

## บทที่ 4

### วิเคราะห์ปัญหาและแนวทางการแก้ไขปัญหาลึกเกี่ยวกับการอนุญาต ให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยตาม พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ด้วยลักษณะพิเศษของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยให้อำนาจนายทะเบียนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายในการใช้ดุลพินิจในการออกใบอนุญาตทำงานเพื่อก่อตั้งสิทธิในทางมหาชนให้แก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายนั้นสามารถทำงานในประเทศไทยซึ่งจากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และกฎหมายลำดับรอง ปรากฏปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย เนื่องจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ขาดความชัดเจนและมีเนื้อหาสาระของบทบัญญัติที่ขัดแย้งกันเอง ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวส่งผลกระทบต่อการตัดสินใจกระทำการหรือใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนในการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว ดังนั้น ในบทที่ 4 ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย โดยนำมาตรกรทางกฎหมายของไทยกับต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศนั้น ๆ และพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ ซึ่งได้ศึกษามาในบทที่ 3 รวมถึงแนวคิด ทฤษฎี และความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตลอดจนหลักการตีความกฎหมาย ตามที่ได้ศึกษาไว้ในบทที่ 2 มาปรับใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นได้ และเป็นแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยเป็นไปอย่างถูกต้อง เหมาะสม และมีประสิทธิภาพ สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยมีรายละเอียดตามประเด็นปัญหาดังต่อไปนี้

#### 4.1 เรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความหมายกว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน ก่อให้เกิดปัญหาการตีความว่ากิจกรรมของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยจะได้กระทำหรือกระทำลงไปแล้วนั้น ถือเป็นการทำงานที่จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนตามกฎหมายนี้หรือไม่ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.1.1 วิเคราะห์ปัญหาบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ข้อความที่กำหนดหรือจำกัดความหมายที่แน่นอนเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายที่เรียกว่า “บทนิยาม” นั้น เป็นองค์ประกอบหนึ่งในโครงสร้างของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อความมุ่งหมายในการให้หรืออธิบายความหมายของถ้อยคำหรือข้อความที่ใช้ในกฎหมาย เพื่อกำหนดขอบเขตและความหมายของถ้อยคำให้ชัดเจนแน่นอนหรือเป็นการกำหนดถ้อยคำให้มีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างกว่าปกติธรรมดาที่เข้าใจกันหรือเป็นการจำกัดความหมายถ้อยคำที่กว้างเกินไปให้มีขอบเขตแคบลง นอกจากนี้บทนิยามยังมีความมุ่งหมายในการอธิบายศัพท์ทางเทคนิคหรือใช้แทนข้อความในกฎหมาย หรือย่อคำหรือข้อความในกฎหมายนั้น เพื่อจะได้ไม่ต้องเขียนให้ยาวเกินไป<sup>260</sup> เพื่อให้บุคคลได้เข้าใจความหมายที่ตรงกัน เพื่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้ เป็นภาษาที่มีพื้นฐานมาจากความเข้าใจโดยทั่วไป แต่ต้องการให้มีความหมายพิเศษเพิ่มขึ้น และครอบคลุมในสิ่งที่กฎหมายจะใช้บังคับ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดนิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม จะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวมีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างขวางมาก ซึ่งหากผู้ใช้กฎหมายยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาให้ต้องตีความได้เสมอเนื่องจากกิจกรรมของคนต่างด้าวทุกกรณีล้วนแล้วแต่เป็นการใช้กำลังกายหรือความรู้ทั้งสิ้น ซึ่งจะเข้าข่ายเป็นการทำงานตามกฎหมายนี้ แม้คำว่า “ทำงาน” จะเป็นคำธรรมดาสามัญที่เราเข้าใจกันดีแต่กลับมีปัญหาให้ต้องตีความได้ว่า การใช้กำลังกายหรือความรู้ของคนต่างด้าวในกรณีใด จะถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของพระราชบัญญัตินี้ อาทิเช่น กรณีเอกชนที่ประกอบธุรกิจท่องเที่ยวและให้บริการที่พักแบบโฮมสเตย์ (Home Stay) โดยเรียกชื่อว่า “ทัวร์อาสาสมัครทำงานเพื่อสังคม” ได้นำนักท่องเที่ยวชาวต่างชาติเข้ามาท่องเที่ยวและเข้าไปทำกิจกรรมให้สถานที่ต่าง ๆ ในรูปแบบ

<sup>260</sup> คู่มือแบบการร่างกฎหมาย (น. 159-160), เล่มเดิม.

อาสาสมัคร เช่น การซ่อมแซม ฟื้นฟู บูรณะวัดและโรงเรียน และเป็นวิทยากรกิจกรรมค่ายภาษาอังกฤษให้กับนักเรียน และเป็นครูอาสาสมัครสอนภาษาอังกฤษให้กับนักเรียนและประชาชนทั่วไปคราวละ 3-7 วัน โดยไม่ได้รับเงินค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใด ซึ่งกรณีเช่นนี้กรรมการจัดงานก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นการใช้กำลังกายและความรู้ความสามารถอย่างหนึ่ง เนื่องจากต้องมีการปรับปรุงแก้ไขของที่ชำรุดทรุดโทรมให้กลับคืนสภาพเดิมและต้องใช้ความรู้ความสามารถในศิลปวิทยา เพื่อถ่ายทอดให้กับนักเรียนและประชาชนทั่วไป แม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะมีได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนใด ๆ จะเห็นได้ว่า การตีความดังกล่าวได้ยึดถือด้วยคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัด จึงทำให้บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้มีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างกว่าความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานที่กำหนดให้คำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพ หรือการปฏิบัติกิจการ<sup>261</sup> ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้เกิดความไม่สะดวกแก่คนต่างด้าวในการเข้ามาทำกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นการให้ความช่วยเหลือหรือสาธารณกุศลอันมีประโยชน์แก่ประเทศไทย

ปัจจุบันปัญหาการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังคงเป็นปัญหาสำคัญของการใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เนื่องจากปรากฏประเด็นหาหรือข้อกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการของคนต่างด้าวในกิจกรรมต่าง ๆ จะถือเป็นการทำงานตามมาตรา 5 หรือไม่นั้นเข้ามาที่กรรมการจัดงานในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็นจำนวนมาก เช่น กรณีคนต่างด้าวซึ่งเป็นกรรมการบริษัทเดินทางเข้ามาเพียงแค่ลงนามในเอกสารผูกพันบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยแล้วก็เดินทางออกกลับไปเป็นถือเป็นการทำงานหรือไม่ หรือกรณีคนต่างด้าวผู้ถือบัตรเดินทางสำหรับนักธุรกิจเอเปค (APEC Business Travel Card) เดินทางเข้ามาในประเทศไทย เพื่อประชุม ติดต่อปรึกษาหารือและหาผู้ลงทุนในประเทศไทยกับผู้ประกอบการหรือนักธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งมีผู้ทำการหรือตัวแทนหรือนายจ้างของคนต่างด้าวถือเป็นการทำงานหรือไม่ เป็นต้น โดยกรณีดังกล่าวมานั้นกรรมการจัดงานยังคงตีความนิยามคำว่า “ทำงาน” โดยพิเคราะห์ด้วยคำตัวอักษรของกฎหมายอย่างเคร่งครัด จึงทำให้การเข้ามาทำกิจกรรมของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามที่กล่าวมานี้จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนทั้งสิ้น

จากการศึกษาพบว่า การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่พึงต้องกระทำก็คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพิถีพิถันโดยละเอียดรอบคอบด้วยคำต่าง ๆ ที่องค์กร

<sup>261</sup> จาก *กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว* (น. 16), โดย วิชัย โธสุวรรณจินดา และชนินาฏ ลีตส์, 2549, กรุงเทพฯ: วิทยุชน.

นิติบัญญัติเลือกใช้นั้นมีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย ทั้งนี้ การพิจารณาพิเคราะห์ถ้อยคำตัวอักษรของกฎหมายจะต้องระมัดระวังไม่ให้เป็นไปในลักษณะที่ติดกับถ้อยคำหรือให้ค่าแก่ความหมายทางภาษาของถ้อยคำอย่างมากจนกลายเป็นการเล่นอยู่กับถ้อยคำ สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตีความกฎหมายก็คือ ถึงแม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายเมื่อพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากบทกฎหมายแล้ว จะมีความหมายชัดเจน แต่ผู้ตีความก็จำเป็นต้องพินิจพิเคราะห์ “ความหมายของบทกฎหมาย” อย่างละเอียดโดยต้องทำความเข้าใจตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมาย จึงกล่าวได้ว่า “ถ้อยคำ” เป็นเพียงองค์ประกอบในการตีความประการหนึ่งเท่านั้นจะตีความตามตัวอักษรประการเดียวแล้ว สรุปผลการตีความถ้อยคำนั้นว่าเป็นความหมายของกฎหมายไม่ได้ ฉะนั้น ในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอ เพื่อเป็นการค้นหาความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมายเพื่อนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดีโดยกฎหมายที่มีหลักคิดเข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือ บริบท (Context) ของถ้อยคำที่ไม่ใช่เดาสุ่มหรือเดาเองตามพจนานุกรมแต่เพียงอย่างเดียวและต้องใช้ นิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือค้นหาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลในคำพิพากษาที่ดีของศาลซึ่งหากเป็นนักกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) จะใช้สามัญสำนึกทางกฎหมาย (Common sense in law) โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงและพฤติการณ์เป็นกรณี ๆ ไป โดยอาศัยเหตุผล ตรรกะ และปรัชญาทางกฎหมายตามประสบการณ์และความชาญฉลาดรอบคอบของผู้พิพากษาเอง จึงจะทำให้การตีความสอดคล้องและ เป็นไปได้ด้วยดี แต่สำหรับนักกฎหมายในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) จะพิจารณาตามบทบัญญัติเป็นหลัก ดังที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4 บัญญัติไว้ในวรรคแรกว่า “อันกฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีที่ต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือ ตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ...” ซึ่งหมายความว่าในการตีความกฎหมายจะต้อง พิจารณาตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอ มิใช่ว่าจะต้องตีความตามตัวอักษร ก่อนต่อเมื่อตีความตามตัวอักษรแล้วไม่ได้ความหมายที่ชัดเจนจึงตีความตามความมุ่งหมายของ บทบัญญัตินั้น ๆ ต่อไป โดยการตีความในระบบนี้จะใช้ตัวอักษรเป็นกรอบ (Body) และขยายความ ออกไปได้จนสุดกรอบประกอบกับความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติ (Spirit) เป็นตัว วินิจฉัย อย่างไรก็ตามที่ระบบกฎหมายดังกล่าวมีความคล้ายคลึงกันอยู่ประการหนึ่ง นั่นคือ การพยายาม ที่จะค้นหาความหมายของบทกฎหมายโดยอาศัยเครื่องมือในทางนิติวิธี ซึ่งโดยปกติแล้วย่อมได้แก่ ถ้อยคำในกฎหมายความเป็นมาของกฎหมายระบบกฎหมายทั้งระบบ ตลอดจนวัตถุประสงค์ของบท กฎหมายนั้น ซึ่งผู้ตีความกฎหมายจำเป็นต้องมีศิลปะในการใช้กฎหมาย ไม่ให้เกิดผลประหลาดหรือ

