

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง หน้าที่การจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางในกรณีที่มีการต่ออายุ
สัญญาจ้างกับนายจ้างรายเดิม

กรมการจัดหางานได้มีหนังสือ ที่ รง ๐๓๐๓/๑๔๘๑๗ ลงวันที่ ๑๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๓ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า ประเทศไทยประสบปัญหาการขาดแคลนแรงงานอย่างต่อเนื่องโดยที่ผ่านมาได้มีแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้านเดินทางเข้ามาทำงานมีทั้งที่เข้าเมืองถูกกฎหมายและลักลอบเข้าเมืองเป็นจำนวนมาก เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว รัฐบาลจึงมีนโยบายให้นำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้ระบบบันทึกความเข้าใจด้วยความร่วมมือในการจ้างแรงงานระหว่างรัฐ (MOU) ที่มุ่งเน้นให้เกิดการบริหารจัดการอย่างเป็นระบบ เกิดความโปร่งใส ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม และคนต่างด้าวได้รับความคุ้มครองตามหลักสากล โดยการทำสัญญาจ้างแรงงานคนต่างด้าวที่จะเดินทางเข้ามาทำงานภายใต้ระบบดังกล่าวจะมีกำหนดระยะเวลาการจ้างเป็นเวลาไม่เกิน ๒ ปี และสามารถขยายได้อีกไม่เกิน ๒ ปี

กรมการจัดหางานได้จัดประชุมหารือข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว (Non L-A) ตามประกาศกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ เกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบในการวางหลักประกันของผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานและนายจ้างซึ่งจ้างคนต่างด้าวมาทำงานตามระบบ MOU ในกรณีที่คนต่างด้าวทำงานจนครบกำหนดสัญญาการนำเข้าแล้วและประสงค์ที่จะทำงานต่อไป ผู้รับอนุญาตฯ และนายจ้างซึ่งนำคนต่างด้าวเข้ามาทำงานยังคงมีภาระในการวางหลักประกันหรือไม่ โดยที่ประชุมเห็นว่า เมื่อคนต่างด้าวทำงานจนครบสัญญาการนำเข้าแล้วประสงค์ที่จะทำงานต่อไป คนต่างด้าวสามารถต่ออายุสัญญากับนายจ้างรายเดิม ทำสัญญากับนายจ้างรายใหม่ หรือเปลี่ยนนายจ้างระหว่างอายุสัญญาจ้างใหม่ได้โดยไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ ดังนั้น หากมีการเปลี่ยนนายจ้างทั้งกรณีการเปลี่ยนก่อนครบสัญญาและการเปลี่ยนหลังครบสัญญา ถ้านายจ้างรายใหม่ซึ่งได้รับคนต่างด้าวทำงานในประเภทที่ต้องวางหลักประกัน นายจ้างรายใหม่ยังคงมีภาระในการวางหลักประกันตามมาตรา ๕๒ แห่งพระราชกำหนดดังกล่าว สำหรับความรับผิดชอบของผู้รับอนุญาตฯ นั้น เป็นไปตามสัญญาการนำเข้าคนต่างด้าวเข้ามาทำงานกับนายจ้างในประเทศ หากคนต่างด้าวต่ออายุสัญญากับนายจ้างรายเดิม หรือเปลี่ยนไปทำงานกับนายจ้างรายใหม่ ซึ่งเป็นกรณีนอกเหนือจากที่ตกลงไว้ในสัญญาการนำเข้าคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศ ผู้ที่วางหลักประกันจึงไม่ควรที่จะเป็นผู้รับอนุญาตฯ กรณีนี้จึงต้องนำมาตรา ๕๒ มาบังคับใช้โดยอนุโลม

อนึ่ง กรมการจัดหางานได้จัดทำ “แนวทางถาม - ตอบของเจ้าหน้าที่กรมการจัดหางาน เกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าว” เพื่อให้เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานสามารถดำเนินการให้สอดคล้อง กับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ทั้งนี้ ได้แจ้งให้ ผู้ว่าราชการจังหวัดสั่งการให้จัดหางานจังหวัดปฏิบัติให้ถูกต้องตามแนวทางที่กรมการจัดหางานกำหนด โดยได้อธิบายถึงหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องเมื่อได้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานภายใต้ ระบบ MOU ตามมาตรา ๔๓ และมาตรา ๔๖ เมื่อครบกำหนดสัญญาแล้วได้รับการต่อสัญญาจ้างใหม่ จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

