

บทที่ 2

ความเป็นมาและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการกำหนด อาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

ในบทนี้ จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับความหมายของคนต่างด้าว ความเป็นมาของการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ตลอดจนแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นพื้นฐานในการทำความเข้าใจบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งผู้ศึกษาจะกล่าวต่อไป โดยความเป็นมา แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1 ความเป็นมาของการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวในประเทศไทย

การศึกษาเกี่ยวกับความเป็นมาของการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาความหมายของคนต่างด้าว ความเป็นมาเกี่ยวกับคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบอาชีพและวิชาชีพในประเทศไทย และความเป็นมาเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.1.1 ความหมายของคนต่างด้าว

อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานต่างชาติ และสมาชิกครอบครัวยุโรปให้นิยามคำว่า “แรงงานต่างด้าว” ได้แก่ บุคคลที่ดำเนินการหรือเคยดำเนินการในกิจการที่มีการให้ค่าตอบแทนในประเทศใด ๆ ซึ่งบุคคลนั้นไม่ได้เป็นคนในชาติของประเทศนั้น รวมไปถึงแรงงานที่ยังมีถิ่นที่อยู่ในประเทศของตนแต่ข้ามชายแดนไปทำงานในต่างประเทศประจำวัน และแรงงานตามฤดูกาล ลูกเรือแรงงานที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ทำงานเฉพาะช่วง แรงงานตามโครงการ และแรงงานที่ทำงานอิสระซึ่งหางานด้วยตนเอง

อนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้บัญญัติในมาตรา 11 นิยามคำว่า “แรงงานต่างด้าว” หมายถึง บุคคลที่ย้ายถิ่นที่อยู่โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับการจ้างแต่ไม่รวมถึงบุคคลที่ย้ายถิ่นที่อยู่อันเนื่องมาจากเหตุผลส่วนตัว และยังมีการกำหนดอาชีพบางประเภทเป็นข้อยกเว้นด้วย เช่น แรงงานที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศของตน แต่ข้ามชายแดนไปทำงานในต่างประเทศเป็นประจำวัน พวกเขาถูกเรือ แต่ไม่รวมไปถึงผู้ลี้ภัย นักท่องเที่ยว ผู้เดินทางไปแสวงบุญ และผู้ที่ย้ายถิ่นที่

เลี้ยงสัตว์ นิยามของอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศนี้ใช้สำหรับผู้อพยพ ผู้ทำงานในประเทศอื่นที่เข้ามาโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นแรงงานต่างด้าวที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องปฏิบัติตามแรงงานต่างด้าว เช่นเดียวกับคนในชาติซึ่งมีอนุสัญญารองรับหลายฉบับ หรืออาจจะกล่าวได้ตามความหมายทั่วไป หมายถึงคนที่ไม่มีเชื้อชาติและสัญชาติไทยที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อทำงานก็เรียกว่าเป็นแรงงานต่างด้าว หรือในกรณีบริษัทต่างประเทศเข้ามาเปิดสาขาในประเทศไทยก็เรียกว่าบริษัทต่างประเทศ¹

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้คำนิยามว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ให้คำนิยาม “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

ขณะที่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้ให้ความหมายของคนต่างด้าว หมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้มีข้อยกเว้นโดยมิให้ใช้กับคนต่างด้าวประเภทต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) บุคคลในคณะผู้แทนทางทูต
- (2) บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล
- (3) ผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ
- (4) คนรับใช้ส่วนตัวซึ่งเดินทางจากต่างประเทศเพื่อมาทำงานประจำอยู่กับบุคคลในคณะผู้แทนทางทูต บุคคลในคณะผู้แทนทางกงสุล และผู้แทนของประเทศสมาชิกและพนักงานขององค์การสหประชาชาติและทบวงการชำนัญพิเศษ
- (5) บุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่หรือภารกิจตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ
- (6) บุคคลซึ่งเข้ามาเป็นครั้งคราวเพื่อจัดหรือร่วมประชุม แสดงความคิดเห็น บรรยาย หรือสาธิตในการประชุม การอบรม ดูงาน หรือสัมมนา หรือการแสดงศิลปะ วัฒนธรรม หรือการ

¹ เกรียงศักดิ์ ผ่องโสภณ. (2544). *ปัญหากฎหมายในการควบคุมและผลักดันแรงงานต่างด้าวไร้ฝีมือผิดกฎหมายกับการประกอบธุรกิจ : ศึกษากรณีการทำธุรกิจในจังหวัดติดกับชายแดน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 10-13.

แข่งขันกีฬาหรือกิจกรรมอื่นใด ตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด ในการกำหนดดังกล่าว คณะรัฐมนตรีจะกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรก็ได้

(7) บุคคลซึ่งเข้ามาเพื่อประกอบการหรือลงทุนหรือเป็นผู้มีความรู้ ความสามารถหรือทักษะสูงอันจะยังประโยชน์ต่อการพัฒนาประเทศ ตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด

(8) ผู้แทนของนิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

นอกจากนี้ ได้มีประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรได้รับการยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 สำหรับผู้เชี่ยวชาญทักษะสูง นักลงทุน ผู้บริหารระดับสูง และผู้ประกอบการเริ่มต้น โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 6 และมาตรา 14 (2) แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยสาระสำคัญคือ คนต่างด้าวดังต่อไปนี้ซึ่งได้รับการตรวจลงตราประเภทคนอยู่ชั่วคราวกรณีพิเศษ (Smart Visa) ให้ได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรได้ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ตลอดระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยได้รับการยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้แก่ (1) ผู้เชี่ยวชาญทักษะสูง (2) นักลงทุน (3) ผู้บริหารระดับสูง และ (4) ผู้ประกอบการวิสาหกิจเริ่มต้น โดยรวมถึงผู้ติดตามซึ่งเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมายของคนต่างด้าวข้างต้นและบุตร โดยชอบด้วยกฎหมายของคนต่างด้าวที่มีอายุตั้งแต่ 18 ปี ขึ้นไปด้วย²

เห็นได้ว่า มีกฎหมายหลายฉบับที่ให้ความหมายของคนต่างด้าวเอาไว้ และบางฉบับหมายรวมถึงทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้น เพื่อให้ความเข้าใจตรงกัน ในการศึกษาครั้งนี้ จำกัดขอบเขตของความหมายของ คนต่างด้าว หมายถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยซึ่งมีความประสงค์จะเข้ามาใช้แรงงานในประเทศไทยเป็นการทั่วไป โดยไม่มีความประสงค์จะเข้ามาประกอบกิจการหรือลงทุนในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจหรือการส่งเสริมการลงทุน และเข้าเมืองมาโดยถูกต้องตามกฎหมายคนเข้าเมือง และมีใบอนุญาตทำงานประเภทใดประเภทหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.

² ประกาศกระทรวงแรงงาน เรื่อง การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 สำหรับผู้เชี่ยวชาญทักษะสูง นักลงทุน ผู้บริหารระดับสูง และผู้ประกอบการวิสาหกิจเริ่มต้น. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 135 ตอนพิเศษ 22 / 31 มกราคม 2561.

2560 และไม่รวมถึงคนต่างด้าวที่ได้รับการยกเว้นให้สามารถทำงานในราชอาณาจักรได้โดยไม่ต้องปฏิบัติตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ด้วย

2.1.2 ความเป็นมาเกี่ยวกับคนต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพและวิชาชีพในประเทศไทย

คนต่างด้าวเข้ามาอาศัยและประกอบอาชีพในประเทศไทยอย่างเสรีนับตั้งแต่สมัยสุโขทัย โดยไม่มีการจำกัดหรือควบคุมการประกอบอาชีพ จนกระทั่งถึงสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ เริ่มมีปรากฏหลักฐานการทำงานของคนต่างด้าวในแต่ละรัชสมัยดังต่อไปนี้³

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น

รัชกาลที่ 1 ทรงโปรดให้เกณฑ์ไพร่พลชาวเขมร จำนวน 10,000 คน เข้ามาขุดคูพระนคร ด้านทิศตะวันออก โดยขุดแยกจากแม่น้ำเจ้าพระยา ที่ตำบลบางลำพู จนออกแม่น้ำเจ้าพระยาที่ข้างวัดสามปลื้มด้านใต้ และให้ขุดคลองมหานาค

รัชกาลที่ 2 ชาวจีนเข้ามาอาสารับจ้างทำงานโยธาต่าง ๆ รวมถึงการรับจ้างแบกหาม โดยช่วงเวลาดังกล่าวพบชาวจีนอพยพเข้ามาประเทศไทยเป็นจำนวนมาก เพื่อหนีภัยธรรมชาติและ ความยากจนจากประเทศของตน ชาวจีนส่วนใหญ่รับจ้างเป็นกสิกร รับจ้างทำเหมืองทางภาคใต้ ทำไร่ อ้อยในภาคตะวันออก

รัชกาลที่ 3 แรงงานต่างด้าวในสยามส่วนใหญ่ยังเป็นชาวจีนที่ทำงานเป็นกสิกรแบกหาม ขนส่งสินค้า รับจ้างขุดคลองรัฐบาลได้ว่าจ้างคนจีนขุดคลองทำแสนแสบถึงบางนาออกไปออกแม่น้ำ เมืองฉะเชิงเทรา และคลองบางขุนเทียน สร้างและซ่อมแซมวัดและทำงานในเรือเดินทะเล บางคน เริ่มทำการค้าขายทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมถึงค้าขายผูกขาดน้ำตาล

รัชกาลที่ 4 และรัชกาลที่ 5 เศรษฐกิจของสยามรุ่งเรืองขึ้น และเริ่มมีปรากฏความแตกต่างของการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในแต่ละชาติ กล่าวคือ คนจีนส่วนใหญ่ยังคงรับจ้างแบกหามกระสอบข้าว และเป็นกรรมกรในโรงเลื่อยไม้และโรงหีบอ้อย ส่วนฝรั่งเศสตะวันตกเข้ามาเป็นกำลังทางสมอง รับราชการ งานที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ชาวอินเดีย เข้ามารับจ้างทำงานและประกอบการค้าขาย

สมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนกลาง

รัชกาลที่ 6 การเข้ามาทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าวทวีจำนวนมากขึ้นอย่างต่อเนื่อง นำมาซึ่งผลกระทบต่อโอกาสการมีงานทำของคนไทย หรืออาจกล่าวได้ว่าคนต่างด้าว

³ อานนท์ เกิดเกตุ. (2557). *หลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 9.

เหล่านี้ได้เข้ามาแย่งอาชีพของคนไทย จึงได้มีการออกกฎหมายขึ้นมาหลายฉบับ เพื่อแก้ไขปัญหา ดังกล่าว ดังนี้⁴

พ.ศ. 2454 โปรดให้ตรากฎข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานและสภาพการทำงาน

พ.ศ. 2459 โปรดให้ตรากฎหมายกำหนดให้กรรมกรลากรด ต้องจดทะเบียนใบอนุญาตทำงาน อัตราฉบับละ 3 สตางค์ โดยมีระเบียบปฏิบัติว่า ผู้ประกอบอาชีพนี้ จะต้องมึร่างกายแข็งแรง มีอายุระหว่าง 18-40 ปี และพูดภาษาไทยได้ นับเป็นก้าวแรกของการมีกฎหมายกำหนดมาตรฐานการใช้แรงงานและควบคุมอาชีพคนต่างด้าว

พ.ศ. 2483 ประกาศใช้กฎหมาย และพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการสงวนอาชีพสำหรับคนไทย

พ.ศ. 2484 รัฐบาลสมัยจอมพล ป. พิบูลสงคราม ตราพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 ขึ้นมาบังคับใช้ เพื่อสงวนอาชีพและวิชาชีพบางประเภทไว้ให้แก่นคนไทย และกำหนดพื้นที่ที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบอาชีพ ต่อมามีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยการตราพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2485 ซึ่งมีบทบัญญัติกำหนดให้โรงงานต้องจ้างคนไทยตามจำนวนหรือตามอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนด และได้มีการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะ 27 ประเภท นอกจากนี้ยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมอาชีพที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจเรื่อยมาหลายฉบับ ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวแย่งงานคนไทย

พ.ศ. 2490 รัฐบาลเริ่มใช้นโยบายชาตินิยม โดยออกกฎหมายบังคับให้โรงสี และกิจการก่อสร้างที่รับงานของรัฐต้องมีกรรมกรไทยอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของกรรมกรทั้งหมด และได้ออกกฎหมายสงวนอาชีพสำหรับคนไทยและมีการใช้มาตรการรุนแรงกับหัวหน้ากรรมกรชาวจีนที่ก่อการนัดหยุดงาน โดยการเนรเทศให้กลับประเทศ ออกกฎหมายควบคุมจำนวนคนจีนที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย และขึ้นค่าธรรมเนียมภาษีคนต่างด้าว

พ.ศ. 2499 รัฐบาลได้พิจารณาออกพระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชีพแก่นคนไทย พ.ศ. 2499 โดยมีบทบัญญัติให้เจ้าของกิจการในกิจการประเภทที่มีคนงานตั้งแต่ 10 คน ขึ้นไป จะต้องจ้างบุคคลสัญชาติไทยทำงานไม่น้อยกว่าร้อยละ 50

⁴ กรมการจัดหางาน. (2545). *รายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีงบประมาณ 2544*. กรุงเทพฯ: กองงานคนต่างด้าว กรมการจัดหางาน. หน้า 1 – 2.

⁵ พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพ 2485. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่มที่ 59 ตอนที่ 38 หน้า 1221 วันที่ 2 มิถุนายน 2485.

