บทที่ 2

วิวัฒนาการและหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

การศึกษาครั้งนี้ในเรื่องการเข้ามาประกอบอาชีพทาง "การให้บริการทางกฎหมาย" ของคนต่างด้าวยังไม่มีความแน่ชัดว่ามีการเข้ามาประกอบอาชีพการให้บริการทางกฎหมายในสมัยใด เมื่อศึกษาในเชิงประวัติศาสตร์ในการเข้ามาประกอบอาชีพของคนต่างด้าวทำให้ทราบถึงเหตุผลทางประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของกฎหมายที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้าทำงานในประเทศไทยได้เป็นเพราะเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม และความเห็นอกเห็นใจซึ่งกันและกัน งานที่คนต่างด้าวทำได้คนไทยก็ไม่สามารถทำได้จึงอนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ในการทำงานแต่ละยุคสมัยก็มีการเปลี่ยนแปลงไปตามสภาพสังคมเป็นปัจจัยในการก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงของกฎหมาย เพื่อให้ทราบถึงแนวคิดและแนวทางในการปฏิบัติในการกำหนดสิทธิให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้

คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย เริ่มมีเข้ามาตั้งแต่สมัยพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัยส่วนใหญ่เป็นคนสัญชาติจีนที่หนีภัยธรรมชาติและความอัตคัดขัดสนเข้ามาประกอบอาชีพค้าขายและกรรมกร ต่อมาในสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวการพัฒนาต่าง ๆ เจริญรุ่งเรืองเป็นอย่างมากเพราะประเทศไทยได้มีการติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติอื่น ๆ เช่น ชาวยุโรปที่เข้ามาเป็นที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ชาวอินเดียที่เข้ามาค้าขายจนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวพระองค์ได้เล็งเห็นว่า คนต่างด้าวจะเข้ามาแย่งงานคนไทย

จึงโปรดเกล้าให้ตรากฎหมายขึ้นเพื่อควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวขึ้น เช่น กฎข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานและสภาพการทำงาน ในยุคหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 รัฐบาลได้มีการตรากฎหมายเพื่อจำกัดอาชีพสำหรับคนต่างด้าวหลายฉบับ [1]

---

[1]ชลิดา โตสิตระกูล. สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548). หน้า 7 – 8.

PAYAP UNIVERSITY

เนื่องจากในช่วงเวลานั้นได้มีกรรมกรชาวจีนที่อพยพเข้ามาเป็นจำนวนมากทำให้ยากต่อการควบคุม และเข้ามาแย่งงานคนไทยทำจึงมีการควบคุมกันอย่างเข้มงวด มีการใช้มาตรการที่รุนแรงกับแรงงานชาวจีนที่ก่อความวุ่นวายโดยการเนรเทศให้กลับประเทศและมีการออกกฎหมายมาควบคุมจำนวนชาวจีนที่เข้ามาในประเทศ[2]

การศึกษาวิวัฒนาการทางกฎหมายในการเข้าทำงานและประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยจะแบ่งการศึกษาเป็น 2 ลักษณะ ศึกษาในสมัยที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรคือก่อนปี พ.ศ. 2484 และสมัยที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรใช้หลังปี พ.ศ. 2484

2.1 ยุคก่อนที่จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษร ก่อนปี พ.ศ. 2484

มนุษย์ทุกคนย่อมมีสิทธิในการเลือกการทำงาน อันเป็นสิทธิตามธรรมชาติ และเกิดขึ้นจากสภาพธรรมดาของมนุษย์ไม่ว่าจะมีชาติใดภาษาใดก็ตาม สิทธิดังกล่าวได้มีวิวัฒนาการตามยุคสมัย ที่เปลี่ยนแปลงไป เมื่อการปกครองได้เปลี่ยนแปลงไปการใช้อำนาจรัฐในการปกครองและบริหารประเทศ รัฐก็ย่อมมีอำนาจในการกำหนดสิทธิหน้าที่ และบังคับให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปกครอง และบริหารประเทศเพื่อความสงบและเรียบร้อยของสังคมนั้น ๆ ทั้งนี้คนแต่ละคนมีคุณสมบัติที่แตกต่างกันไป สิทธิในแต่ละคนก็แตกต่างกันไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งคนต่างด้าวที่อพยพเข้ามาในรัฐอื่นการปฏิบัติของรัฐนั้น ๆ ก็ย่อมไม่เท่าเทียมกันกับคนในรัฐนั้น เพราะการอพยพเข้ามาในรัฐหนึ่งรัฐใดย่อมต้องเข้าไปบริโภคทรัพยากรธรรมชาติของรัฐนั้นและอาจส่งผลกระทบต่อคนในรัฐ ดังนั้นเพื่อเป็นการรักษาผลประโยชน์แก่คนในรัฐนั้นเป็นสำคัญ จึงต้องมีการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวไว้บางประการ[3]

ในสมัยโบราณที่มีการปกครองอยู่ในวงจำกัด รัฐแต่ละรัฐต่างรังเกียจและกีดกันคนต่างด้าวมาก แต่ต่อมาสังคมมีความเจริญพัฒนามากขึ้น การติดต่อค้าขาย ความจำเป็นในการพึ่งพาอาศัยกัน และความสัมพันธ์ระหว่างประเทศมีเพิ่มมากขึ้น จึงได้ผ่อนคลายการกีดกันลงเท่าที่ไม่ขัดต่อผลประโยชน์หรือเป็นภัยแก่การดำรงอยู่ของรัฐโดยใช้หลักถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ ซึ่งโดยปกติแล้วสิทธิทางกฎหมายเอกชนนั้น ในทางทฤษฎีมีความโน้มเอียงที่จะให้คนต่างด้าวมีสิทธิเช่นเดียวกับคนแห่งรัฐนั้น ๆ แต่สิทธิตามกฎหมายมหาชนเป็นสิทธิที่ต้องรักษาผลประโยชน์สาธารณะของรัฐนั้น ๆ ด้วยเหตุนี้เองทุกรัฐย่อมสงวนและรักษาสิทธิตามกฎหมายมหาชนแก่

---

[2]วิชัย โกสุวรรณ, กฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2546). หน้า 9 – 10.

[3]เดชชาติ วงค์โกมลเชรษฐ์, หลักรัฐศาสตร์, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สังคมศาสตร์, 2512). หน้า 25.

PAYAP UNIVERSITY

คนของรัฐตนเองซึ่งเป็นเจ้าของประเทศที่สำคัญ[4]

จากประวัติศาสตร์ไทย ตั้งแต่สมัยสุโขทัยจนถึงปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวเข้ามาทำงานและค้าขายและเจริญสัมพันธ์ไมตรีกับคนต่างด้าวเรื่อยมา และให้ความช่วยเหลือเป็นอย่างดี ไม่ว่าคนต่างด้าวจะเข้ามาทำงาน ค้าขาย นำวิวัฒนาการเข้ามาเผยแพร่ให้แก่คนไทยหรือคนต่างด้าว และเผยแพร่ศาสนา คนต่างด้าวเหล่านี้ก็ได้รับสิทธิและความคุ้มครองในด้านต่าง ๆ เป็นอย่างดี จึงทำให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่น่าอยู่ ในสมัยก่อนกฎหมายเก่าของไทยได้มีบทบัญญัติถึงสิทธิทั่ว ๆ ไปของคนต่างด้าวหรือข้อห้ามที่มิให้คนไทยเกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวไว้ แต่มิใช่ลักษณะของการห้ามทำงานหรือประกอบอาชีพให้วิชาชีพใดโดยตรง

เมื่อมีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเป็นจำนวนมากการจัดระเบียบและการกำหนดสิทธิในการทำงาน การอยู่อาศัยของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประทศไทยจึงจำเป็นอย่างยิ่ง ในการจัดระเบียบ

ต่อมาประเทศไทยได้มีการตรากฎหมายขึ้นหลังปี พ.ศ. 2484 ได้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานและอยู่อาศัยในประเทศไทยให้ตกอยู่ภายใต้กฎหมายที่กำหนด

2.2 ยุคที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษร หลังปี พ.ศ. 2484

ประเทศไทยในอดีต ไม่ปรากฏกฎหมายหรือบทบัญญัติใด ๆ ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย จึงเกิดปรากฏการณ์ที่ว่าคนต่างด้าวเข้ามาและตั้งถิ่นฐานอยู่ประเทศไทยเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นชาวจีน และเมื่อเข้ามาและตั้งถิ่นฐานอยู่ในประเทศไทยแล้วก็จำต้องทำงานหาเงินเพื่อซึ่งให้ได้ปัจจัยในการดำรงชีวิตชาวจีนเริ่มมีอิทธิพลทางเศรษฐกิจเหนือคนไทยโดยประการนี้เอง ย่อมส่งผลกระทบต่อการแย่งงานคนไทย เมื่อเป็นเช่นนี้รัฐบาลไทยจึงไม่อาจเพิกเฉยต่อผลกระทบที่เกิดขึ้น

ดังนั้นจึงได้มีการวางมาตรการในการจัดการและป้องกันผลกระทบดังกล่าวโดยใช้มาตรการทางกฎหมาย ปรากฏในลักษณะของการออกกฎหมายต่าง ๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิในการทำงานของคนไทย ในทางกลับกันเป็นการจำกัดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรไทยด้วย จึงได้จำแนกกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวไว้ 3 ลักษณะ คือ

---

[4]หยุด แสงอุทัย, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยคดีบุคคล, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2527). หน้า 142.

