

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย กับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย ประเทศสาธารณรัฐสิงคโปร์ ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี และประเทศญี่ปุ่น รวมทั้งพันธกรณีระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยนั้นจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน และได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียนก่อนจึงจะทำงานได้ซึ่งเป็นการที่รัฐได้ใช้อำนาจในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมาย เพื่อมิให้คนต่างด้าวมีสติและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนชาติของตน โดยการควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตทำงานเพื่อคัดกรองคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ให้สามารถทำงานได้ภายใต้การควบคุมของกฎหมายภายในของประเทศไทย

แม้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีการปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเหมาะสมกับสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปและสอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบันแต่ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยในสภาวะการณ์ปัจจุบัน จึงเกิดปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหลายประการ สามารถสรุปเป็นประเด็นปัญหาสำคัญได้ดังต่อไปนี้

5.1.1 ปัญหาเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดบทนิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตามจะเห็นได้ว่าคำนิยามดังกล่าวมีความหมายหรือขอบเขตที่กว้างขวางมากซึ่งหากผู้ใช้กฎหมายยึดถือถ้อยคำตามตัวอักษรอย่างเคร่งครัดแล้ว ก่อให้เกิดปัญหาให้ต้องตีความได้เสมอเนื่องจากกิจกรรมของคนต่างด้าวทุกกรณีล้วนแล้วแต่เป็นการใช้กำลังกายหรือความรู้ทั้งสิ้น ซึ่งจะเข้าข่ายเป็นการทำงานตามกฎหมายนี้ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่นักท่องเที่ยวซึ่งเป็นคนต่างด้าวเดินทางเข้ามาท่องเที่ยวและเข้าไปทำกิจกรรมให้สถานที่ต่าง ๆ ในรูปแบบอาสาสมัครหรือกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อประชุม สัมมนา เยี่ยมชมธุรกิจ บรรยายพิเศษและวิชาการหรืออบรมและสัมมนาทางด้านเทคนิคก็ล้วนแล้วแต่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ทั้งสิ้น

ในการศึกษาและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในบทที่ 4 ผู้เขียนพบว่าเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติและในมาตรา 7 ซึ่งบัญญัติให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศฉะนั้นพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง ซึ่งจะมีผลเป็นการแย่งงานของคนไทย โดยยังคงมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาแย่งงานของคนไทยเช่นเดียวกับกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศไทยที่ผ่านมาในอดีต

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” นั้นจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษร ประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อพิจารณาว่าการที่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาทำกิจกรรมหนึ่งกิจกรรมใดในประเทศไทย จะถือเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 หรือไม่นั้นจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป หากกิจกรรมใดที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติการที่มีลักษณะเป็นการเข้ามาเพื่อเป็นลูกจ้างหรือเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทยไม่ว่าจะใช้กำลังกายหรือความรู้ก็ตาม ถ้ากิจกรรมนั้นโดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี การจ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นก็ถือว่าเป็นการทำงานตามความหมายของคำว่า “ทำงาน”

ตามพระราชบัญญัตินี้ เช่น นายจอห์นเป็นนักประพันธ์การเขียนบทความลงพิมพ์นิตยสารหรือหนังสือย่อมเป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพจึงเป็นการทำงาน แม้ว่า นายจอห์นจะอ้างว่าบทความนั้นไม่ได้ค่าตอบแทนก็ต้องถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

หากกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยนั้นไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว เช่น การเข้าเป็นอาสาสมัครทำงานเพื่อสังคมระหว่างท่องเที่ยวในประเทศไทย การทำงานอดิเรก เป็นต้น หรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในประเทศไทยไม่ใช่การประกอบอาชีพโดยตรง เนื่องจากคนต่างด้าวเป็นลูกจ้างของนายจ้างในต่างประเทศหรือมีการทำงานหลักอยู่ในต่างประเทศ แต่คนต่างด้าวเดินทางเข้ามาในประเทศไทยตามหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายจากนายจ้างในต่างประเทศ เช่น ให้เดินทางเข้ามาเพื่อร่วมงานประชุมหรือสัมมนาโดยมิได้มีส่วนในการจัดให้จัดงานประชุมหรือสัมมนา เป็นต้น จะถือว่าการเข้ามาเพื่อทำกิจกรรมดังกล่าวในประเทศไทยของคนต่างด้าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของลูกจ้างในต่างประเทศด้วย ดังนั้น คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินกิจกรรมที่มีลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย ก็ย่อมมิใช่คนต่างด้าวที่ดำเนินกิจกรรมที่เป็นการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหามติหมายคำว่า “ทำงาน” โดยวิธีการตีความนั้นจะสามารถแก้ไขปัญหาก็ได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น คราบใดที่บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ยังไม่ได้รับการพิจารณาให้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นก็ต้องมีปัญหาก็ต้องมีการตีความนิยามกรณีเช่นนี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของคำนิยามดังกล่าวที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีความชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นรับค่าจ้างหรือไม่ก็นับถือเป็นการทำงานทั้งสิ้น ซึ่งการแก้ไขปัญหายที่ยั่งยืนและควรนำมาใช้ในกรณีนี้ คือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในเรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้มีขอบเขตและความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้

