

มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว

กษิดิ์เดช สุทธิวานิช¹ สุขสมัย สุทธิบดี²

อุทัย อาทิวะ³ สมจิตร์ ทองศรี⁴

บทคัดย่อ

บทความวิจัยนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาสภาพปัญหาในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทย เปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวในกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ และเพื่อนำผลการศึกษามาวิเคราะห์ และแสวงหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้มีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ ผู้วิจัยใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูล ประกอบด้วย การวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เจาะลึก และการสนทนากลุ่ม และวิเคราะห์ข้อมูลโดยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหาและเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย พบว่า (1) สิทธิในการมีสัญญาจ้างงานของคนต่างด้าว กรณีที่กฎหมายให้นายจ้างทำเป็นหนังสือและสำเนาให้ลูกจ้าง มีการกำหนดโทษปรับที่ไม่ได้สัดส่วนกับการฝ่าฝืนกฎหมาย (2) สิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว กรณีที่ลูกจ้างต้องหานายจ้างรายใหม่ ให้นายทะเบียนขยายระยะเวลาออกไป และให้ลูกจ้างมีสิทธิโต้แย้ง โดยอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียน ในกรณีที่คนต่างด้าวไม่ได้รับอนุญาตให้เปลี่ยนนายจ้าง (3) สิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งกลับประเทศต้นทาง พบว่า การส่งตัวแรงงานต่างชาติดังกล่าวกลับออกนอกประเทศได้เฉพาะจากการตัดสินใจของหน่วยงานตามกฎหมายและต้องได้รับการแจ้งเหตุผล และมีสิทธิอุทธรณ์ก่อนถูกส่งตัวกลับออกนอกประเทศ โดยกำหนดให้ความคุ้มครองทางกงสุลไว้ด้วย และ (4) สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม พบว่า มีการนำหลักสิทธิมนุษยชนมาเป็นแนวทางในการเคารพสิทธิมนุษยชน และปฎิญาสาเกล้าด้วยสิทธิมนุษยชน

คำสำคัญ: คนต่างด้าว; สิทธิคนต่างด้าว; การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว

ประเภทบทความ: บทความวิจัย

การอ้างอิง:

กษิดิ์เดช สุทธิวานิช, สุขสมัย สุทธิบดี, อุทัย อาทิวะ และสมจิตร์ ทองศรี. (2565). มาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว. *วารสารดุสิตบัณฑิตทางสังคมศาสตร์*, 12(2), 409-423.

¹ หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

2086 ถนนรามคำแหง แขวงหัวหมาก เขตบางกะปิ กรุงเทพมหานคร 10240, ประเทศไทย

อีเมล: kasidech10581@hotmail.com

² คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

³ สำนักงานอัยการสูงสุด

⁴ ศาลฎีกา

Legal Measures for the Alien Working Management

Kasidech Sutthiwanich¹ Suksmai Sutthibodee²

Uthai Arthivech³ Somchit Thongsri⁴

Abstract

This research article aimed at studying nature of problems of protecting aliens' rights, legal measures for the alien working management of Thailand and comparison of protecting aliens' rights recognized by laws relating to the alien working management between Thailand and foreign countries, analyzing and seeking appropriate legal measures to be included in law amendment for more completion and benefits of the country. This research used qualitative research comprising with documentary research, in-depth interview and focus group discussion for analysis by content analysis and constant comparison.

The research resulted (1) A right to the alien employment agreement: as provisions of law required employer to make it in writing and keep its duplicate, as penalty fine found disproportionated to nature of contravention; (2) A right to select work: where any alien worker has to find new employer, extension of timeframe by the registrar should be provided with the alien worker' right to contradict by appealing the registrar's order to deny change of employer; (3) A right during pre-deportation to their country of origin: expulsion permitted by the competent authority's decision only, notification of its reason, right to appeal exercised by the alien workers prior to expulsion together with assertion of diplomatic protection are suggested and (4) A right to access justice process: to apply with the alien workers by virtue of international organizations adhered to human rights principle as appeared in the Universal Declaration of Human Rights.

Keywords: Alien Worker; Rights of Alien Workers; Alien Working Administration

Type of Article: Research Article

Cite this article as:

Sutthiwanich, K., Sutthibodee, S., Arthivech, U., & Thongsri, S. (2022). Legal Measures for the Alien Working Management. *Ph.D. in Social Sciences Journal*, 12(2), 409-423.

¹ Doctor of Laws Program, Ramkhamhaeng University,
2086 Ramkhamhaeng Road, Haumark, Bangkok, Bangkok 10240, Thailand
Email: kasidech10581@hotmail.com

² Faculty of Law, Ramkhamhaeng University

³ Office of the Attorney General

⁴ Supreme Court of Thailand

ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

จากข้อมูลสถิติคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงาน ซึ่งจัดทำขึ้นโดยสำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน ทั่วราชอาณาจักรไทย มีคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงาน จำนวนทั้งสิ้น 2,189,868 คน จะเห็นได้ว่า ในจำนวนคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานนี้มีหลากหลายสัญชาติ เชื้อชาติ แต่มีกลุ่มคนต่างด้าวที่สำคัญสามสัญชาติ ได้แก่ เมียนมา ลาว และ กัมพูชา โดยเฉพาะคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ทำงานและอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ตามมติคณะรัฐมนตรีซึ่งได้ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแล้ว และคนต่างด้าวที่นำเข้ามาตามบันทึกความเข้าใจ (MOU) รวมกันมีจำนวนมากถึง 1,870,715 คน คิดเป็นสัดส่วนประมาณร้อยละ 90 ของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานทั่วราชอาณาจักร กระจายอยู่ทั่วทุกจังหวัดของประเทศไทย (Foreign Workers Administration Office, 2018) เมื่อรัฐบาลออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ทำให้เกิดผลกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงานต่างด้าวตามมาตรฐานแห่งสิทธิในระดับสากล ระดับภูมิภาค และระดับประเทศ ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการมีสัญญาจ้างงานของคนต่างด้าว จากสถิติข้อมูลงานวิจัยการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย พบว่า ตัวอย่างที่เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยร้อยละ 97.5 ไม่มีสัญญาจ้างแรงงาน (International Labor Office, 2007) และในทางปฏิบัติไม่สามารถที่จะควบคุมหรือแก้ปัญหาได้ แม้จะมีมาตรการลงโทษนายจ้างกรณีไม่อาจแสดงสัญญาจ้างงาน เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ขอตรวจสอบตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย

2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว ในปัจจุบันคนต่างด้าวที่ขึ้นทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีใบอนุญาตทำงานมีสิทธิ

ในการเปลี่ยนงาน เปลี่ยนนายจ้าง ซึ่งตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ได้เปลี่ยนจากการใช้ระบบอนุญาตมาเป็นระบบแจ้งให้ทราบ เพื่อลดระยะเวลาและอำนวยความสะดวก