(ก) กรณีการวางหลักประกันของผู้รับอนุญาตฯ กำหนดให้ภายใน ๒ ปีแรก (สัญญาแรก) นายจ้างไม่ต้องวางหลักประกัน ส่วนปีที่ ๓ หรือปีที่ ๔ (หมดสัญญาแรกแล้ว) นายจ้าง รายที่จ้างคนต่างด้าวต้องวางหลักประกัน และ

(ข) กรณีความรับผิดชอบในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทาง กำหนดให้ ภายใน ๒ ปีแรก (สัญญาแรก) อยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับอนุญาตฯ ส่วนปีที่ ๓ และปีที่ ๔ อยู่ในความรับผิดชอบของนายจ้างที่วางหลักประกันรายสุดท้าย

กรณีตามข้อหาหรือนี้กรมการจัดหางานพิจารณาแล้วมีความเห็นว่า ผู้รับอนุญาตฯ มีความรับผิดชอบในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางตลอดระยะเวลาที่คนต่างด้าวทำงาน กับนายจ้างตามมาตรา ๔๓ เว้นแต่จะมีการต่ออายุสัญญาจ้างระหว่างคนต่างด้าวและนายจ้าง ตามมาตรา ๔๓ ผู้รับอนุญาตฯ จึงสิ้นสุดความรับผิดชอบในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทาง ดังที่บัญญัติไว้ในตอนท้ายของมาตรา ๕๕ วรรคหนึ่ง ส่วนกรณีที่คนต่างด้าวและนายจ้างตามมาตรา ๔๓ ได้ต่ออายุสัญญาจ้างดังกล่าว นั้นมิใช่การเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา ๕๑ ประกอบกับมาตรา ๕๒ กรณีจึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดให้นายจ้างตามมาตรา ๔๓ ที่ได้ต่ออายุ สัญญาจ้างกับคนต่างด้าวต้องวางหลักประกัน หากคนต่างด้าวได้ทำงานจนครบระยะเวลาตามสัญญาจ้าง ที่ได้ต่ออายุแล้ว ผู้ใดจะมีหน้าที่จัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาแล้วเห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องนี้ เป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องมีการพิจารณาวินิจฉัยโดยรอบคอบ เพื่อเป็นแนวปฏิบัติในการบริหารราชการ แผ่นดินต่อไป จึงอาศัยอำนาจตามข้อ ๑๒ แห่งระเบียบคณะกรรมการกฤษฎีกา ว่าด้วยการประชุม กรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ จัดให้มีการประชุมร่วมกันของกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๑ และคณะที่ ๙ เพื่อพิจารณาประเด็นปัญหาดังกล่าว

คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมคณะที่ ๑ และคณะที่ ๙) ได้พิจารณา ข้อหาหรือของกรมการจัดหางานแล้ว เห็นว่าข้อหาหรือนี้มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่ การจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางในกรณีที่มีการต่ออายุสัญญาจ้างกับนายจ้างรายเดิม ว่าควรเป็นของผู้ใด

ข้อเท็จจริงตามข้อหาหรือนี้เป็นกรณีที่คนต่างด้าวต่ออายุสัญญาจ้างกับนายจ้างรายเดิม ตามมาตรา ๔๓^๑ ไม่ใช่การเปลี่ยนตัวนายจ้าง จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้นว่า (๑) ผู้รับอนุญาต

^๑มาตรา ๔๓ เมื่อผู้รับอนุญาตให้นาคคนต่างด้าวมาทำงานได้นำคนต่างด้าวส่งมอบให้นายจ้างแล้ว ให้แจ้งให้นายทะเบียนทราบภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ส่งมอบคนต่างด้าวให้นายจ้าง ทั้งนี้ ตามรายการที่อธิบดี ประกาศกำหนด

