

ข้อเท็จจริงของระบบการทำงานของแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร¹
เมื่อวันที่ ๖ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๕๕

๑. บทนำ : แนวคิดทั่วไป

ผู้บันทึกเห็นว่า ผู้บันทึกควรจะต่อกล่าวถึงแนวคิดทั่วไป อันเป็นพื้นฐานในการทำบันทึกทางวิชาการฉบับนี้ใน ๓ ลักษณะด้วยกัน กล่าวคือ (๑) แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมาของงานบันทึก (๒) แนวคิดเกี่ยวกับชื่อของงานบันทึก และ (๓) แนวคิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเป้าหมายของงานบันทึก

๑.๑. แนวคิดเกี่ยวกับความเป็นมาของงานบันทึก

งานบันทึกทุกงานบันทึกย่อมเกิดจากความตั้งใจของผู้สร้างสรรค์งานซึ่งอาจจะมีหลายคนหรือคนเดียว สำหรับงานบันทึกนี้ จุดเริ่มต้นน่าจะมาจากความตั้งใจของกลุ่มอาจารย์หนุ่มสาวหลายท่านของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่อยากจะมีข้อเสนอแนะต่อสังคมไทยในเรื่องที่เกี่ยวกับแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย การพูดคุยกับอาจารย์รุ่นเยาว์หลายท่านกับผู้บันทึก ก็ได้ทำให้ผู้บันทึกรับปากที่จะไปพูดในงานวิชาการที่พวกท่านเหล่านี้ตั้งชื่อว่า “โครงการสัมมนาวิชาการเรียนรู้และเข้าใจสถานะทางกฎหมายของแรงงานต่างด้าว” ซึ่งจะจัดภายใต้ร่มของศูนย์นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในวันที่ ๖ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๕๕ ณ ห้องประชุม ศาสตราจารย์ ดร.จี๊ด เศรษฐบุตร (LT I) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่าพระจันทร์ เวลา ๑๓.๐๐ – ๑๗.๐๐ น. และเพื่อการนี้ ผู้บันทึกจึงตั้งใจที่จะบันทึกงานสักฉบับเพื่อบันทึกประเด็นวิชาการที่แลกเปลี่ยนกับอาจารย์รุ่นเยาว์กลุ่มนี้ออกมา

๑.๒. แนวคิดเกี่ยวกับชื่อของงานบันทึก

คณะผู้จัดงานตั้งชื่อหัวข้อที่ให้พูดว่า “**ข้อเท็จจริงของระบบการจ้างงานแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย**” ซึ่งในขั้นแรก ผู้บันทึกก็ได้รู้สึกขัดข้องแต่อย่างใดกับชื่อนี้ แต่เมื่อเข้าใจทศความคิดนี้มาคิดต่อ ก็ตระหนักว่า การจ้างงานนั้นเป็นการกระทำของผู้เป็นนายจ้าง แต่โดยระบบกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวที่ยอมรับในประชาคมระหว่างประเทศนั้น การจ้างงานหรือการรับจ้างงานอาจจะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มนุษย์ที่เป็นนายจ้างและลูกจ้างอาจมีความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย นายจ้างก็อาจมีสิทธิหน้าที่หรือลูกจ้างก็อาจมีสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายเอกชนว่าด้วยสัญญาจ้างแรงงาน แต่เมื่อประเด็นนี้ถูกมองอย่างรอบด้านโดยทุกกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การจ้างงานที่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้ หากการทำงานโดยถูกต้องตามกฎหมายไม่อาจเกิดขึ้นได้ สิทธิในการทำงานที่ชอบด้วยกฎหมายของลูกจ้างย่อมจะต้องเกิดขึ้นก่อน สิทธิที่จะจ้างงานที่ชอบด้วยกฎหมายจึงจะเกิดขึ้นได้

การพูดถึง “**ข้อเท็จจริงของระบบการจ้างงานแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย**” ย่อมจะไม่เป็นการฉาย “ภาพแรก” ของเรื่องแรงงานที่เป็นคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพราะความเป็นคนต่างด้าวย่อมทำให้มนุษย์ดังกล่าวตกอยู่ใน (๑) ข้อจำกัดที่จะข้ามชาติเข้ามาในตลาดแรงงาน และ (๒) ข้อจำกัดที่จะเลือกสาขาวิชาชีพได้อย่างเสรี เราพบว่า นานาอารยประเทศมีกฎหมายมหาชนเฉพาะเจาะจงเพื่อใช้ในการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวภายในประเทศของตน กฎหมายนี้มักถูกเรียกว่า “กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว”

เมื่อเราพบว่า ปัญหาความเป็นไปได้ที่จะจ้างงานคนต่างด้าวขึ้นอยู่กับปัญหาความเป็นไปได้ที่จะทำงานของคนต่างด้าว เราจึงจะต้องเริ่มต้นการศึกษาจาก “**ข้อเท็จจริงของระบบการทำงานของแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย**” การที่เราสามารถตอบคำถามที่ว่า “คนต่างด้าวในสถานการณ์ใดที่มีสิทธิทำงาน ? และงานที่ทำได้มีลักษณะอย่างไร ?” เราก็จะสามารถประเมิน (๑) สถานการณ์ความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่คนต่างด้าวจะทำงานในประเทศไทยเป็นอย่างไร ? และ (๒) สถานการณ์ความเป็นไปได้ดังกล่าวเอื้อต่อความต้องการแรงงานของนายจ้างหรือไม่ ?

โอกาสและปัญหาของลูกจ้างที่จะมีสิทธิทำงานย่อมเป็น “เครื่องชี้” โอกาสและปัญหาของนายจ้างที่จะจ้างงานลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าว โดยตรรกวิทยาทางกฎหมาย หากกฎหมายห้ามคนต่างด้าวทำงานในสาขาวิชาชีพใด และหากมีการจ้างงานคนต่างด้าวนั้น นายจ้างที่กลายเป็นคนทำผิดกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว หรือหากกฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ในสาขาวิชาชีพใด แต่

¹ รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ลูกจ้างมิได้มีใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว การจ้างงานดังกล่าวก็ตกเป็นผิดกฎหมายเช่นกัน

ดังนั้น เพื่อฉายภาพของแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทยในเวลา ๕๐ นาที ผู้บันทึกจึงเลือกที่จะฉายภาพของ “**ข้อเท็จจริงของระบบการทำงานของคนต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย**” ชื่อของบันทึกทางวิชาการฉบับนี้จึงไม่เป็นไปตามหัวข้อที่คณะผู้จัดการสัมมนาออกแบบไว้ ผู้บันทึกจึงขอภัยคณะผู้จัดงานสัมมนาไว้ ณ ที่นี้ด้วย แต่เนื้อหาสาระก็คงมีประเด็นของเรื่องการทำงานของคนต่างด้าว อันเป็นผลของสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าว

