

ปัญหาการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย
ศึกษากรณีตามมาตรา 59 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการ
การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560¹

ชฎาภรณ์ พรหมเอียด²

แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวและกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎ กติกา เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยภาพรวมทั้งระบบตั้งแต่การเดินทางเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศไทย หรือการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการให้บริการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศ การทำงานของคนต่างด้าว โดยใช้เครื่องมือหรือกลไกการขออนุญาต ตลอดจนกระบวนการนำคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย โดยผิดกฎหมายเข้ามาอยู่ในระบบทะเบียนคนต่างด้าว ไปจนถึงกระบวนการส่งคนต่างด้าวกลับประเทศ เพื่อควบคุมและดูแลปัญหาคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรไทย และการกำหนดให้มีโทษอาญา เมื่อมีการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงกำหนดให้มีคณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อกำหนดทิศทางเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในภาพรวมของประเทศไทย อันเป็นการคุ้มครองการประกอบอาชีพของคนไทย โดยไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งอาชีพคนไทย และแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับความมั่นคงด้านแรงงาน เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศไทย จึงกล่าวได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชน เกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมาย หรือคนต่างด้าวที่ลักลอบเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายก็ตาม โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทย จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน และได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อน จึงจะมีสิทธิทำงานได้ อันเป็นข้อยกเว้นที่รัฐสามารถใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานหรือประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย เพื่อมิให้คนต่างด้าวมิสิทธิและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนไทย โดยการออกกฎหมายพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 รวมถึงการกำหนดนโยบายในการบริหารจัดการคนต่างด้าว หรือออกมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย สามารถขึ้นทะเบียนเพื่อทำงานบางประเภทได้ หรือการออกมติคณะรัฐมนตรีให้คนต่างด้าว

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ศึกษากรณีตามมาตรา 59 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ปริดา โขติมานนท์ และคณะกรรมการสอบ คือ รองศาสตราจารย์ ดร.รติชัย รดทอง และรองศาสตราจารย์ ดร.ปวีศร เลิศธรรมเทวี

² นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

ได้รับการผ่อนผันการอยู่ในราชอาณาจักรสามารถทำงานต่อไปได้ ก็ยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ทั้งหมด เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้ มีการย้ายถิ่นเข้ามาในเมืองใหญ่ โดยมีกลุ่มผู้ค้าแรงงานให้ความช่วยเหลือในการหลบหนี รวมถึงการยอมจ่ายค่าคุ้มครองเพื่อให้สามารถทำงานได้ โดยไม่ต้องดำเนินการยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานที่มีเงื่อนไขและขั้นตอนยุ่งยาก มีค่าใช้จ่ายค่อนข้างสูง และถูกจำกัดประเภทงานที่สามารถทำได้ ซึ่งรัฐบาลและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างมีความพยายามร่วมกันแก้ไขปัญหาระบบแรงงานที่เข้ามาทำงาน โดยผิดกฎหมายดังกล่าว ให้เป็นแรงงานที่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้สามารถบริหารจัดการคนต่างด้าวเหล่านั้นอย่างเป็นระบบ โดยปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ที่หิบบกมศึกษาเป็นส่วนหนึ่งของการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในมาตรา 59 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ได้แบ่งเป็นคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้น โดยมีใช้การได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน และคนต่างด้าวที่ได้เข้ามาทำงานภายใต้บันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านแรงงานระหว่างรัฐ หรือที่เรียกว่า Memorandum of Understanding (MOU) แม้จะมีการปรับปรุงแก้ไขสำหรับบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวแล้ว แต่ปรากฏว่าบทบัญญัติบางประการของกฎหมายก็ยังมีปัญหาในการบังคับใช้ และปัญหาการตีความข้อกฎหมาย ตลอดจนการดำเนินการตามหลักเกณฑ์และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ยังมีข้อบกพร่องที่ไม่สามารถแก้ไขปัญหาการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวได้อย่างครอบคลุม อีกทั้ง ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายให้สามารถทำงานในประเทศไทยในสภาวะการณ์ปัจจุบัน ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และไม่สามารถตอบโต้ หรือแก้ไขปัญหการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศได้อย่างแท้จริง