ผลอันขัดกับสามัญสำนึก การเลียงผลอันประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึก จำเป็นอยู่เองที่ผู้ตีความกฎหมายจะติดอยู่กับถ้อยคำตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียวไม่ได้

ในการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนพบว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าเพื่อเป็นการปรับปรุงระบบการทำงานของคนที่มีความสำคัญในการขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้น พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง โดยจะมีผลเป็นการแย่งงานของคนไทย ซึ่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังคงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานของคนไทยเช่นเดียวกับกฎหมายเก่าที่ถูกยกเลิกไป ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 โดยกฎหมายดังกล่าวนี้ต่างมีบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องปฏิบัติตามเสียก่อน ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 9) ได้นำเจตนารมณ์ดังกล่าวมาใช้ในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในกรณีที่คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุน ได้แก่ งานประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ งานบรรยายพิเศษและวิชาการ งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค งานจัดซื้อสินค้า และงานประสานงานการท่องเที่ยว นั้น เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่ โดยมีความเห็นไว้ในเรื่องเสร็จที่ 152/2556 ว่ากิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุน ได้แก่ งานประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ งานบรรยายพิเศษและวิชาการ งานอบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิค งานจัดซื้อสินค้า และงานประสานงานการท่องเที่ยว นั้น จะเป็นการ “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่า งานหรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดงานนั้นขึ้น โดยใช้กำลังกายหรือความรู้หรือไม่ และต้องมีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง เช่น กรณีงานประชุมหรือสัมมนาหนึ่ง ๆ จะประกอบไปด้วยงานหลายส่วน หากเป็นกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อดำเนินกิจกรรมในฐานะลูกจ้างหรือผู้รับจ้างของผู้จัดงานประชุมหรือสัมมนา เพื่อให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนาดังกล่าว การดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวนั้นย่อมเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ที่

ต้องมาขอรับใบอนุญาต แต่หากคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเป็นเพียงผู้เข้าร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนานั้น ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ กรณีจึงต้องแยกพิจารณาระหว่างกิจกรรมของผู้จัดงานกับผู้เข้าร่วมงาน นอกจากนี้กิจกรรมที่หารือมาในบางลักษณะเป็นผลสืบเนื่องมาจากการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งนอกจากจะไม่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศลดน้อยลงแล้ว ยังมีผลเป็นการสร้างงานในประเทศด้วย จึงไม่ถือว่ากิจกรรมดังกล่าวอยู่ในความหมายของบทนิยาม “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้

ผู้เขียนมีความเห็นในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” นั้นจะต้องพิจารณาตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเช่นเดียวกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว โดยในการพิจารณาว่า การที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทยจะถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากกิจกรรมใดที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติกิจการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทย ไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้น โดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี การจ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น นายจอห์น เป็นนักประพันธ์การเขียนบทความลงพิมพ์นิตยสารหรือหนังสือยอมเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพจึงเป็นการทำงาน แม้ว่านายจอห์นจะอ้างว่าบทความนั้นไม่ได้ค่าตอบแทนก็ต้องถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว เช่น การเข้าเป็นอาสาสมัครทำงานเพื่อสังคมระหว่างท่องเที่ยวในประเทศไทย การทำงานอดิเรก เป็นต้น หรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง เนื่องจากคนต่างด้าวเป็นลูกจ้างของนายจ้างในต่างประเทศหรือมีการทำงานหลักอยู่ในต่างประเทศ แต่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างในต่างประเทศ เช่น ให้เดินทางเข้ามาเพื่อร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้เกิดงานประชุมหรือสัมมนา เป็นต้น จะถือว่าการเข้ามาเพื่อทำกิจกรรมดังกล่าวในประเทศไทยของคนต่างด้าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของลูกจ้างในต่างประเทศด้วย ดังนั้น คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

อนึ่ง จากการศึกษากฎหมายต่างประเทศในบทที่ 3 ไม่ปรากฏว่ามีประเทศใดกำหนดบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ไว้ในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าว แต่ผู้เขียนพบว่ากฎหมายของทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษาจะมุ่งควบคุมที่ประเภทงานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศของตนได้ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า (Pre-Arranged Job) กล่าวคือสหพันธรัฐมาเลเซียได้กำหนดประเภทงานที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า หรือที่เรียกว่า การทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงาน (Contract of Services) เพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์จะพิจารณาอนุญาตตามประเภทของธุรกิจและกลุ่มประเทศ โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า จึงจำเป็นต้องมีสัญญาจ้างงาน และต้องผ่านบริษัทผู้ว่าจ้าง (Local Sponcer) ในการสมัครขอใบอนุญาตทำงานด้วย ส่วนสาธารณรัฐเกาหลีได้มีการกำหนดนโยบายการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูงโดยเน้นทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเท่านั้น หรืองานที่พลเมืองของตนทำเองไม่ได้ ส่วนการอนุญาตให้คนงานทักษะต่ำเข้ามาทำงานนั้นเป็นไปตามแผนการจ้างงานของคณะกรรมการนโยบายแรงงานต่างชาติด้านอุตสาหกรรม โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า ซึ่งการทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงานเพื่อควบคุมการขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว รวมถึงประเทศญี่ปุ่นที่มีนโยบายการอนุญาตให้แรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานได้เฉพาะงานที่ต้องใช้ทักษะสูง คนญี่ปุ่นทำเองไม่ได้ และไม่อนุญาตให้แรงงานไร้ฝีมือเข้ามาทำงาน โดยใช้ระบบการจ้างงานล่วงหน้า ซึ่งการทำงานภายใต้สัญญาการจ้างงานเพื่อควบคุมการขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเช่นกัน จึงโดยสรุปว่ากฎหมายของทุกประเทศที่ได้ทำการศึกษานั้นมีลักษณะที่ในการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวร่วมกันดังนี้

1) ระบบการจ้างงานล่วงหน้า (Pre-Arranged Job) ซึ่งเป็นการควบคุมที่ตัวนายจ้างและให้เป็นภาระของนายจ้างที่ต้องพิสูจน์ต่อหน่วยงานราชการและตลาดแรงงานท้องถิ่น ให้ยอมรับความจำเป็นที่ต้องเสนอจ้างคนต่างด้าวมาทำงานในจำนวนและระยะเวลาหนึ่งตามกฎหมาย โดยจะไม่กระทบ แต่จะเอื้อต่อสถานะการจ้างงานและโอกาสความก้าวหน้าในงานของพลเมืองของตน

2) ประเภทงาน ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่รัดกุมและเข้มงวดในการคุ้มครองแรงงานและตลาดแรงงานภายในประเทศ โดยสงวนโอกาสการทำงานไว้สำหรับพลเมืองของตน การจ้างคนต่างด้าวทำงานต้องเอื้อต่อการยกระดับทักษะของพลเมืองของตน ตลอดจนต้องเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาศักยภาพด้านเศรษฐกิจของประเทศ

สำหรับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทยจะถือเป็นการทำงานตามความหมายของ

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานในประเทศไทยได้ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ยังมีบทบัญญัติเพื่อควบคุมเกี่ยวกับประเภทงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ไว้ในมาตรา 7 แต่การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยก็ไม่ได้ยึดถือระบบการจ้างงานล่วงหน้าเป็นสำคัญเช่นเดียวกับประเทศต่าง ๆ ที่ได้ศึกษามา แม้จะมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงการจ้างงานคนต่างด้าวล่วงหน้าไว้ก็ตาม กล่าวคือมาตรา 8 กำหนดให้นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่จะเข้ามาทำงานตามประเภทหรือลักษณะที่กำหนดในประเทศไทย ให้แจ้งต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนด และชำระค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวก่อนทำสัญญาจ้างไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ และมาตรา 11 ที่กำหนดให้นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวซึ่งยังไม่ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย ให้เข้ามาทำงานในกิจการของตนในประเทศไทย จะยื่นคำขอรับใบอนุญาตและชำระค่าธรรมเนียมแทนคนต่างด้าวนั้นก็ได้

