

บทที่ 5

แนวนโยบายแห่งรัฐต่อการกำหนดการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

5.1 ผลกระทบจากการที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายเข้ามาทำงานในประเทศไทย

การที่มีแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยอย่างถูกกฎหมายโดยภาพรวมย่อมมีผลดีในการควบคุมของรัฐมากกว่าการที่มีแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเข้ามาทำงานในประเทศไทย ในหัวข้อนี้จึงจะนำเสนอมุมมองต่างๆที่เกี่ยวข้องกับผลกระทบที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยว่าส่งผลกระทบต่อประเทศไทยอย่างไรบ้าง โดยจะมีมุมมองจากในหลายๆมิติทั้งมิติในทางสังคม มิติทางเศรษฐกิจ มิติทางวัฒนธรรม และมิติทางกฎหมาย ซึ่งจะชี้ให้เห็นถึงผลกระทบทั้งในทางบวกและผลกระทบต่อประเทศไทยในทางลบว่าเป็นอย่างไร

1. ผลกระทบต่อภาวะการว่างงานของคนไทย กับการบรรเทาการขาดแคลนแรงงานในประเทศไทย

ในประเด็นการจ้างแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายเพื่อบรรเทาภาวะการขาดแคลนแรงงานในประเทศไทยในขณะที่คนไทยว่างงานจำนวนมากเป็นประเด็นที่สำคัญมากกว่าภาคธุรกิจมีความต้องการจ้างแรงงานต่างด้าวจริงหรือไม่ ทำไม่ถึงไม่จ้างงานแรงงานคนไทย และเหตุใดคนไทยจึงยังตกงานกันมากอยู่ สำหรับการจ้างแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายที่ไม่มีทักษะที่เราคงไม่สงสัยว่าเหตุที่นายจ้างในประเทศไทยจ้างแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเหล่านี้ก็เนื่องมาจากว่าแรงงานต่างด้าวมีค่าจ้างที่ถูกกว่าการจ้างแรงงานไทยทำให้นายจ้างสามารถประหยัดต้นทุนในการผลิตได้ แต่สำหรับการจ้างแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่มีทักษะซึ่งส่วนใหญ่ นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่แรงงานต่างด้าวเหล่านี้ในอัตราที่สูงกว่าการจ้างแรงงานไทยเนื่องจากต้องออกค่าใช้จ่ายในการเดินทางมาทำงานในประเทศไทย ดำเนินการขออนุญาตทำงานในประเทศไทยให้ รวมทั้งการจ่ายภาษีเงินได้จากการทำงานให้แก่แรงงานต่างด้าวเหล่านี้ด้วยนั้นแล้วทำไมนายจ้างจึงยังคงจ้างแรงงานต่างด้าวอยู่ทำไมไม่หันมาจ้างงานแรงงานชาวไทยที่ไม่ต้องขออนุญาตทำงานให้ยุ่ง

ยากเสียเวลา และการดำเนินการดังกล่าวก็อาจจะส่งผลกระทบต่ออัตราการว่างงานในประเทศไทยอีกด้วย

แม้ว่าแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เดินทางมาทำงานในประเทศไทยส่วนใหญ่จะเป็นผู้ที่มีการศึกษาที่ดี จากตารางแสดงระดับการศึกษาของแรงงานต่างด้าว (ตามตารางที่ 4 ในบทที่ 3) จำนวน 33.3% มีความรู้และได้รับการศึกษาระดับปริญญาตรีขึ้นไป แต่คนไทยที่จบการศึกษาระดับปริญญาตรีขึ้นไป ณ ปัจจุบันนี้ก็ยังมีจำนวนมากและจำนวนไม่น้อยที่ไม่มีงานทำ หากเทียบกันเฉพาะตัวเลขของผู้ที่จบจากสถาบันการศึกษาระดับมหาวิทยาลัยเท่านั้น อาจจะพูดได้ว่ากิจการในประเทศไทยควรจ้างแรงงานไทยมากกว่าที่จะจ้างแรงงานต่างด้าวเนื่องจากมีการศึกษาเท่าเทียมกัน แต่อย่างไรก็ตามในภาคธุรกิจและสถานการณ์จริงของนายจ้างในประเทศไทยนั้น โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติที่ลงทุนในประเทศไทยจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีที่สูงและเห็นว่าแรงงานไทยยังขาดฝีมือในการทำงาน อีกทั้งยังมีอุปสรรคในการสื่อสารกับนักลงทุนซึ่งเป็นชาวต่างชาติด้วย จึงต้องการจ้างแรงงานต่างด้าวให้เข้ามาทำงานอยู่

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการจ้างแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่มีทักษะในระยะสั้นของประเทศไทยยังคงมีความมีความจำเป็นและจะส่งผลกระทบในทางดี กล่าวคือมีผู้ที่มีความรู้ความสามารถมาดำเนินการในการประกอบการทำให้สามารถแข่งขันกับการประกอบการที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงในต่างประเทศได้ การจ้างงานดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อปัญหาการว่างงานของแรงงานชาวไทยโดยตรง เนื่องจากแรงงานไทยที่ว่างงานไม่ใช่ผู้ที่อยู่ในระดับที่มีความรู้ความสามารถในระดับที่กิจการต้องการตามความเห็นของผู้ประกอบการที่จ้างแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะซึ่งหากแม้ว่ากิจการที่มีความต้องการจ้างแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะต้องถูกบังคับให้จ้างแรงงานไทยที่ยังไม่มีความพร้อมในการทำงานก็จะส่งผลกระทบที่รุนแรงกว่านี้ คืออาจทำให้กิจการนั้นไม่สามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ ทำให้ต้องเลิกกิจการส่งผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยโดยรวม โดยแรงงานไทยก็ยังคงต้องว่างงานอยู่ หรืออาจต้องว่างงานเพิ่มขึ้นเนื่องจากกิจกรรมที่ต่อเนื่องกับธุรกิจดังกล่าวอาจต้องเลิกไปด้วย

การที่กระทรวงแรงงานดำเนินการมาตรการในการควบคุมแรงงานต่างด้าว ประกอบกับการส่งเสริมให้แรงงานไทยมีงานทำในประเทศและส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาการว่างงานของคนไทยที่ส่งผลโดยตรงต่อสถานะทางเศรษฐกิจสังคมและความมั่นคง

ของประเทศนั้น¹ เห็นว่าในส่วนของการควบคุมจำกัดอาชีพการทำงานของคนต่างด้าวคงจะทำต่อไปไม่ได้นาน เนื่องจากในระยะยาวที่ประเทศไทยต้องเปิดเสรีทางการค้าและบริการตามข้อตกลงการเปิดเสรีการค้าบริการ (GATS) กับองค์การการค้าโลก (WTO) แต่หากปล่อยให้การจ้างแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะมาทำงานในกิจการที่ใช้เทคโนโลยีในประเทศไทยมีความเคยชินและมีค่านิยมที่ต่อเนืองว่าต้องจ้างแรงงานต่างด้าวเท่านั้นเนื่องจากเป็นผู้ชำนาญการกว่าแรงงานชาวไทยก็จะเป็นการส่งผลกระทบต่อให้การว่างงานของแรงงานชาวไทยมีอยู่ต่อไป ดังนั้นการเร่งพัฒนาฝีมือแรงงานไทยและการพิสูจน์ถึงความสามารถของแรงงานไทยในระดับประเทศเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อมิให้ปัญหาการว่างงานเนื่องจากการขาดทักษะของแรงงานไทยกลายเป็นปัญหาเรื้อรังของสังคมไทยและเพื่อเตรียมพร้อมกับการเปิดเสรีทางการค้าและบริการให้แรงงานไทยสามารถแข่งขันกับต่างชาติได้

2. ผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย

การที่แรงงานต่างด้าวทำงานอย่างถูกกฎหมายในประเทศไทยก็ยังคงจะก่อให้เกิดประโยชน์ในด้านภาษีอากรแก่ประเทศไทยเนื่องจากเป็นคนต่างด้าวที่ทำงานอยู่ในระบบ หน่วยงานของรัฐโดยเฉพาะกรมสรรพากรสามารถตรวจสอบถึงสถานที่ทำงานและรายได้ของคนต่างด้าวได้นำมาซึ่งการประเมินภาษีอากรของคนต่างด้าวในประเทศไทยในกรณีที่มีการเสียภาษีไม่ถูกต้อง เงินภาษีที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายต้องเสียให้กับประเทศไทยในแต่ละปีก็มีจำนวนมากเช่นกัน เนื่องจากที่กล่าวแล้วว่าแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายมีเงินเดือนเฉลี่ยคนละ 50,000 บาทซึ่งถือว่าเป็นเงินได้ที่สูงมากไม่รวมรายได้อื่นที่ได้รับจากนายจ้างเช่นค่าเช่าที่พักที่นายจ้างจ่ายให้ เงินโบนัส เงินภาษีที่นายจ้างออกให้แทนซึ่งถือว่าเป็นเงินได้พึงประเมินที่แรงงานต่างด้าวต้องนำมาคำนวณเป็นฐานในการเสียภาษีเงินได้ในประเทศไทย² โดยประเทศไทยจัดเก็บภาษีเงินได้

¹ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, (กรุงเทพมหานคร : บางกอกบลิ๊ก, 2543), หน้า 100-101.