จากการศึกษาทำให้ทราบว่ามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ยังปรากฏปัญหาข้อกฎหมายในหลาย ๆ ด้าน และการขาดความชัดเจน ทั้งในทางปฏิบัติและในการตีความบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเนื้อหาของบทบัญญัติบางประการมีการขัดแย้งกันเองส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร โดยมีรายละเอียดประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

ประการแรก ปัญหาการตีความบทนิยามการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยการตีความบทนิยามการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ตามบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งได้กำหนดความหมายบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมิหนายจ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” แต่เมื่อได้บังคับใช้กฎหมายก็มีปัญหาข้อกฎหมายในการต้องพิจารณาตีความบทนิยามดังกล่าว แม้คำว่า “ทำงาน” อาจจะดูเป็นคำทั่วไป

ที่เข้าใจได้ง่ายแต่ในการบังคับใช้กฎหมายกลับมีปัญหาตามมา เนื่องจากคำนิยามของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีความหมายไว้ค่อนข้างกว้างและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน โดยในการบังคับใช้กฎหมายหลาย ๆ ครั้ง ต้องมาพิจารณาตีความว่าการกระทำหรือกิจกรรมใดของคนต่างด้าวเป็นการประกอบอาชีพตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวหรือไม่ เป็นรายกรณีไป ซึ่งก่อให้เกิดความสับสน และเป็นปัญหาในการบังคับใช้ย้อนกลับมาให้พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ต้องพิจารณาตีความเป็นปัญหาข้อกฎหมายที่มีการขอหรือในประเด็นดังกล่าวเรื่อยมา ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นกรมการจัดหางานผู้ซึ่งรับผิดชอบดูแลการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จะต้องพิจารณาตีความโดยอาศัยองค์ประกอบอื่น ๆ ในการตีความด้วย เช่น คนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายคนเข้าเมืองโดยการถือประเภทวีซ่าใด การกระทำหรือกิจกรรมของคนต่างด้าวนั้นถือเป็นการประกอบอาชีพตามที่กำหนดไว้ในมาตรฐานวิชาชีพหรือไม่ คนต่างด้าวนั้นมีรายได้หรือมีการเสียภาษีให้กับประเทศไทยหรือไม่ คนต่างด้าวนั้นมีทรัพย์สินอื่นที่อาจก่อให้เกิดรายได้หรือไม่ ตลอดจนคนต่างด้าวนั้นมีการทำสัญญาจ้างเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทยหรือไม่ อันเป็นการพิจารณาที่ต้องอาศัยองค์ประกอบนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

ประการที่สอง ปัญหาทางกฎหมายในการห้ามคนต่างด้าวประกอบอาชีพ ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตามบัญชีที่ 7 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยแห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 จะกล่าวได้ว่า สำหรับการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทยถูกจำกัดสิทธิไว้ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยการกำหนดควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวถูกกำหนดไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ว่า ห้ามคนต่างด้าวทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงาน หรือทำงานนอกเหนือจากที่มีสิทธิจะทำได้ อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชกำหนดนี้ ซึ่งหากคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตแล้ว กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ย่อมมีความผิดตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 101 วรรคหนึ่ง คนต่างด้าวจะต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 5,000 บาท ถึง 50,000 บาท และเมื่อได้ชำระค่าปรับแล้ว ให้ส่งคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยเร็ว ซึ่งหลักเกณฑ์สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ในการกำหนดสิทธิการทำงานของคนต่างด้าว คือ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายสามารถทำงานได้ทุกประเภท ยกเว้นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามที่กำหนดในประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ประกาศ ณ วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2563 ทั้งนี้ ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำฉบับดังกล่าวนี้ ใช้บังคับแทนพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ที่มีการยกเลิกไป

