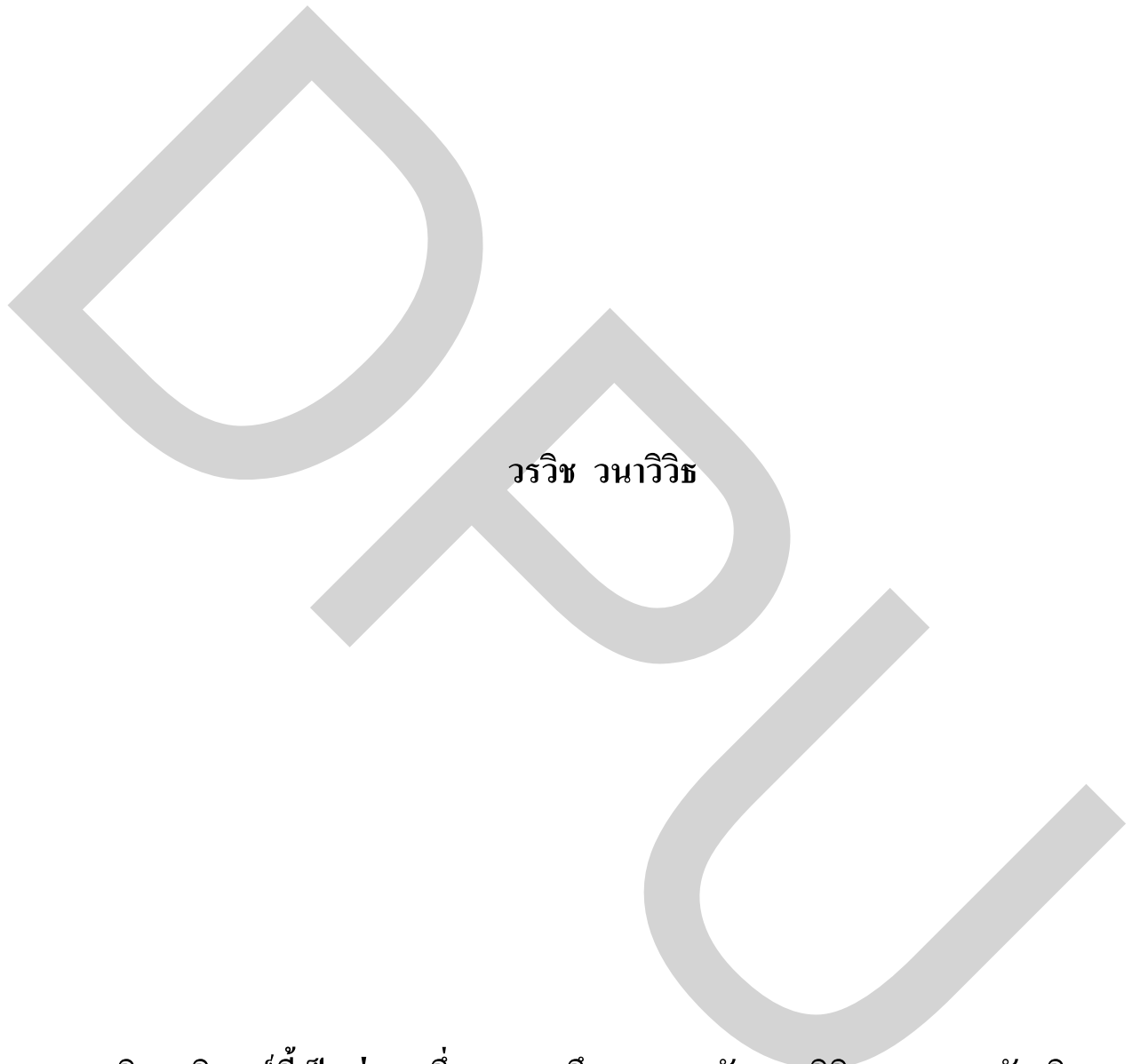


ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับการเปิดประชาคมอาเซียน



รรวิษ วนาวิษ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ปริธีดี พนมยงค์

มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2558

Legal issues in the business of aliens with the ASEAN Community

Worawit Wanawiwit

**A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws**

Department of Law

Pridi Banomyong Faculty of Law, Dhurakij Pundit University

2015

หัวข้อวิทยานิพนธ์	ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับการเปิดประชาคมอาเซียน
ชื่อผู้เขียน	วรวิช วนาวีวิท
อาจารย์ที่ปรึกษา	ศาสตราจารย์ ดร. ชีระ ศรีธรรมรักษ์
สาขาวิชา	นิติศาสตร์
ปีการศึกษา	2557

บทคัดย่อ

การศึกษาเรื่อง ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับการเปิดประชาคมอาเซียน (AEC) มีวัตถุประสงค์ศึกษา แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและปฏิกิริยาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายในประเทศอาเซียน การศึกษานี้เน้นเรื่องกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวของไทยและกฎหมายประเทศในกลุ่มอาเซียนเมื่อเข้าสู่ประชาคมอาเซียน (AEC) ตลอดจนข้อเสนอแนะทางกฎหมายต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 การศึกษานี้ศึกษาในขอบเขตปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น 1) ปัญหานิยามศัพท์“คนต่างด้าว” 2) ปัญหาการค้ามีผลกระทบโดยตรงต่อการแข่งขันทางการค้า 3) ปัญหาการลงทุนที่คนต่างด้าวได้สิทธิพิเศษมากขึ้นจากเงื่อนไขความร่วมมือการค้าระหว่างประเทศ 4) การอนุวัติกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) และ 5) ปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจโดยศึกษาเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

จากการศึกษาพบว่าปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามเงื่อนไขประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 นิยามของคนต่างด้าวจะเปลี่ยนไประหว่างนักลงทุนอาเซียนและนักลงทุนทั่วไปที่อยู่นอกกลุ่มอาเซียน รวมทั้งการเปิดเสรีการค้าการลงทุนมีผลกระทบโดยตรงต่อพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 เนื่องจากบทบัญญัติไม่ครอบคลุมและชัดเจนในการควบคุมดูแลพฤติกรรมที่ไม่เป็นธรรมและไม่สามารถควบคุมกลไกตลาดให้ดำเนินไปได้อย่างเสรีและด้วยความเป็นธรรมแท้จริงและคนต่างด้าวได้สิทธิพิเศษมากขึ้นจากเงื่อนไขความร่วมมือการค้าระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศสมาชิกอาเซียนตกลงปรับปรุงแก้ไขระเบียบ กฎหมาย ความตกลงที่เป็นข้อจำกัด อุปสรรค ของนักธุรกิจต่างด้าวซึ่งเป็นผลกระทบโดยตรงต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ปัญหาต่อมาคือการอนุวัติกฎหมาย

ภายในประเทศให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เนื่องจากมีกฎหมายหลายฉบับที่ต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ทำให้เกิดความล่าช้าเพราะกฎหมายบางฉบับต้องพิจารณาควบคู่กับอีกหลาย ๆ ฉบับไม่สามารถแยกพิจารณาเป็นเอกเทศได้และปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจที่พบคือการหลังไหลเข้ามาของทุนต่างประเทศมีผลให้ผู้ประกอบการท้องถิ่นของไทยที่ไม่พร้อมแข่งขันเสียเปรียบด้านกำลังทุนและเทคโนโลยีในการประกอบการ

สำหรับการศึกษาผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้ ควรบัญญัติปัญหานิยามของ “คนต่างด้าว” ให้ชัดเจนไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นทางตรงตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และควรมีแนวทางแก้ปัญหาตัวแทนอำพราง (Nominee) เช่น บัญญัตินิยามคำว่า “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิด ความชัดเจนทั้งความหมายและนิติกรรมทุกอย่าง บัญญัติพฤติกรรม ที่เข้าข่ายลักษณะการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง นอกจากนี้ใช้สิทธิจากรายการข้อสงวน (Reservation List) ในกรณีที่ผู้ประกอบการไทยยังไม่พร้อมแข่งขัน รวมถึงควรมีบทกำหนดโทษคนต่างด้าวที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายในความผิดฐานตัวแทนอำพราง รวมทั้งผู้มีสัญชาติไทยที่ให้การสนับสนุน และควรเตรียมการป้องกันปัญหา “การย้ายถิ่นแรงงาน” เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC แต่เน้น ๆ เช่นแก้ไขกฎหมาย พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 เพื่อให้การพัฒนาฝีมือแรงงานครอบคลุมถึงคนอาเซียนโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และพระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 และแก้ไข พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับการที่จะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ในทุกสาขาบริการ ภายในปี 2558

Thesis Title	Legal issues in the business of aliens with the ASEAN Community
Author	Worawit Wanawiwit
Thesis Advisor	Professor Dr.Thira Srithamaraks
Department	Law
Academic Year	2014

ABSTRACT

The objective of research Problems of Foreign business laws relating to Asean Economics Community (AEC) was to study about idea, theory, derivation and declaration about foreign business under Foreign Business Act B.E. 2542 and other laws in Asean Countries.

This research was emphasized about Thai Foreign Business Act. B.E.2542 and the other Laws in Asean Countries after entered to the community (AEC) and legal suggestion for Foreign Business Act B.E. 2542

The scope of this research is to study about the legal problems which relating to 1) Problem of Definition of “Foreigners” 2) Problem of Trade which directly effects to trade competition 3) Problem of foreign investor rights which is increased from International Trade Cooperation 4) To amend Thai laws to accord with AEC conditions and 5) To study about Problems of Economic Security by comparison with Republic of Singapore, Federation of Malaysia, Republic of Indonesia, Lao People's Democratic Republic and Socialist Republic of Vietnam.

The result of this research is found out that

The legal problem of definition of “foreigners” under Foreign Business Act B.E. 2542. The Asean investors are allowed to hold more than 70 percent of the shares according to the condition of AEC, so the definition of “foreigners” will be different between Asean investors and other foreign investors.

To establish Free Trade and Investment Zone will directly impact to Trade Competition Act B.E.2542 because the laws under this act do not cover and clear to control unjust behavior and not able to control the process of marketing machinery independently and impartially

The foreigners will have more rights from International Cooperation condition because Asean countries agree to amend the rule, laws, limitation agreement and impediment of foreign investors which directly effect to Foreign Business Act B.E.2542

Problem of Amendment Thai Laws to comply with the condition of AEC. There are many Thai Laws must be amended to comply with AEC and it causes lateness, because some laws have to be considered in the meantime with other laws, not able to be individually considered.

The Problem of Economic Security which was found, is foreign capital was flown in and causes disadvantage in capital and technology to local investor who does not ready to complete with.

The recommendations of this research are as follows;

The definition of “Foreigner” must be clearly regulated either holding direct share under Foreign Business Act B.E.2542 which allowed foreigner to hold 49 percent of the share, or holding indirect share by using person or juristic person to hold 51 percent of share as a nominee. The law must be cleared if the foreigner is able to hold indirectly share, if not, the qualification of the share holder who holds 51 percent must be clearly regulated.

We shall have process to solve the Conceal Agents problem (nominee) such as, to regulate the definition of “Conceal Agents” and “Conceal transactions” to be clear in meaning and any juristic acts which could be offence of being Conceal Agents.

Thai entrepreneurs shall have the rights in “Reservation List” in case they are not able to compete in.

We shall have a penalty for the foreigner who intended to commit an offence of Conceal Agents, Thai advocate either.

Prevention of Labor Migration Problem must be early prepared if AEC is started. Such as to amend Encouragement Skill Development Act B.E.2545 to develop all Asean labors skill without discrimination, Labor Relations Act B.E.2518, Labor of Public Enterprise Relation Act B.E.2542 and 2543 and to amend Foreign Business Act B.E.2542 to conform the permission to Asean investors to hold more than 70 percent of the shares in every services within 2015

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาและช่วยเหลือจากผู้มีพระคุณหลายท่าน ที่ได้ช่วยให้คำปรึกษาและแนะนำ พร้อมทั้งชี้แนะแนวทางการศึกษาและหาข้อมูลให้แก่ผู้เขียน เพื่อจัดทำวิทยานิพนธ์มาโดยตลอด

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร. ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ได้ให้โอกาสแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์และเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำแนวทางการจัดทำ ตลอดจนชี้แนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่ได้รับเป็นที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์ ให้โอกาสแก่ผู้เขียนในการจัดทำวิทยานิพนธ์และเป็นที่ปรึกษาในการทำวิทยานิพนธ์แก่ผู้เขียน พร้อมทั้งให้คำแนะนำ ความรู้ ตลอดจนชี้แนะแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนเสร็จสมบูรณ์ โดยท่านได้เสียสละเวลาเป็นอย่างยิ่ง ในการให้ความรู้แนะแนวทาง จนทำให้ผู้เขียนจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เสร็จลุล่วงขึ้นมาได้

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ และรองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ ที่ได้กรุณารับเป็นกรรมการการสอบวิทยานิพนธ์ และได้สละเวลาของท่านมาให้คำแนะนำ ชี้แนะแนวทางเพิ่มเติม เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

นอกจากคณาจารย์ผู้มีพระคุณที่กล่าวมาแล้ว ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ บิดา มารดา ผู้ซึ่งเป็นกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มาโดยตลอด อีกทั้งคอยสนับสนุนผู้เขียนในทุก ๆ ด้าน ตลอดจนเพื่อน ๆ นิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ รหัส 53 ทุกท่าน ที่คอยให้กำลังใจและให้คำปรึกษาผู้เขียนตลอดมา

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	๗
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	๖
กิตติกรรมประกาศ.....	๗
สารบัญตาราง	๘
บทที่	
1. บทนำ	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	3
1.3 สมมติฐานของการศึกษา.....	4
1.4 ขอบเขตของการศึกษา.....	4
1.5 วิธีดำเนินการศึกษา	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
2. แนวคิดทฤษฎี ความเป็นมาและปฏิกูญญาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน	6
2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	6
2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	11
2.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	22
2.4 ปฏิกูญญาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	30
3. ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยเปรียบเทียบกับ ประเทศในกลุ่มอาเซียน.....	37
3.1 ปัญหาตามกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทย	37
3.1.1 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521	37
3.1.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	39
3.1.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.....	41
3.1.4 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522	41
3.2 หลักกฎหมายต่างประเทศในกลุ่มอาเซียน	43

สารบัญ (ต่อ)

บทที่	หน้า
3.2.1 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์	43
3.2.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของ สหพันธรัฐมาเลเซีย	48
3.2.3 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย.....	58
3.2.4 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของ สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม.....	69
3.2.5 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของ สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว	74
4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรองรับ ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC).....	79
4.1 ปัญหานियามศัพท์	79
4.2 ปัญหาด้านการค้า.....	81
4.3 ปัญหาการลงทุน.....	86
4.4 ปัญหาข้อกฎหมาย.....	93
4.5 ปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ.....	104
5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	106
5.1 บทสรุป.....	106
5.2 ข้อเสนอแนะ	110
บรรณานุกรม	112
ประวัติผู้เขียน	117

สารบัญตาราง

ตารางที่	หน้า
3.1 ประเภทกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย.....	64
3.2 กิจการที่สงวนไว้สำหรับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย	66
4.1 ธุรกิจที่ไทยจะได้รับประโยชน์และที่จะได้รับผลกระทบจาก การเปิดเสรีการลงทุน	81
4.2 แสดงข้อสงวนด้านการลงทุนของไทยภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA).....	100

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศไทยทำให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการมากขึ้น ทำให้ประเทศไทยมีความตกลงทางการค้ากับประเทศต่าง ๆ มากมาย มีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่อาศัยในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าการลงทุนเพิ่มขึ้น การเปิดเสรีการค้าการลงทุนภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) มีผลต่อนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กล่าวคือเดิมที่กำหนดให้คนต่างด้าวมีหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 หากขยายเขตแดนตามเงื่อนไขประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 นิยามของคนต่างด้าวจะเปลี่ยนไประหว่างนักลงทุนอาเซียนและนักลงทุนทั่วไปที่อยู่นอกกลุ่มอาเซียน กล่าวโดยสรุปคือเกิดปัญหาทางกฎหมายการแบ่งแยกนิยามระหว่าง 1) นิยามคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สำหรับนักลงทุนทั่วไปที่อยู่นอกกลุ่มอาเซียน และ 2) นิยามคนต่างด้าวตามเงื่อนไขของการเปิดประชาคมอาเซียน (AEC) นักลงทุนอาเซียนสามารถเข้ามาแข่งขันได้โดยตรงกับธุรกิจของไทย ภายใต้เงื่อนไขการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน การเคลื่อนย้ายเงินทุนเสรีในอาเซียนโดยมีสิทธิและเสรีภาพตามประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนส่งผลให้ผู้ประกอบการไทยที่ยังไม่พร้อมสำหรับการแข่งขันจะได้รับผลกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ด้านปัญหาด้านการค้า มีผลกระทบโดยตรงต่อพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า 2542 ในอดีตที่ผ่านมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2480 ประเทศไทยมีกฎหมายควบคุมไม่ให้ผู้ประกอบการในตลาดใช้อำนาจผูกขาดการค้า เช่น พระราชบัญญัติ ป้องกันการค้ากำไรเกินควร พ.ศ. 2480 หลังจากนั้นได้มีการแก้ไขสองครั้งและออกฉบับใหม่อีกหนึ่งครั้งจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติ ป้องกันการค้ากำไรเกินควรถูกยกเลิกโดยมี พระราชบัญญัติ กำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 ขึ้นมาใช้แทน ต่อมากฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าและป้องกันการผูกขาด พ.ศ. 2522 และมาจนถึง พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 นั้นก็ยังคงมีปัญหาที่บทบัญญัติไม่ครอบคลุมและชัดเจน กฎหมายนี้ยังไม่เพียงพอในการควบคุมดูแลพฤติกรรม

ที่ไม่เป็นธรรมและไม่สามารถควบคุมกลไกตลาดให้ดำเนินไปได้อย่างเสรีและด้วยความเป็นธรรมแท้จริง ทำให้ยังคงมีการผูกขาดเกิดขึ้นในตลาด

ปัจจุบันคนต่างด้าวยังจะได้สิทธิพิเศษมากขึ้นจากเงื่อนไขความร่วมมือการค้าระหว่างประเทศซึ่งกำลังจะมีผลในเวลาไม่ช้านี้ นั่นคือ ความตกลงประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community-AEC) ที่จะเกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2558 นี้ ประเทศอาเซียนได้ขยายขอบเขตความร่วมมือกว้างมากขึ้น ประเทศสมาชิกอาเซียนตกลงปรับปรุงแก้ไขระเบียบ กฎหมาย ความตกลงที่เกี่ยวกับพิธีการทางศุลกากร เพื่อลดขั้นตอนพิธีการด้านศุลกากร อำนวยความสะดวกทางการค้า สนับสนุนการขนส่งสินค้าข้ามชายแดน ปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย กฎระเบียบที่เป็นข้อจำกัดอุปสรรค ของนักธุรกิจต่างด้าวและนักลงทุนไทยในการแข่งขันกับนักธุรกิจ นักลงทุนในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนด้วยกัน โดยการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย กฎระเบียบ ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจคนเข้าเมือง เพื่ออำนวยความสะดวกในการตรวจลงตราแก่นักธุรกิจ นักลงทุน ผู้ประกอบวิชาชีพและแรงงานฝีมืออาเซียน แก้ไขกฎหมายที่เป็นข้อจำกัดและอุปสรรคในการเข้าสู่ประชาคมอาเซียน เช่น อนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70¹ ในทุกสาขาบริการภายในปี 2558 ซึ่งขยายความร่วมมือจากข้อตกลง ACIA ที่ไม่ครอบคลุมสาขาบริการ

ปัญหาการบังคับใช้ข้อกำหนดการอนุญาตกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ซึ่งเป็นข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยกับประเทศที่คนต่างด้าวมีสัญชาติอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครอง มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในไทยได้ การอนุญาตกฎหมายภายในประเทศดังกล่าวมีกฎหมายหลายฉบับที่ต้องพิจารณา อาทิพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และยังมีกฎหมายอื่น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 เป็นต้น

นอกจากนี้ยังมีปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจเกิดจากเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ส่งผลต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ต้องแก้ไขให้สอดคล้องกับการที่จะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ในทุกสาขาบริการภายในปี พ.ศ. 2558 จากเดิมที่กำหนดไว้ไม่เกินร้อยละ 49 ข้อกำหนดด้านแรงงานของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของอาเซียน โดยรวม เนื่องจากการเคลื่อนย้ายแรงงานเสรีจะส่งผลดีที่เห็นได้ชัดต่อตลาดแรงงาน กล่าวคือ ตลาดแรงงาน

¹ จาก AEC NEWS ALERTS (น. 1), โดย กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2556, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

จะมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเศรษฐกิจทั่วโลกในปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะผนวกเข้าหากัน แรงงานในแต่ละประเทศจะมีโอกาสเลือกทำงานในสถานที่หรือในประเทศที่มีโอกาสที่เขาจะสามารถแสดงศักยภาพได้สูงสุด และก่อให้เกิดรายได้ที่สูงขึ้นตามไปด้วย ซึ่งจะทำให้ประเทศมีการขยายตัวทางเศรษฐกิจอย่างกว้างขวาง ในทางกลับกันเมื่อมีผลดีย่อมต้องมีผลเสียตามมาด้วยเงื่อนไขดังกล่าว นักลงทุนอาเซียนสามารถถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ทำให้องค์กรธุรกิจนั้น ๆ มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยปริยาย โดยเฉพาะปัญหาทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในบัญชี 3 แนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

