

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ เกี่ยวกับแรงงานอพยพในประเทศไทย

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับแรงงานอพยพ โดยเฉพาะ ได้แก่ อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหา
งานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 อนุสัญญาฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูก
กดขี่และการส่งเสริมความเท่าเทียมและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 และ
อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและ
สมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่
แรงงานอพยพ ประเทศที่ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาทั้งสามฉบับ มีพันธกรณีในการปฏิบัติ
ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา ทั้งยังต้องรับเอาหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไปแก้ไข
กฎหมายภายในประเทศของตนให้สอดคล้อง สำหรับประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน
แก่อนุสัญญาทั้งสามฉบับนี้แต่อย่างใด

ในบทนี้ผู้เขียน จะได้วิเคราะห์มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับ
แรงงานอพยพดังกล่าวว่ามีปัญหาทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร นอกจากนี้ ยังจะวิเคราะห์
ว่า กฎหมายแรงงานของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีความสอดคล้องกับ
อนุสัญญาทั้งสามฉบับหรือไม่เพียงใด เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาให้สัตยาบันแก่
อนุสัญญาทั้งสามฉบับในท้ายที่สุด ดังรายละเอียดต่อไปนี้

**1. ปัญหาขอบเขตการให้ความคุ้มครองแรงงาน-
อพยพขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ
ฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 รวมทั้งอนุสัญญา
ของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิ
แรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990**

ประเทศไทยมีแรงงานอพยพที่ได้รับอนุญาตทำงานที่ราชอาณาจักรอยู่กว่า 1,300,281 คน แบ่งออกเป็นแรงงานที่เข้าเมืองโดยถูกต้องกฎหมายจำนวน 344,686 คนและแรงงานที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย จำนวน 955,595 คน (ข้อมูล กรมการจัดหางาน ณ เดือนธันวาคม พ.ศ. 2553) โดยส่วนใหญ่เป็นแรงงานสัญชาติพม่า ลาว กัมพูชากว่า 1,168,824 คน ไม่นับรวมถึงแรงงานอพยพที่ลักลอบเข้าเมืองและลักลอบทำงานที่องค์การพัฒนาเอกชนด้านแรงงานข้ามชาติ คาดเอาไว้เมื่อปี พ.ศ. 2551 ว่า น่าจะมีจำนวนไม่น้อยกว่า 3 ล้านคนทั่วประเทศ โดยเป็นแรงงานพม่ากว่าร้อยละ 80

ดังนั้น จึงมีหน้าที่ควรศึกษาและวิเคราะห์ว่า หากประเทศไทยให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ รวมถึงอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990 แล้ว พันธกรณีในการปฏิบัติตามอนุสัญญาดังกล่าวมีขอบเขตครอบคลุมถึงแรงงานอพยพประเภทใดบ้าง เนื่องจากมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศตามอนุสัญญาทั้ง 3 ฉบับดังกล่าว มีหลักการสำคัญคือการให้ความคุ้มครองแรงงานอพยพให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับแรงงานในชาติ

อนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ให้คำนิยามคำว่า “แรงงานอพยพ” ไว้ในมาตรา 11 ว่า “ตามวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้อพยพเพื่อทำงานทำ หมายถึง บุคคลที่อพยพจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เพื่อจุดมุ่งหมายให้ได้งานทำ โดยมีใช้การประกอบอาชีพอิสระและรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศเป็นประจำในฐานะผู้อพยพเพื่อทำงานทำ อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับกับ คนงานตาม

แนวชายแดน การเข้าประเทศระยะสั้นของสมาชิกกลุ่มอาชีพอิสระและศิลปิน และกะลาสีเรือ”

อนุสัญญาฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าด้วยการอพยพ ในสภาพที่ถูกกดขี่และการส่งเสริมความเท่าเทียมและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 ให้คำนิยามคำว่า “แรงงานอพยพ” ไว้ในมาตรา 11 ว่า “เพื่อประโยชน์แห่งวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า คนงานอพยพ หมายถึง บุคคลที่อพยพหรือได้อพยพ จากประเทศหนึ่งไป เพื่อจุดมุ่งหมายให้ได้งานทำโดยมิใช่การประกอบอาชีพอิสระ และรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศเป็นประจำในฐานะคนงานอพยพ

อนุสัญญานี้ไม่ใช่บังคับต่อ คนงานตามชายแดน ศิลปินและสมาชิกวิชาชีพอิสระ ผู้ได้เข้าประเทศเป็นการชั่วคราวในช่วงเวลาสั้น ๆ กะลาสีเรือ บุคคลผู้เข้ามาเพื่อ วัตถุประสงค์ในการฝึกอบรมหรือเพื่อการศึกษาโดยเฉพาะ และลูกจ้างขององค์กรหรือ กิจการที่ประกอบการภายในดินแดนของประเทศหนึ่งประเทศใด ที่ได้รับอนุญาตให้เข้า ประเทศนั้นเป็นการชั่วคราวตามการร้องขอของนายจ้าง เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ หรือทำงาน ตามที่ได้รับมอบหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด และผู้ที่ถูกกำหนดให้ออกนอกประเทศ เมื่อการปฏิบัติงานหรือทำหน้าที่เสร็จสมบูรณ์”

อนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและ สมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ให้คำนิยามคำว่า “แรงงานอพยพ” ไว้ในมาตรา 2 วรรคแรก ว่า “แรงงานย้ายถิ่น หมายถึง บุคคลซึ่งจะถูกว่าจ้างให้ทำงาน กำลังถูกว่าจ้างหรือเคย ถูกว่าจ้างทำงานโดยได้รับค่าตอบแทนในรัฐที่ตนไม่ได้เป็นคนของชาตินั้น”

จะเห็นได้ว่า คำนิยามของแรงงานอพยพตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 และอนุสัญญา ฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มีความหมายเช่นเดียวกัน ต่างกันแต่ เพียงว่าในอนุสัญญาฉบับที่ 143 ระบุเพิ่มเติมถึงบุคคลที่ไม่อยู่ในความหมายของแรงงาน อพยพ ได้แก่ บุคคลผู้เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการฝึกอบรมหรือเพื่อการศึกษา โดยเฉพาะ และลูกจ้างที่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศตามการร้องขอของนายจ้างเพื่อ ปฏิบัติหน้าที่ภายในระยะเวลาที่กำหนดและต้องออกนอกประเทศเมื่อปฏิบัติงานเสร็จ สมบูรณ์ ส่วนคำนิยามตามอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงาน ข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 มีความหมายกว้างกว่าอนุสัญญาฉบับที่ 97

และอนุสัญญาฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เพราะหากแรงงานอพยพได้ทำงาน โดยได้รับค่าตอบแทนแล้ว ย่อมอยู่ในความหมายของแรงงานอพยพ ในอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ทั้งหมด รวมถึงบุคคลที่ได้รับยกเว้นตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ อันได้แก่ คนงานตามชายแดน ศิลปิน และสมาชิกวิชาชีพอิสระผู้ได้เข้าประเทศเป็นการชั่วคราวในช่วงเวลาสั้น ๆ กะลาสีเรือ บุคคลผู้เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์ในการฝึกอบรมหรือเพื่อการศึกษาโดยเฉพาะ และลูกจ้างขององค์กรหรือกิจการที่ประกอบการภายในดินแดนของประเทศหนึ่งประเทศใด ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศนั้นเป็นการชั่วคราวตามการร้องขอของนายจ้าง เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ หรือทำงานตามที่ได้รับมอบหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด และผู้ที่ถูกกำหนดให้ออกนอกประเทศเมื่อการปฏิบัติงานหรือทำหน้าที่เสร็จสมบูรณ์ นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงแรงงานอพยพที่ทำงานในกิจการของตนเอง หรือที่ตนเองเป็นเจ้าของ (Self-employed Worker) ด้วย ดังนั้น แรงงานอพยพเหล่านี้ แม้จะไม่ได้อยู่ในบังคับหรือไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่อนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ได้ให้ความคุ้มครองแก่แรงงานอพยพดังกล่าว

ปัญหาที่ควรพิจารณาต่อมาคือ ความหมายของคำว่า “คนงานตามแนวชายแดน” (Frontier Worker) ที่ได้รับยกเว้นไม่อยู่ในบังคับของอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 11 และอนุสัญญาฉบับที่ 143 มาตรา 11 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่กล่าวถึงข้างต้นนั้น หมายถึง บุคคลประเภทใด เหตุที่จำเป็นต้องพิจารณาความหมายของคนงานตามแนวชายแดนนี้ เนื่องจาก ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า แรงงานอพยพในประเทศไทย โดยส่วนใหญ่เป็นแรงงานจากประเทศพม่า ลาว และกัมพูชา ซึ่งมาชายแดนติดกับประเทศไทย หากคนงานตามแนวชายแดน หมายความว่า คนงานที่มาจากประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศไทยแล้ว แรงงานอพยพจากพม่า ลาว และกัมพูชาที่มีอยู่เป็นจำนวนหลายล้านคน ย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 และ

ฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ หากประเทศไทยให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาทั้งสองฉบับดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่า คำว่า “คนงานตามแนวชายแดน” ในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศทั้งสองฉบับใช้คำในภาษาอังกฤษว่า “Frontier Worker” แต่ก็ไม่ได้ให้คำนิยามไว้โดยเฉพาะแต่อย่างใด ถ้อยคำดังกล่าวปรากฏอยู่ใน ประมวลคำศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัยและการย้ายถิ่น (International Thesaurus of Refugee Terminology) ให้ความหมายไว้ว่า “Frontier Worker” หมายถึง “A Migrant Worker Who Retains His or her Habitual Residence in a Neighboring States to Which he or She Normally Returns Everyday or at Least Once a Week.” ซึ่งเหมือนกันกับในอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990 มาตรา 2 ซึ่งแปลความหมายได้ว่า “คนงานตามแนวชายแดน คือ คนงานชายหรือหญิงที่มีถิ่นพำนักอาศัยในรัฐเพื่อนบ้าน เข้ามาทำงานและเดินทางกลับบ้านเป็นประจำทุกวันหรืออย่างน้อยสัปดาห์ละครั้ง”

ดังนั้น บรรดาแรงงานพม่า ลาว กัมพูชา รวมถึงประเทศมาเลเซีย หากเข้ามาทำงานในประเทศไทย โดยไม่ได้พำนักหรืออาศัยอยู่ในประเทศไทยเพื่ออยู่ทำงานประจำ แต่เดินทางมาทำงานในลักษณะไปกลับทุกวันหรือกลับทุกสัปดาห์ ถือว่าอยู่ในความหมายของคนงานตามแนวชายแดน แรงงานเหล่านี้จะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่ในส่วนของอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990 แรงงานตามแนวชายแดนเหล่านี้ยังได้รับความคุ้มครอง

ปัญหาที่ต้องพิจารณาต่อมาคือ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับแรงงานอพยพมุ่งคุ้มครองแรงงานอพยพประเภทใด เนื่องจากแรงงานอพยพมีทั้งที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายและไม่ถูกกฎหมาย มีทั้งทำงาน โดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายและลักลอบทำงาน หรือที่นิยมเรียกกันว่า “แรงงานถูกกฎหมาย” กับ “แรงงานผิดกฎหมาย” แต่องค์การแรงงานระหว่างประเทศจะเรียกแรงงานผิดกฎหมายว่า “แรงงานในสถานะที่ไม่ปกติ” (Irregular Migrant) โดยให้เหตุผลว่าคำที่ใช้ไม่สอดคล้องกับกฎหมายและนโยบายว่าด้วยการย้ายถิ่น และกฎหมายและนโยบายเกี่ยวกับแรงงาน คำว่า “แรงงาน

ในสถานะที่ไม่ปกติ” หรือ “แรงงานย้ายถิ่นในสถานะที่ไม่ปกติ” เป็นคำศัพท์ที่เป็นที่ยอมรับมากกว่าโดยทั่วไปใช้ในระบบขององค์การสหประชาชาติและองค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยหมายความถึง (1) คนที่ไม่ได้รับอนุญาตอย่างถูกต้องจากรัฐให้ทำงานในอาณาเขตที่เขาอยู่ขณะนั้น แม้ว่าจะมีกฎหมายกำหนดเรื่องการเข้าประเทศ การพำนักอาศัย หรือการจ้างงาน หรือ (2) คนที่ไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของการเข้าประเทศ การอยู่ หรือการจ้างงาน

