

การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวกับสังคมไทย
ภายใต้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงาน
ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

Managing foreign labor in the context of Thai society under
Working Management Emergency Decree 2017

ศรัณย์ จงรักษ์*

มหาวิทยาลัยราชภัฏกำแพงเพชร

69 หมู่ที่ 1 ตำบลนครชุม อำเภอเมือง จังหวัดกำแพงเพชร 62000

Sarun Jongrak

Kamphaeng Phet Rajabhat University

69, Moo 1, Nakhon Chum, Muang District, Kamphaeng Phet, Thailand, 62000

Email: sarun_j@kpru.ac.th

กฤษณ์เพชร โสมณวัตร*

มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

239 ถ.ห้วยแก้ว ต.สุเทพ อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50200

Kitpatchara Somanawat

Chiang Mai University

239, Huay Kaew Road, Muang District, Chiang Mai, 50200

Email: kitpatcharas@gmail.com

Received: May 9, 2024

Revised: July 3, 2024

Accepted: July 9, 2024

บทคัดย่อ

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้ประกาศใช้
มากกว่าครึ่งทศวรรษ และส่งผลสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ทางสังคมระหว่าง
สังคมไทยและแรงงานข้ามชาติ งานเขียนชิ้นนี้ศึกษากฎหมายดังกล่าวด้วยมโนทัศน์แบบ
หลังอาณานิคมศึกษา และการวิเคราะห์ในเชิงกฎหมายกับสังคม โดยศึกษาจากเอกสารและการ

* อาจารย์ประจำโปรแกรมวิชานิติศาสตร์, คณะมนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์, มหาวิทยาลัยราชภัฏกำแพงเพชร.

** ดร., อาจารย์ประจำ, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.

จัดเสวนากลุ่มย่อยของผู้มีส่วนได้เสียต่อกฎหมายดังกล่าว ได้แก่ แรงงานข้ามชาติ ผู้ประกอบการ บริษัทนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศและรัฐไทย ผลการศึกษาพบว่ารัฐไทยออกแบบระบบการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติแบบการสร้างความหลังอาณานิคมภายในเหนือแรงงานข้ามชาติในประเทศ โดยมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายออกแบบให้สภาพแวดล้อมทางกฎหมาย เศรษฐกิจ และการต่อรองผลประโยชน์ของแรงงานข้ามชาติอยู่ในสถานะรอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแรงงานส่วนใหญ่ที่เข้ามาทำงานในประเทศด้วยระบบการบันทึกความเข้าใจร่วมระหว่างรัฐ นอกจากนี้ รัฐไทยยังมีแนวโน้มจะบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติและผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องด้วยการใช้อำนาจรัฐอย่างเข้มงวดผ่านมาตรการทางปกครองและมาตรการทางอาญา ซึ่งเป็นกลไกที่เน้นการควบคุมมากกว่าการสร้างความร่วมมือและความไว้วางใจระหว่างกัน และวิธีแห่งการใช้อำนาจดังกล่าวทำให้ภารกิจหลักของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ที่ต้องการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน พัฒนาเศรษฐกิจและสังคมไทย ตลอดจนธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงของรัฐนั้นไม่ประสบความสำเร็จ รัฐไทยจึงควรทบทวนแนวทางในการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวให้มีลักษณะอำนาจนิยมน้อยลง เน้นการรับรองคุ้มครองและพัฒนาสิทธิของแรงงานข้ามชาติ ซึ่งจะส่งผลในทางปฏิบัติเป็นการเพิ่มประสิทธิภาพในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ตลอดจนความมั่นคงของรัฐในระยะยาว

คำสำคัญ: การบริหารจัดการแรงงานต่างด้าว, แรงงานข้ามชาติ, ความมั่นคงของรัฐ

Abstract

Foreigners' Working Management Emergency Decree (2017) has been enacted for half a decade. The decree vastly effects on economy and social relation of both Thai society and foreign workers. This study aims at using law and society approach with the post-colonial theory to make a socio-legal explanation on Thai foreigners' working management system respecting to information gathered from focus group seminar with the law's stakeholders, foreign workers, employer, agent and Thai state. Research shows Thai state has designed foreigners' working management system as internal post-colonial upon foreign workers. To create the post-colonial system and subaltern status of foreign workers, especially on foreign workers who are memorandum of understanding labors (the MOU foreign workers), Thai state enacted the emergency decree which weaken their legal environment, their economy, and their negotiating power. In addition to subordinate the workers, Thai state tend to manage the interest of foreign workers and other stakeholders by using strong enforcement of both criminal and administrative laws. Unfortunately, operating strong power is way of control, rather than collaboration and trust-making approach. As a result, the basic objectives of the decree; protecting human rights, developing socio-economy, and maintain security of the state, become unsuccessful. Thai state should reconsider the option of using authoritarian polices and should focus on empowering foreign workers which could be helpful to sustainable in both economy and security.

Keywords: Foreign workers management, foreign workers, security of state

1. บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติของประเทศไทยในปัจจุบันอยู่ภายใต้อำนาจของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งประกาศขึ้นภายใต้การนำของรัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา เพื่อตอบสนองต่อปัญหาความน่าเชื่อถือในด้านการค้ามนุษย์ของประเทศไทยที่ถูกประเมินโดยประเทศสหรัฐอเมริกาใน พ.ศ. 2557-2558 ว่าอยู่ในชั้นเลวร้ายที่สุด (tier 3) ซึ่งส่งผลกระทบให้ประเทศไทยอยู่ในวิสัยที่อาจถูกระงับความช่วยเหลือในด้านต่าง ๆ จากสหรัฐฯ¹ และชั้นเฝ้าระวัง (tier 2 watch list) ใน พ.ศ. 2559-2560 อันเป็นสถานการณ์ที่รัฐบาลพิจารณาว่าเป็นความมั่นคงทางเศรษฐกิจและนำไปสู่การกำหนดสภาวะยกเว้น (state of exception) ด้วยการตราพระราชกำหนดดังกล่าว

ทั้งนี้การใช้อำนาจของรัฐโดยสภาวะยกเว้นเป็นพฤติกรรมที่ไม่เป็นที่นิยมในทางสากลของเศรษฐกิจสังคมแบบเสรีประชาธิปไตย เพราะสภาวะยกเว้นแสดงให้เห็นถึงความไม่มีเสถียรภาพของหลักการและวิถีแห่งการใช้อำนาจ อันอาจนำไปสู่ความไม่มั่นคงในเชิงสิทธิและหน้าที่ของผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องทุก ๆ ฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ใช้แรงงาน ผู้ประกอบการ นายหน้าจัดหางาน พนักงานเจ้าหน้าที่และรวมไปถึงรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสำหรับคนชายขอบ (marginal person) และผู้อยู่ในสถานะรอง (subaltern)² ด้วยเหตุนี้เองการศึกษาวิเคราะห์ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะในส่วนของทางปฏิบัติจึงมีความจำเป็นและสำคัญอย่างยิ่งต่อเศรษฐกิจการเมืองของไทย

ประเทศไทยมีการรับเข้าและใช้แรงงานข้ามชาติมาเป็นเวลายาวนาน ประกอบกับสถานการณ์ในปัจจุบันที่แม้จะมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องแต่กลับแปรผกผันกับอัตราการเกิดที่ต่ำลง อีกทั้งกำลังเข้าสู่สังคมผู้สูงอายุ ซึ่งทั้งหมดก่อให้เกิดสภาวะการขาดแคลนแรงงาน รวมไปถึงพฤติกรรมของผู้ประกอบการไทยที่มักมีการขูดรีดผลผลิตส่วนเกินจากแรงงานข้ามชาติที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าแรงงานไทย เพื่อลดต้นทุนการผลิต³ จนกระทั่งระบบเศรษฐกิจไทยมีความจำเป็นต้องพึ่งพาแรงงานข้ามชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการทำงานที่ใช้ความอดทนสูงในภาคอุตสาหกรรมและภาคการบริการที่มีความต้องการแรงงานเป็น

¹ เมตตา สุขสมรุ่งเรือง, “ปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2563), 4.

² วัชรพล พุทธรักษา, “อันโตนิโอ กรัมสกี กับความหมายของ ผู้มีสถานะรอง,” 2565, <https://www.sm-thaipublishing.com/content/6981/subaltern-gramsci>, สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.

³ สุมิตรชัย หัตถสาร, กล่าวไว้ในงานอบรมเชิงปฏิบัติการเพื่อพัฒนาเครือข่ายอาสาสมัครด้านแรงงานข้ามชาติ ณ โรงแรม Ibis Styles Chiang Mai, เชียงใหม่, วันที่ 19-20 พ.ค. 2565.

จำนวนมาก⁴ ในขณะที่ ทางด้านของแรงงานข้ามชาติที่อพยพเข้ามาทำงานในประเทศไทยก็มีเงื่อนไขภายในของประเทศต้นทาง ไม่ว่าจะเป็นปัญหาการว่างงาน ค่าแรงที่มีอัตราต่ำ ไปจนถึงภัยพิบัติทั้งที่เกิดจากมนุษย์และธรรมชาติ ฯลฯ ซึ่งล้วนแต่เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดแรงผลักดันในการอพยพย้ายถิ่นฐานเข้ามาในประเทศไทยเพื่อความมั่นคงและมั่งคั่งในชีวิตของตน⁵ จากสภาพดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่าความสัมพันธ์ระหว่างแรงงานข้ามชาติและสังคมไทยนั้นมีลักษณะต่างต้องพึ่งพาอาศัยกัน

ความสัมพันธ์ในเชิงพึ่งพาอาศัยและต่างตอบแทนกันระหว่างเศรษฐกิจสังคมไทยกับแรงงานข้ามชาติ สามารถจำแนกผู้มีส่วนได้เสียของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวออกเป็น 4 กลุ่ม ได้แก่ แรงงานข้ามชาติ ผู้ประกอบการ นายหน้าจัดหางาน และเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งแต่ละฝ่ายปฏิสัมพันธ์กันภายใต้สภาวะยกเว้นของกฎหมายฉบับดังกล่าวและบริบททางเศรษฐกิจสังคมไทย ซึ่งการปฏิสัมพันธ์ในสภาวะยกเว้นของผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายเป็นอย่างไรนั้นผู้เขียนจะอธิบายในส่วนของบทวิเคราะห์อย่างละเอียดต่อไป อย่างไรก็ตาม การจะเข้าใจถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างรอบด้านนั้นจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเข้าใจประเด็นหรือบริบทสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับผู้มีส่วนได้เสียไม่ว่าจะเป็น แรงงานข้ามชาติ (ซึ่งในที่นี้จะใช้คำว่า “คนต่างด้าว” ในบางครั้งเพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจ) นายจ้าง/ผู้ประกอบการ บริษัทนำเข้าแรงงาน (นายหน้าจัดหางาน) และเจ้าหน้าที่รัฐ เสียก่อน