#### 4.1.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามติหมายคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน โดยแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาคือออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้มีความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ และมีให้มีความหมายที่กว้างจนไม่รู้ขอบเขตบทนิยามคำนี้ โดยในการร่างบทนิยามควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายไม่ฟุ่มเฟือย และหลีกเลี่ยงการร่างบทนิยามที่มีลักษณะวกวนจนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แน่นอนได้ และไม่ควรถูกกำหนดบทนิยามสิ่งที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดา ทำให้ผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่สับสน เนื่องจากการกำหนดบทนิยามเป็นการกำหนดความหมายของคำที่จะใช้ในกฎหมายนั้น ซึ่งจะต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามในส่วนของบทบังคับให้เหมือนกันทั้งหมดทุกมาตรา เพื่อให้แปลความหมายเหมือนกันดั่งนั้น เพื่อให้เกิดความหมายที่ชัดเจนแน่นอนว่า การดำเนินกิจกรรมใดของคนต่างด้าวที่ถือเป็นการทำงานที่จะต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดไว้ในบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ดังกล่าวให้หมายความว่าการใช้กำลังกายหรือความรู้เพื่อประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการขึ้น ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม”ซึ่งจะทำให้การดำเนินกิจกรรมของคนต่างด้าวที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติกิจการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทย ไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้นโดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี

จ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นถือเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้แต่หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวหรือไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง กิจกรรมของคนต่างด้าวที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมมิใช่การดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ยังไม่แล้วเสร็จผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรใช้วิธีการตีความกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้พิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และเพื่อป้องกันคนต่างด้าวมิให้เข้ามาแย่งอาชีพคนไทย ก็จะสามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าว “ทำงาน” ได้

อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการตีความกฎหมายจะแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น トラบใดที่บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังมิได้รับการแก้ไขปัญหาคือยังคงต้องมีปัญหาให้ต้องมีการตีความนิยามกรณีเช่นนี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของบทนิยามดังกล่าวที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศไทยไม่ว่าจะได้รับการจ้างหรือไม่ก็นับเป็นการทำงานทั้งสิ้น

#### 4.2 เรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.2.1 วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ด้วยเหตุที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยม (Dualism) พันธกรณีระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวมีความสอดคล้องกับกฎหมายภายใน หรือได้เปลี่ยนสถานะจากพันธคมนั้นเป็นกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ เพื่ออนุวัติการพันธกรณีระหว่างประเทศเสียก่อน จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาความสอดคล้องหรือไม่สอดคล้องของกฎหมายไทยกับพันธคมนั้นระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจ โดยหากประเทศไทยเข้าผูกพันในพันธคมนั้นประเทศไทยย่อมจะต้องปฏิบัติตามพันธคมนั้น ๆ และการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธคมนั้นดังกล่าวได้จะต้องมีกฎหมายภายในรองรับ ซึ่งวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะพิจารณาเฉพาะพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เท่านั้น

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้เปลี่ยนหลักการจัดการตลาดงานสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทย (Labor Management) เพื่อเป็นข้อจำกัดในห้ามการเข้าสู่ตลาดงานของคนต่างด้าวในบางงานบางอาชีพ จากเดิมที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่ไม่ได้ห้ามไว้ ซึ่งเป็นการใช้ระบบ Negative List กล่าวคือ ได้กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้ โดยเด็ดขาดในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร จำนวน 39 งาน ตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548 ส่วนงานอื่นนอกเหนือจาก 39 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำนั้น หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำต้องขออนุญาตต่อนายทะเบียนเสียก่อนส่วนจะได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่กำหนดไว้ให้ทำได้ ถือเป็น การเปลี่ยนระบบการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยมาใช้ระบบ Positive List กล่าวคือการกำหนดงานที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ตามประเภทงานที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ทั้งนี้ การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในกฎกระทรวงนั้น มาตรา 7 ได้กำหนดให้ต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศด้วย

แต่เนื่องจากปัจจุบันยังมีได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้มาใช้บังคับ (ขณะที่ผู้เขียนได้นำมาวิเคราะห์นี้ ร่างกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ พ.ศ. ... ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา) แม้ว่ามาตรา 57 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้กำหนดระยะเวลาเร่งรัดการออกกฎกระทรวงดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ จึงทำให้ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าวให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใด ๆ ได้เว้นแต่ งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายที่ประสงค์จะขออนุญาตทำงานในประเทศไทย และได้รับใบอนุญาตทำงานก็แต่เฉพาะงานที่มีได้ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 39 งาน ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและบริการ จะเห็นได้ว่าเป็นพันธกรณีที่มุ่งเน้นต่อการเปิดตลาดเสรีทางการค้าระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนระหว่างประเทศ หรือดำเนินกิจการได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น โดยเปิดเสรีในภาคธุรกิจในสาขาต่าง ๆ และการเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายบุคลากรระหว่างประเทศซึ่งมีความสำคัญต่อการบริหารงานในกิจการของธุรกิจข้ามชาติ ให้ได้รับความสะดวกและเสรีมากขึ้น โดยพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าและบริการที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันแล้วนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายในที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย เนื่องจากลักษณะการค้าบริการตามพันธกรณีในประเภทที่ 4 (Mode 4) นั้นได้แก่ การค้าบริการโดยบุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Person) ซึ่งหมายถึง การทำงานของคนต่างด้าวนั่นเอง

ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ จะอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใน 3 ระดับ ได้แก่ระดับพหุภาคีซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ระดับภูมิภาคจะอยู่ภายใต้ความตกลงที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในองค์กรดังกล่าว เช่น ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) และระดับทวิภาคีซึ่งจะเป็นไปตามความตกลงที่ทำระหว่างประเทศคู่สัญญา เช่น ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) ซึ่งในความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการทุกระดับที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ได้ยึดหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของ GATS เป็นพื้นฐานเช่นเดียวกัน เพียงแต่โดยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาระหว่างประเทศภายในกรอบของความตกลงระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคนั้นจะมีเนื้อหาของการเปิดตลาดในลักษณะที่เรียกว่า GATS Plus กล่าวคือ มีขอบเขตที่กว้างกว่า GATS มีความผูกพันที่ลึกกว่า GATS ซึ่งจะตรงกับความต้องการของรัฐภาคี (Tailor-made) และมีความยืดหยุ่น (Flexibilities) มากกว่า GATS เท่านั้นเอง

โดยหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้านั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 16 (Article XVI) ของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ โดยถือเป็นพื้นฐานของมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดซึ่งมุ่งที่จะลดหรือยกเลิกข้อจำกัด ได้แก่ ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitation to Market Access) และข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitation to National Treatment) มีสาระสำคัญโดยสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในจำนวนของผู้ให้บริการ ข้อจำกัดในมูลค่ารวมของธุรกรรมทางการค้าบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการประกอบบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ ฯลฯ ซึ่งข้อจำกัด

ดังกล่าวล้วนเป็นอุปสรรคในการเคลื่อนไหวโดยเสรีของบุคคลทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้นที่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) จะตั้งข้อสงวนในเรื่องการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในตารางข้อผูกพันของตนก็ได้ซึ่งตามหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) รัฐสมาชิกจึงสามารถที่จะเปิดเสรีตามตารางแสดงข้อผูกพันซึ่งไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องขจัดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดให้หมดโดยทันทีทันใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่า การเจรจาการค้าบริการภายใต้กรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นระดับพหุภาคีระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคีรัฐบาลไทยมักจะคำนึงถึงกรอบของกฎหมายภายในประเทศเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งเนื่องจากการเข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ได้ให้ไว้มีผลให้ประเทศไทยหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าวซึ่งการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้นั้นก็ต้องมีกฎหมายภายในประเทศรองรับด้วยหากไม่มีกฎหมายภายในประเทศรองรับ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันได้เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้นพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “พันธกรณีระหว่างประเทศ” นั้นเป็น “กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการพันธกรณีเสียก่อนจึงจะก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ฉะนั้นการเจรจาภายใต้กรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าวประเทศไทยมักจะแสดงข้อผูกพันเท่าที่กฎหมายไทยบัญญัติอนุญาตไว้พันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันจึงไม่ขัดต่อกฎหมายที่มีอยู่

เมื่อปรากฏว่า หลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ หรือหลักการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำอาจเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ ทั้งในระดับพหุภาคีระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน เนื่องจากหลักการของการเปิดเสรีด้านการค้าบริการนั้น ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติโดยปราศจากข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ หรือการสงวนอาชีพไว้สำหรับคนชาติแม้ว่าสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขซึ่งรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในการกำหนดข้อจำกัดในการเลือกงานหรืออาชีพของคนที่มีใช้คนชาติหรือคนต่างด้าว เพื่อปกป้องตลาดแรงงานของตน โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อคนชาติ ความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศได้ก็ตาม แต่เมื่อประเทศไทยได้มีนโยบายทางด้านเศรษฐกิจที่ได้เข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ หรือกำลังที่จะเจรจาการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการกับประเทศภาคีอื่นเพื่อผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของผู้ประกอบการไทยและผลประโยชน์ของประเทศเป็นสำคัญ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรทบทวนบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อเป็นการลดและขจัดอุปสรรคเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่จะอาศัยสิทธิตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามหลักการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการและเพื่อไม่ให้เกิดโทษของกฎหมายภายในประเทศเป็นข้อจำกัดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศและไม่เอื้ออำนวยที่จะให้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็จะประเทศไทยเสียประโยชน์ซึ่งอาจเสี่ยงต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นควรกำหนดให้มีความยืดหยุ่นรองรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้โดยให้มีบทบัญญัติเพื่อรองรับผลการเจรจาการค้าระหว่างประเทศเป็นกรณีเฉพาะแยกจากมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป โดยแยกคนต่างด้าวออกเป็น 2 กรณี คือคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันกับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิจากพันธกรณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญาซึ่งหมายถึงคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลไทย ทั้งนี้ ไม่ให้นำหลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามกฎหมายมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน

อย่างไรก็ตาม การกำหนดแยกสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวเป็นสองประเภทข้างต้นทำให้รัฐบาลไทยสามารถเจรจาได้อย่างกว้างขวางแลกเปลี่ยนสิทธิประโยชน์ได้อย่างเต็มที่โดยไม่มีข้อจำกัดต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการตามกฎหมายภายในแต่หากประเทศไทยเลือกที่จะใช้วิธีดังกล่าวแล้ว ผู้เจรจาการค้าระหว่างประเทศของไทยจึงจำเป็นต้องมีความละเอียดรอบคอบในการจัดทำพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากหากประเทศไทยได้เข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศใดแล้วพันธกรณีระหว่างประเทศนั้นจะสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายภายในได้ทันที

#### 4.2.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อประเทศไทยไม่อาจปฏิเสธกระแสโลกในยุคโลกาภิวัตน์ต่อการขยายตัวของการเปิดตลาดเสรีทางการค้าได้ ฉะนั้นจึงควรกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำหนดสิทธิในการทำงานและกระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อลดอุปสรรคต่อการให้บริการและการลงทุนตามเป้าหมายการเปิดเสรีสินค้าและบริการ โดยคำนึงถึงพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจว่าประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามอย่างไร ซึ่งการไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนข้อผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ อาจส่งผลในการกล่าวอ้างในการกีดกันทางการค้าหรือในการตัดสิทธิประโยชน์พิเศษ ทั้งนี้ ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

โดยกำหนดให้งานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำตามกฎกระทรวงไม่นำมาใช้บังคับกับงานและเงื่อนไขที่กำหนดในพันธกรณีระหว่างประเทศเพื่อให้มีการแบ่งแยกสิทธิของคนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศออกจากสิทธิของคนต่างด้าวที่ไม่ได้สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะต้องมีกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติเพื่ออนุวัติการตามพันธกรณีเสียก่อน โดยให้กำหนดรองรับสิทธิและมีผลปฏิบัติเพื่อให้ได้สิทธิตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ เพื่อสร้างกลไกทางกฎหมายให้ยืดหยุ่นรองรับผลของการเจรจาตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในกรณีนี้จึงถือเป็นการอนุวัติการตามพันธกรณีที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการเจรจาการค้าไม่ว่าในรูปพหุภาคีหรือทวิภาคีไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายภายในประเทศ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรเพิ่มวรรคสามในมาตรา 7 เนื่องจากมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มเนื้อความใหม่ในมาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ของพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่เพื่อไม่ให้เป็นการยกเลิกหรือเข้าไปแก้ไขเนื้อความเดิมของหลักกฎหมายในเรื่องดังกล่าวดังนี้

“ในกรณีหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานอื่นใดได้นอกจากงานตามวรรคหนึ่ง คนต่างด้าวอาจขอรับใบอนุญาตได้ตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของหนังสือสัญญานั้น”

#### 4.3 เรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.3.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กล่าวคือโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักรจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานและจะทำงานในประเทศไทยได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน แต่หากคนต่างด้าวนั้นได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จภายใน 15 วัน จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนจึงจะทำงานนั้น

ได้ แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่คนต่างด้าวจะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนขอขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนและเมื่อครบระยะเวลาที่รับจ้างงานเร่งด่วนแล้ว งานยังไม่เสร็จคนต่างด้าวจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ก่อให้เกิดปัญหาการตีความถ้อยคำในบทกฎหมายและกระทบถึงเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันต่อผู้มีส่วนเกี่ยวข้องและเกิดความไม่โปร่งใสในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ที่อาจส่งผลกระทบต่อสภาพลักษณะและการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทยอันเนื่องมาจากนโยบายในการควบคุมคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยที่ไม่ชัดเจนซึ่งในสถานการณ์ปัจจุบันนักลงทุนต่างชาติได้มีข้อเรียกร้องเสนอต่อผู้บริหารกระทรวงแรงงานเพื่อขอให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน ได้ขอให้ยกเว้นการจ้างตามแบบจ้างเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ต่อนายทะเบียน โดยอ้างเหตุผลเพื่อความสะดวกในการเข้ามาทำงานในลักษณะเร่งด่วนและชั่วคราวดังกล่าว

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ผู้เขียนมีความเห็นว่า การนำหลักกฎหมายในเรื่องงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 มาใช้นั้นจะต้องพิจารณาก่อนว่ากิจกรรมที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำในประเทศไทยถือเป็นการทำงานพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เสียก่อนเพราะหากกิจกรรมดังกล่าวไม่เป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แล้ว (ตามที่มีผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาไว้ในข้อ 4.1) ก็ไม่อยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 แต่หากกิจกรรมดังกล่าวถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้ และเป็นกิจกรรมที่ไม่ได้รับยกเว้นตามพระราชกฤษฎีกากำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจบางประการในราชอาณาจักร ไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้แล้ว คนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อดำเนินกิจกรรมดังกล่าว ย่อมต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และเมื่อมิใช่กรณีที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 12 แล้ว กิจกรรมดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับมาตรา 9 ที่บัญญัติห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 7 และจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน แต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบตามแบบ

ตท.10 และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาตการออกใบอนุญาตและการแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2554 แล้ว

เมื่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวได้ผ่านหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นกรณีที่จะพิจารณาว่าคนต่างด้าวรายใดเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นจะต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 โดยแยกองค์ประกอบได้ดังนี้

1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน

จากองค์ประกอบข้อ 1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ผู้เขียนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่จะใช้ประกอบการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเด็นที่คนต่างด้าวเดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น ซึ่งเป็นตามมาตรา 10 ถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตทำงาน จะสามารถเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้หรือไม่ซึ่งในการปฏิบัติงานของกรมการจัดหางานมีความเห็นแตกต่างกันกล่าวคือ เจ้าหน้าที่ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า คนต่างด้าวที่จะเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจึงสามารถถือหนังสือเดินทางที่ได้รับการตรวจลงตราประเภทใดก็ได้เนื่องจากการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของคนต่างด้าวตามมาตรา 9 ไม่อยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 10 แต่เจ้าหน้าที่อีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า การเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของคนต่างด้าวตามมาตรา 9 ต้องอยู่ในบังคับแห่งบทบัญญัติมาตรา 10 ด้วย และคนต่างด้าวดังกล่าวต้องได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน

จากการศึกษาและวิเคราะห์พบว่า พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้คนต่างด้าวจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน โดยคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานได้จะต้องมีลักษณะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 10 กล่าวคือมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านซึ่งมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ได้มีบัญญัติว่า คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นได้แก่การเข้ามาเพื่อปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือ

กฤษฎีกาปฏิบัติหน้าที่ราชการการท่องเที่ยวการเล่นกีฬาเป็นต้นนอกจากนี้ คนต่างด้าวจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552 อีกด้วยแต่กรณีงานจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน และคนต่างด้าวจะทำงานได้เมื่อมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบนั้นซึ่งงานที่คนต่างด้าวจะทำได้นั้นจะต้องไม่ใช่งานที่กำหนดห้ามไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม (ซึ่งมีผลบังคับใช้โดยบทเฉพาะกาลในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงตามมาตรา 7)

เมื่อพิจารณามาตรา 10 ที่บัญญัติให้ “คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 9 ต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่าน และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” เป็นการกำหนดลักษณะสำหรับผู้ที่ขอรับใบอนุญาตทำงานเท่านั้น ส่วนกรณีการเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นเป็นบทยกเว้นจึงไม่อยู่ในบังคับดังกล่าวด้วย นอกจากนี้หากจะนำมาตรา 10 มาใช้บังคับกับการแจ้งการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย ก็น่าจะต้องบังคับใช้ทั้งมาตรา คือ ลักษณะการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรและต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2552 ด้วยซึ่งในทางปฏิบัติการจัดการหางานไม่น่าลักษณะตามกฎกระทรวงดังกล่าวมาใช้บังคับการรับแจ้งการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจึงเป็นการบังคับใช้กฎหมายในมาตราเดียวกันอย่างไม่สอดคล้องกัน เพราะเป็นการบังคับใช้เพียงส่วนใดส่วนหนึ่งของมาตรา 10 และหากพิจารณาในแง่กรณีมีพฤติการณ์อันจำเป็นและเร่งด่วนจริง เช่น กรณีเครื่องจักรสำคัญของบริษัทซึ่งอยู่ในประเทศไทยเสียใช้การไม่ได้ ต้องจ้างบริษัทซึ่งอยู่ต่างประเทศให้ส่งช่างเทคนิคเข้ามาซ่อมแซมให้โดยด่วน และในขณะนั้น นายจอห์น คนต่างด้าวซึ่งเป็นลูกจ้างของบริษัทซึ่งอยู่ต่างประเทศ ใ้ได้อยู่ในระหว่างการเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวในประเทศไทย บริษัทนั้นอาจมีคำสั่งให้ นายจอห์นรับผิดชอบดำเนินการแก้ไขเครื่องจักรของบริษัทซึ่งอยู่ในประเทศไทยโดยด่วน ซึ่งกรมการจัดหางานเคร่งครัดกับประเภทการอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา 10 นายจอห์นจะไม่มีสิทธิยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) เพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้เลย ซึ่งการตีความในลักษณะนี้อาจเกิดความเสียหายแก่บริษัทซึ่งในประเทศไทย และอาจส่งผลกระทบต่อการพัฒนาทางเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วันไม่ต้องขออนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน และเมื่อไม่อยู่ใน