๑.๓. แนวคิดเกี่ยวกับข้อเท็จจริงอันเป็นเป้าหมายของงานบันทึก

ผู้บันทึกเห็นควรนำเสนอข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสิทธิทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ๔ ประการด้วยกัน กล่าวคือ (๑) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐไทยในเรื่องของคนต่างด้าวในประเทศไทย (๒) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐไทยว่าด้วยสิทธิทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย (๓) ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับมนุษย์ที่ถูกเรียกว่า “แรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย” และ (๔) ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์เด่นด้านกฎหมายและนโยบายเพื่อจัดระบบแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งผู้บันทึกเชื่อว่า ข้อเท็จจริงทั้ง ๔ ลักษณะนี้จะนำไปสู่ “ภาพจริง” ของสถานการณ์ด้านแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทย

๒. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐไทยในเรื่องของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ผู้บันทึกพบข้อเท็จจริง ๔ ประการในส่วนที่เกี่ยวกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันรัฐไทยในเรื่องของคนต่างด้าวในประเทศไทย

๒.๑. ผู้บันทึกพบในประการแรกว่า กฎหมายระหว่างประเทศรับรองให้รัฐไทยมีอำนาจอธิปไตยที่จะจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามอำเภอใจของรัฐไทย

ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับความมีอยู่ของหลักกฎหมาย (Normative Fact) นี้เป็นที่ยอมรับโดยนานาอารยประเทศที่ยอมรับสถาบันรัฐสมัยใหม่ (Modern State) เราพบต่อไปว่า โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐอธิปไตยย่อมอำนาจอธิปไตยที่สมบูรณ์และเด็ดขาดเหนือดินแดนและประชากรของตน ดังนั้น ในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของรัฐเจ้าของดินแดนต่อคนต่างด้าวนั้น โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ก็ยอมรับว่า ย่อมเป็นไปภายใต้กฎหมายของรัฐคู่กรณีในนิติสัมพันธ์ ทั้งนี้เว้นแต่จะมีการกำหนดเป็นอย่างอื่นโดยรัฐที่เกี่ยวข้อง นั่นก็คือ โดยทั่วไป กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับให้รัฐเจ้าของดินแดนมีอำนาจอธิปไตยที่จะจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวให้น้อยไปกว่าสิทธิของคนสัญชาติของตน หรืออาจยอมรับให้สิทธิแก่คนต่างด้าวซึ่งมีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่งให้มีสถานะที่ดีกว่าคนต่างด้าวอื่นๆ (The most favored nations treatment) หรืออาจยอมรับให้สิทธิแก่คนต่างด้าวนั้นเสมือนที่ให้แก่คนสัญชาติของตน ก็เป็นได้ (National Treatment) หรืออาจยอมรับให้สิทธิที่ดีกว่าคนสัญชาติแก่คนต่างด้าว ก็เป็นได้ :ซึ่งรูปแบบหลังสุดนี้ย่อมมาจากผลมาจากการแสดงอำนาจของรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวในลักษณะที่เรียกกันว่า Extraterritorialism เหนือรัฐเจ้าของดินแดน

สำหรับประเทศไทยเอง ก็มีประสบการณ์ในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวในรูปแบบที่หลากหลายนี้มาแล้วเช่นกันในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา

๒.๒. ผู้บันทึกพบว่า หากไม่มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศผูกพันรัฐเจ้าของดินแดนเป็นอย่างอื่น รัฐนี้ย่อมจำกัดสิทธิในเสรีภาพที่จะทำงานของคนต่างด้าว

โดยทั่วไป รัฐเจ้าของดินแดนมักจำกัดสิทธิโดยสิ้นเชิงของคนต่างด้าวในงานที่คนสัญชาติทำได้ หรือรัฐนี้มักอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในสาขาวิชาชีพที่คนสัญชาติไม่ชอบทำหรือไม่มีศักยภาพที่จะทำ ในประวัติศาสตร์กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว จึงปรากฏคำว่า “ตลาดแรงงานปิด (Closed Labor Market)” หรือ “ตลาดแรงงานเปิด (Opened Labor Market)” แต่ในตลาดแรงงานที่เปิดให้คนต่างด้าวทำงานได้ คนต่างด้าวนั้นก็จะต้องมี “ใบอนุญาตทำงาน (Work Permit)” โอกาสที่คนต่างด้าวจะมีสิทธิทำงาน ก็คือ สถานการณ์ที่การทำงานของคนต่างด้าวนั้นเป็นประโยชน์ต่อรัฐเจ้าของดินแดน หรือเป็นเรื่องของการยอมรับสิทธิในการทำมาหาเลี้ยงชีพของคนต่างด้าว

นั้น ประเด็นหลังนี้อาจมองเป็นเพียงแค่การยอมรับเพราะหลักมนุษยธรรม หรืออาจมองไปไกลถึงการยอมรับเพราะหลักสิทธิมนุษยชนก็เป็นได้

สำหรับประเทศไทยเอง ก็มีประสบการณ์ในการใช้อำนาจอธิปไตยเพื่อบัญญัติกฎหมายเพื่อจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวมาตั้งแต่ พ.ศ.๒๕๑๕ มาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งกฎหมายไทยทั่วไปว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวที่มีผลในปัจจุบัน ก็คือ พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ และการยอมรับให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยก็น่าจะมีแนวคิดพื้นฐานมาจากหลายสาเหตุดังเช่นนารายประเทศเป็นกัน

๒.๓. ผู้บันทึกพบว่า รัฐเจ้าของสัญชาติของนักลงทุนมักจะพยายามผลักดันให้มีสนธิสัญญาระหว่างประเทศกับรัฐเจ้าของดินแดนที่มีการลงทุนเพื่อพัฒนาสิทธิที่ดีกว่าของคนสัญชาติของตนที่ไปเป็น “นักลงทุนต่างด้าว” หรือ “แรงงานต่างด้าว” ในรัฐนั้น

สนธิสัญญานี้ถูกเรียกว่า “สนธิสัญญาทางไมตรี” ในราวศตวรรษที่ ๑๗ – ๑๘ แต่ต่อมา ถูกเรียกว่า “สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน” ในราวศตวรรษที่ ๑๙ – ๒๐ จนถึงในปัจจุบันที่เข้าสู่ศตวรรษที่ ๒๑ แนวคิดที่จะเปิดตลาดเสรีทางเศรษฐกิจภายใต้ GATT หรือต่อมา WTO ก็ทำให้นานารัฐในประชาคมระหว่างประเทศที่เชื่อในการค้าและการลงทุนเสรีมีความเชื่อในการยอมรับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างคนชาติและคนต่างด้าวภายใต้กลไกของกฎหมายระหว่างประเทศในหลายลักษณะ เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหรือคนสัญชาติ (Principle of National Treatment) หรือ หลักการปฏิบัติต่างตอบแทน (Principle of Reciprocity)