พ.ศ. 2502 รัฐบาลสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้มีการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 52 ลงวันที่ 17 มกราคม พ.ศ. 2502 และกำหนดให้ประกาศฉบับนี้เป็นพระราชกฤษฎีกา กำหนดให้สถานประกอบการอาชีพ 9 ประเภท จะต้องมีส่วนคนงานสัญชาติไทยมากกว่าคนงานต่างด้าว นอกจากนี้ยังเห็นว่ากฎหมายที่ยังใช้บังคับเกี่ยวกับคนต่างด้าวไม่เหมาะสมกับภาวะเศรษฐกิจ ของประเทศ จึงได้มอบหมายให้กองแรงงาน ซึ่งสังกัดกรมประชาสงเคราะห์พิจารณาปรับปรุงร่างกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวใหม่ แต่ปรากฏว่ามีอุปสรรคขัดข้อง จึงทำให้การพิจารณาร่างกฎหมายเป็นไปด้วยความล่าช้า⁶

พ.ศ. 2515 มีการประกาศยกเลิกพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 และตรากฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว ในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ขึ้นมาบังคับใช้แทน โดยมีสาระสำคัญคือเป็นการส่งเสริมและคุ้มครอง การประกอบอาชีพของคนไทย โดยกำหนดประเภทและสิทธิหน้าที่ของคนต่างด้าวที่จะเข้ามา ประกอบอาชีพ หรือทำงานในประเทศและสิทธิหน้าที่ของนายจ้างที่จะจ้างคนต่างด้าวทำงาน ตลอดจนการคุ้มครองคนไทยจากการถูกแย่งงานของคนต่างด้าว ทั้งนี้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยไว้ คือ คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ใน ราชอาณาจักรและทำงานอยู่ก่อนวันประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 ใช้บังคับ (ก่อนวันที่ 14 มีนาคม 2516) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นคนสัญชาติจีนและอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นเวลานาน เพื่อเป็น การคำนึงถึงหลักศีลธรรม และมนุษยธรรม จึงได้ออกใบอนุญาตทำงานตลอดชีพให้ โดยหากมีการ เปลี่ยนแปลงงาน หรือเปลี่ยนอาชีพในภายหลัง สิทธิพิเศษที่ได้รับจะหมดไป ส่วนคนต่างด้าวที่เดินทางเข้ามาหลังวันประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 จะต้องยื่นขอรับใบอนุญาตทำงาน ภายใต้ หลักเกณฑ์ว่า จะต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถอย่างแท้จริง และเป็นอาชีพที่คนไทยยังทำ ได้ไม่ดีพอ หรือมีจำนวนจำกัด ไม่เพียงพอต่อความต้องการของตลาดแรงงาน โดยกำหนดให้ยื่น ขอรับใบอนุญาตทำงาน ณ กองงานคนต่างด้าว กรมแรงงาน ซอยโรงปู้ย ถนนดินแดง เขตพญาไท กรุงเทพฯ ต่อมา กรมแรงงาน ได้เสนอร่างปรับปรุง ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ให้เหมาะสมกับสถานะที่เปลี่ยนแปลงทั้งด้านเศรษฐกิจ และสังคม โดยประกาศใช้พระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 แทน

ขณะเดียวกัน ในปี พ.ศ. 2516 มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ขึ้นมาบังคับใช้เป็นครั้งแรก โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 แห่งธรรมนูญการปกครอง ราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 และข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม

⁶ สิทธิอุดม หนูฤทธิ. (2543). *การอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 10-12.

พ.ศ. 2515 ออกพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516 บัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกา กำหนดอาชีพ และวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ 39 อาชีพ⁷ เพื่อเป็นการคุ้มครองคนไทยมิให้ถูกคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยแย่งอาชีพ

สมัยปัจจุบัน

ในปี พ.ศ. 2521 มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งมีผลยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 อย่างไรก็ตาม การประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้สอดคล้องกับระบบรัฐธรรมนูญในด้านรูปแบบเท่านั้น แต่ด้านเนื้อหาสาระไม่แตกต่างจากประกาศคณะปฏิวัติฉบับเดิมมากนัก โดยมีสาระสำคัญ คือ มีการกำหนดประเภทของคนต่างด้าวเพิ่มเติม รวมทั้งกำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวประเภทนี้ทำตามที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ได้แก่ คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ และได้รับการผ่อนผันให้ประกอบอาชีพ คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตและรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 377 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 377 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 หรือตามกฎหมายอื่น⁸ อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวจะทำงานใดที่รัฐมนตรีกำหนดจะกระทำได้อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมาย⁹

ปี พ.ศ. 2551 มีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ขึ้นเนื่องจาก บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 มีความล้าสมัย ไม่สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลก และคนต่างด้าวที่เข้ามาเป็นแรงงานในประเทศไทย กลายเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศ จึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป สำหรับเหตุผลในการปรับปรุงการกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำ เพื่อให้การทำงานของคนต่างด้าวสอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงโดยกำหนดให้คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีออกประกาศในราชกิจจานุเบกษากำหนดงานใดที่คนต่างด้าวทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ทั้งนี้เนื่องจากการ

⁷ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 90 ตอนที่ 24 ลงวันที่ 14 มีนาคม 2516 ฉบับพิเศษ. หน้า 16.

⁸ สิทธิอุดม หนูฤทธิ์. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 6. หน้า 23-25.

⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521. มาตรา 12.

ทำงานของคนต่างด้าวต้องคำนึงถึงมิติด้านความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการคนต่างด้าวมีความจำเป็นต่อการพัฒนาประเทศประกอบการพิจารณาด้วย

ต่อมา มีการออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560 ซึ่งบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 23 มิถุนายน 2560 เป็นต้นมา เพื่อจัดการปัญหาแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย ภายหลังจากที่พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560 ได้มีผลบังคับใช้ ได้สร้างความตื่นตระหนกให้แก่ตัวนายจ้างและลูกจ้างที่เป็นแรงงานข้ามชาติ โดยเฉพาะจากประเทศพม่า ลาว กัมพูชา อย่างมหาศาล จนนำมาสู่ปรากฏการณ์ลอยแพหลักใส่ลูกจ้างที่ผิดกฎหมายขึ้น และมีการเรียกรับเงินใต้โต๊ะเกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก เพื่อให้เกิดการทบทวนการออกกฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ การออกพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560 หลักการคือ เป็นการรวมกฎหมายสองฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และ พระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ.2559 เข้ามาด้วยกัน

ปัญหาการตื่นตระหนกหลังการประกาศบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นที่มาที่นายกรัฐมนตรีต้องออกคำสั่งตามมาตรา 44 เพื่อชะลอการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2560¹⁰ โดยให้ขยายเวลาออกไป 120 วัน เพื่อให้ นายจ้างและแรงงานข้ามชาติดำเนินการด้านเอกสารต่าง ๆ ให้ถูกต้องตามกฎหมาย กล่าวคือให้แล้วเสร็จก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2561 นอกจากนี้ยังกำหนดห้ามมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามกฎหมายหรือคำสั่งนี้ใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบ หรือกระทำหรือไม่กระทำโดยเห็นแก่ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดแก่ตนเองหรือผู้อื่น ขณะเดียวกันก็มีการบัญญัติให้กระทรวงแรงงานดำเนินการแก้ไขหรือปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อเสนอต่อคณะรัฐมนตรีให้แล้วเสร็จภายใน 120 วันนับแต่วันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ จึงเป็นที่มาของการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 ในเวลาต่อมา โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 27 มีนาคม พ.ศ. 2561 เพื่อแก้ไขปัญหอันเกิดจากบทบัญญัติต่าง ๆ ตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และพระราชกำหนดทั้งสองฉบับยังคงมีผลบังคับใช้จนถึงขณะนี้

¹⁰ คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 33/2560 เรื่อง มาตรการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 134, ตอนพิเศษ 176 ง. วันที่ 4 กรกฎาคม 2560.

2.1.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

กฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ปรากฏครั้งแรกในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516¹¹ ในสมัยจอมพล ถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 และข้อ 5 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 ซึ่งบัญญัติให้กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่จะห้ามคนต่างด้าวทำโดยพระราชกฤษฎีกา จึงมีการกำหนดให้งานในอาชีพ หรือวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ จำนวน 39 อาชีพ เป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อเป็นการค้าหรือหารายได้โดยเด็ดขาดในทุกท้องที่แห่งราชอาณาจักร¹² ได้แก่ (1) งานคำนวณ จัดระบบ วิจัย วางแผน ทดสอบ ควบคุม หรือแนะนำในด้านการก่อสร้างหรือวิศวกรรมโยธา (2) งานออกแบบหรือเขียนแบบอาคารหรือสิ่งก่อสร้างทางสถาปัตยกรรม รวมทั้งงานให้คำแนะนำประมาณราคา และควบคุมการก่อสร้างให้เป็นไปตามแบบแปลน (3) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี (4) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี (5) งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ (6) งานนายหน้าหรืองานตัวแทน (7) งานขายทอดตลาด (8) งานขายของหน้าร้าน (9) งานเร่ขายสินค้า (10) งานตัดผม งานตัดผม (11) งานมัคคุเทศก์หรืองานผู้จัดนำเที่ยว (12) งานกลีกรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญเฉพาะสาขาหรืองานควบคุมดูแลฟาร์ม (13) งานเครื่องถม (14) งานสาวและบิดเกลียวไหมด้วยมือ (15) งานทอผ้าด้วยมือ (16) งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ (17) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย (18) งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ (19) งานทำเครื่องเงิน (20) งานขับขี่ยานยนต์หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักร หรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับขี่ยานยนต์ระหว่างประเทศ (21) งานทำพระพุทธรูป (22) งานทำกระดาษสาด้วยมือ (23) งานมวนบุหรี่ด้วยมือ (24) งานทำหมวก (25) งานทำที่นอนหรือผ้าห่มนวม (26) งานทำร่มกระดาษหรือผ้า (27) งานทำรองเท้า (28) งานแกะสลักไม้ (29) งานทำมีด (30) งานเจียรระไนหรือขัดเพชรหรือพลอย (31) งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องโลหะมีค่าอื่น (32) งานปั้นหรือทำเครื่องปั้นดินเผา (33) งานทำเครื่องดนตรีไทย (34) งานทำตุ๊กตาไทย (35) งานก่ออิฐ งานช่างไม้หรืองานก่อสร้างอื่น (36) งานทำบาตร (37) งานทอเสื่อ หรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟางหรือเยื่อไม้ไผ่ (38) งานทำเครื่องลงหิน (39) งานกรรมกร พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีการแก้ไข

¹¹ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 90 ตอนที่ 24 ลงวันที่ 14 มีนาคม พ.ศ. 2516.

¹² พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516. มาตรา 3.

เพิ่มเติม 2 ครั้ง โดยพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519 และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2520

อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2522 ได้มีการประกาศยกเลิกพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2516 พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2520 แล้วมีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522¹³ ขึ้นมาบังคับใช้แทน โดยกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ เพื่อเป็นการค้าหรือเพื่อหารายได้โดยเด็ดขาดในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร และให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชกฤษฎีกานี้ บัญชีท้ายพระราชบัญญัติได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขดังต่อไปนี้ (1) งานกรรมกร (2) งานกสิกรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญเฉพาะสาขา หรืองานควบคุมดูแลฟาร์ม (3) งานก่ออิฐ งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น (4) งานแกะสลักไม้ (5) งานขับขี่ยานยนต์ หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับขี่เครื่องบินระหว่างประเทศ (6) งานขายของหน้าร้าน (7) งานขายทอดตลาด (8) งานควบคุมตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายในเป็นครั้งคราว (9) งานเจียรไนพลอย หรือขัดเพชร หรือพลอย (10) งานตัดผม งานตัดผม หรืองานเสริมสวย (11) งานทอผ้าด้วยมือ (12) งานทอเสื่อ หรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเยื่อไม้ไผ่ (13) งานทำกระดาษสาด้วยมือ (14) งานทำเครื่องเงิน (15) งานทำเครื่องดนตรีไทย (16) งานทำเครื่องถม (17) งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องนาก (18) งานทำเครื่องลงหิน (19) งานทำตุ๊กตาไทย (20) งานทำที่นอนหรือผ้าห่มนอน (21) งานทำบาตร (22) งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ (23) งานทำพระพุทธรูป (24) งานทำมิด (25) งานทำร่มกระดาษหรือผ้า (26) งานทำรองเท้า (27) งานทำหมวก (28) งานนายหน้า หรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ (29) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณจัดระบบ วิจัย วางโครงการทดสอบ ควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ ไม่รวมงานที่ต้องใช้ความชำนาญพิเศษ (30) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ (31) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย (32) งานปั้นหรือทำเครื่องปั้นดินเผา (33) งานมวนบุหรี่ด้วยมือ (34) งานมัคคุเทศก์ หรืองานจูงนำเที่ยว (35) งาน

¹³ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 96 ตอนที่ 80 ลงวันที่ 14 พฤษภาคม 2522.

เร่งขายสินค้า (36) งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ (37) งานสาวบิดเกลียวไหมด้วยมือ (38) งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ (39) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี

ในปี พ.ศ. 2536 ได้มีการแก้ไขกำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพบางประเภทที่ห้ามคนต่างด้าวทำเสียใหม่ให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจและการลงทุน เนื่องจากประเทศประสบกับปัญหาการขาดแคลนแรงงานไทยในการประกอบการประมงทะเล ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงมีการยกเว้นให้คนต่างด้าวทำงานอาชีพเป็นกรรมกรในเรือประมงเฉพาะการประมงทางทะเลได้ โดยได้มีการประกาศใช้ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536¹⁴ มาบังคับใช้โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 175 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 โดยข้อ (1) งานกรรมกร ให้กำหนดยกเว้น งานกรรมกรในเรือประมง และข้อ (2) งานกสิกรรม งานเลี้ยงสัตว์ งานป่าไม้ หรืองานประมง ให้ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญเฉพาะสาขา งานควบคุมดูแลฟาร์ม หรืองานกรรมกรในเรือประมงเฉพาะการประมงทางทะเล

ต่อมาได้มีการแก้ไขโดยการประกาศพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 สารสำคัญคือ มีการแก้ไข (39) ให้งานบริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ยกเว้น (ก) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการ (ข) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาตโตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่งใช้บังคับแก้ข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาตโตตุลาการนั้นมิใช่กฎหมายหรือเป็นกรณีที่ไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย โดยให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมรักษาการตามพระราชกฤษฎีกานี้ ทั้งนี้ เนื่องจากการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาตโตตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศกำลังได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย ดังนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมกระบวนการอนุญาตโตตุลาการในประเทศไทย จึงสมควรกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการรวมถึงว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาตโตตุลาการได้

ในปี พ.ศ. 2548 ได้มีการประกาศพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548¹⁵ โดยอาศัยความตามมาตรา 221 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 อันมีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ ได้มี

¹⁴ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 110 ตอนที่ 189 ลงวันที่ 17 พฤศจิกายน 2536.

¹⁵ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548. *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 122 ตอนที่ 38 ก. ลงวันที่ 10 พฤษภาคม 2548.

