พร้อมทั้งควรกำหนดมาตรการและสวัสดิการให้เหมาะสมต่อความต้องการที่แท้จริงของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดเพื่อให้ได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานเช่นเดียวกับแรงงานภาคปกติทั่วไป

* นักศึกษาลัทธิสุตธมนิตศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

** ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

1. บทนำ

แรงงานเป็นสิ่งสำคัญโดยเฉพาะแรงงานที่มีส่วนในการสร้างรายได้ให้กับประเทศ ซึ่งหมายความรวมถึงแรงงานในกลุ่ม “ธุรกิจเพศบริการ” ด้วยกลุ่มหนึ่ง แต่ปรากฏว่าการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 รวมถึงพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ได้กำหนดลูกจ้างที่จะได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานรวมถึงมีเสรีภาพในการรวมกลุ่มกัน จัดตั้งสหภาพแรงงานของตนต้องมีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากลักษณะของการจ้างงานและรูปแบบของการทำงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดแล้ว พบว่าเป็นการจ้างงานที่ก้ำกึ่งระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของ ยังไม่ชัดเจนว่าเป็นการจ้างงานประเภทใด เนื่องจากยังไม่เคยมีนักกฎหมาย หนังสือ หรือตำราเล่มใดเคยให้คำนิยามไว้โดยชัดเจน ทำให้แรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดกลุ่มนี้ไม่ได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานเช่นเดียวกับแรงงานภาคปกติอื่นทั่วไป ทั้งนี้เมื่อพิจารณาแล้วแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด เหล่านี้ก็เป็นแรงงานประเภทหนึ่งที่มีลักษณะการทำงานที่พิเศษและต้องการความคุ้มครองทางด้านแรงงานเช่นเดียวกัน เนื่องจากการทำงานเป็นการให้บริการโดยมีสาระสำคัญเพื่อสนองความต้องการแก่ลูกค้าซึ่งด้วยลักษณะทางกายภาพของแรงงานหญิงแล้วไม่เอื้ออำนวยให้สนองความต้องการแก่ลูกค้าได้ทุกวัน

ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นจะเห็นได้ว่าการทำงานของแรงงานหญิงในสถานบริการผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นการทำงานรูปแบบใด อยู่ภายใต้ขอบเขตการจ้างงานตามสัญญาจ้างหรือไม่ จึงเป็นที่น่าสนใจว่าหากแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดไม่ได้ถูกจ้างงานตามสัญญาจ้างแรงงานหรือจ้างทำของจะยังคงได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานเช่นเดียวกับแรงงานปกติทั่วไปหรือไม่ รวมถึงมาตรการคุ้มครองแรงงานที่มีอยู่นั้นครอบคลุม เหมาะสมเพียงพอต่อความต้องการของแรงงานหญิงกลุ่มนี้เพียงใด ทั้งนี้เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ชัดเจนว่า “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองโดยเท่าเทียมกัน” ดังนี้ ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรศึกษาถึงหลักการ แนวคิด ความหมาย ลักษณะ ของสัญญาจ้างประเภทต่าง ๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และศึกษาถึงมาตรการสำหรับการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงในสถานบริการต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมชัดเจน และเป็นธรรมกับทุกฝ่าย โดยเฉพาะฝ่ายแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดที่มักถูกเอาเปรียบทางสังคมเสมอมา

2. แนวคิด ลักษณะ ของสัญญาจ้างแรงงาน สัญญาจ้างทำของ สัญญาจ้างบริการ และสภาพการทำงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด

2.1 จ้างแรงงาน

แนวคิดของสัญญาจ้างแรงงานในต่างประเทศเริ่มตั้งแต่ยุคโรมันยุคกลาง และยุคการปฏิวัติของฝรั่งเศส¹ กล่าวคือ ในสมัยโรมันยังไม่ปรากฏมีแนวคิดเกี่ยวกับสัญญาจ้างแรงงานอย่างที่เห็นอยู่ในปัจจุบัน

1 สดุดี สินไชย “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานนอกระบบ” ,วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,2550.

