

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย
ทำงานในประเทศไทย: ศึกษากรณีปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

มนทวรรณ อุดมปณิธ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์
มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์
พ.ศ. 2557

**Legal Measures Concerning Permission for Regular Migrants to Work in
Thailand: A Case Study on Problems of The Working Alien
Act B.E. 2551**

Montawan Udompanith

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws
Department of Law
Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University
2014**

หัวข้อวิทยานิพนธ์	มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย: ศึกษากรณีปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551
ชื่อผู้เขียน	มนทวรรณ อุดมปนิธ
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2556

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์นี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและหลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย และเพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศ และพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว โดยศึกษาวิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 พบว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย และทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ ปัญหาในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ปัญหาการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ ปัญหาในการแรงงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและปัญหาในเรื่องมาตรการควบคุมเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงาน

ดังนั้นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น กล่าวคือ ควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้แก่ มาตรา 5 ในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้มีขอบเขตและความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ มาตรา 7 เพื่อให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้รองรับการเปิดเสรีการค้าบริการตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพัน มาตรา 9 เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ของการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนให้มีความชัดเจน

มากยิ่งขึ้น มาตรา 10 เพื่อไม่ให้นำคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานมาใช้กับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน มาตรา 53 เพื่อให้บทกำหนดโทษสอดคล้องกับหน้าที่ในการจัดการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 รวมทั้งแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ควรเพิ่มเติมบทบัญญัติโดยกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียนและให้คนต่างด้าวที่ไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยแล้วต้องคืนใบอนุญาตทำงานให้นายทะเบียนเพื่อให้การจัดการในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวและมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

Thesis Title	Legal Measures Concerning Permission for Regular Migrants to Work in Thailand: A Case Study on Problems of The Working Alien Act B.E. 2551
Author	Montawan Udompanith
Thesis Advisor	Professor Dr. Thira Srithamaraks
Department	Law
Academic Year	2013

ABSTRACT

This thesis aims to study the concept, theory, background and the fundamental principles of rights and freedoms of aliens who work in Thailand. It focuses on legal measures concerning permission to work for regular migrants at domestic and international levels. Further, it also focuses on Thailand's international obligations on trade and services, particularly in relation to an employment of migrant workers.

The study found that some provisions under the Working Alien Act B.E. 2551 are not sufficient enough for a permission procedure for regular migrants and it results in obstacles in enforcement of this Act. In addition, the problems are problem in definition of the term "work", problem on the list of work that allows aliens to do in compliance with free trade and services, problem on informing types of work in which necessary and urgent, problem on permission for aliens to work in Thailand under the laws on investment promotion, and problem on controlling measures of work permit.

As a result, this thesis has suggested prospects to solve the above mentioned issues e.g. the provision under the Working Alien Act B.E. 2551 should be amended as follows: the definition of the term "work" under Section 5 should be defined in accordance with the purpose of the Act, Section 7 should be reviewed in order to meet international's standards and Thailand's obligations on free trade and services, Section 9 in the matter of an explicit definition on types of necessary and urgent work, Section 10 to prevent aliens with prohibited qualification to work in necessary and urgent work and Section 53 to improve the sanctions in accordance with period of the extension of work permit under Section 22. This includes the amendment on the fee rates on

the extension of work permit for regular migrants under the laws on investment promotion or other laws attached with these acts. Furthermore, it is suggested to add measures to assign a duty for the employers to notify the registrar when the contract is ended and for aliens to return the work permit if they no longer wish to work in Thailand. These recommendations will increase the effectiveness in the Government's policy management and in controlling measures in relation to regular migrants in Thailand.

DRU

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความกรุณาของศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ผู้ซึ่งข้าพเจ้าเคารพอย่างยิ่ง โดยท่านได้กรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ท่านได้กรุณาสละเวลาอันมีค่ายิ่งให้คำปรึกษา คำแนะนำ ตลอดจนข้อคิดเห็นต่าง ๆ ที่เป็นประโยชน์ ในการทำวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนมาโดยตลอด จนกระทั่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์ด้วยดี ผู้เขียนจึงขอขอบพระคุณอาจารย์ด้วยความเคารพยิ่ง

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ผู้ซึ่งผู้เขียนเคารพรัก อย่างยิ่งที่ท่านกรุณารับเป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ และคอยให้คำชี้แนะเพื่อให้วิทยานิพนธ์ของผู้เขียนสมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. วีระ โลจายะ และรองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะที่ท่านได้กรุณาเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน โดยท่านได้ชี้แนะ และให้คำปรึกษาเพื่อความสมบูรณ์ถูกต้องแห่งเนื้อหาของวิทยานิพนธ์

ท้ายที่สุดผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบิดาและมารดาของผู้เขียนที่ให้ชีวิตและทุกสิ่งทุกอย่างแก่ผู้เขียน ขอขอบพระคุณครูบาอาจารย์ทุกท่านตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันที่ประสิทธิ์ประสาท ความรู้ให้แก่ผู้เขียนและขอขอบคุณน้องสาวของผู้เขียนที่ให้ความรักและกำลังใจแก่ผู้เขียนเสมอมา รวมทั้งขอขอบคุณ นายสมชาย มรกตศรีวรรณ ผู้บังคับบัญชาของผู้เขียน ที่ให้ความเมตตาและ คำแนะนำแก่ผู้เขียนเสมอมา ตลอดจนขอขอบคุณ นางสาวนฤมล ช้างบุญมี นางสาวดาริน จิระรัชนิรมย์ นางสาวกนกดา โกมุทรินทร์ นายเชิดศักดิ์ กำปันทอง และนางสาวธนิพัฒน์ ตรีกำธร เพื่อนที่คอย ช่วยเหลือและเป็นกำลังใจให้ผู้เขียนจนสามารถจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จ

หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังมีคุณค่าทางวิชาการอยู่บ้างผู้เขียนขออุทิศให้แก่บุพการี และบุคคลสำคัญที่กล่าวมาข้างต้น ส่วนข้อผิดพลาดหรือบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้ แต่เพียงผู้เดียวและขออภัยมา ณ โอกาสนี้

มนตรีวรรณ อุดมปณิธ

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	8
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	8
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	8
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	9
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	9
2. แนวคิดทฤษฎีหลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพและความเป็นมาของการ ทำงานของคนต่างด้าว	10
2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว	10
2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ.....	11
2.1.2 ปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ	16
2.1.3 แนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย.....	18
2.2 หลักเกณฑ์สากลที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าว	20
2.2.1 กฎบัตรสหประชาชาติ	21
2.2.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	22
2.2.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966.....	24
2.2.4 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.....	25
2.2.5 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ	25
2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่าง ประเทศ.....	26
2.3.1 ทฤษฎีเอกนิยม	26

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
2.3.2 ทฤษฎีทวินิยม	27
2.4 หลักการตีความกฎหมาย.....	28
2.4.1 การตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์.....	30
2.4.2 การตีความอย่างเป็นระบบ	35
2.4.3 การตีความโดยอาศัยหลักประวัติศาสตร์.....	38
2.4.4 การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย.....	39
2.5 ความเป็นมาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย.....	41
2.5.1 ความเป็นมาก่อนมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร	41
2.5.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงาน ในประเทศไทย.....	43
3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูก กฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้า บริการ	58
3.1 มาตรการทางกฎหมายไทย.....	58
3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.....	58
3.1.2 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551.....	62
3.1.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.....	91
3.1.4 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522.....	99
3.1.5 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522.....	102
3.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ	113
3.2.1 สหพันธรัฐมาเลเซีย.....	113
3.2.2 สาธารณรัฐสิงคโปร์.....	123
3.2.3 สาธารณรัฐเกาหลี	132
3.2.4 ประเทศญี่ปุ่น	136
3.3 พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่เกี่ยวกับการทำงานของคน ต่างด้าว.....	141
3.3.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS).....	141

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.3.2 ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC).....	147
3.3.3 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS).....	150
3.3.4 ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA)	157
4. วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่าง ค้าเข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการทำงาน ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551.....	166
4.1 เรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551	167
4.2 เรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ	174
4.3 เรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน	179
4.4 เรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมาย ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน	188
4.5 เรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน	195
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	202
5.1 บทสรุป	202
5.2 ข้อเสนอแนะ	213
บรรณานุกรม.....	220
ภาคผนวก	227
ก พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551.....	228
ข ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน พ.ศ. 2546.....	250
ประวัติผู้เขียน	255

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

โดยปกติทั่วไปพลเมืองไทยย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย¹ แต่สำหรับคนต่างด้าวจะถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการในประเทศไทยได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งในที่นี้หมายถึงกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวโดยหลักการสำคัญในการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะทำงานได้ต่อเมื่อผ่านการพิจารณาและได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามกฎหมายดังกล่าวแล้วเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย มิให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง และจะมีผลเป็นการแย่งอาชีพของคนไทยโดยคำนึงถึงความมั่นคงและพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นสำคัญ ซึ่งหลักการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวตามที่ประเทศไทยที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่กล่าวมานี้ สอดคล้องกับนานาประเทศที่มีอำนาจอธิปไตยและปกครองภายใต้หลักนิติรัฐได้มีการกำหนดข้อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายเพื่อมิให้คนต่างด้าวมีสิทธิและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนชาติของตนโดยการควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตทำงาน เพื่อคัดกรองคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ให้สามารถทำงานได้ภายใต้การควบคุมของกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ทั้งนี้การกำหนดข้อจำกัดดังกล่าวทางกฎหมายของแต่ละประเทศจะพิจารณาถึงความสำคัญ ความจำเป็นและความเหมาะสมทั้งสถานการณ์ภายในประเทศและระหว่างประเทศโดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ สังคม และเหตุผลในด้านมนุษยธรรม อันอาจก่อให้เกิดผลกระทบทั้งด้านบวกและด้านลบจากการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในดินแดนของตน

เนื่องจากสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป การติดต่อค้าขาย การลงทุนระหว่างประเทศและการพัฒนาทางเทคโนโลยีการผลิตได้ส่งผลกระทบต่อระบบแรงงานของประเทศ แรงงาน

¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 43.

ในประเทศนิยมทำงานในภาคการผลิตสมัยใหม่ ส่วนแรงงานระดับล่างนิยมเดินทางไปทำงานต่างประเทศ ทำให้แรงงานต่างด้าวจากประเทศเพื่อนบ้านลักลอบเข้าเมืองเพื่อมาทำงานในประเทศเป็นจำนวนมาก จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โดยให้มีผลยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวที่มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานถึง 30 ปี ได้แก่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 เพื่อปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและสอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน จึงกล่าวได้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่กำหนดคตินิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายหรือคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายก็ตาม โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยนั้นจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานและได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานได้ถือเป็นกรณีในประเทศไทยได้ใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมาย เพื่อมิให้คนต่างด้าวมีสติธิและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนชาติของตนโดยการควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตทำงาน เพื่อคัดกรองคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ให้สามารถทำงานได้ภายใต้การควบคุมของกฎหมายภายในของประเทศ

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายนั้นให้มีสิทธิขออนุญาตทำงานในประเทศไทยได้โดยแบ่งออกเป็น 4 กรณี ได้แก่ กรณีแรก คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (เข้าเมืองถาวร) หรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 34 และมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 (เข้าเมืองชั่วคราว) มีสิทธิขออนุญาตทำงานได้ตามมาตรา 9 กรณีที่สอง คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นมีสิทธิขออนุญาตทำงานได้ตามมาตรา 12 กรณีที่สาม คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยได้เข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายคนเข้าเมืองมีสิทธิขออนุญาตทำงานได้ตาม มาตรา 14 และกรณีที่สี่ คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและทำงานอยู่แล้วก่อนวันที่ 13 ธันวาคม 2515 และได้รับอนุญาตทำงานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ให้ใบอนุญาตทำงานใช้ได้ตลอดชีวิตของคนต่างด้าวนั้นเว้นแต่คนต่างด้าวจะทำงานนอกจากที่ได้รับอนุญาต

ส่วนคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย ซึ่งหมายถึง คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเมืองหรือคนต่างด้าวที่กระทำความผิดเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาเนรเทศ หรือบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย เนื่องจากถูกถอนสัญชาติหรือเกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยนั้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้คนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายนี้อาจขอรับใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนเพื่อทำงานตามประเภทที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวโดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคมตามมาตรา13

ข้อเท็จจริงจากสถิติจำนวนคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยของสำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน เมื่อเดือนเมษายน 2557 ปรากฏว่ามีคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานคงเหลือรวมทั้งสิ้น 1,442,739 คน จำแนกประเภทตามลักษณะการเข้าเมือง โดยประเภทแรกเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย 1,420,492 คน ประกอบด้วย (1) กลุ่มคนต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงานตลอดชีพ 983 คน (2) กลุ่มคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายกรณีทั่วไป 91,761 คน (3) กลุ่มคนต่างด้าวที่ผ่านการพิสูจน์สัญชาติ 1,054,804 คน (4) กลุ่มคนต่างด้าวที่นำเข้ามาภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงาน (Memorandum of Understanding: MOU) ระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น 237,694 คน (5) กลุ่มคนต่างด้าวที่เข้ามาตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุน 35,250 คน และประเภทที่สอง เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย 22,247 คน ซึ่งได้แก่ กลุ่มคนต่างด้าวที่เป็นชนกลุ่มน้อย (ชาวเขา) 22,247 คน²

เมื่อนำมาเปรียบเทียบกับสถิติคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานคงเหลือในประเทศไทยเดือนธันวาคม 2555 ที่มีคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานคงเหลือรวมทั้งสิ้น 1,133,851 คน จำแนกประเภทตามลักษณะการเข้าเมือง โดยประเภทแรก เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย 940,531 คน ประกอบด้วย (1) กลุ่มคนต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงานตลอดชีพ 983 คน (2) กลุ่มคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายกรณีทั่วไป 82,833 คน (3) กลุ่มคนต่างด้าวที่ผ่านการพิสูจน์สัญชาติ 733,603 คน (4) กลุ่มคนต่างด้าวที่นำเข้ามาภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงาน (Memorandum of Understanding: MOU) ระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น 93,265 คน (5) กลุ่มคนต่างด้าวที่เข้ามาตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุน 29,847 คน และประเภทที่สอง เป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย 193,320 คน ซึ่งได้แก่ กลุ่มคนต่างด้าวที่เป็นชนกลุ่มน้อย

² สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน. (2557, พฤษภาคม). ข้อมูลสถิติรายเดือน. สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2557, จาก <http://wp.doe.go.th/wp/images/statistic/sm/57/sm0457.pdf>

25,439 คน และกลุ่มคนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองที่ได้รับการผ่อนผันตามมติคณะรัฐมนตรี 167,881 คน³

จะเห็นได้ว่าจำนวนคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายได้รับอนุญาตให้ทำงานมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นอันเป็นผลมาจากการพัฒนาทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยในยุคโลกาภิวัตน์ทำให้การดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุนของนักลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มจำนวนขึ้นและลดอุปสรรคทางการค้าระหว่างประเทศให้ลดน้อยลงโดยประเทศไทยได้เข้ามาเป็นภาคีของสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ รวมทั้งการที่ประเทศไทยได้จัดทำข้อตกลงเขตการค้าเสรีกับประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศญี่ปุ่น เป็นต้น ส่งผลให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันเรื่องของการค้าบริการตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services หรือ GATs) โดยเฉพาะการที่บุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Movement of Natural Person) หรือการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวซึ่งมีผลให้คนต่างด้าวที่เป็นกลุ่มช่างฝีมือและผู้ชำนาญการด้านต่าง ๆ ได้เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยเพิ่มจำนวนมากขึ้น ประกอบกับสภาพการณ์การจ้างงานของประเทศไทยประสบปัญหาภาวะขาดแคลนแรงงานในประเทศ และมีความต้องการจ้างคนต่างด้าวที่เป็นแรงงานไร้ฝีมือที่อยู่ในต่างประเทศเข้ามาทำงานในหลายประเภทกิจการเพิ่มมากขึ้นเช่นกันซึ่งนโยบายการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองของรัฐบาลปัจจุบันมุ่งประสงค์ให้มีมาตรการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวโดยการปรับเปลี่ยนสถานะจากคนต่างด้าวคนเข้าเมืองผิดกฎหมายให้เป็นคนต่างด้าวคนเข้าเมืองถูกกฎหมายตามมาตรา 9 ประเภทพิสุจน์สัญชาติและนำเข้ามาภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่นโดยใช้วิธีการผ่อนผันให้คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชาอยู่ในประเทศไทยได้ดำเนินการพิสุจน์สัญชาติเพื่อปรับเปลี่ยนสถานะเป็นผู้เข้าเมืองถูกกฎหมายตามมติคณะรัฐมนตรี⁴ และการผ่อนผันให้คนต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชาที่ลักลอบทำงานอยู่กับนายจ้างในประเทศไทยอยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษเพื่อดำเนินการให้ได้รับหนังสือเดินทางชั่วคราว (Temporary Passport) หรือเอกสารรับรองบุคคล (Certificate of Identity) จากประเทศต้นทางและได้รับอนุญาตให้เป็นผู้เดินทางเข้าเมืองอย่างถูกต้องตามกฎหมาย

³ สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน. (2557). *วารสารสถิติจำนวนคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานทั่วราชอาณาจักร ประจำปี 2556*. หน้า 2.

⁴ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 12 มิถุนายน 2555, การขยายระยะเวลาการพิสุจน์สัญชาติและผ่อนผันให้อยู่ในราชอาณาจักรแก่แรงงานต่างด้าว.

พร้อมกับได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะกับนายจ้างเดิมต่อไป โดยวิธีการนำเข้ามาภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น⁵

จากการศึกษา แม้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีการปรับปรุงแก้ไขในประเด็นดังกล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยในสภาวะการณ์ปัจจุบัน จึงเกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหลายประการ ดังนี้

ประการแรก บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 นั้นมีความหมายกว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนซึ่งก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจกรรมของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยจะได้กระทำหรือกระทำลงไป แล้วนั่นถือเป็นการทำงานที่จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนตามกฎหมายนี้หรือไม่

ประการที่สอง พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายภายในที่เกี่ยวกับการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการในกรณีที่บุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Movement of Natural Person) ภายใต้กรอบในการเจรจาตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน อาทิเช่น กรอบการเจรจาภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) กรอบการเจรจาขององค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) กรอบการเจรจาภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) กรอบการเจรจาเกี่ยวกับเขตการค้าเสรีของออสเตรเลีย (TAFTA) เป็นต้น จะมีความเกี่ยวข้องกับการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามมาตรา 7 เพื่อมาขออนุญาตทำงานในประเทศไทย ซึ่งในกรณีดังกล่าวยังมีได้มีการอนุวัติการกฎหมายภายในให้รองรับพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเพื่อมิให้กฎหมายภายในขัดต่อข้อผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกและสามารถนำพันธกรณีดังกล่าวมาบังคับใช้ภายในประเทศได้ตามระบบทวินิยม

ประการที่สาม การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จภายใน 15 วัน จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนจึงจะทำงานนั้นได้

⁵ มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 15 มกราคม 2556, การผ่อนผันแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองเป็นกรณีพิเศษเพื่อดำเนินการอย่างถูกต้องตามกฎหมาย.

โดยไม่มีข้อกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งดังกล่าวแต่อย่างใด เพื่ออำนวยความสะดวกและรวดเร็วแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นกรณีพิเศษซึ่งยกเว้นการขอรับใบอนุญาตทำงาน แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่คนต่างด้าวจะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนและเมื่อครบระยะเวลาที่รับจ้างงานเร่งด่วนแล้วงานยังไม่เสร็จคนต่างด้าวจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำในบทกฎหมายและกระทบถึงเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง อาจทำให้เกิดความไม่โปร่งใสในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ซึ่งส่งผลกระทบต่อถึงภาพลักษณ์และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยอันเนื่องมาจากนโยบายในการควบคุมคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยที่ไม่ชัดเจน

ประการที่สี่บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียม และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ ในการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวนั้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และมาตรา 22 รวมทั้งได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดตามที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็วเพื่อให้ นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้ว และผู้อนุญาตตามกฎหมายนั้นก็มีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานซึ่งถือเป็นบทกฎหมายยกเว้นอำนาจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานได้ในประเทศไทยของนายทะเบียนแต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนซึ่งมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ จึงทำให้บทกำหนดโทษดังกล่าวไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่นกล่าวคือ ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดค่าธรรมเนียมการอนุญาตให้เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวไว้ทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่นตามมาตรา 23 ซึ่งได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติแล้ว

ประการที่ห้าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มิได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณีที่น่าจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าวหรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลงหรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป ทำให้ข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานให้ทำงานในประเทศไทยมีความคลาดเคลื่อน ก่อให้เกิดปัญหาในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทย

จากประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีแนวความคิดที่จะศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยประกอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กฎหมายมหาชนที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานของ คนต่างด้าวซึ่งมีความเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบและศึกษาวิเคราะห์ปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยจะทำการศึกษากฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งได้เลือก ทำการศึกษาประเทศที่มีความเจริญทางด้านเศรษฐกิจ และมีวิวัฒนาการความก้าวหน้าทางด้านกฎหมาย รวมทั้งประเทศที่มีลักษณะภูมิประเทศที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย อันได้แก่ สหพันธรัฐ มาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งพันธกรณีระหว่าง ประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการที่บุคคลธรรมดา จากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่งเพื่อนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิด จากการบังคับใช้กฎหมายและปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวข้องต่อไป เพื่อให้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานและการกำหนด ขอบเขตการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยมีความเป็นสากล และมีประสิทธิภาพในการใช้บังคับกฎหมายให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ในการคุ้มครองการทำงาน ของคนไทย โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและ ความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษา แนวคิด ทฤษฎี หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าว และความเป็นมาของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทย
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทยที่มีความชัดเจนและเกิดผลในทางปฏิบัติ สอดคล้องเชื่อมโยงกับพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันรวมทั้งเป็นแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ต่อไป

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน มีบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีความสมบูรณ์เพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทยและทำให้เกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้มีหลักเกณฑ์และขอบเขตเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทยมีมาตรฐานเป็นไปในแนวทางเดียวกันอย่างชัดเจนและมีความเป็นสากลสอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบันเพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำในบทกฎหมายและกระทบถึงเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ต่อการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทย

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้มุ่งศึกษาวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศไทยโดยศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ตลอดจนศึกษาและค้นคว้ามาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กฎหมาย

มหาชนที่เกี่ยวกับเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว และทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยได้รวมถึงพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้เกิดความชัดเจนแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาค้นคว้าและวิเคราะห์จากหนังสือตำราเอกสารวิชาการ เอกสารข้อมูลจากหน่วยงานของรัฐและเอกชน วิทยานิพนธ์ วารสาร บทความ สิ่งตีพิมพ์ ข้อมูลจากสื่ออิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนเอกสารการประชุมสัมมนาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งของไทยและต่างประเทศ ตลอดจนทั้งศึกษาหลักการตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ทฤษฎี หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวและความเป็นมาของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศและพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว
3. ทำให้ทราบถึงปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ไขปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยให้มีความชัดเจน ความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีหลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และความเป็นมาของการทำงานของคนต่างด้าว

ในการศึกษาเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศของบุคคลจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปมาทำงานยังประเทศอื่นปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ และแนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ศึกษาหลักเกณฑ์สากลที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ทราบถึงข้อบกพร่องแห่งสิทธิในการทำงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศในเชิงทฤษฎี ตลอดจนศึกษาหลักการตีความกฎหมาย เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย นอกจากนี้ผู้เขียนได้ศึกษาความเป็นมาของอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้ทราบถึงประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยในแต่ละยุคสมัยที่เกี่ยวกับการเข้ามาทำงานคนต่างด้าวโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว

การเคลื่อนย้ายถิ่นข้ามแดนของบุคคลจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปทำงานยังประเทศอื่นโดยมีปฏิสัมพันธ์กับอีกสังคมหนึ่งหรืออีกวัฒนธรรมหนึ่งผ่านการว่าจ้างแรงงาน ซึ่งการเคลื่อนย้ายลักษณะดังกล่าวนี้เกิดขึ้นทุกภูมิภาคของโลก สำหรับกรณีการย้ายถิ่นของแรงงานจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยได้เกิดขึ้นมายาวนานในประวัติศาสตร์สืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในช่วงที่ผ่านมารูปแบบการเคลื่อนย้ายถิ่นของแรงงานระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นได้ถูกกำหนดด้วยปัจจัยต่าง ๆ อาทิเช่น เศรษฐกิจ การเมืองภายในประเทศ ความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุน ความขัดแย้งระหว่างชนชาติ ความแตกต่างทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งเป็นปัจจัยผลักดันและดึงดูดที่สำคัญนำไปสู่การเคลื่อนย้ายถิ่นข้ามแดนของบุคคลจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศไทยที่ไม่อาจควบคุมได้ ดังนั้นในการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับ

การเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวจึงต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศและแนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย⁶ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ

การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ (International Migration) หมายถึง การเคลื่อนย้ายของประชากรจำนวนมากข้ามพรมแดนจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปยังประเทศอื่นเพื่อดำรงชีวิตเป็นเวลายาวนานเพื่อกระทำกิจกรรมที่ได้รับค่าตอบแทนโดยปกติหลักสากลจะกำหนดว่าการดำรงชีวิตในอีกที่หนึ่งเป็นเวลานาน 1 ปี นับเป็นการย้ายถิ่น (International Trarul Regulation)⁷ อย่างไรก็ตามผู้ย้ายถิ่นจำนวนหนึ่งสามารถกลายสภาพเป็นผู้ตั้งถิ่นฐานได้ เมื่อเขาตัดสินใจปักหลักใช้ชีวิตในประเทศที่เขาไปประกอบอาชีพและดำรงชีวิตที่นั่นเป็นส่วนใหญ่

สำหรับแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ สามารถแบ่งได้ดังนี้

1) ทฤษฎีการย้ายถิ่นระหว่างประเทศดั้งเดิม (The Initiation of International Migration)

เป็นทฤษฎีที่อธิบายสาเหตุที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นในพื้นที่ต่าง ๆ ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยแบ่งเป็น

(1) แนวคิดของเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก : ทฤษฎีมหภาค (Neoclassical Economics: Macro Theory)

สาเหตุที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นคือความแตกต่างของอุปสงค์และอุปทานของแรงงาน ทำให้เกิดความแตกต่างในค่าจ้างโดยพิจารณาจากค่าจ้างในประเทศที่มีแรงงานมากจะมีค่าจ้างต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่มีแรงงานน้อยมีผลให้แรงงานในประเทศที่มีแรงงานมากอพยพไปทำงานในประเทศที่มีค่าจ้างที่สูงกว่าโดยเฉพาะแรงงานไร้ฝีมือ (Unskilled Labor) ซึ่งแรงงานที่มีฝีมือเป็นแรงงานในส่วนที่เป็นทุนมนุษย์ (Human Capital) ค่าจ้างของบุคคลกลุ่มนี้ถ้าอยู่ในประเทศที่มีแรงงานมากค่าจ้างก็ยังคงสูงทำให้การเคลื่อนย้ายแรงงานในกลุ่มนี้จะมีการเคลื่อนย้ายน้อยกว่าแรงงานไร้ฝีมืออย่างไรก็ตามความแตกต่างในเรื่องผลตอบแทนของแรงงานรวมทั้งแรงงานในส่วน

⁶ จาก การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 6), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ก, 2555, กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.

⁷ จาก การย้ายถิ่นของผู้หญิงไทยไปเยอรมนี: สาเหตุ ชีวิตความเป็นอยู่และผลกระทบในประเทศไทย และเยอรมันนี (รายงานผลการวิจัย) (น. 6-15), โดย สุภางค์ จันทวานิช และคณะ, 2542, กรุงเทพฯ: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ที่เป็นแรงงานไร้ฝีมือและแรงงานที่มีฝีมือจะหมดไปหากมีการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศเกิดขึ้น⁸

กลุ่มเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิกอธิบายว่า แบบแผนการย้ายถิ่นจากชนบทสู่เมือง โดยเน้นให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการย้ายถิ่นกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยฐานแนวคิดเรื่องปัจจัยผลักดันและปัจจัยดึงดูด⁹ เมื่อมนุษย์ตัดสินใจย้ายถิ่นด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ ทำให้ผู้ย้ายถิ่นจึงเป็นผู้ย้ายถิ่นทางเศรษฐกิจ โดยปัจจัยดึงดูดที่สำคัญทำให้มนุษย์ย้ายถิ่นได้แก่ ค่าจ้างที่สูงขึ้นและโอกาสการได้งานทำ นอกจากนี้อัตราค่าจ้างแล้วยังได้เสนอว่าการเลือกเดินทางไปประเทศใดขึ้นอยู่กับความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GNP) ของประเทศต้นทาง และผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GNP) ของประเทศผู้รับแรงงานอีกด้วยตัวแปรที่ส่งผลต่อการย้ายถิ่นเพื่อทำงานยังรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทางและประเภทของงานที่จะทำ¹⁰

นักเศรษฐศาสตร์ซึ่งสังเกตเห็นอิทธิพลของโครงสร้างเศรษฐกิจที่มีผลต่อการย้ายถิ่นได้เสนอสาเหตุระดับโครงสร้างว่าสาเหตุนั้น คือ ปัจจัยดึงดูดจากสภาพเศรษฐกิจในประเทศปลายทางซึ่งได้แก่ (1) ตลาดงาน ซึ่งแบ่งออกได้เป็นตลาดปฐมภูมิ (Primary) และตลาดทุติยภูมิ (Secondary) และ (2) นโยบายการจ้างงาน (Recruitment policies)¹¹ กล่าวคือ สภาพเศรษฐกิจในประเทศผู้รับที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจสูงจะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจที่มีโครงสร้างตลาดแรงงานระดับปฐม (ตลาดปฐมภูมิหรือตลาดระดับบน) ซึ่งเป็นระดับที่มีความก้าวหน้ามากและยังเป็นลักษณะงานวิชาชีพที่ต้องการทักษะสูง มีค่าตอบแทนสูง และเป็นงานที่ไม่ต้องใช้แรงกาย ในขณะที่เดียวกันก็มีโครงสร้างตลาดแรงงานระดับทุติย (ตลาดทุติยภูมิ หรือตลาดระดับล่าง) ซึ่งเป็นตลาดแรงงานระดับรอง เป็นงานที่ไม่ใช่งานวิชาชีพ เน้นการใช้ทักษะทางร่างกายและการใช้แรงงาน มีค่าจ้างต่ำ เป็นงานที่เรียกว่า งาน 3Ds คือ งานสกปรก (Dirty) งานเสี่ยง (Dangerous) และงานยากลำบาก (Difficult) ในสังคมดังกล่าว ประชากรของประเทศจะพยายามพัฒนาตนเองเข้าไปมีตำแหน่งงานในตลาดแรงงานระดับปฐม ทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงานที่จะเข้าทำงานในตลาดแรงงานระดับทุติย ระบบทุนนิยมได้ทำให้ตลาดแรงงานในสังคมทุนนิยมพัฒนาขึ้นมาเป็นตลาดที่มีโครงสร้าง

⁸ จาก การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-1), โดย อ้อทิพย์ ราษฎร์นิยม และคณะ, 2551, กรุงเทพฯ: ม. ป. ท.

⁹ จาก การย้ายถิ่น: ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย (น. 32-34), โดย พ็ชราวลัย วงศ์บุญสิน, 2552, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

¹⁰ การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 7), เล่มเดิม.

¹¹ การย้ายถิ่น: ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย (น. 34-36), เล่มเดิม.

สองระดับเช่นนี้ เมื่อประเทศทุนนิยมเติบโตจนมีสภาพเศรษฐกิจดังกล่าว จะเกิดภาวะที่เป็นปัจจัยดึงดูดให้แรงงานจากประเทศที่มีพัฒนาการทางเศรษฐกิจช้ากว่าย้ายเข้ามาเพื่อแสวงหาตำแหน่งงานที่มีความขาดแคลนแรงงานในระดับทุติยะ แรงงานต่างชาติจึงมักเข้าไปทำงานที่พลเมืองของประเทศนั้นไม่ต้องการทำซึ่งได้แก่งาน 3Ds นั้นเองและจากสภาพโลกาภิวัตน์ (Globalization) ซึ่งเชื่อมโยงเศรษฐกิจของยุโรป อเมริกา ตะวันออกกลาง และเอเชียแปซิฟิก เข้าด้วยกัน ทำให้ทิศทางการเคลื่อนย้ายของแรงงานย้ายถิ่นจะย้ายถิ่นจากประเทศต้นทางไปยังประเทศผู้รับแรงงาน (Host Country) ที่เป็นศูนย์กลางด้านเศรษฐกิจและข้อมูลข่าวสารของโลกและการเกิดขึ้นของระบบโลก (World Systems) ทำให้เมืองและประเทศบางแห่งเติบโตขึ้นเป็นศูนย์กลาง (Core) ของทุนนิยมโลกที่เรียกว่า “Global City” สภาพเศรษฐกิจของเมืองและประเทศเหล่านี้จะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจสองระบบที่มีความต้องการแรงงานต่างชาติเข้าไปทำงานในระบบตลาดแรงงานในระดับทุติยะเพราะพลเมืองของตนต้องการทำงานอยู่ในตลาดแรงงานระดับปฐมหมดแล้ว แรงงานต่างชาติจากประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจช้ากว่าเป็นประเทศชายขอบ (Periplural) ที่จะเคลื่อนย้ายเข้าสู่ตำแหน่งงานในประเทศศูนย์กลางทุนนิยม อย่างไรก็ตามการเคลื่อนย้ายที่ทำได้ก็โดยการมีเส้นทางคมนาคมขนส่ง และจากการที่ Global City ดึงดูดแรงงานต่างชาติเข้าไปจนเกิดปัญหาการล้นเกินเข้าเมืองอย่างหนัก รัฐบาลของเมืองใหญ่เหล่านี้จึงได้พยายามผลักดันนโยบายการลงทุนด้านการผลิตในประเทศชายขอบทุนนิยมแทน

(2) แนวคิดของเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก : ทฤษฎีจุลภาค (Neoclassical Economics : Micro Theory)

เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงการย้ายถิ่นโดยมองในระดับปัจเจกชนเป็นหลักผู้ย้ายถิ่นจะตัดสินใจย้ายถิ่นหรือไม่นั้นผู้ย้ายถิ่นจะมีการเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนและผลตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับก่อนหากผู้ย้ายถิ่นประเมินแล้วว่าถิ่นที่จะย้ายไปอยู่นั้นได้รับผลตอบแทนสุทธิมีค่าเป็นบวกก็จะย้ายเข้าไปในพื้นที่นั้นนอกจากนี้ยังถือว่าผู้ที่ย้ายถิ่นไปต่างประเทศได้มีการลงทุนด้านทุนมนุษย์ให้แก่ตนเองเพราะจะทำให้ตนเองได้รับทักษะที่เพิ่มมากขึ้นให้ตนเองมีทักษะใหม่และมีความชำนาญที่ได้จากประสบการณ์ในต่างประเทศในขณะเดียวกันก็ต้องมีการฝึกฝนภาษาเพื่อเตรียมตัวให้พร้อมก่อนไปทำงานในต่างประเทศส่วนนี้ถือว่าเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เสียไประหว่างการเดินทางค่าใช้จ่ายในการกินอยู่ขณะหางานตลอดจนต้นทุนทางด้านจิตใจอันเนื่องจากการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่โดยจะต้องตัดความผูกพันที่อยู่ในถิ่นเดิมออกไป¹²

¹² การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-2), เล่มเดิม.

(3) ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ใหม่ของการย้ายถิ่น (The New Economics of Migration)

โดยนักเศรษฐศาสตร์กลุ่มนี้เสนอแนวคิดไว้ว่าการตัดสินใจย้ายถิ่นนั้นไม่ได้เป็นการตัดสินใจเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่เป็นการตัดสินใจร่วมกันหลายบุคคลโดยเฉพาะบุคคลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากบทบาทของบุคคลไม่ได้มีข้อจำกัดอยู่แต่เฉพาะการคาดหวังในรายได้ที่จะได้รับเท่านั้นยังคงต้องคำนึงถึงความเสี่ยงและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเมื่อตัดสินใจย้ายถิ่นไปช่วยสำหรับการพิจารณาการตัดสินใจในระดับครัวเรือนก็เหมือนกับการพิจารณาระดับบุคคลซึ่งครัวเรือนจะทำหน้าที่ที่คอยควบคุมความเสี่ยงเพื่อรักษาระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของครอบครัวไว้โดยใช้วิธีการกระจายการจัดสรรทรัพยากรในครอบครัวไปในที่ต่าง ๆ เช่น มีสมาชิกในครัวเรือนบางคนอาจทำงานในประเทศบางคนอาจไปทำงานในต่างประเทศ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าค่าจ้างและการจ้างงานในประเทศมีความสัมพันธ์ในทางลบกับบุคคลเหล่านั้น เนื่องจากรายได้ที่ได้รับในประเทศเป็นแต่เพียงรายได้ที่พอยังชีพเท่านั้นการที่เป็นเช่นนี้การไปทำงานในต่างประเทศและส่งเงินกลับมาให้กับครอบครัวย่อมเป็นสิ่งที่ดีกว่า¹³

(4) ทฤษฎีตลาดแรงงานทวิลักษณ์ (Dual Labor Market Theory)

เป็นทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงตลาดแรงงานของประเทศที่พัฒนาแล้วจะประสบปัญหาแรงงานท้องถิ่นไม่ประสงค์จะทำงานในตลาดล่างจึงต้องรับแรงงานต่างชาติเข้ามาทดแทน¹⁴ โดย Michael J. Piore กล่าวว่า การย้ายถิ่นระหว่างประเทศนั้นมีสาเหตุมาจากความแตกต่างในโครงสร้างของการพัฒนาประเทศ โดยมีปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออกเช่น การว่างงานสูงหรือระดับค่าจ้างและเงินเดือนที่ต่ำเมื่อเทียบกับต่างประเทศการขาดสิ่งจูงใจสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพส่วนปัจจัยดึงดูดจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า เช่น ความต้องการแรงงานต่างชาติค่าจ้างที่สูงขึ้นโดยสาเหตุที่ทำให้เกิดอุปสงค์แรงงานต่างชาติเนื่องจากปัญหา 4 ข้อ คือ 1) ปัญหาเงินเฟ้อด้านโครงสร้าง (Structural Inflation) ทำให้ค่าจ้างที่จ่ายให้คนงานไร้ฝีมือสูงกว่าปกติ 2) ปัญหาการขาดแรงจูงใจ (Motivational Problems) การแบ่งชั้นในอาชีพทำให้เกิดแรงดึงดูดในการทำงานในบางอาชีพเนื่องจากคนงานไม่ได้หวังแต่เพียงรายได้จากการทำงานเท่านั้นแต่ยังมีความต้องการความก้าวหน้าในสังคมด้วย 3) เศรษฐกิจทวิลักษณ์ (Economic Dualism)

¹³ จาก *กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลักลอบเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง* (รายงานผลการวิจัย) (น. 4), โดย กุศล สุนทรธาดา และอุมาภรณ์ ภัทรวานิชย์, 2540, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

¹⁴ จาก *การส่งแรงงานไทยไปทำงานในต่างประเทศ: แนวโน้มและมาตรการเพื่อการดำเนินการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 19), โดย ด้องใจ สุทัศน์ ณ อยุธยา, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ได้อธิบายว่าถ้าหากแบ่งกิจการอุตสาหกรรมออกเป็น 2 ประเภทคือกิจการที่ใช้ทุนมากและกิจการที่ใช้แรงงานมากซึ่งกิจการที่ใช้ทุนมากคนท้องถิ่นต้องการที่จะทำงานมากกว่ากิจการที่ใช้แรงงานมากเพราะกิจการที่ใช้แรงงานส่วนใหญ่จะเป็นงานประเภท 3D (Dangerous, Difficult และ Dirty) และค่าจ้างหรือสวัสดิการที่ได้รับเป็นจำนวนน้อย 4) ปัญหาโครงสร้างทางประชากรของแรงงาน (The Demography of Labor Supply) ปัญหาด้านนี้จะเป็นปัญหาอย่างมากเพราะการที่สตรีได้เข้ามา มีบทบาทในการทำงานจะส่งผลให้อัตราการเจริญพันธุ์ลดลงจึงทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงานเลย ต้องมีการรับแรงงานต่างชาติเข้ามาทดแทนแรงงานภายในประเทศที่ขาดแคลน¹⁵

2) ทฤษฎีการเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องของการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ (The Perpetuation of International Movement)

แนวคิดของการย้ายถิ่นระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องนั้นจะมองข้ามเรื่องเวลาและพื้นที่ โดยทฤษฎีและแนวคิดที่จัดในกลุ่มนี้คือ

(1) ทฤษฎีเครือข่าย (Network Theory)

เป็นทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงการเคลื่อนย้ายแรงงานในแง่สังคมวิทยา โดยจะมีการเชื่อมโยงเครือข่ายกับผู้ที่ย้ายถิ่นเข้าไปอยู่ก่อนหน้าแล้ว โดยเครือข่ายที่เชื่อมโยงจะเป็นความสัมพันธ์ในหมู่ญาติพี่น้องเพื่อนฝูงหรือเพื่อนบ้านในท้องถิ่นเดิมซึ่งการที่ได้เคลื่อนย้ายแรงงานเข้าไปในประเทศที่มีเครือข่ายอยู่นั้นจะเป็นการลดความเสี่ยงและลดต้นทุนที่เกิดขึ้นได้

(2) ทฤษฎีสถาบัน (Institutional Theory)

เมื่อการย้ายถิ่นได้เริ่มต้นขึ้นทำให้มีสถาบันเอกชนและองค์กรอาสาสมัครเกิดขึ้นตามมา เพื่อทำให้เกิดความพอใจในการจัดความไม่สมดุลระหว่างจำนวนประชากรที่ต้องการอพยพเข้าไปในประเทศที่ร่ำรวยไปด้วยทุนกับการจำกัดจำนวนวีซ่าที่จะขอเข้าไปในประเทศเหล่านั้น จึงกลายเป็นช่องโหว่ให้เกิดการแสวงหากำไรของผู้ประกอบการและสถาบันต่าง ๆ ที่อยู่ในตลาดมีดมากขึ้น

(3) ความเป็นเหตุผลสะสม (Cumulative Causation)

เนื่องจากการเติบโตของเครือข่ายและการพัฒนาสถาบันขึ้นมาสสนับสนุนผู้ย้ายถิ่นในวิธีการต่าง ๆ ทำให้มีการเพิ่มในการย้ายถิ่นในอัตราที่ก้าวหน้ามากขึ้นกระบวนการที่เกิดขึ้น Myrdal เรียกว่าความเป็นเหตุผลสะสมซึ่งความเป็นเหตุผลสะสมในการย้ายถิ่นแต่ละแห่งจะแตกต่างกัน

¹⁵ การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 7-8), เล่มเดิม.

แต่ละสังคมสำหรับปัจจัยทางเศรษฐกิจสังคมที่มีอิทธิพลต่อการย้ายถิ่นได้แก่การกระจายรายได้และการกระจายที่ดินการกระจายทุนมนุษย์วัฒนธรรม เป็นต้น¹⁶

(4) ทฤษฎีระบบการย้ายถิ่น (Migration System Theory)

ทฤษฎีระบบ โลกทฤษฎีเครือข่ายทฤษฎีสถาบันและทฤษฎีความเป็นเหตุผลสะสม ได้กล่าวถึงการไหลของการย้ายถิ่นเป็นการวัดด้านเสถียรภาพและโครงสร้างภายในพื้นที่และช่วงเวลาซึ่งเป็นการสะท้อนในเรื่องความมั่นคงของระบบการย้ายถิ่นแต่ในระบบนี้จะเปรียบเทียบกับคุณลักษณะด้านการแลกเปลี่ยนสินค้าทุนและประชากรระหว่างประเทศที่มีความก้าวหน้ามากกว่ากับประเทศที่ด้อยกว่าหรือกลุ่มประเทศที่รับแรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศและกลุ่มประเทศที่ส่งแรงงานออกโดยมีการไหลเข้า-ออกของผู้อพยพเข้าในประเทศที่รับแรงงานเป็นจำนวนมาก¹⁷

2.1.2 ปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ

สาเหตุสำคัญประการหนึ่งของการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ ประกอบด้วย ปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออก และปัจจัยดึงดูดจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า¹⁸ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) ปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออก

สาเหตุสำคัญที่ทำให้แรงงานเคลื่อนย้ายออกจากประเทศบ้านเกิดของตนเอง ได้แก่

(1) อัตราการว่างงาน (Unemployment) อยู่ในอัตราสูงและการทำงานต่ำระดับ (Underemployment) แรงงานส่วนเกินที่เกิดจากการว่างงานและการทำงานต่ำระดับในประเทศนั้น เป็นผลมาจากการไม่สามารถหางานทำที่ตรงกับความรู้ความสามารถของตนเอง ขณะที่แรงงานบางส่วนมีความพยายามที่จะหางานทำในประเทศชั่วคราวระยะหนึ่ง แต่ถ้าเขาไม่สามารถหางานที่ตรงกับความต้องการได้แล้ว ทำให้แรงงานส่วนหนึ่งมีแนวโน้มอย่างมากที่จะเคลื่อนย้ายออกไปสู่ต่างประเทศ

(2) ระดับค่าจ้างที่ต่ำกว่าเมื่อเทียบกับต่างประเทศและอาชีพที่มีลักษณะเดียวกัน ถ้าเปรียบเทียบกันในเรื่องค่าจ้างหรือเงินเดือนที่ได้รับขณะทำงานในประเทศ โอกาสการเคลื่อนย้ายแรงงานไปต่างประเทศย่อมมีมากกว่าถ้าค่าจ้างและเงินเดือนในต่างประเทศมีอัตราค่าจ้างที่สูงกว่า

¹⁶ การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-3), เล่มเดิม.

¹⁷ แหล่งเดิม, (น. 2-4).

¹⁸ จาก เศรษฐศาสตร์แรงงานระหว่างประเทศ (น. 38- 48), โดย สุณี นัทราคม, 2523, กรุงเทพฯ: หอรัถนชัยการพิมพ์.

(3) การขาดสิ่งจูงใจสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพ แรงงานที่มีความรู้ความชำนาญสูง แต่ไม่สามารถมีโอกาสก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่ของตนเองย่อมเกิดความรู้สึกอยากเคลื่อนย้ายไปทำงานในต่างประเทศ นอกจากนี้สิ่งจูงใจ ซึ่งได้แก่ความก้าวหน้าในอาชีพก็เป็นอีกประการหนึ่งที่ทำให้แรงงานกลุ่มนี้ต้องการเคลื่อนย้ายไปทำงานยังต่างประเทศ

(4) นโยบายกำลังคนที่ไม่เหมาะสม การวางแผนกำลังคนที่เหมาะสมทำให้เกิดการพัฒนาไปตามระบบของงาน แต่ขณะที่ประเทศด้อยพัฒนาไม่มีการวางแผนพัฒนากำลังคนทำให้ขาดความรู้ความสมดุระหว่างงานกับบุคลากร เป็นเหตุให้กำลังแรงงานบางส่วนอาจกลายเป็นแรงงานส่วนเกินได้ แต่ขณะเดียวกันบางประเทศอาจต้องการกำลังคนที่เป็นส่วนเกินนี้ทำให้คนดังกล่าวต้องการเคลื่อนย้ายออกไปนอกประเทศได้

(5) ปัจจัยทางสังคมและการเมือง แรงงานบางส่วนอาจต้องการอพยพเคลื่อนย้ายไปต่างประเทศ เป็นเพราะไม่พอใจในสภาพสังคมและการเมืองที่เป็นอยู่อันเนื่องมาจากความวุ่นวายและความแตกต่างของกลุ่มการเมืองในประเทศ

2) ปัจจัยดึงดูดในประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า¹⁹

สาเหตุดึงดูดให้แรงงานเคลื่อนย้ายจากประเทศบ้านเกิดเข้าสู่ประเทศใดประเทศหนึ่งได้แก่

(1) ระดับค่าจ้างและเงินเดือนที่สูงกว่าในประเทศบ้านเกิดของแรงงาน สิ่งจูงใจทางเศรษฐกิจที่สำคัญของแรงงาน ได้แก่ ระดับค่าจ้างและเงินเดือน ถ้าแรงงานในอาชีพต่าง ๆ พบว่าแรงงานประเภทเดียวกันกับเขาในต่างประเทศนั้นมีระดับค่าจ้างหรือเงินเดือนที่สูงกว่ามากก็จะเป็นสิ่งดึงดูดใจให้แรงงานเหล่านี้ต้องการอพยพเคลื่อนย้ายออกไปทำงานยังถิ่นใหม่ได้

(2) โอกาสสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพ ประเทศที่พัฒนาแล้วย่อมมีสิ่งที่ยอำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติงานได้เป็นอย่างดี ประกอบกับการวางแผนพัฒนาบุคลากรที่ยุติธรรมย่อมเป็นสิ่งที่ยังปรารถนาของแรงงาน โดยทั่วไปอยู่แล้ว และสภาพนี้เองจะเป็นสิ่งดึงดูดใจให้แรงงานที่มีความรู้ความชำนาญจากประเทศด้อยพัฒนา เคลื่อนย้ายไปทำงานในต่างประเทศเพื่อโอกาสก้าวหน้าในอาชีพของตนเอง

(3) การขาดแคลนแรงงานการที่ประเทศใด ๆ กำลังเผชิญกับปัญหาการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือและแรงงานกึ่งฝีมือเมื่อมีการย้ายถิ่นเข้าของแรงงานจากต่างประเทศจึงเป็นการช่วยลดความรุนแรงของปัญหาการขาดแคลนแรงงานลงซึ่งประเทศที่รับแรงงานย้ายถิ่นเข้านี้สามารถ

¹⁹ จาก การจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานในประเทศอิสราเอล (น. 11), โดย ไพรัช ลำยอง, 2545, กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.

กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติและระดับทักษะของแรงงานให้เหมาะสมกับความต้องการของประเทศตนได้

(4) คนท้องถิ่นหันไปจับงานปฐมภูมิ (Primary Job) การที่คนท้องถิ่นหันไปจับงานปฐมภูมิเนื่องจากประเทศมีการพัฒนามากขึ้นดังนั้นงานทุติยภูมิ (งานรอง) จึงถูกเบนความสนใจจนหากคนท้องถิ่นทำไม่ได้ซึ่งการที่คนในท้องถิ่นไม่ยอมทำนายจ้างจึงจำเป็นต้องหาแรงงานต่างชาติเข้าไปทำแทนโดยส่วนใหญ่จะเป็นงานประเภท 3D คืองานอันตราย (Dangerous) งานสกปรก (Dirty) และงานยุ่งยาก (Difficult)²⁰

2.1.3 แนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

แนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยอาจแบ่งออกได้เป็น 3 แนวคิดดังนี้

1) แนวคิดความความมั่นคงแห่งชาติหรือชาตินิยม (National Security)

แนวคิดความความมั่นคงแห่งชาติเป็นแนวคิดที่มุ่งธำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ (State Sovereignty) ในงานเขียนที่อธิบายความมั่นคงแบบดั้งเดิม อาทิเช่น Arnold Wolfers มีความเห็นว่าความมั่นคงแห่งชาตินั้นเป็นความหมายเชิงสัญลักษณ์และแต่ละบุคคลมีการรับรู้ที่แตกต่างกันออกไป โดยวัตถุประสงค์ของความมั่นคงแห่งชาตินั้นมุ่งการลดภาวะคุกคามเพื่อให้รัฐธำรงอยู่อย่างมีคุณค่าและลดความกลัวซึ่งก็คือการที่คุณค่าแห่งรัฐถูกโจมตี ส่วน Charles S. Maier สรุปถึงความมั่นคงในแนวทางที่แสดงถึงอำนาจระดับชาติ (National Power) ความมั่นคงแห่งชาติก็คือความสามารถของรัฐในการควบคุมเงื่อนไขภายในและภายนอก รัฐซึ่งรัฐให้อำนาจแก่สาธารณชนได้แสดงความเห็นสาธารณะเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจในการพัฒนาตนเองเพื่อความเจริญและมีคุณภาพชีวิตที่ดี²¹

แนวคิดนี้มีมุมมองว่าการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในจำนวนมาก ๆ นั้นอาจทำให้ยากต่อการควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ จึงมีมาตรการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้อาศัยอยู่และทำงานในราชอาณาจักรไว้สูงพอสมควร เพื่อเป็นการกั้นกรองคนต่างด้าวชั้นหนึ่ง โดยเฉพาะคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายคนเข้าเมืองหรือหลบหนีเข้าเมืองมาทำงานในประเทศไทย ผู้หลบหนีเข้าเมืองมาอย่างผิดกฎหมายจะต้องจับส่งกลับออกไปนอก

²⁰ จาก *การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ* (น. 571-573), โดย เทียนฉาย กิระนันท์, 2538, นนทบุรี: มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมราชา

²¹ จาก “แนวคิดและแนวทางการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติพม่า: บทบาทภาครัฐและภาคประชาสังคมในระดับท้องถิ่นกับการบริหารจัดการอย่างเป็นธรรม,” โดย สุพัตตรา ธิมาคำ และบงกชมาศ เอกเอี่ยม, 2554, *วารสารการประชุมวิชาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ประจำปี 2554*, น. 1-2.

ประเทศ แต่ด้วยอุปสรรคและปัญหาในการส่งกลับมีมากยังไม่อาจดำเนินการได้เต็มที่ จึงได้ผ่อนผันให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและให้ทำงานได้ตามที่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะมาตรการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้อาศัยอยู่และทำงานเป็นการชั่วคราวนั้น นายจ้างต้องขึ้นทะเบียนนายจ้างในการจ้างคนต่างด้าวประเภทนี้ แนวคิดนี้ปรากฏชัดในกลไกของรัฐฝ่ายความมั่นคงและการปกครอง โดยสภาความมั่นคงแห่งชาติ (สมช.) สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (สตม.) และกระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการควบคุม กักกัน หรือสกัดกั้นแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองผิดกฎหมาย²²

ความเห็นของนักสหภาพแรงงานไทยบางส่วนมองว่า ปัจจุบันนายจ้างจ้างคนต่างด้าวเพราะต้องการเอาเปรียบโดยจ่ายค่าแรงต่ำ ไม่ใช่เพราะขาดแคลนแรงงานจริง ซึ่งยังมีคนไทยว่างงานอีกมาก และคนไทยจำนวนมากที่ไปทำงานต่างประเทศ หากนายจ้างจ่ายค่าจ้าง สวัสดิการตามกฎหมายอย่างเป็นธรรม ไม่ทำลายอำนาจต่อรองของคนงานไทย และกลไกมีความเคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายแรงงานย่อมมีคนไทยจำนวนมากมาทำงานนั้น เพราะฉะนั้นจึงไม่เห็นด้วยกับนโยบายรัฐที่ให้นายจ้างจ้างแรงงานต่างชาติได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย เพราะเป็นการแย่งงานคนไทย ทำให้นายจ้างเลือกจ้างแรงงานต่างชาติได้ง่ายขึ้นและมากขึ้น คนงานไทยจะตกงาน ว่างงาน หรือมีงานทำยากขึ้นในอนาคตถือเป็นการทำลายความมั่นคงของชาติ และเป็นการสมคบกับพวกนายทุนทำลายผลประโยชน์แรงงานไทย²³

2) แนวคิดทุนเสรีนิยม (Capitalist)

เป็นแนวคิดในภาคธุรกิจที่มองว่า การจ้างคนต่างด้าวเพื่อทำงานนั้นมีความจำเป็นเพื่อการเจริญเติบโตและความอยู่รอดของการพัฒนาเศรษฐกิจในภาคธุรกิจโดยแยกได้เป็น 2 ประการคือ

ประการแรก การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานเพื่อโยชน์ในการจูงใจให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ และการเอาความรู้ เทคโนโลยี วิทยาการใหม่เข้ามาใช้ในกิจการและถ่ายทอดให้แก่คนไทย

ประการที่สอง การจ้างคนต่างด้าวเนื่องจากปัญหาการขาดแคลนแรงงานด้วยงานบางประเภทเป็นงานที่คนไทยไม่ทำหรือหาคนไทยมาทำยาก ทำให้จำต้องจ้างแรงงานต่างด้าว

²² จาก บทสังเคราะห์สถานการณ์คนข้ามชาติและทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 47), โดย กฤตยา อาชวนิจกุล และคณะ, 2540, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

²³ จาก ความต้องการแรงงานในอาชีพและวิชาชีพที่ให้และห้ามคนต่างด้าวทำ (รายงานผลการวิจัย) (น. 16), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ข, 2547, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

เข้ามาทดแทน โดยเฉพาะงานที่มีลักษณะมีความเสี่ยงสูง (Dangerous) งานลำบาก (Difficult) และงานสกปรก (Dirty) เช่น งานก่อสร้าง ประมงทะเล เกษตรกรรม งานรับใช้ในบ้าน เป็นต้น²⁴

3) แนวคิดมนุษยนิยม หรือสิทธิมนุษยชน(Human Right)

แนวคิดมนุษยนิยมมองว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการทำงานและแรงงานทุกคนมีสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียม มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการถูกกดขี่และแบ่งแยกกีดกัน เพราะความแตกต่างกันในเรื่องของเชื้อชาติ สัญชาติ ศีลวิ ศาสนา และเพศ เป็นต้น ซึ่งเป็นแนวคิดขององค์กรพัฒนาเอกชนและองค์กรแรงงานทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ความเห็นของนักสหภาพแรงงานไทยบางส่วนมองว่า ปัจจุบันมีแรงงานต่างชาตินับจำนวนมากทำงานอยู่แล้ว ซึ่งโดยมากเป็นการจ้างเพราะเห็นว่าค่าแรงถูก และเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงาน เพราะฉะนั้น จำต้องต่อรองให้ภาครัฐกำหนดประเภทกิจการที่จำเป็นต้องจ้างแรงงานต่างด้าวให้ชัดเจน และแรงงานต่างด้าวต้องได้รับสิทธิแรงงานเช่นเดียวกับมาตรฐานกฎหมายแรงงานของไทย เพื่อป้องกันการเลือกจ้าง การเอาเปรียบแรงงานต่างชาติและกลไกรัฐต้องปรับปรุงประสิทธิภาพการบังคับใช้ให้ดูแลแรงงานทั้งไทยและต่างชาติอย่างเคร่งครัดและเท่าเทียมกัน²⁵

2.2 หลักเกณฑ์สากลที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าว

บ่อเกิดแห่งสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวในระดับสากลนั้น มีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ผู้ทรงสิทธิเป็นบุคคลสัญชาติอื่นที่มีเชื้อสัญชาติไทย และมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศของเอกชน กล่าวคือเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่างด้าวกับรัฐ ซึ่งมีสถานะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เพราะในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้คู่กรณีย่อมไม่มีสถานะที่เท่าเทียมกันโดยรัฐย่อมเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนและผลของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้

²⁴ จาก สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 125), โดย ชลิดา โตสินธุระกูล, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁵ ความต้องการแรงงานในอาชีพและวิชาชีพที่ให้และห้ามคนต่างด้าวทำ (รายงานผลการวิจัย) (น. 17), เล่มเดิม.

กฎหมายมหาชนภายในของรัฐนั้น²⁶ ทั้งนี้ประเทศไทยได้ทำความตกลงกับประเทศต่าง ๆ ในการรับรองสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนไว้ดังนี้

2.2.1 กฎบัตรสหประชาชาติ

กฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจังและให้มีการจัดทำสาส์นระดับระหว่างประเทศเพื่อรับรองสิทธิมนุษยชน (International Bill of Rights) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945 โดยมีข้อบทหรือมาตราเรื่องสิทธิมนุษยชนที่สำคัญปรากฏในส่วนวรรคอารัมภบท ข้อที่ 1 (3) ข้อที่ 55 ข้อที่ 56 ข้อที่ 62(2) และข้อ 76(c) ซึ่งมีสาระสำคัญในการกำหนดให้ประเทศสมาชิกส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนาต่อบุคคลทั้งปวง²⁷

ผลทางกฎหมายของบทบัญญัติในกฎบัตรที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีข้อวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายและนักวิชาการอย่างกว้างขวางว่าบทบัญญัติในส่วนนี้มีได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเพียงหลักการที่กำหนดให้เป็นเพียงแนวบรรทัดฐานหรือเป็นเพียงความมุ่งปรารถนาหรือข้อควรปฏิบัติมากกว่าจะเป็นมาตรฐานบังคับใช้ทั่วไปสำหรับสมาชิกและองค์การสหประชาชาติก็อาจป้องกันสิทธิมนุษยชนนี้ได้อย่างแท้จริง ซึ่งบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติที่มีได้กำหนดข้อผูกพันตามกฎหมายที่กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประสาทสิทธิขั้นมูลฐานแก่สมาชิกของตน²⁸ แต่มีแนวคิดโต้แย้งว่า กฎบัตรสหประชาชาติฉบับนี้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยให้เหตุผลว่า ในข้อที่ 55 ได้กำหนดหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หากมิได้ดำเนินการตามนั้น ก็อาจถือได้ว่าองค์การสหประชาชาติละเลยหน้าที่สำคัญไปดังที่ Jessup ได้กล่าวว่า “กฎบัตรสหประชาชาติมีลักษณะเป็นกฎหมาย อย่างน้อยก็สำหรับสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ในส่วนที่เกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิหลักมูลฐานแห่งมนุษยชนจึงมีผลผูกพัน”²⁹

²⁶ จาก คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ ภาคที่ 1 (น. 44 – 45), โดย พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

²⁷ จาก กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 (น. 39), โดย สุข เปรนาวิน, 2512, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

²⁸ From *The Law of United Nations* (p. 29), by Hans Kelsen, 1950, New York: Frederick A. Praeger.

²⁹ From *The Law of United Nations* (p. 91), by Phillip C. Jessu, 1968, reprint. New York: Archon Books.

อย่างไรก็ดีกฎบัตรสหประชาชาติมีข้อบกพร่องที่ทำให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับผลสำเร็จตามที่ควรคือมิได้มีการวางมาตรการเกี่ยวกับการบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามข้อกำหนดในเรื่องนี้ มิได้มีการละเอียดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยตรง หรือกลไกที่จะช่วยให้ประเทศสมาชิกปกป้องสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการบังคับใช้และด้วยเหตุที่กฎบัตรสหประชาชาติฉบับนี้มีได้มีการจำกัดความของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อมาในภายหลังที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ในการประชุมครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1946 ได้ขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จัดตั้งขึ้นนั้นพิจารณาร่างปฏิญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 เรียกว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right)”³⁰

2.2.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักการและมาตรฐานความเข้าใจร่วมกันในบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติมิได้ให้คำจำกัดของสิทธิมนุษยชนและสิทธิที่พึงได้รับความคุ้มครองสถานะของ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” เป็นเพียงเอกสารแถลงการณ์ร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ เพื่อแสดงเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและกำหนดมาตรฐานกลางสำหรับการคุ้มครอง มิได้มีลักษณะเป็นอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายโดยตรงแก่บรรดาประเทศที่ร่วมลงมติรับรองเอกสารฉบับนี้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการยอมรับนำหลักการของปฏิญญาฉบับนี้ไปปฏิบัติบ่อยครั้งเข้า ทำให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สาระสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยคำปวารณาที่กล่าวถึงการยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัวและสิทธิเท่าเทียมกันของมนุษย์เป็นหลักมูลเหตุแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพของโลกและกล่าวถึงเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ว่าได้มีการไม่นำพาและเหยียดหยามต่อสิทธิมนุษยชน เกิดการทำป่าเถื่อนขัดกับมโนธรรมของมนุษย์ขึ้นทั้งนี้โดยรัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติต่างได้ปฏิญาณว่าจะส่งเสริมความเคารพและการปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานและข้อความอื่น ๆ อีก 30 ข้อ บัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

³⁰ จาก *สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 24), โดย อารยาชินนร โกมล, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประเภทแรก สิทธิทางแพ่งหรือสิทธิทางการเมือง (Civil or Political Right) ได้แก่สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตนสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สิน โดยลำพัง เช่นเดียวกับโดยร่วมกับผู้อื่นสิทธิที่จะทำการสมรสและก่อตั้งครอบครัวสิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิและเสรีภาพในการพูดและการประชุมโดยสันติ ฯลฯ

สิทธิอีกประเภทคือ สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Right) ได้แก่สิทธิในความมั่นคงทางสังคมสิทธิในการทำงานโดยอิสระและในเงื่อนไขอันยุติธรรมมีสิทธิที่จะเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างเท่าเทียมกันในงานที่เท่าเทียมกันสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ดีของตนและครอบครัวสิทธิในการพักผ่อนและเวลาว่างรวมทั้งการจำกัดเวลาการทำงานพอสมควร และวันหยุดงานเป็นครั้งคราว โดยได้รับเงินจ้าง ฯลฯ

โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับการทำงานของมนุษย์ปรากฏในข้อ 23 แห่งปฏิญญาฉบับนี้จะได้เห็นว่าสิทธิในการทำงานของบุคคลได้รับรองสิทธิใน 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1) สิทธิที่จะทำงาน เป็นการรับรองสิทธิในการมีงานทำเพื่อหาเลี้ยงชีพแต่การทำงานของคนที่มีใช้คนชาติย่อมถูกจำกัดสิทธิด้วยคำนึงถึงผลกระทบที่จะมีและด้วยเหตุแห่งความมั่นคงและเศรษฐกิจของรัฐนั้น ๆ ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ

2) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองแรงงาน เป็นการรับรองสิทธิในการทำงานของมนุษย์ให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำงาน ซึ่งคำนึงถึงสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนที่เท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่ากันโดยไม่เลือกปฏิบัติใด ๆ และสิทธิในรายได้ซึ่งยุติธรรมและเอื้อประโยชน์เพื่อเป็นประกันสำหรับตนเองและครอบครัวให้การดำรงชีวิตมีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีของมนุษย์

3) สิทธิในด้านแรงงานสัมพันธ์ เป็นการรับรองสิทธิเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของลูกจ้างในการต่อรองต่อนายจ้าง

สิทธิในการทำงานทั้ง 3 ลักษณะดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีความสำคัญอันเป็นสิทธิพื้นฐานในการทำงานที่จะทำให้บุคคลได้รับการคุ้มครองและความเป็นธรรมในการทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยในการดำรงชีพ³¹

³¹ สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 30-32), เล่มเดิม.

2.2.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2542 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2542

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ได้ปรารภว่ารัฐภาคีได้ตระหนักว่า “ตามหลักการในกฎบัตรนั้นการยอมรับเกียรติศักดิ์โดยธรรมชาติและสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพในโลก” มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐภาคีรับที่จะประกันสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ และส่งเสริมสิทธิดังกล่าวให้ค่อยเป็นค่อยไปเท่าที่ทรัพยากรของประเทศมีอยู่ โดยในกติกาฉบับนี้กล่าวถึงสิทธิหลายประการ ได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับการทำงานในสภาพที่ดีและเป็นธรรม การคุ้มครองด้านสังคม เช่น การมีมาตรฐานการดำรงชีพที่พอเพียง รวมถึง เสื้อผ้า อาหาร ที่พักอาศัย การประกันมาตรฐานด้านสุขภาพกายและจิตใจให้ได้สูงสุดเท่าที่จะดำเนินการได้สิทธิในการศึกษาและสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากเสรีภาพทางวัฒนธรรมและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์³²

สิทธิที่ได้รับการรับรองตามกติกาฯ ฉบับนี้เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานปรากฏใน 3 ลักษณะด้วยกัน ดังนี้

1) สิทธิในการทำงาน ซึ่งรับรองไว้เช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อให้สิทธินี้บรรลุผลเป็นความจริงอย่างเต็มที่โดยแนะนำแนวทางเทคนิคและอาชีพะตลอดจนรายการฝึกอบรมนโยบายและเทคนิคที่จะบรรลุผลสำเร็จในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

2) สิทธิในการคุ้มครองแรงงาน ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่ชัดเจนขึ้นจากปฏิญญาสากลฯ คือ การประกันสิทธิในการคุ้มครองแรงงานด้านค่าตอบแทนขั้นต่ำ ด้านสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ ด้านการมีวันพักผ่อนและเวลาว่างและโอกาสที่เท่าเทียมกันในการที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในงานที่ทำ ซึ่งในเรื่องของการคุ้มครองแรงงานนั้นภายใต้กฎหมายว่าด้วยคุ้มครองแรงงานของไทยให้คุ้มครองแก่ผู้ที่ทำงานทุกคนโดยมิได้มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

³² สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต) (น. 28), เล่มเดิม.

3) สิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานจะเห็นได้ว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ได้บัญญัติรับรองสิทธิในด้านสิทธิในการทำงานไว้ไม่ต่างจากที่บัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงแต่ภายใต้กติกาฉบับนี้ได้มีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมมากขึ้น³³

2.2.4 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มกราคม 2540

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง บัญญัติให้รัฐภาคีรับที่จะเคารพและประกันแก่บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกาฉบับนี้ รัฐภาคีจะต้องประกันให้เกิดกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมและปกครองโดยหลักนิติธรรมต่อบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ยอมให้รัฐลดรองสิทธิบางประการได้กรณีเกิดสภาวะฉุกเฉินที่เป็นอันตรายต่อประเทศ ยกเว้น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ และเสรีภาพจากการถูกทรมานเป็นทาส³⁴

สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ระบุในกติกาฯ ฉบับนี้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานปรากฏในข้อ 22 แห่งกติกาฉบับนี้ ซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการทำงานด้านการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานหรือการรวมตัวเป็นสมาคมเท่านั้น

2.2.5 อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546

มีสาระสำคัญ ในการมุ่งประสงค์ให้รัฐภาคีห้ามและขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ในการจำแนก กีดกัน จำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิด

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำงาน ได้บัญญัติให้รัฐภาคีห้ามหรือขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ และประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการมีงานทำในการเลือกงานอย่างเสรี การมีสภาพในการทำงานที่เหมาะสมและน่าพอใจ การได้รับความคุ้มครองจากการตกงาน

³³ สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 32-34), เล่มเดิม.

³⁴ สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 31), เล่มเดิม.

การได้รับค่าจ้างที่เป็นธรรม การได้รับผลตอบแทนที่ยุติธรรมและน่าพอใจและสิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน³⁵

2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศในเชิงทฤษฎีมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.3.1 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

ทฤษฎีนี้อธิบายว่าทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระบบเดียวกันซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมาย คือ ปัจเจกชนได้³⁶ ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีผลใช้บังคับภายในประเทศโดยที่มีต้องผ่านกระบวนการแปลงเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน ระบบนี้ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในที่เรียกว่า Incorporation ในกรณีของสนธิสัญญาเมื่อรัฐแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา โดยการให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้โดยตรงเลยอย่างไรก็ตามระบบเอกนิยมก็อาจมีขั้นตอนในแง่พิธีการบางประการเพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายในประเทศเช่นการประกาศเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา (Gazette) ที่เรียกว่า Publication รัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขว่าต้องผ่านพิธีการที่เรียกว่า Publication ได้แก่ประเทศฝรั่งเศสสนธิสัญญาใดที่มีได้มีการประกาศคู่ความจะกล่าวอ้างต่อศาลไม่ได้แต่ทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บังคับว่าการประกาศเผยแพร่สนธิสัญญาต้องทำอย่างกฎหมายภายในโดยปกติรัฐบาลจะประกาศเผยแพร่สนธิสัญญาใน Journal Officiel de la Republique Francaise รวมทั้งใน Recueil des Traites et Accords de la France แต่รัฐธรรมนูญของประเทศก็มีได้กำหนดเงื่อนไขข้อนี้เช่นรัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซียโดยประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมได้แก่ประเทศฝรั่งเศสประเทศรัสเซียประเทศออสเตรเลีย³⁷

³⁵ สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 34-35), เล่มเดิม.