² ประมวลรัษฎากร มาตรา 41 เงินได้พึงประเมินนั้นคือเงินได้ประเภทต่อไปนี้ รวมตลอดถึงเงินค่าภาษีอากรที่ผู้จ่ายเงินหรือผู้อื่นออกแทนให้สำหรับเงินได้ประเภทต่างๆดังกล่าวไม่ว่าจ่ายในทอดใด (1) เงินได้เนื่องจากการจ้างแรงงานไม่ว่าจะเป็นเงินเดือน ค่าจ้าง เบี้ยเลี้ยง โบนัส เบี้ยหวัด บำเหน็จ บำนาญ เงินค่าเช่าบ้าน เงินที่คำนวณได้จากมูลค่าการได้อยู่บ้านที่นายจ้างให้อยู่โดยไม่เสียค่าเช่า เงินที่นายจ้างชำระหนี้ใดๆซึ่งลูกจ้างมีหน้าที่ต้องชำระ และเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์ใดๆบรรดาที่ได้เนื่องจากการจ้างแรงงาน, (2)..., (3)..., (4)..., (5)... (6)... (7).. (8)..

บุคคลธรรมดาในอัตราภาษีแบบก้าวหน้าที่ผู้ที่มีรายได้มากย่อมต้องเสียภาษีในอัตราที่สูงกว่าผู้ที่มีรายได้ต่ำกว่า เมื่อฐานเงินได้ของแรงงานต่างด้าวมีจำนวนที่สูงแรงงานต่างด้าวย่อมต้องเสียภาษีในอัตราที่สูงกว่าผู้มีรายได้น้อย ดังนั้นการที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายมาทำงานในประเทศไทยจึงมีประโยชน์ต่อประเทศไทยในด้านที่รัฐจะได้รับประโยชน์จากการเสียภาษี การทำให้แรงงานต่างด้าวมาอยู่ในระบบมากขึ้นก็จะเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยที่จะสามารถเก็บภาษีได้เต็มเม็ดเต็มหน่วยจากบุคคลที่มีเงินได้ในประเทศไทย ซึ่งแม้ว่ากรณีคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานก็มีหน้าที่เสียภาษีในประเทศไทยเช่นกันเนื่องจากมีเงินได้จากการทำงานในประเทศไทย แต่ในทางปฏิบัติก็เป็นการยากที่เจ้าหน้าที่กรมสรรพากรจะทราบได้ว่าบุคคลดังกล่าวได้ทำงานอยู่ในประเทศไทย เนื่องจากไม่ได้มีหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของคนต่างด้าวว่ามีใบอนุญาตทำงานหรือไม่ หรือหากทราบว่าคนต่างด้าวดังกล่าวลักลอบทำงานในประเทศไทยจึงเป็นการยากที่จะทราบว่าคนต่างด้าวคนนั้นมีรายได้จากการทำงานเป็นเงินได้พึงประเมินเท่าใด เนื่องจากการทำงานนั้นเป็นการทำงานนอกระบบนอกเหนือจากการตรวจสอบของรัฐ ซึ่งนอกจากประเทศไทยจะเสียประโยชน์ทางด้านภาษีอากรที่มักจะไม่ได้รับจากแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายแล้ว ประเทศไทยยังมีภาระที่จะต้องเสียค่าใช้จ่ายในการจับกุม ตรวจสอบและปราบปรามคนต่างด้าวที่ทำงานผิดกฎหมายอีกด้วย

3. ผลกระทบในด้านการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการพัฒนาศักยภาพและความสามารถของคนไทย

ตามที่นโยบายส่งเสริมการลงทุนของไทยได้เปิดโอกาสให้มีการนำช่างฝีมือและผู้ชำนาญการชาวต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้โดยประสงค์ให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากคนต่างชาติสู่คนไทย โดยกำหนดเป็นเงื่อนไขในการอนุมัติการส่งเสริมการลงทุนไว้ นั้น แต่จากการสำรวจของรายงานวิจัย เรื่องบทสังเคราะห์สถานการณ์คนข้ามชาติและทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของ กฤตยา อาชวนิจกุลและคณะ³ พบว่าการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากคนต่างด้าวที่มาทำงานในประเทศไทยยังมีจำกัด แม้จะมีกฎหมายบังคับให้แรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามโครงการส่งเสริมการลงทุนต้องถ่ายโอนเทคโนโลยี

³ กฤตยา อาชวนิจกุล และคณะ, บทสังเคราะห์สถานการณ์คนข้ามชาติและทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย, (รายงานวิจัยเสนอในการสัมมนาระดับชาติ ชูุดโครงการวิจัยเรื่อง ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย: การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2540), หน้า 28.

แก่แรงงานชาวไทยในสถานประกอบการเดียวกันก็ตาม ซึ่งเหตุผลของข้อจำกัดในการถ่ายโอนเทคโนโลยีนั้น ก็เนื่องมาจาก

1) ลักษณะของงานที่แรงงานต่างด้าวทำที่ไม่ได้ร่วมงานกับแรงงานไทย

งานในบางประเภทและบางตำแหน่งที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายเข้ามาทำงานเป็นงานที่โดยเนื้อหาของงานไม่ต้องมีการทำงานร่วมกับผู้อื่นและและไม่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่จะถ่ายทอดให้กับคนไทย งานดังกล่าวนี้ได้แก่งานในตำแหน่งผู้บริหารและการจัดการที่มีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทำงานอยู่ในประเทศไทยถึง 44.5% ของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย โดยลักษณะของงานคนต่างด้าวที่ทำงานในตำแหน่งดังกล่าวไม่ต้องมีการติดต่อหรือต้องทำงานร่วมกับผู้อื่นที่ทำงานในระดับปฏิบัติการ เนื่องจากผู้บริหารและผู้จัดการมีสถานะเป็นผู้ที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการทำงานของคนที่ทำงานในระดับกลางเพื่อให้งานสำเร็จเท่านั้นแต่มีต้องลงไปทำงานในระดับปฏิบัติการเอง ซึ่งส่วนใหญ่มักทำงานอยู่กับเอกสาร ปฏิสัมพันธ์กับผู้ร่วมงานก็มักจะมีเฉพาะในระดับผู้บริหารหรือตำแหน่งผู้จัดการด้วยกันเองซึ่งต่างก็มีงานที่ต้องรับผิดชอบของแต่ละคนเอง ไม่จำเป็นต้องมีการสอนงานให้กันแต่อย่างใด การทำงานร่วมกับคนไทยก็เป็นแค่การร่วมงานกับเลขานุการที่เป็นคนไทยในลักษณะที่มอบหมายให้เลขานุการเป็นผู้ประสานงานติดต่อกับคนไทยที่เป็นระดับปฏิบัติการ ซึ่งเลขานุการก็ไม่ได้เป็นผู้ที่อยู่ในสถานะที่จะได้รับการถ่ายทอดความรู้ความสามารถทางงานบริหารหรือจัดการอยู่แล้ว อีกทั้งยังปรากฏว่าคนไทยที่ทำงานระดับปฏิบัติการก็ยังไม่ได้มีการติดต่อสัมพันธ์กับคนต่างด้าวที่เป็นฝ่ายบริหารจัดการโดยตรง แต่ติดต่อผ่านคนไทย การถ่ายโอนความรู้ความสามารถและทักษะของคนต่างด้าวสู่คนไทยจึงมีข้อจำกัดด้วยลักษณะและประเภทของงาน

2) ลักษณะของธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และมีการแบ่งงานกันชัดเจน

