

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายอันเกิดจากการเคลื่อนย้ายแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

จากการศึกษาถึงการเคลื่อนย้ายแรงงานและมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมแรงงานต่างด้าวดังที่กล่าวในบทที่ 2 และ 3 แล้วพบว่าในประเทศไทยนั้นมีปัญหาทางกฎหมายใน 5 ประเด็นดังต่อไปนี้

1. ปัญหาในเรื่องการจัดระบบและการบริหารแรงงานต่างด้าวที่เคลื่อนย้ายเข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมาย
2. ปัญหาในเรื่องการอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายเข้ามาทำงานในประเทศไทย
3. ปัญหาในเรื่องการควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยและการควบคุมนายจ้าง
4. ปัญหาในเรื่องการควบคุมจำนวนแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย
5. ปัญหาในเรื่องการควบคุมแรงงานต่างด้าวโดยถูกกฎหมายเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพ

4.1 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการจัดระบบและการบริหารแรงงานต่างด้าวที่เคลื่อนย้ายเข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมาย

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้...”

และมาตรา 81 ที่บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวนั้น ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งควบคุมมิให้ มีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมาย หรือเข้ามาโดยถูกกฎหมายแต่การอนุญาตเข้ามานั้นสิ้นสุดลง ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศไทยก็จะมีมาตรการลงโทษและทำการผลักดันบุคคลเหล่านั้นให้ออกไปจากประเทศไทย อันถือได้ว่าเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อให้ประเทศชาติมีความมั่นคงและปลอดภัย ซึ่งถือเป็นหลักสากลที่นานาอารยประเทศมีและปฏิบัติกัน

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองมาตราดังกล่าวนั้น ถือว่าเป็นบทบัญญัติที่มุ่งควบคุมมิให้มีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมาย หรือเข้ามาโดยถูกกฎหมายแต่การอนุญาตเข้านำนั้นสิ้นสุดลง ซึ่งระบบกฎหมายของประเทศไทยก็จะมีมาตรการลงโทษและทำการผลักดันบุคคลเหล่านั้นให้ออกไปจากประเทศไทย อันถือได้ว่าเป็นมาตรการหนึ่งเพื่อให้ประเทศชาติมีความมั่นคงและปลอดภัย ซึ่งถือเป็นหลักสากลที่นานาอารยประเทศมีและปฏิบัติกัน

แต่สำหรับในประเทศไทยนั้นตามข้อมูลของสำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน พบว่าในปัจจุบันมีแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายเข้ามาในประเทศไทยจำนวน 1,284,920 คน¹ ทั้งๆ ที่ประเทศไทยมีมาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 และมาตรา 81 บังคับใช้อยู่ และในทางปฏิบัติทางราชการได้ทำการจัดระบบและบริหารแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายตลอดมา ซึ่งการจัดระบบและบริหารแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายและลักลอบทำงานในประเทศไทยนั้นได้มีการดำเนินการมาอย่างต่อเนื่องเนื่องจากการไหลทะลักเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวที่เพิ่มจำนวนมากขึ้น สาเหตุมาจากการที่ประเทศไทยมีภาวะเศรษฐกิจที่เติบโตขยายตัวอย่างต่อเนื่อง แรงงานต่างด้าวจากประเทศเพื่อนบ้าน โดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา จึงเข้ามาทำงานเพื่อมีรายได้ที่ดีกว่า ประกอบกับแรงงานไทยไม่นิยมทำงานสกปรก งานหนัก และงานเสี่ยงอันตราย แรงงานต่างด้าวเหล่านี้เดินทางเข้ามาตามแนวชายแดน บางส่วนเข้ามาโดยผิดกฎหมายหรือเพื่อนฝูงชักชวน บางส่วนเข้ามาโดยมีนายหน้า การหลั่งไหลของแรงงานต่างด้าวที่ลักลอบหลบหนีเข้ามาทำงานในประเทศไทยเป็นจำนวนมากก่อให้เกิดผลกระทบในหลายๆ ด้าน แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยยังมีความจำเป็นต้องใช้แรงงานต่างด้าวในการผลิตและต้องพึ่งพาแรงงานต่างด้าวในบางสาขาอาชีพ เช่น ในกิจการประมงทะเล กิจการต่อเนื่องประมงทะเล กิจการเกษตรและปศุสัตว์ กิจการโรงสีข้าว กิจการขนถ่ายสินค้าทางน้ำ กิจการก่อสร้าง กิจการเหมืองแร่ เหมืองหิน คนรับใช้ในบ้าน เป็นต้น ทำให้รัฐจำเป็นต้องควบคุมให้จำนวนแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทดแทนแรงงานไทยตามความต้องการของนายจ้างหรือสถานประกอบการเป็นไปตามความต้องการอย่างแท้จริง เพื่อมิให้เกิดแรงงานส่วนเกินและเป็นการปิดกั้นโอกาสการทำงาน of แรงงานไทย โดยรัฐได้ดำเนินมาตรการผ่อนผันและดำเนินการเพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองและลักลอบทำงาน เพื่อให้แรงงานต่างด้าวเหล่านี้เข้าสู่ระบบสามารถตรวจสอบและควบคุมได้ โดยให้แรงงานต่างด้าวเหล่านี้มีสถานะเป็นผู้อยู่ระหว่างส่งกลับและทำงานได้ในประเภทกิจการที่กำหนดซึ่งได้ผลในระดับหนึ่ง แต่จำนวนผู้ที่ลักลอบทำงานโดยผิดกฎหมายยังมีอยู่เป็นจำนวนมาก ทั้งนี้หากยังคงใช้การดำเนินการผ่อนผันเป็นระยะๆ เช่นนี้ ก็จะเป็นเพียงการแก้ไข

