

## บทที่ 4

# ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพ จากการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: ศึกษากรณีตามข้อตกลงยอมรับร่วม (Mutual Recognition Arrangements: MRAs)

จากการศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพและการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนประกอบกับการศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพของประเทศไทยเปรียบเทียบกับต่างประเทศและประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนพบว่าแรกเริ่มนั้นการรวมกลุ่มของประเทศในภูมิภาคอาเซียนเกิดขึ้นภายใต้บริบทแห่งการหลีกเลี่ยงปัญหาความขัดแย้งทางลัทธิการเมืองการปกครองระหว่างกัน ต่อมาจึงพัฒนากลายเป็นความร่วมมือทางเศรษฐกิจมากขึ้นเพื่อปรับตัวให้สอดคล้องกับกระแสโลกาภิวัตน์ โดยอาศัยกลไกและมาตรการทางเศรษฐกิจที่มีอยู่แล้วนำมาพัฒนาให้ความช่วยเหลือและสนับสนุนทั้งในภูมิภาคและระหว่างภูมิภาคให้สูงขึ้นและลดการพึ่งพาดตลาดในกลุ่มประเทศที่สามลงเพื่อให้เกิดการหมุนเวียนปัจจัยทางเศรษฐกิจได้อย่างสะดวก สร้างเสริมขีดความสามารถในการแข่งขันและพัฒนาเศรษฐกิจอย่างเสมอภาคโดยลดช่องว่างการพัฒนาระหว่างสมาชิกเก่า-ใหม่ สร้างเครือข่ายการผลิต โดยการปรับประสานนโยบายเศรษฐกิจบูรณาการเข้ากับเศรษฐกิจโลก

จะเห็นได้ว่าการมาถึงของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community) ที่กำลังจะมีขึ้นในปี พ.ศ. 2558 ถือเป็นประกาศเจตนารมณ์ของทั้ง 10 ประเทศสมาชิกอาเซียนตามกฎบัตรอาเซียน (The ASEAN Charter) ที่กำหนดให้ประชาคมอาเซียนประกอบด้วยความร่วมมือภายใต้ 3 เสาหลักคือ ประชาคมการเมืองและความมั่นคง ประชาคมสังคมและวัฒนธรรม และประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยประชาคมอาเซียนมีความมุ่งประสงค์ประการที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งถูกกล่าวไว้ในข้อ 1 แห่งกฎบัตรอาเซียน คือ “เพื่อสร้างตลาดและฐานการผลิตเดียวที่มีเสถียรภาพเกิดการรวมตัวทางเศรษฐกิจซึ่งมีการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยให้มีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการและการลงทุน การเคลื่อนย้ายที่ได้รับความสะดวกของนักธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้มีความสามารถพิเศษ และการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของเงินทุน” และเพื่อให้วัตถุประสงค์ดังกล่าวสัมฤทธิ์ผลในข้อ 5 แห่งกฎบัตรอาเซียนยังกำหนดพันธกรณีให้รัฐสมาชิกซึ่งรวมถึงประเทศไทยจำเป็นต้อง “มีมาตรการที่จำเป็นทุกประการอันรวมถึง

การออกกฎหมายภายในที่เหมาะสมเพื่ออนุรักษ์บัญชีของกฎบัตรนี้อย่างมีประสิทธิภาพ และเพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีทั้งหมดของรัฐสมาชิก” ภายใต้การรวมกลุ่มเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายในปี พ.ศ. 2558

ตามกฎบัตรอาเซียนดังกล่าวทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนรวมถึงประเทศไทย มีพันธกรณีที่ต้องเปิดเสรีการค้าและการบริการระหว่างกันในรอบของความตกลงอาเซียนว่าด้วยการค้าและการบริการเพื่อลดและยกเลิกมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีการค้าและการบริการ มีผลให้ประเทศสมาชิกได้รับการพัฒนาและมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจในด้านต่าง ๆ และเกิดผลกระทบในเชิงบวกต่อการขยายตัวในภาคบริการและเป็นผลให้มีการจ้างงานที่สูงขึ้น ตลอดจนส่งผลให้อัตราค่าจ้างในธุรกิจบริการ มาตรฐานการให้บริการและความก้าวหน้าในวิชาชีพมีระดับที่สูงขึ้นด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเปิดเสรีเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน วิชาชีพตามแผนงานการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนมีเป้าหมายในการเร่งรัดการพัฒนาและจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วม (Mutual Recognition Arrangements: MRAs) ในคุณสมบัติวิชาชีพสาขาต่าง ๆ ซึ่งทุกประเทศที่ร่วมทำข้อตกลงจะต้องปฏิบัติตามกรอบข้อตกลงที่กำหนด ถือเป็นปรากฏการณ์ใหม่ที่ภูมิภาคอาเซียนได้ร่วมมือกัน โดยมีแม่แบบจากการรวมกลุ่มทางด้านเศรษฐกิจของสหภาพยุโรป

ปัจจุบันประเทศสมาชิกอาเซียนมีการจัดทำความร่วมมือที่มีผลเป็นการสนับสนุนการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศสมาชิกอย่างเสรี โดยได้ให้ความสำคัญกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน วิชาชีพซึ่งมีความสัมพันธ์กับการเปิดเสรีด้านการค้าบริการในรูปแบบการให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) ภายใต้วัตถุประสงค์ของกรอบความตกลงด้านการค้าบริการอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) โดยได้จัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมในสาขาบริการของประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งปัจจุบันจัดทำข้อตกลง 8 ฉบับ โดยที่ข้อตกลงการยอมรับร่วมดังกล่าวหมายถึง การที่ผู้ให้บริการที่ได้รับการรับรองคุณสมบัติวิชาชีพโดยหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศตนจะได้รับการยอมรับ โดยหน่วยงานที่มีอำนาจในประเทศอาเซียนอื่น โดยต้องสอดคล้องกับกฎระเบียบภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ให้บริการวิชาชีพของอาเซียนในการขอใบอนุญาตประกอบวิชาชีพและสามารถเข้าไปประกอบอาชีพในประเทศสมาชิกอื่นได้

จะเห็นได้ว่าในการพัฒนาองค์กรของอาเซียนไปเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนครั้งนี้ ยังส่งผลกระทบอย่างมากต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานในภูมิภาค ประเทศผู้รับและประเทศผู้ส่งออกแรงงานจำเป็นต้องเตรียมความพร้อมในการพัฒนาบุคลากรของตน ในขณะที่เดียวกันภาครัฐก็มีภาระที่จะต้องพัฒนาแนวทางและมาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองแรงงานให้เป็นมาตรฐานสากล

มากยิ่งขึ้น เพราะในที่สุดเราคงไม่อาจที่หาหนทางกระแสความเปลี่ยนแปลงของโลกได้ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศจะเป็นเครื่องมือที่นานาประเทศใช้เป็นบรรทัดฐานร่วมกัน การจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นถึงการยอมรับตรงกันว่าประเทศสมาชิกของประชาคมจำเป็นต้องให้ความใส่ใจกับคนทำงานหรือแรงงานที่เคลื่อนย้ายระหว่างประเทศสมาชิกในฐานะของปัจจัยทางเศรษฐกิจ เพื่อไม่ให้เกิดอุปสรรคต่อการเป็นฐานการผลิตเดียวของภูมิภาค โดยการจัดการหรือการมุ่งคุ้มครองการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพโดยเสรีต้องเป็นไปตามกรอบแห่งกฎหมาย

ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกอาเซียนและได้ลงนามในข้อตกลงร่วมอาเซียนว่าด้วยการรับรองคุณสมบัติวิชาชีพจึงมีพันธกรณีที่มีผลให้ประเทศไทยต้องมีการกำหนดแก้ไขหรือปรับปรุงบทบัญญัติกฎหมายภายในของประเทศไทยให้เหมาะสม และสนับสนุนการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายของการนำประเทศไทยเข้าสู่การเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน มาตรการแรงงานสากลขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจำเป็นที่ประเทศไทยต้องยึดถือเพื่อความก้าวหน้า การเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีระหว่างประเทศซึ่งต้องตรวจสอบกฎหมายต่าง ๆ อย่างละเอียดเพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของประชาคมอาเซียน โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่ากรณีของประเทศไทยยังมีบทบัญญัติของกฎหมายในหลาย ๆ เรื่องที่ยังไม่สอดคล้องกับการเป็นประชาคมอาเซียน ประกอบกับการเร่งรัดเปิดเสรีด้านการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพให้แล้วเสร็จภายใน ปี พ.ศ. 2558 ย่อมต้องมีปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยยังมีปัญหาบางประการที่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีด้านการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพตามข้อตกลงยอมรับร่วม ซึ่งจะได้พิจารณาตามลำดับหัวข้อของปัญหาดังต่อไปนี้

