

บทที่ 2

เจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ

1. ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ (Sources of International Law)¹

1.1 ความทั่วไป

รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมพลเมืองรวมทั้งคนต่างด้าวที่อยู่ในอาณาเขตของตน แต่ทั้งนี้ไม่ได้หมายความว่ารัฐจะปฏิบัติต่อคนต่างด้าวอย่างไรก็ได้ เพราะการปฏิบัติของรัฐจะต้องเป็นไปตามพันธะผูกพันโดยกฎหมายระหว่างประเทศ

ในส่วนของ การคุ้มครองแรงงานต่างชาติ นั้น รัฐไม่อาจที่จะปฏิบัติอย่างอิสระเสรีได้เช่นเดียวกัน เพราะในส่วนนี้ก็มีหลักเกณฑ์ที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนดขึ้นมา ทั้งที่เป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติโดยตรง และที่เป็นหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษยชนทั่ว ๆ ไป

ดังนั้น การศึกษากฎหมายระหว่างประเทศจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมาก เพื่อที่จะได้ทราบว่า ประเทศญี่ปุ่นจะต้องอยู่ภายใต้พันธกรณีทางกฎหมายระหว่างประเทศอย่างไรบ้าง ในการที่จะให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างชาติในประเทศญี่ปุ่น

¹ในส่วนนี้โปรดดู นิคม จันทรวิฑูร, ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 17.

สำหรับที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ* ธรรมนูญศาลระหว่างประเทศ
 (The Statute of the International Court of Justice) มาตรา 38²
 บัญญัติว่า ศาลโลกจะใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ จารีตประเพณีระหว่างประเทศ
 หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง เป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาและตัดสินกรณีพิพาท
 ส่วนคำพิพากษาของศาลที่เกิดขึ้นมีอยู่ก่อนแล้ว รวมทั้งข้อคิดเห็นของนักกฎหมายที่ทรงคุณวุฒินั้น
 จะถูกนำมาใช้เป็นวิธีรองลงมาเพื่อช่วยกำหนดกฎเกณฑ์ของกฎหมาย

ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่า สิ่งที่ถือได้ว่า เป็นที่มาของกฎหมายมีอยู่ 5 ประการ
 ได้แก่

- (1) สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (International Conventions)
- (2) จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (International Custom)
- (3) หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง (The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations)

*ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศ หมายถึง สิ่งที่นักกฎหมายระหว่างประเทศ
 ของประเทศต่าง ๆ ได้นำเอาไปกำหนดเป็นหลัก และวิธีปฏิบัติที่สามารถนำไปใช้กับ
 สถานการณ์หนึ่ง หรือหลาย ๆ สถานการณ์ที่เกิดขึ้น อันเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของประเทศต่าง ๆ

²Article 38(1) of the Statute of the International Court of Justice : The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply : (a) international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting state ; (b) international custom, as evidence of a general practice accepted as law ; (c) the general principles of law recognized by civilized nations ; (d) subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law.

(4) คำพิพากษาของศาล (Judicial Decisions)

(5) ข้อคิดเห็นของนักกฎหมายที่ทรงคุณวุฒิ (The Teachings of the Most Highly Qualified Publicists)³

และนอกเหนือจากที่กล่าวมาแล้ว ยังมีสิ่งที่อาจถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศได้อีก เช่น มติขององค์การระหว่างประเทศ ซึ่งจะอธิบายดังต่อไปนี้

1.2 สนธิสัญญาระหว่างประเทศ (Treaty, Convention, etc.)

สนธิสัญญา หมายถึง ความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐเป็นลายลักษณ์อักษรและอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายระหว่างประเทศ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นเอกสารฉบับเดียว สองฉบับหรือหลายฉบับ และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกเฉพาะเป็นอย่างไรก็ตาม⁴ โดยทั่วไป สนธิสัญญาแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือสนธิสัญญาทวิภาคี และสนธิสัญญาพหุภาคี

1.2.1 สนธิสัญญาทวิภาคี (Bilateral Treaties)

สนธิสัญญาทวิภาคี หมายถึง สนธิสัญญาสองฝ่ายหรือสนธิสัญญาที่มีคู่ภาคี 2 ฝ่าย ซึ่งพอจะเปรียบเทียบได้กับสัญญาที่บุคคลกระทำต่อกันโดยทั่วไป สนธิสัญญาทวิภาคีกระทำโดยรัฐ 2 รัฐ ซึ่งปรารถนาจะส่งเสริม หรือวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับผลประโยชน์หรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกันเฉพาะ 2 ประเทศเท่านั้น

³โปรดดู J.G. Starke, Introduction to International Law (Singapore : Butterworths, 1989), P.36.

⁴Article 2(1)(a) of Vienna Convention on the Law of Treaties.

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ จำนวนข้อตกลงระหว่างประเทศได้เพิ่มจำนวนขึ้นภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1* ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการย้ายถิ่นที่อยู่ และการรับจ้างของแรงงานต่างชาติตลอดจนบทบัญญัติเกี่ยวกับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (Equal Treatment) ต่อแรงงานต่างชาติ

ด้วยหลักเกณฑ์อันเก่าแก่ที่สุดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศได้แก่หลักกฎหมายที่ว่า "เมื่อได้สัญญาไว้อย่างใดก็ต้องปฏิบัติตามสัญญานั้น" (Pacta Sunt Servanda) ประเทศภาคีของข้อตกลงเหล่านี้ ก็มีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้

ในส่วนนี้ Malcom N. Shaw อธิบายถึง พันธกรณีของประเทศที่จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญาโดย อ้างว่า "In the absence of a certain minimum belief that states will perform their treaty obligations in good faith, there is no reason for countries to enter into such obligations with each other"⁵

1.2.2 สนธิสัญญาพหุภาคี (Multilateral Treaties)

สนธิสัญญาพหุภาคีเป็นสนธิสัญญาที่มีผู้ร่วมเจรจาหรือร่วมลงนามมากกว่า 3 ฝ่ายขึ้นไป ซึ่งสนธิสัญญาประเภทนี้ มีจำนวนมากมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ ซึ่งมีตั้งแต่ อนุสัญญาต่าง ๆ ที่ร่างขึ้นมาโดยสหประชาชาติ เช่น

*E.g. the agreements concerning emigration and immigration between France and Poland of 3 September 1919 and between France and Czechoslovakia of 20 March 1920, the Evian Agreement of 1962, the Franco - Portuguese Protocol of 29 July 1971.

See also the agreements or conventions on migration between the Federal Republic of Germany and Spain on 29 March 1960, between Belgium and Turkey of 16 July 1964, between Spain and Paraguay of 11 January 1965.

⁵Malcom N. Shaw, International Law (Great Britain : Grotius Publications Limited, 1986), P.459.

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) ตลอดจนอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ร่างขึ้นมาโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) อย่างไรก็ตามรัฐที่ให้สัตยาบันกับสนธิสัญญาใด ก็จะต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้นโดยสุจริต⁵ และหากว่ามีการละเมิดสนธิสัญญา (Violation of Treaty) แล้ว ภาคีอื่นอาจอ้างเป็นเหตุระงับแห่งการให้สนธิสัญญาทั้งหมดหรือบางส่วนในระหว่างตน และรัฐที่ละเมิดได้⁷

สนธิสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างประเทศภาคีนั้น ไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีต่อรัฐที่สาม ดังนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีของสนธิสัญญาใดจึงไม่ต้องปฏิบัติตามสนธิสัญญานั้น แต่ก็อาจมีบางกรณีที่เนื้อหาของสนธิสัญญานั้นกลายเป็นจารีตประเพณีแล้ว ซึ่งในกรณีเช่นนั้นรัฐที่ไม่เป็นภาคีก็ต้องปฏิบัติตาม ยกตัวอย่างเช่น ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีของอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยของปี พ.ศ. 2494 จึงไม่ถูกผูกพันโดยอนุสัญญานี้ แต่ถ้าหากว่าบทบัญญัติใดของอนุสัญญานี้กลายเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีแล้ว ประเทศไทยก็อาจถูกผูกพันโดยบทบัญญัตินั้นได้ ทั้ง ๆ ที่ไม่ได้เป็นประเทศภาคี⁸

ในส่วนนี้อนุสัญญากรุงเวียนนา ว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา (Vienna Convention on the Law of Treaties) มาตรา 38 ได้ยอมรับกรณีที่ว่ารัฐที่ไม่เป็นภาคีอาจถูกผูกพันโดยสนธิสัญญาเมื่อบทบัญญัติใดของสนธิสัญญากลายเป็นจารีตประเพณีแล้ว

อย่างไรก็ตาม แม้ในกรณีที่บทบัญญัตินั้นยังไม่เป็นจารีตประเพณีก็ตาม ข้อความในสนธิสัญญานั้นจะเป็น Lex Lata (สิ่งซึ่งเป็นกฎหมายใช้บังคับอยู่แล้ว อันกำหนดพันธกรณี และก่อให้เกิดสิทธิที่แท้จริง) สำหรับรัฐภาคี และจะเป็น Lex Ferenda (สิ่งซึ่งยังไม่เป็นกฎหมาย แม้ว่าสิ่งนั้นจะเป็นที่ปรารถนาอย่างยิ่งว่าสมควรจะเป็นกฎหมาย)

⁵Article 26 of Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁷Article 60 of Vienna Convention on the Law of Treaties.

⁸โปรดดู วิทิต มันทาภรณ์, "ผู้ลี้ภัย : กฎหมายและนโยบายแห่งรัฐว่าด้วยผู้อยู่พวยและผู้หลบหนีเข้าเมืองในประเทศไทย", นิติศาสตร์ 15 (มีนาคม 2528) : 192.

ซึ่งจะมีน้ำหนักมากพอสมควรสำหรับรัฐที่ไม่เป็นภาคี เพราะเมื่อหลักเกณฑ์ใดเป็นข้อความที่เป็นลายลักษณ์อักษรไปแล้ว ก็เพิ่มความชัดเจนมากขึ้น และไม่อาจโต้แย้งได้โดยง่าย^๑

และข้อความในอนุสัญญาที่มีอยู่ ก็อาจจูงใจให้รัฐหันมาปฏิบัติตาม และกระตุ้นให้เกิดกฎหมายจารีตประเพณีใหม่ ๆ ขึ้นได้^{๑๐} ดังนั้น สันนิษฐานได้ว่าแม้ประเทศหนึ่งจะไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาใด ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ให้สัตยาบันไปแล้วก็ไม่อาจที่จะละเลยหรือไม่ให้ความสนใจต่อสนธิสัญญานั้น

1.3 จารีตประเพณี (Custom)

จารีตประเพณี หมายถึง แนวปฏิบัติต่อกันระหว่างประเทศ อันเนื่องมาจากความล้มพันธ์ที่นานาประเทศมีต่อกัน และได้ปฏิบัติกรต่อเนื่องกันมา นับแต่อดีตอันยาวนาน และสืบเนื่องมาจนปัจจุบัน จนกลายเป็นที่ยอมรับเสมือนกฎหมาย และถือเป็นพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามทั่วไปในสังคมแห่งนานาประเทศ^{๑๑}

จารีตประเพณีจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีองค์ประกอบครบ 2 ประการ ได้แก่ การปฏิบัติ (State Practice) และความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinio Juris)^{๑๒}

^๑Michel Virally, "ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วย Lex Ferenda", แปลโดย นิรุณา ติงศภัทย์ นิติศาสตร์ 16 (ธันวาคม 2529) : 157. ในบทความนี้ Michel Virally อธิบาย Lex Ferenda ว่า "Lex Ferenda จะมีแนวโน้มที่ชักนำพฤติกรรมของรัฐ และผู้มีบทบาทระหว่างประเทศทั้งหลาย ภายในขอบเขตเท่าที่ Lex Ferenda จะซึมซาบเข้าไปในมโนภาพหรือความนึกคิดว่ากฎหมายควรจะเป็นเช่นไร"

^{๑๐}เรื่องเดียวกัน, หน้า 157.

^{๑๑}สุโขทัยธรรมาราช, มหาวิทยาลัย., กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, 2531), หน้า 32.

^{๑๒}Shaw, International Law, p. 61.

