

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 ไม่ว่าจะมิใช่จ้างหรือไม่ ฯลฯ ส่งผลให้การกระทำของคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักรในบางกรณี ไม่เป็นการทำงานตามที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม จึงทำให้คนต่างด้าวนั้นไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงานสำหรับการกระทำความผิดต่อไป ซึ่งส่งผลกระทบต่อการอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว กรณีมีเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ปฏิบัติงานในองค์การกุศลสาธารณะ มูลนิธิ หรือสมาคม เนื่องจากสำนักงานตรวจคนเข้าเมืองกำหนดให้คนต่างด้าวยื่นสำเนาใบอนุญาตทำงานประกอบการพิจารณาด้วย ทั้งนี้ เรื่องดังกล่าวได้มีการปรึกษาหารือระหว่างส่วนราชการที่มีหน้าที่รับผิดชอบหรือรักษาการตามกฎหมายแล้ว ดังต่อไปนี้

๑. กรมการจัดหางานและส่วนราชการที่เกี่ยวข้องพบสภาพข้อเท็จจริงกรณีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักร ดังนี้

๑.๑ สำนักงานจัดหางานจังหวัดเชียงใหม่แจ้งว่า ในจังหวัดเชียงใหม่มีมูลนิธิตั้งอยู่ประมาณ ๒๓๑ แห่ง และมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิประมาณ ๑,๒๐๐ คน โดยปรากฏว่าคนต่างด้าวบางส่วนอาศัยโอกาสที่ได้เข้ามาเป็นอาสาสมัครไปทำงานนอกเหนือจากที่ได้รับอนุญาต ประกอบกับพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจึงขอหารือกรมการจัดหางานว่า กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิหรือสมาคมนั้นจะต้องมาขอรับใบอนุญาตทำงานตามพระราชกำหนดดังกล่าวหรือไม่ อย่างไร

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

ส่งพร้อมหนังสือที่ นร ๐๔๑๒/๖๒ ลงวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๒ ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีถึงสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี

ต่อมากรมการจัดหางานได้ให้ความเห็นในกรณีดังกล่าวสรุปได้ว่า การพิจารณาว่า คนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในมูลนิธิหรือสมาคมเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนด การบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งต้องขอรับใบอนุญาตทำงานหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณาเป็นรายกรณีว่าการกระทำของคนต่างด้าว มีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้นเลี้ยงชีพอยู่ได้โดยผลตอบแทนจากงานที่ทำนั้น เช่น กรณีมูลนิธิ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสงเคราะห์แก่เด็กเร่ร่อนในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเสนอตัวมาปฏิบัติหน้าที่ ตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิด้วยความสมัครใจโดยไม่ได้รับผลตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ใน งานของอาสาสมัครนั้น การกระทำความดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทำงานที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม คนต่างด้าว สามารถปฏิบัติงานเฉพาะในหน้าที่ของอาสาสมัครนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน อย่างไรก็ตาม หากปรากฏข้อเท็จจริงว่าในระหว่างที่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว เพื่อปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครดังกล่าวได้กระทำการอื่นนอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัคร เช่น คนต่างด้าวไปเป็นครูในสถาบันสอนภาษา ซึ่งการกระทำความดังกล่าวนั้นมีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้น เลี้ยงชีพอยู่ได้โดยผลตอบแทนจากการทำงานนั้นโดยไม่ได้รับใบอนุญาตทำงาน คนต่างด้าวอาจมีความผิด ฐานทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานหรือทำงานนอกเหนือจากที่มีสิทธิจะทำได้

