

**ปัญหาการละเมิดสิทธิแรงงานข้ามชาติภายใต้กลไกทาง
กฎหมายในการจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามชาติ
ผ่านข้อตกลงด้านการจ้างแรงงานระหว่างราชอาณาจักรไทย
และสหภาพเมียนมา**

**Problems Relating to the Violation of the Migrant Workers’
Rights under Legal Mechanism in the Recruitment and
Employment of Migrant Workers through Memorandum of
Understanding between the Government of the Kingdom
of Thailand and the Government of the Union of Myanmar
on Cooperation in the Employment of Workers**

โสภิต ชีวะพานิชย์¹

วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม ตำบลขามเรียง อำเภอกันทรวิชัย
จังหวัดมหาสารคาม 44150 เมล์ติดต่อ: sopit.c@msu.ac.th

Sopit Cheevapanich

College of Politics and Governance, Mahasarakham University, Khamriang, Kantarawichai,
Maha Sarakham 44150, Email: sopit.c@msu.ac.th

Received: November 27, 2021; Revised: May 22, 2022; Accepted: June 2, 2022

¹ อาจารย์ประจำวิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม (Lecturer, College of Politics and Governance, Mahasarakham University).

บทคัดย่อ

งานศึกษาชิ้นนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาปัญหาของกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิแรงงาน การจัดหางานและการจ้างงานที่เป็นธรรมภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศไทยและประเทศเมียนมาและเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาที่เกิดจากกลไกดังกล่าว โดยใช้การทบทวนเอกสารและการสัมภาษณ์เชิงลึกผู้ที่เกี่ยวข้อง จากการศึกษาวิจัย พบว่า นโยบายและกฎหมายไทยส่วนใหญ่สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศ ปัญหาอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมายในบางเรื่อง ได้แก่ ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานและจ้างงานที่ยังคงสูงอยู่ การเก็บเอกสารหรือรับฝากเอกสารของลูกจ้างโดยนายจ้าง เงื่อนไขที่จำกัดของการเปลี่ยนนายจ้าง และการเลิกสัญญา การเข้าถึงกลไกการร้องทุกข์กรณีการจัดหางาน และการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ในกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน ผลการวิจัยนำไปสู่ข้อเสนอให้รัฐดำเนินการดังนี้ หนึ่ง ควรมีการเจรจาเพิ่มเนื้อหาเรื่องค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานและเรื่อง การเปลี่ยนแปลงนายจ้างให้อยู่ในข้อตกลงระหว่างรัฐ สอง ควรจัดทำแนวปฏิบัติให้มีความชัดเจน ในการเรื่องหลักเกณฑ์ในการหักค่าจ้างและการหักหนี้ที่เกิดขึ้นระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและ ทบทวนแนวทางในการรับฝากเอกสารส่วนตัวและสัญญาจ้าง สาม ควรพิจารณาปรับแก้ไข กฎหมายส่วนของเงื่อนไขการเปลี่ยนนายจ้าง โดยไม่ขึ้นอยู่กับความผิดของลูกจ้างหรือนายจ้าง สี่ ควรปรับปรุงขั้นตอนการรับเรื่องร้องทุกข์และสร้างระบบส่งต่อคดีเพื่อลดภาระของนายจ้าง และลูกจ้าง และ ห้า ควรปรับปรุงการเข้าถึงสิทธิประโยชน์ในกองทุนประกันสังคมและกองทุน เงินทดแทนของแรงงานข้ามชาติเพื่อให้แรงงานข้ามชาติสามารถเข้าถึงกองทุนได้เท่าเทียมกับ แรงงานไทย

คำสำคัญ: การจัดหางาน การละเมิดสิทธิ แรงงานข้ามชาติ กลไกทางกฎหมาย ข้อตกลงระหว่างประเทศ

Abstract

This research aims to study problems of legal mechanism for the protection of workers' rights and the fair recruitment and employment of workers under the agreement between Thailand and Myanmar and recommend the solutions thereof. This research is based on documentary analysis and in-depth interview with relevant stakeholders. The research found that most of the policy and laws of Thailand were in line with the international standards. Problems remained at the law enforcement of certain issues as the high cost of fee and expenses in the recruitment process, the seizure or keeping the personal documents of the workers by the employers, the limited conditions to change the employers and the termination of contract, the access to the complaint mechanism and the access to benefits in the social security and the workmen's compensation funds. The research outcomes led to the recommendations for the government as follows: Firstly, negotiate for the additional clauses in the MOU on the fee and cost in the recruitment process and the conditions for the change of employer. Secondly, make clear guidelines on wage and debt deduction and revise the practice of keeping the workers' personal documents by the employers. Thirdly, revise law on the change of the employers not to be based on the wrongdoing of either the employer or the worker. Fourthly, improve the complaint procedures and develop the referral system to reduce the burden of the employers and workers. Fifthly, improve the access to the benefits under the social security and the workmen's compensation funds for migrant workers to be able to receive those benefits the same as Thai counterparts.

Keywords: Recruitment, Right's Violation, Migrant Workers, Legal Mechanism, In ternational Agreement

1. บทนำ

ประเทศไทยยังคงต้องพึ่งพาแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านอยู่เป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะแรงงานข้ามชาติจากประเทศเมียนมาที่มีจำนวนมากที่สุด ประเทศไทยได้ปรับการดำเนินนโยบายเกี่ยวกับแรงงานข้ามชาติโดยเน้นที่การจัดทำบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐ (Memorandum of Understanding: MOU) เป็นช่องทางหลักในการจัดหาและจ้างงานแรงงานข้ามชาติจากประเทศเพื่อนบ้าน โดยสาระสำคัญของ MOU ดังกล่าวเป็นไปตามองค์ประกอบของสนธิสัญญาตามกฎหมายระหว่างประเทศ จึงมีผลผูกพันทางกฎหมายให้รัฐคู่สัญญาต้องดำเนินการตามข้อตกลงของ MOU² การบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติที่ผ่านทาง MOU เกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ โดยกฎหมายแต่ละฉบับมีความเชื่อมโยงกันและกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขให้แก่การจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามชาติ ทั้งนี้ หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศต้นทางและประเทศปลายทางได้ดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงดังกล่าว การจัดหางานและการจ้างงานครอบคลุมตั้งแต่การจัดหางานในประเทศต้นทาง การจ้างงานและการทำงานในประเทศปลายทาง การละเมิดสิทธิแรงงานจึงเกิดขึ้นได้จากทั้งในประเทศต้นทาง เมื่อแรงงานมาถึงประเทศไทย หรือในระหว่างการจ้างงาน การละเมิดสิทธิแรงงานในกระบวนการดังกล่าวอาจเกิดจากนายจ้าง นายหน้า หรือบริษัทจัดหางาน จึงมีความจำเป็นต้องสำรวจตัวบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายภายใต้กลไกทางกฎหมายดังกล่าวเพื่อชี้ให้เห็นปัญหาของการละเมิดสิทธิแรงงานในกระบวนการจัดหางานและจ้างงาน

วัตถุประสงค์ของงานวิจัยชิ้นนี้ คือ (1) ศึกษากลไกทางกฎหมายในการจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ รวมถึงข้อเท็จจริงอันเป็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายที่เกิดขึ้นจริงปัจจัยที่ทำให้การดำเนินการตามกฎหมายมีข้อบกพร่องในการคุ้มครองสิทธิแรงงานและการจัดหางานและจ้างงานที่เป็นธรรมโดยพิจารณาจากมาตรฐานระหว่างประเทศและกฎหมายไทย และ (2) นำเสนอแนวทางการแก้ไขปัญหาเพื่อทำให้กลไกกฎหมายดังกล่าวสามารถขับเคลื่อนไปได้อย่างมีประสิทธิภาพในการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติจากการละเมิดสิทธิและการส่งเสริมการย้ายถิ่นอย่างปลอดภัย งานวิจัยฉบับนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยใช้การทบทวนเอกสารและการสัมภาษณ์เชิงลึกเจ้าหน้าที่ของรัฐ ชุมชนแรงงานของประเทศเมียนมา และหน่วยงานภาคประชาสังคมที่มีประสบการณ์การทำงานช่วยเหลือแรงงานข้ามชาติโดยตรง การศึกษามีเป้าหมายเฉพาะกลุ่มแรงงานที่เข้ามาตามความตกลงระหว่างรัฐ โดยไม่รวมถึงแรงงานกลุ่มอื่น

² ประสิทธิ์ เอกบุตร, *กฎหมายระหว่างประเทศเล่ม 1 สนธิสัญญา*, พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2551), 67-77.

ที่ได้รับอนุญาตให้อยู่อาศัยและทำงานตามมติคณะรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวระหว่างการรอส่งกลับและแรงงานที่มีสถานะการอยู่อาศัยและการทำงานอย่างผิดกฎหมาย

2. กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการจัดหางานแรงงานข้ามชาติ

2.1 อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ค.ศ. 1990 ขององค์การสหประชาชาติ (International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families: ICRMW)

อนุสัญญาดังกล่าวได้ให้คำนิยามของรัฐต้นทางไว้ว่า “...The term “State of origin” means the State of which the person concerned is a national...” แสดงให้เห็นว่า สถานะความเป็นแรงงานข้ามชาติเชื่อมโยงกับความเป็นคนของรัฐต้นทางหรือรัฐที่แรงงานมีสัญชาติอยู่ ทั้งนี้ ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศนั้น คนสัญชาติของรัฐใดก็จะได้รับการคุ้มครองจากรัฐนั้น พลเมืองของรัฐที่ข้ามแดนไปทำงานยังประเทศปลายทางจึงยังคงได้รับความคุ้มครองจากรัฐที่สังกัดหรือประเทศต้นทาง หากเป็นบุคคลไม่มีสัญชาติของรัฐใดรัฐหนึ่ง ต้องพิจารณาจากจุดเกาะเกี่ยวที่บุคคลนั้นมีต่อรัฐใดรัฐหนึ่งโดยเฉพาะ ข้อ 5 ของ ICRMW ที่กำหนดความหมายของแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัวไว้อย่างกว้าง ว่าหมายถึง แรงงานที่มีเอกสารประจำตัวหรือมีสถานะการเข้าเมืองและการอยู่อาศัยและทำงานอย่างถูกกฎหมาย รวมถึงแรงงานที่ไม่มีเอกสารประจำตัวหรืออยู่อาศัยและทำงานอย่างไม่ถูกกฎหมายประเทศปลายทาง³ เพื่อให้ความคุ้มครองแรงงานข้ามชาติที่อยู่ในทุกสถานะ ICRMW กำหนดให้รัฐต้นทางมีหน้าที่เฉพาะ เช่น หากแรงงานข้ามชาติที่มีสัญชาติของรัฐนั้นถูกจับกุม ให้กงสุลหรือเจ้าหน้าที่ทางการทูตของรัฐต้นทางต้องได้รับการแจ้งถึงการจับกุมนั้นพร้อมเหตุผลของการจับกุม ผู้ถูกจับกุมมีสิทธิที่จะสื่อสารกับเจ้าหน้าที่ของรัฐต้นทางและได้รับการแจ้งสิทธิต่าง ๆ ตามความตกลงระหว่างรัฐและตามกฎหมาย⁴ การจับกุมหรือกักขังดังกล่าวรวมถึงการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมายด้วย โดยคณะกรรมการว่าด้วยการปกป้องสิทธิแรงงานข้ามชาติและครอบครัว (Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Family) อธิบายว่าแรงงานข้ามชาติและครอบครัวที่มีสถานะที่ไม่ได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองหรือไม่ได้ทำงานอย่างถูกกฎหมาย ยังคงได้รับความคุ้มครองตามส่วนที่สามของอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิของแรงงานข้ามชาติและครอบครัว ซึ่งครอบคลุมสิทธิในเสรีภาพและความปลอดภัยตาม

³ ICRMW, article 5.

⁴ ICRMW, article 16(7)(a).