PAYAP UNIVERSITY

1. **กฎหมายที่มุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนไทย**

จากการศึกษาที่ผ่านมานั้นจึงทราบถึงสถานการณ์ภายในประเทศในช่วงก่อนที่จะมีกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย คนต่างด้าวสามารถทำงานได้อย่างเสรี ทำให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยมากขึ้นเรื่อย ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ทางภาครัฐเกรงว่าเหตุการณ์ดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อการประกอบอาชีพ หรือการทำงานของคนไทย ฉะนั้นตั้งแต่มีการเริ่มต้นในการตรากฎหมายอันเป็น "มาตรการควบคุมในด้านการประกอบอาชีพ" เกี่ยวกับสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในปี พ.ศ. 2484 กฎหมายที่ออกมาเป็นกฎหมายที่มีลักษณะมุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนไทย ซึ่งอาชีพที่สงวนนั้นเป็นอาชีพที่มีความสำคัญด้วยเหตุผลว่าเป็นอาชีพหลักของคนไทยอันได้แก่ อาชีพทางด้านเกษตรกรรมและหัตถกรรม อีกทั้งอาชีพและวิชาชีพที่เกี่ยวกับทางด้านศาสนา ภูมิปัญญาไทย ศิลปวัฒนธรรม ความจำเป็นทางเศรษฐกิจ งานที่เกี่ยวความมั่นคง หรืออาจเป็นงานหรืออาชีพที่จำต้องใช้ความรู้เฉพาะทางบนพื้นฐานของความรู้ของการเป็นคนไทย และเพื่อเป็นการป้องกันการแย่งงานของคนไทย ซึ่งปรากฏออกมาในรูปของกฎหมาย[5]

วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของคนไทยในการทำงานหรือประกอบอาชีพที่สงวนไว้เฉพาะคนไทย กล่าวคือคนที่มิได้มีสัญชาติไทยหรือที่เรียกว่า "คนต่างด้าว" ก็ไม่สามารถประกอบอาชีพที่กฎหมายสงวนไว้ให้คนไทยทำได้ ถ้าหากคนต่างด้าวประกอบอาชีพที่สงวนไว้ให้คนไทย ก็จะถูกลงโทษ

เหตุของการที่กฎหมายกำหนดความแตกต่างของผู้ทรงสิทธิในกฎหมาย ที่มุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนสัญชาติไทย ซึ่งในช่วงแรกที่มีการใช้กฎหมายเป็นการกำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทย อันมีผลเป็นการห้ามคนต่างด้าวทำงานในอาชีพนั้น ๆ โดยเด็ดขาดเป็นการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการทำงานดังกล่าว แต่ในยุคต่อมาด้วยความจำเป็นและการจ้างคนต่างด้าวนั้นก่อให้เกิดประโยชน์อย่างมากต่อผู้ประกอบกิจการ ฉะนั้น มาตรการในการห้ามคนต่างด้าวจึงผ่อนปรนลง แต่เป็นการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ประกอบกิจการเป็นผู้ที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายในการที่จะคำนึงถึงสัดส่วนการจ้างงานคนไทยและคนต่างด้าวในสถานประกอบการ

---

[5]ชลิดา โตสิตระกูล. สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548). หน้า 14 – 15.

PAYAP UNIVERSITY

จะเห็นได้ว่า การทำงานของคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายที่มีลักษณะมุ่งสงวนอาชีพสำหรับคนไทย เป็นการห้ามคนต่างด้าวทำงานที่สงวนไว้เท่านั้น แต่มิได้กำหนดให้คนต่างด้าวต้องขออนุญาตทำงาน (ซึ่งต่างจากการทำงานของคนต่างด้าวในปัจจุบันที่ต้องขออนุญาตทำงานในประเทศไทยเสียก่อนจึงจะทำงานได้) กล่าวคือ หากไม่ใช่อาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทย คนต่างด้าวสามารถทำได้โดยเสรี

2. **กฎหมายไทยที่ห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย**

กฎหมายประเภทนี้ หมายถึง กฎหมายทั่วไปหรือกฎหมายพิเศษ ที่บัญญัติไว้เป็นการกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานหรือประกอบอาชีพดังกล่าว ด้วยเหตุผลพิเศษแตกต่างกันไปในแต่ละสาขาอาชีพ ซึ่งส่วนมากจะเป็นงานที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพ โดยจะปรากฏในลักษณะของการกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะทำงาน ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพนั้น ๆ ว่าต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งหากบุคคลนั้น ๆ ขาดคุณสมบัติหรือไม่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือเป็น "คนต่างด้าว" ก็จะทำให้บุคคลนั้นเป็นผู้ที่ทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ ได้ ซึ่งไม่ปรากฏบทลงโทษแก่ผู้ไม่มีหรือขาดคุณสมบัติในการทำงานหรือประกอบอาชีพนั้น ๆ แต่อย่างใด

3. **กฎหมายไทยที่กำหนดเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย**

กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย เป็นกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติและสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยหลักเป็นที่เข้าใจได้ว่าสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวย่อมไม่มีสิทธิเสมือนคนไทยปรากฏให้เห็นจากวิวัฒนาการของกฎหมาย เว้นแต่จะมีข้อยกเว้นที่อนุญาตให้คนต่างด้าวจะสามารถทำงานในประเทศไทยได้ กล่าวคือ คนต่างด้าวที่จะทำงานในประเทศไทยได้จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่ดูแลรับผิดชอบเรื่องสิทธิและหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานและประกอบธุรกิจในประเทศไทยและต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น จึงจะสามารถอนุญาตให้กระทำได้

จากการศึกษาพบว่า กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ในการทำงานและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยมีอยู่ด้วยกัน 3 ฉบับคือ

PAYAP UNIVERSITY

1. **ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว.281)**[6]

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์การจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประเทศไทยได้ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281หรือที่เรียกว่า ปว.281 ขึ้นเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน พ.ศ.2515 เพื่อกำหนดควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยกฎหมายฉบับนี้ได้มีหลักการใหม่เพิ่มขึ้น คือ ได้มีการแยกการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวออกจาการการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น และได้กำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำในบัญชีต่อท้ายกฎหมายฉบับนี้เอง ซึ่งกำหนดไว้ 63 ประเภท แบ่งเป็น 3 บัญชี ได้แก่ บัญชี ก.บัญชี ข. และบัญชี ค. ซึ่งธุรกิจตามบัญชี ก. และบัญชี ข.นี้เป็นธุรกิจที่สำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ และคนไทยที่มีความสามารถทั้งในด้านวิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจนั้นได้ ธุรกิจตามบัญชี ก.และบัญชี ข.จึงเป็นธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการนั้นขึ้นมาใหม่นับแต่วันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ได้แก่ การทำนา การค้าที่ดิน การนำเที่ยว การขนส่ง เป็นต้น ส่วนธุรกิจตามบัญชี ค.นั้นเป็นธุรกิจที่สามารถขอประกอบธุรกิจได้เนื่องจากเป็นธุรกิจที่สามารถเพิ่มพูนความรู้ความสามารถในด้านวิชาการและเป็นผลให้มีการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย อันส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย ได้แก่ การค้าส่งสินค้า การผลิตอาหารสัตว์ การผลิตถ้วยชาม การทำเหมืองแร่ เป็นต้น[7]

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจอยู่แล้วในประเทศไทยก่อนที่ประกาศคณะปฏิวัติประกาศใช้หากเป็นการประกอบธุรกิจตามบัญชี ก.หรือบัญชี ข.สามารถประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้อีก 2 ปีแต่หากประกอบธุรกิจตามบัญชี ค.สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา ส่วนการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยหลังจากที่ประกาศคณะปฏิวัติประกาศใช้แล้วนั้น คนต่างด้าวไม่สามารถประกอบธุรกิจตามบัญชี ก.และบัญชี ข.ขึ้นใหม่ได้โดยเด็ดขาดและจะประกอบธุรกิจตามบัญชี ค.ได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกระทรวงพาณิชย์

---

[6]เหตุผลในการประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 "โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นว่าในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศและเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็น ประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม"

[7]สุจินต์ ชัยมังคลานนนท์, "การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว", วารสารกฎหมายนิติศาสตร์, 2, 1 (มกราคม 2519), 54.

PAYAP UNIVERSITY

การออกใบอนุญาต อธิบดีกระทรวงพาณิชย์มีอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขที่จะให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติตามดังต่อไปนี้

1. อัตราส่วนเงินทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

2. เงินที่ได้รับใบอนุญาตจะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

3. อัตราส่วนเงินทุนของคนไทยกับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

4. อัตราส่วนของจำนวนกรรมการคนไทยกับคนต่างด้าวหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ซึ่งต้องมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร[8]

นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทอื่นใดเกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นส่วนของบริษัท หรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วน หรือซื้อกิจการนั้น ๆ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีในการอนุญาตนั้นและอธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้

ต่อมาประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว.281) ได้มีการยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้อง กับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้[9]

---

[8]วันทิพย์ จันทกิจ, การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน. (สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549). หน้า 8 – 9.

[9]ณัฐนันท์ พลั่วจินดา, มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจค้าปลีกของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548). หน้า 132.