#### **4.1 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องข้อจำกัดของการประกอบวิชาชีพของชาวต่างด้าวตามกฎหมายไทย ไม่สอดคล้องกับคุณสมบัติวิชาชีพเสรีตามข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน**

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการส่งเสริมและสนับสนุนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในด้านการประกอบวิชาชีพในภูมิภาคร่วมกันทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงได้มีข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียนที่สามารถเคลื่อนย้ายแรงงานได้เสรี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อลดข้อจำกัดในคุณสมบัติวิชาชีพอันเป็นผลมาจากความแตกต่างในรายละเอียดของระบบการศึกษา ประสบการณ์และทักษะวิชาชีพ มาตรฐานที่เกี่ยวกับการทำงาน และกฎระเบียบภายในเกี่ยวกับการประกอบวิชาชีพของแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียน โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติวิชาชีพ ถือเป็นเงื่อนไขประการแรกที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดการให้บริการวิชาชีพของประเทศผู้รับ

อย่างมาก ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงได้จัดทำความตกลงอาเซียนว่าด้วยการยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับคุณสมบัติวิชาชีพ โดยกำหนดขั้นตอนการดำเนินการของประเทศสมาชิกให้ต้องจัดทำความตกลงอาเซียนว่าด้วยการยอมรับร่วมกันเกี่ยวกับคุณสมบัติวิชาชีพในแต่ละสาขาวิชาชีพได้แก่ วิศวกรรม พยาบาล สถาปัตยกรรม การสำรวจ แพทย์ ทันตแพทย์ นักบัญชี และการท่องเที่ยว ซึ่งเป็นวิชาชีพที่ประเทศไทยได้ลงนามไปแล้วทั้งหมด

ทั้งนี้ ความตกลงแต่ละฉบับต่างมีหลักการเป็นการแสวงหาจุดยอมรับร่วมกันเรื่องคุณสมบัติของบุคคลธรรมดาที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ โดยเฉพาะผู้ให้บริการวิชาชีพในสาขาวิชาชีพต่าง ๆ โดยให้ความสำคัญกับคุณวุฒิทางการศึกษาและประสบการณ์ในการทำงาน ซึ่งทั้งหมดล้วนเป็นเงื่อนไขในการรับอนุญาตให้ทำงานในประเทศหนึ่ง ๆ ที่จะทำให้เกิดความสะดวกแก่บุคลากรในภาคบริการหรือผู้ประกอบการวิชาชีพของประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถเคลื่อนย้ายเข้าไปให้บริการหรือประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ ได้มากขึ้น และแลกเปลี่ยนความชำนาญ ประสบการณ์ และแนวปฏิบัติที่ดีที่สุดให้เหมาะสมกับความต้องการเฉพาะของประเทศสมาชิกอาเซียนและเกิดการพัฒนาวิชาชีพของประเทศสมาชิกอย่างต่อเนื่อง แต่ในการดำเนินการตามความตกลงทั้ง 8 ฉบับนั้นยังถือไม่ได้ว่าเป็นการเปิดตลาดให้คนต่างชาติสามารถเข้ามาให้บริการวิชาชีพในประเทศไทยได้โดยเสรีทันที แต่เป็นความตกลงระหว่างประเทศที่มีผลให้ประเทศสมาชิกอาเซียนผูกพันที่จะยอมรับคุณสมบัติด้านการศึกษา ประสบการณ์ในการทำงานหรือประกอบวิชาชีพ ที่จะทำให้นักพลจรรยาผู้ให้บริการวิชาชีพหรือผู้ประกอบการวิชาชีพ ซึ่งถือเป็นสัญชาติของประเทศสมาชิกอาเซียน (คนต่างด้าว) สามารถเข้าไปให้บริการวิชาชีพหรือประกอบวิชาชีพในประเทศผู้รับได้สะดวกยิ่งขึ้นเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาผู้ให้บริการวิชาชีพหรือผู้ประกอบการวิชาชีพของประเทศผู้รับนั้นภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามบทบัญญัติของกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง

ประเทศไทยเองก็มีปัญหาความขาดแคลนแรงงานในหลายสาขาวิชาชีพตลอดเวลาที่ผ่านมา และในขณะเดียวกันแรงงานสัญชาติไทยส่วนหนึ่งก็เดินทางออกไปเป็นแรงงานต่างด้าวในประเทศอื่น ปราบกฏการณ์ดังกล่าวนำไปสู่การสร้างภูมิปัญญาของประเทศไทยในเรื่องการจัดการแรงงานต่างด้าวข้ามชาติอย่างมากมายซึ่งอาจทำให้กฎหมายบางฉบับที่บัญญัติหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขบางประการไม่สอดคล้องและรองรับกับวัตถุประสงค์ของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยเฉพาะอย่างยิ่งข้อจำกัดเกี่ยวกับวิชาชีพสงวนของคนไทยที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบอาชีพดังกล่าวในประเทศไทย กลายเป็นปัญหาเรื่องข้อจำกัดของการประกอบวิชาชีพของชาวต่างด้าวตามกฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับคุณสมบัตินักวิชาชีพเสรีตามข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน

กล่าวคือ ในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงาน หรือให้บริการในสาขาวิชาชีพใดก็ตามย่อมอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดหลักการไว้ในมาตรา 7 ว่า

“งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ จะกำหนดให้แตกต่างกันระหว่างคนต่างด้าวทั่วไปกับคนต่างด้าวตามมาตรา 13 และมาตรา 14 ก็ได้

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการทำงานของคนต่างด้าวตามมาตรา 12”

และในมาตรา 8 ยังบัญญัติต่อไปว่า

“เพื่อประโยชน์ในการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานบางประเภทหรือบางลักษณะในราชอาณาจักร รัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจะกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาให้เรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานตามประเภทหรือลักษณะที่กำหนดในราชอาณาจักรก็ได้

ผู้ใดประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดและชำระค่าธรรมเนียมก่อนทำสัญญาจ้างไม่น้อยกว่าสามวันทำการ

ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติในวรรคสอง ต้องเสียเงินเพิ่มอีกหนึ่งเท่าของค่าธรรมเนียมที่ต้องชำระ”

จากบทบัญญัติข้างต้นจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวฉบับนี้ได้ควบคุมการประกอบอาชีพคนต่างด้าวในประเทศไทยไว้โดยวางมาตรการจำกัดการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวไว้ว่า งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใดและเมื่อใดจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศโดยให้กำหนดเป็นกฎกระทรวง และสามารถจำกัดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานในบางประเภทหรือบางลักษณะในราชอาณาจักรได้ตามมาตรา 8 โดย ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวง เช่นว่านั้นให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใด ๆ ได้ เว้นแต่งาน 39 ประเภทที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522

ทั้งนี้ ตามตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ได้กำหนดงานที่คนต่างด้าวห้ามทำไว้ คือ (1) งานกรรมกร ยกเว้นงานกรรมกรในเรื่องประมงและไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่า

ด้วยคนเข้าเมืองภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับ รัฐบาลแห่งชาติอื่น และคนต่างด้าวที่ได้รับการกำหนดสถานะให้เป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วย กฎหมายและมีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง (2) งานกสิกรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญงานเฉพาะสาขา งานควบคุมดูแลฟาร์ม หรืองานกรรมกรในเรือประมงทางทะเล (3) งานก่ออิฐ งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น (4) งานแกะสลักไม้ (5) งานขับเคลื่อนยนต์ หรืองานขับเคลื่อนพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับเคลื่อนเครื่องบินระหว่างประเทศ (6) งานขายของหน้าร้าน (7) งานขายทอดตลาด (8) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว (9) งานเจียรไน หรือขัดเพชรหรือพลอย (10) งานตัดผม หรืองานเสริมสวย (11) งานทอผ้าด้วยมือ (12) งานทอเสื่อ หรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเยื่อไม้ไผ่ (13) งานทำกระดาษสา ด้วยมือ (14) งานทำเครื่องเงิน (15) งานทำเครื่องดนตรีไทย (16) งานทำเครื่องถม (17) งานทำเครื่อง ทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องนาถ (18) งานทำเครื่องลงหิน (19) งานทำตุ๊กตาไทย (20) งานทำที่นอน หรือผ้าห่มนวม (21) งานทำบาตร (22) งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ (23) งานทำพระพุทธรูป (24) งานทำมีด (25) งานทำร่มกระดาษหรือผ้า (26) งานทำรองเท้า (27) งานทำหมวก (28) งานนายหน้า หรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่าง ประเทศ (29) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณ จัดระบบ วิจัย วางโครงการทดสอบ ควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ ไม่รวมงานที่ต้อง ใช้ความชำนาญพิเศษ (30) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ (31) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย (32) งานปั้น หรือทำเครื่องปั้นดินเผา (33) งานมวนบุหรี่ด้วยมือ (34) งานมักคูเทศก์ หรืองานจัดนำเที่ยว (35) งานเร่ขายสินค้า (36) งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทย (37) งานสาวหรือบิดเกลียวไหมด้วยมือ (38) งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ (39) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ยกเว้น (ก) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการ (ข) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาตโตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่ง ใช้บังคับแก้ข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาตโตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือเป็นกรณีที่ไม่ต้อง ขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย

โดยในการขออนุญาตเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวโดยถูกกฎหมายการขออนุญาต เข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวโดยถูกกฎหมายจะแบ่งเป็นกรณีแรงงานในสาขาที่เปิดเสรีแรงงาน และไม่เปิดดังนี้

1. การทำงานของแรงงานต่างด้าวในสาขาวิชาชีพที่เปิดเสรีทางด้านแรงงาน จะต้องมีความคุณสมบัติผ่านตามมาตรฐานวิชาชีพที่อาเซียนและประเทศไทยกำหนดก็จะสามารถเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้

2. การทำงานของแรงงานต่างด้าวทั่วไป จะต้องมีความคุณสมบัติตามกฎหมายและมีนายจ้างรับเข้าทำงานแล้ว ดังนี้คือ

2.1 คนต่างด้าวนั้นจะต้องไม่เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามตามเงื่อนไข คือ

(1) มีความรู้และความสามารถในการทำงานตามที่ขออนุญาต

(2) ไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือมีจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ

(3) ไม่เป็นผู้เจ็บป่วยด้วยโรคเรื้อน วัณโรคในระยะอันตราย โรคเท้าช้างในระยะปรากฏอาการอันเป็นที่รังเกียจแก่สังคม โรคติดยาเสพติดให้โทษอย่างร้ายแรง โรคพิษสุราเรื้อรัง และโรคซิฟิลิสในระยะ 3

(4) ไม่เคยต้องโทษจำคุกในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวภายในระยะเวลาหนึ่งปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต และ

2.2 การขอใบอนุญาตทำงาน มีหลักเกณฑ์การพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าว โดยคำนึงถึงความมั่นคงภายในราชอาณาจักรด้านการเมือง ศาสนา เศรษฐกิจและสังคม โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ และประโยชน์จากการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในตำแหน่งงานนั้น เช่น การนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุนหรือใช้จ่ายในประเทศเป็นจำนวนมาก การจ้างงานคนไทยจำนวนมาก หรือการพัฒนาทักษะฝีมือคนไทยซึ่งได้รับการถ่ายทอดจากคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงาน

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าการพิจารณาอนุญาตทำงานนั้นมีปัญหาที่เกิดจากการกำหนดประเภทของงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ ซึ่งสงวนงานบางประเภทไว้ให้เฉพาะคนไทยทำ ดังนั้นในการกำหนดประเภทของงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จึงถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวให้บริการวิชาชีพในประเทศไทยบนพื้นฐานการส่งเสริมและคุ้มครองการประกอบวิชาชีพของคนไทยควบคู่ไปกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถประกอบวิชาชีพได้เฉพาะสาขาวิชาชีพที่มีความพร้อมและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศหรือมีความจำเป็นต่อการพัฒนาความรู้หรือวิทยาการหรือเทคโนโลยีที่เกี่ยวข้องกับสาขาวิชานั้นๆ ทำให้งานที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวทำบางประเภทอาจไม่ครอบคลุมพันธกรณีของประเทศไทยในการเปิดตลาดการค้าบริการและการลงทุนตามสนธิสัญญาเพื่อเปิดการค้าเสรีทั้งในระดับทวิภาคี ระดับ พหุภาคี และระดับภูมิภาค เนื่องจากประเทศไทยมีพันธกรณีที่ได้มีการเปิดตลาดและที่อยู่

ในระหว่างการเจรจาเพื่อเปิดตลาด โดยอาศัยประเภทของงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 39 ประเภท ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะเกิดช่องว่างระหว่างการ บังคับใช้กฎหมายสำหรับประเภทงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้และประเภทงานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าว ทำ ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนเห็นว่า การจำกัดหรือสงวนงานบางประเภทไว้ไม่ให้คนต่างด้าวประกอบอาชีพ ในประเทศไทยตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 อันได้แก่

ข้อ (8) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายใน เป็นครั้งคราว

ข้อ (29) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและ คำนวณจัดระบบ วิจัย วางโครงการทดสอบ ควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ ไม่รวมงาน ที่ต้องใช้ความชำนาญพิเศษ และ

ข้อ (30) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ

ข้อ (34) งานมัคคุเทศก์ หรืองานจัดนำเที่ยว

ดังกล่าวนี้อาจส่งผลกระทบต่อพันธกรณีที่ไทยได้ทำข้อตกลงยอมรับร่วมในการเปิดเสรีวิชาชีพ ถึง 5 ประเภทด้วยกันคือ วิชาชีพบัญชี วิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพสถาปัตยกรรม วิชาชีพนักสำรวจ และวิชาชีพท่องเที่ยว ที่จะถูกจำกัดโดยผลของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ถือเป็นปัญหาความถกเถียงของกฎหมายภายในของประเทศไทยที่ไม่สอดคล้องกับข้อตกลงยอมรับ ร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน (Mutual Recognition Arrangements: MRAs) ที่ประเทศไทย ได้ลงนามไว้ ซึ่งจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างประเทศ ที่เป็นผลมาจากกฎหมายภายในขัดกับ พันธกรณีที่ประเทศไทยได้มีการลงนามไว้แล้ว และที่มีการเจรจาเพื่อลงนามต่อไปในอนาคต เช่น วิชาชีพนักกฎหมายหรือทนายความ เป็นต้น

#### 4.2 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องความขัดแย้งของมาตรการทางกฎหมายในการเปิดเสรีด้านการเคลื่อนย้าย แรงงานระหว่างกฎหมายคนเข้าเมืองกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุน

การเปิดเสรีการค้าและบริการระหว่างประเทศถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่สำคัญต่อ ประเทศสมาชิกอาเซียนทุกประเทศ เนื่องจากมีผลเป็นการกระตุ้นการค้าระหว่างประเทศและการค้า ภายในประเทศ ซึ่งเป็นผลให้ประเทศสมาชิกได้รับการพัฒนาและมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ ในด้านต่าง ๆ และเกิดผลกระทบในเชิงบวกต่อการขยายตัวในภาคบริการและเป็นผลให้มีการจ้างงาน



ที่สูงขึ้น ตลอดจนยังส่งผลให้อัตราค่าจ้างในธุรกิจบริการวิชาชีพ มาตรฐานการให้บริการ และ ความก้าวหน้าในวิชาชีพมีระดับที่สูงขึ้นด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตามในการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการจ้างแรงงานต่างด้าวของประเทศไทย จะต้องปฏิบัติอยู่ภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเข้าเมือง และการพำนักอาศัยของคนต่างด้าว เพราะถือเป็นอำนาจอธิปไตยและดุลยพินิจของรัฐเจ้าของดินแดน (รัฐผู้รับ) กฎหมายระหว่าง ประเทศไม่ได้บังคับให้รัฐมีหน้าที่ต้องรับหรืออนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในรัฐตนรัฐจึงมีอำนาจ อย่างสมบูรณ์ที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในรัฐก็ได้ โดยรัฐเจ้าของดินแดน มีอำนาจในการตรากฎหมายควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าวภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ได้อย่างเต็มที่ ซึ่งหลักการนี้ได้รับการยืนยันโดยศาลของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษว่า “การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรนั้นเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดน”

จากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการวางมาตรการควบคุมคนต่างด้าวในการเข้ามา ประกอบอาชีพในราชอาณาจักรไทยได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นอกจากนี้ในการ ใช้กฎหมายคนเข้าเมืองยังต้องคำนึงถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและมีความสัมพันธ์กันด้วยคือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

ส่วนกฎหมายที่ส่งเสริมให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพในเมืองไทยคือพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 และกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น สนธิสัญญาทวิภาคี ที่เกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าการวางมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมดูแลการประกอบอาชีพของ คนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทยไม่สอดคล้องกับมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการจ้างแรงงาน ต่างด้าวโดยมีวัตถุประสงค์ส่งเสริมและสนับสนุนการค้าและบริการของประเทศ ซึ่งอาจทำให้ ขัดแย้งกับต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ตกลงไว้ในข้อตกลงยอมรับร่วมในแรงงานวิชาชีพเสรีอาเซียน กล่าวคือ