การแก้ไข (1) โดยกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำอาชีพกรรมกร ยกเว้นงานกรรมกรในเรือประมง แต่มิให้ใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น และคนต่างด้าวที่ได้รับการกำหนดสถานะให้เป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย และมีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยประสบปัญหาการขาดแคลนแรงงานไทยในการทำงานอาชีพกรรมกรเป็นจำนวนมาก ดังนั้น เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จึงกำหนดยกเว้นให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร ตามข้อตกลงว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลต่างประเทศ และคนต่างด้าวที่ได้รับการกำหนดสถานะให้เป็นคนต่างด้าวเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายและมีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ได้แก่ ชาวเวียดนามอพยพ อดีตทหารจีนคณะชาติและจีนฮ่ออพยพพลเรือน อดีตโจรจีนคอมมิวนิสต์มลายา ไทยลื้อ ผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกงกัมพูชา ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่าเชื้อสายไทย จีนฮ่ออิสระ เนปาลอพยพ ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า ชาวเขาที่อพยพเข้ามาก่อนวันที่ 3 ตุลาคม พ.ศ. 2528 และม้งในที่พักสงฆ์ถ้ากระบอกสามารถทำงานในอาชีพกรรมกรได้

นับตั้งแต่มีการประกาศพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548 เป็นต้นมา ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงแก้ไข การกำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำอีก จนกระทั่งมีการยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และมีการประกาศพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขึ้นบังคับใช้แทน คณะกรรมการนโยบายบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งตั้งขึ้นตามพระราชกำหนดฉบับนี้ก็ได้มีการพิจารณาร่วมกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกำหนดอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำใหม่ โดยแบ่งเป็น 3 ประเภท ได้แก่ อาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด อาชีพที่ให้คนต่างด้าวทำแบบมีเงื่อนไขซึ่งรวมถึงเงื่อนไขตามข้อตกลงระหว่างประเทศอาเซียนและอาชีพที่ให้คนต่างด้าวทำแบบไม่มีเงื่อนไข ซึ่งรายละเอียดของอาชีพและวิชาชีพที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวทำที่คณะกรรมการนโยบายบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้กำหนดขึ้นมาใหม่นี้ ผู้ศึกษาจะทำการกล่าวถึงรายละเอียดในบทที่ 3

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

ในการศึกษาเกี่ยวกับแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ผู้ศึกษาจะทำการศึกษาแนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบวิชาชีพ แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบของแรงงานต่อความมั่นคงของประเทศ แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของแรงงานต่างด้าวตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศอันได้แก่ อนุสัญญาฉบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน ค.ศ. 1964 และ

อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958 พันธกรณีของประเทศสมาชิกด้านแรงงานภายใต้ประชาคมอาเซียนดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การปกครองระบอบประชาธิปไตย คือ การปกครองในระบอบที่ปวงชนเป็นใหญ่และประชาชนเป็นผู้ปกครองตนเอง การปกครองในระบอบนี้จึงส่งเสริมให้ประชาชนแต่ละคนมีสิทธิและเสรีภาพ เป็นปัจจัยพื้นฐานเพื่อที่จะใช้คุ้มครองและรองรับการกำหนดวิถีชีวิตของแต่ละบุคคลในสังคมตามลัทธิปัจเจกชนนิยม (Individualism) ที่ถือว่า มนุษย์ทุกคนเกิดมาเมื่ออิสระและมีศักดิ์ศรีที่เท่าเทียมกัน จนกลายเป็นหลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ที่ยอมรับโดยทั่วไป โดยนานาอารยประเทศ อย่างไรก็ตาม หลักความคิดนี้มีลักษณะเป็นนามธรรมที่ไม่อาจจับต้องได้และอาจถูกตีความไปในลักษณะต่าง ๆ ตามความพอใจของผู้ใช้อำนาจแห่งรัฐ ดังนั้น หลักศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ที่แท้จริงจะต้องเป็นการประกันซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่จะสามารถกำหนดวิถีชีวิตของตนได้ด้วยตนเองโดยสมัครใจและได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยทุกรัฐต่างก็ให้ความสำคัญกับเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และมีบทบัญญัติที่รับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้¹⁶

ด้วยเหตุที่มนุษย์ มิได้อยู่เพียงลำพังในสังคม บุคคลทุกคนต่างก็สมควรได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพโดยเสมอภาคและปราศจากการเลือกปฏิบัติ โดยไม่ควรมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งต้องถูกกระทบสิทธิและเสรีภาพหรือต้องจำทนรับสภาพเพื่อให้อีกบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดบุคคลหนึ่งสามารถใช้สิทธิของตนได้อย่างไม่จำกัด จึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดกรอบและหลักเกณฑ์บางประการเพื่อให้บุคคลทุกคนได้รับและสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้อย่างเหมาะสมโดยไม่ไปกระทบหรือทำความเดือดร้อนแก่อีกบุคคลหนึ่งหรืออีกกลุ่มบุคคลหนึ่งจนเกินสมควร ขณะเดียวกัน เมื่อบุคคลได้มาอยู่อาศัยร่วมกันเป็นชุมชนขนาดใหญ่ เช่น เป็นเมือง หรือเป็นรัฐแล้ว กรณีจึงมีอาจพิจารณาหรือคำนึงถึงเฉพาะสิทธิและเสรีภาพของแต่ละบุคคลอันเป็นประโยชน์ของปัจเจกชนแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวม เป็นที่ตั้งด้วย ซึ่งสามารถทำได้ แต่เนื่องจากการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีหลักคิดว่าเป็นระบอบการปกครองที่ประชาชนมีสิทธิเสรีภาพและปกครองโดยประชาชนเพื่อประชาชนด้วยตนเอง ฉะนั้นการจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจึงต้องเป็นการได้รับความยินยอมจากประชาชน

¹⁶ ชีระ สุธีวรารังกูร. (2542). “การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง.” *วารสารนิติศาสตร์*, 4(1), 578-579.

อย่างไรก็ตาม การตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะจำกัดได้ เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่ง สิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการจำกัดหรือลดทอนสิทธิและเสรีภาพ ของประชาชนจนกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพมากเกินไป โดยจะเห็นได้ว่า ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองนั้น อย่างน้อยที่สุดจะต้องกระทำไป ภายใต้อำนาจแห่งกฎหมาย ประการแรก การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตาม บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ประการที่สอง การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเฉพาะ เพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนดเท่านั้น ประการที่สาม การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้อง กระทำเท่าที่จำเป็น และ ประการที่สี่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือน สาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้น¹⁷ ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพของ ประชาชนจะทำโดยเกินกว่าความจำเป็นไม่ได้ เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน นั้นเอง โดยหลักเกณฑ์ทั้งสี่ประการดังกล่าวสามารถพิจารณาในรายละเอียดได้ ดังนี้¹⁸

1) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในเรื่องการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้น ต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง กฎหมาย จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ยืนยันถึงการ ใช้ "หลักนิติธรรม" เป็นหลักสำคัญ ซึ่งมีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของ รัฐ ที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชา หรือการกำกับดูแลของรัฐบาล จะกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจมีผล กระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้ก็ต่อเมื่อ มีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะ ภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น

2) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปเพื่อการที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพราะ การจำกัดสิทธิเสรีภาพดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้เฉพาะเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามที่รัฐธรรมนูญได้มีบทบัญญัติกำหนดไว้เท่านั้น เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพให้แก่ ประชาชน หากรัฐสภาได้ตรากฎหมายหรือองค์กรฝ่ายปกครองได้ออกกฎหรือข้อบังคับเพื่อไปจำกัด สิทธิและเสรีภาพของบุคคล โดยไม่ได้เป็นไปเพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือกฎ หรือข้อบังคับนั้น ย่อมเป็นอันขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

¹⁷ ธีระ สุธีรวงศ์. อ้างแล้วเชิงบรรณที่ 16. หน้า 579.

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 590-591.

อย่างไรก็ดี นักกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่มีความเห็นว่า ประโยชน์สาธารณะซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครองนั้น ไม่จำเป็นต้องถูกกำหนดขึ้นไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรเสมอไป เนื่องจากว่า รัฐธรรมนูญเพียงแต่กำหนดเจตนาของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ ดังนั้น องค์การผู้มิอำนาจตามกฎหมายจึงย่อมมีอำนาจกำหนดประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดตามดุลพินิจของตนสำหรับใช้เป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้เช่นกัน แต่ทั้งนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า แม้ประโยชน์สาธารณะที่รัฐอาจใช้เป็นฐานเพื่อนำมาจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะไม่จำเป็นต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่การกำหนดประโยชน์สาธารณะอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนั้น ก็จะต้องสมเหตุสมผลและมีความชอบธรรม เพียงพอที่จะนำมาใช้กล่าวอ้างเพื่อลดทอนจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วย เพราะมิฉะนั้นแล้ว กรณีที่ย่อมเท่ากับมิได้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง

3) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องกระทำเท่าที่จำเป็น การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดนั้น จะกระทำได้ที่เท่าที่จำเป็น คือ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐไม่ให้เป็นไปโดยอำเภอใจตามหลักพอสมควรแก่เหตุนี้ แบ่งเป็น 3 หลักด้วยกัน คือ¹⁹

(1) หลักความเหมาะสม มาตรการที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายจะต้อง "เหมาะสม" ที่จะบรรลุวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะ หากประจักษ์ชัด การตรากฎหมายไม่อาจบรรลุผลที่ต้องการได้อย่างแน่แท้ กรณีย่อมถือได้ว่ากฎหมายนั้น ไม่เหมาะสมและเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(2) หลักความจำเป็น มาตรการที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนั้น จะต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการเพื่อให้วัตถุประสงค์ที่ต้องการสำเร็จลงได้ กล่าวคือ ในกรณีที่ มีมาตรการที่เหมาะสมหลายมาตรการ องค์การนิติบัญญัติจะต้องเลือกเอามาตรการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดมาบัญญัติเป็นกฎหมาย หากองค์การนิติบัญญัติเลือกเอามาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพอย่างรุนแรงมาบัญญัติเป็นกฎหมายทั้ง ๆ ที่อาจเลือกมาตรการที่รุนแรงน้อยกว่าได้ ย่อมถือได้ว่ากรณีเป็นการขัดต่อหลักความจำเป็นและขัดต่อรัฐธรรมนูญ

(3) หลักความพอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบ นอกจากมาตรการที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้นเป็นกฎหมายนอกจากจะเป็นมาตรการที่เหมาะสมและจำเป็นแล้ว ยังจะต้องเป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุในความหมายอย่างแคบด้วย กล่าวคือองค์การนิติบัญญัติจะต้อง ชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับกับประโยชน์ของประชาชนที่จะต้องสูญเสียไป อัน

¹⁹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2543). "เงื่อนไขการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : มาตรการในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย." *วารสารนิติศาสตร์*, 30(2), 87-189.

เนื่องมาจากการปฏิบัติตามมาตรการแห่งกฎหมายที่เหมาะสมและจำเป็นนั้น หากมาตรการนั้นไม่ได้ สัมพันธ์กับวัตถุประสงค์ที่ต้องการ มาตรการตามกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อหลักความพอสมควรแก่ เหตุ

(4) การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของ สิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในเรื่องหนึ่งเรื่องใด องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะมีอำนาจกระทำได้อีกเฉพาะแต่เพียงการไป " จำกัด " สิทธิและเสรีภาพของ บุคคลเท่านั้น ไม่รวมไปถึงการ " ตัด " หรือการ " เพิกถอน " สิทธิและเสรีภาพนั้นด้วย²⁰ หากองค์กร ทั้งหลายของรัฐ ไปตรากฎหมายเพิกถอนไม่ให้บุคคลมีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวไม่ว่าจะ เป็นกรณีใด บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ได้ตราขึ้นมา ก็ย่อมเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร ไทยได้รับรองเอาไว้

2.2.2 แนวคิดเกี่ยวกับผลกระทบของแรงงานต่อความมั่นคงของประเทศ

แนวคิดเกี่ยวกับความมั่นคง เคยมีบทบาทสูงในการกำหนดนโยบายแรงงานข้ามชาติ ซึ่ง รวมถึงคนต่างด้าวกลุ่มต่าง ๆ เช่น ชาวเขา ผู้อพยพ คนไร้สัญชาติ แต่ที่ผ่านมามีการใช้อำนาจด้าน ความมั่นคงมักไม่เด็ดขาด เนื่องจากในแง่หนึ่ง รัฐมีความเสี่ยงต่อความมั่นคงจึงเกิดความ หวาดระแวง แต่ในเวลาเดียวกันรัฐก็ได้ประโยชน์จากแรงงานเหล่านี้ ด้วยเหตุนี้ มาตรการต่าง ๆ ของรัฐที่นำมาใช้กับการจัดการด้านแรงงานต่างด้าวจึงเป็นการ “ควบคุม” พร้อมกับ “การกีดกัน” หมายถึงการอนุโลมให้เข้ามาทำงานภายใต้การควบคุมอย่างเคร่งครัด ขณะเดียวกันก็ยังถือว่าบุคคล เหล่านี้เป็นคนเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมาย จึงไม่ได้รับสิทธิตามที่แรงงานควรจะได้รับ และเมื่อ ครบรอบปีจะพิจารณาต่ออายุงานเป็นครั้งๆ ไป

ต่อมาสถานการณ์โลกได้เปลี่ยนแปลงไปรัฐต่าง ๆ ทั่วโลกได้ให้ความสำคัญกับความ มั่นคงของประเทศลดน้อยลง รัฐได้รับอิทธิพลจากกระแสความเปลี่ยนแปลงของโลกอย่างน้อยสอง ด้าน กล่าวคือ ด้านหนึ่งคือแนวคิดเสรีนิยม ที่สนับสนุนการเคลื่อนย้ายแรงงานเสรี เพราะเห็นว่าเป็น ประโยชน์ทางเศรษฐกิจ ทั้งแก่ประเทศต้นทางและปลายทางของแรงงาน ในเวลาเดียวกันก็เรียกร้อง ให้รัฐลดบทบาทผู้กระทำการทางเศรษฐกิจ ไปทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลกฎระเบียบให้ระบบดำเนิน ไปได้อย่างราบรื่นและโปร่งใส อีกด้านหนึ่งคืออิทธิพลจากแนวคิดด้านสิทธิแรงงานและสิทธิ มนุษยชน ที่เกิดจากการต่อสู้ทางความคิดมายาวนาน และได้กลายเป็นบรรทัดฐานใหม่ในระดับ สากล ดังที่ปรากฏบทบาทองค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ปฏิญญาด้านแรงงาน และอื่น ๆ

²⁰ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. (2543). *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ: วิทยุชน. หน้า 78.

