

TDRI

รายงานที่ตีอาร์ไอ

ฉบับที่ 108
ตุลาคม
2557

บทวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบ
ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

TDRI

ผู้เขียน

อิสร์กุล อุณหฤต

บรรณาธิการบริหาร

จิรากร ยี่งโพลย์วงศ์

บรรณาธิการ

กิตติพงษ์ สนธิสัมพันธ์

กองบรรณาธิการ

วิวัฒนา กาญจนานันท์

ออกแบบ

wrongdesign

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (TDRI) ได้เผยแพร่ “รายงานที่ตีอาร์โอ” (มีชื่อเดิมว่า “สมุดปกขาวที่ตีอาร์โอ”) มาตั้งแต่เดือนสิงหาคม 2536 โดยคิดสรรกลั่นกรองงานวิจัยต่างๆ มานำเสนออย่างเรียบง่าย เพื่อจุดประกายให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์

“รายงานที่ตีอาร์โอ” มีโอกาสรับใช้สังคมไทยเป็นระยะๆ แบบรายสะดวก อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจ การเมือง และสังคมในปัจจุบันเป็นไปอย่างรวดเร็วและซับซ้อนขึ้น “รายงานที่ตีอาร์โอ” จึงจะมาพบกับผู้อ่านเป็นรายเดือน ด้วยเนื้อหาที่แน่นกระชับ และนำเสนอเรื่องราวต่างๆ อย่างเรียบง่ายแบบเป็นมิตรต่อความสนใจใคร่รู้ของผู้อ่านทั่วไป

นอกจากนี้ จะมีการนำงานวิจัยจำนวนหนึ่งซึ่งมีแนวคิดเกี่ยวเนื่องกันมาจัดทำเป็น “รายงานที่ตีอาร์โอ ฉบับพิเศษ” เป็นครั้งคราวด้วย

ที่มา เนื้อหาบทที่ 6 ของรายงานฉบับสมบูรณ์ “โครงการวิเคราะห์และติดตามร่างกฎหมาย” โดย ดร. สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ ผศ. ปกป้อง จันวิทย์ นายอิสร์กุล อุณหฤต และนายวีระพงษ์ ประภา เสนอต่อสถาบันพระปกเกล้า เมื่อเดือนธันวาคม 2556





บทวิเคราะห์ พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บทนำ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยกำหนดเงื่อนไขการประกอบธุรกิจ รวมถึงการขอใบอนุญาตและหนังสือรับรองเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทย กฎหมายดังกล่าวอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ ยกเว้นการประกอบธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ หรือต้องดำเนินการตามเงื่อนไขก่อนประกอบธุรกิจ

ปัญหาของพระราชบัญญัตินี้ เกิดจากสาเหตุสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก คือการนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้อย่างหลวมๆ โดยการนับหุ้นแค่ชั้นเดียว กล่าวคือ นับหุ้นเฉพาะการถือหุ้นทางตรงโดยคนต่างชาติในนิติบุคคลนั้นๆ โดยไม่นับการถือหุ้นทางอ้อม การกำหนดนิยามเช่นนี้มิได้สะท้อนสภาพ “ความเป็นเจ้าของ” ที่แท้จริง และทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิผล

ประการที่สอง คือการกำหนดรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติ แบบ “ครอบจักรวาล” ซึ่งเป็น การปิดกั้นการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะภาคบริการ ซึ่งมีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจไทย

ปัญหาทั้งสองประการสะท้อนให้เห็นว่า ในทางหนึ่งหน่วยงานภาครัฐของไทยต้องการสงวนอำนาจในการกลั่นกรองการลงทุนของต่างชาติ ผ่านการกำหนดรายการประเภทธุรกิจดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐไทยมีมาตรการปกป้องคุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศ แต่ในอีกทางหนึ่ง เศรษฐกิจไทยยังต้องพึ่งพาทุนต่างชาติ จึงมีการผ่อนปรนนิยามเพื่อให้คนต่างชาติถือหุ้นทางอ้อมได้ นโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศของไทยจึงมีลักษณะ “ปากว่าตาขยิบ” กล่าวคือ บัญญัติกฎหมายไว้เข้มงวด แต่ไม่มีการบังคับใช้อย่างจริงจัง

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แบ่งเป็น 2 ประเด็นหลัก ประเด็นแรก คือการกำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ และ ประเด็นที่สอง คือการกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบ การ ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

นิยามของ “คนต่างด้าว”

“คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ ได้แก่

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมี “คนต่างด้าว” ตาม (1) หรือ (2) ถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน หรือลงทุนเกินกึ่งหนึ่ง หรือห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว และ
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมี “คนต่างด้าว” ตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) ถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน หรือลงทุนเกินกึ่งหนึ่ง

ข้อสังเกตเกี่ยวกับนิยามของ “คนต่างด้าว” มี 2 ประเด็น ได้แก่ วิธีการนับหุ้นเพียงชั้นเดียว และผลจากวิธีการนิยามดังกล่าว

• วิธีการนับหุ้นเพียงชั้นเดียว

การนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัตินี้แตกต่างจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่กำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวนิยามคนต่างด้าวตาม “ทุน” ซึ่งทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาทุนของนิติบุคคลว่าจะต้องรวมถึงทุนของคนต่างด้าวจากการถือหุ้นทางอ้อมหรือไม่

ต่อมาในปี 2534 คณะกรรมการกฤษฎีกามีคำวินิจฉัยว่า การพิจารณา “ทุน” ของคนต่างด้าวต้องพิจารณาทุน



ทั้งหมดตามความเป็นจริง กล่าวคือ ต้องพิจารณาลึกลงไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นๆ ด้วย จึงทำให้การพิจารณาค่าตัวตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าวต้องนับหุ้นสะสมตั้งแต่ชั้นล่างสุดขึ้นไป¹