นักกฎหมายโรมันรู้จักเพียง “สัญญาเช่า (Location Conduction)” ประเภทเดียวเท่านั้นและได้ใช้กฎเกณฑ์ของสัญญานี้ครอบคลุมถึงความสัมพันธ์ทุกประเภทที่ถือว่าอยู่ในสัญญาเช่า²

ในยุคหลังสมัยโรมันนักกฎหมายคลาสสิกได้ศึกษาสัญญาเช่าของโรมันและได้อธิบายเป็นแนวคำอธิบายสมัยใหม่ว่า แบ่งออกเป็นสามประเภท คือ สัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาเช่าเพื่อผลงาน และสัญญาเช่าการทำงาน แต่ก็ได้ให้ความสำคัญมากนักเพราะในสมัยนั้นปัญหาทางด้านแรงงานมีอยู่ไม่มากและสามารถแก้ไขได้เท่าที่กฎหมายมีอยู่ในตอนนั้น

โดยแนวคิดของสัญญาจ้างแรงงานของประเทศไทยนั้นได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายโรมัน ซึ่งมีรากฐานมาจากสัญญาเช่าแยกออกเป็น “สัญญาเช่าทรัพย์สิน (Locatio Conduco Rei)” “สัญญาเช่าบริการ หรือสัญญาจ้างแรงงาน (Locatio Conduco Operarum)” และ “สัญญาเช่างาน หรือสัญญาจ้างทำของ (Locatio Conduco Operis)” โดยสัญญาเช่าทรัพย์สิน คือสัญญาให้ใช้ทรัพย์สินโดยมีค่าตอบแทน สัญญาเช่าบริการ คือสัญญาการใช้แรงงานกระทำการให้นายจ้างโดยมีค่าตอบแทน และสัญญาจ้างทำของ คือ สัญญาจ้างทำงานจ้างใดจนสำเร็จ³ ซึ่งสัญญาจ้างแรงงานที่ใช้ในปัจจุบันของไทยมีปฐมบทในต้นสมัยของรัชกาลที่ 7 โดยบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มาตรา 575 มีลักษณะสำคัญได้แก่ เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย ได้แก่ “ลูกจ้าง” ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่อีกฝ่าย คือ “นายจ้าง” โดยเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือ ลูกจ้างมีหน้าที่ต้องทำงานให้และนายจ้างก็มีหน้าที่จ่ายเงินจ้างเป็นการตอบแทน โดยนายจ้างมีอำนาจบังคับบัญชาลูกจ้างภายใต้ขอบเขตที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งวัตถุประสงค์ในการทำงานส่วนใหญ่เป็นของนายจ้างลูกจ้างเพียงแต่มีหน้าที่ทำงานให้เต็มกำลังความรู้ความสามารถที่มีอยู่ให้แก่นายจ้างเท่านั้น ทั้งนี้ จ้างแรงงานนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบจึงไม่จำเป็นต้องทำสัญญาจ้างเป็นหลักฐานแต่อย่างใดก็สามารถฟ้องร้องบังคับคดีต่อกันได้ตามกฎหมาย

2.2 จ้างทำของ

แนวคิดของสัญญาจ้างทำของนั้นเหมือนกับแนวคิดของสัญญาจ้างแรงงาน โดยได้มีการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 มาตรา 587 มีลักษณะสำคัญ ดังนี้เป็นสัญญาที่มีคู่สัญญา 2 ฝ่าย ได้แก่ “ผู้รับจ้าง” ผู้ซึ่งตกลงรับทำงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งให้แก่อีกฝ่ายคือ “ผู้ว่าจ้าง” โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ คือ มุ่งถึงผลสำเร็จของงานที่ทำนั้น “ผู้ว่าจ้าง” มีหน้าที่เพียงจ่ายเงินจ้างให้แก่ “ผู้รับจ้าง” เพื่อตอบแทนแก่งานที่ “ผู้รับจ้าง” ทำสำเร็จ โดยผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้รับจ้าง ซึ่งวัตถุประสงค์ในการทำงานส่วนใหญ่เป็นของผู้รับจ้าง ทั้งนี้การจ้างทำของก็เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบเช่นกัน

2.3 จ้างบริการ

ตามที่ได้กล่าวไว้ว่าการจ้างงานตามกฎหมายนั้นแบ่งออกเป็นจ้างแรงงาน และจ้างทำของ แต่แท้ที่จริงแล้วมีการจ้างงานอีกประเภทหนึ่งในปัจจุบันที่ไม่เข้าลักษณะทั้งการจ้างแรงงานหรือจ้างทำของ อาจเป็นการจ้างอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งผู้วิจัยขออนุญาตว่าเป็นการจ้างบริการ โดยมีแนวคิดมาจากต่างประเทศ

² Barry Nicholas. An Introduction to Roman law. Oxford: Clarendon Press, 1962, p.182 อ้างถึงในวินัย ลิวีโรจน์ “สัญญาจ้างแรงงาน: ศึกษาในแง่ลักษณะของนิติสัมพันธ์” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533, หน้า 7

³ ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, “กฎหมายแรงงานในต่างประเทศ” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2. พฤษภาคม 2517, หน้า 43