1.3.1 การปฏิบัติ (State Practice) หมายถึง การที่ประเทศหนึ่งได้ปฏิบัติภารกิจใด ๆ ภายใต้ขอบเขตอำนาจอธิปไตยของตน หรือปฏิบัติการเกี่ยวข้องกับประเทศอื่นใด และได้ปฏิบัติภารกิจอย่างเดียวกันเช่นนั้นซ้ำอีก เพื่อเป็นเครื่องยืนยันถึงการปฏิบัติที่ได้เคยดำเนินการอยู่แล้ว¹³

ในส่วนที่ว่า ประเทศใดมีการปฏิบัติอย่างไรในเรื่องใดเรื่องหนึ่งสามารถรู้ได้จากบทความในหนังสือพิมพ์ ข้อบันทึกทางประวัติศาสตร์ การกล่าวคำพูดของตัวแทนหรือผู้นำของประเทศ หนังสือทางราชการ เป็นต้น

นอกจากนี้ยังจะรู้ได้จาก หนังสือบันทึกการประชุมขององค์การระหว่างประเทศ คำกล่าวของตัวแทนของรัฐบาลในการประชุมเพื่อร่างอนุสัญญา คำพิพากษาของศาลโลกและศาลภายในอีกด้วย¹⁴

ในการสร้างจารีตประเพณี การปฏิบัติของประเทศมหาอำนาจในทางการเมือง ย่อมมีอิทธิพลมากกว่าการปฏิบัติของประเทศเล็ก¹⁵ อาทิเช่น การปฏิบัติของสหราชอาณาจักรในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยทะเล และบทบาทของสหรัฐอเมริกา ในการสร้างกฎหมายอวกาศ เป็นต้น

1.3.2 ในการสร้างจารีตประเพณีการปฏิบัติของนานาประเทศเพียงอย่างเดียวจะไม่เพียงพอ แต่จะต้องควบคู่ไปกับความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinio Juris)¹⁶

¹³สุโขทัยธรรมมาราช, มหาวิทยาลัย., กฎหมายระหว่างประเทศ, อ่างแล้ว, หน้า 34.

¹⁴โปรดดู Shaw, International Law, op. cit., p. 68.

¹⁵Ibid., P.66.

¹⁶D.W. Greig, International Law (London : Butterworth, 1976), p.26.

ความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinio Juris) หมายถึงความเชื่อมั่นว่าการปฏิบัติใดเป็นพันธกรณีทางกฎหมาย (Belief that a state activity is legally obligatory)¹⁷ ในการตัดสินว่าการปฏิบัตินั้น เกิดจาก Opinio Juris หรือไม่ จะต้องพิจารณาว่า หลักเกณฑ์นั้นได้รับการยอมรับจากนานาประเทศ ถึงขนาดที่ไม่มีการคัดค้านจากอารยประเทศหรือไม่¹⁸

จากการที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า ในการวิเคราะห์ จารีตประเพณีในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาตินั้น ควรจะต้องศึกษาถึงการปฏิบัติของแต่ละประเทศพร้อมกับความเชื่อมั่นว่ามีพันธกรณีตามกฎหมาย (Opinio Juris) โดยศึกษารายงานการประชุมแห่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ เป็นต้น

1.4 หลักกฎหมายทั่วไป (The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations)

หลักกฎหมายทั่วไป คือ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่มาจากกฎหมายภายในประเทศ ถือว่าเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมายระหว่างประเทศตามนัยแห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ มาตรา 38 ข้อ 1 (c) ที่บัญญัติว่า "หลักกฎหมายทั่วไปที่อารยประเทศรับรอง" ในกรณีที่ไม่มีความสนธิสัญญาหรือหลักจารีตประเพณี ผู้พิพากษาของศาลยุติธรรมประจำระหว่างประเทศ จะนำหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้สำหรับชี้ขาดปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

หลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศนี้ อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ

- (1) หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับอยู่ในกฎหมายภายในของรัฐ
- (2) หลักกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ¹⁹

¹⁷ Ibid., p. 69.

¹⁸ Ibid., p. 69.

¹⁹ สุโขทัยธรรมาราช, มหาวิทยาลัย., กฎหมายระหว่างประเทศ, อ่างแล้ว,

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานต่างชาติยังไม่ค่อยชัดเจนว่า หลักกฎหมายทั่วไปจะมีเนื้อหาสาระประการใด เพราะเรื่องนี้เป็นเรื่องที่ยังใหม่ และอาจมีความแตกต่างกันมากระหว่างรัฐในการบัญญัติกฎหมายในส่วนนี้

1.5 คำพิพากษาของศาล (Judicial Decisions) ธรรมนูญข้อบังคับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO Constitution) มาตรา 37 บัญญัติว่า ข้อสงสัยหรือข้อพิพาทใด ๆ เกี่ยวกับการตีความของธรรมนูญข้อบังคับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ หรืออนุสัญญาที่เกิดขึ้นนั้น ควรจะยื่นให้ศาลโลกพิจารณาต่อไป²⁰ แต่เท่าที่ผ่านมากรณีที่เคยนำคดีขึ้นศาลโลกนั้นมีเพียง 4 ครั้งเท่านั้น ซึ่งใน 4 ครั้งนั้นไม่มีคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติเลย²¹

สถาบันที่ไม่เป็นศาลแต่มีบทบาทและหน้าที่ที่คล้ายกับศาลมีอยู่ 2 สถาบันดังต่อไปนี้

1.5.1 คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญพิจารณาการปฏิบัติตามอนุสัญญาและข้อแนะ (The Committee of Experts on the Application of Convention and Recommendation)²²

²⁰Article 37(1) of Constitution of the International Labour Organization : Any question or dispute relating to the interpretation of this Constitution or of any subsequent Convention concluded by the Members in pursuance of the provisions of this Constitution shall be referred for decision to the International Court of Justice.

²¹N. Valticos, International Labour Law (The Netherlands : Kluwer, 1979), P.60.

²²นิคม จันทรวิฑูร, ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ, อ่างแล้ว, หน้า 14.

คณะกรรมการนี้ก่อตั้งขึ้นมาในปี ค.ศ. 1927 และได้เสนอความคิดเห็นในการตีความ บทบัญญัติของอนุสัญญาต่าง ๆ²³

1.5.2 ผู้อำนวยการสำนักงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (Director General of the ILO)

ผู้อำนวยการสำนักงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเคยเสนอความคิดเห็นเกี่ยวกับการตีความของอนุสัญญาต่าง ๆ ในหนังสือองค์การแรงงานระหว่างประเทศหลายครั้ง²⁴

สถาบันที่กล่าวมาข้างต้นอาจมีบทบาทในการตีความบทบัญญัติต่าง ๆ เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติในอนาคต

1.6 ข้อคิดเห็นของนักกฎหมายที่ทรงคุณวุฒิ (The Teachings of the Most Highly Qualified Publicists)

นักวิชาการบางคนให้ความสำคัญต่อคำพิพากษาของศาล และข้อคิดเห็นของนักกฎหมายที่ทรงคุณวุฒิน้อยกว่าที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ เช่น สนธิสัญญา แต่ที่จริงแล้ว ไม่อาจที่จะแยกแยะได้โดยง่ายในระหว่างที่มาที่มีความสำคัญ กับที่มาที่มีความสำคัญน้อยกว่า²⁵ ในปัจจุบันนี้แม้ว่าหนังสือเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ จะมีไม่มากนักก็ตาม แต่ก็ควรที่จะศึกษาหนังสือต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องในส่วนนี้ด้วย รวมทั้งหนังสือที่พิมพ์ออกมาโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ²⁶

²³Valticos, International Labour Law, op. cit., p. 61.

²⁴Valticos, International Labour Law, op. cit., p. 60.

²⁵Show, International Law, op. cit., p. 58.

²⁶โปรดดู (1) Richard Plender, International Migration Law (London : Martinus Nijhoff Publishers, 1988) (2) หนังสือและบทความต่าง ๆ ของ W.R. Bohning เช่น Studies in International Labour Migration (Hong Kong : Macmillan, 1984)

1.7 ที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศอื่น ๆ

นอกจากที่มาของกฎหมายระหว่างประเทศที่กล่าวมาแล้ว ยังมีปัจจัยสำคัญในการสร้างกฎหมายระหว่างประเทศ นั่นก็คือ มติขององค์การระหว่างประเทศโดยเฉพาะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มติขององค์การระหว่างประเทศ (Resolution) สามารถแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ มติที่เป็นแบบ Recommendation กับมติที่เป็นแบบ Decision

มติที่เป็นแบบ Recommendation ไม่มีผลผูกพันทางกฎหมายต่อประเทศสมาชิก มีลักษณะเป็นการเชื้อเชิญให้ประเทศสมาชิกประพฤติไปตามมติที่ได้ทำขึ้นมา ซึ่งเกือบทุกองค์การระหว่างประเทศรวมทั้งสหประชาชาติใช้มติที่มีลักษณะดังกล่าวในการทำงาน แม้ว่าในทางกฎหมายจะไม่บังคับว่า ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามมติดังกล่าว แต่ผลในทางกฎหมายนั้นย่อมมีสำหรับประเทศสมาชิกที่ได้ปฏิบัติตามมติ คือว่า ประเทศดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมาย โดยได้รับความคุ้มครองจากการปฏิบัติตามมติ เนื่องจากมตินั้นได้เสนอแนะแนวทางในการให้ความร่วมมือกัน²⁷

โดยทั่วไปถือกันว่ามติไม่มีผลบังคับทางกฎหมายที่จะบังคับให้ปฏิบัติตาม เพียงแต่มีวัตถุประสงค์ที่จะกระตุ้นให้รัฐหันมาปฏิบัติในเรื่องใด²⁸

แต่มีข้อสังเกตประการหนึ่งที่ควรจะพิจารณาคือ การลงมติในการประชุมขององค์การระหว่างประเทศนั้นจะแสดงให้เห็นว่า *Opinio Juris* เป็นอย่างไรในเรื่องนั้น เมื่อให้มีการพิจารณาสถานะการลงคะแนนเสียงของประเทศสมาชิก

ถ้ามติใดที่ออกโดยประเทศสมาชิกส่วนมากในการประชุมขององค์การระหว่างประเทศ เช่น สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติแล้วก็เท่ากับว่า มติดังกล่าวถูกรับโดยประเทศส่วนใหญ่ว่าจะปฏิบัติตาม ซึ่งจะทำให้มติดังกล่าวมีผลเท่ากับเป็นกฎเกณฑ์ที่

²⁷ ลีทริชย์ วีระชายพิชิต, "มติขององค์การระหว่างประเทศกับผลทางกฎหมาย", วารสารกฎหมาย 11 (ธันวาคม 2529 - มีนาคม 2530) : 58.

²⁸ Virally, "ข้อพิจารณาบางประการว่าด้วย *Lex Ferenda*", แปลโดย นิรญา ตึงศภัทย์ นิติศาสตร์, อ่างแล้ว : 160.

เกิดจากจารีตประเพณีระหว่างประเทศ²⁹ ประการที่ 2 คือ ถ้าหากว่ามี การปฏิบัติของ นานาประเทศโดยสอดคล้องกับเนื้อหาสาระของมติอย่างต่อเนื่องกันภายหลังกการลงมติใน การประชุมแล้ว อาจทำให้มตินั้นกลายเป็นจารีตประเพณีได้

ดังนั้นในการวิเคราะห์ผลบังคับทางกฎหมายของมติเกี่ยวกับการคุ้มครอง แรงงานต่างชาตินั้น ควรจะสังเกตว่าประเทศที่ลงคะแนนเสียงเห็นด้วยนั้น ประกอบด้วย ประเทศอะไรบ้างและมีกี่ประเทศเพื่อที่จะได้ทราบว่าประเทศญี่ปุ่นจะถูกผูกพัน โดยมตินั้นมาก น้อยเพียงใด

2. บทบาทขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization ; ILO)

ดั่งที่ Mr. Mascarenhas da Silva ที่ปรึกษาของรัฐบาลแห่งประเทศบราซิล ได้กล่าวในการประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Conference) ครั้งที่ 37 ว่า "The efforts of the ILO will make a decisive contribution to recognition of the principle of equality of treatment and its acceptance as a fundamental principle governing the policy of countries as far as migration is concerned."³⁰ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าบทบาทขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization, ILO) ในด้านการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ มีความสำคัญอย่างมาก

องค์การแรงงานระหว่างประเทศจัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2462 (ค.ศ. 1919) และเป็นองค์การระหว่างประเทศขององค์การเดียวที่ผ่านอนุสรณ์ต่าง ๆ มาจน ถึงปัจจุบันนี้ได้ ทั้ง ๆ ที่องค์การซึ่งตั้งคู่กันมา คือสันนิบาตชาติได้ถูกยกเลิกไป และเมื่อมีการ

²⁹ ลีทวิช วิระชายพิชิต, "มติขององค์การระหว่างประเทศกับผลทางกฎหมาย", วารสารกฎหมาย, อ่างแล้ว : 75.

³⁰ International Labour Office, Record of Proceedings 1954 (Geneva : 1955), p.384.

