

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง สถานภาพความเป็นผู้ประกันตนตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓
ของผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมาของส่วนราชการ

สำนักงานประกันสังคมได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ รง ๐๖๐๗/๔๓๓๐ ลงวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า ด้วยปัจจุบันพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๘ ได้กำหนดให้ความคุ้มครองแก่ลูกจ้างชั่วคราวรายวันและลูกจ้างชั่วคราวรายชั่วโมงของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น โดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ๔) ฯ ได้มีผลใช้บังคับในวันที่ ๒๐ ตุลาคม ๒๕๕๘ จึงทำให้หน่วยงานราชการต่าง ๆ ขอรื้อหรือหลักเกณฑ์การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกันตนของลูกจ้างชั่วคราวรายวันและลูกจ้างชั่วคราวรายชั่วโมงของส่วนราชการ รวมทั้งลูกจ้างที่ส่วนราชการจ้างเพื่อปฏิบัติงานโดยทำสัญญาจ้างเหมาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ มายังสำนักงานประกันสังคมเป็นจำนวนมาก ทั้งนี้ เนื่องจากกระทรวงการคลังได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๕๒๖.๕/ว ๑๓๑ ลงวันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๔๑ เรื่อง การเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจ้างเอกชนดำเนินงานของส่วนราชการโดยกำหนดให้ส่วนราชการจ้างเอกชนดำเนินงาน วิธีการจ้างให้เป็นไปตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ และกรมบัญชีกลางได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๔๐๙.๖/ว ๘๖ ลงวันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๘ ซ้อมความเข้าใจเกี่ยวกับการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในการจ้างเอกชนดำเนินงานของส่วนราชการ สรุปได้ดังนี้

๑. การจ้างเอกชนดำเนินงานของส่วนราชการไม่ถือเป็นการจ้างลูกจ้างของส่วนราชการ และไม่ถือเป็นการจ้างแรงงานที่ส่วนราชการผู้ว่าจ้างกับเอกชนผู้รับจ้างจะมีนิติสัมพันธ์ในฐานะ “นายจ้าง - ลูกจ้าง” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจึงไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายประกันสังคมในการนำส่งเงินสมทบในส่วนของผู้ว่าจ้างเข้ากองทุนประกันสังคมแต่อย่างใด

๒. การจ้างเอกชนดำเนินงานดังกล่าวจะพิจารณาจากเนื้อหาโดยมุ่งผลสำเร็จของงานที่จ้างภายในระยะเวลาที่กำหนดเป็นสำคัญ ซึ่งอาจจ้างเอกชนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาก็ได้ การกำหนดคำตอบแทนไม่จำเป็นต้องจ้างตามคุณวุฒิการศึกษาอย่างเดียว แต่ให้พิจารณาคัดเลือกจากผู้ที่มีความรู้และมีประสบการณ์ที่เหมาะสมเพื่อให้การดำเนินงานของหน่วยงานบรรลุตามวัตถุประสงค์

๓. เนื่องจากการจ้างเอกชนดำเนินงานของส่วนราชการ มุ่งผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้าง ส่วนราชการผู้ว่าจ้างจึงไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาหรือสั่งการในการทำงาน แต่ส่วนราชการผู้ว่าจ้างมีเพียงอำนาจในการตรวจตรางานและสั่งให้ปรับปรุงแก้ไขเมื่องานผิดพลาดบกพร่อง และเอกชนผู้รับจ้างไม่ต้องอยู่ภายใต้ระเบียบ ข้อบังคับอื่น ๆ ที่ลูกจ้างของส่วนราชการโดยทั่วไปต้องถือปฏิบัติ

ต่อมากระทรวงการคลังได้มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ กค ๐๔๐๖.๔/ว ๖๗ ลงวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ๒๕๕๓ แจ้งเวียนให้ส่วนราชการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์โดยเคร่งครัดกรณีส่วนราชการจ้างเอกชนดำเนินงาน

เมื่อวันที่ ๑ กันยายน ๒๕๕๘ คณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบมาตรการส่งเสริมความเป็นอยู่ของประชาชนผู้มีรายได้น้อยและมาตรการกระตุ้นการลงทุนขนาดเล็กของรัฐบาลทั่วประเทศตามที่กระทรวงการคลังเสนอ สรุปสาระสำคัญ ดังนี้

