

ชุดโครงการวิจัย
ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย:
การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย
และการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ

การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:
ข้อเสนอแนะทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย
พันธุทิพย์ ภาณุอนะจิตร สาส์สุนทร
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)
ดำเนินงานโดยสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล

ชุดโครงการวิจัย
ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย:
การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมาย
และการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ

การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:
ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย
พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)
ดำเนินงานโดยสถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล

ชุดโครงการวิจัย
ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย :
การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจกฎหมาย
และการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ

โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.)

การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน
:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย

รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

เมื่อปลายปี พ.ศ.๒๕๓๘ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.กฤตยา อาชวนิจกุลได้มาชวนให้ทำวิจัยเรื่องเกี่ยวกับ “คนข้ามชาติ” โดยเฉพาะแรงงานข้ามชาติ เนื่องจากงานวิจัยเกี่ยวกับคนต่างด้าวเป็นเรื่องที่ผู้วิจัยสนใจเป็นทุนอยู่แล้ว จึงได้ตัดสินใจรับทำรายงานในแง่มุมนิติศาสตร์

หน้าที่ของผู้วิจัยในประการแรกอยู่ที่จะต้องตอบให้ได้ว่า สถานภาพของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้นเป็นอย่างไร และข้อเท็จจริงใดที่ทำให้คนต่างด้าวคนหนึ่งตกเป็น “คนเข้าเมืองผิดกฎหมาย” และผลที่เกิดขึ้นเมื่อคนต่างด้าวคนหนึ่งเข้ามาในประเทศไทยและทำงานในประเทศไทยไม่ว่าจะได้รับอนุญาตเข้าเมืองหรือไม่ ไม่ว่าจะได้รับอนุญาตให้ทำงานหรือไม่ กล่าวคือ ผู้วิจัยมีหน้าที่ศึกษาปัญหาแรกของคนต่างด้าวที่ “ข้ามชาติ” เข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน ในครั้งแรกจึงตั้งชื่อรายงานว่า “ปัญหาการเข้าเมืองไทยของผู้ใช้แรงงานข้ามชาติ” แต่ก็มี การท้วงติงจากหลายท่านว่า คำว่า “ผู้ใช้แรงงาน” ในภาษาไทยนั้นแคบกว่า “worker” .ในภาษาอังกฤษ เพื่อให้มีความหมายที่ทุกคนเข้าใจ ผู้วิจัยจึงให้ชื่อรายงานผลวิจัยในที่สุดว่า “การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย”

เป้าหมายของงานวิจัยฉบับนี้ก็คือการศึกษาปัญหาการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน ไม่ว่าเราจะเรียกพวกเขาว่า “ผู้ใช้แรงงานต่างชาติ” หรือไม่ ดังนั้น ในแง่เนื้อหา จึงไม่ใช่สิ่งที่ยากจะค้นหา แต่เนื่องจากส่วนหนึ่งของงานเป็นเรื่องเกี่ยวกับคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตเพื่อทำงาน การหาข้อมูลจึงเป็นไปได้ยาก และมีปัญหาที่จะต้องเจอข้อมูลที่ทางราชการเรียกว่า “เอกสารลับ” และพื้นที่ที่ประเด็นไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการลักลอบเข้าเมืองหรือกระบวนการลักลอบทำงานของคนต่างด้าวแล้ว การค้นคว้าหาข้อมูลที่อ้างอิงได้ยิ่งเป็นไปได้ยากมากขึ้น ซึ่งก็เป็นธรรมดาของการศึกษาเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ผิดกฎหมาย

ผู้วิจัยเคยจับงานวิจัยสหสาขามากหลายชิ้นแล้ว แต่ก็มีลักษณะไม่เหมือนงานฉบับนี้ การทำงานค้นคว้าทำกันเป็นทีม มีนักวิชาการจากหลายสาขามาช่วยกันทำงาน แต่เมื่อเวลาเขียนรายงาน ก็ต่างคนต่างเขียน จึงมีทั้งการประสานงานกันและมีเสรีภาพทางวิชาการที่จะคิดอย่างเป็นเอกเทศแยกจากกัน ในงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยก็ยังยืนยันว่า “เป็นงานวิจัยทางนิติศาสตร์” แต่ไม่ได้เน้นเฉพาะแต่บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ผู้วิจัยยังค้นคว้าข้อเท็จจริงที่เกิดจากการปรับใช้กฎหมายใน

สังคมอีกด้วย และนำไปสู่การคัดค้านหาข้อเสนอแนะในเชิงนโยบายสำหรับผู้ใดก็ได้ที่อยากแก้ไข
ปัญหาให้กับสังคม

ในท้ายที่สุด จึงขอขอบคุณผู้ให้ข้อมูลทุกท่านที่ไม่อาจเอ่ยนามจนครบได้ ขอขอบคุณ
อาจารย์จันทจิรา เอี่ยมมยุรา ซึ่งมาทำหน้าที่เป็นนักวิจัยรองให้ช่วงหนึ่งก่อนไปฝรั่งเศสและร่วมกัน
คิดงานนี้ขึ้นมา นอกจากนั้น ยังต้องขอบคุณผู้ช่วยวิจัยทุกท่าน ตั้งแต่ พี่ต้อม เจมส์ เจียบ จั่ว โต่ง
นิมมวล และโดยเฉพาะคุณพัชรินทร์ ซาလာประศาสน์ซึ่งนอกจากจะทำหน้าที่ผู้ช่วยวิจัยแล้ว ยังเข้า
มาทำหน้าที่ผู้จัดการงานวิจัยให้อีกด้วย ขอขอบคุณเพื่อนนักวิจัยใน “ชุดโครงการวิจัยแรงงานข้าม
ชาติ” ที่ทุกท่านที่ทำให้การทำงานครั้งนี้มีบรรยากาศที่อบอุ่นและเป็นกันเอง แม้จะมีความยาก
ลำบากในการทำงาน ขอขอบคุณอย่างมากโดยเฉพาะพี่กฤตยา และท้ายที่สุด ขอขอบคุณ สกว.ที่
ให้ทุนทำงาน

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
๑ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๕๐

สารบัญ

คำนำ

บทนำ 1

(๑.) ความสำคัญของปัญหาแรงงานต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย 1

(๒.) ปรัชญาที่เรียกว่า “คนข้ามชาติ” ในประเทศไทย 1

(๓.) ทางปฏิบัติของนานารัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับคนข้ามชาติ 2

(๔.) ปัญหาทางกฎหมายที่คนข้ามชาติต้องเผชิญ 3

(๕.) ปัญหาการเข้ามาในประเทศไทยของคนข้ามชาติ 4

(๖.) วัตถุประสงค์ของการวิจัย 5

(๗.) โครงสร้างของรายงานวิจัย 6

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภท 9

ของคนต่างด้าวในประเทศไทย

(๑.) ความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาภายใต้กฎหมายไทย 9

(๒.) การจำแนกประเภทของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายไทย 12

(๒.๑.) คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยและการจำแนกประเภท 12

(๒.๒.) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาและการจำแนกประเภท 14

(๓.) ความหมายของคำว่า “คนเข้าเมือง” ภายใต้กฎหมายไทย 20

(๔.) ผลของความเป็นต่างด้าวของบุคคลและสิทธิในการทำงานในประเทศไทย 23

(๕.) การจำแนกประเภทคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยตามความเป็นจริง 26

บทที่ ๒. สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามา 44

ในประเทศไทยเพื่อทำงาน

(๑.) กฎหมายไทยที่มีผลกำหนดการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าว 44

(๒.) ธรรมชาติของสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้ามาในประเทศไทย 44

(๓.) ความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่คนต่างด้าวจะร้องขออนุญาต 47

สารบัญ

รายงานวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน : ข้อเสนอทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

เข้ามาทำงานในประเทศไทย	
(๔.) ระยะเวลาที่อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน	52
บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอ อนุญาตเข้าเมืองไทยเพื่อทำงาน	56
(๑.) คุณสมบัติที่กำหนดสำหรับคนต่างด้าวโดยทั่วไป	56
(๒.) คุณสมบัติที่กำหนดสำหรับคนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษ	64
(๓.) คุณสมบัติที่กำหนดสำหรับคนต่างด้าวที่มีสถานการณพิเศษ	66
บทที่ ๔ สิทธิในการทำงานในประเทศไทยของ คนต่างด้าวเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย	62
(๑.) ความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย จะขออนุญาตทำงานในประเทศไทย	69
(๒.) เหตุผลที่รัฐยอมรับรองสิทธิในการทำงานไร้ฝีมือของคนต่างด้าว ที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย	70
(๓.) การจำแนกประเภทแรงงานต่างชาติไร้ฝีมือในประเทศไทย	72
(๔.) เหตุผลในการไม่บังคับการตามกฎหมายต่อคนเข้าเมือง ในลักษณะที่ผิดกฎหมายในหลายพื้นที่ของประเทศไทย	74
(๕.) แนวนโยบายของรัฐในเรื่องการยอมรับรองสิทธิของคนต่างด้าว เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายที่จะทำงานไร้ฝีมือในประเทศไทย	75
(๕.๑.) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๕	76
(๕.๒.) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๒ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๖	79
(๕.๓.) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙	80
(๕.๔.) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๖ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๓๙	82
(๕.๕.) มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๖ สิงหาคม พ.ศ.๒๕๓๙	82
(๖.) ความเคลื่อนไหวในสังคมอันเป็นผลของมติคณะรัฐมนตรี	88

สารบัญ

รายงานวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน : ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

เมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙

บทที่ ๕ หน้าที่ของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน	95
(๑.) หน้าที่ของคนต่างด้าวภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒	95
(๒.) หน้าที่ของคนต่างด้าวภายใต้ พ.ร.บ.การทำงานคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑	99
(๓.) หน้าที่ของคนต่างด้าวภายใต้ พ.ร.บ.การทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๓๓	103
บทที่ ๖ พันธกรณีทางระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทย ในเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน	109
(๑.) พันธกรณีตามกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ	109
(๒.) พันธกรณีตามปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ.๑๙๔๘	112
(๓.) พันธกรณีตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางแพ่ง และสิทธิในทางการเมือง ค.ศ. ๑๙๖๖	113
(๔.) พันธกรณีตามอนุสัญญาแห่งกรุงเวียนนาลงวันที่ ๑๘ เมษายน ค.ศ.๑๙๖๑ ว่าด้วยความสัมพันธ์ทางทูต	116
(๕.) พันธกรณีตามสนธิสัญญาทางไมตรีและเศรษฐกิจระหว่างประเทศไทย กับประเทศสหรัฐอเมริกาลงวันที่ ๒๙ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๐๙	118
(๖.) พันธกรณีตามความตกลงเพื่อการส่งเสริมการลงทุน	118
บทสรุป	120
บทคัดย่อ (ภาษาไทยและภาษาอังกฤษ)	127
บรรณานุกรม	131

สารบัญ

รายงานวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน : ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(๑.) ความสำคัญของปัญหาแรงงานต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย

การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องของประเทศไทยในอัตราระหว่าง ๘-๑๒ % ตลอดช่วงเวลาหนึ่ง เป็นเหตุให้ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่มีความโดดเด่นทางเศรษฐกิจในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสภาพปัจจัยที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุนจากทุนต่างชาติของประเทศไทย ประกอบกับกระแสของโลกในยุคโลกาภิวัตน์ เป็นเหตุให้ประเทศไทยมีฐานะเป็นทั้งผู้นำเข้า (ผู้รับ) และผู้ส่งออก (ผู้ให้) ปัจจัยการผลิตทั้งปวง ได้แก่ ทุน ทรัพยากร เทคโนโลยี และแรงงาน กับสังคมอื่นๆ

กล่าวโดยเฉพาะปัจจัยการผลิตด้านแรงงาน มีแรงงานต่างชาติทั้งที่มีฝีมือและไร้ฝีมือเข้ามาในประเทศไทย ตลอดจนมีคนไทยภูเขาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยลงมาทำงานทำในเมือง แต่ละปีมีจำนวนมาก และมีแนวโน้มสูงขึ้นทุกปี แรงงานเหล่านี้นับวันจะมีบทบาทสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจและการผลิตของไทย ขณะเดียวกัน มีแรงงานไทยซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานมีฝีมือได้เดินทางไปทำงานนอกประเทศ หรืออาจกล่าวได้ว่า ทั่วโลก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศญี่ปุ่น ไต้หวัน เกาหลี หรือประเทศแถบตะวันออกกลาง

(๒.) ปรากฏการณ์ที่เรียกว่า “คนข้ามชาติ” และ “แรงงานต่างชาติ” ในประเทศไทย

ในปัจจุบัน จึงเป็นสิ่งที่ชัดเจนว่า ปรากฏการณ์ของการข้ามชาติของบุคคลธรรมดาเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นอย่างเป็นธรรมดา เป็นเหตุการณ์ประจำวัน การข้ามชาติเป็นพฤติกรรมของมนุษย์โดยปกติเพื่อการแสวงหาปัจจัยทั้ง ๔ ประการของชีวิต การที่บุคคลธรรมดาเกิดในรัฐใดไม่หมายความว่าบุคคลนั้นจะอยู่อาศัยในดินแดนนั้นตลอดชีวิต และหากินในรัฐนั้นเท่านั้น จึงเป็นไปได้ที่มนุษย์คนหนึ่งอาจจะตั้งบ้านเรือนอยู่ในประเทศไทย แต่มีกิจการค้าในประเทศมาเลเซียและสิงคโปร์

ในส่วนที่เกี่ยวกับประเทศไทย ในขณะที่ผู้มีสัญชาติไทยเป็นจำนวนมากเดินทางออกจากประเทศไทยเพื่อไปทำงานในต่างประเทศ ก็มีคนต่างด้าวจำนวนมากที่ไม่ค่อยเดินทางเข้ามาในประเทศไทยและทำงานในประเทศไทย คนต่างด้าวที่ข้ามชาติเข้ามาทำงานในประเทศไทยมีทั้งที่เป็นคนทำงานมีฝีมือและคนทำงานไร้ฝีมือ นอกจากนั้น เป็นที่น่าสังเกตว่า ภาวะการหลั่งไหลเข้ามาของคนต่างด้าวเพื่อทำงานไร้ฝีมือในประเทศไทยมีความเป็นไปได้ที่จะขยายตัวมากขึ้น เพราะภาวะของ

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

“การขาดแคลนแรงงาน” หรือ “การขาดแคลนแรงงานราคาถูก” ในประเทศไทย ซึ่งในยุคปัจจุบัน มีธุรกิจจำนวนมากมายในประเทศไทยที่ระบบการผลิตต้องการใช้แรงงานไร้ฝีมือจำนวนมาก สำหรับเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบัน การขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือจึงหมายถึงผลกระทบต่อธุรกิจจำนวนไม่น้อยในประเทศไทย

ด้วยเหตุผลในทางเศรษฐกิจที่ต้องการเทคโนโลยี หุ่น และแรงงานจากต่างประเทศ ประเทศไทยในปัจจุบันจึงตกอยู่ภายใต้สภาวะการณ์ที่ไม่แตกต่างจากอารยประเทศอื่นๆ กล่าวคือ ประเทศไทยไม่อาจจะมิแนวนโยบายปิดประเทศได้เลย

ปัญหาที่นานารัฐในยุคโลกาภิวัตน์จะต้องตัดสินใจก็คือ รัฐเจ้าของดินแดนจะยอมรับคนต่างด้าวที่ข้ามชาติมาในประเทศของตนอย่างไร หรือในทางกลับกัน รัฐเจ้าของสัญชาติจะคุ้มครองคนชาติของตนที่ข้ามชาติไปอยู่ในดินแดนของรัฐต่างประเทศอย่างไร

ในที่สุด เท่าที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย คนต่างด้าวที่ข้ามเข้ามาทำงานในประเทศไทยย่อมมีสถานะเป็น “แรงงานต่างชาติ” ในประเทศไทย ปัญหาปัจจุบันที่เกิดขึ้นทันทีในสังคมนี้ ก็คือ การเข้ามาของแรงงานต่างด้าวเป็นภัยหรือเป็นคุณต่อประเทศไทย คำตอบย่อมมีมากกว่าหนึ่งเดียว กลุ่มชนที่ได้ประโยชน์ก็อยากที่จะรับคนต่างด้าวเหล่านี้ไว้ ฝ่ายที่เสียประโยชน์ก็ต้องการให้คนเหล่านั้นกลับออกไปจากประเทศไทย จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า คำตอบกลางๆ ที่เป็นคุณต่อทุกฝ่ายมีหรือไม่ ในปัญหาแรงงานต่างชาติในประเทศไทย และประเทศไทยจะจัดการกับปัญหานี้ได้ตามอำเภอใจหรือไม่ จะเห็นว่า ปัญหานี้มิใช่ปัญหาใหม่ จึงเป็นที่น่าสงสัยว่า นานารัฐจะจัดการอย่างไรเกี่ยวกับปัญหาคนข้ามชาติและแรงงานต่างด้าว

(๓.) ทางปฏิบัติของนานารัฐในเรื่องที่เกี่ยวกับคนข้ามชาติและแรงงานข้ามชาติ

แต่อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าส่วนใหญ่ของรัฐเจ้าของดินแดนจะยอมรับปรากฏการณ์ข้ามชาตินี้ แต่รัฐอธิปไตยเหล่านี้ก็ได้ยอมรับคนข้ามชาติทุกคน นอกจากนั้น การยอมรับคนข้ามชาติคนหนึ่งในดินแดนของรัฐ ยังไม่อาจหมายความว่า รัฐนั้นได้ยอมรับบุคคลนั้นในลักษณะเด็ดขาด รัฐเจ้าของดินแดนจะตามควบคุมคนต่างด้าวที่ข้ามชาติเข้ามาตลอดเวลาที่ใช้ชีวิตอยู่ในดินแดนของตน และพร้อมจะส่งคนข้ามชาติออกนอกประเทศหากว่าบุคคลนั้นมีการกระทำที่ขัดต่อผลประโยชน์ของรัฐ ดังนั้น จึงยังสรุปได้ว่า รัฐยังคงยืนยันอำนาจอธิปไตยที่เด็ดขาดเหนือบุคคลธรรมดาที่เข้ามามีความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดกับตน หลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่อง “อำนาจ

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

อธิปไตย" (Sovereignty) จึงยังเป็นหลักที่ศักดิ์สิทธิ์ของยุคปัจจุบัน ในการศึกษาการข้ามชาติของบุคคลธรรมดาจึงไม่อาจจะหลีกเลี่ยงการศึกษาเขตอำนาจของรัฐที่มีอยู่เหนือคนข้ามชาตินั้น

พัฒนาการของปรากฏการณ์ข้ามชาติในยุคนี้มาถึงตอนที่พิสูจน์ได้ว่า รัฐเจ้าของดินแดนก็มีรายได้จากการข้ามชาติของคนชาติของตนที่ไปประกอบธุรกิจในประเทศต่าง ๆ โดยผลของข้อเท็จจริงนี้ รัฐได้พิสูจน์ให้เห็นความเป็นไปได้ที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของตนเองเพื่อก่อให้เกิดกฎหมายที่มีลักษณะ "เหนือ" รัฐ (Supranational Law) ซึ่งกฎหมายนี้มีใช้แต่เพียงกฎเกณฑ์ในระดับของกฎหมาย "ระหว่าง" ประเทศ (International Law) แต่อย่างไรก็ตาม ความเป็นไปได้นี้จะเกิดขึ้นก็เพียงภายใต้เงื่อนไขที่ว่า ปรากฏการณ์ข้ามชาตินั้นเป็นประโยชน์ต่อรัฐ ความเป็นไปได้นี้ที่จะจำกัดอำนาจอธิปไตยของรัฐดังกล่าวอาจจะนำไปสู่การจัดตั้งองค์กร "เหนือ" รัฐ (Supranational Organization) มีใช้แต่เพียงองค์กร "ระหว่าง" ประเทศ (International Organization) เหล่าองค์กรตลาดร่วม (Common Market) ต่างๆ หรือสหภาพยุโรป (European Union) เป็นตัวอย่างของปรากฏการณ์นี้ได้หรือไม่

(๔.) ปัญหาทางกฎหมายที่คนข้ามชาติซึ่งเป็นแรงงานต่างชาติต้องเผชิญ

ดังนั้น ชีวิตของคนข้ามชาติในปัจจุบันจึงอาจจะตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่มากกว่ากฎหมายภายในของรัฐที่เป็นเจ้าของสัญชาติหรือภูมิลำเนาของตนเอง กล่าวคือ การที่คนต่างด้าวข้ามชาติไปอยู่ในต่างประเทศอาจทำให้เขาต้องตกอยู่ใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ซึ่งได้แก่กฎเกณฑ์ดังต่อไปนี้ สนธิสัญญาระหว่างประเทศ กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ และหลักกฎหมายทั่วไปแห่งกฎหมายระหว่างประเทศ