จากการสำรวจของ กฤตยา อาชวนิจกุล⁴ พบว่างานที่มีการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากคนต่างด้าวสู่คนไทยได้ดี มักเป็นงานในกิจการขนาดเล็ก ได้แก่กิจการบริษัท คอมพิวเตอร์ บริษัทที่ให้บริการปรึกษาต่างๆ กิจการการท่องเที่ยว

⁴ เรืองเดียวกัน

ร้านอาหาร นักร้อง นักดนตรี ซึ่งขนาดของธุรกิจไม่ใหญ่มากนัก เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากขนาดกิจการขนาดเล็กไม่ใหญ่ความสัมพันธ์ในระหว่างผู้ร่วมงานจะมีมากกว่า พนักงานคนหนึ่งอาจต้องทำงานมากกว่าหน้าที่ คือไม่ได้มีการแบ่งแยกงานที่ทำเป็นงานบริหาร งานจัดการ หรืองานปฏิบัติการ แรงงานต่างด้าวที่ทำงานในกิจการขนาดเล็กอาจต้องทำงานทั้งระบบเช่นเดียวกับผู้ร่วมงานที่เป็นคนไทย การถ่ายทอดความรู้และทักษะให้แก่ผู้ร่วมงานชาวไทยจึงเป็นไปได้ อย่างเป็นระบบและเข้มข้น โดยลักษณะของงานและลักษณะของสถานที่ทำงาน เพื่อให้ธุรกิจดำเนินไปได้

แต่สำหรับธุรกิจที่มีขนาดใหญ่โดยเฉพาะบริษัทข้ามชาติที่ประเทศไทยเปิดโอกาสให้มีการจ้างแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายในประเทศไทยได้มากกว่าในกิจการขนาดเล็กนั้นมักแบ่งงานและหน้าที่ความรับผิดชอบในตำแหน่งของพนักงานทุกคนอย่างชัดเจน การทำงานในแต่ละตำแหน่งก็ประกอบด้วยคนจำนวนไม่มาก รับผิดชอบงานของตนเอง นั่นคือแต่ละคนมีความถนัดเฉพาะทางของตนเอง ทำงานในแต่ละส่วนโดยไม่มีการประสานกันสักเท่าไร ลักษณะนี้แม้ว่าจะสอดคล้องกับลักษณะของการอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวตามข้อกำหนดของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวที่ต้องทำงานในตำแหน่งที่ระบุอนุญาตไว้เท่านั้นห้ามทำงานในหน้าที่อื่นนอกจากที่ได้รับอนุญาตในใบอนุญาตทำงาน เนื่องจากเกรงว่าคนต่างด้าวจะทำงานอย่างอื่นซึ่งแรงงานไทยทำได้อันจะมีผลเป็นการแย่งงานคนไทย แต่ก็มีผลเสียคือทำให้เกิดข้อจำกัดในโอกาสที่คนไทยจะได้เรียนรู้จากคนต่างด้าวในการทำงาน เนื่องจากคนต่างด้าวจะมุ่งทำแต่ งานของตนโดยไม่สนใจผู้ร่วมงานคนไทยคนอื่นเนื่องจากลักษณะของงานแบ่งแยกกันชัดเจนอยู่แล้ว

นอกจากนี้คนต่างด้าวบางคนก็อาจมีความรู้ความสามารถและทักษะบางอย่างที่ดีแต่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในตำแหน่งงานที่ตนถนัด เนื่องจากเป็นตำแหน่งที่เจ้าหน้าที่เห็นว่า เป็นตำแหน่งงานที่คนไทยมีความสามารถทำได้ คนต่างด้าวจึงต้องหลีกเลี่ยงไปขอใบอนุญาตทำงานในตำแหน่งอื่น เช่นตำแหน่งผู้บริหาร การที่คนต่างด้าวนี้จะมาทำงานในระดับปฏิบัติการก็คงจะเป็นการผิดกฎหมาย จึงทำให้เกิดข้อจำกัดในการถ่ายโอนเทคโนโลยีอีกประการหนึ่ง

การนำแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายโดยเฉพาะแรงงานที่มีฝีมือเข้ามาในประเทศไทยเป็นการช่วยให้เศรษฐกิจของประเทศขยายตัว โดยเพิ่มประเภทของธุรกิจและการไหลเวียนเงินตราในประเทศ เพิ่มความรู้ ความสามารถให้แก่คนไทยในการทำงานและการประกอบธุรกิจร่วมกับชาวต่างชาติ และยังก่อให้เกิดการผสมผสานทางวัฒนธรรมระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ (integration) ทั้งยังเป็นการช่วยทดแทน (compiiment) การขาดแคลนแรงงานไทยในด้านนั้นๆ แต่ในขณะเดียวกันแรงงานต่างด้าวก็อาจแย่งงาน (substitute) ของแรงงานไทยได้ หากรัฐบาลไม่มีการวางแผนจัดการที่ดีกับแรงงานต่างด้าวเหล่านี้ก็จะกลายเป็นการแย่งงานทำที่ถาวร ระบบการออกใบอนุญาตทำงานชั่วคราวให้กับแรงงานต่างด้าวที่อนุญาตให้แรงงานต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้ในระยะเวลาไม่นานก็เป็นมาตรการการจัดการอย่างหนึ่งที่จะช่วยป้องกันและขจัดปัญหานี้ได้

เมื่อทราบถึงผลกระทบของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยว่ามีผลกระทบในทางบวกและทางลบอย่างไร รวมทั้งนโยบายของรัฐบางอย่างที่ไม่อำนวยความสะดวกเต็มที่ ต่อไปจะเสนอถึงนโยบายของรัฐในภาพรวมในการควบคุมแรงงานต่างด้าว

5.2 การดำเนินนโยบายแรงงานต่างด้าวของไทยในปัจจุบัน

นโยบายของรัฐเกี่ยวกับแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยจำแนกได้เป็น นโยบายการนำเข้าแรงงานต่างด้าว นโยบายควบคุมและดูแลแรงงานต่างด้าว

1. นโยบายการนำเข้าแรงงานต่างด้าว

ตั้งแต่เกิดปัญหาเศรษฐกิจตกต่ำในปี พศ. 2540 อันมีผลทำให้คนไทยตกงานและว่างงานเป็นจำนวนมาก รัฐบาลไทยก็ไม่ได้มีนโยบายนำเข้าแรงงานต่างด้าวมาในประเทศไทย แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่าแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยก็ยังมีจำนวนเพิ่มขึ้นเรื่อยๆ ซึ่งสืบเนื่องมาจากสาเหตุสองประการ ประการแรกเนื่องจากรัฐบาลมีนโยบายส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนในประเทศไทย ผลพวงของนโยบายรัฐบาลดังกล่าวจึงเป็นที่มาของการเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะในประเทศไทยที่มาทำงานกับกิจการข้ามชาติที่

มาลงทุนในประเทศไทย สาเหตุอีกประการหนึ่งก็เนื่องจากนโยบาย การฟื้นฟูเศรษฐกิจหลังยุคฟองสบู่ ที่ทำให้ผู้ประกอบการในประเทศไทย ต้องลดต้นทุนการผลิตลงเพื่อให้กิจการดำรงอยู่ได้นายจ้างในประเทศไทยจึงมีความต้องการจ้างแรงงานต่างด้าวไร้ทักษะที่มีค่าแรง ถูกกว่าคนไทย ซึ่งแม้ว่ารัฐบาลไทยจะไม่มีนโยบายต้อนรับแรงงานต่างด้าวที่ไร้ทักษะที่เป็นแรงงานผิดกฎหมายเหล่านี้ก็ตาม แต่รัฐบาลก็ได้ผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวไร้ทักษะที่หลบหนีเข้าเมือง⁵สามารถทำงานในประเทศไทยได้

ในทางกลับกันรัฐบาลไทยเพื่อแก้ปัญหาการว่างงานในประเทศ รัฐบาลไทยจึงได้มีนโยบายส่งเสริมให้คนไทยไปทำงานยังต่างประเทศมากกว่า โดยให้การช่วยเหลือจัดหางานในต่างประเทศให้แก่ แรงงานไทย ปราบกฏตาม นโยบายรัฐบาลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับภารกิจ ของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ข้อ 6 (4) ได้กล่าวเกี่ยวกับการ จัดหางานไว้ว่ารัฐบาลมีนโยบาย “คุ้มครองแรงงานไทยในต่าง ประเทศไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบจากนายหน้าจัดหางานและ นายจ้าง”⁶