เริ่มต้นจากเมื่อมีการเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ “องค์การการค้าโลก” ซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของ “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS)” จึงนับเป็นข้อตกลงฉบับแรกสำหรับการค้าการลงทุนระหว่างประเทศในด้านอุตสาหกรรมและบริการ ซึ่งในประเทศไทยเองได้มีผู้มีความรู้มากมายได้ให้คำนิยามต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ อาทิ ดร.ชัยสมพล ชาวประเสริฐ ได้ให้นิยามของคำว่าบริการไว้ว่า คือ “กิจกรรมของกระบวนการส่งมอบสินค้าที่ไม่มีตัวตนของธุรกิจให้กับผู้ใช้บริการ โดยสินค้าที่ไม่มีตัวตนนั้นจะต้องตอบสนองความต้องการของผู้รับบริการจนนำไปสู่ความพอใจได้”⁴

ดังนั้น เห็นได้ว่าการจ้างบริการไม่ใช่เรื่องใหม่ในสังคมไทย เพียงแต่ยังไม่เคยมีตำราหรือนักกฎหมายท่านใดให้คำนิยามมาก่อน แต่เมื่อพิจารณาจากลักษณะของงานแล้วจะเห็นได้ว่ามีลักษณะที่กำกวมระหว่างการจ้างแรงงานกับการจ้างทำของ ดังนั้นลักษณะของการจ้างบริการจึงต้องอาศัยการเปรียบเทียบจากหลักการจ้างแรงงานและการจ้างทำของ กล่าวคือ โดยทั่วไปแล้วจะเป็นสัญญาซึ่งมีคู่สัญญา 2 ฝ่าย คือ ผู้รับบริการกับผู้ให้บริการ ซึ่งผู้รับบริการไม่มีอำนาจบังคับบัญชาผู้ให้บริการ วัสดุ อุปกรณ์ส่วนใหญ่เป็นของผู้ให้บริการส่วนผลสำเร็จของการบริการนั้นขึ้นอยู่กับปัจจัยอื่น ๆ ซึ่งไม่แน่นอน เช่น การจ้างทนายความ ว่าความคดี จะแพ้หรือชนะขึ้นอยู่กับพยานหลักฐานในคดี หรือจ้างแพทย์รักษาอาการเจ็บป่วย จะรักษาหายหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับอาการและความรุนแรงของโรค หรือยาที่ใช้รักษา เป็นต้น แต่การจ้างบริการที่กล่าวถึงในบทความนี้อาจถือได้ว่า เป็นสัญญาซึ่งมีคู่สัญญา 3 ฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้ให้บริการ ตกลงที่จะทำงานอย่างใดให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ จนงานสำเร็จ เพื่อให้ได้มาซึ่งสินจ้างจากบุคคลภายนอกซึ่งเป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเรียกว่า ผู้รับบริการ โดยผู้รับประโยชน์ในฐานะที่เป็นผู้มีอำนาจควบคุม บังคับบัญชาผู้ให้บริการ รวมถึงเป็นผู้จัดหาวัสดุ อุปกรณ์ และสถานที่ ตกลงจะแบ่งสินจ้างให้แก่ผู้ให้บริการเพื่อตอบแทนแก่การบริการที่ทำนั้น ทั้งนี้จ้างบริการก็เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบเหมือนการจ้างแรงงานและจ้างทำของเช่นเดียวกัน และจากลักษณะของสัญญาจ้างบริการข้างต้นเห็นได้ว่าสอดคล้องกับสภาพการจ้างงานและสภาพของการทำงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งในบทความฉบับนี้ผู้วิจัยได้มุ่งเน้นศึกษาถึงการจ้างบริการของแรงงานหญิงในสถานบริการ ที่จัดให้มีการอาบน้ำ และนวดเป็นสำคัญ

2.4 สภาพการทำงานของหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดในประเทศไทย

หญิงบริการในประเทศไทยถือกำเนิดขึ้นมาในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 16-17⁵ ในช่วงที่มีการติดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศกับชาวตะวันตก มีหลักฐานเป็นศัพท์ในสมัยสมเด็จพระนารายณ์มหาราช เรียกว่า รับจ้างทำชำเราแก่บุรุษ โดยเรียกว่า “โสเภณี” ซึ่งเป็นอาชีพเก่าแก่ ต่อมาเมื่อถึงกรุงรัตนโกสินทร์ แหล่งประจำของหญิงบริการอยู่ที่สำเพ็งซึ่งในนิราศเมืองแกลงของสุนทรภู่ ได้กล่าวไว้ว่า

**“ถึงสำเพ็งแก่งตั้งริมฝั่งน้ำ แปะประจำจอดเรียงเคียงขนาน มีชู้มชอกตรอกนางเจ้าประจານ
ยังสำราญ ร้องขับไม่หัลบลง”**

4 สุพรรณณี อินทร์แก้ว ,การตลาดธุรกิจบริการเฉพาะอย่าง , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพลส จำกัด, 2549), หน้า 2