เห็นได้ว่า ในปัจจุบันโลกได้ปรับเปลี่ยนวิถีคิดเกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติ จากที่เคยให้ความสำคัญกับความมั่นคงของชาติโดยเห็นว่าแรงงานต่างด้าวเป็นภัยคุกคาม มาสู่การเห็นว่าการเป็นผู้สร้างคุณประโยชน์ มาตรการที่นำมาใช้ในการจัดการแรงงานต่างด้าวจึงเปลี่ยนแปลงไป ด้วยจากการกีดกันมาสู่การอำนวยความสะดวกในการเข้าออกประเทศ จากการถูกปฏิบัติเยี่ยงพลเมืองชั้นสองมาสู่การได้รับการคุ้มครองปกป้องสิทธิโดยเท่าเทียมกับแรงงานชาติและคนกลุ่มอื่นในประเทศ การย้ายถิ่นข้ามชาติถือว่าเป็นสิทธิพื้นฐานของมนุษย์ และการเป็นแรงงานข้ามชาติถือเป็นแนวทางการพัฒนาอีกแบบหนึ่ง การปรับเปลี่ยนดังกล่าวเกิดขึ้นพร้อมกับการเปลี่ยนแปลงด้านมโนทัศน์ทางการปกครองด้วย โดยโลกก้าวไปสู่การมองพรมแดนและดินแดนอย่างยืดหยุ่น และการยอมรับความเป็นพลเมืองแบบยืดหยุ่น มีความเปิดกว้างมากขึ้นต่อการยอมรับการเป็นพลเมืองหรือการยอมรับการถือสองสัญชาติของบุคคล การหาวิธีการจัดการปัญหาความร่วมมือระหว่างรัฐ หรือสถาบันเหนือรัฐ หรือการมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องนั้น ๆ

สำหรับประเทศไทย นับจากต้นทศวรรษ 2540 ที่ผ่านมา ประเทศไทยมีการปรับตัวโดยกฎหมายไทยเริ่มรับรองสิทธิแรงงานข้ามชาติ มีการแสดงเจตจำนงที่จะคุ้มครองแรงงานตามบรรทัดฐานสิทธิแรงงานและสิทธิมนุษยชน มีการริเริ่มทางปฏิบัติเช่น การให้สิทธิการรักษาพยาบาล การศึกษาของบุตรหลานแรงงาน และสิทธิพื้นฐานอีกหลายประการ มีการปรับโครงสร้างหน่วยงานในกระทรวงแรงงานเพื่อจัดการแรงงานข้ามชาติอย่างเป็นระบบ มีคณะกรรมการนโยบายเพื่อจัดการแรงงานอย่างเป็นระบบด้วย (กปร.) แม้ว่าองค์ประกอบทั้งหมดจะเป็นฝ่ายการเมืองและข้าราชการประจำ มีการทำบันทึกข้อตกลง (MOU) กับประเทศเพื่อนบ้านว่าด้วยความร่วมมือด้านการจ้างแรงงาน การดำเนินการทั้งหมดพยายามจัดระบบการจ้างแรงงานให้เข้าสู่กรอบกฎหมาย แต่ก็ยืดหยุ่นตามสมควร ซึ่งทั้งหมดนี้นับว่าวงการจัดการแรงงานข้ามชาติโดยมุ่งหน้าไปบนทิศทางที่ถูกต้อง

2.2.3 แนวคิดเกี่ยวกับการห้ามแรงงานต่างด้าวประกอบอาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัย

การให้บริการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน เป็นหน้าที่ของภาครัฐ โดยเจ้าหน้าที่ตำรวจ แต่เขตอำนาจของตำรวจยังคงจำกัดอยู่ในพื้นที่สาธารณะ ตำรวจไม่สามารถเข้าไปตรวจตราดูแลในสถานที่ส่วนบุคคลได้ เว้นแต่จะเป็นการร้องขอให้ช่วยด้วยเหตุฉุกเฉิน หรือประชาชนเรียกให้ตำรวจช่วยจากการกระทำที่ผิดกฎหมายบางประการ นอกจากนี้ตำรวจยังมีขอบอำนาจของงานตำรวจด้วยเช่นกัน โดยตำรวจไม่สามารถทำหน้าที่ไปคุ้มกันนักธุรกิจจากการไปเบิกถอนเงินสดจากธนาคาร หรือดำเนินการเฉพาะตัวของเอกชนได้ ที่สำคัญบทบาทของตำรวจยังมุ่งเน้นการปรามปรามจับกุมและสืบสวนอาชญากรรมที่เกิดขึ้นแล้วแต่มิได้มุ่งเน้นใน

การป้องกันมิให้เกิดอาชญากรรมขึ้น²¹ จากเหตุผลดังที่กล่าวมานี้ ก่อให้เกิดธุรกิจรักษาความปลอดภัยขึ้น เพื่อทำหน้าที่ในส่วนที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่สามารถดำเนินการได้ เพื่อให้บริการแก่ประชาชนซึ่งเป็นเอกชนและต้องการการรักษาความปลอดภัยเป็นการเฉพาะตัว

อนึ่งจากการศึกษาประวัติการให้บริการในธุรกิจรักษาความปลอดภัย พบว่าเริ่มต้นขึ้นครั้งแรกในช่วงหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เมื่อสงครามโลกได้ผ่านพ้นไป ประเทศก็เข้าสู่การพัฒนาทุกด้านโดยเฉพาะในภาคเอกชน มีบริษัทห้างร้านต่าง ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ขณะที่การให้บริการรักษาความปลอดภัยที่ดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่ครอบคลุมเพียงพอถึงที่ส่วนบุคคลของเอกชนดังที่ได้กล่าวไปแล้ว จึงเกิดความต้องการบุคคลที่มีทักษะและความสามารถในด้านการรักษาความปลอดภัยมาทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยในสถานที่ของเอกชนขึ้น ขณะเดียวกันจากการที่ ประเทศไทยได้ส่งทหารเข้าร่วมรบในสงครามมหาเอเชียบูรพา และเมื่อทหารเสร็จสิ้นการปฏิบัติหน้าที่ในการรบก็ถูกปลดประจำการอย่างกะทันหัน ส่งผลทำให้ตัวทหารและครอบครัวได้รับความเดือดร้อนจากการครองชีพ รัฐบาลในสมัยนั้นจึงมีแนวคิดที่จะให้ความช่วยเหลือแก่ทหารปลดประจำการดังกล่าว โดยมีการจัดตั้งองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกขึ้น เพื่อทำหน้าที่สงเคราะห์ทหารผ่านศึกในด้านต่าง ๆ ทั้งด้านการเกษตร ด้านอาชีพ ด้านการสวัสดิการ และด้านการรักษาพยาบาล ด้านการให้สินเชื่อ และด้านการส่งเสริมสิทธิและเกียรติ²²

ในส่วนของการสงเคราะห์ด้านอาชีพ องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกได้เล็งเห็นถึงความต้องการให้บริการด้านการรักษาความปลอดภัยของหน่วยงานภาครัฐและเอกชน จึงได้จัดตั้งสำนักงานรักษาความปลอดภัย (สปก.) ขึ้น²³ เพื่อทำหน้าที่ในการจัดหาทหารผ่านศึกเข้าไปปฏิบัติหน้าที่รักษาความปลอดภัยให้แก่หน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งนอกจากเป็นการตอบสนองต่อความต้องการให้บริการในธุรกิจรักษาความปลอดภัยแล้ว ยังเป็นการสงเคราะห์แก่ทหารผ่านศึกในด้านอาชีพ ตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกอีกด้วย

²¹ ทิพย์อาภา เสฐจินตนิน. (2551). *การรักษาความปลอดภัยภาคเอกชน : ศึกษาเฉพาะกรณีการกำกับดูแลและการบังคับใช้กฎหมายของหน่วยงานรักษาความปลอดภัย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 1-2.

²² องค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกในพระบรมราชูปถัมภ์. (2560). *ประวัติความเป็นมา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.thaiveterans.mod.go.th/new_v2/wvo_v2/history.html. [2562, 21 กรกฎาคม].

²³ สำนักงานรักษาความปลอดภัยองค์การทหารผ่านศึก. (2560). *หน้าที่และวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสปก. อพศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก http://www.security.go.th/index.php?option=com_content&view=article&id=54&Itemid=88. [2562, 21 กรกฎาคม].

อย่างไรก็ตาม การให้บริการรักษาความปลอดภัยโดยองค์การสงเคราะห์ทหารผ่านศึกก็ยังไม่เพียงพอต่อความต้องการของตลาดซึ่งมีความต้องการบริการธุรกิจรักษาความปลอดภัยเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง จึงได้เกิดธุรกิจการให้บริการรักษาความปลอดภัยของเอกชนขึ้น ถึงแม้ไม่มีข้อมูลว่าการจดทะเบียนเพื่อประกอบกิจการรักษาความปลอดภัยครั้งแรกในประเทศไทยเกิดขึ้นเมื่อใด แต่พบว่า มีบริษัทรักษาความปลอดภัยได้รวมกลุ่มกันเพื่อจัดตั้งเป็นสมาคมผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัยแห่งประเทศไทยมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2530²⁴ จึงอาจกล่าวได้ว่าธุรกิจรักษาความปลอดภัยเอกชนนั้นมีมาในประเทศไทยกว่า 30 ปี ล่วงมาแล้ว

นับตั้งแต่มีธุรกิจรักษาความปลอดภัยเอกชนเกิดขึ้น อัตราการเติบโตของธุรกิจนี้ก็เพิ่มขึ้นอย่างก้าวกระโดด รายงานจากสมาคมผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัยในปี พ.ศ. 2549 พบว่า มีจำนวนบริษัทที่จดทะเบียนเป็นผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัยรวมทั้งสิ้น 844 แห่ง²⁵ ขณะที่ปี พ.ศ. 2562 มีบริษัทรักษาความปลอดภัยจดทะเบียนเพิ่มขึ้นโดยในปัจจุบันคาดว่าบริษัทรักษาความปลอดภัยเกือบ 4,000 บริษัท

การเติบโตอย่างรวดเร็วของธุรกิจนี้ทำให้เกิดการจัดตั้งธุรกิจขึ้นมาให้บริการรักษาความปลอดภัยเป็นจำนวนมาก ทั้งในรูปของบุคคลธรรมดาเป็นเจ้าของคนเดียว โดยอาจเป็นอาชีพเสริมของข้าราชการทหาร ตำรวจ หรือพนักงานฝ่ายปกครอง และในรูปของนิติบุคคล ทั้งบริษัทจำกัด และบริษัทมหาชนจำกัด นอกจากนี้ยังพบว่า มีผู้ประกอบการธุรกิจบางส่วนไม่ทำการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทให้ถูกต้องหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า บริษัทเถื่อนอีกด้วย อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาพบว่าในปัจจุบัน สามารถแบ่งประเภทของธุรกิจรักษาความปลอดภัย ออกเป็น 3 ขนาด ได้แก่ ขนาดเล็ก มีจำนวนบุคลากรไม่เกิน 100 คน บริษัทขนาดกลาง มีจำนวนบุคลากรระหว่าง 101-300 คน และบริษัทขนาดใหญ่ มีจำนวนบุคลากรทั้งหมด ตั้งแต่ 301 คน ขึ้นไป²⁶

ด้วยรูปแบบของการจัดตั้งธุรกิจรักษาความปลอดภัย ซึ่งมีทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล รวมถึงการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนไม่จดทะเบียน และขนาดของธุรกิจซึ่งมีความแตกต่างกัน จึงส่งผลให้คุณภาพและมาตรฐานของการให้บริการรักษาความปลอดภัยมีความแตกต่างกัน ทำให้เกิดปัญหาตามมาหลายประการ เช่น บางแห่งไม่มีระบบคัดกรองด้านประวัติอาชญากรรมของบุคคลที่เข้าทำงานเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย ทำให้มีมีมิจฉาชีพแฝงตัวเข้ามาทำหน้าที่เป็น

²⁴ สมาคมผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัยแห่งประเทศไทย. (2560). *ความเป็นมา*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://securitythaicenter.com/>. [2562, 21 กรกฎาคม].

²⁵ สมาคมผู้ประกอบการรักษาความปลอดภัยแห่งประเทศไทย ข้อมูลเมื่อวันที่ 18 พฤษภาคม 2552

²⁶ สยามธุรกิจ. (2559). *ยุคทอง รปภ.-แฉว์ ค่าตัวพุ่ง แข่งเดือดชิงเค้ก 7 หมื่นล้านต่อจว. เหมินกรุงทำนายดีกว่า*. ฉบับที่ 1507 ประจำวันที่ 4 ตุลาคม 2014 ถึง 10 ตุลาคม 2014. หน้า 1.

