



## บทที่ 2

### อุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดาของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย

การสร้างมาตรการเข้าสู่ตลาดของบุคคลธรรมดานั้น เป็นเรื่องที่ได้เกือบทุกประเทศในสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) เนื่องจากแต่ละประเทศสมาชิกทั้ง 144 ประเทศนั้น ต่างก็ต้องการปกป้องคนชาติและกีดกันการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในทุกรูปแบบ เพื่อให้ไม่ให้เกิดการแข่งขันหรือเข้ามาแข่งขันในเชิงคุณภาพกับคนชาติ ซึ่งการสร้างข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดนี้จะอยู่ในรูปของการออกมาตรการและระเบียบปฏิบัติเพื่อใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาให้บริการหรือทำงานในประเทศนั้นๆ และตามกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ซึ่งถือเป็นกฎหมายแม่บทที่ออกมาเพื่อบังคับใช้กับประเทศสมาชิกใน WTO ทั้งหมดได้ให้อิสระที่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาดหรือเงื่อนไขที่เป็นทางเลือกปฏิบัติได้ โดยระบุไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ ซึ่งหมายความว่า ประเทศสมาชิกจะใช้มาตรการเข้าสู่ตลาดไม่ได้ หากไม่ได้ระบุล่วงหน้าไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ที่ต้องกล่าวถึงและให้ความสำคัญกับมาตรการเข้าสู่ตลาดนี้เพราะหากประเทศสมาชิกมีการเปิดเสรีการค้าบริการแบบเต็มรูปแบบ ข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดเหล่านี้ก็ต้องไม่มีเลย ดังนั้น GATS จึงมีวัตถุประสงค์ในการที่จะสร้างความร่วมมือกันเพื่อลดข้อจำกัดและอุปสรรคต่างๆ ที่จะกระทบต่อการเปิดเสรีนั้นด้วย แต่ที่ให้คงไว้ซึ่งมาตรการดังกล่าวก็เพราะต้องการเปิดโอกาสให้ประเทศสมาชิกได้มีการเจรจาต่อรองเพื่อเปิดตลาดระหว่างกัน เพื่อให้แต่ละประเทศได้ประโยชน์จากการเจรจานั้นอย่างเต็มที่ บนพื้นฐานของการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) ตามข้อ XIX (19) ว่าด้วยเรื่องการเจรจาข้อผูกพันเฉพาะ (Negotiation of Specific Commitments) และข้อ XX (20) ว่าด้วยเรื่องตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedules of Specific Commitments) ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกไม่จำเป็นต้องเปิดเสรีโดยทันทีและในทุกสาขาบริการ แต่จะค่อยๆ เปิดเพื่อให้สมาชิกมีเวลาและโอกาสในการปรับปรุงกฎหมายภายในและปรับโครงสร้างเศรษฐกิจเพื่อให้ทันกับการจ้างงานที่จะเพิ่มมากขึ้นและพร้อมแข่งขัน

GATS ให้ความสำคัญกับมาตรการเข้าสู่ตลาดเช่นเดียวกัน เนื่องจากสมาชิกในองค์การการค้าโลก มีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างความร่วมมือเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างกันไม่ว่าจะในรูปแบบใดก็ตาม และลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดให้มากที่สุดหรือไม่มีอุปสรรคเลย ดังนั้นจึงมีการกำหนดขอบเขตการวางข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด (Market Access) ไว้ในข้อ 16 ของความตกลง

ทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ<sup>1</sup> เพื่อป้องกันการกีดกันคนต่างด้าวในการเข้าสู่ตลาดจนเกินความจำเป็น และเพื่อรับประกันว่าประเทศสมาชิกจะไม่สร้างข้อจำกัดอันเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดมากเกินไป จึงวางหลักไว้ว่า “ห้ามมิให้ประเทศสมาชิกวางข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอันระบุไว้ใน 6 ข้อดังต่อไปนี้

1. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ (service suppliers) ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการจำกัดจำนวนโควตา การผูกขาด หรือการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือการวางข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นในเรื่องทางเศรษฐกิจอื่นใด
2. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับมูลค่าของธุรกรรมทางการค้าบริการและสินทรัพย์ในรูปของการจำกัดจำนวนโควตาหรือการวางข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นในเรื่องทางเศรษฐกิจอื่นใด
3. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนธุรกรรมของการค้าบริการหรือจำนวนหรือปริมาณของผลที่ได้จากการบริการที่แสดงออกมาในรูปแบบของจำนวนโควตา หรือการวางข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นในเรื่องทางเศรษฐกิจอื่นใด
4. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนของผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดาในรูปของโควตาที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกว่าจ้างเพราะเห็นว่าจำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการให้บริการในรูปแบบของการกำหนดโควตาหรือการวางข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นทางเศรษฐกิจอื่นใด
5. การวางมาตรการอื่นใดที่เป็นการจำกัดหรือกำหนดประเภทเฉพาะขององค์กรทางกฎหมาย (legal entity) การร่วมทุน (joint venture) ที่ผู้ให้บริการต้องให้บริการผ่านตัวตนดังกล่าว
6. การวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการร่วมลงทุนจากทุนของต่างชาติในรูปของการกำหนด% สัดส่วนสูงสุดของการลงทุนที่อนุญาตให้ถือหุ้นได้ หรือการจำกัดมูลค่าการลงทุนของทุนต่างด้าว

ข้อจำกัดทั้ง 6 ประการนี้ส่วนใหญ่จะเป็นการจำกัดในเชิงปริมาณ โดยมาตรการการจำกัดการเข้าสู่ตลาดนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นมาตรการที่เลือกปฏิบัติเสมอไป มาตรการไม่เลือกปฏิบัติก็ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการจำกัดการเข้าสู่ตลาด ดังเช่นในข้อ 1-4 แต่ไม่ว่าจะเป็นการใด จุดมุ่งหมายหลักของการออกกฎเกณฑ์ในข้อ 16 ของ GATS นั้น ก็เพื่อที่จะไม่ให้มีการวางมาตรการกีดกันหรือลดข้อจำกัดอันเป็นอุปสรรคของการเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างกัน แต่ในความเป็นจริงการวางหลักเช่นนี้อาจยังไม่เพียงพอ เนื่องจากคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาให้บริการ อาจต้องเผชิญกับมาตรการที่เป็นข้อจำกัดและการเลือกปฏิบัติภายหลังจากการเข้าสู่ตลาดแล้วก็ได้<sup>2</sup> แต่อย่างไรก็ตามการวางหลักในข้อที่ 16 นี้ ก็ยังคงมีความจำเป็นอยู่และควรที่ประเทศทั้งหลาย

<sup>1</sup> Article XVI.GATS

<sup>2</sup> พรเทพ บุญญาอภิกุล, GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการหมายเลข 3

จะให้ความสำคัญตราบไต่ที่ยังมีองค์การการค้าโลกและความร่วมมือทางเศรษฐกิจอื่นๆ ที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อสนับสนุนให้มีการเปิดเสรีการค้าบริการและลดอุปสรรคของการค้าบริการระหว่างกัน

ในปัจจุบัน ประเทศสมาชิกของ WTO รวมทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย ก็ยังมีการวางข้อจำกัดเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาด โดยเฉพาะการเข้าเมืองของคนต่างด้าว โดยเฉพาะประเทศไทยได้วางข้อจำกัดในเรื่องนี้ไว้เช่นกันซึ่งคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงานในประเทศไทย ไม่ว่าจะประเภทใดก็ต้องพบกับอุปสรรคดังกล่าว โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ และต้องปฏิบัติตามเพื่อให้เข้ามาให้บริการในประเทศไทยได้ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

## 2.1 อุปสรรคในการขอวีซ่าเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว

วีซ่านั้นถือเป็นใบเบิกทางให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาในประเทศไทยได้ แต่จะเข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ใดนั้นขึ้นอยู่กับประเภทของวีซ่าที่ขอ และหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตประกอบกัน สำหรับคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงานนั้น สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ คนต่างด้าวประเภทขออนุญาตเข้ามาเพื่อทำงาน (Pre-arrange job) กับคนต่างด้าวที่ยังไม่ได้ขอเข้ามาเพื่อทำงาน คนต่างด้าวทั้งสองประเภทนี้ อาจได้รับวีซ่าที่แตกต่างกันขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ในการขออนุญาตเข้าเมือง ซึ่งคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการขออนุญาตกับหน่วยงานที่ควบคุมดูแล ซึ่งก็คือสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทย ณ ประเทศต้นทางของคนต่างด้าว โดยผ่านทางกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งคนต่างด้าวแต่ละประเภทนี้จะไม่ได้รับการอนุญาตออกวีซ่าให้ หากคนต่างด้าวไม่พิสูจน์ให้เห็นว่าคนต่างด้าวได้ปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ของกรมการจัดหางานแล้ว ซึ่งแสดงถึงความเชื่อมโยงหรือแยกกันมิได้ของหลักเกณฑ์ทั้งสอง ซึ่งวีซ่าจะมีลักษณะผูกพันกับการทำงาน ซึ่งผู้เขียนขอแยกพิจารณาอุปสรรคของการเข้าเมืองเพื่อเข้ามาทำงาน เป็น 2 ประเภทโดยแยกตามลักษณะของคนต่างด้าวข้างต้น ดังนี้

### 1) คนต่างด้าวที่ต้องการขออนุญาตเข้ามาเพื่อทำงานเลย (pre-arrange job)

คนต่างด้าวประเภทนี้ต้องการเข้ามาเพื่อทำงานกับนายจ้างในประเทศไทย ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้น จะไม่อนุญาตให้เข้ามาได้อย่างเสรี เนื่องจากยังมีข้อจำกัดอันระบุไว้ในข้อผูกพันการเปิดตลาดภายใต้กรอบ GATS ในเรื่องการเข้าเมืองของคนต่างด้าว ดังนั้น การจะพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานต้องขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ของกฎหมายภายในของไทย

ซึ่งก็คือ กฎหมายคนเข้าเมืองนั่นเอง ดังนั้น คนต่างด้าวที่ต้องการเข้าเมือง ต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของการออกวีซ่าของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งวางหลักไว้ในหมวดที่ 4 การเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว มาตรา 34<sup>3</sup> ที่มีหลักว่า คนต่างด้าวต้องมีวัตถุประสงค์ในการขอเข้ามาในราชอาณาจักร และหากต้องการเข้ามาทำงานต้องขอตรวจลงตราตามประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) โดยต้องเป็นประเภท Non-Immigrant Visa "B" ซึ่งหมายถึงธุรกิจ ซึ่งครอบคลุมถึงการขอเข้ามาทำงานด้วยและก่อนที่คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้ออกวีซ่าประเภท Non-Immigrant Visa "B" นี้ คนต่างด้าวต้องดำเนินการพิสูจน์ตนเองว่าจะมีการจ้างงานจากนายจ้างในประเทศไทยจริง ซึ่งขั้นตอนนี้คนต่างด้าวต้องมีการดำเนินการผ่านทางนายจ้าง เพื่อให้ได้รับการรับรองจากกรมการจัดหางาน ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาของกรมการจัดหางานนี้เป็นอุปสรรคของการเข้าเมืองเพื่อมาทำงานของคนต่างด้าว ดังผู้เขียนจะขอนำเสนอ ดังต่อไปนี้

#### ก) อุปสรรคในเรื่องการทดสอบความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าว

การทดสอบความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าวนั้น เป็นหลักเกณฑ์การพิจารณาหนึ่งที่สำคัญต่อการเข้ามาทำงานในประเทศไทย เนื่องจากระเบียบของกรมการจัดหางาน ว่าด้วยเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ข้อ 4<sup>4</sup> ที่วางหลักไว้ว่า คน

<sup>3</sup> มาตรา 34 คนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้จะต้องเข้ามาเพื่อการดังต่อไปนี้ (1) การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล (2) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ (3) การท่องเที่ยว (4) การเล่นกีฬา (5) ธุรกิจ (6) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง (7) การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (8) การเดินทางผ่านราชอาณาจักร (9) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่า สถานีหรือท้องที่ใน ราชอาณาจักร (10) การศึกษาหรือดูงาน (11) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน (12) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง (13) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร (14) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ (15) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