5.1.2 ปัญหาเรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุน

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้เปลี่ยนหลักการจัดการตลาดงานสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทย (Labor Management) เพื่อเป็นข้อจำกัดในห้ามการเข้าสู่ตลาดงานของคนต่างด้าวในบางงานบางอาชีพ จากเดิมที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่ไม่ได้ห้ามไว้ ซึ่งเป็นการใช้ระบบ Negative List กล่าวคือได้กำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้โดย

เด็ดขาดในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร จำนวน 39 งาน ตามที่ปรากฏในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติมส่วนงานอื่นนอกเหนือจาก 39 งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำนั้น หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำงานต้องขออนุญาตต่อนายทะเบียนเสียก่อนส่วนจะได้รับอนุญาตหรือไม่เป็นดุลพินิจของนายทะเบียนแต่บทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะงานที่กำหนดไว้ให้ทำได้ ถือเป็น การเปลี่ยนระบบการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยมาใช้ระบบ Positive List กล่าวคือการกำหนดงานที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ตามประเภทงานที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง แต่เนื่องจากปัจจุบันยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้มาใช้บังคับซึ่งมาตรา 57 ได้กำหนดให้ในระหว่างที่ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าวให้นายทะเบียนอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานใดๆ ได้เว้นแต่งานที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

จากการศึกษาพันธกรณีระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่าเป็นพันธกรณีที่มุ่งเน้นต่อการเปิดตลาดเสรีทางการค้าบริการและการลงทุนระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนระหว่างประเทศ มาตรการหรือข้อกำหนดเป็นการมุ่งให้ประเทศสมาชิกเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้าไปลงทุนหรือดำเนินกิจการได้ง่ายและสะดวกมากขึ้น โดยเปิดเสรีในภาคธุรกิจสาขาต่างๆ และการเปิดเสรีในการเคลื่อนย้ายบุคลากรระหว่างประเทศซึ่งมีความสำคัญต่อการบริหารงานในกิจการของธุรกิจข้ามชาติให้ได้รับความสะดวกและเสรีมากขึ้น โดยพันธกรณีระหว่างประเทศด้านเศรษฐกิจที่ประเทศไทยได้เข้าผูกพันแล้วนั้นมีความเกี่ยวข้องกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายภายในที่กำหนดกฎเกณฑ์ว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย เนื่องจากลักษณะการค้าบริการตามพันธกรณีในประเภทที่ 4 (Mode 4) นั้นได้แก่ การค้าบริการโดยบุคคลธรรมดาจากประเทศหนึ่งเข้าไปให้บริการในอีกประเทศหนึ่ง (Presence of Natural Person) ซึ่งหมายถึง การทำงานของคนต่างด้าวนั่นเอง

ความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการและการลงทุนที่เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศต่างๆจะอยู่ภายใต้ข้อผูกพันใน 3 ระดับ ได้แก่ระดับพหุภาคีซึ่งอยู่ภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ระดับภูมิภาคจะอยู่ภายใต้ความตกลงที่กระทำกันระหว่างประเทศสมาชิกที่เข้าร่วมในองค์กรดังกล่าว ได้แก่ความร่วมมือทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชีย-แปซิฟิก (APEC) ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (AFAS) และระดับทวิภาคีซึ่งจะเป็นไปตามความตกลงที่ทำระหว่างประเทศคู่สัญญา ได้แก่ ความตกลงว่าด้วยเขตการค้าเสรี (FTA) ซึ่งในความตกลงทางการค้าเกี่ยวกับการเปิดตลาดการค้าบริการทุกระดับที่ได้กล่าวมาแล้ว

ข้างต้นได้ยึดหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) เป็นพื้นฐานเช่นเดียวกัน

โดยหลักการของการเปิดตลาดเสรีว่าด้วยการค้าบริการของข้อตกลงว่าด้วยการค้าบริการนั้นถือว่าเป็นพื้นฐานของมาตรการต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคของการเข้าสู่ตลาดซึ่งมุ่งที่จะลดหรือยกเลิกข้อจำกัด ได้แก่ ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Limitation to Market Access) และข้อจำกัดในการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Limitation to National Treatment) โดยมีสาระสำคัญสรุปได้ว่า ข้อจำกัดในจำนวนของผู้ให้บริการ ข้อจำกัดในมูลค่ารวมของธุรกรรมทางการค้าบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของการประกอบการบริการ ข้อจำกัดในจำนวนทั้งหมดของบุคคลที่อาจถูกว่าจ้างในสาขาบริการใดโดยเฉพาะ ฯลฯ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวล้วนเป็นอุปสรรคในการเคลื่อนไหวโดยเสรีของบุคคลทั้งสิ้น แต่มีข้อยกเว้นที่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกจะตั้งข้อสงวนในการเข้าสู่ตลาดและการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติไว้ในตารางข้อผูกพันของตนก็ได้ซึ่งตามหลักการเปิดเสรีก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) ประเทศสมาชิกจึงสามารถที่จะเปิดเสรีตามตารางแสดงข้อผูกพัน โดยไม่ได้หมายความว่ารัฐภาคีจะต้องจัดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดให้หมดโดยทันทีทันใด

