

บทที่ 3

มาตรการของไทยในการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย ตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติและการปฏิบัติไม่น้อยกว่าแรงงานไทย

ข้อพิจารณาสีทธิของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยตามหลักการมาตรฐานแรงงานสากลอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ที่ประกอบไปด้วยหลักการใหญ่ 2 ประการอันได้แก่ หลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมและไม่น้อยกว่าการปฏิบัติที่รัฐให้แก่แรงงานในชาติตาม (มาตรา 6) ที่เป็นหลักหัวใจของการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย หลักการนี้มีหลักเกณฑ์สำคัญอยู่ที่ว่าแรงงานต่างด้าวซึ่งเป็นสมาชิกในสังคมของประเทศที่แรงงานต่างด้าวเดินทางเข้าไปทำงานในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวอย่างถูกต้องตามกฎหมายจะต้องไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารของประเทศที่แรงงานต่างด้าวเดินทางเข้าไปทำงาน ด้วยเหตุที่ว่าแรงงานต่างด้าวมีสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา และเพศ ต่างไปจากแรงงานซึ่งเป็นคนชาติของรัฐผู้รับ

หลักการอีกประการหนึ่งของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ซึ่งถือว่าเป็นหลักการทั่วไปที่ไม่จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้น หลักการนี้เรียกว่าหลักการดูแลและให้ความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าว ซึ่งประกอบไปด้วยการให้บริการข้อมูลข่าวสารที่มีวัตถุประสงค์ให้แรงงานต่างด้าวได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับการทำงานในประเทศปลายทางทั้งจากข้อมูลที่ประเทศปลายทางให้กับแรงงานต่างด้าวโดยตรง (มาตรา 2) และจากข้อมูลที่มีการแลกเปลี่ยนกันระหว่างประเทศต้นทางและประเทศปลายทาง (มาตรา 1, มาตรา 3 และมาตรา 7) นอกจากนี้แล้วตามหลักการนี้ยังประสงค์ให้มีการอำนวยความสะดวกในการเดินทางแก่แรงงานต่างด้าว (มาตรา 4) การดูแลกรณีที่แรงงานต่างด้าวหากเจ็บป่วยในระหว่างการเดินทาง (มาตรา 5) และการอำนวยความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าวในการโอนเงินกลับประเทศของแรงงานต่างด้าว (มาตรา 9)

หลักการทั้งสองประการดังกล่าวได้รับการบัญญัติและมีแนวทางปฏิบัติเป็นอย่างไรต่อแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยจะได้นำทำการสำรวจกัน ซึ่งในบทที่ 3 นี้ จะทำการสำรวจถึงหลักการประการแรก คือหลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมและไม่น้อยกว่าการปฏิบัติที่รัฐให้แก่แรงงาน

ในชาติ และในบทที่ 4 จึงจะสำรวจถึงหลักการประการที่สองคือหลักการดูแลช่วยเหลือและให้ความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าว

3.1 ความทั่วไปเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายในประเทศไทย

ในความหมายในระดับสากลที่เข้าใจกัน แรงงานต่างด้าวตามกฎหมาย (legal/ documented migrant workers) ต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิในการเข้าประเทศ มีสิทธิอยู่ และมีสิทธิทำงานในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวกำหนดไว้¹

ตามกฎหมายไทยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยอย่างถูกต้องตามกฎหมายไทย จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนโดยทั่วไปได้แก่ ขั้นแรกเกี่ยวกับการเดินทางเข้าประเทศ คนต่างด้าวจะต้องมีหนังสือเดินทาง (passport) ในการเดินทางจากประเทศต้นทางเพื่อมายังประเทศไทยและการเข้าประเทศไทยของคนต่างด้าวต้องได้รับอนุญาตจากประเทศไทยด้วย การขออนุญาตเข้าประเทศไทยของคนต่างด้าวทำได้โดยยื่นคำขอแสดงความจำนงเดินทางเข้าประเทศไทยพร้อมทั้งแสดงเหตุผลของการเดินทางเข้ามาในประเทศไทยต่อสถานทูตไทยประจำต่างประเทศโดยเรียกว่าการขอวีซ่าหรือภาษาราชการเรียกว่าการตรวจลงตรา ขั้นที่สองเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทย การเข้ามาทำงานในประเทศไทยคนต่างด้าวก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของประเทศไทยโดยคนต่างด้าวต้องขอใบอนุญาตทำงาน (work permit) จากกองงานคนต่างด้าว สังกัดกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม หากว่ากองงานคนต่างด้าวพิจารณาตามหลักเกณฑ์แล้วเห็นว่าคนต่างด้าวมีคุณสมบัติสมควรได้รับใบอนุญาตทำงานก็จะออกใบอนุญาตทำงานให้ ขั้นตอนที่สามเมื่อคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานแล้วคนต่างด้าวก็ต้องขออนุญาตต่อสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อขอขยายระยะเวลาพำนักอยู่ในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจะทำให้มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยอย่างถูกต้องเพื่อทำงาน และขั้นตอนสุดท้ายเมื่อคนต่างด้าวเลิกทำงานกับสถานที่ทำงานตามที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมอนุญาตแล้ว คนต่างด้าวก็ต้องแจ้งให้แก่ทางการของไทยอัน

¹ Philippine Migrants Rights Watch and Asian Partnership in International Migration, Rights of Migrant Workers: A Primer on the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (n.p., 1997), p. 9.

ประกอบไปด้วยกรมการจัดหางานและสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทราบและเดินทางออกนอกประเทศไทย กระบวนการทั้งสิ้นขั้นตอนนี้เป็นบทบาทของประเทศไทยในทางการควบคุมแรงงานต่างด้าวให้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรและทำงานในประเทศไทยซึ่งคนต่างด้าวทุกคนต้องเคารพและปฏิบัติตาม

นอกจากกระบวนการควบคุมแรงงานต่างด้าวแล้ว ประเทศไทยในฐานะประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวก็จะต้องมีหน้าที่ในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทยและได้รับอนุญาตให้ทำงานในประเทศไทยได้แล้วด้วย เนื่องจากเมื่อผ่านขั้นตอนดังกล่าวแล้วก็ต้องถือว่าแรงงานต่างด้าวดังกล่าวเป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตามกฎหมายไทยซึ่งสอดคล้องกับความหมายโดยทั่วไปของแรงงานต่างด้าวที่เข้าใจกันในระดับสากล

ข้อมูลในปัจจุบันนี้แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยลดลงเรื่อยๆและมีอยู่จำนวนประมาณ 69,168 คนในเดือนกันยายน พ.ศ. 2544 ซึ่งจำแนกได้ดังตารางแสดงจำนวนคงเหลือของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานทั่วราชอาณาจักรปี 2544 ดังนี้

ตารางที่ 1 แสดงจำนวนคงเหลือของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทย
จำแนกตามประเภทใบอนุญาตทำงาน ปี พ.ศ. 2544²

เดือน	รวม	ตลอดชีพ			ชั่วคราว			ส่งเสริมการลงทุน		
		ส่วน กลาง	ส่วน ภูมิภาค	รวม	ส่วน กลาง	ส่วนภูมิภาค	รวม	ส่วน กลาง	ส่วนภูมิภาค	รวม
มกราคม	93,368	7,306	8,674	15,980	36,105	16,514	52,619	13,601	11,168	24,769
กุมภาพันธ์	93,322	7,306	8,014	15,320	35,992	17,202	53,194	13,644	11,164	24,808
มีนาคม	93,659	7,306	7,979	15,282	36,140	17,283	53,423	13,689	11,265	24,954
เมษายน	93,760	7,306	7,976	15,282	36,034	17,346	53,380	13,740	11,358	25,098
พฤษภาคม	93,596	7,306	7,952	15,258	35,989	17,244	53,233	13,797	11,308	25,105
มิถุนายน	93,830	7,306	7,952	15,258	36,223	17,384	53,607	13,648	11,317	24,965
กรกฎาคม	92,364	7,306	7,642	14,948	36,408	16,857	53,265	13,448	10,703	24,151
สิงหาคม	92,250	7,306	7,642	14,948	36,712	16,701	53,413	13,465	10,424	23,889
กันยายน*	69,168	7,306	7,641	14,948	20,998	16,559	37,557	6,522	10,141	16,663
ร้อยละ	100%	-	-	22%	-	-	54%	-	-	24%

จากตารางข้างต้นจะเห็นได้ว่าหากจำแนกแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตามประเภทของ
ใบอนุญาตทำงานที่แรงงานต่างด้าวได้รับ ก็จะสามารถจำแนกแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายใน
ประเทศไทยจำแนกได้ 3 ประเภท ซึ่งประกอบไปด้วย

1. ใบอนุญาตทำงานแบบตลอดชีพ

ใบอนุญาตทำงานประเภทตลอดชีพนี้ออกให้แก่คนต่างด้าวที่ได้
รับอนุญาตทำงานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 พ.ศ. 2515 ตาม
ความในข้อ 10 (1) ของประกาศฉบับนี้กำหนดให้ใบอนุญาตทำงานแบบ
ตลอดชีพนี้ใช้ได้ตลอดชีวิตของแรงงานต่างด้าวตามอาชีพที่แรงงานต่าง

² ข้อมูลจาก ฝ่ายทะเบียนแรงงานต่างด้าว กองงานคนต่างด้าว กรมการจัดหางาน
แหล่งที่มา : www.doe.go.th/workpermit/data/remain/remain44m.asp [2002, March 20]

ต่างเคยทำอยู่ก่อนขอออกใบอนุญาตทำงาน เว้นแต่แรงงานต่างด้าวจะเปลี่ยนอาชีพใหม่

แรงงานต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานแบบตลอดชีพนี้ได้แก่ คนต่างด้าวผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และทำงานอยู่ก่อนวันที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ใช้บังคับคือ ก่อนวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2515 และได้ยื่นขอใบอนุญาตทำงานภายใน 90 วันนับแต่วันที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ใช้บังคับ (คือภายใน วันที่ 9 มิถุนายน 2516) และหากใบอนุญาตทำงานออกให้แล้วแต่คนต่างด้าวยังไม่ได้รับใบอนุญาตและยังทำงานอยู่จนถึงวันที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ใช้บังคับ (พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวใช้บังคับเมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม 2521) ก็ต้องปรากฏว่าคนต่างด้าวนั้นได้ไปรับใบอนุญาตทำงานภายใน 60 วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัติใช้บังคับ (คือภายในวันที่ 19 กันยายน 2521) คนต่างด้าวนั้นจึงจะได้รับใบอนุญาตทำงานตลอดชีพ โดยไม่มีการเปลี่ยนอาชีพใหม่

เหตุผลของการเข้ามาทำงานในประเทศไทยของแรงงานต่างด้าวที่ขอและได้รับใบอนุญาตทำงานแบบตลอดชีพนี้ ก็เนื่องมาจากแรงงานต่างด้าวประเภทนี้เป็นคนต่างด้าวรุ่นเก่าที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย และทำงานอยู่ก่อนที่วันที่ 13 ธันวาคม 2515 (วันที่ประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322) ซึ่งขณะที่แรงงานต่างด้าวพวกนี้เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวต้องขอใบอนุญาตทำงาน เมื่อต่อมาประเทศไทยตรากฎหมายกำหนดควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยการให้ต้องขอใบอนุญาตทำงานตาม ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 (กฎหมายที่ใช้ในขณะนั้น) ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 จึงให้อำนาจอธิบดีกรมแรงงานออกใบอนุญาตทำงานประเภทตลอดชีพให้

แก่แรงงานต่างด้าวกลุ่มนี้ได้³ แรงงานต่างด้าวประเภทนี้จึงถือได้ว่าเป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายมาตั้งแต่ดั้งเดิม

ตามข้อมูล ณ เดือนกันยายน พ.ศ. 2544 (ปรากฏตามตารางที่ 1 ข้างต้น) มีแรงงานต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานประเภทตลอดชีพในประเทศไทยจำนวน 14,948 คน ซึ่งลดลงจากสถิติในปี พ.ศ. 2539 ที่มีแรงงานต่างด้าวจำพวกนี้ถึง 121,522 คน⁴ สาเหตุที่แรงงานต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงานตลอดชีพลดลงก็อาจเนื่องมาจากสองสาเหตุใหญ่ด้วยกันคือ สาเหตุแรกได้แก่ การเปลี่ยนอาชีพใหม่ของแรงงานต่างด้าวประเภทนี้ซึ่งจะมีผลให้ใบอนุญาตทำงานประเภทตลอดชีพถูกเพิกถอนเนื่องจากการเปลี่ยนอาชีพ และสาเหตุที่สองได้แก่การเสียชีวิตของแรงงานต่างด้าวประเภทนี้ เนื่องจากใบอนุญาตประเภทตลอดชีพเริ่มออกให้แก่แรงงานต่างด้าวเมื่อ 30 ปีมาแล้วจนถึงปัจจุบันนี้และมีอายุตลอดชีพของแรงงานต่างด้าวผู้ได้รับอนุญาต

2. ใบอนุญาตทำงานแบบชั่วคราว

ใบอนุญาตทำงานแบบชั่วคราวจะออกให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยถือวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (non-immigrant visa) หรือคนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยแล้วยื่นขอใบอนุญาตทำงาน การอนุญาตให้คนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานประเภทชั่วคราวจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติว่า "ภายใต้บังคับมาตรา 10 งานใดที่มีได้ห้ามไว้ในพระราชกฤษฎีกาซึ่งออก

³ นภาพกรณ์ หะวานนท์. "กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่มีทักษะโดยวิธีหลบเลี่ยงกฎหมาย," (รายงานวิจัยเสนอในการสัมมนาระดับชาติ ชุดโครงการวิจัยเรื่อง ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย : การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อเสนอสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2540), หน้า 6-7.

⁴ เรื่องเดียวกัน หน้า 7.

ตามความในมาตรา 6 คนต่างด้าวจะทำได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมาย เว้นแต่คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกินสิบห้าวัน แต่คนต่างด้าวนั้นจะทำงานได้เมื่อมีหนังสือแจ้งให้อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายตามแบบที่อธิบดีกำหนด'

ดังนั้นหากงานใดเป็นงานที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา คนต่างด้าวนั้นก็ไม่สามารถขออนุญาตทำงานดังกล่าวในประเทศไทยได้ ปัจจุบันมีพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำอยู่ 2 ฉบับด้วยกันได้แก่พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำงาน พ.ศ. 2522 และ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำงาน (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 ซึ่งได้กำหนดอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำไว้รวมทั้งหมด 39 อาชีพซึ่งประกอบไปด้วย

1. งานกรรมกรยกเว้นงานกรรมกรในเรือประมงตาม(2)
2. งานกลีกรรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นที่ใช้ความชำนาญเฉพาะสาขา งานควบคุมดูแลฟาร์ม หรืองานกรรมกรในเรือประมงเฉพาะการประมงทางทะเล
3. งานก่อสร้าง งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น
4. งานแกะสลักไม้
5. งานขับชี่ยานยนต์ หรืองานขับชี่ยานพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับชี่เครื่องบินระหว่างประเทศ
6. งานขายของหน้าร้าน
7. งานขายทอดตลาด
8. งานควบคุม ตรวจสอบหรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว
9. งานเจียรระไน หรือขัดเพชรหรือพลอย
10. งานตัดผม งานตัดผม หรืองานเสริมสวย
11. งานทอผ้าด้วยมือ

12. งานทอเส้นหรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเยื่อไม้ไผ่
13. งานทำกระดาษสาด้วยมือ
14. งานทำเครื่องเซิม
15. งานทำเครื่องดนตรีไทย
16. งานทำเครื่องถม
17. งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือ เครื่องนาก
18. งานทำเครื่องลงหิน
19. งานทำตุ๊กตาไทย
20. งานทำพื้นนอนหรือผ้าห่มนวม
21. งานทำบาตร
22. งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ
23. งานทำพระพุทธรูป
24. งานทำมီးด
25. งานทำร่มกระดาษหรือผ้า
26. งานทำรองเท้า
27. งานทำหมวก
28. งานนายหน้าหรืองานตัวแทน ยกเว้น งานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ
29. งานวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธาที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณจัดระบบ วิจัย วางโครงการ ทดสอบ ควบคุมการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ไม่รวมงานที่ต้องใช้ความชำนาญพิเศษ
30. งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำ
31. งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย
32. งานปั้นหรือทำเครื่องปั้นดินเผา
33. งานมวนบุหรี่ยัดด้วยมือ
34. งานมัดคุเตศน์ หรืองานจัดน้ำเทียน
35. งานแร่ขายสินค้า
36. งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ

37. งานสาวและบิดเกลียวไหมด้วยมือ
38. งานเสมียนพนักงานหรือเลขานุการ
39. งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี

นอกจากการประกอบอาชีพที่ต้องห้ามดังกล่าว 39 อาชีพแล้ว สำหรับงานในอาชีพที่แรงงานต่างด้าวจะขออนุญาตทำงานในประเทศไทยได้นั้นก็ยังคงต้องมีกฎเกณฑ์กำหนดว่าการพิจารณาออกไปอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวนั้นให้เจ้าหน้าที่พิจารณาอนุญาตเท่าที่จำเป็นทั้งนี้โดยคำนึงถึงประโยชน์ทางเศรษฐกิจ การแย่งอาชีพคนไทย ความมั่นคงของประเทศ และหลักมนุษยธรรม ตามระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2537

โดยปกติการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยตามเงื่อนไขของใบอนุญาตทำงานแบบชั่วคราวจะกำหนดให้แรงงานต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้ไม่เกิน 1 ปี⁵ แต่แรงงานต่างด้าวสามารถขอต่ออายุใบอนุญาตได้⁶

เหตุผลของการเข้ามาทำงานในประเทศไทยของแรงงานต่างด้าวประเภทนี้ ก็เนื่องจากหลายปัจจัยซึ่งอาจเป็นทั้งปัจจัยผลจากประเทศต้นทางที่มีความแตกต่างในระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย ซึ่งการเข้ามาทำงานในประเทศไทยอาจทำให้ได้รับค่าตอบแทนมากกว่าการทำงานในประเทศบ้านเกิดของแรงงานต่างด้าว⁷ เป็นต้น

⁵ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 13

⁶ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 15

⁷ Friedrich-Ebert-Stiftung and Laour Resource Center , "Migration Workers and the Asian Economic Crisis: Towards a Trade Union Position", Southeast Asia Regional Conference. Bangkok.1998, p.1.

3. ใบอนุญาตทำงานแบบที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามความในมาตรา 10 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

ใบอนุญาตประเภทนี้อาจเรียกอย่างย่อได้ว่า ใบอนุญาตทำงานประเภทส่งเสริมการลงทุน หลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตทำงานประเภทส่งเสริมการลงทุนนี้จะออกให้แก่ แรงงานต่างด้าวที่ได้เข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายโดยถือวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (non-immigrant visa) และได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและกฎหมายอื่นที่รัฐส่งเสริม ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2532 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ.2522 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2521 เป็นต้น สำหรับระยะเวลาในการอนุญาตให้ทำงานได้นั้นจะเป็นไปตามที่หน่วยงานผู้รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติแต่ละฉบับเสนอไป โดยอาจอนุญาตให้มากกว่า 1 ปีก็ได้ และสามารถขอต่ออายุใบอนุญาตได้⁸ เช่นเดียวกับกับใบอนุญาตทำงานประเภทชั่วคราว

เหตุผลของการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวประเภทนี้ ก็เนื่องจากการเข้ามาทำงานพร้อมกับนักลงทุนต่างชาติและบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนประกอบกิจการในประเทศไทยตามนโยบายส่งเสริมและเชื่อเชิญการลงทุนของรัฐบาลไทย ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วแรงงานต่างชาติที่ได้รับอนุญาตทำงานประเภทนี้มักเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือแรงงานประเภทที่มีฝีมือ (Skill Labour Workers)

จากที่ประเทศไทยมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ นักลงทุนต่างชาติก็มักจะนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกิจการที่ลงทุนในประเทศไทยด้วยซึ่งมักเป็นแรงงานต่างด้าวที่มีความรู้ความสามารถจัดเป็นแรงงานที่มีฝีมือ (Skilled Labor) ซึ่งเคยทำงานอยู่แล้วในบริษัท

⁸ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 13 (1)

⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 14

แม่ของบริษัทข้ามชาติซึ่งมาลงทุนในประเทศไทย โดยส่วนใหญ่มักประกอบอาชีพเป็น กรรมการ, ผู้จัดการ, วิศวกร, ผู้เชี่ยวชาญการผลิต, ครู, อาจารย์ เหตุที่บริษัทข้ามชาติเหล่านี้ไม่จ้างคนไทยก็เนื่องมาจากเหตุผลทั้งของความต้องการของบริษัทข้ามชาติเองและเหตุผลของความไม่พร้อมของแรงงานไทยโดยเหตุผลแรกซึ่งเป็นเหตุผลของบริษัทข้ามชาติก็เนื่องจากบริษัทเหล่านี้ต้องการคนที่มีความสามารถสูง พูดภาษานั้นๆได้ อีกทั้งยังไม่เชื่อความสามารถของคนไทย หรืออีกประการนั้นเป็นกิจการของตนเอง/คู่สมรส/ญาติ เป็นการร่วมลงทุนมีสัญญาว่าจะต้องส่งวิศวกรมาควบคุม ต้องการถ่ายทอดเทคโนโลยี และเป็นการต่อสัญญาจ้างเป็นต้น¹⁰

นอกจากแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่ได้รับใบอนุญาตทำงานทั้ง 3 ประเภทดังกล่าวยังมีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่ทำงานในประเทศไทย แต่ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมที่ต้องขอใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทั้งนี้เป็นไปตามข้อยกเว้นตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 แรงงานต่างด้าวประเภทนี้สามารถแบ่งได้เป็นสองกลุ่มย่อยซึ่งประกอบไปด้วย กลุ่มแรกเป็นคนต่างด้าวที่มีสถานะเป็น บุคคลในคณะผู้แทนทางทูต บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล ผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ รวมถึงคนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อทำงานประจำอยู่กับบุคคลดังกล่าวด้วย ในการเข้ามาทำงานในประเทศไทยของบุคคลเหล่านี้นั้นก็เป็นการดำเนินความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทย โดยคนต่างด้าวเหล่านี้จะได้รับการคุ้มครองเอกลิทธิและความคุ้มกันตามพระราชบัญญัติว่าด้วยเอกลิทธิและความคุ้มกันทางการทูต พ.ศ. 2527 ซึ่งเป็นไปตามพันธกรณีของประเทศไทยที่มีต่อสนธิสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต (Vienna Convention on Diplomatic Relations, 1961)¹¹ ซึ่งเป็นสิทธิพิเศษต่างจากแรงงานต่างด้าวทั่วไปที่ทำงานใน

¹⁰ เรื่องเดียวกัน หน้า 13.

¹¹ ประเทศไทยเป็นภาคีสัญญาฉบับนี้ตั้งแต่วันที่ 18 เมษายน พ.ศ. 2504 ; ดูพันธธิพธิ์กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจกฎหมาย ปัญหาและทางเลือกนโยบาย," (รายงานวิจัยเสนอในการสัมมนาระดับชาติ ชุดโครงการวิจัยเรื่อง ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย: การศึกษาข้อเท็จจริงจาก

ประเทศไทย คนต่างด้าวกลุ่มที่สองที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวได้แก่คนต่างด้าวที่มีสถานะเป็นบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจเพื่อประโยชน์ทางการศึกษา วัฒนธรรม ศิลปการกีฬา หรือกิจการอื่น ทั้งนี้ตามที่ได้กำหนดตามพระราชกฤษฎีกา และบุคคลอื่นที่รัฐบาลอนุญาตให้เข้ามาปฏิบัติหน้าที่หรือกิจการอย่างหนึ่งอย่างใด เหตุที่คนต่างด้าวกลุ่มนี้ไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานเหมือนอย่างแรงงานต่างด้าวโดยทั่วไปก็เนื่องจากคนต่างด้าวกลุ่มนี้เป็นกลุ่มคนที่ผ่านการพิจารณาคัดเลือกจากหน่วยงานของรัฐให้เข้ามาเพื่อทำประโยชน์ให้กับประเทศไทยอยู่แล้วจึงไม่จำเป็นต้องผ่านการขอใบอนุญาตทำงานอีก

ทั้งนี้การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติของมาตรฐานแรงงานสากลตามหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 97 มาตรา 6 ที่ให้มีการปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายไม่น้อยไปกว่าการปฏิบัติต่อคนในชาติ (treatment no less favourable than that which it applies to its own nationals) ก็จะต้องนำมาใช้กับแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทุกประเภทในประเทศไทยดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น สำหรับขอบเขตที่อนุสัญญากำหนดให้ต้องให้การคุ้มครองที่เท่าเทียมกันก็จะได้นำมาพิจารณากันซึ่งประกอบไปด้วยขอบเขต 6 ประการซึ่งอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารของประเทศไทยดังต่อไปนี้

- การคุ้มครองเกี่ยวกับค่าตอบแทนการทำงานและสภาพการทำงาน
- การให้สิทธิเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานและการได้ประโยชน์จากการเจรจาต่อรอง
- การมีที่พักอาศัย
- ความมั่นคงทางสังคม
- ภาษีที่เกิดจากการทำงาน
- การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีความ

กลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2540), หน้า 104-106.