โดยอย่างยิ่งรัฐที่เชื่อในการทำสนธิสัญญาเพื่อก่อตั้งประชาคมระหว่างรัฐ (Community of States) ก็ยิ่งจะเชื่อในการยอมรับเสรีภาพที่จะเคลื่อนไหวอย่างเสรีของนักลงทุนและแรงงาน แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพของมนุษย์ในสถานการณ์ดังกล่าวย่อมจะเกิดขึ้นภายใต้ผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ชัดเจนระหว่างรัฐที่เข้าทำสนธิสัญญานั้นๆ

สำหรับประเทศไทยเอง ก็มีประสบการณ์ในการทำสนธิสัญญาเพื่อสร้างความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศในรูปแบบต่างๆ ดังกล่าว อันมีผลเป็นการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวเชิงบวก กล่าวคือ การรับรองสิทธิทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นคนสัญชาติของรัฐภาคีในสนธิสัญญา และในท้ายที่สุด ประเทศไทยก็กำลังเข้าสู่ประสบการณ์ของความร่วมมือระหว่างประเทศในการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวภายใต้แนวคิดประชาคมนิยมภายใต้กฎบัตรอาเซียนนั่นเอง สิทธิที่จะทำงานของคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของรัฐสมาชิกอาเซียนจึงได้รับการประกันเสรีภาพที่ประกอบอาชีพบางสาขาที่เป็นประโยชน์ต่อประชาคมอาเซียน

๒.๔. ผู้บันทึกพบว่า รัฐที่เชื่อในแนวคิดมนุษยนิยมจะยอมรับสิทธิทำงานของมนุษย์ไม่ว่าจะเป็นคนสัญชาติหรือคนต่างด้าว ไม่ว่างจะเป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองถาวรหรือผิด

แนวคิดมนุษยนิยมแบบนี้แพร่กระจายหลังจากที่รัฐสมาชิกกฎบัตรสหประชาชาติ ค.ศ. ๑๙๔๕/พ.ศ.๒๔๘๘ ต่างเข้ายอมรับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.๑๙๔๘/พ.ศ.๒๔๙๑ อันนำไปสู่การยอมรับสนธิสัญญา ๒ ฉบับเพื่อสร้างความเข้มแข็งทางกฎหมายให้แก่ปฏิญญาดังกล่าว ซึ่งสนธิสัญญาทั้ง ๒ ฉบับดังกล่าว ก็คือ (๑) กติกาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง/พลเมืองและทางการเมือง ค.ศ.๑๙๖๖/พ.ศ.๒๕๐๙ และ (๒) กติกาสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ.๑๙๖๖/พ.ศ.๒๕๐๙ เราพบว่า ประเทศไทยยอมรับผูกพันต่อทั้งปฏิญญาสากลดังกล่าวและกติกาทั้งสองฉบับนี้แล้ว และเราพบว่า สิทธิทำงานของมนุษย์ได้รับการยอมรับว่า เป็นสิทธิมนุษยชนและมีการบัญญัติอย่างชัดเจนในข้อ ๒๓ แห่ง ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.๑๙๔๘/พ.ศ.๒๔๙๑ กล่าวคือ

- (๑) บุคคลมีสิทธิที่จะทำงาน, ที่จะเลือกงานอย่างเสรี, ที่จะมีส่วนในการทำงานที่ยุติธรรมและพอใจ และที่จะได้รับความคุ้มครองจากการว่างงาน. (Everyone has the right to work, to free choice of employment, to just and favourable conditions of work and to protection against unemployment.)
- (๒) บุคคลมีสิทธิในการรับค่าตอบแทนเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่ากันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ. (Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.)
- (๓) บุคคลผู้ทำงานมีสิทธิในรายได้ซึ่งยุติธรรมและเอื้อประโยชน์เพื่อเป็นประกันสำหรับตนเองและครอบครัวให้การดำรงชีวิตมีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีของมนุษย์, และถ้าจำเป็นก็ชอบที่จะได้รับความ

คุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ เพิ่มเติม. (Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity, and supplemented, if necessary, by other means of social protection.)

(๔) บุคคลมีสิทธิที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพแรงงานเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน. (Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.)”

นอกจากนั้น เราพบว่า ประเทศไทยก็ยอมรับในอนุสัญญาหลายฉบับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labor Organization of ILO) ซึ่งใช้แนวคิดมนุษยนิยมในการกำหนดสิทธิของแรงงาน

เราพบอีกว่า ประเทศไทยยังได้ยอมรับปฏิญญากรุงเทพว่าด้วยการโยกย้ายถิ่นฐานที่ไม่ปกติ ค.ศ.๑๙๙๙/พ.ศ.๒๕๔๒ ซึ่งเป็นการประกาศเจตนารมณ์ที่จะมีความร่วมมือระหว่างภูมิภาค²ในเรื่องการย้ายถิ่นฐานที่ไม่ปกติของมนุษย์ไร้เอกสารพิสูจน์ทราบตัวบุคคล (Undocumented Migrant) ขอให้สังเกตว่า ปฏิญญานี้พูดถึงแรงงานต่างด้าวไร้รัฐเข้าเมืองผิดกฎหมาย โดยที่มิได้เรียกมนุษย์เหล่านี้ว่า “แรงงานเถื่อน” หรือ “แรงงานผิดกฎหมาย” แต่เรียกบุคคลกลุ่มดังกล่าวว่า “ผู้ย้ายถิ่นฐานที่ไม่ปกติ (Irregular Migrant)”

ท้ายที่สุด ประเทศไทยก็ได้ทำความตกลงกับ ๓ ประเทศเพื่อนบ้านซึ่งเป็นรัฐต้นทางของแรงงานต่างด้าวเข้าเมืองไทยในลักษณะที่ผิดกฎหมายจำนวนหีมา กล่าวคือ (๑) สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว³ (๒) ราชอาณาจักรกัมพูชา⁴ และ (๓) สหภาพพม่าหรือเมียนมาร์ในปัจจุบัน⁵ เราพบว่า ความตกลงทั้งสามฉบับมุ่งมีลักษณะของมนุษยนิยมอย่างมาก กล่าวคือ ความตกลงดังกล่าวมุ่งที่จะจัดการปัญหาการค้ำมนุษย์ที่เป็นแรงงาน และการสร้างจุดเริ่มต้นในการขจัดปัญหาความไร้รัฐไร้สัญชาติให้แก่แรงงานเข้าเมืองไทยผิดกฎหมายซึ่งอพยพมาจากทั้ง ๓ ประเทศ

