เรื่องเสร็จที่ ๓๗๘/๒๕๖๒

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง คนต่างด้าวเข้ามาปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครในองค์การกุศลสาธารณะในราชอาณาจักร

กรมการจัดหางานได้มีหนังสือ ที่ รง ๐๓๐๓/๒๐๐๔๒๐ ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน ๒๕๖๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรมการจัดหางานในฐานะส่วนราชการผู้รับผิดชอบพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมาย กรณีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักรว่า การกระทำของคนต่างด้าวในกรณีดังกล่าวเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดดังกล่าวหรือไม่ สืบเนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่ ฯลฯ ส่งผลให้การกระทำของคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักรในบางกรณี ไม่เป็นการทำงานตามที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม จึงทำให้คนต่างด้าวนั้นไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงานสำหรับการกระทำดังกล่าวอีกต่อไป ซึ่งส่งผลกระทบต่อการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว กรณีมีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ปฏิบัติงานในองค์การกุศลสาธารณะ มูลนิธิ หรือสมาคม เนื่องจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองกำหนดให้คนต่างด้าวยื่นสำเนาใบอนุญาตทำงานประกอบการพิจารณาด้วย ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวได้มีการปรึกษาหารือระหว่างส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบหรือรักษาการตามกฎหมายแล้ว ดังต่อไปนี้

๑. กรมการจัดหางานและส่วนราชการที่เกี่ยวข้องพบสภาพข้อเท็จจริงกรณีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักร ดังนี้

๑.๑ สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่แจ้งว่า ในจังหวัดเชียงใหม่มีมูลนิธิตั้งอยู่ประมาณ ๒๓๑ แห่ง และมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิประมาณ ๑,๒๐๐ คน โดยปรากฏว่าคนต่างด้าวบางส่วนอาศัยโอกาสที่ได้เข้ามาเป็นอาสาสมัครไปทำงานนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาตประกอบกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม จึงขอหารือกรมการจัดหางานว่า กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิหรือสมาคมนั้นจะต้องมาขอรับใบอนุญาตทำงานตามพระราชกำหนดดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

ระหว่างการพิจารณาเรื่องดังกล่าว สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่แจ้งว่า เมื่อวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๑ มีผู้แทนจากมูลนิธิและอาสาสมัครชาวต่างชาติ จำนวน ๘๐ คน ยื่นข้อร้องเรียนต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเชียงใหม่ กรณีได้รับผลกระทบจากการใช้บังคับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ เนื่องจากทำให้ไม่สามารถยื่นขอขยายระยะเวลาการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองได้ ต่อมาเมื่อวันที่ ๑๔ สิงหาคม ๒๕๖๑ สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่ได้ประชุมหารือกับสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองเชียงใหม่และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ข้อยุติว่า ให้สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่พิจารณาออกใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาทำงานในมูลนิธิหรือสมาคมโดยมีหนังสือรับรองจากมูลนิธิหรือสมาคมนั้นว่าคนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนจากการเป็นอาสาสมัครโดยมีระยะเวลาการอนุญาตเพียง ๓ เดือน

ส่งพร้อมหนังสือที่ นร ๐๙๑๒/๖๒ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๒ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ต่อมากรมการจัดหางานได้ให้ความเห็นในกรณีดังกล่าวสรุปได้ว่า การพิจารณาว่าคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิหรือสมาคมเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งต้องขอรับใบอนุญาตทำงานหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่าการกระทำของคนต่างด้าวมีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้นเลี้ยงชีพอยู่ได้โดยผลตอบแทนจากงานที่ทำนั้น เช่น กรณีมูลนิธิมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสงเคราะห์แก่เด็กเร่ร่อนในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเสนอตัวมาปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิด้วยความสมัครใจโดยไม่ได้รับผลตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทำงานที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติงานเฉพาะในหน้าที่ของอาสาสมัครนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าในระหว่างที่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครดังกล่าวได้กระทำการอื่นนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัคร เช่น คนต่างด้าวไปเป็นครูในสถาบันสอนภาษา ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้นเลี้ยงชีพอยู่ได้โดยผลตอบแทนจากการทำงานนั้นโดยไม่ได้รับใบอนุญาตทำงาน คนต่างด้าวอาจมีความผิดฐานทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานหรือทำงานนอกเหนือจากที่มีสิทธิจะทำได้