2.1 ระยะเวลาการแจ้งเข้าแจ้งออก ด้วยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มีหลักการที่แตกต่างจากพระราชกำหนดการบริหารคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ค่อนข้างมากและบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่ชัดเจน เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ ซึ่งเจ้าหน้าที่ของแต่ละจังหวัดทั่วประเทศยังมีการปฏิบัติงานที่ต่างกันอย่างเห็นได้ชัด โดยเฉพาะการปรับเปลี่ยนระบบจากการขออนุญาตมาเป็นการแจ้งให้ทราบ

2.2 การเปลี่ยนนายจ้างภายในระยะเวลา 30 วัน ในกรณีระยะเวลา 30 วัน ที่ลูกจ้างต้องหานายจ้างรายใหม่ เป็นระยะเวลาที่ยังไม่เหมาะสม และอาจถือเป็นข้อจำกัดสิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว หากคนต่างด้าวหานายจ้างรายใหม่ไม่ทันภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นเพราะเหตุใด จะทำให้คนต่างด้าวที่ขึ้นทะเบียนถูกต้องตามกฎหมายและมีใบอนุญาตทำงาน และได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรต้องเปลี่ยนสถานะเป็นผู้ที่อยู่ในราชอาณาจักรโดยผิดกฎหมายทันที

3. ปัญหาการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

3.1 สิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งกลับประเทศต้นทาง กรณีคนต่างด้าวซึ่งถูกเลิกจ้างหรือสัญญาจ้างสิ้นสุดและต้องถูกส่งตัวกลับประเทศต้นทาง แต่ยังมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการจ้างงานกับนายจ้าง คนต่างด้าวจะขอใช้สิทธิอยู่ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวเพื่อใช้สิทธิทางศาลในการฟ้องร้องต่อผู้ผิด เรียกร้องค่าจ้าง และค่าเสียหาย หลังจากนั้นจึงเดินทางกลับประเทศต้นทาง

3.2 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ผลสำรวจดัชนีสถานการณ์คอร์รัปชันของประเทศไทย (CSI) ว่า ค่าดัชนีสถานการณ์คอร์รัปชันไทยในการสำรวจครั้งแรกของปี 2561 อยู่ระดับ 55 ปรับตัวดีขึ้นจากการสำรวจครั้งก่อนในเดือนธันวาคมปี 2560 อยู่ที่ระดับ 52 สาเหตุการคอร์รัปชัน ส่วนใหญ่เกิดจากความล่าช้า ความยุ่งยากในขั้นตอนการดำเนินงานของราชการ กฎหมายเปิดช่องเอื้อต่อการทุจริต และความไม่เข้มงวดของการบังคับใช้กฎหมาย

จากสภาพปัญหาดังกล่าวข้างต้น การออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยอ้างว่า เป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วน อันมีอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าว ก่อให้เกิดกระแสวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางและได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ซึ่งแสดงให้เห็นว่า พระราชกำหนดฉบับดังกล่าว ยังมีข้อบกพร่องอันส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมาย และไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงในสังคม ดังนั้น จึงควรศึกษาหลักเกณฑ์ มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมและชัดเจน เพื่อการพัฒนากฎหมายของประเทศไทย

วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาสภาพปัญหาในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทย
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวในกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อนำผลการศึกษามาวิเคราะห์และแสวงหา มาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงาน

ของคนต่างด้าวให้มีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ

ขอบเขตของการวิจัย

1. ด้านเนื้อหา ทำการศึกษาและวิเคราะห์ เอกสารกฎหมาย ระเบียบ กติการะหว่างประเทศและอนุสัญญาระหว่างประเทศที่ประเทศไทยได้ให้ความร่วมมือ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ องค์การสหประชาชาติ และข้อตกลงด้านแรงงานภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เพื่อให้ทราบถึงสภาพปัญหาในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของ คนต่างด้าวในต่างประเทศ และสำหรับประเทศไทย ทำการศึกษาวิเคราะห์พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยทำการศึกษาเฉพาะกลุ่มคนต่างด้าวสัญชาติ เมียนมา ลาว และกัมพูชา ที่หลบหนีเข้าเมืองได้รับการผ่อนผันให้ทำงานและอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้ผ่านการพิสูจน์สัญชาติและปรับสถานการณ์เข้าเมืองถูกกฎหมายเรียบร้อยแล้ว รวมทั้งคนต่างด้าวนำเข้าตามบันทึกความเข้าใจ (MOU)

2. ด้านประชากรและตัวอย่าง

ประชากร ประกอบด้วย การสัมภาษณ์เชิงลึก แบ่งประชากรผู้ให้ข้อมูลสำคัญจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีคุณสมบัติเป็นผู้เชี่ยวชาญและมีความสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมาย จำนวน 4 กลุ่ม คือ กลุ่มผู้ให้ข้อมูลภาครัฐ ผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชน นักวิชาการด้านแรงงาน และผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย และการสนทนากลุ่ม ประกอบด้วย ผู้พิพากษา พนักงานอัยการ

ทนายความ ตำรวจ และผู้ทรงคุณวุฒิหรือนักวิชาการด้านกฎหมาย

ตัวอย่าง ประกอบด้วย ผู้วิจัยเลือกตัวอย่างโดยใช้วิธีการแบบเจาะจง (purposive sampling) ในการสัมภาษณ์เชิงลึก จำนวน 35 คน และการสนทนากลุ่มจำนวน 8 คน

ประโยชน์ที่ได้รับจากการวิจัย

1. ทำให้ทราบถึงสภาพปัญหาในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทย

2. ทำให้ทราบถึงความแตกต่างเรื่องการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวในกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ

3. ทำให้สามารถนำผลการศึกษาวิเคราะห์ และแสวงหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวให้มีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ

แนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

แนวความคิดที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าว

ปรากฏชัดในอารัมภบทของธรรมนูญองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (The ILO Constitution's Preamble) ที่กำหนดเป้าหมายการดำเนินงาน ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของคนงานที่ต้องทำงานในประเทศที่มีใช้ประเทศของตนเองเป็นสิ่งจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องกระทำ เพื่อปรับปรุงสภาพการทำงานของคนงานให้มีความเป็นธรรม และนอกจากแรงงานต่างด้าวจะมีสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการทำงานแล้ว ในการคุ้มครองสิทธิอันเกี่ยวกับครอบครัวยังมีที่มาจาก

องค์การสหประชาชาติที่ได้ใช้เป็นแนวคิดในการบัญญัติอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวด้วย (Kittijaros, 2001, p. 6-9)