สำหรับแรงงานต่างด้าวไร้ทักษะที่ลักลอบเข้าเมืองมารัฐบาลก็ได้ ใช้ความพยายามที่ขจัดและปราบปรามไม่ให้มีการลักลอบเข้ามา ทำงานในประเทศไทย ประกอบกับดำเนินนโยบายให้แรงงานต่างด้าวเหล่านี้มาแสดงตัวและอยู่ในความควบคุมของทางราชการโดยเริ่ม ตั้งแต่ปีพ.ศ. 2539 ที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติคณะรัฐมนตรี เรื่องการจัด ระบบเพื่อควบคุมการทำงานของแรงงานต่างชาติผิดกฎหมาย พ.ศ. 2539 ให้ผ่อนผันให้คนสัญชาติ พม่า ลาว และกัมพูชา ที่เข้ามาทำงาน ใน 43 จังหวัดให้ได้รับใบอนุญาตในกิจกรรม 7 ประเภทที่กำหนดไว้ โดยให้มีการจ้างงานไม่เกิน 2 ปีและทำสัญญาประกันด้วยเงินสด หรือ

⁵ คู่มือการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, การควบคุมการทำงานของ แรงงานต่างด้าวในประเทศไทย, อ่างแล้ว, หน้า 1-2

⁶ เรื่องเดียวกัน

ด้วยหนังสือค่าประกันจากธนาคาร ในวงเงิน 1,000 บาท เมื่อครบ 2 ปี แล้วรัฐบาลไทยก็ยังมี การผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเหล่านี้ทำงานในประเทศไทยได้อีกโดยมติคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2541 และล่าสุดมติคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2544 ได้ผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายทั้งสามสัญชาติดังกล่าวที่ทำงานอยู่ในทุกจังหวัดทุกประเภทกิจการสามารถมาขอขึ้นทะเบียนเพื่อผ่อนผันทำงานในประเทศไทยได้ ในการดำเนินการดังกล่าวปรากฏว่ามีแรงงานต่างด้าวสัญชาติดังกล่าวมาขึ้นทะเบียนทั้งสิ้นจำนวน 562,527 คนแบ่งเป็นสัญชาติพม่า 448,988 คน (ร้อยละ 79.82) ลาว 58,411 คน (ร้อยละ 10.38) และกัมพูชา 55,128 คน (ร้อยละ 9.80)⁷

เห็นได้ว่าแม้รัฐบาลไทยจะไม่มีนโยบายการนำเข้าแรงงานต่างด้าว โดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายด้วยแล้ว แต่มาตรการผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวที่ลักลอบเข้าเมืองสามารถทำงานในประเทศไทยได้นั้นเป็นแรงจูงใจประการสำคัญให้มีการลักลอบเข้าเมืองเพื่อมาทำงานในประเทศไทยของแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านของไทย

สำหรับแรงงานต่างด้าวที่มีทักษะนั้นตามที่กล่าวแล้วนั้นรัฐบาลก็ไม่ได้มีนโยบายเชิญชวนหรือส่งเสริมให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยเช่นกัน เนื่องจากมีแนวคิดมาจากสมัยดั้งเดิมว่าการเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวจะเป็นการแย่งงานคนไทยดังที่ปรากฏให้เห็นว่าได้มีกฎหมายหลายฉบับกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเภทที่กำหนดห้ามไว้ นโยบายรัฐบาลไทยจึงมักจะเน้นไปที่การควบคุมแรงงานต่างด้าวมากกว่า

⁷ ฝ่ายข้อมูลข่าวสาร กองสารนิเทศ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, "ต่างด้าวแก้ไขได้อยู่ที่สำนึกของคนและสังคม" วารสารกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม 6 (พฤศจิกายน 2544), หน้า 11.

2. นโยบายควบคุมแรงงานต่างด้าว

ดังกล่าวแล้วว่ารัฐไทยมีนโยบายในการควบคุมแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยมาตั้งแต่เดิมโดยการกำหนดขั้นตอนในการเข้าเมือง และการขออนุญาตทำงานในประเทศไทย ที่ต้องผ่านการพิจารณาอนุญาตของทางการไทยให้เดินทางเข้าประเทศซึ่งเป็นนโยบายของกระทรวงมหาดไทยร่วมกับกระทรวงการต่างประเทศ นอกจากนี้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวดำเนินการกิจการต่างๆในประเทศไทยได้หรือไม่ นั้นก็จะเป็นไปตามนโยบายของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานรัฐมนตรี และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้นโยบายการควบคุมแรงงานต่างด้าวมียุทธศาสตร์มาจากการที่ประเทศไทยเป็นรัฐที่มีอำนาจอธิปไตยเป็นของตนเอง ประเทศไทยจึงมีอำนาจออย่างเต็มทีในการดูแลปกครองดินแดนและบุคคลที่อยู่ในประเทศ

นโยบายในการควบคุมแรงงานต่างด้าวในด้านการประกอบอาชีพในประเทศไทยที่มีผลในปัจจุบันนี้ทำความไปได้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2521 และ 2522 โดยปรากฏตามมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 บัญญัติไว้ว่า "คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต้องปฏิบัติตามดังนี้ (1) ไม่ประกอบอาชีพหรือรับจ้างทำงาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมาย ถ้ากรณีใดมีกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าบบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายนั้น" และกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวที่กล่าวถึงนี้ได้แก่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบ พ.ศ. 2522 ซึ่งได้กำหนดอาชีพสงวนห้ามคนต่างด้าวทำจำนวน 39 อาชีพเพื่อรักษาอาชีพดังกล่าวไว้ให้กับคนไทยเป็นการเฉพาะ

ข้อกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบอาชีพก่อนที่จะได้รับอนุญาตทำงานในประเทศไทยจึงเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยในดินแดนประเทศ

ไทยที่มีผลต่อการทำงานของคนชาติอื่นที่มีสัญชาติไทยที่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยและต้องห้ามมิให้ทำงานในอาชีพที่สงวนให้กับคนไทย

แต่เมื่อมีการเปิดเสรีทางการค้าและประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) และมีความผูกพันตามข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วย (GATs) ที่จะต้องเปิดเสรีการค้าบริการแล้ว การใช้อำนาจอธิปไตยของไทยในการสงวนอาชีพบางอาชีพไว้ให้กับคนไทยเท่านั้นจึงต้องถูกจำกัดลงและข้อสงวนนี้ก็ต้องยกเลิกไปในที่สุดในอนาคตตามข้อตกลง ประเทศไทยคงไม่สามารถดำเนินนโยบายสงวนอาชีพให้กับคนไทยเพิ่มเติมได้ ในทางกลับกับความผูกพันตามข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวก็จะมีผลให้รับไทยต้องดำเนินนโยบายไปในทางที่ต้องดำเนินการลดการสงวนอาชีพที่มีการห้ามคนต่างด้าวทำลงเรื่อยๆจนถึงการเปิดเสรีในการประกอบอาชีพทุกอาชีพในที่สุดเท่านั้น

อย่างไรก็ตามกฎเกณฑ์ของรัฐอย่างอื่นที่ควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยอันเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนนั้นยังคงมีผลใช้ได้และไม่ว่าจะเป็นกฎเกณฑ์ในการตั้งขออนุญาตเข้าเมืองให้ถูกต้อง กฎเกณฑ์ดังกล่าวนี้ได้แก่ ระยะเวลาที่จะอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทย หรือกฎเกณฑ์ที่จะต้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทยเพื่อแสดงว่ามีการทำงานในประเทศไทยโดยมีสถานที่ทำงานจริงและมีการปฏิบัติงานในอาชีพที่ถูกต้องตามกฎหมาย ต้องมีการรายงานตัวว่ามีการปฏิบัติตามกฎหมาย เช่นการแจ้งที่อยู่ในประเทศไทย การแสดงแบบการยื่นเสียภาษีจากการทำงานในประเทศไทยเมื่อมีการยื่นขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย

3. นโยบายพัฒนาแรงงานไทยเพื่อแทนที่แรงงานต่างด้าว

นโยบายรัฐบาลของคณะรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ. 2544 ที่นำโดยพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี ได้กล่าวถึงนโยบายเกี่ยวกับการ

เข้ามาทำงานของคนต่างด้าวไว้ใน ข้อ 6 (5) ว่ารัฐบาลมีนโยบาย “กำหนดมาตรการที่เหมาะสมสำหรับแรงงานต่างด้าว โดยคำนึงถึง ความต้องการแรงงานของภาคเอกชนและการรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงภายในรวมทั้งส่งเสริมการพัฒนาแรงงานไทยขึ้นทดแทน”⁸