³⁶ จาก กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น. 4-6), โดย ประสิทธิ์ เอกบุตร, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

³⁷ จาก การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ (บทความวิจัย) (น. 4-5), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ก, 2550, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2.3.2 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ทฤษฎีนี้อธิบายว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายคนละระบบโดยกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันทั้งในแง่ของเนื้อหาและบ่อเกิดของกฎหมายกล่าวคือในแง่ของเนื้อหากฎหมายระหว่างประเทศใช้กับรัฐในขณะที่กฎหมายภายในใช้กับปัจเจกบุคคล ส่วนในแง่บ่อเกิดของกฎหมายนั้นกฎหมายภายในเกิดจากอำนาจขององค์อธิปัตย์ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศด้วยเหตุที่กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายคนละระบบดังนั้นรัฐจะใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญาจะต้องแปลงสนธิสัญญานั้นให้อยู่ในรูปของกฎหมายภายในเสียก่อนกระบวนการนี้เป็นที่รู้จักกันในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศว่า Transformation โดยประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษประเทศเยอรมันประเทศอิตาลีประเทศไนจีเรียประเทศไทย ฯลฯ

อนึ่งข้อสังเกตเกี่ยวกับทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยม มีดังนี้

ประการที่หนึ่งก่อนที่จะสรุปว่าประเทศใดประเทศหนึ่งใช้ระบบเอกนิยมหรือทวินิยม นั้นควรแยกพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา (Treaty) และกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ออกจากกันเนื่องจากอาจมีการปฏิบัติแตกต่างกันเช่นใช้ระบบเอกนิยมกับกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศแต่ใช้ระบบทวินิยมกับสนธิสัญญาหรือในทางตรงกันข้ามรัฐอาจใช้ระบบทวินิยมกับกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศและใช้ระบบเอกนิยมกับสนธิสัญญา

ประการที่สองทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยมนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะสนธิสัญญาว่ามีผลใช้บังคับในประเทศได้อย่างไรซึ่งจะสัมพันธ์กับเรื่องการตรากฎหมายอนุวัติการ (Implementing legislation) ว่ามีความจำเป็นหรือไม่หากประเทศที่ยอมรับทฤษฎีเอกนิยมรัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติว่าสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในอันมีผลทำให้ศาลใช้สนธิสัญญานั้นได้โดยตรงไม่จำเป็นต้องแปลงสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในก่อนหรือไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายภายในโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Act) บังคับอีกครั้งหนึ่งก่อน แต่ถ้าสนธิสัญญานั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้วก็ต้องผ่านแบบพิธีคือประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเสียก่อน (Publication) เช่นประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น นอกจากนี้โดยปกติประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดให้สนธิสัญญามีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งประเทศที่ใช้ระบบนี้ก็จะหาหนทางมิให้สนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นในรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีรวมทั้งวุฒิสมาชิกจำนวน 60 นายเสนอเรื่องให้ Constitutional Council พิจารณาว่า

บทบัญญัติของสนธิสัญญานั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่หากขัดกันแล้วจะต้องมีการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนแล้วจึงจะให้สัตยาบันสนธิสัญญาได้ แต่ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “สนธิสัญญา” นั้นเป็น “กฎหมายภายในในรูปของพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาเสียก่อน

ประการที่สามรัฐต้องตรากฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา (Implementing Legislation) เพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศหรือไม่นั้นเป็นคนละประเด็นกับปัญหาที่ว่ามีสนธิสัญญาใดบ้างที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ (Parliamentary Approval) กล่าวคือเรื่อง Implementing Legislation นั้นสัมพันธ์โดยตรงกับระบบ Monism หรือ Dualism ส่วน Parliamentary Approval นั้นเป็นนิติบัญญัติหรือดุลพินิจของแต่ละรัฐว่าควรจะให้สนธิสัญญาใดบ้างที่รัฐเห็นว่ามีค่าสำคัญถึงขนาดที่ควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบซึ่งทั้งเรื่อง Implementing Legislation และ Parliamentary Approval เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐซึ่งบัญญัติแตกต่างกันไปไม่ใช่อยู่ในแดนของกฎหมายระหว่างประเทศ³⁸

2.4 หลักการตีความกฎหมาย

กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคม ถึงแม้กฎหมายจะมีใช้สิ่งเดียวที่จะทำให้นักทั้งหลายมีพฤติกรรมที่ถูกต้องเหมาะสมซึ่งต้องอาศัยศานาวัฒนธรรมจารีตประเพณี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศีลธรรมประจำใจของบุคคลในสังคมด้วย³⁹ แต่เนื่องจากมนุษย์ที่มาอยู่รวมกันในสังคมต่างก็มีความรู้สึกนึกคิดที่แตกต่างกันและเราไม่สามารถคาดหวังได้ว่าทุกคนจะทำแต่ในสิ่งที่เขาควรปฏิบัติต่อกัน เมื่อในความเป็นจริงแล้วก็ยังมีบุคคลที่ประพฤติแตกต่างและทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นอยู่เสมอ

การบัญญัติกฎหมายที่ดี ย่อมจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพ⁴⁰ คือต้องใช้ภาษาที่กะทัดรัด ง่าย และสอดคล้องกับความเข้าใจของคนสามัญในระดับกลาง รอบคอบ ถี่ถ้วนและ

³⁸ แหล่งเดิม, (น. 4-6).

³⁹ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 68-75), โดย หยุต แสงอุทัย ก, 2548, กรุงเทพฯ: ปรเกษพริค.

⁴⁰ จาก “ปัจจัยที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ,” โดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2547, *บทบัญญัติ*, 60, (น. 60-63),

ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดาและความเที่ยงธรรม⁴¹ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของกฎหมายก็เป็นเพียงถ้อยคำที่นำมาร้อยเรียงให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นเครื่องมือที่ใช้สื่อสารความต้องการและเจตนาออกมาจากผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งบางครั้งอาจมีความหมายไม่ชัดเจน⁴² Lord Denning ได้เคยกล่าวไว้ในคดี *Seafood Estates, Ltd v. Asher*, Z1949X 2 K.B. 489 ว่า “การที่กฎหมายตราไว้โดยมีความหมายไม่แน่นอนหรือเคลือบคลุมนั้นก็เพราะเราจะต้องระลึกรู้เสมอว่าผู้บัญญัติกฎหมายเองก็เป็นปุถุชนซึ่งไม่อาจจะเล็งเห็นข้อเท็จจริงอันสลับซับซ้อน ซึ่งจะเกิดเป็นกรณีพิพาทขึ้นในภายภาคหน้า หรือแม้ว่าอาจที่จะเล็งเห็นได้ ก็เป็นเรื่องพันวิสัยที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีเหล่านั้นทั้งหมดอย่างปราศจากความเคลือบคลุม”⁴³ ฉะนั้นผู้ใช้กฎหมายจึงต้องมีความรู้ ความเข้าใจในหลักการอันเป็นพื้นฐานของการตีความอย่างดี จึงจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม

“การตีความกฎหมาย” หมายถึง แปลความหมาย เพื่อทำการค้นหาให้เข้าถึงความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี โดยกฎหมายที่มีหลักคิดเข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือบริบท (Context) ของถ้อยคำที่ไม่ใช่เดาสุ่มหรือดูเอาเองตามพจนานุกรมแต่เพียงอย่างเดียว ต้องใช้นิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือค้นหาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลในคำพิพากษาที่ดีของศาล⁴⁴ ทั้งนี้การตีความกฎหมายจึงเป็นการกระทำที่มุ่งหมายที่จะตีให้ถูกซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการตีความที่จะต้องตีความให้ถูกต้องเป็นธรรม⁴⁵

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์ที่โดยหลักแล้วไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายตุลาการและศาลค่อย ๆ ประมวลและพัฒนามาขึ้นซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเฉพาะ บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของชี้ขาดตัดสินของศาลสูงโดยจะใช้วิธีการศึกษาในรูปแบบ Case Law ซึ่งจะยึดคำพิพากษาของศาลสูงที่วางบรรทัดฐานไว้ (Precedent) เป็นหลัก

⁴¹ จาก *ภาษากฎหมายไทย* (น. 36-37), โดย ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ก, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴² จาก *สังคมกับกฎหมาย* (น. 128), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

⁴³ จาก *การตีความกฎหมาย* (น. 7), โดย ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ข, 2539, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁴⁴ จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย* (น. 100-104), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ข, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴⁵ จาก “การใช้การตีความกฎหมาย,” โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2530, *วารสารนิติศาสตร์*, 15(1), น. 65-82.

กฎหมาย⁴⁶ รวมทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาด้วยในขณะที่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งพยายามรวบรวมกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ให้อยู่ในรูปของประมวลกฎหมายนั้นมีวิธีใช้และวิธีตีความกฎหมายแตกต่างออกไปโดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยเดินตามแนวทางของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ตลอดจนแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นแนวทางในการอธิบายนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน

2.4.1 การตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์

ถ้อยคำที่ปรากฏในบทกฎหมาย และความหมายของถ้อยคำย่อมถือเป็น “ปฐมบท (Starting Point)” ของการตีความกฎหมายทุกครั้งความหมายของถ้อยคำย่อมเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าบทกฎหมายบทนั้นควรจะมีคามหมายอย่างไร อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่ถ้อยคำถ้อยคำหนึ่งอาจมีความหมายได้ในหลายนัยด้วยกัน การตีความโดยอาศัยองค์ประกอบประการอื่นเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น หากสำรวจตรวจสอบถ้อยคำต่าง ๆ ที่ใช้กันในชีวิตประจำวันแล้วจะพบว่า มีถ้อยคำจำนวนน้อยมากที่มีความชัดเจนในตัว เช่น ถ้อยคำที่เป็นจำนวนนับ

ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำนั้น บุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษามาในทางนิติศาสตร์มักจะเข้าใจว่าเมื่อกฎหมายได้รับการตราขึ้นเป็นภาษาไทย และเป็นภาษาไทยที่ใช้กันโดยทั่วไปเมื่อตนเป็นคนไทย ตนย่อมสามารถอ่านกฎหมายเข้าใจและตีความกฎหมายได้เหมือนอย่างบุคคลที่ศึกษามาในทางนิติศาสตร์ ความเข้าใจดังกล่าวนับว่าเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ถ้อยคำสามัญที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องตีความตามความเข้าใจทั่วไป ก็ไม่ได้หมายความว่าผลที่สุดแล้วความหมายของถ้อยคำที่กลายเป็นบทกฎหมายจะต้องเหมือนกับความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเสมอไป

หากพิจารณาโครงสร้างของบทกฎหมายที่ประกอบด้วย “องค์ประกอบส่วนเหตุ” และ “ผลในทางกฎหมาย” แล้วอาจแบ่งแยกถ้อยคำต่าง ๆ ออกได้เป็นหลายประเภท เช่น ถ้อยคำที่คลุมเครือ ถ้อยคำเชิงคุณค่า ถ้อยคำคาดคะเนหรือถ้อยคำเปรียบเทียบ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในโครงสร้างบทกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นส่วนที่มักจะเป็นวัตถุแห่งการตีความ⁴⁷

⁴⁶ จาก *การตีความกฎหมาย* (น. 11-12), โดย อักษรพร จุฬารัตน, 2549, กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.

⁴⁷ จาก “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” โดย วรเจตน์ ภาศิริตัน, 2553, *วารสารจุลนิติ*, 7(4), น. 55.

1) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมาย

แบ่งออกเป็น ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาและถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐานมีรายละเอียดดังนี้

(1) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนา คือ ถ้อยคำที่บ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกแห่งความเป็นจริง เช่น สัตว์ อาคาร รถยนต์ ยา ฯลฯ โดยทั่วไปแล้วถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวนี้จะบ่งชี้สิ่งที่สามารถสัมผัสได้ในทางกายภาพ ยิ่งถ้อยคำดังกล่าวพรรณนาสิ่งที่สามารถสัมผัสได้มากเท่าไร ถ้อยคำดังกล่าวก็จะยิ่งชัดเจนและเข้าใจง่ายโดยทั่วไปมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาแต่ละถ้อยคำล้วนแล้วแต่มี “แก่นความ” (Begriffkern) และ “ขอบความ” (Begriffhof) วัตถุประสงค์ที่จะถือได้ว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำใด วัตถุประสงค์นั้นอย่างน้อยจะต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น

(2) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่อ้างอิงหรือบ่งชี้สิ่งที่เป็นนามธรรมหรือคุณค่า ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานจึงต่างจากถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนาเพราะถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนามุ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกของความเป็นจริงที่สัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า คือ ตา หู จมูก ลิ้น กาย ทั้งนี้ในความหมายอย่างแคบ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์ เช่น ตัวการ สัญญา ฯลฯ⁴⁸ ในหลายกรณีความหมายของศัพท์เทคนิคดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตามความหมายของศัพท์เทคนิคต่าง ๆ ก็ไม่ชัดเจนแน่นอนอนเสียทั้งหมดในหลายกรณีก็มีปัญหาที่ต้องตีความว่าสิ่ง ๆ หนึ่งอยู่ในความหมายของบทนิยามหรือไม่

นอกจากนี้สิ่งที่พึงระวังประการหนึ่งในการตีความถ้อยคำทางกฎหมายก็คือถ้อยคำเดียวกันนั้นเมื่อไปอยู่ในบริบทที่แตกต่างกัน ถ้อยคำดังกล่าวอาจมีเนื้อหาต่างกันได้ ยิ่งไปกว่านั้นในการตีความถ้อยคำ สิ่งที่พึงระมัดระวังอีกประการหนึ่งก็คือถ้อยคำที่ดูเหมือนว่าเป็นถ้อยคำที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้นได้กลายเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะทางกฎหมายแล้วหรือไม่ หากปรากฏกรณีเช่นนั้นผู้ตีความจะต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวตามความหมายในทางกฎหมายไม่ใช่ตามความหมายสามัญที่ใช้กันทั่วไป ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เฉพาะทางวิชาการสาขาอื่น ผู้ตีความย่อมต้องค้นหาความหมายของถ้อยคำนั้นตามที่เข้าใจกันในวงวิชาการเฉพาะสาขานั้น

นอกจากถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์แล้วยังมีถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานซึ่งไม่ได้มีความหมายเฉพาะทางนิติศาสตร์ แต่เกิดขึ้นจากการประเมิน

⁴⁸ สัมกับกฎหมาย (น. 135-136), เล่มเดิม.

คุณค่าในทางสังคมด้วย เช่น “เหตุสำคัญ” “สำคัญผิดในสาระสำคัญ” “เหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ฯลฯ ถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ เรียกกันในทางนิติศาสตร์ว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (Unbestimmte Rechtsbegriff; Indefinite Legal Concept) ถ้อยคำในลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่เปิดไว้ให้ผู้ตีความกฎหมายใช้ดุลพินิจทำให้เป็นรูปธรรมถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนี้หากเป็นถ้อยคำที่มีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เราเรียกถ้อยคำดังกล่าวว่า “ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป” (Generalklauseln; General Clause) หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนาแล้วจะพบว่าตัวเลือกในทางภาษาที่จะเกิดขึ้นกับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้นจะเป็นตัวเลือกที่เป็นกลาง เป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือไม่อาจกล่าวได้อย่างแน่นอนว่าจะตกอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่

2) ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป

ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน ซึ่งอ้างอิงเชื่อมโยงกับคุณค่าทางสังคม แม้จะมีความหมายที่กว้างและคลุมเครือเป็นพิเศษแต่ก็เป็น ถ้อยคำที่มีความสำคัญเพราะมีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาทิเช่น “หลักสุจริต” หรือ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจ” (Treu und Glauben) หรือ “หลักการ ห้ามใช้สิทธิที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น”

โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป รวมถึงถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงถือเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด ผู้ใช้กฎหมายจึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปดังกล่าวและโดยที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงมีเขตแดนในทางนิติศาสตร์กว้าง การวินิจฉัยหรือปรับใช้กฎหมายขององค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือองค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในกรอบของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น (Intra Legem) อย่างไรก็ตามอาจพิจารณาได้ในอีกมิติหนึ่งเช่นกันว่าการปรับใช้บทกฎหมายอันมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น แท้ที่จริงแล้วก็คือการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่งอันเป็นช่องว่างที่องค์กรนิติบัญญัติตั้งใจปล่อยไว้ให้องค์กรที่ใช้กฎหมายดำเนินการอุดเสีย⁴⁹

3) ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการตีความตามถ้อยคำ

เมื่อ “ถ้อยคำ” เป็นจุดเริ่มต้นของการตีความและเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นปัญหานั้นมีความหมายว่าอย่างไร ฉะนั้นในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

⁴⁹ การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 56-59), เล่มเดิม.

ทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่พึงต้องกระทำก็คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพินิจพิเคราะห์โดยละเอียด รอบคอบ เช่น กรณีที่กฎหมายใช้คำว่า “และ” หรือคำว่า “หรือ” ซึ่งโดยทั่วไปคำว่า “และ” หมายถึง ด้วยกันทั้งหมด ส่วนคำว่า “หรือ” หมายถึง ให้เลือกเอาอย่างหนึ่งอย่างใด⁵⁰ แต่หากถ้อยคำดังกล่าว เป็นการปรากฏในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธในประโยคทางกฎหมาย จึงต้องพิจารณาให้ดีว่าถ้อยคำ ที่เป็นการปฏิเสธนั้นปฏิเสธส่วนไหนของประโยค ถ้อยคำต่าง ๆ ที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้ใช้นั้น มีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย ผู้ตีความย่อมคาดหมาย ความหมายของถ้อยคำในกฎหมายได้ว่า น่าจะต้องหมายถึงสิ่งใด แม้ว่าการคาดหมายดังกล่าวนี้ยังไม่ช่วยให้ผู้ตีความสามารถไขความหมายที่แน่นอนของถ้อยคำออกมาได้ แต่เมื่อได้พิจารณา องค์ประกอบแห่งการตีความในลักษณะอื่นประกอบไปด้วยแล้ว ก็จะทราบความหมายที่แน่นอน ของถ้อยคำดังกล่าวได้ในที่สุด ทั้งนี้ต้องระมัดระวังอยู่เสมอว่า การพิจารณาพิเคราะห์ถ้อยคำจะต้อง ไม่เป็นไปในลักษณะที่ติดกับถ้อยคำหรือให้ค่าแก่ความหมายทางภาษาของถ้อยคำอย่างมาก จนกลายเป็นการเล่นอยู่กับถ้อยคำ

สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตีความตามถ้อยคำก็คือ ถึงแม้ว่าถ้อยคำในกฎหมาย เมื่อพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากบทกฎหมายแล้ว จะมีความหมายชัดเจนแต่ผู้ตีความ ก็จำเป็นต้องพินิจพิเคราะห์ “ความหมายของบทกฎหมาย” อย่างละเอียดโดยต้องทำความเข้าใจตาม ตัวอักษรและตามความมุ่งหมาย⁵¹ จึงกล่าวได้ว่า “ถ้อยคำ” เป็นเพียงองค์ประกอบในการตีความ ประการหนึ่งเท่านั้นจะตีความตามตัวอักษรประการเดียวแล้วสรุปผลการตีความถ้อยคำนั้นว่าเป็น ความหมายของกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณี ซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมาย ตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” จึงไม่ได้หมายความว่าจะต้องตีความ ตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อตีความตามตัวอักษรแล้วไม่ได้ความหมายที่ชัดเจน จึงตีความตามความมุ่ง หมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ต่อไป⁵² ฉะนั้นในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบ กับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอซึ่งความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นนอกจากจะสื่อออกมาใน ตัวอักษรแล้วยังอาจสื่อออกมาในรูปแบบอื่นอีก บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งวางกฎเกณฑ์เบื้องต้นในทางนิติวิธีไว้มีความหมายแต่เพียงว่าถ้อยคำหรือ ตัวอักษรเป็นจุดเริ่มต้นการตีความเท่านั้น หากได้หมายความต่อไปถึงขนาดว่าถ้อยคำชัดเจนแล้ว ผู้ใช้กฎหมายก็อาจใช้กฎหมายตามตัวอักษรอย่างตรงไปตรงไปได้ ถึงแม้ว่าการใช้กฎหมายในลักษณะ

⁵⁰ สัมกับกฎหมาย (น. 132-133), เล่มเดิม.

⁵¹ การใช้การตีความกฎหมาย (น. 73), เล่มเดิม.

⁵² สัมกับกฎหมาย (น. 132-134), เล่มเดิม.

ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันอยู่ดีหรือชั่ว ผู้ใช้กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องสนใจใยดี แต่อย่างไรก็ตามในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งการจัดทำกฎหมายเกิดขึ้นจากแรงบันดาลใจ ในการกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นนามธรรมเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น จำเป็นเสมอที่ผู้ใช้ผู้ตีความ กฎหมายจะต้องมีศิลปะในการใช้กฎหมายไม่ให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันขัดกับสามัญสำนึก การเลี่ยงผลอันประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึก จำเป็นอยู่เองที่ผู้ตีความกฎหมายจะติดอยู่กับ ถ้อยคำตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียวไม่ได้

แม้กระนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่งบัญญัติให้ การใช้กฎหมายต้องเริ่มพิจารณาจากกรณี “ต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร” ย่อมเป็นเครื่องกระตุ้นเตือนให้ผู้ใช้กฎหมายสำนึกอยู่เสมอว่าตนจะละเลย ไม่ให้ความสำคัญกับ ถ้อยคำตามกฎหมายก็ไม่ได้อีกเช่นกัน การใช้กฎหมายโดยไม่สนใจถ้อยคำ แต่อ้างเจตนารมณ์หรือ ความมุ่งหมายของกฎหมายลอย ๆ ย่อมเป็นอันตรายเพราะจะทำให้เกิดความไม่แน่นอน และหาอะไรเป็นหลักในการเริ่มต้นค้นหาความหมายของบทกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นไม่ว่าจะมีผู้ วิจัยนักนิติศาสตร์ว่าคับแคบหรือยึดติดกับถ้อยคำมากเพียงใดก็ตาม นักนิติศาสตร์ที่มุ่งหวังจะใช้ กฎหมายให้ถูกต้อง และธำรงรักษาไว้ซึ่งระบบกฎหมายทั้งหมด ก็จะนำเอาข้อวิจารณ์ดังกล่าวมาเป็น เหตุให้ตนเลิกสนใจถ้อยคำในทางกฎหมายไม่ได้อย่างเด็ดขาด แต่จะต้องรับเอาข้อวิจารณ์นั้นมา พิจารณาและพิจารณาว่ามีเหตุผลหรือไม่ ถึงที่สุดแล้วในการใช้กฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายก็ต้อง พิจารณาถ้อยคำประกอบกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่นที่มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้นั่นเอง จะละเลยส่วนหนึ่งส่วนใดไม่ได้

สำหรับประเด็นที่ว่าความหมายของถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความจะถือเอา ความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในอดีตหรือที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้นจะต้องแยกพิจารณาว่าถ้อยคำที่เป็น วัตถุในการตีความเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคหรือเป็นถ้อยคำสามัญ หากถ้อยคำดังกล่าวเป็น ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิค ในกรณีที่เป็นที่สงสัยให้ตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นตามความหมาย ที่ปรากฏในเวลาที่เราตีความ เว้นแต่ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคนั้นเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเปิด หรือไม่เฉพาะเจาะจงและในช่วงเวลาที่ผ่านไปได้มีการเปลี่ยนแปลงความหมายในทางเนื้อหาของ ถ้อยคำดังกล่าวนั้น การตีความถ้อยคำโดยถือเอาความหมายของศัพท์เทคนิคที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จึงเป็นการตีความที่ไม่คำนึงถึงความประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติที่ปรากฏชัดในถ้อยคำที่เป็น ศัพท์เทคนิคนั้น แต่ถ้าถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความเป็นถ้อยคำสามัญ โดยหลักแล้วจะต้อง ตีความถ้อยคำนั้นตามความหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง กฎหมายซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจความหมายของถ้อยคำตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน บุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจทราบได้ว่าในเวลาที่เราตีความ ถ้อยคำที่เป็นปัญหานั้นมีความหมาย

อย่างไร การยึดถือเอาความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในปัจจุบันจึงเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและป้องกันมิให้เกิดสิ่งที่ไม่คาดหมายไม่ได้ขึ้นนั่นเอง⁵³

2.4.2 การตีความอย่างเป็นระบบ

การตีความอย่างเป็นระบบเป็นการตีความโดยคำนึงถึงข้อความเหตุผลแวดล้อมและความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของบทกฎหมายนั้นกับกฎหมายทั้งระบบซึ่งผู้ตีความต้องเข้าใจว่ากฎหมายมีลำดับชั้นและสอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันไม่อาจตีความแยกกันไปคนละทิศละทางได้เช่น หากเป็นประมวลกฎหมายแต่ละมาตราย่อมไม่ขัดหรือแย้งกันเองแต่จะมีความสัมพันธ์และเป็นเหตุเป็นผลกันทำให้ในการตีความสามารถทำความถึงกันอย่างเป็นระบบคำตอบของคำถามหนึ่ง ๆ อาจพบได้จากชื่อหมวดหมู่ของมาตรานั้นเอง⁵⁴

1) หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

ในการค้นหาความหมายของบทกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาความหมายของถ้อยคำแล้ว การพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมายที่ผู้ตีความต้องการไขความว่าอยู่ในหมวดหมู่หรือส่วนใดของกฎหมาย และกฎหมายนั้นจัดอยู่ในสาขาใด กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วคือการพิจารณาดำแหน่งแห่งที่ของบทกฎหมายนั้นในระบบกฎหมายนับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความนั้นไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยว เป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่น ๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่สัมพันธ์เชื่อมโยงเรียงร้อยกันจนกลายเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ การตีความกฎหมายจึงไม่อาจตีความโดยละเอียดบริบทต่าง ๆ ที่เรียงรายห้อมล้อมบทกฎหมายบทนั้นได้ ความเชื่อมโยงร้อยรัดของบทกฎหมายต่าง ๆ ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าบทกฎหมายบทนั้นเป็นบทกฎหมายเอกชนหรือบทกฎหมายมหาชน ถึงแม้ว่าในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) จะมีการแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันก็ตามก็ทำได้หมายความว่าระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชนจะดำรงอยู่โดยแยกจากกันอย่างเด็ดขาดและขาดความสัมพันธ์ต่อกันอย่างสิ้นเชิงไม่ บทบัญญัติในกฎหมายมหาชนที่กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องปฏิบัติยอมเป็นกฎเกณฑ์ที่กระทบกับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายเอกชนหรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมส่งผลต่อการตีความกฎเกณฑ์ในกฎหมายเอกชนเช่นกัน

⁵³ การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 60-63), เล่มเดิม.

⁵⁴ จาก “หลักการตีความกฎหมาย,” โดย รัชนิกร ลาภวิชชา, 2555, 60 ปีวารสาร, น. 222.

2) บริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย

ในการตีความตามระบบนั้น สิ่งที่อยู่ตีความต้องคำนึงถึงก็คือบริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย โดยบริบทภายนอกแห่งกฎหมาย หมายถึง โครงสร้างในทางรูปแบบของกฎหมาย ส่วนบริบทภายในแห่งกฎหมาย หมายถึง ความเชื่อมโยงสอดคล้องและสม่ำเสมอในคุณค่าที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายนั้น

หากพิจารณาห้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นว่าบริบทภายนอกอันเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายดังกล่าว คือ การที่มีบรรพหนึ่ง หลักรั่วไป และบรรพหนึ่ง หลักรั่วไปนี้ใช้ครอบคลุมทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์

สำหรับการพิจารณาพิจารณาบริบทภายในแห่งกฎหมาย คือ การพิจารณาห้คุณค่าอันเป็นรากฐานของกฎหมายนั้นย่อมมีผลอย่างสำคัญในการตีความบทกฎหมาย ย่อมจำเป็นต้องทราบว่ากฎหมายแพ่งมีคุณค่ารากฐานที่แผ่ซึ่มไปในทุกบทมาตรา คือ หลักเสรีภาพในสัญญา เสรีภาพในกรรมสิทธิ์ ตลอดจนเสรีภาพในสมาคม ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายแพ่งในแต่ละลักษณะย่อมจะมีคุณค่ารากฐานย่อยเชื่อมโยงซึ่งกันและกันลงไปอีก เช่น ในกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นแก่นนั้น ย่อมมีหลักการเคารพเจตจำนง หลักสุจริต หลักความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน ตลอดจนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pactasuntservanda) ประสานเกาะเกี่ยวกันเชื่อมโยงให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาดำรงอยู่ได้ ในกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบ ย่อมมีหลักความรับผิดชอบเพราะเหตุที่ผู้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบอาจถูกประณามและตำหนิได้เนื่องจากกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อหรือหลักความรับผิดชอบเพราะก่อให้เกิดอันตราย หรือความรับผิดชอบขององค์การเพื่อองค์กรของตนเป็นคุณค่าหรือหลักการที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน การที่จะดำเนินการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมจะต้องคำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนผิดหรือไม่ หรือประโยชน์สาธารณะเรียกร้องให้ต้องกระทำหรือไม่ ในการตีความบทกฎหมายผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้เสมอ

3) ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการตีความอย่างเป็นระบบ

(1) การตีความโดยคำนึงถึงความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทั้งหลายทั้งปวง ความผูกพันดังกล่าวนี้เป็นความผูกพันในแนวคิด คือ สิทธิและเสรีภาพถือว่าเป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งและเป็นกรอบในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตามภารกิจของสิทธิและเสรีภาพในนิติรัฐย่อมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความสัมพันธ์ในแนวคิดเท่านั้น แต่ยังมีผลโดยอ้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอีกด้วย เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพเป็นคุณค่าพื้นฐาน

แห่งการอยู่ร่วมกันในนิติรัฐในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แม้บทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเอกชน องค์กรของรัฐก็จำเป็นที่จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” จึงจะตีความให้หลุดลอยโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไม่ได้

(2) การตีความในลักษณะที่หลีกเลี่ยงมิให้บทบัญญัติอื่นไร้ผลบังคับ

ถ้าบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งอาจตีความได้หลายนัย ให้หลีกเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติอื่นใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเป็นไปได้ที่องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งขึ้น โดยไม่ต้องการให้กฎเกณฑ์นั้นมีผลใช้บังคับ จึงต้องพยายามตีความให้บทบัญญัติทุกบทบัญญัติใช้บังคับได้ ซึ่งอาจจะใช้บังคับได้ไม่เต็มที่ตามถ้อยคำก็ได้

(3) การใช้และตีความกฎหมายในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสองบทบัญญัติขัดกัน

กรณีที่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้โดยที่บทกฎหมายต่าง ๆ เหล่านั้นอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ให้พิจารณาว่าบทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะและให้ถือหลักว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lexspecialisdereogatlegigenerali)

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบทและไม่ปรากฏว่าบทกฎหมายดังกล่าวนั้นสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป ย่อมต้องถือว่าบทกฎหมายดังกล่าวอยู่ในฐานะที่เป็นอิสระแก่กัน ผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องยอมรับให้มีการเลือกใช้บังคับบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้ เช่น ความรับผิดชอบตามสัญญา และความรับผิดชอบทางละเมิดอาจดำรงอยู่ได้ และในหลายกรณีเราไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบตามสัญญากับความรับผิดชอบทางละเมิดได้ว่าบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะเรื่องใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป ฉะนั้นผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถเลือกบังคับการตามสิทธิในโดยอาศัยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้

นอกจากบทกฎหมายสองบทจะสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายเฉพาะและบทกฎหมายทั่วไปหรือต่างดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศต่อกันแล้ว ในการใช้กฎหมายสิ่งที่จะต้องคำนึงอีกประการหนึ่งคือกรณีข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายสองบทโดยที่ผลในทางกฎหมายแตกต่างกันได้แก่กรณีที่บทกฎหมายบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อนและบทกฎหมายอีกบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ในกรณีเช่นนี้ผู้ใช้กฎหมาย

จะต้องเลือกใช้บทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ทั้งนี้ตามหลักที่ว่า “กฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมตัดกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lex posterior derogatlegigenerali)

(4) การตีความโดยคำนึงถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคต

ในกรณีที่มีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นและกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นกำลังจะได้รับการประกาศใช้ ในการตีความบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว ผู้ตีความต้องคำนึงถึงความสอดคล้องของบทกฎหมายที่ตนกำลังตีความกับกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคตอันใกล้อย่างแน่นอนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับนั้นย่อมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้นการคำนึงถึงคุณค่าต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ในกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับย่อมเป็นสิ่งสำคัญและอาจเป็นเครื่องช่วยในการไขความหมายของบทกฎหมายที่เป็นวัตถุแห่งการตีความได้อีกทางหนึ่ง

(5) การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หลักการตีความกฎหมายในเรื่องนี้เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจะต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายมหาชนสามารถตีความได้ในหลายนัยให้ตีความไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามไม่พึงใช้หลักการดังกล่าวนี้ไปปิดเบียดบทกฎหมายที่เห็นได้ชัดว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้บทกฎหมายนั้นสามารถใช้บังคับได้ เพราะในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด และต้องดำเนินการส่งเรื่องให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยประกาศการใช้บังคับไม่ได้ของบทบัญญัตินั้น⁵⁵

2.4.3 การตีความโดยอาศัยหลักประวัติศาสตร์

การตีความโดยอาศัยหลักประวัติศาสตร์เป็นการตีความโดยอาศัยความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายนั้น ๆ ตลอดจนพัฒนาการสาเหตุอันเป็นที่มาของการร่างกฎหมาย รายงานการประชุมหรืองานเตรียมร่าง⁵⁶

บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความอาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นทันทีหรืออาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นออกมานานแล้วก็ได้ เมื่อพิจารณาในแง่ของเวลาแล้ว จะพบว่ามีเวลาที่เกี่ยวข้องอยู่สองกรณี คือ เวลาที่บท

⁵⁵ การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 63-68), เล่มเดิม.

⁵⁶ หลักการตีความกฎหมาย (น. 222), เล่มเดิม.

กฎหมายนั้นได้รับการประกาศใช้ และเวลาที่บทกฎหมายนั้นได้รับการตีความให้มีผลใช้บังคับ เช่น เวลาที่ศาลมีคำพิพากษาระหว่างระยะเวลาดังกล่าวอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านโครงสร้างของสังคม ทางด้านเทคนิค ทางด้านสิ่งแวดล้อม อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ของผู้คนทั้งทางสังคม การเมือง ความเชื่อ ตลอดจนอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองทั้งระบบ หรือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

การตีความกฎหมายตามประวัติความเป็นมาเป็นการค้นหาความหมายของบทกฎหมายจากบริบททางประวัติศาสตร์ที่บทกฎหมายนั้นถือกำเนิดขึ้น โดยผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบททางสังคมในเวลาที่มีการตราบทกฎหมายนั้นจะต้องคำนึงถึงบริบททางทฤษฎีขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น และจะต้องพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นประกอบกัน

การพิจารณาบริบททางสังคม คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้นกลุ่มผลประโยชน์ทางสังคมมีลักษณะอย่างไร เกิดความขัดแย้งอะไรขึ้นบ้างในสังคมในเวลานั้นและการร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นในเวลานั้นมีความประสงค์อย่างไร

การพิจารณาบริบททางทฤษฎี คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในเวลานั้นทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างไร มีถ้อยคำใดบ้างในเวลานั้นที่ผู้ร่างกฎหมายอาจเลือกใช้และนำมาประมวลเป็นประโยคทางกฎหมายได้ ถ้อยคำอื่นที่ไม่ได้รับการเลือกใช้คืออะไร

การพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายอะไร มีการอภิปรายโต้แย้งแสดงความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวอย่างไร มีการเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายนั้นเป็นลำดับอย่างไร⁵⁷

2.4.4 การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การตีความโดยอาศัยหลักนี้แท้จริงแล้วก็คือการตีความโดยพิเคราะห์วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเบื้องหลังของกฎหมายนั้น ๆ นั้นเองซึ่งความมุ่งหมายไม่ใช่ความหมายของผู้ร่างกฎหมายแต่เป็นความมุ่งหมายของตัวกฎหมายนั่นเอง⁵⁸

วิธีการตีความบทกฎหมายตามวัตถุประสงค์ คือ วิธีการตีความที่ตั้งคำถามถึง “เป้าหมาย” หรือ “เหตุผล” (Ratio Legis) หรือ “นโยบาย” ของบทกฎหมายนั้นการตีความตามวัตถุประสงค์แห่งบทกฎหมายจึงเป็นวิธีการตีความที่ทำให้ผู้ตีความไม่ตกเป็นทาสของถ้อยคำหรือลายลักษณ์อักษรติดอยู่เฉพาะแต่รูปแบบของถ้อยคำและไม่สนใจที่จะถามถึงเป้าหมายของบทกฎหมายบทนั้นและเมื่อผู้ตีความเข้าใจวัตถุประสงค์เท่านั้น ผู้ตีความจึงจะหยั่งรู้ถึงความหมายที่แท้จริงที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายนั้นการค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายย่อมจะใช้ทั้งวิธี

⁵⁷ การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 68-69), เล่มเดิม.

⁵⁸ หลักการตีความกฎหมาย (น. 233), เล่มเดิม.

ค้นหาว่าผู้ร่างกฎหมายมีนิคินโยบายอย่างไรในการร่างบทกฎหมายบทนั้นหรือค้นหาว่าบทกฎหมายบทนั้น โดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความ มีวัตถุประสงค์อย่างไร โดยถือว่าการค้นหาเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมายเป็นการตีความบทกฎหมายตามประวัติความเป็นมา ซึ่งแม้ว่าจะรู้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีเจตจำนงอย่างไร ก็ไม่ผูกพันผู้ตีความกฎหมายให้ต้องยึดถือตาม รวมถึงการค้นหาว่าบทกฎหมายบทนั้น โดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความมีวัตถุประสงค์อย่างไรนั้น ก็คือการตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าการตีความตามตัวอักษร โดยแยกออกจากการตีความตามเจตนารมณ์นั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจเป็นไปได้ เนื่องจากตัวอักษรไม่สามารถแสดงความหมายที่ชัดเจนในตัวของมันเองดังนั้นการตีความจึงต้องอาศัยเหตุผลและคำนึงถึงเจตนารมณ์ไปพร้อม ๆ กัน⁵⁹

แม้ในหลายกรณีวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนั้นเองแต่ในอีกหลายกรณีการจะทราบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นคืออะไรจะต้องทำความเข้าใจสภาวะการณ์แห่งผลประโยชน์ที่กฎหมายฉบับนั้นมุ่งจัดสรร อย่างไรก็ตามโดยที่ผลประโยชน์ต่าง ๆ มีลักษณะที่หลากหลายมาก กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจึงไม่ได้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ในกรณีที่ไม่ทราบแน่ชัดว่ากฎหมายฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์อะไรเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะผู้ตีความกฎหมายจำต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทุกฉบับต้องรับใช้วัตถุประสงค์ทั่วไป เช่น การธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงแน่นอนแห่งระบบกฎหมาย การสร้างสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย และการส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความยุติธรรมในระบบกฎหมาย เป็นต้น

การตีความกฎหมายเป็นการคิดในทางตรรกวิทยาที่จากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมจะนั้น เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้นแล้ว จะต้องนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมมาคำนึงประกอบการค้นหาวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบทนั้นด้วย โดยวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้นอย่างน้อยที่สุดย่อมจะต้องไม่ขัดต่อหลัก “เหตุผลของเรื่อง (NaturderSache)” เมื่อ ได้พิเคราะห์ข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมแล้ว นอกจากนี้โดยเหตุที่เป็นไปไม่ได้ที่บทบัญญัติของกฎหมายจะได้รับการตราขึ้นโดยไม่ต้องการให้มีผลใช้บังคับ การตีความกฎหมายจึงต้องตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับได้ ไม่ใช่ตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ ยิ่งไปกว่านั้น

⁵⁹ จาก *ความรู้กฎหมายทั่วไป: คำอธิบายวิชากฎหมายแห่งหลักทั่วไป* (น. 159-161), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หากการตีความกฎหมายก่อให้เกิดผลอันประหลาดหรือขัดต่อสำนึกในเรื่องความยุติธรรมแล้ว ผู้ตีความย่อมไม่อาจเลือกผลจากการตีความนั้นเป็นความหมายของบทกฎหมายได้⁶⁰

2.5 ความเป็นมาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

การศึกษาความเป็นมาของกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีความสำคัญเนื่องจากทำให้ทราบถึงประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับการเข้ามาทำงานคนต่างด้าวมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัยและทำให้ทราบถึงแนวคิดอันเป็นที่มาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยในปัจจุบัน โดยผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ช่วงได้แก่ ความเป็นมาก่อนมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.5.1 ความเป็นมาก่อนมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิประจำตัว อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติและเกิดขึ้นจากสภาพธรรมดาแห่งการเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็ชาติใดภาษาใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไปนับตั้งแต่ยุคสมัยการอยู่ร่วมกันแบบชนเผ่ามาจนถึงยุคปัจจุบัน ซึ่งมีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยได้มีการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก ดังที่ได้ปรากฏมีการจัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยองค์การสหประชาชาติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่มนุษยชนโดยทั่วไป เมื่อรูปแบบการปกครองแปรสภาพมาสู่การให้อำนาจรัฐในการปกครองและบริหารประเทศ รัฐก็ย่อมมีอำนาจในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และบังคับให้บรรลวุฒิตุประสงค์ในการปกครองและบริหารประเทศเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมในรัฐนั้น ๆ⁶¹ ทั้งนี้ด้วยมนุษย์แต่ละคนมีคุณสมบัติต่างกัน ดังนั้นบุคคลย่อมจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ไม่เท่าเทียมกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งคนต่างด้าวซึ่งอพยพเข้าไปอยู่ในประเทศอื่น ๆ ซึ่งสถานะของคนต่างด้าวมิใช่พลเมืองแห่งรัฐนั้น และการอพยพเข้าไปในประเทศใดประเทศหนึ่งย่อมต้องเข้าไปบริโภครักษาธรรมชาติในนั้น ๆ และอาจเป็นการใช้สิทธิอื่นใดอันอาจส่งผลกระทบต่อคนชาตินั้น ๆ และเพื่อเป็นการรักษาประโยชน์แก่คนชาติแห่งรัฐนั้นเป็นสำคัญ จึงจะต้องมีการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวบางประการไว้

ในสมัยโบราณที่การปกครองอยู่ในวงจำกัด รัฐแต่ละรัฐต่างรังเกียจและกีดกันคนต่างด้าวมาก แต่ต่อมาเมื่อมนุษย์และสังคมมีความเจริญพัฒนามากขึ้น การติดต่อค้าขาย ความจำเป็น

⁶⁰ การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 69-70), เล่มเดิม.

⁶¹ จาก *หลักรัฐศาสตร์* (น. 28), โดย เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, 2512, พระนคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย.

ในการพึ่งพาอาศัยกันและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีเพิ่มมากขึ้น จึงได้ผ่อนคลายการกีดกันลงเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์หรือเป็นภัยแก่การดำรงอยู่ของประเทศ โดยใช้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ⁶² ซึ่งโดยปกติแล้วสิทธิทางกฎหมายเอกชนนั้นในทางทฤษฎีมีความโน้มเอียงที่จะให้คนต่างด้าวมีสิทธิเช่นเดียวกับคนชาติแห่งรัฐนั้น ๆ ในด้านกฎหมายเอกชน แต่สิทธิตามกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิที่รักษาประโยชน์ของคนหมู่มากหรือประโยชน์สาธารณะแห่งรัฐนั้น ๆ ฉะนั้นทุกประเทศย่อมสงวนและรักษาสิทธิตามกฎหมายมหาชนแก่คนชาติของตนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศเป็นสำคัญ⁶³

กรณีตัวอย่าง⁶⁴ ได้แก่ กรณี เซอร์ ยอนเบาริง ท่านเป็นราชทูตอังกฤษคนแรกโดยได้รับการแต่งตั้งจากสมเด็จพระราชินีวิกตอเรียให้เข้ามาเจริญพระราชไมตรีกับไทยและในการเข้ามาเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศไทยนี้เอง เซอร์ ยอนเบาริง ได้ทำตนเป็นคุณประโยชน์แก่เมืองไทยจนเป็นที่ไว้วางพระราชหฤทัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อเซอร์ ยอนเบาริง ได้ออกจากราชการและกลับไปอยู่ในประเทศอังกฤษนั้น ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เซอร์ยอนเบาริง เป็นพระยาสยามนุกุลกิจ สยามิศรมหายศ มีอำนาจหน้าที่ต่างพระเนตรพระกรรณในกิจการต่างประเทศทั่วยุโรป

กรณี ดร.ฟรานซิส บี. แซร์ (Dr. Francis Bowes Sayre) ประวัติการศึกษาได้รับปริญญาอักษรศาสตรบัณฑิตและนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ต่อมาอีก 6 ปีก็ได้รับปริญญาคุฎกบัณฑิตทางกฎหมาย ด้านการทำงานเป็นอาจารย์วิชาการปกครองในวิทยาลัยวิลเลียมส์ ได้เป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ในวิชากฎหมาย จนในที่สุดได้เป็นศาสตราจารย์ และดำรงตำแหน่งผู้ช่วยอธิการบดีในวิทยาลัยแห่งนี้ เมื่อปี พ.ศ.2466 ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยและรับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษาการต่างประเทศ ซึ่งในขณะนั้นเป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยต้องการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่มีต่อนานาประเทศ ด้วยสัญญาส่วนมากประเทศไทยเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ดร.ฟรานซิส บี.แซร์ ได้ใช้ความรู้ความสามารถในการจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต่าง ๆ สำเร็จลงด้วยดี เพื่อเป็นบำเหน็จความชอบ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระราชทานยศฐาบรรดาศักดิ์ให้เป็นพระยาภิบาลยามไมตรีและได้ทรงพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยิ่ง ทวีติยาภรณ์มงกุฎไทยใน พ.ศ. 2467 ในปีถัดมาได้รับ

⁶² จาก *สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 3), โดย ผดุง ชันยาภรณ์, 2498, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶³ จาก *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคตินุบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ* (น. 142), โดย หยุต แสงอุทัย ข, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁶⁴ จาก *ชาวต่างชาติในประวัติศาสตร์ไทย* (น. 195-202), โดย ส. พลายน้อย, 2516, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

พระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ทุติยจุลจอมเกล้าและทวติยาภรณ์ช้างเผือกอีกด้วย หลังจากทำสัญญาฉบับนานาประเทศเสร็จเรียบร้อยแล้วพระยาภักดียาม ไมตรีได้กราบถวายบังคมลาออกจากหน้าที่กลับไปยังประเทศอเมริกา แต่ยังคงสนใจด้วยการยอมเป็นข้าราชการอยู่ตามเดิมและในปี พ.ศ. 2472 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนประเทศไทยประจำศาลอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงเฮก

ในสมัยก่อนกฎหมายเก่าของไทยได้มีบทบัญญัติถึงสิทธิทั่ว ๆ ไปของคนต่างด้าวหรือข้อห้ามที่มีให้คนไทยเกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวไว้ แต่มิใช่ลักษณะของการห้ามทำงานหรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพโดยตรง⁶⁵ อาทิเช่น

กฎหมายเข็ยรบาล ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาเดินในท้ายสนม ถ้าเจ้าหน้าที่ละเลยให้คนต่างด้าวเข้ามาถึงท้ายสนมได้โทษเจ้าหน้าที่ถึงตายสังเกตได้ว่า การห้ามตามบทบัญญัตินี้เป็นการห้ามคนต่างด้าวปฏิบัติ แต่หากมีการฝ่าฝืนจะเอาโทษต่อเจ้าหน้าที่มิใช่เป็นการเอาโทษต่อคนต่างด้าว ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 13 ห้ามมิให้หญิงไทย มอญ แต่งงานกับคนต่างด้าว ถ้าฝ่าฝืนให้ลงโทษปรับ 6 สถาน

ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 37 ห้ามมิให้คนต่างด้าวซื้อขายกฤษณา ผาง ดินบุก ถ้าคนต่างด้าวลักลอบซื้อขายของต้องห้ามเหล่านี้ ให้ลงโทษคนต่างด้าวเสมือนตั้งโจรและลงโทษล่ามพนักงานชาวค่านที่สมรู้เป็นใจด้วยกระทำผิด ระวังโทษประหารชีวิต สังเกตเห็นได้ว่า มิใช่เป็นการห้ามคนต่างด้าวทำงานหรือประกอบอาชีพค้าขาย แต่เป็นการห้ามประเภทสินค้าที่ทำการซื้อขาย

ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 123 ป้องกันคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้ามาพึ่งอยู่ในขอบเขตอาณา มิให้คนไทยข่มเหง ถ้าคนไทยข่มเหงให้ลงโทษเหมือนผู้ทรยศแก่บ้านเมืองบทบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย

ต่อมาภายหลังเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่การปกครองแบบประชาธิปไตย อันมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนไว้ และในสิทธิบางประการที่มีสิทธิพลเมืองแห่งรัฐ ก็จะรับรองสิทธิครอบคลุมถึงคนต่างด้าวด้วย

2.5.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

ประเทศไทยในอดีตไม่ปรากฏกฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย จึงเกิดปรากฏการณ์ที่ว่าคนต่างด้าวเข้ามาและตั้งถิ่นฐานอยู่ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งส่วนมากจะเป็นชาวจีนและในเวลาต่อมาชาวจีนเริ่มมีอิทธิพลทางเศรษฐกิจเหนือคนไทย โดยประการนี้เองย่อมส่งผลกระทบต่อการแข่งขันคนไทย เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลไทย

⁶⁵ ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 คว. เล่ม 1. (2505). (น. 18-90).

จึงไม่อาจเพิกเฉยต่อผลกระทบที่จะเกิดขึ้น จึงได้มีการวางมาตรการในการจัดการและป้องกันผลกระทบดังกล่าว โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย ปรากฏในลักษณะของการออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในการทำงานของคนไทย ในทางกลับกันก็เป็นการจำกัดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทยด้วย ผู้เขียนได้จำแนกกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวไว้ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สงวนอาชีพสำหรับคนสัญชาติไทย

ด้วยสถานการณ์ภายในประเทศในช่วงก่อนที่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย คนต่างด้าวสามารถทำงานได้อย่างเสรี ทำให้คนต่างด้าวหลังไหลเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ทางภาครัฐเกรงว่าเหตุการณ์ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการประกอบอาชีพ หรือการทำงานของคนสัญชาติไทย ฉะนั้นตั้งแต่มีการเริ่มต้นในการตรากฎหมายอันเป็น “มาตรการควบคุมในด้านการประกอบอาชีพ”⁶⁶ เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าว ในปี พ.ศ. 2484 กฎหมายที่ออกมาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะมุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนสัญชาติไทย ซึ่งอาชีพที่สงวนนั้นเป็นอาชีพที่มีความสำคัญด้วยเหตุผลว่าเป็นอาชีพหลักของคนไทยอันได้แก่ อาชีพทางด้านเกษตรกรรมและหัตถกรรม อีกทั้งอาชีพและวิชาชีพที่เกี่ยวกับทางด้านศาสนา ภูมิปัญญาไทย ศิลปวัฒนธรรม ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ งานที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรืออาจเป็นงานหรืออาชีพที่จำเป็นต้องใช้ความรู้เฉพาะทางบนพื้นฐานของความรู้ของการเป็นคนไทย และเพื่อเป็นการป้องกันการแย่งงานของคนไทย ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปของกฎหมายที่เป็นกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของคนไทยในการทำงานหรือประกอบอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทย กล่าวคือบุคคลอื่นที่มีสัญชาติไทยหรือที่เราเรียกว่า “คนต่างด้าว” จะประกอบอาชีพที่กฎหมายสงวนไว้สำหรับคนไทยไม่ได้ หากคนต่างด้าวประกอบอาชีพหรืองานที่กฎหมายสงวนไว้สำหรับคนไทยก็จะถูกลงโทษ

(1) พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พุทธศักราช 2484⁶⁷ ซึ่งได้ตราขึ้นเพื่อช่วยอาชีพและวิชาชีพของประชาชนชาวไทย โดยกำหนดอาชีพและวิชาชีพบางประเภทบางชนิดไว้สำหรับเป็นอาชีพหรือวิชาชีพเฉพาะคนไทย ตามแต่ที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดขึ้นและหากผู้ใดซึ่งมิใช่คนไทยฝ่าฝืนทำงานหรือประกอบอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทย มีความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

⁶⁶ จาก *สถานภาพทางกฎหมายของชาวจีนในประเทศไทย* (น. 93), โดย ทวี ธีระวงศ์เสรี, 2517, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

⁶⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 58 หน้า 1152 ลงวันที่ 11 กันยายน 2484.

(2) พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485⁶⁸ ได้บัญญัติว่า กำหนดให้โรงงานทั้งสิ้นหรือเฉพาะแต่โรงงานบางอย่างใช้คนไทยจำนวนเท่าใดเป็นคนงานหรือเป็นอัตราไม่น้อยกว่าร้อยละเท่าใดของจำนวนคนงานทั้งหมดก็ได้ และเฉพาะการงานบางหน้าที่ของโรงงานทั้งสิ้น หรือโรงงานบางอย่างจะกำหนดให้ใช้แต่เฉพาะคนไทยเป็นคนทำงานก็ได้ พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของกิจการที่เป็นผู้ว่าจ้างคนงานว่าจะต้องเป็นการจัดจ้างภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมาย หากฝ่าฝืนมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท ซึ่งแตกต่างจากฉบับแรกที่กำหนดให้คนต่างด้าวเป็นผู้ที่ต้องเคารพต่อบัญญัติของกฎหมาย

(3) พระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชีพแก่คนไทย พ.ศ. 2499 เหตุที่การตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็คือด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485 ใช้บังคับเฉพาะโรงงานเท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดบังคับใช้ในกิจการอื่นแต่อย่างใด ทั้งยังไม่มีวิธีการอันรัดกุมสำหรับการตรวจสอบด้วย พระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าในการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานจะต้องรับคนงานที่มีสัญชาติไทยเข้าทำงานอย่างน้อยจะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ให้ใช้กับบรรดาบริษัท ห้างหุ้นส่วนหรือเอกชน และบัญญัติเพิ่มเติมให้เจ้าของสถานประกอบการที่มีคนงานตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปจะต้องจัดให้มีทะเบียนคนงานเพิ่มไว้เป็นประจำ ณ สำนักงานหรือสถานประกอบการนั้น เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะได้ตรวจสอบดูได้ว่าจะมีจำนวนคนงานครบถ้วนตามที่ระบุไว้หรือไม่ อันเป็นการสนับสนุนให้คนไทยได้มีงานทำในสถานประกอบการต่าง ๆ มากขึ้น

นับตั้งแต่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พุทธศักราช 2484 เป็นต้นมา ได้มีพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้หลายฉบับ คือ

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พุทธศักราช 2485⁶⁹ ได้กำหนดอาชีพและวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในใบแนบท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ให้เป็นอาชีพและวิชาชีพเฉพาะคนไทยในทุกท้องที่แห่งราชอาณาจักร ซึ่งมีทั้งหมด 27 ชนิด

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485⁷⁰ ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีพิจารณา ยึดเวลาออกไปเฉพาะกรณีอาชีพหรือวิชาชีพใด สำหรับผู้ใดจากทำเวลาที่กำหนดไว้ได้

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487⁷¹ ได้ประกาศยกเลิกความในพระราชกฤษฎีกาฉบับ พ.ศ. 2485 และประกาศให้ใช้

⁶⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 63 ตอนที่ 53 หน้า 1431 ลงวันที่ 11 สิงหาคม 2485.

⁶⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 38 ตอนที่ 38 หน้า 1221 ลงวันที่ 9 มิถุนายน 2485.

⁷⁰ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 59 ตอนที่ 62 หน้า 1703 ลงวันที่ 22 กันยายน 2485.

พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้แทน ซึ่งกำหนดอาชีพและวิชาชีพเฉพาะสำหรับคนไทยเหลือเพียง 4 ชนิด เท่านั้น

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2488⁷² ได้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาฉบับเก่า และลดจำนวนอาชีพที่สงวนไว้สำหรับเฉพาะคนไทยเหลือเพียง 3 ชนิด คือ การทำหรือการหล่อพระพุทธรูป การทำเครื่องเงิน และทำเครื่องถม ด้วยเป็นช่วงหลัง สงครามโลกครั้งที่ 2 จอมพล ป. พิบูลสงครามได้กลับมาใช้อำนาจอีกครั้ง และได้มีความพยายามที่จะ สร้างความสัมพันธ์อันดีต่อชาวจีน จึงได้มีการผ่อนปรนนโยบายของรัฐ

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พ.ศ. 2492⁷³ ซึ่ง พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับ เฉพาะคนไทยที่มีมาทั้งหมด และได้กำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทยขึ้นใหม่เพียง 10 ชนิด

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2495⁷⁴ ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีก 3 ชนิด ซึ่งเป็นอาชีพเกี่ยวกับการ เสริมความงาม

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2503⁷⁵ ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีก 3 ชนิด ได้แก่ การเลี้ยงไหม การทำ ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเส้นไหม การทอผ้าไหม ด้วยอาชีพดังกล่าวเป็นอาชีพดั้งเดิมที่คนไทยทำจึง สมควรกำหนดเป็นอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทย เพื่อเป็นการรักษาศิลปวัฒนธรรมและการผดุง ฐานะทางเศรษฐกิจของประชาชนชาวไทยให้มั่นคงถาวรและเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2508⁷⁶ ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีกเพียงอย่างเดียว “มัคคุเทศก์ผู้นำ เทียวและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการท่องเที่ยว โดยได้รับค่าตอบแทน” เหตุผลที่ว่าอาชีพมัคคุเทศก์ มีศิลปวัฒนธรรมแห่งชาติไทย จึงสมควรกำหนดให้การทำหน้าที่มัคคุเทศก์เป็นอาชีพและวิชาชีพ สำหรับคนไทย

⁷¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 61 ตอนที่ 72 หน้า 1143 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2487.

⁷² ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 62 ตอนที่ 52 หน้า 543 ลงวันที่ 22 กันยายน 2488.

⁷³ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 66 ตอนที่ 10 หน้า 60 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2492.

⁷⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 69 ตอนที่ 58 หน้า 1135 ลงวันที่ 23 กันยายน 2495.

⁷⁵ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 77 ตอนที่ 112 (ฉบับพิเศษ) หน้า 23 ลงวันที่ 31 ธันวาคม 2495.

⁷⁶ ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 82 ตอนที่ 23 หน้า 140 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2508.

2) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

กฎหมายประเภทนี้หมายถึง กฎหมายใด ๆ หรือกฎหมายพิเศษที่บัญญัติไว้เป็นกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานหรือประกอบอาชีพดังกล่าว ด้วยเหตุผลพิเศษแตกต่างกันไปในแต่ละสาขาอาชีพ ซึ่งส่วนมากจะเป็นงานที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพ โดยจะปรากฏในลักษณะของการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำงาน ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ ว่าต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งหากบุคคลนั้น ๆ ขาดคุณสมบัติหรือไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือเป็น “คนต่างด้าว” ก็จะทำให้บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สามารถทำงานวิชาชีพนั้น ๆ ได้ ซึ่งไม่ปรากฏบทลงโทษแก่ผู้ไม่มีหรือขาดคุณสมบัติในการทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ แต่อย่างใด อาทิเช่นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครอง กฎหมายว่าด้วยการเข้ารับราชการกฎหมายว่าด้วยทนายความกฎหมายว่าด้วยธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพงานก่อสร้างกฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพให้บริการทางบัญชีกฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพขี้ยานยนต์กฎหมายว่าด้วยช่างรังวัดเอกชน เป็นต้น

3) กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

โดยหลักแล้ว คนต่างด้าวไม่อาจทำงานในประเทศไทยได้ แต่การที่คนต่างด้าวจะสามารถทำงานในประเทศไทยได้นั้นเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในวัยทำงานพร้อมที่จะเข้าสู่ตลาดแรงงาน (Labour Market)⁷⁷ ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยได้นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของภาครัฐที่ดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย โดยจากการศึกษาพบว่า มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย 3 ฉบับด้วยกัน ดังนี้

(1) ประกาศคณะปฏิบัติ ฉบับที่ 322

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 เรื่อยมาได้มีการออกกฎหมายเพื่อสงวนอาชีพให้คนไทยทำ โดยเฉพาะไว้เพียงแค่ 27 อาชีพเท่านั้น⁷⁸ ผู้บริหารประเทศในขณะนั้นเห็นว่าอาชีพที่สงวนไว้ให้คนไทยนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะปรากฏว่ายังมีคนต่างด้าวทำงานอยู่ในประเทศไทยในงานต่าง ๆ อยู่เป็นจำนวนมาก และทวีขึ้นเป็นลำดับ จึงคิดที่จะตรากฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวหรือการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว โดยในสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์⁷⁹ ได้เดินทางไปต่างประเทศ และได้เห็นกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการทำงานในหลายประเทศ จึงได้มีคำสั่งให้ดำเนินการ

⁷⁷ จาก คำบรรยายกฎหมายแรงงานและอุตสาหกรรม (น. 2), โดย สุดาศิริ เสงฆุทธนา, 2532, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

⁷⁸ จาก การทำงานของคนต่างด้าว (น. 2), โดย สุดาศิริ วทวงศ์ ก, 2539, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานประกอบอาชีพของคนต่างด้าว ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 แต่ก็มีปัญหาทางการเมืองหลายประการที่ทำให้การร่างกฎหมายนี้ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ จนกระทั่งปี พ.ศ. 2515 ในสมัยจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวขึ้นเป็นครั้งแรก คือประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 (ปว.322) ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนอาชีพให้คนไทยทำป้องกันคนต่างชาติเข้ามาแย่งงานคนไทย

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 โดยคณะปฏิวัติกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งต้องการทำงานในประเทศไทยขอใบอนุญาตทำงานจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งในขณะนั้นคือ กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย ทั้งที่ก่อนหน้านี้คนต่างด้าวสามารถทำงานในประเทศไทยโดยไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานเพียงแต่การทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ ไม่เป็นอาชีพที่กฎหมายสงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทยหรือที่กฎหมายห้ามไว้

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 โดยคณะปฏิวัติได้ประกาศและลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 และมีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งหมายความว่า ปว. 322 มีผลบังคับใช้ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2516 อย่างไรก็ตามเพื่อให้คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยและทำงานอยู่ก่อนวันที่ ปว. 322 มีผลบังคับใช้ได้รับผลกระทบจากประกาศ ปว.322 จึงให้อำนาจอธิบดีกรมแรงงานออกใบอนุญาตประเภท “ตลอดชีพ” ให้แก่คนต่างด้าวกลุ่มนี้ โดยหากคนกลุ่มนี้ต้องการจะทำงานที่เคยทำอยู่ต่อไปสามารถยื่นคำขอต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 ประกาศใช้โดยที่ใบอนุญาตทำงานที่ออกให้นี้สามารถใช้ได้ตลอดชีวิต เว้นแต่ผู้นั้นจะเปลี่ยนอาชีพใหม่

ลักษณะของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 เป็นการกำหนดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวว่า คนต่างด้าวจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาต และต้องมีโรงงานในอาชีพและวิชาชีพใดที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำไว้ 39 ประเภทซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ภายในประเทศในขณะนั้นที่เกิดการปรากฏตัวคนต่างด้าวกลุ่มที่ไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย⁷⁹

(2) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้ยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 และให้ใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้แทนเพื่อเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับเกี่ยวกับ

⁷⁹ จาก รวบรวมกฎหมายแรงงาน 2518 (น. 19-156), โดย กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย, 2518, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

การทำงานของคนต่างด้าว กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ต้องการทำงานในประเทศไทยจะต้องขออนุญาตทำงาน และงานที่จะต้องมิใช่งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบกพร่องของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ที่กล่าวถึงแต่เฉพาะคนต่างด้าวเข้าเมืองมา โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงได้บัญญัติเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงคนต่างด้าวบางประเภท คือคนต่างด้าวกลุ่มที่ไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น ญวนอพยพ เป็นต้น ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ และปัจจุบันบุคคลเหล่านี้ได้มาประกอบอาชีพหรือทำงานอยู่ในท้องที่จังหวัดต่าง ๆ โดยเสรี ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นผู้มีอิทธิพลเหนือคนต่างด้าวอื่น ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่โดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง จึงจำเป็นต้องเพิ่มบทบัญญัติเพื่อให้บังคับแก่คนต่างด้าวเหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ถ้อยคำในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 หลายแห่งไม่ชัดเจน ทำให้เป็นปัญหาขัดข้องในทางปฏิบัติอยู่หลายเรื่อง เนื่องจากได้ออกมาใช้บังคับโดยกะทันหันตามภาวะความจำเป็นในสมัยนั้น ทั้งนี้เพื่อให้คนต่างด้าวระหว่างที่อยู่ในประเทศไทยมีสิทธิทำงานประกอบอาชีพและวิชาชีพได้ในท้องที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อมิให้เป็นภาระแก่รัฐบาลไทยในการดูแลและเป็นการป้องกันก่ออาชญากรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินในการดำรงชีพของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ด้วย โดยคำนึงถึงหลักทางด้านมนุษยชน ด้านมนุษยธรรม และด้านความมั่นคงของประเทศ

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดประเภทงานที่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าคนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้หรือไม่ จำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ก. ประเภทแรกคือ งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ 39 ประเภท ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548 สำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวประเภทนี้ทำโดยเด็ดขาดหรือโดยไม่มีเงื่อนไข⁸⁰ หมายความว่าไม่สามารถขออนุญาตทำงานประเภทดังกล่าวได้เลยอันได้แก่งานดังนี้

ก) งานกรรมกร ยกเว้นงานกรรมกรในเรือประมงตาม (ข) ทั้งนี้ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น และคนต่างด้าวที่ได้รับการกำหนดสถานะให้เป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายและมีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

⁸⁰ จาก งานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (น. 1-2), โดย ชุมพร ปัจจุสานนท์ และคณะ ก, 2542, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

ข) งานกลึงกรรม งานเลื่อยสั้ว งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญงานเฉพาะสาขา งานควบคุมดูแลฟาร์ม หรืองานกรรมกรในเรือประมงทางทะเล

ค) งานก่ออิฐ งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น

ง) งานแกะสลักไม้

จ) งานขับขี่ยานยนต์ หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช่เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับขี่ยานพาหนะระหว่างประเทศ

ฉ) งานขายของหน้าร้าน

ช) งานขายทอดตลาด

ซ) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายใน เป็นครั้งคราว

ฌ) งานเจียรระไน หรือขัดเพชรหรือพลอย

ญ) งานตัดผม งานตัดผม หรืองานเสริมสวย

ฎ) งานทอผ้าด้วยมือ

ฏ) งานทอเสื่อ หรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเย็บไม้ไผ่

ฐ) งานทำกระดาษสาด้วยมือ

ฑ) งานทำเครื่องเงิน

ฒ) งานทำเครื่องดนตรีไทย

ณ) งานทำเครื่องถม

ด) งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องนาก

ต) งานทำเครื่องลงหิน

ถ) งานทำตุ๊กตาไทย

ท) งานทำเทียนหรือผ้าห่มนวม

ธ) งานทำบาตร

น) งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ

บ) งานทำพระพุทธรูป

ป) งานทำมีด

ผ) งานทำร่มกระดาษหรือผ้า

ฝ) งานทำรองเท้า

พ) งานทำหมวก

พ) งานนายหน้าหรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

ก) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณ จัดระบบ วิจัย วางโครงการทดสอบ ควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ไม่รวมงานที่ต้องใช้ความชำนาญพิเศษ

ม) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ

ย) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย

ร) งานปั้นหรือทำเครื่องปั้นดินเผา

ล) งานมวนบุหรี่ด้วยมือ

ว) งานมักคฤเทศก์ หรืองานจัดนำเที่ยว

ศ) งานเร่ขายสินค้า

ษ) งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ

ส) งานสาวหรือบิดเกลียวไหมด้วยมือ

ห) งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ

พ) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ยกเว้น

(ก) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการ

(ข) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาตโตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่งใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาตโตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือเป็นกรณีที่ไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย

ข. ประเภทที่สอง คือ งานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ 27 ประเภท ตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องกำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2539 สำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย เป็นงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประเภทนี้ทำได้ ซึ่งก็หมายความว่าคนต่างด้าวสามารถขออนุญาตทำงานได้เฉพาะ 27 ประเภทเท่านั้นดังนี้

ก) งานช่างซ่อมจักรยาน

ข) งานช่างประกอบและซ่อมเบาะรถ

ค) งานช่างประกอบและซ่อมตัวถังรถ

ง) งานช่างประกอบและซ่อมท่อไอเสียรถ

จ) งานช่างบัดกรีโลหะแผ่นด้วยมือ

- ค) งานช่างไม้เครื่องเรือน
- ช) งานช่างไม้ก่อสร้างอาคาร
- ซ) งานเลื่อยไม้ในโรงงานแปรรูปไม้
- ฅ) งานช่างปูน
- ญ) งานช่างทาสี
- ฎ) งานช่างประกอบและซ่อมประตูหน้าต่าง
- ฏ) งานช่างติดตั้งมุ้งลวด
- ฐ) งานช่างซ่อมผ้า
- ฌ) งานช่างตัดเย็บเสื้อผ้า ยกเว้น การตัดเย็บเสื้อผ้าสตรี
- ณ) งานซักรีดเสื้อผ้า
- ด) งานทำสวนผักและผลไม้
- ต) งานเลี้ยงสัตว์ ยกเว้น งานเลี้ยงไหม
- ถ) งานขายปลีกสินค้าที่มีใช้เวชภัณฑ์ เคมีภัณฑ์ เครื่องรับวิทยุ เครื่องรับโทรทัศน์ กล้องถ่ายภาพนิ่ง กล้องถ่ายภาพยนต์ อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งเครื่องอะไหล่
- ท) งานขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- ธ) งานผลิตอาหารหรือเครื่องดื่ม
- น) งานช่างประกอบและซ่อมรองเท้า
- บ) งานช่างซ่อมนาฬิกา ปากกา และแว่นตา
- ป) งานช่างลับมีด และของมีคมอื่น ๆ
- ผ) งานช่างทำกรอบรูป
- ฝ) งานช่างเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องโลหะมีค่าอื่น ๆ
- พ) งานช่างทอผ้าไหมพรมและทอผ้าด้วยมือ ยกเว้น งานทอผ้าไหมและงานทำผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเส้นไหม

พ) งานกรรมกร

อย่างไรก็ตามสำหรับคนต่างด้าวสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา ที่หลบหนีเข้าเมืองและอยู่ระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักรซึ่งกระทรวงแรงงานได้จัดระบบบริหารจัดการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกประกาศอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษทำได้ 2 ประเภท คือ งานรับใช้ในบ้าน และงานกรรมกร ตามประกาศกระทรวงแรงงาน

เรื่อง กำหนดงานที่ให้นักต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ (ฉบับที่ 14) ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2547⁸¹

หลักเกณฑ์การทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้นักต่างด้าวผู้ใดประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักรจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานเท่านั้นตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยงานที่จะขออนุญาตได้ต้องมีงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 4 ฉบับที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

หากงานที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในราชอาณาจักรนั้นมีลักษณะเป็นงานจำเป็นและเร่งด่วน ได้แก่ คนต่างด้าวนั้นต้องเข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาดซึ่งถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้นและระยะเวลาในการทำงานนั้นต้องสามารถทำแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วันคนต่างด้าวนั้นได้รับยกเว้นไม่ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตนั้น แต่มีหน้าที่คนต่างด้าวนั้นจะทำงานดังกล่าวได้ต่อเมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายทราบตามแบบที่อธิบดีกำหนด

สำหรับการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน อาจแบ่งได้ 2 กรณี คือ

(1) กรณีนายจ้างยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานแทนคนต่างด้าว เนื่องจากนายจ้างซึ่งเป็นเจ้าของกิจการในประเทศไทยประสงค์จะให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกิจการโดยขณะที่ยื่นคำขอนั้นคนต่างด้าวยังมิได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย

(2) กรณีคนต่างด้าวยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน เมื่อเดินทางเข้ามาแล้วประสงค์จะทำงานในประเทศไทย

โดยคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะขอรับใบอนุญาตทำงานต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักร ได้แก่ มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านและไม่เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติ หรือต้องห้ามตามเงื่อนไขตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามและเงื่อนไขของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2539 ซึ่งคนต่างด้าวต้องให้คำรับรองก่อนว่าสามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้จึงจะออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว

โดยทั่วไปอายุใบอนุญาตทำงานต้องกำหนดให้คราวละ 1 ปี ภายใต้ข้อยกเว้นคือ ถ้าได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือ

⁸¹ จาก โครงการศึกษาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (รายงานผลการวิจัย) (น. 19-30), โดย ชนินาฏ ลีตส์ และคณะ, 2548, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

ตามกฎหมายอื่นเกิน 1 ปี ก็ให้กำหนดอายุใบอนุญาตตามกำหนดนั้น ส่วนกรณีที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวหากมีระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตน้อยกว่า 1 ปี ต้องกำหนดให้ไม่เกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรนั้น และหากการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน ใบอนุญาตทำงานจะมีอายุเพียง 30 วัน จึงอาจกล่าวได้ว่า เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาที่อนุญาตทำงานผูกติดกับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง⁸²

เมื่อครบกำหนดตามใบอนุญาตทำงานแล้ว หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำงานในสถานประกอบการเดิม คนต่างด้าวจะต้องยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน ณ ท้องที่ที่ได้รับอนุญาตทำงานก่อนใบอนุญาตทำงานสิ้นอายุ โดยนายทะเบียนจะต่ออายุใบอนุญาตทำงาน ให้ครั้งละ 1 ปี เว้นแต่

(1) การต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้ต่ออายุได้อีกไม่เกินระยะเวลาที่ผู้รับใบอนุญาตทำงานนั้น ได้รับการขยายระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักร

(2) การต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนให้ต่ออายุได้อีกครั้งละ 30 วัน เว้นแต่คนต่างด้าวนั้นได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป โดยมีกำหนดเวลาที่แน่นอนเกิน 30 วัน ให้ต่ออายุใบอนุญาตทำงานได้เท่าระยะเวลาที่รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรแต่ไม่เกิน 1 ปี

อย่างไรก็ดี เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตไว้แล้ว คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานนั้นต่อไปพลางก่อนได้จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุ

ผู้รับใบอนุญาตจะทำงานอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตไม่ได้ หากประสงค์จะทำงานอื่นจะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากห้ามผู้รับใบอนุญาตทำงานอื่นแล้ว หากมีการเปลี่ยนสถานที่ทำงานหรือเปลี่ยนท้องที่ในการทำงาน ผู้รับใบอนุญาตก็ต้องยื่นคำขออนุญาตเปลี่ยนสถานที่ทำงานหรือเปลี่ยนท้องที่ในการทำงานต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ได้รับใบอนุญาตด้วย

นอกจากนี้กรณีซึ่งคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการนิคม

⁸² จาก การศึกษาการพัฒนาและแนวทางการแก้ไขพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 เพื่อกำหนดงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ (น. 46-47), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ก, 2552, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

อุตสาหกรรม เป็นต้น จะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตภายใน 30 วันนับแต่วันที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้างต้นซึ่งยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นนี้ จะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำดังนั้น คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นจึงมีสิทธิที่จะทำงานใด ๆ ก็ได้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและเมื่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายได้รับคำขอแล้ว ต้องออกใบอนุญาตให้โดยมิชักช้า รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวได้รับการอนุญาตให้ขยายระยะเวลาทำงานออกไปตามกฎหมายนั้นแล้ว นายทะเบียนมีหน้าที่ต้องขยายระยะเวลาในใบอนุญาตทำงานให้สอดคล้องตามที่หน่วยงานที่อนุญาตนั้นขยายให้ ซึ่งคนต่างด้าวมีหน้าที่ต้องแจ้งการได้รับขยายระยะเวลาการทำงานนั้นต่อนายทะเบียนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการขยายนั้น เมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งแล้วต้องจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวนั้นคงมีสิทธิทำงานตามลักษณะงานที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวเท่านั้น หากประสงค์จะทำงานอื่นก็จำเป็นต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานเพื่อการทำงานอื่นเช่นเดียวกับคนต่างด้าวที่ขอรับใบอนุญาตทำงานกรณีทั่วไป

กรณีที่อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายไม่ออกใบอนุญาตทำงานหรือไม่อนุญาตตามคำขอหรือกรณีที่นายทะเบียนไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำงานอื่นหรือเปลี่ยนท้องที่หรือสถานที่ในการทำงานผู้ยื่นคำขอนั้นมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวเป็นหนังสือต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งไม่อนุญาตนั้น โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ จะต้องนำความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัย และคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้ถือเป็นที่สุด⁸³

ทั้งนี้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 โดยมีปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและค่าของเงินตราที่เปลี่ยนแปลงไป

⁸³ แหล่งเดิม, (น. 21-38).