หลักเกณฑ์ของกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยในราชอาณาจักร บพบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองของประเทศไทยในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับการเคลื่อนย้ายแรงงานใน กรอบของอาเซียนโดยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 จะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการ เข้ามาในราชอาณาจักร การอาศัยในราชอาณาจักร และการเดินทางออกนอกราชอาณาจักร โดย มีหลักการที่สำคัญที่เกี่ยวกับการตรวจลงตราหนังสือเดินทางสำหรับเข้ามาหรือออกไปนอก ราชอาณาจักร การจำกัดคนต่างด้าวบางประเภทที่มีลักษณะต้องห้ามมิให้เข้ามาในราชอาณาจักร

การจำกัดจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามามีถิ่นที่อยู่อาศัยในราชอาณาจักร รวมทั้งกำหนดมาตรการควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร โดยแรงงานวิชาชีพจากประเทศสมาชิกอาเซียนที่จะเดินทางเข้ามาอาศัยในประเทศไทยก็ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

1. บุคคลต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาหรือออกไปนอกราชอาณาจักร โดยต้องเดินทางผ่านช่องทางด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่าสถานีหรือท้องที่และตามกำหนดเวลาที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศกำหนด

2. บุคคลต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางที่ถูกต้องและสมบูรณ์และได้รับการตรวจลงตราจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

3. บุคคลต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องมีปัจจัยในการยังชีพตามควร มีเงินติดตัวหรือมีประกันตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศกำหนด และการเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรต้องไม่ได้มีวัตถุประสงค์เพื่อเข้ามาประกอบอาชีพกรรมกรหรือเข้ามารับจ้างด้วยกำลังกายโดยไม่อาศัยความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

4. บุคคลต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องผ่านเงื่อนไขเกี่ยวกับการสาธารณสุข เช่น ไม่เป็นผู้วิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือยังมีได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีดวัคซีน หรือปฏิบัติอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติและไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำการเช่นนั้น

5. บุคคลต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรต้องไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดเหตุโทษหรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง หรือมีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ หรือมีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าจะเข้ามาเพื่อค้าประเวณี ค้าหญิงหรือเด็ก ค้ายาเสพติด ลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือประกอบกิจการอื่นอันขัดต่อความสงบเรียบร้อยฯ หรือถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณาขกเว้นให้เป็นกรณี

พิเศษเฉพาะรายหรือเป็นบุคคลที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ข้างต้นเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในราชอาณาจักร โดยเป็นการกำหนดมาตรการในเชิงป้องกันเพื่อความมั่นคง เศรษฐกิจ สุขอนามัยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประเทศ นอกจากนี้ในเรื่องของการเข้ามาอยู่อาศัยในราชอาณาจักรจะสามารถพิจารณาได้เป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่ 1. กรณีการเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว เป็นกรณีที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถอยู่อาศัยในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวภายใต้วัตถุประสงค์บางประการที่กฎหมายกำหนดไว้ 15 ประการ คือ

- (1) การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล
- (2) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ
- (3) การท่องเที่ยว
- (4) การเล่นกีฬา
- (5) การประกอบธุรกิจ
- (6) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (7) การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (8) การเดินทางผ่านราชอาณาจักร
- (9) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานีหรือท้องที่ในราชอาณาจักร

- (10) การศึกษาหรือดูงาน
- (11) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน
- (12) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (13) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษา
- (14) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ และ
- (15) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ทั้งนี้ ระยะเวลาในการอนุญาตให้อยู่อาศัยในราชอาณาจักรจะแตกต่างกันไปตามที่กฎหมายกำหนด โดยคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวจะมีเงื่อนไขบางประการที่เกี่ยวข้อง โดยตรงกับการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพเกี่ยวกับการทำงานหรือการประกอบอาชีพ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็น

การชั่วคราวต้องไม่ประกอบอาชีพหรือรับจ้างทำงาน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติมอบหมายเสียก่อน และถ้ากรณีใดมีกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่นก็จะต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายนั้น

กรณีที่ 2. กรณีการเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร เป็นการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรได้ ทั้งนี้โดยมีเงื่อนไขบางประการคือ การได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรี และเงื่อนไขในการกำหนดจำนวนคนต่างด้าว โดยรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศในราชกิจจานุเบกษา กำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปีโดยมิให้เกินประเทศละหนึ่งร้อยคนต่อปี และสำหรับคนไร้สัญชาติมิให้เกินห้าสิบคนต่อปี

จากมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับคนเข้าเมืองข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อประเทศไทยได้ตกลงเปิดเสรีด้านแรงงานวิชาชีพแล้วย่อมส่งผลกระทบต่อความขัดแย้งในการดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนี้

#### 4.2.1 ความขัดแย้งในเรื่องการยกเว้นการตรวจลงตราแก่แรงงานวิชาชีพตามกฎหมายคนเข้าเมือง

จากการศึกษาจะพบว่าพันธกรณีของข้อตกลงยอมรับร่วมอาเซียนว่าด้วยการรับรองคุณสมบัตินักวิชาชีพ กำหนดให้แรงงานวิชาชีพซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย (คนต่างด้าว) สามารถเดินทางเข้ามายังราชอาณาจักรไทยได้ โดยประเทศไทยจะต้องอำนวยความสะดวกด้านการตรวจลงตราและการอนุญาตให้อยู่อาศัยในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษจากการเข้าเมืองโดยมีวัตถุประสงค์ด้านอื่น ๆ ซึ่งในกรณีของการเข้ามายังราชอาณาจักรไทยของแรงงานวิชาชีพตามแผนงานการสนับสนุนการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพอาเซียนอย่างเสรีนั้น การพิจารณาบทบัญญัติตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองอาจทำให้เกิดความยุ่งยากและไม่สะดวกต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพเข้ามาในราชอาณาจักร ซึ่งในเรื่องนี้จะพบว่ามีความเกี่ยวข้องกับกรอบความตกลงอาเซียนว่าด้วยการยกเว้นการตรวจตรา (ASEAN Framework Agreement on Visa Exemption 2006) ซึ่งจะเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนของประเทศสมาชิกอาเซียนในการเคลื่อนย้ายเข้าออกในดินแดนของประเทศสมาชิกอาเซียนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนของประเทศสมาชิกอาเซียนทั้งที่เป็นแรงงานวิชาชีพ รวมทั้งด้านการท่องเที่ยว การค้า และการลงทุนระหว่างกัน

4.2.2 ปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับการจ้างคนต่างด้าวที่เข้ามาตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน

จากการศึกษาพบว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในประเทศไทยได้บัญญัติเงื่อนไขในการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานไว้ดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 วางหลักว่า

“มาตรา 24 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อศึกษาผู้ทางการลงทุนหรือกระทำการอื่นใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนได้ตามกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร

การขออนุญาตให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและแบบที่คณะกรรมการกำหนดและในการอนุญาต คณะกรรมการจะกำหนดเงื่อนไขตามที่พิจารณาเห็นสมควรไว้ด้วยก็ได้

มาตรา 25 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับอนุญาตนำคนต่างด้าวซึ่งเป็น

- (1) ช่างฝีมือ
- (2) ผู้ชำนาญการ
- (3) คู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่ในอุปการะของบุคคลใน (1) และ (2) เข้ามาในราชอาณาจักร

ได้ตามจำนวนและกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินอัตราจำนวนหรือระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

มาตรา 26 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา 24 และคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 25 ได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะตำแหน่งหน้าที่การทำงานที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร”

และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กลับบัญญัติว่า

“มาตรา 45 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชย์กรรม ได้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวซึ่งเป็น

- (1) ช่างฝีมือ
- (2) ผู้ชำนาญการ

(3) คู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่ในอุปการะของบุคคลใน (1) หรือ (2) เข้ามาในราชอาณาจักรได้ตามจำนวนและภายในกำหนดระยะเวลาให้อยู่ได้ในราชอาณาจักรตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดจำนวนหรือระยะเวลาให้อยู่ได้ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

มาตรา 46 ภายใต้อำนาจกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามมาตรา 45 ได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะตำแหน่งหน้าที่การทำงานที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบ ตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร และพระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 ได้บัญญัติการจ้างแรงงานที่เกี่ยวข้องกับวิชาชีพสำรวจว่า

“มาตรา 69 ภายใต้อำนาจกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่กฎหมายนี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ผู้รับสัมปทานและผู้รับจ้าง ซึ่งได้ทำสัญญาจ้างเหมาโดยตรงกับผู้รับสัมปทานมีสิทธินำช่างฝีมือและผู้เชี่ยวชาญ รวมตลอดถึงคู่สมรสและบุตรที่อยู่ในอุปการะซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามความจำเป็นในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้ตามจำนวนและระยะเวลาที่คณะกรรมการมีคำสั่งตามที่เห็นสมควร ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกินอัตราจำนวนคนเข้าเมืองและระยะเวลาตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

ผู้รับสัมปทานมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งของคณะกรรมการต่อรัฐมนตรีได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันได้รับคำสั่ง คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด”