จัดตั้งองค์การสหประชาชาติขึ้น องค์การแรงงานนี้จึงกลายเป็นองค์การชำนาญพิเศษขององค์การ
แรกขององค์การสหประชาชาติ^{๑๑}

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ มีเป้าหมายสำคัญที่สุดที่จะยกสภาพความเป็นอยู่
ของผู้ใช้แรงงานทั่วโลก และขณะเดียวกันก็พยายามที่จะส่งเสริมการมีงานทำแก่ผู้ใช้แรงงาน
ตลอดจนการทำงานที่อยู่ในสภาพการทำงานที่ดี มีหลักประกันในการทำงาน และมีความมั่นคง
ในงานและรายได้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศมีงานหลัก 3 งานด้วยกัน ดังต่อไปนี้^{๑๒}

(1) การจัดให้มีมาตรฐานการใช้แรงงาน ซึ่งถือได้ว่าเป็นหัวใจสำคัญ หรือ
เป้าหมายสำคัญที่สุดขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

(2) งานให้ความช่วยเหลือทางวิชาการแก่ประเทศสมาชิก งานด้านนี้
องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้พยายามส่งเสริมประเทศสมาชิก ให้มีการพัฒนางานด้าน
พัฒนาทรัพยากรมนุษย์ งานด้านส่งเสริมความเป็นอยู่ของผู้ใช้แรงงาน งานสร้างความมั่นคง
ในการทำงาน

(3) งานด้านค้นคว้าวิจัย เพื่อที่จะเป็นการให้ความรู้ความเข้าใจแก่ประเทศ
ต่าง ๆ เพื่อนำไปประกอบในการกำหนดนโยบายและแก้ไขปัญหา

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ
ถือว่าเป็นเป้าหมายประการหนึ่ง ดังที่บัญญัติไว้ในอารัมภบท แห่งธรรมนูญข้อบังคับของ
องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO Constitution) ว่า การที่จะปกป้องผลประโยชน์
ของผู้ใช้แรงงานที่รับจ้างในประเทศที่ไม่ได้เป็นประเทศของตนนั้น เป็นหน้าที่ขององค์การ
แรงงานระหว่างประเทศ^{๑๓} เนื่องจากว่าแรงงานต่างชาตินั้น มักจะถูกเอารัดเอาเปรียบ
เพราะไม่คุ้นเคยกับประเพณีและกฎหมายของต่างประเทศ ดังนั้น นอกจาก ILO ได้ทำ

^{๑๑} นิคม จันทรวิฑูร, ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ
(กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 1.

^{๑๒} เรื่องเดียวกัน, หน้า 1.

^{๑๓} Preamble of Constitution of the International Labour
Organization :... protection of the interests of workers when
employed in countries other than their own.

อนุสัญญา (Convention) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะปกป้องสิทธิและประโยชน์ของแรงงานต่างชาติ โดยตรงแล้ว ยังได้ทำข้อเสนอแนะ (Recommendation) อีกหลายฉบับในส่วนนี้ด้วย ได้แก่ อนุสัญญานับที่ 97 (Convention concerning Migration for Employment) อนุสัญญานับที่ 143 (Convention concerning Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers) ข้อเสนอแนะฉบับที่ 86 (Recommendation concerning Migration for Employment) ข้อเสนอแนะฉบับที่ 100 (Recommendation concerning the Protection of Migrant Workers in Underdeveloped Countries and Territories) ข้อเสนอแนะฉบับที่ 151 (Recommendation concerning Migrant Workers)

3. เจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของแรงงานต่างชาติ

3.1 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (Equal Treatment)

หลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันนั้น เป็นหลักกฎหมายระหว่างประเทศประการหนึ่งที่มีความสำคัญอย่างมากในการวิเคราะห์ปัญหาว่า แรงงานต่างชาติควรจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ในประเทศผู้รับแรงงานต่างชาติมากน้อยเพียงใด แน่แน่นอนว่า เนื้อหาสาระของสิทธิของผู้ใช้แรงงาน ย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ แต่ถ้าทุกประเทศได้ตกลงยอมรับหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันแล้ว ประเทศนั้นก็อาจจะต้องปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องสิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างโดยอัตราเท่าเทียมกันกับคนในชาติ เป็นต้น เพราะฉะนั้นจึงเห็นได้ว่าหลักกฎหมายนี้เป็น "Key Principle"³⁴

³⁴W.R. Bohning, "Protection of Migrant Workers : Evolution of International Regimes", Paper presented at the 1st Training Seminar for Asian Labour Attaches, Cairo, 14-24 January 1992. (Typewritten) p.8. ในบทความนี้ Bohning อ้างว่า Principle of Equal Treatment นั้นเป็น "Key Principle" โดยให้เหตุผลว่า "Equality is stipulated to prevail with regard to wages, terms of employment, working conditions, etc."

ที่จริงแล้วหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันนั้น เป็นหลักกฎหมายที่มนุษยชนทั่วโลกพยายามสร้างขึ้นมาในเวลาอันยาวนาน จนกระทั่งได้มีบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 1 (3) อันเป็นจุดมุ่งหมายประการหนึ่งในการจัดตั้งองค์การสหประชาชาติ ได้แก่

"เพื่อทำการร่วมมือระหว่างประเทศ ในอันที่จะแก้ไขปัญหาระหว่างประเทศ ในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมและมนุษยธรรม และส่งเสริม และสนับสนุนการเคารพ สิทธิมนุษยชน และอิสรภาพอันเป็นพื้นฐานสำหรับทุก ๆ คนโดยปราศจากความแตกต่าง ในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา"³⁵

นอกจากนี้ กฎบัตรสหประชาชาติยังบัญญัติไว้ว่า การที่จะส่งเสริมสิทธิมนุษยชนโดยปราศจากความแตกต่างในทางเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนานั้น เป็นภารกิจหน้าที่ของสมัชชา (The General Assembly)³⁶ และเป็นจุดมุ่งหมายอันหนึ่งของการร่วมมือระหว่างประเทศทางเศรษฐกิจและสังคม³⁷

บทบัญญัติเหล่านี้ก็ไม่ได้เจาะจงที่จะคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างชาติ โดยตรง แต่ก็แสดงให้เห็นถึงแนวคิดพื้นฐานในการปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติ นั่นก็คือการเคารพต่อสิทธิมนุษยชน (Human Rights)

³⁵Article 1(3) of Charter of the United Nations ; To achieve international cooperation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion;...

³⁶Ibid., Article 13(1) b.

³⁷Ibid., Article 55(c).

แรงงานต่างชาติก็เป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน จึงไม่น่าจะมีการปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติถึงขนาดที่ไม่มีความสอดคล้องกันกับแนวคิดเช่นนี้ และเนื่องจากว่ากฎบัตรสหประชาชาติกำหนดว่า สมาชิกจะต้องปฏิบัติตามข้อผูกพันตามกฎบัตรโดยสุจริต³⁹ ประเทศญี่ปุ่นซึ่งเป็นสมาชิกภาคีของสหประชาชาติก็ควรจะเคารพแนวคิดพื้นฐานที่กล่าวมาแล้วข้างต้นในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงานต่างชาติที่มีขอบข่ายกฎหมายด้วย³⁹

อย่างไรก็ตาม ตัวกฎบัตรสหประชาชาติมิได้ให้คำนิยามของสิทธิมนุษยชน จึงเกิดกระแสชักนำให้มีการบัญญัติเนื้อหา ซึ่งอาจเป็นมาตรการขั้นต่ำสุดในการปฏิบัติต่อมนุษย์ได้ จึงมีการผ่านมติในสมัชชาแห่งสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1984 ซึ่งเรียกว่า ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights)⁴⁰

³⁹ Ibid., Article 2(2) : All Members, in order to ensure to all of them the rights and benefits resulting from membership, shall fulfil in good faith the obligations assumed by them in accordance with the present Charter.

³⁹ โปรดดู Yozo Yokota, "Kokusaijinken Kijun no Hotekiseikaku (ลักษณะทางกฎหมายของมาตรฐานแห่งกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน)," *Hogaku Semina* 406 (October 1988) : 25.

⁴⁰ วิทิต มันทาวรณ, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแสงสว่างจากความชุ่มฉ่ำ", *วารสารกฎหมาย* 1 (กุมภาพันธ์ 2530) : 126.

ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีมาตราที่เกี่ยวข้องกับหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันหลายมาตราด้วยกัน ได้แก่ มาตราที่ 1, 2, 6 และ 7⁴¹ ซึ่งมาตราเหล่านี้มีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมความเสมอภาค และความเท่าเทียมกันของมนุษย์ทุกคน ภายใต้กฎหมาย โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ชาติ หรือสังคม อันเป็นที่มาดั้งเดิม และอื่น ๆ

จากการที่ปฏิญญาสากลนี้ใช้คำว่า "Everyone" จึงสันนิษฐานได้ว่าแรงงานต่างชาติ รวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย ก็ควรจะได้รับ การคุ้มครองตามบทบัญญัติเหล่านี้ด้วย เช่นเดียวกัน

⁴¹แต่ละมาตราของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) มีดังต่อไปนี้

Article 1 : All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

Article 2 : Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

Article 6 : Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law.

Article 7 : All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.

ส่วนผลบังคับทางกฎหมายของปฏิญญาสากลนี้ มีนักวิชาการส่วนใหญ่ เห็นว่าไม่มีผลบังคับทางกฎหมายอย่างสมบูรณ์ เพราะปฏิญญานี้ไม่มีลักษณะเป็นสนธิสัญญา แต่เป็นเพียงข้อสรุปอย่างหนึ่ง ทำนองเดียวกันกับข้อเสนอแนะ (Recommendation) ทั่ว ๆ ไปของสหประชาชาติ⁴² และในการประชุมสมัชชาแห่งสหประชาชาติที่ 217 ก็ไม่มีเจตน์จำนงที่จะบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตาม⁴³

แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า ปฏิญญาสากลนี้ ไม่ได้รับการยอมรับจากนานาชาติว่าเป็นหลักเกณฑ์อันสำคัญหรือไม่มีผลบังคับตามกฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งมีเหตุผลดังต่อไปนี้

(1) ในการประชุมสมัชชาสหประชาชาติที่ 217 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ. 1948 ปฏิญญาสากลนี้ได้รับความเห็นชอบด้วยมติเอกฉันท์ ไม่มีคะแนนเสียงคัดค้าน แต่มี 8 เสียงที่ไม่ออกความเห็น ซึ่งสภาพในการลงคะแนนเสียงเช่นนี้ทำให้มีความศักดิ์สิทธิ์เพิ่มมากขึ้น⁴⁴

(2) ความศักดิ์สิทธิ์ของปฏิญญานี้ ได้มีการย้ำและชักชวนกันอยู่หลายโอกาสด้วยกัน เช่นการประชุมรับรองสนธิสัญญา เกี่ยวกับอาณานิคม ปี ค.ศ. 1960⁴⁵

(3) ประเทศที่พัฒนาแล้ว แทบทุกประเทศได้รับรองปฏิญญาสากลนี้ ซึ่งได้มีการออกกฎหมายในประเทศรับรองอีกชั้นหนึ่ง

ดังนั้น ปฏิญญาสากลนี้จึงเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งในการออกกฎหมายกีด หรือการปฏิบัติกีดได้เป็นไปตามที่ปฏิญญาสากลกำหนด⁴⁶

⁴² กุลพล พลวัน, "กฎหมายระหว่างประเทศกับการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน", บทบัญญัติ 28 (2514) : 781.

⁴³ โทศล โสภาคย์วิจิตร, "หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ", วารสารกฎหมาย 3 (พฤษภาคม-สิงหาคม 2520) : 29.

⁴⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 29.

⁴⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30.

⁴⁶ ไผ่ศิษฐ์ นิตนกุล, "กฎหมายแรงงานในต่างประเทศ", วารสารกฎหมาย 1 (พฤษภาคม 2517) : 49.

ในการประชุมระหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่กรุงเตฮราน ปี ค.ศ. 1968 เลขาธิการสหประชาชาติ (นาย อุกัน) ได้กล่าวว่า มีรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ในโลกไม่น้อยกว่า 43 ประเทศที่ยึดหลักการของปฏิญญา⁴⁷

ด้วยเหตุที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ ถึงแม้ว่าตามหลักดั้งเดิมนั้น เป็นแค่มติแห่งสมัชชาใหญ่ก็ตาม แต่ในปัจจุบันนี้มีการยอมรับมากขึ้นว่า หลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลนี้ ได้กลายเป็นจารีตประเพณีแล้วหรือเป็นหลักเกณฑ์ที่กำลังจะเป็นจารีตประเพณี⁴⁸

ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้เป็นสมาชิกภาคีของสหประชาชาติ ในขณะที่ปฏิญญาสากลนี้เกิดขึ้น แต่ก็จะต้องเคารพปฏิญญาสากลในการปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติซึ่งรวมทั้งประเภทที่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลที่ว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ปรากฏอยู่ในปฏิญญาสากลนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีมากขึ้น ดังที่กล่าวมาแล้ว

เพื่อสร้างความแน่นอนมากขึ้น ในเรื่องเนื้อหาของสิทธิมนุษยชน จึงมีการทำสนธิสัญญาสามฉบับขึ้น ในปี ค.ศ. 1966 ได้แก่⁴⁹

- กติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)
- กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง และการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

⁴⁷ โกลด์ โสภาคย์วิจิตร, "หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ", วารสารกฎหมาย, อ้างแล้ว : 30.

