

### การให้ความคุ้มครองแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

สิทธิต่าง ๆ ของแรงงานต่างชาติที่ได้กล่าวมาแล้วนั้นไม่ว่าจะเป็นสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันก็ดี สิทธิที่จะได้รับสภาพการจ้างก็ดี เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองจากองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ว่าเป็นสิทธิมนุษยชนที่แรงงานต่างชาติทุกคนควรจะได้รับเหมือนกับผู้ใช้แรงงานทั่วไปพึงมีและสมควรได้รับการเคารพยึดถือเป็นหลักการในวงการแรงงานระหว่างประเทศ อย่างไรก็ดี แม้ว่าประเทศไทยจะเป็นประเทศสมาชิกประเทศหนึ่งขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ แต่ประเทศไทยก็ไม่ได้ให้สัตยาบันแก่อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศที่บัญญัติรับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติไว้เช่นว่านั้น ดังนั้น จึงไม่เกิดพันธกรณีตามกฎหมายให้ประเทศไทยต้องยอมรับหลักการที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาและข้อเสนอขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด การที่แรงงานต่างชาติจะได้รับการคุ้มครองจากรัฐ จึงต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในประเทศไทยว่าได้มีการรับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติไว้หรือไม่ ซึ่งจากการศึกษา พบว่า กฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศไทยไม่ได้มีการแยกแยะหรือบัญญัติรับรองสิทธิของแรงงานต่างชาติไว้ต่างหากโดยเฉพาะแต่อย่างใด ขอเพียงแต่เป็นลูกจ้างตามคำนิยามของกฎหมายและทำงานในกิจการที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ก็จะได้รับคุ้มครองในด้านต่าง ๆ ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ดังนั้น แรงงานต่างชาติที่ทำงานอยู่ในประเทศไทยหากเป็นผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายคุ้มครองแรงงานแล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองโดยเสมอภาคเท่าเทียมกับแรงงานไทย ซึ่งได้รับการคุ้มครองมากน้อยเพียงใดนั้น ก็เป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยจะได้กล่าวในหัวข้อต่อไป

#### 1. ขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงานเกี่ยวกับแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย

##### 1. ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง การคุ้มครองแรงงานฯ เป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้โดยอาศัยอำนาจของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 โดยเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานการใช้แรงงานทั่วไป การใช้แรงงานหญิงและเด็ก ค่าตอบแทนการทำงาน

การคุ้มครองลูกจ้างที่ถูกละเมิดสิทธิ สวัสดิการในการทำงาน เพื่อเป็นการป้องกันมิให้นายจ้างเอาเปรียบลูกจ้างอย่างไม่เป็นธรรม

ประกาศกระทรวงมหาดไทยฉบับนี้ ให้ความคุ้มครองผู้ที่เป็นลูกจ้างทุกคน ยกเว้นลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับงานบ้านซึ่งสืบเนื่องมาจาก คำนิยามของคำว่า "ลูกจ้าง". ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานฯ หมายถึง "ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้แก่ นายจ้างเพื่อรับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเป็นผู้รับค่าจ้างด้วยตนเองหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน" ดังนั้น ลูกจ้างที่ทำงานบ้าน เช่น คนครัว คนสวน แม่บ้าน ฯลฯ จึงไม่ถือว่าเป็นลูกจ้างตามกฎหมายฉบับนี้

นอกจากลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับงานบ้านจะ ไม่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายแล้ว ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานฯ ยังยกเว้นไม่ใช้บังคับกับกิจการดังต่อไปนี้<sup>1</sup>

1. ราชการส่วนกลาง
2. ราชการส่วนภูมิภาค
3. ราชการส่วนท้องถิ่น
4. กิจการอื่นตามที่กระทรวงมหาดไทยจะ ได้กำหนด ซึ่งได้แก่

ก. งานเกษตรกรรม ซึ่งได้แก่ งานเพาะปลูก ประมง ป่าไม้ เลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปี และไม่มีงานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย ทั้งนี้ เฉพาะในส่วนที่ไม่เกี่ยวกับการจ่ายค่าจ้างและการจ่ายเงินทดแทน<sup>2</sup>

ข. การจ้างงานที่มีไว้วัตถุประสงค์เพื่อแสวงกำไรในทางเศรษฐกิจ<sup>3</sup>

ค. รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยพนักงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์<sup>4</sup>

หากแรงงานต่างชาติดังกล่าวมีขอบด้วยกฎหมายเป็นลูกจ้างซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ ก็จะได้รับ การคุ้มครองจากรัฐเท่าเทียมกับแรงงานไทยโดยทั่วไป โดยสรุปในประเด็นสำคัญ ดังต่อไปนี้

#### 1.1 การคุ้มครองในด้านค่าจ้าง

ค่าจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงาน หมายถึง เงินหรือเงินและสิ่งของที่นายจ้างให้แก่ลูกจ้างเป็นการตอบแทนการทำงานในเวลาทำงานปกติของวันทำงานหรือจ่ายให้โดยคำนวณ

<sup>1</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ข้อ 1

<sup>2-3</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดกิจการที่มีให้ใช้บังคับตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงานลงวันที่ 16 เมษายน 2515

<sup>4</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง กำหนดกิจการที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 103 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 ไม่ใช้บังคับ ลงวันที่ 12 กันยายน 2534

ตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ และหมายความรวมถึงเงินหรือเงินและสิ่งของที่จ่ายให้ในวันหยุดซึ่งลูกจ้างไม่ได้ทำงาน และหมายความรวมถึงเงินหรือเงินและสิ่งของที่จ่ายให้ในวันหยุดซึ่งลูกจ้างไม่ได้ทำงาน และในวันลาด้วย ทั้งนี้ไม่ว่าจะกำหนดจำนวนหรือจ่ายเป็นการตอบแทนในวิธีอย่างไร และไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร<sup>5</sup>

จากความหมายดังกล่าว จะเห็นได้ว่า ค่าจ้างเป็นสิ่งที่นายจ้างให้แก่ลูกจ้างเป็นการตอบแทน การทำงานของลูกจ้าง ซึ่งการจ่ายค่าจ้างจะมีการจ่าย 2 ประเภท<sup>6</sup> คือ

1. การจ่ายตามระยะเวลาที่ลูกจ้างทำงาน (Time Rate)
2. การจ่ายตามผลงานที่ลูกจ้างทำได้ (Piece Rate)

การจ่ายตามข้อ 1 เป็นการจ่ายโดยคำนวณตามเวลาทำงานของลูกจ้าง เช่น รายชั่วโมง รายวัน สัปดาห์ รายเดือน หรือรายปี เป็นต้น ส่วนการจ่ายตามข้อ 2 เป็นการจ่ายค่าจ้างโดยคำนวณผลงานที่ลูกจ้างทำได้เป็นหน่วย เช่น เป็นชิ้น เป็นคู่ เป็นโหล หรือร้อยละ เป็นต้น

ทั้งนี้ การจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้าง มีหลักเกณฑ์ที่สำคัญดังต่อไปนี้

ก. นายจ้าง ต้องจ่ายค่าจ้างที่จ่ายเป็นเงินด้วยเงินตราไทย ถ้าจ่ายเป็นตัวเงินหรือเงินตราต่างประเทศต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง<sup>7</sup>

ข. การจ่ายค่าจ้างให้นายจ้างจ่าย ณ สถานที่ที่ลูกจ้างทำงาน ถ้าจะจ่าย ณ สถานที่อื่นต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง<sup>8</sup>

ค. ในกรณีที่คำนวณค่าจ้างเป็นรายเดือน หรือระยะเวลาอื่นที่ไม่เกินหนึ่งเดือน หรือตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย ให้นายจ้างจ่ายค่าจ้างไม่ต่ำกว่าเดือนละหนึ่งครั้ง เว้นแต่มีการตกลงอย่างอื่นที่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้าง

ในกรณีที่คำนวณค่าจ้างเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กล่าวแล้ว ให้จ่ายตามกำหนดเวลาที่นายจ้างและลูกจ้างตกลงกัน<sup>9</sup>

<sup>5</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 มีนาคม 2515 ข้อ 2

<sup>6</sup> ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล, "ปัญหาแรงงานปัจจุบันและแนวโน้มในอนาคตกับกฎหมายคุ้มครองแรงงาน" เอกสารประกอบคำบรรยายกฎหมายแรงงานชั้นสูงชั้นปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, หน้า 2-3 (อค์สำเนา)

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 27.

<sup>8</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 28.

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 29 .