ในความเป็นจริงของปัจจุบัน การข้ามชาติหรือการเข้าเมืองของบุคคลธรรมดาจึงตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่ชัดเจน แต่ก็ซับซ้อนอย่างมาก นอกจากนั้น รัฐยังดำรงตนเป็นองค์อธิปัตย์เหนือดินแดนของตนอย่างเด็ดขาด กลไกของรัฐในการปิดประตูเมืองแก่คนต่างด้าวยังเป็นกลไกที่ศักดิ์สิทธิ์และขึ้นอยู่กับอำนาจใจของรัฐอย่างมาก ในบางกลุ่มของรัฐ แม้จะมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศในเรื่องการกำหนดกฎเกณฑ์การเข้าเมืองร่วมกันของรัฐภาคี อาทิ ระหว่างรัฐภาคีของสนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพยุโรป แต่การบังคับการตามสนธิสัญญาก็ยังเป็นอำนาจของรัฐเจ้าของดินแดนอย่างเด็ดขาด

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

นอกจากนั้น ในแง่ของการบังคับใช้กฎหมาย พฤติกรรมของคนข้ามชาติยังจะตกอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐที่มีความสัมพันธ์กับตนและองค์การระหว่างรัฐที่รัฐนั้นจัดตั้งขึ้น

ชีวิตข้ามชาติของบุคคลจึงนำมาซึ่งปรากฏการณ์ทางกฎหมายที่ซับซ้อนยิ่งนัก ชีวิตนี้อาจจะเสี่ยงภัยหรือปลอดภัยย่อมขึ้นอยู่กับปัจจัยทั้งหมดที่กล่าวมา ปัญหาทางกฎหมายที่สำคัญที่คนข้ามชาติจะต้องประสบในชีวิตน่าจะมีอยู่ ๕ ประการ คือ การเข้าเมือง การประกอบอาชีพ¹ การอยู่อาศัย การถือครองทรัพย์สิน และการผสมกลมกลืนตนเองในสังคมของรัฐเจ้าของดินแดน²

(๔.) ปัญหาการเข้ามาในประเทศไทยของคนข้ามชาติ

ปัญหาแรกที่คนข้ามชาติจะต้องประสบ ก็คือ การเข้ามาในประเทศที่เป็นเป้าหมาย เนื่องจากคนข้ามชาติเป็น “คนต่างด้าว” (aliens) ในดินแดนที่เป็นเป้าหมาย ในขณะที่หลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศรับรองสิทธิแก่คนชาติที่จะเข้าไปในดินแดนของรัฐเจ้าของสัญชาติ แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว โดยทั่วไป รัฐเจ้าของดินแดนไม่มีพันธกรณีระหว่างประเทศที่จะต้องยอมรับให้คนต่างด้าวเข้ามาในดินแดนของตน จึงกล่าวได้ว่า สิทธิในการเข้าเมืองของคนชาตินิยมเป็นสิทธิที่เด็ดขาด (absolute right) ในขณะที่คนข้ามชาติไม่อาจมีสิทธิเด็ดขาดในการเข้าไปในดินแดนของรัฐต่างประเทศได้เลย สิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข (relative right) กล่าวคือ สิทธิจะเกิดเพียงภายใต้เงื่อนไขที่รัฐเจ้าของดินแดนอนุญาตให้เข้าเมือง

แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องตระหนักข้อเท็จจริงที่ว่า แม้รัฐจะห้ามคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศในบางกรณี แต่ข้อห้ามนั้นก็อาจไม่มีผลบังคับในความเป็นจริง คนข้ามชาติเกิดมาในสถานการณ์ที่กฎหมายของรัฐห้าม “คนหลบหนีเข้าเมือง” จึงเป็นปรากฏการณ์ที่พบในทุกรัฐ

¹ พิศวาท สุคนธพันธ์ และปฐมภรณ์ บุษปธำรง, การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการทำงานของคนต่างด้าว, รายงานผลวิจัยในชุดโครงการวิจัยทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย : การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมาย และการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ, โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), ๒๕๔๐

² พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, การยอมรับให้คนต่างด้าวผสมกลมกลืนในสังคมไทย: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหาและทางเลือกนโยบาย, รายงานผลวิจัยในชุดโครงการวิจัยทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย : การศึกษาข้อเท็จจริงจากกลุ่มผลประโยชน์ ข้อสำรวจทางกฎหมาย และการวิเคราะห์ระบบการจัดการของรัฐ, โดยการสนับสนุนของสำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), ๒๕๔๐

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ในประเทศไทย การเข้าเมืองของคนต่างด้าวตกอยู่ภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ เช่นเดียวกับนานารัฐ ประเทศไทยจะต้องเผชิญกับการเข้าเมืองเพื่อหลายวัตถุประสงค์ อาทิ การเข้าเมืองเพื่อท่องเที่ยว การเข้าเมืองเพื่อประกอบธุรกิจหรือทำงานทำ การเข้าเมืองเพื่อการศึกษา การเข้าเมืองเพื่อลี้ภัย ฯลฯ แต่ในสถานการณ์ปัจจุบัน ประเทศไทยไม่อาจจะมีนโยบายเปิดเสรีในเรื่องการเข้าเมืองด้วยเหตุผลหลายประการ กล่าวคือ การยอมรับบุคคลโดยไม่กลั่นกรองอาจนำมาซึ่งภัยต่อรัฐและสังคม ประการหนึ่ง หรือที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ก็คือ ด้วยทรัพยากรที่จำกัด การยอมรับบุคคลโดยไม่จำกัดอาจนำมาซึ่งความขาดแคลนทรัพยากรที่จะอุปโภคและบริโภคภายในประเทศและนำมาซึ่งข้อพิพาทระหว่างชุมชน ชนชั้น และชนชาติในสังคมได้ แต่อย่างไรก็ตาม ประเทศไทยก็ยังต้องการทุน เทคโนโลยี วัตถุดิบ เครื่องจักรอุปกรณ์ และแรงงานบางประเภทจากต่างประเทศ การปิดประตูเมืองโดยสิ้นเชิงก็เป็นสิ่งที่ทำไม่ได้ จึงไม่น่าจะแปลกใจที่ต้องพบว่า มีกฎหมายพิเศษออกมาแก้ไขหรือเพิ่มเติม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองอยู่ไม่น้อยทีเดียว และ นอกจากนั้น ยังปรากฏว่า ปัญหาการเข้าเมืองของคนต่างด้าวยังมีอยู่ในสนธิสัญญาที่ประเทศไทยทำกับต่างประเทศอีกด้วย ผลของเรื่องที่ปรากฏในที่สุด ก็คือ กฎหมายที่เป็นอยู่ในเรื่องการเข้าเมืองไทยจึงเป็นกฎหมายที่มีความซับซ้อนและความกระจัดกระจายอย่างมาก ยังมีปัญหาทางกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่เกิดขึ้นขั้นตอนการเข้าเมืองไทยของคนข้ามชาติ ก็คือ ปัญหาที่เกิดจากความไม่สอดคล้องของกฎหมายนี้ต่อสภาพสังคม

นอกจากนั้น ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเข้าเมืองของคนข้ามชาติยังเกิดจากข้อเท็จจริงที่ว่า กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเป็นกฎหมายประเภทหนึ่งที่มีความยุ่งยากในการบังคับการตามกฎหมาย เหตุผลก็เพราะว่า นอกจากกฎหมายนี้จะมีลักษณะที่ซับซ้อนและกระจัดกระจายแล้ว ระบบองค์กรของรัฐที่มีหน้าที่กำหนดนโยบายและปฏิบัติการตามกฎหมายนี้ยังมีอยู่หลายองค์กร กฎหมายที่เป็นอยู่ยังเปิดโอกาสให้การทำงานระหว่างองค์กรทั้งหลายนี้ในหลายสถานการณ์ซ้ำซ้อนกัน และเมื่อการทำงานขาดการประสานงานที่ดีระหว่างกัน ปัญหาที่เกิดขึ้นจึงร้ายแรงมากขึ้น

(๖.) วัตถุประสงค์ของการวิจัย

การทราบข้อมูลว่า คนข้ามชาติใดที่จะนำปัจจัยที่ประเทศไทยต้องการเข้าเมืองมา จึงเป็นสิ่งสำคัญประการแรก เพราะข้อมูลนี้จะทำให้เราทราบว่า เราควรจะเปิดประตูเมืองให้ใครบ้างเข้าเมือง และการอนุญาตให้เข้าเมืองไทยควรจะมีความไว้อย่างใดหรือไม่ แต่ความรู้ดังกล่าวจะไม่มี

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ผลในทางปฏิบัติเลย หากเรามีได้นำความรู้ที่นั้นมาทบทวนกฎหมายที่เป็นอยู่และระบบขององค์กรของรัฐที่เป็นอยู่ในการเข้าเมืองของคนข้ามชาติ

วัตถุประสงค์ในการทำงานวิจัยครั้งนี้จึงมีอยู่ ๕ ประการด้วยกัน กล่าวคือ

ในประการแรก การทำงานวิจัยในทางนิติศาสตร์ในเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนข้ามชาติย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะสำรวจบทกฎหมายที่กำหนดการเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าว การสำรวจดังกล่าวควรจะทำทั้งภายใต้กฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ

ภายหลังจากการศึกษาบทกฎหมายที่มีผลกำหนดปัญหาการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวแล้ว จึงควรจะศึกษาในประการที่สองว่า ระบบองค์กรของรัฐในเรื่องการเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าวนั้นมีลักษณะอย่างไร ทั้งนี้ เพราะระบบองค์กรดังกล่าวจะเป็นเงื่อนไขของความมีประสิทธิภาพของบทกฎหมายและแนวนโยบายของรัฐ

ในประการที่สาม ในรายงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยพยายามจะสำรวจปัญหาที่เกิดขึ้นจริงจากการปรับกฎหมายที่เป็นอยู่ว่าด้วยการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าว

และการสำรวจดังกล่าวจะทำให้สามารถบรรลุถึงเป้าหมายประการที่สี่ของงาน กล่าวคือ การนำผลสำรวจในทางข้อเท็จจริงมาเปรียบเทียบกับผลสำรวจในทางกฎหมาย ผลของการทำงานในขั้นตอนนี้จะแสดงผลกระทบของกฎหมายในปัจจุบันต่อคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน กล่าวคือ “ผลกระทบต่อบุคคล” อันเป็นวัตถุประสงค์การศึกษาของการวิจัยทั้งโครงการ

ภาระหน้าที่ในประการสุดท้ายของงานวิจัยทางนิติศาสตร์ฉบับนี้ ก็คือ การเสนอแนะกฎหมายหรือ norm ที่เหมาะสมกับสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยในปัจจุบันและอนาคตในส่วนที่เกี่ยวกับการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน

(๗.) เค้าโครงของรายงานวิจัย

การนำเสนอรายงานผลวิจัยแบ่งออกเป็น ๖ บท อันดำเนินไปตามปัญหากฎหมายแต่ละเรื่องที่จะเกิดขึ้นในขั้นตอนการทำความเข้าใจปัญหากฎหมายที่เกิดแก่คนข้ามชาติผู้ซึ่งร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

เนื่องจากคนข้ามชาติย่อมมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าว” ในรัฐเจ้าของดินแดนที่มีการทำงาน ดังนั้น เมื่อเราศึกษาปัญหาของคนข้ามชาติในประเทศไทย เราจึงจะต้องเริ่มต้นการศึกษาด้วยการทำความเข้าใจคำว่า “คนต่างด้าว” และเรียนรู้ “การจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย” เสียก่อน เพราะสถานภาพของบุคคลในทางกฎหมายจะเป็นเครื่องกำหนดสิทธิหน้าที่และความสามารถของบุคคลนั้นภายใต้กฎหมาย กฎหมายไทยจะรับรองสิทธิของคนต่างด้าวในลักษณะใด จึงขึ้นอยู่กับสถานภาพของคนต่างด้าวนั้นภายใต้กฎหมายไทย และบทนี้จะนำไปสู่การเปรียบเทียบคนต่างด้าวในนิยามแห่งกฎหมายและคนต่างด้าวที่ปรากฏจริงในประเทศไทย (บทที่ ๑)

ในบทที่ ๒ เป็นการนำเสนอคำตอบต่อคำถามที่ว่า มีความเป็นไปได้ในทางกฎหมายไทยในปัจจุบันที่คนต่างด้าวจะร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทยเพื่อทำงานหรือไม่ ไม่เป็นการยากที่จะให้คำตอบเพราะบทบัญญัติของกฎหมายไทยในเรื่องนี้มีความแน่นอนชัดเจน แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นและจะต้องตอบก็คือ ทำไมจึงมีข้อกำหนดเช่นนั้น และข้อกำหนดเช่นนั้นสอดคล้องกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจของประเทศไทยในยุคนี้หรือไม่ (บทที่ ๒)

สิ่งที่จำเป็นจะต้องวิจัยในขั้นตอนต่อไปเพื่อความเข้าใจกระบวนการร้องขอสิทธิในการเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าวในปัจจุบัน ก็คือ การสำรวจคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่กฎหมายไทยยอมรับให้ร้องขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศไทย (บทที่ ๓)

หลังจากนั้น จึงต้องย้อนมาตอบปัญหาที่ว่า หากคนต่างด้าวมีลักษณะการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมาย คนต่างด้าวจะมีสิทธิที่จะทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยหรือไม่ คำถามนี้น่าจะไม่ถูกต้องนักในหลักสูตรวิทยาทางกฎหมายที่ว่า บุคคลที่ไม่มีสิทธิในการเข้าเมือง ก็ไม่น่าจะได้รับการรับรองสิทธิใดๆ จากรัฐเจ้าของดินแดนที่ได้ปฏิเสธที่จะให้สิทธิในการเข้าเมืองแก่คนต่างด้าวนั้น แต่ในความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในประเทศไทย สถานการณ์มิได้เป็นไปตามหลักการดังกล่าว คนต่างด้าวที่เข้าเมืองไทยในลักษณะที่ผิดกฎหมายอาจได้รับการรับรองสิทธิในการทำงานโดยรัฐเจ้าของดินแดน ดังนั้น จึงต้องศึกษาในขั้นตอนนี้ถึง สถานการณ์ที่ประเทศไทยยอมรับให้สิทธิแก่คนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายที่ร้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทย(บทที่ ๔)

นอกจากนั้น ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะมีลักษณะการเข้าเมืองที่ถูกหรือผิดกฎหมายกฎหมายก็ตาม คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยนั้นย่อมมีหน้าที่ภายใต้กฎหมายไทย(บทที่ ๕)

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

และการศึกษาทั้งหมดที่กล่าวมา จะเป็นพื้นฐานในการศึกษาปัญหาพันธกรณีทางระหว่างประเทศที่ผูกพันประเทศไทยในเรื่องการยอมรับคนต่างด้าวให้เข้ามาในประเทศไทยและในเรื่องของการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศไทย(บทที่ ๖)

บทนำ

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาณจนะจิตรา สายสุนทร

คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในการเริ่มต้นศึกษาปัญหาการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน ผู้วิจัยจึงใคร่จะเริ่มต้นโดยการศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาภายใต้กฎหมายไทย(๑.) และการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายดังกล่าว(๒.)

(๑.) ความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาภายใต้กฎหมายไทย

ความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาในประเทศใดก็ตามย่อมขึ้นอยู่กับกฎหมายสัญชาติของประเทศนั้น ดังนั้น ความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาในประเทศไทยจึงขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยสัญชาติของประเทศไทย

เป็นที่ชัดเจนว่า กฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติในทุกยุคทุกสมัยต่างก็มีความเป็นเอกภาพในการบัญญัติว่า “คนต่างด้าว หมายถึงผู้ที่ไม่ใช่สัญชาติไทย” ดังนั้น ความเป็นต่างด้าวของบุคคลธรรมดาภายใต้กฎหมายลายลักษณ์อักษรไทยว่าด้วยสัญชาติไทยในทุกยุคย่อมเกิดจากการไม่มีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการได้สัญชาติไทย หรือเกิดจากการมีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการได้สัญชาติไทยแต่มีข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการเสียสัญชาติไทย ดังนั้น การที่บุคคลธรรมดาบุคคลหนึ่งอ้างว่า ตนไม่เป็นต่างด้าวในประเทศไทย บุคคลนั้นก็ต้องพิสูจน์ให้ปรากฏว่า ตนได้สัญชาติไทยตามกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติไทยฉบับใดฉบับหนึ่งและไม่เคยเสียสัญชาติดังกล่าวภายใต้กฎหมายไทยฉบับใดฉบับหนึ่งในเวลาต่อมา หรือแม้ว่าบุคคลจะเสียสัญชาติไทยภายหลังจากที่ได้รับมาแล้ว แต่หากว่าบุคคลนั้นพิสูจน์ได้ว่า ได้กลับคืนสัญชาติไทยมาแล้วโดยผลของกฎหมายไทยฉบับใดฉบับหนึ่งในเวลาต่อมา บุคคลนั้นก็สามารถกล่าวอ้างได้ว่า ตนมีสัญชาติไทย

ข้อเท็จจริงที่กฎหมายลายลักษณ์อักษรไทยกำหนดให้เป็นเหตุแห่งการได้สัญชาติไทยในทุกยุค ก็คือ การมีสายโลหิตจากบิดาหรือมารดาไทย^๑ หรือการเกิดในประเทศไทย^๒ หรือการสมรส

^๑ มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๔๕ และ พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

^๒ มาตรา ๓(๑) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖; มาตรา ๗(๑) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๔๕; มาตรา ๗(๑) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

กับผู้มีสัญชาติไทย³ หรือการแปลงสัญชาติเป็นไทย⁴ โดยในแต่ละยุคแต่ละสมัย การกำหนดองค์ประกอบแห่งการได้สัญชาติไทยอาจจะแตกต่างกันออกไปในรายละเอียด เว้นแต่การได้สัญชาติไทยโดยหลักสืบสายโลหิตจากบิดาที่องค์ประกอบแห่งข้อเท็จจริงที่ทำให้ได้สัญชาติไทยดังกล่าวไม่เคยเปลี่ยนแปลงไปเลย

ดังนั้น .. จึงเป็นสิ่งที่ชัดเจนว่า คนต่างด้าวก็คือคนที่ไม่มีสัญชาติไทย กล่าวคือ บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสถานะเป็นคนไทยโดยหลักสืบสายโลหิตจากบิดา ไม่มีสถานะเป็นคนไทยโดยหลักสืบสายโลหิตจากมารดา ไม่มีสถานะเป็นคนไทยโดยหลักดินแดน ไม่มีสถานะเป็นคนไทยโดยการสมรส และไม่มีสถานะเป็นคนไทยโดยการแปลงสัญชาติ

เราอาจสรุปได้อีกว่า คนต่างด้าวจึงอาจจะเป็นบุคคลธรรมดาที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทยโดยไม่มีความสัมพันธ์ใดๆ กับประเทศไทยเลย ประมาทหนึ่ง นอกจากนั้น คนต่างด้าวยังอาจหมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีความสัมพันธ์กับประเทศไทยอย่างใดอย่างหนึ่ง กล่าวคือ มีสายโลหิตไทย หรือเกิดในประเทศไทย หรือมีคู่สมรสเป็นไทย หรือเคยแปลงสัญชาติเป็นไทย แต่กฎหมายสัญชาติไทยไม่ยอมรับหรือไม่ยอมรับอีกต่อไปในความเป็นไทยของบุคคลนั้น อาทิ บุคคลใดเกิดในประเทศไทยแต่กฎหมายไม่ยอมรับให้มีสัญชาติไทย หรือบุคคลใดได้รับอนุญาตให้แปลงสัญชาติเป็นไทยแล้วแต่ต่อมาถูกถอนสัญชาติ แม้บุคคลนั้นจะมีความสัมพันธ์กับประเทศไทยในระดับสาระสำคัญแล้วก็ตาม บุคคลนั้นก็จะเป็นต่างด้าวได้

³ มาตรา ๓(๒) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖; มาตรา ๗(๒) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๕; มาตรา ๗(๒) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘; มาตรา ๗(๑) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สัญชาติ(ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕

⁴ มาตรา ๓(๓) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖; มาตรา ๗(๓) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๕; มาตรา ๗(๓) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘; ข้อ ๒ วรคท้าย แห่ง ปว.๓๓๗ พ.ศ.๒๕๑๕; มาตรา ๗(๒) และมาตรา ๗ ทวิ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ. สัญชาติ(ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕

⁵ มาตรา ๓(๔) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖; มาตรา ๘ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๕; มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

⁶ มาตรา ๓(๕) แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖; มาตรา ๔ และมาตรา ๑๐ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๕; มาตรา ๑๐ มาตรา ๑๑ และมาตรา ๑๒ วรค ๒ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

