

บทที่ 2

ทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

โลกปัจจุบันเป็นโลกเสรีที่ไร้พรมแดน การเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศด้านต่างๆตามกระแสโลกาภิวัตน์เป็นไปอย่างเสรีมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการเคลื่อนย้ายทางด้านเทคโนโลยี การเคลื่อนย้ายด้านการลงทุน ตลอดจนการเคลื่อนย้ายของคน หรือการเคลื่อนย้ายแรงงานอันเป็นการเคลื่อนย้ายประชากรข้ามประเทศ ซึ่งเกิดจากปัจจัยดึงดูดและปัจจัยผลักดันที่แตกต่างกันออกไป ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับผลกระทบจากกระแสดังกล่าว แรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านจำนวนมากได้หลั่งไหลเข้าสู่ประเทศไทย เพื่อแสวงหาคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นโดยมีปัจจัยดึงดูดคือ ความแตกต่างทางด้านเศรษฐกิจ แรงงานเหล่านี้ส่วนใหญ่จะเข้ามาโดยผิดกฎหมายเพื่อหางานทำโดยได้รับการชักชวนกันเอง หรือการชักชวนจากนายหน้าจัดหางานที่ไม่ถูกกฎหมายหรือนายหน้าจัดหางานเถื่อน

แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้น เมื่อพิจารณาโดยหลักสิทธิมนุษยชนและหลักกฎหมายคุ้มครองแรงงานของประเทศไทยแล้ว หากแรงงานต่างด้าวมีสภาพเป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541 แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองและสิทธิประโยชน์ต่างๆอย่างครบถ้วนตามกฎหมายคุ้มครองแรงงานเช่นเดียวกับแรงงานไทยทุกประการโดยไม่มีทางเลือกปฏิบัติ แต่ในความเป็นจริงแรงงานต่างด้าวมักจะยอมรับสิทธิประโยชน์ต่างๆที่ต่ำกว่ากฎหมายกำหนดเพื่อที่จะให้มีงานทำและอาศัยอยู่ในประเทศไทยต่อไปได้ เป็นผลให้แรงงานต่างด้าวบางรายถูกละเมิดสิทธิอย่างรุนแรง มีการบังคับใช้แรงงานหรือใช้แรงงานในลักษณะการค้ามนุษย์ ถูกทำร้ายร่างกาย ถูกล่วงเกินทางเพศ ถูกกักขังหน่วงเหนี่ยว¹

1. ความเป็นมาของแรงงานต่างด้าว

ชาวต่างชาติเริ่มเข้ามาทำงานในประเทศไทยในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย(รัชกาลที่ 3) ส่วนใหญ่เป็นชนชาติจีน อพยพหนีภัยธรรมชาติ และความอึดอัดขาดแคลนจากประเทศของตนเข้ามารับจ้างทำงานกรรมกรกุลีแบกหาม เป็นกรรมกรในโรงเลื่อยไม้ โรงหีบอ้อย รับจ้างงานโยธาทั่วไป และงานในเรือเดินสมุทร ต่อมาในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เศรษฐกิจไทยเจริญรุ่งเรืองขึ้นอย่างมาก ประเทศไทยติดต่อกับค้าขายกับหลายประเทศ จึงมี

¹ ศิริกาญจนา พัฒนาศักดิ์, การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย : ภาพลักษณ์บนเวทีโลก , เอกสารเผยแพร่ , สำนักคุ้มครองแรงงาน กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน, กันยายน พ.ศ. 2551

ชาวต่างชาติอื่นเข้ามาทำงานในประเทศไทย เช่น ชาวยุโรปเข้ามารับราชการเป็นที่ปรึกษาราชการ แผ่นดิน ชาวอินเดียเข้ามาประกอบการค้าขายจำนวนมาก จนในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว พระองค์ได้ทรงเล็งเห็นว่าชาวต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากจนเป็นการแย่งงานคนไทยทำ จึงโปรดให้ตรากฎหมายเพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวขึ้น เช่น กฎข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานและสภาพการทำงาน กฎหมายเกี่ยวกับกรรมกรลากรด เป็นต้น ในยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 รัฐบาลได้มีการตรากฎหมายเพื่อจำกัดอาชีพคนต่างด้าวหลายฉบับ เช่น ได้มีการประกาศใช้กฎหมายและพระราชกฤษฎีกาสงวนอาชีพสำหรับคนไทย พ.ศ. 2483 และพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 มีการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ นอกจากนี้ ในกิจการโรงสีและกิจการก่อสร้างที่รับงานของรัฐก็ต้องมีกรรมกรชาวไทยไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของกรรมกรทั้งหมด เนื่องจากในเวลานั้นมีกรรมกรชาวจีนจำนวนมาก จำต้องมีการควบคุมอย่างเข้มงวด มีการใช้มาตรการรุนแรงกับหัวหน้ากรรมกรชาวจีนที่ก่อเหตุวุ่นวายด้วยการเนรเทศกลับประเทศ และมีการออกกฎหมายควบคุมจำนวนชาวจีนเข้าประเทศด้วย