¹ http://www.aidsthai.org/download/ppt_C4/nara.ppt

ปัญหาเฉพาะหน้า ซึ่งไม่อาจควบคุมและสกัดกั้นการไหลทะลักและลักลอบเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้นเพื่อให้การเคลื่อนย้ายของแรงงานต่างด้าวดังกล่าวเข้ามาในประเทศไทยอย่างมีระบบ ทางภาครัฐได้การจัดทำฐานข้อมูลรายพื้นที่ ซึ่งเป็นการจัดทำข้อมูลนายจ้างหรือสถานประกอบการ ผู้ให้ที่พักพิง (เจ้าบ้าน) และแรงงานต่างด้าวรายบุคคลและครอบครัว เพื่อให้ทราบถึงความต้องการและความจำเป็นของการใช้แรงงานต่างด้าว ทั้งให้สอดคล้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจและมีความสมดุลกับประเด็นความมั่นคงของประเทศ แต่การจัดทำฐานข้อมูลรายพื้นที่นั้น แรงงานต่างด้าวดังกล่าวจะต้องไปรายงานตัวเพื่อขึ้นทะเบียนกับที่ว่าการอำเภอในแต่ละท้องที่ที่อาศัยอยู่ ซึ่งตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 กำหนดว่า คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ดังนั้นการที่รัฐผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว ต้องไปรายงานตัวเพื่อขึ้นทะเบียนนั้น หากแรงงานต่างด้าวคนใดไปรายงานตัว ก็อาจถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้ ทำให้แรงงานต่างด้าวนั้นไม่แสดงตัวและไม่ให้ความร่วมมือกับรัฐเท่าที่ควร นโยบายรัฐในส่วนของ การผ่อนผันแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอนแล้วตามที่กำหนดไว้ ในทางปฏิบัติไม่อาจดำเนินการได้เนื่องจากขัดหรือแย้งหรือไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายข้างต้น บทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวจึงล้าหลังไม่ทันต่อสถานการณ์ ในปัจจุบันและทำให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่ามาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นี้เป็นบทบัญญัติที่ขัดขวางการบริหารจัดการระบบและการบริหารแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง ทำให้ทางราชการไม่สามารถทราบจำนวนที่แท้จริงของแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง และไม่ทราบถึงจำนวนความต้องการที่แท้จริงของแรงงานบางประเภทที่มีความจำเป็นต่อการทำงานบางชนิด จึงทำให้ไม่สามารถกำหนดจำนวนที่จะอนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทยเป็นจำนวนที่แน่นอนได้ และไม่ทราบว่าต้องอนุญาตให้ประกอบอาชีพอะไรบ้าง เนื่องจากขาดฐานข้อมูลที่จำเป็นในการบริหารจัดการ อันเป็นผลสืบเนื่องโดยตรงมาจากบทบัญญัติของมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

ดังนั้นจึงเห็นว่ามาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แม้จะมีผลดีในการป้องกันประเทศให้เกิดความมั่นคงโดยมิให้คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง เข้ามาในประเทศไทยจนไม่สามารถควบคุมได้ก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เป็นปัญหาทางกฎหมายที่จะต้องได้รับการปรับปรุงให้มีความสอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน ซึ่งจะได้นำเสนอแนวทางการแก้ไขในบทที่ 5 ต่อไป

4.2 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายเข้ามาทำงานในประเทศไทย

ตามที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้คนต่างด้าว ซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร.....

(3) เข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้ อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วย การทำงานของคนต่างด้าว.....”

บทบัญญัติดังกล่าวถือว่ามีข้อดีสำหรับการป้องกันปัญหาให้แรงงานต่างด้าวที่ไร้ฝีมือ เข้ามาในประเทศ ซึ่งจะก่อให้เกิดปัญหาทางสังคมตามมาอีกมากมาย แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติ ดังกล่าวถือได้ว่าเป็นอุปสรรคปัญหาอย่างมาก เนื่องจากปัจจุบันกระบวนการผลิตทางด้านอุตสาหกรรม ของประเทศไทยยังมีความต้องการแรงงานประเภทนี้ค่อนข้างมาก เนื่องจากอุตสาหกรรมเหล่านั้น เป็นอุตสาหกรรมประเภทที่แรงงานคนไทยไม่ทำ เพราะเป็นงานที่หนัก สกปรก และเสี่ยงอันตราย