5 Online : www.law.cmu.ac.th/law2011/177404/files/1325744049 เรื่อง รายงานวิชาการกฎหมายกับสังคม เรื่อง การค้าประเวณีแบบแฝง

อาชีพหญิงบริการในสมัยก่อนเป็นอาชีพที่ไม่ผิดกฎหมาย⁶ กระทั่งหลังปี พ.ศ. 2499 เริ่มมีพระราชบัญญัติปราบการค้าประเวณี พ.ศ. 2503 ทำให้สถานที่ทำงานของหญิงบริการเปลี่ยนแปลงไป โดยเริ่มเปลี่ยนแปลงลักษณะการให้บริการเป็นการแอบแฝง ซึ่งสถานที่ให้บริการดังกล่าวในปัจจุบันเรียกว่าสถานบริการที่จัดให้มีการอาบน้ำและนวด ซึ่งถูกจัดให้อยู่ในส่วนของสถานบริการทั่วไป โดยมีสภาพของการทำงานรวมถึงลักษณะของการจ้างงานที่แตกต่างและพิเศษออกไป กล่าวคือสภาพการจ้างงานนั้นไม่มีการทำสัญญาเป็นหนังสือ ไม่มีข้อบังคับการทำงาน ดังนั้นการทำงานรวมถึงสวัสดิการต่าง ๆ ทั้งหมดขึ้นอยู่กับเจ้าของสถานบริการกำหนด ซึ่งส่วนใหญ่มักจะไม่เป็นตามกฎหมายบัญญัติไว้ รวมถึงการจ่ายเงินเดือนค่าจ้างก็แตกต่างไปจากงานลักษณะทั่วไป คือตกลงจ่ายเป็นเปอร์เซ็นต์ตามสัดส่วนจากรายได้ที่ได้รับจากผู้รับบริการเท่านั้นเท่านั้นคร่าว

3. วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายในการให้ความคุ้มครองการทำงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ตามกฎหมายของประเทศไทย

3.1 วิเคราะห์ปัญหาประเภทของแรงงานตามลักษณะการทำงานและการจ้างงานของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด

ประเทศไทยการคุ้มครองทางด้านแรงงานมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งประเภทของแรงงานออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน และลูกจ้างตามสัญญาจ้างทำของ ซึ่งพิจารณาจากลักษณะของการทำงานและสภาพของการจ้างงานเป็นสำคัญ แต่ความเป็นจริงในปัจจุบันเกิดการจ้างงานขึ้นอีกประเภทหนึ่งที่ไม่เข้าลักษณะทั้งของการจ้างแรงงานและจ้างทำของ ซึ่งกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยยังไม่มีความนิยามใดแยกลักษณะของการจ้างงานดังกล่าวไว้ว่าเป็นการจ้างงานในประเภทใด และต้องนำกฎหมายใดมาให้การคุ้มครองแก่แรงงานในกลุ่มดังกล่าว แม้แต่กฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับปัจจุบันที่บัญญัติขึ้นไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หรือพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ก็ตาม ด้วยเหตุดังกล่าวทำให้เกิดปัญหาสำหรับการให้ความคุ้มครองแรงงานที่มีอยู่ในประเภทของแรงงานที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายแรงงานอื่นใดกำหนด ทำให้แรงงานกลุ่มนี้ไม่มีสิทธิได้รับการคุ้มครองทางด้านแรงงานตามกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าความชัดเจนในการแบ่งประเภทแรงงานนั้นมีความสำคัญสำหรับแรงงานกลุ่มพิเศษดังกล่าวนี้เพื่อให้ได้รับการรับรองและคุ้มครองทางด้านแรงงานตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทย

ดังนั้น การกำหนดประเภทแรงงานที่จะให้ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานของไทยนั้น นอกเหนือจากการแบ่งประเภทแรงงานที่มีมาก่อนแล้ว ต้องคำนึงถึงสภาพการจ้างงานที่เกิดขึ้นในปัจจุบันที่มีลักษณะแตกต่างไปจากเดิม ซึ่งมีรูปแบบและมีลักษณะที่ก้ำกึ่งระหว่างสัญญาจ้างแรงงานกับสัญญาจ้างทำของ จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งต้องมีการกำหนดประเภทของแรงงานขึ้นมาเพิ่มเติมอีกประเภทหนึ่งให้ชัดเจนซึ่งอาจเป็นการจ้างบริการ ตามที่ผู้วิจัยได้นิยามไว้ในบทความฉบับนี้