ต่อมาในปีพ.ศ. 2515 ได้มีการประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ขึ้น เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการประกอบอาชีพของคนไทยมีการกำหนดประเภทและสิทธิหน้าที่ของคนต่างด้าวที่จะมาประกอบอาชีพในประเทศไทย มีการสงวนอาชีพที่คนไทยทำได้ไว้แก่คนไทย จำนวน 39 อาชีพ อนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานเฉพาะงานที่ต้องใช้ความรู้ ความสามารถที่ตรงตามความต้องการของประเทศ และงานนั้นจะเป็นประโยชน์ต่อคนไทยที่จะได้พัฒนาความรู้ ความสามารถ วิชาการ และประสบการณ์ใหม่ แต่เนื่องจากประกาศคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าวมีหลักการใช้บังคับเฉพาะคนต่างด้าวซึ่งได้รับให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเท่านั้น ส่วนคนต่างด้าวบางประเภทที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น ญวนอพยพ เป็นต้น ไม่อยู่ในข่ายบังคับของกฎหมายนี้และในขณะนั้นบุคคลเหล่านี้ได้มาประกอบอาชีพหรือทำงานอยู่ในท้องที่จังหวัดต่างๆโดยเสรี ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นผู้มีอภิสิทธิ์เหนือคนต่างด้าวอื่นๆที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่โดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง รัฐบาลจึงจำเป็นต้องเพิ่มบทบัญญัติเพื่อใช้บังคับแก่คนต่างด้าวเหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ถ้อยคำในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 หลายแห่ง ไม่ชัดเจนทำให้เป็นปัญหาขัดข้องในทางปฏิบัติอยู่หลายเรื่องเนื่องจากได้ออกมาใช้บังคับโดยกะทันหันตามภาวะความจำเป็นในสมัยนั้นจึงจำต้องแก้ไขปรับปรุงเสียใหม่ให้เหมาะสมกับภาวะการณ์ที่เปลี่ยนไป จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวขึ้นใน พ.ศ. 2521²

² ชนินาฏ ลิตส์, กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว ,พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่ , สำนักพิมพ์วิญญูชน, กรุงเทพมหานคร, 2549, หน้า 10-11

ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 ขึ้น จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ได้มีการตราพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 โดยให้ยกเลิก พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และให้ใช้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 แทน

2. ลักษณะของแรงงานต่างด้าวเชื้อชาติไทใหญ่

2.1 ความหมายของแรงงานต่างด้าว

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551 บัญญัตินิยามที่เกี่ยวข้องไว้ดังนี้ มาตรา 5 “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย³

คำว่า “ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย” อาจเป็นกรณีที่บุคคลนั้นไม่เคยมีสัญชาติไทยมาก่อน หรือ เป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยแต่ต่อมาแสดงความจำนงสละสัญชาติไทยหรือบุคคลซึ่งถูกถอนสัญชาติไทย ในภายหลังตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 และคนต่างด้าวในที่นี้ยังหมายรวมคนต่างด้าวทุกเพศและทุกวัย แม้คนต่างด้าวจะเป็นเด็กหรือเยาว์ชนอายุไม่ถึง 20 ปี หากประสงค์จะทำงานก็ต้องขอรับใบอนุญาตทำงานด้วย นอกจากนี้ คนต่างด้าวทุกคนที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแรงงานของไทยด้วย

“ทำงาน” หมายความว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน คำว่า “ทำงาน” หมายถึง การประกอบอาชีพ การปฏิบัติกิจการ ดังนั้น กิจกรรมใดที่มีลักษณะเป็นการประกอบอาชีพหรือปฏิบัติกิจการไม่ว่าโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ ถ้ากิจกรรมนั้นโดยปกติวิสัยเป็นกิจกรรมที่หวังผลตอบแทนเป็นลักษณะค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดเป็นสำคัญแล้ว แม้ตามข้อเท็จจริงจะไม่มี การจ่ายค่าจ้างหรือประโยชน์ตอบแทนอื่นก็อยู่ในความหมายของการทำงานตามพระราชบัญญัตินี้

“ใบอนุญาต” หมายความว่า ใบอนุญาตทำงาน

ใบอนุญาตทำงานมีรูปแบบเป็นเล่มและต้องทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง⁴

“ผู้รับใบอนุญาต” หมายความว่า คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาต

³ โปรดดูพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

⁴ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 9-14

เมื่อคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว คนต่างด้าวมีสติและหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว เช่น มีสติทำงานตามที่ได้รับอนุญาต⁵ หรือมีสติที่จะทำงานตามประเภทงานตามประเภทที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคม

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้รับใบอนุญาตตามมาตรา 9 มาตรา 11 มาตรา 13 (1) และ (2) และมาตรา 14 ให้ทำงานที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 15

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5 นิยามความหมายของคำว่า “ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งตกลงทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างไร⁶

นอกจากนั้น สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน ได้ให้ความหมายของ “แรงงานต่างด้าว” ว่าเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมายหรือผิดกฎหมาย และได้รับใบอนุญาตทำงาน