จากการศึกษาผู้เขียนพบว่าการเจรจาการค้าบริการภายใต้กรอบข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาคหรือระดับทวิภาคี รัฐบาลไทยมักจะคำนึงถึงกรอบของกฎหมายภายในประเทศเป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่ง เนื่องจากการเข้าผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการที่ได้ให้ไว้ มีผลให้ประเทศไทยหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีดังกล่าว ซึ่งการที่ประเทศไทยจะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศได้นั้นก็ต้องมีกฎหมายภายในประเทศรองรับด้วย หากไม่มีกฎหมายภายในประเทศรองรับ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องก็ไม่สามารถที่จะปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าผูกพันได้ เนื่องจากประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้ระบบวินัยตามทีกล่าวมาแล้วข้างต้น พันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อพันธกรณีดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “พันธกรณีระหว่างประเทศ” นั้นเป็น “กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการพันธกรณีเสียก่อนจึงจะก่อให้เกิดผลในทางปฏิบัติได้ ฉะนั้นการเจรจาภายใต้กรอบของข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ประเทศไทยมักจะแสดงข้อผูกพันเท่าที่กฎหมายไทยบัญญัติอนุญาตไว้ พันธกรณีที่ประเทศไทยเข้าผูกพันจึงไม่ขัดต่อกฎหมายที่มีอยู่

เมื่อปรากฏว่า หลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ หรือหลักการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ อาจเป็นอุปสรรคต่อการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ ทั้งในระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคีที่ประเทศไทยเข้าผูกพัน เนื่องจากหลักการของการเปิดเสรีด้านการค้าบริการนั้น ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ

โดยปราศจากข้อจำกัด ไม่ว่าจะเป็นข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนผู้ให้บริการ หรือการสงวนอาชีพไว้สำหรับคนชาติ แม้ว่าสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไขซึ่งรัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนในการกำหนดข้อจำกัดในการเลือกงานหรืออาชีพของคนที่มีใช้คนชาติหรือคนต่างด้าว เพื่อปกป้องตลาดแรงงานของตน โดยคำนึงถึงผลกระทบต่อคนชาติ ความมั่นคงและเศรษฐกิจของประเทศได้ก็ตาม แต่เมื่อประเทศไทยได้มีนโยบายทางด้านเศรษฐกิจที่ได้เข้าสู่ผูกพันตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ หรือกำลังที่จะเจรจาการค้าระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการกับประเทศภาคีอื่น เพื่อผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของผู้ประกอบการไทยและผลประโยชน์ของประเทศเป็นสำคัญ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรทบทวนบทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อลดและขจัดอุปสรรคเกี่ยวกับการเข้าสู่ตลาดของบุคคลที่จะอาศัยสิทธิตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องตามหลักการเปิดเสรีว่าด้วยการค้าบริการ และเพื่อให้ไม่ให้เกิดผลกระทบตามกฎหมายภายในประเทศเป็นข้อจำกัดในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ และไม่เอื้ออำนาจที่จะให้ปฏิบัติตามพันธกรณีได้ก็จะประเทศไทยเสียประโยชน์ ซึ่งอาจเสี่ยงต่อความรับผิดชอบระหว่างประเทศอันเนื่องมาจากการละเมิดพันธกรณีระหว่างประเทศได้ ทั้งนี้ ในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายนั้นควรกำหนดให้มีความยืดหยุ่น รองรับกับพันธกรณีระหว่างประเทศได้ โดยให้มีบทบัญญัติเพื่อรองรับผลการเจรจาระหว่างประเทศเป็นกรณีเฉพาะแยกจากมีบทบัญญัติที่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป โดยแยกคนต่างด้าวออกเป็น 2 กรณี คือ คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าสู่ผูกพัน กับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับสิทธิจากพันธกรณีระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญา ซึ่งหมายถึงคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกับรัฐบาลไทย ทั้งนี้ ไม่ให้นำหลักการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ตามกฎหมายกระทรวงมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเข้าสู่ผูกพัน