ถ้อยคำต่าง ๆ ที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศเห็นว่า ไม่สอดคล้องและเหมาะสม ได้แก่

1) “มีเอกสารและไม่มีเอกสาร” คำนี้ เห็นว่า การย้ายถิ่นที่ไม่มีเอกสารมิได้หมายความถึงกรณีการย้ายถิ่นผิดปกติทุกกรณี ตัวอย่างเช่น บางคนที่มีเอกสาร เช่น นักท่องเที่ยวอาจรับจ้างทำงานในประเทศเจ้าบ้าน ซึ่งถือเป็นการละเมิดเงื่อนไขการเข้าประเทศ

2) “ไม่ได้รับอนุญาต” คำศัพท์นี้ไม่ชัดเจน เพราะหมายความถึงคนที่อาจได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศแต่ไม่ใช่เพื่อทำงาน คำศัพท์ก็ไม่ระบุชัดเจนด้วยว่าใครเป็นผู้อนุญาตให้เข้าประเทศหรือจ้างงาน

3) “การย้ายถิ่นอย่างลับ ๆ” คำศัพท์นี้ไม่เพียงพอ เพราะหลายคนที่มีสถานะไม่ปกติแต่ได้เข้าประเทศจริงโดยผ่านช่องทางการย้ายถิ่นปกติ และไม่ได้ผ่านด้วยวิธีการลับแต่อย่างใด

4) “ผิดกฎหมาย” คำศัพท์ ผิดกฎหมายเป็นคำศัพท์ที่ใช้กันอย่างแพร่หลาย แต่สามารถคัดค้านได้เมื่อใช้กล่าวถึงบุคคล เพราะตัวบุคคลไม่เป็นสิ่งผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ดี ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ผู้เขียนจะใช้คำว่า “แรงงานผิดกฎหมาย” เมื่อกล่าวถึงแรงงานอพยพที่เข้าเมืองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายและทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต รวมถึงแรงงานอพยพที่เข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายแต่ทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ก็ถือว่าเป็นแรงงานผิดกฎหมายด้วยเช่นกัน ประเด็นปัญหาที่จะพิจารณา คือ แรงงานผิดกฎหมายเหล่านี้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับแรงงานอพยพหรือไม่ เพียงใด

เมื่อพิจารณาอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 แล้ว พบว่า ในมาตรา 6 กำหนดไว้ชัดเจนว่า “รัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้อพยพเข้าเมืองอย่างถูกกฎหมาย (Immigrants Lawfully) ภายในดินแดนของตนอย่างดีไม่น้อยไปกว่าที่ได้ปฏิบัติต่อชนชาติตนเอง . . .” และในมาตรา 8 ของภาคผนวก 1 และมาตรา 13 ของภาคผนวก 2 ก็บัญญัติเอาไว้เช่นเดียวกันว่า “บุคคลใด ๆ ที่ส่งเสริมการหลบหนีเข้าเมือง หรือการเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย (Clandestine or Illegal Immigration) จะต้องได้รับการลงโทษที่เหมาะสม”

จากบทบัญญัติของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ดังกล่าว แสดงว่า อนุสัญญามุ่งบังคับใช้กับแรงงานอพยพที่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น หากประเทศไทยให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาฉบับนี้ บรรดาแรงงานอพยพที่เข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมไม่ได้รับความคุ้มครอง

ส่วนอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูกกดขี่และการส่งเสริมความเท่าเทียมและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 ซึ่งมุ่งแก้ปัญหาเรื่องการควบคุมกระแสของการอพยพ การหยุดยั้งการอพยพ ย้ายถิ่นที่ผิดกฎหมาย และมุ่งปราบปรามการดำเนินการของผู้จัดให้มีการอพยพแรงงานอย่างลับ ๆ ดังปรากฏในมาตรา 3 ที่บัญญัติว่า “รัฐสมาชิกแต่ละรัฐต้องรับเอามาตรการที่จำเป็นและเหมาะสมทั้งหลาย ทั้งในขอบเขตอำนาจของตนและ โดยความร่วมมือกับสมาชิกอื่น ๆ

1) เพื่อปราบปรามขบวนการลักลอบขนย้ายผู้อพยพเพื่อหางานทำและการจ้างงานผู้อพยพอย่างผิดกฎหมายและ

2) เพื่อต่อต้านผู้ดำเนินการลักลอบขนย้ายผู้อพยพอย่างผิดกฎหมายเพื่อหางานทำออกจาก ผ่านแดน หรือเข้าไปในดินแดนของตน และต่อต้านผู้ที่จ้างคนงานที่อพยพเข้าไปในลักษณะที่ผิดกฎหมายเพื่อป้องกันและเพื่อขจัดการกระทำผิดตามความในมาตรา 2 ของอนุสัญญานี้”

และในมาตรา 11 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งวัตถุประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า “คนงานอพยพ” หมายถึง บุคคลที่อพยพหรือได้อพยพจากประเทศหนึ่งไปยังอีก

ประเทศหนึ่ง เพื่อจูงมุงหมายให้ได้งานทำโดยมิใช่การประกอบอาชีพอิสระ และรวมถึงบุคคลใด ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าประเทศเป็นประจำในฐานะคนงานอพยพ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว แสดงว่า อนุสัญญาคุ้มครองแรงงานอพยพที่เข้าเมือง โดยถูกต้องตามกฎหมาย นอกจากนี้ ในบทบัญญัติมาตรา 6 วรรคแรกยังได้กำหนดให้มีการใช้บังคับบทลงโทษทั้งทางปกครอง ทางแพ่ง และทางอาญา รวมถึงการจำคุก เกี่ยวกับการจ้างแรงงานอพยพอย่างผิดกฎหมาย และกระบวนการขนย้ายผู้อพยพเพื่อหา งานทำ เป็นเนิ่นย้าถึงวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับที่ 143 ในการส่งเสริมให้มีการจ้างงาน โดยแรงงานอพยพที่ถูกกฎหมาย มุ่งขจัดแรงงานที่ไม่ถูกกฎหมายให้หมดไป

แต่อย่างไรก็ดี อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ได้ กำหนดสิทธิบางประการที่ไม่ว่าแรงงานอพยพนั้นจะเข้าเมือง โดยถูกกฎหมายหรือผิด กฎหมายมีสิทธิได้รับ ได้แก่

- 1) สิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานของแรงงานอพยพที่จะต้องได้รับการเคารพ ตามที่ กำหนดไว้ในมาตรา 1
- 2) สิทธิได้รับเงินค่าจ้างที่ค้างชำระและประกันสังคมตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 9 วรรคแรก
- 3) สิทธิในการฟ้องคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับค่าจ้างและประกันสังคม ตามมาตรา 9 วรรคสอง
- 4) แรงงานอพยพไม่ต้องเป็นผู้รับผิดชอบต่อค่าใช้จ่ายในการขับไล่ ตามมาตรา 9 วรรคสาม

ส่วนอนุสัญญาของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติและ สมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ได้กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนของแรงงานที่ไม่ถูกกฎหมาย และระบุว่ารัฐบาลจะใช้มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง เพื่อให้แน่ใจว่าแรงงานอพยพ จะไม่ถูกตัดสิทธิที่ได้จากหลักการของการปฏิบัติอย่างเสมอภาค แม้ว่าจะเป็นกรพำนัก-อาศัยหรือการจ้างที่ไม่ปกติ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากบทนิยามของ “แรงงานอพยพ” ตาม มาตรา 2 ของอนุสัญญานี้แล้ว จะเห็นได้ว่า มีความหมายกว้างขวาง ครอบคลุมแรงงาน ทุกชนิด ทุกประเภท หากแรงงานอพยพนั้นทำงานโดยได้รับค่าตอบแทน ดังนั้น ไม่ว่า แรงงานอพยพที่ถูกกฎหมายหรือไม่ถูกกฎหมายล้วน ได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา

ของสหประชาชาติฉบับนี้ทั้งสิ้น ด้วยเหตุที่อนุสัญญาของสหประชาชาตินี้ครอบคลุมรูปแบบส่วนมากของแรงงานอพยพในการผูกพันต่อประเทศภาคีสมาชิกที่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานี้ในการที่จะต้องปฏิบัติตามหลักการความเท่าเทียมกันระหว่างแรงงานอพยพและแรงงานในชาติดังกล่าว อาจเป็นสาเหตุที่ทำให้อนุสัญญานี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ได้ เนื่องจากประเทศภาคีสมาชิกยังลงนามไม่ครบ 20 ประเทศ แม้ว่าอนุสัญญานี้จะมีอายุครบ 20 ปี เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2553 ที่ผ่านมาแล้วก็ตาม แต่มีประเทศภาคีสมาชิกลงนามให้สัตยาบันเพียง 15 ประเทศเท่านั้น

2. ปัญหาความไม่สอดคล้องของกฎหมายไทย

กับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่าง
ฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 รวมทั้งอนุสัญญา
ของสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิ
แรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990

ในส่วนนี้จะศึกษาและวิเคราะห์ว่า กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับแรงงานอพยพของประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่นั้น สอดคล้องกับมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศหรือไม่เพียงใด ทั้งนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติของกฎหมายที่ไม่สอดคล้องเท่านั้น ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

2.1 แบบสัญญาจ้างแรงงาน

บทบัญญัติมาตรา 5 ในภาคผนวก 1 และมาตรา 6 ในภาคผนวก 2 ของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 กำหนดเกี่ยวกับระบบควบคุมดูแลสัญญาจ้างระหว่างนายจ้างกับผู้อพยพเพื่อหางานทำไว้ในลักษณะเดียวกันประการหนึ่งว่า “ให้นายจ้างหรือบุคคลที่ทำการในนามของนายจ้างต้องส่งมอบสำเนาของสัญญาจ้างแก่ผู้อพยพก่อนเดินทางออกหรือที่ศูนย์รับผู้อพยพเมื่อผู้อพยพเดินทางถึงดินแดนที่อพยพเข้าเมือง

หรือเมื่อเดินทางถึงดินแดนที่มีการอพยพเข้าเมือง . . . และต้องมีบทลงโทษที่เหมาะสม สำหรับการฝ่าฝืนเอาไว้ด้วย”

กฎหมายที่เกี่ยวกับลักษณะของสัญญาจ้างแรงงานของไทย ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 575 บัญญัติว่า “อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือ สัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่งเรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่งเรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้” สัญญาจ้างแรงงานนี้มีได้หมายถึง การจ้างแรงงานที่ใช้แรงงานแต่เพียงอย่างเดียว หากหมายถึงงานที่ใช้สมองด้วย เช่น งานของนักกฎหมาย นักบัญชี แพทย์ และผู้บริหาร เป็นต้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานไว้ ปัจจุบันมีการกำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานไว้เพียงประเภทเดียว คือ สัญญาจ้างในงานที่รับไปทำที่บ้านตาม ข้อ 5 แห่งกฎกระทรวงว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานในงานที่รับไปทำที่บ้าน พ.ศ. 2547 ที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยได้กำหนดแบบสัญญาจ้างแรงงานไว้ว่า “ข้อ 5 ให้นายจ้างจัดทำสัญญาจ้างเป็นหนังสือที่มีข้อความถูกต้องตรงกันจำนวนสองฉบับโดยมอบให้ลูกจ้างและนายจ้างเก็บไว้ฝ่ายละหนึ่งชุด พร้อมทั้งจะให้พนักงานตรวจแรงงานตรวจสอบได้

สัญญาจ้างตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องมีรายการ ดังต่อไปนี้

- (1) วัน และสถานที่ที่ทำสัญญาจ้าง
- (2) ชื่อตัว ชื่อสกุล อายุ และที่อยู่ของนายจ้างและลูกจ้าง
- (3) ที่ตั้งสถานประกอบกิจการของนายจ้างและสถานที่ทำงานของลูกจ้าง
- (4) ประเภท ลักษณะ และสภาพของงานที่ส่งมอบให้แก่ลูกจ้าง
- (5) วันและสถานที่ที่นายจ้างส่งมอบงานให้แก่ลูกจ้าง
- (6) อัตราค่าจ้าง และการหักค่าจ้าง
- (7) วันและสถานที่ที่นายจ้างจ่ายค่าจ้าง
- (8) วันและสถานที่ที่นายจ้างรับมอบงานจากลูกจ้าง”