ปัญหากฎหมายดังกล่าวมีผลอย่างมากต่อการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวปัญหาเดิมตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ที่ยังมีปัญหาเรื่องรายเอียดจำนวนการถือครองหุ้นที่แบ่งแยกไม่ชัดเจนระหว่างคนต่างด้าวกับคนไทยจนเกิดปัญหาตัวแทนอำพรางประกอบกับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) นอกจากนี้ยังมีปัญหาทางกฎหมายอีกหลายด้านที่เกี่ยวข้อง อาทิ กฎหมายหลายฉบับที่ต้องอนุวัติให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือระหว่างประเทศซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้าง ทั้งต่อการค้าการลงทุน และเศรษฐกิจโดยรวมของไทย

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ความเป็นมาและปฏิญญาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)
2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายประเทศในกลุ่มอาเซียน
3. เพื่อศึกษาปัญหาและวิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายในประเทศอาเซียนเพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)
4. เพื่อข้อเสนอแนะประเด็นสำคัญทางกฎหมายเพื่อพิจารณาแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาในขอบเขตปัญหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง เช่น ในเรื่องนิยามศัพท์ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เสนอปัญหาการทำให้มีผลกระทบโดยตรงต่อพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 รวมทั้งปัญหาการลงทุนที่คนต่างด้าวได้สิทธิพิเศษมากขึ้นจากเงื่อนไขความร่วมมือการค้าระหว่างประเทศ ความตกลงประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community-AEC) รวมไปถึงการอนุวัติกฎหมายภายในประเทศให้สอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) และปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจโดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

1.4 สมมติฐานของการวิจัย

การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ส่งผลต่อปัญหาทางกฎหมายของไทย ปัญหากฎหมายว่าด้วยนิยามของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ระหว่างนิยามปัจจุบันกับนิยามใหม่ตามเงื่อนไขของการเปิดประชาคมอาเซียน (AEC) ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษาเกี่ยวกับนักลงทุนอาเซียนที่มีกำลังทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าสามารถแข่งขันกับธุรกิจท้องถิ่นได้ ขณะที่กฎหมายแข่งขันทางการค้ายังมีเนื้อหาคลุมเครือด้านการกำหนดขอบเขตการมีอำนาจเหนือตลาดและการผูกขาด และปัญหาการอนุวัติกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องให้สอดคล้องเพื่อรองรับการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานเสรีซึ่งมีผลต่อความมั่นคงทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

การวิจัยครั้งนี้จะเป็นการศึกษาเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องนั้นประกอบด้วยตำราทางวิชาการ วารสาร บทความ ข่าว หนังสือพิมพ์ เอกสารของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสื่อทาง อิเล็กทรอนิกส์ทั้งของในประเทศและต่างประเทศโดยนำข้อมูลทั้งหมดมานำเสนอในลักษณะพรรณนาและวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียเสนอแนะแนวทางต่าง ๆ ที่เหมาะสม

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึงแนวคิด ความเป็นมา และปฏิกิริยาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายในประเทศอาเซียน เพื่อรองรับการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยนิยามคนต่างด้าวทั้งก่อนและหลังเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เพื่อนำไปสู่การกำหนดนิยามที่ชัดเจนอันมีผลต่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน

3. ทำให้ทราบถึงปัญหาและข้อเสนอแนะทางกฎหมายต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายในประเทศอาเซียน เพื่อรองรับการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

4. เพื่อเสนอแนะประเด็นสำคัญ รวมถึงมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสม เพื่อพิจารณาต่อการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามเงื่อนไขของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เพื่อนำไปสู่การอนุวัติกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นรูปแบบหนึ่งของระบบเศรษฐกิจทุนนิยมที่กำลังเป็นกระแสเศรษฐกิจของประชาคมโลกในปัจจุบัน โดยเฉพาะภูมิภาคอาเซียนที่กำลังพัฒนาความร่วมมือทางเศรษฐกิจเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ซึ่งมีเงื่อนไขเปิดเสรีการค้าและการบริการทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายการค้า การเงิน และการลงทุนระหว่างประเทศสมาชิกได้มากขึ้น และคล่องตัวขึ้น สิ่งที่มาคือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนอาเซียนที่สามารถลงทุนในประเทศสมาชิกได้อย่างเสรี ขณะเดียวกันประเทศที่รองรับการลงทุนก็ต้องอำนวยความสะดวกต่าง ๆ ให้กับนักลงทุนดังกล่าวด้วย

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือการลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อประเทศที่รับการลงทุนซึ่งเรียกว่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ การลงทุนประเภทนี้นักลงทุนที่เป็นคนต่างด้าวเข้ามาลงทุนและบริหารจัดการกิจการของตนเองภายใต้กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุนซึ่งมีลักษณะและความหมายของการลงทุน คือ

2.1.1 ความหมายและลักษณะของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) มีความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศทำให้เกิดการพัฒนาและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันซึ่งส่งผลต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ ในปัจจุบันนี้ประเทศต่าง ๆ ได้ให้ความสำคัญกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ซึ่งแต่ละประเทศมีการใช้นโยบายและมาตรการต่าง ๆ เพื่อแข่งขันดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศกันอย่างมาก

Kindleberger¹ ได้ให้ความหมายของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศไว้ว่าเป็นการที่เจ้าของเงินทุนเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศโดยการออกพันธบัตร การซื้อขายหลักทรัพย์

¹ From *American Business Aboard: Six Lecture on Direct Investment* (pp. 1-2), by Kindleberger, C.P., 1966, New Haven: Yale University Press.

ในตลาดหลักทรัพย์ การให้สินเชื่อระยะสั้น รวมถึงการลงทุนโดยตรง ซึ่งข้อแตกต่างระหว่างการลงทุนโดยตรงกับการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศ คือ การลงทุนทางตรงจากต่างประเทศจะเป็นการที่ชาวต่างชาติเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจ เข้ามาเป็นเจ้าของ และจัดการในกิจการที่ได้เข้ามาลงทุน

รัตนา สายคณิต² ได้ให้ความหมายของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศไว้ว่า เป็นการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศที่มีเป้าหมายหลักเพื่อการเข้าควบคุมในการจัดการและกำไรขององค์กรธุรกิจ在不同ประเทศ ซึ่งการเข้าไปควบคุมนั้นสามารถทำได้ 3 วิธี คือ (1) การเข้าไปซื้อกิจการขององค์กรธุรกิจที่มีอยู่แล้วในประเทศผู้รับทุน (2) การตั้งกิจการสาขาขึ้น在不同ประเทศ (3) การเข้าไปตั้งองค์กรธุรกิจใหม่ในประเทศผู้รับทุน

เสาวรินทร์ สายรังษี³ ได้ให้ความหมายของการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศไว้ว่า การที่นักลงทุนจากประเทศหนึ่ง เข้าไปลงทุนประกอบกิจการผลิตสินค้าและบริการขึ้นในประเทศอื่น โดยที่การลงทุนอาจเกิดจากการเคลื่อนย้ายเงินทุนออกไปทำการลงทุนยังต่างประเทศของนักลงทุนโดยตรง หรือเป็นการลงทุน โดยที่นักลงทุนอาศัยเงินทุนจากแหล่งภายนอกประเทศ ทั้งนี้มีวัตถุประสงค์ของการลงทุนเพื่อเป็นการเข้าไปมีบทบาทและอำนาจในการควบคุมกระบวนการบริหารงาน การตัดสินใจ ตลอดจนผลกำไรของกิจการที่ทำการลงทุนนั้น ซึ่งการลงทุนโดยตรง在不同ประเทศนี้สามารถกระทำได้ในหลายลักษณะ เช่น การลงทุนสร้างโรงงานหรือกิจการสาขาขึ้นมาใหม่ การซื้อกิจการเดิมที่มีอยู่หรือการร่วมลงทุนหรือร่วมเป็นเจ้าของกิจการกับนักลงทุนรายอื่น เป็นต้น

อภิรัฐ ตั้งกระจ่าง⁴ ได้ให้ความหมายการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) ว่าเป็นการลงทุนที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศมีส่วนร่วมในการบริหารและควบคุมกิจการซึ่งอาจกระทำโดยการเข้าไปซื้อกิจการของบริษัทผู้ผลิตเดิมในฐานะผู้ถือหุ้นรายใหญ่ การเข้าไปตั้งบริษัทสาขาในประเทศที่เข้าไปลงทุน การเข้าไปจัดตั้งบริษัทใหม่ในประเทศที่เข้าไปลงทุน จากคำจำกัดความข้างต้นที่นักเศรษฐศาสตร์หลายท่านได้กล่าวมา พอสรุป ได้ว่าการลงทุนนั้นมีส่วนประกอบหลายประการ แต่มีสิ่งที่สำคัญคือ นักลงทุนต่างประเทศมีเงินทุนมาลงทุน ประกอบ

² จาก เศรษฐศาสตร์การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ (น. 5-4), โดย รัตนา สายคณิต, 2530, กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

³ จาก การลงทุนทางตรง在不同ประเทศของบริษัทไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญาโท) (น. 1), โดย เสาวรินทร์ สายรังษี, 2537, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

⁴ จาก ธุรกิจระหว่างประเทศ (International business) (น. 239), โดย อภิรัฐ ตั้งกระจ่าง, 2543, กรุงเทพฯ: ธนรัชการพิมพ์.

ธุรกิจและควบคุมกิจการในประเทศผู้ลงทุน ซึ่งสามารถทำได้หลายวิธีโดยมีผู้ลงทุน ได้แก่ บุคคลธรรมดา นิติบุคคลรวมทั้งรัฐบาล แต่จะเป็นการลงทุนโดยตรงจากภาคเอกชนเป็นส่วนใหญ่

2.1.2 ปัจจัยที่มีอิทธิพลต่อการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ

1) ปัจจัยที่เกิดจากประเทศผู้ลงทุน

(1) ปัจจัยทางด้านองค์กัธุรกิจมีทรัพย์สินพิเศษบางประการในครอบครอง คือ การที่องค์กัธุรกิจนั้น ๆ มีสินทรัพย์พิเศษบางอย่างอยู่ในครอบครอง การมีสินทรัพย์พิเศษทำให้ องค์กัธุรกิจต่างประเทศมีความได้เปรียบเหนือองค์กัธุรกิจของประเทศผู้ลงทุน⁵

(2) ปัจจัยทางด้านการตลาด เป็นปัจจัยที่กระตุ้นให้องค์กัธุรกิจลงทุนทางตรง ในต่างประเทศ เพื่อเป็นการสร้างอำนาจผูกขาด เพื่อการรักษาสถานภาพในการแข่งขัน และ เพื่อทดแทนการค้าต่างประเทศกล่าวคือ

ก. เพื่อเป็นการสร้างอำนาจผูกขาด เป็นการลงทุนในต่างประเทศเพื่อสร้างพลัง ของตนเอง (Offensive Direct Investment) ซึ่งทำให้เข้าถึงตลาดต่างประเทศได้มากกว่าคู่แข่งอื่น ๆ มักจะมีผลทำให้ผู้ริเริ่มทำการลงทุนมีอำนาจผูกขาด จนได้รับส่วนแบ่งของตลาดในประเทศที่เข้าไป ทำการลงทุนมากกว่าคู่แข่งที่ทำการผลิตอยู่ในประเทศของตน และสามารถส่งสินค้าเข้าไปขาย ในประเทศนั้น

ข. เพื่อการรักษาสถานภาพในการแข่งขัน เป็นการลงทุนเพื่อป้องกันตนเอง (Defensive Direct Investment) เมื่อมีผู้ริเริ่มไปทำการลงทุนทางตรงในต่างประเทศเกิดขึ้นแล้ว คู่แข่งรายอื่น ๆ จำเป็นต้องดำเนินตาม เพื่อมิให้ตนต้องสูญเสียส่วนแบ่งของตลาดในต่างประเทศ นั้น ๆ ไป

ค. เพื่อทดแทนการค้าต่างประเทศ การค้าต่างประเทศประกอบด้วย การส่งออก และการนำเข้า ดังนั้นจึงเกี่ยวข้องกับตลาดสินค้าส่งออกของประเทศและตลาดสินค้านำเข้าภายในประเทศ หากมีการขยายตัวของตลาดสินค้าออกของประเทศหรือตลาดสินค้านำเข้าภายในประเทศอาจมีผลให้ทำการลงทุนทางตรงในต่างประเทศเพื่อทดแทนการค้าต่างประเทศ

(3) ปัจจัยทางด้านต้นทุน เป็นปัจจัยที่สำคัญในการตัดสินใจเลือกแหล่งที่ตั้งโรงงาน จะต้องพิจารณาเลือกแหล่งที่ตั้งโรงงานที่ทำให้ตนเองได้รับกำไรสูงสุด คือจะเลือกที่ตั้งโรงงาน ในแหล่งที่ทำให้เกิดส่วนต่างมากที่สุดระหว่างรายรับกับรายจ่ายที่เป็นต้นทุนการผลิตและต้นทุน ค่าขนส่ง ซึ่งแหล่งที่ตั้งที่เหมาะสมอาจจะเป็นแหล่งที่ใกล้ปัจจัยการผลิตหรือแหล่งที่ตั้งใกล้ตลาดก็ได้ ในกรณีที่ต้นทุนค่าขนส่งเป็นปัจจัยที่สำคัญ

⁵ จาก มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (น. 12), โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษา แห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

(4) ปัจจัยอื่น ๆ ภายในประเทศที่กระตุ้นการลงทุนทางตรงต่างประเทศ ได้แก่ นโยบายของรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุน อิทธิพลของสภาพแรงงานในประเทศ การยอมรับความเสี่ยงของผู้ถือหุ้นขององค์กรธุรกิจ ดังมีรายละเอียดต่อไปนี้

ก. นโยบายของรัฐบาลของประเทศผู้ลงทุน การลงทุนทางตรงในต่างประเทศ อาจเกิดจากการที่รัฐบาลของบางประเทศสนับสนุนให้นักลงทุนภาคเอกชนทำการลงทุนทางตรงต่างประเทศโดยใช้มาตรการต่าง ๆ

ข. อิทธิพลของสภาพแรงงาน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาข้อขัดแย้งต่าง ๆ กับสภาพแรงงานในประเทศ นักลงทุนจึงยินดีที่จะไปลงทุนทางตรงเพื่อตั้งโรงงานผลิตสินค้าในแหล่งอื่นที่นอกจากจะมีค่าจ้างแรงงานถูกแล้ว แรงงานยังไม่สามารถรวมตัวกันเป็นสหภาพแรงงานหรือแรงงานยังไม่พร้อมที่จะรวมตัวกันก็ได้

ค. ความยินยอมของผู้ถือหุ้น การลงทุนทางตรงต่างประเทศจะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นของนักลงทุนให้ความยินยอมที่จะให้ใช้เงินทุนของสินทรัพย์อื่น ๆ ของกิจการบางส่วน เพื่อการลงทุนทางตรงต่างประเทศซึ่งมีเชื้อชาติ ศาสนา ระบบกฎหมาย และสภาพแวดล้อมต่าง ๆ แตกต่างไป ยังต้องรับภาระเสี่ยงภัยเนื่องจากการดำเนินกิจการล้มเหลว ต้องประสบภาวะขาดทุน

2) ปัจจัยที่มีอยู่ในประเทศผู้รับทุน

ปัจจัยที่มีอยู่ในประเทศผู้รับทุนที่สนับสนุนการลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ ได้แก่ นโยบายของรัฐบาลของประเทศที่เข้าไปลงทุน การลดความขัดแย้งของความรู้สึกชาตินิยม (Nationalism) การเข้าร่วมเป็นภาคีในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ทรัพย์สินทางปัญญา ทางอุตสาหกรรม การเป็นแหล่งทรัพยากรและแหล่งแรงงาน และความมีเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราระหว่างประเทศ กล่าวคือ⁶

(1) นโยบายของรัฐบาลของประเทศที่เข้าไปลงทุน เช่น นโยบายการค้าคุ้มกัน นโยบายพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศ และนโยบายส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ การดำเนินนโยบายของรัฐบาลของประเทศผู้รับทุน จึงมีส่วนกระตุ้นให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาทำการลงทุนทางตรงในประเทศนั้น และแม้ว่าสินค้าที่ผลิตขึ้นจะเป็นการผลิตโดยสาขาขององค์กรธุรกิจต่างประเทศก็ตาม แต่ก็เป็นการผลิตขึ้นภายในประเทศนั้น จึงมักได้รับสิทธิพิเศษในด้านต่าง ๆ มากกว่าสินค้าสำเร็จรูปที่นำเข้าจากต่างประเทศ

⁶ แหล่งเดิม.

(2) ความรู้ศึกษาตินิยมของคนในประเทศ ประชาชนมีความรู้ศึกษาตินิยมอย่างรุนแรง ทำให้เกิดการต่อต้านการใช้สินค้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นอุปสรรคในการส่งสินค้าเข้าไปขายในประเทศดังกล่าว นักลงทุนต่างประเทศจึงหาทางลดข้อขัดแย้งดังกล่าว โดยเข้ามาทำการลงทุนทางตรงในประเทศร่วมกับคนของประเทศแทน แม้ว่าจะยังคงผลิตสินค้าภายใต้เครื่องหมายการค้า ตลอดจนใช้เทคโนโลยีของกิจการแม่ในต่างประเทศก็ตาม แต่ความรู้ศึกษาของประชาชนในการต่อต้านสินค้านี้จะลดน้อยกว่ากรณีที่ได้มีการนำเข้าสินค้าสำเร็จรูปจากต่างประเทศ

(3) การเข้าร่วมเป็นภาคีในการให้ความคุ้มครองทางกฎหมายแก่ทรัพย์สินทางปัญญาทางอุตสาหกรรม ทำให้ประเทศยอมให้ชาวต่างประเทศสามารถจดทะเบียนสิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า ความลับทางการค้า และลิขสิทธิ์ของตนได้ และให้การคุ้มครองตามกฎหมายในกรณีที่มีการละเมิดทรัพย์สินทางปัญญาเหล่านี้ เป็นต้น ก็มีผลกระตุ้นให้นักลงทุนประเทศเข้ามาทำการลงทุนทางตรงในประเทศที่ได้ให้การคุ้มครองดังกล่าว

(4) การเป็นแหล่งทรัพยากรและแหล่งแรงงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ถ้าแหล่งทรัพยากรที่ประเทศนั้นมีอยู่นั้นเป็นทรัพยากรที่ค่อนข้างหายาก เช่น แร่ธาตุบางชนิด น้ำมันดิบ ก๊าซธรรมชาติ เป็นต้น และประเทศที่เป็นเจ้าของทรัพยากรไม่มีความรู้และความสามารถเพียงพอที่จะนำทรัพยากรที่มีอยู่มาใช้ให้เป็นประโยชน์ได้เองแล้ว ก็ต้องเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุนทางตรง หรือการมีทรัพยากรธรรมชาติอื่น ๆ หรือมีแรงงานมากโดยมีค่าแรงถูกก็เป็นปัจจัยหนึ่งที่ดึงดูดให้นักลงทุนต่างประเทศเข้ามาลงทุน เพราะจะช่วยให้สามารถผลิตสินค้าได้โดยเสียต้นทุนต่ำกว่าการผลิตในประเทศของผู้ลงทุนเอง

(5) ความมีเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราระหว่างประเทศของประเทศผู้รับทุน จำเป็นต้องพิจารณาว่าอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราของประเทศของประเทสนั้นมีเสถียรภาพหรือไม่ ทั้งนี้เพราะความไม่มีเสถียรภาพของอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราอาจมีผลทำให้องค์กรธุรกิจต้องประสบการขาดทุนหรือได้ผลกำไรน้อยกว่าที่คาดคะเนไว้ และมูลค่าของทรัพย์สินเมื่อคิดอยู่ในหน่วยของเงินตราต่างประเทศอาจจะมีค่าลดลงได้ ทำให้มีความเสี่ยงมากขึ้น ซึ่งเป็นความเสี่ยงอันเกิดจากการเปลี่ยนแปลงในอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ

3) ปัจจัยภายนอกประเทศ

ปัจจัยภายนอกประเทศที่สำคัญที่ส่งเสริมให้มีการขยายการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ ได้แก่ ความก้าวหน้าในการขยายและการปรับปรุงเทคโนโลยีในการสื่อสารและการคมนาคมระหว่างประเทศ อาทิ การขยายตัวทางด้าน โทรเลข โทรศัพท์ และ โทรพิมพ์ระหว่างประเทศ ทั้งนี้เพราะทำให้การติดต่อส่งข่าวสารระหว่างกิจการแม่กับกิจการสาขาต่าง ๆ ทำได้สะดวกรวดเร็ว

การขยายตัวทางด้านการขนส่งทางอากาศระหว่างประเทศ ทำให้การโยกย้ายผู้บริหาร ผู้เชี่ยวชาญ หรือเจ้าหน้าที่ไปประจำหรือไปให้คำแนะนำคำปรึกษาระหว่างสำนักงานต่าง ๆ ที่อยู่ห่างไกลกัน ทำได้คล่องตัวขึ้น การที่สามารถติดต่อสื่อสารและเดินทางไปมาระหว่างสำนักงานที่มีแหล่งที่ตั้งในที่ต่าง ๆ กันได้อย่างรวดเร็วเช่นนี้ จึงไม่ทำให้ระยะทางที่ห่างไกลเป็นอุปสรรคในการขยายการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ

2.2 ทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.2.1 แนวคิดเกี่ยวกับ กฎเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

โดยหลักคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย หากประกอบกิจการในบัญชี 2 หรือ 3 ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คนต่างด้าวจะต้องยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อคณะรัฐมนตรี หรือ อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ก่อนที่จะเริ่มดำเนินการ แต่หากเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนแล้ว คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวสามารถประกอบธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศได้ แม้ว่าธุรกิจนั้นจะเป็นธุรกิจตามบัญชี 2 หรือ 3 ก็ตามเนื่องจากตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 และ 3 นั้น ได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้บังคับกับมาตรา 12 คือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ดังนั้น คนต่างด้าวที่รับการส่งเสริมการลงทุนย่อมสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขออนุญาต คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพียงแต่แจ้งเจตนาต่ออธิบดีพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจที่ตนได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยไม่จำเป็นต้องยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจการค้าของของคนต่างด้าวแต่อย่างใด และในการออกหนังสือแก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะพิจารณาถึงความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบในด้านต่าง ๆ และคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จากบทบัญญัติของมาตรา 8 และมาตรา 12 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีให้น้ำ พ.ร.บ. นี้มาใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตาม พ.ร.บ. ส่งเสริมการลงทุนนั้น จึงเป็นที่เห็นได้ว่า พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายทั่วไป ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้จำกัดเฉพาะบุคคล กล่าวคือ เฉพาะกับคนต่างด้าวทั่วไป แต่หากเป็นคนต่างด้าวกรณีพิเศษ คือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้ว จะต้องนำบทบัญญัติแห่ง พ.ร.บ. การส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับกับบุคคลต่างด้าวดังกล่าว ตามหลักที่ว่า หากมีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่วไป และบทบัญญัติที่เป็นกฎหมาย

พิเศษใช้บังคับอยู่ในเวลาเดียวกัน ต้องใช้กฎหมายพิเศษไม่ใช่กฎหมายทั่วไป เพราะถือว่ากฎหมายพิเศษต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไป

เงื่อนไขการขออนุญาตต้องมีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดมาตรา 14 กล่าวคือทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวเริ่มใช้ในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาท โดยมาตรา 14 วรรคท้าย กำหนดข้อยกเว้นไว้โดยไม่ให้หน้าเรื่องทุนขั้นต่ำมาใช้บังคับในกรณีที่คนต่างด้าวนำเงิน หรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจที่ได้ดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่น หรือนำไปลงทุน หรือลงทุนในกิจการหรือนิติบุคคลอื่น ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนภายในประเทศไทยต่อ ทั้งนี้ในการพิจารณาให้การส่งเสริมการลงทุนให้แก่นักลงทุน คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะไม่มี การแยกพิจารณา ระหว่างนักลงทุนภายในประเทศ และนักลงทุนต่างด้าว กลับทั้งยังปฏิบัติการอำนวยความสะดวกให้แก่นักลงทุนต่างด้าวมากขึ้นด้วย โดยการผ่อนคลา ยมาตรการจำกัดการถือหุ้นของนักลงทุนต่างด้าว ที่แม้เป็นธุรกิจที่ต้องห้ามตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะอนุญาตให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมาก หรือ ถือหุ้นทั้งหมดไม่ว่าจะประกอบธุรกิจในประเทศใดก็ได้ แล้วจึงไปขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามกำหนดการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว แต่หากประกอบธุรกิจในโครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์ การประมง ทำเหมืองแร่ และการให้บริการตามที่ปรากฏในบัญชี 1 ท้าย พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน และเมื่อมีเหตุอันสมควร คณะกรรมการอาจกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติเป็นการเฉพาะสำหรับกิจการที่ให้การส่งเสริมบางประเภทก็ได้ (หยุด แสงอุทัย , 2542, หน้า 109-110) บัญชีท้าย พ.ร.บ. นี้มีการจำแนกประเภทธุรกิจที่นิติบุคคลต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้และไม่ได้ ซึ่งธุรกิจการค้าและบริการทุกประเภทที่ประกอบได้ต้องมีการอนุญาต เว้นแต่ ธุรกิจนั้นจะมีกฎหมายเฉพาะกำกับอยู่ คือคนต่างด้าวที่สามารถประกอบธุรกิจได้ในกรณีพิเศษ มีดังนี้

1. คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย โดยต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี
2. คนต่างด้าวที่ถอนสัญชาติโดยผลของกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ
3. คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะ ปัจจุบันยังไม่มีผู้ได้รับสิทธินี้

4. คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่โดยสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้ พ.ร.บ. นี้ เช่น สนธิสัญญาไมตรีไทย-สหรัฐอเมริกา แต่ต้องมีหนังสือแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจให้ออกหนังสือรับรอง และกำหนดทุนขั้นต่ำ 1 ล้านบาท

5. คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิภายใต้โครงการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการสำนักงานส่งเสริมการลงทุน โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่มาของหนังสือรับรองจากกรมพัฒนาธุรกิจคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจอุตสาหกรรม หรือการค้าเฉพาะธุรกิจตามบัญชี 2, 3 ท้าย พ.ร.บ. นี้ เพื่อการส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือตามกฎหมายอื่น โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่มาของหนังสือรับรองจากกรมธุรกิจการค้า

หลักเกณฑ์นี้ การอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจจะพิจารณาเป็นราย ๆ ไป เช่น นิติบุคคลในต่างประเทศ มาตั้งสำนักงานผู้แทนในประเทศไทยเพื่อรายงานความเคลื่อนไหว หรือนำสินค้าสู่สัญญา หน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจ และการให้บริการทางวิศวกรรมบางส่วน โดยไม่ได้ทำการค้าที่ก่อให้เกิดรายได้ เป็นต้น ดังนั้น ในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในประเทศไทยของคนต่างด้าว หากธุรกิจที่คนต่างด้าวจะดำเนินการในประเทศไทยเป็นประเภทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน คนต่างด้าวมักจะดำเนินการขอส่งเสริมการลงทุนก่อนขออนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าว เนื่องจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีนโยบายที่จะให้การส่งเสริมการลงทุนซึ่งแตกต่างจากการขออนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่มีนโยบายที่จะควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจคนต่างด้าว

2.2.2 ทฤษฎีการย้ายถิ่นของแรงงาน

การย้ายถิ่น หมายถึง การเคลื่อนย้ายทางประชากรจากพื้นที่หนึ่ง ไปอยู่ยังอีกพื้นที่หนึ่ง เป็นเวลานาน จนทำให้ประชากรของพื้นที่ที่จากมาและพื้นที่ที่เข้าไปอยู่เปลี่ยนแปลงไปนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้องกับการย้ายถิ่น ถิ่นต้นทาง คือ พื้นที่ที่ผู้ย้ายถิ่นออกไป และ ถิ่นปลายทาง คือ พื้นที่ที่ผู้ย้ายถิ่นย้ายเข้ามา

ทฤษฎีการย้ายถิ่นของ Ernst Georg Ravenstien เสนอ “กฎแห่งการย้ายถิ่น (The laws of migration)” ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1885 มีสาระสำคัญดังนี้คือ

1. กระแสการย้ายถิ่นหลักแต่ละราย จะมีกระแสการย้ายถิ่นย้อนกลับชดเชยเสมอ
2. ผู้ที่อาศัยอยู่ในเมือง มีโอกาสที่จะย้ายถิ่นน้อยกว่าผู้ที่อยู่ในชนบท
3. ผู้หญิงจะย้ายถิ่นมากกว่าผู้ชายในระยะทางใกล้ ๆ
4. เมื่อมีการพัฒนาทางเทคโนโลยี และการพัฒนาด้านต่าง ๆ เพิ่มขึ้น เป็นปัจจัยให้เกิด

การย้ายถิ่น

5. สภาพเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม เป็นปัจจัยที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นทฤษฎีนี้เห็นว่า การย้ายถิ่นเกิดขึ้นเพื่อยกระดับฐานะทางเศรษฐกิจให้สูงขึ้น ส่วนใหญ่เป็นการย้ายถิ่นในพื้นที่ยากจน ไปสู่พื้นที่ที่ให้โอกาสทางเศรษฐกิจ ที่จะทำให้มีชีวิตที่ดีขึ้น

ทฤษฎีการย้ายถิ่นของ Everett S. Lee (Theory Migration) ได้พัฒนาทฤษฎีการย้ายถิ่นของตน ตามแนวความคิดของ Ravenstien โดยมีสาระ ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับการย้ายถิ่นมีอยู่ 4 ปัจจัยคือ

1. ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่แหล่งต้นทาง
2. ปัจจัยที่เกี่ยวข้องกับพื้นที่ของถิ่นปลายทาง
3. อุปสรรคที่แทรกอยู่ระหว่างถิ่นต้นทางและถิ่นปลายทาง และ
4. ปัจจัยส่วนบุคคล

ทฤษฎีการย้ายถิ่นของ Lee เป็นแนวคิดรวม ๆ ที่อธิบายปรากฏการณ์ด้านการย้ายถิ่น โดยให้ความสำคัญกับปัจจัยผลักดัน และปัจจัยดึงดูดที่นำมาสู่การย้ายถิ่น

ทฤษฎีการย้ายถิ่นในสังคมทวิลักษณ์ (Dual Societies) ของ Lewis - Fei- Ranis เป็นแนวคิดเกี่ยวกับแรงงานล้นเกิน โดยพิจารณาว่า เศรษฐกิจของประเทศด้อยพัฒนาประกอบด้วย 2 สาขาคือ

- 1) สาขาเกษตรกรรมยังชีพ ซึ่งมีผลิตภาพต่ำมาก แต่ขณะเดียวกัน ก็จะมีแรงงานล้นเกินเกิดขึ้น
- 2) สาขาอุตสาหกรรมในเมือง ซึ่งมีผลิตภาพสูง จะรับเอาแรงงานล้นเกินจากชนบทเข้ามาทำงานในเมือง ประกอบกับการพัฒนาอุตสาหกรรม และค่าจ้างในเมืองที่สูงกว่า เป็นแรงจูงใจทำให้แรงงานจากชนบท ย้ายเข้ามาทำงานในเมือง

ทฤษฎีความคาดหวังในรายได้ (An expected income' model of rural-urban) โดย Sjaastad (1962) และ Schultz (1962) ที่กล่าวว่า การย้ายถิ่น เป็นการไหลเวียนของทุนมนุษย์ และจะทำให้เพิ่มความสามารถในการผลิตของทรัพยากรมนุษย์ การย้ายถิ่นเป็นการลงทุนที่ต้องมีค่าใช้จ่าย 2 ประเภท คือค่าใช้จ่ายที่เป็นตัวเงิน ได้แก่ ค่าเดินทาง และค่าใช้จ่ายที่ไม่เป็นตัวเงิน คือ ค่าเสียโอกาสต้นทุนทางจิตใจ ในการที่ต้องเปลี่ยนสภาพสังคม และสิ่งแวดล้อม

ทฤษฎีนี้ ต่อมาได้มีผู้นำไปพัฒนาคือ Harris (1969) และ Todaro (1969) โดยพิจารณาว่า การตัดสินใจในการย้ายถิ่นนั้น จะถูกกำหนดโดยความแตกต่างระหว่าง รายได้ในเมืองและชนบท และโอกาสที่จะได้ทำงานในเมือง Todaro เห็นว่า ตลาดแรงงานในเมือง ประกอบด้วย 2 ภาคภาคแรกคือตลาดแรงงานที่ไม่เป็นทางการ ซึ่งมักมีขนาดค่อนข้างใหญ่ที่ประกอบด้วย การจ้างงานด้วยตัวเอง และการทำงานในสถานประกอบการขนาดเล็ก มีการว่างงานอย่างเปิดเผย ค่าแรงต่ำ

เพราะถูกกำหนดโดยการแข่งขันของแรงงานในตลาด ภาคที่สองเป็นอุตสาหกรรมสมัยใหม่ จะมีขนาดเล็กกว่าภาคที่ไม่เป็นทางการ คนงานได้รับค่าแรงสูงกว่า เพราะถูกกำหนดโดยสภาพแรงงาน และหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีความเข้มแข็ง ต่อมา Todaro ได้พัฒนาแนวคิดนี้เพิ่มเติม โดยนำปัจจัยด้านความหลากหลายในคุณภาพแรงงานจากชนบท เข้ามาพิจารณา โอกาสที่แรงงานจากชนบท จะถูกเลือกเข้าไปทำงานในภาคอุตสาหกรรม จะไม่เท่ากัน เพราะขึ้นอยู่กับปัจจัยทุนมนุษย์หลายประการ เช่น อายุ การศึกษา และประสบการณ์ เป็นต้น

ทฤษฎีการตัดสินใจย้ายถิ่นในระดับจุลภาค (Micro-level decision-making Framework)

ทฤษฎีนี้ อธิบายการย้ายถิ่น โดยใช้ปัจจัยทางสังคม และจิตวิทยาประชากร กล่าวคือ การย้ายถิ่นขึ้นอยู่กับความคาดหวังที่จะได้รับผล จากการมีพฤติกรรมย้ายถิ่นที่เกิดขึ้น ซึ่งขึ้นอยู่กับปัจจัยสองประการ คือคุณค่ากับเป้าหมาย ซึ่งมีอยู่ในตัวของบุคคล เช่น ความมั่งคั่งทางสังคม ความสะดวกสบาย ความเป็นตัวของตัวเอง หากปัจจัยทั้ง 2 ประการนี้มีระดับสูง โอกาสที่บุคคลจะย้ายถิ่นก็จะยิ่งมีมาก การย้ายถิ่นในลักษณะนี้ จะเป็นพฤติกรรมที่เรียกว่า “Instrumental Behavior” ที่จะนำบุคคล ไปสู่สิ่งที่ตนประสงค์ Dejong & Fawcett (1981) มุกเซอร์จี Mukherji (1975) นักภูมิศาสตร์ประชากร ได้อธิบายว่า การย้ายถิ่นต้องพิจารณาปัจจัย 3 ประการคือ

1. คุณลักษณะส่วนตัวของผู้ย้ายถิ่น
2. การรับรู้ในความแตกต่างของอรรถประโยชน์ ระหว่างแหล่งต้นทางและปลายทาง
3. ลักษณะการย้ายถิ่น ซึ่งอาจจะเป็นการย้ายแบบไป-กลับ ย้ายตามฤดูกาล หรือย้ายแบบถาวรก็ได้

แนวคิด “Location Specific Capital” เป็นปัจจัยผูกพัน ที่ส่งผลให้บุคคล มีพฤติกรรมย้ายถิ่นที่แตกต่างกัน Davanzo & Morrision (1981) เห็นว่า ตามปกติการย้ายถิ่นจะเกิดขึ้น โดยการเปรียบเทียบ “Location Specific Capital” ระหว่างต้นทาง และปลายทาง เช่น ผู้ที่มีชื่อเสียง มีทรัพย์สินมาก ก็มักจะไม่ใช่ย้ายไปจากที่อยู่เดิม ถ้าหากจำเป็นต้องย้ายไป ก็มักจะย้ายกลับมา เพราะหากย้ายไปอยู่ที่อื่นนาน ๆ สิ่งต่าง ๆ ที่มีอยู่เดิม ก็จะเสื่อมค่าลง ส่วนผู้ที่มีสิ่งผูกพัน อาจจะเป็นทรัพย์สินสมบัติ หรือความมีชื่อเสียงในถิ่นที่อยู่เดิมน้อย จะมีโอกาสย้ายถิ่นสูงกว่าผู้ที่มีสิ่งผูกพันดังกล่าวมากกว่า

Brown & Moore (1970) ได้เสนอแนวคิดเรื่อง “Place utility” ซึ่งให้ความสำคัญกับระดับความพอใจ หรือไม่พอใจของบุคคล หรือครอบครัว ต่ออรรถประโยชน์ในสถานที่หนึ่ง ๆ หากไม่พอใจก็จะมี การย้ายถิ่นเกิดขึ้น การย้ายถิ่น จึงเป็นการปรับตัว เพื่อหาความพอใจในอรรถประโยชน์จากพื้นที่นั่นเอง

ทฤษฎีการเปลี่ยนแปลงประชากร (The Theory of Demographic Transition)

ทฤษฎีการเปลี่ยนแปลงประชากร คือทฤษฎีที่กล่าวถึงการเปลี่ยนแปลงในอัตราการเกิดและการตาย ทฤษฎีนี้เกี่ยวข้องกับภาวะประชากร 2 อย่างคือ ความมั่นคงของประชากรกับการเปลี่ยนแปลงของประชากร ทฤษฎีจะดำเนินเป็นวงจรโดยมีขั้นตอน 3 ขั้นตอนดังนี้

ขั้นที่ 1 อัตราการเกิดและตายอยู่ในระดับสูง การเปลี่ยนแปลงไม่สม่ำเสมอในแต่ละปี ทำให้อัตราการเพิ่มตามธรรมชาติของประชากรอยู่ในระดับต่ำ

ขั้นที่ 2 อัตราการตายลดลงแต่อัตราการเกิดยังสูงอยู่ ผลของประชากรเพิ่มรวดเร็ว เรียกว่า การเพิ่มของประชากรอย่างรวดเร็วรุนแรง

ขั้นที่ 3 อัตราการเกิดและตายอยู่ในระดับต่ำพอ ๆ กัน ทำให้อัตราเพิ่มตามธรรมชาติเพิ่มเพียงเล็กน้อยหรือเข้าสู่ภาวะสมดุล บางครั้งเรียกว่าขั้นตอนแห่งการเริ่มลดลงของประชากร

แบล็กเกอร์ (Blacker) ได้แบ่งขั้นวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงประชากรเป็น 5 ขั้นคือ

ขั้นที่ 1 ขั้นสูงที่ระดับสูง อัตราการเกิดและตายอยู่ในระดับสูง

ขั้นที่ 2 ขั้นการเพิ่มขึ้นขั้นต้น อัตราการเกิดสูง แต่อัตราการตายลดลง

ขั้นที่ 3 ขั้นการเพิ่มขึ้นปลาย อัตราการเกิดลดลงแต่อัตราการตายลดลงในอัตรารวดเร็วกว่า

ขั้นที่ 4 ขั้นสูงที่ระดับต่ำ อัตราการเกิดและตายลดต่ำในระดับสมดุล

ขั้นที่ 5 ขั้นลดลง อัตราการเกิดต่ำกว่าอัตราการตาย

ทฤษฎีการเปลี่ยนแปลงประชากรเกิดขึ้นจากการยึดประวัติศาสตร์การเปลี่ยนแปลงประชากรในยุโรปตะวันตก ยุโรปตอนเหนือและประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อนำมาใช้กับประเทศกำลังพัฒนาพบว่า มีความแตกต่างกันมาก

ทฤษฎีประชากรที่เหมาะสม (Optimum Population Theory)

ในสมัยก่อนได้มีการพูดถึงขนาดประชากรที่เหมาะสม ส่วนใหญ่เป็นการเน้นจำนวนที่เหมาะสมตายตัวต่อพื้นที่ในระยะหลังเรื่องประชากรเหมาะสมได้รับความสนใจมาก ทักษะในเรื่องประชากรที่เหมาะสมสามารถแบ่งได้ 2 แนวคือ

1. เชื่อว่าประชากรสามารถอยู่ในดุลยภาพได้ด้วยตัวเองโดยไม่ต้องควบคุม

2. เชื่อว่าการที่จะปล่อยให้จำนวนประชากรเพิ่มเรื่อย ๆ จนถึงระดับสูงสุดและจะเกิดการควบคุมให้อยู่ในดุลยภาพเองนั้นจะทำให้ประชากรที่อยู่เดือดร้อนและรับภาวะจากการมีประชากรหนาแน่น

ทฤษฎีประชากรของมัลธัส (Malthus Population Theory) โทมัส โรเบิร์ต มัลธัส เสนอแนวคิดทฤษฎีประชากรที่มีความสัมพันธ์กันด้านเศรษฐกิจ เน้นหนักทางด้านปรัชญาการสร้างควม

สงบสุขในสังคมมากกว่าจะพูดถึงประชากรโดยตรง และได้เสนอแนวคิดที่สำคัญ 2 ประการคือ

- ประการแรก อาหารเป็นสิ่งจำเป็นต่อมนุษยชาติ
 - ประการที่สอง ความรู้สึกทางเพศเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้
- มัลธัส เสนอว่า การควบคุมประชากรไว้ 2 วิธี ดังนี้

1. การควบคุมโดยตรง เป็นการควบคุมโดยธรรมชาติคือ เมื่อประชากรเพิ่มมากกว่ามาตรฐานการครองชีพต่ำ ความยากจน ขาดแคลน จะบั่นทอนชีวิตมนุษย์ให้สั้นที่สุดลง
2. การควบคุมโดยป้องกันเป็นการควบคุมการเพิ่มของประชากรโดยให้มีการเกิดน้อยลง

แนวคิดของมัลธัส ถูกคัดค้านและโต้แย้งโดยเลนิน (Lenin) และมาร์กซ์ (Karl Marx)

เลนิน (Lenin) ได้คัดค้านทฤษฎีของมัลธัส เคนิน เชื่อว่ากฎดังกล่าวจะเกิดขึ้นได้เฉพาะภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดให้โดยไม่มีความก้าวหน้าทางเทคโนโลยี ไม่มีการเปลี่ยนแปลงในกรรมวิธีการผลิตใด ๆ และเทคนิคการผลิตยังคงอยู่รูปแบบเดิมนั้น

มาร์กซ์ ได้แย้งว่าการมีประชากรมากเป็นไปเนื่องจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมจึงควรเปลี่ยนแปลงระบบเศรษฐกิจเป็นแบบคอมมิวนิสต์

จากแนวคิดของมัลธัส แสดงให้เห็นถึงความสำคัญของจำนวนประชากรโดยมีความเชื่อว่า ควรกำหนดขีดจำกัดของประชากร เพื่อให้ประชากรมีมาตรฐานการครองชีพที่ดี ระบบเศรษฐกิจที่ดี เอื้อให้เกิดโอกาสพัฒนาตนเองได้ดีกว่าระบบเศรษฐกิจที่ไม่

