

## บทที่ 2

### แนวคิดทฤษฎีหลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

#### และความเป็นมาของการทำงานของคนต่างด้าว

ในการศึกษาเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยนั้น มีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศของบุคคลจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปมาทำงานยังประเทศอื่น ปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ และแนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ศึกษาหลักเกณฑ์สากลที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อให้ทราบถึงข้อบกพร่องแห่งสิทธิในการทำงานตามกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศในเชิงทฤษฎี ตลอดจนศึกษาหลักการตีความกฎหมาย เพื่อนำมาวิเคราะห์ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทย นอกจากนี้ผู้เขียนได้ศึกษาความเป็นมาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เพื่อให้ทราบถึงประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยในแต่ละยุคสมัยที่เกี่ยวกับการเข้ามาทำงานคนต่างด้าวโดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

#### 2.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าว

การเคลื่อนย้ายถิ่นข้ามแดนของบุคคลจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปทำงานยังประเทศอื่น โดยมีปฏิสัมพันธ์กับอีกสังคมหนึ่งหรืออีกวัฒนธรรมหนึ่งผ่านการว่าจ้างแรงงาน ซึ่งการเคลื่อนย้ายลักษณะดังกล่าวนี้เกิดขึ้นทุกภูมิภาคของโลก สำหรับกรณีการย้ายถิ่นของแรงงานจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยได้เกิดขึ้นมายาวนานในประวัติศาสตร์สืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในช่วงที่ผ่านมารูปแบบการเคลื่อนย้ายถิ่นของแรงงานระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นได้ถูกกำหนดด้วยปัจจัยต่าง ๆ อาทิเช่น เศรษฐกิจ การเมืองภายในประเทศ ความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุน ความขัดแย้งระหว่างชนชาติ ความแตกต่างทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งเป็นปัจจัยผลักดันและดึงดูดที่สำคัญนำไปสู่การเคลื่อนย้ายถิ่นข้ามแดนของบุคคลจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศไทยที่ไม่อาจควบคุมได้ ดังนั้นในการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับ

การเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวจึงต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศและแนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย<sup>6</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

### 2.1.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ

การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ (International Migration) หมายถึง การเคลื่อนย้ายของประชากรจำนวนมากข้ามพรมแดนจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปยังประเทศอื่นเพื่อดำรงชีวิตเป็นเวลายาวนานเพื่อกระทำกิจกรรมที่ได้รับค่าตอบแทนโดยปกติหลักสากลจะกำหนดว่าการดำรงชีวิตในอีกที่หนึ่งเป็นเวลานาน 1 ปี นับเป็นการย้ายถิ่น (International Trarul Regulation)<sup>7</sup> อย่างไรก็ตามผู้ย้ายถิ่นจำนวนหนึ่งสามารถกลายสภาพเป็นผู้ตั้งถิ่นฐานได้ เมื่อเขาตัดสินใจปักหลักใช้ชีวิตในประเทศที่เขาไปประกอบอาชีพและดำรงชีวิตที่นั่นเป็นส่วนใหญ่

สำหรับแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ สามารถแบ่งได้ดังนี้

1) ทฤษฎีการย้ายถิ่นระหว่างประเทศดั้งเดิม (The Initiation of International Migration)

เป็นทฤษฎีที่อธิบายสาเหตุที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นในพื้นที่ต่าง ๆ ในช่วงระยะเวลาหนึ่ง โดยแบ่งเป็น

(1) แนวคิดของเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก : ทฤษฎีมหภาค (Neoclassical Economics: Macro Theory)

สาเหตุที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นคือความแตกต่างของอุปสงค์และอุปทานของแรงงาน ทำให้เกิดความแตกต่างในค่าจ้างโดยพิจารณาจากค่าจ้างในประเทศที่มีแรงงานมากจะมีค่าจ้างต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศที่มีแรงงานน้อยมีผลให้แรงงานในประเทศที่มีแรงงานมากอพยพไปทำงานในประเทศที่มีค่าจ้างที่สูงกว่าโดยเฉพาะแรงงานไร้ฝีมือ (Unskilled Labor) ซึ่งแรงงานที่มีฝีมือเป็นแรงงานในส่วนที่เป็นทุนมนุษย์ (Human Capital) ค่าจ้างของบุคคลกลุ่มนี้ถ้าอยู่ในประเทศที่มีแรงงานมากค่าจ้างก็ยังคงสูงทำให้การเคลื่อนย้ายแรงงานในกลุ่มนี้จะมีการเคลื่อนย้ายน้อยกว่าแรงงานไร้ฝีมืออย่างไรก็ตามความแตกต่างในเรื่องผลตอบแทนของแรงงานรวมทั้งแรงงานในส่วน

<sup>6</sup> จาก การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 6), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ก, 2555, กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.

<sup>7</sup> จาก การย้ายถิ่นของผู้หญิงไทยไปเยอรมนี: สาเหตุ ชีวิตความเป็นอยู่และผลกระทบในประเทศไทย และเยอรมันนี (รายงานผลการวิจัย) (น. 6-15), โดย สุรางค์ จันทวานิช และคณะ, 2542, กรุงเทพฯ: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ที่เป็นแรงงานไร้ฝีมือและแรงงานที่มีฝีมือจะหมดไปหากมีการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศเกิดขึ้น<sup>8</sup>

กลุ่มเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิกอธิบายว่า แบบแผนการย้ายถิ่นจากชนบทสู่เมือง โดยเน้นให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างการย้ายถิ่นกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ โดยอาศัยฐานแนวคิดเรื่องปัจจัยผลักดันและปัจจัยดึงดูด<sup>9</sup> เมื่อมนุษย์ตัดสินใจย้ายถิ่นด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ ทำให้ผู้ย้ายถิ่นจึงเป็นผู้ย้ายถิ่นทางเศรษฐกิจ โดยปัจจัยดึงดูดที่สำคัญทำให้มนุษย์ย้ายถิ่นได้แก่ ค่าจ้างที่สูงขึ้นและโอกาสการได้งานทำ นอกจากนี้อัตราค่าจ้างแล้วยังได้เสนอว่าการเลือกเดินทางไปประเทศใดขึ้นอยู่กับความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GNP) ของประเทศต้นทาง และผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GNP) ของประเทศผู้รับแรงงานอีกด้วยตัวแปรที่ส่งผลต่อการย้ายถิ่นเพื่อทำงานยังรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทางและประเภทของงานที่จะทำ<sup>10</sup>

นักเศรษฐศาสตร์ซึ่งสังเกตเห็นอิทธิพลของโครงสร้างเศรษฐกิจที่มีผลต่อการย้ายถิ่นได้เสนอสาเหตุระดับโครงสร้างว่าสาเหตุนั้น คือ ปัจจัยดึงดูดจากสภาพเศรษฐกิจในประเทศปลายทาง ซึ่งได้แก่ (1) ตลาดงาน ซึ่งแบ่งออกได้เป็นตลาดปฐมภูมิ (Primary) และตลาดทุติยภูมิ (Secondary) และ (2) นโยบายการจ้างงาน (Recruitment policies)<sup>11</sup> กล่าวคือ สภาพเศรษฐกิจในประเทศผู้รับที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจสูงจะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจที่มีโครงสร้างตลาดแรงงานระดับปฐม (ตลาดปฐมภูมิหรือตลาดระดับบน) ซึ่งเป็นระดับที่มีความก้าวหน้ามากและยังเป็นลักษณะงานวิชาชีพที่ต้องการทักษะสูง มีค่าตอบแทนสูง และเป็นงานที่ไม่ต้องใช้แรงกาย ในขณะที่เดียวกันก็มีโครงสร้างตลาดแรงงานระดับทุติย (ตลาดทุติยภูมิ หรือตลาดระดับล่าง) ซึ่งเป็นตลาดแรงงานระดับรอง เป็นงานที่ไม่ใช่งานวิชาชีพ เน้นการใช้ทักษะทางร่างกายและการใช้แรงงาน มีค่าจ้างต่ำ เป็นงานที่เรียกว่า งาน 3Ds คือ งานสกปรก (Dirty) งานเสี่ยง (Dangerous) และงานยากลำบาก (Difficult) ในสังคมดังกล่าว ประชากรของประเทศจะพยายามพัฒนาตนเองเข้าไปมีตำแหน่งงานในตลาดแรงงานระดับปฐม ทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงานที่จะเข้าทำงานในตลาดแรงงานระดับทุติย ระบบทุนนิยมได้ทำให้ตลาดแรงงานในสังคมทุนนิยมพัฒนาขึ้นมาเป็นตลาดที่มีโครงสร้าง

<sup>8</sup> จาก การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-1), โดย อ้อทิพย์ ราษฎร์นิยม และคณะ, 2551, กรุงเทพฯ: ม. ป. ท.

<sup>9</sup> จาก การย้ายถิ่น: ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย (น. 32-34), โดย พ็ชราวลัย วงศ์บุญสิน, 2552, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>10</sup> การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 7), เล่มเดิม.

<sup>11</sup> การย้ายถิ่น: ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย (น. 34-36), เล่มเดิม.

สองระดับเช่นนี้ เมื่อประเทศทุนนิยมเติบโตจนมีสภาพเศรษฐกิจดังกล่าว จะเกิดภาวะที่เป็นปัจจัยดึงดูดให้แรงงานจากประเทศที่มีพัฒนาการทางเศรษฐกิจช้ากว่าย้ายเข้ามาเพื่อแสวงหาตำแหน่งงานที่มีความขาดแคลนแรงงานในระดับทุติยะ แรงงานต่างชาติจึงมักเข้าไปทำงานที่พลเมืองของประเทศนั้นไม่ต้องการทำซึ่งได้แก่งาน 3Ds นั้นเองและจากสภาพโลกาภิวัตน์ (Globalization) ซึ่งเชื่อมโยงเศรษฐกิจของยุโรป อเมริกา ตะวันออกกลาง และเอเชียแปซิฟิก เข้าด้วยกัน ทำให้ทิศทางการเคลื่อนย้ายของแรงงานย้ายถิ่นจะย้ายถิ่นจากประเทศต้นทางไปยังประเทศผู้รับแรงงาน (Host Country) ที่เป็นศูนย์กลางด้านเศรษฐกิจและข้อมูลข่าวสารของโลกและการเกิดขึ้นของระบบโลก (World Systems) ทำให้เมืองและประเทศบางแห่งเติบโตขึ้นเป็นศูนย์กลาง (Core) ของทุนนิยมโลกที่เรียกว่า “Global City” สภาพเศรษฐกิจของเมืองและประเทศเหล่านี้จะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจสองระบบที่มีความต้องการแรงงานต่างชาติเข้าไปทำงานในระบบตลาดแรงงานในระดับทุติยะเพราะพลเมืองของตนต้องการทำงานอยู่ในตลาดแรงงานระดับปฐมหมดแล้ว แรงงานต่างชาติจากประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจช้ากว่าเป็นประเทศชายขอบ (Periplural) ที่จะเคลื่อนย้ายเข้าสู่ตำแหน่งงานในประเทศศูนย์กลางทุนนิยม อย่างไรก็ตามการเคลื่อนย้ายที่ทำได้ก็โดยการมีเส้นทางคมนาคมขนส่ง และจากการที่ Global City ดึงดูดแรงงานต่างชาติเข้าไปจนเกิดปัญหาการล้นเกินเข้าเมืองอย่างหนัก รัฐบาลของเมืองใหญ่เหล่านี้จึงได้พยายามผลักดันนโยบายการลงทุนด้านการผลิตในประเทศชายขอบทุนนิยมแทน

(2) แนวคิดของเศรษฐศาสตร์นีโอคลาสสิก : ทฤษฎีจุลภาค (Neoclassical Economics : Micro Theory)

เป็นทฤษฎีที่อธิบายถึงการย้ายถิ่นโดยมองในระดับปัจเจกชนเป็นหลักผู้ย้ายถิ่นจะตัดสินใจย้ายถิ่นหรือไม่นั้นผู้ย้ายถิ่นจะมีการเปรียบเทียบระหว่างต้นทุนและผลตอบแทนที่คาดว่าจะได้รับก่อนหากผู้ย้ายถิ่นประเมินแล้วว่าถิ่นที่จะย้ายไปอยู่นั้นได้รับผลตอบแทนสุทธิมีค่าเป็นบวกก็จะย้ายเข้าไปในพื้นที่นั้นนอกจากนี้ยังถือว่าผู้ที่ย้ายถิ่นไปต่างประเทศได้มีการลงทุนด้านทุนมนุษย์ให้แก่ตนเองเพราะจะทำให้ตนเองได้รับทักษะที่เพิ่มมากขึ้นให้ตนเองมีทักษะใหม่และมีความชำนาญที่ได้จากประสบการณ์ในต่างประเทศในขณะเดียวกันก็ต้องมีการฝึกฝนภาษาเพื่อเตรียมตัวให้พร้อมก่อนไปทำงานในต่างประเทศส่วนนี้ถือว่าเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งนอกเหนือจากค่าใช้จ่ายที่เสียไประหว่างการเดินทางค่าใช้จ่ายในการกินอยู่ขณะหางานตลอดจนต้นทุนทางด้านจิตใจอันเนื่องจากการปรับตัวให้เข้ากับสภาพแวดล้อมใหม่โดยจะต้องตัดความผูกพันที่อยู่ในถิ่นเดิมออกไป<sup>12</sup>

<sup>12</sup> การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-2), เล่มเดิม.

### (3) ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ใหม่ของการย้ายถิ่น (The New Economics of Migration)

โดยนักเศรษฐศาสตร์กลุ่มนี้เสนอแนวคิดไว้ว่าการตัดสินใจย้ายถิ่นนั้นไม่ได้เป็นการตัดสินใจเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งแต่เป็นการตัดสินใจร่วมกันหลายบุคคลโดยเฉพาะบุคคลที่อยู่ในครอบครัวเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากบทบาทของบุคคลไม่ได้มีข้อจำกัดอยู่แต่เฉพาะการคาดหวังในรายได้ที่จะได้รับเท่านั้นยังคงต้องคำนึงถึงความเสี่ยงและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นเมื่อตัดสินใจย้ายถิ่นไปช่วยสำหรับการพิจารณาการตัดสินใจในระดับครัวเรือนก็เหมือนกับการพิจารณาระดับบุคคลซึ่งครัวเรือนจะทำหน้าที่ที่คอยควบคุมความเสี่ยงเพื่อรักษาระดับมาตรฐานความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของครอบครัวไว้โดยใช้วิธีการกระจายการจัดสรรทรัพยากรในครอบครัวไปในที่ต่าง ๆ เช่น มีสมาชิกในครัวเรือนบางคนอาจทำงานในประเทศบางคนอาจไปทำงานในต่างประเทศภายใต้เงื่อนไขที่ว่าค่าจ้างและการจ้างงานในประเทศมีความสัมพันธ์ในทางลบกับบุคคลเหล่านั้น เนื่องจากรายได้ที่ได้รับในประเทศเป็นแต่เพียงรายได้ที่พอยังชีพเท่านั้นการที่เป็นเช่นนี้การไปทำงานในต่างประเทศและส่งเงินกลับมาให้กับครอบครัวย่อมเป็นสิ่งที่ดีกว่า<sup>13</sup>

### (4) ทฤษฎีตลาดแรงงานทวิลักษณ์ (Dual Labor Market Theory)

เป็นทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงตลาดแรงงานของประเทศที่พัฒนาแล้วจะประสบปัญหาแรงงานท้องถิ่นไม่ประสงค์จะทำงานในตลาดล่างจึงต้องรับแรงงานต่างชาติเข้ามาทดแทน<sup>14</sup> โดย Michael J. Piore กล่าวว่า การย้ายถิ่นระหว่างประเทศนั้นมีสาเหตุมาจากความแตกต่างในโครงสร้างของการพัฒนาประเทศ โดยมีปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออกเช่น การว่างงานสูงหรือระดับค่าจ้างและเงินเดือนที่ต่ำเมื่อเทียบกับต่างประเทศการขาดสิ่งจูงใจสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพส่วนปัจจัยดึงดูดจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า เช่น ความต้องการแรงงานต่างชาติค่าจ้างที่สูงขึ้นโดยสาเหตุที่ทำให้เกิดอุปสงค์แรงงานต่างชาติเนื่องจากปัญหา 4 ข้อ คือ 1) ปัญหาเงินเฟ้อด้านโครงสร้าง (Structural Inflation) ทำให้ค่าจ้างที่จ่ายให้คนงานไร้ฝีมือสูงกว่าปกติ 2) ปัญหาการขาดแรงจูงใจ (Motivational Problems) การแบ่งชั้นในอาชีพทำให้เกิดแรงดึงดูดในการทำงานในบางอาชีพเนื่องจากคนงานไม่ได้หวังแต่เพียงรายได้จากการทำงานเท่านั้นแต่ยังมีความต้องการความก้าวหน้าในสังคมด้วย 3) เศรษฐกิจทวิลักษณ์ (Economic Dualism)

<sup>13</sup> จาก *กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลึกลับเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง* (รายงานผลการวิจัย) (น. 4), โดย กุศล สุนทรธาดา และอุมาภรณ์ ภัทรวานิชย์, 2540, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

<sup>14</sup> จาก *การส่งแรงงานไทยไปทำงานในต่างประเทศ: แนวโน้มและมาตรการเพื่อการดำเนินการ* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 19), โดย ด้อยใจ สุทัศน์ ณ อยุธยา, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ได้อธิบายว่าถ้าหากแบ่งกิจการอุตสาหกรรมออกเป็น 2 ประเภทคือกิจการที่ใช้ทุนมากและกิจการที่ใช้แรงงานมากซึ่งกิจการที่ใช้ทุนมากคนท้องถิ่นต้องการที่จะทำงานมากกว่ากิจการที่ใช้แรงงานมากเพราะกิจการที่ใช้แรงงานส่วนใหญ่จะเป็นงานประเภท 3D (Dangerous, Difficult และ Dirty) และค่าจ้างหรือสวัสดิการที่ได้รับเป็นจำนวนน้อย 4) ปัญหาโครงสร้างทางประชากรของแรงงาน (The Demography of Labor Supply) ปัญหาด้านนี้จะเป็นปัญหาอย่างมากเพราะการที่สตรีได้เข้ามา มีบทบาทในการทำงานจะส่งผลให้อัตราการเจริญพันธุ์ลดลงจึงทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงานเลย ต้องมีการรับแรงงานต่างชาติเข้ามาทดแทนแรงงานภายในประเทศที่ขาดแคลน<sup>15</sup>

2) ทฤษฎีการเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องของการเคลื่อนย้ายระหว่างประเทศ (The Perpetuation of International Movement)

แนวคิดของการย้ายถิ่นระหว่างประเทศอย่างต่อเนื่องนั้นจะมองข้ามเรื่องเวลาและพื้นที่ โดยทฤษฎีและแนวคิดที่จัดในกลุ่มนี้คือ

(1) ทฤษฎีเครือข่าย (Network Theory)

เป็นทฤษฎีที่ได้กล่าวถึงการเคลื่อนย้ายแรงงานในแง่สังคมวิทยา โดยจะมีการเชื่อมโยงเครือข่ายกับผู้ที่ย้ายถิ่นเข้าไปอยู่ก่อนหน้าแล้วโดยเครือข่ายที่เชื่อมโยงจะเป็นความสัมพันธ์ในหมู่ญาติพี่น้องเพื่อนฝูงหรือเพื่อนบ้านในท้องถิ่นเดิมซึ่งการที่ได้เคลื่อนย้ายแรงงานเข้าไปในประเทศที่มีเครือข่ายอยู่นั้นจะเป็นการลดความเสี่ยงและลดต้นทุนที่เกิดขึ้นได้

(2) ทฤษฎีสถาบัน (Institutional Theory)

เมื่อการย้ายถิ่นได้เริ่มต้นขึ้นทำให้มีสถาบันเอกชนและองค์กรอาสาสมัครเกิดขึ้นตามมา เพื่อทำให้เกิดความพอใจในการจัดความไม่สมดุลระหว่างจำนวนประชากรที่ต้องการอพยพเข้าไปในประเทศที่ร่ำรวยไปด้วยทุนกับการจำกัดจำนวนวิชาที่จะขอเข้าไปในประเทศเหล่านั้น จึงกลายเป็นช่องโหว่ให้เกิดการแสวงหากำไรของผู้ประกอบการและสถาบันต่าง ๆ ที่อยู่ในตลาดมีคามากขึ้น

(3) ความเป็นเหตุผลสะสม (Cumulative Causation)

เนื่องจากการเติบโตของเครือข่ายและการพัฒนาสถาบันขึ้นมาสสนับสนุนผู้ย้ายถิ่นในวิธีการต่าง ๆ ทำให้มีการเพิ่มในการย้ายถิ่นในอัตราที่ก้าวหน้ามากขึ้นกระบวนการที่เกิดขึ้น Myrdal เรียกว่าความเป็นเหตุผลสะสมซึ่งความเป็นเหตุผลสะสมในการย้ายถิ่นแต่ละแห่งจะแตกต่างกัน

<sup>15</sup> การศึกษาผลกระทบของแรงงานต่างด้าวต่อการจ้างงานคนไทยและต่อชุมชน (รายงานผลการวิจัย) (น. 7-8), เล่มเดิม.