ข้อ 16-17 ของอนุสัญญาดังกล่าว⁵ ข้อ 16-17 ได้กำหนดกระบวนการให้ความคุ้มครองจากการได้รับสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางการทูตของรัฐต้นทางจากการถูกพรากเสรีภาพ (deprivation of liberty) รวมถึงเหตุที่มาจากกระทำความผิดกฎหมายคนเข้าเมืองด้วย⁶ หรือการได้รับการปกป้องคุ้มครองและความช่วยเหลือทางการทูตจากประเทศต้นทางของแรงงานข้ามชาติ⁷ รัฐที่เป็นประเทศต้นทาง จึงมีบทบาทในการดูแลพลเมืองของตนที่เดินทางเข้าไปทำงานในประเทศอื่น โดยเฉพาะเมื่อเกิดปัญหาการทำงานในประเทศปลายทาง เช่น การถูกละเมิดสิทธิแรงงาน ในส่วนของรัฐปลายทางหรือรัฐที่แรงงานข้ามชาติได้รับการจ้างงาน มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อแรงงานข้ามชาติเช่นเดียวกับแรงงานที่มีสัญชาติของรัฐนั้นซึ่งได้รับการจ้างงานลักษณะเดียวกันและแรงงานข้ามชาติต้องได้รับการประกันสิทธิแรงงาน⁸ หรือการได้รับการปกป้องคุ้มครองและความช่วยเหลือทางการทูตจากประเทศต้นทางของแรงงานข้ามชาติ⁹ รัฐที่เป็นประเทศต้นทาง จึงมีบทบาทในการดูแลพลเมืองของตนที่เดินทางเข้าไปทำงานในประเทศอื่น โดยเฉพาะเมื่อเกิดปัญหาการทำงานในประเทศปลายทาง เช่น การถูกละเมิดสิทธิแรงงาน ในส่วนของรัฐปลายทางหรือรัฐที่แรงงานข้ามชาติได้รับการจ้างงาน มีหน้าที่ต้องปฏิบัติต่อแรงงานข้ามชาติเช่นเดียวกับแรงงานที่มีสัญชาติของรัฐนั้นซึ่งได้รับการจ้างงานลักษณะเดียวกันและแรงงานข้ามชาติต้องได้รับการประกันสิทธิแรงงาน¹⁰

2.2 อนุสัญญาระหว่างประเทศ ฉบับที่ 181 ว่าด้วยบริษัทจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (Private Employment Agencies Convention, 1997 (No.181))

บริษัทจัดหางานเอกชน (Private Employment Agencies) มีความสำคัญต่อกระบวนการจัดหางานเป็นอย่างมาก มาตรฐานระหว่างประเทศขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization: ILO) วางหลักเรื่องบริษัทจัดหางานเอกชนไว้ในอนุสัญญาฉบับที่ 181 ว่าด้วยบริษัทจัดหางานเอกชน ค.ศ. 1997 โดยให้ความหมายของบริษัทจัดหางานเอกชน (Private Employment Agency) ว่า บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเป็นอิสระจากหน่วยงานรัฐ ซึ่งให้บริการตลาดแรงงานในลักษณะใดลักษณะหนึ่ง รวมถึงการให้บริการ

⁵ General Comment No.2 on the Rights of Migrant Workers in an Irregular Situation and Members of Their Families, 28 August 2013, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families, para.5.

⁶ General Comment No.5 on Migrants' Rights to Liberty, Freedom from Arbitrary Detention and their Connection with Other Human Rights, 23 September 2021, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Their Families, para.10-13.

⁷ ICRMW, article 23.

⁸ ICRMW, article 25.

⁹ ICRMW, article 23.

¹⁰ ICRMW, article 25.

จัดหางานให้กับตำแหน่งงาน โดยบริษัทจัดหางานไม่ได้เป็นคู่สัญญาในการจ้างงาน บริษัทจัดหางานเป็นตัวกลางในการจับคู่ผู้หางานและตำแหน่งงาน โดยไม่ได้เป็นคู่สัญญาและไม่มีความสัมพันธ์การจ้างงานระหว่างกัน¹¹ บริษัทจัดหางานที่จัดส่งคนในชาติไปทำงานยังต่างประเทศ มักดำเนินการในประเทศกำลังพัฒนา เช่น เอเชียใต้ เอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ยุโรป กลาง การให้บริการดังกล่าว มีทั้งจัดคนในชาติไปทำงานต่างประเทศและจัดหาคนต่างชาติเข้ามาทำงานให้นายจ้างในประเทศ¹² หลักการสำคัญของแนวคิดบริษัทจัดหางานเอกชนครอบคลุมถึงการรับรองสิทธิแรงงานพื้นฐานของแรงงาน เช่น กำหนดให้ว่ารัฐภาคีควรต้องมีมาตรการที่ประกันว่าคนงานที่จัดส่งไปผ่านบริษัทจัดหางานเอกชนจะไม่ถูกปฏิเสธสิทธิขั้นพื้นฐาน รวมถึงสิทธิในการรวมตัวและต่อรอง¹³ หรือกำหนดว่าบริษัทจัดหางานเอกชน ต้องไม่เก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายกับลูกจ้างแต่อาจเก็บกับนายจ้างได้ ซ้อยกเว้นว่าเจ้าหน้าที่/หน่วยงานที่มีอำนาจอาจอนุญาตให้บริษัทจัดหางานเอกชนเก็บค่าธรรมเนียมหรือค่าใช้จ่ายกับลูกจ้างได้มีเฉพาะในบางกรณี ในคนงานบางกลุ่มหรือสำหรับบริการบางรายการของบริษัทจัดหางาน ทั้งนี้ ต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคนงานและหลังจากการปรึกษาหารือกับตัวแทนนายจ้างและลูกจ้างแล้ว¹⁴

3. แนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามชาติ

3.1 หลักการทั่วไปและแนวปฏิบัติในการจัดหางานอย่างเป็นธรรม (General Principles and Operational Guidelines for Fair Recruitment) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ

รายงานของ Direction-General ของ ILO ในปี ค.ศ. 2014 เรื่อง Fair Migration หรือการอพยพย้ายถิ่นที่เป็นธรรม กล่าวถึง การจัดให้เกิดกระบวนการจัดหางานที่เป็นธรรมนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการย้ายถิ่นอย่างเป็นธรรม (a fair migration)¹⁵ มาตรฐานในการจัดหางานและการจ้างงานที่เป็นธรรมของ ILO กำหนดไว้ในเอกสารชื่อว่า หลักการทั่วไปและแนวปฏิบัติใน

¹¹ Private Employment Agencies Convention, 1997 (No.181) article 1(1).

¹² International Labour Organization, *Protection of Migrant Workers in the Recruitment and Third Party Employment Process: International Standards and Guiding Principles given by the Private Employment Agencies Convention 1997 (No.181) and Private Employment Agencies Recommendation, 1997 (No.188)* (Thailand: International Labour Organization, 2015), 7-9, accessed November 26, 2021, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_448662.pdf.

¹³ Private Employment Agencies Convention, 1997 (No.181), article 4.

¹⁴ Private Employment Agencies Convention, 1997 (No.181), article 7.

¹⁵ International Labour Organization, *Report of the Director-General Report I(B) Fair migration: Setting an ILO Agenda* (Geneva: International Labour Organization, 2014), 22-23, accessed November 18, 2021, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_242879.pdf.

การจัดหางานอย่างเป็นธรรม (General Principles and Operational Guidelines for Fair Recruitment) หลักการดังกล่าวเกิดจากการประมวลหลักการสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับของ ILO ที่ประเทศสมาชิกขององค์การแรงงานระหว่างประเทศทั้งหลายรวมถึงประเทศไทยได้ให้สัตยาบัน¹⁶ แนวคิดในเรื่องการจ้างงานที่เป็นธรรมขององค์การแรงงานระหว่างประเทศมีวัตถุประสงค์เพื่อช่วยป้องกันการค้ามนุษย์และแรงงานบังคับ ปกป้องสิทธิของแรงงานรวมถึงแรงงานข้ามชาติจากการปฏิบัติที่โหดร้ายและการหลอกลวงในระหว่างกระบวนการจ้างงาน ลดค่าใช้จ่ายในการย้ายถิ่นของแรงงานและส่งเสริมให้เกิดผลในการพัฒนาสำหรับแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัวของประเทศต้นทางและประเทศปลายทาง¹⁷

หลักการทั่วไปและแนวปฏิบัติในการจัดหางานอย่างเป็นธรรมของ ILO มีลักษณะเป็นกฎหมายระหว่างประเทศแบบ Soft Law ที่มีลักษณะไม่มีพันธกรณีทางกฎหมาย (non-binding) เนื้อหาเชื่อมโยงกับอนุสัญญาของ ILO และใช้กับแรงงานทุกกลุ่มและในทุกระบบเศรษฐกิจ แม้ว่าประเทศไทยไม่มีพันธกรณีทางกฎหมายที่ต้องผูกพันกับหลักการและแนวปฏิบัติดังกล่าว แต่หลักการในเอกสารดังกล่าวก็สัมพันธ์กับข้อกำหนดในอนุสัญญาด้านแรงงานอื่นๆ ที่ประเทศไทยได้ให้สัตยาบันไว้กับ ILO¹⁸ จากการศึกษาผู้วิจัยพบว่า กฎหมาย นโยบาย และแนวปฏิบัติของประเทศไทยส่วนใหญ่นั้นสอดคล้องกับหลักการทั่วไปและแนวปฏิบัติในการจัดหางานอย่างเป็นธรรมของ ILO แล้ว ส่วนประเด็นที่ยังคงไม่สอดคล้อง อาทิเช่น ข้อจำกัดสำหรับแรงงานข้ามชาติในเรื่องสิทธิและเสรีภาพในการการรวมตัวและเจรจาต่อรอง เช่น กฎหมายไม่อนุญาตให้แรงงานข้ามชาติจัดตั้งสหภาพแรงงานได้¹⁹ ทำให้ยังไม่มีกรตั้ง

¹⁶ ประเทศไทยให้สัตยาบัน สนธิสัญญาพื้นฐานของ ILO (Fundamental Convention) 6 ฉบับจาก 8 ฉบับ โดยไม่ได้เป็นภาคีสถิติสัญญาเกี่ยวกับการรวมกลุ่มและเจรจาต่อรอง (อนุสัญญาฉบับที่ 87 และฉบับที่ 98) และประเทศไทยให้สัตยาบันต่อสนธิสัญญาที่มีความสำคัญลำดับแรกต่อระบบมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่เรียกว่า Governance Convention จำนวน 1 ฉบับ จาก 4 ฉบับ และสนธิสัญญาทางเทคนิคเรื่องอื่นๆ อีก 12 ฉบับจาก 178 ฉบับ

¹⁷ International Labour Organization, *General principles and operational guidelines for fair recruitment and Definition of recruitment fees and related costs* (Geneva: International Labour Organization, 2019), accessed November 26, 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_536755.pdf.

¹⁸ ในระดับภูมิภาค Asia – Pacific ยังปรากฏการรับหลักการของ the General principles and operational guidelines on fair recruitment ของ ILO เช่น คำประกาศบาห์ลี (The Bali Declaration) ได้รับการรับรองในการประชุม Asia and the Pacific Regional Meeting ครั้งที่ 16 ที่บาห์ลี ประเทศอินโดนีเซีย ในวันที่ 9 ธันวาคม 2016, ข้อ 8 กำหนดว่า “enhancing labour migration policies based on relevant international labour standards that: ...(b) are based on the General principles and operational guidelines on fair recruitment (2016), including no charging of recruitment fees or related costs to workers; and the entitlement of workers to keep in their possession travel and identity documents”

¹⁹ ประเทศไทยยังไม่ให้สัตยาบันต่ออนุสัญญาขององค์การแรงงานระหว่างประเทศในเรื่อง Freedom of Association and Protection of the Right to Organise Convention, 1948 (No.87) และ Right to Organise and Collective Bargaining Convention, 1949 (No.98)

สหภาพแรงงานของแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย

ทั้งนี้ นอกเหนือจากส่วนของการจัดหางาน การคุ้มครองแรงงานข้ามชาติอย่างรอบด้าน ได้ถูกกำหนดไว้ในกรอบพหุภาคี “ILO Multilateral Framework on Labour Migration Non-binding Principles and Guidelines for a Rights-Based Approach to Labour Migration” ในปี ค.ศ. 2005 ซึ่งมาจากการประมวลมาตรฐานแรงงานระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับแรงงานข้ามชาติ²⁰ กรอบพหุภาคีดังกล่าวคุ้มครองแรงงานข้ามชาติในการย้ายถิ่นและสร้างความเข้าใจต่อรัฐและผู้ที่เกี่ยวข้องในการปฏิบัติต่อแรงงานที่เดินทางเข้าเมืองทั้งถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย และสิทธิมนุษยชนของแรงงานข้ามชาติไม่ว่าสถานะอะไร

3.2 การจัดทำความตกลงระหว่างรัฐในเรื่องการจัดหางานแรงงานข้ามชาติ (Bilateral Labour Migration Agreement)