2.2.3 ทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ

การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ (International Migration) หมายถึง การเคลื่อนย้ายของประชากรจำนวนมากข้ามพรมแดนจากประเทศที่ตนเป็นพลเมืองหรือพำนักอยู่ไปยังประเทศอื่นเพื่อดำรงชีวิตเป็นเวลายาวนาน เพื่อกระทำการกิจกรรมที่ได้รับค่าตอบแทน โดยปกติหลักสากลจะกำหนดว่าการดำรงชีวิตในอีกที่หนึ่งเป็นเวลานาน 1 ปี นับเป็นการย้ายถิ่น (International Trarul Regulation) (สุภาวงศ์ จันทวานิช และคณะ 2541, หน้า 6 - 15) อย่างไรก็ตามผู้ย้ายถิ่นจำนวนหนึ่งสามารถกลายเป็นผู้ตั้งถิ่นฐานได้เมื่อเขาตัดสินใจปักหลักใช้ชีวิตในประเทศที่เขาไปประกอบอาชีพและดำรงชีวิตที่นั่นเป็นส่วนใหญ่

การย้ายถิ่นอาจจำแนกออกได้ตามสาเหตุเป็น 2 ชนิด ได้แก่ การย้ายถิ่นที่มีสาเหตุจากภัยธรรมชาติ (Natural Disaster) และการย้ายถิ่นที่มีสาเหตุจากภัยที่เกิดจากการกระทำหรือจากน้ำมือของมนุษย์ และการย้ายถิ่นอีกแบบหนึ่ง คือ การย้ายถิ่นแบบผู้ที่ย้ายถิ่นสมัครใจย้ายถิ่นเอง (Voluntary Migration) กับ การย้ายถิ่นแบบที่ถูกบังคับให้ย้ายถิ่น (Forced Migration) ซึ่งได้แก่ การลี้ภัย (Refugee) กลุ่มเศรษฐศาสตร์นิโคลาสติคอธิบายว่า มนุษย์ตัดสินใจย้ายถิ่นด้วยเหตุผล

ทางเศรษฐกิจ ดังนั้น ผู้ย้ายถิ่นจึงเป็นผู้ย้ายถิ่นทางเศรษฐกิจ ปัจจัยดึงดูดที่สำคัญทำให้มนุษย์ย้ายถิ่นได้แก่ ค่าจ้างที่สูงขึ้นและโอกาสการได้งานทำ นอกจากอัตราค่าจ้างแล้ว ยังได้เสนอว่าการเลือกเดินทางไปประเทศใดขึ้นอยู่กับความแตกต่างระหว่างผลิตภัณฑ์มวลรวมประชาชาติ (GNP) ของประเทศต้นทาง และ GNP ของประเทศผู้รับแรงงานอีกด้วย ตัวแปรที่ส่งผลต่อการย้ายถิ่นเพื่อทำงานยังรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทางและประเภทของงานที่จะทำ

นักเศรษฐศาสตร์ซึ่งเล็งเห็นอิทธิพลของโครงสร้างเศรษฐศาสตร์ที่มีผลต่อการย้ายถิ่นได้เสนอสาเหตุระดับโครงสร้างว่าสาเหตุหนึ่ง คือ ปัจจัยดึงดูดจากสภาพเศรษฐกิจในประเทศผู้รับของผู้ย้ายถิ่น สภาพเศรษฐกิจในประเทศผู้รับที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจสูง จะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจที่มี โครงสร้างตลาดแรงงานระดับปฐม ซึ่งเป็นระดับที่มีความก้าวหน้ามาก และยังเป็นลักษณะงานวิชาชีพที่ต้องการทักษะสูง มีค่าตอบแทนสูง และเป็นงานที่ไม่ต้องใช้แรงกาย ในขณะที่เดียวกันก็มีโครงสร้างตลาดแรงงานระดับทุติยะ ซึ่งเป็นตลาดแรงงานระดับรอง เป็นงานที่ไม่ใช่งานวิชาชีพ เน้นการใช้ทักษะทางร่างกายและการใช้แรงงาน มีค่าแรงต่ำกว่า เป็นงานที่เรียกว่างาน 3Ds คือ งานสกปรก (Dirty) งานเสี่ยง (Dangerous) และงานยากลำบาก (Difficult) ในสังคมดังกล่าว ประชากรของประเทศจะพยายามพัฒนาตนเองเข้าไปมีตำแหน่งงานในตลาดแรงงานระดับปฐม ทำให้เกิดการขาดแคลนแรงงานที่จะเข้าทำงานในตลาดแรงงานระดับทุติยะ ระบบทุนนิยมได้ทำให้ตลาดแรงงานในสังคมทุนนิยมพัฒนาขึ้นมาเป็นตลาดที่มีโครงสร้างสองระดับเช่นนี้ เมื่อประเทศทุนนิยมเติบโตจนมีสภาพเศรษฐกิจดังกล่าว จะเกิดภาวะที่เป็นปัจจัยดึงดูดให้แรงงานจากประเทศที่มีพัฒนาการทางเศรษฐกิจช้ากว่าย้ายเข้ามาเพื่อแสวงหาตำแหน่งงานที่มีความขาดแคลนแรงงานในระดับทุติยะ แรงงานต่างชาติจึงมักเข้าไปทำงานที่พลเมืองของประเทศนั้นไม่ต้องการทำซึ่งได้แก่ งาน 3Ds นั้นเอง และจากสภาพโลกาภิวัตน์ (Globalization) ซึ่งเชื่อมโยงเศรษฐกิจของยุโรป อเมริกา ตะวันออกกลาง และเอเชียแปซิฟิกเข้าด้วยกัน ทำให้ทิศทางกำหนดการเคลื่อนย้ายของแรงงานย้ายถิ่นจะย้ายถิ่นจากประเทศต้นทางไปยังประเทศผู้รับแรงงาน (Host Country) ที่เป็นศูนย์กลางด้านเศรษฐกิจและข้อมูลข่าวสารของโลก และการเกิดขึ้นของระบบโลก (World Systems) ทำให้เมืองและประเทศบางแห่งเติบโตขึ้นเป็นศูนย์กลาง (Core) ของทุนนิยมโลกที่เรียกว่า “Global City” สภาพเศรษฐกิจของเมืองและประเทศเหล่านี้จะพัฒนาเป็นเศรษฐกิจสองระบบที่มีความต้องการแรงงานต่างชาติเข้าไปทำงานในระบบตลาดแรงงานในระดับทุติยะ เพราะพลเมืองของตนต้องการทำงานอยู่ในตลาดแรงงานระดับปฐมหมดแล้ว แรงงานต่างชาติจากประเทศที่มีความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจช้ากว่าเป็นประเทศชายขอบ (Periplural) ที่จะเคลื่อนย้ายเข้าสู่ตำแหน่งงานในประเทศศูนย์กลางทุนนิยม อย่างไรก็ตามการเคลื่อนย้ายที่ทำได้ ก็โดยการมีเส้นทางคมนาคมขนส่ง และจากการที่ Global City ดึงดูดแรงงานต่างชาติเข้าไปจนเกิดปัญหาการ

ลักลอบเข้าเมืองอย่างหนัก รัฐบาลของเมืองใหญ่เหล่านี้จึงได้พยายามผลักดันนโยบายการลงทุนด้านการผลิตในประเทศชายขอบทุนนิยมแทน

นักสังคมวิทยาพยายามพิจารณาปรากฏการณ์การย้ายถิ่นข้ามประเทศในแง่มุมที่ต่างไปจากนักเศรษฐศาสตร์ นักสังคมวิทยาพิจารณาว่าตัวแปรทางเศรษฐกิจเป็นตัวแปรเพียงส่วนหนึ่งเท่านั้นของระบบการย้ายถิ่นฐาน (Migration System) โดยเห็นว่าการย้ายถิ่นเป็นระบบที่ครอบคลุมปัจจัยทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม กฎหมาย และการเมืองระหว่างประเทศ นอกจากนี้ระบบการย้ายถิ่นยังหมายถึงกระบวนการเริ่มตั้งแต่การตัดสินใจเดินทางออกนอกประเทศต้นทางไปยังประเทศผู้รับ โดยผ่านเครือข่ายของผู้ย้ายถิ่นในประเทศต้นทาง เครือข่ายของการอำนวยความสะดวกระหว่างการย้ายถิ่น และ เครือข่ายของผู้ย้ายถิ่น และผู้ว่าจ้างผู้ย้ายถิ่นในประเทศผู้รับ กระบวนการย้ายถิ่นแบ่งเป็น 3 ขั้นตอนใหญ่ ๆ กล่าวคือ

ขั้นตอนที่หนึ่ง ได้แก่ การตัดสินใจย้ายถิ่น ตัวแปรในขั้นนี้จะเป็นตัวแปรเกี่ยวกับสาเหตุของการย้ายถิ่น สาเหตุสำคัญในขั้นนี้ ได้แก่ ตัวแปรในระบบย่อยด้านเศรษฐกิจ อันได้แก่ ความดี้อยโอกาสทางเศรษฐกิจของผู้ย้ายถิ่น กล่าวคือ การไม่มีสิทธิครอบครองที่ดินหรือปัจจัยการผลิตอื่น ๆ และการว่างงานในประเทศต้นทาง การได้ค่าแรงที่สูงกว่าและการได้ทำงานในประเทศปลายทาง ตัวแปรทางด้าน การเมือง ได้แก่ ความสัมพันธ์ดั้งเดิมหรือความสัมพันธ์ที่ประเทศต้นทางกับประเทศผู้รับมีต่อกัน เช่น การเป็นอาณานิคม การรับผู้ย้ายถิ่นเข้าไปทำนากในอดีต อาชีพที่มีความขาดแคลนแรงงาน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นงาน 3Ds ในตลาดแรงงานระดับทุติยะ ส่วนตัวแปรในระบบย่อยด้านสังคม ได้แก่ การถูกชักนำโดยคนรู้จักให้ย้ายถิ่น การร่วมกันตัดสินใจย้ายถิ่นของคนในระดับครอบครัวเครือญาติและท้องถิ่นเดียวกัน และการหาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการย้ายถิ่นจากตัวแปรด้านวัฒนธรรม คือ ค่านิยมที่ต้องการเดินทางโดยเฉพาะวัยหนุ่มสาวซึ่งอยู่ในวัยแรงงานที่จะย้ายถิ่นไปหางานในต่างประเทศที่เรียกกันว่าไป “ขุดทอง” จนทำให้เกิดวัฒนธรรมใหม่ที่เรียกว่า วัฒนธรรมแห่งการย้ายถิ่น (Culture of Migration) ขณะเดียวกันระบบย่อยสุดท้ายคือ ระบบกฎหมาย ตัวแปรสำคัญในเรื่องนี้คือกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศต้นทางที่ส่งเสริมให้พลเมืองย้ายถิ่นไปทำงานในต่างประเทศโดยไม่กีดกันหรือมีนโยบายกีดกันการส่งออกแรงงาน

ขั้นตอนที่สอง ระหว่างการย้ายถิ่น คือ กระบวนการย้ายถิ่นสำหรับการเดินทาง อันประกอบด้วยค่าเดินทาง ค่านายหน้าและเงินค่าหัวที่ผู้ย้ายถิ่นจะต้องจ่ายให้แก่ผู้จัดการและผู้อำนวยการความสะดวก ตัวแปรในระบบการเมือง ได้แก่ นโยบายของรัฐที่จะควบคุมการส่งออกแรงงาน ย้ายถิ่นหรือจะเปิดเสรีให้เป็นธุรกิจที่เอกชนสามารถแข่งขันกันได้ ในกระบวนการนี้ ตัวแปรทาง การเมือง หมายถึง การรวมกลุ่มระหว่างประเทศด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจการค้าหรือเหตุผลอื่น ๆ ซึ่งจะมีผลให้การเคลื่อนย้ายของประชากรในกลุ่มประเทศดังกล่าวเป็นไปได้

โดยสะดวกยิ่งขึ้น ตัวแปรในระบบสังคม ได้แก่ ระบบการจัดหางานที่มีอยู่ทั้งโดยถูกกฎหมายและผิดกฎหมาย ระบบวัฒนธรรม ได้แก่ ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ย้ายถิ่นกับนายหน้า ค่านิยม ความเชื่อถือส่วนบุคคล (คนรู้จักกัน) มากกว่าเครือข่ายทางการ (บริการของรัฐ) ในการจัดการเดินทาง

ขั้นตอนที่สาม ขึ้นเดินทางถึงประเทศปลายทางแล้ว และได้พำนักอยู่ในประเทศนั้น ตัวแปรในขั้นนี้จะเป็นตัวแปรเกี่ยวกับผลกระทบที่เกิดจากการย้ายถิ่นเข้าไป เมื่อผู้ย้ายถิ่นเดินทางถึงประเทศปลายทางและดำรงชีวิตโดยการทำงานในประเทศดังกล่าว ผลกระทบที่เกิดจากการย้ายถิ่นในด้านเศรษฐกิจ คือ การได้งานและได้ค่าจ้างที่สูงขึ้นของผู้ย้ายถิ่น การทำสัญญาจ้างงานซึ่งกำหนดระยะเวลาที่จะทำงานและอาศัยอยู่ในประเทศผู้รับได้ การส่งเงินออมกลับประเทศต้นทางให้แก่ครอบครัวหรือญาติพี่น้องของแรงงานย้ายถิ่น ตลอดจนกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่แรงงานย้ายถิ่นกระทำ ซึ่งมีการย้ายถิ่นต่อเนื่องกันเป็นเครือข่ายทางเศรษฐกิจที่รองรับซึ่งกันและกัน

แนวคิดการย้ายถิ่นระหว่างประเทศของ Massey (กุศล สุนทรธาดา, 2543) มี 4 ทฤษฎี ดังนี้

1. แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ใหม่ของการย้ายถิ่น (The New Economics of Migration) เนื่องจากการศึกษาการย้ายถิ่นไปต่างประเทศของแรงงานไทยในช่วงหลังวิกฤตเศรษฐกิจซึ่งเศรษฐกิจของประเทศในเอเชียต่างได้รับผลกระทบจากกระแสโลกาภิวัตน์มากขึ้นแตกต่างกันไป ซึ่งส่งผลต่อกระแสทิศทางและแนวโน้มของการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ ทั้งประเทศผู้ส่งและผู้รับ แนวคิดนี้ Stark (1991 อ้างถึง Massey et.al, 1993) มองการตัดสินใจย้ายถิ่นของแต่ละคนและครัวเรือนในลักษณะของภาพรวมว่าเป็นการตัดสินใจโดยคาดว่าจะได้รับรายได้มากที่สุดและเป็นการลดความเสี่ยงให้มือน้อยที่สุด โดยเฉพาะความเสี่ยงที่เกิดจากความล้มเหลวของตลาดแรงงานในประเทศ ซึ่งส่งผลให้เกิดการว่างงานจำนวนมาก และส่งผลต่อการลดลงของรายได้ จึงผลักดันให้ครัวเรือนจัดการความเสี่ยงดังกล่าว โดยการส่งแรงงานที่ล้นเกินในครัวเรือนออกไปหางานยังต่างประเทศแทนการย้ายถิ่นไปหางานในประเทศ แม้ว่าจะเข้าใจดีว่า (1) รายได้ที่ได้รับอาจจะไม่แตกต่างกันมากนัก เพราะต้นทุนในการเดินทางไปทำงานสูงแต่การมีข้อมูลประกอบการตัดสินใจ ทำให้สามารถคาดการณ์ได้ว่าจะมีรายได้คุ้มกับการลงทุน (2) การไปทำงานในต่างประเทศถือเป็นการลงทุนเพื่อกระจายความเสี่ยง เนื่องจากการอยู่กับบ้านก็เสี่ยงกับความยากจนหรือ อดตาย ดังนั้น ครอบครัวโดยทั่วไปจะกระจายความเสี่ยง โดยการให้สมาชิกครอบครัวออกไปหางานทำ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ แต่เนื่องจากตลาดแรงงานในประเทศไม่สามารถรองรับแรงงานดังกล่าวได้ จึงต้องเสี่ยงหาตลาดแรงงานในต่างประเทศ (3) รัฐบาลของประเทศต่าง ๆ มักเข้าไปแทรกแซงการย้ายถิ่น โดยการออกนโยบายซึ่งมีผลไม่เฉพาะแต่ตลาดแรงงานแต่ยังมีผลต่อ

ตลาดทุน และตลาดอื่น ๆ ด้วย เช่น การลดค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปทำงานต่างประเทศ การประกันการว่างงาน เป็นต้น ซึ่งมีผลต่อแรงจูงใจในการไปทำงานต่างประเทศ (4) การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและนโยบายทางเศรษฐกิจของรัฐบาลมักส่งผลกระทบต่อการกระจายรายได้ของประชากร และมีผลต่อกระแสการย้ายถิ่นระหว่างประเทศของประชากร

2. แนวคิดตลาดแรงงานแบบทวิลักษณ์ (Dual labour market theory) ซึ่งทฤษฎีดังกล่าวให้ความสนใจกับความต้องการแรงงานบางประเภททั้งแรงงานไร้ฝีมือ-กึ่งฝีมือ-และมีฝีมือของประเทศ อุตสาหกรรมโดยภาพรวมมากกว่าที่จะให้ความสนใจต่อการย้ายถิ่นของบุคคลหรือครัวเรือน ดังทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ใหม่ ซึ่งทฤษฎีดังกล่าว Piore (1997 อ้างใน Massey et.al, 1993) มองว่าการย้ายถิ่นระหว่างประเทศ มีสาเหตุมาจากปัจจัยดึงดูด (pull factors) คือ ความต้องการแรงงานบางประเภท โดยเฉพาะ แรงงานระดับล่าง (แรงงานไร้ฝีมือ) ของประเทศปลายทางหรือประเทศพัฒนาที่เป็นแรงจูงใจให้แรงงานไร้ฝีมือในประเทศที่ด้อยพัฒนาเดินทางเข้ามาทำงานมากกว่าปัจจัยผลักดันอันเกิดจากค่าจ้างที่ต่ำหรืออัตราการว่างงานสูงในประเทศต้นทาง ซึ่งเป็นผลจากตลาดแรงงานทวิลักษณ์ที่แรงงานท้องถิ่นมองว่า แรงงานระดับล่างนอกจากจะมีรายได้/ค่าจ้างต่ำแล้ว ก็ยังทำให้ไม่สามารถดำรงสถานภาพทางสังคมในประเทศได้ แต่ลักษณะงานดังกล่าวก็ไม่สามารถขจัดออกไปจากสังคมได้ ซึ่งการแบ่งแยกลักษณะตลาด ดังกล่าวก็มีผลมาจากระบบเศรษฐกิจแบบทวิลักษณ์ (Economic Dualism) และจำนวนแรงงานในประเทศ (labour supply) ทั้งผู้ส่งและผู้รับด้วย

3. ทฤษฎีเครือข่ายสังคมของผู้ย้ายถิ่น (Migrant Network Theory) ซึ่งผู้ย้ายถิ่นอาจมีเครือข่ายโยงใยกับผู้ย้ายถิ่นเก่า ผู้ไม่ย้ายถิ่น รวมนายจ้างทั้งในถิ่นต้นทางและปลายทาง เครือข่ายดังกล่าวจะก่อให้เกิดการย้ายถิ่นระหว่างประเทศเพิ่มขึ้น เพราะการมีเครือข่ายจะช่วยให้มีการลดต้นทุนการย้ายถิ่น (ทั้งในรูปตัวเงินและต้นทุนทางใจ) และลดความเสี่ยง ซึ่งส่งผลทำให้การจ้างงานหรือความต้องการแรงงานในถิ่นปลายทาง สามารถไปถึงสมาชิกของชุมชนได้รวดเร็ว ทำให้การเดินทางไปทำงานต่างประเทศง่ายขึ้น และสามารถคาดการณ์รายได้ที่จะได้รับแน่นอนกว่า ซึ่งเครือข่ายดังกล่าวอาจพัฒนาเป็นสถาบัน และทำให้การย้ายถิ่นดำเนินต่อไปเรื่อย ๆ หากที่รัฐบาลจะเข้าควบคุมกระแสการย้ายถิ่น

4. ทฤษฎีระบบโลก (World System Theory) ซึ่งมองว่าการย้ายถิ่นระหว่างประเทศเป็นผลพวงจากระบบต่าง ๆ ของโลก ซึ่งได้แก่ ระบบเศรษฐกิจ การเมือง สังคม วัฒนธรรม ซึ่งก่อตัวและมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา กระแสโลกาภิวัตน์ทำให้กระแสทุนเปลี่ยนแปลงทั้งในเชิงปริมาณและทิศทางของการลงทุน กระแสของการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment - FDI) มีการเปลี่ยนแปลงไปตามกระแสเศรษฐกิจโลก ส่งผลให้ความต้องการแรงงานในต่างประเทศเปลี่ยนแปลงไปและส่งผลกระทบต่อการย้ายถิ่นทั้งภายในและระหว่างประเทศด้วย

ทฤษฎีตลาดแรงงาน 2 ระดับ

แนวคิดตามทฤษฎีนี้เสนอว่า การพิจารณาว่าโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศที่พัฒนาทางอุตสาหกรรมนั้น เป็นปัจจัยที่ดึงดูดให้มีการอพยพระหว่างประเทศ PIORE วิเคราะห์ว่าตลาดแรงงานในประเทศอุตสาหกรรมมี 2 ระดับ คือ ระดับบน ซึ่งเป็นตลาดที่มีตำแหน่งงานดี ๆ มั่นคง ค่าจ้างสูง และสภาพการทำงานดี ส่วนตลาดระดับล่างจะให้งานไม่มั่นคง ค่าจ้างต่ำ ผลตอบแทนน้อยสภาพการทำงานอันตราย นายจ้างในประเทศส่วนใหญ่ต้องการแรงงานต่างชาติเข้ามาทำงานในตลาดแรงงานระดับล่าง เพราะคนในท้องถิ่นไม่ต้องการทำ ดังนั้นการอพยพแรงงานไม่ได้เกิดจากการตัดสินใจของผู้อพยพเอง แต่เกิดจากความต้องการของตลาดแรงงานระดับล่างของประเทศที่อพยพเข้าไป ในอีกความหมายหนึ่ง การแบ่งแยกในตลาดแรงงานเป็นปัจจัยที่ดึงดูดให้เกิดการอพยพ นอกจากนี้ก็ยังมีตัวแปรอื่น ๆ รวมอยู่ด้วย เช่น ปัจจัยเฉพาะตัวผู้อพยพเอง คือ ภูมิหลังทางการศึกษา ความสามารถทางภาษา ความสามารถในการทำงาน และเชื้อชาติ ผลจากแนวโน้มนี้ทำให้เกิดแรงงานที่เป็นชนกลุ่มน้อยเชื้อชาติเดียวกัน หรือที่ทำงานอยู่กับนายจ้างคนเดียวกันและอยู่กันเป็นกลุ่ม