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 กีด พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กีด หรือพระราชบัญญัติปีโตรเลียม พ.ศ. 2514 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างชาตินั้นแต่มีเจตจำนงให้คนต่างชาติที่มีฝีมือเท่านั้นเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้

ในขณะที่การออกใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยนั้น ได้จำแนกลักษณะของคนต่างด้าวที่จะขออนุญาตออกเพียงสองลักษณะ คือ กรณีคนต่างด้าวทั่วไปและกรณีคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามกฎหมายพิเศษซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมกิจกรรมบางประเภทที่มีคนต่างด้าวเป็นองค์ประกอบของการดำเนินการเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การพิจารณาออกใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าวจะคำนึงถึงความมั่นคงภายในราชอาณาจักรด้านการเมือง ศาสนา เศรษฐกิจและสังคม โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่าการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในลักษณะดังกล่าวเป็นผลให้เกิดความแตกต่างในการพิจารณาอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว เนื่องจากการกำหนดประเภทของงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะยกเว้นไม่บังคับใช้กับคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามกฎหมายพิเศษ โดยผลของมาตรา 7 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งวางหลักว่า

“ในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว

เมื่อได้รับแจ้งตามวรรคหนึ่ง ให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง

ในระหว่างรอรับใบอนุญาตตามวรรคสอง ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้ โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 24 จนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาต”

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในขณะที่กฎหมายของประเทศไทยมิได้กำหนดหลักการในเรื่องการจำแนกลักษณะของคนต่างด้าวในการประกอบวิชาชีพทั้ง 8 สาขาตามข้อตกลงยอมรับร่วมไว้เป็นกรณีเฉพาะและมีได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการพิจารณาอนุญาตทำงานให้แก่ผู้ให้บริการวิชาชีพที่เป็นคนต่างด้าวไว้เป็นพิเศษ ดังนั้น ในการพิจารณาอนุญาตทำงานแก่ผู้ให้บริการวิชาชีพทั้ง 8 สาขาย่อมมีสถานะไม่ต่างไปจากคนต่างด้าวในกรณีทั่วไป และตกอยู่ภายใต้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และอนุบัญญัติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ยังคงมีผลใช้บังคับตามบทเฉพาะกาล ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะดังกล่าวจะเป็นอุปสรรคต่อการสนับสนุนและอำนวยความสะดวกแก่ผู้ให้บริการวิชาชีพในการเคลื่อนย้ายเข้าสู่ตลาดการค้าบริการและการให้บริการวิชาชีพในประเทศไทยตามพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันไว้กับบรรดาประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น

#### 4.3 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องระยะเวลาการทำงานและการกำหนดจำนวนของแรงงานวิชาชีพที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทย

จากการศึกษาในบทที่ผ่านมาพบว่าการรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนเกิดขึ้นเพื่อเสริมสร้างความแข็งแกร่งทางเศรษฐกิจและช่วงชิงความได้เปรียบจากการใช้ทรัพยากรร่วมกันที่มีอยู่ของอาเซียนเอง โดยมีการดำเนินงานแบ่งออกเป็น 3 เสาหลัก คือ เสาหลักด้านการเมืองและความมั่นคง เสาหลักทางสังคมและวัฒนธรรม และเสาหลักทางด้านเศรษฐกิจภายใต้การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้กำหนดให้มีการเคลื่อนย้ายเสรีใน 5 สาขา คือสินค้า บริการ

การลงทุน แรงงานฝีมือ ในระยะแรกเริ่มจาก 8 สาขาวิชาชีพก่อน และการที่อาเซียนมีเป้าหมายในการส่งเสริมการเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีโดยอำนวยความสะดวกการเดินทางของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการค้าสินค้า บริการ และการลงทุน ในด้านต่าง ๆ อาทิ การตรวจลงตรา การออกใบอนุญาตทำงานสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพและแรงงานฝีมืออาเซียนที่เกี่ยวข้องกับการค้าข้ามพรมแดน และกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน การเคลื่อนย้ายแรงงานฝีมือภายในภูมิภาค โดยได้ดำเนินการ 2 แนวทางคือ

1. การจัดตั้งกรอบทักษะฝีมือแรงงานระดับประเทศ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการนำไปสู่กรอบการยอมรับฝีมือแรงงานของอาเซียน
2. การจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพบริการ เป็นการดำเนินการเพื่อ

(1) ส่งเสริมการเคลื่อนย้ายวิชาชีพ/แรงงานภายใต้กรอบความตกลงด้านการค้าบริการของอาเซียน และ

(2) เป็นพันธมิตรให้อาเซียนยอมรับร่วมกันในเรื่องคุณสมบัติวิชาชีพของแรงงานฝีมือประวัตินศึกษา ประสบการณ์การทำงาน ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญในการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพ เพื่ออำนวยความสะดวกในขั้นตอนการขอใบอนุญาตข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพอันเป็นคุณสมบัติขั้นต้นของแรงงานฝีมือในสาขาต่าง ๆ ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนยอมรับร่วมกัน ซึ่งจะช่วยให้นักวิชาชีพอาเซียนสามารถเข้าไปทำงานในประเทศสมาชิกได้สะดวกมากขึ้น โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติพื้นฐาน แต่ยังคงดำเนินการขั้นตอนการเข้าเมืองอย่างถูกต้องตามข้อกำหนดของประเทศนั้น ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพหรือแรงงานเชี่ยวชาญผู้มีความสามารถพิเศษของอาเซียนได้อย่างเสรี

เมื่อประเทศต่าง ๆ ในอาเซียนได้ทำการตกลงยอมรับร่วมกันในการกำหนดคุณสมบัติวิชาชีพที่จะสามารถเคลื่อนย้ายแรงงานได้โดยเสรี ย่อมเป็นการเปิดโอกาสให้แรงงานวิชาชีพที่มีความรู้ความสามารถในภูมิภาคสามารถเลือกที่จะทำงานในประเทศต่าง ๆ ของอาเซียนได้โดยเสรียิ่งขึ้น และผลที่ตามมาคือหากประเทศใดมีข้อเสนอและเงื่อนไขในการประกอบวิชาชีพที่ดีกว่า ย่อมส่งผลให้แรงงานวิชาชีพที่มีความเชี่ยวชาญเดินทางไปประกอบวิชาชีพที่ประเทศนั้นมากกว่าแน่นอนว่าปัจจัยหลักที่จะดึงดูดให้แรงงานวิชาชีพได้คือ ค่าตอบแทนที่ดีซึ่งขึ้นอยู่กับเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ นอกจากนี้ปัจจัยส่งเสริมอย่างอื่นก็เป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะดึงดูดแรงงานวิชาชีพให้เข้ามาทำงานได้ นั่นคือการอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพโดยเสรีถือเป็นสิ่งสำคัญที่จะเป็นปัจจัยสนับสนุนให้การตกลงยอมรับร่วมดังกล่าวบรรลุเป้าหมายความได้เปรียบในด้านการใช้ทรัพยากรบุคคลร่วมกันอีกด้วย



ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงพบว่า การกำหนดระยะเวลาและจำนวนของแรงงานวิชาชีพที่จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยถือเป็นอีกปัจจัยหนึ่งที่จะช่วยส่งเสริมให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานเสรี นอกเหนือจากเรื่องค่าตอบแทนซึ่งเป็นปัจจัยพื้นฐานในการดึงดูดแรงงานวิชาชีพเข้าสู่ประเทศ แต่จากการศึกษาข้อกำหนดกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องในเรื่องของระยะเวลาในการประกอบวิชาชีพในประเทศไทยและจำนวนผู้ประกอบวิชาชีพในประเทศไทยพบว่า มีอุปสรรคอยู่หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหากฎหมายเกี่ยวกับสิทธิแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาประกอบวิชาชีพยังดินแดนของราชอาณาจักรไทยอาจมีความจำเป็นที่จะต้องอาศัยอยู่ในประเทศไทยตลอดระยะเวลาที่ต้องประกอบวิชาชีพ เช่น การว่าจ้างวิศวกรหรือสถาปนิกควบคุมงานก่อสร้างโครงการสำคัญ ๆ ของประเทศ ส่วนใหญ่จะเป็นโครงการระยะยาวที่ต้องอาศัยความต่อเนื่องในการดำเนินงานเพื่อไม่ให้เกิดความล่าช้าอันจะส่งผลกระทบต่อการส่งมอบงานและเงินลงทุน วิศวกรที่ว่าจ้างมานั้นย่อมจำเป็นที่จะต้องอาศัยในราชอาณาจักรเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด หรือแม้แต่กรณีการศึกษาวิจัยทางการแพทย์หรือการสาธารณสุข เมื่อมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญทางการแพทย์ การพยาบาล จากต่างชาติเข้าร่วมงานวิจัยที่ต้องอาศัยระยะเวลาในการศึกษาค้นคว้าที่ยาวนานเพื่อให้ได้ผลงานวิจัยที่มีคุณภาพ พบว่านักวิชาชีพทางการแพทย์และการพยาบาลดังกล่าวจำเป็นต้องอยู่อาศัยในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่า 1 ปีทั้งสิ้น