3.2 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องการไม่มีกฎหมายคุ้มครองแรงงานในหมวดว่าด้วยเรื่องของการจ้างบริการโดยตรง

⁶ [Online]. Available URL: <https://th.wikipedia.org/wiki/การค้าประเวณี>

จากการวิเคราะห์ปัญหาประเภทของแรงงานโดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำและนวด ในข้อ 3.1 พบว่าปัญหาดังกล่าวทำให้ไม่สามารถทราบถึงประเภทของแรงงานที่มีโดยแท้จริงเพื่อนำมาบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับการคุ้มครองทางด้านแรงงานในแต่ละประเภทของแรงงานนั้น ๆ อีกทั้งช่วงระยะเวลาเริ่มต้นที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องของจ้างแรงงาน และจ้างทำของดังกล่าวมีผลใช้บังคับนั้น พบว่าการจ้างงานและลักษณะของการทำงานยังคงเป็นไปในรูปแบบเดิม ไม่ซับซ้อนทำให้บทบัญญัติที่มีและบังคับใช้อยู่ในขณะนั้นเพียงพอต่อการให้ความคุ้มครองทางด้านแรงงานและครอบคลุมแรงงานทุกประเภท แต่เมื่อการจ้างงานได้พัฒนาและปรากฏการจ้างงานขึ้นอีกประเภทหนึ่งซึ่งนานาประเทศเองต่างมีกฎหมายให้การรับรองภายใต้นิยามคำว่า “จ้างบริการ” สำหรับใช้แก้ไขปัญหาคือพิพาทอันเกิดจากการจ้างบริการดังกล่าวภายในประเทศของตนโดยตรง กลับพบว่าเมื่อพิจารณากฎหมายแรงงานของไทยทุกฉบับกลับไม่มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้โดยตรง ทำให้เกิดปัญหาว่าเมื่อเกิดข้อพิพาททางด้านแรงงานระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ให้บริการรวมถึงผู้ใช้บริการขึ้นแล้วจะใช้บทบัญญัติใดระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของในการตีความสำหรับให้ความคุ้มครองทางด้านแรงงานแก่แรงงานในกลุ่มดังกล่าว หรือแรงงานที่อยู่ภายใต้การจ้างงานในลักษณะที่พิเศษนี้จะยังคงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานของไทยหรือไม่ จึงเป็นปัญหาต่อการให้ความคุ้มครองแรงงานกลุ่มพิเศษในสถานบริการทั่วประเทศ โดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ดังเช่น ตัวอย่างตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๓๕๒/๒๕๒๔ ในเรื่องของช่างตัดผม ซึ่งหากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีบทบัญญัติชัดเจนครอบคลุมถึงแรงงานประเภทดังกล่าวโดยตรงแล้วแรงงานช่างตัดผมตามคำพิพากษาศาลฎีกานี้จะต้องได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานและไม่ถูกเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม

ดังนั้น เพื่อให้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในหมวดที่เกี่ยวข้องกับแรงงานสามารถให้การคุ้มครองแก่แรงงานได้ทุกประเภทตามสภาพการจ้างงานที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบัน จึงจำเป็นต้องเพิ่มเติมบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใหม่โดยตรงเป็นเอกเทศสัญญาอีกประเภทหนึ่งในหมวดว่าด้วยเรื่องของ “จ้างบริการ” เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่แรงงานทุกประเภทสืบไป

3.3 วิเคราะห์ปัญหาการไม่มีมาตรการคุ้มครองการทำงาน และการไม่มีกำหนดสวัสดิการของแรงงานหญิงในสถานบริการ โดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด

โดยที่พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ที่ใช้กำกับดูแลสถานบริการทั่วประเทศ โดยตรงรวมถึงเป็นกฎหมายสำคัญที่แสดงถึงการรับรองสถานภาพความมีตัวตนที่ถูกต้องตามกฎหมายของแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งเป็นแรงงานส่วนใหญ่ในสถานบริการอาบ อบ นวด แต่กลับไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดไว้เพื่อให้ความคุ้มครองทางด้านแรงงานโดยตรงแก่แรงงานในสถานบริการ โดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งเป็นแรงงานหญิงที่มีลักษณะของการทำงานที่พิเศษอันควรได้รับการคุ้มครองและดูแลเป็นกรณีเฉพาะ

ดังนั้นจึงจำเป็นต้องตรากฎหมายสำหรับใช้คุ้มครองแก่แรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดที่ไม่อยู่ภายใต้การคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานโดยตรงเพื่อลดช่องว่างทางกฎหมายในการตราพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509 ฉบับนี้