3.2 การคุ้มครองเกี่ยวกับค่าตอบแทนการทำงานและสภาพการทำงาน

ตามที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 ได้รับรองสิทธิของแรงงานต่างด้าวเกี่ยวกับสภาพการทำงาน และค่าตอบแทนการทำงานไว้ เป็นหนึ่งในหลายสิทธิที่แรงงานต่างด้าวจะต้องได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับที่รัฐให้การคุ้มครองแก่แรงงานในชาติ โดยมาตรา 6 (1) (a) (i) ของอนุสัญญากำหนดรับรองไว้ว่าสิทธิดังกล่าวรวมถึงเรื่องต่อไปนี้

(i) ค่าตอบแทนการทำงาน รวมถึงค่าใช้จ่ายของครอบครัวที่รวมอยู่ในรูปของค่าตอบแทนการทำงาน ชั่วโมงทำงาน การจัดการเกี่ยวกับการทำงาน นอกเวลา วันหยุดที่ได้รับค่าจ้าง ข้อจำกัดในงานรับไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน การฝึกฝนและการฝึกอบรม การทำงานของหญิงและการทำงานของเด็ก”¹²

ตามข้อกำหนดดังกล่าวเป็นการรับรองสิทธิเกี่ยวกับสภาพการทำงานของแรงงานต่างด้าวว่า แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายควรต้องได้รับการปฏิบัติในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสภาพการทำงานซึ่งได้แก่ ค่าตอบแทนการทำงาน ชั่วโมงทำงาน การทำงานล่วงเวลา วันหยุดพักผ่อนประจำปี ข้อจำกัดในการรับงานไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการทำงาน การฝึกอบรม การทำงานของหญิงและเด็ก ไม่น้อยไปกว่าที่รัฐเจ้าของประเทศกำหนดให้กับแรงงานที่เป็นคนชาติของรัฐตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติและการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าว (non-discrimination and equal of treatment principle) ซึ่งในเรื่องสิทธิของแรงงานต่างด้าวที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเกี่ยวกับสภาพการทำงานที่เท่าเทียมกับแรงงานในประเทศนี้ยังได้มีการรับรองจากกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม (ICESCR) ที่ได้รับรองสิทธิเกี่ยวกับการทำงานไว้ว่ารวมถึงสิทธิในการทำงานโดยได้รับค่าตอบแทน (right to work to earn one's living) สิทธิในการมีสภาพการทำงานที่ดี (right to just and favorable conditions of

¹² ILO Convention No. 97, Article 6 (1) (a) in so far as such matters are regulated by law or regulations, or are subject to the control of administrative authorities- (i) remuneration, including family allowances where these form part of remuneration, hours of work, overtime arrangements, holidays with pay, restrictions on home work, minimum age for employment, apprenticeship and training, women's work and the work of young persons; ...

work) สิทธิในการได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม (the right to decent remuneration)¹³ บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ ทางเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติ สถานะทางสังคม หรือด้วยสถานะใด ๆ¹⁴

นอกจากนี้ในอนุสัญญาสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 111 ว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน (ILO Convention No. 111 concerning Discrimination in Employment and Occupation, 1958) ซึ่งเป็นอนุสัญญาหลักขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ¹⁵ ยังได้กำหนดให้ประเทศภาคีจัดให้มีนโยบายระดับประเทศที่กำจัดการเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะจากพื้นฐานของความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือ พื้นฐานทางสังคม ในการเข้าสู่การจ้างงาน การฝึกงาน สภาพการทำงาน เพื่อเป็นการส่งเสริมความเท่าเทียมกันในโอกาสและการปฏิบัติ

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่ากฎหมายระหว่างประเทศมีเจตนารมณ์ตรงกันกับหลักการของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ที่ต้องการให้ประเทศต่างๆรับรองถึงสิทธิของแรงงานต่างด้าวเกี่ยวกับสภาพการทำงาน ซึ่งได้แก่การได้รับความคุ้มครอง เรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับสภาพการทำงานและค่าตอบแทนการทำงานซึ่งผู้วิจัยแบ่งเป็นหัวข้อย่อยได้ดังนี้ (1). ค่าตอบแทนการทำงาน (2). สภาพการทำงานทั่วไปที่ประกอบไปด้วย ชั่วโมงการทำงาน การทำงานล่วงเวลา วันหยุดประจำปี ข้อจำกัดเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน การฝึกงานและการทำงานของหญิงและเด็ก เหล่านี้ว่าต้องได้รับการคุ้มครองจากรัฐที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานเพื่อให้แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกับที่กฎหมายในประเทศและนโยบายของฝ่ายบริหารได้ให้ความคุ้มครองแก่แรงงานที่เป็นคนในประเทศ

พันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม (ICESCR) ในการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับการทำงานให้แก่บุคคลทุกคนซึ่งรวมทั้งการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวให้มีสิทธิเท่าเทียมกับแรงงานไทยนั้น ได้รับการรับรองอยู่แล้วตามกฎหมายไทย ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศได้บัญญัติรับรองถึงสิทธิเสรีภาพของบุคคลในราชอาณาจักรไทยไว้โดยเฉพาะใน มาตรา 4 ที่บัญญัติไว้ว่า “ศักดิ์ศรี

¹³ ICESCR, Article 6 the right to work to earn one's living, Article 7 the right to just and favorable conditions of work, Article 7 (a) the right to decent remuneration

¹⁴ ICESCR, Article 2 (2)

¹⁵ ประเทศไทยมิได้ลงนามให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้

ความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับการคุ้มครอง” ซึ่งบทบัญญัตินี้เป็นการรับรองสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนว่าจะต้องได้รับการคุ้มครองซึ่งรวมทั้งสิทธิดังกล่าวของคนต่างด้าวด้วย

กฎหมายลำดับรองของไทยก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิต่างๆที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้โดยเป็นการตอบสนองต่อสิทธิต่างๆที่แรงงานต่างด้าวจะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันกับแรงงานไทยด้วย เริ่มตั้งแต่หลักสำคัญของการคุ้มครองแรงงานที่ปรากฏใน พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 อันเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานในประเทศไทยซึ่งเป็นมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อให้ความเป็นธรรมทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้างให้ทั้งสองฝ่ายปฏิบัติต่อกันได้อย่างถูกต้องและเหมาะสมต่อสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง¹⁶ พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงหลักการต่างๆที่แรงงานต้องได้รับความคุ้มครองในการทำงานโดยมิได้แบ่งแยกว่าแรงงานนั้นจะเป็นแรงงานไทยหรือแรงงานต่างด้าว แต่อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่าแรงงานดังกล่าวต้องเป็นแรงงานหรือเป็นลูกจ้างภายใต้สัญญาจ้างแรงงาน

คำว่า “แรงงาน” ตามหลักวิชาแรงงานแต่เดิมมีความหมายถึง กำลังคน (man power) หรือผู้ที่อยู่ในกำลังแรงงานทุกคน (labour force) ซึ่งได้แก่ผู้มีงานทำ (employed person)¹⁷ ซึ่งต่อมาได้มีการมองในความหมายที่แคบลงที่เห็นว่า แรงงานก็ได้แก่บุคคลที่ทำงานให้ผู้อื่นโดยใช้กำลังแรงงานกายและ/หรือกำลังสมองด้วยโดยได้รับค่าตอบแทนซึ่งโดยนัยนี้ แรงงานจึงหมายความว่าผู้ที่เป็น “ลูกจ้าง” โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 ได้ให้ความหมายคำว่า “ลูกจ้าง” ว่าเป็น ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ดังนั้นสิ่งที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 จึงสามารถใช้บังคับให้คุ้มครองถึงสิทธิเกี่ยวกับการทำงานของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยที่เป็นลูกจ้างได้ด้วย

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็มีข้อยกเว้นไม่ใช้บังคับกับลูกจ้างที่ทำงานกับกิจการบางประเภท อันได้แก่งานราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและราช

¹⁶ นิคม จันทรวินิจ, การบริหารแรงงานในประเทศไทย (เอกสารพิมพ์โรเนียว), 14 มีนาคม 2516, หน้า 37.; เอกพร รักความสุข, เจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงานฉบับใหม่ (กรุงเทพ : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2541), หน้า 10.

¹⁷ นิคม จันทรวินิจ, การบริหารแรงงานในประเทศไทย (เอกสารพิมพ์ไมตีพิมพ์), 14 มีนาคม 2516, หน้า 1.

การสวนท้องดิน และรัฐวิสาหกิจ¹⁸ ครูใหญ่และครูของโรงเรียนเอกชน¹⁹ งานเกษตรกรรม งานที่รับไปทำที่บ้าน²⁰ ดังนั้นแรงงานต่างด้าวที่ทำงานกับหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ หรือที่ทำงานเป็นครูหรือครูใหญ่ของโรงเรียนเอกชน หรือทำงานเกษตรกรรม หรือทำงานที่รับไปทำที่บ้านก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

แต่แรงงานต่างด้าวที่ทำงานกับหน่วยงานราชการก็จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายอื่นที่รองรับสิทธิและหน้าที่ของบรรดาลูกจ้างของหน่วยงานราชการอยู่แล้ว ได้แก่ ระเบียบกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการจ่ายค่าตอบแทน ค่ารักษาพยาบาล ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็บัญญัติในการปฏิบัติต่อลูกจ้างทุกคนเหมือนกันไม่ว่าจะเป็นลูกจ้างคนไทยหรือคนต่างด้าว

แรงงานต่างด้าวที่ทำงานกับรัฐวิสาหกิจ ก็จะได้รับคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ซึ่งกฎหมายนี้ก็มีได้มีบทบัญญัติในการเลือกปฏิบัติต่อลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวให้น้อยกว่าลูกจ้างคนไทยแต่อย่างใด

แรงงานต่างด้าวที่ทำประกอบอาชีพครู หรือครูใหญ่ในโรงเรียนเอกชนก็จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยโรงเรียนเอกชนซึ่งการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ก็จะเป็นไปเสมอเหมือนกันไม่ว่าครู หรือครูใหญ่จะเป็นชาวต่างชาติหรือชาวไทย

แรงงานต่างด้าวที่ทำงานเกษตรกรรมและงานที่รับไปทำที่บ้านในปัจจุบันนี้ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายออกมาคุ้มครองการทำงานทั้งสองประเภทนี้ เนื่องจากเป็นงานที่มีสภาพการทำงานที่พิเศษต่างจากการทำงานอย่างอื่นซึ่งอยากต่อการกำหนดสภาพการทำงานที่แน่นอนได้ อย่างไรก็ตามแรงงานไทยที่ทำงานเกษตรกรรมและงานที่รับไปทำที่บ้านก็อยู่ในสถานะที่ไม่ได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกันกับแรงงานต่างด้าวที่ทำงานดังกล่าวเช่นเดียวกัน

¹⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 4

¹⁹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2541) ออกตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 "มิให้ใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บังคับแก่นายจ้างซึ่งประกอบกิจการโรงเรียนเอกชน ทั้งนี้เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับครูและครูใหญ่"

²⁰ กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2541) ออกตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 "มิให้ใช้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 บังคับแก่นายจ้างซึ่งจ้างลูกจ้างทำงานในงานเกษตรกรรม และงานรับไปทำที่บ้าน"

นอกจากแรงงานที่ประกอบอาชีพและทำงานอยู่ในกิจการดังกล่าวข้างต้นแล้วยังมีแรงงานที่ทำงานอยู่ในอีกบางประเภทกิจการที่ได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ลดลงน้อยกว่าแรงงานหรือลูกจ้างที่ประกอบอาชีพโดยทั่วไป ได้แก่ ลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน และที่ทำงานในกิจการที่มีได้แสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ²¹ ซึ่งทั้งแรงงานต่างด้าวและแรงงานไทยที่ทำงานเกี่ยวกับงานบ้านและทำงานในกิจกรรมที่ไม่ได้แสวงหากำไรทางเศรษฐกิจก็ได้รับความคุ้มครองเป็นอย่างเดียวกัน

สำหรับการคุ้มครองที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่น้อยไปกว่าที่แรงงานไทยได้รับที่อยู่ในขอบเขตของ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ประกอบไปด้วย

1. การคุ้มครองค่าตอบแทนในการทำงาน

ค่าตอบแทนจากการทำงานของลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มิได้หมายถึงแต่ค่าจ้างเพียงอย่างเดียว หากแต่หมายรวมถึง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด ค่าล่วงเวลาในวันหยุด และเงินผลประโยชน์อื่นเนื่องในการจ้างที่นายจ้างจ่ายให้แก่ลูกจ้างด้วย²² ซึ่งสิ่งที่เรียกว่าค่าตอบแทนการทำงานเหล่านี้ก็จะอยู่ภายใต้การคุ้มครองของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ในส่วนการคุ้มครองที่เกี่ยวข้องกับแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายจะหยิบยกมาพิจารณากันมีดังนี้

โดยปกติแล้วค่าจ้างที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายได้รับต้องไม่ต่ำกว่าเกณฑ์อัตราที่ทางกองงานคนต่างด้าว กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมกำหนดขึ้นเพื่อใช้เป็นแนวทางในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้แก่แรงงานต่างด้าว โดยจะพิจารณารายได้ตามตำแหน่งงานแต่ละอาชีพ ซึ่งเกณฑ์ที่ใช้สำหรับคนต่างด้าวที่มาจากแต่ละประเทศไม่เท่ากันตามเงื่อนไขของการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวในแต่ละอาชีพ ทั้งนี้กฎเกณฑ์ดังกล่าวตั้งขึ้นเพื่อเหตุผลโดยยังไม่ปรากฏ แต่่นภาภรณ์ หะวานนท์ก็ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าการตั้งเกณฑ์ดังกล่าวน่าจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการออกใบอนุญาตทำงานให้เฉพาะกับคนต่างด้าวที่มา

²¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2541) ออกตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 และดุสิตาศิริ วศวงศ์ คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองแรงงาน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2543), หน้า 62-63.

²² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หมวด 5 และ มาตรา 55

ทำงานในงานที่ต้องใช้ความรู้และทักษะสูงเท่านั้นเพื่อไม่ให้มาแย่งงานคนไทย ซึ่งคนต่างด้าวเหล่านี้ก็ควรได้รับค่าจ้างในระดับที่กำหนดไว้ด้วย ส่วนเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาค่าจ้างสำหรับคนต่างด้าวมาจากต่างอาชีพกันนั้นก็เนื่องจากเห็นว่าคนต่างด้าวที่มาจากประเทศที่มีมาตรฐานการครองชีพสูงน่าจะมีรายได้มากกว่าประเทศที่มีมาตรฐานการครองชีพต่ำกว่า เช่น คนต่างด้าวจากประเทศญี่ปุ่นที่ขออนุญาตทำงานในตำแหน่งผู้บริหารระดับสูงควรมีรายได้ไม่ต่ำกว่า 80,000 บาทต่อเดือน แต่หากขออนุญาตทำงานเป็นฝ่ายปฏิบัติการ เช่น วิศวกร ช่างฝ่ายเทคนิค ก็ควรมีรายได้ไม่ต่ำกว่า 30,000 บาทต่อเดือน แต่หากเป็นคนต่างด้าวที่มาจากประเทศอื่นในเอเชีย เช่น เกาหลีใต้ ไต้หวัน สิงคโปร์ ฮ่องกง ถ้าขอเข้ามาทำงานในระดับสูงควรมีรายได้ไม่ต่ำกว่าเดือนละ 35,000 บาท และหากเป็นระดับล่างควรมีรายได้ไม่ต่ำกว่าเดือนละ 25,000 บาท²³ ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยมีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่มาจากประเทศญี่ปุ่นมากที่สุด รองลงมาเป็นแรงงานต่างด้าวที่มาจากประเทศอังกฤษ จีน อินเดีย ไต้หวัน สหรัฐอเมริกา

ตารางที่ 2 แสดงสัญชาติของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายเฉพาะประเภทที่ได้รับอนุญาตชั่วคราวและประเภทส่งเสริมการลงทุน ที่ราชอาณาจักร ณ เดือนกันยายน พ.ศ. 2544²⁴

รวม	สัญชาติ												
	ญี่ปุ่น	อินเดีย	อังกฤษ	จีน	อเมริกัน	ไต้หวัน	ฟิลิปปินส์	ออสเตรเลีย	เยอรมัน	เกาหลีใต้	ฝรั่งเศส	แคนาดา	สัญชาติอื่นๆ
54,220	12,262	4,339	4,863	4,863	3,883	4,171	2,436	1,987	1,784	1,394	1,462	929	9,847
ร้อยละ (100%)	23%	8%	9%	9%	7%	8%	5%	4%	3%	2.5%	2.5%	1%	18%

²³ นภาพรณ หนะวานนท์. "กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่มีทักษะโดยวิธีหลบเลี่ยงกฎหมาย," อ้างแล้ว, หน้า 20.

²⁴ ข้อมูลจากฝ่ายทะเบียนแรงงานต่างด้าว กองงานคนต่างด้าว กรมการจัดหางาน แหล่งที่มา : www.doe.go.th/workpermit/data/legal44.html [2002, March 11]

นอกจากเกณฑ์เงินเดือนของแรงงานต่างด้าวที่ต้องผ่านการพิจารณาในเบื้องต้น ตอนขออนุญาตไปทำงานดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 87-88 ยังได้กำหนดให้มีการกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำโดยให้นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้กับลูกจ้างในอัตราไม่ต่ำกว่ากำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดไว้ อันเป็นการกำหนดคุ้มครองลูกจ้างไม่ให้ถูกเอาเปรียบในการถูกกดค่าจ้างจากนายจ้าง โดยปัจจัยในการกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำจะประกอบไปด้วยปัจจัยที่เป็นดัชนีค่าครองชีพ อัตราเงินเฟ้อ มาตรฐานการครองชีพ ต้นทุนการผลิต ราคาของสินค้า ความสามารถของธุรกิจ ผลผลิตภาพแรงงาน ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของประเทศ สภาพเศรษฐกิจและสังคม²⁵ โดยอัตราค่าจ้างขั้นต่ำตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2544 คณะกรรมการค่าจ้างได้กำหนดไว้ที่ระหว่าง 133 บาท ถึง 165 บาทต่อวัน²⁷ โดยอัตราจะขึ้นอยู่กับพื้นที่จังหวัดที่ลูกจ้างทำงานอยู่

ลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวย่อมได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายนี้ด้วยเช่นเดียวกันกับลูกจ้างชาวไทย เนื่องจากมาตรา 89 บัญญัติให้ "ประกาศกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำตามมาตรา 88 ใช้บังคับแก่นายจ้างและลูกจ้างไม่ว่านายจ้างและลูกจ้างนั้นจะมีสัญชาติ ศาสนา หรือ เพศใด" เป็นการให้ความคุ้มครองโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว

ดังนั้นจึงเป็นการประกาศอย่างชัดแจ้งถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายไทยในการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวในเรื่องค่าจ้างขั้นต่ำให้ได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกับแรงงานไทย ไม่ว่าจะเป็นแรงงานต่างด้าวที่กฎหมายยอมรับคือเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย และได้รับใบอนุญาตทำงาน หรือเป็นแรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว หรือแม้ว่าจะเป็นแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายที่ลักลอบเข้าเมืองและไม่ได้รับอนุญาตให้ทำงานก็จะได้รับการคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำเช่นเดียวกันกับแรงงานชาวไทย จึงเห็นว่า

²⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 90

²⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 87

²⁷ ตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ข้อ 5 คำว่า "วัน" หมายถึง เวลาทำงานปกติของลูกจ้างซึ่งไม่เกินชั่วโมงทำงานดังต่อไปนี้ แม้ว่านายจ้างจะให้ลูกจ้างทำงานน้อยกว่าเวลาทำงานปกติเพียงใดก็ตาม (1) เจ็ดชั่วโมง สำหรับงานที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างตามกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 พ.ศ. 2541 (2) แปดชั่วโมงสำหรับงานที่ไม่ใช่งานตาม (1)

กฎหมายไทยที่ให้การคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำให้ความคุ้มครองรวมไปถึงแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายด้วยซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองที่มากกว่าที่มาตรฐานแรงงานสากลตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 กำหนดไว้แค่การให้ความคุ้มครองที่เท่าเทียมกับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้น

อย่างไรก็ตามในความเป็นจริงตามข้อมูลของกรมการจัดหางาน ที่เป็นหน่วยงานออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวได้ปรากฏว่าแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายส่วนใหญ่ได้รับค่าจ้างที่มากกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนดคุ้มครองให้อยู่แล้ว ดัวยรายได้ส่วนใหญ่ของแรงงานต่างด้าวอยู่ในระดับ 10,000 ถึง 50,000 บาท ปรากฏตามตารางแสดงเงินเดือนของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยดังนี้

ตารางที่ 3 แสดงระดับเงินเดือนของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทุกประเภทในประเทศไทย ณ เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545

เงินเดือน (บาท)	จำนวน (คน)	ร้อยละ
ต่ำกว่า 10,000	6,562	14%
10,000-49,999	14,226	30%
50,000 – 99,000	7,088	15%
100,000 ขึ้นไป	4,821	10%
ไม่ระบุ	14,814	31%
รวม	47,511	100%

ในบางประเทศที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 อย่างเช่น เขตปกครองพิเศษฮ่องกง (ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน) แม้มิได้มีการกำหนดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำเพื่อคุ้มครองแรงงานที่เป็นชาวฮ่องกงเอง แต่ฮ่องกงก็ได้ออกกฎหมายเฉพาะออกมาเพื่อกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับคนรับใช้ในบ้าน (foreign domestic helpers) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานต่างด้าว²⁸ เพื่อเป็น

²⁸ ในปี ค.ศ. 2001 ค่าจ้างขั้นต่ำของคนงานที่ทำงานบ้านในฮ่องกงได้ถูกกำหนดไว้ที่ 3,670 ดอลลาร์ฮ่องกง หรือประมาณ 21,000 บาทต่อเดือน ซึ่งอัตรานี้ได้ลดลงมาจากปี พ.ศ. 2542 (ค.ศ. 1999) ที่อัตราค่าจ้างขั้นต่ำในขณะนั้นเท่ากับ 3,860 ดอลลาร์ฮ่องกง หรือ 22,000 บาท หรือลดลงในอัตรา 5 % เนื่องจากเหตุวิกฤตการณ์ทางการเงินของเอเชีย ดู Battistella, G. and

การประกันว่าแรงงานต่างด้าวที่มาประกอบอาชีพเหล่านี้จะได้รับค่าจ้างที่เป็นธรรมที่จะสามารถดำรงชีพอยู่ในสถานะเศรษฐกิจในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวอย่างฮ่องกงได้ แต่ก็ปรากฏเป็นที่ทราบว่ามีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในฮ่องกงจำนวนไม่น้อยที่ประกอบอาชีพคนรับใช้ในบ้าน โดยส่วนใหญ่เป็นเพศหญิงที่มักจะได้รับค่าจ้างขั้นต่ำน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด²⁹ ทั้งที่เป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายซึ่งถือว่าเป็นปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายในประเทศ

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำปรากฏอยู่ในหลายประเทศไม่มากนักน้อยรวมทั้งในประเทศไทยด้วย จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าแม้จะมีกฎหมายคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ยังคงอาจมีการละเมิดกฎหมายและเอาเปรียบแรงงานต่างด้าวได้ การบังคับใช้กฎหมายให้ได้ประสิทธิผลจึงเป็นสิ่งจำเป็นที่จะทำให้แรงงานต่างด้าวได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมอย่างแท้จริง

สำหรับประเทศไทยปัญหาของการที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายได้รับค่าจ้างต่ำกว่าที่กฎหมายไทยกำหนดนั้นยังไม่ปรากฏว่ามีอยู่ทั่วไปหรือมีมากจากการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ตรวจแรงงาน ทั้งนี้อาจเนื่องมาจากระดับการศึกษาของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยที่ส่วนใหญ่เป็นผู้ที่มีการศึกษาสูงกว่าระดับปริญญาตรีและเป็นเพศชายจึงมีสถานะที่ดีกว่าและอยู่ในสถานะที่ไม่ถูกเอาเปรียบได้ง่าย ซึ่งแตกต่างกับแรงงานต่างด้าวที่มีการศึกษาน้อยและเป็นเพศหญิง ปัญหาการได้รับค่าจ้างต่ำกว่าค่าจ้างขั้นต่ำในประเทศไทยจึงมักเกิดกับแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายมากกว่า โดยระดับการศึกษาของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยปรากฏตามตารางต่อไปนี้

Maruja M.B. Asis, *The Crisis and Migration in Asia*, Scalabrini Migration Center Quezon City, Philippines (n.p., 1999) ; Sunday Morning Post, November 18, 2001, "Review May Cut Maids' Pay Again", p. 1.

²⁹ รัฐบาลฮ่องกงมีท่าทีที่กำลังจะปรับลดอัตราค่าจ้างขั้นต่ำสำหรับแรงงานในงานอาชีพคนทำงานบ้านลงอีกในปี พ.ศ. 2545 (ค.ศ. 2002) เนื่องจากเศรษฐกิจที่ชะงักงัน และค่าจ้างในอาชีพอื่นที่ลดลงซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติมีความเห็นว่าค่าจ้างขั้นต่ำของแรงงานต่างด้าวที่ทำงานรับใช้ในบ้านลงเหลือ HK\$2,500 ดู Sunday Morning Post, November 18, 2001, p 1.

ตารางที่ 4 แสดงระดับการศึกษาของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทุกประเภทในประเทศไทย ณ เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545

ระดับการศึกษา	จำนวน(คน)	ร้อยละ
1. ปริญญาเอก	421	1%
2. ปริญญาโท	1,962	4%
3. ปริญญาตรี	13,005	27.3%
4. อาชีวศึกษา/ ปวส	995	2%
5. ต่ำกว่าปริญญาตรี	3,693	8%
6. ปวช. / มัธยมปลาย	1,058	2%
7. มัธยมต้น	200	0.5%
8. ประถม 6	192	0.5%
9. ต่ำกว่าประถม 6	96	0.2%
10. ไม่ระบุ	25,889	54.5%
รวม	47,511	100%

ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำแก่แรงงานต่างด้าวในประเทศไทยที่เกิดขึ้นมักเกิดกับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายที่ได้รับใบอนุญาตทำงานตามประกาศกระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2544 โดยสาเหตุสืบเนื่องจากการที่นายจ้างต้องพาลูกจ้างแรงงานต่างด้าวที่ลักลอบเข้าเมืองไปจดทะเบียนขออนุญาตทำงานและต้องชำระค่าธรรมเนียมแก่ทางราชการซึ่งหลังจากที่จดทะเบียนดังกล่าวแล้วแล้วนายจ้างก็นำค่าธรรมเนียมดังกล่าวที่นายจ้างจ่ายไปมาหักกับค่าจ้างของลูกจ้าง ทำให้มีองค์กรเอกชนนำโดย Migrant Action Program (MAP), Thai Action Committee for Democracy in Burma (TACDB), Burmese Labour Solidarity Organization (BLSO)³⁰ ออกมาเรียกร้องว่ากรณีดังกล่าวเป็นการทำให้แรงงานต่างด้าวได้รับค่าจ้างลดลงจากอัตราค่าจ้างขั้นต่ำที่กฎหมายรับรองไว้ จึงต้องพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อการคุ้มครองค่าจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หรือไม่

³⁰ การเรียกร้องปรากฏในเอกสาร Joint Open Letter on the Occasion of International Migrants Day, December 18th 2001.

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มีข้อกำหนดคุ้มครองลูกจ้างทุกคนจากการถูกนายจ้างนำหนี้มาหักจากค่าตอบแทนในการทำงานนอกเหนือไปจากการคุ้มครองค่าจ้างขั้นต่ำ โดยมาตรา 76 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้นายจ้างหักค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าจ้างล่วงเวลาในวันหยุด เว้นแต่เป็นการหักเพื่อ

- (1) ชำระภาษีเงินได้ตามจำนวนที่ลูกจ้างต้องจ่ายหรือชำระหนี้อื่นตามกฎหมายบัญญัติไว้
- (2) ชำระค่าบำรุงสหภาพแรงงานตามข้อบังคับของสหภาพแรงงาน
- (3) ชำระหนี้สินสหกรณ์ออมทรัพย์ หรือสหกรณ์อื่นที่มีลักษณะเดียวกันกับสหกรณ์ออมทรัพย์ หรือหนี้ที่เป็นไปเพื่อสวัสดิการที่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้างฝ่ายเดียว โดยได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากลูกจ้าง
- (4) เป็นเงินประกันตามมาตรา 10 หรือชดใช้ค่าเสียหายให้แก่นายจ้าง ซึ่งลูกจ้างได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง
- (5) เป็นเงินสะสมตามข้อตกลงเกี่ยวกับกองทุนเงินสะสม

การหักตาม (2) (3) (4) และ (5) ในแต่ละกรณีห้ามมิให้หักเกินร้อยละสิบและจะหักรวมกันได้ไม่เกินหนึ่งในห้าของเงินที่ลูกจ้างมีสิทธิได้รับตามกำหนดเวลาการจ่ายตามมาตรา 70³¹ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง”

ดังนั้นแรงงานต่างด้าวจึงได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่จะไม่ถูกนายจ้างหักเงินค่าตอบแทนการทำงานของลูกจ้างไว้เพื่อการใดๆหรือชำระหนี้ที่ลูกจ้างแรงงานต่างด้าวมีต่อนายจ้าง เว้นแต่จะเป็นการหักเพื่อ 1.ชำระค่าภาษี หรือเงินอื่นที่กฎหมายบัญญัติ(เช่น ตามคำสั่งศาล) 2. ชำระค่าบำรุงสหภาพแรงงาน 3. ชำระหนี้สหกรณ์ออมทรัพย์ หรือหนี้อื่นที่เป็นไปเพื่อสวัสดิการของลูกจ้างฝ่ายเดียว 4. หักไว้เป็นเงินประกันหรือชดใช้ค่าเสียหายแก่นายจ้างซึ่งลูกจ้างได้กระทำไปโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงโดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง 5. เป็นเงินสะสมตามข้อตกลงเกี่ยวกับกองทุนเงินสะสม³²

³¹ ได้แก่ เงินที่ลูกจ้างจะได้รับแต่ละงวด

³² ดูเกษมสันต์ วิลาวรรณ และ Sathitya Lengthaisong, สาระสำคัญของกฎหมายแรงงาน พุทธศักราช 2541 the Labour Protection Act of 1998 ไทย – English, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : ธรรมสาร, 2541), หน้า 43.