แนวคิดการจัดทำความตกลงระหว่างรัฐในการจัดหางานแรงงานข้ามชาติ เป็นการจัดทำความตกลงในรูปแบบสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพันรัฐให้รัฐภาคีต้องปฏิบัติตามข้อตกลง โดยอาจทำในลักษณะข้อตกลงระดับภูมิภาคหรือแบบทวิภาค การจัดทำความตกลงไม่ว่าในลักษณะใดเป็นช่องทางในการบริหารจัดการผู้อพยพข้ามแดนให้มีความปลอดภัยในการย้ายถิ่น การจัดทำความตกลงทั้งหลายนั้น ควรต้องพิจารณาหลักการสิทธิแรงงานและสิทธิมนุษยชนที่กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ²¹ MOU กำหนดหลักการและวิธีการดำเนินการตั้งแต่การจัดหางาน การจ้างงาน และการส่งกลับ ในบางครั้งมีการกำหนดจำนวนโควตานำเข้าแรงงาน โดย MOU ระหว่างรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามแดน อาจแบ่งได้ 2 ลักษณะ ได้แก่ บันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐต่อรัฐซึ่งไม่พึ่งพาบริษัทจัดหางานและบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐต่อรัฐที่เปิดให้บริษัทเอกชนเข้ามามีบทบาทในการจัดหางานได้ ลักษณะประการหลังนี้ได้แก่ MOU ระหว่างประเทศไทยกับประเทศเพื่อนบ้าน เช่น ประเทศลาว ประเทศกัมพูชา และประเทศเมียนมา ซึ่งเป็นกรณีที่ประเทศไทยเป็นประเทศผู้รับแรงงานและประเทศเพื่อนบ้านเป็นประเทศผู้ส่งแรงงาน

²⁰ อนุสัญญาของ ILO และคำประกาศที่เกี่ยวข้องกับแรงงานข้ามชาติ ได้แก่ The Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998, The Migration for Employment Convention (Revised) 1949 และ The Migrant Workers (Supplementary Provisions) Convention, 1975 (No. 143).

²¹ Commissioner for Human Rights. *Migration, Human Rights and Governance* (Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2015), accessed November 26, 2021. https://www.ohchr.org/documents/publications/migrationhr_and_governance_hr_pub_15_3_en.pdf.

4. พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560²² ประกอบด้วยส่วนของการจัดหางานและการจ้างงานแรงงานข้ามชาติในฉบับเดียวกัน²³ และได้กำหนดคำนิยามของ “การนำคนต่างด้าวมาทำงาน” ว่า “การดำเนินการใด ๆ เพื่อนำคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้บันทึกความตกลงหรือบันทึกความเข้าใจที่รัฐบาลไทยทำไว้กับรัฐบาลต่างประเทศหรือตามนโยบายของรัฐบาลว่าด้วยการจ้างแรงงานมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ โดยจะมีค่าบริการหรือค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม”²⁴ ทำให้คนต่างด้าวที่อยู่ภายใต้หมวดการจัดหางานตามกฎหมายฉบับนี้จำกัดเพียงแค่แรงงานข้ามชาติที่ได้รับการจัดหาเข้ามาผ่านบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐเท่านั้น²⁵ ความตกลงระหว่างรัฐดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาและขยายความร่วมมือระหว่างคู่ภาคี และการจัดทำกรอบการดำเนินการที่ชัดเจนเพื่ออำนวยความสะดวกในการจัดทำสัญญาจ้างแรงงานในเขตแดนของคู่ภาคีอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และจัดการค่าใช้จ่ายอย่างมีประสิทธิภาพ²⁶ ทั้งนี้ คู่ภาคีตกลงกันที่จะดำเนินมาตรการที่จะประกันว่าจะมีการดำเนินการที่เหมาะสมสำหรับการจ้างงาน มีกระบวนการส่งกลับแรงงานที่ครบกำหนดระยะเวลาการทำงานตามเงื่อนไขกลับประเทศต้นทางอย่างมีประสิทธิภาพและแรงงานได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายและต้องปฏิบัติตามกฎหมายของประเทศภาคี²⁷ ส่วนผู้จัดหางานต้องเป็นบริษัทจดทะเบียนเท่านั้นและ

²² พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มาตรา 5 กำหนดให้ “คนต่างด้าว” หมายถึง “บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย” ดังนั้น บุคคลที่อยู่ในความหมายคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว จึงครอบคลุมถึงแรงงานข้ามชาติ คนไร้สัญชาติ คนไร้สัญชาติที่อยู่ระหว่างการรับรองสถานะ และ ผู้ลี้ภัยที่อยู่ชั่วคราวในประเทศไทยด้วย

²³ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 หมวดที่ 3 การนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ กฎหมายในหมวดนี้มีข้อยกเว้นไม่ใช้กับการจัดหางานตามกฎหมายว่าด้วยการจัดหาแรงงานและคุ้มครองคนหางานซึ่งเกี่ยวข้องกับการจัดส่งคนงานไทยไปทำงานต่างประเทศและการจัดหางานตามกฎหมายว่าด้วยแรงงานทางทะเลซึ่งมีกฎหมายเฉพาะสำหรับแรงงานที่ทำงานในกิจการพาณิชย์นาวี

²⁴ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 5.

²⁵ แรงงานข้ามชาติที่ได้รับอนุญาตให้อยู่อาศัยและทำงานในราชอาณาจักรชั่วคราวหรือกลุ่มแรงงานข้ามชาติที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานในพื้นที่ชายแดนในช่วงเวลาหนึ่งหรือตามฤดูกาล ไม่อยู่ภายใต้การจัดหาคนต่างด้าวมาทำงานในราชอาณาจักรภายใต้พระราชกำหนดฉบับนี้

²⁶ Agreement on the Employment of Workers between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of the Union of Myanmar, article 1, para. 1.

²⁷ Agreement on the Employment of Workers between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of the Union of Myanmar, article 1, para. 2.

ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมการจัดหางาน²⁸ นอกจากเรื่องกระบวนการนำเข้าแรงงานแล้ว พระราชกำหนดบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดเงินประกันขั้นต่ำของบริษัทที่ประกอบธุรกิจการนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในราชอาณาจักรไว้ไม่น้อยกว่า 5 ล้านบาท²⁹ ส่วนนายจ้างที่นำคนต่างด้าวมาทำงานด้วยตนเอง ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีและมีการวางหลักประกันเพื่อประกันความเสียหายที่อาจเกิดจากการที่นายจ้างนำคนต่างด้าวมาทำงานกับตนในประเทศด้วย³⁰

4.1 ค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานและจ้างงาน

กฎหมายไทยกำหนดห้ามบริษัทจัดหางานที่ประกอบธุรกิจจัดหางานในประเทศไทยเรียกหรือรับเงินจากคนต่างด้าว รวมถึงกรณีที่นายจ้างนำคนต่างด้าวเข้ามาทำเองในราชอาณาจักรก็ไม่ให้เรียกเก็บค่าบริการกับคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม นายจ้างอาจถูกเรียกเก็บค่าบริการและค่าใช้จ่ายโดยบริษัทจัดหางานได้เฉพาะรายการและตามอัตราที่อธิบดีกำหนดตามมาตรา 42 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ ประกาศกรมการจัดหางานเรื่อง กำหนดรายการและอัตราค่าบริการและค่าใช้จ่ายและแบบใบรับค่าบริการ และค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ วันที่ 17 พฤศจิกายน 2559 กำหนดให้

1) บริษัทจัดหางานเรียกเก็บค่าใช้จ่ายจากนายจ้างได้เฉพาะที่กฎหมายกำหนด โดยผู้รับอนุญาตจะเรียกหรือรับค่าใช้จ่ายจากนายจ้างได้เท่าที่จ่ายจริง ประกอบด้วยค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้นายจ้างเป็นผู้รับผิดชอบหรือที่นายจ้างแสดงเจตนาในสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศว่าจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้นั้นให้แก่คนต่างด้าว ค่าจัดเตรียมเอกสาร เช่น ค่าจัดทำเอกสาร ค่ารับรองเอกสาร ค่าจัดทำคำแปลเอกสาร และค่าพาหนะเดินทาง ค่าอาหาร และค่าที่พักในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ

2) ค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้คนต่างด้าวเป็นผู้รับผิดชอบเอง

โดย ข้อ 5 ของประกาศกรมการจัดหางานเรื่องกำหนดรายการและอัตราค่าบริการและค่าใช้จ่ายและแบบใบรับค่าบริการและค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ วันที่ 17 พฤศจิกายน 2559 กำหนดว่า

²⁸ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 26-27.

²⁹ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 28.

³⁰ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 46.

ค่าใช้จ่ายดังต่อไปนี้ เป็นค่าใช้จ่ายส่วนตัวของคนต่างด้าว

- 1) ค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้คนต่างด้าวเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น ค่าตรวจสุขภาพ
- 2) ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นที่ประเทศต้นทาง”

4.2 การเก็บรักษาเอกสารส่วนตัวและสัญญาจ้าง

กฎหมายไทยห้ามนายจ้างเก็บเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างตามมาตรา 131 วรรคหนึ่ง พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 วางหลักเกณฑ์ว่า “ผู้ใดยึดใบอนุญาตทำงานหรือเอกสารสำคัญประจำตัวของคน ต่างด้าวไว้ต้องระวางโทษ จำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับตั้งแต่หนึ่งหมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นอกจาก นั้นแล้ว การยึดเอกสารไว้โดยลูกจ้างไม่ยินยอม อาจเข้าข่ายความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือ บริการตาม มาตรา 6/1 ของพระราชบัญญัติ ป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 ที่กำหนดให้ การยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้ ถ้าได้กระทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะ ที่ไม่สามารถขัดขืนได้ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ

ซึ่งการบังคับใช้แรงงานหรือบริการตามมาตรา 6/1 ของพระราชบัญญัติป้องกันและ ปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 เป็นการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบอันเป็นองค์ประกอบ ของความผิดฐานค้ามนุษย์ด้านแรงงานตามมาตรา 6 ของพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปราม การค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551

4.3 การเลิกสัญญาและการเปลี่ยนนายจ้าง

กรณีการเลิกสัญญาและการเปลี่ยนนายจ้าง แรงงานตาม MOU สามารถเปลี่ยนนายจ้าง ได้ตามกรอบบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐ ซึ่งกำหนดให้การเปลี่ยนนายจ้างทำได้ในระยะเวลา ที่เหลือในใบอนุญาตทำงานภายใต้เงื่อนไขการจ้างงาน และต้องเป็นไปตามกฎหมายและ ระเบียบของประเทศผู้รับด้วย โดยบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่ง ราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมา ข้อ 6 กำหนดให้การเปลี่ยน นายจ้างทำได้ในระยะเวลาที่เหลือในใบอนุญาตทำงาน ภายใต้เงื่อนไขและต้องเป็นไปตาม กฎหมายและระเบียบของประเทศผู้รับ เงื่อนไขดังกล่าวมี 2 กรณี ได้แก่

- 1) นายจ้างไม่สามารถให้การคุ้มครองคนงานตามกฎหมายที่ปรากฏอยู่
- 2) การปิดกิจการเนื่องจากการล้มละลายและภัยธรรมชาติและเหตุอื่น³¹

ในขณะที่ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

³¹ Agreement on the Employment of Workers between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of the Union of Myanmar, article 6(2).