แต่ละสังคมสำหรับปัจจัยทางเศรษฐกิจสังคมที่มีอิทธิพลต่อการย้ายถิ่นได้แก่การกระจายรายได้ การกระจายที่ดิน การกระจายทุน มนุษย์วัฒนธรรม เป็นต้น<sup>16</sup>

#### (4) ทฤษฎีระบบการย้ายถิ่น (Migration System Theory)

ทฤษฎีระบบ โลกทฤษฎีเครือข่ายทฤษฎีสถาบันและทฤษฎีความเป็นเหตุผลสะสม ได้กล่าวถึงการไหลของการย้ายถิ่นเป็นการวัดด้านเสถียรภาพและโครงสร้างภายในพื้นที่และช่วงเวลาซึ่งเป็นการสะท้อนในเรื่องความมั่นคงของระบบการย้ายถิ่นแต่ในระบบนี้จะเปรียบเทียบกับคุณลักษณะด้านการแลกเปลี่ยนสินค้าทุนและประชากรระหว่างประเทศที่มีความก้าวหน้ามากกว่ากับประเทศที่ด้อยกว่าหรือกลุ่มประเทศที่รับแรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานในประเทศและกลุ่มประเทศที่ส่งแรงงานออกโดยมีการไหลเข้า-ออกของผู้อพยพเข้าในประเทศที่รับแรงงานเป็นจำนวนมาก<sup>17</sup>

#### 2.1.2 ปัจจัยที่กำหนดการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ

สาเหตุสำคัญประการหนึ่งของการเคลื่อนย้ายแรงงานระหว่างประเทศ ประกอบด้วย ปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออก และปัจจัยดึงดูดจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า<sup>18</sup> ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

##### 1) ปัจจัยผลักดันจากประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายออก

สาเหตุสำคัญที่ทำให้แรงงานเคลื่อนย้ายออกจากประเทศบ้านเกิดของตนเอง ได้แก่

(1) อัตราการว่างงาน (Unemployment) อยู่ในอัตราสูงและการทำงานต่ำระดับ (Underemployment) แรงงานส่วนเกินที่เกิดจากการว่างงานและการทำงานต่ำระดับในประเทศนั้น เป็นผลมาจากการไม่สามารถหางานทำที่ตรงกับความรู้ความสามารถของตนเอง ขณะที่แรงงานบางส่วนมีความพยายามที่จะหางานทำในประเทศชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง แต่ถ้าเขาไม่สามารถหางานที่ตรงกับความต้องการได้แล้ว ทำให้แรงงานส่วนหนึ่งมีแนวโน้มอย่างมากที่จะเคลื่อนย้ายออกไปสู่ต่างประเทศ

(2) ระดับค่าจ้างที่ต่ำกว่าเมื่อเทียบกับต่างประเทศและอาชีพที่มีลักษณะเดียวกัน ถ้าเปรียบเทียบกันในเรื่องค่าจ้างหรือเงินเดือนที่ได้รับขณะทำงานในประเทศ โอกาสการเคลื่อนย้ายแรงงานไปต่างประเทศย่อมมีมากกว่าถ้าค่าจ้างและเงินเดือนในต่างประเทศมีอัตราค่าจ้างที่สูงกว่า

<sup>16</sup> การพัฒนาระบบการจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานต่างประเทศเพื่อเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันในตลาดแรงงานโลก (รายงานผลการวิจัย) (น. 2-3), เล่มเดิม.

<sup>17</sup> แหล่งเดิม, (น. 2-4).

<sup>18</sup> จาก เศรษฐศาสตร์แรงงานระหว่างประเทศ (น. 38- 48), โดย สุณี นัทรากม, 2523, กรุงเทพฯ: หอรัชนชัยการพิมพ์.

(3) การขาดสิ่งจูงใจสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพ แรงงานที่มีความรู้ความชำนาญสูง แต่ไม่สามารถมีโอกาสก้าวหน้าในตำแหน่งหน้าที่ของตนเองย่อมเกิดความรู้สึกอยากเคลื่อนย้ายไปทำงานในต่างประเทศ นอกจากนี้สิ่งจูงใจ ซึ่งได้แก่ความก้าวหน้าในอาชีพก็เป็นอีกประการหนึ่งที่ทำให้แรงงานกลุ่มนี้ต้องการเคลื่อนย้ายไปทำงานยังต่างประเทศ

(4) นโยบายกำลังคนที่ไม่เหมาะสม การวางแผนกำลังคนที่เหมาะสมทำให้เกิดการพัฒนาไปตามระบบของงาน แต่ขณะที่ประเทศด้อยพัฒนาไม่มีการวางแผนพัฒนากำลังคนทำให้ขาดความรู้ความสมดุระหว่างงานกับบุคลากร เป็นเหตุให้กำลังแรงงานบางส่วนอาจกลายเป็นแรงงานส่วนเกินได้ แต่ขณะเดียวกันบางประเทศอาจต้องการกำลังคนที่เป็นส่วนเกินนี้ทำให้คนดังกล่าวต้องการเคลื่อนย้ายออกไปนอกประเทศได้

(5) ปัจจัยทางสังคมและการเมือง แรงงานบางส่วนอาจต้องการอพยพเคลื่อนย้ายไปต่างประเทศ เป็นเพราะไม่พอใจในสภาพสังคมและการเมืองที่เป็นอยู่อันเนื่องมาจากความวุ่นวายและความแตกต่างของกลุ่มการเมืองในประเทศ

2) ปัจจัยดึงดูดในประเทศที่แรงงานเคลื่อนย้ายเข้า<sup>19</sup>

สาเหตุดึงดูดให้แรงงานเคลื่อนย้ายจากประเทศบ้านเกิดเข้าสู่ประเทศใดประเทศหนึ่งได้แก่

(1) ระดับค่าจ้างและเงินเดือนที่สูงกว่าในประเทศบ้านเกิดของแรงงาน สิ่งจูงใจทางเศรษฐกิจที่สำคัญของแรงงาน ได้แก่ ระดับค่าจ้างและเงินเดือน ถ้าแรงงานในอาชีพต่าง ๆ พบว่าแรงงานประเภทเดียวกันกับเขาในต่างประเทศนั้นมีระดับค่าจ้างหรือเงินเดือนที่สูงกว่ามากก็จะเป็นสิ่งดึงดูดใจให้แรงงานเหล่านี้ต้องการอพยพเคลื่อนย้ายออกไปทำงานยังถิ่นใหม่ได้

(2) โอกาสสำหรับความก้าวหน้าในอาชีพ ประเทศที่พัฒนาแล้วย่อมมีสิ่งที่ยอำนวยความสะดวกแก่การปฏิบัติงานได้เป็นอย่างดี ประกอบกับการวางแผนพัฒนาบุคลากรที่ยุติธรรมย่อมเป็นสิ่งที่ยังปรารถนาของแรงงาน โดยทั่วไปอยู่แล้ว และสภาพนี้เองจะเป็นสิ่งดึงดูดใจให้แรงงานที่มีความรู้ความชำนาญจากประเทศด้อยพัฒนา เคลื่อนย้ายไปทำงานในต่างประเทศเพื่อโอกาสก้าวหน้าในอาชีพของตนเอง

(3) การขาดแคลนแรงงานการที่ประเทศใด ๆ กำลังเผชิญกับปัญหาการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือและแรงงานกึ่งฝีมือเมื่อมีการย้ายถิ่นเข้าของแรงงานจากต่างประเทศจึงเป็นการช่วยลดความรุนแรงของปัญหาการขาดแคลนแรงงานลงซึ่งประเทศที่รับแรงงานย้ายถิ่นเข้านี้สามารถ

<sup>19</sup> จาก การจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานในประเทศอิสราเอล (น. 11), โดย ไพรัช ลำยอง, 2545, กรุงเทพฯ: กรมการจัดหางาน.



กำหนดเงื่อนไขคุณสมบัติและระดับทักษะของแรงงานให้เหมาะสมกับความต้องการของประเทศตนได้

(4) คนท้องถิ่นหันไปจับงานปฐมภูมิ (Primary Job) การที่คนท้องถิ่นหันไปจับงานปฐมภูมิเนื่องจากประเทศมีการพัฒนามากขึ้นดังนั้นงานทุติยภูมิ (งานรอง) จึงถูกเบนความสนใจจนหากคนท้องถิ่นทำไม่ได้ซึ่งการที่คนในท้องถิ่นไม่ยอมทำนายจ้างจึงจำเป็นต้องหาแรงงานต่างชาติเข้าไปทำแทนโดยส่วนใหญ่จะเป็นงานประเภท 3D คืองานอันตราย (Dangerous) งานสกปรก (Dirty) และงานยุ่งยาก (Difficult)<sup>20</sup>

### 2.1.3 แนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

แนวคิดต่อการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยอาจแบ่งออกได้เป็น 3 แนวคิดดังนี้

#### 1) แนวคิดความความมั่นคงแห่งชาติหรือชาตินิยม (National Security)

แนวคิดความความมั่นคงแห่งชาติเป็นแนวคิดที่มุ่งธำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยแห่งรัฐ (State Sovereignty) ในงานเขียนที่อธิบายความมั่นคงแบบดั้งเดิม อาทิเช่น Arnold Wolfers มีความเห็นว่าความมั่นคงแห่งชาตินั้นเป็นความหมายเชิงสัญลักษณ์และแต่ละบุคคลมีการรับรู้ที่แตกต่างกันออกไป โดยวัตถุประสงค์ของความมั่นคงแห่งชาตินั้นมุ่งการลดภาวะคุกคามเพื่อให้รัฐธำรงอยู่อย่างมีคุณค่าและลดความกลัวซึ่งก็คือการที่คุณค่าแห่งรัฐถูกโจมตี ส่วน Charles S. Maier สรุปถึงความมั่นคงในแนวทางที่แสดงถึงอำนาจระดับชาติ (National Power) ความมั่นคงแห่งชาติก็คือความสามารถของรัฐในการควบคุมเงื่อนไขภายในและภายนอก รัฐให้อำนาจแก่สาธารณชนได้แสดงความเห็นสาธารณะเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจในการพัฒนาตนเองเพื่อความเจริญและมีคุณภาพชีวิตที่ดี<sup>21</sup>

แนวคิดนี้มีมุมมองว่าการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวในจำนวนมาก ๆ นั้นอาจทำให้ยากต่อการควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ จึงมีมาตรการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้อาศัยอยู่และทำงานในราชอาณาจักรไว้สูงพอสมควร เพื่อเป็นการกั้นกรองคนต่างด้าวชั้นหนึ่ง โดยเฉพาะคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมายคนเข้าเมืองหรือหลบหนีเข้าเมืองมาทำงานในประเทศไทย ผู้หลบหนีเข้าเมืองมาอย่างผิดกฎหมายจะต้องจับส่งกลับออกไปนอก

<sup>20</sup> จาก *การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ* (น. 571-573), โดย เทียนฉาย กิระนันท์, 2538, นนทบุรี: มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมราชา

<sup>21</sup> จาก “แนวคิดและแนวทางการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติพม่า: บทบาทภาครัฐและภาคประชาสังคมในระดับท้องถิ่นกับการบริหารจัดการอย่างเป็นธรรม,” โดย สุพัตตรา ธิมาคำ และบงกชมาศ เอกเอี่ยม, 2554, *วารสารการประชุมวิชาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น ประจำปี 2554*, น. 1-2.

ประเทศ แต่ด้วยอุปสรรคและปัญหาในการส่งกลับมีมากยังไม่อาจดำเนินการได้เต็มที่ จึงได้ผ่อนผันให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวและให้ทำงานได้ตามที่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นการเฉพาะมาตรการในการกำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้อาศัยอยู่และทำงานเป็นการชั่วคราวนั้น นายจ้างต้องขึ้นทะเบียนนายจ้างในการจ้างคนต่างด้าวประเภทนี้ แนวคิดนี้ปรากฏชัดในกลไกของรัฐฝ่ายความมั่นคงและการปกครอง โดยสภาความมั่นคงแห่งชาติ (สมช.) สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (สตม.) และกระทรวงมหาดไทยเป็นหน่วยงานหลักในการดำเนินการควบคุม กักกัน หรือสกัดกั้นแรงงานต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองผิดกฎหมาย<sup>22</sup>

ความเห็นของนักสหภาพแรงงานไทยบางส่วนมองว่า ปัจจุบันนายจ้างจ้างคนต่างด้าวเพราะต้องการเอาเปรียบโดยจ่ายค่าแรงต่ำ ไม่ใช่เพราะขาดแคลนแรงงานจริง ซึ่งยังมีคนไทยว่างงานอีกมาก และคนไทยจำนวนมากที่ไปทำงานต่างประเทศ หากนายจ้างจ่ายค่าจ้าง สวัสดิการตามกฎหมายอย่างเป็นธรรม ไม่ทำลายอำนาจต่อรองของคนงานไทย และกลไกมีความเคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมายแรงงานย่อมมีคนไทยจำนวนมากมาทำงานนั้น เพราะฉะนั้นจึงไม่เห็นด้วยกับนโยบายรัฐที่ให้นายจ้างจ้างแรงงานต่างชาติได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย เพราะเป็นการแย่งงานคนไทย ทำให้นายจ้างเลือกจ้างแรงงานต่างชาติได้ง่ายขึ้นและมากขึ้น คนงานไทยจะตกงาน ว่างงาน หรือมีงานทำยากขึ้นในอนาคตถือเป็นการทำลายความมั่นคงของชาติ และเป็นการสมคบกับพวกนายทุนทำลายผลประโยชน์แรงงานไทย<sup>23</sup>

## 2) แนวคิดทุนเสรีนิยม (Capitalist)

เป็นแนวคิดในภาคธุรกิจที่มองว่า การจ้างคนต่างด้าวเพื่อทำงานนั้นมีความจำเป็นเพื่อการเจริญเติบโตและความอยู่รอดของการพัฒนาเศรษฐกิจในภาคธุรกิจ โดยแยกได้เป็น 2 ประการคือ

ประการแรก การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานเพื่อโยชน์ในการจูงใจให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ และการเอาความรู้ เทคโนโลยี วิทยาการใหม่เข้ามาใช้ในกิจการและถ่ายทอดให้แก่คนไทย

ประการที่สอง การจ้างคนต่างด้าวเนื่องจากปัญหาการขาดแคลนแรงงานด้วยงานบางประเภทเป็นงานที่คนไทยไม่ทำหรือหาคนไทยมาทำยาก ทำให้จำต้องจ้างแรงงานต่างด้าว

<sup>22</sup> จาก บทสังเคราะห์สถานการณ์คนข้ามชาติและทางเลือกลูกข่ายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย (รายงานผลการวิจัย) (น. 47), โดย กฤตยา อาชวนิจกุล และคณะ, 2540, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

<sup>23</sup> จาก ความต้องการแรงงานในอาชีพและวิชาชีพที่ให้และห้ามคนต่างด้าวทำ (รายงานผลการวิจัย) (น. 16), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ข, 2547, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

เข้ามาทดแทน โดยเฉพาะงานที่มีลักษณะมีความเสี่ยงสูง (Dangerous) งานลำบาก (Difficult) และงานสกปรก (Dirty) เช่น งานก่อสร้าง ประมงทะเล เกษตรกรรม งานรับใช้ในบ้าน เป็นต้น<sup>24</sup>

### 3) แนวคิดมนุษยนิยม หรือสิทธิมนุษยชน(Human Right)

แนวคิดมนุษยนิยมมองว่ามนุษย์ทุกคนมีสิทธิในการทำงานและแรงงานทุกคนมีสิทธิในความเสมอภาคและความเท่าเทียม มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกัน โดยไม่ถูกเลือกปฏิบัติในการถูกกดขี่และแบ่งแยกกีดกัน เพราะความแตกต่างกันในเรื่องของเชื้อชาติ สัญชาติ ศีลวิ ศาสนา และเพศ เป็นต้น ซึ่งเป็นแนวคิดขององค์กรพัฒนาเอกชนและองค์กรแรงงานทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ความเห็นของนักสหภาพแรงงานไทยบางส่วนมองว่า ปัจจุบันมีแรงงานต่างชาติด้านจำนวนมากทำงานอยู่แล้ว ซึ่งโดยมากเป็นการจ้างเพราะเห็นว่าค่าแรงถูก และเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามกฎหมายแรงงาน เพราะฉะนั้น จำต้องต่อรองให้ภาครัฐกำหนดประเภทกิจการที่จำเป็นต้องจ้างแรงงานต่างด้าวให้ชัดเจน และแรงงานต่างด้าวต้องได้รับสิทธิแรงงานเช่นเดียวกับมาตรฐานกฎหมายแรงงานของไทย เพื่อป้องกันการเลือกจ้าง การเอาเปรียบแรงงานต่างชาติและกลไกรัฐต้องปรับปรุงประสิทธิภาพการบังคับใช้ให้ดูแลแรงงานทั้งไทยและต่างชาติอย่างเคร่งครัดและเท่าเทียมกัน<sup>25</sup>

## 2.2 หลักเกณฑ์สากลที่รับรองสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าว

บ่อเกิดแห่งสิทธิและเสรีภาพในการทำงานของคนต่างด้าวในระดับสากลนั้น มีที่มาจากกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย ผู้ทรงสิทธิเป็นบุคคลสัญชาติอื่นที่มีเชื้อสัญชาติไทย และมีนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศของเอกชน กล่าวคือเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่างด้าวกับรัฐ ซึ่งมีสถานะเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน เพราะในนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นนี้คู่กรณีย่อมไม่มีสถานะที่เท่าเทียมกันโดยรัฐย่อมเอกสิทธิ์เหนือกว่าเอกชนและผลของนิติสัมพันธ์ดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้

<sup>24</sup> จาก สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 125), โดย ชลิดา โตติตระกูล, 2548, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>25</sup> ความต้องการแรงงานในอาชีพและวิชาชีพที่ให้และห้ามคนต่างด้าวทำ (รายงานผลการวิจัย) (น. 17), เล่มเดิม.