๑.๒ เครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติและมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชนและการพัฒนา (สสพ.) ได้แถลงการณ์เผยแพร่เมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๑ ขอให้สำนักงานตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดปัตตานียุติการส่งกลับและปล่อยตัวคนต่างด้าวสัญชาติพม่าและนักท่องเที่ยวเนื่องจากการทำกิจกรรมจิตอาสาโดยทันที ปรากฏข้อเท็จจริงตามแถลงการณ์ดังกล่าวว่า คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการทำงานโดยได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว ต่อมาได้กระทำการเป็นจิตอาสาสอนหนังสือให้กับเด็กซึ่งเป็นลูกหลานของแรงงานต่างด้าวโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน และมีคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการท่องเที่ยวเข้าเยี่ยมชมการเรียนการสอนดังกล่าว ต่อมาคนต่างด้าวดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าทำงานนอกเหนือจากที่กฎหมายอนุญาต

๒. กรมการจัดหางานได้จัดให้มีการประชุมหารือกับส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง กรณีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักร เมื่อวันพุธที่ ๕ กันยายน ๒๕๖๑ ณ กรมการจัดหางาน โดยมี นายสมบัติ นิเวศรัตน์ รองอธิบดีกรมการจัดหางานเป็นประธาน มีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ผู้แทนกรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ และผู้แทนสำนักงานปลัดกระทรวงแรงงานเข้าร่วมประชุม และได้มีการเสนอความเห็นในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

การพิจารณาว่าคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในองค์การกุศลสาธารณะเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตทำงานหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่า การกระทำของคนต่างด้าวมีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้น ดำรงชีพอยู่ได้โดยค่าตอบแทนจากงานที่ทำนั้นหรือไม่ เช่น กรณีมูลนิธิมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสงเคราะห์แก่เด็กเร่ร่อนในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเสนอตัวมาปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิด้วยความสมัครใจเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยคนต่างด้าวไม่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทำงานที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติงานเฉพาะในหน้าที่ของอาสาสมัครนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน

หากเป็นกรณีที่คนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ คนต่างด้าวจึงต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน โดยกรมการจัดหางานได้ศึกษาข้อมูลการขอรับการตรวจลงตราและการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครของเครือรัฐออสเตรเลีย จึงเห็นว่ากรณีคนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น ค่าตอบแทนดังกล่าวหมายความถึง “เงิน” ทั้งนี้ ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายตามความเหมาะสมที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัคร เช่น กรณีคนต่างด้าวต้องขับรถยนต์ไปปฏิบัติงานในหน้าที่ของอาสาสมัครตามสถานที่ต่าง ๆ โดยได้รับค่าใช้จ่ายเป็นค่าเชื้อเพลิงรถยนต์ หรือค่าตอบแทนที่ไม่ใช่เงิน เช่น ที่พัก หรืออาหาร กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่าคนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนอันจะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการประกอบอาชีพ จึงไม่เป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แต่ผู้แทนส่วนราชการอื่น ๆ เห็นว่าหากคนต่างด้าวจะได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินหรือสิ่งอื่นใด ย่อมถือว่าการกระทำดังกล่าวของคนต่างด้าวเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ กรณีนี้จึงถือว่า ได้มีการหารือระหว่างส่วนราชการที่เกี่ยวข้องแล้ว แต่ยังไม่ได้ข้อยุติ ที่ประชุมจึงเห็นควรให้นำปัญหาข้อกฎหมายดังกล่าวหารือคณะกรรมการกฤษฎีกาต่อไป