กรณีนี้นายจ้างจึงต้องห้ามมิให้หักเงินค่าธรรมเนียบที่ได้จ่ายไปแล้วจากค่าจ้างที่ต้องจ่ายแก่ลูกจ้างแรงงานต่างด้าว แม้ว่าจะเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายก็ตาม เนื่องจากกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยได้ให้ความคุ้มครองแรงงานทุกคนที่เป็นลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานเท่าเทียมกัน ซึ่งรวมทั้งแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายด้วยซึ่งมากกว่าข้อกำหนดที่อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 กำหนดไว้ซึ่งเพียงแคให้ต้องมีการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้น (immigrant lawfully)

ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นกับแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายอีกกรณีหนึ่งมักเป็นการที่แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายได้รับค่าจ้างที่ต่ำกว่าแรงงานไทยเนื่องจากการถูกเอาเปรียบจากนายจ้างในสถานะการณ์ที่แรงงานต่างด้าวไม่มีทางเลือก ทั้งๆที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติคุ้มครองให้ลูกจ้างได้รับค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกันในกรณีที่ทำงานลักษณะอย่างเดียวกันที่มีคุณภาพและปริมาณเท่ากันไว้แล้ว (equal pay for equal work) โดยมาตรา 53 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่งานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากันให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง” บทบัญญัติในมาตรา 53 นี้มิได้บัญญัติแยกลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวออกจากลูกจ้างคนไทยแต่ประการใด ดังนั้นตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แรงงานต่างด้าวจึงมีสิทธิได้รับค่าตอบแทนการทำงานเท่าเทียมกันกับแรงงานไทยทุกประการหากทำงานที่มีลักษณะอย่างเดียวกันใน ปริมาณและคุณภาพเท่ากันตามหลักการที่พระราชบัญญัติฉบับนี้รับรองไว้ แต่กรณีดังกล่าวนี้ไม่เกิดกับแรงงานต่างด้าวที่เป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบค่าจ้างระหว่างแรงงานไทยกับแรงงานต่างด้าวแล้ว พบว่านายจ้างที่เป็นบริษัทข้ามชาติในประเทศไทยมักมีการให้ค่าตอบแทนการทำงานแก่ลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวเป็นพิเศษในรูปแบบต่างๆ เช่นเงินโบนัสขั้นต่ำ การออกค่าภาษีอากรให้แทน การให้ที่พักอาศัยหรือออกค่าเช่าบ้านให้ และค่าเดินทางจากประเทศ พร้อมทั้งค่าใช้จ่ายในการดำเนินการขอวีซ่าและใบอนุญาตทำงานด้วย ข้อมูลในเรื่องนี้พบจากคดีที่ยื่นฟ้องต่อศาลแรงงานที่มีคนต่างด้าวเป็นลูกจ้าง³³ และในเรื่องนี้ทราบข้อมูลจากคำฟ้องของโจทก์ในคดีแรงงานคดีหนึ่งที่ยื่นฟ้องต่อศาลแรงงานกลาง ทำให้ทราบว่า บริษัทญี่ปุ่นมีการจ่ายเงินเดือนให้แก่วิศวกรชาวญี่ปุ่นที่เดินทางเข้ามา

³³ คำพิพากษาศาลแรงงานกลาง คดีแดงที่ 605/2542, คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 15749/ 2542 , คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 15952/ 2542, คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 18739/ 2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6440/ 2543 เป็นต้น

ทำงานในประเทศไทยมากกว่าจ่ายให้วิศวกรชาวไทยที่มีความรู้ความสามารถระดับเดียวกัน ถึง 5 เท่า อีกทั้งยังมีการออกค่าภาษีแทนให้แก่วิศวกรชาวญี่ปุ่นอีกด้วยซึ่งวิศวกรชาวไทยในบริษัทเดียวกันไม่ได้รับ และในอีกคดีหนึ่งนายจ้างที่จ้างแรงงานต่างด้าวก็ได้ออกค่าเช่าบ้านพร้อมสิ่งอำนวยความสะดวกที่พอกำกับให้กับลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวถึงเดือนละ 130,000 บาทซึ่งนับว่าเป็นการให้ค่าตอบแทนในรูปแบบอื่นเป็นจำนวนมากทีเดียว นอกจากนี้ค่าจ้างของแรงงานต่างด้าวที่มีฝีมือจะได้รับมากกว่าแรงงานต่างด้าวที่ไม่มีฝีมืออีกด้วย

กรณีจึงเห็นได้ว่าแรงงานต่างด้าวจะต้องได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยทั้งในเรื่องของการคุ้มครองค่าตอบแทนการทำงาน ทั้งกรณีค่าจ้างขั้นต่ำตามกฎหมาย การคุ้มครองการหักหนี้จากค่าตอบแทนการทำงาน และการได้รับค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกันในการทำงานลักษณะที่มีคุณภาพและปริมาณเดียวกัน เท่าเทียมกับแรงงานไทยโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเป็นความเท่าเทียมกันในสายตาของกฎหมาย (equality of the law) ซึ่งก็เป็นไปตามหลักการของ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีของไทยที่มีต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมที่ในมาตรา 7 ที่รับรองไว้ว่าสิทธิเกี่ยวกับการมีสภาพการทำงานที่ดีและเป็นธรรมนั้นรวมไปถึงสิทธิที่จะได้ค่าตอบแทนการทำงานที่เท่าเทียมกันในการทำงานที่เท่ากันและเป็นอย่างเดียวกันด้วย³⁴ แต่สถานการณ์ในทางปฏิบัติแล้วแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายจะถูกนายจ้างละเมิดสิทธิดังกล่าวได้ง่ายกว่าเนื่องจากอยู่นอกการตรวจสอบและควบคุมของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งต่างจากแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายซึ่งอยู่ในระบบการตรวจสอบและอยู่ในสถานะที่ดีกว่าแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย

2. การคุ้มครองเกี่ยวกับสภาพการทำงานทั่วไป

ตามที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 ที่ได้บัญญัติว่า

“รัฐสมาชิกของอนุสัญญานี้ปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐนั้น โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง หรือเลือกปฏิบัติทางด้านสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ในเรื่องดังต่อไปนี้

³⁴ ICESCR, Article 7: Everyone has the right to just conditions of work; fair wages ensuring a decent living for himself and his family; equal pay for equal work;...

(a) ตราบที่เรื่องดังต่อไปนี้มีการกำหนดโดยกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ หรือ อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร—

(i) ค่าตอบแทนการทำงาน รวมถึงค่าใช้จ่ายของครอบครัวที่รวมอยู่ในรูป ของค่าตอบแทนการทำงาน ชั่วโมงทำงาน การจัดการเกี่ยวกับการทำงานนอก เวลา วันหยุดที่ได้รับค่าจ้าง ข้อจำกัดในงานรับไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการ จ้างงาน การฝึกฝนและการฝึกอบรม การทำงานของหญิงและการทำงานของ เด็ก”

ดังนั้นเกี่ยวกับสภาพการทำงานที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 มุ่งคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายจะมีขอบเขตครอบคลุมไปถึงในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวกับการทำงาน อันได้แก่

- (1). ชั่วโมงการทำงาน (hours of work)
- (2). การทำงานล่วงเวลา (overtime arrangements)
- (3). การมีวันหยุดโดยได้รับค่าจ้าง (holiday with pay)
- (4). ข้อจำกัดเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน (restrictions on home work)
- (5). อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน (minimum age for employment)
- (6). การฝึกอบรม (apprenticeship and training)
- (7). การทำงานของหญิงและเด็ก

การคุ้มครองทั้ง 7 ประการดังกล่าวก็ยังคงยืนอยู่บนหลักการที่ว่าเพื่อให้แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายได้รับความคุ้มครองเท่ากับที่กฎหมายในประเทศที่แรงงานต่างด้าวทำงานอยู่ในความคุ้มครองแก่แรงงานที่เป็นคนในชาตินั้น

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็ได้มีการกำหนดให้ความคุ้มครองเรื่องต่างๆเกี่ยวกับสภาพการทำงานดังกล่าวไว้ด้วยเช่นกัน การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เป็นการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำที่นายจ้างพึงปฏิบัติต่อลูกจ้างเพื่อไม่ให้ นายจ้างเอาเปรียบลูกจ้างในเรื่องวันเวลาทำงาน เวลาพัก วันหยุด การลาป่วย การลาคลอด การลาเพื่อทำหมัน การลาภิกขุ การลาเพื่อรับราชการทหาร การลาเพื่อฝึกอบรม การทำงานของแรงงานหญิงและเด็ก ซึ่งครอบคลุมทุกเรื่องที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 ไว้เกี่ยวกับสภาพการทำงาน

ในการคุ้มครองภายใต้ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ฉบับนี้ กฎหมายก็มีได้มีบทบัญญัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานที่มีสัญชาติอื่นแต่อย่างไร ลูกจ้างทั้งที่เป็นลูกจ้างคนไทยและลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวที่กฎหมายยอมรับทุกคนย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติดังกล่าวมาข้างต้นจากนายจ้าง โดยที่นายจ้างไม่สามารถที่จะเปลี่ยนแปลงการคุ้มครองดังกล่าวให้น้อยไปกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ และแม้ว่าลูกจ้างจะยินยอมก็ตาม รายละเอียดของการคุ้มครองเกี่ยวกับสภาพการทำงานต่างๆที่แรงงานจะได้รับความคุ้มครอง มีดังนี้

1) ชั่วโมงการทำงานและเวลาพัก

ลูกจ้างทั้งที่เป็นคนไทยและคนต่างชาติซึ่งทำงานในประเทศไทยจะได้รับความคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ทำงานไม่เกินวันละ 8 ชั่วโมงและไม่เกิน 48 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ แต่สำหรับงานอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้าง³⁵ ลูกจ้างจะได้รับความคุ้มครองให้ทำงานไม่เกินวันละ 7 ชั่วโมงและไม่เกิน 42 ชั่วโมงต่อสัปดาห์³⁶

นอกจากนี้ลูกจ้างก็จะยังได้รับการคุ้มครองเกี่ยวกับกำหนดเวลาพักในระหว่างการทำงานด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้นายจ้างจัดให้ลูกจ้างมีเวลาพักติดต่อกันไม่น้อยกว่าวันละ 1 ชั่วโมง ภายใน 5 ชั่วโมงแรกของการทำงาน ซึ่งนายจ้างและลูกจ้างจะตกลงกันล่วงหน้าให้มีเวลาพักน้อยกว่าครั้งละ 1 ชั่วโมงก็ได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าครั้งละ 20 นาทีและเมื่อรวมกันต้องไม่น้อยกว่า 1 ชั่วโมง หรือนายจ้างอาจจะไม่ให้ลูกจ้างพักก็ได้ หากงานที่ลูกจ้างทำเป็นงานที่มีลักษณะต้องทำติดต่อกันไป หรือเป็นงานฉุกเฉินที่จะหยุดเสียไม่ได้ แต่ทั้งนี้ต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง³⁷

ในทางปฏิบัติและจากการสำรวจคดีที่ยื่นฟ้องต่อศาลแรงงานกลางมักไม่พบว่าลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยถูกนายจ้างละเมิดสิทธิในชั่วโมง

³⁵ งานอันตรายได้แก่งานที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2541) ออกตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

³⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 23

³⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 27

การทำงานและเวลาพักตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้อาจเนื่องจากเหตุผลเดียวกันกับที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายมักไม่ละเมิดเรื่องค่าจ้างเพราะว่าแรงงานต่างด้าวเหล่านี้มีการศึกษาที่สูง

2) การทำงานล่วงเวลา

หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการทำงานล่วงเวลานั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ได้มีมาตรการคุ้มครองลูกจ้างในการทำงานล่วงเวลาโดยกำหนดให้ความยินยอมของลูกจ้างเป็นสาระสำคัญในการทำงานล่วงเวลาเป็นคราวๆไป³⁸ และให้ลูกจ้างได้รับค่าตอบแทนในการทำงานล่วงเวลา³⁹ และให้มีเวลาพักหากมีการทำงานล่วงเวลาต่อจากเวลาทำงานปกติ⁴⁰ พร้อมทั้งยังมีมาตรการควบคุมไม่ให้มีการทำงานล่วงเวลาในงานบางประเภท อันได้แก่ งานที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้าง⁴¹ และควบคุมไม่ให้นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลาเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด⁴²

ลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวก็เช่นกันกับลูกจ้างที่เป็นคนไทยที่จะได้รับการคุ้มครองการทำงานล่วงเวลาด้วยเช่นกันโดยนายจ้างต้องให้ลูกจ้างยินยอมหากต้องการให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลาและต้องจ่ายค่าล่วงเวลาให้กับลูกจ้างแรงงานต่างด้าวด้วย

3) วันหยุด

ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดให้ลูกจ้างมีวันหยุด 3 ประเภทด้วยกันได้แก่วันหยุดประจำสัปดาห์ วันหยุดตามประเพณี และวันหยุดพักผ่อนประจำปีและในวันหยุดดังกล่าวลูกจ้างมีสิทธิได้รับค่าจ้างด้วยยกเว้น ลูกจ้างรายวัน รายชั่วโมง

³⁸ เว้นแต่ ในกรณีที่ลักษณะหรือสภาพของงานต้องทำติดต่อกันไป ถ้าหยุดจะเสียหายแก่ งาน หรือเป็นงานฉุกเฉิน หรือเป็นงานอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง นายจ้างอาจให้ลูกจ้างทำงานล่วงเวลาเท่าที่จำเป็นโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างก็ได้ ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 24

³⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 61 และ 63

⁴⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 27 วรรค 4

⁴¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 31

⁴² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 26 และกฎกระทรวงกำหนดอัตราสูงสุดของชั่วโมงการทำงานล่วงเวลาและชั่วโมงการทำงานในวันหยุด

หรือลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วยที่ไม่มีสิทธิได้รับค่าจ้างในวันหยุดประจำสัปดาห์⁴³

- วันหยุดประจำสัปดาห์⁴⁴ โดยหลักกฎหมายคุ้มครองให้ลูกจ้างมีสิทธิได้รับวันหยุดประจำสัปดาห์ สัปดาห์ละไม่น้อยกว่า 1 วัน

- วันหยุดตามประเพณี⁴⁵ กฎหมายกำหนดให้ลูกจ้างได้รับวันหยุดตามประเพณีปีละไม่น้อยกว่า 13 วันโดยนับรวมวันแรงงานแห่งชาติด้วย ทั้งนี้หากวันหยุดตามประเพณีตรงกับวันหยุดประจำสัปดาห์ ให้หยุดชดเชยในวันทำงานถัดไป

- วันหยุดพักผ่อนประจำปี⁴⁶ ลูกจ้างที่มีสิทธิหยุดพักผ่อนในวันหยุดพักผ่อนประจำปีนั้นต้องเป็นลูกจ้างที่ทำงานมาครบ 1 ปีแล้วโดยมีสิทธิหยุดพักผ่อนไม่น้อยกว่า 6 วัน โดยให้นายจ้างเป็นผู้กำหนดวันหยุดพักผ่อนประจำปีให้ลูกจ้างทราบล่วงหน้า หรือนายจ้างและลูกจ้างจะเป็นผู้กำหนดร่วมกันก็ได้ แต่สำหรับลูกจ้างที่ทำงานมายังไม่ครบ 1 ปี นายจ้างจะให้หยุดตามส่วนก็ได้ การใช้สิทธิในวันหยุดพักผ่อนประจำปี นายจ้างและลูกจ้างจะตกลงกันล่วงหน้าสะสมและเลื่อนวันหยุดพักผ่อนประจำปีไปรวมหยุดในปีอื่นก็ได้

หากนายจ้างให้ลูกจ้างทำงานในวันหยุด หรือทำงานล่วงเวลาในวันหยุด นายจ้างก็มีหน้าที่ที่จะต้องจ่ายค่าทำงานในวันหยุดและค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างตามอัตราที่กฎหมายกำหนดด้วย⁴⁷ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขประเภทของการทำงานที่ต้องมีชิ้นงานอันตรายหรือต้องได้รับความยินยอมของลูกจ้างเป็นคราวๆไป⁴⁸ และในกรณีที่มีการเลิกจ้างลูกจ้าง

⁴³ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 56 ดู กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, "สิทธิและหน้าที่ของลูกจ้างและนายจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 ฉบับใหม่ ปีพ.ศ. 2541" (<http://www.labour.go.th/6.html>)

⁴⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 28

⁴⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 29

⁴⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 30

⁴⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 62-66

⁴⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 25

ในขณะที่ลูกจ้างยังไม่ได้ใช้สิทธิหยุดพักผ่อนตามประเพณี นายจ้างก็ต้องจ่ายค่าจ้างแทนการหยุดวันพักผ่อนตามประเพณีให้แก่ลูกจ้างด้วย

แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยส่วนมากเมื่อถูกนายจ้างเลิกจ้างแล้วก็มักจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าจ้างแทนวันหยุดพักผ่อนประจำปีที่แรงงานต่างด้าวยังไม่ได้ใช้สิทธิด้วย ซึ่งหากศาลพิงข้อเท็จจริงตามที่กล่าวอ้างศาลไทยก็จะพิจารณาให้นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างแทนการหยุดพักผ่อนประจำปีให้แก่ลูกจ้างแรงงานต่างด้าวด้วย⁴⁹ ซึ่งกรณีก็ไม่ต่างไปจากลูกจ้างที่เป็นคนไทย

4) ข้อจำกัดเกี่ยวกับการรับงานไปทำที่บ้าน (restriction on homework)

ตามที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นแล้วว่างานที่รับไปทำที่บ้านเป็นงานที่อยู่นอกขอบเขตของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยมาตรา 22 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้เปิดโอกาสให้มีการคุ้มครองลูกจ้างที่ทำงานดังกล่าวต่างไปจากที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดไว้ได้ จึงมีการจัดตั้งสำนักงานผู้รับงานไปทำที่บ้านขึ้นในกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน เพื่อเสริมพัฒนาและคุ้มครองผู้รับงานไปทำที่บ้านซึ่งเป็นแรงงานนอกระบบอุตสาหกรรม และได้มีการร่างกฎกระทรวงว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานในงานที่รับไปทำที่บ้านอยู่ในขณะนี้ สำหรับลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวก็เช่นกัน หากเข้าข่ายเป็นผู้รับงานไปทำที่บ้านแล้วก็ควรต้องได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายกระทรวงว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานในงานที่รับไปทำที่บ้านด้วยเช่นกันซึ่งก็ยังคงติดตามกฎกระทรวงที่จะออกมาว่าจะได้มีการบัญญัติเป็นอย่างไร

5) อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน

อายุขั้นต่ำในการจ้างแรงงานนั้น มาตรา 44 พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดให้จ้างลูกจ้างต้องมีอายุขั้นต่ำไม่ต่ำกว่า 15 ปี ซึ่งเป็นอายุขั้นต่ำที่สอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ยอมให้

⁴⁹ คำพิพากษาศาลแรงงานกลาง คดีแดงที่ 605/2542, คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 15749/ 2542 , คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 15952/ 2542, คำพิพากษาศาลแรงงานกลางคดีแดงที่ 18739/ 2542 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6440/ 2543 เป็นต้น

จ้างงาน (the ILO Covention No.138 concerning Minimum Age) อายุขั้นต่ำในการทำงานนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งต่อการคุ้มครองการใช้แรงงานเด็กในประเทศ ลูกจ้างเด็กซึ่งเป็นต่างด้าวก็จะต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองอายุขั้นต่ำเช่นเดียวกัน

6) การฝึกอบรม

สำหรับสิทธิในการฝึกอบรมนั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พศ. 2541 กำหนดเพียงแต่ว่า ลูกจ้างมีสิทธิลาเพื่อฝึกอบรมหรือพัฒนาความรู้ ความสามารถตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵⁰ โดยกฎหมายมิได้คุ้มครองว่านายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างในวันลา นั้น ซึ่งตามกฎหมายกำหนดว่าการใช้สิทธิในการลาเพื่อฝึกอบรมนี้สามารถลาได้ปีหนึ่งไม่เกิน 30 วัน⁵¹ แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายก็จะได้รับสิทธิการลาฝึกอบรมเท่าเทียมกับแรงงานไทย

7). การคุ้มครองลูกจ้างหญิงและเด็ก

ตามที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 มุ่งคุ้มครองสภาพการทำงานที่ดีให้แก่แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายตามที่ได้วิเคราะห์มาแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ยังประสงค์ที่จะให้แรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงและเด็กได้รับการคุ้มครองเป็นพิเศษด้วย โดยมาตรฐานในการคุ้มครองแรงงานหญิงและเด็กนี้อนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็ให้ใช้การคุ้มครองในระดับเดียวกันกับที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงและแรงงานเด็กที่เป็นคนชาติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ของมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 97

⁵⁰ กฎกระทรวง ฉบับที่ 5 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการลาเพื่อฝึกอบรม หรือพัฒนาความรู้ความสามารถโดยลูกจ้างสามารถลาเพื่อการฝึกอบรมหรือพัฒนาความรู้ความสามารถได้ในกรณีต่อไปนี้ (1) เพื่อประโยชน์ต่อการแรงงานและสวัสดิการสังคม หรือ (2) เพื่อเพิ่มทักษะ ความชำนาญ หรือ (3) เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการทำงานของลูกจ้าง หรือ (4) เพื่อการสอบวัดผลการศึกษาทางราชการจัดหรืออนุญาตให้จัดขึ้น สำหรับลูกจ้างที่เป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปียังสามารถลาเพื่อเข้าประชุมสัมมนารับการอบรม, รับการฝึกอบรมหรือลาเพื่อการอื่นที่จัดโดยสถานศึกษาหรือหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่อธิบดีเห็นชอบได้อีกด้วยตาม มาตรา 62 พ.ร.บ. แรงงานสัมพันธ์

⁵¹ กฎกระทรวง ฉบับที่ 5 ข้อ 3 “นายจ้างอาจไม่อนุญาตให้ลูกจ้างลาเพื่อการฝึกอบรมได้หาก (1) ในปีทีลานั้น ลูกจ้างเคยได้รับอนุญาตให้ลาเพื่อฝึกอบรมหรือพัฒนาความรู้ความสามารถมาแล้วไม่น้อยกว่า 30 วัน หรือ 3 ครั้ง หรือ (2) ...”

สำหรับประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวและเป็นประเทศที่ให้การเคารพสิทธิต่อสิทธิมนุษยชนเป็นสำคัญรวมทั้งให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก ดังสะท้อนให้เห็นจากการที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR), กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม (ICESCR), อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)⁵² และอนุสัญญาสิทธิเด็ก (the Convention on the Rights of the Child)⁵³

สาระสำคัญแห่งการคุ้มครองแรงงานหญิงและเด็กจึงปรากฏให้เห็นได้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 86 ที่บัญญัติให้ "รัฐต้องส่งเสริมให้ประชากรวัยทำงานมีงานทำ คุ้มครองแรงงานโดยเฉพาะแรงงานเด็กและแรงงานหญิง จัดระบบแรงงานสัมพันธ์ การประกันสังคมรวมทั้งค่าตอบแทนแรงงานให้เป็นธรรม"

ดังนั้นพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 เพื่อเป็นการสนองรับต่อเจตนารมณ์ในการคุ้มครองแรงงานหญิงและเด็กจึงได้มีบทบัญญัติคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็กไว้โดยเฉพาะ โดยที่บทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองนั้นมีได้แบ่งแยกว่าเป็นแรงงานหญิงไทยหรือหญิงต่างชาติ หรือเด็กไทยหรือเด็กต่างชาติ คือมิได้เลือกปฏิบัตินั่นเอง การทำงานของลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็กย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติในเรื่องต่างๆต่อไป

(ก). การคุ้มครองแรงงานหญิง

การให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงแบ่งออกได้เป็นการให้หลักประกันความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย และการความคุ้มครองเนื่องจากลักษณะเฉพาะตัวของความเป็นหญิง

- ให้ความคุ้มครองเป็นหลักประกันความเท่าเทียมกันระหว่างหญิงและชาย โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 15 กำหนดให้นายจ้าง

⁵² ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้แล้วเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2528 (ค.ศ.1985) <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (visited at December, 25 2001)

⁵³ ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้แล้วเมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) <http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf> (visited at December, 25 2001)

ปฏิบัติต่อลูกจ้างหญิงและชายโดยเท่าเทียมกันในการจ้างงานเว้นแต่ลักษณะหรือสภาพการทำงานไม่อาจปฏิบัติเช่นนั้นได้ หลักการนี้บัญญัติขึ้นสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญที่ส่งเสริมให้หญิงและชายมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน⁵⁴ และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 53 ยังบัญญัติ ให้นายจ้างกำหนดค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุดให้แก่ลูกจ้างเท่าเทียมกัน ไม่ว่าลูกจ้างนั้นจะเป็นชายหรือหญิง ในกรณีทำงานมีลักษณะและคุณภาพอย่างเดียวกันและปริมาณเท่ากัน

การกำหนดการคุ้มครองลูกจ้างหญิงให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับลูกจ้างชายทั้งจากการปฏิบัติจากนายจ้างและการได้รับค่าตอบแทนในการทำงานนี้ แสดงให้เห็นเจตนารมณ์ของกฎหมายคุ้มครองแรงงานไทยที่รับรองอย่างสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนสากลที่ กติกาสากลว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม(ICESCR) ได้กำหนดให้รัฐสมาชิกต้องให้ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกันที่จะได้ใช้สิทธิที่กติกาฉบับนี้รับรองไว้⁵⁵

- ให้ความคุ้มครองเนื่องจากลักษณะเฉพาะตัวของความเป็นหญิง พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มีการคุ้มครองในเรื่องนี้โดยการห้ามลูกจ้างหญิงทำงานที่มีลักษณะอันตราย⁵⁶ อย่างไรก็ตามประเภทของงานที่เป็นอันตรายที่ห้ามลูกจ้างหญิงทำนี้ ก็มีการถกเถียงกันมากว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อสตรี หรือการจำกัดสิทธิสตรี เห็นได้จากการร้องเรียนต่อกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมว่าการห้ามลูกจ้างหญิงทำงานผลิตหรือขนส่งวัตถุระเบิดหรือวัตถุไวไฟตามมาตรา 38 (3) แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานนั้นกระทบต่อลูกจ้าง

⁵⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 30 วรรค 2 “ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน” มาตรา 80 วรรค 1 “รัฐต้องคุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของครอบครัว และความเข้มแข็งของชุมชน”

⁵⁵ ICESCR, Article 3 : The States undertake to ensure the equal right of men and women to the enjoyment of all rights in this treaty.