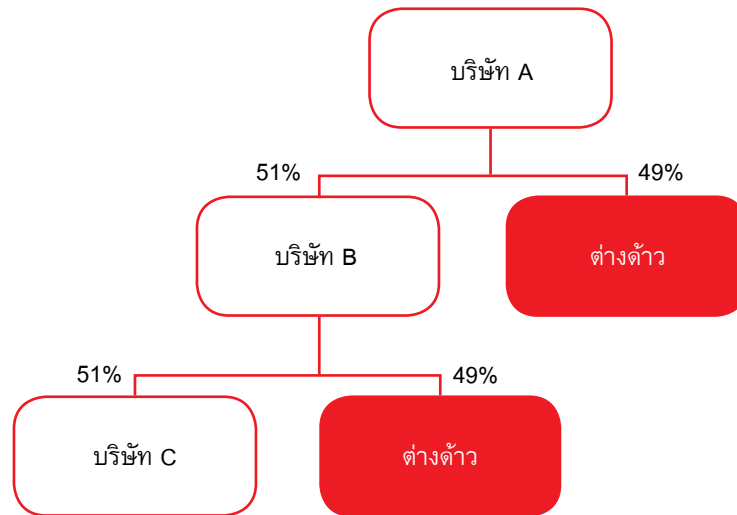
จากคำวินิจฉัยดังกล่าว กรมทะเบียนการค้าจึงตรวจสอบการถือหุ้นของคนต่างด้าวหลายลำดับชั้น และพบว่า มีบริษัทจดทะเบียนจำนวนมากที่จะถูกนับเป็นคนต่างด้าว หากนับรวมการถือหุ้นทางอ้อมด้วย รัฐบาลนายอานันท์ ปันยารชุน มีความเห็นว่า หากตีความ “ทุน” ตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาจะส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจไทย จึงออกพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 ซึ่งนิยามคนต่างด้าวตาม “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ทำให้พิจารณาค่าตัวคนต่างด้าวโดยนับหุ้นเพียงชั้นเดียว โดยไม่พิจารณารวมถึงการถือหุ้นทางอ้อมผ่านนิติบุคคลอื่น²

การแก้ไขนิยาม “คนต่างด้าว” ดังกล่าว ส่งผลให้การ

¹ คำวินิจฉัยของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ us 0601/867 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534

² โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (2554)

ภาพที่ 1 ตัวอย่างการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าว



พิจารณาความเป็นคนต่างด้าวเปลี่ยนแปลงไป ตัวอย่างเช่น สมมติให้ (1) บริษัท A มีผู้ถือหุ้น 2 ราย รายแรกคือบริษัท B และอีกรายหนึ่งเป็นคนต่างด้าว และ (2) บริษัท B มีผู้ถือหุ้น 2 ราย รายแรกคือบริษัท C และอีกรายหนึ่งเป็นคนต่างด้าว (ดูภาพที่ 1)

หากนับหุ้นแบบสะสมตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติม บริษัท A จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นทางตรงร้อยละ 49 และการถือหุ้นทางอ้อมผ่านการถือหุ้นบริษัท B อีกร้อยละ 24.99 จึงมีสัดส่วนการถือหุ้นโดยคนต่างด้าวรวมร้อยละ 73.99 ซึ่งถือเป็นคนต่างด้าว แต่หากนับเพียงชั้นเดียวตาม “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” บริษัท A จะมีใช่คนต่างด้าว เนื่องจากมีคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 ซึ่งไม่เกินกึ่งหนึ่ง

คำนิยาม “คนต่างด้าว” ตาม “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ยังคงใช้ต่อมาในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน³ ประเด็นสำคัญที่ควรจะต้องกล่าวถึงในที่นี้ก็คือ การแก้ไขนิยามดังกล่าวในปี 2535 มิได้เกิดขึ้นพร้อมกับการแก้ไขรายการ

ประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งผลที่ตามมาคือนิยามที่รัดกุมน้อยลง เพื่อรักษาการลงทุนจากต่างประเทศ แต่กลับมีรายการประเภทธุรกิจที่ได้รับการคุ้มครองแบบ “ครอบจักรวาล”

• ผลจากการนิยามคนต่างด้าวโดยนับหุ้นเพียงชั้นเดียว

นิยาม “คนต่างด้าว” ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้สะท้อนสภาพ “ความเป็นเจ้าของ” ที่แท้จริง เนื่องจากมิได้พิจารณาลึกลงไปถึงที่มาของทุน หรืออำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นๆ

ผลจากความ “หลวม” ของการนิยามคนต่างด้าวโดยนับหุ้นเพียงชั้นเดียวเช่นนี้ ทำให้ในทางปฏิบัติ นักลงทุนต่างชาติสามารถมีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลหนึ่งๆ ได้โดยถือหุ้นโดยตรงในสัดส่วนร้อยละ 49 และถือหุ้นโดยอ้อมผ่านนิติบุคคลไทยอีกชั้นหนึ่ง กรณีเดียวที่จะมีความผิด คือการจัดการให้มีบุคคลหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นแทน หรือนอมนี (nominee) ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติ การบังคับใช้กฎหมายจึงเป็นไปอย่างไม่มีประสิทธิภาพ ความพยายามในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้น เกิดขึ้นเมื่อเดือนเมษายน 2550 เมื่อคณะรัฐมนตรีรัฐบาล พล.อ.สุรยุทธ์ จุลานนท์ เสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่..) พ.ศ. เข้าสู่การพิจารณาของ

³ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 “ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงทุนในหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

สภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อกำหนดนิยามของคนต่างด้าว ให้รัดกุมมากขึ้น ด้วยการพิจารณาถึงอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นๆ จากสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน (voting right) โดยแก้ไขเพิ่มเติมนิยาม “คนต่างด้าว” ให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่คนต่างด้าวมียสิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ตกไป

ระหว่างอยู่ในขั้นตอนของคณะกรรมการวิสามัญ เมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติสิ้นวาระในช่วงปลายปีเดียวกัน

ข้อสังเกตอีกประการก็คือ เมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่นๆ รวมถึงประเทศในกลุ่มอาเซียน (Association of Southeast Asian Nations: ASEAN) นิยาม “คนต่างด้าว” ของไทยไม่สามารถแยกนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในประเทศออกจากกันได้อย่างชัดเจนเท่ากับวิธีการนิยามของประเทศอื่นๆ (ดูตารางที่ 1) การกำหนดนิยามไว้ชัดเจนกว่า

ตารางที่ 1 ตัวอย่างนิยามที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวในกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน

ประเทศ	ชื่อกฎหมาย	นิยามที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว
อินโดนีเซีย	Government Regulation no. 20/1994 on Investment	“นักลงทุนต่างชาติ” หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติอินโดนีเซีย ธุรกิจต่างชาติ และ/หรือ รัฐบาลต่างชาติที่นำเงินมาลงทุนในดินแดนของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย
มาเลเซีย	Company Act 1965	“บริษัทต่างชาติ” หมายถึง (ก) บริษัท บรรษัท ประชาคม สมาคม หรือรูปแบบองค์กรอื่นที่รวมกันจัดตั้งนอกประเทศมาเลเซีย (ข) องค์กรใดๆ ที่ไม่ได้มีสถานะบุคคลตามกฎหมาย สมาคม หรือรูปแบบองค์กรอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายมาเลเซีย ซึ่งภายใต้กฎหมายของประเทศที่ก่อตั้งอาจดำเนินการฟ้องร้องหรือถูกฟ้องร้อง หรือครอบครองทรัพย์สินในนามของเลขานุการหรือพนักงานอื่น ซึ่งได้รับการแต่งตั้งเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว อีกทั้งไม่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศมาเลเซีย
ฟิลิปปินส์	Foreign Investment Act of 1991	ไม่ได้กำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” แต่กำหนดคำนิยาม “คนฟิลิปปินส์” ไว้ดังนี้ - พลเมืองของฟิลิปปินส์ - ห้างหุ้นส่วนหรือสมาคมที่มีพลเมืองฟิลิปปินส์เป็นเจ้าของทั้งหมด - บริษัทที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายของฟิลิปปินส์ ซึ่งจำนวนหุ้นและสิทธิการออกเสียงอย่างน้อยร้อยละ 60 เป็นของพลเมืองฟิลิปปินส์ - บริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศ และจดทะเบียนประกอบธุรกิจในฟิลิปปินส์ภายใต้ Corporation Code ซึ่งหุ้นและสิทธิในการออกเสียงทั้งหมดเป็นของคนฟิลิปปินส์
สิงคโปร์	Companies Act	“บริษัทต่างชาติ” หมายถึง (ก) บริษัท บรรษัท ประชาคม สมาคม หรือโครงสร้างอื่นใด ที่จดทะเบียนจัดตั้งนอกประเทศสิงคโปร์ หรือ (ข) องค์กรใดๆ ที่ไม่ได้มีสถานะบุคคลตามกฎหมาย สมาคม รูปแบบองค์กรอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายสิงคโปร์ ซึ่งภายใต้กฎหมายของประเทศที่ก่อตั้งอาจดำเนินการฟ้องร้องหรือถูกฟ้องร้อง หรือครอบครองทรัพย์สินในชื่อของเลขานุการหรือพนักงานอื่น ซึ่งได้รับการแต่งตั้งเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว อีกทั้งไม่มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศสิงคโปร์
	Business Registration Act	“ธุรกิจต่างชาติ” หมายถึง ห้างร้าน บุคคล หรือบริษัทใดๆ ที่สถานที่หลักในการประกอบธุรกิจตั้งอยู่นอกประเทศสิงคโปร์
เวียดนาม	Law on Foreign Investment in Vietnam 1996	“นักลงทุนต่างชาติ” หมายถึง บุคคลธรรมดาหรือองค์กรทางธุรกิจของต่างชาติที่ลงทุนในประเทศเวียดนาม “คู่สัญญาต่างด้าว” หมายถึง คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งที่ประกอบด้วยคนต่างด้าวจำนวนตั้งแต่หนึ่งคนขึ้นไป

ที่มา: สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (2555)



ทำให้ประเทศอื่นๆ สามารถจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวเพียงไม่กี่สาขา โดยไม่จำเป็นต้องคุ้มครองประเภทธุรกิจในทุกสาขาบริการตาม (21) ในบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติดังเช่นประเทศไทย

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นการกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการ โดยแบ่งเป็น 3 บัญชีย่อย ดังนี้

- บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ และการทำนา ทำไร่ หรือทำสวน เป็นต้น

ตารางที่ 2 สรุปสาระสำคัญของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

บัญชี	ประเภท	เงื่อนไข	สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว
บัญชีหนึ่ง	ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ	ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ (มาตรา 8 (1))	
บัญชีสอง	ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม	ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี (มาตรา 8 (2))	ไม่เกินร้อยละ 60 หรือผ่อนผันได้ไม่เกินร้อยละ 75 และอย่างน้อย 2 ใน 5 ของคณะกรรมการต้องมีสัญชาติไทย (มาตรา 15)
บัญชีสาม	ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว	ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (มาตรา 8 (3))	

- บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ เช่น การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง อากาศยาน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน เช่น การค้าของเก่าหรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย หรือมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น การผลิตน้ำตาลจากอ้อย การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์ และ
- บัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เช่น การสีข้าว การผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ และการทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ เป็นต้น

มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฯ กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง ขณะที่การประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีสองและบัญชีสาม คนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจจำเป็นต้องได้รับการอนุญาตเสียก่อน

ทั้งนี้ การขออนุญาตประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชีสอง ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ส่วนการขออนุญาตประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชีสาม ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ดูตารางที่ 2)

บัญชีรายการประเภทธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เป็นบัญชีที่สมควรกล่าวถึงเป็นพิเศษ โดยมีข้อสังเกต 2 ประเด็น ดังนี้

• การกำหนดรายการประเภทธุรกิจแบบ “ครอบจักรวาล”

การกำหนดรายการประเภทธุรกิจไว้ในบัญชีสามทั้งสิ้น 21 รายการ ดูเหมือนเป็นการกำหนดเฉพาะ “รายการต้องห้าม” ที่คนต่างด้าวต้องขออนุญาต (negative list) แต่แท้จริงแล้ว (21) ของบัญชีสามกลับระบุห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ใน “บริการอื่นๆ ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง” การกำหนดรายการเช่นนี้ทำให้การประกอบธุรกิจบริการทั้งหมดถูกห้าม เว้นเฉพาะบางรายการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงเท่านั้น (positive list) ซึ่งจนถึงปัจจุบัน มีการออกกฎกระทรวงเพียงฉบับเดียวในปี 2556 ซึ่งรายการธุรกิจบริการที่ได้รับการยกเว้น ได้แก่ (1) ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (2) ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และ (3) การประกอบธุรกิจเป็นทริสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทริสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

การกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่ได้รับความคุ้มครองแบบ “ครอบจักรวาล” เช่นนี้ ทำให้ทุนต่างชาติจำนวนมากอำพรางตนเข้ามาประกอบธุรกิจในฐานะนิติบุคคลไทย ทั้งอย่างถูกกฎหมายด้วยการถือหุ้นทางอ้อม และอย่างผิดกฎหมายด้วยการถือหุ้นผ่านโนมินีไทย เพื่อลดความยุ่งยากในการขออนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตัวอย่างธุรกิจที่ผู้ให้บริการต่างชาติมีส่วนแบ่งตลาดสูง เช่น ธุรกิจโทรศัพท์มือถือ ธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต บริการโลจิสติกส์ และธุรกิจโปรษณีย์ด่วนพิเศษ เป็นต้น (เดียนเต๋น, สุณีพร และสฤณี, 2549)

• รายการประเภทธุรกิจแทบไม่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลง

รายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติ เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว แต่รายการดังกล่าวแทบไม่มีการเปลี่ยนแปลงเลยนับตั้งแต่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในปี 2515 หรือมากกว่า 40 ปีมาแล้ว

นอกจากนี้ แม้ว่ามาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติฯ จะกำหนดให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ และทำให้เห็นเสนอรัฐมนตรีอย่างน้อยปีละหนึ่งครั้ง แต่กลับมีการออกพระราชกฤษฎีกาแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ และกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตเพียงอย่างละฉบับเท่านั้น

การออกพระราชกฤษฎีกาแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ เกิดขึ้นเพียงครั้งเดียวในปี 2556 โดยคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว⁴ ซึ่งแก้ไข (13) ของบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติ “การค้ำภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้” เป็น “การค้ำภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์ทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ”

ขณะที่การออกกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเกิดขึ้นในปี 2556 เช่นเดียวกัน โดยคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการร่างกฎกระทรวงดังกล่าว ซึ่งกำหนดยกเว้นธุรกิจบริการ 3 ประเภท ได้แก่ (1) ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (2) ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า และ (3) การประกอบธุรกิจเป็นทริสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทริสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

ก่อนหน้าการออกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงตามที่กล่าวถึงข้างต้น เคยมีความพยายามแก้ไขรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติ 2 ครั้ง ครั้งแรกเกิดขึ้นในปี 2543 เมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติรับหลักการร่างกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.

⁴ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 4 กันยายน 2555 เรื่อง ร่างพระราชกฤษฎีกาและร่างกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

รวม 20 รายการ⁵ ตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอ และส่งให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา

ต่อมาในปี 2546 คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาแล้วเสร็จ และเสนอข้อสังเกตต่อคณะรัฐมนตรีว่าการยกเว้นธุรกิจบริการออกจาก (21) ของบัญชีสามแห่งพระราชบัญญัติ จะต้องเป็นเหตุผลที่ว่า ธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่คนไทยมีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างด้าว ดังนั้น เหตุผลของกระทรวงพาณิชย์ที่แจ้งต่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าธุรกิจดังกล่าวมีกฎหมายเฉพาะควบคุมการประกอบธุรกิจอยู่แล้ว⁶ จึงไม่สอดคล้องกับหลักการของบัญชีสามดังกล่าว⁷ คณะรัฐมนตรีจึงมีมติส่งร่างกฎกระทรวงดังกล่าวกลับไปให้คณะกรรมการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเศรษฐกิจ 11 ฉบับพิจารณาใหม่อีกครั้ง⁸ อย่างไร

ก็ดี ร่างกฎกระทรวงดังกล่าวมิได้ถูกนำกลับมาเสนอคณะรัฐมนตรีอีกเลย จนกระทั่งปี 2555

ความพยายามแก้ไขบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติครั้งที่สอง คือร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่..) พ.ศ. ที่ได้กล่าวมาแล้ว ตามร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมและยกเลิกรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติ ในบางรายการ แม้ว่าร่างพระราชบัญญัตินี้จะตกไป แต่การแก้ไขเพิ่มเติมรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติดังกล่าวบางรายการถูกนำกลับมาแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกพระราชกฤษฎีกาและกฎกระทรวงในปี 2556 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น (ดูตารางที่ 3 และ 4)

ตารางที่ 3 สรุปการแก้ไขรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติ (ยกเว้น (21))

บัญชีสาม ทำโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่..) พ.ศ. (ไม่มีการประกาศใช้)	พระราชกฤษฎีกาแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีทำโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2556
(13) การค้าภายในเกี่ยวกับการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้	(13)* การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลผลิตทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า เฉพาะกรณีที่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรที่การซื้อขายล่วงหน้ามิได้เกิดขึ้นจริง	(13)* การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลผลิตทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ
(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าไม่น้อยกว่ายี่สิบล้านบาท	(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภท	
(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท	(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภท	

หมายเหตุ: *เป็นรายการประเภทธุรกิจจากร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่..) พ.ศ. ที่ตกไป แต่ถูกนำกลับมาแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกพระราชกฤษฎีกาแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีทำโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2556

⁵ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 27 มิถุนายน 2543 เรื่อง ร่างกฎกระทรวง ฉบับที่ .. (พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 รวม 8 ฉบับ

⁶ หนังสือที่ พลน 0616/3296 ลงวันที่ 12 กันยายน 2545

⁷ บันทึกสำนักนายกรัฐมนตรีกรมการกฤษฎีกาประกอบร่างกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. (เรื่องเสรีที่ 55/2546)

⁸ มติคณะรัฐมนตรี วันที่ 11 มีนาคม 2546 เรื่อง ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาตและระยะเวลาการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 7 พ.ศ. ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ร่างกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 พ.ศ. และร่างกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. รวม 4 ฉบับ