ให้นำคนต่างด้าวมาทำงานมีหน้าที่ต้องจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางตามมาตรา ๕๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ หรือไม่ และ (๒) ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานมีความรับผิดชอบในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางตามสัญญาจ้างที่มีกำหนดระยะเวลาสองปี หรือยังคงมีความรับผิดชอบไปจนกว่าจะมีการจัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า มาตรา ๕๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวฯ บัญญัติให้ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานมีหน้าที่ต้องจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางเมื่อคนต่างด้าวทำงานจนครบกำหนดตามสัญญาจ้างระหว่างนายจ้างและคนต่างด้าวนั้น ฉะนั้น หากไม่มีการต่ออายุสัญญาจ้างหรือคนต่างด้าวได้ทำงานกับนายจ้างรายใหม่ภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๒^๓ ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานจึงมีหน้าที่ต้องจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทาง

ประเด็นที่สอง เห็นว่า ความรับผิดชอบของผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางเป็นไปตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศหรือสัญญาจ้าง สำหรับกรณีตามข้อหาข้อนี้เมื่อผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานได้นำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างตามมาตรา ๔๓^๔ เป็นระยะเวลาสองปีตามที่กำหนดในสัญญาจ้าง ฉะนั้น หากไม่มีการเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา ๕๑^๕ และมาตรา ๕๒

^๓มาตรา ๕๕ เมื่อคนต่างด้าวที่ทำงานกับนายจ้างตามมาตรา ๔๓ หรือมาตรา ๔๖ ทำงานจนครบกำหนดตามสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศหรือสัญญาจ้างแล้ว ให้ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานหรือนายจ้างรายสุดท้ายที่วางหลักประกันตามมาตรา ๔๖ หรือมาตรา ๕๒ จัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง เว้นแต่จะมีการต่ออายุสัญญาจ้างหรือคนต่างด้าวนั้นจะทำงานกับนายจ้างรายใหม่ภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๒

ให้นำความในมาตรา ๕๐ ววรรคห้าและวรรคหก มาใช้บังคับแก่การจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางตามวรรคหนึ่งด้วยโดยอนุโลม

ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานเลิกประกอบธุรกิจการนำคนต่างด้าวมาทำงานให้นายทะเบียนคืนหลักประกันให้แก่ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงาน เมื่อผู้รับอนุญาตดังกล่าวแสดงหลักฐานว่าได้ส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางแล้วซึ่งต้องไม่ช้ากว่าสองปีนับแต่วันที่เลิกประกอบธุรกิจ เมื่อครบกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานยังไม่สามารถแสดงหลักฐานการส่งคนต่างด้าวกลับต่อนายทะเบียนได้ ให้หลักประกันนั้นตกเป็นของกองทุนเพื่อใช้จ่ายในการส่งคนต่างด้าวออกนอกราชอาณาจักรต่อไป ในกรณีที่ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานแสดงหลักฐานการส่งคนต่างด้าวกลับได้เพียงบางส่วนภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้อธิบดีคืนหลักประกันให้ตามอัตราส่วนและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

^๔มาตรา ๕๒ คนต่างด้าวซึ่งมีสิทธิเปลี่ยนนายจ้างตามมาตรา ๕๑ ต้องทำงานกับนายจ้างรายใหม่ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่เลิกทำงานกับนายจ้างรายเดิม และในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นทำงานประเภทที่นายจ้างต้องวางหลักประกันตามมาตรา ๔๖ นายจ้างรายใหม่ต้องวางหลักประกันต่ออธิบดีตามมาตรา ๔๖ ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่จ้างคนต่างด้าวนั้น

^๕โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

^๖มาตรา ๕๑ คนต่างด้าวที่ทำงานกับนายจ้างตามมาตรา ๔๓ หรือมาตรา ๔๖ ถ้าออกจากการก่อนครบสัญญาจ้าง จะทำงานกับนายจ้างอื่นใดมิได้ เว้นแต่จะพิสูจน์ให้นายทะเบียนเห็นว่าการที่ตนออกจากการเป็นเพราะความผิดของนายจ้าง หรือได้ชำระค่าเสียหายให้นายจ้างเต็มแล้ว ในกรณีเช่นนั้นให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานให้ใหม่หรือสลักหลังใบอนุญาตทำงานเพื่อแสดงถึงสิทธิในการเปลี่ยนนายจ้าง

ค่าเสียหายตามวรรคหนึ่ง ได้แก่ ค่าใช้จ่ายทั้งปวงในการนำคนต่างด้าวนั้นมาทำงานคำนวณตามสัดส่วนของระยะเวลาที่คนต่างด้าวนั้นทำงานไปแล้ว