กฎหมายมหาชนภายในของรัฐนั้น<sup>26</sup> ทั้งนี้ประเทศไทยได้ทำความตกลงกับประเทศต่าง ๆ ในการรับรองสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวตามพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนไว้ดังนี้

### 2.2.1 กฎบัตรสหประชาชาติ

กฎบัตรสหประชาชาติ (The Charter of the United Nations) ได้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของสหประชาชาติที่ต้องการให้มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนอย่างจริงจังและให้มีการจัดทำสาส์นระดับระหว่างประเทศเพื่อรับรองสิทธิมนุษยชน (International Bill of Rights) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1945 โดยมีข้อบทหรือมาตราเรื่องสิทธิมนุษยชนที่สำคัญปรากฏในส่วนวรรคอารัมภบท ข้อที่ 1 (3) ข้อที่ 55 ข้อที่ 56 ข้อที่ 62(2) และข้อ 76(c) ซึ่งมีสาระสำคัญในการกำหนดให้ประเทศสมาชิกส่งเสริมและสนับสนุนให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานสำหรับมนุษย์ทุกคนโดยไม่เลือกปฏิบัติด้านเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนาต่อบุคคลทั้งปวง<sup>27</sup>

ผลทางกฎหมายของบทบัญญัติในกฎบัตรที่ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีข้อวิพากษ์วิจารณ์จากนักกฎหมายและนักวิชาการอย่างกว้างขวางว่าบทบัญญัติในส่วนนี้มีได้ก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเพียงหลักการที่กำหนดให้เป็นเพียงแนวบรรทัดฐานหรือเป็นเพียงความมุ่งปรารถนาหรือข้อควรปฏิบัติมากกว่าจะเป็นมาตรฐานบังคับใช้ทั่วไปสำหรับสมาชิกและองค์การสหประชาชาติก็อาจป้องกันสิทธิมนุษยชนนี้ได้อย่างแท้จริง ซึ่งบทบัญญัติในกฎบัตรสหประชาชาติที่มีกำหนดข้อผูกพันตามกฎหมายที่กำหนดให้รัฐสมาชิกจะต้องประสาทสิทธิขั้นมูลฐานแก่สมาชิกของตน<sup>28</sup> แต่มีแนวคิดโต้แย้งว่า กฎบัตรสหประชาชาติฉบับนี้มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายโดยให้เหตุผลว่า ในข้อที่ 55 ได้กำหนดหน้าที่ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งกฎบัตรสหประชาชาติ หากมิได้ดำเนินการตามนั้น ก็อาจถือได้ว่าองค์การสหประชาชาติละเลยหน้าที่สำคัญไปดังที่ Jessup ได้กล่าวว่า “กฎบัตรสหประชาชาติมีลักษณะเป็นกฎหมาย อย่างน้อยก็สำหรับสมาชิกองค์การสหประชาชาติ ในส่วนที่เกี่ยวกับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์และสิทธิหลักมูลฐานแห่งมนุษยชนจึงมีผลผูกพัน”<sup>29</sup>

<sup>26</sup> จาก คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคนำ ภาคที่ 1 (น. 44 – 45), โดย พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, 2541, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>27</sup> จาก กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 2 (น. 39), โดย สุข เปรนาวิน, 2512, พระนคร: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>28</sup> From *The Law of United Nations* (p. 29), by Hans Kelsen, 1950, New York: Frederick A. Praeger.

<sup>29</sup> From *The Law of United Nations* (p. 91), by Phillip C. Jessu, 1968, reprint. New York: Archon Books.

อย่างไรก็ดีกฎบัตรสหประชาชาติมีข้อบกพร่องที่ทำให้ความคุ้มครองสิทธิมนุษยชนไม่ได้รับผลสำเร็จตามที่ควรคือมิได้มีการวางมาตรการเกี่ยวกับการบังคับให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามข้อกำหนดในเรื่องนี้ มิได้มีการละเอียดเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนโดยตรง หรือกลไกที่จะช่วยให้ประเทศสมาชิกปกป้องสิทธิมนุษยชน ก่อให้เกิดปัญหาในการตีความและการบังคับใช้และด้วยเหตุที่กฎบัตรสหประชาชาติฉบับนี้มีได้มีการจำกัดความของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวต่อมาในภายหลังที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ในการประชุมครั้งแรกเมื่อ ค.ศ. 1946 ได้ขอให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จัดตั้งขึ้นนั้นพิจารณาร่างปฏิญญาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ซึ่งต่อมาได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม ค.ศ.1948 เรียกว่า “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Right)”<sup>30</sup>

## 2.2.2 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนมีวัตถุประสงค์ในการกำหนดหลักการและมาตรฐานความเข้าใจร่วมกันในบทบัญญัติของกฎบัตรสหประชาชาติเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เนื่องจากกฎบัตรสหประชาชาติมิได้ให้คำจำกัดของสิทธิมนุษยชนและสิทธิที่พึงได้รับความคุ้มครองสถานะของ “ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน” เป็นเพียงเอกสารแถลงการณ์ร่วมกันของบรรดาประเทศสมาชิกองค์การสหประชาชาติ เพื่อแสดงเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและกำหนดมาตรฐานกลางสำหรับการคุ้มครอง มิได้มีลักษณะเป็นอนุสัญญาหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงไม่ก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายโดยตรงแก่บรรดาประเทศที่ร่วมลงมติรับรองเอกสารฉบับนี้ แต่อย่างไรก็ตามเมื่อมีการยอมรับนำหลักการของปฏิญญาฉบับนี้ไปปฏิบัติบ่อยครั้งเข้า ทำให้เกิดเป็นกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ

สาระสำคัญของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนประกอบไปด้วยคำปวารณาที่กล่าวถึงการยอมรับนับถือเกียรติศักดิ์ประจำตัวและสิทธิเท่าเทียมกันของมนุษย์เป็นหลักมูลเหตุแห่งอิสรภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพของโลกและกล่าวถึงเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ว่าได้มีการไม่นำพาและเหยียดหยามต่อสิทธิมนุษยชน เกิดการทำป่าเถื่อนขัดกับมโนธรรมของมนุษย์ขึ้นทั้งนี้โดยรัฐสมาชิกแห่งสหประชาชาติต่างได้ปฏิญาณว่าจะส่งเสริมความเคารพและการปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นมูลฐานและข้อความอื่น ๆ อีก 30 ข้อ บัญญัติถึงสิทธิต่าง ๆ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ

<sup>30</sup> จาก *สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 24), โดย อารยาชินนร โกมล, 2547, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ประเภทแรก สิทธิทางแพ่งหรือสิทธิทางการเมือง (Civil or Political Right) ได้แก่สิทธิในการดำรงชีวิต เสรีภาพและความมั่นคงแห่งตัวตนสิทธิที่จะเป็นเจ้าของทรัพย์สินโดยลำพัง เช่นเดียวกับโดยร่วมกับผู้อื่นสิทธิที่จะทำการสมรสและก่อตั้งครอบครัวสิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิและเสรีภาพในการพูดและการประชุมโดยสันติ ฯลฯ

สิทธิอีกประเภทคือ สิทธิทางเศรษฐกิจและสังคม (Economic and Social Right) ได้แก่สิทธิในความมั่นคงทางสังคมสิทธิในการทำงานโดยอิสระและในเงื่อนไขอันยุติธรรมมีสิทธิที่จะเข้าร่วมสหภาพแรงงาน สิทธิที่จะได้รับเงินค่าจ้างเท่าเทียมกันในงานที่เท่าเทียมกันสิทธิในมาตรฐานการครองชีพอันเพียงพอสำหรับสุขภาพและความเป็นอยู่ดีของคุณและครอบครัวสิทธิในการพักผ่อนและเวลาว่างรวมทั้งการจำกัดเวลาการทำงานพอสมควร และวันหยุดงานเป็นครั้งคราว โดยได้รับเงินจ้าง ฯลฯ

โดยเนื้อหาของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวกับการทำงานของมนุษย์ปรากฏในข้อ 23 แห่งปฏิญญาฉบับนี้จะเห็นได้ว่าสิทธิในการทำงานของบุคคลได้รับรองสิทธิใน 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1) สิทธิที่จะทำงาน เป็นการรับรองสิทธิในการมีงานทำเพื่อหาเลี้ยงชีพแต่การทำงานของคนที่มีใช้คนชาติย่อมถูกจำกัดสิทธิด้วยคำนึงถึงผลกระทบที่จะมีและด้วยเหตุแห่งความมั่นคงและเศรษฐกิจของรัฐนั้น ๆ ซึ่งเป็นอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนของรัฐ

2) สิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองแรงงาน เป็นการรับรองสิทธิในการทำงานของมนุษย์ให้ได้รับความเป็นธรรมในการทำงาน ซึ่งคำนึงถึงสิทธิที่จะได้รับค่าตอบแทนที่เท่ากันสำหรับการทำงานที่เท่ากันโดยไม่เลือกปฏิบัติใด ๆ และสิทธิในรายได้ซึ่งยุติธรรมและเอื้อประโยชน์เพื่อเป็นประกันสำหรับตนเองและครอบครัวให้การดำรงชีวิตมีค่าควรแก่ศักดิ์ศรีของมนุษย์

3) สิทธิในด้านแรงงานสัมพันธ์ เป็นการรับรองสิทธิเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของลูกจ้างในการต่อรองต่อนายจ้าง

สิทธิในการทำงานทั้ง 3 ลักษณะดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีความสำคัญอันเป็นสิทธิพื้นฐานในการทำงานที่จะทำให้บุคคลได้รับการคุ้มครองและความเป็นธรรมในการทำงานเพื่อให้ได้มาซึ่งปัจจัยในการดำรงชีพ<sup>31</sup>

<sup>31</sup> สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 30-32), เล่มเดิม.

### 2.2.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ค.ศ. 1966

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 5 กันยายน 2542 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2542

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic Social and Culture Rights) ได้ปรารภว่ารัฐภาคีได้ตระหนักว่า “ตามหลักการในกฎบัตรนั้นการยอมรับเกียรติศักดิ์โดยธรรมชาติและสิทธิมนุษยชนนั้นเป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพในโลก” มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดให้รัฐภาคีรับที่จะประกันสิทธิทั้งหลายที่ระบุไว้ในกติกาฉบับนี้โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ ในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือความคิดเห็นอื่นใด ชาติหรือสังคมดั้งเดิม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่น ๆ และส่งเสริมสิทธิดังกล่าวให้ค่อยเป็นค่อยไปเท่าที่ทรัพยากรของประเทศมีอยู่ โดยในกติกาฉบับนี้กล่าวถึงสิทธิหลายประการ ได้แก่ สิทธิเกี่ยวกับการทำงานในสภาพที่ดีและเป็นธรรม การคุ้มครองด้านสังคม เช่น การมีมาตรฐานการดำรงชีพที่พอเพียง รวมถึง เสื้อผ้า อาหาร ที่พักอาศัย การประกันมาตรฐานด้านสุขภาพกายและจิตใจให้ได้สูงสุดเท่าที่จะดำเนินการได้สิทธิในการศึกษาและสิทธิที่จะได้รับประโยชน์จากเสรีภาพทางวัฒนธรรมและความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์<sup>32</sup>

สิทธิที่ได้รับการรับรองตามกติกาฯ ฉบับนี้เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานปรากฏใน 3 ลักษณะด้วยกัน ดังนี้

1) สิทธิในการทำงาน ซึ่งรับรองไว้เช่นเดียวกับปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน แต่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมให้รัฐภาคีจะต้องดำเนินการเพื่อให้สิทธินี้บรรลุผลเป็นความจริงอย่างเต็มที่โดยแนะนำแนวทางเทคนิคและอาชีพะตลอดจนรายการฝึกอบรมนโยบายและเทคนิคที่จะบรรลุผลสำเร็จในการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

2) สิทธิในการคุ้มครองแรงงาน ได้กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมที่ชัดเจนขึ้นจากปฏิญญาสากลฯ คือ การประกันสิทธิในการคุ้มครองแรงงานด้านค่าตอบแทนขั้นต่ำ ด้านสภาพการทำงานที่ปลอดภัยและถูกสุขลักษณะ ด้านการมีวันพักผ่อนและเวลาว่างและโอกาสที่เท่าเทียมกันในการที่จะได้รับการส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในงานที่ทำ ซึ่งในเรื่องของการคุ้มครองแรงงานนั้นภายใต้กฎหมายว่าด้วยคุ้มครองแรงงานของไทยให้คุ้มครองแก่ผู้ที่ทำงานทุกคนโดยมิได้มีการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด

<sup>32</sup> สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 28), เล่มเดิม.

3) สิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานจะเห็นได้ว่ากติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม ค.ศ. 1966 ได้บัญญัติรับรองสิทธิในด้านสิทธิในการทำงานไว้ไม่ต่างจากที่บัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเพียงแต่ภายใต้กติกาฉบับนี้ได้มีการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมมากขึ้น<sup>33</sup>

#### 2.2.4 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม 2539 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 30 มกราคม 2540

สาระสำคัญของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง บัญญัติให้รัฐภาคีรับที่จะเคารพและประกันแก่นบุคคลทุกคนที่อยู่ในดินแดนของตนและภายใต้เขตอำนาจของตนในสิทธิทั้งหลายที่รับรองไว้ในกติกาฉบับนี้ รัฐภาคีจะต้องประกันให้เกิดกระบวนการยุติธรรมที่เหมาะสมและปกครองโดยหลักนิติธรรมต่อบุคคลที่อยู่ในเขตอำนาจรัฐ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ ทั้งนี้ยอมให้รัฐลดรองสิทธิบางประการได้กรณีเกิดสภาวะฉุกเฉินที่เป็นอันตรายต่อประเทศ ยกเว้น สิทธิในการมีชีวิตอยู่ และเสรีภาพจากการถูกทรมานเป็นทาส<sup>34</sup>

สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองที่ระบุในกติกาฯ ฉบับนี้มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานปรากฏในข้อ 22 แห่งกติกาฉบับนี้ ซึ่งบัญญัติคุ้มครองสิทธิในการทำงานด้านการก่อตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงานหรือการรวมตัวเป็นสมาคมเท่านั้น

#### 2.2.5 อนุสัญญาว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ

ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม 2546 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2546

มีสาระสำคัญ ในการมุ่งประสงค์ให้รัฐภาคีห้ามและจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ในการจำแนก กีดกัน จำกัด หรือการเลือกโดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสาย หรือชาติกำเนิด หรือเผ่าพันธุ์กำเนิด

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำงาน ได้บัญญัติให้รัฐภาคีห้ามหรือจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ และประกันสิทธิของทุกคนให้มีความเสมอภาคกันตามกฎหมาย ซึ่งสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิในการมีงานทำในการเลือกงานอย่างเสรี การมีสภาพในการทำงานที่เหมาะสมและน่าพอใจ การได้รับความคุ้มครองจากการตกงาน

<sup>33</sup> สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 32-34), เล่มเดิม.

<sup>34</sup> สิทธิในการทำงานของคนไร้สัญชาติในประเทศไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 31), เล่มเดิม.



การได้รับค่าจ้างที่เป็นธรรม การได้รับผลตอบแทนที่ยุติธรรมและน่าพอใจและสิทธิในการจัดตั้งและเข้าร่วมสหภาพแรงงาน<sup>35</sup>

## 2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศ

การศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่างประเทศในเชิงทฤษฎีมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.3.1 ทฤษฎีเอกนิยม (Monism)

ทฤษฎีนี้อธิบายว่าทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายระบบเดียวกันซึ่งใช้กับบุคคลในบังคับของกฎหมาย คือ ปัจเจชนได้<sup>36</sup> ดังนั้นกฎหมายระหว่างประเทศจึงมีผลใช้บังคับภายในประเทศโดยที่มีต้องผ่านกระบวนการแปลงเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน ระบบนี้ถือว่ากฎหมายระหว่างประเทศได้ถูกผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในที่เรียกว่า Incorporation ในกรณีของสนธิสัญญาเมื่อรัฐแสดงเจตนาเข้าผูกพันตามสนธิสัญญา โดยการให้สัตยาบันสนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในรัฐได้โดยตรงเลยอย่างไรก็ตามระบบเอกนิยมก็อาจมีขั้นตอนในแง่พิธีการบางประการเพื่อให้สนธิสัญญามีผลใช้บังคับภายในประเทศเช่นการประกาศเผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา (Gazette) ที่เรียกว่า Publication รัฐธรรมนูญที่กำหนดเงื่อนไขว่าต้องผ่านพิธีการที่เรียกว่า Publication ได้แก่ประเทศฝรั่งเศสสนธิสัญญาใดที่มีได้มีการประกาศคู่ความจะกล่าวอ้างต่อศาลไม่ได้แต่ทางปฏิบัติของประเทศฝรั่งเศสไม่ได้บังคับว่าการประกาศเผยแพร่สนธิสัญญาต้องทำอย่างกฎหมายภายในโดยปกติรัฐบาลจะประกาศเผยแพร่สนธิสัญญาใน Journal Officiel de la Republique Francaise รวมทั้งใน Recueil des Traités et Accords de la France แต่รัฐธรรมนูญของประเทศก็มีได้กำหนดเงื่อนไขข้อนี้เช่นรัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซียโดยประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมได้แก่ประเทศฝรั่งเศสประเทศรัสเซียประเทศออสเตรเลีย<sup>37</sup>

<sup>35</sup> สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย (น. 34-35), เล่มเดิม.