จึงถือเป็นที่สุดว่า หากกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติไม่ยอมรับว่า บุคคลธรรมดาใดมีสัญชาติไทย บุคคลนั้นก็ต่างด้าวในประเทศไทย ในทางกลับกัน หากกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติยอมรับว่า บุคคลธรรมดาใดมีสัญชาติไทย บุคคลนั้นก็คนไทยไม่ว่าความสัมพันธ์กับประเทศไทยจะมีน้อยเพียงใดเมื่อเทียบกับความสัมพันธ์ที่บุคคลนั้นมีต่อรัฐต่างประเทศอื่น อาทิ นายดาเนียลซึ่งเกิดในประเทศฝรั่งเศสจากบิดาฝรั่งเศสและมารดาไทย มารดาตายตั้งแต่นายดาเนียลอายุได้เพียงขวบเดียว ภายหลังจากนั้น บิดาก็สมรสใหม่กับหญิงชาวฝรั่งเศส นายดาเนียลจึงพูดภาษาไทยไม่ได้เลยและไม่เคยรู้จักประเทศไทยเลย แต่เมื่อกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติในปัจจุบันกำหนดให้บุตรของมารดาไทยย่อมได้สัญชาติไทยโดยหลักสืบสายโลหิตจากมารดา และเมื่อนายดาเนียลยังไม่เสียสัญชาติไทยดังกล่าว โดยข้อกฎหมาย เขาจึงมีสัญชาติไทย แม้โดยข้อเท็จจริงนอกเหนือจากการมีมารดาไทย เขาจะไม่มีความสัมพันธ์กับประเทศไทยเลยก็ตาม

นอกจากนั้น ขอให้สังเกตว่า แม้ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสว่าด้วยสัญชาติ นายดาเนียลจะได้สัญชาติฝรั่งเศสโดยหลักสืบสายโลหิตจากบิดาและหลักดินแดน ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ยังไม่อาจทำให้นายดาเนียลเสียสัญชาติไทย เพราะกฎหมายไทยว่าด้วยสัญชาติกำหนดให้คนไทยหลักสืบสายโลหิตจากมารดาเสียสัญชาติไทยเมื่อบุคคลนั้นสละสัญชาติเอง⁷ หรือเมื่อบุคคลนั้นเสียสัญชาติโดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ เมื่อบุคคลนั้นได้รับใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวตามกฎหมายไทยว่าด้วยการทะเบียนคนต่างด้าว⁸ หรือเมื่อบุคคลนั้นแปลงสัญชาติเป็นต่างด้าว⁹ เมื่อไม่ปรากฏว่า นายดาเนียลได้สละสัญชาติไทยหรือเสียสัญชาติไทยโดยผลของกฎหมาย นายดาเนียลจึงมีสองสัญชาติ กล่าวคือ สัญชาติฝรั่งเศสและสัญชาติไทย การมีสัญชาติไทยของเขาจึงทำให้ไม่เป็นต่างด้าวแม้ถือสัญชาติต่างประเทศอยู่ด้วย

ความไร้สัญชาติก็ทำให้บุคคลตกเป็นต่างด้าวในประเทศไทย ทั้งนี้ เพราะกฎหมายกำหนดว่า ความไม่มีสัญชาติไทยทำให้บุคคลตกเป็นต่างด้าว เมื่อความไร้สัญชาติของบุคคลย่อมหมายความว่า บุคคลไม่มีสัญชาติไทย ดังนั้น คนไร้สัญชาติจึงตกเป็นคนต่างด้าวเช่นกัน

⁷ มาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๕ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

⁸ มาตรา ๒๑ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

⁹ มาตรา ๒๒ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

เมื่อเราสรุปได้อย่างชัดเจนแล้วว่า บุคคลในข้อเท็จจริงใดจะมีสถานะภาพเป็น “คนต่างด้าว” ภายใต้กฎหมายไทย ในขั้นตอนต่อไป เราจึงจะต้องมาศึกษากฎหมายไทยในเรื่องการจำแนกประเภทของคนต่างด้าว การศึกษาดังกล่าวจะนำไปสู่การมองภาพรวมของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้อย่างชัดเจนมากขึ้นอีก

(๒.) การจำแนกประเภทของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายไทย

เนื่องจากคนต่างด้าวในประเทศไทยมีอยู่หลายลักษณะ และคนต่างด้าวแต่ละลักษณะก็มีสิทธิ หน้าที่ และสถานะภาพตามกฎหมายไทยที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อความสามารถในการกำหนดสิทธิ หน้าที่ และสถานะภาพของคนต่างด้าว นักกฎหมายจึงต้องมีความชัดเจนในการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายไทย

โดยธรรมชาติของเรื่อง การจำแนกคนต่างด้าวย่อมจะต้องเริ่มต้นโดยใช้แหล่งที่มาของคนต่างด้าวนั้นเอง เพราะโดยความเป็นจริงในสังคมไทย เราพบว่า คนต่างด้าวกลุ่มหนึ่งเกิดในประเทศไทย ในขณะที่คนต่างด้าวอีกกลุ่มหนึ่งเกิดนอกประเทศไทยแล้วจึงเดินทางเข้ามาในประเทศไทย ในเบื้องต้น จึงไม่อาจจะปฏิเสธที่จะจำแนกคนต่างด้าวในประเทศไทยออกเป็น ๒ ประเภทกล่าวคือ คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย(๒.๑.) และคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมา(๒.๒.)



(๒.๑.) คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยและการจำแนกประเภท

ในเมื่อคนต่างด้าวใดเกิดในประเทศไทย จึงหมายความว่า บุคคลนั้นมีใช้คนเข้าเมือง ในอดีต ศาลฎีกาไม่ลังเลที่จะชี้ว่า คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยมิใช่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมา¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม เหตุผลทางกฎหมายดังกล่าวย่อมใช้ไม่ได้นับแต่วันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๓๕ ทั้งนี้ เพราะมาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๓ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

¹⁰ ฎ.๕๘๙/๒๕๓๓

ซึ่งถูกแก้ไขและเพิ่มเติมโดย พ.ร.บ.สัญชาติ(ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ ได้กำหนดให้ถือว่า “ผู้เกิดในราชอาณาจักรไทยซึ่งไม่ได้สัญชาติไทยตามมาตรา ๗ ทวิ วรรค ๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน”^{๑๑} เป็น “ผู้ที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” เว้นแต่จะมีการสั่งเป็นอย่างอื่นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

จะเห็นว่า มาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๓ นี้จึงทำให้คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยแต่มีข้อเท็จจริงตามมาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๑ กล่าวคือ มีบิดาและมารดาไม่ว่าจะจดทะเบียนสมรสกันหรือไม่ ซึ่งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นคนเข้าเมืองในลักษณะไม่ถาวร” ตกอยู่ในข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าเป็น “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” ทั้งที่โดยข้อเท็จจริง บุคคลดังกล่าวมิใช่คนเข้าเมือง การจะหลุดพ้นจากสถานภาพนี้จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยได้สั่งการตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองให้บุคคลนั้นเป็น “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายเข้าเมือง” ดังนั้น บุคคลที่เกิดในประเทศไทยนับแต่วันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๕ และไม่ได้สัญชาติไทยโดยผลของมาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๑ จึงตกเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายเข้าเมืองโดยผลของ มาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๓

แม้มาตรา ๗ ทวิ นี้จะมีผลในวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๕ แต่มาตรา ๑๑ แห่ง พ.ร.บ.สัญชาติ(ฉบับที่ ๒) พ.ศ.๒๕๓๕ ก็ได้กำหนดให้มาตรา ๗ ทวิ ทั้งมาตรามีผลต่อบุคคลที่เกิดในประเทศไทยก่อนวันที่ดังกล่าวและไม่ได้สัญชาติไทยอีกด้วย ดังนั้น บุคคลที่เกิดในประเทศไทยก่อนวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๕ และไม่ได้สัญชาติไทยโดยผลของมาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๑ จึงตกเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยผลของมาตรา ๗ ทวิ วรรคที่ ๓ เพียงแต่ว่าความเป็นต่างด้าวที่เข้าเมืองมาในลักษณะที่ผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจะเกิดในวันที่ ๒๖ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๓๕ มิใช่ตั้งแต่เกิด^{๑๒}

ดังนั้น จึงสรุปเป็นหลักได้เช่นกันว่า ในปัจจุบัน แม้ว่าโดยข้อเท็จจริง จะมีคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย แต่โดยข้อสันนิษฐานทางกฎหมาย บุคคลดังกล่าวจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และข้อสรุปดังกล่าวทำให้

^{๑๑} ฎ.๒๒๒๑/๒๕๓๘

^{๑๒} ฎ.๗๓๗๖/๒๕๓๗

เราต้องยอมรับต่อไปว่าภายใต้กฎหมายไทยในปัจจุบัน เราอาจจะจำแนกคนต่างด้าวที่เข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมายออกเป็น ๒ ประเภทย่อย กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยข้อเท็จจริงและคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองโดยข้อกฎหมาย

คำถามสุดท้ายในเรื่องนี้ ก็คือ เมื่อกฎหมายถือว่า “คนเกิดในประเทศไทยและไม่ได้สัญชาติไทย” ย่อมตกเป็น “คนหลบหนีเข้าเมือง” โดยข้อกฎหมาย การถือเอาตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาตินี้จะทำให้บุคคลต้องรับโทษทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและถูกส่งตัวออกไปนอกประเทศด้วยหรือไม่ ดังนั้น จึงเป็นความกังวลใจว่า การกำหนดมาตรการของรัฐเกี่ยวกับแรงงานต่างชาตินั้นเป็นไปโดยไม่คำนึงถึงแรงงานที่ถูกถือว่า “เข้าเมือง” แต่ในความเป็นจริงเป็น คนเกิดในประเทศไทยแต่ไม่มีสัญชาติไทย อาทิ มาตรการผลักดันบุคคลในลักษณะนี้ออกไปจากประเทศไทยย่อมมีนัยที่อาจไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนนัก หากประเทศไทยเป็นรัฐที่มีความใกล้ชิดกับบุคคลนั้นมากที่สุด การที่ประเทศไทยจะผลักดันบุคคลดังกล่าวไปยังประเทศที่ไม่มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้นเลยย่อมไม่ถูกต้องเลย

(๒.๒.) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาและการจำแนกประเภท

ในการพิจารณาประวัติศาสตร์ไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน แม้เราจะพบว่า มีคนต่างด้าวหลายรุ่นหลายชาติที่เดินทางเข้ามาในประเทศไทย แต่ประเทศไทยเพิ่งมีกฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการเดินทางเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าวในวันที่ ๑๑ กรกฎาคม พ.ศ.๒๔๗๐ เท่านั้น กล่าวคือ โดยข้อกำหนดของ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๔๗๐¹³

ความมีผลของ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๔๗๐ จึงทำให้คนต่างด้าวไม่อาจจะเดินทางเข้ามาในประเทศไทยได้โดยเสรีอีกต่อไป โดยหลัก คนต่างด้าวที่จะเข้าเมืองไทยได้จะต้องมีคุณสมบัติตามข้อกำหนดของ พ.ร.บ.นี้ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยฝ่าฝืนข้อกำหนดของกฎหมาย จึงตกเป็น “คนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง” ดังนั้น ตั้งแต่วันที่ ๑๑ กรกฎาคม พ.ศ.๒๔๗๐ จึงอาจจะจำแนกคนต่างด้าวที่เข้าเมืองไทยมาเป็น ๒ ประเภทย่อย กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิด

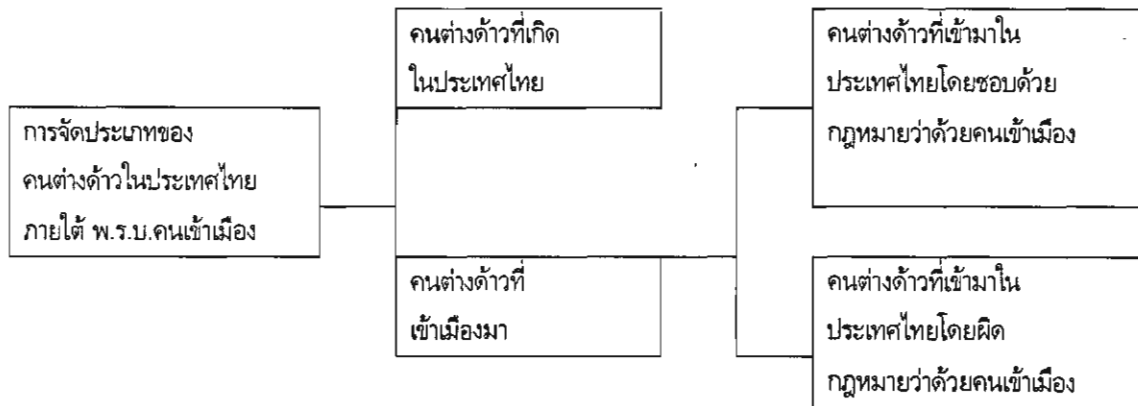
¹³ มาตรา ๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๔๗๐

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย

รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และการจำแนกประเภทคนต่างด้าวในลักษณะดังกล่าวก็ได้รับการยอมรับในเวลาต่อมาโดย พ.ร.บ.คนเข้าเมืองฉบับต่อๆ มา กล่าวคือ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๔๘๐ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๔๙๓ และ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒



(๒.๒.๑.) **คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและการจำแนกประเภท**

คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองย่อมมีความหมาย ๓ ประการ กล่าวคือ

ในประการแรก ย่อมหมายถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง นั่นคือ คนต่างด้าวที่หลบหนีเข้าเมืองนั่นเอง

และในประการที่สอง ย่อมหมายถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแต่มีได้ออกไปจากประเทศไทยทั้งที่สิทธิในการเข้าเมืองได้สิ้นสุดลงแล้ว เรียกกันโดยทั่วไปว่า Over-stay

และในประการสุดท้าย ย่อมหมายถึงคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อกิจการอย่างหนึ่งแต่กลับกระทำกิจการที่มีได้ระบุในขณะที่ร้องขอเข้าเมือง อาทิ บุคคลใดที่ร้องขอเข้าเมืองเพื่อท่องเที่ยว แต่กลับมาประกอบอาชีพในประเทศไทย

ผลในทางกฎหมายของการเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทย โดยมีขอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองย่อมทำให้บุคคลไม่มีสิทธิในการเข้าเมืองไทย นั่นคือ ย่อมจะต้องได้รับโทษอาญาตามกฎหมายนี้ และจะต้องส่งตัวออกไปจากราชอาณาจักรไทย

ขอให้สังเกตว่า มาตรา ๕๘ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่จะตั้งข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า คนต่างด้าวซึ่งมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ เป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองที่มีผลในปัจจุบัน กล่าวคือ

ในประการแรก หากบุคคลใดไม่มีหลักฐานการเข้ามาในราชอาณาจักรโดยถูกต้องตามมาตรา ๑๒(๑) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กล่าวคือ คนต่างด้าวนั้นไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นนั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศ หรือจากกระทรวงการต่างประเทศ บุคคลนั้นก็จะถูกข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็น “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง” เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

ในประการที่สอง หากบุคคลใดไม่มีใบสำคัญถิ่นที่อยู่ตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ และไม่มีใบสำคัญประจำตัวตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนคนต่างด้าว^{๑๔} บุคคลนั้นก็จะถูกข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่า เป็น “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง”

(๒.๒.๒.) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและการจำแนกประเภท

ภายหลังจากที่เราพิจารณาบทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมืองทุกฉบับ เราจึงอาจจะจำแนกประเภทคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

^{๑๔} ในปัจจุบัน ก็คือ พ.ร.บ.การทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๓๓

เมืองออกได้อีกเป็น ๒ ประเภทย่อย กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะชั่วคราว(ก.) และคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะถาวร(ข.)

(ก.) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะไม่ถาวรและการจำแนกประเภท

เราอาจจะแบ่งคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะไม่ถาวรออกได้อีกเป็น ๒ ประเภทย่อย กล่าวคือ คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะชั่วคราว และคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะพิเศษเฉพาะราย

คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะชั่วคราว ก็คือ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาและอยู่ในประเทศไทยเป็นระยะเวลาชั่วคราว เมื่อระยะเวลาดังกล่าวสิ้นสุดลง คนต่างด้าวนั้นก็ต้องเดินทางออกไปจากประเทศไทย

ส่วนคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะพิเศษเฉพาะรายก็คือคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาและอยู่ในประเทศไทยโดยไม่มีข้อจำกัดที่ระยะเวลา เหตุที่จะทำให้สิทธิอยู่ในประเทศไทยสิ้นสุดก็คือเหตุพิเศษเฉพาะรายที่ได้รับอนุญาตให้มาประกอบการในประเทศไทย อาทิ นายคำสิงห์ซึ่งมีสัญชาติลาวได้รับอนุญาตให้เข้ามาศึกษาในระดับบัณฑิต ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เหตุที่จะทำให้สิทธิอยู่ในประเทศไทยของนายคำสิงห์สิ้นสุดก็คือการสิ้นสุดภาพนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งอาจจะเป็นเพราะถูกรื้อถอนหลังจากการศึกษาได้ ๒ ปีการศึกษา หรืออาจจะเป็นเพราะจบการศึกษาหลังจากการศึกษาได้ ๔ ปีการศึกษา หรืออาจจะเป็นเพราะจบการศึกษาหลังจากการศึกษาได้ ๗ ปีการศึกษา จะเห็นว่า ไม่ว่าความเป็นนักศึกษาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จะสิ้นสุดเพราะเหตุใด นายคำสิงห์ก็ต้องเดินทางออกไปจากประเทศไทย

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย
 รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
 โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

มาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ รับ
รองให้คนต่างด้าวกล่าวอ้างเหตุผลดังต่อไปนี้ในการร้องขอเข้าเมืองไทยในลักษณะชั่วคราวและภายใน
ในระยะเวลาดังนี้

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

**ตารางแสดงวัตถุประสงค์ในการเข้าเมืองของคนต่างด้าวและระยะเวลา
ที่คนต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว
ภายใต้มาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒**

	วัตถุประสงค์ในการเข้าเมือง	ระยะเวลาที่อนุญาต ให้อยู่ในราชอาณาจักร
๑	-การเล่นกีฬา-ม.๓๔(๔) -การเดินทางผ่านราชอาณาจักร-ม.๓๔(๘) -การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่า สถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร-ม.๓๔(๙)	๓๐ วัน
๒	-การท่องเที่ยว-ม.๓๔(๓)	๙๐ วัน
๓	-ธุรกิจ-ม.๓๔(๕) -การศึกษาหรือดูงาน-ม.๓๔(๑๐) -การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน-ม.๓๔(๑๑) -การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง-ม.๓๔(๑๒) -การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร-ม.๓๔(๑๓) -การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ-ม.๓๔(๑๔) -การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง-ม.๓๔(๑๕)	๑ ปี
๔	-การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง-ม.๓๔(๖)	๒ ปี
๕	-การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล-ม.๓๔(๑) -การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ-ม.๓๔(๒)	ระยะเวลาตาม ความจำเป็น
๖	-การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน-ม.๓๔(๗)	ระยะเวลาที่ คณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุน พิจารณาเห็นสมควร

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(ข.) คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้อยู่ในประเทศไทยในลักษณะถาวร

เมื่อคนต่างด้าวนั้นได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง และได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ตลอดจนได้รับใบสำคัญถิ่นที่อยู่แล้ว¹⁵ คนต่างด้าวนั้นก็จะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้อยู่ในประเทศไทยในลักษณะถาวร จะเห็นว่า โดยหลักคนต่างด้าวในลักษณะนี้จะมีสิทธิอยู่ในประเทศไทยโดยไม่มีข้อกำหนดทั้งในแง่ระยะเวลาและในแง่เหตุแห่งการอยู่ในประเทศไทย สิทธิในการเข้าเมืองในลักษณะถาวรจะสิ้นสุดก็แต่ในสถานการณ์ที่เป็นข้อยกเว้น กล่าวคือ คนต่างด้าวกระทำการที่กฎหมายได้กำหนดห้ามไว้สำหรับคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้อยู่ในประเทศไทยในลักษณะถาวร

(๓.) ความหมายของ “คนเข้าเมือง” (immigrant)

ในทางปฏิบัติ พบว่า ในปัจจุบัน ความหมายของคำว่า “คนเข้าเมือง” ในกฎหมายไทย (๓.๑.) มีความหมายแตกต่างไปจากที่เข้าใจกันในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ(๓.๒.) แต่อย่างไรก็ตาม ในการบังคับการตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองก็มีการนิยามคำว่า “คนเข้าเมือง” ในการทำงานของตนเอง(๓.๓.)

(๓.๑.) ความหมายของ “คนเข้าเมือง” (immigrant) ในกฎหมายไทย

ในขณะที่ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๔๗๐ และใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๔๘๐ ไม่มีการนิยามคำว่า “คนเข้าเมือง” เอาไว้ แต่คำว่า “คนเข้าเมือง” มีความหมายที่ต่างกันในระหว่างกฎหมายเก่า กล่าวคือ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๔๕๓ (๓.๑.๑.) และกฎหมายใหม่ กล่าวคือ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ (๓.๑.๒.)