แต่เมื่อพิจารณากฎหมายที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวมีถิ่นที่อยู่อาศัยในราชอาณาจักรไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแล้ว กลับพบว่า มีกฎหมายบางฉบับที่กำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมระยะเวลาในการประกอบวิชาชีพไว้ค่อนข้างจำกัดว่า

1. คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว (Non-Immigration Visa) จะพิจารณาให้ตามความจำเป็น แต่ไม่เกิน 1 ปี และให้มีอายุเท่าระยะเวลาที่คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรในขณะออกใบอนุญาต
2. ใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือตามกฎหมายอื่น จะได้รับอนุญาตตามระยะเวลาซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอนุญาต
3. ใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว ตามมาตรา 12 ซึ่งสามารถทำงานได้ 27 อาชีพ ตามที่รัฐมนตรีกำหนดมีระยะเวลาไม่เกิน 1 ปี
4. กรณีคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวโดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนให้มีอายุสามสิบวันนับแต่วันออกใบอนุญาต

และกำหนดจำนวนของคนต่างด้าวที่เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยไว้อย่างจำกัด เช่น ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556 เรื่อง การกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ประจำปี พ.ศ. 2556 โดยมีข้อกำหนด ดังนี้

“1. เปิดรับหนึ่งร้อยคนสำหรับคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของแต่ละประเทศ และห้าสิบคนสำหรับคนต่างด้าวไร้สัญชาติ....”

การกำหนดให้คนต่างด้าวเข้ามาอาศัยในราชอาณาจักรไทยดังกล่าวจะกำหนดเป็นรายปีไม่ให้เกินประเทศละหนึ่งร้อยคนต่อปี และสำหรับคนไร้สัญชาติมิให้เกินห้าสิบคนต่อปีโดยกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองเป็นผู้พิจารณาอนุญาต ประกอบกับความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และต้องได้รับใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองด้วย

นอกจากนี้ตามประกาศคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองเรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไข ประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 7 มาตรา 41 มาตรา 43 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งกำหนดให้คนต่างด้าวที่มีความประสงค์จะมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร สามารถยื่นคำขอเพื่อมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรต่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองเพื่อให้การเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรของคนต่างด้าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประเทศสูงสุด คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองจึงกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งขอเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร โดยคำนึงถึงรายได้ สินทรัพย์ ความรู้ ความสามารถในด้านวิชาชีพ และฐานะในครอบครัวของคนต่างด้าวดังกล่าวกับบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทย เงื่อนไขเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ หรือเงื่อนไขอื่นตามความเหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันและเพื่อให้การพิจารณาดังกล่าวเป็นไปด้วยความรอบคอบ บริสุทธิ์ ยุติธรรม

จะเห็นได้ว่าการจำกัดระยะเวลาในการอยู่อาศัยของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรก็ดี หรือการจำกัดจำนวนคนต่างด้าวในแต่ละชนชาติที่จะเข้ามาประกอบอาชีพในราชอาณาจักรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่าบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวเป็นข้อจำกัดและอุปสรรคอย่างยิ่งต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของแรงงานวิชาชีพที่มีความจำเป็นต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเกินกว่าระยะเวลาหรือจำนวนที่กำหนด เพราะในสภาพความเป็นจริงของการประกอบวิชาชีพในต่างแดนนั้น ถิ่นที่อยู่ที่ได้ไปประกอบอาชีพนั้นถือเป็นแรงจูงใจที่สำคัญในการทำงาน บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคสำคัญในการส่งเสริมให้มีการเปิดเสรีของแรงงานวิชาชีพอาเซียนภายใต้ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน

#### 4.4 วิเคราะห์ปัญหาเรื่องการกำหนดนิยามในการคุ้มครองแรงงาน และมาตรฐานวิชาชีพแรงงาน ตามกฎหมายแรงงานไทย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยถือว่าได้เปรียบหลาย ๆ ประเทศในภูมิภาคอาเซียน เนื่องจากประเทศไทยเป็นสมาชิกของสหประชาชาติมาตั้งแต่เริ่มก่อตั้ง และเป็นภาคีอนุสัญญาหลักที่สำคัญ และมีผลบังคับใช้แล้ว เช่น อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก มีผลเมื่อปี พ.ศ. 2535 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติต่อสตรีทุกรูปแบบ มีผลในปี พ.ศ. 2528 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง มีผลปี พ.ศ. 2539 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม มีผลปี พ.ศ. 2542 หรืออนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ ฯลฯ ทำให้ประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะต้องดำเนินการพัฒนากฎหมายและการบังคับใช้ภายในประเทศให้เป็นไปตามอนุสัญญาต่าง ๆ ซึ่งเป็นฐานที่ดีในการพัฒนาคุณภาพชีวิตของคน และคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

นอกจากนี้การที่ประเทศไทยได้ให้การรองรับกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services) หรือ GAT อันเป็นความตกลงพหุภาคีว่าด้วยการค้าบริการระหว่างประเทศ ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อกำหนดหลักการและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเสรีการค้าบริการระหว่างประเทศสำหรับประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกได้ถือปฏิบัติ ส่งผลให้ประเทศไทยในฐานะสมาชิกจะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีต่าง ๆ ภายใต้ GATS อย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน เช่น หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับอนุเคราะห์ยิ่ง (Most - Favored Nation Treatment) โดยให้ประเทศสมาชิกคำนึงถึงการใช้มาตรการทางกฎหมายภายในของประเทศตนในลักษณะสมเหตุสมผล เป็นกลาง และปราศจากความลำเอียงหรือก่อให้เกิดอุปสรรคโดยไม่จำเป็นต่อการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกด้วยกัน

ในการคุ้มครองการเคลื่อนย้ายแรงงานตามข้อตกลงการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (Most-Favored Nation Treatment) ถือเป็นหลักการสำคัญในการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจของประชาคมอาเซียนที่มีความพยายามในการผลักดันให้ประเทศสมาชิกดำเนินนโยบายเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงานวิชาชีพ โดยเสรีบนพื้นฐานของหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-Discrimination Principles) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญหนึ่งของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services) และองค์การการค้าโลก ดังนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนที่ลงนามตามข้อตกลงยอมรับร่วมยอมปฏิเสศไม่ได้ว่า การเปิดเสรีด้านวิชาชีพตามข้อตกลงจะสำเร็จลุล่วงตามเป้าหมายไม่ได้หากประเทศสมาชิกเลือกปฏิบัติต่อแรงงานที่มีการตกลงยอมรับให้เคลื่อนย้ายได้โดยเสรี ซึ่งเป็นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามข้อตกลงว่าด้วยการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่

ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ด้วยเหตุนี้การที่ประเทศไทยได้เป็นคู่สัญญากับประเทศสมาชิกในประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนว่าด้วยข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพแล้ว เมื่อได้ให้สิทธิประโยชน์อย่างดีที่สุดแก่ประเทศหนึ่งประเทศใด ก็ต้องให้สิทธิประโยชน์เช่นว่านั้นแก่ทุกประเทศที่เป็นคู่สัญญาอื่นด้วย นอกจากนี้ประเทศไทยยังเป็นหนึ่งในประเทศสมาชิก 42 ประเทศผู้ก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยประเทศไทยให้การรับรองอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศแล้วกว่า 14 ฉบับ คิดเป็น 15 เปอร์เซ็นต์ของอนุสัญญาที่ประเทศไทยให้การรับรองต่อองค์การแรงงานระหว่างประเทศ

แต่จากการศึกษาพบว่าเมื่อเปรียบเทียบการรับรองอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศระหว่างประเทศไทยกับประเทศผู้นำที่ร่วมก่อตั้งประชาคมอาเซียนต่าง ๆ ในภูมิภาคกลับปรากฏว่าประเทศไทยยังมีข้อจำกัดที่ต่ำกว่าการรับรองโดยเฉลี่ยของประเทศกลุ่มอาเซียนที่ 17 ฉบับ และต่ำกว่าประเทศทั่วโลกซึ่งรับรองเฉลี่ยที่ 42 ฉบับ ทั้งนี้เนื่องจากลักษณะเฉพาะทางวัฒนธรรมการจ้างแรงงานและปัญหาข้อขัดข้องในการวางมาตรการกฎหมายแรงงานภายในของประเทศในการปฏิรูปกฎหมายทั้งระบบให้สอดคล้องกับข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพเสรีของอาเซียนและการคุ้มครองแรงงานตามมาตรฐานสากลก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายตามมาคือ

4.4.1 ปัญหาการกำหนดนิยามในการคุ้มครองแรงงานตามกฎหมายแรงงานไทย กล่าวคือ ปัญหาการกำหนดนิยามในการคุ้มครองแรงงานตามกฎหมายแรงงานไทยถือเป็นปัญหาสำคัญเกี่ยวกับมาตรการในการคุ้มครองแรงงานตามกฎหมายไทยที่มีต่อแรงงานต่างด้าวเนื่องจากการกำหนดนิยามตามกฎหมายไทยไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้ขาดความน่าเชื่อถือต่อแรงงานวิชาชีพเสรีที่จะเข้ามาประกอบวิชาชีพในราชอาณาจักรไทยอันเป็นอุปสรรคสำคัญในการปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้มีการตกลงไว้ตามข้อตกลงยอมรับร่วมในการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยการวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าวนี้จำเป็นต้องพิจารณาประกอบกับมาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศ ได้แก่ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ดังนี้

ตามประกาศปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) กำหนดมาตรฐานการจ้างงานอย่างเท่าเทียมกัน โดยกำหนดว่า บุคคลผู้ทำงานมีสิทธิที่จะทำงานและที่จะเลือกการทำงานโดยอิสระและในเงื่อนไขที่เท่ากัน โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ และบุคคลผู้ทำงานมีสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนอันเท่าเทียมกันสำหรับการทำงานที่เท่ากันโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติใด ๆ บุคคลผู้ทำงานมีสิทธิที่จะมีรายได้ที่ยุติธรรมสำหรับตนเองและครอบครัว และถ้าในกรณีจำเป็น ก็ชอบที่จะได้รับการคุ้มครองทางสังคมอื่น ๆ เพิ่มขึ้นอีก

ขณะที่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานของแรงงานทุกประเภทที่สำคัญ คือ อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ (Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1985) ซึ่งวางมาตรฐานแรงงานไว้ ดังนี้

ตามมาตรา 1 ได้กำหนดนิยาม การเลือกปฏิบัติ หมายความว่า

(a) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงใด ๆ ที่กระทำบนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมือง การแบ่งแยกในชาติ สัญชาติ หรือพื้นฐานทางสังคม ซึ่งมีผลลบตั้งหรือทำความเสียหายต่อความเสมอภาคในโอกาส หรือในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพ

(b) การแบ่งแยก การกีดกัน หรือการลำเอียงอื่นใดที่มีผลลบตั้งหรือทำความเสียหายแก่ความเสมอภาคในโอกาสหรือในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานหรืออาชีพนั้น รัฐสมาชิกสามารถพิจารณากำหนดได้ ภายหลังจากการปรึกษาหารือกับองค์การผู้แทนของนายจ้างและคนงานในกรณีที่มีองค์การเช่นนั้น และกับคณะบุคคลอื่นที่เหมาะสม

การห้ามเลือกปฏิบัติตามมาตรา 2 บัญญัติว่า

รัฐสมาชิกจะต้องประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาส และการปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติ ด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับแนวปฏิบัติและสภาพการณ์ภายในประเทศ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่ามาตรฐานตามกฎหมายระหว่างประเทศทั้งปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศนั้น ต่างรองรับสิทธิแรงงานต่างด้าวให้มีสิทธิเท่าเทียมกับแรงงานทั่วไป และห้ามมิให้รัฐเลือกปฏิบัติกับแรงงานต่างด้าวแตกต่างจากแรงงานของชาตินั้น ดังนั้นประเทศไทยในฐานะสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศซึ่งแม้ไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและการประกอบอาชีพ แต่ประเทศไทยในฐานะประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและในฐานะประเทศสมาชิกอาเซียนซึ่งได้ร่วมลงนามข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพเสรีอาเซียน จะต้องดำเนินการไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติทางด้านแรงงานในประเทศไทย แต่จากการศึกษาสิทธิของแรงงานต่างด้าวตามกฎหมายแรงงานไทยฉบับที่สำคัญ มีดังนี้

แม้ว่าตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มิได้บัญญัติแยกสิทธิของแรงงานต่างด้าวไว้แตกต่างจากแรงงานไทย ทั้งบทนิยามลูกจ้าง ยังหมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร ดังนั้นแรงงานต่างด้าวจึงมีสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 แต่ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กลับกำหนดว่า

แรงงานต่างด้าวมีสิทธิในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานที่มีการจัดตั้งแล้วได้ แต่ไม่อาจจัดตั้งสหภาพแรงงานได้ เนื่องจากตามมาตรา 88 ต้องมีสัญชาติไทย และไม่สามารถเป็นกรรมการสหภาพแรงงานได้ เนื่องจากตามมาตรา 101 (2) กรรมการและอนุกรรมการสหภาพแรงงานต้องมีสัญชาติไทยโดยการเกิด

ส่วนพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 กลับมิได้บัญญัติแยกสิทธิของแรงงานต่างด้าวไว้แตกต่างจากแรงงานไทย ทั้งบทนิยามลูกจ้าง ยังหมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย ดังนั้น แรงงานต่างด้าวจึงมีสิทธิตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เว้นแต่เป็นลูกจ้างทำงานรับใช้ในบ้านซึ่งเป็นอาชีพของแรงงานต่างด้าวจำนวนมาก

นอกจากนี้ในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ก็มีได้บัญญัติแยกสิทธิของแรงงานต่างด้าวไว้แตกต่างจากแรงงานไทย ทั้งบทนิยามลูกจ้าง ยังหมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย ดังนั้นแรงงานต่างด้าวจึงมีสิทธิเป็นผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เว้นแต่เป็นลูกจ้างทำงานรับใช้ในบ้าน อย่งไรก็ตาม แรงงานต่างด้าวที่จะเข้าระบบประกันสังคมในประเทศไทยได้นั้น จะต้องเป็นแรงงานต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงาน หรือแรงงานต่างด้าวที่ได้รับผ่อนผันให้อยู่และทำงานในราชอาณาจักรไทย

ดังนั้น เมื่อพิจารณาบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิยามด้านแรงงานประกอบกับมาตรการในการคุ้มครองแรงงาน ยังปรากฏบทบัญญัติที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันทั้งระบบ ย่อมส่งผลให้เมื่อเกิดข้อพิพาทด้านแรงงานเกิดขึ้นแรงงานต่างด้าวย่อมไม่สามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิบางประการได้ นั่นคือสิทธิในการรวมกลุ่มเข้าเป็นสหภาพแรงงาน ด้วยเหตุที่ว่าในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานและแรงงานสัมพันธ์ให้นิยามความหมายที่แตกต่างกันอันจะนำไปสู่ปัญหาที่ว่า เมื่อมีการเปิดเสรีอาเซียนแล้วแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานจะได้รับการคุ้มครองเทียบเท่าแรงงานไทยหรือไม่

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่กฎหมายแรงงานไทยกำหนดคำจำกัดความการเป็นนายจ้างลูกจ้างไว้เพียงกว้าง ๆ ว่า “ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร” จึงอาจส่งผลให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายกับแรงงานข้ามชาติที่เดินทางไปมาระหว่างพรมแดนได้ กล่าวคือ ในกรณีของแรงงานที่เดินทางไปมาระหว่างประเทศหรือแรงงานข้ามชาติในภูมิภาคอาเซียนในบางกรณีอาจไม่ได้ย้ายไปตั้งถิ่นฐานในประเทศที่ไปประกอบอาชีพแต่ใช้วิธีการเดินทางไปมาระหว่างประเทศในภูมิภาคแทน ทั้งนี้เนื่องจากหน่วยงานหรือบริษัทมีหลายสาขาทั้งในประเทศและต่างประเทศ จึงเกิดปัญหาว่าใครเป็นนายจ้างหรือใครเป็นลูกจ้างของใคร

บริษัทผู้เป็นนายจ้างของประเทศใดเป็นผู้มีอำนาจบังคับบัญชาที่แท้จริงซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของเขตอำนาจศาลและกฎหมายของประเทศที่นายจ้างหรือลูกจ้างนั้นตั้งอยู่ เป็นต้น

#### 4.4.2 ปัญหามาตรฐานวิชาชีพแรงงานตามกฎหมายแรงงานไทย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยทำข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติวิชาชีพของอาเซียนทั้ง 8 สาขาวิชาชีพ ได้แก่

วิชาชีพวิศวกรรม	(ลงนามในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2548)
วิชาชีพพยาบาล	(ลงนามในเดือนธันวาคม พ.ศ. 2549)
วิชาชีพสถาปัตยกรรม	(ลงนามในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2550)
วิชาชีพสำรวจ	(ลงนามในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2550)
วิชาชีพแพทย์	(ลงนามในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552)
วิชาชีพทันตแพทย์	(ลงนามในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552)
วิชาชีพบัญชี	(ลงนามในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2552)
วิชาชีพการท่องเที่ยว	(ลงนามในเดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2555)