ของไทย กำหนดเหตุการณ์เปลี่ยนนายจ้างไว้กว้างกว่าใน MOU ได้แก่ กรณีนายจ้างไม่รับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือคนต่างด้าวออกจากงานไม่ว่าด้วยเหตุใดซึ่งมิใช่ความผิดของลูกจ้างตามมาตรา 50 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 หรือการออกจากงานเป็นเพราะความผิดนายจ้าง หรือการออกจากงานที่ได้ชำระค่าเสียหายให้นายจ้างเดิมแล้วตามมาตรา 51 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นเหตุให้ลูกจ้างสามารถเปลี่ยนนายจ้างได้ตามกฎหมาย

4.4 การเข้าถึงกลไกการร้องทุกข์และแก้ปัญหาข้อพิพาท

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ไม่ได้กำหนดกลไกการร้องทุกข์ที่เกิดขึ้นในกระบวนการจัดหางานไว้โดยเฉพาะ แต่ได้แต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งบังคับใช้กฎหมาย³² และให้อำนาจนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่อย่างกว้างขวางตามมาตรา 98 – 100³³ อำนาจของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา 98 มีดังนี้:

มีหนังสือเรียกหรือสั่งให้บุคคลใดที่เกี่ยวข้องมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานอื่นใดเพื่อประกอบการพิจารณาได้

การเข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจการนำคนต่างด้าวมาทำงานในประเทศ เข้าไปในสถานประกอบการซึ่งรับคนต่างด้าวจากผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงาน

การค้นในกรณีที่มีเหตุอันควรสงสัยว่ามีการนำคนต่างด้าวมาทำงานในประเทศหรือมีคนต่างด้าวทำงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือค้นเพื่อหาและช่วยเหลือคนต่างด้าวซึ่งตกเป็นผู้เสียหายจาก

การกระทำที่ฝ่าฝืนพระราชกำหนดนี้รวมถึงการยึดหรืออายัดเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทำงาน

การนำคนต่างด้าวมาทำงานในประเทศ ในกรณีที่มีเหตุอันควรเชื่อว่าการกระทำความผิดตามพระราชกำหนด

ดังนั้น การหลอกลวงผู้อื่นว่าสามารถนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้างในราชอาณาจักรหรือสามารถหาลูกจ้างซึ่งเป็นคนต่างด้าวให้กับนายจ้างได้ ซึ่งได้ไปซึ่งเงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้ถูกหลอกลวง จึงเป็นความผิดและมีโทษตามกฎหมาย³⁴

³² คำสั่งกระทรวงแรงงานที่ 237/2560 เรื่องแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560.

³³ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 98-100.

³⁴ มาตรา 128 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดว่า “ผู้ใดหลอกลวงผู้อื่นว่าสามารถนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ หรือสามารถหาลูกจ้างซึ่งเป็นคนต่างด้าว



อย่างไรก็ตาม การขาดกำหนดขั้นตอนรายละเอียด หน่วยงานที่รับผิดชอบ รวมถึงเครื่องมือที่จะทำให้แรงงานเข้าถึงกลไกดังกล่าว เช่น สื่อภาษาที่แรงงานเข้าใจได้ ทำให้การบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ

4.5 สิทธิอื่นๆ

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 บังคับใช้กับนายจ้างที่มีลูกจ้างตั้งแต่หนึ่งคนขึ้น ในทุกท้องที่ทั่วราชอาณาจักร ซึ่งครอบคลุมถึงแรงงานข้ามชาติจากประเทศเพื่อนบ้านที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย แต่มีข้อยกเว้นในบางกิจการ งานที่ยกเว้นตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เช่น ลูกจ้างของกิจการเพาะปลูก ประมง ป่าไม้ และเลี้ยงสัตว์ ซึ่งมีได้ใช้ลูกจ้างตลอดปี และไม่มียานลักษณะอื่นรวมอยู่ด้วย ลูกจ้างของนายจ้างที่จ้างไว้เพื่อทำงานอันมีลักษณะเป็นครั้งคราว เป็นการจร หรือเป็นไปตามฤดูกาล ลูกจ้างของนายจ้างที่เป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งงานที่ลูกจ้างทำนั้นมีได้มีการประกอบธุรกิจรวมอยู่ด้วย และลูกจ้างของนายจ้างซึ่งประกอบการค้าหรือการค้าแฝงลอย³⁵

ลูกจ้างในโรงงานหรือในบ้านที่ไม่ถูกต้องห้ามด้วยประเภทหรือลักษณะงานตามมาตรา 4 (6) ของพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 จึงต้องเข้าประกันสังคม แต่หากกิจการได้รับการยกเว้น นายจ้างยังคงมีภาระหน้าที่ในการจัดให้แรงงานมีประกันสุขภาพตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2562 บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ประกาศ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2562

ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2562 บังคับใช้ตั้งแต่วันที่ประกาศ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2562³⁶ กำหนดนิยาม แรงงานต่างด้าว คือ แรงงานสัญชาติ พม่า ลาว กัมพูชา เวียดนาม และอื่นๆ ตามกำหนด ซึ่งอยู่และ

ให้กับนายจ้าง และโดยการหลอกลวงดังว่านั้น ได้ไปซึ่งเงิน หรือทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดจากผู้หลอกลวง ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่หกแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทต่อคนต่างด้าวหนึ่งคน หรือทั้งจำทั้งปรับ ถ้าการกระทำความผิดตามวรรคหนึ่ง ได้กระทำโดยร่วมกันตั้งแต่สามคนขึ้นไป หรือโดยสมาชิก ขององค์การอาชญากรรมตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ายมนุษย์ ต้องระวางโทษ หนักกว่าโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ทั้งหนึ่ง”

ส่วนผู้สนับสนุน มาตรา 129 กำหนดให้ ผู้ใดสนับสนุนการกระทำความผิดตามมาตรา 128 ไม่ว่าจะกระทำของตัวการ จะได้กระทำนอกราชอาณาจักรหรือไม่ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสามปี หรือปรับตั้งแต่สองแสนบาท ถึงหกแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

³⁵ กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกา กำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4(6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545.

³⁶ กองเศรษฐกิจสุขภาพและหลักประกันสุขภาพ สำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข, “ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2562,” สืบค้นเมื่อ 28 สิงหาคม 2564, <https://dhes.moph.go.th/?p=4869>.

ทำงานชั่วคราว และไม่ได้อยู่ในระบบประกันสังคม ต้องมีประกันสุขภาพในระยะเวลาไม่น้อยกว่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่อาศัยและทำงานในประเทศตามกฎหมายคนเข้าเมืองและกฎหมายการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าว เพื่อให้แรงงานกลุ่มนี้เข้าถึงระบบประกันสุขภาพและลดภาระในค่าใช้จ่ายด้านการแพทย์

ประกันสุขภาพดังกล่าวดำเนินการโดยรัฐภายใต้กระทรวงสาธารณสุข นอกจากนี้ยังกำหนดให้แรงงานกลุ่มนี้ต้องตรวจสุขภาพปีละครั้งด้วย ราคาค่าใช้จ่ายของประกันสุขภาพที่รัฐจัดให้แรงงานข้ามชาติขึ้นอยู่กับระยะเวลาที่อยู่อาศัยในประเทศไทย

แรงงานกลุ่ม MOU หากทำงานในกิจการงานที่ไม่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องจ่ายเงินสมทบให้กองทุนเงินทดแทนแล้ว นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินสมทบให้กับลูกจ้าง ทั้งแรงงานต่างชาติและแรงงานไทยมีหลักปฏิบัติเดียวกัน พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 กำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทนซึ่งอัตราเงินสมทบของนายจ้าง คำนวณตามประเภทและความเสี่ยงของงาน สิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากกองทุนเงินทดแทนคือ ค่าฟื้นฟูจากความเจ็บป่วย ค่าทำศพกรณีเสียชีวิต เป็นต้น โดยทายาทมีสิทธิได้รับเงินทดแทนในกรณีบาดเจ็บหรือเสียชีวิตด้วย กิจการที่ยกเว้น ได้แก่ นายจ้างที่จ้างลูกจ้างทำงานซึ่งไม่ใช่อุปการะครอบครัว และนายจ้างหาบเร่

5. การบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

5.1 ภาพรวมของการกำหนดพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 จากการศึกษาวิจัย พบว่า การบริหารจัดการภายใต้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีข้อดีหลายประการ เจ้าหน้าที่กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน³⁷ ให้ข้อมูลว่า พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 เป็นกฎหมายที่ตอบโจทย์ประเทศเกี่ยวกับการทำงานของแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย โดยนำส่วนการนำเข้าและการทำงานของแรงงานต่างด้าวมารวมไว้ด้วยกันในกฎหมายฉบับเดียวกัน กฎหมายฉบับนี้ใช้กับการจ้างงานตาม พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ในกรณีทั่วไป³⁸ และแรงงานที่นำเข้าตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยกรอบของบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐตาม MOU คือ การนำเข้าแรงงานจากประเทศเมียนมาเพื่อมาทำงานในประเทศไทย สามารถทำได้ตามกรอบเวลา

³⁷ เจ้าหน้าที่สำนักบริหารแรงงานต่างด้าว กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน (คุณอำนาจ สังข์ศรีแก้ว), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน, 14 กันยายน 2563.

³⁸ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 59.



ครั้งละ 2 ปี และต่อเวลาได้อีก 2 ปี รวมทั้งหมด 4 ปี จากนั้นต้องเดินทางกลับประเทศต้นทาง กฎหมายฉบับดังกล่าวลดการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ โดยกำหนดบัญชีงานที่แรงงานข้ามชาติสามารถทำได้อย่างชัดเจน เจ้าหน้าที่สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงราย³⁹ ให้ความเห็นว่า ระบบการนำเข้าแรงงานตาม MOU ถือว่าเป็นกลุ่มที่มีการจัดการดีที่สุดและไม่ควรเปิดให้มีการจดทะเบียนแรงงานใหม่เหมือนที่เคยทำมา เนื่องจากนโยบายของรัฐคือ ต้องการให้บัตรชมพู⁴⁰หมดไป โดยในปี 2565 แรงงานทุกคนต้องผ่านเข้ามาทางช่องทาง MOU จึงได้มีนโยบายให้นำเข้าแรงงานตาม MOU กรณีพิเศษ ซึ่งเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี 20 สิงหาคม พ.ศ. 2562⁴¹ ซึ่งเปิดให้นายจ้างสามารถร้องขอการนำเข้าแรงงานข้ามชาติตาม MOU เข้ามาทำงานในประเทศไทยได้ในช่วงเวลาตลอดปี ผู้ประสานงานเครือข่ายแรงงานข้ามชาติ⁴² เห็นตรงกับเจ้าหน้าที่รัฐว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวมีบทบัญญัติของการคุ้มครองแรงงานเพิ่มขึ้น รวมถึงกรณีหลอกลวงหรือการกระทำความผิดต่อแรงงานในประเทศเมียนมาที่สามารถเอาผิดในประเทศไทยด้วย ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน มีความกังวลในการใช้กฎหมาย เนื่องจากหน่วยงานที่ปฏิบัติงานต้องใช้กฎหมายหลายฉบับและมติคณะรัฐมนตรีจำนวนมาก เช่น มีการใช้มติคณะรัฐมนตรีคู่กับกฎหมายจนกลายเป็นเรื่องปกติทำให้นโยบายของรัฐในเรื่องการบริหารจัดการแรงงาน ต้องตอบโจทย์การเมืองด้วย แม้ว่ามติคณะรัฐมนตรีใช้แก้ปัญหาได้รวดเร็วแต่มีการใช้มากกว่ากฎหมายหลัก

ในส่วนของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการตามกฎหมาย ประกอบด้วยหลายหน่วยงาน เช่น กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน กรมการจัดหางาน สำนักงานประกันสังคม สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หน่วยงานเหล่านี้มีการกิจแตกต่างกัน เช่น กรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน (กรมสวัสดิการฯ) มีหน้าที่ให้การคุ้มครองและการดูแลความปลอดภัยแก่แรงงาน อำนาจหน้าที่ของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน จึงเกิดขึ้นหลังจากกระบวนการจัดหางาน ส่วนการควบคุมบริษัทจัดหางานเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมการจัดหางาน แม้ว่ากรมการจัดหางานกับกรมสวัสดิการฯ จะอยู่ภายใต้กระทรวงแรงงาน

³⁹ หัวหน้าสำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงราย (คุณปรีชา อินทรชาคร), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงราย, 14 สิงหาคม 2563.

⁴⁰ บัตรชมพู หมายถึง บัตรประจำตัวคนซึ่งไม่มีสัญชาติไทยซึ่งกรมการปกครองออกให้แก่แรงงานต่างชาติดังที่เข้ามาอยู่อาศัยและทำงานในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวตามมติของคณะรัฐมนตรี.

⁴¹ ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากมติคณะรัฐมนตรีนี้ ได้แก่ แรงงานข้ามชาติที่อยู่และทำงานในประเทศไทยซึ่งผ่านการพิสูจน์สัญชาติแล้ว หากเข้าเกณฑ์และดำเนินการตามขั้นตอนกฎหมายแล้ว จะได้รับอนุญาตให้อยู่และทำงานในประเทศไทยได้ไม่เกินสองปีในสถานะแรงงานตาม MOU และได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องเดินทางกลับออกไปและเดินทางเข้ามาใหม่เหมือนแรงงานตาม MOU ตามปกติ.

⁴² ผู้ประสานงานเครือข่ายแรงงานข้ามชาติ (คุณอดิสร เกิดมงคล), เครือข่ายแรงงานข้ามชาติ (Migrant Working Group), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, ทางโทรศัพท์, 13 กันยายน 2563.