นอกจากนี้ กรมการจัดหางานมีข้อสังเกตว่า ในขณะที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๑ ยังมีผลใช้บังคับ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา ๕ ที่ให้ความหมายไว้ว่า การทำงานโดยใช้กำลังกายหรือความรู้ด้วยประสงค์ค่าจ้างหรือประโยชน์อื่นใดหรือไม่ก็ตาม ประกอบกับเจตนารมณ์พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวมีขึ้นด้วยวัตถุประสงค์หลักเพื่อคุ้มครองการทำงานของคนไทย ดังเห็นได้จากบทบัญญัติในมาตรา ๗ ที่กำหนดให้การกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้น กฎหมายจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการรับจ้างทำงานหรือมาประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลงซึ่งจะมีผลเป็นการแย่งงานคนไทย โดยกิจกรรมของคนต่างด้าวจะเป็นการ “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่า งานหรือกิจกรรมที่คนต่างด้าวเข้ามาเพื่อทำนั้นมีลักษณะเป็นการกระทำเพื่อให้เกิดงานนั้นขึ้นโดยใช้กำลังกายหรือความรู้หรือไม่ และต้องมีผลกระทบต่อตลาดแรงงานในประเทศให้ลดน้อยลง ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกามีข้อสังเกตว่า การกำหนดบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าวฯ นี้ สมควรได้รับการพิจารณาให้มีการแก้ไขปรับปรุงเพื่อความชัดเจนยิ่งขึ้น โดยพิจารณาจากการบังคับใช้กฎหมายที่ผ่านมา ทั้งนี้เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความต่อไป (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายกรณีคนต่างด้าวเข้ามาดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุนในประเทศไทย (เรื่องเสร็จที่ ๑๕๒/๒๕๕๖)) นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นกรณีกรุงเทพมหานครได้แต่งตั้ง “อาสาสมัคร” ผู้ดูแลเด็กในศูนย์พัฒนาเด็กก่อนวัยเรียน โดยจะคัดเลือกจากผู้ที่เสียสละเข้าทำงานด้วยความสมัครใจ ซึ่งอาสาสมัครแต่ละคนจะได้รับค่าตอบแทนเดือนละ ๔,๑๐๐ บาท อาสาสมัครดังกล่าวมีนิติสัมพันธ์กับกรุงเทพมหานครในลักษณะของการเป็นนายจ้างลูกจ้าง เนื่องจากลักษณะการปฏิบัติงานและการจ่ายค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่มีลักษณะเป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือน ไม่ว่าจะเรียกว่าลูกจ้างหรืออาสาสมัครก็ตาม ดังนั้น อาสาสมัครผู้ดูแลเด็กก่อนวัยเรียนจึงเป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนของกรุงเทพมหานคร ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ มาตรา ๔ (๑) ได้กำหนดให้ลูกจ้างของราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติดังกล่าว (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกันตนของอาสาสมัครผู้ดูแลเด็กตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ (เรื่องเสร็จที่ ๖๗๖/๒๕๔๘))

กรมการจัดหางานพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักรเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือไม่นั้น แม้ว่ากรมการจัดหางานและส่วนราชการที่เกี่ยวข้องได้ปรึกษาหารือกันแล้วแต่ยังไม่ได้ข้อยุติ อีกทั้งเป็นประเด็นข้อกฎหมายที่ยังไม่เคยมีการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงขอเสนอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นทางกฎหมายต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙) ได้พิจารณาข้อหารือของกรมการจัดหางาน โดยมีผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ (กรมการกงสุล) ผู้แทนกระทรวงการพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์ (กรมพัฒนาสังคมและสวัสดิการ) ผู้แทนกระทรวงแรงงาน (กรมการจัดหางาน) และผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า เมื่อพิจารณาบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในมาตรา ๕[๑] แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ ที่หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่ประสงค์จะควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ โดยกำหนดขอบเขตของงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้หรืองานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการจ้างแรงงานไทย และกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรจะต้องได้รับใบอนุญาตทำงานหรือทำงานได้เฉพาะงานที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น จึงเห็นว่าบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา ๕ มีความมุ่งหมายเฉพาะการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่ก็ตาม และคนต่างด้าวนั้นได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ไปเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำ ดังนั้น หากคนต่างด้าวรายใดเพียงแต่ได้รับสิ่งตอบแทนหรือสวัสดิการบางประเภทอันมิใช่ค่าจ้างหรือมีรายได้ไปเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำก็ไม่ถือว่าเป็นการประกอบอาชีพอันอยู่ในความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชกำหนดดังกล่าว