งานชิ้นนี้จึงเป็นงานที่ต้องการศึกษาทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ในทุกมิติ ไม่ว่าจะเป็นตัวบทกฎหมาย การบังคับใช้กฎหมาย ขั้นตอนปฏิบัติในความเป็นจริง รวมถึงผลกระทบที่มีต่อผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มต่าง ๆ เพื่อนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาประเด็นต่าง ๆ ข้างต้น ไปทำเป็นข้อเสนอเชิงนโยบาย และข้อเสนอเชิงวิชาการ เพื่อพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ให้รัดกุมและเหมาะสมกับบริบทการใช้แรงงานทั้งปัจจุบันและอนาคตของประเทศไทยต่อไป

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 ศึกษาและอธิบายบทบาทของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ในแง่มุมการศึกษาแบบกฎหมายกับสังคม

1.2.2 แสดงให้เห็นพหุลักษณะของพระราชบัญญัติการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จากแง่มุมของผู้มีส่วนได้เสีย ได้แก่ แรงงานข้ามชาติ ผู้ประกอบการ บริษัทนำเข้าคนต่างด้าวมาทำงานในประเทศ และรัฐไทย

1.2.3 ต้องการวิเคราะห์ลักษณะสำคัญของระบบในการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าว โดยเชื่อมโยงกับแนวคิดทฤษฎีและบริบททางสังคม

⁴ คอลัมนิสต์ กรุงเทพธุรกิจ, “ว่าด้วยเรื่อง พรก. การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว,” 2560, <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/116899>, สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.

⁵ สุดาศิริ วรวงศ์, “การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว,” 2560, http://legacy.orst.go.th/?p=17716#_ftn76, สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.

1.2.4 เสนอข้อเสนอในทางปฏิบัติ เพื่อตอบสนองปัญหาที่พบในการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าว ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้แก่ ข้อเสนอในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และข้อเสนอในการเพิ่มประสิทธิภาพในการบริหารจัดการ

1.3 แนวทางการวิเคราะห์

บทความชิ้นนี้จะนำแนวคิดกฎหมายกับสังคม (Law and Society Approach) มาเป็นแนวทางในการวิเคราะห์ ซึ่งการศึกษากฎหมายในแนวทางของกฎหมายกับสังคมนี้เป็นที่แพร่หลายในโลกวิชาการมากกว่าครึ่งศตวรรษโดยเฉพาะในประเทศตะวันตก และในปัจจุบันแนวคิดดังกล่าวก็ได้กลายเป็นแนวทางหลักของโรงเรียนสอนกฎหมายชื่อดังทั้งในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย หรือในภาคพื้นยุโรปที่จะพยายามสร้างจุดเด่นของสถาบันตน โดยการผลิตผลงานทางวิชาการในรูปของกฎหมาย บทความ และงานวิจัยที่ใช้วิธีการแบบกฎหมายกับสังคม หรือมีการนำศาสตร์อื่น ๆ เข้ามาผสมผสานเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษา หรือใช้เป็นกรอบในการอธิบายปรากฏการณ์ต่าง ๆ⁶ จนในบางครั้งการอ่านหนังสือกฎหมายบางเรื่องจะเห็นตัวบทกฎหมายน้อยลง แต่เห็นการอธิบายที่เชื่อมโยงกับเศรษฐกิจการเมือง ทฤษฎีทางสังคม การอ้างอิงผลวิจัยเชิงประจักษ์หรือใช้วิธีการเก็บข้อมูลแบบนักมานุษยวิทยา มากขึ้นเรื่อย ๆ

การศึกษากฎหมายกับสังคมมีจุดเริ่มต้นมาจาก สำนักสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) ที่ใช้แนวทางวิพากษ์ (Critical) เป็นวิธีการสำคัญในการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงทางสังคมว่าได้ทำให้กฎหมายสูญเสียความสามารถในการปรับใช้เพื่อตอบสนองเจตนารมณ์ที่ได้ออกกฎหมายไปแล้วหรือไม่ รวมถึงยังต้องการให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถประยุกต์ใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างทันสถานการณ์ ดังนั้นกรอบความคิดหลักของนักกฎหมายที่ศึกษาวิจัยในแนวทางนี้จึงเชื่อมโยงกับเงื่อนไขต่าง ๆ ทางสังคมและไม่รังเกียจที่จะนำทฤษฎีของศาสตร์ทางสังคมอื่น ๆ มาใช้ร่วมด้วยหากปัญหาที่ต้องการศึกษานั้นอาจจะใช้หลักคิดอื่น ๆ มาช่วยคลี่คลายปัญหาได้ดีกว่าหลักกฎหมายที่เป็นอยู่หรือปฏิบัติการทางกฎหมายที่เป็นอยู่⁷

การตีความและวิเคราะห์กฎหมายเข้ากับเหตุการณ์จริงในสังคมนั้นแม้เป็นสิ่งที่นักกฎหมายทั่วไปเคยชินอยู่แล้ว แต่สิ่งที่นักกฎหมายกับสังคมใช้นั้นมีความแตกต่างไปอยู่บ้าง เนื่องจากแนวทางการทำงานของนักวัฒนธรรมศึกษานั้นจะทำการตีความกฎหมายภายใต้เงื่อนไขทางสังคมและวัฒนธรรมที่แวดล้อมกฎหมายนั้น ๆ อย่างแนบแน่น มิได้มีการหยิบยกตัวบทกฎหมายแยกออกมาเป็นคัมภีร์แล้วชี้พิพากษาบังคับลงไปยังสังคมทันทีโดย

⁶ ธงทอง จันทรางศุ, *ปรัชญากฎหมาย ความรู้ฉบับพกพา*, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเพ่นเวิลด์, 2558), 168.

⁷ ทศพล ทรศนกุลพันธ์, “ปริทัศน์หนังสือ Law and Society Approach to Cyberspace,” *วารสารนิติสังคมศาสตร์*, ฉ.2 ปีที่ 5 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2555): 140-141.

ไม่สนใจบริบท (Contexts) แต่ยังคงเชื่อมโยงย้อนกลับไปที่กลับมาที่สังคม กล่าวคือ ก่อนใช้กฎหมายจะต้องตีความกฎหมายเชื่อมโยงกับบริบทที่สร้างกฎหมายนั้นขึ้นมา (ใกล้เคียงกับการศึกษาเจตนารมณ์ของกฎหมาย) แต่จะเชื่อมโยงทั้งในเชิงประวัติศาสตร์(Historical/ Archaeology) และเชื่อมกับศาสตร์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกันประเด็นนั้น ๆ ด้วย มิได้แยกออกจากความรู้อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เมื่อจะตีความหรือปรับใช้ก็ต้องเชื่อมโยงเข้ากับความรู้และบริบทสังคมในขณะนั้น เพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าเงื่อนไขในการใช้กฎหมายยังคงเดิมควรใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์เดิม หรือเงื่อนไขและเหตุผลของเรื่องได้เปลี่ยนไปแล้วต้องปรับการบังคับใช้กฎหมายให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงหรือต้องรื้อถอน (De-Construct) แล้วสร้างกฎหมายเสียใหม่ (Re-Construct) ให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมในขณะนั้นหรือไม่ การศึกษากฎหมายกับสังคมจึงต้องรับรู้และเข้าใจถึงความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา⁸

สรุปได้ว่าแนวความคิดกฎหมายกับสังคม หมายถึงการศึกษากฎหมายที่ไม่ได้เพียงดูว่ากฎหมายกำหนดว่าอย่างไรและมีคำพิพากษาวางบรรทัดไว้แบบไหนแล้วตัดสินไปตามแนวทางนั้น หากแต่การศึกษากฎหมายกับสังคมคือการพยายามใช้กฎหมายอย่างเข้าเจ้าของบริบททั้งในเชิงเจตนารมณ์ของกฎหมาย บริบททางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และอื่น ๆ เพื่อให้การตีความหรือการใช้กฎหมายเป็นอย่างถูกต้องเหมาะสม ซึ่งพัฒนาการของการศึกษากฎหมายกับสังคมได้สร้างจุดเปลี่ยนเชิงบรรทัดฐานอย่างเป็นรูปธรรมให้การแสวงหาความรู้ เมื่อได้ผสมผสานความรู้ทางสังคมศาสตร์ที่มีแต่เดิมมาเข้ามาขับเคลื่อนให้เห็นถึงอำนาจนำเชิงวัฒนธรรมของกฎหมายในสังคมแล้วค่อยขยายการศึกษาไปที่การประกอบสร้าง “นิติสำนึก” ทางกฎหมายของประเด็นที่เพิ่งพินิจนั้น เพื่อให้เข้าใจว่า “กฎหมายและบรรดานิติวิธีทั้งหลายสามารถเข้าถึงและเข้าใจได้ด้วยบุคคลธรรมดา” จึงไม่น่าแปลกใจแต่ประการใดที่การศึกษาพื้นที่ใหม่ล่าสุดอย่างโลกอินเทอร์เน็ต คริปโต หรือแม้แต่ชุมชนในรูปแบบต่าง ๆ จึงจำเป็นต้องนำแนวทางกฎหมายกับสังคมที่ให้ความสำคัญกับการเปลี่ยนแปลงมาปรับใช้ เพื่อให้การศึกษากฎหมายมีมิติที่ลึกและเข้าใจบริบทของสังคมมากขึ้น

1.4 ขอบเขตการวิจัย

งานศึกษาชิ้นนี้มุ่งศึกษาพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นสำคัญ ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ดังที่กล่าวไว้ในหัวข้อ 1.2 ดังนั้นขอบเขตของการศึกษาจึงจะเน้นไปที่การพิจารณา ตีความ วิเคราะห์ ตัวพระราชกำหนดข้างต้น ร่วมกับการทำโฟกัสกรุป (Focus group) เพื่อเก็บข้อมูลในทางปฏิบัติจากผู้มีส่วนได้เสียกล่าวต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็น ลูกจ้าง ผู้ประกอบการ เจ้าหน้าที่รัฐที่เกี่ยวข้อง นักกฎหมาย เอ็นจีโอ หรือผู้ประกอบการนำเข้าแรงงานข้ามชาติ รวมทั้งหมด 40 คน จาก 12 หน่วยงาน/องค์กรงานศึกษาชิ้นนี้เลือกทำในระยะเวลาที่เกิดการแพร่ระบาดของโควิด-19 (ช่วงปลายปี 2565)

⁸ ธงทอง จันทรางศุ, *ปรัชญากฎหมาย ความรู้ฉบับพกพา*, 169.

