

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้พระราชกำหนด การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

สิทธิแรงงาน เป็นสิทธิของผู้ใช้แรงงานในความสัมพันธ์ระหว่างลูกจ้างกับนายจ้าง ทั้งสิทธิทางกฎหมายและสิทธิมนุษยชน เช่น อัตราค่าจ้าง จำนวนชั่วโมงการทำงาน สภาพแวดล้อมและความปลอดภัยในที่ทำงาน สิทธิในการจัดตั้งสหภาพแรงงาน เป็นต้น สิทธิแรงงานมักจะได้รับการรับรองโดยการออกกฎหมายว่าด้วยสิทธิแรงงาน การจำกัดชั่วโมงการทำงาน และการกำหนดอัตราค่าแรงขั้นต่ำซึ่งประเทศไทยในฐานะหนึ่งในสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ มีหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างชาติที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยควรจำกัดสิทธิบางประการในกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงของประเทศเท่านั้น ซึ่งจากการศึกษาพบว่า การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กลับมิได้มุ่งเน้นในการคุ้มครองสิทธิของคนงานต่างด้าวเท่าที่ควร และอาจทำให้เกิดการละเมิดสิทธิของคนงานต่างด้าวในประเด็นต่างดัง ต่อไปนี้

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับสถานะของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

ปัญหาคนงานต่างด้าวในประเทศไทยมีปัจจัยมาจากสภาพเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทย และการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือ รวมทั้งนโยบายบางอย่างที่เอื้อประโยชน์และให้สิทธิในบางเรื่อง ปัญหาคนงานต่างด้าวเป็นปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจซึ่งหากปล่อยให้มีการใช้แรงงานราคาถูกและผลิตภาพต่ำ นอกจากนั้น ยังเป็นภาระของรัฐบาลในเรื่องการรักษาพยาบาลและการศึกษา ส่วนในด้านสังคมนั้น ปัญหาการรวมตัวกันของชุมชนคนงานต่างด้าว นำไปสู่ปัญหาอาชญากรรม โรคระบาด โรคติดต่อ และส่งผลกระทบต่อสถานะของเด็กที่เกิดในประเทศไทย จากปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกลุ่มของคนงานต่างด้าวที่เกิดขึ้นในประเทศไทยที่รุนแรงมากขึ้นจนถูกนานาชาติจับตามอง และถูกจำกัดสิทธิบางประการถูกกีดกันทางการค้าโดยอาศัยเหตุว่ามีการใช้แรงงานผิดกฎหมายหรือมีการละเมิดสิทธิแรงงาน ส่งผลโดยตรงต่อความไว้วางใจและความน่าเชื่อถือในสายตาของนานาชาติ

ในยุคที่มีการตรากฎหมายพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ฉบับนี้ ผู้มีอำนาจพิจารณาออกกฎหมายตามปกติ คือ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ซึ่งมีสถานะเป็นฝ่ายนิติบัญญัติ มีกระบวนการเสนอกฎหมาย มีการลงมติเป็นสามวาระมีการเผยแพร่ร่างกฎหมายบนเว็บไซต์ และมีการถ่ายทอดสดการพิจารณากฎหมายทุกนัดทางสถานีวิทยุโทรทัศน์ของรัฐบาลด้วย แต่พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ถูกประกาศใช้ในฐานะ "พระราชกำหนด" ซึ่งหมายถึง กฎหมายที่คณะรัฐมนตรีเป็นผู้พิจารณาประกาศใช้เอง โดยไม่ผ่านกระบวนการตามปกติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามปกติเป็นอำนาจในการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารโดยอาศัยความจำเป็นรีบด่วนจากปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนของคนงานต่างด้าวจนทำให้ประเทศไทยต้องถูกจับตามองจากนานาประเทศ เนื้อหาสาระ และวัตถุประสงค์ของการใช้ พระราชกำหนดฉบับนี้ ต้องการให้การจัดหาคนงานต่างด้าวมีระเบียบเป็นไปตามมาตรฐานสากล และช่วยให้ประเทศไทยหลุดพ้นการถูกจัดอันดับให้อยู่ในกลุ่ม-tier 2 วอท์ลิสต์ และการที่ได้รับใบเหลืองจากสหภาพยุโรป จากปัญหาการทำประมงผิดกฎหมาย (IUU Fishing) มีการปรับปรุงกฎหมายครอบคลุมการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ รวมถึงเพื่อป้องกันการค้ามนุษย์

เมื่อมีการประกาศใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ส่งผลให้มีการยกเลิกกฎหมายแม่บทเดิมซึ่งเป็นกฎหมายสำคัญที่เป็นหลักการบังคับใช้ในการแก้ไขปัญหาคนงานต่างด้าว คือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. 2559 ทำให้เกิดผลกระทบต่อกรจ้างคนงานต่างด้าวอย่างชัดเจนในทันทีเช่นเดียวกัน มีการอพยพของคนงานต่างด้าวกลับภูมิลำเนาจนส่งผลต่อเศรษฐกิจและการจ้างงานในประเทศไทยทันที จนต้องมีการออกคำสั่งคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 33/2560 เรื่อง มาตรการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว เพื่อระงับการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ไว้ชั่วคราวทันที เนื่องจากการบังคับใช้พระราชกำหนดดังกล่าว โดยไม่ได้มีการสร้างความรับรู้ความเข้าใจเพียงพอแก่ประชาชนจึงก่อให้เกิดความตื่นตระหนกและอาจส่งผลกระทบต่อนายจ้างในธุรกิจขนาดเล็กจนกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมได้ ดังนั้น เพื่อให้ นายจ้างและคนต่างด้าว รวมทั้งฝ่ายเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องได้มีเวลาเตรียมการและดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อความเป็นธรรมและไม่เกิดผลกระทบในทางเศรษฐกิจและสังคมรุนแรงเกินควร จึงมีความจำเป็นต้องมีมาตรการชั่วคราวเพื่อแก้ไขข้อขัดข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชกำหนดดังกล่าว

จากการศึกษาพบว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 172 ได้ให้อำนาจในการตราพระราชกำหนด โดยกำหนดไว้ว่า การตราพระราชกำหนดนั้นจะกระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือความปลอดภัยสาธารณะหรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ เท่านั้น พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จึงมีลักษณะเป็นพระราชกำหนดทั่วไปไม่ใช่ พระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา หากพิจารณาจากเจตนารมณ์ในการร่างกฎหมายของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และพระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. 2559 มีบทบัญญัติที่ไม่ครอบคลุมการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ ทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาคนงานต่างด้าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งหากไม่มีการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างเร่งด่วนจะมีผลกระทบต่อความมั่นคง ด้านแรงงาน เศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ ดังนั้น เพื่อให้สามารถทำการจัดระเบียบ การป้องกัน การคุ้มครองการเหยียด และการใช้บังคับกฎหมาย รวมทั้งการส่งเสริมความร่วมมือกับภาคส่วนที่เกี่ยวข้องในการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวได้ทั้งระบบ อันจะเป็นการสร้าง ความมั่นคงทางด้านแรงงาน เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้

เมื่อพิจารณาถึง “ ความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ ” ผู้ศึกษาเห็นว่า ในขณะที่มีการประกาศบังคับใช้ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 แม้ว่าจะมีเหตุที่ประเทศไทยถูกประเทศสหรัฐอเมริกาจัดลำดับว่าเป็นประเทศที่ประสบความล้มเหลวในการพยายามในการต่อสู้กับการค้ามนุษย์ (เทียร์ 2 วอชลิสต์) รวมทั้ง การที่ได้รับใบเหลืองจากสหภาพยุโรป จากปัญหาการทำประมงผิดกฎหมาย (IUU Fishing) ซึ่งเป็นการถูกจัดลำดับในปีที่สองมิใช่เพียงจะเกิดปัญหานี้ขึ้น ประกอบกับ ในขณะที่มีการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 นี้ประเทศไทยมีกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการแก้ปัญหานี้อยู่แล้วถึงสองฉบับในขณะนั้น คือ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และ พระราชกำหนดการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ พ.ศ. 2559 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ มิได้มีความบกพร่องถึงขนาดที่ใช้บังคับไม่ได้ หรือไม่สามรถที่จะออกกฎหมายลูกซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารมาประกอบการใช้บังคับเพื่อแก้ไขปัญหาได้อย่างเหมาะสม และยังอยู่ในวิสัยที่สามารถแก้ไขกฎหมายฉบับเดิมบางบทบางมาตราที่