ทฤษฎีเกี่ยวกับโทษปรับและการบังคับโทษปรับ

จุดมุ่งหมายของการลงโทษปรับที่กระทบต่อทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด เป็นการป้องปรามผู้กระทำความผิดให้เซ็ดหลาบหวาดกลัวมากขึ้น นักกฎหมายทั่วไปเห็นว่า โทษปรับไม่มีลักษณะของการข่มขู่ยับยั้งให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวเหมือนโทษจำคุก คำพิพากษาศาลส่วนใหญ่จึงใช้โทษจำคุกเป็นโทษหลักในการลงโทษเสมอมา แต่เมื่อรัฐต้องเผชิญกับสภาพปัญหาคนล้นคุก จึงมีการเรียกร้องให้ลดการใช้โทษจำคุกลง เพื่อบรรเทาภาระที่รัฐต้องแบกรับจากการนำผู้กระทำความผิดจำนวนมหาศาลเข้าสู่เรือนจำ โทษปรับจึงเป็นมาตรการประการหนึ่งที่มีการหยิบยกขึ้นมาพิจารณาเพื่อใช้แทนที่โทษจำคุก (Arthivech, 2018, p. 346)

มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในต่างประเทศ

ในระดับสากลตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 97 มีการรับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในการทำสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนในระดับสหภาพยุโรป ตาม Council Directive 91/533/EEC ลูกจ้างทุกประเภทที่ได้รับค่าจ้างมีสิทธิในการทำสัญญาจ้างแรงงาน และระดับอาเซียน ในด้านทามติอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ ได้รับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติ ในการได้รับสัญญาจ้างแรงงานที่เป็นลายลักษณ์อักษร การแจ้งและรับทราบข้อสัญญาและเงื่อนไขการจ้างงานที่สอดคล้องกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ และนโยบายของประเทศ

1. สิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าวในระดับประเทศการบริหารจัดการและคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างด้าวเกี่ยวกับระบบใบอนุญาตของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) กำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติได้ (Olivier, 2017) และเกาหลีใต้กำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติได้โดยมีระบบการจ้างแรงงานตามปกติและมีระบบอนุญาตจ้างแรงงานต่างชาติ ส่วนรัฐอิสราเอล ซึ่งกำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติได้ โดยนายจ้างต้องได้รับวีซ่าหรือใบอนุญาตจากสำนักงานประชากรและตรวจคนเข้าเมือง (PIBA) สังกัดกระทรวงมหาดไทยก่อน เพื่อรับโควตาแรงงานต่างชาติเข้าทำงานได้เต็มเวลา แรงงานต่างด้าวต้องทำงานให้ตรงกับงานและพื้นที่ที่ระบุไว้ในวีซ่า (Department of Population and Immigration, 2017, p. 5)

2. สิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งกลับประเทศต้นทาง เนเธอร์แลนด์ ไต้หวัน รัฐอิสราเอล และเกาหลีใต้ ในกรณีแรงงานข้ามชาติถูกจับกุมดำเนินคดีในข้อหาใบอนุญาตทำงานสิ้นสุดลง อันเนื่องมาจากการสิ้นสุดของสัญญาจ้างงานทำให้การอนุญาตให้อยู่อาศัยและเข้าเมืองสิ้นสุดลงไปด้วย ต้องถูกผลักดันออกนอกประเทศหรือส่งกลับประเทศต้นทางภายใต้กฎหมายคนเข้าเมือง (Puthoopparambil & Bjerneld, 2016)

3. สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ได้รับการรับรองในทุกระดับ ทั้งระดับสากล ระดับภูมิภาค และระดับประเทศ เนื่องจากเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานกล่าวคือ ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์มีการปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติ สามารถเข้าถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรม สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) รัฐอิสราเอล และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีกฎหมายและหน่วยงานที่มีอำนาจรับผิดชอบชัดเจน

มีกลไกรับเรื่องร้องเรียนและดำเนินการในทางอาญาและทางแพ่ง รวมไปถึงการให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งในต่างประเทศกำหนดให้แรงงานต่างด้าวมียุติธรรมในสามส่วนคือ สิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สิทธิได้รับการพิจารณาที่ดีที่เป็นธรรม และสิทธิได้รับการเยียวยาทางกฎหมาย เมื่อมีการตัดสินคดีผิดพลาด (Department of Population and Immigration, 2017, p. 10, 19)

งานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

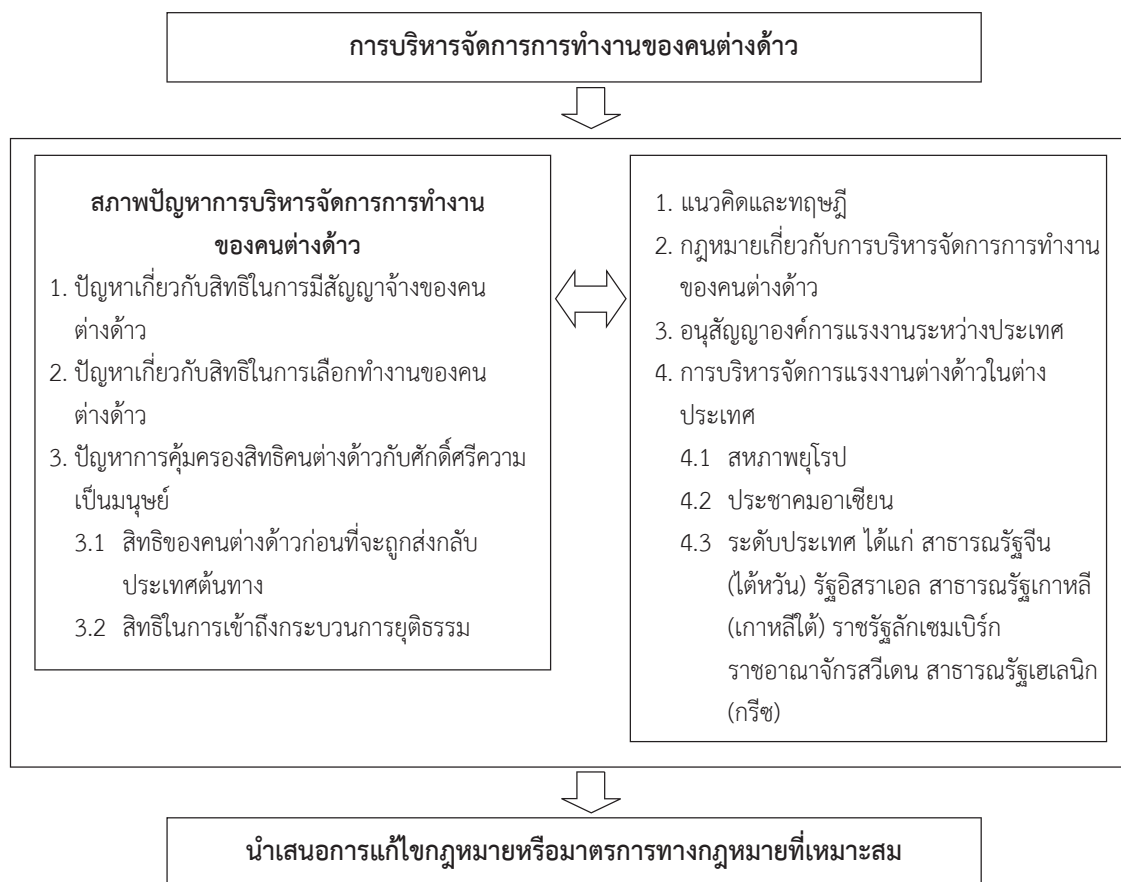
Moonstan (2011) ศึกษาเรื่อง “Laotian Migrant Workers’ Management in Thailand in the Year 2020” พบว่า แรงงานชาวลาวในปัจจุบันส่วนใหญ่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนกับทางราชการ การเคลื่อนย้ายแรงงานมีผลดีต่อประเทศไทย ต่อตัวแรงงาน และต่อครอบครัว แต่ก็มีแรงงานส่วนหนึ่งที่ไม่ได้ประโยชน์จากการเคลื่อนย้ายแรงงานดังกล่าว การมองภาพอนาคตแง่ดีพบว่าประเทศไทยจะยังคงใช้นโยบายการจ้างและนำเข้าแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายและมีการปรับปรุงการดำเนินงานให้สะดวกรวดเร็ว ในทางกลับกันการมองภาพอนาคตแง่ร้ายพบว่าจะไม่มีการปรับปรุงการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวและการนำเข้าแรงงานต่างด้าวอย่างถูกต้องตามกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมายอ่อนแอและมีการแสวงหาผลประโยชน์อันมิชอบ