ง. นายจ้างจะนำหนี้อื่นมาหักจากค่าจ้างมิได้<sup>10</sup> คำว่า "หนี้อื่น" นี้ หมายถึง หนี้อื่นที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานตามสัญญาจ้าง เช่น ค่าซื้อของเชื่อในสโมสร หนี้เงินกู้ เป็นต้น<sup>11</sup>

จ. นายจ้างมีหน้าที่จ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างเท่ากับค่าจ้างในวันทำงาน สำหรับวันหยุดดังนี้

(1) วันหยุดประจำสัปดาห์ นอกจากลูกจ้างที่ได้รับค่าจ้างรายวัน รายชั่วโมง และตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

(2) วันหยุดตามประเพณี

(3) วันหยุดพักผ่อนประจำปี<sup>12</sup>

ฉ. นายจ้างต้องจ่ายค่าจ้างให้แก่ลูกจ้างในวันลาป่วยเท่ากับค่าจ้างในวันทำงาน ตลอดเวลาที่ลาป่วย<sup>13</sup> ทั้งนี้ลูกจ้างมีสิทธิลาป่วยได้ปีหนึ่งไม่เกินสามสิบวันทำงาน<sup>14</sup>

ช. ในกรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานเกินเวลาทำงานปกติ นายจ้างต้องจ่ายค่าล่วงเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งเท่าครึ่งของอัตราค่าจ้างต่อชั่วโมง ในเวลาทำงานปกติสำหรับเวลาที่ทำเกิน<sup>15</sup>

ในกรณีที่นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานในวันหยุดเกินเวลาทำงานปกติของวันทำงาน ให้นายจ้างจ่ายค่าล่วงเวลาให้แก่ลูกจ้างในอัตราสามเท่าของค่าจ้างในวันทำงาน สำหรับจำนวนชั่วโมงที่ทำเกินเวลาทำงานปกติ<sup>16</sup>

## 1.2 การคุ้มครองด้านสภาพการจ้าง

นอกจากแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมายจะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายในด้านค่าจ้างแรงงานแล้ว ในด้านของสภาพการจ้างโดยทั่วไป ลูกจ้างมีสิทธิได้รับการคุ้มครองดังนี้

ก. เวลาทำงานปกติของลูกจ้าง ต้องอยู่ในหลักเกณฑ์ดังนี้<sup>17</sup>

(1) งานอุตสาหกรรม ไม่เกินสัปดาห์ละสี่สิบแปดชั่วโมง

(2) งานขนส่ง ไม่เกินวันละแปดชั่วโมง

<sup>10</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 30.

<sup>11</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3546-47/2524

<sup>12</sup> ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการคุ้มครองแรงงาน ลงวันที่ 16 เมษายน 2515 ข้อ 32.

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 33.

<sup>14</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 12.

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 34.

<sup>16</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 42.

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 3.

(3) งานที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพหรือร่างกายของลูกจ้าง ไม่เกินสัปดาห์ ละสี่สิบสองชั่วโมง

(4) งานพาณิชยกรรม หรืองานอื่นซึ่งมิใช่งานตาม (1)-(3) ไม่เกินสัปดาห์ ละห้าสิบสี่ชั่วโมง

ข. การหยุดพักผ่อนของลูกจ้าง มีเงื่อนไขดังนี้

(1) ในวันที่มีการทำงาน นายจ้างจะต้องจัดให้ลูกจ้างมีเวลาพักติดต่อกัน ไม่น้อยกว่าวันละหนึ่งชั่วโมง หลังจากได้ทำงานมาแล้วไม่เกินห้าชั่วโมง

นายจ้างและลูกจ้างจะตกลงกันล่วงหน้าให้มีเวลาพักน้อยกว่าครั้งละหนึ่งชั่วโมง ก็ได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าครั้งละยี่สิบนาที แต่รวมกันแล้วต้องไม่น้อยกว่าวันละหนึ่งชั่วโมง<sup>18</sup>

(2) นายจ้างจะต้องจัดวันหยุดประจำปีสัปดาห์ให้แก่ลูกจ้างไม่น้อยกว่าสัปดาห์ ละหนึ่งวัน โดยวันหยุดประจำปีสัปดาห์ต้องมีระยะห่างกันไม่เกินหกวัน นายจ้างและลูกจ้างจะ ตกลงกันล่วงหน้ากำหนดให้มีวันหยุดประจำปีสัปดาห์วันใดก็ได้<sup>19</sup>

(3) นายจ้างต้องประกาศกำหนดวันหยุดตามประเพณีไม่น้อยกว่าปีละสิบสามวัน โดยรวมวันแรงงานแห่งชาติด้วย

ถ้าวันหยุดตามประเพณีวันใดตรงกับวันหยุดประจำปีสัปดาห์ ให้เลื่อนวันหยุด ตามประเพณีวันนั้นไปหยุดในวันทำงานถัดไป<sup>20</sup>

(4) นายจ้างต้องจัดให้ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกันมาแล้วครบหนึ่งปี มีวันหยุด พักผ่อนประจำปีได้ไม่น้อยกว่าปีละหกวันทำงาน โดยนายจ้างเป็นผู้กำหนดล่วงหน้าให้<sup>21</sup>

### 1.3 การคุ้มครองเกี่ยวกับการเลิกจ้าง

ในการทำงานกับนายจ้าง นายจ้างเป็นผู้ที่มีอำนาจทางเศรษฐกิจเหนือกว่า ลูกจ้างอยู่แล้วโดยธรรมชาติ หากนายจ้างมีสิทธิเลิกจ้างลูกจ้างได้อย่างเต็มที่ ก็อาจทำให้นายจ้าง ถือโอกาสถล่มทลายโดยเลิกจ้างลูกจ้างอย่างไม่เป็นธรรม ดังนั้น จึงต้องมีการจำกัดสิทธิในการ เลิกจ้างของนายจ้างไว้บางประการ เพื่อคุ้มครองลูกจ้างผู้สุจริตให้ได้รับความเป็นธรรมตามสมควร จากการถูกเลิกจ้างโดยทั่วไปการเลิกจ้างลูกจ้าง นายจ้างต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างที่เลิกจ้าง ดังต่อไปนี้<sup>22</sup>

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 6.

<sup>19</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 7.

<sup>20</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 9.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 10.

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 46.

(1) ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกันครบหนึ่งร้อยยี่สิบวันแต่ไม่ครบหนึ่งปี โดยรวมวันหยุด วันลา และวันที่นายจ้างสั่งให้หยุดงานเพื่อประโยชน์ของนายจ้างให้จ่ายไม่น้อยกว่าค่าจ้างอัตราสุดท้ายสามสิบวัน หรือไม่น้อยกว่าค่าจ้างของการทำงานสามสิบวันสุดท้าย สำหรับลูกจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

(2) ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกันครบหนึ่งปี แต่ไม่ครบสามปี โดยรวมวันหยุด วันลา และวันที่นายจ้างสั่งให้หยุดงานเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง ให้จ่ายไม่น้อยกว่าค่าจ้างอัตราสุดท้ายเก้าสิบวัน หรือไม่น้อยกว่าค่าจ้างของการทำงานเก้าสิบวันสุดท้าย สำหรับลูกจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

(3) ลูกจ้างซึ่งทำงานติดต่อกันครบสามปีขึ้นไป โดยรวมวันหยุด วันลาและวันที่นายจ้างสั่งให้หยุดงานเพื่อประโยชน์ของนายจ้าง ให้จ่ายไม่น้อยกว่าค่าจ้างอัตราสุดท้ายหนึ่งร้อยแปดสิบวัน หรือไม่น้อยกว่าค่าจ้างของการทำงานหนึ่งร้อยแปดสิบวันสุดท้าย สำหรับนายจ้างซึ่งได้รับค่าจ้างตามผลงานโดยคำนวณเป็นหน่วย

ถ้าเป็นกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้ นายจ้างมีสิทธิเลิกจ้างลูกจ้างได้โดยไม่ต้องจ่ายค่าชดเชย<sup>23</sup>

- (1) ทุจริตต่อหน้าที่
- (2) กระทำความผิดอาญาโดยเจตนาแก่นายจ้าง
- (3) จงใจทำให้นายจ้างได้รับความเสียหาย
- (4) ผ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงานหรือระเบียบหรือคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรม และนายจ้างได้ตักเตือนเป็นหนังสือแล้ว ซึ่งหนังสือเตือนนั้นต้องมีผลบังคับไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่ลูกจ้างได้รับทราบหนังสือเตือน เว้นแต่กรณีที่ร้ายแรง นายจ้างไม่จำเป็นต้องตักเตือน

(5) ละทิ้งหน้าที่เป็นเวลาสามวันทำงานติดต่อกันไม่ว่าจะมีวันหยุดคั่นหรือไม่ก็ตามโดยไม่มีเหตุอันสมควร

- (6) ประมาทเลินเล่อเป็นเหตุให้นายจ้างได้รับความเสียหายอย่างร้ายแรง
- (7) ได้รับโทษจำคุกตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

<sup>23</sup> เรื่องเดียวกัน, ข้อ 47.

## 2. พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533

การเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจจากเดิมที่เคยยึดถือภาคเกษตรกรรมเป็นหลักมาสู่ภาคอุตสาหกรรม แรงงานในภาคเกษตรกรรมได้กลายมาเป็น "ลูกจ้าง" ผู้ซึ่งทำงานให้กับนายจ้างเพื่อแลกกับค่าจ้างที่นายจ้างจ่ายให้เป็นการตอบแทนการทำงาน ในภาวะการเป็นลูกจ้าง ทำให้เกิดการเสี่ยงภัยอยู่ตลอดเวลา ไม่ว่าจะเป็นการเสี่ยงภัยที่เกิดจากการทำงาน หรือการเสี่ยงภัยที่เกิดจากธรรมชาติ เช่น เจ็บป่วย ทูพพลภาพ ดาย เป็นต้น เพื่อความมั่นคงในชีวิตของลูกจ้างจึงจำเป็นต้องมีหลักประกันที่แน่นอนในการช่วยเหลือลูกจ้าง จึงเกิดการประกันสังคมขึ้น โดยบังคับให้ลูกจ้างและนายจ้างซึ่งถือว่าเป็นผู้ได้ผลประโยชน์จากการทำงานของลูกจ้าง รวมทั้งรัฐซึ่งมีหน้าที่ปกครองดูแลความสงบสุขในสังคม จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนซึ่งเรียกว่า "กองทุนประกันสังคม" เพื่อนำไปจ่ายให้แก่ลูกจ้างซึ่งเดือดร้อนจากเหตุหนึ่งเหตุใดตามที่กฎหมายกำหนด เช่น เจ็บป่วย คลอดบุตร การว่างงาน เป็นต้น