ฐานะผู้จะขอรับใบอนุญาตทำงานจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 10 แต่อย่างใด ดังนั้นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้นสามารถยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ให้นายทะเบียนทราบได้

จากองค์ประกอบข้อ 2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ผู้เขียนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อพำนักและทำงานในกิจการต่าง ๆ อยู่ในประเทศไทยมีระยะเวลาไม่เกิน 15 วัน จำนวนมากมักที่จะอ้างเหตุว่างานที่คนต่างด้าวนั้นต้องเดินทางเข้ามาดำเนินการในประเทศไทยนั้นเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนโดยมีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน เพื่ออาศัยช่องทางการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนต่อนายทะเบียนตามที่กำหนดในมาตรา 9 เพื่อขอกเว้นการขอรับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งมีความสะดวกรวดเร็ว เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวมีหน้าที่เพียงยื่นแบบแจ้งการเข้ามาเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 (แบบ ตท.10) ให้นายทะเบียนทราบ ก็สามารถทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้แล้ว โดยไม่ต้องมาขอใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน ซึ่งจะต้องยื่นแบบคำขอพร้อมเอกสารหลักฐานและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้ และไม่สามารถทำงานได้ทันทีที่ยื่นคำขอ ซึ่งคนต่างด้าวที่ขอรับใบอนุญาตทำงานนั้นจะทำงานได้ต่อนายทะเบียนพิจารณาอนุญาตแล้ว รวมทั้งในการแจ้งดังกล่าวคนต่างด้าวไม่ต้องเสียเงินค่าธรรมเนียม ซึ่งมีความแตกต่างกับการยื่นขอรับใบอนุญาตทำงานที่จะต้องชำระเงินค่าธรรมเนียมใบอนุญาตทำงานด้วย รวมทั้งมีปัญหาว่าการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวที่ใช้ประกอบการแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วนนั้น จะเป็นประเภทการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านได้หรือไม่

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้มีการกำหนดนิยามความหมายของงานอันจำเป็นและเร่งด่วน หรือกำหนดขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนแต่อย่างใด มีเพียงแต่การให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานกำหนดแบบและวิธีการในการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาความหมายทั่วไปของคำว่า “จำเป็น” และ “เร่งด่วน” ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

ปรากฏว่า “จำเป็น” หมายความว่า ต้องเป็นอย่างนั้นต้องทำขาดไม่ได้<sup>262</sup> และ “เร่งด่วน” หมายความว่า รวดเร็วมาก รวดเร็วยิ่ง เช่น งานนี้ต้องทำอย่างเร่งด่วนให้เสร็จภายใน 12 ชั่วโมง หรือย้ายเร่งด่วนภายใน 24 ชั่วโมง<sup>263</sup> ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่างานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีความหมายว่า งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ซึ่งถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น เช่น ไม่ได้มีการกำหนดแผนงานกันมาก่อนแล้วว่าจะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเมื่อไร

แต่ในทางปฏิบัติเพื่อรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของกรมการจัดหางานซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการออกใบอนุญาตทำงาน ได้ยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ซึ่งอธิบดีกรมการจัดหางานใช้อำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อออกระเบียบเพื่อเป็นแนวทางในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการรับแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่มีการยกเลิกไปแล้ว โดยระเบียบกรมการจัดหางานดังกล่าวไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจน กำหนดเพียงว่างานใดถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งจำกัดไว้เพียง 5 ประเภท ได้แก่ งานบริหารงานและวิชาการงานด้านเทคนิคงานจัดหางานต่างประเทศงานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี และงานเบ็ดเตล็ด โดยใน 5 ประเภทงานนี้ ประกอบไปด้วย 19 ลักษณะงานซึ่งปรากฏความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของลักษณะงานต่าง ๆ ด้วยว่ามีความหมายถึงงานอะไรบ้าง แม้จะมีบทบัญญัติให้อำนาจอธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายใช้ดุลพินิจได้ก็ตาม แต่ทางปฏิบัติไม่มีการใช้เกณฑ์ข้อนี้ โดยผู้เขียนพบว่า ระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ไม่ได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น ไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9 อีกทั้งระเบียบกรมการจัดหางานยังมีเนื้อหาสาระที่กำหนดประเภทงาน อาทิเช่น งานประชุม หรือ สัมมนา หรือเยี่ยมชมธุรกิจ เป็นต้น ซึ่งกิจกรรมดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นในข้อ 4.1 จึงเป็นกำหนดแนวทางในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนที่ขัดต่อกฎหมายซึ่งเป็นฐานในการใช้อำนาจของนายทะเบียนอีกด้วย

<sup>262</sup> จาก พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 เฉลิมพระเกียรติพระบาท สมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เนื่องในโอกาสพระราชพิธีมหามงคลเฉลิมพระชนมพรรษา 7 รอบ 5 ธันวาคม 2554 (น. 319), โดย ราชบัณฑิตยสถาน, 2554, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

<sup>263</sup> แหล่งเดิม, (น. 1012).

ดังนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า หากนายทะเบียนยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานฉบับนี้ว่า หากคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองถูกกฎหมาย เพื่อทำงานตามที่ปรากฏตามระเบียบกรมการจัดหางานนี้และทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน และพิจารณาปรับแก้ว่างานดังกล่าวนี้เป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจะมีผลให้การบังคับใช้กฎหมายขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

จากองค์ประกอบข้อ 3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน พบว่ามีปัญหากรณีรับจ้างงานเร่งด่วนแล้วเมื่อครบระยะเวลา 15 วันแล้ว งานยังไม่เสร็จจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างกัน ส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า หากงานที่คนต่างด้าวทำยังไม่แล้วเสร็จ นายทะเบียนมีดุลพินิจในการขยายระยะเวลาได้ตามสมควร โดยพิจารณาถึงพฤติการณ์พิเศษที่ทำให้ไม่สามารถทำงานดังกล่าวแล้วเสร็จได้ แต่อีกส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า นายทะเบียนไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 ได้ เนื่องจากเป็นระยะเวลาในการทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนแล้ว

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 อย่างชัดเจน โดยเป็นระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้สิทธิคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ระยะเวลาความจำเป็นเร่งด่วนของงานนั้น ๆ และกรอบระยะเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน จึงต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัด หากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีกต่อไปเนื่องจากคนต่างด้าวผู้จ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนจะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนก็สามารถทำงานนั้นได้โดยไม่มีกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการจ้างดังกล่าวแต่อย่างใด เพื่ออำนวยความสะดวกและรวดเร็วแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเป็นพิเศษ หากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีกต่อไปฉะนั้น นายทะเบียนไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาการรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวประสงค์ที่จะทำงานนั้นต่อไป ก็สามารถทำงานนั้นได้โดยต้องมาขึ้นคำขอรับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนเสียก่อน

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 นั้นมีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว อันเนื่องมาจากความไม่สอดคล้องระหว่างบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ด้วยกันเองและระหว่าง

กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกับกฎระเบียบที่ออกมาเพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาปรับ  
 แก้ของนายทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

#### 4.3.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

เมื่อพิจารณากฎหมายต่างประเทศที่ผู้เขียนได้ศึกษามาแล้วในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า  
 หลักการที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานและได้รับยกเว้นการขอใบอนุญาตทำงานมีปรากฏในกฎหมาย  
 ของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ซึ่งกระทรวงแรงงานจะพิจารณาออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวภายใต้  
 พระราชบัญญัติการจ้างแรงงานต่างชาติ (Employment of Foreign Worker Act, 1990) ในประเภท  
 Work Pass Exempt Activities สำหรับกรณีที่ทางการสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้ยกเว้นการขอ  
 ใบอนุญาตทำงาน หากคนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจกรรมต่าง ๆ ในระยะเวลาสั้น โดยเฉพาะจะ  
 ยกเว้นให้กับผู้มีความชำนาญ และความรู้ที่ไม่สามารถหาได้ง่ายในสาธารณรัฐสิงคโปร์และต้องไม่มี  
 ความสัมพันธ์แบบนายจ้าง-ลูกจ้างกับบริษัทในสาธารณรัฐสิงคโปร์

ด้วยเหตุผลที่วิเคราะห์ปัญหามาแล้วข้างต้น ประกอบกับหลักกฎหมายของต่างประเทศ  
 ในกรณีดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว  
 พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจำเป็นและเร่งด่วนเป็นหลักเกณฑ์ยังมีความจำเป็นและ  
 เหมาะสมที่จะต้องมีการกำหนดไว้ในกฎหมายของไทย เพื่อให้ที่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย  
 เพื่อมาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนภายในระยะเวลาที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดนั้น ได้รับการ  
 ยกเว้นการขอรับใบอนุญาตทำงานในประเทศไทย ซึ่งควรได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ  
 ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจำเป็นและ  
 เร่งด่วนให้มีความชัดเจนและสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่  
 เดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะ  
 นักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น สามารถมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบเพื่อทำงานอันจำเป็น  
 และเร่งด่วนในประเทศไทยที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วัน ได้โดยเป็นการแก้ไขปัญหาในการ  
 ตีความกฎหมายเพื่อนำคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 10 มาใช้  
 การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย และควรกำหนดให้อธิบดีสามารถออกระเบียบกำหนด  
 หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อกำหนดขอบเขตของงานจำเป็นและเร่งด่วนว่ามีลักษณะอย่างไร และงานใด  
 ที่ถือเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้ ไว้ในมาตรา 9 เพื่อให้ถ้อยคำบทกฎหมายมีความชัดเจนมาก  
 ยิ่งขึ้น โดยคำนึงถึงความจำเป็นในการแจ้ง และระยะเวลาที่เหมาะสมในการเข้ามาทำงานอันจำเป็น  
 และเร่งด่วน แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีความยืดหยุ่น โดยเปิดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถ  
 ปรับปรุงกฎระเบียบได้อย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันท่วงที  
 ซึ่งจะมีผลให้กรมการจัดหางานสามารถออกระเบียบโดยใช้พระราชบัญญัติการทำงานของ

คนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกระเบียบกรมการจัดหางานซึ่งเป็นกฎหมายลูกบท โดยอธิบดีกรมการจัดหางานมีต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาเพื่อกำหนดระเบียบว่าด้วยการรับแรงงานอันจำเป็นและเร่งด่วน เพื่อเป็นแนวปฏิบัติกำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มิได้มีสภาพบังคับให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมิใช่ข้าราชการในสังกัดกรมการจัดหางานจะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด

นอกจากนี้ เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบันจึงสมควรกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง ผู้จัดงาน เป็นต้น ได้เป็นผู้มีหน้าที่แจ้งให้นายทะเบียนทราบได้นอกเหนือจากที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวด้วย เนื่องจากในสภาพข้อเท็จจริงหากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยการแจ้งของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและเร่งด่วนให้คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานโดยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ถึงหลักเกณฑ์ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแจ้งงานจำเป็นและเร่งด่วน ดังนี้

1) ให้แก้ไขวรรคหนึ่งในมาตรา 9 ดังนี้

“มาตรา 9 ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนเว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวันแต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อคนต่างด้าวหรือผู้ใดซึ่งนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ”

2) ให้เพิ่มวรรคห้าของมาตรา 9 ดังนี้

“งานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด”

3) ให้เพิ่มวรรคสองของมาตรา 10 ดังนี้

“ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการแจ้งงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9”

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการแก้ไขบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวข้องการแจ้งงานจำเป็นและเร่งด่วนแล้วการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้จะต้องเป็นไปอย่างถูกต้องและครบถ้วนตามองค์ประกอบที่ได้กล่าวไว้ด้วยความเคร่งครัด เพื่อเกิดความเป็นธรรมต่อคนต่างด้าวที่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้

เนื่องจากการพิจารณาข้อยกเว้นของบทกฎหมายทั่วไปซึ่งได้มีการกำหนดโทษสำหรับความผิดของคนที่ต่างด้าวที่ฝ่าฝืนไม่ยอมขอรับใบอนุญาตทำงานไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งพระราชบัญญัตินี้ก็มิได้กำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากการขอรับใบอนุญาตทำงานที่มีการกำหนดค่าธรรมเนียมใบอนุญาตทำงานไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้

#### 4.4 เรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 มาตรา 22 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และปัญหาค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.4.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ก่อนที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีผลใช้บังคับนั้น กระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดไว้ โดยคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือถ้าคนต่างด้าวนั้นอยู่ในประเทศไทยแล้วให้นับระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้างต้น และในระหว่างรอรับใบอนุญาต ให้คนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอทำงานไปพลางก่อนได้ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 บาท แต่หาผลให้การอนุญาตที่ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นนั้นเสียไปไม่ทั้งนี้คนต่างด้าวซึ่งยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวจะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานใด ๆ ก็ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้กำหนดผู้รับใบอนุญาตทำงานที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ซึ่งได้รับการขยายระยะเวลาการทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้รับใบอนุญาตทำงานแจ้งต่อนายทะเบียนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการขยายระยะเวลาและให้นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500 บาทแต่หลักการดังกล่าวได้รับปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งได้มีการปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยมาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยและมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบายวิธีการจัดหางานกำหนดโดยเร็ววันนั้นถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีพิเศษสำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าวเพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวนี้อย่างขึ้น ซึ่งเป็นการยกเว้นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานได้ไปให้แก่ผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงาน เพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงานทั้งนี้ ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมีสិทธิที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ก็ตาม

ส่วนกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 12 ได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบ

ที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน แต่มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดโทษสำหรับของการที่ไม่ได้ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนตามมาตรา 22 ไว้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความสอดคล้องกันกล่าวคือ เมื่อการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าวและแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนแต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนทั้งที่คนต่างด้าวนั้นมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ จึงทำให้บทกำหนดโทษตามมาตรา 53 ไม่มีความสอดคล้องกับผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้และไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้

อนึ่งจากการศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของสหพันธรัฐมาเลเซีย (Promotion of Investment Act, 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามนโยบายของสหพันธรัฐมาเลเซียในการยกระดับความเจริญทางเศรษฐกิจและการยกระดับทุนมนุษย์ หรือทรัพยากรมนุษย์ โดยอาศัยการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้โดยผ่านการลงทุนจากต่างประเทศ ฉะนั้น บริษัทต่างชาติที่มาลงทุนในสหพันธรัฐมาเลเซีย ภายใต้โครงการที่ได้รับการส่งเสริมสนับสนุนของรัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซีย จะได้รับอนุญาตให้นำบุคคลที่บริษัทต้องการเข้ามาทำงานในขอบข่ายงานที่ขาดแคลนคนมาเลเซียในด้านนั้น ทั้งนี้ การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในส่วนนี้อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน คือ Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) โดยมี

Action Committee of Incentives เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าว การกำหนดจำนวนคนต่างด้าวสำหรับแต่ละบริษัทในโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตลอดจนระยะเวลาที่คนต่างด้าวแต่ละรายจะสามารถทำงานได้ในสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยเน้นที่เงื่อนไขการลงทุนและการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้แก่คนท้องถิ่นเป็นสำคัญซึ่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศไว้เช่นกัน โดยใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวในประเภทนี้คือ Employment Pass ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจ้างงาน (Employment (Restriction) Act, 1968) ซึ่งออกให้สำหรับการทำงานในระดับวิชาชีพ ระดับทักษะ เจ้าของกิจการและตัวแทนของบริษัทเอกชน โดยมีกำหนดอายุที่สอดคล้องกับระยะเวลาที่ระบุในสัญญาการจ้างงานคืออย่างน้อย2ปีและสามารถต่ออายุใบอนุญาตทำงานได้จะเห็นได้ว่า กฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียได้แยกหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ออกจากหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดให้กรมการจัดหางานเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวเพียงแห่งเดียว

นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น กล่าวคือพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมแต่ละประเภทสำหรับการทำงานของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้ (1) ใบอนุญาต (2) การต่ออายุใบอนุญาต (3) ใบแทนใบอนุญาต (4) การอนุญาตให้เปลี่ยนหรือเพิ่มลักษณะงาน นายจ้าง หรือท้องที่หรือสถานที่ทำงานที่ได้รับอนุญาต หรือเงื่อนไขในการอนุญาต (5) การจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการ (6) ค่ายื่นคำขอ และกระทรวงแรงงานได้ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าว พ.ศ. 2552 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าวตามสาขาอาชีพหรือสาขาอาชีพและท้องที่ทำงานของคนต่างด้าวด้วยแล้วโดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่นจึงทำให้การที่นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ซึ่งทำให้ในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา ตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2551 ซึ่งเป็นวันที่เริ่มใช้บังคับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จนถึงปัจจุบันรัฐสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ประมาณมากกว่า 200 ล้านบาท

จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงทำให้กรมการจัดหางานในฐานะหน่วยงานที่มีภารกิจรับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวและเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ทบทวนความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนแล้วมีความเห็นว่า การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น กล่าวคือคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ทำงานแล้วประสงค์จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งการต่ออายุใบอนุญาตทำงานมีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ประกอบกับวิธีในการปฏิบัติงานของนายทะเบียนในการขยายระยะเวลาทำงานกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานปรากฏผลการพิจารณาทั้งสองกรณีแสดงอยู่ในใบอนุญาตทำงานนั้นมีลักษณะและข้อความเช่นเดียวกันว่า นายทะเบียนให้ต่ออายุการทำงานของคนต่างด้าวผู้ได้รับไปอนุญาตทำงานไว้ออกไปจนถึงวันเดือนปีใด ฉะนั้นจึงควรนำค่าธรรมเนียมต่ออายุใบอนุญาตทำงานมาใช้ในการขยายระยะเวลาทำงานด้วย

ในประเด็นปัญหาว่า ค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะหมายรวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนด้วยหรือไม่นั้นความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้มีความเห็นทางกฎหมายไว้ในเรื่องเสรีที่ 1153/2556 สรุปสาระสำคัญได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รองรับรูปแบบการเข้ามาทำงาน ขั้นตอนการขออนุญาต การอนุญาตและเงื่อนไขการกำหนดระยะเวลา ตลอดจนบทกำหนดโทษของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือกฎหมายอื่นแตกต่างกันโดย

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะมีหนังสือแจ้งการอนุญาตต่อนายทะเบียน และเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งให้ดำเนินการออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 โดยใบอนุญาตจะมีอายุเท่ากับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามที่กฎหมายนั้นกำหนดตามมาตรา 21 และในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้อนุญาตมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียนโดยเร็วและให้นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตตามมาตรา 22 ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายใช้คำเฉพาะว่า “การขยายระยะเวลาทำงาน” ไม่ใช่ “การต่ออายุใบอนุญาต” และหากผู้รับใบอนุญาตไม่แจ้งต่อนายทะเบียนถึงการได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่มีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาทตามมาตรา 53 ในขณะที่การขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวกรณีทั่วไป งานที่คนต่างด้าวจะทำได้จะต้องเป็นงานที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียนตามมาตรา 9 ซึ่งใบอนุญาตทำงานมีอายุไม่เกิน 2 ปีตามมาตรา 21 หากผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะทำงานต่อ ให้ยื่นขอต่ออายุใบอนุญาตก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ และนายทะเบียนจะต่ออายุใบอนุญาตได้ครั้งละไม่เกิน 2 ปี ตามมาตรา 23 โดยมีบทกำหนดโทษกรณีคนต่างด้าวที่ทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตตามมาตรา 51 หรือทำงานฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 52

