

บทที่ 2

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าว กฎหมาย

2.1 แนวความคิดในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าว

แนวความคิดในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวสืบเนื่องมาจากทฤษฎีทางด้านเศรษฐศาสตร์คลาสสิกใหม่เกี่ยวกับดุลยภาพทางด้านเศรษฐกิจที่มีความสำคัญต่อทฤษฎีการย้ายถิ่น (the neo-classical economic equilibrium perspective) ที่อธิบายว่าสถานการณ์การเคลื่อนย้ายแรงงานข้ามชาติมีทั้งปัจจัยผลักดันและปัจจัยดึงดูดให้แรงงานในชาติหนึ่งย้ายถิ่นฐานไปทำงานในอีกประเทศหนึ่ง ทางด้านปัจจัยผลักดันนั้นก็จะมาจากปัญหาความยากจน การขาดแคลนที่ดิน การมีประชากรมากเกินไปในประเทศต้นทาง (sending countries) พร้อมทั้งปัจจัยดึงดูดเช่น โอกาสในการมีงานทำ มีค่าจ้างที่มากกว่าในประเทศปลายทาง (receiving countries)¹ โดยที่แรงงานต่างด้าวและครอบครัวไม่ใช่ผู้มีสัญชาติของประเทศปลายทางที่ทำงาน สิทธิของแรงงานต่างด้าวและครอบครัวจึงมักที่จะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายภายในของประเทศเจ้าบ้านที่เดินทางเข้าไปทำงานหรือแม้แต่ความคุ้มครองจากประเทศต้นทางก็ตามหรือแม้ว่าจะมีกฎหมายภายในและสนธิสัญญาสองฝ่ายที่บัญญัติความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวไว้บ้างแต่ก็มักจะมีช่องว่างของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้มีการกระทำ

¹ S., Castles, Causes and Consequences of Asia's New Migrations in Proceeding of the International Conference on Transnational Migration in Asia-Pacific Region: Problems and Perspectives; 1-2 December, 1994, (Chulalongkorn University, Bangkok : 1994) อ้างถึงในกุศล สุทธธาดา และอุมาภรณ์ ภัทรวาณิชย์, กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลักลอบเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง, (รายงานวิจัยเสนอในการสัมมนาในระดับชาติ ชุดโครงการวิจัยเรื่อง ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย : การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมายและการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.), 2540), หน้า 9.

ละเมิด (exploitation) ต่อแรงงานต่างด้าวได้² ยกตัวอย่างเช่น ในการใช้อำนาจอธิปไตยดินแดนของรัฐทำให้รัฐมีอำนาจตรากฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในดินแดนของตนได้ตามที่เห็นจำเป็นและเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อความเจริญรุ่งเรืองและความมั่นคงของประเทศ ซึ่งส่งผลให้คนต่างด้าวไม่อาจเรียกร้องสิทธิให้เท่าเทียมกับพลเมืองของรัฐนั้นได้ เพราะสิทธิบางอย่างกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญของประเทศสงวนไว้ว่าเป็นสิทธิของพลเมืองของรัฐ หรือบุคคลสัญชาติของประเทศเจ้าของบ้านเท่านั้น เช่น สิทธิในทางการเมือง และสิทธิในการประกอบอาชีพบางอย่าง ซึ่งประเทศไทยก็มีการสงวนสิทธิดังกล่าวไว้ให้เฉพาะกับคนไทยเท่านั้น เช่นสิทธิในการเลือกตั้งผู้แทนทางการเมือง และสิทธิในการประกอบอาชีพบางอย่างที่สงวนไว้ให้กับคนไทยรวมทั้งสิทธิในการประกอบธุรกิจบางอย่างที่สงวนไว้ให้กับนิติบุคคลไทย

แนวความคิดที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวเป็นการเฉพาะจึงเกิดขึ้นโดยมีเหตุผลมาจากความสำคัญของแรงงานต่างด้าวที่ว่า แรงงานต่างด้าวมิใช่เป็นเพียงแค่แรงงานหรือเป็นแค่หน่วยทางเศรษฐกิจที่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ให้กับหลายฝ่ายในประเทศที่เกี่ยวข้องเท่านั้น กล่าวคือกรณีที่แรงงานต่างด้าย้ายถิ่นไปทำงานยังต่างประเทศจะส่งประโยชน์ต่อประเทศผู้ส่งแรงงานต่างด้าวไปทำงานซึ่งเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติของแรงงานในการที่จะเป็นการช่วยผ่อนคลายนโยบายการว่างงานในประเทศและนำเงินตราต่างประเทศเข้าสู่ประเทศผู้ส่งแรงงาน และสำหรับสำหรับประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานก็จะได้รับประโยชน์จากการที่แรงงานต่างด้าวทำงานช่วยเสริมภาวะการขาดแคลนแรงงานภายในประเทศนั้น (Supplimentary Labour) และยังเป็น การช่วยเหลือการค้าเงินกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานอีกด้วย แนวความคิดที่กฎหมายจะต้องให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวนี้นปรากฏชัดในอารัมภบทของธรรมนูญองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (the ILO Constitution' s preamble) ย่อหน้าที่ 2 ที่กำหนดเป้าหมายการดำเนินงานขององค์การแรงงานระหว่างประเทศไว้โดยได้กล่าวไว้ว่า “การคุ้มครองผลประโยชน์ของคนงานที่ต้องทำงานในประเทศที่มีใช้ประเทศของตนเอง เป็นสิ่งจำเป็นเร่งด่วนที่ต้องกระทำเพื่อปรับปรุงสภาพการทำงานของคนงานให้มีความเป็นธรรม”³ ดังนี้จึง

² Friedrich-Ebert-Stiftung and Laour Resource Center, “Migration Workers and the Asian Economic Crisis: Towards a Trade Union Position,” Southeast Asia Regional Conference, (Bangkok, 1998), p 2.

³The ILO Constitution' s preamble, para 2.

เห็นได้ว่าแนวคิดในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในเริ่มแรกนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่แรงงานต่างด้าวโดยเน้นหนักไปที่สภาพการทำงาน

แนวความคิดในยุคต่อมาเห็นว่านอกจากแรงงานต่างด้าวจะมีสิทธิต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการทำงานที่ต้องได้รับความเคารพแล้ว แรงงานยังเป็นหน่วยทางสังคมที่มีครอบครัวจึงมีสิทธิในการร่วมอยู่กับครอบครัว (family reunification) ด้วย แนวความคิดในยุคใหม่นี้จึงมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิอันเกี่ยวกับครอบครัวและคุ้มครองครอบครัวของแรงงานต่างด้าวด้วยเพิ่มเติมไปจากการคุ้มครองสิทธิเกี่ยวกับสภาพการทำงานของแรงงานต่างด้าวให้เกิดความเป็นธรรม แนวความคิดนี้เป็นแนวคิดที่มาจากองค์การสหประชาชาติที่ได้ใช้เป็นแนวคิดในการบัญญัติอนุสัญญาองค์การ สหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัว (the UN Convention on the Protection of Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families 1990)

แนวคิดในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวดังกล่าวจึงถูกสะท้อนออกมาเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศ โดยการผลักดันของทั้งองค์การสหประชาชาติ (United Nations : UN) และองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO) ซึ่งทั้งสององค์การได้แสดงบทบาทในการรับผิดชอบต่อสังคมระหว่างประเทศที่จะต้องจัดให้มีมาตรการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เป็นมาตรฐานสากลขึ้น สำหรับองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้มีการรับรองอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวอยู่สองฉบับหลักๆที่ยังใช้มาจนถึงปัจจุบันนี้อันได้แก่ อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) (the ILO Convention No. 97 concerning Migration for Employment (revised))⁴ ซึ่งรับรองขึ้นในปี ค.ศ. 1949 และอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพเข้ามาทำงานโดยไม่ถูกต้องและการส่งเสริมความเท่าเทียมในโอกาสและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ (the ILO Convention No. 143 concerning Migration in Abusive Condition of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers) ที่รับรองต่อมาในปี ค.ศ. 1975 สำหรับองค์การสหประชาชาติได้รับรองอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวของเขาเหล่านั้น (the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families) ขึ้นในปี ค.ศ. 1990 โดย

⁴ เนื้อหาของอนุสัญญา ได้ที่ ภาคผนวก ก.แนบท้ายวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

อนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานนี้เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับใหม่ที่สุดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เป็นการสะท้อนถึงความพยายามในการวางมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวและครอบครัวของแรงงานต่างด้าวในการป้องกันและจัดการละเมิด (exploitation) ที่มักจะเกิดขึ้นกับแรงงานต่างด้าวและครอบครัว รวมทั้งการพยายามทำให้แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายหมดไป เพื่อที่จะเป็นเครื่องช่วยสนับสนุนให้ประเทศที่ยังไม่มีมาตรฐานในระดับชาติได้มีการกำหนดกฎหมายให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับในระดับสากล⁵ สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศสมาชิกของทั้งองค์การสหประชาชาติและทั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ แม้ยังไม่ได้ลงนามให้สัตยาบันอนุสัญญาดังกล่าวฉบับใด แต่ก็ควรที่จะปฏิบัติและให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยไปในทางเดียวกันกับอนุสัญญาดังกล่าวเพื่อให้การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเป็นไปตามมาตรฐานสากล

2.2 การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไป

นอกจากอนุสัญญาระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นมาเพื่อคุ้มครองแรงงานต่างด้าวโดยเฉพาะแล้ว ในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบของสังคมในระดับรัฐแรงงานต่างด้าวก็ยังได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิทั่วไปเช่นเดียวกันกับบุคคลอื่นๆ ในสังคมโลกด้วยในฐานะที่แรงงานต่างด้าวก็เป็นมนุษย์เช่นกันไม่ว่าแรงงานต่างด้าวนั้นจะเป็นชายหรือหญิง เป็นเด็ก เป็นผู้ใหญ่หรือคนชรา เป็นคนที่ร่างกายและสมองสมบูรณ์ หรือเป็นคนพิการทางร่างกายหรือสมอง หรือเป็นคนชาติของรัฐใด แรงงานต่างด้าวก็อยู่ในฐานะที่เป็นมนุษย์ที่ย่อมมีค่าแห่งความเป็นมนุษย์ (human value) เช่นเดียวกันกับแรงงานที่ทำงานอยู่ในดินแดนของประเทศที่ตนเป็นคนชาติอยู่ ดังนั้นแม้ว่าประเทศใดที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาที่คุ้มครองแรงงานต่างด้าวโดยเฉพาะ แต่ประเทศต่างๆ ก็ยังต้องคำนึงถึงและให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวด้วย เนื่องจากอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนฉบับต่างๆ ที่มีอยู่ย่อมมีผลเป็นการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในฐานะที่เป็นบุคคลหรือเป็นมนุษย์ด้วยเช่นกัน

⁵ อ้างจากบทความเรื่อง "WHY IS THE INTERNATIONAL CONVENTION SIGNIFICANT?" แหล่งที่มา : <http://www.cfmw.org/page31.html> [2001, 25 December]

อนุสัญญาระหว่างประเทศที่เป็นการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่มีผลเป็นการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวด้วยดังกล่าวนี้อีกแบ่งได้ตามองค์การที่ออกอนุสัญญาได้เป็นสองสายใหญ่ๆเช่นกัน ได้แก่ อนุสัญญาที่ออกโดยองค์การสหประชาชาติ และอนุสัญญาที่ออกโดยองค์การแรงงานระหว่างประเทศ

2.2.1 การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติ

การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกล่าวได้ว่ามีที่มาเริ่มต้นจากปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ที่ได้รับการรับรองโดยที่ประชุมใหญ่องค์การสหประชาชาติในปี ค.ศ. 1948 แม้ว่าปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนจะไม่มีผลเป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศก็ตามแต่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ก็เป็นฐานหลักของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทางกฎหมายระหว่างประเทศที่อาจกล่าวได้ว่าเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่มุ่งคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนทั้งในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม การเมือง และสิทธิของพลเมือง กล่าวคือรับรองถึงสิทธิพื้นฐานทุกอย่างของมนุษย์โดยไม่มีการแบ่งแยกความแตกต่างใดๆทั้งสิ้น ซึ่งต่อมาปฏิญญาสากลนี้ได้เป็นบ่อเกิดของอนุสัญญาขององค์การสหประชาชาติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในด้านต่างๆอีกหลายฉบับ ซึ่งอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องโดยทั่วไปกับแรงงานต่างด้าวมียังดังต่อไปนี้

1. การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1966 : ICESCR)

กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมเป็นกติกาที่ออกมาเพื่อรับรองสิทธิต่างๆทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ซึ่งรวมไปถึงสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน สิทธิในการทำงาน สิทธิในการ

ได้รับค่าตอบแทน และสิทธิในการมีสภาพการทำงานที่ดี⁶ ซึ่งเป็นสิทธิทั้งหลายที่จำเป็นของคนทำงานทุกคน ให้ได้รับความคุ้มครอง เพื่อให้มีสภาพการทำงานที่ดีและปลอดภัยในการทำงาน พร้อมทั้งมีค่าตอบแทนที่เหมาะสมในการทำงานโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ การคุ้มครองสิทธิดังกล่าวย่อมคุ้มครองไปถึงทั้งแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายและแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายด้วย

ประเทศไทยในฐานะภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรมฉบับนี้ เนื่องจากได้ให้สัตยาบันแล้ว เมื่อวันที่ 5 กันยายน พ.ศ. 2542⁷ จึงมีความผูกพันที่จะต้องรับรองสิทธิของแรงงานต่างด้าวให้มีสภาพการทำงานที่ดีทั้งมีความปลอดภัยในการทำงาน และมีค่าตอบแทนการทำงานที่เหมาะสมโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติด้วย

2. การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและพลเมือง (International Covenant on Civil and Political Right, 1966 : ICCPR)

กติกาฉบับนี้ออกมาเพื่อรับรองสิทธิต่างๆของมนุษย์ในทางการเมืองและพลเมือง ที่ไม่ให้มีการเลือกปฏิบัติ การซึ่งรวมไปถึงสิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและสิทธิในการรวมตัวกันเป็นสมาคม⁸ สิทธิในการเคลื่อนย้ายถิ่นที่อยู่ อันเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ทุกคนและมีความสำคัญต่อผู้ใช้แรงงานข้ามชาติด้วยโดย

⁶ ICESCR, Article 6 the right to work to earn one's living, Article 7 the right to just and favorable conditions of work, Article 7 (a) the right to decent remuneration.

⁷ ข้อมูลจากเว็บไซต์สำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ แหล่งที่มา : <http://www.unhcr.org/tbs/doc.nsf> [2001, December 25]

⁸ ICCPR, Article 20 the right to freedom of expression, Article 21 the right to freedom of peaceful assembly and etc.

