

บทที่ 4

มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้าง

สถานการณ์เกี่ยวกับการเลิกจ้างลูกจ้าง ข้อเท็จจริงในกรณีตัวอย่างและสภาพปัญหาที่กล่าวถึงในบทที่ 3 ได้เกิดขึ้นก่อนที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมจะออกประกาศ เรื่องการคุ้มครองแรงงาน เพิ่มข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ในประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2537 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 13 ตุลาคม 2537 ฉะนั้น ในการวิเคราะห์ในบทนี้ หากกล่าวถึงเหตุการณ์ก่อนใช้บังคับข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ เช่น เมื่อกล่าวถึงเหตุการณ์ในกรณีตัวอย่างจะนำข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ มาเทียบเคียง แต่ในส่วนเนื้อความที่มีความหมายเป็นปัจจุบันหรืออนาคตจะหมายรวมถึงข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ด้วย สำหรับสภาพปัญหาบางเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้าง ตามที่กล่าวในบทที่ 2 โดยตรงจะไม่ยกมาวิเคราะห์ แต่ที่จำเป็นต้องกล่าวถึงไว้ เนื่องจากเพื่อให้เกิดความชัดเจน ปราศจากข้อสงสัย เพราะบางปัญหาเกี่ยวข้องกับอ้อม บางปัญหาเป็นข้อจำกัดหรือเป็นอุปสรรคในการดำเนินการ บางปัญหาเป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับกฎหมายอื่น

ในบทนี้ จะแบ่งวิเคราะห์เป็น 3 ส่วน ส่วนที่ 1 ในหัวข้อมาตรการคุ้มครองลูกจ้าง เมื่อเกิดการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานในประเทศไทย ส่วนที่ 2 ในหัวข้อมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานในต่างประเทศหรือตามอนุสัญญาหรือข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีประเทศไทย และส่วนที่ 3 ในหัวข้อแนวทางกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานในประเทศไทย ทั้งหมดมีรายละเอียด ดังนี้

1. มาตรการคุ้มครองลูกจ้าง เมื่อเกิดการเลิกจ้างในกรณีคนงานในประเทศไทย

1.1 ความเพียงพอของกฎหมายแรงงานที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองลูกจ้าง เมื่อเกิดการเลิกจ้างในกรณีคนงาน

จากปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างเมื่อเกิดการเลิกจ้างที่ลูกจ้าง นายจ้าง และเจ้าหน้าที่ของรัฐประสบเหตุการณ์ในกรณีตัวอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในปัญหาที่ลูกจ้างที่มีอายุงานยาวนานเกินกว่าสามปีขึ้นไปมาก ๆ มีสิทธิได้รับค่าชดเชยเมื่อถูกเลิกจ้างเท่ากับลูกจ้างที่มีอายุงานครบสามปีที่เป็นปัญหาสำคัญที่สุดคงได้กล่าวแล้วในบทที่ 3 ปัญหาที่คณะกรรมการการแรงงานและสวัสดิการสังคมได้เป็นผู้เริ่มชี้ให้เห็นว่าอัตราค่าชดเชยที่กฎหมายกำหนดยังคงดำเนินไปไม่เพียงพอจะเยียวยาความเสียหายในกรณีลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างมีอายุงานมาก ๆ และได้ให้กรมแรงงานทำความเข้าใจเสนอคณะกรรมการฯ ว่า สมควรจะแก้ไขกฎหมายแรงงานให้เหมาะสม และสามารถบังคับนายจ้างปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของลูกจ้างในกรณีนายจ้างเลิกกิจการได้อย่างไร หลังจากกรมแรงงานได้ทำความเข้าใจเสนอคณะกรรมการฯ แล้ว กรมแรงงานได้ตั้งคณะทำงานปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานว่าด้วยการเลิกจ้างขึ้นพิจารณาแก้ไขกฎหมาย ระหว่างพิจารณาแก้ไขได้มีการสถาปนากระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมขึ้น ในปลายเดือนกันยายน 2536 กรมแรงงานเปลี่ยนชื่อเป็น กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ต้นปี 2537 สมาชิกสหภาพแรงงานในสังกัดสภาองค์การลูกจ้าง 5 สภา ร่วมกับลูกจ้างกลุ่มรัฐวิสาหกิจได้ร่วมชุมนุมกันประมาณ 700 คนเศษ เรียกร้องขอให้รัฐบาลเพิ่มอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ จากเดิมวันละ 125 บาท เป็นวันละ 135 บาท พร้อมยื่นข้อเสนอให้รัฐบาลแก้ไขกฎหมายแรงงานรวม 4 เรื่อง 1 ใน 4 เรื่องนั้นได้เรียกร้องให้แก้ไขอัตราค่าชดเชยตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ข้อ 46 พร้อมกับได้ยื่นคำขู่ว่า หากข้อเสนอทั้งหมดไม่ได้รับคำตอบหรือเอาใจใส่จากรัฐบาล จะร่วมกับกลุ่มพลังแรงงานต่าง ๆ เคลื่อนไหวชุมนุมครั้งใหญ่ ในวันที่ 1 พฤษภาคม 2537 แทนการจัดงานวันแรงงานแห่งชาติ ส่วนกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ร่วมกับสภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ และกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม คงดำเนินการพิจารณาแก้ไขเรื่อยมา จนออกประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการ

คุ้มครองแรงงาน ได้เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2537 นับเป็นกฎหมายแรงงานฉบับแรกที่ยังออกมาเพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน

เกี่ยวกับขั้นตอนในการพิจารณากำหนด ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ มีการดำเนินการโดย เมื่อเดือนกรกฎาคม 2536 กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ได้แต่งตั้งคณะทำงานปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานว่าด้วยการเลิกจ้าง ให้มีหน้าที่ศึกษา วิเคราะห์ และกำหนดมาตรการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับการเลิกจ้าง การจ่ายค่าชดเชย ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี การประสพภาวะเศรษฐกิจ เป็นผลให้ต้องลดจำนวนลูกจ้างจำนวนมาก หรือในลักษณะทำนองเดียวกัน และเสนอหลักการข้อคิดเห็นให้กระทรวงมหาดไทยพิจารณา ต่อมา กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ได้ขอความเห็นชอบต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมในการที่จะเสนอหลักการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับการเลิกจ้างลูกจ้างโดยมีสาเหตุมาจากการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีและกระบวนการผลิต โดยเพิ่มหลักเกณฑ์การเลิกจ้างและการจ่ายค่าชดเชยพิเศษ ไปให้แก่สภาพที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ และไปให้แก่คณะกรรมการแก้ไขปัญหาการเลิกจ้างเพื่อพิจารณา

สภาพที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นชอบด้วยในหลักการซึ่งกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานเสนอ พร้อมกันได้ขอให้รัฐมนตรีฯ ให้ความเห็นชอบร่างประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมซึ่งสภาพที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติได้แก้ไขเพิ่มเติม และเสนอให้รัฐมนตรีฯ มอบหมายให้กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานดำเนินการ เมื่อคณะกรรมการพิจารณาร่างกฎหมายของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมพิจารณาแล้ว ได้ให้ความเห็นชอบโดยแก้ไขถ้อยคำบางส่วน และหลังจากที่ประชุมกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมให้ความเห็นชอบ รัฐมนตรีฯ จึงลงนามในประกาศ

ในส่วนเกี่ยวกับพื้นฐานแนวคิดของข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ นั้น หลักการคือ เพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างมิให้เดือดร้อนภายหลังการเลิกจ้างและสามารถดำรงชีพไปได้ ช่วงระยะเวลาหนึ่ง (คำชี้แจงกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครอง

แรงงาน) ส่วนการกำหนดอัตราค่าชดเชยพิเศษ และระยะเวลาบอกกล่าวล่วงหน้า พิจารณาโดยยึดหลักมาตรฐานแรงงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและเทียบเคียงกฎหมายแรงงาน ในส่วนที่ว่าด้วยการกำหนดเงินช่วยเหลือของประเทศสิงคโปร์ ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย และประเทศอังกฤษ นำมาเปรียบเทียบกับของประเทศไทยแล้วเห็นว่า ประเภท ขนาด และความสามารถในการจ่ายของสถานประกอบการมีความแตกต่างกันมาก ไม่มีประเทศใดกำหนดเหมือนการจ่ายค่าชดเชยสำหรับการเลิกจ้างกรณีปกติของประเทศไทย ฉะนั้น เมื่อกฎหมายเดิมของประเทศไทยได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของค่าชดเชยสำหรับการเลิกจ้างลูกจ้างที่ไม่ได้กระทำความผิดตามอายุงานไว้แล้ว ก็ควรจะพัฒนาเรื่องการจ่ายค่าชดเชยตามระบบเดิม โดยปรับเปลี่ยนอัตราการจ่ายค่าชดเชยให้เหมาะสมมากขึ้นสำหรับลูกจ้างที่ทำงานเป็นเวลานานมาก ๆ (ฉรงค์ ฉิมธนู, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์) นอกจากนี้ยังนำข้อมูลเกี่ยวกับข้อตกลงเรื่องเงินชดเชยของสถานประกอบการต่าง ๆ มาประกอบการพิจารณาคด้วย

ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ แห่งประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2537 กำหนดว่า

ข้อ 46 ทวิ ในกรณีที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้าง เพราะเหตุที่นายจ้างปรับปรุงหน่วยงาน กระบวนการผลิต การจำหน่าย หรือการบริการ อันเนื่องมาจากการนำเครื่องจักรมาใช้ หรือเปลี่ยนแปลงเครื่องจักร หรือเทคโนโลยี ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องลดจำนวนลูกจ้างให้นายจ้างแจ้งวันที่จะเลิกจ้าง เหตุผลของการเลิกจ้าง และรายชื่อลูกจ้างต่อพนักงานตรวจแรงงาน และลูกจ้างที่จะเลิกจ้างทราบล่วงหน้า ไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนวันที่จะเลิกจ้าง

ในกรณีที่นายจ้างไม่แจ้งแก่ลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้างทราบล่วงหน้า หรือแจ้งล่วงหน้าน้อยกว่าระยะเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่งให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าแก่ลูกจ้างเท่ากับค่าจ้างอัตราสุดท้ายหกสิบวัน หรือเท่ากับค่าจ้างของการทำงานหกสิบวันสุดท้าย สำหรับลูกจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

ในกรณีที่มีการจ่ายค่าชดเชยแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าตามวรรคสองแล้ว ให้ถือว่านายจ้างได้จ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ด้วย

ข้อ 46 ตริ ในกรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างตามข้อ 46 ทวิ และลูกจ้างนั้น ทำงานติดต่อกันครบหกปีขึ้นไป โดยรวมวันหยุด วันลา และวันที่นายจ้างสั่งให้หยุดงานเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง ให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยพิเศษเพิ่มขึ้น จากค่าชดเชยตามข้อ 46 สำหรับการทำงานที่เกินหกปีแก่ลูกจ้างซึ่งเลิกจ้างนั้นไม่น้อยกว่าค่าจ้างอัตราสุดท้ายสิบห้าวันต่อการทำงานครบหนึ่งปี หรือไม่น้อยกว่าค่าจ้างของการทำงานสิบห้าวันสุดท้ายต่อการทำงานครบหนึ่งปีสำหรับลูกจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย แต่ค่าชดเชยตามข้อนี้รวมแล้วต้องไม่เกินค่าจ้างอัตราสุดท้ายสามร้อยหกสิบวัน หรือไม่เกินค่าจ้างของการทำงานสามร้อยหกสิบวันสุดท้ายสำหรับลูกจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

เพื่อประโยชน์ของการคำนวณค่าชดเชยพิเศษ เศษของระยะเวลาทำงานที่มากกว่าหนึ่งร้อยแปดสิบวัน ให้นับเป็นการทำงานครบหนึ่งปี

ผู้เขียนเห็นว่าความในข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ มีข้อควรสังเกตหลายประการ ดังนี้

(1) ไม่ให้คำจำกัดความของคำว่า เทคโนโลยี ไว้ ซึ่งจะเกิดปัญหาในการตีความภายหลัง

(2) ข้อความว่า ... เลิกจ้างลูกจ้าง เพราะเหตุ ที่นายจ้างปรับปรุงหน่วยงาน กระบวนการผลิต การจำหน่าย หรือการบริการ อันเนื่องมาจาก การนำเครื่องจักรมาใช้ หรือเปลี่ยนแปลงเครื่องจักร หรือเทคโนโลยี ซึ่งเป็นเหตุ ให้ต้อง ลดจำนวน ลูกจ้าง ... ผู้เขียนมีความเห็นว่า ... เพราะเหตุ ... อันเนื่องมาจาก ... ซึ่งเป็นเหตุ ... ลดจำนวนลูกจ้าง ... ทำให้เกิดเงื่อนไขหลายเงื่อนไข และแต่ละเงื่อนไขจะมีผลเป็นข้อจำกัดของเงื่อนไขอื่น ฉะนั้น อาจเกิดปัญหาในการตีความได้ เช่น

ตัวอย่างที่ 1 ... เลิกจ้างลูกจ้างเพราะเหตุ (ตาม 46 ทวิ) อันเนื่องมาจาก (ตาม 46 ทวิ) แต่ไม่ได้ลดจำนวนลูกจ้าง เช่น นายจ้างอาจเล็งกฎหมาย โดยเปลี่ยนตัวลูกจ้าง จ้างลูกจ้างใหม่อายุน้อยกว่า ค่าจ้างถูกกว่า ความรู้ความสามารถดีกว่า แทนลูกจ้างเก่าที่อายุมากกว่า ค่าจ้างสูงกว่า ความรู้ความสามารถน้อยกว่า โดยรวมทั้งสถานประกอบการยังคงมีลูกจ้างเท่าเดิมหรือจ้างเพิ่มให้มากกว่าเดิม และต่อสู้ว่าไม่ได้ลดจำนวนลูกจ้าง แม้จะเปลี่ยนลูกจ้างจำนวนมากก็ตาม

ตัวอย่างที่ 2 ... เลิกจ้างลูกจ้างเพราะเหตุ (ตาม 46 ทวิ) อันเนื่องมาจาก มิใช่เหตุตาม 46 ทวิ (เช่น ขาดทุน ต้องการลดจำนวนคนลง โดยคงเครื่องจักรเดิม เทคโนโลยีเดิม) ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องลดจำนวนลูกจ้าง

ตัวอย่างที่ 3 ... เลิกจ้างลูกจ้าง เพราะเหตุล้มละลาย หรือเลิกกิจการทั้งหมดหรือบางส่วน (ซึ่งไม่ต้องคว่ำ เพราะเหตุ หรือ อันเนื่องมาจาก ตาม 46 ทวิ เลย) ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องเลิกจ้างลูกจ้างทั้งหมด หรือลดลูกจ้างลงบางส่วน ซึ่งกรณีเช่นนี้ ข้อ 46 ทวิ น่าจะใช้บังคับไม่ได้เลย

(3) คำว่า ต้องลดจำนวนลูกจ้างลง ทำให้ตีความได้ว่า แม้อัตเพียง 1 คน หากมีเหตุครบองค์ประกอบตามข้อ 46 ทวิ ก็ใช้ข้อ 46 ทวิ บังคับได้ ผลที่อาจตามมาภายหลังก็คือ ลูกจ้างทุกคน ถ้าถูกเลิกจ้างโดยนายจ้างจะมีเงื่อนไขตามข้อ 46 ทวิ หรือไม่ก็ตาม ลูกจ้างก็จะอ้าง ข้อ 46 ทวิ (หรือ 46 ตรี ถ้าอายุงาน 6 ปีขึ้นไป) เรียกร้อง หรือฟ้องศาลทุกครั้งไป เป็นการเพิ่มภาระแก่กระบวนการยุติธรรม นอกจากนี้ หากตีความดังกล่าว นายจ้างยังต้องถูกผูกพันให้แจ้งต่อพนักงานตรวจแรงงาน และการไม่แจ้งยังมีผลถึงโทษฐานฝ่าฝืนประกาศกระทรวงฯ ติดตามมา

(4) ข้อ 46 ตรี ใช้คำว่า ค่าชดเชยพิเศษ อาจมีปัญหาหรือไม่ เนื่องจากประกาศกระทรวงฯ เรื่องนี้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในข้อ 2 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม พ.ศ. 2515 ประกอบกับมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติโอนอำนาจหน้าที่และกิจการบริหารบางส่วนของกระทรวงมหาดไทยไปเป็นของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม พ.ศ. 2536 ซึ่งข้อ 2 ดังกล่าวกำหนดว่า ... ข้อ 2 ให้กระทรวงมหาดไทย

มีอำนาจกำหนดการคุ้มครองแรงงาน ดังต่อไปนี้ ... (5) การจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างในกรณีที่มีการเลิกจ้าง ... ดังนี้ ค่าชดเชย กับ ค่าชดเชยพิเศษ มีนัยเดียวกันหรือไม่

(5) จากความในข้อ 2 ที่กล่าวในข้อ (4) เกิดปัญหาว่า ข้อความในข้อ 46 ทวิ ที่ว่า ... ให้นายจ้างแจ้งวันที่จะเลิกจ้าง เหตุผลของการเลิกจ้าง และรายชื่อลูกจ้าง ต่อพนักงานตรวจแรงงาน และลูกจ้างที่จะเลิกจ้างทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนวันที่จะเลิกจ้าง ... ขัดต่อคำว่า การจ่ายค่าชดเชย หรือไม่ เพราะอาจเกิดข้อโต้แย้งว่าความว่า การจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างในกรณีที่มีการเลิกจ้างในข้อ 2 (5) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 นั้น จะตีความให้รวมไปถึงการกำหนดให้นายจ้างต้องปฏิบัติก่อนการเลิกจ้างด้วยได้หรือไม่ ซึ่งถ้าตีความว่า ข้อ 2 (5) ให้อำนาจกำหนดให้นายจ้างต้องปฏิบัติก่อนการเลิกจ้างได้ มิใช่จำกัดเพียงกำหนดอัตราค่าชดเชยเพียงอย่างเดียว ดังข้อ 46 ข้อ 47 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ข้อกำหนดในข้อ 46 ทวิ เฉพาะส่วนที่กล่าวข้างต้นก็อาจใช้บังคับได้ แต่ถ้าตีความว่า ข้อ 2 (5) ไม่สามารถตีความไปถึงการกำหนดให้นายจ้างปฏิบัติก่อนการเลิกจ้างได้ ข้อกำหนดในข้อ 46 ทวิ เฉพาะส่วนที่กล่าวข้างต้นก็ใช้บังคับไม่ได้

(6) คำว่า ค่าชดเชยพิเศษ ในข้อ 46 ตริ ยังส่งผลกระทบไปถึงคำว่า ค่าชดเชย ในข้อ 47 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 เพราะข้อ 47 เป็นบทยกเว้นที่นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยตามข้อ 46 แต่เมื่อกำหนดข้อ 46 ตริ โดยใช้คำว่า ค่าชดเชยพิเศษ แทนที่จะใช้คำว่า ค่าชดเชย เหมือนข้อ 46 เดิม จึงเกิดปัญหาว่า หากคำว่า ค่าชดเชย กับคำว่า ค่าชดเชยพิเศษ ไม่มีนัยเดียวกัน ข้อ 47 จะไม่เป็นบทยกเว้นของข้อ 46 ตริ ด้วย ผลคือ ข้อ 46 ตริ บังคับทุกกรณีโดยไม่มีข้อยกเว้น เนื่องจาก ข้อ 47 ไม่ได้แก้ไขด้วย