<sup>4</sup> ระเบียบของกรมการจัดหางาน ว่าด้วยเรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ข้อ 4 บัญญัติว่า การออกใบอนุญาตให้กับคนต่างด้าวตามมาตรา 7 และมาตรา 8 ให้พิจารณาอนุญาตตามความจำเป็นและความเหมาะสม โดยคำนึงถึง

- (1) ความมั่นคงภายในราชอาณาจักรด้านการเมือง ศาสนา เศรษฐกิจและสังคม
- (2) การปกป้องมิให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งอาชีพที่คนไทยมีความรู้ความสามารถที่จะทำได้และมีจำนวนเพียงพอต่อความต้องการของตลาดแรงงานภายในราชอาณาจักร

ต่างด้าวจะได้รับอนุญาตทำงานต่อเมื่อธุรกิจนั้นมีเหตุแห่งความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน และเหตุแห่งความจำเป็นนั้น ก็เพื่อประโยชน์ในการที่จะพัฒนาบุคลากรในองค์กรของตน เพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ สังคม และการนำวิทยาการสมัยใหม่มาเผยแพร่

เงื่อนไขเหล่านี้ เป็นหน้าที่ของนายจ้างที่ต้องดำเนินการเพื่อให้กรมการจัดหางานเห็นว่า บริษัทฯ มีความจำเป็นอย่างแท้จริงในการว่าจ้างคนต่างด้าว และพิสูจน์ให้เห็นว่าเหตุใดบริษัทถึงไม่ว่าจ้างคนไทยเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว \* นอกจากนี้ความจำเป็นที่ต้องว่าจ้างคนต่างด้าวแล้ว นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่าคนต่างด้าวมียุทธศาสตร์ที่เหมาะสม กล่าวคือวุฒิการศึกษา ประสบการณ์การทำงาน ต้องเหมาะสมกับตำแหน่งของคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงาน \* ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว ว่าด้วยเรื่องคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงาน และระเบียบของกรมการจัดหางาน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาการอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ที่กำหนดว่า คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตทำงานนั้น ต้องมีเหตุผลความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนไทย กล่าวคือ บริษัทต้องรับรองได้ว่าคนต่างด้าวจะถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนไทยในสายงานที่เกี่ยวข้อง ดังระเบียบฯ ข้างต้น และถือว่าหลักเกณฑ์เหล่านี้ถือเป็นอุปสรรคประการสำคัญในการเข้าเมืองของคนต่างด้าว

#### ข) อุปสรรคในเรื่องการจำกัดเงินทุนขั้นต่ำและกำหนดสัดส่วนคนต่างด้าว

(3) ประโยชน์จากการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในตำแหน่งงานนั้นก่อให้เกิดการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุนหรือใช้จ่ายในประเทศจำนวนมาก ก่อให้เกิดการจ้างงานคนไทยจำนวนมาก หรือเป็นตำแหน่งที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญในวิทยาการสมัยใหม่ที่เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และมีการถ่ายทอดให้คนไทย

(4) การพัฒนาทักษะฝีมือที่คนไทยจะได้รับจากการที่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำงานให้ถ่ายทอดความรู้ ความเข้าใจ วิธีการ รายละเอียดที่เกี่ยวข้องของเครื่องจักร เครื่องมือ และความรู้ความชำนาญในวิทยาการสมัยใหม่ให้แก่คนไทยในงานนั้น

\* วิธีการพิสูจน์ของนายจ้าง คือ นายจ้างต้องทำหนังสือเพื่อรับรองการจ้างงาน โดยต้องแสดงเหตุผลความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าว ตำแหน่ง รายได้ และคุณสมบัติของคนต่างด้าวประกอบการพิจารณา

\* คนต่างด้าวต้องส่งเอกสารวุฒิการศึกษา ใบผ่านงาน และหนังสือรับรองการจ้างงานจากบริษัทเดิมโดยผ่านทางนายจ้าง

เงินทุนขั้นต่ำของบริษัทนั้น พิจารณาจากเงินทุนจดทะเบียนชำระแล้วของบริษัทนั้น ต้องไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาท ลูกๆ 2 ล้านบาท สามารถจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คน แต่ทั้งนี้ ไม่เกิน 10 คน ซึ่งเป็นไปตามข้อ 5 (3) ของระเบียบกรมการจัดหางาน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ว่า

"คนต่างด้าวที่ทำงานกับนายจ้างที่มีขนาดการลงทุนจากทุนจดทะเบียนชำระแล้ว ไม่ต่ำกว่า สอง ล้านบาท โดยทุกๆ สองล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน หรือนายจ้างที่จดทะเบียนนิติบุคคลต่างประเทศและเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยที่มีขนาดการลงทุนจากเงินที่นำเข้ามาจากต่างประเทศไม่ต่ำกว่า สามล้านบาท โดยทุกๆ สามล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน หรือสถานประกอบการที่จดทะเบียนนิติบุคคลในต่างประเทศและเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยก่อนวันที่ 30 ตุลาคม 2545 ที่ไม่มีหลักในการนำเงินเข้ามาจากต่างประเทศให้พิจารณาขนาดการลงทุนจากจำนวนเงินคงเหลือตามที่ปรากฏในรายงานความเคลื่อนไหวทางบัญชีย้อนหลังหกเดือน จำนวนตั้งแต่สามล้านบาทขึ้นไป โดยทุกๆ สามล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน เว้นแต่คนต่างด้าวที่มีคู่สมรสเป็นคนไทยซึ่งจดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายและอยู่กินฉันท์สามีภรรยาโดยเปิดเผยขนาดของการลงทุนตามที่กำหนดไว้ให้ลดลงกึ่งหนึ่ง ทั้งนี้ให้อนุญาตได้ไม่เกินสิบคน"

นายจ้างจะจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คน ต้องมีเงินทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาท และจะจ้างงานคนต่างด้าวเกินกว่านั้น ก็ต้องมีเงินทุนจดทะเบียนที่สูงขึ้นไป แต่ทั้งนี้ ใน 1 บริษัท จะจ้างคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 10 คน เว้นแต่เป็นบริษัทที่เข้าช้อยกเว้นของระเบียบฯ ช่างต้น ที่กำหนดให้นายจ้างประเภทต่อไปนี้ที่สามารถว่าจ้างคนต่างด้าวได้โดยไม่ขึ้นอยู่กับข้อจำกัดดังกล่าว ดังระบุไว้ใน ข้อ 6 ของระเบียบฯ การพิสูจน์ให้เข้าหลักเกณฑ์ข้อนี้ เพื่อให้กรมการจัดหางานพิจารณาอนุญาตนั้น นายจ้างจะเป็นผู้ดำเนินการ \*

ค) อุปสรรคเรื่องเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนไทย

ที่กล่าวว่าอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดนั้น เนื่องจากตามระเบียบของกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ข้อ 4 ที่ได้กล่าวไว้แล้วนั้น ได้กำหนดเงื่อนไขในการถ่ายทอดเทคโนโลยีของคนต่างด้าวให้กับคนไทยในบริษัท

\* นายจ้างต้องแสดงเอกสารหนังสือรับรองบริษัทนายจ้าง และบัญชีรายชื่อคนต่างด้าวในบริษัท

นายจ้าง อย่างน้อย 2 คน กล่าวคือ คนต่างด้าวต้องทำให้กรมการจัดหางานแน่ใจว่าจะถ่ายทอดเทคโนโลยีอันเป็นความสามารถ ความเชี่ยวชาญของตนแก่พนักงานคนไทยในสายงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหลักเกณฑ์ในข้อนี้จะต้องขึ้นอยู่กับพิจารณาของกรมการจัดหางาน\*

ง) อุปสรรคของการผ่านการรับรองของกรมการจัดหางาน

อุปสรรคในข้อ ก) - ค) ข้างต้นนี้ จะนำไปสู่อุปสรรคเรื่องการผ่านการรับรองของกรมการจัดหางาน เนื่องจาก อุปสรรคทั้งสามข้อจะต้องผ่านการพิจารณาของกรมการจัดหางาน ซึ่งถึงแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ดำเนินการแต่ผลลัพธ์จะนำไปสู่ตัวคนต่างด้าวที่ต้องการขอเข้ามาทำงานเอง โดยหากได้รับอนุญาตจากกรมการจัดหางาน\* คนต่างด้าวก็จะได้รับอนุญาตให้ออกวีซ่าจากสถานทูตไทย ณ ประเทศต้นทางของคนต่างด้าวนั้น อันจะย้อนไปสู่หลักเกณฑ์เดิมที่กล่าวไว้ในมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่หากคนต่างด้าวไม่ผ่านมาตรการอันเป็นอุปสรรคที่เกิดจากเงื่อนไขของกรมการจัดหางานทั้ง 3 ข้อนี้ สถานทูตไทย ณ ประเทศต้นทางของคนต่างด้าว ก็จะไม่ออกวีซ่าประเภท Non-Immigrant Visa "B" ให้ อันเป็นไปตามหลักมาตรา 12 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งวางหลักว่า

"ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ" หมายความว่า คนต่างด้าวที่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางอันถูกต้องสมบูรณ์ คนต่างด้าวผู้นั้นก็ไม่มีสิทธิเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร จึงถือเป็นผลลัพธ์ที่คนต่างด้าวได้รับจากการไม่ผ่านการรับรองการทำงานจากกรมการจัดหางาน นั่นเอง

2) คนต่างด้าวประเภทยังไม่ได้ขอเข้ามาเพื่อทำงาน

\* กรมการจัดหางานอาจกำหนดเงื่อนไขในการต่ออายุใบอนุญาตทำงาน หากพิจารณาให้ได้รับอนุญาตทำงาน

\* กรมการจัดหางานจะออกหนังสือรับรองว่าได้รับอนุญาตทำงานในบริษัทนายจ้างในประเทศไทย หากได้รับอนุญาต

คนต่างด้าวนี้ เป็นประเภทที่ยังไม่มีเจตจำนงที่ชัดเจนที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทย เพียงแต่เป็นการเข้ามาเพื่อท่องเที่ยว (Tourist Visa) หรือประเภทเดินทางผ่านราชอาณาจักร (Transit Visa) และได้รับการอนุญาตให้เข้าเมืองโดยวัตถุประสงค์ที่ไม่ใช่ทำงาน อันเป็นไปตาม มาตรา 34 ว่าด้วยเรื่องประเภทวีซ่า และมาตรา 35 ว่าด้วยระยะเวลาของการเข้ามาพำนักครั้งแรก ตามประเภทวีซ่าที่กำหนดในมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522<sup>5</sup> ที่วางหลัก ให้ คนต่างด้าวที่ต้องการเดินทางเข้ามาในประเทศไทยต้องมีวัตถุประสงค์ในการขอเข้ามา และเข้ามาได้ตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยหน่วยงานที่รับผิดชอบ คือ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (ตม.) เนื่องจากคนต่างด้าวตามประเภทนี้ได้เดินทางเข้ามาโดยถูกต้องตามช่องทางการเข้าเมือง และถูกต้องตามวัตถุประสงค์ของวีซ่าแล้ว แต่ในระหว่างพำนักในราชอาณาจักร คนต่างด้าวสามารถหางานในประเทศไทยได้และต้องการขออนุญาตทำงาน ซึ่งกรณีนี้ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดให้คนต่างด้าวที่ต้องการทำงาน ต้องได้รับการตรวจลงตราประเภท Non-Immigrant Visa "B" ตามมาตรา 34 ที่กล่าวแล้วนั้น และคนต่างด้าวต้องได้รับการว่าจ้างจากบริษัทนายจ้าง

<sup>5</sup> มาตรา 34 และ มาตรา 35 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

(1) ในกรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อ การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล หรือ การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ ระยะเวลาพำนักครั้งแรกที่คนต่างด้าวมีสิทธิพำนักในราชอาณาจักรขึ้นอยู่กับความจำเป็นของการปฏิบัติงานดังกล่าว

(2) ในกรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ระยะเวลาพำนักครั้งแรก ขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร

(3) ส่วนคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง กรมที่เกี่ยวข้อง ระยะเวลาพำนักครั้งแรกไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

(4) ในกรณีที่คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อธุรกิจ การศึกษาหรือดูงาน การปฏิบัติหน้าที่สื่อสารมวลชน การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ หรือ การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ระยะเวลาพำนักครั้งแรก ไม่เกิน 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

(5) ในส่วนกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อท่องเที่ยว ระยะเวลาพำนักครั้งแรก ไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