2.3 ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก่อนมีกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ออกใช้บังคับก่อนที่มีกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ออกใช้บังคับ คนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นคนธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ตั้งสาขาในประเทศไทย หรือลงทุนจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย สามารถประกอบธุรกิจทั่วไปได้เช่นเดียวกับคนไทย เว้นแต่ธุรกิจบางประเภทที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เช่น การจดทะเบียนอากาศยาน ผู้ขอจดทะเบียนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต้องมีสัญชาติไทยการจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทย สามารถจดทะเบียนจัดตั้งเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือจัดตั้งเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดก็ได้ ในการจัดตั้งนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท และการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ กล่าวคือคนต่างด้าวจะถือหุ้นทั้งหมดก็ได้ ถ้าผู้ขอจดทะเบียนยื่นคำขอจัดตั้ง โดยถูกต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไข ของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัท นายทะเบียนจะปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนไม่ได้ เมื่อจัดตั้งแล้วการจะจัดตั้งสาขาที่สามารถทำได้ เพียงแต่ไปจดทะเบียนกับนายทะเบียน อาจยกตัวอย่างเปรียบเทียบให้เห็นได้ คือการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัทเป็นการให้กำเนิดองค์กรธุรกิจ

เมื่อให้กำเนิดองค์กรธุรกิจแล้ว องค์กรธุรกิจนั้น จะถูกข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจอย่างไร ต้องดำเนินการธุรกิจอย่างไร จะต้องมีความหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นเรื่อง ๆ ไป เจกเช่นเดียวกันกับ มารดาให้กำเนิดเด็กทารก เด็กนั้นเมื่อโตจะทำอะไรได้บ้าง จะประกอบอาชีพอะไรได้บ้าง เด็กคนนั้น จะต้องมีคุณสมบัติ หรือเป็นไปตามข้อกำหนดกฎเกณฑ์ของเรื่องนั้น ๆ ในภายภาคหน้า

2.3.1 ความหมายของคนต่างด้าว

คนต่างด้าว (Aliens) หมายถึง บุคคลซึ่งพำนักอาศัยอยู่ในรัฐที่ตนมิได้เป็นคนสัญชาตินั้น หรือเป็นพลเมืองของรัฐนั้น⁷

“คนต่างด้าว” หมายถึงบุคคลธรรมดาซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยและหมายความรวมถึงนิติบุคคลที่ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้น โดยกฎหมายของต่างประเทศ โดยไม่ได้รับอนุญาตให้ก่อตั้งหรือจัดตั้งโดยจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศไทย จึงไม่ถือว่ามีสัญชาติไทย⁸

ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 4 บัญญัติให้คำนิยามของคนต่างด้าวไว้ว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า ผู้ซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย⁹

ตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้บัญญัติคำนิยามของคนต่างด้าวไว้ว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า¹⁰

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

⁷ จาก การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการระบบการเงินของประเทศเพื่อเป็นการป้องกันการเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ (รายงานผลการวิจัย), โดย นิพันธ์ จิตะสมบัติ, 2547, กรุงเทพฯ: คณะกรรมการศึกษาและเสนอแนะมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการระบบการเงินของประเทศเพื่อเป็นการป้องกันการเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ.

⁸ จาก วิทยุทรีทีดี (น. 139), โดย บรรจง ศ. นาคประดา, 2551, กรุงเทพฯ: บัณฑิตอักษร.

⁹ พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 4.

¹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97, 98 บัญญัติให้คำนิยามของคนต่างด้าวไว้ว่า

มาตรา 97 “นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณีเพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี¹¹

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่”

มาตรา 98 “ในกรณีที่นิติบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 97 เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้นแล้วแต่กรณีในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวในมาตรา 97 ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าว”

กล่าวโดยสรุป นิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 97 คือ บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย แต่มาอาศัยอยู่ในประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่มีได้ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย นอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง

1) บริษัทหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น จะมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนเกินกว่าร้อยละ 49 ของ

ทุนจดทะเบียน หรือลงทุนมีมูลค่าเกินร้อยละ 49 ในนิติบุคคลนั้น และมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวดังกล่าวถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น¹²

¹¹ จาก “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท,” โดย ไชยวัฒน์ บุญนาถ, 25416, *วารสารทนายความ* 25 (3), 56.

¹² จาก *ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ) (น. 77). โดย นิวิฐชัย สำเนาพันธ์, 2529, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้วนั้นจะมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยลงทุนมีมูลค่าไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนทั้งหมดและผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวดังกล่าวไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น และหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการไม่เป็นบุคคลต่างด้าวดังกล่าวด้วย

2.3.2 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ความหมายของคนต่างด้าวตามกฎหมาย

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

“ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

“ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

“ธุรกิจ” หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรมหัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

หลักเกณฑ์ในการให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย

มาตรา 5 การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณา โดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและ สังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและ จารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

ข้อห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ

มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วย เหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของ ประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และเหตุการณ์พินัย หรือธุรกิจที่มี ผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับ อนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการ ประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดย ความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ทุนขั้นต่ำในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจ

มาตรา 14 ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมี จำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาทในกรณีการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวในวาระแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำ หรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงิน หรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วใน ประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น

บทลงโทษการเป็นนอมินีของคนต่างด้าว

มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือ

ร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

2.3.3 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่เปิดรับนักลงทุนจากต่างประเทศเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย นักลงทุนจากต่างประเทศนั้นจะถือเป็นคนต่างด้าวที่ต้องปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติได้ให้คำจำกัดความของคนต่างด้าวว่าได้แก่¹³

1. บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
2. นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
3. นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศ (ก) มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งถือหรือลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน โดย 1) บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย 2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งมีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย

4. นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่ง หรือลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด โดย บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย นิติบุคคลตาม ข้อ (3) ดังกล่าวมาแล้ว ดังนั้น ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายดังกล่าว จะเน้นเรื่องการมีหุ้น หรือลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งถ้าเกินกึ่งหนึ่งในนิติบุคคลใดจะถือว่าเป็นคนต่างด้าว จึงสามารถสรุปได้ง่าย ๆ ว่า นิติบุคคลใดที่มีหุ้นหรือลงทุนโดยคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 49 และมีหุ้นหรือลงทุนโดยคนไทยไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 นิติบุคคลนั้นยังถือว่าเป็นสัญชาติเป็นคนไทย สามารถประกอบกิจการใด ๆ ได้เสมือนเป็นคนไทยในทางกลับกัน นิติบุคคลใดมีหุ้นหรือลงทุนโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 และมีหุ้นหรือลงทุนโดยคนไทยน้อยกว่าร้อยละ 51 นิติบุคคลนั้นถือว่าเป็นสัญชาติเป็นคนต่างด้าว ไม่สามารถประกอบ

¹³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

ธุรกิจได้เหมือนคนไทย ธุรกิจของคนต่างด้าวต้องถูกควบคุมโดยพระราช-บัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติกำหนดหลักการไว้ดังนี้

(1) ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจด้วยเหตุผลพิเศษตามบัญชี 1 ที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะ และคนต่างด้าวไม่สามารถขออนุญาตได้ เช่น กิจการเกี่ยวกับหนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียง สถานีวิทยุโทรทัศน์ ทำนา ทำไร่ ทำสวน ป่าไม้ และแปรรูปไม้ ประมง สกัดสมุนไพรไทย ค้าและขายทอดตลาดวัตถุโบราณ หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ค้าที่ดิน

(2) ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนคติกรรมพื้นฐาน หรือทรัพยากรและสิ่งแวดล้อมตามบัญชี 2 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะ รัฐมนตรี เช่น อารูขีปน กระสุนปืน ยุทโธปกรณ์ทางการทหาร การค้าของเก่า การทอผ้าไหม การผลิตทอง เครื่องเงิน การทำน้ำตาล การทำนากเกลือ การทำเหมือง

(3) ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทย ยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามบัญชี 3 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เช่น การสีข้าว ประมง งานทางด้านบัญชี กฎหมาย การก่อสร้าง ตัวแทนนายหน้า การขายทอดตลาด การค้าปลีก การโฆษณา กิจการโรงแรม นำเที่ยว หรือธุรกิจอื่นที่มีกำหนดในกฎกระทรวง การจดทะเบียนนิติบุคคลที่มีสัญชาติเป็นคนต่างด้าวตั้งแต่เริ่มแรก ถือเป็นเรื่องที่ยุ่งยาก และใช้เวลาหลายเดือน เพราะต้องเสนอเรื่องให้คณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจต่างด้าวเป็นผู้พิจารณาในเบื้องต้น ซึ่งหากจดทะเบียนนิติบุคคลที่มีสัญชาติเป็นคนไทยจะไม่ยุ่งยาก ใช้เวลาเพียงแค่ 2-3 สัปดาห์ เท่านั้น ในกรณีที่คนต่างด้าวต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยเฉพาะกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนไทย หรือต้องขออนุญาต คนต่างด้าวอาจพยายามที่จะถือหุ้นหรือลงทุนเกินกว่าร้อยละ 49 โดยไม่ขออนุญาต เป็นการถือหุ้นเป็นทอด ๆ หลายชั้น โดยการแอบแฝง เช่น จดทะเบียนนิติบุคคลในชั้นที่ 1 ให้มีหุ้นคนต่างด้าวยุทธ์ละ 49 และหุ้นคนไทยร้อยละ 51 เป็นบริษัท A ที่มีสัญชาติเป็นบริษัทสัญชาติไทย - จดทะเบียนนิติบุคคลในชั้นที่ 2 ให้มีหุ้นของคนต่างด้าวยุทธ์ละ 49 และหุ้นคนไทยบริษัท A (จากชั้นที่ 1) ร้อยละ 51 เพื่อเป็นบริษัทสัญชาติไทยบริษัท B อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาสัญชาติของหุ้นบริษัท A ที่ถืออยู่ในบริษัท B จะเห็นว่าแท้ที่จริงหุ้นไทยร้อยละ 51 เป็นหุ้นต่างด้าวที่แอบแฝงอยู่ร้อยละ 24.99 และเป็นหุ้นไทยแท้ ๆ แกร้อยละ 26.01 ($24.99\% + 26.01\% = 51\%$) - ดังนั้นบริษัท B จะมีหุ้นต่างด้าวอยู่ร้อยละ 73.99% ($49\% + 24.99\% = 73.99\%$) และหุ้นไทยเพียงร้อยละ 26.01 จึงทำให้บริษัท B มีสัญชาติเป็นต่างด้าว เพราะมีหุ้นต่างด้าวเกินร้อยละ 49 นี้เป็นเพียงตัวอย่าง การถือหุ้นแอบแฝงเพียง 2 ชั้นเท่านั้น ในบางกรณีอาจถือหุ้นถึง 7 ชั้น โดยมีทุนจดทะเบียนเบื้องต้น

ชั้นแรกเพียง 100,000 บาท แต่บริษัทในชั้นสุดท้ายมีทุนจดทะเบียนหลายพันล้านบาท หรือหมื่นล้านบาท และมีบริษัทเดิมและคนต่างด้าวกลุ่มเดิมถือหุ้นไขว้ไปมาในชั้นต่าง ๆ ซึ่งกฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการพิจารณาการถือหุ้นจะต้องพิจารณาแต่เพียงชั้นเดียว จึงพิจารณาจากทุนของการถือหุ้นได้ทุกชั้น

นอกจากนี้ บริษัทสัญชาติไทยที่มีคนไทยถือหุ้นจากคนต่างด้าว มีข้อสังเกตได้ดังนี้

1. อำนาจการบริหารจัดการ ถูกครอบงำโดยคนต่างด้าว คนไทยไม่มีสิทธิหรืออำนาจบริหาร
2. สิทธิในการลงคะแนนเสียง คนต่างด้าวจะมีสิทธิมากกว่า เช่น หุ้นต่างด้าว 1 หุ้น มี 1 เสียง แต่หุ้นไทย 10 หุ้น รวมกันมีเพียง 1 เสียง
3. เงินปันผล หุ้นต่างด้าวจะมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นไทย เมื่อปันผลให้หุ้นต่างด้าวหุ้นไทยอาจได้รับเงินปันผลน้อยหรือไม่ได้รับ
4. ที่มาของการถือหุ้นของคนไทย หากบริษัทมีทุนจดทะเบียนสูงเป็นหลักร้อยล้านบาท พันล้านบาท หรือหมื่นล้านบาท คนไทยที่หุ้นเป็นจำนวนมากมีความสามารถที่เป็นจริงที่จะถือหุ้นได้หรือไม่ เสียภาษีเงินได้ถูกต้องหรือไม่ บางกรณีได้รับเงินกู้จากกลุ่มคนต่างด้าวเพื่อถือหุ้นในบริษัทเป็นจำนวนมากโดยไม่ต้องเสียดอกเบี้ย พระราชบัญญัติยังกำหนดโทษ ในกรณีที่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต แต่ร่วมประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวอื่น เพื่อแสดงว่าเป็นธุรกิจของตนและหลีกเลี่ยงกฎหมาย, คนไทยและนิติบุคคลที่ช่วยเหลือหรือร่วมประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาต, คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืน, นิติบุคคลที่กระทำผิด โดยกรรมการหุ้นส่วนและผู้มีอำนาจรู้เห็นเป็นใจ มิได้จัดการตามความสมควรเพื่อป้องกัน มิโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 – 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับวันละ 10,000 – 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน การที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะกีดกัน และจับผิดคนต่างด้าวที่มาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เพราะคนไทยเองย่อมต้องการคนต่างด้าวมาร่วมลงทุนด้วย ซึ่งจะได้ประโยชน์จากเทคโนโลยีวิธีการจัดการ ตลอดจนตลาดจากคนต่างด้าว ในขณะที่คนต่างด้าวก็ต้องการคนไทยร่วมลงทุนเพื่อช่วยเหลือในการหาสถานที่ติดต่อหน่วยงานราชการ แรงงานไทย และตลาดในประเทศไทย ซึ่งต้องพึ่งพาอาศัยซึ่งกันและกัน ดังนั้น หากคนต่างด้าวได้ประกอบธุรกิจโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย จึงควรแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งโทษที่เป็นจริงจะเป็นเพียงโทษปรับและสามารถดำเนินธุรกิจต่อไป และจะเป็นประโยชน์ต่อทั้งคนไทยและคนต่างด้าว ตลอดจนเศรษฐกิจของประเทศ

2.4 ปฏิญญาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.4.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal declaration of human rights หรือ UDHR)¹⁴ สิทธิมนุษยชน (Human rights) หมายถึง สิทธิของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิทธิที่มีอยู่ตามธรรมชาติตั้งแต่มนุษย์กำเนิดมา แต่ด้วยมนุษย์มีความต้องการความปลอดภัยจึงมีการรวมกลุ่มเป็นครอบครัวเป็นสังคม และรัฐตามลำดับ ความไม่เป็นธรรมก็เกิดขึ้นจากการเอาเปรียบความขัดแย้งถึงขนาดเป็นการป่าเถื่อนไม่มีมนุษยธรรม มนุษย์จึงมีความต้องการที่จะได้รับปกป้องคุ้มครอง มีความปลอดภัยตลอดจนได้รับสิทธิต่าง ๆ ของตนเองอันจะพึงมี มนุษย์จึงได้พิจารณาถึงสิทธิตามธรรมชาติ เป็นที่มาอันสำคัญยิ่งของสิทธิมนุษยชน มีสาระสำคัญตามแนวคิดดังกล่าวว่ามีว่า มนุษย์ทั้งหลายเกิดมาเท่าเทียมกันมนุษย์มีสิทธิบางประการมาแต่กำเนิดจนกระทั่งถึงแก่ความตาย สิทธิดังกล่าวได้แก่สิทธิในชีวิต เสรีภาพในร่างกาย และความเสมอภาคซึ่งเป็นสิทธิไม่อาจโอนให้แก่กันได้และใครจะละเมิดมิได้หากมีการละเมิดก็อาจจะก่อให้เกิดอันตราย หรือกระทบกระเทือนเสื่อมเสียต่อเสรีภาพของความเป็นมนุษย์ได้ในกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน จึงมีหลักประกันของคนต่างด้าวโดยตามสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศลักษณะหนึ่ง กับกฎหมายจารีตประเพณีอีกลักษณะหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อให้ได้รับการปฏิบัติที่เสมอภาคอันเป็นหลักมูลฐานสำหรับทุก ๆ คน โดยปราศจากความแตกต่างในเรื่องเชื้อชาติ เพศ ภาษาหรือศาสนา ทั้งในสิทธิและหน้าที่ และสิทธิที่ไม่ได้รับเลือกการปฏิบัติตามที่ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนรับรองไว้ โดยสมัชชาใหญ่สหประชาชาติเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ. 2491 มีคำปรารภว่า ด้วยเหตุที่การยอมรับศักดิ์ศรีประจำตัวและสิทธิซึ่งเสมอกัน และไม่อาจโอนให้แก่กันได้ของสมาชิกทั้งปวงแห่งครอบครัวมนุษยชนเป็นรากฐานของเสรีภาพความยุติธรรมและสันติภาพในพิภพ ด้วยเหตุที่การเมินเฉยและดูหมิ่นเหยียดหยามสิทธิมนุษยชนได้ก่อให้เกิดการอันป่าเถื่อนโหดร้ายทารุณ ซึ่งได้กระทบกระเทือนมนโนธรรมของมนุษยชาติอย่างรุนแรง และโดยเหตุที่ได้มีการประกาศปณิธานอันสูงสุดของสามัญชนว่าถึงวาระแห่งโลกแล้วที่มนุษย์จะมีเสรีภาพในการพูดและในความเชื่อถือ รวมทั้งมีเสรีภาพจากความกลัวและความต้องการด้วยเหตุที่เป็นสิ่งจำเป็น สิทธิมนุษยชนควรได้รับความคุ้มครองโดยหลักนิติธรรมถ้าไม่พึงประสงค์ให้มนุษย์ต้องถูกบีบบังคับให้หาทางออก โดยการกบฏต่อพระราชและการกดขี่อันเป็นที่พึงแห่งสุดท้าย

ด้วยเหตุที่ประชาชนแห่งสหประชาชาติได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความเชื่อมั่นในสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของตัวบุคคลและในความเสมอภาคแห่งสิทธิของทั้งชายและหญิง และได้ตัดสินใจที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคม ตลอดจนมาตรฐานแห่งชาติให้ดีขึ้น

¹⁴ ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) บทบัญญัติข้อ 21 (1).