(7) ความในข้อ 46 ตริ ตอนต้น ใช้ข้อความว่า ในกรณีนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างตามข้อ 46 ทวิ และลูกจ้างนั้นทำงานติดต่อกันครบหกปีขึ้นไป ... ให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยพิเศษเพิ่มเติมจากค่าชดเชยตามข้อ 46 ... ผู้เขียนเห็นว่า ข้อความนี้ทำให้ตีความได้ว่า ลูกจ้างที่มีได้ถูกเลิกจ้างด้วยเหตุทั้งหลายตามข้อ 46 ทวิ แม้ลูกจ้างนั้นจะทำงานติดต่อกันครบหกปีขึ้นไป ลูกจ้างย่อมไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ตริ นี้

จากข้อสังเกตเหล่านี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่า แม้ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2537 จะเป็นกฎหมายที่ประกาศใช้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความคุ้มครองลูกจ้างเมื่อเกิดการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานโดยตรงก็ตาม แต่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานได้อย่างครอบคลุมเพียงพอ สมควรต้องแก้ไขปรับปรุงอีกหลายประการเพื่อให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้น ซึ่งจะกล่าวในรายละเอียดต่อไป

1.2 วิเคราะห์มาตรการตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างกรณีถูกเลิกจ้างกับสภาพปัญหาที่เกิดในกรณีตัวอย่าง

1.2.1 กรณีเกี่ยวกับการบอกกล่าวล่วงหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 582

พิจารณาด้านนายจ้าง ก่อนประกาศใช้ข้อ 46 ทวิ การบอกกล่าวล่วงหน้า นายจ้างในกรณีตัวอย่างปฏิบัติโดยลูกจ้างไม่ต้องเรียกร้องโดยบอกกล่าวตามระยะเวลาไม่น้อยกว่ากฎหมายกำหนด กรณีไม่บอกกล่าวนายจ้างก็เสนอจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า

ส่วนด้านลูกจ้างประสบปัญหาว่า ไม่ว่าจะลูกจ้างจะมีอายุงานนานเท่าไร ระยะเวลาการบอกกล่าวล่วงหน้า หรือสินจ้างที่จ่ายแทนการบอกกล่าวล่วงหน้ามีจำนวนเท่ากันหมด เว้นแต่กรณีลูกจ้างบริษัทไทยเกรียงป็นทอฟอกย้อม จำกัด ที่นายจ้างบอกกล่าวล่วงหน้า แล้วต่อมาเลื่อนกำหนดเวลาเลิกจ้างออกไป พร้อมทั้งมีการจ่ายเงินเพิ่มพิเศษคำนวณตามจำนวนปีที่ทำงาน เป็นผลให้เกื่อนกลืนกับปัญหาการบอกกล่าวล่วงหน้าไป ฉะนั้น มาตรการตามมาตรา 582 จึงไม่สามารถคุ้มครองการเลิกจ้างลูกจ้างที่มีอายุงานยาวนานได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

หากกรณีตัวอย่างเกิดหลังการประกาศใช้ข้อ 46 ทวิ แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า มาตรการตามข้อ 46 ทวิ อาจคุ้มครองลูกจ้างบริษัทไทยเกรียงป็นทอฟอกย้อม จำกัด ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น คือ ขยายระยะเวลาบอกกล่าวหรือได้สินจ้างแทนการบอกกล่าวมากขึ้นอีก แต่สูงสุดแค่ 60 วัน มิได้กำหนดตามอายุงาน การคุ้มครองคงยังไม่มีประสิทธิภาพต่อ

ลูกจ้างที่มีอายุงานยาวนานอยู่ ส่วนกรณีลูกจ้างบริษัทไทยภัตตราภรณ์ จำกัด และลูกจ้างบริษัท ไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด มาตรการข้อ 46 ทวิ จะไม่ให้ความคุ้มครองเลย เพราะเหตุ เลิกจ้างไม่ใช่เหตุเลิกจ้างตามข้อ 46 ทวิ คือ ไม่ใช่เพราะเหตุปรับปรุงหน่วยงาน กระบวนการ ผลิต การจำหน่าย หรือการบริการ อันเนื่องมาจากการนำเครื่องจักรมาใช้ หรือเปลี่ยนแปลง เครื่องจักร หรือเทคโนโลยี

1.2.2 กรณีห้ามเลิกจ้างระหว่างการเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการชี้ขาด ข้อพิพาทแรงงาน

เนื่องจากมาตรการนี้ เป็นการห้ามนายจ้างเลิกจ้าง หรือโยกย้ายหน้าที่ ลูกจ้าง ผู้แทนลูกจ้าง กรรมการ อนุกรรมการ หรือสมาชิกสหภาพแรงงาน หรือกรรมการ หรืออนุกรรมการสหพันธ์แรงงาน ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง ในระหว่างเวลาที่ข้อเรียกร้อง อยู่ระหว่างการเจรจา การไกล่เกลี่ย หรือการชี้ขาดข้อพิพาทแรงงาน ตามมาตรา 31 แห่ง พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งเป็นระยะเวลาเพียงช่วงหนึ่งเท่านั้น นอกจาก ระยะเวลาตามเงื่อนไขในมาตรา 31 นี้แล้ว ไม่ให้ความคุ้มครอง ตามกรณีตัวอย่าง การเลิก กิจการและการเลิกจ้างลูกจ้างของบริษัทไทยภัตตราภรณ์ จำกัด และบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด กระทำเมื่อพ้นขั้นตอนตามมาตรา 31 แล้วทั้งสิ้น มาตรา 31 จึงไม่คุ้มครอง ส่วนกรณีบริษัทไทยเกรียงปิ่นทอฟอกย้อม จำกัด ระหว่างเกิดเหตุการณ์ การเรียกร้อง การเจรจา ไม่ใช่ข้อเรียกร้องหรือการเจรจา ตามมาตรา 13 ถึง มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติ แรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 จึงอ้างมาตรา 31 ขึ้นคุ้มครองไม่ได้ ในกรณีที่นายจ้างพร้อม จะเลิกกิจการ ดังเช่นบริษัทไทยภัตตราภรณ์ จำกัด การรอเวลาให้พ้นระยะเวลาตามมาตรา 31 นายจ้างกระทำได้โดยไม่เคียดแค้น ยิ่งรอคอยนานเท่าใด ยิ่งเป็นคุณแก่นายจ้าง มาตรการ คุ้มครองตามมาตรา 31 จึงไม่สามารถคุ้มครองการเลิกจ้างกรณีคนล้นงานได้อย่างมี ประสิทธิภาพ

1.2.3 กรณีการขออนุญาตศาลแรงงานก่อนเลิกจ้างลูกจ้างที่เป็นกรรมการ ลูกจ้างตามมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

เนื่องจากมาตรการนี้คุ้มครองเฉพาะกรรมการลูกจ้างซึ่งมีจำนวน 5 ถึง 21 คน ตามมาตรา 46 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนด มิได้

คุ้มครองลูกจ้างทั้งสถานประกอบการ และมีข้อห้ามเด็ดขาด เพียงวางเงื่อนไขให้ต้องขออนุญาตศาลก่อนเท่านั้น ดังที่มาตรา 52 บัญญัติว่า ห้ามมิให้นายจ้างเลิกจ้าง ... หรือกระทำการใด ๆ อันอาจเป็นผลให้กรรมการลูกจ้างไม่สามารถทำงานอยู่ต่อไปได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากศาลแรงงาน ฉะนั้น เมื่อใดนายจ้างต้องการเลิกจ้างกรรมการลูกจ้างโดยอ้างเหตุคนล้นงาน ก็ปฏิบัติตามมาตรา 52 โดยขออนุญาตเลิกจ้างลูกจ้างที่เป็นกรรมการลูกจ้างต่อศาลแรงงานเสียก่อน หากศาลอนุญาตก็เลิกจ้างได้ หากไม่ได้ขออนุญาตก่อนเลิกจ้าง นายจ้างอาจแก้ไขโดยยกเลิกคำสั่งเลิกจ้างให้ลูกจ้างกลับเข้าทำงานในตำแหน่งหน้าที่และสภาพการจ้างเดิมแล้วขออนุญาตต่อศาลใหม่ให้ถูกต้อง ดังเช่นกรณีตัวอย่างกรรมการลูกจ้างบริษัทไทยเกรียงปิ่นทอฟอกย้อม จำกัด ทางเสียงมาตรา 52 ทางหนึ่ง เช่น กรณีตัวอย่างบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด ให้ลูกจ้างที่เป็นกรรมการลูกจ้างเขียนใบลาออก เช่นนี้ นายจ้างก็ไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 52 ได้ มาตรการคุ้มครองตามมาตรา 52 มีผลเพียงขลอการเลิกจ้างลูกจ้างกรณีคนล้นงานได้ในวงแคบและชลดได้ชั่วระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น

1.2.4 กรณีการเลิกจ้างต้องไม่ใช่การกระทำอันไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 121, 122 และ 123

มาตรการเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมเป็นมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างที่ครอบคลุมถึงลูกจ้างกว้างขวางมาก คือ ครอบคลุมถึงลูกจ้างที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานทั้งหมด ครอบคลุมถึงลูกจ้างทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง รวมถึงผู้แทนลูกจ้าง กรรมการสหภาพแรงงาน กรรมการสหพันธ์แรงงาน โดยห้ามนายจ้างเลิกจ้าง หรือกระทำการใด ๆ จนเป็นเหตุให้ลูกจ้าง หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถทนทำงานอยู่ต่อไปได้ เพราะเหตุที่ระบุไว้ตามมาตรา 121 และ มาตรา 123 ห้ามเลิกจ้างลูกจ้างและบุคคลดังกล่าว ซึ่งเกี่ยวข้องกับข้อเรียกร้อง ระหว่างข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างมีผลใช้บังคับ เว้นแต่บุคคลดังกล่าวทุจริตต่อหน้าที่ หรือกระทำความผิดอาญาโดยเจตนาแก่นายจ้าง จงใจทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย ฝ่าฝืนข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่งอันชอบด้วยกฎหมายของนายจ้างฯ ละทิ้งหน้าที่เป็นเวลาสามวันทำงานติดต่อกันโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร และกระทำการใด ๆ เป็นการยุยงสนับสนุนหรือชักชวนให้มีการฝ่าฝืนข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างหรือคำชี้ขาดซึ่งในข้อยกเว้นดังกล่าวนี้ไม่มีข้อใดเกี่ยวข้องกับกรณีคนล้นงาน แต่ได้มีคำพิพากษาศาลฎีกาวินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานว่ากรณีเลิกจ้างลูกจ้างเพราะคนล้นงานไม่เป็นการกระทำอันไม่

เป็นกรรมหลายเรื่อง เช่น เลิกจ้างลูกจ้างเพราะนายจ้างประสบภาวะขาดทุนจนต้องโอนกิจการ บางส่วนที่ลูกจ้างทำงานอยู่ให้แก่บริษัทอื่นไปทำ แต่นายจ้างยังพยายามดำเนินการเพื่อให้ลูกจ้างเข้าทำงานกับบริษัทอื่นนั้น และได้จ่ายเงินชดเชยให้ลูกจ้างรับไปแล้วด้วย ไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (ฎีกาที่ 1612-1636/2523) เมื่อปรากฏว่าการดำเนินกิจการของนายจ้างประสบภาวะขาดทุนตลอดมาย่อมมีเหตุเพียงพอและสมควรที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างได้ ไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม แม้พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 123 จะกำหนดเหตุแห่งการเลิกจ้างไว้เพียง 5 ประการก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่า เมื่อมีเหตุจำเป็นนอกเหนือไปจาก 5 ประการแล้วนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างมิได้ (ฎีกาที่ 3109/2525) นายจ้างประสบภาวะขาดทุนจนไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปได้ ต้องลดการผลิตและลดจำนวนแรงงานลงโดยเลิกจ้างบางส่วนและลดลงเรื่อย ๆ จนปิดกิจการ ไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (ฎีกาที่ 3033/2525) นายจ้างขาดทุนทุกปี ตั้งแต่ปี 2522-2525 แม้ยุบงานบางแผนกและเลิกจ้างลูกจ้างในแผนกที่ยุบทั้งหมดและเลิกจ้างลูกจ้างในแผนกที่ยังไม่ยุบโดยมีหลักเกณฑ์รวมลูกจ้างทั้งหมดที่ถูกเลิกจ้างถึง 70 คนในจำนวน 89 คนแล้วก็ยังขาดทุนทุกเดือน การเลิกจ้างไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม (ฎีกาที่ 1503/2526) มาตรา 121, 123 หาได้ห้ามนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างเป็นการเด็ดขาด หากมีเหตุผลความจำเป็นนอกเหนือจากมาตรา 121, 123 นายจ้างย่อมมีสิทธิเลิกจ้างลูกจ้างได้

แต่มีหลายกรณีที่ศาลฎีกาเห็นว่า ขาดทุน หรือลดการผลิต หรือกำไรลดลง ยังไม่พอเป็นเหตุเลิกจ้าง โดยวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมอยู่ เช่น นายจ้างประสบปัญหาขาดทุน จนต้องลดการผลิต แต่ยังไม่ถึงกับยุบหน่วยงานเสียทั้งหน่วย หรือเลิกกิจการไป ยังไม่มีเหตุผลพอ และสมควรที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างที่เป็นกรรมการลูกจ้างอนุกรรมการ และกรรมการสหภาพแรงงานได้ (ฎีกาที่ 3861/2524) นายจ้างยุบงานแผนกส่งของ แล้วจ้างบุคคลภายนอกให้ทำการขนส่งและคุมสินค้าแทนเพื่อตัดรายจ่าย เป็นกรณีไม่มีความจำเป็นเพียงพอ (ฎีกาที่ 43/2524) แม้จะยุบงานเพื่อตัดรายจ่าย ก็ต้องมีความจำเป็นเพียงพอ กรณีมีพฤติการณ์น่าสงสัยว่าลูกจ้างมีอิทธิพลเหนือคนงาน นายจ้างจึงคิดกำจัดเสียแปลได้ในตัวว่า นายจ้างเลิกจ้างโดยไม่สุจริต (ฎีกาที่ 1366/2524) การที่นายจ้าง เลิกจ้างลูกจ้างซึ่งทำหน้าที่เป็นยาม แล้วจ้างบริษัทรักษาความปลอดภัยมาทำการแทน เพราะสามารถรับผิดชอบค่าใช้จ่ายได้ ในกรณีที่ทรัพย์สินของผู้ว่าจ้างสูญหายนั้น เป็นเพียงความคิดเห็น

เกี่ยวกับประโยชน์แตกต่างกันระหว่างการจ้างลูกจ้างกับบริษัทรักษาความปลอดภัยเท่านั้น มิใช่เหตุจำเป็นต้องเลิกจ้าง (ฎีกาที่ 2042/2525) นายจ้างเลิกจ้างผู้มีชื่อกับพวกทั้ง 7 คน โดยมิได้กระทำความผิดใด ๆ เหตุที่เลิกจ้าง เพราะต้องหยุดการผลิตหลอดยาสีฟัน สิ้นค้าบางอย่าง จำหน่ายได้น้อยลง จำเป็นต้องลดจำนวนลูกจ้าง แต่ทั้งนี้ก็ไม่ปรากฏว่า กิจการของนายจ้าง ประสบภาวะขาดทุนอย่างไร เพียงได้รับผลกำไรน้อยลงเท่านั้น ซึ่งก็เป็นไปตามภาวะเศรษฐกิจ การลดกำลังคนแม้จะเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์การประเมินผลงานแล้ว ก็ตาม แต่ลูกจ้างที่เลิกจ้างครั้งนี้ เป็นลูกจ้างที่ไม่ต้องใช้ฝีมือ นายจ้างสามารถย้ายสับเปลี่ยนแผนกไปทำงานแผนกอื่นได้โดยไม่ต้องเลิกจ้าง และวิธีการนี้นายจ้างเคยทำมาแล้ว กรณีเลิกจ้างของนายจ้างยังไม่มีควมจำเป็นเพียงพอ (ฎีกาที่ 3045/2525)

ส่วนแนววินิจฉัยของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ก็แยกพิจารณาแต่ละกรณีไปเช่นกัน เช่น คำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 43/2524 ลงวันที่ 17 มีนาคม 2524 วินิจฉัยว่า นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างทั้ง 4 คน เนื่องจากประสบปัญหาด้านเศรษฐกิจ และเงินทุน และมีคนดูแลกิจการไม่เพียงพอ จึงแก้ไขโดยการลดค่าใช้จ่ายที่ไม่จำเป็นด้วยการยุบหน่วยงานบางส่วน โดยยุบมาแล้วหลายหน่วย แล้วให้บริษัทรับเหมาภายนอกรับช่วงไปดำเนินการ ต่อมายุบหน่วยงานที่ลูกจ้างทำงาน จ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้างตามกฎหมาย รับจะหา งานที่เหมาะสมหรือฝากให้ลูกจ้างทำงานที่บริษัทอื่น แต่ลูกจ้างไม่สมัครใจ การเลิกจ้างไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม คำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 44-96/2531 ลงวันที่ 9 กันยายน 2531 วินิจฉัยว่า ระหว่างการเจรจาข้อเรียกร้อง นายจ้างจดทะเบียนเลิกบริษัท และเลิกจ้างลูกจ้าง ต่อมานายจ้างไปจดทะเบียนบริษัทในชื่อใหม่แล้วดำเนินการผลิตในสำนักงาน และโรงงานเดิม ประกอบกิจการประเภทเดิม การเลิกจ้างเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม คำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 25/2533 ลงวันที่ 13 กันยายน 2533 วินิจฉัยว่า นายจ้างประกอบกิจการในโรงงานสองโรง กรรมการสหภาพทำงานอยู่ในโรงงานที่ 1 สมาชิกสหภาพแรงงานเกือบทั้งหมดทำงานอยู่ในโรงงานที่ 1 ขณะที่ลูกจ้างโรงงานที่ 2 สมัคร เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานเพิ่มขึ้น นายจ้างเลิกกิจการโรงงานที่ 1 เลิกจ้างลูกจ้างโรงงานที่ 1 ทั้งหมด แล้วให้บุคคลภายนอกเช่าโรงงานที่ 1 ไปประกอบกิจการประเภทอื่นทั้งโรงงาน นายจ้างนำสืบได้ว่าบริษัทแม่ในต่างประเทศสั่งซื้อสินค้า คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ เห็นว่าเลิกจ้างลูกจ้างได้ ไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม คำสั่งคณะกรรมการแรงงาน

สัมพันธ์ ที่ 15/2538 ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2538 วินิจฉัยว่า การที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างผู้ร้อง 358 คน เพราะโรงงานถูกเพลิงไหม้ เสียหาย 3 ใน 4 ส่วน ประกอบการผลิตไม่ได้อีกต่อไป นายจ้างจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า ค่าชดเชย และค่าจ้าง 16 วัน ระหว่างไม่มีงาน ทำให้ลูกจ้างรับไปแล้ว การเลิกจ้างลูกจ้างไม่เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม

จากแนวคำพิพากษาศาลฎีกาและแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ที่ยกมา อาจทำให้เห็นได้ว่า มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างลูกจ้าง ตามมาตรา 121 และ 123 นี้ ยังมีส่วนคุ้มครองลูกจ้างในกรณีคนล้นงานอยู่ค่อนข้างมาก เพราะจากแนววินิจฉัยที่ยกมาจะยึดหลักนายจ้างกระทำโดยสุจริต และด้วยมีเหตุผลความจำเป็นจริง ๆ บางครั้งยังพิจารณาถึงไปถึงความช่วยเหลือที่นายจ้างอนุเคราะห์แก่ลูกจ้างประกอบการวินิจฉัยด้วย

