

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ประเทศไทยถือเป็นประเทศหนึ่งในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ที่มีความต้องการแรงงานต่างด้าวแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านเข้ามาเป็นแรงงานในกิจการบางประเทศซึ่งไม่เป็นที่นิยมทำของแรงงานไทย โดยธุรกิจที่มีความต้องการใช้แรงงานต่างด้าวมากที่สุด 3 อันดับแรก ได้แก่ ธุรกิจรับเหมาก่อสร้าง ธุรกิจการให้บริการต่าง ๆ และอุตสาหกรรมการประมง ทั้งนี้แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยส่วนใหญ่เป็นแรงงานที่มีทักษะต่ำหรือแรงงานไร้ฝีมือ ต้นทุนของผู้ประกอบการจึงต่ำกว่าการว่าจ้างแรงงานชาวไทยโดยเปรียบเทียบ ทำให้เป็นที่นิยมอย่างแพร่หลายและมีความต้องการแรงงานเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง<sup>1</sup>

ด้วยความนิยมการใช้แรงงานต่างด้าวอย่างแพร่หลายในประเทศไทยนี้เอง ทำให้มีแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก ทั้งที่เข้าเมืองมาโดยถูกต้องและมีใบอนุญาตทำงานตามกฎหมาย โดยในปี 2560 พบว่า มีคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานโดยถูกต้องตามกฎหมายทั่วประเทศจำนวนทั้งสิ้น 1,558,406 คน จำนวนนี้ เป็นแรงงานต่างด้าวจากประเทศเมียนมา ลาวและกัมพูชา 1,344,162 คน<sup>2</sup> และการลักลอบเข้ามาทำงานโดยผิดกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากมีการจับกุมแรงงานเหล่านี้อย่างต่อเนื่อง เช่น กรณีการจับกุมแรงงานชาวเวียดนาม 129 คน และชาวกัมพูชา 43 คน ได้ในพื้นที่จังหวัดนนทบุรี ในเดือนสิงหาคม 2561 เป็นต้น<sup>3</sup> การเข้ามาทำงานในประเทศไทยเป็นจำนวนมากของแรงงานต่างด้าว ย่อมส่งผลกระทบต่อคนไทยและสังคมไทยหลายประการ ทั้งปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้นจากการกระทำของแรงงานต่างด้าว ปัญหาสาธารณสุข และปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ การแย่งอาชีพของคนไทย ซึ่งพบว่า มีแรงงานต่างด้าวจำนวน

---

<sup>1</sup> ศูนย์วิจัยกสิกรไทย. (2560). “พรก.แรงงานต่างด้าว: SME จะปรับตัวอย่างไร.” *วารสาร K SME*, ฉบับเดือนกันยายน. หน้า 1.

<sup>2</sup> กระทรวงแรงงาน. (2550). *39 อาชีพที่คนต่างด้าวห้ามทำ*, (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.soccersuck.com/boards/topic/1526581>. [2561, 9 สิงหาคม].

<sup>3</sup> SanookNews. (2561). *รวบ แรงงานต่างด้าว ลักลอบทำงาน 172 ราย เจ้าหน้าที่เร่งสืบหาผู้อยู่เบื้องหลัง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.sanook.com/news/7490694/>. [2561, 19 ธันวาคม].

มาก เปิดแผงจำหน่ายสินค้า โดยในเดือนมกราคม 2561 เจ้าหน้าที่กรมการจัดหางานทั่วประเทศได้ลงพื้นที่ตรวจสอบการทำงานของคนต่างด้าว และจับกุมคนต่างด้าวที่จำหน่ายสินค้า อาหารตามแผงต่าง ๆ ได้ 65 คน เป็นชาวเมียนมา 59 คน ลาว 4 คน และเวียดนาม 2 คน<sup>4</sup> ทำให้รัฐต้องมีมาตรการทางกฎหมายเข้าควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวเหล่านี้ รวมถึงการกำหนดค่าจ้างขั้นต่ำที่ไม่อนุญาตให้แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยทำ และกำหนดค่าจ้างที่แรงงานต่างด้าวสามารถทำได้ โดยคำนึงถึงปัญหาการขาดแคลนแรงงาน ความจำเป็นต้องนำแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานทดแทนแรงงานไทยในส่วนของงานที่คนไทยไม่นิยมทำในขณะเดียวกันงานบางประเภทก็จำเป็นต้องสงวนไว้ ไม่สามารถอนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ เพราะนอกจากจะส่งผลกระทบเป็นการแย่งงานคนไทยทำแล้ว งานดังกล่าวอาจเกี่ยวข้องกับศิลปวัฒนธรรมของชาติ ซึ่งไม่อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวทำแทนแรงงานไทยได้ด้วย