PAYAP UNIVERSITY

2. **ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 (ปว.322)**

หลังจากที่มีการประกาศใช้ ปว.281 ได้ไม่นาน คณะปฏิวัติ (โดยจอมพลถนอม กิตติขจร) จึงได้ออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งต้องการทำงานในประเทศไทยขอใบอนุญาตทำงานจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง เพราะก่อนที่จะมีการประกาศใช้ ปว.322 นี้ กำหมายที่มีผลบังคับใช้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทยโดยไม่ต้องขออนุญาตทำงานที่เป็นเช่นนี้เพราะว่าในขณะนั้น คนต่างด้าวในประเทศไทยยังมีไม่มากนัก ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2484 มีพระราชบัญญัติการช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 เพื่อสงวนอาชีพแก่คนไทยไว้ 27 ชนิดงานด้วยกัน จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2503 ในสมัยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัตน์ได้มีการร่างกฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวขึ้นมาเป็นครั้งแรก แต่ร่างกฎหมายดังกล่าวก็ยังคงไม่สมบรูณ์ จนกระทั่งในปี พ.ศ. 2515 ในสมัยของจอมพลถนอม กิติขจรได้ทำการยกร่างกฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวได้ออกใช้เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวขึ้นเป็นครั้งแรก คือประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515[10] โดยมีเจตนารมณ์เพื่อสงวนอาชีพให้คนไทยป้องกันคนต่างชาติเข้ามาแย่งงานคนไทย โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งต้องการทำงานในประเทศไทยขอใบอนุญาตทำงานจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ประกาศดังกล่าวเป็นการกำหนดสิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวว่าจะทำงานก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาต และต้องมิใช่งานในอาชีพและวิชาชีพใดที่ห้ามคนต่างด้าวทำ

โดยกำหนดงานที่ห้ามคนต่างด้าวทำไว้ 39 ประเภทงานที่ต้องห้าม ซึ่งยังไม่รวมคนต่างด้าวที่เข้าโดยไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทยหรือเข้ามาโดยลักลอบ หลบหนีเข้าเมืองมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

อาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่าประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 เป็นการประกาศออกมาโดยเหตุทางการเมืองที่ ณ ขณะนั้นที่ต้องออกกฎหมาย เพื่อบังคับใช้กับคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย โดยคนต่างด้าวที่เข้าทำงานในประเทศไทยในช่วงเวลานั้นเป็นคนต่างด้าวที่เข้าโดยชอบด้วยกฎหมาย และประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 มิได้กล่าวถึงคนต่างด้าวที่เข้ามาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อมีการประกาศใช้ไปได้ระยะเวลาหนึ่งทางรัฐบาลได้เห็นข้อบกพร่องของประกาศฉบับนี้จึงทำการแก้ไขประกาศฉบับดังกล่าวให้รัดกุมถึงคนทุกกลุ่ม ที่เข้ามาทำงาน

---

[10]เหตุผลในการประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 "โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวทำงานอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ทำให้ตลาดแรงงานในประเทศลดน้อยลง เป็นผลกระทบกระเทือนแก่การดำรงชีวิตของคนไทย สมควรกำหนดหลักเกณฑ์และขอบเขตการทำงานของคนต่างด้าวเพื่อช่วยคุ้มครองให้คน ไทยได้มีงานทำ".

PAYAP UNIVERSITY

หรืออาศัยในประเทศไทย โดยต่อมา ปว.322 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

3. พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2521

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้ยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 322 และได้ประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้แทน ถือว่าเป็นกฎหมายหลักที่บังคับใช้ในเรื่องที่เกี่ยวการทำงานของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไป กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ต้องการทำงานในประเทศไทย จะต้องขออนุญาตทำงาน และงานที่ทำต้องมิใช่งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ โดยกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมข้อบกพร่องของ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 322 ที่กล่าวถึงแต่เฉพาะคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น จึงได้บัญญัติเพิ่มเติมให้ครอบคลุมถึง คนต่างด้าวบางประเภท กล่าวคือคนต่างด้าวที่ไม่มีหลักฐานการได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วย คนเข้าเมือง ตามเหตุผลท้ายพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้ระหว่างที่อยู่ในประเทศไทยมีสิทธิทำงาน ประกอบอาชีพและวิชาชีพได้ในท้องถิ่นที่ได้รับอนุญาต เพื่อมิให้เป็นภาระแก่รัฐในการดูแล และเป็นการป้องกันการก่ออาชญากรรม โดยคำนึงถึงการดำรงชีวิตของคนต่างด้าวกลุ่มนี้ โดยยึดหลักมนุษยธรรมและคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศไทยด้วย

เนื่องจากพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดถึงคนต่างด้าวไว้ 2 ประเภทที่มีลักษณะต่างกันประเภทงานที่เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาว่าคนต่างด้าวจะทำงานนั้นได้หรือไม่ จึงจำแนกเป็น 2 ประเภท

1. งานที่ห้ามคนต่างด้าวทำ 39 ประเภทสำหรับคนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยชอบด้วยกฎหมาย งานที่ห้ามทำเป็นงานที่ห้ามทำโดยเด็ดขาด คือ ไม่สามารถขออนุญาตทำงานประเภทดังกล่าวได้เลย

2. งานที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ 27 ประเภท ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายสามารถทำได้ คือคนต่างด้าวสามารถขออนุญาตทำงานได้เฉพาะงาน 27 ประเภทที่อนุญาตให้ทำได้

เนื่องจากยุคสมัยที่เปลี่ยนแปลงไปกฎหมายในยุคเก่าก็เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในยุคปัจจุบัน จึงได้มีออกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2551[11] ได้ยกเลิกพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 และได้ประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้แทน โดยการปรับปรุงใหม่ด้วยเหตุผลที่มีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุด ณ ขณะนั้น จึงทำให้ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ดังกล่าวให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ เพราะพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว

---

[11]ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125 ตอนที่ 37 ก หน้า 24 วันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2551.

PAYAP UNIVERSITY

พ.ศ. 2521 นี้ มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 29[12] ประกอบกับมาตรา 32[13] มาตรา 33[14] มาตรา 34[15] และมาตรา 43[16] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[17] บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่บทบัญญัติเกี่ยวกับการทำงานของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ไม่สอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงาน ในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบัน และโดยที่แรงงานต่างด้าวเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่ช่วยขับเคลื่อนระบบ เศรษฐกิจของประเทศ

---

[12]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 29 บัญญัติว่า "การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบุบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งและวรรคสองให้นำมาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม"

[13] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย"

[14] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 33 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในเคหสถาน"

[15] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 34 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการเดินทางและมีเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ภายในราชอาณาจักร"

[16]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 43 บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม"

[17]ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก หน้า 1 วันที่ 24 สิงหาคม 2550

PAYAP UNIVERSITY

มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ในเรื่องสิทธิและหน้าที่ในการทำงานของคนต่างด้าว ตามมาตรา 7[18] ที่กำหนดข้อแตกต่างในการให้คนต่างด้าวเข้าทำงานในประเทศไทยโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าวที่มีลักษณะทั่วไปสามารถทำงานที่กฎหมายกำหนดให้ทำได้ แต่มาตรา 13[19] และ มาตรา 14[20] เป็นการจำกัดสิทธิและหน้าที่ในการทำงานของคนต่างด้าวที่เข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีเกิดประเด็น

---

[18]พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 7 บัญญัติว่า "งานใดที่คนต่างด้าวอาจทำได้ในท้องที่ใด เมื่อใด ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติ โอกาสในการประกอบอาชีพของคนไทยและความต้องการแรงงานต่างด้าวที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศ ทั้งนี้ จะกำหนดให้แตกต่างกันระหว่างคนต่างด้าวทั่วไปกับคนต่างด้าวตามมาตรา 13 และมาตรา 14 ก็ได้"

[19]พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 13 คนต่างด้าวซึ่งไม่อาจขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 9 เพราะเหตุดังต่อไปนี้ อาจขอรับใบอนุญาตต่อนายทะเบียนเพื่อทำงานตามประเภทที่คณะรัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ โดยคำนึงถึงความมั่นคงของชาติและผลกระทบต่อสังคม

(1) ถูกเนรเทศตามกฎหมายว่าด้วยการเนรเทศและได้รับการผ่อนผันให้ไปประกอบอาชีพ ณ ที่แห่งใดแทนการเนรเทศหรืออยู่ในระหว่างรอการเนรเทศ

(2) เข้ามาหรืออยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองแต่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อรอการส่งกลับออกไปนอกราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

(3) ถูกถอนสัญชาติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515หรือตามกฎหมายอื่น

(4) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ. 2515

(5) เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติประกาศตามวรรคหนึ่ง คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ด้วยก็ได้

[20]พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 14 บัญญัติว่า "คนต่างด้าวซึ่งมีภูมิลำเนาและเป็นคนสัญชาติของประเทศที่มีชายแดนติดกับประเทศ ไทย ถ้าได้เข้ามาในราชอาณาจักรโดยมีเอกสารใช้แทนหนังสือเดินทางตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง อาจได้รับอนุญาตให้ทำงานบางประเภทหรือลักษณะงานในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวในช่วงระยะเวลาหรือตามฤดูกาลที่กำหนดได้ ทั้งนี้ เฉพาะการทำงานภายในท้องที่ที่อยู่ติดกับชายแดนหรือท้องที่ต่อเนื่องกับท้องที่ดังกล่าว".

PAYAP UNIVERSITY

ปัญหาขึ้นว่า คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยแต่มิได้รับสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าวดังกล่าวได้อาศัยและได้รับการศึกษาอยู่ในประเทศไทย เมื่อจบการศึกษาคนกลุ่มนี้จะสามารถทำงานตามที่ตนเองเรียนมาได้หรือไม่นั้น เป็นที่สงสัยเพราะการจะอนุญาตให้ทำงานได้หรือไม่นั้นขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของคณะกรรมการพิจารณาการทำงานของคนต่างด้าวที่จะให้อนุญาตหรือไม่

จากการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในช่วงแรกก่อนปี พ.ศ. 2484 ที่ยังไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานได้ โดยมิได้มีข้อกำหนดห้ามคนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย ช่วงหลังปี พ.ศ. 2484 ได้มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรจะเห็นได้ว่ากฎหมายมุ่งที่จะจำกัดสิทธิการทำงานของคนต่างด้าวเป็นสำคัญโดยการกำหนดอาชีพที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะ ยังมิได้กล่าวถึงการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ต่อมาในปี พ.ศ. 2515 ได้มีประกาศคณะปฏิวัติที่ 281 (ปว.281) เป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อกำหนดกฎเกณฑ์และจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของต่างด้าว และได้ออกประกาศคณะปฏิวัติที่ 332 (ปว.322) เป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทย ต่อมา ปว.322 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ก็ยังคงเป็นการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวในการทำงานในประเทศไทย และต่อมาพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์สิทธิและหน้าที่ในการทำงานของคนต่างด้าว

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวจะเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีเพียง ประกาศคณะปฏิวัติที่ 281 (ปว.281) ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยประกาศคณะปฏิวัติที่ 281 (ปว.281) ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่มีผลบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

จากการศึกษาพบว่าในเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการให้บริการทางกฎหมายนั้นมีกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับด้วยกัน

2.3 หลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ประกอบด้วย 1) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 3) พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ.2528 และ 4)พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 โดยผู้ศึกษาพบว่ากฎหมายแต่ละฉบับมีแนวคิด และหลักเกณฑ์ที่จะอธิบายดังนี้