๑. ให้คณะกรรมการหมู่บ้าน (กม.) หรือกรรมการชุมชนจัดทำโครงการ เสนอต่อคณะกรรมการระดับอำเภอรวบรวมเสนอต่อคณะกรรมการระดับจังหวัดเพื่อพิจารณาอนุมัติ

๒. ในส่วนของกองทุนหมู่บ้านและชุมชนเมืองที่อยู่ในขั้นตอนของการเพิ่มทุนจำนวน ๑๘,๕๖๖ กองทุน นั้น ให้รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นายสุวัจน์ ตันยวรรณะ) กระทรวงมหาดไทยและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหารือร่วมกันว่า กฎ ระเบียบ ที่มีอยู่ในปัจจุบันมีกลไกในการคัดกรองและติดตามให้สามารถดำเนินการได้ตามวัตถุประสงค์ มีความคุ้มค่า และโปร่งใส หรือไม่

๓. ในส่วนของมาตรการกระตุ้นการลงทุนขนาดเล็กของรัฐบาลทั่วประเทศ ให้ส่วนราชการรัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง พิจารณาดำเนินโครงการที่เป็นการส่งเสริมกิจการของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม และการดำเนินโครงการด้วยวิธีการจัดซื้อ จัดจ้าง เพื่อก่อให้เกิดการจ้างงานในพื้นที่

กรมการปกครองมีหนังสือด่วนที่สุด ที่ มท ๐๓๑๐.๗/ว ๑๘๗๔๖ ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๘ เรื่อง การดำเนินการมาตรการส่งเสริมความเป็นอยู่ระดับตำบล (ตำบลละ ๕ ล้านบาท) สรุปสาระสำคัญ ดังนี้

๑. ให้พิจารณาจัดกลุ่มโครงการที่มีลักษณะเป็นกลุ่มกิจกรรมที่มีความสอดคล้องกัน ซึ่งจะทำให้สามารถพิจารณาขอบข่ายหน่วยงานในพื้นที่สนับสนุนการทำงานของนายอำเภอได้ และขอให้พิจารณาขอบข่ายหน่วยงานดังกล่าวเป็นเจ้าภาพผู้รับผิดชอบ เช่น

- การฝึกอบรมอาชีพ สร้างงาน สร้างรายได้ พิจารณาขอบข่ายสำนักงานพัฒนาชุมชนอำเภอ

- การจัดหาพันธุ์สัตว์ เช่น ไก่ เป็ด ปลา ฯลฯ พิจารณาขอบข่ายสำนักงานปศุสัตว์อำเภอ

- การจัดหาพันธุ์ไม้ต่าง ๆ เช่น ไม้เกษตร ไม้ชั้นผิวดิน ฯลฯ พิจารณาขอบข่ายสำนักงานเกษตรอำเภอ

- ด้านสุขภาพอนามัย สิ่งแวดล้อม พิจารณาขอบข่ายสำนักงานสาธารณสุขอำเภอ

๒. การจัดซื้อจัดจ้างให้นายอำเภอพิจารณาแต่งตั้งหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายเป็นเจ้าหน้าที่พัสดุ ดำเนินการตามขั้นตอนของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ หากมีข้อสงสัยขั้นตอนการจัดซื้อจัดจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้ประสานสำนักงานคลังจังหวัดโดยตรง

สำนักงานประกันสังคมได้แจ้งเวียนให้หน่วยงานในสังกัดของสำนักงานประกันสังคมถือปฏิบัติในกรณีการจ้างเหมาของส่วนราชการ ดังนี้

การทำสัญญาหรือข้อตกลงจ้างเหมาของส่วนราชการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม โดยวัตถุประสงค์ของการจ้างงานนั้นมุ่งผลสำเร็จของงานที่ว่าจ้างเป็นสำคัญ ผู้รับจ้างต้องไม่ทำงานภายใต้การบังคับบัญชาของผู้ว่าจ้าง อันมีลักษณะสัญญาจ้างทำของ โดยที่พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ มาตรา ๕ ได้กำหนดนิยามของ “นายจ้าง ลูกจ้าง” ไว้เป็นไปในทำนองเดียวกันกับนิยามพันธของการเป็นนายจ้างลูกจ้างตามประมวล