ส่วนสัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสามารถเกิดขึ้นได้โดยการแสดงเจตนาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามหลักทั่วไปของนิติกรรม

สัญญา ซึ่งอาจเป็นการตกลงกันด้วยวาจาหรือทำเป็นหนังสือหรือลายลักษณ์อักษรก็ได้ ดังที่ปรากฏตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2652-2653/2529 ว่า มาตรา 575 หาได้บัญญัติว่า จะต้องทำเป็นหนังสือแต่ประการใดไม่ เพียงแต่ตกลงจ้างให้สินจ้างกัน สัญญาจ้างแรงงานย่อมเกิดขึ้นแล้ว และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2781/2526 สรุปได้ว่า หากมีการทำสัญญาจ้างแรงงานเป็นหนังสือ นายจ้างและลูกจ้างจะกำหนดแบบของสัญญาหรือมีข้อความอย่างไรก็ได้ การทำสัญญาจ้างแรงงานไม่มีกฎหมายบังคับว่า ต้องทำหลักฐานเป็นหนังสือ ดังนั้นสาระสำคัญของการแสดงเจตนาทำสัญญาจ้างแรงงานต้องเป็นไปตามมาตรา 575 กล่าวคือ (1) ลูกจ้างตกลงจะทำงานให้แก่ นายจ้าง และ (2) นายจ้างตกลงจ่ายสินจ้างให้แก่ลูกจ้างตลอดระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงานให้ แต่การแสดงเจตนาเข้าทำสัญญานี้ต้องแสดงต่อ นายจ้างผู้มีอำนาจรับเข้าทำงานเท่านั้น ถ้าแสดงเจตนาต่อบุคคลผู้ไม่มีอำนาจรับเข้าทำงาน สัญญาจ้างแรงงานก็ไม่เกิดขึ้น

สัญญาจ้างแรงงานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงเป็นสัญญาที่ไม่มีแบบ อาจเกิดขึ้นจากการตกลงด้วยวาจา การตกลงโดยปริยาย หรือการทำสัญญาเป็นหนังสือก็ได้ แต่ตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 สัญญาจ้างแรงงานจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและส่งมอบให้แก่ฝ่ายลูกจ้างถือไว้ หากนายจ้างฝ่าฝืนต้องมีบทลงโทษเอาไว้ด้วย ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีการกำหนดโทษเกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาจ้างแต่อย่างใดคงผลเพียงเป็น โฆษะหรือคู่สัญญาอาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญาจ้างได้ หากสัญญาจ้างแรงงานนั้นฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เพราะแม้สัญญาจ้างแรงงานจะไม่มีแบบ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขต ดังต่อไปนี้

1) ต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ จะต้องไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นจะตกเป็น โฆษะ

2) ต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน การแสดงเจตนาตกลงทำสัญญาจ้างแรงงานที่ขัด หรือต่ำกว่ามาตรฐานของกฎหมายคุ้มครองแรงงาน ข้อตกลงนั้นย่อมเป็น โฆษะ

3) ต้องไม่กำหนดเงื่อนไขในสัญญาจ้างแรงงานในลักษณะที่ขัดต่อมาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 คือ เมื่อข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง มีผลใช้บังคับแล้วห้ามมิให้นายจ้างสัญญาจ้างแรงงานกับลูกจ้างขัด หรือแย้งกับข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้าง เว้นแต่สัญญาจ้างแรงงานนั้นจะเป็นคุณแก่ลูกจ้างยิ่งกว่า

4) เป็นสัญญาเฉพาะตัว คือถือความสำคัญในตัวบุคคลที่เป็นคู่สัญญาเป็นสำคัญ เมื่อนายจ้างและลูกจ้างตกลงกันแล้วนายจ้างจะโอนสิทธิให้บุคคลภายนอกไม่ได้ เว้นแต่ลูกจ้างจะยินยอม ในทำนองเดียวกันลูกจ้างจะให้บุคคลภายนอกทำงานแทนไม่ได้ เช่นกัน เว้นแต่นายจ้างจะยินยอม (มาตรา 577) หากฝ่ายใดฝ่าฝืน อีกฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาเสียก็ได้ นอกจากนี้ หากสัญญาแรงงานใดมีสาระสำคัญที่ตัวบุคคลผู้เป็นนายจ้าง สัญญานั้นย่อมระงับไปด้วยมรณะแห่งนายจ้าง (มาตรา 584)

5) เป็นสัญญาที่ตกลงกำหนดเงื่อนไขการจ้าง ระยะเวลาการจ้าง การทำงาน ค่าจ้าง ผลประโยชน์ตอบแทนอื่นไว้อย่างใดก็ได้ แต่ข้อตกลงนั้นต้องไม่ขัด หรือผิดแผกแตกต่างไปจากกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

สรุป หากประเทศไทยให้สัตยาบันแก่นุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 โดยไม่ได้ยกเว้นภาคผนวกที่ 1 และที่ 2 ของอนุสัญญานี้ไว้ ประเทศไทยย่อมมีพันธกรณีในการปรับปรุงแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เกี่ยวกับแบบของสัญญาจ้างแรงงานให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือเป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อให้สอดคล้องกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 นี้ แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 กำหนดให้ประเทศสมาชิกที่ให้สัตยาบันแก่นุสัญญานี้สามารถกำหนดยกเว้นไม่รับเอาภาคผนวกที่ 1 และภาคผนวกที่ 2 ได้ ดังที่ประเทศสมาชิกหลายประเทศที่ให้สัตยาบันแก่นุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 แต่ยกเว้นไม่รับเอาภาคผนวกที่ 1 และหรือภาคผนวกที่ 2 ซึ่งมีอยู่ถึง 21 ประเทศของประเทศที่ให้สัตยาบันจากจำนวนทั้งหมด 47 ประเทศ อาทิ สหราชอาณาจักร นิวซีแลนด์ ไนจีเรีย เคนยา มาเลเซีย ฝรั่งเศส คาเมอรูน ไชปรัส เอกวาดอร์ โดมินิกา เป็นต้น ดังนั้น หากประเทศไทยไม่ต้องการแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและ-

พาณิชย์เกี่ยวกับสัญญาจ้างแล้ว ก็สามารถให้สัตยาบันแก่นุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 โดยยกเว้นไม่รับเอาภาคผนวกที่ 1 และภาคผนวกที่ 2 ได้

2.2 การให้ความคุ้มครองด้านสวัสดิการ

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้กำหนดให้ความคุ้มครองด้านสวัสดิการแก่แรงงานอพยพ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 และมาตรา 10 ส่วนอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ปรากฏอยู่ในมาตรา 25 มาตรา 27

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทย ได้แก่พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 และพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 แรงงานอพยพจะได้รับความคุ้มครองในกรณีที่ไม่สามารถทำงานได้จากการบาดเจ็บ หรือเจ็บป่วยจากการทำงานและนอกจากการทำงาน การตั้งครรภ์ การได้รับความคุ้มครองกรณีว่างงาน ชราภาพ และเสียชีวิต แรงงานอพยพสามารถขอรับสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายแต่ละฉบับได้ตามที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ กล่าวคือ

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ลูกจ้างหมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน อันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย” และในมาตรา 4 กำหนดยกเว้นลูกจ้างบางประเภทไว้ไม่อยู่ในบังคับแห่งพระราชบัญญัตินี้ อาทิ ข้าราชการ ลูกจ้างที่ไม่ใช่ลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น ลูกจ้างของนายจ้างที่มีสำนักงานในประเทศและไปประจำทำงานในต่างประเทศ ครู หรือครูใหญ่ของโรงเรียนเอกชน นักเรียน นักเรียน พยาบาล นิสิต หรือนักศึกษา หรือแพทย์ฝึกหัดซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงเรียน มหาวิทยาลัย หรือโรงพยาบาล นอกจากนี้ ยังรวมถึงลูกจ้างอื่นตามมาตรา 4 (6) ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4 (6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545 มาตรา 4 อาทิ ลูกจ้างของสภาอากาศไทย ลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ ลูกจ้างของกิจการเพาะปลูก ประมง ป่าไม้ และ

เลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปี และไม่มีงานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย ลูกจ้างของ นายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจรหรือเป็นไปตามฤดูกาล ลูกจ้างของนายจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งงานที่ลูกจ้างทำนั้นมิได้มีการประกอบธุรกิจ รวมอยู่ด้วย ลูกจ้างของนายจ้างซึ่งประกอบการค้าหรือการค้าแพงลอย เป็นต้น

หลักเกณฑ์ในการได้รับประโยชน์ทดแทนการประกันสังคมในแต่ละกรณี ก็จะแตกต่างกันไป ซึ่งแรงงานไทยและแรงงานอพยพต่างได้รับสิทธิประโยชน์จาก กองทุนประกันสังคมโดยเท่าเทียมกัน เว้นแต่กรณีการจ่ายประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพ ซึ่งอาจเป็นอุปสรรคในการได้รับสิทธิประโยชน์ของผู้ประกันตนที่เป็นแรงงาน อพยพ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ของการได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพตามพระราช- บัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มีหลักเกณฑ์ ดังนี้

1) ผู้ที่จะมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนกรณีชราภาพต้องเป็นผู้ประกันตน ที่มีอายุครบ 55 ปี และเกษียณอายุหรือเลิกทำงาน ซึ่งได้จ่ายเงินสมทบมาแล้วเป็นเวลา 180 เดือน ไม่ว่าจะระยะเวลาสั้นจะติดต่อกันหรือไม่ก็ตาม (มาตรา 76)

2) สิทธิที่ผู้ประกันตนได้รับเป็นเงินเลี้ยงชีพรายเดือน เรียกว่า เงินบำนาญ ชราภาพตามระยะเวลาที่ส่งเงินสมทบ เช่น ถ้านำส่งเงินสมทบ 15 ปี จะได้รับเงินบำนาญ ชราภาพในอัตราร้อยละ 15 ของค่าจ้างเฉลี่ย 60 เดือนสุดท้ายไปจนตลอดชีวิต แต่สำหรับผู้ประกันตนรายใดที่ได้จ่ายเงินสมทบมาเป็นระยะเวลาเกินกว่า 180 เดือนก่อนเกษียณ- อายุหรือเลิกทำงาน ผู้ประกันตนรายนั้นก็จะได้รับเงินเพิ่มอีกร้อยละ 1 ในทุก ๆ 12 เดือน (มาตรา 77 (1))

3) สำหรับผู้ประกันตนที่มีอายุครบ 55 ปีแล้ว แต่จ่ายเงินสมทบไม่ครบตาม ระยะเวลาตามเงื่อนไข คือ จ่ายเงินสมทบไม่ครบ 180 เดือน ก็จะได้รับเงินสมทบคืนตาม ส่วนที่ผู้ประกันตนและนายจ้างได้จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนพร้อมดอกเบี้ย ซึ่งเงินที่ได้รับ นี้จะเรียกว่า เป็นเงินบำเหน็จชราภาพ (มาตรา 77 (2)) มาตรา 77 ทวิ วรรคท้าย)

4) กรณีที่ผู้ประกันตนที่เสียชีวิตก่อนมีสิทธิได้รับบำนาญหรือเสียชีวิต ภายหลังจากที่ได้รับบำนาญไปแล้วไม่เกิน 60 เดือน ทายาทของผู้ประกันตน (ยกเว้น บุตรบุญธรรม) สามีภรรยาของผู้ประกันตนและบิดามารดาของผู้ประกันตนมีสิทธิได้รับ เงินบำเหน็จชราภาพทันที (มาตรา 77 ตริ วรรคท้าย มาตรา 77 จัตวา)