เช่นเดียวกัน ยังพบปัญหาในทางปฏิบัติ เช่น ที่ปรึกษาองค์กร Freedom Fund⁴³ ซึ่งว่าการตรวจสอบสถานประกอบกิจการตามกฎหมายการบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวนั้น ยังไม่ชัดเจนว่าเป็นความรับผิดชอบของกรมสวัสดิการฯ หรือกรมการจัดหางาน หรือว่ามีการตรวจสอบร่วมกันระหว่างหน่วยงาน รวมถึงเกณฑ์ในการตรวจสอบอย่างไร

นอกจากหน่วยงานของรัฐไทยแล้ว ทูตแรงงานพม่ามีบทบาทเป็นผู้ดูแลและประสานงานให้แก่แรงงานชาวเมียนมาที่อาศัยและทำงานอยู่ในประเทศไทย ทั้งที่มีสถานะถูกกฎหมายและไม่ถูกกฎหมาย ทูตแรงงานพม่า ให้ข้อมูลว่า การทำงานของทูตแรงงานเมียนมามีการใช้ Facebook ของ Labour Attachés ในการสื่อสารกับแรงงานพม่าในประเทศไทย หากเป็นแรงงานตาม MOU สถานทูตพม่าจะแจกเบอร์โทรศัพท์สำหรับติดต่อกับสถานทูตให้ที่หน้าด่านก่อนการเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ทูตแรงงานพม่ายังเป็นผู้ประสานงานให้แก่แรงงานชาวเมียนมาเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการทำงานในประเทศไทย โดยผ่านการพูดคุยหรือประสานงานในระหว่างเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือโดยวิธีการทางทูต⁴⁴

ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชกำหนดบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ปรับปรุงหลักเกณฑ์กฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐานระหว่างประเทศและรองรับการจัดหางานตาม MOU ซึ่งถือว่าเป็นความก้าวหน้าในการพัฒนากฎหมายในการจัดหางานและจ้างงานแรงงานข้ามชาติในประเทศไทย แต่ปัญหายังอยู่ที่การบังคับใช้กฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน การละเมิดสิทธิที่เกิดขึ้นในระหว่างกระบวนการจัดหางานเกี่ยวเนื่องกับการจ้างงาน ทำให้เกิดความสับสนต่ออำนาจหน้าที่ของหน่วยงานผู้บังคับใช้กฎหมายได้ นอกจากนี้ การจัดหาแรงงานตาม MOU ภายใต้พระราชกำหนดบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ยังต้องอาศัยการประสานงานกับเจ้าหน้าที่รัฐในประเทศต้นทางเพื่อควบคุมและตรวจสอบการละเมิดสิทธิแรงงานที่อาจเกิดขึ้นนอกเขตอำนาจของรัฐไทย ในการพัฒนากฎหมายส่วนนี้ ควรมุ่งไปสู่การพัฒนามาตรฐานการจัดหางานและการจ้างงานในสองประเทศให้วางอยู่บนหลักกฎหมายเดียวกันทั้งระบบ

ในส่วนนี้จะกล่าวถึง ปัญหาจากการบังคับใช้กฎหมายภายใต้การดำเนินการตามกลไกความร่วมมือระหว่างรัฐในการจัดหาและจ้างงานแรงงานข้ามชาติชาวเมียนมา

⁴³ ที่ปรึกษาองค์กร Freedom Fund (คุณโรยทราย วงศ์สุบรรณ), องค์กร Freedom Fund เป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรระหว่างประเทศที่ทำงานเพื่อยุติความเป็นทาสสมัยใหม่ (modern slavery), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, ทางโทรศัพท์, 13 กันยายน 2563.

⁴⁴ ทูตแรงงานเมียนมา (Labour Attachés) (คุณยาน อ่อง), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, สำนักงาน Labour Attachés เมียนมา กรุงเทพฯ, 15 กันยายน 2563.

5.2 ปัญหาการเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานและจ้างงาน

มาตรา 42 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และตามประกาศกรมการจัดหางานเรื่องกำหนดรายการและอัตราค่าบริการและค่าใช้จ่ายและแบบใบรับค่าบริการและค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ วันที่ 17 พฤศจิกายน 2559 กำหนดให้ค่าใช้จ่ายส่วนตัวของคนต่างด้าว ครอบคลุมเฉพาะค่าใช้จ่ายตามกฎหมายที่กำหนดให้คนต่างด้าวเป็นผู้รับผิดชอบ เช่น ค่าตรวจสุขภาพ และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นที่ประเทศต้นทาง

ในส่วนนี้มีข้อสังเกตว่า การควบคุมดังกล่าว ไม่สามารถครอบคลุมถึงการเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานในประเทศต้นทางได้ ทำให้การข้ามแดนมาทำงานของแรงงานชาวเมียนมาอาจมีค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายโดยรวมในอัตราที่สูงกว่าอัตราที่กำหนดในกฎหมายไทย ส่วนค่าใช้จ่ายที่เกินมาจากที่กฎหมายได้กำหนดไว้นั้น ยังไม่ชัดเจนว่า นายจ้างหรือลูกจ้างต้องเป็นผู้รับผิดชอบซึ่งทำให้นำไปสู่ข้อพิพาทในการหักเงินระหว่างนายจ้างและลูกจ้างและการยึดเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างเพื่อป้องกันการย้ายงาน นายกสมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน (คุณคอรียะ มานูแซ, 4 กันยายน 2564)⁴⁵ จรัมพร ไหล่ายอง และสุริย์พร พันพื้ง ระบุว่า การนำเข้าแรงงานตาม MOU สะท้อนการบริหารจัดการแรงงานที่เป็นสากล แต่ยังพบปัญหาในเชิงโครงสร้างและปัจเจกชนในเกือบทุกขั้นตอนการดำเนินการ เช่น แรงงานต้องแบกรับต้นทุนในการดำเนินการให้ได้เอกสารครบสำหรับการเดินทาง ซึ่งเมื่อรวมกับค่าใช้จ่ายส่วนตัวที่แรงงานต้องจ่ายแล้วถือว่าเป็นภาระหนักสำหรับแรงงานและเป็นความเสี่ยงสำหรับนายจ้างที่ได้จ่ายเงินล่วงหน้าให้แรงงานก่อนด้วย⁴⁶

ผู้วิจัยเห็นว่า ค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในประเทศต้นทางยังเป็นค่าใช้จ่ายที่อยู่นอกเหนือการควบคุมของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ส่วนการดำเนินการหักค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายระหว่างนายจ้างและลูกจ้างให้เป็นไปตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ขึ้นอยู่กับความรับรู้ของนายจ้างและลูกจ้างต่อหลักเกณฑ์ดังกล่าว เพื่อให้การหักหนี้จากเงินค่าจ้างระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายและป้องกันการเกิดข้อพิพาทระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

⁴⁵ นายกสมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน (คอรียะ มานูแซ) สัมภาษณ์วันที่ 14 กันยายน 2563.

⁴⁶ จรัมพร ไหล่ายอง และสุริย์พร พันพื้ง, “แรงงานต่างด้าวในประเทศไทย: สิ่งที่คุณไทยต้องรู้,” ใน *ไทยต่างด้าว ท้าวต่างแดน: สังคมวิทยาของชีวิตข้ามพรมแดน*, บรรณาธิการโดย พัทธยา เรือนแก้ว, สุภาวงศ์ จันทวนิช, และฉันทนา บรรพศิริโชติ หวันแก้ว (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2559), 149-152.

5.3 ปัญหาการเก็บรักษาเอกสารส่วนตัวและสัญญาจ้าง

กฎหมายไทยห้ามนายจ้างเก็บเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างตามมาตรา 131 แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 แต่มีแนวปฏิบัติของพนักงานตรวจแรงงานที่อนุญาตให้ฝากเอกสารกับนายจ้างได้โดยความยินยอมของลูกจ้าง ภายใต้เงื่อนไขว่าลูกจ้างสามารถเข้าถึงเอกสารได้ การเก็บเอกสารของลูกจ้างนั้น กระทบเสรีภาพในการเคลื่อนย้ายของลูกจ้างโดยตรงและการขาดเอกสารส่วนตัวที่สามารถแสดงแก่เจ้าหน้าที่ได้ทำให้แรงงานข้ามชาติมีความผิดตามกฎหมายและอาจถูกดำเนินคดีได้ นอกจากนั้น การยึดเอกสารเป็นวิธีการหนึ่งของการใช้แรงงานบังคับ⁴⁷ ซึ่งหากเข้าข่ายการบังคับใช้แรงงานหรือบริการ อาจเป็นการแสวงหาประโยชน์อันเป็นองค์ประกอบของความผิดฐานค้ามนุษย์ด้านแรงงานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 มาตรา 6 และ มาตรา 6/1 ซึ่งอาจต้องระวางโทษตามมาตรา 52 และมาตรา 52/1 ซึ่งมีโทษกำหนดไว้สูงด้วย⁴⁸ เจ้าหน้าที่สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงราย อธิบายว่า การยึดเอกสารหนังสือเดินทางของแรงงานถือว่าเข้าข่ายการค้ามนุษย์โดยกรมการจัดหางานได้เตือนบริษัทนายจ้างห้ามไม่ให้เก็บหนังสือเดินทางหรือเอกสารของลูกจ้างนอกจากจะทำหนังสือยินยอมมอบเอกสารให้นายจ้างเก็บได้ ผู้อำนวยการมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา⁴⁹ ให้ข้อมูลว่า พบกรณีที่ลูกจ้างขอเอกสารจากนายจ้างแต่นายจ้างปฏิเสธที่จะให้ โดยบอกว่าลูกจ้างมีหนี้ค้างอยู่ ในบางกรณีเจ้าหน้าที่มีแนวโน้มที่จะเห็นใจนายจ้าง ซึ่งการขาดเอกสารส่วนตัวดังกล่าว จะทำให้แรงงานไม่สามารถดำเนินการใด ๆ ได้เลย จึงควรทบทวนวิธีการจัดการในเรื่องการฝากเอกสาร ผู้ประสานงานเครือข่ายแรงงานข้ามชาติให้ข้อมูลว่า มีกรณีข้อพิพาทเรื่องการเก็บเอกสารของลูกจ้างที่กรมการจัดหางานแจ้งให้นายจ้างคืนเอกสารให้ลูกจ้าง เมื่อนายจ้างปฏิเสธไม่คืน กรมการจัดหางานจึงให้แรงงาน

⁴⁷ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 6/1 กำหนดว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้ทำงานหรือให้บริการโดยวิธีการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) ทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นเองหรือของผู้อื่น

(2) ชูเหตุด้วยประการใด ๆ

(3) ใช้กำลังประทุษร้าย

(4) ยึดเอกสารสำคัญประจำตัวของบุคคลนั้นไว้

(5) นำภาระหนี้ของบุคคลนั้นหรือของผู้อื่นมาเป็นสิ่งผูกมัดโดยมิชอบ

(6) ทำด้วยประการอื่นใดอันมีลักษณะคล้ายคลึงกับการกระทำความผิดข้างต้น

ถ้าได้กระทำให้ผู้อื่นนั้นอยู่ในภาวะที่ไม่สามารถขจัดหนี้ได้ ผู้นั้นกระทำความผิดฐานบังคับใช้แรงงานหรือบริการ.

⁴⁸ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551, มาตรา 6.

⁴⁹ ผู้อำนวยการมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา (คุณชลธิชา ตั้งวรมงคล), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, ทางโทรศัพท์, 16 กันยายน 2563.