3.4 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องการไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองแรงงาน และมาตรการที่มียังไม่สามารถให้ความคุ้มครองได้อย่างเหมาะสม และเพียงพอ

ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายของไทยแรงงานสามารถได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานและได้รับสวัสดิการตามที่กฎหมายแรงงานกำหนด หากเข้าหลักเกณฑ์และตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ปรากฏแรงงานประเภทหนึ่ง ได้แก่ แรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ที่ไม่ได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานตามกฎหมายแรงงานของไทย ดังเช่นแรงงานอื่นทั่วไป สาเหตุเพราะการจ้างงานที่มีลักษณะที่กำกวมระหว่างจ้างแรงงานกับจ้างทำของ ซึ่งไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ สะท้อนให้เห็นถึงความไม่ทันสมัยในมาตรการทางกฎหมายของไทยหากเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศที่มีแรงงานในลักษณะการจ้างงานเช่นเดียวกัน จากปัญหาดังกล่าวเมื่อศึกษาจึงพบว่าสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 138 กำหนดให้แรงงานหญิงทุกคนที่ทำงานในสถานบันเทิง อาทิ ไนต์คลับ บาร์ สถานบริการอาบอบนวด ภายใต้ความควบคุมของนายจ้าง ต้องรับแรงงานหญิงดังกล่าวเป็นลูกจ้างในกิจการนั้น ทำให้ไม่ว่าอย่างไรแรงงานหญิงในกลุ่มพิเศษเหล่านี้ก็จะได้รับความคุ้มครองทางด้านแรงงานตามกฎหมายของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์เช่นเดียวกันกับแรงงานภาคปกติทั่วไป ทั้งนี้ หากไทยสามารถนำหลักการดังกล่าวมาเป็นแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อใช้บังคับแล้วก็จะสามารถจัดอุปสรรคอันเป็นปัญหาทางด้านแรงงานสำคัญนี้ได้เช่นกัน

อย่างไรก็ตามพบว่ามาตรการคุ้มครองแรงงานหญิงของไทยที่ปรากฏยังมีไม่เพียงพอ และยังไม่มีความเหมาะสมกับสภาพของการทำงานรวมถึงไม่ตรงต่อความต้องการที่แท้จริงของหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ซึ่งเมื่อศึกษาเปรียบเทียบแล้วพบว่ามาตรการทางกฎหมายคุ้มครองแรงงานไทยส่วนใหญ่เหมือนและคล้ายคลึงกับมาตรการทางกฎหมายคุ้มครองแรงงานของต่างประเทศ แต่ก็มีมาตรการบางอย่างของในแต่ละประเทศที่มีความแตกต่างและมีความน่าสนใจอันควรนำมาเป็นแนวทางเพื่อปรับใช้กับมาตรการทางกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทย ได้แก่

(1) สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ที่ได้กำหนดให้มีการประกันอุบัติเหตุ ประกันโรคอันเกิดจากการทำงานและให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างทุกคน มาตรการนี้มีหลักการให้นายจ้างเป็นผู้มีหน้าที่ออกเงินสมทบเพียงฝ่ายเดียวโดยลูกจ้างและรัฐบาลไม่มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบ นอกจากนี้กฎหมายยังอนุญาตให้ลูกจ้างสามารถขอลาหยุดพักผ่อนประจำปีได้หากเกิดอุบัติเหตุหรือเจ็บป่วยเนื่องจากการทำงาน

(2) ประเทศอังกฤษที่มีการกำหนดในเรื่องการลาคลอดให้แรงงานหญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิลาคลอดได้โดยยังคงได้รับสิทธิเกี่ยวกับสภาพการจ้าง (แต่ไม่รวมค่าจ้าง) รวมทั้งสิ้น 52 สัปดาห์ ซึ่งมีระยะเวลาของการลามากกว่าหากเปรียบเทียบกับของประเทศไทย ตลอดจนมีสิทธิทำหนังสือเพื่อขอปรับเปลี่ยนเวลาทำงานที่ยืดหยุ่นเพื่อดูแลบุตรที่อายุไม่ถึง 6 ปี ได้อีกด้วย

(3) ประเทศญี่ปุ่นเช่นกัน ได้ให้ความสำคัญกับแรงงานหญิงภายหลังการคลอดบุตรโดยกำหนดให้ภายใน 1 ปี หลังคลอดบุตร มีสิทธิขอไม่ทำงานในวันหยุด ไม่ทำงานล่วงเวลา หรือทำงานในเวลากลางคืนได้ นอกจากนี้ช่วงระยะเวลาเลี้ยงทารกอายุไม่เกิน 1 ปี แรงงานหญิงมีสิทธิขอลาเพื่อดูแลบุตร (ทารก) อย่างน้อยวันละ 2 ครั้ง ไม่เกิน 30 นาทีต่อครั้ง และที่น่าสนใจยิ่ง คือ การที่ญี่ปุ่นกำหนดให้แรงงานหญิงที่มีปัญหาการทำงานในช่วงมีประจำเดือนมีสิทธิขอลางานในช่วงเวลาดังกล่าวได้