การที่กฎหมายกำหนดกลไกการดำเนินการของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แตกต่างกัน โดยเฉพาะขั้นตอนการขยายระยะเวลาทำงานกับขั้นตอนการต่ออายุใบอนุญาต แสดงว่ากฎหมายมีความมุ่งประสงค์จะให้ทั้ง 2 กรณีนี้แตกต่างกัน การขยายระยะเวลาทำงานจึงไม่ใช่กรณีเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาต แม้ผลจะเป็นเช่นเดียวกันก็ตาม กล่าวคือ ทำให้คนต่างด้าวสามารถทำงานในราชอาณาจักรได้ต่อไป ประกอบกับการเก็บค่าธรรมเนียมมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล อันจะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ดังนั้นค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จึงมิได้หมายความรวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

จากการศึกษาปรากฏว่า พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ต่างได้กำหนดกลไกการดำเนินการของคนต่าง

ด้วยกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 แตกต่างกัน เพียงแต่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนให้มีความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวนี้อยิ่งขึ้นตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักการในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุนในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังคงกำหนดไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติฉบับเดิมแต่มีบทบัญญัติดังกล่าวมีความต่างกันในส่วนของการกำหนดให้ใครเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นให้นายทะเบียนทราบ ซึ่งเมื่อนำบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาเปรียบเทียบกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 จะเห็นได้ว่าบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันได้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมในรายการที่ (2) “การต่ออายุใบอนุญาต” ซึ่งแตกต่างจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกแล้วได้กำหนดในรายการที่ (2) ว่า “การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาการทำงาน”

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้นไม่มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานไว้เช่นกฎหมายเดิม ค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตที่กำหนดไว้ในรายการที่ (2) ของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันจึงหมายถึงเฉพาะค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานเท่านั้นไม่รวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานด้วยโดยไม่อาจเรียกเก็บให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้เนื่องจากการเก็บค่าธรรมเนียมมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล อันจะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ดังนั้น กรณีของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เมื่อนายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานลงในใบอนุญาตทำงานตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้มีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานแล้วนั้นจึงไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานได้

#### 4.4.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ด้วยเหตุผลข้างต้นจึงอาจสรุปแนวทางการแก้ไขปัญหากลับมาเกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้ว่าควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 สำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เพื่อให้รัฐไม่ต้องสูญเสียเงินรายได้

จากคำธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว และควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 เพื่อให้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับใช้ได้ รวมทั้งควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 12 เพื่อให้มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานสามารถออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตทำงานสำหรับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้ เช่นเดียวกับกำหนดแบบและวิธีการเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวกรณีอื่น

ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาโดยให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยตัดความผิดตามมาตรา 22 ออก เพื่อให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 และให้บทบัญญัติดังกล่าวมีประสิทธิภาพบังคับใช้ได้ ดังนี้

“มาตรา 53 ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

2) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 สำหรับการขยายระยะเวลาทำงานให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นตามมาตรา 22 ได้กำหนดไว้เพื่อให้รัฐไม่ต้องสูญเสียเงินรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าว ดังนี้

“(2) การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาทำงานครั้งละ 20,000 บาท”

#### 4.5 เรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ในหัวข้อนี้ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

##### 4.5.1 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ประเทศไทยกำหนดมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวด้วยระบบใบอนุญาตทำงาน โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทย ต้องได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนเสียก่อน จึงจะทำงานนั้นได้ ซึ่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานให้ต้องปฏิบัติตามโดยคนต่าง

คำว่าดังกล่าวต้องทำงานตามประเภทหรือลักษณะงาน และกับนายจ้าง ณ ท้องที่หรือสถานที่และ  
เงื่อนไขตามที่นายทะเบียนกำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน หากประสงค์จะเปลี่ยนหรือเพิ่มประเภท  
หรือลักษณะงาน นายจ้างท้องที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไข ต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน  
ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดให้นายจ้างซึ่งมีความประสงค์จะรับคนต่างด้าว  
เข้าทำงาน จะต้องเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีใบอนุญาตทำงานกับตนเพื่อทำงานตามประเภทหรือลักษณะ  
งานที่ระบุไว้ในใบอนุญาต ณ ท้องที่หรือสถานที่ที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงานด้วย

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดอายุของใบอนุญาต  
ทำงานที่นายทะเบียนออกให้แก่คนต่างด้าวนั้นไว้ไม่เกิน 2 ปี นับแต่วันที่ออกใบอนุญาตทำงาน  
ยกเว้นกรณีใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วย  
การส่งเสริมการลงทุนให้มีอายุเท่าระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ  
โดยการกำหนดให้อายุใบอนุญาตทำงานดังกล่าวไม่มีผลเป็นการขยายระยะเวลาอยู่ในราชอาณาจักร  
ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ทั้งนี้ ก่อนใบอนุญาตทำงานสิ้นอายุและคนต่างด้าวประสงค์จะ  
ทำงานนั้นต่อไป ให้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนซึ่งเมื่อได้ยื่นคำขอต่ออายุ  
ใบอนุญาตทำงานแล้ว ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่ต่อ  
อายุใบอนุญาตทำงาน โดยกฎหมายกำหนดให้การต่ออายุใบอนุญาตทำงานให้ต่อได้ครั้งละไม่เกิน  
2 ปี โดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องมี  
ใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงาน  
เจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนได้เสมอและถ้าหากใบอนุญาตทำงานสูญหายหรือเสียหาย ให้คนต่างด้าว  
นั้นยื่นคำขอรับใบแทนใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบ  
การสูญหายหรือเสียหายดังกล่าว

จากการศึกษาปรากฏว่า การวางระบบควบคุมการทำงานคนต่างด้าวด้วยระบบ  
ใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ได้มีการปรับปรุงมา  
จากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ยังมีปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เนื่องจาก  
ไม่ได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณีที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว  
หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป  
นั้นไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ของนายจ้างและคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาต  
ทำงานซึ่งเคยมีในพระราชบัญญัติฉบับเดิมเพื่อการควบคุมทางทะเบียนเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงาน  
ได้แก่การกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งรับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือให้คนต่างด้าวย้ายไป  
ทำงานในท้องที่อื่นนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน หรือออกจากงานต่อนายทะเบียนภายใน

15 วันนับแต่วันที่รับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือวันที่คนต่างด้าวนั้นย้ายหรือออกจากงานและการกำหนดให้คนต่างด้าวมียหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนในท้องที่จังหวัดที่ตั้งสถานที่ทำงานภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน แต่ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันกลับไม่ได้มีการบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวไว้จึงทำให้ข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานให้ทำงานในประเทศไทยมีความคลาดเคลื่อน ไม่สอดคล้องกับสภาพการจ้างงานคนต่างด้าวที่แท้จริง ซึ่งส่งผลกระทบต่อข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ต้องนอกจากนี้ ได้มีการนำใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เลิกทำงานแล้วไปใช้ในทางที่ไม่สุจริต เช่น แอบอ้างเป็นคนต่างด้าวผู้ได้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าว หรือนำไปปลอมแปลงใบอนุญาตทำงานเพื่อใช้กับคนต่างด้าวรายอื่น เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยซึ่งกรมการจัดหางานในฐานะหน่วยงานที่รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้สำรวจตรวจสอบและรับฟังความคิดเห็นของหน่วยงานในสังกัดกรมการจัดหางานทั้งในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคเกี่ยวกับสภาพปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากมีผลบังคับใช้ของพระราชบัญญัตินี้ปรากฏว่าประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นประเด็นในลำดับขั้นที่หน่วยงานต่าง ๆ ได้ร้องขอให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรนำหลักการในพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปกลับมากำหนดไว้ในบทบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมทางทะเบียนของใบอนุญาตทำงานหลังจากที่นายทะเบียนได้พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยแล้วแต่ในการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่เพิ่มเติมนั้น ควรได้มีกำหนดหน้าที่เฉพาะในส่วนของการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวเท่านั้น เนื่องจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้มีบทบัญญัติกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือการแจ้งย้ายงานของคนต่างด้าวอยู่แล้ว กล่าวคือ ในการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานนั้น จะต้องมีการแจ้งข้อมูลตั้งแต่เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 มาตรา 12 มาตรา 13 หรือมาตรา 14 แล้วแต่กรณีหรือกรณีนายจ้างได้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานแทนตามมาตรา 11 หรือกรณีคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอเปลี่ยนหรือเพิ่มนายจ้างตามมาตรา 26 ส่วนการแจ้งย้ายงานของคนต่างด้าวนั้นจะต้องมีการแจ้งข้อมูลตั้งแต่เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา 26 ไว้เรียบร้อยแล้ว

นอกจากนี้ในการกำหนดหน้าที่เพิ่มเติมให้คนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานนั้น ควรได้มีกำหนดให้คนต่างด้ามียหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนภายใน 7 วัน นับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน โดยไม่ต้องกำหนดให้ต้องคืนให้แก่