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ได้มีความพยายามที่จะให้มีการประกันสังคมมานานแล้ว โดยมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2497 แต่มีปัญหาและข้อขัดข้องบางประการทำให้การประกันสังคมในประเทศไทยหยุดชะงักไปเป็นเวลานาน จนกระทั่งได้มีการตราพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 ขึ้นใช้บังคับจนถึงปัจจุบัน

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 กำหนดให้จัดตั้งกองทุนประกันสังคมเพื่อเป็นทุนใช้จ่ายให้แก่ลูกจ้างและให้สำนักงานประกันสังคมเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่บริหารกองทุน โดยนายจ้างและลูกจ้างรวมทั้งรัฐบาลมีหน้าที่จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมฝ่ายละเท่ากัน ตามอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้<sup>24</sup> ทั้งนี้ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้ประกันตน จะได้รับประโยชน์ทดแทนดังต่อไปนี้<sup>25</sup>

- (1) ประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย
- (2) ประโยชน์ทดแทนในกรณีคลอดบุตร
- (3) ประโยชน์ทดแทนในกรณีทุพพลภาพ
- (4) ประโยชน์ทดแทนในกรณีตาย
- (5) ประโยชน์ทดแทนในกรณีสงเคราะห์บุตร
- (6) ประโยชน์ทดแทนในกรณีชราภาพ
- (7) ประโยชน์ทดแทนในกรณีว่างงาน

<sup>24</sup> พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 46

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 54.

โดยที่ขณะนี้การจ่ายประโยชน์ทดแทนในกรณีตามข้อ (5)-(7) ยังไม่ได้เริ่มดำเนินการ ดังนั้น ประโยชน์ทดแทนที่ลูกจ้างจะได้รับจากกองทุนประกันสังคมจึงจำกัดอยู่เฉพาะข้อ (1)-(4) เท่านั้น

ขอบเขตของการใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้ ใช้บังคับกับกิจการที่มีลูกจ้างตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ทั้งนี้ลูกจ้างต้องเป็นผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้านอันมิได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย<sup>26</sup> และยกเว้นไม่ใช้บังคับแก่ลูกจ้างบางประเภท ดังนี้<sup>27</sup>

(1) ข้าราชการและลูกจ้างประจำของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และ ราชการส่วนท้องถิ่น ยกเว้นลูกจ้างชั่วคราว

(2) ลูกจ้างของรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

(3) ลูกจ้างของนายจ้างที่มีสำนักงานในประเทศและไปประจำทำงานในต่างประเทศ

(4) ครูหรือครูใหญ่ของโรงเรียนเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยโรงเรียนเอกชน

(5) นักเรียน นักเรียนพยาบาล นิสิตหรือนักศึกษา หรือแพทย์ฝึกหัด ซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงเรียน มหาวิทยาลัย หรือโรงพยาบาล

(6) กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ซึ่งได้แก่ ลูกจ้างในกิจการดังต่อไปนี้<sup>28</sup>

ก. ลูกจ้างของสภากาชาดไทย

ข. ลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ ตามความหมายของคำว่า "รัฐวิสาหกิจ" ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติพนักงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ.2534

ค. ลูกจ้างของกิจการเพาะปลูก ประมง ป่าไม้ และเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปี และไม่มียานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย

ง. ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจรหรือเป็นไปตามฤดูกาล

กฎหมายฉบับนี้ กำหนดให้นายจ้างยื่นแบบแสดงรายชื่อลูกจ้างผู้ประกันตนและค่าจ้างต่อสำนักงานประกันสังคมภายใน 30 วันนับแต่วันที่ลูกจ้างเป็นผู้ประกันตนซึ่งเมื่อมีการยื่นแบบรายการแล้ว สำนักงานประกันสังคมก็จะออกหนังสือแสดงการขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ นายจ้างและออกบัตรประกันสังคมให้แก่ลูกจ้างเพื่อเป็นหลักฐานในการติดต่อขอรับ

<sup>26</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 5.

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 4.

<sup>28</sup> พระราชกฤษฎีกา กำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4(6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2534



ประโยชน์ทดแทนต่อไป นอกจากนี้ นายจ้างจะมีหน้าที่ยื่นแบบแสดงรายชื่อบุคลากรผู้ประกันตนต่อสำนักงานประกันสังคมแล้วทุกครั้งที่มีการจ่ายค่าจ้าง นายจ้างยังมีหน้าที่ต้องหักค่าจ้างของลูกจ้างตามจำนวนที่จะต้องส่งเป็นเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคม<sup>29</sup>

ในกรณีที่ลูกจ้างจะขอรับประโยชน์ทดแทนดังกล่าว กฎหมายกำหนดเงื่อนไขไว้ว่า ลูกจ้างจะต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมมาแล้วชั่วระยะเวลาหนึ่ง และกำหนดเงื่อนไขเวลาในการขอรับประโยชน์ทดแทนไว้แล้วแต่กรณี เช่น ในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย อันมิใช่เนื่องจากการทำงานต้องมีการจ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่า 90 วัน และต้องอยู่ภายในระยะเวลา 15 เดือน ก่อนรับบริการทางแพทย์<sup>30</sup> หรือในกรณีทุพพลภาพ ต้องมีการจ่ายเงินสมทบมาแล้วไม่น้อยกว่า 90 วัน และต้องอยู่ในระยะเวลา 15 เดือนก่อนทุพพลภาพ<sup>31</sup> เป็นต้น

และโดยที่กฎหมายไม่ได้กำหนดยกเว้นการใช้บังคับแก่ลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างชาติ ที่มีขอบด้วยกฎหมายไว้ แรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นลูกจ้างตามความหมายของคำว่า "ลูกจ้าง" ของกฎหมายฉบับนี้ และอยู่ในขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ย่อมมีสิทธิเป็นผู้ประกันตนตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 แต่เนื่องจากการที่ นายจ้างไม่ได้แจ้งรายชื่อบุคลากรต่างชาติประเภทนี้เป็นผู้ประกันตน และไม่ได้หักเงินค่าจ้างของแรงงานต่างชาตินำส่งเป็นเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมตามเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาที่กฎหมายกำหนดจึงทำให้แรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมายไม่มีสิทธิขอรับประโยชน์ทดแทนจากกองทุนประกันสังคมได้ อย่างไรก็ตาม ในกรณีนี้ นายจ้างก็มีความผิดโดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสามหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>32</sup>

### 3. พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537

โดยธรรมชาติของการทำงานทุกประเภทแล้ว อุบัติเหตุหรืออันตรายใดๆ ย่อมเกิดขึ้นได้ทุกเมื่อ แม้ว่าจะได้ใช้ความระมัดระวังเพียงใดก็ตาม ลูกจ้างเป็นผู้ที่อยู่ในสถานการณ์ที่ต้องเสี่ยงภัยตลอดเวลาที่ทำงานให้นายจ้าง เพื่อเป็นการคุ้มครองลูกจ้างผู้ซึ่งได้รับอันตราย หรือเจ็บป่วยจากการทำงานให้แก่ นายจ้างไม่ให้เดือดร้อนเกินสมควร จึงมีแนวคิดให้มีการจ่ายเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้าง ด้วยเหตุผลที่ว่า นายจ้างเป็นผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการที่ลูกจ้างทำงานให้เมื่อลูกจ้างได้รับอันตรายหรือเจ็บป่วยจากการทำงาน นายจ้างก็ควรจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ ประกอบกับนายจ้าง

<sup>29</sup> พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 47

<sup>30</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 62.

<sup>31</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 69.

<sup>32</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 96.

สามารถนำค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ไปรวมเป็นต้นทุนในการผลิตและนำไปบวกเป็นราคาสินค้าได้อีกทอดหนึ่ง

ในส่วนของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 ในกรณีที่ลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย สูญหาย สูญเสียสมรรถภาพอันเนื่องมาจากการทำงานให้แก่นายจ้าง ให้นายจ้างมีหน้าที่จ่ายเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้าง ซึ่งเงินทดแทนนั้นหมายถึง ค่าทดแทน ค่ารักษาพยาบาล ค่าฟื้นฟูสมรรถภาพในการทำงาน และค่าทำศพ<sup>33</sup>

ในกรณีที่นายจ้างมีลูกจ้างทำงาน ตั้งแต่สิบคนขึ้นไป ยกเว้น กิจการเพาะปลูก ประมง ป่าไม้และเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปีและไม่มีงานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย<sup>34</sup> นายจ้างมีหน้าที่จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนซึ่งเรียกว่า "กองทุนเงินทดแทน"เมื่อลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย อันเนื่องมาจากการทำงานให้แก่นายจ้าง กองทุนเงินทดแทนจะเป็นผู้จ่ายเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้างแทนนายจ้าง

ขอบเขตของการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ให้ใช้บังคับกับกิจการทั่วไป ยกเว้นกิจการดังต่อไปนี้<sup>35</sup>

1. ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาคและราชการส่วนท้องถิ่น
2. รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยพนักงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์
3. นายจ้างที่ประกอบธุรกิจโรงเรียนเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยโรงเรียนเอกชนเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับครูหรือครูใหญ่
4. นายจ้างซึ่งดำเนินกิจการที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรทางเศรษฐกิจ
5. นายจ้างอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง

นอกจากกิจการดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดยกเว้นไม่ใช้บังคับกับลูกจ้างที่ทำงานบางประเภท คือลูกจ้างที่ทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากคำนิยามของคำว่า "ลูกจ้าง" หมายถึง ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยได้รับค่าจ้างไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร แต่ไม่รวมถึงลูกจ้างซึ่งทำงานเกี่ยวกับงานบ้าน<sup>36</sup> หมายความว่า ลูกจ้างที่ทำงานเป็นคนสวน คนครัว หรือแม่บ้าน เป็นต้น จะไม่ได้รับการคุ้มครองตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

<sup>33</sup> พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 5

<sup>34</sup> ประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง ประเภทขนาดของกิจการ และท้องที่ที่ให้นายจ้างจ่ายเงินสมทบ ลงวันที่ 12 กันยายน 2537 ข้อ 2

<sup>35</sup> พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 มาตรา 4

<sup>36</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 5.