5.1.3 ปัญหาเรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

การจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนนั้นเป็นข้อยกเว้นจากหลักเกณฑ์ทั่วไปของการขออนุญาตทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กล่าวคือโดยทั่วไปคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานและจะทำงานในประเทศไทยได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน แต่หากคนต่างด้าวนั้นได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จภายใน 15 วัน จะได้รับการยกเว้นไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพียงแต่ต้องมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบก่อนจึงจะทำงานนั้นได้

แต่บทบัญญัติดังกล่าวยังมีปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่คนต่างด้าวจะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนและเมื่อครบระยะเวลาที่รับจ้างงานเร่งด่วนแล้ว แต่งานยังไม่เสร็จคนต่างด้าวจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่

จากการศึกษาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในบทที่ 4 ผู้เขียนได้พิจารณาวิเคราะห์ปัญหาจากหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 โดยแยกเป็นองค์ประกอบได้ดังนี้

1) คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง พบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรที่จะใช้ประกอบการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเด็นที่คนต่างด้าวเดินทางเข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านนั้น โดยจะถือว่าเป็นผู้ขาดคุณสมบัติในการขอรับใบอนุญาตทำงานซึ่งเป็นตาม มาตรา 10 นั้น คนต่างด้าวดังกล่าวจะสามารถเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนได้หรือไม่ ซึ่งเป็นประเด็นปัญหาที่มีความเห็นทางกฎหมายแตกต่างกัน ทั้งนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน เป็นกรณีที่คนต่างด้าวไม่ต้องขออนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน เพียงแค่มีน้ำที่ตมต้องแจ้งให้นายทะเบียนทราบตามมาตรา 9 และเมื่อคนต่างด้าวดังกล่าวไม่อยู่ในฐานะผู้จะขอรับใบอนุญาตทำงานจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 10 แต่อย่างใด

2) งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนพบว่ามีปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของลักษณะงานอันจำเป็นและเร่งด่วนเนื่องจากสถานการณ์ปัจจุบันคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อพำนักและทำงานในกิจการต่าง ๆ อยู่ในประเทศไทยมีระยะเวลาไม่เกิน 15 วัน เป็นจำนวนมากมักจะอ้างเหตุว่างานที่คนต่างด้าวนั้นต้องเดินทางเข้ามาดำเนินการในประเทศไทยนั้นเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนโดยมีระยะเวลาการทำงานไม่เกิน 15 วัน เพื่ออาศัยช่องทางการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนต่อนายทะเบียนตามที่กำหนดในมาตรา 9 ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่างานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ หมายถึง งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ซึ่งถ้าไม่รับทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้น

อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติเพื่อรับจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนของนายทะเบียนได้ยึดถือระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับจ้างงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 ซึ่งไม่ได้ระบุหลักเกณฑ์ไว้ชัดเจนโดยมีการกำหนดเพียงว่างานใดถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนซึ่งจำกัดไว้

เพียง 5 ประเภท ได้แก่ งานบริหารงานและวิชาการงานด้านเทคนิคงานจัดหางานต่างประเทศงานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดีและงานเบ็ดเตล็ดโดยใน 5 ประเภทงานนี้ ประกอบไปด้วย 19 ลักษณะงานซึ่งไม่ปรากฏถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับงานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาด ถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้นและความไม่ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายของลักษณะงานต่างๆ ว่าหมายถึงงานอะไรบ้าง นอกจากนี้ยังมีการกำหนดกิจกรรมบางประเภทให้ถือว่าเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น งานประชุม หรือ สัมมนา หรือ เยี่ยมชมธุรกิจ เป็นต้น ทั้งที่กิจกรรมดังกล่าวไม่อาจถือว่าเป็นการทำงานตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนั้นระเบียบกรมการจัดหางานว่าด้วยการรับแจ้งงานอันจำเป็นเร่งด่วน พ.ศ. 2546 จึงไม่สอดคล้องกับหลักการเกี่ยวกับงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามที่กำหนดไว้ใน มาตรา 9

3) ระยะเวลาในการทำงานแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วัน พบว่ามีปัญหากรณีรับแจ้งงานเร่งด่วนแล้วเมื่อครบระยะเวลา 15 วันแล้วงานยังไม่เสร็จจะขอทำงานต่อไปอีกได้หรือไม่ซึ่งในประเด็นนี้มีความเห็นทางกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยผู้เขียนมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวได้บัญญัติไว้ในมาตรา 9 อย่างชัดเจนโดยเป็นระยะเวลาที่กฎหมายบังคับไว้เป็นองค์ประกอบสำคัญในการให้สิทธิคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน ซึ่งเป็นตัวบ่งชี้ระยะเวลาความจำเป็นเร่งด่วนของงานนั้น ๆ และกรอบระยะเวลาที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 9 จึงต้องตีความบทบัญญัติดังกล่าวโดยเคร่งครัดหากคนต่างด้าวทำงานเกินระยะเวลาดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่จะทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนอีกต่อไป