(6) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการเล่นกีฬา การเดินทางผ่านราชอาณาจักร การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ายังท่าสถานีหรือท้องที่ในราชอาณาจักร ระยะเวลาพำนักครั้งแรกไม่เกิน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับอนุญาต



ในประเทศไทย โดยต้องมีนายจ้างรับรองคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย แต่ก่อนที่จะสามารถทำงานในประเทศไทยได้ คนต่างด้าวต้องขออนุญาตเปลี่ยนประเภทวีซ่าต่อสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เป็น Non-Immigrant Visa "B" เพื่อความถูกต้องตามกฎหมายและให้สอดคล้องกับเหตุแห่งความจำเป็น โดยวิธีการนี้เรียกว่า การขอตรวจลงตราภายในราชอาณาจักร และคนต่างด้าวที่ต้องการทำงานในประเทศไทยแต่ต้องได้รับการตรวจลงตราวีซ่าประเภทดังกล่าว ก็ต้องเจออุปสรรคของการพำนักอยู่ชั่วคราวและการทำงานในประเทศไทย ดังนี้

#### ก) อุปสรรคในเรื่องระยะเวลาของวีซ่า

คนต่างด้าวที่ขอเปลี่ยนประเภทวีซ่านั้นจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่ถือวีซ่าประเภทท่องเที่ยว (Tourist Visa) หรือคนเดินทางผ่าน (Transit Visa) เช่น เดินทางเข้ามาเล่นกีฬา ผู้ที่มีอำนาจในการพิจารณาเพื่อออกวีซ่าให้ นั้น เป็นไปตามข้อ 11 วรรค 5 บัญญัติว่า "ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมีอำนาจเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตราหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางจากประเภทนักท่องเที่ยว หรือประเภทคนเดินทางผ่านราชอาณาจักร ให้เป็นประเภทคนอยู่ชั่วคราว ได้" ดังนั้น บุคคลสองประเภทนี้เท่านั้นที่สามารถเปลี่ยนประเภทวีซ่าได้ และต้องคำนึงถึงระยะเวลาของวีซ่าที่ตนได้รับเป็นสำคัญ ตามหลักมาตรา 35 ว่าด้วยเรื่องระยะเวลาวีซ่า ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งกรณี Non-Immigrant Visa นั้นจะอนุญาตให้พำนักอยู่ชั่วคราวไม่เกิน 90 วัน กรณีท่องเที่ยวหรือ Tourist Visa จะพำนักได้ 90 วัน และผู้เดินทางผ่าน หรือ Transit Visa จะพำนักอยู่ได้ไม่เกิน 30 วัน ดังนั้น การขอตรวจลงตราวีซ่าประเภท Non-Immigrant Visa "B" คนต่างด้าวต้องมีระยะเวลาวีซ่าเดิมเหลืออยู่ ไม่น้อยกว่า 21 วัน มิฉะนั้น เจ้าหน้าที่จะไม่รับพิจารณาอนุญาตให้เปลี่ยนประเภทวีซ่าและปฏิเสธคำขอด้วย เนื่องจากการเปลี่ยนประเภทวีซ่าต้องใช้เวลาในการพิจารณา ดังนั้น อุปสรรคในเรื่องระยะเวลาที่เหลืออยู่ของวีซ่าที่ขอเข้ามาจึงถือเป็นอุปสรรคสำคัญตั้งแต่ขั้นตอนแรกในการขอเปลี่ยนประเภทวีซ่าดังกล่าว

#### ข) อุปสรรคเรื่องกำหนดเงินทุนขั้นต่ำและกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าว

อุปสรรคในเรื่องดังกล่าวนี้ ผู้เขียนได้นำเสนอไว้แล้วในอุปสรรคของคนต่างด้าวประเภทแรก เพราะการพิจารณาออกวีซ่าหรือตรวจลงตรานั้น จำเป็นต้องเชื่อมโยงกับหลักเกณฑ์การพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวของกรมการจัดหางานเสมอ จึงจำเป็นต้องพิจารณา

หลักเกณฑ์ของกรมการจัดหางานด้วย อันเป็นไปตามระเบียบของกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์การอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ที่วางหลักในเรื่องการพิจารณาอนุญาตทำงาน โดยการกำหนดเงินทุนจดทะเบียนขั้นต่ำที่จะสามารถจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คนต้องไม่ต่ำกว่า 2 ล้านบาท แต่ทั้งนี้ ไม่เกิน 10 คน ใน 1 บริษัท ซึ่งถือเป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าว

#### ค) อุปสรรคในเรื่องการทดสอบความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าว

การทดสอบความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าวเป็นอุปสรรคที่อยู่ในหลักเกณฑ์ของกรมการจัดหางานเช่นกัน และจำเป็นต้องใช้ในการพิจารณาประกอบการเปลี่ยนประเภทวีซ่าเพื่อทำงาน และระเบียบของกรมการจัดหางาน ว่าด้วยเรื่อง หลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ข้อ 4 ที่วางหลักไว้ว่า คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตทำงานต่อเมื่อธุรกิจนั้นมีเหตุแห่งความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ซึ่งเงื่อนไขนี้ถือเป็นเงื่อนไขหลัก (Principal condition) ในการพิจารณาการอนุญาตทำงาน และเป็นหน้าที่ของนายจ้างที่ต้องดำเนินการเพื่อให้เห็นว่าบริษัท มีความจำเป็นอย่างแท้จริงในการว่าจ้างคนต่างด้าว และพิสูจน์ให้เห็นว่าเหตุใดบริษัทถึงไม่ว่าจ้างคนไทยเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว นอกจากความจำเป็นที่ต้องว่าจ้างคนต่างด้าวแล้ว นายจ้างต้องแสดงให้เห็นว่า คนต่างด้าวมียุทธศาสตร์ที่เหมาะสม กล่าวคือวุฒิการศึกษา ประสบการณ์การทำงาน ต้องเหมาะสมกับตำแหน่งของคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงาน และผู้เขียนได้นำเสนอแล้วในข้อ 1)

#### ง) อุปสรรคในเรื่องคุณวุฒิการศึกษาของคนต่างด้าว

วุฒิการศึกษาของคนต่างด้าวที่เข้ามาหางานเองนั้นถือว่าสำคัญมาก เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้ไม่มีเอกสารวุฒิมัธยมศึกษาติดตัวมาตั้งแต่แรก เพราะเป็นการขอเข้ามาเพื่อการท่องเที่ยวหรือเดินทางผ่าน ดังนั้น หลักเกณฑ์ในเรื่องระเบียบของกรมการจัดหางาน พ.ศ. 2547 ข้อ 4 จึงได้วางหลักในเรื่องของผู้ที่จะเข้ามาทำงานนั้นต้องมีคุณวุฒิการศึกษาที่เหมาะสม และมีประสบการณ์การทำงานที่เป็นที่ต้องการของนายจ้าง ดังนั้น คนต่างด้าวต้องพบกับอุปสรรคดังกล่าว อันเป็นเรื่องสำคัญในการจ้างงานคนต่างด้าว และเป็นหน้าที่ของนายจ้างที่ต้องพิสูจน์ให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองพิจารณา

ในส่วนของออสเตรเลียก็เช่นเดียวกัน หากคนต่างด้าวต้องการเข้าไปทำงานในประเทศ ออสเตรเลียต้องผ่านขั้นตอนการขอวีซ่าเข้าประเทศ ณ สถานทูตออสเตรเลีย ในประเทศต้นทางของคนต่างด้าว โดยวีซ่าจะแบ่งตามวัตถุประสงค์ของการเข้าเมือง (Subclass) เช่น การเข้าไปเพื่อทำงาน ศึกษา จัดตั้งหน่วยธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย Migration Legislation 1994 ที่เป็นกฎเกณฑ์เพื่อควบคุมการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าว ภายใต้ความรับผิดชอบของ DIMA ซึ่งถือเป็นหน่วยงานเดียวที่มีความเป็นเอกภาพในการตัดสินใจ ซึ่งหน่วยงานดังกล่าวได้พัฒนาระบบวีซ่าที่หลากหลายที่สุดในโลก กว่า 100 ประเภทวีซ่า รวมถึงวีซ่าประเภททำงาน ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาวีซ่านั้น พิจารณาจากหนังสือรับรองการทำงานจากนายจ้างในประเทศออสเตรเลีย (กรณีมีการจ้างงานแล้ว) หรือหนังสือรับรองจากผู้อุปถัมภ์กรณีเป็นคนต่างด้าวผู้หางานอิสระ และหนังสือรับรองทักษะฝีมือการปฏิบัติงาน เมื่อมีหนังสือรับรองที่ออกให้โดยนายจ้าง และ/หรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง DIMA ก็จะพิจารณาออกวีซ่าเพื่อทำงาน (Subclass : Working Visa) ให้แก่คนต่างด้าวโดยมีระยะเวลาการทำงานและอยู่ในออสเตรเลียได้ตามระยะเวลาที่กำหนดให้ในแต่ละประเภทวีซ่า โดยคนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องขอรับใบอนุญาตทำงานหรือขอพำนักในประเทศออสเตรเลียเมื่อเดินทางเข้าประเทศอีกอย่างเช่นกรณีประเทศไทย เพราะออสเตรเลียมีระบบการพิจารณาที่ทันสมัย รวดเร็ว และไม่ซ้ำซ้อน

ออสเตรเลียแบ่งระบบการทำงาน 2 ลักษณะคือ แบบมีสัญญาจ้างหรือมีนายจ้างที่แน่นอน และแบบหางานโดยอิสระ ซึ่งคนต่างด้าวทั้ง 2 ประเภท ต้องผ่านการรับรองทักษะฝีมือการปฏิบัติงาน โดยเฉพาะคนต่างด้าวที่หางานเอง เพราะออสเตรเลียเคร่งครัดในเรื่องกฎระเบียบเหล่านี้อย่างมาก เพื่อปกป้องการทำงานของคนชาติไม่ให้เกิดการแข่งขันทำ และเพื่อสนับสนุนการมีงานทำและสร้างรายได้ให้แก่คนชาติ นอกจากนี้ ออสเตรเลียยังกำหนดเงื่อนไขการทดสอบตลาดแรงงานโดยการประกาศตำแหน่งงานว่าง ทางวารสาร หนังสือพิมพ์ เพื่อคัดเลือกบุคลากรในประเทศที่มีความสนใจก่อน แต่หากคนชาติไม่สนใจมาติดต่อขอสมัครงานในตำแหน่งนี้ นายจ้างสามารถว่าจ้างคนต่างด้าวเข้าทำงานได้ โดยอาศัยเหตุแห่งความจำเป็นดังกล่าวและนายจ้างก็มีหน้าที่ออกหนังสือรับรองให้แก่คนต่างด้าวในลักษณะที่ว่า ไม่มีคนออสเตรเลียสนใจงานในตำแหน่งดังกล่าวจึงเห็นความจำเป็นต้องว่าจ้างคนต่างด้าว และคนต่างด้าวที่ได้รับเลือกก็ต้องแสดงหนังสือรับรองการสำรวจความต้องการของตลาดแล้ว (Labour Market Test) ที่ออกให้โดยนายจ้างนั้นประกอบคำขอวีซ่าเข้าประเทศออสเตรเลีย นอกจากนี้ คนต่างด้าวต้องผ่านการรับรองทักษะฝีมือในการปฏิบัติงานจากหน่วยงานที่มีชื่อว่า สำนักงานยอมรับทักษะฝีมือปฏิบัติงาน (Trade Recognition Australia : TRA) โดยยื่นใบสมัครพร้อมเอกสารประกอบทางอินเตอร์เน็ต

และหากผ่านการรับรองแล้ว TRA จะออกไปรับรองให้เพื่อใช้ยื่นประกอบการขอวีซ่าเข้าเมืองต่อไป นอกจากนี้ที่กล่าวข้างต้นแล้ว ออสเตรเลียเปิดให้คนต่างด้าวในระดับผู้บริหาร ผู้จัดการ หรือผู้เชี่ยวชาญ เข้าไปทำงานในอาชีพที่ออสเตรเลียอนุญาต และออสเตรเลียต้องแน่ใจว่าคนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในอาชีพดังกล่าวสามารถถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนชาติได้ เพราะออสเตรเลียมีนโยบายส่งเสริมให้มีการพัฒนาอาชีพให้คนพื้นเมืองออสเตรเลียได้ประโยชน์จากการถ่ายทอดเทคโนโลยีในสายงานที่เกี่ยวข้องอย่างเต็มที่ สำหรับการพิจารณาอนุญาตนั้น ออสเตรเลียจะไม่อนุญาตออกวีซ่าให้คนต่างด้าวเลย หากไม่ผ่านการรับรองจากหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งตามทีละขั้นข้างต้น เพราะนั่นหมายถึง ประเทศออสเตรเลียไม่มีความจำเป็นที่ต้องว่าจ้างคนต่างด้าวนั้นเอง