ได้มีเสรีภาพมากขึ้น และการถือปฏิบัติโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐานด้วยเหตุที่ความเข้าใจตรงกันในเรื่องสิทธิและเสรีภาพมีความสำคัญยิ่ง เพื่อให้ปฏิญานี้เกิดสัมฤทธิ์ผลอย่างเต็มเปี่ยมดังนั้น บัดนี้สมัชชาจึงประกาศให้ปฏิญานี้ว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้เป็นมาตรฐานร่วมกันแห่งความสำเร็จ สำหรับประชาชนทั้งหลายและประชาชาติทั้งปวง ด้วยจุดประสงค์ที่จะให้ปัจเจกบุคคลทุกผู้ทุกนาม และองค์กรของสังคมทุกหน่วย โดยการระลึกเสมอ ๆ ถึงปฏิญานี้ พยายามสั่งสอนและให้การสอนและให้การศึกษา เพื่อส่งเสริมการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพเหล่านี้ และด้วยมาตรฐานที่เจริญก้าวหน้าไปข้างหน้าทั้งในและระหว่างประเทศ เพื่อให้ได้มาซึ่งการยอมรับและการถือปฏิบัติต่อสิทธิเหล่านั้นสากล และได้ผลทั้งในหมู่ประชาชนของรัฐสมาชิกเองและในหมู่ประชาชนแห่งดินแดนที่อยู่ภายใต้ดูแลของรัฐบาลดังกล่าว

2.4.2 ปฏิญญาสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ (ASEAN declaration on the protection and promotion of the rights of migrant workers)¹⁵

ปฏิญญานี้ประกาศว่าประเทศสมาชิกของอาเซียนจะต้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของแรงงานข้ามชาติในกลุ่มประเทศอาเซียน ส่งเสริมสวัสดิการและศักดิ์ศรีของแรงงานข้ามชาติ โดยประเทศสมาชิกอาเซียนได้ให้คำมั่นว่าจะใช้มาตรการที่ชัดเจนในการจัดการกับการลักลอบขนย้ายและการค้ามนุษย์ มีการนำบทลงโทษขั้นรุนแรงมาใช้กับผู้กระทำความผิด รวมทั้งประเทศที่จ้างแรงงานจะต้องให้ความช่วยเหลือแรงงานข้ามชาติที่ถูกแสวงประโยชน์ละเมิดสิทธิหรือถูกทำร้าย

ในกรณีที่แรงงานดังกล่าวถูกจับกุม ประเทศที่จ้างจะต้องอำนวยความสะดวกในการให้เจ้าหน้าที่กงสุลหรือเจ้าหน้าที่การทูตของประเทศลูกจ้างเข้ามาดำเนินการช่วยเหลือร่วมด้วย หลักการทั่วไป 1. ทั้งประเทศผู้รับและประเทศผู้ส่งจะต้องสร้างพื้นฐานหลักทางด้านการเมือง เศรษฐกิจและสังคมของประชาคมอาเซียนให้มีความแข็งแกร่ง โดยการส่งเสริมศักยภาพสูงสุดและศักดิ์ศรีของแรงงานข้ามชาติ ในสภาพแวดล้อมที่มีเสรีภาพความยุติธรรม และความมั่นคง โดยที่สอดคล้องกับกฎหมายระเบียบ และนโยบายของประเทศสมาชิกอาเซียนแต่ละประเทศ 2. ด้วยเหตุผลทางด้านมนุษยธรรม ประเทศผู้รับและประเทศผู้ส่งจะต้องร่วมมือกันอย่างใกล้ชิดในการที่จะแก้ปัญหาของกรณีแรงงานข้ามชาติ ซึ่งได้กลายเป็นบุคคลที่ไม่มีเอกสารรับรองโดยไม่ได้เป็นความผิดของพวกเขา ด้วยเหตุผลทางด้านมนุษยธรรมประเทศผู้รับและประเทศผู้ส่งจะต้องร่วมมือ

¹⁵ ปฏิญญาสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ (ASEAN declaration on the protection and promotion of the rights of migrant workers). สืบค้น 18 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.aseansec.org/20768.htm>

กันอย่างใกล้ชิดในการที่จะแก้ปัญหาของกรณีแรงงานข้ามชาติ ซึ่งได้กลายเป็นบุคคลที่ไม่มีเอกสารรับรองโดยไม่ได้เป็นความผิดของพวกเขา 3. ประเทศผู้รับและประเทศผู้ส่งจะต้องคำนึงถึงสิทธิพื้นฐาน และศักดิ์ศรีของแรงงานข้ามชาติและสมาชิกในครอบครัว ซึ่งพำนักอยู่กับแรงงานเหล่านั้นอยู่แล้ว โดยที่ไม่เป็นการทำความเสียหายต่อการที่ประเทศผู้รับจะบังคับใช้กฎหมาย ระเบียบ และนโยบายของตน 4. จะไม่มีสิ่งใดในปฏิญญาฉบับปัจจุบันที่จะถูกตีความ โดยนัยในการแปลงสถานภาพทางกฎหมายของแรงงานข้ามชาติที่เข้าเมืองโดยปราศจากเอกสารที่ถูกต้อง พันธกิจของประเทศผู้รับ 5. เพิ่มความพยายามที่จะคุ้มครองสิทธิความเป็นมนุษย์ขั้นพื้นฐาน ส่งเสริมสวัสดิการและดำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีในความเป็นมนุษย์ของแรงงานข้ามชาติ 6. รัฐภาคีจะรับประกันต่อทุกคนในเขตอาณาที่จะได้รับการคุ้มครองและการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพโดยผ่านศาลระดับชาติและองค์กรของรัฐอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องต่อการกระทำใด ๆ อันเป็นการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ ซึ่งได้ละเมิดต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้น อันไม่สอดคล้องกับอนุสัญญาและสิทธิในอันที่จะขอจากศาลนั้น การทดแทนอย่างยุติธรรมและพอเพียงและการชดใช้ความเสียหายอันเป็นผลจากการเลือกปฏิบัตินั้น 7. อำนาจความสะดวกให้แรงงานข้ามชาติสามารถเข้าถึงแหล่งทรัพยากรและหนทางแก้ไข จากการได้รับข้อมูลข่าวสาร การฝึกอบรมและการศึกษา การได้รับความยุติธรรม ตลอดจนการบริการด้านสวัสดิการสังคมตามที่เหมาะสม และโดยที่สอดคล้องกับกฎหมายของประเทศผู้รับ ทั้งนี้โดยที่บุคคลเหล่านั้นจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดต่าง ๆ ภายใต้กฎหมาย ระเบียบ และนโยบายที่ใช้บังคับอยู่ของประเทศนั้น ๆ ตลอดจนข้อตกลงทวิภาคี และสนธิสัญญาพหุภาคี 8. ส่งเสริมให้มีการคุ้มครองแรงงานข้ามชาติให้ได้รับการจ้างงานและการจ่ายค่าจ้างที่เหมาะสมและยุติธรรม และมีโอกาสเพียงพอในการได้ทำงานที่มีคุณค่าและมีสภาพความเป็นอยู่ที่ดี 9. จัดให้แรงงานข้ามชาติซึ่งอาจจะตกเป็นเหยื่อของการเลือกปฏิบัติ การละเมิด การถูกแสวงประโยชน์ เอารัดเอาเปรียบ ความรุนแรง ได้รับโอกาสอย่างเพียงพอในการที่จะเข้าถึงระบบกฎหมายและระบบศาลของประเทศผู้รับ

2.4.3 อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ พ.ศ. 2508¹⁶

ปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2506 ยืนยันอย่างหนักแน่นถึงความจำเป็นอย่างเร่งด่วนที่จะจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติที่มีอยู่ทั่วโลกในทุกรูปแบบและทุกแง่มุมและการสร้างเสริมความเข้าใจ และความเคารพในศักดิ์ศรีของมนุษย์เชื่อมั่นว่าลัทธิใด ๆ ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของความคิดที่ว่าคนเชื้อชาติหนึ่งเชื้อชาติใดเหนือกว่าชนเชื้อชาติอื่นเป็นความคิดที่ผิดในทางวิทยาศาสตร์และในทาง

¹⁶ กระทรวงการต่างประเทศ. (ม.ป.ป.). อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ. สืบค้น 18 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cerdt.pdf>

จริยธรรมของสังคม ทั้งยังเป็นลัทธิที่ยุติธรรมและอันตรายและไม่มีเหตุผลใด ๆ ที่อาจรองรับการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติได้ไม่ว่าในทางทฤษฎีหรือในทางปฏิบัติไม่ว่าจะแห่งหนใดยืนยันว่าการเลือกปฏิบัติระหว่างมนุษย์บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิวและเผ่าพันธุ์กำเนิดเป็นอุปสรรคประการหนึ่งต่อความสัมพันธ์อันมิตรและสันติภาพระหว่างชาติ และอาจก่อความสงบสุข และสวัสดิภาพในหมู่ชนและความสมานฉันท์ระหว่างผู้ที่อาศัยอยู่เคียงข้างกัน แม้แต่ภายในรัฐหนึ่งรัฐเดียวกันเชื่อมั่นว่าการคงอยู่ของอุปสรรคขวางกั้นทางเชื้อชาติไม่สอดคล้องอย่างยิ่งกับอุดมการณ์ของสังคมมนุษย์ใด ๆ การอนุวัติหลักการ ซึ่งปรากฏอยู่ในปฏิญญาสหประชาชาติว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ และประกันให้มีการจัดวางมาตรการที่เป็นรูปธรรมเพื่อการอนุวัติการดังกล่าวได้ตกลงกันดังต่อไปนี้ การเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติ หมายถึง การจำแนกการกีดกันการจำกัดหรือการเลือก โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของเชื้อชาติ สีผิว เชื้อสายหรือชาติกำเนิดหรือเผ่าพันธุ์กำเนิด ซึ่งมีเจตนาหรือมีผลให้เกิดการระงับ หรือกีดกันการเคารพสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในด้านการเมืองเศรษฐกิจสังคม วัฒนธรรม และในด้านอื่น ๆ ของการดำรงชีวิตในสังคม รวมทั้งการระงับหรือกีดกันการใช้สิทธิเหล่านั้นอย่างเสมอภาคของบุคคล อนุสัญญานี้จะไม่ใช้กับการจำแนกการกีดกันการจำกัดหรือการเลือกโดยรัฐภาคีของอนุสัญญานี้ระหว่างพลเมืองและบุคคลที่มีใช้พลเมือง

2.4.4 ปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐาน และสิทธิในการทำงาน (The Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work)¹⁷

ปฏิญญาลฉบับนี้ของ ILO ถือเป็นการยืนยันว่าประเทศสมาชิกขององค์การฯ เต็มใจจะ “เคารพส่งเสริมและปฏิบัติ ด้วยความจริงใจ” ซึ่งหลักการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการสมาคมและการยอมรับอย่างมีประสิทธิผลในสิทธิที่จะร่วมเจรจาต่อรอง การขจัดแรงงานบังคับหรือการเกณฑ์แรงงานทุกรูปแบบ การเลิกจ้างการใช้แรงงานเด็กอย่างได้ผล และการยุติการเลือกปฏิบัติในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานนี้เน้นว่าประเทศสมาชิกทุกประเทศจะต้องเคารพหลักการขั้นพื้นฐานต่าง ๆ ที่ระบุไว้ไม่ว่าจะได้รับการรับรองอนุสัญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศฉบับแ่งการจ้างงาน และการทำงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วหรือไม่ก็ตามปฏิญญาลฉบับนี้ยังยอมรับหน้าที่ขององค์การฯ “ที่จะต้องช่วยประเทศสมาชิกที่ได้ร้องขอความช่วยเหลือ และพิสูจน์แล้วว่าต้องการความช่วยเหลืออย่างแท้จริง ทั้งนี้เพื่อให้บรรลุอุดมมุ่งหมายต่าง ๆ ดังกล่าว” โดยใช้ทรัพยากรขององค์การฯ อย่างเต็มที่ ซึ่งรวมถึงการระดมทรัพยากรทั้งหลายจากนอกองค์การฯ

¹⁷ องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International labor organization - ILO). (ม.ป.ป.). *ปฏิญญาว่าด้วยหลักการพื้นฐาน และสิทธิในการทำงาน*. สืบค้น 18 ตุลาคม 2556, จาก

และขอความสนับสนุนจากองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ ปฏิญญานี้ “เน้นว่ามาตรฐานทางแรงงานไม่ควรถูกใช้เพื่อปกป้องอุตสาหกรรมในประเทศและปฏิญญานี้ตลอดจนการดำเนินงานเพื่อติดตามผลของปฏิญญานี้ จะต้องไม่ถูกใช้เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว นอกจากนี้ ปฏิญญานี้และการดำเนินงานเพื่อติดตามผลของปฏิญญานี้จะต้องไม่ใช่จับผิดจุดเด่นของประเทศใดเป็นอันขาด”

การประชุมใหญ่ขององค์การแรงงานระหว่างประเทศได้ติดตามผลของปฏิญญานี้ ซึ่งรายงานการติดตามผลมีอยู่ในภาคผนวกของปฏิญญานั้นเอง รายงานการติดตามผลส่วนแรกได้ประมวลสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในรอบปีในประเทศที่ยังไม่ได้รับรองอนุสัญญาสากลฉบับหรือ หลายฉบับที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งสี่ประการ การติดตามผลนี้จะมีขึ้นปีละหนึ่งครั้งด้วยการดำเนินการต่าง ๆ ตามที่คณะประศาสน์การกำหนดส่วนที่สองเป็นรายงานระดับโลกที่จะจัดทำขึ้นปีละหนึ่งครั้ง ว่าด้วยเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานหนึ่งในสี่ประการ สิทธิแต่ละประการจะได้รับการติดตามผลไปตามลำดับโดยจะศึกษาสถานการณ์ที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศที่ได้รับรองอนุสัญญานี้ต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องแล้วและในประเทศที่ยังไม่ได้รับรอง รายงานระดับโลกฉบับแรกซึ่งจัดทำขึ้นเมื่อ พ.ศ. 2543 เน้นเรื่องเสรีภาพ ในการสมาคมและการยอมรับอย่างจริงจัง ซึ่งสิทธิที่จะร่วมเจรจาต่อรอง รายงานฉบับต่อ ๆ มาได้ศึกษาหรือตั้งใจจะศึกษาการยุติการใช้แรงงาน บังคับ การเลิกจ้าง การใช้แรงงานเด็กอย่างมีประสิทธิภาพ และการยุติการเลือกปฏิบัติในการจ้างงานการติดตามผลของปฏิญญานี้ทำขึ้นเพื่อเป็นการส่งเสริม และเป็นช่องทางที่จะคอยรับข้อมูลเกี่ยวกับความต้องการการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมซึ่งสัมพันธ์กับสิทธิและหลักการเหล่านี้ ดังนั้น การติดตามผลจึงช่วยวางโครงการความร่วมมือทางวิชาการซึ่งเป็น โครงการเป้าหมายดำเนินโครงการและประเมินโครงการด้วย

ความร่วมมือทางวิชาการในการติดตามผลของปฏิญญาองค์การแรงงานระหว่างประเทศว่าด้วยหลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานความร่วมมือทางวิชาการเป็นเครื่องมือสำคัญอย่างหนึ่ง ในอันที่จะทำให้หลักการและสิทธิขั้นพื้นฐานในการทำงานมีผลในทางปฏิบัติ ซึ่งจะประกันว่าการพัฒนาทางสังคมจะเกิดควบคู่ไปกับความเจริญทางเศรษฐกิจ โครงการเพื่อส่งเสริมปฏิญญานี้ดังกล่าวซึ่งเริ่มดำเนินงาน เมื่อ พ.ศ. 2542 ได้ริเริ่มโครงการความร่วมมือทางวิชาการแบบใหม่และมีส่วนระบุ ออกแบบ และระดมทุนเพื่อโครงการเหล่านี้ ความร่วมมือทางวิชาการนี้ได้รับการสนับสนุนจากกองทุนแบบทวิภาคีเป็นส่วนใหญ่และได้รับความช่วยเหลือจากบริการทางวิชาการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องของสำนักงานฯ ทั้งจากสำนักงานใหญ่เองและสำนักงานสาขา ความช่วยเหลือมีตั้งแต่การแนะนำเรื่องการปฏิรูปกฎหมายและการฝึกอบรมเจ้าหน้าที่รัฐไปจนถึงการพัฒนา

ความสามารถของฝ่ายต่าง ๆ ในโครงสร้างไตรภาคี (ได้แก่รัฐบาล องค์กรนายจ้าง และองค์กรลูกจ้าง) เกือบทุกโครงการมีการคำนึงถึง เรื่องเพศและการพัฒนา และมีความร่วมมือแบบไตรภาคี

2.4.5 ปฏิญญาสามประสานว่าด้วยหลักการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทพหุชาติ และนโยบายทางสังคม (The Tripartite Declaration on Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy – MNEs Declaration)¹⁸

การลงทุนของคนต่างด้าวที่มีกำลังทางเศรษฐกิจขนาดใหญ่อย่างบริษัทข้ามชาติถือว่ามีความสำคัญและผลกระทบต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่รับการลงทุนปฏิญญาสามประสานว่าด้วยหลักการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทพหุชาติ และนโยบายทางสังคมบัญญัติไว้เพื่อควบคุมบริษัทข้ามชาติ โดยระบุว่า “บริษัทพหุชาติ ที่แสดงออกว่าได้ดำเนินการบรรณาการเจรจาต่อรองโดยสุจริตใจโดยมีผู้แทนของลูกจ้างในระบบการจ้างงานเข้าร่วมในกระบวนการเจรจาต่อรองด้วย ในขณะที่ลูกจ้างกำลังใช้สิทธิในการจัดตั้ง การรวมกลุ่ม บริษัทนั้น ๆ จะต้องไม่แสดงการข่มขู่ โดยการใช้ความพยายามต่าง ๆ ที่จะโยกย้ายหน่วยการลงทุนและการผลิตไม่ว่าจะทั้งหมด หรือบางส่วนจากประเทศที่เกี่ยวข้องนั้น ๆ ออกไป เพื่อกดดันกระบวนการเจรจาต่อรองอย่างไม่เป็นธรรม หรือขัดขวางกระบวนการใช้สิทธิในการจัดตั้ง และการรวมกลุ่ม หรือไม่ก็โยกย้ายลูกจ้างที่มีความเกี่ยวข้องกับต่างประเทศ โดยเจตนาเพื่อทำลายกระบวนการเจรจาต่อรองที่สุจริตของผู้แทนลูกจ้าง หรือการใช้สิทธิในการจัดตั้ง และการรวมกลุ่มของลูกจ้าง (...) บริษัทพหุชาติควรจะให้ข้อมูลที่จำเป็นต่อผู้แทนฝ่ายลูกจ้างเพื่อให้การดำเนินการเจรจาต่อรองกับฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ต้องเป็นไปตามกฎหมายและการปฏิบัติของท้องถิ่นนั้น ๆ นอกจากนี้ยังต้องให้ข้อมูลที่ส่งเสริมให้ฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องบรรลุมุมมอง และแนวทางการดำเนินการที่ชัดเจน เที่ยงธรรม และถูกต้องของฝ่ายนั้น ๆ เพื่อสร้างความเหมาะสม ในการดำเนินธุรกิจทั้งหมดด้วย”

การประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเกี่ยวข้องกับทฤษฎีและข้อกฎหมายหลายประการเริ่มต้นจากการย้ายถิ่นฐานของคนในสังคมเกษตรกรรม ที่เป็นการย้ายถิ่นฐานเพื่อทำงานประกอบอาชีพเลี้ยงตนเองจนก้าวมาสู่การย้ายถิ่นฐานเพื่อการค้าการลงทุนที่มีการเคลื่อนย้ายทุนและแรงงานเป็นจำนวนมาก นำไปสู่การประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่เป็นบริษัทข้ามชาติ การที่คนต่างด้าวจากประเทศหนึ่งจะประกอบธุรกิจในอีกประเทศหนึ่ง ประเทศที่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าทำงานจำเป็นต้องมีกฎระเบียบ และกฎหมายรองรับคนต่างด้าวที่อพยพเข้ามาในประเทศทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจและสังคมของตนเอง ในโลกอุตสาหกรรมสมัยใหม่การลงทุนโดยตรงจาก

¹⁸ องค์กรแรงงานระหว่างประเทศ (International labor organization - ILO). (ม.ป.ป.). *ปฏิญญาสามประสานว่าด้วยหลักการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทพหุชาติ และนโยบายทางสังคม*. สืบค้น 1 สิงหาคม 2556, จาก http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_101234.pdf

ต่างประเทศเป็นเงื่อนไขสำคัญอย่างหนึ่งที่ก่อให้เกิดการย้ายถิ่นของแรงงานเข้าสู่ประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศถือเป็นส่วนหนึ่งของการเปิดการค้าเสรีของโลก สำหรับประเทศไทยแล้วในอนาคตอันใกล้การประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่มีผลต่อโครงสร้างเศรษฐกิจและสังคมของประเทศคือการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เพราะต้องเปิดกว้างให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนได้มากขึ้น โดยลดทอนข้อจำกัดทางกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันลง

บทที่ 3

ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยเปรียบเทียบกับประเทศในกลุ่มอาเซียน

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนำมาซึ่งปัญหากฎหมายที่บังคับใช้เพื่อควบคุมคนต่างด้าวเนื่องจากแต่ละประเทศมีกฎหมายภายในของตนเองในการรองรับการลงทุนจากต่างประเทศกฎหมายดังกล่าวมีหลักการเพื่อรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ สังคม ภาย และ ความสมดุลด้านการค้าในประเทศของตนเอง ปัญหากฎหมายดังกล่าวประเทศที่รับการลงทุนมักจะบัญญัติเพื่อป้องกันไม่ให้นักต่างด้าวผูกขาดทางเศรษฐกิจในประเทศจนกลายเป็นปัญหาความมั่นคงของชาติ สำหรับประเทศไทยแล้วนับตั้งแต่มีการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติฉบับที่ 1 พ.ศ. 2504-2509 เป็นต้นมา ทำให้เกิดการจำกัดการลงทุนของธุรกิจต่างด้าวในประเทศไทยมากขึ้นเรื่อย และประเทศไทยได้บัญญัติกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้หลายฉบับตามแต่ละยุคสมัย

3.1 ปัญหาตามกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทย

3.1.1 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 และ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

ก่อนที่มีกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ออกใช้บังคับ คนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นคนธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ตั้งสาขาในประเทศไทย หรือลงทุนจดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย สามารถประกอบธุรกิจทั่วไปได้เช่นเดียวกับคนไทย เว้นแต่ธุรกิจบางประเภทที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ เช่น การจดทะเบียนอากาศยาน ผู้จดทะเบียนทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต้องมีสัญชาติไทย การจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทย สามารถจดทะเบียนจัดตั้งเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือจัดตั้งเป็นบริษัทมหาชนจำกัด ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดก็ได้ ในการจัดตั้งนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท และการจัดตั้งบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ กล่าวคือคนต่างด้าว

จะถือหุ้นทั้งหมดก็ได้ ถ้าผู้จดทะเบียนยื่นคำขอจัดตั้ง โดยถูกต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขของการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนบริษัท นายทะเบียนจะปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนไม่ได้ เมื่อจัดตั้งแล้วการจะจัดตั้งสาขาที่สามารถทำได้ เพียงแต่ไปจดทะเบียนกับนายทะเบียนเท่านั้น¹

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติที่ไทยประกาศใช้เพื่อจำกัดสิทธิการลงทุนของต่างชาติฉบับแรก ประกาศดังกล่าว ได้จำกัดสัดส่วนหุ้นส่วนคนต่างด้าวในธุรกิจในบัญชีแนบท้ายกฎหมายไว้ไม่เกินร้อยละ 49 สำหรับธุรกิจที่ปรากฏในบัญชีแนบท้าย (ก) – (ค) บัญชีดังกล่าวห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในภาคการผลิตและบริการบางประเภทที่เกี่ยวข้องโยงกับการประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม หัตถกรรม การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับวิชาชีพที่สงวนสำหรับคนไทย ฯลฯ โดยความแตกต่างระหว่างบัญชีแต่ละบัญชีขึ้นอยู่กับระยะเวลาและเงื่อนไขที่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามอยู่เดิมจะต้องปรับตัวให้สอดคล้องกับกฎหมาย และ วิธีการและเงื่อนไขที่คนต่างด้าวรายใหม่จะสามารถขออนุญาตในการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามเหล่านั้น แต่ที่สำคัญคือ บัญชี (ค) นั้นห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจบริการทุกประเภทโดยไม่ระบุสาขา ข้อจำกัดดังกล่าวยังคงปรากฏอยู่ในบัญชี 3 ใน พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

ในช่วงที่ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว มีการตราพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี ก. และบัญชี ข. ได้ 3 ฉบับ คือ

1. พระราชกฤษฎีกา อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชี ข. ได้ โดยขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า
2. พระราชกฤษฎีกา อีกฉบับหนึ่ง อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ตามบัญชี ก. และ ข. ได้เป็นการชั่วคราว โดยอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับการจัดประชุมสัมมนาจัดแสดงนิทรรศการ หรือเพื่อแสดงความเห็น หรือสาธิตในการประชุมสัมมนา หรือนิทรรศการ ประกอบธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งในบัญชี ก. หรือบัญชี ข. ได้เป็นการชั่วคราวไม่เกิน 30 วัน
3. พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ตามบัญชี ก. ได้กำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงที่สำคัญ คือ

¹ จาก “พลิกปมกฎหมาย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว,” โดย สกล หาญสุทธวารินทร์, 2550 5 กันยายน , กรุงเทพมหานคร.