<sup>36</sup> จาก กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1 สนธิสัญญา (น. 4-6), โดย ประสิทธิ์ เอกบุตร, 2538, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

<sup>37</sup> จาก การใช้กฎหมายระหว่างประเทศตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย: ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ (บทความวิจัย) (น. 4-5), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ก, 2550, กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

### 2.3.2 ทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

ทฤษฎีนี้อธิบายว่ากฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายคนละระบบโดยกฎหมายทั้งสองแตกต่างกันทั้งในแง่ของเนื้อหาและบ่อเกิดของกฎหมายกล่าวคือในแง่ของเนื้อหากฎหมายระหว่างประเทศใช้กับรัฐในขณะที่กฎหมายภายในใช้กับปัจเจกบุคคล ส่วนในแง่บ่อเกิดของกฎหมายนั้นกฎหมายภายในเกิดจากอำนาจขององค์อธิปัตย์ในขณะที่กฎหมายระหว่างประเทศเกิดจากเจตนารมณ์ร่วมกันของประชาคมระหว่างประเทศด้วยเหตุที่กฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายคนละระบบดังนั้นรัฐจะใช้กฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งสนธิสัญญารัฐจะต้องแปลงสนธิสัญญานั้นให้อยู่ในรูปของกฎหมายภายในเสียก่อนกระบวนการนี้เป็นที่รู้จักกันในหมู่นักกฎหมายระหว่างประเทศว่า Transformation โดยประเทศที่ใช้ระบบนี้ได้แก่ประเทศอังกฤษประเทศเยอรมันประเทศอิตาลีประเทศไนจีเรียประเทศไทย ฯลฯ

อนึ่งข้อสังเกตเกี่ยวกับทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยม มีดังนี้

ประการที่หนึ่งก่อนที่จะสรุปว่าประเทศใดประเทศหนึ่งใช้ระบบเอกนิยมหรือทวินิยม นั้นควรแยกพันธกรณีระหว่างประเทศที่เป็นสนธิสัญญา (Treaty) และกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (Customary International Law) ออกจากกันเนื่องจากอาจมีการปฏิบัติแตกต่างกันเช่นใช้ระบบเอกนิยมกับกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศแต่ใช้ระบบทวินิยมกับสนธิสัญญาหรือในทางตรงกันข้ามรัฐอาจใช้ระบบทวินิยมกับกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศและใช้ระบบเอกนิยมกับสนธิสัญญา

ประการที่สองทฤษฎีเอกนิยมและทวินิยมนี้มีวัตถุประสงค์เพื่ออธิบายว่ากฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะสนธิสัญญาว่ามีผลใช้บังคับในประเทศได้อย่างไรซึ่งจะสัมพันธ์กับเรื่องการตรากฎหมายอนุวัติการ (Implementing legislation) ว่ามีความจำเป็นหรือไม่หากประเทศที่ยอมรับทฤษฎีเอกนิยมรัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติว่าสนธิสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายภายในอันมีผลทำให้ศาลใช้สนธิสัญญานั้นได้โดยตรงไม่จำเป็นต้องแปลงสนธิสัญญาเป็นกฎหมายภายในก่อนหรือไม่จำเป็นต้องตรากฎหมายภายในโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative Act) บังคับอีกครั้งหนึ่งก่อน แต่ถ้าสนธิสัญญานั้นมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้วก็ต้องผ่านแบบพิธีคือประกาศเผยแพร่ให้ประชาชนทราบเสียก่อน (Publication) เช่นประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น นอกจากนี้โดยปกติประเทศที่ใช้ระบบเอกนิยมรัฐธรรมนูญมักจะกำหนดให้สนธิสัญญามีค่าบังคับสูงกว่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งประเทศที่ใช้ระบบนี้ก็จะหาหนทางมิให้สนธิสัญญาขัดหรือแย้งกับกฎหมายภายในสำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้นในรัฐธรรมนูญได้เปิดช่องให้ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีรวมทั้งวุฒิสมาชิกจำนวน 60 นายเสนอเรื่องให้ Constitutional Council พิจารณาว่า

บทบัญญัติของสนธิสัญญานั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่หากขัดกันแล้วจะต้องมีการดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญก่อนแล้วจึงจะให้สัตยาบันสนธิสัญญาได้ แต่ในขณะที่ประเทศที่ใช้ระบบทวินิยมสนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับภายในประเทศก็ต่อเมื่อสนธิสัญญาดังกล่าวได้เปลี่ยนสถานะจาก “สนธิสัญญา” นั้นเป็น “กฎหมายภายในในรูปของพระราชบัญญัติ” เพื่ออนุวัติการสนธิสัญญาเสียก่อน

ประการที่สามรัฐต้องตรากฎหมายอนุวัติการสนธิสัญญา (Implementing Legislation) เพื่อให้สนธิสัญญานั้นมีผลใช้บังคับภายในประเทศหรือไม่นั้นเป็นคนละประเด็นกับปัญหาที่ว่ามีสนธิสัญญาใดบ้างที่ต้องให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ (Parliamentary Approval) กล่าวคือเรื่อง Implementing Legislation นั้นสัมพันธ์โดยตรงกับระบบ Monism หรือ Dualism ส่วน Parliamentary Approval นั้นเป็นนิตินโยบายหรือคฤปิณิจของแต่ละรัฐว่าควรจะให้สนธิสัญญาใดบ้างที่รัฐเห็นว่ามีความสำคัญถึงขนาดที่ควรให้ฝ่ายนิติบัญญัติเข้ามามีส่วนร่วมในการให้ความเห็นชอบซึ่งทั้งเรื่อง Implementing Legislation และ Parliamentary Approval เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตของกฎหมายรัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐซึ่งบัญญัติแตกต่างกันไปไม่ใช่อยู่ในแดนของกฎหมายระหว่างประเทศ<sup>38</sup>

## 2.4 หลักการตีความกฎหมาย

กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคม ถึงแม้กฎหมายจะมีใช้สิ่งเดียวที่จะทำให้นักทั้งหลายมีพฤติกรรมที่ถูกต้องเหมาะสมซึ่งต้องอาศัยศานาวัฒนธรรมจารีตประเพณี และโดยเฉพาะอย่างยิ่งศีลธรรมประจำใจของบุคคลในสังคมด้วย<sup>39</sup> แต่เนื่องจากมนุษย์ที่มาอยู่รวมกันในสังคมต่างก็มีความรู้สึกนึกคิดที่แตกต่างกันและเราไม่สามารถคาดหวังได้ว่าทุกคนจะทำแต่ในสิ่งที่เขาควรปฏิบัติต่อกัน เมื่อในความเป็นจริงแล้วก็ยังมีบุคคลที่ประพฤติแตกต่างและทำความเสียหายให้แก่บุคคลอื่นอยู่เสมอ

การบัญญัติกฎหมายที่ดี ย่อมจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพ<sup>40</sup> คือต้องใช้ภาษาที่กะทัดรัด ง่าย และสอดคล้องกับความเข้าใจของคนสามัญในระดับกลาง รอบคอบ ถี่ถ้วนและ

<sup>38</sup> แหล่งเดิม, (น. 4-6).

<sup>39</sup> จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป* (น. 68-75), โดย หยุต แสงอุทัย ก, 2548, กรุงเทพฯ: ปรกาศพริก.

<sup>40</sup> จาก “ปัจจัยที่ทำให้กฎหมายขาดประสิทธิภาพ,” โดย ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ก, 2547, *บทบัญญัติ*, 60, (น. 60-63),

ไม่ขัดต่อเหตุผลธรรมดาและความเที่ยงธรรม<sup>41</sup> อย่างไรก็ตามบทบัญญัติของกฎหมายก็เป็นเพียงถ้อยคำที่นำมาร้อยเรียงให้เป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อเป็นเครื่องมือที่ใช้สื่อสารความต้องการและเจตนาออกมาจากผู้บัญญัติกฎหมาย ซึ่งบางครั้งอาจมีความหมายไม่ชัดเจน<sup>42</sup> Lord Denning ได้เคยกล่าวไว้ในคดี *Seafood Estates, Ltd v. Asher*, Z1949X 2 K.B. 489 ว่า “การที่กฎหมายตราไว้โดยมีความหมายไม่แน่นอนหรือเคลือบคลุมนั้นก็เพราะเราจะต้องระลึกรู้เสมอว่าผู้บัญญัติกฎหมายเองก็เป็นปุถุชนซึ่งไม่อาจจะเล็งเห็นข้อเท็จจริงอันสลับซับซ้อน ซึ่งจะเกิดเป็นกรณีพิพาทขึ้นในภายภาคหน้า หรือแม้ว่าอาจที่จะเล็งเห็นได้ ก็เป็นเรื่องพันวิสัยที่จะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมกรณีเหล่านั้นทั้งหมดอย่างปราศจากความเคลือบคลุม”<sup>43</sup> ฉะนั้นผู้ใช้กฎหมายจึงต้องมีความรู้ ความเข้าใจ ในหลักการอันเป็นพื้นฐานของการตีความอย่างดี จึงจะใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม

“การตีความกฎหมาย” หมายถึง แปลความหมาย เพื่อทำการค้นหาให้เข้าถึงความหมายที่แท้จริงของถ้อยคำตามบทบัญญัติของกฎหมาย เพื่อนำไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี โดยกฎหมายที่มีหลักคิดเข้าถึงจิตวิญญาณ (Spirit) หรือบริบท (Context) ของถ้อยคำที่ไม่ใช่เดาสุ่มหรือดูเอาเองตามพจนานุกรมแต่เพียงอย่างเดียว ต้องใช้นิติวิธี (Juristic Method) ซึ่งไม่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือค้นหาจากการใช้ดุลพินิจอย่างมีเหตุผลในคำพิพากษาที่ดีของศาล<sup>44</sup> ทั้งนี้การตีความกฎหมายจึงเป็นการกระทำที่มุ่งหมายที่จะตีให้ถูกซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของการตีความที่จะต้องตีความให้ถูกต้องเป็นธรรม<sup>45</sup>

หลักเกณฑ์ทั่วไปในการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นหลักเกณฑ์ที่โดยหลักแล้วไม่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมาย แต่เป็นเรื่องที่ฝ่ายตุลาการและศาลค่อย ๆ ประมวลและพัฒนามาขึ้น ซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในแต่ละระบบกฎหมาย เช่น ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) มีหลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเฉพาะ บ่อเกิดของกฎหมายในระบบกฎหมายจารีตประเพณีจะเกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของชี้ขาดตัดสินของศาลสูงโดยจะใช้วิธีการศึกษาในรูปแบบ Case Law ซึ่งจะยึดคำพิพากษาของศาลสูงที่วางบรรทัดฐานไว้ (Precedent) เป็นหลัก

<sup>41</sup> จาก *ภาษากฎหมายไทย* (น. 36-37), โดย ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ก, 2545, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>42</sup> จาก *สังคมกับกฎหมาย* (น. 128), โดย ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ ข, 2555, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

<sup>43</sup> จาก *การตีความกฎหมาย* (น. 7), โดย ชานินทร์ ทรัพย์วิเชียร ข, 2539, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>44</sup> จาก *ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย* (น. 100-104), โดย ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ข, 2546, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>45</sup> จาก “การใช้การตีความกฎหมาย,” โดย ปรีดี เกษมทรัพย์, 2530, *วารสารนิติศาสตร์*, 15(1), น. 65-82.

กฎหมาย<sup>46</sup> รวมทั้งกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ตราขึ้นโดยรัฐสภาด้วย ในขณะที่ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งพยายามรวบรวมกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ให้อยู่ในรูปของประมวลกฎหมายนั้นมีวิธีใช้และวิธีตีความกฎหมายแตกต่างออกไปโดยเหตุที่ระบบกฎหมายไทยเดินตามแนวทางของระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรจึงต้องใช้หลักเกณฑ์ตลอดจนแนวทางการใช้และการตีความกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นแนวทางในการอธิบายนิติวิธีในทางกฎหมายมหาชน

#### 2.4.1 การตีความตามหลักภาษาและไวยากรณ์

ถ้อยคำที่ปรากฏในบทกฎหมาย และความหมายของถ้อยคำย่อมถือเป็น “ปฐมบท (Starting Point)” ของการตีความกฎหมายทุกครั้งความหมายของถ้อยคำย่อมเป็นสิ่งที่บ่งชี้ว่าบทกฎหมายบทนั้นควรจะมี ความหมายอย่างไร อย่างไรก็ตามโดยเหตุที่ถ้อยคำถ้อยคำหนึ่งอาจมีความหมายได้ในหลายนัยด้วยกัน การตีความโดยอาศัยองค์ประกอบประการอื่นเพื่อค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่จำเป็น หากสำรวจตรวจสอบถ้อยคำต่าง ๆ ที่ใช้กันในชีวิตประจำวันแล้วจะพบว่า มีถ้อยคำจำนวนน้อยมากที่มีความชัดเจนในตัว เช่น ถ้อยคำที่เป็นจำนวนนับ

ในการตีความกฎหมายตามถ้อยคำนั้น บุคคลทั่วไปที่ไม่ได้ศึกษามาในทางนิติศาสตร์มักจะเข้าใจว่าเมื่อกฎหมายได้รับการตราขึ้นเป็นภาษาไทย และเป็นภาษาไทยที่ใช้กันโดยทั่วไปเมื่อตนเป็นคนไทย ตนย่อมสามารถอ่านกฎหมายเข้าใจและตีความกฎหมายได้เหมือนอย่างบุคคลที่ศึกษามาในทางนิติศาสตร์ ความเข้าใจดังกล่าวนับว่าเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน ถ้อยคำสามัญที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้น ถึงแม้ว่าโดยหลักแล้วจะต้องตีความตามความเข้าใจทั่วไป ก็ไม่ได้หมายความว่าผลที่สุดแล้วความหมายของถ้อยคำที่กลายเป็นบทกฎหมายจะต้องเหมือนกับความหมายที่เข้าใจกันโดยทั่วไปเสมอไป

หากพิจารณาโครงสร้างของบทกฎหมายที่ประกอบด้วย “องค์ประกอบส่วนเหตุ” และ “ผลในทางกฎหมาย” แล้วอาจแบ่งแยกถ้อยคำต่าง ๆ ออกได้เป็นหลายประเภท เช่น ถ้อยคำที่คลุมเครือ ถ้อยคำเชิงคุณค่า ถ้อยคำคาดคะเนหรือถ้อยคำเปรียบเทียบ เป็นต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยคำที่ปรากฏในโครงสร้างบทกฎหมายส่วนที่เป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ ซึ่งเป็นส่วนที่มักจะเป็นวัตถุแห่งการตีความ<sup>47</sup>

<sup>46</sup> จาก *การตีความกฎหมาย* (น. 11-12), โดย อักษรทรา จุฬารัตน, 2549, กรุงเทพฯ: กฎหมายไทย.

<sup>47</sup> จาก “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” โดย วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, 2553, *วารสารจุฬานิติ*, 7(4), น. 55.

1) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมาย

แบ่งออกเป็น ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาและถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงบรรทัดฐานมีรายละเอียดดังนี้

(1) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนา คือ ถ้อยคำที่บ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกแห่งความเป็นจริง เช่น สัตว์ อาคาร รถยนต์ ยา ฯลฯ โดยทั่วไปแล้วถ้อยคำในลักษณะดังกล่าวนี้จะบ่งชี้สิ่งที่สามารถสัมผัสได้ในทางกายภาพ ยิ่งถ้อยคำดังกล่าวพรรณนาสิ่งที่สามารถสัมผัสได้มากเท่าไร ถ้อยคำดังกล่าวก็จะยิ่งชัดเจนและเข้าใจง่ายโดยทั่วไปมากขึ้นเท่านั้น ซึ่งถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบทางกฎหมายเชิงพรรณนาแต่ละถ้อยคำล้วนแล้วแต่มี “แก่นความ” (Begriffkern) และ “ขอบความ” (Begriffhof) วัตถุที่จะถือได้ว่าอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำใด วัตถุนั้นอย่างน้อยจะต้องอยู่ในขอบความของถ้อยคำนั้น

(2) ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่อ้างอิงหรือบ่งชี้สิ่งที่เป็นนามธรรมหรือคุณค่า ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานจึงต่างจากถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนาเพราะถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนามุ่งชี้ข้อเท็จจริงในโลกของความเป็นจริงที่สัมผัสได้โดยประสาทสัมผัสทั้งห้า คือ ตา หู จมูก ลิ้น กาย ทั้งนี้ในความหมายอย่างแคบ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน คือ ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์ เช่น ตัวการ สัญญา ฯลฯ<sup>48</sup> ในหลายกรณีความหมายของศัพท์เทคนิคดังกล่าวนี้ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย อย่างไรก็ตาม ความหมายของศัพท์เทคนิคต่าง ๆ ก็ไม่ชัดเจนแน่นอนเสียทั้งหมดในหลายกรณีก็มีปัญหาที่ต้องตีความว่าสิ่ง ๆ หนึ่งอยู่ในความหมายของบทนิยามหรือไม่

นอกจากนี้สิ่งที่พึงระวังประการหนึ่งในการตีความถ้อยคำทางกฎหมายก็คือถ้อยคำเดียวกันนั้นเมื่อไปอยู่ในบริบทที่แตกต่างกัน ถ้อยคำดังกล่าวอาจมีเนื้อหาต่างกันได้ ยิ่งไปกว่านั้นในการตีความถ้อยคำ สิ่งที่พึงระมัดระวังอีกประการหนึ่งก็คือถ้อยคำที่ดูเหมือนว่าเป็นถ้อยคำที่ใช้กันโดยทั่วไปนั้นได้กลายเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเฉพาะทางกฎหมายแล้วหรือไม่ หากปรากฏกรณีเช่นนั้นผู้ตีความจะต้องตีความถ้อยคำดังกล่าวตามความหมายในทางกฎหมายไม่ใช่ตามความหมายสามัญที่ใช้กันทั่วไป ในกรณีที่ถ้อยคำในกฎหมายเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เฉพาะทางวิชาการสาขาอื่น ผู้ตีความย่อมต้องค้นหาความหมายของถ้อยคำนั้นตามที่เข้าใจกันในวงวิชาการเฉพาะสาขานั้น

นอกจากถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคทางนิติศาสตร์แล้วยังมีถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐานซึ่งไม่ได้มีความหมายเฉพาะทางนิติศาสตร์ แต่เกิดขึ้นจากการประเมิน

<sup>48</sup> สัมกับกฎหมาย (น. 135-136), เล่มเดิม.

คุณค่าในทางสังคมด้วย เช่น “เหตุสำคัญ” “สำคัญผิดในสาระสำคัญ” “เหตุอื่นใดที่มีสภาพร้ายแรง อันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง” ฯลฯ ถ้อยคำทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าวนี้ เรียกกันในทางนิติศาสตร์ว่า “ถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง” (Unbestimmte Rechtsbegriff; Indefinite Legal Concept) ถ้อยคำในลักษณะนี้เป็นถ้อยคำที่เปิดไว้ให้ผู้ตีความกฎหมายใช้ดุลพินิจทำให้เป็นรูปธรรมถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจงนี้หากเป็นถ้อยคำที่มีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เราเรียกถ้อยคำดังกล่าวว่า “ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป” (Generalklauseln; General Clause) หากพิจารณาเปรียบเทียบกับ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงพรรณนาแล้วจะพบว่าตัวเลือกในทางภาษาที่จะเกิดขึ้นกับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้นจะเป็นตัวเลือกที่เป็นกลาง เป็นส่วนใหญ่ กล่าวคือไม่อาจกล่าวได้อย่างแน่นอนว่าจะตกอยู่ในกรอบความหมายของถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงหรือไม่

## 2) ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป

ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป คือ ถ้อยคำที่เป็นองค์ประกอบของกฎหมายเชิงบรรทัดฐาน ซึ่งอ้างอิงเชื่อมโยงกับคุณค่าทางสังคม แม้จะมีความหมายที่กว้างและคลุมเครือเป็นพิเศษแต่ก็เป็น ถ้อยคำที่มีความสำคัญเพราะมีเนื้อหาในเชิงหลักการอันเป็นศูนย์กลางของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อาทิเช่น “หลักสุจริต” หรือ “หลักความเชื่อถือและไว้วางใจ” (Treu und Glauben) หรือ “หลักการ ห้ามใช้สิทธิที่มุ่งประสงค์ให้เกิดความเดือดร้อนแก่บุคคลอื่น”

โดยเหตุที่ถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไป รวมถึงถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงถือเป็นถ้อยคำที่มีลักษณะเปิด ผู้ใช้กฎหมายจึงมีดุลพินิจค่อนข้างกว้างขวางในอันที่จะตีความและปรับใช้ถ้อยคำที่เป็นหลักทั่วไปดังกล่าวและโดยที่ถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงมีเขตแดนในทางนิติศาสตร์กว้าง การวินิจฉัยหรือปรับใช้กฎหมายขององค์กรผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายหรือองค์กรผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดีโดยทั่วไปแล้วย่อมอยู่ในกรอบของถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น (Intra Legem) อย่างไรก็ตามอาจพิจารณาได้ในอีกมิติหนึ่งเช่นกันว่าการปรับใช้บทกฎหมายอันมีลักษณะเป็นถ้อยคำที่เป็นหลักการทั่วไปนั้น แท้ที่จริงแล้วก็คือการอุดช่องว่างของกฎหมายอย่างหนึ่งอันเป็นช่องว่างที่องค์กรนิติบัญญัติตั้งใจปล่อยไว้ให้องค์กรที่ใช้กฎหมายดำเนินการอุดเสีย<sup>49</sup>

## 3) ข้อพิจารณาเพิ่มเติมเกี่ยวกับการตีความตามถ้อยคำ

เมื่อ “ถ้อยคำ” เป็นจุดเริ่มต้นของการตีความและเป็นตัวบ่งชี้ที่สำคัญว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นปัญหานั้นมีความหมายว่าอย่างไร ฉะนั้นในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

<sup>49</sup> การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 56-59), เล่มเดิม.