สำหรับข้อเท็จจริงในกรณีตัวอย่าง กรณีบริษัทไทยภัตตราภรณ์ จำกัด และกรณีบริษัทไทยเกรียงป็นทอฟอกย้อม จำกัด มูลกรณีไม่ไปสู่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์จึงไม่มีแนววินิจฉัย แต่กรณีบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด ในการเลิกจ้างครั้งแรก คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ วินิจฉัยว่า เป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม สั่งให้บริษัทฯ จ่ายค่าเสียหายให้ลูกจ้าง จนบริษัทฯ ยอมรับลูกจ้างกลับเข้าทำงานทั้ง ๆ ที่ไม่มีงานให้ทำ ในที่สุดก็ต้องรองจนลูกจ้างทั้งหมดยอมเขียนใบลาออกโดยได้เงินช่วยเหลือจำนวนหนึ่ง สิทธิที่จะนำมูลกรณีไปร้องต่อคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์จึงระงับไปเสียก่อน นอกจากนี้ ผลของการที่ลูกจ้างเขียนใบลาออกยังทำให้สิทธิประโยชน์ที่ลูกจ้างจะพึงได้รับเมื่อถูกเลิกจ้าง ตามที่กฎหมายกำหนดต้องระงับสิ้นไปทั้งหมด

ข้อสังเกตที่สำคัญก็คือ ค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำอันไม่เป็นธรรม ที่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์สั่งให้นายจ้างจ่ายจะมีความสัมพันธ์กับอายุงานของลูกจ้างเสมอ จึงเห็นว่ามาตรการตามมาตรา 121, 122 และ 123 น่าจะเป็นมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างกรณีคนล้นงานได้ค่อนข้างมีประสิทธิภาพ แต่ข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง ก็คือ อายุความในการยื่นคำร้องเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมกำหนดไว้เพียง 60 วัน และความรู้เกี่ยวกับเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมยังไม่แพร่หลายในหมู่ลูกจ้าง ทำให้ลูกจ้างส่วนใหญ่ยังไม่รู้ว่ามีสิทธิตามกฎหมายในส่วนนี้อยู่ ซึ่งบางครั้งอาจทำให้เสียสิทธิไปโดยไม่สมควร ตัวอย่างเช่น

กรณีการเลิกจ้างในคำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 44-96/2531 ที่กล่าวถึงข้างต้น มี ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างหลายร้อยคน แต่ร้องต่อคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์เพียง 53 คน ลูกจ้างที่เหลือส่วนหนึ่งมีวแต่ชุมนุมประท้วงตามที่ต่าง ๆ ลูกจ้างส่วนหนึ่งรอคอยผลการเรียกร้องที่จะได้รับจากกลุ่มที่ประท้วงอยู่ที่บ้าน จนกระทั่งขาดอายุความร้องเรียกค่าเสียหายเนื่องจากการกระทำอันไม่เป็นธรรมในที่สุด

1.2.5 กรณีการเลิกจ้างต้องไม่เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 49

มาตรการตามมาตรา 49 เป็นมาตรการสุดท้ายเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างในทุกกรณี เป็นมาตรการที่ใช้ดุลพินิจได้ครอบคลุมกว้างขวาง ศาลฎีกาวางหลักไว้ว่าการเลิกจ้างเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรมนั้น จะต้องพิจารณาเป็นเรื่อง ๆ ไป (ฎีกาที่ 44/2524) ข้ออ้างในการเลิกจ้างนั้น นายจ้างอาจยกข้ออ้างจาก 2 สาเหตุ คือ สาเหตุจากลูกจ้าง ได้แก่กรณีที่ถูกจ้างประพฤติ หรือปฏิบัติตัวไม่สมควร หรือสาเหตุจากนายจ้าง เช่น ฐานะของกิจการ หรือเพื่อตัดทอนค่าใช้จ่าย (จรัส เขมะจารุ, 2527 : 129 อ้างถึงใน เกียรติ พูนสมบัติเลิศ, 2534) สำหรับการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน นายจ้างจะยกสาเหตุจากฝ่ายนายจ้าง หากเป็นสาเหตุที่ศาลฟังว่าเป็นเหตุผลสมควรและมีความจำเป็นจริง แนววินิจฉัย จะถือว่าเป็นการเลิกจ้างที่เป็นธรรม ทำนองเดียวกับเรื่องการกระทำอันไม่เป็นธรรมที่กล่าวข้างต้น ฉะนั้น หากเทียบเคียงกรณีตัวอย่าง การเลิกจ้างลูกจ้างของบริษัทไทยภัตราภรณ์ จำกัด ที่ปิดกิจการเลิกจ้างลูกจ้างทั้งหมดดูเหมือนน่าจะเป็นการเลิกจ้างที่เป็นธรรม แต่กรณีบริษัทไทยเกรียงปั้นทอฟอก ย้อม จำกัด อาจยังเป็นปัญหาอยู่ แต่เป็นที่น่าเสียดายที่กรณีตัวอย่าง ทั้งสามกรณีไม่มีมูลกรณีไปสู่ศาล ทำให้เกิดข้อสงสัยว่าลูกจ้างในกรณีตัวอย่างทั้งสามแห่ง ได้รับความเป็นธรรมเสมอภาคกันหรือไม่ เนื่องจากจำนวนเงินที่ลูกจ้างแต่ละกรณีได้รับแตกต่างกัน สภาพของลูกจ้างก่อนถูกเลิกจ้างก็แตกต่างกันมาก รวมถึงเรื่องอื่น ๆ ล้วนแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง เช่น ฐานะของนายจ้าง บทบาทของรัฐที่เข้าไปเกี่ยวข้อง ความเข้มแข็งขององค์กรลูกจ้างภายใน การสนับสนุนจากองค์กรลูกจ้าง และองค์กรนายจ้างภายนอก แนวทางการต่อสู้ระหว่างนายจ้างลูกจ้าง วิธีการยุติปัญหาเมื่อเลิกจ้าง ซึ่งโดยเฉพาะวิธีการยุติปัญหาของกรณีบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด ที่ตั้งใจให้ลูกจ้างทั้งหมดลาออกหลังจากลูกจ้างเหล่านี้เคยถูกเลิกจ้าง

มาแล้วครั้งหนึ่ง แต่คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ตั้งว่าการเลิกจ้างครั้งนั้นเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรม ให้นายจ้างจ่ายค่าเสียหาย นายจ้างจึงเปิดงานให้ลูกจ้างกลับเข้าทำงานตามเดิม

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ในเบื้องต้นแล้วครั้งหนึ่งว่า ลูกจ้างในกรณีตัวอย่างของบริษัทไทยภัตตาคาร จำกัด และลูกจ้างบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด ประสบปัญหาทำนองเดียวกันสองปัญหาเมื่อนายจ้างเลิกกิจการ ปัญหาหนึ่ง คือ จำนวนเงินที่ลูกจ้างได้รับเมื่อนายจ้างเลิกกิจการนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับจำนวนเงินที่ลูกจ้างบริษัทไทยเกรียงปันทอพยพยอม จำกัด ได้รับแล้วแตกต่างกันมาก วิद्यุชนเห็นได้เองว่าไม่เป็นธรรม อีกปัญหาหนึ่ง คือ วิธีการปิดกิจการ โดยให้ลูกจ้างทั้งหมดเขียนใบลาออกแลกกับเงินจำนวนน้อยกว่าเงินที่ลูกจ้างควรจะได้ หากลูกจ้างไม่ยินยอมก็จะต้องรับเงื่อนไขอื่นที่นายจ้างรู้อยู่แล้วว่าลูกจ้างไม่ต้องการจะรับ หรือลูกจ้างรับไม่ได้ ซึ่งทั้งสองปัญหานี้ผู้เขียนวิเคราะห์ว่าลูกจ้างไม่ได้รับความเป็นธรรม แต่เมื่อไม่มีผู้ใดนำคดีมาสู่ศาล ศาลแม้จะมีอำนาจครอบคลุมเพียงใด จึงยังไม่มีอำนาจอำนวยความสะดวกให้ลูกจ้างได้ ผู้เขียนเห็นว่าในกระบวนการยุติธรรมทางแรงงานน่าจะเกิดช่องว่าง กล่าวคือ ประการแรก ไม่สามารถช่วยเหลือลูกจ้างที่อายุงานมาก ๆ ให้ได้รับการเยียวยาอย่างเหมาะสมตามลำดับอาวุโสของอายุงาน ประการที่สอง เจ้าหน้าที่และองค์กรของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทางแรงงานปฏิบัติต่อกลุ่มลูกจ้างหรือองค์กรลูกจ้าง เช่น สหภาพแรงงาน เมื่อเกิดปัญหาไม่เท่าเทียมกัน กลุ่มลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานที่มีผู้นำแรงงานที่เข้มแข็ง มีบทบาท ชိုးเสียง มีความเคลื่อนไหวที่ก่อให้เกิดความกดดันมาก เช่น สหภาพแรงงานสิ่งทอไทยเกรียงจะได้รับความสนใจพิจารณาแก้ปัญหา มากกว่ากลุ่มลูกจ้างหรือสหภาพแรงงานเล็ก ๆ ที่ไม่มีกรรมการที่เป็นผู้นำแรงงาน เช่น สหภาพแรงงานอุตสาหกรรมอาหารไทยและสหภาพแรงงานไทยคอตตอนมิลล์ ประการที่สาม ในกรณีลูกจ้างถูกเลิกจ้างโดยทำสัญญาประนีประนอมกับนายจ้างยอมรับสิทธิประโยชน์จำนวนหนึ่ง และรับรองว่าพอใจและไม่คิดใจจะนำมูลกรณีเลิกจ้างไปเรียกร้องต่อเจ้าหน้าที่หรือฟ้องต่อศาลอีก หรือลูกจ้างลาออกโดยไม่ได้เกิดจากการแสดงเจตนาที่แท้จริงของลูกจ้าง เช่น การถูกบีบบังคับให้จำใจต้องลาออก การให้ลูกจ้างเขียนใบลาออกไว้ล่วงหน้า หรือการจูงใจให้ลาออกโดยเสนอสิทธิประโยชน์ตอบแทนแต่ไม่มากเท่าที่ควร เมื่อกรณีเช่นนี้ปรากฏข้อเท็จจริงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แม้พนักงานเจ้าหน้าที่จะเห็นว่าลูกจ้างไม่ได้รับความเป็นธรรมก็ไม่สามารถให้ความช่วยเหลือลูกจ้างได้เนื่องจากไม่มีกฎหมายอนุญาตให้พนักงานเจ้าหน้าที่

เข้าไปดำเนินการได้โดยลูกจ้างมิได้ร้องขอหรือมอบอำนาจให้ดำเนินการ แนวทางออกช่องว่าง ประการแรกอาจกระทำโดยออกกฎหมายรับรองสิทธิของลูกจ้างที่มีอายุงานมาก ๆ ดังเช่นการ ประกาศใช้ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ แนวทางออกช่องว่างประการที่สอง เจ้าหน้าที่และองค์กรของรัฐในกระบวนการยุติธรรมทาง แรงงานต้องปฏิบัติต่อลูกจ้างหรือองค์กรลูกจ้างอย่างเท่าเทียมกัน แนวทางออกช่องว่างประการ ที่สามควรบัญญัติกฎหมายให้เจ้าหน้าที่หรือองค์กรของรัฐพึงคดีที่เห็นว่าลูกจ้างไม่ได้รับ ความเป็นธรรมต่อศาลแรงงานได้โดยลูกจ้างไม่ต้องร้องขอหรือมอบอำนาจเนื่องจากเหตุ การณ์การเลิกจ้างเกิดก่อนที่ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ จะใช้บังคับ ปัญหาทั้งสองจึงไม่ชัดเจนนักเพราะขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายหรือ หลักเกณฑ์ใดเป็นเครื่องชี้วัดว่าลูกจ้างที่มีอายุงานเกินกว่าสามปีขึ้นไปมาก ๆ ควรจะได้รับ สิทธิประโยชน์เพียงใดเมื่อถูกเลิกจ้าง เมื่อมีข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ใช้บังคับทำให้เห็นภาพ ชัดเจนมากขึ้นเพราะลูกจ้างสามารถตรวจสอบได้ว่าแต่ละคนได้รับสิทธิประโยชน์จากการ เลิกจ้างน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดให้ภายหลังเท่าใด ในอนาคตวิธีการทำให้ลูกจ้างลาออก อาจถูกนำมาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายค่าชดเชย ทั้งตามข้อ 46 และข้อ 46 ตริ เพื่อหลีกเลี่ยง การจ่ายสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าตามข้อ 46 ทวิ และอาจรวมถึงเพื่อหลีกเลี่ยงเงิน ค่าเสียหายตามมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างมาตรการอื่น ๆ ทุกจำนวนได้ด้วย หากสังคม และกระบวนการยุติธรรมทางแรงงานยอมรับว่าเป็นนิติกรรมที่กระทำได้โดยชอบ

ในกรณีตัวอย่างบริษัทไทยเกรียงปันทอฟฟอกย้อม จำกัด ลูกจ้างที่ถูก ไล่แย้งสิทธิมีจำนวนน้อย แต่ในจำนวนน้อยนั้นก็มีผู้แทนองค์กรลูกจ้างรวมอยู่ด้วย ลูกจ้างจึง ได้อาศัยองค์กรลูกจ้างช่วยเหลือตรวจสอบคุ้มครองสิทธิให้ และเพราะสิทธินั้นยังไม่มี กฎหมายรองรับ วิธีการต่อสู้เรียกร้องเพื่อคุ้มครองสิทธิจึงกระทำตามที่เห็นว่าจะทำให้สิทธิ ของตนได้รับการคุ้มครอง เนื่องจากองค์กรลูกจ้างค่อนข้างใหญ่และเข้มแข็งการต่อสู้ เรียกร้องจึงเข้มแข็งไปด้วย แต่เมื่อเป็นการต่อสู้เรียกร้องสิทธิที่ยังไม่มีกฎหมายรองรับ การต่อสู้ เรียกร้องจึงดูเหมือนเป็นการต่อสู้เรียกร้องในสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ ของรัฐที่เข้าไปเกี่ยวข้องช่วยเหลือก็ไม่อาจอ้างสิทธิใดตามกฎหมายเพื่อเข้าไปและไม่อาจอ้าง ได้ว่าจะช่วยเหลือเรียกร้องคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายใด คงได้แต่พยายามเทียบเคียงกฎหมาย อื่นที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งเป็นแนวปฏิบัติ ปัญหานี้อาจไม่เกิดขึ้น หากขณะนั้นมีการประกาศใช้

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ดรี ให้ลูกจ้างอ้างสิทธิเรียกร้องตามกฎหมายต่อนายจ้าง ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือใช้สิทธิทางศาลได้

ในทางตรงกันข้ามกรณีตัวอย่างบริษัทไทยภัตราภรณ์ จำกัด แม้มีองค์กรลูกจ้าง แต่องค์กรลูกจ้างได้ต่อสู้โดยนัดหยุดงานเป็นเวลายาวนานจนหมดกำลัง ส่วนองค์กรลูกจ้างบริษัทไทยคอตคอนมิลล์ (1964) จำกัด เป็นองค์กรที่เพิ่งเกิดใหม่ยังอ่อนแออยู่ และเกิดในขณะที่ลูกจ้างรู้ย่อว่ากิจการของนายจ้างจะไปไม่รอด หรือกล่าวได้ว่าลูกจ้างตั้งองค์กรขึ้นเป็นเกราะป้องกันดูแลคุ้มครองสิทธิของตนเอง สิทธิประโยชน์ของลูกจ้างทั้งสองกรณีนี้จึงได้รับผลน้อยกว่า

ผู้เขียนมิได้วิเคราะห์ว่า มาตรา 49 บกพร่องหรือสมควรปรับปรุงแก้ไขแต่มองว่าสมควรหรือไม่ที่รัฐจะเข้าไปแทรกแซงโดยให้องค์กรของรัฐสามารถนำมูลกรณีไปสู่ศาลได้เอง ในบางกรณีโดยลูกจ้างไม่ต้องร้องขอเมื่อรัฐเห็นสมควรเพื่อคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง เช่น ในกรณีที่เห็นว่าลูกจ้างจำนวนมากทำนิติกรรมไปในทางที่เสียเปรียบ โดยเฉพาะเมื่อมีการเลิกจ้างกรณีคนล้นงาน ทั้งนี้ เพื่อช่วยเสริมให้มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างตามมาตรา 49 บรรลุวัตถุประสงค์อย่างสมบูรณ์

1.2.6 กรณีการเยียวยาในระบบค่าชดเชยเมื่อเลิกจ้างในกรณีปกติและเมื่อเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน

กล่าวได้ว่า มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้าง โดยกำหนดให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยเมื่อเลิกจ้างลูกจ้างตามข้อ 46 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 เป็นมาตรการที่เป็นที่รู้จักกันทั่วไปกว้างขวางมากกว่าทุกมาตรการ เหตุสำคัญประการหนึ่ง ก็เพราะ มาตรการตามข้อ 46 เป็นเรื่องที่มีความในข้อ 68 แห่งประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานบังคับให้นายจ้างต้องระบุเรื่องการเลิกจ้างไว้ในระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน กล่าวคือ ข้อ 68 กำหนดว่าให้นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างรวมกันตั้งแต่สิบคนขึ้นไปเป็นประจำ จัดให้มีข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานเป็นภาษาไทย ประกาศใช้บังคับนั้น อย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้ ... (8) การเลิกจ้าง ... ประกอบกับข้อ 70 กำหนดว่า การประกาศใช้ข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานตามข้อ 68 ...ให้นายจ้างปิดประกาศโดย

เปิดเผยเพื่อให้ลูกจ้างได้ทราบ ณ สถานที่ทำงาน ... จึงทำให้มาตรการตามข้อ 46 ปรากฏอยู่ในระเบียบข้อบังคับของนายจ้าง

คำชดเชย ในข้อ 46 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ได้เพิ่มอัตราขึ้นเรื่อย ๆ โดยได้รับการแก้ไขหลายครั้ง ครั้งหลังสุดได้เพิ่มข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ โดยประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2537

เหตุการณ์ในกรณีตัวอย่างเกิดก่อนการใช้ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ปัญหาหลักในกรณีตัวอย่าง คือ ปัญหาว่าลูกจ้างที่มีอายุงานมากกว่า 3 ปี ไม่ว่าจะมากกว่าเท่าใด คงมีสิทธิได้รับคำชดเชยเท่ากับลูกจ้างที่มีอายุงาน 3 ปี ซึ่งลูกจ้างที่อายุงานมากเห็นว่าไม่เป็นธรรม สืบเนื่องจากปัญหานี้ ส่งผลให้เกิดการประกาศใช้ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ตามมา

ตามที่ได้ตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ไว้ข้างต้นว่า จะไม่สามารถใช้บังคับกับการเลิกจ้างได้ครอบคลุมทุกกรณี เพราะระบุเหตุของการเลิกจ้างไว้ หากนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างนอกเหนือจากเหตุเหล่านั้นย่อมยกเป็นข้อต่อสู้ได้ พิจารณาเฉพาะกรณีตัวอย่างเพียง 3 ราย ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ จะใช้บังคับกับบริษัทไทยเกรียงปันทอพอกยอม จำกัด ได้เพียงรายเดียว ใช้บังคับกับกรณีตัวอย่างอีกสองรายไม่ได้

หากพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการออกประกาศข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ตั้งแต่เริ่มแรก โดยพิจารณาจากคำสั่งกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ที่ 440/2536 ลงวันที่ 27 กรกฎาคม 2536 เรื่องแต่งตั้งคณะทำงานปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานว่าด้วยการเลิกจ้าง ได้กำหนดหน้าที่ของคณะทำงานไว้ว่าให้มีหน้าที่ศึกษาวิเคราะห์และกำหนดมาตรการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับการเลิกจ้าง การจ่ายคำชดเชย ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี การประสพภาวะเศรษฐกิจ เป็นผลให้ต้องลดจำนวนลูกจ้างเป็นจำนวนมาก หรือในลักษณะทำนองเดียวกัน ... จะเห็นได้ว่าคำสั่งนี้ได้กล่าวถึงเหตุ 2 เรื่อง คือ-การเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี และการประสพภาวะเศรษฐกิจ ซึ่งน่าจะตีความได้ว่าเจตนารมณ์เดิมไม่ได้ต้องการให้พิจารณาแก้ไขเฉพาะด้านการเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีเพียงด้านเดียว แต่รวมถึงการประสพภาวะเศรษฐกิจด้วย

และจากร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานที่คณะกรรมการปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติด้านกฎหมายเกี่ยวกับสังคม ซึ่งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติและประกาศหรือคำสั่งอื่นในลักษณะเดียวกัน มีคำสั่งที่ 6/2536 ลงวันที่ 22 มีนาคม 2536 แต่งตั้งได้เสนอร่างเมื่อเดือนตุลาคม 2536 ร่างข้อความในหมวด 11 ค่าชดเชย มาตรา 116 มีความว่า ในกรณีที่นายจ้างจะปรับปรุงการประกอบกิจการโดยนำเครื่องจักรหรือเทคโนโลยีใหม่มาใช้ อันมีผลให้ลูกจ้างซึ่งทำงานให้แก่นายจ้างรวมกันตั้งแต่หกปีขึ้นไปไม่สามารถทำงานในหน้าที่เดิมได้อีกต่อไป นายจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหกเดือนก่อนการประกอบการตามการปรับปรุงดังกล่าว และต้องจ่ายค่าชดเชยพิเศษให้แก่ลูกจ้างในอัตราไม่น้อยกว่าค่าจ้างสิบห้าวันสุดท้ายต่อระยะเวลาทำงานหนึ่งปี แต่ถ้านายจ้างไม่แจ้งให้ลูกจ้างทราบล่วงหน้าตามระยะเวลาที่กำหนด ให้นายจ้างจ่ายเงินเพิ่มในอัตราร้อยละสามสิบต่อปีของค่าชดเชยพิเศษที่จะต้องจ่ายสำหรับระยะเวลาที่ไม่ได้แจ้งล่วงหน้า ค่าชดเชยพิเศษตามวรรคหนึ่ง รวมแล้วต้องไม่เกินค่าจ้างที่อาจได้รับตามเกณฑ์ในวรรคหนึ่ง สำหรับระยะเวลาสิบสองเดือน นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยพิเศษหรือเงินเพิ่มตามวรรคหนึ่งในกรณีดังต่อไปนี้ ...