สำหรับข้อหารือซึ่งมีประเด็นต้องพิจารณาว่า งานอาสาสมัครอย่างใดถือเป็นการทำงานตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ และคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครในองค์การกุศลสาธารณะต้องขอรับใบอนุญาตทำงานตามพระราชกำหนดฯ หรือไม่ เห็นว่า สมควรพิเคราะห์จากลักษณะของงานอาสาสมัครประกอบกับบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามกฎหมายดังกล่าวว่า การเป็นอาสาสมัครนั้นเป็นการประกอบอาชีพและได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ไปเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำหรือไม่ โดยกรณีที่คนต่างด้าวเป็นอาสาสมัครด้วยความเต็มใจและไม่ได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นตัวเงินหรือสิ่งตอบแทนในรูปแบบอื่นที่ไม่ใช่เงิน หรือแม้แต่กรณีที่อาสาสมัครบางรายได้รับการจัดหาอาหารหรือที่พักให้ตามสมควรก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการทำงานตามบทนิยามคำว่า “ทำงาน” ในมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวฯ และไม่อยู่ในหลักเกณฑ์การขอรับใบอนุญาตทำงานตามกฎหมาย

---

[๑] มาตรา ๕ ในพระราชกำหนดนี้

ฯลฯ ฯลฯ

“ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ฯลฯ ฯลฯ

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ของต่างประเทศ ดังเช่น Manual on the measurement of volunteer work ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO)[๒] สหราชอาณาจักร[๓] สาธารณรัฐฝรั่งเศส[๔] และเครือรัฐออสเตรเลีย[๕] ก็มีการพิจารณาลักษณะของงานอาสาสมัครในแนวทางเดียวกันว่าเป็นงานที่ทำโดยสมัครใจและไม่ได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นเงินหรือค่าตอบแทนอื่นที่ไม่ใช่เงิน แต่เงินที่อาสาสมัครได้รับคืนจากค่าใช้จ่ายที่ตนได้จ่ายไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานอาสาสมัครนั้น เช่น ค่าอาหาร ค่าเดินทาง และค่าวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ โดยมีสิทธิได้รับเงินคืนตามจำนวนที่ได้จ่ายไปจริงเท่านั้น ไม่ทำให้งานอาสาสมัครดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างแต่อย่างใด และมีการยืนยันหลักการดังกล่าวในคำพิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่าหากอาสาสมัครนั้นได้รับเงินเกินกว่าจำนวนที่ตนได้จ่ายออกให้แทนนั้น จะทำให้งานหรือกิจกรรมนั้นไม่มีสภาพเป็นงานอาสาสมัครอีกต่อไป[๖] ส่วนเครือรัฐออสเตรเลียมีแนวทางว่า อาสาสมัครต้องไม่ได้รับค่าตอบแทน และต้องเป็นงานที่ไม่ส่งผลกระทบต่อการจ้างงานของชาวออสเตรเลีย โดยกรณีการทำงานอาสาสมัครในระหว่างท่องเที่ยว บุคคลนั้นจะสามารถทำงานอาสาสมัครได้ในระยะเวลาไม่เกินสามเดือน และอาจได้รับการแบ่งปันอาหารและที่พักได้โดยไม่ถือเป็นค่าตอบแทนการทำงาน[๗]

สำหรับคนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัคร และได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ใด ๆ จากการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครนั้น ดังเช่น ค่าจ้าง หรือเบี้ยเลี้ยงสำหรับการเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำ งานอาสาสมัครเช่นนี้ถือเป็นการทำงานตามนิยามคำว่า "ทำงาน" ในมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวฯ ซึ่งคนต่างด้าวดังกล่าวต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ ตามมาตรา ๘[๘] ประกอบกับมาตรา ๕๙[๙] แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงาน

---

[๒]Manual on the measurement of volunteer work. International Labour Organization, ๒๐๑๑. p. ๑๓ – ๑๖. Retrieved on ๑๗ December ๒๐๑๘ from <http://www.ilo.org/stat/Publications/WCMS_162119>

[๓]Volunteer placements, rights and expenses. Retrieved on ๑๔ December ๒๐๑๘ from <https://www.gov.uk/volunteering>

[๔]Le guide du benevolat ๒๐๑๘-๒๐๑๙. Retrieved on ๑๔ December ๒๐๑๘ from <https://www.associations.gouv.fr/IMG/pdf/guide_du_benevolat.pdf>,<https://www.dalloz.fr>,<https://www.legifrance.gouv.fr>,<https://horslesmurs.fr/wp-content/uploads/2014/02/Fiche-Pratique-ContraVolontariat.pdf>