เห็นได้ชัดเจนว่ารัฐบาลไทยต้องการส่งเสริมให้มีการพัฒนาแรงงานไทยขึ้นทดแทนแรงงานต่างด้าวที่มีอยู่ในประเทศไทยทุกวันนี้ การกล่าวโดยรวมเช่นนี้อาจดูเหมือนว่ารัฐบาลต้องการที่จะลดจำนวนแรงงานต่างด้าวทั้งที่ถูกต้องกฎหมายและผิดกฎหมายโดยส่งเสริมให้มีการใช้แรงงานไทยขึ้นแทนที่ แต่หากพิจารณาให้ลึกจากการกล่าวที่ว่า “พัฒนาแรงงานไทย” คำกล่าวนี้คงจะหมายความถึงว่าพัฒนาแรงงานไทยให้มีฝีมือและทักษะเพิ่มขึ้นเพื่อทำงานแทนที่แรงงานต่างด้าวที่มีฝีมือซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกต้องกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐบาลต้องมีนโยบายพัฒนาแรงงานไทยขึ้นแทนที่แรงงานต่างด้าวก็เนื่องมาจากการที่รัฐบาลได้ทราบแล้วว่าแรงงานไทยในปัจจุบันนี้มีฝีมือไม่ตรงตามความต้องการของตลาดแรงงานจึงเป็นเหตุหนึ่งที่แรงงานไทยว่างงานเป็นจำนวนมากและในทางกลับกันก็มีแรงงานต่างด้าวทำงานในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก

4. นโยบายคุ้มครองแรงงานต่างด้าว

แม้ว่ารัฐบาลจะไม่ได้กำหนดนโยบายเฉพาะในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าว แต่มาตรการในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวก็สะท้อนให้เห็นได้จากนโยบายพัฒนาแรงงานทั่วไปของประเทศไทยที่เน้นให้ความสำคัญ

⁸ ส่วนนโยบายและแผนงาน สำนักวิชาการแรงงานและสวัสดิการสังคม กระทรวงแรงงาน และสวัสดิการสังคม. “นโยบายรัฐบาล” (จัดทำและแสดงในเว็บไซต์เมื่อวันที่ 26 มีนาคม 2544 http://www.molsw.go.th/policy_1.htm (visited at November 11, 2001) และใน คำแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีคณะที่ 54 พ้นตำรวจโททักษิณ ชินวัตรแถลงต่อรัฐสภาวันจันทร์ที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2544 (www.cabinet.thaigov.go.th/bb_main31.htm)

คุ้มครองแรงงานโดยใช้มาตรการประกันสังคม การคุ้มครองสุขภาพ ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมในการทำงาน รวมทั้งการคุ้มครองการทำงานของหญิงและเด็ก ซึ่งในข้อ 6 (2) ของนโยบายของคณะรัฐมนตรี นำโดยพันตำรวจโททักษิณ ชินวัตร ได้แถลงว่ารัฐบาลมีนโยบายในการ **“ส่งเสริมมาตรการด้านการประกันสังคม ขยายขอบข่ายการให้สวัสดิการเพื่อให้มีการคุ้มครองแรงงานทั้งในระบบและนอกระบบอย่างเหมาะสม และให้มีระบบการคุ้มครองสุขภาพ ความปลอดภัยและสิ่งแวดล้อมในสถานประกอบการโดยเฉพาะอย่างยิ่งการให้ความคุ้มครองแรงงานเด็กและสตรี”**

นโยบายดังกล่าวนี้ต่อมาก็ได้สะท้อนอยู่ในวิสัยทัศน์ของกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมที่เป็นหน่วยงานในระดับปฏิบัติการ โดยวิสัยทัศน์ ปี 2001 ข้อ 3 กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมจะดำเนินการ **“ให้ประชาชนได้รับสวัสดิการเป็นอย่างดี ผู้ใช้แรงงานมีหลักประกันและความมั่นคงปลอดภัยในการทำงานสูง กลุ่มผู้ด้อยโอกาสได้รับความดูแลจนสามารถช่วยเหลือตัวเองได้เป็นอย่างดี”**

นโยบายทางด้านการคุ้มครองแรงงานนี้ก็จะต้องนำมาพิจารณาใช้กับแรงงานต่างด้าวโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวด้วยโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายที่เป็นแรงงานอยู่ในระบบด้วย

นอกจากนโยบายคุ้มครองแรงงานแล้ว ประเทศไทยยังมีนโยบายคุ้มครองการใช้สิทธิต่างๆของบุคคลรวมทั้งแรงงานต่างด้าว โดยมีการประกันสิทธิโดยรัฐธรรมนูญให้แรงงานต่างด้าวสามารถใช้สิทธิเยี่ยงยาความเสียหายทางศาลได้เพื่อให้การคุ้มครองสิทธิเป็นจริงในทางปฏิบัติ จามบทบัญญัติต่อไปนี้

รัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรค 2 บัญญัติว่า **“บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ทางศาลได้”**

รัฐธรรมนูญ มาตรา 75 วรรค 1 บัญญัติให้ "รัฐต้องดูแลให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จัดระบบกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนอย่างรวดเร็วและเท่าเทียมกัน รวมทั้งจัดระบบงานราชการและงานของรัฐอย่างอื่นให้มีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน"

ดังนั้นหากแรงงานต่างด้าวถูกโต้แย้งสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายไทยมีการรับรองไว้แรงงานต่างด้าวก็สามารถนำคดีมาสู่ศาลไทยได้ ดังที่ได้พิจารณาแล้วในบทที่ 3 เกี่ยวกับการใช้สิทธิเยียวยาความเสียหายแก่แรงงานต่างด้าว

5.3 อุปสรรคและปัญหาการบังคับใช้กฎหมายควบคุมแรงงานต่างด้าว

ดังที่กล่าวแล้วว่ากฎหมายไทยที่ใช้ควบคุมแรงงานต่างด้าวมีหลายฉบับ ทั้งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติกำหนดการดำเนินพิธีการในการเข้าเมืองไทย เงื่อนไขและคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะสามารถเดินทางเข้าประเทศไทยได้พร้อมทั้งกำหนดเวลาในการอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นสามารถอยู่ในประเทศไทยทั้งนี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเดินทางเข้ามาในประเทศไทย และกฎหมายที่ควบคุมคนต่างด้าวให้ต้องขออนุญาตทำงานต่อหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และกฎหมายพิเศษอื่นได้แก่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2532 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยต้องเป็นคนต่างด้าวประเภทใดและมีคุณสมบัติอย่างไร จากการสัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยและผู้ทำงานเกี่ยวข้องกับแรงงานต่างด้าว⁹ ผู้วิจัยพบว่ากฎหมายที่ใช้ควบคุมแรงงานต่างด้าวมีอุปสรรคดังนี้

⁹ โปรดดูคำถามที่ใช้ในการสัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวในภาคผนวก ค.ท้ายวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ปัญหาที่ 1: ปัญหาทางปฏิบัติในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่สถานทูตไทยในต่างประเทศเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองเพื่อจะสามารถทำงานในประเทศไทยต่อไปได้หรือไม่ ทางด้านคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวเห็นว่าเป็นข้อยุ่งยากในการที่จะต้องมาขอเปลี่ยนประเภทของการอนุญาตให้เข้าเมืองเมื่อเดินทางมาถึงประเทศไทยอีกครั้งหนึ่ง¹⁰ ข้อยุ่งยากดังกล่าวนี้ส่งผลกระทบต่อการลักลอบทำงานในประเทศไทยของแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายด้วย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 34 ว่าคนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำกิจกรรมได้ถึง 15 ประเภท ประกอบไปด้วย

- (1) การปฏิบัติหน้าที่ทางการทูตหรือกงสุล
- (2) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ
- (3) การท่องเที่ยว
- (4) การเล่นกีฬา
- (5) ธุรกิจ
- (6) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (7) การลงทุนหรือการอื่นเกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (8) การเดินทางผ่านประเทศ
- (9) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานี หรือท้องที่ในประเทศ
- (10) การศึกษาหรือดูงาน
- (11) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน
- (12) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (13) การค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในประเทศ
- (14) การปฏิบัติหน้าที่ด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ
- (15) การอื่นตามที่กำหนดตามกฎหมายกระทรวง