ความในวรรคหนึ่งไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับการต่ออายุสัญญาจ้าง และออกจากการในระหว่างอายุสัญญาจ้างที่ต่อใหม่

แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ ผู้รับอนุญาตให้นำคนต่างด้าวมาทำงานจึงมีหน้าที่ต้องจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางเมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าว

สำหรับข้อหาหรืออื่นที่มีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับหน้าที่การจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางในกรณีที่มีการต่ออายุสัญญาจ้างกับนายจ้างรายเดิมว่าควรเป็นของผู้ใดนั้น เมื่อได้พิจารณาปัญหาตามที่กรมการจัดหางานหรือกรณีคนต่างด้าวซึ่งทำงานกับนายจ้างตามมาตรา ๔๓^๖ ทำงานจนครบกำหนดตามสัญญาการนำคนต่างด้าวมาทำงานกับนายจ้างในประเทศแล้ว มาตรา ๕๕ วรรคหนึ่ง^๗ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ บัญญัติให้ผู้รับอนุญาตฯ จัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง แต่เนื่องจากนายจ้างรายเดิมและคนต่างด้าวยุติได้ต่ออายุสัญญาจ้างกัน และคนต่างด้าวยังคงทำงานอยู่ในราชอาณาจักรไทยตามสัญญาที่มีการต่ออายุ ผู้รับอนุญาตฯ จึงไม่ต้องจัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง แต่กรณีคนต่างด้าวดังกล่าวได้ทำงานตามสัญญาจ้างที่ได้ต่ออายุจนครบกำหนดระยะเวลาแล้ว พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ มิได้บัญญัติให้ผู้ใดมีหน้าที่ในการจัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทาง แต่โดยที่การจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางก็ดี หรือการให้นายจ้างที่จ้างคนต่างด้าวมองหลักประกันก็ดี เป็นหลักการที่สำคัญของกฎหมายฉบับนี้ และเป็นหลักการที่ทำให้ผู้ต้องปฏิบัติต้องรับภาระทางการเงิน และมีบทลงโทษจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด โดยหากจะให้ผู้ใดเป็นผู้รับภาระดังกล่าวก็จำเป็นต้องมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ดังกล่าวไว้ให้ชัดแจ้งในพระราชกำหนดฉบับนี้ ดังนั้น หากกรมการจัดหางานเห็นว่ากรณีมีความจำเป็นต้องมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางหรือกำหนดให้นายจ้างซึ่งทำสัญญาต่อเป็นผู้วางหลักประกัน ก็ควรดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ในประเด็นดังกล่าวต่อไป

อนึ่ง ในระหว่างที่พระราชกำหนดฉบับนี้ยังไม่มีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ให้ผู้ใดเป็นผู้จัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทางและวางหลักประกันในกรณีนี้ คนต่างด้าวซึ่งสิ้นสุดระยะเวลาได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรก็มีหน้าที่ต้องเดินทางออกไป แต่หากฝ่าฝืนไม่ออกไป เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องดำเนินการจัดการให้ออกไป โดยหากมีปัญหาเรื่องค่าใช้จ่ายในการจัดส่งคนต่างด้าวกลับไปยังประเทศต้นทาง กรมการจัดหางานในฐานะหน่วยงานที่มีหน้าที่และอำนาจดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวอาจจัดส่งคนต่างด้าวนั้นกลับไปยังประเทศต้นทางโดยใช้จ่ายเงินจากกองทุนเพื่อการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวในการส่งคนต่างด้าวกลับออกนอกราชอาณาจักรตามมาตรา ๗๗ (๒)^๘ แห่งพระราชกำหนด

^๖โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

^๗โปรดดูเชิงอรรถที่ ๒, ข้างต้น

^๘มาตรา ๗๗ เงินของกองทุนให้ใช้จ่ายเพื่อวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๒) ส่งคนต่างด้าวกลับออกนอกราชอาณาจักร

ฯลฯ

ฯลฯ

การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ เพื่อให้คนต่างด้าวซึ่งทำงานครบตามสัญญาจ้างที่ต่ออายุแล้วและจำเป็นต้องเดินทางกลับไปยังประเทศต้นทาง อยู่ในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย



(นายปกรณ์ นิลประพันธ์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
กันยายน ๒๕๖๓