กล่าวโดยสรุป การอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานตามที่กล่าวข้างต้นนี้ เห็นได้ว่าทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย มีการสร้างข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอันเป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา แต่หากมีการเดินทางเข้ามาแล้วก็ยังพบกับมาตรการอันเป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดในอีกรูปแบบหนึ่ง คือการออกกฎเกณฑ์ ระเบียบ หรือเงื่อนไขของการอำนวยความสะดวกในการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว และการสร้างเงื่อนไขเหล่านี้ก็อาจเป็นที่ยอมรับเพราะ WTO ได้ หากเป็นการกฎเกณฑ์ที่ออกมาควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวภายในประเทศ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของการให้บริการระหว่างประเทศ (Mode 4) ที่ GATS มุ่งจะให้มีการเปิดเสรีกันมากที่สุด แต่มาตรการดังกล่าวก็ต้องใช้และจัดการอย่างมีเหตุผล เป็นไปตามวัตถุประสงค์และยุติธรรม ดังบัญญัติหลักไว้ใน ข้อ 6 ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการว่า “มาตรการควบคุมภายในประเทศของประเทศสมาชิกในเรื่องข้อกำหนดในด้านคุณภาพ ระเบียบ และขั้นตอนการขอใบอนุญาต และมาตรฐานทางเทคนิคจะต้องไม่ก่อให้เกิดอุปสรรคทางการค้าโดยไม่จำเป็น (Unnecessary barrier to trade)<sup>6</sup> นอกจากนี้ มาตรการเหล่านี้จะไม่ถูกใช้ในทางที่เป็นการลบล้างหรือก่อให้เกิดความเสียหายต่อพันธกรณีตามที่ระบุไว้ข้อผูกพันเฉพาะ หมายความว่า ประเทศสมาชิกสามารถออกกฎเกณฑ์และสร้างเงื่อนไขเพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ แต่ก็ควรเป็นรูปแบบที่เหมาะสมและไม่สร้างภาระต่อคนต่างด้าวโดยไม่จำเป็น ดังนั้น ทุกประเทศสมาชิกรวมทั้งประเทศไทยและออสเตรเลีย ก็มีการออกกฎเกณฑ์ภายในเพื่อใช้ควบคุมคนต่างด้าวตามที่กล่าวข้างต้น และกฎเกณฑ์ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวเหล่านี้ถือเป็นการสร้างข้อจำกัดของการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าว อันเป็นอุปสรรคหนึ่งของการ

<sup>6</sup> Article VI. GATS

เคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะขอศึกษาข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดของทั้งประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย อันจำแนกได้เป็นรายชื่อ ดังนี้

## 2.2 อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ประเทศไทยมีการสร้างอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดโดยการกำหนดกฎเกณฑ์ภายในเพื่อใช้เป็นเงื่อนไขในการควบคุมคนต่างด้าว และเพื่อป้องกันการเข้ามาแย่งงานคนไทย เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขันและเห็นว่าตนมีแรงงานที่มีความถนัดในวิชาชีพหลายๆ ด้าน โดยเฉพาะอาชีพที่ใช้ฝีมือ เช่น ช่างทำทอง ช่างปั้น ช่างแกะสลัก เป็นต้น ซึ่งอาชีพเหล่านี้ประเทศไทยไม่ต้องการให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานคนไทย จึงไม่ต้องการที่จะเปิดตลาด และต้องการสงวนอาชีพไว้ให้คนไทยเท่านั้น ซึ่งในขณะนี้ ประเทศไทยยังสามารถวางเงื่อนไขอันเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดได้ เพราะยังไม่จำเป็นต้องมีการเปิดตลาดในทันทีหากยังไม่มีความพร้อมก็สามารถเปิดตลาดแบบค่อยเป็นค่อยไปตามลำดับได้ ตามหลักการเปิดเสรีตามลำดับ ประกอบกับประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา WTO ต้องการให้ประเทศกำลังพัฒนาเข้ามามีบทบาทในการเจรจาต่อรองเพิ่มมากขึ้น เพราะกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาถือว่าเป็นกลุ่มที่มีการเปิดตลาดในรูปแบบของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาน้อยมาก GATS จึงเปิดโอกาสให้ประเทศเหล่านี้สามารถวางข้อจำกัดที่เหมาะสมได้ เพื่อเป็นการสร้างกลไกในการเจรจา และอำนาจต่อรองให้กับประเทศไทยได้มากขึ้น และอุปสรรคอันดับแรกที่ควรคำนึงถึงและนำมาพิจารณาคือ

### 2.2.1 อุปสรรคเรื่องการสงวนอาชีพของคนไทย

การสงวนอาชีพสำหรับคนชาติเป็นเรื่องปกติที่พบอยู่ในกฎหมายเกือบทุกประเทศเพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งอาชีพคนชาติ และก่อให้เกิดการแข่งขันกันอย่างเสรี เนื่องจากประเทศไทยจะเสียเปรียบประเทศสมาชิกอื่นที่มีระดับการพัฒนากุศลกรที่สูงกว่า ดังนั้น การกำหนดอาชีพสงวนจึงเป็นทางหนึ่งที่จะสามารถช่วยให้คนชาติได้รับการปกป้อง เพราะเป็นการสงวนเฉพาะบางอาชีพเท่านั้น เพราะหากสงวนทุกอาชีพก็เท่ากับว่าประเทศไทยไม่มีความประสงค์ที่จะเปิดเสรีการค้าบริการเลย ซึ่งจะขัดกับวัตถุประสงค์หลักของ WTO ที่มุ่งเน้นให้มีการเปิดเสรีการค้าบริการเพิ่มมากขึ้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงกำหนดงานในอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำในบางสาขาอาชีพ จำนวน 39 อาชีพซึ่งเป็นงานที่คนไทยมีความถนัด จึงสอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีตามลำดับ (Progressive Liberalization) ในหมวดที่ IV (4) ข้อ XIX (19) ภายใต้ความตกลงทั่วไป

ว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) มีหลักว่า "ประเทศสมาชิกต้องมีการเข้าร่วมเจรจาเพื่อเปิดเสรีการค้าบริการที่เพิ่มมากขึ้น โดยมุ่งเน้นให้มีการลดหรือยกเลิกข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดหรือเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการ ในรอบระยะเวลา 5 ปีนับแต่มีการก่อตั้งองค์การการค้าโลก (WTO)" ดังนั้น การสงวนอาชีพของคนไทยบางอาชีพจึงไม่เป็นการขัดกับหลักการเปิดเสรีตามลำดับ ในกรอบของ GATS เนื่องจากตามหลักดังกล่าว ประเทศไทยยังไม่ต้องมีการเปิดเสรีแบบเต็มรูปแบบในทันที แต่สามารถค่อยๆ เปิดเสรีหรือลดหรือยกเลิกข้อจำกัดแบบค่อยเป็นค่อยไปได้ การสงวนอาชีพของไทยจะอยู่ในรูปแบบของกฎหมายห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานบางอาชีพ<sup>7</sup> ก็คือกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของต่างด้าว พ.ศ. 2551 และกฎกระทรวงที่กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวสามารถทำได้ โดยงานที่นอกเหนือจากนี้คนต่างด้าวไม่สามารถทำได้ ซึ่งการบัญญัติเช่นนี้เป็นลักษณะของ Positive List ตามมาตรา 7 ของพระราชกรณียกิจของงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งวางหลักไว้ว่า "งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ" ดังนั้นงานใดที่คนต่างด้าวจะสามารถทำได้ต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงกำหนด แต่เนื่องจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวฉบับใหม่ ได้กำหนดบทเฉพาะกาลไว้ในมาตรา 60 ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ความว่า "บรรดาพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่ง ของรัฐมนตรีหรืออธิบดี ซึ่งได้ออกหรือสั่งโดยอาศัยอำนาจตามความในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) หน้า ๔๒ เล่ม ๑๒๕ ตอนที่ ๓๗ ก ราชกิจจานุเบกษา ๒๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑ พ.ศ. ๒๕๕๔ และยังมีผลใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ใช้บังคับได้ต่อไป เท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ และให้ถือเสมือนเป็นพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ มติคณะรัฐมนตรี หรือคำสั่งของรัฐมนตรีหรืออธิบดีที่ออกตามความใน พระราชบัญญัตินี้"

ซึ่งมีความหมายว่าปัจจุบันพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว แต่ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นฉบับใหม่ได้กำหนดบทเฉพาะกาลไว้ ตามที่กล่าวในมาตรา 60 ดังนั้น จึงต้องนำพระ

<sup>7</sup> ศ. ดร. ชุมพร บัจจสถานนท์, พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจาก GATS, APEC และ ASEAN อันมีผลกระทบต่องานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้าม, วารสารกฎหมาย ปีที่ 21 ฉบับที่ 1 (2545): หน้า 35.

ราชกฤษฎีกาฯ มาใช้บังคับไปพลางก่อน เป็นเวลา 2 ปี นับแต่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ จึงเท่ากับว่า คนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ทุกสาขาอาชีพ ยกเว้น 39 อาชีพสงวนสำหรับคนไทย อันมีลักษณะของการกำหนดรายการแบบ Negative List ดังที่ระบุไว้ในพระราชกฤษฎีกาฯ ในภาคผนวกท้ายวิทยานิพนธ์เล่มนี้ ซึ่งอาชีพสงวนเหล่านี้จะมีงานที่ได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีการค้าบริการเพียง 8 อาชีพเท่านั้น<sup>8</sup> ได้แก่

- (1) งานก่อสร้าง ช่างไม้หรือ งานก่อสร้างอื่น
- (2) งานขับที่รถยนต์
- (3) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว
- (4) งานนายหน้าหรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ
- (5) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธาที่เกี่ยวข้องกับงานออกแบบ และคำนวณจัดระบบ วิจัย วางโครงการ ทดสอบ ควบคุมการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ ไม่รวมงานที่ต้องใช้ความชำนาญเป็นพิเศษ
- (6) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรม ที่เกี่ยวข้องกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ
- (7) งานมัคคุเทศก์หรืองานจัดนำเที่ยว
- (8) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ยกเว้นงานปฏิบัติหน้าที่อนุญาตตุลาการ และงานว่าต่างหรือแก้ต่างในชั้นอนุญาตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่งใช้บังคับกับข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือเป็นกรณีที่ไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตตุลาการนั้นในประเทศไทย

เนื่องจากงานทั้ง 8 ประเภทนี้ เป็นงานที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการในส่วนของสาขาที่เปิดตลาดดังที่ระบุไว้ในข้อผูกพันเฉพาะหรือข้อผูกพันรายสาขา และเพื่อประโยชน์ในการเจรจากำหนดข้อผูกพันเปิดเสรีทางการค้าบริการให้แก่กัน โดยคณะกรรมการสิทธิแห่งสหประชาชาติ (UN Statistical Commission) ได้ประมวลประเภทต่างๆ ของบริการและได้ให้ความเห็นชอบให้จัดพิมพ์ไว้ในเอกสารชื่อ Provisional Central Product Classification หรือ CPC มาเป็นแนวทางในการ

<sup>8</sup> ศ. ดร.ชุมพร บัจจุสานนท์, พันธกรณีระหว่างประเทศที่เกิดจาก GATS , APEC และ ASEAN อันมีผลกระทบต่องานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้าม, วารสารกฎหมาย ปีที่ 21 ฉบับที่ 1 (2545): หน้า 24-25.