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 แล้วจะเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้มีขอบเขตการบังคับใช้กับกิจการที่มีการใช้แรงงานโดยทั่วไป ยกเว้นกิจการบางประเภทเท่านั้น ไม่มีการแยกแยะไว้อย่างชัดเจนว่า ลูกจ้างซึ่งเป็นผู้มีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย จะต้องเป็นแรงงานไทยเท่านั้น ในกรณีที่แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายเกิดประสบอันตรายหรือเจ็บป่วย หรือสูญเสียสมรรถภาพฯ อันเนื่องมาจากการทำงานให้แก่นายจ้าง แรงงานต่างชาติมีสิทธิได้รับเงินทดแทนจากนายจ้าง หรือกองทุนเงินทดแทนในอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วแต่กรณี ซึ่งแตกต่างจากหลักเกณฑ์ตามที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 กำหนดไว้คือ นอกจากลูกจ้างต้องเป็นผู้ประกันตนที่มีการแจ้งรายชื่อต่อสำนักงานประกันสังคมแล้ว ยังต้องส่งเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมชั่วระยะเวลาหนึ่งเสียก่อน จึงจะขอรับบริการจากกองทุนประกันสังคมได้ แต่ในกรณีตามพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537 ลูกจ้างไม่ต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทนแต่อย่างใด ถ้านายจ้างเป็นผู้ไม่มีหน้าที่จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทน นายจ้างต้องรับผิดชอบจ่ายเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้าง แต่ถ้านายจ้างจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทน กองทุนเงินทดแทนก็จะจ่ายเงินทดแทนให้แก่ลูกจ้างแทนนายจ้าง ทั้งนี้เป็นเพราะการที่ลูกจ้างประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยนั้นเป็นผลโดยตรงเนื่องมาจากการทำงานให้กับนายจ้าง ลูกจ้างจึงสมควรได้รับการคุ้มครองในกรณีนี้มากกว่ากรณีที่เจ็บป่วยหรือประสบอันตรายอันมิใช่เนื่องมาจากการทำงานตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533

นอกเหนือจากกฎหมายคุ้มครองแรงงานทั้ง 3 ฉบับที่กล่าวมาแล้วยังมีกฎหมายฉบับอื่นซึ่งถือว่าเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นเดียวกัน เช่น กฎหมายว่าด้วยสวัสดิการเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยสำหรับลูกจ้าง กฎหมายเกี่ยวกับความปลอดภัยในการทำงานในด้านต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งมีรายละเอียดปลีกย่อยแตกต่างกันออกไป ดังนั้น ในที่นี้จึงขอนำมาศึกษาเฉพาะกฎหมายที่เป็นหลักการสำคัญในการคุ้มครองลูกจ้างทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวข้างต้นเท่านั้น

## 2. มาตรการการลงโทษผู้กระทำผิด

โดยหลักการแล้ว กฎหมายได้รับการบัญญัติขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการควบคุมพฤติกรรมของมนุษย์ให้เกิดความสงบเรียบร้อยในสังคม หรือเพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในสังคมให้หมดสิ้นไปหรือทุเลาเบาบางลง

และเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดอย่างมีประสิทธิภาพ จึงจำเป็นต้องมีมาตรการบางประการ ในการดำเนินการกับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมาตรการที่กล่าวมานี้ได้แก่ มาตรการในส่วนการลงโทษผู้กระทำผิด

ปัญหาเกี่ยวกับการใช้แรงงานต่างชาติอย่างผิดกฎหมายในประเทศไทย มีความเกี่ยวข้องพันกับการบังคับใช้กฎหมายหลายฉบับ เช่น กฎหมายคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว กฎหมายเหล่านี้มีการกำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนทั้งผู้ที่ป็นนายจ้างและลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างชาติผิดกฎหมายเอาไว้อย่างชัดเจน โดยมีความหนักเบาของโทษแตกต่างกันแล้วแต่กรณี การนำมาตราการลงโทษผู้เกี่ยวข้องอย่างเคร่งครัดจะมีส่วนช่วยแก้ไขปัญหาการคุ้มครองแรงงานต่างชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ

## 2.1 การลงโทษนายจ้าง

ปัญหาแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองและลักลอบทำงานในประเทศไทยอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งรัฐพยายามป้องกันและแก้ไขมาตลอดนั้น ต้องยอมรับว่าไม่สามารถทำให้ปัญหาดังกล่าวทุเลาเบาบางลงได้ ดังจะเห็นได้จากการที่รัฐต้องผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายสามารถขออนุญาตทำงานในประเทศไทยได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยยังคงสถานภาพเป็นผู้หลบหนีเข้าเมือง โดยอาศัยอำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้แรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองทำงานในประเทศไทยได้ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 17 หลายครั้ง กล่าวคือ มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 17 มีนาคม 2535 มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน 2536 และมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2539 แก้ไขเพิ่มเติมโดยมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 2 , 16 กรกฎาคม 2539 และ 6 สิงหาคม 2539

การหลั่งไหลของแรงงานต่างชาติจำนวนมากเข้ามาในประเทศไทยอย่างผิดกฎหมายนั้น หากพิจารณาอย่างลึกซึ้งแล้ว จะเห็นว่ามีต้นเหตุมาจากกรณีที่นายจ้างมีความต้องการจ้างแรงงานต่างชาติมาทำงานในกิจการของตนเอง โดยมีเหตุผลดังนี้

1. ความขาดแคลนแรงงานภายในประเทศ ทำให้นายจ้างจำเป็นต้องจ้างแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ธุรกิจของนายจ้างสามารถดำเนินกิจการไปได้อย่างต่อเนื่อง
2. การจ้างแรงงานต่างชาติทำได้โดยสะดวก เนื่องจากหาได้ง่ายและแรงงานต่างชาติมีความอดทนสูงกว่าแรงงานไทย
3. ค่าจ้างของแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายถูกกว่าที่แรงงานไทยได้รับ โดยที่แรงงานต่างชาติไม่กล้าใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายจึงทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำ นอกจากนี้ นายจ้างก็ไม่ต้องจัดสภาพการจ้างตามที่กฎหมายกำหนดให้แก่แรงงานต่างชาติอันเป็นการประหยัดค่าใช้จ่ายบางส่วนได้อีกด้วย

เหตุผลต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น เป็นเหตุผลทางธุรกิจซึ่งเป็นแรงจูงใจให้นายจ้างเกิดความ ต้องการจ้างแรงงานต่างชาติดังกล่าว โดยเฉพาะการประหยัดต้นทุนการผลิตเป็นประเด็นสำคัญ

เพราะเมื่อต้นทุนการผลิตต่ำ นายจ้างก็สามารถกำหนดราคาสินค้าได้ต่ำกว่าคู่แข่งขึ้น ยิ่งขายสินค้าได้มากเท่าใด ก็หมายถึงกำไรที่นายจ้างจะได้รับเพิ่มพูนจากการขายสินค้ามากขึ้นเท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการจ้างงานมาก แรงงานต่างชาติจึงหลบหนีเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากตามความต้องการของตลาดแรงงาน

เมื่อต้นเหตุของปัญหาแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายเกิดจากความต้องการจ้างแรงงานต่างชาติของนายจ้าง การที่รัฐดำเนินนโยบายการควบคุมแรงงานต่างชาติให้มาอยู่ในระบบของทางราชการและใช้มาตรการสกัดกั้นปราบปรามแรงงานต่างชาติ โดยกำหนดให้ "แรงงานต่างชาติ" เป็นเป้าหมายสำคัญที่สุดในการดำเนินการของภาครัฐ จึงเป็นการแก้ไขปัญหาคือ ปลายเหตุและเป็นข้อผิดพลาดที่นำไปสู่ความล้มเหลวในการจัดการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองตลอดมา เนื่องจากการขาดแคลนงบประมาณที่จะสนับสนุนการทำงานของเจ้าหน้าที่ ประกอบกับอัตราค่าจ้างของเจ้าหน้าที่ที่มีไม่เพียงพอจึงทำให้มาตรการดังกล่าวไร้ผล

ดังนั้น หากรัฐประสงค์จะแก้ไขปัญหาการลักลอบเข้าเมืองของแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายให้สัมฤทธิ์ผลอย่างแท้จริงแล้ว รัฐต้องบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงานอย่างจริงจัง และต่อเนื่องกับนายจ้าง เพื่อให้แรงงานต่างชาติได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานกำหนดเท่าเทียมกับแรงงานไทย ซึ่งจะเป็นการลดความต้องการหรือแรงจูงใจในการจ้างแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายของนายจ้าง และทำให้นายจ้างหันมาจ้างแรงงานไทยมากขึ้น อันเป็นการส่งเสริมการจ้างงานภายในประเทศ ทั้งนี้รัฐควรมีนโยบายที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ยึดถือปฏิบัติเป็นแนวทางดำเนินการควบคุม ตรวจสอบ และบังคับให้เป็นตามที่กฎหมายคุ้มครองแรงงานบัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด

นอกจากการกำหนดนโยบายที่ชัดเจนรวมถึงการดำเนินการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานกับนายจ้างดังกล่าวแล้ว มาตรการสำคัญที่ต้องดำเนินการควบคู่กันไปก็คือ มาตรการลงโทษนายจ้างผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งในประเด็นนี้ ในกรณีที่นายจ้างใช้แรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย นายจ้างจะมีโทษทางอาญา ดังนี้

#### 1. พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521

ในกรณีที่นายจ้างรับแรงงานต่างชาติซึ่งไม่มีใบอนุญาตทำงานนายจ้างจะได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด ดังนี้

- มาตรา 22 ห้ามมิให้บุคคลใดรับคนต่างด้าวซึ่งไม่มีใบอนุญาตเข้าทำงาน หรือรับคนต่างด้าวเข้าทำงานที่มีลักษณะหรือเงื่อนไขในการทำงานแตกต่างไปจากที่ได้กำหนดไว้ในใบอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ<sup>37</sup>

## 2. พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

ในกรณีที่แรงงานต่างชาตินี้เป็นคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมือง หากนายจ้างกระทำการดังต่อไปนี้ นายจ้างต้องได้รับโทษตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 คือ

- มาตรา 63 ผู้ใดนำหรือพาคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักร หรือกระทำการด้วยประการใด ๆ อันเป็นการอุปการะหรือช่วยเหลือ หรือให้ความสะดวกแก่คนต่างด้าวให้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี และปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาท

- มาตรา 64 ผู้ใดรู้ว่าคนต่างด้าวคนใดเข้ามาในราชอาณาจักรโดยฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ให้เข้าพักอาศัย ซ่อนเร้น หรือช่วยด้วยประการใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวนั้นพ้นจากการจับกุม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี และปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท

มาตรการลงโทษนายจ้างตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว เท่าที่ผ่านมาเป็นมาตรการที่ไม่ค่อยจะประสบความสำเร็จเท่าใดนัก ทั้งนี้เป็นเพราะรัฐไม่ได้ให้ความสนใจและมองข้ามความสำคัญของมาตรการดังกล่าวเสมอมา ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐเองก็ละเลยไม่ดำเนินคดีกับนายจ้างอย่างจริงจัง โดยเห็นแก่ประโยชน์จากการลักลอบนำเข้าแรงงานต่างชาติ<sup>38</sup> แม้จะมีการจับกุมดำเนินคดีกับนายจ้างอยู่บ้างแต่ก็เป็นส่วนน้อย จึงทำให้บรรดานายจ้างเกิดความฮึกเหิมและกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอยู่เนือง ๆ โดยไม่เกรงกลัวโทษที่จะได้รับ ถ้ารัฐเข้มงวดในการเอาผิดกับนายจ้างตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ ในเชิงทฤษฎีการลงโทษทางอาญากับผู้กระทำผิดก็จะเป็นการยับยั้งหรือข่มขู่ให้นายจ้างเกิดความรู้สึกไม่คุ้มที่จะเสี่ยงกระทำผิดอีกต่อไปโดยในการดำเนินการลงโทษตามกฎหมายกับนายจ้างดังกล่าว องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำผิดของนายจ้างควรมีการร่วมมือและประสานงานกันอย่างใกล้ชิด โดยเมื่อพบการกระทำผิดของนายจ้างก็ให้รีบแจ้งส่วนราชการที่เกี่ยวข้องเข้าตรวจสอบข้อเท็จจริงในกรณีดังกล่าว เพื่อให้องค์กรและเจ้าหน้าที่ของรัฐได้บังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น อันจะมีผลต่อความสำเร็จในการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างชาติได้อีกทางหนึ่ง

<sup>37</sup> พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 มาตรา 39.

<sup>38</sup> คำสัมภาษณ์ของ พล.ต.ท. ชิตชัย วรรณสถิตย์ ผู้บัญชาการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, “ตำรวจของเรา”, ไทยรัฐ, 25 มกราคม 2541 : หน้า 3.

## 2.2 การลงโทษแรงงานต่างชาตินที่มีข้อขัดแย้งกฎหมาย

คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้น โดยทั่วไป มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องในเรื่องนี้อยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 ภายใต้บังคับของกฎหมายทั้งสองฉบับ ลำดับแรกคนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องเป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายเสียก่อนทั้งนี้ โดยมีคุณสมบัติและเงื่อนไขในการขออนุญาตตามที่พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 กำหนด โดยเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว หรือคนต่างด้าวที่เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย เมื่อได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองอย่างถูกต้องแล้ว จึงมีสิทธิร้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทยได้ ทั้งนี้ งานดังกล่าวจะต้องไม่ใช่งานที่ต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงาน 39 ประเภท ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 เมื่อได้รับใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) แล้ว จึงจะสามารถทำงานได้

อย่างไรก็ดี คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายบางประเภทก็อาจทำงานในประเทศไทยได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยทำงานได้เฉพาะงาน 27 ประเภทเท่านั้น ซึ่งจะต้องเป็นคนต่างด้าวที่อยู่ในเงื่อนไข ดังนี้<sup>39</sup>

- ก. เป็นคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศซึ่งได้รับการผ่อนผันไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศ หรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ
  - ข. เป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร
  - ค. เป็นคนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทย แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย
  - ง. คนต่างด้าวโดยผลการถอนสัญชาติ
- (โปรดศึกษารายละเอียดเกี่ยวกับแรงงานต่างชาตินที่ทำงานในประเทศไทยได้ในบทที่ 2) ดังนั้น โดยสรุปแล้วแรงงานต่างชาตินที่ทำงานอยู่ในประเทศไทย จึงจำแนกได้เป็น 2 จำพวก คือ
1. แรงงานต่างชาตินที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถือการได้รับใบอนุญาตทำงานเป็นเกณฑ์ ซึ่งอาจจะเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองอย่างถูกต้องหรือผิดกฎหมายก็ได้
  2. แรงงานต่างชาตินที่มีข้อขัดแย้งกฎหมาย คือ แรงงานต่างชาตินซึ่งลักลอบทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้ามาในประเทศไทย หรือคนต่างด้าวที่เข้ามา

<sup>39</sup> เรื่องเดียวกัน , มาตรา 12.

อย่างถูกต้องแต่ไม่ยอมออกจากประเทศไทยเมื่อพ้นกำหนดเวลาที่ได้รับอนุญาต ซึ่งถือว่าเป็นผู้ที่มีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองอย่างผิดกฎหมาย

สำหรับแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมาย การที่เป็นผู้มีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองที่ผิดกฎหมาย แรงงานต่างชาติจึงมีความผิดตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 81 ซึ่งบัญญัติว่า "คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุด หรือถูกเพิกถอน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ"

และหากเป็นคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่เข้ามาตามช่องทางด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่า สถานี หรือท้องที่และตามกำหนด ก็จะมีผลตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 มาตรา 62 คือ จำคุกไม่เกินสองปี และปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

นอกจากนี้ การที่แรงงานต่างชาติทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ยังเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521 มาตรา 34 ซึ่งบัญญัติว่า "คนต่างด้าวผู้ใดทำงานโดยฝ่าฝืนมาตรา 7 หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา 9 หรือทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามเดือน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

โทษที่แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายจะได้รับตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวทั้ง 2 ฉบับนั้น จะเห็นได้ว่าเป็นโทษที่หนักพอสมควร ซึ่งน่าจะมีผลยับยั้งการหลั่งไหลของแรงงานต่างชาติมิให้ลักลอบเข้ามาทำงานในประเทศไทย แต่การดำเนินการกวาดล้าง จับกุมและผลักดันแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองของรัฐเท่าที่ผ่านมามีอาจยับยั้งให้แรงงานต่างชาติเกิดความเกรงกลัวไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมายได้ ทั้งนี้เกิดจากข้อจำกัดในเรื่องกำลังคนและงบประมาณที่ไม่เพียงพอต่อการดำเนินการดังกล่าว เจ้าหน้าที่จึงไม่อาจป้องกันและปราบปรามการลักลอบเข้าเมืองของแรงงานต่างชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังจะเห็นได้จากสถิติการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวของกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ปี พ.ศ. 2537 - 2539 มีการดำเนินคดีคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 เพียงจำนวน 116 คดี 1,502 คดี และ 698 คดี ตามลำดับ<sup>40</sup> ทั้งนี้โดยข้อเท็จจริงแล้วมีแรงงานต่างชาติลักลอบทำงานอย่างผิดกฎหมายในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก

ปัญหาความอ่อนแอในการบังคับใช้กฎหมายกับแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองของรัฐ เป็นปัญหาสำคัญที่รัฐควรต้องเร่งดำเนินการแก้ไขโดยด่วน หากรัฐต้องการยับยั้งแรง

<sup>40</sup> รายงานประจำปี 2539 กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม (กรุงเทพฯ : กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม, 2540) , หน้า 40.



