

# บทที่ 1

## บทนำ



### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

#### 1.1.1 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตาม ปว.281

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย มีกฎหมายควบคุมโดยเฉพาะ ได้แก่ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เรื่องกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2515 (ปว.281) ความจริงแล้วได้มีการห้ามและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาอยู่ก่อนแล้ว ทั้งในพระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 และกฎหมายอื่นซึ่งเป็นการควบคุมการประกอบอาชีพและวิชาชีพควบคู่กันไป แต่ต่อมาได้มีหลักการใหม่ซึ่งใช้ในกฎหมายธุรกิจ คือได้มีการแยกการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวออกจากการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าว และกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยเฉพาะดังกล่าวนี้ ได้แก่ ปว.281 ซึ่งในขณะนั้นกำลังอยู่ในช่วงของแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมฉบับที่ 2 และ 3 ในช่วงนั้นการประกอบธุรกิจของคนไทยส่วนใหญ่จะเป็นธุรกิจขนาดเล็ก แต่ของชาวต่างชาติจะเป็นธุรกิจขนาดใหญ่และขยายตัวเพิ่มขึ้นตลอดเวลา รัฐบาลทหารในขณะนั้นจึงได้ออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ โดยได้มีการตราขึ้นในรูปของประกาศคณะปฏิวัติ (โดยจอมพล ถนอม กิตติขจร) ภายหลังจากที่ได้ทำการพิจารณาร่างโดยกรมทะเบียนการค้ามาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2512 จนต่อมาจึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยตราขึ้นเป็นประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 และได้มีการประกาศกฎหมายนี้ลงในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 89 ตอนที่ 180 (ฉบับพิเศษ) ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2515 โดยได้เริ่มบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 26 พฤศจิกายน 2515 เป็นต้นมา

หลังจากที่ ปว.281 เริ่มมีผลบังคับใช้ไปเกือบ 6 ปี ก็ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 2521 สาเหตุที่ต้องแก้ไขเพิ่มเติมเนื่องจากมีความจำเป็นต้องกำหนดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้เหมาะสมและสอดคล้องกับการรักษาความมั่นคงของประเทศชาติ

ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ออกมาใช้บังคับ เนื่องจากบทนิยามคำว่า "คนต่างด้าว" ในข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ที่กำหนดให้คนต่างด้าว หมายความว่ารวมถึง นิติบุคคลที่มีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาทุนของนิติบุคคลว่าจะรวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกด้วยหรือไม่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการพิจารณาความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามดังกล่าวให้ชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น

ปว.281 นี้ รัฐบาลไทยได้มีแนวความคิดและพยายามดำเนินการปรับปรุงแก้ไขมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2536 โดยต้องการที่จะยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัตินี้ และบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติแทน เพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในปัจจุบัน การดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายฉบับนี้ ในแต่ละรัฐบาลที่ผ่านมาได้มีการร่างกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อปรับปรุงแก้ไข ปว.281 นี้ มาหลายครั้ง และกระทำต่อเนื่องกันมานานเป็นระยะเวลาหลายปี จนในที่สุดในขณะที่ทำการวิจัยวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเริ่มมีผลบังคับใช้ในวันที่ 4 มีนาคม พ.ศ. 2543 โดยกฎหมายฉบับนี้ประกาศใช้เพื่อเป็นกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแทน ปว.281 โดยได้ปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ต่างๆ ของ ปว.281 ให้เหมาะสมกับเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย

### 1.1.2 วัตถุประสงค์ของการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยตาม ปว.281

ปว.281 เป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เนื่องจากมีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยอยู่เป็นจำนวนมาก และมีจำนวนเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับ จนเป็นที่น่าเกรงขามว่าการประกอบธุรกิจการค้าของคนไทยจะไม่สามารถขยายตัวออกไปได้ ประกอบกับคนไทยเองก็มีความสามารถทั้งในวิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่างๆ ได้มากขึ้น ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันว่าธุรกิจบางประเภทจะสงวนไว้สำหรับคนไทย โดยจะไม่ถูกแย่งอาชีพ จึงได้มีการกำหนดและจำกัดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นเพื่อที่จะรักษาอุตสาหกรรมทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบางประเภทได้เป็นประโยชน์ต่อประเทศและสังคมเป็นส่วนรวม