โดยสรุปในประเด็นนี้ ผู้บันทึกจึงสรุปได้ว่า โดยยังมีได้พิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการปรับใช้หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั้งหมดนี้ในความเป็นจริง เราก็อาจสรุปข้อเท็จจริงเชิง normative ได้ว่า ประเทศไทยยอมรับที่จะใช้อำนาจอธิปไตยในการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวในลักษณะที่ไม่ขัดต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่รับรองสิทธิทำงานของคนต่างด้าว โดยที่พันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าวอาจจะมีที่มาจากความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ หรือเป็นความร่วมมือระหว่างประเทศในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแรงงาน ก็ได้

โดยพิจารณากฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย เราอาจสรุปได้หรือไม่ว่า ประเทศไทยก็มีได้ปฏิเสธที่จะยอมรับว่า ฐานแห่งสิทธิทำงาน ก็คือ ความเป็นมนุษย์ ความเป็นคนต่างด้าวหรือความเป็นคนเข้าเมืองผิดกฎหมายไม่ทำให้เสียสิทธิทำงาน อันนำไปสู่การมีรายได้เพื่อการยังชีพของมนุษย์แต่ละคน ดังนั้น ด้วยแนวคิดที่มีลักษณะมนุษยนิยมมากขึ้น ประเทศไทย ทั้งโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายตุลาการจึงมีแนวโน้มที่จะปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศให้มีผลได้จริงในระดับภายในรัฐ กล่าวอีกนัย ก็คือ มีความพยายามที่จะปรับกฎหมายภายในให้สอดคล้องกับกฎหมายระหว่างประเทศ การจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยก็ย่อมจะต้องไม่ขัดต่อพันธกรณีระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยมิใช่หรือ ?

² อันประกอบด้วย (๑) ออสเตรเลีย (๒) บังคลาเทศ (๓) บรูไน ดารุสซาลาม (๔) กัมพูชา (๕) จีน (๖) อินโดนีเซีย (๗) ญี่ปุ่น (๘) สาธารณรัฐเกาหลี (๙) สาธารณประชาธิปไตยประชาชนลาว (๑๐) มาเลเซีย (๑๑) พม่า (๑๒) นิวซีแลนด์ (๑๓) ปาปัวนิวกินี (๑๔) ฟิลิปปินส์ (๑๕) สิงคโปร์ (๑๖) ศรีลังกา (๑๗) ไทย และ (๑๘) เวียดนาม รวมทั้ง (๑๙) เขตปกครองพิเศษฮ่องกง

³ บันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวว่าด้วยความร่วมมือด้านการจ้างแรงงาน ณ นครเวียงจันทน์ เมื่อวันที่ ๑๘ ตุลาคม พ.ศ.๒๕๔๕/ค.ศ.2002

<http://learners.in.th/blog/archanwell-and-right2work/394119>

http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=118&d_id=118

⁴ บันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาว่าด้วยความร่วมมือในการจ้างแรงงาน ณ จังหวัดอุบลราชธานี เมื่อวันที่ ๓๑ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๔๖/ค.ศ.2003

<http://learners.in.th/blog/archanwell-and-right2work/394118>

http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=119&d_id=119

⁵ บันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐบาลราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสหภาพพม่าว่าด้วยความร่วมมือในการจ้างแรงงาน ณ จังหวัดเชียงใหม่ เมื่อวันที่ ๒๑ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๔๖/ค.ศ.๒๐๐๓

<http://learners.in.th/blog/archanwell-and-right2work/394116>

http://www.archanwell.org/autopage/show_page.php?t=1&s_id=117&d_id=117

แต่อย่างไรก็ตาม เราก็คงปฏิเสธไม่ได้ถึงการเกิดขึ้นเสมอของการปฏิเสธสิทธิของแรงงานต่างด้าว โดยองค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐไทย อันนำไปสู่ข้อพิพาทเชิงความคิดเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมาย ระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่ผูกพันรัฐไทย ดังที่ปรากฏในปัจจุบันในกรณีที่มีการปฏิเสธสิทธิของนางใหม่ ไหมแสง และนายชาลี ด้อยอยู่ ซึ่งอยู่ในการพิจารณาของกลไกระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในกลไกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

๓. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐไทยว่าด้วยสิทธิทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ผู้บันทึกพบว่า ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายเพื่อรับรองสิทธิในการทำสัญญาของมนุษย์ที่มีองค์ประกอบต่างด้าวตั้งแต่ พ.ศ.๒๔๘๑ โดย พ.ร.บ.ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑ ซึ่งจัดเป็นกฎหมายไทยที่รองรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลในเรื่องของนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ

ดังนั้น เมื่อการทำงานไม่ว่าจะโดยการจ้างแรงงานหรือจ้างทำงาน และเมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเป็นคนต่างด้าว กฎหมายไทยฉบับนี้ก็กำหนดให้ความสามารถในการทำสัญญาจ้างดังกล่าวยอมเป็นไปตามกฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติ⁶ หรือในกรณีที่คู่สัญญาประสบปัญหาความไร้สัญชาติ กฎหมายไทยฉบับนี้ก็ให้นำเอากฎหมายของรัฐเจ้าของภูมิลำเนามาใช้แทน⁷กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติ เราจึงสรุปว่า ความเป็นคนต่างด้าวเพราะมีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง หรือไร้สัญชาติโดยสิ้นเชิงจึงไม่เป็นเหตุให้เสียความสามารถของบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่จะทำสัญญา

แต่ในส่วนของความสมบูรณ์ของสัญญาและผลของสัญญาจ้างก็ให้เป็นไปตามกฎหมาย ๔ ประเภทตามแต่กรณี⁸ กล่าวคือ (๑) กฎหมายแห่งเจตนาของคู่สัญญา หากมีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย (๒) กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาติอันร่วมกัน หากไม่มีการแสดงเจตนาเลือกกฎหมาย (๓) กฎหมายของรัฐเจ้าของถิ่นที่ทำสัญญา หากคู่สัญญามีสัญชาติต่างกันและไม่มีเจตนาเลือกกฎหมาย และ (๔) กฎหมายของรัฐเจ้าของถิ่นที่สัญญามีผล หากคู่สัญญามีสัญชาติต่างกันและไม่มีเจตนาเลือกกฎหมาย อีกทั้งไม่อาจหยั่งทราบถึงถิ่นที่ทำสัญญา

ขอให้ตระหนักว่า ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายเพื่อกำหนดให้คนต่างด้าวต้องขอใบอนุญาตทำงานใน พ.ศ.๒๕๑๕ โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ ๓๒๒ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ และต่อมา ก็คือ พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ และในท้ายที่สุด ก็คือ พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งยังมีผลอยู่ในปัจจุบันเพื่อแสดงเจตนาของรัฐไทยในเรื่องการยอมรับให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย กฎหมายนี้ยอมเปิดประตูตลาดแรงงานไทยเพื่อให้คนต่างด้าวใน ๗ สถานการณ์ดังต่อไปนี้

๓.๑. คนต่างด้าวที่ทำงานก่อนการปรากฏตัวของกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวใน พ.ศ.๒๕๑๕ ย่อมมีสิทธิทำงานต่อไป