๑.๒ เครือข่ายองค์กรด้านประชากรข้ามชาติและมูลนิธิเพื่อสิทธิมนุษยชน และการพัฒนา (สสพ.) ได้แถลงการณ์เผยแพร่เมื่อวันที่ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๑ ขอให้สำนักงาน ตรวจคนเข้าเมืองจังหวัดปัตตานียุติการส่งกลับและปล่อยตัวคนต่างด้าวสัญชาติพม่าและนักท่องเที่ยว เนื่องจากการทำกิจกรรมจิตอาสาโดยทันที ปรากฏข้อเท็จจริงตามแถลงการณ์ดังกล่าวว่า คนต่างด้าว ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการทำงานโดยได้รับใบอนุญาตทำงานแล้ว ต่อมาได้กระทำการ เป็นจิตอาสาสอนหนังสือให้กับเด็กซึ่งเป็นลูกหลานของแรงงานต่างด้าวโดยไม่ได้รับค่าตอบแทน และมี คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อการท่องเที่ยวเข้าเยี่ยมชมการเรียนการสอน ดังกล่าว ต่อมาคนต่างด้าวดังกล่าวถูกกล่าวหาว่าทำงานนอกเหนือจากที่กฎหมายอนุญาต

๒. กรมการจัดหางานได้จัดให้มีการประชุมหารือกับส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง กรณีคนต่างด้าว เข้ามาเป็นอาสาสมัครในราชอาณาจักร เมื่อวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๖๑ ณ กรมการจัดหางาน โดยมี นายสมบัติ นิเวศรัตน์ รองอธิบดีกรมการจัดหางานเป็นประธาน มีผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานตรวจคนเข้าเมือง ผู้แทนกรมพัฒนาสังคม และสวัสดิการ และผู้แทนสำนักงานปลัดกระทรวงแรงงานเข้าร่วมประชุม และได้มีการเสนอความเห็น ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

การพิจารณาว่าคนต่างด้าวเข้ามาเป็นอาสาสมัครในองค์การกุศลสาธารณะ เป็นการทำงานตามมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งต้องได้รับใบอนุญาตทำงานหรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาโดยอาศัยข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณา เป็นรายกรณีว่า การกระทำของคนต่างด้าวนั้นมีลักษณะที่ทำให้คนต่างด้าวนั้น ดำรงชีพอยู่ได้โดยค่าตอบแทน จากงานที่ทำนั้นหรือไม่ เช่น กรณีมูลนิธิมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การสงเคราะห์แก่เด็กเร่ร่อนในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเสนอตัวมาปฏิบัติหน้าที่ตามวัตถุประสงค์ของมูลนิธิด้วยความสมัครใจเพื่อประโยชน์ สาธารณะ โดยคนต่างด้าวไม่ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น การกระทำความดังกล่าวย่อมไม่เป็นการทำงานที่กฎหมายประสงค์จะควบคุม คนต่างด้าวสามารถปฏิบัติงาน เฉพาะในหน้าที่ของอาสาสมัครนั้นได้โดยไม่ต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน

หากเป็นกรณีที่คนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น การกระทำดังกล่าวย่อมเป็นการทำงานตามมาตรา ๕ คนต่างด้าวจึงต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน โดยกรมการจัดหางานได้ศึกษาข้อมูลการขอรับการตรวจลงตราและการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครของเครือรัฐออสเตรเลีย จึงเห็นว่ากรณีคนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัครนั้น ค่าตอบแทนดังกล่าวหมายความถึง “เงิน” ทั้งนี้ ไม่รวมถึงค่าใช้จ่ายตามความเหมาะสมที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ในงานของอาสาสมัคร เช่น กรณีคนต่างด้าวต้องขัรบรถยนต์ไปปฏิบัติงานในหน้าที่ของอาสาสมัครตามสถานที่ต่าง ๆ โดยได้รับค่าใช้จ่ายเป็นค่าเชื้อเพลิงรถยนต์ หรือค่าตอบแทนที่ไม่ใช่เงิน เช่น ที่พัก หรืออาหาร กรณีเช่นนี้ไม่ถึงว่าคนต่างด้าวได้รับค่าตอบแทนอันจะทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นการประกอบอาชีพ 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 ทั้งนี้ เพื่อมิให้เกิดปัญหาการตีความต่อไป (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อกฎหมายกรณีคนต่างด้าวเข้ามาดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการค้าการลงทุนในประเทศไทย (เรื่องเสร็จที่ ๑๕๒/๒๕๕๖)) นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นกรณีกรุงเทพมหานครได้แต่งตั้ง “อาสาสมัคร” ผู้ดูแลเด็กในศูนย์พัฒนาเด็กก่อนวัยเรียน โดยจะคัดเลือกจากผู้ที่เกี่ยวข้องเข้าทำงานด้วยความสมัครใจ ซึ่งอาสาสมัครแต่ละคนจะได้รับค่าตอบแทนเดือนละ ๔,๑๐๐ บาท อาสาสมัครดังกล่าวมีนิติสัมพันธ์กับกรุงเทพมหานครในลักษณะของการเป็นนายจ้างลูกจ้าง เนื่องจากลักษณะการปฏิบัติงานและการจ่ายค่าตอบแทนการปฏิบัติหน้าที่มีลักษณะเป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนไม่ว่าจะเรียกว่าลูกจ้างหรืออาสาสมัครก็ตาม ดังนั้น อาสาสมัครผู้ดูแลเด็กก่อนวัยเรียนจึงเป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนของกรุงเทพมหานคร ซึ่งตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ มาตรา ๔ (๑) ได้กำหนดให้ลูกจ้างของราชการส่วนท้องถิ่นที่เป็นลูกจ้างชั่วคราวรายเดือนต้องอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การขึ้นทะเบียนเป็นผู้ประกันตนของอาสาสมัครผู้ดูแลเด็กตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. ๒๕๓๓ (เรื่องเสร็จที่ ๖๗๖/๒๕๔๘))

กรมการจัดหางานพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีคนต่างด้าวซึ่งเข้ามาเป็นอาสาสมัคร ในราชอาณาจักรเป็นการทำงานตามมาตรา 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 ไม่ว่าจะมิใช่จ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบกับเจตนารมณ์ของพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่ประสงค์จะควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวทั้งระบบ โดยกำหนดขอบเขตของงานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้หรืองานที่ห้ามคนต่างด้าวทำเพื่อมิให้มีผลกระทบต่อการจ้างแรงงานไทย และกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรจะต้องได้รับใบอนุญาตทำงานหรือทำงานได้เฉพาะงานที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น จึงเห็นว่า บทนิยามคำว่า “ทำงาน” ตามมาตรา ๕ มีความมุ่งหมายเฉพาะการประกอบอาชีพของคนต่างด้าวไม่ว่าจะมีนายจ้างหรือไม่ก็ตาม และคนต่างด้าวนั้นได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ไปเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำ ดังนั้น หากคนต่างด้าวยรายใดเพียงแต่ได้รับสิ่งตอบแทนหรือสวัสดิการบางประเภทอันมิใช่ค่าจ้างหรือมีรายได้ไปเลี้ยงชีวิตตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำก็ไม่ถือว่าเป็นการประกอบอาชีพอันอยู่ในความหมายของคำว่า “ทำงาน” ตามพระราชกำหนดดังกล่าว

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

มาตรา ๕ ในพระราชกำหนดนี้

๑.๓๑

๑.๓๑

“ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมิใช่จ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึงการประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

๑.๓๑

๑.๓๑

ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ของต่างประเทศ ดังเช่น Manual on the measurement of volunteer work ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International Labour Organization : ILO)^๒ สหราชอาณาจักร^๓ สาธารณรัฐฝรั่งเศส^๔ และเครือรัฐออสเตรเลีย^๕ ก็มีการพิจารณาลักษณะของงานอาสาสมัครในแนวทางเดียวกันว่าเป็นงานที่ทำโดยสมัครใจและไม่ได้รับค่าจ้างหรือค่าตอบแทนใด ๆ ไม่ว่าจะเงินหรือค่าตอบแทนอื่นที่ไม่ใช่เงิน แต่เงินที่อาสาสมัครได้รับคืนจากค่าใช้จ่ายที่ตนได้จ่ายไปในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับงานอาสาสมัครนั้น เช่น ค่าอาหาร ค่าเดินทาง และค่าวัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ โดยมีสิทธิได้รับเงินคืนตามจำนวนที่ได้จ่ายไปจริงเท่านั้น ไม่ทำให้งานอาสาสมัครดังกล่าวเป็นสัญญาจ้างแต่อย่างใด และมีการยืนยันหลักการดังกล่าวในคำพิพากษาศาลยุติธรรมสูงสุดของสาธารณรัฐฝรั่งเศสว่า หากอาสาสมัครนั้นได้รับเงินเกินกว่าจำนวนที่ตนได้จ่ายออกให้แทนนั้น จะทำให้งานหรือกิจกรรมนั้นไม่มีสภาพเป็นงานอาสาสมัครอีกต่อไป^๖ ส่วนเครือรัฐออสเตรเลียมองว่า อาสาสมัครต้องไม่ได้รับค่าตอบแทน และต้องเป็นงานที่ไม่ส่งผลกระทบต่อการทำงานของชาวออสเตรเลีย โดยกรณีการทำงานอาสาสมัครในระหว่างท่องเที่ยว บุคคลนั้นจะสามารถทำงานอาสาสมัครได้ในระยะเวลาไม่เกินสามเดือน และอาจได้รับการแบ่งปันอาหารและที่พักได้โดยไม่ถือเป็นค่าตอบแทนการทำงาน^๗