นอกจากนี้แรงงานประเภทที่เป็นงานหนัก สกปรก และเสี่ยงอันตราย ที่แรงงานไทย ไม่ยอมทำนั้น เพื่อนบ้านต่างประเทศของไทยกลับมีแรงงานประเภทนี้จำนวนมาก และประสงค์จะ เข้ามาทำงานในประเทศไทยอยู่แล้ว การที่กฎหมายไปกำหนดห้ามไว้และมีบทลงโทษกรณีฝ่าฝืนนั้น ก็จะทำให้แรงงานดังกล่าวเป็นแรงงานต้องห้าม ซึ่งจะต้องถูกดำเนินคดีทางอาญาและถูกผลักดัน ออกไป จึงเป็นเหตุให้แรงงานประเภทนี้หลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยงมาตรา 12 (3) ซึ่งส่งผลกระทบต่อมา คือเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่รัฐและผู้ประกอบการแสวงหาผลประโยชน์ จากการหลบหนีเข้ามาทำงานของแรงงานประเภทนี้เป็นจำนวนมาก ดังนั้นปัญหาดังกล่าวจึงเป็น ผลโดยตรงมาจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 12 (3) นี้เอง ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าหากมีการอนุญาตให้ แรงงานประเภทนี้เข้ามาทำงานโดยถูกต้องกฎหมาย หรือยกเลิกบทบัญญัติมาตรา 12 (3) ก็จะทำให้แรงงาน ต่างด้าวประเภทนี้เข้ามาทำงานโดยเปิดเผย และลดปัญหาการหลบหนีเข้าเมือง ลดปัญหาเรื่องเจ้าหน้าที่ และผู้ประกอบการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ตลอดจนเป็นการส่งเสริมกิจกรรมในการผลิต ทางอุตสาหกรรมของประเทศไทยให้มากขึ้นอีกทางด้วย

สำหรับในเรื่องนี้ ในต่างประเทศได้มีการดำเนินการอนุญาตให้แรงงานที่เข้าเมืองโดย ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ในแต่ละประเทศ แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมาย จะทำงานประเภทใดได้บ้างนั้น ขึ้นอยู่กับการอนุญาตของประเทศนั้นๆ ซึ่งมีทั้งเหมือนและแตกต่างกัน ในรายละเอียด เช่น ในประเทศสิงคโปร์ กฎหมายคนเข้าเมือง (Immigration Act (Chapter 133)) แม้จะเป็นกฎหมายที่ควบคุมเกี่ยวกับการเดินทางเข้าประเทศและการเดินทางออกจากประเทศสิงคโปร์

แต่กฎหมายดังกล่าวยังได้บัญญัติห้ามบุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของสิงคโปร์เข้าประเทศเพื่อทำงานในสิงคโปร์ และห้ามนายจ้างว่าจ้างคนต่างด้าวทำงาน เว้นแต่คนต่างด้าวเหล่านั้นจะได้รับใบอนุญาตเข้าเมืองที่เรียกว่า Entry Permit ที่ทางการตรวจคนเข้าเมืองออกให้ และใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เรียกว่า Pass นอกจากนี้ กฎหมายสิงคโปร์ไม่ได้ระบุงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ส่วนประเทศฟิลิปปินส์ กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศฟิลิปปินส์กำหนดให้การประกอบวิชาชีพในประเทศฟิลิปปินส์ เป็นของคนฟิลิปปินส์เท่านั้น เว้นแต่คนต่างด้าวที่จะประกอบวิชาชีพในฟิลิปปินส์จะต้องทำการจดทะเบียนการประกอบวิชาชีพ (Professional License) และได้รับใบรับรองการจดทะเบียนที่เรียกว่า Certificate of Registration ส่วนแรงงานต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือนั้น กฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศฟิลิปปินส์ (The Philippine Immigration Act 1940) บัญญัติให้เป็นบุคคลประเภทห้ามเข้าเมือง ยกเว้นจะได้รับอนุญาต กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้าเมืองมาทำงานจะต้องขอวีซ่าประเภท Non-Quota Immigration Visa โดยต้องแสดงหลักฐานว่าให้ติดต่อจ้างงานจากบุคคลในประเทศฟิลิปปินส์ และงานนั้นต้องเป็นงานที่ไม่สามารถหาคนฟิลิปปินส์ทำได้ นอกจากนี้งานดังกล่าว จะต้องเป็นงานที่เป็นประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) ด้วย

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 อนุญาตให้คนต่างด้าวเดินทางเข้าออกประเทศได้โดยมีเงื่อนไข เช่น ให้สิทธิคนต่างด้าวเดินทางเข้าประเทศเพื่อพักอาศัยชั่วคราว หรือเพื่อมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย โดยที่คนต่างด้าวเหล่านั้นจะต้องเป็นแรงงานมีฝีมือ เช่น วิศวกร ช่างเทคนิค นักวิจัย นักวิชาการ นักลงทุน เป็นต้น โดยสามารถขอวีซ่าประเภทอยู่ชั่วคราว (Non-Immigration Visa) ได้ (มาตรา 34) ซึ่งจะต้องมีคุณสมบัติเฉพาะ เช่น มีรายได้ มีทรัพย์สิน มีการศึกษาระดับสูง หรือมีความชำนาญ ในด้านวิชาชีพ เป็นต้น (มาตรา 41) ส่วนแรงงานต่างด้าวที่จะเข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว นั้น เป็นบุคคลต้องห้ามเข้ามาในประเทศไทย (มาตรา 12 (3)) แต่ในปัจจุบันมีแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมือง โดยถูกกฎหมายจำนวนไม่น้อยลักลอบประกอบอาชีพกรรมกร หรือรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการประกอบกับรัฐบาลไทยมีนโยบายที่จะให้แรงงานต่างด้าวรายใหม่ 3 สัญชาติ คือ พม่า ลาว และกัมพูชาที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายทำงานเป็นกรรมกร หรือรับจ้างทำงานด้วย กำลังกายโดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้ หรือการฝึกทางวิชาการได้ ซึ่งจะเห็นได้จากการที่รัฐบาลไทยได้ลงนามในบันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านการจ้างแรงงานในปี พ.ศ. 2545 กับรัฐบาลพม่า รัฐบาลลาว และรัฐบาลกัมพูชา ทำให้เกิดอุปสรรคและปัญหาในทางกฎหมาย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12 บัญญัติว่า ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งมีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้เข้ามาในราชอาณาจักร