Sajjanand, Ouyyanont, Wanaset, and Buasawan (2014) ศึกษาเรื่อง “Protection of Migrant Workers in Thailand: A Case Study of Nonthaburi Province” พบว่า (1) นายจ้างได้ปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องของค่าจ้างแรงงาน แต่ยังไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องสวัสดิการต่างๆ ในเรื่องการหยุดและการลาให้แก่แรงงานต่างด้าว (2) แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายส่วนใหญ่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแรงงานของไทย ในส่วน

ที่เกี่ยวข้องกับกฎระเบียบระหว่างประเทศ พบว่า ไทยได้ปฏิบัติสอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องที่ไทยได้ให้สัตยาบันแล้วแต่ในส่วนของแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง ยังไม่ได้รับการดูแลด้านสิทธิประโยชน์และสวัสดิการต่างๆ และ (3) ผลกระทบทางเศรษฐกิจทางบวก

คือ แรงงานต่างด้าวช่วยบรรเทาภาวะขาดแคลนแรงงานระดับล่าง ทำให้ผู้ประกอบการยังคงรักษาความได้เปรียบด้านต้นทุน แต่ก็อาจมีผลกระทบทางลบที่ทำให้ผู้ประกอบการไม่ปรับตัวใช้เทคโนโลยีที่จะส่งเสริมประสิทธิภาพการผลิตระยะยาว

กรอบแนวความคิดที่ใช้ในการวิจัย



ภาพ 1 กรอบแนวความคิดที่ใช้ในงานวิจัย

สมมุติฐานของการวิจัย

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ยังมีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าว และยัง

ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยได้ไปลงนามและให้สัตยาบันไว้ นอกจากนั้น มาตรการทางกฎหมายที่มียังไม่สามารถดำเนินการตามขั้นตอนเพื่อนำไปสู่เป้าหมาย

ในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ อันจะส่งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการใช้กฎหมายดำเนินการภายใต้ช่องว่างของกฎหมายที่ขัดต่อหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพ และหลักความเสมอภาค ดังนั้น จึงจำเป็นต้องหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม และแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย เพื่อประโยชน์ต่อการพัฒนากฎหมายประเทศไทยต่อไป

ระเบียบวิธีวิจัย

ผู้วิจัยใช้รูปแบบการวิจัยเชิงคุณภาพและใช้วิธีการเก็บรวบรวมข้อมูล 3 วิธีการ ดังนี้

1. การค้นคว้าจากเอกสาร (documentary research) ผู้วิจัยทำการศึกษาและรวบรวมจากเอกสารข้อมูลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ กฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หนังสือหรือตำราตามห้องสมุดในสถาบันการศึกษา วารสาร บทความ รายงานการวิจัย รายงานการประชุม เอกสารราชการ และเอกสารอื่นๆ ที่เผยแพร่ทางอินเทอร์เน็ต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการสร้างฐานข้อมูลความรู้ในการวิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบ และประมวลผล

2. การสัมภาษณ์เจาะลึก (in-depth interview) ประกอบด้วย ประชากรผู้ให้ข้อมูลสำคัญจากผู้มีส่วนได้ส่วนเสีย (stakeholder) จำนวน 4 กลุ่ม คือ กลุ่มผู้ให้ข้อมูลภาครัฐ ผู้ให้ข้อมูลภาคเอกชน นักวิชาการ ด้านแรงงานและผู้ประกอบการวิชาชีพกฎหมาย จำนวน 35 คน และเครื่องมือที่ใช้ในการวิจัยครั้งนี้ คือ แบบคำถามการสัมภาษณ์เชิงลึก จำนวน 13 คำถาม โดยลักษณะของการสัมภาษณ์จะเป็นการสัมภาษณ์ที่มีคำถามและข้อกำหนดตายตัวว่าจะสัมภาษณ์บุคคลใดจะใช้คำถามลักษณะเดียวกัน

3. การสนทนากลุ่ม (focus group) จากการที่ผู้วิจัยได้ทำการทบทวนวรรณกรรมจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง ดำเนินการสัมภาษณ์เชิงลึก และสุดท้ายเป็นการจัดประชุมสนทนากลุ่ม จำนวน 8 คน ซึ่งเป็น

บุคคลที่สามารถให้คำตอบในประเด็นที่ต้องการศึกษา และเป็นการตรวจสอบความถูกต้องของข้อมูลที่ได้จากการวิจัยเอกสาร การสัมภาษณ์เชิงลึก ทำให้สามารถทำการวิเคราะห์ข้อมูลได้ครอบคลุมทุกประเด็น

ส่วนการวิเคราะห์ข้อมูล ผู้วิจัยใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหาและเปรียบเทียบ

ผลการวิจัย

1. ผลการศึกษาสภาพปัญหาในการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทย พบว่า การคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยมีปัญหา ดังนี้

1.1 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการมีสัญญาจ้างของคนต่างด้าว พบว่า จากการวิจัยเอกสารกฎหมายในต่างประเทศมีการรับรองสิทธิของลูกจ้างคนต่างด้าวในการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นลายลักษณ์อักษรสอดคล้องกับการจ้างแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย มีการตกลงด้วยวาจา โดยปริยายและทำเป็นหนังสือ และจากการสัมภาษณ์เชิงลึกแรงงานต่างด้าว พบว่า ส่วนใหญ่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือก่อให้เกิดปัญหาสำหรับลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวในกรณีมีข้อพิพาทเกิดขึ้น สอดคล้องกับการสนทนากลุ่ม พบว่า การกำหนดอัตราโทษตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 กรณีเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ขอตรวจสอบและนายจ้างไม่อาจแสดงสัญญาจ้างงาน มีอัตราโทษปรับนายจ้างเพียงไม่เกิน 5,000 บาท เป็นอัตราโทษปรับที่ต่ำเกินไป ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมาย

1.2 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว พบว่า ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 กำหนดให้การเปลี่ยนนายจ้าง เปลี่ยนงาน และเปลี่ยน

สถานที่ทำงานของแรงงานต่างด้าวให้นายจ้างแจ้งผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานและนายทะเบียนทราบ และไม่ได้จำกัดว่าแรงงานต่างด้าวต้องทำงานอยู่เฉพาะในพื้นที่ที่อยู่อาศัยเท่านั้น ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมจำนวนแรงงานต่างด้าวที่ยังทำงานอยู่จริง ส่วนการแจ้งเข้าแจ้งออก ที่ผ่านมาคนต่างด้าวออกจากงานในขณะที่ใบอนุญาตทำงานยังเหลือระยะเวลาอยู่ จึงทำให้ไม่สามารถระบุจำนวนแรงงานต่างด้าวที่ยังทำงานอยู่ได้อย่างแท้จริง จากการสัมภาษณ์เชิงลึกพบว่า ยังมีปัญหาที่สำนักงานจัดหางานทั่วประเทศยังปฏิบัติไม่เหมือนกัน และนายจ้างจำนวนมากที่จ้างคนต่างด้าวทำงานยังมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับข้อปฏิบัติในการแจ้งเข้าแจ้งออกจากงานของคนต่างด้าว สอดคล้องกับการสนทนากลุ่ม พบว่า การเปลี่ยนหรือเพิ่มเติมนายจ้าง ให้นายจ้างรายใหม่หรือนายจ้างที่เพิ่มเติมเข้าแจ้งการเข้าทำงานต่อนายทะเบียน และให้นายจ้างรายเดิมแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน ส่วนกำหนดระยะเวลา 30 วัน ที่ลูกจ้างต้องหานายจ้างรายใหม่ เป็นกำหนดระยะเวลาที่สั้นเกินไปและส่งผลกระทบต่อแรงงานต่างด้าวที่ถูกต้องตามกฎหมายอาจเปลี่ยนสถานะกลายเป็นแรงงานต่างด้าวที่ผิดกฎหมายได้

1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปยังประเทศต้นทาง พบว่า จากการศึกษาวิจัยเอกสารและสัมภาษณ์เชิงลึก พบว่า มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 และมีกระบวนการหลายขั้นตอนในการส่งบุคคลดังกล่าวออกนอกประเทศ โดยเหตุที่ประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศที่บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการส่งคนต่างด้าวออกนอกประเทศ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ประเทศไทยจึงต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว การส่งตัว

คนต่างด้าวออกไปนอกประเทศทำได้ภายใต้เงื่อนไขว่า ต้องไม่ขับไล่หรือส่งกลับไป หากมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลนั้นจะตกอยู่ในอันตราย สอดคล้องกับการสนทนากลุ่มที่พบว่า การพิจารณาหลักการในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ให้ส่งตัวแรงงานต่างชาติกลับออกไปนอกประเทศได้เฉพาะจากการตัดสินใจของหน่วยงานผู้มีอำนาจตามกฎหมาย โดยต้องได้รับแจ้งการตัดสินใจและเหตุผลของการตัดสินใจ และในพิธีสารฉบับที่ 7 ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ระบุคุ้มครองแรงงานต่างชาติให้สามารถใช้สิทธิอิทธิพลและสิทธิอื่นบางประการ หากว่าแรงงานต่างชาติเหล่านั้นไม่ได้ก่อให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของชาติหรือขัดต่อประโยชน์สาธารณะ ส่วนในฉันทามติอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ กำหนดให้ความคุ้มครองทางกงสุลไว้ทั้งในสถานการณ์ปกติและสถานการณ์ความขัดแย้งหรือวิกฤติการณ์และเห็นว่าพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ยังมีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจน

1.4 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม พบว่า จากการสัมภาษณ์เชิงลึกและการสนทนากลุ่ม สอดคล้องกันว่า เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานดังปรากฏในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 14 และปรากฏบางส่วนในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว โดยที่สิทธินี้และสิทธิอื่นอีกหลายประการที่เกี่ยวข้องกันได้รับการรับรองโดยศาลสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งทวีปอเมริกา และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนและประชาชนแห่งทวีปแอฟริกา รับรองสิทธิในการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมอันเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิการเข้าถึงกระบวนการ

ยุติธรรมและสิทธิในระหว่างถูกส่งกลับหรือส่งตัวออกนอกประเทศซึ่งเชื่อมโยงไปถึงสิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินต่อศาลในระดับภูมิภาค ปรากฏอยู่ในกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปและฉันทามติอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ ซึ่งประเทศไทยยังคงมีปัญหากการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่รัฐ ที่ขาดประสิทธิภาพ หลักธรรมาภิบาล และยังขาดการประชาสัมพันธ์จากทางราชการในเรื่องสิทธิของแรงงานต่างด้าวในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม การมีล่าม ที่ปรึกษากฎหมายหรือทนายความ และสิทธิของแรงงานต่างด้าวในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้อง

2. ผลการเปรียบเทียบการคุ้มครองสิทธิคนต่างด้าวในกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ พบว่า

2.1 สิทธิในการมีสัญญาจ้างของคนต่างด้าว พบว่า ในระดับสากลตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 97 มีการรับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในการทำสัญญาจ้างแรงงาน ระดับสหภาพยุโรปและระดับประชาคมอาเซียนมีการรับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในการทำสัญญาจ้างแรงงานไว้เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งในรูปแบบสัญญาและไม่ใช้สัญญา สอดคล้องกับในระดับประเทศ ราชอาณาจักรสหราชอาณาจักร สาธารณรัฐเฮลเลนิก ราชอาณาจักรสวีเดน สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) รัฐอิสราเอลและสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ที่กฎหมายภายในประเทศรับรองสิทธิแรงงานข้ามชาติ ระบุการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นลายลักษณ์อักษร (Noble & Scheidecker Advocats A La Cour, 2008) สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 และพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 46 ของประเทศไทยที่มีการรับรองสิทธิการทำสัญญา