สำหรับคนต่างด้าวซึ่งปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัคร และได้รับค่าจ้างหรือมีรายได้ใด ๆ จากการปฏิบัติหน้าที่อาสาสมัครนั้น ดังเช่น ค่าจ้าง หรือเบี้ยเลี้ยงสำหรับการเลี้ยงชีพของตนเองหรือครอบครัวเป็นประจำ งานอาสาสมัครเช่นนี้ถือเป็นการทำงานตามนิยามคำว่า “ทำงาน” ในมาตรา ๕ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าวฯ ซึ่งคนต่างด้าวดังกล่าวต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ ตามมาตรา ๘^๘ ประกอบกับมาตรา ๕๙^๙ แห่งพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงาน

^๒Manual 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>

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

^๔Le 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>>

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

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

^๗โปรดดูเชิงอรรถที่ ๕, ข้างต้น

^๘มาตรา ๘ ห้ามคนต่างด้าวทำงานโดยไม่มีใบอนุญาตทำงานหรือทำงานนอกเหนือจากที่มีสิทธิจะทำได้อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชกำหนดนี้

^๙มาตรา ๕๙ คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งมิใช่เพื่อการท่องเที่ยวหรือการเดินทางผ่านราชอาณาจักร จะทำงานได้ก็แต่เฉพาะงานที่มีได้มีประกาศห้ามคนต่างด้าวทำตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง และต้องได้รับใบอนุญาตทำงาน

ภายใต้บังคับมาตรา ๖๐ คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะขอรับใบอนุญาตทำงานตามวรรคหนึ่ง ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อนายทะเบียน และในกรณีที่มีนายจ้างแล้วให้ระบุชื่อนายจ้างด้วย

การขออนุญาตและการอนุญาตตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยจะกำหนดให้ใช้วิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ และใบอนุญาตทำงานให้มีอายุเท่าที่ผู้ขออนุญาตร้องขอ แต่ไม่เกินสองปีนับแต่วันที่ยื่นขออนุญาตทำงาน

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 ผู้รับอนุญาตให้ทำงานตามวรรคหนึ่งมีสิทธิทำงานที่มีได้มีประกาศห้ามคนต่างด้าวทำตามมาตรา 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) การค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์หรือฝึกสอนในสถาบันการค้นคว้าหรือสถาบันการศึกษา

ในราชอาณาจักร

(๑๔) การปฏิบัติงานด้านช่างฝีมือหรือผู้เชี่ยวชาญ

(๑๕) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

^{๑๑}มาตรา ๓๕ คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามมาตรา ๓๔ อธิปไตยหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งอธิบดีมอบหมายจะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรภายใต้เงื่อนไขใด 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 สำหรับกรณี

ตามมาตรา ๓๔ (๗)

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

การขออนุญาตเพื่ออยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวต่อไปแต่ละครั้ง ให้คนต่างด้าวยื่นคำขอตามแบบและเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ในระหว่างรอฟังคำสั่งให้คนต่างด้าวนั้นอยู่ในราชอาณาจักรไปพลางก่อนได้