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งใช้บังคับกับกรณีการทำงานของคนต่างด้าวไร้ฝีมือในปัจจุบัน รัฐได้มีการตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขึ้นมาบังคับใช้ เพื่อแก้ไขปัญหาแรงงานต่างด้าวในเรื่องต่าง ๆ ที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงด้านแรงงาน เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ และจัดระเบียบ การป้องกันและคุ้มครอง การเยียวยา และการใช้บังคับกฎหมาย รวมทั้งการส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ ส่วนอาชีพที่สงวนไว้ให้คนไทยทำนั้น แต่เดิมกำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 โดยกำหนดงานจำนวน 39 ประเภท เป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้มีความเหมาะสมมากขึ้น โดยพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ อีก 3 ฉบับ คือ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548

อย่างไรก็ตาม หลังจากที่มีการตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขึ้นมาบังคับใช้แล้ว พบว่า กฎหมายฉบับนี้ มีข้อบกพร่องหลายประการ ทำให้รัฐต้องตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 เพื่อแก้ไขบทบัญญัติบางมาตราให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น โดยมาตรา 7 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 กำหนดให้อำนาจแก่รัฐมนตรี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการนโยบายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว

<sup>4</sup> หนังสือพิมพ์ไทยรัฐ. (2561). *กระทรวงแรงงาน เร่งกวาดจับต่างด้าวที่เปิดแผงขายสินค้าแย่งอาชีพคนไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.thairath.co.th/content/1181878>. [2561, 19 ธันวาคม].

อาจกำหนดให้งานใดเป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำก็ได้ โดยจะห้ามเด็ดขาดหรือห้ามโดยมีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ โดยให้คำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพ และวิชาชีพของคนไทย การส่งเสริมภูมิปัญญาและเอกลักษณ์ไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ รวมตลอดทั้งความผูกพันหรือพันธกรณีที่ประเทศไทยมีอยู่ในลักษณะถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติประกอบด้วย ด้วยเหตุนี้ ในวันที่ 21 มิถุนายน 2561 คณะกรรมการนโยบายบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวจึงได้มีการพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำใหม่ ให้มีความเหมาะสมกับสถานการณ์ของประเทศมากยิ่งขึ้น โดยกำหนดให้อาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาดเหลือเพียง 28 อาชีพ และผ่อนปรนให้คนต่างด้าวทำได้ 12 อาชีพ โดยแบ่งเป็นทำได้แบบไม่มีเงื่อนไข 1 อาชีพ และแบบมีเงื่อนไข 8 อาชีพ และแบบมีเงื่อนไขตามข้อตกลงระหว่างประเทศ 3 อาชีพ<sup>5</sup> อย่างไรก็ตาม ในช่วง 6 เดือนหลังการบังคับใช้เป็นช่วงทำความเข้าใจกับนายจ้างและสถานประกอบการ เพื่อให้ปฏิบัติให้ถูกต้อง โดยเป็นการประชาสัมพันธ์ไปพร้อมกับการออกตรวจของเจ้าหน้าที่ และจะทำการประเมินผลจากนั้นจึงจะออกประกาศกฎกระทรวงบังคับอาชีพสงวนใหม่ข้างต้นต่อไป<sup>7</sup>

อย่างไรก็ตาม การกำหนดเกี่ยวกับอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ยังมีปัญหาบางประการ ยังเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงาน ผู้การเป็นประชาคมอาเซียน<sup>8</sup> รวมถึงไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่นซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า ควรมีการทบทวนอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำใหม่ให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น

จากความเป็นมาและปัญหาดังที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมา จึงเป็นที่มาที่ผู้ศึกษาสนใจที่จะทำการศึกษาเรื่องปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำจึงเป็นที่มาของการศึกษาครั้งนี้

<sup>5</sup> พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561. มาตรา 7.