(3) เข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมการหรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้ อาศัยวิชาความรู้ หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่นอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วย การทำงานของคนต่างด้าว

ดังนั้นเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในทางปฏิบัติ จึงควรที่จะแก้ไขปัญหานี้ในทางกฎหมาย ดังกล่าวให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ในปัจจุบัน

4.3 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยและ การควบคุมนายจ้าง

มาตรการอีกอย่างหนึ่งในการควบคุมคนต่างด้าวเข้าเมืองมาทำงาน คือการใช้ระบบ Pre Arranged Job หมายถึง การที่นายจ้างและลูกจ้างได้ทำการติดต่อสมัครงานและตกลงรับทำงานกัน โดยมีสัญญาการจ้างงานกันแล้ว ซึ่งสัญญาการจ้างนี้ถือเป็นเอกสารสำคัญในการแสดงตัวต่อเจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจตั้งแต่ขั้นตอนของการเข้าเมือง และการออกใบอนุญาตทำงาน จากการศึกษาพบว่า ใน ประเทศสิงคโปร์และประเทศฟิลิปปินส์ใช้ระบบ Pre Arranged Job โดยในประเทศสิงคโปร์ นอกจากจะควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวด้วยระบบ Pass ซึ่งเป็นการควบคุมตามระดับของ การทำงาน และเป็นการควบคุมตามประเภทของงานด้วยแล้ว ในขณะเดียวกันระบบการควบคุม การทำงานของคนต่างด้าวในสิงคโปร์ยังให้ความสำคัญกับการควบคุมตัวนายจ้าง กล่าวคือ นายจ้าง ผู้ที่ประสงค์จะจ้างงานคนต่างด้าวนั้นไม่สามารถจะทำการจ้างคนต่างด้าวทำงานได้ทุกคน แต่ กฎหมายเปิดโอกาสให้เฉพาะนายจ้างที่ได้สถานภาพ sponsorship เท่านั้นที่ทำการว่าจ้างคนต่างด้าว ทำงานได้ ซึ่งการได้สถานภาพ sponsorship นั้นจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด คือ นายจ้างที่ประสงค์จะจ้างคนต่างด้าวทำงานนั้น ต้องเป็นบริษัทที่ตั้งตัวได้ดีแล้ว (well-established) เท่านั้น โดยต้องแสดงความรับผิดชอบต่อการจ้างงานคนต่างด้าว ทั้งในแง่ของการพำนักอยู่ในสิงคโปร์ และการเดินทางกลับภูมิลำเนาเดิมของคนต่างด้าว หรือในแง่ของการวางเงินมัดจำ (Security Deposit) เป็นจำนวนเงินตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ในการสมัครขอใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าว จะต้องสมัครงานผ่านบริษัทผู้ว่าจ้าง (Local Sponsor) โดยคนต่างด้าวและบริษัทผู้ว่าจ้างจะเป็นผู้กรอก เอกสารตามที่กฎหมายระบุ บริษัทจะเป็นผู้ดำเนินการยื่นเอกสารดังกล่าวให้ และมีจดหมาย รับรอง สนับสนุนการทำงานจากบริษัท ซึ่งจดหมายฉบับนี้จะระบุความรับผิดชอบของบริษัทในเรื่อง การดำรงอยู่ของคนต่างด้าว และการส่งตัวคนต่างด้าวกลับภูมิลำเนาเดิม ส่วนในประเทศฟิลิปปินส์นั้น ระบบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของประเทศฟิลิปปินส์เป็นระบบ Pre Arranged Job เช่นเดียวกับประเทศสิงคโปร์ คือคนต่างด้าวจะต้องสมัครงานผ่านบริษัทผู้ว่าจ้าง (Local Sponsor)

แต่จะแตกต่างกัน คือในประเทศฟิลิปปินส์ การขอวีซ่าหรือใบอนุญาตเข้าเมืองเพื่อเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวนั้น บริษัทผู้ว่าจ้างคนต่างด้าวทำงาน จะต้องมีหลักฐานยืนยันและพิสูจน์ได้ว่าบริษัทไม่สามารถแสวงหาบุคคลใดในประเทศฟิลิปปินส์ที่มีความประสงค์และมีคุณสมบัติเหมาะสมต่อการปฏิบัติงานที่ต้องการให้คนต่างด้าวทำ และการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานนั้นเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ (Public Interest) นอกจากนี้จะต้องมีเอกสารประกอบดังต่อไปนี้ ในการขอใบอนุญาตเข้าเมืองเพื่อเข้ามาทำงานด้วย คือ

1. ประวัติย่อของคนต่างด้าว โดยระบุคุณสมบัติทางการศึกษาประสบการณ์การทำงาน ความชำนาญทางเทคนิคหรือวิชาชีพ

2. สัญญาการจ้างงาน ซึ่งจะต้องระบุข้อความ 3 ข้อ ดังนี้

2.1 คนต่างด้าวจะปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบข้อบังคับที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของฟิลิปปินส์