⁴⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 30. ในส่วนนี้โปรดดู วิทิต มันทาภรณ์, "ผู้ลี้ภัย : กฎหมายและนโยบายแห่งรัฐว่าด้วยผู้อพยพและผู้หลบหนีเข้าเมืองในประเทศไทย", นิติศาสตร์, อ้างแล้ว : 191 ; วิทิต มันทาภรณ์, "ผู้แสวงหาแหล่งพักพิงจากทะเล และจากโจรสลัดในอ่าวไทย", นิติศาสตร์ 12 (2525) : 45. ; วิทิต มันทาภรณ์, "ผู้อพยพในประเทศไทย : ทศนคติต่อประเด็นว่าด้วยกฎหมาย และนโยบายของรัฐ", วารสารกฎหมาย 6 (2524) : 44.

⁴⁹ วิทิต มันทาภรณ์, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแสงสว่างจากความขุ่นมัว" วารสารกฎหมาย, อ้างแล้ว : 126.

- พิธีสารว่าด้วยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง
(Optional Protocol to the International Covenant on Civil and
Political Rights)

ในกติกาดังกล่าวนี้นับบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน
ซึ่งจะอธิบายดังต่อไปนี้

ในคำปรารภของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคม และ
วัฒนธรรม มีการกล่าวว่า "รัฐภาคีจะพิจารณาว่า ตามหลักการซึ่งได้ประกาศไว้ในกฎบัตร
สหประชาชาติ การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเสมอกันและไม่อาจโอนแก่กันได้
ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษย์ เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรม และสันติภาพ
ในนิภาน"⁵⁰ และในมาตรา 2(2) บัญญัติว่า "รัฐภาคีแห่งกติกานี้ รับที่จะประกันให้
สิทธิซึ่งกำหนดไว้ในกติกานี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ที่เกี่ยวกับ เชื้อชาติ สีผิว
...ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม...หรือสถานะอื่น ๆ"⁵¹

ส่วนคำว่า "การเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับ ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม
(National or Social Origin)" นั้นจะรวมไปถึง "การปฏิบัติที่เกี่ยวกับแรงงานต่างชาติ"

⁵⁰Preamble of International Covenant on Economic, Social
and Cultural Rights : The States Parties to the present Covenant,
Considering that, in accordance with the principles proclaimed in
the Charter of the United Nations, recognition of the inherent
dignity and of the equal and inalienable rights of all members of
the human family is the foundation of freedom, justice and peace
in the world,...

⁵¹Ibid., Article 2(2) : The States Parties to the Present
Covenant undertake to guarantee that the rights enunciated in the
present Covenant will be exercised without discrimination of any
kind as to race, colour, ..., national or social origin, ... or other
status.

หรือไม่นั้น จากข้อความในหนังสือของ Prof. N. Valticos⁵² อาจสันนิษฐานได้ว่า คำดังกล่าวจะไม่รวมไปถึงการเลือกปฏิบัติที่เกี่ยวกับแรงงานต่างชาติ แต่ถึงแม้เช่นนั้นก็ตาม มาตรา 2(2) นี้ยังบัญญัติว่า "การเลือกปฏิบัติใด ๆ เกี่ยวกับ...สถานะอื่น ๆ" ซึ่งน่าจะมีการรวมไปถึงการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติด้วย

ประเทศญี่ปุ่นได้ให้สัตยาบันต่อกติกาฉบับนี้ในวันที่ 21 มกราคม ในปี ค.ศ. 1979⁵³ ซึ่งจะก่อให้เกิดพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในกติกานี้

ส่วนกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองนั้น จะมีตอนหนึ่งของคำปรารภที่มีแนวเดียวกันกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมดังกล่าวมาแล้วในข้างต้น⁵⁴ และในมาตรา 2(1) บัญญัติไว้ว่า "รัฐภาคีแห่งกติกานี้ตั้งแต่ละรัฐไว้ที่จะเคารพ และประกันแก่บุคคลทุกคนทั้งปวงภายในอาณาเขตของตน และภายใต้เขตอำนาจของตน ในสิทธิทั้งหลายที่ยอมรับแล้วในกติกานี้ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติไม่ว่าชนิดใด ๆ เช่น เชื้อชาติ สีผิว...ชาติหรือสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม... หรือสถานะอื่น ๆ"⁵⁵

⁵²Valticos, International Labour Law, op. cit., p. 212.

Prof. N. Valticos explains "national origin" as "a term which differs from that of nationality, as it normally concerns nationals who are of foreign origin."

⁵³United Nations, Status of International Instruments (New York : 1987), p.2.

⁵⁴Preamble of International Covenant on Civil and Political Rights.

⁵⁵Ibid., Article 2(1) : Each State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour,..., national or social origin,..., or other status.

นอกจากนี้ มาตรา 26 แห่งกติกาฉบับนี้บัญญัติว่า "บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในส่วนนี้กฎหมายห้าม การเลือกปฏิบัติใด ๆ และให้หลักประกันคุ้มครองบุคคลทุกคนอย่างเสมอภาค และมีประสิทธิภาพเพื่อให้ปลอดจากการเลือกปฏิบัติ อันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สีผิว ชาติหรือสังคม อันเป็นที่มาดั้งเดิม...หรือสถานะอื่น ๆ"⁵⁶

ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า ประเทศภาคีแห่งกติกานี้จะต้องเคารพหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันไม่ว่าเกี่ยวกับบุคคลที่มีสถานะเช่นใดก็ตาม มีข้อสังเกตประการหนึ่งที่ควรพิจารณา คือ การที่มาตราดังกล่าวใช้คำว่า "บุคคลทุกคน (All Individuals)" สำหรับผู้ที่ได้รับการคุ้มครอง ซึ่งเป็นคำที่ไม่ปรากฏในมาตรา 2(2) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม

ดังนั้นจะเห็นได้ว่า เจตนารมณ์ของกติกาฉบับนี้จะปกป้องสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในเรื่องใด ๆ ซึ่งจะสันนิษฐานได้ว่า แรงงานต่างชาตินวมทั้งประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย จะต้องได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติเหล่านี้เช่นเดียวกัน

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองนั้น จะมีผลผูกพันรัฐภาคีโดยบังคับให้รัฐนั้น "respect and ensure"⁵⁷ และรัฐภาคีจะต้องนำกติกานี้ไปปฏิบัติทันที

⁵⁶ Ibid., Article 26 : All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, ..., national or social origin, ..., or other status.

⁵⁷ วิจิต มันทากรณ์, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแสงสว่างจากความชุ่มมัว", วารสารกฎหมาย, อ่างแล้ว : 127.



เมื่อมีการให้สัตยาบันแล้ว^{๕๕} ดังนั้นประเทศญี่ปุ่นซึ่งให้สัตยาบันต่อกติกาฉบับนี้ ในวันที่ 21 มิถุนายน ในปี ค.ศ. 1979^{๕๖} จะต้องปฏิบัติตามกติกาฉบับนี้ในเรื่องการคุ้มครองแรงงานต่างชาตินี้ รวมทั้งแรงงานต่างชาตินประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมายด้วย

กติกาทั้ง 2 ฉบับที่กล่าวมาแล้ว ไม่ได้ให้สิทธิในการร้องเรียนแก่บุคคลทั่วไป แต่พิธีสารว่าด้วยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง และการเมืองให้สิทธิในการร้องเรียนแก่บุคคลทั่วไป^{๕๗} คือ พิธีสารฉบับนี้ได้ก่อตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee) ขึ้นโดยมอบอำนาจให้วิเคราะห์ปัญหาว่า รัฐภาคีละเมิดกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองหรือไม่ รัฐอื่นซึ่งเป็นภาคีหรือบุคคลในรัฐเช่นนั้น อาจฟ้องได้ และคณะกรรมการอาจวิเคราะห์และให้ความเห็นได้ ซึ่งไม่มีผลผูกมัด^{๕๘} ใดๆ ก็ตามประเทศญี่ปุ่นนั้นไม่ได้เป็นภาคีของพิธีสารนี้ แรงงานต่างชาตินจึงไม่สามารถที่จะฟ้องต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนได้

นอกจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนทั้ง 2 ฉบับแล้ว องค์การสหประชาชาติยังมีสนธิสัญญาในเรื่องสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน นั่นก็คือ สนธิสัญญาว่าด้วยการขจัดการกีดกันผิวทุกลักษณะ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) ซึ่งได้ลงมติเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม ปี ค.ศ. 1965

^{๕๕}Shigeki Miyazaki, "Kokusaijinkenkiyaku to Kokunaiho (กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกฎหมายภายใน)," Hogaku Semina 406 (October 1988) : 30.

^{๕๖}United Nations, Status of International Instruments, op. cit., p.26.

^{๕๗}โกศล โสภาคย์วิจิตร, "หลักการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ขององค์การสหประชาชาติ", วารสารกฎหมาย, อ่างแล้ว : 37.

^{๕๘}วิจิต มันทาภรณ์, "สิทธิมนุษยชนและสิทธิปวงชนแสงสว่างจากความชุ่มมัว", วารสารกฎหมาย, อ่างแล้ว : 127. ; ฝ่ายวิชาการ สมาคมทนายความแห่งประเทศไทย, "หลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ", บทบัญญัติ 37 (2523) : 400.

มาตรา 5 แห่งสนธิสัญญานี้ รับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในการได้รับสิทธิต่าง ๆ⁵²

แม้ว่าประเทศญี่ปุ่นไม่ได้เป็นภาคีของสนธิสัญญาดังกล่าวก็ตาม แต่ประเทศญี่ปุ่นก็ควรที่จะเคารพต่อหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในสนธิสัญญาในการปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติ เนื่องจากว่าประเทศจำนวนมากกว่า 125 ประเทศได้ให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญานี้แล้ว⁵³ จึงอาจถือได้ว่ากำลังจะมีการสร้าง *Opinio Juris* ในส่วนนี้

อนุสัญญาอีกฉบับหนึ่งแห่งสหประชาชาติที่มองข้ามไม่ได้คือ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) ซึ่งมีความมุ่งหมายที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ ซึ่งรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย⁵⁴ ในเรื่องสิทธิต่าง ๆ อย่างกว้างขวางด้วย ซึ่งประกอบด้วย 9 บท ในบทที่ 3 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของบรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัว (Human rights of all migrant workers and members of their families) ในบทที่ 4 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ของแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัวทุกคนที่ขอบด้วยกฎหมาย (Other rights of migrant workers and members of their families who are documented or in a regular situation) แต่บทที่มีความ

⁵²Article 5 of International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination :... States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law...

⁵³Yuichi Takano and Kisaburo Yokota, Kokusai Joyakushu (ประมวลอนุสัญญาระหว่างประเทศ) (Tokyo : Yuhikaku, 1987), p.514.

⁵⁴Plender, International Migration Law, op. cit., p.311.

สำคัญมากที่สุด คือบทที่ 2 ซึ่ง ประกอบด้วยมาตราเดียว ได้แก่ มาตรา 7 ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์แห่งการห้ามการเลือกปฏิบัติในเรื่องสิทธิต่าง ๆ (Non-discrimination with respect to rights) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า ประเทศภาคีจะดำเนินการเคารพ และประกันสิทธิต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้ให้แก่บรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัวภายในอาณาเขตโดยสอดคล้องกับสาส์นระหว่างประเทศเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน โดยปราศจากความแตกต่างกันในเรื่อง...เชื้อชาติ สีผิว...ชาติเผ่าพันธุ์และสังคมอันเป็นที่มาดั้งเดิม สัญชาติ...และสถานะอื่น ๆ^{๕๕} ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่แสดงให้เห็นถึงหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติ

อนุสัญญานี้ถือว่าเป็นอนุสัญญาที่ใหม่ที่สุด ซึ่งมุ่งที่จะให้มีการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ แต่ยังไม่มียกเว้นบังคับใช้เนื่องจากจำนวนประเทศที่ให้สัตยาบันยังไม่ถึง 20 ประเทศ^{๕๖} และประเทศญี่ปุ่นเองยังไม่ได้ให้สัตยาบันเช่นเดียวกัน

ดังนั้นประเทศญี่ปุ่นจะไม่ถูกผูกพันโดยอนุสัญญานี้ แต่ก็ควรจะคำนึงถึงแนวโน้มแห่งกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญานี้ ในการกำหนดนโยบายต่อแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบข่ายกฎหมายด้วย

^{๕๕}Article 7 of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families : States Parties undertake, in accordance with the international instruments concerning human rights, to respect and to ensure to all migrant workers and members of their families within their territory or subject to their jurisdiction the rights provided for in the present Convention without distinction of any kind such as sex, race, colour,..., national, ethnic or social origin, nationality...or other status.