⁹ ทศพล ทรศนกุลพันธ์, “ปริทัศน์หนังสือ *Law and Society Approach to Cyberspace*,” 144.

ซึ่งเป็นการระบาดใหญ่ของโรคครั้งที่ 2 ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยไปจนถึงช่วงการหยุดแพร่ระบาดหรือช่วงที่สามารถควบคุมการแพร่ระบาดของโควิดได้แล้ว (คาดว่าจะในช่วงต้น-กลาง ปี 2566) ด้วยเพราะต้องการให้ได้มาซึ่งข้อมูลในทางปฏิบัติมาอย่างครบถ้วนตั้งแต่ก่อนเกิดโรคระบาด ระหว่างเกิดโรคระบาด ไปจนถึงหลังเกิดโรคระบาด ซึ่งหากได้ข้อมูลครบถ้วนแล้ว ผู้เขียนก็จะนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์เพื่อให้เห็นถึงปัญหาในมิติต่าง ๆ และนำเสนอแนวทางการแก้ไขต่อไป

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยทางกฎหมายเกี่ยวกับระบบการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขึ้นนี้ ใช้กรอบคิดในการวิจัยด้วยแนวคิดกฎหมายกับสังคม (Law and Society Approach) โดยนำมาประยุกต์กับการจัดความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างรัฐไทย และแรงงานข้ามชาติ เพื่อเปิดเผยให้เห็นการกดทับและปฏิบัติการเชิงอำนาจในชีวิตประจำวันของระบบกฎหมายไทยที่มีต่อแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย รวมตลอดถึงการสำรวจและทำความเข้าใจว่าพระราชกำหนดข้างต้นเมื่อถูกนำไปปฏิบัติใช้จริงแล้วเป็นอย่างไร บริบททางสังคมต่าง ๆ ณ ห้วงเวลานั้นได้กลายเป็นปัจจัยหรือส่งผลให้กฎหมายดังกล่าวผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์แรกเริ่มหรือไม่อย่างไร

การศึกษาวิจัยทำโดยวิธีวิจัย 2 แบบพร้อมกัน คือการวิจัยเอกสาร และการเสวนากลุ่มย่อยสำหรับผู้ที่มีส่วนได้เสียต่อพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ในแง่ของการวิจัยเอกสาร ผู้วิจัยเลือกใช้เอกสารทุกประเภท โดยที่การวิเคราะห์เอกสารใช้มุมมองจากแนวคิดกฎหมายกับสังคม ประกอบกับวิธีวิทยาทางกฎหมายในการอธิบายกฎหมาย ส่วนการเสวนากลุ่มย่อยจะดำเนินการโดยเชิญผู้ทรงคุณวุฒิและผู้มีส่วนได้เสีย จากภาครัฐ ภาคเอกชน นักพัฒนาเอกชน และแรงงานข้ามชาติ จำนวนทั้งสิ้น 40 คน เพื่อพูดคุย สอบถาม และแลกเปลี่ยนมุมมองเกี่ยวกับกฎหมายดังกล่าวที่แตกต่างกัน โดยผู้วิจัยจะทำหน้าที่สังเกตการณ์และบันทึกข้อมูลเป็นหลัก

1.6 ประโยชน์ที่จะได้รับ

1.6.1 สามารถเป็นจุดเริ่มต้นของข้อเสนอเชิงนโยบายเกี่ยวกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ให้มีความรัดกุมหรือเหมาะสมกับบริบทการทำงานมากยิ่งขึ้น

1.6.2 งานศึกษาชิ้นนี้ช่วยให้บุคคลที่สนใจประเด็นเกี่ยวกับการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติสามารถมองเห็นประเด็นหรือต่อยอดไปสู่ข้อเสนอที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมได้

2. ผลการวิจัย

นับตั้งแต่ปี 2560 กระทั่งปัจจุบันพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้ถูกบังคับใช้มาแล้วกว่า 6 ปี ผ่านการปรับปรุงแก้ไข 1 ครั้งในปี 2561 ซึ่งคุณูปการของกฎหมายฉบับนี้ที่เด่นชัดและปฏิเสธไม่ได้เลยก็คือ การบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติทั้งระบบให้เป็นไปในทิศทางที่ดีขึ้น นอกจากนี้พระราชกำหนดดังกล่าวยังได้มีการแก้ไขต้นตอของปัญหาที่เกิดขึ้นกับระบบการนำเข้าแรงงานชาติมาอย่างยาวนาน อย่างเช่น การเรียกเก็บเงินจากแรงงาน การยึดใบอนุญาตทำงาน หรือการกระทำความรุนแรงต่อแรงงานในลักษณะต่าง ๆ เป็นต้น ด้วยการกำหนดเป็นข้อห้ามในกฎหมายเพื่อบังคับให้นายจ้างหรือผู้มีส่วนเกี่ยวข้องอื่นทั้งหลายมิให้ปฏิบัติ พร้อมทั้งยังกำหนดบทลงโทษไว้อย่างชัดเจนทั้งทางแพ่งและทางอาญา และเป็นโทษที่มีลักษณะค่อนข้างหนักอีกด้วย¹⁰ ดังนั้นหากมองในแง่ของความรัดกุมในตัวบทและการบัญญัติกฎหมายก็นับว่าพระราชกำหนดฉบับนี้มีการเรียนรู้และเข้าใจปัญหาเกี่ยวกับการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติที่ตรงจุดอย่างมาก

อย่างไรก็ตาม แม้กฎหมายฉบับนี้จะมีหลายส่วนที่ทำให้ระบบการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติเกิดการพัฒนาและสามารถดำเนินการได้อย่างเป็นระบบก็ตาม แต่หากพิจารณาในเชิงหลักการและในทางปฏิบัติแล้วก็นับว่ากฎหมายดังกล่าวยังมีปัญหาหรือข้อถกเถียงอีกหลายประการที่จำเป็นต้องถูกนำขึ้นมาพูดถึง โดยเฉพาะในส่วนของภาคปฏิบัติการที่มีปัญหาเกิดขึ้นในหลายลักษณะ อาทิ การบริหารจัดการของรัฐ การนำเข้าแรงงาน การมีส่วนร่วมหรืออำนาจต่อรองของแรงงาน รวมตลอดถึงกลไกการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

2.1 การนำเข้าแรงงาน

การนำเข้าแรงงาน คือปัญหาอย่างแรกที่สะท้อนให้เห็นถึงปัญหาในทางปฏิบัติของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยเฉพาะในส่วนขั้นตอนที่นายจ้างและบริษัทผู้ได้รับอนุญาตให้นำเข้าแรงงานต้องปฏิบัติ¹¹ กล่าวคือความในตอนที่หนึ่งในมาตรา 5/1 ของกฎหมายฉบับนี้กำหนดว่า “ขั้นตอนหรือข้อกำหนดใดของกฎหมายฉบับนี้จะต้องไม่สร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร” แต่ในความเป็นจริงนั้นกลับตรงกันข้าม โดยนายจ้างต่างพูดเป็นเสียงเดียวกันว่า การนำเข้าแรงงานมีรายละเอียดและขั้นตอนที่เยอะมาก เอกสารที่ต้องใช้ประกอบก็มีจำนวนมากเช่นเดียวกัน อีกทั้งขั้นตอนการ

¹⁰ อติศร เกิดมงคล, นักวิชาการอิสระและผู้แทนจากเครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติ (MWG) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมทางออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

¹¹ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 46.

นำเข้าหรือขออนุญาตทำก็ซับซ้อนยากต่อความเข้าใจ¹² ทำให้นายจ้างต้องเสียเงินและเวลา อยู่บ่อยครั้งเพื่อให้การดำเนินการตามกฎหมายแล้วเสร็จ¹³ บางรายเลือกที่จะสอบถามต่อ เจ้าหน้าที่ ในขณะที่บางรายก็เลือกที่จะศึกษาข้อมูลด้วยตนเอง แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดปัญหาก็จะวนซ้ำกลับมาที่จุดเดิมทั้งหมด ซึ่งก็คือนายจ้างไม่เข้าใจเนื้อหาหรือขั้นตอนที่กำหนดไว้ เพราะกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้ถูกสื่อสารกับกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอย่างมากพอ ประกอบกับคำอธิบายหรือภาษาในกฎหมายก็มีลักษณะเฉพาะที่กลุ่มคนทั่วไปที่ไม่ใช่เนกกฎหมายหรือผู้ปฏิบัติ ไม่สามารถเข้าใจได้โดยง่าย สิ่งนี้จึงกลายเป็นปัญหาสำคัญที่ทำให้การดำเนินการตามกฎหมายของนายจ้างรวมถึงแรงงานข้ามชาติในบางกรณีสามารถทำได้ยากขึ้น และผลจากการที่เหล่านายจ้างหรือลูกจ้างไม่สามารถดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายได้ด้วยตนเอง ทำให้คนกลุ่มนี้จำเป็นต้องไปพึ่งพานายหน้า (ผู้ที่มีความสามารถหรือประกอบอาชีพนำเข้าแรงงานข้ามชาติ) ให้มาดำเนินการเรื่องต่าง ๆ แทนตน ซึ่งส่งผลให้ต้นทุนและค่าใช้จ่ายต้องเพิ่มขึ้นอย่างมาก โดยเฉพาะในกลุ่มของแรงงานข้ามชาติและนายจ้างรายย่อยทั้งหลาย¹⁴