⁵⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 38 “ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างหญิงทำงานอย่างใดอย่างหนึ่งต่อไปนี้ (1) งานเหมืองแร่หรืองานก่อสร้างที่ต้องทำใต้ดิน ใต้น้ำ ในถ้ำ ในอุโมงค์ หรือปล่องในภูเขา เว้นแต่ลักษณะของงานไม่เป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือร่างกายของลูกจ้างนั้น (2) งานที่ต้องทำบนนั่งร้านที่สูงกว่าพื้นดินตั้งแต่สิบเมตรขึ้นไป (3) งานผลิตหรือขนส่งวัตถุระเบิดหรือวัตถุไวไฟ (4) งานอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ดู กฎกระทรวงกำหนดงานอื่นที่ห้ามมิให้ลูกจ้างที่เป็นหญิงทำ”

ที่ทำงานเป็นวิศวกรหญิงในโรงกลั่นน้ำมันหรือปิโตรเคมีที่มีจำนวนมาก⁵⁷ ทั้งนี้อาจกระทบต่อแรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงที่ต้องการเดินทางเข้ามาทำงานดังกล่าวนี้ทำให้ไม่สามารถทำงานได้ซึ่งอาจเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างแรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงกับแรงงานต่างด้าวที่เป็นชายด้วย ในเรื่องนี้กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมก็ได้มีการตอบรับว่าจะมีการนำขึ้นพิจารณาและปรับปรุงแก้ไขกฎหมายต่อไป⁵⁸

การคุ้มครองลูกจ้างหญิงอันเนื่องมาจากเหตุลักษณะเฉพาะตัวของหญิงยังปรากฏเป็นการคุ้มครองลูกจ้างหญิงที่มีครรภ์ ซึ่งในขณะที่ตั้งครรภ์กฎหมายมิให้ทำงานล่วงเวลา ทำงานในวันหยุด ทำงานในยามวิกาลตั้งแต่ 22.00-8.00 นาฬิกา หรือทำงานที่มีลักษณะอันตราย⁵⁹ และคุ้มครองให้ลูกจ้างหญิงที่ตั้งครรภ์มีสิทธิลาเพื่อคลอดบุตรครรภ์หนึ่งไม่เกิน 90 วันนับรวมวันหยุด โดยได้รับค่าจ้างจากนายจ้างไม่เกิน 45 วัน⁶⁰ และมีสิทธิขอเปลี่ยนงานเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดบุตรได้หากงานประจำที่ทำอยู่ไม่เหมาะสม⁶¹ นอกจากนี้ยังคุ้มครองลูกจ้างหญิงที่มีครรภ์มิให้ถูกเลิกจ้างเนื่องจากเหตุตั้งครรภ์⁶²

สำหรับประเด็นการล่วงเกินทางเพศ (sexual harrassment) ที่มักเกิดขึ้นกับเพศหญิง พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ก็ได้กำหนดคุ้มครองลูกจ้างที่เป็นหญิงและเด็กจากการถูกล่วงเกินทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่เป็นผู้บังคับบัญชา การคุ้มครอง

⁵⁷ บัณฑิตย ธิชัยเศรษฐวุฒิ (บรรณาธิการ), ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : มูลนิธิอารมณ พงศ์พังษ์), หน้า 8-9.

⁵⁸ เรื่องเดียวกัน หน้า 60.

⁵⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 39 และกฎกระทรวงกำหนดงานอื่นที่ห้ามมิให้ลูกจ้างที่เป็นหญิงมีครรภ์ทำ

⁶⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 41 และมาตรา 59

⁶¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 42 "ในกรณีที่ลูกจ้างซึ่งเป็นหญิงมีครรภ์มิไรรบรองแพทย์แผนปัจจุบันชั้นหนึ่งมาแสดงว่าไม่อาจทำงานในหน้าที่เดิมต่อไปได้ ให้ลูกจ้างนั้นมีสิทธิขอให้นายจ้างเปลี่ยนงานในหน้าที่เดิมเป็นการชั่วคราวก่อนหรือหลังคลอดได้ และให้นายจ้างพิจารณาเปลี่ยนงานที่เหมาะสมให้แก่ลูกจ้างนั้น"

⁶² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 43

ยังรวมไปถึงคุ้มครองจากการถูกระงับจากพฤติกรรมบางอย่างที่ไม่เหมาะสม เช่น การกล่าวถ้อยคำเหยียดหยาม วิพากษ์วิจารณ์ทางเพศ ลวนลามของผู้เป็นนายจ้าง⁶³

แรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงก็เช่นกันย่อมได้รับการคุ้มครองดังกล่าวภายใต้กฎหมายคุ้มครองแรงงานของไทยดังที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมด แต่เนื่องจากแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เป็นหญิงในประเทศไทยปัจจุบันมีจำนวนน้อยเพียง 16 % ของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทั้งหมดในประเทศไทย (ปรากฏตามตารางที่ 5 ข้างใต้) ดังนั้นจึงยังไม่มีรายงานเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของแรงงานหญิงที่เป็นต่างด้าวปรากฏซึ่งลักษณะการทำงานของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่อยู่ในระบบก็ยังต่างกับแรงงานต่างด้าวที่ผิดกฎหมายที่ทำงานเป็นคนรับใช้ในบ้านที่เสี่ยงต่อการละเมิดหรือล่วงเกินทางเพศได้เนื่องจากทำงานในบ้านยากต่อการตรวจสอบแต่อย่างไรก็ตามยังไม่มีรายงานในเรื่องดังกล่าวเช่นกัน

**ตารางที่ 5 แสดงเพศของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทั่วราชอาณาจักร
ณ เดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545**

รวม	เพศ	
	ชาย	หญิง
47,511	39,579	7,914
ร้อยละ (100 %)	83.5%	16.5%

(ข). การคุ้มครองแรงงานเด็ก

การจ้างเด็กทำงานนั้น ลูกจ้างที่เป็นเด็กต้องมีอายุไม่ต่ำกว่า 15 ปีตามอายุขั้นต่ำของการทำงานตามที่กฎหมายกำหนดไว้⁶⁴ (ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ย่อมให้จ้างงาน) และหากนายจ้างจ้างให้ลูกจ้างเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีทำงาน นายจ้างก็ต้องแจ้งต่อพนักงานตรวจแรงงานภายใน 15 วัน

⁶³ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 16

⁶⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 44

และแจ้งการสิ้นสุดการจ้างต่อพนักงานตรวจแรงงานภายใน 7 วัน⁶⁵ ทั้งนี้เพื่อทางราชการจะได้ทราบความเคลื่อนไหวของเด็กซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อการคุ้มครองแรงงานเด็กผู้ด้อยโอกาส⁶⁶

นอกจากการคุ้มครองอายุขั้นต่ำของลูกจ้างเด็กแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ยังคุ้มครองการจ่ายค่าตอบแทนในการทำงานให้แก่ลูกจ้างที่เป็นเด็ก โดยห้ามนายจ้างจ่ายค่าจ้างของลูกจ้างที่เป็นเด็กให้แก่คนอื่นและห้ามจ่ายเงินค่าจ้างก่อนถึงกำหนดและห้ามเรียกเงินประกันการทำงานจากลูกจ้างเด็ก⁶⁷

การคุ้มครองแรงงานเด็กยังปรากฏในรูปแบบของการให้มีเวลาพักที่ให้ได้พักเมื่อการทำงานติดต่อกันมาแล้วไม่เกิน 4 ชั่วโมง⁶⁸ ที่ย่นระยะเวลาเข้ามาจากกำหนดเวลาพักของลูกจ้างที่เป็นผู้ใหญ่ที่กฎหมายให้ได้พักหลังจากทำงานติดต่อกันมาแล้วไม่เกิน 5 ชั่วโมง และมีให้เด็กทำงานล่วงเวลา หรือทำงานในวันหยุด ในยามวิกาลตั้งแต่ 22.00-8.00 นาฬิกา (เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดี)⁶⁹ และห้ามมิให้ทำงานที่มีลักษณะอันตราย⁷⁰ และห้ามทำงานในประเภทที่เป็นผลร้ายต่อเด็กเช่นในสถานที่อันเป็นอบายมุข⁷¹

นอกจากนี้คุ้มครองลูกจ้างที่เป็นเด็กจากการถูกล่วงเกินทางเพศจากนายจ้าง หรือผู้ที่เป็นผู้บังคับบัญชา ซึ่งรวมไปถึงการกระทำพฤติกรรมบางอย่างที่ไม่เหมาะสม

⁶⁵ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 45

⁶⁶ ดู กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน "สิทธิและหน้าที่ของลูกจ้างและนายจ้าง ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541ฉบับใหม่ ปีพ.ศ. 2541" (<http://www.labour.go.th/6.html>)

⁶⁷ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 51

⁶⁸ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 48

⁶⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 47

⁷⁰ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 49 และดูกฎกระทรวงกำหนดงานที่ห้ามลูกจ้างเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีทำ

⁷¹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 50 และดูกฎกระทรวงกำหนดสถานที่ห้ามมิให้ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปีทำงาน

เช่น การกล่าวด้วยคำหยาบคาย วิวาทวิจารณ์ทางเพศ หรือการล่วงลามซึ่งเป็นการให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับลูกจ้างที่เป็นหญิง⁷²

สำหรับลูกจ้างเด็กที่มักจะอยู่ในวัยต้องศึกษาเรียนรู้คุ้มครองให้สามารถลาเพื่อการฝึกอบรม⁷³ โดยให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างในวันลาเพื่อฝึกอบรมแก่ลูกจ้างเด็กด้วย แต่ปีหนึ่งไม่เกิน 30 วัน เพื่อส่งเสริมการคุ้มครองคุณภาพชีวิต สิทธิในการศึกษา และพัฒนาความรู้ความสามารถของเด็ก

แรงงานต่างด้าวที่เป็นเด็กก็จะได้รับการคุ้มครองในเรื่องดังกล่าวข้างต้นทุกประการเท่าเทียมกับลูกจ้างเด็กที่เป็นคนไทย อย่างไรก็ตามก็ยังไม่ปรากฏว่ามีการเก็บสถิติจำนวนของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เป็นเด็กไว้ แต่จากการที่รัฐบาลได้จัดให้มีการขึ้นทะเบียนแรงงานต่างด้าวหลบหนีเข้าเมืองมาทำงานในประเทศไทยพบว่าแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเหล่านี้มีอายุไม่ถึง 18 ปีเป็นจำนวนมาก

โดยสรุปการให้ความคุ้มครองแรงงานหญิงและเด็กในประเทศไทยได้ดำเนินการสอดคล้องกับหลักการความเท่าเทียมกันระหว่างชายและหญิง (equality of men and women) ที่เป็นหลักสากลรับรองไว้ในปฏิญญาสากล กติกาสากลสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR) และการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้เป็นแม่ที่จะมีสิทธิหยุดเพื่อดูแลบุตรตามหลักการของสิทธิของมารดา (the right of mothers) ที่รับรองในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (ICESCR) ทั้งยังสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women) สำหรับสิทธิของเด็กที่ทำงาน การให้ความคุ้มครองของกฎหมายไทยก็มุ่งหมายให้เด็กได้รับการศึกษาอบรมโดยที่ต้องมีอายุขั้นต่ำ 15 ปีคือหลังจากจบ

⁷² พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 16

⁷³ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 มาตรา 52 "เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาและส่งเสริมคุณภาพชีวิตและการทำงานของเด็ก ให้ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กอายุต่ำกว่า 18 ปี มีสิทธิลาเพื่อเข้าประชุมสัมมนารับการอบรม รับการฝึกหรือลาเพื่อการอื่นซึ่งจัดโดยสถานศึกษาหรือหน่วยงานของรัฐ หรือเอกชนที่อธิบดีเห็นชอบ โดยให้ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กแจ้งให้นายจ้างทราบล่วงหน้าถึงเหตุที่ลาโดยชัดแจ้ง พร้อมทั้งแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้อง(ถ้ามี)และให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างซึ่งเป็นเด็กเท่ากับค่าจ้างในวันทำงานตลอดระยะเวลาที่ลา แต่ปีหนึ่งต้องไม่เกิน 30 วัน"

การศึกษาขั้นพื้นฐานเสียก่อน⁷⁴ จึงจะเข้าสู่ตลาดแรงงาน ซึ่งก็สอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 138 ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่ยอมให้จ้างงาน (the ILO Covention No.138 concerning Minimum Age) และอนุสัญญาสิทธิเด็ก (the Convention on the Rights of the Child) และกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (ICESCR)⁷⁵ ในการให้ความคุ้มครองแก่เด็กทั้งนี้การให้ความคุ้มครองเป็นพิเศษแก่แรงงานหญิงและเด็กอันเนื่องจากลักษณะเฉพาะตัวของหญิงและเด็กที่เปราะบางและง่ายต่อการถูกละเมิดสิทธินี้ กฎหมายของไทยก็ให้ความคุ้มครองอยู่บนหลักของการไม่เลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติ สัญชาติ หรือศาสนาใด ดังนั้นแรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงและเด็กก็จะได้รับความคุ้มครองเสมอภาคกับแรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงและเด็กที่มีสัญชาติไทย

นอกจากการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเกี่ยวกับสภาพการทำงานในเรื่องต่างๆ 7 ประการตามขอบเขตที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 กำหนดแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ยังให้ความคุ้มครองแรงงานทุกคนรวมทั้งแรงงานต่างด้าวรวมไปถึงเมื่อตอนที่มีการเลิกจ้างด้วย โดยกำหนดให้ความคุ้มครองให้นายจ้างจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างเมื่อเลิกจ้างลูกจ้างโดยลูกจ้างไม่มีความผิดและลูกจ้างได้ทำงานมาชั่วระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดแล้วด้วย เป็นต้น

3.3 การให้สิทธิเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานและการได้ประโยชน์จากการเจรจาต่อรอง

เจตนารมณ์ในการการคุ้มครองให้แรงงานต่างด้าวมีสิทธิเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน และได้ประโยชน์จากการเจรจาต่อรองเท่าเทียมกันกับแรงงานที่เป็นคนชาติ ตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 นั้นมีที่มาจากความสำคัญของสิทธิในเสรีภาพในการสมาคม (right to freedom of association) ที่เป็นสิทธิสำคัญของมนุษย์ทุกคนที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้รับรองไว้ในมาตรา 20 ว่า “บุคคลมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการชุมนุมและการสมาคม โดยสงบ และหลักการ

⁷⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 43 ได้บัญญัติให้บุคคลมีสิทธิได้รับการศึกษาขั้นพื้นฐาน 12 ปี ฟรีจากรัฐ ดังนั้นรัฐต้องจัดการศึกษาในขั้นพื้นฐานฟรีแก่เด็กโดยต้องจัดการให้ทั่วถึงและมีคุณภาพเท่าเทียมกันด้วย

⁷⁵ ICESCR, Article 10.3 the right of children, Articles 13 and Article 15b the right to education, including compulsory primary education

นี้ยังได้รับการรับรองโดยทั้งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเมือง มาตรา 22 (1) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มาตรา 8 (1) (ก) ที่รับรองว่า “บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิในเสรีภาพแห่งการสมาคมกับผู้อื่น รวมทั้งสิทธิที่จะก่อตั้ง หรือเข้าร่วมสหภาพแรงงานเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน”

จึงเห็นได้ว่าการที่ลูกจ้างหรือแรงงานต่างด้าวสามารถมีสิทธิเข้าร่วมสหภาพแรงงานที่ตนเองเลือกได้นั้นก็จะก่อประโยชน์ในการคุ้มครองประโยชน์ของลูกจ้างหรือแรงงานต่างด้าวเองให้สามารถคุ้มครองประโยชน์ของพวกเขาเองได้ทั้งทางประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม

ทางด้านเจตนารมณ์ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศต่อสิทธิของแรงงานในการมีเสรีภาพในการสมาคม (freedom of association) หรือสิทธิของแรงงานที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมสมาคมกับองค์กรที่ตนประสงค์นั้นถือได้ว่าเป็นหนึ่งในสี่ของสิทธิพื้นฐานของแรงงานหรือที่เรียกว่ามาตรฐานแรงงานหลัก (core labour right) ที่ประกอบไปด้วยได้แก่ การยกเลิกการใช้แรงงานบังคับ การไม่เลือกปฏิบัติ สิทธิเสรีภาพในการสมาคม และการใช้แรงงานเด็ก ที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ให้ความสำคัญ โดยมีอนุสัญญา 2 ฉบับที่กล่าวถึงเสรีภาพในการสมาคมโดยตรง ได้แก่ อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัวกัน (the ILO Convention No. 87 concerning Freedom of Association and Protection of the right to Organize Convention) และฉบับที่ 98 ว่าด้วยการปฏิบัติตามหลักการเกี่ยวกับสิทธิในการรวมตัวกันและการร่วมเจรจาต่อรอง (the ILO Convention No. 98 concerning the Right to Organize and Collective Bargaining) ซึ่งครอบคลุมทั้งแรงงานที่เป็นคนชาติและแรงงานต่างด้าวด้วยเช่นเดียวกันกับอนุสัญญาฉบับอื่นๆขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

ILO Director-General, Mr. Michel Hansenne ได้กล่าวไว้ว่าหากปราศจากสิทธิในการสมาคมแล้วการจะบรรลุถึงความยุติธรรมทางสังคม (Social Justice) ก็คงจะไม่เกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นได้ยาก⁷⁶

⁷⁶ ILO, Freedom of Association remains elusive in much of East and South-East Asia: Tuesday 24 November 1998 (ILO/98/41), Press Release. [Online] .Available from: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/inf/pr/1998/41.htm>[2002, March 11]

ทางด้านสหภาพแรงงานระหว่างประเทศ (International Confederation of Free Trade Unions: ICFTU) ก็เน้นถึงความจำเป็นในการก่อตั้งสหภาพแรงงานและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นว่าเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ในการรักษาลประโยชน์ การขยายตัวและการแสดงบทบาทของสหภาพแรงงาน อันเป็นกลยุทธ์ที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ในการรวมตัวกันของแรงงาน (Strategies for the Integration of Marginalized Workers)⁷⁷ โดยกลยุทธ์นี้ได้เรียกร้องให้แรงงานมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ที่จะก่อตั้งและเข้าร่วมกับสหภาพแรงงาน⁷⁸ แรงงานต่างด้าวก็เช่นกันเมื่อแรงงานต่างด้าวเดินทางมายังประเทศที่เป็นสถานที่ทำงานแล้ว พวกเขา ก็มักที่จะพบกับอุปสรรคต่างๆ การเลือกปฏิบัติกับคนที่ต่างเชื้อชาติในสถานที่ทำงาน อาทิเช่น ค่าจ้างแรงงาน โอกาสในการเลื่อนตำแหน่ง โอกาสในการหางานใหม่ อีกทั้งการถูกรังเกียจจากแรงงานท้องถิ่น ในการขจัดและบรรเทาอุปสรรคเหล่านี้แรงงานต่างด้าวจึงต้องการความช่วยเหลือจากสหภาพแรงงาน⁷⁹ ซึ่งอาจทำได้โดยการเจรจาต่อรองโดยผ่านทางสหภาพแรงงาน⁸⁰

สำหรับประเทศไทยก็ได้มีการรับรองสิทธิการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานของแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายในประเทศไทยเพื่อได้รับประโยชน์ในการเจรจาต่อรองไว้แล้วในรัฐธรรมนูญ มาตรา 45 ที่ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ กลุ่มเกษตรกร องค์การเอกชน หรือหมู่คณะอื่น

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือเพื่อป้องกันมิให้มีการผูกขาดตัดตอนทางเศรษฐกิจ”

⁷⁷ International Labour Office Geneva, Protecting the Least Protected: Rights of Migrant Workers and the Role of Trade Unions (Guidelines for Trade Unions), Interdepartment Project on Migrant Workers 1994-1995. (Geneva : ILO, 1995), p. 21.

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ Friedrich-Ebert-Stiftung and Laour Resource Center, “Migration Workers and the Asian Economic Crisis: Towards a Trade Union Position”, Southeast Asia Regional Conference, Bangkok.1998, p. 2.

ในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 95 วรรค 1 ก็ได้บัญญัติว่า "ผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานได้จะต้องเป็นลูกจ้างของนายจ้างคนเดียวกันกับผู้จดทะเบียนสหภาพแรงงานหรือเป็นลูกจ้างซึ่งทำงานในกิจการประเภทเดียวกันกับผู้จดทะเบียนสหภาพแรงงาน และมีอายุตั้งแต่ 15 ปีขึ้นไป"

การบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นการให้สิทธิทั้งแรงงานชาวไทยและแรงงานต่างด้าวสามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานใดที่แรงงานประสงค์ก็ได้ โดยมีเงื่อนไขเพียงแค่ว่าแรงงานดังกล่าวต้องเป็นลูกจ้างที่มีอายุ 15 ปีขึ้นไปและเป็นลูกจ้างในกิจการประเภทเดียวกัน การที่ไม่มีการจำกัดสัญชาติของลูกจ้างผู้ซึ่งจะใช้สิทธิเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานจึงเป็นการให้สิทธิเท่าเทียมกันทั้งลูกจ้างชาวไทย และลูกจ้างชาวต่างชาติที่จะมีสิทธิเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานที่ตนเลือกได้เช่นเดียวกันซึ่งเป็นการรับรองสิทธิในการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานที่สอดคล้องกับหลักการการให้ความคุ้มครองที่เท่าเทียมกันแก่แรงงานต่างด้าวตามกฎหมายและแรงงานในชาติตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 แล้ว ซึ่งต่างจากการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะก่อตั้งสหภาพแรงงานที่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติฉบับที่ 54 เรื่องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังคงสงวนไว้ให้เฉพาะกับคนไทยเท่านั้นโดยได้กำหนดให้ผู้มีสัญชาติไทยเป็นเงื่อนไขขั้นต้นของผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพแรงงาน⁸¹ ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการปฏิบัติที่ไม่เท่าเทียมกันกับแรงงานต่างด้าวแต่ก็ไม่เป็นการขัดกับอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 เนื่องจากสิทธิในการก่อตั้งสหภาพแรงงานไม่ได้ถูกกำหนดให้อยู่ในขอบเขตที่รัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับแรงงานต่างด้าวด้วย

หากพิจารณาถึงจำนวนแรงงานต่างด้าวที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานในประเทศไทยนั้น จากการสัมภาษณ์สอบถามสภาองค์การลูกจ้าง จำนวน 5 สภา⁸² (จากจำนวนสภาองค์

⁸¹ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ มาตรา 88 และดู กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, กฎหมายที่เกี่ยวข้อง: สรุปสาระสำคัญ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และประกาศคณะกรรมการรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติฉบับที่ 54 เรื่องแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518. แหล่งที่มา :

[http://www.labour.go.th/4.3.1.html#????????????\[2002, March 11\]](http://www.labour.go.th/4.3.1.html#????????????[2002, March 11])

⁸² รายชื่อสภาองค์การลูกจ้างที่สัมภาษณ์ประกอบไปด้วยสภาองค์การลูกจ้างสภาแรงงานไทย, สภาองค์การลูกจ้างสภาลูกจ้างเอกชน, สภาองค์การลูกจ้างสภาแรงงานแห่งประเทศไทย,

การลูกจ้างในประเทศไทยที่มีทั้งหมด 9 สมา) ทราบว่าแม้สภาองค์การลูกจ้างทั้ง 5 สมาดังกล่าว จะมีสหภาพแรงงานเป็นสมาชิกอยู่ร่วมพันสหภาพ ครอบคลุมลูกจ้างที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน จำนวนหลายหมื่นคน แต่ก็ไม่พบว่ามีแรงงานต่างด้าวเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานที่อยู่ในสังกัดของสภาองค์การลูกจ้างดังกล่าว และจากการสัมภาษณ์นักวิชาการแรงงาน กองแรงงานสัมพันธ์ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม นายไฉซ์ พรหมจัน⁸³ พบว่ายังไม่เคยมีสหภาพแรงงานใดยื่นข้อเรียกร้องเพื่อเจรจาทันทีกับนายจ้างเรื่องสิทธิประโยชน์ของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

ปรากฏการณ์ที่ไม่มีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานในประเทศไทยอาจมีสาเหตุมาจากข้อจำกัดของพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ที่ห้ามลูกจ้างที่เป็นผู้บังคับบัญชาเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน ดังที่มาตรา 95 วรรค 3 บัญญัติไว้ว่า " ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจในการจ้าง การลดค่าจ้าง การเลิกจ้าง การให้บำเหน็จหรือการลงโทษ จะเป็นสมาชิกในสหภาพแรงงานที่ลูกจ้างอื่นได้จัดตั้งหรือเป็นสมาชิกอยู่ไม่ได้ และลูกจ้างอื่นจะเป็นสมาชิกในสหภาพแรงงานที่ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาดังกล่าวได้จัดตั้งขึ้นหรือเป็นสมาชิกอยู่ไม่ได้" ซึ่งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยจำนวนมากทำงานในตำแหน่งบริหารและจัดการดังกล่าว โปรดดูตารางแสดงประเภทอาชีพแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายข้างใต้

สภาองค์การลูกจ้าง สภาลูกจ้างแห่งชาติ, และสภาองค์การลูกจ้างสมาพันธ์แรงงานแห่งประเทศไทย

⁸³ สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2545

ตารางที่ 6 แสดงประเภทอาชีพของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทย โดยเฉพาะประเภทที่ได้รับอนุญาตชั่วคราวและประเภทส่งเสริมการลงทุน ปี พ.ศ. 2544⁸⁴

ประเภทอาชีพ	จำนวน(คน)			
	มิถุนายน	(%)	กันยายน	(%)
1.อาชีพผู้ปฏิบัติงานด้านบริหารและงานจัดการ	28,657	36.5%	24,009	44.5%
2.อาชีพผู้ปฏิบัติงานในวิชาชีพวิชาการและที่เกี่ยวข้อง	20,561	26%	15,847	29.5%
3.อาชีพผู้ปฏิบัติงานที่เกี่ยวกับการผลิตและผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับพนักงานใช้อุปกรณ์ในการขนส่งและคนงานหรือกรรมกร	2,359	3%	2,116	4%
4.อาชีพผู้ปฏิบัติงานอาชีพด้านบริการ	1,684	2%	1,654	3%
5.อาชีพทำงานกลสิกรรมผู้เลี้ยงสัตว์ ป่าไม้ ชาวประมง พรวน	1,289	1.5%	838	1.5%
6.อาชีพเสมียนพนักงานและผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวข้องกัน	831	1%	683	1%
7.อาชีพผู้ปฏิบัติงานเกี่ยวกับการค้า	762	1%	758	1.5%
8.อาชีพอื่นที่ไม่สามารถจัดอาชีพได้	22,624	29%	8,315	15%
รวม	78,767	100%	54,220	100%