### 1.1.3 สภาพปัญหาเบื้องต้นซึ่งนำมาสู่ความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไข ปว.281 เมื่อมีการเปิดเสรีด้านการค้าบริการ

การค้าบริการเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นและการค้าในภาคบริการนี้ยังมีขอบเขตที่กว้างขวางมากขึ้นตามลำดับ การบริการยังมีความสำคัญในฐานะที่เป็นปัจจัยช่วยส่งเสริมความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและการพัฒนาประเทศอีกด้วย ซึ่งแต่เดิมการค้าสินค้าเป็นเพียงการค้ารูปแบบเดียวที่มีความสำคัญ กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการค้าสินค้าได้ถูกกำหนดขึ้นภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade-GATT) ซึ่งเป็นข้อตกลงหลายฝ่ายทางการค้าสินค้านี้ระหว่างประเทศที่ได้มีการดำเนินงานมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2490 ในการเจรจาการค้าหลายฝ่ายมีขึ้นเพื่อเจรจาต่อรองภายใต้ข้อตกลงดังกล่าว โดยมีวัตถุประสงค์ในการลดอุปสรรคและการกีดกันทางการค้าที่เป็นปัจจัยในการทำให้ประสิทธิภาพของการค้าระหว่างประเทศลดลง ตลอดจนวางระเบียบกฎเกณฑ์และกรอบกฎหมายเพื่อให้เป็นแนวทางสำหรับการค้าระหว่างประเทศ ในปัจจุบันอุปสรรคและการกีดกันก็ยังคงมีอยู่ในการค้าภาคสินค้า แต่มีแนวโน้มที่จะลดลงเรื่อยๆ ในขณะที่การค้าบริการยังมีอุปสรรคและการกีดกันอยู่อย่างเต็มที่ และเมื่อการค้าบริการกลายเป็นภาคของธุรกิจและเศรษฐกิจระหว่างประเทศที่ใหญ่มาก ประกอบกับการที่ภาคบริการในประเทศต่างๆ ได้ขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในระยะหลัง แต่ยังมี

ไม่มีกฎเกณฑ์ใดๆ ในทางระหว่างประเทศในภาพรวมอย่างเป็นทางการเป็นระบบว่าจะมีความร่วมมือกันอย่างไร ทั้งกฎหมายภายในของหลายๆ ประเทศต่างก็มีกรอบ และกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่เกี่ยวกับการบริการต่างกันไป ซึ่งในหลายกรณีก็ถือได้ว่าเป็นอุปสรรคต่อการค้าเสรี

ดังนั้นการเจรจาการค้าบริการจึงถูกผลักดันเข้าสู่ GATT และถูกนำมาบรรจุเข้าไว้ในการเจรจาพหุภาคี ซึ่งแยกต่างหากจากการเจรจาเรื่องการค้าสินค้า โดยในเดือนกันยายน พ.ศ. 2529 ได้มีการประชุมระดับรัฐมนตรีของประเทศภาคี GATT ที่เมืองปุนต้า เดล เอสเต้ ประเทศอุรุกวัย ซึ่งผลของการประชุมก็คือได้มีการจัดทำปฏิญญารัฐมนตรี (Ministerial Declaration) ขึ้นมา สำหรับเรื่องการค้านั้นถูกบรรจุเข้าไว้ในการเจรจาพหุภาคีรอบนี้ โดยปรากฏอยู่ในส่วนที่ 2 ของปฏิญญารัฐมนตรีว่าด้วยการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย และภายหลังการเจรจาได้มีการจัดทำความตกลงเกี่ยวกับการค้าบริการขึ้น ความตกลงนี้เรียกว่า "ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ" (General Agreement on Trade in Services-GATS) และได้มีการลงนามและให้สัตยาบันในผลการเจรจาไปเมื่อเดือนเมษายน พ.ศ. 2537 ซึ่งตามข้อบทของ GATS นั้นถือเป็นความตกลงหลายฝ่ายฉบับแรกที่ครอบคลุมการค้าในสาขาบริการทั้งหมด และมีวัตถุประสงค์ในการขยายการค้าบริการ โดยใช้หลักการการค้าภายใต้เงื่อนไขของความโปร่งใส และการเปิดเสรีตามลำดับ ประเทศสมาชิกจะต้องทำการเปิดเสรีการค้าบริการในประเทศของตน กระบวนการเปิดตลาดนั้นขึ้นอยู่กับเป้าหมายของนโยบายแต่ละประเทศ และระดับการพัฒนาของประเทศต่างๆ ในความตกลงนี้ได้เปิดโอกาสให้แต่ละประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนาสามารถทำการเปิดตลาดบริการแบบการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับตามระดับการพัฒนาของประเทศ และการพัฒนาในบริการแต่ละสาขา ประเทศสมาชิกสามารถที่จะเลือกเปิดสาขาบริการใดก่อน-หลัง รวมทั้งตั้งเงื่อนไขได้ แต่ในท้ายที่สุดก็ต้องทำการเปิดตลาดเสรีโดยไม่มีเงื่อนไขในบริการทุกสาขา เพื่อให้คนในชาติของประเทศสมาชิกอื่นเข้าไปประกอบธุรกิจและอาชีพในตลาดบริการของประเทศนั้นๆ ได้