เป็นปัญหาหรือมีความบกพร่อง เพียงเท่าที่จำเป็นแก่กรณี เพื่อให้สามารถใช้งบประมาณได้อย่างเหมาะสมไปก่อน โดยไม่จำเป็นต้องมีการตราพระราชกำหนดที่สามารถที่จะกระทำได้ จึงไม่ใช่กรณีที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายจะมาบังคับใช้กับกรณีนี้แต่อย่างใด และเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะสามารถออกกฎหมายลำดับรองมาบังคับใช้ควบคู่กับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ไม่ได้มีความจำเป็นต้องถึงขั้นออกเป็นพระราชกำหนด เพราะการยกเลิกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งได้มีการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วม และรับฟังผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นจากฝ่ายต่าง ๆ ย่อมทำให้สามารถจะใช้งบประมาณได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่านี้ การตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายบริหารมีความจำเป็นต้องอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ จนสามารถที่จะนำมาเป็นข้ออ้างในการที่ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้ ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ในรูปแบบของพระราชกำหนด เป็นการริดรอนอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณากลับกรองกฎหมาย และทำให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายไร้โอกาสมีส่วนร่วมพิจารณา ตรวจสอบเสนอแนะ ทั้งที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้อำนาจในการตราพระราชกำหนดแก่ฝ่ายบริหารเฉพาะแต่กรณีที่มีเหตุจำเป็นเร่งด่วนอย่างแท้จริงเท่านั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่าเมื่อพิจารณาถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมายแล้วแม้ว่ากฎหมายระดับพระราชกำหนดจะอยู่ในระดับเดียวกันกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่มีที่มาและวิธีการตรากฎหมายที่แตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ดังนั้น การเอากฎหมายที่ตราอย่างเร่งด่วนในสถานการณ์ฉุกเฉินไปยกเลิกกฎหมายแม่บทในระดับพระราชบัญญัติที่มีขบวนการตรากฎหมายตามขั้นตอน โดยฝ่ายนิติบัญญัติ จึงทำให้เกิดผลกระทบอย่างมากมายและทำให้ต้องมีการแก้ไขใหม่แทบทั้งฉบับทั้งที่เพิ่งจะบังคับใช้ไม่นาน

การตรากฎหมายรูปแบบพระราชกำหนดมาบังคับใช้แทนกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ทำให้ไม่มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนซึ่งเป็นหัวใจสำคัญ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิในการมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย กำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุผล และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติ ตามมาตรา 65 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นอกจากนั้น ประชาชนยังควรมีส่วนร่วมในการจัดทำกฎหมาย รวมถึงการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย ทุกกรอบระยะเวลา ตามมาตรา 77 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ผลที่เกิดจากการไม่ได้รับผลความคิดเห็นของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับการต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชกำหนดนี้ ไม่ว่าจะป็นนายจ้าง ลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าว ทำให้กระทบสิทธิของลูกจ้างคนงานต่างด้าวและนายจ้างโดยตรง ทั้งในเรื่องอัตราโทษที่สูง และค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่สูง การกำหนด

ขั้นตอนบางประการที่ที่ซับซ้อนเกินไปในทางปฏิบัติ ยกตัวอย่างเช่น การให้อำนาจนายจ้างเลิกจ้างได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวตามกฎหมาย ในมาตรา 50 เดิมก่อนที่จะมีการแก้ไข เป็นต้น

ผู้ศึกษาเห็นว่า การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีลักษณะ ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมในเรื่องของหลักการมีกฎหมายที่ดี (Good law) ทั้งในแง่เกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย ในแง่หลักเกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายซึ่งกฎหมายที่ดีนั้น จะต้องมีความชัดเจน เพื่อให้บุคคลเข้าใจความหมายได้ง่ายและสามารถปฏิบัติตามให้ถูกต้องตามกฎหมายได้หรือสามารถใช้กฎหมายได้ถูกต้อง นอกจากนี้ กฎหมายจะต้องมีความแน่นอนมั่นคง เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงกฎหมายบ่อยเกินไปย่อมก่อให้เกิดความสับสนและทำให้ประชาชนไม่มั่นใจในสิทธิหน้าที่ของตน ทำให้ไม่อาจวางแผนชีวิตได้โดยเหมาะสมตามควรความแน่นอนมั่นคงของกฎหมายนี้จะมีผลสืบเนื่องถึงสิทธิหน้าที่ที่จะเกิดตามมาด้วย หลักความมั่นคงแห่งสิทธิ การที่มีการบังคับใช้กฎหมายเพียงไม่นานแต่กลับต้องมีการประกาศระงับใช้กฎหมายและแก้ไขพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญจำนวนมากหลายมาตรา ย่อมแสดงให้เห็นว่า ในแง่การจัดให้มีกฎหมายพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขัดแย้งกับหลักนิติธรรมในเรื่องของหลักการมีกฎหมายที่ดี เนื่องจากไม่มีความมั่นคงแน่นอนทำให้ผู้บังคับใช้กฎหมาย ไม่สามารถปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้องชัดเจน

หากพิจารณาหลักนิติธรรมในเรื่องของหลักการมีกฎหมายที่ดี (Good law) ในแง่ทางสาระของกฎหมายนั้น กฎหมายมีขึ้นเพื่อความดีของสังคม และความดีนั้นย่อมทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสสารนี้จึงทำให้สมาชิกในสังคมทุกคนได้รับประโยชน์ และการปฏิบัติที่เป็นธรรม ความเป็นธรรมในสสารนี้จึงสะท้อนถึงการคุ้มครองฝ่ายที่อ่อนแอมิให้ต้องเสียเปรียบหรือมิให้ออกาสโดยความเป็นจริงทางเศรษฐกิจ หรือสังคมสร้างความเหลื่อมล้ำแก่ผู้ที่มีโอกาสต่อยกกว่าจนเกิดความไม่เป็นธรรม แนวคิดที่จะให้บุคคลทุกคนมีความเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย เศรษฐกิจ และสังคมนั้น จึงย่อมเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่จากการศึกษาพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ที่ประกาศใช้ในครั้งแรกและที่แก้ไขเพิ่มเติมแล้วนั้น กลับมีหลายบทมาตราที่เอาเปรียบลูกจ้างซึ่งอ่อนแอกว่าและไม่มี ความเท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจกับนายจ้างอยู่แล้ว จนเป็นเหตุให้เกิดผลกระทบในสังคมอย่างกว้างขวาง

ด้วยเหตุนี้เอง พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จึงขัดแย้งกับหลักนิติธรรมในเรื่องของหลักการมีกฎหมายที่ดี (Good law) ทั้งในแง่เกณฑ์การจัดให้มีกฎหมายและสาระของกฎหมาย

จากการศึกษาผู้ศึกษาขอเสนอแนะให้มีการแก้ไขปัญหาค่าจ้างเกี่ยวกับสถานะของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดย ในระยะสั้นฝ่ายบริหารควรมีการตรากฎหมายลำดับรองออกมาใช้บังคับร่วมกับพระราชกำหนดฉบับนี้ เพื่อแก้ไขปัญหาค่าจ้างอย่างเร่งด่วนไปก่อน โดยในระยะยาวจึงควรมีการนำแนวคิดและหลักการสำคัญในพระราชกำหนดฉบับนี้ไปตราเป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่มีการตรวจสอบและกลั่นกรองโดยฝ่ายนิติบัญญัติและควรมีการเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนที่เกี่ยวข้องด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการยึดใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของลูกจ้าง

“ใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารประจำตัวของคนงานต่างด้าว” เปรียบเสมือนหลักฐานแสดงตัวอันสำคัญของคนงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานอยู่ในประเทศไทย เป็นเอกสารที่ทำให้การรับรองสิทธิในการทำงานในประเทศไทย ซึ่งบัตรประจำตัวนี้เองเป็นเอกสารที่รับรองสิทธิหลายๆ อย่างที่จำเป็นต้องใช้แสดงยืนยันตัวบุคคลตลอดเวลาที่อยู่ในประเทศไทย ก่อนมีการใช้บังคับพระราชกำหนดฉบับนี้ ยังคลุมเครือว่านายจ้างมีอำนาจตามกฎหมายที่จะยึดใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารประจำตัวของคนงานต่างด้าวได้หรือไม่ จนกระทั่งมีการใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 131 วรรคสอง บัญญัติว่า “ ผู้ใดยึดใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคนต่างด้าวไว้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน

ในกรณีที่คนต่างด้าวยินยอมให้ผู้ใดเก็บรักษาใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารตามวรรคหนึ่งไว้ ผู้นั้นต้องยินยอมและอำนวยความสะดวกให้คนต่างด้าวสามารถเข้าถึงเอกสารดังกล่าวได้ตลอดเวลาตามที่คนต่างด้าวร้องขอ หากฝ่าฝืนต้องระวางโทษเช่นเดียวกับการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ” บทบัญญัติในมาตรานี้เองกลายเป็นการกำหนดอำนาจที่ชัดเจนให้นายจ้างหรือบุคคลอื่นใดสามารถที่จะเก็บรักษาใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารประจำตัว ได้หากลูกจ้างยินยอม

สาเหตุที่นายจ้างต้องยึดใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคนต่างด้าวมีหลายปัจจัยด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการป้องกันลูกจ้างหลบหนีไม่ทำงานให้ครบตามสัญญา จนกว่าลูกจ้างจะสามารถทำงานชดใช้หนี้ที่เกิดจากการที่นายจ้างต้องสำรองจ่ายค่าหัวของคนงานล่วงหน้าให้กับบริษัทนายหน้า นอกจากนี้ เหตุผลสำคัญอีกประการหนึ่งที่นายจ้างจะต้องยึดใบอนุญาตการทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคนต่างด้าว คือ เพื่อแสดงเอกสารต่อเจ้าหน้าที่ตรวจแรงงาน ตำรวจตรวจคนเข้าเมือง และเจ้าหน้าที่ปราบปรามยาเสพติดมักเข้ามาตรวจเยี่ยม สถานที่ประกอบการโดยไม่แจ้งล่วงหน้า เมื่อมีการคาดเค้นขูดเอกสารประจำตัวคนงานจากนายจ้างซึ่งก็ต้องรีบจัดหาให้ การเก็บหนังสือเดินทางคนงานเอาไว้ที่สำนักงานจึงกลายเป็นความชอบธรรมสำหรับนายจ้าง แทนที่จะให้คนงานเป็นผู้ถือและรับผิดชอบเอกสารด้วยตนเอง

ผลกระทบที่เกิดกับลูกจ้างคนงานต่างด้าวเนื่องจากการถูกยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัว นับว่าเป็นภัยคุกคามต่อการใช้ชีวิตในต่างถิ่นของแรงงานข้ามชาติเหล่านี้เป็นอย่างมาก เนื่องจากการไม่มีเอกสารประจำตัวพวกเขาทำให้แรงงานขาดเสรีภาพที่จะไปไหนมาไหนนอกรั้วโรงงาน หนังสือเดินทางมีค่าเท่ากับเอกสารประจำตัวที่แสดงว่ารัฐได้รับรองสิทธิในฐานะพลเมืองให้แก่ประชาชนของตน ซึ่งเท่ากับบัตรประชาชนที่เราทุกคนมี การเดินทางไปที่ย่างกุ้งของแรงงานเหล่านี้ เช่น ไปเยี่ยมเพื่อน ไปซื้อของโดยไม่มีเอกสารประจำตัวที่จะแสดงต่อเจ้าหน้าที่บ้านเมือง ย่อมเสี่ยงต่อการถูกจับและถูกกล่าวหาว่าเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากที่มีการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ต่อมาเมื่อวันที่ 6 เมษายน 2562 มีการบังคับใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2562

มาตรา 4 “การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ” หมายความว่า การข่มขืนใจให้ทำงานหรือให้บริการโดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น โดยขู่เข็ญด้วยประการใด ๆ โดยใช้กำลังประทุษร้าย หรือโดยทำให้บุคคลนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขัดขืนได้

พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2562 กำหนดให้ การบังคับใช้แรงงานหรือบริการ เป็นรูปแบบหนึ่งของ “ การแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ ” โดยในมาตรา 6/1 บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ทำงานหรือให้บริการโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้.... (4) ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้”

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับการยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัวในกฎหมายทั้งสองฉบับแล้วจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 131วรรคสองที่ให้อำนาจนายจ้างสามารถยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัวของลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวได้นั้น ไม่สอดคล้องและมีเนื้อหาที่ขัดแย้งกับ บทบัญญัติในมาตรา 6/1พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 อย่างชัดเจน ซึ่งกำหนดให้การยึดเอกสารประจำตัวของบุคคลนั้นไว้ เป็นรูปแบบหนึ่งของบังคับใช้แรงงานหรือบริการซึ่งผู้ที่กระทำการดังกล่าวจะมีความผิดฐานค้ามนุษย์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับนี้มีลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่เท่าเทียมกัน ซึ่งโดยหลักของลำดับศักดิ์กฎหมายแล้วในกรณีที่กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่แต่เดิมขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังซึ่งมีลำดับศักดิ์เท่ากันหรือมีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎหมายที่ตราขึ้นในภายหลังย่อมยกเลิกกฎหมายที่ใช้บังคับ

อยู่แต่เดิมให้สิ้นผลไปโดยปริยายซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่า “กฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมยกเลิกกฎหมายฉบับก่อนที่ขัดแย้งกัน”

ผู้ศึกษาเห็นว่า หากพิจารณาถึงบทบัญญัติในเรื่องนี้แล้วจะเห็นได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวโดยปราศจากเหตุผล และเป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นมนุษย์ของคนต่างด้าวอย่างชัดเจน แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดว่าต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวก็ตาม และในที่สุดอาจกลายเป็นอำนาจต่อรองของนายจ้างหรือนายหน้าผู้ครอบครองเอกสารสำคัญของลูกจ้างเพื่อเอาเปรียบลูกจ้างต่างด้าวได้

จากการศึกษากฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิของคนงานต่างด้าวเกี่ยวกับการยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัวของคนงานต่างด้าวไว้นั้น ถือเป็นการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานของคนงานต่างด้าว เนื่องจากการยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัว คนงานต่างด้าวไว้เท่ากับนายจ้างจงใจกักกัน หน่วงเหนี่ยว ทำให้คนงานปราศจากเสรีภาพในการเคลื่อนไหว (freedom of movement) และสิทธิในการแสวงหางานทำ (rights to employment) และที่สำคัญ นี้เท่ากับเป็นการใช้แรงงานบังคับ (forced labour) รูปแบบหนึ่งซึ่งองค์การแรงงานระหว่างประเทศ (ILO) ให้ความหมายของแรงงานบังคับว่ามีคุณลักษณะของการที่ผู้ถูกบังคับนั้นรู้สึกสิ้นใจที่ต้องปฏิบัติตาม หรือหากไม่ปฏิบัติตามก็เสี่ยงต่อการถูกลงโทษ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ ยอมรับว่าการยึดเอกสารประจำตัวของคนงานเช่นนี้ ถือเป็นรูปแบบหนึ่งของการใช้แรงงานบังคับ เป็นสภาพการจ้างที่ลูกจ้างขาดความสมัครใจที่จะปฏิบัติ แต่อาจจะชัดเจนเพราะอาจส่งผลในทางลบต่อการทำงานของคนงาน การยึดหรือเก็บเอกสารประจำตัว หรือทรัพย์สินมีค่าใด ๆ ของส่วนบุคคลไว้ โดยกีดกันเพิกถอน สิทธิของคนงานในการเดินทาง หรือไปทำงานอื่น หรือไม่ได้รับบริการที่จำเป็น ซึ่งคนงานสามารถเข้าถึงเอกสาร ประจำตัวและทรัพย์สินส่วนตัวได้ก็ต่อเมื่อมีการร้องขอประกอบกับ อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ค.ศ. 1990 (ICRMW) ในข้อ 21 มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องนี้ไว้ว่า “ห้ามมิให้นายจ้างของคนงานต่างด้าวยึดพาสปอร์ตและระบุอย่างชัดเจนว่า เจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ได้รับอนุญาตให้ยึดหรือทำลายใบอนุญาต ใบผ่านแดนใบอนุญาตให้พำนักในประเทศหรือใบอนุญาตทำงาน”

ด้วยเหตุผลในการประกาศใช้พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 พ.ศ. 2562 ฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิของแรงงาน ก็เนื่องจากโดยที่ในปัจจุบันยังไม่มียกเว้นของกฎหมายที่กำหนดความผิดและมาตรการในการคุ้มครองผู้เสียหายจากการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ ทำให้ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหาการบังคับใช้แรงงานหรือบริการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการแสวงหาประโยชน์โดยมิ