2.2 คนต่างด้าวและนายจ้างมีพันธะและจะปฏิบัติตามพันธะในการฝึกอบรมคนฟิลิปปินส์ที่ฝึกงานอยู่ด้วย อย่างน้อย 2 คน ตามช่วงเวลาที่ทางการกำหนด

2.3 คนต่างด้าวนั้นจะไม่ทำงานเพื่อรายได้อื่นใด นอกจากที่ทางการได้ระบุไว้ในใบอนุญาตที่ตนได้รับ

3. เอกสารระบุชื่อคนฟิลิปปินส์ที่จะได้รับการฝึกอบรมถ่ายทอดความรู้ และทักษะจากคนต่างด้าวอย่างน้อย 2 คน ต่อคนต่างด้าวที่ว่าจ้างแต่ละคน โดยคนฟิลิปปินส์ที่มีรายชื่อระบุนั้นต้องเป็นบุคคลที่เป็นลูกจ้างประจำในลำดับสูงสุดของหน่วยงานที่คนต่างด้าวได้รับการว่าจ้าง หลังจากนั้นเป็นหน้าที่ของกงสุลในการตรวจสอบหลักเกณฑ์เหล่านี้ก่อนที่จะออกวีซ่า

สำหรับในประเทศไทยนั้น ไม่ใช้ระบบ Pre Arranged Job และไม่มีกฎหมายควบคุมเรื่องคุณสมบัติของบริษัทผู้ว่าจ้าง (Sponsorship) ดังนั้น การเข้าเมืองของคนต่างด้าวจึงแยกออกจากการขอใบอนุญาตการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งคนต่างด้าวสามารถยื่นขอใบอนุญาตการทำงานได้ด้วยตนเอง โดยไม่ต้องผ่านบริษัทผู้ว่าจ้างแต่อย่างใด ทำให้คนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้ามาในประเทศไทยในรูปแบบอื่น เช่น นักศึกษาหรือนักท่องเที่ยว เป็นต้น แล้วลักลอบทำงานในประเทศไทย เช่น เปิดโรงเรียนกวดวิชาภาษาอังกฤษ เป็นอาจารย์สอนพิเศษ หรือเป็นไกด์นำเที่ยว ซึ่งเป็นการแย่งอาชีพคนไทย ด้วยเหตุนี้ระบบ Pre Arranged Job จึงเป็นระบบที่ก่อให้เกิดผลดีในแง่ที่ว่ามีการกำหนดชัดเจนเกี่ยวกับคุณสมบัติของบริษัทผู้ว่าจ้าง และเป็นการควบคุมบริษัทผู้ว่าจ้างให้ต้องแสดงความรับผิดชอบต่อการจ้างงานคนต่างด้าว ในส่วนของการพำนักอยู่ในประเทศไทยและการเดินทางกลับภูมิลำเนาเดิมของคนต่างด้าว นอกจากนี้บริษัทผู้ว่าจ้างยังต้องมีภาระหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ต่อทางการว่า ตนมีความจำเป็นที่จะต้องว่าจ้างคนต่างด้าวทำงาน เพราะไม่สามารถที่จะจ้าง

คนไทยทำงานนี้ได้ ซึ่งในปัจจุบันภาระหน้าที่ของนายจ้างในการพิสูจน์ความจำเป็นที่จะต้องจ้างคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน มีอยู่น้อยมาก ทำให้เกิดภาระแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการพิจารณาถึงความจำเป็นของบริษัทผู้ว่าจ้างในการจ้างคนต่างด้าวทำงาน

4.4 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาการควบคุมจำนวนแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

การที่แรงงานต่างด้าวเดินทางเข้ามาอยู่อาศัยและทำงานในประเทศไทย ย่อมต้องมีหน้าที่ความรับผิดชอบต่อประเทศไทยด้วย มิใช่เข้ามาสร้างภาระ คือ เข้ามาใช้ทรัพยากรของประเทศไทย โดยไม่มีการตอบแทนเลย ทั้งนี้บุคคลทุกคนที่มีรายได้ในประเทศไทย ย่อมต้องเสียภาษีเงินได้ให้แก่ประเทศทุกคน ไม่ว่าจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวตามประมวลรัษฎากร ซึ่งการที่นายจ้างจ้างแรงงานต่างด้าวก็เพื่อทำประโยชน์ให้แก่ นายจ้างจึงต้องมีภาระหน้าที่มากกว่าอันถือว่าเป็นเรื่องปกติที่ประเทศอื่นถือปฏิบัติกัน โดยการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าวนั้น ก็เพื่อนำเงินรายได้จากการจัดเก็บมาพัฒนาประเทศ