(3) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 มีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544⁸⁴ โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหนึ่งพระราชบัญญัติที่ถูกเร่งรัดออกมาในช่วงปลายสมัยของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่เป็นผลมาจากการปฏิวัติเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงจากกฎหมายฉบับเดิม⁸⁵ ดังนี้

ก) ยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และจัดโครงสร้างของพระราชบัญญัติโดยแบ่งเป็น 6 หมวด และบทเฉพาะกาล รวม 60 มาตรา

หมวด 1 การทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 7-28

หมวด 2 กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร มาตรา 29-40

หมวด 3 คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 41-44

หมวด 4 คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 45-47

หมวด 5 การกำกับดูแล มาตรา 48-50

หมวด 6 บทกำหนดโทษ มาตรา 51-56

บทเฉพาะกาล มาตรา 57-60

ข) ยกเลิกการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยเปลี่ยนแปลงเป็นการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ขึ้นใช้แทน

ค) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมการจ้าง

ง) ปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น

จ) เพิ่มเติมให้ผู้ที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติสามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้

ฉ) เพิ่มมาตรการรองรับการพัฒนาพื้นที่เศรษฐกิจชายแดน

⁸⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 3.

⁸⁵ จาก การจ้างแรงงานข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กับการจัดทำบัญชีรายชื่ออาชีพ สำหรับคนต่างชาติ (รายงานผลการวิจัย) (น. 3-5), โดย กฤตยา อาชวนิจกุล และกุลภาวจนสาระ, 2552, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

ข) จัดตั้งกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

ข) กำหนดให้อายุของใบอนุญาตทำงานมีอายุไม่เกิน 2 ปีและต่ออายุได้ครั้งละไม่เกิน 2 ปี โดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าว และกรณีคนต่างด้าวตามมาตรา 13(1) และ (2) ระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานติดต่อกันแล้วต้องไม่เกิน 4 ปี เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเป็นอย่างอื่นเป็นคราว ๆ ไป

ฅ) ปรับปรุงให้ผู้รับใบอนุญาตสามารถเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้าง ที่อยู่ที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไขได้

ฉ) เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตทำงาน

ค) ปรับปรุงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว

ฅ) กำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว

ฉ) กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับ และช่วยเหลือพนักงานสอบสวน

ช) ปรับปรุงบทกำหนดโทษให้เหมาะสม

ฅ) ปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียม

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ไม่สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และโดยที่แรงงานต่างด้าวเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศ กรณีจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งรายละเอียดของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.2

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว ที่เข้าเมืองตามกฎหมายของประเทศไทยกับต่างประเทศและ พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ

ในบทนี้จะศึกษาถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมือง
ตามกฎหมายทำงานในประเทศไทย กับกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย
สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น ที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าว
เข้าเมืองตามกฎหมายทำงานในประเทศรวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ
ที่ประเทศไทยเข้าผูกพันโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1 มาตรการทางกฎหมายไทย

มาตรการทางกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองตามกฎหมาย
ทำงานในประเทศไทยได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติ
การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติ
การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งมี
รายละเอียดดังต่อไปนี้

3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ
ที่กฎหมายอื่นใดจะขัดหรือแย้งมิได้⁸⁶ ซึ่งหากบทบัญญัติใดของกฎหมายกฎหรือข้อบังคับขัดหรือ
แย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2550 ได้ให้ความคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค
ของบุคคล⁸⁷ และกำหนดให้การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็น

⁸⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 6.

⁸⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 4.

มนุษย์สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้⁸⁸ ซึ่งการรับรองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่เกี่ยวกับการทำงานปรากฏอยู่ในหมวด 3 สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยดังนี้

1) ส่วนที่ 1 บททั่วไป

บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน

บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้

บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้โดยตรงหากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการส่งเสริม สนับสนุน และช่วยเหลือจากรัฐในการใช้สิทธิตามความในหมวดนี้⁸⁹

2) ส่วนที่ 2 ความเสมอภาค

บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม⁹⁰

⁸⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 26.

⁸⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 28.

⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 30.

3) ส่วนที่ 3 สิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคล

(1) สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย

การทรมานทารุณกรรมหรือการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรม จะกระทำมิได้แต่การลงโทษตามคำพิพากษาของศาลหรือตามที่กฎหมายบัญญัติไม่ถือว่าเป็นการลงโทษด้วยวิธีการโหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมตามความในวรรคนี้

การจับและการคุมขังบุคคลจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ

การค้นตัวบุคคลหรือการกระทำใดอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติ

ในกรณีที่มีการกระทำซึ่งกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามวรรคหนึ่งผู้เสียหายพนักงานอัยการหรือบุคคลอื่นใดเพื่อประโยชน์ของผู้เสียหายมีสิทธิร้องต่อศาลเพื่อให้สั่งระงับหรือเพิกถอนการกระทำเช่นนั้นรวมทั้งจะกำหนดวิธีการตามสมควรหรือการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วยก็ได้⁹¹

(2) เสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน

บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข

การเข้าไปในเคหสถานโดยปราศจากความยินยอมของผู้ครอบครองหรือการตรวจค้นเคหสถานหรือในที่รโหฐานจะกระทำมิได้เว้นแต่มีคำสั่งหรือหมายของศาลหรือมีเหตุอย่างอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ⁹²

(3) เสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือสวัสดิภาพของประชาชน การผังเมืองหรือเพื่อสวัสดิภาพของผู้เยาว์

⁹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 32.

⁹² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 33.

การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักรหรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักรจะกระทำมิได้⁹³

4) ส่วนที่ 6 สิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขัน โดยเสรี
อย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน⁹⁴

ทั้งนี้การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้⁹⁵ โดยกำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้โดยต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย⁹⁶

อย่างไรก็ดีสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็เปิดโอกาสให้รัฐสภาตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้ เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดเหตุให้จำกัดไว้เท่านั้น กล่าวคือ โดยกำหนดให้การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นและจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้โดยต้องมีผลใช้บังคับ

⁹³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 34

⁹⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 43.

⁹⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 26.

⁹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

เป็นการทั่วไปและไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย⁹⁷

การจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้รับรองไว้ จึงต้องอยู่ภายใต้ข้อยกเว้นตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งกรณีนี้หมายถึงพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อควบคุมการทำงานของคนที่เข้ามาหรือมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจะทำงานได้ต่อเมื่อผ่านการพิจารณาและได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติฉบับนี้เพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย มิให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศไทยให้ลดน้อยลง และจะมีผลเป็นการแย่งอาชีพของคนไทยโดยคำนึงถึงความมั่นคงและพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเป็นสำคัญ

3.1.2 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

เนื่องจากสถานการณ์ของโลกที่เปลี่ยนแปลงไป การติดต่อค้าขาย การลงทุนระหว่างประเทศ และการพัฒนาทางเทคโนโลยีการผลิตได้ส่งผลกระทบต่อระบบแรงงานของประเทศ แรงงานในประเทศนิยมทำงานในภาคการผลิตสมัยใหม่ ส่วนแรงงานระดับล่างนิยมเดินทางไปทำงานต่างประเทศ ทำให้แรงงานต่างด้าวจากประเทศเพื่อนบ้านลักลอบเข้าเมืองเพื่อมาทำงานในประเทศเป็นจำนวนมาก จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยยกเลิกกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าวที่บังคับใช้มาเป็นเวลานานถึง 30 ปี ได้แก่ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 เพื่อปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและสอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน ซึ่งสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

⁹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550, มาตรา 29.

1) ขอบเขตในการบังคับใช้

ขอบเขตในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ประกอบด้วย ระยะเวลาที่มีผลบังคับใช้ พื้นที่ที่ใช้บังคับบุคคลที่อยู่ในข่ายบังคับและงานที่อยู่ในข่ายบังคับซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

(1) ระยะเวลาที่มีผลใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 37 ก หน้า 24 ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2551 จึงมีผลให้พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ มาตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2551 ดังที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ว่า “พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับ ตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป”

สำหรับพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรีหรือคำสั่งของรัฐมนตรีหรืออธิบดี ซึ่งได้ออกหรือสั่งโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับให้ใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และให้ถือเสมือนเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งของรัฐมนตรีหรืออธิบดีที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้⁹⁸

สำหรับคนต่างด้าวผู้ใดได้รับใบอนุญาตหรือได้รับการผ่อนผันให้ทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้ถือว่าได้รับใบอนุญาตหรือได้รับอนุญาตให้ทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตหรือการผ่อนผันนั้น

ใบอนุญาตที่ออกให้ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 ให้ใช้ได้ต่อไปตราบเท่าที่ใบอนุญาตยังไม่สิ้นอายุ และผู้รับใบอนุญาตยังทำงานที่ได้รับอนุญาตนั้น⁹⁹

บรรดาคำขอและคำอุทธรณ์ที่ได้ยื่นไว้ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544

⁹⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 60.

⁹⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 58.

ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าเป็นคำขอหรือคำอุทธรณ์ที่ได้ยื่นไว้ตามพระราชบัญญัตินี้¹⁰⁰

(2) พื้นที่ที่ใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีผลให้ใช้บังคับทั่วราชอาณาจักรหมายความว่า คนต่างด้าวทุกคนที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนี้ทุกประการ¹⁰¹

(3) บุคคลที่อยู่ในข่ายบังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ใช้บังคับกับคนต่างด้าวซึ่งหมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีได้มีสัญชาติไทย¹⁰² ทุกคนที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องขออนุญาตทำงานและได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนเสียก่อนจึงจะทำงานได้เว้นแต่ในกรณีคนต่างด้าวที่มีฐานะดังต่อไปนี้¹⁰³ ได้รับการยกเว้นในการปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักรสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานอย่างคนต่างด้าวประเภทอื่น

ก. บุคคลในคณะผู้แทนทางทูต

ข. บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล

ค. ผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ

ง. คนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อมาทำงานประจำอยู่กับบุคคลใน ก. หรือ ข. หรือ ค.

จ. บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

ฉ. บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจเพื่อประโยชน์ในทางการศึกษา วัฒนธรรม ศิลปะ การกีฬา หรือกิจการอื่น ทั้งนี้ ตามที่จะได้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

ปัจจุบันโดยผลของบทเฉพาะกาล จึงทำให้พระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับ

¹⁰⁰ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 59.

¹⁰¹ จาก กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว (น. 4), โดย สุดาศิริ วิศวกรรม, 2555, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

¹⁰² พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 5.

¹⁰³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 4.

แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2528 และพระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักรไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2548 ซึ่งได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ใช้บังคับให้ใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้และให้ถือเสมือนเป็นพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้¹⁰⁴ ดังนั้นคนต่างด้าวที่ปฏิบัติหน้าที่ดังต่อไปนี้ไม่ต้องอยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ทั้งนี้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจที่ผู้นั้นได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร คือ

ก) เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่รัฐบาลในการพัฒนาการศึกษาของชาติรวมทั้งการฝึกอบรมครูและอาจารย์และการสอนนักศึกษาหรือนิสิตในระดับวิทยาลัยหรือมหาวิทยาลัยของรัฐ

ข) เพื่อให้ความช่วยเหลือในการฝึกสอนการกีฬาให้แก่นักกีฬาตามข้อตกลงกับองค์การส่งเสริมกีฬาแห่งประเทศไทย หรือเพื่อเข้าร่วมในการแข่งขันกีฬาในราชอาณาจักร เป็นเวลาไม่เกิน 30 วัน หรือ

ค) เพื่อแลกเปลี่ยนวัฒนธรรมหรือศิลปะ โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี

ข. บุคคลซึ่งรัฐบาลอนุญาตให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจอย่างหนึ่งอย่างใด

อย่างไรก็ดี กฎหมายบัญญัติยกเว้นเฉพาะการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะดังกล่าวข้างต้นเท่านั้นหากบุคคลดังกล่าวทำงานอื่นใดนอกเหนือจากหน้าที่ในฐานะของบุคคลตาม ก.- ข. จะไม่ได้รับยกเว้น จึงจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตสำหรับการทำงานอื่นด้วย

(4) งานที่อยู่ในข่ายบังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดว่า คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องขออนุญาตทำงานและได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานได้ซึ่งคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม¹⁰⁵ ซึ่งบทนิยามคำว่า “ทำงาน” มีความหมายที่กว้างขวางมาก จึงทำให้การกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวใน

¹⁰⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 60.

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 5.

ประเทศไทยที่มีลักษณะเป็นการทำงานตามความหมายตามพระราชบัญญัตินี้แล้ว ก็ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนด้วย

ก. งานที่คนต่างด้าวอาจทำได้

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ยกเลิกการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยเปลี่ยนแปลงเป็นการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้โดยการออกกฎกระทรวง กำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ขึ้นใช้แทน เพื่อกำหนดงานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใดเมื่อใดโดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติโอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศทั้งนี้จะกำหนดให้แตกต่างกันระหว่างคนต่างด้าวทั่วไปกับคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายตามมาตรา 13 และคนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นพลเมืองของประเทศไทยที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยมาตรา 14 ก็ได้และไม่ใช้บังคับกับการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 12¹⁰⁶ ซึ่งเป็นหลักการจัดการตลาดงานสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทย (Labor Management) เพื่อเป็นข้อจำกัดในห้ามการเข้าสู่ตลาดงานของคนต่างด้าวในบางงานบางอาชีพ¹⁰⁷

แต่ปัจจุบันยังมีได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้แต่อย่างใด แม้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดระยะเวลาเร่งรัดการออกกฎกระทรวงดังกล่าวไว้แล้วเสร็จภายใน 2 ปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ¹⁰⁸ จึงทำให้ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา 7 ให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใด ๆ ได้เว้นแต่งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายที่ประสงค์จะขออนุญาตทำงานในประเทศไทยและได้รับใบอนุญาตทำงานก็แต่เฉพาะงานที่มีได้ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 39 อาชีพตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3)

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 7.

¹⁰⁷ จาก เอกสารประกอบเสวนาวิชาการการทบทวนกฎหมายและนโยบาย เกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติ เพื่อเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน ตอน พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 (น. 25-31), โดย พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, 2556, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 57.

พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548

ข. งานที่กำหนดอนุญาตให้คนต่างด้าวบางประเภททำได้

คนต่างด้าวบางประเภท¹⁰⁹ แม้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะให้ขอรับใบอนุญาตทำงานได้ แต่ก็จำกัดว่าจะอนุญาตให้ทำได้แต่เฉพาะงานตามประเภทที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวโดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคมให้ป็นงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 13 ทำได้

ปัจจุบัน โดยผลของบทเฉพาะกาล จึงทำให้ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องกำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2539 กำหนดงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายทำได้ 27 ประเภทและประกาศกระทรวงแรงงานเรื่อง กำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ (ฉบับที่ 14) ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2547 สำหรับงานให้คนต่างด้าวสัญชาติพม่าลาว และกัมพูชา ที่หลบหนีเข้าเมืองและอยู่ระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักรซึ่งกระทรวงแรงงานได้จัดระบบบริหารจัดการและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกประกาศอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษ ทำได้ 2 ประเภท คือ งานรับใช้ในบ้าน และงานกรรมกรซึ่งประกาศทั้ง 2 ฉบับนี้ได้ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ใช้บังคับ ให้ใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือเสมือนเป็นประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้¹¹⁰

ทั้งนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว¹¹¹ เพื่อเสนอแนะนโยบายการทำงานของคนต่างด้าวต่อคณะรัฐมนตรีเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบและประกาศตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งการติดตาม ดูแล และประสานการทำงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับ

¹⁰⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 13.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 60.

¹¹¹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 41.

การทำงานของคนต่างด้าวตามนโยบายการทำงานของคนต่างด้าวที่คณะรัฐมนตรีกำหนด¹¹² ซึ่งมีองค์ประกอบของคณะกรรมการ ประกอบด้วยปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ อัยการสูงสุด ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนองค์การนายจ้าง และผู้แทนองค์กรลูกจ้างฝ่ายละไม่เกินสามคนและผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินสี่คนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้ง โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจากผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านแรงงาน การอุตสาหกรรมและกฎหมาย เป็นกรรมการ โดยให้อธิบดีเป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้อำนวยการสำนักบริหารแรงงานต่างด้าวเป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

2) การขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าว

โดยปกติแล้วก่อนคนต่างด้าวจะทำงานในประเทศไทยได้ จะต้องได้รับใบอนุญาตทำงานเสียก่อนจากนายทะเบียน¹¹³ จึงจะทำงานได้ มิฉะนั้นจะมีความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปีหรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹¹⁴ คนต่างด้าวจึงต้องแสดงเจตนาขอรับใบอนุญาตทำงาน¹¹⁵ ตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ผู้มีสิทธิยื่นคำขออนุญาตทำงาน

ผู้มีสิทธิยื่นคำขออนุญาตทำงานในประเทศไทย¹¹⁶ คือ

ก. คนต่างด้าว

ก) คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะทำงานในประเทศไทยและเป็นคนต่างด้าวที่มีได้รับการยกเว้น โดยพระราชบัญญัตินี้จะต้องยื่นคำขออนุญาตทำงานเอง โดยจะต้องมีลักษณะและคุณสมบัติดังนี้

¹¹² พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 42.

¹¹³ คำสั่งกระทรวงแรงงานที่ 22/2553 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553 เรื่องแต่งตั้งนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งกระทรวงแรงงานที่ 21/2554 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554 และคำสั่งกระทรวงแรงงานที่ 67/2555 ลงวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2555

¹¹⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 51.

¹¹⁵ จาก คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (น. 57-58), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ค. 2551, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

¹¹⁶ จาก กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว (น. 29-30), เล่มเดิม.

(ก) เป็นผู้ที่มิสิทธิอยู่ในราชอาณาจักรได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งคือ

1. มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (Resident) ซึ่งได้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการคนเข้าเมือง และด้วยความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 40 และ 41 การขอมิถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร คนต่างด้าวจะต้องมีคุณสมบัติตามที่คณะกรรมการพิจารณาตรวจคนเข้าเมืองกำหนด เช่น จะต้องได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-immigrant Visa) และได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปีมาแล้วรวมเวลาการพำนักอยู่ในประเทศไทยไม่น้อยกว่า 3 ปีจวบจนถึงวันที่ยื่นคำขอ

2. เป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว (Non-immigrant Visa) ได้แก่ กรณีที่คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34 และ 35 โดยมีชื่อได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน

(ข) ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552 ดังนี้

1. เป็นบุคคลวิกลจริตหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ
2. เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคดังต่อไปนี้
 - 1) โรคเรื้อน
 - 2) วัณโรคในระยะอันตราย
 - 3) โรคเท้าช้างในระยะปรากฏอาการอันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม
 - 4) โรคติดยาเสพติดให้โทษ
 - 5) โรคพิษสุราเรื้อรัง
 - 6) โรคซิฟิลิสในระยะที่ 3

3. เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวภายในระยะเวลา 1 ปี ก่อนวันขอรับใบอนุญาตทำงาน

ข. นายจ้าง

บุคคลที่มีความประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรเข้ามาทำงานในกิจการของตนในราชอาณาจักร มีสิทธิที่จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานและชำระค่าธรรมเนียมแทนคนต่างด้าวนั้นก็ได้โดยยื่นคำขอต่อนายทะเบียน

(2) บุคคลและสถานที่ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน

คนต่างด้าวที่ประสงค์จะขอรับใบอนุญาตทำงาน จะต้องยื่นคำขอต่อนายทะเบียน ณ จังหวัดที่เป็นที่ตั้งของสถานที่ทำงานของผู้ยื่นคำขอดังต่อไปนี้¹¹⁷

ก. ถ้าสถานที่ทำงานของผู้ยื่นคำขอนั้นตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานครให้ยื่นหรือแจ้ง ณ สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน สำนักจัดหางานกรุงเทพ และ ศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน¹¹⁸

ข. ถ้าสถานที่ทำงานของผู้ยื่นคำขอนั้นตั้งอยู่ในเขตจังหวัดอื่นให้ยื่นหรือแจ้ง ณ สำนักงานจัดหางานจังหวัด

(3) ประเภทของการขอรับใบอนุญาตทำงาน

การขอรับใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะสามารถแยกออกเป็น 4 ประเภท ดังนี้

ก. การขอรับใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวกรณีทั่วไป

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองที่จะขออนุญาตทำงานเป็นครั้งแรก หรือเมื่อใบอนุญาตทำงานเดิมขาดอายุไม่ได้ขอต่ออายุ จึงต้องขออนุญาตใหม่หรือขออนุญาตเพิ่มการทำงาน ซึ่งงานที่คนต่างด้าวจะขออนุญาตทำงานได้นั้นจะต้องเป็นงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เนื่องจากปัจจุบันยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้แต่อย่างใด จึงทำให้งานที่คนต่างด้าวจะขออนุญาตทำงานได้นั้นจะต้องไม่ใช่งานที่มีได้ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 39 อาชีพ ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยคนต่างด้าวกรณีทั่วไป จะต้องดำเนินการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท.1 พร้อมเอกสารหลักฐานต่อนายทะเบียนแต่สำหรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น จะต้องดำเนินการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท.2 พร้อมเอกสารหลักฐานต่อนายทะเบียน ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ข้อ 2.6 กระบวนการเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย

¹¹⁷ กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาตการออกใบอนุญาตและการแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2554, ข้อ 36.

¹¹⁸ ประกาศกรมการจัดหางาน เรื่อง กำหนดสถานที่ยื่นคำขอและแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว ลงวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2554.

ข้อยกเว้นการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปคือ กรณีที่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวันแต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ¹¹⁹ ตามแบบ ตท.10 จะต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง 3 ประการ ดังนี้

ก) คนต่างด้าวนั้นได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายคนเข้าเมือง กล่าวคือ คนต่างด้าวนั้นต้องเข้าเมืองถูกกฎหมาย

ข) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาดซึ่งถ้าไม่รับทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น

ค) ระยะเวลาในการทำงานนั้นต้องสามารถทำแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน

ทั้งนี้ในการรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อธิบดีกรมการจัดหางาน โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้วางระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ซึ่งออกมาเพื่อกำหนดกรอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาว่างานใดเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนหรือไม่ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งยังมีผลใช้มาถึงปัจจุบัน โดยระเบียบดังกล่าวได้แบ่งงานออกเป็น 5 ชนิดของงาน ส่วนงานอื่นใดซึ่งไม่อยู่ในเกณฑ์การพิจารณาดังกล่าวแล้ว อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายอาจใช้ดุลพินิจเห็นควรรับแจ้งได้ ดังรายละเอียดดังนี้

ก) งานบริหารงานและวิชาการ

(ก) งานประชุม หรือ สัมมนา หรือเยี่ยมชมธุรกิจ

(ข) งานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว

(ค) งานบรรยายพิเศษ และวิชาการ

(ง) งานอำนวยความสะดวก

ข) งานด้านเทคนิค

(ก) งานช่างตรวจสอบติดตามผลและแก้ไขปัญหาด้านเทคนิค

(ข) งานประชุมเกี่ยวกับการติดตั้งเครื่องจักรและด้านเทคนิค

(ค) งานวิศวกรเครื่องปั้น งานช่างเครื่องปั้น

(ง) งานช่างซ่อมหรือติดตั้งเครื่องจักรกล

(จ) งานช่างเทคนิคด้านปีโตเลียม

¹¹⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 9.

- (ฉ) งานสถิติและทดสอบเครื่องมือกล
 - (ช) งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค
 - (ซ) งานถ่ายทำภาพยนตร์และภาพนิ่ง
 - ค) งานจัดหางานต่างประเทศ
 - (ก) งานคัดเลือกคนงาน
 - (ข) งานทดสอบฝีมือช่าง
 - ง) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี
 - (ก) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ
 - (ข) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่งบังคับใช้แก้ไขข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือเป็นกรณีไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย
 - จ) งานเบ็ดเตล็ด
 - (ก) งานจัดซื้อสินค้า
 - (ข) งานประสานงานการท่องเที่ยว
 - (ค) งานสาธารณกุศลที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือแสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ
 - ฉ) งานอื่นที่อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายเห็นควร
 - ข. การขอรับใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น
- พระราชบัญญัติการทำงานคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดหลักการเพื่อลดขั้นตอนเกี่ยวกับการอนุมัติหรืออนุญาตที่ซ้ำซ้อนในการออกใบอนุญาตทำงานให้กับคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น เนื่องจากเป็นการสร้างภาระให้กับผู้ขอรับอนุมัติหรือผู้ขอรับอนุญาตดังกล่าว กล่าวคือ คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ได้แก่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้คนต่างด้าวนั้นต้องได้รับอนุญาตให้ทำงานตามกฎหมายก่อน โดยให้สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย มีหนังสือแจ้งการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แล้วแต่กรณี ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวนี้

ต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดประกอบหนังสือแจ้งการอนุญาตตามที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนด¹²⁰

เมื่อได้รับแจ้งดังกล่าว ให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งและในระหว่างรอรับใบอนุญาตตามวรรคสอง ให้คนต่างด้าวดังกล่าวทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาต

ค. การขอรับใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทย

คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยนั้น จะขอรับใบอนุญาตทำงานเพื่อทำงานบางประเภทหรือลักษณะงานในประเทศไทยได้เป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดเฉพาะการทำงานภายในท้องที่ที่อยู่ติดกับชายแดนหรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าว โดยจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานชั่วคราวตามแบบ ตท.9 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียน ถ้าคนต่างด้าวดังกล่าวได้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง¹²¹

แต่จนถึงปัจจุบันบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่ได้มีการบังคับใช้แต่อย่างใด เนื่องจากส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมีความเห็นไม่ตรงกันเกี่ยวกับการกำหนดให้บัตรผ่านแดนเป็นเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายคนเข้าเมืองโดยกรมการจัดหางานมีความเห็นว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเนื่องด้วยในการพิจารณาขักร่างบทบัญญัติดังกล่าวของคณะกรรมการกฤษฎีกากรมการจัดหางานได้ชี้แจงสภาพปัญหาการลักลอบทำงานของคนต่างด้าวในบริเวณชายแดนซึ่งที่ประชุมได้มีการพิจารณาเกี่ยวกับเอกสารที่คนต่างด้าวในบริเวณชายแดนใช้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรรวมทั้งบัตรผ่านแดนเพื่อกำหนดให้เป็นเอกสารในการขอรับใบอนุญาตทำงานซึ่งได้ข้อยุติให้ใช้ถ้อยคำว่าเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางก็เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแต่ส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองได้แก่ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทย กรมการกงสุล และกรมเอเซียตะวันออก มีความเห็นว่าบัตรผ่านแดนไม่ใช่เอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเนื่องจาก

¹²⁰ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 12.

¹²¹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 14.

บัตรผ่านแดนเป็นเอกสารที่ออกตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลต่างประเทศเกี่ยวกับการเดินทางข้ามพรมแดน¹²² ซึ่งเป็นข้อยกเว้นให้คนสัญชาติของประเทศที่มีพรมแดนติดกับประเทศไทยได้รับข้อยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง

ทั้งนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้มีความเห็นในกรณีปัญหาดังกล่าวว่า บัตรผ่านแดนไม่มีลักษณะเป็นเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางกรมการจัดหางานจึงไม่อาจใช้บัตรผ่านแดนที่ออกตามมาตรา 13 (2) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตีความว่าเป็นเอกสารประเภทเดียวกับเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเพื่อประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในราชอาณาจักรตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ เนื่องจากมาตรา 14 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่าถ้าคนต่างด้าวเหล่านั้นได้เข้ามาในราชอาณาจักร โดยมี “เอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” อาจได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ โดยในการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานชั่วคราวให้แสดงเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางดังกล่าวด้วยกรณีที่จะต้องพิจารณาเอกสารดังกล่าวตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามาตรา 12(1) ได้บัญญัติให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในราชอาณาจักรจะต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางและมาตรา 13(2) ก็ได้บัญญัติข้อยกเว้นว่าคนต่างด้าวที่เป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทยเดินทางข้ามพรมแดนไปมาชั่วคราวโดยปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศนั้นไม่ต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางแต่สามารถใช้บัตรผ่านแดนซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศที่ติดต่อกันเมื่อบัตรผ่านแดนตามข้อเท็จจริงที่หาหรือเป็นเอกสารที่รัฐบาลจะออกให้กับคนชาติของตนซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทยซึ่งสามารถใช้ในการเดินทางข้ามแดนเข้ามาในราชอาณาจักรไทยได้เป็นการเฉพาะคราวเท่านั้นและบัตรผ่านแดนเป็นเอกสารคนละประเภทกับเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองบัตรผ่านแดน จึงไม่อาจเป็นเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางได้เพราะบัตรผ่านแดนเป็นเอกสารที่เป็นการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศนั้นซึ่งเป็นข้อยกเว้นของการมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 13(2) และโดยที่หนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเป็นเอกสารที่รัฐบาลของประเทศออกให้ประชาชนเพื่อแสดงสัญชาติตัวบุคคลและการให้ความคุ้มครองทางการทูตซึ่งหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามมาตรา 12

¹²² พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 13 (2).

แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้นรัฐบาลของนานาประเทศยอมรับและใช้เป็นสากลแต่กรณีของบัตรผ่านแดนที่ออกตามมาตรา 13(2) จะออกตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลของประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกันเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ประชาชนในการเดินทางสัญจรข้ามแดนเท่านั้นมีลักษณะเป็นความตกลงที่ฝ่ายบริหารออกให้บุคคลในสัญชาติของตนเป็นการเฉพาะตัวเฉพาะถิ่นและเฉพาะประเทศที่ได้ทำความตกลงกันไว้บัตรผ่านแดนจึงไม่อาจใช้เป็นการทั่วไปเช่นหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง

ปัจจุบันการกำหนดเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่ยังมิได้ข้อยุติ จึงทำให้ยังมีได้มีการออกอนุบัญญัติเพื่อมากำหนดประเภทหรือลักษณะงานที่คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยอาจได้รับอนุญาตให้ทำงาน รวมถึงท้องที่ที่อยู่ติดกับชายแดนหรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าวด้วย

ง. การขอรับใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย

คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายคนเมือง หรือคนต่างด้าวที่กระทำความผิดเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาเนรเทศหรือบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย เนื่องจากถูกถอนสัญชาติหรือเกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยซึ่งอาจถือว่าเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย ซึ่งแบ่งออกเป็น 5 ประเภท ดังนี้

ก) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ

ข) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร

ค) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2539 หรือตามกฎหมายอื่น

ง) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515

จ) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายสัญชาติ

โดยคนต่างด้าวทั้งหมดนี้ถ้าประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักร จะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท. 7 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวสัญชาติพม่าลาวและกัมพูชาซึ่งเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษให้ยื่นคำขอตามแบบ ตท. 8 ทำยกกฎกระทรวงนี้พร้อมด้วยเอกสารและ

หลักฐานตามที่กำหนดในหมวด 2 การขอรับใบอนุญาตการขอต่ออายุใบอนุญาตการขอรับใบแทนใบอนุญาตตามมาตรา 13 และการขอเปลี่ยนหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้างห้องที่หรือสถานที่ทำงานหรือเงื่อนไขที่ได้รับอนุญาต ของกฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาตการออกใบอนุญาตและการแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2554 เพื่อทำงานตามประเภทที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคม¹²³

จ. การกำหนดมาตรการเกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าว

การกำหนดให้นายจ้างประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานนั้น จะต้องชำระค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าว เป็นมาตรการที่กำหนดขึ้นใหม่ในว่าเพื่อประโยชน์ในการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานบางประเภทหรือบางลักษณะในราชอาณาจักรรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการจะกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานตามประเภทหรือลักษณะที่กำหนดในราชอาณาจักรก็ได้

นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวตามวรรคหนึ่งให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดและชำระค่าธรรมเนียมก่อนทำสัญญาจ้างไม่น้อยกว่า 3 วันทำการและหากนายจ้างไม่ปฏิบัติตามก็ต้องเสียเงินเพิ่มอีก 1 เท่าของค่าธรรมเนียมที่ต้องชำระการกำหนดให้นายจ้าง¹²⁴

ทั้งนี้ กฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าว พ.ศ. 2552 ข้อ 4 ได้กำหนดค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการในสาขาอาชีพดังต่อไปนี้

ก) สาขาอาชีพสาขาอาชีพรับจ้างทำงานโดยใช้กำลังกายเป็นหลักหรือรับจ้างทำงานในบ้านตามข้อ 1 รวมทั้งสำหรับสาขาอาชีพอื่นนอกจากสาขาอาชีพรับจ้างทำงานโดยใช้กำลังกายเป็นหลักหรือรับจ้างทำงานในบ้านและสาขาอาชีพรับจ้างทำงานโดยใช้กำลังกายเป็นหลักในกิจการประมงกิจการต่อเนื่องจากกิจการประมงหรือกิจการเกษตรหรือปศุสัตว์ ตามข้อ 3

(ก) ในท้องที่จังหวัดกาญจนบุรี จังหวัดจันทบุรี จังหวัดชุมพร จังหวัดเชียงราย จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดตราด จังหวัดตาก จังหวัดนครพนม จังหวัดนครราชสีมา จังหวัดน่าน จังหวัดบุรีรัมย์ จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ จังหวัดปัตตานี จังหวัดพะเยา จังหวัดพิษณุโลก จังหวัดเพชรบุรี จังหวัดมุกดาหาร จังหวัดแม่ฮ่องสอน จังหวัดยะลา จังหวัดระนอง จังหวัดราชบุรี

¹²³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 13.

¹²⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 8.

จังหวัดเลย จังหวัดศรีสะเกษ จังหวัดสงขลา จังหวัดสตูล จังหวัดสระแก้ว จังหวัดสุรินทร์ จังหวัดหนองคาย จังหวัดอุดรดิตถ์ จังหวัดอุบลราชธานี และจังหวัดอำนาจเจริญ ตามข้อ 1(1) รายละเอียด 200 บาท

(ข) ในท้องที่จังหวัดในท้องที่จังหวัดกาฬสินธุ์ จังหวัดกำแพงเพชร จังหวัดขอนแก่น จังหวัดฉะเชิงเทรา จังหวัดชลบุรี จังหวัดตรัง จังหวัดนครราชสีมา จังหวัดนครสวรรค์ จังหวัดปราจีนบุรี จังหวัดพังงา จังหวัดพัทลุง จังหวัดพิจิตร จังหวัดเพชรบูรณ์ จังหวัดแพร่ จังหวัดมหาสารคาม จังหวัดยโสธร จังหวัดระยอง จังหวัดร้อยเอ็ด จังหวัดลำปาง จังหวัดลำพูน จังหวัดสกลนคร จังหวัดสมุทรสงคราม จังหวัดสุพรรณบุรี จังหวัดสุราษฎร์ธานี จังหวัดสุโขทัย จังหวัดหนองบัวลำภู จังหวัดอุดรธานี และจังหวัดอุทัยธานี ตามข้อ 1(2) รายละเอียด 300 บาท

(ค) ในท้องที่จังหวัดกระบี่ จังหวัดชัยนาท จังหวัดชัยภูมิ จังหวัดนครนายก จังหวัดนครศรีธรรมราช จังหวัดพระนครศรีอยุธยา จังหวัดภูเก็ต จังหวัดลพบุรี จังหวัดสระบุรี จังหวัดสิงห์บุรี และจังหวัดอ่างทอง ตามข้อ 1(3) รายละเอียด 400 บาท

(ง) ในท้องที่กรุงเทพมหานคร จังหวัดนครปฐม จังหวัดนนทบุรี จังหวัดปทุมธานี จังหวัดสมุทรปราการ และจังหวัดสมุทรสาคร ตามข้อ 1(4) รายละเอียด 600 บาท

ข) สาขาอาชีพรับจ้างทำงานโดยใช้กำลังกายเป็นหลักในกิจการประมงกิจการต่อเนื่องจากกิจการประมงหรือกิจการเกษตรหรือปศุสัตว์ตามข้อ 2 ในทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักรรายละเอียด 200 บาท

แต่ปัจจุบันยังมีได้มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวแต่อย่างใด เนื่องจากคณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม 2552 ให้กระทรวงแรงงานรับเรื่อง การกำหนดประเภทหรือลักษณะงานที่ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวที่ได้เสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบไปพิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่ง โดยให้พิจารณาแนวทางและมาตรการต่าง ๆ ให้เหมาะสมครบถ้วน ไม่เพิ่มภาระด้านต้นทุนแก่ผู้ประกอบการ และไม่เข้าซ้อนกับการควบคุมแรงงานต่างด้าวที่ดำเนินการได้โดยมาตรการอื่น ๆ อยู่แล้ว รวมถึงผลการบังคับใช้แล้วนำเสนอคณะรัฐมนตรีในช่วงเวลาที่เหมาะสมต่อไปจึงยังมีได้มีการออกประกาศกระทรวงแรงงานเพื่อกำหนดประเภทหรือลักษณะงานที่ให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวตามที่ มาตรา 8 วรรคหนึ่งได้กำหนดไว้

3) ใบอนุญาตทำงาน

เมื่อคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว จะต้องมิใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัว หรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียน ได้เสมอ¹²⁵

(1) อายุใบอนุญาตทำงาน

เมื่อนายทะเบียนพิจารณาคำขอรับใบอนุญาตทำงานแล้ว ให้มีอายุไม่เกิน 2 ปีนับแต่วัน ออก ซึ่งอายุใบอนุญาตทำงานนี้ไม่มีผลเป็นการขยายระยะเวลาอยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่า ด้วยคนเข้าเมือง

อย่างไรก็ตามใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานใน ราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นให้มีอายุเท่าระยะเวลา ที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ จะมีอายุแตกต่างกันไปจากระยะเวลาที่กำหนดให้ ไม่เกิน 2 ปี กล่าวคือ ใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักร ตามกฎหมายดังกล่าวนี้จะมีอายุเท่ากับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตาม กฎหมายนั้น ๆ¹²⁶

(2) การขยายระยะเวลาในการทำงาน

กรณีที่ได้รับใบอนุญาตทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการ ลงทุนหรือตามกฎหมายอื่น ได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้อนุญาตตาม กฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดี กำหนดโดยเร็วและให้นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตการขยาย ระยะเวลาในการทำงานนั้นคล้ายกับการขอต่ออายุใบอนุญาตทำงาน แต่เนื่องจากอำนาจในการ พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรเป็นอำนาจของหน่วยงานอื่นตาม กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น หากได้เป็นอำนาจของนายทะเบียนโดยตรง ดังนั้น เมื่อคนต่างด้าวได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือกฎหมายอื่นแล้วให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหน้าที่ต้องแจ้งการได้รับขยายระยะเวลา การทำงานนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และเมื่อนายทะเบียน ได้รับแจ้งแล้ว ต้องจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาต โดยไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าจะ

¹²⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 24.

¹²⁶ จาก *กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว* (น. 96), เล่มเดิม.

ขยายให้หรือไม่ แม้ในกรณีที่ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะแจ้งการได้รับขยายระยะเวลาล่าช้าก็ตามให้นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน

(3) การต่ออายุใบอนุญาตทำงาน

เมื่อครบกำหนดตามใบอนุญาตทำงานแล้ว หากคนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตทำงานประสงค์จะทำงานนั้นต่อไป ให้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน¹²⁷ ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

ก. ต้องยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท.5 พร้อมเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียน

ข. ยื่น ณ ท้องที่ที่ได้รับอนุญาตทำงาน

ค. ต้องยื่นคำขอดังกล่าวก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ

ง. ให้นายทะเบียนต่อใบอนุญาตทำงานได้ครั้งละ 2 ปีโดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร และกรณีคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศตามมาตรา 13(1) และคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักรตามมาตรา 13(2) ให้มีระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานติดต่อกันรวมแล้วต้องไม่เกิน 4 ปี เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเป็นอย่างอื่นเป็นคราว ๆ ไป

อย่างไรก็ดี เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตไว้แล้วคนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานนั้นต่อไปพลางก่อนได้จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุ

(4) การขอใบแทนใบอนุญาตทำงาน

กรณีใบอนุญาตทำงานสูญหายหรือเสียหาย ให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตทำงานยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท. 4 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียน แต่สำหรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น จะต้องดำเนินการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท.2 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานและคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือคนต่างด้าวที่กระทำความผิดเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาเนรเทศหรือบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย เนื่องจากถูกถอนสัญชาติหรือเกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับ

¹²⁷ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 23.

สัญชาติไทย ตามมาตรา 13 ถ้าประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักรจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท. 7 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานรวมทั้งคนต่างด้าวสัญชาติพม่า ลาวและกัมพูชาซึ่งเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษให้ยื่นคำขอตามแบบ ตท. 8 ท้ายกฎกระทรวงนี้พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียน ทั้งนี้คนต่างด้าวจะต้องยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตทำงานภายใน 15 วันนับแต่วันที่ทราบการสูญหายหรือเสียหาย¹²⁸

(5) การขอเปลี่ยนแปลงแก้ไขใบอนุญาตทำงาน

คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตทำงานต้องทำงานตามประเภทหรือลักษณะงาน และกับนายจ้าง ณ ท้องที่หรือสถานที่และเงื่อนไขตามที่ได้รับอนุญาตคนต่างด้าวประสงค์จะทำงานอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงานจะต้องขอเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงาน นายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไข และต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน¹²⁹ โดยการยื่นคำขออนุญาตเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้าง ท้องที่หรือสถานที่หรือเงื่อนไข ผู้ขออนุญาตต้องยื่นคำขอตามแบบ ตท.6 พร้อมเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ได้รับใบอนุญาตทำงานด้วย แต่สำหรับคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น จะต้องดำเนินการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท.2 พร้อมเอกสารและหลักฐานและคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือคนต่างด้าวที่กระทำความผิดเข้าหลักเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณาเนรเทศหรือบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย เนื่องจากถูกถอนสัญชาติหรือเกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย ตามมาตรา 13 ถ้าประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักร จะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามแบบ ตท. 7 พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐาน รวมทั้งคนต่างด้าวสัญชาติพม่า ลาวและกัมพูชาซึ่งเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศ

¹²⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 25.

¹²⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 26.

อนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษให้ยื่นคำขอตามแบบ ตท. 8 ท้ายกฎกระทรวงนี้พร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ได้รับใบอนุญาตทำงานด้วย

4) การอุทธรณ์

กรณีที่นายทะเบียนมีคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองตามมาตรา 9 คำสั่งไม่ออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวกรณีนายจ้างต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานแทนคนต่างด้าวตามมาตรา 11 คำสั่งไม่ออกใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายตามมาตรา 13 คำสั่งไม่ออกใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยตามมาตรา 14 หรือไม่อนุญาตให้เปลี่ยนหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงานหรือเงื่อนไขตามมาตรา 26 หรือกรณีที่นายทะเบียนไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตตามมาตรา 23 หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 28

ผู้มีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ได้แก่ ผู้ขอรับใบอนุญาตทำงานผู้ขออนุญาตผู้รับใบอนุญาตทำงานหรือผู้ถูกเพิกถอนใบอนุญาตทำงาน แล้วแต่กรณี โดยให้ทำคำอุทธรณ์เป็นหนังสือยื่นต่อนายทะเบียนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งดังกล่าว¹³⁰ เพื่ออุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ซึ่งประกอบด้วย ปลัดกระทรวงแรงงานเป็นประธานกรรมการผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุดผู้แทนกรมพัฒนาธุรกิจการค้าผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติผู้แทนองค์กรนายจ้างและผู้แทนองค์กรลูกจ้างฝ่ายละหนึ่งคนและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกินสามคนเป็นกรรมการโดยให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการของกรมการจัดหางานคนหนึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการและอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

ให้นายทะเบียนส่งคำอุทธรณ์พร้อมทั้งเหตุผลในการมีคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตทำงานไม่อนุญาตให้เปลี่ยนหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงานหรือเงื่อนไข ไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงาน หรือเพิกถอนใบอนุญาตทำงานต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายใน 7 วัน นับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์ และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยคำอุทธรณ์ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์สำหรับการอุทธรณ์คำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 23 ผู้อุทธรณ์มีสิทธิทำงานไปพลางก่อนได้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์

¹³⁰ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 46.

ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ทั้งนี้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด จึงมีผลให้ผู้ขออุทธรณ์ดังกล่าวไม่สามารถอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อองค์กรหรือหน่วยงานใดต่อไป ในฝ่ายบริหารได้อีก หากเป็นการคัดสิทธิผู้ยื่นคำขอที่จะดำเนินการในชั้นศาลต่อไปซึ่งผู้ขออุทธรณ์ สามารถนำเรื่องดังกล่าวมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้ เนื่องจากเป็นคดีเกี่ยวกับคำสั่งทาง ปกครองซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

นอกจากนี้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้อนุโลมบทบัญญัติว่า ด้วยคำสั่งทางปกครองและคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการทำคำสั่งทางปกครองและการประชุมของ คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์อีกด้วย¹³¹

5) กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติการ ทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

(1) ที่มาของกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้มีการจัดตั้ง “กองทุน เพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร” ขึ้นในกรมการจัดหางาน โดยมีวัตถุประสงค์ เป็นทุนหมุนเวียนสำหรับใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งลูกจ้าง คนต่างด้าว และผู้ถูกสั่งเนรเทศกลับออกไป นอกราชอาณาจักร¹³² และมีที่มาของเงินกองทุนตามที่กำหนดไว้¹³³ ดังนี้

ก. เงินเพิ่มตามมาตรา 8 วรรคสาม ซึ่งได้แก่ เงินที่นายจ้างต้องชำระเพิ่มเติมในกรณี ที่นายจ้างมีหน้าที่ต้องชำระค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวซึ่งไม่ใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการเข้า ทำงาน ซึ่งมีอัตราเท่ากับค่าธรรมเนียมดังกล่าว

ข. เงินที่นายจ้างนำส่งเข้ากองทุนตามมาตรา 15 ซึ่งได้แก่ เงินที่นายจ้างหักจากค่าจ้าง ของลูกจ้างเพื่อนำส่งเข้ากองทุน

ค. เงินเพิ่มตามมาตรา 17 ซึ่งได้แก่ เงินที่นายจ้างต้องชำระเพิ่มเติมในกรณีที่นายจ้างหัก เงินค่าจ้างของลูกจ้างแล้ว แต่ไม่นำส่งเข้ากองทุน

¹³¹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 47.

¹³² พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 29.

¹³³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 30.

ง. เงินที่ตกเป็นของกองทุนตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง ซึ่งได้แก่ เงินค่าจ้างที่ลูกจ้างส่งเข้ากองทุนแล้วไม่ขอรับคืนภายใน 2 ปี นับแต่วันที่กลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง

จ. เงินที่เรียกเก็บจากนายจ้างตามมาตรา 20 วรรคสอง ซึ่งได้แก่ เงินจำนวนที่ลูกจ้างยังส่งเข้ากองทุนไม่ครบถ้วนก่อนส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และกลับเข้ามาทำงานตามความต้องการของนายจ้าง

ฉ. เงินหรือทรัพย์สินอื่นที่มีผู้อุทิศให้

ช. เงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้ตามพระราชบัญญัตินี้ตามที่กระทรวงการคลังอนุญาตให้นำไปใช้จ่ายได้โดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

ซ. ดอกผลของกองทุน

ฎ. เงินอุดหนุนจากรัฐบาล

(2) วัตถุประสงค์ของกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เงินของกองทุนใช้เพื่อวัตถุประสงค์¹³⁴ ดังนี้

ก. เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งลูกจ้างกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้

ข. คืนให้แก่ลูกจ้างตามมาตรา 18 และเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการดังกล่าว

ค. เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

ง. เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งผู้ถูกตั้งเนรเทศกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ

จ. เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นต่อการบริหารกองทุนซึ่งต้องไม่เกินร้อยละสิบของดอกผลของกองทุน

ฉ. เงินของกองทุนตามมาตรา 30(7) และดอกผลของเงินดังกล่าวให้ใช้เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่เงินของกองทุนไม่เพียงพอสำหรับค่าใช้จ่ายตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐบาลจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่กองทุนเป็นคราว ๆ ตามความจำเป็น

¹³⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 31.

ทั้งนี้คณะกรรมการกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรจะมีหน้าที่ในการบริหารจัดการกองทุนให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ซึ่งคณะกรรมการกองทุนประกอบไปด้วยผู้แทนจากหน่วยงานต่าง ๆ ที่รับผิดชอบดูแลการดำเนินงานที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในทุกมิติ จำนวนไม่เกิน 15 คน โดยมีองค์ประกอบดังนี้¹³⁵

ก. กรรมการโดยตำแหน่ง ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมการจัดหางาน เป็นรองประธานกรรมการ ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานประมาท ผู้แทนกรมการปกครอง ผู้แทนกรมบัญชีกลาง ผู้แทนกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการเป็นกรรมการ ผู้อำนวยการสำนักบริหารแรงงานต่างด้าวเป็นกรรมการและเป็นเลขานุการ ทั้งนี้คณะกรรมการกองทุนอาจแต่งตั้งข้าราชการกรมการจัดหางานเป็นผู้ช่วยเลขานุการได้ไม่เกิน 2 คน

ข. กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิไม่เกินเจ็ดคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจากผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญด้านแรงงาน การเงิน การอุตสาหกรรม และกฎหมาย ซึ่งมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละ 3 ปี และอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้แต่ต้องไม่เกิน 2 วาระติดต่อกัน

(3) หน้าที่ของนายจ้างและลูกจ้างในการส่งเงินเข้ากองทุน

คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 มาตรา 11 มาตรา 13(2) และ (2) และมาตรา 14 ซึ่งปัจจุบันมีเฉพาะคนต่างด้าวสัญชาติพม่า สัญชาติลาว และสัญชาติกัมพูชา โดยได้รับอนุญาตให้ทำงานรับใช้ในบ้านและงานกรรมกรต้องส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อเป็นประกันค่าใช้จ่ายในการส่งลูกจ้างนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยให้นายจ้างมีหน้าที่หักเงินค่าจ้างจากลูกจ้างนั้นและนำส่งเข้ากองทุน¹³⁶ ในอัตราคนละ 1,000 บาทโดยเฉลี่ยเป็นจำนวนเท่ากันทุกเดือนติดต่อกันเป็นเวลา 4 เดือน หรือกรณีที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันเป็นหนังสือให้หักเงินค่าจ้างของลูกจ้างเพื่อนำส่งเข้ากองทุนน้อยกว่ากำหนดเวลา 4 เดือนก็ได้ และนำส่งเงินที่หักไว้วันนั้นเข้ากองทุนภายในวันที่ 15 ของทุกเดือนจนครบอัตราดังกล่าว¹³⁷ และเมื่อได้รับเงินที่นายจ้างนำส่งเข้า

¹³⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 32.

¹³⁶ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 15.

¹³⁷ กฎกระทรวงกำหนดงานและจำนวนเงินที่ลูกจ้างต้องส่งเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และหลักเกณฑ์และวิธีการในการส่งเงิน การออกใบรับ หนังสือรับรองและใบแทนหนังสือรับรองการส่งเงิน พ.ศ. 2553 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดงานและจำนวนเงินที่ลูกจ้างต้องส่งเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และหลักเกณฑ์และวิธีการในการส่งเงิน การออกใบรับ หนังสือรับรอง และใบแทนหนังสือรับรองการส่งเงิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556.

กองทุนแล้ว ให้นายทะเบียนออกใบรับตามแบบ ตท.12 ให้แก่นายจ้างเพื่อนำไปมอบให้แก่ลูกจ้างไว้เป็นหลักฐาน โดยในใบรับนั้นอย่างน้อยต้องระบุชื่อและเลขประจำตัวของลูกจ้างซึ่งถูกหักค่าจ้าง จำนวนเงินที่นำส่งและจำนวนเงินค้างส่ง และให้นายจ้างมอบใบรับให้แก่ลูกจ้างนั้นไว้เป็นหลักฐาน เมื่อลูกจ้างส่งเงินเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว ให้นายทะเบียนออกหนังสือรับรองตามแบบ ตท.13 ให้แก่ลูกจ้างและในกรณีที่หนังสือรับรองเสียหายหรือสูญหาย ให้ลูกจ้างยื่นคำขอรับใบแทนหนังสือรับรอง¹³⁸

ทั้งนี้ นายจ้างซึ่งไม่นำส่งเงินค่าจ้างเข้ากองทุนหรือนำส่งไม่ครบถ้วนต้องเสียเงินเพิ่มในอัตราร้อยละ 2 ต่อเดือนของเงินค่าจ้างที่ไม่ได้นำส่งหรือนำส่งไม่ครบ¹³⁹

(4) วิธีการนำส่งเข้ากองทุน

การนำส่งเงินเข้ากองทุน ให้นายจ้างยื่นเงินพร้อมด้วยแบบแสดงรายการนำส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และรายละเอียดการนำส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ณ สถานที่ใดสถานที่หนึ่งดังต่อไปนี้¹⁴⁰

ก. สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน หรือสำนักงานจัดหางานจังหวัด สำนักจัดหางานกรุงเทพมหานครพื้นที่ในท้องที่ซึ่งเป็นที่ตั้งสถานที่ทำงานของลูกจ้าง แล้วแต่กรณี

ข. ธนาคารพาณิชย์ ที่ทำการไปรษณีย์ ศูนย์บริการชำระเงินหรือสถานที่อื่นที่มีข้อตกลงกับกรมการจัดหางานให้เป็นสถานที่นำส่งเงินเข้ากองทุน ทั้งนี้ ตามที่อธิบดีประกาศกำหนด

(5) การขอรับเงินคืน

ลูกจ้างซึ่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยค่าใช้จ่ายของตนเองมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างของตนที่ถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนคืน โดยยื่นคำร้องขอคืนต่อนายทะเบียน ณ ด่านตรวจคนเข้าเมืองที่ตนจะต้องผ่านเพื่อกลับออกไปนอกราชอาณาจักร หรือมีหนังสือแจ้งการขอคืนไปยังนายทะเบียน โดยการขอคืนเงินค่าจ้าง ลูกจ้างต้องแนบบใบรับเป็นหลักฐานในกรณียังส่งเงินเข้ากองทุนไม่ครบถ้วน หรือแนบหนังสือรับรอง ในกรณีส่งเงินเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว

การพิจารณาการจ่ายเงินคืนนั้น ให้นายทะเบียนมีหน้าที่คืนเงินค่าจ้างดังกล่าวเป็นเงินสดให้แก่ลูกจ้าง หรือเป็นเช็คระบุชื่อลูกจ้าง หรือ โอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากของลูกจ้างภายใน 30 วันนับ

¹³⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 16.

¹³⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 17.

¹⁴⁰ ประกาศกรมการจัดหางาน เรื่อง กำหนดแบบแสดงรายการและสถานที่นำส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2556.

แต่วันที่ได้รับคำร้องหรือหนังสือแจ้งการขอคืน แล้วแต่กรณี ในกรณีที่นายทะเบียนคืนเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ให้นายทะเบียนคืนเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีนับแต่วันที่ครบกำหนด 30 วัน ดังกล่าวจนถึงวันที่นายทะเบียนคืนเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง¹⁴¹

สำหรับลูกจ้างซึ่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง ถ้ามิได้ขอรับเงินค่าจ้างของตนที่ถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนคืนภายใน 2 ปีนับแต่วันที่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร ให้เป็นอันหมดสิทธิที่จะได้รับเงินนั้นคืน และให้เงินนั้นตกเป็นของกองทุนแต่ในกรณีที่ลูกจ้างกลับเข้ามาในราชอาณาจักรและกลับเข้าทำงานตามใบอนุญาตทำงานเดิมที่ยังไม่สิ้นอายุ หรือได้ทำงานตามใบอนุญาตทำงานใหม่อันเป็นงานที่กำหนดในกฎกระทรวงดังกล่าวแล้วแต่กรณีภายใน 2 ปีนับแต่วันที่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร ลูกจ้างนั้นไม่ต้องถูกหักเงินค่าจ้างเพื่อนำส่งเข้ากองทุนอีก เว้นแต่เงินค่าจ้างที่ลูกจ้างนั้นเคยถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนยังไม่ครบถ้วน ให้นายจ้างหักเงินค่าจ้างของลูกจ้างนั้นและนำส่งเข้ากองทุนจนกว่าจะครบถ้วน¹⁴²

เมื่อมีกรณีที่จะต้องส่งลูกจ้างกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ให้กองทุนจ่ายเงินของกองทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการส่งลูกจ้างนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรแต่ในกรณีที่ลูกจ้างซึ่งจะถูกส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรยังส่งเงินเข้ากองทุนไม่ครบถ้วนให้กองทุนจ่ายเงินของกองทุนสมทบในส่วนที่ขาด ยกเว้นกรณีลูกจ้างนั้นเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามความต้องการของนายจ้าง นายจ้างนั้นต้องรับผิดชอบในเงินจำนวนที่ลูกจ้างยังส่งเข้ากองทุนไม่ครบถ้วนและให้กองทุนเรียกเก็บเงินส่วนที่ยังขาดอยู่นั้นจากนายจ้าง¹⁴³

6) มาตรการบังคับใช้

เพื่อให้การดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ในการกำหนดพระราชบัญญัตินี้ขึ้นมาเพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว จึงจำเป็นต้องมีมาตรการบังคับใช้กฎหมายที่มีประสิทธิภาพ ด้วย โดยการกำหนดความผิดต่าง ๆ พร้อมทั้งบทกำหนดโทษที่จะลงโดยเหมาะสม การดำเนินคดีตลอดจนการตรวจสอบและบังคับให้มีการปฏิบัติตามกฎหมาย ดังต่อไปนี้

(1) ความผิดตามกฎหมายและโทษ

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยกำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานและนายจ้างที่ประสงค์

¹⁴¹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 18.

¹⁴² พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 19.

¹⁴³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 20.

จะรับคนต่างด้าวเข้าทำงานต้องปฏิบัติ ปรากฏว่ามีความผิดฐานต่าง ๆ ที่จะต้องดำเนินคดีกับบุคคลที่เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

ก. คนต่างด้าว

คนต่างด้าวอาจกระทำความผิดและถูกลงโทษตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ดังนี้

ก) คนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตทำงานจะต้องได้รับโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับตั้งแต่ 2,000 บาทถึง 100,000 บาทหรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁴⁴

ข) ผู้รับใบอนุญาตทำงานฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ให้ปฏิบัติตามเมื่อขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 มาตรา 13 มาตรา 14 หรือขอเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มรายการในใบอนุญาตทำงานมาตรา 26 จะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท¹⁴⁵

ค) ผู้รับใบอนุญาตทำงานที่ไม่มีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียน จะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁴⁶

ง) คนต่างด้าวที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกหรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 48 ทั้งนี้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁴⁷

จ) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และกฎหมายอื่น มีหน้าที่ต้องแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายดังกล่าวเป็นหนังสือต่อนายทะเบียน เพื่อให้ นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน แต่กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวซึ่งรับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁴⁸ ทั้งนี้คนต่างด้าวมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดไว้จึงทำให้บทกำหนดโทษดังกล่าวไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 51.

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 52.

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 53.

¹⁴⁷ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 55.

¹⁴⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 53.

ข. นายจ้าง

นายจ้างของคนต่างด้าวที่อาจกระทำความผิดและถูกลงโทษได้ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ดังนี้

ก) นายจ้างที่รับคนต่างด้าวที่ไม่มีใบอนุญาตทำงานเข้าทำงาน จะต้องได้รับโทษปรับตั้งแต่ 10,000 บาท ถึง 100,000 บาท ต่อคนต่างด้าวที่จ้าง 1 คน

ข) นายจ้างที่รับคนต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงานแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำงานกับตนเข้าทำงาน จะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁴⁹

ค) นายจ้างที่ไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกหรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 48 ทั้งนี้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁵⁰

ค. บุคคลอื่น

นอกจากคนต่างด้าวและนายจ้างอาจมีความผิดและต้องรับโทษตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้แล้ว บุคคลอื่นที่ถึงแม้จะไม่ได้เป็นนายจ้างของคนต่างด้าวก็อาจมีความผิดและได้รับโทษได้เช่นกัน ถ้าบุคคลนั้นไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกหรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา 48 ทั้งนี้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควรจะต้องได้รับโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

(2) การตรวจตราเพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมาย

เนื่องจากการพิจารณาออกใบอนุญาต หรืออนุญาตตามคำขอที่ยื่นตามพระราชบัญญัตินี้ มีรายละเอียดและข้อเท็จจริงที่ต้องพิจารณาประกอบกันหลายด้าน และเป็นกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยตรง ในบางกรณีมีความจำเป็นต้องสอบถามข้อเท็จจริงเพิ่มเติมหรือเรียกหลักฐานประกอบการพิจารณาเพิ่มเติมมาตรา 48 บัญญัติให้อธิบดีคนนายทะเบียน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการสอบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ซึ่งแบ่งเป็น 2 กรณี คือ

ก. มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริงรวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐาน ถ้าผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าวแล้วฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

¹⁴⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 54.

¹⁵⁰ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 55.

ข. เข้าไปในสถานที่ใดที่มีเหตุอันสมควรสงสัยว่ามีคนต่างด้าวทำงานในระหว่างเวลาที่เชื่อได้ว่ามีการทำงาน เพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว ทั้งให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริง หรือเรียกเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ จากบุคคลที่รับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในสถานที่ดังกล่าวได้ โดยผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ดังกล่าว หรือบุคคลผู้รับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในสถานที่ดังกล่าวต้องอำนวยความสะดวกตามสมควร หากผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่หรือผู้เกี่ยวข้องซึ่งอยู่ในสถานที่นั้นฝ่าฝืนไม่อำนวยความสะดวกให้ตามสมควร ผู้ฝ่าฝืนนั้นต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท¹⁵¹

เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่สัมฤทธิ์ผลยิ่งขึ้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จึงบัญญัติให้อธิบดีนายทะเบียน หรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีฐานะเป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญาซึ่งมีผลให้ต้องนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาลักษณะ 2 ว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการปกครอง ตั้งแต่มาตรา 136 ถึง 166 มาใช้บังคับโดยอนุโลม เช่น การชี้แจงข้อเท็จจริงที่เป็นเท็จต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจจึงเป็นความผิดอาญาฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงานต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵² หรือในกรณีที่ผู้ถูกสอบถามใช้ถ้อยคำคลุมเครือพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจเนื่องจากการปฏิบัติตามหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ผู้กระทำก็มีความผิดฐานดูหมิ่นเจ้าพนักงาน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹⁵³ หรือในกรณีที่มีการเรียก รับ หรือยอมจะรับทรัพย์สินเพื่อให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติหน้าที่ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานเรียกรับสินบน เป็นต้น

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตทำงานอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้และสั่งให้ไปรายงานตัวยังสถานีตำรวจพร้อมกับพนักงานเจ้าหน้าที่แต่คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ยินยอมหรือจะหลบหนีให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับคนต่างด้าวผู้นั้นโดยไม่ต้องมีหมายจับและให้นำตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนโดยทันทีในการนี้ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจับตามมาตรา 81 มาตรา 81/1 มาตรา 82 มาตรา 83 มาตรา 84 มาตรา 85 และมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับกับการจับตามมาตรานี้โดยอนุโลม

¹⁵¹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 55.

¹⁵² ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 137.

¹⁵³ ประมวลกฎหมายอาญา, มาตรา 136.

นอกจากนี้เพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือพนักงานสอบสวนในการสอบสวน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานจะแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความรู้ความชำนาญในการสอบสวนร่วมเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาได้ในกรณี เช่นนี้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ช่วยเหลือพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนใน คติความคิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้การดำเนินการเกี่ยวกับการจับกุมและการร่วมกันสอบสวน ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติร่วมกันกำหนด¹⁵⁴

(3) การดำเนินคดี

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้มีการเปรียบเทียบกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ โดยแบ่งความผิดออกได้ดังนี้

ก. ความผิดฐานคนต่างด้าวทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 51 ให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจเปรียบเทียบได้ ในกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทำงาน โดยไม่ได้รับใบอนุญาตทำงานยินยอมเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักรภายในเวลาที่ พนักงานสอบสวนกำหนดซึ่งต้องไม่ช้ากว่า 30 วัน พนักงานสอบสวนจะเปรียบเทียบปรับและ ดำเนินการให้คนต่างด้าวนั้นเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้¹⁵⁵

ข. ความผิดอื่นนอกจากความผิดตามข้อ ก. ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบ ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้ และเมื่อคณะกรรมการ เปรียบเทียบได้เปรียบเทียบและผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายใน 30 วันแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

องค์ประกอบของคณะกรรมการเปรียบเทียบซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงาน แต่งตั้งนั้น จะต้องมิใช่คณะกรรมการจำนวน 3 คน และคนหนึ่งต้องเป็นพนักงานสอบสวนตาม ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา¹⁵⁶ ปรากฏตามคำสั่งกระทรวงแรงงาน ที่ 76/2551 ลงวันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 เรื่องแต่งตั้งคณะกรรมการเปรียบเทียบตามพระราชบัญญัติการทำงาน ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ดังนี้

¹⁵⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 50.

¹⁵⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 51.

¹⁵⁶ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 56.

ก) คณะกรรมการเปรียบเทียบกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วย

(ก) อธิบดีกรมการจัดหางาน หรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย

(ข) ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ หรือพนักงานสอบสวนซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมอบหมาย

(ค) ผู้อำนวยการกองนิติการ หรือนิติกรตั้งแต่ระดับ 7 ขึ้นไป สังกัดกองนิติการ กรมการจัดหางาน ซึ่งผู้อำนวยการกองนิติการมอบหมาย

ให้มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดที่เกิดขึ้นในท้องที่กรุงเทพมหานคร

ข) คณะกรรมการเปรียบเทียบกรุงเทพมหานคร ประกอบด้วย

(ก) ผู้ว่าราชการจังหวัด หรือผู้ซึ่งผู้ว่าราชการจังหวัดมอบหมาย

(ข) จัดหางานจังหวัดหรือข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ระดับ 6 ขึ้นไป ที่ปฏิบัติงาน ณ สำนักงานจัดหางานจังหวัด ซึ่งจัดหางานจังหวัดมอบหมาย

(ค) ผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัดหรือพนักงานสอบสวนซึ่งผู้บังคับการตำรวจภูธรจังหวัด มอบหมาย

ให้มีอำนาจเปรียบเทียบความผิดที่เกิดขึ้นในท้องที่จังหวัดที่รับผิดชอบ

3.1.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายที่กำหนดระบบการให้สิทธิและประโยชน์ที่เหมาะสมสำหรับการจูงใจให้มีการลงทุนในกิจการที่รัฐให้ความสำคัญและประสงค์จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองกิจการที่รัฐให้การส่งเสริมที่ทันต่อเหตุการณ์และให้มีกลไกการบริหารงานส่งเสริมการลงทุนของรัฐที่สามารถอำนวยความสะดวกและจัดอุปสรรคในการลงทุน ซึ่งการขออนุญาตนำช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการต่างชาติเข้ามาในราชอาณาจักรตามที่ปรากฏอยู่ในหมวด 3 ว่าด้วยเรื่องสิทธิประโยชน์นั้น มีส่วนเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนของการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน

โดยที่พระราชบัญญัติการทำงานคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้วางหลักการในการลดขั้นตอนเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และลดภาระให้กับคนต่างด้าวผู้ขอรับอนุญาตไว้ ซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตทำงานให้กับคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน

ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น¹⁵⁷ โดยคนต่างด้าวไม่ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานเช่นเดียวกับคนต่างด้าวทั่วไป แต่ผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการอนุญาตคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยดังกล่าว ผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 คือ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งให้ความเห็นชอบให้คนต่างด้าวดังต่อไปนี้ ได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะตำแหน่งหน้าที่การทำงานตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร¹⁵⁸

(1) คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาลู่ทางการลงทุนหรือกระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุน หรือปฏิบัติงานในกิจการที่อยู่ระหว่างการพิจารณาให้ได้รับการส่งเสริมหรือรอบัตรส่งเสริม¹⁵⁹

การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาลู่ทางการลงทุนหรือกระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุนหรือปฏิบัติงานในกิจการที่อยู่ระหว่างการพิจารณาให้ได้รับการส่งเสริมหรือรอบัตรส่งเสริมตามมาตรา 24 จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนฉบับที่ 1/2553 เรื่องกำหนดเวลาในการปฏิบัติงานส่งเสริมการลงทุนลงวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2553 ดังนี้

ก. กำหนดระยะเวลาในการพิจารณา

ก) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน ทำการ

- (ก) อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาศึกษาลู่ทางการลงทุน
- (ข) อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามากระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุน
- (ค) อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาปฏิบัติงานในกิจการที่อยู่ระหว่างการพิจารณาให้ได้รับการส่งเสริมหรือรอบัตรส่งเสริม

(ง) อนุญาตให้ขยายเวลาการอยู่ในราชอาณาจักรเพื่อศึกษาลู่ทางการลงทุนหรือกระทำการที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุนหรือปฏิบัติงานในกิจการที่อยู่ระหว่างการพิจารณาให้ได้รับการส่งเสริมหรือรอบัตรส่งเสริม

ข) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 10 วัน ทำการ

- (ก) ประทับตราวีซ่า/เปลี่ยนประเภทวีซ่า
- (ข) อนุญาตให้อยู่ตามสิทธิเดิม

¹⁵⁷ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 12.

¹⁵⁸ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520, มาตรา 26.

¹⁵⁹ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520, มาตรา 24.

ทั้งนี้ นับตั้งแต่วันที่สำนักงานได้รับคำขอพร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาสมบูรณ์ครบถ้วน

ข. เอกสารและหลักฐานที่จะต้องยื่นเพื่อประกอบการพิจารณาตามเรื่องที่ยกขี้ดนี้

ก) กรณีอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุน

(ก) เป็นกิจการที่อยู่ในข่ายได้รับการส่งเสริมหรือกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศตามที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นชอบและ

(ข) มีหลักฐานการติดต่อในเรื่องเกี่ยวกับการลงทุนจากหน่วยงานหรือสถาบันที่เชื่อถือได้ในประเทศหรือต่างประเทศและ

(ค) มีแผนการดำเนินการในการศึกษาสู่ทางการลงทุน

(ง) โดยจะอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 6 เดือน

(จ) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

ข) กรณีอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อกระทำการที่จะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุน

(ก) เป็นกิจการที่อยู่ในข่ายได้รับการส่งเสริมหรือกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศตามที่สำนักงานเห็นชอบและมีทุนจดทะเบียนหรือมีส่วนของผู้ถือหุ้น 100 ล้านบาทขึ้นไปหรือ

(ข) เป็นผู้แทนของหอการค้าหรือส่วนราชการหรือรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่เดินทางเข้ามาเพื่อให้คำแนะนำหรือประสานงานด้านการค้าและการลงทุน

(ค) โดยจะอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 1 ปี (กรณีผู้แทนหอการค้าอนุญาตให้ 2 ปี)

(ง) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

ค) กรณีอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาปฏิบัติงานในกิจการที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาให้การส่งเสริมหรืออยู่ระหว่างรอรับบัตรส่งเสริม

(ก) เป็นโครงการที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาให้การส่งเสริมหรือได้รับอนุมัติให้การส่งเสริมแล้วแต่อยู่ระหว่างรอรับบัตรส่งเสริม

(ข) เป็นกรณีขอเข้าเฉพาะตัวช่างฝีมือ/ผู้ชำนาญการต่างชาติเท่านั้นและคนต่างด้าวที่จะขอเข้ามปฏิบัติงานต้องมีตำแหน่งหน้าที่ที่สอดคล้องกับสถานภาพของบริษัทในขณะนั้น

(ค) เอกสารที่ใช้ในการยื่นเรื่องกรณีต่าง ๆ สามารถพิจารณาได้จาก “ใบตรวจเอกสารของงานช่างฝีมือตามมาตรา 24 (F FR TR 09)”

(ง) “หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์พร้อมรายละเอียด” ที่ต้องแนบประกอบการพิจารณาประกอบด้วย

1. รายละเอียดการขอรับการส่งเสริม (วันที่ยื่นเรื่องเลขที่และวันที่ไปตอบรับคำขอรับการส่งเสริมวันที่ชี้แจงโครงการรวมถึงเลขที่และวันที่หนังสือแจ้งมติให้การส่งเสริม)

2. ขณะยื่นเรื่องบริษัทกำลังดำเนินการในขั้นตอนใด

3. ความจำเป็นและเหตุผลที่ต้องยื่นเรื่องนี้

4. ตราของวิชาในหนังสือเดินทางของช่างฝีมือ/ผู้ชำนาญการต้องเป็น Non-Immigrant รหัส B หรือ IB เท่านั้น

(จ) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

(ฉ) จะอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 6 เดือน

ง) กรณีการนำคนต่างด้าวเข้ามาปฏิบัติงานในหอการค้าต่างประเทศ

(ก) จะพิจารณาให้แก่ผู้บริหารระดับสูงเช่น Executive Director, Secretary General เป็นต้นหรือตำแหน่งงานที่เข้ามาเพื่อประสานงานด้านการค้าการลงทุนและจะอนุญาตให้ปฏิบัติงานในหอการค้าผู้ขอเท่านั้นโดยจะไม่อนุญาตให้ไปปฏิบัติงานในกิจการอื่น

(ข) ในส่วนของ Staff ในตำแหน่งอื่น ๆ ซึ่งเป็นงานสนับสนุนเช่นงานล่ามงานเลขานุการงานธุรการการฝึกงานจะไม่พิจารณาให้หากต้องการสามารถขอใช้สิทธิโดยตรงกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและกรมการจัดหางาน

(ค) ให้พิจารณาการอยู่ในประเทศคราวละ 2 ปี

(ง) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

จ) กรณีอนุญาตให้ขยายระยะเวลาการอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว

(ก) กรณีที่ 1 โครงการมีความคืบหน้าและมีความเป็นไปได้ที่จะมีการลงทุนในประเทศจะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรได้คราวละไม่เกิน 6 เดือนแต่รวมแล้วไม่เกิน 1 ปี

(ข) กรณีที่ 2 บริษัทมีผลประกอบการดีหรือมีแนวโน้มจะขยายการลงทุนต่อไปหรือมีผลการดำเนินงานอย่างต่อเนื่อง (กรณีหอการค้าต่างประเทศจะต้องมีการยื่นขึ้นเพื่อให้บุคคลปฏิบัติงานต่อ) จะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรได้คราวละไม่เกิน 1 ปี (กรณีหอการค้าต่างประเทศอนุญาตให้ 2 ปี)

(ค) กรณีที่ 3 จะต้องแสดงความคืบหน้าของโครงการเช่นถ้ายังไม่ได้รับบัตรส่งเสริมต้องดูว่าโครงการยังไม่สิ้นสุดหรือมีการขยายเวลาตอบรับมติหรือมีการขยายระยะเวลาการยื่นเอกสาร จะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรได้คราวละไม่เกิน 6 เดือน

(ง) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

จ) กรณีการใช้สิทธิช่างฝีมือในกิจการที่มีขอบข่ายนอกธุรกิจ นอกเหนือไปจากเงื่อนไขในบัตรส่งเสริมซึ่งไม่สามารถตรวจสอบหรือแยกได้ว่าส่วนขยายใดได้รับส่งเสริมหรือไม่ได้รับส่งเสริม เช่น กรณีโรงแรมเพิ่มห้องพักกิจการผลิตเพิ่มกำลังการผลิตกิจการขนส่งทางอากาศมีอากาศยานที่ได้รับส่งเสริมและไม่ได้รับส่งเสริม เป็นต้น

(ก) ให้พิจารณาการใช้สิทธิประโยชน์ด้านช่างฝีมือฯ ตามกติกการผลิตหรือขอบข่ายกิจการที่ได้รับตามบัตรส่งเสริมฯ

(ข) ระยะเวลาดำเนินการภายใน 10-15 วันทำการ

(2) คนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน¹⁶⁰

สำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรจะขออนุมัติเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 25 จะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนฉบับที่ 1/2553 เรื่องกำหนดเวลาในการปฏิบัติงานส่งเสริมการลงทุนลงวันที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2553 ดังนี้

ก. กำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตคำขอ

ก) การอนุมัติตำแหน่งหน้าที่ของคนต่างด้าวและการอนุมัติตำแหน่งหน้าที่ของคนต่างด้าวเพิ่มเติม

(ก) 1-2 ตำแหน่งสำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 5 วัน ทำการ

(ข) 3-10 ตำแหน่งสำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน ทำการ

(ค) มากกว่า 10 ตำแหน่งสำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 20 วัน

ทำการ

ข) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 5 วัน ทำการ

(ก) การบรรจุคนต่างด้าวในตำแหน่งหน้าที่ที่ได้รับอนุมัติ

(ข) การอนุญาตให้ครอบครัวคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศ

(ค) การอนุญาตให้คนต่างด้าวบุคคลใหม่มาปฏิบัติงานแทนบุคคลเดิม

¹⁶⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520, มาตรา 25.

- ค) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 15 วัน ทำการ
 - (ก) การอนุญาตให้คนต่างด้าวไปปฏิบัติงานเพิ่มเติมที่บริษัทในเครือเดียวกัน
 - (ข) การขยายเวลาการอยู่ในประเทศของคนต่างด้าวและครอบครัว (ต่ออายุ)
- ง) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 10 วัน ทำการ
 - (ก) การอนุญาตให้คนต่างด้าวหรือครอบครัวอยู่ในราชอาณาจักรตามสิทธิเดิม
 - (ข) การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาปฏิบัติงานเป็นการชั่วคราว
 - (ค) การขอความร่วมมือในการประทับตราวิชาหรือเปลี่ยนประเภทวิชาให้แก่

คนต่างด้าวหรือครอบครัว

- (ง) การแจ้งเปลี่ยนสัญชาติของคนต่างด้าว
- (จ) การอนุญาตให้คนต่างด้าวเพิ่มหรือย้ายท้องที่ทำงาน
- (ฉ) การอนุญาตให้คนต่างด้าวและครอบครัวนำของใช้ส่วนตัวเข้ามาใน

ราชอาณาจักร

- จ) การอนุญาตเหล่านี้สำนักงานจะพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 3 ชั่วโมงทำการ
 - (ก) การแจ้งพ้นตำแหน่งของคนต่างด้าว
 - (ข) การอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานชั่วคราวเป็นการเร่งด่วน

ทั้งนี้นับแต่วันที่สำนักงานได้รับคำขอพร้อมด้วยเอกสารและหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาสมบูรณ์ครบถ้วน

ข. เอกสารและหลักฐานที่ต้องยื่นเพื่อประกอบการพิจารณาดังนี้

- ก) การขออนุมัติตำแหน่งหน้าที่ของคนต่างด้าวครั้งแรก
 - (ก) แบบคำขออนุญาตนำเข้าช่างฝีมือ (F FR NI 01) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วน
 - (ข) แผนผังสายงานบริษัท
 - (ค) แบบกทท. 41 (F FR NI 02) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วน
 - (ง) สำเนาบัตรส่งเสริม
 - (จ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น
- ข) การขอบรรจุคนต่างด้าวในตำแหน่งที่ได้รับอนุมัติ
 - (ก) หนังสือบริษัทแจ้งรายละเอียดและเหตุผล
 - (ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
 - (ค) แบบBIO-DATA (F FR NI 03) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วนจำนวน 1 ชุด

ต่อคน

- (ง) สำเนาหลักฐานการศึกษาและใบผ่านงานจำนวน 1 ชุดต่อคน

- (จ) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุดต่อคน
- (ฉ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลสำหรับตำแหน่ง Managing

Director

- ค. การขออนุญาตให้ครอบครัวของคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศ
 - ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
 - ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
 - ค) แบบ Bio-Data (F FR NI 03) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วนจำนวน 1 ชุดต่อคน
 - ง) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุดต่อคน
 - จ) สำเนาเอกสารที่แสดงถึงความเกี่ยวพันของครอบครัวจำนวน 1 ชุดต่อคน
- ง. การขออนุมัติตำแหน่งหน้าที่ของคนต่างด้าวเพิ่มเติม
 - ก) แบบคำขออนุญาตนำเข้าช่างฝีมือ (F FR NI 01) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วน
 - ข) แผนผังสายงานบริษัท
 - ค) แบบกท. 41 (F FR NI 02) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วน
 - ง) สำเนาบัตรส่งเสริม
 - จ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น
 - ฉ) สำเนางบดุลและงบกำไรขาดทุน (ถ้ายังไม่มีให้ทำหนังสือชี้แจง)
 - ช) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
- จ. การขออนุญาตคนต่างด้าวบุคคลใหม่มาปฏิบัติงานแทนบุคคลเดิม
 - ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
 - ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
 - ค) แบบ Bio-Data (F FR NI 03) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วนจำนวน 1 ชุด ต่อคน
 - ง) สำเนาหลักฐานการศึกษาและใบผ่านงานจำนวน 1 ชุด ต่อคน
 - จ) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
 - ฉ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลสำหรับตำแหน่ง Managing

Director

- ฉ. การขออนุญาตให้คนต่างด้าวหรือครอบครัวอยู่ในราชอาณาจักรตามสิทธิเดิม
 - ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
 - ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
 - ค) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ช. การขออนุญาตคนต่างด้าวมาปฏิบัติงานเป็นการชั่วคราว

- ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
- ข) แบบ Bio-Data (F FR NI 03) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วนจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ค) สำเนาหลักฐานการศึกษาและใบผ่านงานจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ง) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ซ. การขอความร่วมมือในการประทับตราวิซ่าหรือเปลี่ยนประเภทวิซ่า
- ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
- ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
- ค) สำเนาหลักฐานการศึกษาและใบผ่านงานจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ง) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- จ) สำเนาเอกสารที่แสดงถึงความเกี่ยวพันของครอบครัวจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ฉ. การแจ้งเปลี่ยนสัญชาติของคนต่างด้าว
- ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
- ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
- ค) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ง) สำเนาหนังสือเดินทางฉบับเดิมจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ฐ. การอนุญาตให้คนต่างด้าวไปปฏิบัติงานเพิ่มเติมที่บริษัทในเครือเดียวกัน
- ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล
- ข) สำเนาบัตรส่งเสริม
- ค) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น
- ง) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง
- จ) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน
- ฉ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นบัตรส่งเสริม (ถ้ามี) ของบริษัทที่เกี่ยวข้อง
- ฑ. การขอขยายเวลาการอยู่ในประเทศของคนต่างด้าวและครอบครัว (ต่ออายุ)
- ก) แบบคำขออนุญาตนำเข้าช่างฝีมือ (F FR NI 01) ที่มีข้อมูลสมบูรณ์ครบถ้วน
- ข) แผนผังสายงานบริษัท
- ค) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น
- ง) สำเนางบดุลและงบกำไรขาดทุน (ถ้ายังไม่มีให้ทำหนังสือชี้แจง)
- จ) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง

ฉ) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นบัตร ส่งเสริม (ถ้ามี) ของบริษัทที่เกี่ยวข้อง

ช) สำเนาหนังสือเดินทางบุตร (ถ้ามี)

ซ) สำเนาใบสำคัญถิ่นที่อยู่ของคนต่างด้าว (ถ้ามี)

ฌ. การขออนุญาตให้คนต่างด้าวเพิ่มหรือย้ายห้องที่ทำงาน

ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล

ข) สำเนาบัตรส่งเสริม

ค) สำเนาหนังสือรับรองการจดทะเบียนนิติบุคคลและบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น

ง) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง

ฎ. การขออนุญาตให้คนต่างด้าวและครอบครัวนำของใช้ส่วนตัวเข้ามาในราชอาณาจักร

ก) หนังสือบริษัทแจ้งความประสงค์และรายละเอียดพร้อมเหตุผล

ข) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง

ค) สำเนา Invoice หรือ Packing List ของที่จะนำเข้าจำนวน 1 ชุด ต่อคน

ณ. การแจ้งพ้นจากตำแหน่งของคนต่างด้าว

ก) สำเนาหนังสือแจ้งการอนุมัติเดิมที่เกี่ยวข้อง

ข) แบบแจ้งคนต่างด้าวพ้นตำแหน่ง (F FR NI 22) จำนวน 5 ชุด ต่อคน

ค) หนังสือเดินทางคนต่างด้าวเพื่อติดต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

ด. การอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานชั่วคราวเป็นการเร่งด่วน

ก) สำเนาบัตรส่งเสริม

ข) สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ขออนุญาตจำนวน 1 ชุด ต่อคน

ค) แบบ ชค.30 (F FR NI 20) จำนวน 1 ชุด ต่อคน

ทั้งนี้ในการยื่นคำขอตาม (1) และ (2) ให้ยื่นที่กลุ่มผู้ชำนาญการต่างประเทศสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

3.1.4 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่2) พ.ศ. 2534 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่3) พ.ศ. 2539 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่4) พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่จัดตั้งการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เพื่อพัฒนานิคมอุตสาหกรรมให้สมบูรณ์แบบ ด้วยระบบโครงสร้างพื้นฐาน ระบบบริหารจัดการ

ครบวงจรและสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ได้แก่ สิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวกับภาษีอากรในเขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรี และสิทธิประโยชน์ด้านภาษีอากรในเขตประกอบการเสรีรวมทั้งการอำนวยความสะดวกสำหรับผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมหรือการบริการในนิคมอุตสาหกรรมเพื่อจูงใจให้มีการประกอบอุตสาหกรรมในนิคมอุตสาหกรรมทั้งในเขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรี ด้วยวัตถุประสงค์ให้นิคมอุตสาหกรรมเป็นฐานการผลิตที่ช่วยเสริมสร้างขีดความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการเพื่อให้กระจายการพัฒนาอุตสาหกรรมออกสู่ภูมิภาคทั่วประเทศ และพัฒนาการค้าระหว่างประเทศสอดคล้องกับภาวะการแข่งขันและการลงทุนระหว่างประเทศ

สิทธิประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวกับภาษีอากรที่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมหรือการบริการในนิคมอุตสาหกรรมทั้งในเขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรีได้รับให้น่าคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร และได้รับอนุญาตให้ทำงานเฉพาะตำแหน่งที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยให้ความเห็นชอบ ตลอดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามที่ปรากฏอยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องนิคมอุตสาหกรรม ส่วนที่ 2 การประกอบกิจการประโยชน์และข้อห้าม ของพระราชบัญญัตินี้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งได้วางหลักการในการลดขั้นตอนเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม และลดภาระให้กับคนต่างด้าวผู้ขอรับอนุญาตไว้ โดยได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตทำงานให้กับคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยคนต่างด้าวไม่ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตเช่นเดียวกับคนต่างด้าวทั่วไป แต่ผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งการอนุญาตคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยดังกล่าว ผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 คือ คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยซึ่งให้ความเห็นชอบให้ผู้ประกอบการและผู้ประกอบพาณิชยกรรมได้รับอนุญาตให้น่าคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรได้ตามจำนวนและภายในกำหนดระยะเวลาให้อยู่ได้ในราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดจำนวนหรือ

ระยะเวลาให้อยู่ได้ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง¹⁶¹ และได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะตำแหน่งหน้าที่การทำงานตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร¹⁶²

หลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตให้นำคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรและทำงานในนิคมอุตสาหกรรมให้เป็นไปตามประกาศคณะกรรมการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนและระยะเวลาให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรและการกำหนดตำแหน่งหน้าที่การทำงานให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรได้รับอนุญาตให้ทำงานในนิคมอุตสาหกรรมลงวันที่ 10 มิถุนายน พ.ศ. 2551 ดังนี้

1) ให้ผู้ประกอบการ อันได้แก่ ผู้ประกอบอุตสาหกรรมผู้ประกอบบริการหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรม ที่ประสงค์จะนำคนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรและทำงานในนิคมอุตสาหกรรมรวมทั้งคู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่ในอุปการะของคนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรให้ยื่นคำขอต่อการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) ตามแบบที่ กนอ. กำหนด

2) ให้กนอ. พิจารณาอนุญาตให้ผู้ประกอบการนำคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามจำนวนและระยะเวลาเพื่อทำงานในนิคมอุตสาหกรรมโดยพิจารณาจากประเภทกิจการเงินทุนจดทะเบียนจำนวนคนงานไทยและพื้นที่ประกอบกิจการของผู้ประกอบการตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 1 หลักเกณฑ์การพิจารณาจำนวนคนต่างด้าวและบัญชี 2 ระดับตำแหน่งและระยะเวลาการอนุญาตท้ายประกาศฉบับนี้

3) ให้กนอ. พิจารณานุมัติตำแหน่งหน้าที่การงานของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามข้อ 1) ได้รับอนุญาตทำงานในนิคมอุตสาหกรรมตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ตำแหน่ง Director ต้องเป็น Director ด้านใดด้านหนึ่งของผู้ประกอบการเช่น Managing Director, Marketing Director, Financial Director

กรณีที่ได้รับอนุมัติตำแหน่ง Managing Director แล้วจะไม่ได้รับการพิจารณาอนุมัติในตำแหน่ง General Manager อีกเว้นแต่กรณีเป็นผู้ประกอบการที่มีคุณสมบัติตาม (3)

¹⁶¹ พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522, มาตรา 45.

¹⁶² พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522, มาตรา 46.

(2) ตำแหน่ง President และตำแหน่งด้าน Finance หรือ Administrative หรือ General Affairs จะอนุญาตให้ได้เฉพาะกรณีดังนี้

(ก) ผู้ประกอบกิจการมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน และมีเงินลงทุนไม่ต่ำกว่า 20 ล้านบาทหรือมีคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 100

(ข) ผู้ประกอบกิจการมีคนต่างด้าวถือหุ้นต่ำกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน แต่มีมูลค่าหุ้นในทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 50 ล้านบาท

(3) ตำแหน่งผู้ช่วย (Assistant) ของผู้บริหารระดับสูงและผู้ช่วยด้านโรงงานจะอนุญาตได้ต้องเป็นผู้ประกอบกิจการที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน และมีเงินลงทุนไม่ต่ำกว่า 100 ล้านบาทโดยจะพิจารณาอนุญาตตามความจำเป็นเช่นการประกอบกิจการมีผลิตภัณฑ์ที่ได้จากการผลิตมากกว่าหนึ่งผลิตภัณฑ์หรือมีโรงงานหรือสถานประกอบการมากกว่าหนึ่งแห่งซึ่งอยู่ต่างห้องที่กันภายในนิคมอุตสาหกรรมเป็นต้น

(4) ตำแหน่งด้าน Marketing ด้าน Export และด้าน Sales จะพิจารณาอนุญาตให้ตำแหน่งละหนึ่งอัตราแต่ถ้าผู้ประกอบกิจการมีตลาดหลายแห่งแบ่งตามพื้นที่ (Zone) ต่าง ๆ กันเช่นทวีปเอเชียทวีปยุโรปทวีปอเมริกาเหนือเป็นต้นอาจจะพิจารณาให้มากกว่า 1 อัตราก็ได้

4) กรณีตามข้อ 1) เมื่อผู้ประกอบกิจการได้ดำเนินกิจการแล้วและมีความจำเป็นที่จะต้องขออนุญาตนำคนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรและทำงานในนิคมอุตสาหกรรมเพิ่มเติมให้ กนอ. พิจารณาอนุญาตได้หากปรากฏว่าผู้ประกอบกิจการนั้น

(1) มีโรงงานหรือสถานประกอบการอยู่หลายแห่งในนิคมอุตสาหกรรมหรือมีโรงงานหรือสถานประกอบการแห่งเดียวแต่มีหลายโครงการ

(2) การประกอบการมีเวลาทำการหลายกะ (Shift)

(3) มีการเปลี่ยนแปลงหรือปรับปรุงขบวนการผลิตขยายกำลังการผลิตหรือติดตั้งเครื่องจักรใหม่ตลอดจนได้ปรับปรุงประสิทธิภาพหรือมาตรฐานผลิตภัณฑ์

(4) ขาดแคลนช่างฝีมือผู้ชำนาญการที่เป็นคนไทยในสาขาวิชานั้น ๆ หรือคนงานไทยยังไม่สามารถรับการถ่ายทอดเทคนิคต่าง ๆ ได้

3.1.5 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2523 และพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อกำกับและการตรวจตราคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งกฎเกณฑ์การเข้าเมือง และเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวปรากฏอยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องการเข้าและออกนอกราชอาณาจักร และหมวด 4 ว่าด้วยเรื่องการเข้ามาในราชอาณาจักรชั่วคราวนั้น มีส่วน

เกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนของเงื่อนไขหนึ่งในการขอใบอนุญาตทำงาน กล่าวคือโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่จะขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยมีใช้ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน¹⁶³ ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า คนต่างด้าวที่ประสงค์จะขอรับใบอนุญาตทำงานจะต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่ได้รับการตรวจลงตราประเภทอื่นนอกจากการตรวจลงตราประเภทนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน จึงอาจกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 นั้นคือ การที่คนต่างด้าวซึ่งขอรับใบอนุญาตทำงานจะต้องได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) เพื่อวัตถุประสงค์ซึ่งแบ่งออกเป็น 8 ประเภท ได้แก่ 1) วิชาธุรกิจ 2) วิชาผู้ติดตาม 3) วิชาการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควร 4) วิชาการทูตและกงสุลและการปฏิบัติหน้าที่ราชการ 5) วิชาการปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน 6) วิชาผู้เชี่ยวชาญหรือการปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือ 7) วิชาการลงทุนตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควรและ 8) วิชาการศึกษาหรือดูงาน

ในการศึกษาพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ผู้เขียนจะศึกษาถึงกฎเกณฑ์การเข้าเมือง และเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวซึ่งปรากฏอยู่ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องการเข้าและออกนอกราชอาณาจักรและหมวด 4 ว่าด้วยเรื่องการเข้ามาในราชอาณาจักรชั่วคราว ซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 แบ่งหัวข้อในการศึกษาได้ดังต่อไปนี้

1) กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเข้าเมือง

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องการเข้าและออกนอกราชอาณาจักร โดยมาตรา 11 และ มาตรา 12 กำหนดกฎเกณฑ์หลักในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร และหมวดที่ 4 ว่าด้วยเรื่อง การเข้ามาในราชอาณาจักรชั่วคราว มาตรา 34 และ มาตรา 35 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาพำนักครั้งแรก การขอพำนักในราชอาณาจักรเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และการขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว¹⁶⁴

¹⁶³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 10.

¹⁶⁴ จาก กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเข้าเมือง (น. (1-4) - (1-10).), โดย ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

(1) หลักทั่วไป

ในหมวด 2 ว่าด้วยเรื่องการเข้าและออกนอกราชอาณาจักร มาตรา 11 และมาตรา 12 ถือเป็นกฎเกณฑ์หลักในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรมีเกณฑ์การพิจารณาดังนี้

ก. คนต่างด้าวซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา¹⁶⁵

ข. คนต่างด้าวจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้¹⁶⁶

ก) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

ข) คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักร คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกายโดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

ค) คนต่างด้าวที่เป็นคนวิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ง) คนต่างด้าวยังมิได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีดวัคซีน หรือปฏิบัติการอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติและไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำการเช่นว่านั้น

จ) คนต่างด้าวที่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดเหตุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

ฉ) คนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคมหรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักรหรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

¹⁶⁵ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 11.

¹⁶⁶ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 12.

ข) คนต่างด้าวที่มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากรหรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ช) คนต่างด้าวที่ไม่มีเงินติดตัวหรือไม่มีประกันตามที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา 14

ฎ) คนต่างด้าวที่รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 16 กล่าวคือ ในกรณีที่มีพฤติการณ์ซึ่งรัฐมนตรีเห็นว่า เพื่อประโยชน์แก่ประเทศหรือเพื่อความสงบเรียบร้อย วัฒนธรรมหรือศีลธรรมอันดี หรือความผาสุกของประชาชน ไม่สมควรอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาในราชอาณาจักร รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวผู้นั้นหรือจำพวกนั้นเข้ามาในราชอาณาจักรได้

ฏ) คนต่างด้าวที่ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้วหรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณาขกเว้นให้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย

(2) ข้อยกเว้นของหลักทั่วไป

แม้ว่าพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะบัญญัติหลักเกณฑ์การเข้าเมืองไว้ในมาตรา 11 และมาตรา 12 แต่มาตรา 13 และมาตรา 15 ได้บัญญัติข้อยกเว้นเอาไว้โดยมาตรา 13 กล่าวถึง การขกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางสำหรับบุคคลบางประเภท ส่วนมาตรา 15 ได้กล่าวถึงบุคคลบางประเภทที่ไม่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ในฐานะเป็นคนต่างด้าว

แต่ถึงกระนั้น บุคคลที่กล่าวตามมาตรา 15 นี้ ก็ยังต้องปฏิบัติตามมาตรา 11 คือ ต้องเข้าหรือออกจากราชอาณาจักรตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานีและ มาตรา 12(1) (4) (5) ซึ่งเกี่ยวกับเรื่องนี้ระบุว่า บุคคลดังกล่าวต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่ถูกต้องสมบูรณ์หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตรา เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภท บุคคลที่อาศัยสิทธิตามมาตรา 15 ต้องไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือมีโรคอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่กำหนดในกฎกระทรวงและบุคคลดังกล่าวยังต้องได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ ฉีดวัคซีน หรือปฏิบัติการอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติและบุคคลดังกล่าวเมื่อจะเข้าหรือออกนอกราชอาณาจักรต้องยื่นรายการตามที่กำหนดไว้กฎกระทรวงตามมาตรา 18

ก. กรณีคนต่างด้าวไม่ต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง¹⁶⁷

ก) คนต่างด้าวที่เป็นผู้ควบคุมพาหนะและคนประจำพาหนะทางน้ำหรือทางอากาศ ซึ่งเพียงแต่แวะเข้ามายังท่า สถานี หรือท้องที่ ในราชอาณาจักรแล้วกลับออกไป เพื่อประโยชน์ในการควบคุมบุคคลดังกล่าว พนักงานเจ้าหน้าที่จะออกหนังสือสำคัญตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อให้ถือไว้ก็ได้

ข) คนต่างด้าวเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีอาณาเขตติดต่อกับประเทศไทย เดินทางข้ามพรมแดนไปมาชั่วคราว โดยปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศนั้น

ค) คนโดยสารรถไฟผ่านแดนซึ่งถือตัวโดยสารตลอดเที่ยวตลอด เพียงแต่ผ่านอาณาเขตประเทศไทยไปนอกราชอาณาจักรตามข้อตกลงระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลแห่งประเทศนั้น ๆ และรวมตลอดถึงผู้ควบคุมพาหนะและคนประจำพาหนะแห่งรถไฟเช่นว่านั้นด้วย ถ้าเป็นคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติที่กล่าวมา คนต่างด้าวได้รับการยกเว้นไม่ต้องมีหนังสือเดินทาง

ข. คนต่างด้าวที่ไม่ต้องปฏิบัติตามหน้าที่ของคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ นอกจากการปฏิบัติหรือการต้องห้ามตามมาตรา 11 มาตรา 12 (1) (4) และ (5) และมาตรา 18 วรรคสอง

บุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 15 ได้แก่

ก) บุคคลในขณะผู้แทนทางทูตซึ่งรัฐบาลต่างประเทศส่งเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักรหรือซึ่งเดินทางผ่านราชอาณาจักร เพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ในประเทศอื่น

ข) พนักงานฝ่ายกงสุลและลูกจ้างฝ่ายกงสุลซึ่งรัฐบาลต่างประเทศส่งเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักร หรือซึ่งเดินทางผ่านราชอาณาจักรเพื่อไปปฏิบัติหน้าที่ในประเทศอื่น

ค) บุคคลซึ่งรัฐบาลต่างประเทศโดยความเห็นชอบของรัฐบาลไทยให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจในราชอาณาจักร

ง) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจในราชอาณาจักร เพื่อรัฐบาลไทยตามความตกลงที่รัฐบาลไทยได้ทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ

จ) หัวหน้าสำนักงานขององค์การหรือทบวงการระหว่างประเทศที่มีกฎหมายคุ้มครองการดำเนินงานในประเทศไทย หรือซึ่งรัฐบาลไทยได้ให้ความเห็นชอบด้วยแล้วและรวมถึงพนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญหรือบุคคลอื่นซึ่งองค์การหรือทบวงการเช่นว่านั้นแต่งตั้งหรือมอบหมายให้ปฏิบัติ

¹⁶⁷ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522, มาตรา 13.

หน้าที่หรือภารกิจในราชอาณาจักร เพื่อองค์การหรือทบวงการดั่งกล่าว หรือเพื่อรัฐบาลไทยตาม ความตกลงที่รัฐบาลไทยได้ทำไว้กับองค์การหรือทบวงการระหว่างประเทศนั้น

ฉ) คู่สมรส หรือบุตร ซึ่งอยู่ในความอุปการะและเป็นส่วนแห่งครัวเรือนของบุคคลตาม ก) ข) ค) ง) หรือ จ)

ช) คนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อมาทำงานประจำเป็นปกติ ณ ที่พักอาศัยของบุคคลตาม ก) หรือบุคคลซึ่งได้รับเอกสิทธิเท่าเทียมกันกับบุคคลซึ่งมีตำแหน่งทางทูตตาม ความตกลงที่รัฐบาลไทยได้ทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือกับองค์การหรือทบวงการระหว่าง ประเทศของคนต่างด้าวที่กล่าวมานี้

(3) ระยะเวลาพำนักครั้งแรก การขอพำนักในราชอาณาจักรเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด และการขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว

ในเรื่องเกี่ยวกับระยะเวลาพำนักครั้งแรก การขอพำนักในราชอาณาจักรเกินกว่าที่ กฎหมายกำหนด และการขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว มีหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้อง ตามมาตรา 34 และ มาตรา 35 ดังนี้

ก. ระยะเวลาพำนักครั้งแรก

ระยะเวลาในพำนักครั้งแรกนั้นจะมีระยะเวลาเท่าไรนั้น จะต้องดูตามวัตถุประสงค์ที่คน ต่างด้าวขอเข้ามาอยู่ชั่วคราวในราชอาณาจักร ซึ่งปรากฏตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34 และ มาตรา 35 ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

ก) ในกรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อ การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล หรือการ ปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ ระยะเวลาพำนักครั้งแรกที่คนต่างด้าวมีสถานะพำนักในราชอาณาจักรขึ้นอยู่กับ ความจำเป็นของการปฏิบัติงานดังกล่าว

ข) ในกรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุน ภายใต้งบบังคับกฎหมายส่งเสริมการลงทุน ระยะเวลาพำนักครั้งแรกขึ้นอยู่กับระยะเวลา ที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร

ค) ส่วนคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจาก กระทรวง กรมที่เกี่ยวข้อง ระยะเวลาพำนักครั้งแรกไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

ง) ในกรณีที่คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อธุรกิจ การศึกษาหรือดูงาน การปฏิบัติหน้าที่สื่อสารมวลชน การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรม ที่เกี่ยวข้อง การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาใน ราชอาณาจักร การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ หรือ การอื่นตามที่กำหนดใน กฎกระทรวง ระยะเวลาพำนักครั้งแรก ไม่เกิน 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

จ) ในส่วนกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อท่องเที่ยว ระยะเวลาพำนักครั้งแรก ไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

ฉ) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการเล่นกีฬา การเดินทางผ่านราชอาณาจักร การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ายังท่าสถานีหรือท้องที่ในราชอาณาจักร ระยะเวลาพำนักครั้งแรกไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

ช. การขอพำนักในราชอาณาจักรเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด

การขอพำนักในราชอาณาจักรเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด หลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 35 วรรค 3 อันบัญญัติว่า ในกรณีที่คนต่างด้าวมีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่กำหนดใน (1) (2) (3) และ (4) ให้อธิบดีเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกินหนึ่งปีและเมื่อได้อนุญาตแล้วให้รายงานต่อคณะกรรมการเพื่อทราบพร้อมด้วยเหตุผลภายในเจ็ดวันนับแต่วันอนุญาต

จากบทบัญญัติในส่วนนี้จะเห็นได้ว่า คนต่างด้าวที่มีสิทธิที่จะขออยู่ในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่กำหนด ต้องมีเหตุจำเป็นและจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่พำนักในราชอาณาจักรเพื่อการเล่นกีฬา การเดินทางผ่านราชอาณาจักรและการเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร การท่องเที่ยว การทำธุรกิจ การศึกษาหรือดูงาน การปฏิบัติหน้าที่สื่อสารมวลชน การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงหรือการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง กรม ที่เกี่ยวข้อง การจะขอพำนักเกินระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดต้องยื่นคำขอต่ออธิบดีหรือเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมาย เพื่อทำการพิจารณาอนุญาต โดยการอนุญาตให้พำนักเกินระยะเวลาได้ไม่เกินครั้งละไม่เกิน 1 ปี เมื่ออธิบดีอนุญาตแล้วต้องรายงานต่อคณะกรรมการภายในเจ็ดวันนับแต่วันอนุญาต เพื่อแจ้งเหตุผลของการอนุญาต

ค. การขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว

การขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว มีบัญญัติไว้ในมาตรา 35 วรรคท้าย ซึ่งบัญญัติว่า การขออนุญาตเพื่ออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไปแต่ละครั้ง ให้คนต่างด้าวยื่นคำขอตามแบบและเสีค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวงในระหว่างรอฟังคำสั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นอยู่ในราชอาณาจักรไปพลางก่อนได้

ในปัจจุบันสำนักงานตำรวจแห่งชาติมีคำสั่งที่ 777/2551 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2551 เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว โดยคำสั่งดังกล่าวออกตามความในมาตรา 35 วรรคสาม

แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และมาตรา 11(4) แห่งพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2547 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว คนต่างด้าวผู้มีสิทธิยื่นคำขอจะต้องเป็นผู้ที่เดินทางเข้ามาตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด และผ่านการตรวจของพนักงานเจ้าหน้าที่และต้องมีเหตุจำเป็นในการขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ซึ่งเหตุแห่งความจำเป็นต่าง ๆ จะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ที่เข้ามาในราชอาณาจักร

2) หลักเกณฑ์และกระบวนการขอตรวจลงตรา

ในการศึกษาหลักเกณฑ์และกระบวนการขอตรวจลงตรา ผู้เขียนจะแบ่งเป็นประเด็นได้ดังนี้¹⁶⁸

(1) ประเภทการตรวจลงตราหรือวีซ่า

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดให้คนต่างด้าวทุกคนที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่ได้รับการตรวจลงตรา (Visa) โดยคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงานในประเทศไทย นอกเหนือไปจากการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยรับการตรวจลงตราหรือวีซ่าของประเทศไทย ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 8 ประเภท ได้แก่

ก. วีซ่าประเภทนักท่องเที่ยว (Tourist Visa) ซึ่งสามารถอยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 90 วันและไม่อนุญาตให้ทำงาน

ข. วีซ่าประเภทคนเดินทางผ่านราชอาณาจักร (Transit Visa) เช่น การเดินทางมาเล่นกีฬา การเป็นผู้ควบคุมพาหนะที่เข้ามายังท่าเรือหรือท่าอากาศยานในไทย เป็นต้น ซึ่งสามารถอยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 30 วัน และไม่อนุญาตให้ทำงาน

ค. วีซ่าประเภทคนเข้าเมืองนอกกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปี (Non-Quota Immigrant Visa) เป็นกรณีคนต่างด้าวที่เคยเข้ามาอยู่ในประเทศไทย แต่ไม่มีหลักฐานการแจ้งออกไปนอกประเทศเพื่อกลับเข้ามาอีกหรือมีหลักฐานแจ้งออกไปนอกประเทศเพื่อกลับเข้ามาอีก แต่ไม่ได้กลับเข้ามาภายในเวลาที่กำหนดซึ่งการอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยจะขึ้นอยู่กับความเห็นชอบของรัฐมนตรี

ง. วีซ่าประเภทคนต่างด้าวที่มีถิ่นอยู่ในราชอาณาจักร (Immigrant Visa) จะให้เป็นรายปีโดยจะไม่ให้เกินประเทศละ 100 คน/ปี สำหรับคนไร้สัญชาติไม่ให้เกิน 50 คน/ปี

¹⁶⁸ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการเข้าเมือง (น. 1-12) - (1-17), เล่มเดิม.

จ. วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non Immigrant Visa) จะให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน โดยแบ่งเป็นหลายประเภท ได้แก่

ก) วีซ่าธุรกิจ (B) 1 ปี

ข) วีซ่าผู้ติดตาม (O) 1 ปี

ค) วีซ่าการลงทุนตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุน (BOI-I) ตามที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควร

ง) วีซ่าการทูตและกงสุลและการปฏิบัติหน้าที่ราชการ (D) อยู่ได้ตามความจำเป็น

จ) วีซ่าการปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน (M) 1 ปี

ฉ) วีซ่าผู้เชี่ยวชาญหรือการปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือ (EX) 1 ปี

ช) วีซ่าการลงทุนตามที่รัฐมนตรีเห็นสมควร (IM) 2 ปี

ซ) วีซ่าการศึกษาหรือดูงาน (ED) 1 ปี

ณ. ประเภทอภัยยศไม่ตรี (Courtesy Visa) วีซ่าชนิดนี้เป็นวีซ่าที่ออกให้แก่ผู้ที่ถือหนังสือทางราชการ เพื่อจะเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย เป็นระยะเวลาไม่เกิน 30 วัน โดยไม่คิดค่าธรรมเนียม

ข. ประเภทราชการ (Official Visa) วีซ่าชนิดนี้ออกให้กับผู้ถือหนังสือเดินทางราชการ เพื่อเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศไทย โดยไม่คิดค่าธรรมเนียม ซึ่งมีวิธีการขอวีซ่าหรือมีการยกเว้นไม่ต้องมีวีซ่าสำหรับบางประเทศที่มีข้อตกลงระหว่างกัน ในทำนองเดียวกันกับวีซ่าสำหรับเจ้าหน้าที่ทางการทูต ผู้ถือวีซ่าชนิดนี้เมื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรจะได้รับอนุญาตให้พำนักอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลา 90 วัน ณ คำนตรวจเช่นกัน

ข. ประเภททูต (Diplomatic Visa) วีซ่าชนิดนี้จะออกให้สำหรับผู้ถือหนังสือเดินทางทูต เพื่อเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ในประเทศไทย โดยไม่คิดค่าธรรมเนียม วิธีการขอกระทำได้โดยการยื่นคำขอวีซ่าที่สถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศ แต่หากผู้ถือหนังสือเดินทางทูตของประเทศนั้นเป็นประเทศที่มีความตกลงกับประเทศไทยว่าด้วยการยกเว้นการตรวจลงตราระหว่างกัน ก็จะสามารถเดินทางเข้าประเทศไทยได้เลยโดยไม่ต้องขอวีซ่า คนต่างด้าวประเภทนี้เมื่อเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรจะได้รับการอนุญาตให้อยู่ต่อในขั้นต้น ณ คำนตรวจ เป็นเวลา 90 วัน

(2) หลักเกณฑ์การขอตรวจลงตรา

หลักเกณฑ์การขอตรวจลงตรา แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

ก. การขอตรวจลงตรานอกราชอาณาจักร

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 คนต่างด้าวที่จะประสงค์เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรจะต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางและหนังสือเดินทางหรือ

เอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางดังกล่าวจะต้องได้รับการตรวจลงตราตามมาตรา 12(1) โดยการขอตรวจลงตรานั้น คนต่างด้าวจะต้องยื่นคำขอ ณ สถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทยในประเทศที่คนต่างด้าวมิถินที่อยู่ โดยสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทย จะทำการพิจารณาอนุญาตโดยการตรวจลงตราที่สถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทยมีทั้งหมด 8 ประเภทการตรวจลงตราได้แก่ ประเภททูต ประเภทราชการ ประเภทคนอยู่ชั่วคราว ประเภทนักท่องเที่ยว ประเภทคนเดินทางผ่านราชอาณาจักร ประเภทคนเข้ามามิถินที่อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 41 ประเภทคนเข้าเมืองนอกกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามามิถินที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปีและประเภทอัยราชัยไมตรี ตามกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545 ข้อ 2 การตรวจลงตราแต่ละประเภทจะขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของผู้ขอว่ามีความประสงค์เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่ออะไร เช่น ถ้าผู้ขอต้องการเข้ามาทำธุรกิจ สถานทูตหรือสถานกงสุลจะตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวให้ เป็นต้น

ถึงแม้ว่าคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร จะต้องมิหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่มีการตรวจลงตราแล้วก็ตาม แต่ก็มีข้อยกเว้นให้กับคนต่างด้าวบางประเภทที่สามารถเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ต้องขอรับการตรวจลงตราซึ่งปรากฏอยู่ในข้อ 13 ตามกฎกระทรวง กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข ในการตรวจ การยกเว้นและการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2546 ได้แก่

ก) ผู้ถือหนังสือเดินทางของประเทศที่รัฐบาลของประเทศนั้นได้ทำความตกลงไว้กับรัฐบาลไทย

ข) ผู้ถือหนังสือเดินทางซึ่งเดินทางมาจากประเทศที่ไม่มีสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยตั้งอยู่ตามที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ค) ผู้ถือหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อการท่องเที่ยวภายใต้เงื่อนไข ดังต่อไปนี้

(ก) มีสัญชาติของประเทศที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี และมีสัญชาติของประเทศที่ออกหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางนั้น

(ข) เข้ามาในราชอาณาจักรโดยพาหนะขนส่งคนโดยสารประเภทเครื่องบินหรือเรือเดินทะเลที่มีขนาดตั้งแต่ห้าร้อยตันรียิสเตอร์ขึ้นไป หรือตามช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมือง หรือด่านพรมแดนที่เป็นเขตติดต่อกับสหพันธรัฐมาเลเซีย หรือตามช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองอื่นตามที่รัฐมนตรีกำหนด และ

(ค) ถ้าเข้ามาในราชอาณาจักรโดยพาหนะขนส่งคนโดยสารประเภทเครื่องบิน เรือเดินทะเล รถไฟ รถขนส่งคนโดยสาร รถยนต์รับจ้าง รถยนต์บริการทัศนจร หรือรถจักรยานยนต์รับจ้าง ต้องมี

1. ตัวหรือเอกสารที่ใช้เดินทางอย่างใดอย่างหนึ่งของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะที่ชำระค่าโดยสารครบถ้วนแล้ว สำหรับใช้เดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ได้ภายในเวลาไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร หรือ

2. เอกสารหลักฐานของเจ้าของพาหนะหรือผู้ควบคุมพาหนะแสดงการจองที่นั่งในพาหนะที่ชำระค่าโดยสารครบถ้วนแล้ว สำหรับใช้เดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ได้ในเวลาไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

ทั้งนี้ เว้นแต่บุคคลซึ่งมีสัญชาติมาเลเซียหรือบุคคลซึ่งมีสัญชาติอื่นตามที่รัฐมนตรีกำหนด ซึ่งเข้ามาราชอาณาจักร โดยพาหนะขนส่งคนโดยสารประเภทรถขนส่งคนโดยสาร รถยนต์รับจ้าง รถยนต์บริการทัศนจร หรือรถจักรยานยนต์รับจ้าง ตามช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองหรือด่านพรมแดนที่เป็นเขตติดต่อกับสหพันธรัฐมาเลเซีย ไม่ต้องมีตัวหรือเอกสารตาม 1. หรือ 2. หรือ

ง) ผู้ถือหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการชั่วคราวเพื่อการประชุมหรือการแข่งขันกีฬาระหว่างประเทศ ซึ่งรัฐบาลไทยเป็นเจ้าภาพ หรือได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งผู้ได้รับการยกเว้นการตรวจลงตราให้อยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน สามสิบวันนับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร

จ) ผู้ถือหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางของประเทศสมาชิกกลุ่มความร่วมมือทางเศรษฐกิจเอเชีย-แปซิฟิก และมีบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปคซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อประกอบธุรกิจ

ข. การขอตรวจลงตราภายในราชอาณาจักร

คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยได้รับการยกเว้นการตรวจลงตรา ตามกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2545 ข้อ 13 ที่มีผู้ถือหนังสือเดินทางประเภททูตหรือประเภทราชการ ประสงค์จะขอรับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) ให้ยื่นคำขอพร้อมกับเอกสารก่อนระยะเวลาได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรสิ้นสุดลงไม่น้อยกว่า 21 วัน ต่อกองกำกับการ 1 กองบังคับการตรวจคนเข้าเมืองกรุงเทพมหานคร ตามระเบียบสำนักงานตำรวจแห่งชาติว่าด้วยหลักเกณฑ์ วิธีการตรวจลงตราและวิธีเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. 2547 ข้อ 1.1.3 และ ข้อ 1.1.4 โดยกองกำกับการ 1 จะดำเนินการรับคำขอรับการตรวจรับลง

ตรา นำเสนอผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองพิจารณาเพื่อให้พิจารณาสั่งการภายใน 15 วัน ทำการ ซึ่งหลังจากที่ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองอนุญาต ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของกอง กำกับการ 1 ประทับตราและทำเครื่องหมายต่าง ๆ ตามระเบียบดังกล่าวข้อ 1.1.6.1 ถึง 1.1.6.3

ค. การขอเปลี่ยนแปลงการตรวจลงตราจากการตรวจลงตราประเภทนักท่องเที่ยว (Tourist Visa) หรือประเภทเดินทางผ่านราชอาณาจักร (Transit Visa) เป็นการตรวจลงตราประเภท คนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa)

ในกรณีที่คนต่างด้าวที่ได้ขอการตรวจลงตราประเภทนักท่องเที่ยวหรือประเภทเดินทางผ่านราชอาณาจักร ประสงค์จะเปลี่ยนแปลงการตรวจลงตราเป็นประเภทคนอยู่ชั่วคราว ให้ยื่นคำขอ พร้อมเอกสารที่เกี่ยวข้องตามที่ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองกำหนดเพื่อประกอบการพิจารณา โดยการยื่นคำขอนั้นให้ยื่นก่อนระยะเวลาได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรสิ้นสุดลงไม่น้อยกว่า 21 วัน ตามระเบียบฯ ข้อ 2.3 โดยกองกำกับการ 1 เป็นผู้ดำเนินการรับคำขอการเปลี่ยนแปลงการตรวจลงตรานำเสนอผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองพิจารณา เพื่อให้พิจารณาสั่งการภายใน 15 วัน ทำการตามระเบียบฯ ข้อ 2.4 ในกรณีที่เจ้าพนักงานที่ผู้รับผิดชอบเห็นว่าไม่สามารถดำเนินการให้เสร็จสิ้นก่อนที่ระยะเวลาที่อนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรสิ้นสุดลง ให้คนต่างด้าวผู้ ยื่นคำขออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไปได้ตามระเบียบฯ ข้อ 2.5 เมื่อผู้บัญชาการ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายพิจารณาอนุญาตให้เปลี่ยนแปลงการตรวจ ลงตราแก่คนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ประทับตราหรือแผ่นปะ Non-immigrant visa ลงในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง ตามระเบียบฯ ข้อ 2.6.1

3.2 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศ

มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูก กฎหมายทำงาน ซึ่งผู้เขียนจะได้ทำการศึกษากฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.1 สหพันธรัฐมาเลเซีย

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมาย ทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียมีรายละเอียดดังนี้

1) การทำงานของคนต่างด้าวในสหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซียเป็นประเทศที่ควบคุมและจำกัดการทำงานของคนต่างด้าว โดยระบบการควบคุมอยู่ภายใต้ Employment (Restriction) Act, 1968 มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Laws of Malaysia Act 353 ซึ่งมีบทบัญญัติระบุนการจำกัดทั้งการจ้างและการทำงานของคนต่างด้าว

เว้นแต่ได้รับใบอนุญาตทำงาน หรือที่เรียกว่าเป็นรูปแบบระบบปิด ทั้งนี้ งานใดที่อนุญาตให้ทำได้ จะระบุไว้ในนโยบายที่จะประกาศเป็นคราว ๆ ไป¹⁶⁹ และไม่ปรากฏงานที่อนุญาตในรูปแบบของ กฎหมาย

สำหรับการควบคุมเกี่ยวกับทิศทางการเดินทางเข้าประเทศและการเดินทางออกจาก สหพันธรัฐมาเลเซีย นั้นมีกฎหมายหลักคือ Immigration Act 1959/63 มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Laws of Malaysia Act 155 หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า Act 155 โดยมีกฎหมายรองรับคือ Immigration Regulations, 1963 ซึ่งมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Laws of Malaysia Act 150 หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า Act 150 ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมีส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวกล่าวคือ นอกจากที่ได้บัญญัติห้ามบุคคลที่มีเชื้อพลเมืองของสหพันธรัฐมาเลเซียเข้าประเทศหากไม่ได้ถือ ครองเอกสารการเข้าเมืองที่เรียกว่า Pass หรือ Entry Pass แล้วแต่กรณีและเขตพื้นที่ในการเข้าเมือง

Employment (Restriction) Act, 1968 เป็นกฎหมายที่แตกต่างหากจาก Immigration Act 1959/63 แต่มีการเชื่อมโยงกันใกล้ชิดในแง่ของการกำหนดใบอนุญาตเข้าเมือง ซึ่งแบ่งออกเป็น หลายประเภทซึ่งใบอนุญาตเข้าเมืองสำหรับคนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐ มาเลเซีย นั้น เป็นการออกตามระดับทักษะของการทำงานและพื้นที่ที่ประสงค์เข้าไปทำงาน¹⁷⁰ ได้แก่

(1) Employment Pass สำหรับคนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานภายใต้สัญญาจ้างงาน (Contract of Service) ซึ่งอาจเป็นสัญญาจ้างงานกับภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้ โดยครอบคลุมถึง การทำงานในระดับวิชาชีพ ระดับทักษะ เจ้าของกิจการ และตัวแทนของบริษัทเอกชน โดยมีกำหนด อายุที่สอดคล้องกับระยะเวลาที่ระบุในสัญญาการจ้างงานคืออย่างน้อย 2 ปี และสามารถต่ออายุได้¹⁷¹

(2) Visit Pass แบ่งออกได้หลายประเภท อาทิเช่น Visit Pass (Temporary Employment) ออกให้คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือ โดยมีกำหนด อายุเวลาการอนุญาตแตกต่างกันตามประเภทงานแต่ต้องไม่เกิน 12 เดือน ส่วน Visit Pass (Professional) ออกให้คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญที่มีระยะเวลาใน การทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียไม่เกิน 12 เดือน

¹⁶⁹ Employment (Restriction) Act 1968, Section 5 (1) (a) (b).

¹⁷⁰ Employment (Restriction) Act 1968, Section 8 (1).

¹⁷¹ Immigration Regulations 1963, Section 9.

(3) Work Pass สำหรับคนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานภายใต้สัญญาจ้างงานในเขตชานาห์ซึ่ง Controller of Immigration พิจารณาเห็นว่ามิเป็นประโยชน์ต่อเขตชานาห์และคุณสมบัติพอที่จะทำงานหรือรับจ้างงานในชานาห์และไม่พบกรณีคนตกงานในระดับความชำนาญในธุรกิจหรือกิจการ¹⁷² ใบอนุญาตประเภทนี้มีอายุสูงสุด 12 เดือน

หน่วยงานที่รับผิดชอบในการควบคุมเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้นแบ่งออกได้หลายหน่วยงานโดยครอบคลุมทั้งการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวทั้งนี้ในด้านกาเข้าเมืองนั้น หน่วยงานที่รับผิดชอบหลักคือ Immigration Department of Malaysia หรือ Imigresen Malaysia ซึ่งเป็นหน่วยงานหนึ่งใน Ministry of Home Affairs

2) การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในสหพันธรัฐมาเลเซีย

ระบบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวภายใต้ Employment (Restriction) Act, 1968 นั้นจะเป็นแบบระบบปิด ซึ่งระบุนการจำกัดทั้งการจ้างและการทำงานของคนต่างด้าว โดยจะระบุนการที่อนุญาตให้ทำไว้ในนโยบายที่จะประกาศเป็นคราว ๆ ไป ทำให้ไม่ปรากฏงานที่อนุญาตในรูปแบบของกฎหมาย

นอกจากการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวด้วย Employment (Restriction) Act, 1968 ยังมีกฎหมายอีกฉบับหนึ่ง คือ Employment Act, 1955 มีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า Laws of Malaysia Act 265 หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า Act 265 ซึ่งนอกจากควบคุมเกี่ยวกับสัญญาการทำงานแล้ว ยังควบคุมนายจ้างในการจ้างงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกีดกันการทำงานระหว่างคนท้องถิ่นกับคนต่างด้าว จึงอาจกล่าวได้ว่าการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในสหพันธรัฐมาเลเซียเป็นการมุ่งเน้นที่จะควบคุมที่ตัวนายจ้าง สร้างภาระหน้าที่ให้นายจ้างจะต้องรับผิดชอบอย่างชัดเจน

การทำงานของคนต่างด้าวใช้ระบบ Pre-Arranged Job หรือทางการสหพันธรัฐมาเลเซียเรียกว่า การทำงานภายใต้สัญญาจ้างงาน (Contract of Services) กล่าวคือ ต้องมีการติดต่อกันระหว่างคนต่างด้าวกับผู้ที่ต้องการจ้างงานในสหพันธรัฐมาเลเซีย มีการตอบรับและตกลงจ้างงานโดยต้องมีสัญญาจ้าง เสนอต่อหน่วยงานที่ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว คือ Commissioner of Employment¹⁷³ นอกจากนี้ยังอาศัยเกณฑ์ทั่วไป 3 ประการ คือ

(1) นายจ้างจะต้องไม่สามารถหาพลเมืองท้องถิ่น หรือผู้ที่มีสถานภาพเป็นผู้มีถิ่นพำนักถาวรในสหพันธรัฐมาเลเซียที่มีคุณสมบัติเหมาะสมกับงาน โดยนายจ้างต้องแสดงหลักฐานให้ชัดเจนว่า ได้ทำการประกาศตำแหน่งว่างสำหรับคนเข้าทำงานแล้ว

¹⁷² Immigration Regulations 1963, Section 16 (1).

¹⁷³ Employment (Restriction) Act 1968, Section 3.

(2) นายจ้างได้ทำการติดต่อกับสำนักงานแรงงานของกระทรวงแรงงาน (Ministry of Human Resources) และหัวหน้าหมู่บ้าน เพื่อตรวจสอบว่าไม่มีแรงงานท้องถิ่นจริง

(3) นายจ้างต้องได้รับเอกสารเป็นลายลักษณ์อักษร จากสำนักงานแรงงานหรือระดับหมู่บ้านยืนยันว่าไม่มีแรงงานท้องถิ่นเพียงพอ

กฎหมายกำหนดการใช้ดุลยพินิจให้แก่ Commissioner of Employment อย่างมาก เพื่อให้วินิจฉัยตามกฎหมายและนโยบายในการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว ทั้งนี้ในปัจจุบัน นโยบายซึ่งถูกกำหนดโดย Ministry of Human Resources นั้นเป็นนโยบายที่เกี่ยวกับแรงงานระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือเท่านั้น กล่าวคือ เป็นการห้ามการทำงานของคนต่างด้าวในระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือยกเว้นที่เปิดอนุญาตให้ทำงานได้ 5 ภาคการผลิตคือ

- ก. ภาคการเพาะปลูก (Plantation)
- ข. ภาคการก่อสร้าง (Construction)
- ค. ภาคอุตสาหกรรมการผลิต (Manufacturing)
- ง. ภาคการบริหาร (Services) โดยเปิดเฉพาะในส่วนของคนดูแลปั๊ม (Pump Attendants) ร้านขายของขนาดใหญ่ (Supermarket) งานทำความสะอาด และงานในภัตตาคาร
- จ. งานบ้าน (Domestic Worker)

การเปิดให้แรงงานในระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือทำงานใน 5 ภาคการผลิตดังกล่าวนี้มีได้หมายความว่า แรงงานต่างด้าวในระดับดังกล่าวสามารถเข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียได้ทันทีที่ทุกคนหากแต่ให้เฉพาะแรงงานต่างด้าวจากประเทศอินโดนีเซีย ไทย ฟิลิปปินส์ กัมพูชา บังกลาเทศ และปากีสถาน ที่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากกระทรวงแรงงานของสหพันธรัฐมาเลเซียเท่านั้น โดยอาศัยเกณฑ์ทั่วไปดังกล่าวข้างต้น ทั้งนี้ สำหรับคนต่างด้าวในระดับที่มีทักษะสูงกว่านั้น เช่นในระดับวิชาชีพ เป็นต้น ยังไม่มีนโยบายหรือข้อกำหนดเฉพาะประเภทงานที่อนุญาตให้ทำงานไว้อย่างชัดเจนเป็นการเฉพาะดังเช่นในกรณีของแรงงานระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ โอกาสการทำงานของคนต่างด้าวในระดับทักษะ ระดับวิชาชีพ และบริหารจัดการขึ้นไปนั้น เปิดเฉพาะคนต่างด้าวที่ได้ผ่านขั้นตอนการติดต่อก่อนแล้ว มีสัญญาการทำงานและขึ้นกับดุลพินิจของ Commissioner of Employment ในการออกใบอนุญาตทำงาน โดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายและระเบียบที่ว่าด้วยเกณฑ์ทั่วไป 3 ประการดังกล่าวข้างต้น โดยพิจารณาจากเอกสารต่าง ๆ ที่แนบมาในการดำเนินการขอใบอนุญาตทำงาน ตามที่กฎหมายได้กำหนดไว้

นอกจากนี้ทางการของสหพันธรัฐมาเลเซียกำหนดให้แรงงานต่างชาติทุกประเทศต้องผ่านการอบรม และทดสอบในเรื่องภาษา วัฒนธรรม และข้อกำหนดเบื้องต้น ก่อนจึงจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงาน ซึ่งการอบรมนี้จัดให้มีขึ้นในประเทศของแรงงานต่างชาติ โดยสหพันธรัฐ

มาเลเซียแต่งตั้งหน่วยงานเอกชนที่เรียกว่า Malaysia Training Providers (MTP) ทำหน้าที่ให้บริการประสานการอบรมและการออกประกาศนียบัตรกับฝ่ายไทย ซึ่งแต่งตั้งสถาบันพัฒนาฝีมือแรงงานเป็นศูนย์อบรมคนหางาน ที่สำคัญโครงการนี้เก็บค่าลงทะเบียนจากคนหางานคนละ 10 เหรียญสหรัฐ (เป็นรายได้ของทางการสหพันธรัฐมาเลเซีย) และต้องจ่ายค่าบริการให้หน่วยงาน MTP ด้วย

Promotion of Investment Act, 1986 เป็นกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ โดยคนต่างด้าวในขอบข่ายนี้เรียกว่า Expatriate Personnel โดยมี Guidelines on Employment of Expatriate Personnel รองรับซึ่งเป็นไปตามนโยบายของสหพันธรัฐมาเลเซียในการยกระดับความเจริญทางเศรษฐกิจและการยกระดับทุนมนุษย์ หรือทรัพยากรมนุษย์ โดยอาศัยการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้โดยผ่านการลงทุนจากต่างประเทศ ฉะนั้น บริษัทต่างชาติที่มาลงทุนในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการส่งเสริมสนับสนุนของรัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซีย จะได้รับอนุญาตให้นำบุคคลที่บริษัทต้องการเข้ามาทำงานในขอบข่ายงานที่ขาดแคลนคนมาเลเซียในด้านนั้น ทั้งนี้ การออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวในโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนภายใต้ Promotion of Investment Act, 1986 เป็นอำนาจของ Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) โดยมี Action Committee of Incentives เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าว การกำหนดจำนวนคนต่างด้าวสำหรับแต่ละบริษัทในโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตลอดจนระยะเวลาที่คนต่างด้าวแต่ละรายจะสามารถทำงานได้ในสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยเน้นที่เงื่อนไขการลงทุนและการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้แก่คนท้องถิ่นเป็นสำคัญ อีกทั้งยังมี Standing Committee on Malaysianization เป็นหน่วยงานรองรับเพิ่มเติมในการพิจารณาคำร้องขออนุญาตเพิ่มจำนวนจ้างงานคนต่างด้าวในแต่ละบริษัทในโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งการดำเนินการต่าง ๆ ของ Malaysian Industrial Development Authority ดังกล่าวข้างต้นเป็นการประสานงานและอาศัยความร่วมมือจากหน่วยงานที่รับผิดชอบกำกับดูแลในแต่ละประเภทธุรกิจ ทั้งนี้ ใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวในประเภทนี้คือ Employment Pass¹⁷⁴

¹⁷⁴ จาก ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กับนานาประเทศ และแนวทางการพัฒนาในอนาคต (รายงานผลการวิจัย) (น. 75-76), โดย ชุมพร ปัจจุบันพันธ์ และคณะ ข, 2543, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

3) การขอใบอนุญาตทำงาน

(1) การออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวในสหพันธรัฐมาเลเซีย ต้องผ่านการตรวจสอบของกฎหมาย 2 ส่วน โดยส่วนแรกเกี่ยวกับการควบคุมการเข้าเมือง และส่วนที่สองคือการออกใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้เนื่องจากสหพันธรัฐมาเลเซียใช้ระบบ Pre-Arranged Job ซึ่งต้องมีสัญญาจ้างงาน (Contract of Service) มาเสนอต่อทางการสหพันธรัฐมาเลเซียเพื่อขอใบอนุญาตเข้าเมืองหรือไปผ่านเพื่อให้เข้ามาทำงาน ซึ่งเรียกว่า Employepass, Visit Pass (Temporary Employment) และ Work Pass แล้วแต่กรณี

เอกสารประกอบการขอใบอนุญาต ทั้งนายจ้างและลูกจ้างจะต้องกรอกแบบฟอร์มต่าง ๆ ตามที่กฎหมายระบุไว้ แนบพร้อมเอกสารที่สำคัญมีหลักฐานว่าได้ทำการประกาศตำแหน่งว่างสำหรับรับคนเข้าทำงานแล้วและไม่สามารถหาพลเมืองท้องถิ่นที่จะรับเข้าทำงานได้มีหลักฐานว่านายจ้างได้ทำการติดต่อกับกระทรวงแรงงานหรือติดต่อกับหัวหน้าหมู่บ้านว่าไม่มีแรงงานที่เป็นคนท้องถิ่นจริง และนายจ้างยังต้องแสดงหลักฐานการตอบรับจากหัวหน้าหมู่บ้านและกระทรวงแรงงานว่าไม่มีแรงงานมาเลเซียในประเภทงานที่ประสงค์จะว่าจ้างจริงแบบฟอร์มที่กรอกเพื่อขอใบอนุญาตเข้าทำงานให้ใช้ยื่นที่สำนักแรงงานที่ใกล้ที่สุดของ Ministry of Human Resources ในกรณีที่กิจการใดได้รับการส่งเสริมการลงทุน และจะต้องมีการจ้างคนต่างชาติทำงาน การยื่นขอใบอนุญาตทำงานให้ยื่นต่อ Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง และมีหน้าที่รับผิดชอบต่องานประเภทนั้น ๆ ด้วย

การออกใบอนุญาตหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการพิจารณาออกใบอนุญาตทำงาน คือ Ministry of Human Resources โดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจคือ Commissioner of Employment หรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจาก Commissioner of Employment เกณฑ์ในการพิจารณากำหนดไว้ใน Employment (Restriction) Act, 1968 ว่าคนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ จะต้องขาดแคลนแรงงานท้องถิ่น โดยพิจารณาจากหลักฐานที่ฝ่ายนายจ้างนำเสนอตามหลักฐานที่กฎหมายระบุไว้¹⁷⁵

ในกรณีที่ทางการสหพันธรัฐมาเลเซียได้ยกเลิก หรือระงับ หรือไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวรายใด นายจ้างต้องยุติการทำงานของคนต่างด้าวภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับหมายแจ้งเป็นลายลักษณ์อักษรจาก Commissioner of Employment อีกทั้งนายจ้างยังต้องแจ้งการยุติการว่าจ้างคนต่างด้าวนั้นต่อ Commissioner of Employment ภายใน 14 วันนับจากวันที่ได้ทำการยุติการว่าจ้างคนต่างด้าวนั้น¹⁷⁶

¹⁷⁵ Employment (Restriction) Act 1968, Section 7.

¹⁷⁶ Employment (Restriction) Act 1968, Section 10.

(2) วิธีพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานอยู่ในดุลพินิจของเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ Commissioner of Employment มีสิทธิที่จะกำหนดข้อกำหนด (Terms) เงื่อนไข (Conditions) และข้อจำกัดต่าง ๆ (Restrictions) ในการปฏิบัติงานตามที่เห็นสมควร โดยระบุไว้ในใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในแต่ละราย ซึ่ง Commissioner of Employment มีสิทธิที่จะเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมเงื่อนไข ข้อจำกัดและข้อตกลงต่าง ๆ ได้¹⁷⁷ และในกรณีที่มีการปฏิเสธการออกใบอนุญาตการทำงานแก่คนต่างด้าวนั้นตาม Employment (Restriction) Act, 1968, Section 7 (3) ให้สิทธิอำนาจแก่ Commissioner of Employment ในอันที่จะให้เหตุผลหรือไม่ก็ได้ต่อการปฏิเสธการออกใบอนุญาตใด ๆ รวมทั้งในกรณีการไม่อนุมัติต่ออายุใบอนุญาตการทำงานการยกเลิกหรือระงับใบอนุญาตการทำงานแก่คนต่างด้าวด้วย

สำหรับการขอใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมีแนวพิจารณาเพิ่มเติมคือ

ก. ประเด็นเรื่องเงินทุน จะต้องมียกเงิน USD \$2,000,000 ขึ้นไป ให้สามารถจ้างคนต่างด้าวในระดับ Key Posts ได้ 5 คน หากต้องการจ้างเพิ่ม MIDA จะพิจารณาตามความจำเป็นเมื่อมีการร้องขอ

ข. ถ้าเงินทุนน้อยกว่า USD \$2,000,000 มีเกณฑ์แยกย่อยออกไป 3 ระดับ ได้แก่

ก) Key Posts อาจได้รับการพิจารณาหากมีเงินลงทุนจากต่างชาติอย่างน้อย 500,000 ริงกิตขึ้นอยู่กับคุณสมบัติเฉพาะของแต่ละราย

ข) Executive Posts มีเงื่อนไขว่า คนมาเลเซียจะต้องได้รับการฝึกอบรมให้ได้รับตำแหน่งดังกล่าวได้ในที่สุด

ค) Non-Executive Posts ใช้เกณฑ์เดียวกับ Executive Posts ก็ต้องมีเงื่อนไขการฝึกอบรมให้กับคนมาเลเซีย ความแตกต่างระหว่าง Executive Posts กับ Non- Executive Posts อยู่ที่ระยะเวลา คือ Executive Posts ให้เวลาทำงานถึง 10 ปี แต่ Non- Executive Posts ให้เวลาทำงานได้ 5 ปี ซึ่งรวมถึงการต่ออายุใบอนุญาตเป็นระยะ ๆ ไป¹⁷⁸

¹⁷⁷ Employment (Restriction) Act 1968, Section 7.