หลักเกณฑ์การพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานที่สำคัญนอกเหนือจากบทนิยามคำว่าทำงานแล้วนั้น การทำงานดังกล่าวก็ต้องไม่เป็นงานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ ตามประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนด

งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ลงวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2563 จำนวน 4 บัญชี รวม 40 งาน ได้แก่ บัญชีที่ 1 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด จำนวน 27 งาน บัญชีที่ 2 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยมีเงื่อนไขให้คนต่างด้าวทำงานได้ตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือพันธกรณีที่ประเทศไทยมีความผูกพันภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย จำนวน 3 งาน ซึ่งต้องเป็นคนต่างด้าวของประเทศที่มีข้อตกลงกับประเทศไทยเท่านั้น จึงจะสามารถทำได้ 3 อาชีพ ได้แก่ วิชาชีพบัญชี วิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพสถาปัตยกรรม บัญชีที่ 3 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยมีเงื่อนไขให้คนต่างด้าวทำงานฝีมือ หรือกึ่งฝีมือได้ ก็แต่เฉพาะงานที่มีนายจ้าง จำนวน 8 งาน ได้แก่ (1) งานกลีกรรม (2) งานช่างก่ออิฐหรือช่างไม้หรือช่างก่อสร้างอาคาร (3) งานทำที่นอน (4) งานทำมิด (5) งานทำรองเท้า (6) งานทำหมวก (7) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย (8) งานปั้นเครื่องดินเผา และบัญชีที่ 4 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยมีเงื่อนไข ได้แก่ งานกรรมกรและงานขายของหน้าร้าน ซึ่งให้คนต่างด้าวทำงานนั้นได้ก็แต่เฉพาะงานที่มีนายจ้างและได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ (MoU) จึงเป็นการให้สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นกลุ่มคนต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือบ้างกลุ่มเท่านั้นที่สามารถทำงานดังกล่าวได้เป็นการกำหนดกฎหมายที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายฉบับเดียวกัน

ประการที่สาม ปัญหาการจัดการทำงานของคนต่างด้าวผิดกฎหมาย ให้เป็นคนต่างด้าวภายใต้บันทึกความตกลง หรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ โดยอาศัยมติคณะรัฐมนตรีนั้น พบว่าตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันมีมติคณะรัฐมนตรีที่ออกเป็นทางแก้ไขปัญหาการทำงานของคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทยโดยผิดกฎหมายดังกล่าวมากมายหลายฉบับ ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 รัฐบาลไทยประกาศจดทะเบียนแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายในประเทศไทยครั้งแรก จนถึงปัจจุบันในช่วงระหว่าง ปี 2562 – 2566 ก็มีการแก้ไขปัญหาคคนต่างด้าวโดยการออกมติคณะรัฐมนตรี เพื่อย่นระยะเวลาของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายออกไป ซึ่งสาเหตุของการออกมติคณะรัฐมนตรีส่วนใหญ่ เป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบแนวทางการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวเป็นนโยบายระยะสั้น โดยการเปิดโอกาสให้จดทะเบียนแรงงาน บางครั้งเปิดให้จดทะเบียนได้เฉพาะแรงงานข้ามชาติที่ได้เคยจดทะเบียนไปแล้วในปีก่อนหน้า บางครั้งก็เปิดให้แรงงานข้ามชาติเข้าเมืองผิดกฎหมายกลุ่มใหม่ที่ไม่เคยจดทะเบียนมาก่อนสามารถที่จะจดทะเบียนได้ บางครั้งก็เปิดโอกาสให้ผู้ติดตามสามารถที่จะจดทะเบียนได้ และมีการใช้มติคณะรัฐมนตรีเพื่อผ่อนผันการอยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวที่ใกล้ครบระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด สามารถอยู่ในราชอาณาจักรต่อไปได้ โดยเฉพาะกลุ่มแรงงานไร้ฝีมือ ในกลุ่มประเทศเพื่อนบ้าน (สปป.ลาว กัมพูชา ลาว และเมียนมา) ที่ได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวเพื่อทำงานในราชอาณาจักร และใบอนุญาตทำงานและการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรยังไม่สิ้นสุดนั้น ได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งระยะเวลาในการได้รับการผ่อนผันตามมติคณะรัฐมนตรีอยู่ระหว่าง 6 เดือน – 2 ปี โดยส่วนมากมักจะเป็นการผ่อนผันแบบเป็นรายปี ซึ่งการให้คนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยผิดกฎหมาย ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง มีสถานะและสิทธิเป็นคนต่างด้าวภายใต้บันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทย

ทำกับรัฐบาลต่างประเทศ (MOU) กรณีพิเศษ โดยอาศัยเพียงมติคณะรัฐมนตรีนั้น เป็นเพียงการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าเท่านั้น ส่งผลให้สถานะทางกฎหมายของตัวแรงงานมีความไม่แน่นอนเงื่อนไขและสิทธิการทำงานอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของแต่ละรัฐบาล จึงไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาลักลอบเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมาย และไม่สามารถบริหารจัดการคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เป็นเพียงการยืดระยะเวลาของปัญหาออกไปเท่านั้น

จากการศึกษาว่าปัญหาการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย กรณีตามมาตรา 59 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะ ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาการตีความบทนิยามการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

เห็นว่าการกำหนดบทนิยามการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามที่ปรากฏในมาตรา 5 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 แม้จะได้กำหนดความหมายของการทำงานไว้ แต่ในการบังคับใช้ยังจะต้องใช้วิธีการตีความกฎหมายซึ่งเป็นการแก้ไขปัญหได้เพียงเป็นรายกรณี และเฉพาะครั้งเท่านั้น ตราบใดที่บทนิยามคำว่า “ทำงาน” พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ยังมิได้รับการปรับปรุงแก้ไขปัญหาคำกฎหมายดังกล่าว ในการตีความก็ยังคงต้องมีปัญหาเช่นนี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นจากตัวบทบัญญัติของบทนิยามดังกล่าวที่ได้กำหนดความหมายที่กว้างและไม่มีความชัดเจน อีกทั้ง ยังต้องไปพิจารณาถึงลักษณะของการประกอบอาชีพ ตามที่กำหนดในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิต ซึ่งกำหนดความหมายของคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพ หรือการปฏิบัติกิจการซึ่งจากการตีความจากกรณีดังกล่าว ทำให้เกิดการถกเถียงถึงความหมายที่ถูกต้องในการทำงาน และส่งผลกระทบต่อคนต่างด้าวในการเข้ามาทำกิจกรรมในประเทศไทย จนหลายครั้งทำให้เข้าใจได้ว่าทุก ๆ การกระทำหรือกิจกรรมของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำในประเทศไทยถือเป็นการทำงานทั้งสิ้น ดังนั้น แนวทางการแก้ไขปัญหาคำแก้ไขปัญหาคำนิยาม คำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 ควรจะต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติของบทนิยาม คำว่า “ทำงาน” ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้นและให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ โดยในแก้ไขบทนิยามควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายไม่ฟุ่มเฟือยและหลีกเลี่ยงการร่างบทนิยามที่มีลักษณะที่ต้องตีความถ้อยคำของบทบัญญัติ หรือพิจารณาองค์ประกอบอื่น ๆ จนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แท้จริงของบทนิยามดังกล่าว และไม่ควรกำหนดบทนิยามที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดาจนทำให้ผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่เกิดการสับสน เนื่องจากการกำหนดบทนิยามเป็นการกำหนดความหมายของคำที่จะใช้ในบังคับตามกฎหมายนั้น ซึ่งจะต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามในส่วนของการบังคับให้เหมือนกันทั้งหมดทุกมาตรา เพื่อให้แปลความหมายเหมือนกัน และผู้ศึกษามีความเห็น ว่า ควรกำหนดบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ดังกล่าวใหม่แทนนิยามเดิม โดยให้หมายความว่า “การใช้กำลังกาย หรือความรู้ เพื่อประกอบการงานขึ้น ด้วยประสงค์ค่าจ้าง หรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม ไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่มีนายจ้าง แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” ซึ่งจะทำให้

การดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย ไม่ต้องพิจารณาถึงการประกอบอาชีพ และไม่พิจารณาองค์ประกอบของการได้รับค่าจ้างของคนต่างด้าวดังกล่าว

2. ปัญหาการห้ามคนต่างด้าวประกอบอาชีพ ตามประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตามบัญชีที่ 7 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยแห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561

เห็นว่า ตามประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำในบัญชีที่ 4 เป็นการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยมีเงื่อนไขให้คนต่างด้าวทำงานนั้นได้ ก็แต่เฉพาะงานที่มีนายจ้างและเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ภายใต้บันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ (MoU) จำนวน 2 งาน ได้แก่ งานกรรมกร และงานขายของหน้าร้าน การกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตามบัญชีเป็นการกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวตามมาตรา 59 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 นั้น ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ (MOU) ซึ่งเป็นการที่เข้าเมืองมาโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง รวมถึงคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานกับในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศ เป็นกรณีพิเศษ (คนต่างด้าวตามมติคณะรัฐมนตรีเปิดให้มีการขึ้นทะเบียนคนต่างด้าวผิดกฎหมาย) ด้วย อันเป็นการกำหนดสิทธิการได้รับช้อยกเว้นของคนต่างด้าวบางกลุ่มไม่ให้เป็นไปตามกฎหมาย และกำหนดสิทธิดังกล่าวแตกต่างจากคนต่างด้าวกลุ่มอื่น ๆ ที่ถูกควบคุมไว้ภายใต้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ฉบับเดียวกัน โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 4 กำหนดไว้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง อันเป็นบทกฎหมายที่รับรองสิทธิและเสรีภาพของคนที่อยู่ในประเทศไทย สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายได้ให้การรับรองไว้ และตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าด้วยการจ้างแรงงานอพยพ ค.ศ. 1989 มาตรา 6 อนุมาตรา (1) กำหนดให้ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันจะต้องปฏิบัติต่อแรงงานที่เข้าเมือง โดยถูกกฎหมายอย่างเท่าเทียมกับคนในชาติของตนเอง ในเรื่องต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ นอกจากอนุสัญญาฉบับนี้แล้ว ยังมีข้อแนะฉบับที่ 86 ว่าด้วยการจ้างแรงงานอพยพ และตามอนุสัญญาฉบับที่ 143 ว่าด้วยความเสมอภาคของโอกาส และการปฏิบัติต่อแรงงานอพยพ ค.ศ. 1975 บัญญัติให้ประเทศสมาชิก มีการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเอาเปรียบคนต่างด้าว จากบทบัญญัติของอนุสัญญาและตามข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศนั้น จะเห็นได้ว่า ได้กำหนดให้คนต่างด้าวทั้งที่ชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็มีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกันกับแรงงานภายในประเทศบนพื้นฐานแห่งศักดิ์ศรีและความเท่าเทียมกันของมนุษย์ ซึ่งถือเป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นในการให้ความคุ้มครองคนต่างด้าวในด้านต่าง ๆ ซึ่งปัญหาการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบอาชีพ ตามประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตามบัญชีที่ (งานกรรมกร และงานขาย