ในส่วนขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ ได้ให้ความหมาย “แรงงานต่างด้าว” ไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 97 ว่าด้วยการอพยพเพื่อการทำงาน (ฉบับแก้ไข) ค.ศ. 1949 ว่าแรงงานต่างด้าวหมายถึงบุคคลที่ย้ายถิ่นจากประเทศหนึ่งไปยังอีกประเทศหนึ่งเพื่อที่จะไปทำงานมากกว่าที่จะไปใช้จ่ายเงินของตนเองและรวมถึงบุคคลใดๆที่โดยปกติแล้วได้รับการยอมรับว่าเป็นผู้อพยพเพื่อการทำงาน แต่ไม่รวมถึงคนที่ทำงานบริเวณชายแดน จิตกร หรือสมาชิกของกลุ่มผู้ข่านาญการที่เข้าเมืองในระยะสั้น ชาวเรือและลูกเรือเดินทะเลต่างชาติ

สำหรับองค์การสหประชาชาติ ได้มีการกำหนดความหมายแรงงานต่างด้าวในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของบรรดาแรงงานต่างด้าวและสมาชิกในครอบครัวของเขาเหล่านั้น ในมาตรา 2 หมายถึง บุคคลซึ่งจะถูกว่าจ้างให้ทำงาน กำลังถูกว่าจ้าง หรือเคยถูกว่าจ้างทำงานโดยได้รับค่าตอบแทนในรัฐที่ตนไม่ได้เป็นคนของชาตินั้น⁷

จากความหมายของแรงงานต่างด้าวข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า “แรงงานต่างด้าว” หมายถึง คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรไม่ว่าจะเข้ามาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

⁵ ชินนาฏ สีดส์, อ้างแล้ว, หน้า 15-17

⁶ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 มาตรา 5

⁷ ศิริกาญจนา พัฒนาศักดิ์, อ้างแล้ว, หน้า 34

2.2 ความหมายของแรงงานเชื้อชาติไทใหญ่

ชาวไทใหญ่มาจากรัฐไทใหญ่ที่เป็นส่วนหนึ่งของประเทศสหภาพพม่า รัฐไทใหญ่ตั้งอยู่ทางตะวันออกเฉียงเหนือของสหภาพพม่า เป็นกลุ่มชาติพันธุ์ขนาดใหญ่อันดับสองของพม่า ส่วนมากอาศัยในรัฐฉาน ประเทศพม่า และบางส่วนอาศัยอยู่บริเวณดอยไตแลง ชายแดนระหว่างประเทศไทย กับประเทศพม่า

หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองได้เกิดการเปลี่ยนแปลงขนานใหญ่ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เมื่อชาติตะวันตกถูกบังคับให้ปลดปล่อยอาณานิคมของตนเองให้เป็นอิสระ เกิดการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งใหญ่ในพม่าเมื่ออังกฤษยอมให้เอกราชแก่พม่า ซึ่งหมายความรวมถึงรัฐไทใหญ่และชนกลุ่มน้อยอื่นๆในพม่า เกิดการอพยพย้ายถิ่นของชาวไทใหญ่เข้ามาในภาคเหนือของไทย หลังจากพม่าได้รับเอกราชจากอังกฤษแล้วเกิดความวุ่นวายทางการเมืองเนื่องจากการยึดอำนาจของรัฐบาลทหารพม่าและปัญหาเศรษฐกิจที่ตกต่ำอย่างต่อเนื่องจากการที่รัฐบาลทหารพม่าถูกคว่ำบาตรจากนานาชาติ⁸

โดยหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ “สัญชาติ” (Nationality) เป็นสิ่งที่ใช้แสดงความเกี่ยวข้องระหว่างรัฐและประชากรของตนเอง ตามแนวคิดที่ว่าด้วยความเป็นรัฐ (Statehood) ซึ่งต้องประกอบไปด้วย ดินแดน ประชากร และอำนาจอธิปไตย และเมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงและหลักกฎหมายระหว่างประเทศแล้วจึงพบว่า เมื่อไม่พบการมีอยู่ของรัฐไทใหญ่ในสังคมนระหว่างประเทศจึงทำให้สถานะของความเป็น “ไทใหญ่” จึงเป็นเพียง “เชื้อชาติ”(Race) ที่แสดงถึงลักษณะทางชาติพันธุ์ซึ่งไม่ใช่ “สัญชาติ” (Nationality) ซึ่งเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่มีลักษณะทางกฎหมาย ซึ่งแสดงถึงประชากรของรัฐภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

คำว่าแรงงานไทใหญ่จึงนับเป็นส่วนหนึ่งของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งหมายความตามความหมายของ “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 5 ของ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551⁹ และหากเข้ามาทำงานในประเทศไทยจะอยู่ภายใต้บังคับกฎหมายแรงงานของไทยด้วยเช่นเดียวกับแรงงานต่างด้าวอื่นๆ

ดังนั้น กลุ่มแรงงานต่างด้าวในการศึกษาวิจัยนี้ จึงหมายความถึง แรงงานต่างด้าวเชื้อชาติไทใหญ่ ซึ่งอาจมีสัญชาติพม่าหรือไร้สัญชาติก็ได้โดยเป็นแรงงานต่างด้าวที่ได้รับการผ่อนผันตามมติคณะรัฐมนตรีให้ทำงานและอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว

⁸ รัตนพร เศรษฐกุล กอบกาญจน์ พจน์ชนะชัย ผ่องพรรณ พันธุ์ปัญญา, รายงานการวิจัย เรื่อง จากพ่อค้าและแรงงานป่าไม้สู่กรรมกรก่อสร้างและลูกจ้างทั่วไป : ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจและสังคมระหว่างชาวล้านนาและชาวไทใหญ่ พ.ศ. 2556 ,มหาวิทยาลัยพายัพ, หน้า 74

⁹ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 5

3. ประเภทของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

แรงงานต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย อาจแบ่งเป็น 2 ประเภท คือแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมาย และแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

3.1 แรงงานต่างด้าวถูกต้องกฎหมาย

ในความหมายระดับสากลที่เข้าใจกัน แรงงานต่างด้าวถูกต้องกฎหมาย (legal/documented migrant workers) หมายถึงแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยชอบตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น มีสิทธิอยู่อาศัย และมีสิทธิทำงานในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวถูกต้องตามกฎหมายที่ประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวกำหนดไว้กล่าวคือมีใบอนุญาตทำงาน (Work permit)

ตามกฎหมายไทยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยอย่างถูกต้องตามกฎหมายไทย จะต้องปฏิบัติตามขั้นตอนทั่วไปได้แก่

ขั้นแรกเกี่ยวกับการเดินทางเข้าประเทศ คนต่างด้าวจะต้องมีหนังสือเดินทาง (Passport) ในการเดินทางจากประเทศต้นทางเพื่อมายังประเทศไทย และการเข้าประเทศไทยของคนต่างด้าวต้องได้รับอนุญาตจากประเทศไทยด้วย การขออนุญาตเข้าประเทศไทยของคนต่างด้าวทำได้โดยยื่นคำขอแสดงความจำนงเดินทางเข้าประเทศไทยพร้อมทั้งแสดงเหตุผลของการเดินทางเข้ามาในประเทศต่อสถานทูตไทยประจำต่างประเทศโดยเรียกว่าการขอวีซ่า หรือภาษาราชการเรียกว่าการตรวจลงตรา

ขั้นที่สองเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทย การเข้ามาทำงานในประเทศไทยคนต่างด้าวก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของประเทศไทย โดยคนต่างด้าวต้องขอใบอนุญาตทำงาน (Work permit) จากกองงานคนต่างด้าว สังกัดกรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม หากว่ากองงานคนต่างด้าวพิจารณาตามหลักเกณฑ์แล้วเห็นว่าคนต่างด้าวมั่นคงสมควรได้รับใบอนุญาตทำงานก็จะออกใบอนุญาตทำงานให้

ขั้นตอนที่สามเมื่อคนต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว คนต่างด้าวก็ต้องขออนุญาตต่อสำนักงานตำรวจตรวจคนเข้าเมือง สังกัดสำนักงานตำรวจแห่งชาติเพื่อขอขยายระยะเวลาพำนักอยู่ในประเทศไทยเพื่อทำงานอันจะทำให้มีสิทธิอยู่ในประเทศไทยอย่างถูกต้องเพื่อทำงาน

ขั้นสุดท้าย เมื่อคนต่างด้าวเลิกทำงานกับสถานที่ทำงานตามที่กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมอนุญาตแล้ว คนต่างด้าวก็ต้องแจ้งให้แก่ทางการของไทยอันประกอบไปด้วย กรมการจัดหางานและสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองทราบและเดินทางออกนอกประเทศไทย

กระบวนการทั้งสี่ขั้นตอนนี้เป็นบทบาทของประเทศไทยในทางการควบคุมแรงงานต่างด้าวให้เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรและทำงานในประเทศไทยซึ่งคนต่างด้าวทุกคนต้องเคารพและปฏิบัติตาม

นอกจากกระบวนการควบคุมแรงงานต่างด้าวแล้ว ประเทศไทยในฐานะผู้รับแรงงานต่างด้าวก็จะต้องมีหน้าที่ในการคุ้มครองแรงงานต่างด้าว เมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทยและได้รับอนุญาตให้ทำงานในประเทศไทยได้แล้วด้วย เนื่องจากเมื่อผ่านขั้นตอนดังกล่าวแล้วก็ต้องถือว่าแรงงานต่างด้าวดังกล่าวเป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตามกฎหมายไทย¹⁰

(ก) การเข้าเมือง

กฎหมายทั่วไปว่าด้วยคนเข้าเมืองของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องได้แก่

1. กฎหมายจารีตประเพณี ซึ่งไม่กำหนดให้ต้องขออนุญาตเข้าเมืองไทย การเข้าเมืองของคนต่างด้าวก่อน 11 กรกฎาคม 2470 จึงเป็นการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมายแม้ไม่มีเอกสารแสดงการให้อนุญาตเข้าเมืองของรัฐไทย¹¹
2. พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองตั้งแต่ 11 กรกฎาคม 2470 ภายใต้กฎหมายนี้ จะตกเป็นคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายหากไม่มีเอกสารแสดงการให้อนุญาตเข้าเมืองของรัฐไทย

พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดสิทธิในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวไว้ว่าเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข ดังปรากฏใน มาตรา 4¹² และมาตรา 57 วรรคแรก¹³ นอกจากนั้นพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ยังจำแนกประเภทของสิทธิเข้าเมืองภายใต้พระราชบัญญัตินี้

¹⁰ ชมาภรณ์ กิตติจรส, การคุ้มครองแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายในประเทศไทย : กรณีศึกษามาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศและกฎหมายไทย, วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2544, หน้า 62-63

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 153/2505

¹² พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 4 “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

“คนเข้าเมือง” หมายความว่า คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร

¹³ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 57 วรรค 1

ไว้เป็นกรณีทั่วไปตามมาตรา 11¹⁴ และมาตรา 12¹⁵ และกรณีพิเศษเฉพาะราย ตามมาตรา 13¹⁶, 15¹⁷ และมาตรา 17¹⁸

ทั้งนี้ อาจมีกรณีที่มีการเข้าเมืองของคนต่างด้าวที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาได้รับการผ่อนผันเป็นกรณีพิเศษโดยอาศัยมติของคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ซึ่งจะทำให้คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองนั้น สามารถอาศัยอยู่และอาจทำงานได้ในประเทศไทยชั่วคราว ซึ่งจะได้อีกต่อไปในส่วนองแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย

(ข) การขออนุญาตทำงานในประเทศไทย

แรงงานต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงาน (Work Permit) นี้ ถือเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยถูกกฎหมาย หมายถึงแรงงานที่เข้าเมืองมาโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และได้รับอนุญาตให้ทำงานภายใต้หลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งแบ่งออกเป็น 4 ประเภท กล่าวคือ

(1) ประเภทตลอดชีพ คือแรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 พ.ศ. 2515 ตามความในข้อ 10 (1) ของประกาศฉบับนี้กำหนดให้ใบอนุญาตทำงานแบบตลอดชีพนี้ใช้ได้ตลอดชีวิตของแรงงานต่างด้าวตามอาชีพที่แรงงานต่างด้าวเคยทำอยู่ก่อนขออนุญาตทำงาน เว้นแต่แรงงานต่างด้าวจะเปลี่ยนอาชีพใหม่

แรงงานต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตทำงานแบบตลอดชีพนี้ได้แก่คนต่างด้าวผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง คือ พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และทำงานอยู่ก่อนวันที่ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ใช้บังคับคือ ก่อนวันที่ 3 ธันวาคม พ.ศ. 2515 ซึ่งขณะที่แรงงานต่างด้าวเหล่านี้เดินทางเข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้น ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายกำหนดให้แรงงานต่างด้าวต้องขออนุญาตทำงาน เมื่อต่อมาประเทศไทยตรากฎหมายกำหนดควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว โดยการให้ต้องขอใบอนุญาตทำงานตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในขณะนั้น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 จึงให้อำนาจอธิบดีกรมแรงงาน

¹⁴ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 11

¹⁵ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 12

¹⁶ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 13

¹⁷ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 15

¹⁸ พระราชบัญญัติ คนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 17 “ในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใด ๆ ก็ได้”

ออกใบอนุญาตทำงานประเภทตลอดชีพให้แก่แรงงานต่างด้าวกลุ่มนี้ได้ แรงงานต่างด้าวประเภทนี้ถือ
ว่าเป็นแรงงานต่างด้าวถูกกฎหมายตั้งแต่ดั้งเดิม

(2) ประเภทชั่วคราว คือแรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาใน
ราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว (Non - Immigrant Visa) ใบอนุญาตทำงานแบบชั่วคราวจะออกให้
แก่แรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยถือวีซ่าประเภทคนอยู่
ชั่วคราว (Non - Immigrant Visa) หรือแรงงานต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยแล้วยื่นขอ
ใบอนุญาตทำงาน การอนุญาตให้แรงงานต่างด้าวได้รับใบอนุญาตทำงานประเภทชั่วคราวจะเป็นไป
ตามหลักเกณฑ์พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 9 ซึ่งบัญญัติว่าห้ามมิให้
คนต่างด้าวทำงานนอกจากงานที่กำหนดในกฎกระทรวงโดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสใน
การประกอบอาชีพของคนไทย และความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศและ
ได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน เว้นแต่คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตาม
กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เพื่อทำงานอันจำเป็นและเร่งด่วนที่มีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้าวัน แต่
คนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้เมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้นายทะเบียนทราบคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาต
ตามมาตรา 9 ต้องมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการ
ชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อทำงานจำเป็นและเร่งด่วนมีระยะเวลาทำงานไม่เกินสิบห้า
วัน แต่คนต่างด้าวนั้นจะทำงานได้เมื่อมีหนังสือแจ้งให้อธิบดีหรือเจ้าพนักงานที่อธิบดีมอบหมายตาม
แบบที่อธิบดีกำหนด ดังนั้น หากงานใดเป็นงานที่มีได้กำหนดไว้ในกฎกระทรวงหรือเป็นงานที่กำหนด
ห้ามคนงานต่างด้าวประกอบอาชีพตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา คนต่างด้าวก็ไม่สามารถขอ
อนุญาตทำงานดังกล่าวในประเทศไทยได้

ปัจจุบันมีพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าว
ทำงาน พ.ศ. 2522 และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำงาน
(ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 ซึ่งได้กำหนดอาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำไว้รวมทั้งหมด 39 อาชีพ

เหตุผลของการเข้ามาทำงานในประเทศไทยของแรงงานต่างด้าวประเภทนี้ ก็
เนื่องจากหลายปัจจัยซึ่งอาจเป็นทั้งปัจจัยผลึกจากประเทศต้นทางที่มีความแตกต่างในระดับการ
พัฒนาเศรษฐกิจเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย ซึ่งการเข้ามาทำงานในประเทศไทยอาจทำให้ได้รับ
ค่าตอบแทนมากกว่าการทำงานในประเทศบ้านเกิดของแรงงานต่างด้าว¹⁹

(3) ประเภทส่งเสริมการลงทุน คือการออกใบอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักร
ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือตามกฎหมายอื่นที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับแรงงานต่าง

¹⁹ ชมาภรณ์ กิตติจรส, อ่างแล้ว, หน้า 69

ตัวในลักษณะเดียวกัน²⁰ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พระราชบัญญัตินิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น ใบอนุญาตประเภทนี้อาจเรียกอย่างย่อได้ว่าใบอนุญาตประเภทส่งเสริมการลงทุน หลักเกณฑ์การออก ใบอนุญาตประเภทส่งเสริมการลงทุนนี้จะออกให้แก่แรงงานต่างด้าวที่ได้เข้าเมืองถูกต้องตามกฎหมาย โดยถือวีซ่าประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non - Immigrant Visa) และได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตาม เงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และตามกฎหมายอื่นที่รัฐส่งเสริมซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2532 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 เป็นต้น

สำหรับระยะเวลาในการอนุญาตให้ทำงานนั้นจะเป็นไปตามที่หน่วยงาน ผู้รับผิดชอบตามพระราชบัญญัติแต่ละฉบับเสนอไป โดยอนุญาตให้มากกว่า 1 ปีก็ได้ และสามารถขอ ต่ออายุใบอนุญาตได้เช่นเดียวกับใบอนุญาตทำงานประเภทชั่วคราว

เหตุผลของการเข้ามาทำงานของแรงงานต่างด้าวประเภทนี้ ก็เนื่องจากนักลงทุน ต่างชาติและบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนประกอบกิจการในประเทศไทยตามนโยบายส่งเสริมและเชื่อ เชิญการลงทุนของรัฐบาลไทยมักต้องใช้แรงงานที่หาได้ยากในประเทศไทยในการเริ่มต้นและดำเนิน กิจการ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว แรงงานต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตทำงานประเภทนี้มักเป็นผู้เชี่ยวชาญหรือ แรงงานประเภทที่มีฝีมือซึ่งเคยทำงานอยู่แล้วในบริษัทแม่ของบริษัทข้ามชาติซึ่งมาลงทุนในประเทศ ไทย โดยส่วนใหญ่มักประกอบอาชีพเป็นกรรมการผู้จัดการ วิศวกร ผู้เชี่ยวชาญการผลิต ครู อาจารย์ เหตุที่บริษัทข้ามชาติเหล่านี้ไม่จ้างคนไทยก็เนื่องมาจากเหตุผลทั้งของความต้องการของบริษัทข้ามชาติ เอง และเหตุผลความไม่พร้อมของแรงงานไทย โดยเหตุผลแรกซึ่งเป็นเหตุผลของบริษัทข้ามชาติก็ เนื่องจากบริษัทเหล่านี้ต้องการคนที่มีความสามารถสูง พูดภาษานั้นๆได้ อีกทั้งยังไม่เชื่อความสามารถ ของคนไทย หรือกิจการนั้นเป็นกิจการของตนเอง คู่สมรส ญาติ เป็นการร่วมทุน หรือมีสัญญาว่า จะต้องส่งวิศวกรมาควบคุมหรือต้องการถ่ายทอดเทคโนโลยี

(4) ประเภทที่ได้รับยกเว้นตาม มาตรา 13 ของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้แก่ แรงงานต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ แรงงาน ต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และอยู่ ระหว่างรอการส่งกลับนอกราชอาณาจักร แรงงานต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติ ไทยและแรงงานต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติ²¹