ทุกบทบัญญัติ สิ่งแรกที่พึงต้องกระทำก็คือ การอ่านตัวบทกฎหมายอย่างพินิจพิเคราะห์โดยละเอียดรอบคอบ เช่น กรณีที่กฎหมายใช้คำว่า “และ” หรือคำว่า “หรือ” ซึ่งโดยทั่วไปคำว่า “และ” หมายถึงด้วยกันทั้งหมด ส่วนคำว่า “หรือ” หมายถึง ให้เลือกเอาอย่างหนึ่งอย่างใด<sup>50</sup> แต่หากถ้อยคำดังกล่าวเป็นการปรากฏในลักษณะที่เป็นการปฏิเสธในประโยคทางกฎหมาย จึงต้องพิจารณาให้ดีว่าถ้อยคำที่เป็นการปฏิเสธนั้นปฏิเสธส่วนไหนของประโยค ถ้อยคำต่าง ๆ ที่องค์กรนิติบัญญัติเลือกใช้ใช้นั้นมีความสำคัญในการเป็นเครื่องมือที่จะใช้ค้นหาความหมายของกฎหมาย ผู้ตีความย่อมคาดหมายความหมายของถ้อยคำในกฎหมายได้ว่า น่าจะต้องหมายถึงสิ่งใด แม้ว่าการคาดหมายดังกล่าวนี้ยังไม่ช่วยให้ผู้ตีความสามารถไขความหมายที่แน่นอนของถ้อยคำออกมาได้ แต่เมื่อได้พิจารณาองค์ประกอบแห่งการตีความในลักษณะอื่นประกอบไปด้วยแล้ว ก็จะทราบความหมายที่แน่นอนของถ้อยคำดังกล่าวได้ในที่สุด ทั้งนี้ต้องระมัดระวังอยู่เสมอว่า การพิจารณาพิเคราะห์ถ้อยคำจะต้องไม่เป็นไปในลักษณะที่ติดกับถ้อยคำหรือให้ค่าแก่ความหมายทางภาษาของถ้อยคำอย่างมากจนกลายเป็นการเล่นอยู่กับถ้อยคำ

สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการตีความตามถ้อยคำก็คือ ถึงแม้ว่าถ้อยคำในกฎหมายเมื่อพิจารณาแยกออกมาต่างหากจากบทกฎหมายแล้ว จะมีความหมายชัดเจนแต่ผู้ตีความก็จำเป็นต้องพินิจพิเคราะห์ “ความหมายของบทกฎหมาย” อย่างละเอียดโดยต้องทำความเข้าใจตามตัวอักษรและตามความมุ่งหมาย<sup>51</sup> จึงกล่าวได้ว่า “ถ้อยคำ” เป็นเพียงองค์ประกอบในการตีความประการหนึ่งเท่านั้นจะตีความตามตัวอักษรประการเดียวแล้วสรุปผลการตีความถ้อยคำนั้นว่าเป็นความหมายของกฎหมายไม่ได้ ดังนั้น การที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า “กฎหมายนั้นต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษรหรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ” จึงไม่ได้หมายความว่าจะต้องตีความตามตัวอักษรก่อน ต่อเมื่อตีความตามตัวอักษรแล้วไม่ได้ความหมายที่ชัดเจน จึงตีความตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ ต่อไป<sup>52</sup> ฉะนั้นในการตีความกฎหมายจะต้องพิเคราะห์ตัวอักษรประกอบกับความมุ่งหมายของกฎหมายเสมอซึ่งความมุ่งหมายของกฎหมายนั้นนอกจากจะสื่อออกมาในตัวอักษรแล้วยังอาจสื่อออกมาในรูปแบบอื่นอีก บทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ซึ่งวางกฎเกณฑ์เบื้องต้นในทางนิติวิธีไว้มีความหมายแต่เพียงว่าถ้อยคำหรือตัวอักษรเป็นจุดเริ่มต้นการตีความเท่านั้น หากได้หมายความต่อไปถึงขนาดว่าถ้อยคำชัดเจนแล้วผู้ใช้กฎหมายก็อาจใช้กฎหมายตามตัวอักษรอย่างตรงไปตรงไปได้ ถึงแม้ว่าการใช้กฎหมายในลักษณะ

<sup>50</sup> สัมกับกฎหมาย (น. 132-133), เล่มเดิม.

<sup>51</sup> การใช้การตีความกฎหมาย (น. 73), เล่มเดิม.

<sup>52</sup> สัมกับกฎหมาย (น. 132-134), เล่มเดิม.



ดังกล่าวจะก่อให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันอยู่ดีหรือชั่ว ผู้ใช้กฎหมายก็ไม่จำเป็นต้องสนใจใยดี แต่อย่างใดไม่ในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่งการจัดทำกฎหมายเกิดขึ้นจากแรงบันดาลใจ ในการกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นนามธรรมเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไปนั้น จำเป็นเสมอที่ผู้ใช้ผู้ตีความ กฎหมายจะต้องมีศิลปะในการใช้กฎหมายไม่ให้เกิดผลประหลาดหรือผลอันขัดกับสามัญสำนึก การเลี่ยงผลอันประหลาดหรือขัดกับสามัญสำนึก จำเป็นอยู่เองที่ผู้ตีความกฎหมายจะติดอยู่กับ ถ้อยคำตามตัวอักษรเพียงอย่างเดียวไม่ได้

แม้กระนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 วรรคหนึ่งบัญญัติให้ การใช้กฎหมายต้องเริ่มพิจารณาจากกรณีที่ “ต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร” ย่อมเป็นเครื่องกระตุ้นเตือนให้ผู้ใช้กฎหมายสำนึกอยู่เสมอว่าตนจะละเลยไม่ให้ความสำคัญกับ ถ้อยคำตามกฎหมายก็ไม่ได้อีกเช่นกัน การใช้กฎหมายโดยไม่สนใจถ้อยคำ แต่อ้างเจตนารมณ์หรือ ความมุ่งหมายของกฎหมายลอย ๆ ย่อมเป็นอันตรายเพราะจะทำให้เกิดความไม่แน่นอน และหาอะไรเป็นหลักในการเริ่มต้นค้นหาความหมายของบทกฎหมายไม่ได้ ดังนั้นไม่ว่าจะมีผู้ วิจัยนักนิติศาสตร์ว่าคับแคบหรือยึดติดกับถ้อยคำมากเพียงใดก็ตาม นักนิติศาสตร์ที่มุ่งหวังจะใช้ กฎหมายให้ถูกต้อง และธำรงรักษาไว้ซึ่งระบบกฎหมายทั้งหมด ก็จะนำเอาข้อวิจารณ์ดังกล่าวมาเป็น เหตุให้ตนเลิกสนใจถ้อยคำในทางกฎหมายไม่ได้อย่างเด็ดขาด แต่จะต้องรับเอาข้อวิจารณ์นั้นมา พิจารณาและพิจารณาว่ามีเหตุผลหรือไม่ ถึงที่สุดแล้วในการใช้กฎหมาย ผู้ใช้กฎหมายก็ต้อง พิจารณาถ้อยคำประกอบกับความมุ่งหมายของบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดังเช่นที่มาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติไว้นั่นเอง จะละเลยส่วนหนึ่งส่วนใดไม่ได้

สำหรับประเด็นที่ว่าความหมายของถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความจะถือเอา ความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในอดีตหรือที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้นจะต้องแยกพิจารณาว่าถ้อยคำที่เป็น วัตถุในการตีความเป็นถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคหรือเป็นถ้อยคำสามัญ หากถ้อยคำดังกล่าวเป็น ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิค ในกรณีที่เป็นที่สงสัยให้ตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นตามความหมาย ที่ปรากฏในเวลาที่เราตีความ เว้นแต่ถ้อยคำที่เป็นศัพท์เทคนิคนั้นเป็นถ้อยคำที่มีความหมายเปิด หรือไม่เฉพาะเจาะจงและในช่วงเวลาที่ผ่านมามีการเปลี่ยนแปลงความหมายในทางเนื้อหาของ ถ้อยคำดังกล่าวนั้น การตีความถ้อยคำโดยถือเอาความหมายของศัพท์เทคนิคที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน จึงเป็นการตีความที่ไม่คำนึงถึงความประสงค์ขององค์กรนิติบัญญัติที่ปรากฏชัดในถ้อยคำที่เป็น ศัพท์เทคนิคนั้น แต่ถ้าถ้อยคำที่เป็นวัตถุแห่งการตีความเป็นถ้อยคำสามัญ โดยหลักแล้วจะต้อง ตีความถ้อยคำนั้นตามความหมายที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน ทั้งนี้เนื่องจากผู้ที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่ง กฎหมายซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปย่อมเข้าใจความหมายของถ้อยคำตามที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน บุคคลดังกล่าวย่อมไม่อาจทราบได้ว่าในเวลาที่เราตีความ ถ้อยคำที่เป็นปัญหานั้นมีความหมาย

อย่างไร การยึดถือเอาความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในปัจจุบันจึงเป็นการคุ้มครองบุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งกฎหมายและป้องกันมิให้เกิดสิ่งที่ไม่บุคคลทั่วไปคาดหมายไม่ได้ขึ้นนั่นเอง<sup>53</sup>

#### 2.4.2 การตีความอย่างเป็นระบบ

การตีความอย่างเป็นระบบเป็นการตีความโดยคำนึงถึงข้อความเหตุผลแวดล้อมและความสัมพันธ์เชิงเหตุผลของบทกฎหมายนั้นกับกฎหมายทั้งระบบซึ่งผู้ตีความต้องเข้าใจว่ากฎหมายมีลำดับชั้นและสอดคล้องเป็นเนื้อเดียวกันไม่อาจตีความแยกกันไปคนละทิศละทางได้เช่น หากเป็นประมวลกฎหมายแต่ละมาตราย่อมไม่ขัดหรือแย้งกันเองแต่จะมีความสัมพันธ์และเป็นเหตุเป็นผลกันทำให้ในการตีความสามารถทำความถึงกันอย่างเป็นระบบคำตอบของคำถามหนึ่ง ๆ อาจพบได้จากชื่อหมวดหมู่ของมาตรานั้นเอง<sup>54</sup>

##### 1) หลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย

ในการค้นหาความหมายของบทกฎหมาย นอกจากจะพิจารณาความหมายของถ้อยคำแล้ว การพิจารณาถึงตำแหน่งที่ตั้งของบทกฎหมายที่ผู้ตีความต้องการไขความว่าอยู่ในหมวดหมู่หรือส่วนใดของกฎหมาย และกฎหมายนั้นจัดอยู่ในสาขาใด กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วคือการพิจารณาดำแหน่งแห่งที่ของบทกฎหมายนั้นในระบบกฎหมายนับว่าเป็นสิ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุแห่งการตีความนั้นไม่ได้ดำรงอยู่อย่างโดดเดี่ยว เป็นเอกเทศจากบทกฎหมายอื่น ๆ แต่ดำรงอยู่ในลักษณะที่สัมพันธ์เชื่อมโยงเรียงร้อยกันจนกลายเป็นระบบกฎหมายที่มีความเป็นเอกภาพ การตีความกฎหมายจึงไม่อาจตีความโดยละเอียดบริบทต่าง ๆ ที่เรียงรายห้อมล้อมบทกฎหมายบทนั้นได้ ความเชื่อมโยงร้อยรัดของบทกฎหมายต่าง ๆ ไม่ได้จำกัดเฉพาะว่าบทกฎหมายบทนั้นเป็นบทกฎหมายเอกชนหรือบทกฎหมายมหาชน ถึงแม้ว่าในระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) จะมีการแยกกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนออกจากกันก็ตามก็หาได้หมายความว่าระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชนจะดำรงอยู่โดยแยกจากกันอย่างเด็ดขาดและขาดความสัมพันธ์ต่อกันอย่างสิ้นเชิงไม่ บทบัญญัติในกฎหมายมหาชนที่กำหนดหน้าที่ให้นายจ้างต้องปฏิบัติยอมเป็นกฎเกณฑ์ที่กระทบกับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์ตามสัญญาจ้างแรงงานในระบบกฎหมายเอกชนหรือบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานย่อมส่งผลต่อการตีความกฎเกณฑ์ในกฎหมายเอกชนเช่นกัน

<sup>53</sup> การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 60-63), เล่มเดิม.

<sup>54</sup> จาก “หลักการตีความกฎหมาย,” โดย รัชนิกร ลาภวิชชา, 2555, 60 ปีวารสาร, น. 222.

## 2) บริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย

ในการตีความตามระบบนั้น สิ่งที่อยู่ตีความต้องคำนึงถึงก็คือบริบทภายนอกและบริบทภายในแห่งกฎหมาย โดยบริบทภายนอกแห่งกฎหมาย หมายถึง โครงสร้างในทางรูปแบบของกฎหมาย ส่วนบริบทภายในแห่งกฎหมาย หมายถึง ความเชื่อมโยงสอดคล้องและสม่ำเสมอในคุณค่าที่เป็นรากฐานของระบบกฎหมายนั้น

หากพิจารณาห้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้วจะเห็นว่าบริบทภายนอกอันเป็นลักษณะเด่นของกฎหมายดังกล่าว คือ การที่มีบรรพหนึ่ง หลักทั่วไป และบรรพหนึ่ง หลักทั่วไปนี้ใช้ครอบคลุมทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์

สำหรับการพิจารณาพิจารณาบริบทภายในแห่งกฎหมาย คือ การพิจารณาคุณค่าอันเป็นรากฐานของกฎหมายนั้นย่อมมีผลอย่างสำคัญในการตีความบทกฎหมาย ย่อมจำเป็นต้องทราบว่ากฎหมายแพ่งมีคุณค่ารากฐานที่แผ่ซ่านไปในทุกบทมาตรา คือ หลักเสรีภาพในสัญญา เสรีภาพในกรรมสิทธิ์ ตลอดจนเสรีภาพในสมาคม ยิ่งไปกว่านั้นกฎหมายแพ่งในแต่ละลักษณะย่อมจะมีคุณค่ารากฐานย่อยเชื่อมโยงซึ่งกันและกันลงไปอีก เช่น ในกฎหมายลักษณะสัญญาซึ่งมีหลักเสรีภาพในการทำสัญญาเป็นแก่นนั้น ย่อมมีหลักการเคารพเจตจำนง หลักสุจริต หลักความยุติธรรมในการแลกเปลี่ยนตอบแทน ตลอดจนหลักสัญญาต้องเป็นสัญญา (pactasuntservanda) ประสานเกาะเกี่ยวกันเชื่อมโยงให้หลักเสรีภาพในการทำสัญญาดำรงอยู่ได้ ในกฎหมายลักษณะละเมิดหรือกฎหมายที่เกี่ยวกับหน้าที่ความรับผิดชอบ ย่อมมีหลักความรับผิดชอบเพราะเหตุที่ผู้ก่อให้เกิดความรับผิดชอบอาจถูกประณามและตำหนิได้เนื่องจากกระทำโดยเจตนาหรือประมาทเลินเล่อหรือหลักความรับผิดชอบเพราะก่อให้เกิดอันตราย หรือความรับผิดชอบขององค์การเพื่อองค์กรของตนเป็นคุณค่าหรือหลักการที่สำคัญในทางกฎหมายมหาชน การที่จะดำเนินการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายย่อมจะต้องคำนึงว่าผู้รับคำสั่งทางปกครองมีส่วนผิดหรือไม่ หรือประโยชน์สาธารณะเรียกร้องให้ต้องกระทำหรือไม่ ในการตีความบทกฎหมายผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงหลักการต่าง ๆ ดังกล่าวนี้เสมอ

## 3) ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการตีความอย่างเป็นระบบ

### (1) การตีความโดยคำนึงถึงความผูกพันของสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ

สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลายทั้งปวง ความผูกพันดังกล่าวนี้เป็นความผูกพันในแนวคิด คือ สิทธิและเสรีภาพถือว่าเป็นเครื่องเหนี่ยวรั้งและเป็นกรอบในการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐ อย่างไรก็ตามภารกิจของสิทธิและเสรีภาพในนิติรัฐย่อมไม่ได้จำกัดเฉพาะแต่ความสัมพันธ์ในแนวคิดเท่านั้น แต่ยังมีผลโดยอ้อมกับความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอีกด้วย เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพเป็นคุณค่าพื้นฐาน

แห่งการอยู่ร่วมกันในนิติรัฐในการตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมาย แม้บทบัญญัตินั้นเป็นบทบัญญัติในกฎหมายเอกชน องค์การของรัฐก็จำเป็นที่จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายเอกชนให้สอดคล้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนั้นการตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี” จึงจะตีความให้หลุดลอยโดยไม่คำนึงถึงคุณค่าของสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไม่ได้

### (2) การตีความในลักษณะที่หลีกเลี่ยงมิให้บทบัญญัติอื่นไร้ผลบังคับ

ถ้าบทบัญญัติใดบทบัญญัติหนึ่งอาจตีความได้หลายนัย ให้หลีกเลี่ยงการตีความที่ส่งผลให้บทบัญญัติอื่นใช้บังคับไม่ได้ เนื่องจากเป็นไปได้ที่องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎเกณฑ์ใดกฎเกณฑ์หนึ่งขึ้น โดยไม่ต้องการให้กฎเกณฑ์นั้นมีผลใช้บังคับ จึงต้องพยายามตีความให้บทบัญญัติทุกบทบัญญัติใช้บังคับได้ ซึ่งอาจจะใช้บังคับได้ไม่เต็มที่ตามถ้อยคำก็ได้

### (3) การใช้และตีความกฎหมายในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสองบทบัญญัติขัดกัน

กรณีที่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่งสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบท และผลในทางกฎหมายที่เกิดขึ้นจากการปรับบทกฎหมายดังกล่าวมีความแตกต่างกัน ทั้งนี้โดยที่บทกฎหมายต่าง ๆ เหล่านั้นอยู่ในลำดับชั้นเดียวกัน ให้พิจารณาว่าบทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป บทกฎหมายบทใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะและให้ถือหลักว่า “กฎหมายเฉพาะย่อมตัดกฎหมายทั่วไปมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lexspecialisdereogatlegigenerali)

ในกรณีที่ข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายหลายบทและไม่ปรากฏว่าบทกฎหมายดังกล่าวนั้นสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นกฎหมายเฉพาะและกฎหมายทั่วไป ย่อมต้องถือว่าบทกฎหมายดังกล่าวอยู่ในฐานะที่เป็นอิสระแก่กัน ผู้ใช้และตีความกฎหมายต้องยอมรับให้มีการเลือกใช้บังคับบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้ เช่น ความรับผิดชอบตามสัญญา และความรับผิดชอบทางละเมิดอาจดำรงอยู่ได้ และในหลายกรณีเราไม่สามารถกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างความรับผิดชอบตามสัญญากับความรับผิดชอบทางละเมิดได้ว่าบทกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบในเรื่องใดเป็นบทกฎหมายเฉพาะเรื่องใดเป็นบทกฎหมายทั่วไป ฉะนั้นผู้ทรงสิทธิย่อมสามารถเลือกบังคับการตามสิทธิในโดยอาศัยบทกฎหมายบทใดบทหนึ่งได้