- (1) จะกู้เงินที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ ที่อนุญาตได้ไม่เกิน 7 เท่าของเงินทุน
- (2) จะต้องนำเงินเข้าจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจไม่น้อยกว่าที่แจ้งไว้ตามโครงการที่ขออนุญาต
- (3) จำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว ต้องเป็นไปตามสัดส่วนเงินทุนของคนไทยและคนต่างด้าว
- (4) ในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาต จะต้องมิให้มีมูลค่าอยู่ในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่าหนึ่งคน

กำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือถือหุ้นแทนเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติที่กำหนดไว้ โทษสูงสุด คือ โทษปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกประกอบธุรกิจ

3.1.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเดิมคือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 เป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในไทย เพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาและรักษาคุณภาพทางเศรษฐกิจของชาติ โดยมีบทนิยาม คำว่า “ต่างด้าว” และใช้หลักการที่ว่าห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายกฎหมาย เว้นแต่ได้รับอนุญาต ซึ่ง กฎหมายนี้ ได้ใช้รองรับการเจรจาและทำความตกลงว่าด้วยการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุน ภายใต้กรอบความตกลงองค์การการค้าโลก (WTO) และความตกลงเขตการค้าเสรีอื่น ๆ ที่ไทยเป็นภาคี เนื่องจากปัจจุบันจะพบว่ามีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเป็นจำนวนมากขึ้นทุกวัน ไม่ว่าจะเข้ามาโดยถูกต้องตามกฎหมายหรือเข้ามาโดยหลบหนีเข้าเมืองก็ตามซึ่งการเข้ามาของคนต่างด้าวนั้น เข้ามาในหลายสถานะ เช่น ฐานะนักท่องเที่ยว นักศึกษา หรือนักธุรกิจ และอีกหลายรูปแบบซึ่งความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัตินี้ ได้แก่

- 1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- 2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- 3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะได้แก่ (ก) นิติ บุคคลที่มีหุ้นเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชน จำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น ถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น และ (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคล ตาม (1)

4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย มีหุ้นเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคล ตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน ทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

5) และให้หมายถึง หุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น และคนต่างด้าวต่อไปนี้จะประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร

(1) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

(2) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

สำหรับคนต่างด้าวดังต่อไปนี้ห้ามประกอบธุรกิจในประเทศ คือ

(1) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือการเนรเทศตามกฎหมาย

(2) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในประเทศโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เน้นการควบคุมการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งมีการกำหนดนิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนและกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้ คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน ทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว แต่ในข้อเท็จจริงกลับพบว่า คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าว มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือคนต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน เช่น นักบัญชี ทนายความ นายหน้า เป็นผู้ถือหุ้นแทน เป็นต้น

3.1.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นได้ เช่นพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 “...ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตาม กฎหมายอื่น ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมาย ที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริม หรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น ผู้ได้รับการ ส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นตาม ประมวลกฎหมายที่ดิน...” (พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27)

คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนซึ่งได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน และสามารถถือครองที่ดินมากกว่าที่กำหนดไว้ หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวย่อมอยู่ภายใต้การตัดสินใจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน คนต่างด้าวอาจถือกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินได้เกินกว่าส่วนที่ประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดไว้ แต่เมื่อใดที่คนต่างด้าวเลิกหรือโอนกิจการ จะต้องจำหน่ายที่ดินภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิเช่นนั้น อธิบดีกรมที่ดินย่อมมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นต่อไป (พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 6) กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง การทำงานของคนต่างด้าว การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินตามกฎหมายที่ดิน การยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรตามกฎหมายศุลกากร การยกเว้นภาษีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ ภายใต้งบเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด นอกจากนี้ กรณีที่ผู้ขอรับส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้รับส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมาย ยังได้รับยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ เพียงแต่คนต่างด้าวต้องมีหน้าที่ขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด

3.1.4 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน กล่าวคือ คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมทำหน้าที่ในการตัดสินใจว่าคนต่างด้าวนั้นจะมีสิทธิถือครองที่ดิน เกินกว่าจำนวนที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด

ไว้หรือไม่ และเมื่อมีการโอนหรือเลิกกิจการต้องจำหน่ายที่ดินภายในเวลา 3 ปี มิเช่นนั้นอธิบดีกรมที่ดินย่อมมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 มาตรา 4 ได้แบ่งนิคมอุตสาหกรรมออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ เขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรีโดยการถือครองที่ดิน (พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 มาตรา 4)

คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมอาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรมทั่วไปหรือในเขตประกอบการเสรีแล้วแต่กรณี เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ประกอบด้วย ประธานกรรมการและกรรมการอื่นอีกไม่เกินสิบคน รวมทั้งผู้ว่าการซึ่งเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง ให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้แต่งตั้งประธานกรรมการและกรรมการอื่นซึ่งมิใช่กรรมการโดยตำแหน่ง (มาตรา 18 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522)

ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมจึงสามารถรับสิทธิประโยชน์ให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ อำนาจในการพิจารณาของคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยมีเพียงอำนาจในการพิจารณาเฉพาะในที่ดินเท่านั้น ในกรณีที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเลิกกิจการหรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์และส่วนควบกับที่ดินนั้น ให้แก่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือผู้รับโอนกิจการ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้น ให้แก่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดินตาม มาตรา 44 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550

“ผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรม อาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในนิคมอุตสาหกรรมหรือในเขตประกอบการเสรี แล้วแต่กรณี เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ ที่คณะกรรมการเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น

ในกรณีที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเลิกกิจการหรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์และส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ ก.น.อ. หรือผู้รับ

โอนกิจการ แล้วแต่กรณีภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ ก.น.อ. หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน” และที่ดินตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ไม่รวมถึงอาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ซึ่งให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกินร้อยละ 49 ซึ่งผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือ ผู้ประกอบพาณิชยกรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิคมอุตสาหกรรมสามารถมีกรรมสิทธิ์ในเนื้อที่ของห้องชุดได้ตามบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิคมอุตสาหกรรม²

3.2 หลักกฎหมายต่างประเทศในกลุ่มอาเซียน

3.2.1 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสิงคโปร์

3.2.1.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของสาธารณรัฐสิงคโปร์

การค้าการลงทุนระหว่างประเทศของสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังคงเปิดเสรีด้านการลงทุน ยกเว้นมีข้อกำหนดในบางภาคอุตสาหกรรมได้แก่ การให้บริการด้านการเงิน Professional Services และ Media Sectors โดยมีหน่วยงาน Economic Development Board (EDB) ซึ่งเป็นหน่วยงานส่งเสริมการลงทุนมีนโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงที่ชัดเจน ดังนี้³

1. นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรง Pioneer Incentive หากเป็นธุรกิจที่ยังไม่มีในสาธารณรัฐสิงคโปร์หรือยังมีไม่เพียงพอต่อความต้องการทางเศรษฐกิจของสาธารณรัฐสิงคโปร์ อยู่ในข่ายได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสูงสุดไม่เกิน 15 ปี

2. นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรง Pioneer Service Industries ครอบคลุมบริการทางเทคนิค วิจัยและพัฒนา บริการฐานข้อมูลคอมพิวเตอร์ การออกแบบทางอุตสาหกรรม ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล 5 – 15 ปี

3. นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรง Development & Expansion Incentive (DEI) หากเป็นการขยายกิจการ ปรับปรุงกิจการ และลงทุนในกิจกรรมที่มีมูลค่าเพิ่มสูงขึ้น อยู่ในข่ายลดภาษีเงินได้ลงเหลือไม่ต่ำกว่าร้อยละ 5 สำหรับกำไรในส่วนที่เกินจำนวนที่กำหนดไว้กำหนดเวลาไม่เกิน 10 ปี โดยสามารถขยายเป็น 20 ปี

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 648/2554.

³ จาก *ทุนข้ามชาติที่มาพร้อมกับกระแสการเปิดเสรี* (น. 1-5) , โดย ธนาคารกรุงไทย, บริษัทมหาชน จำกัด, 2554, กรุงเทพฯ: สาขาบริหารความเสี่ยง. บมจ.ธนาคารกรุงไทย.

4. นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรง Expansion Incentive หากเป็นกิจการที่เป็นประโยชน์ทางเศรษฐกิจต่อสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ในส่วนเกินจำนวนที่กำหนดไว้เป็นเวลา 10 ปี โดยสามารถขยายเป็น 20 ปี

5. นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรง Investment Allowances ครอบคลุมการผลิตสินค้า วิศวกรรมเฉพาะทางบริการเทคนิค วิจัยและพัฒนา บริการวิชาชีพ บริการทางการศึกษาและฝึกอบรม ท่องเที่ยว ฯลฯ จะสามารถหักค่าใช้จ่ายด้านลงทุนได้เป็น 2 เท่า ออกจากรายได้พึงประเมินที่จะคำนวณไปเสียภาษีอากร เป็นเวลา 5 ปี กรณีโครงการส่งเสริมการท่องเที่ยว (ยกเว้น โรงแรม) ไม่เกิน 10 ปี

3.2.1.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การจัดตั้งองค์กรทางธุรกิจในสาธารณรัฐสิงคโปร์อยู่ภายใต้การกำกับและควบคุมของกฎหมายหลายฉบับ เช่น รัฐบัญญัติองค์กรธุรกิจ 1967 (Companies Act 1967) รัฐบัญญัติหลักทรัพย์ 1926 (Trust Companies Act 1926) กฎหมายเหล่านี้บัญญัติถึงกฎเกณฑ์ การจัดตั้งองค์กรทางธุรกิจในสาธารณรัฐสิงคโปร์สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบขององค์กร การยุบเลิกองค์กร รวมถึงการรวบรวมกิจการ ซึ่งบัญญัติอนุญาตไว้อย่างกว้างขวางทำให้ องค์กรธุรกิจสามารถรวบรวมกิจการทั้งในรูปแบบที่ยุบเลิกองค์กรเดิมทั้งหมดและก่อตั้งเป็นองค์กรธุรกิจใหม่ หรือยุบองค์กรเดิมเพียงหนึ่งองค์กรและคงสถานะองค์กรธุรกิจเดิมหนึ่งองค์กรเอาไว้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสาธารณรัฐสิงคโปร์ถือเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีความก้าวหน้าด้านเศรษฐกิจอย่างมากไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรงหรือการลงทุนผ่านตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้น รัฐบาลสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงได้บัญญัติกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหลากหลายและครอบคลุม เช่น⁴

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยการเงิน

สาธารณรัฐสิงคโปร์ถือว่าเป็นประเทศที่เป็นเมืองท่าที่สำคัญแห่งหนึ่งของโลก จึงมีเงินตราต่างประเทศหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจต่อวันมากมาย สาธารณรัฐสิงคโปร์จึงพัฒนาระบบกฎหมายการเงินและภาษีของประเทศให้มีความรัดกุมและมีประสิทธิภาพ โดยบัญญัติกฎหมายไว้หลายฉบับทั้งกฎหมายเกี่ยวกับภาษีไม่ว่าจะเป็นภาษีเงินได้ เช่น รัฐบัญญัติภาษีเงินได้ (Income Tax Act) ภาษีสินค้าและบริการ เช่น รัฐบัญญัติภาษีสินค้าและบริการ (Goods and Services Tax Act) หรือภาษีที่ดินเช่น รัฐบัญญัติทรัพย์สิน (Property Tax Act) กฎหมายเกี่ยวกับการเงินและการธนาคาร เช่น รัฐบัญญัติการเงินการธนาคาร 1970 (Banking Regulations, Monetary Authority of Singapore Act 1970) นอกจากนี้สาธารณรัฐสิงคโปร์ยังได้บัญญัติรัฐบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยน

⁴ จาก มาตรการส่งเสริมการลงทุนทางตรงจากต่างประเทศ (น. 275-276) , โดย สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552, กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

เงินตรา (Money-Changing and Remittance Businesses Act) อนุญาตให้เฉพาะผู้ซึ่งมีใบอนุญาตเท่านั้นที่สามารถแลกเปลี่ยนเงินตราได้อย่างถูกกฎหมาย

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยที่ดิน

การถือครองที่ดิน การใช้ประโยชน์ในที่ดิน หรือการเช่าที่ดินในสาธารณรัฐสิงคโปร์ตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับไม่เฉพาะรัฐบัญญัติกฎหมายเอกชน 1909 (Civil Law Act 1909) หากแต่ยังมีกฎหมายเฉพาะอีกหลายฉบับคือ รัฐบัญญัติการซื้อขายที่ดิน (Lands Acquisition Act) รัฐบัญญัติโฉนดที่ดิน (Registration of Deeds Act) รัฐบัญญัติที่อยู่อาศัย (Residential Property Act) กฎหมายเหล่านี้บัญญัติกฎหมายเกณฑ์เกี่ยวกับการถือครองที่ดิน การใช้ประโยชน์ในที่ดิน หรือการเช่าที่ดินของเอกชนในสาธารณรัฐสิงคโปร์ โดยมีเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้รับมอบอำนาจจากรัฐบัญญัติการจัดการที่ดินแห่งสาธารณรัฐสิงคโปร์ 2001 (Singapore Land Authority Act 2001) เข้ามาควบคุมดูแลบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเหล่านี้อีกด้วย

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยแรงงานและการทำงานของคนต่างด้าว รวมถึงกฎหมายคนเข้าเมือง

กฎหมายแรงงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นบัญญัติอยู่ในกฎหมายหลายฉบับเกี่ยวเนื่องกัน ทั้งนี้เพื่อควบคุมดูแลการจ้างแรงงานในประเทศ ทั้งเป็นคุ้มครองรักษาผลประโยชน์ของผู้ใช้แรงงาน เช่น รัฐบัญญัติการจ้างงาน (Employment Act) รัฐบัญญัติโรงงาน (Factories Act) รัฐบัญญัติการเกษียณอายุงาน (Retirement Age Act) รัฐบัญญัติสหภาพการค้า (Trade Unions Act) ระเบียบการบริหารความเสี่ยง 2006 (WSH (Risk Management) Regulations 2006) รัฐบัญญัติเงินทดแทนการบาดเจ็บ (Work Injury Compensation Act) รัฐบัญญัติเงินทดแทนผู้ใช้แรงงาน (Workmen's Compensation Act) รัฐบัญญัติความปลอดภัยในที่ทำงาน 2006 (Workplace Safety and Health Act 2006) และเนื่องจากมีแรงงานต่างชาติเดินทางเข้าไปทำงานในสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นจำนวนมาก สาธารณรัฐสิงคโปร์จึงได้บัญญัติกฎหมายเฉพาะในเรื่องการจ้างแรงงานคนต่างด้าว คือ รัฐบัญญัติแรงงานคนต่างด้าว (Employment of Foreign Workers Act) และเนื่องจากสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นประเทศที่เป็นเมืองท่าทำให้มีชาวต่างชาติเข้าออกประเทศเป็นจำนวนมาก สาธารณรัฐสิงคโปร์จึงได้บัญญัติกฎหมายควบคุมเกี่ยวกับคนเข้าเมืองบัญญัติไว้เพื่อรักษาความมั่นคงภายใน คือ กฎหมายคนเข้าเมือง (Immigration Act) สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง (Immigrations & Checkpoints Authority)

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยการให้การอนุญาตประกอบกิจกรรมทางธุรกิจ รวมถึงกฎหมายสิ่งแวดล้อมสิ่งแวดล้อมเป็นเรื่องที่หลายประเทศให้ความสำคัญ สาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นประเทศหนึ่งให้เห็นความสำคัญของการรักษาสิ่งแวดล้อม ดังนั้นจึงได้บัญญัติกฎหมายหลาย

ฉบับเพื่อควบคุมการปล่อยสารพิษสู่สิ่งแวดล้อมและเพื่อดูแลรักษาสภาพแวดล้อม คือ รั้วบัญญัติควบคุมมลพิษสิ่งแวดล้อม (Environmental Pollution Control Act) รั้วบัญญัติสัตว์ป่าและนก (Wild Animals and Birds Act) โดยมีหน่วยงานของรัฐผู้มีหน้าที่รับผิดชอบและมีอำนาจจัดการเกี่ยวกับกฎหมายสิ่งแวดล้อม 3 หน่วยงานคือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงน้ำและสิ่งแวดล้อม (Ministry of Environment and Water Resources - MEWR) สำนักงานสิ่งแวดล้อม (National Environmental Agency - NEA) และคณะกรรมการกิจการสาธารณะ (Public Utilities Board -PUB) หากแต่ทั้ง 3 หน่วยงานมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกันจึงไม่มีความทับซ้อนหรือขัดกันของอำนาจหน้าที่โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงน้ำและสิ่งแวดล้อม (MEWR) มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับการรักษาสภาพแวดล้อมและแหล่งน้ำ (NEA) เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการในการรักษาสภาพแวดล้อมให้เป็นที่ไปตามนโยบาย และคณะกรรมการกิจการสาธารณะเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติการในการรักษาและจัดสรรแหล่งน้ำ

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและการกักตุนสินค้ามาตรการในเรื่องการแข่งขันทางการค้าของสาธารณรัฐสิงคโปร์ตกอยู่ภายใต้ “รั้วบัญญัติการแข่งขันทางการค้า” (The Competition Act 2004) รั้วบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดแต่งตั้งคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า (The Competition Commission of Singapore) ขึ้นเพื่อบังคับการให้เป็นที่ไปตามกฎหมายฉบับนี้

มาตรการในกลุ่มกฎหมายควบคุมสินค้าและวัตถุดิบ

สาธารณรัฐสิงคโปร์บัญญัติกฎหมายควบคุมการนำเข้าและส่งออกสิ่งมีชีวิตที่อยู่ในสถานะอันตรายต่อการสูญพันธุ์ในรั้วบัญญัตินำเข้าและส่งออก (Import and Export Act) ทั้งควบคุมการนำเข้าและส่งออกพืชต่าง ๆ ในรั้วบัญญัติควบคุมพันธุ์พืช 1999 (Control of Plants Act -1999) นอกจากนี้สารชีวภาพ สารเคมี วัตถุอันตรายและสารก่อรังสีก็ได้รับการควบคุมในการจะนำเข้าประเทศหรือส่งออกจากประเทศใน Biological Agents and Toxins Act 2005, Hazardous Waste (Control of Export, Import and Transit) Act, , Radiation Protection Act 2007 (Act 27 Of 2007)

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยการเคลื่อนย้ายเทคโนโลยี (Technology Transfer) เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ทั่วโลกสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้มีการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาขึ้นเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองทรัพย์สินเหล่านั้น โดยสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้บัญญัติกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาหลายฉบับแยกออกเป็น 6 กลุ่มกฎหมายคือ 1) กฎหมายเกี่ยวกับลิขสิทธิ์ เช่น รั้วบัญญัติลิขสิทธิ์ 1987 (Copyright Act 1987) 2) กฎหมายสิทธิบัตร (Patent Act 1994) 3) กฎหมายเครื่องหมายการค้า (Trade Marks Act 1998) 4) กฎหมายกับการคุ้มครองความหลากหลายทางพันธุ์พืช (Plant Varieties Protection Act2004) 5) กฎหมายเกี่ยวกับฉลากระบุ

ที่มาของสินค้า เช่น Geographical Indication Act 1998 6) และกฎหมายเกี่ยวกับการออกแบบ เช่น ราชบัญญัติออกแบบเมือง 2000 (Registered Design Act 2000)

มาตรการในกลุ่มกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสัมปทานหรือประทานบัตรไม่ปรากฏว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์จะบัญญัติกฎหมายห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้าถือครองสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ หากแต่เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นมีอยู่อย่างจำกัด

3.2.1.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์

รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์มีสองรูปแบบคือ การเข้าไปลงทุนโดยตรง และการลงทุนผ่านตลาดหลักทรัพย์ สำหรับการลงทุนโดยตรงโดยการเข้าไปตั้งองค์กรธุรกิจสามารถทำได้โดยข้อมูลสำหรับการจัดตั้งบริษัทในสาธารณรัฐสิงคโปร์ดังนี้⁵

1. บริษัทจดทะเบียนสามารถมีผู้ถือหุ้นต่างชาติได้ทั้งหมด
2. ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ 1 เหรียญสิงคโปร์
3. สามารถจดทะเบียนชื่อได้ภายใน 1 วัน หากไม่ต้องยื่นขออนุญาตจากจากหน่วยงานอื่น
4. มีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 1 คน และกรรมการ 1 คน
5. ได้รับการยกเว้นภาษีรายได้ 100,000 เหรียญสิงคโปร์แรกต่อปี เป็นเวลา 3 ปีนับแต่วันจัดตั้งบริษัท
6. ภาษีร้อยละ 9 คิดจากเงินได้ 300,000 เหรียญสิงคโปร์ต่อปี เริ่มตั้งแต่ปี 2551
7. ภาษีบริษัทร้อยละ 18 สำหรับเงินได้ที่นอกเหนือจาก 300,000 เหรียญสิงคโปร์แรก
8. โดยทั่วไปไม่มีภาษีบนกำไรที่ได้รับจากการขายคืนสินทรัพย์ (Capital Gain Tax) และเงินปันผล
9. สาธารณรัฐสิงคโปร์จะออกวีซ่าสำหรับผู้ประกอบการ (Entrepreneur Pass) ให้แก่เจ้าของกิจการที่ประสงค์จะย้ายกิจการมาที่สาธารณรัฐสิงคโปร์
10. ไม่มีข้อจำกัดในการแลกเปลี่ยนและการส่งเงินกำไรจากการประกอบการกลับประเทศ

3.2.1.4 กิจการที่เปิดให้ลงทุน กิจการที่ห้ามลงทุน และกิจการลงทุนที่มีเงื่อนไขพิเศษ

เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นมีอยู่อย่างจำกัดการลงทุนหรือการขอสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของประเทศจึงไม่มีโอกาสน้อยและเป็นไปได้ยาก แม้ว่า สาธารณรัฐสิงคโปร์จะไม่ได้บัญญัติกฎหมายห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้าถือครองสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ สาธารณรัฐสิงคโปร์มีกฎหมายที่เปิดกว้างด้านการค้าการลงทุน

⁵ จาก การค้าและการลงทุน สาธารณรัฐสิงคโปร์ (น. 93) , โดย กระทรวงพาณิชย์, 2555, กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการค้าส่งออก.