¹⁵ มาตรา ๔๑ แห่งพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒

(๓.๑.๑.) ความหมายของคำว่า “คนเข้าเมือง” ภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง
พ.ศ.๒๕๔๓

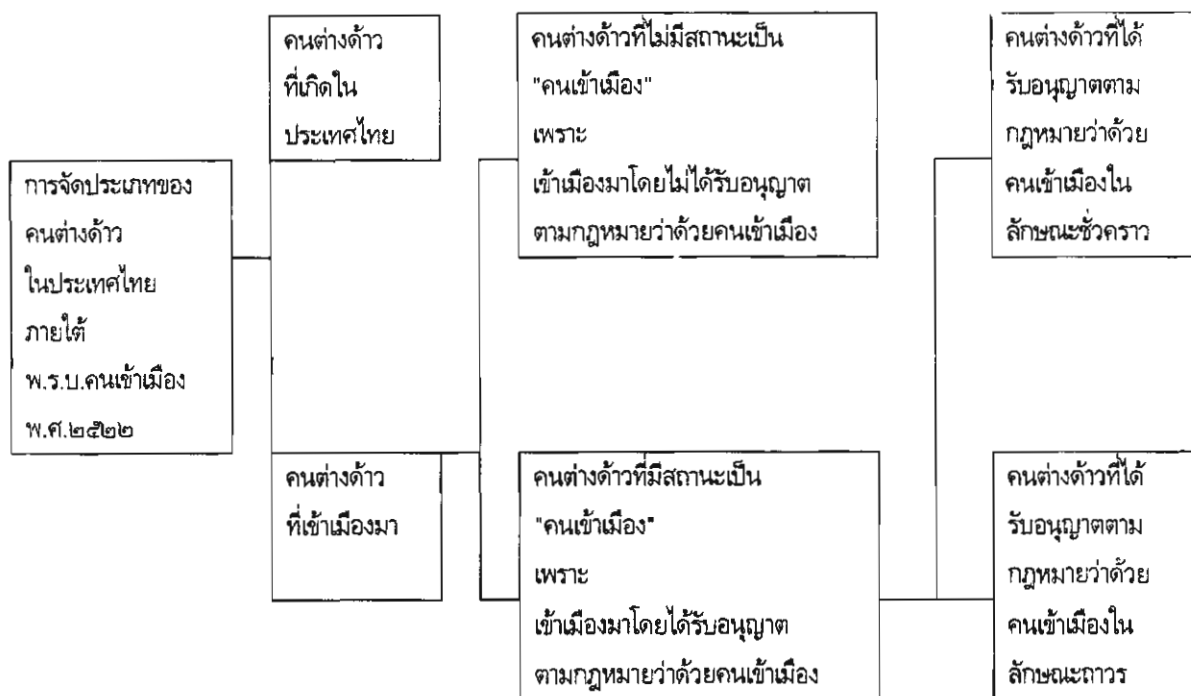
พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๔๓ ได้นิยามคำว่า “คนเข้าเมือง” ให้หมายถึง “คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อมีถิ่นที่อยู่เป็นประจำ” จึงน่าจะแปลความได้ว่า คำว่า “คนเข้าเมือง” ใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๔๓ หมายถึง “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในลักษณะถาวร” เท่านั้น

(๓.๑.๒.) ความหมายของคำว่า “คนเข้าเมือง” ภายใต้ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง
พ.ศ.๒๕๖๒

ส่วนพ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ ได้นิยามคำว่า “คนเข้าเมือง” ให้หมายถึง “คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร” จะเห็นว่า คำว่า “คนเข้าเมือง” ใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ มีความแตกต่างไปจากที่ระบุใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๔๓ เห็นได้ชัดเจนว่า คำว่า “คนเข้าเมือง” ใน “พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒” น่าจะหมายถึง “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองทุกประเภท” นั่นคือ ไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์ในการเข้าเมืองเพื่อมีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทยหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง ก็คือ ไม่ว่าจะได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองแบบชั่วคราวหรือถาวร

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ เป็นกฎหมายที่มีผลในปัจจุบัน การจำแนกประเภทคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในประเทศไทย จึงต้องเป็นไปตามกฎหมายฉบับนี้ มิใช่ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๔๓ ซึ่งถูกยกเลิกไปแล้ว

เราจึงอาจจะจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้ดังต่อไปนี้



(๓.๒.) ความหมายของ "คนเข้าเมือง(immigrant)" ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ

ขอให้สังเกตว่า คำว่า "คนเข้าเมือง" ในกฎหมายไทยที่มีผลในปัจจุบันไม่มีความหมายที่ตรงกับคำว่า "immigration" ในกฎหมายต่างประเทศ เป็นที่เข้าใจกันว่าคำนี้มี ความหมายถึง "a process of voluntarily entering a country other than one's own for the purpose of permanent settlement"¹⁶ ดังนั้น จึงจะต้องเข้าใจว่า คนเข้าเมือง (immigrant) ในกฎหมายต่างประเทศหมายถึง คนต่างด้าวที่เข้าเมืองในลักษณะถาวร มิใช่เพียงชั่วคราว

จะเห็นว่า ความหมายของ "คนเข้าเมือง(immigrant)" ในทางปฏิบัติระหว่างประเทศ เป็นความหมายที่ตรงกับกฎหมายไทยว่าด้วยคนเข้าเมืองฉบับเก่า กล่าวคือ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๔๙๓ จึงเป็นเรื่องที่ต้องตระหนักว่า คำว่า "คนเข้าเมือง" ใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๖๒ ซึ่งเป็นกฎหมายปัจจุบัน ไม่มีความสอดคล้องกับคำว่า "คนเข้าเมือง" ที่นานาประเทศยอมรับ

¹⁶ Donald P.Kommers, Immigration, In: international Encyclopedia of Public International Law, Instalment 8, pp.308-311.

(๓.๓.) ความหมายของ "คนเข้าเมือง" (immigrant) ในทางปฏิบัติของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง

ในทางปฏิบัติของสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Bureau) ถือว่า "คนเข้าเมือง" (Immigration) หมายถึง คนต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองตามมาตรา ๔๑ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ จะเห็นว่าสำนักงานนี้กลับไปยอมรับใช้ความหมายของคำนี้เป็นอยู่ในมาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๔๓¹⁷

จะเห็นว่า คำว่า "คนเข้าเมือง" ของสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองมิได้เป็นไปตามมาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ซึ่งมีความหมายเพียงแค่ว่า "คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักร" (alien who enters the Kingdom) สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองใช้คำว่า "non-immigrant" สำหรับ "คนอยู่ชั่วคราว" (aliens entering into the kingdom for a temporary stay) หรือคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยในลักษณะชั่วคราวตามมาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ นั้นเอง

(๔.) ผลของความเป็นต่างด้าวของบุคคลและสิทธิในการทำงานในประเทศไทย

จึงขอสรุปในที่ที่สุดว่า แนวความคิดว่าด้วยสัญชาติไทยเป็นตัวกำหนดว่า บุคคลใดจะเป็นไทยหรือเป็นต่างด้าวภายใต้กฎหมายไทย และโดยทั่วไป ภายใต้กฎหมายไทย ความเป็นไทยย่อมให้สิทธิที่ดีกว่าความเป็นต่างด้าว คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญชาติจึงเป็นคดีที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลถูกโต้แย้งสิทธิอันเนื่องมาจากความเป็นไทย

แต่การไม่มีสัญชาติไทยก็ไม่มีผลกระทบความสามารถที่จะดำรงชีวิตที่ดีและมีคุณภาพในประเทศไทย ในกรณีที่บุคคลมีสถานภาพเป็นต่างด้าวในประเทศไทย ความเป็นคนเข้าเมืองในลักษณะถาวรก็ย่อมให้สิทธิภายใต้กฎหมายไทยที่ดีกว่าคนต่างด้าวประเภทอื่น

แต่อย่างไรก็ตาม แม้ความเป็นคนเข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมายย่อมทำให้คนต่างด้าวนั้นมีความด้อยสิทธิกว่าคนต่างด้าวอื่นๆ แต่จะเป็นการผิดพลาดอย่างยิ่งที่จะสรุปว่า คนต่างด้าวที่

¹⁷ สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง, เอกสารประกอบการบรรยายความรู้กฎหมายตรวจคนเข้าเมือง

มีลักษณะการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมายไม่ว่าจะเป็นผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายไทยได้เลย นอกจากสิทธิในความเป็นมนุษย์หรือสิทธิมนุษยชนแล้วที่รัฐจะต้องรับรองแก่คนต่างด้าวที่มีลักษณะการเข้าเมืองที่ผิดกฎหมายแล้ว ด้วยเหตุผลพิเศษในหลายกรณี กฎหมายไทยก็อาจรับรองสิทธิอื่นๆ อีก แก่บุคคลดังกล่าว

ด้วยรายงานวิจัยนี้มุ่งพิจารณาปัญหาของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย จึงต้องพิจารณาปัญหาความเป็นต่างด้าวและสิทธิของคนต่างด้าวที่จะทำงานในประเทศไทย

(๔.๑.) สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่ต้องร้องขออนุญาต

ความเป็นต่างด้าวในประเทศไทยไม่ทำให้กฎหมายรับรองสิทธิในเรื่องการคุ้มครองแรงงานในลักษณะที่แตกต่างไปจากคนชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานในประเทศไทยของคนต่างด้าว ความแตกต่างย่อมปรากฏระหว่างสิทธิในการทำงานของคนชาติและสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในลักษณะทั่วไป¹⁸ กล่าวคือ คนไทยไม่ต้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทย ในขณะที่คนต่างด้าวต้องขออนุญาตทำงาน สิทธิในการทำงานของคนชาติจึงเป็นสิทธิเด็ดขาด ในขณะที่สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข

(๔.๒.) เงื่อนไขในการร้องขอสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทย

ในปัจจุบัน ในประเทศไทย คนต่างด้าวอาจร้องขอใบอนุญาตทำงาน(work permit) ไม่ว่าจะเข้าเมืองโดยถูกหรือโดยผิดกฎหมาย เพียงแต่เงื่อนไขในการอนุญาตเท่านั้นจะมีความแตกต่างกัน ในขั้นตอนนี้ เราอาจทำความเข้าใจเบื้องต้นว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายจะมีสิทธิในการทำงานที่ดีกว่าคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย

(๔.๒.๑.) เงื่อนไขในการร้องขออนุญาตทำงานสำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย

คนต่างด้าวทุกคนที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิที่จะร้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทย เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดสำหรับคนต่างด้าวนี้ ก็คือ จะ

¹⁸ ภายใต้มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ คนต่างด้าวประเภทพิเศษย่อมได้รับการรับรองสิทธิที่จะทำงานในประเทศไทยโดยไม่ต้องขอใบอนุญาต อาทิ พูท กงสุล เจ้าหน้าที่องค์การระหว่างประเทศ

ต้องไม่ทำงานประเภทที่กฎหมายห้าม¹⁹ สิทธิในลักษณะทั่วไปนี้เป็นไปตามมาตรา ๗ แห่ง พ.ร.บ. การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิดังกล่าวก็ยังตกอยู่ภายใต้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจที่จะอนุญาตหรือไม่ ก็ได้ คนต่างด้าวจึงทำงานได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตทำงานแล้วเท่านั้น

แต่ในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นเข้าทำงานที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากรัฐ สิทธิที่ได้รับนี้ย่อมไม่ต้องอยู่ภายใต้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะไม่อนุญาตให้ทำงานและดังนั้น จึงสามารถเข้าทำงานได้โดยไม่ต้องรอใบอนุญาต สิทธิในลักษณะพิเศษนี้เป็นไปตามมาตรา ๑๐ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑²⁰

(๔.๒.๒.) เงื่อนไขในการร้องขออนุญาตทำงานสำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

ในส่วนคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ความเป็นไปได้ที่จะทำงานตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามข้อกำหนดของมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ เท่านั้น กล่าวคือ เงื่อนไขในเรื่องคุณสมบัติของผู้ทรงสิทธิ เงื่อนไขในเรื่องงานที่ทำได้ และเงื่อนไขในเรื่องพื้นที่ที่ทำงาน

คนต่างด้าวที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิในการทำงานตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ จะต้องมิเงื่อนไข ๔ ประการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันได้แก่

ในประการแรก จะต้องมิสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ”

¹⁹ โปรดดูต่อไปในบทที่ ๒ ของรายงานวิจัย

²⁰ โปรดดู พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง “การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำงานและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”, ใน:ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐

ในประการที่สอง จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร”

ในประการที่สาม จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย”

ในประการสุดท้าย จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวโดยผลของการถอนสัญชาติ”

จะเห็นว่า คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายทุกคน จึงไม่อาจจะเป็นผู้ทรงสิทธิในการทำงานตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑ สิทธิที่เกิดขึ้นไม่มีลักษณะทั่วไป ความเป็นไปได้ที่จะใช้สิทธิจึงค่อนข้างจำกัด²¹

(๔.) การจำแนกประเภทคนต่างด้าวที่ทำงานในประเทศไทยตามความเป็นจริง

ในความเป็นจริงที่พบในประเทศไทย เราอาจจะจำแนกคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยออกได้เป็น ๕ ประเภท กล่าวคือ

(๔.๑.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน

ในความเป็นจริง เราพบว่า มีคนต่างด้าวจำนวนมากที่เดินทางจากต่างประเทศเข้ามาทำงานในประเทศไทย บุคคลดังกล่าวอาจเข้ามาในประเทศไทยโดยที่ลักษณะการเข้าเมืองอาจจะชอบหรือมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองก็ได้ นอกจากนั้น การทำงานในประเทศไทยของพวกเขาก็อาจจะมีกฎหมายไทยรับรองสิทธิในการทำงานหรือไม่ ก็ได้ ณ ที่นี้ จึงอาจจำแนกคนต่างด้าวกลุ่มนี้ออกเป็น ๓ ประเภท กล่าวคือ

²¹ โปรดดูต่อไปในบทที่ ๔ ของรายงานวิจัย

(๕.๑.๑.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน บุคคลดังกล่าวมีทั้งสิทธิในการเข้าเมืองและสิทธิในการทำงาน

กลุ่มแรก ก็คือ คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน คนต่างด้าวกลุ่มนี้ร้องขอเข้าเมืองเพื่อการทำงานโดยชอบด้วยกฎหมาย จึงมีสิทธิในการเข้าเมือง และเมื่อมีสิทธิในการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย คนต่างด้าวกลุ่มนี้จึงร้องขอสิทธิในการทำงานได้ เมื่อได้รับอนุญาตให้ทำงาน คนต่างด้าวกลุ่มนี้จึงมีสถานภาพที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในเรื่องของการเข้าเมืองและการทำงาน²²

นอกจากคนต่างด้าวจำนวนมากที่มีสิทธิในการเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายอันนำไปสู่การร้องขอสิทธิในการทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ยังปรากฏมีชนกลุ่มน้อยอีกกลุ่มหนึ่ง กล่าวคือ กลุ่มไทยลื้อที่จัดเป็นคนต่างด้าวประเภทนี้

สถานภาพในทางกฎหมายของไทยลื้อ²³

เดิมชาวไทยลื้อเข้ามาในประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง แต่ในปัจจุบันได้รับการรับรองให้อาจมีลักษณะการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำไปสู่ความเป็นไปได้ที่จะร้องขอใบอนุญาตทำงาน ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า "ไทยลื้อ" ให้หมายถึงคนเชื้อสายไทยในแคว้นสิบสองจุไทย/สิบสองปันนามณฑลยูนนาน ประเทศจีน ซึ่งเดินทางอพยพเข้ามาอยู่ในประเทศไทยที่จังหวัดเชียงใหม่ เชียงราย พะเยา เมื่อประมาณ ๓๐๐ ปีมาแล้ว บุคคลดังกล่าวอาศัยอยู่ในเชียงใหม่ เชียงราย และพะเยา ขณะนี้ สำนักงานปลัดกระทรวงมหาดไทยได้ลงไปจัดทะเบียนราษฎร(ท.ร.๑๓) และทะเบียนประวัติคล้าย ทบพ.จ.๓ และบัตรประจำตัวไทยลื้อ คณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๕ ได้มีมติให้สัญชาติไทยแก่บุคคลดังกล่าวแล้วหากเกิดในประเทศไทย และหากเกิด

²² ในรายละเอียดเกี่ยวกับคนกลุ่มนี้ โปรดดู อรพินทร์ พิทักษ์มหาเขต, รายงานวิจัยเรื่อง "การวิเคราะห์ภาพรวมของแรงงานข้ามชาติที่ได้รับใบอนุญาต", ใน:ชุดโครงการวิจัยเรื่อง "ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย", งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐

²³ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๒.

นอกประเทศไทย ก็ยอมรับให้ถือใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวอันทำให้มีลักษณะการเข้าเมืองที่
ชอบด้วยกฎหมาย เช่นกัน ชาวไทยลี้ภัยที่ยังเป็นต่างด้าวจึงมีสิทธิที่จะทำงานในประเทศไทย

(๕.๑.๒.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรง
เพื่อทำงาน บุคคลดังกล่าวไม่มีสิทธิในการเข้าเมืองแต่มีสิทธิ
ในการทำงาน

กลุ่มที่สอง ก็คือ คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน แต่ไม่มีลักษณะเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ทั้งนี้
อาจจะเพราะหลบหนีเข้าเมือง หรือสิทธิในการเข้าเมืองได้สิ้นสุดลงแล้ว หรือสิทธิในการเข้าเมืองที่
ได้รับมิใช่เพื่อการทำงาน ในสถานการณ์ดังกล่าว คนต่างด้าวกลุ่มนี้จึงไม่มีสิทธิเข้าเมือง โดยหลัก
ทั่วไป เมื่อพวกเขาถูกจับได้ว่า ไม่มีสิทธิในการเข้าเมือง พวกเขาก็จะต้องถูกส่งออกไปจากประเทศ
ไทย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวอาจยอมรับสิทธิที่จะ
ทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายแก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายที่รอการส่งกลับออกไปนอก
ราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง²⁴ ดังนั้น บุคคลดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิในการเข้าเมือง
แต่อาจมีสิทธิในการทำงาน²⁵ ตัวอย่างที่ชัดเจนของคนต่างด้าวที่มีลักษณะการเข้าเมืองที่ผิด
กฎหมาย แต่อาจได้รับอนุญาตให้ทำงานได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ก็คือ ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า²⁶

²⁴ มาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๒๑

²⁵ ในบางปัญหาของคนกลุ่มนี้ โปรดดู นากภรณ์ หะวานนท์, รายงานวิจัยเรื่อง “การศึกษาวิเคราะห์กระบวนการจ้างแรงงาน
ข้ามชาติที่มีทักษะโดยวิธีหลบเลี่ยงกฎหมาย”, ใน: ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของ
ประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐; พิศาท สุคนธ์พันธุ์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง “การศึกษาและ
วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำงานและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”, ใน: ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบาย
การนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐

²⁶ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม
พ.ศ. ๒๕๓๙, หน้า ๓.

บทที่ ๑ คนต่างด้าวและการจำแนกประเภทของคนต่างด้าวในประเทศไทย
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(ก.) ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า²⁷

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย ใช้คำว่า “ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า” เพื่อหมายถึง บุคคลจากประเทศพม่าหลายเชื้อชาติ เช่น มอญ กระเหรี่ยง ไทยใหญ่ ละว้า พม่า ฯลฯ ที่อพยพเข้ามาในประเทศไทยก่อนวันที่ ๔ มีนาคม พ.ศ.๒๕๑๔ มีหลายสถานการณ์ที่ผลักดันให้บุคคลดังกล่าว ซึ่งเป็นราษฎรของพม่าตามชายแดนหลบหนีเข้ามาในประเทศไทย ในประการแรก ก็คือ การที่นายพลเนวินทำการปฏิวัติเพื่อล้มนายกรัฐมนตรีอุและเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นสังคมนิยมในปี พ.ศ.๒๕๑๕ ในประการที่สอง ก็คือ การสู้รบระหว่างรัฐบาลพม่าและชนกลุ่มน้อย และในประการที่สาม ก็คือ สภาวะทางเศรษฐกิจในพม่าที่ฝืดเคือง กองอำนวยการปฏิบัตินโยบายชายแดนไทย-พม่ามีมติเมื่อวันที่ ๔ มกราคม พ.ศ.๒๕๒๗ ให้ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่าทำงานได้ ทั้งนี้ เป็นไปภายใต้มาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ เนื่องจากผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่ามีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมายที่รอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร” แต่ก็อาจทำงานได้เพียงในงาน ๒๗ ประเภท ตามข้อกำหนดของประกาศกระทรวงมหาดไทยลงวันที่ ๑๑ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๒๗ เท่านั้น²⁸

(ข.) ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่าประเภทที่มีถิ่นที่อยู่ถาวร²⁹

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย ใช้คำว่า “ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่า” ให้หมายถึง ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่าที่เข้ามาหลังวันที่ ๔ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๑๔ และตั้งหลักแหล่งถาวรอยู่ในประเทศไทยใน ๔ จังหวัด กระทรวงมหาดไทยควบคุมผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่าเหมือนผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่า ในปี พ.ศ.๒๕๓๗ กระทรวงมหาดไทยได้สั่งการให้กรมปกครองเริ่มดำเนินการจัดทำทะเบียนประวัติและบัตร คณะรัฐมนตรีมีมติในวันที่ ๑๗ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๕ ผ่อนผันให้ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่าพักอาศัยอยู่ในราชอาณาจักรได้เป็นการชั่วคราวและผ่อนผันให้บุคคลดังกล่าวสามารถทำงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ตามมาตรา

²⁷ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๓.

²⁸ สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่, งานควบคุมอาชีพคนต่างด้าว, น.๒.