⁹ ICCPR, Article 13

เฉพาะการมีสิทธิมีส่วนร่วมในการรวมตัวเป็นสมาชิกสหภาพแรงงาน เพื่อที่จะปกป้องและเจรจาต่อรองให้มีการคุ้มครองสิทธิที่ดีในประเทศที่แรงงานต่างด้าวไปทำงาน รวมทั้งสิทธิเกี่ยวกับการประกันสังคม การคุ้มครองและการได้รับความช่วยเหลือทางครอบครัวโดยเฉพาะการลาคลอดและการคุ้มครองแรงงานเด็กและเยาวชน

ประเทศไทยเป็นภาคีกติกาฉบับนี้โดยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาตั้งแต่วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2539¹⁰ หลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลตลอดจนสิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันและการมีส่วนร่วมเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานของแรงงานต่างด้าวจึงต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมายไทยตามพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อกติกาฉบับนี้

3. อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบในทางเชื้อชาติ (International Convention on the Elimination of all forms of Racial Discrimination, 1966 : CERD)

อนุสัญญาฉบับนี้ได้สานต่อแนวคิดและหลักการของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมามีศักดิ์ศรีและความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกันจึงต้องมีการจัดไปซึ่งการเลือกปฏิบัติใดๆทั้งสิ้น ไม่ว่าจะมาจากความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ สีผิว สัญชาติหรือเผ่าพันธุ์ใด¹¹ โดยกำหนดให้รัฐภาคีเร่งดำเนินนโยบายป้องกันกำจัดเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ¹² เพื่อให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย (equality before the law) โดยให้ทุกคนมีสิทธิได้รับความเท่าเทียมกันในการพิจารณาของศาล

¹⁰ ข้อมูลจากเว็บไซต์สำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ แหล่งที่มา : <http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf> [2001, December 25]

¹¹ CERD, Article 5

¹² CERD, Article 2

หรือหน่วยงานฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจให้ความเป็นธรรมให้ทุกคนได้รับความคุ้มครองให้มีชีวิตที่ปลอดภัยไม่ถูกทำร้ายจากหน่วยงานของรัฐหรือกลุ่มบุคคลอื่น ทั้งบัญญัติให้สิทธิทางการเมืองในการเลือกตั้งแก่ทุกคนด้วย รวมทั้งให้มีสิทธิอื่นๆทั้งสิทธิทางพลเมือง สิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม ซึ่งเป็นการยืนยันสิทธิตามที่กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเมืองและกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และได้บัญญัติยืนยันเพิ่มเติมถึงสิทธิของบุคคลทุกชาติทุกภาษาที่จะเข้าถึงและใช้บริการสาธารณะต่างๆ เช่นการขนส่ง โรงแรม ร้านอาหาร สวนสาธารณะได้ด้วย

ประเทศไทยยังไม่ได้ลงนามเป็นภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ แต่อย่างไรก็ตามหลักการการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลและการรับรองสิทธิต่างๆส่วนใหญ่ตามอนุสัญญาฉบับนี้ก็หลักการเดียวกันกับกติการะหว่างประเทศทั้งสองฉบับข้างต้นที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแล้ว หลักการดังกล่าวจึงถือได้ว่าต้องได้รับการเคารพจากประเทศไทย

4. อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อสตรี (International Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)

อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบต่อสตรีนี้เป็นอนุสัญญาที่เน้นการขจัดไปซึ่งการเอาเปรียบหรือกรหมิ่นเหยียดหยามการเลือกปฏิบัติต่อสตรีเพศ แรงงานต่างด้าวที่เป็นผู้หญิงในบางครั้งยอมตกอยู่ในสถานการณ์ที่ถูกเลือกปฏิบัติให้แตกต่างจากแรงงานต่างด้าวที่เป็นเพศชายเอง และยังถูกละเมิดทางเพศจากนายจ้างชายได้ง่ายด้วยการคุ้มครองเป็นพิเศษแก่สตรีนี้ย่อมมีผลให้มีการคุ้มครองต่อแรงงานต่างด้าวที่เป็นเพศหญิงด้วย

ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญาฉบับนี้ด้วยโดยลงนามเมื่อวันที่ 9 สิงหาคม พ.ศ. 2528 (ค.ศ. 1985)

5. อนุสัญญาสิทธิเด็ก (the Convention on the Rights of the Child)

อนุสัญญาสิทธิเด็กเป็นอนุสัญญาที่เน้นการคุ้มครองเป็นพิเศษว่าเด็กต้องได้รับการศึกษาขั้นบังคับ เด็กต้องได้รับการดูแลจากบิดามารดา แรงงานต่างด้าวที่เป็นสตรีและเด็กก็จะได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาทั้งสองฉบับนี้ด้วยเช่นกัน อันได้แก่การบัญญัติให้สิทธิว่า เด็กทุกคนมีสิทธิได้รับการให้นมบุตรจากมารดา ซึ่งก็จะเกี่ยวพันกับสิทธิของแรงงานหญิงที่จะมีสิทธิลาคลอดและลาหลังจากคลอดเพื่อให้นมบุตรได้ สิทธิดังกล่าวแรงงานต่างด้าวที่เป็นหญิงก็ต้องได้รับเช่นเดียวกัน เนื่องจากการคุ้มครองเด็กตามอนุสัญญาสิทธิเด็กให้ความคุ้มครองเด็กทุกคนมิได้แบ่งแยกว่าเป็นเด็กชาติใด หรือการคุ้มครองสตรีมีลูกเลือกปฏิบัติที่แตกต่างกับเพศชาย ก็คุ้มครองสตรีในทุกๆชาติเช่นกัน

ประเทศไทยได้เน้นและให้ความสำคัญในการคุ้มครองเด็กเป็นอย่างยิ่ง โดยได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาสิทธิเด็กนี้เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992)

6. อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวและครอบครัวของเขาเหล่านั้น

อนุสัญญาฉบับนี้เป็นอนุสัญญาระหว่างประเทศในระดับพหุภาคีในเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวฉบับที่ใหม่ที่สุด โดยอนุสัญญาฉบับนี้ได้กำหนดมาตรการต่างๆ ให้รัฐภาคีที่ให้สัตยาบันต้องให้การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน (basic human rights) แก่แรงงานต่างด้าวซึ่งแรงงานต่างด้าวที่ผิดกฎหมายและครอบครัวของแรงงานต่างด้าวด้วย และแรงงานต่างด้าวที่ถูกกฎหมายก็สมควรที่จะได้รับการคุ้มครองมากขึ้นอีก

อันได้แก่การคุ้มครองให้ได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับแรงงานที่เป็น
 คนชาติของรัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวทั้งในด้านกฎหมาย การเมือง
 เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม

หลักการที่กำหนดในอนุสัญญาฉบับนี้จึงประสงค์ให้การเป็น
 หลักเกณฑ์สากลที่ใช้ป้องกันและจัดการละเมิดสิทธิต่างๆของแรง
 งานต่างด้าวที่เป็นผู้ที่มักถูกเอาเปรียบได้ง่ายในการทำงานยังต่าง
 ประเทศ ทั้งยังมุ่งขจัดซึ่งแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายอีกด้วย¹³ จึง
 ถือได้ว่าเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวทั้ง
 วงจรการเคลื่อนย้ายแรงงาน แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่าสมัชชาใหญ่
 องค์การสหประชาชาติ (General Assembly) ได้มีฉันทามติ
 (consensus) รับรองอนุสัญญาฉบับนี้ตั้งแต่ปี ค.ศ.1990 แต่จน
 ถึงปัจจุบันอนุสัญญาฉบับนี้ยังไม่มีผลบังคับใช้เนื่องจากยังมีประเทศ
 สมาชิกให้สัตยาบันยังไม่ครบ 20 ประเทศ¹⁴ แม้ประเทศไทยยังไม่ได้
 ลงนามให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้แต่ก็ควรต้องติดตามแนวโน้ม
 และสถานการณ์การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในทางระหว่างประเทศ
 ตามอนุสัญญาฉบับนี้ด้วยเช่นกัน

ทั้งนี้เห็นได้ว่าโดยภาพรวมของการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญา
 ฉบับต่างๆขององค์การสหประชาชาติจะเน้นที่การไม่เลือกปฏิบัติใดๆต่อสิทธิต่างๆที่แรง
 งานต่างด้าวมีในฐานะที่เป็นมนุษยชาติเช่นกันไม่ว่าแรงงานต่างด้าวนั้นจะเป็นแรงงาน
 ต่างด้าวที่ถูกกฎหมายหรือแรงงานต่างด้าวที่ผิดกฎหมายก็ตาม

2.2.2 การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญาองค์การแรงงาน ระหว่างประเทศ (มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ)

¹³ อ้างจากบทความเรื่อง "WHY IS THE INTERNATIONAL CONVENTION
 SIGNIFICANT?" แหล่งที่มา : <http://www.cfnw.org/page31.html> [2001, 25 December]

¹⁴ ข้อมูลจากเว็บไซต์สำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ แหล่งที่มา :
<http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf> [2001, December 25]

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่กล่าวถึงในที่นี้หมายถึงอนุสัญญาและข้อ
 แนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่บัญญัติขึ้นเพื่อคุ้มครองคนทำงาน ซึ่งจน
 ถึงปัจจุบันองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้มีการออกอนุสัญญามาทั้งสิ้นนับแต่ก่อ
 ตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2462 (ค.ศ. 1919)
 จำนวนทั้งสิ้น 184 ฉบับแล้ว¹⁵ อนุสัญญาและข้อแนะนำทั้งหลายขององค์การแรงงาน
 ระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์ในการดูแลคุ้มครองแรงงานทุกคนให้มีมาตรฐานการ
 คุ้มครองแรงงานที่ดีเป็นสากลโดยเนื้อหาของอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่าง
 ประเทศทั้งหลายจะคลุมถึงเรื่องราวต่างๆที่เกี่ยวกับชีวิตการทำงานของผู้ใช้แรงงาน
 หรือคนงานโดยมีการกล่าวถึงสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ ความมั่นคงในชีวิต สภาพการ
 ทำงาน ค่าจ้าง ความสัมพันธ์ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ตลอดจนการบริหารแรงงาน
 กล่าวคือเนื้อหาของอนุสัญญาทั้งหลายขององค์การแรงงานระหว่างประเทศครอบคลุม
 ชีวิตของแรงงานตั้งแต่เริ่มต้นทำงานว่าอายุเท่าใดจึงจะทำงาน ได้ไปจนถึงปลด
 เกษียณแล้วจะได้รับการดูแลประกันสังคมอย่างไร เหตุที่อนุสัญญาขององค์การแรงงาน
 ระหว่างประเทศครอบคลุมเนื้อหาดังกล่าวทั้งหมดนั้นก็สืบเนื่องมาจากจุดมุ่งหมาย
 หลักขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่มีจุดมุ่งหมายในการ ขจัดความไม่เป็น
 ธรรมในการแข่งขันระหว่างประเทศ การสร้างสันติภาพ และสร้างคามยุติธรรมใน
 สังคม

กล่าวได้ว่าอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีครอบคลุมในการ
 คุ้มครองคนทำงานไปในทางเดียวกันกับอนุสัญญาเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิมนุษย
 ชนขององค์การสหประชาชาติ เนื่องจากสิทธิของแรงงานหรือคนทำงานก็เป็นสิทธิ
 อย่างหนึ่งของมนุษย์ โดยขอบข่ายการคุ้มครองของอนุสัญญาขององค์การแรงงาน
 ระหว่างประเทศครอบคลุมถึงสิ่งต่างๆที่เกี่ยวกับการทำงานดังนี้¹⁶

- การคุ้มครองเสรีภาพในการรวมตัวเป็นสมาคม
- การเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ
- การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงาน การคุ้มครองการจ้างงาน

¹⁵ เรื่องเดียวกัน

¹⁶ นิคม จันทรวิทุร. ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ.

(กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2531), หน้า 21 และ 43.

- ค่าจ้าง และสภาพการทำงานทั่วไป
- ความมั่นคงทางสังคม
- การคุ้มครองแรงงานบางประเภทที่ต้องการความคุ้มครองเป็นพิเศษ ได้แก่การคุ้มครองการใช้แรงงานหญิง แรงงานเด็ก แรงงานต่างด้าว แรงงานที่เป็นกลาสีเรือ แรงงานภาคเกษตร และ
- การบริหารจัดการแรงงานของภาครัฐและการแรงงานสัมพันธ์

อนึ่งขอขยการคุ้มครองเหล่านี้มีผลคุ้มครองแรงงานทุกคนที่อยู่ในประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับต่างๆขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ เนื่องจากอนุสัญญาทุกฉบับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีจุดประสงค์ให้มีการใช้บังคับกับแรงงานเป็นการทั่วไปโดยไม่แบ่งแยกสัญชาติ ดังที่ Professor N. Valticos กล่าวไว้ว่า "The Great majority of international Labour Conventions are of general application and do not allow limitations based on the nationality of protected persons."¹⁷

ดังนั้นเหตุที่กล่าวว่าอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศจึงเนื่องมาจากอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีหลักการในการคุ้มครองคนงานทุกคนเป็นมาตรฐานเดียวกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติทางด้านเชื้อชาติ สัญชาติ เพศ หรือภาษา อีกทั้งอนุสัญญาและข้อแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศยังมีที่มาจากการรับรองของการประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (the International Labour Conference) ที่มีลักษณะเป็นการประชุมนานาชาติของประเทศสมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศจำนวนถึง 349 ประเทศ¹⁸ (รวมเขตปกครองพิเศษต่างๆ

¹⁷ N. Valticos, *International Labour Law*. (The Hague : Kluwer, 1979), p 211 อ้างถึงใน เออิจิโร คิมูระ, "การคุ้มครองแรงงานต่างชาติ: ศึกษากฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายญี่ปุ่น," (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต ภาควิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 83.

¹⁸ Alphabetical List of ILO Member Countries [Online] .Available from: <http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/country.htm>[2002, March 11]

(countries, territories and areas)¹⁹ ด้วย เช่น ฮองกง, มาเก๊า, ไต้หวัน, ปาเลสไตน์, ดิโมอร์ ตะวันออก, โคโลโวา) มาประชุมร่วมกัน ในการประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเพื่อรับรองอนุสัญญาและข้อแนะนำซึ่งประกอบไปด้วยตัวแทนของแต่ละประเทศสมาชิกที่มาประชุมร่วมกันที่มีชื่อแต่ผู้แทนจากฝ่ายรัฐเท่านั้น แต่ยังมีผู้แทนจากฝ่ายนายจ้างและผู้แทนฝ่ายลูกจ้างด้วย (แต่ละประเทศจะมีผู้แทน 4 คนร่วมในการประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยผู้แทนฝ่ายนายจ้างและฝ่ายลูกจ้าง ฝ่ายละ 1 คน และผู้แทนฝ่ายรัฐอีก 2 คน) ลักษณะดังกล่าวนี้เรียกว่าระบบไตรภาคี (tripartite) ซึ่งเป็นระบบที่มีลักษณะเฉพาะในการให้นายจ้างและลูกจ้างมีส่วนร่วมร่วมกับภาครัฐด้วย²⁰ และลักษณะดังกล่าวมีสำคัญอย่างยิ่งในการกำหนดเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานที่ต้องประสานประโยชน์ของนายจ้างและความต้องการของลูกจ้างที่เป็นแรงงานเข้ากับบนโยบายการบริหารแห่งรัฐ ดังนั้นการรับรองอนุสัญญาหรือข้อแนะนำแต่ละฉบับจึงเป็นผลจากการลงมติของประเทศส่วนใหญ่ในสังคมระหว่างประเทศที่มีผู้แทนของทั้งฝ่ายนายจ้าง ลูกจ้าง และ ฝ่ายรัฐ ที่ถือได้ว่าเป็นที่ยอมรับในระดับระหว่างประเทศระดับหนึ่งจึงเรียกได้ว่าอนุสัญญาและข้อแนะนำขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

การรับรองมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะถูกกำหนดออกมาใน 2 รูปแบบ คือ รูปแบบที่เป็นอนุสัญญา (Convention) และรูปแบบที่เป็นข้อแนะนำ (Recommendation) ที่มีลักษณะเป็นทั้งมาตรการทางการทางกฎหมายและคำแนะนำเชิงวิชาการด้วย²¹ โดยปกติการรับรองมาตรฐานระหว่างประเทศในเรื่องใดเรื่องหนึ่งนั้นที่ประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะกำหนดออกมาเป็นทั้ง 2 รูปแบบ เนื่องจากอนุสัญญาและข้อแนะนำจะทำหน้าที่แตกต่างกันแต่เสริมกันและกัน

¹⁹ Index of Countries, Territories and Areas [Online] .Available from: <http://www.ilo.org/publ/orenglish/standards/recommendations.htm#Para%205> [2002, March 11]

²⁰ Structure of the ILO [Online] .Available from: <http://www.ilo.org/public/english/cepts/fact.htm> [2002, March 11]

²¹ ฝ่ายประชาสัมพันธ์ กองสารนิเทศ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, “ความเป็นมาของ ILO,” วารสารกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม 6 (มิถุนายน 2544), หน้า 4.

การรับรองมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในรูปอนุสัญญา (Convention) ก็เพื่อให้สมาชิกองค์การแรงงานระหว่างประเทศให้สัตยาบันและนำไปใช้ปฏิบัติซึ่งจะมีผลบังคับกับประเทศที่ให้สัตยาบันที่จะต้องปฏิบัติให้ได้ตามมาตรฐานที่อนุสัญญากำหนดไว้แต่สำหรับข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองออกมาก็เพื่อเป็นแนวทางในการปฏิบัติของประเทศต่างๆ โดยจะระบุเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องนั้นๆ ในทางเนื้อหามากกว่าที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา แต่จะไม่มีผลผูกพันประเทศสมาชิกไม่ว่าประเทศนั้นจะได้ให้สัตยาบันในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ก็ตาม โดยปกติแล้วเมื่อมีการรับรองอนุสัญญาในเรื่องใดแล้วที่ประชุมใหญ่ก็จะได้มีการรับรองข้อเสนอแนะในเรื่องดังกล่าวออกตามมาด้วย

ตัวอย่างของการออกอนุสัญญาและข้อเสนอแนะนั้น เห็นได้จากในเรื่องการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่ที่ประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศครั้งที่ 32 ได้มีการรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) ที่กำหนดถึงการคุ้มครองต่างๆ ที่รัฐภาคีต้องให้กับแรงงานย้ายถิ่น พร้อมๆ กับมีการรับรองข้อเสนอแนะฉบับที่ 86 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงานที่มีการกำหนดแบบของสัญญาจ้างแรงงานย้ายถิ่นเอาไว้เพื่อเป็นแม่แบบของสัญญาจ้างแรงงานย้ายถิ่นทั้งที่จ้างชั่วคราวและถาวรและรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติอื่นๆ ของรัฐภาคีซึ่งเพิ่มเติมไปจากหลักการของอนุสัญญา ฉบับที่ 97

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นประเทศสมาชิกผู้เริ่มก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ²² นับจนถึงปัจจุบันนี้ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศด้วยจำนวน 13 ฉบับ²³ ซึ่งถือว่าน้อยมากจากจำนวนอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจำนวนทั้งสิ้น 184 ฉบับ อนุสัญญาที่ประเทศไทยให้สัตยาบันและมีผลบังคับกับประเทศไทยได้แก่

²² เรื่องเดียวกัน

²³ พันธกรณีตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศของไทยดูได้จากแหล่งข้อมูล :

1) อนุสัญญาฉบับที่14

อนุสัญญาว่าด้วยการหยุดพักก่อนประจำสัปดาห์ในสถาน
ประกอบการอุตสาหกรรม

(Convention concerning the Application of the Weekly
Rest in Industrial Undertakings)

2) อนุสัญญาฉบับที่19

อนุสัญญาว่าด้วยการปฏิบัติโดยเท่าเทียมกันในเรื่องค่าทดแทน
กรณีเกิดอุบัติเหตุสำหรับคนงานในชาติและคนงานต่างชาติ

(Convention concerning Equality of Treatment for National
and Foreign Workers as regards Workmen's
Compensation for Accidents)

3) อนุสัญญาฉบับที่29

อนุสัญญาว่าด้วยการเกณฑ์แรงงานหรือแรงงานบังคับ

(Convention Concerning Forced or Compulsory Labour)

4) อนุสัญญาฉบับที่80

อนุสัญญาว่าด้วยการปรับปรุงแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญาที่ที่
ประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศรับเอาในยี่สิบ
แปดสมัยประชุมแรกเพื่อกำหนดการปฏิบัติหน้าที่บางหน้าที่ใน
อนาคตของสำนักงานปฏิบัติงานของสถานทูตที่อนุสัญญาดัง
กล่าวมอบหมายต่อเลขาธิการของสันนิบาตชาติและการนำ
เสนอข้อแก้ไขเพิ่มเติมในอนุสัญญาเหล่านั้นอันเป็นผลจากการ
ยุบสันนิบาตชาติและการแก้ไขเพิ่มเติมธรรมนูญแห่งองค์การแรง
งานระหว่างประเทศ

(Convention for the Partial Revision of the Conventions
Adopted by the General Conference of the International
Labour Organisation at Its First Twenty-eight Sessions for
the Purpose of Making Provision for the Future Discharge
of Certain Chancery Functions Entrusted by the Said
Conventions to the Secretary-General of the League of
Nations and Introducing therein Certain Further
Amendments Consequential upon the Dissolution of the

League of Nations and the Amendment of the
Constitution of the International Labour Organisation)

5) อนุสัญญาฉบับที่ 88

อนุสัญญาว่าด้วยการจัดองค์การบริหารจัดการหางาน
(Convention concerning the Organisation of the
Employment Service)

6) อนุสัญญาฉบับที่ 100

ว่าด้วยค่าตอบแทนที่เท่าเทียมกันสำหรับคนงานชายและหญิง
ซึ่งทำงานที่มีค่าเท่ากัน

(Convention concerning Equal Remuneration for Men and
Women Workers for Work of Equal Value)

7) อนุสัญญาฉบับที่ 104

อนุสัญญาว่าด้วยการยกเลิกบทลงโทษทางอาญาต่อการละเมิด
สัญญาจ้างงานโดยคนงานพื้นเมือง

(Convention concerning the Abolition of Penal Sanctions
for Breaches of Contract of Employment by Indigenous
Workers)

8) อนุสัญญาฉบับที่ 105

อนุสัญญาว่าด้วยการยกเลิกแรงงานบังคับ

(Convention concerning the Abolition of Forced Labour)

9) อนุสัญญาฉบับที่ 116

อนุสัญญาว่าด้วยการแก้ไขบางส่วนของอนุสัญญาที่รับรองโดยที่
ประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในสามสิบสอง
สมัยประชุมแรกเพื่อกำหนดบทบัญญัติในการจัดเตรียมรายงาน
เกี่ยวกับการดำเนินงานของอนุสัญญาของคณะประสานการ
ของสำนักงานแรงงานระหว่างประเทศให้เป็นไปตามมาตรฐาน
เดียวกัน

(Convention concerning the Partial Revision of the
Conventions Adopted by the General Conference of the
International Labour Organisation at its First Thirty-Two
Sessions for the Purpose of Standardising the Provisions

regarding the Preparation of Reports by the Governing Body of the International Labour Office on the Working of Conventions)

10) อนุสัญญาฉบับที่122

อนุสัญญาว่าด้วยนโยบายการมีงานทำ

(Convention concerning Employment Policy)

11) อนุสัญญาฉบับที่123

ว่าด้วยอายุขั้นต่ำที่อนุญาตให้ทำงานในเหมืองใต้ดิน

(Convention concerning the Minimum Age for Admission to Employment Underground in Mines)

12) อนุสัญญาฉบับที่127

อนุสัญญาว่าด้วยน้ำหนักสูงสุดที่อนุญาตให้คนงานคนหนึ่งแบก
หามได้

(Convention concerning the Maximum Permissible Weight to be Carried by One Workers)

13) อนุสัญญาฉบับที่182

อนุสัญญาว่าด้วยการห้ามและการดำเนินการโดยทันทีเพื่อขจัด
รูปแบบที่เลวร้ายที่สุดของการใช้แรงงานเด็ก

(Convention concerning the Prohibition and Immediate Action for the Elimination of the Worst Forms of Child Labour)

อนุสัญญาดังกล่าวทั้ง 13 ฉบับขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจึงมีผลผูกพันประเทศไทยในการให้ความคุ้มครองแก่แรงงานทั้งหลายที่อยู่ในประเทศไทย รวมทั้งแรงงานไทยและแรงงานต่างด้าวด้วย เนื่องจากอนุสัญญาดังกล่าวมีบุคคลที่อนุสัญญามุ่งคุ้มครองเป็นการทำงาน โดยไม่มีการแบ่งแยกว่าเป็นคนงานชาติใด สี่สิบ
ใด

นอกจากการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศในเรื่องทั่วไปที่ให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในฐานะที่เป็นแรงงานคนหนึ่งเท่าเทียมกันกับแรงงานที่เป็นคนในชาติแล้ว การให้ความคุ้มครองดังกล่าวยังไม่มี การแบ่งแยกว่าเป็นแรงงานต่างด้าว

ถูกกฎหมายหรือแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายอีกด้วย แต่อย่างไรก็ตามองค์การแรงงานระหว่างประเทศเห็นว่ายังมีความจำเป็นที่จะต้องมีอนุสัญญาฉบับเฉพาะขึ้นเพื่อคุ้มครองแรงงานต่างด้าวขึ้นอีกเพื่อกำหนดแนวทางแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับแรงงานต่างด้าวให้เป็นสากล²⁴

สำหรับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่นตามอนุสัญญาฉบับเฉพาะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและขององค์การสหประชาชาตินั้น ชั้นแรกของการคุ้มครองจะทำโดยการกำหนดค่านิยมของแรงงานย้ายถิ่นตามประเภทของแรงงานย้ายถิ่นเสียก่อนว่าใครบ้างที่จะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญา และในขั้นต่อไปจึงจะได้กำหนดหลักการอันเป็นมาตรฐานในการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวต่อไปซึ่งหลักการในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายก็จะมีกำหนดไว้ให้มีการคุ้มครองแยกต่างหากจากการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย โดยการคุ้มครองที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายจะได้รับนั้นจะเป็นการคุ้มครองในระดับเดียวกันกับการคุ้มครองแรงงานภายในประเทศของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว แต่การคุ้มครองที่แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายจะได้รับจะเป็นแค่การคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของมนุษย์เท่านั้น ดังนั้นการคุ้มครองที่แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายจะได้รับจึงเป็นการคุ้มครองที่ดีกว่าการคุ้มครองที่แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายจะได้รับ

2.3 ความหมายของแรงงานต่างด้าวในกฎหมายระหว่างประเทศ

การกำหนดนิยามของแรงงานต่างด้าวที่อยู่ภายใต้อนุสัญญาระหว่างประเทศแต่ละฉบับนั้นก็เพื่อให้ทราบชัดเจนว่าบุคคลที่อนุสัญญามุ่งคุ้มครองคือใคร (subject in law) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งบุคคลที่จะได้รับประโยชน์จากอนุสัญญาคือใคร

อนุสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเป็นการเฉพาะที่จะขอล่าวถึงเป็นอันดับแรกได้แก่

²⁴ ILO, International Labour Standard on Migrant Workers. [Online] .Available from:<http://www.ilo.org/pub/ilo/english/standards/norm/whatare/standards/migrant.htm> [2002, March 11]

1. อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) (the ILO Convention No. 97 concerning Migration for Employment (revised 1949)) อนุสัญญาฉบับนี้เป็นอนุสัญญาที่กำหนดให้รัฐที่ให้สัตยาบันดูแลช่วยเหลือให้บริการแก่ผู้อพยพข้ามประเทศเข้ามาทำงานโดยไม่คิดมูลค่าโดยเฉพาะการให้บริการข้อมูลที่ถูกต้อง²⁵ และการปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายให้เท่าเทียมกับการปฏิบัติต่อคนในชาติในเรื่องที่เกี่ยวกับสภาพการทำงาน ค่าตอบแทนการทำงาน การประกันสังคม หน้าที่ในการภาษี และการคุ้มครองสิทธิในการดำเนินคดีทางกฎหมาย²⁶ ซึ่งอนุสัญญาได้มีการให้คำนิยามถึง "ผู้อพยพข้ามประเทศเพื่อทำงาน" (Migrant for Employment) หรือ "แรงงานอพยพ" ไว้ในมาตรา 11 ของอนุสัญญาฉบับนี้ว่า

"เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้อพยพข้ามประเทศเพื่อทำงาน หมายถึง บุคคลที่ย้ายถิ่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เพื่อที่จะไปทำงานมากกว่าที่จะไปใช้จ่ายเงินของตนเอง และรวมถึงบุคคลใดๆ ที่โดยปกติแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อพยพเพื่อทำงาน"²⁷ โดยไม่นับรวมถึงผู้อพยพย้ายถิ่นบางกลุ่ม ซึ่งได้แก่ คนที่ทำงานตามบริเวณชายแดนระหว่างรัฐ, จิตรกร หรือสมาชิกของกลุ่มผู้ชำนาญการที่เข้าเมืองระยะสั้น, ชาวเรือ/ ลูกเรือเดินทะเลต่างชาติ"²⁸

ดังนั้นตามความหมายของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 แรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าวจึงไม่หมายความรวมถึงคนย้ายถิ่นที่เข้าเมืองมาเพื่อทำงานโดยมีธุรกิจของตนเอง (self-employed worker), สมาชิกของกลุ่มผู้ชำนาญการที่เข้าเมืองระยะสั้น (short-term entry of members of the liberal profession), จิตรกร (artiste), ชาวเรือ (seaman) และคนงานที่ทำงานบริเวณชาย

²⁵ ILO Convention No. 97, Article 2

²⁶ ILO Convention No. 97, Article 6

²⁷ ILO Convention No. 97, Article 11 : 1. For the purpose of this Convention the term migrant for employment means a person who migrates from one country to another with a view to being employed otherwise than on his own account and includes any person regularly admitted as a migrant for employment. 2. This Convention does not apply to-- (a) frontier workers; (b) short-term entry of members of the liberal professions and artistes; and (c) seamen.

²⁸ Ibid. at para. 2.

แดนของรัฐที่ข้ามชายแดนไปเพื่อทำงานแต่ก็เดินทางกลับประเทศของตนเองเพื่อพักอาศัย (frontier worker) แต่จะหมายถึงเฉพาะผู้ที่เดินทางข้ามประเทศเพื่อไปทำงานหารายได้เท่านั้น ซึ่งข้อแนะนำฉบับที่ 86 ที่ได้รับการรับรองเพื่อเป็นส่วนเสริมอนุสัญญาฉบับที่ 97 นี้ก็ได้ให้ความหมายของแรงงานอพยพไว้เช่นเดียวกับความหมายของอนุสัญญาฉบับที่ 97 นี้²⁹

การให้คำนิยามของแรงงานอพยพปรากฏต่อมาในอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพเข้ามาทำงานโดยไม่ถูกต้องและการส่งเสริมความเท่าเทียมในโอกาสและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ

2. อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 143 ว่าด้วยการอพยพเข้ามาทำงานโดยไม่ถูกต้องและการส่งเสริมความเท่าเทียมในโอกาสและการปฏิบัติต่อคนงานอพยพ (the ILO Convention No. 143 concerning Migration in Abusive Condition of Equality of Opportunity and Treatment of Migrant Workers 1975) อันเป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องกับแรงงานอพยพอีกฉบับหนึ่งที่ประกอบด้วยบทบัญญัติสองส่วนด้วยกัน ส่วนแรกว่าด้วยการควบคุมแรงงานอพยพที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจัดผู้อพยพแรงงานซึ่งทำงานในลักษณะลักลอบและอพยพเข้ามาทำงานโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายรวมทั้งจัดผู้จัดหาคนงานมาทำงานในลักษณะดังกล่าว³⁰ ส่วนที่สองของอนุสัญญาฉบับที่ 143 นี้กล่าวถึงโอกาสและการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันโดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกจะต้องกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมและให้หลักประกันแก่คนงานอพยพที่ถูกต้องให้ได้รับโอกาสตลอดจนการปฏิบัติที่เท่าเทียมกับคนงานในประเทศในเรื่องของอาชีพ การว่าจ้าง การประกันสังคม สิทธิในด้านสหภาพแรงงาน และสิทธิทางวัฒนธรรม³¹ ซึ่งส่วนนี้เองเป็นการเสริมและเน้นย้ำถึงบทบัญญัติที่บัญญัติไว้แล้วในอนุสัญญาฉบับที่ 97

สำหรับนิยามของคำว่าแรงงานย้ายถิ่นที่ได้กำหนดไว้ใน มาตรา 11 ของอนุสัญญาฉบับที่ 143 บัญญัติไว้ว่า

²⁹ ILO Recommendation No. 86, Para 1 Clause 1 (a)

³⁰ ILO Convention No. 143, Article 3

³¹ ILO Convention No. 143, Article 10

“เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้อพยพข้ามประเทศเพื่อทำงาน หมายถึง บุคคลที่ย้ายถิ่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เพื่อที่จะไปทำงาน มากกว่าที่จะไปใช้จ่ายเงินของตนเอง และรวมถึงบุคคลใดๆ ที่โดยปกติแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อพยพเพื่อทำงาน โดยไม่นับรวมถึงผู้อพยพย้ายถิ่นบางกลุ่ม ซึ่งได้แก่ คนที่ทำงานตามบริเวณชายแดนระหว่างรัฐ, จิตรกร หรือสมาชิกของกลุ่มผู้ชำนาญการที่เข้าเมืองระยะสั้น, ชาวเรือ ลูกเรือเดินทะเลต่างชาติ, บุคคลที่เข้ามาในฐานะเรียนหนังสือหรือทหารฝึกอบรบ, บุคคลที่เข้ามาชั่วคราวอันเนื่องมาจากการร้องขอของนายจ้างภายในประเทศเพื่อทำหน้าที่ทำงานเฉพาะด้านและต้องกลับไปเมื่อเสร็จโครงการนั้น”

โดยรวมแล้วคำนิยามของแรงงานย้ายถิ่นตามอนุสัญญาฉบับที่ 143 เป็นคำนิยามเดียวกันกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 97³² เพียงแต่ระบุเพิ่มเติมถึงกลุ่มบุคคลที่ไม่ถือว่าเป็นแรงงานย้ายถิ่นเพิ่มขึ้นว่าแรงงานย้ายถิ่นไม่รวมถึงบุคคลที่เข้ามาในฐานะเรียนหนังสือหรือทหารฝึกอบรบ, บุคคลที่เข้ามาชั่วคราวอันเนื่องมาจากการร้องขอของนายจ้างภายในประเทศเพื่อทำหน้าที่ทำงานเฉพาะด้านและต้องกลับไปเมื่อเสร็จโครงการนั้น

นอกจากความหมายของแรงงานย้ายถิ่นตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศทั้งสองฉบับดังกล่าวแล้ว อนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วย

³² ILO Convention No. 143, Article 11: 1. For the purpose of this Part of this Convention, the term migrant worker means a person who migrates or who has migrated from one country to another with a view to being employed otherwise than on his own account and includes any person regularly admitted as a migrant worker. 2. This Part of this Convention does not apply to- (a) frontier workers; (b) artistes and members of the liberal professions who have entered the country on a short-term basis; (c) seamen; (d) persons coming specifically for purposes of training or education; (e) employees of organisations or undertakings operating within the territory of a country who have been admitted temporarily to that country at the request of their employer to undertake specific duties or assignments, for a limited and defined period of time, and who are required to leave that country on the completion of their duties or assignments.

การคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวของเขาเหล่านั้น (The UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990) ก็ได้กำหนดความหมายของแรงงานย้ายถิ่นตามอนุสัญญาไว้ด้วย

3. อนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวของเขาเหล่านั้น (The UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990) อันเป็นอนุสัญญาที่ให้ความคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวฉบับล่าสุด แต่ยังไม่มียกเว้นบังคับใช้เนื่องจากยังมีประเทศภาคีที่ให้สัตยาบันยังไม่ครบ 20 ประเทศ อนุสัญญาฉบับนี้ได้ให้ความคุ้มครองทั้งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายและไม่ถูกกฎหมายด้วย ได้ให้คำนิยามของแรงงานต่างด้าวไว้ในมาตรา 2 ย่อหน้าแรกว่า

“แรงงานย้ายถิ่น หมายถึง บุคคลซึ่งจะถูกว่าจ้างให้ทำงาน, กำลังถูกว่าจ้างหรือเคยถูกว่าจ้างทำงานโดยได้รับค่าตอบแทนในรัฐที่ตนไม่ได้เป็นคนของชาตินั้น”³³

จากคำนิยามที่บอกว่าการทำงานของแรงงานย้ายถิ่นเป็นการ “ทำงานโดยได้รับค่าตอบแทน” ตามนิยามของอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติฉบับนี้เห็นได้ว่า องค์การสหประชาชาติประสงค์ให้แรงงานย้ายถิ่นหมายรวมถึงคนย้ายถิ่นทำงานในกิจกรรมของตนเองหรือที่ตนเองเป็นเจ้าของ (self-employed worker) เข้าไว้ด้วยซึ่งถือว่าเป็นการเพิ่มเติมให้ชัดเจนยิ่งขึ้นกว่าคำนิยามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 97 และอนุสัญญาฉบับที่ 143 โดยที่มาสนับสนุนคำนิยามขององค์การองค์การแรงงานระหว่างประเทศสหประชาชาติพบได้จากประมวลคำศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัยและ

³³ The UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 1990, Article 2: For the purposes of the present Convention:

The Term 'migrant workers' refer to a person who is to be engaged, is engaged or has been engaged in a remunerated activity in a state of which he or she is not a national.

การย้ายถิ่น (Glossary of Refugee and Migration Terms)³⁴ ที่ได้ให้คำนิยามของแรงงานย้ายถิ่นไว้เหมือนกับที่อนุสัญญาองค์การสหประชาชาติกำหนดไว้

โดยที่ประมวลคำศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัยและการย้ายถิ่น³⁵ และหนังสือ Rights of Migrant Workers³⁶ ได้อธิบายเพิ่มเติมและเป็นประโยชน์ต่อการศึกษาว่าแรงงานย้ายถิ่นนั้นตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติหมายถึงบุคคลใดไว้เป็นอย่างดีด้วย โดยอธิบายว่าแรงงานย้ายถิ่นนั้นหมายรวมถึงบุคคลดัง 8 ประเภทต่อไปนี้ด้วย

1. “คนงานที่ทำงานตามบริเวณชายแดนระหว่างรัฐ” (frontier worker) คือคนงานชายหรือหญิงที่มีถิ่นพำนักอาศัยในรัฐเพื่อนบ้าน เข้ามาทำงานและเดินทางกลับบ้านเป็นปกติทุกวันหรืออย่างน้อยสัปดาห์ละครั้ง
2. “คนงานตามฤดูกาล” (seasonal worker) คือ คนงานที่ถูกว่าจ้างโดยลักษณะงานขึ้นอยู่กับสภาพทางฤดูกาลเป็นตัวกำหนดและงานนั้นสามารถทำได้เฉพาะบางช่วงของปี
3. “ชาวเรือ” (seafarer) (หมายรวมถึงชาวประมง) คือคนงานที่ถูกว่าจ้างให้ทำงานบนเรือที่จดทะเบียนกับรัฐที่คนงานชายหรือหญิงมิได้เป็นคนของชาตินั้น
4. “คนงานที่ทำงานในสถานที่ทำงานนอกประเทศ” (worker on an offshore installation) คือคนงานที่ทำงานในสถานที่ทำงาน, โรงงานหรือไซต์งานที่ตั้งอยู่นอกประเทศ ภายใต้เขตอำนาจหน้าที่ของรัฐที่คนงานมิได้เป็นคนของชาตินั้น

³⁴ ประมวลคำศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัยและการย้ายถิ่นนี้ได้รวบรวมคำศัพท์มาจากนามานุกรมสากลเกี่ยวกับอภิธานศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัย (International Thesaurus of Refugee Terminology) และจากนามานุกรมสากลอื่นที่มีคำศัพท์เกี่ยวข้องกับการย้ายถิ่นเช่นจาก Human Rights Thesaurus ; โปรดดูสุภางค์ จันทวานิช, ประมวลคำศัพท์ว่าด้วยผู้ลี้ภัยและการย้ายถิ่น Glossary of Refugee and Migration Terms. (กรุงเทพมหานคร : เซเว่น เพลส แอนด์ โพรโมชัน, 2542), หน้า 35-36.

³⁵ เรื่องเดียวกัน

³⁶ Philippine Migrants Rights Watch and Asian Partnership in International Migration, Rights of Migrant Workers: A Primer on the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, (n.p.,1997), p. 6-7.

5. “คนงานที่เดินทางโยกย้ายไปมา” (itinerant worker) หมายถึงคนงานที่มีถิ่นพำนักในรัฐหนึ่งเป็นประจำ แต่เดินทางไปยังอีกรัฐหนึ่ง หรือหลายรัฐ ในระยะเวลาสั้นๆ ตามลักษณะงานในอาชีพตน
6. “คนงานประจำโครงการ” (project-tied worker) หมายถึงคนงานที่ได้รับอนุญาตให้เข้าไปทำงานในอีกรัฐหนึ่งในช่วงระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยนายจ้างเพื่อทำงานในโครงการใดโครงการหนึ่งโดยเฉพาะ
7. “คนงานที่มีกิจการของตนเอง” (self-employed worker) ได้แก่คนงานที่ทำงานในต่างประเทศโดยไม่ได้อยู่ภายใต้สัญญาว่าจ้างงาน เช่น การประกอบอาชีพค้าขาย
8. “คนที่ได้รับการว่าจ้างพิเศษ” (specified – employment worker) ได้แก่คนงานที่เข้าไปทำงานในอีกประเทศหนึ่งโดยได้รับการมอบหมายเป็นพิเศษ หรือปฏิบัติภาระหน้าที่ช่วงระยะเวลาสั้นๆ อันเป็นงานที่ต้องการทักษะทางวิชาชีพ ทักษะเชิงพาณิชย์หรือมีทักษะการทำงานที่อาศัยความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในระดับสูง

ดังนั้นจากการพิจารณาความหมายของทั้งตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศและตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติ เห็นได้ว่าในทางอนุสัญญาระหว่างประเทศมีความเห็นตรงกันว่า แรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าว นั้นหมายถึงบุคคลที่อพยพจากประเทศหนึ่ง (เรียกว่าประเทศผู้ส่งหรือประเทศต้นทาง) ไปยังอีกรัฐหนึ่ง (เรียกว่าประเทศผู้รับหรือประเทศปลายทาง) เพื่อทำงานโดยประสงค์ได้ค่าตอบแทน แต่จะแตกต่างกันตรงที่ว่า อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศนั้นจะไม่คุ้มครองถึงคนย้ายถิ่นที่เข้าเมืองมาเพื่อทำงานโดยมีธุรกิจของตนเอง (self-employed worker), สมาชิกของกลุ่มผู้ชำนาญการที่เข้าเมืองระยะสั้น (short-term entry of members of the liberal profession), จิตรกร (artist), ชาวเรือ (seaman/ seafarer) และคนงานที่ทำงานบริเวณชายแดนของรัฐ (frontier worker) เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ถูกกำหนดไว้ว่าอยู่นอกค่านิยามของคนงานย้ายถิ่นที่จะได้รับการคุ้มครองตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ในขณะที่คนย้ายถิ่นที่ประกอบอาชีพเหล่านี้ได้ถูกรวมอยู่ความหมายของคนงานย้ายถิ่นของอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติ จึงได้รับความคุ้มครองตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติ³⁷ แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญา

³⁷ สำหรับชาวเรือ (sea farer) ที่จะได้รับความคุ้มครองในฐานะแรงงานตามอนุสัญญาองค์การสหประชาชาตินั้นจำกัดเฉพาะต้องเป็นชาวเรือที่มีสิทธิอยู่อาศัยและทำงานที่มีค่าตอบแทนในประเทศที่เรื่อนั้นจดทะเบียนเท่านั้น ดู Philippine Migrants Rights Watch and Asian Partnership in International Migration, Rights of Migrant Workers: A

ขององค์การระหว่างประเทศทั้งสองก็มีความเห็นตรงกันว่า แรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่นนั้นไม่รวมถึงบุคคลที่เดินทางข้ามประเทศเพื่อทำงานในฐานะที่เป็นนักลงทุน (investor), ผู้ลี้ภัยหรือบุคคลที่ไม่มีสัญชาติ (refugees or stateless person)³⁸, นักเรียน นักศึกษาหรือผู้ฝึกอบรม (student and trainee) และไม่รวมถึงผู้ที่ทำงานโดยผู้ภายใต้การว่าจ้างขององค์การระหว่างประเทศ (person sent or employed by international organizations and agencies) เนื่องจากนักลงทุนจะอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองและได้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับการลงทุนและกิจการที่ลงทุน ตามอนุสัญญาเกี่ยวกับการลงทุนซึ่งส่วนใหญ่มักเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศผู้รับการลงทุนมักจะทำกับประเทศเจ้าของสัญชาติของนักลงทุน และเนื่องจากนักเรียน นักศึกษาหรือผู้ฝึกอบรมมิใช่ผู้ที่เดินทางมาเพื่อทำงาน และผู้ลี้ภัยจะอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองตามอนุสัญญาว่าด้วยสถานภาพผู้ลี้ภัยของสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ (the Convention on the Status of Refugee), ส่วนผู้ที่ทำงานภายใต้การว่าจ้างขององค์การระหว่างประเทศจะได้รับความคุ้มครองตาม อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยเอกสิทธิและความคุ้มกันทางการทูตอยู่แล้ว

ดังนั้นแนวความคิดในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่นที่มีมาแต่เดิมจึงถูกจำกัดขอบเขตลงให้ชัดเจนว่าใครบ้างที่อยู่ในขอบเขตความหมายของแรงงานต่างด้าวที่จะได้รับการคุ้มครอง เมื่อมีการบัญญัติหลักการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวขึ้นในอนุสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่นจะมีหลักการเป็นอย่างไรบ้างนั้น สามารถประมวลได้จากหลักการของทฤษฎีกฎหมายระหว่างประเทศที่แทรกอยู่ในอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับต่างๆได้

Primer on the UN Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, op.cit., p. 8.

³⁸ ดูวิจิต มันทาภรณ์ "ผู้ลี้ภัย : กฎหมายและนโยบายแห่งรัฐว่าด้วยผู้อพยพและผู้หลบหนีเข้าเมืองในประเทศไทย," นิติศาสตร์ 15 (มีนาคม 2528) : 192.

2.4 หลักการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97

เนื่องจากลักษณะเฉพาะตัวของแรงงานต่างด้าวที่นอกจากจะเป็นคนทำงาน (worker) แล้ว ยังเป็นคนต่างด้าว (alien) ในประเทศที่เข้าไปทำงานซึ่งลักษณะทางกายภาพ เช่นสีผิว รูปร่าง ภาษาและสัญชาติของแรงงานต่างด้าวจะแตกต่างกับคนชาติของประเทศเจ้าบ้านที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงาน ความไม่รู้ภาษาและไม่คุ้นเคยกับวัฒนธรรมของประเทศเจ้าบ้านจึงมักเป็นเหตุที่ทำให้แรงงานต่างด้าวถูกเอาเปรียบในประเทศเจ้าบ้านที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานได้ง่าย ในระดับระหว่างประเทศจึงเห็นว่าการกำหนดให้คุ้มครองแรงงานต่างด้าวจึงจำเป็นที่ต้องมีการรับรองไว้เฉพาะอีกชั้นหนึ่งนอกเหนือจากหลักสิทธิมนุษยชนพื้นฐานที่รับรองสิทธิของมนุษย์ทุกคนอยู่แล้ว เพื่อไม่ให้แรงงานต่างด้าวถูกเอาเปรียบและถูกละเมิดสิทธิ เพื่อให้แรงงานต่างด้าวได้มีคุณภาพชีวิตและการทำงานที่ดีในประเทศปลายทาง

อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) ซึ่งเป็นอนุสัญญาฉบับที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ประสงค์จะนำมาเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเพื่อสำรวจถึงหลักการการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายว่าสอดคล้องกับหลักการในมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเพียงใด

ก. ประวัติความเป็นมาของอนุสัญญาฉบับที่ 97

อนุสัญญาฉบับที่ 97 เกิดขึ้นจากการประชุมครั้งที่ 32 ของที่ประชุมใหญ่องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (the General Conference of the International Labour Organization) เมื่อวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1949 โดยเหตุผลของการรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 นี้ขึ้นก็เนื่องจากที่ประชุมเห็นว่าสมควรมีการปรับปรุงแก้ไขอนุสัญญาฉบับที่ 66 ซึ่งเป็นอนุสัญญาฉบับแรกที่ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงานที่ได้รับการรับรองขึ้นจากที่ประชุมใหญ่องค์การแรงงานระหว่างประเทศครั้งที่ 25 ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1939

อนุสัญญาฉบับที่ 66 นี้ แม้จะได้รับการรับรองจากที่ประชุมใหญ่องค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่ยังไม่ได้มีการเปิดให้สมาชิกให้สัตยาบันและยังไม่มีผลบังคับใช้ จึงได้มีการเสนอให้แก้ไขอนุสัญญาฉบับที่ 66 ดังกล่าว แต่ที่ประชุมใหญ่องค์การแรงงานระหว่าง

ประเทศครั้งที่ 32 เห็นว่าอนุสัญญาฉบับที่ 66 ควรให้มีการรับรองให้เป็นอนุสัญญาฉบับใหม่ โดยอนุสัญญาฉบับใหม่นี้เรียกว่าอนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) ซึ่งอนุสัญญาฉบับที่ 97 เริ่มมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1952³⁹

หนึ่งในการประชุมรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็ได้มีการรับรองข้อแนะนำฉบับที่ 86 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (Recommendation concerning Migration for Employment) ที่ออกมาเพื่อเสริมอนุสัญญาฉบับที่ 97 ด้วย

ข. เจตนารมณ์ของอนุสัญญาฉบับที่ 97

เจตนารมณ์ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 มาจากจุดมุ่งหมายร่วมของอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับแรงงานต่างด้าวหรือแรงงานย้ายถิ่น โดยบรรดาอนุสัญญาเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายร่วมกันลงประการ ได้แก่จุดมุ่งหมายที่ต้องการควบคุมการเคลื่อนย้ายแรงงานในบางกลุ่มและจุดมุ่งหมายที่ต้องการคุ้มครองแรงงานย้ายถิ่น⁴⁰ ทั้งนี้ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ มุ่งมรรคผล 4 ประการจากการการบังคับใช้อนุสัญญาเหล่านี้ ได้แก่

1. เพื่อให้เกิดความร่วมมือระหว่างประเทศระหว่างผู้รับแรงงานต่างด้าวกับประเทศผู้ส่งแรงงานต่างด้าว ในการอำนวยความสะดวกให้การย้ายถิ่นเพื่อการทำงานของแรงงานต่างด้าวตรงตามความจำเป็นในความต้องการรับแรงงานต่างด้าวของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว
2. เพื่อให้จำนวนแรงงานที่ตัดสินใจย้ายถิ่นข้ามประเทศเพื่อทำงานได้สัดส่วนกับจำนวนใบอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวเข้าทำงานของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว โดยการตัดสินใจย้ายถิ่นข้ามประเทศเพื่อทำงานและการออกใบอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวเข้าทำงาน ควรตั้งอยู่บนพื้นฐานของข้อมูลเกี่ยวกับสภาพการทำงานและความเป็นอยู่ในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว ตลอดจนความรู้เกี่ยวกับตลาด

³⁹ILO, International Labour Standard on Migrant Workers [Online] .Available from : <http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/whatare/standards/migrant.htm> [2002, March 11]

⁴⁰ Ibid.