จัดประเภทบริการ ได้ 12 สาขา ดังนี้<sup>9</sup> คือ 1) บริการธุรกิจ : บริการวิชาชีพ (ซึ่งรวมบริการเกี่ยวกับกฎหมาย บัญชี สถาปัตยกรรม และวิศวกรรม) บริการเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ บริการด้านวิจัยและพัฒนา บริการเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ บริการให้เช่า/เช่าซื้อ และอื่นๆ 2) บริการสื่อสารโทรคมนาคม : บริการเกี่ยวกับไปรษณีย์ การสื่อสาร โทรคมนาคม โสตทัศน และอื่นๆ 3) บริการเกี่ยวกับการก่อสร้างและวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง : การก่อสร้างอาคาร วิศวกรรมโยธา งานติดตั้งงานเกี่ยวกับการประกอบอาคาร และอื่นๆ 4) บริการจัดจำหน่าย : บริการเกี่ยวกับตัวแทน นายหน้า ค้าส่ง ค้าปลีก บริการเกี่ยวกับ แฟรนไชส์ และอื่น ๆ 5) บริการด้านการศึกษา : บริการการศึกษาชั้นประถม การศึกษาชั้นมัธยม การศึกษาระดับสูง การศึกษาผู้ใหญ่ และบริการการศึกษาอื่นๆ 6) บริการเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม : บริการกำจัดของเสีย กำจัดขยะ บริการเกี่ยวกับสุขอนามัย และอื่นๆ 7) บริการทางการเงิน : บริการเกี่ยวกับการประกันภัย การธนาคารและสถาบันการเงินอื่นๆ /และบริการเสริมด้านการเงิน 8) บริการเกี่ยวกับสุขภาพและสังคม : บริการด้านโรงพยาบาล บริการเกี่ยวกับสุขภาพประเภทอื่นๆ /บริการสังคม และอื่นๆ 9) บริการเกี่ยวกับการเดินทางและท่องเที่ยว : โรงแรมและภัตตาคาร ธุรกิจเดินทางและท่องเที่ยว มัคคุเทศก์ และอื่นๆ 10) บริการนันทนาการ วัฒนธรรมและการศึกษา (ไม่รวมบริการโสตทัศน) : บริการด้านความบันเทิง บริการสำนักข่าวสาร บริการด้านห้องสมุด พิพิธภัณฑ์และวัฒนธรรมอื่นๆ บริการด้านการกีฬาและนันทนาการ และอื่นๆ 11) บริการด้านการขนส่ง : บริการขนส่งทางรถไฟ ทางถนน ทางอากาศ ทางทะเล ทางท่อ บริการเสริมสำหรับการขนส่งทุกรูปแบบ และอื่นๆ และ 12) บริการอื่นๆ ที่ไม่ได้รวมอยู่ในข้อใดดังกล่าวข้างต้น และสาขาย่อยอีกมากมายขึ้นอยู่กับข้อผูกพันที่แต่ละประเทศสมาชิกผูกพันไว้ จึงจำเป็นต้องกล่าวถึงสาขาบริการที่ระบุในข้อผูกพันด้วยเห็นว่าบริการที่มีการเปิดตลาดเหล่านี้จะเกี่ยวข้องกับ Mode 4 ตรงที่ว่าหากมีการจัดตั้งธุรกิจตามสาขาบริการที่เปิดตลาดให้ ธุรกิจนั้นก็ย่อมต้องการคนต่างด้าวที่มีความสามารถเฉพาะทาง ในการขับเคลื่อนธุรกิจดังกล่าว เช่น ไทยเปิดตลาดสาขาบริการก่อสร้างให้กับออสเตรเลีย เมื่อออสเตรเลียเข้ามาจัดตั้งธุรกิจก่อสร้างในไทย ย่อมต้องการคนออสเตรเลียเข้ามาทำงานในตำแหน่งวิศวกรโยธา เพราะมีความเชื่อมั่นในคนชาติของตนมากกว่า แต่เนื่องจากอาชีพวิศวกรโยธาเป็นอาชีพสงวนของคนไทย คนออสเตรเลียจึงไม่สามารถเข้ามาทำงานได้ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ารูปแบบการให้บริการใน Mode 3 และ Mode 4 มีความเกี่ยวโยงกัน กล่าวโดยสรุปแล้ว คนต่างด้าวไม่สามารถเข้ามา

<sup>9</sup> อัญชลี วิโรจน์ธนะชัย, ผลกระทบทางกฎหมายของความตกลง GATS ต่อการเปิดเสรีทางการค้าบริการสาขาก่อสร้างของไทย, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), หน้า 95



ทำงานใน 39 อาชีพสงวนของคนไทยได้ หากมีการฝ่าฝืนกรมการจัดหางานจะไม่พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าว และหากฝ่าฝืนกฎเกณฑ์ดังกล่าวถือว่ามีความผิดตามกฎหมาย จึงถือว่าการสงวนอาชีพของคนต่างด้าวตามพระราชกฤษฎีกาฯ นี้เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดเพราะไม่มีการเปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้อย่างเสรีในทุกสาขาอาชีพ หากแต่จำกัดเฉพาะบางสาขาอาชีพอันเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดและถือเป็นอุปสรรคหนึ่งของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

ในอนาคตจะมีกฎกระทรวงออกมาบังคับใช้กับคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่ระบุไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น ส่วนงานอื่นที่ไม่ได้ระบุไว้จะทำไม่ได้ ตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งแตกต่างกับพระราชกฤษฎีกาฯ ที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เพราะมีลักษณะที่เห็นได้ชัดว่าประเทศไทยต้องการลดจำนวนอาชีพที่สงวนหรือห้าม และเปิดเสรีเพิ่มขึ้นในบางสาขาอาชีพที่เคยสงวนไว้ด้วย ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีตามลำดับตามที่กล่าวแล้วข้างต้นนั่นเอง

## 2.2.2 อุปสรรคในด้านนโยบายและระบบขั้นตอนการบริหารจัดการในประเทศ

ในการอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศ จะไม่มีการแยกประเภทคนต่างด้าวออกเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ กับคนต่างด้าวทั่วไป คนต่างด้าวทุกประเภทต้องผ่านขั้นตอนการขออนุญาตของไทยโดยการขอตรวจลงตราวิซ่า ณ สถานทูตไทยในประเทศต้นทางของคนต่างด้าว ซึ่งสังกัดกระทรวงการต่างประเทศ ซึ่งการกำหนดประเภทวิซ่าและให้มีการขออนุญาตนี้ ถือเป็นสิทธิของประเทศสมาชิกที่สามารถทำได้ตาม Annex on Movement of Natural Person ของ GATS ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตเข้าประเทศได้ โดยบทบัญญัติ GATS จะไม่กระทบถึง ซึ่งเรียกว่า Visa Requirement นั่นเอง<sup>10</sup> ซึ่งประเภทของวิซ่านั้นเป็นไปตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งได้กำหนดประเภทวิซ่าไว้ 8 ประเภท

- การปฏิบัติหน้าที่ราชการ
- ธุรกิจ
- การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรมที่เกี่ยวข้อง

<sup>10</sup> พรเทพ เบญญาอภิกุล, GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ, เอกสารวิชาการหมายเลข 3 (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 61.

- การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- การศึกษาหรือดูงาน
- การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน
- การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวง กรมที่เกี่ยวข้อง
- การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร
- การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ

คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงาน ต้องขอวีซ่าประเภท Non-Immigrant Visa "B" ซึ่ง "B" หมายถึง ธุรกิจ แต่ให้ครอบคลุมถึงการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวด้วย และต้องมีการเข้ามาตามช่องทางที่ถูกดัดงบัญญัติไว้ในมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งมีหลักว่า "บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักรจะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทาง ด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่าสถานี หรือท้องที่และตามกำหนดเวลา ทั้งนี้ ตามที่รัฐมนตรีจะได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา" ซึ่งมีความหมายว่าคนต่างด้าวต้องเดินทางผ่านทางช่องทางที่กำหนด หากฝ่าฝืนจะมีความผิดตามกฎหมาย และคนต่างด้าวต้องมีเอกสารหรือหนังสือเดินทางที่ถูกต้องสมบูรณ์ และได้รับการตรวจลงตราเว้นแต่จะมีกฎหมายยกเว้นไว้เป็นอย่างอื่น ดังมาตรา 12 ที่วางหลักว่า "ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(1) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งสอดคล้องกับกรณีที่ว่าคนต่างด้าวต้องได้รับการตรวจลงตราจากกระทรวงการต่างประเทศ โดยผ่านทางสถานทูตไทย ณ ประเทศต้นทางของคนต่างด้าว จึงจะสามารถเข้ามาในราชอาณาจักรได้ แต่มีข้อยกเว้นสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทที่มีสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดต่อกับประเทศไทยอาจไม่ต้องใช้หนังสือเดินทางก็ได้ แต่ให้ใช้บัตรผ่านแดนชั่วคราว (border pass) อย่างเช่นประเทศลาวซึ่งได้มี

ข้อตกลงระหว่างประเทศกับไทยในเรื่องนี้ และบัตรผ่านแดนนี้ขอได้ที่ด่านตรวจคนเข้าเมืองชายแดนที่ต้องการจะผ่านเข้ามาและในบางด้านอาจไม่ต้องใช้เอกสารดังกล่าวแต่อย่างใด<sup>11</sup>

เมื่อคนต่างด้าวประเภทคนอยู่ชั่วคราวเพื่อปฏิบัติงานตามที่ระบุดังวัตถุประสงค์เพื่อ "ธุรกิจ" ตามมาตรา 34 สามารถเข้ามาตามช่องทางที่กล่าวข้างต้นเพื่อพำนักในราชอาณาจักรตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในมาตรา 35 ดังที่ผู้เขียนขอแนะนำเสนอตาราง ต่อไปนี้

#### ตารางที่ 1

ตารางแสดงระยะเวลาการพำนักในราชอาณาจักรตามวัตถุประสงค์ในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร

เหตุแห่งความจำเป็น	ระยะเวลาที่อนุญาตให้พำนักในราชอาณาจักร
1. เพื่อการธุรกิจ มาตรา 34 (5) 2. การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ มาตรา 34 (14) 3. การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร มาตรา 34 (13)	1 ปี
4. การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง มาตรา 34 (6)	2 ปี
5. การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุน ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน มาตรา 34 (7)	(ตามระยะเวลาอนุมัติโดยคณะกรรมการ BOI)
6. การท่องเที่ยว มาตรา 34 (3)	90 วัน

ที่ต้องนำเสนอตารางระยะเวลาการพำนักในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวนี้ เนื่องจากคนต่างด้าวต้องอาศัยระยะเวลาตามที่อนุญาตข้างต้นในการที่จะอยู่พำนักในประเทศไทยเพื่อปฏิบัติหน้าที่ในงานที่ได้รับการว่าจ้างหรือมอบหมาย หรือเพื่อธุรกิจขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์หรือเหตุแห่งความจำเป็นที่ขอเข้ามา เพราะหากหมดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตแล้วคนต่างด้าวต้องดำเนินการ

<sup>11</sup> สุภัทร สกลไชย, ชาวต่างชาติจะอยู่ในประเทศไทยได้อย่างไร : คู่มือว่าด้วยการตรวจคนเข้าเมือง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ดับเบิลเดย์, 2544), หน้า 31-32.