^{๕๖}Bohnig, "Protection of Migrant Workers : Evolution of International Regimes," Paper presented at the 1st Training Seminar for Asian Labour Attaches, Cairo 14-24 January 1992, p.9.

นอกจากสาส์นระหว่างประเทศ (International Document) ของสหประชาชาติที่กล่าวมาแล้ว ยังมีอนุสัญญา (Convention) และข้อแนะ (Recommendation) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ รวมทั้งสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันของแรงงานต่างชาติโดยตรง ซึ่งจะอธิบายดังต่อไปนี้

ในการประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Conference) ครั้งที่ 32 ในปี ค.ศ. 1949 ได้มีการรับรองอนุสัญญานับที่ 97 (Convention concerning Migration for Employment) ซึ่งในมาตรา 6 บัญญัติโดยมีสาระสำคัญว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้ จำต้องดำเนินการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย ภายในอาณาเขต ในเรื่องสิทธิต่าง ๆ^{๕๗}

นอกจากนี้ยังมีการรับรองข้อแนะอีกฉบับหนึ่งในการประชุมเดียวกัน อันได้แก่ ข้อแนะฉบับที่ 86 (Recommendation concerning Migration for Employment) ซึ่งในคำแนบท้าย (Annex) นี้มีมาตราหนึ่งที่มีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกันกับมาตรา 6 แห่งอนุสัญญานับที่ 97

อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1949 ซึ่งเป็นปีที่ได้มีการลงมติสำหรับอนุสัญญาและข้อแนะดังกล่าว ประเทศญี่ปุ่นยังไม่ได้เป็นสมาชิกของสหประชาชาติ จึงไม่ได้ลงคะแนนเสียงประการใด สำหรับทั้ง 2 ฉบับเหล่านี้^{๕๘}

^{๕๗} Article 6(1) of Convention (No. 97) concerning Migration for Employment (1949) : Each Member for which this Convention is in force undertakes to apply, without discrimination in respect of nationality, race, religion or sex, to immigrants lawfully within its territory, treatment no less favourable than that which it applies to its own nationals...

^{๕๘} โปรดดู International Labour Office, Record of Proceedings 1949 (Geneva : 1951) p. 9.

แม้ประเทศที่ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับที่ 97 มีเพียง 38 ประเทศ⁶⁹ แต่ในการรับรองอนุสัญญานี้ มีการลงคะแนนเสียงเห็นด้วยมากถึง 113 เสียง ในขณะที่มีเสียงคัดค้านเพียง 14 เสียง⁷⁰ และยังคงต้องสังเกตว่า ข้อแนะที่ 86 ได้รับการรับรองโดยคะแนนเสียง 112 ต่อ 13⁷¹ ซึ่งจะเห็นได้ว่าประเทศจำนวนมาก ให้การสนับสนุนการรับรองอนุสัญญา และข้อแนะเหล่านี้

ต่อมาในการประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศครั้งที่ 38 ในปี ค.ศ.1955 มีการรับรองข้อแนะฉบับที่ 100 (Recommendation concerning the Protection of Migrant Workers in Underdeveloped Countries and Territories) ซึ่งมาตรา 1(5) บัญญัติไว้ว่า การเลือกปฏิบัติใด ๆ ต่อแรงงานต่างชาติ จำต้องถูกขจัดออกไป⁷² และมาตรา 20 กำหนดนโยบายทั่วไป (General Policy) ต่อแรงงานต่างชาติโดยมีใจความว่า จำต้องมีความพยายามที่สุด เพื่อรับรองสภาพการจ้าง และสภาพความเป็นอยู่ ซึ่งจะดีเท่าเทียมกันกับที่ได้ให้ไว้กับแรงงานอื่น ๆ ในสถานประกอบการที่เดียวกัน⁷³

⁶⁹International Labour Office, List of Ratifications of Conventions (Geneva : 1986), p.63.

⁷⁰International Labour Office, Record of Proceedings 1949, op. cit., p.347.

⁷¹Ibid., p.349.

⁷²Article 5 of Recommendation (No.100) concerning the Protection of Migrant Workers in Underdeveloped Countries and Territories (1955) : Any discrimination against migrant workers should be eliminated.

⁷³Ibid., Article 20 : Every effort should be made to assure to migrant workers as favourable working and living conditions as those provided by law or in practice to other workers engaged in the same employment...

จะเห็นได้ว่า ในการรับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในข้อแ่ดดังกล่าว ไม่มีการแยกแยะระหว่างแรงงานต่างชาติที่ขอด้วยกฎหมาย และแรงงานต่างชาติที่มีขอด้วยกฎหมาย

ข้อเสนอแนะนี้ได้รับการรับรอง โดยคะแนนเสียง 161 ต่อ 18 และในคะแนนเสียงเห็นด้วยนี้มีเสียงของรัฐบาลญี่ปุ่น 2 เสียง และของตัวแทนลูกจ้างของญี่ปุ่น 1 เสียง⁷⁴

ต่อมาในการประชุมประจำปีขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ครั้งที่ 60 ในปี ค.ศ.1975 ได้มีการรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 143 (Convention concerning Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers) และข้อแนะฉบับที่ 151 (Recommendation concerning Migrant Workers) ซึ่งมีภูมิหลังแตกต่างกันไปจากภูมิหลังในสมัยที่มีการรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 และข้อแนะฉบับที่ 86 และ 100 คือ สมัยที่มีการรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 และข้อแนะฉบับที่ 86 และ 100 นั้น ประเทศอุตสาหกรรมทั้งหลายโดยเฉพาะประเทศในยุโรปยังมีความต้องการแรงงานต่างชาติมาก แต่ภายหลังจากเหตุการณ์วิกฤติการณ์น้ำมัน ประเทศอุตสาหกรรมต่าง ๆ ก็ต้องเผชิญกับสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำ จึงต้องจำกัดการเดินทางมาทำงานของแรงงานต่างชาติ ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้มีผลกระทบต่อกรร่างอนุสัญญาฉบับที่ 143 และข้อแนะฉบับที่ 151 อย่างมาก⁷⁵

อย่างไรก็ตาม จากเนื้อหาสาระของอนุสัญญาฉบับที่ 143 และข้อแนะฉบับที่ 151 จะเห็นได้ว่ามีแนวโน้มที่จะให้มีการปกป้องสิทธิผลประโยชน์ของแรงงานต่างชาติมากขึ้น ซึ่งรวมทั้งแรงงานต่างชาติที่มีขอด้วยกฎหมาย

สำหรับแรงงานต่างชาติที่ขอด้วยกฎหมาย อนุสัญญาฉบับที่ 143 มาตรา 10 บัญญัติว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้จะต้องประกาศและแสวงหานโยบายแห่งชาติ ซึ่งมุ่งที่จะ

⁷⁴International Labour Office, Record of Proceedings 1955 (Geneva : 1957), P.449.

⁷⁵Hiromasa Suzuki, "Gaikokujin Rodosha ni Kansuru ILO Joyaku to Kankoku (อนุสัญญาและข้อแนะของ ILO ที่เกี่ยวกับแรงงานต่างชาติ)", Kikan Rodoho 154 (February 1993) : 193.

ส่งเสริมและประกันความเสมอภาคแห่งโอกาส และการปฏิบัติในด้านการจ้าง การประกอบ อาชีพ ประกันสังคม สหภาพแรงงาน และอื่น ๆ ให้แก่แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย และสมาชิกในครอบครัวที่อาศัยอยู่ภายในอาณาเขตของตน⁷⁶

สำหรับแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย อนุสัญญาดังกล่าวมาตรา 1 บัญญัติว่า ประเทศสมาชิกแห่งอนุสัญญานี้จะต้องดำเนินการโดยเคารพสิทธิมนุษยชนอันเป็นพื้นฐานของ แรงงานต่างชาติทุกคน⁷⁷

⁷⁶Article 10 of Convention (No.143) concerning Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers (1975) : Each Member for which the Convention is in force undertakes to declare and pursue a national policy designed to promote and guarantee, by methods appropriate to national conditions and practice, equality of opportunity and treatment in respect of employment and occupation, of social security, of trade union...for persons who as migrant workers or as members of their families are lawfully within its territory.

⁷⁷Ibid., Article 1 : Each Member for which this Convention is in force undertakes to respect the basic human rights of all migrant workers.

และมาตรา 9(1) รับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในด้านค่าจ้าง ประกันสังคมและอื่น ๆ แก่แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย^{7๘}

แม้ว่าเท่าที่ผ่านมาประเทศที่ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาฉบับที่ 143 มีเพียง 15 ประเทศ^{7๙} แต่ในการรับรองอนุสัญญาฉบับนี้มีคะแนนเสียงเห็นด้วยเป็นจำนวนถึง 265 เสียง ในขณะที่ไม่มีเสียงคัดค้านเลย เพียงแต่มีการละเว้นในการใช้สิทธิลงคะแนนเสียงจำนวน 81 เสียง ซึ่งรวมทั้งตัวแทนของรัฐบาลญี่ปุ่น^{๘๐}

ข้อแนะนำฉบับที่ 151 มีเนื้อหาสาระเป็นแนวเดียวกันกับอนุสัญญาฉบับที่ 143 ได้แก่ มาตรา 2 บัญญัติไว้ว่า แรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัวที่อยู่ภายในอาณาเขต โดยชอบด้วยกฎหมาย จะต้องได้รับความเสมอภาคที่มีประสิทธิภาพในด้านโอกาส และการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติ^{๘๑}

^{7๘}Ibid., Article 9(1) : ...the migrant worker shall, in cases in which these laws and regulations have not been respected and in which his position cannot be regularised, enjoy equality of treatment for himself and his family in respect of rights arising out of past employment as regards remuneration, social security and other benefits.

^{7๙}International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., P.95.

^{๘๐}International Labour Office, Record of Proceedings 1975, (Geneva : 1977), P.832.

^{๘๑}Article 2 of Recommendation (No.151) concerning Migrant Workers (1975).

และสำหรับแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย มาตรา 8(3) รับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในส่วนที่ทำงานไปแล้ว^{๘๒} เช่นเดียวกันกับมาตรา 9(1) แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 143

ข้อแนะนำดังกล่าวได้รับการรับรอง ด้วยคะแนนเสียง 288 เสียง ต่อ ๑ ซึ่งมีการลงคะแนนในการใช้สิทธิ 62 เสียง รวมทั้งตัวแทนของรัฐบาลญี่ปุ่น^{๘๓}

แม้ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ลงคะแนนเสียงเห็นด้วยกับอนุสัญญาและข้อแนะนำดังกล่าวก็ตาม รัฐบาลญี่ปุ่นเองก็ไม่ได้คัดค้านต่อสาระสำคัญของอนุสัญญาและข้อแนะนำดังกล่าว ดังที่ปรากฏอยู่ในคำประกาศของตัวแทนรัฐบาลญี่ปุ่น ในการประชุม^{๘๔}

^{๘๒} Ibid., Article 8(3) : Migrant workers whose position has not been or could not be regularised should enjoy equality of treatment for themselves and their families...

^{๘๓} International Labour Office, Record of Proceedings 1975, op. cit., P. 834.

^{๘๔} คำประกาศของ Mr. Akira Nakahara (Government delegate, Japan) : Needless to say, our Government considers it significant and opportune that the ILO should adopt an international instrument in this field of great importance. ; คำประกาศของ Mr. Kiyohiko Tsurumi (Government delegate, Japan) : The Government of Japan appreciated the initiative taken by the ILO in this field and considered the proposed text of a Convention and a Recommendation... It also hoped that these proposed instruments would be unanimously adopted by the Conference on the basis of mutual understanding and cooperation between countries of reception on the one hand and the countries of origin of migrant workers on the other.

ในส่วนนี้โปรดดู International Labour Office, Record of proceedings 1975, op. cit., p. 798, p. 824.