จ้างแรงงานไว้

2.2 สิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว พบว่า ในระดับสากลและระดับสหภาพยุโรปตามกฎบัตรสิทธิขั้นพื้นฐานของสหภาพยุโรปมีการรับรองสิทธิในการทำงานและสิทธิประกอบอาชีพที่เลือกหรือยอมรับได้อย่างเสรี แต่ไม่สอดคล้องกับระดับประชาคมอาเซียนซึ่งยังไม่ได้มีการรับรองสิทธิในการทำงานหรือสิทธิประกอบอาชีพที่เลือกได้อย่างเสรี ส่วนในระดับประเทศ ราชอาณาจักรสวีเดนแรงงานต่างชาติด้านสามารถเปลี่ยนนายจ้างได้เมื่อพ้นระยะเวลา 24 เดือนไปแล้ว (Pettersson, 2013, pp. 7-8) สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ขอเปลี่ยนนายจ้างได้เมื่อนายจ้างไม่สามารถจ้างงานได้ โดยที่ลูกจ้างไม่มีส่วนผิด รัฐอิสราเอลเปลี่ยนนายจ้างในงานประเภทเดียวกันได้แต่ไม่อาจเปลี่ยนไปทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานอื่น สาธารณรัฐเกาหลีอาจขอเปลี่ยนงาน เปลี่ยนนายจ้างได้ ภายใต้ระบบอนุญาตการจ้างแรงงานข้ามชาติ (EPS) แต่ต้องได้รับเอกสารปล่อยตัวจากนายจ้าง ซึ่งมีความสอดคล้องกับประเทศไทยในปัจจุบันคนต่างด้าวที่ขึ้นทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีใบอนุญาตทำงานมีสิทธิในการเปลี่ยนงาน เปลี่ยนนายจ้าง โดยเปลี่ยนจากการใช้ระบบอนุญาตเป็นระบบการจ้างให้ทราบ

2.3 สิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งกลับประเทศต้นทาง พบว่า ประเทศไทยในการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 ในระดับสากลมีการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติ โดยเฉพาะสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองทางกงสุล และระดับสหภาพยุโรปตามกฎบัตรทางสังคมแห่งยุโรป (ESC) กฎหมายห้ามไม่ให้ขับไล่แรงงานข้ามชาติที่อยู่อาศัยอย่างถูกต้องตามกฎหมายและมีสิทธิอุทธรณ์ต่อศาลในคำตัดสินให้ส่งตัวออกนอกประเทศ และระดับประชาคมอาเซียนมีการระบุถึงสิทธิได้รับการคุ้มครองทางกงสุลและสิทธิได้รับ

การคุ้มครองในระหว่างการค้าการลงทุนต่างประเทศ
ต้นทาง (ASEAN Consensus, Category 6, Article
36 (c)) ส่วนในระดับประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)
รัฐอิสราเอล และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ยังไม่
รับรองสิทธิอย่างชัดเจน อยู่ภายใต้กฎหมายคนเข้าเมือง

2.4 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม
พบว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช
2560 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541
ให้ความคุ้มครองลูกจ้างทุกคนอย่างเท่าเทียมและม
ีความเสมอภาคกันในทางกฎหมาย มีสิทธิในการเข้าถึง
กระบวนการยุติธรรมและต้องดำเนินการตามที่
กฎหมายกำหนดไว้ สอดคล้องกับในระดับสากลมีการ
รับรองสิทธิในการพิจารณาคดีที่เป็นธรรมและสิทธิ
ได้รับการเยียวยาทางกฎหมายผ่านกลไกของหน่วย
งานด้านสิทธิมนุษยชน สามารถร้องทุกข์ต่อตำรวจ
หรือหน่วยงานติดตามตรวจสอบ เช่น ผู้ตรวจแรงงาน
(International Commission of Jurists, 2014, pp.
159-160) ระดับประชาคมอาเซียน มีการระบุถึงสิทธิ
ที่เกี่ยวข้องกับการเรียกร้องทางแพ่งตามสัญญาจ้าง
แรงงาน ส่วนในระดับประเทศ สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)
รัฐอิสราเอลและสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีช่องทาง
ให้แรงงานต่างชาติสามารถร้องเรียนและขอความ
ช่วยเหลือได้

3. ผลการวิเคราะห์ปัญหาและแสวงหามาตรการ
ทางกฎหมายที่เหมาะสมในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย
เกี่ยวกับการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว
ให้มีความสมบูรณ์และเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ
พบว่า

3.1 สิทธิในการมีสัญญาจ้างของคนต่างด้าว
พบว่า พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงาน
ของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 กำหนดให้ทำ
สัญญาจ้างแรงงานต่างด้าวเป็นหนังสือ แต่ในกรณีที่
นายจ้างไม่ปฏิบัติตามกฎหมายยังกำหนดอัตราโทษ
ปรับไม่เหมาะสม และเมื่อเปรียบเทียบกับอัตราโทษ

ปรับอย่างอื่นในพระราชกำหนดฉบับเดียวกัน กรณีนี้
ถือว่าอัตราโทษปรับต่ำเกินไปและเป็นการกำหนด
โทษที่ไม่ได้สัดส่วนกับการฝ่าฝืนกฎหมาย ดังนั้น การ
กำหนดโทษปรับให้สูงขึ้นเพื่อให้นายจ้างผู้ฝ่าฝืน
กฎหมายได้ตระหนักว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากการ
ฝ่าฝืนกฎหมายอาจเป็นความสูญเสียมากกว่าหากถู
กลงโทษปรับ จึงควรกำหนดโทษปรับเป็นรายบุคคลและ
แก้ไขสัดส่วนในการกำหนดโทษปรับต่อคนต่างด้าวที่
จ้างหนึ่งคน

3.2 สิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว
พบว่า การเปลี่ยนหรือเพิ่มเติมนายจ้างให้นายจ้าง
รายใหม่หรือนายจ้างที่เพิ่มเติมเข้าแจ้งการเข้าทำงาน
ต่อนายทะเบียน และให้นายจ้างรายเดิมแจ้งการออก
จากงานต่อนายทะเบียน ส่วนการกำหนดระยะเวลา
30 วัน ที่ลูกจ้างคนต่างด้าวต้องหานายจ้างรายใหม่เป็น
ระยะเวลาที่สั้นเกินไป ควรขยายระยะเวลาออกไปอีก
30 วัน และลูกจ้างคนต่างด้าวควรมีสิทธิโต้แย้งอุทธรณ์
คำสั่งของนายทะเบียนหรือใช้สิทธิทางศาล ในกรณีที่
คนต่างด้าวไม่ได้รับอนุญาตให้เปลี่ยนนายจ้าง โดยยื่น
อุทธรณ์เป็นหนังสือต่อรัฐมนตรีภายใน 30 วัน นับแต่
วันที่ได้รับคำสั่งไม่อนุญาตให้เปลี่ยนนายจ้างและให้
คำสั่งรัฐมนตรีถือเป็นที่สุด

3.3 สิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งตัว
กลับประเทศต้นทาง พบว่า มีแนวคิดที่สอดคล้องกับ
การคุ้มครองสิทธิของอนุสัญญาระหว่างประเทศว่า
ด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกใน
ครอบครัวว่าควรมีการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าว โดย
คนต่างด้าวต้องได้รับแจ้งผลการพิจารณาวินิจฉัยของ
คณะกรรมการหรือหน่วยงานที่มีอำนาจตามกฎหมาย
พร้อมระบุเหตุผลของคำวินิจฉัยและคนต่างด้าวมียสิ
ทธิโต้แย้งหรือสิทธิอุทธรณ์การส่งตัวกลับประเทศต้นทาง
รวมถึงสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือและคุ้มครองจาก
เจ้าหน้าที่ทางการทูตหรือกงสุล