ของหน้าร้าน) เป็นการกำหนดสิทธิให้คนต่างด้าวตาม (MOU) เท่านั้น ที่ได้รับการยกเว้นให้ทำงานที่กฎหมายห้ามไว้ จึงเป็นการให้สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นกลุ่มคนต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือเพียงบางกลุ่ม เท่านั้น ผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขในการทำงานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาถูกต้องตามกฎหมายดังกล่าวมานี้ เป็นการสร้างภาระให้กับนายจ้างและคนต่างด้าวให้แตกต่างไปจากสิทธิการทำงานของคนต่างด้าวประเภทอื่น ที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ย่อมทำให้เกิดความไม่เสมอภาคในการกำหนดสิทธิการทำงานของคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทย ซึ่งตามหลักความเสมอภาค ถือเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญที่เป็นที่ยอมรับในสังคมประชาธิปไตยว่ามนุษย์ทุกคนต่างมีความเท่าเทียมกันและห้ามมิให้รัฐในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจปกครองเลือกปฏิบัติ โดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องของถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกาย หรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจ และความสำคัญอีกประการหนึ่งของหลักความเสมอภาค คือ เป็นหลักที่ควบคุมมิให้รัฐใช้อำนาจอธิปไตยตามอำเภอใจ การกระทำของรัฐที่กระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคล หากเป็นการเลือกปฏิบัติด้วยการให้ประโยชน์แก่บุคคลใด ดังนั้น ทางออกของการแก้ปัญหา นี้ เพื่อไม่ให้กระทบถึงหลักความเสมอภาค จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติของกฎหมายตามประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตามบัญชี 4 ที่กำหนดให้สิทธิคนต่างด้าวตามมาตรา 59 (เฉพาะกลุ่ม MOU) เท่านั้น สามารถทำงานในลักษณะงานกรรมกรและงานขายของหน้าร้านได้ โดยการกำหนดให้งาน 2 ประเภทนี้ ซึ่งเป็นประเภทงานไร้ฝีมือไปรวมเข้ากับงานที่กำหนดในบัญชี 3 และกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไข เพื่อควบคุมการทำงานไว้ โดยไม่กำหนดให้สิทธิแต่เพียง (เฉพาะกลุ่ม MOU) เท่านั้น ที่สามารถทำงานดังกล่าวได้

3. ปัญหาการจัดการทำงานของคนต่างด้าวผิดกฎหมายให้เป็นคนต่างด้าวภายใต้บันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศโดยอาศัยอำนาจอธิปไตยของรัฐมนตรี

เห็นว่า การใช้มติดิฉันรัฐมนตรี เพื่อแก้ไขปัญหาการจัดการทำงานของคนต่างด้าวผิดกฎหมายไม่ใช่แนวทางแก้ไขปัญหานี้ในระยะยาว ส่งผลให้สถานะทางกฎหมายของตัวแรงงานมีความไม่แน่นอนเงื่อนไขและสิทธิการทำงานอาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามนโยบายของแต่ละรัฐบาล รวมถึงการดำเนินการเปิดให้จดทะเบียนกับหน่วยงานราชการเป็นต้นทุนที่คนต่างด้าวต้องแบกรับในความไม่สะดวกและมีค่าใช้จ่ายที่สูงเมื่อเทียบกับค่าจ้างที่ตัวคนต่างด้าวได้รับจากนายจ้าง ซึ่งในบางกรณีการมีใบอนุญาตทำงานและเอกสารที่ถูกต้องตามกฎหมาย อาจเป็นการผูกมัดคนต่างด้าวกับชื่อนายจ้างคนใดคนหนึ่ง ทำให้นายจ้างใช้เป็นข้อต่อรองในการข่มขู่หรือใช้อำนาจเหนือคนต่างด้าวเสียเอง จึงกล่าวได้ว่า การใช้มติดิฉันรัฐมนตรีมีทั้งข้อดีและข้อเสียหลายประการ เช่น การวางแผนเศรษฐกิจของประเทศในระยะยาว โดยเฉพาะเรื่องความมั่นคงของกำลังแรงงาน ซึ่งเป็นปัจจัยการผลิตที่สำคัญของภาคเอกชน ความไม่แน่นอนของนโยบายทำให้แรงงานหลบหนีเข้าเมืองผิดกฎหมาย และนายจ้างอาจจะไม่เกิดแรงจูงใจมากพอที่จะปฏิบัติตามนโยบายของรัฐบาลที่มีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา เป็นการก่อปัญหาในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศที่จะส่งผลกระทบระยะยาว แม้ว่าการออกมติดิฉันรัฐมนตรีเป็นครั้งคราวโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้น จะเป็นวิธีการแก้ไขปัญหานี้ได้