¹⁰ สัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวชาวอินเดีย อาชีพอาจารย์สอนคอมพิวเตอร์ วันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2545 สถานที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม

คนต่างด้าวที่ขอเข้ามาทำกิจกรรมแต่ละอย่างข้างต้นหากเข้ามาปฏิบัติหน้าที่ชุดหรือเป็นข้าราชการก็จะได้รับการตรวจลงตราหรือได้รับวีซ่าประเภทชุดหรือประเภทราชการตามลำดับ นอกจากนี้คนต่างด้าวที่มีวีซ่าชุดหรือข้าราชการก็ควรจะได้รับ การตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non – Immigrant Visa) เนื่องจากมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองใช้คำว่า “คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวได้ ต้องเข้ามาเพื่อการดังนี้ (1)-(15)” ซึ่งแม้ว่าประเทศไทยจะมีประเภทของการตรวจลงตราหรือประเภทของวีซ่าถึง 7 ประเภทอันได้แก่ (1) ประเภทชุด (2) ประเภทราชการ (3) ประเภทคนอยู่ชั่วคราว (4) ประเภทนักท่องเที่ยว (5) ประเภทคนเดินทางผ่านราชอาณาจักร (6) ประเภทคนที่เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (7) ประเภทคนเข้าเมืองนอกกำหนดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปี แต่คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำกิจกรรมใน 15 ประเภทตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34 ก็ควรได้รับการตรวจลงตราหรือเพียงแค่ว่า 3 ประเภทเท่านั้น อันได้แก่ ประเภทชุด ประเภทราชการ และประเภทคนอยู่ชั่วคราว จึงจะเป็นการสอดคล้องตามบทบัญญัติของกฎหมาย

แต่เนื่องจากปัญหาของคนต่างด้าวที่ได้พบจากการสัมภาษณ์พบว่าสถานทูตไทยในประเทศแถบเอเชียได้มักไม่ให้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวแก่คนชาติดังกล่าวที่ต้องการเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทย กรณีคนต่างด้าวที่ได้รับการสัมภาษณ์คนหนึ่งเป็นชาวอินเดียจบการศึกษาปริญญาตรีทางด้านคอมพิวเตอร์ต้องการเดินทางมาประเทศไทยโดยทำงานหรือปฏิบัติหน้าที่ผู้เชี่ยวชาญด้านคอมพิวเตอร์ในโรงเรียนสอนคอมพิวเตอร์ของเอกชน ซึ่งเป็นหนึ่งใน 15 กิจกรรมตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34 ที่ขอรับวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวได้ แต่คนต่างด้าวคนนั้นไม่ได้รับอนุญาตให้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวจากสถานทูตไทยในอินเดีย คนต่างด้าวคนนั้นจึงต้องไปขออนุญาตเข้าเมืองไทยโดยขอวีซ่าประเภทนักท่องเที่ยวซึ่งของ่ายกว่า ซึ่งจากรายงานวิจัยฉบับอื่นก็พบเช่นกันว่าการขอวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) จะยุ่งยากกว่าการขอวีซ่าประเภทนักท่องเที่ยว (Tourist Visa)¹¹ ผลของการถือวีซ่าประเภทนักท่องเที่ยวคือคนต่างด้าวคนนั้นไม่มีสิทธิขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย และไม่สามารถทำงานในประเทศไทยได้ ซึ่งคนต่างด้าวคนนั้นก็จะมีสองทางเลือกทางเลือกแรกคือเมื่อเข้ามาในประเทศไทยแล้วก็ต้องไปติดต่อขอเปลี่ยนประเภทวีซ่าจากคนประเภทนักท่องเที่ยวเป็นประเภทคนอยู่ชั่วคราวเพื่อจะได้เข้าเงื่อนไขประการหนึ่งของการขอรับใบอนุญาตทำงานและทำงานใน

¹¹ นภาพรณี หะวานนท์, “กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่มีทักษะโดยวิธีหลบเลี่ยงกฎหมาย,” อ่างแล้ว, หน้า 13.

ประเทศไทยอย่างถูกกฎหมายต่อไป ทางเลือกที่สองที่มักจะพบเสมอได้แก่การลักลอบทำงานในประเทศไทยโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานเนื่องจากโดยสถานะของผู้ถือวีซ่าประเภทนักท่องเที่ยวไม่สามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้อยู่แล้ว วิธีการของคนต่างด้าวที่เลือกการลักลอบทำงานในประเทศไทยก็คือเมื่อครบกำหนดระยะเวลาอยู่ในประเทศไทยตามวีซ่านักท่องเที่ยวแล้วก็เดินทางออกนอกประเทศไทยและขอวีซ่านักท่องเที่ยวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยอีกครั้งเพื่อลักลอบทำงานซึ่งจะทำเช่นนี้เสมอๆ¹²

ความสอดคล้องของสภาพความเป็นจริงและการควบคุมของกฎหมาย การพิจารณาปัญหาการไม่ได้รับวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวที่ได้รับทราบมาจากคำบอกกล่าวของคนต่างด้าวชาวอินเดียคนนี้ คงจะสรุปเองไม่ได้ว่าเจ้าหน้าที่สถานทูตไทยประจำประเทศอินเดียมักใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้คนอินเดียได้รับวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวต่างๆที่เขามีคุณสมบัติครบถ้วนที่จะได้รับวีซ่าประเภทดังกล่าว แต่อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่าคนอินเดียที่ต้องการเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยมักจะเข้าประเทศไทยโดยใช้วีซ่าประเภทนักท่องเที่ยวแล้วจึงมาขอเปลี่ยนประเภทวีซ่าเพื่อขอรับใบอนุญาตทำงานหรืออาจจะลักลอบทำงานในประเทศไทยก็เป็นได้ซึ่งทางรัฐไม่สามารถตามตรวจสอบจับกุมได้ทั้งหมด ที่กล่าวเช่นนี้เนื่องจากการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวได้รับ วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวในประเทศไทยนั้นคนต่างด้าวต้องมีเจตมาเหยหรือเจตมาจ้างรับรองการทำงานจากบริษัทในประเทศไทยไปยื่นต่อสถานทูตไทยในต่างประเทศที่คนต่างด้าวประสงค์จะขอรับวีซ่า เจ้าหน้าที่ของสถานทูตจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ในส่วนนี้ในการพิจารณาอนุมัติวีซ่าด้วย แม้ว่าในทางข้อเท็จจริงมักจะพบว่าคนต่างด้าวสัญชาติอินเดียที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยมักมาทำอาชีพขายถั่วหางแร่แต่ก็มีใช้ทุกคนที่ไม่มีความรู้จะเข้ามาทำอาชีพดังกล่าว การที่เจ้าหน้าที่จะใช้ดุลพินิจจากข้อสันนิษฐานว่าคนสัญชาติอินเดียมักเข้ามาทำอาชีพขายถั่วดังกล่าวจึงไม่อนุมัติให้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวนี้จึงไม่น่าจะสอดคล้องกับหลักเกณฑ์การอนุญาต อีกทั้งการไม่อนุญาตให้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวทำให้คนต่างด้าวไม่มีสิทธิขอรับใบอนุญาตทำงานนั้น ผลตามกฎหมายคือไม่ต้องการให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย แต่ผลที่อาจเกิดขึ้นในทางความเป็นจริงอาจทำให้เกิดการลักลอบทำงานโดยไม่คำนึงถึงการห้ามตามกฎหมายก็ได้เนื่องจากการปฏิบัติตามกฎหมายนั้นยากกว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย

ผลกระทบของปัญหา การพิจารณาอนุมัติวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวที่ยุ้งยากนี้เป็นเหตุหนึ่งซึ่งผลกระทบให้คนต่างด้าวอยู่นอกระบบการขอรับใบอนุญาตทำงาน การที่คนต่างด้าว

¹² อ่างแล้ว, หน้า 38-45.