นอกจากสาส์นระดับโลกที่กล่าวมาแล้ว ยังมีสนธิสัญญาระดับท้องถิ่น โดยเฉพาะสนธิสัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างประเทศในยุโรป เช่น สนธิสัญญากรุงโรม (Treaty of Rome) ซึ่งมาตรา 7 บัญญัติถึงการห้ามการเลือกปฏิบัติในเรื่องสัญชาติ^{๕๕}

จากการที่กล่าวมาแล้วจะสังเกตได้ว่า มีแนวโน้มแห่งการสร้าง Opinio Juris ที่ว่าแรงงานต่างชาติไม่ว่าชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ควรจะได้รับปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติ

เมื่อหันมาศึกษาถึงการปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ เช่น สหรัฐอเมริกา และประเทศในยุโรปแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศเหล่านี้ก็รับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติ^{๕๖} ซึ่งจะ เป็นองค์ประกอบในการสร้างจารีตประเพณีในส่วนนี้ พร้อมกับ Opinio Juris

ดังนั้น จากการที่กล่าวมาแล้วทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นควรจะตระหนักถึงแนวโน้มแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ ในเรื่องหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน และจะต้องนำมาพิจารณาในการกำหนดนโยบายต่อแรงงานต่างชาติ ซึ่งรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทมิชอบด้วยกฎหมายด้วย

3.2 สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่าเทียมกัน (Right to Equal Remuneration)

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 23(2) บัญญัติไว้ว่า "บุคคลมีสิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกัน สำหรับการทำงานที่เท่ากัน โดยที่ไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ"^{๕๗} ซึ่งกำหนดถึงหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในส่วนการจ่ายค่าจ้าง

^{๕๕}โปรตตุ วิทิต มันทาภรณ์, "ศาลแห่งประชาคมเศรษฐกิจยุโรปกับหลักการเคลื่อนไหวโดยเสรีแห่งบุคคล (คนงาน)", วารสารกฎหมาย 5 (2523) : 104.

^{๕๖}Hiroshi Komei "Obei de Susumu Gaikokujin Rodosha no Jinken-yogo (ความก้าวหน้าในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของแรงงานต่างชาติในยุโรปและสหรัฐอเมริกา)", Economisuto (20 February 1990) 80-85.

^{๕๗}Article 23(2) of Universal Declaration of Human Rights : Everyone, without any discrimination, has the right to equal pay for equal work.

และค่าจ้างนั้นจะต้องเป็นการจ่ายค่าจ้างที่ยุติธรรม และเอื้อประโยชน์ เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับตนเองและครอบครัว และจะต้องเป็นระดับที่ทำให้มีการดำรงชีวิต มีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีแห่งมนุษย์^{๑๑}

แม้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ไม่ได้ยอมรับในการรับรองในรูปแบบอนุสัญญาก็ตามแต่ดังที่กล่าวมาแล้วใน บทที่ 2, ข้อ 3.1 บทบัญญัติต่าง ๆ ของปฏิญญานี้ก็กำลังจะกลายเป็นจารีตประเพณีก็ว่าได้

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มาตรา 7 บัญญัติโดยมีสาระสำคัญว่า ผู้ใช้แรงงานทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างและรายได้ที่เป็นธรรม และรายได้อันเท่าเทียมกัน สำหรับงานที่มีคุณค่าเท่ากัน โดยไม่จำแนกความแตกต่างในเรื่องใด ๆ และรายได้นั้นจะต้องเป็นระดับที่ก่อให้เกิดความเป็นอยู่ที่ดีพอสมควรสำหรับตนและครอบครัว ตามบทบัญญัติแห่งกติกานี้^{๑๒} ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2, ข้อ 3.1 ประเทศญี่ปุ่นเป็นภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศฉบับนี้ จึงถูกผูกพันโดยบทบัญญัติดังกล่าว

^{๑๑}Ibid., Article 23(3) : Everyone who works has the right to just and favourable remuneration ensuring for himself and his family an existence worthy of human dignity...

^{๑๒}Article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure, in particular :

(a) Remuneration which provides all workers, a minimum, with :

(1) Fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind...

(2) A decent living for themselves and their families in accordance with the provisions of the present Covenant...

อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) มาตรา 25 รับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย ที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ^{๑๐} ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2, ข้อ 3.1 แม้อนุสัญญานี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ไม่ดำเนินการให้สัตยาบัน ซึ่งรวมทั้งประเทศญี่ปุ่นด้วยก็ตาม แต่ประเทศญี่ปุ่นก็ไม่ควรที่จะเพิกเฉยต่อแนวโน้มแห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญานี้

นอกจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ที่รับรองสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันสำหรับบุคคลทั่วไปรวมทั้งแรงงานต่างชาติ ยังมีอนุสัญญาและข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ที่บัญญัติรับรองถึงสิทธิเช่นนี้ด้วย ดังจะจำแนกออกมาได้เป็น 2 ประเภท ดังต่อไปนี้

(1) อนุสัญญาและข้อแนะนำที่บัญญัติรับรองถึงสิทธิของแรงงานต่างชาติโดยเฉพาะ อนุสัญญานี้ 97 (Convention concerning Migration for Employment) มาตรา 6 บัญญัติหลักการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันรวมทั้งในเรื่องจ่ายค่าจ้างต่อแรงงานต่างชาติที่ขอบด้วยกฎหมาย

และอนุสัญญานี้ 143 (Convention concerning Migrations in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers) มาตรา 9 บัญญัติรับรองถึงสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกันสำหรับแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

^{๑๐}Article 25(1) of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (1990) :

1. Migrant workers shall enjoy treatment not less favourable than that which applies to nationals of the State of employment in respect of remuneration...

ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้ แต่ตั้งที่กล่าวมาแล้ว
ในบทที่ 2, ข้อ 3.1 ประเทศญี่ปุ่นควรจะคำนึงถึงสภาพการณ์ในการรับรองในที่ประชุม ซึ่ง
ประเทศส่วนใหญ่ให้การสนับสนุนอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับ

ส่วนข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ข้อแนะฉบับที่ 151
(Recommendation concerning Migrant Workers) มาตรา 2 ได้บัญญัติถึงการปฏิบัติ
โดยเท่าเทียมกัน รวมทั้งในเรื่องการจ่ายค่าจ้างต่อแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย

(2) อนุสัญญาและข้อแนะที่บัญญัติรับรองถึงสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างที่เท่าเทียมกัน
สำหรับแรงงานในกรณีทั่ว ๆ ไป แต่สามารถบังคับใช้กับกรณีของแรงงานต่างชาติได้

นอกจากอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาติโดยตรงแล้ว ยังมี
อนุสัญญาต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองแรงงานในกรณีทั่ว ๆ ไป ซึ่งจะสามารถนำมาใช้
บังคับกับแรงงานต่างชาติได้ ดังที่ Prof. N. Valticos กล่าวว่า "The great
majority of international labour Conventions are of general
application and do not allow limitations based on the nationality
of protected persons."^๑

อนุสัญญาฉบับที่ 100 (Convention concerning Equal
Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value,
1951) มาตรา 2(1) บัญญัติไว้ว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้จะส่งเสริมและประกันการใช้
หลักแห่งรายได้ที่เท่าเทียมกันสำหรับการทำงานที่เท่ากัน ต่อแรงงานทุกคน (All Workers)^๒

^๑Valticos, International Labour Law, op. cit., P.211.

^๒Article 2(1) of Convention (No. 100) concerning Equal
Remuneration for Men and Women Workers for Work of Equal Value
(1951) : Each Member shall...promote and...ensure the application
to all workers of the principle of equal remuneration for men and
women workers for work of equal value.

อนุสัญญานี้ได้รับการรับรองด้วยคะแนนเสียง 105 ต่อ 33^{๑๓} ซึ่งมีประเทศที่ให้สัตยาบันมากกว่า 100 ประเทศ รวมทั้งประเทศญี่ปุ่น^{๑๔}

ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานในเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำ อนุสัญญานี้ฉบับที่ 26 (Convention concerning the Creation of Minimum Wage-Fixing Machinery, 1928) มาตรา 1(1) กำหนดให้ประเทศผู้ให้สัตยาบันดำเนินการกำหนดกลไกที่จะช่วยในการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับลูกจ้างในแต่ละสาขาอาชีพ แต่ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้เป็นประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตามเนื่องจากค่าจ้างนั้นเป็นสิ่งที่จำเป็นในการเลี้ยงชีพตนเองและสมาชิกในครอบครัว จึงมีความสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องให้ความคุ้มครองต่อแรงงานต่างชาติ รวมทั้งแรงงานต่างชาติประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมาย โดยให้ความคุ้มครองต่อสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างโดยเท่าเทียมกันสำหรับการทำงานที่เท่ากัน ดังนั้นประเทศญี่ปุ่นจึงควรจะดำเนินนโยบายเพื่อให้มีการคุ้มครองแรงงานต่างชาติไม่ว่าจะเป็นประเภทที่ชอบหรือมีขอบด้วยกฎหมายก็ตาม

3.3 สิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ

"สภาพการจ้าง" หมายความว่าเงื่อนไขของการจ้างและการทำงาน กำหนดวันและเวลาทำงาน ค่าจ้าง สวัสดิการ การเลิกจ้าง หรือประโยชน์อื่นของนายจ้าง หรือลูกจ้างอันเกี่ยวกับการจ้างหรือการทำงาน^{๑๕} เนื่องจากว่า ในส่วนของ "ค่าจ้าง" นั้นได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 2, ข้อ 3.2 และในส่วนของ "การเลิกจ้าง" นั้นผู้เขียนจะกล่าวในบทที่ 2, ข้อ 3.4 ต่อไป ดังนั้นในส่วนนี้จะขอกล่าวถึง (1) สภาพการจ้างทั่วไป (2) วันและเวลาทำงาน (3) สวัสดิการ (4) ความปลอดภัยในการทำงาน ดังต่อไปนี้

^{๑๓}International Labour Office, Record of Proceedings 1951 (Geneva : 1952), P.447.

^{๑๔}International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., p.66.

^{๑๕}สุดาศิริ วดวงค์, กฎหมายแรงงานสัมพันธ์ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แสงสุทธิการพิมพ์, 2535), หน้า 16.

3.3.1 สภาพการจ้างทั่วไป (Conditions of Work)

เงื่อนไขในการทำงานหมายถึง ข้อกำหนดที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันไว้ว่าจะต้องปฏิบัติต่อกันอย่างไร^{๖๖}

ในส่วนนี้บัญญัติว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 23(1) บัญญัติว่าบุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่ยุติธรรม^{๖๗}

และกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม มาตรา 7 บัญญัติว่า รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้ รับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะได้รับสภาพการจ้างที่ยุติธรรม และเอื้อประโยชน์^{๖๘}

ในข้อความแห่งบทบัญญัติเหล่านี้ใช้คำว่า "บุคคลทุกคน (Everyone)" จึงต้องถือว่าควรจะต้องนำมาใช้กับแรงงานต่างชาติ ซึ่งรวมไปถึงแรงงานต่างชาติ ประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมายด้วย^{๖๙}

อนึ่งสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) มาตรา 25 บัญญัติไว้ว่า แรงงานต่างชาติจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องของ

^{๖๖} เรื่องเดียวกัน

^{๖๗} Article 23(1) of Universal Declaration of Human Rights :
Every one has the right to...just and favourable conditions of work...

^{๖๘} Article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : The State Parties to The present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work...

^{๖๙} ประเทศญี่ปุ่น เป็นภาคีแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม โปรดดู United Nations, Status of International Instruments, op. cit., p. 2.

สภาพการจ้าง อาทิเช่น การทำงานล่วงเวลา ชั่วโมงการทำงาน การหยุดพักผ่อนประจำ สัปดาห์ การหยุดพักผ่อนโดยมีการจ่ายค่าจ้าง ความปลอดภัย อนามัย การเลิกจ้าง เป็นต้น¹⁰⁰

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2, ข้อ 3.1 ประเทศญี่ปุ่นควรจะเคารพ สาส์นระหว่างประเทศเหล่านี้ ในการกำหนดนโยบายต่อแรงงานต่างชาติรวมทั้งแรงงาน ต่างชาติประเภทที่มีชอบด้วยกฎหมายด้วย

ส่วนบทบัญญัติแห่งอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

อนุสัญญานับที่ 97 มาตรา 6 บัญญัติถึงหลักแห่งการปฏิบัติโดย เท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งสภาพการจ้าง เช่น ในเรื่องชั่วโมง การทำงาน ค่าล่วงเวลา เป็นต้น

อนุสัญญานับที่ 143 มาตรา 12 บัญญัติว่าประเทศภาคี แห่ง อนุสัญญานี้จะต้องรับรองการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องสภาพการจ้างสำหรับแรงงาน ต่างชาติทุกคน¹⁰¹

แม้ประเทศญี่ปุ่นจะไม่ได้เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาเหล่านี้ก็ตาม แต่ก็ ไม่ควรจะเพิกเฉยต่อสภาพแห่งการลงมติในการประชุมที่ว่าประเทศส่วนใหญ่ให้การสนับสนุน ต่ออนุสัญญาเหล่านี้ ดังที่อธิบายมาแล้ว ในบทที่ 2, ข้อ 3.1

¹⁰⁰Article 25(1) of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families : Migrant workers shall enjoy treatment not less favourable than that which applies to nationals of the States of employment in respect of remuneration and : (a) Other conditions of work, that is to say overtime, hours of work, weekly rest, holidays with pay, safety, health, termination of the employment...