ตารางที่ 4 สรุปการแก้ไข (21) ในบัญชีสาม กายพระราชบัญญัติ

บัญชีสาม กายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	ร่างกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. (ไม่มีการประกาศใช้)	ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. (ไม่มีการประกาศใช้)	กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556
<p>(21) การทำธุรกิจบริการอื่นนอกเหนือจากที่กำหนดในกฎกระทรวง</p>	<p>ให้ธุรกิจบริการดังต่อไปนี้เป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ในบัญชีสาม (21) กายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) การธนาคารพาณิชย์ (2) การทำกิจการให้กู้ยืมเงิน (3) การประกันชีวิตและการประกันวินาศภัย (4) การทำกิจการรับจำนำ (5) การทำกิจการคลังสินค้า (6) การทำกิจการโรงเรียน (7) การทำกิจการโรงแรมหรสพ (8) การค้าหลักทรัพย์ (9) การจัดทำนายหลักทรัพย์ (10) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (11) การจัดการกองทุนรวม (12) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล (13) การเป็นผู้จัดการกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ (14) การยืมและให้ยืมหลักทรัพย์ (15) การให้สินเชื่อเพื่อธุรกิจหลักทรัพย์ (16) การเป็นที่ปรึกษาทางการเงินในการออกและเสนอขายหลักทรัพย์ และการทำค่าเสนอซื้อหลักทรัพย์ (17) การเป็นตัวแทนเพื่อทำหน้าที่สนับสนุนการขายและหลักทรัพย์ และการเป็นตัวแทนสนับสนุนการขายและรับซื้อคืนหน่วยลงทุนของกองทุนเปิด (18) การเป็นนายทะเบียนหลักทรัพย์ (19) การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม (20) การเป็นผู้ถือหุ้นกู้ 	<p>ให้ยกเลิกความใน (21) ของบัญชีสาม กายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน</p> <ol style="list-style-type: none"> (1) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้น <ol style="list-style-type: none"> (ก) ธุรกิจซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า (ข) ธุรกิจหลักทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ค)** ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ง) ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารพาณิชย์ (จ) ธุรกิจเงินทุนและธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเออร์ (ฉ) ธุรกิจการประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย และธุรกิจการประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยกฎหมายประกันชีวิต (ช) ธุรกิจบริการตามที่กำหนดในกฎกระทรวง 	<p>ให้ธุรกิจบริการดังต่อไปนี้เป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ใน (21) ของบัญชีสาม กายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542</p> <ol style="list-style-type: none"> (1)* ธุรกิจหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก) การค้าหลักทรัพย์ (ข) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน (ค) การจัดทำนายหลักทรัพย์ (ง) กิจการการยืมและให้ยืมหลักทรัพย์ (จ) การจัดการกองทุนรวม (ฉ) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล (ช) การจัดการกองทุนรวมลงทุน (ช) การให้สินเชื่อเพื่อธุรกิจหลักทรัพย์ (ฌ) การเป็นที่ปรึกษาทางการเงิน (ญ) การให้บริการเป็นนายทะเบียนหลักทรัพย์ (ฎ) การดูแลรักษาทรัพย์สินของลูกค้ำของบริษัทหลักทรัพย์หรือลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ฏ) การเป็นผู้รับฝากหลักทรัพย์และเงินของกองทุนส่วนบุคคล (ฐ) การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม (ฑ) การเป็นผู้ถือหุ้นกู้ (2)** ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ก) การเป็นผู้ค้าสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ข) การเป็นที่ปรึกษาสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (ค) การเป็นผู้จัดการเงินทุนสัญญาซื้อขายล่วงหน้า (3) การประกอบธุรกิจเป็นทริสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทริสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน

หมายเหตุ: * และ ** เป็นรายการประเภทธุรกิจจากร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. ที่ตกไป แต่ถูกนำกลับมาแก้ไขเพิ่มเติมผ่านการออกกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขอใบอนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556

ปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากบทบัญญัติภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้อย่างเต็มที่ เช่น ในภาคการผลิต ซึ่งไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ และไม่มีข้อกำหนดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่มีได้อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ แต่สำหรับภาคบริการ เป็นประเภทธุรกิจที่อยู่ใน (21) ในบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติ นักลงทุนต่างชาติจึงจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดไว้ ดังนั้น ปัญหาใจกลางของพระราชบัญญัติฉบับนี้ คือบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวไว้แบบ “ครอบจักรวาล” การกำหนดรายการธุรกิจไว้เช่นนี้ทำให้เกิดปัญหาอย่างน้อย 3 ด้าน ด้านแรก คือปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย เพราะบัญญัติกฎหมายไว้เข้มงวด ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง ด้านที่สอง เป็นการปิดกั้นโอกาสของประเทศไทยในการพัฒนาประสิทธิภาพของภาคบริการ และ ด้านสุดท้าย เป็นปัจจัยที่ก่อให้เกิดการผูกขาดหรือลักษณะกึ่งผูกขาดในหลายสาขาของภาคบริการ

ด้านแรก การกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่ได้รับ ความคุ้มครองแบบ “ครอบจักรวาล” ทำให้ทุนต่างชาติจำนวนมากอำพรางตนเข้ามาประกอบธุรกิจในฐานะนิติบุคคลไทย ทั้งอย่างถูกกฎหมายด้วยการถือหุ้นทางอ้อม และอย่างผิดกฎหมายด้วยการถือหุ้นผ่านνομินีไทย เพื่อลดความยุ่งยากในการขออนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังที่กล่าวมาแล้ว ปัญหาที่ตามมาคือการบังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ เพราะบัญญัติกฎหมายไว้เข้มงวด ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง

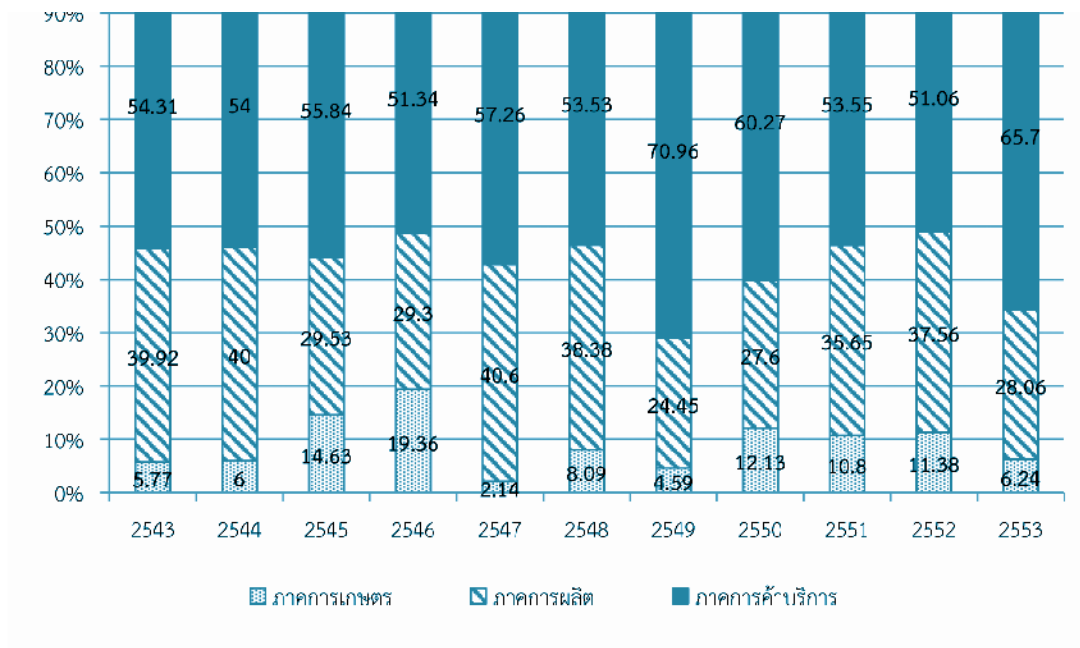
ในทางหนึ่ง หน่วยงานภาครัฐของไทยต้องการสงวนอำนาจในการกั้นการการลงทุนของต่างชาติ ผ่านการกำหนดรายการประเภทธุรกิจดังที่กล่าวมาข้างต้น เพื่อแสดงให้เห็นว่ารัฐไทยมีมาตรการปกป้องคุ้มครองผู้ประกอบการภายในประเทศ แต่ในอีกทางหนึ่ง เศรษฐกิจไทยยังต้องพึ่งพา