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาที่เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบันจึงสมควรกำหนดให้บุคคลที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเทศไทย อาทิเช่น นายจ้าง ผู้ว่างจ้าง ผู้จัดการ เป็นต้น ให้เป็นผู้มีหน้าที่แจ้งให้นายทะเบียนทราบได้ นอกเหนือจากที่กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวด้วย เนื่องจากในสภาพข้อเท็จจริงหากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยการแจ้งของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและเร่งด่วนให้คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานโดยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ถึงหลักเกณฑ์ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว

5.1.4 ปัญหาเรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณีเป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย และมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว นั้นถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีพิเศษสำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าว เพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวนี้ยิ่งขึ้น ซึ่งถือเป็นการยกเว้นบทกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยให้เป็นอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งและในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าวจะได้อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้ว่าจะเป็นงานที่กฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 7 ไม่ได้กำหนดให้คนต่างด้าวทำได้ก็ตาม รวมถึงการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 โดยกำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายนั้นจะต้องมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จดแจ้งการขยายระยะเวลาดังกล่าวลงในใบอนุญาตทำงานโดยมาตรา 53 ได้กำหนดโทษของการไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานดังกล่าวตามมาตรา 22 ให้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

จากการศึกษาในบทที่ 4 ปรากฏว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความ

สอดคล้องกัน กล่าวคือเมื่อการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบายกิจการ จัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้ นายทะเบียนออกไปอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าวและแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนแต่ใน มาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียน ทั้งที่คนต่างด้าวนั้นมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้จึงทำให้ มาตรา 53 เฉพาะในส่วนการกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 22 เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 กับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น โดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น จึงทำให้นายทะเบียนที่จดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ ทั้งนี้ ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ถูกยกเลิกไปนั้น ได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวไว้ในอัตราเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงาน โดยในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา นับแต่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับกรรมการจัดหางานไม่สามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมตามมาตรา 22 ได้ จึงทำให้รัฐสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมการ

ขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
ประมาณการเป็นจำนวนเงินมากกว่า 200 ล้านบาท

5.1.5 ปัญหาในเรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

การควบคุมการทำงานคนต่างด้าวด้วยระบบใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ที่ได้มีการปรับปรุงมาจากพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ยังมีปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน สำหรับกรณีที่น่ายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไปนั้นไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่ของนายจ้างและคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานซึ่งเคยมีในพระราชบัญญัติฉบับเดิมเพื่อการควบคุมทางทะเบียนเกี่ยวกับใบอนุญาตทำงานได้แก่ การกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียนภายใน 15 วันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงานและการกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่นายทะเบียนภายใน 7 วันนับแต่วันที่เลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตทำงาน แต่ในพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันกลับไม่ได้มีการบัญญัติหน้าที่ดังกล่าวไว้ จึงทำให้ข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานให้ทำงานในประเทศไทยมีความคลาดเคลื่อน ไม่สอดคล้องกับสภาพการจ้างงานคนต่างด้าวที่แท้จริง ซึ่งส่งผลกระทบต่อข้อมูลทางทะเบียนการทำงานของคนต่างด้าวที่ถูกต้อง นอกจากนี้ ได้มีการนำใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เลิกทำงานแล้วไปใช้ในทางที่ไม่สุจริต เช่น แอบอ้างเป็นคนต่างด้าวผู้ได้รับอนุญาตทำงานดังกล่าว หรือนำไปปลอมแปลงใบอนุญาตทำงานเพื่อใช้กับคนต่างด้าวรายอื่น เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายของต่างประเทศในบทที่ 3 ปรากฏว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของคนต่างด้าวของสหพันธรัฐมาเลเซียและสาธารณรัฐสิงคโปร์ มีบทบัญญัติเพื่อควบคุมการทำงานคนต่างด้าว โดยกำหนดหน้าที่ให้นายจ้างจะต้องแจ้งการออกจากของคนต่างด้าว และกำหนดหน้าที่ให้คนต่างด้าวจะต้องคืนใบอนุญาตไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติด้วย

ดังนั้นผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ควรได้มีการกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมีหน้าที่คืนใบอนุญาตทำงานแก่นายทะเบียน เมื่อคนต่างด้าวนั้นเลิกทำงานในประเทศไทยแล้วไว้ในบทบัญญัติของกฎหมายของประเทศไทยเพื่อแก้ไขปัญหาการควบคุมทางทะเบียนของใบอนุญาตทำงานหลังจากที่นายทะเบียนได้พิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยแล้ว

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทสรุปประเด็นปัญหาตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