3.4 สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม พบว่า

มีแนวคิดที่สอดคล้องกับหลักการขององค์การสหประชาชาติ องค์การแรงงานระหว่างประเทศและประชาคมอาเซียน ควรจัดให้มีกลไกการรับเรื่องร้องเรียนร้องทุกข์และมีหน่วยสืบสวนสอบสวนในกลุ่มงานพนักงานตรวจแรงงานและมีสิทธิได้รับการเยียวยาทางกฎหมายโดยเฉพาะเมื่อมีการตัดสินใจคดีผิดพลาด รวมถึงสิทธิในการอุทธรณ์คำตัดสินต่อศาล

การอภิปรายผล

1. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการมีสัญญาจ้างของคนต่างด้าว ผลการวิจัยพบว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 สัญญาจ้างแรงงานอาจจะเกิดขึ้นจากการทำเป็นหนังสือ ตกลงด้วยวาจาหรือโดยปริยาย และพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 มาตรา 46 กำหนดให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือ มีความสอดคล้องกับหลักการคุ้มครองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในต่างประเทศ ในระดับสากลตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ฉบับที่ 97 มีการรับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในการทำสัญญาจ้างแรงงาน ระดับสหภาพยุโรป ตาม Council Directive 91/533/EEC ลูกจ้างทุกประเภทที่ได้รับค่าจ้างมีสิทธิในการทำสัญญาจ้างแรงงาน ระดับอาเซียน ในฉันทามติอาเซียนว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติรับรองสิทธิของแรงงานข้ามชาติในการได้รับสัญญาจ้างแรงงานที่เป็นลายลักษณ์อักษร การแจ้งและรับทราบข้อสัญญาและเงื่อนไขการจ้างงานที่สอดคล้องกับกฎหมาย กฎเกณฑ์ และนโยบายของประเทศไทย

2. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเลือกทำงานของคนต่างด้าว ผลการวิจัยพบว่า ในปัจจุบันคนต่างด้าวที่ขึ้นทะเบียนโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีใบอนุญาตทำงานมีสิทธิในการเปลี่ยนงาน เปลี่ยนนายจ้าง ซึ่งตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ได้เปลี่ยนจากการ

ใช้ระบบใบอนุญาตเป็นระบบแจ้งให้ทราบ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่คนต่างด้าวและนายจ้าง รวมถึงการเปลี่ยนนายจ้าง การเปลี่ยนงาน การเปลี่ยนสถานที่ทำงานของแรงงานต่างด้าว สอดคล้องกับข้อมูลการวิจัยเอกสาร ในระดับประเทศการบริหารจัดการและคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างด้าวเกี่ยวกับระบบขออนุญาตของสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) กำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติดำเนินการได้ (Olivier, 2017) และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) กำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติดำเนินการได้ โดยมีระบบการจ้างแรงงานตามปกติและมีระบบอนุญาตจ้างแรงงานต่างชาติดำเนินการได้ (Employment Permit System–EPS) แต่ไม่สอดคล้องกับรัฐอิสราเอล ซึ่งกำหนดให้ต้องขออนุญาตทำงานในภาคธุรกิจหรือประเภทงานที่เปิดโอกาสให้จ้างแรงงานต่างชาติดำเนินการได้โดยนายจ้างต้องได้รับวีซ่าหรือใบอนุญาตจากสำนักงานประชากรและตรวจคนเข้าเมือง (PIBA) สังกัดกระทรวงมหาดไทยก่อน เพื่อรับโควตาแรงงานต่างชาติดำเนินการได้เป็นเวลา แรงงานต่างด้าวต้องทำงานให้ตรงกับงานและพื้นที่ที่ระบุไว้ในวีซ่า (Department of Population and Immigration, 2017, p. 5) อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติในการเลือกทำงานของระดับสากล ระดับสหภาพยุโรปเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการทำงานและสิทธิประกอบอาชีพที่เลือกหรือยอมรับได้อย่างเสรี แต่สอดคล้องกับระดับอาเซียน ซึ่งไม่ได้ระบุรับรองสิทธิในการทำงานและสิทธิประกอบอาชีพที่เลือกหรือยอมรับได้อย่างเสรีไว้

3. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวก่อนที่จะถูกส่งกลับประเทศต้นทาง ผลการวิจัยพบว่า ประเทศไทยมีการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปยังประเทศต้นทาง

ภายใต้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หมวด 6 ว่าด้วยการส่งตัวคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร สอดคล้องกับประเทศเนเธอร์แลนด์ สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) รัฐอิสราเอล และสาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) ในกรณีแรงงานข้ามชาติถูกจับกุม ดำเนินคดีในข้อหาใบอนุญาตทำงานสิ้นสุดลง อันเนื่องมาจากการสิ้นสุดของสัญญาจ้างงานทำให้การอนุญาตให้อยู่อาศัยและเข้าเมืองสิ้นสุดลงไปด้วย ต้องถูกผลักดันออกนอกประเทศหรือส่งกลับประเทศต้นทาง ภายใต้กฎหมายคนเข้าเมือง (Puthoopparambil & Bjerneld, 2016) อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยเป็นภาคีในความตกลงระหว่างประเทศบัญญัติเกี่ยวกับการส่งคนต่างด้าวออกนอกประเทศ และเป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยต้องเคารพและปฏิบัติตาม เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง โดยหลักการดังกล่าวยังสอดคล้องกับกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติ ก่อนที่จะถูกส่งกลับ โดยในระดับสากลมีการให้สิทธิการคุ้มครองทางกงสุลและในระดับอาเซียน ระบุถึงสิทธิได้ รับความคุ้มครองทางกงสุลและสิทธิได้รับการคุ้มครอง ในระหว่างการดำเนินการส่งกลับโดยมีกฎเกณฑ์การ จ้างงานทั้งในสถานการณ์ปกติ และสถานการณ์ความ ชัดแย้ง

4. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรม ผลการวิจัยพบว่า ในประเทศไทยไม่ว่าจะเป็น คนไทยหรือคนต่างด้าวทุกคนมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการ ยุติธรรม และทุกคนย่อมมีความเสมอภาคกันในทาง กฎหมายตามที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราช อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และพระราชบัญญัติ คุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ความคุ้มครองลูกจ้าง ทุกคนเท่าเทียมกัน แต่มีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ยังไม่เข้มงวด รวมทั้งกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครอง สิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมมีความยุ่งยากต่อ