คนต่างด้าวที่ทำงานอยู่ก่อนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๒๒ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ และได้รับใบอนุญาตทำงานตลอดชีวิตแล้วโดยกฎหมายดังกล่าว ย่อมมีสิทธิทำงานได้ตลอดไป แม้ประกาศคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าวสิ้นผลลง พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ก็ยังรับรองสิทธิดังกล่าว และเมื่อพระราชบัญญัติดังกล่าวสิ้นผลลงอีก พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ ก็ยังมีบทบัญญัติรับรองสิทธิทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว ดังปรากฏตามมาตรา ๕๘ วรรค ๒ ซึ่งบัญญัติว่า “ใบอนุญาตที่ออกให้ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๒๒ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ (มีกรณีที่เป็นใบอนุญาตทำงานตลอดชีวิต) ให้ใช้ได้ต่อไปตราบเท่าที่ใบอนุญาตยังไม่สิ้นอายุ และผู้รับใบอนุญาตยังทำงานที่ได้รับอนุญาตนั้น”

⁶ มาตรา ๑๐ วรรค ๑ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑

⁷ มาตรา ๑๐ วรรค ๑ ประกอบมาตรา ๖ วรรค ๔ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑

⁸ มาตรา ๑๓ แห่ง พ.ร.บ.ว่าด้วยด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ.๒๔๘๑

๓.๒. คนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษตามกฎหมายภายในหรือระหว่างประเทศยอมมีสิทธิทำงานโดยไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

เราพบว่า มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติยกเว้นหน้าที่ในการขอใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ๗ ลักษณะ กล่าวคือ (๑) บุคคลในคณะผู้แทนทางทูต (๒) บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล (๓) ผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ (๔) คนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อมาทำงานประจำอยู่กับบุคคลทั้งสามลักษณะแรก (๕) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ (๖) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจเพื่อประโยชน์ในทางการศึกษา วัฒนธรรม ศิลปะการกีฬา หรือกิจการอื่น ทั้งนี้ ตามที่จะได้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา (๗) บุคคลซึ่งคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจอย่างหนึ่งอย่างใดโดยจะกำหนดเงื่อนไขไว้ด้วยหรือไม่ ก็ได้ สิทธิทำงานของคนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษโดยไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานในลักษณะนี้เป็นไปตามแนวปฏิบัติที่นานารัฐในประชาคมระหว่างประเทศมีต่อกัน หรือเป็นไปตามแนวคิดประโยชน์นิยมที่รัฐไทยใช้ในการยอมรับสิทธิทำงานของคนต่างด้าวที่ทำประโยชน์ให้แก่ประเทศไทย

๓.๓. คนต่างด้าวที่มีลักษณะทั่วไปซึ่งเข้ามาทำงานในลักษณะอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน ย่อมมีสิทธิทำงานหากร้องขออนุญาตทำงานในสาขาอาชีพที่ไม่ต้องห้าม

เราพบว่า มาตรา ๙ วรรค ๑ ตอนต้น แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติรับรองสิทธิทำงานให้แก่คนต่างด้าวภายใต้เงื่อนไข ๓ ประการ กล่าวคือ (๑) เป็นคนต่างด้าวที่ไม่มีปัญหาการรับรองสิทธิในสถานะบุคคล (๒) งานที่ขอทำไม่ต้องห้ามตามกฎหมายนี้⁹ และ (๓) ได้รับใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายนี้

จะเห็นว่า การยอมรับสิทธิทำงานของคนต่างด้าวทั่วไปเป็นไปบนแนวคิดประโยชน์นิยมของรัฐเจ้าของดินแดนอย่างแน่นอน การทำงานในสาขาอาชีพที่คนสัญชาติทำได้และทำอยู่จึงตกเป็นสาขาอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

๓.๔. คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายและมีสิทธิอาศัยชั่วคราวซึ่งเข้ามาทำงานในลักษณะเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน ย่อมมีสิทธิทำงานหากมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนตามกฎหมายทราบ

เราพบว่า มาตรา ๙ วรรค ๑ ตอนท้าย แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติรับรองสิทธิทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายและมีสิทธิอาศัยชั่วคราวภายใต้เงื่อนไข ๓ ประการ กล่าวคือ (๑) เป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (๒) เพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน และ (๓) มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ

๓.๕. คนต่างด้าวทำงานในธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายยอมมีสิทธิทำงาน

เราพบว่า มาตรา ๑๒ วรรค ๑ ตอนท้าย แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติรับรองสิทธิทำงานให้แก่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริม

⁹ เป็นไปตามมาตรา ๗ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ ซึ่งบัญญัติว่า

"งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ **ทั้งนี้ จะกำหนดให้แตกต่างกันระหว่างคนต่างด้าวทั่วไปกับคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๓ และมาตรา ๑๔ ก็ได้** ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการทำงานของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๒"

การลงทุนหรือกฎหมายอื่นภายใต้เงื่อนไข ๒ ประการ กล่าวคือ (๑) มีหนังสือแจ้งการอนุญาตโดยหน่วยงานที่ให้การส่งเสริมการลงทุนไปยังนายทะเบียนตามกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว พร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนด (๒) นายทะเบียนดังกล่าวออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

แต่ขอให้สังเกตว่า ในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน คนต่างด้าวนั้นอาจทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา ๒๔¹⁰ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑ จนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาต

ประโยชน์นิยมก็ยังเป็นแนวคิดพื้นฐานในการเปิดตลาดแรงงานในสถานการณ์นี้อยู่ดี

๓.๖. คนต่างด้าวที่มีปัญหาสิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมายย่อมมีสิทธิทำงาน หากร้องขอใบอนุญาตทำงานในสาขาวิชาชีพที่คณะกรรมการกำหนด

เราพบว่า มาตรา ๑๓ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติรับรองสิทธิทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่มีปัญหาสิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไข ๒ ประการ กล่าวคือ

เงื่อนไขประการแรก ก็คือ เป็นคนที่มีปัญหาการรับรองสิทธิในสถานะบุคคล ๕ ประการ ตามที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ (๑.๑.) ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศและได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ (๑.๒.) เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (๑.๓.) ถูกถอนสัญชาติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๓๗ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ หรือตามกฎหมายอื่น (๑.๔.) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๓๓๗ ลงวันที่ ๑๓ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ และ (๑.๕.) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ

เงื่อนไขประการที่สอง ก็คือ บุคคลดังกล่าวได้รับใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

เงื่อนไขประการที่สาม ก็คือ งานที่ต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคม ซึ่งคณะกรรมการจะกำหนดเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ในประกาศนี้