สำหรับประเทศไทยได้เข้าเป็นสมาชิกของ GATT เมื่อปี พ.ศ. 2525 และหลังจากนั้นประเทศไทยได้ทำการลงนามให้สัตยาบันในการผูกพันตามกรรมสารสุดท้าย (Final Act) และเพื่อร่วมจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization-WTO) ซึ่งให้มีผลบังคับใช้ในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2538 ดังนั้น GATT จึงถูกยกฐานะขึ้นเป็นองค์การระหว่างประเทศ เนื่องจาก GATT เป็นเพียงข้อผูกพันในรูปของสนธิสัญญาในระหว่างสมาชิกที่จะกำหนดกฎเกณฑ์ทางการค้า

และการเจรจาจับข้อพิพาททางการค้าเท่านั้น ในการจัดตั้งองค์การการค้าโลกนี้มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการความสัมพันธ์ทางการค้าระหว่างสมาชิกด้วยกัน

ประเทศไทยในฐานะที่เป็นสมาชิกของ WTO จึงมีพันธะหน้าที่จะต้องปฏิบัติตามกฎระเบียบและความตกลงระหว่างประเทศต่างๆ ที่อยู่ภายใต้ WTO และในการนี้ความตกลงประการหนึ่งก็คือความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) สำหรับในภาคการค้าบริการ ประเทศไทยได้ทำตารางข้อผูกพันเฉพาะในการเปิดเสรีด้านการค้าบริการทั้งหมด 10 สาขา รวมทั้งสิ้น 95 กิจกรรม โดยมีข้อจำกัดการเปิดเสรีในขั้นต้น ณ. ระดับที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันจะอนุญาตให้กระทำได้ แต่ในอนาคตประเทศไทยจะต้องเจรจากับประเทศต่างๆ ซึ่งจะต้องผูกพันเปิดเสรีมากขึ้นตามหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับ ผลที่ตามมาจากการรับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการมาปฏิบัตินั้น ส่งผลกระทบต่อการพัฒนาบริการสาขาด้านต่างๆ เป็นอย่างมากในอนาคต ซึ่งนับเป็นเรื่องที่ประเทศไทยจะต้องทำการประเมินผลกระทบ และปรับใช้นโยบายโดยรวมต่อสาขาบริการต่างๆ อย่างรอบคอบ