¹⁷⁸ การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 5-97), เล่มเดิม.

(3) อายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาต

ก. อายุใบอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าวมีอายุไม่เกิน 2 ปี¹⁷⁹

ข. การต่ออายุใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการขอใบอนุญาตเข้าทำงานซึ่ง Commissioner of Employment จะกำหนดเป็นราย ๆ ไป การต่ออายุใบอนุญาตจะมีแบบฟอร์มเฉพาะของการต่อใบอนุญาตที่เรียกว่าฟอร์ม ASK1

ค. ค่าธรรมเนียม USD \$ 10 ทั้งนี้ค่าธรรมเนียมนั้นอาจยกเลิกได้โดยอยู่ในดุลพินิจของ Commissioner of Employment

ง. กรณีการจ้างงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนระยะเวลาในการจ้างงานจะสอดคล้องกับระยะเวลาในการได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเท่ากับเป็นการสนับสนุนโครงการที่ได้รับการส่งเสริมด้วย เป็นการยกเว้นกฎหมายทั่วไป

4) ใบอนุญาตและข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

(1) ใบอนุญาต

ก. การใช้ใบอนุญาตจะต้องรอดตามประเภทงาน สถานที่ และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาต รวมทั้งต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด (Term) เงื่อนไข (Conditions) และข้อจำกัดต่าง ๆ (Restrictions)¹⁸⁰

ข. ใบอนุญาตทำงานเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้

ค. การใช้ใบอนุญาตคนต่างด้าวต้องพกพาติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงาน¹⁸¹

ง. หากมีการเลิกจ้าง หรือเมื่อใบอนุญาตหมดอายุเมื่อใด หรือถูกยกเลิกเมื่อใดให้คนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตนั้นแก่ Commissioner of Employment หรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจาก Commissioner of Employment¹⁸²

จ. กรณีใบอนุญาตทำงานชำรุดหรือสูญหาย ต้องรายงานต่อ Commissioner of Employment และต้องสมัครขอใบอนุญาตใบใหม่แทนใบเดิม ในกรณีที่มีการพบใบอนุญาตทำงานที่เคยแจ้งหายไปก่อนแล้วก็ให้คืนใบเดิมแก่ Commissioner of Employment¹⁸³

ฉ. หากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่หาย ให้ส่งสถานตำรวจ หรือสถานที่ทำการของ Commissioner of Employment หรือส่งที่ทำการไปรษณีย์ที่ใกล้ที่สุด¹⁸⁴

¹⁷⁹ Employment (Restriction) Act 1968, Section 11 (2).

¹⁸⁰ Employment (Restriction) Act 1968, Section 17.

¹⁸¹ Employment (Restriction) Act 1968, Section 17 (1).

¹⁸² Employment (Restriction) Act 1968, Section 17 (2).

¹⁸³ Employment (Restriction) Act 1968, Section 15.

ข. กรณีมีการโอนย้ายตำแหน่ง โดยหลักแล้วต้องทำใบอนุญาตใหม่ แต่ถ้าเป็นกรณีได้รับการส่งเสริมการลงทุน หากมีการย้ายตำแหน่งในบริษัทก็ต้องแจ้งเพื่อขอใบอนุญาตใหม่ แต่ให้นำใบเก่าไปปรับปรุงให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของตำแหน่ง

(2) ข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

ขั้นตอนก่อนว่าจ้าง นายจ้างต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับการจ้าง และเกี่ยวกับบุคคลต่างด้าวที่ต้องการว่าจ้างต่อ Commissioner of Employment โดยอาศัยแบบฟอร์มตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งข้อมูลอาจจะเป็นอย่างไรนั้น แล้วแต่ข้อกำหนดที่ทางการในแต่ละพื้นที่ (กรณีของสหพันธรัฐมาเลเซียมีหลายมลรัฐ) กำหนดขึ้น¹⁸⁵ ขั้นตอนภายหลังจากจ้างแล้วนายจ้างต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับการจ้างและตัวบุคคลต่างด้าวภายในระยะเวลา 14 วัน นับจากวันจ้างงาน หากเป็นงานระดับสูงนายจ้างจะต้องประกาศรับสมัครคนงานในท้องถิ่นเป็นอันดับแรก โดยการประกาศรับสมัครงานทางหนังสือพิมพ์ ทั้งภาษามลายูและภาษาอังกฤษ และหากไม่มีผู้สมัครภายใน 2 สัปดาห์ และเป็นงานในสาขาอาชีพที่ได้รับอนุญาตให้คนต่างชาติทำงานได้ จึงจะสามารถขออนุญาตต่อกระทรวงมหาดไทยสหพันธรัฐมาเลเซียเพื่อจ้างคนงานจากต่างชาติได้ แต่หากเป็นแรงงานระดับล่างจะสามารถขออนุญาตได้ทันที ในการขออนุญาตนายจ้างยังต้องมีหลักฐานเอกสารจากกรมการจัดหางานสหพันธรัฐมาเลเซีย กระทรวงทรัพยากรมนุษย์ ที่แสดงว่าไม่สามารถจัดหาคนงานตามที่นายจ้างต้องการมาประกอบการขออนุมัติด้วย และเมื่อได้รับอนุมัติจากกระทรวงมหาดไทยของสหพันธรัฐมาเลเซียแล้ว นายจ้างต้องนำหลักฐานที่แสดงรายละเอียดคนงาน (ถ่ายสำเนาหน้าหนังสือเดินทางของคนงาน ใบตรวจโรค รูปถ่าย) และตำแหน่งงานที่ได้รับอนุญาตให้นำเข้าแรงงานไปติดต่อกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อขออนุมัติวีซ่าประเภททำงานให้คนงาน และชำระเงินประกันค่าวีซ่า ค่าภาษีในการจ้างคนงานต่างชาติ รวมทั้งทำประกันเงินค่าทดแทนให้กับคนงานด้วย

ก. กฎหมายระบุหน้าที่ของนายจ้างให้ ให้ความกระจ่างในกรณีที่เกิดการทักท้วงเกี่ยวกับการกีดกันหรือการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนท้องถิ่นและคนต่างด้าว เป้าหมายข้อนี้เพื่อคุ้มครองลูกจ้างท้องถิ่น ถ้านายจ้างฝ่าฝืนถือเป็นความผิดและต้องได้รับโทษ¹⁸⁶

¹⁸⁴ Employment (Restriction) Act 1968, Section 15 (5).

¹⁸⁵ Employment (Restriction) Act 1968, Section 8.

¹⁸⁶ Employment (Amendment) Act 1998, Section 60K.

ข. กฎหมายระบุห้ามมิให้นายจ้างเลิกสัญญาจ้างงานกับคนท้องถิ่นเพื่อทำการว่าจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ในกรณีที่เกิดภาวะที่ต้องปลดคนงานออกเพื่อลดจำนวนคนงาน เช่น วิกฤตเศรษฐกิจกฎหมายระบุว่า นายจ้างต้องไม่ยุติการจ้างลูกจ้างท้องถิ่น เว้นแต่นายจ้างนั้นได้ยุติสัญญาการจ้างคนต่างด้าวที่ทำงานในประเภทเดียวกันก่อนแล้ว¹⁸⁷

ค. นายจ้างต้องหักเงินเดือนของคนต่างด้าวทุกคนเข้ากองทุนที่เรียกว่า Employee's Provident Fund ในอัตราร้อยละ 11 ของรายได้ต่อเดือน โดยตัวนายจ้างเองต้องสมทบเงิน 5 ริงกิตสำหรับคนงานแต่ละคน¹⁸⁸

ง. กรณีที่มีการยกเลิกใบอนุญาต นายจ้างต้องยุติการจ้างภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับหมายแจ้งและนายจ้างต้องแจ้งภายใน 14 วันนับแต่วันยุติการจ้างต่อ Commissioner of Employment

5) การพิจารณาเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

ในการพิจารณาบริหารจัดการ และการปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้น แบ่งพิจารณาเป็น 4 ประเด็น องค์กร นโยบาย กฎหมาย และระบบการควบคุม ดังนี้

(1) องค์กร หน่วยงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ได้แก่ Ministry of Home Affairs และเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ ได้แก่ Controller of Immigration โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงเกี่ยวกับการจ้างงานคนต่างด้าว คือ Commissioner of Employment ส่วนการจ้างงานที่อยู่ในขอบเขตของการส่งเสริมการลงทุนมี Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ

(2) นโยบาย : Ministry of Human Resources เป็นผู้กำหนดนโยบายการทำงานของคนต่างด้าว เท่าที่ผ่านมาเป็นนโยบายเกี่ยวกับแรงงานไร้ฝีมือ (Non-Skilled Labour) ส่วนแรงงานฝีมือไม่มีนโยบายในเรื่องนี้กำหนดไว้ เป็นเรื่องขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจโดยอาศัยหลักเกณฑ์ ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

(3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว มี 4 ฉบับ คือ

ก. Immigration Act 1959/63 เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าว รวมทั้งการออก Employment Pass, Visit Pass (Temporary Employment) และ Work Pass กฎหมายฉบับนี้ได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม โดย Immigration (amendment) Act 1997 โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับไทย

¹⁸⁷ Employment (Amendment) Act 1998, Section 60L.

¹⁸⁸ Employment (Amendment) Act 1998, Section 60M.

ข. Employment (Restriction) Act, 1968 เป็นกฎหมายที่ระบุนการจำกัดการทำงานของคนต่างด้าวในสหพันธรัฐมาเลเซียโดยตรง และพูดถึงการออกใบอนุญาต การจ้างงาน และการทำงาน

ค. Employment Act, 1955 นอกจากการควบคุมเกี่ยวกับลักษณะการทำงานแล้วยังควบคุมนายจ้างเกี่ยวกับการกีดกันการทำงานระหว่างคนท้องถิ่นกับคนต่างด้าว ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้ได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมโดย Employment (Amendment) Act, 1998 เพื่อกำหนดความชัดเจนเกี่ยวกับหน้าที่ของนายจ้างในการจ้างงานคนต่างด้าวให้เข้มงวดขึ้น

ง. Promotion of Investment Act, 1986 ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องการลงทุน แตกต่างจากคนต่างด้าวทั่วไป และขณะเดียวกันกฎหมายฉบับนี้ก็กำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวถ่ายโอนเทคโนโลยี ทักษะ ความรู้ให้แก่คนท้องถิ่นด้วย นอกจากการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวโดยการออกใบอนุญาตแล้ว เพื่อให้การควบคุมเข้มงวดขึ้นยังมีมาตรการบังคับให้คนงานต่างด้าวจดทะเบียนโดยอาศัยแบบฟอร์มที่ทางการกำหนดคนออกนอกนี้ยังมีมาตรการเรื่องภาษี (Levy) เพื่อควบคุมว่านายจ้างคนต่างด้าวทำงานเท่าที่จำเป็นเท่านั้น เพราะต้องเสียภาษีโดยจัดเก็บเป็นภาษีสำหรับว่าจ้างคนต่างด้าวทุกระดับ

(4) ระบบการควบคุมติดตามผลเป็นอำนาจหน้าที่ของ Ministry of Human Resources รวมทั้งอำนาจในการตรวจค้น กรณีการละเมิดบทบัญญัติ กฎหมายโดยไม่ต้องมีหมายค้นแต่มีข้อยกเว้น โดยพระราชราชธิบติ มีพระราชอำนาจในการออกพระบรมราชโองการยกเว้นบุคคลหนึ่งบุคคลใดก็ได้

ภายหลังจากที่ Commissioner of Employment ไม่อนุมัติใบอนุญาตการทำงาน ลูกจ้างมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีเจ้ากระทรวงภายในระยะเวลา 14 วัน เมื่อ Ministry of Human Resources วินิจฉัยแล้วไม่อาจทบทวนในชั้นศาลได้อีก¹⁸⁹

3.2.2 สาธารณรัฐสิงคโปร์

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์มีรายละเอียดดังนี้

1) การทำงานของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐสิงคโปร์

สาธารณรัฐสิงคโปร์มีการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจทั้งด้านอุตสาหกรรม การลงทุนจากชาวต่างชาติ การท่องเที่ยว แต่เนื่องจากสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นประเทศเล็ก และมีประชากรน้อยจึงทำให้จำนวนแรงงานมีไม่เพียงพอกับความต้องการ ทำให้มีการจ้างแรงงานต่างชาติโดยเฉพาะใน

¹⁸⁹ Employment (Restriction) Act 1968, Section 7 (4).

ด้านการก่อสร้างและด้านการผลิต เพื่อสร้างแหล่งรองรับการขยายตัวทางเศรษฐกิจ ดังนั้นงานในสาขาอุตสาหกรรมก่อสร้าง เช่น วิศวกรก่อสร้าง และผู้จัดการก่อสร้างอาคาร จึงเป็นที่ต้องการในตลาดแรงงานอย่างสูง นอกจากนี้สาธารณรัฐสิงคโปร์ยังเป็นประเทศที่ชาวต่างชาติสนใจเข้ามาเปิดสำนักงานใหญ่และสำนักงานภูมิภาค จึงทำให้มีความต้องการในตำแหน่งงานที่ใช้ความชำนาญพิเศษสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง เช่น ตำแหน่งผู้บริหาร ผู้จัดการ พนักงานบัญชี และผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เป็นต้น แต่เนื่องจากการผลิตทรัพยากรบุคคลชาวสิงคโปร์ทำได้ไม่ทันกับความต้องการ เพราะอัตราการเกิดของประชากรที่ต่ำ ดังนั้นสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงได้มีการจ้างแรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานในสัดส่วนเกือบครึ่งของการจ้างงานทั้งหมดเลยทีเดียว¹⁹⁰

2) การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐสิงคโปร์

การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐสิงคโปร์ อยู่ภายใต้กฎหมายหลัก 2 ฉบับ คือ Immigration Act (Chapter 133) และ Employment of Foreign Manpower Act (Chapter 91A) ซึ่งลักษณะการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้น เป็นการกำหนดห้ามทั้งการที่คนต่างด้าวทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์และทั้งการว่าจ้างคนงานต่างด้าวและที่ตัวนายจ้างท้องถิ่น ทั้งนี้ กฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ไม่ได้ระบุงานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ

กรณีการจ้างงานคนต่างด้าว ต้องแยกกันกับการทำงานของคนต่างด้าวตั้งแต่ระดับที่มีทักษะฝีมือ (Skilled Labour) ขึ้นไปกับระดับกึ่งทักษะฝีมือและไร้ทักษะฝีมือ (Semi-Skilled Labour และ Unskilled Labour) ซึ่งสาธารณรัฐสิงคโปร์มีกฎหมายที่ใช้ควบคุมคนต่างด้าวใน 2 ระดับนั้นแตกต่างกัน คือ

กรณีของคนต่างด้าวตั้งแต่ระดับแรงงานที่มีทักษะฝีมือขึ้นไปซึ่งรวมถึงระดับวิชาชีพและระดับบริหารจัดการด้วยนั้น กฎหมายที่ควบคุมได้แก่ Immigration Act ซึ่งมีบทบัญญัติควบคุมการเข้าเมืองและการออกใบอนุญาตทำงาน กล่าวคือ ได้บัญญัติห้ามบุคคลที่มีชีพพลเมืองของสาธารณรัฐสิงคโปร์เข้าประเทศ หากไม่ได้ถือครองเอกสารการเข้าเมืองที่เรียกว่า Entry Permit ที่ทางกองตรวจคนเข้าเมืองออกให้แล้ว ยังกำหนดห้ามบุคคลที่มีชีพพลเมืองของสาธารณรัฐสิงคโปร์เข้าประเทศ หากไม่ได้ถือครองใบอนุญาตที่เรียกว่า Pass ด้วย¹⁹¹

กรณีของคนต่างด้าวในระดับแรงงานกึ่งทักษะฝีมือและไร้ทักษะฝีมือ กฎหมายที่ควบคุมได้แก่ Employment of Foreign Manpower Act ซึ่งแตกต่างหากจาก Immigration Act เพื่อให้

¹⁹⁰ การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 5-105), เล่มเดิม.

¹⁹¹ Immigration Act, Section 6.

การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในระดับนี้เป็นไปอย่างเข้มงวดและชัดเจน อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือทางนโยบายในการควบคุมและป้องกันปัญหาการลักลอบเข้าทำงาน หรือแรงงานผิดกฎหมาย อนึ่ง ถึงแม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับจะแยกจากกัน แต่ก็มีความเกี่ยวพันกันอย่างใกล้ชิดซึ่งเห็นได้จากการที่ Immigration Act มีบทบัญญัติในการควบคุมการเข้า-ออกประเทศของคนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยตาม Immigration Regulations ซึ่งเป็นกฎหมายรองรับ¹⁹²

การออกใบอนุญาตทำงาน ทางกระทรวงแรงงานของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานให้แก่ชาวต่างชาติภายใต้พระราชบัญญัติการว่าจ้างแรงงานต่างชาติ (Employment of foreign Worker Act) แตกต่างกันดังนี้

(1) Employment Pass (P Pass และ Q Pass) สำหรับชาวต่างชาติที่ทำงาน ระดับบริหาร หรือผู้เชี่ยวชาญพิเศษ (Professions, Manager, Executives and Specialists) ผู้ถือบัตร Employment Pass (ทั้ง P และ Q) จะได้รับอนุญาตให้นำผู้ติดตามประเภท 1 คือ คู่สมรส บุตรที่ยังไม่สมรสหรือบุตรบุญธรรมตามกฎหมายที่มีอายุต่ำกว่า 21 ปี ติดตามได้โดยถือบัตรผู้ติดตาม Dependant's Pass หรือผู้ถือ P Pass ได้รับอนุญาตเพิ่มเติมให้นำผู้ติดตามประเภท 2 คือ บิดามารดาตนเองและบิดามารดาของคู่สมรส หรือบุตรที่เกิดจากการสมรสครั้งก่อนของคู่สมรส บุตรพิการ บุตรหญิงที่ยังไม่สมรสและอายุเกิน 21 ปี ติดตามได้โดยขอยื่นบัตร Long-Term Social Visit Pass ทั้งนี้การพิจารณาให้ใบอนุญาต P หรือ Q จะดูจากเงินเดือน ตำแหน่ง และประสบการณ์เป็นหลักดังนี้

ก. P1 Pass เงินเดือนพื้นฐาน 7,000 เหรียญสิงคโปร์ขึ้นไป

ข. P2 Pass เงินเดือนพื้นฐานระหว่าง 3,500-7,000 เหรียญสิงคโปร์ โดยต้องมีคุณสมบัติตรงตามตำแหน่งงาน

ค. Q Pass เงินเดือนพื้นฐาน 2,500 เหรียญสิงคโปร์ขึ้นไปและต้องมีคุณสมบัติตรงตามตำแหน่งงาน (ประสบการณ์ทำงาน 5 ปี ในงานที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งทักษะฝีมืออาจนำมาพิจารณาถ้าจำเป็น)

ง. Personalized Employment Pass (PEP) เป็นใบอนุญาตทำงานชนิดใหม่ซึ่งนำมาใช้ 1 มกราคม 2550 เป็นต้นไป โดยผู้ถือบัตร Employment Pass และทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์มาแล้วอย่างน้อย 2 ปี (สำหรับ P Pass) หรือ 5 ปี (สำหรับ Q1 Pass) และรับเงินเดือนพื้นฐานไม่ต่ำกว่าปีละ 30,000 เหรียญสิงคโปร์หรือนักศึกษาที่ศึกษาระดับสูงในสาธารณรัฐสิงคโปร์

¹⁹² ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กับนานาประเทศ และแนวทางการพัฒนาในอนาคต (รายงานผลการวิจัย) (น. 84), เล่มเดิม.

และมีประสบการณ์ทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์ภายใต้ Employment Pass อย่างน้อย 2 ปี มีสิทธิขอ PEP ซึ่งจะมีอายุการอนุญาต 5 ปี โดยไม่ต้องต่ออายุใบอนุญาตทำงานทั้งนี้ระดับ P, Q และ PEP ไม่จำกัดเรื่องโควตาการจ้างและนายจ้างไม่ต้องจ่ายภาษีการจ้างแรงงานต่างชาติ (Levy) ให้กับรัฐบาล

(2) S Pass สำหรับชาวต่างชาติที่ทำงานระดับกลางด้วยความรู้และทักษะเฉพาะทาง เช่น ช่างเทคนิค พ่อครัว และอื่น ๆ โดยได้รับเงินเดือนพื้นฐานไม่ต่ำกว่า 1,800 เหรียญสิงคโปร์ ทั้งนี้จำกัดโควตาการจ้างคือ บริษัทจ้างได้เพียง 10 เปอร์เซนต์ของจำนวนลูกจ้างท้องถิ่น และนายจ้างต้องจ่ายค่าธรรมเนียม Levy 50 เหรียญสิงคโปร์ ต่อการจ้างลูกจ้างต่างชาติต่อคนต่อเดือนให้กับรัฐบาล ผู้ถือ S Pass ที่ได้รับเงินเดือนมากกว่า 2,500 เหรียญสิงคโปร์ สามารถขอรับสิทธิในเรื่องการนำบุคคลในครอบครัวติดตามได้

(3) R Pass (Work Permit) สำหรับชาวต่างชาติระดับช่างฝีมือหรือกึ่งฝีมือที่ไม่เข้าคุณสมบัติประเภท S Pass ซึ่งกระทรวงแรงงานของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาอนุญาตตามประเภทของธุรกิจและกลุ่มประเทศ (ตามรายละเอียดข้างต้น) ดังนี้

- ก. ก่อสร้าง (Construction) อนุญาตแรงงานจาก TS, NTS, NAS
- ข. อุตสาหกรรม (Marine) อนุญาตแรงงานจาก TS, NTS, NAS
- ค. งานรับใช้ในบ้าน (Domestic Worker) อนุญาตแรงงานจาก TS, NTS
- ง. การผลิต (Manufacturing) อนุญาตแรงงานจาก TS, NAS
- จ. บริการ (Services) อนุญาตแรงงานจาก TS, NAS
- ฉ. เกษตรกรรม (Agri-technology) อนุญาตแรงงานจาก NTS

(4) Entre Pass สำหรับชาวต่างชาติที่ต้องการประกอบธุรกิจขนาดกลางและเล็กในสาธารณรัฐสิงคโปร์โดยยกเว้นธุรกิจเกี่ยวกับร้านอาหาร ศูนย์อาหาร นวดฝ่าเท้า นวด สถานบันเทิง คาราโอเกะ แลกเปลี่ยนเงินหรือโอนเงิน กวดวิชา หรืออาชีพอื่น ๆ ที่เหมือนกัน

(5) Training Visit Pass (TVP) สำหรับผู้ฝึกงานของบริษัท ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของการทำงาน โดยผู้ฝึกงานต้องได้รับเงินเดือนขั้นพื้นฐาน 2,500 เหรียญสิงคโปร์ขึ้นไปหรือนักเรียนที่ฝึกงานตามหลักสูตรของสถาบันศึกษา หรือลูกจ้างของบริษัทที่มีสำนักงานสาขานอกสาธารณรัฐสิงคโปร์ ทั้งนี้ ผู้ยื่นขออนุญาตอาจได้รับพิจารณาให้ฝึกงานภายใต้ประเภท Training Work Permit (TWP) หากไม่ผ่านคุณสมบัติตามหลักเกณฑ์ TVP

(6) Dependant Pass/Letter of Consent (DP/LOC) เป็นใบอนุญาตสำหรับผู้ติดตามประเภท 1 ของผู้ถือบัตร Employment Pass ทั้งนี้ผู้ได้บัตร DP หรือ LOC สามารถขออนุญาตทำงานได้ โดยกระทรวงแรงงานของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาอนุญาตตามหลักเกณฑ์ของใบอนุญาตแต่ละประเภท

(7) Long Term Social Visit Pass (LTSVP) เป็นใบอนุญาตสำหรับผู้ติดตามประเภท 2 ของผู้ถือบัตร Employment Pass ผู้ถือบัตร LTSVP สามารถขออนุญาตทำงานได้ โดยกระทรวงแรงงานของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาอนุญาตตามหลักเกณฑ์

ตั้งแต่วันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2551 สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองสาธารณรัฐสิงคโปร์ (Immigration & Checkpoints Authority : ICA) ได้ยกเลิกการออกใบอนุญาตทำงานประเภท Professional Visit Passes (PVP) ให้กับชาวต่างชาติที่ทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์ในช่วงสั้น โดยได้กำหนดรูปแบบใบอนุญาตการทำงานแบบใหม่ใช้แทน ได้แก่ ประเภท Miscellaneous Work Pass และประเภท Work Permit (Performing Artiste)

ประเภท Miscellaneous Work Pass ใช้สำหรับ ชาวต่างชาติที่เข้ามาปฏิบัติภารกิจในองค์กรต่าง ๆ หรือ เข้ามาจัดสัมมนา ประชุม จัด Workshop ประชุมด้านศาสนา เชื้อชาติ ชุมชนต่าง ๆ อุดมการณ์หรือทางการเมือง ชาวต่างชาติที่ทำงานด้านศาสนา นักเขียน นักข่าวอายุใบอนุญาตประเภทไม่เกิน 60 วัน

ประเภท Work Permit (Performing Artiste) ใช้สำหรับ นักแสดงในบาร์ ดิสโกเทค เลานจ์ในท์คลับ ผับ โรงแรม คลับส่วนตัวและร้านอาหาร ต้องยื่นขอใบอนุญาตทำงานประเภทนี้ อายุใบอนุญาตประเภทนี้ ระยะเวลา 6 เดือน

ประเภท Work Pass Exempt Activities ใช้สำหรับ กรณีที่ทางการสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ยกเว้นการขอใบอนุญาตทำงานหากชาวต่างชาติเข้ามาประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ในระยะเวลาสั้น โดยเฉพาะจะยกเว้นให้กับผู้มีความชำนาญ และความรู้ที่ไม่สามารถหาได้ง่ายในสาธารณรัฐสิงคโปร์และต้องไม่มีความสัมพันธ์แบบนายจ้างลูกจ้างกับบริษัทในสาธารณรัฐสิงคโปร์

ทั้งนี้ความรู้ความชำนาญของชาวต่างชาติต้องอยู่ในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) การตรวจสอบโรงงานหรือเครื่องจักร รวมทั้งการควบคุมมาตรฐานและกฎเกณฑ์การใช้เครื่องมือเครื่องจักรต่าง ๆ

(2) การปฏิบัติงานเกี่ยวกับใบอนุญาตโศกนาฏกรรม หรือการเป็นตัวแทนเจรจาต่าง ๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาเชื้อชาติ ชุมชนต่าง ๆ อุดมการณ์ หรือการเมือง อายุใบอนุญาตประเภทนี้ ไม่เกิน 60 วัน¹⁹³

3) การขอใบอนุญาตทำงาน

(1) การขอใบอนุญาตสาธารณรัฐสิงคโปร์ใช้ระบบ Pre-Arranged Job จึงจำเป็นต้องมีสัญญาจ้างงาน (Contract of Service) และต้องมี Local Sponcer ซึ่งหมายถึงบริษัทผู้ว่าจ้าง ในการสมัครขอใบอนุญาตทำงาน คนต่างด้าวจะสมัครผ่าน Local Sponcer โดยต้องกรอกเอกสารตามที่กฎหมายระบุ โดยผู้สมัครและผู้ว่าจ้างเป็นผู้กรอกข้อความดังกล่าว ผู้ว่าจ้างมักจะเป็นผู้ดำเนินการยื่นให้และต้องมีจดหมายรับรองสนับสนุนการทำงานจากผู้ว่าจ้าง จดหมายฉบับนี้ระบุความรับผิดชอบของนายจ้างในเรื่องการพำนักอยู่ของคนต่างด้าวและการเดินทางกลับ นายจ้างต้องส่งเอกสารต่าง ๆ ที่จำเป็นไปยัง Ministry of Manpower ในกรณีแรงงานกึ่งทักษะและไร้ทักษะ เนื่องจากมีแรงงานประเภทนี้มีอุปทานอยู่มาก การขอใบอนุญาตจึงให้กระทำผ่านระบบ Electronic ที่เรียกว่า Labournet ใน Website ของ Ministry of Manpower ซึ่งเปิดให้เฉพาะสำหรับนายจ้างที่ได้รับรหัสเลขหมายสำหรับสมัครที่เรียกว่า Application Account และ Password ทั้งนี้สำหรับการจ้างแรงงานหญิง จะมีการควบคุมการตรวจสุขภาพในเรื่องการตั้งครรภ์ด้วย

การขอ Pass แต่ละประเภท มีหน่วยงานรับผิดชอบ กระบวนการ เงื่อนไข หลักเกณฑ์ และเอกสารแตกต่างกันออกไป ในขณะที่ P Pass และ Q Pass นั้น คนต่างด้าวหรือบริษัทนายจ้างสามารถดำเนินการขอได้ทั้งก่อนและหลังเข้าเมือง โดยอาศัยเอกสารที่กฎหมายระบุไว้เป็นสำคัญ แต่สำหรับ R Pass นั้น นายจ้างเท่านั้นที่เป็นผู้ดำเนินการขอก่อนทำการว่าจ้าง ซึ่งนอกจากเอกสารที่กฎหมายระบุแล้วยังลูกจ้างยังต้องผ่านการตรวจสุขภาพจากหน่วยตรวจสุขภาพที่ทางการสาธารณรัฐสิงคโปร์ยอมรับด้วย

ในกรณีการออกใบอนุญาตให้กับแรงงานต่างด้าวนั้น ต้องแยกพิจารณาตามระดับฝีมือของแรงงานกรณีต่างด้าวในระดับทักษะฝีมือขึ้นไป อยู่ในความรับผิดชอบของ Employment Pass Department ของ Ministry of Manpower แต่สำหรับกรณีของคนต่างด้าวระดับกึ่งฝีมือและไร้ฝีมือ อยู่ในความรับผิดชอบของ Work Permit Department ของ Ministry of Manpower

คนงานเข้ารับการอบรมความปลอดภัยซึ่งทาง Ministry of Manpower จัดให้พร้อมรับ Construction Safety Orientation Course Certificate ซึ่งมีอายุ 2 ปี ในฐานะเงื่อนไขเพิ่มเติมในการ

¹⁹³ การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 5-106), เล่มเดิม.

ออกใบอนุญาต โดยใบอนุญาตมี 2 ประเภทคือ ใบอนุญาตทำงานทั่วไปและใบอนุญาตสำหรับประกอบวิชาชีพเฉพาะ

(2) วิธีการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานอยู่ในดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ แต่ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่กำหนดในแต่ละ Pass

(3) อายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาต

อายุใบอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าวมียุแตกต่างกันไปตามประเภทของใบอนุญาต และแล้วแต่ที่ผู้มีอำนาจออกใบอนุญาตกำหนด ซึ่งพิจารณาจากระดับคะแนนเกี่ยวกับทักษะความชำนาญ สำหรับ P Pass และ Q Pass โดยทั่วไปมีอายุ 2-5 ปี และสามารถต่ออายุได้ถึง 3 ปี สำหรับ R Pass มักมีอายุ 2 ปี ซึ่งเมื่อหมดอายุต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตเสมอ โดยนายจ้างหรือตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจเป็นผู้ดำเนินการขอยกเลิกใบอนุญาตพร้อมเอกสารต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด อายุใบอนุญาตบางประเภทมีอายุสูงสุด 1 เดือน บางประเภทมีอายุสูงสุด 3 เดือน¹⁹⁴

การต่ออายุใบอนุญาตกระทำได้เฉพาะกรณีที่ทางการให้สิทธิในการต่ออายุเท่านั้น และจะต้องเป็นไปตามแนวทาง (Guidelines) ที่ทางการสาธารณสุขสิงคโปร์กำหนด โดยต้องกระทำภายในระยะเวลา 7 วัน ก่อนใบอนุญาตจะหมดอายุ

ในกรณีของใบอนุญาตประเภท R Pass นายจ้างเป็นผู้ยื่นเอกสาร โดยที่คนต่างด้าวไม่ต้องไปปรากฏตัวด้วยก็ได้

4) ข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

(1) ใบอนุญาต

ก. การใช้ใบอนุญาตจะต้องตรงตามประเภทงาน สถานที่ และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาต รวมทั้งต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด เงื่อนไขและข้อจำกัด ใบอนุญาตทำงานเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้¹⁹⁵

ข. การใช้ใบอนุญาตคนต่างด้าวต้องพบพาดิติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงาน

ค. หากมีการเลิกจ้าง ต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตทำงาน คืนใบอนุญาตให้แก่ Ministry of Manpower และคนต่างด้าวต้องเดินทางออกนอกประเทศ¹⁹⁶

ง. กรณีมีอนุญาตชั่วคราวหรือสูญหาย ต้องรายงานต่อ Ministry of Manpower ภายใน 7 วันที่ยื่นใบอนุญาตสูญหาย และดำเนินการขออนุญาตทำงานฉบับใหม่ ถ้าแจ้งว่าหาย

¹⁹⁴ Employment of Foreign Manpower Act, Section 12 (2).

¹⁹⁵ Employment of Foreign Manpower Act, Section 12 (1) (2).

¹⁹⁶ Employment of Foreign Manpower Act, Section 13.

แล้วต่อมาพบ หากยังไม่มีกรออกใบอนุญาตทำงานใหม่ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานหรือนายจ้างอาจใช้ใบอนุญาตทำงานนั้นได้ต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ทางการออกใบอนุญาตทำงานฉบับใหม่แล้วต้องทำการคืนใบอนุญาตที่พบนั้นต่อทางการเพื่อทำการยกเลิก¹⁹⁷

จ. หากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่ได้สูญหาย ต้องนำใบอนุญาตทำงานนั้นส่งมอบต่อ Ministry of Manpower

ฉ. ในกรณีของการเปลี่ยนแปลงที่อยู่ นายจ้างต้องแจ้งต่อ Ministry of Manpower เป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 14 วันนับแต่มีการเปลี่ยนแปลง

ช. ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหน้าที่ในการทำงานโดยไม่ได้เปลี่ยนนายจ้าง จะต้องมิจดหมายจากนายจ้างแจ้งต่อ Ministry of Manpower เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยระบุรายละเอียดของงานใหม่

ซ. ในกรณีที่ร้องโอนย้ายที่ทำงานในบริษัทของนายจ้างเดิม บริษัทผู้ว่าจ้างต้องทำจดหมายร้องขอการโอนย้ายคนต่างด้าวนั้นต่อ Ministry of Manpower โดยแนบ Passport และเอกสารแสดงข้อมูลจากกรมทะเบียนการค้าและธุรกิจ ที่เรียกว่า “ROCAB Information Printout (Registry of Companies (and businesses) Information Printout)” สำหรับบริษัทถูกไปด้วย ซึ่งทางการจะพิจารณาเป็นราย ๆ ไป

(2) ในเรื่องข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

ขั้นตอนก่อนว่าจ้าง นายจ้างต้องทำการตกลงกับผู้ที่จะว่าจ้างเกี่ยวกับลักษณะการทำงานและเงื่อนไขในการทำงาน โดยกฎหมายกำหนดให้บริษัทผู้ว่าจ้างนั้นเป็นบริษัทที่ตั้งมาจนอยู่ตัวดีแล้ว

กฎหมายมิได้กำหนดให้นายจ้างต้องให้ข้อมูลแก่ทางการว่าจ้างและคนต่างด้าวก่อนทำการว่าจ้างขั้นตอนภายหลังการจ้างแล้ว นายจ้างเป็นผู้ดำเนินการยื่นขอใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวโดยกรอกแบบฟอร์มตามที่กฎหมายกำหนดพร้อมจดหมายรับรองการสนับสนุนการทำงานของคนต่างด้าว ในกรณีการจ้างงานคนต่างด้าวระดับ ไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือ นายจ้างต้องทำการขออนุญาตทำการว่าจ้างคนต่างด้าวและได้รับรหัสเลขหมาย (Application Account และ Password) เพื่อทำการสมัครขอใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวผ่านระบบ Electronic¹⁹⁸

¹⁹⁷ Employment of Foreign Manpower Act, Section 14.

¹⁹⁸ การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 5-109), เล่มเดิม.

5) การพิจารณาเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

ในการพิจารณาการบริหารจัดการ และการปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้น จะพิจารณาเป็น 4 ประเด็น คือ องค์กร นโยบาย กฎหมาย และระบบการควบคุม ดังนี้

(1) องค์กรที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ได้แก่ Singapore Immigration & Registration (SIR) ซึ่งเป็นหน่วยงานใน Ministry of Home Affairs ; หน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงเกี่ยวกับการจ้างงานคนต่างด้าว คือ Ministry of Manpower โดยแบ่งอำนาจหน้าที่ในการจัดการบริหารแยกตามประเภทใบอนุญาต กล่าวคือ ใบอนุญาตทำงานประเภท P Pass, Q Pass อยู่ในความรับผิดชอบของ Employment Pass Department, Ministry of Manpower และ R Pass อยู่ในความรับผิดชอบของ Work Permit -Department, Ministry of Manpower นอกจากนี้ในการประกอบวิชาชีพบางวิชาชีพยังมียกเว้นที่กำกับดูแลโดยเฉพาะเพิ่มเติมด้วย¹⁹⁹

(2) นโยบายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้น เป็นความรับผิดชอบของ Ministry of Manpower

(3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีกฎหมายหลัก 2 ฉบับ คือ

ก. Immigration Act (Chapter 133) เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าวทุกประเภทและการทำงานของคนต่างด้าวระดับฝีมือขึ้นไป

ข. Employment of Foreign Manpower Act (Chapter 91A) เป็นกฎหมายที่ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในระดับไร้ฝีมือและกึ่งฝีมือ ซึ่งกฎหมายสาธารณรัฐสิงคโปร์เรียกว่า “Workers”

การติดตามผลเป็นหน้าที่ของ Ministry of Manpower โดยมี Employment Inspectors เป็นผู้ทำหน้าที่ตรวจตราออกกระทรวงโดยเฉพาะอย่างยิ่งการลักลอบทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งในการปฏิบัติงานนั้นเป็นการประสานกับหน่วยตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Officers) รวมทั้งตำรวจศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกิดปัญหาต่าง ๆ ทั้งนี้สำหรับแรงงานในระดับกึ่งฝีมือและไร้ฝีมือ²⁰⁰ นอกจากการควบคุมที่เข้มงวดแล้ว ยังมีการบริการอำนวยความสะดวกด้วยระบบ One Call Centre ด้วย

การยื่นอุทธรณ์คำสั่งของเจ้าหน้าที่ในการไม่ออกใบอนุญาตทำงานนั้นทำได้สำหรับใบอนุญาตทำงานทุกประเภทโดยนายจ้างต้องยื่นเป็นเอกสารลายลักษณ์อักษร ระบุข้อมูลที่สำคัญ

¹⁹⁹ ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กับนานาประเทศ และแนวทางการพัฒนาในอนาคต (รายงานผลการวิจัย) (น. 90), เล่มเดิม.

²⁰⁰ Employment of Foreign Manpower Act, Section 21.

ต่าง ๆ ของนายจ้างด้วย เช่น ชื่อ วันเดือนปีเกิด รหัสประจำตัว รหัสอ้างอิงต่าง ๆ ในแฟ้มประวัติ พร้อมกับเหตุผลของความต้องการในการว่าจ้างคนต่างด้าว ตลอดจนเอกสารที่คิดว่าเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณา ทั้งนี้ระยะเวลาของการพิจารณาอยู่ระหว่าง 2-4 สัปดาห์ขึ้นอยู่กับความซับซ้อนของประเด็นหากการอุทธรณ์ในครั้งแรกไม่เป็นผล สามารถยื่นอุทธรณ์ได้อีกโดยไม่จำกัดจำนวนครั้งของการยื่นอุทธรณ์²⁰¹

3.2.3 สาธารณรัฐเกาหลี

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในสาธารณรัฐเกาหลีมีรายละเอียดดังนี้

1) การทำงานและการควบคุมการทำงานของแรงงานต่างชาติในสาธารณรัฐเกาหลี

การทำงานของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐเกาหลีอยู่ภายใต้กฎหมายหลัก 2 ฉบับ คือ Immigration Control Act และ Enforcement Decree of the Immigration Control Act โดยลักษณะการควบคุมการทำงานของแรงงานต่างชาติในสาธารณรัฐเกาหลีนั้น เป็นการห้ามแรงงานต่างชาติทำงานในสาธารณรัฐเกาหลีเว้นแต่จะได้รับอนุญาต²⁰² โดยกฎหมายตรวจคนเข้าเมืองกำหนดประเภทของวิชาทำงานไว้ 8 ประเภท เมื่อคนต่างด้าวเข้าไปในสาธารณรัฐเกาหลีแล้วต้องไปยื่นขอหนังสือทะเบียนคนต่างด้าวภายใน 90 วัน²⁰³ ทำให้คนต่างด้าวตกอยู่ภายใต้การกำกับควบคุมของรัฐบาลท้องถิ่น (Local Governments) อีกชั้นหนึ่ง

นโยบายการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูงโดยเน้นทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเท่านั้น หรืองานที่คนเกาหลีได้ทำเองไม่ได้ เช่น สอนภาษาต่างประเทศ ส่วนการอนุญาตให้คนงานทักษะต่ำเข้ามาทำงานนั้นเป็นไปตามแผนการจ้างงานซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการนโยบายแรงงานต่างชาติด้านอุตสาหกรรม (Industrial Foreign Manpower Policy Deliberation Committee)²⁰⁴

ระบบควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวนั้น คนต่างด้าวที่ขอวิชาทำงานต้องมีเอกสารหลักฐานแสดงต่อสถานทูตสาธารณรัฐเกาหลีในประเทศที่คนมีภูมิลำเนาอยู่ได้ว่าการจ้างงานแล้วจากนั้นเข้าสู่ขั้นตอนตรวจสอบและทำการติดต่อ โดยตรงกับนายจ้างในสาธารณรัฐเกาหลีโดยใช้ระบบที่เรียกว่า “A Certificate for Recognition of Visa Issuanc”²⁰⁵

²⁰¹ Employment of Foreign Manpower Act, Section 7 (4).

²⁰² Immigration Control Act 2002, Article 18.

²⁰³ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 23.

²⁰⁴ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 24-3.

²⁰⁵ Immigration Control Act 2002, Article 9.

2) การขอใบอนุญาตทำงาน

(1) สาธารณรัฐเกาหลีใช้ระบบ Pre-Arrange Job โดยแบ่งกระบวนการขอใบอนุญาตออกเป็น 2 ระบบ คือ

ก. ระบบปกติ (Tradition Procedure) ซึ่งเป็นระบบที่อิงระบบ Pre-Arrange Job ซึ่งในกระบวนการขออนุญาตนั้นต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมโดยหัวหน้าของเจ้าหน้าที่ในสถานทูตหรือสถานกงสุลในต่างประเทศไม่มีอำนาจอนุมัติทำให้จำเป็นต้องส่งเรื่องไปยังกระทรวงยุติธรรมในสาธารณรัฐเกาหลี ทำให้การพิจารณาล่าช้า²⁰⁶

ข. ระบบการออกใบรับรองว่าจะออกวีซ่าทำงานให้ (A Certificate for Recognition of Visa Issuanc) ซึ่งเป็นระบบที่เน้นระบบ Pre-Arrange Job โดยการตรวจสอบว่ามี การจ้างงานจริงกับนายจ้างสาธารณรัฐเกาหลี (To Verify Employment) โดยตรงซึ่งรัฐมนตรี กระทรวงยุติธรรมมอบอำนาจให้หัวหน้าเขตปกครองท้องถิ่น (Local Governments) เป็นผู้ ตรวจสอบว่ามี การจ้างงานจริงและให้หัวหน้าเขตมีอำนาจออกใบรับรองว่าจะออกวีซ่าให้แก่ นายจ้าง สาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งเป็นผู้แทน (Proxy) ของคนต่างด้าว ทำให้กระบวนการพิจารณาเป็นไปด้วยความ รวดเร็ว²⁰⁷

(2) การพิจารณามีหลักเกณฑ์ ดังนี้

ก. พิจารณาและออกให้โดยกรมตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Bureau) กระทรวงยุติธรรมโดยมีสถานทูตหรือสถานกงสุลสาธารณรัฐเกาหลีในต่างประเทศเป็นผู้รับคำร้อง แทน²⁰⁸

ข. การออกใบอนุญาตจะพิจารณาตามวิชาประเภททำงานซึ่งมี 2 ประเภทคือ ออกให้กับบุคคลต่างชาติดังต่อไปนี้โดยฐานะการงานต้องปฏิบัติหน้าที่ในสาธารณรัฐเกาหลีแต่รายได้จาก การทำงานไม่ได้เกิดในสาธารณรัฐเกาหลี ได้แก่ นักการทูต ผู้เผยแพร่ศาสนา ประเภทที่สองคือคน ต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงานและหารายได้ในสาธารณรัฐเกาหลี ซึ่งจะจำกัดไว้เพียง 8 ประเภท เท่านั้น²⁰⁹ โดยมีกำหนดระยะเวลาการพำนักอาศัยในประเทศจำกัดแตกต่างกัน²¹⁰ เจ้าหน้าที่ใช้เกณฑ์ 2 ประเภท คือ

²⁰⁶ Immigration Control Act 2002, Article 8.

²⁰⁷ Immigration Control Act 2002, Article 9.

²⁰⁸ Immigration Control Act 2002, Article 8 (2).

²⁰⁹ Immigration Control Act 2002, Article 18.

²¹⁰ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 23.

ก) เกณฑ์ทั่วไป: พิจารณาเป็นรายกรณีโดยใช้เกณฑ์ตาม Immigration Procedures (ซึ่งเป็นกฎกระทรวง) ที่แตกต่างกัน แต่มีลักษณะรวมคือ

(ก) ต้องมีสัญญาจ้างงาน

(ข) ต้องมีหนังสือรับรองจากหน่วยงานของสาธารณรัฐเกาหลีที่เกี่ยวข้องกับงานประเภทนั้นว่ามีความจำเป็น (Necessity)

ข) เกณฑ์เฉพาะ เป็นคุณสมบัติเฉพาะของผู้ประกอบอาชีพแพทย์ ทันตกรรม นักบัญชี ฯลฯ ซึ่งต้องแสดงหลักฐานประเภท ใบสำเร็จการศึกษา ใบรับรองคุณวุฒิ หรือ ใบอนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าว

เกณฑ์การพิจารณาการกำหนดระยะเวลาพำนักในประเทศประเภทผู้ฝึกงานภาคอุตสาหกรรม (Industrial Trainee) เจ้าหน้าที่จะพิจารณาเฉพาะคุณสมบัติของบริษัทที่รับคนต่างด้าวมาฝึกงานดังนี้²¹¹

(ก) ต้องเป็นบริษัทที่ไปลงทุนในต่างประเทศ หรือตั้งบริษัทร่วมกับบริษัทต่างประเทศ หรือตั้งบริษัทร่วมกับบริษัทต่างประเทศ หรือ

(ข) บริษัทที่ขายเทคโนโลยีให้ต่างประเทศ

(ค) บริษัทซึ่งรับจ้างจัดตั้งโรงงานให้กับต่างประเทศ

(3) อายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาต

ระยะเวลาสถานะพำนัก (Status of Sojourn) มีระยะเวลาแตกต่างกันไปตามประเภทของสถานะพำนัก²¹² และเป็นไปตามดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่²¹³ กฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาของการต่อระยะเวลาการพำนักอยู่ในสาธารณรัฐเกาหลี คนต่างด้าวต้องยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขและรายละเอียดที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวง²¹⁴

3) ใบอนุญาตและข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

การประกอบกิจกรรมในสาธารณรัฐเกาหลีของคนต่างด้าวต้องอยู่ในกรอบประเภทสถานะการพำนักที่ได้รับอนุญาตเสมอ หากประสงค์จะประกอบกิจกรรมแตกต่างไปจากสถานะการพำนัก ต้องขออนุญาตเปลี่ยนแปลงสถานะการพำนักต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

²¹¹ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 24-2.

²¹² Immigration Control Act 2002, Article 10.

²¹³ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 12.

²¹⁴ Immigration Control Act 2002, Article 25.

ยุติธรรมก่อน²¹⁵ การทำงานโดยไม่มีสถานะการพำนักประเภททำงานได้ถือเป็นการกระทำความผิด ละเมิดกฎหมายควบคุมคนเข้าเมืองและมีโทษทางอาญา²¹⁶ ดังนี้

(1) ห้ามบุคคลใดรับคนต่างด้าวที่ไม่มีสถานะการพำนักที่ทำงานได้เข้าทำงาน หากฝ่าฝืนถือว่าการกระทำความผิดทางอาญา²¹⁷

(2) ห้ามบุคคลใดจัดหาหรือชักจูงให้บุคคลอื่นใดจ้างคนต่างด้าวที่ไม่มีสถานะการพำนักที่ทำงานได้เข้าทำงาน หากฝ่าฝืนถือว่าการกระทำความผิดทางอาญา²¹⁸

(3) นายจ้างมีหน้าที่ต้องรายงานให้หัวหน้าเขตปกครองทราบภายใน 15 วัน เกี่ยวกับสถานะของคนต่างด้าวที่สำคัญ เช่น การให้แรงงานต่างชาติดูแลกิจการหรือมีการเปลี่ยนแปลง สัญญาจ้างงาน²¹⁹

4) การพิจารณาเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

การบริหารจัดการและปฏิบัติตามกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าวจะพิจารณาจาก

(1) องค์กรที่รับผิดชอบในการควบคุมและกำกับดูแลการเข้าเมืองของคนต่างด้าว คือ กรมตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Bureau) กระทรวงยุติธรรม (Ministry of Justice) หลังจากนั้น แรงงานต่างชาติดังกล่าวจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและควบคุมโดยรัฐบาลท้องถิ่นอีกชั้นหนึ่ง โดยระบบ การจดทะเบียนคนต่างด้าว (Registration of Foreigner) โดยหนังสือทะเบียนคนต่างด้าวจะบันทึก รายละเอียดเกี่ยวกับคนต่างด้าวนั้น การเปลี่ยนแปลงสถานะ ที่อยู่ การได้รับอนุญาตให้อยู่ทำงานต่อ คนต่างด้าวต้องรายงานให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลท้องถิ่นทราบเสมอ

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นผู้รับผิดชอบในการวางนโยบายเกี่ยวกับคน เข้าเมือง

ส่วนนโยบาย เกี่ยวกับการรับคนงานทักษะต่ำให้เข้ามาทำงานในรูปแบบเป็น Industrial Trainees นั้นตกอยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการนโยบายว่าด้วยแรงงานต่างชาติด้าน อุตสาหกรรม (Industrial Foreign Manpower Policy Deliberation Committee) ซึ่งมีผู้อำนวยการ สำนักประสานงานหน่วยงานรัฐบาล (The Director of the Office for Government Coordination) เป็นประธานคณะกรรมการ²²⁰

²¹⁵ Immigration Control Act 2002, Article 20.

²¹⁶ Immigration Control Act 2002, Article 94.

²¹⁷ Immigration Control Act 2002, Article 18 (3).

²¹⁸ Immigration Control Act 2002, Article 18 (4).

²¹⁹ Immigration Control Act 2002, Article 19.

²²⁰ Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993, Article 24-3.

(3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีกฎหมายหลัก 2 ฉบับ

ก. Immigration Control Act 2002

ข. Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993 และมีกฎกระทรวงที่สำคัญมากในระดับปฏิบัติการ 1 ฉบับ คือ Immigration Procedures ปี 2000

(4) การบังคับใช้กฎหมาย

เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Control Officer) มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยมีอำนาจในการขอความร่วมมือจากหน่วยงานรัฐภาคต่าง ๆ²²¹

กรณีที่คนต่างด้าวยังไม่อยู่ในสาธารณรัฐเกาหลี การที่สถานทูตแจ้งผลให้ทราบว่ากรมตรวจคนเข้าเมืองไม่อนุญาตออกวีซ่าประเภททำงานได้ ซึ่งคนต่างด้าวจะอุทธรณ์ผลการพิจารณาของกรมตรวจคนเข้าเมืองไม่ได้เลย

กรณีที่คนต่างด้าวได้รับสถานะการพำนักบางประเภทแล้วเดินทางเข้ามาในสาธารณรัฐเกาหลี ต่อมายื่นคำร้องขอเพื่อเปลี่ยนสถานะการพำนัก (Status of Sojourn)²²²

ก. ขยายระยะเวลาการพำนัก

ข. ขออนุญาตประกอบกิจกรรมอื่นนอกขอบเขตของประเภทของสถานะการพำนัก

ค. รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีคำสั่งไม่อนุญาต คนต่างด้าวนั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้เลยเช่นกัน เนื่องจากกฎหมายไม่เปิดช่องให้อุทธรณ์

3.2.4 ประเทศญี่ปุ่น

มาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศญี่ปุ่นมีรายละเอียดดังนี้

1) การทำงานและการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น

การควบคุมการทำงานของแรงงานต่างชาติในประเทศญี่ปุ่น อยู่ภายใต้กฎหมายหลัก 2 ฉบับ คือ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมคนเข้าเมืองและรับรองสถานะผู้อพยพ Immigration Control and Refugee Act (Cabinet Order No.319 of 1951) และกฎหมายว่าด้วยทะเบียนคนต่างด้าว Alien Registration Act (Act No.215 of 1952) โดยลักษณะควบคุมการทำงานของแรงงานต่างชาติในญี่ปุ่นนั้น เป็นการห้ามแรงงานต่างชาติทำงานในประเทศญี่ปุ่นเว้นแต่จะได้รับอนุญาต และกำกับการทำงานต่างชาติทำงานด้วยแนวทางปฏิบัติของกระทรวงยุติธรรม ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมคน

²²¹ Immigration Control Act 2002, Article 78.

²²² Immigration Control Act 2002, Article 10.

เข้าเมืองได้ประเภทของวีซ่าทำงานไว้ 10 ประเภท²²³ เมื่อคนต่างด้าวเข้าไปในประเทศญี่ปุ่นแล้วต้องไปยื่นขอหนังสือทะเบียนคนต่างด้าวภายใน 90 วัน ทำให้คนต่างด้าวตกอยู่ภายใต้การกำกับควบคุมของรัฐบาลท้องถิ่น (Local Governments) อีกชั้นหนึ่ง²²⁴ ทั้งนี้ประเทศญี่ปุ่นมีนโยบายการอนุญาตให้แรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูง คนญี่ปุ่นทำเองไม่ได้และไม่อนุญาตให้แรงงานไร้ฝีมือเข้ามาทำงาน

ในกรณีแรงงานกึ่งฝีมือนี้ รัฐบาลญี่ปุ่นเปิดรับเนื่องจากแรงกดดันของหอการค้าทั่วประเทศโดยการอนุญาตให้เข้ามาทำงานได้ในรูปแบบแอมแปง และเรียกว่าเป็นระบบการฝึกงาน (Technical Intern Traineeship Program) โดยกระทรวงยุติธรรมได้ออกกฎกระทรวงกำหนดรายละเอียดการเข้ามาฝึกงาน²²⁵

2) การขอใบอนุญาตทำงาน

(1) ประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบ Pre-Arranged Job โดยแบ่งกระบวนการขอใบอนุญาตได้ 2 ระบบ²²⁶ คือ

ก. ระบบปกติ (Tradition Procedure) ซึ่งเป็นระบบที่อิงระบบ Pre-Arranged Job ซึ่งในกระบวนการขออนุญาตนั้นมีอยู่ทั้งหมด 8 ขั้นตอน และมีหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหลายหน่วยงาน ทำให้ล่าช้า²²⁷

ข. ระบบการออกใบรับรองว่ามีคุณสมบัติที่จะทำงานได้ (Certificate of Authorization for Employment) ซึ่งเป็นระบบที่เน้นระบบ Pre-Arranged Job ซึ่งเน้นการติดต่อตรวจสอบว่ามีจ้างงานจริงกับนายจ้าง (To Verify Employment) โดยตรงทำให้ขั้นตอนในกระบวนการขออนุญาตมีอยู่เพียง 4 ขั้นตอนเท่านั้น²²⁸

(2) การพิจารณาการออกใบอนุญาต

การพิจารณาการออกใบอนุญาตมีดังนี้

ก. พิจารณาและออกให้โดยกรมตรวจคนเข้าเมือง กระทรวงยุติธรรมโดยมีสถานทูตหรือสถานกงสุลญี่ปุ่นในต่างประเทศเป็นผู้รับคำร้องแทน²²⁹

²²³ Immigration Control and Refugee Act, Article 2-2.

²²⁴ Alien Registration Act, Article 3.

²²⁵ Immigration Control and Refugee Act, Article 7 (1) (ii).

²²⁶ Immigration Control and Refugee Act, Article 2-2.

²²⁷ Immigration Control and Refugee Act, Article 7 (1) (ii).

²²⁸ Immigration Control and Refugee Act, Article 19-2.

²²⁹ Immigration Control and Refugee Act, Article 2-2.

ข. การออกใบอนุญาตจะพิจารณาตามวิชาประเภททำงานซึ่งมี 2 ประเภทได้แก่ ประเภทแรก ออกให้กับบุคคลต่างชาติที่โดยฐานะการทำงานต้องปฏิบัติหน้าที่ประเทศญี่ปุ่นแต่รายได้จากการทำงานไม่ได้เกิดในประเทศญี่ปุ่น ได้แก่ นักการทูต ข้าราชการ ศาสตราจารย์ ศิลปิน ผู้เผยแพร่ศาสนา สื่อมวลชนและประเภทที่สอง บุคคลต่างชาติที่ต้องการเข้าทำงานและหารายได้ในประเทศญี่ปุ่นซึ่งจะจำกัดงานเพียง 10 ประเภทเท่านั้น โดยมีกำหนดระยะเวลาการพำนักอาศัยในประเทศจำกัดแตกต่างกัน ทั้งนี้ในการพิจารณาออกใบอนุญาต เจ้าหน้าที่ใช้เกณฑ์ 2 ประเภท²³⁰ คือ

ก) เกณฑ์ทั่วไป พิจารณาเป็นรายกรณีโดยใช้เกณฑ์ซึ่งกระทรวงฉบับที่ 4 เดือนมกราคม 1998 กำหนดไว้รายวิชาชีพและมีเกณฑ์ที่แตกต่างกันในแต่ละสาขาวิชาชีพ แต่มีลักษณะร่วมกัน

- (ก) มีสำนักงานตั้งอยู่ในประเทศที่แน่นอน
- (ข) ผู้ขอมีประสบการณ์ทำงานไม่น้อยกว่าที่กำหนด
- (ค) จำกัดประเภทงานที่ขอรับใบอนุญาต
- (ง) อัตราเงินเดือนต้องไม่ต่ำกว่าเงินเดือนที่คนญี่ปุ่นได้รับสำหรับงานชนิดเดียวกัน

เดียวกัน

- (จ) มีหลักฐานรับรองการศึกษาในระดับที่ไม่ต่ำกว่าที่กำหนด

ข) เกณฑ์เฉพาะ เป็นคุณสมบัติของผู้ประกอบอาชีพแพทย์ทันตกรรม นักบัญชี ต้องมีใบอนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าวในประเทศของตนประกอบกับมาตรฐานของอาชีพดังกล่าวเปรียบเทียบกับมาตรฐานของประเทศญี่ปุ่นตามกฎหมายว่าด้วยวิชาชีพนั้น เกณฑ์การพิจารณาให้พิจารณาจากสถานะการพำนักแบบผู้ฝึกงานต่างประเทศ (Foreign Trainee) เป็นไปตามกฎกระทรวง ยุติธรรม ดังนี้

- (ก) เทคโนโลยี ความรู้ ทักษะที่จะฝึกต้องไม่ใช่งานประเภทง่าย ๆ ที่ทำซ้ำ

(ข) ผู้ฝึกงานต้องมีอายุไม่น้อยกว่า 18 ปี และต้องนำความรู้ที่ได้รับกลับไปทำงานที่เกี่ยวข้องในประเทศตน

(ค) เทคโนโลยี ความรู้ทักษะดังกล่าวต้องหาไม่ได้เลยหรือหาได้ยากมากในประเทศของผู้ฝึกงาน

(ง) การฝึกงานต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของพนักงานที่ทำงานเต็มเวลาของบริษัทหรือองค์กรรัฐบาล

²³⁰ Immigration Control and Refugee Act, Article 19-2.

(3) อายุใบอนุญาตและการต่อใบอนุญาต

ก. ระยะเวลาของสถานะพำนัก (Status of Residence) มีระยะเวลาแตกต่างกันไปตามประเภทของสถานะพำนัก และเป็นไปตามดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ กฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาของสถานะพำนักประเภททำงาน ได้ทั้ง 10 ประเภท ไว้ไม่เกิน 3 ปี ส่วนรายละเอียดเป็นไปตามกฎกระทรวงยุติธรรม²³¹

ข. การต่อระยะเวลาการพำนักอยู่ในประเทศญี่ปุ่น คนต่างด้าวต้องยื่นคำร้องต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขและรายละเอียดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวง ซึ่งในทางปฏิบัติคนต่างด้าวจะยื่นคำร้องขอต่อระยะเวลา ณ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองภูมิภาคที่ตนทำงานอยู่²³² ได้แก่ Tokyo, Yokohama, Narita, Osaka, Kobe, Nagoya, Hiroshima, Fukuoka, Naha, Sendai, Sappora และ Takamatsu

การขอต่อระยะเวลาเป็นสิทธิของแรงงานต่างชาติที่จะยื่นคำขอโดยไม่ถูกจำกัดจำนวนครั้ง และหากมีสัญญาจ้างงานรองรับ จะได้รับอนุญาตให้ต่อได้²³³

3) ใบอนุญาตและข้อกำหนดของผู้รับคนต่างด้าวเข้าทำงาน

การใช้ใบอนุญาตและข้อกำหนดของผู้รับแรงงานต่างชาติเข้าทำงาน การประกอบกิจกรรมในประเทศญี่ปุ่นของแรงงานต่างชาติต้องตกอยู่ในกรอบของประเภทสถานะพำนักที่ได้รับอนุญาตเสมอแม้จะได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ในงานบางประเภท แต่แรงงานต่างชาติข้ามขอบเขตไปทำงานประเภทอื่น ย่อมถือว่ากระทำผิดกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง²³⁴ และมีโทษทางอาญา²³⁵

ก. การทำงานโดยไม่มีสถานะการพำนักที่ทำงานได้เป็นการกระทำผิดกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง²³⁶ และมีโทษทางอาญา²³⁷

ข. คนต่างด้าวที่ให้ข้อมูลเป็นเท็จต่อเจ้าหน้าที่ ซึ่งอาจทำให้เจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูลเกี่ยวกับสถานะการพำนักลงในหนังสือทะเบียนคนต่างด้าว ผิดไป เป็นความผิดอาญาตามกฎหมายจดทะเบียนคนต่างด้าว²³⁸

²³¹ Immigration Control and Refugee Act, Article 2-2 (3).

²³² Immigration Control and Refugee Act, Article 21 (2).

²³³ Immigration Control and Refugee Act, Article 21 (1) (3).

²³⁴ Immigration Control and Refugee Act, Article 19 (1).

²³⁵ Immigration Control and Refugee Act, Article 73.

²³⁶ Immigration Control and Refugee Act, Article 19 (1).

²³⁷ Immigration Control and Refugee Act, Article 70 (4).

²³⁸ Alien Registration Act, Article 18 (2).

ก) นายจ้างควรต้องตรวจดูหนังสือเดินทางหนังสือทะเบียนคนต่างด้าว เพื่อพิจารณาว่าแรงงานต่างชาติมีสถานะการพำนักที่ทำงานได้ ก่อนที่จะจ้าง

ข) นายจ้างต้องแจ้งการจ้างงานแรงงานต่างชาติให้สำนักประกันการจ้างงานท้องถิ่นทราบ และต้องรายงานการจ้างงานดังกล่าว ภายในวันที่ 1 มิถุนายน ของทุกปี

4) การพิจารณาเกี่ยวกับการทำงานของแรงงานต่างชาติ

ในการพิจารณาการบริหารจัดการและการปฏิบัติเกี่ยวกับการทำงานของแรงงานต่างชาติ สามารถพิจารณาได้ ดังนี้

(1) องค์กรที่รับผิดชอบในการควบคุมและกำกับดูแลการเข้าเมือง การทำงานของคนต่างด้าวคือ กรมตรวจคนเข้าเมือง กระทรวงยุติธรรม ซึ่งมีเจ้าหน้าที่ 161 คน หลังจากที่แรงงานต่างชาติเข้ามาในประเทศญี่ปุ่นแล้ว คนต่างด้าวจะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลและควบคุมโดยรัฐบาลท้องถิ่นอีกชั้นหนึ่ง โดยระบบการจดทะเบียนคนต่างด้าว ซึ่งคนต่างด้าวต้องพกพาหนังสือทะเบียนคนต่างด้าวตลอดเวลาที่อยู่ในประเทศญี่ปุ่น โดยหนังสือทะเบียนคนต่างด้าวจะบันทึกรายละเอียดทุกอย่างของคนต่างด้าวไว้ทั้งหมด การเปลี่ยนแปลงสถานะ ที่อยู่ ฯลฯ คนต่างด้าวต้องรายงานให้เจ้าหน้าที่รัฐบาลท้องถิ่นทราบเสมอ

(2) นโยบายรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมต้องจัดแผนเกี่ยวกับการเข้าเมือง การทำงานและการควบคุมกำกับดูแลคนต่างด้าวโดยปรึกษาหารือกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและกระทรวงต่างประเทศ

(3) กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีกฎหมายหลัก 2 ฉบับ

ก. Immigration Control and Refugee Recognition Act 1951

ข. Alien Registration Act 1952

ตลอดจนกฎหมายระดับกฎกระทรวงและแนวปฏิบัติอีกจำนวนหนึ่งซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมมีอำนาจออกมากำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และรายละเอียดเกี่ยวกับ Immigration Act ได้

(4) การบังคับใช้กฎหมาย (Enforcement)

เจ้าหน้าที่ตรวจคนเข้าเมืองทั้ง 4 ประเภท มีอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายโดยมีอำนาจของความร่วมมือจากตำรวจและหน่วยงานอื่น ๆ ได้ตามสมควร²³⁹

กรณีที่คนต่างด้าวยังไม่อยู่ในประเทศญี่ปุ่น การที่สถานทูตแจ้งผลว่ากรมตรวจคนเข้าเมืองไม่อนุญาตออกสถานะพำนักที่ทำงานได้ คนต่างด้าวนั้นจะอุทธรณ์ไม่ได้เลย

²³⁹ Immigration Control and Refugee Act, Article 61-8.

กรณีที่คนต่างด้าวได้รับสถานะการพำนักบางประเภทแล้วเดินทางเข้ามาในประเทศ
ญี่ปุ่นต้องมายื่นคำร้องขอเพื่อ

- ก. เปลี่ยนสถานการณืพำนัก
- ข. ขยายระยะเวลาการพำนัก
- ค. ขออนุญาตทำกิจกรรมอื่นนอกขอบเขตของสถานการณืพำนัก

ทั้งสามกรณีจะอุทธรณืคำสั่งของเจ้าหน้าที่กรมตรวจคนเข้าเมืองไม่ได้เลยเพราะ
ศาลฎีกาญี่ปุ่นเห็นว่าเป็นดุลพินิจโดยอิสระ (Free Discretion) ของรัฐมนตรียุติธรรมที่จะอนุญาต
หรือไม่ก็ได้

3.3 พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันแล้วมีความ
เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวนั้น จะเป็นความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาด
การค้าบริการที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ จะอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใน
3 ระดับได้แก่ระดับพหุภาคีซึ่งอยู่ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ระดับ
ภูมิภาคจะอยู่ภายใต้ความตกลงที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในองค์กรดังกล่าว
เช่น ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชียแปซิฟิก (APEC) ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน
(AFAS) และระดับทวิภาคีซึ่งจะเป็นไปตามความตกลงที่ทำระหว่างประเทศคู่สัญญา เช่น
ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) โดยในความตกลงระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคนั้นจะมี
เนื้อหาของ การเปิดตลาดในลักษณะที่เรียกว่า GATS Plus การตั้งข้อจำกัดเรื่องการเข้าสู่ตลาด
จะตกอยู่ภายใต้วินัยของมาตรา 16 (Article XVI) ซึ่งห้ามมาตรการ 6 ประเภทเว้นแต่สมาชิกองค์การ
การค้าโลกจะตั้งข้อสงวนในเรื่องการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในตารางข้อผูกพัน
ของตน

โดยในการศึกษาผู้เขียนขอแบ่งพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ประเทศ
ไทยได้เข้าผูกพันแล้วมีความเกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวเป็นประเด็นดังนี้

3.3.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Service:
GATS) เป็นความตกลงระดับพหุภาคีฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการระหว่างประเทศ โดยเป็น
กรอบทางด้านกฎหมายซึ่งกำหนดเป็นพันธกรณีให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก
(World Trade Organization: WTO) ต้องปฏิบัติตาม โดยมีเป้าหมายคือ การเปิดตลาด

(Liberalization) การค้าบริการระหว่างประเทศ²⁴⁰ อันเป็นผลจากการเจรจา GATT รอบอุรุกวัย จากที่ประเทศไทยเป็นหนึ่งในสมาชิกขององค์การการค้าโลกดังนั้นประเทศไทยจึงต้องเป็นสมาชิกของความตกลงดังกล่าวด้วย

ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกหนึ่งในจำนวน 117 ประเทศ ที่เข้าร่วมเจรจาการค้าบริการ WTO มาตั้งแต่แรกเริ่มปัจจุบันมีสมาชิกเพิ่มขึ้นเป็น 148 ประเทศ ทั้งนี้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการเริ่มมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการเป็นสนธิสัญญาฉบับหนึ่ง ซึ่งส่งผลในทางกฎหมายระหว่างประเทศต่อรัฐสมาชิกหรือรัฐภาคี กล่าวคือ ย่อมก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ของประเทศสมาชิกระหว่างกันภายใต้หลักการพื้นฐานอันได้แก่ เมื่อสนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้วรัฐซึ่งเป็นสมาชิกภายใต้สนธิสัญญาก็จะต้องกระทำการหรืองดเว้นการกระทำอันเป็นไปตามข้อตกลงตามที่สนธิสัญญากำหนด ตลอดจนถึงการดำเนินการอื่นใดเพื่อให้มีผลบังคับใช้ในระดับภายในรัฐได้ด้วย

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบแห่งหลักการและกฎเกณฑ์สำหรับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ประกอบด้วย

ประการแรก คือการวางหลักการของการเปิดตลาดเสรี โดยได้สร้างพันธกรณีและข้อวินัยทั่วไป (General Obligations and Disciplines) เอาไว้และวิธีการเข้าสู่ตลาดบริการหรือ Market Access สำหรับพันธกรณีและข้อวินัยทั่วไปยึดหลักการปฏิบัติเยี่ยงผู้ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment หรือ MFN) หลักความโปร่งใส (Transparency) หลักการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประเทศกำลังพัฒนา และการมีมาตรการที่จะไม่ให้กฎหมายภายในมีผลเป็นการกีดกันทางการค้า ซึ่งว่าด้วยเรื่อง Domestic Regulation การยอมรับ (Recognition) ฯลฯ

ประการที่สอง คือวิธีการเปิดตลาดเสรีใน GATS จะเป็นการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) หมายถึง การเปิดแบบมีเงื่อนไขและค่อยเป็นค่อยไปมิใช่การเปิดในทันที และ

ประการสุดท้าย คือ การใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติของตน (National Treatment) ซึ่งในเชิงการค้าบริการ หมายถึง คนต่างด้าวได้รับผลปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตนโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ

หลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับของ GATS แม้ว่าขณะนี้ยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน อย่างไรก็ตาม วัตถุประสงค์ของการค้าบริการขั้นพื้นฐานจะต้องยึดหลักความยุติธรรมทางด้าน

²⁴⁰ จาก โครงการศึกษาผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าบริการวิชาชีพสถาปัตยกรรม (รายงานผลการวิจัย) (น. 1-2), โดย ชุมพร ปัจจุสานนท์ และคณะ ก, 2552, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

การค้าเป็นสำคัญ หลักสุจริต (Bona Fides) หลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (Pacta Sunt Servanda) และไม่เลือกปฏิบัติกับประเทศคู่ค้า ประเภทของการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการแบ่งออกได้เป็น 12 สาขา สำหรับประเทศไทยได้ทำข้อผูกพันในการที่จะเปิดเสรีการค้าบริการไว้ 10 สาขา ได้แก่ สาขาบริการด้านสื่อสารคมนาคม (Communication Services, including Telecommunication and Audiovisual Services) สาขาบริการด้านการก่อสร้างและวิศวกรรม เกี่ยวเนื่องกับการก่อสร้าง (Construction and Related Engineering Services) สาขาบริการด้านการจำหน่ายค้าส่งค้าปลีก (Distribution Services) สาขาบริการด้านการศึกษา (Education Services) สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม (Environmental Services) สาขาบริการด้านการเงินการธนาคาร (Financial Services, including Insurance and Banking Services) สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและการเดินทางที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว (Tourism and Travel Related Services) สาขาบริการด้านนันทนาการ วัฒนธรรมและกีฬา (Recreational Cultural and Sporting Services) สาขาบริการด้านขนส่ง (Transport Services, including Maritime, Waterways, Air and Road Transport Services) และสาขาบริการด้านธุรกิจการประกอบวิชาชีพอิสระ (Business Service, including Professional Services)

นอกจากนี้ยังสามารถทำความตกลงยกเว้นตามหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment หรือ MFN) 7 สาขา ได้แก่ การตรวจสอบบัญชี การบริการจองที่นั่งด้วยคอมพิวเตอร์ การขาย-การตลาดบริการการขนส่งทางอากาศ การขนส่งทางทะเล การขนส่งระหว่างประเทศ การบริการภายใต้สนธิสัญญาไมตรีไทย-สหรัฐ และกิจการหนังสือพิมพ์²⁴¹

การปรับตัวของประเทศไทยด้านการค้าบริการให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่ไทยมีต่อ GATT มีความเกี่ยวข้องกับการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายภายในของไทยเกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีค้าหน้าตามลำดับด้านการค้าบริการ ทั้งนี้ "การค้าบริการ" ในความหมายของ GATS มีลักษณะที่ต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้อง โดยแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 การค้าบริการ โดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการอยู่คนละประเทศ (Cross Boarder Supply)

ประเภทที่ 2 การค้าบริการ โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Consumption Aboard)

²⁴¹ สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 36-37), เล่มเดิม.