ไม่ใช่แต่เพียงนายจ้างหรือแรงงานข้ามชาติเท่านั้น แม้แต่ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจนำเข้าแรงงานก็ได้รับผลกระทบจากขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะในประเด็นการวางเงินประกัน กล่าวคือ เพื่อเป็นการป้องกันการแสวงหาประโยชน์จากแรงงานและปัญหาอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นจากการนำเข้าแรงงาน กฎหมายฉบับนี้จึงได้มีการกำหนดขั้นตอนต่าง ๆ รวมถึงกำหนดโทษทั้งทางแพ่งและทางอาญาเพื่อเข้ามาควบคุมผู้นำเข้าฯ อยู่หลายกรณี ซึ่งหนึ่งในหลาย ๆ ข้อกำหนดข้างต้นคือ การบังคับให้ผู้นำเข้าแรงงานจะต้องนำเงินมาวางประกันไว้กับสำนักงานจัดหางานเป็นจำนวนอย่างน้อย 5 ล้านบาท เพื่อเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับกรณีใด ๆ ที่อาจเกิดความเสียหายจากการนำเข้าแรงงาน แน่นอนว่าประเด็นนี้หากมองในแง่ของการเยียวยาความเสียหายถือว่าเป็นสิ่งที่เหมาะสมอย่างมาก แต่หากมองในมุมผลกระทบที่มีต่อผู้นำเข้าแรงงาน ข้อกำหนดต่าง ๆ ข้างต้นกลับส่งผลกระทบต่อคนกลุ่มนี้และก่อให้เกิดปัญหาอื่น ๆ ตามมาไม่น้อย ดังเช่นกรณีที่บริษัทนำเข้าฯ อธิบายว่า หากมีการเลิกกิจการและต้องการจะนำเงินประกันกลับคืน กฎหมายกำหนดให้บริษัทมีหน้าต้องทำการส่งแรงงานกลับประเทศต้นทางด้วยตนเอง พร้อมทั้งต้องนำหลักฐานมาแสดงแก่สำนักงานจัดหางานเสียก่อน แต่ในทางปฏิบัติจะเกิดกรณีที่บริษัทไม่สามารถส่งแรงงานของตนกลับได้ เพราะแรงงานได้หนีไปทีอื่นแล้ว (โดยไม่ใช้ความผิดของบริษัท) และเป็นการพันวิสัยที่บริษัทจะตามตัวเจอทำให้

¹² อติศร เกิดมงคล, นักวิชาการอิสระและผู้แทนจากเครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติ (MWG) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมทางออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

¹³ กฎกระทรวงการขออนุญาตประกอบธุรกิจการนำคนต่างด้าวมาทำงานบนายจ้างในประเทศและหลักประกันในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศไทย พ.ศ. 2564, ข้อ 16.

¹⁴ คุณขาว (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

ไม่สามารถทำตามขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดได้ และเมื่อไม่สามารถทำตามกฎหมายได้ เงินประกันที่วางไว้จึงไม่สามารถนำออกมาได้ ซึ่งปัญหานี้ส่งผลกระทบต่อชีวิตและความเป็นอยู่ของบริษัทอย่างมากโดยเฉพาะในช่วงการแพร่ระบาดของโควิดที่ถือเป็นช่วงที่บริษัทต้องการเงินมากที่สุด¹⁵

นอกจากปัญหาข้างต้นแล้วการกำหนดให้ต้องนำเงินมาวางอย่างน้อย 5 ล้านบาท ยังเป็นข้อกำหนดที่กีดกันกลุ่มคนที่มีความเชี่ยวชาญและสามารถเป็นที่พึ่งให้กับนายจ้าง ลูกจ้าง หรือบริษัทนำเข้าไปในฐานะผู้ดำเนินการแทนได้ (นายหน้า) ให้ออกไปจากระบบ เพราะคนกลุ่มนี้ (นายหน้า) จำนวนไม่น้อยมีพร้อมทุกอย่างทั้งความรู้และประสบการณ์ในการที่ช่วยเหลือหรือให้คำแนะนำเกี่ยวกับการขออนุญาตทำงานได้ โดยขาดก็แต่เพียงเงินที่จะนำมาวางประกันเท่านั้น ขั้นตอนและข้อกำหนดในเรื่องนี้จึงทำให้เกิดปัญหา “นายหน้าเถื่อน”¹⁶ ตามมากล่าวคือ ข้อกำหนดข้างต้นได้ทำให้คนกลุ่มนี้ (นายหน้าเถื่อน) ต้องพยายามประกอบอาชีพที่ตนเชี่ยวชาญในลักษณะที่ไม่เป็นทางการ ด้วยเพราะไม่สามารถทำตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดได้ ในขณะที่นายจ้างหรือลูกจ้างที่ต้องการผู้ที่จะมาดำเนินการเรื่องการนำเข้าหรือขออนุญาตทำงานแทนตน แต่นายหน้าถูกกฎหมายที่จะมาช่วยเรื่องดังกล่าวกลับมีราคาที่สูงและเข้าถึงไม่ง่าย (เพราะมีจำนวนไม่มาก) นายจ้างและลูกจ้างเหล่านี้จึงมักใช้บริการนายหน้าเถื่อนเพราะเข้าถึงได้ง่ายกว่าและได้รับผลลัพธ์ที่ไม่ต่างกันมาก ซึ่งข้อตกลงภายใต้นิติสัมพันธ์นอกกฎหมายนี้ก็จะนำไปสู่ปัจจัยในลักษณะต่าง ๆ ที่รัฐควบคุมไม่ได้โดยเฉพาะการเรียกเก็บเงินหรือประโยชน์อื่นใดจากแรงงาน¹⁷ จึงสังเกตได้ว่าข้อกำหนดของกฎหมายบัดนี้ได้กลายมาเป็นตัวผลักดันให้เกิดการทำผิดกฎหมายเสียเองและจะเกิดซ้ำอยู่เช่นนี้ต่อไปตราบที่ยังไม่มีการแก้ไข¹⁸

2.2 การบริหารจัดการของรัฐ

การบริหารจัดการของรัฐ คือปัจจัยอย่างที่สองที่ต้องถูกกล่าวถึง เพราะปัญหาที่เกี่ยวข้องกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560 เกือบทุกแง่มุมล้วนมาจากการบริหารจัดการของภาครัฐทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นตัวแรงงานข้ามชาติในฐานะผู้ถูกบริหารจัดการ ระบบหรือกระบวนการที่รัฐใช้ในการบริหารจัดการ รวมถึงนายจ้าง/ผู้ประกอบการ โดยผลการศึกษาพบว่าการบริหารจัดการของรัฐแม้จะมีหลายส่วนที่ก้าวหน้าและเหมาะสมกับบริบทสังคมในปัจจุบันก็ตาม แต่ก็มีหลายส่วนที่ยังจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขโดยเฉพาะใน 3 เรื่องดังต่อไปนี้ ประการที่หนึ่ง แผนการรับมือที่เหมาะสมกับปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวคือ จากสถานการณ์การแพร่ระบาดของเชื้อโควิดที่ผ่านมา

¹⁵ คุณไทย์ (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, เชียงใหม่, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

¹⁶ นายหน้าเถื่อน หมายถึง ผู้นำเข้าหรือผู้ประกอบการนำเข้าคนต่างด้าวแต่ไม่ได้ทำตามกระบวนการทางกฎหมาย

¹⁷ คุณพูน (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, เชียงใหม่, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

¹⁸ เออนานโด เดอ โซโต, รัควดี วีระภาสพงษ์ (แปล), *เปรู: บนเส้นทางเศรษฐกิจจากระบบ*, (กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2553), 75.

ได้แสดงให้เห็นถึงการไม่มีแผนรับมือของรัฐได้อย่างชัดเจน โดยเฉพาะประเด็นที่มีแรงงานจำนวนมากต้องถูกเลิกจ้างในช่วงเวลานั้น (โดยที่ไม่ใช่ความผิดของตน) แต่รัฐก็ไม่มีนโยบายอย่างใด ๆ ที่จะช่วยเหลือเยียวยาคนกลุ่มนี้ หรือกลุ่มแรงงาน MOU¹⁹ ที่จะมาดำเนินการขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานที่สถานทูต แต่สถานทูตกลับปิดทำการในช่วงเวลานั้นทำให้แรงงานกลุ่มนี้ไม่สามารถต่ออายุใบอนุญาตและเสี่ยงที่จะกลายเป็นแรงงานผิดกฎหมาย ยิ่งไปกว่านั้นคำแนะนำที่รัฐให้แก่แรงงานกลุ่มนี้กลับเป็นการให้ไปขึ้นทะเบียนแรงงานในฐานะแรงงานผิดกฎหมาย ทั้งที่กลุ่มแรงงาน MOU ข้างต้นเป็นแรงงานถูกกฎหมายแต่แรก การไม่มีแผนรับมือข้างต้นจึงกลายเป็นปัญหาสำคัญที่กระทบต่อแรงงาน นายจ้างหรือผู้ประกอบการโดยตรง²⁰

ประการที่สอง ระบบสนับสนุนที่ยังต้องพัฒนา ระบบสนับสนุนข้างต้นหมายถึงระบบออนไลน์ต่างๆ ที่รัฐจัดทำขึ้นเพื่อสนับสนุนกระบวนการตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวให้สะดวกมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะในส่วนของการจ้างแรงงาน การนำเข้าแรงงาน และการขึ้นทะเบียนแรงงาน การใช้ระบบออนไลน์เข้ามาช่วยเหลือกระบวนการเหล่านี้ได้สร้างความสะดวกให้กับแรงงาน บริษัทนำเข้า รวมถึงนายจ้าง/ผู้ประกอบการ และผู้ได้รับอนุญาตให้นำเข้าแรงงานอย่างมาก็จริง แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่าระบบดังกล่าวยังไม่สมบูรณ์เสียทั้งหมดและต้องมีการพัฒนาในอีกหลายจุด เช่น กรณีที่ต้องแจ้งความประสงค์ที่จะจ้างแรงงานข้ามชาติ ซึ่งต้องทำในระบบออนไลน์ผ่านกระบวนการยื่น Name list นั้น พบว่าเว็บไซต์มีหน้าตาที่ค่อนข้างซับซ้อนยากต่อความเข้าใจ อีกทั้งระบบดังกล่าวยังถูกสร้างมาเพื่อรองรับแต่เฉพาะคอมพิวเตอร์ไม่ได้รองรับกับสมาร์ตโฟนซึ่งเป็นอุปกรณ์หลักที่นายจ้างหรือแรงงานใช้กัน²¹ นอกจากนี้ความเร็วและความเร็วของระบบออนไลน์ก็เป็นสิ่งที่ต้องได้รับการแก้ไขปรับปรุงด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะในช่วงที่มีการเปิดให้มีการลงทะเบียนแรงงานตามมติคณะรัฐมนตรี ซึ่งขั้นตอนการปฏิบัตินี้นายจ้างจะต้องดำเนินการในระบบเพื่อขอชื่อและรหัสผู้ใช้เพื่อเข้าไปทำการกรอกข้อมูลแรงงานเสียก่อน อย่างไรก็ตาม ระบบดังกล่าวกลับมีการขัดข้องอยู่บ่อยครั้งหรือมีการอัปเดตระบบในช่วงระยะเวลา 15 วันที่จะต้องทำการขึ้นทะเบียนแรงงานพอดี ทำให้มีแรงงานจำนวนมากต้อง

¹⁹ แรงงาน MOU คือ แรงงานตามบันทึกข้อตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศเพื่อนบ้านอย่าง เมียนมาร์ ลาว กัมพูชา และเวียดนาม เพื่อนำเข้าแรงงานจากประเทศต้นทางเหล่านั้นมาทำงานในประเทศไทย

²⁰ คุณพูน (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, เชียงใหม่, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

²¹ สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว, “กระทรวงแรงงานปรับมาตรการนำเข้าแรงงานต่างด้าว หลังศบค.เปิดประเทศเต็มรูปแบบ มีผล 1 มิ.ย. 65 เป็นต้นไป,” 2565,

https://www.doe.go.th/prd/alien/news/param/site/152/cat/7/sub/0/pull/detail/view/detail/object_id/59089, สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.