นอกจากบทกฎหมายสองบทจะสัมพันธ์กันในลักษณะที่เป็นบทกฎหมายเฉพาะและบทกฎหมายทั่วไปหรือต่างดำรงอยู่อย่างเป็นเอกเทศต่อกันแล้ว ในการใช้กฎหมายสิ่งที่จะต้องคำนึงอีกประการหนึ่งคือกรณีข้อเท็จจริงใดสามารถปรับได้กับบทกฎหมายสองบทโดยที่ผลในทางกฎหมายแตกต่างกันได้แก่กรณีที่บทกฎหมายบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับก่อนและบทกฎหมายอีกบทหนึ่งเป็นบทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ในกรณีเช่นนี้ผู้ใช้กฎหมาย

จะต้องเลือกใช้บทกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับในภายหลัง ทั้งนี้ตามหลักที่ว่า “กฎหมายที่ออกมาภายหลังย่อมตัดกฎหมายที่ออกมาก่อนมิให้ใช้บังคับในเรื่องเดียวกัน” (Lex posterior derogatlegigenerali)

#### (4) การตีความโดยคำนึงถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคต

ในกรณีที่มีการตรากฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งขึ้นและกฎหมายฉบับดังกล่าวนั้นกำลังจะได้รับการประกาศใช้ ในการตีความบทกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่แล้ว ผู้ตีความต้องคำนึงถึงความสอดคล้องของบทกฎหมายที่ตนกำลังตีความกับกฎหมายที่จะใช้บังคับในอนาคตอันใกล้อย่างแน่นอนให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ทั้งนี้เพราะกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับนั้นย่อมเข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายทั้งระบบ ดังนั้นการคำนึงถึงคุณค่าต่าง ๆ ที่ดำรงอยู่ในกฎหมายที่กำลังจะมีผลใช้บังคับย่อมเป็นสิ่งสำคัญและอาจเป็นเครื่องช่วยในการไขความหมายของบทกฎหมายที่เป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความได้อีกทางหนึ่ง

#### (5) การตีความกฎหมายให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ

หลักการตีความกฎหมายในเรื่องนี้เป็นผลมาจากความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมายและลำดับชั้นของกฎหมาย โดยเหตุที่รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด การใช้และการตีความกฎหมายทั้งปวงในบ้านเมืองจะต้องดำเนินไปให้สอดคล้องกับคุณค่าพื้นฐานที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ในกรณีที่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติของกฎหมายมหาชนสามารถตีความได้ในหลายนัยให้ตีความไปในทางที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามไม่พึงใช้หลักการดังกล่าวนี้ไปปิดเบียดบทกฎหมายที่เห็นได้ชัดว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญให้บทกฎหมายนั้นสามารถใช้บังคับได้ เพราะในกรณีเช่นนี้ต้องถือว่าบทบัญญัตินั้นขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุด และต้องดำเนินการส่งเรื่องให้องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยประกาศการใช้บังคับไม่ได้ของบทบัญญัตินั้น<sup>55</sup>

#### 2.4.3 การตีความโดยอาศัยหลักประวัติศาสตร์

การตีความโดยอาศัยหลักประวัติศาสตร์เป็นการตีความโดยอาศัยความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ของกฎหมายนั้น ๆ ตลอดจนพัฒนาการสาเหตุอันเป็นที่มาของการร่างกฎหมาย รายงานการประชุมหรืองานเตรียมร่าง<sup>56</sup>

บทกฎหมายบทหนึ่งซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งการตีความอาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นทันทีหรืออาจจะได้รับการตีความหลังจากที่ได้มีตราบทกฎหมายนั้นออกมานานแล้วก็ได้ เมื่อพิจารณาในแง่ของเวลาแล้ว จะพบว่ามีเวลาที่เกี่ยวข้ออยู่สองกรณี คือ เวลาที่บท

<sup>55</sup> การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 63-68), เล่มเดิม.

<sup>56</sup> หลักการตีความกฎหมาย (น. 222), เล่มเดิม.

กฎหมายนั้นได้รับการประกาศใช้ และเวลาที่บทกฎหมายนั้นได้รับการตีความให้มีผลใช้บังคับ เช่น เวลาที่ศาลมีคำพิพากษาระหว่างระยะเวลาดังกล่าวอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งทางด้านโครงสร้างของสังคม ทางด้านเทคนิค ทางด้านสิ่งแวดล้อม อาจเกิดการเปลี่ยนแปลงโลกทัศน์ของผู้คนทั้งทางสังคม การเมือง ความเชื่อ ตลอดจนอาจเกิดการเปลี่ยนแปลงระบบการเมืองทั้งระบบ หรือการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

การตีความกฎหมายตามประวัติความเป็นมาเป็นการค้นหาความหมายของบทกฎหมายจากบริบททางประวัติศาสตร์ที่บทกฎหมายนั้นถือกำเนิดขึ้น โดยผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบททางสังคมในเวลาที่มีการตราบทกฎหมายนั้นจะต้องคำนึงถึงบริบททางทฤษฎีขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น และจะต้องพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นประกอบกัน

การพิจารณาบริบททางสังคม คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในขณะที่มีการตรากฎหมายนั้นกลุ่มผลประโยชน์ทางสังคมมีลักษณะอย่างไร เกิดความขัดแย้งอะไรขึ้นบ้างในสังคมในเวลานั้นและการร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้นในเวลานั้นมีความประสงค์อย่างไร

การพิจารณาบริบททางทฤษฎี คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าในเวลานั้นทฤษฎีทางกฎหมายเรื่องดังกล่าวเป็นอย่างไร มีถ้อยคำใดบ้างในเวลานั้นที่ผู้ร่างกฎหมายอาจเลือกใช้และนำมาประมวลเป็นประโยคทางกฎหมายได้ ถ้อยคำอื่นที่ไม่ได้รับการเลือกใช้คืออะไร

การพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมาย คือ การย้อนกลับไปตรวจสอบว่าผู้ร่างกฎหมายมุ่งหมายอะไร มีการอภิปรายโต้แย้งแสดงความคิดเห็นในเรื่องดังกล่าวอย่างไร มีการเปลี่ยนแปลงร่างกฎหมายนั้นเป็นลำดับอย่างไร<sup>57</sup>

#### 2.4.4 การตีความตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

การตีความโดยอาศัยหลักนี้แท้จริงแล้วก็คือการตีความโดยพิเคราะห์วัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายเบื้องหลังของกฎหมายนั้น ๆ นั้นเองซึ่งความมุ่งหมายไม่ใช่ความหมายของผู้ร่างกฎหมายแต่เป็นความมุ่งหมายของตัวกฎหมายนั่นเอง<sup>58</sup>

วิธีการตีความบทกฎหมายตามวัตถุประสงค์ คือ วิธีการตีความที่ตั้งคำถามถึง “เป้าหมาย” หรือ “เหตุผล” (Ratio Legis) หรือ “นโยบาย” ของบทกฎหมายนั้นการตีความตามวัตถุประสงค์แห่งบทกฎหมายจึงเป็นวิธีการตีความที่ทำให้ผู้ตีความไม่ตกเป็นทาสของถ้อยคำหรือลายลักษณ์อักษรติดอยู่เฉพาะแต่รูปแบบของถ้อยคำและไม่สนใจที่จะถามถึงเป้าหมายของบทกฎหมายบทนั้นและเมื่อผู้ตีความเข้าใจวัตถุประสงค์เท่านั้น ผู้ตีความจึงจะหยั่งรู้ถึงความหมายที่แท้จริงที่แฝงอยู่ในบทกฎหมายนั้นการค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทกฎหมายย่อมจะใช้ทั้งวิธี

<sup>57</sup> การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 68-69), เล่มเดิม.

<sup>58</sup> หลักการตีความกฎหมาย (น. 233), เล่มเดิม.

ค้นหาว่าผู้ร่างกฎหมายมีนิรนัยนโยบายอย่างไรในการร่างบทกฎหมายบนนั้นหรือค้นหาว่าบทกฎหมายบนนั้น โดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความ มีวัตถุประสงค์อย่างไร โดยถือว่าการค้นหาเจตจำนงของผู้ร่างกฎหมายเป็นการตีความบทกฎหมายตามประวัติความเป็นมา ซึ่งแม้ว่าจะรู้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีเจตจำนงอย่างไร ก็ไม่ผูกพันผู้ตีความกฎหมายให้ต้องยึดถือตาม รวมถึงการค้นหาว่าบทกฎหมายบนนั้น โดยตัวของตัวเองในสภาวะการณ์ ณ เวลาตีความมีวัตถุประสงค์อย่างไรนั้น ก็คือการตีความกฎหมายตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายเช่นกัน จึงกล่าวได้ว่าการตีความตามตัวอักษร โดยแยกออกจากการตีความตามเจตนารมณ์นั้นเป็นเรื่องที่ไม่อาจเป็นไปได้ เนื่องจากตัวอักษรไม่สามารถแสดงความหมายที่ชัดเจนในตัวของมันเองดังนั้นการตีความจึงต้องอาศัยเหตุผลและคำนึงถึงเจตนารมณ์ไปพร้อม ๆ กัน<sup>59</sup>

แม้ในหลายกรณีวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาจปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับนั้นเองแต่ในอีกหลายกรณีการจะทราบว่าวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นคืออะไรจะต้องทำความเข้าใจสภาวะการณ์แห่งผลประโยชน์ที่กฎหมายฉบับนั้นมุ่งจัดสรร อย่างไรก็ตามโดยที่ผลประโยชน์ต่าง ๆ มีลักษณะที่หลากหลายมาก กฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งจึงไม่ได้มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะ

ในกรณีที่ไม่ว่าทราบแน่ชัดว่ากฎหมายฉบับนั้นมีวัตถุประสงค์อะไรเป็นวัตถุประสงค์เฉพาะผู้ตีความกฎหมายจำต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ทั่วไปของกฎหมาย อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายทุกฉบับต้องรับใช้วัตถุประสงค์ทั่วไป เช่น การธำรงไว้ซึ่งความมั่นคงแน่นอนแห่งระบบกฎหมาย การสร้างสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย และการส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความยุติธรรมในระบบกฎหมาย เป็นต้น

การตีความกฎหมายเป็นการคิดในทางตรรกวิทยาที่จากข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรม ฉะนั้น เมื่อเกิดข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมขึ้นแล้ว จะต้องนำเอาข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมมาคำนึงประกอบการค้นหาวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายบนนั้นด้วย โดยวัตถุประสงค์ของบทกฎหมายนั้นอย่างน้อยที่สุดย่อมจะต้องไม่ขัดต่อหลัก “เหตุผลของเรื่อง (NaturderSache)” เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมแล้ว นอกจากนี้โดยเหตุที่เป็นไปไม่ได้ที่บทบัญญัติของกฎหมายจะได้รับการตราขึ้นโดยไม่ต้องการให้มีผลใช้บังคับ การตีความกฎหมายจึงต้องตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับได้ ไม่ใช่ตีความไปในทางที่ให้กฎหมายนั้นใช้บังคับไม่ได้ ยิ่งไปกว่านั้น

<sup>59</sup> จาก *ความรู้กฎหมายทั่วไป: คำอธิบายวิชากฎหมายแห่งหลักทั่วไป* (น. 159-161), โดย สมยศ เชื้อไทย, 2553, กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หากการตีความกฎหมายก่อให้เกิดผลอันประหลาดหรือขัดต่อสำนึกในเรื่องความยุติธรรมแล้ว ผู้ตีความย่อมไม่อาจเลือกผลจากการตีความนั้นเป็นความหมายของบทกฎหมายได้<sup>60</sup>

## 2.5 ความเป็นมาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

การศึกษาความเป็นมาของกฎหมายไทยเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีความสำคัญเนื่องจากทำให้ทราบถึงประวัติศาสตร์กฎหมายของไทยที่เกี่ยวกับการเข้ามาทำงานคนต่างด้าวมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมในแต่ละยุคสมัยและทำให้ทราบถึงแนวคิดอันเป็นที่มาของการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยในปัจจุบัน โดยผู้เขียนจะแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ช่วงได้แก่ ความเป็นมาก่อนมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรและกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

### 2.5.1 ความเป็นมาก่อนมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร

มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิประจำตัว อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติและเกิดขึ้นจากสภาพธรรมดาแห่งการเป็นมนุษย์ ไม่ว่าจะเป็ชาติใดภาษาใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการตามยุคสมัยที่เปลี่ยนไปนับตั้งแต่ยุคสมัยการอยู่ร่วมกันแบบชนเผ่ามาจนถึงยุคปัจจุบัน ซึ่งมีการปกครองในรูปแบบประชาธิปไตยได้มีการเคารพต่อสิทธิมนุษยชนเป็นอย่างมาก ดังที่ได้ปรากฏมีการจัดทำร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน โดยองค์การสหประชาชาติเพื่อให้ความคุ้มครองแก่มนุษยชนโดยทั่วไป เมื่อรูปแบบการปกครองแปรสภาพมาสู่การให้อำนาจรัฐในการปกครองและบริหารประเทศ รัฐก็ย่อมมีอำนาจในการกำหนดสิทธิและหน้าที่ และบังคับให้บรรลวุฒิตุประสงค์ในการปกครองและบริหารประเทศเพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมในรัฐนั้น ๆ<sup>61</sup> ทั้งนี้ด้วยมนุษย์แต่ละคนมีคุณสมบัติต่างกัน ดังนั้นบุคคลย่อมจะได้รับสิทธิต่าง ๆ ไม่เท่าเทียมกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งคนต่างด้าวซึ่งอพยพเข้าไปอยู่ในประเทศอื่น ๆ ซึ่งสถานะของคนต่างด้าวมิใช่พลเมืองแห่งรัฐนั้น และการอพยพเข้าไปในประเทศใดประเทศหนึ่งย่อมต้องเข้าไปบริโภครักษาธรรมชาติในนั้น ๆ และอาจเป็นการใช้สิทธิอื่นใดอันอาจส่งผลกระทบต่อคนชาตินั้น ๆ และเพื่อเป็นการรักษาประโยชน์แก่คนชาติแห่งรัฐนั้นเป็นสำคัญ จึงจะต้องมีการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวบางประการไว้

ในสมัยโบราณที่การปกครองอยู่ในวงจำกัด รัฐแต่ละรัฐต่างรังเกียจและกีดกันคนต่างด้าวมาก แต่ต่อมาเมื่อมนุษย์และสังคมมีความเจริญพัฒนามากขึ้น การติดต่อค้าขาย ความจำเป็น

<sup>60</sup> การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน (น. 69-70), เล่มเดิม.

<sup>61</sup> จาก *หลักรัฐศาสตร์* (น. 28), โดย เดชชาติ วงศ์โกมลเชษฐ์, 2512, พระนคร: สมาคมสังคมศาสตร์แห่งประเทศไทย.



ในการพึ่งพาอาศัยกันและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีเพิ่มมากขึ้น จึงได้ผ่อนคลายการกีดกันลงเท่าที่ไม่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์หรือเป็นภัยแก่การดำรงอยู่ของประเทศ โดยใช้หลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ<sup>62</sup> ซึ่งโดยปกติแล้วสิทธิทางกฎหมายเอกชนนั้นในทางทฤษฎีมีความโน้มเอียงที่จะให้คนต่างด้าวมีสิทธิเช่นเดียวกับคนชาติแห่งรัฐนั้น ๆ ในด้านกฎหมายเอกชน แต่สิทธิตามกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิที่รักษาประโยชน์ของคนหมู่มากหรือประโยชน์สาธารณะแห่งรัฐนั้น ๆ ฉะนั้นทุกประเทศย่อมสงวนและรักษาสิทธิตามกฎหมายมหาชนแก่คนชาติของตนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศเป็นสำคัญ<sup>63</sup>

กรณีตัวอย่าง<sup>64</sup> ได้แก่ กรณี เซอร์ ยอนเบาริง ท่านเป็นราชทูตอังกฤษคนแรกโดยได้รับการแต่งตั้งจากสมเด็จพระราชินีวิกตอเรียให้เข้ามาเจริญพระราชไมตรีกับไทยและในการเข้ามาเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศไทยนี้เอง เซอร์ ยอนเบาริง ได้ทำตนเป็นคุณประโยชน์แก่เมืองไทยจนเป็นที่ไว้วางพระราชหฤทัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อเซอร์ ยอนเบาริง ได้ออกจากราชการและกลับไปอยู่ในประเทศอังกฤษนั้น ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เซอร์ยอนเบาริง เป็นพระยาสยามนุกุลกิจ สยามิศรมหายศ มีอำนาจหน้าที่ต่างพระเนตรพระกรรณในกิจการต่างประเทศทั่วยุโรป

กรณี ดร.ฟรานซิส บี. แซร์ (Dr. Francis Bowes Sayre) ประวัติการศึกษาได้รับปริญญาอักษรศาสตรบัณฑิตและนิติศาสตรบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยฮาร์วาร์ด ต่อมาอีก 6 ปีก็ได้รับปริญญาคุฎกบัณฑิตทางกฎหมาย ด้านการทำงานเป็นอาจารย์วิชาการปกครองในวิทยาลัยวิลเลียมส์ ได้เป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ในวิชากฎหมาย จนในที่สุดได้เป็นศาสตราจารย์ และดำรงตำแหน่งผู้ช่วยอธิการบดีในวิทยาลัยแห่งนี้ เมื่อปี พ.ศ.2466 ได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทยและรับราชการในตำแหน่งที่ปรึกษาการต่างประเทศ ซึ่งในขณะนั้นเป็นช่วงระยะเวลาที่ประเทศไทยต้องการที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาที่มีต่อนานาประเทศ ด้วยสัญญาส่วนมากประเทศไทยเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ดร.ฟรานซิส บี.แซร์ ได้ใช้ความรู้ความสามารถในการจัดการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาต่าง ๆ สำเร็จลงด้วยดี เพื่อเป็นบำเหน็จความชอบ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงพระราชทานยศฐาบรรดาศักดิ์ให้เป็นพระยาภักดีมโนตรีและได้ทรงพระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยิ่ง ทวีติยาภรณ์มงกุฎไทยใน พ.ศ. 2467 ในปีถัดมาได้รับ

<sup>62</sup> จาก *สิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 3), โดย ผดุง ชันยากร, 2498, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>63</sup> จาก *คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคตินุคคล ว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย กฎหมายสัญชาติ* (น. 142), โดย หยุต แสงอุทัย ข, 2527, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

<sup>64</sup> จาก *ชาวต่างชาติในประวัติศาสตร์ไทย* (น. 195-202), โดย ส. พลายน้อย, 2516, กรุงเทพฯ: แพร่พิทยา.