²⁹ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๔.

๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ และประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่อง กำหนดงานที่ให้คนต่างด้าวทำตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑

(ค.) ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากพม่าประเภทใช้แรงงาน³⁰

คนต่างด้าวดังกล่าวเป็นบุคคลสัญชาติพม่าที่หลบหนีเข้า มาใช้แรงงานในประเทศไทยตามจังหวัดชายแดนที่ติดกับพม่า เช่น ระนอง ตาก เชียงราย แม่ฮ่องสอน และกาญจนบุรี ซึ่งจัดทำทะเบียนประวัติและบัตรในปี พ.ศ.๒๕๓๖-๒๕๓๗ เมื่อคน ต่างด้าวกลุ่มนี้มีสัญชาติพม่าและเข้ามาในประเทศไทยก่อนวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ จึงได้ รับการผ่อนผันให้อยู่ในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวและอนุญาตให้ทำงานได้โดยมติคณะรัฐมนตรีเมื่อ วันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ หากมีเงื่อนไขตามมตินี้

(ง.) ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่าเชื้อสายไทย³¹

บุคคลกลุ่มนี้อาศัยอยู่ในแถบจังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร ระนอง และตาก คนต่างด้าวนี้นับรวมไปด้วย ๒ กลุ่มย่อย กล่าวคือ

พวกแรก ก็คือ บุคคลกลุ่มนี้เดิมเป็นคนไทยซึ่งอาศัย อยู่ในดินแดนที่ประเทศไทยได้เสียแก่อังกฤษในสมัยที่ประเทศนี้ปกครองพม่า เมื่อพม่าได้เอกราช ดินแดนดังกล่าวก็ตกเป็นของพม่า บุคคลดังกล่าวจึงตกเป็นพม่าด้วย ในช่วงเวลาที่พม่ามีปัญหา เกี่ยวกับการเมืองและเศรษฐกิจ คนกลุ่มนี้ก็ได้อพยพเข้ามาในประเทศไทย

พวกที่สอง ก็คือ คนไทยที่เข้าไปทำมาหากินในประเทศ พม่าเมื่อ ๔๐-๕๐ ปีที่ผ่านมา เมื่อพม่ามีปัญหาด้านการปกครองและการปราบปรามชนกลุ่มน้อย คนไทยกลุ่มนี้จึงเดินทางกลับมาประเทศไทย ในกรณีที่ยังพิสูจน์ความเป็นไทยไม่ได้ บุคคลดังกล่าวก็จะมีสถานะเป็น “ผู้พลัดถิ่นสัญชาติพม่าเชื้อสายไทย”

³⁰ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๓.

³¹ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๓.

ณ ปัจจุบัน เมื่อยังไม่มีการดำเนินการแปลงสัญชาติสำหรับคนต่างด้าวกลุ่มนี้ พวกเขาจะยังคงมีสัญชาติพม่า จึงเป็นคนต่างด้าวในประเทศไทย และในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเข้ามาในประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง บุคคลดังกล่าวจึงมีสถานภาพเป็นคนต่างด้าวที่เข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมาย ในส่วนเกี่ยวกับสิทธิในการทำงานนั้น เนื่องจากคนต่างด้าวกลุ่มนี้มีสัญชาติพม่า จึงอาจได้รับการรับรองสิทธิในการทำงานภายใต้มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ หากมีเงื่อนไขตามมตินี้

(จ.) ลาวอพยพ³²

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า “ลาวอพยพ” ให้ความหมายถึงกลุ่มคนลาวจากประเทศลาวอพยพเข้ามาอาศัยอยู่กับญาติพี่น้องตามแนวชายแดนไทย ไม่ยอมเดินทางกลับ บางคนมาสมรสกับคนไทยเกิดลูกเกิดหลาน บุคคลดังกล่าวอาศัยอยู่ในจังหวัดหนองคาย อุบลราชธานี เลย อุดรดิตถ์ นครพนม มุกดาหาร พะเยา เชียงราย และน่าน และในปี พ.ศ. ๒๕๑๗ ประเทศลาวเปลี่ยนแปลงการปกครอง ทำให้คนลาวอพยพเข้ามาอยู่อาศัยมากขึ้น ในปี พ.ศ. ๒๕๓๒ สภาความมั่นคงแห่งชาติและกองทัพบก ๒ ได้ขอให้สำนักงานทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง จัดทำทะเบียนประวัติ และบัตรประจำตัวไว้ในปี พ.ศ.๒๕๓๔ ดังนั้น คนลาวอพยพจึงมีสถานภาพเป็นคนต่างด้าวที่ยังไม่มีลักษณะการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย ในบางครั้ง จึงเรียกลาวอพยพว่า “ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากลาว” และต่ออย่างไรก็ตาม มติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ รับรองให้ผู้มีสัญชาติลาวทำงานได้ตามมาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑

(ฉ.) ผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกง กัมพูชา³³

บุคคลดังกล่าวสืบเชื้อสายไทยจากคนไทยซึ่งอาศัยอยู่ในเกาะกง ในขณะที่เกาะกงยังเป็นดินแดนของไทย ภายหลังกรณีพิพาทระหว่างประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสที่ครอบครองกัมพูชา เกาะกงตกเป็นของกัมพูชา คนไทยที่อยู่ในเกาะกงไม่ยอม

³² ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๓.

³³ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๖.

อพยพกลับเข้ามาในเขตแดนไทย เพราะเสียดายทรัพย์สินที่ตนมีอยู่ เมื่อฝรั่งเศสให้เอกราชแก่กัมพูชาแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงกลายเป็นชาวกัมพูชา เมื่อปี พ.ศ.๒๕๑๗ กัมพูชาเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองเป็นระบอบสาธารณรัฐ คนไทยที่อยู่ในเกาะกงจึงอพยพเข้ามาอยู่ที่จังหวัดตราดสำหรับทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย เมื่อวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๔ รัฐบาลเห็นว่าบุคคลดังกล่าวเคยเป็นคนไทยมาก่อน จึงมีมติคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้บุคคลเหล่านี้แปลงสัญชาติเป็นไทยได้ แต่ยังเหลืออีกจำนวนหนึ่งที่ไม่ได้รับการแปลงสัญชาติ เนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นคนไทย จึงยังมีสถานะภาพเป็น “ผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกง” บุคคลที่จะได้รับการยอมรับให้มีสถานะภาพของผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกง กัมพูชา จะต้องเข้ามาในประเทศไทยก่อนวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๒๐ ผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกง กัมพูชาเป็นกลุ่มคนต่างด้าวที่กรมการปกครองออกเข้าทำทะเบียนและออกบัตรประจำตัวให้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากผู้อพยพเชื้อสายไทยจากจังหวัดเกาะกงมีสัญชาติเขมรและเข้ามาก่อนวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๔ จึงเป็นบุคคลที่ได้รับการรับรองสิทธิที่จะทำงานในประเทศไทยตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๔ แม้ว่ามตินี้จะไม่ยอมรับให้มีสิทธิในการเข้าเมืองก็ตาม

(ข.) ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากกัมพูชาซึ่งมีเชื้อสายไทย

บุคคลดังกล่าวเข้ามาในประเทศไทยในช่วงวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๒๐ จนถึงวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ พ.ศ.๒๕๓๔ ดังนั้น บุคคลกลุ่มนี้จึงเข้ามาในประเทศไทยหลังผู้อพยพเชื้อสายไทยจากเกาะกง แต่อย่างไรก็ตาม บุคคลดังกล่าวก็อ้างว่ามีเชื้อสายไทย เช่นเดียวกับผู้อพยพเชื้อสายไทยจากเกาะกงที่เข้ามาในประเทศไทยตั้งแต่ก่อนวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๒๐ ในลักษณะเดียวกับกลุ่มที่ผ่านมา เนื่องจากผู้หลบหนีเข้าเมืองจากกัมพูชาซึ่งมีเชื้อสายไทย ก็มีสัญชาติเขมรและเข้ามาก่อนวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๔ จึงเป็นบุคคลที่ได้รับการรับรองสิทธิที่จะทำงานในประเทศไทยตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๔ แม้ว่ามตินี้จะไม่ยอมรับให้มีสิทธิในการเข้าเมืองก็ตาม

(ข.) ผู้หลบหนีเข้าเมืองจากกัมพูชาซึ่งเป็นกัมพูชาแท้

บุคคลดังกล่าวเป็นชาวกัมพูชาแท้ๆ ที่อพยพมากับคนไทยเกาะกงด้วย ทางราชการได้จัดทำทะเบียนประวัติและบัตรประจำตัวให้ จึงเป็นชนกลุ่มน้อยอีก

กลุ่มหนึ่งที่กรมการปกครองเข้าไปจัดทำบัตรประจำตัวเพื่อควบคุม ในการนี้บุคคลดังกล่าวเข้ามา ก่อนวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ บุคคลนั้นก็ได้รับการรับรองสิทธิที่จะทำงานในประเทศ ไทยตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๒๕ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๓๙ เช่นกัน

(๕.๑.๒.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรง เพื่อทำงาน ซึ่งไม่มีทั้งสิทธิในการเข้าเมืองและสิทธิในการทำงาน

กลุ่มที่สาม ก็คือ คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน แต่ก็ไม่มีทั้งสิทธิในการเข้าเมืองและสิทธิในการทำงาน^{๓๔} ในความเป็นจริงที่พบในประเทศไทย คนกลุ่มนี้มักจะเป็นผู้ที่เข้ามาทำงานไร้ฝีมือ ตัวอย่างของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ ก็คือ

(ก.) บุคคลสัญชาติจีนที่เข้าเมืองถูกกฎหมายแต่ไม่ยอมออกจากประเทศไทยเมื่อสิทธิในการเข้าเมืองสิ้นสุด

บุคคลดังกล่าวได้เดินทางเข้าตามช่องทางเข้า-ออกของด่านตรวจคนเข้าเมืองโดยถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง มีเอกสารเดินทางถูกต้องและผ่านการตรวจลงตราจากเจ้าหน้าที่ แต่ไม่เดินทางออกไปตามเวลากำหนด^{๓๕} ในปัจจุบัน บุคคลดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิในการเข้าเมือง และไม่มีสิทธิในการทำงาน

^{๓๔} ในรายละเอียดเกี่ยวกับคนกลุ่มนี้ โปรดดู กุศล สุนทรธาดาและคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง “กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลักลอบเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง”, ใน:ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐; พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ และคณะ, รายงานวิจัยเรื่อง “การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับการทำงานและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”, ใน:ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐

^{๓๕} สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่, งานควบคุมอาชีพคนต่างด้าว, น.๑.

(ข.) เนปาลอพยพ³⁶

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า “เนปาลอพยพ” ให้อำนาจถึงคนเนปาลที่อาศัยอยู่ในพม่าตั้งแต่ก่อนสงครามโลกครั้งที่ ๒ ขณะนั้น เนปาลและพม่าเป็นอาณานิคมของอังกฤษจึงมีพวกเนปาลมาอาศัยอยู่ในพม่า ต่อมา พม่าได้เอกราช จึงขับไล่เนปาลออกนอกประเทศ ชาวเนปาลส่วนหนึ่งจึงอพยพเข้ามาในประเทศไทย บุคคลดังกล่าวอาศัยอยู่ที่อำเภอทองผาภูมิ จังหวัดกาญจนบุรี แห่งเดียว ทางราชการได้จัดทำทะเบียนประวัติและบัตรให้ครั้งแรกเมื่อปี พ.ศ.๒๕๓๐ เนปาลอพยพมีจำนวนประมาณ ๑,๕๐๐ คน คนต่างด้าวกลุ่มนี้ยังคงมีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมาย และยังไม่มียกเว้นวีซ่าหรือบัตรรับรองสิทธิที่จะทำงานแต่อย่างใด

(ค.) คนต่างด้าวแถบชายแดน

คนต่างด้าวกลุ่มนี้เป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อทำงาน แต่คนต่างด้าวเหล่านี้มีสถานภาพเป็นคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ตามแนวชายแดน ซึ่งมีความตกลงชายแดน จะเห็นว่า เมื่อเป็นคนต่างด้าวที่อาศัยอยู่ในเขตชายแดนจึงได้รับการรับรองสิทธิที่จะเข้ามาในประเทศไทยด้วยความตกลงชายแดนที่ผูกพันประเทศไทย และรัฐเจ้าของดินแดนที่ประชิดติดชายแดนนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามาทำงาน การกระทำความผิดจึงเป็นผิดจากข้อกำหนดของความตกลงชายแดน การเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวในเขตชายแดนเพื่อทำงานในระหว่างเวลาที่ได้รับอนุญาตตามความตกลงชายแดนจึงยังคงทำให้คนต่างด้าวเหล่านี้มีสถานะเป็นคนเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองอยู่ดี

ในเมื่อบุคคลกลุ่มดังกล่าวมีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ความเป็นไปได้ที่จะร้องขอสิทธิในการทำงานจึงตกอยู่ภายใต้มาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ กล่าวคือ จะต้องมิเงื่อนไข ๔ ประการอย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนดในมาตรานี้ อันได้แก่

³⁶ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๓.

ในประการแรก จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศ ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ”

ในประการที่สอง จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร”

ในประการที่สาม จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย”

ในประการสุดท้าย จะต้องมีสถานภาพเป็น “คนต่างด้าวโดยผลของการถอนสัญชาติ”

ดังนั้น ในทางข้อกฎหมาย ผู้ใช้แรงงานต่างชาติดังกล่าวข้างต้นจึงอาจมีสิทธิที่จะร้องขอใบอนุญาตทำงานได้หากมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งข้างต้น แต่ปัญหาในทางข้อเท็จจริงในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้ใช้แรงงานต่างชาติประเภทนี้ ก็คือ คนต่างด้าวดังกล่าวไม่รู้ถึงความมีอยู่ของกฎหมายดังกล่าว รวมไปถึงไม่สนใจกฎหมายดังกล่าว เพราะไม่มีการบังคับการตามกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวเท่าใดนั้น ด้วยเหตุที่มีแนวความคิดของฝ่ายปกครองในเรื่องการผ่อนผันการปฏิบัติการตามกฎหมายนี้ในเขตชายแดนที่เป็นเขตเศรษฐกิจที่สำคัญ³⁷

(๕.๒.) คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย จึงต้องทำงานในประเทศไทย

คนต่างด้าวกลุ่มนี้เกิดในประเทศไทยและมีชีวิตอยู่ในประเทศไทย จึงต้องทำงานในประเทศไทย ในทางข้อเท็จจริง ก็ยังอาจจำแนกบุคคลดังกล่าวออกได้อีกเป็น ๒ ประเภท กล่าวคือ

³⁷ โปรดดู กุศล สุนทรธาดา, รายงานการวิจัยเรื่อง “กระบวนการจ้างแรงงานข้ามชาติที่ลักลอบเข้าเมืองและความคิดเห็นของภาครัฐและเอกชนที่เกี่ยวข้อง”, ใน: ชุดโครงการวิจัยเรื่อง “ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย”, งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐.

ประเภทแรก ก็คือ คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยและได้รับการรับรองให้เป็นคนต่างด้าวที่มีสถานภาพการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ได้รับการรับรองสิทธิในการเข้าเมืองตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง คนต่างด้าวกลุ่มนี้จึงมีสิทธิที่จะร้องขอใบอนุญาตทำงานได้

ประเภทที่สอง ก็คือ คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยแต่ไม่ได้รับการรับรองให้เป็นคนต่างด้าวที่มีสถานภาพการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวกลุ่มนี้จึงมีสิทธิที่จะร้องขอใบอนุญาตทำงานได้ตามมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๑ ตัวอย่างที่ชัดเจนของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ ก็คือ ชาวไทยภูเขาซึ่งในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทยเรียกว่า "บุคคลบนพื้นที่สูง"

สถานภาพในทางกฎหมายของชาวไทยภูเขา³⁸

บุคคลดังกล่าวเป็นชาวเขาซึ่งเป็นชนกลุ่มน้อยที่ตั้งถิ่นฐานอยู่ในบริเวณป่าเขาซึ่งเป็นพื้นที่สูงในเขตพื้นที่จังหวัดทางด้านเหนือลงไปทางด้านทิศตะวันตกของประเทศ จำนวน ๒๐ จังหวัด ได้แก่ จังหวัดเชียงใหม่ เชียงราย แม่ฮ่องสอน ลำพูน ลำปาง พะเยา ตาก สุโขทัย น่าน กำแพงเพชร แพร่ พิจิตรโลก เพชรบูรณ์ เลย อุทัยธานี กาญจนบุรี สุพรรณบุรี ราชบุรี เพชรบุรี และประจวบคีรีขันธ์ ชาวเขามีเผ่าที่สำคัญ ๙ เผ่า รวมมีบุคคลบนพื้นที่สูงและชาวเขา³⁹ เราอาจจะจำแนกบุคคลบนพื้นที่สูงและชาวเขาออกเป็น ๓ ประเภท

บุคคลบนพื้นที่สูงและชาวเขากลุ่มแรก ก็คือ บุคคลที่ได้สัญชาติไทยแล้ว เป็นกรณีตามระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพิจารณาลงสัญชาติไทยในทะเบียนบ้านให้แก่ชาวเขา พ.ศ.๒๕๑๗ และเป็นกรณีตามระเบียบสำนักทะเบียนกลางว่าด้วยการพิจารณาลงรายการสัญชาติไทยในทะเบียนบ้านแก่ชาวไทยภูเขา พ.ศ.๒๕๓๕ ดังนั้น ชาวไทยเขากลุ่มนี้จึงไม่มีสถานภาพเป็นคนต่างด้าวอีกต่อไป

³⁸ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๔ -๕..

³⁹ ในรายละเอียดของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ โปรดดู กฤตยา อาชวนิจกุล, รายงานวิจัยเรื่อง "การคาดประมาณจำนวนแรงงานต่างชาติ ชาวไทยภูเขา และชนกลุ่มน้อย และการเข้าออกประเทศไทยของชาวต่างชาติ", ใน:ชุดโครงการวิจัยเรื่อง "ทางเลือกนโยบายการนำเข้าแรงงานข้ามชาติของประเทศไทย", งานวิจัยสนับสนุนโดย สกว., ๒๕๔๐

กลุ่มที่สอง ก็คือบุคคลบนพื้นที่สูงและชาวเขาที่ยังไม่ได้สัญชาติไทย แต่ได้รับการจัดทำทะเบียนประวัติและบัตรประจำตัวบุคคลบนพื้นที่สูงแล้ว ใน พ.ศ.๒๕๓๓ - ๒๕๓๔ ดังนั้น ชาวไทยภูเขาในกลุ่มนี้จึงยังเป็นคนต่างด้าว แม้ว่าบุคคลดังกล่าวจะถือบัตรประจำตัวที่ออกโดยกรมการปกครอง แต่ข้อเท็จจริงดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ชาวไทยภูเขาในกลุ่มนี้มีลักษณะการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย ชาวไทยภูเขาในกลุ่มที่สองนี้ได้รับการรับรองสิทธิที่จะทำงานในประเทศไทยหรือไม่ จึงเป็นไปตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑

กลุ่มที่สาม ก็คือ บุคคลที่เหลือ กล่าวคือ ยังไม่ได้สัญชาติไทยและยังไม่ได้รับการจัดทำทะเบียนประวัติและบัตรประจำตัวบุคคลบนพื้นที่สูงแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงถูกถือว่า เป็นผู้อพยพหลบหนีเข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย จึงชัดเจนว่า ชาวไทยภูเขาในกลุ่มที่สามนี้ก็ยังไม่ลักษณะการเข้าเมืองที่ชอบด้วยกฎหมาย สิทธิในการทำงานของบุคคลกลุ่มนี้ จึงเป็นไปตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ เช่นกัน

จะเห็นว่า ในส่วนของคนไทยภูเขาที่พิสูจน์ได้ว่า เกิดในประเทศไทย ก็จะได้รับ การรับรองสิทธิที่จะทำงานโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศไทยโดยมาตรา ๑๒ (๓) แห่ง พ.ร.บ. การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ในสถานะของ “คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยแต่ไม่ได้ รับสัญชาติไทย” หรือโดยมาตรา ๑๒(๔) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ใน สถานะของ “คนต่างด้าวที่เคยมีสัญชาติไทยและถูกถอนสัญชาติไทย”

ในส่วนคนไทยภูเขาที่ไม่อาจพิสูจน์การเกิดในประเทศไทยได้ ก็อาจได้รับการรับ รวบรวมสิทธิที่จะทำงานโดยมาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ใน สถานะของ “คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคน เข้าเมืองและอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร” เนื่องจากในปัจจุบัน กรมการปก ครองได้มีนโยบายทำบัตรประจำตัวให้บุคคลบนพื้นที่สูงหรือชาวไทยภูเขานั้นเอง การที่ชาวเขาที่มี บัตรประจำตัวนี้จะทำให้มีสถานภาพ “คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและอยู่ในระหว่างรอการส่งกลับออกนอกราชอาณาจักร” และทำ ให้อาจร้องขอใบอนุญาตทำงานตามมาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ได้

ในส่วนคนไทยภูเขาที่ไม่อาจพิสูจน์สัญชาติไทยได้ ในปัจจุบัน กรมการปกครองก็มีนโยบายที่จะรับรองคนกลุ่มนี้ในสถานะของ “คนต่างด้าวที่มีสิทธิที่จะมีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศไทย” ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง อันจะทำให้คนไทยภูเขากลุ่มนี้มีสถานะภาพเป็น “คนต่างด้าวที่มีลักษณะการเข้าเมืองที่สอดคล้องกฎหมาย” และสามารถร้องขอทำงานตามมาตรา ๗ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ อันทำให้สามารถมีสิทธิที่จะทำงานมีฝีมือได้

(๕.๓.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อก่อตั้งครอบครัวในประเทศไทย แล้วจึงมาทำงานในประเทศไทย

คนต่างด้าวจำนวนหนึ่งเดินทางเข้ามาในประเทศไทยเพื่ออาศัยอยู่กับครอบครัวในประเทศไทย และเมื่อมาอยู่ในประเทศไทย ก็ต้องมาทำงานในประเทศไทย

ในความเป็นจริง คนต่างด้าวในกลุ่มนี้อาจจะมีลักษณะการเข้าเมืองที่สอดคล้องกฎหมายหรือไม่ ก็ได้ เป็นที่น่าสนใจว่า มีคนต่างด้าวในกลุ่มนี้ในประเทศไทยมากน้อยเพียงใด กรณีในลักษณะนี้คงมีอยู่ทั่วไป ตัวอย่างที่ชัดเจนของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ ก็คือ กลุ่มคนต่างด้าวในประเทศไทยที่เรียกว่า “จีนฮ่ออพยพ”

สถานะภาพในทางกฎหมายของจีนฮ่ออพยพ⁴⁰

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า “จีนฮ่ออพยพ” ให้หมายถึง คนจีนที่อพยพเข้ามาอยู่ในประเทศไทย พร้อมครอบครัว ตั้งแต่ พ.ศ.๒๔๙๓ - ๒๕๐๔ โดยอ้างว่า เป็นญาติของอดีตทหารจีนคณะชาติ บุคคลดังกล่าวมาอาศัยอยู่ในจังหวัดเชียงใหม่ เชียงราย แม่ฮ่องสอน และได้มีการทำทะเบียนประวัติ(ทบพ.จ.๒. ๓) และบัตรประจำตัวจีนฮ่ออพยพ

คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๓๐ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๒๑ เมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๒๗ และเมื่อวันที่ ๒๔ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๓๓ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ยอมรับให้สัญชาติไทยแก่จีนฮ่ออพยพแล้วหากเกิดในประเทศไทย ดังนั้น เมื่อบุคคลดังกล่าวได้สัญชาติ

⁴⁰ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๒.