จะเห็นว่าในร่างฉบับนี้ ระบุเฉพาะกรณีนายจ้างจะปรับปรุงการประกอบธุรกิจ โดยนำเครื่องจักร หรือเทคโนโลยีมาใช้ เท่านั้น ไม่มีช่องทางตีความ ขยายความเป็นอื่นอย่างอื่นได้อีก

และจากความเห็นของสภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ ที่ปรากฏในบันทึก ที่ รส 0214/830 ลงวันที่ 16 ธันวาคม 2536 เรื่องการปรับปรุงกฎหมายคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับการเลิกจ้าง เสนอต่อปลัดกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม มีความว่า ... สภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติพิจารณาแล้วเห็นว่า การพัฒนาประเทศในระยะต่อไปมีความจำเป็นต้องนำเทคโนโลยีมาใช้เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตและความสามารถในการแข่งขันซึ่งการดำเนินการดังกล่าวย่อมมีผลกระทบต่อแรงงานบางส่วน การกำหนดให้นายจ้างต้องบอกกล่าวล่วงหน้ากับเจ้าหน้าที่ทางราชการและลูกจ้าง ... เพื่อให้ทางราชการสามารถช่วยเหลือและหาทางบรรเทาความเดือดร้อนแก่ลูกจ้างที่จะต้องถูกเลิกจ้างได้ทันต่อเหตุการณ์ และการกำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายค่าชดเชยพิเศษ ... เป็นมาตรการทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองมิให้ลูกจ้างได้รับความเดือดร้อนภายหลัง

การเลิกจ้างและสามารถดำรงชีพต่อไปได้ในช่วงระยะเวลาที่ยังว่างงาน ... ซึ่งพร้อมบันทึกฉบับนี้ สภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ ได้แก้ไขร่างประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ในประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ซึ่งกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน ส่งให้สภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติพิจารณาแก้ไข ให้กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม พิจารณาคำ

จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์เดิม ที่จะแก้ไขข้อ 46 นั้น ได้คำนึงถึงการประสพภาวะเศรษฐกิจของนายจ้างด้วย แต่ระยะต่อมา เหตุที่จะแก้เพื่อกรณีนายจ้างประสพภาวะเศรษฐกิจได้หายไป จนในที่สุดเหลือเพียงเหตุที่ปรากฏในข้อ 46 ทวิ ซึ่งจะมีผลทำให้ข้อ 46 ทวิ ไม่มีผลใช้บังคับในกรณีลูกจ้างถูกเลิกจ้าง เพราะเหตุนายจ้างประสพภาวะเศรษฐกิจ

ทั้งเหตุการณ์ในกรณีตัวอย่าง และโดยข้อเท็จจริงสถานประกอบการหรือนายจ้างย่อมมีทั้งกำไร มีทั้งขาดทุน มีทั้งจัดตั้งใหม่ เลิกกิจการ กิจการล้มละลาย ฯลฯ การเลิกจ้างลูกจ้าง หรือภาวะคนล้นงานจึงเกิดขึ้นได้ในหลายกรณี มิใช่เกิดจากเหตุทางด้านเทคโนโลยีด้านเดียว ในประเทศอังกฤษพบว่าสาเหตุทางด้านเศรษฐกิจเป็นสาเหตุที่นำมาซึ่งภาวะคนล้นงานมากกว่าสาเหตุจากด้านการจัดการองค์กร และสาเหตุทางด้านเทคโนโลยี เช่น ภาวะคนล้นงานที่มีผลมาจากความเปลี่ยนแปลงของตลาดการผลิตเกิดขึ้นบ่อยกว่าสาเหตุซึ่งเป็นผลมาจากการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี หรือวิธีการทำงาน ซึ่งเกิดจากการจัดการ (Parker, 1969) ซึ่งสถานะของประเทศไทยเมื่อพิจารณาจากสถานการณ์การเลิกจ้างลูกจ้างของสถานประกอบการต่าง ๆ จากผลที่ได้รับจากการมีหนังสือสอบถามนายจ้าง และจากบันทึกสรุปผลการสัมมนาที่กล่าวถึงในบทที่ 3 ตอนต้น ปรากฏว่า สาเหตุของการเลิกจ้างเพราะเหตุลูกจ้างล้นงานที่เกิดขึ้นในประเทศไทยไม่แตกต่างไปจากแนวโน้มดังกล่าวมากนัก—และหากเป็นเช่นนั้น มาตรการตามข้อ 46 ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ก็คุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานได้บางส่วนเท่านั้น ยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานได้ทั้งหมด

อนึ่งเนื่องจากมาตรการเกี่ยวกับประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงานตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 78 ซึ่งได้กล่าวถึงในบทที่ 2 ในฐานะ

เป็นมาตรการหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับมาตรการคุ้มครองลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน ยังไม่มีการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการจัดเก็บเงินสมทบเพื่อการให้ประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงานขึ้นใช้บังคับ จึงยังไม่วิเคราะห์ถึง

โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่าก่อนที่จะออกประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2537 แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ในประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 มาตรการคุ้มครองลูกจ้างตามกฎหมายที่มีอยู่ยังไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองลูกจ้างในกรณีถูกเลิกจ้างเพราะเหตุคนล้นงาน เช่น มาตรการเรื่องค่าชดเชยยังไม่สามารถคุ้มครองลูกจ้างที่อายุงานมาก ๆ ได้ มาตรการเรื่องการเลิกจ้างต้องไม่ใช้การกระทำอันไม่เป็นธรรมคุ้มครองเฉพาะลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างโดยเหตุตามที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมเท่านั้น ลูกจ้างยังจะต้องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ภายในอายุความอีกด้วย ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างเพราะเหตุคนล้นงาน แต่ไม่เข้าเหตุที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นการกระทำอันไม่เป็นธรรมจึงไม่ได้รับความคุ้มครอง ส่วนมาตรการเรื่องการเลิกจ้างต้องไม่ใช้การเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า กรณีนายจ้างเลิกจ้างด้วยเหตุผลความจำเป็นไม่เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม จึงทำให้การเลิกจ้างเพราะเหตุคนล้นงานไม่เป็นการเลิกจ้างที่ไม่เป็นธรรม ทั้งมาตรการนี้ลูกจ้างยังจะต้องนำคดีมาสู่ศาลก่อน จึงเห็นว่ายังใช้คุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานได้ไม่เพียงพอ ส่วนการประกาศใช้ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ มีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองลูกจ้างเฉพาะที่ถูกเลิกจ้างเพราะเหตุนายจ้างปรับปรุงหน่วยงาน กระบวนการผลิต การจำหน่าย หรือการบริการ อันเนื่องมาจากการนำเครื่องจักรมาใช้ หรือการเปลี่ยนแปลงเครื่องจักร หรือเทคโนโลยี เท่านั้น ไม่มีเจตนารมณ์คุ้มครองลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างเพราะเหตุอื่น เช่น เลิกกิจการ ขาดทุน ล้มละลาย เป็นต้น ฉะนั้น หลังประกาศใช้ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริแล้ว ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน และมีอายุงานมาก ๆ ก็ยังคงไม่ได้รับความคุ้มครองทั้งหมด สำหรับแนวทางแก้ไขปรับปรุงจะได้กล่าวในข้อต่อ ๆ ไป

2. มาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนงานในต่างประเทศหรือตามอนุสัญญาหรือข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับกรณีของประเทศไทย

เนื่องจากความรู้และความเข้าใจในเรื่องกฎหมายแรงงานของประเทศไทยไม่ได้ผ่านกระบวนการพัฒนาเป็นขั้นเป็นตอน เช่น ประเทศอุตสาหกรรมตะวันตกที่การพัฒนาในกฎหมายแรงงานพัฒนามาจากปัญหาที่เกิดขึ้นก่อน แล้วพัฒนากฎหมายเพื่อแก้ปัญหา แต่ประเทศไทยอยู่ในฐานะผู้รับประโยชน์ โดยการนำแบบอย่างของต่างประเทศมาใช้ (เกียรติ พูนสมบัติเลิศ, 2534) ประกอบกับประเทศไทยได้สมัครเข้าเป็นสมาชิกผู้ก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศตั้งแต่ปี พ.ศ. 2462 (ค.ศ. 1919) และในรอบ 40 ปีที่ผ่านมาประเทศไทยได้มีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิด จนกล่าวได้ว่า ความร่วมมือระหว่างประเทศไทยกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศอยู่บนพื้นฐานของมิตรร่วมงานซึ่งมีอุดมการณ์อย่างเดียวกัน (นิคม จันทรวิฑูร, 2537) อนุสัญญาหรือข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศถือเป็นกลไกหรือเครื่องมือที่สำคัญที่สุดอันหนึ่งในอันที่จะส่งผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ (นิคม จันทรวิฑูร, 2530) ฉะนั้น กรณีที่มาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยยังคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนงานได้ไม่เพียงพอ นอกจากจะหาแนวทางในการแก้ไขข้อบกพร่องของกฎหมายที่มีอยู่ โดยพิจารณาจากปัจจัยอื่นๆ แล้ว สิ่งที่ขาดเสียมิได้ก็ควรจะหามาตรการที่เหมาะสมที่จะนำมาปรับใช้กับประเทศไทยจากอนุสัญญาหรือข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและของต่างประเทศที่ประสบปัญหาแรงงานมาก่อนเป็นต้นแบบ

กลไกสำคัญในการบริหารองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้แก่การกำหนดมาตรฐานแรงงานและระบบไตรภาคี การกำหนดมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในรูปของอนุสัญญา (Convention) และข้อเสนอแนะ (Recommendation) มีเจตนาเพื่อให้ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้และกำหนดขึ้นเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้แรงงานให้เหมือนหรือใกล้เคียงกัน ทั้งนี้เพื่อป้องกันประเทศต่าง ๆ ที่แข่งขันกันทางเศรษฐกิจเอาชนะกันและกัน โดยการลดต้นทุนการผลิต ซึ่งเป็นการเอารัดเอาเปรียบหรือขูดรีดผู้ใช้แรงงานด้วยประการต่าง ๆ (วิจิต

แสงทอง, 2537) อนุสัญญาที่ผ่านการรับรองจากที่ประชุมใหญ่แล้ว ถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลจะต้องนำเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้รับรู้อหรือให้สัตยาบันภายใน 12 เดือน หรือถ้าขัดข้องก็ต้องไม่เกิน 18 เดือน และจะต้องมีรายงานกลับไปยังองค์การแรงงานระหว่างประเทศถึงมาตรการที่ได้ดำเนินการ ตลอดจนข้อคิดเห็นของรัฐสภาที่พิจารณาเรื่องนั้น โดยปกติอนุสัญญาจะมีผลใช้บังคับให้ประเทศสมาชิกต้องปฏิบัติตามอย่างเป็นทางการก็ต่อเมื่อประเทศสมาชิกได้ให้สัตยาบันแล้ว การให้สัตยาบันจึงเท่ากับเป็นการรับรองว่าได้มีการนำอนุสัญญานั้นไปปฏิบัติในประเทศของตน ทั้งนี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศจะมีการตรวจสอบให้มีการปฏิบัติตามอนุสัญญาที่ได้ให้สัตยาบันไปแล้วนั้นด้วย ส่วนอนุสัญญาที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบัน ประเทศสมาชิกก็ยังคงเสนอรายงานให้องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ทราบถึงความคืบหน้าในการนำไปเป็นแนวทางหรือวิธีการในทางปฏิบัติ ตลอดจนข้อขัดข้องที่ยังไม่อาจให้สัตยาบันได้ สำหรับข้อแนะนำมีเงื่อนไขในการใช้บังคับน้อยกว่าอนุสัญญาโดยไม่มีข้อผูกพันให้ประเทศสมาชิกต้องให้สัตยาบัน แต่เป็นข้อเสนอให้ประเทศสมาชิกรับไปดำเนินการ (วิชัย โถสุวรรณจินดา, 2537) การให้สัตยาบันอนุสัญญาย่อมมีผลผูกพันต่อประเทศและประชาชนทั้งประเทศ ในกรณีที่ไม่สามารถปฏิบัติตามอนุสัญญาได้ก็ จะถูกไต่สวนในการประชุมใหญ่สามัญประจำปี หรือถูกให้ตอบข้อถามถึงปัญหา หรือถูกเตือนให้เร่งปฏิบัติตามอนุสัญญาให้ครบถ้วน (วิจิตร พรหมพันธุ์, 2537) จนถึงปี 2537 มีอนุสัญญาประกาศใช้แล้ว 175 ฉบับ ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาเพียง 11 ฉบับ และรับเอาข้อแนะนำ 10 ฉบับ สำหรับอนุสัญญา ฉบับที่ 158 ซึ่งมีส่วนที่ว่าด้วยการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน อยู่ด้วยนั้น ประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน

2.1 มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนงานที่ประเทศไทยมีอยู่ซึ่ง สอดคล้องกับอนุสัญญาหรือข้อแนะนำ

อนุสัญญา ฉบับที่ 158 เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 3 ของอนุสัญญา มีสาระสำคัญ ดังนี้

ส่วนที่ 3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน

(1) เมื่อนายจ้างมีความตั้งใจที่จะเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน นายจ้างจะต้อง

(ก) ให้ข้อมูลแก่ผู้แทนลูกจ้างที่เกี่ยวข้องในเวลาอันเหมาะสมเกี่ยวกับ เหตุผลของการเลิกจ้าง จำนวนและประเภทของลูกจ้างที่อยู่ในข่ายถูกเลิกจ้าง และกำหนดเวลา ที่จะทำการเลิกจ้าง

(ข) ให้โอกาสแก่ผู้แทนลูกจ้างที่เกี่ยวข้องได้เข้าร่วมปรึกษาหารือเพื่อหา มาตรการที่จะหลีกเลี่ยงหรือให้มีการเลิกจ้างน้อยที่สุด และมาตรการที่จะช่วยบรรเทาความ เดือดร้อนของลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างทันทีที่สามารถกระทำได้นี้จะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และแนวปฏิบัติของประเทศ [ข้อ 13]

(2) การดำเนินการตาม ข้อ (1) อาจกระทำเป็นข้อตกลง คำชี้ขาด หรือคำตัดสิน ของศาลหรือวิธีอื่นใดในลักษณะเดียวกันที่สามารถกระทำได้โดยบัญญัติของกฎหมาย [ข้อ 1]

(3) อาจกำหนดจำนวนขั้นต่ำของลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้าง ที่นายจ้างจะต้องดำเนินการ ตามข้อ (1) [ข้อ 13]

(4) เมื่อนายจ้างมีความตั้งใจที่จะเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน นายจ้างจะต้องแจ้งให้หน่วย งานทางราชการทราบในทันทีที่สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ ต้องก่อนการทำการเลิกจ้าง พร้อมทั้งให้ข้อมูลเกี่ยวกับเหตุผลของการเลิกจ้าง จำนวนและประเภทของลูกจ้างที่อยู่ในข่าย ถูกเลิกจ้าง และกำหนดเวลาที่จะทำการเลิกจ้าง [ข้อ 14]

(5) การดำเนินการใด ๆ จะต้องกระทำภายในขอบเขตของระเบียบ และ กฎหมายของประเทศ [ข้อ 13 และ ข้อ 14]

ส่วนข้อแนะ ฉบับที่ 166 เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน ซึ่งอยู่ในส่วนที่ 3 ของข้อแนะ มีสาระสำคัญ ดังนี้

ส่วนที่ 3 บทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน

(1) เมื่อนายจ้างมีความตั้งใจที่จะทำการเปลี่ยนแปลงผลิตภัณฑ์ โปรแกรมการผลิต โครงสร้างขององค์กร หรือเทคโนโลยี ซึ่งจำเป็นต้องมีการเลิกจ้าง นายจ้างสมควรจะปรึกษาผู้แทนลูกจ้างที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลง ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น และมาตรการที่จะหลีกเลี่ยงการเลิกจ้าง หรือมาตรการช่วยเหลือบรรเทาความเดือดร้อนของลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้าง [ข้อ 19 และ ข้อ 20]

(2) เพื่อให้ผู้แทนลูกจ้างสามารถเข้าร่วมพิจารณาได้อย่างมีประสิทธิภาพ นายจ้างควรให้ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการเปลี่ยนแปลงและผลกระทบแก่ผู้แทนลูกจ้างล่วงหน้า [ข้อ 20]

(3) หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องจะต้องช่วยเหลือกรณีให้ตกลงกันได้ ในปัญหาดังกล่าว [ข้อ 19]

(4) มาตรการสำหรับการหลีกเลี่ยงหรือให้มีการเลิกจ้างน้อยที่สุด ประกอบด้วย การลดการจ้างงานเพิ่ม ลดความต้องการลูกจ้างในช่วงระยะเวลาหนึ่งเพื่อให้เกิดการลดจำนวนลูกจ้าง การย้ายโอนภายใน การฝึกอบรมและฝึกอบรมซ้ำ การเกษียณก่อนระยะเวลาที่กำหนดโดยได้รับค่าตอบแทนเพิ่ม ลดการทำงานล่วงเวลา และลดชั่วโมงทำงานปกติ [ข้อ 21]