การที่แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายและได้รับใบอนุญาตทำงานไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานนั้น เป็นปรากฏการณ์ที่น่าสังเกตอันจะเชื่อมโยงไปสู่การวัดระดับมาตรฐานการคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งในเบื้องต้นนี้สามารถตั้งข้อสังเกตได้สองแนวทางดังนี้ แนวทางแรกแรงงานต่างด้าวอาจได้รับการคุ้มครองสิทธิที่ดีอยู่แล้ว และสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทยได้โดยช่องทางตามกฎหมายช่องทางอื่นที่ไม่ใช่การเรียกร้องผ่านสหภาพแรงงาน แนวทางที่สองซึ่งเป็นทางกลับกันกับแนวทางแรกคืออาจเป็นการเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานมีอุปสรรคทั้งในทางกฎหมายและทางปฏิบัติ

⁸⁴ ข้อมูลจากฝ่ายทะเบียนแรงงานต่างด้าว กองงานคนต่างด้าว กรมการจัดหางาน

ทำให้แรงงานต่างด้าวไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกได้ อันจะส่งผลให้นายจ้างสามารถที่จะเอารัดเอาเปรียบแรงงานต่างด้าวได้ทั้งการจ่ายค่าจ้างและสภาพการทำงาน⁸⁵

พิจารณาแนวทางแรก ที่ตั้งข้อสังเกตไว้ว่าแรงงานต่างด้าวอาจได้รับการคุ้มครองสิทธิที่ดีอยู่แล้วและสามารถแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทยได้โดยช่องทางตามกฎหมาย ช่องทางอื่นที่ไม่ใช่การเรียกร้องผ่านสหภาพแรงงาน แนวทางนี้อาจหาข้อสนับสนุนได้จากข้อเท็จจริงที่ว่าแรงงานต่างที่เข้าประเทศไทยโดยถูกกฎหมายและได้รับใบอนุญาตทำงานนี้เข้ามาโดยผลของการที่รัฐบาลไทยสนับสนุนการลงทุนแก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งนักลงทุนเหล่านี้โดยเฉพาะนักลงทุนที่มาจากญี่ปุ่นและชาติตะวันตกอื่น ๆ ก็ได้นำแรงงานต่างด้าวที่เป็นคนชาติเดียวกับตนเข้ามาทำงานด้วย โดยที่บริษัทข้ามชาติเหล่านี้มีการกำหนดสภาพการจ้างงานและจ่ายค่าจ้างที่ดีกว่ามาตรฐานอื่นของนายจ้างคนไทย⁸⁶ ดังนั้นแรงงานต่างด้าวรวมทั้งแรงงานไทยที่ทำงานกับนักลงทุนต่างชาติเหล่านี้จึงมีสภาพการจ้างการทำงานและความเป็นอยู่ในระดับที่ดีอยู่แล้วไม่มีปัญหา อีกทั้งจากการสัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวที่ทำงานอยู่ในประเทศไทยจำนวนกว่า 10 คน⁸⁷ ถึงเหตุผลที่ไม่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานในประเทศไทยก็มักพบคำตอบว่า เนื่องจากเข้ามาทำงานเพียงระยะเวลาสั้นๆและไม่มีปัญหาอะไรในการทำงานในประเทศไทยที่จะต้องเรียกร้องผ่านสหภาพแรงงาน จึงไม่เห็นประโยชน์ในการต้องเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานแต่อย่างใด

แนวทางที่สองที่ตั้งข้อสังเกตว่าการเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานมีอุปสรรคทั้งในทางกฎหมายและทางปฏิบัติที่เกิดจากการขัดขวางของนายจ้างทำให้แรงงานต่างด้าวไม่สามารถเข้า

⁸⁵ Friedrich-Ebert-Stiftung and Laour Resource Center ,1998: 2

⁸⁶ ที่มา U.S. Department of State, Thailand: Country Reports on Human Rights Practice-2000 Released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, February 2001[Online] .Available from: www.state.gov/g/drl/rs/hr/rpt/2000/eap/index.cfm?docid=776 [2002, March 11]

⁸⁷ แรงงานต่างด้าวที่ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์ประกอบไปด้วยแรงงานต่างด้าวที่ประกอบอาชีพ นักดนตรีเจ้าของธุรกิจเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์, อาชีพขายเสื้อผ้า, พ่อครัว, อาจารย์สอนคอมพิวเตอร์, อาจารย์สอนในมหาวิทยาลัย, นักวิจัย, วิศวกร, ที่ปรึกษากฎหมายในบริษัททนายความไทย พนักงานแลกเปลี่ยนของบริษัทที่ปรึกษาธุรกิจข้ามชาติ ซึ่งประกอบไปด้วย ชาวอเมริกัน ชาวฝรั่งเศส ชาวอินเดีย ชาวเยเมน ชาวอินโดนีเซีย ชาวพม่า ทำการสัมภาษณ์ระหว่างวันที่ 13 - 18 มีนาคม พ.ศ. 2545. สถานที่สัมภาษณ์ : กรุงเทพมหานคร

ร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานได้อันจะส่งผลให้นายจ้างสามารถที่จะเอาผิดเอาเปรียบแรงงานต่างด้าวได้ทั้งการจ่ายค่าจ้างและสภาพการทำงาน ข้อสังเกตตามแนวทางนี้แม้ไม่มีข้อสนับสนุนจากแรงงานต่างด้าวที่ถูกกฎหมายที่ผู้วิจัยได้ทำการสัมภาษณ์ แต่อย่างไรก็ตามจากการสัมภาษณ์ นายไพรัช พรหมจีน นักวิชาการแรงงานก็พบว่าแรงงานคนไทยเองก็ยังคงประสบปัญหาการขัดขวางจากนายจ้างทำให้ไม่สามารถเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานได้ กรณีจึงน่าสังเกตว่าแรงงานต่างด้าวก็อาจพบปัญหาและอุปสรรคเช่นเดียวกัน

ผู้วิจัยเห็นด้วยกับข้อสังเกตแนวทางแรกว่าการที่แรงงานต่างด้าวในประเทศไทยแทบจะไม่มีส่วนร่วมกับการดำเนินกิจกรรมใดๆของสหภาพแรงงานเลยนั้นเนื่องจากแรงงานต่างด้าวไม่ประสงค์ที่จะเข้าร่วมเองทั้งๆที่กฎหมายได้เปิดโอกาสและรับรองสิทธิในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานให้อยู่แล้ว ซึ่งก็มีลักษณะคล้ายกับแรงงานคนไทยเองที่ยังมีส่วนร่วมกับการสหภาพแรงงานน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนแรงงานทั้งหมดในประเทศ โดยจากรายงานพบว่าคนงานที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานมีเพียงร้อยละ 2 ของจำนวนคนงานทั้งหมดในประเทศไทย โดยมีคนงานที่ทำงานเกี่ยวกับการอุตสาหกรรมเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานมากที่สุดคือร้อยละ 11 ของคนงานที่เป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน⁸⁸

สำหรับปรากฏการณ์ที่ยังไม่มีสหภาพแรงงานในประเทศไทยเรียกร้องหรือเจรจาต่อรองเกี่ยวกับสิทธิประโยชน์ของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ก็สามารถตั้งข้อสังเกตตามข้อมูลข้างต้นได้ว่าแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยได้รับการคุ้มครองสิทธิและประโยชน์จากรัฐและนายจ้างดีอยู่แล้ว อีกทั้งจากรายงานวิจัยฉบับหนึ่งพบว่าในความเป็นจริงแล้วสหภาพแรงงานในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวประเทศอื่นอื่นก็ได้ดำเนินการอะไรมาจนนักในการช่วยเหลือแรงงานต่างด้าวทั้งสหภาพแรงงานของประเทศในประเทศที่นำแรงงานต่างด้าว (trade union of migrant-sending country) และสหภาพแรงงานที่เป็นประเทศปลายทางในการทำงานของแรงงานต่างด้าว (trade union of migrant receiving country) ทั้งที่วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งสหภาพแรงงานจะมีขึ้นเพื่อคุ้มครองคนงานทั้งหมดซึ่งรวมทั้งแรงงานต่างด้าวด้วยในการไม่ให้ถูกเอาเปรียบหรือละเมิดจากนายจ้าง ก็เนื่องมาจากสถานการณ์ในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวนั้น

⁸⁸ U.S. Department of State, Thailand: Country Reports on Human Rights Practice-2000 Released by the Bureau of Democracy, Human Rights, and Labor, February 2001. [Online] .Available from: www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2000/eap/index.cfm?docid=776

แรงงานท้องถิ่นมักมองว่าแรงงานต่างด้าวคุกคามความมั่นคงของการมีงานทำของแรงงานภายในประเทศ⁸⁹ ซึ่งจากการที่ผู้วิจัยได้สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ของสภาองค์การลูกจ้างในประเทศไทยนั้นก็พบว่าสภาพแรงงานในประเทศไทยเห็นว่าการเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยเป็นการแย่งงานคนไทยทำโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวที่ไม่มีทักษะที่ลึกลงเข้าเมืองมาอย่างผิดกฎหมาย⁹⁰

3.4 การมีที่พักอาศัย (accommodation)

สิทธิในการมีที่พักอาศัยก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่แรงงานต่างด้าวตามกฎหมายต้องได้รับความคุ้มครองโดยไม่มี การเลือกปฏิบัติตามหลักการของอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6⁹¹

กฎหมายไทยก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญในการมีที่พักอาศัยของบุคคลโดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 36 ได้บัญญัติรับรองในเรื่องนี้ไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร”

แต่ประเทศไทยก็ได้มีการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินโดยประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งเป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้บัญญัติในหมวดที่ 8 การกำหนดจำกัดสิทธิในการถือที่ดินของคนต่างด้าวไว้ โดยมาตรา 86 วรรคแรก บัญญัติไว้ว่า

“คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินก็โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย”

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ สัมภาษณ์ทางโทรศัพท์เจ้าหน้าที่สภาองค์การลูกจ้างสภาแรงงานไทย วันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2544, เจ้าหน้าที่สภาองค์การลูกจ้างสภาลูกจ้างเอกชน วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2545, วันเพ็ญ เปรรมแก้ว, เจ้าหน้าที่สภาองค์การลูกจ้างสภาแรงงานแห่งประเทศไทย วันที่ 28 ธันวาคม พ.ศ. 2544, เจ้าหน้าที่สภาองค์การลูกจ้างสภาลูกจ้างแห่งชาติ วันที่ 8 มีนาคม พ.ศ. 2545 ปราบกฏตั้งรายการสัมภาษณ์ในภาคผนวก

⁹¹ ILO Convention No. 97, Article 6(1)(a) (iii) accommodation.

ซึ่งในบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้ห้ามคนต่างด้าวไม่ให้ถือครองที่ดินในประเทศไทย ยกเว้นได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นรัฐมนตรีผู้รักษาการตามประมวลกฎหมายที่ดิน⁹² ซึ่งแตกต่างจากคนไทยที่สามารถถือครองที่ดินได้โดยไม่ต้องมีการขออนุญาตเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน

อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าวก็มีสิทธิในที่พักอาศัยในประเทศไทยได้โดยสามารถเช่าที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดจำกัดห้ามคนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดิน ทั้งนี้หมายถึง การห้ามเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น มิได้ห้ามรวมไปถึงการเช่าที่ดินเพื่อเป็นผู้ครอบครองเพื่ออยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์อื่นใดชั่วระยะเวลาหนึ่งด้วย

นอกจากที่ดินแล้วหากคนต่างด้าวต้องการมีที่พักอาศัยกฎหมายของไทยก็กำหนดอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวสามารถมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดหรือคอนโดมิเนียมได้ด้วย โดยพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 อนุญาตให้คนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ มาตรา 19 ซึ่งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายย่อมได้รับสิทธินี้⁹³ แต่ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534 มาตรา 19 ทวิ - มาตรา 19 เตรส ก็ได้จำกัดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเป็นเจ้าของในอาคารชุดไว้ด้วยเช่นกัน โดยมาตรา 19 ทวิบัญญัติว่า "อาคารชุดแต่ละอาคารชุด

⁹² พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 15 วรรคแรก "ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และตามประมวลกฎหมายที่ดิน และให้มีอำนาจแต่งตั้งเจ้าพนักงานที่ดินและพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้และประมวลกฎหมายที่ดิน"

⁹³ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 19 "คนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวอาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ถ้าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายคนเข้าเมือง
- (2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) นิติบุคคลตามที่.....
- (4) นิติบุคคลซึ่งเป็น...
- (5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อชำระค่าห้องชุด

จะมีคนต่างด้าวและหรือนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดเมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละ 40 ของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้นในขณะที่ขอจดทะเบียนอาคารชุด...”

ดังนั้นประเทศไทยจึงเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยสามารถมีสิทธิในที่อยู่อาศัยได้ในระหว่างที่อยู่และทำงานในประเทศไทยซึ่งการเลือกที่อยู่อาศัยของแรงงานต่างด้าวนี้ก็อาจเป็นการเช่าที่ดินหรือเช่าบ้านเพื่ออยู่อาศัยหรืออาจเป็นการซื้อหรือเช่าห้องชุดเท่านั้นโดยในการซื้อห้องชุดกฎหมายที่จะควบคุมโดยการกีดกันส่วนที่คนต่างด้าวจะซื้อได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของจำนวนของห้องชุดรวมทั้งหมด

กรณีจึงควรต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติกฎหมายที่จำกัดสิทธิแรงงานต่างด้าวในการถือครองที่ดินว่าต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน และบทบัญญัติที่กำหนดสัดส่วนว่าคนต่างด้าวซื้อห้องชุดได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของห้องชุดทั้งหมดเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว ตามมาตรา 6 अनुสัญญาฉบับที่ 97 หรือไม่

กรณีปรากฏชัดว่าบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองเรื่องดังกล่าวเป็นการกำหนดสิทธิของแรงงานต่างด้าวให้แตกต่างไปจากสิทธิของคนไทย แต่คงจะสรุปเพียงเท่านี้ไม่ได้ว่าการกำหนดให้สิทธิที่แตกต่างกันนี้เป็นทางเลือกปฏิบัติ กรณียังมีความจำเป็นต้องนำหลักทฤษฎีเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติตามที่ได้อธิบายความหมายของการเลือกปฏิบัติไว้แล้วในบทที่ 2 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาปรับเพื่อการวิเคราะห์ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันดังกล่าวนี้เป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว ผู้วิจัยเห็นว่าตามหลักการของการไม่เลือกปฏิบัติที่ยืนอยู่บนพื้นฐานการปฏิบัติที่เสมอภาคกันนั้นมิได้กำหนดว่าจะต้องมีการปฏิบัติที่เหมือนกันทุกอย่างจึงจะเป็นความเสมอภาค แต่หลักการเสมอภาคที่อริสโตเติลได้กล่าวไว้มีว่า หากสิ่งทีปฏิบัติต่อนั้นเป็นสิ่งที่เหมือนกันก็ควรปฏิบัติเหมือนกัน แต่สิ่งที่ต่างกันก็ควรปฏิบัติแตกต่างกันออกไปตามสัดส่วนของความแตกต่าง จึงจะเรียกว่าเป็นการปฏิบัติที่เสมอภาค

ดังนั้นจึงต้องพิจารณาต่อไปว่าบทบัญญัติให้สิทธิคนต่างด้าวที่แตกต่างจากคนไทยนี้มีวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับได้หรือไม่ เนื่องจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ให้การยอมรับว่า

“หากว่าเนื้อหา (*criteria*) ของการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสมเหตุสมผล (*reasonable*) และมีหลักการไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจ (*objective*) และมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรลุเป้าหมายที่ถูกต้องตามกฎหมายตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมืองนี้ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ”⁹⁴

บทบัญญัติจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินของไทยที่คนต่างด้าวจะถือครองที่ดินได้ต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน ซึ่งในทางปฏิบัติยังไม่เคยมีการอนุมัติให้คนต่างด้าวถือที่ดินในประเทศไทยได้ บทบัญญัติและแนวทางปฏิบัติของประเทศไทยดังกล่าวนี้เป็นการให้สิทธิเฉพาะแต่คนไทยในการถือครองที่ดินและจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินโดยมีเหตุผลเพื่อต้องการรักษาความมั่นคงของชาติไม่ต้องการให้คนต่างชาติมายึดครองที่ดินในประเทศไทยเนื่องจากประเทศไทยไม่ต้องการเสียดินแดนให้กับต่างชาติซึ่งจะกลายเป็นอาณานิคม

บทบัญญัติของการจำกัดสัดส่วนของการมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของคนต่างด้าวนั้นก็มีเหตุผลเป็นการเอื้อประโยชน์ให้สิทธิแก่คนไทยดีกว่าคนต่างด้าว ซึ่งมีเหตุผลสนับสนุนได้ว่าคนไทยต้องการการเอื้อประโยชน์ในเรื่องนี้เนื่องจากคนไทยมีจำนวนมากกว่าคนต่างด้าวจึงจำเป็นต้องมีที่อยู่อาศัยมากกว่าคนต่างด้าว และการกำหนดสัดส่วนดังกล่าวก็เป็นการคุ้มครองคนไทยซึ่งมีกำลังซื้อน้อยกว่าคนต่างด้าวจากการแข่งขันทางด้านราคาตามท้องตลาดซึ่งคนต่างด้าวอาจมีกำลังซื้อได้มากกว่า อีกทั้งการกำหนดสัดส่วนให้คนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ร้อยละ 40 และคนไทยมีกรรมสิทธิ์ในการถือครองห้องชุดได้ร้อยละ 60 นั้นถือได้ว่าเป็นสัดส่วนที่พอสมควรไม่ได้เอื้อประโยชน์ให้แก่คนไทยมากเกินไป เนื่องจากคนไทยทั้งประเทศมีกว่า 60 ล้านคน ในขณะที่คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวที่มีคุณสมบัติตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 19 ที่จะมียกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดได้มีไม่ถึง 1 ล้านคน ผู้วิจัยจึงเห็นว่าการจำกัดสัดส่วนของการถือครองอาคารชุดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 นั้นมีเหตุผลที่สามารถอธิบาย (*justification*) ได้เนื่องจากการจำกัดสัดส่วนดังกล่าวเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับคนไทยซึ่งมีจำนวนมากกว่าคนต่างด้าวมากจึงเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย (*legitimate aim*) และมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลของสัดส่วนวิธีการที่ใช้ (*the means employed*) และวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับ (*the aim sought to be realized*) จึงถือได้ว่าเนื้อหาของบท

⁹⁴ General Comment 18 (37) (New York, United Nations, 1989), para. 13, CCPR/C/21Rev. 1/Add. 1.

บัญญัติกฎหมายนี้สมเหตุสมผล (reasonable) ไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจจึงไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ

แต่สำหรับบทบัญญัติจำกัดสิทธิคนต่างด้าวไม่ให้ถือครองที่ดิน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีกระทรวงมหาดไทยซึ่งในทางปฏิบัติแล้วก็ไม่เคยมีการอนุญาตให้กับคนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ดังที่กล่าวแล้ว ซึ่งมีผลทำให้คนต่างด้าวไม่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในบ้านหรือที่พักอาศัยที่ตั้งอยู่บนที่ดินนอกเหนือจากห้องชุดได้นั้น แต่อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวก็ยังคงมีสิทธิในที่อยู่อาศัยในประเทศไทยได้โดยการเช่า ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยกำหนดให้เช่าได้สูงสุดเพียงครั้งละ 30 ปี โดยสามารถต่อสัญญาได้อีกไม่เกิน 30 ปี⁹⁵ หากพิจารณาด้านสัดส่วนการปฏิบัติที่แตกต่างกันระหว่างสิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับสิทธิการเช่าที่ดิน 30 ปี นั้น ถือว่าเป็นสัดส่วนที่แตกต่างกันมาก เนื่องจากสิทธิตามสัญญาเช่าเป็นบุคคลสิทธิที่ผู้ให้เช่าสามารถบอกเลิกสัญญาเช่าและให้ผู้เช่าออกจากทรัพย์สินที่เช่าได้ หรือหากไม่มีการบอกเลิกสัญญาเช่าเมื่อเช่าครบกำหนดเวลาแล้วผู้ให้เช่าอาจปฏิเสธไม่ให้ผู้เช่าเช่าที่ดินต่อก็ได้ แต่กรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นทรัพย์สินที่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะอยู่และใช้สอยประโยชน์จากที่ดินและทรัพย์สินที่ตั้งอยู่บนที่ดินได้อย่างเต็มที่รวมทั้งมีสิทธิขับไล่ผู้ที่มารบกวนการใช้สอยและอยู่อาศัยบนที่ดินดังกล่าวได้ด้วย อีกทั้งบทบัญญัติจำกัดสิทธิการถือครองที่ดินก็ยังขัดกับกติกาสากลว่าสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม มาตรา 11 ที่รับรองให้ทุกคนมีสิทธิมาตรฐานการดำรงชีพที่เพียงพอซึ่งรวมไปถึงการมีที่พักอาศัยด้วย⁹⁶ โดยมาตรา 2 ของกติกาฉบับนี้ก็ได้ยืนยันว่าสิทธิดังกล่าวเป็นของบุคคลทุกคนโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติบนพื้นฐานใดๆทั้งสิ้น⁹⁷ บทบัญญัติจำกัดสิทธิในการถือที่ดินของคนต่างด้าวจึงมีวัตถุประสงค์และมีผลต่อการมีสิทธิที่ที่พักอาศัยที่อยู่บนที่ดินของแรงงานต่างด้าวให้ได้รับสิทธิน้อยกว่าคนไทย

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540

“อันอสังหาริมทรัพย์ ท่านห้ามมิให้เช่ากันเป็นกำหนดเวลาเกินกว่าสามสิบปี ถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้น ท่านก็ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี

อนึ่งกำหนดเวลาเช่าดังกล่าวนี้ เมื่อสิ้นลงแล้วจะต่อสัญญาอีกก็ได้ แต่ต้องอย่าให้เกินสามสิบปีนับแต่วันต่อสัญญา”

⁹⁶ ICESCR Article 11 Everyone has the right to an adequate standard of living for himself and his family, including adequate food, clothing and housing

⁹⁷ ICESCR, Article 2 Everyone is entitled to the same rights without discrimination of any kind.

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าบทบัญญัติจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าว ซึ่งขัดกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติตาม มาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97

3.5 การคุ้มครองความมั่นคงทางสังคม (Social Security)

แนวความคิดในการคุ้มครองความมั่นคงทางสังคมก็ได้ถูกนำมาบัญญัติให้รัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายเท่าเทียมกันกับแรงงานที่เป็นคนชาติ ตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 ด้วย ทั้งนี้เนื่องจากความสำคัญของความมั่นคงทางสังคมที่มีต่อแรงงานและทุกคนในสังคมที่เห็นได้จากความหมายของความมั่นคงที่ให้ไว้โดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ว่า "สมาชิกของสังคมควรได้รับการคุ้มครองจากสังคม โดยมีมาตรการทางสาธารณะเพื่อสู้กับความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากการขาดรายได้หรือลดลงในรายได้ อันเป็นผลมาจากการเจ็บป่วย การเป็นมารดา การเจ็บป่วยจากการทำงาน การว่างงาน ทูพผลกระทบ ขราภาพ และมรณภาพ รวมถึงมาตรการการช่วยเหลือด้านการรักษาพยาบาล และการให้ความช่วยเหลือต่อครอบครัวที่มีบุตรต้องอุปการะ"⁹⁸ ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าความมั่นคงทางสังคมเป็นความคุ้มครองที่สังคมให้แก่สมาชิกในสังคมอย่างหนึ่ง ซึ่งมีจุดมุ่งหมายในการช่วยเหลือสมาชิกในสังคมให้ได้อยู่ดีกินดี

ความหมายของความมั่นคงทางสังคมที่ทานศาสตราจารย์นิคม จันทรวิฑูรได้ให้ความหมายไว้ "ความมั่นคงทางสังคม" หมายถึง มาตรการต่างๆทางสาธารณะที่มุ่งขจัดความเดือดร้อนทางเศรษฐกิจและสังคมที่อาจเกิดขึ้นจากการทำงานและนอกการทำงานของประชาชนที่อาจดำเนินการในรูปแบบประกันสังคม การสังคมสงเคราะห์ สวัสดิการสังคม และโครงการต่างๆเพื่อจุด

⁹⁸ International Labour Office. From Pyramid to Pillar : Population Change and Social Security in Europe. (Geneva: ILO, 1989), p 61. และดูนิยาม คำว่า "ความมั่นคงทางสังคม" ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ อังโน นิคมจันทรวิฑูร. กฎหมายประกันสังคม : แนวคิด พัฒนาการ และก้าวแรกของการดำเนินงานในประเทศไทย. (กรุงเทพฯ :โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2537), หน้า 2.

ประสงค์ให้เกิดความมั่นคงและการกินดีอยู่ดีของประชาชน โดยรัฐ สาธารณะ เอกชน เข้ามาแบ่งสรรความรับผิดชอบในการดำเนินการที่อาจร่วมหรือแยกกัน⁹⁹

การคุ้มครองให้ความมั่นคงทางสังคม (social security) แก่แรงงานต่างด้าวไม่น้อยไปกว่าที่รัฐให้ความคุ้มครองทางสังคมแก่แรงงานในชาติ ตามที่กำหนดในมาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 มีขอบเขตในการคุ้มครองไปถึง บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองหรือการให้ประโยชน์ตอบแทนในกรณีต่อไปนี้

- 1) กรณีบาดเจ็บจากการจ้างงาน (employment injury)
- 2) กรณีเป็นมารดา (maternity)
- 3) กรณีเจ็บป่วย (sickness)
- 4) กรณีทุพพลภาพ (invalidity)
- 5) กรณีชราภาพ (old age)
- 6) กรณีตาย (death)
- 7) กรณีว่างงาน (unemployment)
- 8) กรณีที่ต้องมีรับผิดชอบต่อครอบครัว โดยการให้ผลประโยชน์แก่ครอบครัว (family responsibilities)
- 9) กรณีอื่นๆที่อยู่ในขอบเขตของการประกันสังคมตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ของกฎหมายภายในประเทศ

การคุ้มครองความมั่นคงทางสังคมแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 ดังกล่าวก็เป็นไปในแนวทางที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำเกี่ยวกับการคุ้มครองความมั่นคงของผู้ใช้แรงงานไว้ เช่นใน อนุสัญญาฉบับที่ 118 ว่าด้วยการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน (การประกันสังคม) (the ILO Convention No. 118 concerning Equality of Treatment (Social Security), 1962) และอนุสัญญาฉบับที่ 157 ว่าด้วยการจัดตั้งกลไกระหว่างประเทศเพื่อรักษาสีทธิในการประกันสังคม (the ILO Convention No. 157 concerning Maintenance of Social Security Right, 1982)

⁹⁹ นิคม จันทรวิฑูร, กฎหมายประกันสังคม : แนวคิด พัฒนาการ และก้าวแรกของ การดำเนินงานในประเทศไทย. อ่างแล้ว, หน้า 3.