หลุดออกจากระบบหรือไม่สามารถขึ้นทะเบียนเป็นแรงงานถูกกฎหมายได้²² ความขัดข้องของระบบข้างต้นจึงนำไปสู่การไม่สามารถปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายได้อย่างเต็มที่²³

นอกจากระบบสนับสนุนข้างต้นแล้วการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติของรัฐก็ยังทำได้ไม่ดีเช่นกัน โดยเฉพาะการจัดการกลุ่มแรงงานไร้ฝีมือทั้งหลายที่ยังมีความสับสนอยู่มากทั้งในประเด็นการขออนุญาต ประเด็นการขึ้นทะเบียน หรือแม้แต่ประเด็นเกี่ยวกับประเภทงานและพื้นที่ทำงาน ซึ่งหลาย ๆ ส่วนยังเต็มไปด้วยความไม่ชัดเจน โดยเฉพาะแรงงานกลุ่มมาตรา 63/1²⁴ ที่แม้กฎหมายจะกำหนดให้คนกลุ่มนี้สามารถขออนุญาตและทำงานในประเทศไทยได้แต่ในทางปฏิบัติแรงงานกลุ่มนี้ก็กลับถูกจำกัดพื้นที่ ในขณะที่กฎหมายอนุญาตให้สามารถทำได้ถึง 5 ปี ซึ่งมากกว่าแรงงานกลุ่มอื่น ๆ ทั้งยังสามารถทำงานได้ทุกประเภทอีกด้วย จึงเป็นเรื่องที่ชวนสงสัยมากกว่ารัฐมองแรงงานกลุ่มนี้อย่างไรถึงบริหารจัดการเช่นนี้ หรือแม้แต่แรงงานที่เป็นกลุ่มผู้ลี้ภัยเองที่กฎหมายฉบับนี้ก็เปิดโอกาสให้สามารถขออนุญาตและทำงานในประเทศไทยได้เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่ายังไม่มีเปิดโอกาสให้แรงงานกลุ่มดังกล่าวสามารถออกมาทำงานได้อย่างจริงจัง อีกทั้งยังไม่ปรากฏงานศึกษาใดได้พูดถึงประเด็นของแรงงานทั้งสองกลุ่มนี้อย่างชัดเจนด้วย ประเด็นจึงชวนให้สงสัยว่าภายใต้การเปิดช่องของกฎหมายเช่นนี้รัฐจะมีท่าทีในการบริหารจัดการอย่างไร

การเปิดให้นายจ้าง/ผู้ประกอบการหรือแรงงานข้ามชาติเข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการก็เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจได้ว่ายังเป็นจุดอ่อนของกฎหมายฉบับนี้ เพราะแม้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จะมีกลุ่มบุคคลที่เรียกว่า “คณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว” ซึ่งทำหน้าที่ในการกำหนดทิศทางและการบริหารจัดการตามกฎหมายฉบับนี้ก็ตามแต่คณะกรรมการข้างต้นกลับมีแต่เพียงกลุ่มของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น ไม่มีนายจ้างผู้ประกอบการ หรือแม้แต่แรงงานเข้าไปมีส่วนร่วมเลย ทั้งที่คนเหล่านี้คือผู้มีส่วนได้เสียหลักและได้รับผลกระทบตามกฎหมายโดยตรง การไม่เปิดโอกาสให้คนเหล่านี้เข้าไปมีส่วนร่วมในการคิดออกแบบ หรือตัดสินใจจึงส่งผลให้การบริหารจัดการเกิดปัญหา ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงกฎหมายฉบับนี้จึงกลายเป็นกฎหมายที่เน้นความมั่นคงและไม่ตอบสนองต่อความต้องการในความจริง

ประการที่สาม การบริหารจัดการที่รวมศูนย์อำนาจเกินไป ประเด็นนี้ก็เป็นหนึ่งในสาเหตุสำคัญเช่นกันที่ทำให้การบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติของรัฐยังคงมีปัญหาอยู่

²² คุณไทย (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

²³ คุณพูน (นามสมมติ) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

²⁴ แรงงานกลุ่มมาตรา 63/1 คือ แรงงานกลุ่มชาติพันธุ์ที่เกิดและเติบโตในประเทศไทยแต่ไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งส่วนใหญ่เกิดเพราะบิดามารดาไม่ได้ไปทำการแจ้งเกิดให้ตามที่กฎหมายกำหนด

โดยเฉพาะในเรื่องที่เกี่ยวกับการแก้ปัญหาและตอบข้อสงสัยของผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มอื่น ๆ เช่น มีกรณีที่นายจ้างต้องการจะนำแรงงานไปขึ้นทะเบียนตามมติคณะรัฐมนตรีซึ่งนายจ้างต้องดำเนินการในระบบออนไลน์ดังที่เคยกล่าวไปก่อนหน้านี้²⁵ แต่ผลปรากฏว่าระบบออนไลน์ดังกล่าวกลับขัดข้องไม่สามารถใช้งานได้ นายจ้างจึงได้ทำการถามกับเจ้าหน้าที่ว่าตนเองจะดำเนินการแก้ไขอย่างไรได้บ้าง คำตอบที่ได้รับกลับมาก็คือ “ยังไม่รู้ต้องรอคำสั่งจากส่วนกลาง” จะเห็นได้ว่าการรวมศูนย์อำนาจในการสั่งการของรัฐบาลนี้ได้มีผลอย่างสำคัญต่อการทำให้เกิดปัญหาในแง่ของการบริหารจัดการขึ้น²⁶ ซึ่งแน่นอนว่ายังมีปัญหาอีกหลายกรณีที่ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียกลุ่มต่าง ๆ ไม่สามารถดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดได้เพราะติดปัญหาเรื่องการไม่กระจายอำนาจในการจัดการนี้ ดังนั้นสิ่งที่กล่าวมานี้จึงเป็นประเด็นสำคัญอีกเรื่องหนึ่งที่ควรต้องถูกหยิบยกขึ้นมาเพื่อปรับปรุงแก้ไข

2.3 ข้อกฎหมายและกลไกการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย

ข้อกฎหมายและกลไกการบังคับให้เป็นไปตามกฎหมาย คือปัจจัยอย่างสุดท้ายที่งานศึกษาชิ้นนี้ต้องการจะนำเสนอเพื่อแสดงให้เห็นถึงปัญหาของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ตัวบทกฎหมายหรือข้อกำหนดของกฎหมายฉบับนี้มีหลายข้อที่ยังไม่ชัดเจน ติความได้หลายทาง รวมถึงไม่เหมาะสมกับบริบทในทางปฏิบัติ เช่น กรณีของมาตรา 51 ที่กำหนดว่าแรงงานที่ต้องการจะเปลี่ยนนายจ้างหรือทำงานกับนายจ้างรายอื่น แรงงานคนนั้นจะต้องแจ้งเข้าทำงานและไปทำงานกับนายจ้างรายใหม่ภายใน 15 วัน หากไม่ทำภายในกำหนด แรงงานคนนั้น ๆ จะถูกนายจ้างรายเดิมส่งกลับประเทศต้นทางเกี่ยวกับประเด็นนี้ในทางปฏิบัติแรงงานต่างกล่าวไปในทิศทางเดียวกันว่าสามารถทำได้ยาก โดยเฉพาะกับบริบทที่ไม่ปกติอย่างเช่นในช่วงของการแพร่ระบาดของเชื้อโควิดที่ทำให้นายจ้างเดิมของตนต้องเลิกกิจการไป ในขณะเดียวกันตัวแรงงานเองหากยังประสงค์จะทำงานอยู่ในประเทศไทยต่อก็ต้องเร่งหานายจ้างรายใหม่ให้ทันใน 15 วัน ซึ่งในทางปฏิบัติมันเป็นไปได้ยากมาก การกำหนดเช่นนี้จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่สู้จะสอดคล้องกับบริบทในทางปฏิบัติเท่าใดนัก

ความไม่ชัดเจนของตัวบทยังอาจอธิบายผ่านกรณีของการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายฉบับนี้ได้อีกด้วย²⁷ กล่าวคือ พระราชกำหนดฉบับนี้กำหนดว่าหากจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของอธิบดีตามมาตรา 92 ถึง มาตรา 95 ผู้อุทธรณ์จะต้องทำการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีและให้ถือว่าคำสั่งของรัฐมนตรีถือเป็นที่สุด ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ชวนให้สงสัยว่า การเป็น “ที่สุด” ข้างต้นหมายถึงคดีต้องสิ้นสุดลงทันทีหลังรัฐมนตรีมีคำวินิจฉัย หรือผู้อุทธรณ์ยังสามารถไปใช้สิทธิทางศาลได้อยู่ ความไม่ชัดเจนข้างต้นจึงทำให้เกิดความเห็นต่อ

²⁵ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 89.

²⁶ คุณเยา (นามสมมติ) ผู้แทนจากเครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติ (MWG) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.