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๗๕ ว่าด้วยการจ้างแรงงาน ซึ่งมีเงื่อนไขและองค์ประกอบในการพิจารณาแตกต่างกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๕๘๗ ว่าด้วยการจ้างทำของ ดังนั้น หากส่วนราชการต่าง ๆ ได้ปฏิบัติถูกต้องตามนัยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ส่วนราชการและผู้รับจ้างไม่ต้องนำส่งเงินสมทบทั้งในส่วนนายจ้างและลูกจ้างเข้ากองทุนประกันสังคม หากแต่ในทางปฏิบัติส่วนราชการต่าง ๆ ได้ปฏิบัติไม่ถูกต้องตามนัยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม กล่าวคือ มีการควบคุมบังคับบัญชา เช่น การสั่งการ การอนุญาตให้ลาหยุด หรือการอยู่ภายใต้ระเบียบข้อบังคับอื่น ๆ ที่ลูกจ้างของส่วนราชการโดยทั่วไปต้องถือปฏิบัติ อันถือว่าเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนราชการนั้นจะต้องนำส่งเงินสมทบทั้งในส่วนของนายจ้างและลูกจ้าง

ในการดำเนินการพิจารณาของสำนักงานประกันสังคมนั้นจะพิจารณาเป็นรายกรณีไป โดยที่สำนักงานประกันสังคมไม่อาจเข้าไปตรวจสอบถึงลักษณะการทำงานของลูกจ้างตามสัญญาจ้างเหมาบริการของส่วนราชการได้ทั้งหมด ซึ่งส่วนราชการอ้างว่าได้ปฏิบัติตามหนังสือเวียนของกระทรวงการคลัง โดยถือว่าการจ้างดังกล่าวเป็นการจ้างเหมาตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ และที่แก้ไขเพิ่มเติม มิได้ขึ้นทะเบียนผู้ประกันตนให้กับผู้รับจ้าง จึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายประกันสังคมไม่เกิดผล เกิดปัญหาความเหลื่อมล้ำ และการไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายประกันสังคมแก่ลูกจ้างอย่างทั่วถึง กับทั้งการที่ส่วนราชการเบิกจ่ายค่าใช้จ่ายในหมวดค่าตอบแทนใช้สอย และวัสดุ เพื่อนำมาจ้างเหมาเอกชนดำเนินงาน แต่ในการปฏิบัติงานได้ปฏิบัติเช่นเดียวกันกับการจ้างแรงงานจะเป็นการใช้เงินงบประมาณไม่ตรงกับประเภทที่ได้รับการจัดสรร ซึ่งปัญหว่าสัญญาดังกล่าวมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างทำของหรือสัญญาจ้างแรงงานนั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขดำที่ อ.๓๗๗/๒๕๕๑ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๓๔๙/๒๕๕๖ ระหว่างนายปิณฑล นิยะกิจ ผู้ฟ้องคดี สำนักงานพัฒนาธุรกิจการค้าจังหวัดสุราษฎร์ธานี ที่ ๑ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ที่ ๒ ผู้ถูกฟ้องคดี ได้วางหลักไว้สรุปคำพิพากษาได้ดังนี้