แจ้งเจ้าหน้าที่ตำรวจ จึงยังไม่มีความชัดเจนว่าเป็นอำนาจของหน่วยงานใดในการบังคับตามกฎหมายในการยื่นการยึดเอกสารของลูกจ้าง

งานวิจัยของ เมตตา สุขสมรุ่งเรือง เรื่องปัญหากฎหมายในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ระบุว่า การยึดเอกสารเป็นรูปแบบหนึ่งของการละเมิดสิทธิแรงงาน เนื่องจากการขาดเอกสารประจำตัวทำให้แรงงานขาดเสรีภาพในการเดินทาง เป็นการละเมิดสิทธิในความเป็นมนุษย์อย่างชัดเจน นอกจากนี้ เมตตา ยังกล่าวถึงการได้รับความยินยอมจากคนต่างด้าวในการเก็บเอกสารว่า อาจเป็นอำนาจต่อรองของนายจ้างเหนือลูกจ้างได้⁵⁰ ผู้วิจัยเห็นว่า การอนุญาตให้มีการฝากเอกสารแม้จะมีความยินยอมจากลูกจ้างแต่ก็ขัดกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการห้ามยึดเอกสาร และการขาดเอกสารประจำตัวเป็นเหตุให้เกิดการละเมิดสิทธิของแรงงานข้ามชาติ เช่น ไม่สามารถเดินทางได้ หรืออาจถูกจับกุมจากการขาดเอกสารแสดงตนต่อเจ้าหน้าที่รัฐเมื่อถูกเรียกให้แสดง อย่างไรก็ตาม บางกิจการที่สภาพการทำงานอาจไม่เอื้อต่อการเก็บเอกสารเองโดยลูกจ้าง รัฐควรกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนว่าการฝากเอกสารแบบใดที่ไม่เป็นการละเมิดสิทธิแรงงาน

5.4 ปัญหาการเลิกสัญญาและการเปลี่ยนนายจ้าง

กรณีการเลิกสัญญาและการ เปลี่ยนนายจ้าง แรงงานตาม MOU สามารถเปลี่ยนนายจ้างได้ตามกรอบบันทึกความเข้าใจระหว่างรัฐ ซึ่งกำหนดให้การเปลี่ยนนายจ้างทำได้ในระยะเวลาที่เหลือในใบอนุญาตทำงาน ภายใต้เงื่อนไขการจ้างงาน และต้องเป็นไปตามกฎหมายและระเบียบของประเทศผู้รับด้วย เงื่อนไขดังกล่าวที่กำหนดไว้ใน MOU มีสองกรณี ได้แก่ กรณีที่นายจ้างไม่สามารถให้การคุ้มครองคนงานตามกฎหมายที่ปรากฏอยู่ และกรณีการปิดกิจการเนื่องจากการล้มละลายและภัยธรรมชาติและเหตุอื่น ๆ⁵¹ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 กำหนดเหตุการเปลี่ยนนายจ้างไว้กว้างกว่าใน MOU ได้แก่ กรณีนายจ้างไม่รับคนต่างด้าวเข้าทำงานหรือคนต่างด้าวออกจากงานไม่ว่าด้วยเหตุใดซึ่งมิใช่ความผิดของลูกจ้างตามมาตรา 50 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 หรือ การออกจากงานเป็นเพราะความผิดนายจ้าง หรือการออกจากงานที่ได้ชำระค่าเสียหายให้นายจ้างเดิมแล้วตามมาตรา 51 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ซึ่งเป็นเหตุให้ลูกจ้างสามารถเปลี่ยนนายจ้างได้ตามกฎหมาย

⁵⁰ เมตตา สุขสมรุ่งเรือง, “ปัญหาในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560,” *วารสารวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี* 8, น.1 (2563): 99-111.

⁵¹ Agreement on the Employment of Workers between the Government of the Kingdom of Thailand and the Government of the Republic of the Union of Myanmar, article 6(2).

งานวิจัยของ สุทธิลักษณ์ แสงสุวรรณ ระบุว่า นโยบายรับแรงงานข้ามชาติของไทยกำหนดให้สถานะการทำงานที่ถูกกฎหมายขึ้นอยู่กับภาระลงทะเบียนทำงานกับนายจ้าง ทำให้แรงงานข้ามชาติมีสถานะผูกติดกับนายจ้าง จึงลดความเป็นอิสระในการทำงานและเพิ่มโอกาสของการโดนนายจ้างกดขี่⁵² นอกจากนี้ งานวิจัยของ เมตตา สุขสมรุ่งเรือง ชี้ให้เห็นว่า เงื่อนไขที่ถูกกฎหมายให้การเปลี่ยนนายจ้างเป็นเพราะความผิดนายจ้างหรือได้มีการชำระค่าเสียหายแล้วนั้น เป็นภาระให้แก่ลูกจ้างในการรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์เงื่อนไขดังกล่าว อีกทั้งนายจ้างยังมีสถานะที่มีอำนาจเหนือกว่า ทำให้การดำเนินการดังกล่าวโดยลูกจ้างเป็นเรื่องยากและอาจเป็นการบังคับให้ลูกจ้างต้องชดเชยค่าเสียหายเพื่อแลกกับการเปลี่ยนนายจ้าง⁵³

นายกสมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน (คุณคอรี่เยาะ มานูแซ, 4 กันยายน พ.ศ. 2564)⁵⁴ มีข้อสังเกตว่า เงื่อนไขการเปลี่ยนนายจ้างดังกล่าวนี้ ขัดกับหลักนิติธรรมสัญญาหรือไม่และเงื่อนไขการเปลี่ยนแปลงนายจ้างเป็นแนวคิดของผู้ประกอบการที่ต้องการรักษาจำนวนคนงานเอาไว้ ส่วนของแรงงานเองยังพบปัญหาว่า งานที่เข้ามาทำในประเทศไทยไม่เหมือนกับงานที่ตกลงกันได้ เช่น ตกลงทำงานเย็บผ้าแต่ได้มาทำงานในอุตสาหกรรมประมงต่อเนื่อง จึงเกิดข้อพิพาทระหว่างนายจ้างกับลูกจ้างขึ้น มูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา ชี้ให้เห็นว่าการเปลี่ยนแปลงนายจ้างตามระบบหากเป็นความประสงค์ของลูกจ้างนั้นทำได้ยาก เนื่องจากต้องทำให้เห็นว่ามีกรร้องเรียนและเป็นความผิดของนายจ้าง ผู้ประสานงานเครือข่ายแรงงานข้ามชาติ เห็นว่า การเปลี่ยนแปลงนายจ้างยังไม่มีควมยืดหยุ่นเพียงพอ โดยในช่วงการระบาดของโรคโควิด-19 หากนายจ้างเดิมปิดกิจการ แรงงานต้องหานายจ้างใหม่ภายใน 30 วัน หากแรงงานไม่สามารถหานายจ้างใหม่ได้ตามกำหนดเวลา แรงงานอาจหลุดจากระบบการจ้างงานได้ หรือหากการเปลี่ยนแปลงนายจ้างไม่เป็นไปตามเงื่อนไข แรงงานอาจถูกลงโทษตามกฎหมาย ทั้งนี้ ที่ปรึกษาองค์กร Freedom Fund มีคำถามว่า กรณีเปลี่ยนนายจ้างนั้น หากยังมีข้อพิพาทค้างอยู่กับนายจ้างคนเดิม จะต้องดำเนินการอย่างไร หรือหากอยู่ระหว่างการดำเนินคดี จะให้สิทธิอยู่อาศัยแก่แรงงานชั่วคราวได้หรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า การเปลี่ยนนายจ้างควรเป็นไปอย่างอิสระโดยไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นความผิดของฝ่ายใดก่อน ส่วนเรื่องค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่า ค่าเสียหายดังกล่าวเกี่ยวข้องกับปัญหาเรื่องหนี้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง หากหนี้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง

⁵² สุทธิลักษณ์ แสงสุวรรณ, สิทธิแรงงานและความคุ้มครองทางสังคมของแรงงานข้ามชาติในอาเซียน กรณีศึกษานโยบายของรัฐไทยต่อแรงงานข้ามชาติสัญชาติพม่า (กรุงเทพฯ: ธรรมดาเพรส, 2558), 190-191.

⁵³ เมตตา สุขสมรุ่งเรือง, “ปัญหาในการบังคับใช้พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560,” 99-111.

⁵⁴ นายกสมาคมนักกฎหมายสิทธิมนุษยชน (คอรี่เยาะ มานูแซ) สัมภาษณ์วันที่ 14 กันยายน 2563.

มีความชัดเจน เป็นไปตามกฎหมายและมีการรับรู้ร่วมกันของนายจ้างและลูกจ้าง จะทำให้การคำนวณค่าเสียหายมีความชัดเจน

5.5 ปัญหาการเข้าถึงกลไกการร้องทุกข์และแก้ปัญหาคือพิพาท

พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 มีการแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย⁵⁵ และให้อำนาจแก่นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ในการใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวไว้อย่างกว้างขวาง⁵⁶ อย่างไรก็ตาม ในกฎหมายดังกล่าวไม่มีการกล่าวถึงระบบของการร้องทุกข์และแก้ไขข้อพิพาทในกระบวนการจัดหางานซึ่งเกิดขึ้นก่อนการจ้างงาน ทำให้การแต่งตั้งนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นยังขาดการกำหนดขั้นตอนรายละเอียด หน่วยงานที่รับผิดชอบ รวมถึงเครื่องมือที่จะทำให้แรงงานเข้าถึงกลไกดังกล่าว เช่น สื่อภาษาที่แรงงานเข้าใจ นอกจากนี้ พบว่ายังคงเกิดความสับสนในเรื่องอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่รู้ข้อพิพาทเกี่ยวกับการจัดหางาน อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานใด ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่เข้าใจบทบาทอำนาจหน้าที่ของตนเองจะส่งผลให้เกิดปัญหาในการส่งต่อคดีและทำให้ข้อร้องเรียนได้รับการพิจารณาอย่างล่าช้า

รายงานวิจัยของ ILO กล่าวถึงปัญหาในกลไกการร้องทุกข์ของแรงงานข้ามชาติในกระบวนการจัดหางาน เช่น ข้อจำกัดของแรงงานจากเรื่องภาษาหรือการแก้แค้นจากนายจ้าง ปัญหาความไม่ชัดเจนในเรื่องขอบเขตการปฏิบัติงานรับเรื่องร้องทุกข์ของเจ้าหน้าที่รัฐเอง การยื่นข้อร้องเรียนผ่านบริษัทจัดหางานทำได้จำกัดจากผลประโยชน์ที่ทับซ้อนในการให้บริการแก่นายจ้างของบริษัทจัดหางาน และภาคประชาสังคมที่ให้ความช่วยเหลือก็ไม่มีอำนาจในการแทรกแซงคดีได้⁵⁷ เจ้าหน้าที่สำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดเชียงราย⁵⁸ ให้ข้อมูลว่า แรงงานที่ถูกละเมิดสิทธิแรงงาน ต้องยื่นคำร้องด้วยตนเองที่สำนักงานคุ้มครองแรงงานและสวัสดิการสังคมเนื่องจากถือว่าเป็นสิทธิเฉพาะตัว ในช่วงการระบาดของเชื้อโรคโควิด-19 สำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดเปิดให้มีช่องทางการร้องทุกข์หลายทาง เช่น ทางโทรศัพท์ หรือ ทางเว็บไซต์ หากเป็นสำนักงานที่อยู่ในจังหวัดชายแดนจะมีล่ามแปลภาษาจัดเตรียมให้ ทั้งนี้ มักมี NGO (Non-Governmental Organization หรือ

⁵⁵ คำสั่งกระทรวงแรงงานที่ 237/2560 เรื่องแต่งตั้งพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อปฏิบัติการตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560.

⁵⁶ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560, มาตรา 98-100.

⁵⁷ International Labour Organization, *Regulating recruitment of migrant workers: An assessment of complaint mechanisms in Thailand* (Thailand: International Labour Organization, 2013), 38-40, accessed November 26, 2021, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_226498.pdf.

⁵⁸ นักวิชาการแรงงานชำนาญการ (คุณวีระเดช อินทวงศ์), สัมภาษณ์โดยผู้วิจัย, สำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงานจังหวัดเชียงราย, 13 สิงหาคม 2563.