(5) ในกรณีที่ จะใช้การลดชั่วโมงทำงานปกติลงชั่วคราวเพื่อหลีกเลี่ยงหรือให้มีการเลิกจ้างน้อยที่สุด ควรจะได้มีการพิจารณาให้เงินช่วยเหลือทดแทนรายได้ที่ขาดไป เนื่องจากลดชั่วโมงทำงาน ทั้งนี้ จะต้องปฏิบัติภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย [ข้อ 22]

(6) ในกรณีที่จะทำการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน หลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกผู้ที่จะถูกเลิกจ้างจะต้องกำหนดไว้ล่วงหน้า ทั้งนี้ จะต้องคำนึงถึงความต้องการและประโยชน์ของทั้งสถานประกอบการและลูกจ้าง [ข้อ 23] และการกำหนดหลักเกณฑ์พิจารณาคัดเลือกผู้ที่จะถูกเลิกจ้าง สมควรที่จะกำหนดโดยทำเป็นข้อตกลงร่วม คำชี้ขาด หรือคำตัดสินของศาล หรือโดยวิธีอื่นที่จะกระทำได้ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และสภาพการณ์ของประเทศ [ข้อ 1]

(7) ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน ควรจะมีสิทธิได้รับการจ้างงานใหม่ทันที เมื่อนายจ้างต้องการจ้างลูกจ้างเพิ่มเติมหากมีคุณสมบัติใกล้เคียงกัน โดยลูกจ้างจะมีสิทธิดังกล่าวภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ โดยข้อตกลง คำชี้ขาด คำตัดสินของศาล หรือวิธีอื่นที่จะกระทำได้ภายใต้ข้อบังคับของกฎหมาย [ข้อ 1 และ ข้อ 24]

(8) ในกรณีที่มีการเลิกจ้าง เนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยี และเหตุผลอื่นที่คล้ายคลึงกัน หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องควรที่จะกำหนดมาตรการที่จะดำเนินการให้ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างได้รับการจ้างงานใหม่ที่เหมาะสม และในทันทีที่สามารถจะทำได้ พร้อมทั้งได้รับการฝึกอบรม หรือฝึกอบรมใหม่ ทั้งนี้ การดำเนินการดังกล่าวควรสอดคล้องกับสภาพการณ์ของประเทศ และโดยได้รับความร่วมมือจากนายจ้าง และผู้แทนลูกจ้างที่เกี่ยวข้อง เช่น นายจ้างอาจติดต่อหางานให้แก่ลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างโดยตรง เป็นต้น [ข้อ 25]

(9) เพื่อเป็นการบรรเทาความเดือดร้อนของลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างควรจะได้มีการพิจารณาช่วยเหลือด้านรายได้บางส่วนหรือทั้งหมด ระหว่างการฝึกอบรม หรือฝึกอบรมใหม่ และระยะเวลาที่ลูกจ้างหางาน และเพื่อทดแทนกรณีที่ถูกจ้างต้องย้ายถิ่นฐานเพื่อไปทำงานในที่ใหม่ ในกรณีนี้หน่วยงานราชการอาจพิจารณาให้การสนับสนุนทางการเงินบางส่วนหรือทั้งหมด ทั้งนี้ ให้ขึ้นอยู่กับกฎหมายและระเบียบปฏิบัติของประเทศ

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของอนุสัญญาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมาย เพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างแล้วพบว่าประเทศไทยได้นำมาตรการที่ให้นายจ้างแจ้งการเลิกจ้างลูกจ้าง พร้อมข้อมูลเกี่ยวกับเหตุผลของการเลิกจ้าง จำนวน และประเภทของลูกจ้าง ต่อหน่วย

งานของทางราชการ ตามข้อ (4) มากำหนดไว้ในข้อ 46 ทวิ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน โดยกำหนดว่า ... ให้นายจ้างแจ้งวันที่จะเลิกจ้าง เหตุผลของการเลิกจ้าง และรายชื่อลูกจ้างต่อพนักงานตรวจแรงงานและลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้างทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่าหกสิบวันก่อนที่จะเลิกจ้าง ... ซึ่งข้อความตามข้อ 46 ทวิส่วนนี้ กำหนดให้นายจ้างแจ้งให้ลูกจ้างทราบด้วย ทำให้แตกต่างไปจากอนุสัญญาที่ระบุให้แจ้งผู้แทนลูกจ้าง

การที่ข้อ 46 ทวิ กำหนดให้นายจ้างแจ้งให้ลูกจ้างทราบ ไม่ใช่เป็นการแจ้งให้ทราบเพื่อให้ลูกจ้างร่วมหารือกับนายจ้าง แต่ให้แจ้งเพื่อเป็นการบอกกล่าวล่วงหน้าว่าจะเลิกสัญญา ซึ่งข้อ 46 ทวิ ได้กำหนดระยะเวลาบอกกล่าวล่วงหน้าให้ไม่น้อยกว่าหกสิบวัน ทำให้แตกต่างไปจากระยะเวลาบอกกล่าวล่วงหน้าตามมาตรา 582 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ให้บอกกล่าวล่วงหน้าในเมื่อถึงหรือก่อนจะถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวใดคราวหนึ่ง เพื่อให้เป็นผลเลิกสัญญากัน เมื่อถึงกำหนดจ่ายสินจ้างคราวถัดไปข้างหน้า จึงทำให้นายจ้างต้องบอกกล่าวล่วงหน้าเป็นระยะเวลายาวขึ้น เป็นผลดีต่อลูกจ้าง หากนายจ้างไม่บอกกล่าวล่วงหน้าตามข้อ 46 ทวิ จะทำให้ลูกจ้างได้รับสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าเพิ่มขึ้น

ส่วนเมื่อพิจารณาสาระสำคัญของข้อแนะ ประเทศไทยยังมีได้นำมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานตามข้อแนะมาบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยตรง แต่สภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ ได้เคยยกร่างมาตรการทำนองเดียวกับข้อแนะ ฉบับที่ 166 นี้ ใช้ชื่อว่า มาตรการและแนวทางบรรเทาปัญหาการเลิกจ้าง ซึ่งยกร่างขึ้นจากผลการประชุมไตรภาคี ซึ่งสภาที่ปรึกษาเพื่อพัฒนาแรงงานแห่งชาติ ร่วมกับกรมแรงงานจัดขึ้นเมื่อปี 2529 มาตรการนี้คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบให้เผยแพร่ เมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 2529 แต่ไม่ได้มีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย

2.2 มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานตามอนุสัญญาหรือข้อแนะที่ประเทศไทยยังไม่ได้นำมาใช้

ดังที่กล่าวใน 2.3 ว่า ข้อ 46 ทวิ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ไม่ได้กำหนดให้นายจ้างแจ้งการเลิกจ้างลูกจ้างแก่ผู้แทนลูกจ้าง แต่กำหนดให้แจ้งแก่ลูกจ้างนั้นเป็นประการหนึ่งที่ประเทศไทยไม่ได้นำอนุสัญญาส่วนที่กำหนดให้แจ้งผู้แทนลูกจ้างมากำหนดเป็นกฎหมาย ประการที่สอง กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้กำหนดให้นายจ้างร่วมหารือกับผู้แทนลูกจ้าง และประการที่สาม กฎหมายของประเทศไทยไม่ได้กำหนดจำนวนลูกจ้างขั้นต่ำไว้ว่าเมื่อนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนตั้งแต่เท่าไรจึงจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด

ส่วนมาตรการตามข้อแนะ ประเทศไทยยังไม่ได้นำมาตราใดตามข้อแนะมากำหนดไว้ในกฎหมายดังกล่าวแล้ว สำหรับมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานทั้งตามอนุสัญญาและข้อแนะที่ประเทศไทยยังไม่ได้นำมาใช้เหล่านี้ เป็นเพราะเหตุใดที่ไม่นำมาใช้ ควรนำมาใช้หรือไม่ นำมาใช้แล้วจะเกิดผลอย่างไร จะกล่าวถึงในข้อต่อ ๆ ไป

2.3 มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานที่สอดคล้องกับอนุสัญญาหรือข้อแนะที่ประเทศใกล้เคียงหรือมีฐานะทางเศรษฐกิจใกล้เคียงกับประเทศไทยนำไปใช้

ในบทที่ 2 ข้อ 4 ได้กล่าวถึงมาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานตามกฎหมายต่างประเทศไว้ โดยจัดแบ่งเป็นแต่ละมาตรการ และชี้ว่าในแต่ละมาตรการมีตัวอย่างประเทศใดที่ใช้ หากจะพิจารณาเฉพาะประเทศใกล้เคียงกับประเทศไทยที่ใช้มาตรการทางกฎหมายกำหนดให้นายจ้างที่จะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน ต้องแจ้งให้ผู้แทนลูกจ้างทราบและให้โอกาสผู้แทนลูกจ้างร่วมหารือหรือกำหนดจำนวนลูกจ้างขั้นต่ำไว้ว่า เมื่อนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนเท่าใดจึงจะต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด หรือนำมาตรการตามข้อแนะ ฉบับที่ 166 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นมาตรการที่ประเทศไทยยังไม่ได้นำมาใช้ แต่ประเทศใกล้เคียงนำมาใช้ จะพบว่า

ประเทศอินโดนีเซีย Act on the Termination of Employment in Private Undertakings, 1946 กำหนดให้ นายจ้างที่จะเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนมากหรือเรื่องเจตนาที่จะเลิกจ้างกับองค์กรลูกจ้างที่เกี่ยวข้องหรือกับตัวลูกจ้างเองในกรณีที่ลูกจ้างไม่ได้เป็นสมาชิกขององค์กรลูกจ้าง (มาตรา 2) และต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการระดับข้อพิพาทแรงงานส่วนกลางและให้ถือว่าเป็นการเลิกจ้างจำนวนมาก ถ้าในสถานประกอบการแห่งหนึ่งในเวลาหนึ่งเดือนนายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างสิบคน หรือมากกว่า หรือก่อให้เกิดการเลิกจ้างติดต่อกัน ซึ่งแสดงถึงเจตนาก่อให้เกิดการเลิกจ้างจำนวนมาก (มาตรา 9) การเลิกจ้างที่ไม่ได้รับอนุญาตเป็นโมฆะ (กองวิเทศสัมพันธ์ กรมแรงงาน, 2536)

ประเทศฟิลิปปินส์ Labor code ในส่วนของการเลิกจ้าง (Termination of Employment) Art. 284 กำหนดว่า นายจ้างอาจเลิกจ้างลูกจ้างอันเนื่องมาจากติดตั้งอุปกรณ์ใหม่ ทำให้ต้องลดคนงานลง ปรับองค์กรใหม่ทำให้ต้องลดคนงานลง การลดคนเพื่อประหยัด หรือการหยุดการดำเนินการ นายจ้างจะต้องแจ้งให้ลูกจ้างและกระทรวงแรงงานและการจ้างงานทราบเป็นลายลักษณ์อักษรอย่างน้อย 1 เดือนล่วงหน้า (กองวิเทศสัมพันธ์ กรมแรงงาน, 2536)

ประเทศญี่ปุ่น Labour Standard Law, 1947 ได้กำหนดกฎหมายว่าด้วยมาตรการพิเศษเพื่อความมั่นคงในการทำงานสำหรับลูกจ้างในอุตสาหกรรมที่ประสบปัญหา (Special Measures Law of Employment Security for Workers in Specified Depressed Industries, 1989) กฎหมายนี้ได้กำหนด แผนความมั่นคงในการทำงาน มาตรการป้องกันการว่างงาน และการเพิ่มโอกาสการมีงานทำ มาตรการส่งเสริมการกลับเข้าทำงานใหม่ของลูกจ้างที่ถูกออกจากงาน (กองวิเทศสัมพันธ์ กรมแรงงาน, 2536) รายละเอียดได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 แผนและมาตรการดังกล่าวสอดคล้องกับข้อเสนอฉบับที่ 166 เป็นส่วนใหญ่

ประเทศบังคลาเทศ Employment of Labour (Standing Orders) Act. มาตรา 13 กำหนดให้ นายจ้างคัดเลือกลูกจ้างที่เข้าทำงานหลังสุดในงานประเภทเดียวกันออกจากงานก่อน และนายจ้างต้องรับลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างเข้าทำงานก่อน เมื่อมีตำแหน่งว่าง หรือมีงานใหม่ที่ต้องการลูกจ้างที่มีทักษะหรือประสบการณ์ (สมศักดิ์ สุนทรธาราวงศ์, 2530)

ประเทศอินเดีย Industrial Disputes Act. มาตรา 25 G กำหนดว่า โดยทั่วไป นายจ้างต้องคัดเลือกลูกจ้างที่เข้าทำงานหลังสุดในลูกจ้างประเภทเดียวกันออกจากงานก่อน เว้นแต่นายจ้างจะได้บันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรว่าเลือกเลิกจ้างลูกจ้างอื่น (สมศักดิ์ สุนทรธาราวงค์, 2530)

2.4 ข้อสังเกตเกี่ยวกับการนำามาตรฐานอนุสัญญาหรือข้อเสนอมาใช้

วิชิต แสงทอง (2537) วิเคราะห์ว่า ภาวะความแตกต่างกันอย่างมากทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง วัฒนธรรม และระดับเทคโนโลยี ของประเทศในภูมิภาคต่าง ๆ ของโลก ทำให้มาตรฐานที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดไว้เป็นขั้นตานั้นขาดความยืดหยุ่น ขั้นต่ำตามมาตรฐานที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดขึ้น อาจเป็นขั้นสูงของหลาย ๆ ประเทศก็ได้ ดังนั้นการกำหนดมาตรฐานแรงงานให้เป็นสากล ก็เป็นทางหนึ่งที่จะทำให้ประเทศที่เจริญแล้วสามารถเอาเปรียบประเทศสมาชิกที่ยังกำลังพัฒนาได้เหมือนกัน จึงควรมีการกำหนดมาตรฐานแรงงานแยกเป็นระดับภูมิภาค

วิจิตรา พรหมพันธุ์ (2537) วิเคราะห์ว่า อนุสัญญาและข้อเสนอที่ถือกำเนิดขึ้นอยู่บนพื้นฐานของการปฏิวัติอุตสาหกรรมในทวีปยุโรป และสหรัฐอเมริกาเป็นสำคัญ และได้มีการเปลี่ยนแปลง ปรับปรุง หรือเพิ่มขึ้นจนถึงอนุสัญญาฉบับที่ 175 ซึ่งก็ยังคงยืนอยู่บนพื้นฐานของการพัฒนาทางอุตสาหกรรมของประเทศที่พัฒนาแล้วเช่นเดิม เนื่องจากมีประสบการณ์มากกว่าประเทศที่กำลังพัฒนา ดังนั้นพื้นฐานของสภาพปัญหาในหลายประเทศจึงมีความแตกต่างกันมาก และการที่จะให้สามารถปฏิบัติได้เท่าเทียมกันกับประเทศที่พัฒนาแล้วก็ต้องค่อยเป็นค่อยไปตามความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคม ตราบใดที่ยังมีความเหลื่อมล้ำของความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ตราบนั้นการปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศก็ย่อมกระทำได้ยาก การเร่งรื้อให้นำามาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศมาใช้กับประเทศกำลังพัฒนาในเรื่องที่ยังไม่สามารถปฏิบัติได้ อาจมีผลต่อการสกัดกั้นการพัฒนาแรงงานให้ไปสู่เป้าหมายของมาตรฐานแรงงานสากลได้ หรืออาจมีผลต่อเนื่องไปถึงภาวะเศรษฐกิจและสังคมของผู้ด้อยโอกาสทางเศรษฐกิจของประเทศได้ อนุสัญญาหรือข้อเสนอที่ร่างขึ้นจะมีเนื้อหาสาระที่กว้างขวาง เพื่อให้ครอบคลุมสิ่งที่อาจก่อให้เกิด

เกิดปัญหาในทุกด้าน สำหรับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาหรือข้อแนะนำมักจะเป็นผลที่เคยเกิดขึ้น หรือเป็นอยู่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว มีเพียงบางส่วนเท่านั้นที่เกี่ยวข้องกับประเทศกำลังพัฒนา จึงเป็นเรื่องยากที่ประเทศกำลังพัฒนาจะสามารถปฏิบัติได้ครบถ้วนตามเงื่อนไขเหล่านั้น เพราะมีขีดความสามารถจำกัด และบางประเด็นก็เป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งขาดประสบการณ์ในทางปฏิบัติ จึงจำเป็นต้องอาศัยเวลาในการดำเนินการให้ถูกต้องสมบูรณ์ตามอนุสัญญาหรือข้อแนะนำแต่ละเรื่อง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นข้างต้น และยังเห็นว่าแต่ละประเทศย่อมมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี ศาสนา เศรษฐกิจ สังคม การเมือง การปกครอง ระบบกฎหมาย ความมั่งคั่งของทรัพยากรธรรมชาติ ฝีมือแรงงานและปัจจัยการผลิตอื่น ๆ แตกต่างกันไป โดยเฉพาะประเทศไทยมีภูมิหลังทางประวัติศาสตร์ที่ไม่เคยเป็นเมืองขึ้นของประเทศใด พลเมืองส่วนใหญ่นับถือศาสนาพุทธ เป็นประเทศเกษตรกรรมมาแต่ดั้งเดิม เปลี่ยนแปลงระบบการปกครองบ่อยในระยะเวลาไม่นาน มีระบบกฎหมายที่ผสมผสาน มีประมวลกฎหมาย แต่พร้อมกันได้ยึดคำพิพากษาของศาลฎีกาเป็นบรรทัดฐานด้วย กฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่ตราเป็นพระราชบัญญัติแล้วหลายฉบับเกิดจากความช่วยเหลือของผู้เชี่ยวชาญจากองค์การแรงงานระหว่างประเทศ กฎหมายบางเรื่อง เช่น ประกาศกระทรวงฯ เรื่องอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ปัจจัยหนึ่งเกิดจากแรงผลักดันของกลุ่มพลังแรงงาน ที่เรียกร้องให้ปรับขึ้นทุกปี เป็นต้น ฉะนั้น การที่ประเทศไทยจะรับหรือนำมาตรการใดในอนุสัญญาหรือข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมาบัญญัติเป็นกฎหมาย จึงต้องคำนึงถึงความเหมาะสมกับภาวะของประเทศไทยเองด้วย และควรเป็นมาตรการที่พิจารณาแล้วเห็นว่าจะเกิดประโยชน์เพื่อแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และจำเป็นจริง ๆ ที่จะต้องบัญญัติเป็นกฎหมายเท่านั้น ไม่จำเป็นต้องรับเอาอนุสัญญาหรือข้อแนะนำให้ทั้งหมด

อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยได้ออกกฎหมายบางฉบับ ซึ่งมีผู้เห็นว่า มีลักษณะขัดกับอนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการจัดตั้งสมาคม คือ พระราชบัญญัติพนักงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2534 แต่นายกรัฐมนตรีสมัยนั้น (นายอานันท์ ปันยารชุน) แถลงต่อสภานิติบัญญัติว่า รัฐบาลไทยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าว เพราะยังไม่ได้ให้สัตยาบัน (วิชัย โสสุวรรณจินดา, 2537)

2.5 มาตรการคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนงานตามอนุสัญญาและข้อแนะ บางมาตรการที่ประเทศไทยควรนำมาใช้