²⁷ เรื่องเดียวกัน.

การอุทธรณ์คำสั่งข้างต้นออกเป็นสองแนวทาง²⁸ โดยฝ่ายแรกกล่าวว่า คำสั่งใด ๆ ของรัฐมนตรี ถือเป็นที่สุดแล้วไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้ ในขณะที่อีกฝ่ายหนึ่งอธิบายว่า การให้รัฐมนตรี เป็นผู้ตัดสินคนเดียวย่อมไม่ครอบคลุมและไม่เป็นธรรมเท่ากับกระบวนการทางศาล และโดยหลักการแล้วแม้กฎหมายจะกำหนดเช่นนั้น แต่ก็ไม่น่าที่จะตัดสิทธิของการที่จะใช้กระบวนการทางศาล ดังนั้นผู้ที่อุทธรณ์คำสั่งหากไม่พอใจคำสั่งของรัฐมนตรีก็ย่อมที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ จึงเห็นได้ว่าการที่พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ไม่กำหนดขอกฎหมายให้ชัดเจนนี้จึงนำมาสู่ปัญหาการตีความหรือความเข้าใจที่อาจคลาดเคลื่อนทั้งในเชิงหลักการและในทางปฏิบัติได้

นอกจากนี้หากมองกฎหมายฉบับดังกล่าวในแงุ่มทางวิชาการจะพบว่า กฎหมายฉบับนี้มีลักษณะของการควบคุมปกครองและเต็มไปด้วยความไม่ไว้วางใจอย่างมาก โดยจะสังเกตได้จากที่กฎหมายฉบับนี้มักใช้มาตรการทางอาญาเข้ามาควบคุมจัดการทั้งแรงงาน นายจ้างและผู้นำเข้าแรงงานอย่างเข้มข้น ซึ่งแต่ละกลุ่มก็จะถูกเงื่อนไขทางกฎหมายบังคับในลักษณะที่แตกต่างกันออกไป โดยเฉพาะส่วนของแรงงานกับเจ้าหน้าที่ซึ่งจะสะท้อนให้เห็นประเด็นดังกล่าวได้ชัดเจนที่สุด กล่าวคือ กฎหมายมักกดทับและควบคุมให้แรงงานต้องอยู่ในระเบียบวินัยหรือตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด โดยจะมีเจ้าหน้าที่เปรียบเหมือนผู้ควบคุมและจับตา หากมีการกระทำผิดข้อกำหนดก็จะถูกลงโทษทันที ในขณะที่พอเป็นบทบาทนิติที่เกี่ยวกับเจ้าหน้าที่การควบคุมบังคับกลับไม่มีปรากฏให้เห็นแม้แต่น้อย ตรงข้าม กฎหมายกลับให้อำนาจกับเจ้าหน้าที่อย่างมากจนบางกรณีก็อาจจะดูมากเกินไป เช่น การให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบสถานประกอบการ หรือสามารถเข้าไปในสถานที่ทำงานโดยไม่จำเป็นต้องมีหมาย หากพบหรือสงสัยว่ามีการกระทำความผิด เป็นต้น การกำหนดหรือออกแบบกฎหมายเช่นนี้จึงสะท้อนให้เห็นถึงความไม่เท่าเทียมและความไม่เหมาะสมตามนิติวิธีที่การสร้างหรือออกแบบกฎหมายหนึ่ง ๆ ควรจะมี

อีกประเด็นหนึ่งที่สำคัญไม่แพ้กันก็คือ การสร้างกลไกหรือหลักปฏิบัติที่สามารถทำให้ข้อกำหนดต่าง ๆ ของกฎหมายฉบับนี้สามารถเกิดขึ้นได้ในความเป็นจริง เช่น กรณีที่กฎหมายมีการกำหนดบทลงโทษแก่ใครก็ตามที่ทำผิดจากข้อกำหนดที่ระบุไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นการเรียกเก็บเงินจากแรงงานข้ามชาติ กระทำการค้ามนุษย์ รับคนต่างด้าวผิดกฎหมายเข้ามาทำงาน ประกอบธุรกิจนำเข้าแรงงานโดยไม่ได้รับอนุญาต ยึดใบอนุญาตของแรงงาน หลอกลวงแรงงานมาทำงานกับตน ตลอดจนทำให้แรงงานทำงานไม่ตรงตามประเภทงานที่กำหนด สิ่งต่าง ๆ เหล่านี้จำเป็นต้องมีระบบหรือกลไกที่สามารถควบคุมตรวจสอบได้จริงในทางปฏิบัติ เพราะปัจจุบันแม้จะมีกฎหมายกำหนดโทษเกี่ยวกับเรื่องเหล่านี้ไว้แต่กลับยังไม่มี

²⁸ นายชาติ (นามสมมติ) ผู้แทนจากมูลนิธิเพื่อสุขภาพและการเรียนรู้ของแรงงานกลุ่มชาติพันธุ์ สำนักงานเชียงใหม่ ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ วันที่ 9 กันยายน 2565.

กระบวนการหรือหน่วยงานใดจะทำหน้าที่ตรวจสอบสิ่งเหล่านี้อย่างจริงจัง ดังนั้นประเด็นนี้จึงถือเป็นเรื่องที่สำคัญอีกเรื่องหนึ่งและควรได้รับการถกเถียงหรือพัฒนาให้เกิดผลขึ้น

บทสรุปทั้งหมดข้างต้น คือประเด็นสำคัญในลักษณะต่าง ๆ ที่ได้จากการศึกษาบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งผลการศึกษานี้ผู้เขียนมีความเห็นว่ากฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ดัดบัพหนึ่งอยู่แล้ว เพียงแต่อาจต้องมีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้เหมาะสมกับการบังคับใช้ให้มากยิ่งขึ้น โดยข้อเสนอที่ผู้เขียนอยากจะนำเสนอเป็นแนวทางในการพัฒนานั้นจะขอนำเสนออย่างชัดเจนอีกครั้งในหัวข้อต่อไป

3. สรุป อภิปรายผล ข้อเสนอแนะ

หากพิจารณาพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 อย่างละเอียดจะพบว่ากฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายที่มุ่งบริหารจัดการไม่ใช่กฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิ ดังนั้นการเพิ่มประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิโดยเฉพาะสิทธิของแรงงานข้ามชาติเข้าไปในกฎหมายฉบับนี้ เพื่อให้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวมิติดของการคุ้มครองสิทธิมากขึ้นจึงเป็นสิ่งที่ควรกระทำ กล่าวคือ เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มีลักษณะของการควบคุมบังคับและจับตามองผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่าย (ยกเว้นเจ้าหน้าที่) เสียเป็นส่วนมาก โดยเฉพาะกลุ่มแรงงานข้ามชาติที่มีมักจะถูกจับตาเป็นพิเศษ ด้วยเหตุผลเรื่องความมั่นคงของรัฐและความมั่นคงในด้านอาชีพของคนไทย กฎหมายและขั้นตอนในทางปฏิบัติจึงมักมีลักษณะกดทับและส่งผลกระทบต่อแรงงานข้ามชาติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และยิ่งกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแบ่งแรงงานออกเป็นกลุ่ม ๆ ปัญหาการถูกกดทับก็ยิ่งรุนแรงขึ้นตามประเภทหรือลักษณะของแรงงานกลุ่มนั้น ๆ ไปด้วย โดยเฉพาะกลุ่มแรงงานข้ามชาติที่เป็นกลุ่มเข้าเมืองผิดกฎหมาย การแบ่งแรงงานออกเป็นกลุ่มต่าง ๆ แม้จะช่วยให้การบริหารจัดการแรงงานสามารถทำได้ง่ายขึ้น แต่ก็ปฏิเสธไม่ได้เช่นกันว่ากระทำได้ดังกล่าวดังทำให้เห็นถึงความหลายมาตรฐานที่เกิดขึ้นด้วยเช่นกัน กล่าวคือ แม้ประเทศไทยจะมีการนำเข้าแรงงานจากต่างประเทศเป็นจำนวนมากก็ตาม แต่สัดส่วนที่นำเข้ามากที่สุดในกลุ่มแรงงานไร้ฝีมือ ในขณะที่กลุ่มแรงงานมีฝีมือ แรงงานเฉพาะกิจ หรือแรงงานกลุ่มส่งเสริมการลงทุน กลับมีสัดส่วนการนำเข้าที่น้อยกว่ามากหากเทียบกับกลุ่มแรงงานไร้ฝีมือ ซึ่งข้อเท็จจริงนี้ในแง่หนึ่งสะท้อนให้เห็นเหตุผลในตัวของมันเองอยู่แล้วว่า เพราะกลุ่มแรงงานมีฝีมือ คือแรงงานที่มีความพร้อมทั้งต้นทุนในด้านทรัพย์สินและองค์ความรู้ การปฏิบัติหรือทำตามเงื่อนไขของกฎหมายจึงไม่ใช่เรื่องยากสำหรับแรงงานกลุ่มนี้เท่าใดนัก ตรงกันข้าม กลุ่มแรงงานไร้ฝีมือมักเป็นคนที่มีทักษะต่ำ ความรู้น้อยและมีทรัพย์สินไม่มาก การทำความเข้าใจหรือปฏิบัติตามกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ยากโดยสภาพสำหรับแรงงานกลุ่มนี้ ยิ่งเป็นประเด็นเกี่ยวกับการปกป้องสิทธิของตนเองยิ่งไม่ต้องพูดถึง เพราะเป้าหมายของแรงงานกลุ่มนี้คือการได้ทำงาน และมีรายได้เพื่อยังชีพหรือเลี้ยงดูครอบครัว เพราะฉะนั้นการปกป้องสิทธิของตนเองจึงไม่ใช่ความสำคัญลำดับแรก ๆ ที่แรงงานกลุ่มนี้จะให้ความสำคัญ การกดขี่แรงงานข้ามชาติ

จึงมีให้เห็นอยู่ตลอดจนกระทั่งปัจจุบัน ดังนั้นเพื่อให้แรงงานข้ามชาติเหล่านี้สามารถอยู่และมีคุณภาพชีวิตในประเทศไทยที่ดีขึ้น การพัฒนากฎหมายหรือการใส่ประเด็นเรื่องการคุ้มครองสิทธิเข้าไปในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวจึงเป็นสิ่งที่ควรกระทำอย่างยิ่ง