องค์กรพัฒนาเอกชน) หรือบริษัทจัดหางานเข้ามาช่วยประสานงานให้แรงงานข้ามชาติ ผู้อำนวยการมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา (คุณชลธิชา ตั้งวรมงคล, 16 กันยายน 2563) ให้ข้อมูลว่า NGO (Non-Governmental Organization หรือ องค์กรพัฒนาเอกชน) จะช่วยเหลือแรงงานข้ามชาติในด้านภาษา ช่วยเขียนคำร้องและล่ามแปลภาษาให้แก่แรงงานที่ปรึกษาองค์กร Freedom Fund (คุณโรยทราย วงศ์สุบรรณ, 13 กันยายน 2563) มีข้อสังเกตว่าในการร้องเรียนในคดีประเภทต่าง ๆ แรงงานจะได้รับการคุ้มครองที่แตกต่างกัน เช่น ในคดีอาญา คดีค้ามนุษย์ คดีแรงงาน โดยในคดีอื่น ๆ นอกจากคดีค้ามนุษย์นั้น แรงงานจะไม่ได้รับสิทธิเหมือนเช่นกรณีค้ามนุษย์ ทำให้ไม่มีแรงจูงใจในการร้องเรียน

งานวิจัยของคุณสิทธิลักษณ์ แสงสุวรรณ ระบุว่า แรงงานข้ามชาติไม่สามารถเข้าถึง การช่วยเหลือทางกฎหมายและคดีความมากนักเนื่องมาจากนโยบายการคุ้มครองสิทธิที่เป็น แบบตึงรับประคบกับอุปสรรคในเรื่องภาษาและข้อจำกัดด้านการเดินทางของแรงงานข้าม ชาติที่ทำให้การเข้าถึงกลไกของรัฐยังมีปัญหา⁵⁹ ผู้วิจัยเห็นว่าการเข้าถึงกลไกการร้องทุกข์นั้น รัฐควรดำเนินการในเชิงรุกมากกว่าการตึงรับ ซึ่งปัจจุบันมีลักษณะแบบตึงรับมากกว่า เช่น ในการแจ้งเรื่องร้องทุกข์ แรงงานข้ามชาติต้องแจ้งไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบใน ประเด็นที่ถูกละเมิดสิทธิ การแจ้งเรื่องร้องทุกข์ต้องทำด้วยตนเอง เมื่อมีการร้องทุกข์แล้ว หน่วยงานของรัฐยังขาดการการส่งต่อคดีไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบ ทำให้แรงงานซึ่งมีข้อจำกัด ด้านการเดินทางและภาษาได้รับความยากลำบากในการเรียกร้องสิทธิ

5.6 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิด้านอื่นๆ ของแรงงานข้ามชาติ

กรณีประกันสังคมและเงินทดแทน แรงงานข้ามชาติที่ทำงานในประเทศไทยและมี ใบอนุญาตทำงานสามารถเป็นผู้ประกันตนในระบบประกันสังคมได้เช่นเดียวกับแรงงาน ไทยยกเว้นแต่งงานที่ได้รับการยกเว้นตามกฎหมายประกันสังคม รายงานของ Asian Development Bank ซึ่งว่ากฎหมายประกันสังคมมักเป็นอุปสรรคของการเข้าถึงประกันสังคมของ แรงงานข้ามชาติ ไม่ว่าโดยการยกเว้นงานบางประเภทที่แรงงานข้ามชาติมักจะเข้าไปทำ หรือ การผูกเงื่อนไขการประกันสังคมไว้กับการอยู่อาศัยอย่างถูกต้องตามกฎหมายภายในของ ประเทศนั้น⁶⁰ สำหรับงานที่ได้รับการยกเว้นตามพระราชบัญญัติประกันสังคม⁶¹ นายจ้างยังคงมี

⁵⁹ สุนธิลักษณ์ แสงสุวรรณ, สิทธิแรงงานและความคุ้มครองทางสังคมของแรงงานข้ามชาติในอาเซียน กรณี ศึกษา นโยบายของประเทศไทยต่อแรงงานข้ามชาติสัญชาติพม่า (กรุงเทพฯ: ธรรมดาเพรส, 2558), 157-159.

⁶⁰ Asian Development Bank, *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration: Lessons from Asian Countries* (N.p.: Asian Development Bank, 2019), 43-45, accessed November 18, 2021, <https://www.oecd.org/migration/mig/ADBI-Labor-Migration-2019.pdf>.

⁶¹ พระราชกฤษฎีกา กำหนดลูกจ้างตามมาตรา 4(6) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2545.



ภาระหน้าที่ในการจัดให้แรงงานมีประกันสุขภาพตามประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2562 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2562⁶²

กรณีเงินทดแทน พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 กำหนดให้นายจ้างต้องจ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนเงินทดแทนซึ่งอัตราเงินสมทบของนายจ้างคำนวณตามประเภทและความเสี่ยงของงาน หากทำงานในกิจการงานที่ไม่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องจ่ายเงินสมทบให้กองทุนเงินทดแทนแล้ว นายจ้างมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินสมทบเข้าสู่กองทุนเงินทดแทนตามมาตรา 44 และมีหน้าที่แจ้งการประสบอันตราย เจ็บป่วยหรือสูญหายของลูกจ้างตามมาตรา 48 ของพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 หากนายจ้างไม่ปฏิบัติตาม นายจ้างจะมีโทษตามมาตรา 62 ของพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 เมื่อได้รับคำร้องแล้วพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการสอบสวนและออกคำสั่งให้นายจ้างจ่ายเงินทดแทนตามมาตรา 50 ของพระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537 ทั้งแรงงานต่างชาติและแรงงานไทยมีหลักปฏิบัติเดียวกัน สิทธิประโยชน์ที่ได้รับจากกองทุนเงินทดแทน เช่น ค่าฟื้นฟูจากความเจ็บป่วย ค่าทำศพกรณีเสียชีวิต เป็นต้น ความท้าทายที่เกิดขึ้นคือ การตรวจสอบว่านายจ้างจ่ายเงินสมทบหรือไม่ และการวินิจฉัยความเจ็บป่วยว่าเกี่ยวข้องกับการทำงานหรือไม่ อยู่ในส่วนของการวินิจฉัยของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมาย

ความช่วยเหลือในช่วงโควิด-19 ในช่วงการระบาดของเชื้อโควิด-19 เจ้าหน้าที่สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงราย (คุณปรีชา อินทรชาธร, 14 สิงหาคม พ.ศ. 2563) เห็นว่าในการระบาดของเชื้อโควิด-19 ไม่กระทบแรงงานตาม MOU หรือหากกระทบก็ส่งผลน้อยมาก แต่จะกระทบแรงงานกลุ่มอื่นๆ มากกว่า เช่น แรงงานกลุ่มผิดกฎหมายและแรงงานบัตรสีชมพูที่บัตรจะหมดอายุ ผู้วิจัยพบว่า ประเทศไทยมีการให้ความช่วยเหลือแรงงานข้ามชาติเช่นเดียวกับแรงงานไทย แต่มาตรการของรัฐในการช่วยเหลือแรงงานข้ามชาติในช่วงปี พ.ศ. 2564 กลับเป็นไปอย่างจำกัด เช่น การยกเลิกการให้ความช่วยเหลือกลุ่มแรงงานต่างด้าวตามโครงการช่วยเหลือแรงงานต่างด้าวด้านสาธารณสุขและการออกมาตรการที่เน้นการปราบปรามแรงงานต่างด้าวผิดกฎหมายผ่านชุดเฉพาะกิจตรวจสอบ ปราบปราม จับกุมและดำเนินคดีคนต่างด้าวทำงานผิดกฎหมาย แสดงถึงนโยบายที่เน้นการปราบปรามมากกว่าการคุ้มครองการแพร่ระบาดของเชื้อโรคโควิด-19

กรณีการคำนึงด้านแรงงาน วัตถุประสงค์ประการหนึ่งของกฎหมายบริหารจัดการแรงงานต่างด้าวคือการต่อต้านการค้ามนุษย์ เจ้าหน้าที่สำนักงานสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน

⁶² ประกาศกระทรวงสาธารณสุข เรื่อง การตรวจสุขภาพและประกันสุขภาพแรงงานต่างด้าว พ.ศ. 2562.

จังหวัดเชียงราย (คุณวีรเดช อินทวงศ์, 13 สิงหาคม พ.ศ. 2563) ให้ข้อมูลว่า เจ้าหน้าที่รัฐมีการเตรียมความพร้อมของการดำเนินคดีค้ามนุษย์ รวมถึงการตั้งทีมทำงานสำหรับการค้ามนุษย์ด้านแรงงาน ซึ่งหากมีองค์ประกอบด้านวิธีการ การฉ้อฉล และการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบแล้ว ข้อร้องเรียนจะได้รับการดำเนินการแบบคดีค้ามนุษย์ แต่คดีค้ามนุษย์เกิดขึ้นน้อย ทั้งนี้ ในปี 2564 รายงานสถานการณ์ค้ามนุษย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Trafficking In Persons Report 2021: TIP Report 2021)⁶³ จัดให้ประเทศไทยอยู่ในระดับ Tier 2 Watch List ร่วมกับประเทศ กัมพูชา เวียดนาม บรูไน เป็นต้น แม้จะมีความพยายามของรัฐในการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติ แต่รายงานดังกล่าวระบุว่า ความยุ่งยากของกระบวนการจดทะเบียนของแรงงานข้ามชาติทำให้แรงงานพึ่งพานายหน้าและนายจ้างซึ่งมักจะเก็บค่าธรรมเนียมส่วนเกินกับแรงงานเพื่อให้ได้รับเอกสารต่าง ๆ ลักษณะดังกล่าวได้เพิ่มความเปราะบางของลูกจ้างให้แก่การข่มขู่ในกรณีที่มีหนี้ระหว่างกัน⁶⁴

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

จากการศึกษา พบว่า กฎหมายและนโยบายส่วนใหญ่ของประเทศไทยในการจัดหางานแรงงานข้ามชาติ สอดคล้องกับบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศไทยและประเทศเมียนมาและมาตรฐานสากลแล้ว อย่างไรก็ตาม จากการวิจัย ยังพบว่า มีบางประเด็นในกฎหมายที่ยังอาจนำไปสู่ปัญหาในการละเมิดสิทธิแรงงาน ได้แก่

6.1.1 การควบคุมค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานและจ้างงานที่ยังคงสูงอยู่แม้จะมีกฎหมายกำหนดควบคุมไว้ ส่งผลให้เกิดภาระหนี้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง การดำเนินการในส่วนของประเทศปลายทาง เช่น การควบคุมค่าใช้จ่ายของแรงงานและค่าใช้จ่ายที่เกิดจากนายหน้าในประเทศต้นทางเป็นส่วนใหญ่ที่ประเทศไทยไม่สามารถควบคุมได้เนื่องจากเป็นความรับผิดชอบของประเทศต้นทาง

6.1.2 การเก็บรักษาเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างโดยนายจ้าง กฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้ นายจ้างเก็บเอกสารของลูกจ้างไว้แต่ยังคงปรากฏในทางปฏิบัติ อีกทั้งการยึดเอกสารของลูกจ้างยังมีความเสี่ยงที่จะเข้าองค์ประกอบของแรงงานบังคับหรือการค้ามนุษย์

⁶³ Department of State, the United State of America, *Trafficking in Person Report 2021* (Washington, D.C: Department of State, the United State of America, 2021), accessed November 26, 2021, https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/TIP_Report_Final_20210701.pdf.

⁶⁴ Ibid., 548.

6.1.3 การเปลี่ยนนายจ้างและการเลิกสัญญาที่มีเงื่อนไขที่จำกัด ทำให้แรงงานข้ามชาติไม่มีเสรีภาพในการเปลี่ยนงานได้ตามความต้องการ เงื่อนไขที่กำหนดในกฎหมายไทยเปิดช่องให้แรงงานสามารถย้ายนายจ้างได้กว้างกว่าที่กำหนดไว้ใน MOU ซึ่งกำหนดไว้เฉพาะกรณีที่นายจ้างไม่สามารถคุ้มครองลูกจ้างได้หรือกรณีนายจ้างปิดกิจการ

6.1.4 การตรวจสอบการละเมิดกฎหมายและเข้าถึงกลไกการร้องทุกข์ในกระบวนการจัดหางาน พบว่า ยังไม่มีกระบวนการที่ชัดเจนรวมถึงการส่งต่อคดีให้หน่วยงานที่รับผิดชอบด้วย กลไกทางกฎหมายดังกล่าวซึ่งเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน ยังมีความสับสนในเรื่องอำนาจหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะกรณีที่เกิดข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องเนื่องกันระหว่างการจัดหางานและการจ้างงาน

6.1.5 ปัญหาอื่นๆ ที่ยังพบอยู่ ได้แก่ การเข้าถึงสิทธิประโยชน์ในกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนของแรงงานข้ามชาติ เช่น สิทธิประโยชน์กรณีชราภาพ สิทธิประโยชน์การว่างงานในกองทุนประกันสังคม ซึ่งข้อจำกัดของระยะเวลาการจ้างงานตาม MOU และการต้องหานายจ้างภายในเวลาที่กำหนด ทำให้แรงงานข้ามชาติไม่เข้าเงื่อนไขในการใช้สิทธิประโยชน์ จึงควรทบทวนว่าสิทธิประโยชน์เหล่านี้จะทำให้แรงงานตาม MOU สามารถเข้าถึงได้อย่างไรภายใต้เงื่อนไขระยะเวลาตามการจ้างงานตาม MOU