ชอบตามความผิดฐานค้ำมนุษย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมควรกำหนดลักษณะการกระทำที่เป็นความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการและกำหนดอัตราโทษให้เหมาะสม เพื่อเป็นการป้องกันและขจัดการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ รวมทั้งกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือและคุ้มครองสวัสดิภาพผู้เสียหายจากการถูกบังคับใช้แรงงานหรือบริการ และการพิจารณาดีให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนตามแนวทางเดียวกับผู้เสียหายจาก การกระทำผิดฐานค้ำมนุษย์ ตลอดจนเพื่อเป็นการอนุวัติการให้เป็นไปตามพิธีสาร ค.ศ. 2014 ส่วนเสริมอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศ ฉบับที่ 29 ว่าด้วยแรงงานบังคับ ค.ศ. 1930 และ โดยที่การดำเนินการดังกล่าวต้องกระทำให้เสร็จโดยเร็วเพื่อประโยชน์ในการสร้างความมั่นคงทางด้านแรงงาน สังคมและความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องตราพระราชกำหนดนี้ ด้วยเหตุนี้เอง การห้ามมิให้มีการยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของคนงานต่างด้าว ตามมาตรา 6/1 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ำมนุษย์ พ.ศ. 2551 จึงมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิของคนงานต่างด้าวมากกว่าบทบัญญัติในมาตรา 131 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และยิ่งสอดคล้องกับหลักสากลในการคุ้มครองคนงานต่างด้าวที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ค.ศ. 1990 (ICRMW) อีกด้วย ในเมื่อวัตถุประสงค์สำคัญในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เพื่อต้องการแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิของแรงงานต่างด้าว จึงไม่ควรปรากฏบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการบังคับใช้แรงงาน อันเป็นการละเมิดสิทธิของคนงานต่างด้าวและขัดแย้งกับเจตนารมณ์ในการตราพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ฉบับนี้

ผู้ศึกษาเห็นว่า พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 131 วรรคสอง จะกำหนดให้นายจ้างหรือบุคคลอื่นใดสามารถที่จะเก็บรักษาใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัว ได้หากลูกจ้างยินยอมเท่านั้น แต่โดยสภาพความเป็นจริงแล้วสถานะของนายจ้างลูกจ้างที่แตกต่างกันมากนั้น เมื่อนายจ้างมีอำนาจต่อรองที่สูงกว่า ก็มักจะกำหนดเงื่อนไขบางประการเพื่อทำให้ลูกจ้างต้องจำยอมแทนการให้ความยินยอมได้ การยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัวของลูกจ้าง การกักกันแรงงานให้อยู่ใต้อาณัติควบคุมของนายจ้างด้วยการยึดบัตรประจำตัวของคนงานหรือหนังสือเดินทาง การให้อำนาจแก่นายจ้างในการยึดเอกสารประจำตัวลูกจ้างนั้นเป็นการเพิ่มอำนาจให้แก่นายจ้างโดยมิได้คำนึงถึงสิทธิของลูกจ้างซึ่งเป็นการละเมิดสิทธิความเป็นส่วนตัวของคนงานต่างด้าว ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 32 ซึ่งกำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียง และครอบครัวการกระทำอันเป็นการละเมิดหรือกระทบต่อสิทธิของบุคคล หรือการนำข้อมูลส่วนบุคคล

ไปใช้ประโยชน์ไม่ว่าในทางใด ๆ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ เท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการคุ้มครองสิทธิของแรงงานต่างด้าวในเรื่องของการมีสิทธิครอบครองเอกสารประจำตัวอันเป็นสมบัติส่วนตัวของตนเองแล้วน่าจะเป็นเรื่องที่มีได้กระทบต่อความมั่นคงหรือประโยชน์สาธารณะของรัฐหรือกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด รัฐจึงไม่ควรมีการตรากฎหมายเพื่อให้สิทธิแก่นายจ้างมีอำนาจกระทำการดังกล่าว แต่ควรคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างซึ่งเป็นแรงงานต่างด้าวโดยห้ามมิให้นายจ้างกระทำการดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสิทธิตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดสิทธิในเรื่องเกี่ยวกับการครอบครองใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารประจำตัวของแรงงานต่างด้าวให้แตกต่างกันในสิทธิที่แรงงานไทยพึงได้รับ

นอกจากนั้น พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 131 วรรคแรก กำหนดไว้แต่เพียงว่าห้ามไม่ให้มีการยึด “ใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคนต่างด้าว” ไว้เท่านั้น แต่ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้นายจ้างยึดเอกสารอื่นๆซึ่งเป็นเอกสารส่วนตัวของลูกจ้าง ทำให้นายจ้างยังสามารถที่จะใช้อำนาจในการยึดสมุดบัญชีธนาคาร หรือ บัตรกดเงินสด (ATM) หรือเอกสารทางการเงินอื่น ๆ ของลูกจ้างได้ ซึ่งส่งผลกระทบต่อความเป็นอยู่ของลูกจ้างคนต่างด้าวไม่น้อยไปกว่าการยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคนต่างด้าว ซึ่งการยึดสมุดบัญชีธนาคาร หรือ บัตรกดเงินสด หรือหลักฐานทางการเงินอื่นๆของลูกจ้างนั้น ส่งผลต่อชีวิตความเป็นอยู่ของลูกจ้างเป็นอย่างมาก

ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการแก้ไขพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 โดยยกเลิกบัญญัติในมาตรา 131 วรรคสอง และแก้ไขบทบัญญัติ ในมาตรา 131 วรรคหนึ่งว่า “ห้ามยึดหรือเก็บเอกสารประจำตัวหรือเอกสารอื่นใดของคนต่างด้าวไว้กับผู้เป็นนายจ้างหรือบุคคลใด”

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการเปลี่ยนนายจ้างของคนต่างด้าว

กฎหมายแรงงานเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองแรงงานให้มีชีวิตอยู่รอดในสังคมและมุ่งหวังให้นายจ้าง กระทำการเพื่อรักษาแรงงานเหล่านั้นเอาไว้ เพื่อประโยชน์ของลูกจ้างและนายจ้าง พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้กำหนดกระบวนการในการควบคุมและตรวจสอบการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน การทำงานของคนต่างด้าว การรับคนต่างด้าวเข้าทำงาน ให้ง่ายและสะดวกยิ่งขึ้น รวมทั้งปรับปรุงอัตราโทษให้มีความ

เหมาะสมยิ่งขึ้นและสอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชน นอกจากนี้ ยังคุ้มครองแรงงานและสร้างความมั่นใจต่อความโปร่งใสในการดำเนินการของบริษัทนายหน้าที่นำเข้าแรงงานและของนายจ้าง อาทิ กำหนดให้บริษัทนายหน้าต้องมีสัญญาแนบต่างคำมาทำงานกับผู้ที่จะเป็นนายจ้างก่อน จึงสามารถนำแรงงานเข้ามาได้ ห้ามนายจ้างเรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากแรงงาน ยกเว้นค่าหนังสือเดินทาง ค่าตรวจสุขภาพ และค่าใบอนุญาตทำงาน ซึ่งทั้งหมดมีการกำหนดราคาไว้อย่างชัดเจน

ในกรณีที่คนงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยผ่านผู้รับอนุญาตให้นำคนงานต่างด้าวมาทำงาน ตามมาตรา 43 และเป็นคนงานต่างด้าวซึ่งเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศตามบันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับต่างประเทศตามมาตรา 46 ถ้าลูกจ้างคนงานต่างด้าวนั้นออกจากงานก่อนครบสัญญาจ้าง จะไปทำงานต่อกับนายจ้างอื่นมิได้ เว้นแต่จะได้พิสูจน์ให้นายทะเบียนเห็นว่าการทำงานที่ตนออกจากงานเป็นเพราะความผิดของนายจ้าง หรือได้ชำระค่าเสียหายให้กับนายจ้างเดิมแล้ว นายทะเบียนจึงจะสลับหลังใบอนุญาตทำงานเพื่อแสดงถึงสิทธิในการเปลี่ยนนายจ้างให้ ตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 51 การจำกัดสิทธิของคนงานต่างด้าวในเรื่องนี้ก็จะอาจจะเหตุที่ว่ากลัวว่าคนงานต่างด้าวซึ่งไม่ได้มีถิ่นฐานอยู่ในประเทศและไม่มีทรัพย์สินใดๆอยู่ในประเทศไทยหากกลับประเทศของตนไปโดยที่ยังไม่ได้ชำระค่าเสียหายให้กับนายจ้างแล้ว จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่นายจ้างซึ่งเป็นคนไทยได้ จึงกำหนดให้ต้องมีการชำระค่าเสียหายก่อนที่จะมีการเปลี่ยนนายจ้าง