ดังนั้นการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าว (Levy) จึงเป็นมาตรการหนึ่ง ที่รัฐเรียกเก็บจากนายจ้าง เนื่องจากนายจ้างได้รับประโยชน์จากการทำงานของแรงงานต่างด้าวเหล่านั้น อย่างไรก็ตาม การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าวควรคำนึงถึงเป้าหมายในการจัดเก็บว่า เพื่อเป็นมาตรการป้องกันการแย่งอาชีพคนไทย และเป็นการควบคุมจำนวนแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยด้วย ซึ่งในต่างประเทศก็ใช้มาตรการดังกล่าวนี้ด้วย เช่น ในประเทศสิงคโปร์ก็ใช้นโยบายการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าว และกำหนดสัดส่วนการจ้างงานแรงงานชาวสิงคโปร์กับแรงงานต่างด้าว กล่าวคือ การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมดังกล่าวนี้ จะเป็นการเรียกเก็บจากนายจ้างในกรณีที่นายจ้างต้องการจะจ้างแรงงานต่างด้าวทำงานในกิจการของตน ทั้งนี้เพื่อเป็นมาตรการยับยั้งไม่ให้มีการจ้างแรงงานต่างด้าวอย่างฟุ่มเฟือยและเป็นมาตรการทางอ้อมที่จะควบคุมไม่ให้มีการจ้างแรงงานต่างด้าวในอัตราค่าจ้างที่ต่ำจนเกินไปอันจะส่งผลกระทบต่อค่าจ้างขั้นต่ำของแรงงานชาวสิงคโปร์ ซึ่งนายจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าธรรมเนียมรายเดือนสำหรับแรงงานต่างด้าวแต่ละคน อัตราค่าธรรมเนียมขึ้นอยู่กับประเภทของงานและคุณสมบัติของงาน (เฉพาะแรงงานต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือ) ตัวอย่างเช่น แรงงานก่อสร้าง นายจ้างจะต้องเสียค่าธรรมเนียม 470 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อเดือน หรือ 16 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อวัน หรือแรงงานทำงานบ้าน นายจ้างจะต้องเสียค่าธรรมเนียม 345 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อเดือน หรือ 12 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อวัน เป็นต้น

สำหรับค่าธรรมเนียมของแรงงานประเภทมีฝีมือจะต่ำกว่ามาก เพียงเดือนละ 30 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อเดือน หรือ 1 ดอลลาร์สิงคโปร์ต่อคนต่อวัน เพราะรัฐสนับสนุนให้แรงงานมีฝีมือเข้ามาทำงานในประเทศ

ส่วนการกำหนดสัดส่วนจำนวนแรงงานชาวสิงคโปร์ต่อแรงงานต่างด้าวนั้น ทางรัฐได้กำหนดโควตาเป็นสัดส่วนว่า นายจ้างต้องจ้างแรงงานท้องถิ่น (ชาวสิงคโปร์) ด้วย ทั้งนี้เพื่อบังคับให้นายจ้างจ้างแรงงานท้องถิ่นชาวสิงคโปร์และส่งเสริมให้มีการจ้างงานในประเทศ รวมทั้งไม่ให้มีสัดส่วนของแรงงานต่างด้าวในธุรกิจแต่ละประเภทมากเกินไป ตัวอย่างเช่น งานก่อสร้าง จะต้องมีการจ้างงานท้องถิ่นชาวสิงคโปร์ 1 คน ต่อแรงงานต่างด้าว 5 คน หรืองานบริการ จะต้องมีการจ้างงานท้องถิ่นชาวสิงคโปร์ 3 คน ต่อแรงงานต่างด้าว 1 คน เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้น ปัจจุบันมีมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2548 กำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายเงินค่าประกันตัวแรงงานต่างด้าว ในกรณีที่แรงงานต่างด้าวนั้นมีบัตรประจำตัวบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย (ท.ร.38/1) ในอัตราค่าประกันคนละ 10,000 บาท และในกรณีที่แรงงานต่างด้าวนั้น ไม่มีบัตรประจำตัวบุคคล ในอัตราค่าประกันคนละ 50,000 บาท กล่าวคือ เงินค่าประกันตัว ถูกกำหนดจากพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 เพื่อให้นายจ้างประกันตัวคนต่างด้าว เพื่อวัตถุประสงค์การทำงานในอัตราคนละ 50,000 บาท หรือตามหลักเกณฑ์ที่พนักงานเจ้าหน้าที่กำหนด ซึ่งค่าประกันตัว 50,000 บาท นั้นสำหรับคนต่างด้าวที่เพิ่งเดินทางมาหรือที่อาศัยอยู่ในประเทศไทยโดยที่ไม่เคยผ่านการทำทะเบียนราษฎรหรือ ท.ร.38/1 มาก่อน ส่วนค่าประกันตัว 10,000 บาท สำหรับคนต่างด้าวที่ได้ผ่านการทำทะเบียนราษฎรในปี พ.ศ.2547 มาแล้ว แต่

- ยังไม่เคยขออนุญาตทำงานกับสำนักงานจัดหางาน หรือ
- ขออนุญาตทำงานและเสียค่าธรรมเนียม 100 บาทแล้ว แต่มิได้นำใบรับรองแพทย์มาขึ้นและชำระเงินให้ครบตามกระบวนการ หรือ
- เคยขออนุญาตทำงานในเดือนมิถุนายน พ.ศ.2547 – เดือนมิถุนายน พ.ศ.2548 แต่มิได้มาดำเนินการต่ออายุตั้งแต่ เดือนมิถุนายน พ.ศ.2548 – 30 สิงหาคม พ.ศ.2548

อย่างไรก็ตาม หลังจากประกันตัวคนต่างด้าวเพื่อนำไปขออนุญาตทำงานแล้วในกรณีที่นายจ้างต้องการเลิกจ้างให้นำตัวคนต่างด้าวไปที่ด่านตรวจคนเข้าเมือง(ตม.) เพื่อขอรับเงินค่าประกันตัวคืน ภายในระยะเวลาที่ได้ขออนุญาตทำงาน

สำหรับมาตรการดังกล่าวนี้ แม้จะเรียกเก็บจากนายจ้างก็ตาม แต่เป็นการเรียกเก็บครั้งเดียว จนกว่านายจ้างจะส่งตัวแรงงานต่างด้าวนั้นกลับออกนอกประเทศ ซึ่งต่างจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าว (Levy) ทั้งนี้มาตรการนี้เริ่มส่งสัญญาณของปัญหาขึ้นแล้ว