PAYAP UNIVERSITY

2.3.1 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช 2550

กฎหมายฉบับแรกที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่จะประกอบธุรกิจประเภทใดก็ตามต้องมีกฎหมายฉบับนี้เข้ามาเกี่ยวข้องด้วยเสมอเพราะกฎหมายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ปีพุทธศักราช 2550 เป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศไทย ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ ได้มีแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐในเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ทั้งนี้ผู้ศึกษาพบว่าตามแนวนโยบายนี้ได้ปรากฏหลักเกณฑ์อยู่ในมาตรา 43[21] ซึ่งเป็นเรื่องเสรีภาพในการประกอบธุรกิจและมาตรา 84 ซึ่งเป็นเรื่องเศรษฐกิจการค้าเสรี[22] ทั้งสองมาตราเป็นการให้หลักประกันสิทธิและเสรีภาพในการเข้ามาประกอบธุรกิจโดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ใช้หลักประกันสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจไว้ โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้หลักการในบริหารและในการตรากฎหมายอยู่ 2 หลัก คือหลักเศรษฐกิจตลาดเสรี และหลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ[23]

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญจะเห็นได้ว่าโดยหลักแล้วประเทศไทยได้ให้สิทธิทางด้านเศรษฐกิจแก่คนต่างด้าวเท่าเทียมกับคนไทย โดยสิทธิในการประกอบธุรกิจของบุคคลนั้นได้แก่สิทธิใด ๆ ที่เกี่ยวกับการพาณิชย์ การประกอบอาชีพ สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการครอบครองกรรมสิทธิ์เป็นต้น โดยถือว่าเป็นสิทธิส่วนบุคคล (Individual Rights) หรือสิทธิประจำตัวของประชาชน (Civil Right) สิทธิประจำตัวของประชาชนนี้เป็นสิทธิที่บุคคลมีได้พร้อมกับสภาพบุคคลซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าสิทธิเหล่านี้โดยลักษณะแล้วเป็นสิทธิในการเข้าสู่ปัจจัยสี่ เพื่อการดำรงชีวิตอย่างปกติสุข

---

[21]เรื่องเดียวกัน, หน้า 14, เชิงอรรถ 16.

[22]มาตรา 84 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า "รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐรักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค..."

[23]สุรีย์พร ตะเภาพงษ์, "รัฐธรรมนูญไทยกับเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ", วารสารกฎหมายใหม่, 1, 10, (มกราคม 46).

PAYAP UNIVERSITY

อย่างไรก็ตามเมื่อได้เกิดเหตุการณ์ซึ่งจำเป็นเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณูปโภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน รัฐก็อาจจะจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ได้[24]

ดังนั้นผู้ศึกษาขอสรุปว่าการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายนั้นเป็นสิทธิของปัจเจกชนแขนงหนึ่งของบุคคลในการประกอบอาชีพ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานทางเศรษฐกิจ[25] ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการไทยเอง หรือผู้ประกอบการที่เป็นคนต่างด้าวก็ตาม ย่อมที่จะมีสิทธิเช่นนี้ ทั้งนี้โดยการรับรองสิทธิภายใต้หลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามสิทธิปัจเจกชนก็มิอาจมีค่าเหนือสิทธิของมหาชนได้

2.3.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542[26]

กฎหมายหลักเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศ โดยตัวพระราชบัญญัติมีเนื้อหาเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ระบุถึงธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ หรือธุรกิจที่คนต่างด้าวอาจประกอบ

---

[24]ทวีศักดิ์ ธีระวงศ์เสรี, สถานภาพทางกฎหมายของชาวจีนในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์รัฐศาสตรมหาบัณฑิต แผนกวิชาการปกครอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2516), หน้า 45.

[25]พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, รายงานผลวิจัยเรื่อง การส่งเสริมการแข่งขันกันอย่างยุติธรรมระหว่างธุรกิจของไทยด้วยกันเองและระหว่างธุรกิจของคนกับธุรกิจข้ามชาติ ส่วนที่ 2 มาตรการที่เสนอให้รัฐไทยพึงมีสำหรับผู้ประกอบการธุรกิจข้ามชาติในปะเทศไทย, โครงการศึกษาเพื่อปฏิรูปกฎหมายเศรษฐกิจของไทย สนับสนุนโดยสำนักงานกองทุนสนับสุนนการวิจัย (สกว.), (1 พฤศจิกายน 2543), หน้า 37.

[26]ราชกิจจานุเษกษาเล่ม 116 ตอนที่ 123 ก วันที่ 5 ธันวาคม 2542

PAYAP UNIVERSITY

กิจการได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ โดยมีจุดสำคัญอยู่ที่บัญชีท้ายพระราชบัญญัติจำนวนสามบัญชีที่ระบุไว้ว่าธุรกิจใดบ้างที่ถูกควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ [27]

ในหัวข้อนี้ผู้ศึกษาจะแบ่งข้อกล่าวถึง พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

เมื่อระบบเศรษฐกิจทุนนิยมในโลกเข้ามาในประเทศไทยมากขึ้น ผู้ประกอบการคนไทยต่างมุ่งเน้นการใช้ประโยชน์จากการลงทุนของคนต่างด้าว ทั้งการลงทุนระยะสั้นและระยะยาวเพื่อเกื้อหนุนเศรษฐกิจ การสร้างงาน และการยกระดับคุณภาพชีวิตของคนในประเทศ สำหรับประเทศไทยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ได้ทำการปรับปรุงแก้ไขจาก ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เพื่อรองรับการเปิดเสรีทางด้านการค้าของไทยภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก และเป็นเครื่องมือในการสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทย โดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศด้วย โดยในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น จะกระทำโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่งคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ ในการเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น กลายเป็นสิทธิของคนต่างด้าวตามกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ถึงแม้

---

[27]เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้.

PAYAP UNIVERSITY

กฎหมายฉบับนี้จะได้วางหลักเกณฑ์เอาไว้ในเรื่องของคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายตามบัญชีสาม (7) นั้นจะต้องขออนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยพิจารณาในกรอบของมาตรา 5 ก็ตาม[28] แต่ผู้ศึกษาก็ยังเห็นว่ากฎเกณฑ์ในปัจจุบันที่เกี่ยวกับการเข้ามาประกอบธุรกิจทางด้านการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวเป็นเรื่องสิทธิที่ต้องร้องอนุญาต ส่วนการพิจารณาอนุญาตหรือไม่นั้นเป็นเรื่องของคณะกรรมการ ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของการพิจารณา ทั้งนี้แนวคิดทั่วไปตามกฎหมายปรากฏอยู่ในหลักการและเหตุผลของกฎหมายฉบับนี้

ส่วนแนวคิดหรือเหตุผลพิเศษเฉพาะเรื่องการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้ ผู้ศึกษาพบว่า เนื่องมาจากความต้องการใช้บริการของสำนักงานกฎหมายข้ามชาติที่มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศในสาขาต่าง ๆ และการให้บริการที่เป็นสากลเพื่อรองรับการขยายตัวทางการค้าระหว่างประเทศของไทย การปิดกั้นคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายย่อมไม่เกิดผลดีแก่ประเทศไทยแต่อย่างใด จึงต้องมีการแก้ไขกฎเกณฑ์ดังกล่าว

จากหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พอจะสรุปได้ว่าการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทยนั้น เดิมที่เป็นไปอย่างเสรีไม่มีการจำกัดสิทธิแต่อย่างใด แต่พอมีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการให้บริการทางกฎหมาย ก็ถูกจำกัดสิทธิอย่างสิ้นเชิง จนกระทั่งได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คนต่างด้าวในกลุ่มธุรกิจดังกล่าวจึงกลับมามีสิทธิในการประกอบธุรกิจดังกล่าวอีกครั้งโดยร้องขอเพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจดังกล่าวโดยถูกต้องตามกฎหมาย

นอกจากกฎเกณฑ์ในเรื่องการประกอบธุรกิจการของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามกฎเกณฑ์ข้างต้นซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปแล้ว ผู้ศึกษายังพบว่าเกี่ยวกับเรื่องประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายนี้ ยังมีกฎหมายเฉพาะที่สำคัญที่เกี่ยวข้องก็คือพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528

---

[28]ปิยะ ศรีวิกะ, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 21.

PAYAP UNIVERSITY

2.3.3 **พระราชบัญญัติ ทนายความ พ.ศ. 2528**

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นพระราชบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องต่อการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย โดยพบว่าหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายเรื่องนี้ ได้มีการกล่าวถึงสำนักงานทนายความ ซึ่งเป็นรูปแบบการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายรูปแบบหนึ่งไว้ในมาตรา 42 ว่า "ทนายความจะต้องมีสำนักงานที่จดทะเบียนเพียงแห่งเดียวตามที่ระบุไว้ในคำขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาต" อย่างไรก็ตามกฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดว่า สำนักงานทนายความนั้นจะต้องมีรูปแบบ วิธีการจัดการ หรือลักษณะคุณสมบัติอย่างไร จึงกล่าวได้ว่า ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายฉบับนี้ ไม่ได้กำหนดรายละเอียดใด ๆ เกี่ยวกับสำนักงานทนายความเอาไว้เลย เมื่อศึกษาถึงพระราชบัญญัติฉบับแล้ว พบว่าได้มีการยกร่างแนวความคิดเก่าที่มีการเข้ามาประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายของคนต่างด้าว ยังไม่ขยายตัวมากนัก กฎหมายฉบับนี้จึงไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการจัดตั้งสำนักงานทนายความแต่อย่างใด ซึ่งสภาทนายความได้เร่งเห็นถึงปัญหาดังกล่าว คือ การที่มีสำนักงานกฎหมาย หรือสำนักงานทนายความเกิดขึ้นอย่างมาก โดยไม่มีการตรวจสอบได้ว่าสำนักงานกฎหมายเหล่านั้นมีลักษณะอย่างไร และไม่มีการควบคุมสำนักงานกฎหมายเหล่านี้