5.2.1 เรื่องบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรได้มีการกำหนดวิธีการแก้ไขปัญหบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยแบ่งออกเป็น 2 วิธีการ ดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้นโดยพิจารณาจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 ที่ผ่านมานั้น ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความต่อไปจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ให้มีความหมายที่ชัดเจนแน่นอนสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ และมีให้มีความหมายที่กว้างจนไม่รู้ขอบเขตบทนิยามคำนี้ โดยในการร่างบทนิยามควรใช้ภาษาที่เรียบง่ายไม่ฟุ่มเฟือย และหลีกเลี่ยงการร่างบทนิยามที่มีลักษณะวกวนจนทำให้ไม่อาจทราบความหมายที่แน่นอนได้ และไม่ควรกำหนดบทนิยามสิ่งที่มีความหมายผิดไปจากธรรมดาทำให้ผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่สับสน เนื่องจากการกำหนดบทนิยามเป็นการกำหนดความหมายของคำที่จะใช้ในกฎหมายนั้น ซึ่งจะต้องใช้ถ้อยคำตามบทนิยามในส่วนของบทบังคับให้เหมือนกันทั้งหมดทุกมาตรา เพื่อให้แปลความหมายเหมือนกัน ซึ่งผู้เขียนขอเสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ในรูปแบบที่เป็นการแก้ไขบทนิยามคำเดียว ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ทำงาน” หมายความว่า การใช้กำลังกายหรือความรู้เพื่อประกอบอาชีพหรือประกอบกิจการขึ้น ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม”

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องบทนิยามของคำว่า “ทำงาน” ยังไม่แล้วเสร็จผู้เขียนมีความเห็นว่าควรใช้วิธีการตีความกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยในการตีความบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ให้พิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย และเพื่อป้องกันคนต่างด้าวมิให้เข้ามาแย่งอาชีพคนไทยก็จะสามารถแก้ไขปัญหบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ได้แต่การใช้วิธีการตีความกฎหมายจะใช้แก้ไขปัญหได้เพียงเป็นรายกรณีและเฉพาะครั้งเฉพาะคราวเท่านั้น ตรงกับที่คำนิยามคำว่า

“ทำงาน” ยังมิได้รับการแก้ไขปัญหาคอขวด ก็ยังคงต้องมีปัญหาให้ต้องมีการตีความนิยามกรณี เช่นว่านี้อีกเรื่อยไป เนื่องจากปัญหาที่แท้จริงเกิดจากตัวบทบัญญัติของคำนิยามดังกล่าว ที่มีความหมายที่กว้างขวางและไม่มีขอบเขตที่ชัดเจน จนทำให้เข้าใจไปได้ว่าทุก ๆ กิจกรรม ที่คนต่างด้าวเข้ามาทำโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ในประเทศ ไม่ว่าจะได้รับค่าจ้างหรือไม่ก็นับ เป็นการทำงานทั้งสิ้น

5.2.2 เรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าบริการ โดยกำหนดให้มีการแบ่งแยก สิทธิของคนต่างด้าวที่อาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ออกจากสิทธิของคนต่างด้าวที่ไม่ได้ สิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งคนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะต้องมี กฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติเพื่อบูชาการตามพันธกรณีเสียก่อน โดยให้กำหนดรองรับ สิทธิและมีผลปฏิบัติเพื่อให้ได้สิทธิตามพันธกรณีที่ได้ตกลงกันไว้ เพื่อสร้างกลไกทางกฎหมายให้ ยึดหยุ่นรองรับผลของการเจรจาตามพันธกรณีต่าง ๆ ที่จะต้องปฏิบัติแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ทั่วไปตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติในกรณีนี้จึงถือเป็นการอนุวัติ การตามพันธกรณีที่เกิดขึ้น เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการเจรจาการค้าไม่ว่าในรูปพหุภาคีหรือทวิ ภาคีไม่ต้องตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของกฎหมายภายในประเทศทั้งนี้ ในรูปแบบของการร่างกฎหมาย ผู้เขียนขอเสนอให้มีการเพิ่มวรรคในมาตรา 7 เนื่องจากมีจุดประสงค์เพื่อเพิ่มความใหม่ใน มาตรา 7 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ของพระราชบัญญัติ ที่ใช้บังคับอยู่ โดยที่ไม่เป็นการยกเลิกหรือเข้าไปแก้ไขเนื้อความเดิมของหลักกฎหมายในเรื่อง ดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนี้

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสามของมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“ในกรณีหนังสือสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี กำหนดให้คนต่างด้าวทำงานอื่นใดได้นอกจากงานตามวรรคหนึ่ง คนต่างด้าวอาจได้รับใบอนุญาต ได้ตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของหนังสือสัญญานั้น”

5.2.3 เรื่องการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน

ผู้เขียนมีความเห็นว่าควรได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการ ทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการจ้างงานจำเป็นและเร่งด่วนให้มีความชัดเจน และสอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่เดินทางเข้าเมืองถูกต้อง ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทาง

ผ่านนั้น สามารถมีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนในประเทศ
ไทยที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกิน 15 วันได้ โดยเป็นการแก้ไขปัญหาในการตีความกฎหมายเพื่อไม่ให้
นำคุณสมบัติของคนต่างด้าว ซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 10 มาใช้กับการจ้างงาน
อันจำเป็นและเร่งด่วนด้วย

นอกจากนี้เพื่อให้กฎหมายมีสภาพบังคับได้ตามสถานการณ์ปัจจุบัน จึงสมควรมีการ
กำหนดให้บุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วน อาทิเช่น
นายจ้าง ผู้ว่าจ้าง ผู้จัดการงาน เป็นต้น ได้เป็นผู้มีหน้าที่ในการแจ้งให้นายทะเบียนทราบได้
นอกเหนือจากคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่งด้วยเนื่องจากในสภาพข้อเท็จจริง
หากมีกรณีอันจำเป็นและเร่งด่วน คนต่างด้าวจำเป็นต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยการแจ้ง
ของบุคคลผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในประเทศไทยเป็นผู้เชิญหรือแจ้งเหตุอันจำเป็นและเร่งด่วนให้
คนต่างด้าวได้ทราบและเดินทางเข้ามาทำงานด้วยความเร่งด่วน ซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจรู้ถึงหลักเกณฑ์
ในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว และกำหนดให้อธิบดีสามารถออกระเบียบกำหนด
หลักเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อกำหนดขอบเขตของงานจำเป็นและเร่งด่วนว่ามีลักษณะอย่างไรและงานใด
ที่ถือเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนไว้ในมาตรา 9 เพื่อให้ถ้อยคำบทกฎหมายมีความชัดเจนมาก
ยิ่งขึ้นโดยคำนึงถึงความจำเป็นในการแจ้ง และระยะเวลาที่เหมาะสมในการเข้ามาทำงานอันจำเป็น
และเร่งด่วน แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีความยืดหยุ่นโดยเปิดให้หน่วยงานที่รับผิดชอบสามารถ
ปรับปรุงกฎระเบียบได้อย่างรวดเร็ว สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้อย่างทันทั่วถึง
ซึ่งจะมีผลให้กรมการจัดหางานสามารถออกระเบียบโดยใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจในการออกระเบียบกรมการจัดหางานซึ่งเป็น
กฎหมายลูกบท โดยอธิบดีกรมการจัดหางานมีต้องอาศัยอำนาจตามมาตรา 32 แห่งพระราชบัญญัติ
ระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มาเพื่อกำหนดระเบียบว่าด้วยการรับ
จ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วน เพื่อเป็นแนวปฏิบัติกำหนดเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจของนายทะเบียน
แต่บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ไม่ได้มีสภาพบังคับ
ให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องซึ่งมิใช่ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ในสังกัดกรมการจัดหางานจะต้องปฏิบัติตาม
แต่อย่างใด

ดังนั้นผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการแก้ไขวรรคหนึ่งในมาตรา 9 และให้เพิ่มวรรคห้าใน
มาตรา 9 รวมทั้งให้เพิ่มวรรคสองในมาตรา 10 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการจ้างงานจำเป็น
และเร่งด่วน ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 9 ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดนอกจากงานตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน แต่คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อคนต่างด้าวหรือผู้ใดซึ่งนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนดังกล่าวได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบ”

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคห้าของมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“งานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามระเบียบที่อธิบดีกำหนด”

มาตรา .. ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นวรรคสองของมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับกับการจ้างงานอันจำเป็นและเร่งด่วนตามมาตรา 9”

5.2.4 เรื่องการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ดังนี้

1) ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทกำหนดโทษในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยตัดความผิดตามมาตรา 22 ออกเพื่อให้สอดคล้องกับการแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 และให้บทบัญญัติดังกล่าวมีสภาพบังคับใช้ได้ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา .. ให้ยกเลิกความในมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 53 ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท”

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

มาตรา .. ให้ยกเลิกความใน (2) ของอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“(2) การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาทำงานครั้งละ 20,000 บาท”

5.2.5 เรื่องมาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงาน

ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขปัญหามาตรการควบคุมใบอนุญาตทำงานสำหรับกรณี ที่นายจ้างได้เลิกจ้างคนต่างด้าว หรือกรณีสัญญาจ้างสิ้นสุดลง หรือกรณีที่คนต่างด้าวไม่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยอีกต่อไป ควรแบ่งแนวทางการแก้ไขปัญหออกเป็น 2 วิธีการดังนี้

1) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่ นายทะเบียน เพื่อให้การจัดการในเชิงนโยบายของรัฐเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว และมาตรการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายในประเทศไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงควรมีการเพิ่มมาตรา 28/1 และมาตรา 28/2 เป็นเนื้อความใหม่แทรกเข้าไปในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อกำหนดให้นายจ้างมีหน้าที่ในการแจ้งการออกจากงานต่อนายทะเบียน และกำหนดให้คนต่างด้าวมมีหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานคืนให้แก่ นายทะเบียน ปรากฏตามแบบของการร่างกฎหมาย ดังนี้