ในปัจจุบันยังมีกฎหมายไทยเป็นจำนวนมาก โดยเฉพาะประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนและส่งเสริมการประกอบธุรกิจและอาชีพเพื่อประโยชน์แก่คนไทย ปว.281 นั้นจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งรวมถึงธุรกิจบริการด้วย กฎหมายฉบับนี้จึงมีบางส่วนที่เป็นอุปสรรคต่อการเปิดตลาดเสรี ดังนั้นเมื่อประเทศไทยรับความตกลง GATS มาปฏิบัติ ก็จำเป็นต้องมีการปรับปรุงแก้ไข ปว.281 นี้ ปัญหาที่ควรพิจารณาคือ ข้อตกลงส่วนใดที่จะส่งผลกระทบต่อ ปว.281 และกระทบอย่างไร ดังนั้นจึงจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาเพื่อที่จะได้ทำการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎเกณฑ์บางประการเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณี รวมทั้งจะได้เตรียมความพร้อมเพื่อการเจรจาครั้งต่อไป ด้วย เนื่องจากความตกลง GATS กำหนดให้มีการทบทวนในทุกๆ 5 ปีสำหรับเรื่องที่เป็นข้อยกเว้นในการเปิดเสรีของประเทศสมาชิก ในการเปิดเสรีการค้าบริการที่ประเทศไทยได้เข้าร่วมเจรจานั้น ประเทศไทยเองมีเงื่อนไขว่า คนต่างชาติจะเข้ามาประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ แต่จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดใน ปว.281 ในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว เพราะฉะนั้นการทบทวน ปว.281 จึงเป็นการปูทางเพื่อรองรับการเจรจาฉบับใหม่ และเตรียมความพร้อมเพื่อรองรับการเปิดเสรีในอนาคตต่อไป

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- 1) เพื่อศึกษาและวิเคราะห์ถึง พันธกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย เพื่อหาความไม่สอดคล้อง และหาผลกระทบที่ ปว.281 ได้รับจากความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(GATS) นี้
- 2) เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข ปว.281 ให้สอดคล้องกับพันธกรณีของความตกลง GATS ได้อย่างเหมาะสม แต่ในขณะเดียวกันต้องเป็นแนวทางที่รักษามลประโยชน์แก่ประเทศไทยในอนาคตด้วย โดยจะทำการศึกษาประกอบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นกฎหมายที่ประกาศใช้แทน ปว.281 โดยได้ทำการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ต่างๆ ใน ปว.281 นี้

## 1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

การศึกษานี้มุ่งศึกษาถึงความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) จะส่งผลกระทบต่อหลักเกณฑ์ และ ธุรกิจบริการใน ปว.281 มากน้อยเพียงใด และกระทบในเรื่องใดบ้าง เพื่อศึกษาแนวทางการปรับปรุง แก้ไข ปว.281 ให้สอดคล้องกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนี้

## 1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยการศึกษาวิเคราะห์ข้อมูลจากเอกสารที่เป็นกฎหมาย เอกสารทางการของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ข้อมูลผู้ค้นต่างๆ ของประเทศไทย ข้อมูลและรายงานทางราชการ บทความตามวารสารและหนังสือพิมพ์ งานวิจัยวิทยานิพนธ์ และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

## 1.5 สมมติฐานของการวิจัย

การที่ประเทศไทยรับพันธกรณีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) มาปฏิบัติทำให้ส่งผลกระทบต่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ปว.281 นี้ มีบางส่วนที่ไม่สอดคล้องกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) จึงสมควรต้องทำการปรับปรุง แก้ไข หรือยกเลิกกฎเกณฑ์บางประการ เพื่อให้บทบัญญัติของ ปว.281 สอดคล้องกับพันธกรณีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(GATS)

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1) ให้ทราบถึงหลักการในพันธกรณีของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และหลักเกณฑ์โดยทั่วไปของการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ตาม ปว.281
- 2) ทำให้ทราบว่า ปว.281 นั้นมีความสอดคล้องหรือขัดกับหลักกฎหมายที่อยู่ในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ(GATS) หรือไม่อย่างไร และ ปว.281 ได้รับผลกระทบอย่างไรจากความตกลงนี้
- 3) ทำให้ทราบถึงหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกมาเพื่อยกเลิก ปว.281 โดยทำการปรับปรุงแก้ไขหลักเกณฑ์ต่างๆ ใน ปว.281 และทำให้ทราบว่าในกฎหมายนี้สอดคล้องกับความตกลง GATS หรือไม่ อย่างไร
- 4) ทำให้สามารถหาแนวทางในการปรับปรุง แก้ไข ปว.281 ให้สอดคล้องกับพันธกรณีได้อย่างเหมาะสม แต่ในขณะเดียวกันต้องเป็นแนวทางที่รักษาผลประโยชน์แก่ประเทศไทยในอนาคตด้วย