จากการที่ไม่มีกฎหมายมาควบคุมดูแลในเรื่องสำนักงานกฎหมายนี้ ทำให้เกิดแนวคิดของสภาทนายความ คือ โครงการจัดระเบียบสำนักงานทนายความ [29] โดยมีแนวคิดที่ว่าตามกฎหมายปัจจุบัน การเปิดสำนักงานทนายความนั้นไม่มีการควบคุมใด ๆ จากสภาทนายความ หรือหน่วยราชการอื่นใด ทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ หลายประการโดยหนึ่งในปัญหาที่สภาทนายความเป็นห่วงนั่นก็คือการที่คนต่างด้าวเข้ามาเปิดสำนักงานทนายความ และอาจไม่ได้ดำเนินการสำนักงานกฎหมายเพียงอย่างเดียว แต่อาจจะประกอบกิจการอื่นร่วมอยู่ด้วย เช่น สำนักงานบัญชี สำนักงานจัดหางาน สำนักงานตัวแทนประกันภัย และสำนักงานนายประกัน เป็นต้น สภาทนายความจึงได้ออกระเบียบดังกล่าวมาเพื่อขอความร่วมมือจากสำนักงานทนายความทั่วประเทศให้มาขึ้นทะเบียน ซึ่งระเบียบเรื่องนี้ไม่มีผลตามกำหมายแต่อย่างใด เพียงแต่สำนักงานที่ไม่ได้ขึ้นทะเบียนจะเสียสิทธิประโยชน์บางประการจากสภาทนายความเท่านั้น[30] ดังนั้นอาจจะกล่าวโดยสรุปได้ว่าการเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของ

---

[29]ระเบียบสำนักงานทนายความ ฉบับที่ 2/2546 เรื่องระเบียบว่าด้วยการขึ้นทะเบียนสำนักงานทนายความ พ.ศ. 2546.

[30]ปิยะ ศรีวิกะ, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 33.

PAYAP UNIVERSITY

คนต่างด้าวถูกควบคุมเฉพาะพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพียงฉบับเดียวเท่านั้น

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตบ้างประการเกี่ยวกับพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ที่มีการกล่าวถึงเฉพาะแต่การประกอบกิจการสำนักงานทนายความเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการกล่าวถึงการประกอบกิจการด้านที่ปรึกษาทนายความ หรือการประกอบกิจการโนตารีปับลิก หรือ การประกอบกิจการในกระบวนการดำเนินการในชั้นอนุญาตโตตุลาการแต่อย่างใด ทางสภาทนายความได้มีแนวคิดที่จะแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ โดยถือว่าเป็นงานของนายความ แต่ได้ถูกตัดออกในขั้นตอนการพิจารณาร่างกฎหมาย ทำให้กฎหมายฉบับนี้เหลือเพียงเรื่องการให้บริการด้านทนายความเรื่องเดียวเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม "ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความ..." ที่สภาทนายความเสนอไปนั้น ได้มีการกล่าวถึงรูปแบบการให้บริการทางกฎหมายครอบคลุมทุกรูปแบบ ผู้ศึกษาเห็นว่าร่างแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 นั้นนับว่าเป็นเรื่องที่น่าติดตาม เนื่องจากเป็นการกำหนดสิทธิ และหน้าที่ของคนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาถึงพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับอยู่ในขณะนี้ ผู้ศึกษาจะพิจารณาที่ยังไม่มีผลบังคับใช้ แต่เป็นกฎหมายที่อาจมีผลในอนาคตและเป็นกฎหมายที่มีผลโดยตรงต่อการเข้ามาประกอบธุรกิจในการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทยที่เราควรศึกษา

ร่างแก้ไขพระราชบัญญัติทนายความ (ฉบับที่)... พ.ศ.... เป็นกฎหมายภายในที่ยังไม่มีผลบังคับในเรื่องการปรกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าว เป็นร่างที่สภาทนายความได้ร่างขึ้นเสนอรัฐมนตรีว่าการทรวงยุติธรรมในฐานะสภาทนายความพิเศษแห่งสภาทนายความ เพื่อพิจารณานำเข้าสู่กระบวนนิติบัญญัติต่อไป โดยผู้ศึกษาได้นำมาศึกษาด้วยเห็นว่า ร่างแก่ไขฉบับนี้ อาจจะเป็นกำหมายที่มีผลบังคับใช้ต่อไปในอนาคต ซึ่งร่างแก้ไขฉบับนี้ได้กำหนดกฎเกณฑ์ที่เปลี่ยนแปลงจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องสำนักงานทนายความ ทำให้ไม่มีการควบคุมตรวจสอบ และแนวคิดอีกประการหนึ่งก็คือการที่รัฐบาลมีแนวนโยบายที่อาจจะต้องเปิดเสรีเกี่ยวกับงาบริการทางกฎหมาย ตามพันธกรณีที่มีอยู่กับองค์การการค้าโลก จึงได้มีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

ร่างแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ได้จัดทำขึ้นโดยเสนอ แนวคิดในการจัดรูปแบบของวิชาชีพทนายความให้มีความเป็นระบบมากขึ้น โดยผู้ศึกษาพบว่าสภาทนายความได้มีการเสนอให้แก้ไข เพิ่มเติม บทนิยามในมาตรา 4 กำหนดคำว่า "การว่าความ, การประกอบวิชาชีพ

PAYAP UNIVERSITY

ทนายความ, สำนักงานทนายความ, ที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ เป็นต้น

ตามร่างกฎหมายฉบับนี้พบว่าได้มีการรวบรวมงานกฎหมายแทบจะทุกประเภทงานของทนายความ ทำให้คำนิยามของทนายความให้กว้างกว่าเดิมจากพระราชบัญญัติทนายความฉบับปัจจุบัน ดังนั้นถ้าในอนาคตร่างกฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ แล้ว ผู้ศึกษาพบว่าหลักเกณฑ์ แห่งร่างแก้ไขฉบับนี้ กำหนดให้การจัดตั้งสำนักงานกฎหมาย, การว่าความ, การประกอบวิชาชีพทนายความ, ที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ, สำนักงานที่ปรึกษากฎหมายต่างประเทศ, สำนักงานที่ประกอบกิจการโนตารีปับลิก หรือสำนักงานที่ประกอบกิจการดำเนินกระบวนการในชั้นอนุยาโตตุลาการ สำนักงานเหล่านี้ถือว่าเป็นสำนักงานทนายความเพียงอย่างเดียว ซึ่งต้องขอจดทะเบียนต่อสภาทนายความเท่านั้น

ซึ่งในสถานการณ์นี้ผู้ศึกษาเห็นว่าร่างกฎหมายฉบับนี้ได้จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวที่มีอยู่ในปัจจุบัน ข้อสังเกตนี้อาจเป็นผลให้ประเทศไทยต้องถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจให้บริการทางกฎหมายในต่างประเทศในเงื่อนไขเดียวกัน

นอกจากพระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ที่มีความเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายแล้ว ผู้ศึกษายังสนใจพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ด้วย

PAYAP UNIVERSITY

2.3.4 พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ผู้ศึกษาสนใจและเห็นว่ามีการเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย ภายใต้แนวคิดและแนวนโยบายของรัฐบาลสมัยนั้นและแนวคิดที่สอดคล้องกับพระราชกฤษฎีกากำหนดงานในอาชีพและวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 ที่ออกกฎหมายฉบับนี้มาเพื่อส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น ขึ้นสู่ศาลอีกทางหนึ่ง[31] หลักเกณฑ์ที่น่าสนใจได้แก่ การให้สิทธิคู่สัญญาเลือกใช้สถานที่ในการระงับข้อพิพาทได้[32]และการเลือกใช้กฎหมายในการดำเนินการพิจารณาระงับข้อพิพาทได้[33] ดังนั้นกรณีที่คู่สัญญาเลือกใช้อนุญาโตตุลาการ หรือเลือกใช้กฎหมาย

---

[31]เหตุผลหลักในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ "โดยที่ในปัจจุบันการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการระงับข้อพิพาททางการพาณิชย์ระหว่างประเทศแต่เนื่องจากพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว บทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงไม่สอดคล้องกับสภาพของเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป และไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายอนุญาโตตุลาการของประเทศอื่นด้วย สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ โดยนำกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติซึ่งเป็นที่ยอมรับและรู้จักอย่างกว้างขวางมาเป็นหลักเพื่อพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการในประเทศไทยให้ทัดเทียมกับนานาอารยประเทศ และส่งเสริมให้มีการใช้กระบวนการทางอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาททางแพ่งและพาณิชย์ระหว่างประเทศให้แพร่หลายยิ่งขึ้น อันจะเป็นการลดปริมาณคดีที่จะขึ้นมาสู่ศาลอีกทางหนึ่ง จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้"

[32]พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 26 บัญญัติว่า"คู่พิพาทอาจตกลงกำหนดสถานที่ในการดำเนินการทาง อนุญาโตตุลาการไว้ก็ได้ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเช่นว่านั้น ให้คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดสถานที่..."