นอกจากเรื่องการใส่ประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิเข้าไปในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวแล้ว ประเด็นเกี่ยวกับการบริหารจัดการแรงงานของรัฐก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งที่ต้องมีการพูดถึงเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะประเด็นของการมีส่วนร่วมและการกระจายอำนาจ กล่าวคือ สาเหตุหลักที่ทำให้การบริหารจัดการแรงงานไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ได้ทั้งหมดก็คือ การรวมอำนาจไว้ที่ส่วนกลางทำให้การสั่งการหรือแก้ปัญหาในบางเรื่องไม่สามารถทำได้อย่างทันท่วงที การกระจายอำนาจและเปิดโอกาสให้ท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทจึงเป็นสิ่งที่ควรถูกนำมาพิจารณา แน่นอนว่าหากเป็นประเด็นสำคัญ ๆ อย่างเช่นการประกาศขึ้นทะเบียนแรงงานเพื่อให้เป็นแรงงานถูกกฎหมายนี้ ก็ควรให้อยู่ในระดับการตัดสินใจของรัฐบาลหรือโดยมติคณะรัฐมนตรีเช่นเดิม แต่หากเป็นประเด็นการบริหารจัดการอื่น ๆ ที่ท้องถิ่นสามารถทำได้ด้วยตนเองได้ รัฐก็ควรกระจายอำนาจออกไปให้มากที่สุด ทั้งนี้นอกจากจะเป็นการลดภาระ (จำนวนมาก) ที่รัฐจะต้องดำเนินการแล้ว การให้ท้องถิ่นเข้ามามีบทบาทก็อาจทำให้การทำงานยิ่งรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้นด้วย ทั้งนี้ภายใต้สมมติฐานว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมเข้าใจความต้องการของคนในท้องถิ่นได้ดีกว่าคนที่อยู่นอกพื้นที่ และไม่ใช่ว่าเพียงการกระจายอำนาจเท่านั้น การส่งเสริมหรือสนับสนุนให้ผู้ใช้แรงงานตัวแทนภาคประชาชน หรือกลุ่มผู้มีส่วนได้เสียอื่น ๆ สามารถเข้าไปกำหนดทิศทางของนโยบายต่าง ๆ หรือแก้ไขตัวบทกฎหมายได้ ก็ถือเป็นสิ่งที่สมควรและควรถูกผลักดันให้เกิดขึ้นเช่นกัน

อย่างไรก็ตาม แม้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จะเป็นกฎหมายที่ดัดฉบับหนึ่งก็ตาม แต่หลังจากการบังคับใช้จริงมาเป็นเวลากว่า 6 ปี ก็ทำให้เห็นสิ่งที่ควรปรับแก้หรือควรเพิ่มประเด็นในบางเรื่องเข้าไปในกฎหมายฉบับนี้ด้วยเช่นกัน โดยเฉพาะในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

3.1 สัดส่วนการมีส่วนร่วมของบุคคลในคณะกรรมการ

ควรมีการปรับสัดส่วนของการมีส่วนร่วมในการดำรงตำแหน่ง “คณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว” ตามมาตรา 17 และการดำรงตำแหน่ง “คณะกรรมการกองทุนเพื่อการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว” ตามมาตรา 78 เนื่องจากคณะกรรมการทั้ง 2 ประเภทข้างต้นล้วนเป็นกลุ่มบุคคลที่มีบทบาทอย่างสำคัญต่อการผลักดันนโยบาย ช่วยเหลือ ตลอดจนแก้ปัญหาอันเกี่ยวกับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย โดยเฉพาะคณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวที่หากพิจารณาจากมาตรา 17 แล้วจะพบว่า สัดส่วนของคณะกรรมการที่มีอยู่ทั้งหมดประมาณ 26 คนนี้ จะประกอบไปด้วยข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่รัฐเป็นจำนวนกว่า 18 คน แบ่งเป็นข้าราชการพลเรือน 11 คน และข้าราชการทหารอีก 7 คน ตัวแทนจากสภาหอการค้า และสภา

อุตสาหกรรมอย่างละ 1 คน ผู้แทนองค์กรลูกจ้าง 2 คน และผู้มีความรู้เฉพาะด้านอีก 4 คน ซึ่งจะเห็นได้ว่า การกำหนดสัดส่วนเช่นนี้เปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าไปมีส่วนร่วมได้น้อยมาก โดยเฉพาะผู้ประกอบการ บริษัทนำเข้า หรือแม้แต่ตัวของแรงงานต่างด้าวเองที่ไม่สามารถเข้าไปมีบทบาทในคณะกรรมการชุดนี้ได้เลย ทั้งที่พวกเขาคือผู้ที่เห็นถึงปัญหาและได้รับผลกระทบโดยตรง ดังนั้นการปรับสัดส่วนเพื่อให้เกิดการแชร์ข้อมูลในทุก ๆ ด้านอันนำไปสู่การแก้ปัญหาที่ตรงจุดจึงควรถูกทำให้เกิดขึ้น มาตรา 17 จึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อให้ผู้มีส่วนได้เสียหรือผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายได้เข้าไปมีบทบาทในการใช้อำนาจของคณะกรรมการฯ นอกจากนี้ยังควรลดสัดส่วนของข้าราชการลง (ไม่ว่าจะเป็นฝ่ายพลเรือนหรือฝ่ายทหาร) และเพิ่มสัดส่วนตัวแทนของประชาชนให้มากขึ้นโดยให้อยู่ในระดับที่เท่ากับหรือใกล้เคียงกับจำนวนสัดส่วนของเจ้าหน้าที่รัฐ ทั้งนี้เพื่อให้กลไกของหลักประชาธิปไตยสามารถขับเคลื่อนได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ ซึ่งก็จะนำมาสู่การถกเถียง การแลกเปลี่ยน รวมถึงการแชร์ข้อมูลได้อย่างรอบด้านและตรงจุดนั่นเอง

3.2 ความชัดเจนในตัวบทกฎหมาย

สิ่งที่จำเป็นต้องปรับปรุงให้ดีขึ้นในลำดับถัดมาก็คือการเพิ่มความชัดเจนในมาตรา 92 ถึงมาตรา 95 หรือก็คือการสร้าง ความชัดเจนในประเด็นเรื่อง “คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้ถือเป็นที่สุด” กล่าวคือ พระราชกำหนดฉบับนี้กำหนดว่าหากจะใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของอธิบดีตามมาตรา 92 ถึง มาตรา 95 ผู้อุทธรณ์จะต้องทำการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรี และให้ถือว่าคำสั่งของรัฐมนตรีถือเป็นที่สุด ซึ่งการกำหนดเช่นนี้ชวนให้สงสัยว่าการเป็นที่สุดข้างต้นคือต้องถือว่าคดีได้สิ้นสุดลงแล้วหรือว่ายังสามารถไปใช้สิทธิทางศาลได้อยู่ ซึ่งเกี่ยวกับประเด็นนี้กฎหมายแรงงานฉบับอื่น ๆ จะมีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า “การใช้สิทธิตามกฎหมายฉบับนี้ไม่เป็นการตัดสิทธิตามกฎหมายอื่น” อีกทั้งยังกำหนดอีกว่าหากลูกจ้างไม่พอใจคำวินิจฉัย คำสั่ง ของเจ้าหน้าที่หรือของคณะกรรมการต่าง ๆ ก็สามารถที่จะนำเรื่องฟ้องต่อศาลแรงงานต่อไปได้²⁹ เพราะฉะนั้น ในส่วนของมาตรา 92 ถึง มาตรา 95 จึงควรกำหนดให้ชัดเจนเช่นเดียวกันว่า หากผู้มีส่วนได้เสียผู้ใดได้รับผลกระทบจากการออกคำสั่งทางปกครองของเจ้าหน้าที่ นอกจากจะสามารถอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้แล้วควรปรับแก้กฎหมายโดยการเพิ่มข้อความว่า “หากไม่พอใจคำตัดสินของรัฐมนตรีให้นำเรื่องฟ้องต่อศาลแรงงานต่อไปได้” เพราะการให้รัฐมนตรีเป็นผู้ตัดสินคนเดียวย่อมไม่ครอบคลุมและอาจไม่เป็นธรรมเท่ากับกระบวนการทางศาล การเพิ่มข้อความข้างต้นเข้าไปนอกจากจะทำให้ไม่ต้องมีประเด็นเรื่องการตีความแล้ว ยังทำให้กระบวนการอุทธรณ์คำสั่งเป็นไปอย่างรัดกุม ครอบคลุม และยุติธรรมมากขึ้นด้วย

²⁹ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541, มาตรา 7.

3.3 เงื่อนไขและคุณสมบัติเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการนำเข้าแรงงาน

ปรับปรุงกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจนำเข้าแรงงาน โดยเฉพาะเรื่องของการรับเข้า (Inclusive) ควรทำให้เปิดกว้างขึ้น เช่น การพิจารณาความเหมาะสมของการวางแผนประกันความเสียหาย เพื่อลดทอนปัญหานายหน้าเถื่อนที่ดำเนินกิจการผิดกฎหมาย ให้กลายเป็นบริษัทนำเข้าแรงงานที่แม้จะไม่มีควมน่าเชื่อถือหรือมีประสิทธิภาพไม่มากนัก แต่เป็นบริษัทที่มีอนาคตในการแข่งขันธุรกิจการนำเข้าแรงงานที่ถูกกฎหมาย มีความเป็นไปได้ในการสะสมทุนและพร้อมปรับปรุงการทำงานของตนเองตามนโยบายแรงงานของรัฐอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้เพื่อไม่ให้กฎหมาย (พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560) กลายเป็นสิ่งที่สร้างความติดขัดทางเศรษฐกิจและส่งผลให้เกิดการทำธุรกิจที่ผิดกฎหมายเพิ่มมากขึ้น

3.4 การใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ร่วมกับมาตรการทางกฎหมาย