¹⁰¹Article 12 of Convention No.143 : Each Member shall, by methods appropriate to national conditions and practice... (g) guarantee equality of treatment, with regard to working conditions, for all migrant workers...

นอกจากอนุสัญญาดังกล่าวแล้ว ยังมีข้อแนะนำที่ 151 ซึ่งในมาตรา 2 บัญญัติว่า แรงงานต่างชาติ ควรได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องสภาพการจ้างเช่นในเรื่องชั่วโมงทำงาน ระยะเวลาหยุดพักผ่อน เป็นต้น¹⁰²

3.3.2 วันและเวลาทำงาน

3.3.2.1 ชั่วโมงทำงาน

การคุ้มครองแรงงานต่างชาติ ในเรื่องชั่วโมง

ทำงาน มีความสำคัญอย่างมากเนื่องจากว่าแรงงานต่างชาติมักจะทำงานเกินกว่าเวลาที่กฎหมายภายในกำหนดไว้ ซึ่งไม่ว่าจะเกิดขึ้นด้วยความสมัครใจ หรือถูกบังคับก็ตาม¹⁰³

ในส่วนนี้ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคม และวัฒนธรรม มาตรา 7 บัญญัติโดยมีใจความว่า รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิของทุกคนให้มีสภาพการจ้างที่ยุติธรรมรวมทั้งในเรื่องการจำกัดเวลาทำงานที่มีเหตุผลโดยชอบ* และอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) บัญญัติไว้ว่าแรงงานต่างชาติจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ในเรื่องชั่วโมงทำงาน

¹⁰²Article 2 of Recommendation No. 151 : Migrant workers and members of their families lawfully within the territory of a Member should enjoy effective equality of opportunity and treatment with nationals of the Member concerned in respect of...

(f) conditions of work, including hours of work, rest periods,...

¹⁰³Hiroshi Komai, "Rodoryoku Busoku ni Naku Chushoshitauke Seizogyo (อุตสาหกรรมการผลิตขนาดเล็กที่เผชิญกับปัญหาขาดแคลนคนงาน)," Economisuto (31 October 1989) : 82.

* เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศภาคีแห่งกติกานี้ จึงควรปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้

นอกจากสาส์นระหว่างประเทศของสหประชาชาติแล้ว ยังมีอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในเรื่องนี้ ดังต่อไปนี้

อนุสัญญานับที่ 97 มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญานี้จะต้องปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายในเรื่องชั่วโมงทำงาน และอนุสัญญานับที่ 143 มาตรา 12(๕) บัญญัติไว้ว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาจะรับรองการบัญญัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติทุกคน ในเรื่องสภาพการจ้าง¹⁰⁴

ส่วนข้อแนะฉบับที่ 151 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มาตรา 2 บัญญัติว่า แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ในเรื่องของสภาพการจ้างรวมทั้งชั่วโมงทำงาน

นอกจากอนุสัญญาและข้อแนะ ซึ่งมุ่งที่จะคุ้มครองแรงงานต่างชาติดังกล่าวแล้วยังมีอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่มีจุดมุ่งหมายที่จะคุ้มครองแรงงานทั่วไปในด้านชั่วโมงทำงาน ได้แก่ อนุสัญญานับที่ 1 (Convention Limiting the Hours of Work in Industrial Undertakings to Eight in the Day and Forty-eight in the Week, 1919) อนุสัญญานับที่ 30 (Convention concerning the Regulation of Hours of Work in Commerce and Office, 1930) เป็นต้น¹⁰⁵ ซึ่งอนุสัญญาเหล่านี้ กระตุ้นก่อให้เกิด Opinio Juris ในด้านชั่วโมงการทำงานว่านายจ้างจะให้ลูกจ้างทำงานได้แต่จะต้องไม่เกินวันละ 8 ชั่วโมง

หลักที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญาเหล่านี้ บางส่วนก็กลายเป็นจารีตประเพณีแล้ว¹⁰⁶ ซึ่งแรงงานต่างชาติทั้งที่ชอบและมีชอบด้วยกฎหมายก็ควรจะได้รับผลการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องนี้

¹⁰⁴ อ่างแล้ว ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้ โปรดดู International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., p. 63., 95.

¹⁰⁵ ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้เป็นภาคีของอนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับนี้ โปรดดู International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., p. 1., 28.

¹⁰⁶ Valticos, International Labour Law, op. cit., P.33.

3.3.2.2 การหยุดพักผ่อน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน มาตรา 24 บัญญัติไว้ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิในการพักผ่อน และมีเวลาว่าง รวมทั้งการจำกัดเวลาทำงานที่มีเหตุผลอันควร และมีวันหยุดเป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าตอบแทน¹⁰⁷ และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มาตรา 7 กำหนดว่า รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะรับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะมีสภาพการจ้างที่ยุติธรรมในเรื่องการพักผ่อนเวลาว่าง...และวันหยุดเป็นครั้งคราว โดยได้รับค่าตอบแทน ซึ่งบทบัญญัติเหล่านี้มีผลผูกพันต่อประเทศญี่ปุ่นตามที่ได้กล่าวมาแล้ว ในบทที่ 2, ข้อ 3.1

นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว ซึ่งมาตรา 25(1) บัญญัติไว้ถึงหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน รวมทั้งในเรื่องวันหยุดพักผ่อนประจำสัปดาห์

ในส่วนอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 บัญญัติว่าประเทศภาคีแห่งอนุสัญญาจะต้องปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันต่อแรงงานต่างชาติในเรื่องวันหยุดพักผ่อน โดยได้รับค่าจ้าง (Holidays with Pay) และข้อแนะฉบับที่ 151 มาตรา 2 กำหนดว่า แรงงานต่างชาติที่ขอด้วยกฎหมาย ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องการหยุดพักผ่อน และการหยุดพักผ่อนประจำปีโดยได้รับค่าจ้าง (Annual Holidays with Pay)

นอกจากนี้ยังมีอนุสัญญาฉบับที่ 14 (Convention concerning the Application of the Weekly Rest in Industrial Undertakings, 1921) และอนุสัญญาฉบับที่ 106 (Convention concerning Weekly Rest in Commerce and Offices, 1957)¹⁰⁸ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ใช้

¹⁰⁷ Article 24 of Universal Declaration of Human Rights :
Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay.

¹⁰⁸ ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาทั้ง 2 ฉบับเหล่านี้ โปรดดู International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., p. 14., p. 71.

แรงงานทั่วไปในส่วนของกรหยุดพักผ่อน แต่ย่อมมีผลกระทบต่อการคุ้มครองแรงงานต่างชาติด้วย

เนื่องจากว่าแรงงานต่างชาติ มักจะประกอบอาชีพที่ต้องใช้กำลังกาย จึงมีความสำคัญอย่างมากที่จะให้มีการคุ้มครองในเรื่องนี้

3.3.3 สวัสดิการ

สวัสดิการ หมายถึง ประโยชน์อย่างอื่น นอกเหนือจากค่าตอบแทนในการทำงานโดยตรง¹⁰⁹

เนื่องจากว่า "สวัสดิการ" นั้น เป็นเรื่องหนึ่งที่อยู่ในขอบข่ายของสนาการจ้าง สาส์ระหว่างประเทศ (International Instrument) ต่าง ๆ รับรอง สิทธิของบุคคลทุกคนที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องนี้

อนึ่งสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัว มาตรา 43 บัญญัติรับรองถึงสิทธิของแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายที่จะรับสวัสดิการ โดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติ

ส่วนอนุสัญญาและข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 บัญญัติว่าประเทศภาคีจะต้องรับรองสิทธิ ของแรงงานต่างชาติที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องที่พัก¹¹⁰ และข้อเสนอแนะฉบับที่ 151 บัญญัติไว้ว่า แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องของการได้รับสวัสดิการและผลประโยชน์ที่ได้ในการทำงาน

¹⁰⁹ สุดาศิริ วกวงศ์, กฎหมายแรงงานสัมพันธ์, อ่างแล้ว, หน้า 19.

¹¹⁰ ประเทศญี่ปุ่น ไม่เป็นภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ โปรดดู International Labour Office, List of Ratifications of Conventions, op. cit., p. 63.



จากรายละเอียดที่ได้กล่าวมาแล้ว สรุปได้ว่า ในกรณีของแรงงานต่างชาตินั้นที่ขอด้วยกฎหมายนั้น ควรจะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องของสวัสดิการอย่างเต็มที่ แต่ในกรณีแรงงานต่างชาตินั้นที่ขอด้วยกฎหมายนั้น ไม่อาจที่จะได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติได้

3.3.4 ความปลอดภัยในการทำงาน

เมื่อมีการพัฒนาด้านอุตสาหกรรม ซึ่งก่อให้เกิดอาชีพหลายประเภท อาชีพบางอาชีพก็มีลักษณะที่ต้องประสบอันตรายอยู่เสมอ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของแรงงานต่างชาตินั้นที่จะต้องทำงานที่อยู่ในสภาพอันตราย ดังนั้นจึงมีความสำคัญอย่างมากที่จะให้มีการคุ้มครองในเรื่องนี้

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมิได้มีบทบัญญัติที่กำหนดไว้อย่างชัดเจนแต่ประการใดเกี่ยวกับเรื่องนี้ แต่ในส่วนของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม มาตรา 7 ได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีแห่งกติกานี้จะรับรองสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะมีสภาพการจ้างที่ยุติธรรมในเรื่องต่าง ๆ รวมทั้งในเรื่องสภาพการทำงานที่ปลอดภัย และถูกหลักรวมด้วย¹¹¹

ส่วนอนุสัญญาและข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ทั้งอนุสัญญานับที่ 97 และฉบับที่ 143 ก็มีได้กำหนดในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนเช่นกัน แต่ข้อแนะนำฉบับที่ 100 มาตรา 45 ได้กำหนดว่าควรจะให้มีการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ เพื่อป้องกันอุบัติเหตุและโรคต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจากการประกอบอาชีพนั้น ๆ และมาตรา 46 บัญญัติไว้ มาตรการต่าง ๆ ที่ควรดำเนินการเพื่อให้ความคุ้มครองแรงงานต่างชาตินั้นในเรื่องความปลอดภัยในการทำงาน และข้อแนะนำฉบับที่ 151 มาตรา 2 บัญญัติไว้ว่า ในส่วนของความ

¹¹¹Article 7 of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : The State Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work which ensure...

(b) Safe and healthy working conditions.

ปลอดภัยในการทำงาน (Occupational Safety) แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน

การคุ้มครองแรงงานต่างชาติในเรื่องของความปลอดภัยนั้นมีความสำคัญอย่างมาก โดยเฉพาะกรณีแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีโอกาสที่จะประสบอันตรายมากกว่ากรณีปกติ

อย่างไรก็ตาม ประเทศญี่ปุ่นควรจะเคารพหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันที่ปรากฏอยู่ในสาลส์ระหว่างประเทศต่าง ๆ ในการกำหนดนโยบาย ในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติรวมทั้งประเภทที่มีชอบด้วยกฎหมาย ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ข้อ 3.1

3.4 สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องความมั่นคงในการทำงาน มาตรา 6 แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมได้บัญญัติไว้ว่า รัฐภาคีแห่งกติกาฉบับนี้รับรองสิทธิที่จะทำงาน ซึ่งรวมทั้งสิทธิของบุคคลทุกคน ในโอกาสที่จะหาเลี้ยงชีพโดยงานซึ่งตนเลือก หรือรับอย่างเสรี และจะดำเนินตามขั้นตอนที่เหมาะสมที่จะพิทักษ์สิทธินี้¹¹² แต่ทั้งนี้หาใช่คำว่า "บุคคล" ในที่นี้จะรวมทั้งแรงงานต่างชาติไม่

แม้แต่อุญญาฉบับที่ 143 ซึ่งเป็นอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่มีเนื้อหาสาระที่กว้างขวางที่สุดอันเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างชาตินั้น ก็ยังไม่ถึงขั้นที่จะอนุวัติสิทธิที่จะทำงานของแรงงานต่างชาติได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

¹¹² Ibid., Article 6 : The States Parties to the present Covenant recognize the right to work, which includes the right of everyone to the opportunity to gain his living by work which he freely chooses or accepts, and will take appropriate steps to safeguard this right.