[๕]Volunteers and Visas. Retrieved on ๑๔ December ๒๐๑๘ from <https://www.volunteering.nsw.gov.au/_data/assets/pdf_file/0017/432251/volunteers_visas.pdf>

[๖]Cass. soc. คดีที่ ๙๙ - ๔๒๖๙๗ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๒

[๗]โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

[๘]มาตรา ๘ ห้ามคนต่างด้าวทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานหรือทำงานนอกเหนือจากที่มีสิทธิจะทำได้อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชกำหนดนี้

[๙]มาตรา ๕๙ คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งมิใช่เพื่อการท่องเที่ยวหรือการเดินทางผ่านราชอาณาจักรจะทำงานได้ก็แต่เฉพาะงานที่มิได้มีประกาศห้ามคนต่างด้าวทำตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง และต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน

ภายใต้บังคับมาตรา ๖๐ คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะขอรับใบอนุญาตทำงานตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อนายทะเบียน และในกรณีที่มีนายจ้างแล้วให้ระบุชื่อนายจ้างด้วย

การขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยจะกำหนดให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และใบอนุญาตทำงานให้มีอายุเท่าที่ผู้ขออนุญาตร้องขอ แต่ไม่เกินสองปีนับแต่วันที่ออกใบอนุญาตทำงาน

ในกฎกระทรวงตามวรรคสามต้องกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จตั้งแต่วันที่ได้รับคำขออนุญาตจนถึงวันที่ออกใบอนุญาตทำงานไว้ด้วยซึ่งต้องไม่เกินสิบห้าวันทำการ ในกรณีที่นายทะเบียนไม่สามารถออกใบอนุญาตทำงานให้ได้ภายในกำหนดเวลา ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีดำเนินการกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องตามควรแก่กรณี ในกรณีที่การไม่ออกใบอนุญาตทำงานนั้นเป็นไปโดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัย และให้มีการดำเนินการทางวินัยต่อไป

(มีต่อหน้าถัดไป)

ของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑

ดังนั้น ในการพิจารณาว่าการปฏิบัติงานใดเป็นการประกอบอาชีพตามพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ หรือไม่ จึงต้องพิจารณาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีไป โดยมีแนวทางพิจารณาที่ได้กล่าวมาข้างต้น

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙) มีข้อสังเกตว่า การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครในองค์การกุศลสาธารณะ และการขยายระยะเวลาการอนุญาตเพื่ออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไป เป็นไปตามมาตรา ๓๔[๑๐] (๑๕) และมาตรา ๓๕ [๑๑] แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. ๒๕๒๒ ประกอบกับ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ ๙)

ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ผู้รับอนุญาตให้ทำงานตามวรรคหนึ่งมีสิทธิทำงานที่มิได้มีประกาศห้ามคนต่างด้าวทำตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่งได้ทุกชนิด

[๑๐]มาตรา ๓๔ คนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้จะต้องเข้ามาเพื่อการดังต่อไปนี้

(๑) การปฏิบัติหน้าที่ทางทูตหรือกงสุล

(๒) การปฏิบัติหน้าที่ทางราชการ

(๓) การท่องเที่ยว

(๔) การเล่นกีฬา

(๕) ธุรกิจ

(๖) การลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง

(๗) การลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(๘) การเดินทางผ่านราชอาณาจักร

(๙) การเป็นผู้ควบคุมพาหนะหรือคนประจำพาหนะที่เข้ามายังท่าสถานี หรือท้องที่ในราชอาณาจักร

(๑๐) การศึกษาหรือดูงาน

(๑๑) การปฏิบัติหน้าที่สื่อมวลชน

(๑๒) การเผยแพร่ศาสนาที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง

(๑๓) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษาในราชอาณาจักร

(๑๔) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ

(๑๕) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

[๑๑]มาตรา ๓๕ คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา ๓๔ อธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายจะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด ๆ ก็ได้

ระยะเวลาที่จะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรให้กำหนดดังนี้

(๑) ไม่เกินสามสิบวัน สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๔) (๘) และ (๙)

(๒) ไม่เกินเก้าสิบวัน สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๓)

(๓) ไม่เกินหนึ่งปี สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๕) (๑๐) (๑๑) (๑๒) (๑๓) (๑๔) และ (๑๕)

(๔) ไม่เกินสองปี สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๖)