มาตรา ..ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็น มาตรา 28/1 และมาตรา 28/2 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

“มาตรา 28/1 เมื่อคนต่างด้าวออกจากงาน ให้บุคคลที่รับคนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานกับตน แจ้งต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คนต่างด้าวนั้นออกจากงาน

การแจ้งตามวรรคหนึ่งให้ทำตามแบบที่อธิบดีกำหนด

มาตรา 28/2 ในกรณีที่คนต่างด้าวเลิกทำงานตามที่ระบุไว้ในใบอนุญาตให้ส่งมอบใบอนุญาตคืนให้แก่ นายทะเบียนภายในเจ็ดวันนับแต่วันที่เลิกทำงานนั้น”

อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการเพิ่มบทบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดหน้าที่เกี่ยวกับการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้แก่ นายจ้าง และหน้าที่ในการคืนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ นายจ้างหรือคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการแล้ว จะต้องมีการกำหนดโทษสำหรับการที่นายจ้างหรือคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติแล้วแต่กรณีไว้ด้วย ฉะนั้นจึงต้องมีการเพิ่มเติมบทบัญญัติเพื่อกำหนดโทษปรับสำหรับความผิดดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับบทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้ความผิดดังกล่าวอยู่ในอำนาจของคณะกรรมการเปรียบเทียบ ทั้งนี้การกำหนดอัตราโทษปรับในความผิดดังกล่าวอาจนำบทกำหนดโทษในความผิด

ฐานอื่น ๆ ที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และควรนำอัตราโทษสำหรับความผิดในการที่นายจ้างฝ่าฝืนไม่แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวและการที่คนต่างด้าวไม่คืนใบอนุญาตทำงาน ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเคยได้มีการบัญญัติโทษของการฝ่าฝืนบทกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมาแล้ว มาประกอบการพิจารณากำหนดโทษสำหรับความผิดนี้ด้วย

2) ในระหว่างที่การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรนำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดกระบวนการขั้นตอนการเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ รวมถึงการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครอง มาปรับใช้กับกรณีที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้กำหนดเรื่องการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ เนื่องจากการออกใบอนุญาตทำงานเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อเปลี่ยนแปลง โอน สงวน รั้ง หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ถือเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกันได้กำหนดให้กฎหมายเฉพาะจะต้องมีมาตรฐานในการปฏิบัติราชการไม่ต่ำกว่ามาตรฐานในการปฏิบัติราชการในเรื่องคุณภาพและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของภาครัฐ ฉะนั้น เมื่อพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่ได้บัญญัติกำหนดเกี่ยวกับการคืนใบอนุญาตทำงานไว้ จึงควรนำมาตรา 42 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่บัญญัติว่า “เมื่อคำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเรียกผู้ซึ่งครอบครองเอกสารหรือวัตถุอื่นใดที่ได้จัดทำขึ้นเนื่องในการมีคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งมีข้อความหรือเครื่องหมายแสดงถึงการมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น ให้ส่งคืนสิ่งนั้นหรือให้นำสิ่งของดังกล่าวอันเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้นั้นมาให้เจ้าหน้าที่จัดทำเครื่องหมายแสดงการสิ้นสุดของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้” มาบังคับใช้เพื่อให้ นายทะเบียนมีอำนาจเรียกให้คนต่างด้าวผู้ซึ่งครอบครองใบอนุญาตทำงานที่สิ้นอายุตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน ให้ส่งใบอนุญาตทำงานคืนได้

ส่วนกรณีการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่า แม้ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ของนายจ้างในการแจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าว แต่หากมีนายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบ ย่อมแสดงให้เห็นว่าคนต่างด้าวมิได้ทำงานกับนายจ้างตามที่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากนายทะเบียน เมื่อไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานได้มีการยื่นคำขอเพื่อเปลี่ยนไปทำงานกับนายจ้างรายอื่นอีก จึงถือได้ว่าข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ของคนต่างด้าวดังกล่าวได้เปลี่ยนแปลงไปจากขณะที่ออกใบอนุญาตทำงาน กรณีเช่น

ว่านี้นายทะเบียนดังกล่าวย่อมต้องเพิกถอนใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ใบอนุญาตทำงานนั้นสิ้นผลลงได้ แต่เมื่อมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้นายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ออกใบอนุญาตทำงานมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตทำงานได้ เฉพาะในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขในการอนุญาตเท่านั้น ดังนั้น การเพิกถอนใบอนุญาตทำงานในกรณีที่นายจ้างได้แจ้งการออกจากงานของคนต่างด้าวให้นายทะเบียนทราบจึงต้องนำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 49 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เพื่อนำมาปรับใช้กับปัญหาที่กล่าวมาแล้วข้างต้นได้ในระดับหนึ่ง