สัญญาจ้างขั้รยยนต์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามสัญญาจ้างเหมาบริการกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ สัญญาเลขที่ ๓/๒๕๕๐ ลงวันที่ ๒ เมษายน ๒๕๕๐ กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่ขั้รยยนต์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขแห่งสัญญารวมทั้งเอกสารแนบท้ายสัญญา และกำหนดค่าจ้างเป็นเงิน ๒๙,๔๐๐ บาท โดยแบ่งจ่ายค่าจ้างเป็นงวด ๆ จำนวน ๖ งวด งวดละ ๔,๙๐๐ บาท โดยจะจ่ายค่าจ้างแต่ละงวดให้เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติงานขั้รยยนต์และอื่น ๆ ให้แล้วเสร็จภายในวันทำการสุดท้ายของแต่ละเดือนในแต่ละเดือนและผ่านการตรวจรับจากคณะกรรมการตรวจรับงานจ้างเรียบร้อยแล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่า นอกจากผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติงานขั้รยยนต์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แล้วผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติงานอื่นตามที่ผู้แทนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มอบหมายให้ปฏิบัติอีกด้วย เช่น งานค้นหาแฟ้มเอกสาร งานถ่ายเอกสาร รวมถึงช่วยงานอื่น ๆ ที่ได้รับมอบหมาย โดยได้รับค่าจ้างเป็นรายเดือนทุกวันสิ้นเดือน การจ่ายค่าจ้างในการทำงานดังกล่าวจึงมิใช่เพียงเพื่อผลสำเร็จของงานที่ทำ คือการขั้รยยนต์เท่านั้น แต่เป็นการจ่ายค่าจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้ไม่ว่าจะเป็นงานในหน้าที่ใด ลักษณะการปฏิบัติงานของผู้รับจ้างเหมาบริการงานขั้รยยนต์ มีลักษณะการทำงานทำนองเดียวกันกับลูกจ้างชั่วคราว ตำแหน่งพนักงานขั้รยยนต์โดยผู้ฟ้องคดีต้องมาปฏิบัติงานตามวันและเวลาราชการ กรณีนี้จึงรับฟังเป็นที่ยุติว่าการปฏิบัติงานขั้รยยนต์ตามสัญญาจ้างเหมาบริการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีต้องปฏิบัติงานภายใต้การบังคับบัญชาของผู้แทนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ หาใช่เป็นการปฏิบัติงานโดยมีอิสระเพียงเพื่อให้ได้ผลสำเร็จของงานเท่านั้น ดังนั้น สัญญาจ้างเหมาบริการของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

สัญญาเลขที่ ๓/๒๕๕๐ ลงวันที่ ๒ เมษายน ๒๕๕๐ ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นสัญญาจ้างแรงงานตามมาตรา ๕๗๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาใช่เป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา ๕๘๗ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ อ้างว่าสัญญาจ้างดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างทำของโดยระบุชื่อสัญญาไว้ชัดเจนแล้วว่าเป็นสัญญาจ้างเหมาบริการ และผู้ฟ้องคดีได้ลงชื่อในฐานะผู้รับจ้างโดยมิได้โต้แย้งคัดค้าน จึงต้องถือตามเจตนาของคู่สัญญาตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาของคู่สัญญานั้น จึงไม่อาจรับฟังได้ เมื่อได้วินิจฉัยแล้วว่าสัญญาจ้างเหมาบริการดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างแรงงาน นิติสัมพันธ์ระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นนิติสัมพันธ์ในฐานะลูกจ้างกับนายจ้างตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ทำสัญญาจ้างเหมาบริการของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ สัญญาเลขที่ ๓/๒๕๕๐ ลงวันที่ ๒ เมษายน ๒๕๕๐ กับผู้ฟ้องคดีโดยไม่ได้ขึ้นทะเบียนลูกจ้าง รวมทั้งไม่ได้จ่ายเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมในส่วนของนายจ้างและไม่ได้หักค่าจ้างของผู้ฟ้องคดีส่งเข้ากองทุนประกันสังคมในส่วนของลูกจ้างในช่วงระยะเวลาการจ้างตามสัญญาดังกล่าวตั้งแต่วันที่ ๒ เมษายน ๒๕๕๐ ถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๐ เพื่อให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับประโยชน์ทดแทนจากกองทุนประกันสังคมตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

โดยปัจจุบันส่วนราชการอื่น ๆ ก็ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเนื่องจากเห็นว่าคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความชัดเจนในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ ลดความขัดแย้งระหว่างหน่วยงานราชการและเพื่อให้การดำเนินการให้ความคุ้มครองตามกฎหมายประกันสังคมแก่ผู้ประกันตนเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ สำนักงานประกันสังคมจึงขอหารือในประเด็น ดังต่อไปนี้

๑. กรณีที่ส่วนราชการได้ทำสัญญาจ้างเหมากับผู้รับจ้างซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในการปฏิบัติงานมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนราชการซึ่งเป็นนายจ้างจะต้องขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ผู้รับจ้างหรือไม่

๒. หากพิจารณาแล้วเห็นว่าส่วนราชการจะต้องขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ผู้รับจ้าง สำนักงานประกันสังคมจะบังคับใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ กับส่วนราชการได้หรือไม่ อย่างไร