แรงงานและความจำเป็นในการแก้ไขการขาดแคลนแรงงานทั้งแรงงานในเฉพาะ
กิจการและแรงงานโดยทั่วไป

3. เพื่อให้บทบัญญัติในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวมีผลกับการคุ้มครองแรงงานที่เป็นคนชาติด้วย
4. เพื่อคุ้มครองแรงงานต่างด้าวไม่ให้ถูกเอาเปรียบ (exploitation) และเพื่อยืนยันถึงหลักความเท่าเทียมกันในการปฏิบัติและความเท่าเทียมในโอกาส (equality of treatment and opportunity) ของแรงงานย้ายถิ่นกับแรงงานที่เป็นคนชาติอันเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดของการคุ้มครองแรงงานต่างด้าว

การรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 และข้อแนะนำฉบับที่ 86 ซึ่งเป็นอนุสัญญาและข้อแนะนำที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานอพยพจึงเป็นการยืนยันถึงหน้าที่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่จะต้องคุ้มครองผลประโยชน์ของคนงานเมื่อได้ย้ายถิ่นไปทำงานในประเทศอื่นตามเจตนารมณ์ที่บัญญัติอยู่ในอารัมภบทของธรรมนูญองค์การแรงงานระหว่างประเทศที่ว่า

“การปรับปรุงสภาพการทำงานของคนงานที่มีความไม่เป็นธรรม และมีความยากลำบากในการทำงานเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างเร่งด่วน ยกตัวอย่างเช่น โดยการคุ้มครองผลประโยชน์ของคนงานที่ต้องทำงานในประเทศที่มีใช้ประเทศของตนเอง”⁴¹

นอกจากนี้การรับรองอนุสัญญาฉบับที่ 97 ยังเป็นการแสดงให้เห็นว่าองค์การแรงงานระหว่างประเทศได้คำนึงถึงสิทธิของบุคคลที่จะเคลื่อนย้ายถิ่นฐานเพื่อทำงานตามที่ได้รับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง

⁴¹ The ILO Constitution' s preamble, para 2: And whereas conditions of labour exist involving such injustice hardship and privation to large numbers of people as to produce unrest so great that the peace and harmony of the world are imperilled; and an improvement of those conditions is urgently required; as, for example, by... “ protection of the interests of workers when employed in countries other than their own”.

ค. บุคคลที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 มุ่งคุ้มครอง (Subject in Law of Convention No. 97)

อนุสัญญาฉบับที่ 97 ที่บังคับใช้กับรัฐสมาชิกองค์การระหว่างประเทศที่ได้ให้สัตยาบันฉบับที่ 97 นี้ (มาตรา 13) มีวัตถุประสงค์ทั่วไปในการคุ้มครอง "ผู้ย้ายถิ่นเพื่อการทำงาน" (Migrant for Employment) หรือที่เรียกได้อีกอย่างว่า "แรงงานย้ายถิ่น" หรือ ในสายตาของประเทศผู้รับแรงงานเรียกว่า "แรงงานต่างด้าว" โดยตามคำนิยามที่บัญญัติไว้ใน Article 11 ของอนุสัญญาฉบับนี้กล่าวเพียงว่า "เพื่อวัตถุประสงค์ของอนุสัญญาฉบับนี้ ผู้อพยพข้ามประเทศเพื่อทำงาน หมายถึง บุคคลที่ย้ายถิ่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่ง เพื่อที่จะไปทำงานมากกว่าที่จะไปใช้จ่ายเงินของตนเอง และรวมถึงบุคคลใดๆ ที่โดยปกติแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อพยพเพื่อทำงาน โดยไม่นับรวมถึงผู้อพยพย้ายถิ่นบางกลุ่ม ซึ่งได้แก่ คนที่ทำงานตามบริเวณชายแดนระหว่างรัฐ, จิตรกร หรือสมาชิกของกลุ่มผู้ชำนาญการที่เข้าเมืองระยะสั้น, ชาวเรือ ลูกเรือเดินทะเลต่างชาติ" (โปรดดูคำอธิบายขยายความนิยามนี้ในหัวข้อ 2.3 ที่กล่าวแล้ว)

จากคำนิยามดังกล่าวไม่ได้มีการแบ่งแยกว่าแรงงานย้ายถิ่นหรือแรงงานต่างด้าวที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 มุ่งคุ้มครองจำเป็นต้องเป็นแรงงานต่างด้าวที่ถูกกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือวัตถุประสงค์ทั่วไปของอนุสัญญาจึงประสงค์ที่จะคุ้มครองทั้งแรงงานต่างด้าวที่ถูกกฎหมายและแรงงานต่างด้าวที่ผิดกฎหมายด้วย ดังนั้นบุคคลที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 ประสงค์จะคุ้มครอง (Subject in Law) โดยรวมถึงหมายถึงแรงงานอพยพหรือแรงงานต่างด้าวทุกคนที่โดยปกติแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อพยพเพื่อทำงานโดยไม่คำนึงถึงว่าบุคคลดังกล่าวได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายของรัฐผู้รับหรือไม่

แต่อย่างไรก็ตามบทบัญญัติการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในบางเรื่องของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็ได้จำกัดขอบเขตในการคุ้มครองลงโดยประสงค์จะให้ความคุ้มครองเฉพาะแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย (immigrant lawfully หรือ legal entry) เท่านั้น การคุ้มครองดังกล่าวนี้ ได้แก่ การความคุ้มครองให้แรงงานต่างด้าวได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับแรงงานที่เป็นคนชาติของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากความแตกต่างทางด้าน สัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ของแรงงานต่างด้าว ดังที่ปรากฏใน มาตรา 6 ของอนุสัญญา

ดังนี้โดยทั่วไปแม้ว่าอนุสัญญาฉบับที่ 97 จะมีจุดมุ่งหมายโดยทั่วไปในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นแรงงานต่างด้าวที่ถูกกฎหมายหรือไม่ถูกกฎหมาย แต่ในกรณีที่บทบัญญัติของอนุสัญญากำหนดเฉพาะให้รัฐสมาชิกต้องปฏิบัติตามการคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้นก็ไม่สามารถที่จะตีความขยายความคุ้มครองดังกล่าวให้กับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายได้ด้วย กรณีนี้ได้มีการยืนยันในความเห็นส่วนตัวของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญา (the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) 's Individual Observation Concerning Convention No. 97) ที่ได้ให้ไว้กับประเทศฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1996⁴² ดังนี้หลักการให้ปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนชาติจึงใช้กับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่าอนุสัญญาฉบับที่ 97 มีบุคคลที่อนุสัญญามุ่งคุ้มครองอยู่ 2 ระดับ ระดับแรก การคุ้มครองโดยทั่วไปมุ่งคุ้มครองทั้งแรงงานต่างด้าวทั้งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายและแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย การคุ้มครองระดับที่สอง การคุ้มครองที่ให้เฉพาะกับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเท่านั้น

ง. หลักการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามอนุสัญญาฉบับที่ 97

อนุสัญญาฉบับที่ 97 มีบทบัญญัติหลากหลายที่มุ่งประสงค์ในการกำหนดสภาพต่างๆ ที่ควรเกิดขึ้นแก่ผู้อพยพเพื่อการทำงาน และมุ่งประสงค์ที่จะให้มั่นใจว่าแรงงานย้ายถิ่นจะได้รับความเท่าเทียมในการปฏิบัติกับแรงงานที่เป็นคนชาติที่แรงงานต่างด้าวเข้าไปทำงานทั้งสิ้น ในขอบข่ายเรื่องทีอนุสัญญากำหนดไว้

⁴² CEACR: Individual Observation concerning Convention No. 97, Migration for Employment (Revised), 1949 France (ratification: 1954) Published: 1996 [Online]. Available from: <http://www.ilo.org/ilolex/ilolex.asp?icldocno=1567&language=eng&countryframeE.htm> [2002, March 11]

ข้อกำหนดตามบทบัญญัติของอนุสัญญาสามารถแบ่งได้เป็นเรื่องต่าง ๆ ได้ต่อไปนี้

1. ข้อกำหนดหน้าที่ให้รัฐสมาชิกทั้งที่เป็นประเทศผู้ส่งแรงงานต่างด้าวและประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวปฏิบัติ ได้แก่การกำหนดให้รัฐสมาชิกต้องจัดให้มีข้อมูลเกี่ยวกับการย้ายถิ่นแก่รัฐสมาชิกอื่นและจัดให้ความช่วยเหลือและให้ข้อมูลแก่แรงงานย้ายถิ่นโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย อำนวยความสะดวกในการเดินทางเข้าออกประเทศและในระหว่างการเดินทาง จัดให้มีการบริการรักษาพยาบาลแก่แรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวของแรงงานต่างด้าว โดยให้กับทั้งแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายและผิดกฎหมายด้วย และในมีการทำความร่วมมือระหว่างกันของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวกับประเทศผู้ส่งแรงงานต่างด้าวในกรณีที่มีการเคลื่อนย้ายแรงงานจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งจำนวนมาก (มาตรา 1, 2, 3, 4, 5, 7, 9, 10)
2. ข้อกำหนดหน้าที่ให้รัฐสมาชิกเฉพาะที่เป็นประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวปฏิบัติ หน้าที่นี้ได้แก่หน้าที่ในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติ หรือให้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่น้อยกว่าที่แรงงานที่เป็นคนชาติของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวในเรื่องต่างๆที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน อันได้แก่การได้รับค่าตอบแทนการทำงาน การมีสภาพการทำงานที่ดี ที่อยู่อาศัย การเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงานและการได้รับประโยชน์จากการเจรจาต่อรองร่วม ความมั่นคงทางสังคม อย่างเช่นประกันสังคม ภาษีจากการทำงาน การดำเนินกระบวนการพิจารณา (มาตรา 6) และหน้าที่ในการรับรองว่าแรงงานต่างด้าวและครอบครัวของแรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เดินทางเข้าประเทศ (admitted on a permanent basis) จะไม่ถูกบังคับให้กลับออกนอกประเทศเนื่องมาจากการเจ็บป่วยหรือบาดเจ็บจากการเดินทางที่ทำให้ไม่สามารถทำงานได้ เว้นเสียแต่ว่า แรงงานต่างด้าวนั้นสมัครใจ หรือมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่รัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวนั้นเป็นภาคีบัญญัติไว้ (มาตรา 8)

จากลักษณะข้อกำหนดในตัวบทบัญญัติของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ผู้เขียนเห็นว่าหลักการการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย (legal migrant workers) มีหลักการเฉพาะอยู่ที่การไม่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่รัฐเจ้าของประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้ความคุ้มครองเนื่องจากเป็นหลักเกณฑ์สากลที่ทั้งอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวและครอบครัวของเขาเหล่านั้น และอนุสัญญาฉบับที่ 143 ซึ่งแตกต่างจากหลักการในการอำนวยความสะดวกในด้านต่างๆแก่แรงงานต่างด้าวที่เป็นหลักการทั่วไป

ใช้กับแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายด้วย ลักษณะของการคุ้มครองตามแต่ละหลัก การดังกล่าวอธิบายได้ดังนี้

1. หลักการให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนในชาติ

ตามที่กล่าวแล้วว่าหลักการให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับคนชาติตาม มาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ใช้คุ้มครองเฉพาะแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูก กฎหมาย ในบางเรื่องที่กำหนดไว้เท่านั้น (treatment no less favorable than that which they apply to their own nationals in respect of certain matters) จึง ต้องพิจารณาบทบัญญัติของ มาตรา 6 ว่าบัญญัติไว้ครอบคลุมถึงเรื่องใดบ้าง บท บัญญัติดังกล่าวมีดังนี้

“รัฐสมาชิกที่อนุสัญญานี้มีผลบังคับใช้ต้องปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่ เข้าเมืองถูกกฎหมายไม่น้อยไปกว่าที่ปฏิบัติต่อคนชาติของรัฐนั้น โดยไม่คำนึง ถึงความแตกต่าง หรือ เลือกปฏิบัติทางด้านสัญชาติ เชื้อชาติ ศาสนา หรือเพศ ในเรื่องดังต่อไปนี้

(ก) ตราบที่เรื่องดังต่อไปนี้มีการกำหนดโดยกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร—

(i) ค่าตอบแทนการทำงานซึ่งรวมถึงค่าใช้จ่ายของครอบครัวที่ รวมอยู่ในรูปของค่าตอบแทนการทำงาน ชั่วโมงทำงาน การจัดการ เกี่ยวกับการทำงานนอกเวลา วันหยุดที่ได้รับค่าจ้าง ข้อจำกัดในงาน รับไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการจ้างงาน การฝึกฝนและการฝึกอบรม การทำงานของหญิงและการทำงานของเด็ก

(ii) การเป็นสมาชิกของสหภาพแรงงาน และการได้รับประโยชน์ จากการเจรจาต่อรอง

(iii) ที่อยู่อาศัย

(ข) ความมั่นคงทางสังคม (Social Security) (ที่ได้กล่าวอยู่ใน บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องของการบาดเจ็บจากการทำงาน การ เป็นมารดา ความเจ็บป่วย ทุพพลภาพ ชราภาพ การตาย การว่างงาน และความรับผิดชอบต่อครอบครัว และการประกันสังคมในกรณีอื่นๆ

ตามที่กฎหมายภายในของประเทศเกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคม
ครอบคลุมถึง) ภายใต้ข้อจำกัดดังต่อไปนี้

- (i) อาจให้มีการจัดการที่เหมาะสมเพื่อรักษาสิทธิที่ได้รับ
หรือสิทธิตาม *right in course of acquisition*
- (ii) กฎเกณฑ์หรือกฎหมายภายในของประเทศผู้รับแรง
งานย้ายถิ่นบัญญัติการจัดการเป็นพิเศษเกี่ยวกับผลประโยชน์
หรือสัดส่วนของผลประโยชน์ซึ่ง *are payable wholly out of*
public funds และที่เกี่ยวกับค่าใช้จ่ายที่จ่ายให้กับบุคคลที่ยัง
ปฏิบัติไม่ครบถ้วนตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้สำหรับการได้รับสิทธิ
ประโยชน์โดยทั่วไป
- (ค) ภาษีที่เกิดจากการทำงานและที่เกิดจากการจ้างงาน
- (ง) การดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในเรื่องต่างๆที่อนุสัญญานี้ให้ความคุ้ม
ครองสิทธิไว้⁴³

⁴³ ILO Convention No. 97, Article 6: 1. Each Member for which this Convention is in force undertakes to apply, without discrimination in respect of nationality, race, religion or sex, to immigrants lawfully within its territory, treatment no less favourable than that which it applies to its own nationals in respect of the following matters:

(a) in so far as such matters are regulated by law or regulations, or are subject to the control of administrative authorities--

remuneration, including family allowances where these form part of remuneration, hours of work, overtime arrangements, holidays with pay, restrictions on home work, minimum age for employment, apprenticeship and training, women's work and the work of young persons;

(ii) membership of trade unions and enjoyment of the benefits of collective bargaining;

(iii) accommodation;

(b) social security (that is to say, legal provision in respect of employment injury, maternity, sickness, invalidity, old age, death, unemployment and family responsibilities, and any other contingency which, according to national laws or

จากบทบัญญัติดังกล่าวผู้เขียนขอแบ่งการพิจารณาหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ออกเป็น 3 ประเด็น เพื่อทำความเข้าใจในการใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติได้อย่างชัดเจน ประเด็นดังกล่าวประกอบไปด้วย ขอบเขตการใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ ความหมายของการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ และการรับรองหลักการไม่เลือกปฏิบัติ ตามกฎหมายภายใน

1.1 ขอบเขตการใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

ตามบทบัญญัติของมาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 กล่าวว่าเรื่องต่างๆ ที่แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวให้เท่าเทียมกับที่รัฐนั้นปฏิบัติต่อแรงงานที่เป็นชาตินั้น ประกอบไปด้วยเรื่องที่อยู่ในขอบเขตดังต่อไปนี้เท่านั้น

1. เรื่องเกี่ยวกับสภาพการทำงานซึ่งหมายถึงรวมถึงชั่วโมงการทำงาน การทำงานนอกเวลา วันหยุด งานที่รับไปทำที่บ้าน อายุขั้นต่ำในการทำงาน การฝึกอบรม การทำงานของหญิงและเด็ก และค่าตอบแทนในการทำงาน
2. การใช้สิทธิของแรงงานเกี่ยวกับการเข้าเป็นสมาชิกสหภาพแรงงานและการได้รับประโยชน์จากการเจรจาต่อรองกับนายจ้าง
3. เรื่องเกี่ยวกับที่พักอาศัย
4. เรื่องเกี่ยวกับความมั่นคงทางสังคมของแรงงานต่างด้าว

regulations, is covered by a social security scheme), subject to the following limitations:

- (i) there may be appropriate arrangements for the maintenance of acquired rights and rights in course of acquisition;
- (ii) national laws or regulations of immigration countries may prescribe special arrangements concerning benefits or portions of benefits which are payable wholly out of public funds, and concerning allowances paid to persons who do not fulfill the contribution conditions prescribed for the award of a normal pension;
- (c) employment taxes, dues or contributions payable in respect of the person employed; and
- (d) legal proceedings relating to the matters referred to in this Convention.