(4) ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีมาตรการทางกฎหมายเฉพาะที่เน้นให้ความสำคัญคุ้มครองทางด้านสุขภาพ อนามัย และโรคติดต่อ เนื่องจากเป็นประเทศหนึ่งที่เปิดเสรีให้กับธุรกิจเพศบริการโดยกำหนดให้เจ้าของสถานบริการต้องจัดให้แรงงานหญิงเข้าถึงการดูแลสุขภาพที่พร้อมใช้งาน เช่น การจัดให้มีการ

ตรวจโรค การตรวจทางการแพทย์สำหรับผู้ติดเชื้อทางเพศสัมพันธ์โดยตรง และกำหนดให้ทุกบริการต้องขึ้นทะเบียนตามกฎหมายโดยต้องมีเอกสารข้อมูลกำกับดูแลความปลอดภัยอาชีวอนามัยและสวัสดิการ ซึ่งความเข้มงวดดูแลมีผลต่อการได้รับใบอนุญาตเพื่อให้สามารถประกอบกิจการถูกต้องตามกฎหมาย

3.5 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องเสรีภาพในการสมาคมและการรวมตัวกันเพื่อเจรจาต่อรองหรือระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำและนวด

ความสำคัญแก่เสรีภาพของแรงงานหรือลูกจ้างสำหรับการแสดงความคิดเห็นหรือเสนอความต้องการของตนผ่านทางสหภาพแรงงานเพื่อให้ นายจ้างหรือผู้ประกอบการรับทราบถึงความต้องการของกลุ่มแรงงานตนมีอยู่มาอย่างยาวนานและประเทศไทยเองก็เห็นถึงความสำคัญจึงได้ให้มีการตราพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ขึ้นเพื่อรองรับหลักการดังกล่าว แต่ปรากฏว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถให้เสรีภาพแก่แรงงานและลูกจ้างได้ทุกประเภทอย่างแท้จริง โดยเฉพาะแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด เนื่องจากไม่ใช้ลูกจ้างตามคำนิยามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ ดังนั้น จึงเป็นปัญหาสำคัญในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ซึ่งก่อให้เกิดความขัดแย้งกับหลักการมาตรฐานแรงงานสากลตามที่ปรากฏในอนุสัญญาฉบับที่ 87 และ 98 อันเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่นานาประเทศใช้ยึดถือปฏิบัติ ทั้งนี้เมื่อศึกษาแล้วพบว่าแรงงานหญิงกลุ่มนี้ต่างก็เป็นแรงงานและลูกจ้างในสถานประกอบการบริการเช่นเดียวกัน แต่กลับไม่มีสิทธิรวมตัวกันจัดตั้งสหภาพทั้งทางตรงและทางอ้อม ดังนั้นเพื่อเสริมสร้างความเข้าใจอันดีระหว่างนายจ้างและลูกจ้างกลุ่มพิเศษนี้ รวมถึงไม่เป็นการขัดต่อหลักการมาตรฐานแรงงานสากลดังกล่าว จึงเห็นควรให้มีการบัญญัติกฎหมายขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อนำแรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดกลุ่มนี้ให้มีโอกาสในการมีเสรีภาพตามที่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนดไว้

4. ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ปัญหาต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วนั้นผู้วิจัยจึงขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหา ดังนี้

4.1 ควรมีการออกกฎหมายในรูปแบบของพระราชบัญญัติเพื่อให้ความคุ้มครอง แก่แรงงานหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด โดยตรง โดยให้มีเนื้อหาที่สำคัญ ดังนี้

(1) หญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด ต้องได้รับการพิจารณาและรับเข้าเป็นลูกจ้างของนายจ้าง ทั้งนี้ นอกจากที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ ให้นายจ้างและหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวดทุกคนปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนด หากปรากฏพบข้อยู้อื่นใดที่ขัดแย้งกับพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาถึงความคุ้มครองที่เป็นประโยชน์กับแรงงานหญิงผู้เป็นลูกจ้างที่สุด