อย่างรวดเร็วกว่าการออกกฎหมาย แต่สามารถแก้ไขปัญหาไปได้เพียงระยะเวลานั้น ๆ เท่านั้น เนื่องจากนายจ้างและคนต่างด้าวต่างรอคอยมติคณะรัฐมนตรีที่จะออกมาเยียวยา แก้ไขปัญหาของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานผิดกฎหมายอยู่เรื่อยไป ไม่เร่งดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และมติคณะรัฐมนตรีที่ขยายระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ทำให้เกิดการเพิกเฉยต่อความพยายามในการแก้ไขปัญหาของผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ดังนั้น เพื่อให้การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวเป็นไปตามกฎหมายและบรรลุลักษณะประจักษ์ในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ควรมีการแก้ไขปรับปรุงและทบทวนปัญหาของคนต่างด้าว โดยดำเนินการบังคับใช้มาตรการของกฎหมายที่มีอยู่ทั้งกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว สำหรับคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรโดยผิดกฎหมาย ด้วยการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดถึงสิทธิการอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 2 ปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 59 วรรคสอง แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และการต่ออายุใบอนุญาตทำงานได้ตามระยะเวลาที่คนต่างด้าวร้องขอ แต่ไม่เกินครั้งละ 2 ปี ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 67 วรรคสอง แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และเมื่อสิ้นสุดระยะเวลาการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรดังกล่าวแล้ว คนต่างด้าวจะต้องเดินทางกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก่อน เป็นระยะเวลา 30 วัน แต่หากคนต่างด้าวมีความประสงค์จะทำงานกับนายจ้างในราชอาณาจักร สามารถยื่นขออนุญาตกลับเข้ามาทำงานอยู่ในราชอาณาจักรได้อีกครั้งหนึ่ง รวมถึงควรหลีกเลี่ยงการออกมมติคณะรัฐมนตรีเพื่อใช้แก้ปัญหาลับลอบเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายหรือการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวผิดกฎหมายที่กำหนดวางนโยบายระยะสั้น ตามที่เคยดำเนินการมาและทยอยผลักดันคนต่างด้าวที่อยู่ในราชอาณาจักรตามมติคณะรัฐมนตรีฉบับต่าง ๆ ที่ใกล้ครบระยะเวลากลับไปยังประเทศต้นทางตามที่กฎหมายกำหนด เพื่อรักษาความมั่นคงภายในประเทศ และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเพื่อให้กลไกของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานคนต่างด้าว มีประสิทธิภาพสอดคล้องกับแนวทางบริหารจัดการการทำงานคนต่างด้าวตามที่กฎหมายกำหนดต่อไป

เอกสารอ้างอิง

กรมการจัดหางาน กองนิติการ. หนังสือรวมกฎหมายกรมการจัดหางาน. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ม.ป.ท., 2566.

คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ. ความมุ่งหมายและคำอธิบายประกอบรายการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560. พิมพ์ครั้งที่ 1, กรุงเทพมหานคร: สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2562.

ปรีดี เกษมทรัพย์. “การใช้การตีความกฎหมาย”. วารสารนิติศาสตร์ 15, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2530): 65-82.

พฤกษ์ เถาวิล และสุธีร์ สาตราคม. “MOU การจ้างงานข้ามชาติ: เสรีนิยมใหม่ การคุ้มครองแรงงานและการปรับยุทธศาสตร์การกำกับควบคุมของรัฐ”. วารสารสังคมลุ่มน้ำโขง 7, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2554): 1-26.

ภักสิริ แอนิน. “แรงงานต่างด้าว: การบริหารจัดการในประเทศไทย”. วารสารศิลปะการจัดการ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย 2, 2 (พฤษภาคม - สิงหาคม 2561): 117-121.

ณภัทร นิมะสะอาด. “ปัญหาในการควบคุมแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย: ศึกษากรณีตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2556.

ดิเรก บวรสกุลเจริญ. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับแรงงานต่างด้าว: ศึกษากรณีการทำงานของคนต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมาย”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2547.

มนทวรรณ อุดมปณิธ. “มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย ศึกษากรณี พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2557.

อารยา ชินวร โกมล. “สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.