นายทะเบียนในท้องที่จังหวัดที่ตั้งสถานที่ทำงานไว้ดังเช่นกฎหมายเดิม เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คนต่างด้าวที่มีเจตนาจะปฏิบัติตามกฎหมาย และสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในปัจจุบัน เมื่อคนต่างด้าวไม่ประสงค์ที่จะทำงานแล้วควรให้คนต่างด้าวสามารถคืนใบอนุญาตทำงานให้แก่นายทะเบียนในท้องที่หนึ่งท้องที่ใดก็ได้

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณากฎหมายของต่างประเทศแล้วปรากฏว่ามีกฎหมายของประเทศที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษามาในบทที่ 3 นั้น มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานดังนี้

สหพันธรัฐมาเลเซีย พระราชบัญญัติการจ้างงาน (Employment (Restriction) Act, 1968) ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานนั้น จะต้องทำงานตามประเภทงาน สถานที่และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน รวมทั้งต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ระยะเวลาที่กำหนดและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ด้วย ซึ่งใบอนุญาตทำงานถือเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้ โดยคนต่างด้าวต้องพกพาใบอนุญาตทำงานติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงานในกรณีที่ได้รับใบอนุญาตทำงานชั่วคราวหรือสูญหาย ต้องรายงานต่อคณะกรรมการการจ้างงาน (Commissioner of Employment) และต้องสมัครขอใบอนุญาตทำงานใบใหม่แทนใบอนุญาตทำงานเดิมในกรณีที่มีการพบใบอนุญาตทำงานที่เคยแจ้งหายไปก่อนแล้วก็ให้คืนใบเดิมแก่คณะกรรมการการจ้างงาน หากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่หาย ให้ส่งสถานีตำรวจ หรือสถานที่ทำการของคณะกรรมการการจ้างงานหรือส่งที่ทำการไปรษณีย์ที่ใกล้ที่สุดกรณีมีการโอนย้ายตำแหน่งโดยหลักแล้วต้องทำใบอนุญาตทำงานใหม่ แต่ถ้าเป็นกรณีได้รับการส่งเสริมการลงทุนหากมีการย้ายตำแหน่งในบริษัทเดียวกันไม่ต้องแจ้งเพื่อขอใบอนุญาตทำงานใหม่ แต่ให้นำใบอนุญาตทำงานเก่าไปปรับปรุงให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของตำแหน่ง ทั้งนี้หากมีการเลิกจ้างหรือเมื่อใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือถูกยกเลิก ให้คืนใบอนุญาตทำงานแก่คณะกรรมการการจ้างงาน

สาธารณรัฐสิงคโปร์ พระราชบัญญัติการจ้างงานคนต่างชาติ (Employment of Foreign Manpower Act, 1990) ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานนั้น จะต้องทำงานตรงตามประเภทงาน สถานที่และนายจ้างที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน รวมทั้งต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข ระยะเวลาที่กำหนดและข้อจำกัดที่กำหนดไว้ด้วยซึ่งใบอนุญาตทำงานเป็นเรื่องเฉพาะตัว จึงไม่สามารถโอนให้แก่บุคคลใดได้ โดยคนต่างด้าวต้องพกพาใบอนุญาตทำงานติดตัวเสมอในขณะที่ปฏิบัติงาน กรณีมีใบอนุญาตชั่วคราวหรือสูญหายต้องรายงานต่อกระทรวงแรงงาน (Ministry of Manpower) ภายใน 7 วันที่ได้รับอนุญาตสูญหาย และดำเนินการขออนุญาตใบอนุญาตทำงานฉบับใหม่ ถ้าแจ้งว่าหายแล้วต่อมาพบหากยังไม่มีการออกใบอนุญาตทำงานใหม่ คนต่างด้าวที่ได้รับ

อนุญาตทำงานหรือนายจ้างอาจใช้ใบอนุญาตทำงานนั้นได้ต่อไป แต่หากเป็นกรณีที่ทางการออกใบอนุญาตทำงานฉบับใหม่แล้วต้องทำการคืนใบอนุญาตทำงานที่พบนั้นต่อทางการเพื่อทำการยกเลิกหากบุคคลใดพบใบอนุญาตทำงานที่ได้สูญหาย ต้องนำใบอนุญาตทำงานนั้นส่งมอบต่อกระทรวงแรงงาน โดยในกรณีของการเปลี่ยนแปลงที่อยู่ นายจ้างต้องแจ้งต่อกระทรวงแรงงานเป็นลายลักษณ์อักษรภายใน 14 วัน นับแต่มีการเปลี่ยนแปลงซึ่งกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งหน้าที่ในการทำงานโดยไม่ได้เปลี่ยนนายจ้าง จะต้องมีการจดหมายจากนายจ้างแจ้งต่อกระทรวงแรงงานเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวโดยระบุรายละเอียดของงานใหม่ ในกรณีที่ร้องโอนย้ายที่ทำงานในบริษัทของนายจ้างเดิม บริษัทผู้ว่าจ้างต้องทำจดหมายร้องขอการโอนย้ายคนต่างด้าวนั้นต่อกระทรวงแรงงาน โดยแนบหนังสือเดินทาง (Passport) และเอกสารแสดงข้อมูลจากกรมทะเบียนการค้าและธุรกิจ (ROCAB Information Printout) สำหรับบริษัทถูกไปด้วยซึ่งทางการจะพิจารณาเป็นราย ๆ ไป ทั้งนี้หากมีการเลิกจ้าง ต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตทำงาน คืนใบอนุญาตให้แก่กระทรวงแรงงานและคนต่างด้าวต้องเดินทางออกนอกประเทศ

เมื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียและสาธารณรัฐสิงคโปร์แล้ว ปรากฏว่าสหพันธรัฐมาเลเซียได้มีการกำหนดให้กรณีที่มีการเลิกจ้างหรือเมื่อใบอนุญาตทำงานหมดอายุ หรือถูกยกเลิก ให้คนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานแก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบซึ่งสอดคล้องกับประเทศสิงคโปร์ได้มีการกำหนดให้กรณีที่มีการเลิกจ้าง นายจ้างต้องทำการยกเลิกใบอนุญาตทำงานและคนต่างด้าวต้องคืนใบอนุญาตทำงานให้แก่หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเช่นกัน ซึ่งทำให้การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของทั้งสองประเทศเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

#### 4.5.2 แนวทางการแก้ไขปัญหา

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณีที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป ควรแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหาออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนเพื่อให้เกิดการจัดการในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว และมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงควรมีการเพิ่มมาตราเพื่อเป็นเนื้อความใหม่แทรกเข้าไปในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเมื่อพิจารณาโครงสร้างของพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า เนื้อหาสาระสำคัญ

ของร่างมาตราที่จะเพิ่มเติมขึ้นนั้น ควรแทรกไว้ในหมวด 1 การทำงานของคนต่างด้าว ส่วนที่ 2 ใบอนุญาตทำงาน โดยให้เพิ่มมาตราต่อท้ายมาตรา 28 ดังนี้

“มาตรา 28/1 เมื่อคนต่างด้าวออกจากงาน ให้บุคคลที่รับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานกับตน แจ้งต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน

การแจ้งตามวรรคหนึ่งให้ทำตามแบบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา 28/2 ในกรณีที่คนต่างด้าวเลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ส่งมอบใบอนุญาตคืนให้แก่นายทะเบียนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เลิกทำงานนั้น”

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้แก่นายจ้าง และหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ นายจ้างหรือคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการแล้ว จะต้องมีการกำหนดโทษสำหรับการที่นายจ้างหรือคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติแล้วแต่กรณีไว้ด้วย ฉะนั้นจึงต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อกำหนดโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้ความผิดดังกล่าวอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการเปรียบเทียบ ทั้งนี้ การกำหนดอัตราโทษปรับในความผิดดังกล่าวอาจนำบทกำหนดโทษในความผิดฐานอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และควรนำอัตราโทษสำหรับความผิดในการที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว และการที่คนต่างด้าวไม่คืนใบอนุญาตทำงาน ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเคยได้มีการบัญญัติโทษของการฝ่าฝืนบทกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาแล้ว มาประกอบการพิจารณา กำหนดโทษสำหรับความผิดนี้ด้วย

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎรวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองมาปรับใช้กับกรณีที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดเรื่องการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ เนื่องจากการออกใบอนุญาตทำงานเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดเปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ได้กำหนดให้กฎหมายเฉพาะจะต้องมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติราชการในเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของภาครัฐ ฉะนั้นเมื่อพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว

พ.ศ. 2551 ไม่ได้บทบัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ จึงควรนำมาตรา 42 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงให้เจ้าหน้าที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้น เนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้” มาบังคับใช้เพื่อให้ นายทะเบียนมีอำนาจเรียกให้คนต่างด้าวผู้ซึ่งครอบครองใบอนุญาตทำงานที่สิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานให้ส่งใบอนุญาตทำงานคืนได้

ส่วนกรณีการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าแม้ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว แต่หากมีนายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคนต่างด้าวมิได้ทำงานกับนายจ้างตามที่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน เมื่อไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานได้มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนไปทำงานกับนายจ้างรายอื่นอีก จึงถือได้ว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคนต่างด้าวดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่ออกใบอนุญาตทำงาน กรณีเช่นว่านี้นายทะเบียนดังกล่าวย่อมต้องเพิกถอนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ใบอนุญาตทำงานนั้นสิ้นสุดลงได้ แต่เมื่อมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้นายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ออกใบอนุญาตทำงานมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตทำงานได้ เฉพาะในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตเท่านั้น ดังนั้นการเพิกถอนใบอนุญาตทำงานในกรณีที่นายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ จึงต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ในระดับหนึ่ง