จำพวกนี้ลักลอบทำงานในประเทศไทยจึงยากแก่การตรวจสอบ ต่างจากกรณีที่คนต่างด้าวได้รับวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว หากคนต่างด้าวไปขอรับใบอนุญาตทำงานและเจ้าหน้าที่พิจารณาว่าคนต่างด้าวนี้ไม่ควรได้รับใบอนุญาตทำงานตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายแล้วการจะติดตามตรวจสอบว่าคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยได้ลักลอบทำงานในประเทศไทยหรือไม่จะเป็นการง่ายกว่าเนื่องจากทางเจ้าหน้าที่ของรัฐมีข้อมูลของคนต่างด้าวคนนี้และนายจ้างที่คนต่างด้าวนี้จะไปทำงานด้วยอยู่แล้ว โดยจากรายงานวิจัยปี 2540 ของนาภรณ์ หะวานนท์ พบว่ามีคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายโดยถือวีซ่านักท่องเที่ยวหรือได้รับการตรวจลงตราหนังสือเดินทางประเภทอื่นนอกจากประเภทคนเข้าเมืองชั่วคราวจำนวนไม่น้อยที่ทำงานไม่มีใบอนุญาตทำงาน¹³ และจากแหล่งข่าวในประเทศไทยพบว่าคนต่างด้าวที่ประกอบอาชีพมัคคุเทศน์ในประเทศไทยที่ส่วนมากมักไม่มีใบอนุญาตมัคคุเทศน์ด้วย¹⁴ ซึ่งก็เป็นการประกอบอาชีพอย่างหนึ่งที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย

ปัญหาที่ 2: ปัญหาถัดไปที่ทราบจากการสัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การออกใบอนุญาตทำงานที่ไม่ประสานกันระหว่างหน่วยงานของรัฐและความไม่แน่นอนในเกณฑ์การอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับการตรวจลงตราหรือได้วีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวแบบประเภทที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยหลังเกษียณอายุ (senior citizen and wishes to retire in Thailand) ที่จะต้องเป็นผู้ที่มีอายุ 55 ปีขึ้นไปและมีรายได้แน่นอนปีละไม่ต่ำกว่า 800,000 บาทและนำเงินบำนาญหรือเงินประกันสังคมที่คนต่างด้าวได้รับมาใช้ในประเทศไทย¹⁵ คนต่างด้าวประเภทนี้จะได้รับวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวเช่นกัน (Non-Immigrant Visa, Type O) และกรณีที่เกิดขึ้นสืบเนื่องจากการมาใช้ชีวิตอยู่ในประเทศไทยตามที่ได้รับอนุญาตตามวีซ่า นั้น คนต่างด้าวเหล่านี้ก็เกิดอยากที่จะทำงานในประเทศไทยจึงได้ไปขอใบอนุญาตทำงาน เนื่องจากเห็นว่าวีซ่าของตนอยู่ในประเภทคนอยู่ชั่วคราวที่สามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้ แต่ในทางปฏิบัติยังไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนให้เจ้าหน้าที่ที่ทำหน้าที่ออกใบอนุญาตทำงานทราบ โดยแน่นอนว่าคนต่างด้าวประเภทนี้อยู่ในข่ายขอรับใบอนุญาตทำงานได้หรือไม่ และจากการสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ทั้งเจ้าหน้าที่

¹³ นาภรณ์ หะวานนท์. "กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่มีทักษะโดยวิธีหลบเลี่ยงกฎหมาย.", อ้างแล้ว, หน้า 1.

¹⁴ ข่าวจากสถานีวิทยุ จส. 100 เมื่อวันที่ 16 มกราคม 2545

¹⁵ ข้อมูลจากสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง แหล่งที่มา :

สำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมืองและเจ้าหน้าที่กองงานคนต่างด้าวที่มีหน้าที่ออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวหลายท่าน¹⁶ก็ได้รับคำตอบไม่ตรงกันว่าอยู่ในเกณฑ์ที่จะอนุญาตได้หรือไม่

กฎหมายที่เกี่ยวข้อง ในเรื่องนี้หากพิจารณาตามกฎหมายหลักเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว หรือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มีหลักเกณฑ์แต่เพียงว่าคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ชั่วคราว หรือถือวีซ่าประเภท Non-Immigrant เป็นผู้มีความประพฤติที่จะยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานได้ แต่ในการพิจารณาในเรื่องนี้สัมพันธ์กับเรื่อง รหัสวีซ่า ที่ต่อท้ายวีซ่าประเภท Non-Immigrant เช่น Non-Immigrant, Type B หรือ Non-Immigrant Type O ว่ามีความหมายว่าอย่างไรส่งผลต่อการมีคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตทำงานด้วยหรือไม่

รหัสกำกับวีซ่าเกิดขึ้นจากการประชุมเมื่อวันที่ 7 สิงหาคม พ.ศ. 2523 ของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงระเบียบปฏิบัติงานด้านการตรวจคนเข้าเมืองและการพิจารณาคำร้องขอยุ่ต่อในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวซึ่งเป็นคณะกรรมการหนึ่งของกรมตำรวจโดยที่ประชุมได้มีมติให้มีรหัสวีซ่ากำกับไว้ในวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราวเพื่อให้ทราบวัตถุประสงค์ของการที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่กำหนดวัตถุประสงค์ของคนต่างด้าวที่สามารถเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้ เพื่อการ 15 กรณี ดังนั้นรหัสวีซ่าที่กำหนดขึ้นจึงมี 15 รหัสด้วยเช่นกัน ซึ่งรหัสวีซ่านี้จะได้รับการประทับพร้อมกับการประทับตราวีซ่า เมื่อตอนที่สถานทูตไทยในต่างประเทศออกวีซ่าให้กับคนต่างด้าว รหัสวีซ่าแต่ละรหัสมีความหมายถึงวัตถุประสงค์ของการเข้ามาในราชอาณาจักรไทยดังนี้

รหัสวีซ่า	วัตถุประสงค์ในการเดินทางเข้าประเทศ
(1) D (Diplomatic)	การปฏิบัติหน้าที่ทางการทูตหรือกงสุล
(2) F (Official)	การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ
(3) TR (Tourist)	การท่องเที่ยว

¹⁶ สัมภาษณ์เจ้าหน้าที่ตำรวจ สำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง วันที่ 15 - 16 มีนาคม พ.ศ. 2545 สถานที่สำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง และสัมภาษณ์ เจ้าหน้าที่กองงานคนต่างด้าวฝ่ายพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานวันที่ 15-16 มีนาคม พ.ศ. 2545 สถานที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม

- (4) S (Sport) การเล่นกีฬา
- (5) B (Business) ธุรกิจ
- (6) IM (Investment through Ministry)
การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (7) IB (Investment through BOI)
การลงทุนหรือการอื่นเกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (8) TS (Transit) การเดินทางผ่านประเทศ
- (9) C (Captain or Crew)
การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานี หรือ ห้องที่ในประเทศ
- (10) ED (Education) การศึกษาหรือดูงาน
- (11) M (Mass Media of Communication)
การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน
- (12) R (Religion)
การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวง ทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (13) RS (Research and Science)
การค้นคว้าวิจัยทางวิทยาศาสตร์หรือฝึ กสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือ สถาบันการศึกษาในประเทศ
- (14) EX (Expert) การปฏิบัติหน้าที่ด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ
- (15) O (Other) การอื่นตามที่กำหนดตามกฎหมายกระทรวง

รหัสวีซ่าสำหรับคนต่างด้าวที่ขอเข้ามาอยู่ในประเทศไทยไม่ว่าเนื่องจากเกษียณอายุจะ ได้รับรหัสวีซ่า O ซึ่งก็มีคนต่างด้าวอื่นๆที่อยู่ในข่ายที่ได้รับรหัสวีซ่า O ด้วยได้แก่ บุคคลใน ครอบครัวของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยด้วยวัตถุประสงค์ตาม (2), (5), (6), (7), (10), (11), (12), (13), (14) หรือคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานให้กับบริษัทวิสาหกิจ หรือองค์การ ภาครัฐสาธารณะ หรือเป็นคู่สมรสของคนไทย หรือผู้ที่เคยมีสัญชาติไทยมาก่อนหรือเพื่อการ รักษาสุขภาพหรือเพื่อเป็นผู้ฝึกสอนกีฬาหรือเข้ามาเพื่อดำเนินกระบวนคดีในศาล

ความสอดคล้องของการใช้กฎหมาย เห็นได้ว่ารหัสวีซ่าที่กำกับอยู่ในแต่ละประเภทของวีซ่ามีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงวัตถุประสงค์ในการเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยเท่านั้น แม้ว่าผู้ที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยมักจะต้องแจ้งเมื่อตอนยื่นขอวีซ่าที่สถานทูตไทยและได้รับรหัสวีซ่า รหัส B ซึ่งเป็นประเภทเข้าประเทศไทยเพื่อการธุรกิจ แต่ผู้ที่มีได้ประสงค์จะทำงานที่เกี่ยวข้องกับการธุรกิจก็สามารถยื่นขอวีซ่าและได้รับรหัสวีซ่าประเภท O ได้เช่นผู้ที่ต้องการเข้ามาทำงานกับองค์กรกุศลสาธารณะในประเทศไทย