จากหลักเกณฑ์การได้รับสิทธิประโยชน์กรณีชราภาพนี้ หากแรงงานอพยพ ที่ทำงาน ในประเทศไทยไม่ถึง 180 เดือน จะไม่มีสิทธิได้รับเงินบำนาญชราภาพ กรณี ดังกล่าวก็จะเป็นเช่นเดียวกันกับแรงงานไทยที่ทำงานเป็นระยะเวลาไม่ถึง 180 เดือน ก็จะไม่สามารถขอรับเงินบำนาญชราภาพได้ อย่างไรก็ตาม แรงงานอพยพที่เป็นลูกจ้าง และตกอยู่ในบังคับของกฎหมายให้อยู่ในระบบประกันสังคมก็ยังสามารถขอรับบำเหน็จชราภาพได้ แม้จะไม่ได้ทำงานอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลานานและไม่ได้ส่งเงินสมทบครบถึง 180 เดือน แต่เงื่อนไขที่จะทำให้สิทธิการรับเงินบำเหน็จชราภาพนี้เกิดขึ้น ก็ต่อเมื่อ แรงงานอพยพที่เป็นผู้ประกันมีอายุครบ 55 ปีบริบูรณ์ หรือแรงงานอพยพ ผู้ประกันตนเสียชีวิตลงก่อนอายุครบ 55 ปี ซึ่งทั้งสองกรณี หากแรงงานอพยพผู้มีสิทธิ รับเงินดังกล่าวอยู่ต่างประเทศ จะต้องเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่อรับเงินดังกล่าว ด้วยตนเอง เนื่องจากสำนักงานประกันสังคมของไทยยังไม่มียุทธศาสตร์จ่ายเงินประโยชน์ทดแทนไปยังนอกประเทศ การเข้ามาในประเทศไทยเพื่อรับเงินบำเหน็จเมื่อตอนอายุ 55 ปี จึงเป็นข้อขัดข้องอย่างหนึ่งของแรงงานอพยพ เนื่องจากค่าใช้จ่ายในการเดินทางมา ประเทศไทย อาจไม่คุ้มกับเงินบำเหน็จจะได้รับจากการประกันสังคม ซึ่งโดยส่วนใหญ่ แรงงานอพยพมักจะไม่สามารถเข้าถึงสิทธิดังกล่าว จึงไม่ค่อยปรากฏว่ามีแรงงานอพยพมา ขอรับสิทธิประโยชน์กรณีชราภาพจากสำนักงานประกันสังคมเท่าใดนัก

กรณีดังกล่าวจึงเป็นอุปสรรคแก่แรงงานอพยพในการไม่ได้รับประโยชน์ จากการประกันสังคมกรณีชราภาพ ซึ่งมีใช้กรณีกฎหมายไทยไม่สอดคล้องหรือขัดแย้ง ต่อหลักมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศแต่อย่างใด เพราะไม่ใช่กรณีที่เป็นทางเลือก ปฏิบัติต่อแรงงานอพยพ แม้ว่า แรงงานอพยพอาจจะมีข้อขัดข้องที่ไม่สามารถขอรับสิทธิ ประโยชน์กรณีชราภาพได้ก็เนื่องจากลักษณะในการทำงานของแรงงานอพยพเองที่ต้อง ย้ายถิ่นฐานไปทำงานในประเทศอื่นด้วย หรือข้อขัดข้องที่แรงงานอพยพจะต้องเดินทาง มารับเงินด้วยตนเองเมื่ออายุครบ 55 ปีก็ตาม

ส่วนการให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 นั้น ก็ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างที่เป็นแรงงานอพยพด้วยเช่นเดียวกัน โดย ในมาตรา 5 ได้ให้คำนิยามคำว่าลูกจ้างไว้ว่า “ลูกจ้าง หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้ นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับ

งานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย” ดังนั้น บุคคลใด ๆ ก็ตามที่ตกลงทำงานให้แก่ นายจ้าง โดยประสงค์ที่จะรับค่าจ้างเป็นผลตอบแทนการทำงาน ถือว่าเป็นลูกจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าลูกจ้าง พนักงาน คนงาน หรืออะไรก็ตาม แต่จะไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานรับใช้ในบ้านเรือน เมื่อเป็นลูกจ้างจึงมีสิทธิได้รับเงินตอบแทน และหากประสบอันตราย หรือเจ็บป่วย หรือถึงแก่ความตายเนื่องมาจากการทำงานให้แก่ นายจ้าง ไม่ว่าจะลูกจ้างนั้นจะเป็นคนในชาติหรือแรงงานอพยพ ย่อมได้รับเงินทดแทนตามกฎหมายนี้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแรงงานอพยพจะได้รับความคุ้มครองตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 แต่เนื่องจากแรงงานอพยพที่ทำงานในประเทศไทยนั้น มีทั้งที่แรงงานที่เข้าเมืองและทำงานโดยถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งแรงงานเหล่านี้มักจะไม่มีปัญหาในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย แต่กรณีแรงงานอพยพที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายแต่ได้รับการผ่อนผันจากภาครัฐให้ทำงานได้ และกรณีแรงงานอพยพที่ทั้งเข้าเมืองและทำงานโดยผิดกฎหมายที่เรียกว่า “แรงงานผิดกฎหมาย” นั้น แรงงานอพยพเหล่านี้มักจะมีปัญหาในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

กรณีตัวอย่าง คดีของนางหนู่ม ไหมแสง ซึ่งมีข้อเท็จจริงดังนี้

เมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2549 นางหนู่ม ไหมแสง แรงงานอพยพชาวไทใหญ่ อายุ 37 ปี ซึ่งเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย แต่ได้รับใบอนุญาตทำงานจากกรมการจัดหางาน ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2547 โดยได้รับการกำหนดสถานะบุคคลเป็น “คนเข้าเมืองผิดกฎหมายที่ได้รับการผ่อนผันให้มีสิทธิอาศัยชั่วคราว และมีสิทธิทำงานชั่วคราวในประเทศไทย” ตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 27 เมษายน พ.ศ. 2547 และมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นางหนู่มได้รับบาดเจ็บจากแบบหล่อเสาเหล็กตกลงทับนางหนู่ม ทำให้ทุพพลภาพเป็นอัมพาตครึ่งล่าง

นางหนู่มได้ยื่นคำร้องขอรับเงินทดแทนกรณีทุพพลภาพจากกองทุนเงินทดแทนใน เดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2550 สำนักงานประกันสังคม (สปส.) จังหวัดเชียงใหม่ มีคำสั่งปฏิเสธคำร้อง แต่มีคำสั่งให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบจ่ายเงินทดแทนรายเดือนให้นางหนู่ม เดือนละ 2,418 บาท เป็นเวลา 15 ปี นางหนู่มจึงยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อ

คณะกรรมการกองทุนเงินทดแทน เพื่อขอให้กองทุนจ่ายเงินทดแทน จำนวน 435,240 บาท ในเดือนมกราคม พ.ศ. 2551 คณะกรรมการกองทุนเงินทดแทนได้มีคำวินิจฉัย ยืนตามคำสั่งสำนักงานประกันสังคม จังหวัดเชียงใหม่ และปฏิเสธไม่จ่ายเงินทดแทน ให้นางหนู่ม โดยอ้างแนวปฏิบัติตามหนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 ลงวันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2544

หนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมดังกล่าว กำหนดให้แรงงานอพยพหรือ แรงงานต่างด้าวที่จะขอรับเงินทดแทนจากกองทุนเงินทดแทนได้ต้องมีคุณสมบัติตาม เงื่อนไขดังต่อไปนี้

1) ต้องมีเอกสารการจดทะเบียนและใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) ที่ทาง ราชการออกให้มาแสดง ประกอบกับหนังสือเดินทาง (Passport) หรือใบสำคัญประจำตัว คนต่างด้าว

2) นายจ้างได้จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทนในอัตราไม่ต่ำกว่าค่าจ้าง ขั้นต่ำ ทั้งนี้แรงงานต่างด้าวต้องยื่นแบบเสียภาษีเงิน ได้บุคคลธรรมดาให้กับประเทศไทย กรณีแรงงานต่างด้าวที่ประสบอันตราย หรือเจ็บป่วยเนื่องจากการทำงานไม่ สามารถแสดงหลักฐานข้างต้นได้ นายจ้างจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบจ่ายเงินทดแทนให้แก่ ลูกจ้างเอง

มูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา (มสพ.) และคณะกรรมการสิทธิ มนุษยชนแห่งชาติ ได้เข้ามาให้ความช่วยเหลือทำให้นายจ้างตกลงจ่ายค่าทดแทน คราวเดียวให้แก่นางหนู่มตามคำสั่งของสำนักงานประกันสังคมจังหวัดเชียงใหม่ จำนวน 326,729 บาท¹ ในวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2550 คณะกรรมการพิจารณา อุทธรณ์ได้จำหน่ายอุทธรณ์ของนางหนู่มออกจากการพิจารณา โดยอ้างว่านางหนู่มได้ รับเงินทดแทนจากนายจ้างแล้ว

¹ดรุณี ไพศาลพาณิชย์กุล, สิทธิแรงงานข้ามชาติในระหว่างช่องว่างของความ ยุติธรรม: มองผ่าน 4 คดีใน 2 ศาล ของนางหนู่ม ไหมแสง [Online], available URL: [http:// www.statelessperson.com/www/?q=node/6706,2552](http://www.statelessperson.com/www/?q=node/6706,2552) (พฤศจิกายน 6).

ต่อมานางหนู่ม ไหมแสง ได้ยื่นฟ้องเป็นคดีเพื่อเรียกร้องความเป็นธรรม
ทั้งหมด 4 คดี ดังนี้

คดีแรก นางหนู่มยื่นฟ้องนายจ้างและผู้รับเหมาช่วง ต่อศาลแรงงานภาค
5 จังหวัดเชียงใหม่ ในความผิดตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานและในความผิดฐานละเมิด
เกี่ยวกับการงานที่จ้าง โดยเรียกค่าเสียหายจากทั้งสิ้นเป็นเงิน 753,209 จำเลยได้ตกลงจ่าย
ค่าเสียหายให้แก่นางหนู่มเป็นเงิน 200,000 บาท

คดีที่สอง คดีหมายเลขดำที่ 33/2551 คดีหมายเลขแดงที่ 124/2551 ของ
ศาลแรงงานภาค 5 โดยมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา ได้ยื่นฟ้องคณะกรรมการ
กองทุนเงินทดแทน ขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกองทุนเงินทดแทน และ
ให้คณะกรรมการมีคำสั่งให้กองทุนเป็นผู้จ่ายเงินทดแทนให้นางหนู่ม หรือให้นางหนู่ม
มีสิทธิได้รับเงินทดแทนตามมาตรา 18 (1) เพิ่มอีก 5 เดือน เป็น 12,045.25 บาท เนื่องจาก
เห็นว่าคำสั่งของคณะกรรมการ นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหนังสือเวียนสำนักงาน-
ประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 ที่คณะกรรมการฯ อ้างถึงเพื่อเป็นฐานของการออก
คำสั่งก็เป็นหนังสือและการกำหนดแนวปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อ พระราช-
บัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ทั้งยังเป็นการเลือกปฏิบัติระหว่างแรงงานไทยกับแรงงาน
ข้ามชาติและแรงงานข้ามชาติด้วยกันเองขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พ.ศ. 2550

ศาลแรงงานภาค 5 พิพากษายืนตามคณะกรรมการกองทุนเงินทดแทน โดยมี
คำวินิจฉัยใน 3 ประเด็นหลัก คือ

ประเด็นที่หนึ่ง หนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751
เป็นแนวปฏิบัติตามมติที่ประชุมของคณะกรรมการฯ (ตามสำเนารายงานการประชุม
ของคณะกรรมการฯ) จึงชอบด้วยกฎหมาย

ประเด็นที่สอง คณะกรรมการฯ ได้กำหนดแนวปฏิบัติสำหรับแรงงาน-
ต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน โดยถูกต้อง กับแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน โดยไม่ถูกต้องและ
ไม่สามารถนำหลักฐานมาแสดงได้ หรือนายจ้างไม่จ่ายเงินสมทบกองทุน จึงเห็นได้ว่า
คณะกรรมการ ได้กำหนดแนวปฏิบัติไว้สำหรับแรงงานต่างด้าวทุกกรณีแล้ว และ

ประเด็นที่สาม การจ่ายเงินทดแทนจากกองทุนฯ จำกัดเฉพาะในรายที่นายจ้างจ่ายเงินสมทบ ที่โจทก์กล่าวอ้างว่าเป็นสิทธิตามกฎหมายจึงจำเป็นต้องพิจารณาด้วยว่า กฎหมายได้กำหนดหน้าที่ด้วยหรือไม่ ดังนั้น ปัญหาว่ากองทุนฯ ต้องจ่ายเงินทดแทนให้โจทก์เพิ่มขึ้นหรือไม่ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย พิพากษายกฟ้อง ปัจจุบันคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา โดยนางหนู่มได้ยื่นอุทธรณ์ไปเมื่อวันที่ 29 สิงหาคม พ.ศ. 2551