(๕) ตามกำหนดระยะเวลาตามความจำเป็น สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๑) และ (๒)

(๖) ตามกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร สำหรับกรณีตามมาตรา ๓๔ (๗)

ในกรณีที่คนต่างด้าวมีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่กำหนดใน (๑) (๒) (๓) และ (๔) ให้อธิบดีเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อได้อนุญาตแล้วให้รายงานต่อคณะกรรมการเพื่อทราบพร้อมด้วยเหตุผลภายในเจ็ดวันนับแต่วันอนุญาต

การขออนุญาตเพื่ออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไปแต่ละครั้ง ให้คนต่างด้าวยื่นคำขอตามแบบและเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในระหว่างรอฟังคำสั่งให้คนต่างด้าวผู้นั้นอยู่ในราชอาณาจักรไปพลางก่อนได้

ข้อ ๑๔ (๓)[๑๒] แห่งกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการตรวจ การยกเว้น และการเปลี่ยนประเภทการตรวจลงตรา พ.ศ. ๒๕๔๕ และรายการ ๒.๒๑[๑๓] ของคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ ๑๓๘/๒๕๕๗ เรื่อง รายการเอกสารประกอบการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ซึ่งกำหนดให้คนต่างด้าวที่มีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ปฏิบัติงานในองค์การกุศลสาธารณะต่อไป ต้องยื่นสำเนาใบอนุญาตทำงานประกอบการพิจารณาของพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย จึงไม่สอดคล้องกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๖๑ ดังนั้น กระทรวงแรงงานโดยกรมการจัดหางาน กรมการกงสุล และสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง จึงต้องร่วมกันพิจารณาวางแนวทางการตรวจลงตราและการขออนุญาตเพื่ออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวของคนต่างด้าวที่ปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครให้สอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าวต่อไป

(นางสาวจารุวรรณ เฮงตระกูล)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
มีนาคม ๒๕๖๒

---

[๑๒]ข้อ ๑๔ ให้กำหนดการสำหรับคนต่างด้าวซึ่งจะเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวได้ตามมาตรา ๓๔ (๑๕) ดังต่อไปนี้

ฯลฯ ฯลฯ

(๓) การปฏิบัติหน้าที่ให้แก่รัฐวิสาหกิจหรือองค์การกุศลสาธารณะ

ฯลฯ ฯลฯ

[๑๓]รายการเอกสารประกอบการพิจารณากรณีคนต่างด้าวขออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว แนบท้ายคำสั่งสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ที่ ๑๓๘/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๗

เหตุแห่งความจำเป็น	รายการเอกสาร
๒.๒๑ กรณีมีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ปฏิบัติงานในองค์การกุศลสาธารณะ องค์การเอกชนต่างประเทศ มูลนิธิ สมาคม หอการค้าต่างประเทศ สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย หรือสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กรณีมูลนิธิ และสมาคม ยกเว้นนักกีฬาอาชีพ) (๑) ให้อนุญาตครั้งละไม่เกิน ๑ ปี (๒) กรณีไม่มีส่วนราชการตามหลักเกณฑ์ข้อ (๓) รับรองมา ให้อนุญาตครั้งละไม่เกิน ๙๐ วัน แต่รวมแล้วไม่เกิน ๑ ปี นับแต่วันที่เดินทางเข้ามาในราชอาณาจักร	๑. แบบคำขอ ๒. สำเนาหนังสือเดินทางของผู้ยื่นคำขอ ๓. สำเนาใบอนุญาตทำงาน ๔. สำเนาใบอนุญาตให้จัดตั้งองค์กรจากทางราชการหรือสำเนาใบอนุญาตให้เข้ามาดำเนินการจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง ๕. หนังสือรับรองและขอให้อยู่ต่อจากองค์กรนั้น ๖. บัญชีรายชื่อคนต่างด้าวที่ทำงานในองค์กร ๗. เฉพาะกรณีตามหลักเกณฑ์ข้อ (๓) ให้แนบหนังสือรับรองและขอให้อยู่ต่อจากหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมหรือเทียบเท่าขึ้นไป หรือหัวหน้ารัฐวิสาหกิจ หรือหัวหน้าหน่วยงานอื่นของรัฐซึ่งเกี่ยวข้องกับองค์กรนั้น