พนักงานรักษาความปลอดภัย เพื่อให้มีโอกาสสำรวจทรัพย์สินของประชาชนตามหมู่บ้านต่าง ๆ ที่ตนไปทำหน้าที่เป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยอยู่ แล้วกลับมาก่อเหตุในภายหลัง บางแห่งใช้แรงงานต่างด้าวเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัย เช่น การจับกุมแรงงานต่างด้าวภายในห้างสรรพสินค้าเดอะมอลล์ สาขาบางแค ถนนเพชรเกษม จากกรณีสืบทราบว่ามีบริษัทรักษาความปลอดภัยเอกชน ดีเอสแอลรักษาความปลอดภัยและกฎหมาย ซึ่งได้รับสัมปทานให้ดูแลรักษาความปลอดภัยพื้นที่ภายในห้างสรรพสินค้าดังกล่าวได้ว่าจ้างแรงงานต่างด้าวสัญชาติพม่าและลาว เข้ามาทำงานโดยผิดกฎหมาย ซึ่งสามารถจับกุมตัวพนักงานรักษาความปลอดภัยซึ่งเป็นแรงงานต่างด้าวได้รวมทั้งสิ้น 49 คน²⁷

อนึ่ง แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยเหล่านี้บางคนไม่สามารถสื่อสารเป็นภาษาไทยกับประชาชนในชุมชนที่ตนทำหน้าที่รักษาความปลอดภัยได้ ทำให้เป็นอุปสรรคต่อการแจ้งเหตุด่วนเหตุร้ายต่าง ๆ นอกจากนี้ หากเกิดเหตุอาชญากรรมจากการกระทำของบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาในรูปของพนักงานรักษาความปลอดภัยเหล่านี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจก็ติดตามตัวมาดำเนินคดีได้ยาก เนื่องจากไม่มีภูมิลำเนาเป็นหลักแหล่ง เป็นต้น

ในปี พ.ศ. 2558 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 ซึ่งส่งผลกระทบต่อธุรกิจรักษาความปลอดภัยในขณะนั้นเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีการกำหนดคุณสมบัติทั้งในส่วนของผู้ประกอบการ และในส่วนของตัวพนักงานรักษาความปลอดภัย โดยในส่วนของตัวพนักงานรักษาความปลอดภัยกำหนดให้ต้องขึ้นทะเบียนกับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (สตช.) เพื่อทำการสอบประวัติอาชญากรรมย้อนหลัง โดยผู้จะทำอาชีพเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยได้ ต้องไม่เคยมีประวัติอาชญากรรมหรือพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี ในคดีเกี่ยวกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน การพนัน ยาเสพติด ส่วนบุคคลที่มีคดีเกี่ยวกับเพศ ห้ามขึ้นทะเบียนเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยโดยเด็ดขาด นอกจากนี้ ยังกำหนดให้บุคคลที่ขึ้นทะเบียนเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยได้ ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้น

จากข้อกำหนดในพระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 ดังกล่าว ทำให้พนักงานรักษาความปลอดภัย ซึ่งมีอยู่รวมทั้งสิ้นประมาณ 450,000 คน ขึ้นทะเบียนเพียง 200,000 คนเท่านั้น ซึ่งนายเชบัสเตียน พาวเวอร์ รองกรรมการผู้จัดการสายงานปฏิบัติการบริษัทรักษาความปลอดภัย พีซีเอส และฟาซิลิตี เซอร์วิสเซส จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติอังกฤษให้บริการดูแลรักษา

²⁷ สำนักพิมพ์ผู้จัดการ. (2561). *จับ รปภ.พม่า – ลาว ครั้งร้อย ดูแลความปลอดภัยให้ห้างเดอะมอลล์*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก <https://mgronline.com/crime/detail/9520000004679>. [2562, 21 กรกฎาคม].

ความปลอดภัยในประเทศไทยมากกว่า 50 ปี ให้ความเห็นว่า น่าจะเกิดจากพนักงานรักษาความปลอดภัยปัญหาการมีประวัติอาชญากรรมและเป็นบุคคลที่มีสัญชาติอื่น มิใช่สัญชาติไทย²⁸

นอกจากนี้ยังมีความเห็นมาจากตำรวจผู้ปฏิบัติงานในหน้าที่สืบสวนสอบสวนคดีอาชญากรรมว่า นอกจากพนักงานรักษาความปลอดภัย ต้องใช้ภาษาพูดและภาษาเขียนเป็นภาษาไทยแล้ว เพื่ออำนวยความสะดวกแก่พนักงานสอบสวน และหลักฐานในการดำเนินคดีในกรณีเกิดการโจรกรรมทรัพย์สินสูญหายหรือเสียหาย พร้อมเป็นพยานหลักฐานในการดำเนินคดีต่าง ๆ หากพนักงานรักษาความปลอดภัยเป็นแรงงานต่างด้าวซึ่งอาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัยนี้ถือเป็นงานความมั่นคงประเภทหนึ่งจำเป็นต้องตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของผู้ปฏิบัติงาน หากผู้ที่ทำหน้าที่ดังกล่าวเป็นคนต่างด้าวจะทำให้เกิดความยุ่งยากต่าง ๆ ตามมามากมาย เช่น การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมของคนไทยต้องใช้เวลาราว 7 วันจึงจะได้ผลการตรวจสอบ ขณะที่แรงงานต่างด้าว การตรวจสอบประวัติอาชญากรรมไปยังประเทศต้นทางไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น อาชีพพนักงานรักษาความปลอดภัยจึงไม่เหมาะสมกับการว่าจ้างแรงงานต่างด้าว²⁹

ถึงแม้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติธุรกิจรักษาความปลอดภัย พ.ศ. 2558 แล้วก็ตามแต่พบว่ายังคงลักลอบว่าจ้างแรงงานต่างด้าวเป็นพนักงานรักษาความปลอดภัยอย่างต่อเนื่อง ข้อมูลจากกรมการจัดหางานพบว่า ตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 2561 ถึงวันที่ 22 พฤษภาคม 2562 ได้ตรวจสอบการทำงานของแรงงานต่างด้าวไปแล้ว 371,823 คน และดำเนินคดีกับแรงงานต่างด้าวที่ทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานรวมทั้งสิ้น 6,206 คน ซึ่งเป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามกฎหมาย ได้แก่ ขายสินค้า ขายอาหารตามแผงต่าง ๆ ขายของหน้าร้าน รวมทั้งเร่ขายสินค้าและงานอื่น ๆ เช่น พนักงานรักษาความปลอดภัย พนักงานขับรถจักรยานยนต์รับจ้าง นวดแผนไทย และเสริมสวย เป็นต้น³⁰

²⁸ พัชรศรี ว่องไชยกุล. (2561). *ผลพวงกฎหมายคุม รปภ. อัดเบียดเลี้ยง ยาม เพิ่ม 5-10 เปอร์เซนต์ช่วงชิงแรงงาน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.forbesthailand.com/news-detail.php?did=1525>. [2562, 21 กรกฎาคม].

²⁹ บริษัท แท็กการ์ด จำกัด. (2561). *จ้าง รปภ.ต่างด้าวใครคิด*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <https://www.tactguard.com/จ้าง-รปภ-ต่างด้าวใครคิด/>. [2562, 21 กรกฎาคม].

³⁰ กรมประชาสัมพันธ์. (2561). *กรมการจัดหางานเผย ยอดตรวจจับดำเนินคดีแรงงานต่างด้าวลักลอบทำงานแย่งอาชีพคนไทยแล้วกว่า 6,200 คน พร้อมเดินหน้าประสานตำรวจและฝ่ายปกครองตรวจเข้มทุกพื้นที่ต่อเนื่อง*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://thainews.prd.go.th/th/news/detail/TCATG190524184333965>. [2562, 21 กรกฎาคม].

2.2.4 แนวคิดเกี่ยวกับสิทธิของแรงงานต่างด้าวตามมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ

มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Standards) มาตรฐานหลักด้านแรงงานที่อยู่ในปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานนั้น เป็นส่วนหนึ่งของมาตรฐานที่องค์การฯ ได้วางไว้เท่านั้น ตั้งแต่ พ.ศ. 2462 ILO และโครงสร้างไตรภาคีขององค์การฯ ซึ่งประกอบด้วยรัฐบาลของประเทศ สมาชิกรายจ้าง และองค์กรลูกจ้างได้สร้างระบบของมาตรฐานระหว่างประเทศทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการทำงานทั้งหมด³¹ เป็นหลักอ้างอิงสากลที่สะท้อนถึงระดับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมนั้น เป็นสิ่งที่กำหนดหลักการขั้นพื้นฐานสิทธิและหน้าที่ของนายจ้างและแรงงาน รวมถึงวัตถุประสงค์เชิงนโยบาย พื้นที่ในการปฏิบัติการหรือให้การชี้แนะด้านวิธีการและขั้นตอนที่จะนำไปปฏิบัติ มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศได้สร้างขึ้นมาเพื่อส่งเสริมการทำงานที่มีคุณค่าสำหรับแรงงานทุกสัญชาติในโลก ซึ่งในเชิงกฎหมายนั้น มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศจะปรากฏในรูปแบบดังต่อไปนี้³²

1) อนุสัญญาหรือพิธีสาร (Conventions หรือ Protocols) คือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ที่มีผลผูกพันทางกฎหมายซึ่งประเทศสมาชิกสามารถให้สัตยาบันได้เป็นเครื่องมือที่บัญญัติหลักการพื้นฐานซึ่งประเทศที่ให้สัตยาบันจะต้องนำไปปฏิบัติ เป็นตราสารที่มีสภาพบังคับ โดยได้บัญญัติข้อกำหนดมาตรฐานแรงงานในแต่ละประเด็นไว้ ปัจจุบันมีอนุสัญญา ILO ทั้งสิ้นจำนวน 189 ฉบับ (ข้อมูล ณ เดือนกรกฎาคม 2562)³³ อนุสัญญาจะมีผลบังคับใช้กับประเทศสมาชิกต่อเมื่อประเทศสมาชิกได้ให้สัตยาบันอนุสัญญานั้นแล้ว ประเทศสมาชิกสามารถพิจารณาเลือกให้สัตยาบันอนุสัญญานั้นได้ก็เห็นว่าจะเกิดประโยชน์ต่อสถานการณ์แรงงาน สภาพเศรษฐกิจและสังคมของตน หลังจากการให้สัตยาบันแล้ว ประเทศดังกล่าวต้องออกกฎหมาย ข้อบังคับ หรือแนวปฏิบัติภายในประเทศให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของอนุสัญญา และต้องขจัดอุปสรรคในการปฏิบัติตามอนุสัญญา ไม่ว่าจะเป็นการยกเลิกกฎหมายหรือแนวปฏิบัติภายในประเทศที่ขัดกับอนุสัญญา

2) ข้อเสนอแนะ (Recommendations) คือแนวปฏิบัติที่ไม่มีข้อผูกพันทางกฎหมายแต่ตรงอำนาจและไม่จำเป็นต้องให้สัตยาบัน หากแต่ระบุถึงวิธีการปฏิบัติด้านแรงงานเพื่อให้ประเทศ

³¹ สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ. (2550). *ILO คืออะไร ILO ทำอะไร*. กรุงเทพฯ: สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ. หน้า 13.

³² กระทรวงแรงงาน. (2551). *ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับองค์การแรงงานระหว่างประเทศ*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mol.go.th/content/page/ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับ-ilo>. [2561, 25 สิงหาคม].

³³ กรมการจัดหางาน. (2561). *แผนยุทธศาสตร์กรมการจัดหางาน พ.ศ. 2560-2564*. กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน. หน้า 25.

สมาชิกได้พิจารณานำไปเป็นแนวทางปรับใช้ภายในประเทศ เครื่องมือนี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศให้การรับรอง ข้อแนะนำ 2 ประเภtd้วยกัน ได้แก่ (ก) ข้อแนะนำเสริมอนุสัญญา : ข้อแนะนำนี้มีเนื้อหาที่เป็นการอธิบาย หรือเพิ่มเติมรายละเอียดในทางปฏิบัติให้แก่อนุสัญญาลบับนั้น ๆ เนื่องจากตัวบทของอนุสัญญาจะบัญญัติไว้เฉพาะหลักการหรือมาตรฐานเบื้องต้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกต่าง ๆ จากทั่วภูมิภาคของโลกที่ให้สัตยาบันได้ไปออกกฎหมายหรือกำหนดแนวปฏิบัติที่สอดคล้องกับอนุสัญญาได้อย่างเหมาะสมกับสถานการณ์แรงงาน และภาวะเศรษฐกิจหรือสังคมภายในประเทศ ดังนั้น อนุสัญญาลบับจึงต้องมีข้อแนะนำเสริมสำหรับอธิบายและชี้แนะแนวทางปฏิบัติ เช่น ข้อแนะนำฉบับที่ 199 ว่าด้วยงานในภาคการประมง (Work in Fishing) ค.ศ. 2007 ซึ่งเพิ่มเติมอนุสัญญาลบับที่ 188 ว่าด้วยงานในภาคการประมง (Work in Fishing) ค.ศ. 2007 เป็นต้น (ข) ข้อแนะนำที่ไม่ประกอบอนุสัญญาใด ๆ : ข้อแนะนำประเภทนี้ เป็นเพียงตราสารที่ให้แนวทางและวิธีปฏิบัติด้านแรงงานในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง แต่เรื่องดังกล่าวไม่ใช่ประเด็นด้านแรงงานที่มีความสำคัญสำหรับประเทศสมาชิกจนถึงขั้นที่ต้องออกเป็นอนุสัญญา หรือเป็นประเด็นซึ่งที่ประชุมใหญ่แรงงานระหว่างประเทศพิจารณาแล้วว่า ยังไม่สมควรมีสถานะให้บังคับใช้ได้ในรูปแบบอนุสัญญา เช่น ข้อแนะนำฉบับที่ 198 ว่าด้วยความสัมพันธ์ในการจ้างงาน (Employment Relationship) ค.ศ. 2006 เป็นต้น

จากการศึกษาครั้งนี้ ผู้ศึกษาจะกล่าวถึงเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาครั้งนี้ เท่านั้นอันประกอบไปด้วย³⁴

2.2.4.1 อนุสัญญาลบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน ค.ศ. 1964³⁵

อนุสัญญาลบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน ค.ศ. 1964 ประเทศไทยให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2512 สาระสำคัญคือ เพื่อกระตุ้นความเติบโตและการพัฒนาทางเศรษฐกิจยกระดับความเป็นอยู่ สนองตอบต่อความต้องการแรงงานและเอาชนะการว่างงานและการทำงานต่ำระดับ สมาชิกจะต้องประกาศและปฏิบัติตามนโยบายโดยมีวัตถุประสงค์ที่ทำให้มั่นใจว่า

- 1) มีงานทำสำหรับทุกคนที่ว่างงานและกำลังหางานทำ
- 2) งานนั้นมีประโยชน์เท่าที่จะเป็นไปได้
- 3) คนทำงานทุกคนมีอิสระในการเลือกงานและมีโอกาสที่เป็นไปได้มากที่สุดที่จะหางานให้เหมาะสมกับทักษะและความสามารถในงานที่เหมาะสมกับตน โดยไม่คำนึงถึงเชื้อชาติ สีผิว เพศ ศาสนาความคิดเห็นทางการเมือง สัญชาติ หรือกำเนิดทางสังคม

³⁴ กรมการจัดหางาน. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 33. หน้า 11-12.

³⁵ กระทรวงแรงงาน. (2556). *อนุสัญญาลบับที่ 122 ว่าด้วยนโยบายการทำงาน ค.ศ. 1964*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mol.go.th/en/node/3410>. [2561, 31 สิงหาคม].