[33]พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 มาตรา 34 บัญญัติว่า "ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาท กำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาทในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของ ประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่ กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น"

PAYAP UNIVERSITY

ของต่างประเทศแล้ว จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการใช้บริการของสำนักงานกฎหมายต่างชาติเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย

ทั้งนี้เพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ผู้ศึกษาเห็นว่าทนายความหรือนักกฎหมายสามารถมีส่วนรวมในกระบวนการพิจารณาการระงับข้อพิพาทในชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างคล่องตัว และเป็นที่นิยมของผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ทนายความหรือนักกฎหมายต้องเป็นผู้มีความรู้ในกฎหมายที่คู่สัญญาเลือกใช้เป็นอย่างดี เพราะกระบวนการพิจารณาในชั้น อนุญาโตตุลาการมีลักษณะเหมือนกับศาลการหาประเด็นในการกำหนดข้อพิพาทต่าง ๆ ดังนั้นทนายความจะต้องมีทักษะ แคความรู้ความสามารถเฉพาะด้านพอสมควร เช่น ทนายความคดีก่อสร้างต้องมีความรู้เรื่องก่อสร้างเป็นต้น ทนายความหรือนักกฎหมายจึงเป็นส่วนหนึ่งในการช่วยพิจารณาในกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และเป็นที่นิยมกันแพร่หลายในทางการพาณิชย์และการค้าระหว่างประเทศดังนั้นในกรณีที่สำนักงานกฎหมายไทยไม่มีความเชียวชาญในข้อพิพาทใดแล้ว ผู้ศึกษาเห็นว่าสำนักกฎหมายข้ามชาติที่มีความเชี่ยวชาญกว่าจึงอาจจะเข้ามาดำเนินการแทนที่สำนักงานกฎหมายไทยได้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ได้อย่างสอดคล้องกับแนวคิดกฎหมายฉบับนี้

2.4 หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกภายใต้บทบัญญัติมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เนื่องด้วยระบบเศรษฐกิจทุนนิยมในโลก รวมทั้งไทย ต่างมุ่งเน้นการใช้ประโยชน์จากทุนต่างชาติ ทั้งทุนระยะสั้นและระยะยาวเพื่อเกื้อหนุนเศรษฐกิจ การสร้างงาน และการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศ อย่างไรก็ดี การเข้ามาของทุนต่างชาติจะต้องคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของชาติทั้งในเรื่องความมั่นคง การดูแลผลกระทบที่อาจมีต่อศิลปวัฒนธรรม หรือ การคุ้มครองธุรกิจที่ยังไม่พร้อมในการแข่งขัน การลงทุน หรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงต้องมีการกำหนดกฎกติกามารยาทเพื่อกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ได้ทำการปรับปรุงแก้ไขจากประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว. 281) เพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าของไทยภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (WTO) และเป็นเครื่องมือในการสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยเฉพาะในช่วงหลังวิกฤตเศรษฐกิจปี 2540 ซึ่งรัฐบาลไทยจำเป็นต้องขอรับความช่วยเหลือทาง

PAYAP UNIVERSITY

วิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) โดยที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติฉบับนี้ก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงจากการควบคุมการประกอบธุรกิจการค้าบริการทุกประเภทมาเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจเฉพาะบางประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติเท่านั้น ทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่อยู่นอกบัญชีสงวนได้เหมือนคนไทย ดังนั้น การใช้พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงส่งผลให้มีการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพิ่มมากขึ้น

ในบัญชี 3 เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ซึ่งโดยข้อเท็จจริงกฎหมายไม่ได้ห้ามต่างชาติประกอบธุรกิจ แต่ต้องขออนุญาตและมีเงื่อนไข ในกรณีการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวอยู่ในบัญชี 3คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือความผูกพันตามพันธกรณีที่ปรากฏอยู่นั้น มีเพียงกรณีเดียวที่รับสิทธิตามหลักเกณฑ์นี้ คือการที่คนต่างด้าวอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทย และสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ซึ่งโดยผลของสนธิสัญญาดังกล่าว[34] พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มาตรา 10[35]

---

[34]ปิยะ ศรีวิกะ, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 54.

[35]พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มาตรา 10 บัญญัติว่า " บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย".

PAYAP UNIVERSITY

และมาตรา 11[36] ได้กำหนดเงื่อนไขว่า คนต่างด้าวที่อยู่ในบังคับของคู่ภาคี ถ้าต้องการจะประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทย สามารถ ทำได้เพียงแจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ เพื่อขอหนังสือรับรองในการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมาย

2.5 คนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย

เนื่องจากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทยเป็นไปอย่างรวดเร็วและเกิดขึ้นโดยที่ประเทศไม่ได้มีการเตรียมการในการสร้างบุคลากรรองรับไว้ ทางสาขากฎหมายก็เช่นเดียวกัน พบว่าการขาดแคลนนักกฎหมายที่มีความสามารถและชำนาญการในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการค้า การเงินระหว่างประเทศ การร่วมลงทุน (Joint Venture) การรวมกิจการเข้าด้วยกัน (Merger and acquisition) การซื้อกิจการ (Take over) และการขยายตัวของธุรกิจการค้าในต่างประเทศ (Business Expansion) เรื่องเหล่านี้นับว่ามีผลทำให้การปรึกษาทางกฎหมาย ขยายตัวอย่างไร้ขอบเขตซึ่งส่วนใหญ่เป็นการปรึกษากฎหมายในธุรกิจใหม่ ๆ และเกี่ยวข้องกับต่างประเทศค่อนข้างมาก ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของสัญญาทางธุรกิจระหว่างประเทศ ข้อผูกมัดในทางภาษีอากร ความลับทางการค้า ลิขสิทธิ์ และเครื่องหมายการค้า

จากปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าวจนถึงปัจจุบัน จึงเป็นเหตุทำให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบกิจการเพื่อให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทย ซึ่งพบว่ามีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจให้บริการทางกฎหมายในรูปแบบสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ (International Law Firms หรือ Multinational Law Firms) ในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก

---

[36]พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11 บัญญัติว่า "คนต่างด้าวตามมาตรา 10 หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา 10 ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว

หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย"

PAYAP UNIVERSITY

โดยผู้ศึกษาได้ตรวจสอบสถานการณ์ด้านข้อเท็จจริงแล้ว การเข้ามาปรากฏตัวของสำนักงานกฎหมายชาติข้ามในประเทศไทยนั้นสามารถแยกลักษณะของการปรากฏตัวได้ 3 ลักษณะภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ

2.5.1 การก่อตั้งสำนักงานกฎหมายข้ามชาติตามเงื่อนไขทางธุรกิจ

การตั้งสำนักงานกฎหมายต่างชาติตามเงื่อนไขทางธุรกิจ อาจแบ่งเป็น 3 ประเภทที่สำคัญได้แก่ การร่วมทุน การขายสิทธิ์แบบแฟรนไชส์ และประเภทสมาชิก[37] ดังนี้

2.5.1.1 ประเภทกิจการร่วมทุน (Joint Venture)

เป็นการที่คนต่างด้าวเข้ามาร่วมทุนกับบริษัทไทยตามที่กฎหมายกำหนด คือถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 สำหรับคนต่างด้าว ยกเว้นคนต่างด้าวที่มีสัญชาติอเมริกันซึ่งได้รับการผ่อนผันตามสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ซึ่งสำนักงานกฎหมายประเภทนี้จะได้รับประโยชน์จากการได้รับลูกความโดยตรงจากบริษัทต่างชาติที่มีความสัมพันธ์อยู่ก่อนหน้านี้แล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งบริษัทข้ามชาติที่มีสาขาอยู่ในประเทศต่าง ๆ มากมาย ซึ่งในแง่นี้สำนักงานกฎหมายของไทยไม่ได้ประโยชน์จากการดำเนินงานในลักษณะดังกล่าว ยกเว้นกรณีที่สำนักงานกฎหมายของไทยจะกระตุ้นตนเองในการปรับตัวให้มีประสิทธิภาพเทียบเท่ากับสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ

2.5.1.2 ประเภทกิจการการขายสิทธิ์แบบแฟรนไชส์ (Franchise)

เป็นการที่คนต่างด้าวขายสิทธิในสำนักงานกฎหมายที่มีชื่อเสียงในต่างประเทศ คือให้ประกอบกิจการภายใต้เครื่องหมายการค้าของสำนักงานกฎหมายของคนต่างด้าวซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น การขายกิจการแบบร่วมทุน โดยใช้ชื่อสำนักงานกฎหมายต่างชาติได้และเปิดให้มีส่วนเป็นผู้ถือหุ้น บางส่วนด้วย เป็นการกิจการแบบไม่ร่วมทุน โดยเป็นการซื้อสิทธิ์ในชื่อสำนักงานเท่านั้น แล้วนำมาบริหารจัดการที่เป็นมาตรฐานมาใช้ ส่วนมากแล้วจะเป็นสำนักงานกฎหมายที่มีชื่อเสียงในการประกอบการในต่างประเทศมาแล้ว

2.5.1.3 ประเภทกิจการประเภทสมาชิก (Affiliated)

เป็นการประกอบกิจการที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ในต่างประเทศแต่มีสำนักงานสาขาอยู่ในประเทศไทยมีการส่งคดีหรือลูกค้าให้แก่กัน และบางครั้งอาจเป็นการร่วมมือในการถ่ายทอดเทคโนโลยีในการจัดการต่าง ๆ ให้แก่กัน

---

[37]กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, รายงานผลการวิจัยเรื่อง โครงการศึกษาผลกระทบจาการจัดเขตการค้าเสรี (FTA) ไทย-ออสเตรเลีย, (ฉบับที่ 6 ภาคบริการ, 2547), หน้า 73-76.