ไทย ก็จะไม่พ้นจากสถานะภาพของ “บุคคลที่เข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมาย” ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้อยู่ในเขตควบคุมเป็นการชั่วคราว

แต่หากว่าเป็นบุคคลที่ไม่ได้เกิดในประเทศไทย ก็มีนโยบายที่จะยอมรับให้ใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวแก่บุคคลดังกล่าว อันทำให้บุคคลนั้นพ้นจากสถานะภาพ “บุคคลที่เข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมาย” ซึ่งได้รับการผ่อนผันให้อยู่ในเขตควบคุมเป็นการชั่วคราวเช่นกัน สิทธิในการทำงานย่อมตกอยู่ภายใต้มาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ เช่นกัน

(๕.๔.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อลี้ภัยต่อชีวิตและร่างกาย แล้วจึงมาทำงานในประเทศไทย

มีคนต่างด้าวจำนวนไม่น้อยที่ประสบภัยต่อชีวิตและร่างกายในประเทศของตน จึงต้องเข้ามาในประเทศไทยเพื่อลี้ภัยดังกล่าว

(๕.๔.๑.) แนวปฏิบัติโดยทั่วไป

โดยทั่วไป ประเทศไทยไม่มีนโยบายที่จะยอมรับบุคคลดังกล่าว ในฐานะของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองในลักษณะที่ขัดด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นจากการณดังกล่าวต่อไปนี้

(ก.) จีนฮ่อฮิสระ^{๔๑}

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า “จีนฮ่อฮิสระ” ให้นัยถึงกลุ่มคนจีนที่หลบหนีเข้าเมืองมาตั้งแต่ปี พ.ศ.๒๕๐๕ จนถึงปี พ.ศ.๒๕๓๒ โดยอ้างว่า เป็นญาติของอดีตทหารจีนคณะชาติ ในปี พ.ศ.๒๕๓๒ สภาความมั่นคงแห่งชาติได้มีนโยบายที่จะไม่ให้คนจีนหลบหนีเข้าเมืองเพิ่มขึ้นอีก จึงได้ให้กรมการปกครองโดยสำนักงานทะเบียนราษฎรจัดทำทะเบียน กล่าวคือ ท.ร.๑๓ และบัตรประจำตัวควบคุมจีนฮ่อฮิสระไว้ในจังหวัดเชียงใหม่ เชียงราย พะเยา และแม่ฮ่องสอน

^{๔๑} ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๔, หน้า ๒.

(ข.) ผู้หลบหนีการสู้รบในพม่าในช่วงปี พ.ศ.๒๕๒๗ -

๒๕๓๔⁴²

เนื่องจากในช่วงปี พ.ศ.๒๕๒๗ - ๒๕๓๔ พม่าปราบปรามชนกลุ่มน้อยครั้งใหม่ โดยเฉพาะกระเหรี่ยง ได้หลบหนีการปราบปรามมาอยู่ในเขตควบคุมอำเภอท่าสองยาง แม่ระมาด แม่สลอด พบพระ จังหวัดตาก สำหรับชนกลุ่มนี้ คณะรัฐมนตรี สภาความมั่นคงแห่งชาติ หรือกระทรวงมหาดไทย ยังไม่มีนโยบายแน่ชัดลงมาให้ทำทะเบียนประวัติและบัตรคงมีแต่หน่วยทหารบางหน่วยและ อส. ควบคุมอยู่

(ค.) นักศึกษาพม่าที่หลบหนีการปราบปรามของรัฐบาลพม่าในปี พ.ศ.๒๕๓๓ - ๒๕๓๔⁴³

ในปี พ.ศ.๒๕๓๓ - ๒๕๓๔ มีนักศึกษาพม่าที่หลบหนีการปราบปรามของรัฐบาลพม่ามารายงานตัวกับกระทรวงมหาดไทย กระทรวงมหาดไทยจำกัดพื้นที่ให้อยู่ในเขตควบคุมที่อำเภอปากท่อ จังหวัดราชบุรี แต่มีผู้รายงานตัวอยู่ในศูนย์ฯ เพียง ๑๔๒ คน นอกจากนั้น กระจัดกระจายอยู่ซึ่งกระทรวงมหาดไทยดำเนินการฐานหลบหนีเข้าเมืองต่อไป กลุ่มนี้ไม่มีนโยบายจากหน่วยเหนือให้จัดทำทะเบียนประวัติและบัตรประจำตัวแต่อย่างใด นอกจากนั้น ในเรื่องของสถานภาพในการเข้าเมือง บุคคลทั้งสามประเภทย่อมมีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองในลักษณะที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น สิทธิในการทำงานจะมีหรือไม่ ย่อมเป็นไปตามมาตรา ๑๒ แห่งพ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ เช่นเดียวกัน

⁴² สำนักงานบริหารการทะเบียน ส่วนการทะเบียนราษฎร ฝ่ายทะเบียนประวัติชนกลุ่มน้อย, เอกสารประกอบคำชี้แจงตามโครงการประชุมชี้แจงซักซ้อมแนวทางปฏิบัติการพิจารณาลงรายการสัญชาติไทยในทะเบียนบ้านให้แก่ชาวไทยภูเขาให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานของสำนักงานทะเบียนในเขต ๒๐ จังหวัด, หน้า ๑๐.

⁴³ สำนักงานบริหารการทะเบียน ส่วนการทะเบียนราษฎร ฝ่ายทะเบียนประวัติชนกลุ่มน้อย, เอกสารประกอบคำชี้แจงตามโครงการประชุมชี้แจงซักซ้อมแนวทางปฏิบัติการพิจารณาลงรายการสัญชาติไทยในทะเบียนบ้านให้แก่ชาวไทยภูเขาให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานของสำนักงานทะเบียนในเขต ๒๐ จังหวัด, หน้า ๑๐.

(๕.๔.๒.) แนวปฏิบัติผ่อนปรนเป็นกรณีพิเศษ

แต่อย่างไรก็ตาม สำหรับคนต่างด้าวที่ลี้ภัยมาอยู่ในประเทศไทย เป็นเวลานาน บุคคลดังกล่าวก็อาจได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่แตกต่างไปจากแนวปฏิบัติทั่วไป ดังจะเห็นจากตัวอย่างดังต่อไปนี้

(ก.) อดีตทหารจีนคณะชาติ^{๔๔}

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย มักจะเรียกคน กลุ่มนี้ย่อๆ ว่า “อดีต ทจช” โดยให้หมายถึง อดีตทหารกองพล ๙๓ และครอบครัวซึ่งมาจากจีน ได้หวัน ซึ่งหลบหนีจีนคอมมิวนิสต์เข้ามาในพม่าและพม่าขับไล่เลยเข้าอยู่ในประเทศไทยในเขต จังหวัดเชียงใหม่ เชียงราย และแม่ฮ่องสอน ตั้งแต่ปี ๒๔๙๗ คณะรัฐมนตรีมีมติเมื่อวันที่ ๓ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๙ ให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการแปลงสัญชาติและการให้สถานะ “คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย” แก่อดีตทหารจีนคณะชาติ ในปัจจุบัน ได้รับการแปลงสัญชาติไปแล้ว ๓,๐๐๐ คน ส่วนที่เหลือได้จัดทำทะเบียนประวัติและบัตรไว้ โดยมี ท.ร.๑๓ ทะเบียนประวัติ(ทบ.จ.๒ ๓) และบัตรประจำตัวอดีตทหารจีนคณะชาติ โดยผลของนโยบายดังกล่าว จึงทำให้อาจจำแนกบุคคลที่เรียกว่า “อดีตทหารจีนคณะชาติ” ได้เป็น ๓ ประเภท กล่าวคือ อดีตทหารจีนคณะชาติที่สัญชาติไทยโดยการแปลงสัญชาติแล้ว อดีตทหารจีนคณะชาติที่มีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมาย และอดีตทหารจีนคณะชาติที่เข้าเมืองผิดกฎหมายแต่ได้รับการผ่อนผันจากฝ่ายปกครองให้อยู่ชั่วคราวในประเทศไทย ดังนั้น อดีตทหารจีนคณะชาติที่มีสถานภาพเป็นคนเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายย่อมมีสิทธิในการทำงานได้อย่างแน่นอน กล่าวคือ สิทธิตามมาตรา ๗ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ ในขณะที่อดีตทหารจีนคณะชาติที่เข้าเมืองผิดกฎหมายจะทำงานได้ก็เพียงอาศัยเงื่อนไขตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑

^{๔๔} ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๑.

(ข.) ญวนอพยพ⁴⁵

ในทางปฏิบัติของกระทรวงมหาดไทย คำว่า “ญวนอพยพ” ให้หมายถึงคนเวียดนามที่หลบหนีการปราบปรามของฝรั่งเศสในปี พ.ศ.๒๔๘๘ - ๒๔๘๙ บุคคลดังกล่าวหลบหนีเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยใน ๑๓ จังหวัด คือ นครพนม มุกดาหาร หนองคาย อุบลราชธานี อุดรธานี ยโสธร สกลนคร ปราจีนบุรี สุราษฎร์ธานี พัทลุง หนองบัวลำภู สระแก้ว และอำนาจเจริญ ญวนอพยพอาศัยอยู่ในประเทศไทยมา ๓ รุ่นแล้ว กล่าวคือ ญวนอพยพรุ่นบิดามารดาญวนอพยพชั้นบุตร และญวนอพยพชั้นหลาน ก่อนปี พ.ศ.๒๕๓๒ สำนักงาน ๑๑๔ จังหวัด เป็นผู้เก็บทะเบียนประวัติและออกบัตรญวนอพยพให้ แต่หลัง พ.ศ.๒๕๓๒ ศูนย์ประสานงาน ๑๑๔ มีมติให้มอบการจัดทำทะเบียนราษฎร (ท.ร.๑๓) และบัตรให้สำนักงานทะเบียนราษฎร กรมการปกครอง จัดทำ ท.ร.๑๓ และ บป.ได้จัดทำบัตรญวนอพยพ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๓๓ และเมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๕ ให้สัญชาติไทยแก่บุคคลดังกล่าวแล้วหากเกิดในประเทศไทย และยอมรับให้ถือใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวอันทำให้มีลักษณะการเข้าเมืองที่สอดคล้องกฎหมายหากเป็นบุคคลที่เกิดนอกประเทศไทย ยังจะต้องหาคำตอบต่อไปว่า ยังมีญวนอพยพที่ยังมีสถานภาพของคนเข้าเมืองโดยผิดกฎหมายเหลืออยู่อีกหรือไม่

(๕.๕.) คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยมีวัตถุประสงค์โดยตรงเพื่อการศึกษา แล้วจึงมาทำงานในประเทศไทย

ในปัจจุบัน มีคนต่างด้าวจำนวนไม่น้อยที่ร้องขออนุญาตเข้ามาศึกษาหรือดูงานในประเทศไทย แต่ก็มาทำงานหารายได้ในประเทศไทย การกระทำความผิดย่อมถือเป็นผิดกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมืองอย่างแน่นนอน ทั้งนี้ เพราะการอนุญาตให้เข้าเมืองเพื่อศึกษาย่อมหมายความว่า “ห้ามประกอบอาชีพ” คนต่างด้าวที่เข้ามาเพื่อวัตถุประสงค์นี้จึงไม่อาจร้องขออนุญาตทำงานอย่างแน่นนอน เว้นแต่จะมีเงื่อนไขตาม มาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑

⁴⁵ ฝ่ายการทะเบียนชนกลุ่มน้อย ส่วนการทะเบียนราษฎร, ชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย, เอกสารเผยแพร่ในเดือนตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๙, หน้า ๑.

โดยสรุปของบทนี้ เราย่อมมองเห็น “คนต่างด้าว” ภายใต้กฎหมายไทยโดยเปรียบเทียบกับ “คนต่างด้าว” ในความเป็นจริง เรายังไม่อาจจะวิเคราะห์สถานการณ์ในการเข้าเมืองหรือในการทำงานของคนต่างด้าวทั้งหมดที่เราพยายามมองอย่างเป็นระบบ แต่อย่างไรก็ตาม ความเข้าใจพื้นฐานนี้จะนำไปสู่ความเข้าใจในปัญหาที่เกี่ยวกับความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่คนต่างด้าวจะเข้ามาทำงานในประเทศไทย แต่อย่างไรก็ตาม ความเป็นไปได้ในทางกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมืองย่อมหมายถึงความถึง ทั้งความเป็นไปได้ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะยอมรับคำร้องขออนุญาตเข้าเมืองของคนต่างด้าว และความเป็นไปได้ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะอนุญาตตามคำร้องขอนั้นอีกด้วย ในบทต่อไปจึงต้องศึกษาถึง “ความเป็นไปได้ในทางกฎหมาย” ที่คนต่างด้าวจะร้องขอเข้ามาทำงานในประเทศไทย กล่าวในอีกแง่หนึ่ง ก็คือ การศึกษาว่า กฎหมายไทยรับรอง “สิทธิของคนต่างด้าว” ที่จะ “ร้องขอ” อนุญาตเข้ามาทำงานหรือไม่

บทที่ ๒.

สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน

(๑.) กฎหมายไทยที่มีผลกำหนดการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าว

ปัญหาที่ว่า มีความเป็นไปได้หรือไม่ที่คนต่างด้าวจะเข้าเมืองไทยมาทำงานในประเทศไทย นั้น เป็นปัญหาที่ตอบตามอำเภอใจไม่ได้ เพราะประเทศไทยในยุคปัจจุบันนี้เป็นนิติรัฐ (Legal State) มิใช่รัฐแห่งอำนาจ (Police State) ดังนั้น ในเบื้องต้น จะต้องหาคำตอบของคำถามนี้ในกฎหมายของรัฐนั่นเอง เมื่อคนต่างด้าวนั้นประสงค์ที่จะเข้าเมืองไทยมาทำงาน โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายของรัฐที่จะต้องใช้ในการวินิจฉัย “สิทธิในการเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าว” จึงได้แก่ กฎหมายไทย เพราะรัฐเจ้าของดินแดนย่อมมีเขตอำนาจเหนือดินแดนของตนอย่างปฏิเสธไม่ได้ รัฐดังกล่าวจะยอมรับให้คนต่างด้าวเข้าเมืองหรือไม่ ก็ได้ แต่ในกรณีที่รัฐนั้นเป็นนิติรัฐ การใช้อำนาจของรัฐจึงต้องมีบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจ กฎหมายไทยที่เป็นกฎหมายหลักที่กำหนดเรื่องการเข้าเมืองไทยของบุคคลธรรมดาที่เป็นต่างด้าวในปัจจุบัน ก็คือ พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒¹

(๒.) ธรรมชาติของสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้ามาในประเทศไทย

ในการศึกษาสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้ามาในประเทศไทยในรายละเอียด คงจะต้องแยกระหว่างสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งเป็นสิทธิเบื้องต้นเสียก่อน (๒.๑.) จากสิทธิที่จะเข้ามาในประเทศไทย ซึ่งเป็นสิทธิที่ทำให้การเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าวนั้นชอบด้วยกฎหมาย (๒.๒.)

(๒.๑.) สิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้ามาในประเทศไทย

ภายใต้กฎหมายดังกล่าว เฉพาะบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้นที่จะมีสิทธิเด็ดขาด (Absolute Right) ในการเข้าเมือง ส่วนคนต่างด้าวนั้น กฎหมายไทยก็มีลักษณะที่ไม่แตกต่างกันไป จากกฎหมายของนานาประเทศ กล่าวคือ สิทธิในการเข้าเมืองไทยของคนต่างด้าวเป็นสิทธิที่มีเงื่อนไข (conditional right or relative right) นั่นคือ คนต่างด้าวนั้นจะได้รับสิทธิในการเข้าเมืองก็

¹ ใน:ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๙๖ ตอนที่ ๒๘ (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ ๑ มีนาคม พ.ศ.๒๕๒๒ หน้า ๔๕

ต่อเมื่อได้รับอนุญาตให้เข้าเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าเมือง ก็ต่อเมื่อคนต่างด้าวนั้นเป็นบุคคลที่มีลักษณะและคุณสมบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย หรือในทางตรงกันข้าม ก็ต่อเมื่อคนต่างด้าวนั้นไม่มีลักษณะและคุณสมบัติตามข้อกำหนดห้ามของกฎหมาย

ในสถานการณ์ทั่วไป คนต่างด้าวที่อาจได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองไทยได้ก็ต่อเมื่อปรากฏว่า ไม่มีข้อเท็จจริงตามข้อกำหนดของมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กล่าวคือ

"(๑.) ไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ เว้นแต่กรณีที่ไม่ต้องมีการตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ

(๒.) ไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักร

(๓.) เข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกายโดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อทำงานอื่น อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว

(๔.) วิกลจริตหรือมีโรคอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๕.) ยังมิได้ปลูกฝีป้องกันไข้ทรพิษ หรือฉีดวัคซีน หรือปฏิบัติกรอย่างอื่นตามวิชาการแพทย์เพื่อป้องกันโรคติดต่อตามที่กฎหมายบัญญัติและไม่ยอมให้แพทย์ตรวจคนเข้าเมืองกระทำการเช่นว่านั้น

(๖.) เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาของศาลไทยหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือคำพิพากษาของศาลต่างประเทศ เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดลหุโทษ หรือความผิดอันได้กระทำโดยประมาท หรือความผิดที่ยกเว้นไว้ในกฎกระทรวง

(๗.) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่า เป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่ขอร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
 รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
 โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(๘.) มีพฤติการณ์เป็นที่น่าเชื่อว่า เข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

(๙.) ไม่มีเงินติดตัวหรือไม่มีประกันตามที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา ๑๔

(๑๐.) รัฐมนตรีไม่อนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามมาตรา ๑๖

(๑๑.) ถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรโดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณา ยกเว้นให้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย"

จึงสรุปได้ว่า ในปัจจุบัน คนต่างด้าวที่ไม่มีคุณสมบัติดังกล่าวมาตามข้อกำหนดของมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ เท่านั้นที่จะได้รับรองสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทยได้

(๒.๒.) สิทธิของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทย

สิทธิของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยย่อมเกิดจากการอนุญาตของรัฐเจ้าของดินแดน ในกรณีของประเทศไทย กฎหมายไทยกำหนดให้ "อธิบดีกรมตำรวจหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมาย"^๓ เป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรไทยเป็นการชั่วคราว^๔ และให้ "คณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองและรัฐมนตรีว่า"

^๒ มาตรา ๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒

^๓ เป็นไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทยซึ่งออกตามความของมาตรา ๔ และมาตรา ๕ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ และโปรดดูภาคผนวก

^๔ มาตรา ๓๕ วรรคที่ ๑ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒

^๕ เป็นคณะกรรมการซึ่งแต่งตั้งโดยมาตรา ๖ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ๔ หน่วยงาน กล่าวคือ (๑) ปลัดกระทรวงมหาดไทยเป็นประธานคณะกรรมการ (๒) ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ (๓) อธิบดีกรมตำรวจ (๔) อธิบดีกรมแรงงาน (๕) อัยการสูงสุด (๖) เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (๗) เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (๘) ผู้อำนวยการองค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย (๙) ผู้บังคับการสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ซึ่งเป็นทั้งกรรมการและเลขานุการ

การกระหรวมมหาตไทย” เป็นองค์กรของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่
ในราชอาณาจักรไทย^๑

จึงกล่าวได้ว่า คนต่างด้าวที่ไม่มีคุณสมบัติตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้า
เมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ทุกคน มีสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้ามาในประเทศไทย แต่ในเรื่องของความ
สามารถที่จะเข้าเมืองโดยชอบด้วยกฎหมายเข้าเมืองนั้น เฉพาะแต่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้า
เมืองเท่านั้นที่จะมีสิทธิที่จะเข้าเมืองไทย และเนื้อหาของสิทธิย่อมเป็นไปตามคำสั่งอนุญาตให้เข้า
เมืองในแต่ละกรณี อันได้แก่ วัตถุประสงค์ในการเข้าเมือง หรือระยะเวลาในการเข้าเมือง เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ตาม คำสั่งอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยไม่อาจเป็นไป
ตามอำเภอใจของผู้สั่ง ผู้สั่งย่อมต้องสั่งภายใต้ขอบอำนาจที่ให้ตาม พ.ร.บ.คนเข้าเมืองเท่านั้น

(๓.) **ความเป็นไปได้ในทางกฎหมายที่คนต่างด้าวจะร้องขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศ ไทย**

เมื่อกฎหมายนี้ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าเมืองไทยเพื่อ “มีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อ
รับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ หรือเข้ามาเพื่อ
ทำงานอื่น อันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว” จึงหมายความว่า คนต่าง
ด้าวจึงได้รับการรับรองสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้ามาในประเทศไทยเพื่อการทำงานที่ไม่มีลักษณะ
ตามข้อกำหนดห้ามของมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒

เพื่อการศึกษาในรายละเอียด จึงต้องกล่าวในประการแรกถึงงานที่ต้องห้ามในคำร้องขอ
อนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำในประเทศไทยของคนต่างด้าว(๓.๑.) และงานที่ไม่ต้องห้ามในคำร้องขอ
อนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำในประเทศไทยของคนต่างด้าว(๓.๒.)