นอกจากนี้ นโยบายดังกล่าวจะต้องคำนึงตามสมควรถึงระดับและขั้นตอนของการพัฒนาเศรษฐกิจและความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันระหว่างวัตถุประสงค์ของการมีงานทำกับวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจและสังคมอื่น ๆ และจะต้องนำไปปฏิบัติตามด้วยวิธีการต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับสถานะและทางปฏิบัติของประเทศ

2.2.4.2 อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958³⁶

อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958 ประเทศไทยให้สัตยาบันเมื่อวันที่ 13 มิถุนายน 2560 สารระสำคัญคือ ให้ประเทศสมาชิกที่เป็นภาคีต้องกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติที่ทัดเทียมในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติใด ๆ รวมทั้ง ส่งเสริมความร่วมมือกับองค์การผู้แทนนายจ้าง ผู้แทนลูกจ้าง และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าว

แม้ว่าประเทศต่าง ๆ จะมีสิทธิ์ที่จะกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้แรงงานข้ามชาติเข้ามาทำงานได้หรือไม่ และในลักษณะใด เงื่อนไขเหล่านี้จะต้องไม่ส่งผลให้มีการเลือกปฏิบัติด้วยเหตุผลทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ สถานะทางสัญชาติ ภูมิภาคหลังทางสังคม ศาสนา หรือความคิดเห็นทางการเมือง กฎหมายจึงไม่ควรอนุญาตให้มีการกระทำดังตัวอย่างต่อไปนี้

1) “การแบ่งสี” เช่น แบ่งแยกระหว่างแรงงานข้ามชาติ (หรือระหว่างแรงงานพลเมืองของประเทศกับแรงงานข้ามชาติ) แต่ละกลุ่มที่มีสีผิว ลักษณะทางเชื้อชาติ ชาติพันธุ์ หรือภูมิภาคหลังทางสังคมแตกต่างกัน

2) การเลือกปฏิบัติโดยมีมูลฐานจากภาพเหมารวมทางเพศและมิติหญิงชาย เช่น การตั้งครุฑ สถานะทางครอบครัว และการใช้มาตรการ “คุ้มครอง” ต่าง ๆ ที่จำกัด ไม่ให้แรงงานข้ามชาติหญิงสามารถทำงานที่ปลอดภัยและมีผลผลิตได้

แรงงานข้ามชาติมักถูกเลือกปฏิบัติในหลายด้านและในทุกขั้นตอนของการย้ายถิ่น ยกตัวอย่าง เช่น แรงงานข้ามชาติอาจมีสีผิวและกำเนิดทางสังคมที่แตกต่างหรือเป็นผู้หญิงด้วยคุณสมบัติเหล่านี้มักมีเหตุแห่งการเลือกปฏิบัติที่ซ้ำซ้อนสำหรับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ จึงควรแก้ปัญหาการเลือกปฏิบัติในทุกรูปแบบหรือทุกระดับไปพร้อมกัน

อนุสัญญา ILO ฉบับที่ 111 เป็นหนึ่งในอนุสัญญามาตรฐานแรงงานหลัก (Fundamental Conventions) จัดอยู่ในหมวด การจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพ มีผล

³⁶ สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงอัมมาน. (2558). อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaiembassy.org/amman/th/news/1164/78617-ยื่นสัตยาบันอนุสัญญา-ILO-ฉบับที่-111-ว่าด้วยการ.html>. [2561, 31 สิงหาคม].

ผูกพันให้ประเทศสมาชิกที่เป็นภาคีต้องกำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมความเสมอภาคของโอกาสและการปฏิบัติที่ทัดเทียมในการจ้างงานและอาชีพ เพื่อจัดการเลือกปฏิบัติใด ๆ รวมทั้ง ส่งเสริมความร่วมมือกับองค์การผู้แทนนายจ้าง ผู้แทนลูกจ้าง และภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการยอมรับและการปฏิบัติตามนโยบายดังกล่าว นอกจากนี้ การให้สัตยาบันอนุสัญญา ILO ฉบับที่ 111 สอดคล้องกับพันธกรณีของไทยตามอนุสัญญาว่าด้วย การขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: CERD) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: ICESCR) ทั้งนี้ ประเด็นการจัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานและอาชีพสะท้อนอยู่ในเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals: SDGs) ข้อที่ 5 เรื่อง ความเท่าเทียมทางเพศ ข้อที่ 8 เรื่อง การจ้างงานที่มีคุณค่าและการเติบโตทางเศรษฐกิจ และข้อที่ 10 เรื่อง ลดความเหลื่อมล้ำ และยังเป็นส่วนหนึ่งของหลักการทำงานที่มีคุณค่า (Decent Work) ปัจจุบันมีประเทศสมาชิกเข้าเป็นภาคีอนุสัญญา ILO ฉบับนี้แล้ว 175 ประเทศ รวมทั้งไทย³⁷

การเลือกปฏิบัติโดยตรง (Direct discrimination) เกิดขึ้นเมื่อมีความไม่เท่าเทียมในการปฏิบัติต่อแรงงานที่มีความแตกต่างทางเชื้อชาติ สีผิว เพศ หรือความแตกต่างอื่นใดตามที่ครอบคลุมในอนุสัญญา ซึ่งการเลือกปฏิบัตินี้เป็นผลโดยตรงมาจากกฎหมาย กฎเกณฑ์ หรือวิถีปฏิบัติที่แบ่งแยกอย่างชัดเจนระหว่างแรงงานกลุ่มต่าง ๆ ตามเหตุผลที่กล่าวมาแล้ว เช่น กฎหมายที่ไม่อนุญาตให้ผู้หญิงลงนามในสัญญา กฎหมายแรงงานที่กำหนดให้แรงงานภายในประเทศซึ่งย้ายถิ่นจากชนบทมาทำงานในเมืองได้รับค่าจ้างน้อยกว่าแรงงานที่มีภูมิลำเนาอยู่ในเมืองนั้น ประกาศรับสมัครงานที่กำหนดรูปลักษณะและเพศของผู้สมัคร หรือกฎหมายที่ไม่ให้ความคุ้มครองการตั้งครรภ์กับแรงงานข้ามชาติ เป็นต้น ขณะที่การเลือกปฏิบัติโดยอ้อม (Indirect Discrimination) หมายถึง กฎเกณฑ์และวิถีปฏิบัติที่ดูเหมือนจะเป็นกลาง แต่เมื่อนำไปปฏิบัติแล้วทำให้เกิดความเสียเปรียบต่อบุคคลเพศใดเพศหนึ่ง เชื้อชาติ สีผิว หรือลักษณะอื่นอย่างใดอย่างหนึ่ง ลักษณะการเลือกปฏิบัตินี้อาจเป็นการกำหนดคุณสมบัติที่ไม่เกี่ยวข้องกับตัวงาน ไม่ว่าจะเป็นการเลือกจ้างงานเฉพาะจากกลุ่มเชื้อชาติ สีผิว เพศ กำเนิดทางชาติพันธุ์หรือสังคม ศาสนาหรือความคิดเห็นทางการเมือง ถือเป็น การเลือกปฏิบัติ อย่างไรก็ดี จะไม่ถือว่านโยบายการจ้างงานเป็นการเลือกปฏิบัติหากเป็นไป ด้วยเหตุผล และความจำเป็นที่แท้จริงของงานนั้น เช่น การจ้างพนักงานประจำห้องน้ำที่เป็นผู้ชายเพื่อทำงานในห้องน้ำชาย และการจ้างพนักงานประจำห้องน้ำที่เป็นผู้หญิงเพื่อทำงานในห้องน้ำหญิง ในกรณี

³⁷ สถานเอกอัครราชทูต ณ กรุงอัมมาน. (2558). *อนุสัญญาฉบับที่ 111 ว่าด้วยการเลือกปฏิบัติ (การจ้างงานและอาชีพ) ค.ศ. 1958*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.thaiembassy.org/amman/th/news/1164/78617-ยื่นสัตยาบันอนุสัญญา-ILO-ฉบับที่-111-ว่าด้วยการ.html>. [2561, 31 สิงหาคม].

ยกเว้นเหล่านี้ อาจตั้งคุณสมบัติบางประการ เช่น เพศ เชื้อชาติ หรือศาสนาเป็นข้อกำหนดที่จำเป็นตามลักษณะงานนั้นได้³⁸

สำหรับการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติและชาติพันธุ์ต่อแรงงานย้ายถิ่นและแรงงานข้ามชาติที่พบทั่วไปรวมถึง การเลือกปฏิบัติโดยตรง เป็นการปฏิบัติซึ่งแสดงความขึ้นชอบต่อแรงงานผู้ใดผู้หนึ่งน้อยกว่าแรงงานผู้อื่นในที่ทำงาน จากเหตุผลทางเชื้อชาติหรือสีผิว ซึ่งเป็นการปฏิบัติที่แตกต่างจากที่บุคคลเชื้อชาติอื่นจะได้รับในสถานการณ์เดียวกันหรือสถานการณ์ที่คล้ายคลึงกัน และการเลือกปฏิบัติทางอ้อม คือ ผลของข้อกำหนดบางประการ (เช่น ทรงผม) เจื่อนใจ (เช่น การประเมินผลงาน) หรือ วิธีปฏิบัติ (เช่น จ้องจับผิดและว่ากล่าวติเตียนแม้กระทำความผิดเล็กน้อยที่ผู้อื่นก็กระทำอยู่) ทำให้เกิดผลกระทบอย่างย้งต่อคนเชื้อชาติใดเชื้อชาติหนึ่ง³⁹

การเลือกปฏิบัติในสถานที่ทำงานคือ การที่บุคคลได้รับการปฏิบัติในเรื่องงานหรือในเรื่องโอกาสอย่างแตกต่างไปจากบุคคลอื่น ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวนั้นกระทำไปโดยไม่มีเหตุผลที่เป็นวัตถุประสงค์หรือเหตุผลทางกฎหมายมาสนับสนุนได้ เช่น ผลผลิตหรือคุณสมบัติที่มีมาแต่เดิมอาจเป็นเหตุผลที่จะจ่ายค่าตอบแทนให้บุคคลหนึ่งมากกว่าอีกบุคคลหนึ่งสำหรับการทำงานที่มีมูลค่าเท่ากัน แต่หากมีคนสองคนที่มีคุณสมบัติเท่ากัน แต่มีความแตกต่างทางด้านเชื้อชาติ สีผิว เพศ หรือชาติตระกูล ได้รับเงินเดือนไม่เท่ากันสำหรับการทำงานในหน้าที่เดียวกันหรือคล้ายคลึงกันย่อมถือเป็นการเลือกปฏิบัติ

ความเท่าเทียมในการทำงานคือคุณประโยชน์และหลักการพื้นฐานซึ่งทำให้แรงงานสามารถได้รับส่วนแบ่งที่เป็นธรรมได้จากผลผลิตและความมั่งคั่งที่แรงงานเหล่านี้ช่วยสร้างขึ้นมา

1) หลักการเรื่องโอกาสที่เท่าเทียมในการทำงานมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้บุคคลสามารถพัฒนาศักยภาพทางเศรษฐกิจของตนได้อย่างเต็มที่ และสามารถจัดสรรเวลาและพลังงานของตนให้กับงานที่มีการนำเวลาและพลังงานนั้นไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพมากที่สุดและให้ผลตอบแทนสูงสุด

2) หลักการเรื่องการปฏิบัติที่เท่าเทียมมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การทำงานของบุคคลได้รับผลตอบแทนตามผลผลิตและผลงาน โดยคำนึงถึงลักษณะอันเป็นวัตถุประสงค์ของตัวงาน เช่น ทักษะ ความรู้ หน้าที่รับผิดชอบ สภาพการทำงาน และโดยปราศจากการแทรกแซงโดยการพิจารณาโดยเหตุผลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกั้ผลงาน เช่น เพศ เชื้อชาติ หรือศาสนา

ประเทศเจ้าบ้านจะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจหากสามารถใช้แรงงานต่างชาติซึ่งเดินทางมาทำงานในประเทศได้อย่างเต็มศักยภาพ ตัวแรงงานข้ามชาติเอง เศรษฐกิจของประเทศเจ้า

³⁸ สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ. (2550). *มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิแรงงานข้ามชาติ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานแรงงานระหว่างประเทศ. หน้า 13.

³⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 14.

บ้านและเศรษฐกิจของประเทศต้นทางก็จะได้รับประโยชน์เช่นกัน หากแรงงานได้รับค่าจ้างและการปฏิบัติเหมือนกันสำหรับผลงานซึ่งให้ผลผลิตเท่ากัน การเลือกปฏิบัติเป็นสิ่งที่กีดกร่อนความเท่าเทียมทางโอกาสและความเท่าเทียมทางการปฏิบัติในการทำงาน สำหรับประเทศไทยได้เปิดให้แรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ 2 อาชีพหลักคือ กรรมกร และคนรับใช้ในบ้าน ตามกฎหมายของหลายประเทศมิได้ให้ความคุ้มครองการทำงานรับใช้ในบ้าน ดังนั้น ผู้ทำงานรับใช้ในบ้านซึ่งโดยมากเป็นผู้หญิงและเด็กจึงมีความเสี่ยงอย่างยิ่งต่อการถูกเลือกปฏิบัติ การถูกแสวงประโยชน์ และการถูกระทำ แรงงานเหล่านี้มักเสี่ยงต่อการถูกค้ามนุษย์ เป็นแรงงานบังคับ และเป็นแรงงานขี้ดหนี้ ผู้ทำงานรับใช้ในบ้านหลายคนต้องทนทำงานในสภาพที่ย่ำแย่และต้องทนต่อการถูกละเมิดสิทธิอื่น ๆ ในการทำงานซึ่งรวมถึง ค่าจ้างที่ต่ำมาก (มักต่ำกว่าค่าแรงขั้นต่ำอย่างมาก) เวลาทำงานที่ยาวนาน (ถึง 15 – 18 ชั่วโมงต่อวัน) ไม่มีวันหยุดประจำ และมีวันหยุดน้อยวัน การไม่ได้รับอาหารและที่พักเพียงพอ การถูกจองจำและให้อยู่โดดเดี่ยว การชะลอหรือไม่ยอมจ่ายค่าจ้างและการยึดเอกสารประจำตัว การข่มขู่และใช้ความรุนแรงในที่ทำงาน รวมทั้งการทำร้ายทางกาย ทางใจ และทางเพศ⁴⁰

2.3 พันธกรณีของประเทศสมาชิกด้านแรงงานภายใต้ประชาคมอาเซียน

การจัดการเรื่อง “แรงงาน” เป็นปัจจัยสำคัญและเป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่จะทำให้แผนการทำงานสู่ประชาคมอาเซียนทั้ง 3 ด้าน คือ ด้านการเมือง ด้านเศรษฐกิจ และด้านสังคมและวัฒนธรรมบรรลุความมุ่งหมายอันจะนำไปสู่ความสำเร็จในการจัดตั้งประชาคมอาเซียน ด้วยเหตุนี้ นโยบายแผนการเตรียมการ และแผนการปฏิบัติงานในการจัดตั้งประชาคมอาเซียนจึงได้กล่าวถึงหลักการและประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการเคลื่อนย้ายแรงงานและสิทธิของผู้ใช้แรงงานไว้อย่างชัดเจนต่อไปนี้

2.3.1 กฎบัตรอาเซียน

“กฎบัตรอาเซียน” เปรียบเสมือนธรรมนูญในการจัดตั้งประชาคมอาเซียน การศึกษาถึงพันธกรณีและหน้าที่ที่รัฐสมาชิกจะต้องนำไปใช้เป็นแนวทางในการเตรียมการแก้ไขกฎหมายและแนวปฏิบัติภายในเพื่อรองรับการเข้าร่วมประชาคม จึงมีความจำเป็นต้องทำการศึกษากฎบัตรอาเซียนเป็นลำดับแรก กระนั้นเนื้อหาในกฎบัตรก็เป็นเพียงหลักการพื้นฐานที่ถูกกำหนดขึ้นเพื่อ

⁴⁰ รัชต์ บุราทร. (2557). *อนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 189 ว่าด้วยงานที่มีคุณค่าสำหรับคนงานทำงานบ้าน : ศึกษาความเหมาะสมและผลกระทบทางกฎหมายในการที่ประเทศไทยจะให้สัตยาบัน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์. หน้า 57.