คดีที่สาม คดีหมายเลขดำที่ 102/2551 คดีหมายเลขแดงที่ 97/2551 ของศาลปกครองจังหวัดเชียงใหม่ นางหนู่มยื่นฟ้องสำนักงานประกันสังคมและสำนักงานประกันสังคมจังหวัดเชียงใหม่ ขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนหนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 และแนวทางปฏิบัติ หรือการออกคำสั่งหรือกฎหรือแนวทางปฏิบัติที่ขัดต่อหลักการของกฎหมาย อันเป็นการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองเชียงใหม่ ชี้ว่า “. . . แม้ว่าข้อพิพาทดังกล่าวจะเป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายก็ตาม แต่ข้อพิพาทดังกล่าวเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน จึงอยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลแรงงาน พ.ศ. 2522 (มาตรา 8) คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคสอง (3) ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับฟ้องไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุด มีคำสั่งยืนตามศาลปกครองชั้นต้น ไม่รับฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาและจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

คดีที่ 4 คดีหมายเลขดำที่ 164/2552 คดีหมายเลขแดงที่ 232/2552 ของศาลแรงงานภาค 5 ยื่นฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนหนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 ศาลมีคำพิพากษายกฟ้องคดีที่นางหนู่ม ไหมแสง และแรงงานข้ามชาติอีกสองราย โดยเห็นว่า “ประเด็นความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของหนังสือเวียนดังกล่าวนั้น ปัจจุบันอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา โจทก์ที่ 2 และที่ 3 นั้น ไม่มี

อำนาจฟ้อง” นางหนู่มยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาไปเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2552 ปัจจุบันคดีนี้อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกา

กรณีเหตุการณ์ของนางหนู่ม แสงไหม สมาพันธ์แรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ (สรส.) ได้มีหนังสือถึงองค์การแรงงานระหว่างประเทศ เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2552 จนกระทั่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้เผยแพร่รายงานที่คณะกรรมการผู้ชำนาญการด้านการอนุวัติให้เป็นไปตามอนุสัญญาและข้อเสนอแนะ (Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) ในปี พ.ศ. 2553 ระบุว่า ประเทศไทยเลือกปฏิบัติต่อแรงงานข้ามชาติ เนื่องจากไทยปฏิเสธให้แรงงานข้ามชาติได้รับสิทธิจากกองทุนเงินทดแทนหากบาดเจ็บหรือเจ็บป่วยจากการทำงาน เป็นการละเมิดพันธกรณีในฐานะรัฐภาคีที่ลงนามในอนุสัญญาฉบับที่ 19 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ นอกจากนี้ รายงานยังระบุอีกว่า “คณะกรรมการตั้งข้อสังเกตด้วยความวิตกเป็นอย่างยิ่งว่าสถานการณ์ของแรงงานข้ามชาติพม่าร่วม 2 ล้านคน ซึ่ง สรส. ชี้แจงว่าแรงงานจำนวนมากอยู่ใน “พื้นที่ทางสังคมที่ปราศจากกฎหมาย” แรงงานข้ามชาติเหล่านี้ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายทั้งของไทยและพม่า เนื่องจากสถานการณ์เป็นที่น่าวิตกอย่างมาก คณะกรรมการขอให้รัฐบาลแจ้งให้สำนักงานประกันสังคมดำเนินการในทางบวกโดยเร่งด่วน เพื่อเพิกถอนเงื่อนไขที่เป็นข้อจำกัดการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ในกองทุนเงินทดแทน โดยไม่มีข้อจำกัดด้านสัญชาติ และเนื่องจากขณะนี้หนังสือเวียนของสำนักงานประกันสังคมกำลังอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลฎีกาและศาลแรงงานกลาง คณะกรรมการหวังเป็นอย่างยิ่งว่าศาลทั้งสองจะนำข้อคิดเห็นดังกล่าวไปประกอบการพิจารณาคดีด้วย”

หากจะพิจารณาถึงว่า กรณีของนางหนู่ม แสงไหม แรงงานอพยพซึ่งเข้าเมืองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ได้รับการผ่อนผันอนุญาตให้ทำงานในประเทศไทยจากภาครัฐดังกล่าวถือเป็นการเลือกปฏิบัติ หรือเป็นการปฏิบัติโดยไม่เท่าเทียมกันกับแรงงานไทยในการเข้าถึงสิทธิกองทุนเงินทดแทน อันเป็นการขัดต่ออนุสัญญาฉบับที่ 97 หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่า นางหนู่ม แสงไหม แรงงานอพยพ แม้จะเข้าเมืองโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่เมื่อนางหนู่มได้ทำงานให้แก่นายจ้างและได้รับค่าจ้างเป็นการตอบแทนแล้ว ย่อมถือเป็นลูกจ้างในความหมายตามพระราชบัญญัติเงิน พ.ศ. 2537 มาตรา 5 เมื่ออยู่ใน

ฐานะลูกจ้าง นางหนุ่มยอมมีสิทธิได้รับเงินทดแทนตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเช่นเดียวกับแรงงานไทยทุกประการ ซึ่งสำนักงานประกันสังคม ได้กำหนดหลักฐานที่ต้องใช้ในการขอรับเงินทดแทนจากกองทุนเงินทดแทน กรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยเนื่องจากการทำงาน ได้แก่

- 1) กท. 16 (หนังสือรับรองของแพทย์ผู้รักษา)
- 2) ใบรับรองแพทย์
- 3) สำเนาบัตรประชาชน
- 4) สำเนาบัตรลงเวลาทำงาน

กรณีอุบัติเหตุเนื่องจากการทำงานนอกสถานที่ทำงาน ได้แก่

- 1) กท. 16 (หนังสือรับรองของแพทย์ผู้รักษา)
- 2) ใบรับรองแพทย์
- 3) สำเนาบัตรลงเวลาทำงาน
- 4) หลักฐานการออกปฏิบัติงานนอกสถานที่
- 5) บันทึกประจำวันตำรวจ
- 6) สำเนาบัตรประชาชน

แต่สำหรับแรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าว สำนักงานประกันสังคมกลับกำหนดเงื่อนไขในการยื่นคำร้องขอรับเงินทดแทนแตกต่างไปจากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้แรงงานอพยพขอรับเงินทดแทนได้ยากกว่าแรงงานไทย ทั้ง ๆ ที่ นายจ้างในกิจการเกือบทุกประเภท นอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดยกเว้นไว้ หากมีลูกจ้างตั้งแต่ 1 คนขึ้น ล้วนมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทน และลูกจ้างทุกคน โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นลูกจ้างที่มีสัญชาติไทยหรือสัญชาติอื่น จะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไร หรือได้เข้าเมือง โดยถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ หรือมีเอกสารประเภทใด แต่หากเป็นผู้ที่ทำงานให้แก่ นายจ้าง โดยได้รับสินจ้างแล้ว ย่อมถือเป็น “ลูกจ้าง” ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ทั้งสิ้น ซึ่งหมายความว่า ลูกจ้างนั้น ๆ เป็นผู้มีสิทธิที่จะได้รับเงินทดแทนหากลูกจ้างได้รับอุบัติเหตุหรือเจ็บป่วยจากการทำงาน

นอกจากนี้ การที่หนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในข้อที่ 2) ว่า “นายจ้างได้จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทน

ในอัตราไม่ต่ำกว่าค่าจ้างขั้นต่ำ ทั้งนี้แรงงานต่างด้าวต้องยื่นแบบเสียภาษีเงิน ได้บุคคล
 ธรรมดาให้กับประเทศไทย” นั้น ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ-
 เงินทดแทน พ.ศ. 2537 ซึ่งตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 นั้น กองทุนเงิน-
 ทดแทน คือ กองทุนในสำนักงานประกันสังคมเพื่อจ่ายเป็นเงินทดแทน ให้แก่ลูกจ้าง
 แทนนายจ้างซึ่งมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินสมทบตามมาตรา 44 โดยอัตราเงินสมทบที่นายจ้าง
 ต้องจ่ายจะถูกกำหนดขึ้น โดยคำนึงถึงสถิติการประสบอันตรายหรืออัตราความเสียหายของ
 แต่ละประเภทกิจการ โดยกองทุนจะทำหน้าที่เป็นหลักประกันในการจ่ายเงินทดแทน
 เพื่อคุ้มครอง เยียวยา ให้กับลูกจ้าง โดยเร็วที่สุดหลังจากที่ลูกจ้างประสบอุบัติเหตุ
 ในระหว่างการทำงาน ทั้งนี้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างในการเผชิญหรือเสี่ยงกับ
 การยึดเชื้อ ถ่วงเวลาการจ่ายเงินของนายจ้าง ประการสำคัญพระราชบัญญัติเงินทดแทน
 พ.ศ. 2537 มาตรา 46 ได้กำหนดความรับผิดชอบของนายจ้างในกรณีที่ไม่วางเงินสมทบเข้า
 กองทุนเงินทดแทน ไว้แล้ว ดังที่บัญญัติไว้ว่า “นายจ้างผู้ใดไม่จ่ายเงินสมทบภายใน
 กำหนดเวลาหรือจ่ายเงินสมทบไม่ครบจำนวนตามที่จะต้องจ่าย ให้เสียเงินเพิ่มอีกร้อยละ
 สามต่อเดือนของเงินสมทบที่ต้องจ่าย” อีกทั้งมาตรา 47 ก็ได้กำหนดไว้อีกว่า “เลขาธิการ
 มีอำนาจออกคำสั่งเป็นหนังสือให้ยึด आयัดและขายทอดตลาดทรัพย์สินของนายจ้างซึ่ง
 ไม่นำส่งเงินสมทบหรือเงินเพิ่ม หรือนำส่งไม่ครบจำนวน

การมีคำสั่งให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินตามวรรคหนึ่งจะกระทำได้ต่อเมื่อได้ส่ง
 คำเตือนเป็นหนังสือให้นายจ้างนำเงินสมทบหรือเงินเพิ่มที่ค้างมาจ่ายภายในเวลา
 ที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวันนับแต่วันที่นายจ้างได้รับหนังสือนั้น และนายจ้าง
 ไม่จ่ายภายในเวลาที่กำหนด . . .” อันเป็นบทลงโทษแก่นายจ้าง หากนายจ้างที่ไม่ปฏิบัติ
 ตามกฎหมาย ไม่สมควรที่จะนำเอาผลจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายของนายจ้างมาเป็น
 เงื่อนไขในการขอรับเงินทดแทนแก่ลูกจ้างที่เป็นแรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าว
 รวมถึงเงื่อนไขที่กำหนดว่า “แรงงานต่างด้าวต้องยื่นแบบเสียภาษีเงิน ได้บุคคลธรรมดา
 ให้กับประเทศไทย” ก็ไม่สมควรนำมากำหนดเป็นเงื่อนไขในการขอรับเงินทดแทน
 เช่นเดียวกัน เนื่องจากทั้งในพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 และประมวลรัษฎากร
 ก็ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวเอาไว้แต่ประการใด แม้ว่าหนังสือเวียนสำนักงาน
 ประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 เป็นหนังสือที่กำหนดแนวปฏิบัติภายในหรือคำชี้แจง

ภายในองค์กรสำนักงานประกันสังคม แต่หนังสือดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิของแรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าว จึงมีสภาพเป็น “กฎ” ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3 และพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ตามนัยคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 118/2544 เมื่อหนังสือเวียนสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 เป็นกฎ จำเป็นต้องอ้างบทบัญญัติกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกกฎนั้นด้วย อีกทั้ง หนังสือดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 ซึ่งบัญญัติว่า “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้ และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้” รวมทั้ง ยังขัดต่อหลักความเสมอภาคที่กำหนดไว้ใน มาตรา 30 อันเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในการคุ้มครองแรงงานอพยพ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกันชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม”

หนังสือเวียนของสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 จึงเป็นกฎที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้” ดังนั้น จึงไม่อาจนำหนังสือเวียนของสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 มาใช้บังคับกับแรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าวได้