งานต่างชาติไม่ให้เข้ามาทำงานในประเทศไทยอย่างผิดกฎหมาย ซึ่งส่งผลถึงการจัดปัญหา การเอารัดเอาเปรียบของนายจ้างต่อแรงงานต่างชาติอย่างแท้จริงแล้ว รัฐควรจัดหาบุคลากรที่มีประสิทธิภาพในการปฏิบัติงานอย่างพอเพียง และสนับสนุนงบประมาณที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ให้มากขึ้น รวมทั้งมีมาตรการลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ละเลยต่อการปฏิบัติงาน โดยทุจริตให้มีการลักลอบเข้าเมืองของแรงงานต่างชาติอย่างเถื่อนขาด ซึ่งจะทำการใช้ มาตรการทางกฎหมายกับแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองในส่วนของการบินและลงโทษ มีประสิทธิภาพมากพอที่จะยับยั้งการหลบหนีเข้าเมืองของแรงงานต่างชาติได้เป็นอย่างมาก

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายแต่ละฉบับได้รับการบัญญัติขึ้นมาเพื่อสนองตอบความต้องการ ของสังคม เพื่อแก้ไขปัญหาอย่างหนึ่งอย่างใดในสังคม ซึ่งอาจจะเป็นปัญหาทางการเมือง หรือ ปัญหาทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

เพื่อให้การแก้ไขปัญหามาตรการทางกฎหมายดังกล่าวสัมฤทธิ์ผลได้อย่างแท้จริง กฎหมายจึงต้อง กำหนดมาตรการทางกฎหมายที่จำเป็นเพื่อจัดการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย มาตรการ ลงโทษนายจ้างและแรงงานต่างชาติดังกล่าวมาแล้วข้างต้น ก็เป็นมาตรการทางกฎหมายประการหนึ่ง ซึ่งมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการแก้ไขปัญหานายจ้างต่างชาติดำเนินการลงโทษหรือเอาผิดกับ ผู้ฝ่าฝืนอย่างเด็ดขาด โดยเสมอหน้ากันแล้ว เชื่อว่าทั้งนายจ้างก็ดี ลูกจ้างที่เป็นแรงงานต่างชาติดี จะเกิดความเคารพยำเกรงต่อกฎหมาย และไม่กล้ากระทำความผิดอีกต่อไป แต่ทั้งนี้ การดำเนินการ ดังกล่าวต้องมีความต่อเนื่องกันด้วยไม่ใช่แค่เพียงชั่วไฟไหม้ฟางเท่านั้น ซึ่งไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ อันใด ทั้งยังเสียเวลาและงบประมาณของแผ่นดินอีกด้วย

นอกจากที่กล่าวแล้ว มาตรการทางกฎหมายในส่วนของควบคุมและตรวจสอบซึ่งเป็น มาตรการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิด ก็เป็นมาตรการที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่รัฐควรนำมา ใช้ควบคู่กันไปกับมาตรการลงโทษ เพราะหากองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ที่มีการดูแลตรวจตรา สถานประกอบการของนายจ้างเป็นประจำและสม่ำเสมอแล้ว นายจ้างย่อมต้องมีความระมัดระวัง ที่จะไม่กระทำการใดอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายซึ่งจะทำให้ นายจ้างต้องรับโทษตามที่กฎหมาย กำหนดไว้

อย่างไรก็ดี ในกรณีแรงงานต่างชาติผิดกฎหมายนั้น ล่าสุดเมื่อวันที่ 9 มกราคม 2541 คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบให้มีการผลักดันแรงงานต่างชาติที่ผิดกฎหมายอย่างจริงจัง โดย ตั้งเป้าหมายว่าจะสามารถผลักดันแรงงานต่างชาติที่ผิดกฎหมายออกไปจากประเทศไทยให้ได้ จำนวน 3 แสนคน ภายในกำหนดเวลา 6 เดือน และจะนำแรงงานไทยที่กำลังว่างงานเข้ามาทำงาน แทนที่แรงงานต่างชาติดังกล่าว โดยในการนี้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจะร่วมมือกับตำรวจท้องที่

ตำรวจตระเวนชายแดน ทหาร และข้าราชการฝ่ายปกครอง ดำเนินการตรวจสอบแหล่งแรงงานต่างชาตินในทุกจังหวัดเพื่อจับกุมแล้วผลักดันออกจากประเทศไทยต่อไป

นโยบายการผลักดันแรงงานต่างชาตินี้ที่หลบหนีเข้าเมืองตามมติคณะรัฐมนตรี ดังกล่าว จะเห็นว่า แม้จะมีการร่วมมือกันระหว่าง สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง กับหน่วยราชการอื่น ๆ ในการดำเนินการอันเป็นการแก้ไขปัญหาการขาดแคลนบุคลากรในการปฏิบัติงานได้ในระดับหนึ่งก็ตาม แต่แนวทางดังกล่าวก็ยังไม่หลุดพ้นจากแนวทางเดิม ๆ ที่รัฐเคยดำเนินการและประสบความล้มเหลวมาแล้วแต่อย่างใด เพราะเป้าหมายของนโยบายดังกล่าวก็ยังคงเป็นแรงงานต่างชาติดั้งเดิม นายจ้างซึ่งเป็นต้นเหตุที่แท้จริงของปัญหาแรงงานต่างชาตินี้ที่หมักหมมมานานก็ยังคงหลุดรอดไปได้ดังที่เคยเป็นมา นอกจากนี้ การคาดหวังว่าจะนำแรงงานไทยเข้าไปทำงานแทนแรงงานต่างชาตินี้ที่ถูกผลักดันออกไปจากประเทศไทยนั้น โดยข้อเท็จจริงแล้วงานดังกล่าวส่วนใหญ่เป็นงานซึ่งคนไทยไม่นิยมทำ เช่น งานประมง หรืองานก่อสร้าง เป็นต้น แม้จะมีตำแหน่งงานว่างแต่ก็ไม่สามารถจะหาแรงงานไทยมาทำงานแทนได้ นโยบายดังกล่าวจึงเป็นการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างชาตินี้ที่ไม่ถูกต้องและไม่เป็นทางเป็นจริงขึ้นมาได้จนกว่าจะมีการปรับเปลี่ยนเป้าหมายการดำเนินการเสียใหม่โดยเน้นมาตรการในส่วนของการบังคับและลงโทษนายจ้างอย่างจริงจังตามกฎหมาย เพราะปัญหาเรื่องการลักลอบเข้าเมืองของแรงงานต่างชาตินั้น ส่วนใหญ่เกิดจากการที่นายจ้างต้องการจ้างแรงงานต่างชาตินี้โดยหวังเพียงจะใช้แรงงานราคาถูกแต่เพียงอย่างเดียว ไม่คำนึงถึงผลเสียที่จะเกิดขึ้นตามมาต่อสังคมและประเทศชาติจากการใช้แรงงานต่างชาตินี้ อย่างผิดกฎหมาย ดังนั้น นายจ้างก็ควรจะต้องมีส่วนรับผิดชอบโดยตรงต่อความเสียหายดังกล่าว มิใช่โยนความรับผิดชอบนั้นให้แก่แรงงานต่างชาติแต่ฝ่ายเดียว จึงจะถูกต้องและเป็นธรรม

### 3. การผ่อนผันการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกับแรงงานต่างชาตินี้ที่มีขอบด้วยกฎหมาย

ระหว่างการดำเนินการตามกฎหมายกับนายจ้าง

ในบรรดาสติธิและเสรีภาพของมนุษย์ซึ่งได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปนั้น เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายและเลือกถิ่นที่อยู่ถือเป็นสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่มนุษย์ทุกคนพึงมีโดยจะต้องเคารพและให้ความคุ้มครอง เพราะโดยธรรมชาติแล้วมนุษย์เป็นสัตว์โลกที่ต้องมีการเดินทางย้ายถิ่นไปตั้งถิ่นฐานใหม่ซึ่งอุดมสมบูรณ์กว่าอยู่เสมอ เพื่อความอยู่รอดของตนเองและครอบครัว ปรากฎการณ์เช่นนี้ เป็นเรื่องปกติธรรมดาของมนุษย์นับแต่โบราณกาลมาแล้ว แต่อย่างไรก็ตาม เสรีภาพในการเคลื่อนย้ายของมนุษย์หาใช่เป็นสิทธิที่มนุษย์มีอยู่อย่างไร้ขอบเขตไม่ ในขณะที่ด้วยกัน มนุษย์ก็มีหน้าที่ในการที่จะต้องเคารพสิทธิของผู้อื่นด้วย หากการใช้สิทธิดังกล่าวไปรบกวนขัดขวางการใช้สิทธิและเสรีภาพของผู้อื่น

สิทธิและเสรีภาพในเคลื่อนย้ายของมนุษย์ ได้รับการรับรองว่าเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 ข้อ 13(2) ซึ่งกำหนดให้รัฐต้องยอมรับให้คนในสัญชาติของตน เดินทางกลับเข้าอยู่ในดินแดนของตนและต้องยินยอมให้บุคคลไม่ว่าจะเป็นคนต่างด้าวหรือคนในสัญชาติของตนเดินทางออกจากประเทศ ซึ่งหมายความว่าเฉพาะคนในสัญชาติของรัฐเจ้าของดินแดนเท่านั้น ที่มีสิทธิเดินทางเข้าออกประเทศได้โดยเสรี คนต่างด้าวไม่มีสิทธิเข้าเมืองได้ หากรัฐนั้นไม่อนุญาต