อย่างไรก็ตามแม้แรงงานต่างชาติจะไม่ได้รับสิทธิที่จะทำงานในประเทศผู้รับก็ตาม สำหรับเรื่องการเลิกจ้างนั้น แรงงานต่างชาติก็ควรจะได้รับคุ้มครองเช่นเดียวกัน

โดยเฉพาะแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรจะได้รับคุ้มครองเท่าเทียมกันกับคนในชาติ เนื่องจากว่า การเลิกจ้างนั้นเป็นส่วนหนึ่งของเรื่องสภาพการจ้างและสาส์นระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติส่วนใหญ่ก็กำหนดหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน สำหรับบุคคลทุกคนในเรื่องสภาพการจ้างดังกล่าวมาแล้ว

ในส่วนของอนุสัญญาและข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ส่วนใหญ่จะมีการกำหนดเรื่องการปฏิบัติต่อแรงงานต่างชาติภายหลังจากแรงงานต่างชาติถูกเลิกจ้าง ซึ่งจะมีเนื้อหาสาระว่าประเทศผู้รับแรงงานต่างชาติจะบังคับให้แรงงานต่างชาติออกจากประเทศ ในขณะที่แรงงานต่างชาตินั้นยังมีสิทธิที่จะอยู่ในประเทศนั้นไม่ได้ เช่น มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 97, มาตรา 18(1) แห่งข้อแนะนำฉบับที่ 86, มาตรา 8 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 143 และมาตรา 30 แห่งข้อแนะนำฉบับที่ 151

สรุปแล้ว แรงงานต่างชาติอาจไม่สามารถมีสิทธิที่จะทำงานได้ โดยเฉพาะในกรณีของแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้เนื่องจากว่า ประเทศแต่ละประเทศมีอำนาจอธิปไตยของตนเอง ที่จะตัดสินใจว่าจะยินยอมให้แรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานได้หรือไม่

แต่สำหรับแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จะต้องได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องการเลิกจ้าง เช่น เรื่องค่าชดเชย เป็นต้น

ส่วนแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น อาจเป็นไปได้ว่า ได้รับการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันกับแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย ก็ควรจะได้รับปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ในส่วนของค่าจ้างสำหรับการทำงานให้แก่นายจ้างที่เข้าไปแล้วก่อนการเลิกจ้าง

3.5 สิทธิอื่น ๆ ที่ควรจะได้รับปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน

3.5.1 สิทธิในการรวมตัว

สิทธิในการรวมตัวของผู้ใช้แรงงานนั้น มีความสำคัญอย่างยิ่งในการปรับปรุงสภาพการจ้าง เนื่องจากว่าผู้ใช้แรงงานมักจะถูกกีดกันในฐานะที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่านายจ้าง จึงมีโอกาสที่จะถูกนายจ้างเอารัดเอาเปรียบมาก

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ซึ่งประเทศญี่ปุ่นควรจะเคารพหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กำหนดไว้) บัญญัติในมาตรา 23(4) ว่า "บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพแรงงาน เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน"¹¹³

อีกทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมืองกำหนดไว้ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะก่อตั้ง และเข้าร่วมกับสหภาพแรงงาน เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของตน¹¹⁴

ส่วนอนุสัญญาอีกฉบับหนึ่งของสหประชาชาติได้แก่ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติ และสมาชิกในครอบครัว (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) รับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติ ที่จะเข้าร่วม

¹¹³Article 23(4) of Universal Declaration of Human Rights :
Everyone has the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

¹¹⁴Article 8(1) of International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights : The States Parties to the present Covenant undertake to ensure : (a) The right of everyone to form trade unions and join the trade union of his choice... for the promotion and protection of his economic and social interests. ; Article 22(1) of International Covenant on Civil and Political Rights : Everyone shall have the right to freedom of association with others, including the right to form and join trade unions for the protection of his interests.

ในการประชุมและกิจกรรมของสหภาพแรงงาน¹¹⁵

นอกจากนี้อนุสัญญาและข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศบางฉบับ ยังได้รับรองสิทธิในการรวมตัวของแรงงานต่างชาติเช่นเดียวกัน

สำหรับแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อนุสัญญานับที่ 97 มาตรา 6 กำหนดไว้ว่า ประเทศภาคีแห่งอนุสัญญา ควรจะดำเนินการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติต่อแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย ในเรื่องสมาชิกภาพ แห่งสหภาพแรงงาน และผลประโยชน์ที่จะได้จากการเจรจาต่อรอง

ส่วนข้อแนะนำฉบับที่ 100 มาตรา 41 และ ฉบับที่ 151 มาตรา 2(๕) รับรองสิทธิในการรวมตัวของแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นเดียวกัน

สำหรับแรงงานต่างชาติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ข้อแนะนำฉบับที่ 151 มาตรา 8(3) บัญญัติไว้ว่าแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายก็ควรจะได้รับ การปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน ในเรื่องสมาชิกภาพแห่งสหภาพแรงงาน และการใช้สิทธิแห่งสหภาพแรงงาน

จากการที่กล่าวมาแล้วสามารถสรุปได้ว่า สำหรับแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรจะมีการยอมรับสิทธิในการรวมตัวที่ค่อนข้างสมบูรณ์ เพราะสิทธิในการรวมตัวนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ใช้แรงงาน เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน ซึ่งยากที่จะอธิบายถึงเหตุผลของความแตกต่างระหว่างแรงงานต่างชาติ และคนในชาติในส่วนนี้

ส่วนแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายนั้น ไม่อาจที่จะได้รับการคุ้มครองโดยเท่าเทียมกับคนในชาติในส่วนนี้

¹¹⁵Article 26(1) of International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families : State Parties recognize the right of migrant workers and members of their families : (a) To take part in meetings and activities of trade unions and of any other associations...

3.5.2 สิทธิที่จะได้รับการประกันสังคม

แรงงานต่างชาติโดยเฉพาะประเภทที่มีขอบด้วยกฎหมายนั้น มักจะได้รับสภาพการจ้างที่เลวร้าย ในบางกรณียิ่งร้ายแรงจนถึงขนาดที่ไม่สามารถจะรักษาชีวิตของตนให้อยู่รอดได้ ฉะนั้นจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องศึกษาว่า แรงงานต่างชาติ นั้นควรจะได้รับการประกันสังคมมากน้อยเพียงใด

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ซึ่งประเทศญี่ปุ่นควรจะเคารพ ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2, ข้อ 3.1) ได้กำหนดในมาตรา 22 ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะ ได้รับการประกันสังคม ในฐานะที่เป็นสมาชิกของสังคม¹¹⁶ และยังบัญญัติไว้ในมาตรา 25(1) ว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิที่จะ ได้รับการประกันสังคม เมื่อต้องประสบกับการว่างงาน เจ็บป่วย ทูณพลภาพ เป็นหม้าย ชราภาพ หรือขาดปัจจัยในการเลี้ยงชีพ¹¹⁷

และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและ วัฒนธรรม (ซึ่งประเทศญี่ปุ่นเป็นภาคีอยู่นั้น) บัญญัติไว้ในมาตรา 9 ว่า "รัฐภาคีแห่งกติกาดังนี้ จะรับรองสิทธิของบุคคลทุกคนในสวัสดิการสังคมตลอดจนการประกันสังคม"¹¹⁸

¹¹⁶Article 22 of Universal Declaration of Human Rights :
Everyone, as a member of society, has the right to social security...

¹¹⁷Ibid., Article 25(1) : Everyone has...the right to
security in the event of unemployment, sickness, disability,
widowhood, old age or other lack of livelihood in circumstances
beyond his control.

¹¹⁸Article 9 of International Covenant on Economic, Social
and Cultural Rights : The States Parties to the present covenant
recognize the right of everyone to social security, including
social insurance.

นอกจากนี้อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างชาติและสมาชิกในครอบครัวทุกคน (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families) มาตรา 27(1) ด้รับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติทุกคนที่จะได้รับการประกันสังคมโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติ

ส่วนอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับเรื่องนี้หลายฉบับ

สำหรับแรงงานต่างชาติที่ขอด้วยกฎหมายนั้น อนุสัญญานับที่ 97 มาตรา 6 และข้อแนะฉบับที่ 151 ด้รับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติในเรื่องของการด้รับการประกันสังคม

สำหรับแรงงานต่างชาติที่มีขอด้วยกฎหมายนั้น ก็มีข้อแนะฉบับที่ 151 มาตรา 8(3) ซึ่งรับรองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องของการด้รับการประกันสังคม

เรื่องการรับรองสิทธิที่จะด้รับการประกันสังคมนั้น เป็นเรื่องที่ขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่มักจะไมชยายขอบเขตของผู้ที่จะด้รับสิทธิในส่วนนี้จนถึงขั้นที่จะให้สิทธิต่อคนต่างด้าว ดังนั้นโดยทั่วไปแล้ว แรงงานต่างชาติโดยเฉพาะประเภทที่มีขอด้วยกฎหมายนั้นก็มักจะด้รับสิทธิในส่วนนี้น้อยกว่าคนในชาติ

อย่างไรก็ตามเมื่อหันกลับมาพิจารณาถึงจุดยืนแห่งการวิเคราะห์ ด้แก่หลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติแล้ว จะเห็นได้ว่าแรงงานต่างชาติแม้กระทั่งประเภทที่มีขอด้วยกฎหมายก็ควรจะด้รับการคุ้มครองในส่วนนี้เช่นเดียวกัน เนื่องจากว่าสาส์นระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งบางฉบับก็มีผลบังคับให้ประเทศที่ปุ่นต้องปฏิบัติตามนั้น ด้บัญญัติไว้ว่าบุคคลทุกคนจะต้องด้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในเรื่องต่าง ๆ

4. สรุปเจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศในส่วนของการคุ้มครองแรงงานต่างชาติ จะสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

4.1 เจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่า หลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน (Principle of Equal Treatment) โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องใด ๆ นั้น เป็นหลักเกณฑ์ที่มีความสำคัญอย่างมาก ที่ปรากฏอยู่ในสาส์นระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ประเทศญี่ปุ่นจะต้อนนำมาพิจารณาเป็นหลักเกณฑ์ขั้นพื้นฐานในการกำหนดนโยบายในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากว่า หลักเกณฑ์นี้ถูกกำหนดไว้ในสาส์นระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งประเทศญี่ปุ่นให้สัตยาบันไปแล้ว ประกอบกับหลักเกณฑ์นี้ถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของจารีตประเพณีแล้ว

นอกจากนี้ เมื่อได้ศึกษาถึงอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ รวมทั้งอนุสัญญาของสหประชาชาติแล้ว พบว่ามีแนวโน้มที่จะให้มีการคุ้มครองแรงงานต่างชาติโดยเท่าเทียมกันกับคนในชาติมากยิ่งขึ้น

ในเรื่องสิทธิต่าง ๆ โดยเฉพาะในเรื่องสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่ากัน (Right to Equal Remuneration) ซึ่งนอกจากจะมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกติการะหว่างประเทศ ว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรมที่รับรองถึงสิทธิในส่วนนี้ แล้วยังมีอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การระหว่างประเทศหลายฉบับที่บัญญัติรับรองถึงสิทธิในส่วนนี้ จนกล่าวได้ว่า สิทธิที่จะได้รับค่าจ้างเท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่าเทียมกันนั้น เป็นหลักการที่นานาประเทศยอมรับอยู่แล้ว

นอกจากที่กล่าวมาแล้ว แรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ควรจะได้รับการคุ้มครองโดยยึดถือหลักแห่งการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องสิทธิต่าง ๆ เช่น สิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ สิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องความมั่นคงในการทำงาน สิทธิในการรวมตัว ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับการประกันสังคม

4.2 เจตนารมณ์ของกฎหมายระหว่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย

แม้สาส์นระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมทั้งอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การ
แรงงานระหว่างประเทศได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิและผลประโยชน์ของแรงงานต่างชาติที่มีชอบ
ด้วยกฎหมายน้อยกว่าแรงงานต่างชาติที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ในการกำหนดนโยบายต่อ
แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย ประเทศญี่ปุ่นก็ควรคำนึงถึงหลักแห่งการปฏิบัติโดย
เท่าเทียมกัน ที่ปรากฏอยู่ในสาส์นระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิ
มนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทาง เศรษฐกิจสังคมและวัฒนธรรม กติการะหว่าง
ประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่งและการเมือง เนื่องจากว่าสาส์นเหล่านี้มีเจตนารมณ์ที่จะรับรอง
ถึงสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันสำหรับบุคคลทุกคน โดยไม่มีกรณียกเว้น

นอกจากนี้ จากการศึกษาถึงอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การระหว่าง
ประเทศแล้ว พบว่ามีแนวโน้มที่จะให้มีการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายมาก
ยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของสิทธิที่จะได้รับค่าจ้างสำหรับส่วนที่ทำงานให้แก่นายจ้างไปแล้ว
ตลอดจนสิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ

ดังนั้น ประเทศญี่ปุ่นควรจะตระหนักถึงแนวโน้มแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ
ในส่วนของการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายที่เป็นเช่นนี้ และควรจะนำมา
พิจารณาในการกำหนดนโยบายในการคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายในประเทศ
ญี่ปุ่น