พระราชทานเครื่องราชอิสริยาภรณ์ ทุติยจุลจอมเกล้าและทวติยาภรณ์ช้างเผือกอีกด้วย หลังจากทำสัญญาฉบับนานาประเทศเสร็จเรียบร้อยแล้วพระยาภักดียาม ไมตรีได้กราบถวายบังคมลาออกจากหน้าที่กลับไปยังประเทศอเมริกา แต่ยังคงสนใจด้วยการยอมเป็นข้าราชการอยู่ตามเดิมและในปี พ.ศ. 2472 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงแต่งตั้งให้เป็นผู้แทนประเทศไทยประจำศาลอนุญาโตตุลาการ ณ กรุงเฮก

ในสมัยก่อนกฎหมายเก่าของไทยได้มีบทบัญญัติถึงสิทธิทั่ว ๆ ไปของคนต่างด้าวหรือข้อห้ามที่มีให้คนไทยเกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวไว้ แต่มิใช่ลักษณะของการห้ามทำงานหรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพโดยตรง<sup>65</sup> อาทิเช่น

กฎหมายเข็ยรบาล ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาเดินในท้ายสนม ถ้าเจ้าหน้าที่ละเลยให้คนต่างด้าวเข้ามาถึงท้ายสนมได้โทษเจ้าหน้าที่ถึงตายสังเกตได้ว่า การห้ามตามบทบัญญัตินี้เป็นการห้ามคนต่างด้าวปฏิบัติ แต่หากมีการฝ่าฝืนจะเอาโทษต่อเจ้าหน้าที่มิใช่เป็นการเอาโทษต่อคนต่างด้าว ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 13 ห้ามมิให้หญิงไทย มอญ แต่งงานกับคนต่างด้าว ถ้าฝ่าฝืนให้ลงโทษปรับ 6 สถาน

ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 37 ห้ามมิให้คนต่างด้าวซื้อขายกฤษณา ผาง ดินบุก ถ้าคนต่างด้าวลักลอบซื้อขายของต้องห้ามเหล่านี้ ให้ลงโทษคนต่างด้าวเสมือนดังโจรและลงโทษล่ามพนักงานชาวค่านที่สมรู้เป็นใจด้วยกระทำผิด ระวังโทษประหารชีวิต สังเกตเห็นได้ว่า มิใช่เป็นการห้ามคนต่างด้าวทำงานหรือประกอบอาชีพค้าขาย แต่เป็นการห้ามประเภทสินค้าที่ทำการซื้อขาย

ลักษณะอาชญาหลวงบทที่ 123 ป้องกันคนต่างด้าวที่หลบหนีเข้ามาพึ่งอยู่ในขอบฉันทสีมา มิให้คนไทยข่มเหง ถ้าคนไทยข่มเหงให้ลงโทษเหมือนผู้ทรยศแก่บ้านเมืองบทบัญญัตินี้เป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวที่เข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย

ต่อมาภายหลังเมื่อได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่การปกครองแบบประชาธิปไตย อันมีกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ได้มีการบัญญัติรับรองสิทธิต่าง ๆ ของประชาชนไว้ และในสิทธิบางประการที่มีสิทธิพลเมืองแห่งรัฐ ก็จะรับรองสิทธิครอบคลุมถึงคนต่างด้าวด้วย

## 2.5.2 กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

ประเทศไทยในอดีตไม่ปรากฏกฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย จึงเกิดปรากฏการณ์ที่ว่าคนต่างด้าวเข้ามาและตั้งถิ่นฐานอยู่ในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งส่วนมากจะเป็นชาวจีนและในเวลาต่อมาชาวจีนเริ่มมีอิทธิพลทางเศรษฐกิจเหนือคนไทย โดยประการนี้เองย่อมส่งผลกระทบต่อการแข่งขันคนไทย เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลไทย

<sup>65</sup> ประมวลกฎหมายรัชกาลที่ 1 จุลศักราช 1166 พิมพ์ตามฉบับหลวงตรา 3 ดวง. เล่ม 1. (2505). (น. 18-90).

จึงไม่อาจเพิกเฉยต่อผลกระทบที่จะเกิดขึ้น จึงได้มีการวางมาตรการในการจัดการและป้องกันผลกระทบดังกล่าว โดยใช้มาตรการทางกฎหมาย ปรากฏในลักษณะของการออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในการทำงานของคนไทย ในทางกลับกันก็เป็นการจำกัดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทยด้วย ผู้เขียนได้จำแนกกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวไว้ 3 ลักษณะด้วยกัน คือ

1) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์สงวนอาชีพสำหรับคนสัญชาติไทย

ด้วยสถานการณ์ภายในประเทศในช่วงก่อนที่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย คนต่างด้าวสามารถทำงานได้อย่างเสรี ทำให้คนต่างด้าวหลังไหลเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ทางภาครัฐเกรงว่าเหตุการณ์ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการประกอบอาชีพ หรือการทำงานของคนสัญชาติไทย ฉะนั้นตั้งแต่มีการเริ่มต้นในการตรากฎหมายอันเป็น “มาตรการควบคุมในด้านการประกอบอาชีพ”<sup>66</sup> เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าว ในปี พ.ศ. 2484 กฎหมายที่ออกมาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะมุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนสัญชาติไทย ซึ่งอาชีพที่สงวนนั้นเป็นอาชีพที่มีความสำคัญด้วยเหตุผลว่าเป็นอาชีพหลักของคนไทยอันได้แก่ อาชีพทางด้านเกษตรกรรมและหัตถกรรม อีกทั้งอาชีพและวิชาชีพที่เกี่ยวกับทางด้านศาสนา ภูมิปัญญาไทย ศิลปวัฒนธรรม ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ งานที่เกี่ยวกับความมั่นคง หรืออาจเป็นงานหรืออาชีพที่จำเป็นต้องใช้ความรู้เฉพาะทางบนพื้นฐานของความรู้ของการเป็นคนไทย และเพื่อเป็นการป้องกันการแย่งงานของคนไทย ซึ่งจะปรากฏออกมาในรูปของกฎหมายที่เป็นกฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองสิทธิของคนไทยในการทำงานหรือประกอบอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทย กล่าวคือบุคคลอื่นที่มีสัญชาติสัญชาติไทยหรือที่เราเรียกว่า “คนต่างด้าว” จะประกอบอาชีพที่กฎหมายสงวนไว้สำหรับคนไทยไม่ได้ หากคนต่างด้าวประกอบอาชีพหรืองานที่กฎหมายสงวนไว้สำหรับคนไทยก็จะถูกลงโทษ

(1) พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พุทธศักราช 2484<sup>67</sup> ซึ่งได้ตราขึ้นเพื่อช่วยอาชีพและวิชาชีพของประชาชนชาวไทย โดยกำหนดอาชีพและวิชาชีพบางประเภทบางชนิดไว้สำหรับเป็นอาชีพหรือวิชาชีพเฉพาะคนไทย ตามแต่ที่จะได้มีพระราชกฤษฎีกากำหนดขึ้นและหากผู้ใดซึ่งมิใช่คนไทยฝ่าฝืนทำงานหรือประกอบอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทย มีความผิดระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

<sup>66</sup> จาก *สถานภาพทางกฎหมายของชาวจีนในประเทศไทย* (น. 93), โดย ทวี ธีระวงศ์เสรี, 2517, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

<sup>67</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 58 หน้า 1152 ลงวันที่ 11 กันยายน 2484.

(2) พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485<sup>68</sup> ได้บัญญัติว่า กำหนดให้โรงงานทั้งสิ้นหรือเฉพาะแต่โรงงานบางอย่างใช้คนไทยจำนวนเท่าใดเป็นคนงานหรือเป็นอัตราไม่น้อยกว่าร้อยละเท่าใดของจำนวนคนงานทั้งหมดก็ได้ และเฉพาะการงานบางหน้าที่ของโรงงานทั้งสิ้น หรือโรงงานบางอย่างจะกำหนดให้ใช้แต่เฉพาะคนไทยเป็นคนทำงานก็ได้ พระราชบัญญัตินี้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าของกิจการที่เป็นผู้ว่าจ้างคนงานว่าจะต้องเป็นการจัดจ้างภายใต้ข้อกำหนดของกฎหมาย หากฝ่าฝืนมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท ซึ่งแตกต่างจากฉบับแรกที่กำหนดให้คนต่างด้าวเป็นผู้ที่ต้องเคารพต่อบัญญัติของกฎหมาย

(3) พระราชบัญญัติสงเคราะห์อาชีพแก่คนไทย พ.ศ. 2499 เหตุที่การตราพระราชบัญญัตินี้ก็ด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485 ใช้บังคับเฉพาะโรงงานเท่านั้น โดยมีได้มีการกำหนดบังคับใช้ในกิจการอื่นแต่อย่างใด ทั้งยังไม่มีวิธีการอันรัดกุมสำหรับการตรวจสอบด้วย พระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดเงื่อนไขเพิ่มเติมว่าในการรับคนต่างด้าวเข้าทำงานจะต้องรับคนงานที่มีสัญชาติไทยเข้าทำงานอย่างน้อยจะต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ให้ใช้กับบรรดาบริษัท ห้างหุ้นส่วนหรือเอกชน และบัญญัติเพิ่มเติมให้เจ้าของสถานประกอบการที่มีคนงานตั้งแต่ 10 คนขึ้นไปจะต้องจัดให้มีทะเบียนคนงานเพิ่มไว้เป็นประจำ ณ สำนักงานหรือสถานประกอบการนั้น เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะได้ตรวจสอบดูได้ว่าจะมีจำนวนคนงานครบถ้วนตามที่ระบุไว้หรือไม่ อันเป็นการสนับสนุนให้คนไทยได้มีงานทำในสถานประกอบการต่าง ๆ มากขึ้น

นับตั้งแต่ได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พุทธศักราช 2484 เป็นต้นมา ได้มีพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้หลายฉบับ คือ

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พุทธศักราช 2485<sup>69</sup> ได้กำหนดอาชีพและวิชาชีพตามที่ระบุไว้ในใบแนบท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ให้เป็นอาชีพและวิชาชีพเฉพาะคนไทยในทุกท้องที่แห่งราชอาณาจักร ซึ่งมีทั้งหมด 27 ชนิด

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2485<sup>70</sup> ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีพิจารณา ยึดเวลาออกไปเฉพาะกรณีอาชีพหรือวิชาชีพใด สำหรับผู้ใดจากทำเวลาที่กำหนดไว้ได้

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 3) พุทธศักราช 2487<sup>71</sup> ได้ประกาศยกเลิกความในพระราชกฤษฎีกาฉบับ พ.ศ. 2485 และประกาศให้ใช้

<sup>68</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 63 ตอนที่ 53 หน้า 1431 ลงวันที่ 11 สิงหาคม 2485.

<sup>69</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 38 ตอนที่ 38 หน้า 1221 ลงวันที่ 9 มิถุนายน 2485.

<sup>70</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 59 ตอนที่ 62 หน้า 1703 ลงวันที่ 22 กันยายน 2485.

พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้แทน ซึ่งกำหนดอาชีพและวิชาชีพเฉพาะสำหรับคนไทยเหลือเพียง 4 ชนิด เท่านั้น

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2488<sup>72</sup> ได้ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาฉบับเก่า และลดจำนวนอาชีพที่สงวนไว้สำหรับเฉพาะคนไทยเหลือเพียง 3 ชนิด คือ การทำหรือการหล่อพระพุทธรูป การทำเครื่องเงิน และทำเครื่องถม ด้วยเป็นช่วงหลัง สงครามโลกครั้งที่ 2 จอมพล ป. พิบูลสงครามได้กลับมาใช้อำนาจอีกครั้ง และได้มีความพยายามที่จะ สร้างความสัมพันธ์อันดีต่อชาวจีน จึงได้มีการผ่อนปรนนโยบายของรัฐ

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พ.ศ. 2492<sup>73</sup> ซึ่ง พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ ยกเลิกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับ เฉพาะคนไทยที่มีมาทั้งหมด และได้กำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทยขึ้นใหม่เพียง 10 ชนิด

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2495<sup>74</sup> ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีก 3 ชนิด ซึ่งเป็นอาชีพเกี่ยวกับการ เสริมความงาม

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2503<sup>75</sup> ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีก 3 ชนิด ได้แก่ การเลี้ยงไหม การทำ ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเส้นไหม การทอผ้าไหม ด้วยอาชีพดังกล่าวเป็นอาชีพดั้งเดิมที่คนไทยทำจึง สมควรกำหนดเป็นอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทย เพื่อเป็นการรักษาศิลปวัฒนธรรมและการผดุง ฐานะทางเศรษฐกิจของประชาชนชาวไทยให้มั่นคงถาวรและเจริญก้าวหน้ายิ่งขึ้น

พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2508<sup>76</sup> ได้กำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยเพิ่มเติมอีกเพียงอย่างเดียว “มัคคุเทศก์ผู้นำ เทียวและให้คำแนะนำเกี่ยวกับการท่องเที่ยว โดยได้รับค่าตอบแทน” เหตุผลที่ว่าอาชีพมัคคุเทศก์ มีศิลปวัฒนธรรมแห่งชาติไทย จึงสมควรกำหนดให้การทำหน้าที่มัคคุเทศก์เป็นอาชีพและวิชาชีพ สำหรับคนไทย

<sup>71</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 61 ตอนที่ 72 หน้า 1143 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2487.

<sup>72</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 62 ตอนที่ 52 หน้า 543 ลงวันที่ 22 กันยายน 2488.

<sup>73</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 66 ตอนที่ 10 หน้า 60 ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 2492.

<sup>74</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 69 ตอนที่ 58 หน้า 1135 ลงวันที่ 23 กันยายน 2495.

<sup>75</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 77 ตอนที่ 112 (ฉบับพิเศษ) หน้า 23 ลงวันที่ 31 ธันวาคม 2495.

<sup>76</sup> ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 82 ตอนที่ 23 หน้า 140 ลงวันที่ 16 มีนาคม 2508.

## 2) กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

กฎหมายประเภทนี้หมายถึง กฎหมายใด ๆ หรือกฎหมายพิเศษที่บัญญัติไว้เป็นกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานหรือประกอบอาชีพดังกล่าว ด้วยเหตุผลพิเศษแตกต่างกันไปในแต่ละสาขาอาชีพ ซึ่งส่วนมากจะเป็นงานที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพ โดยจะปรากฏในลักษณะของการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำงาน ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ ว่าต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งหากบุคคลนั้น ๆ ขาดคุณสมบัติหรือไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้คือเป็น “คนต่างด้าว” ก็จะทำให้บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยมิชอบด้วยกฎหมายหรือไม่สามารถทำงานวิชาชีพนั้น ๆ ได้ ซึ่งไม่ปรากฏบทลงโทษแก่ผู้ไม่มีหรือขาดคุณสมบัติในการทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ แต่อย่างใด อาทิเช่นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเมืองการปกครอง กฎหมายว่าด้วยการเข้ารับราชการกฎหมายว่าด้วยทนายความกฎหมายว่าด้วยธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์กฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพงานก่อสร้างกฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพให้บริการทางบัญชีกฎหมายว่าด้วยการประกอบอาชีพบัญชียานยนต์กฎหมายว่าด้วยช่างรังวัดเอกชน เป็นต้น

## 3) กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย

โดยหลักแล้ว คนต่างด้าวไม่อาจทำงานในประเทศไทยได้ แต่การที่คนต่างด้าวจะสามารถทำงานในประเทศไทยได้นั้นเป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ คนต่างด้าวซึ่งอยู่ในวัยทำงานพร้อมที่จะเข้าสู่ตลาดแรงงาน (Labour Market)<sup>77</sup> ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยได้นั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของภาครัฐที่ดูแลรับผิดชอบเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย โดยจากการศึกษาพบว่า มีกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย 3 ฉบับด้วยกัน ดังนี้

### (1) ประกาศคณะปฏิบัติ ฉบับที่ 322

นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 เรื่อยมาได้มีการออกกฎหมายเพื่อสงวนอาชีพให้คนไทยทำ โดยเฉพาะไว้เพียงแค่ 27 อาชีพเท่านั้น<sup>78</sup> ผู้บริหารประเทศในขณะนั้นเห็นว่าอาชีพที่สงวนไว้ให้คนไทยนั้นยังไม่เพียงพอ เพราะปรากฏว่ายังมีคนต่างด้าวทำงานอยู่ในประเทศไทยในงานต่าง ๆ อยู่เป็นจำนวนมาก และทวีขึ้นเป็นลำดับ จึงคิดที่จะตรากฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวหรือการประกอบอาชีพของคนต่างด้าว โดยในสมัยของจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์<sup>79</sup> ได้เดินทางไปต่างประเทศ และได้เห็นกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับการทำงานในหลายประเทศ จึงได้มีคำสั่งให้ดำเนินการ

<sup>77</sup> จาก คำบรรยายกฎหมายแรงงานและอุตสาหกรรม (น. 2), โดย สุดาศิริ เสงฆุทธนา, 2532, กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

<sup>78</sup> จาก การทำงานของคนต่างด้าว (น. 2), โดย สุดาศิริ วทวงศ์ ก, 2539, กรุงเทพฯ: นิติธรรม.

ร่างกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานประกอบอาชีพของคนต่างด้าว ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2503 แต่ก็มีปัญหาทางการเมืองหลายประการที่ทำให้การร่างกฎหมายนี้ยังไม่เสร็จสมบูรณ์ จนกระทั่งปี พ.ศ. 2515 ในสมัยจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นหัวหน้าคณะปฏิวัติ ได้ประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวขึ้นเป็นครั้งแรก คือประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 (ปว.322) ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนอาชีพให้คนไทยทำป้องกันคนต่างชาติเข้ามาแย่งงานคนไทย

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 โดยคณะปฏิวัติกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งต้องการทำงานในประเทศไทยขอใบอนุญาตทำงานจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งในขณะนั้นคือ กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย ทั้งที่ก่อนหน้านี้คนต่างด้าวสามารถทำงานในประเทศไทยโดยไม่ต้องขอใบอนุญาตทำงานเพียงแต่การทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ ไม่เป็นอาชีพที่กฎหมายสงวนไว้เฉพาะสำหรับคนไทยหรือที่กฎหมายห้ามไว้

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 โดยคณะปฏิวัติได้ประกาศและลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษา เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515 และมีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนด 90 วัน นับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งหมายความว่า ปว. 322 มีผลบังคับใช้ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2516 อย่างไรก็ตามเพื่อให้คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยและทำงานอยู่ก่อนวันที่ ปว. 322 มีผลบังคับใช้ได้รับผลกระทบจากประกาศ ปว.322 จึงให้อำนาจอธิบดีกรมแรงงานออกใบอนุญาตประเภท “ตลอดชีพ” ให้แก่คนต่างด้าวกลุ่มนี้ โดยหากคนกลุ่มนี้ต้องการจะทำงานที่เคยทำอยู่ต่อไปสามารถยื่นคำขอต่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายภายใน 90 วัน นับแต่วันที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 ประกาศใช้โดยที่ใบอนุญาตทำงานที่ออกให้นี้สามารถใช้ได้ตลอดชีวิต เว้นแต่ผู้นั้นจะเปลี่ยนอาชีพใหม่

ลักษณะของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 เป็นการกำหนดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวว่า คนต่างด้าวจะทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาต และต้องมีช่างในอาชีพและวิชาชีพใดที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำไว้ 39 ประเภทซึ่งยังไม่ครอบคลุมถึงสถานการณ์ภายในประเทศในขณะนั้นที่เกิดการปรากฏตัวคนต่างด้าวกลุ่มที่ไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย<sup>79</sup>

#### (2) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้ยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 และให้ใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้แทนเพื่อเป็นกฎหมายหลักที่ใช้บังคับเกี่ยวกับ

<sup>79</sup> จาก รวบรวมกฎหมายแรงงาน 2518 (น. 19-156), โดย กรมแรงงาน กระทรวงมหาดไทย, 2518, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

การทำงานของคนต่างด้าว กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ต้องการทำงานในประเทศไทยจะต้องขออนุญาตทำงาน และงานที่จะต้องมิใช่งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบกพร่องของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ที่กล่าวถึงแต่เฉพาะคนต่างด้าวเข้าเมืองมา โดยชอบด้วยกฎหมาย จึงได้บัญญัติเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึงคนต่างด้าวบางประเภท คือคนต่างด้าวกลุ่มที่ไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เช่น ญวนอพยพ เป็นต้น ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายนี้ และปัจจุบันบุคคลเหล่านี้ได้มาประกอบอาชีพหรือทำงานอยู่ในท้องที่จังหวัดต่าง ๆ โดยเสรี ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นผู้มีอิทธิพลเหนือคนต่างด้าวอื่น ๆ ที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่โดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง จึงจำเป็นต้องเพิ่มบทบัญญัติเพื่อให้บังคับแก่คนต่างด้าวเหล่านี้ด้วย นอกจากนี้ถ้อยคำในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 หลายแห่งไม่ชัดเจน ทำให้เป็นปัญหาขัดข้องในทางปฏิบัติอยู่หลายเรื่อง เนื่องจากได้ออกมาใช้บังคับโดยกะทันหันตามภาวะความจำเป็นในสมัยนั้น ทั้งนี้เพื่อให้คนต่างด้าวระหว่างที่อยู่ในประเทศไทยมีสิทธิทำงานประกอบอาชีพและวิชาชีพได้ในท้องที่ที่ได้รับอนุญาต เพื่อมิให้เป็นภาระแก่รัฐบาลไทยในการดูแลและเป็นการป้องกันก่ออาชญากรรมเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สินในการดำรงชีพของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ด้วย โดยคำนึงถึงหลักทางด้านมนุษยชน ด้านมนุษยธรรม และด้านความมั่นคงของประเทศ

พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดประเภทงานที่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าคนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้หรือไม่ จำแนกออกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้

ก. ประเภทแรกคือ งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ 39 ประเภท ตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2536 พระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และพระราชกฤษฎีกากำหนดในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2548 สำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายเป็นงานที่ห้ามคนต่างด้าวประเภทนี้ทำโดยเด็ดขาดหรือโดยไม่มีเงื่อนไข<sup>80</sup> หมายความว่าไม่สามารถขออนุญาตทำงานประเภทดังกล่าวได้เลยอันได้แก่งานดังนี้

ก) งานกรรมกร ยกเว้นงานกรรมกรในเรือประมงตาม (ข) ทั้งนี้ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองภายใต้ข้อตกลงว่าด้วยการจ้างแรงงานระหว่างรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งชาติอื่น และคนต่างด้าวที่ได้รับการกำหนดสถานะให้เป็นคนเข้าเมือง โดยชอบด้วยกฎหมายและมีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

<sup>80</sup> จาก งานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (น. 1-2), โดย ชุมพร ปัจจุสานนท์ และคณะ ก, 2542, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.