๓. หากส่วนราชการที่ต้องมีหน้าที่ขึ้นทะเบียนประกันสังคมตามข้อ ๑ และข้อ ๒ ดังกล่าวอ้างว่าไม่มีงบประมาณในการนำส่งเงินสมทบกองทุนประกันสังคมให้กับผู้ประกันตน ส่วนราชการดังกล่าวและสำนักงานประกันสังคมจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙) พิจารณาข้อหารือของสำนักงานประกันสังคม โดยมีผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงบประมาณและสำนักงาน ก.พ.) กระทรวงการคลัง (กรมบัญชีกลาง) และกระทรวงแรงงาน (สำนักงานปลัดกระทรวงและสำนักงานประกันสังคม) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงแล้ว เห็นว่า ข้อหารือดังกล่าวมีประเด็นต้องพิจารณาสองประเด็น ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง กรณีส่วนราชการได้ทำสัญญาจ้างเหมากับผู้รับจ้างซึ่งเป็นสัญญาจ้างทำของ แต่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในการปฏิบัติงานมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงาน ส่วนราชการซึ่งเป็นนายจ้างจะต้องขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ผู้รับจ้างหรือไม่ และสำนักงานประกันสังคมจะบังคับใช้พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ กับส่วนราชการดังกล่าวอย่างไร เห็นว่า พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ เป็นกฎหมายที่มุ่งหมายจะใช้บังคับกับบุคคลที่มีนิติสัมพันธ์กันตามสัญญา

จ้างแรงงานในฐานะที่เป็นนายจ้างและลูกจ้างตามมาตรา ๕^๑ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ และมาตรา ๕๗๕^๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในการพิจารณานิติสัมพันธ์ความเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามกฎหมายดังกล่าวได้นำเรื่องอำนาจบังคับบัญชามาเป็นเงื่อนไขประกอบการพิจารณาลักษณะของสัญญาจ้างด้วย ทั้งนี้ ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๖๙๔๒/๒๕๕๐ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๖๖๙๙/๒๕๔๙ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ ๕๑/๒๕๓๗ หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๕๓๓/๒๕๕๗ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๒๕๕/๒๕๕๓ กล่าวคือ หากคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีอำนาจบังคับบัญชาออกข้อบังคับ ระเบียบ หรือคำสั่งเกี่ยวกับการปฏิบัติงานอันชอบด้วยกฎหมายและเป็นธรรมให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งต้องปฏิบัติตาม และมีอำนาจลงโทษหากมีการฝ่าฝืนข้อบังคับ เช่นว่านั้นได้ตามมาตรา ๕๘๓^๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และมาตรา ๑๑๙ (๔)^๔ แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. ๒๕๔๑ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๑ ย่อมถือได้ว่าคู่สัญญามีฐานะเป็นนายจ้างและลูกจ้างตามสัญญาจ้างแรงงาน แต่หากสัญญาจ้างมีลักษณะเป็นสัญญาต่างตอบแทนที่ผู้ว่าจ้างมีหน้าที่จ่ายสินจ้างให้แก่ผู้รับจ้างเป็นค่าตอบแทนเพื่อผลสำเร็จของงานที่จ้าง โดยผู้ว่าจ้างไม่มีอำนาจควบคุมบังคับบัญชาหรือสั่งการในการทำงานเหนือผู้รับจ้าง ย่อมเป็นสัญญาจ้างทำของตามมาตรา ๕๘๗^๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

กรณีตามปัญหา เห็นว่า การพิจารณาว่าสัญญาจ้างเหมาของส่วนราชการใดเป็นสัญญาจ้างทำของตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ หรือมีลักษณะเป็นสัญญาจ้างแรงงานที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ และส่วนราชการซึ่งเป็นนายจ้างต้องขึ้นทะเบียนประกันสังคมให้แก่ผู้รับจ้างตามพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ หรือไม่ อย่างไร นั้น จำต้องพิจารณาจากข้อสัญญาและวิธีการปฏิบัติต่อกันภายใต้สัญญาจ้างเหมาที่ตนเอง มิใช่พิจารณาเพียงชื่อ

มาตรา ๕ ในพระราชบัญญัตินี้

“ลูกจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งทำงานให้นายจ้างโดยรับค่าจ้าง

“นายจ้าง” หมายความว่า ผู้ซึ่งรับลูกจ้างเข้าทำงานโดยจ่ายค่าจ้าง และให้หมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ทำงานแทนนายจ้าง ในกรณีที่นายจ้างเป็นนิติบุคคลให้หมายความรวมถึงผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลและผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลให้ทำการแทนด้วย