ประเภทที่ 3 การค้าบริการ โดยผู้ประกอบการจากประเทศหนึ่งเข้ามาจัดตั้งธุรกิจเพื่อให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Commercial Entities) และ

ประเภทที่ 4 การค้าบริการ โดยบุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Person) ลักษณะการค้าบริการ ในประเภท 4 นี้หรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Mode 4 หมายถึง การทำงานของคนต่างด้าวนั่นเอง ซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้²⁴²

สำนักเลขานุการขององค์การการค้าโลกได้สรุปว่า ประเภทที่ 4 มีระดับการผูกพันที่ต่ำที่สุดในบรรดาทั้ง 4 ประเภทเนื่องจากการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาระหว่างประเทศมีผลกระทบต่อประเทศหลายประการด้วยกัน กล่าวคือ ผลกระทบต่อเศรษฐกิจอาจเป็นเหตุให้คนในชาติถูกคนต่างด้าวแย่งงานผลกระทบต่อสังคมซึ่งอาจเกิดขึ้นจากการที่คนต่างด้าวก่ออาชญากรรมทำให้ระบบสังคมของประเทศที่เคยมีความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินต้องเปลี่ยนแปลงไป ผลกระทบต่อระบบสาธารณสุขเพราะคนต่างด้าวอาจเป็นพาหะของโรคติดต่อร้ายแรงบางโรคซึ่งในประเทศพัฒนาแล้วไม่มีโรคร้ายแรงดังกล่าวหรือสามารถกำจัดให้หมดไปแล้วและผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศอาจทำให้คนต่างชาติซึ่งเป็นผู้ก่อการร้ายแอบแฝงเข้ามาในประเทศในรูปคนทำงานทำให้ประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนามีความระมัดระวังอย่างยิ่งในการที่จะยอมผูกพันยอมรับพันธกรณีเรื่องการเปิดตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตาม Mode 4

นอกจากนี้ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือจุดยืนและผลประโยชน์ที่แตกต่างอย่างมากระหว่างประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนากล่าวคือประเทศพัฒนาแล้วเป็นประเทศที่มีการส่งออกการลงทุนและการค้าบริการ (ซึ่งมีการลงทุนรวมอยู่ด้วย) ไปยังประเทศกำลังพัฒนาจำนวนมากจึงทำให้มีบริษัทข้ามชาติซึ่งมีสำนักงานใหญ่ในประเทศพัฒนาแล้วแต่มีบริษัทลูก (Subsidiary Company) หรือบริษัทในเครือ (Affiliated Company) จำนวนมากตั้งอยู่ในประเทศกำลังพัฒนาดังนั้นผลประโยชน์ของประเทศพัฒนาแล้วคือต้องการให้มีการเปิดตลาดเรื่องการโอนย้ายพนักงานภายในบริษัท (Intra Corporate Transferees) เพื่อให้มีการโอนย้ายพนักงานในบริษัทข้ามชาติเป็นไปโดยเสรีสะดวกรวดเร็วและปราศจากข้อจำกัดใด ๆ แต่ประเทศพัฒนาแล้วจะยอมรับเฉพาะบุคคลที่เป็นแรงงานที่มีทักษะสูงจากประเทศกำลังพัฒนาเท่านั้นซึ่งย่อมขัดแย้งกับผลประโยชน์ของประเทศกำลังพัฒนาเพราะประเทศกำลังพัฒนาต้องการรักษาบุคลากรที่มีทักษะสูงไว้พัฒนาประเทศของตนและต้องการส่งออกแรงงานที่ไม่มีทักษะหรือแรงงานกึ่งทักษะไปยัง

²⁴² โครงการศึกษาผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าบริการวิชาชีพสถาบันพัฒนธรรม (รายงานผลการวิจัย) (น. 4-1), เล่มเดิม.

ประเทศพัฒนาแล้วประการสำคัญโดยทั่วไปประเทศพัฒนาแล้วมีความอ่อนไหวในเรื่องการเปิดรับคนงานที่ไม่มีทักษะหรือแรงงานกึ่งทักษะมากและโดยส่วนใหญ่จะมีนโยบายเรื่องระดับทักษะของคนงานต่างชาติที่จะรับเข้าไปทำงานที่ชัดเจน

ภาพรวมลักษณะการเปิดตลาดของประเทศต่าง ๆ จะเห็นได้ว่า ความแตกต่างอย่างมากในจุดยืนเรื่องการเปิดตลาด Mode 4 ภายใต้กรอบความตกลงของ GATS ข้างต้นทำให้ภาพรวมของลักษณะการเปิดตลาด Mode 4 ภายใต้กรอบของ GATS ของประเทศต่าง ๆ สรุปได้ดังนี้

1) ประเทศเกือบทั้งหมดจะเสนอเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศภายใต้กรอบข้อผูกพันทุกสาขา (Horizontal Commitments) และไม่ผูกพันเปิดตลาดเพิ่มเติมการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศภายใต้กรอบข้อผูกพันรายสาขา Sector-Specific Commitments 10 และกลับเพิ่มข้อจำกัดในตารางข้อผูกพันรายสาขางานสาขาเสียอีกดังนั้นการประเมินระดับการเปิดตลาดของประเทศต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องพิจารณากรอบข้อผูกพันทุกสาขาของประเทศต่าง ๆ เป็นหลัก

2) ประเภทของบุคคลธรรมดาที่ประเทศส่วนใหญ่ยอมผูกพันเปิดตลาดโดยมีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดและหลักปฏิบัติอย่างชาติมีอยู่ 4 ประเภทหลัก ๆ เท่านั้น ได้แก่ ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ (Business Visitors) ผู้โอนย้ายภายในกิจการ (Intra-Corporate Transferees) ซึ่งเป็นระดับผู้จัดการ ผู้บริหารและผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น ผู้ให้บริการวิชาชีพอิสระ (Independent Professionals) และ ผู้ให้บริการตามสัญญา (Contractual Service Suppliers) ซึ่งทั้ง 4 ประเภทหลัก ๆ ข้างต้นเป็นแรงงานระดับทักษะสูงทั้งสิ้นนอกจากนี้แล้วหากพิจารณาข้อผูกพันดังกล่าวไม่ได้มีคุณค่าต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานระดับสูงดังกล่าวเหมือนที่ปรากฏอยู่ในตารางข้อผูกพันทุกสาขาเนื่องจากมีอุปสรรคและข้อจำกัดที่ทำให้คุณค่าของข้อผูกพันในตารางข้อผูกพันทุกสาขาลดลงไปเป็นอย่างมากอุปสรรคและข้อจำกัดดังกล่าวได้แก่อุปสรรคด้านนโยบายและการบริหารจัดการกฎหมายและอนุบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานอุปสรรคด้านการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจและอุปสรรคด้านการยอมรับคุณสมบัติ²⁴³

3) ความแตกต่างในจุดยืนของประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้วดังกล่าวทำให้การเจรจาเพื่อเพิ่มประเภทคนงานใหม่ ๆ เข้าไปในตารางข้อผูกพันทุกสาขาหรือการพยายามลดข้อจำกัดในตารางข้อผูกพันทุกสาขามีระดับการเปิดตลาดเพิ่มน้อยมาก ตัวอย่างเช่น ข้อเสนอการเปิดตลาด Mode 4 ภายใต้การค้าบริการฉบับปรับปรุงใหม่ (Revised Services Offer) ของประเทศ

²⁴³ จาก การเจรจาเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศ (น. 15-22), โดย พรชัย ประภาวณษ์, 2548, กรุงเทพฯ: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ.

สหรัฐอเมริกา นอกจากจะไม่มีการเสนอเพิ่มประเภทใหม่ ๆ ของคนงานที่ประเทศกำลังพัฒนา ต้องการเช่นแรงงานระดับกึ่งทักษะแล้ว ข้อเสนอดังกล่าวยังเป็นการยื่นข้อเสนอ โดยมีเงื่อนไขบนหลักต่างตอบแทนคือหากประเทศสหรัฐอเมริกาไม่พอใจข้อเสนอของประเทศอื่น ๆ แล้วประเทศสหรัฐอเมริกา สงวนสิทธิ์ที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อเสนอดังกล่าวได้เสมอ โดยคุณภาพของข้อเสนอ ผู้กีดกันของประเทศอื่น ๆ อาจจะมีการเพิ่มเติมระดับการเปิดตลาดบ้างแต่ไม่มาก

4) ปัญหาในความแตกต่างของจุดยืนดังกล่าวทำให้การเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการ เป็นไปอย่างล่าช้ามาก แม้ว่าประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะได้ตกลงกันในการประชุมว่าจะนำ เป้าหมายเชิงคุณภาพ (Qualitative Objective) และการเจรจาแบบหลายฝ่าย (Plurilateral Negotiation) มาใช้และกำหนดให้มีการยื่นข้อเสนอฉบับสมบูรณ์ (Final Lists of Commitments) แล้วก็ตาม

สำหรับข้อผูกพันเกี่ยวกับ Mode 4 ของประเทศไทยในกรอบ GATS ปรากฏว่าจุดยืน ของประเทศไทยคล้ายกับประเทศกำลังพัฒนาโดยทั่วไป กล่าวคือการเสนอข้อผูกพันเกี่ยวกับ Mode 4 ภายใต้กรอบ GATS ต้องอยู่บนหลักต่างตอบแทนด้วยซึ่งหากประเทศไทยยอมเสนอข้อ ผูกพันเปิดตลาดแรงงานให้คนงานระดับทักษะสูงของประเทศพัฒนาแล้วประเทศพัฒนาแล้ว ก็จะต้องเปิดตลาดให้คนงานระดับไร้ฝีมือหรืออย่างน้อยระดับกึ่งทักษะ (Semi-Skilled) ของประเทศไทยเข้าไปทำงานในประเทศพัฒนาแล้วด้วยเช่นเดียวกับประเทศกำลังพัฒนาที่เป็นหัว หอกในการผลักดันให้มีการนำ Mode 4 เข้าไปในการเจรจาเปิดตลาดการค้าบริการ (เดิมการ เจรจการค้าบริการมีเพียง Mode 1-3 เท่านั้น) ซึ่งมีจุดยืนที่ว่า การเปิดตลาด Mode 4 เป็นการเปิด ตลาดปัจจัยการผลิต (แรงงานไร้ทักษะและกึ่งทักษะ) ที่ประเทศกำลังพัฒนามีความได้เปรียบ โดย เปรียบเทียบจะต้องควบคู่ไปกับการเปิดตลาดเคลื่อนย้ายเงินทุน (Capital) ใน Mode 3 ซึ่งเป็นปัจจัย การผลิตที่ประเทศพัฒนาแล้วมีความได้เปรียบโดยเปรียบเทียบด้วย²⁴⁴

ดังนั้นเมื่อประเทศพัฒนาแล้วไม่ยอมผูกพันที่จะเปิดตลาดตลาดแรงงานให้กับแรงงาน กึ่งทักษะและแรงงานไร้ทักษะของประเทศไทยประเทศไทยจึงยอมผูกพันที่เปิดตลาดให้กับคนต่าง ด้วเพียง 2 ประเภทเท่านั้นคือ

²⁴⁴ จาก โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่าง ด้ว เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 3-10), โดย ชุมพร ปัจจุ สานนท์ และคณะ ง, 2551, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

1) ผู้โอนย้ายภายในกิจการซึ่งเปิดให้เฉพาะบุคคลระดับผู้จัดการผู้บริหารและผู้เชี่ยวชาญเท่านั้น โดยจะอนุญาตให้เข้ามาไทยได้ 1 ปีและอาจต่ออายุได้อีก 2 ครั้งครั้งละไม่เกิน 1 ปี ทั้งนี้ต้องผ่านเกณฑ์พิจารณาของกรมการจัดหางาน

2) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจซึ่งเปิดให้นักธุรกิจต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยได้ไม่เกิน 90 วันเพื่อเข้าร่วมประชุมติดต่อธุรกิจตกลงสัญญาซื้อ-ขายบริการเชื่อมชมธุรกิจและกิจกรรมอื่น ๆ ที่ใกล้เคียง²⁴⁵

ต่อมาประเทศไทยได้ปรับปรุงตารางข้อผูกพันเฉพาะดังกล่าวข้างต้นและมีการยื่นเสนอ ก่อนที่การเจรจารอบโศกจะหยุดการเจรจาข้อผูกพันของประเทศไทยเกี่ยวกับ Mode 4 ในตารางข้อผูกพันทุกสาขาที่ได้รับการปรับปรุงในระดับแรก (Initial Offer) จึงมีลักษณะของการเสนอผูกพันเพิ่มเติมเพื่อเปิดตลาดใน Mode 4 ดังนี้

1) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจได้ขยายระยะเวลาการพำนักจากเดิม 90 วัน โดยให้สามารถขอขยายต่อได้รวมไม่เกิน 1 ปีรวมทั้งได้ขยายกิจกรรมที่สามารถทำได้โดยให้รวมถึงการเข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยได้

2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการซึ่งได้มีการนิยามบุคคล 3 ระดับในความตกลงข้อผูกพันปี 1994 ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้นรวมทั้งได้ขยายระยะเวลาการพำนักจากเดิมอนุญาตให้ 1 ปีต่ออายุได้ 2 ครั้ง ครั้งละไม่เกิน 1 ปี เป็นต่ออายุได้ 3 ครั้งครั้งละไม่เกิน 1 ปี

3) บุคคลประเภทผู้ให้บริการตามสัญญา (Contractual Services Suppliers) โดยประเทศไทยได้ขอเสนอผูกพันเพิ่มเติมสำหรับบุคคลผู้เข้ามาเพื่อให้บริการตามสัญญาซื้อขายบริการที่ตกลงกันไว้ระหว่างบริษัทไทยกับบริษัทต่างชาติเฉพาะบุคคลในระดับผู้เชี่ยวชาญและมีระยะเวลาพำนักได้ไม่เกิน 3 เดือนเท่านั้น²⁴⁶

3.3.2 ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC)

ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (Asia-Pacific Economic Cooperation: APEC) จัดตั้งขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2532 โดยการริเริ่มของประเทศออสเตรเลีย เนื่องจากเห็นว่าภูมิภาคนี้ประกอบด้วยประเทศมหาอำนาจทางเศรษฐกิจ และประเทศที่มีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจที่สูงที่สุดในโลก ถือเป็นตลาดใหญ่และมีศักยภาพในการขยายการค้าและการลงทุนระหว่างกัน เมื่อประกอบกับความยึดถือของการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัยทำให้ประเทศ

²⁴⁵ ข้อตกลงข้อผูกพันเฉพาะของประเทศไทยใน GATS/SC/85. 15 April 1994 Thailand.Schedule of Specific Commitments.

²⁴⁶ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 3-11), เล่มเดิม.

มหาอำนาจ โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศออสเตรเลียซึ่งต้องพึ่งพาการค้าระหว่างประเทศมาก ต้องการให้การเจรจาบรรลุวัตถุประสงค์โดยเร็วเพื่อให้การค้าของโลกมีการเปิดเสรีมากยิ่งขึ้น จึงต้องใช้การรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของการเปิดเสรีโดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญข้อหนึ่งคือ เพื่อลดอุปสรรคและอำนวยความสะดวกให้แก่การค้าสินค้า การค้าบริการ และการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิก โดยการรวมกลุ่มของเอเปคเป็นการรวมกลุ่มของเศรษฐกิจแบบ Non-Binding ซึ่งจะแตกต่างจาก WTO คือ เป็นเวทีเพื่อการร่วมมือซึ่งความร่วมมือใด ๆ ที่เกิดขึ้นจะกระทำบนพื้นฐานของฉันทามติและความสมัครใจ (Voluntary Basis) ของสมาชิก

ในปัจจุบันเอเปคมีสมาชิก 21 ประเทศได้แก่ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา ประเทศญี่ปุ่น สาธารณรัฐเกาหลี สาธารณรัฐสิงคโปร์ ประเทศอินโดนีเซีย สหพันธรัฐมาเลเซีย ประเทศบรูไน ประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย ประเทศนิวซีแลนด์ สาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณประชาชนรัฐจีน เขตบริหารพิเศษฮ่องกง ประเทศปาปัวนิวกินี ประเทศเม็กซิโก สาธารณรัฐชิลี ประเทศเปรู ประเทศเวียดนาม และประเทศรัสเซีย²⁴⁷

ด้วยความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก APEC เน้นจุดยืนในการสนับสนุนให้การเจรจา GATS ให้บรรลุผลสำเร็จจึงมีผลเกี่ยวข้องกับการค้า การบริการและการลงทุนระหว่างประเทศ แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาจะกล่าวเฉพาะเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการและการเคลื่อนย้ายบุคคลเท่านั้น

ในการประชุม APEC ประเทศสมาชิกต่าง ๆ ได้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการ Action Plan ประเทศไทยก็ได้มีการจัดทำแผนปฏิบัติการ Action Plan ของประเทศไทย เช่นกัน ซึ่งยังคงสงวนอาชีพในสาขาบริการทั้ง 8 สาขา ได้แก่ สาขาการก่อสร้าง สาขาการขนส่ง สาขาบริการทางบัญชี สาขาการเป็นตัวแทนจำหน่าย สาขาวิศวกร สาขาสถาปนิก สาขาการท่องเที่ยว และสาขาบริการวิชาชีพกฎหมาย

เมื่อพิจารณาถึงข้อผูกพันที่ประเทศไทยมีภายใต้ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ในอาชีพสงวนทั้ง 8 สาขา ประเทศไทยยังคงสามารถสงวนได้ต่อไปเพราะประเทศต่าง ๆ ในกลุ่ม APEC ส่วนใหญ่แล้วไม่ได้เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวหรือแรงงานต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพทางด้านนี้ โดยการเปิดตลาดเสรีด้านบริการใน APEC ใช้หลัก Concerted Unilateral Action คือ ประเทศสมาชิกจะใช้มาตรการฝ่ายเดียวในการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ

²⁴⁷ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557, จาก http://dtn.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7496%3A2012-01-17-21-02-05&catid=305%3Aapec&Itemid=793&lang=th

อาศัยการกำหนดระยะเวลาเป็นกรอบในการปฏิบัติ โดยหลักแล้วประเทศกำลังพัฒนาจะเปิดเสรีเต็มที่ภายในปี 2020²⁴⁸

แม้ว่ากรอบของ APEC จะเป็นกรอบระหว่างประเทศที่ไม่ผูกพันในทางกฎหมาย (Legal Binding) แก่รัฐสมาชิกแต่กรอบของ APEC ก็เป็นเวทีที่รัฐสมาชิกสามารถใช้ประโยชน์ได้ในด้านความร่วมมือระหว่างประเทศทั้งในด้านเศรษฐกิจการเมืองและอื่น ๆ ได้หรืออาจเรียกได้ว่าเป็น Non-Binding Commitment

1) โครงการ ABTC

ความสำเร็จของความร่วมมือระหว่างประเทศในกรอบของ APEC ที่เป็นรูปธรรมได้แก่ บัตรเดินทางของนักธุรกิจ APEC (APEC Business Travel Card: ABTC) ซึ่งเอื้ออำนวยให้นักธุรกิจของประเทศสมาชิก APEC สามารถเดินทางไปยังประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมโครงการได้อย่างสะดวกสบายโดยโครงการ ABTC มีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกในการเดินทางของนักธุรกิจในภูมิภาค APEC โดยจะสามารถเดินทางไปประเทศสมาชิก APEC อื่น ๆ ที่เข้าร่วมโครงการโดยไม่ต้องใช้ Visa อีกหากถือบัตร ABTC ควบคู่กับหนังสือเดินทางโดยผู้ถือบัตรสามารถพำนักได้ประมาณ 60-90 วันในแต่ละครั้งที่เดินทางเข้าประเทศซึ่งขึ้นอยู่กับกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศที่เข้าร่วมโครงการทั้งนี้บัตร ABTC จะมีอายุ 3 ปีนับแต่วันที่ออกบัตรและหากหนังสือเดินทางของผู้ถือ ABTC มีอายุน้อยกว่า 3 ปีให้ถืออายุของบัตร ABTC ตามหนังสือเดินทางของผู้ถือ

รัฐบาลของประเทศที่เข้าร่วมโครงการ ABTC จะเป็นรัฐบาลที่ออกบัตร ABTC ให้กับผู้ยื่นคำขอ สำหรับกรณีของประเทศญี่ปุ่นกระทรวงการต่างประเทศจะเป็นองค์กรที่ออกบัตร ABTC ให้กับผู้ยื่นคำขอโดยก่อนออกบัตร ABTC หน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจออกบัตร ABTC จะพิจารณาว่าผู้ขอมีคุณสมบัติหรือไม่ดังนี้

- (1) ผู้ยื่นคำขอไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมมาก่อน
- (2) ผู้ยื่นคำขอต้องมีหนังสือเดินทางที่ยังมีอายุใช้งานได้
- (3) ผู้ยื่นคำขอเป็นนักธุรกิจที่จำเป็นต้องเดินทางระยะสั้นเพื่อไปทำธุรกิจในประเทศ

ต่าง ๆ ในเขตภูมิภาค APEC จริง

โดยหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจออกบัตร ABTC มีความผูกพันตามโครงการ ABTC ที่จะต้องใช้ความพยายามอย่างสูงสุดที่จะพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จภายใน 2 สัปดาห์

²⁴⁸ สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 39-40), เล่มเดิม.

2) การทำความตกลง (Agreement) ที่จะปรับปรุงคุณภาพของการบริการเกี่ยวกับการพิจารณาคำขอคำขอต่ออายุการพำนักชั่วคราวสำหรับผู้บริหารผู้จัดการและผู้เชี่ยวชาญซึ่งเป็นการย้ายภายในบริษัทของสมาชิก APEC ไปยังสมาชิกอื่นของ APEC

3) การทำความตกลงร่วม (Collective Agreement) ที่จะตรวจสอบว่ามีแนวทางที่จะทำให้อุตสาหกรรมและกระบวนการพิจารณาลดลงและสะดวกมากขึ้นสำหรับผู้เดินทางที่เป็นนักธุรกิจได้หรือไม่และการดำเนินการฝ่ายเดียว (Individual Action) ของสมาชิกที่จะอำนวยความสะดวกแก่ผู้เดินทางที่เป็นนักธุรกิจตัวอย่างเช่นการขยายโครงการไม่ต้องขอวีซ่าการขยายระยะเวลาของวีซ่าประเภทเข้า-ออกได้หลายครั้งหรือการเข้าร่วม APEC Business Travel Card Scheme

4) โครงการ APEC Engineer ในการประชุมผู้นำ APEC ที่เมืองโอซาก้าประเทศญี่ปุ่นในปี 1995 ที่ประชุมมีมติที่จะรับรองคุณสมบัติของวิศวกรโดยมีเป้าหมายเพื่อการส่งเสริมการพึ่งพาในภูมิภาค APEC เนื่องจากการถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นสิ่งจำเป็นและการเคลื่อนย้ายของวิศวกรข้ามพรมแดนของประเทศต่าง ๆ ในเขตภูมิภาค APEC เป็นเรื่องหลีกเลี่ยงไม่ได้จึงได้มีการจัดตั้งโครงการ APEC Engineer ขึ้นมาเมื่อ 1 พฤศจิกายน 2000 โดยมีประเทศสมาชิกร่วมโครงการ 13 ประเทศได้แก่ Japan, Australia, Canada, Hong Kong, Korea, Malaysia, New Zealand, Indonesia, Philippines, United States, Thailand, Singapore และ Chinese Taipei

เมื่อมีการลงทะเบียนเป็น APEC Engineer บุคคลดังกล่าวจะได้รับการรับรองสถานะเป็น “วิศวกร” ในด้านต่าง ๆ เช่น วิศวกรด้านเครื่องกล วิศวกรด้านอิเล็กทรอนิกส์ และวิศวกรด้านคอมพิวเตอร์ เป็นต้น สำหรับประเทศที่เข้าร่วมโครงการเท่ากับสถานะที่ตนได้รับการรับรองในประเทศของตนอย่างไรก็ตามโครงการดังกล่าวเป็นโครงการรับรองคุณสมบัติและการรับเข้าเป็นสมาชิกของโครงการเท่านั้นไม่ได้หมายความว่าประเทศที่เข้าร่วมโครงการต้องให้สถานะเป็นผู้พำนัก (Residence Permit) แก่วิศวกรที่เป็น APEC Engineer แต่อย่างใด²⁴⁹

3.3.3 ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS)

ประเทศไทยได้เข้าร่วมการเจรจาการค้าบริการภายใต้กรอบความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Service: AFAS) เพื่อเปิดตลาดการค้าบริการระหว่างประเทศ ASEAN ให้มากกว่าใน WTO ตั้งแต่ปี 2539 โดยนับตั้งแต่ความตกลง AFAS มีผลใช้บังคับได้เปิดให้มีการเจรจาการค้าบริการหลายครั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับเป้าหมายในแต่ละช่วงที่กำหนดตามแผนดำเนินการเพื่อนำไปสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

²⁴⁹ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. (3-17) - (3-19), เล่มเดิม.

(AEC Blueprint) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ คือ การเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน การเป็นภูมิภาคที่มีขีดความสามารถในการแข่งขันสูง การเป็นภูมิภาคที่มีพัฒนาการทางเศรษฐกิจที่เท่าเทียมกันและการเป็นภูมิภาคที่บูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลกได้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้ การเปิดเสรีการค้าบริการเท่าที่ผ่านมายังมีข้อจำกัดอยู่พอสมควร เนื่องจากประเทศอาเซียนยังมีระดับการพัฒนาด้านการค้าบริการที่แตกต่างกัน และยังมีข้อจำกัดด้านกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยในบทความนี้จะขอนำเสนอสาระสำคัญของ AFAS และตารางข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการ ซึ่งเป็นตารางพันธกรณีแนบท้ายความตกลงนี้

อาเซียนจำเป็นต้องให้ความสำคัญกับการจัดทำ Blueprint เพื่อกำหนดแผนงานและกรอบระยะเวลาที่ชัดเจนสำหรับการดำเนินมาตรการต่าง ๆ เพื่อไปสู่เป้าหมาย AEC อย่างเช่นสหภาพยุโรปที่มีการจัดทำเกณฑ์อ้างอิง (Benchmark) ในด้านเศรษฐกิจตามช่วงระยะเวลาต่าง ๆ โดยวัตถุประสงค์สำคัญของ AEC Blueprint ก็เพื่อกำหนดทิศทางหรือแผนงานในด้านเศรษฐกิจที่จะต้องดำเนินงานให้ชัดเจนตามกรอบระยะเวลาที่กำหนด จนบรรลุเป้าหมาย AEC ในปี ค.ศ. 2015 และสร้างพันธสัญญาระหว่างประเทศสมาชิกที่จะดำเนินการไปสู่เป้าหมายดังกล่าวร่วมกัน²⁵⁰

AEC Blueprint ได้กำหนดแผนงานด้านการเคลื่อนย้ายบริการเพื่อก้าวไปสู่ความเป็นตลาดและฐานการผลิตเดียวกัน (Single Market and Production Base) โดยมีสาระสำคัญ คือ การดำเนินการภายใต้กรอบ AFAS ซึ่งลงนามเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2538 ณ ประเทศไทยและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 30 ธันวาคม 2543 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพิธีสารลงวันที่ 2 กันยายน 2546 โดย AFAS มีวัตถุประสงค์ที่จะขยายความร่วมมือด้านการค้าบริการบางสาขาที่ช่วยเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศสมาชิกให้มากขึ้น ลดอุปสรรคด้านการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิก เปิดตลาดการค้าบริการระหว่างกลุ่มเศรษฐกิจให้มากขึ้น และมีการเปิดเสรีด้านการค้าบริการอย่างเต็มที่ในปี 2558 โดยมีการเรียบเรียงขั้นตอนปฏิบัติขึ้นใหม่ให้อยู่ในรูปของแผนงานที่แสดงให้เห็นถึงวิธีดำเนินการและกรอบเวลาในการเปิดเสรีการค้าบริการในอาเซียนอย่างชัดเจนและสามารถปฏิบัติให้เห็นผลอย่างเป็นรูปธรรม ในส่วนของแผนงานเปิดตลาดด้านการค้าบริการมีรายละเอียดชัดเจน คือ ลดและเลิกข้อจำกัดต่อการค้าบริการภายในปี พ.ศ. 2553 สำหรับสาขาบริการสำคัญ (Priority Sectors) ได้แก่ การขนส่งทางอากาศ คอมพิวเตอร์และโทรคมนาคม

²⁵⁰ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550, เมษายน). *AEC Blueprint*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557, จาก http://dtn.go.th/images/stories/aecinfo/asean/aec_blueprint1.pdf

สุขภาพ และการท่องเที่ยว สำหรับสาขาบริการ โลจิสติกส์ภายในปี พ.ศ. 2556 และสำหรับสาขาบริการอื่นภายในปี พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นปีเป้าหมายที่จะจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ภายใต้ AFAS ประเทศสมาชิกอาเซียนได้เข้าร่วมการเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการเป็นรอบ ๆ มีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดตลาดการค้าบริการ โดยจะมุ่งเน้นลดหรือยกเลิกข้อกำหนด หรือกฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงตลาดและการแข่งขันด้านราคาระหว่างผู้ให้บริการต่างชาติ และในประเทศภายใต้หลักการเปิดเสรีก้าวหน้าอย่างเป็นลำดับ (Progressive Liberalization) โดยประเทศสมาชิกอาเซียนต้องเปิดตลาดธุรกิจบริการให้แก่กันมากกว่าที่แต่ละประเทศได้มีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก (WTO) การเจรจาดังกล่าวทำให้ได้ตารางข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการซึ่งแนบท้ายความตกลง ในปัจจุบันอาเซียนได้มีการประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียนครั้งที่ 45 ในเดือนสิงหาคม 2556 ได้มีจัดทำข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการภายใต้ AFAS ซึ่งมีผลบังคับใช้ไปแล้ว 9 ชุด ซึ่งการเปิดตลาดการค้าบริการชุดที่ 9 สืบเนื่องจากการเปิดตลาดการค้าบริการชุดที่ 8 มีผลผูกพันทางกฎหมายแล้วในปี 2555 ซึ่งมีผลเป็นการขยายธุรกิจบริการเพิ่มเป็น 12 สาขา ดังนี้ บริการธุรกิจ/วิชาชีพ (แพทย์ วิศวกร ทนายความ ฯลฯ) บริการด้านการสื่อสารและโทรคมนาคม บริการด้านการท่องเที่ยว บริการด้านการจัดจำหน่าย บริการด้านการศึกษา บริการด้านสิ่งแวดล้อม บริการด้านการเงิน บริการด้านสุขภาพ บริการด้านการท่องเที่ยว บริการด้านนันทนาการ บริการด้านการขนส่ง และบริการอื่น ๆ แต่ในความเป็นจริงไม่มีัยที่นักลงทุนสามารถใช้ประโยชน์ได้ เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนเองมีนโยบายปกป้องตัวเองมาก ทำให้กระบวนการเจรจาจำเป็นต้องมีหลายชุด โดยเน้นการรวมตัวกันก่อน ซึ่งตรงข้ามกับการเจรจา FTA ที่มีเพียงชุดเดียวและเป็นการแลกเปลี่ยนผลประโยชน์จริง การเปิดตลาดการค้านี้เป็นการดำเนินการตามพิมพ์เขียวของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งในท้ายที่สุดแต่ละประเทศก็จะเปิดการค้าบริการทั้งหมด 128 สาขา อย่างไรก็ตามสิ่งที่ได้ผูกพันและมีผลตามกฎหมายแล้วหากไม่สามารถปฏิบัติตามได้ก็ถือว่าเป็นการกระทำผิด ซึ่งอาจได้รับการลงโทษได้

แม้ว่าประเทศสมาชิกอาเซียนจะมีพันธกรณีที่จะต้องไม่เพิ่มเติมข้อจำกัดอื่น ๆ ที่สร้างอุปสรรคทางการค้าบริการให้แก่ประเทศสมาชิกอื่นมากขึ้นไปกว่าที่ได้ระบุไว้ แต่ประเทศสมาชิกยังคงมีสิทธิในการบังคับใช้กฎหมายในการกำกับดูแลธุรกิจและบริการไม่ว่าจะเพื่อการควบคุมมาตรฐาน ความเป็นธรรมด้านการแข่งขัน ประโยชน์ของผู้บริโภค ความมั่นคงของชาติ ผลกระทบด้านวัฒนธรรมและประเพณี หรือผลกระทบทางเศรษฐกิจ ภายใต้เงื่อนไขที่ว่ากฎหมายนั้นต้องใช้นับกับทั้งคนชาติและคนชาติสมาชิกอาเซียนอย่างเท่าเทียมกัน หรือเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมาย หรือเป็นกฎหมายที่ประเทศสมาชิกทุกประเทศต้องบังคับใช้ในลักษณะคล้ายคลึงกัน ประเทศสมาชิกอาจขอสงวนในตารางข้อผูกพันได้ โดยต้องมีการตกลงกับประเทศ

สมาชิกอื่นก่อนซึ่งกฎหมายที่ประเทศไทยขอสงวนไว้ในการปฏิบัติแตกต่างกันระหว่างคนชาติและคนชาติสมาชิกอาเซียน เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน เป็นต้น

โดยทั่วไปตารางข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการ (Commitments under AFAS) ซึ่งแนบท้ายความตกลงจะจัดทำเป็น 2 ตาราง ได้แก่ ตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) และตารางข้อผูกพันเฉพาะสาขา (Specific Commitment) สำหรับตารางข้อผูกพันเฉพาะสาขานั้นได้กำหนดรายละเอียดของสาขาบริการที่ประเทศไทยยินยอมให้เปิดตลาดในลักษณะ positive list (เปิดเสรีเท่าที่ระบุไว้ในตาราง) ซึ่งจะถูกกำกับโดยรหัส CPC ซึ่งเป็นรหัสที่องค์การการค้าโลก (WTO) อิงกับ Central Product Classification (CPC) ของสหประชาชาติ และเงื่อนไขทั่วไปตามที่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) หรือเงื่อนไขเฉพาะตามที่ระบุไว้ในสาขานั้น ๆ โดยแต่ละสาขาบริการนั้นจะแยกรายละเอียดตามรูปแบบการให้บริการ (Mode of Supply) 4 รูปแบบ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวในรูปแบบที่ 4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) หรือเรียกว่า การค้าบริการ Mode 4 เป็นการเข้าไปทำงานประกอบอาชีพในสาขาบริการด้านต่าง ๆ เป็นการชั่วคราวในประเทศลูกค้า และการลดหรือยกเลิกข้อจำกัดใน 2 ลักษณะ ได้แก่ ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitation to Market Access) และข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitation to National Treatment) ตามที่กล่าวรายละเอียดไว้ในข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)

ส่วนตารางข้อผูกพันทั่วไปนั้นจะระบุเงื่อนไขที่ใช้กับสาขาบริการทั่วไปซึ่งจะปรับใช้ต่อเมื่อได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะสาขา (Specific Commitment) ซึ่งนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1995 ได้มีการประชุม ASEAN Negotiating Group on Service ด้วยกันหลายครั้ง และในการประชุมแต่ละครั้งก็จะเป็นการเจรจาเรื่องการค้าบริการ ภายใต้กรอบความตกลงด้านบริการของอาเซียน (AFAS) ประเทศสมาชิก ASEAN ได้มีการเจรจาและจัดทำข้อผูกพันเปิดตลาดมาอย่างต่อเนื่องโดยประสงค์ที่จะลดอุปสรรคหรือเป็นการเจรจาในเรื่องของข้อจำกัดของการเข้าสู่ตลาด ในขณะที่เดียวกันก็ประสงค์ที่จะให้รัฐสมาชิกเตรียมพิจารณาอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดหรือการเข้ามาประกอบอาชีพของคนต่างด้าว ฉะนั้นรัฐสมาชิกอาจต้องวางแผนที่จะปรับกฎหมายหรือนโยบายให้สอดคล้องกับผลในการเจรจาแต่ละครั้ง เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ของการรวมกลุ่มทางด้านเศรษฐกิจในภูมิภาคนี้ ซึ่งในส่วน of ตารางข้อผูกพันทุกสาขาบริการและข้อผูกพันรายสาขาเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายบุคลากรของประเทศไทยมีดังนี้

1) ข้อผูกพันทุกสาขาบริการ (Horizontal)

(1) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจได้แก่บุคคลธรรมดาที่เข้ามาพำนักในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์ในการ

ก. เข้าร่วมประชุมธุรกิจหรือทำสัญญาธุรกิจ

ข. ทำสัญญาขายหรือซื้อบริการ

ค. เข้าเยี่ยมชมสำนักงานธุรกิจที่ตั้งในประเทศไทยหรือดำเนินการใด ๆ ในทำนองเดียวกัน

ง. เข้ามาเพื่อจัดตั้งธุรกิจ

โดยเป็นการเข้ามาพำนักชั่วคราวซึ่งระยะเวลาที่อนุญาตคือ 90 วัน

(2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการได้แก่ผู้โอนย้ายภายในกิจการที่มีระดับเป็นผู้จัดการผู้บริหารหรือผู้เชี่ยวชาญโดยบุคคลดังกล่าวต้อง

ก. ถูกว่าจ้างโดยบริษัทที่เกี่ยวข้องซึ่งตั้งอยู่นอกประเทศไทยมาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปีก่อนวันที่ยื่นคำขอใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย

ข. มีคุณสมบัติครบถ้วนตามความจำเป็นด้านการจัดการ (Management Needs) ตามที่กรมการจัดหางานกำหนด

โดยระยะเวลาของการอนุญาตให้พำนักชั่วคราวคือไม่เกิน 1 ปีและอาจขอขยายระยะเวลาได้ 3 ครั้งครั้งละไม่เกิน 1 ปี

ทั้งนี้โดยความจำเป็นด้านการจัดการเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กรมการจัดหางานกำหนด ดังนี้

ก) ขนาดของทุนจดทะเบียนชำระแล้ว

ข) การจ้างงาน

ค) การขยายการลงทุนจากต่างชาติ

ง) การส่งเสริมการส่งออก

จ) การส่งเสริมการถ่ายทอดเทคโนโลยี

ฉ) ความจำเป็นเฉพาะของการบริหารจัดการ

2) ข้อผูกพันรายสาขา (Sector Specific)

ประเทศไทยเสนอผูกพันเปิดตลาดสาขาย่อยภายใต้กรอบ AFAS จำนวน 106 สาขาย่อย โดยมีการเขียนข้อจำกัดเรื่องเข้าสู่ตลาด (MA) ใน Mode 4 คล้ายคลึงกับตารางข้อผูกพันภายใต้กรอบของ GATS กล่าวคือจะเปิดการเสนอเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาไว้ 2 ประเภทได้แก่ (1) ผู้ติดต่อธุรกิจและ (2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการภายใต้ตารางข้อผูกพันทุกสาขา (Horizontal Commitments) ส่วนในตารางข้อผูกพันรายสาขา (Sector Specific Commitments) ส่วนใหญ่จะเขียนข้อจำกัดใน Mode 4 ว่า “As indicated in the horizontal Section” ทั้งนี้ประเทศไทยได้ระบุเงื่อนไขและข้อจำกัดเพิ่มเติมในตารางข้อผูกพันเฉพาะรายสาขา (Specific Sector Commitments) ทำให้คนต่างด้าวไม่มีสิทธิที่จะขอใบอนุญาตทำงานในบางสาขาย่อยหรือขอใบอนุญาตทำงานได้ยากขึ้นในบางสาขาย่อยเงื่อนไขและข้อจำกัดเพิ่มเติมในกรอบ AFAS แยกออกได้ 3 กลุ่มใหญ่ได้แก่

(1) กลุ่ม “Unbound”

ได้แก่ในสาขาย่อยบริการจำนวนหลายสาขาย่อยที่ประเทศไทยไม่ผูกพันตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันทุกสาขาข้างต้นซึ่งหมายความว่าคนต่างด้าวที่เป็น

- ก. ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจหรือ
- ข. ผู้โอนย้ายภายในกิจการ

ไม่สามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้เพราะประเทศไทยไม่รับพันธกรณีที่จะเปิดตลาด Mode 4 ในสาขาย่อยนั้นแม้ว่าในความเป็นจริงประเทศไทยได้เปิดให้คนต่างด้าวทั้ง 2 ประเภทเข้ามาทำงานแต่ในอนาคตประเทศไทยมีสิทธิที่จะออกมาตรการไม่ให้คนต่างด้าวทุกประเภทเข้ามาทำงานในสาขาย่อยดังกล่าวในประเทศไทยได้

โดยสาขาย่อยที่ประเทศไทยระบุว่า “Unbound” ได้แก่สาขาย่อยบริการดังต่อไปนี้

- ก) Legal services
- ข) Accounting, auditing and bookkeeping services
- ค) Architectural services
- ง) Urban planning and landscape architectural services
- จ) Soil analysis laboratory
- ฉ) Packaging services
- ช) Publishing and printing services excluding publishing newspaper (ไม่รวมธุรกิจพิมพ์หนังสือพิมพ์)
- ซ) Commission agents’ services

ณ) International and national school education services (excluding adult and other education services) (ไม่รวมการศึกษาผู้ใหญ่และการศึกษาอื่น ๆ)

ญ) Technical and vocational education services

ฎ) Professional and/or short courses education services

ฏ) Taxation Services (สาขาย่อยที่เพิ่มเติมจาก GATS และเป็นสาขาย่อยที่ตกอยู่ในกลุ่ม “Unbound” ของ AFAS)

(2) กลุ่ม “อาชีพ”

ได้แก่อาชีพ 3 อาชีพคือวิศวกรโยธาที่ปรึกษาด้านกฎหมายและด้าน Auditing และอาชีพลูกเรือ (Ships’ Crews) โดยประเทศไทยได้ระบุ “ไม่ผูกพัน (Unbound)” ที่จะให้บุคคลใน 3 อาชีพจากกลุ่มประเทศ ASEAN เข้ามาทำงานในประเทศไทยในสาขาย่อยดังนี้

ก. วิศวกรโยธา

ข. ที่ปรึกษากฎหมายหรือที่ปรึกษาด้าน Auditing ประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อยคือ General Management Consulting Services

ค. ลูกเรือประเทศไทยไม่ผูกพันในสาขาย่อยดังต่อไปนี้

ก) (Maritime) Passenger Transportation (CPC 7211 less cabotage transport) (ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะเปิดตลาดสาขาย่อยการขนส่งผู้โดยสารทางน้ำภายในประเทศ)

ข) (Maritime) Passenger Transportation (CPC7212 less cabotage transport) (ไม่รวมการขนส่งผู้โดยสารทางน้ำภายในประเทศ)

ค) International towing

(3) กลุ่ม “เงื่อนไขเพิ่มเติม”

ประเทศไทยได้ระบุเงื่อนไขเพิ่มเติมสำหรับบุคคลที่ประกอบอาชีพเกี่ยวกับสุขภาพและบริการเกี่ยวเนื่อง (Healthcare and Related Services) ว่าต้องมีใบอนุญาตดำเนินธุรกิจที่เป็นคลินิกแพทย์คลินิกทันตแพทย์หรือโรงพยาบาลได้ไม่เกิน 1 แห่ง และต้องได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพแพทย์ทั่วไปแพทย์เฉพาะทางทันตแพทย์แล้วแต่กรณีในประเทศไทยด้วยซึ่งสาขาย่อย 4 สาขาในธุรกิจสุขภาพได้แก่

ก. General Medical Services

ข. Specialized Medical Services

ค. Dental Services

ง. Hospital Services

โดยประเทศไทยเป็นรัฐสมาชิกที่เสนอผูกพันเปิดตลาดการค้าบริการภายใต้กรอบ AFAS มากที่สุดแต่ข้อผูกพันใน Mode 4 ภายใต้กรอบ AFAS ประเทศไทยเปิดตลาดเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างชาติ ASEAN เพียง 2 ประเภทคือผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ (Business Visitors) และผู้โอนย้ายภายในกิจการ (Intra-Corporate Transferees) ซึ่งเหมือนกับข้อผูกพันของประเทศไทยใน GATS ดังที่นำเสนอมาแล้วข้างต้นส่วนที่ถือว่าเป็นการผูกพันเปิดตลาดเพิ่มเติมจาก GATS (GATS Plus) ของประเทศไทยภายใต้กรอบ AFAS ได้แก่

(1) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจประเทศไทยยอมผูกพันให้นักธุรกิจต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยเพื่อจัดตั้งธุรกิจเป็นกิจกรรมเพิ่มเติม (ภายใต้กรอบของ GATS ประเทศไทยผูกพันว่าผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจจะทำได้เพียง 3 กิจกรรมเท่านั้น ได้แก่เข้าร่วมประชุมธุรกิจทำสัญญาซื้อขายบริการ และเยี่ยมชมธุรกิจที่ได้มีการจัดตั้งแล้ว) และอาจขยายเวลาการเข้ามาชั่วคราวได้อีกไม่เกิน 1 ปี (จาก 90 วันของการเข้ามาครั้งแรก)

(2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการประเทศไทยยอมผูกพันให้อาจขยายเวลาได้อีก 3 ครั้ง โดยแต่ละครั้งไม่เกิน 1 ปี (ภายใต้กรอบของ GATS ประเทศไทยผูกพันว่าการเข้ามาชั่วคราวจะต้องไม่เกิน 1 ปีและอาจขยายเวลาได้อีก 2 ครั้ง โดยแต่ละครั้งไม่เกิน 1 ปี)²⁵¹

3.3.4 ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA)

ด้วยเหตุที่การเจรจาเปิดตลาดเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวภายใต้กรอบของ GATS เป็นไปอย่างล่าช้าและมีระดับการเปิดตลาดที่ต่ำมากเนื่องจากจุดยืนที่แตกต่างกันระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนาและการมีจำนวนประเทศที่เข้าร่วมเจรจาเป็นจำนวนมาก ดังที่ได้กล่าวมาแล้วทำให้ประเทศสมาชิกของ WTO นิยมที่จะใช้กรอบของการเจรจาจัดทำเขตการค้าเสรีหรือความเป็นหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับทวิภาคีเป็นกรอบของการเจรจาเปิดตลาดเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว

แนวนโยบายเขตการค้าเสรีของประเทศไทย มีจุดเริ่มต้นจากการเข้าร่วมเป็นสมาชิกเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area : AFTA) และจากการที่รัฐบาลมีนโยบายเชิงรุกต้องการผลักดันสินค้าส่งออกของไทยสู่ตลาดโลก ต้องการส่งเสริมให้เกิดช่องทางทางการค้า การลงทุน และความร่วมมือด้านอุตสาหกรรม เพื่อสร้างสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับคู่ค้าของไทยให้แน่นแฟ้นและเกื้อกูลกันมากขึ้น เพื่อเปิดเสรีทางการค้าและปฏิรูปนโยบายเศรษฐกิจของประเทศ โดยยกเลิกนโยบายคุ้มครองการผลิตภายในประเทศ (Protectionism) ซึ่งเป็นผลสืบเนื่องมาจาก

²⁵¹ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. (3-12) - (3-17), เล่มเดิม.

วิกฤตเศรษฐกิจเอเชีย²⁵² รัฐบาลไทยจึงหันมาเน้นการเจรจาในรูปแบบทวิภาคี โดยการเจรจาตั้งเขตการค้าเสรี (Free Trade Area) ระหว่างกันของสองประเทศ เพื่อเป็นแนวทางในการบรรลุจุดประสงค์ดังกล่าว การดำเนินการแนวนโยบายเขตการค้าเสรีนั้น เริ่มมีการดำเนินการตั้งแต่ปี พ.ศ. 2544

เขตการค้าเสรี (Free Trade Area : FTA) หมายถึงการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประเทศต่าง ๆ ด้วยการจัดตั้งเขตการค้าเสรีโดยมีเป้าหมายในการค้าระหว่างกัน ลดภาษีศุลกากรภายในกลุ่มให้เหลือน้อยที่สุดหรือเป็นร้อยละ 0 และใช้อัตราภาษีปกติกับประเทศนอกกลุ่ม โดยเขตการค้าเสรีเป็นการเจรจาในกรอบกว้างครอบคลุมการเปิดเสรีทั้งการค้าสินค้า บริการการลงทุนและความร่วมมือในด้านอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นนโยบายทางการค้า กระบวนการทางศุลกากร มาตรฐานสินค้า ไปจนถึงประเด็นด้านสิ่งแวดล้อม ลิขสิทธิ์ ทรัพย์สินทางปัญญา ฯลฯ แล้วแต่ความตกลงของกลุ่มเจรจา โดยความตกลงเขตการค้าเสรีจะช่วยลดอุปสรรคทางการค้าและการลงทุน ทั้งมาตรการทางภาษี และมาตรการที่มีใช้ภาษี พัฒนาความสัมพันธ์ให้กว้างขวางและลึกซึ้งไปถึงขั้นพัฒนาเป็นหุ้นส่วนทางธุรกิจระหว่างกัน รวมถึงจุดเริ่มในการพัฒนาและปรับยุทธศาสตร์ของอุตสาหกรรมไทยเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันและเกิดการเจริญเติบโตอย่างยั่งยืนในระยะยาว²⁵³

โดยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาระหว่างประเทศภายในกรอบของความตกลง FTA มีลักษณะร่วมกับการจัดทำความตกลง GATS โดยมีลักษณะเป็น GATS Plus ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1) กว้างกว่า GATS กล่าวคือ ขอบเขตของ GATS จะครอบคลุมเฉพาะการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาระหว่างประเทศเพื่อเข้าไปให้บริการในต่างประเทศเท่านั้น โดยมาตรการภายใต้ขอบเขตของ GATS จะไม่รวมถึงมาตรการเกี่ยวกับคนงานซึ่งเข้าไปในต่างประเทศเพื่อหางานทำ (Seeking access to the Employment) มาตรการเกี่ยวกับสัญชาติการพำนักหรือการจ้างงาน ในลักษณะถาวรตลอดจนมาตรการเกี่ยวกับคนเข้าเมืองซึ่งเป็นมาตรการที่มีเป้าหมายเพื่อการรักษาเกียรติภูมิของประเทศหรือมาตรการเพื่อให้การเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศเป็นไปด้วยความเรียบร้อย (GATS Annex on Movement of Natural Person Supplying Services Under the Agreement) ดังนั้น กฎหมายและอนุบัญญัติเกี่ยวกับการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวตลอดจนการบริหารจัดการดังกล่าวจึงเป็นเรื่องที่อยู่นอกขอบเขตของ GATS และเป็นอำนาจอธิปไตยของสมาชิก WTO อย่างเต็มที่และไม่สามารถจะหยิบยกมาเจรจาภายใต้ขอบ GATS ได้แต่

²⁵² กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน. (2550). *การศึกษาผลกระทบจากการทำ FTA ต่อแรงงานไทย*. หน้า 1-3

²⁵³ คณะทำงานด้านแรงงาน กลุ่มที่ 5. (2547). *เอกสารประกอบการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติครั้งที่ 4 ประจำปี พ.ศ. 2547 เรื่อง ผลกระทบของเขตการค้าเสรีต่อกฎหมายแรงงานไทย*.

สามารถยกมาเจรจาภายใต้ขอบ FTA หรือ EPA²⁵⁴ ได้เช่นกรณีที่ประเทศออสเตรเลียเคยขอ (Request) ให้ประเทศไทยยอมให้คู่สมรสและผู้ติดตามสามารถได้รับสิทธิทำงานโดยอัตโนมัติตาม ผู้สมัครหลักหรือกรณีที่ประเทศญี่ปุ่นเคยขอให้ประเทศไทยยกเลิกข้อจำกัดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ในอาชีพงานขายทอดตลาดบัญชีนายหน้า/ตัวแทนวิศวกรสถาปนิกมัคคุเทศก์ทนายความ²⁵⁵ หรือกรณีประเทศฟิลิปปินส์ขอประเทศญี่ปุ่นและประสบความสำเร็จในการรวมอาชีพพยาบาลและ ผู้ดูแลคนชรา (Care Workers) เป็นอาชีพในประเภท Professionals และ Engineers

2) ลึกกว่า GATS

คือ เป็นการผูกพันที่จะเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายบุคคลที่ลึกลงไปมากกว่า GATS เช่น การรวมตลาดแรงงานของรัฐภาคีเข้าด้วยกันในระดับลึก (Full Integration of the Labor Markets) ตัวอย่างเช่น EU-Switzerland Free Trade Agreement ซึ่งมีความตกลงระหว่างสหภาพ ยุโรปและประเทศสวิตเซอร์แลนด์ที่จะให้คนชาติของรัฐภาคีที่จะเข้าไปและพำนักอยู่ในประเทศ ของรัฐภาคีเป็นระยะเวลาานพอสมควรเพื่อทำงานทำในประเทศของรัฐภาคีดังกล่าวเป็นต้นหรือ การตกลงที่มีเนื้อหาไปถึงระดับการยอมรับคุณสมบัติ (MRA) เช่นกรณีประเทศไทยขอให้ ประเทศออสเตรเลียและประเทศญี่ปุ่นยอมรับคุณสมบัติของพ่อครัว/แม่ครัวไทยเป็นต้นตลอดจน การตั้งคณะกรรมการพิเศษ (ร่วม) ระหว่างไทย-ญี่ปุ่นเกี่ยวกับการยอมรับคุณสมบัติซึ่งเป็นสถาบัน (Institution) ที่สำคัญมากในความตกลงการค้าระหว่างประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศกำลังพัฒนา²⁵⁶

3) ตรงกับความต้องการของรัฐภาคี (Tailor Made) เนื่องจากความสัมพันธ์ทาง เศรษฐกิจ (การค้าและการลงทุน) ของแต่ละประเทศกับอีกประเทศหนึ่งย่อมมีการแตกต่างกัน เช่น ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีการลงทุนในประเทศไทยมากที่สุดและเป็นประเทศคู่ค้าที่สำคัญ ที่สุดของไทย (ทั้งในด้านนำเข้าและส่งออก) ย่อมมีความสัมพันธ์ที่แตกต่างกับความสัมพันธ์ ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศออสเตรเลียกับประเทศไทยเป็นต้น ความต้องการของประเทศญี่ปุ่น ที่มีต่อประเทศไทยในเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับไทยคือต้องการให้ การเคลื่อนย้ายบุคคลประเภทผู้โอนย้ายภายในกิจการไปได้โดยเสรีและสะดวกรวดเร็วที่สุด เนื่องจากภาคธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นได้เข้ามาลงทุนตั้งโรงงานผลิตสินค้า (Manufacturing Sectors) ในประเทศไทยจำนวนมากโดยมีจำนวนบริษัทที่เป็นสมาชิกของหอการค้าญี่ปุ่นประจำกรุงเทพฯ

²⁵⁴ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับปรุงระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. (3-19) - (3-20), เล่มเดิม.

²⁵⁵ พรชัยประภาวษ์, เล่มเดิม. หน้า 35-39

²⁵⁶ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับปรุงระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 3-20), เล่มเดิม.

มากกว่า 1,800 บริษัทตั้งขึ้นการโอนย้ายพนักงานระหว่างบริษัทแม่ในประเทศญี่ปุ่นกับบริษัทลูกที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยจึงเป็นเรื่องสำคัญที่สุดในการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับไทยหอการค้าญี่ปุ่นประจำกรุงเทพฯ (Japanese Chamber of Commerce) จึงเรียกร้องผ่านองค์การส่งเสริมการค้าต่างประเทศสำนักงานกรุงเทพฯ (JETRO Bangkok Office) และผ่านคณะเจรจาการจัดทำความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) ให้ขอให้ประเทศไทยยกเลิกอนุบัญญัติที่จำกัดจำนวนผู้ให้บริการต่างชาติซึ่งได้กำหนดให้ Work Permit ได้ไม่เกิน 10 คนต่อ 1 บริษัทให้ยกเลิกเงื่อนไขให้จ้างคนไทย 4 คนต่อการจ้างงานต่างด้าว 1 คน (4 : 1) ในการพิจารณาอนุญาตให้พนักงานทำงานและอยู่ต่อในไทยและให้ยกเลิกเงื่อนไขการกำหนดเงินเดือนขั้นต่ำในการพำนักทำงานและขออยู่ต่อในไทยซึ่งฝ่ายญี่ปุ่นมองว่าการโอนย้ายบุคคลภายในกิจการดังกล่าวเป็นการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับประเทศไทยและปรับโครงสร้างตลาดแรงงานของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น

ในมุมมองกับประเทศไทยต้องการให้ประเทศญี่ปุ่นเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายแรงงานระดับกลางและต่ำ (Middle, Low Skills) ให้กับประเทศไทยเพื่อต่างตอบแทนที่ไทยเปิดตลาดแรงงานที่เป็น การโอนย้ายภายในกิจการและผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ (Business Visitors) ให้กับฝ่ายญี่ปุ่น ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยมีการลงทุนทางตรง (FDI) ในประเทศญี่ปุ่นน้อยกว่าหรือแทบไม่มีเลยประเทศไทยจึงต้องการรูปแบบของการเคลื่อนย้ายบุคคลากรที่ไม่ผูกติดกับการลงทุน (De-link Mode 4 from Mode 3) ซึ่งสำคัญต่อประเทศไทย

ดังนั้นแรงงานระดับกลางหรือกึ่งมีทักษะได้แก่ผู้ประกอบการไทยผู้วางแผนไทยผู้ให้บริการในโรงแรมผู้ดูแลคนสูงอายุช่างแต่งผมผู้ให้บริการสปาฯลฯ จึงเป็นกลุ่มแรงงานที่ประเทศไทยต้องการผลักดันให้ประเทศญี่ปุ่นเปิดตลาดให้ซึ่งความต้องการทั้งของประเทศญี่ปุ่นและของประเทศไทยดังกล่าวย่อมไม่สามารถนำไปเรียกร้องและเจรจาในกรอบของ GATS อย่างมีประสิทธิภาพและได้ผลจึงจำเป็นต้องเจรจากรอบความตกลงทางการค้าทวิภาคี

4) ความยืดหยุ่น (Flexibilities) ได้แก่ความยืดหยุ่นในเรื่องรูปแบบและเนื้อหาของการเจรจาเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาในกรอบความตกลงทางการค้าดังนี้

(1) ความยืดหยุ่นในเรื่องรูปแบบ

ตัวอย่างเช่นภายใต้กรอบความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจญี่ปุ่น-สาธารณรัฐสิงคโปร์ (JSEPA) ประเทศญี่ปุ่นขอมผูกพันที่จะรับแพทย์และทันตแพทย์สาธารณรัฐสิงคโปร์จำนวนไม่เกิน 7 คนและ 2 คน ตามลำดับเข้าไปประกอบอาชีพในประเทศญี่ปุ่นแต่ต้องรักษาเฉพาะคนไข้ที่ไม่ใช่คนไข้ญี่ปุ่นเท่านั้นและสาธารณรัฐสิงคโปร์ผูกพันที่จะรับแพทย์ญี่ปุ่นและทันตแพทย์ญี่ปุ่นจำนวนไม่เกิน 15 คนและ 5 คนตามลำดับเข้าไปทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์โดยมีเงื่อนไขว่าต้องรักษา

เฉพาะคนไข้ที่เป็นคนญี่ปุ่นเท่านั้นการผูกพันดังกล่าวทำโดย “การแลกเปลี่ยน Note Verbale” (Exchanging Notes Verbale)

(2) ความยืดหยุ่นในเรื่องเนื้อหา

ตัวอย่างเช่นภายใต้กรอบความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับสหพันธรัฐมาเลเซีย (Japan-Malaysia Economic Partnership Agreement) นั้นจะไม่มีข้อบทเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา (Chapter on Movement of Natural Persons) แยกออกมาเป็นข้อบทเฉพาะต่างหากเหมือนความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างประเทศญี่ปุ่นกับประเทศฟิลิปปินส์ (JPEPA) หรือความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างประเทศญี่ปุ่น-ไทย (JTEPA) แต่จะมีบทบัญญัติเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาภายใต้ข้อบทเรื่องการลงทุน (Chapter on Investment) เป็นต้น หรือเรื่องการยอมรับคุณสมบัติภายใต้ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจระหว่างประเทศญี่ปุ่น-ฟิลิปปินส์นั้นแม้ว่าประเทศญี่ปุ่นจะยอมรับคุณสมบัติของพยาบาลและผู้ดูแลคนสูงอายุที่สำเร็จการศึกษาจากสถาบันการศึกษาที่ตั้งอยู่ในประเทศฟิลิปปินส์โดยอนุญาตให้เข้ามาทำงานควฝักงานในประเทศญี่ปุ่นก่อนแต่หลังจากนั้นพยาบาลและผู้ดูแลคนสูงอายุจะต้องสอบ National Exam ให้ผ่านภายใน 3 ครั้งหากไม่ผ่านจะต้องเดินทางกลับไปยังประเทศฟิลิปปินส์เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ลักษณะร่วมของข้อบทเรื่องการเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาภายใต้กรอบความตกลงการค้าทวิภาคีได้แก่คณะเจรจาทั้งสองฝ่ายจะไม่ยอมผูกพันที่จะเปิดตลาดการเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาในระดับที่จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (Act, Law, Legislation) ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำเป็นต้องตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative) ซึ่งคณะเจรจาซึ่งเป็นผู้แทนฝ่ายบริหาร (Executive, Administration) ย่อมไม่มีอำนาจที่จะไปผูกมัดฝ่ายนิติบัญญัติให้ดำเนินการตามความตกลงได้ส่วนในกรณีของประเทศไทยนั้นนอกจากเหตุผลของการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) ดังกล่าวข้างต้นแล้วรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 และแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตัวอย่างเช่น คดีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพและคดีหนังสือแสดงเจตจำนงไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศแสดงไปในแนวทางที่ว่า การทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศที่มีผลให้มีการแก้ไขกฎหมาย (ระดับพระราชบัญญัติ) เพื่อให้สามารถปฏิบัติตามพันธกรณีตามหนังสือสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าวได้จำเป็นต้องที่หนังสือสัญญาระหว่างประเทศนั้นต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งทำให้รัฐบาลจำเป็นต้องยื่นร่างความตกลงเขตการค้าเสรีหรือความตกลงจัดทำหุ้นส่วนเศรษฐกิจให้รัฐสภาเห็นชอบด้วยดังนั้นในทางปฏิบัติคณะเจรจาทั้งสองฝ่ายจึงพยายามผูกพันในระดับที่ไม่เกินที่

กฎหมายภายในให้อำนาจไว้กล่าวคือไม่ต้องมีการแก้ไขพระราชบัญญัติแต่คณะเจรจาสามารถผูกพันที่จะแก้ไขอนุบัญญัติได้เพราะอนุบัญญัติเป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร²⁵⁷

ในปัจจุบันประเทศต่าง ๆ เริ่มหันมาให้ความสำคัญกับการเปิดตลาดการค้าในรูปแบบของการทำความตกลงระดับทวิภาคี ทั้งนี้เนื่องจากการเจรจาการค้าระดับพหุภาคีมีคู่สัญญาหลายฝ่ายการเปิดเสรีทางการค้า จึงไม่สามารถดำเนินไปได้ หรือดำเนินไปอย่างค่อนข้างช้า หลายประเทศจึงหันมาใช้การเจรจาระดับทวิภาคีที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า Free Trade Agreement-FTA แทนระดับพหุภาคีซึ่งรัฐบาลไทยได้ก้าวเข้าสู่การเจรจาการค้าเสรีระดับทวิภาคีด้วยเช่นกัน โดยประเทศไทยได้มีการเจรจาจัดทำ FTA ทั้งทวิภาคีและระหว่างอาเซียนกับคู่เจรจา ดังนี้

1) FTA ที่เจรจาเสร็จและมีผลใช้บังคับแล้ว 10 ประเทศ/กลุ่ม ได้แก่ ประเทศไทย-ประเทศออสเตรเลีย ประเทศไทย-ประเทศนิวซีแลนด์ประเทศไทย-ประเทศญี่ปุ่น ประเทศไทย-ประเทศอินเดีย (สินค้า 82 รายการ) อาเซียน (AFTA) อาเซียน-สาธารณรัฐประชาชนจีน อาเซียน-ประเทศญี่ปุ่น อาเซียน-สาธารณรัฐเกาหลีอาเซียน-ประเทศอินเดีย และอาเซียน-ประเทศออสเตรเลีย-ประเทศนิวซีแลนด์

2) FTA ที่ลงนามแล้ว แต่ยังไม่ผลใช้บังคับใช้ 1 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย-ประเทศเปรู (Early Harvest)

3) FTA ที่รอการลงนามความตกลง 1 กลุ่ม ได้แก่ BIMSTEC (The Bay of Bengal Initiative for Multi-Sectoral Technical and Economic Cooperation) เป็นกรอบความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่อยู่ในอนุทวีปเอเชียใต้และเอเชียตะวันออกเฉียงใต้

4) FTA ที่เริ่มเจรจาใหม่ 1 ประเทศ ได้แก่ ประเทศไทย-สาธารณรัฐชิลี

5) FTA ที่อยู่ระหว่างขอความเห็นชอบกรอบการเจรจา 2 ประเทศ/กลุ่ม ได้แก่ ประเทศไทย-สมาคมการค้าเสรียุโรป หรือ EFTA (European Free Trade Association) และประเทศไทย-สหภาพยุโรป หรือ EU (European Union)

6) FTA ที่หยุดการเจรจา 3 ประเทศ/กลุ่ม ได้แก่ ประเทศไทย-ประเทศสหรัฐอเมริกา อาเซียน-สหภาพยุโรป และประเทศไทย-ประเทศบราซิล

นอกจากนี้ ยังมี FTA ที่เจรจาเพิ่มเติม/ต่อเนื่อง เช่น ประเทศไทย-ประเทศอินเดีย (สินค้าส่วนที่เหลือจาก 82 รายการการค้าบริการ การลงทุน และความร่วมมือทางเศรษฐกิจ) ประเทศไทย-ประเทศเปรู (สินค้าส่วนที่เหลือจาก Early Harvest) อาเซียน-สาธารณรัฐประชาชนจีน (การค้าสินค้า การค้าบริการชุดที่ 2 การลงทุน) อาเซียน-ประเทศอินเดีย (การค้าบริการ การลงทุน

²⁵⁷ แหล่งเดิม, (น. (3-22) - (3-24)).

และทบทวนสินค้า) อาเซียน-ประเทศญี่ปุ่น (การค้าบริการและการลงทุน) ประเทศไทย-ประเทศออสเตรเลีย (บริการ จัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ มาตรการปกป้องพิเศษ นโยบายการแข่งขัน) ประเทศไทย-ประเทศนิวซีแลนด์ (บริการ จัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ มาตรการปกป้องพิเศษ)²⁵⁸

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะกล่าวถึงความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีระหว่างประเทศไทยกับประเทศออสเตรเลีย (TAFTA) ซึ่งได้มีการลงนามแล้ว และมีผลกระทบโดยตรงต่อการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กล่าวคือ ได้มีการตกลงระหว่างกันในเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคลากร ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาข้ามแดน (Movement of Natural Person) เพื่อให้ทำงานได้ภายใต้กรอบความตกลงฉบับนี้ ซึ่งสามารถสรุปพันธกรณีของประเทศออสเตรเลียและประเทศไทยเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาซึ่งสรุปจากข้อบทเต็มได้ดังนี้²⁵⁹

1) พันธกรณีของออสเตรเลีย

ตามความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีคือออสเตรเลีย-ไทยนั้น ประเทศออสเตรเลียได้ยอมผูกพันตาม Mode 4 ดังนี้

(1) ประเภทผู้ให้บริการและเงื่อนไขในการให้บริการ

ประเทศออสเตรเลียจะยกเลิกเงื่อนไขที่ต้องทดสอบตลาดแรงงานในประเทศก่อนจ้างคนจากต่างประเทศให้แก่คนไทยเป็นการถาวรนอกจากนั้นยังอนุญาตให้คนไทยไปทำงานในตำแหน่งผู้บริหารผู้จัดการและผู้เชี่ยวชาญในประเทศออสเตรเลียได้ภายใต้เงื่อนไขต่อไปนี้

(2) ผู้เชี่ยวชาญที่ เป็นผู้ประกอบอาหารไทย

หมายถึงผู้ที่ได้รับในประกาศนียบัตรมาตรฐานฝีมือแรงงานแห่งชาติจากกรมพัฒนาฝีมือแรงงาน โดย

ก. กรณีผู้ที่ได้รับประกาศนียบัตรผู้ประกอบอาหารไทย 1 จะต้องมีประสบการณ์ทำงานที่เกี่ยวข้อง 5 ปี

ข. กรณีผู้ที่ได้รับประกาศนียบัตรผู้ประกอบอาหารไทย 2 จะต้องมีประสบการณ์ทำงานที่เกี่ยวข้อง 4 ปีและ

ค. กรณีผู้ที่ได้รับประกาศนียบัตรผู้ประกอบอาหารไทย 3 จะต้องมีประสบการณ์ทำงานที่เกี่ยวข้อง 3 ปี

²⁵⁸ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *ภาพรวม FTA*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557, จาก http://dtm.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7208%3A-fta&catid=356%3Afta&Itemid=792&lang=th

²⁵⁹ โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. (3-25) - (3-27), เล่มเดิม.