ควรทบทวนการใช้เครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์มาประกอบกับการใช้มาตรการทางอาญา เพราะมาตรการทางอาญานั้นมีใช้วิธีการที่สามารถแก้ปัญหาได้ทุกอย่าง หากแต่มีข้อจำกัดในการใช้อำนาจและมีค่าเสียโอกาสในการใช้ที่มาก จึงสมควรใช้กับกรณีที่กระทบต่อคุณค่าสำคัญของสังคมไทยเท่านั้น เช่น เรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และเรื่องความมั่นคงของรัฐ ส่วนขั้นตอนการดำเนินการอื่น ๆ อาจใช้มาตรการทางปกครองประกอบกับเครื่องมือทางเศรษฐศาสตร์ เช่น การปรับในอัตราที่สูง การให้รางวัลหรือสิทธิทางเศรษฐกิจแก่ผู้ปฏิบัติตามกฎหมาย การสร้างความเสียเปรียบทางเศรษฐกิจให้กับผู้ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย มาตรการเหล่านี้จะกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันและพัฒนาระบบในการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวของบริษัทต่าง ๆ ให้อยู่อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น มากกว่าการกำหนดความผิดและโทษ โดยไม่มีกลไกในการบังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง (ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างจริงจังในเรื่องขั้นตอนการปฏิบัติงานก็ไม่ใช่ผลดีเสมอไป เพราะส่งเสริมพฤติกรรมของผู้ได้รับอนุญาตให้ปิดบังมากกว่าการเปิดเผยและร่วมกันแก้ปัญหา)

3.5 ความชัดเจนในเรื่องของความมั่นคง

ประเด็นเรื่อง “ความมั่นคง” ควรถูกระบุหรือทำให้ชัดเจนขึ้น กล่าวคือ ปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง และปฏิบัติการด้านความมั่นคงที่ขยายพรมแดนกว้างออกไป ทำให้นโยบายเกี่ยวกับความมั่นคงของรัฐที่กำกับนโยบายการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาตินั้นไม่ชัดเจนตามไปด้วย และความไม่ชัดเจนดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติของผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย ได้แก่ ลูกจ้างต่างด้าว นายจ้าง และเจ้าหน้าที่รัฐ ดังนั้นการนิยามความหมายของความมั่นคงให้ชัดเจนว่าความมั่นคงตามเจตนารมณ์ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวคืออะไร โดยไม่ไปอาศัยหรืออ้างจากกฎหมายฉบับอื่นจึงเป็นสิ่งที่ควรทำให้เกิดขึ้น ควรมีการกำหนดนิยามความหมายของคำว่า “ความมั่นคง” ลงไปในกฎหมายฉบับนี้ หากสามารถทำให้เรื่องนี้ชัดเจนได้ เจตนารมณ์ของกฎหมายรวมถึงการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้มีส่วนได้เสียทุกกลุ่มก็จะชัดเจนขึ้น และเมื่อ

สิ่งเหล่านี้ชัดเจนขึ้นการบังคับใช้และการปฏิบัติตามกฎหมายก็จะเป็นไปในลักษณะที่ไม่ต้องห่วงหน้าพะวงหลังอีกต่อไป เพราะฉะนั้นเกี่ยวกับเรื่องความมั่นคงนี้สิ่งที่รัฐพึงคำนึงและตระหนักถึงคือเรื่องความมั่นคงของรัฐและประชาชนนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นความลับ โดยเฉพาะถ้ามิใช่เรื่องยุทธศาสตร์ทางทหารหรือกิจการระหว่างประเทศ ตรงกันข้าม การเปิดเผยข้อกังวลของรัฐออกมาสู่สาธารณะจะนำไปสู่การแลกเปลี่ยนถกเถียง การหาทางออกร่วมกัน และความเข้าใจระหว่างกันและกันที่มากขึ้น ซึ่งมีส่วนช่วยในการขจัดความขัดแย้งที่ไม่จำเป็นและเพิ่มประสิทธิภาพในการเปิดให้มีส่วนร่วมระหว่างผู้มีส่วนได้เสียต่าง ๆ มากขึ้น ซึ่งเมื่อสามารถเข้าใจและร่วมมือกันได้แล้ว การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม และการรักษาความมั่นคงของรัฐ อันเป็นภารกิจโดยรวมของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ก็จะกลายเป็นภารกิจที่ดำเนินไปพร้อมกันได้ รวมถึงเกิดการหนุนเสริมซึ่งกันและกัน

แน่นอนว่าการเพิ่มประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิ การกระจายอำนาจ รวมถึงการแก้ไขปรับปรุงตัวบทกฎหมายดังที่กล่าวไปข้างต้น ย่อมนำมาสู่ปัญหาเรื่องความมั่นคงในหลายมิติ โดยเฉพาะกับภาครัฐที่ถือว่าการรักษาความมั่นคงของชาติคือภารกิจที่ต้องให้ความสำคัญเป็นลำดับแรก ซึ่งแนวคิดเรื่องความมั่นคงนี้ได้เข้ามามีบทบาทอย่างสำคัญต่อการกำหนดนโยบายต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติ และทำให้ข้อเสนอเรื่องต่าง ๆ ข้างต้นไม่อาจทำได้โดยง่าย ทั้งยังอาจทำให้ประเทศไทยพลาดโอกาสในการที่จะพัฒนาระบบที่แก้ปัญหาเรื่องการขาดแคลนแรงงานอย่างยั่งยืนอีกด้วย ซึ่งการเสียโอกาสที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ สามารถมองผ่านการบริหารจัดการแรงงานกลุ่ม MOU ในปัจจุบันได้ กล่าวคือการออกแบบให้คนต่างด้าวทำงานได้เพียงในระยะสั้นตามบันทึกความตกลงร่วมกัน ทำให้รัฐและสังคมไทยสูญเสียโอกาสในการพัฒนาและเปลี่ยนแรงงานไม่มีฝีมือให้เป็นแรงงานที่มีฝีมือมากขึ้น ซึ่งการที่มนุษย์โดยเฉพาะแรงงานต่างด้าว ถูกบีบและกล่อมเกล่าให้ทำงานประเภทลำบาก อันตราย และสกปรก อย่างต่อเนื่องในระยะยาว โดยไม่มีกลไกในการพัฒนาฝีมือแรงงานนั้น ย่อมทำให้แรงงานต่างด้าวอยู่ในสภาพการทำงานที่ไม่เป็นมิตรอยู่ตลอดเวลา และมองรัฐและสังคมไทยเป็นที่פקพิงชั่วคราว ในสภาพดังกล่าวย่อมเป็นไปได้ที่แรงงานข้ามชาติจะมีเจตคติที่ไม่ดี ไม่ไว้วางใจรัฐและสังคมไทย แต่ในขณะเดียวกันก็กลายเป็นเรื่องยากสำหรับรัฐและสังคมไทยเช่นกันที่จะให้ความไว้วางใจแรงงานข้ามชาติ เพราะฉะนั้น หากรัฐยังใช้อำนาจที่เข้มงวดและรุนแรงภายใต้แนวคิดเรื่องความมั่นคงบังคับแก่แรงงานข้ามชาติอยู่เช่นเดิม ผลที่ปรากฏออกมา ก็จะเป็นไปในทิศทางตรงกันข้าม คือยิ่งบ่มเพาะความรู้สึกไม่มั่นคงที่มีต่อรัฐไทยของแรงงานกลุ่มนี้ให้มากขึ้น ดังนั้น จะเป็นไปได้หรือไม่ ที่รัฐและสังคมไทยจะดำเนินนโยบายคุ้มครองสิทธิมนุษยชน เพื่อจรรโลงระบบเศรษฐกิจและการพัฒนา อันนำมาสู่ความมั่นคงของรัฐในที่สุด กล่าวคือ การรักษาความมั่นคงฯ บนเส้นทางการคุ้มครองสิทธิและการพัฒนาเศรษฐกิจไปพร้อมกัน การสร้างระบบการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยที่ส่งเสริมความเข้มแข็งของแรงงานข้ามชาติ สนับสนุนการรวมกลุ่ม ลดช่องว่าง

ของความเหลื่อมล้ำ สร้างอำนาจต่อรองระหว่างแรงงานข้ามชาติและคนกลุ่มอื่น ๆ ลดการใช้
อำนาจที่เข้มงวดของรัฐในทางอาญาและทางปกครองลง แต่เน้นแสวงหาความร่วมมือจาก
ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่าย การทำสิ่งเหล่านี้ต่างหากที่จะเป็นวิธีในการแก้ปัญหการขาดแคลน
แรงงานในประเทศไทย ปัญหาสังคมผู้สูงอายุ ไปพร้อม ๆ กับการสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ
และความมั่นคงของรัฐอย่างยั่งยืน

บรรณานุกรม

- ธงทอง จันทรางศุ. *ปรัชญากฎหมาย ความรู้ฉบับพกพา*. พิมพ์ครั้งแรก กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์โอเพ่นเวล, 2558.
- เออนานโด เดอ โซโต. ภัควดี วีระภาสพงษ์ (แปล). *เปรู: บนเส้นทางเศรษฐกิจนอกระบบ*. กรุงเทพฯ: คบไฟ, 2553.
- คอลัมน์นิสต์ กรุงเทพธุรกิจ. “ว่าด้วยเรื่อง พรก. การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว.” 2560. <https://www.bangkokbiznews.com/blogs/columnist/116899>. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.
- เมตตา สุขสมรุ่งเรือง. 2563. “ปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ กลุ่มวิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, 2563.
- วัชรพล พุทธิรักษา. “อันโตนิโอ กรัมสกี กับความหมายของ ‘ผู้มีสถานะรอง.’” 2563. <https://www.sm-thaipublishing.com/content/6981/subaltern-gramsci>. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.
- สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว. “กระทรวงแรงงานปรับมาตรการนำเข้าแรงงานต่างด้าว หลังศบค. เปิดประเทศเต็มรูปแบบ มีผล 1 มิ.ย. 65 เป็นต้นไป.” 2565. https://www.doe.go.th/prd/alien/news/param/site/152/cat/7/sub/0/pull/detail/view/detail/object_id/59089. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.
- สุตาศิริ วสวงศ์. “การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว.” 2560. http://legacy.orst.go.th/?p=17716#_ftn76. สืบค้นเมื่อ 18 กรกฎาคม 2565.
- สุมิตรชัย หัตถสาร. กล่าวไว้ในงานอบรมเชิงปฏิบัติการเพื่อพัฒนาเครือข่ายอาสาสมัครด้านแรงงานข้ามชาติ ณ โรงแรม Ibis Styles Chiang Mai, เชียงใหม่, วันที่ 19-20 พ.ค. 2565.
- อดิศร เกิดมงคล. ผู้แทนจากเครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติ (MWG) ข้อมูลจากการประชุมรับฟังความคิดเห็นในประเด็นทบทวนพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, ประชุมออนไลน์, วันที่ 11 สิงหาคม 2565.