นอกจากนี้ หนังสือเวียนของสำนักงานประกันสังคมฉบับ รส 0711/ว751 ยังขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยในฐานะรัฐภาคี กล่าวคือ ขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 26 ขัดต่อกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 2 และข้อ 9 ดังรายละเอียดที่ได้ศึกษาไว้แล้วในบทที่ 3 รวมไปถึงข้อ 5 แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ พ.ศ. 2508 และอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างฉบับที่ 19 ว่าด้วยการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องค่าทดแทนระหว่างคนงานชาติในบังคับ และคนต่างชาติ พ.ศ. 2468 อีกด้วย

2.3 สิทธิเกี่ยวกับสหภาพแรงงาน

หลักการได้รับการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันระหว่างแรงงานอพยพกับแรงงานในชาติเกี่ยวกับสหภาพแรงงานนั้น อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 มาตรา 6 บัญญัติไว้ว่า “รัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้อพยพเข้าเมืองอย่างถูกกฎหมายภายในดินแดนของตนอย่างดี ไม่น้อยไปกว่าที่ได้ปฏิบัติต่อชนชาติตนเอง และโดยไม่มีการแบ่งแยกเกี่ยวกับสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ในเรื่องดังต่อไปนี้ . . . ก) (2) การเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานและการได้รับสิทธิประโยชน์จากการร่วมเจรจาต่อรอง . . .” อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูกกักขังและการส่งเสริมความเท่าเทียมและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 มาตรา 10 ที่บัญญัติไว้ว่า “รัฐสมาชิกแต่ละรัฐที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ ยอมรับที่จะประกาศและดำเนินนโยบายแห่งชาติที่มุ่งส่งเสริมและรับประกันด้วยวิธีการที่เหมาะสมกับเงื่อนไขและประเพณีปฏิบัติแห่งชาติ ในเรื่องความเท่าเทียมในการได้รับโอกาสและการได้รับการปฏิบัติเกี่ยวกับ . . . สหภาพแรงงานและสิทธิตามขนบธรรมเนียมประเพณีและเกี่ยวกับเสรีภาพของบุคคลและหมู่คณะ สำหรับบุคคลผู้เป็นคนงานอพยพ หรือสมาชิกของครอบครัวที่ถูกต้องตามกฎหมาย . . .” ส่วนอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 กำหนดไว้ในมาตรา 26 โดยกำหนดให้สิทธิแรงงานอพยพ

ในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพและสิทธิในการรวมตัวกันเพื่อก่อตั้งสหภาพด้วย ซึ่งเป็นหลักการเดียวกันกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ข้อ 22 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 8

ตามอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 จำกัดเฉพาะ การได้รับการคุ้มครองในการเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน และการได้รับประโยชน์ จากการเจรจาต่อรอง ไม่รวมถึงการเป็นผู้ก่อตั้งหรือคณะกรรมการสหภาพ ในขณะที่ บทบัญญัติมาตรา 10 แห่งอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 และอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติ และสมาชิกรอบครัว ค.ศ. 1990 กำหนดหลักการเกี่ยวกับสหภาพแรงงานไว้กว้างกว่า อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 เพราะไม่ได้จำกัดเฉพาะ การเข้าเป็นสมาชิกสหภาพเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงสิทธิในการก่อตั้งสหภาพอีกด้วย

พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เปิดโอกาสให้แรงงานอพยพ มีสิทธิเท่าเทียมกับแรงงานไทยในการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เนื่องจากใน มาตรา 5 ได้บัญญัติเอาไว้ว่า “ลูกจ้าง หมายถึง ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างเพื่อรับ ค่าจ้าง” กรณีจึงไม่ได้จำกัดเฉพาะลูกจ้างที่มีสัญชาติไทยเท่านั้น แต่ในทางปฏิบัติยังไม่ พบว่า แรงงานข้ามชาติใช้สิทธิดังกล่าว และหากแรงงานข้ามชาติดำรงตำแหน่งผู้บริหาร และผู้จัดการ ตามกฎหมายถือว่าตำแหน่งดังกล่าวมีสถานะเป็นนายจ้าง จึงไม่มีสิทธิเข้า เป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน ซึ่งแรงงานไทยที่ดำรงตำแหน่งผู้บริหารก็ไม่มีสิทธิเข้าร่วม เป็นสมาชิกสหภาพแรงงานเช่นกัน จึงถือว่าไม่มีการเลือกปฏิบัติต่อแรงงานข้ามชาติ ในด้านสิทธิการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานแต่อย่างใด แต่สิทธิในการก่อตั้งสหภาพ แรงงานนั้น พระราชบัญญัตินี้ยังมีบทบัญญัติที่เป็นการจำกัดสิทธิของแรงงานอพยพอยู่ ทั้งนี้เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการรวมตัวนี้ มีอนุสัญญาหลักขององค์การแรงงาน ระหว่างประเทศได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว คือ อนุสัญญาฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 และ อนุสัญญาฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวกันและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949

ซึ่งขณะนี้ประเทศไทยกำลังพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาทั้งสองฉบับ โดยคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 2553 เห็นชอบอนุสัญญาทั้งสองฉบับ

ดังกล่าว ขณะนี้ยังอยู่ในระหว่างการนำเสนอต่อรัฐสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ ผู้เขียนจึงขอนำอนุสัญญาฉบับที่ 87 และฉบับที่ 98 มาพิจารณาประกอบด้วย ดังนี้

หลักการสำคัญภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาขององค์การระหว่างประเทศฉบับที่ 87 ว่าด้วยเสรีภาพในการสมาคมและการคุ้มครองสิทธิในการรวมตัว ค.ศ. 1948 หน่วยงานของรัฐต้องละเว้นการแทรกแซงใด ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิ หรือขัดขวางการใช้สิทธิที่ถูกต้องตามกฎหมาย องค์กรนายจ้างและองค์กรลูกจ้างต้องไม่ถูกยกเลิกหรือถูกสั่งพักการดำเนินการ โดยฝ่ายบริหารของรัฐ นอกจากนี้ อนุสัญญาฉบับนี้ยังให้ความคุ้มครองแก่ข้าราชการ ทหาร ตำรวจ อีกด้วย

หลักการสำคัญภายใต้บทบัญญัติของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 98 ว่าด้วยสิทธิในการรวมตัวกันและการร่วมเจรจาต่อรอง ค.ศ. 1949 สิทธิในการรวมตัวและการร่วมเจรจาต่อรองจะได้รับการคุ้มครอง โดยปลอดจากการแทรกแซงโดยหน่วยงานของรัฐและคุ้มครองถึงข้าราชการ ทหาร ตำรวจ

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 แล้วพบว่า มีบทบัญญัติในเรื่องต่าง ๆ ที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาทั้งสองฉบับ ดังนี้

1) ในการจัดตั้งสหภาพ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ได้กำหนดคุณสมบัติผู้มีสิทธิจัดตั้งสหภาพและกรรมการไว้ว่า ต้องมีอายุ 20 ปี หรือบรรลุนิติภาวะ และต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้นตามมาตรา 88 และมาตรา 101 ทำให้แรงงานอพยพไม่มีสิทธิก่อตั้งสหภาพได้ เป็นการไม่สอดคล้องกับหลักเสรีภาพในการรวมตัว นอกจากนี้ การให้คำนิยามของ “ลูกจ้าง” ไว้ว่า หมายถึง “ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างเพื่อรับค่าจ้าง” ในมาตรา 5 ของพระราชบัญญัตินี้ ทำให้ผู้ประกอบการอาชีพอิสระอื่น ๆ ที่ไม่ได้เป็นลูกจ้างไม่สามารถตั้งสหภาพแรงงานตามกฎหมายได้ ทั้งกรณีลูกจ้างเอกชนและลูกจ้างรัฐวิสาหกิจก็ไม่สามารถรวมตัวกันจัดตั้งเป็นองค์กรเดียวกันได้ รวมถึงไม่สามารถรวมตัวเป็นสหพันธ์แรงงานและสภาองค์กรลูกจ้างได้ เนื่องจากกฎหมายแบ่งแยกออกจากกันคนละฉบับ โดยการรวมตัวกันจัดตั้งสหภาพของรัฐวิสาหกิจจะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 โดยจำกัดให้รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งมีสหภาพแรงงานได้เพียงสหภาพเดียวเท่านั้น

(มาตรา 40) ส่วนลูกจ้างองค์กรเอกชนเป็นไปตามบังคับแห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 นอกจากนี้ กฎหมายยังห้ามข้าราชการ ลูกจ้าง ของส่วนราชการจัดตั้งสหภาพแรงงาน ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518

2) การเข้าแทรกแซงการบริหารและดำเนินกิจกรรมของสหภาพโดยภาครัฐ อันเป็นหลักการที่อนุสัญญาได้กำหนดห้ามไว้ แต่พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ยังมีการกำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจในการตรวจสอบและสั่งแก้ไขข้อบังคับของสหภาพ (มาตรา 91) การกำหนดให้นายทะเบียนมีอำนาจสั่งให้กรรมการ-ผู้ใดผู้หนึ่งหรือคณะกรรมการของสหภาพออกจากตำแหน่ง (มาตรา 106) อำนาจในการเข้าไปในสำนักงานของสหภาพแรงงานเพื่อตรวจสอบกิจการของสหภาพรวมทั้งสั่งให้กรรมการหรือลูกจ้างของสหภาพแรงงานส่งหรือแสดงเอกสารหรือบัญชีของสหภาพแรงงาน (มาตรา 105) รัฐมนตรีมีอำนาจใช้ดุลพินิจสั่งยุติการนัดหยุดงานหรือกำหนดกิจการที่ห้ามใช้สิทธินัดหยุดงานได้ แม้ในกิจการที่ไม่ถือว่าเป็นบริการที่จำเป็น (Non-essential Service) ส่วนกรณีของรัฐวิสาหกิจ พระราชบัญญัติรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 มาตรา 33 กำหนดห้ามนัดหยุดงานในทุกกิจการ โดยเด็ดขาด

3) การให้ความคุ้มครองลูกจ้างในการรวมตัวหรือร่วมเจรจาต่อรอง มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับอนุสัญญา เนื่องจากกำหนดให้นายจ้างมีอำนาจเด็ดขาดในการเลิกจ้างกรรมการสหภาพแรงงาน ในขณะที่หากเป็นกรณีการเลิกจ้างกรรมการ-ลูกจ้างกลับได้รับความคุ้มครองมากกว่า โดยนายจ้างไม่สามารถเลิกจ้างกรรมการลูกจ้างได้ในทันทีแต่จะต้องได้รับอนุญาตจากศาลแรงงานก่อนจึงจะสามารถเลิกจ้างได้ อันเป็นการให้ความคุ้มครองที่มั่นคงกว่ากรณีของกรรมการสหภาพแรงงาน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 52 แห่งพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 นอกจากนี้ กรณีการถูกเลิกจ้างหรือถูกนายจ้างกระทำอันไม่เป็นธรรม ตามมาตรา 121 (1) ก็ให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างไม่เพียงพอ เนื่องจากไม่ได้ให้ความคุ้มครองถึงกลุ่มลูกจ้างที่เริ่มก่อตั้งหรือในขณะที่ก่อตั้งสหภาพแรงงาน ทำให้หากลูกจ้างถูกเลิกจ้างหรือถูกกระทำอันไม่เป็นธรรมก่อนที่มีการจดทะเบียนสหภาพแรงงานแล้วเสร็จ ลูกจ้างย่อมไม่ได้รับความคุ้มครองตามบทบัญญัติดังกล่าว

2.4 สิทธิในการมีที่พักอาศัย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 36 ได้บัญญัติรับรองไว้ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร”

แรงงานอพยพมีสิทธิในที่พักอาศัยในประเทศไทยได้โดยสามารถเช่าที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้ แต่ไม่สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ได้ เนื่องจากประมวลกฎหมายที่ดินได้จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวหรือแรงงานอพยพในการถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินเอาไว้ โดยคนต่างด้าวจะสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเท่านั้น

ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 วรรคแรกบัญญัติว่า “คนต่างด้าวจะได้อาศัยที่ดินก็โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย”

บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่ห้ามคนต่างด้าวหรือแรงงานอพยพไม่ให้ถือครองที่ดินในประเทศไทยดังกล่าวนี้แตกต่างจากคนไทยที่สามารถถือครองที่ดินได้โดยไม่ต้องมีการขออนุญาตเจ้าหน้าที่ของรัฐก่อน อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวและแรงงานต่างด้าวก็มีสิทธิในที่พักในประเทศไทยได้โดยสามารถเช่าที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้เช่าได้สูงสุดครั้งละ 30 ปี โดยสามารถต่อสัญญาได้อีกไม่เกิน 30 ปี

นอกจากนี้ แรงงานอพยพยังสามารถมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดหรือคอนโดมิเนียมได้ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 19 ถ้าเป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามา ในราชอาณาจักร หรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศหรือถอนเงินจาก บัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ แต่เมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละสี่สิบเก้าของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น ในขณะที่ขอลดทะเบียนอาคารชุด ตามมาตรา 19 ทวิ

แม้บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองเรื่องดังกล่าวเป็นการกำหนดสิทธิของแรงงานอพยพให้แตกต่างไปจากสิทธิของคนไทย อันอาจเป็นการขัดต่อหลักการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกัน หรือหลักไม่เลือกปฏิบัติตามมาตรา 6 (3) เรื่องที่พักอาศัย ของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 และยังขัดอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติ และสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ที่รับรองให้แรงงานอพยพมีสิทธิในการมีที่พักอาศัยด้วย แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติได้ให้การยอมรับว่า “หากว่าเนื้อหาของการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสมเหตุสมผลและมีหลักการไม่ได้ขึ้นอยู่กับความอำเภอใจและมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรลุเป้าหมายที่ถูกต้องตามกฎหมายตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและพลเมืองนี้ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ” ซึ่งในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง ข้อ 12. ได้กำหนดไว้ว่า “1. บุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของรัฐใดโดยชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีสิทธิในเสรีภาพในการโยกย้าย และเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในดินแดนของรัฐนั้น . . . 3. สิทธิดังกล่าวข้างต้นไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดใด ๆ เว้นแต่เป็นข้อจำกัดตามกฎหมาย และที่จำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของชาติ ความสงบเรียบร้อย การสาธารณสุข หรือศีลธรรมของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น และข้อจำกัดนั้นสอดคล้องกับสิทธิอื่น ๆ ที่รับรองไว้ในกติกานี้ . . .” รวมไปถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ข้อ 11. ก็ได้กำหนดไว้เพียงว่า “รัฐภาคีแห่งกติกานี้รับรองสิทธิทุกคนในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับตนเองและครอบครัว ซึ่งรวมถึงอาหาร เครื่องนุ่งห่ม และที่อยู่อาศัยที่เพียงพอ . . .” ประกอบกับคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศได้มีข้อสังเกตไว้ว่า “รัฐยังคงสามารถจำกัดขอบเขตเรื่องของการจ้างงานได้ในรูปของการกำหนดระยะเวลาพำนัก คุณสมบัติบางประการ และจำกัดการเข้าถึงการมีงานทำในประเทศได้โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของรัฐ”

ดังนั้น การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินของประเทศไทย ซึ่งเหตุผลเพื่อต้องการรักษาความมั่นคงของชาติ ไม่ต้องการให้คนต่างชาติมายึดครองที่ดิน

ในประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยไม่ต้องการเสียดินแดนให้กับต่างชาติซึ่งจะกลายเป็นอาณานิคม ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของทุกประเทศที่ต่างก็จำกัดสิทธิคนต่างชาติไว้มิให้สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อันเป็นเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศเช่นเดียวกัน อีกทั้ง เมื่อพิจารณาความหมายของ สิทธิในการมีที่พักอาศัยตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม รวมถึงกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมืองแล้ว จะเห็นว่า ได้กล่าวถึงเฉพาะสิทธิในการมีที่พักอาศัย ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิในการถือครองที่ดินแต่อย่างใด ซึ่งสิทธิในการมีที่พักอาศัยแรงงานอพยพนั้น ประเทศไทยเปิดโอกาสให้แก่แรงงานอพยพอยู่แล้วตามกฎหมายที่ได้กล่าวมาข้างต้น

2.5 สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดี

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการหางานทำ (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 มาตรา 6 ได้รับรองสิทธิของแรงงานอพยพในการฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับเรื่องต่าง ๆ ที่อนุสัญญาสัญญาได้กำหนดให้ ความคุ้มครองไว้ด้วย โดยการให้สิทธิดังกล่าวของแรงงานอพยพให้เป็นไปตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติระหว่างแรงงานอพยพกับแรงงานในชาติ

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูกกดขี่และการส่งเสริมเท่าเทียมการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 กำหนดไว้ในมาตรา 9 (2) “ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิตามความที่อ้างถึงในวรรคข้างต้น คนงานจะต้องสามารถยื่นฟ้องต่อหน่วยงานทรงอำนาจได้ ไม่ว่าจะยื่นโดยตนเองหรือผ่านผู้แทน”

อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ก็ได้กำหนดหลักการไว้ในลักษณะเดียวกับอนุสัญญาทั้งสองฉบับ โดยปรากฏอยู่ในมาตรา 78 แห่งอนุสัญญาและสอดคล้องกับหลักการของกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเมือง ข้อ 14. ที่เรียกว่า สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีความที่เป็นธรรม (The Right to Fair Trial and Hearing)

เมื่อลูกจ้างแรงงานอพยพถูกเลิกจ้าง มักต้องการการเยียวยาความเสียหายในเรื่องการคุ้มครองค่าตอบแทนการทำงาน ค่าชดเชย หรือสภาพการทำงานต่าง ๆ ที่ไม่เป็นธรรม ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 หรืออาจเป็นกรณีการเรียกค่าทดแทนจากกองทุนประกันสังคม หรือกองทุนเงินทดแทน เช่นกรณีของนางหนู่ม ไหมแสง ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายแล้ว เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นลูกจ้างไม่ว่าจะเป็นคนในชาติหรือแรงงานอพยพย่อมสามารถใช้สิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลแรงงาน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีในศาลแรงงาน พ.ศ. 2522 ได้ โดยสามารถขอความช่วยเหลือจากเจ้าหน้าที่ที่ศาลแรงงานได้ หากเป็นกรณีการเรียกร้องสิทธิตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ลูกจ้างยังสามารถยื่นคำร้องแก่เจ้าหน้าที่ตรวจแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมได้อีกทางหนึ่งด้วย

อย่างไรก็ดี แม้ว่าแรงงานอพยพจะสามารถใช้สิทธิเรียกร้องโดยการฟ้องคดีต่อศาลแรงงานได้ดังกล่าว แต่ปัญหาของแรงงานอพยพเมื่อถูกเลิกจ้าง คือ การไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย เนื่องจากตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้น เมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรแล้วจะต้องปฏิบัติหน้าที่ หรืออยู่ตามเหตุผลที่ร้องขอตามที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น หากมีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแปลงนายจ้าง หรือการพ้นหน้าที่เพราะถูกเลิกจ้างหรือออกจากงาน หรือเปลี่ยนเหตุผลการขออยู่ต่อในราชอาณาจักรแตกต่างไปจากที่ร้องขอการอนุญาตให้อยู่ต่อในราชอาณาจักรดังกล่าวย่อมสิ้นสุดลงทันที และจะต้องออกไปจากราชอาณาจักรไทย ตามมาตรา 54 หากคนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 81 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ดังนั้น เมื่อแรงงานอพยพถูกเลิกจ้างหรือออกจากงานจึงไม่มีสิทธิอยู่ในประเทศไทย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ขัดกับหลักแห่งอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 มาตรา 8 (1) ที่กำหนดว่า “หากคนงานอพยพเข้าไปพำนักในดินแดนโดยชอบด้วยกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการหางานทำ คนงานรายนั้นจะต้องไม่ถูกถือว่าอยู่ในสถานะผิดกฎหมายหรือผิดปกติเพียงเพราะเขา

สัญญาเสียการมีงานทำ ซึ่งการสัญญาเสียการมีงานทำนั้น โดยตัวมันเองจะต้องไม่ทำให้ถูกถอนสิทธิในการได้รับอนุญาตให้พำนัก หรือถอนใบอนุญาตทำงานแล้วแต่กรณี”

ทางด้านพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของแรงงานอพยพ โดยตรงนั้น กลับเปิดโอกาสให้แรงงานอพยพที่ต้องการเปลี่ยนงานหรือเปลี่ยนนายจ้างสามารถยื่นคำร้องขออนุญาตต่อ นายทะเบียนได้ โดยมาตรา 26 วรรคสองกำหนดไว้ว่า “ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดประสงค์จะเปลี่ยนหรือเพิ่มประเภทหรือลักษณะงาน นายจ้าง ท้องที่ หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไข ต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียน” หากฝ่าฝืนนายทะเบียนมีอำนาจเพิกถอนใบอนุญาตตามมาตรา 28 และยังมีโทษปรับอีกไม่เกินสองหมื่นบาทตามมาตรา 52 ซึ่งตามกฎหมายนี้การเลิกจ้างหรือการออกจากงาน ไม่ได้ทำให้สิทธิในการทำงานของแรงงานอพยพตามกฎหมายสิ้นสุดลง

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำงานของแรงงานอพยพฉบับอื่น ๆ กล่าวคือ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ความคุ้มครองแก่แรงงานเกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ และหากนายจ้างฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม ลูกจ้างก็สามารถเรียกร้องสิทธิต่อศาลแรงงานได้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ไม่สอดคล้องกัน นอกจากนี้ ในการขออนุญาตเข้ามาทำงานของแรงงานอพยพหรือคนต่างด้าวในประเทศไทยมีความยุ่งยากและซับซ้อนหลายขั้นตอน เนื่องจากจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายทั้งสองคือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยมีขั้นตอนการเข้าเมือง และการขออนุญาตทำงานแยกออกจากกันตามกฎหมายดังกล่าว การทำงานของหน่วยงานที่ควบคุมดูแลทั้งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ดูแลเกี่ยวกับคนเข้าเมืองและกระทรวงแรงงานที่ดูแลด้านการอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวก็แยกต่างหากจากกัน ทำให้แรงงานอพยพที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยจะต้องดำเนินการขออนุญาตถึง 3 ขั้นตอน ด้วยกัน กล่าวคือ

ขั้นตอนแรก เป็นการขออนุญาตเข้าประเทศ

ขั้นตอนที่สอง เป็นการขออนุญาตพำนัก และ

ขั้นตอนสุดท้าย คือ การขออนุญาตทำงาน

ปัญหาที่แรงงานอพยพมักจะประสบคือ ระยะเวลาในการได้รับอนุญาต
พำนักกับระยะเวลาในการได้รับอนุญาตให้ทำงานไม่เท่ากัน โดยส่วนใหญ่ระยะเวลา
ในการพำนักจะสั้นกว่า เพราะวีซ่าของแรงงานอพยพนั้นเป็นวีซ่าประเภท “Non-
immigrant” ซึ่งได้รับอนุญาตให้พำนักในประเทศไทยเพียง 90 วัน ในขณะที่ใบอนุญาต
ทำงานมีระยะเวลาถึงสองปี ตามมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของ
คนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ทำให้แรงงานอพยพที่ได้รับอนุญาตทำงานเรียบร้อยแล้ว ต้อง
ย้อนกลับไปดำเนินการขอขยายระยะเวลาพำนักให้สอดคล้องกับระยะเวลาในการทำงาน
อีกครั้งหนึ่ง