แต่สำหรับแนวคิดพื้นฐานของการยอมรับสิทธิทำงานในสถานการณ์นี้ ก็น่าจะมาจากหลักมนุษยธรรมหรือหลักสิทธิมนุษยชน เราพบว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายแต่ยังมีอาจส่งกลับได้หรือคนต่างด้าวที่มีจุดเกาะเกี่ยวไทยอย่างชัดเจนก็จะได้รับการประกันสิทธิทำงานตามมาตรา

๓.๗. ซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยหรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าวยอมมีสิทธิทำงาน หากร้องขอใบอนุญาตทำงานในบางสาขาอาชีพในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดได้

เราพบว่า มาตรา ๑๔ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติว่า

"คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทย ถ้าได้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง อาจได้รับอนุญาตให้ทำงานบางประเภทหรือลักษณะงานในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดได้ ทั้งนี้ เฉพาะการทำงานภายในท้องที่ที่อยู่ติดกับชายแดนหรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าว"

¹⁰ ซึ่งบัญญัติว่า "ผู้รับใบอนุญาตต้องมีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนได้เสมอ"

คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะทำงานตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานชั่วคราว พร้อมกับแสดงเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางต่อนายทะเบียนและชำระค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการออกใบอนุญาต ให้นายทะเบียนระบุท้องที่หรือสถานที่ที่อนุญาตให้ทำงาน ระยะเวลาที่อนุญาตให้ทำงาน ประเภทหรือลักษณะงาน และนายจ้างที่คนต่างด้าวนั้นจะไปทำงานด้วย ทั้งนี้ ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ความในมาตรานี้จะใช้บังคับกับท้องที่ใด สำหรับคนต่างด้าวสัญชาติใด เพื่อทำงานประเภทหรือลักษณะใด ในช่วงระยะเวลาหรือฤดูกาลใด โดยมีเงื่อนไขอย่างใด ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา”

จะเห็นว่า มาตรา ๑๔ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๕๑ บัญญัติรับรองสิทธิทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่มีปัญหาสิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมายภายใต้เงื่อนไข ๓ ประการ กล่าวคือ (๑) เป็นคนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทย (๒) เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (๓) ได้รับอนุญาตทำงานในได้รับอนุญาตให้ทำงานบางประเภทหรือลักษณะงานในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดโดยคณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

แนวคิดของมาตรานี้ก็คงเป็นการเปิดโอกาสให้คณะรัฐมนตรีเปิดตลาดแรงงานสำหรับการขาดแคลนแรงงานในบางสาขาอาชีพในบางช่วงเวลา หลักประโยชน์นิยมย่อมเป็นแนวคิดเบื้องหลังของมาตรานี้ แต่อย่างไรก็ตาม ในขณะที่การเปิดประตูการจ้างนี้ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่นายจ้างไทย โอกาสที่ทำงานของแรงงานในประเทศเพื่อนบ้านก็อาจจะเป็นการสร้างสุขภาวะให้แก่แรงงานในประเทศเพื่อนบ้านที่แสวงหางานที่มีรายได้ดีกว่า แนวคิดมนุษยนิยมอาจมีบทบาทบ้างในการเมืองชายแดนระหว่างรัฐไทยและรัฐที่ประชิดติดแดน

๔. ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับมนุษย์ที่ถูกเรียกว่า “แรงงานต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทย”

แม้ว่าคำว่า “คนต่างด้าว (Alien)” จะมีความหมายตรงกันในกฎหมายของประเทศว่า หมายถึง “คนที่ไม่ใช่สัญชาติของรัฐเจ้าของดินแดน” และโดยทางปฏิบัติทั่วไป การที่เราจะทราบว่ามีสถานะเป็นคนสัญชาติของรัฐใด เราก็จะพิจารณาจากเอกสารรับรองสิทธิในสถานะบุคคลตามกฎหมายของมนุษย์ผู้นั้น เราจะทราบว่า บุคคลใดมีสถานะเป็นคนสัญชาติไทย เราก็จะต้องขอให้บุคคลดังกล่าวแสดงบัตรประชาชนไทยหรือหนังสือเดินทางที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไทยออกและรับรองว่า บุคคลนั้นมีสถานะเป็นคนสัญชาติไทย

แต่มาายาคติทางกฎหมายก็เกิดขึ้นได้ในเรื่องนี้บ่อยครั้ง

เราพบว่า บุคคลที่ไม่มีเอกสารแสดงตนว่า เป็นคนสัญชาติไทย กลับมีสิทธิในสัญชาติไทย หรือมีสิทธิที่จะร้องขอสัญชาติไทย และมีความเกี่ยวข้องเกี่ยวกับประเทศไทยเท่านั้นหรือมากที่สุด ในกรณีแรกอาจจะเกิดขึ้นเพราะบุคคลดังกล่าวไม่ยอมแสดงตนเป็นคนสัญชาติไทยหรืออยากแสดงตนเป็นคนสัญชาติไทย แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐไทยไม่ยอมรับรับรองสถานะคนสัญชาติไทยให้แก่บุคคลนั้น จะเห็นว่าหลายครั้งที่บุคคลมีข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบที่กำหนดในกฎหมายสัญชาติ แต่กระบวนการรับรองสถานะคนสัญชาติตามกฎหมายการทะเบียนราษฎรไม่อาจทำได้ ทั้งนี้ ด้วยสาเหตุที่มาจากเจ้าของปัญหาเองก็ได้ หรือมาจากเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ได้

ในทางกลับกัน เราพบอีกว่า บุคคลที่มีเอกสารแสดงตนว่า เป็นคนสัญชาติไทย กลับไม่มีสิทธิในสัญชาติไทย หรือไม่มีสิทธิที่จะร้องขอสัญชาติไทย และมีความเกี่ยวข้องเกี่ยวกับประเทศไทยน้อยที่สุด ในกรณีที่สองนี้ อาจเกิดขึ้นเพราะความเข้าใจผิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐไทยในขั้นตอนของการบันทึกสถานะบุคคลตามกฎหมายการทะเบียนราษฎร หรืออาจจะเกิดการทุจริตในวงราชการ ซึ่งก็เป็นประเด็นที่พิจารณากันอยู่ในองค์อิสระที่มีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบอยู่บ่อยครั้ง

โดยประสบการณ์การทำงานวิจัยเพื่อพัฒนาสิทธิในการรับรองสถานะบุคคลตามกฎหมาย ผู้บันทึกอาจสรุปข้อเท็จจริงอีกว่า มนุษย์ที่ถูกเรียกว่า “แรงงานต่างด้าวในประเทศไทย” ออกได้เป็น ๓ ประการ กล่าวคือ (๑) แรงงานต่างด้าวแท้ (๒) แรงงานต่างด้าวที่มีจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริงกับประเทศไทย และ (๓) แรงงานต่างด้าวเทียม