(๓.๑.) **งานที่ต้องห้ามระบุในคำร้องขออนุญาตเข้าเมืองของคนต่างด้าว**

มาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กำหนดห้ามคนต่างด้าวร้อง
ขออนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำงาน ๒ ลักษณะดังต่อไปนี้

^๑ มาตรา ๔๑ วรรคที่ ๑ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒

(๓.๑.๑.) งานไร้ฝีมือ

ในประการแรก คนต่างด้าวไม่อาจร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทย เพื่อการทำงานแบบไร้ฝีมือ กล่าวคือ เป็นงานกรรมกร หรือเป็นงานที่ต้องทำด้วยกำลังกาย หรือ เป็นงานที่ไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ

(๓.๑.๒.) งานต้องห้ามภายใต้พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒

ในประการที่สอง คนต่างด้าวไม่อาจร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทย เพื่อการทำงานอันเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว จึงต้องทราบต่อไปว่า งานใดบ้างที่มีการกำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวทำในประเทศไทย

มาตรา ๖ แห่ง พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมที่จะออกพระราชกฤษฎีกา เพื่อกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานในท้องที่ใดก็ได้ และการห้ามนั้นอาจจะมีเงื่อนไขอย่างใดเพียงใด ก็ได้ ในปัจจุบัน โดยอาศัยมาตรา ๖ นี้ จึงได้มีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกากำหนดงานใน อาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ในวันที่ ๑๔ พฤษภาคม พ.ศ.๒๕๒๒

ภายใต้มาตรา ๔ แห่งพระราชกฤษฎีกานี้ ได้มีการกำหนดห้าม คนต่างด้าวทำงาน ๓๙ อย่าง เพื่อการค้าหรือหารายได้โดยเด็ดขาด ในทุกท้องที่ในราชอาณาจักร ในการวิเคราะห์งานต้องห้ามทั้งหมดในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกานี้ พบว่า งานต้องห้ามสำหรับคน ต่างด้าวในกฎหมายนี้ มีอยู่ด้วยกัน ๓ ลักษณะ กล่าวคือ

(ก.) งานไร้ฝีมือ

ในประการแรก งานต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวภายใต้ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ก็คือ งานไร้ฝีมือ อันได้แก่ งานกรรมกร รวมถึงงานกสิกรรม หรืองานเลี้ยงสัตว์ หรืองานป่าไม้ หรืองานประมง ซึ่งที่ใช้ความชำนาญงานเฉพาะสาขา อีกทั้งงานที่เกี่ยวกับการขายสินค้าที่ไม่ต้องใช้ความรู้ความ เชี่ยวชาญพิเศษ อันได้แก่ งานขายของหน้าร้าน งานขายทอดตลาด งานเร่ขายสินค้า

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ในปัจจุบัน มีการถกเถียงกันมากกว่า สมควรที่จะกำหนด: ให้งานดังกล่าว เป็นงานต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวอยู่หรือไม่ ทั้งนี้เพราะเกิดการขาดแคลนแรงงานไร้ฝีมือในประเทศไทย

แต่อย่างไรก็ตาม พระราชกฤษฎีกานี้ก็ยังกำหนดข้อยกเว้นในงานไร้ฝีมือบางประเภทที่อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวทำ อันได้แก่ งานควบคุมดูแลฟาร์ม และงานกรรมกรในเรือประมงเฉพาะการประมงทางทะเล จะเห็นว่าข้อกฎหมายข้างต้นนี้ก่อให้เกิดปัญหาที่จะต้องตีความ เนื่องจากมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ห้ามมิให้อนุญาตให้คนต่างด้าว “เข้ามาเพื่อมีอาชีพเป็นกรรมกร หรือเข้ามาเพื่อรับจ้างทำงานด้วยกำลังกาย โดยไม่ได้อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ” ในกรณีเช่นนี้ จะเห็นว่าเกิดความไม่ประสานงานกันระหว่างกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว แต่อย่างไรก็ตาม การแปลความบทบัญญัติทั้งสองนี้ให้มีผลคู่ขนานกัน ย่อมเป็นไปได้ กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ต้องการมาทำงานควบคุมดูแลฟาร์ม หรือเป็นกรรมกรในเรือประมงทะเล แต่หากคนต่างด้าวนั้นเข้าเมืองมาโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองและจำเป็นต้องยอมรับให้บุคคลดังกล่าวทำงาน กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวก็ให้อำนาจแก่กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคมที่จะออกใบอนุญาตให้ทำงานได้ คนต่างด้าวที่มีใบอนุญาตทำงานควบคุมดูแลฟาร์ม หรือเป็นกรรมกรในเรือประมงทะเลดังกล่าวไม่อาจมีสถานภาพเป็นบุคคลที่เข้าเมืองในลักษณะที่ชอบด้วยกฎหมาย

(ข.) งานกึ่งไร้ฝีมือ

ในประการที่สอง งานต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวภายใต้พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ก็คือ งานกึ่งไร้ฝีมือ อันได้แก่ งานก่อสร้าง งานช่างไม้ หรืองานก่อสร้างอื่น งานขับขี่ยานยนต์ หรืองานขับขี่ยานพาหนะที่ไม่ใช้เครื่องจักรหรือเครื่องกล งานเจียรไน หรือขัดเพชรหรือพลอย งานเรียงตัวพิมพ์อักษรไทยด้วยมือ งานสาวและบิดเกลียวไหมด้วยมือ งานฉนวนบุหรือด้วยมือ ขอให้สังเกตว่า งานที่กล่าวมาเป็นงานที่ต้องใช้กำลังกายประกอบกับ “วิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ” ในระดับที่ไม่สูงนัก กล่าวคือ ใช้เวลาเรียนรู้ไม่มากนักและไม่นานนัก แต่สาระสำคัญของงานอยู่ที่กำลังกายมาก

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่ร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน-ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

กว่าที่กำลังสมอง และขอให้สังเกตในอีกประการหนึ่งว่า อาชีพดังกล่าวเป็นอาชีพที่ผู้ร่างกฎหมาย ตระหนักว่า เป็นงานที่คนไทยทำได้และทำอยู่มาก⁷

(ค.) งานที่มีฝีมือที่คนไทยมีความสามารถที่จะทำได้

ในประการที่สาม งานต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวภายใต้ พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและ วิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ก็คือ งานที่มี ฝีมือที่คนไทยมีความสามารถที่จะทำได้ อันได้แก่

(ค.๑.) งานหัตถกรรมที่เกี่ยวกับไม้และพืช อันได้แก่ งานแกะสลักไม้ งานทอเสื่อหรืองานทำเครื่องใช้ด้วย กก หวาย ปอ ฟาง หรือเยื่อไม้ไผ่ งานทำ กระดาษสาด้วยมือ งานทำเครื่องถม

(ค.๒.) งานหัตถกรรมที่เกี่ยวกับโลหะ อันได้แก่ งาน ทำเครื่องเงิน งานทำเครื่องทอง เครื่องเงิน หรือเครื่อง นาก งานทำเครื่องลงหิน งานทำบาตร งาน ทำมิด

(ค.๓.) งานหัตถกรรมเกี่ยวกับผ้าและเครื่องนุ่งห่ม อัน ได้แก่ งานทอผ้าด้วยมือ งานทำที่นอนหรือ ผ้าห่ม นวม งานทำผลิตภัณฑ์จากผ้าไหมด้วยมือ งาน ทำร่มกระดาษหรือผ้า งานทำรองเท้า งานทำหมวก งานประดิษฐ์เครื่องแต่งกาย

(ค.๔.) งานหัตถกรรมเกี่ยวกับดิน อันได้แก่ งานปั้น หรือทำเครื่องปั้นดินเผา

(ค.๕.) งานหัตถกรรมที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม อันได้แก่ งานทำเครื่องดนตรีไทย งานทำตุ๊กตาไทย งานทำ พระพุทธรูป

(ค.๖.) งานบริการที่ต้องมีวิชาชีพพิเศษแต่มิใช่วิชา ชีพที่รัฐควบคุม อันได้แก่ งานตัดผม งานตัดผม หรืองานเสริมสวย งานนายหน้าหรืองานตัว แทน งานเสมียนพนักงานหรืองานเลขานุการ

⁷ ในปัจจุบัน เป็นที่ถกเถียงกันมากว่า งานก่อสร้าง งานขนส่ง ได้กลายเป็นอาชีพที่คนไทยไม่ค่อยทำ และเกิดการขาดแคลน แรงงานในประเทศไทย

(ค.๗.) งานบริการที่ต้องมีวิชาชีพพิเศษและเป็นวิชาชีพที่รัฐควบคุม อันได้แก่ งานในวิชาชีพวิศวกรรม สาขาวิศวกรรมโยธาที่เกี่ยวกับงานออกแบบและคำนวณ จัดระบบวิจัย วางโครงการ ทดสอบ ควบคุมการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำ งานในวิชาชีพสถาปัตยกรรมที่เกี่ยวกับงานออกแบบ เขียนแบบ ประมาณราคา อำนวยการก่อสร้างหรือให้คำแนะนำ งานมัคคุเทศก์ หรืองานจัดนำเที่ยว งานควบคุม ตรวจสอบหรือให้บริการทางบัญชี งานให้บริการทางกฎหมายหรืออรรถคดี

ขอให้สังเกตว่า งานประเภทที่สามของบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ล้วนแต่เป็นงานที่ต้องใช้กำลังปัญญาเป็นหลักในการทำงาน ผู้ทำงานจะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่ต้องเรียนรู้และฝึกฝนอย่างจริงจังจึงจะทำได้

จากข้อกฎหมายดังกล่าว จึงสรุปได้ว่า นอกจากกฎหมายไทยหลักในเรื่องการเข้าเมืองกำหนดห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจอนุญาตคำร้องของคนต่างด้าวเพื่อเข้ามาทำงานไร้ฝีมือแล้ว กฎหมายนี้ยังกำหนดห้ามคนต่างด้าวร้องขออนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำงานแบบกึ่งมีฝีมือและมีฝีมือทั้ง ๓ ประเภทดังปรากฏในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ อีกด้วย

(๓.๒.) งานที่ไม่ต้องห้ามในคำร้องขออนุญาตเข้าเมืองของคนต่างด้าว

ดังนั้น เมื่อมีคำถามว่า กฎหมายไทยว่าด้วยการเข้าเมืองรับรองให้งานใดเป็นงานที่คนต่างด้าวอาจอ้างในคำร้องขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศไทย คำตอบ ก็คือ งานดังกล่าวจะต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ กล่าวคือ

(๓.๒.๑.) งานมีฝีมือ

“งานมีฝีมือ” ในความหมายของมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ก็คือ งานที่มีลักษณะ ๓ ประการ อย่างใดอย่างหนึ่ง นั่นคือ (ก.) เป็นงานที่ไม่มีลักษณะของงานกรรมกร (ข.) เป็นงานที่ไม่มีสาระสำคัญอยู่ที่การใช้อำลังกาย และ (ค.) เป็นงานที่อาศัยวิชาความรู้หรือการฝึกทางวิชาการ

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(๓.๒.๒.) งานไม่ต้องห้ามภายใต้พระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒

เนื่องจากพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ ห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงาน ๓๙ ประเภทตามที่ระบุไว้ในบัญชีท้ายพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาทำงานใดงานหนึ่งใน ๓๙ งานดังกล่าวจึงไม่ได้รับการรับรองให้มีสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้ามาทำงานในประเทศไทย

(๔.) ระยะเวลาที่อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน

เมื่อคนต่างด้าวมีคุณสมบัติที่จะร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทยได้ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองครบทุกประการ คนต่างด้าวนั้นก็จะมีสถานภาพเป็นผู้ทรงสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองที่จะร้องขอเข้าเมือง พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจหน้าที่ที่จะรับคำร้องขอดังกล่าวอย่างปฏิเสธมิได้ แต่การจะอนุญาตหรือไม่นั้น เป็นอำนาจดุลยพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมาย

มาตรา ๓๕ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของอธิบดีกรมตำรวจหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายที่จะอนุญาตตามคำขอของคนต่างด้าว การอนุญาตดังกล่าวจะมีเงื่อนไขใดๆ ก็ได้ แต่ระยะเวลาที่อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามานั้น ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ที่ร้องขอเข้ามากระทำการ ซึ่งจะมีวัตถุประสงค์เท่าที่ มาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ รับรองให้คนต่างด้าวเข้าทำงานได้ เพียง ๑๑ ประการดังต่อไปนี้

- (๑.) การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล
- (๒.) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ
- (๓.) การเล่นกีฬา
- (๔.) ธุรกิจ
- (๕.) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (๖.) การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (๗.) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่า สถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร
- (๘.) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
 รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
 โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

- (๙.) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง
- (๑๐.) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร
- (๑๑.) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ

ภายใต้มาตรา ๓๕ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ระยะเวลาที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวอยู่ในราชอาณาจักรจะต้องเป็นไปในลักษณะตามตารางดังต่อไปนี้

	วัตถุประสงค์ในการเข้าเมือง	ระยะเวลาที่อนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร
๑	-การเล่นกีฬา-ม.๓๔(๔) -การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามาทำ สถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร-ม.๓๔(๕)	๓๐ วัน
๒	-ธุรกิจ-ม.๓๔(๕) -การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน-ม.๓๔(๑๑) -การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง-ม.๓๔(๑๒) -การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร-ม.๓๔(๑๓) -การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ-ม.๓๔(๑๔)	๑ ปี
๓	-การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง-ม.๓๔(๖)	๒ ปี
๔	-การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล-ม.๓๔(๑) -การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ-ม.๓๔(๒)	ระยะเวลาตามความจำเป็น
๕	-การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน-ม.๓๔(๗)	ระยะเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร

ในกรณีที่คนต่างด้าวมิเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่กำหนดใน (๑) (๒) (๓) และ (๔) ให้อธิบดีกรมตำรวจเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกิน ๑ ปี

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่ร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
 รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
 โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

และเมื่อได้อนุญาตแล้ว ให้รายงานต่อคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง^๑ เพื่อทราบพร้อมด้วยเหตุผล ภายใน ๗ วัน นับแต่วันอนุญาต

โดยสรุป จะเห็นว่า โดยหลักกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้น กฎหมายมิได้ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยโดยเด็ดขาด กฎหมายห้ามเฉพาะแต่งงานที่คนไทยทำอยู่ ด้วยเกรงว่าคนต่างด้าวจะมาแย่งงานของคนไทย เมื่อคนต่างด้าวจะมาร้องขอเข้าเมืองเพื่อทำงานนั้น กฎหมายจึงไม่รับรองสิทธิดังกล่าวตั้งแต่ต้น จะเห็นว่า โดยหลักการ วิธีกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในลักษณะเช่นนี้จึงถูกต้อง หากจะมีความบกพร่องในเรื่องการนำแรงงานต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทย ความบกพร่องนั้นน่าจะอยู่ที่นโยบายของรัฐยังไม่ชัดเจนในเรื่องนี้ เราจะต้องทราบให้ได้ว่า งานชนิดนั้นเป็นงานที่คนไทยไม่ทำจริงหรือไม่ ถ้าจริง ก็ควรจะแก้ประเภทงานที่ต้องห้ามตามพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ การปล่อยให้สถานการณ์ค่อนข้างสับสนว่า การขาดแคลนแรงงานเกิดในงานใดงานหนึ่งจริงหรือไม่ จะทำให้ทุกฝ่ายยิ่งเสียหายในความสับสนนั้น การแก้ปัญหาก็จะต้องทำที่ต้นเหตุ มิใช่ปลายเหตุ

บทบัญญัติมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ เป็นเพียงแต่บทกฎหมายที่รับช่วงนโยบายมาจาก พ.ร.บ.การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.๒๕๒๑ และพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ พ.ศ.๒๕๒๒ หลักการของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นเป็นเพียงแต่กันมิให้คนต่างด้าวที่อาจแย่งงานของคนไทยเข้ามาเท่านั้นเอง

แต่อย่างไรก็ตาม การเขียนห้ามเอาไว้กว้างๆ ก่อนในลักษณะที่เป็นในบทบัญญัติมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ก็มีใช้แนวทางที่น่าจะทำในยุคที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ภาพพจน์ของประเทศไทยน่าจะเป็นภาพพจน์ของตลาดเปิดมากกว่าตลาดปิด การห้ามมิให้คนต่างด้าวทำงานใดที่ขัดต่อประโยชน์ของคนชาตินั้นเป็นสิ่งที่ทำได้ในแนวความคิดเก่า แต่ในแนวความคิด ณ ปัจจุบัน เมื่อสถานการณ์ในปัจจุบัน เป็นเรื่องของหลักต่างตอบแทนในหลายลักษณะ จึงคิดว่า เมื่อประเทศมีนโยบายดังกล่าวต่อคนต่างด้าว รัฐต่าง

^๑ ภายใต้มาตรา ๖ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ให้มีคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมืองคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงมหาดไทย เป็นประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงการต่างประเทศ อธิบดีกรมตำรวจ อธิบดีกรมแรงงาน อธิบดีกรมอัยการ เลขาธิการคณะ กรรมการส่งเสริมการลงทุน เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้อำนวยการองค์การส่งเสริมการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย เป็นกรรมการ และผู้บังคับการกองตรวจคนเข้าเมือง เป็นกรรมการและเลขานุการ

บทที่ ๒ สิทธิของคนต่างด้าวที่จะร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ประเทศก็ชอบที่จะมีนโยบายอย่างเดียวกันต่อคนไทย การเขียนบทบัญญัติมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ เลียใหม่จึงเป็นสิ่งที่ควรทำ

แต่อย่างไรก็ตาม แม้โดยลักษณะงานที่คนต่างด้าวประสงค์จะทำไมเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเหตุให้ถูกห้ามเข้าเมืองไทย คนต่างด้าวนั้นก็อาจไม่สามารถที่จะเข้าเมืองได้หากคนต่างด้าวนั้นไม่มีคุณสมบัติอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนด จึงต้องมาศึกษาคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดสำหรับคนต่างด้าวที่ร้องขอใช้สิทธิที่จะเข้าเมืองไทยในหัวข้อต่อไป (บทที่ ๓)

และขอให้ตระหนัก ณ ที่นี้ว่า ในขณะที่กฎหมายไทยปัจจุบันว่าด้วยคนเข้าเมืองห้ามคนต่างด้าวร้องขอเข้าเมืองเพื่อทำงานไร้ฝีมือและงานที่สงวนสำหรับคนไทย โดยผลของกฎหมายดังกล่าว คนต่างด้าวจึงไม่มีสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำงานดังกล่าวในประเทศไทย ดังนั้น ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยในลักษณะที่ผิดกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง โดยหลักกฎหมายทั่วไป คนต่างด้าวนั้นจึงไม่ควรจะมีสิทธิร้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทย **แต่อย่างไรก็ตาม ข้อยกเว้นเกิด ณ ตรงนี้** กฎหมายไทยปัจจุบันว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวยอมรับรองสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยโดยผิดกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองในบางสถานการณ์ **จึงเป็นไปได้ในประเทศไทยในปัจจุบัน ที่คนต่างด้าวจะเข้าเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมายแต่มีสิทธิทำงานโดยชอบด้วยกฎหมาย**

ดังนั้นภายหลังจากการศึกษาคุณสมบัติของคนต่างด้าวที่กฎหมายไทยรับรองให้มีสิทธิร้องขออนุญาตเข้าเมืองเพื่อทำงานแล้ว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องศึกษาข้อเท็จจริงที่ทำให้แก่สิทธิในการทำงานแก่คนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยผิดกฎหมาย(บทที่ ๔)

บทที่ ๓

คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทยเพื่อทำงาน

คำถามต่อมาที่จะต้องค้นคว้า ก็คือ ในกรณีที่ตรวจสอบแล้วพบว่า งานใดที่คนต่างด้าวต้องการทำเป็นงานที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแล้ว ก็จะต้องพิจารณาในลำดับต่อไปให้ได้ข้อเท็จจริงอีกว่า คนต่างด้าวนั้นจะต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามข้อกำหนดของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองอันทำให้มีสถานะเป็นผู้ทรงสิทธิที่จะร้องขออนุญาตเข้าเมืองไทยหรือไม่

ในปัจจุบัน กฎหมายไทยว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดคุณสมบัติสำหรับคนต่างด้าวในการร้องขออนุญาตเข้าเมืองไว้ ๓ กรณี กล่าวคือ กรณีของคนต่างด้าวโดยทั่วไป(๑.) กรณีของคนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษ(๒.) และกรณีของคนต่างด้าวที่มีสถานการณพิเศษ(๓.)