PAYAP UNIVERSITY

จากการจัดตั้งสำนักงานกฎหมายภายใต้เงื่อนไขทางธุรกิจทั้งสามรูปแบบที่กล่าวมานี้ ยังพบว่าสำนักงานกฎหมายข้ามชาติเหล่านี้ มีการก่อให้เกิดสภาพนิติบุคคลในประเทศไทยและมีฐานะเป็นนิติบุคคลไทยตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย ทำให้สำนักงานกำหมายข้ามชาติเหล่านี้ไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายแต่อย่างไร

ผู้ศึกษามีข้อสังเกต คือ ถึงแม้บริษัทเหล่านี้จะมีผู้ถือหุ้นข้างมากเป็นคนสัญชาติไทย ตามหลักกฎหมายว่าด้วยการประกอยธุรกิจของคนต่างด้าวก็ตาม แต่อำนาจในการบริหารจัดการหาได้เป็นของผู้ถือหุ้นคนไทยไม่ หากตกอยู่ภายใต้กรครอบงำของคนต่างด้าว โดยการครอบงำของคนต่างด้าวเกิดขึ้นในหลายกรณี เช่น

การครอบงำโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ในกรณีนี้ถึงแม้ว่าสำนักงานกฎหมายข้ามชาติจะมีผู้ถือหุ้นข้างมากเป็นคนไทยก็ตาม แต่ในข้อบังคับบริษัทนั้นได้จำกัดสิทธิในการออกกเสียงของหุ้นส่วนคนไทย อีกกรณีสำนักงานข้ามชาติบางสำนักงานนั้นได้เข้ามาจัดตั้งบริษัทตามกฎหมายไทย โดยขอความช่วยเหลือ หรือว่าจ้าง ให้คนไทยเข้าเป็นผู้เริ่มจัดการก่อตั้งบริษัท และเป็นผู้ถือหุ้นแทนโดยเป็นหุ้นข้างมากในบริษัท แต่กรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทก็คือคนต่างด้าว ทั้งนี้วัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงไม่ให้สำนักงานกฎหมายนั้นตกอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งกรณีนี้เป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้

ผู้ศึกษายังมีข้อสังเกตบ้างประการ คือสำนักงานกฎหมายข้ามชาติที่เข้ามาประกอบกิจการการให้บริการทางกฎหมายมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เป็นนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบต่างด้าว โดยที่มีผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวเป็นผู้ลงทุนในสำนักงานกฎหมายข้ามชาติจึงเป็นรูปแบบหนึ่งที่คนต่างด้าวนิยมปฏิบัติในการเปิดสำนักงานกฎหมาย

2.5.2 การก่อตั้งสำนักงานภายใต้เงื่อนไขตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ตามหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ได้ศึกษามา พบว่าการเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มี 2 เงื่อนไขคือ

1050028505
สำนักหอสมุด มหาวิทยาลัยพายัพ
PAYAP UNIVERSITY

2.5.2.1 คนต่างด้าวที่ได้รับการรับรองการประกอบธุรกิจ

กรณีคนต่างด้าวต้องการจะขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญชีสาม (7) ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ได้กำหนดให้คนต่างด้าวสามารถขอรับหนังสือรับรองต่อสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ ขอยกกรณีศึกษาดังนี้[38]

กรณีศึกษาการประกอบธุรกิจสำนักงานกฎหมายของ บริษัท เดเลนีย์ แอนด์ โค อินโดจีน จำกัด[39] เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศไทย โดยจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด เมื่อวันที่ 22 มิถุนายน พ.ศ. 2536 มีทุนจดทะเบียนทั้งหมด 2,500,000 บาท มีผู้ถือหุ้นจำนวน 7 คน แยกเป็นคนไทย 3 คนและคนสัญชาติอเมริกัน 4 คน ซึ่งคนไทยถือหุ้น 15 หุ้น และคนสัญชาติอเมริกันถือหุ้น 99,985 หุ้น มีบุคคลสัญชาติอเมริกันเป็นกรรมการบริษัท และกรรมการคนดังกล่าวเป็นผู้มีอำนาจลงนามแทนบริษัท ซึ่งจากลักษณะดังกล่าวเป็นบริษัทนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 4 โดยลักษณะหุ้นเป็นทุนหรือผู้ถือหุ้นจำนวนข้างมากเป็นคนสัญชาติอเมริกัน และกรรมการบริหารทั้งหมดเป็นคนอเมริกันและกรรมการบริหารที่ได้รับมอบอำนาจให้ลงนามแทนบริษัทไม่เป็นคนชาติที่สาม ดังนั้นบริษัทนี้จึงเป็นนิติบุคคลที่มีลักษณะตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511

ดังนั้นเมื่อบริษัทมีความประสงค์ต้องการจะประกอบธุรกิจให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทย จึงต้องขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจการของคนต่างด้าว ซึ่งมีสิทธิประกอบธุรกิจตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ.2511 ในข้อ 4 และข้อ 12

จากการศึกษา ดังกล่าวผู้ศึกษามีข้อสังเกตว่าสำนักงานกฎหมาย ในกรณีนี้มีสิทธิในการประกอบธุรกิจสำนักงานกฎหมายเท่ากับสำนักงานกฎหมายไทย ทั้งนี้การขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายนั้น ถ้าสำนักงานกฎหมายของคนอเมริกันนั้นมีคุณสมบัติครบถ้วนตามสนธิสัญญาดังกล่าวมาแล้ว กระทรวงพาณิชย์มีหน้าที่จะต้องออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจให้สำนักงานกฎหมายของคนอเมริกัน

---

[38]ปิยะ ศรีวิกะ, การเข้าสู่ธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในประเทศไทย. (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), หน้า 56.

[39]กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์.

PAYAP UNIVERSITY

2.5.2.2 คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยวิธีการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17[40] พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ผู้ศึกษาพบว่าการเข้ามาประกอบธุรกิจในการให้บริการทางกฎหมายในลักษณะนี้จะพบว่าเป็นการเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทอื่น ๆ ก่อนที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย

ตัวอย่างกรณีศึกษา คือ สยามเซเรบอส (ประเทศไทย) จำกัด เป็น นิติบุคคลที่ก่อตั้งในประเทศไทย โดยจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดเมื่อวันที่ 8 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2517 มีทุนจดทะเบียน 100 ล้านบาท มีผู้ถือหุ้นจำนวน 6 คน แยกเป็นคนไทย 1 คน คนต่างด้าว

---

[40]พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 17 บัญญัติว่า" ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาตแล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสาม ก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ให้รัฐมนตรีแจ้งการไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้ง คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

PAYAP UNIVERSITY

5 คน ซึ่งคนไทยถือหุ้น 1 หุ้น และคนต่างด้าวถือหุ้น 49,999 หุ้น บริษัทนี้จึงเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ซึ่งบริษัทได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญชีสาม (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมายให้แกบริษัทในเครือจำนวน 2 บริษัท คือ

1. บริษัท เซเรบอส ฟูดส์ (ประเทศไทย) จำกัด
2. บริษัท โซบีเร็ค (ประเทศไทย) จำกัด

โดยปฏิบัติตามเงื่อนไข คือ เงินกู้ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องไม่เกินเจ็ดเท่าของเงินทุน และผู้รับผิดชอบในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่าหนึ่งคน

จะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในกรณีนี้ ไม่ใช่คนต่างด้าวที่เข้ามาจัดตั้งองค์กรเป็นสำนักงานกฎหมายข้ามชาติโดยตรง แต่เป็นกรณีบริษัทข้ามชาติที่ประกอบธุรกิจด้านอื่นอยู่แล้ว แต่มีความประสงค์ที่จะประกอบกิจการให้บริการทางกฎหมายให้แก่บริษัทในกลุ่มตนเอง ในขณะเดียวกันบริษัทเหล่านี้ก็ประกอบธุรกิจหลักขอตนควบคู่ไปด้วยจึงไม่อาจเรียกได้ว่าบริษัทเหล่านี้เป็นสำนักงานกฎหมายได้โดยข้อเท็จจริง

2.5.3 การตั้งสำนักงานในรูปแบบของประเภทกิจการ (Practice Areas)

จากการศึกษาจะเห็นได้ว่าการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวนั้น แตกต่างจากสำนักงานกฎหมายของคนไทยค่อนข้างชัดเจน โดยสำนักงานกฎหมายข้ามชาตินั้นแบ่งแยกรูปแบบการให้บริการอย่างเป็นสัดส่วนมากกว่าสำนักงานกฎหมายไทย รูปแบบการให้บริการทางกฎหมายตามข้อเท็จจริงของสำนักงานกฎหมายข้ามชาติที่ประกอบธุรกิจบริการทางกฎหมายในด้านต่าง ๆ ดังนี้

1. ด้านการว่าความ (Litigation) และการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาตโตตุลาการ (Arbitration) ธุรกิจว่าความและธุรกิจการดำเนินกระบวนการพิจารณาในชั้นอนุญาโตตุลาการ ในสำนักงานกฎหมายข้ามชาตินั้น มักจะจัดรูปแบบให้บริการที่ร่วมกันเนื่องจากมีลักษณะใกล้เคียงกัน

2. การให้คำปรึกษากฎหมายเฉพาะด้านต่าง ๆ (Counselation) สำนักงานกฎหมายข้ามชาติส่วนใหญ่ได้กำหนดรูปแบบการให้บริการ (Practice Areas) เป็นรายสาขาย่อยลงไปอีก โดยสำนักงานกฎหมายข้ามชาติเหล่านี้มีการให้บริการในรูปแบบธุรกิจ เช่น

PAYAP UNIVERSITY

- การให้บริการด้านจดทะเบียน และการจัดการธุรกิจ (Corporate and Commercial)
- การให้บริการด้านภาษีอากร (Tax)
- การให้บริการด้านทรัพย์สินทางปัญญา (Intellectual property)
- การให้บริการด้านชิปปิ้ง (Shipping)
- การให้บริการด้านกฎหมายล้มละลาย และปรับโครงสร้างหนี้ (Insolvency and restructuring)
- การให้บริการทางด้านกฎหมายการเงินและการธนาคาร (Banking and finance)
- การให้บริการด้านตลาดหุ้น (Capital markets)
- การให้บริการทางด้านกฎหมายก่อสร้าง และอสังหาริมทรัพย์ (Construction and Real-estate)
- การให้บริการด้านกฎหมายการสื่อสาร และเทคโนโลยี (Telecom and IT)

จะเห็นได้ว่าสำนักงานกฎหมายข้ามชาตินั้นมีรูปแบบการให้บริการเฉพาะด้านในแต่ละธุรกิจที่ค่อนข้างจะต้องอาศัยทักษะ ความรู้ ความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษในแต่ละเรื่องไป ซึ่งนอกจากงานให้บริการทางด้านกฎหมายโดยตรงแล้ว ยังพบว่าสำนักงานกฎหมายข้ามชาติเหล่านี้ยังมีการให้บริการทางกฎหมายในรูปแบบอื่น ๆ และในปัจจุบันยังพบอีกว่าสำนักงานกฎหมายข้ามชาติหลายแห่งยังมีการให้บริการโดยไม่หวังผลกำไร ซึ่งเป็นการพัฒนารูปแบบการให้บริการของสำนักงานกฎหมายข้ามชาติไปอีกขั้นหนึ่งนอกจากงานกฎหมายในรูปแบบเดิมที่แสวงหากำไรเท่านั้น