๔.๑. แรงงานต่างด้าวแท้

แรงงานต่างด้าวแท้ก็คือคนต่างด้าวที่เกิดนอกประเทศไทยจากบุพการีที่เกิดนอกประเทศไทยและไม่มีสิทธิในสัญชาติไทยใดๆ แรงงานในสถานการณ์นี้อาจจะเป็นแรงงานมีฝีมือหรือไร้ฝีมือก็ได้ อาจจะเป็นแรงงานที่เข้าเมืองถูกหรือผิดก็ได้

หากเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย ก็ย่อมมีสิทธิอาศัยในประเทศไทยตามกฎหมายคนเข้าเมือง ซึ่งสิทธิอาศัยนี้อาจมีลักษณะชั่วคราวหรือถาวร

แต่หากเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย ก็น่าจะไม่มีสิทธิอาศัยเลยในประเทศไทย และเมื่อถูกจับได้ ก็ควรจะถูกส่งกลับออกไปนอกประเทศไทย แต่สถานการณ์อาจมีข้อยกเว้น

สถานการณ์ยกเว้นประการแรก ก็คือ หากบุคคลดังกล่าวมีสถานะเป็นคนหนีภัยความตาย ซึ่งประเทศไทยไม่อาจส่งกลับออกไปนอกประเทศไทย เพราะการส่งออกไปเสี่ยงภัยความตาย ก็ยอมทำให้ประเทศไทยตกเป็นผู้ละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิในชีวิต

สถานการณ์ยกเว้นประการที่สอง ก็คือ หากบุคคลดังกล่าวยอมรับที่จะทำงานไร้ฝีมือในสาขาวิชาชีพที่ประเทศไทยขาดแคลน รัฐไทยตั้งแต่ พ.ศ.๒๕๓๕ เป็นต้นมา ก็มีนโยบายที่จะยอมรับให้สิทธิอาศัยชั่วคราวตามกฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อให้บุคคลนั้นสามารถร้องขอใบอนุญาตทำงาน แม้ว่าความผิดกฎหมายคนเข้าเมืองจะยังคงอยู่ บุคคลดังกล่าวก็ได้รับการผ่อนผันให้อาศัยหรือให้สิทธิอาศัยต่อไปในประเทศไทย แรงงานไร้ฝีมือจากพม่าที่เข้าเมืองผิดกฎหมายจำนวนไม่น้อยยอมขึ้นทะเบียนแรงงานต่างด้าวประเภทนี้มาตั้งแต่ พ.ศ.๒๕๓๕ และในปัจจุบัน ก็ยังมีสถานะเป็นแรงงานต่างด้าวเข้าเมืองผิดกฎหมายที่มีสิทธิอาศัยชั่วคราวต่อไป

๔.๒. แรงงานต่างด้าวที่มีจุดเกาะเกี่ยวอย่างแท้จริงกับประเทศไทย

แรงงานต่างด้าวในสถานการณ์นี้อาจจะเกิดในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลไร้รากเหง้าที่พบตัวในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลที่เกิดนอกประเทศไทยแต่อาศัยอยู่ในประเทศไทยจนมีความกลมกลืนทางสังคมและวัฒนธรรมกับประเทศไทยแล้ว บุคคลในกรณีแรกมีรัฐไทยเป็นรัฐเจ้าของดินแดนอันเป็นที่เกิดแห่งตน หรือบุคคลในกรณีที่สองย่อมมีรัฐไทยเท่านั้นที่มีสถานะเป็นรัฐเจ้าของดินแดนอันเป็นภูมิลำเนาแห่งตน หรือในกรณีที่สาม บุคคลดังกล่าวย่อมมีรัฐไทยเป็นรัฐเจ้าของดินแดนอันเป็นภูมิลำเนาแห่งตนเช่นกัน และการขาดจุดเกาะเกี่ยวกับรัฐต้นทางเสียแล้ว ด้วยว่า อพยพจากมานานแล้ว จนสัมพันธ์ภาพทั้งทางสังคม เศรษฐกิจ และวัฒนธรรมระหว่างรัฐและบุคคลเบาบางและเรื้อนหายไปเสียแล้ว

ขอให้สังเกตว่า ความเกาะเกี่ยวดังกล่าวย่อมนำไปสู่สิทธิที่จะขอสัญชาติไทย และในสถานการณ์ที่ความกลมกลืนกับสังคมไทยปรากฏตัวขึ้นอย่างชัดเจนและเข้มข้น ก็เป็นการยากที่รัฐไทยที่ปฏิเสธสิทธิในสัญชาติไทยสำหรับพวกเขา ประวัติศาสตร์ของกฎหมายสัญชาติไทยก็ชี้ว่า รัฐไทยก็ไม่แตกต่างไปจากนานาอารยประเทศอื่นที่ยอมรับให้สัญชาติไทยแก่แรงงานต่างด้าว แม้ว่าในขณะที่ทำการเข้าเมือง คนต่างด้าวผู้นั้นอาจเข้าเมืองไทยโดยผิดกฎหมาย

๔.๓. แรงงานต่างด้าวเทียม

แรงงานต่างด้าวในสถานการณ์นี้จะมีข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบของความเป็นคนสัญชาติไทย แต่ความเป็นต่างด้าวอาจเกิดจากบุคคลนั้นเองที่ไม่ประสงค์จะใช้สิทธิในสัญชาติไทย หรืออาจจะเกิดจากเจ้าหน้าที่ของรัฐไทยตามกฎหมายการทะเบียนราษฎรไม่ยอมรับรองสถานะคนสัญชาติไทยของบุคคลดังกล่าวในทะเบียนราษฎรของรัฐไทย

ขอให้ตระหนักว่า เมื่อมีการพิสูจน์สิทธิในสัญชาติไทยและการรับรองสถานะคนสัญชาติไทยเกิดขึ้นในที่สุด ความเป็นคนต่างด้าวของแรงงานเทียมนี้ก็จะสิ้นสุด คนในสถานการณ์นี้ก็จะมิมีสถานะเป็นแรงงานสัญชาติไทยโดยพลัน

ผู้บันทึกนำเสนอข้อเท็จจริงในประเด็นนี้ขึ้นมา เพื่อจะบอกว่า คำว่า "แรงงานต่างด้าว" อาจไม่หมายถึง "ความเป็นอื่น" หรือ "ภัยความมั่นคง" เสมอไป ประเทศไทยเองก็เพิ่งมีการจัดทำทะเบียนราษฎรทั่วไปก็เพียงใน พ.ศ.๒๕๓๙ โดย พ.ร.บ.การทะเบียนราษฎร พ.ศ.๒๕๓๙ ดังนั้น ก็ยังมีคนที่มิมีสิทธิในสัญชาติไทยที่ยังตกหล่นการสำรวจทางทะเบียนราษฎรอยู่อีกมาก หรือกระแสโลกาภิวัตน์ที่ทำให้เกิดคนที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่แท้จริงกับสองประเทศซึ่งประเทศหนึ่งก็คือประเทศไทย ดังนั้น เราจึงอาจเจอแรงงานต่างด้าวที่ถือสัญชาติลาว แต่มีมารดาเป็นคนสัญชาติไทยโดยการเกิด บุคคลอาจจะอยากใช้สิทธิในสองสัญชาติ หากแต่ทำไม่ได้ที่กฎหมายสัญชาติลาวยังไม่ยอมรับให้บุคคลใช้สิทธิในสองสัญชาติ แม้