ในการลงนามตามข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพแต่ละฉบับดังกล่าว หมายความว่าประเทศไทยต้องยอมรับในคุณสมบัติขั้นต้นของแรงงานฝีมือในสาขาต่าง ๆ ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนยอมรับร่วมกัน ซึ่งจะช่วยให้นักวิชาชีพอาเซียนสามารถเข้าไปทำงานในประเทศสมาชิกได้สะดวกมากขึ้น โดยไม่ต้องผ่านขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติพื้นฐาน แต่ยังคงต้องดำเนินการขั้นตอนการเข้าเมืองอย่างถูกต้องตามข้อกำหนดของประเทศนั้น ๆ ซึ่งส่งผลให้เกิดพันธกรณีในการกำหนดมาตรฐานวิชาชีพให้เป็นไปตามข้อตกลงยอมรับร่วม

กล่าวคือ ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการแสวงหาจุดยอมรับร่วมกันเรื่องคุณสมบัติของผู้ทำงานด้านบริการ โดยเฉพาะในกลุ่มที่เป็นนักวิชาชีพเพื่อเป็นการกำหนดคุณสมบัติร่วมกันของแต่ละสาขาอาชีพ ได้แก่ คุณสมบัติด้านการศึกษา และประสบการณ์การทำงาน โดยการกำหนดเงื่อนไขในการได้รับอนุญาตให้ทำงานในประเทศหนึ่ง ๆ เพื่อช่วยให้นักวิชาชีพอาเซียนสามารถเคลื่อนย้ายเข้าไปทำงานในประเทศอาเซียนอื่นได้สะดวกมากยิ่งขึ้น โดยข้อตกลงยอมรับร่วมจะมีหัวข้อหลัก ๆ คล้ายกัน ประกอบด้วยวัตถุประสงค์ นิยามและขอบเขต การยอมรับคุณสมบัติและสิทธิของวิชาชีพต่างชาติ หน่วยงานกำกับดูแลวิชาชีพ สิทธิในการกำกับดูแลคณะกรรมการประสานงานด้านวิชาชีพอาเซียน ข้อยกเว้นร่วมกัน การระงับข้อพิพาท และการปรับปรุงแก้ไข เป็นต้น

นอกจากนี้ข้อตกลงยอมรับร่วมดังกล่าวยังกำหนดให้มีหน่วยงานกำกับดูแลวิชาชีพหรือองค์กรในระดับอาเซียน มีคณะกรรมการประสานงานวิชาชีพสาขาต่าง ๆ ทั้ง 8 สาขา (ASEAN

Joint Coordinating Committee หรืออาจเรียกอย่างอื่น) ประกอบด้วย ผู้แทนจากหน่วยงานกำกับดูแลวิชาชีพของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศ มีหน้าที่หลักคือ อำนวยความสะดวกในการดำเนินการตามข้อตกลงยอมรับร่วม โดยการส่งเสริมความเข้าใจเกี่ยวกับกฎระเบียบภายในของประเทศสมาชิกอาเซียนและการพัฒนากลยุทธ์สำหรับการดำเนินการตามข้อตกลงยอมรับร่วม โดยมีหน่วยงานกำกับดูแลวิชาชีพหรือองค์กรในระดับประเทศสมาชิกต่าง ๆ ได้แก่ สภาวิชาชีพ (Professional Regulatory Authority) หรือกระทรวง/องค์กรที่เกี่ยวข้องของประเทศสมาชิก

สำหรับประเทศไทยมีสภาวิชาชีพทั้ง 7 สาขาวิชาชีพ ได้แก่ แพทย์สภา สภากายาบาล ทันตแพทย์สภา สภาวิศวกร สภาวิชาชีพบัญชี สภาสถาปนิก ส่วนวิชาชีพท่องเที่ยวยังไม่มีหน่วยงานกำกับดูแลมีเพียงกระทรวงการท่องเที่ยวและกีฬาที่ทำหน้าที่บริหารในเชิงนโยบายเท่านั้น ทั้งนี้ หน่วยงานกำกับดูแลวิชาชีพมีหน้าที่ที่สำคัญคือ ขึ้นทะเบียน และ/หรือออกใบอนุญาตให้ผู้ประกอบวิชาชีพต่างชาติในการเข้ามาประกอบวิชาชีพในประเทศผู้รับ ซึ่งเป็นประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมที่ ผู้ประกอบวิชาชีพต่างชาติมาขอขึ้นทะเบียน และ/หรือขอรับใบอนุญาตในการประกอบวิชาชีพนั้น

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดมาตรฐานทางวิชาชีพเฉพาะในแต่ละประเทศนี้มีปัญหาตามมาว่า แต่ละประเทศในอาเซียนอาจมีระบบการศึกษา และการเข้าสู่วิชาชีพเฉพาะที่แตกต่างกัน ดังนั้นการจะนำมาตรฐานวิชาชีพตามข้อตกลงยอมรับร่วมมาใช้กับประเทศไทยโดยตรงย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้ เนื่องจากการเปิดให้ผู้ประกอบวิชาชีพที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดสามารถจดทะเบียนหรือขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพในประเทศอาเซียนอื่นได้โดยต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบภายในของประเทศไทยด้วย แม้ว่าการดำเนินงานในเรื่องนี้ของอาเซียนจะอยู่ภายใต้การดูแลของคณะกรรมการประสานงานของแต่ละวิชาชีพ แต่รายละเอียดปลีกย่อยของแต่ละวิชาชีพอาจแตกต่างกันไปตามความเหมาะสมของแต่ละประเทศ ด้วย เช่น วิศวกรรม สถาปัตยกรรม แพทย์ พยาบาล บัญชี แตกต่างกัน ซึ่งแรงงานวิชาชีพต่างชาติที่ขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพในประเทศอื่นต้องผ่านการประเมินและอยู่ภายใต้การดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลในประเทศที่รับให้ทำงาน เช่น วิชาชีพแพทย์ของประเทศไทย คือ แพทย์สภาและกระทรวงสาธารณสุข เป็นต้น โดยการดำเนินงานของอาเซียนจะอยู่ภายใต้การดูแลขององค์กรความร่วมมือทางวิชาชีพของอาเซียนเพื่ออำนวยความสะดวกในการยอมรับคุณสมบัติของนักวิชาชีพร่วมกัน 8 สาขาอาชีพ คือ วิศวกรรมการสำรวจ สถาปัตยกรรม แพทย์ ทันตแพทย์ พยาบาล บัญชี และการท่องเที่ยว แต่ในการเข้าทำงานในแต่ละประเทศนักวิชาชีพดังกล่าวจะต้องผ่านมาตรฐานวิชาชีพในประเทศอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาแก่แรงงานนักวิชาชีพต่างได้ว่าได้ เพราะแต่ละประเทศยังมีระบบการศึกษา มาตรฐานวิชาชีพที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะประเทศสมาชิกใหม่ในภูมิภาคอินโดจีนเช่นประเทศเมียนมาร์ ประเทศลาว และประเทศกัมพูชา ที่ระบบการศึกษาและมาตรฐานวิชาชีพยังไม่เป็นที่



ยอมรับในภูมิภาคเท่าใดนัก การกำหนดมาตรฐานเช่นนี้อาจเป็นอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานโดยเสรี และไม่ถือเป็นการเปิดเสรีทางด้านแรงงานอย่างแท้จริง ทั้งบางสาขาวิชาชีพทั้ง 8 สาขาดังกล่าวยังมีรูปแบบการทำงานบางประเทศที่ประเทศไทยห้ามคนต่างด้าวเข้าทำงานตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.1 เมื่อมีการห้ามคนต่างด้าวเข้าทำงานในวิชาชีพบางประเภทย่อมทำให้การกำหนดมาตรฐานวิชาชีพไม่สอดคล้องกับมาตรฐานตามข้อตกลงยอมรับร่วมที่ประเทศไทยได้ทำข้อตกลงไว้ทั้ง 8 วิชาชีพข้างต้น

จากประเด็นปัญหาที่กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่าหากได้มีปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับด้านแรงงานของประเทศไทยให้ชัดเจนและแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อตกลงตามปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมือในอาเซียน ฉบับที่ 2 (Declaration of ASEAN Concord II หรือ Bali Concord II) ในด้านเศรษฐกิจที่ได้จัดตั้งเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ก็จะทำให้เกิดความเป็นธรรมกับแรงงานในภูมิภาคดังกล่าว ผู้เขียนจึงได้มุ่งศึกษากฎหมายคุ้มครองแรงงานที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าว เพื่อนำมาวิเคราะห์ และเสนอแนวทางแก้ไขเพื่อขจัดปัญหาโดยจะเสนอแนะในบทอื่น ๆ ต่อไป