6.2 ข้อเสนอแนะ

6.2.1 นโยบายการห้ามเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายกับผู้หางาน ส่วนของกฎหมายไทยได้กำหนดไว้แล้วแต่เนื้อหาแตกต่างจากใน MOU ส่วนนี้จึงควรระบุไว้ใน MOU ระหว่างรัฐให้ชัดเจนว่า ห้ามมิให้มีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมที่เกิดขึ้นทั้งสองประเทศจากลูกจ้าง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักการทั่วไปและแนวปฏิบัติในการจัดหางานอย่างเป็นธรรม (General Principles and Operational Guidelines for Fair Recruitment) ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศและสอดคล้องกับมาตรา 42 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 และประกาศกรมการจัดหางานเรื่องกำหนดรายการและอัตราค่าบริการและค่าใช้จ่ายและแบบใบรับค่าบริการและค่าใช้จ่ายในการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ วันที่ 17 พฤศจิกายน 2559 ทั้งนี้ รัฐควรจัดทำแนวปฏิบัติในการเรื่องหลักเกณฑ์ในการหักค่าจ้างและหนี้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้างให้ชัดเจน เผยแพร่ความรู้ดังกล่าวและดำเนินการตรวจสอบการหักค่าจ้างด้วยวิธีการที่หลากหลาย

6.2.2 การยึดเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างและสัญญาจ้างของลูกจ้าง โดยหลักแล้วไม่ควรเปิดให้มีการรับฝากเอกสารแม้จะมีความยินยอมของลูกจ้างก็ตาม แต่ในบางกิจการที่สภาพการทำงานไม่เอื้อให้ลูกจ้างเก็บเอกสารได้ รัฐควรออกแนวปฏิบัติที่ชัดเจนว่านายจ้างจะสามารถ

รับฝากเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างได้ในลักษณะใดเพื่อให้ไม่ขัดกับข้อกำหนดใน มาตรา 131 พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ทั้งนี้ ในการออกแนวปฏิบัติดังกล่าว ควรพิจารณาข้อบ่งชี้ของการใช้แรงงานบังคับหรือการค้ามนุษย์ด้านแรงงานประกอบด้วย

6.2.3 การเปลี่ยนนายจ้าง เงื่อนไขการเปลี่ยนนายจ้างตาม MOU แตกต่างกับเงื่อนไขการเปลี่ยนนายจ้างในกฎหมายไทย ส่วนนี้ควรมีการทบทวนเนื้อหาใน MOU ให้สอดคล้องกับกฎหมายไทย ที่กำหนดเหตุการเปลี่ยนนายจ้างไว้กว้างกว่า MOU ส่วนของการเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา 50-51 ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560 ควรกำหนดให้การเปลี่ยนนายจ้างโดยอิสระเป็นหลักที่สามารถทำได้แม้จะไม่มี ความผิดของลูกจ้างหรือนายจ้างก็ตาม ส่วนการกำหนดค่าเสียหายที่ต้องจ่ายแก่กันควรออกเป็น หลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเพื่อให้ข้อพิพาทจากการกำหนดค่าเสียหายเป็นอุปสรรคในการยื้อลูกจ้างไว้กับนายจ้างคนเดิม

6.2.4 การเข้าถึงสิทธิประโยชน์ในกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน รัฐควร ทบทวนว่าแรงงานข้ามชาติตาม MOU จะมีอุปสรรคในการเข้าถึงสิทธิประโยชน์จากกองทุน ประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทนอย่างไรบ้าง และพัฒนาแนวทางที่แรงงานข้ามชาติ ตาม MOU จะได้รับสิทธิประโยชน์ดังกล่าวเท่ากับแรงงานไทย นอกจากนั้น ควรมีการตรวจสอบ การจ่ายเงินทดแทนเข้ากองทุนดังกล่าวซึ่งเป็นส่วนความรับผิดชอบของนายจ้างในการจ่ายเงิน สมทบเข้ากองทุน

6.2.5 กลไกการร้องทุกข์และแก้ปัญหาข้อพิพาท รัฐควรออกประกาศหรือแนวทาง ในการระงับข้อพิพาทในกระบวนการจัดหางานที่แรงงานที่มีขั้นตอนที่ชัดเจน โดยเฉพาะกรณี การละเมิดสิทธิแรงงานที่เกิดขึ้นจากการนำเข้าแรงงานซึ่งมักจะเกี่ยวเนื่องกับกรมสวัสดิการและ คำนุครองแรงงานและกรมการจัดหางาน และแสดงหน่วยงานที่รับผิดชอบ เพื่อช่วยให้เจ้าหน้าที่ สามารถทำงานได้ชัดเจน และสร้างระบบส่งต่อคดีภายในหน่วยงานของรัฐ เพื่อลดภาระของ นายจ้างและลูกจ้างในติดต่อหลายหน่วยงาน นอกจากนั้น ประกาศหรือแนวทางดังกล่าว ควรจัดทำข้อมูลในภาษาที่แรงงานเข้าใจได้เพราะเป็นบุคคลที่ได้รับผลกระทบโดยตรง จากการละเมิดสิทธิแรงงาน

6.2.6 การพัฒนาความร่วมมือระหว่างประเทศกับประเทศต้นทาง รัฐไทยควรพัฒนาความร่วมมือกับประเทศต้นทางเพื่อให้แน่ใจว่ากระบวนการจัดหางานเป็นไปโดยเคารพสิทธิแรงงานและสิทธิมนุษยชนตลอดกระบวนการ รวมถึงตรวจสอบได้ว่าการละเมิดสิทธิแรงงานเกิดขึ้นในประเทศต้นทางและประเทศปลายทางหรือไม่ งานในบางประเภทกิจการ เช่น กิจการประมง ซึ่งมีกฎหมายเกี่ยวกับงานประมงโดยเฉพาะ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงานในงานประมง พ.ศ. 2562 พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. 2558 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 และกฎกระทรวงคุ้มครองแรงงานในงานประมงทะเล พ.ศ. 2557 เป็นต้น อาจมีการพิจารณาการแยก MOU เป็นอีกฉบับหนึ่งต่างหากเพื่อกำหนดการคุ้มครองสิทธิสำหรับแรงงานประมงโดยเฉพาะ

6.2.7 ในการบังคับใช้กฎหมาย รัฐควรจัดเวทิจัดการประเมินการบังคับใช้กฎหมายโดยฟังความเห็นทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างต่อเนื่อง เพื่อปรับปรุงกลไกให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น และสามารถคุ้มครองแรงงานข้ามชาติในกระบวนการจัดหาและจ้างงานให้เป็นไปอย่างปลอดภัยและได้รับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตลอดกระบวนการ

สรุปได้ว่า การดำเนินการตามบันทึกความเข้าใจด้านการจ้างงานแรงงานระหว่างราชอาณาจักรไทยและสหภาพเมียนมา ต้องอาศัยความร่วมมือของประเทศต้นทางและประเทศปลายทางเป็นพื้นฐาน โดยควรเจรจากับรัฐประเทศต้นทางเพื่อปรับปรุงข้อกำหนดของ MOU ในเรื่องการเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายจากการจัดหางานจากลูกจ้าง โดยควรกำหนดไว้ใน MOU ให้ชัดเจนว่าห้ามเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการจัดหางานจากลูกจ้างเพื่อให้กระบวนการจัดหางานซึ่งอาศัยบริษัทจัดหางานในสองประเทศนั้นมีมาตรฐานเดียวกันและการเลิกสัญญาและการเปลี่ยนแปลงนายจ้าง ควรเจรจาแก้ไขเนื้อหาใน MOU ให้สอดคล้องกับกฎหมายไทยที่กำหนดไว้กว้างกว่า อย่างไรก็ตาม ในส่วนกฎหมายไทย ควรแก้ไขกฎหมายให้การเปลี่ยนนายจ้างทำได้โดยอิสระโดยไม่ต้องพิจารณาว่าเป็นความผิดของฝ่ายใดก่อนกฎหมายภายในประเทศนั้น ผู้วิจัยพบปัญหาในเรื่องการฝากเอกสารส่วนตัวของลูกจ้างไว้กับนายจ้าง ซึ่งการฝากเอกสารแม้จะโดยความยินยอมควรต้องห้ามเพราะอาจทำให้เกิดการละเมิดสิทธิแรงงานตามมา ยกเว้นในบางกิจการที่มีความจำเป็น ต้องมีการกำหนดแนวปฏิบัติที่ชัดเจน เรื่องการเก็บค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายจากการจัดหางานจากลูกจ้าง หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรพัฒนาหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนและเผยแพร่ให้นายจ้างและลูกจ้างรับรู้ร่วมกันในการหักค่าจ้างและหนี้ระหว่างกัน เพื่อป้องกันการเกิดข้อพิพาทในเรื่องหนี้ระหว่างนายจ้างและลูกจ้าง ประเด็นเรื่องสิทธิในกองทุนประกันสังคมและกองทุนเงินทดแทน ควรมีการพัฒนาแนวทางกฎหมายที่จะทำให้แรงงานข้ามชาติซึ่งมีข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาการอยู่อาศัยในประเทศไทยเข้าถึงสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ได้เช่นเดียวกันคนไทย เช่น สิทธิประโยชน์กรณีชราภาพและสิทธิประโยชน์กรณีการว่างงาน และสิทธิประโยชน์ของกองทุนเงินทดแทน⁶⁵

⁶⁵ งานวิจัยนี้ได้รับทุนอุดหนุนจากงบประมาณเงินรายได้ ประจำปีงบประมาณ 2563 วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม.

References

- Asian Development Bank. *Building Partnerships for Effectively Managing Labor Migration: Lessons from Asian Countries*. N.p.: Asian Development Bank, 2019. Accessed November 26, 2021. <https://www.oecd.org/migration/mig/ADBI-Labor-Migration-2019.pdf>.
- Charamporn Holamyong and Sureeporn Punpueng. "Migrant Workers in Thailand: Things Thais Must Have Known." In Thai Tang Daow Thaow Tang Dan: Sociology of Life Cross Border, edited by Pattaya Ruenkaew, Supang Chantavanich and Chantana Banpasirichote Wankaew, 149-152. Bangkok: Chulalongkorn University Press, 2016. [In Thai]
- Commissioner for Human Rights. *Migration, Human Rights and Governance*. Geneva: Inter-Parliamentary Union, 2015. Accessed November 26, 2021. https://www.ohchr.org/documents/publications/migrationhr_and_governance_hr_pub_15_3_en.pdf.
- Department of State, the United State of America. *Trafficking in Person Report 2021*. Washington, D.C: Department of State, the United State of America, 2021. Accessed November 26, 2021. https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/TIP_Report_Final_20210701.pdf.
- International Labour Organization. *General Principles and Operational Guidelines for Fair Recruitment and Definition of Recruitment Fees and Related Costs*. Geneva: International Labour Organization, 2019. Accessed November 26, 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---migrant/documents/publication/wcms_536755.pdf.
- International Labour Organization. *ILO Multilateral Framework on Labour Migration: Non-Binding Principles and Guidelines for a Rights-Based Approach to Labour Migration*. Geneva, International Labour Organization, 2006. Accessed November 26, 2021. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_146243.pdf.



International Labour Organization. *Protection of Migrant Workers in the Recruitment and Third Party Employment Process: International Standards and Guiding Principles given by the Private Employment Agencies Convention 1997 (No.181) and Private Employment Agencies Recommendation, 1997 (No.188)*. Thailand: International Labour Organization, 2015. Accessed November 26, 2021. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/---sro-bangkok/documents/publication/wcms_448662.pdf.

International Labour Organization. *Regulating recruitment of migrant workers: An assessment of complaint mechanisms in Thailand*. Thailand: International Labour Organization, 2013. Accessed November 26, 2021. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---asia/---ro-bangkok/documents/publication/wcms_226498.pdf.

International Labour Organization. *Report of the Director-General Report I(B) Fair Migration: Setting an ILO Agenda*. Geneva: International Labour Organization, 2014. Accessed November 26, 2021. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_242879.pdf.

Metta Suksomrungrueng. “Legal Problems on the Enforcement of the Foreign Workers Management Emergency Decree, B.E. 2560 (2017).” *Ubon Ratchathani Rajabhat Law Journal*, no.1 (2020): 99-111. [In Thai]

Prasit Ekkabut. *International Law 1 Treaties*. 4th ed. (Amendment). Bangkok: Winyuchon, 2008. [In Thai]

Suttilak Saengsuwan. *The Workers’ Rights and the Social Protection of Migrant Workers in ASEAN in the case of Thai Policies for Burmese Migrant Workers*. Bangkok: Thammasa Press, 2015. [In Thai]