ค่าเสียหายที่ลูกจ้างต้องชดใช้ให้นายจ้าง คือ ค่าเสียหายตาม มาตรา 51 วรรคสองของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ได้แก่ ค่าใช้จ่ายทั้งปวงในการนำคนต่างด้าวนั้นมาทำงานคำนวณตามสัดส่วนของระยะเวลาที่คนต่างด้าวนั้นทำงานไปแล้ว ซึ่งโดยปกติแล้วการที่นายจ้างหัก “ค่าจ้าง” หรือ “ค่าตอบแทน” ซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์ที่พึงมีพึงได้ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ลูกจ้างสามารถดำรงชีพอยู่ได้ในทางกลับกันหากปรากฏว่านายจ้างหักเงินเดือนลูกจ้างจนไม่พอใช้หรือพอดำรงชีพย่ำแย่ส่งผลโดยตรงต่อความเป็นอยู่ของลูกจ้างอย่างไรก็ตาม การที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยบางครั้งนายจ้างเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายไปก่อนจึงต้องให้สิทธิให้นายจ้างสามารถหักค่าใช้จ่ายต่าง ๆ คืนได้

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 49 บัญญัติว่า นายจ้างซึ่งเป็นผู้นำคนต่างด้าวมาทำงานกับตนเองในต่างประเทศจะเรียกหรือรับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดที่เกี่ยวกับการนำคนต่างด้าวมาทำงานจากคนต่างด้าวไม่ได้ เว้นแต่เป็นค่าใช้จ่ายที่อยู่ในความรับผิดชอบของต่างด้าวที่นายจ้างได้ออกให้ไปก่อน ได้แก่ ค่าหนังสือเดินทาง ค่าตรวจสุขภาพ ค่าใบอนุญาตทำงาน หรือค่าใช้จ่ายอื่นทำนองเดียวกันตามที่อธิบดีประกาศกำหนดให้นายจ้างหักค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด หรือค่าล่วงเวลาในวันหยุด โดยให้นายจ้างหัก

จากเงินที่คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับตามอัตราที่จ่ายได้ แต่จะหักได้ไม่เกินร้อยละสิบของเงินที่คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับในแต่ละเดือน ในกรณีที่มิได้มีข้อตกลงว่านายจ้างจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการเดินทางให้ลูกจ้าง และนายจ้างได้ออกค่าเดินทางให้ก่อน ให้นายจ้างหักจากเงินที่คนต่างด้าวมีสิทธิได้รับได้

เมื่อศึกษาเทียบเคียงกับสิทธิของแรงงานตาม มาตรา 76 ของ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ห้ามมิให้นายจ้างหักค่าจ้าง ค่าล่วงเวลา ค่าทำงานในวันหยุด และค่าล่วงเวลาในวันหยุด เว้นแต่เป็นการหักเพื่อ ชำระค่าภาษี ชำระค่าบำรุงสหภาพแรงงานตามข้อบังคับของสหภาพแรงงาน ชำระหนี้สินสหกรณ์ออมทรัพย์ หรือสหกรณ์อื่นที่มีลักษณะเดียวกันกับสหกรณ์ออมทรัพย์ หรือหนี้ที่เป็นไปเพื่อสวัสดิการที่เป็นประโยชน์แก่ลูกจ้างฝ่ายเดียว โดยได้รับความยินยอมล่วงหน้าจากลูกจ้างหรือเป็นเงินประกันประกันความเสียหายเนื่องจากลักษณะและสภาพการทำงาน หรือชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ นายจ้างซึ่งลูกจ้างได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง หรือเป็นเงินสะสมตามข้อตกลงเกี่ยวกับกองทุนเงินสะสม” โดยมาตรา 77 กำหนดว่า การที่นายจ้างจะหักเงินลูกจ้างได้นั้น ต้องเป็นกรณีที่นายจ้างต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้าง หรือมีข้อตกลงกับลูกจ้างเกี่ยวกับการจ่ายเงินเป็นเงินไทย เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากลูกจ้างให้จ่ายเป็นตั๋วแลกเงินหรือเงินตราต่างประเทศ ตามมาตรา 54 โดยจ่าย ณ สถานที่ทำงานของลูกจ้าง ถ้าหากจะมีการจ่าย ณ สถานที่อื่นต้องได้รับความยินยอมจากลูกจ้างตาม มาตรา 55 หรือการหักเงินตามมาตรา 76 นายจ้างต้องจัดทำเป็นหนังสือและให้ลูกจ้างลงลายมือชื่อในการให้ความยินยอมหรือมีข้อตกลงกันไว้ให้ชัดเจนเป็นการเฉพาะ

จะเห็นได้ว่า พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ต่างก็ให้อำนาจนายจ้างหักเงินลูกจ้างได้จากการทำงานไม่เกินร้อยละ 10 แต่หากพิจารณาในแง่ของการคุ้มครองสิทธิของคนงานต่างด้าวแล้ว พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 ให้ความคุ้มครองไว้มากกว่าพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เพราะกำหนดให้การที่นายจ้างจะหักเงินค่าจ้างหรือค่าตอบแทนของลูกจ้างได้นั้น นายจ้างต้องจัดทำเป็นหนังสือและให้ลูกจ้างลงลายมือชื่อในการให้ความยินยอมหรือมีข้อตกลงกันไว้ให้ชัดเจนเป็นการเฉพาะ ตามมาตรา 77 ของพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

ด้วยเหตุนี้เอง จึงควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 49 วรรคท้ายนายจ้างต้องจัดทำเป็นหนังสือและให้ลูกจ้างลงลายมือชื่อในการให้ความยินยอมหรือมีข้อตกลงกันไว้ให้ชัดเจนเป็นการเฉพาะ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติใน มาตรา 77พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541

นอกจากนั้น การกำหนดหน้าที่ให้ลูกจ้างต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเมื่อต้องการเปลี่ยนงานที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 เป็นเงื่อนไขสำคัญในการที่ลูกจ้างต่างด้าวจะเปลี่ยนนายจ้างได้นั้น คือ จะต้องพิสูจน์ได้ว่า “ การที่ตนออกจากรานเป็นเพราะความผิดของนายจ้าง หรือได้ชำระค่าเสียหายให้นายจ้างแล้ว” ซึ่งหากลูกจ้างเลือกที่จะพิสูจน์ว่า ตนมิได้เป็นฝ่ายผิดแต่เป็นความผิดของนายจ้างนั้น ลูกจ้างก็จะต้องรวบรวมพยานหลักฐานมาแสดงต่อนายทะเบียนซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ ซึ่งเมื่อคำนึงถึงสถานะของลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวเพียงลำพังแล้วย่อมไม่อยู่ในสถานะที่มีอำนาจเหนือนายจ้าง การที่จะรวบรวมพยานหลักฐานมาเพื่อประโยชน์ของตนจึงยากมาก ด้วยเหตุแห่งความยากลำบากนี้เอง จึงเหมือนเป็นการบีบบังคับให้ลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวจำยอมที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายให้นายจ้างแทนเพื่อแลกกับอิสระภาพในการ ไปทำงานที่อื่นของตนเองแทน ซึ่งโดยสภาพดังกล่าวเป็นการบีบบังคับให้แรงงานจำต้องอดทนทำงานต่อไปจนกว่าจะทำงานชดใช้ชำระค่าเสียหายให้แก่ นายจ้างหมดจึงจะเปลี่ยนงานได้