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๕๗๕ อันว่าจ้างแรงงานนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าลูกจ้าง ตกลงจะทำงานให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่านายจ้าง และนายจ้างตกลงจะให้สินจ้างตลอดเวลาที่ทำงานให้

มาตรา ๕๘๓ ถ้าลูกจ้างจงใจขัดคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมายก็ดี หรือละเลยไม่นำพาต่อคำสั่งเช่นว่านั้นเป็นอาจณก็ดี ละทิ้งการงานไปเสียก็ดี กระทำความผิดอย่างร้ายแรงก็ดี หรือทำประการอื่นอันไม่สมแก่การปฏิบัติหน้าที่ของตนให้ลุล่วงไปโดยถูกต้องและสุจริตก็ดี ท่านว่านายจ้างจะไล่ออกโดยมีพักต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหรือให้สินไหมทดแทนก็ได้

มาตรา ๑๑๙ นายจ้างไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ลูกจ้างซึ่งเลิกจ้างในกรณีหนึ่งกรณีใด ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๔) ฝ่าฝืนข้อบังคับเกี่ยวกับการทำงาน ระเบียบ หรือคำสั่งของนายจ้างอันชอบด้วยกฎหมาย และเป็นธรรม และนายจ้างได้ตักเตือนเป็นหนังสือแล้ว เว้นแต่กรณีที่ร้ายแรง นายจ้างไม่จำเป็นต้องตักเตือน

หนังสือเตือนให้มีผลบังคับได้ไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่ลูกจ้างได้กระทำความผิด

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๕๘๗ อันว่าจ้างทำของนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าผู้รับจ้าง ตกลงจะทำการงานสิ่งใดสิ่งหนึ่งจนสำเร็จให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าผู้ว่าจ้าง และผู้ว่าจ้างตกลงจะให้สินจ้างเพื่อผลสำเร็จแห่งการที่ตนนั้น

ของสัญญาจ้างเหมาเพียงประการเดียว นอกจากนี้ ยังต้องพิจารณาประกอบกับอำนาจบังคับบัญชาเหนือคู่สัญญา ตลอดจนข้อยกเว้นที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ ตามมาตรา ๔^๖ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๘ ประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดลูกจ้างตามมาตรา ๔ (๖) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ พ.ศ. ๒๕๔๕ และมาตรา ๔๔^๗ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๘ ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเป็นรายกรณี โดยกรณีใดที่สำนักงานประกันสังคมพบว่าส่วนราชการมีฐานะเป็นนายจ้างและต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ สำนักงานประกันสังคมก็มีหน้าที่ต้องบังคับใช้พระราชบัญญัติประกันสังคมฯ กับส่วนราชการดังกล่าวตามอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๙ (๓) และ (๔)^๘ แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ โดยการแจ้งให้ส่วนราชการยื่นแบบรายการแสดงรายชื่อผู้ประกันตน และนำส่งเงินสมทบในส่วนของนายจ้างและส่วนของผู้ประกันตนที่ได้หักไว้เข้ากองทุนประกันสังคมตามที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา ๓๔^๙ และมาตรา ๔๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง^{๑๐} แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคมฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกันสังคม (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๘

มาตรา ๔ พระราชบัญญัตินี้ไม่ใช้บังคับแก่

(๑) ข้าราชการและลูกจ้างประจำของราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการส่วนท้องถิ่น

(๒) นักเรียน นักเรียนพยาบาล นิสิตหรือนักศึกษา ซึ่งเป็นลูกจ้างของโรงเรียนสถานพยาบาล วิทยาลัย หรือมหาวิทยาลัยนั้น

(๓) ลูกจ้างของรัฐบาลต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

(๔) กิจการหรือลูกจ้างอื่นตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

มาตรา ๔๔ พระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา ๔ (๖) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปจนกว่าจะมีพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา ๔ (๔) แห่งพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๙ ให้จัดตั้งสำนักงานประกันสังคมขึ้นในกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

(๓) จัดทำทะเบียนนายจ้างและผู้ประกันตนซึ่งต้องส่งเงินสมทบเข้ากองทุน

(๔) ปฏิบัติการตามที่พระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่นบัญญัติให้เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงาน

ฯลฯ

ฯลฯ

มาตรา ๓๔ ให้นายจ้างซึ่งมีลูกจ้างที่เป็นผู้ประกันตนตามมาตรา ๓๓ ยื่นแบบรายการขึ้นทะเบียนนายจ้าง และแบบรายการขึ้นทะเบียนผู้ประกันตนต่อสำนักงานภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ลูกจ้างนั้นเป็นผู้ประกันตน ทั้งนี้ ตามแบบและวิธีการที่เลขาธิการประกาศกำหนด

มาตรา ๔๗ ให้นายจ้างหักค่าจ้างของผู้ประกันตนทุกครั้งที่มีการจ่ายค่าจ้างตามจำนวนที่จะต้องนำส่งเป็นเงินสมทบในส่วนของผู้ประกันตนตามมาตรา ๔๖ และให้ถือว่าผู้ประกันตนได้จ่ายเงินสมทบแล้วตั้งแต่วันถึงกำหนดจ่ายค่าจ้าง

ให้นายจ้างนำเงินสมทบในส่วนของผู้ประกันตนที่ได้หักไว้ตามวรรคหนึ่ง และเงินสมทบในส่วนของนายจ้างส่งให้แก่สำนักงานภายในวันที่สิบห้าของเดือนถัดจากเดือนที่มีการหักเงินสมทบไว้ พร้อมทั้งยื่นแบบรายการแสดงการส่งเงินสมทบ ทั้งนี้ ตามแบบและวิธีการที่เลขาธิการประกาศกำหนด

ฯลฯ

ฯลฯ

ประเด็นที่สอง กรณีส่วนราชการอ้างว่าไม่มีงบประมาณในการนำส่งเงินสมทบกองทุนประกันสังคมให้กับผู้ประกันตน ส่วนราชการดังกล่าวและสำนักงานประกันสังคมจะต้องดำเนินการอย่างไรต่อไป เห็นว่า การทำสัญญาจ้างเหมาของส่วนราชการเป็นการจ้างตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยเบิกจ่ายเงินจากงบประมาณรายจ่าย ประเภทงบดำเนินงานในลักษณะค่าตอบแทน ค่าใช้สอย ค่าวัสดุ และค่าสาธารณูปโภค รวมถึงรายจ่ายที่กำหนดให้จ่ายจากงบรายจ่ายอื่นใดในลักษณะรายจ่ายดังกล่าว จึงมิใช่ประเภทรายจ่ายที่ส่วนราชการจะนำส่งเป็นเงินสมทบเข้ากองทุนประกันสังคมได้ ดังนั้น ในกรณีที่ส่วนราชการมีความจำเป็นต้องตั้งงบประมาณประเภทอื่นเพื่อนำส่งเป็นเงินสมทบกองทุนประกันสังคมให้กับผู้ประกันตนตามกฎหมายประกันสังคม จึงควรปรึกษาหารือเรื่องดังกล่าวกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณเพื่อดำเนินการตามขั้นตอนของกฎหมายต่อไป

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๙) มีข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่า ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่ส่วนราชการอาจปฏิบัติตามที่เคยปฏิบัติกับลูกจ้างของส่วนราชการซึ่งทำให้เกิดความเข้าใจผิด และเป็นปัญหากับทั้งคู่สัญญาของส่วนราชการและเกิดปัญหากับส่วนราชการและสำนักงานประกันสังคมด้วย กระทรวงการคลังในฐานะผู้กำกับดูแลระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ และมีหน้าที่เกี่ยวกับการเงินการคลังแผ่นดิน จึงสมควรแจ้งเวียนคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๓๔๙/๒๕๕๖ ดังกล่าวให้ส่วนราชการทราบและกำหนดแนวทางการทำสัญญาและการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวให้ชัดเจนมากกว่าที่ผ่านมา รวมทั้งกำชับให้ส่วนราชการต้องถือปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุฯ โดยเคร่งครัด เพื่อมิให้เกิดความเสียหายทั้งต่อส่วนราชการผู้ว่าจ้างและผู้รับจ้างตามสัญญาจ้างเหมา


(นายนิพนธ์ สะกิม)

รองเลขาธิการ รักษาการแทน
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
สิงหาคม ๒๕๕๙