²⁰ โปรดดูพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 12

²¹ ศิริกาญจนา พัฒนาศักดิ์, อ่างแล้ว, หน้า 35-37

ส่วนแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Illegal/documented migrant workers) เป็นกลุ่มที่ไม่มีทักษะฝีมือทำงานในตลาดแรงงานระดับล่าง สาเหตุที่ต้องจ้างแรงงานกลุ่มนี้มี 2 ประการคือ การขาดแคลนแรงงานไทยเนื่องจากในบางอาชีพแรงงานไทยไม่สนใจทำ และในช่วงฤดูการเกษตร แรงงานในภาคเอกชนบางส่วนจะถอนตัวไปช่วยงานในครัวเรือนเกษตร และอีกสาเหตุหนึ่งคือ แรงงานต่างด้าวมักจ้างที่ต่ำกว่าแรงงานไทยมาก จึงเป็นเหตุจูงใจให้นายจ้างนิยมจ้างแรงงานต่างด้าวลักลอบเข้าเมืองกลุ่มนี้มากขึ้น²² โดยทั่วไปแบ่งออกเป็น แรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองแต่ได้รับการผ่อนผันให้อาศัยอยู่และทำงานในประเทศไทย และแรงงานต่างด้าวนอกระบบซึ่งจะกล่าวถึงต่อไป

3.2 แรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย

(ก) แรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองแต่ได้รับการผ่อนผันชั่วคราวให้อาศัยอยู่และทำงานในประเทศไทย ถือเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Illegal/documented migrant workers) กล่าวคือ เป็นแรงงานที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่ต่อมาได้รับการผ่อนผันตามมติคณะรัฐมนตรีตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ถือเป็นแรงงานที่ได้รับอนุญาตให้มาทำงานเป็นการชั่วคราว เพื่อทดแทนการขาดแคลนแรงงานในประเทศไทย 3 สัญชาติ คือ พม่า ลาว และกัมพูชา ถือเป็นกลุ่มแรงงานที่ไม่มีทักษะฝีมือในการทำงาน (non skill worker)

กลุ่มแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายแต่ได้รับการผ่อนผันให้อาศัยอยู่และทำงานในประเทศไทยนี้โดยเฉพาะกลุ่มแรงงานเชื้อชาติไทใหญ่ สัญชาติพม่าหรือไร้สัญชาติ จึงเป็นเป้าหมายของการศึกษาในวิจัยฉบับนี้ว่าจะมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรในประเทศไทย และการทำงานของแรงงานต่างด้าวนั้นได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเหมือนแรงงานไทยทั่วไปหรือไม่

สถานะของแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายนั้นหมายถึงเป็นผู้ที่เข้าเมืองมาโดยไม่ผ่านกระบวนการตามกฎหมายหรือมีลักษณะต้องห้ามตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่อาจได้รับการผ่อนผันตาม มาตรา 17 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว คือในกรณีพิเศษเฉพาะเรื่อง รัฐมนตรีโดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ใดหรือจำพวกใดเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ หรือจะยกเว้นไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ในกรณีใด ๆ ก็ได้ รวมถึงการขออนุญาตทำงานเป็นแรงงานต่างด้าวในปัจจุบันโดย

²² ศิริกาญจนา พัฒนาศักดิ์, อ่างแล้ว, หน้า 38

หมายรวมอยู่ในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551²³ หมายถึงคนต่างด้าว 4 ประเภท คือ

1) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใด แทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ

2) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับการอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร เช่น พวกถูกอพยพ ลาวอพยพ เนปาลอพยพ พม่าพลัดถิ่น หรือคนต่างด้าวตามมติคณะรัฐมนตรี 3 สัญชาติ คือ พม่า ลาว และกัมพูชา ซึ่งคนต่างด้าวกลุ่มนี้คือแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย²⁴ เพื่อให้ทราบจำนวนคนต่างชาติสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา ที่หลบหนีเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร จึงให้เจ้าบ้านผู้ให้ที่อยู่อาศัยหรือนายจ้างพาคนต่างด้าวไปขึ้นทะเบียนคนต่างด้าว โดยคนต่างด้าวที่ขึ้นทะเบียนแล้ว จะได้รับบัตรประจำตัวคนต่างด้าวมีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 1 ปี และสามารถขออนุญาตทำงานได้เมื่อต้องการจะทำงาน ซึ่งถ้าหากคนต่างด้าวไม่มาขึ้นทะเบียนในครั้งนี้อาจจะไม่มีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักรและขออนุญาตทำงานได้

3) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 หรือตามกำหนดอื่น เช่น บุคคลที่เกิดภายหลังวันที่ 13 ธันวาคม 2515 ซึ่งเป็นวันที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวมีผลบังคับใช้

4) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติ ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515

(ข) แรงงานต่างด้าวนอกระบบ

แรงงานต่างด้าวนอกระบบเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย (Illegal/undocumented migrant workers) กล่าวคือ เป็นแรงงานที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 และไม่ได้รับการผ่อนผันตามมติคณะรัฐมนตรีเนื่องจากไม่ได้ไปขึ้นทะเบียนแรงงานต่างด้าว แรงงานประเภทนี้จึงไม่สามารถตรวจสอบได้โดยแท้จริงว่ามีจำนวนเท่าใด และมีสัญชาติใดบ้าง ซึ่งในรายงานการวิจัยฉบับนี้ไม่ครอบคลุมถึงการศึกษารายงานประเภทนี้