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 ซึ่งบัญญัติไว้ใน มาตรา 45 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ในอันที่จะให้ความแจ้งชัดในข้อเท็จจริงแห่งคดี ให้ศาลแรงงาน มีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองได้ตามสมควร ในการสืบพยาน ไม่ว่าจะพยานที่คู่ความฝ่ายใดอ้างหรือที่ศาลแรงงานเรียกมาเอง ให้ศาลแรงงานเป็นผู้ซักถามพยาน ตัวความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลแรงงาน” ประกอบกับข้อกำหนดศาลแรงงานว่าด้วยการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาลแรงงาน พ.ศ. 2556 ข้อ 36 บัญญัติว่า “การพิจารณาคดีในศาลแรงงานให้ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงจากพยานบุคคล พยานเอกสาร พยานวัตถุหรือพยานหลักฐานอื่นใด นอกเหนือจากที่อ้างได้ตามที่ศาลเห็นสมควร” จะเห็นได้ว่า ระบบการพิจารณาคดีของศาลแรงงานนั้น มีลักษณะเป็นระบบไต่สวน ศาลมีอำนาจลงไปค้นหาข้อเท็จจริงนำไปปรับเข้ากับข้อกฎหมายได้เอง ไม่ได้ทำหน้าที่เป็นคนกลาง ส่วนคู่ความมีหน้าที่ต้องนำสืบข้อเท็จจริงมาเสนอต่อหน้าศาลเพื่อให้ศาลนำข้อเท็จจริงนั้น ไปปรับเข้ากับข้อกฎหมาย ซึ่งแม้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ชัดเจนแต่ก็ชัดเจนว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522 เป็นระบบไต่สวน กล่าวคือ ศาลมีอำนาจเรียกพยานมาสืบเองได้ และศาลสามารถที่จะซักถามพยานเองได้ ส่วนตัวความและทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาลเท่านั้น ซึ่งเป็นหัวใจของระบบไต่สวนนั้นให้อำนาจศาลค้นหาข้อเท็จจริงได้เอง ไม่ต้องรอคู่ความเป็นผู้นำเสนอ ระบบไต่สวนนี้มุ่งหมายให้คู่ความแพ้ชนะกันด้วยกฎหมายหรือเนื้อหาของคดีไม่ใช่วิธีพิจารณาคดี เนื่องจากคดีแรงงานคู่ความมีสถานะไม่เท่าเทียมกัน อำนาจต่อรองแตกต่างกันอย่างสิ้นเชิง ฝ่ายหนึ่งคือยกว่าทั้งทางเศรษฐกิจ การเงิน ข้อมูลข่าวสารและความรู้ทางกฎหมาย

ด้วยเหตุนี้เอง การที่พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 51 กำหนดหน้าที่ให้แก่ลูกจ้างที่ต้องการเปลี่ยนงานหรือเปลี่ยนนายจ้างจะต้องทำหน้าที่พิสูจน์ว่า “ การที่ตนออกจากงานเป็นเพราะความผิดของนายจ้าง” จึงเป็นเรื่องที่ต้องให้ลูกจ้างนั้นพิสูจน์รวบรวมพยานหลักฐาน ซึ่งไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่มุ่งให้ความสำคัญคุ้มครองแรงงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. 2522

ผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดหน้าที่ให้ลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวทำหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าการเปลี่ยนนายจ้างเป็นความผิดตนทั้งที่โดยสถานะของลูกจ้างไม่เท่าเทียมกับนายจ้างนั้น เป็นการขัดต่อหลักสิทธิของคนงานต่างด้าวในเรื่องสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมตามที่กำหนดไว้ เพราะหากเป็นแนวความคิดตามกฎหมายแรงงานของประเทศไทยนั้น จะกำหนดให้นายจ้างซึ่งมีอำนาจเหนือกว่าเป็นผู้พิสูจน์ โดยที่คดีแรงงานเป็นคดีที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากคดีแพ่งและคดีอาญาโดยทั่วไป เพราะเป็นข้อขัดแย้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงานหรือเกี่ยวกับสิทธิของนายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงานและกฎหมายว่าด้วยแรงงานสัมพันธ์ ซึ่งข้อขัดแย้งดังกล่าวควรได้รับการพิจารณาความผิดอย่างยุติธรรมเหมือนอย่างเช่นลูกจ้างคนไทย ซึ่งศาลมีอำนาจเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะทำให้ความแจ่มชัดในข้อเท็จจริงแห่งคดีให้ศาลแรงงานมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควรซึ่งเป็นประโยชน์กับลูกจ้างมากกว่า ซึ่งประเทศไทยไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดสิทธิในเรื่องของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมสำหรับคนงานต่างด้าวให้แตกต่างไปจากที่กำหนดไว้เป็นสิทธิสำหรับแรงงานซึ่งเป็นลูกจ้างคนไทย ซึ่งในพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 กำหนดให้ “ข้อพิพาทแรงงาน” ซึ่งหมายความว่า ข้อขัดแย้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับสภาพการจ้างให้คณะกรรมการแรงงานสัมพันธ์ และพนักงานประนอมข้อพิพาทแรงงาน เข้ามาทำหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ซึ่งก็จะเป็นการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทในรูปแบบที่ลูกจ้างรวมตัวกันยื่นข้อเรียกร้องเป็นจำนวนมาก แต่จะไม่เข้ามามีบทบาทในเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้างที่เป็นเรื่องส่วนบุคคล ไม่ใช่ประโยชน์โดยรวมของลูกจ้าง ทั้งนี้เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประท้วงหรือการนัดหยุดงาน ที่จะก่อให้เกิดความเสียหายทั้งกับนายจ้างและลูกจ้าง ซึ่งข้อพิพาทระหว่างนายจ้างลูกจ้าง

ข้อตกลงเกี่ยวกับสภาพการจ้างจะถูกจัดทำเป็นหนังสือก็ต่อเมื่อสถานประกอบการนั้นมีลูกจ้างเกิน 20 คน ขึ้นไป ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 10 แต่โดยสภาพการจ้างคนงานต่างด้าวตาม มาตรา 51 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ข้อพิพาทที่ว่า “การที่ตนออกจากงานเป็นเพราะความผิดของนายจ้างหรือลูกจ้าง” ไม่

น่าจะอยู่ในความหมายของคำว่า “ข้อพิพาทแรงงาน” ซึ่งหมายความว่า ข้อขัดแย้งระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างเกี่ยวกับสภาพการจ้าง ตามพระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 ด้วยเหตุนี้เอง จึงควรจะกำหนดให้มีผู้ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวในการพิสูจน์ความผิดของนายจ้างในกรณีที่ต้องการเปลี่ยนงาน หรือมีการโต้เถียงข้อพิพาทระหว่างนายจ้างลูกจ้างในระหว่างที่ทำงานร่วมกัน

ผู้ศึกษาเห็นว่าบทบัญญัติข้างต้น เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 40 กำหนดให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพ การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมิได้ ยกเว้นเพื่อความมั่นคงหรือการคุ้มครองเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกัน การจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งในเรื่องการจำกัดการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวนั้น มีการกำหนดอาชีพที่คนต่างด้าวห้ามทำไว้แล้วในพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ดังนั้น หากการเปลี่ยนงานหรือการเปลี่ยนอาชีพของคนต่างด้าว มิได้เป็นงานที่ขัดกับที่พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 กำหนดไว้ก็ควรจะเป็นงานที่ทำได้ เพราะไม่มีความจำเป็นที่จะต้องจำกัดสิทธิในการเปลี่ยนงานโดยนำเอาเงื่อนไขเกี่ยวกับการชำระเงินค่าเสียหายให้นายจ้างมาเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิ ซึ่งในเรื่องนี้หากศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายแรงงานของประเทศไทยแล้ว ลูกจ้างย่อมมีสิทธิที่จะเปลี่ยนนายจ้างได้เสมอ โดยค่าเสียหายต่าง ๆ เป็นเรื่องที่นายจ้างหรือฝ่ายที่เสียหายจะต้องไปพิสูจน์ในทางแพ่งต่อศาลแรงงานเอง

ผู้ศึกษาเห็นว่า จำนวนเงินที่นายจ้างจ่ายไปก่อนนั้นเป็นจำนวนเงินที่ไม่สูงนัก ซึ่งได้แก่ค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบหรือที่นายจ้างแสดงเจตนาในสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศว่าจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นให้แก่คนต่างด้าว ค่าจัดเตรียมเอกสาร เช่น ค่าจัดทำเอกสาร ค่ารับรองเอกสาร ค่าจัดทำคำแปลเอกสาร ค่าพาหนะเดินทาง ค่าอาหาร และค่าที่พัก ในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศและเป็นบทบัญญัติในมาตราที่ลูกจ้างซึ่งเป็นคนงานต่างด้าวเข้ามาทำงาน โดยผ่านนายจ้างหรือผู้ได้รับอนุญาตที่มีการวางหลักประกันไว้อยู่แล้ว จึงควรกำหนดให้เป็นหน้าที่ของนายจ้างคนใหม่ที่จะชดเชยค่าใช้จ่ายดังกล่าวแทนลูกจ้างได้ ยิ่งไปกว่านั้น การให้สิทธิแก่ลูกจ้างเปลี่ยนนายจ้างได้โดยให้นายจ้างเป็นฝ่ายพิสูจน์ความผิดของลูกจ้างจะช่วยลดปัญหานายจ้างมีการละเมิดสิทธิลูกจ้าง ด้วยนายจ้างอาจเกรงว่าตนเองจะไม่ได้รับค่าเสียหายหากตนเป็นฝ่ายผิดจะทำให้มีการเคารพสิทธิของลูกจ้างมากขึ้น ส่วนในกรณีที่นายจ้างเป็นฝ่ายถูกข่มขู่อยู่ในฐานะที่สามารถพิสูจน์ตนเองเพื่อตนจะมีสิทธิได้รับค่าเสียหายได้ง่ายกว่าการให้ลูกจ้างเป็นฝ่ายพิสูจน์รวบรวมหลักฐาน