หลักการดังกล่าวตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แม้ว่าจะไม่มีผลทางกฎหมายให้รัฐต่าง ๆ ผูกพันต้องปฏิบัติก็ตาม แต่โดยทั่วไปแล้วได้มีการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ โดยถือว่าเป็นสิ่งซึ่งมนุษย์ทุกคนจำเป็นต้องมีและได้มาโดยกำเนิด แต่ผู้ทรงสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวมีเฉพาะผู้ที่มีสัญชาติของรัฐเท่านั้น ที่จะสามารถเดินทางเข้ามาและออกไปจากประเทศได้โดยเสรี คนต่างด้าวไม่อาจกระทำเช่นนี้ได้ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐ ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้บางประการ เพื่อความมั่นคงของรัฐที่เป็นเจ้าของดินแดน

ในส่วนของประเทศไทย เดิมคนต่างด้าวสามารถเดินทางเข้ามาและออกไปได้อย่างเสรี โดยไม่มีความผิด<sup>41</sup> ต่อมาได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขสำหรับคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาในประเทศไทยเป็นครั้งแรกโดยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2470 พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้วางกฎระเบียบควบคุมการเดินทางเข้า-ออกของคนต่างด้าว ซึ่งต่อมาได้มีการแก้ไขและประกาศใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมืองฉบับใหม่ขึ้นหลายครั้งจนกระทั่งปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522

ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร มีอยู่ 2 ประเภท คือ

1. คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร เป็นการชั่วคราว<sup>42</sup>
2. คนต่างด้าวซึ่งเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและด้วยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย<sup>43</sup>

การฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้ ผู้ฝ่าฝืนมีโทษทางอาญาแล้วแต่กรณี สำหรับแรงงานต่างชาตินี้ที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนดังนี้

<sup>41</sup> คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 153/2505

<sup>42</sup> พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 34

<sup>43</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 41.

- มาตรา 62 บุคคลซึ่งเดินทางเข้ามาในหรือออกไปนอกราชอาณาจักร จะต้องเดินทางเข้ามาหรือออกไปตามช่องทางด่านตรวจคนเข้าเมือง เขตท่าสถานี หรือห้องที่และตามกำหนดเวลา มีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท

- มาตรา 81 คนต่างด้าวผู้ใดอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนมีโทษจำคุกไม่เกินสองปี หรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือ ทั้งจำทั้งปรับ

นอกจากโทษดังกล่าวแล้ว แรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมือง อาจถูกส่งตัวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ได้ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคแรกซึ่งกำหนดว่า "คนต่างด้าวผู้ใดเข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือการอนุญาตนั้นสิ้นสุดหรือถูกเพิกถอนแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จะส่งตัวคนต่างด้าวผู้นั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักรก็ได้..."

โดยทั่วไป กรณีที่มีการจับกุมแรงงานต่างชาติที่หลบหนีเข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาต หน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบโดยตรง ได้แก่ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (สตม.) ซึ่งเป็นส่วนราชการระดับกองบัญชาการในสังกัดกรมตำรวจ กระทรวงมหาดไทย นอกจากนี้ ก็คือ ตำรวจภูธรซึ่งประจำอยู่ในส่วนภูมิภาค หรือตำรวจตระเวนชายแดน (ตชด.) ซึ่งดูแลความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของประเทศตามแนวชายแดน โดยเมื่อทำการจับกุมผู้หลบหนีเข้าเมืองได้ ก็จะมีการสอบสวนและส่งเรื่องให้พนักงานอัยการยื่นฟ้องต่อศาล ศาลอาญพิพากษาจำคุก หรือปรับหรือกักขังแทนค่าปรับ เมื่อจ่ายค่าปรับหรือพ้นโทษแล้ว ก็จะนำตัวแรงงานต่างชาติส่งให้เจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อจัดการส่งออกไปตามช่องทางที่ลักลอบเข้ามา หรือกักตัวไว้รอการส่งตัวกลับ ณ สถานที่ต่าง ๆ เช่น ศูนย์กักกันคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองตามแนวชายแดน หรือสถานีดำรวจภูธรต่าง ๆ ในบางครั้งก็อาจจะส่งตัวแรงงานต่างชาติออกไปในทันที โดยไม่มีการดำเนินคดี

การส่งตัวแรงงานต่างชาติออกไปนอกราชอาณาจักรดังกล่าว จึงเป็นปัญหาและอุปสรรคที่สำคัญอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงาน เพื่อคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายทั้งในทางแพ่งและทางอาญา จึงสมควรที่จะต้องมีการผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายได้รับอนุญาตให้อาศัยอยู่ในประเทศเป็นการชั่วคราวระหว่างที่มีการดำเนินคดีกับนายจ้าง ภายในระยะเวลาเท่าที่จำเป็น ซึ่งจำต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อการใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายจะได้รับการผ่อนผันดังกล่าว

### 3.1 ผลกระทบต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

จากการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบต่อการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ในกรณีที่จะนำแนวทางการผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติอยู่ประเทศไทยต่อไประหว่างการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองแรงงานกับนายจ้าง พบว่าเป็นวิธีการที่เหมาะสม สำหรับการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างชาติ โดยมีเหตุผล ดังต่อไปนี้

1. ในแง่ผลกระทบต่อประสิทธิภาพในการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 นั้น ต้องยอมรับว่า มาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นการสกัดกั้น ปราบปราม และ ผลักดันแรงงานต่างชาติที่ลักลอบเข้าเมืองซึ่งรัฐนำมาใช้ในการแก้ไขปัญหาแรงงานต่างชาติเท่าที่ผ่านมา ไม่สามารถทำให้จำนวนแรงงานต่างชาติลดลงแต่อย่างใด ทั้งนี้เป็นเพราะกลไกของรัฐบาล ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ซึ่งมีสาเหตุจากจำนวนบุคลากรที่ไม่เพียงพอต่อการตรวจตรา ควบคุมตลอดจนขาดงบประมาณที่จำเป็นในการสนับสนุนการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่อีกทั้งสถานที่กักขังควบคุมแรงงานต่างชาติระหว่างการดำเนินคดีก็มีน้อย นอกจากนี้ยังเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีผลประโยชน์จากการนำเข้าแรงงานต่างชาติ ความอ่อนแอของกลไกในการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ดังกล่าว นำมาซึ่งนโยบายผ่อนปรนให้แรงงานต่างชาติที่ลักลอบเข้าเมืองสามารถทำงานอย่างถูกกฎหมายตามมติคณะรัฐมนตรีหลายครั้ง ซึ่งก็ยังไม่สามารถแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างเด็ดขาด เพราะปรากฏว่ามีแรงงานต่างชาติจำนวนมากเข้ามาทำงานในประเทศไทยอย่างไม่ขาดสาย

ดังนั้น การผ่อนผันการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกับแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย จึงไม่มีผลกระทบต่อการไหลของแรงงานต่างชาติเข้ามาในประเทศไทยให้มากขึ้นแต่ประการใด ในทางกลับกันแนวทางดังกล่าวจะทำให้แรงงานต่างชาติลดจำนวนลง เพราะนายจ้างไม่ต้องการจ้างอีกต่อไป เนื่องจากเกรงว่าจะถูกดำเนินการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานและกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

2. การบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาแรงงานต่างชาติที่มีขอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายคุ้มครองแรงงานก็ดี กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองก็ดี มีจุดประสงค์ร่วมกัน คือ เพื่อจัดหรือลดจำนวนของแรงงานต่างชาติที่มีอยู่มากมายในประเทศไทย ซึ่งเป็นภาระที่หนักอึ้งของรัฐในขณะนี้ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับก็ควรจะเป็นไปอย่างสอดคล้องต้องกัน กล่าวคือ ต้องมีการดำเนินการตามขั้นตอนและกระบวนการซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับกำหนดไว้จนเสร็จสิ้น ซึ่งหากพิจารณากันอย่างจริงจังแล้วจะเห็นว่า การผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติอยู่ในประเทศไทยต่อไประหว่างการดำเนินคดีกับนายจ้างแม้จะมีผลกระทบต่อการใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ.2522 ในแง่ที่ต้องมีการระงับการส่งตัวแรงงานต่างชาติที่ผิดกฎหมายออกไปจาก

ประเทศไทย แต่ก็ยังเป็นเพียงการชะลอหรือเลื่อนกำหนดเวลาการส่งตัวแรงงานต่างชาติดังกล่าวเป็นการชั่วคราว เท่าที่จำเป็นชั่วคราวระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เมื่อพ้นกำหนดดังกล่าวก็จะดำเนินการส่งแรงงานต่างชาติดอกไปจากประเทศตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดต่อไปซึ่งโดยปกติแล้ว การส่งตัวแรงงานต่างชาติดังกล่าวกลับมาจากประเทศไทยก็ไม่ได้กระทำในทันทีเสมอไป ในทางปฏิบัติคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่และเงื่อนไขอื่น ๆ ประกอบกัน เช่น ความพร้อมของสถานที่ที่ใช้กักขังแรงงานต่างชาติ หรืองบประมาณในการเลี้ยงดู เป็นต้น การให้ความคุ้มครองแรงงานต่างชาติดังกล่าวจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่อย่างใด ในความเป็นจริงแล้วการบังคับใช้กฎหมายทั้งสองฉบับควบคู่กันไป จะมีส่วนช่วยเกื้อหนุนประสิทธิภาพของกฎหมายในการลดปัญหาแรงงานต่างชาติดังกล่าว

### 3.2 ความเป็นไปได้ทางกฎหมายที่แรงงานต่างชาติดังกล่าวที่มีขอด้วยกฎหมายจะได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยระหว่างการดำเนินการตามกฎหมายกับนายจ้าง

ตามหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเจ้าของดินแดนมีเอกสิทธิ์ของรัฐที่จะกำหนดเงื่อนไขบางประการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าไปในดินแดนของตนได้ การฝ่าฝืนเงื่อนไขการเข้าเมืองดังกล่าว ผู้ฝ่าฝืนจะต้องได้รับโทษตามกฎหมาย

สำหรับประเทศไทย การกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเข้ามาภายในราชอาณาจักร ได้รับการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยละเมิดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เป็นผู้ที่มีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย ซึ่งมีโทษจำคุกหรือปรับแล้วแต่กรณี และจะต้องส่งตัวคนต่างด้าวนั้นกลับออกไปนอกราชอาณาจักร ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 ในกรณีของแรงงานต่างชาติดังกล่าวที่มีขอด้วยกฎหมาย ซึ่งหลบหนีเข้าเมืองและถูกจับกุมได้ ก็จะต้องมีการดำเนินคดีและส่งตัวกลับไปประเทศของเขาเช่นเดียวกันกับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองอย่างผิดกฎหมายทั่วไป แต่จากการศึกษาพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แล้ว แม้โดยหลักการของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองคนต่างด้าวจะต้องถูกส่งตัวกลับออกไปจากประเทศไทย แต่หลักการดังกล่าวก็มีได้บังคับโดยเด็ดขาด มีความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่จะมีการผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติดังกล่าวที่หลบหนีเข้าเมืองอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นการชั่วคราวเพื่อประโยชน์ในการดำเนินคดีแรงงาน ดังนี้

(1) ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ในส่วนที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจตาม มาตรา 17 ซึ่งบัญญัติว่า "ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้

คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใด เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ในกรณีใด ๆ ก็ได้"

จะเห็นว่า รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการอนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรได้โดยจะกำหนดเงื่อนไขหรือหลักเกณฑ์ใด ที่แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดก็ได้ หรือจะยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายก็ได้ แม้ว่าจะต้องได้รับการอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีก็ตาม เช่น โครงการอนุญาตให้ชาวเขาที่เกิดนอกประเทศและย้ายเข้ามาอยู่ในประเทศไทยได้รับสถานะคนต่างด้าว ที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายและมีสิทธิอาศัยอยู่ในประเทศไทย หรือการอนุญาตให้แรงงานต่างชาตินี้ที่หลบหนีเข้าเมืองก่อนวันที่ 25 มิถุนายน 2539 อยู่ในราชอาณาจักรได้ชั่วคราวภายในระยะเวลาไม่เกิน 2 ปี และมีสิทธิทำงานในบางสาขาอาชีพ เป็นต้น

ดังนั้น ถ้ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ พ.ศ. 2522 มาตรา 17 กำหนดให้แรงงานต่างชาตินี้ที่หลบหนีเข้าเมืองที่อยู่ระหว่างการดำเนินการกับนายจ้างตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ก็เป็นเรื่องที่สามารถทำได้ ทั้งนี้คงต้องมีการประสานงานระหว่างส่วนราชการที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการใช้แรงงานต่างชาตินี้ ร่วมกันพิจารณากำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการผ่อนผันดังกล่าว เสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป

(2) ในการดำเนินคดีกับแรงงานต่างชาตินี้ที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการอนุญาตสิ้นสุดลง (อยู่เกินเวลาที่กำหนด) โดยปกติศาลอาจมีคำพิพากษาลงโทษจำคุกหรือปรับเมื่อรับโทษจำคุกครบกำหนดตามคำพิพากษาหรือชำระค่าปรับแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะควบคุมตัวแรงงานต่างชาตินี้ไปส่งให้เจ้าหน้าที่ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง เพื่อดำเนินการส่งตัวแรงงานต่างชาตินี้กลับออกไปจากประเทศไทยต่อไป โดยในกรณีนี้ เจ้าพนักงานจะส่งตัวกลับโดยพาหนะใดหรือช่องทางใดก็ได้ตามที่พิจารณาเห็นสมควร<sup>44</sup> ซึ่งโดยปกติก็คือช่องทางที่แรงงานต่างชาตินี้ลักลอบเข้ามาในประเทศไทย ในกรณีที่ศาลพิพากษาลงโทษคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตจนถูกศาลพิพากษาลงโทษและพ้นโทษแล้ว แต่ยังคงอยู่ในราชอาณาจักรตลอดมาโดยไม่ได้รับอนุญาตจนถูกส่งตัวกลับออกไปจากราชอาณาจักร ศาลฎีกาได้เคยวินิจฉัยว่าจะฟ้องขอให้ลงโทษฐานเข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตไม่ได้เป็นฟ้องซ้ำ กรณีนี้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่สั่งให้ส่งตัวคนต่างด้าวออกไปจากราชอาณาจักร<sup>45</sup>

<sup>44</sup> เรื่องเดียวกัน, มาตรา 55.

<sup>45</sup> คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 930/2504

ในระหว่างที่รอการส่งตัวแรงงานต่างชาติดังกล่าวออกไปจากประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 54 วรรคสาม บัญญัติว่า " ในกรณีที่มีคำสั่งให้ส่งตัวคนต่างชาติดังกล่าวออกไปนอกราชอาณาจักรแล้ว ในระหว่างรอการส่งกลับ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจให้พักอาศัยอยู่ ณ ที่ใด โดยคนต่างชาตินั้นต้องมาพบพนักงานเจ้าหน้าที่ตามวันเวลา และสถานที่ที่กำหนดโดยต้องมีประกัน หรือมีทั้งประกันและหลักประกันก็ได้ หรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะกักตัวคนต่างชาตินั้นไว้ ณ สถานที่ใด เป็นเวลานานเท่าใดตามความจำเป็นก็ได้..."

อำนาจในการกักตัวแรงงานต่างชาติ ตามมาตรา 54 วรรคสามนี้ เป็นอำนาจเฉพาะของเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ว่าจะกักตัวแรงงานต่างชาติในระหว่างที่รอการส่งกลับไว้เป็นเวลานานเท่าใดก็ได้ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว ก็จะมีการกักตัวเพื่อรอการส่งกลับตามสถานที่ต่าง ๆ ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค โดยในต่างจังหวัดซึ่งเป็นชายแดนของประเทศไทย ก็จะมีศูนย์กักกันคนต่างชาติ เช่น จังหวัดระนอง กาญจนบุรี เชียงราย เป็นต้น ซึ่งมีพื้นที่ควบคุมแห่งละไม่เกิน 300 คน

ดังนั้นหากจะอาศัยอำนาจของเจ้าหน้าที่ในการกักตัวแรงงานต่างชาติ ตามมาตรา 54 วรรคสามดังกล่าว เพื่อให้แรงงานต่างชาติ อยู่ในประเทศไทยต่อไปสักระยะหนึ่ง ระหว่างการดำเนินการคดีแรงงานกับนายจ้าง ในทางกฎหมายแล้วก็น่าจะกระทำได้ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีการเปิดช่อง ให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจดำเนินการดังกล่าวได้ โดยถือว่า การที่มีการดำเนินคดีแรงงานกับนายจ้างเป็นความจำเป็นซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องกักตัวแรงงานต่างชาติไว้จนกว่าการดำเนินการดังกล่าวจะเสร็จสิ้นแล้วจึงส่งตัวแรงงานต่างชาติออกไปจากประเทศไทย ในลักษณะเช่นนี้ ก็เคยปรากฏว่า มีการกักตัวนักศึกษาจากประเทศพม่าที่หลบหนีเข้าเมืองไว้ โดยไม่มีการส่งตัวกลับไป เนื่องจากทางพม่าไม่ยอมรับว่าผู้หลบหนีเข้าเมืองเหล่านั้นเป็นคนของประเทศตนเอง ด้วยเหตุผลด้านมนุษยธรรมจึงต้องยอมให้มีการอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว

อย่างไรก็ดีการอนุญาตให้แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายอยู่ในประเทศไทย ระหว่างการดำเนินการตามกฎหมายกับนายจ้างทั้งสองกรณีดังกล่าวเป็นดุลพินิจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย หรือพนักงานเจ้าหน้าที่แต่ละคน ซึ่งอาจจะมี ความแตกต่างและอาจเกิดการลักลั่นขึ้นในทางปฏิบัติได้ ดังนั้นจึงควรกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ว่าในกรณีที่แรงงานต่างชาติที่มีชอบด้วยกฎหมายอยู่ระหว่างการดำเนินการตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานกับนายจ้าง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่กักตัวหรือชะลอการส่งตัวแรงงานต่างชาติกลับไปในนอกราชอาณาจักรไว้ก่อนจนกว่าการดำเนินการดังกล่าวจะแล้วเสร็จ



อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะมีความเป็นไปได้ทางกฎหมายที่สามารถผ่อนผันให้แรงงานต่างชาติดีกฎหมายอยู่ในประเทศไทยได้ชั่วคราวจนกว่าการดำเนินการตามกฎหมายกับนายจ้างจะเสร็จสิ้นลงก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้ว ก็อาจจะมีข้อขัดข้องบางประการ เช่น สถานที่พักอาศัยของแรงงานต่างชาติ และงบประมาณในการดูแลแรงงานต่างชาติระหว่างการดำเนินคดี เป็นต้น ซึ่งส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบไม่ว่าจะเป็นกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม หรือกระทรวงมหาดไทยคงจะต้องประสานงานกันอย่างใกล้ชิด เพื่อกำหนดนโยบายและระเบียบปฏิบัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องนี้ต่อไป