(3) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจ (Business Visitor)

เข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 3 เดือน

(4) ผู้ขายบริการ (Service Seller)

เข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 6 เดือนแต่สามารถต่ออายุได้โดยรวมเวลาทั้งสิ้นแล้วต้องไม่เกิน

12 เดือน

(5) ผู้โอนย้ายภายในกิจการ (Intra Corporate Transferee)

เข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 4 ปีต่ออายุได้รวมเวลาทั้งสิ้นไม่เกิน 10 ปี

(6) คู่สมรสและผู้ติดตามของผู้โอนย้ายภายในกิจการ

เข้าไปทำงานในตำแหน่งใดก็ได้ในระยะเวลาเดียวกับที่กำหนดไว้ในวีซ่าของผู้โอนย้าย

ภายในกิจการ

(6) ผู้ให้บริการตามสัญญา (Contractual Service Supplier)

เข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 3 ปียกเว้นผู้เชี่ยวชาญที่เป็นพ่อครัวไทยที่ได้รับการว่าจ้างจาก

กิจการในประเทศออสเตรเลียเข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 4 ปี

(7) ผู้บริหารและผู้จัดการของธุรกิจที่มีบริษัทแม่ตั้งอยู่ในไทยที่ประสงค์จะจัดตั้งสาขา

หรือบริษัทในเครือในประเทศออสเตรเลีย

เข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 4 ปี

2) พันธกรณีของประเทศไทย

ตามความตกลงเขตการค้าเสรีทวิภาคีออสเตรเลีย-ไทยนั้นประเทศไทยได้ยอมผูกพันตาม Mode 4 โดยสามารถสรุปพันธกรณีของประเทศไทยได้ดังนี้

(1) ประเภทผู้ให้บริการและเงื่อนไขในการให้บริการ

ประเทศไทยจะเปิดตลาดให้คนออสเตรเลียเข้ามาทำงานในตำแหน่งผู้บริหารผู้จัดการและผู้เชี่ยวชาญในไทยได้ยกเว้น 39 อาชีพที่ห้ามคนต่างชาติทำตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 โดยแบ่งประเภทคนออสเตรเลียที่อนุญาตให้มาทำงานดังนี้

(2) ผู้โอนย้ายภายในกิจการ

เข้ามาทำงานได้ 1 ปีต่ออายุได้ไม่เกิน 5 ปีทั้งนี้กิจการที่ว่าจ้างต้องนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในไทยไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาทต่อถูกจ้างคนต่างชาติ 1 คนและจะมีถูกจ้างคนต่างชาติรวมทั้งหมดได้ไม่เกิน 10 คน

- (3) คู่สมรสและผู้ติดตามของผู้โอนย้ายภายในกิจการและผู้ให้บริการตามสัญญาสามารถทำงานในตำแหน่งผู้จัดการผู้บริหารหรือผู้เชี่ยวชาญได้ในระยะเวลาเดียวกับที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้างของผู้โอนย้ายภายในกิจการและผู้ให้บริการตามสัญญา
- (4) ผู้ให้บริการตามสัญญาต้องได้รับการว่าจ้างให้มาให้บริการแก่ธุรกิจไทยหรือธุรกิจออสเตรเลียในประเทศไทยโดยอนุญาตให้เข้าทำงานได้ 1 ปีต่ออายุได้ไม่เกิน 3 ปี ทั้งนี้ธุรกิจดังกล่าวต้องมีทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาทต่อลูกจ้างคนต่างชาติ 1 คนและจะมีลูกจ้างคนต่างชาติรวมทั้งหมดได้ไม่เกิน 10 คน
- (5) ผู้เข้ามาติดต่อธุรกิจเข้าไปทำงานได้ไม่เกิน 90 วันต่ออายุได้และมีระยะเวลารวมทั้งหมดไม่เกิน 1 ปี
- (6) การใช้บริการศูนย์บริการวีซ่าและผู้ถือบัตร APEC Business Travel Card ประเทศไทยอำนวยความสะดวกให้คนออสเตรเลียสามารถใช้บริการศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน (One Stop Service for Visa and Work Permit) และนักธุรกิจผู้ถือบัตร APEC Business Travel Card สามารถมาประชุมและติดต่องานในไทยได้ไม่เกิน 90 วันโดยไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงาน

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาต ให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยตาม พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ด้วยลักษณะพิเศษของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยให้อำนาจนายทะเบียนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ดุลพินิจในการออกใบอนุญาตทำงานเพื่อก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายนั้นสามารถทำงานในประเทศไทยซึ่งจากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และกฎหมายลำดับรอง ปรากฏปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ขาดความชัดเจนและมีเนื้อหาสาระของบทบัญญัติที่ขัดแย้งกันเอง ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจกระทำการหรือใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนในการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว ดังนั้น ในบทที่ 4 ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย โดยนำมาตรการทางกฎหมายของไทยกับต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศนั้น ๆ และพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ ซึ่งได้ศึกษามาในบทที่ 3 รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักการตีความกฎหมาย ตามที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 2 มาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยเป็นไปอย่างถูกต้อง เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยมีรายละเอียดตามประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

4.1 เรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความหมายกว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจกรรมของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยจะได้กระทำหรือกระทำลงไปแล้วนั้น ถือเป็นการทำงานที่จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนตามกฎหมายนี้หรือไม่ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ข้อความที่กำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายที่เรียกว่า “บทนิยาม” นั้น เป็นองค์ประกอบหนึ่งในโครงสร้างของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อความมุ่งหมายในการให้หรืออธิบายความหมายของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในกฎหมาย เพื่อกำหนดขอบเขตและความหมายของถ้อยคำให้ชัดเจนแน่นอนหรือเป็นการกำหนดถ้อยคำให้มีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างกว่าปกติธรรมดาที่เข้าใจกันหรือเป็นการจำกัดความหมายถ้อยคำที่กว้างเกินไปให้มีขอบเขตแคบลง นอกจากนี้บทนิยามยังมีความมุ่งหมายในการอธิบายศัพท์ทางเทคนิคหรือใช้แทนข้อความในกฎหมาย หรือย่อคำหรือข้อความในกฎหมายนั้น เพื่อจะได้ไม่ต้องเขียนให้ยาวเกินไป²⁶⁰ เพื่อให้บุคคลได้เข้าใจความหมายที่ตรงกัน เพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้ เป็นภาษาที่มีพื้นฐานมาจากความเข้าใจโดยทั่วไป แต่ต้องการให้มีความหมายพิเศษเพิ่มขึ้น และครอบคลุมในสิ่งที่กฎหมายจะใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดนิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใด หรือไม่ก็ตาม จะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวมีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างขวางมาก ซึ่งหากผู้ใช้กฎหมายยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาให้ต้องตีความได้เสมอเนื่องจากกิจกรรมของคนต่างด้าวทุกกรณีล้วนแล้วแต่เป็นการใช้กำลังกายหรือความรู้ทั้งสิ้น ซึ่งจะเข้าข่ายเป็นการทำงานตามกฎหมายนี้ แม้คำว่า “ทำงาน” จะเป็นคำธรรมดาสามัญที่เราเข้าใจกันดีแต่กลับมีปัญหาให้ต้องตีความได้ว่า การใช้กำลังกายหรือความรู้ของคนต่างด้าวในกรณีใด จะถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ อาทิเช่น กรณีเอกชนที่ประกอบธุรกิจท่องเที่ยวและให้บริการที่พักแบบโฮมสเตย์ (Home Stay) โดยเรียกชื่อว่า “ทัวร์อาสาสมัครทำงานเพื่อสังคม” ได้นำนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติเข้ามาท่องเที่ยวและเข้าไปทำกิจกรรมให้สถานที่ต่าง ๆ ในรูปแบบ

²⁶⁰ คู่มือแบบการร่างกฎหมาย (น. 159-160), เล่มเดิม.

อาสาสมัคร เช่น การซ่อมแซม ฟื้นฟู บูรณะวัดและโรงเรียน และเป็นวิทยากรกิจกรรมค่ายภาษาอังกฤษให้กับนักเรียน และเป็นครูอาสาสมัครสอนภาษาอังกฤษให้กับนักเรียนและประชาชนทั่วไปคราวละ 3-7 วัน โดยไม่ได้รับเงินค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งกรณีเช่นนี้กรรมการจัดงานก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นการใช้กำลังกายและความรู้ความสามารถอย่างหนึ่ง เนื่องจากต้องมีการปรับปรุงแก้ไขของที่ชำรุดทรุดโทรมให้กลับคืนสภาพเดิมและต้องใช้ความรู้ความสามารถในศิลปวิทยา เพื่อถ่ายทอดให้กับนักเรียนและประชาชนทั่วไป แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนใด ๆ จะเห็นได้ว่า การตีความดังกล่าวได้ยึดถือด้วยคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด จึงทำให้บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้มีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างกว่าความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่กำหนดให้คำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพ หรือการปฏิบัติกิจการ²⁶¹ ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้เกิดความไม่สะดวกแก่คนต่างด้าวในการเข้ามาทำกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือสาธารณกุศลอันมีประโยชน์แก่ประเทศไทย

ปัจจุบันปัญหาการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังคงเป็นปัญหาสำคัญของการใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เนื่องจากปรากฏประเด็นหาหรือข้อกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของคนต่างด้าวในกิจกรรมต่าง ๆ จะถือเป็นการทำงานตามมาตรา 5 หรือไม่นั้นเข้ามาที่กรรมการจัดงานในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เช่น กรณีคนต่างด้าวซึ่งเป็นกรรมการบริษัทเดินทางเข้ามาเพียงแค่ลงนามในเอกสารผูกพันบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยแล้วก็เดินทางออกกลับไปเป็นถือเป็นการทำงานหรือไม่ หรือกรณีคนต่างด้าวผู้ถือบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปค (APEC Business Travel Card) เดินทางเข้ามาในประเทศไทย เพื่อประชุม ติดต่อปรึกษาหารือและหาผู้ลงทุนในประเทศไทยกับผู้ประกอบการหรือนักธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งมีผู้ทำการหรือตัวแทนหรือนายจ้างของคนต่างด้าวถือเป็นการทำงานหรือไม่ เป็นต้น โดยกรณีดังกล่าวมานั้นกรรมการจัดงานยังคงตีความนิยามคำว่า “ทำงาน” โดยพิเคราะห์ด้วยคำตัวอักษรของกฎหมายอย่างเคร่งครัด จึงทำให้การเข้ามาทำกิจกรรมของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามที่กล่าวมานี้จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนทั้งสิ้น

จากการศึกษาพบว่า การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่พึงต้องกระทำก็คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพิถีพิถันโดยละเอียดรอบคอบด้วยคำต่าง ๆ ที่องค์กร

²⁶¹ จาก *กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว* (น. 16), โดย วิชัย โสสุวรรณจินดา และชนินาฏ ลีตส์, 2549, กรุงเทพฯ: วิทยุชนน.

นิติบัญญัติเลือกใช้นั้นมีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย ทั้งนี้ การพิจารณาพิเคราะห์ถ้อยคำตัวอักษรของกฎหมายจะต้องระมัดระวังไม่ให้เป็นไปในลักษณะที่ติดกับถ้อยคำหรือให้ค่าแก่ความหมายทางภาษาของถ้อยคำอย่างมากจนกลายเป็นการเล่นอยู่กับถ้อยคำ สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตีความกฎหมายก็คือ ถึงแม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายเมื่อพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากบทกฎหมายแล้ว จะมีความหมายชัดเจน แต่ผู้ตีความก็จำเป็นต้องพิจารณาพิเคราะห์ “ความหมายของบทกฎหมาย” อย่างละเอียดโดยต้องทำความเข้าใจตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมาย จึงกล่าวได้ว่า “ถ้อยคำ” เป็นเพียงองค์ประกอบในการตีความประการหนึ่งเท่านั้นจะตีความตามตัวอักษรประการเดียวแล้ว สรุปผลการตีความถ้อยคำนั้นว่าเป็นความหมายของกฎหมายไม่ได้ ฉะนั้น ในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอ เพื่อเป็นการค้นหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีโดยกฎหมายที่มีหลักคิดเข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือ บริบท (Context) ของถ้อยคำที่ไม่ใช่เดาสุ่มหรือเดาเองตามพจนานุกรมแต่เพียงอย่างเดียวและต้องใช้นิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือค้นหาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลในคำพิพากษาที่ดีของศาลซึ่งหากเป็นนักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) จะใช้สามัญสำนึกทางกฎหมาย (Common sense in law) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป โดยอาศัยเหตุผล ตรรกะ และปรัชญาทางกฎหมายตามประสบการณ์และความชาญฉลาดรอบคอบของผู้พิพากษาเอง จึงจะทำให้การตีความสอดคล้องและเป็นไปได้ด้วยดี แต่สำหรับนักกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จะพิจารณาตามบทบัญญัติเป็นหลัก ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 บัญญัติไว้ในวรรคแรกว่า “อันกฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ...” ซึ่งหมายความว่าในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอ มิใช่ว่าจะต้องตีความตามตัวอักษรก่อนต่อเมื่อตีความตามตัวอักษรแล้วไม่ได้ความหมายที่ชัดเจนจึงตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ต่อไป โดยการตีความในระบบนี้จะใช้ตัวอักษรเป็นกรอบ (Body) และขยายความออกไปได้จนสุดกรอบประกอบกับความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ (Spirit) เป็นตัววินิจฉัย อย่างไรก็ตามระบบกฎหมายดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันอยู่ประการหนึ่ง นั่นคือ การพยายามที่จะค้นหาความหมายของบทกฎหมายโดยอาศัยเครื่องมือในทางนิติวิธี ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมได้แก่ถ้อยคำในกฎหมายความเป็นมาของกฎหมายระบบกฎหมายทั้งระบบ ตลอดจนวัตถุประสงค์ของบทบัญญัตินั้น ซึ่งผู้ตีความกฎหมายจำเป็นต้องมีศิลปะในการใช้กฎหมาย ไม่ให้เกิดผลประหลาดหรือ

ผลอันขัดกับสามัญสำนึก การเลียงผลอันประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึก จำเป็นอยู่เองที่ผู้ตีความกฎหมายจะติดอยู่กับถ้อยคำตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียวไม่ได้

ในการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนพบว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าเพื่อเป็นการปรับปรุงระบบการทำงานของคนที่มีความสำคัญในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง โดยจะมีผลเป็นการแย่งงานของคนไทย ซึ่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังคงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานของคนไทยเช่นเดียวกันกับกฎหมายเก่าที่ถูกยกเลิกไป ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ต่างมีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามเสียก่อน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ได้นำเจตนารมณ์ดังกล่าวมาใช้ในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในกรณีที่คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุน ได้แก่ งานประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ งานบรรยายพิเศษและวิชาการ งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค งานจัดซื้อสินค้า และงานประสานงานการท่องเที่ยว นั้น เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่ โดยมีความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 152/2556 ว่ากิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุน ได้แก่ งานประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ งานบรรยายพิเศษและวิชาการ งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค งานจัดซื้อสินค้า และงานประสานงานการท่องเที่ยว นั้น จะเป็นการ “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่า งานหรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดงานนั้นขึ้น โดยใช้กำลังกายหรือความรู้หรือไม่ และต้องมีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง เช่น กรณีงานประชุมหรือสัมมนาหนึ่ง ๆ จะประกอบไปด้วยงานหลายส่วน หากเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อดำเนินกิจกรรมในฐานะลูกจ้างหรือผู้รับจ้างของผู้จัดงานประชุมหรือสัมมนา เพื่อให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนาดังกล่าว การดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวนั้นย่อมเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ที่

ต้องมาขอรับใบอนุญาต แต่หากคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเป็นเพียงผู้เข้าร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนานั้น ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ กรณีจึงต้องแยกพิจารณาระหว่างกิจกรรมของผู้จัดงานกับผู้เข้าร่วมงาน นอกจากนี้กิจกรรมที่หารือมาในบางลักษณะเป็นผลสืบเนื่องมาจากการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งนอกจากจะไม่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศลดน้อยลงแล้ว ยังมีผลเป็นการสร้างงานในประเทศด้วย จึงไม่ถือว่ากิจกรรมดังกล่าวอยู่ในความหมายของบทนิยาม “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้เขียนมีความเห็นในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” นั้นจะต้องพิจารณาตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว โดยในการพิจารณาว่า การที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทยจะถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากกิจกรรมใดที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติกิจการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทย ไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้น โดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี การจ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น นายจอห์น เป็นนักประพันธ์การเขียนบทความลงพิมพ์นิตยสารหรือหนังสือยอมเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพจึงเป็นการทำงาน แม้ว่านายจอห์นจะอ้างว่าบทความนั้นไม่ได้ค่าตอบแทนก็ต้องถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว เช่น การเข้าเป็นอาสาสมัครทำงานเพื่อสังคมระหว่างท่องเที่ยวในประเทศไทย การทำงานอดิเรก เป็นต้น หรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง เนื่องจากคนต่างด้าวเป็นลูกจ้างของนายจ้างในต่างประเทศหรือมีการทำงานหลักอยู่ในต่างประเทศ แต่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างในต่างประเทศ เช่น ให้เดินทางเข้ามาเพื่อร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนา เป็นต้น จะถือว่าการเข้ามาเพื่อทำกิจกรรมดังกล่าวในประเทศไทยของคนต่างด้าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของลูกจ้างในต่างประเทศด้วย ดังนั้น คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

อนึ่ง จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดกำหนดบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าว แต่ผู้เขียนพบว่ากฎหมายของทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาจะมุ่งควบคุมที่ประเภทงานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศของตนได้ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า (Pre-Arranged Job) กล่าวคือสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดประเภทงานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า การทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงาน (Contract of Services) เพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาอนุญาตตามประเภทของธุรกิจและกลุ่มประเทศ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า จึงจำเป็นต้องมีสัญญาจ้างงาน และต้องผ่านบริษัทผู้ว่าจ้าง (Local Sponcer) ในการสมัครขอใบอนุญาตทำงานด้วย ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดนโยบายการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูง โดยเน้นทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเท่านั้น หรืองานที่พลเมืองของตนทำเองไม่ได้ ส่วนการอนุญาตให้คนงานทักษะต่ำเข้ามาทำงานนั้นเป็นไปตามแผนการจ้างงานของคณะกรรมการนโยบายแรงงานต่างชาติด้านอุตสาหกรรม โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า ซึ่งการทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงานเพื่อควบคุมการขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว รวมถึงประเทศญี่ปุ่นที่มีนโยบายการอนุญาตให้แรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูง คนญี่ปุ่นทำเองไม่ได้ และไม่อนุญาตให้แรงงานไร้ฝีมือเข้ามาทำงาน โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า ซึ่งการทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงานเพื่อควบคุมการขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเช่นกัน จึงโดยสรุปว่ากฎหมายของทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษานั้นมีลักษณะที่ในการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวร่วมกันดังนี้

1) ระบบการจ้างงานล่วงหน้า (Pre-Arranged Job) ซึ่งเป็นการควบคุมที่ตัวนายจ้างและให้เป็นภาระของนายจ้างที่ต้องพิสูจน์ต่อหน่วยงานราชการและตลาดแรงงานท้องถิ่น ให้อยอมรับความจำเป็นที่ต้องเสนอจ้างคนต่างด้าวมาทำงานในจำนวนและระยะเวลาหนึ่งตามกฎหมาย โดยจะไม่กระทบ แต่จะเอื้อต่อสถานะการจ้างงานและโอกาสความก้าวหน้าในงานของพลเมืองของตน

2) ประเภทงาน ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่รัดกุมและเข้มงวดในการคุ้มครองแรงงานและตลาดแรงงานภายในประเทศ โดยสงวนโอกาสการทำงานไว้สำหรับพลเมืองของตน การจ้างคนต่างด้าวทำงานต้องเอื้อต่อการยกระดับทักษะของพลเมืองของตน ตลอดจนต้องเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาศักยภาพด้านเศรษฐกิจของประเทศ

สำหรับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทยจะถือเป็นการทำงานตามความหมายของ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานในประเทศไทยได้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีบทบัญญัติเพื่อควบคุมเกี่ยวกับประเภทงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ไว้ในมาตรา 7 แต่การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยก็ไม่ได้ยึดถือระบบการจ้างงานล่วงหน้าเป็นสำคัญเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามา แม้จะมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการจ้างงานคนต่างด้าวล่วงหน้าไว้ก็ตาม กล่าวคือมาตรา 8 กำหนดให้นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานตามประเภทหรือลักษณะที่กำหนดในประเทศไทย ให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนด และชำระค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวก่อนทำสัญญาจ้างไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และมาตรา 11 ที่กำหนดให้นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งยังไม่ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย ให้เข้ามาทำงานในกิจการของตนในประเทศไทย จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตและชำระค่าธรรมเนียมแทนคนต่างด้าวนั้นก็ได้

4.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามติหมายคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน โดยแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาคือออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้มีความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ และมีให้มีความหมายที่กว้างจนไม่รู้ขอบเขตบทนิยามคำนี้ โดยในการร่างบทนิยามควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายไม่ฟุ่มเฟือย และหลีกเลี่ยงการร่างบทนิยามที่มีลักษณะวกวนจนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แน่นอนได้ และไม่ควรถูกกำหนดบทนิยามสิ่งที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดา ทำให้ผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่สับสน เนื่องจากการกำหนดบทนิยามเป็นการกำหนดความหมายของคำที่จะใช้ในกฎหมายนั้น ซึ่งจะต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามในส่วนของบทบังคับให้เหมือนกันทั้งหมดทุกมาตรา เพื่อให้แปลความหมายเหมือนกันดั่งนั้น เพื่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจนแน่นอนว่า การดำเนินกิจกรรมใดของคนต่างด้าวที่ถือเป็นการทำงานที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดไว้ในบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ดังกล่าวให้หมายความว่าการใช้กำลังกายหรือความรู้เพื่อประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการขึ้น ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม”ซึ่งจะทำให้การดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติกิจการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทย ไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้นโดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี

จ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นถือเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้แต่หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวหรือไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง กิจกรรมของคนต่างด้าวที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมมิใช่การดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ยังไม่แล้วเสร็จผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรใช้วิธีการตีความกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้พิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และเพื่อป้องกันคนต่างด้าวมิให้เข้ามาแย่งอาชีพคนไทย ก็จะสามารถแก้ไขปัญหามติบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ได้

อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการตีความกฎหมายจะแก้ปัญหาก็ได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น トラบโดที่บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังมิได้รับการแก้ไขปัญหาคือข้อบกพร่อง ก็ยังคงต้องมีปัญหาให้ต้องมีการตีความนิยามกรณีเช่นนี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของบทนิยามดังกล่าวที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศไทยไม่ว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็นับเป็นการทำงานทั้งสิ้น

4.2 เรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยม (Dualism) พันธกรณีระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายใน หรือได้เปลี่ยนสถานะจากพันธคมนั้นเป็นกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่ออนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศเสียก่อน จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธคมนั้นระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจ โดยหากประเทศไทยเข้าผูกพันในพันธคมนั้นประเทศไทยย่อมจะต้องปฏิบัติตามพันธคมนั้น ๆ และการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธคมนั้นดังกล่าวได้จะต้องมีกฎหมายภายในรองรับ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาเฉพาะพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เท่านั้น

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้เปลี่ยนหลักการจัดการตลาดงานสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทย (Labor Management) เพื่อเป็นข้อจำกัดในห้ามการเข้าสู่ตลาดงานของคนต่างด้าวในบางงานบางอาชีพ จากเดิมที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่ไม่ได้ห้ามไว้ ซึ่งเป็นการใช้ระบบ Negative List กล่าวคือ ได้กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้ โดยเด็ดขาดในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร จำนวน 39 งาน ตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548 ส่วนงานอื่นนอกเหนือจาก 39 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำนั้น หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำต้องขออนุญาตต่อนายทะเบียนเสียก่อนส่วนจะได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่กำหนดไว้ให้ทำได้ ถือเป็น การเปลี่ยนระบบการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยมาใช้ระบบ Positive List กล่าวคือการกำหนดงานที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ตามประเภทงานที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งนี้ การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในกฎกระทรวงนั้น มาตรา 7 ได้กำหนดให้ต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศด้วย

แต่เนื่องจากปัจจุบันยังมีได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้มาใช้บังคับ (ขณะที่ผู้เขียนได้นำมาวิเคราะห์นี้ ร่างกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ พ.ศ. ... ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) แม้ว่ามาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดระยะเวลาเร่งรัดการออกกฎกระทรวงดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ จึงทำให้ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าวให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใด ๆ ได้เว้นแต่ งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายที่ประสงค์จะขออนุญาตทำงานในประเทศไทย และได้รับใบอนุญาตทำงานก็แต่เฉพาะงานที่มีได้ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 39 งาน ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและบริการ จะเห็นได้ว่าเป็นพันธกรณีที่มุ่งเน้นต่อการเปิดตลาดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนระหว่างประเทศ หรือดำเนินกิจการได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น โดยเปิดเสรีในภาคธุรกิจ ในสาขาต่าง ๆ และการเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายบุคลากรระหว่างประเทศซึ่งมีความสำคัญต่อการบริหารงานในกิจการของธุรกิจข้ามชาติ ให้ได้รับความสะดวกและเสรีมากขึ้น โดยพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและบริการที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันแล้วนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายในที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย เนื่องจากลักษณะการค้าบริการตามพันธกรณีในประเภทที่ 4 (Mode 4) นั้นได้แก่ การค้าบริการโดยบุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Person) ซึ่งหมายถึง การทำงานของคนต่างด้าวนั่นเอง

ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ จะอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใน 3 ระดับ ได้แก่ระดับพหุภาคีซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ระดับภูมิภาคจะอยู่ภายใต้ความตกลงที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในองค์กรดังกล่าว เช่น ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) และระดับทวิภาคีซึ่งจะเป็นไปตามความตกลงที่ทำระหว่างประเทศคู่สัญญา เช่น ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) ซึ่งในความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการทุกระดับที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้ยึดหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของ GATS เป็นพื้นฐานเช่นเดียวกัน เพียงแต่โดยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาจะระหว่างประเทศภายในกรอบของความตกลงระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคนั้นจะมีเนื้อหาของการเปิดตลาดในลักษณะที่เรียกว่า GATS Plus กล่าวคือ มีขอบเขตที่กว้างกว่า GATS มีความผูกพันที่ลึกกว่า GATS ซึ่งจะตรงกับความต้องการของรัฐภาคี (Tailor-made) และมีความยืดหยุ่น (Flexibilities) มากกว่า GATS เท่านั้นเอง

โดยหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้านั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 (Article XVI) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ โดยถือว่าเป็นพื้นฐานของมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดซึ่งมุ่งที่จะลดหรือยกเลิกข้อจำกัด ได้แก่ ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitation to Market Access) และข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitation to National Treatment) มีสาระสำคัญโดยสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในจำนวนของผู้ให้บริการ ข้อจำกัดในมูลค่ารวมของธุรกรรมทางการค้าบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการประกอบบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ ฯลฯ ซึ่งข้อจำกัด

ดังกล่าวล้วนเป็นอุปสรรคในการเคลื่อนไหวโดยเสรีของบุคคลทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้นที่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จะตั้งข้อสงวนในเรื่องการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในตารางข้อผูกพันของตนก็ได้ซึ่งตามหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) รัฐสมาชิกจึงสามารถที่จะเปิดเสรีตามตารางแสดงข้อผูกพันซึ่งไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องขจัดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดให้หมดโดยทันทีทันใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การเจรจาการค้าบริการภายใต้กรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นระดับพหุภาคีระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคีรัฐบาลไทยมักจะคำนึงถึงกรอบของกฎหมายภายในประเทศเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งเนื่องจากการเข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ได้ให้ไว้มีผลให้ประเทศไทยหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวซึ่งการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้นั้นก็ต้องมีกฎหมายภายในประเทศรองรับด้วยหากไม่มีกฎหมายภายในประเทศรองรับ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันได้เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “พันธกรณีระหว่างประเทศ” นั้นเป็น “กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการพันธกรณีเสียก่อนจึงจะก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ฉะนั้นการเจรจาภายใต้กรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวประเทศไทยมักจะแสดงข้อผูกพันเท่าที่กฎหมายไทยบัญญัติอนุญาตไว้พันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันจึงไม่ขัดต่อกฎหมายที่มีอยู่

เมื่อปรากฏว่า หลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ หรือหลักการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำอาจเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ ทั้งในระดับพหุภาคีระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน เนื่องจากหลักการของการเปิดเสรีด้านการค้าบริการนั้น ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยปราศจากข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ หรือการสงวนอาชีพไว้สำหรับคนชาติแม้ว่าสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขซึ่งรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในการกำหนดข้อจำกัดในการเลือกงานหรืออาชีพของคนที่มีใช้คนชาติหรือคนต่างด้าว เพื่อปกป้องตลาดแรงงานของตน โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อคนชาติ ความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศได้ก็ตาม แต่เมื่อประเทศไทยได้มีนโยบายทางด้านเศรษฐกิจที่ได้เข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ หรือกำลังที่จะเจรจาการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการกับประเทศภาคีอื่นเพื่อผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของผู้ประกอบการไทยและผลประโยชน์ของประเทศเป็นสำคัญ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรทบทวนบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นการลดและขจัดอุปสรรคเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่จะอาศัยสิทธิตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามหลักการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการและเพื่อไม่ให้เกิดโทษของกฎหมายภายในประเทศเป็นข้อจำกัดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศและไม่เอื้ออำนวยที่จะให้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็จะประเทศไทยเสียประโยชน์ซึ่งอาจเสี่ยงต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นควรกำหนดให้มีความยืดหยุ่นรองรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้โดยให้มีบทบัญญัติเพื่อรองรับผลการเจรจาการค้าระหว่างประเทศเป็นกรณีเฉพาะแยกจากมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป โดยแยกคนต่างด้าวออกเป็น 2 กรณี คือคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันกับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิจากพันธกรณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาซึ่งหมายถึงคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลไทย ทั้งนี้ ไม่ให้นำหลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามกฎหมายมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดแยกสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวเป็นสองประเภทข้างต้นทำให้รัฐบาลไทยสามารถเจรจาได้อย่างกว้างขวางแลกเปลี่ยนสิทธิประโยชน์ได้อย่างเต็มที่โดยไม่มีข้อจำกัดต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการตามกฎหมายภายในแต่หากประเทศไทยเลือกที่จะใช้วิธีดังกล่าวแล้ว ผู้เจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทยจึงจำเป็นต้องมีความละเอียดรอบคอบในการจัดทำพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากหากประเทศไทยได้เข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศใดแล้วพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นจะสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายในได้ทันที

4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อประเทศไทยไม่อาจปฏิเสธกระแสโลกในยุคโลกาภิวัตน์ต่อการขยายตัวของการเปิดตลาดเสรีทางการค้าได้ ฉะนั้นจึงควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดสิทธิในการทำงานและกระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อลดอุปสรรคต่อการให้บริการและการลงทุนตามเป้าหมายการเปิดเสรีสินค้าและบริการ โดยคำนึงถึงพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจว่าประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างไร ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนข้อผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อาจส่งผลในการกล่าวอ้างในการกีดกันทางการค้าหรือในการตัดสิทธิประโยชน์พิเศษ ทั้งนี้ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

โดยกำหนดให้งานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำตามกฎกระทรวงไม่นำมาใช้บังคับกับงานและเงื่อนไขที่กำหนดในพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อให้มีการแบ่งแยกสิทธิของคนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศออกจากสิทธิของคนต่างด้าวที่ไม่ได้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะต้องมีกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีเสียก่อน โดยให้กำหนดรองรับสิทธิและมีผลปฏิบัติเพื่อให้ได้สิทธิตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ เพื่อสร้างกลไกทางกฎหมายให้ยืดหยุ่นรองรับผลของการเจรจาตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในกรณีนี้จึงถือเป็นการอนุวัติการตามพันธกรณีที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการเจรจาการค้าไม่ว่าในรูปพหุภาคีหรือทวิภาคีไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายภายในประเทศ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรเพิ่มวรรคสามในมาตรา 7 เนื่องจากมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มเนื้อความใหม่ในมาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ของพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่เพื่อไม่ให้เป็นการยกเลิกหรือเข้าไปแก้ไขเนื้อความเดิมของหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวดังนี้

“ในกรณีหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานอื่นใดได้นอกจากงานตามวรรคหนึ่ง คนต่างด้าวอาจขอรับใบอนุญาตได้ตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของหนังสือสัญญานั้น”

4.3 เรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กล่าวคือโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักรจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานและจะทำงานในประเทศไทยได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน แต่หากคนต่างด้าวนั้นได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จภายใน 15 วัน จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนจึงจะทำงานนั้น

ได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่คนต่างด้าวจะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนขอขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนและเมื่อครบระยะเวลาที่รับจ้างงานเร่งด่วนแล้ว งานยังไม่เสร็จคนต่างด้าวจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำในบทกฎหมายและกระทบถึงเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและเกิดความไม่โปร่งใสในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่อาจส่งผลกระทบต่อภาพลักษณ์และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยอันเนื่องมาจากนโยบายในการควบคุมคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยที่ไม่ชัดเจนซึ่งในสถานการณ์ปัจจุบันนักลงทุนต่างชาติได้มีข้อเรียกร้องเสนอต่อผู้บริหารกระทรวงแรงงานเพื่อขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน ได้ขอให้ยกเว้นการจ้างตามแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ต่อนายทะเบียน โดยอ้างเหตุผลเพื่อความสะดวกในการเข้ามาทำงานในลักษณะเร่งด่วนและชั่วคราวดังกล่าว

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนมีความเห็นว่า การนำหลักกฎหมายในเรื่องงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 มาใช้นั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่ากิจกรรมที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำในประเทศไทยถือเป็นการทำงานพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เสียก่อนเพราะหากกิจกรรมดังกล่าวไม่เป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แล้ว (ตามที่มีผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาไว้ในข้อ 4.1) ก็ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 แต่หากกิจกรรมดังกล่าวถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นกิจกรรมที่ไม่ได้รับยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักร ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้แล้ว คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และเมื่อมิใช่กรณีที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 12 แล้ว กิจกรรมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 9 ที่บัญญัติห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 7 และจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน แต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบตามแบบ

ตท.10 และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาตการออกใบอนุญาตและการ
แจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2554 แล้ว

เมื่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวได้ผ่านหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นกรณีที่จะ
พิจารณาว่าคนต่างด้าวรายใดเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นจะต้อง
พิจารณาจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 โดยแยก
องค์ประกอบได้ดังนี้

1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมาย
ว่าด้วยคนเข้าเมือง

2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน

จากองค์ประกอบข้อ 1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการ
ชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ผู้เขียนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาต
ให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่จะใช้ประกอบการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเด็นที่คนต่าง
ด้าวเดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะ
นักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น ซึ่งเป็นตามมาตรา 10 ถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการขอรับ
ใบอนุญาตทำงาน จะสามารถเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้หรือไม่ซึ่งในการปฏิบัติงาน
ของกรมการจัดหางานมีความเห็นแตกต่างกันกล่าวคือ เจ้าหน้าที่ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า คนต่างด้าว
ที่จะเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจึงสามารถถือหนังสือเดินทางที่ได้รับการตรวจลงตรา
ประเภทใดก็ได้เนื่องจากการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของคนต่างด้าวตามมาตรา 9
ไม่อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 10 แต่เจ้าหน้าที่อีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า การเข้ามาทำงาน
อันจำเป็นและเร่งด่วนของคนต่างด้าวตามมาตรา 9 ต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 10 ด้วย
และคนต่างด้าวดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมาย
ว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน

จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551
กำหนดให้คนต่างด้าวจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน โดยคนต่างด้าวซึ่งจะ
ขอรับใบอนุญาตทำงานได้จะต้องมีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 กล่าวคือมีถิ่นที่อยู่ใน
ราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคน
เข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านซึ่งมาตรา 34
แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ได้มีบัญญัติว่า คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็น
การชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นได้แก่การเข้ามาเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือ

กฤษฎีกาปฏิบัติหน้าที่ราชการการท่องเที่ยวการเล่นกีฬาเป็นต้นนอกจากนี้ คนต่างด้าวจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552 อีกด้วยแต่กรณีงานจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน และคนต่างด้าวจะทำงานได้เมื่อมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบนั้นซึ่งงานที่คนต่างด้าวจะทำได้นั้นจะต้องไม่ใช่งานที่กำหนดห้ามไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ซึ่งมีผลบังคับใช้โดยบทเฉพาะกาลในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา 7)

เมื่อพิจารณามาตรา 10 ที่บัญญัติให้ “คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 9 ต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็นการกำหนดลักษณะสำหรับผู้ที่ขอรับใบอนุญาตทำงานเท่านั้น ส่วนกรณีการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นเป็นบทยกเว้นจึงไม่อยู่ในบังคับดังกล่าวด้วย นอกจากนี้หากจะนำมาตรา 10 มาใช้บังคับกับการแจ้งการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย ก็น่าจะต้องบังคับใช้ทั้งมาตรา คือ ลักษณะการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรและต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552 ด้วยซึ่งในทางปฏิบัติการจัดการหางานไม่น่าลักษณะตามกฎกระทรวงดังกล่าวมาใช้บังคับการรับแจ้งการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายในมาตราเดียวกันอย่างไม่สอดคล้องกัน เพราะเป็นการบังคับใช้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา 10 และหากพิจารณาในแง่กรณีมีพฤติการณ์อันจำเป็นและเร่งด่วนจริง เช่น กรณีเครื่องจักรสำคัญของบริษัทซึ่งอยู่ในประเทศไทยเสียใช้การไม่ได้ ต้องจ้างบริษัทซึ่งอยู่ต่างประเทศให้ส่งช่างเทคนิคเข้ามาซ่อมแซมให้โดยด่วน และในขณะนั้น นายจอห์น คนต่างด้าวซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทซึ่งอยู่ต่างประเทศ ใ้ได้อยู่ในระหว่างการเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย บริษัทนั้นอาจมีคำสั่งให้ นายจอห์นรับผิดชอบการแก้ไขเครื่องจักรของบริษัทซึ่งอยู่ในประเทศไทยโดยด่วน ซึ่งกรมการจัดหางานเคร่งครัดกับประเภทการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 10 นายจอห์นจะไม่มีสิทธิยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) เพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้เลย ซึ่งการตีความในลักษณะนี้อาจเกิดความเสียหายแก่บริษัทซึ่งในประเทศไทย และอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วันไม่ต้องขออนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน และเมื่อไม่อยู่ใน

ฐานะผู้จะขอรับใบอนุญาตทำงานจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 10 แต่อย่างใดดังนั้นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้นสามารถยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ให้นายทะเบียนทราบได้

จากองค์ประกอบข้อ 2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ผู้เขียนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อพำนักและทำงานในกิจการต่าง ๆ อยู่ในประเทศไทยมีระยะเวลาไม่เกิน 15 วัน จำนวนมากมักที่จะอ้างเหตุว่างานที่คนต่างด้าวนั้นต้องเดินทางเข้ามาดำเนินการในประเทศไทยนั้นเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนโดยมีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน เพื่ออาศัยช่องทางการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนต่อนายทะเบียนตามที่กำหนดในมาตรา 9 เพื่อขอกเว้นการขอรับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งมีความสะดวกรวดเร็ว เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวมีหน้าที่เพียงยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ให้นายทะเบียนทราบ ก็สามารถทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้แล้ว โดยไม่ต้องมาขอใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน ซึ่งจะต้องยื่นแบบคำขอพร้อมเอกสารหลักฐานและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่สามารถทำงานได้ทันทีที่ยื่นคำขอ ซึ่งคนต่างด้าวที่ขอรับใบอนุญาตทำงานนั้นจะทำงานได้ต่อนายทะเบียนพิจารณาอนุญาตแล้ว รวมทั้งในการแจ้งดังกล่าวคนต่างด้าวไม่ต้องเสียเงินค่าธรรมเนียม ซึ่งมีความแตกต่างกับการยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานที่จะต้องชำระเงินค่าธรรมเนียมใบอนุญาตทำงานด้วย รวมทั้งมีปัญหาว่าการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวที่ใช้ประกอบการแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วนนั้น จะเป็นประเภทการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านได้หรือไม่

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้มีการกำหนดนิยามความหมายของงานอันจำเป็นและเร่งด่วน หรือกำหนดขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนแต่อย่างใด มีเพียงแต่การให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนดแบบและวิธีการในการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาความหมายทั่วไปของคำว่า “จำเป็น” และ “เร่งด่วน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

ปรากฏว่า “จำเป็น” หมายความว่า ต้องเป็นอย่างนั้นต้องทำขาดไม่ได้²⁶² และ “เร่งด่วน” หมายความว่า รวดเร็วมาก รวดเร็วยิ่ง เช่น งานนี้ต้องทำอย่างเร่งด่วนให้เสร็จภายใน 12 ชั่วโมง หรือย้ายเร่งด่วนภายใน 24 ชั่วโมง²⁶³ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่างานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีความหมายว่า งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ซึ่งถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น เช่น ไม่ได้มีการกำหนดแผนงานกันมาก่อนแล้วว่าจะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเมื่อไร

แต่ในทางปฏิบัติเพื่อรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของกรมการจัดหางานซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตทำงาน ได้ยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ซึ่งอธิบดีกรมการจัดหางานใช้อำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อออกระเบียบเพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่มีการยกเลิกไปแล้ว โดยระเบียบกรมการจัดหางานดังกล่าวไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน กำหนดเพียงว่างานใดถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งจำกัดไว้เพียง 5 ประเภท ได้แก่ งานบริหารงานและวิชาการงานด้านเทคนิคงานจัดหางานต่างประเทศงานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี และงานเบ็ดเตล็ด โดยใน 5 ประเภทงานนี้ ประกอบไปด้วย 19 ลักษณะงานซึ่งปรากฏความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของลักษณะงานต่าง ๆ ด้วยว่ามีความหมายถึงงานอะไรบ้าง แม้จะมีบทบัญญัติให้อำนาจอธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายใช้ดุลพินิจได้ก็ตาม แต่ทางปฏิบัติไม่มีการใช้เกณฑ์ข้อนี้ โดยผู้เขียนพบว่า ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น ไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 อีกทั้งระเบียบกรมการจัดหางานยังมีเนื้อหาสาระที่กำหนดประเภทงาน อาทิเช่น งานประชุม หรือ สัมมนา หรือเยี่ยมชมธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นในข้อ 4.1 จึงเป็นกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งเป็นฐานในการใช้อำนาจของนายทะเบียนอีกด้วย

²⁶² จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาท สมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (น. 319), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2554, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

²⁶³ แหล่งเดิม, (น. 1012).

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนายทะเบียนยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานฉบับนี้ว่า หากคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองถูกกฎหมาย เพื่อทำงานตามที่ปรากฏตามระเบียบกรมการจัดหางานนี้และทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน และพิจารณาปรับแก้ว่างานดังกล่าวนี้เป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจะมีผลให้การบังคับใช้กฎหมายขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

จากองค์ประกอบข้อ 3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน พบว่ามีปัญหากรณีรับจ้างงานเร่งด่วนแล้วเมื่อครบระยะเวลา 15 วันแล้ว งานยังไม่เสร็จจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างกัน ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า หากงานที่คนต่างด้าวทำยังไม่แล้วเสร็จ นายทะเบียนมีดุลพินิจในการขยายระยะเวลาได้ตามสมควร โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้ไม่สามารถทำงานดังกล่าวแล้วเสร็จได้ แต่อีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า นายทะเบียนไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ได้ เนื่องจากเป็นระยะเวลาในการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ผู้เขียนมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 อย่างชัดเจนโดยเป็นระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้สิทธิคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ระยะเวลาความจำเป็นเร่งด่วนของงานนั้น ๆ และกรอบระยะเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน จึงต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัด หากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีกต่อไปเนื่องจากคนต่างด้าวผู้จ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนก็สามารถทำงานนั้นได้โดยไม่มีกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการจ้างดังกล่าวแต่อย่างใด เพื่ออำนวยความสะดวกและรวดเร็วแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นกรณีพิเศษหากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีกต่อไปฉะนั้น นายทะเบียนไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวประสงค์ที่จะทำงานนั้นต่อไป ก็สามารถทำงานนั้นได้โดยต้องมาขึ้นคำขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนเสียก่อน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว อันเนื่องมาจากความไม่สอดคล้องระหว่างบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ด้วยกันเองและระหว่าง

กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกับกฎระเบียบที่ออกมาเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาปรับ
 แก้ของนายทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า
 หลักการที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานและได้รับยกเว้นการขอใบอนุญาตทำงานมีปรากฏในกฎหมาย
 ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งกระทรวงแรงงานจะพิจารณาออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวภายใต้
 พระราชบัญญัติการจ้างแรงงานต่างชาติ (Employment of Foreign Worker Act, 1990) ในประเภท
 Work Pass Exempt Activities สำหรับกรณีที่ทางการสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ยกเว้นการขอ
 ใบอนุญาตทำงาน หากคนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ในระยะเวลาสั้น โดยเฉพาะจะ
 ยกเว้นให้กับผู้มีความชำนาญ และความรู้ที่ไม่สามารถหาได้ง่ายในสาธารณรัฐสิงคโปร์และต้องไม่ม
 ความสัมพันธ์แบบนายจ้าง-ลูกจ้างกับบริษัทในสาธารณรัฐสิงคโปร์

ด้วยเหตุผลที่วิเคราะห์ปัญหามาแล้วข้างต้น ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ
 ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว
 พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจำเป็นและเร่งด่วนเป็นหลักเกณฑ์ยังมีความจำเป็นและ
 เหมาะสมที่จะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายของไทย เพื่อให้ที่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย
 เพื่อมาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนภายในระยะเวลาที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดนั้น ได้รับการ
 ยกเว้นการขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย ซึ่งควรได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ
 ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจำเป็นและ
 เร่งด่วนให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่
 เดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะ
 นักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น สามารถมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบเพื่อทำงานอันจำเป็น
 และเร่งด่วนในประเทศไทยที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน ได้โดยเป็นการแก้ไขปัญหาในการ
 ตีความกฎหมายเพื่อนำคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 10 มาใช้
 การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย และควรกำหนดให้อธิบดีสามารถออกระเบียบกำหนด
 หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อกำหนดขอบเขตของงานจำเป็นและเร่งด่วนว่ามีลักษณะอย่างไร และงานใด
 ที่ถือเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้ ไว้ในมาตรา 9 เพื่อให้ถ้อยคำบทกฎหมายมีความชัดเจนมาก
 ยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการแจ้ง และระยะเวลาที่เหมาะสมในการเข้ามาทำงานอันจำเป็น
 และเร่งด่วน แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีความยืดหยุ่นโดยเปิดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถ
 ปรับปรุงกฎระเบียบได้อย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันท่วงที
 ซึ่งจะมีผลให้กรมการจัดหางานสามารถออกระเบียบโดยใช้พระราชบัญญัติการทำงานของ

คนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกระเบียบกรมการจัดหางานซึ่งเป็นกฎหมายลูกบท โดยอธิบดีกรมการจัดหางานมีต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาเพื่อกำหนดระเบียบว่าด้วยการรับแรงงานอันจำเป็นและเร่งด่วน เพื่อเป็นแนวปฏิบัติกำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มิได้มีสภาพบังคับให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมิใช่ข้าราชการในสังกัดกรมการจัดหางานจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

นอกจากนี้ เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบันจึงสมควรกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง ผู้จัดงาน เป็นต้น ได้เป็นผู้มีหน้าที่แจ้งให้นายทะเบียนทราบได้นอกเหนือจากที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวด้วย เนื่องจากในสภาพข้อเท็จจริงหากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยการแจ้งของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและเร่งด่วนให้คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานโดยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ถึงหลักเกณฑ์ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งงานจำเป็นและเร่งด่วน ดังนี้

1) ให้แก้ไขวรรคหนึ่งในมาตรา 9 ดังนี้

“มาตรา 9 ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวันแต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อคนต่างด้าวหรือผู้ใดซึ่งนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ”

2) ให้เพิ่มวรรคห้าของมาตรา 9 ดังนี้

“งานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด”

3) ให้เพิ่มวรรคสองของมาตรา 10 ดังนี้

“ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9”

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวข้องการแจ้งงานจำเป็นและเร่งด่วนแล้วการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ต้องเป็นไปอย่างถูกต้องและครบถ้วนตามองค์ประกอบที่ได้กล่าวไว้ด้วยความเคร่งครัด เพื่อเกิดความเป็นธรรมต่อคนต่างด้าวที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้

เนื่องจากการพิจารณาข้อยกเว้นของบทกฎหมายทั่วไปซึ่งได้มีการกำหนดโทษสำหรับความผิดของคนที่ต่างด้าวที่ฝ่าฝืนไม่ยอมขอรับใบอนุญาตทำงานไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ก็มิได้กำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการขอรับใบอนุญาตทำงานที่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมใบอนุญาตทำงานไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้

4.4 เรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 มาตรา 22 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และปัญหาค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ก่อนที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีผลใช้บังคับนั้น กระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดไว้ โดยคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือถ้าคนต่างด้าวนั้นอยู่ในประเทศไทยแล้วให้นับระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้างต้น และในระหว่างรอรับใบอนุญาต ให้คนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอทำงานไปพลางก่อนได้ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 บาท แต่หาผลให้การอนุญาตที่ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นนั้นเสียไปไม่ทั้งนี้คนต่างด้าวซึ่งยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวจะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานใด ๆ ก็ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้กำหนดผู้รับใบอนุญาตทำงานที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ซึ่งได้รับการขยายระยะเวลาการทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้รับใบอนุญาตทำงานแจ้งต่อนายทะเบียนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการขยายระยะเวลาและให้นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500 บาทแต่หลักการดังกล่าวได้รับปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งได้มีการปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นโดยมาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือคณะกรรมการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยและมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็วนั้นถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีพิเศษสำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าวเพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่นักต่างด้าวนี้อย่างขึ้น ซึ่งเป็นการยกเว้นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานได้ไปให้แก่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงาน เพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงานทั้งนี้ ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่นักต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมีสถานะที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ก็ตาม

ส่วนกรณีที่ได้รับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 12 ได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบ

ที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน แต่มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดโทษสำหรับของการที่ไม่ได้ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนตามมาตรา 22 ไว้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความสอดคล้องกันกล่าวคือ เมื่อการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าวและแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนแต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนทั้งที่คนต่างด้าวนั้นมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ จึงทำให้บทกำหนดโทษตามมาตรา 53 ไม่มีความสอดคล้องกับผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้และไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้

อนึ่งจากการศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของสหพันธรัฐมาเลเซีย (Promotion of Investment Act, 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามนโยบายของสหพันธรัฐมาเลเซียในการยกระดับความเจริญทางเศรษฐกิจและการยกระดับทุนมนุษย์ หรือทรัพยากรมนุษย์ โดยอาศัยการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้โดยผ่านการลงทุนจากต่างประเทศ ฉะนั้น บริษัทต่างชาติที่มาลงทุนในสหพันธรัฐมาเลเซีย ภายใต้โครงการที่ได้รับการส่งเสริมสนับสนุนของรัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซีย จะได้รับอนุญาตให้นำบุคคลที่บริษัทต้องการเข้ามาทำงานในขอบข่ายงานที่ขาดแคลนคนมาเลเซียในด้านนั้น ทั้งนี้ การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในส่วนนี้อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน คือ Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) โดยมี

Action Committee of Incentives เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าว การกำหนดจำนวนคนต่างด้าวสำหรับแต่ละบริษัทในโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตลอดจนระยะเวลาที่คนต่างด้าวแต่ละรายจะสามารถทำงานได้ในสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยเน้นที่เงื่อนไขการลงทุนและการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้แก่คนท้องถิ่นเป็นสำคัญซึ่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศไว้เช่นกัน โดยใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวในประเภทนี้คือ Employment Pass ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจ้างงาน (Employment (Restriction) Act, 1968) ซึ่งออกให้สำหรับการทำงานในระดับวิชาชีพ ระดับทักษะ เจ้าของกิจการและตัวแทนของบริษัทเอกชน โดยมีกำหนดอายุที่สอดคล้องกับระยะเวลาที่ระบุในสัญญาการจ้างงานคืออย่างน้อย2ปีและสามารถต่ออายุใบอนุญาตทำงานได้จะเห็นได้ว่า กฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียได้แยกหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ออกจากหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดให้กรมการจัดหางานเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวเพียงแห่งเดียว

นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น กล่าวคือพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมแต่ละประเภทสำหรับการทำงานของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ (1) ใบอนุญาต (2) การต่ออายุใบอนุญาต (3) ใบแทนใบอนุญาต (4) การอนุญาตให้เปลี่ยนหรือเพิ่มลักษณะงาน นายจ้าง หรือท้องที่หรือสถานที่ทำงานที่ได้รับอนุญาต หรือเงื่อนไขในการอนุญาต (5) การจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการ (6) ค่ายื่นคำขอ และกระทรวงแรงงานได้ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าว พ.ศ. 2552 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าวตามสาขาอาชีพหรือสาขาอาชีพและท้องที่ทำงานของคนต่างด้าวด้วยแล้วโดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่นจึงทำให้การที่นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ซึ่งทำให้ในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา ตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2551 ซึ่งเป็นวันที่เริ่มใช้บังคับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จนถึงปัจจุบันรัฐสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ประมาณมากกว่า 200 ล้านบาท

จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงทำให้กรมการจัดหางานในฐานะหน่วยงานที่มีภารกิจรับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ทบทวนความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนแล้วมีความเห็นว่า การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น กล่าวคือคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ทำงานแล้วประสงค์จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งการต่ออายุใบอนุญาตทำงานมีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ประกอบกับวิธีในการปฏิบัติงานของนายทะเบียนในการขยายระยะเวลาทำงานกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานปรากฏผลการพิจารณาทั้งสองกรณีแสดงอยู่ในใบอนุญาตทำงานนั้นมีลักษณะและข้อความเช่นเดียวกันว่า นายทะเบียนให้ต่ออายุการทำงานของคนต่างด้าวผู้ได้รับไปอนุญาตทำงานไว้ออกไปจนถึงวันเดือนปีใด ฉะนั้นจึงควรนำค่าธรรมเนียมต่ออายุใบอนุญาตทำงานมาใช้ในการขยายระยะเวลาทำงานด้วย

ในประเด็นปัญหาว่า ค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะหมายรวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนด้วยหรือไม่นั้นความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้มีความเห็นทางกฎหมายไว้ในเรื่องเสรีที่ 1153/2556 สรุปสาระสำคัญได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รองรับรูปแบบการเข้ามาทำงาน ขั้นตอนการขออนุญาต การอนุญาตและเงื่อนไขการกำหนดระยะเวลา ตลอดจนบทกำหนดโทษของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือกฎหมายอื่นแตกต่างกันโดย

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะมีหนังสือแจ้งการอนุญาตต่อนายทะเบียน และเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งให้ดำเนินการออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 โดยใบอนุญาตจะมีอายุเท่ากับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามที่กฎหมายนั้นกำหนดตามมาตรา 21 และในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้อนุญาตมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนโดยเร็วและให้นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตตามมาตรา 22 ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายใช้คำเฉพาะว่า “การขยายระยะเวลาทำงาน” ไม่ใช่ “การต่ออายุใบอนุญาต” และหากผู้รับใบอนุญาตไม่แจ้งต่อนายทะเบียนถึงการได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่มีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาทตามมาตรา 53 ในขณะที่การขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวกรณีทั่วไป งานที่คนต่างด้าวจะทำได้จะต้องเป็นงานที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 9 ซึ่งใบอนุญาตทำงานมีอายุไม่เกิน 2 ปีตามมาตรา 21 หากผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะทำงานต่อ ให้ยื่นขอต่ออายุใบอนุญาตก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ และนายทะเบียนจะต่ออายุใบอนุญาตได้ครั้งละไม่เกิน 2 ปี ตามมาตรา 23 โดยมีบทกำหนดโทษกรณีคนต่างด้าวที่ทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตตามมาตรา 51 หรือทำงานฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 52

การที่กฎหมายกำหนดกลไกการดำเนินการของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แตกต่างกัน โดยเฉพาะขั้นตอนการขยายระยะเวลาทำงานกับขั้นตอนการต่ออายุใบอนุญาต แสดงว่ากฎหมายมีความมุ่งประสงค์จะให้ทั้ง 2 กรณีนี้แตกต่างกัน การขยายระยะเวลาทำงานจึงไม่ใช่กรณีเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาต แม้ผลจะเป็นเช่นเดียวกันก็ตาม กล่าวคือ ทำให้คนต่างด้าวสามารถทำงานในราชอาณาจักรได้ต่อไป ประกอบกับการเก็บค่าธรรมเนียมมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล อันจะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ดังนั้นค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จึงมิได้หมายความรวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

จากการศึกษาปรากฏว่า พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ต่างได้กำหนดกลไกการดำเนินการของคนต่าง

ด้วยกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แตกต่างกัน เพียงแต่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนให้มีความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวนี้อยิ่งขึ้นตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักการในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังคงกำหนดไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติฉบับเดิมแต่มีบทบัญญัติดังกล่าวมีความต่างกันในส่วนของการกำหนดให้ใครเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นให้นายทะเบียนทราบ ซึ่งเมื่อนำบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาเปรียบเทียบกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 จะเห็นได้ว่าบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันได้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในรายการที่ (2) “การต่ออายุใบอนุญาต” ซึ่งแตกต่างจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกแล้วได้กำหนดในรายการที่ (2) ว่า “การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาการทำงาน”

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานไว้เช่นกฎหมายเดิม ค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตที่กำหนดไว้ในรายการที่ (2) ของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันจึงหมายถึงเฉพาะค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานเท่านั้น ไม่รวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานด้วยโดยไม่อาจเรียกเก็บให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้เนื่องจากการเก็บค่าธรรมเนียมมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล อันจะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ดังนั้น กรณีของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เมื่อนายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานลงในใบอนุญาตทำงานตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้มีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานแล้วนั้นจึงไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานได้

4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงอาจสรุปแนวทางการแก้ไขปัญหากลับกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้ว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 สำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เพื่อให้รัฐไม่ต้องสูญเสียเงินรายได้

จากคำธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว และควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับใช้ได้ รวมทั้งควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 12 เพื่อให้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานสามารถออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตทำงานสำหรับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้ เช่นเดียวกับกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวกรณีอื่น

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยตัดความผิดตามมาตรา 22 ออก เพื่อให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 และให้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับใช้ได้ ดังนี้

“มาตรา 53 ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

2) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 สำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เพื่อให้รัฐไม่ต้องสูญเสียเงินรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว ดังนี้

“(2) การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาทำงานครั้งละ 20,000 บาท”

4.5 เรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.5.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ประเทศไทยกำหนดมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวด้วยระบบใบอนุญาตทำงาน โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทย ต้องได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนเสียก่อน จึงจะทำงานนั้นได้ ซึ่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานให้ต้องปฏิบัติตามโดยคนต่าง

คำว่าดังกล่าวต้องทำงานตามประเภทหรือลักษณะงาน และกับนายจ้าง ณ ท้องที่หรือสถานที่และ
เงื่อนไขตามที่นายทะเบียนกำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน หากประสงค์จะเปลี่ยนหรือเพิ่มประเภท
หรือลักษณะงาน นายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไข ต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน
ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้นายจ้างซึ่งมีความประสงค์จะรับคนต่างด้าว
เข้าทำงาน จะต้องเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีใบอนุญาตทำงานกับตนเพื่อทำงานตามประเภทหรือลักษณะ
งานที่ระบุไว้ในใบอนุญาต ณ ท้องที่หรือสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงานด้วย

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดอายุของใบอนุญาต
ทำงานที่นายทะเบียนออกให้แก่คนต่างด้าวนั้นไว้ไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันที่ออกใบอนุญาตทำงาน
ยกเว้นกรณีใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วย
การส่งเสริมการลงทุนให้มีอายุเท่าระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ
โดยการกำหนดให้อายุใบอนุญาตทำงานดังกล่าวไม่มีผลเป็นการขยายระยะเวลาอยู่ในราชอาณาจักร
ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ทั้งนี้ ก่อนใบอนุญาตทำงานสิ้นอายุและคนต่างด้าวประสงค์จะ
ทำงานนั้นต่อไป ให้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนซึ่งเมื่อได้ยื่นคำขอต่ออายุ
ใบอนุญาตทำงานแล้ว ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่ต่อ
อายุใบอนุญาตทำงาน โดยกฎหมายกำหนดให้การต่ออายุใบอนุญาตทำงานให้ต่อได้ครั้งละไม่เกิน
2 ปี โดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องมี
ใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงาน
เจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนได้เสมอและถ้าหากใบอนุญาตทำงานสูญหายหรือเสียหาย ให้คนต่างด้าว
นั้นยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบ
การสูญหายหรือเสียหายดังกล่าว

จากการศึกษาปรากฏว่า การวางระบบควบคุมการทำงานคนต่างด้าวด้วยระบบ
ใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ได้มีการปรับปรุงมา
จากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ยังมีปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เนื่องจาก
ไม่ได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณีที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว
หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป
นั้นไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ของนายจ้างและคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาต
ทำงานซึ่งเคยมีในพระราชบัญญัติฉบับเดิมเพื่อการควบคุมทางทะเบียนเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงาน
ได้แก่การกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งรับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือให้คนต่างด้าวย้ายไป
ทำงานในท้องที่อื่นนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน หรือออกจากงานต่อนายทะเบียนภายใน

15 วันนับแต่วันที่รับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือวันที่คนต่างด้าวนั้นย้ายหรือออกจากงานและการกำหนดให้คนต่างด้าวมียหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนในท้องที่จังหวัดที่ตั้งสถานที่ทำงานภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน แต่ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันกลับไม่ได้มีการบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวไว้จึงทำให้ข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานให้ทำงานในประเทศไทยมีความคลาดเคลื่อน ไม่สอดคล้องกับสภาพการจ้างงานคนต่างด้าวที่แท้จริง ซึ่งส่งผลกระทบต่อข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ต้องนอกจากนี้ ได้มีการนำใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เลิกทำงานแล้วไปใช้ในทางที่ไม่สุจริต เช่น แอบอ้างเป็นคนต่างด้าวผู้ได้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าว หรือนำไปปลอมแปลงใบอนุญาตทำงานเพื่อใช้กับคนต่างด้าวรายอื่น เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยซึ่งกรมการจัดหางานในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้สำรวจตรวจสอบและรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานในสังกัดกรมการจัดหางานทั้งในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคเกี่ยวกับสภาพปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากมีผลบังคับใช้ของพระราชบัญญัตินี้ปรากฏว่าประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นในลำดับขั้นที่หน่วยงานต่าง ๆ ได้ร้องขอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรนำหลักการในพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปกลับมากำหนดไว้ในบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมทางทะเบียนของใบอนุญาตทำงานหลังจากที่นายทะเบียนได้พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยแล้วแต่ในการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่เพิ่มเติมนั้น ควรได้มีกำหนดหน้าที่เฉพาะในส่วนของการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวเท่านั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้มีบทบัญญัติกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือการแจ้งย้ายงานของคนต่างด้าวอยู่แล้ว กล่าวคือ ในการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานนั้น จะต้องมีการแจ้งข้อมูลตั้งแต่เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 มาตรา 12 มาตรา 13 หรือมาตรา 14 แล้วแต่กรณีหรือกรณีนายจ้างได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานแทนตามมาตรา 11 หรือกรณีคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอเปลี่ยนหรือเพิ่มนายจ้างตามมาตรา 26 ส่วนการแจ้งย้ายงานของคนต่างด้าวนั้นจะต้องมีการแจ้งข้อมูลตั้งแต่เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา 26 ไว้เรียบร้อยแล้ว

นอกจากนี้ในการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้คนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานนั้น ควรได้มีกำหนดให้คนต่างด้ามียหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน โดยไม่ต้องกำหนดให้ต้องคืนให้แก่

นายทะเบียนในท้องที่จังหวัดที่ตั้งสถานที่ทำงานไว้ดังเช่นกฎหมายเดิม เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คนต่างด้าวที่มีเจตนาจะปฏิบัติตามกฎหมาย และสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน เมื่อคนต่างด้าวไม่ประสงค์ที่จะทำงานแล้วควรให้คนต่างด้าวสามารถคืนใบอนุญาตทำงานให้แก่นายทะเบียนในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดก็ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณากฎหมายของต่างประเทศแล้วปรากฏว่ามีกฎหมายของประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาในบทที่ 3 นั้น มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานดังนี้

สหพันธรัฐมาเลเซีย พระราชบัญญัติการจ้างงาน (Employment (Restriction) Act, 1968) ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานนั้น จะต้องทำงานตามประเภทงาน สถานที่และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน รวมทั้งต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ระยะเวลาที่กำหนดและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ด้วย ซึ่งใบอนุญาตทำงานถือเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้ โดยคนต่างด้าวต้องพกพาใบอนุญาตทำงานติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงานในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตทำงานชั่วคราวหรือสูญหาย ต้องรายงานต่อคณะกรรมการการจ้างงาน (Commissioner of Employment) และต้องสมัครขอใบอนุญาตทำงานใบใหม่แทนใบอนุญาตทำงานเดิมในกรณีที่มีการพบใบอนุญาตทำงานที่เคยแจ้งหายไปก่อนแล้วก็ให้คืนใบเดิมแก่คณะกรรมการการจ้างงาน หากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่หาย ให้ส่งสถานีตำรวจ หรือสถานที่ทำการของคณะกรรมการการจ้างงานหรือส่งที่ทำการไปรษณีย์ที่ใกล้ที่สุดกรณีมีการโอนย้ายตำแหน่งโดยหลักแล้วต้องทำใบอนุญาตทำงานใหม่ แต่ถ้าเป็นกรณีได้รับการส่งเสริมการลงทุนหากมีการย้ายตำแหน่งในบริษัทเดียวกันไม่ต้องแจ้งเพื่อขอใบอนุญาตทำงานใหม่ แต่ให้นำใบอนุญาตทำงานเก่าไปปรับปรุงให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของตำแหน่ง ทั้งนี้หากมีการเลิกจ้างหรือเมื่อใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือถูกยกเลิก ให้คืนใบอนุญาตทำงานแก่คณะกรรมการการจ้างงาน

สาธารณรัฐสิงคโปร์ พระราชบัญญัติการจ้างงานคนต่างชาติ (Employment of Foreign Manpower Act, 1990) ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานนั้น จะต้องทำงานตรงตามประเภทงาน สถานที่และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน รวมทั้งต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ระยะเวลาที่กำหนดและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ด้วยซึ่งใบอนุญาตทำงานเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้ โดยคนต่างด้าวต้องพกพาใบอนุญาตทำงานติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงาน กรณีมีใบอนุญาตชั่วคราวหรือสูญหายต้องรายงานต่อกระทรวงแรงงาน (Ministry of Manpower) ภายใน 7 วันที่ได้รับอนุญาตสูญหาย และดำเนินการขออนุญาตใบอนุญาตทำงานฉบับใหม่ ถ้าแจ้งว่าหายแล้วต่อมาพบหากยังไม่มีการออกใบอนุญาตทำงานใหม่ คนต่างด้าวที่ได้รับ

อนุญาตทำงานหรือนายจ้างอาจใช้ใบอนุญาตทำงานนั้นได้ต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ทางการออกใบอนุญาตทำงานฉบับใหม่แล้วต้องทำการคืนใบอนุญาตทำงานที่พบนั้นต่อทางการเพื่อทำการยกเลิกหากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่ได้สูญหาย ต้องนำใบอนุญาตทำงานนั้นส่งมอบต่อกระทรวงแรงงาน โดยในกรณีของการเปลี่ยนแปลงที่อยู่ นายจ้างต้องแจ้งต่อกระทรวงแรงงานเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 14 วัน นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงซึ่งกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหน้าที่ในการทำงานโดยไม่ได้เปลี่ยนนายจ้าง จะต้องมีการจดหมายจากนายจ้างแจ้งต่อกระทรวงแรงงานเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยระบุรายละเอียดของงานใหม่ ในกรณีที่ร้องโอนย้ายที่ทำงานในบริษัทของนายจ้างเดิม บริษัทผู้ว่าจ้างต้องทำจดหมายร้องขอการโอนย้ายคนต่างด้าวนั้นต่อกระทรวงแรงงาน โดยแนบหนังสือเดินทาง (Passport) และเอกสารแสดงข้อมูลจากกรมทะเบียนการค้าและธุรกิจ (ROCAB Information Printout) สำหรับบริษัทถูกไปด้วยซึ่งทางการจะพิจารณาเป็นราย ๆ ไป ทั้งนี้หากมีการเลิกจ้าง ต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตทำงาน คืนใบอนุญาตให้แก่กระทรวงแรงงานและคนต่างด้าวต้องเดินทางออกนอกประเทศ

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรฐานการทางกฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียและสาธารณรัฐสิงคโปร์แล้ว ปรากฏว่าสหพันธรัฐมาเลเซียได้มีการกำหนดให้กรณีที่มีการเลิกจ้างหรือเมื่อใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือถูกยกเลิก ให้คนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานแก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบซึ่งสอดคล้องกับประเทศสิงคโปร์ได้มีการกำหนดให้กรณีที่มีการเลิกจ้าง นายจ้างต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตทำงานและคนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานให้แก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเช่นกัน ซึ่งทำให้การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของทั้งสองประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

4.5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณีที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป ควรแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาคือออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

- 1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนเพื่อให้การจัดการในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว และมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงควรมีการเพิ่มมาตราเพื่อเป็นเนื้อความใหม่แทรกเข้าไปในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเมื่อพิจารณาโครงสร้างของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื้อหาสาระสำคัญ

ของร่างมาตราที่จะเพิ่มเติมขึ้นนั้น ควรแทรกไว้ในหมวด 1 การทำงานของคนต่างด้าว ส่วนที่ 2 ใบอนุญาตทำงาน โดยให้เพิ่มมาตราต่อท้ายมาตรา 28 ดังนี้

“มาตรา 28/1 เมื่อคนต่างด้าวออกจากงาน ให้บุคคลที่รับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานกับตน แจ้งต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน

การแจ้งตามวรรคหนึ่งให้ทำตามแบบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา 28/2 ในกรณีที่คนต่างด้าวเลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ส่งมอบใบอนุญาตคืนให้แก่นายทะเบียนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เลิกทำงานนั้น”

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้แก่นายจ้าง และหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ นายจ้างหรือคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการแล้ว จะต้องมีการกำหนดโทษสำหรับการที่นายจ้างหรือคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติแล้วแต่กรณีไว้ด้วย ฉะนั้นจึงต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อกำหนดโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้ความผิดดังกล่าวอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการเปรียบเทียบ ทั้งนี้ การกำหนดอัตราโทษปรับในความผิดดังกล่าวอาจนำบทกำหนดโทษในความผิดฐานอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และควรนำอัตราโทษสำหรับความผิดในการที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว และการที่คนต่างด้าวไม่คืนใบอนุญาตทำงาน ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเคยได้มีการบัญญัติโทษของการฝ่าฝืนบทกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาแล้ว มาประกอบการพิจารณา กำหนดโทษสำหรับความผิดนี้ด้วย

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองมาปรับใช้กับกรณีที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดเรื่องการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ เนื่องจากการออกใบอนุญาตทำงานเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้กำหนดให้กฎหมายเฉพาะจะต้องมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติราชการในเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของภาครัฐ ฉะนั้นเมื่อพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว

พ.ศ. 2551 ไม่ได้บทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ จึงควรนำมาตรา 42 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้น เนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้” มาบังคับใช้ให้นายทะเบียนมีอำนาจเรียกให้คนต่างด้าวผู้ซึ่งครอบครองใบอนุญาตทำงานที่สิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานให้ส่งใบอนุญาตทำงานคืนได้

ส่วนกรณีการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว แต่หากมีนายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคนต่างด้าวมิได้ทำงานกับนายจ้างตามที่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน เมื่อไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานได้มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนไปทำงานกับนายจ้างรายอื่นอีก จึงถือได้ว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคนต่างด้าวดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่ออกใบอนุญาตทำงาน กรณีเช่นว่านี้นายทะเบียนดังกล่าวย่อมต้องเพิกถอนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ใบอนุญาตทำงานนั้นสิ้นสุดลงได้ แต่เมื่อมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้นายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ออกใบอนุญาตทำงานมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตทำงานได้ เฉพาะในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตเท่านั้น ดังนั้นการเพิกถอนใบอนุญาตทำงานในกรณีที่นายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ จึงต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ในระดับหนึ่ง

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย กับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดคณิศัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยนั้นจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน และได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานได้ซึ่งเป็นการที่รัฐได้ใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมาย เพื่อมิให้คนต่างด้าวมีสติและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนชาติของตน โดยการควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตทำงานเพื่อคัดกรองคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ให้สามารถทำงานได้ภายใต้การควบคุมของกฎหมายภายในของประเทศไทย

แม้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีการปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและสอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบันแต่ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีความสมบูรณ์เพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยในสภาวะการณ์ปัจจุบัน จึงเกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหลายประการ สามารถสรุปเป็นประเด็นปัญหาสำคัญได้ดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหาเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน”ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การทำงาน โดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตามจะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวมีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างขวางมากซึ่งหากผู้ใช้กฎหมายยึดถือยึดคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาให้ต้องตีความได้เสมอเนื่องจากกิจกรรมของคนต่างด้าวทุกกรณีล้วนแล้วแต่เป็นการใช้กำลังกายหรือความรู้ทั้งสิ้น ซึ่งจะเข้าข่ายเป็นการทำงานตามกฎหมายนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวซึ่งเป็นคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวและเข้าไปทำกิจกรรมให้สถานที่ต่าง ๆ ในรูปแบบอาสาสมัครหรือกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ บรรยายพิเศษและวิชาการหรืออบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิคก็ล้วนแล้วแต่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ทั้งสิ้น

ในการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในบทที่ 4 ผู้เขียนพบว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติและในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศฉะนั้นพระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง ซึ่งจะมีผลเป็นการแย่งงานของคนไทย โดยยังคงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานของคนไทยเช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยที่ผ่านมาในอดีต

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” นั้นจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อพิจารณาว่าการที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทย จะถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากกิจกรรมใดที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทยไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้นโดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มีกรจ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน”

ตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น นายจอห์นเป็นนักประพันธ์การเขียนบทความลงพิมพ์นิตยสารหรือหนังสือย่อมเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพจึงเป็นการทำงาน แม้ว่า นายจอห์นจะอ้างว่าบทความนั้นไม่ได้ค่าตอบแทนก็ต้องถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้น ไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว เช่น การเข้าเป็นอาสาสมัครทำงานเพื่อสังคมระหว่างท่องเที่ยวในประเทศไทย การทำงานอดิเรก เป็นต้น หรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง เนื่องจากคนต่างด้าวเป็นลูกจ้างของนายจ้างในต่างประเทศหรือมีการทำงานหลักอยู่ในต่างประเทศ แต่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างในต่างประเทศ เช่น ให้เดินทางเข้ามาเพื่อร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนา เป็นต้น จะถือว่าการเข้ามาเพื่อทำกิจกรรมดังกล่าวในประเทศไทยของคนต่างด้าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของลูกจ้างในต่างประเทศด้วย ดังนั้น คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหาคำว่า “ทำงาน” โดยวิธีการตีความนั้น จะสามารถแก้ไขปัญหาคำนี้ได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น トラบดีที่บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังไม่ได้รับการพิจารณาให้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นก็ต้องมีปัญหาคำให้ต้องมีการตีความนิยามกรณีเช่นนี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของคำนิยามดังกล่าวที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีความชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศ ไม่ว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็นับถือเป็นการทำงานทั้งสิ้น ซึ่งการแก้ไขปัญหาคำที่ยั่งยืนและควรนำมาใช้ในกรณีนี้ คือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตและความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้

5.1.2 ปัญหาเรื่องกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุน

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้เปลี่ยนหลักการจัดการตลาดงานสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทย (Labor Management) เพื่อเป็นข้อจำกัดในห้ามการเข้าสู่ตลาดงานของคนต่างด้าวในบางงานบางอาชีพ จากเดิมที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่ไม่ได้ห้ามไว้ ซึ่งเป็นการใช้ระบบ Negative List กล่าวคือได้กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้โดย

เด็ดขาดในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร จำนวน 39 งาน ตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติมส่วนงานอื่นนอกเหนือจาก 39 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำนั้น หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำต้องขออนุญาตต่อนายทะเบียนเสียก่อนส่วนจะได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่กำหนดไว้ให้ทำได้ ถือเป็น การเปลี่ยนระบบการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยมาใช้ระบบ Positive List กล่าวคือการกำหนดงานที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ตามประเภทงานที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง แต่เนื่องจากปัจจุบันยังมีได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้มาใช้บังคับซึ่งมาตรา 57 ได้กำหนดให้ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าวให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใดๆ ได้เว้นแต่งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาพันธกรณีระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าเป็นพันธกรณีที่มุ่งเน้นต่อการเปิดตลาดเสรีทางการค้าบริการและการลงทุนระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนหรือดำเนินกิจการได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น โดยเปิดเสรีในภาคธุรกิจในสาขาต่างๆ และการเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายบุคลากรระหว่างประเทศซึ่งมีความสำคัญต่อการบริหารงานในกิจการของธุรกิจข้ามชาติให้ได้รับความสะดวกและเสรีมากขึ้น โดยพันธกรณีระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันแล้วนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย เนื่องจากลักษณะการค้าบริการตามพันธกรณีในประเภทที่ 4 (Mode 4) นั้นได้แก่ การค้าบริการโดยบุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Person) ซึ่งหมายถึง การทำงานของคนต่างด้าวนั่นเอง

ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการและการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศต่างๆจะอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใน 3 ระดับ ได้แก่ระดับพหุภาคีซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ระดับภูมิภาคจะอยู่ภายใต้ความตกลงที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในองค์กรดังกล่าว ได้แก่ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) และระดับทวิภาคีซึ่งจะเป็นไปตามความตกลงที่ทำระหว่างประเทศคู่สัญญา ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) ซึ่งในความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการทุกระดับที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข้างต้น ได้ยึดหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) เป็นพื้นฐานเช่นเดียวกัน

โดยหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการนั้นถือว่าเป็นพื้นฐานของมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดซึ่งมุ่งที่จะลดหรือยกเลิกข้อจำกัด ได้แก่ ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitation to Market Access) และข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitation to National Treatment) โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในจำนวนของผู้ให้บริการ ข้อจำกัดในมูลค่ารวมของธุรกรรมทางการค้าบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการประกอบบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ ฯลฯ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวล้วนเป็นอุปสรรคในการเคลื่อนไหวโดยเสรีของบุคคลทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้นที่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะตั้งข้อสงวนในการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในตารางข้อผูกพันของตนก็ได้ซึ่งตามหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะเปิดเสรีตามตารางแสดงข้อผูกพัน โดยไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องขจัดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดให้หมดโดยทันทีทันใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การเจรจาการค้าบริการภายใต้กรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคี รัฐบาลไทยมักจะคำนึงถึงกรอบของกฎหมายภายในประเทศเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่ง เนื่องจากการเข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ได้ให้ไว้ มีผลให้ประเทศไทยหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ซึ่งการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้นั้นก็ต้องมีกฎหมายภายในประเทศรองรับด้วย หากไม่มีกฎหมายภายในประเทศรองรับ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันได้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “พันธกรณีระหว่างประเทศ” นั้นเป็น “กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการพันธกรณีเสียก่อนจึงจะก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ ฉะนั้นการเจรจาภายใต้กรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ประเทศไทยมักจะแสดงข้อผูกพันเท่าที่กฎหมายไทยบัญญัติอนุญาตไว้ พันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันจึงไม่ขัดต่อกฎหมายที่มีอยู่

เมื่อปรากฏว่า หลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ หรือหลักการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ อาจเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ ทั้งในระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน เนื่องจากหลักการของการเปิดเสรีด้านการค้าบริการนั้น ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

โดยปราศจากข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็ข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ หรือการสงวนอาชีพไว้สำหรับคนชาติ แม้ว่าสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็สิทธิที่มีเงื่อนไขซึ่งรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในการกำหนดข้อจำกัดในการเลือกงานหรืออาชีพของคนที่มีใช้คนชาติหรือคนต่างด้าว เพื่อปกป้องตลาดแรงงานของตน โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อคนชาติ ความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศได้ก็ตาม แต่เมื่อประเทศไทยได้มีนโยบายทางด้านเศรษฐกิจที่ได้เข้าสู่ผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ หรือกำลังที่จะเจรจาการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการกับประเทศภาคีอื่น เพื่อผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของผู้ประกอบการไทยและผลประโยชน์ของประเทศเป็สำคัญ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรทบทวนบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อลดและขจัดอุปสรรคเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่จะอาศัยสิทธิตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามหลักการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ และเพื่อไม่ให้กลไกของกฎหมายภายในประเทศเป็ข้อจำกัดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ และไม่ให้เอื้ออำนวยที่จะให้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็จะประเทศไทยเสียประโยชน์ ซึ่งอาจเสี่ยงต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นควรกำหนดให้มีความยืดหยุ่น รองรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ โดยให้มีบทบัญญัติเพื่อรองรับผลการเจรจาระหว่างประเทศเป็กรณีเฉพาะแยกจากมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป โดยแยกคนต่างด้าวออกเป็ 2 กรณี คือ คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าสู่ผูกพัน กับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิจากพันธกรณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ซึ่งหมายถึงคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลไทย ทั้งนี้ ไม่ให้นำหลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามกฎหมายกระทรวงมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าสู่ผูกพัน

5.1.3 ปัญหาเรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นเป็ข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กล่าวคือโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานและจะทำงานในประเทศไทยได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน แต่หากคนต่างด้าวนั้นได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จภายใน 15 วัน จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนจึงจะทำงานนั้นได้

แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่คนต่างด้าวจะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนและเมื่อครบระยะเวลาที่รับจ้างงานเร่งด่วนแล้ว แต่งานยังไม่เสร็จคนต่างด้าวจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในบทที่ 4 ผู้เขียนได้พิจารณาวิเคราะห์ปัญหาจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 โดยแยกเป็นองค์ประกอบได้ดังนี้

1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง พบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่จะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเด็นที่คนต่างด้าวเดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น โดยจะถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตทำงานซึ่งเป็นตาม มาตรา 10 นั้น คนต่างด้าวดังกล่าวจะสามารถเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่มีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน เป็นกรณีที่คนต่างด้าวไม่ต้องขออนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน เพียงแค่มีหน้าที่ต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบตามมาตรา 9 และเมื่อคนต่างด้าวดังกล่าวไม่อยู่ในฐานะผู้จะขอรับใบอนุญาตทำงานจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 10 แต่อย่างใด

2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อพำนักและทำงานในกิจการต่าง ๆ อยู่ในประเทศไทยมีระยะเวลาไม่เกิน 15 วัน เป็นจำนวนมากมักที่จะอ้างเหตุว่างานที่คนต่างด้าวนั้นต้องเดินทางเข้ามาดำเนินการในประเทศไทยนั้นเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนโดยมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน เพื่ออาศัยช่องทางการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนต่อนายทะเบียนตามที่กำหนดในมาตรา 9 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่างานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ หมายถึง งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ซึ่งถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเพื่อรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของนายทะเบียนได้ยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ซึ่งไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนโดยมีการกำหนดเพียงว่างานใดถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งจำกัดไว้

เพียง 5 ประเภท ได้แก่ งานบริหารงานและวิชาการงานด้านเทคนิคงานจัดหางานต่างประเทศงาน ให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดีและงานเบ็ดเตล็ดโดยใน 5 ประเภทงานนี้ ประกอบไปด้วย 19 ลักษณะงานซึ่งไม่ปรากฏถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอัน จำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้นและความไม่ ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของลักษณะงานต่างๆ ว่าหมายถึงงานอะไรบ้าง นอกจากนี้ยังมีการ กำหนดกิจกรรมบางประเภทให้ถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น งานประชุม หรือ สัมมนา หรือเยี่ยมชมธุรกิจ เป็นต้น ทั้งที่กิจกรรมดังกล่าวไม่อาจถือว่าเป็นการทำงานตาม พระราชบัญญัติฉบับนี้ดังนั้นระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 จึงไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 9

3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน พบว่ามีปัญหากรณีรับแจ้งงาน เร่งด่วนแล้วเมื่อครบระยะเวลา 15 วันแล้วงานยังไม่เสร็จจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ซึ่งใน ประเด็นนี้มีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวได้ บัญญัติไว้ในมาตรา 9 อย่างชัดเจนโดยเป็นระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้เป็นองค์ประกอบสำคัญใน การให้สิทธิคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ระยะเวลาความจำเป็น เร่งด่วนของงานนั้น ๆ และกรอบระยะเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย ได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 จึงต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัด หากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีก ต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาที่เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบัน จึงสมควรกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและ เร่งด่วนในประเทศไทย อาทิเช่น นายจ้าง ผู้ว่างจ้าง ผู้จัดการ เป็นต้น ให้เป็นผู้มีหน้าที่แจ้งให้นาย ทะเบียนทราบได้ นอกเหนือจากที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวด้วย เนื่องจากในสภาพ ข้อเท็จจริงหากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทย โดยการแจ้งของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและ เร่งด่วนให้คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานโดยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ ถึงหลักเกณฑ์ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว

5.1.4 ปัญหาเรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย และมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว นั้นถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีพิเศษสำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าว เพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวนี้ยิ่งขึ้น ซึ่งถือเป็นการยกเว้นบทกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยให้เป็นอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งและในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าวจะได้อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้ว่าจะจะเป็นงานที่กฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 7 ไม่ได้กำหนดให้คนต่างด้าวทำได้ก็ตาม รวมถึงการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 โดยกำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายนั้นจะต้องมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จัดแจ้งการขยายระยะเวลาดังกล่าวลงในใบอนุญาตทำงานโดยมาตรา 53 ได้กำหนดโทษของการไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานดังกล่าวตามมาตรา 22 ให้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

จากการศึกษาในบทที่ 4 ปรากฏว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความ

สอดคล้องกัน กล่าวคือเมื่อการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้ นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าวและแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนแต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียน ทั้งที่คนต่างด้าวนั้นมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้จึงทำให้มาตรา 53 เฉพาะในส่วนการกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 22 เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 กับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น โดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น จึงทำให้นายทะเบียนที่จดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ ทั้งนี้ ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ถูกยกเลิกไปนั้น ได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวไว้ในอัตราเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงาน โดยในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา นับแต่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับกรมการจัดหางานไม่สามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมตามมาตรา 22 ได้ จึงทำให้รัฐสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมการ

ขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
ประมาณการเป็นจำนวนเงินมากกว่า 200 ล้านบาท

5.1.5 ปัญหาในเรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

การควบคุมการทำงานคนต่างด้าวด้วยระบบใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ได้มีการปรับปรุงมาจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ยังมีปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน สำหรับกรณีที่น่าจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไปนั้นไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ของนายจ้างและคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานซึ่งเคยมีในพระราชบัญญัติฉบับเดิมเพื่อการควบคุมทางทะเบียนเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงานได้แก่ การกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียนภายใน 15 วันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงานและการกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนภายใน 7 วันนับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน แต่ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันกลับไม่ได้มีการบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวไว้ จึงทำให้ข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานให้ทำงานในประเทศไทยมีความคลาดเคลื่อน ไม่สอดคล้องกับสภาพการจ้างงานคนต่างด้าวที่แท้จริง ซึ่งส่งผลกระทบต่อข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ถูกต้อง นอกจากนี้ ได้มีการนำใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เลิกทำงานแล้วไปใช้ในทางที่ไม่สุจริต เช่น แอบอ้างเป็นคนต่างด้าวผู้ได้รับอนุญาตทำงานดังกล่าว หรือนำไปปลอมแปลงใบอนุญาตทำงานเพื่อใช้กับคนต่างด้าวรายอื่น เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายในประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 3 ปรากฏว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวของสหพันธรัฐมาเลเซียและสาธารณรัฐสิงคโปร์ มีบทบัญญัติเพื่อควบคุมการทำงานคนต่างด้าว โดยกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างจะต้องแจ้งการออกจากของคนต่างด้าว และกำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวจะต้องคืนใบอนุญาตไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรได้มีการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่คืนใบอนุญาตทำงานแก่นายทะเบียน เมื่อคนต่างด้าวนั้นเลิกทำงานในประเทศไทยแล้วไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศไทยเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมทางทะเบียนของใบอนุญาตทำงานหลังจากที่นายทะเบียนได้พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยแล้ว

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทสรุปประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1 เรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรได้มีการกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยแบ่งออกเป็น 2 วิธีการ ดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยพิจารณาจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 ที่ผ่านมานั้น ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความต่อไปจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ให้มีความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ และมีให้ความหมายที่กว้างจนไม่รู้จักขอบเขตบทนิยามคำนี้ โดยในการร่างบทนิยามควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายไม่ฟุ่มเฟือย และหลีกเลี่ยงการร่างบทนิยามที่มีลักษณะวกวนจนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แน่นอนได้ และไม่ควรกำหนดบทนิยามสิ่งที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดาทำให้ผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่สับสน เนื่องจากการกำหนดบทนิยามเป็นการกำหนดความหมายของคำที่จะใช้ในกฎหมายนั้น ซึ่งจะต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามในส่วนของบทบังคับให้เหมือนกันทั้งหมดทุกมาตรา เพื่อให้แปลความหมายเหมือนกัน ซึ่งผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ในรูปแบบที่เป็นการแก้ไขบทนิยามคำเดียว ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ทำงาน” หมายความว่า การใช้กำลังกายหรือความรู้เพื่อประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการขึ้น ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม”

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ยังไม่แล้วเสร็จผู้เขียนมีความเห็นว่าควรใช้วิธีการตีความกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้พิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และเพื่อป้องกันคนต่างด้าวมิให้เข้ามาแข่งอาชีพคนไทยก็จะสามารถแก้ไขปัญหบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ได้แต่การใช้วิธีการตีความกฎหมายจะใช้แก้ไขปัญหาก็ได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น トラบใดที่คำนิยามคำว่า

“ทำงาน” ยังมิได้รับการแก้ไขปัญหาข้อบกพร่อง ก็ยังคงต้องมีปัญหาให้ต้องมีการตีความนิยามกรณี เช่นว่านี่อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของคำนิยามดังกล่าว ที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรม ที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศ ไม่ว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็นับถือ เป็นการทำงานทั้งสิ้น

5.2.2 เรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ โดยกำหนดให้มีการแบ่งแยก สิทธิของคนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ออกจากสิทธิของคนต่างด้าวที่ไม่ได้ สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะต้องมี กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อบัญชีการตามพันธกรณีเสียก่อน โดยให้กำหนดรองรับ สิทธิและมีผลปฏิบัติเพื่อให้ได้สิทธิตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ เพื่อสร้างกลไกทางกฎหมายให้ ยึดหยุ่นรองรับผลของการเจรจาตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ ทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในกรณีนี้จึงถือเป็นการอนุวัติ การตามพันธกรณีที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการเจรจาการค้าไม่ว่าในรูปพหุภาคีหรือทวิ ภาคีไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายภายในประเทศทั้งนี้ ในรูปแบบของการร่างกฎหมาย ผู้เขียนขอเสนอให้มีการเพิ่มวรรคในมาตรา 7 เนื่องจากมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มความใหม่ใน มาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ของพระราชบัญญัติ ที่ใช้บังคับอยู่ โดยที่ไม่เป็นการยกเลิกหรือเข้าไปแก้ไขเนื้อความเดิมของหลักกฎหมายในเรื่อง ดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนี้

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“ในกรณีหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานอื่นใดได้นอกจากงานตามวรรคหนึ่ง คนต่างด้าวอาจขอรับใบอนุญาต ได้ตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของหนังสือสัญญานั้น”

5.2.3 เรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควร ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการ ทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 ในส่วนที่เกี่ยวข้องการจ้างงานจำเป็นและเร่งด่วนให้มีความชัดเจน และสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่เดินทางเข้าเมืองถูกต้อง ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทาง

ผ่านนั้น สามารถมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเทศไทยที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วันได้ โดยเป็นการแก้ไขปัญหาในการตีความกฎหมายเพื่อไม่ให้นำคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 10 มาใช้กับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย

นอกจากนี้เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบัน จึงสมควรมีการกำหนดให้บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง ผู้จัดการงาน เป็นต้น ได้เป็นผู้มีหน้าที่ในการแจ้งให้นายทะเบียนทราบได้นอกเหนือจากคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่งด้วยเนื่องจากในสภาพข้อเท็จจริงหากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยการแจ้งของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและเร่งด่วนให้คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานโดยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ถึงหลักเกณฑ์ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว และกำหนดให้อธิบดีสามารถออกระเบียบกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อกำหนดขอบเขตของงานจำเป็นและเร่งด่วนว่ามีลักษณะอย่างไรและงานใดที่ถือเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้ในมาตรา 9 เพื่อให้ถ้อยคำบทกฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการแจ้ง และระยะเวลาที่เหมาะสมในการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีความยืดหยุ่นโดยเปิดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถปรับปรุงกฎระเบียบได้อย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันทั่วถึงซึ่งจะมีผลให้กรมการจัดหางานสามารถออกระเบียบโดยใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกระเบียบกรมการจัดหางานซึ่งเป็นกฎหมายลูกบท โดยอธิบดีกรมการจัดหางานมีต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาเพื่อกำหนดระเบียบว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน เพื่อเป็นแนวปฏิบัติกำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียน แต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ไม่ได้มีสภาพบังคับให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมิใช่ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ในสังกัดกรมการจัดหางานจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขวรรคหนึ่งในมาตรา 9 และให้เพิ่มวรรคห้าในมาตรา 9 รวมทั้งให้เพิ่มวรรคสองในมาตรา 10 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานจำเป็นและเร่งด่วน ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 9 ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน แต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อคนต่างด้าวหรือผู้ใดซึ่งนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ”

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคห้าของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“งานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด”

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9”

5.2.4 เรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยตัดความผิดตามมาตรา 22 ออกเพื่อให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 และให้บทบัญญัติดังกล่าวมีสภาพบังคับใช้ได้ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้เป็นแทน

“มาตรา 53 ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

2) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 สำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เพื่อให้รัฐไม่ต้องสูญเสียเงินรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความใน (2) ของอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(2) การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาทำงานครั้งละ 20,000 บาท”

5.2.5 เรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณี ที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป ควรแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่ นายทะเบียน เพื่อให้การจัดการในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว และมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงควรมีการเพิ่มมาตรา 28/1 และมาตรา 28/2 เป็นเนื้อความใหม่แทรกเข้าไปในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่ นายทะเบียน ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 28/1 และมาตรา 28/2 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“มาตรา 28/1 เมื่อคนต่างด้าวออกจากงาน ให้บุคคลที่รับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานกับตน แจ้งต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน

การแจ้งตามวรรคหนึ่งให้ทำตามแบบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา 28/2 ในกรณีที่คนต่างด้าวเลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ส่งมอบใบอนุญาตคืนให้แก่ นายทะเบียนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เลิกทำงานนั้น”

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้แก่ นายจ้าง และหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ นายจ้างหรือคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการแล้ว จะต้องมี การกำหนดโทษสำหรับการที่ นายจ้างหรือคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติแล้วแต่กรณีไว้ด้วย ฉะนั้นจึงต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อกำหนดโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้ ความผิดดังกล่าวอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการเปรียบเทียบ ทั้งนี้การกำหนดอัตราโทษปรับในความผิดดังกล่าวอาจนำบทกำหนดโทษในความผิด

ฐานอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และควรนำอัตราโทษสำหรับความผิดในการที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวและการที่คนต่างด้าวไม่คืนใบอนุญาตทำงาน ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเคยได้มีการบัญญัติโทษของการฝ่าฝืนบทกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาแล้ว มาประกอบการพิจารณากำหนดโทษสำหรับความผิดนี้ด้วย

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ รวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครอง มาปรับใช้กับกรณีที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดเรื่องการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ เนื่องจากการออกใบอนุญาตทำงานเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้งรับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้กำหนดให้กฎหมายเฉพาะจะต้องมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติราชการในเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของภาครัฐ ฉะนั้น เมื่อพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้บัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ จึงควรนำมาตรา 42 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้” มาบังคับใช้เพื่อให้ นายทะเบียนมีอำนาจเรียกให้คนต่างด้าวผู้ซึ่งครอบครองใบอนุญาตทำงานที่สิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน ให้ส่งใบอนุญาตทำงานคืนได้

ส่วนกรณีการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว แต่หากมีนายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคนต่างด้าวมิได้ทำงานกับนายจ้างตามที่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน เมื่อไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานได้มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนไปทำงานกับนายจ้างรายอื่นอีก จึงถือได้ว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคนต่างด้าวดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่ออกใบอนุญาตทำงาน กรณีเช่น

ว่าให้นายทะเบียนดังกล่าวยอมต้องเพิกถอนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ใบอนุญาตทำงานนั้นสิ้นผลลงได้ แต่เมื่อมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้นายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ออกใบอนุญาตทำงานมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตทำงานได้ เฉพาะในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตเท่านั้น ดังนั้น การเพิกถอนใบอนุญาตทำงานในกรณีที่นายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบจึงต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ในระดับหนึ่ง

D
P
U

DU
P
U

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กฎกระทรวงกำหนดงานและจำนวนเงินที่ลูกจ้างต้องส่งเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าว
กลับออกไปนอกราชอาณาจักร และหลักเกณฑ์และวิธีการในการส่งเงิน การออกไปรับ
หนังสือรับรอง และใบแทนหนังสือรับรองการส่งเงิน พ.ศ. 2553.
- กฎกระทรวงกำหนดงานและจำนวนเงินที่ลูกจ้างต้องส่งเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับ
ออกไปนอกราชอาณาจักร และหลักเกณฑ์และวิธีการในการส่งเงิน การออกไปรับ
หนังสือรับรอง และใบแทนหนังสือรับรองการส่งเงิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2556.
- กฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552
- กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาต การออกไปอนุญาต และการแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว
พ.ศ. 2554.
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2550, เมษายน). *AEC Blueprint*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557,
จาก http://dtm.go.th/images/stories/aecinfo/asean/aec_blueprint1.pdf
- _____. (ม.ป.ป.). *ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในเอเชีย-แปซิฟิก*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557, จาก
http://dtm.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7496%3A2012-01-17-21-02-05&catid=305%3Aapec&Itemid=793&lang=th
- _____. (ม.ป.ป.). *ภาพรวม FTA*. สืบค้นเมื่อ 14 มีนาคม 2557, จาก
http://dtm.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=7208%3A-fta&catid=356%3Afta&Itemid=792&lang=th
- กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย. (2518). *รวมกฎหมายแรงงาน 2518*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- กฤตยา อาชวนิจกุล และกฤตภา วจนสาระ. (2552). *การจ้างแรงงานข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กับการจัดทำบัญชีรายชื่ออาชีพ สำหรับคนต่างชาติ*
(รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.
- กฤตยา อาชวนิจกุล และคณะ. (2540). *บทสังเคราะห์สถานการณ์คนข้ามชาติและทางเลือกรับโยบาย
การนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ:
สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.
- กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน. (2550). *การศึกษาผลกระทบจากการทำ FTA ต่อ
แรงงานไทย* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.

- กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน. (2552). *การศึกษาการพัฒนาและแนวทางการแก้ไขพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 เพื่อกำหนดงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- _____. (2555). *การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.
- _____. (2547). *ความต้องการแรงงานในอาชีพและวิชาชีพที่ให้และห้ามคนต่างด้าวทำ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.
- กุศล สุนทรธาดา และอุมาภรณ์ ภัทรวานิชย์. (2540). *กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลักลอบเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.
- คณะทำงานด้านแรงงาน กลุ่มที่ 5. (2547). *เอกสารประกอบการประชุมนิติศาสตร์แห่งชาติ ครั้งที่ 4 ประจำปี พ.ศ. 2547 เรื่อง ผลกระทบของเขตการค้าเสรีต่อกฎหมายแรงงานไทย* (วันที่ 15-16 กันยายน 2547). กรุงเทพฯ: ศูนย์การประชุมสหประชาชาติ.
- คำสั่งกระทรวงแรงงาน ที่ 21/2554 เรื่อง แต่งตั้งนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554.
- คำสั่งกระทรวงแรงงาน ที่ 22/2553 เรื่อง แต่งตั้งนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553.
- คำสั่งกระทรวงแรงงาน ที่ 67/2555 เรื่อง แต่งตั้งนายทะเบียนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ลงวันที่ 29 มีนาคม พ.ศ. 2555.
- ชนินาฏ ลีตส์ และคณะ. (2548). *โครงการศึกษาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- ชลิดา โดสิตระกุล. (2548). *สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ชุมพร ปัจจุสานนท์ และคณะ. (2542). *งานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- _____. (2543). *ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กับนานาประเทศ และแนวทางการพัฒนาในอนาคต* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

- _____. (2551). *โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับปรุงระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- _____. (2552). *โครงการศึกษาผลกระทบจากการเปิดตลาดการค้าบริการวิชาชีพสถาปัตยกรรม* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์. (2512). *หลักรัฐศาสตร์*. พระนคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย.
- ต้องใจ สุทัศน์ ณ อยุธยา. (2545). *การส่งแรงงานไทยไปทำงานในต่างประเทศ: แนวโน้มและมาตรการเพื่อการดำเนินการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ทวี ชีระวงศ์เสรี. (2517). *สถานภาพทางกฎหมายของชาวจีนในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ. (2547, มิถุนายน). "ปัจจัยที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ." *บทบัณฑิตย*, 60. น. 60-63.
- _____. (2555). *สังคมกับกฎหมาย* (พิมพ์ครั้งที่ 4). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.
- เทียนฉาย กิระนันท์. (2538). *การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ*. นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.
- ธานินทร์ กรีชัยเชียร. (2539). *การตีความกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- _____. (2545). *ภาษากฎหมายไทย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ประกาศกรมการจัดหางาน เรื่อง กำหนดแบบแสดงรายการและสถานที่นำส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ลงวันที่ 25 มีนาคม พ.ศ. 2556.
- ประกาศกรมการจัดหางาน เรื่อง กำหนดสถานที่ยื่นคำขอและแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว ลงวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2554.
- ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.
- ประมวลกฎหมายอาญา.
- ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. (2550). *การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศ* *ไทย:ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ* (บทความวิจัย). กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2546). *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2551). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล*. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2538). *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ปรีดี เกษมทรัพย์. (2530, มีนาคม). “การใช้การตีความกฎหมาย.” *วารสารนิติศาสตร์*, 15(1). น. 65-82.

ผดุง ชันยากร. (2498). *สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

พรชัยประภาวณษ์. (2548). *การเจรจาเรื่องการเคลื่อนย้ายบุคคลระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ

พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522.

พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536.

พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543.

พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548.

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2545.

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534.

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.

พัชราวลัย วงศ์บุญสิน. (2552). *การย้ายถิ่น: ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. (2541). *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ ภาคที่ 1*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

_____. (2556). *เอกสารประกอบเสวนาวิชาการการทบทวนกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติ เพื่อเตรียมความพร้อมในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน ตอน พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

ไพรัช ถ้ายอง. (2545). *การจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานในประเทศอิสราเอล*. กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.

ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546.

รัชนีกร ลาภวนิชชา. (2555, มกราคม). “หลักการตีความกฎหมาย.” *60 ปีदारพร*, น. 211-237.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

ราชบัณฑิตยสถาน. (2554). *พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554*. กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2553, กรกฎาคม-สิงหาคม). “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน.” *วารสารจตุลนิติ*, 7(4). น. 53-84.

วิชัย โสสุวรรณจินดา และชนินาฏ ลีลส์. (2549). *กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

ส. พลายน้อย. (2516). *ชาวต่างชาติในประวัติศาสตร์ไทย* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

สมยศ เชื้อไทย. (2553). *ความรู้กฎหมายทั่วไป: คำอธิบายวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2551). *คู่มือแบบการร่างกฎหมาย*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน. (2557, พฤษภาคม). *ข้อมูลสถิติรายเดือน*. สืบค้นเมื่อ 15 พฤษภาคม 2557, จาก

<http://wp.doe.go.th/wp/images/statistic/sm/57/sm0457.pdf>

สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน. (2556). *วารสารสถิติจำนวนคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานทั่วราชอาณาจักร ประจำปี 2556*. กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

สุข เปรมนาวิน. (2512). *กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2*. พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สุฉวี นัฏราคม. (2523). *เศรษฐศาสตร์แรงงานระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: หอรัศนชัยการพิมพ์.

สุดาศิริ วสวงศ์. (2539). *การทำงานของคนต่างด้าว* (พิมพ์ครั้งที่ 3). กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

_____. (2555). *กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว*. กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

สุดาศิริ เสงพุลธนา. (2532). *คำบรรยายกฎหมายแรงงานและอุตสาหกรรม* (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

สุพัตตรา ชิมาคำ และบงกชมาศ เอกเยี่ยม. (2554, มกราคม). “แนวคิดและแนวทางการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติพม่า: บทบาทภาครัฐและภาคประชาสังคมในระดับท้องถิ่นกับการบริหารจัดการอย่างเป็นธรรม.” *วารสารการประชุมวิชาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ประจำปี 2554*. น. 410-415.

สุภางศ์ จันทวานิช และคณะ. (2542). *การย้ายถิ่นของผู้หญิงไทยไปเยอรมันนี้: สาเหตุ ชีวิตความเป็นอยู่และผลกระทบในประเทศไทยและเยอรมนี* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- หยุด แสงอุทัย. (2527). คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคดีบุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่ง
กฎหมาย กฎหมายสัญชาติ (พิมพ์ครั้งที่ 11). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- _____. (2548). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป (พิมพ์ครั้งที่ 16). กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.
- อ้อทิพย์ ราษฎร์นิยม และคณะ. (2551). การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงาน
ต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก
(รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.
- อัคราทร จุฬารัตน. (2549). การตีความกฎหมาย (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.
- อารยาชินวร โกมล. (2547). สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารธุรกิจ). กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ภาษาต่างประเทศ

- Alien Registration Act 1952.
- Employment (Amendment) Act, 1998.
- Employment (Restriction) Act, 1968.
- Employment Act, 1955.
- Employment of Foreign Manpower Act (Chapter 91A).
- Enforcement Decree of the Immigration Control Act 1993.
- Hans Kelsen. (1950). *The Law of United Nations*. New York: Frederick A. Praeger.
- Immigration Act (Chapter 133).
- Immigration Act 1959/63.
- Immigration Control Act 2002.
- Immigration Control and Refugee Recognition Act 1951.
- Immigration Regulations, 1963.
- Phillip C. Jessup. (1968). *The Law of United Nations. reprint*. New York: Archon Books.

กรม
การ
การ
การ

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551



พระราชบัญญัติ

การทำงานของคนต่างด้าว

พ.ศ. ๒๕๕๑

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๕๑

เป็นปีที่ ๖๓ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๘ ประกอบกับมาตรา ๓๒ มาตรา ๓๓ มาตรา ๓๔ และมาตรา ๔๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑”

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิก

(๑) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑

(๒) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔

มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับกับการปฏิบัติหน้าที่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว เฉพาะในฐานะ ดังต่อไปนี้

(๑) บุคคลในคณะผู้แทนทางทูต

(๒) บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล

(๓) ผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ

(๔) คนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อมาทำงานประจำอยู่กับบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) หรือ (๓)

(๕) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

(๖) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจเพื่อประโยชน์ในทางการศึกษา วัฒนธรรม ศิลปะ การกีฬา หรือกิจการอื่น ทั้งนี้ ตามที่จะได้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา

(๗) บุคคลซึ่งคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจอย่างหนึ่งอย่างใด โดยจะกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้

มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

“ทำงาน” หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม

“ใบอนุญาต” หมายความว่า ใบอนุญาตทำงาน

“ผู้รับใบอนุญาต” หมายความว่า คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาต

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๓ (๑) และ (๒) และมาตรา ๑๔ ให้ทำงานที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๕

“กองทุน” หมายความว่า กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

“คณะกรรมการกองทุน” หมายความว่า คณะกรรมการกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับ
ออกไปนอกราชอาณาจักร

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว

“คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์” หมายความว่า คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงาน
ของคนต่างด้าว

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

“นายทะเบียน” หมายความว่า อธิบดี และพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งตามข้อเสนอแนะ
ของอธิบดีเพื่อออกใบอนุญาตและปฏิบัติการอื่นตามพระราชบัญญัตินี้

“อธิบดี” หมายความว่า อธิบดีกรมการจัดหางาน

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๖ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มี
อำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ยกเว้น
ค่าธรรมเนียม และกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

หมวด ๑

การทำงานของคนต่างด้าว

ส่วนที่ ๑

บททั่วไป

มาตรา ๗ งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ให้เป็นไปตามที่กำหนด
ในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและ
ความต้องการแรงงานต่างด้าวที่เป็นต่อการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ จะกำหนดให้แตกต่างกันระหว่าง
คนต่างด้าวทั่วไปกับคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ ก็ได้

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการทำงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๒

มาตรา ๘ เพื่อประโยชน์ในการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานบางประเภทหรือบางลักษณะในราชอาณาจักร รัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานตามประเภทหรือลักษณะที่กำหนดในราชอาณาจักรก็ได้

ผู้ใดประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนด และชำระค่าธรรมเนียมก่อนทำสัญญาจ้างไม่น้อยกว่าสามวันทำการ

ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในวรรคสอง ต้องเสียเงินเพิ่มอีกหนึ่งเท่าของค่าธรรมเนียมที่ต้องชำระ

ส่วนที่ ๒

ใบอนุญาตทำงาน

มาตรา ๙ ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามมาตรา ๗ และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน แต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ

ในการออกใบอนุญาต นายทะเบียนจะกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติด้วยก็ได้

ใบอนุญาต การขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต และการแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

อธิบดีจะวางระเบียบเพื่อกำหนดแนวทางในการกำหนดเงื่อนไขตามวรรคสอง ให้นายทะเบียนต้องปฏิบัติก็ได้

มาตรา ๑๐ คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตตามมาตรา ๙ ต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๑ ผู้ใดประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งอยู่นอกราชอาณาจักรเข้ามาทำงานในกิจการของตนในราชอาณาจักร จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตและชำระค่าธรรมเนียมแทนคนต่างด้าวนั้นก็ได้

การขอรับใบอนุญาตแทนคนต่างด้าวตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๒ ในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว

เมื่อได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

ในระหว่างรอรับใบอนุญาตตามวรรคสอง ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๒๔ จนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาต

มาตรา ๑๓ คนต่างด้าวซึ่งไม่อาจขอรับใบอนุญาตตามมาตรา ๕ เพราะเหตุดังต่อไปนี้ อาจขอรับใบอนุญาตต่อนายทะเบียนเพื่อทำงานตามประเภทที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคม

(๑) ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศและได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ

(๒) เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง แต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

(๓) ถูกถอนสัญชาติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๓๗ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ หรือตามกฎหมายอื่น

(๔) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๓๗ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕

(๕) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ ประกาศตามวรรคหนึ่ง คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ด้วยก็ได้

การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามวิธีการที่กำหนด
ในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๔ คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับ
ประเทศไทย ถ้าได้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วย
คนเข้าเมือง อาจได้รับอนุญาตให้ทำงานบางประเภทหรือลักษณะงานในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว
ในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดได้ ทั้งนี้ เฉพาะการทำงานภายในท้องที่ที่อยู่ติดกับชายแดน
หรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าว

คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะทำงานตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานชั่วคราวพร้อม
กับแสดงเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางต่อนายทะเบียนและชำระค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดใน
กฎกระทรวง

ในการออกใบอนุญาต ให้นายทะเบียนระบุท้องที่หรือสถานที่ที่อนุญาตให้ทำงาน ระยะเวลา
ที่อนุญาตให้ทำงาน ประเภทหรือลักษณะงาน และนายจ้างที่คนต่างด้าวนั้นจะไปทำงานด้วย
ทั้งนี้ ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความในมาตรานี้จะใช้บังคับกับท้องที่ใด สำหรับคนต่างด้าวสัญชาติใด เพื่อทำงานประเภท
หรือลักษณะใด ในช่วงระยะเวลาหรือฤดูกาลใด โดยมีเงื่อนไขอย่างใด ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรี
กำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๑๕ ลูกจ้างซึ่งได้รับใบอนุญาตตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๓ (๑) และ (๒)
และมาตรา ๑๔ เฉพาะงานที่กำหนดในกฎกระทรวง ต้องส่งเงินเข้ากองทุนเพื่อเป็นประกันค่าใช้จ่าย
ในการส่งลูกจ้างนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยให้นายจ้างมีหน้าที่หักเงินค่าจ้างจากลูกจ้างนั้น
และนำส่งเข้ากองทุน

จำนวนเงินที่ลูกจ้างต้องส่งเข้ากองทุน การหักเงินค่าจ้าง และการนำส่งเงินค่าจ้างเข้ากองทุน
ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ กำหนดเวลา และอัตราตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
ทั้งนี้ จำนวนและอัตราดังกล่าวจะกำหนดให้แตกต่างกันสำหรับลูกจ้างซึ่งเป็นคนต่างด้าวแต่ละสัญชาติ
ก็ได้ โดยคำนึงถึงค่าใช้จ่ายในการส่งลูกจ้างแต่ละสัญชาติกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับลูกจ้างซึ่งมีหลักฐานใบรับตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง
แสดงว่าได้จ่ายเงินเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว หรือมีหนังสือรับรองตามมาตรา ๑๖ วรรคสอง และลูกจ้าง

ซึ่งปรากฏตามหลักฐานของนายทะเบียนว่าได้จ่ายเงินเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว ทั้งนี้ เฉพาะลูกจ้างซึ่งยังไม่เคยได้รับเงินคืนตามมาตรา ๑๘ หรือยังไม่เคยถูกส่งกลับตามมาตรา ๒๐

มาตรา ๑๖ เมื่อนายจ้างนำส่งเงินค่าจ้างของลูกจ้างผู้ใดเข้ากองทุนแล้ว ให้นายทะเบียนออกใบรับให้แก่ นายจ้าง โดยในใบรับนั้นอย่างน้อยต้องระบุชื่อและเลขประจำตัวของลูกจ้างซึ่งถูกหักค่าจ้าง จำนวนเงินที่นำส่ง และจำนวนเงินค้างส่ง และให้นายจ้างมอบใบรับให้แก่ลูกจ้างนั้นไว้เป็นหลักฐาน

เมื่อลูกจ้างถูกหักเงินค่าจ้างเพื่อนำส่งเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว ให้นายทะเบียนออกหนังสือรับรองให้แก่ลูกจ้างนั้นเพื่อเป็นหลักฐาน

ในกรณีที่หนังสือรับรองตามวรรคสอง สูญหายหรือเสียหาย ลูกจ้างมีสิทธิขอรับใบแทนจากนายทะเบียน

การออกใบรับตามวรรคหนึ่ง การออกหนังสือรับรองตามวรรคสอง และการออกใบแทนตามวรรคสาม ให้เป็นไปตามแบบ หลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๑๗ นายจ้างซึ่งไม่นำส่งเงินค่าจ้างตามมาตรา ๑๕ เข้ากองทุนหรือนำส่งไม่ครบถ้วน ต้องเสียเงินเพิ่มในอัตราร้อยละสองต่อเดือนของเงินค่าจ้างที่ไม่ได้นำส่งหรือนำส่งไม่ครบ

มาตรา ๑๘ ลูกจ้างซึ่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยค่าใช้จ่ายของตนเองมีสิทธิได้รับเงินค่าจ้างของตนที่ถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนคืน โดยยื่นคำร้องขอคืนต่อนายทะเบียน ณ ด่านตรวจคนเข้าเมืองที่ตนจะต้องผ่านเพื่อกลับออกไปนอกราชอาณาจักร หรือมีหนังสือแจ้งการขอคืนไปยังนายทะเบียน

การขอคืนเงินค่าจ้างตามวรรคหนึ่ง ลูกจ้างต้องแนบหลักฐานตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง ในกรณียังส่งเงินเข้ากองทุนไม่ครบถ้วน หรือหลักฐานตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ในกรณีส่งเงินเข้ากองทุนครบถ้วนแล้ว

ให้นายทะเบียนมีหน้าที่คืนเงินค่าจ้างตามวรรคหนึ่งให้แก่ลูกจ้างภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำร้องหรือหนังสือแจ้งการขอคืน แล้วแต่กรณี ในกรณีที่นายทะเบียนคืนเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเมื่อพ้นกำหนดเวลาดังกล่าว ให้นายทะเบียนคืนเงินพร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ครบกำหนดสามสิบวันดังกล่าวจนถึงวันที่นายทะเบียนคืนเงินค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง

การคืนเงินค่าจ้างและดอกเบี้ยตามมาตรา นี้จะคืนเป็นเงินสด หรือเช็คระบุชื่อลูกจ้าง หรือโอนเงินเข้าบัญชีเงินฝากของลูกจ้างก็ได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ที่อธิบดีกำหนด

มาตรา ๑๕ ลูกจ้างซึ่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง ถ้ามิได้ขอรับเงินค่าจ้างของตนที่ถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนคืนตามมาตรา ๑๔ ภายในสองปีนับแต่วันที่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร ให้เป็นอันหมดสิทธิที่จะได้รับเงินนั้นคืน และให้เงินนั้นตกเป็นของกองทุน

ในกรณีที่ลูกจ้างตามวรรคหนึ่งกลับเข้ามาในราชอาณาจักรและกลับเข้าทำงานตามใบอนุญาตเดิมที่ยังไม่สิ้นอายุ หรือได้ทำงานตามใบอนุญาตใหม่อันเป็นงานที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๕ แล้วแต่กรณี ภายในสองปีนับแต่วันที่กลับออกไปนอกราชอาณาจักร ลูกจ้างนั้นไม่ต้องถูกหักเงินค่าจ้างเพื่อนำส่งเข้ากองทุนอีก เว้นแต่เงินค่าจ้างที่ลูกจ้างนั้นเคยถูกหักและนำส่งเข้ากองทุนยังไม่ครบถ้วน ให้นายจ้างหักเงินค่าจ้างของลูกจ้างนั้นและนำส่งเข้ากองทุนจนกว่าจะครบถ้วน

มาตรา ๒๐ เมื่อมีกรณีที่จะต้องส่งลูกจ้างกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ให้กองทุนจ่ายเงินของกองทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการส่งลูกจ้างนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

ในกรณีที่ลูกจ้างซึ่งจะถูกส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรยังส่งเงินเข้ากองทุนไม่ครบถ้วน ให้กองทุนจ่ายเงินของกองทุนสมทบในส่วนที่ขาด เว้นแต่ลูกจ้างนั้นเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามความต้องการของนายจ้าง นายจ้างนั้นต้องรับผิดชอบในเงินจำนวนที่ลูกจ้างยังส่งเข้ากองทุนไม่ครบถ้วน และให้กองทุนเรียกเก็บเงินส่วนที่ยังขาดอยู่นั้นจากนายจ้าง

มาตรา ๒๑ ใบอนุญาตที่ออกให้ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้มีอายุไม่เกินสองปีนับแต่วันออก เว้นแต่ใบอนุญาตที่ออกให้แก่คนต่างด้าวตามมาตรา ๑๒ ให้มีอายุเท่าระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ

อายุใบอนุญาตตามวรรคหนึ่งไม่มีผลเป็นการขยายระยะเวลาอยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

มาตรา ๒๒ ในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา ๑๒ ได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็วและให้นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาต

มาตรา ๒๓ ก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุและผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะทำงานนั้นต่อไป ให้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตต่อนายทะเบียน

เมื่อได้ยื่นคำขอตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานไปพลางก่อนได้จนกว่า นายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาต

การต่ออายุใบอนุญาตให้ต่อได้ครั้งละไม่เกินสองปี โดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร และกรณีคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ (๑) และ (๒) ระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานติดต่อกันรวมแล้วต้องไม่เกินสี่ปี เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเป็นอย่างอื่นเป็นคราว ๆ ไป

การขอต่ออายุและการต่ออายุใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๔ ผู้รับใบอนุญาตต้องมีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนได้เสมอ

มาตรา ๒๕ ถ้าใบอนุญาตสูญหายหรือเสียหาย ให้ผู้รับใบอนุญาตยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบการสูญหายหรือเสียหาย

การขอรับใบแทนใบอนุญาตและการออกใบแทนใบอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๖ ผู้รับใบอนุญาตต้องทำงานตามประเภทหรือลักษณะงาน และกับนายจ้าง ณ ท้องที่หรือสถานที่และเงื่อนไขตามที่ได้รับอนุญาต

ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดประสงค์จะเปลี่ยนหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงาน นายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไข ต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน

การขออนุญาตและการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๗ ห้ามมิให้บุคคลใดรับคนต่างด้าวเข้าทำงาน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งมีใบอนุญาตทำงานกับตนเพื่อทำงานตามประเภทหรือลักษณะงานที่ระบุไว้ในใบอนุญาต ณ ท้องที่หรือสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาต

มาตรา ๒๘ ในกรณีที่ปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตให้นายทะเบียนมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาต

หมวด ๒

กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

มาตรา ๒๕ ให้จัดตั้งกองทุนขึ้นในกรมการจัดหางาน เรียกว่า “กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร” เพื่อเป็นทุนหมุนเวียนสำหรับใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งลูกจ้าง คนต่างด้าว และผู้ถูกสั่งเนรเทศกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ แล้วแต่กรณี

มาตรา ๓๐ ให้กองทุนประกอบด้วยเงินและทรัพย์สิน ดังต่อไปนี้

- (๑) เงินเพิ่มตามมาตรา ๘ วรรคสาม
 - (๒) เงินที่นายจ้างนำส่งเข้ากองทุนตามมาตรา ๑๕
 - (๓) เงินเพิ่มตามมาตรา ๑๖
 - (๔) เงินที่ตกเป็นของกองทุนตามมาตรา ๑๕ วรรคหนึ่ง
 - (๕) เงินที่เรียกเก็บจากนายจ้างตามมาตรา ๒๐ วรรคสอง
 - (๖) เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้อุทิศให้
 - (๗) เงินค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บได้ตามพระราชบัญญัตินี้ตามที่กระทรวงการคลังอนุญาตให้นำไปใช้จ่ายได้โดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน
 - (๘) ดอกผลของกองทุน
 - (๙) เงินอุดหนุนจากรัฐบาลตามมาตรา ๓๑ วรรคสอง
- เงินและทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งให้นำส่งเข้ากองทุนโดยไม่ต้องนำส่งคลังเป็นรายได้แผ่นดิน
- มาตรา ๓๑ เงินของกองทุนให้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้
- (๑) เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งลูกจ้างกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัตินี้
 - (๒) คืนให้แก่ลูกจ้างตามมาตรา ๑๘ และเป็นค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวกับการดังกล่าว
 - (๓) เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
 - (๔) เป็นค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการส่งผู้ถูกสั่งเนรเทศกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ

(๕) เป็นค่าใช้จ่ายอันจำเป็นต่อการบริหารกองทุนซึ่งต้องไม่เกินร้อยละสิบของดอกผลของกองทุน

(๖) เงินของกองทุนตามมาตรา ๓๐ (๗) และดอกผลของเงินดังกล่าวให้ใช้เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่เงินของกองทุนไม่เพียงพอสำหรับค่าใช้จ่ายตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐบาลจ่ายเงินอุดหนุนให้แก่กองทุนเป็นคราว ๆ ตามความจำเป็น

มาตรา ๓๒ ให้มีคณะกรรมการกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมการจัดหางาน เป็นรองประธานกรรมการ ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนสำนักงานประมาท ผู้แทนกรมการปกครอง ผู้แทนกรมบัญชีกลาง ผู้แทนกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ และผู้ทรงคุณวุฒิอื่นไม่เกินเจ็ดคนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจากผู้ซึ่งมีความเชี่ยวชาญทางด้านแรงงาน การเงิน การอุตสาหกรรม และกฎหมาย เป็นกรรมการ

ให้ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเป็นกรรมการและเลขานุการ คณะกรรมการกองทุนอาจแต่งตั้งข้าราชการกรมการจัดหางานเป็นผู้ช่วยเลขานุการได้ไม่เกินสองคน

มาตรา ๓๓ กรรมการกองทุนผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสามปี กรรมการกองทุนผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้ แต่ต้องไม่เกินสองวาระติดต่อกัน

มาตรา ๓๔ นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระ กรรมการกองทุนผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

- (๑) ตาย
- (๒) ลาออก
- (๓) เป็นบุคคลล้มละลาย
- (๔) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(๕) คณะรัฐมนตรีมีมติให้ออกเพราะบกพร่องหรือทุจริตต่อหน้าที่ มีความประพฤติเสื่อมเสีย หรือหย่อนความสามารถ

(๖) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

มาตรา ๓๕ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครอง ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการแต่งตั้งกรรมการกองทุน ผู้ทรงคุณวุฒิและการประชุมของคณะกรรมการกองทุนโดยอนุโลม

มาตรา ๓๖ ให้คณะกรรมการกองทุนมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการกองทุนเพื่อพิจารณา หรือปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการกองทุนมอบหมาย

ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการแต่งตั้งอนุกรรมการกองทุนและการประชุมของ คณะอนุกรรมการกองทุนโดยอนุโลม

มาตรา ๓๗ ให้คณะกรรมการกองทุนมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดแนวทาง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และลำดับความสำคัญของการใช้จ่ายเงินของ กองทุนในแต่ละปีตามวัตถุประสงค์ของกองทุน

(๒) กำหนดหลักเกณฑ์การคำนวณค่าใช้จ่ายอันจำเป็นในการส่งลูกจ้าง คนต่างด้าว หรือ ผู้ถูกสั่งเนรเทศแต่ละสัญชาติกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

(๓) พิจารณาจัดสรรเงินของกองทุนเพื่อใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ของกองทุนและตามแนวทาง และลำดับความสำคัญตาม (๑)

(๔) พิจารณาจัดสรรเงินของกองทุนให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องสำหรับทราดรองใช้จ่ายในการ ส่งลูกจ้าง คนต่างด้าว หรือผู้ถูกสั่งเนรเทศกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

(๕) ออกระเบียบเกี่ยวกับการรับเงิน การใช้จ่ายเงิน การเก็บรักษาเงิน การจัดหาผลประโยชน์ และการตรวจสอบภายในของกองทุน

(๖) ออกระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการจ่ายเงินของกองทุนให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อใช้ในการส่งลูกจ้าง คนต่างด้าว หรือผู้ถูกสั่งเนรเทศกลับออกไปนอกราชอาณาจักร และการเบิก จ่ายเงินทราดรองตาม (๔)

ข้อกำหนด ผลการพิจารณา และระเบียบตามมาตรา นี้ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ระเบียบตาม (๕) และ (๖) เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้
มาตรา ๓๘ ให้กรมการจัดหางานจัดทำบัญชีของกองทุนให้เป็นไปตามระบบการบัญชีที่
กระทรวงการคลังได้วางไว้

มาตรา ๓๙ ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินหรือผู้สอบบัญชีอิสระที่สำนักงานการตรวจ
เงินแผ่นดินให้ความเห็นชอบเป็นผู้สอบบัญชีของกองทุน

มาตรา ๔๐ ให้ผู้สอบบัญชีรายงานผลการสอบบัญชีต่อคณะกรรมการกองทุนเพื่อเสนอต่อ
คณะรัฐมนตรีภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันสิ้นปีบัญชี และให้กรมการจัดหางานเผยแพร่งบการเงิน
ที่ผู้สอบบัญชีรับรองแล้วภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีรับทราบ

หมวด ๓

คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว

มาตรา ๔๑ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว ประกอบด้วย
ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจ
และสังคมแห่งชาติ เลขาธิการสภาพความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักข่าวกรองแห่งชาติ
อัยการสูงสุด ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตร
และสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม
ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนองค์กรนายจ้างและผู้แทนองค์กรลูกจ้างฝ่ายละไม่เกินสามคน
และผู้ทรงคุณวุฒิอีกไม่เกินสี่คนซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจากผู้ซึ่งมี
ความเชี่ยวชาญด้านแรงงาน การอุตสาหกรรม และกฎหมาย เป็นกรรมการ

ให้อธิบดีเป็นกรรมการและเลขานุการ และผู้อำนวยการสำนักบริหารแรงงานต่างด้าว
เป็นกรรมการและผู้ช่วยเลขานุการ

การได้มา วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของผู้แทนองค์กรนายจ้างและ
ผู้แทนองค์กรลูกจ้าง และวาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและ
ประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๔๒ คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) เสนอนโยบายการทำงานของคนต่างด้าวต่อคณะรัฐมนตรี

(๒) เสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ และประกาศตามพระราชบัญญัตินี้

(๓) ติดตาม ดูแล และประสานการทำงานของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวตามนโยบายการทำงานของคนต่างด้าวที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(๔) กำกับการดำเนินงานของกรมการจัดหางานในการดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามนโยบายการทำงานของคนต่างด้าวที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(๕) ปฏิบัติหน้าที่อื่นตามที่คณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา ๔๓ การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดจึงจะเป็นองค์ประชุม

ในการประชุมของคณะกรรมการ ถ้าประธานกรรมการไม่อยู่ในที่ประชุมหรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการซึ่งมาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

มติของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งมีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา ๔๔ ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อปฏิบัติการตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

ให้นำความในมาตรา ๔๓ มาใช้บังคับกับการประชุมของคณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

หมวด ๔

คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว

มาตรา ๔๕ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงแรงงาน เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานอัยการสูงสุด ผู้แทนกรมพัฒนา

ธุรกิจการค้า ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนองค์กรนายจ้างและผู้แทนองค์กรลูกจ้างฝ่ายละหนึ่งคน และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกินสามคน เป็นกรรมการ

ให้อธิบดีแต่งตั้งข้าราชการของกรมการจัดหางานคนหนึ่งเป็นกรรมการและเลขานุการ และอีกสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

การได้มา วาระการดำรงตำแหน่ง และการพ้นจากตำแหน่งของผู้แทนองค์กรนายจ้างและผู้แทนองค์กรลูกจ้าง และวาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

มาตรา ๔๖ ในกรณีที่นายทะเบียนมีคำสั่งไม่ออกใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๑ มาตรา ๑๓ มาตรา ๑๔ หรือมาตรา ๒๖ หรือไม่ต่ออายุใบอนุญาตตามมาตรา ๒๓ หรือเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา ๒๘ ผู้ขอรับใบอนุญาต ผู้ขออนุญาต ผู้รับใบอนุญาต หรือผู้ถูกเพิกถอนใบอนุญาต แล้วแต่กรณี มีสิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อนายทะเบียนภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งดังกล่าว

ให้นายทะเบียนส่งคำอุทธรณ์พร้อมทั้งเหตุผลในการมีคำสั่งไม่ออกใบอนุญาต ไม่อนุญาต ไม่ต่ออายุใบอนุญาต หรือเพิกถอนใบอนุญาต ต่อคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับคำอุทธรณ์ และให้คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์วินิจฉัยคำอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำอุทธรณ์

คำวินิจฉัยของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ให้เป็นที่สุด

ในกรณีอุทธรณ์คำสั่งไม่ต่ออายุใบอนุญาตตามมาตรา ๒๓ ผู้อุทธรณ์มีสิทธิทำงานไปพลางก่อนได้จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์

มาตรา ๔๗ ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยคำสั่งทางปกครองและคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับกับการทำคำสั่งทางปกครองและการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์โดยอนุโลม

หมวด ๕
การกำกับดูแล

มาตรา ๔๘ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดี นายทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ ดังต่อไปนี้

- (๑) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริงรวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐาน
- (๒) เข้าไปในสถานที่ใดในระหว่างเวลาที่มีหรือเชื่อได้ว่ามีการทำงานในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ โดยต้องมีหมายของศาล เว้นแต่เป็นการเข้าไปในระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นถึงเวลาพระอาทิตย์ตก ในการนี้ ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงหรือเรียกเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ จากบุคคลที่รับผิดชอบหรือเกี่ยวข้องกับสถานที่ดังกล่าวได้

มาตรา ๔๙ นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมีบัตรประจำตัวตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง

มาตรา ๕๐ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้อธิบดี นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

ในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่พบคนต่างด้าวผู้ใดทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตอันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ และสั่งให้ไปรายงานตัวยังสถานีตำรวจพร้อมกับพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ยินยอมหรือจะหลบหนี ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับคนต่างด้าวผู้นั้นโดยไม่ต้องมีหมายจับ และให้นำตัวผู้ถูกจับไปยังที่ทำการของพนักงานสอบสวนโดยทันที ในการนี้ให้นำบทบัญญัติมาตรา ๘๑ มาตรา ๘๑/๑ มาตรา ๘๒ มาตรา ๘๓ มาตรา ๘๔ มาตรา ๘๕ และมาตรา ๘๖ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาใช้บังคับกับการจับตามมาตรานี้โดยอนุโลม

เพื่อประโยชน์ในการช่วยเหลือพนักงานสอบสวนในการสอบสวน รัฐมนตรีจะแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีความรู้ความชำนาญในการสอบสวนร่วมเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวล

กฎหมายวิธีพิจารณาความอาชญากรรมได้ ในกรณีเช่นนี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ช่วยเหลือพนักงานสอบสวนทำการสอบสวนในคดีความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ได้

การดำเนินการเกี่ยวกับการจับกุมตามวรรคสอง และการร่วมกันสอบสวนตามวรรคสาม ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีและผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติร่วมกันกำหนด

หมวด ๖

บทกำหนดโทษ

มาตรา ๕๑ คนต่างด้าวผู้ใดทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ในกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามวรรคหนึ่งยินยอมเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักรภายในเวลาที่พนักงานสอบสวนกำหนดซึ่งต้องไม่ช้ากว่าสามสิบวัน พนักงานสอบสวนจะเปรียบเทียบปรับและดำเนินการให้คนต่างด้าวนั้นเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้

มาตรา ๕๒ ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดทำงานอันเป็นการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๕ มาตรา ๑๓ มาตรา ๑๔ หรือมาตรา ๒๖ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

มาตรา ๕๓ ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่แจ้งต่อนายทะเบียนตามมาตรา ๒๒ หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๔ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

มาตรา ๕๔ ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๒๗ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท และถ้าคนต่างด้าวนั้นไม่มีใบอนุญาต ผู้กระทำต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาทต่อคนต่างด้าวที่จ้างหนึ่งคน

มาตรา ๕๕ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกหรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริงหรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐานแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๔๘ ทั้งนี้ โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท

มาตรา ๕๖ ความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากความผิดตามมาตรา ๕๑ ให้คณะกรรมการเปรียบเทียบซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้

คณะกรรมการเปรียบเทียบซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งตามวรรคหนึ่ง ให้มีจำนวนสามคนและคนหนึ่งต้องเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

เมื่อคณะกรรมการเปรียบเทียบได้เปรียบเทียบและผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่เปรียบเทียบภายในสามสิบวันแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

บทเฉพาะกาล

มาตรา ๕๗ ให้ออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามมาตรา ๗ ให้แล้วเสร็จภายในสองปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา ๗ ให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใด ๆ ได้ เว้นแต่งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา ๖ แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑

มาตรา ๕๘ คนต่างด้าวผู้ใดได้รับใบอนุญาตหรือได้รับการผ่อนผันให้ทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔ อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ถือว่าได้รับใบอนุญาตหรือได้รับอนุญาตให้ทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ ทั้งนี้ ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตหรือการผ่อนผันนั้น

ใบอนุญาตที่ออกให้ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๑๒๒ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ ให้ใช้ได้ต่อไปตราบเท่าที่ใบอนุญาตยังไม่สิ้นอายุ และผู้รับใบอนุญาตยังทำงานที่ได้รับอนุญาตนั้น

มาตรา ๕๙ บรรดาคำขอและคำอุทธรณ์ที่ได้ยื่นไว้ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๔ ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ถือว่าเป็นคำขอหรือคำอุทธรณ์ที่ได้ยื่นไว้ตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๖๐ บรรดาพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งของรัฐมนตรีหรืออธิบดี ซึ่งได้ออกหรือสั่งโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒)

พ.ศ. ๒๕๔๔ และยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ใช้บังคับได้ต่อไป
เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือเสมือนเป็นพระราชกฤษฎีกา
กฏกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งของรัฐมนตรีหรืออธิบดีที่ออกตามความใน
พระราชบัญญัตินี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

พลเอก สุรยุทธ์ จุลานนท์

นายกรัฐมนตรี

อัตราค่าธรรมเนียม

(๑) ใบอนุญาต	ฉบับละ	๒๐,๐๐๐ บาท
(๒) การต่ออายุใบอนุญาต	ครั้งละ	๒๐,๐๐๐ บาท
(๓) ใบแทนใบอนุญาต	ฉบับละ	๓,๐๐๐ บาท
(๔) การอนุญาตให้เปลี่ยนหรือ เพิ่มลักษณะงาน นายจ้าง หรือท้องที่หรือสถานที่ทำงาน ที่ได้รับอนุญาต หรือเงื่อนไข ในการอนุญาต	ครั้งละ	๕,๐๐๐ บาท
(๕) การจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการ	รายละ	๑๐,๐๐๐ บาท
(๖) ค่ายื่นคำขอ	ฉบับละ	๑,๐๐๐ บาท

ในการออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียม จะกำหนดค่าธรรมเนียมให้แตกต่างกัน โดย
คำนึงถึงสาขาอาชีพหรือสาขาอาชีพและท้องที่ทำงานของคนต่างด้าวก็ได้

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ ไม่สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และโดยที่แรงงานต่างด้าวเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศ กรณีจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ภาคผนวก ข
ระเบียบกรมการจัดหางาน
ว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วน พ.ศ. 2546

ระเบียบกรมการจัดหางาน

ว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

พ.ศ. ๒๕๔๖

เพื่อให้การรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของคนต่างด้าวตามมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ เป็นไปด้วยความเหมาะสม สะดวกและรวดเร็ว

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน (ฉบับที่ ๕) พ.ศ. ๒๕๔๕ อธิบดีกรมการจัดหางานจึงวางระเบียบไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ระเบียบนี้เรียกว่า “ระเบียบกรมการจัดหางาน ว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน พ.ศ. ๒๕๔๖”

ข้อ ๒ ระเบียบนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ ๓ ให้ยกเลิกระเบียบกรมการจัดหางาน ว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน พ.ศ. ๒๕๔๕

ข้อ ๔ งานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังต่อไปนี้ คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ซึ่งมีระยะเวลาการทำงานไม่เกินสิบห้าวัน ให้คนต่างด้าวแจ้งต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายตามแบบหนังสือแจ้งการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา ๗ (แบบ ตท.๑๑) ท้ายระเบียบนี้

(ก) งานบริหารงานและวิชาการ

- (๑) งานประชุม หรือ สัมมนา หรือเยี่ยมชมธุรกิจ
- (๒) งานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว
- (๓) งานบรรยายพิเศษ และวิชาการ
- (๔) งานอำนวยความสะดวก

(ข) งานด้านเทคนิค

- (๑) งานช่างตรวจสอบติดตามผลและแก้ไขปัญหาด้านเทคนิค
- (๒) งานประชุมเกี่ยวกับการติดตั้งเครื่องจักรและด้านเทคนิค
- (๓) งานวิศวกรเครื่องปั้น งานช่างเครื่องปั้น
- (๔) งานช่างซ่อมหรือติดตั้งเครื่องจักรกล
- (๕) งานช่างเทคนิคด้านปิโตรเลียม
- (๖) งานสาริตและทดสอบเครื่องมือกล
- (๗) งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค
- (๘) งานถ่ายทำภาพยนตร์และภาพนิ่ง

(ค) งานจัดหางานต่างประเทศ

- (๑) งานคัดเลือกคนงาน
- (๒) งานทดสอบฝีมือช่าง

(ง) งานให้บริการทางกฎหมายหรืองานอรรถคดี

- (๑) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาโตตุลาการ
- (๒) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาโตตุลาการ ถ้ากฎหมาย

ซึ่งบังคับใช้แก่ข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาโตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือ เป็นกรณีไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย

(จ) งานเบ็ดเตล็ด

(๑) งานจัดซื้อสินค้า

(๒) งานประสานงานการท่องเที่ยว

(๓) งานสาธารณกุศลที่ไม่มีวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือ
แสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ

(ฉ) งานอื่นที่อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายเห็นสมควร

ประกาศ ณ วันที่ ๒๕ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๔๖

นคร ศิลปอาชา

อธิบดีกรมการจัดหางาน

แบบ ตพ.๑๑

FORM 11



รูปถ่าย
applicants
picture
2x3 inches

เลขที่รับ.....

วันที่รับ.....

แบบหนังสือแจ้งการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา ๗

APPLICATION FOR URGENT DUTY UNDER ARTICLE 7

เขียนที่.....

Written at

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

Date Month Year

เรื่อง แจ้งการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

Subject: Informing of Urgent Duty

เรียน อธิบดีกรมการจัดหางานหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมาย

To : Director General/Official Entrusted by the Director General of Department of Employment

ข้าพเจ้านาย/นาง/นางสาว..... สัญชาติ.....

I (Mr./Mrs./Miss) last name list Nationality

อายุ.....ปี ถือหนังสือเดินทางเลขที่..... ออกให้ ณ ประเทศ.....

Age Years holding passport no. in used at

ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเมื่อวันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

Arrived in Thailand on date month year

โดยจะมาทำงานในตำแหน่ง/อาชีพ..... ระยะเวลา.....วัน

will work in the position of Period day

ตั้งแต่วันที่.....ถึงวันที่.....

From date to date

ท้องที่ทำงาน.....

Vicinity of work

ชื่อสถานที่ทำงานหรือนายจ้าง.....

Name of company or employer

ที่ตั้งสถานที่ทำงานเลขที่.....ตรอก/ซอย.....ถนน.....

Address lane st.

ตำบล/แขวง.....อำเภอ/เขต.....จังหวัด.....

Tumbon Umper/district Changwat

โทรศัพท์.....

Tel

ข้าพเจ้าขอรับรองว่า ข้อความข้างต้นเป็นความจริงทุกประการ

I certify that the above information is true

(ลายมือชื่อ).....ผู้แจ้ง

signature (.....) informer

(ลายมือชื่อ).....นายจ้าง

signature (.....) employer

ประทับตราของบริษัทห้าง,ร้านฯ (ถ้ามี)

seal of company

วันที่.....เดือน.....พ.ศ.....

date month year

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล	นางสาวนทวรรณ อุดมปนิช
วุฒิการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต (น.บ.) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เนติบัณฑิตไทย
ตำแหน่งและสถานที่ทำงาน	สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา นิติกรชำนาญการ กองนิติการ กรมการจัดหางาน

D
P
U