ขออนุญาตต่ออายุวีซ่าดังกล่าวโดยเฉพาะประเภทธุรกิจจะได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุได้ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของ ตม. เช่นเดียวกับการขออนุญาตเข้ามาพำนักในราชอาณาจักรครั้งแรก ซึ่งเงื่อนไขของการขอยุ่ต่อและพำนักในราชอาณาจักรนั้น สร้างความสับสนให้กับคนต่างด้าวอย่างมาก นั่นก็คือเงื่อนไขในเรื่องเงินได้ในแต่ละเดือนของคนต่างด้าวซึ่ง ตม.พิจารณาตามหลักภูมิภาคและสัญชาติเป็นเกณฑ์ ผู้เขียนจึงขอนำเสนอตารางเงินได้ของคนต่างด้าวแนบท้ายคำสั่ง คำสั่ง ตร. ที่ 606/2549 ดังนี้

### ตารางที่ 2

ตารางเงินได้ของคนต่างด้าวซึ่งแบ่งตามภูมิภาคและสัญชาติ แนบท้ายคำสั่ง คำสั่ง ตร. ที่ 606/2549

สัญชาติ	รายได้ขั้นต่ำ
๑. ประเทศในทวีปยุโรป และทวีปออสเตรเลีย, ประเทศแคนาดา, ประเทศญี่ปุ่น, และประเทศสหรัฐอเมริกา	๕๐,๐๐๐ บาท/เดือน
๒. ประเทศเกาหลีใต้, ประเทศสิงคโปร์, ใต้หวัน, และฮ่องกง	๔๕,๐๐๐ บาท/เดือน
๓. ประเทศในทวีปเอเชีย และทวีปอเมริกาใต้, ประเทศในเขตยุโรปตะวันออก, ประเทศในเขตอเมริกากลาง, ประเทศเม็กซิโก, ประเทศตุรกี, ประเทศรัสเซีย, และประเทศแอฟริกาใต้	๓๕,๐๐๐ บาท/เดือน
๔. ประเทศในทวีปแอฟริกา, ประเทศกัมพูชา, ประเทศพม่า, ประเทศลาว, และประเทศเวียดนาม	๒๕,๐๐๐ บาท/เดือน

แต่กรมการจัดหางานพิจารณาตามความเหมาะสมของตำแหน่ง ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่มีความซ้ำซ้อนกันอยู่ ที่กล่าวว่าซ้ำซ้อนนั้นอาจมองไม่ออกในแง่ของหลักเกณฑ์ที่กำหนดเป็นรูปธรรม แต่ในทางปฏิบัติสามารถเห็นได้ชัดว่า คนต่างด้าวต้องกำหนดอัตราเงินเดือนและยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานเป็นลำดับแรกเมื่อเดินทางเข้ามา ในอัตราที่ต่ำกว่าสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองกำหนดดังตาราง เมื่อยื่นขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรกลับไม่ได้รับอนุญาตเนื่องจากเงินได้ต่ำกว่าเกณฑ์ที่ ตม. กำหนด กรณีเช่นนี้ทำให้คนต่างด้าวสับสนมากกว่าควรจะใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณา อีก

\* เป็นคำสั่งฉบับเดิมที่วางหลักเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาการขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรของคนต่างด้าว ซึ่งคำสั่งฉบับใหม่ เป็นคำสั่ง ตร. ที่ 777/2551

ประการหนึ่ง คือเงื่อนไขของการกำหนดอัตราส่วนคนไทยต่อคนต่างด้าว (คนไทย 4 : คนต่างด้าว 1) ตามคำสั่ง ตร.ที่ 777/2551 ของ ตม. มีความซ้ำซ้อนกับหลักเกณฑ์การจำกัดจำนวนคนต่างด้าว และเงินทุนขั้นต่ำที่จะสามารถจ้างคนต่างด้าวให้มาทำงานได้อันเป็นหลักเกณฑ์ของระเบียบกรมการจัดหางาน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 โดยบริษัทที่จะว่าจ้างคนต่างด้าวนั้นต้องมีเงินทุนจดทะเบียน 2 ล้านบาทและทุก 2 ล้านบาทสามารถจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คน (ทุนจดทะเบียน 2,000,000 : คนต่างด้าว 1 คน) ทั้งนี้ ต้องไม่เกิน 10 คนใน 1 บริษัท ซึ่งในทางปฏิบัติเมื่อคนต่างด้าวยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานโดยอ้างอิงหลักเกณฑ์เงื่อนไขเงินทุนจดทะเบียนต่อการทำงานของคนต่างด้าว แต่เมื่อยื่นขออยู่ต่อในราชอาณาจักรกลับไม่ได้รับอนุญาตเนื่องจากจำนวนคนไทยต่ำกว่า 4 คน จึงไม่สามารถจ้างคนต่างด้าวได้ เงื่อนไขนี้ก็สร้างความสับสนเช่นกัน เพราะผลที่คนต่างด้าวได้รับคือคนต่างด้าวดำเนินการใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของทั้งสองหน่วยงานและตามระยะเวลาที่เหลืออยู่ หากไม่ดำเนินการคนต่างด้าวจะถูกเร่งรัดให้เดินทางออกนอกราชอาณาจักรทันที จึงแสดงให้เห็นความซ้ำซ้อน และไม่โปร่งใส รวมถึงการสร้างภาระให้แก่คนต่างด้าวโดยไม่จำเป็นของหลักเกณฑ์ดังกล่าว กล่าวโดยสรุปแล้วอุปสรรคในด้านนโยบายและระบบขั้นตอนการบริหารจัดการในประเทศนี้ เป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอย่างหนึ่ง ทั้งต่อคนต่างด้าวยังไม่เดินทางเข้ามาและเมื่อเดินทางเข้ามาแล้ว คนต่างด้าวก็ต้องประสบกับปัญหาในเรื่องหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตที่ซ้ำซ้อนระหว่างสองหน่วยงานดังเช่นที่กล่าว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าทั้งสองหน่วยงานทำงานแยกกันอย่างเป็นเอกเทศ และเป็นที่น่าสังเกตด้วยว่าสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองที่มีหลักเกณฑ์การพิจารณาในเรื่องของความสามารถทางการเงินและการดำเนินกิจการที่ต้องมีกำไรอย่างต่อเนื่อง รวมถึงการพิจารณาในเรื่องการชำระภาษีเงินได้ของบริษัท ซึ่งผู้เขียนมองว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่เกินอำนาจหน้าที่ของ ตม. เนื่องจากในเรื่องดังกล่าวมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบอยู่แล้ว ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจ ตม. ในการตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว เพราะเป็นการสร้างความสับสนและอาจก่อให้เกิดความเสียหายให้กับทั้งคนต่างด้าว และบริษัทผู้ประกอบการที่มีความจำเป็นต้องการว่าจ้างคนต่างด้าวเข้ามาช่วยขับเคลื่อนธุรกิจ

ในส่วนของอุปสรรคของนโยบายการบริหารของไทยอีกประการหนึ่งคือการที่รัฐบาลได้พยายามอำนวยความสะดวกให้กับคนต่างด้าวโดยการจัดตั้ง ศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน (One Stop Service for Visa and Work Permit) นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 ซึ่งอยู่ภายใต้การดูแลของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ทำงานร่วมกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองและกรมการจัดหางาน แต่ศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงานนี้ ไม่สามารถรองรับคนต่างด้าว

ทุกประเภทจึงจำเป็นต้องกำหนดให้คนต่างด้าวบางประเภทเท่านั้น ที่สามารถยื่นขออนุญาตได้ที่ ศูนย์ฯ นี้ เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวีซ่าและใบอนุญาตทำงาน (ฉบับที่ 5) และกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2547) ออกตามความในพระราชบัญญัติการ ทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 เมื่อวันที่ 3 ธันวาคม 2547 เพื่อให้คนต่างด้าวไม่ต้องขอ ใบอนุญาตจากส่วนราชการหลายแห่ง โดยให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวและผู้ติดตาม (ได้แก่ บิดา มารดา คู่สมรส และบุตร) เฉพาะกรณีที่เข้าข่ายลักษณะดังนี้

1. คนต่างด้าวที่เป็นผู้บริหาร ผู้ชำนาญการ หรือผู้เชี่ยวชาญ ซึ่งได้รับสิทธิพิเศษตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย
2. คนต่างด้าวซึ่งเป็นนักลงทุน ผู้บริหาร ผู้เชี่ยวชาญ และผู้ชำนาญการ โดยในกรณี ของนักลงทุน หากมีเงินลงทุน 2 ล้านบาทขึ้นไปจะได้รับอนุญาต 1 ปี และเงิน ลงทุน 10 ล้านบาท ขึ้นไปจะอยู่ได้ 2 ปี
3. คนต่างด้าวที่เป็นผู้บริหาร ผู้เชี่ยวชาญ หรือผู้ชำนาญการ ซึ่งขอทำงานกับธุรกิจที่ มีทุนจดทะเบียนในประเทศไทยและชำระแล้ว หรือสินทรัพย์ 30 ล้านบาทขึ้นไป
4. คนต่างด้าวที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชนต่างประเทศที่ด้บอนุญาตจากทาง ราชการ
5. คนต่างด้าวซึ่งเป็นนักวิจัยและพัฒนาทางเทคโนโลยีวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี
6. คนต่างด้าวซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ธนาคาร สำนักงานวิเทศธนกิจ และสำนักงานผู้แทน ของธนาคารต่างประเทศ ซึ่งต้องมีหนังสือรับรองจากธนาคารแห่งประเทศไทย
7. คนต่างด้าวที่ขออนุญาตทำงานในกรณีเร่งด่วน
8. คนต่างด้าวที่เข้ามาประจำสำนักงานผู้แทนของนิติบุคคลต่างประเทศ Representative Office ในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศหรือสำนักงานภูมิภาค (Regional Office) ของบริษัทข้ามชาติตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว
9. คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญเทคโนโลยีสารสนเทศ
10. คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติงานประจำสำนักงานปฏิบัติการภูมิภาค (Regional Operating Headquarter) และ
11. คนต่างด้าวอื่นๆที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศราชกิจจานุเบกษา

12. คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาภายใต้กรอบพันธกรณีระหว่างรัฐบาลไทย และรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งไทยได้ออกกฎเกณฑ์ในข้อนี้ขึ้นเพื่อรองรับการเปิดให้บุคคลออสเตรเลีย ภายใต้ข้อตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย จะมีผลบังคับใช้

ถึงแม้ว่าจะมีการเพิ่มประเภทบุคคลให้สามารถขออนุญาตได้ที่ศูนย์ฯ นี้อยู่บ่อยครั้ง แต่ก็ยังไม่สามารถรองรับคนต่างด้าวได้ทุกประเภท เนื่องจากบุคลากรและเจ้าหน้าที่คนไทยที่น้อยเกินไป และระบบเทคโนโลยีในการจัดเก็บข้อมูลคนต่างด้าวที่ล้าสมัยจึงทำให้ศูนย์บริการฯ ไม่สามารถตอบสนองและอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวได้ทุกประเภท การกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวจึงเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่น่าจะเป็นอุปสรรคในการเปิดเสรีการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาได้ เพราะหากมีการเปิดเสรีแบบเต็มรูปแบบแล้ว ระบบการขออนุญาตอันเป็นส่วนหนึ่งนโยบายด้านการบริหาร ยังไม่สามารถรองรับคนต่างด้าวที่จะเพิ่มมากขึ้นได้ จึงถือได้ว่าเงื่อนไขดังกล่าวเป็นอุปสรรคในด้านนโยบายและระบบขั้นตอนการบริหารจัดการในประเทศ อันเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดที่จะก่อให้เกิดอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

### 2.2.3 อุปสรรคด้านการกำหนดสัดส่วนคนต่างด้าว

อุปสรรคที่กล่าวถึงในข้อนี้ เป็นมาตรการที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศแล้ว และเป็นเงื่อนไขที่ออกมาเพื่อควบคุมคนต่างด้าวที่นับวันจะเพิ่มปริมาณมากขึ้น และหลังไหลเข้ามาทำงานในประเทศ ซึ่งการกำหนดสัดส่วนคนต่างด้าวต่อเงินทุนจดทะเบียนของบริษัท และต่อจำนวนคนไทยในบริษัท อาจเป็นเงื่อนไขที่จะช่วยลดปริมาณคนต่างด้าว นอกจากเหตุผลที่กล่าวข้างต้น ประเทศไทยมีค่านิยมที่ต้องการว่าจ้างคนต่างด้าวเพื่อเข้ามาทำงานให้กับบริษัทโดยให้ผลตอบแทนที่สูงมาก และให้ผลประโยชน์ที่เกินความจำเป็นแก่คนต่างด้าว โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ที่คนไทยจะได้รับเพราะในความเป็นจริงพบว่ามีคนต่างด้าวเข้ามาตั้งธุรกิจและทำงานในบริษัทของตนเอง รวมทั้งว่าจ้างแต่คนต่างด้าวเข้าทำงานในตำแหน่งผู้จัดการผู้เชี่ยวชาญ ส่วนพนักงานคนไทยว่าจ้างเฉพาะคนขับรถ แม่บ้าน จึงจำเป็นต้องมีการกำหนดสัดส่วนคนต่างด้าวทั้งในส่วนของตม. และกรมการจัดหางาน เพื่อสนับสนุนให้มีการจ้างงานคนไทยเพิ่มมากขึ้นในตำแหน่งที่ใช้ความรู้ ความสามารถ อันจะเป็นการสร้างงาน สร้างรายได้และคนไทยก็ได้รับการพัฒนา เพื่อให้เกิดความสมดุลย์กันในบริษัท ในการกำหนดสัดส่วนคนต่างด้าว ต่อเงินทุนจดทะเบียนของบริษัทผู้ว่าจ้างนั้น กรมการจัดหางานได้วางหลักไว้ใน ข้อ 5 (3) ของระเบียบ