(2) ค่าตอบแทน เงินเดือน ค่าจ้างที่ลูกจ้างได้รับ ให้นายจ้างปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่กำหนดไว้สำหรับลูกจ้างปกติทั่วไป รวมถึงต้องจัดให้มีการตรวจสุขภาพลูกจ้างก่อนเข้าทำงาน โดยกำหนดโรคติดต่อทุกประเภทเป็นโรคที่ต้องตรวจเพิ่มรวมกับการตรวจร่างกายปกติ และภายหลังทำงานแล้วต้องจัดให้มีการตรวจโรคติดต่อทางเพศสัมพันธ์เป็นการเฉพาะทุก 3 เดือน ข้อมูลสุขภาพของลูกจ้างหญิงนี้ถือเป็นข้อมูลสำคัญนายจ้างต้องไม่กระทำการอย่างใดให้ข้อมูลเป็นที่เปิดเผยแก่บุคคลภายนอก

(3) ต้องให้ลูกจ้างมีสิทธิลาพักผ่อนในช่วงมีประจำเดือนเป็นกรณีเฉพาะเป็นเวลา 3 วัน โดยได้รับค่าจ้าง หรือกำหนดให้ลูกจ้างทำงานอื่นแทนชั่วคราว รวมถึงต้องจัดให้มีอุปกรณ์สำหรับป้องกันโรคติดต่อทุกประเภท ให้แก่ลูกจ้างในสถานบริการ

(4) จัดให้มีการฝึกอบรมอาชีพให้แก่ลูกจ้าง 1 ครั้งต่อปี และให้ลูกจ้างมีสิทธิลาเพื่อฝึกอบรมอาชีพ ปีหนึ่งไม่น้อยกว่า 15 วันโดยได้รับเงินเดือน

4.2 ควรให้กรมสรรพากรออกคำสั่งเป็นการเฉพาะลดภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาให้ระหว่างที่ไม่สามารถทำงานได้เนื่องจากได้รับอันตรายจากการให้บริการ รวมถึงกำหนดให้นายจ้างนำค่าใช้จ่ายสวัสดิการที่จัดให้แก่แรงงานหญิงบริการนำมาหักลดหย่อนภาษีได้ ตามอัตราและสัดส่วนที่เหมาะสม

4.3 ควรให้สำนักงานประกันสังคมออกระเบียบกำหนดให้บุตรของหญิงผู้ให้บริการอาบน้ำ และนวด มีสิทธิได้รับการรักษาได้โดยตรงกรณีได้รับเชื้อโรคติดต่อร้ายแรง โดยเฉพาะโรคเอดส์จากลูกจ้างผู้เป็นมารดา ตั้งแต่แรกเกิดจนอายุครบ 18 ปีบริบูรณ์

4.4 ควรให้รัฐมีนโยบายจัดเก็บภาษีอาบน้ำ โดยคำนวณเข้าไปกับค่าบริการอาบน้ำ และนวด ส่วนหนึ่ง และจัดเก็บจากหญิงผู้ให้บริการส่วนหนึ่ง รวมถึงควรกำหนดให้ผู้ประกอบการร่วมกับหญิงผู้ให้บริการ ทำประกันชีวิตและสุขภาพ (โดยเป็นประกันภัยภาคบังคับ)

4.5 ควรให้รัฐสนับสนุนให้มีการตั้งกองทุน เช่น กองทุนคิดเพื่อเกษียณ เป็นต้น โดยใช้เงินจากภาษีอาบน้ำ ตามข้อ 4.4 เป็นหลักในการสนับสนุนกองทุนนี้ รวมถึงควรสนับสนุนเพิ่มเติมโดยจัดให้มีศูนย์พักพิง “หญิงเพื่อหญิง” สำหรับให้ความช่วยเหลือและเพื่อเป็นศูนย์กลางสำหรับให้แรงงานหญิงในกลุ่มธุรกิจเพศบริการสามารถรวมตัวกันแลกเปลี่ยนข้อมูลในด้านต่างๆ ระหว่างในกลุ่มแรงงานเดียวกัน

บรรณานุกรม

ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, “กฎหมายแรงงานในต่างประเทศ” วารสารกฎหมาย คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2. พฤษภาคม 2517, หน้า 43

สุพรรณิ อินทร์แก้ว ,การตลาดธุรกิจบริการเฉพาะอย่าง , พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : บริษัท ธนาเพลส จำกัด, 2549), หน้า 2

วินัย ลูว์โรจน์ “สัญญาจ้างแรงงาน: ศึกษาในแง่ลักษณะของนิติสัมพันธ์” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533

สุดดี สินไชย “มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานนอกระบบ” ,วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์ , 2550

Online : www.law.cmu.ac.th/law2011/177404/files/1325744049 เรื่อง รายงานวิชากฎหมายกับสังคม เรื่อง การค้าประเวณีแอบแฝง

[Online].Available URL: <https://th.wikipedia.org/wiki/การค้าประเวณี>