คนต่างด้าวไม่สอดคล้องกับหลักธรรมาภิบาลในเรื่อง ของหลักนิติธรรมที่กฎหมายต้องยุติธรรมและเป็นธรรม สำหรับกลุ่มคนในสังคม นอกจากนั้น ยังพบว่า สิทธิ ในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้รับการรับรอง ในทุกระดับ ทั้งระดับสากล ระดับภูมิภาค และระดับ ประเทศเนื่องจากเป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน และ จากการศึกษากฎหมายในต่างประเทศพบว่า ประเทศ เนเธอร์แลนด์มีการปฏิบัติที่ดีเกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติ สามารถเข้าถึงสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ในส่วน ประเทศสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) รัฐอิสราเอล และ สาธารณรัฐเกาหลี (เกาหลีใต้) มีกฎหมายและหน่วยงาน ที่มีอำนาจรับผิดชอบชัดเจน มีกลไกรับเรื่องร้องเรียน และดำเนินการในทางอาญาและทางแพ่ง รวมไปถึง การให้ความช่วยเหลือทางกฎหมาย ซึ่งในต่างประเทศ กำหนดให้แรงงานต่างด้าวมีสิทธิในสามส่วนคือ สิทธิ เข้าถึงกระบวนการยุติธรรม สิทธิได้รับการพิจารณา คดีที่เป็นธรรม และสิทธิได้รับการเยียวยาทางกฎหมาย เมื่อมีการตัดสินคดีผิดพลาด (Department of Population and Immigration, 2017, p. 10, 19) ซึ่งบางส่วนมีบัญญัติอยู่แล้วในกฎหมายไทย แต่ต้อง มีความชัดเจนขึ้นว่าอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายใด พร้อมกับให้โอกาสและสร้างช่องทางให้สามารถเข้าถึง กระบวนการยุติธรรมได้มากขึ้น

ทั้งนี้ ผลการวิจัยสอดคล้องกับสมมุติฐานของ การวิจัยที่ผู้วิจัยได้ตั้งไว้ ซึ่งพระราชกำหนดการบริหาร จัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ยังมีบทบัญญัติที่ไม่ชัดเจนในการคุ้มครองสิทธิคน ต่างด้าว และมาตรการทางกฎหมายที่ยังไม่สามารถ ดำเนินการตามขั้นตอน เพื่อนำไปสู่เป้าหมายในการ บริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ ส่งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมาย มีความยุ่งยากในขั้นตอนดำเนินการ และความไม่ เข้มงวดของการบังคับใช้กฎหมาย

ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ดังนี้

1. ควรแก้ไขเพิ่มเติม วรรคสามของมาตรา 113 เป็น “นายจ้างผู้ใดไม่อาจแสดงสัญญาจ้างงาน เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ขอตรวจสอบตามมาตรา 46 วรรคสาม หรือไม่ให้สำเนาสัญญาจ้างเพื่อให้ลูกจ้างเก็บรักษาไว้ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท ต่อคนต่างด้าวที่จ้างหนึ่งคน”

2. ควรแก้ไขเพิ่มเติมให้นายจ้างรายใหม่หรือนายจ้างที่เพิ่มเติมเข้าแจ้งการเข้าทำงานต่อนายทะเบียนและให้นายจ้างรายเดิมแจ้งออกจากงานต่อนายทะเบียน โดยมีแนวแก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ เพิ่มเติม วรรคสามของมาตรา 13 เป็น “การเปลี่ยนหรือเพิ่มเติม นายจ้าง ให้นายจ้างรายใหม่หรือนายจ้างที่เพิ่มเติม เข้ามา แจ้งการจ้างคนต่างด้าวเข้าทำงานต่อนายทะเบียน และให้นายจ้างรายเดิมแจ้งคนต่างด้าวออกจากงานต่อนายทะเบียน”

ส่วนประเด็นปัญหาการเปลี่ยนนายจ้างและสิทธิ

ในการอุทธรณ์คำสั่งของนายทะเบียน โดยการเพิ่มเติม ข้อความนี้เป็นมาตรา 52 วรรคสอง “ระยะเวลาที่กำหนดไว้ในวรรคแรก หากมีเหตุจำเป็น นายทะเบียน อาจขยายระยะเวลาออกไปให้ได้อีกไม่เกินสามสิบวัน นับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าว” และมาตรา 95 “ในกรณีที่นายทะเบียนไม่ออกใบอนุญาตหรือไม่ อนุญาตตามมาตรา 51 มาตรา 52 มาตรา 59 มาตรา 60 มาตรา 63 มาตรา 63/1 มาตรา 63/2 หรือมาตรา 64 หรือไม่ต่ออายุใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 67 หรือ เพิกถอนใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 90 คนต่างด้าว ซึ่งขออนุญาตทำงาน ผู้ซึ่งขออนุญาตแทนคนต่างด้าว หรือผู้รับอนุญาตให้ทำงาน แล้วแต่กรณี มีสิทธิอุทธรณ์ ต่อรัฐมนตรีได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง คำสั่งดังกล่าว คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด”

3. ควรแก้ไขเพิ่มเติม อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวตามมาตรา 21

4. ควรแก้ไขเพิ่มเติม อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของ คนต่างด้าวตามมาตรา 22

References

- Arhivech, U. (2018). *Principle and theory: Penal offences and penalty*. V. J. Printing. [In Thai]
- Department of Population and Immigration. (2017). *Foreign workers rights booklet*. Author. [In Thai]
- Foreign Workers Administration Office. (2011). *Administration of alien worker of Thailand in conclusion for the year 2010*. Department of Employment. [In Thai]
- International Commission of Jurists. (2014). *Migration and international human rights law: A practitioners' guide*. Author.
- Kittijaros, S. (2001). *Protection of legal foreign migrant workers in Thailand: Case study of international labour standards and Thai law*. Master Thesis of Laws, Chulalongkorn University. [In Thai]
- Moonstan, C. (2011). *Laotian migrant workers' management in Thailand in the year 2020*. Doctoral Thesis of Philosophy in Public and Private Administration, Christian University. [In Thai]
- Noble & Scheidecker Advocats A La Cour. (2008). *An introduction to Luxembourg employment law*. Retrieved from https://www.legal500.com/wp-content/uploads/assets/legal500/images/stories/firmdevs/nobl11898/an_introduction_to_luxembourg_employment_law.pdf
- Olivier, J. (2017). *Improving the conditions for migrant workers in Taiwan: A long road ahead*. Retrieved from <https://sentinel.tw/improving-migrant-workers-taiwan>
- Pettersson, A. (2013). *Is Sweden looking for people or labour?: A study on the situation for third-country national migrant workers in Sweden*. Master Thesis of Welfare Policies and Management, Lund University.
- Puthoopparambil, S. J., & Bjerneld, M. (2016). Detainees, staff, and health care services in immigration detention centres: a descriptive comparison of detention systems in Sweden and in the Benelux countries. *Glob Health Action*, 9, 1-10.
- Sajjanand, S., Ouyyanont, P., Wanaset, A., & Buasawan, P. (2014). *Protection of migrant workers in Thailand: A case study of Nonthaburi province*. Research Report, Sukhothai Thammathirat Open University. [In Thai]