ยื่นข้อเสนอแนะร่วมในการจัดตั้งประชาคม การศึกษารายละเอียดของข้อตกลงร่วมต่าง ๆ ซึ่งเป็นผลพวงจากการประชุมและการเจรจาของรัฐมนตรีในหลากหลายวาระ ที่ได้ร่วมกันกำหนดขึ้นเพื่อเป็นกรอบการดำเนินงานอันมีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องแรงงาน เนื้อความในกฎบัตร ข้อที่ 1 ว่าด้วยความมุ่งประสงค์โดยเฉพาะใน (5) มีใจความว่า “...เพื่อสร้างตลาดและฐานการผลิตเดียวที่มีเสถียรภาพ มั่งคั่ง มีความสามารถในการแข่งขันสูง และมีการรวมตัวกันทางเศรษฐกิจซึ่งมีการอำนวยความสะดวกทางการค้าและการลงทุนอย่างมีประสิทธิภาพ โดยมีการเคลื่อนย้ายอย่างเสรีของสินค้า บริการ และการลงทุน การเคลื่อนย้ายที่ได้รับความสะดวกของนักธุรกิจ ผู้ประกอบวิชาชีพ ผู้มีความสามารถพิเศษและแรงงาน และการเคลื่อนย้ายอย่างเสรียิ่งขึ้นของเงินทุน...”

ข้อบัญญัติดังกล่าว เห็นได้ว่า แม้กฎบัตรจะไม่ได้แสดงให้เห็นชัดถึงนโยบายเกี่ยวกับเรื่องแรงงานก็ตามแต่โดยนัยสำคัญแล้ว การจัดตั้งประชาคมอาเซียนขึ้นมานั้นก็ย่อมมุ่งที่จะให้เกิดการเคลื่อนย้ายแรงงานในระหว่างรัฐสมาชิกอันเป็นปัจจัยพื้นฐานของการค้า การบริการ และการลงทุน อันจะก่อให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและความสามารถในการแข่งขันของภูมิภาค ส่วนประเด็นที่ว่าแรงงานที่จะเคลื่อนย้ายกันนั้นเป็นแรงงานในลักษณะหรือรูปแบบใดนั้น ก็ต้องพิเคราะห์เพิ่มเติมจากถ้อยคำตัวอักษรของกฎบัตร โดยเฉพาะในส่วนที่ว่าด้วย “ผู้มีความสามารถพิเศษ” และ “เสรี” ตามที่ปรากฏในข้อ 5 นี้ กอปรกับการอ่านทวนตลอดเนื้อความในย่อหน้าดังกล่าวแล้ว ก็อาจสะท้อนให้เห็นเจตนารมณ์หนึ่งที่แฝงอยู่ในประโยคนี้นี้กล่าวคือ อาเซียนต้องการสนับสนุนให้แรงงานที่มีการเคลื่อนย้ายในระหว่างรัฐสมาชิกนั้นเป็นไปอย่างเสรี โดยมุ่งเน้นแต่เฉพาะแรงงานที่มีศักยภาพและความสามารถเป็นสำคัญ หรือนั่นก็คือ “แรงงานฝีมือ” นั่นเอง

2.3.2 ข้อตกลงร่วมในคุณสมบัติของนักวิชาชีพอาเซียน

ข้อตกลงยอมรับร่วม หรือ Mutual Recognition Arrangements : MRAs เป็นข้อตกลงที่เป็นการกำหนดเงื่อนไขของการยอมรับร่วมกันระหว่างคู่ภาคี โดยหน่วยงานด้านมาตรฐานหรือองค์กรด้านวิชาชีพของประเทศคู่ภาคีจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขของการยอมรับร่วมกันในกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานด้านต่าง ๆ เพื่อให้แต่ละประเทศมีกฎเกณฑ์หรือมาตรฐานเดียวกัน โดยทั่วไปแล้วการจัดทำ MRAs จะมีลักษณะเป็นการยอมรับร่วมกันในกฎระเบียบด้านเทคนิค มาตรฐานด้านสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช มาตรฐานสินค้า และคุณสมบัติด้านวิชาชีพ การศึกษา และประสบการณ์การทำงานของบุคคลธรรมดาที่จะมีการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศคู่ภาคี ดังนั้น MRAs จึงเป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกทางการค้าที่มาจากการเจรจาทกลงกันระหว่างคู่ภาคี และเป็นเครื่องมือสำคัญที่ใช้ในการสนับสนุน ข้อผูกพันด้านการเข้าสู่ตลาด ซึ่งจะช่วยลด

ค่าใช้จ่ายและระยะเวลาในการรับรองผลิตภัณฑ์ หรือการรับรองคุณสมบัติบุคคลธรรมดาที่จะเคลื่อนย้ายเข้าไปประกอบวิชาชีพในประเทศคู่ภาคี เป็นต้น⁴¹

ในทางปฏิบัติ MRAs ได้สร้างเงื่อนไขของการรับรองร่วมกันระหว่างคู่ภาคีของข้อตกลงยอมรับร่วม โดยเงื่อนไขเหล่านั้นขึ้นอยู่กับกฎระเบียบของแต่ละคู่ภาคี ข้อเรียกร้อง และกระบวนการพิสูจน์ เพื่อวัตถุประสงค์ในการทำให้เกิดความเชื่อมั่นของผู้กำกับดูแลตลาด (Market Regulators) และผู้บริโภคของประเทศผู้นำเข้า หรือประเทศผู้รับที่ได้นำเข้าสินค้า หรือผู้ให้บริการจากประเทศที่ได้ลงนามใน MRAs ว่าสินค้าและบริการนั้น ๆ มีความปลอดภัยหรือได้รับการตรวจสอบขั้นต่ำที่ได้รับการยอมรับ นอกจากนี้ ผู้ส่งออกสินค้าหรือบริการก็ได้รับประโยชน์จากเงื่อนไขของการยอมรับร่วม ถึงแม้ว่าจะมีขั้นตอนการตรวจสอบที่เพิ่มขึ้นต่อสินค้าและบริการนั้น ๆ⁴²

สำหรับเหตุผลสำคัญของการจัดทำ MRAs ระหว่างประเทศ คือ การที่กฎระเบียบของประเทศคู่ภาคีมีความแตกต่างกัน ซึ่งทำให้เกิดอุปสรรคต่อการนำเข้าหรือส่งออก เพราะต้องผ่านกระบวนการตรวจสอบหลายขั้นตอน ซึ่งอุปสรรคดังกล่าวถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเปิดตลาดการค้าเสรีระหว่างประเทศ ดังนั้น MRAs จึงเป็น เครื่องมือสำคัญที่ช่วยลดขั้นตอนการตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าและบริการทำให้อุปสรรคทางการค้าลดน้อยลง โดย MRAs เป็นข้อผูกพันที่กำหนดมาตรฐานกลางระหว่างคู่ภาคี และคู่ภาคีก็มีพันธกรณีที่จะต้องปรับกฎระเบียบและมาตรฐานภายในของประเทศตนให้สอดคล้องกับ MRAs สำหรับกรณีของการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา นั้น ก็มีมาตรการต่าง ๆ ที่ถือว่าเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเดินทางเข้าไปให้บริการในประเทศผู้รับ ได้แก่ มาตรการที่เกี่ยวกับการเข้าเมือง การจำกัดด้านแรงงาน และการกำหนดคุณสมบัติของนักวิชาชีพโดยองค์กรกำกับกฎระเบียบของประเทศผู้รับ อาทิเช่น คุณสมบัติทางด้านการศึกษา สัญชาติ หรือข้อเรียกร้องด้านที่พำนัก รวมถึงการควบคุม ด้านจรรยาบรรณของนักวิชาชีพ ทั้งนี้ ข้อจำกัดต่าง ๆ ข้างต้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ ในการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ กล่าวคือ ข้อจำกัดเหล่านี้กำหนดขึ้นเพื่อไม่ให้เกิด ความเสียหายในการปฏิบัติต่อผู้บริโภค หรือหาก

⁴¹ ศูนย์บริการวิชาการแห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. (2561). *ข้อตกลงยอมรับร่วมในเรื่องคุณสมบัติของนักวิชาชีพอาเซียน*. รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการเตรียมการรองรับการเคลื่อนย้ายของแรงงานผู้การเป็นประชาคมอาเซียน. หน้า 56-58.

⁴² เรื่องเดียวกัน, หน้า 58.

กรณีที่เกิดความเสียหายขึ้น ก็สามารถที่จะติดตามนักวิชาชีพนั้น ๆ มาให้รับผิดชอบต่อความเสียหายดังกล่าวได้⁴³

ในส่วนของ การเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพ เช่น แพทย์ พยาบาล วิศวกร สถาปัตยกรรม และบัญชี ซึ่งเป็นแรงงานฝีมือที่มีการกำหนดคุณสมบัติพิเศษ และกำหนดให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพหรือการขึ้นทะเบียนต่อองค์กรผู้กำกับดูแลวิชาชีพนั้น ๆ เพื่อให้สามารถประกอบวิชาชีพดังกล่าวได้ในระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน ก็ได้มีการตกลงกันระหว่างประเทศสมาชิกทั้ง 10 ประเทศในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 9 เมื่อวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ. 2547 ณ เกาะบาหลี ประเทศอินโดนีเซีย ให้มีการกำหนดคุณสมบัติของนักวิชาชีพพร้อมกัน โดยในการประชุมในครั้งนั้น ได้มีการรับรองปฏิญญาว่าด้วยความร่วมมือในอาเซียน ฉบับที่ 2 หรือ Bali Concord II ซึ่งได้กำหนดให้จัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมกัน (Mutual Recognition Arrangements: MRAs) ด้านคุณสมบัติในสาขาวิชาชีพหลักเพื่ออำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพหรือแรงงานเชี่ยวชาญ หรือผู้มีความสามารถพิเศษของอาเซียน ทั้งนี้ การเคลื่อนย้ายแรงงานดังกล่าวเป็นการเคลื่อนย้ายเฉพาะในส่วนของแรงงานฝีมือ และจะต้องเป็นผู้ที่มีคุณสมบัติตามมาตรฐานที่กำหนดไว้ใน MRAs ของอาเซียนเท่านั้น อย่างไรก็ตาม MRAs ด้านวิชาชีพ ของอาเซียน เป็นเพียงความตกลงที่มีเป้าหมายเป็นการอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน โดยกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนยอมรับในคุณสมบัติของนักวิชาชีพในสาขาวิชาชีพนั้น ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักวิชาชีพในขั้นตอนการขอใบอนุญาตเท่านั้น มิใช่การยอมรับคุณสมบัติเพื่อให้นักวิชาชีพดังกล่าวได้รับใบอนุญาตและสามารถประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกอื่นได้โดยอัตโนมัติ นอกจากนี้ การขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพและใบอนุญาตทำงานเพื่อประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกอื่น ยังคงต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์กฎหมายภายในของประเทศผู้รับที่ตนต้องการเข้าไปประกอบวิชาชีพทุกประการ⁴⁴

ในวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2558 ซึ่งเป็นวันที่เข้าสู่การเป็นประชาคมอาเซียน ได้มีการประกาศใช้แผนงานประชาคมอาเซียนฉบับใหม่ ที่มีผลใช้บังคับในระหว่างปี พ.ศ. 2559 – 2568 โดยในแผนงานฯ ฉบับใหม่ยังคงมีการกำหนดเกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกในการเคลื่อนย้ายแรงงานฝีมือและยังได้มุ่งเน้นให้มีการส่งเสริมการยอมรับคุณสมบัติร่วมและการดำเนินการตาม

⁴³ เดิมธรรม สิทธิเลิศ. (2558). *ข้อตกลงยอมรับร่วมในเรื่องคุณสมบัติของนักวิชาชีพอาเซียน*. กรุงเทพฯ: ศูนย์ข้อมูลข่าวอาเซียน กรมประชาสัมพันธ์. หน้า 2.

⁴⁴ กระทรวงการต่างประเทศ. (2561). *MRA และ MNP เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mfa.go.th/asean/th/other/2399/33218ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน-Mu.html>. [2561, 28 สิงหาคม].