ดังได้กล่าวแล้วว่าประเทศไทยไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญา ฉบับที่ 158 ส่วน
เกี่ยวกับข้อแนะ ฉบับที่ 166 ประเทศไทยก็มิได้รับเอา แต่มาตรการต่างๆ ในข้อแนะ ประเทศไทย
ได้กำหนดมาตรการที่ใกล้เคียงกันออกเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ชี้แนะให้ผู้ประกอบการ
พิจารณำไปปรับปรุงแก้ไขปัญหาประมาณเกือบ 10 ปีแล้ว เพียงแต่มิได้นำมาบัญญัติเป็น
กฎหมาย ทั้งนี้เพราะกฎหมายของประเทศไทยมีเจตนารมณ์แบ่งแยกระหว่างสภาพการจ้างกับ
อำนาจบริหารหรืออำนาจจัดการของนายจ้างไว้ค่อนข้างชัดเจน โดยการให้คำจำกัดความคำ
สภาพการจ้าง ไว้ในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ว่า หมายความว่า เงื่อนไขการ
จ้างหรือการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์
อื่นของนายจ้างหรือลูกจ้าง อันเกี่ยวกับค่าจ้างหรือการทำงาน (มาตรา 5) เป็นผลให้เรื่องใดที่
ไม่ใช่สภาพการจ้างก็จะกลายเป็นเรื่องอำนาจบริหารของนายจ้าง ทั้งลูกจ้างและรัฐไม่อาจเข้า
ไปแตะต้องได้ถ้ากฎหมายไม่ให้อำนาจไว้ รัฐจะเข้าไปจัดการดูแลในส่วนที่จำเป็น เช่น ใน
ส่วนของกฎหมายคุ้มครองแรงงานซึ่งรัฐได้กำหนดมาตรฐานขั้นต่ำไว้ให้นายจ้างต้องปฏิบัติ
หากลูกจ้างต้องการได้สิทธิประโยชน์มากกว่าที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนด ลูกจ้าง
ก็ชอบที่จะใช้วิถีทางหรือกติกาที่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนดไว้
เนื่องจากโดยสภาพของสาระสำคัญของข้อแนะ ฉบับที่ 166 ควรจะเป็นอำนาจบริหารของ
นายจ้าง รัฐจึงไม่เข้าไปแตะต้อง ในส่วนของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ประกาศคณะปฏิวัติ
ฉบับที่ 103 ยังจำกัดอำนาจไว้ว่า กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมซึ่งรับโอนอำนาจมา
จากกระทรวงมหาดไทย โดยผลของกฎหมายจะออกประกาศในเรื่องใดได้บ้าง เป็นข้อจำกัด
ประการหนึ่งซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาได้ ดังตัวอย่างที่อาจเกิดขึ้นกับประกาศเรื่องการคุ้มครอง
แรงงาน ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตรี ที่กล่าวแล้ว ประกอบกับผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านยังชี้ข้อ
บกพร่องและความไม่เหมาะสมบางประการของอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงาน
ระหว่างประเทศในการที่จะรับเอามาใช้กับประเทศไทย ฉะนั้น การจะนำอนุสัญญาหรือข้อ
แนะมากำหนดเป็นกฎหมายซึ่งกระทบถึงสิทธิของปัจเจกชนจึงควรกระทำด้วยความรอบคอบ
ระมัดระวังด้วยความจำเป็นและกระทบถึงสิทธิของปัจเจกชนน้อยที่สุด ยิ่งกว่านั้น การ

เปลี่ยนแปลงกฎหมายใดก็ตามควรคำนึงถึงกระบวนการยุติธรรมทั้งกระบวนการ ไม่ควรคำนึงถึงแต่เฉพาะเพื่อแก้ปัญหาขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง

การประกาศใช้ ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ได้รับรองหลักการของอนุสัญญาฉบับที่ 158 มากำหนดไว้หลายประการ เช่น การต้องแจ้งต่อหน่วยงานราชการ พร้อมแจ้งเหตุของการเลิกจ้าง จำนวนลูกจ้างที่จะเลิกจ้าง ส่วนหลักการที่ไม่ได้รับมากำหนดไว้เห็นว่าได้แก่ไม่คลุมถึงเหตุเลิกจ้างเนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐกิจ การแจ้งผู้แทนลูกจ้างทราบ การให้โอกาสผู้แทนลูกจ้างได้ร่วมหารือและหลักที่ให้กำหนดจำนวนลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้างไว้เพื่อกำหนดขอบเขตการปฏิบัติ

ผู้เขียนเห็นว่า จากข้อ 46 ทวิเดิม หากต้องการเพิ่มหลักการในอนุสัญญาและในข้อแนะบางประการ เพื่อขจัดปัญหาที่คาดว่าจะมีตามที่ตั้งข้อสังเกต อาจจะได้โดยจะได้รับประโยชน์เพิ่มมากขึ้นอีก ดังนี้

ประการแรก คัดเหตุเลิกจ้างออกทั้งหมด ใช้คำว่า ในกรณีที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้าง จำนวน ... ให้นายจ้าง ... ในประการนี้จะได้ประโยชน์ที่หากนายจ้างเลิกจ้างเข้าตามเงื่อนไข ไม่ว่าจะเพราะเหตุใด ๆ ก็สามารถใช้บังคับได้ทั้งหมด ไม่ต้องแบ่งแยกเหตุว่าเนื่องจากเหตุใด และไม่ต้องให้ฝ่ายใดต้องตีความในเหตุอื่น การที่ข้อ 46 ทวิ อ้างเหตุปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยี โดยไม่อ้างเหตุภาวะเศรษฐกิจ กรณีเป็นการนำฐานะทางเศรษฐกิจของนายจ้างเข้ามาตัดสิทธิลูกจ้างในการได้รับค่าชดเชยเมื่อถูกเลิกจ้าง กล่าวคือ ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ต้องการใช้บังคับให้นายจ้างที่เลิกจ้างลูกจ้างเพราะปรับปรุงกิจการให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้นเท่านั้น มีหน้าที่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้ายาวขึ้นและต้องจ่ายค่าชดเชยพิเศษ โดยมองว่าถ้านายจ้างฐานะดีขึ้น กิจการเจริญรุ่งเรืองขึ้น เลิกจ้างลูกจ้าง ลูกจ้างจึงจะได้รับสิทธิตามข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ แต่หากนายจ้างยากจนลง ขาดทุน ใกล้เคียงละลาย จำเป็นต้องปิดกิจการเลิกจ้างลูกจ้าง ลูกจ้างกลุ่มหลังนี้ ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ไม่ให้สิทธิ ดังนี้ ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ มองว่า ลูกจ้างกลุ่มหลังไม่ได้รับความเดือดร้อนอะไรหรือไม่ เหตุใด ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ให้สิทธิลูกจ้างไม่เท่าเทียมกัน โดยใช้ฐานะของนายจ้างเป็นเครื่องชี้วัด แท้จริงแล้วลูกจ้างของนายจ้างที่ฐานะยากจนสิทธิประโยชน์ต่างๆ ก็ควรจะได้ไม่น้อยกว่าลูกจ้างของนายจ้าง

ที่ฐานะร่ำรวยในขณะที่ยังเป็นลูกจ้างอยู่แล้ว เมื่อถูกนายจ้างขากจนเลิกจ้างเพราะเหตุผลความจำเป็นกฎหมายยังไม่เหลียวแลอีก ฉะนั้น หากตัดเหตุเลิกจ้างใน ข้อ 46 ทวิ ทั้งหมดออกเสีย จะขจัดปัญหานี้ได้ และเป็นการรับเอาหลักการเรื่องเหตุเลิกจ้างตามอนุสัญญามาปฏิบัติได้ทั้งหมดหรือน่าจะมากกว่า

ประการที่สอง หากกำหนดจำนวนลูกจ้างไว้ในข้อ 46 ทวิ ให้เป็นตัววัดว่า นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนเท่าใด ในรอบระยะเวลาเท่าใด จึงจะต้องปฏิบัติตามข้อ 46 ทวิ กฎหมายก็จะชัดเจนขึ้น และเป็นการรับเอาหลักการในอนุสัญญามาปฏิบัติไปในตัว หากไม่ระบุจำนวนก็ควรจะต้องตีความดังที่ตั้งข้อสังเกตไว้ว่า หากใช้เพียงคำว่า ลด ฉะนั้น เลิกจ้างเพียง 1 คน ก็ถือว่า ลด แต่หากเลิกจ้าง 1 คน แล้วจ้างใหม่ 1 หรือ 2 คนในเวลาเดียวกัน ก็ไม่น่าจะตีความว่าลดได้ หากกำหนดจำนวนลูกจ้าง ที่เลิกจ้าง โดยไม่ต้องระบุในกฎหมายว่า ลด จะตัดปัญหาเหล่านี้ได้ เช่น กำหนดว่า ในกรณีที่นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปในรอบ 30 วัน ให้นายจ้าง ...

ประการที่สาม แทนที่จะกำหนดให้นายจ้างแจ้งการเลิกจ้างต่อพนักงานตรวจแรงงาน และลูกจ้าง ควรแก้เป็น ให้นายจ้างแจ้งลูกจ้าง คณะกรรมการลูกจ้าง สหภาพแรงงาน เป็นหนังสือโดยระบุ วันเลิกจ้าง เหตุผลของการเลิกจ้าง รายชื่อลูกจ้างที่จะเลิกจ้าง หลักเกณฑ์ที่ใช้คัดเลือกลูกจ้างที่จะเลิกจ้าง และสิทธิประโยชน์ที่จะได้รับเมื่อถูกเลิกจ้าง และขออนุญาตเลิกจ้างต่ออธิบดี หลักการเหตุผลที่เห็นว่าควรแก้ดังที่เสนอ ก็คือ ต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับบริหารทำหน้าที่ตรวจสอบควบคุม เพราะในกรณีคนล้นงานเป็นการเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนมาก ๆ มีผลกระทบหลายด้าน ควรให้เจ้าหน้าที่ระดับสูงซึ่งกำกับดูแลด้านนโยบายมีส่วนพิจารณามากกว่าปล่อยให้เจ้าหน้าที่ระดับปฏิบัติเพียงรับทราบดังข้อ 46 ทวิกำหนด นอกจากนี้ ควรกำหนดต่อไปถึงกรณีคำสั่งอธิบดี นายจ้าง ลูกจ้าง อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ คำสั่งรัฐมนตรีนายจ้าง ลูกจ้าง อุทธรณ์ต่อศาลได้ กรณีภายหลังเลิกจ้าง หากอธิบดีเห็นว่านายจ้างปฏิบัติไม่ถูกต้องตามเงื่อนไขที่ระบุไว้เมื่อแจ้งขออนุญาต ให้อธิบดียื่นคำร้องต่อศาลให้บังคับให้นายจ้างปฏิบัติได้โดยลูกจ้างไม่ต้องร้องขอ ซึ่งหากแก้ข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ให้สร้างเงื่อนไขดังกล่าวได้ จะเป็นผลให้ลูกจ้าง องค์กรลูกจ้าง ตามกฎหมายและรัฐสามารถตรวจสอบควบคุมการเลิกจ้างของนายจ้างได้รัดกุม ป้องกันนายจ้าง

ไม่ให้จ้างลูกจ้างหรือเลิกจ้างลูกจ้างได้ตามอำเภอใจ ต้องการจะจ้างก็จ้างมาก ต้องการจะเลิกจ้างก็เลิกจ้าง ลูกจ้างอยากได้สิทธิอย่างไรไปฟ้องร้องเอาเอง สิ่งที่คุณเขียนประสงค์ให้เกิดจากข้อเสนอประการนี้ ก็คือ ต้องการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีโอกาสเข้าไปช่วยอุดช่องว่างในกระบวนการยุติธรรมทางแรงงาน ทำนองเดียวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญาที่ให้พนักงานอัยการมีส่วนเข้าไปคุ้มครองสิทธิของผู้เสียหายโดยฟ้องคดีบางเรื่องแทนผู้เสียหายได้ เช่น ในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัย ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 43 ที่ให้อำนาจพนักงานอัยการฟ้องขอให้กักกันผู้กระทำผิดคดีฉ้อโกงไว้ภายในเขตกำหนด และในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 57 ที่ให้อำนาจพนักงานอัยการแถลงต่อศาล กรณีผู้กระทำความผิดที่อยู่ระหว่างถูกคุมประพฤติปฏิบัติผิดเงื่อนไข ทั้งนี้เนื่องจากเห็นว่า สัญญาจ้างแรงงานเป็นสัญญาที่คู่สัญญาฝ่ายนายจ้างเป็นฝ่ายได้เปรียบเพราะเป็นผู้มีอำนาจเหนือกว่าในทุก ๆ ด้าน รัฐควรให้ความดูแลช่วยเหลือในส่วนนี้ หากแก้อ้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ได้ตามที่เสนอนี้ ยังจะเป็นการปฏิบัติที่เป็นการรับเอาทั้งอนุสัญญาและข้อเสนอแนะอีกหลายเรื่องมาบรรจุไว้ในกฎหมายเพื่อควบคุมการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานของประเทศไทยและเปิดช่องให้รัฐเข้าแทรกแซงอำนาจจัดการได้โดยมีกฎหมายรองรับ แต่การแก้ทั้งหมดนี้ต้องคำนึงถึงกฎหมายอื่นมิให้กระทบกระเทือน หรือไม่ขัดกับกฎหมายอื่นด้วย

3. แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างในกรณีคนดำเนินงานในประเทศไทย

อัยยงค์ ปาณิกบุตร กล่าวในการประชุมสัมมนาการการปรับปรุงประสิทธิภาพงานสอบสวนคดีอาญา ซึ่งจัดโดยกรมตำรวจ ที่โรงแรมแอมบาสเตอร์ซิติ์ จังหวัดชลบุรี เมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2538 ว่า กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมักจะตามปัญหาที่เกิดขึ้นไม่ได้เตรียมการป้องกันไว้ก่อน เมื่อเกิดปัญหาจึงเริ่มแก้ไข (หนังสือพิมพ์เดลินิวส์ 22 มีนาคม 2538 : 14) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเลิกจ้างลูกจ้างในสถานประกอบการบางแห่ง เช่น บริษัทไทยเกรียงปิ่น ทอฟอกย้อม จำกัด บริษัทไทยอเมริกันเท็กซ์ไทล์ จำกัด บริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด ได้เกิดขึ้นก่อน และถูกอ้างว่าเป็นเครื่องชี้ให้เห็นแนวโน้มของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีและการประสพภาวะทางเศรษฐกิจของสถานประกอบการ มีผลกระทบต่อการวางแผนกำลังคนและอาจกระทบกระเทือนต่อระบบการจ้างงานของประเทศหากไม่ได้รับการแก้ไขอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ (ณรงค์ นิรมนุ, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์) เป็นปัญหาซึ่งเป็นปัจจัยหนึ่งที่ทำให้มีการออกประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2537 แก้ไขเพิ่มเติมข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ในประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ตามมา

ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ดังกล่าว ได้อาศัยอนุสัญญา ฉบับที่ 158 และข้อแนะนำ ฉบับที่ 166 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศ ประกอบการพิจารณา ผ่านการกลั่นกรองจากคณะทำงานและคณะกรรมการไตรภาคี จนประกาศใช้บังคับ ซึ่งนับได้ว่าเป็นมาตรการทางกฎหมายฉบับแรกเพื่อคุ้มครองการเลิกจ้างกรณีคนดำเนินงาน

ข้อ 46 ทวิ และ ข้อ 46 ตริ ได้ใช้หลักการในอนุสัญญาบางส่วน ใช้หลักการในข้อแนะนำบางส่วน และกำหนดคล้ายกฎหมายบางประเทศบางส่วน อาจเนื่องจาก อนุสัญญา ข้อแนะนำ และกฎหมายแรงงานของทุกประเทศสัมพันธ์กันใกล้ชิด บางส่วนพัฒนาจากพื้นฐานเดิม เช่น อัตราค่าชดเชย ซึ่งเกี่ยวกับความเหมาะสมหรือไม่ เมื่อเปรียบเทียบกับอนุสัญญา ข้อแนะนำ และกฎหมายของต่างประเทศ ผู้เขียนเห็นว่า นอกจากข้อบกพร่องดังกล่าวแล้ว ยังได้ทำให้

อัตราค่าชดเชยที่กำหนดขึ้นใหม่มีอัตราที่สูงมากกว่าทุกประเทศใกล้เคียง ระยะเวลาการบอกกล่าวล่วงหน้าแม้จะขยายเพิ่มขึ้นแต่ยังคงกำหนดระยะเวลาตายตัว ไม่ได้กำหนดให้บอกกล่าวตามจำนวนปีที่ทำงาน การนำข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างที่เกี่ยวกับค่าชดเชยของสถานประกอบการใหญ่ ๆ หลายแห่งมาเปรียบเทียบเพื่อกำหนดค่าชดเชย ทำให้อัตราค่าชดเชยที่กำหนดขึ้นใหม่ไม่เป็นมาตรฐานขั้นต่ำตามเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน เพราะที่มาของข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างของสถานประกอบการใหญ่ ๆ ล้วนเกิดจากการยื่นข้อเรียกร้องและการเจรจาต่อรองตามกฎหมายแรงงานสัมพันธ์แทบทั้งสิ้น การกำหนดสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายที่สูงขึ้นมากทำให้เกิดข้อจำกัดที่ทำให้เป็นความยากลำบากสำหรับการจะออกกฎหมายลดสิทธิประโยชน์นั้นลงในภายหลัง สำหรับมาตรการตามอนุสัญญาและข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและของประเทศใกล้เคียงบางมาตรการซึ่งไม่เกี่ยวกับสิทธิประโยชน์แต่หากนำมาใช้จะเกิดประโยชน์ในการป้องกันและคุ้มครองลูกจ้างได้ กลับนำมากำหนดไว้น้อยมาก ซึ่งหากนำมากำหนดให้มากกว่านี้ น่าจะเกิดประโยชน์อีกมาก จากข้อบกพร่องเหล่านี้ จึงเห็นควรแก้ไขให้เหมาะสมต่อไป ดังนี้

3.1 แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย เพื่อบังคับให้ปฏิบัติก่อนการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน

ก่อนนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน ควรกำหนดมาตรการให้นายจ้างต้องปฏิบัติ โดยการแก้ไขปรับปรุงและเพิ่มมาตรการดังกล่าว ในข้อ 46 ทวิ และข้อ 46 ตริ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ดังนี้

3.1.1 แก้ไขประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ให้ครอบคลุมการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานทุกกรณี

โดยตัดเหตุผลของการเลิกจ้างตั้งแต่ความว่า เพราะเหตุที่นายจ้างปรับปรุงหน่วยงาน กระบวนการผลิต การจำหน่าย หรือการบริการ อันเนื่องมาจากการนำเครื่องจักรมาใช้ หรือเปลี่ยนแปลงเครื่องจักร หรือเทคโนโลยี ซึ่งเป็นเหตุให้ต้องลดจำนวนลูกจ้าง ออกทั้งหมด เพราะการระบุเหตุทำให้ขอบเขตการบังคับแคบ กฎหมายไม่ควรใช้ฐานะทางเศรษฐกิจของนายจ้างเป็นเกณฑ์กำหนดสิทธิของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้าง เพราะจะทำให้เกิด

ความไม่เสมอภาคและคุ้มครองคนล้นงานได้ไม่มีประสิทธิภาพ จะกลายเป็นกฎหมายที่ไม่ยุติธรรมสำหรับลูกจ้างผู้ด้อยโอกาส

ข้อ 46 ทวิ เฉพาะส่วนนี้เมื่อแก้ไขแล้วจะมีความว่า ในกรณีที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้าง ให้นายจ้าง ...