ทุนต่างชาติ จึงมีการผ่อนปรนนิยามเพื่อให้คนต่างชาติถือหุ้นทางอ้อมได้ นโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศของไทยจึงมีลักษณะ “ปากว่าตาขยิบ” นอกจากนี้ยังถูกใช้เป็นเครื่องมือของผู้ประกอบการไทย เพื่อ “ไลบี” ให้หน่วยงานภาครัฐใช้ดุลพินิจดำเนินการเอาผิดผู้ประกอบการต่างชาติ

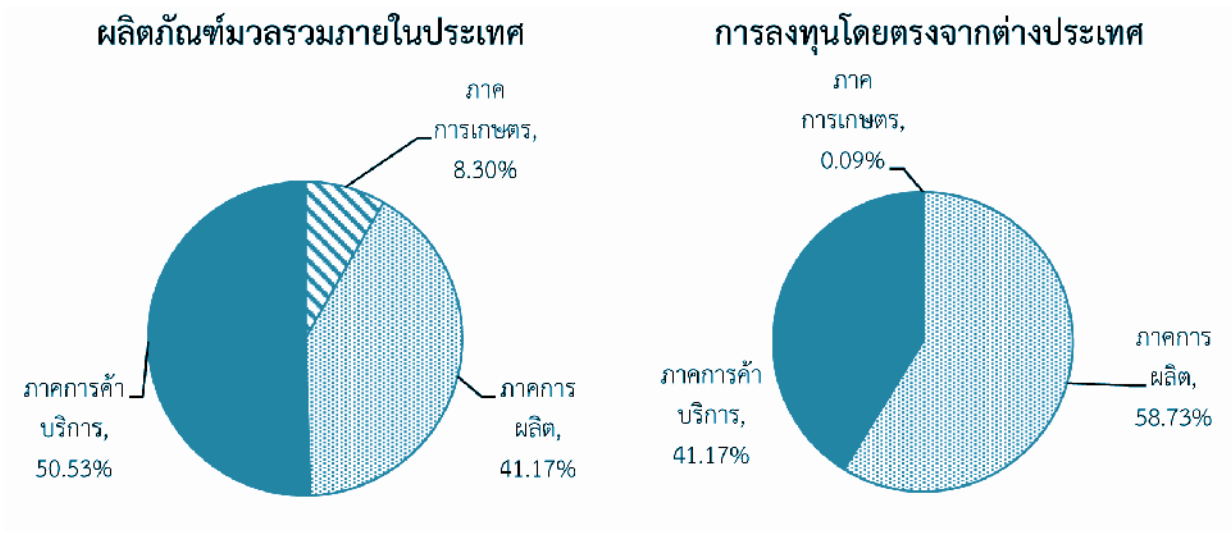
ด้านที่สอง การกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เป็นการปิดกั้นการลงทุนโดยตรงในภาคบริการจากต่างประเทศ ซึ่งไม่สอดคล้องกับทั้งแนวโน้มการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และโครงสร้างเศรษฐกิจของประเทศ กล่าวคือ ในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา (2543-2553) เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่เข้าสู่กลุ่มประเทศอาเซียนมากกว่าร้อยละ 50 เป็นการลงทุนในภาคบริการ (ดูภาพที่ 2) ขณะที่โครงสร้างเศรษฐกิจของไทยนั้น ภาคบริการมีสัดส่วนผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศมากกว่าร้อยละ 50 แต่เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสู่ไทยนั้นกลับอยู่ในภาคการผลิตถึงกว่าร้อยละ 60 (ดูภาพที่ 3) การขาดการลงทุนจากต่างประเทศในภาคบริการ เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้อัตราการขยายตัวของภาคบริการต่ำกว่าภาคการผลิตมาโดยตลอด (ดูภาพที่ 4) และทำให้ประสิทธิภาพของแรงงานในภาคบริการต่ำกว่าภาคการผลิตกว่าเท่าตัว และต่ำกว่าประเทศอาเซียนด้วยกัน (สิงคโปร์ และมาเลเซีย) มาก (ดูภาพที่ 5)