แม้ว่าประเทศไทยจะยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศในเรื่องความมั่นคงทางสังคมข้างต้น แต่ประเทศไทยก็ได้ให้ความคุ้มครองความมั่นคงทางสังคมด้วยโดยสืบเนื่องจากการที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกที่ให้สัตยาบันกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (ICESCR) ที่มาตรา 9 ของกติกาฉบับนี้ก็ได้รับรองความมั่นคงทางสังคมไว้ด้วยว่า “ทุกคนมีสิทธิในความมั่นคงทางสังคม (social security) ซึ่งรวมถึงการประกันทางสังคมด้วย (social insurance)”¹⁰⁰ ประเทศไทยจึงจัดให้มีการคุ้มครองความมั่นคงทางสังคมและมีการประกันสังคมเกิดขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันแก่ประชาชนและพัฒนาคุณภาพชีวิตของประชาชนทุกคนรวมทั้งแรงงานต่างด้าวที่มาทำงานในประเทศไทย” โดยการใช้นโยบายประกันสังคมที่มีหลักการให้ทุกคนในสังคมมีส่วนร่วมรับผิดชอบต่อทุกคนที่อยู่รวมในสังคม โดยการให้ทุกคนที่อยู่ในเครือข่ายการประกันตนที่เป็นผู้มีรายได้จากการทำงานต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนประกันสังคม โดยคำนวณในอัตราคงที่ต่อรายได้ และทุกคนจะได้รับการจ่ายเงินให้เป็นเงินสดในกรณีมีเหตุการณ์ตามการประกันที่กฎหมายให้ความคุ้มครองไว้เกิดขึ้น

จนถึงปัจจุบันนี้กรณีการประกันความมั่นคงทางสังคมตามกฎหมายไทยมีทั้งหมด 8 กรณีด้วยกัน ได้แก่ 1) การประกันในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องมาจากการทำงาน 2) การประกันในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องมาจากการทำงาน 3) การประกันกรณีคลอดบุตร, 4) การประกันกรณีพิการทุพพลภาพ, 5) การประกันกรณีตาย, 6) การประกันกรณีสงเคราะห์บุตร, 7) การประกันกรณีชราภาพ และ 8) การประกันกรณีว่างงาน การประกันในทุกกรณีมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการจ่ายสิทธิประโยชน์ให้เท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือเป็นคนต่างด้าว ซึ่งอยู่กฎหมายที่เกี่ยวกับการการคุ้มครองให้ความมั่นคงทางสังคมและการประกันสังคมที่เกี่ยวข้องหลักๆอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530

1) **การคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 แก้ไขฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542**

พระราชบัญญัติประกันพ.ศ. 2533 แก้ไขฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542 ได้จัดให้มีรูปแบบการประกันสังคม 7 กรณีด้วยกัน ได้แก่ การประกันในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องมาจากการทำงาน การประกันกรณีคลอดบุตร การประกันกรณีพิการทุพพลภาพ

¹⁰⁰ ICESCR, Article 9: Everyone has the right to social security, including social insurance.

การประกันกรณีตาย การประกันกรณีสงเคราะห์บุตร การประกันกรณีชราภาพ และการประกันกรณีว่างงาน¹⁰¹ (สำหรับกรณีการประกันในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันเนื่องมาจากการทำงาน จะอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายฉบับหนึ่ง คือ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537)

โดยหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติประกันสังคมนั้น ก็ให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกันตนกับกองทุนประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ที่ผู้ประกันตนจะเป็นใครก็ได้ในทุกสาขาอาชีพโดยไม่จำกัดเฉพาะลูกจ้างเท่านั้น¹⁰² (นายจ้างก็สามารถเป็นผู้ประกันตนเพื่อรับประโยชน์จากการประกันได้) แต่กฎหมายจะบังคับให้ลูกจ้างทุกคนที่ทำงานในสถานประกอบการที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้นไปต้องเป็นผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคมนี้¹⁰³ ดังนั้นแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายจึงมีสิทธิและสามารถเข้าเป็นผู้ประกันตนตามกฎหมายนี้ได้เช่นเดียวกันกับคนไทย

หลักเกณฑ์ของการประกันสังคมตามกฎหมายนี้กำหนดให้ลูกจ้าง นายจ้าง และรัฐบาลร่วมกันจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมเพื่อจ่ายเป็นประโยชน์ทดแทนให้แก่ผู้ประกันตนเมื่อเกิดกรณีที่มีเหตุเกิดที่นอกเหนือจากการทำงาน อันได้แก่ ได้รับอันตรายหรือเจ็บป่วย คลอดบุตร ทูพพลภาพ ตาย การสงเคราะห์บุตร ชราภาพ ว่างงาน โดยการจ่ายเงินทดแทนก็จะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดให้ซึ่งหลักเกณฑ์การจ่ายเงินทดแทนก็มีได้มีการแบ่งแยกให้แตกต่างกันระหว่างผู้ประกันตนที่เป็นคนไทยหรือผู้ประกันตนที่เป็นคนสัญชาติอื่น

แต่จากการสัมภาษณ์ เจ้าหน้าที่ฝ่ายกฎหมาย สำนักงานประกันสังคม¹⁰⁴ ทราบว่าในทางปฏิบัติเคยมีแรงงานต่างด้าวร้องเรียนเกี่ยวกับการได้รับสิทธิประโยชน์การประกันสังคมว่าแรงงานต่างด้าวไม่สามารถได้รับประโยชน์คุ้มครองการประกันสังคมกรณีชราภาพได้เนื่องจากต้องเดินทางย้ายถิ่นไปทำงานในหลายประเทศทำให้ระยะเวลาในการส่งเงินสมทบเข้ากองทุน

¹⁰¹ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 54

¹⁰² พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 39, 40

¹⁰³ พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 33 และมติคณะรัฐมนตรีวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2544

¹⁰⁴ สัมภาษณ์เมื่อวันที่ 18 มีนาคม พ.ศ. 2545

เงินทดแทนของประเทศที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานไม่ครบตามเกณฑ์ที่จะได้รับสิทธิประโยชน์
ในเรื่องนี้

โดยที่หลักเกณฑ์ในการได้รับประโยชน์ทดแทนการประกันสังคมในแต่ละ
กรณีก็จะแตกต่างกันไป ในที่นี้จะขอกล่าวถึงหลักเกณฑ์การจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ
ซึ่งอาจเป็นประเด็นอุปสรรคในการได้รับสิทธิประโยชน์ของผู้ประกันตนที่เป็นแรงงานต่างด้าว หลัก
เกณฑ์ของการได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533
แก้ไขฉบับที่ 3 พ.ศ. 2542 มีหลักเกณฑ์ดังนี้

1. ผู้ที่จะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพต้องเป็นผู้ประกัน
ตนที่มีอายุครบ 55 ปีและเกษียณอายุหรือเลิกทำงาน ซึ่งได้จ่ายเงิน
สมทบมาแล้วเป็นเวลา 180 เดือนไม่ว่าระยะเวลาที่นั้นจะติดต่อกัน
หรือไม่ก็ตาม(มาตรา 76)
2. สิทธิที่ผู้ประกันตนจะได้รับเป็นเงินเลี้ยงชีพรายเดือนเรียกว่าเงิน
บำนาญชราภาพ โดยทั่วไปจะได้รับในอัตราร้อยละ 15 ของค่าจ้าง
เฉลี่ย 60 เดือนสุดท้ายไปจนตลอดชีวิต แต่สำหรับผู้ประกันรายได้ที่
ได้จ่ายเงินสมทบมาเป็นระยะเวลาเกินกว่า 180 เดือนก่อนเกษียณ
อายุหรือเลิกทำงาน ผู้ประกันตนรายนั้นก็จะได้รับเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1
ในทุกๆ 12 เดือน (มาตรา 77 (1))
3. สำหรับผู้ประกันตนที่มีอายุครบ 55 ปีแล้ว แต่จ่ายเงินสมทบไม่ครบ
ตามระยะเวลาตามเงื่อนไข คือจ่ายเงินสมทบไม่ครบ 180 เดือน ก็
จะได้รับเงินก่อนกลับคืนตามส่วนที่ผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบเข้า
กองทุนมา ซึ่งเงินที่ได้รับนี้จะเรียกว่าเป็นเงินบำเหน็จ(มาตรา 77
(2), มาตรา 77 ทวิ วรรคท้าย)
4. กรณีที่ผู้ประกันตนที่เสียชีวิตก่อนมีสิทธิได้รับบำนาญหรือเสียชีวิต
ภายหลังจากที่ได้รับบำนาญไปแล้วไม่เกิน 60 เดือน ทายาทของผู้
ประกันตน (ยกเว้นบุตรบุญธรรม) สามีหรือภรรยาของผู้ประกันตน
และบิดามารดาของผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับเงินบำเหน็จชราภาพทันที
(มาตรา 77 ตริ วรรคท้าย มาตรา 77 จัตวา)

จากหลักเกณฑ์การได้รับสิทธิประโยชน์กรณีชราภาพนี้ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าแรงงานต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยไม่ถึง 180 เดือนจะไม่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพได้นั้น กรณีดังกล่าวก็จะเป็นเช่นเดียวกันกับแรงงานไทยคนไทยที่อพยพทำงานในหลายประเทศและทำงานในประเทศไทยเป็นระยะเวลาไม่ถึง 180 เดือนที่ก็จะไม่สามารถขอรับเงินบำนาญชราภาพได้

อย่างไรก็ตามแรงงานต่างด้าวที่เป็นลูกจ้างและตกอยู่บังคับของกฎหมายให้อยู่ในระบบประกันสังคมก็ยังสามารถขอรับบำนาญชราภาพได้กรณีแม้จะไม่ได้ทำงานอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลานานและไม่ได้ส่งเงินสมทบครบถึง 180 เดือน แต่เงื่อนไขที่จะทำให้สิทธิการรับเงินนี้เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อแรงงานต่างด้าวที่เป็นผู้ประกันตนอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ หรือแรงงานต่างด้าวผู้ประกันตนเสียชีวิตลงก่อนอายุครบ 55 ปี ซึ่งทั้งสองกรณีแรงงานต่างด้าวหรือผู้มีสิทธิรับเงินดังกล่าวกรณีแรงงานต่างด้าวเสียชีวิตลงจะต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อรับเงินดังกล่าวด้วยตนเอง เนื่องจากสำนักงานประกันของไทยยังไม่มียุทธศาสตร์จ่ายเงินประโยชน์ทดแทนไปยังนอกประเทศ การเข้ามาในประเทศไทยเพื่อรับเงินบำนาญเมื่อตอนอายุ 55 ปีจึงเป็นข้อขัดข้องอย่างหนึ่งของแรงงานต่างด้าวเนื่องจากค่าใช้จ่ายในการเดินทางมาประเทศไทยอาจไม่คุ้มกว่าเงินบำนาญที่แรงงานต่างด้าวจะได้รับจากการประกันสังคม ในส่วนนี้เองที่ดูเหมือนว่าแรงงานต่างด้าวจะไม่สามารถได้รับประโยชน์จากการประกันสังคมกรณีชราภาพ

อย่างไรก็ดีผู้วิจัยก็เห็นว่าข้อขัดข้องที่มีแรงงานต่างด้าวกล่าวอ้างมาดังกล่าวจึงไม่ใช่กรณีที่บทบัญญัติของพระราชบัญญัติประกันสังคมของไทยเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวแต่อย่างไร แม้ว่าแรงงานต่างด้าวอาจจะมีข้อขัดข้องที่ไม่สามารถขอรับสิทธิประโยชน์ชราภาพเป็นเงินบำนาญได้ก็เนื่องจากลักษณะในการทำงานของแรงงานต่างด้าวเองที่ต้องย้ายถิ่นฐานไปทำงานในประเทศอื่นด้วย หรือข้อขัดข้องที่แรงงานต่างด้าวจะต้องเดินทางมารับบำนาญชราภาพในประเทศไทยเมื่ออายุครบ 50 ปีก็ตาม

2) การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537

พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างกรณีประสบอันตราย, เจ็บป่วย, สูญหาย หรือ สูญเสียสมรรถภาพอันเนื่องมาจากการทำงาน โดยการ

ให้สิทธิลูกจ้างในการรักษาพยาบาล¹⁰⁵ หรือโดยได้รับค่าฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงาน¹⁰⁶ จากนายจ้างด้วย นอกจากนี้กฎหมายยังให้สิทธิลูกจ้างได้รับค่าตอบแทนเป็นรายเดือนจากนายจ้างในกรณีที่ลูกจ้างประสบอันตราย หรือเจ็บป่วยหรือสูญหาย ตามอัตราส่วนและความร้ายแรงของการเจ็บป่วย¹⁰⁷ และหากลูกจ้างตายพระราชบัญญัตินี้ยังให้ค่าทำศพ¹⁰⁸ แก่ทายาทของลูกจ้างด้วยในกรณีที่ตายที่ลูกจ้างตาย ทั้งนี้ นายจ้างจะเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่าย

แม้ว่านายจ้างและลูกจ้างที่อยู่ในบางประเภทกิจการพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ไม่ใช้บังคับ ได้แก่ ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ ธุรกิจโรงเรียนเอกชน กิจการที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ และกิจการอื่นๆตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่โดยหลักแล้วพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ใช้บังคับกับนายจ้างที่มีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้นไป¹⁰⁹ ดังนั้นการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติเงินทดแทนนี้ให้ความคุ้มครองกับผู้ที่เป็นลูกจ้าง¹¹⁰ ทุกคนทั้งลูกจ้างคนไทยและลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวด้วยในลักษณะที่เท่าเทียมกัน¹¹¹ ไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากคำนึงตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 5 “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย ดังนั้นแรงงานไทยหรือคน

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 13

¹⁰⁶ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 15

¹⁰⁷ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 18

¹⁰⁸ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 16

¹⁰⁹ ดู พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 4 ; กิติพงษ์ หังสพฤษ, กฎหมายแรงงานที่น่ารู้สำหรับผู้บริหาร นักแรงงาน และประชาชนผู้ใช้แรงงาน (กรุงเทพมหานคร : ธรรมสาร, 2539), หน้า 66-67.

¹¹⁰ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 5 “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย

¹¹¹ อรพินทร์ พิทักษ์มหาเกตุ, “ภาพรวมของแรงงานข้ามชาติที่ได้รับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย”, (รายงานวิจัยเสนอในการสัมมนาในระดับชาติ ชุดโครงการวิจัยเรื่อง ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย : การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ, โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2540), หน้า 75.

ไทยคนใดที่ทำงานโดยที่ไม่ได้อยู่ภายใต้สัญญาจ้างแรงงานกับนายจ้างหรือที่ไม่มีสถานะเป็นลูกจ้างนั้นก็จะไม่ได้รับประโยชน์และการคุ้มครองตามพระราชบัญญัตินี้เช่นเดียวกับแรงงานต่างด้าว ถูกกฎหมายในประเทศไทยที่ไม่ได้ทำงานภายใต้สัญญาจ้างแรงงานก็มิได้รับการคุ้มครองเช่นกัน

แต่อย่างไรก็ดีการให้ความคุ้มครองทางสังคมพื้นฐานที่เกี่ยวกับการทำงานของลูกจ้างและแรงงานต่างด้าวกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย หรือสูญหาย หรือตายอันเนื่องมาจากการทำงานนี้ พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2533 ก็กำหนดให้มีการใช้บังคับกับนายจ้างต้องรับผิดชอบจ่ายเงินทดแทนใช้ค่าความเสียหายให้แก่ลูกจ้างโดยสิ้นเชิงเพื่อเป็นหลักประกันการทำงานของลูกจ้าง ไม่ว่าจะการประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยที่เกิดขึ้นจากการทำงานนั้นจะเกิดขึ้นจากความผิดของหรือความประมาทของลูกจ้างหรือไม่ก็ตาม นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินทดแทนตามหลักความรับผิดชอบเด็ดขาด (strict liabilities)¹¹² แรงงานต่างด้าวก็จะได้รับการคุ้มครองในส่วนนี้อย่างเต็มที่

3) การคุ้มครองตาม พระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530

การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530 เป็นการให้ความคุ้มครองความมั่นคงทางสังคมแก่ผู้ที่ทำงานเป็นลูกจ้างอีกแบบหนึ่งที่มีลักษณะการจัดตั้งกองทุนหนึ่งขึ้นว่ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพโดยอาศัยความสมัครใจของทั้งฝ่ายนายจ้างและลูกจ้าง ลักษณะของการจัดตั้งกองทุนขึ้นโดยอาศัยความสมัครใจของนายจ้างและลูกจ้างนี้เองจึงเป็นลักษณะที่แตกต่างไปจากการให้ความคุ้มครองทางสังคมตามกฎหมายสองฉบับที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เนื่องจากพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มีการกำหนดบังคับนายจ้างและลูกจ้างที่เข้าข่ายคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดต้องเข้าระบบประกันตนเพื่อลูกจ้างจะรับสิทธิประโยชน์ทดแทนกรณีได้รับอันตรายหรือเจ็บป่วยทั้งจากการทำงานและนอกจากการทำงาน การคลอดบุตร ทูพพลภาพ ตาย การสงเคราะห์บุตร ชราภาพ ว่างงาน แต่การคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530 นี้ดังที่กล่าวแล้วว่าเน้นที่ความสมัครใจของลูกจ้างและนายจ้างว่าจะจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพหรือไม่ก็ได้¹³ ดังนั้นหากมีการตกลงกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพขึ้นแล้วก็จะเป็น

¹¹² กิติพงศ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงานที่นํารู้อสำหรับผู้บริหาร นักแรงงาน และประชาชนผู้ใช้แรงงาน. อ่างแล้ว, หน้า 65.

¹¹³ กิติพงศ์ หังสพฤกษ์, กฎหมายแรงงานที่นํารู้อสำหรับผู้บริหาร นักแรงงาน และประชาชนผู้ใช้แรงงาน. อ่างแล้ว, หน้า 160.

ประโยชน์ในแง่ที่เป็นหลักประกันแก่ลูกจ้างกรณีลูกจ้างตาย ออกจากงาน หรือออกจากกองทุน โดยหากเกิดเหตุกรณีใดกรณีข้างต้นหนึ่งขึ้นลูกจ้างจะได้รับการจ่ายเงินจากกองทุน จึงอาจกล่าวได้ว่าการให้ความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเป็นการคุ้มครองที่เสริมเพิ่มเติมสวัสดิการให้แก่ลูกจ้างนอกจากกรณีการให้ความคุ้มครองทางสังคมที่กฎหมายกำหนดบังคับให้อยู่แล้วตาม พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537

การจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพอันเป็นลักษณะของการให้ความคุ้มครองทางสังคมแก่ลูกจ้าง ได้ถูกนำมาใช้เฉพาะเพื่อเน้นให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวโดยประเทศมาเลเซีย โดยแต่เดิม (ตั้งแต่ 1 สิงหาคม พ.ศ. 2541 (ค.ศ. 1998)) ประเทศมาเลเซีย กำหนดแรงงานต่างด้าวทุกคนในมาเลเซียที่มีรายได้ต่ำกว่า 2,500 ริงกิต (RM) ต่อเดือนต้องส่งเงินเข้ากองทุนประกันสังคมของลูกจ้าง (the Employee's Provident Fund : EPF) ในอัตราร้อยละ 11 ของรายได้ต่อเดือน โดยนายจ้างเป็นผู้หักเงินดังกล่าวนำส่ง และนายจ้างเองก็ต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนดังกล่าวด้วย โดยจ่ายเป็นจำนวน 5 ริงกิต (RM) ต่อลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าว 1 คน¹¹⁴ แต่นโยบายใหม่ของมาเลเซียที่เพิ่งเริ่มใช้เมื่อ สิงหาคม พ.ศ. 2544 (ค.ศ. 2001) นั้น กฎหมายอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวและนายจ้างของแรงงานต่างด้าวตัดสินใจเองว่าจะเข้าร่วมในกองทุนประกันสังคมหรือไม่ เนื่องจากนายจ้างของลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวเห็นว่าลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวของตนนั้นจะทำงานอยู่ในประเทศมาเลเซียเป็นการชั่วคราว ซึ่งนายจ้างเองก็ไม่ต้องการที่จะจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมของลูกจ้าง¹¹⁵

¹¹⁴ ดู the Malaysian Employees Provident Fund Act 1991; ศุภชัย วิจัยกฎหมายและ พัฒนา คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, "ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยกับนานาประเทศ และแนวทางการพัฒนาในอนาคต", (รายงานฉบับสมบูรณ์เสนอ กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, 2543), หน้า 74

¹¹⁵ Foreign Workers, Bosses Free to Decide on EPF Now. September 12, 2001. Business Times (Malaysia), p. 1 [Online] .Available from: <http://www.lexis.com/research/retrieve/frames? m=fdea391875310859102f36f377329c46& fmtstr=CITE&docnum=1& startdoc=1& startchk=&wchp=dGLSIS-ISIWk& md5=4b26d4dcf93c9364af414c96323d61cb>[2002, March 11]

สำหรับประเทศไทยหลักเกณฑ์ในการจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ พ.ศ. 2530 ไม่ได้กำหนดว่าต้องเป็นลูกจ้างชาวไทยเท่านั้น ลูกจ้างที่เป็นชาวต่างชาติก็สามารถตกลงกับนายจ้างเข้าร่วมในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพได้ รวมทั้งมิได้กำหนดฐานเงินเดือนขั้นต่ำไว้เป็นคุณสมบัติของลูกจ้างผู้มีสิทธิในการประกันด้วย ดังนั้นไม่ว่าลูกจ้างจะมีสัญชาติใด หรือเป็นแรงงานต่างด้าวก็ตาม และไม่ว่าจะมีเงินเดือนเท่าใดก็ตามหากตกลงกับนายจ้างได้ว่าจะจัดตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพขึ้นแล้วลูกจ้างดังกล่าวก็สามารถได้รับประโยชน์จากการเป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ หลักเกณฑ์การจ่ายเงินเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพนี้ลูกจ้างจะเป็นผู้จ่าย *เงินสะสม* โดยนายจ้างจะเป็นผู้นำส่งโดยหักจากเงินเดือนของลูกจ้างตามข้อบังคับของกองทุนที่จดทะเบียนไว้กับเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งโดยทั่วไปเงินสะสมที่จะต้องจ่ายจะอยู่ในอัตราไม่ต่ำกว่า ร้อยละ 3 และไม่เกินร้อยละ 15 ของค่าจ้าง¹¹⁶ และนายจ้างเองก็เป็นผู้มีหน้าที่จ่าย *เงินสมทบ* ตามจำนวนลูกจ้างที่เป็นสมาชิกกองทุนในอัตราไม่ต่ำกว่าอัตราเงินสะสมที่ลูกจ้างจ่าย แต่ไม่เกินร้อยละ 15 ของค่าจ้าง ซึ่งการจ่ายเงินสะสมและเงินสมทบนี้จะมีการจ่ายเข้ากองทุนทุกครั้งที่มีการจ่ายค่าจ้าง

กองทุนสำรองเลี้ยงชีพเป็นแนวทางการคุ้มครองทางสังคมอีกประการหนึ่งแม้กฎหมายไม่บังคับแต่ก็เป็นประโยชน์อย่างมากที่เดียวสำหรับลูกจ้าง โดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวเพราะแนวความคิดที่ให้ลูกจ้างมีการส่งเงินสะสมทุกครั้งที่มีการจ่ายเงินเดือนนั้นเป็นแนวความคิดในการให้ลูกจ้างมีการออมประการหนึ่ง หากเมื่อลูกจ้างตาย หรือลาออกจากการงาน หรือออกจากกองทุนลูกจ้างก็จะมีส่วนจำนวนหนึ่งในการสำรองเลี้ยงชีพและแรงงานต่างด้าวก็จะมีเงินค่าใช้จ่ายในการหางานใหม่หรือเดินทางกลับประเทศต้นทางของตนเองได้ แต่เนื่องจากกฎหมายไม่มีการบังคับจึงต้องอาศัยความเข้าใจกันระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่จะก่อตั้งกองทุนสำรองเลี้ยงชีพขึ้น และอาศัยความตระหนักถึงข้อดีของการให้หลักประกันทางสังคมแก่ลูกจ้างของนายจ้างด้วยเนื่องจากนายจ้างย่อมมีส่วนในการจ่ายเงินสมทบเข้าในกองทุนสำรองเลี้ยงชีพด้วย ซึ่งนายจ้างอาจไม่ต้องการเข้าร่วมกับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ เนื่องจากไม่ต้องการจ่ายเงินเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพเพื่อลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างด้าวที่มีระยะเวลาการทำงานกับนายจ้างเพียงชั่วคราวอย่างเช่นในประเทศมาเลเซียที่นายจ้างไม่เห็นความจำเป็นที่จะต้องมีการสะสมเงินให้กับลูกจ้าง

¹¹⁶ หากประสงค์ที่จะจ่ายเงินสะสมและเงินสมทบกองทุนสำรองเลี้ยงชีพเกินร้อยละ 15 ของค่าจ้างก็อาจเป็นไปได้หากได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี คุกิตพิงศ์ หังสพฤษ, กฎหมายแรงงานที่นารู้สำหรับผู้บริหาร นักแรงงาน และประชาชนผู้ใช้แรงงาน อ่างแล้ว, หน้า 161.