3.1.2 กำหนดจำนวนค่าสุดของลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้างเป็นจำนวนที่แน่นอนในรอบระยะเวลาหนึ่ง เหตุที่ควรกำหนดเพื่อเป็นเงื่อนไขให้นายจ้างต้องปฏิบัติ เช่น เมื่อจะเลิกจ้างลูกจ้างตั้งแต่สิบคนขึ้นไปในรอบระยะเวลาสามสิบวัน ทำนองเดียวกับประเทศอินโดนีเซียกำหนด ทั้งนี้เพื่อเป็นขอบเขตให้นายจ้าง ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของรัฐรู้โดยง่าย หากกำหนดเป็นร้อยละจะยุ่งยากในการตรวจสอบ ลูกจ้าง เจ้าหน้าที่ของรัฐ ยากที่จะรับรู้ได้ว่าร้อยละของลูกจ้างในสถานประกอบการที่เลิกจ้างลูกจ้างนั้น จะมีจำนวนเท่าใด เพราะจำนวนลูกจ้างทั้งหมดเป็นข้อเท็จจริง หรือข้อมูลของนายจ้าง และเหตุที่ควรระบุเป็นรอบระยะเวลาเพื่อป้องกันการเลี่ยงโดยทยอยเลิกจ้างครั้งละน้อยคน แต่เลิกจ้างบ่อยครั้ง การกำหนดทั้งจำนวนและรอบระยะเวลา จะทำให้เกิดข้อเท็จจริงที่ชัดเจนไม่ต้องการการตีความ หากใช้คำว่าลดจำนวน อาจทำให้ตีความหลีกเลี่ยงได้

เหตุผลที่กำหนดจำนวนลูกจ้างขั้นต่ำที่จะถูกเลิกจ้างตั้งแต่สิบคนขึ้นไปให้อยู่ในเกณฑ์ที่นายจ้างจะต้องขออนุญาตเลิกจ้าง นอกจากจะเป็นการเทียบเคียงกับกฎหมายของประเทศอินโดนีเซียแล้ว ยังเป็นการกำหนดเพื่อให้สอดคล้องกับจำนวนลูกจ้างขั้นต่ำที่ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ใช้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดให้นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างรวมกันตั้งแต่สิบคนขึ้นไปเป็นประจำ จัดให้มีข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน (ข้อ 68) และในการกำหนดให้นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างรวมกันตั้งแต่สิบคนขึ้นไปเป็นประจำ จัดทำทะเบียนลูกจ้างและเอกสารเกี่ยวกับการคำนวณค่าจ้างเป็นภาษาไทย และเก็บไว้ ณ สถานที่ทำงาน พร้อมทั้งจะให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจได้ (ข้อ 71)

ข้อ 46 ทวิ เฉพาะส่วนนี้ เมื่อแก้ไขแล้วจะมีความว่า ในกรณีที่นายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างตั้งแต่สิบคนขึ้นไปในรอบระยะเวลาสามสิบวัน ให้นายจ้าง ...

3.1.3 กำหนดให้นายจ้างต้องแจ้งให้ลูกจ้างและองค์กรลูกจ้างในสถานประกอบการถ้ามีทราบ และให้โอกาสร่วมประชุมหารือ ทั้งนี้ เพราะตัวลูกจ้างเองเป็นผู้ได้รับ

ผลโดยตรงจากการถูกเลิกจ้าง การให้ออกาสถูกจ้างได้รับข่าวสารข้อมูลจากนายจ้างโดยตรงด้วยตนเอง เพื่อเปิดโอกาสให้ลูกจ้างได้โต้แย้ง ทักท้วง ชี้แจง ปกป้องสิทธิของลูกจ้างบ้าง ตามสมควรในฐานะคู่สัญญา ส่วนองค์กรลูกจ้าง เช่น คณะกรรมการลูกจ้าง สหภาพแรงงาน เป็นองค์กรตามกฎหมายและกฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนดอำนาจหน้าที่คณะกรรมการลูกจ้างไว้ใน มาตรา 50 และ มาตรา 50 (4) กำหนดว่า หากทางปรองดองและระงับข้อขัดแย้งในสถานประกอบการ และกฎหมายดังกล่าว กำหนดอำนาจหน้าที่ของสหภาพแรงงานไว้ใน มาตรา 98 และ มาตรา 98 (1) กำหนดว่า เรียกร้อง เกรงา ทำความตกลง และรับทราบคำชี้ขาด หรือทำข้อตกลงกับนายจ้าง หรือสมาคม นายจ้างในกิจการของสมาชิกได้ มาตรา 98 (2) จัดการและดำเนินการเพื่อให้สมาชิกได้รับประโยชน์ ทั้งนี้ภายใต้บังคับของวัตถุประสงค์ของสหภาพแรงงาน ฉะนั้น ในฐานะที่องค์กร ลูกจ้างเหล่านี้เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง ฉะนั้น ในเรื่อง การเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานซึ่งถือเป็นเรื่องที่กระทบสิทธิของลูกจ้างจำนวนมาก กฎหมาย จึงควรใช้อำนาจบังคับให้นายจ้างต้องยอมรับร่วมประชุมหารือกับองค์กรลูกจ้างเหล่านี้ เพื่อให้ องค์กรลูกจ้างเหล่านี้มีบทบาทหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและป้องกันนายจ้างหลีกเลี่ยง ปฏิเสธที่จะร่วมประชุมหารือกับองค์กรลูกจ้างในกรณีจะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน ทั้งยังเป็นการบังคับองค์กรเหล่านี้ ให้ทำหน้าที่โดยทางอ้อมไปพร้อมกัน และโดย วัตถุประสงค์หลักเพื่อให้เกิดการตรวจสอบถ่วงถ่วงให้เกิดความยุติธรรมแก่ลูกจ้าง โดยบุคคลที่ใกล้ชิดลูกจ้างมากกว่าตรวจสอบถ่วงถ่วงโดยบุคคลภายนอก เนื่องจากองค์กร เหล่านี้ รู้ถึงสภาพการณ์ ภาวะการณ์ และความต้องการของทั้งกิจการ และของลูกจ้างซึ่งเป็น เพื่อนร่วมงานได้ดีกว่าบุคคลภายนอก

3.1.4 กำหนดให้นายจ้างต้องขออนุญาตเลิกจ้างต่ออธิบดี ถ้าลูกจ้าง นายจ้าง ไม่พอใจคำสั่งอธิบดี ให้อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีก่อน ถ้าลูกจ้าง นายจ้าง ไม่พอใจคำสั่งรัฐมนตรี จึงนำคดีไปสู่ศาลแรงงานได้

เหตุผลเนื่องจาก ข้อ 46 ทวิ กำหนดให้นายจ้างแจ้งต่อพนักงานตรวจ แรงงานโดยไม่ต้องขออนุญาต หากกำหนดเช่นนั้น กรณีนายจ้างไม่แจ้งผลก็คือ นายจ้างฝ่าฝืน ประกาศกระทรวงฯ มีโทษตามข้อ 8 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 แต่แม้ไม่แจ้ง นายจ้างก็เลิกจ้างได้ และหากให้เพียงแจ้งพนักงานตรวจแรงงานจะทำให้ นายจ้าง

ไม่ให้ความสำคัญ เพราะพนักงานตรวจแรงงานตามกฎหมายกำหนดให้ข้าราชการตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป เป็นพนักงานตรวจแรงงานได้

ผลดีของการให้นายจ้างต้องขออนุญาตต่ออธิบดี คือ เพื่อให้ให้นายจ้างต้องพิจารณาอย่างรอบคอบกว่าปกติในการจะเลิกจ้าง เพราะอธิบดีเป็นผู้วางนโยบายในระดับกรม ให้คุณให้โทษต่อนายจ้างได้มากกว่าระดับพนักงานตรวจแรงงาน และเพื่อให้เจ้าหน้าที่ของรัฐระดับนโยบายรับรู้และวินิจฉัยสั่งอนุญาตด้วยระดับความรับผิดชอบที่สูงกว่า การใช้ดุลพินิจ รอบคอบกว่า การให้ลูกจ้าง นายจ้าง อุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ เพื่อให้มีการตรวจสอบระหว่างฝ่ายบริหารตามลำดับชั้น ซึ่งมีความแตกต่างกันในสถานภาพข้าราชการประจำกับข้าราชการการเมือง การให้อำนาจลูกจ้างอุทธรณ์ได้ด้วย เพราะกรณีอธิบดีอนุญาตให้นายจ้างเลิกจ้างลูกจ้าง ได้ลูกจ้างย่อมถูกโต้แย้งสิทธิด้วยเพราะเหตุลูกจ้างจะต้องถูกเลิกจ้างโดยที่ลูกจ้างไม่เต็มใจจะเกิดขึ้น ต้องสูญเสียรายได้หรืออาจเสียสิทธิในเบี้ยบำนาญ (Parker et al., 1969) สูญเสียผลประโยชน์อย่างอื่นนอกจากค่าจ้าง เช่น สวัสดิการต่าง ๆ สูญเสียความพึงพอใจในงานเดิมเพราะต้องเปลี่ยนงาน อายุของลูกจ้างยังเป็นอุปสรรคในการแสวงหางานใหม่ทำ และประกอบกับในชั้นพิจารณาอนุญาตของอธิบดีลูกจ้างยังไม่ได้ใช้สิทธิโต้แย้งหรือชี้แจงแสดงหลักฐานหักล้างหลักฐานของนายจ้าง

กรณีรัฐมนตรีสั่งแล้วไม่ว่าจะมีคำสั่งอย่างไรทั้งลูกจ้างนายจ้างนำคดีไปสู่ศาลได้เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้ลูกจ้างนายจ้างค้นหาความชอบธรรมจากศาลหรือฝ่ายตุลาการได้ เพราะในสองขั้นตอนแรกยังอยู่ในขั้นตอนของฝ่ายบริหารอาจยังไม่ได้รับความยุติธรรมเพียงพอ

วิธีการในข้อนี้อาจทำให้คู่เป็นภาระแก่ทั้งนายจ้างฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ แต่ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นการเปิดช่องให้เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ตรวจสอบ ควบคุมอำนาจจัดการของนายจ้าง ได้ตั้งแต่ นายจ้างเริ่มวางแผนจะเลิกจ้างจนกระทั่งนายจ้างเลิกจ้างเสร็จสิ้น เพราะข้อเท็จจริงทุกเรื่องจะต้องปรากฏให้ทุกฝ่ายได้ตรวจสอบควบคุมตลอดเวลา นายจ้างจะถูกกำกับควบคุมไม่ให้ทุจริตฉ้อฉลเอารัดเอาเปรียบลูกจ้างได้ ข้อพิพาทใด ๆ ก็จะไม่เกิดในภายหลัง ถือเป็นมาตรการป้องกันการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานได้ในระดับหนึ่ง นายจ้างอาจ

ต้องใคร่ตรองอย่างหนักเมื่อจะเลิกจ้าง และอาจส่งผลไปถึงก่อนการเริ่มจ้างด้วย พฤติกรรม นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างก็จ้างมาก ประสงค์จะเลิกจ้างก็เลิกจ้าง จะได้หมดกลิ่นไป

3.1.5 ควรแก้ไขความใน ข้อ 46 ตี จากคำว่า คำขดขยพิเศษ เป็นคำว่า คำขดขย ทั้งนี้เพื่อตัดปัญหาการตีความ และปัญหาผลกระทบต่อกฎหมายในมาตราอื่น ตามประกาศข้อ 46 ตี ไม่ได้ให้คำนิยามคำว่า คำขดขยพิเศษ ไว้ แต่คำว่า คำขดขย มี กำหนดไว้ใน ข้อ 2 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ความว่า “คำขดขย หมายความว่า เงินที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างเมื่อเลิกจ้าง นอกเหนือจากเงินประเภทอื่นที่นายจ้างตกลงจ่ายให้แก่ลูกจ้าง” ทั้งคำว่า คำขดขย กับคำว่า คำขดขยพิเศษ โดยรูปของคำก็แสดงความหมายที่แตกต่างกันอยู่ในตัวเอง กฎหมายที่อยู่ใน ฉบับเดียวกัน โดยเฉพาะมาตราเดียวกัน หรือใกล้เคียงกัน กรณีใช้ถ้อยคำไม่เหมือนกัน ย่อม แสดงเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า ต้องการให้มีความแตกต่างกัน ฉะนั้น หากตีความตามที่ กล่าวมานี้ ข้อ 46 ตี จะเป็นกฎหมายที่มีแต่หลักไม่มีบทกเว้น เพราะข้อ 47 ซึ่งเป็นบทกเว้น ของข้อ 46 เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับก่อน และใช้ถ้อยคำว่า “... นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้ แก่ลูกจ้างในกรณีหนึ่งกรณีใด ดังต่อไปนี้ ...” หรือมิฉะนั้น จะต้องบัญญัติจำกัดความของ คำว่า คำขดขยพิเศษ ขึ้นเป็นการเฉพาะ และกรณีต้องการให้มีข้อยกเว้นการจ่ายค่าชดเชย พิเศษ ก็จะต้องบัญญัติข้อยกเว้นไว้เป็นการเฉพาะ

นอกจากนี้ ควรแก้ไขความในตอนต้นของข้อ 46 ตี ความว่า ในกรณีที่ เลิกจ้างลูกจ้างตามข้อ 46 ทวิ โดยตัดคำว่า ตามข้อ 46 ทวิ ออก ทั้งนี้เพื่อให้ลูกจ้างที่ถูก เลิกจ้างซึ่งมีอายุงานครบหกปีขึ้นไปทุกคนได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ตี นี้ ไม่ว่าจะถูกเลิกจ้าง ในกรณีใด ๆ เพื่อให้ลูกจ้างทั้งหลายได้รับสิทธิตามกฎหมายอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกันและ เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขข้อ 46 ทวิ ที่เสนอแก้ไขโดยให้ตัดเหตุเลิกจ้างออกเพื่อให้ ครอบคลุมถึงการเลิกจ้างในทุกกรณี หากแต่ข้อ 46 ทวิ เมื่อแก้ไขตามที่เสนอแล้ว นายจ้างที่ เลิกจ้างลูกจ้างไม่ถึงสิบคนในรอบสามสิบวัน ไม่ว่าจะเลิกจ้างด้วยเหตุคนล้นงานหรือไม่ ไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรการที่ข้อ 46 ทวิ ที่แก้ไขกำหนด เช่น ไม่ต้องแจ้งตัวแทนลูกจ้างก่อน ไม่น้อยกว่า 60 วัน ไม่ต้องขออนุญาต เป็นต้น แต่นายจ้างยังคงต้องรับผิดชอบเงินค่าชดเชยตาม ข้อ 46 และข้อ 46 ตี อยู่ เนื่องจากการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงานก็อาจเกิดขึ้นได้ในกิจการ

ขนาดเล็กที่มีลูกจ้างไม่มาก หรือกิจการมีลูกจ้างมากแต่ทยอยเลิกจ้างลูกจ้างทีละน้อยคน การแก้ไขข้อ 46 ครี เพื่อให้ลูกจ้างที่อายุงานครบหกปีขึ้นไปที่ถูกเลิกจ้างไม่ว่ากรณีใด ๆ ได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ครี จะเกิดผลดีหลายประการ เช่น ประการแรก จะตัดปัญหาลูกจ้างที่อายุงานครบหกปีขึ้นไปถูกเลิกจ้างแต่ไม่ได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ครี มาเรียกร้องให้แก้กฎหมายอีก ประการที่สอง จะตัดข้อโต้แย้งว่าลูกจ้างคนใด กลุ่มใด ที่ถูกเลิกจ้างมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ครี ออกไปได้ นายจ้างยากที่จะปฏิเสธ ประการที่สาม หากแบ่งแยกให้มีลูกจ้างบางประเภทที่มีอายุงานครบหกปีขึ้นไปไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชยตามข้อ 46 ครี นายจ้างก็จะพยายามจัดการให้ลูกจ้างที่จะเลิกจ้างเข้ามาอยู่ในกลุ่มลูกจ้างประเภทนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงการจ่ายค่าชดเชย กรณีแก้ไขข้อ 46 ครี ดังที่กล่าวแล้วนี้ ถ้ากฎหมายต้องการยกเว้นลูกจ้างประเภทใดที่กฎหมายเห็นว่าไม่ควรได้รับสิทธิในค่าชดเชยตามข้อ 46 ครี นี้ ทางแก้ อาจแก้ไขได้โดยกำหนดเป็นข้อยกเว้นเพิ่มขึ้นจากข้อยกเว้นในข้อ 47 ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515

3.1.6 ให้นายจ้างกำหนดหลักเกณฑ์ในการเลือกลูกจ้างที่จะเลิกจ้าง และส่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวต่ออธิบดีพร้อมคำขออนุญาต กับส่งให้ลูกจ้างและองค์กรลูกจ้างพร้อมกับหนังสือแจ้งการเลิกจ้าง

ก่อนนายจ้างจะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงานควรกำหนดมาตรการที่ให้นายจ้างต้องกำหนดหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกลูกจ้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ให้นายจ้างส่งหลักเกณฑ์ที่กล่าวนี้ แนบเป็นหลักฐานประกอบคำขออนุญาตเลิกจ้างลูกจ้างต่ออธิบดี และให้นายจ้างส่งสำเนาหลักเกณฑ์นี้ให้แก่ลูกจ้างและแก่องค์กรลูกจ้างพร้อมกับหนังสือแจ้งการเลิกจ้างด้วย โดยกำหนดไว้ในข้อ 46 ทวิ

เหตุผล คือ เพื่อให้การคัดเลือกลูกจ้างเกิดความเป็นธรรม ปราศจากอคติ ไม่เกิดข้อโต้แย้งในภายหลังลูกจ้างจะได้สามารถประเมินตัวเอง หรือปรับปรุงแก้ไข หรือเตรียมตัวรับสถานการณ์ล่วงหน้าได้ ปรากฏตัวอย่างหลักเกณฑ์วิธีการคัดเลือกลูกจ้างที่จะเลิกจ้างที่ปฏิบัติได้จริงในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งผู้รู้ได้นำมาเผยแพร่ และผู้เขียนเห็นว่า มีประโยชน์ 2 ตัวอย่าง มีรายละเอียดดังนี้

ตัวอย่างที่ (1) ใช้ระบบอาวุโสในงานหรืออายุงาน (job seniority หรือ service computation date) เป็นเครื่องตัดสินว่า ผู้ใดควรเป็นผู้ถูกคัดออกในกรณีมีการยุบตำแหน่งงาน โดยไม่คำนึงถึงระดับผลการปฏิบัติงาน เว้นแต่อายุงานจะเท่ากัน โดยเมื่อนายจ้างมีความจำเป็นที่จะต้องยุบตำแหน่งงาน นายจ้างจะพิจารณาว่าสมควรจะยุบตำแหน่งงานใด ระดับใด จำนวนเท่าใด และในแผนก หรือฝ่ายใด แล้วจัดทำบัญชีรายชื่อลูกจ้างที่ทำงานในตำแหน่ง ระดับ และหน่วยงานตามที่กำหนด เพื่อแสดงให้เห็นสถานะ (retention standing) ของลูกจ้างแต่ละคนโดยเรียงตามลำดับอายุงาน ทั้งนี้อาจมีการรวมตำแหน่งงานที่อยู่ในระดับเดียวกัน และมีลักษณะหรือความรับผิดชอบคล้ายคลึงกัน หรือตำแหน่งงานที่ต้องใช้คุณสมบัติเหมือน ๆ กันเข้าด้วยกันเพื่อเป็นการกำหนดระดับการพิจารณา (competitive level) ซึ่งหากมีการรวมเช่นนี้ ลูกจ้างที่ตำแหน่งของตนถูกยุบมีสิทธิที่จะเข้าไปทำงานแทน (bumping right) บุคคลที่อยู่ในตำแหน่งและระดับเดียวกันซึ่งมีอายุงานที่ต่ำกว่าได้ บางกรณีอาจมีการกำหนดเขตการพิจารณา (competitive area) ไว้เป็นการแน่นอน เช่น เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องยุบตำแหน่งจะต้องพิจารณาจากลูกจ้างในระดับการพิจารณาซึ่งตำแหน่งงานอยู่ในเขตนั้น ๆ เท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นการพิจารณาทั่วทั้งบริษัทหรือเฉพาะสำนักงานใหญ่สำนักงานในโรงงาน สาขา ฝ่าย แผนก หรือหน่วย แล้วแต่กรณี หากพบว่าลูกจ้างมีอายุงานเท่ากัน อาจต้องกำหนดปัจจัยในการคัด (tie breaker) เช่น พิจารณาจากผลการปฏิบัติงานซึ่งได้กำหนดไว้ล่วงหน้า นอกจากสิทธิในการเข้าไปทำงานแทนคนในระดับเดียวกันที่มีอายุงานต่ำกว่า ยังมี การกำหนดสิทธิในการเข้าไปทำงานแทนบุคคลในตำแหน่งที่ต่ำกว่า (retreat right) ซึ่งสิทธินี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อผู้ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่าเคยทำงานในตำแหน่งที่ต่ำกว่ามาก่อนและมีอายุงานสูงกว่า หลังจากนายจ้างได้ชื่อบุคคลที่จะถูกคัดออกแล้ว นายจ้างจะพยายามหาดำแหน่งอื่นให้ลูกจ้างนั้น ๆ ทำ ถ้าไม่อาจหาทางออกได้ก็จำเป็นต้องเลิกจ้างลูกจ้างนั้น โดยจะเก็บรายชื่อลูกจ้างที่ถูกคัดออกไว้ในบัญชีรายชื่อผู้ที่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการว่าจ้างกลับเข้าทำงานใหม่ (reemployment priority list) และเมื่อมีตำแหน่งว่าง การจ้างกลับอาจจะกระทำตามอายุงานเช่นกัน ผลดีของวิธีนี้ ก็คือ สามารถลดจำนวนข้อพิพาทแรงงานเรื่องการเลิกจ้างหรือการกระทำที่ไม่เป็นธรรมได้อย่างมาก เนื่องจากอายุงานเป็นข้อเท็จจริงที่ปรากฏชัดเจน แต่ผลเสีย คือ นายจ้างไม่มีโอกาสคัดคนดีมีฝีมือไว้ ลูกจ้างผู้มีผลงานดีอาจเกิดความท้อถอยที่จะกระทำควมดี (ชำนานู พิมลรัตน์, 2525)