5. เรื่องเกี่ยวกับรายได้จากการทำงานของแรงงานต่างด้าวที่ต้องเสียภาษีในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าว

6. เรื่องเกี่ยวกับการเยียวยาทางกฎหมาย ในกรณีสิทธิต่างๆ ของแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายที่ได้รับการรับรองในอนุสัญญาฉบับที่ 97 ถูกละเมิด

โดยทั้ง 6 เรื่องดังกล่าวตามความเห็นของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญบังคับใช้อนุสัญญาและข้อแนะ (the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations) เห็นว่าต้องถือเป็นหลักการบังคับหรือเป็นมาตรฐานขั้นต่ำ (minimum standard) ที่รัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวให้เท่าเทียมกันกับแรงงานที่เป็นคนชาติ โดยไม่สามารถให้แรงงานต่างด้าวตกลงยินยอมการปฏิบัติอื่นใดที่น้อยไปกว่าที่รัฐให้การปฏิบัติต่อแรงงานที่เป็นคนชาติได้ (can not be bargained away)⁴⁴

เมื่อทราบขอบเขตของการให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติว่ามี 6 เรื่องแล้ว การศึกษาถึงการเคารพตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (Non-discrimination) และหลักการปฏิบัติให้เท่าเทียมกันกับการปฏิบัติต่อคนในชาติ (Equal Treatment) ก็ยังมีความสำคัญที่ต้องศึกษาว่า การไม่เลือกปฏิบัติ และการปฏิบัติที่เท่าเทียมที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้ความคุ้มครองนั้นมีความหมายถึงการกระทำเช่นไรบ้าง และมาตรการรับรองถึงหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวต้องปรากฏวิธีการรับรองเช่นไร

1.2 ความหมายของการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน

⁴⁴ "the principle of equality of treatment between nationals and non-nationals concerning workers' compensation as provided for under Article 6, paragraph 1(b), of the Convention, cannot be bargained away, even with the consent of the worker" See CEACR: Individual Observation concerning Convention No. 97, Migration for Employment (Revised), 1949 Malaysia (Sabah) (ratification: 1964) Published: 1997

เนื่องจากอนุสัญญาฉบับที่ 97 มิได้กำหนดนิยามศัพท์การกระทำที่เป็น การเลือกปฏิบัติไว้ จึงขอให้ความหมายโดยทั่วไปของการเลือกปฏิบัติมาพิจารณา

ความหมายตามคำศัพท์-คำย่อทางการทูตและการต่างประเทศที่จัดทำโดย สถาบันการต่างประเทศ กระทรวงต่างประเทศ ประเทศไทย พ.ศ. 2543 ทราบเพียงแต่ ว่า "discrimination" หมายถึง การเลือกปฏิบัติ และ "equality of treatment" หมายถึงการปฏิบัติเท่าเทียมกัน โดยมีได้มีการอธิบายว่าการเลือกปฏิบัติหมายถึง การกระทำใดบ้าง หรือการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันนั้นใช้อะไรเป็นตัววัดความเท่ากัน การพิจารณาคำอธิบายความของนักปราชญ์, ขององค์การระหว่างประเทศและของ ศาลต่างประเทศที่ได้อธิบายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติไว้จึงจะเป็นประโยชน์ในการ ทำความเข้าใจ

ความหมายที่ให้ไว้โดยนักปราชญ์และศาลต่างประเทศ

นักปราชญ์อริสโตเติล (Aristotle) ได้ให้ความหมายของคำว่า "ความเสมอภาค" ใ้ อย่างชัดเจนและง่ายต่อการเข้าใจว่า

"ความเสมอภาคในทางศีลธรรม หมายถึงว่า สิ่งทั้งหลายที่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกัน ในขณะที่สิ่งต่างๆที่ไม่เหมือนกันควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันตามสัดส่วนของความแตกต่างกันเหล่านั้น" (Equality in morals means this: those things that are alike should be treated alike, while things that are unlike should be treated unlike in proportion to their unlikeness)⁴⁵

ดังนั้นจึงเข้าใจได้ในเบื้องต้นว่าการปฏิบัติที่เหมือนกันในทุกๆสิ่งนั้นอาจมิใช่ การปฏิบัติที่เสมอภาคเสมอไป หากแต่ว่าสิ่งที่ควรได้รับการปฏิบัติที่เหมือนกันก็คือสิ่ง

⁴⁵ Andrew Byrnes, "Equality and Non-Discrimination" in, Human Rights in Hong Kong, ed. Raymond Wacks (Hong Kong : Oxford University Press, 1992), p.226, citing P. Westen., "The Empty Idea of equality", Harvard Law Review 95 (1982), p. 543 citing Aristotle, Nichomachean Ethics (W.Ross trans.) (Oxford, Oxford University Press, 1925), Vol. 3, pp.1131a-1131b.

ที่เหมือนกัน แต่หากว่าสิ่งดังกล่าวนั้นมีความแตกต่างกันก็ควรได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างกันออกไปและสิ่งนี้เองจึงจะเป็นความเสมอภาคตามความหมายของอริสโตเติล

การปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวก็เช่นเดียวกันหากกฎหมายกำหนดให้ความคุ้มครองแรงงานต่างด้าวเช่นเดียวกับแรงงานที่เป็นคนชาติในทุกๆ เรื่องก็อาจมิใช่การปฏิบัติที่เสมอภาคเสมอไป เนื่องจากแรงงานต่างด้าวมียุทธศาสตร์ทางกายภาพที่แตกต่างไปจากแรงงานที่เป็นคนชาติ ทั้งในด้านสีผิว เชื้อชาติ ภาษาและวัฒนธรรม อีกทั้งลักษณะในการย้ายถิ่นเพื่อทำงานในระยะเวลาสั้นๆ ความแตกต่างเหล่านี้กฎหมายควรคำนึงถึงและให้การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวโดยพิจารณาถึงปัจจัยดังกล่าวด้วย เพื่อให้มีผลเป็นการคุ้มครองที่เสมอภาคแก่แรงงานต่างด้าวอย่างแท้จริง

เช่นนี้แล้วจึงมีคำถามเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติว่าการปฏิบัติที่ไม่เหมือนกันนั้นเป็นการเลือกปฏิบัติในทุกๆกรณีเลยหรือไม่ เพื่อตอบข้อสงสัยนี้ขอให้พิจารณาความหมายของการเลือกปฏิบัติที่ไว้โดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน(the Human Rights Committee) แห่งสหประชาชาติ ดังนี้

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน(the Human Rights Committee) แห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่ดูแลการปฏิบัติตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR) ได้อธิบายการกระทำที่เป็น "การเลือกปฏิบัติ" ไว้ใน General Comment 18 (37)⁴⁶ ว่า

“ไม่ใช่ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันจะเป็นการเลือกปฏิบัติเสียทั้งหมด แต่หากว่าเนื้อหา (criteria) ของการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นสมเหตุสมผล (reasonable) และมีหลักการไม่ได้ขึ้นอยู่กับอำเภอใจ(objective)และมีวัตถุประสงค์เพื่อบรรลุเป้าหมายที่ถูกต้องตามกฎหมายตามกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมืองนี้ การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นก็ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ”
 ([N]ot every differentiation of treatment will constitute discrimination, if the criteria for such differentiation are

⁴⁶ General Comment 18 (37) (New York, United Nations, 1989), para. 13, CCPR/C/21Rev. 1/Add. 1.

reasonable and objective and if the aim is to achieve a purpose which is legitimate under the Covenant)

ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (The European Court of Human Rights) ก็ได้ตีความอธิบายความหมายของการปฏิบัติที่แตกต่างกัน (differential treatment) ที่จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ (discrimination) ไปในแนวทางเดียวกันกับความเห็นของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ โดยในคดี Belgian⁴⁷ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปได้กล่าวไว้ในตอนหนึ่งแห่ง คำพิพากษาว่า

“การปฏิบัติที่แตกต่างกัน (differential treatment) จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติก็ต่อเมื่อ “การปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นเป็นการกระทำที่ไม่มีหลักการและไม่สามารถอธิบายเหตุผลได้ (no objective and reasonable justification) ซึ่งสิ่งที่จะแสดงให้เห็นว่ามีการอธิบายได้นั้น (justification) จะเห็นได้จากเมื่อการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นได้มีการกระทำลงโดยเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย (legitimate aim) และมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลของสัดส่วนวิธีการที่ใช้ (the means employed) และวัตถุประสงค์ที่ได้รับการยอมรับ (the aim sought to be realized)”

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันในกรณีของสิ่งที่เหมือนกันนั้นโดยที่ไม่สามารถอธิบายเหตุผลอันสมควรและกระทำลงโดยไม่มีหลักการหรือทำโดยอำเภอใจแล้ว ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างแน่นอน แต่หากว่าการปฏิบัติที่แตกต่างกันนั้นได้กระทำลงโดยที่สามารถอธิบายเหตุผลได้และเป็นไปตามหลักการซึ่งเป็นไปตามเจตนารมณ์ที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งวิธีการที่ได้กระทำนั้นมีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวก็ถือว่าการกระทำที่แตกต่างกันนั้นมิใช่การเลือกปฏิบัติแต่อย่างไร

⁴⁷ Belgian Linguistics Case, European Court of Human Rights, Judgment of 23 July 1968, Series A, No.6, para. 10, 45 ILR 114, 1 EHRR 252, citing in Byrnes, Andrew, “Equality and Non-Discrimination” in Raymond Wacks (ed.), Human Rights in Hong Kong (Hong Kong, Oxford University Press, 1992, p.236.

สำหรับวิธีการของการกระทำอันเป็น "การเลือกปฏิบัติ" นี้ อาจมีได้หลายวิธีการ ทั้ง การปฏิบัติที่แตกต่างกัน การสร้างข้อยกเว้น การจำกัดสิทธิ รวมทั้งการให้ประโยชน์ผู้อื่นมากกว่า ตามคำอธิบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติก็ได้อธิบายไว้ว่า⁴⁸ "คำว่า การเลือกปฏิบัติ ตามที่ใช้อยู่ในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและพลเมือง ควรเข้าใจว่ามีความหมายโดยนัยถึง การทำให้แตกต่าง (distinction) การยกเว้น (exclusion) การจำกัด (restriction) หรือการให้สิทธิประโยชน์ (preference) ใดๆ ที่อยู่บนพื้นฐานแห่งเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา การเมือง หรือความเห็นอื่นๆ สัญชาติ หรือถิ่นกำเนิดทางสังคม ทรัพย์สิน ชานาเกิด หรือสถานะอื่นๆ ซึ่งกระทำลงโดยมีวัตถุประสงค์หรือมีผลต่อ การยอมรับ การมีและการใช้สิทธิและเสรีภาพทั้งปวงของบุคคลทุกคนที่จะแบ่งแยกไม่ได้บนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกัน"⁴⁹ ซึ่งคำอธิบายดังกล่าวนี้ก็ได้นำมาบัญญัติเป็นคำนิยามของการ "เลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ" (racial discrimination) ของอนุสัญญาองค์การสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบในทางเชื้อชาติด้วย⁵⁰

เมื่อนำความคำอธิบายของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ มาปรับเข้ากับอนุสัญญาฉบับที่ 97 แล้วอาจกล่าวได้ว่า การเลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว มีความหมายถึงการทำให้แตกต่าง การยกเว้น การจำกัด สิทธิของแรงงานต่างด้าว หรือการให้สิทธิประโยชน์แก่แรงงานในชาติมากกว่าแรงงานต่างด้าวโดยไม่สมเหตุสมผลหรือเป็นไปโดยอำเภอใจ ซึ่งการกระทำดังกล่าวต้องห้ามมิให้รัฐภาคีอนุสัญญาฉบับที่ 97 ปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย

⁴⁸ General comment 18(37), para 7, ob.cit., . CCPR/C/21Rev. 1/Add. 1.

⁴⁹ [T]he term "discrimination" as use in the Covenant should be understood to imply to any distinction, exclusion, restriction, or preference which is based on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status, and which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment oe exercise by all persons, on an equal footing, of all rights and freedom.

⁵⁰ CERD, Article 1 (1)

1.3 มาตรการรับรองในหลักการไม่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าว

ตามอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ได้กล่าวถึงรัฐมาตรการที่ใช้รับรองหลักการการไม่เลือกปฏิบัติไว้ในรูปแบบของกฎหมายภายในหรือกฎเกณฑ์ที่อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร ดังที่กล่าวไว้ในมาตรา 6 (A) ว่าขอบเขตของการกำหนดการกระทำที่ต้องไม่เลือกปฏิบัตินั้นอยู่ภายใต้ "การกำหนดโดยกฎหมายหรือกฎเกณฑ์หรืออยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร" ซึ่งก็สอดคล้องกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ข้อที่ 7 ที่ว่า "บุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ"

กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR, 1966) ที่ประเทศไทยเป็นภาคียังได้กล่าวชัดเจนเกี่ยวกับการไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลบนพื้นฐานของความแตกต่างใดๆว่าต้องได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย ดังที่ปรากฏใน มาตรา 26 ของกติกาฉบับนี้ที่ว่า

"บุคคลทั้งปวงย่อมเสมอภาคกันตามกฎหมาย (equal before the law) และมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย

(equal protection of the law) โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ

ใดๆ

ในกรณีนี้พึงมีกฎหมายห้ามการเลือกปฏิบัติใดๆและให้หลักประกันคุ้มครองทุกคนอย่างเสมอภาคและมีผลจริงจั่งเพื่อให้ปลอดจากการเลือกปฏิบัติอันเนื่องมาจากเชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ความคิดเห็นทางการเมืองหรืออื่นๆ เผ่าพันธุ์แห่งชาติ หรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นใด"⁵¹

⁵¹ ICCPR, Article 26 "All persons are equal before the law and are entitled without discrimination to equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex,

จากบทบัญญัติที่ปรากฏใน มาตรา 26 แห่งกติกาว่าด้วยสิทธิทางการเมือง และสิทธิพลเมืองที่ยกมาข้างต้นจึงขยายความถึงมาตรการทางกฎหมายที่ต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่จะเป็นการรับรองความเสมอภาคของแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายกับแรงงานที่เป็นคนชาตินั้นต้องปรากฏเป็นการรับรองทั้งในตัวของบทบัญญัติของกฎหมายเอง (equality in law themselves) เพื่อเป็นการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายจากการเลือกปฏิบัติในตัวของบทบัญญัติของกฎหมาย (protection against discrimination in legislation) ซึ่งเรียกว่าเป็น 'ความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมาย (equality of the law)' ประการหนึ่ง กับ การรับรองความเสมอภาคของแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายภายใต้การบริหารใช้กฎหมาย (equality in the administration of the law) เพื่อเป็นการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวจากการเลือกปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐ (protection against discrimination by public authority) ซึ่งเรียกว่าเป็น 'ความเสมอภาคภายใต้ (การใช้) กฎหมาย (equality before the law)' อีกประการหนึ่ง⁵²

ดังนั้นหลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองโดยรัฐที่จะต้องไม่เลือกปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 หากว่าจะนำมาพิจารณาจากการปฏิบัติของไทยต่อแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายก็สามารถตรวจสอบได้ว่าประเทศไทยได้ให้การคุ้มครองแก่แรงงานต่างด้าวมีความเสมอภาคกับแรงงานไทยทั้งในตัวของบทบัญญัติของกฎหมายและภายใต้การใช้กฎหมายนั้นภายใต้ขอบเขตเรื่อง 4 ประการตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 6 ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 หรือไม่

language, religion, political, or other opinion, national or social origin, property, birth or other status."

⁵² ดูคำอธิบายเกี่ยวกับความเสมอภาคในบทบัญญัติของกฎหมาย (equal protection of the law) กับความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย (equal before the law) ได้ใน Andrew Byrnes, "Equality and Non-Discrimination" in Human Rights in Hong Kong, ed. Raymond Wacks (Hong Kong : Oxford University Press, 1992), pp.235, 243.

สำหรับประเทศไทยหลักการไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าว ได้รับการรับรองโดยกฎหมายสูงสุดของประเทศแล้ว โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย⁵³ มาตรา 30 วรรค 1 บัญญัติไว้ว่า

“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองภายใต้กฎหมายเท่าเทียมกัน”

ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรค 3 ยังได้กำหนดห้ามการเลือกปฏิบัติต่างๆต่อบุคคลทุกคนรวมทั้งแรงงานต่างด้าวด้วยว่า

“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะกระทำมิได้”

ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรค 4 ยังได้กำหนดเพิ่มเติมว่ามาตรการเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิเสรีภาพได้เช่นเดียวกับคนอื่น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนี้

“มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตาม วรรค 3”

ความเสมอภาคภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 30 นี้จึงสอดคล้องกันกับหลักการความเสมอภาค (equality) และหลักการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discrimination) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศมาตรา 26 ของกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิพลเมือง (ICCPR) ที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

⁵³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตราไว้ ณ วันที่ 11 ตุลาคม พ.ศ. 2540

2. หลักการให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าว

การให้บริการความสะดวกและและความช่วยเหลือตามแก่แรงงานย้ายถิ่นตามหลักการของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ได้เน้นถึงการให้บริการต่างๆก่อนที่แรงงานต่างด้าวจะเดินทางออกจากประเทศของตนเองเพื่อไปทำงานในประเทศปลายทางซึ่งในขั้นตอนนี้แรงงานต่างด้าวย่อมต้องการความช่วยเหลือในด้านข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับประเทศปลายทางและการทำงานในประเทศปลายทาง ข้อมูลที่ถูกต้องย่อมจำเป็นที่สุด ดังนั้นการให้บริการความสะดวกแก่แรงงานย้ายถิ่นเพื่อทำงานย่อมต้องอาศัยความร่วมมือจากทั้งประเทศต้นทางของแรงงานต่างด้าวและประเทศปลายทางที่เป็นเป้าหมายในการทำงานของแรงงานต่างด้าว รวมทั้งการให้ความช่วยเหลืออื่นๆที่จำเป็นในระหว่างการเดินทางไปทำงานและการอำนวยความสะดวกในระหว่างที่แรงงานต่างด้าวได้เข้าทำงานแล้วด้วย ซึ่งหลักการให้บริการความสะดวกและและช่วยเหลือ นั้นแบ่งออกได้เป็นความช่วยเหลือสองใหญ่ๆ ได้แก่ ด้านการให้บริการข้อมูลข่าวสารและด้านอื่นๆนอกจากการให้บริการข้อมูลข่าวสาร เช่นการอำนวยความสะดวกในการเดินทางเข้าออกประเทศและในระหว่างการเดินทาง⁵⁴ การให้บริการทางสาธารณสุข (medical service) ในระหว่างการเดินทางไปทำงานและการเดินทางเข้าออกประเทศ⁵⁵ การอำนวยความสะดวกในการนำของใช้ส่วนตัว เครื่องมือและอุปกรณ์เกี่ยวกับการ

⁵⁴ ILO Convention No. 97, Article 4: Measure shall be taken as appropriate by each Member, within its jurisdiction, to facilitate the departure, journey and reception of migrants for employment.

⁵⁵ ILO Convention No.97, Article 5: Each Member for which this Convention is in force undertakes to maintain, within its jurisdiction, appropriate medical services responsible for--

(a) ascertaining, where necessary, both at the time of departure and on arrival, that migrants for employment and the members of their families authorised to accompany or join them are in reasonable health; (b) ensuring that migrants for employment and members of their families enjoy adequate medical attention and good hygienic conditions at the time of departure, during the journey and on arrival in the territory of destination.

ทำงานเข้าประเทศ⁵⁶ และการอำนวยความสะดวกในการส่งเงินรายได้จากการทำงาน ออกนอกประเทศด้วยเท่าที่กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการนำเงินเข้าและการส่งเงินออกของประเทศนั้นกำหนดไว้⁵⁷

สำหรับการให้บริการข้อมูลข่าวสารแก่แรงงานย้ายถิ่นอันเป็นหัวใจหลักของการให้บริการช่วยเหลือแก่แรงงานต่างด้าว นั้น อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 97 มาตรา 2⁵⁸ และข้อแนะนำที่ 86 ย่อหน้าที่ 5 ได้กำหนดให้แต่ละประเทศที่อนุสัญญาฉบับที่ 97 ใช้ บังคับจัดให้บริการช่วยเหลือโดยไม่คิดมูลค่าแก่แรงงานที่ต้องการย้ายถิ่นเพื่อทำงานโดยมีวัตถุประสงค์ให้แรงงานได้รับข้อมูลข่าวสารที่ถูกต้อง ซึ่งบริการการให้ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอาจจัดให้มีขึ้นโดยหน่วยงานที่เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กรอาสาสมัครที่ไม่ได้หวังกำไรที่ได้รับการอนุมัติและอยู่ภายใต้การดูแลตรวจตราจากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือโดยความร่วมมือกันระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐและองค์กรอาสาสมัคร⁵⁹

⁵⁶ ILO Convention, ANNEX III: importation of the personal effects, tools and equipment of migrants for employment

⁵⁷ ILO Convention No. 97, Article 9: Each Member for which this Convention is in force undertakes to permit, taking into account the limits allowed by national laws and regulations concerning export and import of currency, the transfer of such part of the earnings and savings of the migrant for employment as the migrant may desire.

⁵⁸ ILO Convention No. 97, Article 2: Each Member for which this Convention is in force undertakes to maintain, or satisfy itself that there is maintained, an adequate and free service to assist migrants for employment, and in particular to provide them with accurate information.

⁵⁹ ILO Recommendation No. 86, Para 5 (1) The free service provided in each country to assist migrants and their families and in particular to provide them with accurate information should be conducted—(a) by public authorities; or (b) by one or more voluntary organizations not conducted with a view to profit, approved for the purpose by the public authorities, and subject to the supervision of the said authorities; or (c) partly by the public authorities and partly by one or more voluntary organizations fulfilling the conditions stated in subparagraph (b) of this Paragraph.

ข้อมูลข่าวสารในที่นี้ได้แก่การให้บริการข้อมูลที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการทำงาน และสภาพความเป็นอยู่ในประเทศที่จะเดินทางไปทำงาน, การคัดเลือกแรงงานต่างด้าวเข้าทำงาน, สัญญาจ้างงาน, สิ่งอำนวยความสะดวกในการเดินทางออกจากประเทศถิ่นที่อยู่ของแรงงานต่างด้าว⁶⁰ ซึ่งสามารถสรุปลักษณะสำคัญในการให้บริการข่าวสารแก่แรงงานต่างด้าวได้ว่าการให้บริการข้อมูลควรต้องประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญสองประการต่อไปนี้⁶¹

1. ต้องจัดทำเป็นภาษาของแรงงานต่างด้าวหรืออย่างน้อยที่สุดเป็นภาษาที่แรงงานต่างด้าวเข้าใจ
2. เป็นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการอพยพออก การอพยพเข้า การจ้างงาน และสภาพความเป็นอยู่และสุขภาพในสถานที่ปลายทางของการทำงาน การกลับคืนสู่ประเทศต้นทางหรือประเทศที่อพยพออกมา และในเรื่องอื่นๆที่เป็นประโยชน์ต่อแรงงานต่างด้าว

อนุสัญญาฉบับที่ 97 มาตรา 1 ยังได้กำหนดให้มีความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกที่จะให้มีการแลกเปลี่ยนข้อมูลด้านนโยบายตลอดจนกฎเกณฑ์ต่างๆที่เกี่ยวกับการย้ายเข้า- ย้ายออกของประชากร โดยมุ่งเน้นในเรื่องข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของคนงานย้ายถิ่น (migrant worker) โดยการสร้างข้อตกลงระหว่างประเทศแบบทวิภาคีร่วมกัน⁶² ซึ่งการกำหนดเช่นนี้เป็นลักษณะร่วมของอนุสัญญาองค์

⁶⁰ ILO, The Rights of Migrant Workers: A guide to ILO standards for the use of migrant workers and their organization. (Geneva:ILO,1988)

⁶¹ ILO Recommendation No.86, Para 5 (2) The service should advise migrants and their families, in their languages or dialects or at least in a language which they can understand, on matters relating to emigration, immigration, employment and living conditions, including health conditions in the place of destination, return to the country of origin or of emigration, and generally speaking any other question which may be of interest to them in their capacity as migrants.

⁶² ILO Convention No.97, Article 1 : Each Member of the International Labour Organisation for which this Convention is in force undertakes to make available on

การแรงงานระหว่างประเทศแทบทุกฉบับที่เกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงานที่มีกาศัยกลไกการแลกเปลี่ยนข้อมูลข่าวสารระหว่างประเทศสมาชิกเพื่อประโยชน์ในการบรรลุวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองแรงงานในเรื่องนั้นๆ

จ. การมีผลใช้บังคับของมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

เมื่ออนุสัญญาและข้อแนะได้รับการรับรองจากที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศแล้วรัฐสมาชิกก็ต้องส่งอนุสัญญาและข้อแนะไปยังรัฐสภาของประเทศตนหรือผู้มีอำนาจนิติบัญญัติอื่น รัฐสภามีอิสระที่จะตัดสินใจว่าจะนำอนุสัญญาและข้อแนะที่ได้รับการรับรองจากที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศเหล่านี้ไปปฏิบัติหรือไม่ เมื่อรัฐสมาชิกรัฐใดให้สัตยาบันอนุสัญญาก็เท่ากับว่ารัฐนั้นสัญญาว่าจะนำอนุสัญญานั้นไปปฏิบัติ แต่อย่างไรก็ตามอนุสัญญาจะมีผลบังคับเป็นกฎหมายระหว่างประเทศได้ก็จะต้องมีรัฐสมาชิกให้สัตยาบันครบตามจำนวนที่ระบุไว้ที่อนุสัญญานั้นๆเสียก่อน แต่สำหรับข้อแนะที่ไม่ต้องการการให้สัตยาบันของรัฐสมาชิก เนื่องจากข้อแนะเป็นการขยายความอนุสัญญา หรือเกี่ยวข้องกับปัญหาซึ่งไม่ได้มีการบังคับเป็นทางการ โดยมีจุดประสงค์เพื่อเป็นแนวนโยบายปฏิบัติของประเทศต่างๆในเรื่องนั้นๆ ข้อแนะจึงไม่มีผลผูกพันรัฐสมาชิกไม่ว่าจะให้สัตยาบันอนุสัญญาหรือไม่

ฉ. ประเทศภาคีของอนุสัญญาฉบับที่ 97

นับแต่อนุสัญญามีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1952 มาจนถึงปัจจุบันต้นปี ค.ศ. 2002 อนุสัญญาฉบับที่ 97 ได้รับการให้ยอมรับและสัตยาบันแล้วจากประเทศสมาชิกองค์การแรงงาน

request to the International Labour Office and to other Members– (a) information on national policies, laws and regulations relating to emigration and immigration; (b) information on special provisions concerning migration for employment and the conditions of work and livelihood of migrants for employment; (c) information concerning general agreements and special arrangements on these questions concluded by the Member.

งานระหว่างประเทศแล้ว 42 ประเทศและอีก 1 เขตปกครองพิเศษ ซึ่งประเทศภาคีอนุสัญญาฉบับนี้ประกอบไปด้วย

ประเทศอัลจีเรีย	ประเทศบาฮาม่า	ประเทศบาฮาดอส
ประเทศเบลเยียม	ประเทศบิไลต์	ประเทศบอสเนียและเฮอร์โกวีเนีย
ประเทศบราซิล	ประเทศเบอกินา ฟารีโก	ประเทศแคนเมรุน
ประเทศคิวบา	ประเทศไซปรัส	ประเทศมินิกา
ประเทศเอลกวาดอ	ประเทศฝรั่งเศส	ประเทศเยอรมัน
ประเทศกรีนาดา	ประเทศกัวเตมาลา	ประเทศกายาน่า
ประเทศอิสราเอล	ประเทศอิตาลี	ประเทศจาไมก้า
ประเทศเคนยา	ประเทศมาดากัสการ์	ประเทศมาลาไวย
ประเทศมาเลเซียรัฐซาบา	ประเทศเมอริเทียส	ประเทศเนเธอร์แลนด์
ประเทศนิวซีแลนด์	ประเทศไนจีเรีย	ประเทศนอร์เวย์
ประเทศโปรตุเกส	ประเทศเซนต์ ลูเชีย	ประเทศโซวีเนีย
ประเทศสเปน	ประเทศซานติบา	
ประเทศสาธารณรัฐมาตี โดเนีย(ยูโกสลาเวียเดิม)		
ประเทศที่นิแคดและโทบาโก		
ประเทศอังกฤษ	ประเทศอูรุกวัย	ประเทศเวเนซุเอล่า
ประเทศยูโกสลาเวีย	ประเทศแซมเบีย	
เขตปกครองพิเศษฮ่องกง (ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน)		

โดยรัฐสมาชิกองค์การสหประชาชาติได้มีการทยอยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 นี้ มาตั้งแต่มีการรับรองอนุสัญญามาจนถึงปัจจุบันก็ยังคงมีการให้สัตยาบันอยู่⁶³

อย่างไรก็ตามสำหรับประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าส่วนใหญ่ของประเทศที่ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 มักได้ลงนามและให้สัตยาบันก่อนปี ค.ศ. 1980 (โดยมีจำนวนถึง 34 ประเทศ) โดยประเทศเหล่านี้ส่วนหนึ่งเป็นประเทศอุตสาหกรรมที่พัฒนาแล้วและมีการเคารพสิทธิมนุษยชนสูง เช่นประเทศเยอรมัน ประเทศเบลเยียม,

⁶³ วันที่ที่ประเทศภาคีได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้โปรดดูภาคผนวก ข. ทำยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ประเทศอิตาลี, ประเทศฝรั่งเศส, ประเทศเนเธอร์แลนด์, ประเทศนิวซีแลนด์, ประเทศนอร์เวย์, ประเทศโปรตุเกส, ประเทศสเปน, ประเทศอังกฤษ ซึ่งในยุคก่อนปี 1980 ประเทศเหล่านี้เป็นประเทศอุตสาหกรรมและมีความต้องการแรงงานต่างด้าวให้เข้ามาทำงานในประเทศ อีกส่วนหนึ่งของประเทศที่ได้ให้สัตยาบันก่อนปี ค.ศ. 1980 มักเป็นประเทศเกษตรกรรมที่มีแรงงานต่างด้าวเป็นจำนวนน้อยหรือแทบไม่มีเลยประเทศเหล่านี้ ได้แก่ ประเทศอัลจีเรีย ประเทศบาฮาม่า, ประเทศบาร์บาดอส, ประเทศเบอร์กินา ฟาริโซ, ประเทศแคมมารูน, ประเทศคิวบา, ประเทศไซปรัส, ประเทศเอควาดอร์, ประเทศกรีนาดา, ประเทศกัวเตมาลา, ประเทศกัวยาน่า, ประเทศอิสราเอล, ประเทศจาไมก้า, ประเทศเคนย่า, ประเทศมาลาไวย, ประเทศมาลีเทียส, ประเทศไนจีเรีย, ประเทศชานมิบา, ประเทศเซนต์ ลูเชีย, ประเทศแซมเบีย, ประเทศโตมิเนียกา โดยเหตุที่ประเทศเหล่านี้ให้สัตยาบันก็อาจเนื่องมาจากในยุคก่อนปี 1980 ซึ่งในเวลาที่ประเทศเหล่านี้ให้สัตยาบัน ประเทศเหล่านี้ไม่ต้องมีส่วนในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศมากนัก เนื่องจากเป็นประเทศที่ไม่ค่อยมีแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานแต่คนงานในประเทศมักเป็นคนพื้นเมืองมากกว่า

ประเทศเหล่านี้ล้วนเป็นประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศเป็นจำนวนมากด้วยกัน โดยประเทศเยอรมันได้ให้สัตยาบัน 77 ฉบับ ประเทศฝรั่งเศสได้ให้สัตยาบันถึง 116 ฉบับ และประเทศอังกฤษได้ให้สัตยาบัน 85 ฉบับ และประเทศเกษตรกรรมก็ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศไว้หลายฉบับเช่นกัน โดยประเทศอัลจีเรียได้ให้สัตยาบัน 54 ฉบับ, ประเทศบาฮาม่าได้ให้สัตยาบัน 33 ฉบับ, ประเทศมาลาไวย ได้ให้สัตยาบัน 29 ฉบับ และในจำนวนอนุสัญญาที่ประเทศที่ได้เอ่ยนามที่ได้ให้สัตยาบันไว้ก็มักประกอบไปด้วยอนุสัญญาที่ให้การคุ้มครองแรงงานหลักด้วยอันได้แก่ อนุสัญญาที่เกี่ยวกับแรงงานบังคับ (ฉบับที่ 29) อนุสัญญาเกี่ยวกับเสรีภาพในการรวมตัวและสมาคม (ฉบับที่ 87 และ 98) อนุสัญญาคุ้มครองการไม่เลือกปฏิบัติ (ฉบับที่ 111) และ อนุสัญญาคุ้มครองแรงงานเด็ก (ฉบับที่ 138 และ 182) ที่ถือเป็นหลักพื้นฐานของการคุ้มครองแรงงาน จึงเห็นได้ว่าประเทศที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่มีการเคารพมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศเป็นอย่างดี

สำหรับประเทศที่เพิ่งให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 ในยุคหลังๆตั้งแต่ปี ค.ศ. 1980 มักเป็นประเทศที่เพิ่งได้รับอิสระภาพที่แยกตัวมาจากสหภาพเวียตเช่นประเทศบอสเนียและเฮอร์ซิโกวาเนีย ประเทศยูโกสลาเวีย ประเทศสาธารณรัฐมีซีโดเนีย อดีตยูโกสลาเวีย ประเทศลิวเวียเนีย ประเทศมาดากัสการ์ รวมทั้งเขตปกครองพิเศษฮ่องกงที่เพิ่งได้รับการส่ง