กรอบคุณวุฒิอ้างอิงอาเซียน (ASEAN Qualifications Reference Framework : AQRF) รวมทั้งส่งเสริมการยอมรับ และความตกลงว่าด้วยการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดาของอาเซียน โดยได้มีการกำหนดมาตรการเชิงกลยุทธ์ให้มีการขยายและเพิ่มข้อผูกพันภายใต้ความตกลง MNP ให้กว้าง และลึกขึ้น ลดข้อจำกัดด้านเอกสารหากไม่สามารถจัดทำให้มีมาตรฐานเดียวกันได้ และพิจารณาปรับปรุงข้อตกลงยอมรับร่วมต่าง ๆ ที่มีอยู่ รวมถึงพิจารณาความเป็นไปได้ ในการจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมฉบับใหม่ ๆ เพิ่มเติมหากมีความจำเป็น⁴⁵

2.3.2.1 วิชาชีพที่มีการทำข้อตกลงร่วมในอาเซียน

ปัจจุบันประเทศสมาชิกอาเซียนได้จัดทำ MRAs ร่วมกันแล้วใน 8 สาขา วิชาชีพ ได้แก่

- 1) ข้อตกลงยอมรับร่วมสาขาวิศวกรรมของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Engineering Services)
- 2) ข้อตกลงยอมรับร่วมสาขาวิชาชีพพยาบาลของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Nursing Services)
- 3) ข้อตกลงยอมรับร่วมสาขาสถาปัตยกรรมของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Architectural Services)
- 4) ข้อตกลงยอมรับร่วมสาขาวิชาชีพแพทย์ของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Medical Practitioners)
- 5) ข้อตกลงยอมรับร่วมสาขาวิชาชีพทันตแพทย์ของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Dental Practitioners)
- 6) ข้อตกลงยอมรับร่วมวิชาชีพบัญชีของอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Accountancy Services)
- 7) กรอบข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติด้านการสำรวจของอาเซียน(ASEAN Framework Arrangement for the Mutual Recognition of Surveying Qualifications)
- 8) ข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติของบุคลากรวิชาชีพท่องเที่ยวแห่งอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism Professionals)

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่าข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติของบุคลากรวิชาชีพท่องเที่ยวแห่งอาเซียน (ASEAN Mutual Recognition Arrangement on Tourism Professionals) แม้ชื่อจะเป็นข้อตกลงยอมรับร่วมในคุณสมบัติของบุคลากรวิชาชีพ แต่เนื้อหาในข้อตกลงดังกล่าวจะเกี่ยวข้องกับ

⁴⁵ กระทรวงการต่างประเทศ. (2561). *MRA และ MNP เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mfa.go.th/asean/th/other/2399/33218ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน-Mu.html>. [2561, 28 สิงหาคม].

ความร่วมมือที่มุ่งเน้นการพัฒนา ความสามารถ สมรรถนะของอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการท่องเที่ยว ซึ่งจะมีลักษณะที่แตกต่างกับ MRAs ฉบับอื่น ๆ ข้างต้น

ภายใต้ MRAs 8 สาขา สามารถแบ่งออกได้เป็น 4 กลุ่ม กล่าวคือ⁴⁶

กลุ่มที่หนึ่ง วิชาชีพที่มีการขึ้นทะเบียนในระดับอาเซียนก่อนการดำเนินการเพื่อเข้ามาขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพตามกฎหมายภายในคือ วิชาชีพ วิศวกรรม สถาปัตยกรรม และ บัญชี ซึ่งสภาวิชาชีพของแต่ละประเทศสมาชิกจะได้รับมอบอำนาจจากสภาวิชาชีพอาเซียนในการดำเนินการรับขึ้นทะเบียนเป็นนักวิชาชีพอาเซียน โดยอำนาจในการพิจารณาการขึ้นทะเบียนเป็นนักวิชาชีพจะเป็นขององค์กรด้านวิชาชีพในระดับอาเซียน และเมื่อขึ้นทะเบียนเป็นนักวิชาชีพอาเซียนแล้ว นักวิชาชีพอาเซียนที่ต้องการจะเข้าไปประกอบวิชาชีพในประเทศสมาชิกอื่น ต้องดำเนินการตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับ และจะต้องได้รับการขึ้นทะเบียน เป็นนักวิชาชีพต่างดาวจดทะเบียนกับหน่วยงานของประเทศที่ตนจะเข้าไปประกอบ วิชาชีพอีกครั้งหนึ่ง โดยการเข้าไปประกอบวิชาชีพในลักษณะนี้จะเป็นการทำงาน ร่วมกับนักวิชาชีพท้องถิ่นและต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายภายในทุกประการ

กลุ่มที่สอง วิชาชีพที่ไม่มีการขึ้นทะเบียนในระดับอาเซียน คือวิชาชีพ แพทย์ พยาบาล และทันตแพทย์ การเข้ามาประกอบวิชาชีพในกลุ่มที่สองจะเป็นการดำเนินการภายใต้กฎหมายภายในของประเทศผู้รับโดยกฎหมายภายในมีบทบัญญัติที่เปิดกว้าง จึงสามารถขึ้นทะเบียนผู้ประกอบการวิชาชีพจากประเทศสมาชิกอื่นที่ผ่านคุณสมบัติตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดได้

กลุ่มที่สาม วิชาชีพนักสำรวจ ซึ่งปัจจุบันยังมีเพียงกรอบข้อตกลงยอมรับร่วม ในคุณสมบัติด้านการสำรวจของอาเซียนเพื่อใช้เป็นกรอบสำหรับประเทศสมาชิกอาเซียนเพื่อใช้ในการเจรจาจัดทำ MRA วิชาชีพนักสำรวจต่อไป

กลุ่มที่สี่ วิชาชีพด้านการท่องเที่ยว ซึ่งมีลักษณะเป็นการรับรองสมรรถนะ ด้านวิชาชีพ โดยการใช้อนุสัญญาการศึกษา การฝึกอบรม และประสบการณ์ การทำงานเพื่อกำหนดมาตรฐานในการพัฒนาศักยภาพบุคลากรด้านการท่องเที่ยว อาเซียน มิใช่การขึ้นทะเบียนหรือออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพแต่อย่างใด

2.3.2.2 สถานะการดำเนินการและความคืบหน้าของ MRAs

เนื่องจากระดับความแตกต่างในด้านมาตรฐานในแต่ละประเทศของแต่ละ วิชาชีพ เช่น ในกรณีของสถาปนิกและวิศวกรนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วประเทศสมาชิกแต่ละประเทศจะใช้

⁴⁶ กระทรวงการต่างประเทศ. (2561). *MRA และ MNP เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.mfa.go.th/asean/th/other/2399/33218ข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพของอาเซียน-Mu.html>. [2561, 28 สิงหาคม].

มาตรฐานสากลซึ่งเป็นมาตรฐานเดียว แต่สำหรับวิชาชีพเกี่ยวกับด้านสุขภาพของแต่ละประเทศสมาชิกรวมกัน จะมีมาตรฐานที่แตกต่างกัน จึงทำให้ในการเจรจาจัดทำ MRAs และการปรับประสานมาตรฐานระหว่างประเทศของแต่ละวิชาชีพมีความยากง่ายที่แตกต่างกัน โดยสถานะการดำเนินการและความคืบหน้าในการจัดทำ MRA ในกลุ่มวิชาชีพพอสรุปได้ ดังนี้⁴⁷

1) MRA วิชาชีพด้านวิศวกรรมและสถาปัตยกรรมเป็น MRA ที่มีความคืบหน้ามากที่สุด เนื่องจากลักษณะของวิชาชีพมีมาตรฐานเป็นสากล ทำให้การยอมรับคุณสมบัติตามที่อาเซียนตกลงกันไว้สามารถดำเนินการในทางปฏิบัติได้จริง โดยขณะนี้อาเซียนสามารถยอมรับคุณสมบัติทั้งด้านวุฒิการศึกษา และประสบการณ์ตามที่ประเทศแหล่งกำเนิดให้การรับรองได้จริง และมีการขึ้นทะเบียนวิศวกรอาเซียนและสถาปนิกอาเซียนเรียบร้อยแล้ว

2) MRA วิชาชีพด้านสุขภาพ ได้แก่ วิชาชีพแพทย์ ทันตแพทย์ และพยาบาล ถึงแม้จะมีการกำหนดหลักเกณฑ์คุณสมบัติและประสบการณ์ขั้นต่ำร่วมกันแล้ว แต่ในทางปฏิบัติยังไม่มี ความคืบหน้ามากนัก ทั้งนี้ เนื่องจากในทางปฏิบัติยังไม่มีกรยอมรับหลักสูตรระหว่างอาเซียนด้วยกันเอง โดยผู้ที่มีสิทธิสมัครเพื่อขอรับใบอนุญาตประกอบวิชาชีพต้องเป็นผู้ที่จบการศึกษาจากสถาบันที่สภาวิชาชีพของประเทศแหล่งกำเนิดและประเทศผู้รับยอมรับเท่านั้น และผ่านการทดสอบของหน่วยงานที่กำกับดูแลของประเทศผู้รับ

3) MRA วิชาชีพด้านบัญชี อาเซียนเริ่มการเจรจา MRA เมื่อปี 2555 และลงนามแล้วเมื่อเดือนสิงหาคม 2557 ในช่วงการประชุมรัฐมนตรีเศรษฐกิจอาเซียน ครั้งที่ 46 ณ กรุง เนปิดอร์ ประเทศเมียนมา หลังจากที่ได้มีการลงนาม MRA วิชาชีพด้านบัญชี ประเทศสมาชิกอาเซียนได้เริ่มหารือแนวทางการดำเนินการ เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของข้อตกลง เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการกำกับดูแล (Monitoring Committee) การจัดทำร่าง Assessment Statement และการเตรียมการจัดทำประกาศ เพื่อรองรับการเคลื่อนย้ายนักวิชาชีพบัญชีโดยคาดว่าจะสามารถเริ่มดำเนินการตาม MRA วิชาชีพด้านบัญชีได้ภายในปี พ.ศ. 2560

4) MRA วิชาชีพด้านการสำรวจเป็นเพียงกรอบ MRA มีการกำหนดแนวทางเพื่อเป็นพื้นฐานการเจรจา MRA ด้านการสำรวจของอาเซียนในอนาคต ทั้งนี้สถานะการดำเนินงานในปัจจุบัน ยังอยู่ระหว่างการศึกษารวบรวมแลกเปลี่ยนข้อมูล กฎระเบียบระหว่างกัน

5) MRA วิชาชีพท่องเที่ยวเป็นการกำหนดให้ประเทศสมาชิกอาเซียนพิจารณาบุคลากรในตำแหน่งต่าง ๆ โดยใช้คุณสมบัติ การศึกษา การฝึกอบรม และ/หรือ ประสบการณ์ใน

⁴⁷ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2561). *การจัดทำข้อตกลงยอมรับร่วมคุณสมบัตินักวิชาชีพอาเซียน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://tct.or.th/images/article/tct_event/25610926/Panel-1---MRAs.pdf. [2561, 28 สิงหาคม].

การทำงาน เป็นเกณฑ์พื้นฐานในการรองรับมาตรฐานของบุคลากรด้านท่องเที่ยวแห่งอาเซียน โดยมี คณะกรรมการรับรองคุณวุฒิวิชาชีพการท่องเที่ยวแห่งชาติและคณะกรรมการวิชาชีพการท่องเที่ยว แห่งชาติ หรือหน่วยงานที่เทียบเท่า ทำหน้าที่กำกับว่าผู้นั้นได้ปฏิบัติตามข้อกำหนดที่ระบุไว้ใน มาตรฐานสมรรถนะร่วม สำหรับนักวิชาชีพการท่องเที่ยวในอาเซียนหรือไม่ โดยผู้ผ่านการรับรอง คุณสมบัติและได้รับรองมาตรฐานวิชาชีพดังกล่าวมีสิทธิไปทำงานในประเทศสมาชิกอาเซียนได้ แต่ ยังต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบและข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับประเทศที่เข้าไปทำงานด้วย

จากการศึกษาความเป็นมา และแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ ห้ามคนต่างด้าวทำ สรุปได้ว่า คนต่างด้าวเข้ามาประกอบอาชีพในประเทศไทยอย่างเสรีนับตั้งแต่ สมัยกรุงสุโขทัยเป็นต้นมาจนถึงกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้น การออกกฎหมายห้ามคนต่างด้าวทำงาน บางประเภทเพิ่งจะเริ่มขึ้นเป็นครั้งแรกในสมัยรัชกาลที่ 6 เนื่องจากมีคนต่างด้าวเข้ามาทำงานใน ประเทศไทยเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่องแล้วส่งผลกระทบต่อโอกาสการมีงานทำของคนไทย หรือเข้ามา แข่งอาชีพคนไทย จึงได้ออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว จนกระทั่งถึงปัจจุบันการ ทำงานของคนต่างด้าวอยู่ภายใต้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2561 และการกำหนดอาชีพและวิชาชีพห้ามคนต่างด้าวทำ ปรากฏอยู่ใน บัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่าง ด้าว พ.ศ. 2560 คณะกรรมการนโยบายบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งตั้งขึ้นโดยอาศัย อำนาจตามความในพระราชกำหนดนี้ ได้แบ่งประเภทของอาชีพและวิชาชีพที่เกี่ยวข้องกับการ ทำงานของคนต่างด้าวออกเป็น 3 ประเภท ได้แก่ อาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด อาชีพที่ให้ คนต่างด้าวทำแบบมีเงื่อนไขซึ่งรวมถึงเงื่อนไขตามข้อตกลงระหว่างประเทศอาเซียนและอาชีพที่ให้ คนต่างด้าวทำแบบไม่มีเงื่อนไข

สำหรับแนวคิดเกี่ยวกับการกำหนดอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พบว่ามี หลายแนวคิดที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ แนวคิดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งมีหลักการว่าประชาชนจะ สามารถประกอบอาชีพได้โดยเสรี เว้นแต่มีการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของ ประชาชนดังกล่าว ซึ่งสามารถทำได้เท่าที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น มีความ เหมาะสม พอสมควรแก่เหตุ และจะกระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ขณะเดียวกัน ในส่วนของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย มีแนวคิดที่เกี่ยวข้องคือ แนวคิด เกี่ยวกับผลกระทบของแรงงานต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากรัฐมีความเสี่ยงต่อความมั่นคง หากมีแรงงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศโดยปราศจากการควบคุม นอกจากนี้ยังมีโอกาสที่ แรงงานเหล่านี้จะเข้ามาแย่งอาชีพคนไทยทำ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้การคุ้มครอง

สิทธิในการประกอบอาชีพของคนไทยโดยการกำหนดให้งานบางประเภทต้องสงวนไว้ให้คนไทยทำ โดยงานบางประเภทกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำโดยเด็ดขาด บางประเภทอนุญาตให้ทำอย่างมีเงื่อนไข เช่น เงื่อนไขด้านการขอรับใบอนุญาต เป็นต้น และอาชีพบางประเภทอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานอย่างไม่มีเงื่อนไข ซึ่งมักหมายถึงกรรมกรในกิจการต่าง ๆ ที่มีความต้องการใช้แรงงานจำนวนมาก และเป็นงานที่คนไทยไม่ยอมทำและงานเป็นคนรับใช้ในบ้าน ทั้งนี้ การจ้างงานแรงงานต่างด้าวในประเทศไทยต้องเป็นไปตามที่มาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศ ซึ่งอยู่ในรูปของอนุสัญญาหรือพิธีสาร และข้อแนะ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกตลอดจนพันธกรณีของประเทศสมาชิกด้านแรงงานภายใต้ประชาคมอาเซียน