กรมการจัดหางาน ว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ว่า

“คนต่างด้าวที่ทำงานกับนายจ้างที่มีขนาดการลงทุนจากทุนจดทะเบียนชำระแล้ว ไม่ต่ำกว่า สอง ล้านบาท โดยทุกๆ สองล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน หรือนายจ้างที่จดทะเบียนนิติบุคคล ต่างประเทศและเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยที่มีขนาดการลงทุนจากเงินที่นำเข้ามาจาก ต่างประเทศไม่ต่ำกว่า สามล้านบาท โดยทุกๆ สามล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน หรือสถาน ประกอบการที่จดทะเบียนนิติบุคคลในต่างประเทศและเข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยก่อนวันที่ 30 ตุลาคม 2545 ที่ไม่มีหลักในการนำเงินเข้ามาจากต่างประเทศให้พิจารณาขนาดการลงทุนจาก จำนวนเงินคงเหลือตามที่ปรากฏในรายงานความเคลื่อนไหวทางบัญชีย้อนหลังหกเดือน จำนวน ตั้งแต่สามล้านบาทขึ้นไป โดยทุกๆ สามล้านบาทอนุญาตให้หนึ่งคน เว้นแต่คนต่างด้าวที่มีคู่สมรส เป็นคนไทยซึ่งจดทะเบียนสมรสโดยถูกต้องตามกฎหมายและอยู่กินฉันท์สามีภรรยาโดยเปิดเผย ขนาดของการลงทุนตามที่กำหนดไว้ให้ลดลงกึ่งหนึ่ง ทั้งนี้ให้อนุญาตได้ไม่เกินสิบคน”

กล่าวคือ บริษัทผู้ว่าจ้างคนต่างด้าวจะต้องมีเงินทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 2,000,000 บาท จึงจะสามารถจ้างคนต่างด้าวได้ 1 คน แต่ทั้งนี้ ใน 1 บริษัทจะจ้างคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 10 คน จากหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้เป็นเงื่อนไขที่ออกมาเพื่อควบคุมคนต่างด้าวภายหลังจากที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยแล้ว และเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดของคนต่างด้าวอย่างหนึ่งที่ต้องการ จำกัดปริมาณคนต่างด้าวไม่ให้มีการหลั่งไหลเข้ามาทำงานมากเกินไปในหนึ่งบริษัท ซึ่งการวาง ข้อจำกัดในเรื่องสัดส่วนคนไทยต่อคนต่างด้าว หรือเงินทุนจดทะเบียนต่อการจ้างคนต่างด้าว ชัดกับ หลักในข้อ 16 ของ GATS ที่ว่า ประเทศสมาชิกจะไม่วางข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนของ ผู้ประกอบการที่เป็นบุคคลธรรมดาในรูปของโควต้าที่บุคคลดังกล่าวอาจถูกว่าจ้างเพราะเห็นว่า จำเป็นและเกี่ยวข้องโดยตรงต่อการต่อการให้บริการในรูปแบบของการกำหนดโควต้าหรือการวาง ข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นทางเศรษฐกิจอื่นใด ดังนั้น ข้อจำกัดข้างต้นนี้จึงเป็นข้อจำกัด การเข้าสู่ตลาด อันเป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

มาตรการที่เป็นอุปสรรคสำคัญอีกประการหนึ่งคือ ระดับบุคคลต่างด้าวที่ประเทศไทย อนุญาตให้เข้ามาทำงานให้กับนายจ้างหรือนิติบุคคลในประเทศไทยนั้น จะจำกัดอยู่เฉพาะระดับ ผู้บริหาร ผู้จัดการ ผู้เชี่ยวชาญ ที่เป็นเช่นนี้เพราะไม่ต้องการเปิดตลาดเสรีให้กับบุคคลระดับอื่น อัน จะเป็นการสร้างข้อเสียเปรียบให้กับคนชาติได้ เนื่องจากบุคลากรไทยส่วนใหญ่อยู่ในระดับกลาง-



ล่าง ดังนั้น หากไม่สร้างข้อจำกัดนี้ จะส่งผลให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานคนไทยได้ และที่สำคัญ ประเทศไทยต้องการให้คนต่างด้าวในระดับที่จำกัดเหล่านี้เข้ามาถ่ายทอดเทคโนโลยี ความรู้ ความสามารถในการบริหารงาน การจัดการและลักษณะทางเทคนิค หรือความรู้ต่างๆ ที่คนเชี่ยวชาญให้กับคนไทย ซึ่งตามระเบียบของกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์การพิจารณาการอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ได้วางกฎเกณฑ์ในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีไว้ โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ต้องการต่ออายุใบอนุญาตทำงานเมื่อครบปี ต้องมีการแสดงแผนงาน ถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนไทยในสายงานที่ตนทำงาน อย่างน้อย สองคน อันเป็นเงื่อนไขหนึ่งของการพิจารณาอนุญาตให้ได้รับการต่ออายุ ในส่วนของการจำกัดระดับของบุคคลต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้น เป็นไปตามข้อผูกพันทั่วไปของความตกลง GATS นั่นเอง

### 2.3 อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดของประเทศออสเตรเลีย

ตามที่กล่าวในข้อ 2.1 นั้น ประเทศออสเตรเลียก็มีการสร้างข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดเหมือนเช่นประเทศไทย เพราะประเทศออสเตรเลียต้องการปกป้องคนชาติให้มีความก้าวหน้า และไม่ต้องการให้คนต่างด้าวที่มีความถนัดในวิชาชีพทางด้านเดียวกันเข้ามาให้บริการและไม่ต้องการให้คนต่างด้าวเข้ามาให้บริการในจำนวนที่มากเกินไปจนเกินการควบคุม จึงจำกัดเฉพาะบุคคลผู้ให้บริการในตำแหน่งผู้จัดการ ผู้บริหาร และผู้เชี่ยวชาญตามที่ระบุไว้ในข้อผูกพันทั่วไป ภายใต้กรอบ GATS ถึงแม้จะมีการจำกัดประเภทบุคคลผู้ให้บริการแล้ว คนต่างด้าวก็ยังไม่สามารถเข้าประเทศได้อย่างเสรี เพราะต้องผ่านการขออนุญาตโดยออสเตรเลียกำหนดให้คนต่างชาติที่ต้องการเข้ามาในประเทศไทย ออสเตรเลียเพื่อมาทำงานนั้นต้องขอวีซ่าตามที่กำหนดไว้ ระบบการขออนุญาตนี้จึงถือเป็นอุปสรรคในด้านนโยบายการบริหารและขั้นตอนการอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าว เพราะคนต่างด้าวไม่สามารถเข้าประเทศได้อย่างเสรี จึงขอกกล่าวถึงอุปสรรคดังกล่าวดังนี้

#### 2.3.1 อุปสรรคในด้านนโยบายการบริหารและขั้นตอนการอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าว

ประเทศออสเตรเลียถือเป็นประเทศที่มีการพัฒนาระบบวีซ่าที่หลากหลายที่สุดในโลก และผู้ถือวีซ่าบางประเภทเท่านั้นที่มีสิทธิเข้าไปทำงานในออสเตรเลีย กล่าวคือ ประเทศออสเตรเลีย ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวด้วยวีซ่า หรืออีกนัยหนึ่ง คือ ใบอนุญาตการทำงานของคนต่าง

ด้าว ที่ออกให้ตามกฎหมายและระเบียบคนเข้าเมืองของออสเตรเลีย<sup>12</sup> Migration Legislation Amendment Act 1994 และ Migration Regulations 1994 ซึ่งปรับปรุงเพิ่มเติมมาจากกฎหมายและระเบียบคนเข้าเมืองของออสเตรเลียก่อนหน้านั้นหลายฉบับอย่างต่อเนื่อง ได้แก่ Migration Act 1958, Migration (1959) Regulations, Migration (1989) Regulations, Migration Reform Act 1992, Migration (1993) Regulations

Migration Regulations 1994 ได้วางหลักเพื่อกำหนดรายละเอียดสำคัญต่างๆ ไว้อย่างครอบคลุมทุกขั้นตอนและกระบวนการในการควบคุมการเข้าเมืองและการจ้างงานคนต่างด้าวไปพร้อมกัน ภายใต้การกำกับดูแลของ Department of Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs- (DIMA) ในฐานะองค์กรบริหารสูงสุดในการกำหนดนโยบายและตัดสินใจตามกฎหมายในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในออสเตรเลีย ต่ออายุ ระบุ และเพิกถอนวีซ่าตามกฎหมาย และกำหนดโควตาวีซ่าสำหรับแต่ละปีงบประมาณ ซึ่งประเมินจากความต้องการแรงงาน โดยมี Committee to Advise on Australia's Immigration Policies รายงานต่อ DIMA ตลอดจนการกำกับดูแลการปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการออกวีซ่า โดยในกรณีเฉพาะของบางประเภทงาน DIMA ต้องหารือกับกระทรวงที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานคนต่างด้าว เช่น กระทรวงแรงงาน หรือกระทรวงศิลปวัฒนธรรม หรือกับตัวแทนวิชาชีพหรือกลุ่มอาชีพในการทำ labor agreement เป็นต้น ทั้งนี้ รัฐมนตรี DIMA เป็นผู้ใช้อำนาจตัดสินใจตามกฎหมายคนเข้าเมืองออสเตรเลีย มอบอำนาจแทนได้

ในกรณีของการทำงานที่เป็นระดับวิชาชีพนั้น หากไม่ได้รับการอนุญาตจากทางการที่รับผิดชอบให้ทำงานได้ มีการกำกับควบคุมเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพต่างๆ โดยเฉพาะ ซึ่ง National Office of Skills Recognition (NOOSR) เป็นหน่วยงานสำหรับประเมินทักษะในการประกอบอาชีพและวิชาชีพ โดยองค์กรอาชีพและวิชาชีพจะร่วมประเมินทักษะคนต่างด้าวตาม Skill Occupations List โดยอิงกรอบกติกาทางกฎหมายซึ่งองค์กรนั้นกำหนดขึ้นในการกำกับดูแลการประกอบวิชาชีพต่างๆ ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพนั้น ใน

<sup>12</sup> ศูนย์วิจัยกฎหมายและการพัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, โครงการศึกษาความเป็นไปได้ในการปรับกฎระเบียบการเข้าเมืองและการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนของไทย. (กรุงเทพมหานคร : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551) , หน้า 29.