3.6 การคุ้มครองการเสียภาษีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทย

ตามหลักปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายให้เท่าเทียมกับการปฏิบัติต่อแรงงานในชาติตามมาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ได้รวมถึงการกำหนดหน้าที่เสียภาษีเงินได้จากการทำงานของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยไว้ด้วย¹¹⁷

ดังที่ได้อธิบายไว้ในตอนต้นของบทนี้แล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยรับรองความเสมอภาคของบุคคลทุกคน โดยบัญญัติชัดเจนในมาตรา 30 วรรค 1 ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเท่าเทียมกัน” โดยทั้งนี้ความเสมอภาคในทางกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดไว้ยังครอบคลุมถึงความเสมอภาคในการมีหน้าที่ในการรับภาระของประเทศ เช่นความเสมอภาคในการเสียภาษี ด้วย¹¹⁸

กฎหมายไทยที่กำหนดเกี่ยวกับบุคคลผู้มีหน้าที่เสียภาษี ได้แก่ ประมวลรัษฎากร ซึ่งมีหลักการในการกำหนดหน้าที่ในการเสียภาษีของบุคคล ซึ่งเป็นหลักสากลของนานาประเทศอยู่ 2 หลัก

หลักที่ 1 หลักการเก็บภาษีตามหลักถิ่นที่อยู่ (resident rule) โดยที่ว่า ผู้ที่เข้าข่ายเป็นผู้ที่มีที่อยู่ในประเทศไทย หรือที่เรียกได้ว่าเป็น “ผู้อยู่ในประเทศไทย”¹¹⁹ เมื่อได้รับเงินได้จากการทำงานในต่างประเทศ และได้นำเงินนั้นเข้ามาในประเทศไทย ก็ต้องเสียภาษีในประเทศไทย¹²⁰

¹¹⁷ Convention No. 97, Article 6 :

1. 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 in respect of the following matters:

(c) employment taxes, dues or contributions payable in respect of the person employed; and

¹¹⁸ มานิตย์ จุมปา, รัฐธรรมนูญใหม่มีอะไรใหม่. (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เด็อนตุลา, 2541), หน้า 35

¹¹⁹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 41 วรรคท้าย ให้ความหมายของผู้อยู่ในประเทศไทยไว้ว่า “ผู้ใดอยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะรวมกันทั้งหมดถึง 180 วันในปีภาษีใด ให้ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้อยู่ในประเทศไทย”

หลักที่ 2 หลักการเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ โดยที่ว่า เงินได้จากการทำงานในประเทศไทยต้องเสียภาษี ตามที่มาตรา 41 วรรค 1 แห่งประมวลรัษฎากรบัญญัติไว้ว่า “ผู้มีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้วเนื่องจากหน้าที่การงานหรือกิจการที่ทำในประเทศไทย หรือเนื่องจากกิจการของนายจ้างในประเทศไทย หรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในประเทศไทย ต้องเสียภาษีตามบทบัญญัติในส่วนนี้ไม่ว่าเงินได้นั้นจะจ่ายในหรือนอกประเทศ

จากหลักการเก็บภาษีตามหลักแหล่งเงินได้ (source rule) จากการทำงานที่ทำในประเทศไทยเห็นว่าทั้งคนไทยและคนต่างชาตก็ต้องเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาจากเงินได้ที่เกิดในประเทศไทย เรียกว่าแหล่งเงินได้เกิดในประเทศไทย ไม่ว่าผู้มีเงินได้จะเป็นผู้อยู่ในประเทศไทยหรือไม่ก็ตาม และไม่ว่าเงินได้นั้นจะจ่ายในหรือนอกประเทศไทย¹²¹

เมื่อแรงงานต่างด้าวปฏิบัติงานในประเทศไทยเป็นเหตุให้มีรายได้ หรือในทางภาษีเรียกว่าเงินได้พึงประเมิน¹²² ไม่ว่าเงินได้นั้นจะจ่ายในประเทศไทยหรือไม่ แรงงานต่างด้าวจึงมีหน้าที่ต้องเสียภาษีในประเทศไทยตาม ประมวลรัษฎากร มาตรา 41 วรรค 1 นี้ เช่นเดียวกันกับทุกคนที่มีเงินได้จากการทำงานหรือกิจการในประเทศไทยไม่ว่าคนนั้นจะมีสัญชาติไทยหรือมีสัญชาติใดก็ตาม ซึ่งเห็นว่าบางครั้งแรงงานต่างด้าวอาจต้องเสียภาษีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทยให้กับประเทศไทยตามหลักแหล่งเงินได้ (source rule) และอาจต้องเสียภาษีให้กับประเทศบ้านเกิดของแรงงานต่างด้าวที่แรงงานต่างด้าวมิภูมิลำเนาหรือมีที่อยู่อีกครั้งหนึ่งด้วยเมื่อแรงงานต่างด้าวนำ

¹²⁰ ประมวลรัษฎากรมาตรา 41 (2) “ผู้อยู่ในประเทศไทยมีเงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 ในปีภาษีที่ล่วงมาแล้ว เนื่องจากหน้าที่งานหรือกิจการที่ทำในต่างประเทศ หรือเนื่องจากทรัพย์สินที่อยู่ในต่างประเทศต้องเสียภาษีเงินได้ตามบทบัญญัติในส่วนนี้เมื่อได้นำเงินได้พึงประเมินนั้นเข้ามาในประเทศไทย”

¹²¹ ไพจิตร โรจนวานิช, ชุมพร เสนไสย และสาโรช ทองคำ, ภาษีสรรพากร. (กรุงเทพมหานคร : สามเจริญพาณิชย์ 2544), หน้า 1-009.

¹²² มาตรา 40 เงินได้พึงประเมินนั้นคือเงินได้ประเภทต่อไปนี้ รวมตลอดถึงเงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่างๆดังกล่าวไม่ว่าจ่ายในทอดใด (1) เงินได้เนื่องจากการจ้างแรงงานไม่ว่าจะเป็นเงินเดือน ค่าจ้าง เบี้ยเลี้ยง โบนัส เบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ เงินค่าเช่าบ้าน เงินที่คำนวณได้จากมูลค่าการได้อยู่บ้านที่นายจ้างให้อยู่โดยไม่เสียค่าเช่า เงินที่นายจ้างชำระหนี้ใดๆซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่ต้องชำระ และเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆบรรดาที่ได้เนื่องจากการจ้างแรงงาน, (2)..., (3)..., (4)..., (5)..., (6)..., (7).. (8)..

เงินได้จากการทำงานในประเทศไทยกลับประเทศของตนตามหลักถิ่นที่อยู่ (resident rule) ซึ่งจะทำให้เป็นการเสียภาษีซ้ำซ้อนจากเงินได้จำนวนเดียว (double taxation)

ดังนั้นประเทศไทยจึงได้มีความพยายามแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยได้มีการเจรจาทำความตกลงทวิภาคีเป็นอนุสัญญาภาษีซ้อนกับหลายประเทศ เพื่อขจัดการะการเสียภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาซ้ำซ้อนของแรงงานต่างด้าวที่มีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทย¹²³ ซึ่งก็สอดคล้องกับข้อแนะนำฉบับที่ 86 ที่เสนอแนะให้แต่ละประเทศจัดทำอนุสัญญาทวิภาคีเพื่อขจัดการะการเสียภาษีซ้อนจากเงินได้จากการทำงานของแรงงานต่างด้าว¹²⁴ ซึ่งปัจจุบันนี้ประเทศไทยก็ได้มีการทำอนุสัญญาภาษีซ้อน (Double Taxation Agreement) อยู่แล้วกับ 40 ประเทศ ได้แก่ สวีเดน เนเธอร์แลนด์ นอร์เวย์ เดนมาร์ก เยอรมนี ฝรั่งเศส อิตาลี เบลเยียม ญี่ปุ่น สิงคโปร์ มาเลเซีย อินโดนีเซีย เกาหลีใต้ อังกฤษ ปากีสถาน ฟิลิปปินส์ โปแลนด์ อินเดีย ออสเตรเลีย แคนาดา ฟินแลนด์ สาธารณรัฐประชาชนจีน ฮังการี ออสเตรเลีย ศรีลังกา เวียดนาม สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเชค ลาว สวิสเซอร์แลนด์ อิสราเอล แอฟริกาใต้ โรมาเนีย มอริเชียส ลักเซมเบิร์ก บังคลาเทศ เนปาล สเปน นิวซีแลนด์ และอุซเบกิสถาน¹²⁵ แรงงานต่างด้าวที่เป็นผู้มีสัญชาติของ 40 ประเทศนี้ก็จะได้รับประโยชน์ในการจัดการะการเสียภาษีซ้อนเนื่องจากแหล่งเงินได้จากการทำงานในประเทศไทย

ประมวลรัษฎากรเองก็มีบทบัญญัติที่ช่วยเป็นการบรรเทาภาระการเสียภาษีของผู้มีเงินได้ซึ่งแรงงานต่างด้าวก็จะได้รับประโยชน์ในส่วนนี้ด้วยเท่ากับคนไทยได้แก่ การอนุญาตให้มีการหักลดหย่อนในเงินหลายๆจำนวนก่อนนำมาคำนวณภาษีที่ต้องชำระ¹²⁶ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์คุ้มครองแรงงานรวมทั้งแรงงานต่างด้าวที่น่าสนใจมีดังนี้

¹²³ อนุสัญญาภาษีซ้อนยังใช้รวมถึงการจัดการะการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลซ้ำซ้อนของนิติบุคคลต่างชาติในประเทศไทยด้วย ดูชัยสิทธิ์ ตราฐธรรม, การวางแผนภาษีอากร (TAX PLANNING), (นนทบุรี : T.Training Center, 2544), หน้า35.

¹²⁴ ILO Recommendation No.86, Annex, Article 27. Double Taxation: The two parties shall determine in a separate agreement the measures to be taken to avoid double taxation on the earnings of a migrant for employment.

¹²⁵ ชัยสิทธิ์ ตราฐธรรม, การวางแผนภาษีอากร (TAX PLANNING), อ้างแล้ว, หน้า35.

¹²⁶ ภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาที่ต้องชำระให้แก่รัฐบาลไทย ได้มาจากการคำนวณโดยนำเงินได้พึงประเมิน หักค่าใช้จ่ายตามที่กฎหมายกำหนด หักค่าลดหย่อนส่วนตัว และบุตรและอื่นๆ

1). การหักลดหย่อนเงินที่ได้ส่งเข้ากองทุนประกันสังคมและกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ลูกจ้างผู้ประกันตนตาม พระราชบัญญัติประกันสังคม และลูกจ้างผู้ที่เป็นสมาชิกกองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ มีสิทธินำเงินสมทบที่จ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมและเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพ มาหักลดหย่อนในการคำนวณภาษีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทยได้ ตามประมวลรัษฎากรมาตรา 47 (1) (ข) และ (ฉ)¹²⁷

โดยที่เงินสมทบที่ลูกจ้างผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมนั้นสามารถนำมาหักเป็นค่าลดหย่อนตามจำนวนที่จ่ายจริงได้ทั้งจำนวน¹²⁸ แต่สำหรับเงินสะสมที่ลูกจ้างจ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพจะหักได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 300,000 บาท¹²⁹

ตามกฎหมายและหักเงินบริจาค เหลือเป็นเงินได้สุทธิที่แรงงานต่างด้าวต้องนำมาคำนวณเสียภาษีในอัตราก้าวหน้า

¹²⁷ ประมวลรัษฎากร มาตรา 41 “เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อก่อนหักตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้วเพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี ให้หักลดหย่อนได้อีกดังต่อไปนี้ (1) หักลดหย่อนสำหรับ (ก)...(ข)...(ค)...(ง)...(จ)...(ฉ)..., (ข) เงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎกระทรวงตามมาตรา 65 ตริ (2) ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 10,000 บาท, (ฉ) เงินสมทบที่ผู้ประกันตนจ่ายเข้ากองทุนประกันสังคมตามกฎหมายว่าด้วยการประกันสังคม ตามจำนวนที่จ่ายจริง”

¹²⁸ ดูมาตรา 41 (1) (ฉ), อ้างแล้ว

¹²⁹ อาศัยอำนาจตามประมวลรัษฎากร มาตรา 41 (1) (ข) หักเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเป็นการลดหย่อนภาษีตามจำนวนที่จ่ายจริงได้ 10,000 บาท และสำหรับส่วนที่เกิน 10,000 บาทแต่ไม่เกิน 290,000 บาท อาศัยอำนาจได้หักเงินจำนวนนี้ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 126 ข้อ 2 (35) ดังนั้นเงินสะสมที่จ่ายเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพจึงหักได้ตามจำนวนที่จ่ายจริงแต่ไม่เกิน 300,000 บาท (กฎกระทรวง ฉบับที่ 126 (พ.ศ. 2509) ออกตามความในประมวลรัษฎากร ข้อ 2 “ให้กำหนดเงินได้ต่อไปนี้เงินได้ตาม (17) ของมาตรา 42 แห่งประมวลรัษฎากร ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2496 (35) เงินได้เท่าที่ลูกจ้างจ่ายเป็นเงินสะสมเข้ากองทุนสำรองเลี้ยงชีพตามกฎหมายว่าด้วยกองทุนสำรองเลี้ยงชีพในอัตราไม่เกินร้อยละ 15 ของค่าจ้างเฉพาะส่วนที่เกิน 10,000 บาทแต่ไม่เกิน 290,000 บาท สำหรับปีภาษีนั้น”

นายจ้างก็เช่นกันสามารถนำจำนวนเงินสมทบตามพระราชบัญญัติประกันสังคมเงินสมทบตามพระราชบัญญัติกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ และเงินทดแทนที่จ่ายให้แก่ลูกจ้างหรือผู้มีสิทธิตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน มาหักเป็นรายจ่ายของนายจ้างก่อนนำมาคำนวณภาษีโดยหักเท่าที่จ่ายจริง¹³⁰

2). กรณีที่น่าพิจารณว่าเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวหรือไม่ได้แก่กรณีการหักค่าลดหย่อนของแรงงานต่างด้าวที่ทำงานและอยู่ในประเทศไทยไม่ถึง 180 วัน เนื่องจากเข้ามาทำงานในประเทศไทยเป็นเวลาสั้นๆ ซึ่งประมวลรัษฎากรถือว่าบุคคลนั้นมีใช้ผู้อยู่ในประเทศไทย¹³¹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 47 (3) กำหนดไว้ว่า “ในกรณีผู้มีเงินได้มิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทยการหักลดหย่อนตาม (1) (ข) (ค) และ (จ) ให้หักได้เฉพาะสามีหรือภริยาและบุตรที่อยู่ในประเทศไทย” การบัญญัติเช่นนี้ส่งผลให้สิทธิในการหักค่าลดหย่อนสำหรับสามีหรือภริยา¹³² หรือบุตร¹³³ และค่าการศึกษาของบุตร¹³⁴ ตามมาตรา 47 (1) (ข) (ค) และ (จ)¹³⁵ ของแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในช่วงเวลาสั้นๆซึ่งต้องเสียภาษีในประเทศไทยตามหลักแหล่งเงินได้ได้รับสิทธิประโยชน์ในการหักลดหย่อนน้อยกว่าแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในระยะเวลายาวนานกว่า 180

¹³⁰ ดูประมวลรัษฎากรมาตรา 65 และมาตรา 65 ตรี (2)

¹³¹ ประมวลรัษฎากร มาตรา 41 วรรคท้าย ให้ความหมายของผู้ที่อยู่ในประเทศไทยไว้ว่า “ผู้ใดอยู่ในประเทศไทยชั่วระยะเวลาหนึ่งหรือหลายระยะรวมกันทั้งหมดถึง 180 วันในปีภาษีใด ให้ถือว่าผู้นั้นเป็นผู้อยู่ในประเทศไทย”

¹³² มาตรา 47 (1) (ข)

¹³³ มาตรา 47 (1) (ค)

¹³⁴ มาตรา 47 (1) (จ)

¹³⁵ มาตรา 41 “เงินได้พึงประเมินตามมาตรา 40 เมื่อได้หักตามมาตรา 42 ทวิ ถึงมาตรา 46 แล้วเพื่อเป็นการบรรเทาภาระภาษี ให้หักลดหย่อนได้อีกดังต่อไปนี้ (1) หักลดหย่อนสำหรับ (ก)....

(ข) สามีหรือภรรยาของผู้มีเงินได้ 30,000 บาท, (ค) บุตรชอบด้วยกฎหมายหรือบุตรบุญธรรมของผู้มีเงินได้ รวมทั้งบุตรชอบด้วยกฎหมายของสามีหรือภริยาของผู้มีเงินได้ด้วย (ง).... (จ).... (ฉ) บุตรของผู้มีเงินได้ซึ่งมีสิทธิหักลดหย่อนตามเงื่อนไขใน (ค) และยังคงศึกษาอยู่ในสถานศึกษาในสถานศึกษาของทางราชการ สถานศึกษาตามกฎหมายว่าด้วยสถาบันศึกษาเอกชน หรือโรงเรียนราชภัฏตามกฎหมายว่าด้วยโรงเรียนราชภัฏ ให้หักลดหย่อนเพื่อการศึกษาได้อีกคนละ 2,000 บาท”

วันในปีภาศึนั้นหรือแรงงานชาวไทยที่ทำงานและอยู่ในประเทศไทยเป็นปกติ เนื่องจากแรงงานต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทยไม่ถึง 180 วันในปีภาศึนั้นจะสามารถหักค่าลดหย่อนได้เฉพาะสำหรับสามี ภรรยา หรือบุตรที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้นตามมาตรา 47 (3) กล่าวคือหากแรงงานต่างด้าวดังกล่าวมีสามี ภรรยา หรือบุตรที่อยู่ยังต่างประเทศไม่ได้ติดตามมากับแรงงานต่างด้าวด้วย แรงงานต่างด้าวคนนั้นก็จะไม่สามารถหักค่าลดหย่อนสำหรับสามี ภรรยา หรือบุตรที่อยู่ต่างประเทศได้¹³⁶

เมื่อพิจารณาด้วยบทมาตรา 47 (3) แล้วเห็นว่าในด้วยบทบัญญัติใช้คำว่า "ผู้มีเงินได้มิได้เป็นผู้อยู่ในประเทศไทย" กฎหมายนี้มีได้เจตนาที่จะใช้กับชาวต่างชาติเท่านั้น หากแต่ใช้บังคับกับผู้มีเงินได้ทุกคนรวมถึงผู้มีเงินได้ที่เป็นคนไทยด้วย หากว่าผู้มีเงินได้ดังกล่าวอยู่ในประเทศไทยไม่ถึง 180 วันในปีภาศึนั้นๆ ผู้มีเงินได้ตามลักษณะดังกล่าวนี้ก็จะได้รับประโยชน์จากค่าลดหย่อนเฉพาะสามี ภรรยา หรือบุตรเฉพาะที่อยู่ในประเทศไทยเท่านั้น เห็นว่าในเบื้องต้นนี้กฎหมายนี้ใช้บังคับอย่างเสมอภาคกันทั้งผู้ที่มีเงินได้ทั้งชาวไทยและชาวต่างชาติ

แต่หากพิจารณาให้ลึกลงไปแล้วบทบัญญัติของกฎหมายนี้ย่อมมีผลต่อกลุ่มผู้มีเงินได้ที่เป็นชาวต่างชาติหรือแรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่นเสียส่วนใหญ่ เนื่องจากแรงงานต่างด้าวเป็นผู้อพยพย้ายถิ่นเพื่อทำงานในประเทศอื่นๆ อาจเพียงชั่วระยะเวลาสั้นๆ ที่กฎหมายของประเทศที่เป็นแหล่งเงินได้จากการทำงานกำหนดให้แรงงานต่างด้าวต้องมีหน้าที่เสียภาษีเงินได้จากการทำงานดังกล่าวด้วย โดยบอกว่าเป็นความเสมอภาคของบุคคลที่ต้องมีความรับผิดชอบต่อรัฐเท่าเทียมกันกับคนในชาติที่มีเงินได้จากการทำงานในประเทศของตามตามหลักการเก็บภาษีจากแหล่งเงินได้เช่นเดียวกัน แต่ในทางกลับกันภาระในการเสียภาษีนั้นแรงงานต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทยเพียงระยะสั้นๆไม่ถึง 180 วันในปีภาศึหนึ่งอาจต้องเสียภาษีเป็นจำนวนเงินที่สูงกว่าเนื่องจากไม่สามารถหักค่าลดหย่อนสำหรับสามี ภรรยา หรือบุตรที่ไม่ได้ติดตามมาในประเทศไทยด้วยได้ จึงเป็นข้อที่สังเกตประการหนึ่งว่าบทบัญญัติมาตรา 47 (3) นี้จะมีผลเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวหรือไม่

สำหรับความเห็นของผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัตินี้มิใช่บทบัญญัติที่เป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว เนื่องจากบทบัญญัตินี้ย่อมมีผลกระทบกับแรงงานไทยที่ทำงานทั้งในประเทศไทยและไปทำงานยังต่างประเทศด้วยในปีเดียวกัน พิจารณาตัวอย่างต่อไปนี้ เช่น คนไทยคนหนึ่ง

¹³⁶ ทำให้ต้องเสียภาษีมากกว่าคนที่ทำงานในประเทศไทยเกินกว่า 180 วัน

ทำงานในประเทศไทย 100 วัน และทำงานยังต่างประเทศอีก 265 วันในปีภาษีหนึ่ง เห็นได้ว่าคนไทยที่เป็นแรงงานย้ายถิ่นคนนี้ต้องใช้เวลาส่วนใหญ่ในการอยู่และทำงานในต่างประเทศมากกว่าในประเทศไทย เขาจึงได้ให้ภรรยาและบุตรไปอยู่ยังต่างประเทศกับเขาด้วย และเขาก็เดินทางมาทำงานในประเทศไทยเพียงคนเดียว ในขณะที่ภรรยาและบุตรมิได้ติดตามมาด้วยเนื่องจากบุตรของเขาต้องเรียนหนังสือในโรงเรียนต่างประเทศ การทำงานในประเทศไทยของคนไทยคนนี้ต้องเสียภาษีเงินได้ในประเทศไทยตามหลักแหล่งเงินได้เช่นเดียวกันกับคนไทยและคนต่างชาติอื่นที่ทำงานในประเทศไทย แต่ว่าในการหักลดหย่อนภาษีสำหรับภรรยา และบุตรรวมทั้งค่าการศึกษาของบุตรของเขานั้น คนไทยคนนี้ไม่มีสิทธิหักได้เนื่องจากภรรยาและบุตรมิได้อยู่ในประเทศไทย ดังนั้นคนไทยคนนี้จึงต้องเสียภาษีในจำนวนที่สูงกว่าผู้ที่มีเงินได้ในประเทศไทยที่เป็นผู้ที่อยู่ในประเทศไทยเกินกว่า 180 วัน และกรณีนี้ก็เช่นเดียวกันกับแรงงานต่างด้าวที่อยู่และทำงานในประเทศไทยไม่ถึง 180 วันเช่นกัน

จึงเห็นว่าบทบัญญัติในมาตรา 47 (3) แห่งประมวลรัษฎากรมิใช่บทบัญญัติที่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวด้วยเหตุที่ว่าเขามีความแตกต่างกับคนไทยทางด้านสัญชาติไม่ขัดต่อมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 มาตรา 6 ที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับแรงงานต่างด้าวในการกำหนดภาระในการเสียภาษีโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างคนไทยกับแรงงานต่างด้าวบนพื้นฐานของความแตกต่างกันทางด้านเชื้อชาติ ศาสนา สัญชาติหรือความแตกต่างกันอย่างไร แต่บทบัญญัติในมาตรา 47 (3) แห่งประมวลรัษฎากรนี้มีผลกระทบต่อแรงงานอพยพย้ายถิ่นทุกคนที่ทำงานในประเทศไทยไม่ถึง 180 วัน

3.7 การคุ้มครองสิทธิในการเยียวยาความเสียหาย (legal proceeding)

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศเห็นว่าจากการให้แรงงานต่างด้าวมิสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐ หรือจากนายจ้างเพียงเท่านั้นอาจไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว แรงงานต่างด้าวยังจำเป็นต้องมีความสามารถที่จะเรียกร้องให้มีการเยียวยาสิทธิต่างๆที่ตนมีได้เมื่อสิทธิดังกล่าวนั้นถูกละเมิด กระบวนการระงับข้อพิพาทและเรียกร้องสิทธิ

จึงควรต้องมีการเปิดช่องทางให้แก่แรงงานต่างด้าวด้วย¹³⁷ ซึ่งการใช้เจ้าผู้กระบวนการระงับข้อพิพาทและการใช้เรียกร้องทางศาลของแรงงานต่างด้าวก็ควรเป็นไปตามเงื่อนไขและข้อกำหนดเดียวกันกับการใช้สิทธิดังกล่าวของแรงงานที่เป็นคนชาติ

อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 ก็ได้รับรองสิทธิของแรงงานต่างด้าวในการการดำเนินคดีความ (legal proceeding) เกี่ยวกับเรื่องต่างๆที่อนุสัญญากำหนดให้ความคุ้มครองไว้¹³⁸ ด้วยโดยการใช้สิทธิดังกล่าวของแรงงานต่างด้าวให้เป็นไปตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างแรงงานต่างด้าวกับแรงงานที่เป็นคนชาติ ดังที่บัญญัติไว้ว่า

“รัฐสมาชิกของอนุสัญญานี้ปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐนั้น โดยไม่คำนึงถึงความแตกต่าง หรือเลือกปฏิบัติทางด้านสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ในเรื่องดังต่อไปนี้ (d) การการดำเนินคดีความ (legal proceeding) เกี่ยวกับเรื่องต่างๆที่อนุสัญญากำหนดให้ความคุ้มครองไว้”

จึงเป็นการกำหนดให้รัฐภาคีแห่งอนุสัญญาฉบับนี้ ให้การปฏิบัติและคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเท่ากับแรงงานที่เป็นคนชาติในการดำเนินคดีความ (legal proceeding) เกี่ยวกับเรื่องต่างๆที่อนุสัญญากำหนดให้ความคุ้มครองไว้ อันได้แก่ สิทธิและการคุ้มครองต่างๆที่สิทธิเกี่ยวกับสภาพการทำงานซึ่งได้แก่

1. การคุ้มครองในเรื่องค่าตอบแทนการทำงานและสภาพการทำงาน
2. การคุ้มครองสิทธิในกรณีเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน

¹³⁷ Bohning, W.R.. Employing Foreign Workers. (ILO : Switzerland, 1996), pp. 58-59.

¹³⁸ ILO Convention No. 97, Article 6:

1. 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 in respect of the following matters:

(a)...;(b)...;(c)...; (d) legal proceedings relating to the matters referred to in this Convention.

3. การคุ้มครองเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย
4. การคุ้มครองความมั่นคงทางสังคม หรือการประกันสังคม
5. การคุ้มครองในด้านการเสียดาย เป็นต้น

หลักเกี่ยวกับสิทธิในการดำเนินคดีความดังกล่าวของแรงงานต่างด้าวเป็นสิทธิหนึ่งที่มนุษยทุกคนพึงมี หลักการนี้ยังได้รับการรับรองจากกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเมือง (ICCPR) ที่เรียกว่าสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีความที่เป็นธรรม (the right to fair trial and hearing)¹³⁹ ซึ่งสิทธินี้เป็นสิทธิที่สำคัญมากและมีปัญหาเชื่อมโยงกับการมีสิทธิในการทำงานในระหว่างที่มีการดำเนินคดีในศาล ซึ่งมีปัญหาเกิดขึ้นในหลายประเทศแม้จะเป็นประเทศที่สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็ตาม

การคุ้มครองสิทธิในการเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยก็ได้รับการรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญ ดังที่ รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติว่า "บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทางศาลได้ และ รัฐธรรมนูญ มาตรา 75 วรรค 1 บัญญัติให้ "รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งกระบวนกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกัน รวมทั้งจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นให้มีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน"

ดังนั้นถ้าหากมีแรงงานต่างด้าวถูกโต้แย้งสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไทยมีการรับรองไว้ แรงงานต่างด้าวก็สามารถนำคดีมาสู่ศาลไทยได้ โดยมีเงื่อนไขเพียงแค่ว่าคดีหรือข้อโต้แย้งสิทธิดังกล่าวต้องมีจุดเกาะเกี่ยวกับประเทศไทย เช่นว่าผู้กระทำละเมิดแรงงานต่างด้าวเป็นคนไทย หรือกรณีแรงงานต่างด้าวถูกกล่าวหาว่าเป็นผู้ทำละเมิดคนไทย ในกรณีที่คู่กรณีเป็นชาวต่างชาติทั้งสองฝ่ายก็อาจใช้จุดเกาะเกี่ยวที่เรียกว่าหลักดินแดนที่รัฐมีอำนาจพิจารณาเรื่องต่างๆที่เกิดขึ้นใน

¹³⁹ ICCPR, Article 14 : 1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law.