(๑.) คุณสมบัติที่กำหนดสำหรับคนต่างด้าวโดยทั่วไป

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ เราอาจสรุปได้ว่า กฎหมายไทยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ยื่นขอเข้าเมืองไทยจะต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(๑.๑.) ความเป็นบุคคลที่มีเอกสารการพิสูจน์ตัวบุคคลที่เป็นที่ยอมรับได้

เป็นแนวทางที่ยอมรับกันในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของนานารัฐว่า คนต่างด้าวที่ร้องขอเข้าเมืองจะต้องมีเอกสารที่สามารถพิสูจน์ (paper of identification) ได้ว่า ตนเป็นใคร มีที่มาอย่างไร และมีความผูกพันอยู่กับรัฐใด จะเห็นว่า เงื่อนไขประการนี้ถูกกำหนดโดยกฎหมายภายในของรัฐ เพราะรัฐไม่ต้องการจะยอมรับ “บุคคลที่ไม่มีหัวนอนปลายเท้า” เข้ามาในประเทศของตน และเหตุผลในทางปฏิบัติก็คือ เมื่อไม่ทราบว่าคุณคนดังกล่าวมีความผูกพันอยู่กับรัฐใด ก็ย่อมหมายความว่า เมื่อรัฐไม่ปรารถนาที่จะให้บุคคลดังกล่าวอยู่ในประเทศไทยต่อไป ก็ไม่อาจจะผลักดันบุคคลดังกล่าวออกไปจากประเทศได้ เพราะไม่มีรัฐใดที่มีหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องยอมรับบุคคลนั้น

ภายใต้หลักทั่วไปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ รัฐที่มีหน้าที่จะต้องยอมรับบุคคลไม่ว่าในสถานการณ์ใดๆ ก็ตาม ก็คือรัฐเจ้าของสัญชาติของบุคคล(National State)

บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย

โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

รัฐสมัยใหม่จะกำหนดกฎหมายภายในลายลักษณ์อักษรไว้อย่างชัดเจนว่า บุคคลธรรมดาใดมีสัญชาติของตน¹ และจะกำหนดกฎหมายภายในลายลักษณ์อักษรให้เจ้าหน้าที่ของรัฐออกเอกสารของรัฐที่แสดงว่า บุคคลใดมีสัญชาติของตน อันได้แก่ บัตรประจำตัวประชาชนสำหรับคนชาติที่อยู่ในประเทศ² หรือหนังสือเดินทาง (passport) สำหรับคนชาติที่อยู่นอกประเทศ

ในปัจจุบัน สำหรับคนไร้สัญชาติ (Stateless person) หรือบุคคลที่ทำงานเพื่อองค์การระหว่างประเทศ (international officer) นานารัฐยังมีทางปฏิบัติที่จะยอมรับเอกสารพิสูจน์ตนที่ออกโดยองค์การระหว่างประเทศอีกด้วย

มาตรา ๑๒(๑) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กำหนดห้ามคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหากคนต่างด้าวนั้นไม่มีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางอันถูกต้องและยังสมบูรณ์อยู่ หรือมีแต่ไม่ได้รับการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางเช่นว่านั้นจากสถานทูตหรือสถานกงสุลไทยในต่างประเทศหรือจากกระทรวงการต่างประเทศ จึงหมายความว่า คนต่างด้าวจะเข้าประเทศไทยได้ภายใต้เงื่อนไข ๒ ประการตามข้อกำหนดของมาตรา ๑๒ (๑) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กล่าวคือ

(๑.๑.๑.) คนต่างด้าวจะต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่มีผลสมบูรณ์

ในประการแรก คนต่างด้าวต้องมีหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางที่ถูกต้องและสมบูรณ์ (มาตรา ๑๒(๑) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒) เงื่อนไขในทางเอกสารที่สำคัญเป็นอันดับแรกที่รัฐเรียกร้อง ก็คือหนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง เพราะเอกสารนี้จะทำให้ทราบว่า เอกชนดังกล่าวเป็นใครและมีความสัมพันธ์ในทางการเมืองกับรัฐใด แต่ในทางปฏิบัติของรัฐ เอกชนที่ไร้สัญชาติทั้งในทางข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงก็จะมีหนังสือเดินทางที่ออกโดยรัฐเจ้าของสัญชาติ

จากความเป็นจริงดังกล่าว เราจะเห็นว่า กฎหมายไทยยอมรับให้คนต่างด้าวร้องขอเข้าเมืองได้ถ้าคนต่างด้าวนั้นมีเอกสารประจำตัวอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

¹ ในกรณีของประเทศไทย ก็คือ พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๖ พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๔๕๕ และ พ.ร.บ.สัญชาติ พ.ศ.๒๕๐๘

² ในกรณีของประเทศไทย ก็คือ พ.ร.บ.บัตรประจำตัวประชาชน

บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ได้แก่หนังสือเดินทาง (Passport) ของประเทศที่ประเทศไทยให้การรับรองรัฐและการรับรองรัฐบาล ประการหนึ่ง และเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทาง อีกประการหนึ่ง เพราะคนต่างด้าวประเภทหลังนี้ไม่อาจถือหนังสือที่ออกโดยรัฐ เนื่อง จากเป็นผู้ที่เป็นปรปักษ์กับรัฐเจ้าของสัญชาติหรือรัฐดังกล่าวไม่ยอมให้การรับรองดูแล ตัวอย่างของบุคคลประเภทนี้ ก็คือผู้ลี้ภัยในทางการเมือง ผู้อพยพผู้พลัดถิ่น นอกจากนั้น ก็ยังมีคนต่างด้าวของประเทศที่ประเทศไทยไม่ได้ให้การรับรองในทางการเมือง เช่น คนจีน ไต้หวัน ประเทศไทยไม่อาจยอมรับหนังสือเดินทางไต้หวันที่ออกโดยรัฐบาลไต้หวัน แต่ประเทศไทยอาจยอมรับเอกสารอื่นๆ ที่ใช้แทนหนังสือเดินทางได้ ที่เป็นดังนี้เพราะกฎหมายไทยเห็นว่า การรับรองเป็นขั้นตอนทางการเมือง การที่ประเทศไทยมีปัญหาในทางการเมืองกับรัฐหรือรัฐบาลใดก็ตาม ไม่น่าจะส่งผลกระทบกับเอกชนผู้มีสัญชาติของรัฐนั้นหรืออยู่ใต้อำนาจ ปกครองของรัฐบาลนั้น

เอกสารที่ใช้แทนหนังสือเดินทางจึงไม่จำเป็นต้องเป็นหนังสือเดินทางที่ออกโดยกระทรวงการต่างประเทศของนานาประเทศที่เราให้การรับรอง แต่อาจจะออกโดยองค์การระหว่างประเทศ ตัวอย่างในความเป็นจริงอันหนึ่ง ก็คือสำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติว่าด้วยผู้ลี้ภัย (UNHCR) จะมีหน้าที่ออกเอกสารการเดินทาง (Title of Voyage) แก่ผู้ลี้ภัยอินโดจีนเพื่อใช้ในการเดินทางระหว่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางจะต้องเป็นเอกสารที่ถูกต้องและสมบูรณ์ตามกฎหมายเข้าเมืองของบางประเทศ หนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางจะต้องมีผลอีกอย่างน้อย ๖ เดือนหลังจากที่ออกเดินทางออกจากประเทศที่ให้เข้าเมือง

แต่ในบางกรณี รัฐก็อาจตกลงกันกำหนดให้คนต่างด้าวนั้นเข้าเมืองมาได้โดยมีเพียงแต่ บัตรประจำตัวประชาชน ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวก็คือ กรณีของรัฐที่มีพรมแดนติดกัน กรณีของรัฐที่มีความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจอย่างใกล้ชิดระหว่างกัน

(๑.๑.๒.) หนังสือเดินทางหรือเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางจะต้องมีการ
ตรวจลงตราของประเทศไทยเสียก่อนเข้าเมือง

องค์กรของรัฐที่ทำหน้าที่ตรวจลงตราก็คือ สถานทูตหรือสถาน
กงสุลไทยในต่างประเทศ หรือจากกระทรวงการต่างประเทศ³

แต่อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี กฎหมายไทยก็ยกเว้นการตรวจ
ลงตราสำหรับคนต่างด้าวบางประเภทเป็นกรณีพิเศษ บทยกเว้นกฎหมายคนเข้าเมืองในกรณีนี้ ก็
คือประกาศของกระทรวงมหาดไทยลงวันที่ ๑๔ มกราคม พ.ศ.๒๕๒๕ เรื่องกำหนดรายชื่อ
ประเทศที่คนชาติได้รับการยกเว้นการตรวจลงตรา และอนุญาตให้อยู่ได้ ๑๕ วันแก่ ๕๕ ประเทศ
ด้วยกัน⁴ และในวันที่ ๑๖ กันยายน พ.ศ.๒๕๓๐ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก็ได้ออก
ประกาศกระทรวงมหาดไทยมาอีกฉบับหนึ่งเพื่อกำหนดรายชื่อประเทศที่คนชาติจะขอรับการตรวจ
ลงตรา ณ ช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองดอนเมือง ผู้ที่จะใช้สิทธิตามประกาศนี้จะต้อง
เป็นคนชาติของประเทศที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะ
รัฐมนตรี และเป็นผู้ที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการท่องเที่ยวไม่เกิน ๑๕ วัน ประกาศฉบับนี้ให้
สิทธิแก่คนชาติ ๗๔ ประเทศ⁵ และในวันที่ ๑ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๒ รัฐมนตรีว่าการกระทรวง
มหาดไทยได้ประกาศให้สาธารณรัฐแอฟริกาใต้เป็นประเทศที่ ๘๐ ซึ่งคนชาติอาจจะขอรับการ
ตรวจตรา ณ ช่องทางอนุญาตของด่านตรวจคนเข้าเมืองได้⁶

³ ภายใต้กฎกระทรวงต่างประเทศฉบับที่ ๖ (พ.ศ.๒๕๒๓)ซึ่งออกตามความใน พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ การตรวจลง
ตรามีอยู่ ๗ ประเภท กล่าวคือ การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภททูต การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภทราช
การ การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภทคนอยู่ชั่วคราว การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภทนักท่องเที่ยว การ
ตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภทคนเดินทางผ่านราชอาณาจักร การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภทคนเข้ามามี
ถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร การตรวจลงตราสำหรับคนต่างด้าวประเภท คนเข้าเมืองนอกกำหนดจำนวนโควตาคนต่างด้าวซึ่งจะ
เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรเป็นรายปี

⁴ใน:ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๑๐๓ ตอนที่ ๔๔ แผนกราชกิจจานุเบกษา ลงวันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ.๒๕๒๕ หน้า ๑๐๔๐

⁵ใน:ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๑๐๔ ตอนที่ ๑๔๘ แผนกราชกิจจานุเบกษา ลงวันที่ ๑ ตุลาคม พ.ศ.๒๕๓๐ หน้า ๖๗๔๕

⁶ใน:ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ ๑๐๖ ตอนที่ ๔๓ แผนกราชกิจจานุเบกษา ลงวันที่ ๒๑ มีนาคม พ.ศ.๒๕๓๒ หน้า ๒๐๕๕

บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

(๑.๒.). ความเป็นบุคคลที่ไม่ก่อให้เกิดภาระทางเศรษฐกิจแก่ประเทศไทย

เป็นแนวทางที่ยอมรับกันในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของนานารัฐว่า คนต่างด้าวที่ร้องขอเข้าเมืองจะต้องไม่ตกเป็นภาระทางเศรษฐกิจแก่รัฐเมื่อยอมอนุญาตให้เข้ามาแล้ว ดังนั้น จึงมักจะพิจารณาว่า ยากจนหรือไม่ หรือมีอาชีพเป็นหลักฐานพอเลี้ยงตัวหรือไม่

มาตรา ๑๒(๒) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กำหนดห้ามคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรหากคนต่างด้าวนั้นไม่มีปัจจัยในการยังชีพตามควรแก่กรณีที่เข้ามาในราชอาณาจักร และนอกจากนั้น มาตรา ๑๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ยังกำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจหน้าที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อกำหนดจำนวนเงินติดตัวหรือประกันที่คนต่างด้าวซึ่งมีอายุตั้งแต่ ๑๒ ปีขึ้นไปขอเข้าเมืองไทยจะต้องมี และมาตรา ๑๒(๓) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ กำหนดห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งไม่มีเงินติดตัวหรือไม่มีประกันตามที่รัฐมนตรีประกาศตามมาตรา ๑๔ เข้ามาในราชอาณาจักร

จึงเป็นที่ชัดเจนว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองนั้นก็คือ ไม่ประสงค์จะอนุญาตให้คนต่างด้าวที่ไม่มีความสามารถที่จะเลี้ยงดูตัวเองเข้ามาเป็นภาระทางเศรษฐกิจแก่ประเทศไทย

ภายใต้ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องกำหนดจำนวนเงินให้คนต่างด้าวต้องมีติดตัวในขณะเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร ณ วันที่ ๙ มิถุนายน พ.ศ.๒๕๒๓^๗ คนต่างด้าวคนหนึ่งๆ ซึ่งมีอายุตั้งแต่ ๑๒ ปีบริบูรณ์ ขึ้นไป ที่ขอใช้สิทธิเข้าเมืองไทย จะต้องต้องมีเงินติดตัวในขณะเดินทางเข้ามาในราชอาณาจักรตามประเภทของการตรวจลงตราในหนังสือเดินทางดังต่อไปนี้

^๗ ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๙๗ ตอนที่ ๑๐๓ (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม พ.ศ.๒๕๒๓ หน้า ๑

บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน: ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ข้อเท็จจริง	เงินหรือหลักประกันที่ต้องมี
๑. คนเดินทางผ่านราชอาณาจักร(Transit Visa) ในกรณีที่เข้ามาคนเดียว	คนละ ๕,๐๐๐ บาท
๒. คนเดินทางผ่านราชอาณาจักร(Transit Visa) ในกรณีที่เข้ามาเป็นครอบครัว	ครอบครัวละ ๑๐,๐๐๐ บาท
๓. บุคคลที่เดินทางเข้ามาโดยได้รับการยกเว้น การตรวจลงตรา ในกรณีที่เข้ามาคนเดียว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า คนละ ๕,๐๐๐ บาท
๔. บุคคลที่เดินทางเข้ามาโดยได้รับการยกเว้น การตรวจลงตรา ในกรณีที่เข้ามาเป็นครอบครัว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า ครอบครัวละ ๑๐,๐๐๐ บาท
๕. คนต่างด้าวประเภทนักท่องเที่ยว(Tourist Visa) ในกรณีที่เข้ามาคนเดียว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า คนละ ๑๐,๐๐๐ บาท
๖. คนต่างด้าวประเภทนักท่องเที่ยว(Tourist Visa) ในกรณีที่เข้ามาเป็นครอบครัว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า ครอบครัวละ ๒๐,๐๐๐ บาท
๗. คนต่างด้าวประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) ในกรณีที่เข้ามาเป็นคนเดียว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า คนละ ๑๐,๐๐๐ บาท
๘. คนต่างด้าวประเภทคนอยู่ชั่วคราว (Non-Immigrant Visa) ในกรณีที่เข้ามาเป็นครอบครัว	มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตรา ได้ เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทย ไม่น้อยกว่า ครอบครัวละ ๒๐,๐๐๐ บาท

จะเห็นว่า คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้าเมืองไทยเพื่อทำงาน ก็ถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา ๓๔ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๒๒ ดังนั้น การเข้ามาในประเทศไทยจึงต้องมีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตราได้เป็นมูลค่าเทียบอัตราแลกเปลี่ยนเป็นเงินไทยไม่น้อยกว่า ๑๐,๐๐๐ คน ในกรณีที่เข้ามาคนเดียว หรือไม่น้อยกว่า ๒๐,๐๐๐ บาท หากเข้ามาเป็นครอบครัว ในกรณีที่ไม่มีเงินหรือเอกสารบรรดาที่จะพึงจ่ายเป็นเงินตราดังกล่าวในขณะที่ร้องขอเข้าเมืองไทยก็ไม่อาจได้รับอนุญาตให้เข้าเมือง และในกรณีที่ไม่มี

บทที่ ๓ คุณสมบัติของคนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิร้องขอเข้ามาในประเทศไทยเพื่อทำงาน
รายงานผลวิจัยเรื่องการเข้ามาในประเทศไทยของคนต่างด้าวเพื่อทำงาน:ข้อสำรวจทางกฎหมาย ปัญหา และทางเลือกนโยบาย
โดย รศ.ดร.พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร

ในพหุติการณแรก มาตรา ๑๒(๗) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ กำหนดมิให้คนต่างด้าวใดเข้าเมืองไทย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลนั้นมีพหุติการณเป็นที่น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่เป็นภัยต่อสังคม หรือจะก่อเหตุร้ายให้เกิดอันตรายต่อความสงบสุขหรือความปลอดภัยของประชาชน หรือความมั่นคงแห่งราชอาณาจักร หรือบุคคลซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐบาลต่างประเทศได้ออกหมายจับ

ในพหุติการณที่สอง มาตรา ๑๒(๘) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ กำหนดมิให้คนต่างด้าวใดเข้าเมืองไทย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลนั้นมีพหุติการณเป็นที่น่าเชื่อเข้ามาเพื่อการค้าประเวณี การค้าหญิงหรือเด็ก การค้ายาเสพติดให้โทษ การลักลอบหนีภาษีศุลกากร หรือเพื่อประกอบกิจการอื่นที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในพหุติการณที่สาม มาตรา ๑๒(๙) แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ กำหนดมิให้คนต่างด้าวใดเข้าเมืองไทย หากปรากฏข้อเท็จจริงว่า บุคคลนั้นถูกรัฐบาลไทยหรือรัฐบาลต่างประเทศเนรเทศ หรือถูกเพิกถอนสิทธิการอยู่อาศัยในราชอาณาจักรหรือในต่างประเทศมาแล้ว หรือถูกพนักงานเจ้าหน้าที่ส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักร โดยรัฐบาลไทยเสียค่าใช้จ่าย ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีได้พิจารณาจนเห็นว่าไม่เป็นกรณีพิเศษเฉพาะราย

(๒.) คุณสมบัติที่กำหนดสำหรับคนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษ

กฎหมายรับรองให้คนต่างด้าวบางประเภทร้องขออนุญาตเข้าประเทศไทยได้โดยไม่ต้องพิสูจน์คุณสมบัติบางประการตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ เนื่องจากมีสถานภาพพิเศษ

(๒.๑.) กรณีของคนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษเนื่องจากมีเอกลักษณ์และความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

มาตรา ๑๕ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ กำหนดรับรองให้คนต่างด้าวที่มีสถานภาพพิเศษเนื่องจากเป็นบุคคลที่มีเอกลักษณ์และความคุ้มกันตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ต้องมีหน้าที่พิสูจน์ในหลายข้อกำหนดตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ.คนเข้าเมือง พ.ศ.๒๕๖๒ อันได้แก่ ความไม่เป็นภาระทางเศรษฐกิจต่อประเทศไทย และความไม่เป็นภัยต่อรัฐและสังคมไทย แต่