ลักษณะที่สอดคล้องกับ Tradesman's Rights Regulation Act 1946, Tradesman's Rights Regulation Act 1952 และ Re-establishment and Employment Act 1945-1952

ซึ่งข้อกำหนดในเรื่องการขออนุญาต ยังเป็นข้อจำกัดในการเปิดเสรีการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาอยู่นั่นเอง ซึ่งประเทศต่างๆ ก็ยังคงมีกฎหมายควบคุมในเรื่องดังกล่าวเกือบทุกประเทศ เพื่อเป็นการปกป้องอธิปไตยของตน และเพื่อเป็นการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว นอกจากนี้ อุปสรรคนี้แล้ว ยังมีเงื่อนไขการรับรองคุณสมบัติ และการทดสอบความต้องการตลาดแรงงานในประเทศก่อน อีกทั้งออสเตรเลียต้องการมั่นใจว่าการจ้างคนต่างด้าวจะเป็นประโยชน์ต่อคนพื้นเมืองหรือคนชาติตนได้ ซึ่งออสเตรเลียจะวางเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่เข้ามาให้บริการในบริษัท นายจ้างต้องถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับคนชาติ จึงเห็นได้ว่าถึงแม้ออสเตรเลียจะเป็นประเทศพัฒนาแล้ว แต่ก็ยังคงมีการวางข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาด ซึ่งข้อจำกัดที่พบมากก็คือ ข้อจำกัดในรูปแบบของการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

### 2.3.2 อุปสรรคด้านการทดสอบความจำเป็นด้านการจัดการ (Management Need Test)

ออสเตรเลียพัฒนาวิชาเพื่อการทำงานโดยเฉพาะ ไม่มีการแยกออกเป็นสองมาตรฐานหรือสองหน่วยงานอย่างเช่นประเทศไทย ซึ่งถือว่านโยบายในระบบการบริหารของออสเตรเลียไม่ซ้ำซ้อนกัน และสามารถวางหลักเกณฑ์และขั้นตอนในการขออนุญาตอย่างเป็นระบบ ดังนั้น ระบบการขออนุญาตซึ่งถือเป็นนโยบายด้านการบริหารจึงไม่เป็นอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดดังเช่นประเทศไทย แต่อุปสรรคการเข้าสู่ตลาดที่ถือว่าออสเตรเลียให้ความสำคัญและมีความเคร่งครัดในกฎระเบียบอย่างมาก ได้แก่ อุปสรรคของการสร้างเงื่อนไขการยอมรับทักษะฝีมือปฏิบัติงานของคนต่างด้าว การวางเงื่อนไข Labour Market Test และการถ่ายทอดเทคโนโลยี และเงื่อนไขของการหาตัวผู้อุปถัมภ์เพื่อประกันการทำงาน

#### 2.3.2.1 การกำหนดเงื่อนไขการยอมรับทักษะในการปฏิบัติงานของคนต่างด้าว

<sup>13</sup> ออสเตรเลียมีการกำหนดให้มีการประเมินความรู้และทักษะผู้ปฏิบัติงานชาวต่างชาติ ที่ต้องการเข้าไปทำงานเป็นผู้ปฏิบัติงานระดับต้น และระดับไม่เกินหัวหน้างานในออสเตรเลีย ตามกฎเกณฑ์ที่ออกมาบังคับกับคนต่างด้าวในการยื่นขอประเมินทักษะการปฏิบัติงาน และหน่วยงานที่รับผิดชอบในการประเมินคุณสมบัติ คือ สำนักงานยอมรับมาตรฐานผู้ปฏิบัติงาน (Trades Recognition Australia-TRA) ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดของกระทรวงการจ้างงานและแรงงานสัมพันธ์ (Department of Employment and Workplace Relation-DEWR) การที่ออสเตรเลียสร้างเงื่อนไขดังกล่าวและมีการตั้งหน่วยงานที่เข้ามาดูแลเรื่องนี้โดยเฉพาะ แสดงว่าออสเตรเลียให้ความสำคัญกับการรับรองคุณสมบัติในเรื่องของทักษะฝีมือของคนต่างด้าวอย่างมาก เพราะออสเตรเลียเกรงว่าคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในออสเตรเลียนั้น จะไม่มีทักษะฝีมืออย่างแท้จริง เพราะหากไม่มีทักษะฝีมือในการปฏิบัติงานจริง ออสเตรเลียก็ไม่จำเป็นต้องว่าจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ให้คนชาติตนที่มีทักษะในงานนี้ทำก็ได้ จึงถือว่าเป็นการสร้างเงื่อนไขในการตรวจสอบคนต่างด้าวก่อนที่จะเดินทางเข้ามาให้บริการในประเทศ สำหรับขั้นตอนการประเมินนั้น คนต่างด้าวสามารถยื่นใบสมัครพร้อมหลักฐานและชำระเงินค่าสมัครทางอินเทอร์เน็ตหรือด้วยตนเองต่อหน่วยงานดังกล่าว และหากได้รับการประเมินผ่านก็จะได้รับประกาศนียบัตรที่เรียกว่า "Australian Recognized Trade Certificate (ARTC)" คนต่างด้าวก็สามารถนำไปใช้เป็นหลักฐานประกอบการจ้างงานในออสเตรเลียและผ่านพิธีการเข้าเมืองได้

เงื่อนไขการประเมินและรับการทดสอบนับเป็นมาตรการกีดกันทางการค้าของออสเตรเลีย ที่ต้องการปกป้องตลาดแรงงานในประเทศให้กับคนชาติรวมทั้งการตรวจสอบคุณสมบัติของคนต่างด้าวตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เพื่อให้แน่ใจว่าเป็นผู้ที่มีความรู้และความสามารถตามเกณฑ์ที่ประเทศออสเตรเลียกำหนด ดังนั้น จึงถือเป็นการสร้างข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ (service suppliers) ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของการจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ โควต้า การผูกขาด หรือการให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียว หรือการวางข้อจำกัดเพราะเหตุแห่งความจำเป็นในเรื่องทางเศรษฐกิจอื่นใด ตามข้อ 16 (1) ของ GATS เพราะถือเป็นการกำหนดให้คนต่างด้าวต้องผ่านการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจก่อนและเป็นอุปสรรคหนึ่งของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

### 2.3.2.2 การวางเงื่อนไข Labour Market Test

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 143.

การตรวจสอบตลาดแรงงาน (Labor Market Testing) หมายความว่า นายจ้างจะตรวจสอบตลาดแรงงานเพื่อแสดงว่าไม่มีพลเมืองท้องถิ่นที่เหมาะสมและพร้อมจะทำงานในตำแหน่งที่ต้องการจ้าง แต่กฎหมายที่เกี่ยวข้อง มิได้กำหนดกรอบในการทำ Labour Market Test แต่ใช้วิธีการลงโฆษณาในวารสารการค้าหรือวิชาชีพหรือผ่านอินเทอร์เน็ต แจ้งตำแหน่งงานกับบริษัทจัดหางาน ขอข้อมูลจำนวนแรงงานที่มีในออสเตรเลียจากองค์การวิชาชีพหรือภาคอุตสาหกรรมที่กระทรวงแรงงานออสเตรเลียรับรอง หรือโฆษณาซ้ำอีกในหนังสือพิมพ์ตามเมืองใหญ่ๆ หรือในทุกภูมิภาคของประเทศ คล้ายกับการหางานผ่าน Jobsdb หรือการประกาศหางานทั่วไป เมื่อผลออกมาว่าไม่มีคนออสเตรเลียที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและให้ความสนใจ ก็แสดงว่างานนั้นมีความจำเป็นในการว่าจ้างคนต่างด้าว นายจ้างก็ต้องแจ้งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบเพื่อขออนุมัติและออกหนังสือรับรองการว่าจ้างให้นายจ้างมอบให้คนต่างด้าวใช้ประกอบการยื่นวีซ่าเพื่อทำงานแบบ full time และได้รับค่าจ้างตามเกณฑ์ของกฎหมายออสเตรเลียต่อไป<sup>14</sup>

การที่ออสเตรเลียวางเงื่อนไขเช่นนี้เพราะต้องการทดสอบความจำเป็นภายในประเทศว่ามีความจำเป็นที่ต้องว่าจ้างคนต่างด้าวหรือไม่ สำหรับการตรวจสอบตลาดเป็นเงื่อนไขหลักของการจ้างงานล่วงหน้าแทบทุกประเภทวิชา ทั้งวิชาประเภทถาวรและชั่วคราว และเป็นเครื่องมือสำคัญในการคุ้มครองตลาดแรงงานท้องถิ่น<sup>15</sup> ซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของ Department of Immigration and citizenship อันเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงในเรื่องนี้ และมาตรการดังกล่าวก็เป็นมาตรการของออสเตรเลียที่มีความเคร่งครัดมาก เพื่อเป็นการป้องกันการเข้ามาแย่งงานของคนชาติ ในเงื่อนไขการกำกับควบคุมตามที่กล่าว จะเน้นที่ตัวนายจ้างเป็นสำคัญ กล่าวคือ เป็นผู้ที่มีหน้าที่พิสูจน์ว่าพลเมืองหรือแรงงานท้องถิ่นทำไม่ได้ในระยะเวลาหนึ่งอย่างชัดเจน แต่ในระยะยาว นายจ้างต้องประกันว่า พลเมือง/แรงงานท้องถิ่นและตลาดแรงงานท้องถิ่นต้องได้รับประโยชน์จากงานนั้นอย่างแท้จริง และมีโอกาสยกระดับทักษะตลอดจนคุณภาพงาน ซึ่งวิธีการที่ใช้พิสูจน์กันตามกฎหมายได้ดีที่สุดก็คือ การทดสอบตลาด (labor market testing) ข้อตกลงแรงงาน (labor agreement) และการสำรวจ (survey) ความต้องการงาน/แรงงานในส่วนภูมิภาค

กล่าวโดยสรุปแล้วนายจ้างมีบทบาทสำคัญอย่างมากในออสเตรเลีย เนื่องจากมีพันธกรณีตามกฎหมายที่จะต้องสงวนโอกาสให้แรงงานกึ่งทักษะในประเทศได้ยกกระดับทักษะการทำงาน สงวนโอกาสให้แรงงานท้องถิ่นเข้าสู่งานประเภททักษะจะต้องฝึกงานแก่ลูกจ้างท้องถิ่น และลดการ

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 138.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน หน้า 139.

พึงพาแรงงานต่างด้าวประเภททักษะในระยะยาว ดังนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น จึงถือเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดออสเตรเลีย และเป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา

### 2.3.2.3 การกำหนดตัวผู้สนับสนุนหรือผู้อุปถัมภ์ในการเข้าไปทำงานในออสเตรเลีย

ตามกฎระเบียบของ Department of Immigration and Citizenship (DIAC) ได้พัฒนาระบบการทำงานเป็น 2 ระบบ คือ ระบบการจ้างงานล่วงหน้า ซึ่งเป็นระบบที่มีการระบุตัวนายจ้าง และมีหลักฐานการตอบรับการทำงานจากนายจ้างที่ชัดเจนแล้ว ดังนั้น ระบบดังกล่าวคงไม่เกิดปัญหามากนักในเรื่องการหาตัวผู้อุปถัมภ์ แต่สำหรับระบบการเข้าไปทำงานทำอิสระ เป็นระบบที่คนต่างด้าวเข้าหางานทำด้วยตนเองโดยอาจเป็นการทิ้งประวัติส่วนตัว (resume) ไว้ให้หน่วยงานที่รับผิดชอบในการหางานให้ ซึ่งกรณีดังกล่าวคนต่างด้าวต้องมีการระบุตัวผู้อุปถัมภ์หรือคล้ายกับบุคคลอ้างอิงหรือผู้รับรองการทำงาน แต่ต่างกันตรงที่ว่าผู้อุปถัมภ์ในความหมายของออสเตรเลีย ต้องเป็นผู้ที่ให้การสนับสนุนและต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสียก่อน เพื่อรับรองสถานะของตน บุคคลผู้อุปถัมภ์ในกรณีนี้อาจจะเป็น รัฐ/เขตปกครอง หรือ เป็นพลเมืองท้องถิ่น หรือผู้ตั้งถิ่นฐานถาวรในประเทศหรือคนชาตินิวซีแลนด์ หรือเป็นองค์กรในประเทศ และองค์กรนั้นต้องดำเนินการให้ทางการรับรองสถานภาพขององค์กรก่อน ซึ่งการรับรองสถานภาพนั้นรวมถึงการรับรองสถานะทางการเงินขององค์กรด้วย การที่ออสเตรเลียวางหลักเช่นนี้ ก็เพื่อจำกัดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาหางานทำอิสระและต้องการความมั่นใจว่าคนต่างด้าวนั้นมีผู้รับรองที่ถูกต้องตามกฎหมาย และมีสถานะทางการเงินที่พอจะให้การสนับสนุนคนต่างด้าวได้ อันจะไม่ก่อให้เกิดภาระแก่รัฐ หรือเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายในภายหลัง กฎเกณฑ์ดังกล่าวถือเป็นกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดมาก และต้องถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัดเพราะหากไม่มีผู้รับรองหรือผู้สนับสนุน นายจ้างหรือบริษัทก็ไม่สามารถรับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานได้ ซึ่งข้อกำหนดดังกล่าวจึงเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาทางหนึ่ง เนื่องจาก บุคคลต่างด้าวที่ต้องการเข้าไปทำงาน จำต้องผ่านการรับรองทักษะฝีมืออันเคร่งครัด ถึงจะเข้าทำงานได้ ดังนั้น การผ่านขั้นตอนที่ได้มาตรฐานในส่วนของ การรับรองทักษะการปฏิบัติงาน และผ่านระบบวีซ่าเข้าเมืองของออสเตรเลีย ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ยุ่งยากและซับซ้อนมากพออยู่แล้ว การสร้างอุปสรรคโดยไม่จำเป็นจึงเป็นปัญหาตามที่กล่าวข้างต้น