ราชอาณาจักรไทยซึ่งเมื่อมูลคดีเกิดที่ราชอาณาจักรไทยศาลไทยย่อมมีอำนาจพิจารณาข้อโต้แย้งดังกล่าว¹⁴⁰ แรงงานต่างด้าวจึงสามารถนำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลได้

ข้อโต้แย้งสิทธิก็อาจเกิดขึ้นได้หลายประการ ข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวกับที่พักอาศัยหากเป็นเรื่องแรงงานต่างด้าวการถูกบุกรุกที่พักอาศัยก็เป็นคดีทางอาญาต้องฟ้องศาลอาญา ถ้าหากเป็นข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาเช่าบ้าน ซึ่งเป็นคดีทางแพ่งก็ฟ้องศาลแพ่งได้ กรณีแรงงานต่างด้าวถูกโต้แย้งว่าเสียภาษีเงินได้ไม่ถูกต้องแรงงานต่างด้าวก็มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลภาษีอากรได้ หรืออาจใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการอุทธรณ์ ของกรมสรรพากรก่อนก็ได้ ส่วนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการคุ้มครองสภาพการทำงานค่าตอบแทนการทำงาน การประกันสังคม หรือการใช้สิทธิเข้าร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน ก็สามารถฟ้องยังศาลแรงงานหรือร้องต่อผู้ตรวจแรงงานเพื่อพิจารณาได้

การคุ้มครองสิทธิต่างๆให้แก่แรงงานต่างด้าวในประเทศไทยจึงสามารถสะท้อนออกมาทางการนำข้อพิพาทและการเรียกร้องการถูกละเมิดสิทธิต่างๆขึ้นสู่กระบวนการเยียวยาและการระงับข้อพิพาทศาลทั้งทางศาลกับทางผู้ตรวจแรงงาน แต่ก็เป็นกรยากมากที่จะทราบว่าเป็นความเป็นจริงมีเรื่องใดบ้างที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยถูกละเมิดสิทธิหรือเอาเปรียบเนื่องจากคดีที่ขึ้นสู่ศาลไทยไม่ได้มีการแบ่งแยกข้อมูลว่ามีคู่ความที่เป็นชาวต่างชาติฟ้องคดีเป็นจำนวนเท่าใด แต่จากการสำรวจคดีแรงงานที่มีแรงงานต่างด้าวเป็นโจทก์ฟ้องคดีต่อศาลแรงงานพบว่าข้อโต้แย้งส่วนใหญ่เป็นการเรียกร้องเงินค่าชดเชยหลังการเลิกจ้าง และเรียกค่าเสียหายแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า ซึ่งแรงงานไทยก็ได้มีการยื่นฟ้องในเรื่องดังกล่าวเป็นจำนวนมากเช่นกัน แต่คดีที่มีคู่ความเป็นคนต่างด้าวก็มีไม่มากนัก ซึ่งผู้วิจัยสังเกตว่าเหตุที่คดีเรียกร้องสิทธิของแรงงานต่างด้าวที่ขึ้นสู่ศาลแรงงานมีจำนวนไม่มากนักอาจเนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า การละเมิดสิทธิของแรงงานต่างด้าวมักเกิดขึ้นกับแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย เนื่องจากเข้าเมืองผิดกฎหมาย หรือทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงาน ดังนั้นแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเหล่านี้เมื่อถูกละเมิดสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิต่างๆตามสัญญาจ้างแรงงานที่ควรได้รับหรือสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ที่แรงงานต่างด้าวควรต้องได้รับความคุ้มครองด้วย แต่แรงงานต่างด้าวเหล่านี้มักละเว้นที่จะไม่ไปใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลไม่ว่าจะเป็นศาลแพ่ง ศาลแรงงาน หรือศาลปกครองก็เนื่องมาจากกลัวว่าทางการจะทราบถึงการกระทำการผิดกฎหมายเข้าเมืองและผิดกฎหมายการทำงานของตนซึ่งจะส่งผลให้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายต้องถูกส่งตัวกลับประเทศ (deportation) ซึ่งเหตุการณ์ดัง

¹⁴⁰ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 4

กล่าวนี้ก็เกิดขึ้นกับแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายในประเทศอื่นๆด้วยเช่นกัน¹⁴¹ อีกสาเหตุหนึ่งที่แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายไม่นำคดีมาสู่ศาลก็อาจเนื่องมาจากการไม่มีความรู้ทางกฎหมายของแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานตามประกาศของกระทรวงมหาดไทย 2544¹⁴²

สำหรับปัญหาต่อเนื่องของปัญหาการใช้สิทธิทางศาลของแรงงานต่างด้าวมักเป็นปัญหาการไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยในระหว่างการดำเนินกระบวนการพิจารณาทิศทางศาลหากมีการเลิกจ้างลูกจ้างแรงงานต่างด้าวในระหว่างนั้น โดยกฎเกณฑ์ของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดให้คนต่างด้าวต้องเดินทางออกจากประเทศไทยภายใน 7 วันนับแต่มีการเลิกจ้าง ปัญหาสืบเนื่องมาจากข้อกำหนดของใบอนุญาตทำงานที่ออกให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานในประเทศไทยประเภทชั่วคราวและประเภทส่งเสริมการลงทุน ที่มีข้อกำหนดว่าหากสัญญาจ้างลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวสิ้นสุดลงนายจ้างต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่ และลูกจ้างแรงงานต่างด้าวก็ต้องแจ้งต่อเจ้าหน้าที่และคืนใบอนุญาตทำงาน และเมื่อการทำงานในประเทศไทยสิ้นสุดลงลูกจ้างที่เป็นคนต่างด้าวก็จะหมดสิทธิในการอยู่ในประเทศไทยและต้องเดินทางออกนอกประเทศไทยภายใน 7 วันนับแต่วันที่เลิกจ้าง ซึ่งถือว่าเป็นข้อกำหนดที่ตัดโอกาสไม่ให้คนต่างด้าวสามารถหางานใหม่ในประเทศไทยได้ อีกทั้งในกรณีที่คนต่างด้าวถูกนายจ้างเลิกจ้างโดยไม่เป็นธรรม คนต่างด้าวก็จะมีเวลาไม่เพียงพอให้การยื่นฟ้องคดีต่อศาลหรือหน่วยงานรับเรื่องราวร้องทุกข์เพื่อเยียวยาความเสียหายได้ ซึ่งกระบวนการเยียวยาความเสียหายถือได้ว่าเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งในการคงไว้ซึ่งสิทธิทั้งหลายของแรงงานต่างด้าว จึงเป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญสมควรนำมาพิจารณาถึงกระบวนการทางกฎหมายที่จะอำนวยความสะดวกให้แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายให้สามารถใช้สิทธิทางศาลได้

โดยทั่วไปลูกจ้างแรงงานต่างด้าวที่ถูกเลิกจ้างมักต้องการการเยียวยาความเสียหายในเรื่องการคุ้มครองค่าตอบแทนการทำงาน หรือสภาพการทำงานต่างๆที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ตามหลักกฎหมายแล้วเมื่อมีข้อโต้แย้งสิทธิที่ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ไว้เกิดขึ้น แรงงานต่างด้าวก็สามารถใช้

¹⁴¹ W.R. Bohning. *Employing Foreign Workers*. Op.cit, p 59.

¹⁴² Migrant Action Program (MAP), Thai Action Committee for Democracy in Burma (TACDB), Burmese Labour Solidarity Organization (BLSO) ใน Joint Open Letter on the Occasion of International Migrants Day, December 18th 2001.

กระบวนการเยียวยาทางกฎหมายได้ (เช่นเดียวกับแรงงานไทย) โดยมีช่องทางเยียวยา 2 ช่องทางด้วยกัน

ช่องทางแรก ยื่นคำร้องแก่เจ้าหน้าที่ตรวจแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ตามความคุ้มครองที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ไว้

ช่องทางที่สอง ยื่นฟ้องต่อศาลแรงงาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีในศาลแรงงาน พ.ศ. 2522 โดยสามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานในการฟ้องคดีได้

1) การใช้ช่องทางการเยียวยาโดยทางพนักงานตรวจแรงงานแรงงาน

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 139 ให้สิทธิพนักงานตรวจแรงงาน มีอำนาจรับเรื่องร้องทุกข์เกี่ยวกับเรื่องอื่นที่ไม่ใช่เชิงเงิน¹⁴³ โดยมีสิทธิสั่งให้นายจ้างปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานกำหนดไว้ได้ หรือลูกจ้างจะเลือกฟ้องศาลแรงงานก็ได้และตามมาตรา 124 เมื่อลูกจ้างยื่นคำร้องแล้วพนักงานตรวจแรงงานต้องพิจารณาภายใน 60 วัน และหากลูกจ้างหากไม่พอใจก็อุทธรณ์ได้โดยการใช้สิทธิฟ้องร้องไปยังศาลได้ภายใน 30 วัน

2) การใช้ช่องทางการเยียวยาทางศาลแรงงาน

ศาลแรงงานเป็นศาลชำนาญพิเศษที่ตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาคดีแรงงานที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างจากคดีแพ่งหรืออาญาทั่วไป เนื่องจากเป็นข้อพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างที่นายจ้างเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือลูกจ้าง อีกทั้งยังอาจมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าลูกจ้างด้วย การพิจารณาคดีแรงงานในศาลแรงงานจึงถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษ โดยคดีจะได้รับการพิจารณาโดยองค์คณะผู้พิพากษาที่เป็นไตรภาคี ประกอบด้วยผู้พิพากษาข้าราชการตุลาการซึ่งเป็นผู้มีความรู้ความเข้าใจในปัญหาแรงงานร่วมกับผู้พิพากษาสมทบฝ่ายนายจ้างและผู้พิพากษาสมทบฝ่ายลูกจ้าง โดยมีพื้นฐานของการพิจารณาคดีอยู่บนหลักแห่ง ประหยัด สะดวก รวดเร็ว

¹⁴³ แต่ถ้าหากการเรียกร้องเงินค่าชดเชย หรือเงินอื่นจากการจ้างแรงงานนั้นไม่สามารถร้องต่อพนักงานตรวจแรงงานได้ ต้องฟ้องคดีต่อศาลแรงงานเท่านั้น

และเป็นธรรม¹⁴⁴ เพื่อให้ นายจ้างและลูกจ้างที่เป็นความกันสามารถตกลงประนีประนอมกันได้โดยมีศาลเป็นคนกลางและให้ทั้งสองฝ่ายสามารถร่วมงานกันได้อีกครั้งเพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการของนายจ้างและเพื่อเศรษฐกิจที่มั่นคงของประเทศชาติ

ดังนี้โดยหลักการแล้วแรงงานทุกคนที่ทำงานในประเทศไทยไม่ว่าจะมีสัญชาติใดก็สามารถฟ้องคดียังศาลแรงงาน¹⁴⁵ จึงเป็นการให้สิทธิอย่างเท่าเทียมกันไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าว การฟ้องคดีเกี่ยวกับสิทธิที่พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ความคุ้มครองไว้ นั้น พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 8 ยังบัญญัติเกี่ยวกับช่วยเหลือว่าต่างแก่ต่างคดีให้กับลูกจ้างโดยที่บัญญัติไว้ว่า “ให้รัฐมนตรีมีอำนาจแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์เพื่อมีอำนาจฟ้องคดีหรือแก้ต่างคดีแรงงานให้แก่ลูกจ้างหรือทนายทโดยธรรมของลูกจ้างซึ่งแก่ความตายและเมื่อกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมแจ้งให้ศาลทราบแล้วก็ให้มีอำนาจกระทำการได้จนคดีถึงที่สุด” การให้ความช่วยเหลือว่าต่างแก่ต่างให้กับลูกจ้างดังกล่าวนี้แรงงานต่างด้าวที่เป็นลูกจ้างก็สามารถขอความช่วยเหลือให้เจ้าหน้าที่ของรัฐไทยช่วยว่าต่างให้ได้เช่นเดียวกับลูกจ้างชาวไทย ซึ่งการให้ความช่วยเหลือว่าต่างแก่ต่างนี้เป็น การให้ความช่วยเหลือเพิ่มเติม โดยที่จริงๆ แล้วการดำเนินคดีในศาลแรงงานไม่จำเป็นต้องมีทนายความ¹⁴⁶ ก็ได้ตัวความสามารถดำเนินคดีได้เอง

สำหรับการการสิ้นสุดสิทธิอยู่ในประเทศไทยซึ่งเป็นปัญหาในการดำเนินคดีในประเทศไทยกฎหมายที่เกี่ยวข้องนั้น มีทั้งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 นั้นเนื่องจากกฎหมายทั้งสองฉบับมีความสัมพันธ์กันทั้งในทางอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยเพื่อทำงานและทั้งในการหมดสิทธิอยู่ในประเทศไทยเมื่อเลิกทำงาน โดยมาตรา 25 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ในกรณีที่คนต่างด้าวเลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ส่งมอบใบอนุญาตคืนให้แก่ นาย

¹⁴⁴ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 27

¹⁴⁵ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 มาตรา 33 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจฟ้องคดีแรงงานไว้ ในชั้นต้นแรงงานต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับแรงงานเกิดขึ้นในประเทศไทยก็สามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลแรงงานไทยได้ ตามหลักที่ว่ามูลคดีเกิดที่ประเทศไทย ศาลไทยย่อมมีเขตอำนาจ

¹⁴⁶ เกษมสันต์ วิลาวรรณ, การดำเนินคดีในศาลแรงงาน. (กรุงเทพมหานคร : สำนักนิติบรรณาการ, 2532), หน้า 6-7

ทะเบียนในท้องที่จังหวัดที่ตั้งสถานที่ทำงานภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เลิกทำงานนั้น” และแรงงานต่างด้าวยังมีหน้าที่ต้องแจ้งไปยังสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองด้วยว่าตนเองได้ออกจากงานแล้วตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ให้ในหนังสือรับทราบเงื่อนไขการปฏิบัติงานในตำแหน่งของแรงงานต่างด้าว ซึ่งหนังสือนี้เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจคนเข้าเมืองได้ให้แรงงานต่างด้าวเซ็นรับทราบเงื่อนไขดังกล่าวแล้วเมื่อตอนอนุญาตให้แรงงานอยู่ต่อในราชอาณาจักรเพื่อทำงานได้

การดำเนินการต่อไปเมื่อเจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจคนเข้าเมืองได้รับแจ้งแล้วจากแรงงานต่างด้าวว่าแรงงานต่างด้าวได้ออกจากงานแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจคนเข้าเมืองก็จะประทับตราการพ้นหน้าที่และให้คนต่างด้าวเตรียมตัวเดินทางออกนอกราชอาณาจักรภายใน 7 วัน นับแต่วันออกจากการระบุใน ตท. 10 หรือในหนังสือของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน หรือกรมทรัพยากรธรณี หรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แล้วแต่กรณี แรงงานต่างด้าวก็ต้องเดินทางออกนอกราชอาณาจักรภายในเวลาที่กำหนดดังกล่าว

หากแรงงานต่างด้าวไม่สามารถเตรียมตัวเดินทางออกนอกประเทศได้ทันภายในกำหนดเนื่องจากต้องการดำเนินการระบวนพิจารณาเพื่อเยียวยาความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิที่กฎหมายรับรองก็สามารถยื่นขออยู่ในประเทศไทยได้ ซึ่งแบ่งเป็นสองกรณี

1. กรณีที่แรงงานต่างด้าวเลือกที่จะฟ้องคดีต่อศาล แรงงานต่างด้าวสามารถขออนุญาตอยู่ในประเทศไทยได้ โดยนำหนังสือรับรองจากศาลว่ามีคดีอยู่ในศาล เช่น คำฟ้อง หรือ คำให้การ มายื่นต่อสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองซึ่งเจ้าหน้าที่ก็อนุญาตให้แรงงานต่างด้าวนี้มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 90 วัน และสามารถขอยื่นขยายระยะเวลาได้อีกครั้งละไม่เกิน 90 วัน ซึ่งการอนุญาตหรือไม่ก็เป็นไปโดยดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ ซึ่งจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่สำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง ก็พบว่าในทางปฏิบัติเจ้าหน้าที่ก็จะมีดุลยพินิจในการอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศไทยเพื่อดำเนินการระบวนพิจารณาคดีทางศาลได้ หากแรงงานต่างด้าวมีเอกสารจากศาลมาแสดงให้เห็นถึงความจำเป็นต้องดำเนินคดีในทางศาล¹⁴⁷

¹⁴⁷ สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ตำรวจ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง กรมตำรวจ วันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2545 สถานที่สำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง (คำถามที่ใช้สัมภาษณ์ปรากฏตาม ผนวก ผ.)

2. กรณีที่แรงงานต่างด้าวเลือกที่จะยื่นข้อเรียกร้องกับพนักงานตรวจแรงงานเพื่อเยียวยาความเสียหายซึ่งพนักงานตรวจแรงงานต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาข้อเรียกร้องนั้น 60 วันตาม มาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กรณีนี้ไม่มีกฎหมายของสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองกำหนดการอนุญาตเพื่อให้แรงงานต่างด้าวอยู่ต่อในประเทศไทยในระหว่างการพิจารณาของพนักงานตรวจแรงงานเพื่อให้ข้อมูล หรือรอทราบผลการพิจารณาของพนักงานตรวจแรงงาน ในทางปฏิบัติแรงงานต่างด้าวอาจขออนุญาตอยู่ในประเทศไทยโดยอ้างเหตุว่าจำเป็นต้องส่งส่งงานในประเทศไทยซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจตรวจคนเข้าเมืองก็จะอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยได้ในระยะเวลาอันสั้นคือไม่เกิน 21 วัน ทั้งนี้แล้วแต่ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่าจะอนุญาตหรือไม่

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวมีสถานีอยู่ต่อในประเทศไทยเพื่อดำเนินการเยียวยาผ่านทางพนักงานตรวจแรงงานไม่สอดคล้องกับระยะเวลาที่ต้องใช้ในการดำเนินการกระบวนการพิจารณาของพนักงานตรวจแรงงานจึงเป็นปัญหาหนึ่งของการใช้สิทธิในการเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าว

ผู้วิจัยเห็นว่าแม้ว่าบทบัญญัติการให้สิทธิเยียวยาความเสียหายทางกฎหมายที่ประเทศไทยกำหนดไว้นั้นใช้กับบุคคลทุกคนในประเทศไทย ซึ่งความเสียหายทั้งหลายสามารถได้รับการพิจารณาและเยียวยาได้ในหลายช่องทางตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ซึ่งดูเหมือนเป็นการให้สิทธิเท่าเทียมกันแล้วระหว่างแรงงานไทยและแรงงานต่างด้าวตามนัยของอนุสัญญาฉบับที่ 7 มาตรา 6 แต่ข้อสำคัญของการใช้สิทธิเรียกร้องเพื่อเยียวยาความเสียหายที่แรงงานต่างด้าวควรต้องได้รับด้วยก็คือแรงงานต่างด้าวควรต้องได้รับสิทธิที่จะเข้าร่วมดำเนินการพิจารณาคดี ให้ถ้อยคำ และได้รับฟังคำตัดสินจากหน่วยงานที่ทำหน้าที่ชี้ขาดข้อโต้แย้งสิทธิได้ด้วยการที่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มีหลักเกณฑ์การผ่อนผันอนุญาตให้คนต่างด้าวเหล่านี้อยู่ในประเทศไทยต่อได้เป็นการชั่วคราวซึ่งเป็นระยะเวลาอันสั้นกว่าระยะเวลาของการดำเนินการในกระบวนการเยียวยา อันมีผลทำให้แรงงานต่างด้าวต้องออกนอกประเทศไทยไปก่อนที่การพิจารณาคดีเสร็จจรดลงถึงขั้นตอนสุดท้ายที่คนต่างด้าวจะได้รับการเยียวยาความเสียหายนั้น เป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งของการคุ้มครองสิทธิในการเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าวตามที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 6 จนเสมือนว่าการเยียวยาทางพนักงานตรวจแรงงานนั้นจะมีผลได้ดีเฉพาะกับลูกจ้างที่เป็นคนไทยที่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยเท่านั้น

แนวทางแก้ไขอุปสรรคดังกล่าวที่มีอยู่ในประเทศไทยในปัจจุบันที่ผู้วิจัยได้รับทราบจากกรรมสัมพันธ์เจ้าพนักงานตรวจแรงงาน¹⁴⁸ คือ เมื่อเจ้าพนักงานตรวจแรงงานได้รับการร้องเรียนจากแรงงานต่างด้าวที่ถูกละเมิดสิทธิจากนายจ้างและมีการเลิกจ้างไปแล้ว เจ้าพนักงานตรวจแรงงานก็มักจะแนะนำให้แรงงานต่างด้าวนำเรื่องดังกล่าวไปฟ้องศาลด้วยเพื่อแรงงานต่างด้าวจะได้ขอสิทธิในการอยู่ในประเทศไทยในระหว่างดำเนินคดีเป็นระยะเวลาหนึ่งได้ ดังนั้นจึงเป็นการชัดเจนว่าแรงงานต่างด้าวจะไม่ได้รับประโยชน์จากกระบวนการเยียวยาความเสียหายผ่านทางกระบวนการพิจารณาของพนักงานตรวจแรงงาน ซึ่งทำให้แรงงานต่างด้าวต้องใช้กระบวนการเยียวยาความเสียหายทางศาลอย่างเดียวกันนั้น ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลานานกว่าการพิจารณาของผู้ตรวจแรงงานใช้เวลาเพียงไม่เกิน 60 วันในขณะที่การดำเนินคดีทางศาลต้องใช้ระยะเวลานานกว่า

ในประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 อย่างเช่นประเทศมาเลเซีย¹⁴⁹ และเขตปกครองพิเศษฮ่องกง การใช้สิทธิเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าวที่ถูกเลิกจ้างไปแล้วนั้นก็ยังคงอยู่ในความควบคุมของกฎเกณฑ์ที่เข้มงวดของทางรัฐยิ่งกว่าในประเทศไทย ในประเทศมาเลเซียแรงงานต่างด้าวต้องจ่ายเงินเป็นค่าธรรมเนียมจำนวนค่อนข้างสูงให้แก่ทางรัฐบาลมาเลเซียเพื่อขอสิทธิอยู่ต่อเพื่อดำเนินคดีในประเทศซึ่งแรงงานต่างด้าวก็จะได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศมาเลเซียต่อได้เพียงระยะเวลาอันสั้นโดยหากต้องการอยู่ดำเนินคดีจนเสร็จก็ต้องยื่นขออนุญาตและเสียค่าธรรมเนียมอีกครั้งซึ่งในระหว่างนี้แรงงานต่างด้าวก็จะไม่สามารถทำงานได้¹⁵⁰ ในเขตปกครองพิเศษฮ่องกง มีข้อกำหนดว่าแรงงานต่างด้าวที่ประกอบอาชีพเป็นคนรับใช้ในบ้านที่ถูกเลิกจ้างแล้วต้องเดินทางออกนอกประเทศภายใน 2 อาทิตย์ (two weeks rule) ข้อกำหนดดังกล่าวนี้จึงเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งของแรงงานต่างด้าวในฮ่องกงในการดำเนินกระบวนการเยียวยาความเสียหายเมื่อแรงงานต่างด้าวถูกเลิกจ้างแล้ว

¹⁴⁸ สัมภาษณ์ นิติกร 5 กองนิติการ กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงาน และสวัสดิการสังคม วันที่ 7 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2545 สถานที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม.

¹⁴⁹ Tenaganita's Memo on Migrant Workers. November 8, 2001. *New Straits Times (Malaysia)* p. 4 [Online]. Available from: <http://www.lexis.com/research/retrieve/frames? m=fdea391875310859102f36f377329c46& fmtstr=CITE&docnum=1& startdoc=1& startchk=&wchp=dGLSIS-ISIWk& md5=4b26d4dcf93c9364af414c96323d61cb> [2002, March 11]

¹⁵⁰ Ibid.

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าการให้สิทธิแรงงานต่างด้าวดำเนินคดีเพื่อเยียวยาความเสียหายนั้นแนวปฏิบัติของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต่างๆรวมทั้งประเทศไทยมิได้มีข้อจำกัดสิทธิของแรงงานต่างด้าวเอาไว้คงให้สิทธิแรงงานต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถูกกระทบสิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาเพื่อเยียวยาความเสียหายได้เช่นเดียวกันกับแรงงานที่เป็นคนชาติ แต่หลักเกณฑ์ในการที่รัฐต้องเข้ามาควบคุมมิให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศต่อไปเมื่อการทำงานของแรงงานต่างด้าวสิ้นสุดลงแล้วนั้นเป็นอุปสรรคอย่างหนึ่งต่อการใช้สิทธิดำเนินกระบวนการพิจารณาเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าว อุปสรรคนี้ จะได้รับการผ่อนคลายเพียงใดก็แล้วแต่กฎเกณฑ์การผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศเพื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาเยียวยาความเสียหายว่าจะผ่อนผันให้มากน้อยเพียงใด ทั้งนี้การที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องเข้ามาควบคุมการอยู่ในประเทศของแรงงานต่างด้าวนั้นก็เนื่องจากการให้สิทธิแรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศเมื่อมีการสิ้นสุดการทำงานแล้วอาจก่อปัญหาต่างๆตามมาได้ เช่นปัญหาการดำรงชีพของแรงงานต่างด้าวที่ไม่มีงานทำ และปัญหาเกี่ยวกับความสงบและความมั่นคงของประเทศ

สำหรับประเทศไทยการผ่อนผันอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศไทยได้เมื่อมีการสิ้นสุดการจ้างงานแรงงานต่างด้าวแล้วนั้นเป็นประโยชน์แก่แรงงานต่างด้าวในกรณีที่มีการนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลเท่านั้น แต่หากแรงงานต่างด้าวเลือกที่จะนำข้อโต้แย้งไปสู่กระบวนการเยียวยาของฝ่ายบริหารหรือพนักงานตรวจแรงงานแทนการนำคดีขึ้นสู่กระบวนการยุติธรรมของศาล แรงงานต่างด้าวก็จะไม่ได้รับการผ่อนปรนให้สามารถอยู่ในประเทศไทยสำหรับการดำเนินการเยียวยาทางฝ่ายบริหารได้ ข้อจำกัดนี้ทำให้ทางเลือกในการใช้กระบวนการเยียวยาความเสียหายของแรงงานต่างด้าวลดน้อยลงซึ่งต่างจากแรงงานชาวไทยที่สามารถเลือกได้ว่าจะใช้ช่องทางเยียวยาความเสียหายโดยร้องเรียนต่อผู้ตรวจแรงงานเพื่อพิจารณาหรือยื่นฟ้องคดีต่อศาลก็ได้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จึงมีผลทำให้ช่องทางการใช้สิทธิของแรงงานต่างด้าวในการเยียวยาความเสียหายมีข้อจำกัดกว่าแรงงานไทยจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว ซึ่งยังไม่สอดคล้องกับหลักการการไม่เลือกปฏิบัติของมาตรา 6 अनुสัญญาฉบับที่ 97

ในบทนี้ผู้วิจัยได้สำรวจบทกฎหมายไทยที่เกี่ยวกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติและการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับแรงงานชาวไทยมาตลอดแล้ว โดยบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับคำตอบแทนการทำงาน สภาพการทำงาน การรวมตัวเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานและการได้รับประโยชน์จากการเจรจาต่อรอง การให้สิทธิแรงงานต่างด้าวทางด้านประกันสังคม และการกำหนดหน้าที่เสียภาษีมิได้บัญญัติให้ปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวแตกต่างไปจากที่กฎหมายให้การ

ปฏิบัติต่อแรงงานไทยจึงเป็นการให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน มีเพียงแต่บทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดสิทธิในการถือครองที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน และบทบัญญัติของพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองที่ไม่อนุญาตให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในประเทศไทยเมื่อมีการเลิกจ้าง เพียง 2 ประการซึ่งกระทบสิทธิของแรงงานต่างด้าวที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับแรงงานไทย ในบทต่อไปจะได้สำรวจกฎหมายไทยในการให้คุ้มครองช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าวตามหลักการอื่นประการหนึ่งของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าประเทศไทยมีมาตรการดำเนินการในเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างไรและสอดคล้องไปในทิศทางเดียวกันกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศอนุสัญญาฉบับที่ 97 เพียงไร