มอบคืนจากประเทศอังกฤษกลับคืนสู่ประเทศจีนการประกาศแยกตัวจากประเทศจีนเมื่อปี ค.ศ. 1997 ซึ่งเหตุผลของการให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 เหล่านี้อาจมองได้ว่าประเทศเหล่านี้ต้องการส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนภายในประเทศหลังจากที่ตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศอื่นมาเป็นเวลานาน หรืออาจเป็นกรณีที่ประเทศผู้ครอบครองอาณานิคมเหล่านี้ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 ไว้แล้ว ดังนั้นเมื่อได้รับอิสระเช่น ฮองกงก็ดำเนินการให้สัตยาบันเพื่อให้อนุสัญญามีผลใช้บังคับกับฮองกงต่อไป กรณีนี้ก็เช่นเดียวกันกับประเทศมาเลเซียที่เคยอยู่ในความปกครองของประเทศอังกฤษเช่นเดียวกันกับฮองกง เมื่อได้รับเอกราชแล้วจึงได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับต่างๆที่อังกฤษเคยให้มีผลบังคับใช้เหนือประเทศมาเลเซียด้วย

จ. การปฏิบัติตามอนุสัญญา

การปฏิบัติตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็เช่นเดียวกันกับอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศทั่วไป ที่ถ้ารัฐสภาของประเทศสมาชิกใดให้สัตยาบันอนุสัญญาแล้วก็เป็นหน้าที่ของรัฐบาลประเทศนั้นที่จะต้องนำรายงานเกี่ยวกับการปฏิบัติตามอนุสัญญานั้นเสนอต่อองค์การแรงงานระหว่างประเทศ โดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญอิสระ (a committee of independent experts) และคณะกรรมการไตรภาคีของที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศจะศึกษารายงานเหล่านี้ และที่รายงานเหล่านี้จะได้รับการพิจารณาอย่างละเอียดถี่ถ้วนเพื่อพิจารณาว่าประเทศภาคีนั้นสามารถปฏิบัติได้ถูกต้องครบถ้วนตามหลักการของอนุสัญญาหรือไม่⁶⁴ และหากพบว่าประเทศภาคีมีข้อขัดข้องประการใดองค์การแรงงานระหว่างประเทศก็จะได้หาทางช่วยรัฐบาลของประเทศนั้นแก้ปัญหาในการนำอนุสัญญาไปปฏิบัติ⁶⁵

แต่อย่างไรก็ตามการที่ประเทศใดได้ให้สัตยาบันแล้วไม่ดำเนินการปฏิบัติหรือแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อกำหนดในอนุสัญญาองค์การระหว่างประเทศให้ครบถ้วนทุกข้อ

⁶⁴รังษฤษฏี จันทรัตน์, "การให้สัตยาบันอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ," (รายงานวิจัยในหลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักรภาครัฐร่วมเอกชน รุ่นที่ 7 วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2537) หน้า 74.

⁶⁵นิคม จันทรวีฑูร, ประเทศไทยกับประมวลกฎหมายแรงงานระหว่างประเทศ, อ่างแล้ว, หน้า 27.

องค์การแรงงานระหว่างประเทศก็จะดำเนินมาตรการตอบโต้โดยจะมีการสอบถามและทักท้วงหรือประณามในสังคมโลกอันจะเป็นผลให้ประเทศที่ถูกประณามต้องเสื่อมเสียชื่อเสียงและเสียภาพพจน์ในเวทีระหว่างประเทศ⁶⁶ มาตรการในเชิงประณามมาตรการหนึ่งซึ่งดำเนินการในระหว่างการประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศเป็นมาตรการประณามที่มีผลเป็นกระทบที่สำคัญที่ อดีตอธิบดีกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน นายรังสฤษฏ์ จันทรัตน์ ได้ให้ข้อสังเกตไว้ได้แก่ การพิมพ์ข้อความใน "ย่อหน้าพิเศษ" (Special Paragraph) ในรายงานของคณะกรรมการพิจารณาการปฏิบัติตามอนุสัญญาและข้อแนะ (the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) เพื่อแสดงให้เห็นว่าประเทศสมาชิกใดไม่สามารถปฏิบัติตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ประเทศสมาชิกดังกล่าวได้ให้สัตยาบันไว้แล้ว อันจะส่งผลเป็นการผลักดันให้ประเทศดังกล่าวได้ตระหนักถึงปัญหาในการไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของอนุสัญญาและเร่งดำเนินการแก้ไขปัญหอย่างเร่งด่วน⁶⁷

กรณีประเทศสมาชิกที่ไม่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 องค์การแรงงานระหว่างประเทศ อาจขอให้รัฐบาลของประเทศสมาชิกส่งรายงานชี้แจงว่ากฎหมายและแนวปฏิบัติของชาตินั้นๆ เป็นไปตามมาตรฐานของอนุสัญญานั้นอย่างไร⁶⁸ โดยขอให้รัฐสมาชิกชี้แจงเป็นรายงานตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 19 ย่อหน้า 5 (e) ของธรรมนูญขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO Constitution)⁶⁹ หรือถ้าไม่เป็นเช่นนั้นองค์การแรงงานระหว่างประเทศก็จะหาวิธีการขจัด

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน

⁶⁷ ดุรังสฤษฏ์ จันทรัตน์, "การให้สัตยาบันอนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ," อ้างแล้ว, หน้า 74.

⁶⁸ See Handbook of procedures relating to international labour Conventions and Recommendations – 6, V. Reports on unratified Conventions and on Recommendations [Online]. Available from :

<http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/sources/nandt/02a/hb6.htm#2a.9>

[2002, March 11]

⁶⁹ ILO Constitution's Article 19, paragraph 5(e) : a member State undertakes, in respect of any Convention which it has not ratified, to: Report to the Director-General of the International Labour Office, at appropriate intervals as requested by the Governing Body, the position of its law and practice in regard to the matters

ปัญหาที่เป็นอุปสรรคต่อการนำอนุสัญญาและข้อเสนอแนะไปปฏิบัติและขอให้รัฐทำตามมาตรฐานบางอย่างโดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรฐานที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐาน⁷⁰

กรณีข้อเสนอแนะขององค์การแรงงานระหว่างประเทศก็เช่นกันแม้ไม่ต้องมีการให้สัตยาบันแต่องค์การแรงงานระหว่างประเทศก็มีสิทธิร้องขอให้ประเทศสมาชิกส่งรายงานว่ากฎหมายและแนวปฏิบัติของชาตินั้นๆ เป็นไปตามมาตรฐานของข้อเสนอแนะฉบับนั้นอย่างไร⁷¹ ตามมาตรา 19 ย่อหน้า 6 (d) ของธรรมนูญองค์การแรงงานระหว่างประเทศ⁷²

เมื่อประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศประเทศใดให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 แล้วประเทศสมาชิกดังกล่าวก็ต้องส่งรายงานตามมาตรา 22 ของธรรมนูญองค์การ

dealt with in the Convention, showing the extent to which effect has been given, or is proposed to be given, to any of the provisions of the Convention by legislation, administrative action, collective agreement or otherwise and stating the difficulties which prevent or delay the ratification of such Convention.

⁷⁰ สุปราณี กงทอง, "องค์การแรงงานระหว่างประเทศกับการพัฒนาการบริหารแรงงานในประเทศไทยศึกษาความร่วมมือทางวิชาการ," (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต ภาคศึกษารัฐศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 18.

⁷¹ See Handbook of procedures relating to international labour Conventions and Recommendations – 6, V. Reports on unratified Conventions and on Recommendations [Online] .Available from :

<http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/sources/handbook.htm> [visited 11 March 2002, March 11]

⁷² ILO Constitution's Article 19, paragraph 6(d) : member States undertake to: Report to the Director-General of the International Labour Office, at appropriate intervals as requested by the Governing Body, the position of the law and practice in their country in regard to the matters dealt with in the Recommendation, showing the extent to which effect has been given or is proposed to be given, to the provisions of the Recommendation and such modifications of these provisions as it has been found or may be found necessary to make in adopting or applying them.

แรงงานระหว่างประเทศ⁷³ แก่สำนักงานองค์การแรงงานระหว่างประเทศเช่นเดียวกันกับการให้สัตยาบันอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับอื่นๆก็ต้องส่งรายงานตามมาตรา 22 เช่นกัน โดยคณะผู้ประศาสน์การ (Governing Body) ได้จัดทำแบบฟอร์มของรายงานจัดไว้ให้แล้วสำหรับอนุสัญญาแต่ละฉบับเพื่อความสะดวกของประเทศภาคีในการส่งรายงานตามรายละเอียดที่องค์การแรงงานระหว่างประเทศต้องการ⁷⁴ อนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็มีแบบฟอร์มของการรายงานเช่นกันซึ่งรายการในรายงานก็จะเป็นไปตามเนื้อหาแต่ละมาตราของอนุสัญญา (โปรดดู แบบฟอร์มการรายงานตามอนุสัญญาฉบับที่ 97 ที่ ภาคผนวก ก. แนบท้ายวิทยานิพนธ์นี้)

เมื่อประเทศภาคีของอนุสัญญาส่งรายงานดังกล่าวแล้วองค์การแรงงานระหว่างประเทศโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญาและข้อแนะ (the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR)) ที่เป็นคณะกรรมการอิสระ จะทำหน้าที่ตรวจสอบ (review) และจะทำรายงานข้อสังเกตส่วนตัว (Individual Observation) ในเรื่องที่คณะกรรมการเห็นว่าประเทศภาคีปฏิบัติไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญา พร้อมทั้งเสนอแนวทางให้รัฐภาคีแก้ไขเช่นการให้แก้ไขกฎหมายภายในประเทศ ให้ขอความช่วยเหลือทางเทคนิคจากองค์การแรงงานระหว่างประเทศ สำหรับ อนุสัญญาฉบับที่ 97 คณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการบังคับใช้อนุสัญญา มักมีการแนะนำประเทศภาคี อนุสัญญาเช่นประเทศฝรั่งเศส⁷⁵ และประเทศมาลาไวย์ ให้ขอความช่วยเหลือปรึกษาจากผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับการประกันสังคม (ILO technical

⁷³ ILO Constitution's Article 22 : Each of the Members agrees to make an annual report to the International Labour Office on the measures which it has taken to give effect to the provisions of Conventions to which it is a party. These reports shall be made in such form and shall contain such particulars as the Governing Body may request.

⁷⁴ แบบฟอร์มของรายงานตามอนุสัญญาฉบับต่างๆขององค์การแรงงานระหว่างประเทศสามารถดาวน์โหลดได้จาก

<http://www.ilo.org/public/english/standards/norm/sources/reptforms/index.htm>

⁷⁵ CEACR: Individual Observation concerning Convention No. 97, Migration for Employment (Revised), 1949 United Kingdom (ratification: 1951) Published: 1995, February

assistance project in the field of social security) ซึ่งสำหรับประเทศมาลาไยคณะกรรมการก็ได้มีการเสนอให้แก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการประกันสังคมที่ไม่สอดคล้องกับหลักการไม่เลือกปฏิบัติแก่แรงงานต่างด้าวตามมาตรา 6 แห่งอนุสัญญาฉบับที่ 97 ด้วย

ข. ความคิดเห็นเกี่ยวกับอนุสัญญาฉบับที่ 97 ในฐานะมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

แม้ว่าอนุสัญญาและข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจะได้ถูกนำไปใช้แนวทางในการพัฒนาและคุ้มครองแรงงานในประเทศต่างๆมาตลอด⁷⁶จนได้รับการยอมรับจากนานาประเทศว่าเป็นมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่ควรถือเป็นแนวทางปฏิบัติสากลและเป็นมาตรฐานขั้นต่ำในการปฏิบัติ แต่ก็ยังมีบางประเทศเห็นว่าอนุสัญญาหรือข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศบางฉบับมีมาตรฐานสูงเกินไป ซึ่งทำให้ประเทศกำลังพัฒนาไม่สามารถตอบสนองหรือนำไปปฏิบัติได้ทั้งหมดเพราะภาวะเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไม่อำนวย อีกทั้งบางประเทศเห็นว่าอนุสัญญาและข้อเสนอบางฉบับขัดกับกฎหมายหรือแนวปฏิบัติภายในของประเทศซึ่งการให้สัตยาบันอาจกระทบต่อประเทศโดยรวมได้

ในกรณีของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ก็ปรากฏว่ามีหลายประเทศที่ยังไม่ได้ให้สัตยาบันให้ความเห็นว่าข้อกำหนดบางหลักเกณฑ์ของอนุสัญญาฉบับที่ 97 มีมาตรฐานสูงเกินไปที่ยากต่อการปฏิบัติ ซึ่งจากการสำรวจของคณะทำงานด้านนโยบายเกี่ยวกับการทบทวนมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (Working Party on Policy regarding the Revision of Standards) พบว่าบทบัญญัติในมาตรา 6 ที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้รัฐผู้รับแรงงานต่างด้าวปฏิบัติต่อแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายให้เท่าเทียมกับแรงงานที่เป็นคนชาติเป็นอุปสรรคที่สำคัญที่สุดที่จะนำไปปฏิบัติ อุปสรรคต่อมาในการปฏิบัติก็ได้แก่ มาตรา 8 ที่อนุสัญญากำหนดหลักเกณฑ์ให้ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวต้องให้สิทธิแรงงานต่างด้าวอยู่ต่อในประเทศแม้ในกรณีไม่สามารถทำงานได้⁷⁷

⁷⁶ ฝ่ายประชาสัมพันธ์ กองสารนิเทศ กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม. “มาตรฐานแรงงานกับการกีดกันทางการค้า,” วารสารกระทรวงแรงงาน 6 (มิถุนายน 2544), หน้า 13.

⁷⁷ Feature Report: ILO Reviews Instruments on Protection of Migrant Workers Rights “Supplement to pilot issue of MIGRANTS RIGHTS BULLETIN”, October-

นอกจากความคิดเห็นว่ามาตรฐานที่กำหนดในอนุสัญญาฉบับที่ 97 ยากแก่การปฏิบัติแล้วประเทศอีกส่วนหนึ่งเห็นว่าอนุสัญญาฉบับที่ 97 นี้ได้ร่างขึ้นมากกว่าครึ่งศตวรรษแล้ว ข้อกำหนดของอนุสัญญาฉบับนี้จึงไม่ทันสมัยและไม่เหมาะสมกับสถานการณ์การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในปัจจุบัน เนื่องจากปัจจุบันการย้ายถิ่นข้ามประเทศเพื่อทำงานเปลี่ยนรูปแบบเป็นการย้ายถิ่นเพียงชั่วคราวเท่านั้น

องค์การแรงงานระหว่างประเทศเองก็ได้ตระหนักถึงความเห็นดังกล่าวเป็นอย่างดีและได้ตระหนักด้วยว่าจำนวนประเทศภาคีอนุสัญญาฉบับที่ 97 มีจำนวนไม่มากเพียงแค่ 34 ประเทศเท่านั้นจากจำนวนสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศจำนวน 349 ประเทศ ซึ่งเมื่อทราบถึงอุปสรรคในการให้สัตยาบันและความไม่ทันสมัยของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ที่ไม่สอดคล้องกับรูปแบบการย้ายถิ่นเพื่อทำงานของคนงานย้ายถิ่นในยุคสมัยใหม่ องค์การแรงงานระหว่างประเทศก็อาจมีการปรับปรุงและนำเสนออนุสัญญาฉบับใหม่ก็เป็นได้

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยสังเกตเห็นว่าประเทศที่มีการรับแรงงานต่างด้าวเข้าทำงานที่ได้ให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับที่ 97 แล้วส่วนใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่ดี อีกทั้งบางประเทศยังมีเศรษฐกิจและรายได้ดีจากการลงทุนของต่างประเทศและการเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าว อาทิเช่น เขตปกครองพิเศษฮ่องกง และประเทศมาเลเซีย

แม้ว่าประเทศไทยจะยังมิได้ลงนามให้สัตยาบันอนุสัญญาระหว่างประเทศที่กำหนดการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะฉบับใดเลยก็ตาม แต่ประเทศไทยก็เป็นสมาชิกผู้ร่วมก่อตั้งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ และก็เป็นประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ที่ได้ลงนามในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางการเมืองและสิทธิของพลเรือน กติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม อนุสัญญาสิทธิเด็ก อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทุกรูปแบบกับสตรี ที่ล้วนแต่เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและยืนอยู่บนฐานของการไม่เลือกปฏิบัติใดๆ อันเป็นหลักของอนุสัญญาดังกล่าวที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันแล้วนั้น

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้รับรองเป็นหลักการใหญ่ให้สิทธิและเสรีภาพ⁷⁸ทุกคนที่เท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยหลักการแล้วแรงงานต่างด้าวโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทยย่อมต้องได้รับสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ด้วยเช่นกัน ซึ่งก็จะต้องได้รับประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองไปพร้อมกันกับสิทธิที่คนไทยหรือคนต่างด้าวอื่นในสังคมไทย เช่น เป็นสิทธิคนในครอบครัวคน