ตัวอย่างที่ (2) ใช้วิธี Objective Judgement Quotient หรือ OJQ ซึ่งวิธีนี้ บริษัทลีวาย สตรีทส์ ประเทศสหรัฐอเมริกา นำมาใช้เพื่อคัดเลือกลูกจ้าง 400 คน จากลูกจ้างทั้งหมด 3,200 คน ออกจากงาน เมื่อปี 2527 วิธีนี้กระทำโดยให้ลูกจ้างประเมินค่าตัว (Personnel Evaluation) ของกันและกัน ลูกจ้างจะถูกขอร้องให้เอ่ยชื่อลูกจ้างอื่น ๆ จำนวน 9 คน ที่ลูกจ้างผู้นั้นต้องการที่จะให้ทำการตีค่าตัวของตน ในจำนวนลูกจ้าง 9 คนนี้ 2 คนจะเป็นผู้ที่อยู่ในตำแหน่งสูงกว่า อีกไม่เกิน 2 คน เป็นลูกน้อง หรือผู้อยู่ในระดับต่ำกว่า นอกจากนั้นเป็นลูกจ้างในแผนกอื่นหัวข้อที่ใช้ในการประเมิน เช่น ความคิดริเริ่ม ความคิดสร้างสรรค์ ความเป็นผู้นำทักษะในการสื่อข้อความการแก้ไขปัญหาและความรู้ทางเทคนิค โดยใช้มาตราลดหลั่นจากน้อยไปหามาก คือ 1-5 พร้อมกับมีคะแนนถ่วงน้ำหนักประกอบ ผู้ใดได้คะแนนต่ำก็จะเป็นผู้ถูกเลือกเพื่อเลิกจ้าง ผลดีของวิธีการนี้ คือ เป็นระบบที่ให้ความยุติธรรม เพราะมิได้ค้นหาว่าใครดีใครชั่ว แต่จะถามหาว่าใครทำงานเก่งกว่าใคร เป็นการขจัดการเล่นพรรคเล่นพวก ป้องกันอคติของหัวหน้างาน ลดข้อขัดแย้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้าง ลดปัญหาการกระทำอันไม่เป็นธรรมและการเลิกจ้างไม่เป็นธรรมลงได้ (ตรีรัตน์ พรหมศิริ, 2528)

3.2 แนวทางการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อเยียวยาหลังการเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน

นอกเหนือจากการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อบังคับให้ปฏิบัติก่อนการเลิกจ้างตาม 3.1 แล้ว ยังเห็นสมควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายให้เป็นการเยียวยาหลังการเลิกจ้าง ดังนี้

3.2.1 กำหนดมาตรการเชิงบังคับให้นายจ้างที่จะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงาน ดำเนินการหางานใหม่ให้ลูกจ้างทำตามสมควร

มาตรการนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ลูกจ้างได้รับความช่วยเหลือจากนายจ้างหลังจากถูกเลิกจ้างแล้ว เกี่ยวกับการหางานใหม่ให้ลูกจ้างทำตามสมควร บนพื้นฐานความสมัครใจของลูกจ้าง เช่น การโอนลูกจ้างไปทำงานกับบริษัทในเครือเดียวกัน ดังตัวอย่างกรณีบริษัทไทยคอตตอนมิลล์ (1964) จำกัด หรือการหางานในบริษัทใหม่ให้ลูกจ้างทำ ดังตัวอย่างกรณีบริษัทไทยเกรียงปิ่นทอฟอกย้อม จำกัด แต่หลักการนี้เพื่อมิให้เป็นการใช้อำนาจ

รัฐเข้าไปแทรกแซงอำนาจจัดการของนายจ้างมากเกินไป จึงควรกระทำโดยอ้อม เช่น กำหนดให้นายจ้างต้องส่งเอกสารที่แสดงว่าได้ดำเนินการให้ลูกจ้างที่จะถูกเลิกจ้างมีโอกาสได้งานใหม่ทำแล้วตามสมควรเป็นเอกสารหลักฐานประกอบการขออนุญาตเลิกจ้างลูกจ้างด้วย เพื่อประกอบการพิจารณาอนุญาต และเมื่อใดที่อธิบดี รัฐมนตรี และศาลแรงงานมีคำสั่ง หรือคำพิพากษา โดยถือเอาเรื่องการพยายามหางานใหม่ให้ลูกจ้างทำ มาเป็นปัจจัยบรรทัดฐานอีกอันหนึ่งในการพิจารณาอนุญาต เมื่อนั้นมาตรการนี้ก็อาจบรรลุวัตถุประสงค์

3.2.2 กำหนดมาตรการเชิงบังคับให้นายจ้างที่จะเลิกจ้างลูกจ้างในกรณีคนล้นงานต้องทำสัญญาผูกพันในการจะต้องรับลูกจ้างที่ถูกเลิกจ้างกลับเข้าทำงานก่อนลูกจ้างอื่น หากนายจ้างทั้งที่เป็นนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคล มีงานให้ลูกจ้างทำอีกในสถานประกอบการเดิม หรือประกอบกิจการในสถานประกอบการแห่งใหม่ ในกรณีคุณสมบัติของลูกจ้างที่ต้องการสำหรับตำแหน่งใหม่ใกล้เคียงกัน

มาตรการนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ลูกจ้างได้มีโอกาสกลับเข้าทำงานกับนายจ้างเดิมก่อนบุคคลอื่น หากนายจ้างเดิมจะมีการจ้างลูกจ้างเพิ่มภายหลังการเลิกจ้างและคุณสมบัติของลูกจ้างใกล้เคียงกับคุณสมบัติของลูกจ้างใหม่ที่นายจ้างต้องการ การใช้มาตรการนี้ควรยึดหลักการเดียวกันกับมาตรการเชิงบังคับให้นายจ้างที่จะเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน ดำเนินการหางานใหม่ให้ลูกจ้างทำตามสมควร ดังที่กล่าวแล้วคือ กำหนดโดยให้มีผลบังคับโดยอ้อม เช่น โดยให้นายจ้างส่งสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างไปพร้อมคำขออนุญาตเลิกจ้างลูกจ้างด้วย ส่วนลักษณะของสัญญาหรือข้อตกลงหากทำเป็นหนังสือควรระบุให้มีผลผูกพันถึงผู้แทนนิติบุคคลซึ่งเป็นนายจ้างด้วย เพราะอาจทำให้เกิดประโยชน์อื่นตามมาอีกได้ เช่น อาจช่วยป้องกันการเลิกกิจการ โดยเปลี่ยนตัวนิติบุคคล เพื่อทำลายสหภาพแรงงานหรือการเลิกกิจการเฉพาะโรงงานที่มีผู้นำแรงงานหรือสมาชิกสหภาพแรงงานส่วนใหญ่ทำงานอยู่ เช่น กรณีตัวอย่างนายจ้างบริษัทจี.เอส.สตีล จำกัด ในคำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 44-96/2531 ลงวันที่ 9 กันยายน 2531 และนายจ้างบริษัทเข้าที่อีสเอเซียเนแพค เกจิงแอนด์แคนนิ่ง จำกัด ในคำสั่งคณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ ที่ 10/2533 ลงวันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2533

3.2.3 แก้ไขหรือออกกฎหมายให้กองทุนใดกองทุนหนึ่งที่กฎหมายจัดตั้งขึ้นแล้ว หรือตั้งกองทุนใหม่ เพื่อดำเนินการ เรื่องการจ่ายค่าชดเชยแทนนายจ้าง

เหตุผลเนื่องจาก กฎหมายคุ้มครองแรงงาน ได้ขยายระยะเวลาการบอกกล่าวล่วงหน้าให้ยาวขึ้นอีก มีผลให้จำนวนสินจ้างแทนการบอกกล่าวในกรณีเลิกจ้าง โดยไม่บอกกล่าวล่วงหน้ามีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น และกฎหมายได้เพิ่มอัตราค่าชดเชยเพิ่มขึ้นถึงอัตราสูงสุดไม่เกิน 360 วัน ด้วยเหตุนี้ อาจเพิ่มภาระแก่นายจ้างเมื่อมีความจำเป็นต้องเลิกจ้างมากขึ้น จนเกิดปัญหาไม่สามารถจ่ายได้ หรืออาจเป็นเหตุให้นายจ้างที่ไม่สุจริต ไม่ต้องการจ่าย เพราะต้องเสียผลประโยชน์เป็นเงินจำนวนมาก อาจพยายามหาช่องทางฝ่าฝืนหลีกเลี่ยง หรือบีบบังคับ ฉ้อฉล ให้ลูกจ้างเสียสิทธิในเงินดังกล่าว เช่น บีบบังคับให้ลาออกหรือให้ลูกจ้างเขียนใบลาออกไว้ล่วงหน้าโดยไม่ลงวันที่ แนวคิดเรื่องกองทุนเงินชดเชยที่จะนำมาใช้ในประเทศไทยเคยมีปรากฏอยู่บ้าง เช่น ในสรุปรายงานสัมมนาไตรภาคี เรื่องการคุ้มครองและสวัสดิการแรงงาน ที่จัดขึ้นระหว่างวันที่ 18-19 มีนาคม 2525 ณ ห้องประชุมสถาบันพัฒนาฝีมือแรงงาน กรมแรงงาน ซึ่งที่ประชุมรับหลักการว่า ควรตั้งกองทุนขึ้นในสถานประกอบการให้นายจ้าง และลูกจ้างร่วมกัน จ่ายเงินสมทบฝ่ายละเท่า ๆ กัน ในอัตราร้อยละสามของค่าจ้างเข้ากองทุน ลูกจ้างถูกเลิกจ้างเมื่อใดจะได้รับเงินจำนวนนี้ หากจำนวนเงินสมทบที่นายจ้างจ่ายยังน้อยกว่าค่าชดเชยและสินจ้างแทนการบอกกล่าวล่วงหน้าที่ลูกจ้างควรจะได้รับตามกฎหมาย ให้นายจ้างจ่ายเงินเพิ่มให้แก่ลูกจ้างจนครบ และในการประชุมกลุ่มย่อยในการสัมมนาดังกล่าว มีความเห็นชอบกับแนวคิดที่จะออกกฎหมายว่าด้วยกองทุนเงินสะสม และเห็นว่ากองทุนเงินสะสมควรอยู่ในกรมแรงงาน (บัณฑิต บุรณบัณฑิต, 2525)

เนื่องจากประเทศไทยได้จัดตั้งกองทุนเงินทดแทนและกองทุนประกันสังคมขึ้นแล้ว จะมีการใช้กฎหมายเกี่ยวกับการประกันการว่างงานและประกันการชราภาพเกิดขึ้นอีก ซึ่งเกี่ยวกับการประกันการว่างงานสามารถนำมาเป็นส่วนเชื่อมโยงในการพิจารณาเรื่องกองทุนเงินชดเชย ถ้าหากจะมีขึ้นได้ สำหรับในรายละเอียดจะต้องศึกษาต่อไป แต่กรณีการจ่ายเงินค่าชดเชยจากกองทุนเงินชดเชยมีข้อสังเกตว่าควรจะหามาตรการอย่างไรป้องกันนายจ้างและลูกจ้างสมคบกันเลิกจ้างเพื่อหวังเงินจากกองทุน

กรณีปัญหาว่ากองทุนค่าชดเชยหากตั้งขึ้นจะเข้าซ้อนกับกฎหมายเกี่ยวกับการประกันการว่างงาน ผู้เขียนเห็นว่า จากเหตุที่ยังไม่มีกำหนดว่าการประกันการว่างงานจะประกาศใช้เมื่อใด ฉะนั้น ในหลักการจึงเห็นว่าระหว่างที่ยังไม่มีการประกันการว่างงานควรตั้งกองทุนค่าชดเชยขึ้นก่อน ต่อเมื่อประกาศให้ใช้กฎหมายเกี่ยวกับการประกันการว่างงานเมื่อใดจึงโอนกองทุนค่าชดเชยมารวมอยู่ในกองทุนประกันสังคม ให้ค่าชดเชยเข้าเป็นส่วนหนึ่งของการประกันการว่างงาน ส่วนรายละเอียดเป็นอย่างไร จะต้องศึกษาต่อไป

กองทุนค่าชดเชยหากตั้งขึ้นควรวางหลักการให้กองทุนค่าชดเชยรับภาระในการจ่ายค่าชดเชยทุกกรณีแทนนายจ้าง หรือจ่ายเงินคืนให้นายจ้างในกรณีนายจ้างได้จ่ายค่าชดเชยให้ลูกจ้างไปก่อน หรือจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างแทนนายจ้างไปก่อน กรณีนายจ้างฝ่าฝืนกฎหมาย ไม่ยอมจ่ายค่าชดเชยแก่ลูกจ้าง แล้วกองทุนค่าชดเชยไปไล่เบี้ยเรียกค่าชดเชยที่จ่ายแทนไปจากนายจ้างในภายหลัง โดยให้นายจ้างจ่ายเงินสมทบฝ่ายเดียว

ผลดีของการตั้งกองทุนค่าชดเชย ก็คือ จะเป็นการให้หลักประกันแก่ลูกจ้างว่าสิทธิในค่าชดเชยที่จะได้รับเมื่อถูกเลิกจ้างจะไม่สูญหายไป และจะได้รับโดยสะดวกรวดเร็ว จากกองทุนค่าชดเชยโดยไม่ต้องไปฟ้องนายจ้างต่อศาลแรงงานในกรณีนายจ้างฝ่าฝืนไม่จ่ายค่าชดเชยหรือนายจ้างไม่มีความสามารถจ่าย ส่วนฝ่ายนายจ้างแม้จะต้องจ่ายเงินสมทบแต่นายจ้างจะได้ประโยชน์ในกรณีไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยเป็นเงินก้อนจำนวนมากเมื่อเลิกจ้างลูกจ้าง

กรณีการป้องกันปัญหานายจ้างลูกจ้างสมคบกันเลิกจ้างเพื่อหวังได้รับค่าชดเชยจากกองทุนตามที่ตั้งข้อสังเกต อาจแก้ไขหรือป้องกันได้โดยกำหนดหลักเกณฑ์หรือระเบียบในการวินิจฉัยจ่ายค่าชดเชยให้รัดกุม มีการตรวจสอบหลายขั้นตอน กำหนดโทษที่จะลงแก่นายจ้างและลูกจ้างที่ทุจริต หรือกำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายเงินสมทบในอัตราสูงขึ้นสำหรับนายจ้างที่มีแนวโน้มการเลิกจ้างเพิ่มขึ้น และลดอัตราเงินสมทบลงสำหรับนายจ้างที่มีแนวโน้มการเลิกจ้างลดลง จนอาจจะไม่ต้องจ่ายเงินสมทบเลยกรณีนายจ้างรายที่ไม่เลิกจ้างลูกจ้างเลยเป็นระยะเวลายาว เช่น 5 ปีติดต่อกัน

3.2.4 เห็นควรกำหนดไว้ในกฎหมายให้อำนาจองค์กรของรัฐฟ้องคดีในคดีเลิกจ้างกรณีคนล้นงานที่เห็นว่าไม่เป็นธรรมต่อศาลได้โดยลูกจ้างไม่ต้องร้องขอ

เหตุผล คือ เพื่อให้ความคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างเมื่อถูกเลิกจ้างในกรณีคนล้นงาน ทั้งนี้เนื่องจากการเลิกจ้างกรณีคนล้นงาน เป็นการเลิกจ้างลูกจ้างจำนวนมาก บางกรณีองค์กรลูกจ้างถูกเลิกจ้างด้วย บางกรณีเลิกจ้างลูกจ้างทั้งหมดทั้งกิจการ ทำให้องค์กรลูกจ้างสิ้นสภาพไปด้วย ลูกจ้างเองแต่ละคนอาจไม่มีความรู้เพียงพอจะคุ้มครองสิทธิของตัวเอง เมื่อถูกเลิกจ้างแล้วโอกาสที่จะร่วมปรึกษาหารือระหว่างลูกจ้างด้วยกัน หรือหารือกับผู้แทน หรือองค์กรลูกจ้าง ให้ช่วยเหลือกระทำได้ยาก รัฐจึงควรให้ความช่วยเหลือคุ้มครองสิทธิให้ลูกจ้างในสภาวะวิกฤตเช่นนี้ โดยกำหนดในวรรคท้ายของข้อ 46 ตรี ให้อธิบดีสามารถร้องขอให้ศาลแรงงานวินิจฉัยได้ เมื่อเห็นว่านายจ้างเลิกจ้างลูกจ้างโดยไม่เป็นธรรม

อำนาจนำคดีไปสู่ศาลโดยลูกจ้างไม่ต้องร้องขอ มีปรากฏอยู่ในมาตรา 50 วรรคสอง พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ซึ่งบัญญัติว่า ... ในกรณีที่คณะกรรมการลูกจ้างเห็นว่าการกระทำของนายจ้างจะทำให้ลูกจ้างไม่ได้รับความเป็นธรรม หรือได้รับความเดือดร้อนเกินควร คณะกรรมการลูกจ้าง ลูกจ้าง หรือสหภาพแรงงาน มีสิทธิร้องขอให้ศาลแรงงานพิจารณาวินิจฉัย ... ฉะนั้น หากให้องค์กรของรัฐ เช่น กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน หรือกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม หรือองค์กรใดก็ตาม องค์กรใดองค์กรหนึ่ง มีอำนาจทำนองนี้ ไว้คุ้มครองสิทธิลูกจ้างกรณีถูกเลิกจ้าง ซึ่งอาจให้ครอบคลุมเฉพาะกรณีคนล้นงาน หรือครอบคลุมถึงการเลิกจ้างกรณีปกติด้วย ก็อาจจะเป็นการป้องกันมิให้เกิดช่องว่างในกระบวนการยุติธรรมทางแรงงานได้