3. รูปแบบการให้บริการด้านโนตารีพับลิก (Notary Public) สำหรับรูปแบบการให้บริการด้านโนตารีพับลิกนั้น พบว่ายังไม่มีการให้บริการในสำนักงานกฎหมายข้ามชาติเหล่านี้ ในรูปธรรมทั้งนี้เนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายรองรับแต่อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะไม่มีโนตารีพับลิกในประเทศไทย ในทางปฏิบัติแล้ว ถ้าลูกความประสงค์จะใช้บริการโนตารีพับลิกแล้ว สำนักงานกฎหมายเหล่านี้สามารถช่วยเหลือลูกความได้โดยการแนะนำให้ลูกความแจ้งบุคคลที่เกี่ยวข้องว่าจะยอมรับเอกสารที่รับรองโดยทนายความที่มีชื่อเสียงและมีใบอนุญาตในประเทศไทยแทนโนตารีพับลิกหรือไม่ ส่วนใหญ่แล้วถ้าเป็นเอกสารหรือนิติกรรมที่กระทำในภาคเอกชน บุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องยอมรับตามคำแนะนำดังกล่าว และในอีกกรณีหนึ่ง ถ้าเสนอเอกสารให้ทางราชการ ในต่างประเทศสำนักงานกฎหมายจะให้คำแนะนำว่าหลังจากเอกสารนั้น

PAYAP UNIVERSITY

ได้รับการรับรอง โดยทนายความที่มีชื่อเสียงและมีใบอนุญาตในประเทศไทยแล้ว ควรที่เอกสารนั้นจะได้รับการรับรองอีกครั้ง โดยกระทรวงการต่างประเทศในประเทศไทยหรือสถานทูตของประเทศที่เอกสารนั้นจะถูกนำไปใช้ด้วย

2.5.4 คนต่างด้าวที่เข้ามาโดยการก่อตั้งสำนักงานขององค์กรสิทธิมนุษยชน

คนต่างด้าวที่เข้ามาโดยการก่อตั้งสำนักงานขององค์กรสิทธิมนุษยชน คนต่างด้าวกลุ่มนี้เข้ามาให้บริการทางกฎหมายแตกต่างจากคนต่างด้าวกลุ่มอื่น ๆ ที่เข้ามาแสวงหาผลกำไรจากการให้บริการทางกฎหมาย แต่คนต่างด้าวกลุ่มนี้มิได้แสวงหาผลกำไรจากการให้บริการทางกฎหมายเป็นการเข้ามาโดยเหตุผลทางมนุษยธรรมเพราะการก่อตั้งสำนักงานกฎหมายขององค์กรมนุษยชนมิได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรจากการให้ความช่วยเหลือ เช่น การพิสูจน์สัญชาติให้กับคนไทยที่ถูกสัญชาติ ลูกจ้างต่างด้าวที่ถูกล่อลวงมาค้าประเวณี เป็นต้น คนต่างด้าวกลุ่มนี้จะได้ค่าจ้าง จากองค์กรต่างประเทศโดยเป็นการขอทุนในการเข้ามาทำงานให้องค์กรต่างประเทศเห็นความสำคัญของงานที่กระทำอยู่นั้นว่ามีความสำคัญมากเพียงใด

ดังนั้นคนต่างด้าวกลุ่มนี้ให้บริการทางกฎหมายขององค์กรสิทธิมนุษยชนให้บริการโดยมิได้แสวงหาผลประโยชน์จาการทำกิจการทางกฎหมายทำไปเพื่อประโยชน์ของมนุษยธรรมเท่านั้น

ผู้ศึกษามีข้อสังเกตบ้างประการในการบริการรูปแบบนี้ได้มีการก่อตั้งขึ้นจากการเข้ามาค้าขาย ทำธุรกิจระหว่างประเทศ และสำนักงานกฎหมายข้ามชาติซึ่งให้บริการลูกความต่างชาติที่เข้ามาเหล่านี้ก็ได้พยายามให้บริการความต้องการให้บริการโนตารีพับลิกที่มีความต้องการเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ

เมื่อศึกษาถึงกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้องในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายในประเทศไทยแล้ว คนต่างด้าวในวิทยานิพนธ์ต้องเข้ามาอย่างถูกต้องตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และมีหนังสือรับรองการทำงานตามพันธกรณีและกฎหมายภายในจะโดยเหตุผลทางการเมืองหรือเหตุผลทางด้าน

เศรษฐกิจทำให้ประเทศไทยต้องเปิดเสรีทางการค้า (FTA) ในกิจการให้บริการทางด้านกฎหมายเป็นสาขาที่สำคัญในการพัฒนาประเทศทำให้นักกฎหมายที่ทำงานด้านกฎหมายไม่ว่าจะเป็นทนายความที่ว่าความในศาลหรือทนายความที่ให้คำปรึกษาต้องพัฒนา

PAYAP UNIVERSITY

ศักยภาพในการทำงานให้เท่าเทียมกับคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบอาชีพการให้บริการทางกฎหมาย

ดังนั้น คนไทยที่ทำกิจการให้บริการทางกฎหมายต้องพัฒนาทั้งทักษะวิชาชีพกฎหมายในกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว อาทิเช่น กฎหมายก่อสร้าง กฎหมายการขนส่ง เป็นต้น และต้องพัฒนาภาษาต่างประเทศให้มีการสื่อสารที่เข้าใจกันถูกต้องตรงกับความต้องการของคนต่างที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ทำให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้มีความเชื่อมั่นในการเข้ามารับคำปรึกษากับสำนักงานกฎหมายไทย การเข้ามาโดยการเปิดเสรีทางการค้า (FTA) ก็มิได้เป็นการเข้ามาแย่งอาชีพการให้บริการทางกฎหมายของคนไทยแต่อย่างใด ผู้ศึกษาเห็นว่ายังมีความสับสนเป็นอย่างมากในคำนิยามของคำว่า "การประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย" นิยามดังกล่าวมีอยู่สองประเด็นด้วยกันที่เป็นที่น่าสนใจ

ประเด็นแรกยังมีความคลาดเคลื่อนระหว่างการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายกับการทำงานให้บริการทางกฎหมาย โดยยังแยกไม่ออกว่าเป็นการทำงานเป็นนักกฎหมาย กับการเป็นเจ้าของกิจการสำนักงานกฎหมาย นั้นมีข้อแตกต่างกันในแง่ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมาย

ประเด็นที่สองความหมายของคำว่า "การประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย"หมายถึงอะไร มีขอบเขตแค่ไหน

ประการแรกในความหมายของคำว่า "ธุรกิจ" ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4[41] มีความหมายเป็นปกติวิสัยที่มุ่งเน้นหากำไรไม่ใช้เป็นเพียงชั่วครั้งชั่วคราว

ประการที่สอง สำหรับการให้คำนิยาม "การให้บริการทางกฎหมาย" มีกฎหมายหลายฉบับที่ให้คำนิยามไว้อาจอาจจะไม่ตรงกับตัวนักแต่ก็ถือว่าใกล้เคียงมากมีดังนี้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดประเภท "การทำกิจการบริการทางกฎหมาย (Legal Services Business)" อยู่ในบัญชีสามแต่ก็มิได้ให้คำนิยามไว้ซึ่งขอบเขตและความหมายนั้นขึ้นอยู่กับอำนาจพิจารณาของคณะกรรมการพิจารณารูปแบบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจและกรณี

---

[41]พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 วรรคหก บัญญัติว่า "ธุรกิจ" หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า".

PAYAP UNIVERSITY

พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528 ก็มิได้ให้คำนิยามศัพท์ "การให้บริการทางกฎหมาย" ไว้ได้แต่อธิบายการประกอบธุรกิจทางด้านทนายความไว้เท่านั้น

จากการศึกษาของผู้ศึกษาขอให้คำนิยามคำว่า "การประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าว" ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้หมายถึง "การที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจ กิจการสำนักงานกฎหมายในประเทศไทย หรือสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ (International Law Firms หรือ Multinational Law Firms) โดยมีองค์ประกอบต่างด้าว โดยมีบริษัทเครือข่ายหรือมีบริษัทลูกอยู่ในประเทศไทย เพื่อให้บริการทางด้านที่ปรึกษากฎหมาย การดำเนินกระบวนการพิจารณาใด ๆ ในชั้นอนุญาตโตตุลาการ หรือ โนตารีพับลิก ไม่ว่าเป็นการจัดตั้งองค์กรนิติบุคคลตามกฎหมายไทย หรือนิติบุคคลตามกฎหมายต่างประเทศไม่ว่าจะประกอบการด้วยเจ้าของคนเดียวหรือหลายคน ทั้งนี้การประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบกิจการสำนักงานกฎหมายนั้น

สิ่งที่เป็นปัญหาในขณะนี้ก็คือ ที่ปรึกษากฎหมายของไทยที่มีความสามารถเฉพาะเรื่องกฎหมายธุรกิจระหว่างประเทศ หรือที่เป็นกลุ่มในเรื่องนี้ยังมีจำนวนจำกัดมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งที่ปรึกษากฎหมายที่ต่างชาติยอมรับ ยังมีจำนวนจำกัด ทั้งนี้เพราะข้อจำกัดทางด้านความรู้ความสามารถและความเข้าใจด้านภาษา

จากการศึกษากฎหมายในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับคนต่างด้าวกลุ่มนี้ คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ทั่วไป แต่เมื่อศึกษาเฉพาะเจาะจงลงไปในเรื่องการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมาย ก็จะมีกฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้อง คือ พระราชบัญญัติทนายความ พ.ศ. 2528, พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 เมื่อศึกษาถึงกฎหมายต่างที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายแล้ว ก็ได้ทำการศึกษาถึงรูปแบบการเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าวในการจัดตั้งสำนักงานกฎหมายข้ามชาติ ในรูปแบบที่แตกต่างกันไป เพื่อที่ประเทศไทยจะได้เตรียมความพร้อมในการเข้ามาประกอบธุรกิจการให้บริการทางกฎหมายของคนต่างด้าว

PAYAP UNIVERSITY