กล่าวคือ นายจ้างที่ต้องการจ้างแรงงานต่างด้าว คงไม่มีความสามารถหาเงินสดมาประกันตัวกับด่านตรวจคนเข้าเมือง(ตม.) ได้ ยกตัวอย่างเช่น เกษตรกร,ชาวสวนไม้ดอก เป็นต้น ซึ่งในปัจจุบันก็ได้รับผลกระทบจากการเปิดเอฟทีเอ ไทย-จีนและอาเซียน-จีนอยู่แล้ว โดยหวังจะใช้แรงงานต่างด้าวมาลดต้นทุนการผลิต ก็ไม่สามารถทำได้ เนื่องจากไม่สามารถหาเงินไปประกันตัวแรงงานต่างด้าวได้ การที่รัฐเรียกเก็บเงินค่าประกันตัวแรงงานต่างด้าวแต่ละคนในอัตรา 50,000 บาทหรือ 10,000 บาทแล้วแต่กรณีนั้น เป็นอัตราที่สูงเกินไป เพราะนายจ้างจะต้องชำระด้วยเงินสด ทำให้นายจ้างต้องแบกภาระเงินจำนวนนี้ โดยนายจ้างไม่สามารถนำเงินจำนวนนี้ไปใช้ได้ จนกว่านายจ้างจะได้นำตัวแรงงานต่างด้าวไปที่ด่านตรวจคนเข้าเมือง(ตม.) เพื่อขอรับเงินค่าประกันตัวคืน นอกจากนี้หากแรงงานต่างด้าวนั้นต้องการจะเปลี่ยนตัวนายจ้างหรือหางานใหม่ทำ ก็เกิดปัญหาว่า นายจ้างคนเดิมยังคงต้องรับภาระในเงินค่าประกันตัวต่อไป เพราะยังไม่นำตัวแรงงานต่างด้าวไปที่ด่านตรวจคนเข้าเมือง(ตม.) หรือปัญหาที่ว่า หากแรงงานต่างด้าวนั้นหลบหนีไป ทางรัฐก็จะรับเงินค่าประกันตัวทันที ทำให้นายจ้างไม่กล้าที่จะรับแรงงานต่างด้าวเข้าทำงานเพราะเกรงว่าจะเสียเงินค่าประกันตัวหากแรงงานต่างด้าวหลบหนี ดังนั้นมาตรการนี้จึงมีลักษณะเป็นการส่งเสริมให้มีจ้างงานแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายมากยิ่งขึ้น

ส่วนการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยนั้น มีแนวทางการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างแรงงานต่างด้าวจากนายจ้างเช่นกัน ทั้งนี้เพื่อควบคุมจำนวนแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยไม่ให้มีมากเกินไป แต่เนื่องจากการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการจ้างคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ยังไม่มีกฎหมายออกมารองรับ ทำให้ไม่สามารถนำมาบังคับให้ภาคเอกชนปฏิบัติตามได้

4.5 ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาในเรื่องการไม่อนุญาตให้แรงงานต่างด้าวโดยถูกกฎหมายทำงานในอาชีพกรรมกร

โดยทั่วไปการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ คนต่างด้าวนั้นสามารถที่จะเข้าไปประกอบอาชีพใดในประเทศอื่นได้ แต่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้นๆ จากการศึกษาพบว่า องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ได้ประกาศข้อเสนอแนะเกี่ยวกับคนงานอพยพไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 143 ว่าด้วยคนงานอพยพ (บทบัญญัติเพิ่มเติม) พ.ศ. 2518 (Migrant Workers Supplementary Provisions, 1975) ที่ระบุให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมและให้หลักประกันแก่คนงานอพยพที่ถูกต้องให้ได้รับโอกาส ตลอดจนการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนงานอื่นๆ ในประเทศ ในเรื่องของอาชีพ การประกันสังคม การว่าจ้าง

สิทธิในด้านสภาพแรงงาน ทั้งนี้ภายใต้กฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ใช้ในประเทศนั้นๆ ซึ่งอนุสัญญาฉบับนี้เป็นสิ่งหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการเปิดโอกาสให้แก่คนงานอพยพที่จะประกอบอาชีพในประเทศอื่นโดยเท่าเทียมกันกับคนงานอื่นๆในประเทศนั้น ภายใต้กฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ใช้ในประเทศนั้น เช่น ในสหภาพยุโรปได้มีการระบุไว้ในสนธิสัญญาการสร้างรัฐธรรมนูญแห่งยุโรป (Treaty Establishing a Constitution for Europe) โดยกำหนดให้แรงงานในประเทศสมาชิกสามารถทำงานใดก็ได้ในประเทศสมาชิกอื่น แต่ต้องไม่ใช่งานที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองหรือความมั่นคงปลอดภัยของประเทศสมาชิกอื่นนั้น หรือในประเทศสิงคโปร์ กฎหมายสิงคโปร์ได้ระบุว่า ให้คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานสามารถทำงานในประเทศสิงคโปร์ได้ แต่ไม่ได้ระบุงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ดังนั้นไม่ว่าจะเป็นงานประเภทมีฝีมือหรือไร้ฝีมือคนต่างด้าวย่อมทำได้หากได้รับอนุญาต ซึ่งการอนุญาตนี้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Ministry of Manpower) ที่พิจารณาตามหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ได้กำหนดไว้ หรือในประเทศฟิลิปปินส์ กฎหมายฟิลิปปินส์ระบุให้แรงงานต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือเป็นบุคคลประเภทห้ามเข้าเมือง เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตเข้าทำงาน กล่าวคือ แรงงานต่างด้าวประเภทไร้ฝีมือที่จะได้รับใบอนุญาตเข้าเมืองเพื่อเข้าทำงาน จะต้องแสดงหลักฐานว่า มีการติดต่อกับนายจ้างในประเทศฟิลิปปินส์ (มีสัญญาจ้าง) และงานนั้นจะต้องเป็นงานที่ไม่สามารถหาคนฟิลิปปินส์ทำได้ นอกจากนี้งานดังกล่าวจะต้องเป็นงานที่เป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนด้วย (Public Interest) ทั้งนี้กฎหมายฟิลิปปินส์ไม่ได้ระบุงานที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำ

ในส่วนของประเทศไทยนั้น แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมาย จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในที่นี้หมายถึง คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยถูกต้องตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมืองและได้รับใบอนุญาตให้ทำงานได้ ทั้งนี้อาชีพและวิชาชีพที่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 กรณี คือ งานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ และ งานที่คนต่างด้าวจะทำได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาต ซึ่งมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 12 งานใดที่ห้ามคนต่างด้าวทำในท้องที่ใดเมื่อใด โดยห้ามเด็ดขาดหรือห้ามโดยมีเงื่อนไขอย่างใด เพียงใด ให้กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกา” หมายความว่า บทบัญญัตินี้ไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศโดยสิ้นเชิง คนต่างด้าวสามารถทำงานอาชีพใดๆ ในประเทศไทยก็ได้ แต่จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานที่อธิบดีมอบหมาย นอกจากนี้อาชีพที่คนต่างด้าวทำนั้นจะต้องไม่ใช่งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ซึ่งในปัจจุบันพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 6 นี้ ได้แก่ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 ซึ่งการกำหนดงานที่ห้ามตามพระราชกฤษฎีกานี้

เป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้ และเป็นการห้ามเด็ดขาดในทุกท้องถิ่นในราชอาณาจักร งานทั้งหมดที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำมีด้วยกัน 39 อาชีพ แบ่งได้เป็นลักษณะสำคัญ 4 กลุ่มตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 3 แต่เนื่องจากงานกรรมกรซึ่งเป็นงานหนึ่งที่เป็นงานต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายทำนั้น ปัจจุบันรัฐได้ผ่อนผันให้แรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา ทำงานกรรมกรได้ โดยให้กระทรวงมหาดไทย โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ออกประกาศกระทรวงมหาดไทย ยกเว้นการบังคับใช้มาตรา 12 (3) แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง ให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นกรรมกรในประเทศไทยได้ โดยกำหนดเงื่อนไขในเรื่องของประเภทกิจการ พื้นที่สัญชาติที่จะให้เข้ามาทำงาน ระยะเวลาการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร เป็นต้น

จากการศึกษาวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายไทยในปัจจุบัน เช่น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 นั้น ได้บัญญัติแต่เพียงคุณสมบัติเบื้องต้นของการขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศไทยเท่านั้น ไม่ได้กำหนดถึงหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการออกใบอนุญาตให้แรงงานประเภทนี้เข้ามาทำงานรวมทั้งยังห้ามทำงานในอาชีพกรรมกรและเป็นผู้ใช้แรงงานอีกด้วย จึงเป็นปัญหาทำให้กฎหมายของไทยล้าหลังก่อให้เกิดปัญหาในการควบคุมทั้งแรงงานถูกกฎหมายและไม่ถูกกฎหมายอีกมากมาย ซึ่งปัญหาดังกล่าวมีหลายประเทศที่มีการบัญญัติกฎหมายรองรับและแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ได้ เช่น ประเทศสิงคโปร์ และประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น นอกจากนี้หากประเทศไทยไม่แก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้ ก็จะทำให้เกิดปัญหาและอุปสรรค คือ จะเป็นการขัดต่อการเปิดเสรีตามหลักเกณฑ์ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ที่ประเทศไทยมีพันธกรณีกับองค์การการค้าโลก (WTO) กล่าวคือ ประเทศไทยจะต้องเปิดโอกาสให้การบริการ ซึ่งกระทำโดยคนต่างด้าวสามารถกระทำได้เยี่ยงคนในชาติโดยปราศจากการผูกขาด หากยังมีการให้คนในชาติเป็นผู้ผูกขาดในการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพใดแล้ว ย่อมถือได้ว่าเป็นการขัดต่อหลักเกณฑ์ของการเปิดตลาดการค้าเสรี ทั้งเป็นการกีดกันมิให้แรงงานต่างด้าวได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ และเป็นการเลือกปฏิบัติ นอกจากนี้รัฐบาลไทยได้ลงนามในบันทึกความเข้าใจว่าด้วยความร่วมมือด้านการจ้างแรงงานกับรัฐบาลพม่า รัฐบาลลาวและรัฐบาลกัมพูชาแล้ว ซึ่งรัฐบาลไทยมีนโยบายที่จะให้แรงงานต่างด้าวรายใหม่ 3 สัญชาตินี้ที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายทำงานเป็นกรรมกรได้ด้วย