โดยที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มาตรา 11 กำหนดคุณสมบัติในเบื้องต้นของผู้ที่สามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้ว่าต้องเป็นผู้ที่ได้รับการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้เท่านั้น มิได้กำหนดลงไปว่าผู้ที่จะขออนุญาตต้องเข้ามาในราชอาณาจักรด้วยวัตถุประสงค์เริ่มแรกเป็นอย่างไร อีกทั้งมติที่ประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงระเบียบปฏิบัติงานด้านการตรวจคนเข้าเมืองและพิจารณาคำร้องขออยู่ต่อในราชอาณาจักรที่กำหนดรหัสวีซ่าขึ้นก็ไม่มีผลเป็นการตัดสิทธิในการขออนุญาตทำงานสำหรับผู้ที่มีรหัสวีซ่าประเภทอื่น นอกจากรหัส วีซ่า B เนื่องจากมติที่ประชุมนี้ไม่มีผลเป็นกฎหมายที่จะแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2511 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การจำกัดสิทธิของบุคคลจะกระทำได้แต่โดยกฎหมายให้อำนาจเท่านั้น ซึ่งหากทางรัฐเห็นว่าคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยไม่สามารถที่จะขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยได้ ก็ควรออกกฎหมายให้ถูกต้องในการจำกัดสิทธิ ตามหลักหลักนิติรัฐที่กฎเกณฑ์ที่จะบังคับห้ามหรือจำกัดสิทธิของบุคคลก็ควรจะเป็นกฎหมายที่มีความแน่นอน เพื่อเป็นหลักประกันว่าคนทุกคนที่อยู่ในประเทศไทยจะไม่ถูกจำกัดสิทธิใดๆไปตามอำเภอใจของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจของรัฐ

ดังนั้นเพื่อแก้ไขความไม่แน่นอนของการใช้ดุลพินิจทางกฎหมายในเรื่องการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตอยู่ในประเทศไทยประเภทผู้เกษียณอายุ จึงควรมีการออกกฎระเบียบและกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในเรื่องนี้และเปิดเผยให้คนต่างด้าวประเภทนี้ทราบตั้งแต่ตอนขออนุญาตเดินทางเข้ามาอยู่และใช้ชีวิตบั้นปลายของตน เพื่อเขาจะได้ทราบตั้งแต่ต้นว่าเขามีสิทธิในการทำงานในประเทศไทยได้หรือไม่ ซึ่งในเรื่องนี้แม้เป็นอำนาจเด็ดขาดของประเทศไทยที่จะอนุญาตหรือไม่ก็ได้แต่เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยใช้กฎหมายเป็นหลักในการปกครองประเทศการจำกัดสิทธิใดควรเป็นไปตามกฎหมายมิใช่เป็นไปโดยดุลพินิจที่ปราศจากหลักเกณฑ์ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ปัญหาที่ 3: ข้อกำหนดของใบอนุญาตทำงานไม่สอดคล้องกับสถานการณ์การทำงานของแรงงานต่างด้าว เนื่องจากการขาดการประสานกันระหว่างหน่วยงานราชการ

ปัญหาสุดท้ายในทางปฏิบัติที่ได้รับทราบจากการสัมภาษณ์แรงงานต่างด้าว¹⁷ ได้แก่ ปัญหาที่มาจากการขาดความเชื่อมโยงของหน่วยงานราชการยังทำให้เกิดปัญหาข้อกำหนดของใบอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานไม่สอดคล้องกับการทำงานในความเป็นจริง เนื่องจากข้อกำหนดของใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่มีการระบุชัดเจนว่าคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานนั้นได้รับอนุญาตทำงานในตำแหน่งใดและทำงานในสถานที่ทำงานใดตามที่กำหนดเพียงแห่งเดียวเท่านั้น การที่คนต่างด้าวไปทำงานอย่างอื่นนอกจากตำแหน่งงานที่ได้รับอนุญาตหรือนอกสถานที่ทำงานที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานเป็นความผิด โดยคนต่างด้าวคนหนึ่งสามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้เพียงตำแหน่งเดียวซึ่งไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง

กรณีตัวอย่างที่เห็นชัดได้แก่ การประกอบอาชีพเป็นกรรมการบริษัทของแรงงานต่างด้าว ซึ่งอาชีพนี้เป็นอาชีพในระดับบริหารจัดการที่มีแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทำงานอยู่มากที่สุดในบรรดาอาชีพต่างๆที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายประกอบอาชีพในประเทศไทย ตามตารางแสดงอาชีพของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทย (โปรดดูตารางที่ 6 ในบทที่ 3) โดยมีแรงงานต่างด้าวประกอบอาชีพผู้บริหารจัดการอยู่เป็นจำนวนถึง 44.5% ของแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายทั้งหมด

ความไม่สอดคล้องก็เนื่องมาจากสภาพความเป็นจริงที่ว่าคนต่างด้าวที่นำเงินเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในหลายๆกิจการในประเทศไทย โดยทางธุรกิจแล้วคนต่างด้าวคนนี้ย่อมต้องการดำรงตำแหน่งกรรมการของบริษัทต่างๆที่ตนลงทุนไปด้วย แต่การขอใบอนุญาตทำงานในประเทศไทยที่ผู้ขอรับใบอนุญาตทำงานต้องระบุตำแหน่ง และสถานที่ทำงานให้ชัดเจนเพียงตำแหน่งและสถานที่ทำงานเดียวเท่านั้น ในทางปฏิบัติคนต่างด้าวก็จะยื่นขอใบอนุญาตทำงานโดยระบุว่าเป็นกรรมการของบริษัทใดบริษัทหนึ่งเพียงบริษัทเดียว แต่เมื่อมีการจดทะเบียนนิติบุคคลจัดตั้งบริษัทกับทางกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ คนต่างด้าวนี้ก็จะระบุชื่อของตนเป็นกรรมการในหลายๆบริษัทที่ตนลงทุนไป ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทก็ไม่ถือกำหนดห้ามผู้ที่ดำรงตำแหน่งกรรมการบริษัทใดบริษัทหนึ่งแล้วที่จะดำรงตำแหน่งกรรมการใน

¹⁷ สัมภาษณ์แรงงานต่างด้าวสัญชาติฝรั่งเศสและอเมริกัน ผู้ประกอบอาชีพกรรมการบริษัท 13-15 มีนาคม 2545

บริษัทอื่น อีกทั้งหากพิจารณาทางด้านพระราชกฤษฎีกา พศ. 2522 การประกอบอาชีพเป็น กรรมการบริษัท ซึ่งเป็นผู้บริหารกิจการไม่เป็นอาชีพที่กฎหมายสงวนให้กับคนไทย คนต่างด้าวสามารถประกอบได้ อีกทั้งการทำงานในตำแหน่งกรรมการเป็นอาชีพที่ต้องใช้ความรู้ความสามารถให้กิจการดำเนินไปด้วยดี ไม่ขาดทุน ต้องเป็นผู้ที่ไว้วางใจได้และเป็นที่เชื่อถือของผู้ถือหุ้น การดำรงตำแหน่งกรรมการในหลายๆบริษัทที่มีความเชื่อมโยงกัน ไม่เป็นผลเสียต่อเศรษฐกิจของประเทศ หรือเป็นการแย่งงานของคนไทย หรือแม้แต่ความมั่นคงของประเทศก็ไม่ถูกกระทบแต่อย่างใด เนื่องจากธุรกิจที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศนั้น ตัวชี้วัดอยู่ที่จำนวนหุ้นหรือจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวเท่านั้น กรรมการบริหารที่คนต่างด้าวไม่ทำให้กิจการนั้นเป็นของต่างด้าวไปได้ แต่การทำงานของแรงงานต่างด้าวในหลายบริษัทนั้นผิดตามหลักเกณฑ์ของการได้รับใบอนุญาตทำงาน แต่อย่างไรก็ดีการทำงานในหลายสถานที่ของแรงงานต่างด้าวก็ปรากฏอยู่

ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่าการกำหนดห้ามแรงงานต่างด้าวทำงานในสถานที่ทำงานอื่นนอกจากที่กำหนดในใบอนุญาตทำงานจึงไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจการทำงานในอาชีพผู้บริหารจัดการในปัจจุบัน