ด้วยเหตุนี้เอง จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 51 โดยกำหนดให้ลูกจ้างสามารถเปลี่ยนงานได้ โดยมีเงื่อนไขว่า นายจ้างรายใหม่จะต้องชำระค่าเสียหายแทนลูกจ้างให้กับนายจ้างเดิม ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิลูกจ้างในการปฏิเสธ ไม่จ่ายค่าเสียหายหากการที่ตนออกจากงานเป็นเพราะความผิดของนายจ้าง โดยให้นายจ้างเป็นผู้พิสูจน์ว่าลูกจ้างเป็นฝ่ายผิด

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวของผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 5 วรรค 7 “ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน” หมายความว่า ผู้ประกอบธุรกิจการให้นำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ซึ่งได้รับใบอนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงาน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นคนกลางผู้ซึ่งทำหน้าที่สำคัญในการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ซึ่งก่อนมีการใช้บังคับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นจำนวนมากทำให้เกิดปัญหาการหลอกลวงแรงงานมาทำงาน และรัฐเข้าไปควบคุมได้ยากเนื่องจากมีจำนวนมาก พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ฉบับนี้จึงกำหนดหลักประกันสูงและกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวมาทำงานจะต้องเป็นบริษัท ซึ่งมีฐานะทางการเงินที่มั่นคง ทำให้มีผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานน้อยราย โดยมีจุดประสงค์ต้องการแก้ไขปัญหาเรื่องคนกลางจัดหางานซึ่งเดิมมีจำนวนมากเกินไปทำให้ควบคุมนายหน้าจัดหางานได้ยาก การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานให้ต้องเป็นบริษัทใหญ่ มีทุนประกอบการสูง ทำให้มีผู้ประกอบการน้อยรายและหากเกิดความเสียหายขึ้นจะสามารถนำเงินที่วางประกันไว้มาชดเชยได้

ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน เป็นบุคคลที่มีความสำคัญเป็นอย่างมากในการนำคนงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย ซึ่งในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ต้องมีคุณสมบัติของผู้ได้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานจะต้องเป็นบริษัทจำกัด หรือ บริษัทมหาชน จำกัด ที่มีทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านบาททุนเป็นของผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนทุนทั้งหมด และจะต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด มีสำนักงานอยู่ในที่ตั้งที่เป็นสัดส่วนเปิดเผยมีหลักแหล่งที่แน่นอน นอกจากนี้ผู้ขออนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศจะต้องวางหลักประกันไว้

กับริบติกรมการจัดหางานตามที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่จะต้องไม่น้อยกว่าห้าล้านบาทเพื่อเป็นประกันในความเสียหายที่อาจเกิดจากการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ถ้าหลักประกันที่วางไว้ลดลงจากจำนวนที่ได้วางไว้เนื่องจากได้ใช้จ่ายไปตามที่พระราชกำหนดฉบับนี้กำหนดไว้จะต้องให้ผู้รับอนุญาตนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศวางหลักประกันเพิ่มจนครบจำนวนเงินที่กำหนดภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง หลักประกันที่ได้วางไว้ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดีตลอดระยะเวลาที่ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานยังมีได้เลิกประกอบธุรกิจการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศจะรับคืนไปไม่ได้ จะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานมีหน้าที่ประสานงานกับหน่วยงานของรัฐและทำหน้าที่เป็นผู้รับประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการที่คนงานต่างด้าวนั้นเข้ามาทำงานในประเทศไทยอยู่แล้ว

จากการศึกษา มาตรา 41 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานมีหน้าที่เป็นคนกลางประสานงานกับคนต่างด้าว โดยจะนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศไทยเมื่อมีสัญญานำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับผู้ที่จะเป็นนายจ้างพร้อมทั้งต้องส่งสำเนาสัญญาให้กับผู้ที่จะเป็นนายจ้าง และสามารถนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยได้เฉพาะตามจำนวนและรายชื่อที่แจ้งไว้และได้รับหนังสือรับรอง โดยไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานตรวจสอบถึงความมีอยู่จริง สถานที่ทำงาน สภาพแวดล้อมในที่ทำงานและที่พักอาศัย และลักษณะงานที่ทำ มีเพียงบทบัญญัติในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 41 วรรคสามเท่านั้นที่บัญญัติว่า “ให้กรณีจำเป็นจะขอให้นายทะเบียนรับรองสัญญาและความมีอยู่จริงของนายจ้างและงานของนายจ้างก็ได้” เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 41 จึงทำให้ทราบว่ากรณำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานนั้น ไม่ได้มีการตรวจสอบถึงความมีอยู่จริง สถานที่ทำงาน สภาพแวดล้อมในที่ทำงานและที่พักอาศัย และลักษณะงานที่ทำทุกกรณี และกำหนดหน้าที่ให้หน่วยงานของรัฐเป็นผู้ทำหน้าที่ในการตรวจสอบ และหน้าที่สำคัญอีกประการหนึ่งของ ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน คือ การส่งคนงานต่างด้าวกลับประเทศต้นทางภายในกำหนดเวลา เมื่อการได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของบุคคลนั้นสิ้นสุดลง โดยผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย และเมื่อมีการส่งคนงานต่างด้าวกลับประเทศแล้วก็ต้องแสดงพยานหลักฐานให้นายทะเบียนทราบ ตามมาตรา 50 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานเป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์จากการเป็นนายหน้าคนกลางโดยตรง ตามประกาศกรมการจัดหางานเรื่อง กำหนดรายการและอัตราค่าบริการ และค่าใช้จ่าย และแบบใบรับค่าบริการและค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ โดยผู้รับอนุญาตจะเรียกหรือรับ“ค่าบริการ” เป็น เงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ให้การตอบแทนการนำคนต่างด้าวมาทำงาน จากนายจ้างได้ไม่เกินร้อยละยี่สิบห้าของค่าจ้างรายเดือนที่คนต่างด้าวได้รับเดือนแรก หรือระยะเวลาสามสิบวันแรกที่คนต่างด้าวเข้าทำงาน อัตราค่าบริการที่เรียกหรือรับจากนายจ้าง ให้เป็นไปตามสัดส่วนการนำคนต่างด้าวมาทำงานดังต่อไปนี้ ค่าบริการ ร้อยละ 25 ต่อคนต่างด้าว ไม่เกิน 12 คน ค่าบริการ ร้อยละ 20 ต่อคนต่างด้าว ตั้งแต่ 13 ถึง 45 คน ค่าบริการ ร้อยละ 15 ต่อคนต่างด้าว ตั้งแต่ 46 ถึง 90 คน และค่าบริการ ร้อยละ 10 ต่อคนต่างด้าว ตั้งแต่ 91 คน ขึ้นไป โดยผู้รับอนุญาตจะเรียกหรือรับค่าใช้จ่ายจากนายจ้างได้เท่าที่จ่ายจริง เพื่อกำหนดค่าจ้างมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบ หรือที่นายจ้างแสดงเจตนา ในสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศว่าจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายนั้นให้แก่คนต่างด้าว ค่าจัดเตรียมเอกสาร เช่น ค่าจัดทำเอกสาร ค่ารับรองเอกสาร ค่าจัดทำคำแปลเอกสาร ค่าพาหนะเดินทาง ค่าอาหาร และค่าที่พัก ในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ

เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จะเห็นได้ว่าการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานมีบทบาทเป็นผู้ประสานงานกับหน่วยงานของรัฐในการนำตัวคนต่างด้าวมาทำงาน และส่งตัวคนต่างด้าวนั้นกลับประเทศเมื่อการได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของบุคคลนั้นสิ้นสุดลงเท่านั้น แต่ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กลับไม่ปรากฏบทบาทหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ทั้งที่เป็นผู้ได้รับประโยชน์โดยตรงจากการเป็นคนกลางนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศไทย

ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน ควรมีหน้าที่ในการนำตัวคนงานต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย และดูแลคนต่างด้าวในระหว่างที่ทำงานและพักอาศัยในประเทศไทย และทำหน้าที่ส่งคนต่างด้าวกลับประเทศเมื่อการได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรของบุคคลนั้นสิ้นสุดลง

ส่วนหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานตามที่กำหนดไว้ในพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 นั้น เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับอนุสัญญาฉบับที่ 88 ว่าด้วยบริการจัดหางาน พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) (Employment Service Convention) ประกอบข้อเสนอประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 83 ซึ่งประเทศไทยได้ให้สัตยาบันเมื่อวันที่

26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2512 กำหนดว่ารัฐต้องจัดบริการจัดหางานในรูปแบบที่จะประกันการรับสมัคร และการบรรจุลงตำแหน่งหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพและเพื่อวัตถุประสงค์นี้ช่วยเหลือคนงานหางานจ้างที่เหมาะสม และช่วยเหลือนายจ้างหาคนงานที่เหมาะสมซึ่งกำหนดไว้ว่า

ประการแรก ให้จดทะเบียนผู้สมัครหางาน บันทึกคุณสมบัติด้านอาชีพ ประสบการณ์ และความประสงค์ สัมภาษณ์เพื่อการจัดหางาน ถ้าจำเป็นต้องประเมินสมรรถภาพทางร่างกายและทางอาชีพ และให้ความช่วยเหลือในการแนะนำอาชีพ หรือการฝึก ทางอาชีพหรือการฝึกเพิ่มเติมตามความเหมาะสม

ประการที่สอง รับข้อมูลที่เที่ยงตรงจากนายจ้างเกี่ยวกับตำแหน่งงานว่างที่นายจ้างแจ้งขอรับบริการ และข้อกำหนดที่ คนงานที่นายจ้างต้องการต้องปฏิบัติตาม

ประการสุดท้าย แจ้งให้ผู้สมัครหางานทราบถึงงานที่เหมาะสมกับสมรรถภาพทางร่างกายและทักษะฝีมือที่ตนมีแจ้งให้สำนักงาน จัดหางานต่าง ๆ รับทราบถึงผู้สมัครหางาน และตำแหน่งงานว่างสำนักงานจัดหางานหนึ่งต่อไปยังอีกสำนักงานหนึ่ง ในกรณีที่สำนักงานแรกไม่สามารถบรรจุผู้สมัครหางานได้เหมาะสม หรือตำแหน่งงานว่างที่มีอยู่ในสำนักงานแห่งแรก ไม่เหมาะสม หรือในสภาพแวดล้อมอื่นที่กำหนดให้ต้องทำ เช่นนั้น

จะเห็นได้ว่า พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ยังไม่ได้กำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนงานต่างด้าวเข้ามาทำงาน ตรวจสอบลักษณะงานให้เหมาะสมกับความสามารถของลูกจ้าง สภาพการทำงาน การอยู่อาศัย และดูแลความเป็นอยู่ของคนงานต่างด้าวในระหว่างที่อยู่ในประเทศไทยให้สอดคล้องกับที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 88 ว่าด้วยบริการจัดหางาน พ.ศ. 2491 (ค.ศ. 1948) (Employment Service Convention) ประกอบข้อแนะประกอบอนุสัญญาฉบับที่ 83 หน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานที่ประสานงานติดต่อกับภาครัฐเป็นส่วนมาก โดยคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญ มากกว่าการกำหนดหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง ทั้งที่ความจริงแล้วผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงาน

ผู้ศึกษาเห็นว่า ในปัจจุบันกรมการจัดหางานซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างนั้น เป็นเรื่องที่ขัดแย้งกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ เพราะเจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของรัฐเป็นสำคัญอยู่แล้ว หากกำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องมีบทบาทในการดูแลผลประโยชน์ของลูกจ้างคนงานต่างด้าวด้วยแล้วย่อมขัดแย้งกันเอง ซึ่งตามหลักการชอบด้วยกฎหมายปกครองแล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการรักษาประโยชน์ของมหาชน ทำหน้าที่ในการปราบปรามคนงานต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย และอำนวยความสะดวกให้คนงานต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาทำงานอย่างถูกต้องตามกฎหมายการที่กำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่าง

ตัวเข้ามาทำงานหากกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนงานต่างเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศเป็นชนกลางประสานงานกับหน่วยงานของรัฐในการดูแลและอำนวยความสะดวกในด้านต่างๆระหว่างที่ลูกจ้างเข้ามาทำงานในประเทศไทย คุณแสดงต่อชีวิตความเป็นอยู่ของลูกจ้างว่าเป็นไปตามมาตรฐานในเรื่องต่างๆหรือไม่ คุณนายจ้างเอิร์ดเอาเปรียบหรือไม่ โดยควรทำหน้าที่เป็นตัวแทนของลูกจ้างในการยื่นข้อเรียกร้องต่างๆกับภาครัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งควรจะมีบทบาทในการระงับข้อพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้างคนงานต่างตัว สอบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงในกรณีที่มีข้อเท็จจริงในกรณีมีการเลิกจ้าง หรือลูกจ้างต้องการเปลี่ยนนายจ้าง ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 51 ที่ได้กล่าวมาในประเด็นก่อนก็จะช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ลูกจ้างในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าตนเป็นฝ่ายผิดหรือไม่

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่ที่ว่ากำหนดอำนาจหน้าที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจนำคนงานต่างเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศนั้นจะต้องรับภาระในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการดูแลคนต่างด้าวมากเกินไป จนไม่สามารถที่จะประกอบธุรกิจได้นั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศนั้น ได้รับประโยชน์ตามประกาศกรมการจัดหางานเรื่อง กำหนดรายการและอัตราค่าบริการและค่าใช้จ่าย และแบบใบรับค่าบริการและค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ เงินหรือประโยชน์อย่างอื่นที่ให้เป็นการตอบแทนการนำคนต่างด้าวมาทำงาน จากนายจ้างร้อยละ 10 ถึง ร้อยละ 25 ของค่าจ้างรายเดือนที่คนต่างด้าวได้รับเดือนแรก หรือระยะเวลาสามสิบวันแรก ซึ่งเป็นเงินที่ไม่มากนักเมื่อเทียบกับหน้าที่การที่ต้องดูแลคนต่างด้าวตลอดระยะเวลาที่คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย ดังนั้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า เพื่อไม่เกิดภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากเกินไป หน่วยงานของรัฐควรกำหนดให้มีการอุดหนุนเงินจ่ายค่าตอบแทนในการทำหน้าที่ดูแลประสานงานระหว่างรัฐกับคนต่างด้าวให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างเข้ามาทำงานในประเทศไทยด้วย

ด้วยเหตุนี้เอง ในระยะสั้นควรมีการออกกฎหมายลูก ประเภทกฎกระทรวง เพื่อกำหนดบทบาทหน้าที่ของ ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างเข้ามาทำงาน ในการทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้าง ในเรื่องต่าง ๆ กล่าวคือ ตรวจสอบคุณสมบัติของนายจ้างก่อนที่ลูกจ้างจะมาทำงานว่า สภาพการงานที่จ้างเป็นเช่นไร สถานที่พักอาศัยเป็นเช่นไร ดูแลและอำนวยความสะดวกในด้านต่างๆระหว่างที่ลูกจ้างเข้ามาทำงานในประเทศไทย คุณแสดงต่อชีวิตความเป็นอยู่ของลูกจ้างว่าเป็นไปตามมาตรฐานหรือไม่ คุณนายจ้างเอิร์ดเอาเปรียบหรือไม่ ช่วยอำนวยความสะดวกให้แก่ลูกจ้างในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงว่าตนเป็นฝ่ายผิดหรือไม่ ทั้งนี้เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของลูกจ้างเป็นไปตามมาตรฐานที่กฎหมายสากลกำหนดไว้ โดยรัฐทำหน้าที่ในการอุดหนุนและจ่ายค่าตอบแทนให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างเข้ามาทำงานในประเทศไทย และในระยะยาวควรมีการแก้ไขเพิ่มเติม

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เพื่อกำหนดหน้าที่ให้กับผู้ประกอบธุรกิจนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในการคุ้มครองสิทธิลูกจ้าง