²³ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 12

²⁴ มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 27 สิงหาคม 2545 วันที่ 25 กันยายน 2545 วันที่ 1 ตุลาคม 2545 และ 27 เมษายน 2547

4. สถานะทางกฎหมายของแรงงานต่างด้าวในประเทศไทย

คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยต้องอยู่ภายใต้กฎหมายไทยอยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตยของไทย โดยกฎหมายไทยรับรองการทำงานของคนต่างด้าวแต่อยู่ภายในข้อบังคับและการขอใบอนุญาตทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ข้อพิจารณาสิทธิของแรงงานต่างด้าวเบื้องต้น คือต้องเป็นผู้มีสิทธิในการเข้าประเทศ มีสิทธิอยู่ และมีสิทธิทำงานในประเทศผู้รับแรงงานต่างด้าวตามกฎหมาย ซึ่งในงานวิจัยฉบับนี้ยังหมายรวมถึง แรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองแต่ได้รับการผ่อนผันให้อาศัยอยู่และทำงานในประเทศไทยที่จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายไทยตามหลักการมาตรฐานแรงงานสากลอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 ที่ประกอบไปด้วยหลักการใหญ่ 2 ประการได้แก่ หลักการปฏิบัติที่เท่าเทียมและไม่น้อยกว่าการปฏิบัติที่รัฐให้แก่แรงงานในชาติตาม (มาตรา 6) ที่เป็นหลักหัวใจของการคุ้มครองแรงงานต่างด้าวตามกฎหมาย อีกประการหนึ่งของอนุสัญญาฉบับที่ 97 ซึ่งถือว่าเป็นหลักการทั่วไปไม่จำกัดเฉพาะว่าต้องเป็นแรงงานต่างด้าวที่เข้าเมืองตามกฎหมายเท่านั้น หลักการนี้เรียกว่า หลักการดูแลและให้ความสะดวกแก่แรงงานต่างด้าวซึ่งประกอบไปด้วยการให้บริการข้อมูลข่าวสารที่มีวัตถุประสงค์ให้แรงงานต่างด้าวได้ทราบข้อมูลเกี่ยวกับการทำงานในประเทศปลายทางทั้งจากข้อมูลในประเทศปลายทางให้กับแรงงานโดยตรง การแลกเปลี่ยนข้อมูล การอำนวยความสะดวกในการเดินทาง และการอำนวยความสะดวกในการโอนเงินกลับประเทศของแรงงานต่างด้าว²⁵

ส่วนสถานะทางกฎหมายโดยเฉพาะแรงงานต่างด้าวที่มีเชื้อชาติไทใหญ่ สัญชาติพม่า หรือไร้สัญชาติซึ่งเป็นกลุ่มเป้าหมายในวิจัยฉบับนี้คือ แรงงานเชื้อชาติไทใหญ่นั้นก็ย่อม ตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของกฎหมายเช่นเดียวกับแรงงานประเภทอื่นๆ ที่ไม่มีสัญชาติไทยคือจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดในเรื่องการเข้าเมืองมาและขออนุญาตทำงานในประเทศไทย และรัฐบาลก็ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของแรงงานกลุ่มนี้และได้ดำเนินการให้ความคุ้มครองเช่นเดียวกับแรงงานไทยตามหลักการเป็นลูกจ้างตามพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 โดยจะกล่าวในรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับแรงงานต่างด้าวในบทต่อไป

²⁵ โปรดดูอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับที่ 97 มาตรา 1 มาตรา 2 มาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 7 และมาตรา 9

5. สรุปความหมาย ประเภทและสถานะทางกฎหมายของแรงงานต่างด้าว

จากที่ได้ศึกษามาข้างต้น สามารถสรุปได้ว่า “แรงงานต่างด้าว” หมายถึง คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรไม่ว่าจะเข้ามาโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งรวมถึงแรงงานเชื้อชาติไทใหญ่ สัญชาติพม่าหรือไร้สัญชาติ

คำว่า “ไทใหญ่” เป็นสิ่งบ่งบอกลักษณะ “เชื้อชาติ” มิใช่ “สัญชาติ” ซึ่งเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่ใช้กำหนดจุดเกาะเกี่ยวระหว่างรัฐกับประชากร ดังนั้นสัญชาติไทใหญ่จึงไม่อาจปรากฏมีได้ในสังคมนระหว่างประเทศได้ตราบเท่าที่ไม่มีรัฐไทใหญ่อันเป็นรัฐซึ่งเป็นบุคคลในทางกฎหมายระหว่างประเทศ

แรงงานต่างด้าวในประเทศไทยอาจแบ่งออกได้เป็น แรงงานต่างด้าวถูกกฎหมาย และแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมาย ซึ่งแบ่งตามลักษณะการเข้ามาและการได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรซึ่งสถานะทางกฎหมายของแรงงานต่างด้าวที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ต่อมาได้รับการผ่อนผันให้อาศัยอยู่และทำงานชั่วคราวก็ยังคงถือเป็นแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายซึ่งได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเช่นเดียวกับแรงงานต่างด้าวประเภทอื่นๆ ที่ไม่มีสัญชาติไทย