กฎหมายไทยไม่ห้ามให้ถือสองสัญชาติ แต่เมื่อบุคคลดังกล่าวมีภูมิลำเนาถาวรในลาว เขาจึงต้องยอมรับสถานะแรงงานสัญชาติลาวในประเทศไทย ทั้งที่เขามีสิทธิในสัญชาติไทยโดยผลของกฎหมายโดยหลักสืบสายโลหิตจากมารดา และมีความจงรักภักดีต่อประเทศไทยซึ่งเป็นแผ่นดินอย่างลึกซึ้งก็ตาม

ข้อเท็จจริงอันแสดงถึงมายาคติแห่งสิทธิในสัญชาตินี้ อาจจะทำให้เราทั้งหลายลดความเป็นชาตินิยมในเรื่องของการจัดระบบการทำงานของคนต่างด้าวได้บ้าง

๕. ข้อเท็จจริงอันเป็นสถานการณ์เด่นด้านกฎหมายและนโยบายเพื่อจัดระบบแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย : แรงงานชนกลุ่มน้อยไร้รัฐไร้สัญชาติจากพม่า

สถานการณ์เด่นที่ทั่วโลกจับจ้องมาที่ประเทศไทยที่ผู้บันทึกอยากหยิบยกขึ้นมาเสนอ ก็คือ การจัดการแรงงานต่างด้าวกว่า ๓ ล้านในประเทศไทย ซึ่งสามในสี่ส่วนนั้นเป็นแรงงานไร้ฝีมือจากประเทศพม่า และแรงงานจำนวนกว่า ๕ แสนน่าจะมีสถานะเป็นคนไร้สัญชาติในทะเบียนราษฎรไทยประเภท ท.ร. ๓๘/๑

จะด้วยกระแสประชาคมอาเซียนนิยมหรือไม่ก็ตาม การปรองดองสมานฉันท์ของฝ่ายรัฐบาลทหารพม่าและฝ่ายพรรคการเมืองฝ่ายค้านที่เชื่อในแนวคิดประชาธิปไตยซึ่งนำความคิดโดยท่านเองชานซูจีก็น่าจะทำให้เกิดข้อเท็จจริงใหม่เกี่ยวกับแรงงานต่างด้าวชนกลุ่มน้อยไร้รัฐไร้สัญชาติจากพม่า

ข้อเท็จจริงแรก ก็คือ ปราบกฏท่าทีของฝ่ายรัฐบาลพม่าที่ชัดเจนในการเร่งการพิสูจน์สัญชาติพม่าให้แก่แรงงานดังกล่าวให้แล้วเสร็จในเดือนธันวาคม พ.ศ.๒๕๕๕ ซึ่งความไร้รัฐไร้สัญชาติของแรงงานดังกล่าวก็จะหมดไป บุคคลดังกล่าวก็จะมีสถานะเป็นคนสัญชาติพม่าในทะเบียนราษฎรพม่าและคนต่างด้าวสัญชาติพม่าในทะเบียนราษฎรไทย

ข้อเท็จจริงที่สอง ปราบกฏท่าทีของฝ่ายรัฐบาลพม่าและของท่านเองชานซูจีที่มีความชัดเจนในทิศทางเดียวที่จะรับแรงงานไร้ฝีมือกลุ่มนี้กลับประเทศพม่า เพื่อการจ้างงานในประเทศพม่า ซึ่งน่าจะมีการก่อสร้างสาธารณูปโภคจำนวนมากในประเทศดังกล่าว ในสถานการณ์ที่การลงทุนจากในอาเซียนและนอกอาเซียนในพม่าตั้งที่ตระหนักรู้กันอยู่ ประเด็นของการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือซึ่งกำลังจะเป็น "กึ่งมีฝีมือ" หรือ "มีฝีมืออ่อนๆ" ในประเทศไทยเริ่มเกิดขึ้นแล้ว

ข้อเท็จจริงนี้น่าจะทำให้รัฐศาสตร์เข้ามามีบทบาทในกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวมากขึ้น ในจุดที่ฝ่ายนิติบัญญัติทิ้งให้คณะรัฐมนตรีโปรดใช้ดุลยพินิจได้เอง

ย้อนกลับมาถามต่อไปว่า หากการเพิกเฉยต่อการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแรงงานกลุ่มนี้ยังดำเนินต่อไป มีอีกหลายนางหนู่ม ไหมแสง หรือหลายนายชาลี ดืออยู่ที่ถูกละเลยสิทธิในการเหยียดจากความอุบัติเหตุจากการทำงาน ตลาดแรงงานไทยก็อาจเผชิญความขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือมากขึ้นมิใช่หรือ ?

๖. บทสรุป

คงไม่มีใครจะตำหนิประเทศไทยที่จะยอมรับสิทธิในเสรีภาพของคนสัญชาติไทยในลักษณะที่ดีกว่าคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพราะประเทศอื่นๆ ก็ย่อมมีทางปฏิบัติเช่นนี้เหมือนกัน แต่การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยนั้น ก็ควรจะได้รับปฏิบัติบนจุดสมดุลของความมั่นคงทางเศรษฐกิจของรัฐไทยและสิทธิมนุษยชน สำหรับผู้บันทึกนั้น แรงงานต่างด้าวก็เป็นมนุษย์ ดังนั้น หากการจัดระบบแรงงานต่างด้าวเพื่อประโยชน์ของประเทศไทยโดยไม่อิงซึ่งขบกับสิทธิมนุษยชนของแรงงานต่างด้าว ความยุติธรรมทางสังคมก็ไม้อาจเกิดขึ้นได้ ความยุติธรรมตามกฎหมายบ้านเมืองที่ไม่สอดคล้องกับความยุติธรรมตามธรรมชาติ ก็ย่อมมิใช่ความยุติธรรมตามกฎหมายที่แท้จริง ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนก็จะไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย

ในอีกความเป็นจริงที่เราจะต้องตระหนัก ก็คือ คนสัญชาติไทยที่ออกไปทำงานในดินแดนของรัฐต่างประเทศ ก็อาจตกอยู่ในสถานการณ์ของแรงงานต่างด้าวที่เข้าไม่สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน

ดังนั้น ความพยายามที่จะคุ้มครองคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศที่ตนมีสัญชาติ ก็น่าจะเป็นความพยายามที่มีผลดีในเชิงมาตรฐานความยุติธรรมทางแรงงานที่ดีและเหมาะสมสำหรับมนุษย์ในทุกสถานการณ์มิใช่หรือ ?