กรณีที่แรงงานอพยพถูกเลิกจ้าง แต่ได้งานใหม่หรือมีนายจ้างใหม่ก็ประสบ
ปัญหาจากการที่กฎหมายไม่สอดคล้องกันเช่นเดียวกัน แม้แรงงานอพยพจะได้รับ
อนุญาตทำงานตามกฎหมายโดยถูกต้อง แต่เมื่อสิทธิในการพำนักในประเทศไทยไม่มี
แรงงานอพยพก็ไม่อาจอยู่ในประเทศไทยเพื่อทำงานได้ ด้วยกระบวนการขั้นตอนที่
ยุ่งยากซับซ้อนดังกล่าว ทำให้แรงงานอพยพเป็นจำนวนมากเลือกที่จะลักลอบทำงาน
โดยไม่ปฏิบัติตามกฎหมายซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในด้านอื่น ๆ ตามมาอีกมากมาย
โดยเฉพาะปัญหาด้านการคุ้มครองแรงงานอพยพ เพราะนายจ้างส่วนใหญ่ที่จ้างแรงงาน
อพยพผิดกฎหมาย มักจะเห็นว่าไม่มีความจำเป็นที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายคุ้มครอง
แรงงาน เพราะถึงอย่างไรแรงงานอพยพเหล่านี้ก็ไม่กล้าร้องเรียน ด้วยกลัวอิทธิพลของ
นายจ้าง กลัวไม่มีงานทำ และกลัวถูกจับส่งกลับประเทศ แม้นายจ้างจะจ่ายค่าจ้างให้
ต่ำกว่าอัตราค่าจ้างขั้นต่ำ ไม่มีสวัสดิการ แรงงานอพยพส่วนใหญ่ก็ยอมรับ เพราะมักจะ
คิดว่าดีกว่าไม่มีงานทำและถูกส่งกลับประเทศ

ทางด้านสิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีของแรงงานอพยพก็เช่นเดียวกัน
แม้กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องจะไม่ขัดต่อพันธกรณีของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ
เกี่ยวกับแรงงานอพยพโดยตรง แต่ก็ถือเป็นอุปสรรคหรือเป็นข้อกำหนดที่ตัดโอกาส
ในการใช้สิทธิในการฟ้องร้องดำเนินคดีอย่างเต็มที่ ด้วยว่าแรงงานอพยพมีเวลา
ไม่เพียงพอในการยื่นฟ้องหรือดำเนินคดีต่อศาลหรือหน่วยงานรับเรื่องราวร้องทุกข์
เพื่อเยียวยาความเสียหายได้ ถึงแม้ว่าแรงงานอพยพจะสามารถขออนุญาตอยู่ต่อใน
ราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้ กรณีมีเหตุจำเป็น ตามมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติ-

คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยคำสั่งสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ที่ 777/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์ และเงื่อนไขในการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออนุญาตอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ได้กำหนดเหตุแห่งความจำเป็นไว้ในข้อ 2.26 ว่า “กรณีเพื่อการดำเนินคดี หรือดำเนินกระบวนการพิจารณาอันเกี่ยวกับคดี ให้อนุญาตครั้งละไม่เกิน 90 วัน” ทั้งนี้ ต้องมีหลักฐานยืนยันว่าเป็นผู้เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดี หรือดำเนินกระบวนการ อันเกี่ยวกับคดี โดยเป็นผู้กล่าวหา ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย หรือพยาน ระยะเวลา ดังกล่าวก็ยังถือว่าไม่เพียงพอสำหรับกระบวนการพิจารณาของศาลในประเทศไทย โดยเฉพาะศาลแรงงานซึ่งมีคดีเป็นจำนวนมาก

3. ปัญหาการพิจารณาให้สัตยาบันแก่นุสัญญา ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับ- ที่ 97 และฉบับที่ 143 รวมถึงอนุสัญญาของ องค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครอง แรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ของประเทศไทย

ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาถึงการให้สัตยาบันแก่มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเกี่ยวกับแรงงานอพยพที่ได้ศึกษามาและประเทศไทยยังไม่ได้ให้สัตยาบัน จำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการมีงานทำ ค.ศ. 1949 (Convention Concerning Migration for Employment, 1949) และอนุสัญญาฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูกกดขี่ และการส่งเสริมการมีโอกาสเท่าเทียมกัน และการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975 (Convention concerning Migration in Abusive Conditions and the Promotion of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers, 1975) และอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 (Convention on the Protection of the Rights of All Migrants Workers and Member of Their Families, 1990)

จากการศึกษาพบว่า มาตรฐานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแรงงานอพยพ โดยเฉพาะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศทั้งสองฉบับ คือ อนุสัญญาฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 โดยสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับที่ 97 นั้น เป็นการคุ้มครองแรงงานอพยพที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายในเรื่องเกี่ยวกับการทำงาน ได้แก่ การได้รับค่าตอบแทนในการทำงาน การมีสภาพการทำงานที่ดี การมีที่อยู่อาศัย การมีสิทธิเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน การได้รับประโยชน์จากการร่วมเจรจาต่อรอง การได้ประโยชน์จากประกันสังคม การอยู่ภายใต้ระบบภาษีรายได้จากการทำงาน และการได้สิทธิดำเนินคดีตามกระบวนการทางศาล เน้นที่หลักของการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างแรงงานอพยพที่ถูกกฎหมายกับแรงงานในชาติ ซึ่งประเทศไทยเองก็มีกฎหมายเกี่ยวกับแรงงานที่สอดคล้องและครอบคลุมกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 อย่างกว้างขวางอยู่พอสมควร โดยในด้านที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน ประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองลูกจ้างในเรื่อง ชั่วโมงการทำงาน การจ่ายค่าจ้าง อัตราค่าจ้าง ค่าทดแทน การลาประเภทต่าง ๆ ค่าชดเชย ความปลอดภัยในการทำงาน การใช้แรงงานสตรีและเด็ก ที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ด้านประกันสังคมและเงินทดแทน ก็มีพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 และพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ด้านการรวมตัวกันสมาคมหรือสิทธิในการเจรจาต่อรอง มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 เป็นต้น มีข้อจำกัดอยู่เพียงแบบสัญญาจ้างแรงงาน สิทธิในการก่อตั้งสหภาพแรงงาน สิทธิในการขอรับเงินทดแทน สิทธิในการซื้อที่ดินเพื่อการอยู่อาศัย และการใช้สิทธิทางศาลเมื่อถูกเลิกจ้างตามกฎหมายคนเข้าเมือง ดังที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์มาแล้วในหัวข้อที่ 2 เท่านั้น

สำหรับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 มีหลักการสำคัญเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานอพยพเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย โดยประเทศสมาชิกต้องจัดการลักลอบเข้ามาทำงาน และขจัดผู้ที่ลักลอบนำแรงงานอพยพเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย และการค้ามนุษย์ ซึ่งประเทศไทยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องนี้ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ด้วย ในทางปฏิบัติประเทศไทยก็ได้มีการดำเนินการ

ในเรื่องนี้อย่างเข้มงวดอยู่แล้ว แต่ก็ยังมีปัญหาในการดำเนินการบางประการที่ทำให้ผลการควบคุมการลักลอบเข้าเมืองยังไม่ได้ผลเท่าที่ควร เช่น ปัญหาด้านบุคลากรที่มีไม่เพียงพอ เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ดังกล่าว เพราะนอกเหนือจากการที่ประเทศมีกฎหมายที่เกี่ยวกับแรงงานอพยพสอดคล้องกับหลักการของอนุสัญญาทั้งสองฉบับแล้ว การให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ยังก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมของประเทศ ไม่ขัดต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ตลอดจนความมั่นคงของชาติเป็นการส่งเสริมภาพลักษณ์ที่ดีของประเทศทั้งในด้านสิทธิมนุษยชน ในด้านบรรยากาศการลงทุน การค้าระหว่างประเทศ และที่สำคัญที่สุดคือเป็นประโยชน์ต่อแรงงานไทยที่ไปทำงานต่างประเทศในการที่จะได้รับความคุ้มครองไม่น้อยไปกว่าแรงงานในประเทศนั้น ๆ ซึ่งปัจจุบันมีแนวโน้มสูงขึ้นเรื่อย ๆ สถิติแรงงานไทยที่ไปทำงานต่างประเทศในปี พ.ศ. 2553 ของสำนักงานบริหารแรงงานไทยในต่างประเทศ กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน มีจำนวนถึง 64,003 คน มีรายได้ส่งกลับผ่านธนาคารแห่งประเทศไทยโดยเฉลี่ยถึงเดือนละประมาณ 4,000 ล้านบาท ซึ่งมีส่วนในการส่งเสริมให้เศรษฐกิจไทยเติบโตและแข็งแกร่งที่สำคัญอีกทางหนึ่งด้วย

อนึ่ง การพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 ดังกล่าวยังสอดคล้องกับกฎเกณฑ์ในการพิจารณาให้สัตยาบันที่ศาสตราจารย์นิคม จันทรวิฑูร ได้ให้ความเห็นไว้ในหนังสือประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศว่า “สำหรับประเทศไทยในการพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญานั้น ได้มีกฎเกณฑ์กำหนดเอาไว้กว้าง ๆ คือ

- 1) ควรเป็นมาตรฐานที่สอดคล้องกับกฎหมายภายในประเทศอยู่แล้ว
- 2) ควรเป็นมาตรฐานที่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมของประเทศ ไม่ขัดต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ตลอดจนความมั่นคงของชาติ
- 3) ควรเป็นมาตรฐานที่น่าจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศในอนาคตอิงกับหลักเกณฑ์ที่กล่าวมาข้างต้น”

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยจึงสมควรพิจารณาให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน ค.ศ. 1949 และอนุสัญญาฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพในสภาพที่ถูกกดขี่และการส่งเสริมการมีโอกาสเท่าเทียมกัน และการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ ค.ศ. 1975

สำหรับอนุสัญญาเกี่ยวกับแรงงานอพยพอีกหนึ่งฉบับ คือ อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกครอบครัว ค.ศ. 1990 ซึ่งมีจุดมุ่งหมายเช่นเดียวกับอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 และฉบับที่ 143 คือ การพิทักษ์สิทธิของบุคคลที่อพยพเพื่อทำงาน และการจัดการอพยพงานทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมดในที่สุด อย่างไรก็ตาม อนุสัญญาฉบับนี้มีความแตกต่างจากอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศหลายประการ โดยเฉพาะ บทกำหนดค่านิยมของแรงงานอพยพ (Migrant Workers) ที่กว้างขวางและครอบคลุมแรงงานประเภทต่าง ๆ มากกว่าที่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศกำหนดไว้ โดยหมายความรวมถึงบรรดาแรงงานชายแดน แรงงานเรือเดินทะเล และผู้ทำงานด้วยตนเองหรือผู้ประกอบการอาชีพอิสระ (Frontier Workers, Seafarers, Self-employed) รวมทั้งค่านิยมของคำว่าครอบครัว (Family) ที่กว้างกว่าค่านิยมโดยปกติขององค์การแรงงานระหว่างประเทศด้วยเช่นกัน

นอกจากนี้ ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิแรงงานอพยพและครอบครัวก็ให้การคุ้มครองที่กว้างขวางกว่าอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นแรงงานอพยพที่ถูกต้องตามกฎหมายเท่านั้น หากแต่ครอบคลุมถึงแรงงานทุกประเภท ทั้งที่ถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย ซึ่งมีทั้งสิทธิที่เป็นสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิความเท่าเทียมกับแรงงานในชาติในด้านของสิทธิทางศาล รายได้ ค่าตอบแทนจากการทำงาน รวมทั้งสภาพการจ้างและการทำงานอื่น ๆ และการได้รับสิทธิรักษาพยาบาลทางการแพทย์ในกรณีฉุกเฉิน สิทธิในการได้รับการศึกษาของบุตร นอกจากนี้ ยังรับรองสิทธิของแรงงานต่างชาตินในการจัดส่งรายได้กลับภูมิลำเนา สิทธิทางประกันสังคม สิทธิในการได้รับการคุ้มครองจากการถูกขับไล่ หรือส่งกลับประเทศ

ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา ยังมีข้อจำกัดด้านเศรษฐกิจของชาติ และทรัพยากรบุคคลอยู่ ย่อมไม่อาจดำเนินการตามหลักการที่อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติกำหนดไว้ได้ทั้งหมด ประกอบกับปัจจุบันอนุสัญญานี้ยังไม่มีผลบังคับใช้ เนื่องจากประเทศภาคีสมาชิกยังให้สัตยาบันไม่ครบ 20 ประเทศ ตามที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญา ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มี ความจำเป็นในการให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติและสมาชิกรอบคร้ว ค.ศ. 1990 ในขณะนี้ เพราะหากให้สัตยาบันไปแล้วแต่ไม่อาจปฏิบัติ ตามหลักการของอนุสัญญาได้ย่อมส่งผลเสียแก่ประเทศไทยมากกว่าผลดี สมควรที่จะ รอนกว่าประเทศไทยจะมีความพร้อม