ภาพที่ 2 การลงทุนโดยตรงจากโลกสู่อาเซียน จำแนกตามภาคธุรกิจ ปี 2543-2553



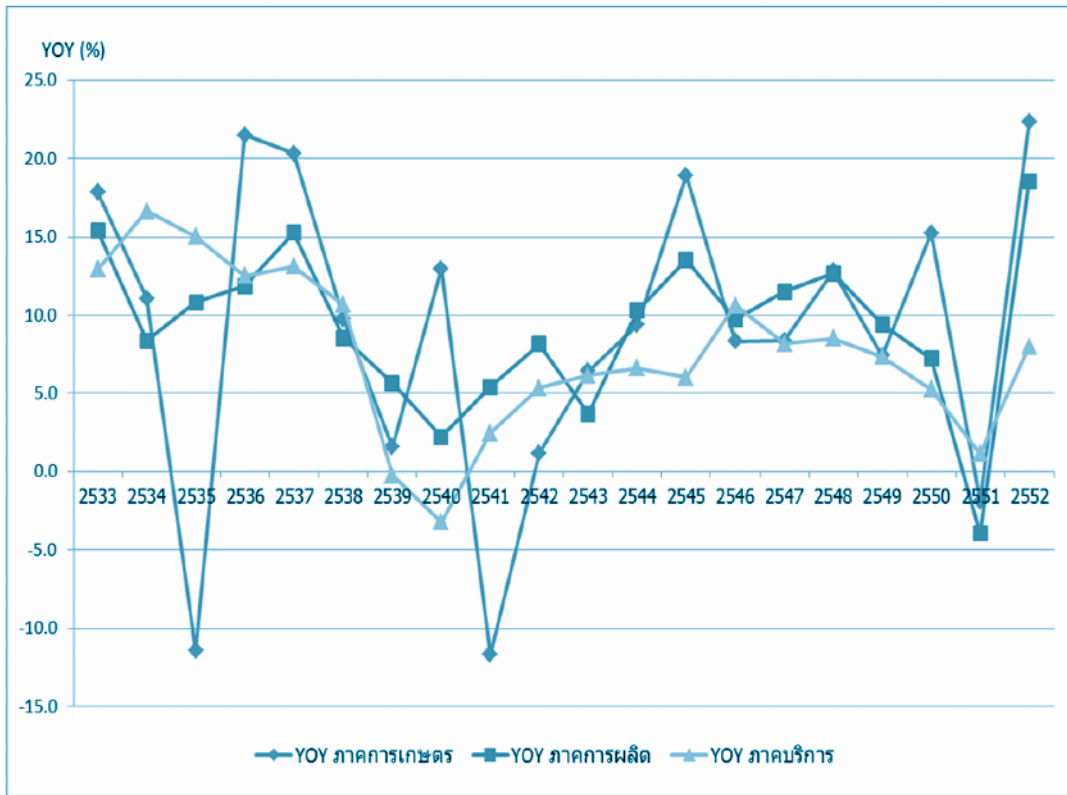
ที่มา: ASEAN Investment Report 2011 อ่าวใน เดือนเด่นและวิสัย (2555)

ภาพที่ 3 สัดส่วนการลงทุนในภาคบริการของไทย ปี 2553



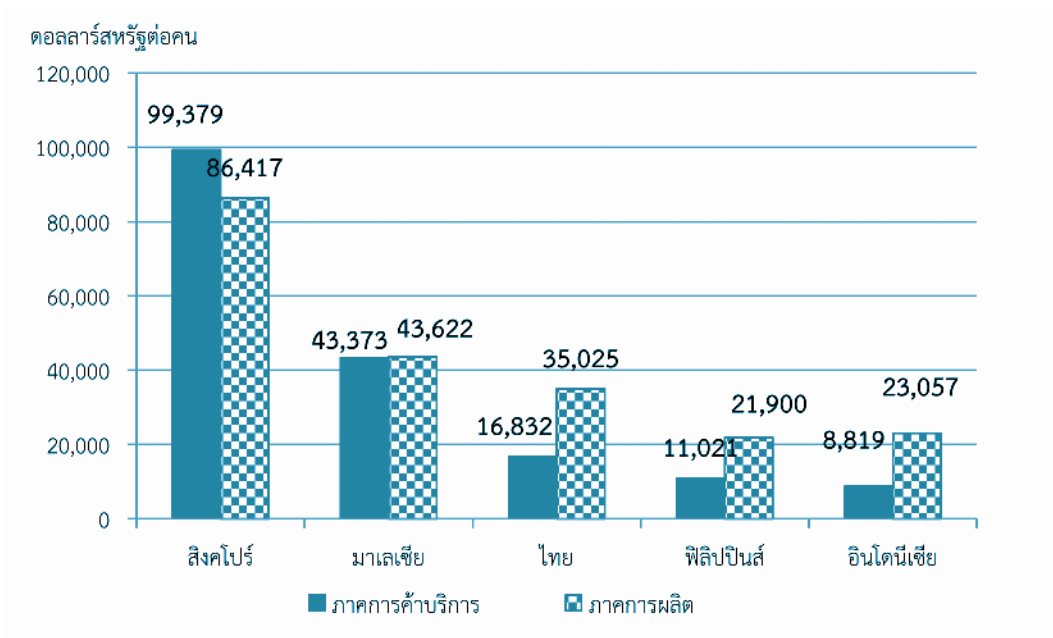
ที่มา: ASEAN Investment Report 2011 อ่าวใน เดือนเด่นและวิสัย (2555)

ภาพที่ 4 อัตราการขยายตัวของภาคอุตสาหกรรม ภาคบริการ และภาคเกษตร ปี 2533-2552



ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ อ่างใน เดือนเด่นและวิรัลย์ (2555)

ภาพที่ 5 ประสิทธิภาพของแรงงานในภาคการผลิตและภาคบริการ ปี 2554



ที่มา: IMD World Competitiveness Yearbook 2012 อ่างใน เดือนเด่นและวิรัลย์ (2555)

ด้านสุดท้าย การกำหนดรายการประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เป็นการสร้างอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ การเปลี่ยนแปลงรายการประเภทธุรกิจที่ได้รับการคุ้มครองเหล่านี้แทบไม่เกิดขึ้นเลยตลอดช่วงเวลา 40 ปี นับตั้งแต่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ในปี 2515 ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าประเทศไทยขาดแผนที่ชัดเจนในการเปิดเสรีภาคบริการ เมื่อผนวกการกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศเข้ากับกฎระเบียบภายในประเทศที่ไม่เอื้อต่อการแข่งขัน จึงทำให้เกิดการผูกขาดหรือมีลักษณะกึ่งผูกขาดในหลายสาขาของภาคบริการ ความไร้ประสิทธิภาพจากการผูกขาดหรือกึ่งผูกขาด ส่งผลให้ประชาชนไทยและผู้ประกอบการไทยต้องรับภาระอัตราค่าบริการที่สูงเกินควร ตัวอย่างเช่น อัตราค่าบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่รายเดือนของไทยสูงเป็นลำดับที่ 4 ของอาเซียน ซึ่งสูงกว่าทั้งสิงคโปร์ มาเลเซีย อินโดนีเซีย ลาว และเวียดนาม เป็นต้น (เดือนเด่นและวีรวัลย์, 2555)

นอกจากนี้ ในกรณีที่การให้บริการเป็นบริการชั้นกลางหรือเป็นบริการที่ธุรกิจอื่น ๆ จำเป็นต้องใช้ในการประกอบกิจการ เช่น การขนส่ง พลังงาน หรือการสื่อสาร การคุ้มครองผู้ประกอบการธุรกิจภาคบริการเหล่านี้ ย่อมเป็นการสร้างภาระต้นทุนให้กับผู้ประกอบการอื่น ๆ อย่างไม่เป็นธรรม และบั่นทอนขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศโดยรวม

ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ

ประเทศไทยต้องการการลงทุนจากต่างประเทศในภาคบริการ ทั้งเพื่อพัฒนาประสิทธิภาพของภาคบริการผ่านเงินลงทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ และเพื่อเพิ่มสภาพการแข่งขันในสาขาของภาคบริการที่มีการผูกขาดหรือมีลักษณะกึ่งผูกขาด แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นอุปสรรคสำคัญที่กีดขวางการลงทุน การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงมีความจำเป็น โดยมีข้อเสนอแนะเพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติ ดังนี้

- ยกเลิก (21) ในบัญชีสาม ทำพระราชบัญญัติ เพื่อ

เปลี่ยนแปลงรายการประเภทธุรกิจจาก positive list ให้เป็น negative list โดยระบุเฉพาะสาขาที่ไม่พร้อมรับการลงทุนจากต่างประเทศเท่านั้น

- พิจารณาทบทวนแก้ไขรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำพระราชบัญญัติ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ของเศรษฐกิจส่วนรวม มิใช่เพื่อเป็นการช่วยเหลือหรือคุ้มครองผู้ประกอบการเท่านั้น โดยควรเริ่มพิจารณายกเลิกการคุ้มครองสาขาบริการที่มีการผูกขาดหรือมีลักษณะกึ่งผูกขาด และสาขาบริการที่เป็นบริการชั้นกลาง หรือเป็นบริการที่ธุรกิจอื่น ๆ จำเป็นต้องใช้ในการประกอบกิจการ เช่น การขนส่ง พลังงาน หรือการสื่อสาร และในระยะต่อไปอาจทบทวนให้มีการยกเลิกบัญชีสาม ทำพระราชบัญญัติทั้งหมด โดยกำหนดระยะเวลาปรับตัวในสาขาบริการที่คาดว่าจะได้รับผลกระทบ ทั้งนี้ ผู้ประกอบการในสาขาบริการนั้น ๆ จะต้องนำเสนอข้อมูล หลักฐาน และชี้แจงเหตุผลแก่คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- ในกรณีที่การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาขาที่มีได้อยู่ในบัญชีแล้ว เป็นการลงทุนขนาดใหญ่มาก อาจพิจารณาให้มีการตั้งคณะกรรมการลงทุนต่างด้าว (foreign investment board) ในลักษณะเดียวกับที่ใช้ในสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย เพื่อพิจารณาการลงทุนนั้น ๆ ทั้งนี้จะต้องมีการกำหนดกฎระเบียบที่ชัดเจน
- การแก้ไขนิยาม “คนต่างด้าว” ให้รัดกุมมากยิ่งขึ้นยังคงมีความจำเป็น เช่น นิยามคนต่างด้าวโดยพิจารณาสัดส่วนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง การนับรวมหุ้นทางอ้อมหรืออำนาจในการบริหารจัดการ แต่การแก้ไขนิยามดังกล่าวมีอาจเกิดขึ้นได้ หากไม่มีการแก้ไขรายการประเภทธุรกิจในบัญชีสาม ทำพระราชบัญญัติ ให้สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทย รวมถึงนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจโดยรวม เพราะนิยามที่รัดกุมมากขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อนักลงทุนต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในปัจจุบัน และสร้างความยุ่งยากในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติรายใหม่ ทั้งนี้ ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมนิยาม ควร

มีการศึกษาที่ชัดเจนเกี่ยวกับผลกระทบต่อการลงทุนจากต่างชาติเสียก่อน

นอกจากนี้ เพื่อให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์จากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในภาคบริการอย่างแท้จริง นอกเหนือไปจากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ประเทศไทยยังคงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎ กติกา ในรายสาขาของภาคบริการภายใต้การกำกับดูแลของหน่วยงานต่างๆ เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขัน รวมไปถึงควรทบทวนนโยบายการลงทุนที่เน้นส่งเสริมเฉพาะภาคการผลิตด้วย

เอกสารอ้างอิง

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และสถณี อาชวานันทกุล.

2549. *โนมินี*. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ openbooks.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และวีรวัลย์ ไพบูลย์จิตต์อารี. 2555. AEC กับการปฏิรูปสาขาบริการ (AEC and Service Sector Reform). เอกสารประกอบงานสัมมนาวิชาการสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยประจำปี 2555 “ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน: มายาคติความเป็นจริง โอกาส และความท้าทาย” โรงแรมเซ็นทาราแกรนด์ และบางกอกคอนเวนชันเซ็นเตอร์ เซ็นทรัลเวิลด์, 26 พฤศจิกายน. สำนักบริหารการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. 2555. “คำจำกัดความของคนต่างด้าว ในประเทศสมาชิกอาเซียน.” เข้าถึงได้ที่ <http://www.dbd.go.th/mainsite/fileadmin/contents/foreign/files/pdf/ASEAN/ASEAN_Foreigner.pdf>

_____. 2554. “วิธีการนับหุ้นของคนต่างด้าวตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.” เข้าถึงได้ที่ <<http://www.dbd.go.th/mainsite/fileadmin/contents/cgbusiness/pdf/NEWS010954.pdf>>

ภาคผนวก บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทย และในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทยหรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

- (1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง
(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด
(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด
(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร
(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท
- (2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน

- (1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย
- (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก
- (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย
- (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย
- (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเขิน
- (6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น
 - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขโรคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น
 - (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
 - (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน
 - (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (12) การขายทอดตลาด ยกเว้น
 - (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม



- หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ
- (14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (16) การทำกิจการโฆษณา
- (17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม
- (18) การนำเที่ยว
- (19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- (20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช
- (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

**สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนา
ประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ)**

565 ซอยรามคำแหง 39 เขตวังทองหลาง
กรุงเทพฯ 10310

**Thailand Development
Research Institute (TDRI)**

565 Soi Ramkhamhaeng 39
Wangthonglang, Bangkok 10310 Thailand

Tel. 02-718-5460 ext. 216, 218

Fax. 02-718-5461-2

Website: <http://tdri.or.th>

Twitter: https://twitter.com/TDRI_thailand

Facebook: <https://www.facebook.com/tdri.thailand>