<sup>6</sup> กระทรวงแรงงาน. (2561). *บิ๊กอุ้ยเผย ข้อเสนอสงวนห้ามคนต่างด้าวทำ ก่อนออกประกาศกระทรวงบังคับใช้*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.mol.go.th/content/71443/1529556848>. [2561, 13 ธันวาคม].

<sup>7</sup> หนังสือพิมพ์แนวหน้า. (2561). *เดือนห้ามทำอาชีพสงวนคนไทย*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://www.naewna.com/local/356365>. [2561, 13 ธันวาคม].

<sup>8</sup> สุทธิพล บุญมาก. (2559). *การกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ: อุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายแรงงานผู้การเป็นประชาคมอาเซียน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <http://www.bangkokbiznews.com/blog/detail/644961>. [2561, 13 ธันวาคม].

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

1.2.2 เพื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ

1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

1.2.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางและข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

## 1.3 สมมุติฐานของการศึกษา

ในปัจจุบัน การกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 สามารถแบ่งได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่ กลุ่มที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด กลุ่มที่ให้คนต่างด้าวทำได้อย่างมีเงื่อนไข ซึ่งจะอนุญาตได้เท่าที่จำเป็นและไม่กระทบต่อโอกาสที่จะมีงานทำของคนไทย และกลุ่มที่ให้คนงานต่างด้าวทำได้อย่างไม่มีเงื่อนไข แต่ข้อกำหนดดังกล่าวยังมีความไม่สอดคล้องกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบอาชีพหลายประการ หากมีการปรับปรุงอาชีพในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ที่ห้ามแรงงานต่างด้าวทำดังกล่าวให้มีความเหมาะสมมากยิ่งขึ้น ก็จะทำให้ข้อกำหนดเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

## 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ มีขอบเขตการศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพ และวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำของประเทศไทย ได้แก่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และที่แก้ไขเพิ่มเติมตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ตลอดจนกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชกำหนดนี้ ศึกษาบทกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย และสาธารณรัฐสิงคโปร์ และ

อนุสัญญาระหว่างประเทศด้านแรงงาน ศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพ และวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ เพื่อหาแนวทางและข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำให้มีความเหมาะสมมีประสิทธิภาพในการบังคับใช้มากยิ่งขึ้น

## 1.5 วิธีการดำเนินการศึกษา

งานวิจัยฉบับนี้ เป็นการศึกษาทางเอกสาร (Documentary Research) โดยทำการศึกษาจาก ตัวยกกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เอกสารงานวิจัย คำพิพากษาศาลฎีกา ตำรา บทความ ข้อมูลทาง อินเทอร์เน็ต รวมทั้งความเห็นของนักวิชาการเพื่อนำข้อมูลมารวบรวม เรียบเรียง วิเคราะห์ให้เกิด องค์ความรู้ อันนำมาซึ่งข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางแก้ไข ปรับปรุงข้อเสนอในการแก้ไขเพิ่มเติม ข้อกำหนดเกี่ยวกับอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำให้มีความเหมาะสมสอดคล้องกับ สถานการณ์ของประเทศต่อไป

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและ วิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

1.6.2 ทำให้ทราบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าว ทำของประเทศไทย และกฎหมายของต่างประเทศ

1.6.3 ทำให้ทราบผลการวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ ห้ามคนต่างด้าวทำ

1.6.4 ทำให้ทราบแนวทางและข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขปัญหามกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนด อาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

## 1.7 นิยามศัพท์เฉพาะ

แรงงานต่างด้าว หมายถึง หมายถึงบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งมีความประสงค์จะเข้ามา ใช้แรงงานในประเทศไทยเป็นการทั่วไป โดยไม่มีความประสงค์จะเข้ามาประกอบกิจการหรือ ลงทุนในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจหรือการส่งเสริมการลงทุน และเข้า เมืองมาโดยถูกต้องตามกฎหมายคนเข้าเมือง และมีใบอนุญาตทำงานประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่

กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ด้วย

อาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ หมายถึง อาชีพและวิชาชีพที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชกำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522