ข) งานกลึงกรรม งานเลื่อยสั้ว งานป่าไม้ หรืองานประมง ยกเว้นงานที่ใช้ความชำนาญงานเฉพาะสาขา งานควบคุมดูแลฟาร์ม หรืองานกรรมกรในเรือประมงทางทะเล

ค) งานก่ออิฐ งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น

ง) งานแกะสลักไม้

จ) งานขับขี่ยานยนต์ หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช่เครื่องจักรหรือเครื่องกล ยกเว้นงานขับขี่ยานพาหนะระหว่างประเทศ

ฉ) งานขายของหน้าร้าน

ช) งานขายทอดตลาด

ซ) งานควบคุม ตรวจสอบ หรือให้บริการทางบัญชี ยกเว้นงานตรวจสอบภายใน เป็นครั้งคราว

ฌ) งานเจียรระไน หรือขัดเพชรหรือพลอย

ญ) งานตัดผม งานตัดผม หรืองานเสริมสวย

ฎ) งานทอผ้าด้วยมือ

ฏ) งานทอเสื่อ หรืองานทำเครื่องใช้ด้วยกก หวาย ปอ ฟาง หรือเย็บไม้ไผ่

ฐ) งานทำกระดาษสาด้วยมือ

ฑ) งานทำเครื่องเงิน

ฒ) งานทำเครื่องดนตรีไทย

ณ) งานทำเครื่องถม

ด) งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องนาก

ต) งานทำเครื่องลงหิน

ถ) งานทำตุ๊กตาไทย

ท) งานทำเทียนหรือผ้าไหมนวม

ธ) งานทำบาตร

น) งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ

บ) งานทำพระพุทธรูป

ป) งานทำมีด

ผ) งานทำร่มกระดาษหรือผ้า

ฝ) งานทำรองเท้า

พ) งานทำหมวก

พ) งานนายหน้าหรืองานตัวแทน ยกเว้นงานนายหน้าหรืองานตัวแทนในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ

ก) งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธา ที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณ จัดระบบ วิจัย วางโครงการทดสอบ ควบคุมการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ ทั้งนี้ไม่รวมงานที่ต้องใช้ความชำนาญพิเศษ

ม) งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้าง หรือให้คำแนะนำ

ย) งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย

ร) งานปั้นหรือทำเครื่องปั้นดินเผา

ล) งานมวนบุหรี่ด้วยมือ

ว) งานมักคฤเทศก์ หรืองานจัดนำเที่ยว

ศ) งานเร่ขายสินค้า

ษ) งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ

ส) งานสาวหรือบิดเกลียวไหมด้วยมือ

ห) งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ

พ) งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี ยกเว้น

(ก) งานปฏิบัติหน้าที่อนุญาตโตตุลาการ

(ข) งานว่าต่างแก้ต่างในชั้นอนุญาตโตตุลาการ ถ้ากฎหมายซึ่งใช้บังคับแก้ไขข้อพิพาทที่พิจารณาโดยอนุญาตโตตุลาการนั้นมีใช้กฎหมายไทย หรือเป็นกรณีที่ไม่ต้องขอบังคับคำชี้ขาดของอนุญาตโตตุลาการนั้นในราชอาณาจักรไทย

ข. ประเภทที่สอง คือ งานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ 27 ประเภท ตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่องกำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ลงวันที่ 22 พฤษภาคม พ.ศ. 2539 สำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย เป็นงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประเภทนี้ทำได้ ซึ่งก็หมายความว่าคนต่างด้าวสามารถขออนุญาตทำงานได้เฉพาะ 27 ประเภทเท่านั้นดังนี้

ก) งานช่างซ่อมจักรยาน

ข) งานช่างประกอบและซ่อมเบาะรถ

ค) งานช่างประกอบและซ่อมตัวถังรถ

ง) งานช่างประกอบและซ่อมท่อไอเสียรถ

จ) งานช่างบัดกรีโลหะแผ่นด้วยมือ

- ค) งานช่างไม้เครื่องเรือน
- ช) งานช่างไม้ก่อสร้างอาคาร
- ซ) งานเลื่อยไม้ในโรงงานแปรรูปไม้
- ฅ) งานช่างปูน
- ฉ) งานช่างทาสี
- ณ) งานช่างประกอบและซ่อมประตูหน้าต่าง
- ด) งานช่างติดตั้งมุ้งลวด
- ฐ) งานช่างซ่อมผ้า
- ฒ) งานช่างตัดเย็บเสื้อผ้า ยกเว้น การตัดเย็บเสื้อผ้าสตรี
- ณ) งานซักรีดเสื้อผ้า
- ค) งานทำสวนผักและผลไม้
- ด) งานเลี้ยงสัตว์ ยกเว้น งานเลี้ยงไหม
- ถ) งานขายปลีกสินค้าที่มีใช้เวชภัณฑ์ เคมีภัณฑ์ เครื่องรับวิทยุ เครื่องรับโทรทัศน์ กล้องถ่ายภาพนิ่ง กล้องถ่ายภาพยนต์ อาวุธปืนหรือวัตถุระเบิด และอุปกรณ์ที่เกี่ยวข้องรวมทั้งเครื่องอะไหล่
- ท) งานขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- ธ) งานผลิตอาหารหรือเครื่องดื่ม
- น) งานช่างประกอบและซ่อมรองเท้า
- บ) งานช่างซ่อมนาฬิกา ปากกา และแว่นตา
- ป) งานช่างลับมีด และของมีคมอื่น ๆ
- ผ) งานช่างทำกรอบรูป
- ฝ) งานช่างเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่องโลหะมีค่าอื่น ๆ
- พ) งานช่างทอผ้าไหมพรมและทอผ้าด้วยมือ ยกเว้น งานทอผ้าไหมและงานทำผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเส้นไหม
- ฟ) งานกรรมกร

อย่างไรก็ตามสำหรับคนต่างด้าวสัญชาติพม่า ลาว และกัมพูชา ที่หลบหนีเข้าเมืองและอยู่ระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักรซึ่งกระทรวงแรงงานได้จัดระบบบริหารจัดการ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้ออกประกาศอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นกรณีพิเศษทำได้ 2 ประเภท คือ งานรับใช้ในบ้าน และงานกรรมกร ตามประกาศกระทรวงแรงงาน

เรื่อง กำหนดงานที่ให้นักต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ทำได้ (ฉบับที่ 14) ลงวันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2547<sup>81</sup>

หลักเกณฑ์การทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดให้นักต่างด้าวผู้ใดประสงค์จะทำงานในราชอาณาจักรจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานเท่านั้นตามแบบ หลักเกณฑ์และวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยงานที่จะขออนุญาตได้ต้องมีงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำทั้ง 4 ฉบับที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

หากงานที่คนต่างด้าวเข้ามาทำในราชอาณาจักรนั้นมีลักษณะเป็นงานจำเป็นและเร่งด่วน ได้แก่ คนต่างด้าวนั้นต้องเข้ามาในราชอาณาจักรโดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่เข้ามาทำนั้นต้องมีลักษณะเป็นงานอันจำเป็นและเร่งด่วนถึงขนาดซึ่งถ้าไม่รีบทำงานดังกล่าวแล้วน่าจะเกิดความเสียหายขึ้นและระยะเวลาในการทำงานนั้นต้องสามารถทำแล้วเสร็จได้ภายใน 15 วันคนต่างด้าวนั้นได้รับยกเว้นไม่ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตนั้น แต่มีหน้าที่คนต่างด้าวนั้นจะทำงานดังกล่าวได้ต่อเมื่อได้มีหนังสือแจ้งให้อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายทราบตามแบบที่อธิบดีกำหนด

สำหรับการยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน อาจแบ่งได้ 2 กรณี คือ

(1) กรณีนายจ้างยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานแทนคนต่างด้าว เนื่องจากนายจ้างซึ่งเป็นเจ้าของกิจการในประเทศไทยประสงค์จะให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในกิจการโดยขณะที่ยื่นคำขอนั้นคนต่างด้าวยังมิได้เดินทางเข้ามาในประเทศไทย

(2) กรณีคนต่างด้าวยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน เมื่อเดินทางเข้ามาแล้วประสงค์จะทำงานในประเทศไทย

โดยคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะขอรับใบอนุญาตทำงานต้องเป็นผู้ที่มีสิทธิอยู่ในราชอาณาจักร ได้แก่ มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยมิใช่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวหรือผู้เดินทางผ่านและไม่เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติ หรือต้องห้ามตามเงื่อนไขตามประกาศกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม เรื่อง กำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามและเงื่อนไขของคนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตทำงาน ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2539 ซึ่งคนต่างด้าวต้องให้คำรับรองก่อนว่าสามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นได้จึงจะออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าว

โดยทั่วไปอายุใบอนุญาตทำงานต้องกำหนดให้คราวละ 1 ปี ภายใต้ข้อยกเว้นคือ ถ้าได้รับอนุญาตให้ทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือ

<sup>81</sup> จาก โครงการศึกษาวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 (รายงานผลการวิจัย) (น. 19-30), โดย ชนินาฏ ลีตส์ และคณะ, 2548, กรุงเทพฯ: ม.ป.ท.

ตามกฎหมายอื่นเกิน 1 ปี ก็ให้กำหนดอายุใบอนุญาตตามกำหนดนั้น ส่วนกรณีที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวหากมีระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตน้อยกว่า 1 ปี ต้องกำหนดให้ไม่เกินระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรนั้น และหากการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอน ใบอนุญาตทำงานจะมีอายุเพียง 30 วัน จึงอาจกล่าวได้ว่า เงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาที่อนุญาตทำงานผูกติดกับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง<sup>82</sup>

เมื่อครบกำหนดตามใบอนุญาตทำงานแล้ว หากคนต่างด้าวประสงค์จะทำงานในสถานประกอบการเดิม คนต่างด้าวจะต้องยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตทำงานต่อนายทะเบียน ณ ท้องที่ที่ได้รับอนุญาตทำงานก่อนใบอนุญาตทำงานสิ้นอายุโดยนายทะเบียนจะต่ออายุใบอนุญาตทำงาน ให้ครั้งละ 1 ปีเว้นแต่

(1) การต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้ต่ออายุได้อีกไม่เกินระยะเวลาที่ผู้รับใบอนุญาตทำงานนั้น ได้รับการขยายระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักร

(2) การต่ออายุใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยไม่มีกำหนดเวลาแน่นอนให้ต่ออายุได้อีกครั้งละ 30 วัน เว้นแต่คนต่างด้าวนั้นได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองต่อไป โดยมีกำหนดเวลาที่แน่นอนเกิน 30 วัน ให้ต่ออายุใบอนุญาตทำงานได้เท่าระยะเวลาที่รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรแต่ไม่เกิน 1 ปี

อย่างไรก็ดี เมื่อคนต่างด้าวได้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตไว้แล้ว คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานนั้นต่อไปพลางก่อนได้จนกว่านายทะเบียนจะมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุ

ผู้รับใบอนุญาตจะทำงานอื่นใดนอกจากที่ระบุไว้ในใบอนุญาตไม่ได้ หากประสงค์จะทำงานอื่นจะต้องได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนเสียก่อน นอกจากห้ามผู้รับใบอนุญาตทำงานอื่นแล้ว หากมีการเปลี่ยนสถานที่ทำงานหรือเปลี่ยนท้องที่ในการทำงาน ผู้รับใบอนุญาตก็ต้องยื่นคำขออนุญาตเปลี่ยนสถานที่ทำงานหรือเปลี่ยนท้องที่ในการทำงานต่อนายทะเบียนแห่งท้องที่ที่ได้รับใบอนุญาตด้วย

นอกจากนี้กรณีซึ่งคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการนิคม

<sup>82</sup> จาก การศึกษาการพัฒนาและแนวทางการแก้ไขพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ. 2522 เพื่อกำหนดงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ (น. 46-47), โดย กองแผนงานและสารสนเทศ กรมการจัดหางาน ก, 2552, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

อุตสาหกรรม เป็นต้น จะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตภายใน 30 วันนับแต่วันที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้างต้นซึ่งยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นนี้ จะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำดังนั้น คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือตามกฎหมายอื่นจึงมีสิทธิที่จะทำงานใด ๆ ก็ได้ ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องและเมื่ออธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายได้รับคำขอแล้ว ต้องออกใบอนุญาตให้โดยมิชักช้า รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวได้รับการอนุญาตให้ขยายระยะเวลาทำงานออกไปตามกฎหมายนั้นแล้ว นายทะเบียนมีหน้าที่ต้องขยายระยะเวลาในใบอนุญาตทำงานให้สอดคล้องตามที่หน่วยงานที่อนุญาตนั้นขยายให้ ซึ่งคนต่างด้าวมีหน้าที่ต้องแจ้งการได้รับขยายระยะเวลาการทำงานนั้นต่อนายทะเบียนภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับการขยายนั้น เมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งแล้ว ต้องจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวนั้นคงมีสิทธิทำงานตามลักษณะงานที่ได้รับอนุญาตดังกล่าวเท่านั้น หากประสงค์จะทำงานอื่นก็จำเป็นต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานเพื่อการทำงานอื่นเช่นเดียวกับคนต่างด้าวที่ขอรับใบอนุญาตทำงานกรณีทั่วไป

กรณีที่อธิบดีหรือเจ้าพนักงานซึ่งอธิบดีมอบหมายไม่ออกใบอนุญาตทำงานหรือไม่อนุญาตตามคำขอหรือกรณีที่นายทะเบียนไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ทำงานอื่นหรือเปลี่ยนท้องที่หรือสถานที่ในการทำงานผู้ยื่นคำขอนั้นมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวเป็นหนังสือต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้ทราบคำสั่งไม่อนุญาตนั้น โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ จะต้องนำความเห็นของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัย และคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้ถือเป็นที่สุด<sup>83</sup>

ทั้งนี้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 โดยมีปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียมท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและค่าของเงินตราที่เปลี่ยนแปลงไป

<sup>83</sup> แหล่งเดิม, (น. 21-38).

## (3) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและมีผลบังคับใช้ เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2551 มีผลเป็นการยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544<sup>84</sup> โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นหนึ่งพระราชบัญญัติที่ถูกเร่งรัดออกมาในช่วงปลายสมัยของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ที่เป็นผลมาจากการปฏิวัติเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีสาระสำคัญเปลี่ยนแปลงและปรับปรุงจากกฎหมายฉบับเดิม<sup>85</sup> ดังนี้

ก) ยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 และจัดโครงสร้างของพระราชบัญญัติโดยแบ่งเป็น 6 หมวด และบทเฉพาะกาล รวม 60 มาตรา

หมวด 1 การทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 7-28

หมวด 2 กองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร มาตรา 29-40

หมวด 3 คณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 41-44

หมวด 4 คณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว มาตรา 45-47

หมวด 5 การกำกับดูแล มาตรา 48-50

หมวด 6 บทกำหนดโทษ มาตรา 51-56

บทเฉพาะกาล มาตรา 57-60

ข) ยกเลิกการกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยเปลี่ยนแปลงเป็นการออกกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ขึ้นใช้แทน

ค) กำหนดมาตรการเกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมนการจ้าง

ง) ปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น

จ) เพิ่มเติมให้ผู้ที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติสามารถขอรับใบอนุญาตทำงานได้

ฉ) เพิ่มมาตรการรองรับการพัฒนาพื้นที่เศรษฐกิจชายแดน

<sup>84</sup> พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551, มาตรา 3.

<sup>85</sup> จาก การจ้างแรงงานข้ามชาติ ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กับการจัดทำบัญชีรายชื่ออาชีพ สำหรับคนต่างชาติ (รายงานผลการวิจัย) (น. 3-5), โดย กฤตยา อาชวนิจกุล และกุลภาวจนสาระ, 2552, กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล.

ข) จัดตั้งกองทุนเพื่อการส่งคนต่างด้าวกลับออกไปนอกราชอาณาจักร

ข) กำหนดให้อายุของใบอนุญาตทำงานมีอายุไม่เกิน 2 ปีและต่ออายุได้ครั้งละไม่เกิน 2 ปี โดยให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อป้องกันการตั้งถิ่นฐานของคนต่างด้าว และกรณีคนต่างด้าวตามมาตรา 13(1) และ (2) ระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานติดต่อกันแล้วต้องไม่เกิน 4 ปี เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเป็นอย่างอื่นเป็นคราว ๆ ไป

ฅ) ปรับปรุงให้ผู้รับใบอนุญาตสามารถเพิ่มประเภทหรือลักษณะงานนายจ้าง ที่อยู่ที่หรือสถานที่ทำงาน หรือเงื่อนไขได้

ฉ) เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตทำงาน

ค) ปรับปรุงองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าว

ฅ) กำหนดให้มีคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์การทำงานของคนต่างด้าว

ฉ) กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจจับ และช่วยเหลือพนักงานสอบสวน

ช) ปรับปรุงบทกำหนดโทษให้เหมาะสม

ฅ) ปรับปรุงอัตราค่าธรรมเนียม

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ไม่สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และโดยที่แรงงานต่างด้าวเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศ กรณีจึงมีความจำเป็นต้องปรับปรุงระบบการทำงานของคนต่างด้าวให้เหมาะสมกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งรายละเอียดของพระราชบัญญัติฉบับนี้ปรากฏอยู่ในบทที่ 3 หัวข้อ 3.1.2