จากต่างประเทศสหพันธรัฐเกี่ยวกับการช่วยเหลือคนต่างดาวที่ฝ่าฝืนกฎหมายการลงทุนใน สาธารณรัฐสิงคโปร์จึงมีน้อย คนต่างดาวที่ฝ่าฝืนกฎหมายการลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงมี เพียงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจภายในของประเทศเช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายธุรกิจ และกฎหมายการค้าอื่น ๆ ที่คนต่างดาวต้องปฏิบัติตามไม่ต่างจากธุรกิจท้องถิ่นของคนสิงคโปร์ สาธารณรัฐสิงคโปร์ให้ความเท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนชาวสิงคโปร์และชาวต่างชาติ โดยชาวต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 100 ในธุรกิจเกือบทุกสาขา ยกเว้น (1) ด้านการกระจายเสียง และการจัดสรรคลื่นความถี่ ถือหุ้นสูงสุดไม่เกินร้อยละ 49 (2) กิจการด้านหนังสือพิมพ์ ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 5

ส่วนกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนได้แก่ ธุรกิจด้านกฎหมายและการประกอบอาชีพทนายความรวมถึงสาขาที่เกี่ยวข้องกับกิจการวิสาหกิจของรัฐการลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์ กฎหมายการลงทุนของสาธารณรัฐสิงคโปร์เอื้อประโยชน์ต่อผู้ลงทุนเป็นอย่างมากโดยไม่กำหนดเงินลงทุนขั้นต่ำ และอนุญาตให้นักลงทุนสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในสาธารณรัฐสิงคโปร์รวมถึงไม่มีการควบคุมในการโอนเงินตราต่างประเทศและผลกำไรในการประกอบธุรกิจกลับคืนประเทศผู้ลงทุน ดังนั้น จึงไม่มีเส้นแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างคนต่างดาวและนักธุรกิจท้องถิ่นในสาธารณรัฐสิงคโปร์⁶

3.2.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างดาวของสหพันธรัฐมาเลเซีย

3.2.2.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของสหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซียใช้การลงทุนทางตรงเพื่อการพัฒนาประเทศมาเป็นเวลาหลายปีแล้ว โดยหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบด้านการลงทุนคือกระทรวงพัฒนาอุตสาหกรรมสหพันธรัฐมาเลเซีย (Malaysian Industrial Development Authority -MIDA) ซึ่งเป็นหน่วยงานภายใต้การกำกับของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการค้าและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry (MITI) กิจการที่รัฐบาลให้การส่งเสริมการลงทุนจะมีการให้สิทธิประโยชน์ทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ภายใต้กฎหมายที่สำคัญ ได้แก่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน 1986 (Promotion of Investments Act 1986) พระราชบัญญัติรายได้จากภาษี 1967 (Income Tax Act 1967) พระราชบัญญัติผู้บริโภคร 1967 (Customs Act 1967) พระราชบัญญัติภาษีขาย 1972 (Sales Tax Act 1972) และกฎหมายเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Free Zones Act 1990) ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ครอบคลุมทั้งภาคอุตสาหกรรม การเกษตร การบริการ และการท่องเที่ยว ทั้งนี้ สิทธิประโยชน์หลักตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนอาจจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะคือ กลุ่มนักลงทุนที่ได้สิทธิพิเศษ (Pioneer Status) และนักลงทุนที่ได้รับยกเว้นภาษี (Investment Tax Allowance -ITA) ซึ่งนักลงทุนสามารถเลือกอย่างใด อย่างหนึ่ง

⁶ แหล่งเดิม.

ที่เห็นว่าเป็นประโยชน์ที่สุดได้ เช่น หากการลงทุนนั้นต้องเน้นการซื้อเครื่องจักรหรือโรงงาน อาจเลือกสิทธิประโยชน์แบบที่สองได้และไม่มีการแบ่งแยกระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนท้องถิ่น⁷ จำแนกลักษณะการลงทุนได้ดังนี้

การส่งเสริมการลงทุนแบบได้สิทธิพิเศษ (Pioneer Status)

บริษัทที่ยื่นขอสิทธิประโยชน์ในกลุ่ม Pioneer Status จะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้บางส่วนเป็นเวลา 5 ปี นับจากวันที่เริ่มการผลิต (วันที่เริ่มการผลิตนับจากวันที่ใช้กำลังการผลิตเกินร้อยละ 30 ของกำลังการผลิตรวม) โดยนารายได้เพียงร้อยละ 30 ของเงินได้สุทธิ (Statutory Income) หรือเงินได้ที่ได้รับหลังจากหักค่าใช้จ่ายและค่าลดหย่อนต่าง ๆ แล้วมาใช้เป็นฐานในการคำนวณภาษีเงินได้ในอัตราปกติสำหรับการลงทุนในเขตที่รัฐบาลส่งเสริมพิเศษเช่น ชาราวัค ซาบาห์ กลันตัน ตรังกานู ปาหัง และยะโฮร์ จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้ทั้งหมดเป็นเวลา 5 ปี

การส่งเสริมการลงทุนแบบได้รับยกเว้นภาษี (Investment Tax Allowance -ITA) บริษัทที่ยื่นขอสิทธิประโยชน์ในกลุ่มได้รับยกเว้นภาษีสามารถนำค่าใช้จ่ายในการซื้อสินค้าทุน เช่น โรงงาน เครื่องจักร และอุปกรณ์ต่าง ๆ ตามเงื่อนไขของกระทรวงพัฒนาอุตสาหกรรมสหพันธรัฐมาเลเซียมาหักลดหย่อนได้ร้อยละ 60 ของค่าใช้จ่ายดังกล่าว ก่อนนำไปคำนวณภาษีเงินได้ในอัตราปกติ แต่ต้องไม่เกินร้อยละ 70 ของเงินได้สุทธิ (Statutory Income) ในปีนั้น เป็นเวลา 5 ปี นับจากวันที่ค่าใช้จ่ายนั้นเกิดขึ้น ส่วนที่เหลือจึงจะนำมาคำนวณเพื่อชำระภาษีในอัตราปกติ ทั้งนี้ ค่าใช้จ่ายส่วนที่ยังมิได้นำมาหักลดหย่อนในปีนั้น สามารถยกไปหักลดหย่อนในปีถัดไปได้จนกว่าจะเต็มจำนวน สำหรับการลงทุนในเขตที่รัฐบาลส่งเสริมพิเศษ เช่น รัฐชาราวัค ซาบาห์ กลันตัน ตรังกานู ปาหัง และยะโฮร์สามารถนำค่าใช้จ่ายซื้อสินค้าทุนดังกล่าวมาหักลดหย่อนได้เต็มจำนวนและได้สูงสุดถึงร้อยละ 100 ของเงินได้สุทธิ (Statutory Income) ในปีนั้น เป็นเวลา 5 ปี นอกเหนือจากสิทธิประโยชน์ที่นักลงทุนจะได้รับจากกรณีกลุ่มนักลงทุนที่ได้สิทธิพิเศษ (Pioneer Status) และนักลงทุนที่ได้รับยกเว้นภาษี (Investment Tax Allowance -ITA) แล้ว รัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซียยังให้สิทธิประโยชน์เพิ่มเติมสำหรับอุตสาหกรรมที่ต้องการสนับสนุนเป็นพิเศษ ซึ่งมีหลายสาขาในทุกภาคการผลิต แต่ที่สำคัญได้แก่

ภาคอุตสาหกรรม โครงการลงทุนที่ใช้เทคโนโลยีขั้นสูง (High Technology) โครงการลงทุนที่เป็นยุทธศาสตร์ของประเทศ โครงการลงทุนที่สร้างความเชื่อมโยงภาคอุตสาหกรรมต่าง ๆ (Industrial Linkage Programme:ILP) การผลิตส่วนประกอบและชิ้นส่วนยานยนต์ รวมทั้งธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อมที่ได้รับส่งเสริม เป็นต้น โดยจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ทั้งหมดเป็นเวลา 5 ปี และการนำเข้าสินค้าทุนสามารถนำมาหักค่าใช้จ่ายได้ร้อยละ 60 (แต่ถ้าอยู่ในเขตที่

⁷ แหล่งเดิม.

รัฐบาลส่งเสริมพิเศษสามารถนำมาหักค่าใช้จ่ายได้ทั้งหมดเป็นเวลา 5 ปี) สำหรับการผลิตเครื่องจักรเฉพาะแบบ จะได้รับการยกเว้นภาษีเงินได้และค่าใช้จ่ายในการนำเข้าสินค้าทุนทั้งหมด เป็นเวลา 5 ปี ส่วนการผลิตเครื่องจักรหนัก ได้รับลดหย่อนภาษีเงินได้ร้อยละ 70 ของอัตราปกติ (สำหรับการลงทุนในเขตที่รัฐบาลส่งเสริมพิเศษจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ทั้งหมด) เป็นเวลา 5 ปี และการนำเข้าสินค้าทุนสามารถนำมาหักค่าใช้จ่ายได้ร้อยละ 60 (สำหรับการลงทุนในเขตที่รัฐบาลส่งเสริมพิเศษสามารถหักค่าใช้จ่ายได้ทั้งหมด) เป็นเวลา 5 ปี

ภาคเกษตร การผลิตและแปรรูปอาหารที่เป็น โครงการใหม่และที่เป็นการขยายการลงทุนเพิ่มเติม โครงการผลิตอาหารฮาลาล การทำฟาร์มเลี้ยงสัตว์ปีกที่ทันสมัย การปลูกไม้ยางพารา การส่งออกอาหาร ผลไม้ และดอกไม้เป็นต้น ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้บางส่วน โดยนำเงินได้เพียงร้อยละ 30 ของเงินได้ทั้งหมดมาคำนวณภาษี เป็นเวลา 5 ปี นับจากวันที่มีผลผลิตออกจำหน่ายส่วนการลงทุนในเขตที่รัฐบาลส่งเสริมพิเศษ ได้รับยกเว้นภาษีเงินได้ทั้งหมดเป็นเวลา 5 ปี

ท่องเที่ยว โรงแรมหรือโครงการท่องเที่ยวที่อยู่ในพื้นที่ส่งเสริมพิเศษมีส่วนลดค่าใช้จ่ายโฆษณาและประชาสัมพันธ์การท่องเที่ยวในต่างประเทศ การยกเว้นภาษีบางรายการให้กับบริษัทท่องเที่ยวที่นำนักท่องเที่ยวต่างชาติเข้าประเทศมากกว่า 500 คน การยกเว้นภาษีให้กับธุรกิจจัดการประชุมและการแสดงสินค้า เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีสิทธิประโยชน์ที่เป็นรายละเอียดปลีกย่อยจำแนกตามประเภทธุรกิจภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ อีกมากมาย เช่น การลงทุนด้านการวิจัยและพัฒนา (R&D) การลงทุนในเขตในเขตอุตสาหกรรมสื่อผสม (Multimedia Super Corridor - MSC) โครงการลงทุนด้านการสื่อสารและสารสนเทศ (ICT) การลงทุนด้านการเดินเรือและการขนส่ง ซึ่งสามารถขอข้อมูลเพิ่มเติมได้จากกระทรวงพัฒนาอุตสาหกรรมสหพันธรัฐมาเลเซีย ทั้งนี้ นักลงทุนไทยสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 100 และสามารถนำรายได้ออกจากประเทศได้อย่างเสรี

3.2.2.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนธุรกิจของสหพันธรัฐมาเลเซียที่สำคัญมีจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนธุรกิจ (Registration of Businesses Act 1956) และพระราชบัญญัติองค์กรธุรกิจ Companies Act 1965 (Revised-1973) และ 3.กฎหมายกัมปิบุตร หรือ กัมปิบุตรา (Bumiputra)⁸

⁸ จาก การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศมาเลเซีย (น. 2) , โดย กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, 2555, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

1. พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนธุรกิจ (Registration of Businesses Act 1956)

เป็นกฎหมายที่ระบุขั้นตอนและกฎระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เกี่ยวกับการจดทะเบียนพาณิชย์ในสหพันธรัฐมาเลเซีย แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ไม่มีผลบังคับใช้กับธุรกิจของรัฐบริษัทที่จดทะเบียนตามพระราชบัญญัติองค์กรธุรกิจ หรือองค์กรรูปแบบอื่น ๆ ที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับไว้อยู่แล้ว ทั้งนี้กฎหมายฉบับนี้มีกฎหมายลูก คือระเบียบการขึ้นทะเบียนธุรกิจ (Registration of Businesses Rules 1957) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ระบุรายละเอียดต่าง ๆ เพิ่มเติมเกี่ยวกับการจดทะเบียนธุรกิจ

2. พระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนธุรกิจ (Companies Act 1965 (Revised-1973) (Act 125)

เป็นกฎหมายที่ควบคุมการจดทะเบียนบริษัท ข้อกำหนดต่าง ๆ เกี่ยวกับหุ้นและแหล่งทุนต่าง ๆ การจัดการและการกำกับดูแลบริษัท การบัญชีและการสอบบัญชี การควบรวมบริษัท การเลิกกิจการ และข้อกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับบริษัท โดยมีกฎหมายลูกคือระเบียบองค์กรธุรกิจ (Companies Regulations 1966) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ระบุรายละเอียดเกี่ยวกับบริษัทเพิ่มเติมจากพระราชบัญญัติการขึ้นทะเบียนธุรกิจ

3. กฎหมายภูมิบุตร หรือ ภูมิบุตร (Bumiputra)

“Bumiputra” เป็นภาษามลายู แปลว่า คนถิ่น หรือผู้ที่มีถิ่นกำเนิดมีชาติพันธุ์ดั้งเดิมในทางราชการหมายถึง ชาวมาเลย์หรือชาวมลายูเดิมที่นับถือศาสนาอิสลามและชนพื้นเมืองเดิมเช่น Orang Asli ที่อาศัยอยู่ในรัฐซาบะฮ์และซาราวัก กฎหมายนี้รัฐจะให้ความสำคัญต่อการปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของชาวมาเลย์และชนเผ่าเดิม โดยบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ศาสนาอิสลามเป็นศาสนาประจำชาติ และผู้ที่นับถือศาสนาอิสลามจะมีสิทธิพิเศษเพราะรัฐบาลถือว่าคนมาเลย์คือเจ้าของประเทศแห่งนี้และมีเชื้อสายเป็นบุตรแห่งแผ่นดินนี้กรณีการประกอบกิจการของคนต่างชาติมีเงื่อนไขเกี่ยวกับ “ภูมิบุตร” ดังนี้

- 1) ต้องมีสัดส่วนผู้ถือหุ้นภูมิบุตรเป็นจำนวนร้อยละ 30 ในโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัท
- 2) ต้องตั้งภูมิบุตรเป็นกรรมการ/หรือคณะกรรมการของบริษัท
- 3) ต้องจ้างพนักงานในทุกระดับรวมถึงระดับบริหารที่สะท้อนส่วนประกอบทางเชื้อชาติของประชากรมาเลเซีย
- 4) มีการเพิ่มการใช้งานท่าอากาศยานและท่าเรือภายในประเทศสำหรับการนำเข้า/ส่งออกสินค้า
- 5) มีการใช้บริการทางวิชาชีพกฎหมายและวิชาชีพอื่น ๆ จากบริษัทท้องถิ่นของมาเลเซีย

6) จัดส่งรายงานงบการเงินประจำปีให้แก่กระทรวงฯ และ ปฏิบัติตามระเบียบและข้อบังคับระดับท้องถิ่นทุกประการ

3.2.2.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ลงทุนในสหพันธรัฐมาเลเซีย

รูปแบบองค์กรธุรกิจในประเทศมาเลเซียมี 7 รูปแบบ โดยมีรายละเอียดข้อแตกต่าง ดังนี้

1. กิจการเจ้าของเดี่ยว (Sole Proprietorship) ธุรกิจที่มีเจ้าของคนเดียว โดยมีความรับผิดชอบต่อหนี้สินไม่จำกัดกิจการและทรัพย์สินของกิจการสามารถถูกอายัดหรือดำเนินการทางกฎหมายอื่น ๆ ได้

2. ห้างหุ้นส่วนสามัญ (General Partnership) ธุรกิจที่ผู้เป็นหุ้นส่วนต้องรับผิดชอบต่อภาระหนี้สินของห้างหุ้นส่วนทั้งหมดร่วมกัน จำนวนหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญต้องอยู่ระหว่าง 2 ถึง 20 ราย

3. ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership) รูปแบบของห้างหุ้นส่วนที่ประกอบไปด้วยหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบอย่างน้อย 1 คน และหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบอย่างน้อย 1 คน ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ เป็นผู้จัดการกิจการรายวันของห้างหุ้นส่วน รวมทั้งเป็นผู้รับผิดชอบต่อหนี้สินและการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่น ๆ ในขณะที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบไม่จำเป็นต้องดูแลกิจการรายวันของห้างหุ้นส่วน ความรับผิดชอบของผู้เป็นหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบจำกัดอยู่เพียงแค่เท่าเงินที่ลงทุนไว้ รวมทั้งไม่ต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินและการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่น ๆ

4. ห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบ (Limited Liability Partnership) มีลักษณะเหมือนกับห้างหุ้นส่วนจำกัด ยกเว้นแต่ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบไม่ต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของผู้เป็นหุ้นส่วนรายอื่น ชื่อเรียกร่องของลูกค้าจ้าง และความรับผิดชอบสาธารณะ

5. บริษัทจำกัดโดยหุ้น (Company Limited by Share) เป็นบริษัทที่จัดตั้งภายใต้หลักการว่าความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นถูกจำกัดไว้ตามจำนวนหุ้นหากบริษัทล้มละลายหรือต้องชำระหนี้ ผู้ถือหุ้นไม่มีภาระผูกพันที่จะต้องชำระหนี้ของบริษัท เว้นเสียแต่ผู้ถือหุ้นได้ให้การประกันเป็นการส่วนตัวไว้บริษัทจำกัดโดยหุ้นสามารถแบ่งได้ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่

(1) บริษัทเอกชนจำกัด (Private Limited Company) เป็นบริษัทที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ขายหุ้นออกสู่สาธารณะหรือเชิญชวนให้สาธารณะฝากเงินกับบริษัทเพื่อการลงทุน จำนวนผู้ถือหุ้นอยู่ระหว่าง 2 ถึง 50 ราย

(2) บริษัทมหาชนจำกัด (Public Limited Company) เป็นบริษัทที่สามารถออกหุ้นสู่สาธารณะในรูปแบบใดก็ได้ จำนวนผู้ถือหุ้นต่ำที่สุดคือ 2 รายและจะมีมากเท่าไรก็ได้ บริษัท

สามารถนำหุ้นออกสู่ตลาดหลักทรัพย์ของสหพันธรัฐมาเลเซียได้ โดยให้เป็นไปตามข้อบังคับที่กำหนดไว้

6. บริษัทจำกัดโดยการรับประกัน (Company Limited by Guarantee) ภาวะความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นถูกจำกัดไว้ตามจำนวนที่ได้ให้การรับประกันไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิที่ผู้ถือหุ้นทั้งหมดได้ลงนามไว้ บริษัทจำกัดโดยการรับประกันมักจะเป็นองค์กรไม่แสวงหากำไรหรือสมาคมต่าง ๆ

7. บริษัทไม่จำกัด (Unlimited Company) บริษัทไม่จำกัดไม่มีการจำกัดภาวะความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น บริษัทไม่จำกัดแตกต่างจากกิจการเจ้าของเดียวและห้างหุ้นส่วนตรงที่มีข้อบังคับของบริษัทโดยเฉพาะอยู่และสามารถคืนเงินทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นได้โดยอิสระ

3.2.2.4 กิจการที่เปิดให้ลงทุน กิจการที่ห้ามลงทุน และกิจการลงทุนที่มีเงื่อนไขพิเศษ

กิจการในสหพันธรัฐมาเลเซียได้แบ่งแยกออกเป็น 7 ประเภทกิจการ ได้แก่ Hypermarket Departmental Store, Superstore, Specialty Store, Various Other Distribution Formats, Direct Seller และ Franchisor and Franchisee รัฐบาลมาเลเซียมีนโยบายแบ่งแยกชัดเจนระหว่าง กิจการจัดจำหน่ายสินค้าขนาดใหญ่และขนาดเล็ก ตามแนวพิจารณา กล่าวคือ เฉพาะกิจการจัดจำหน่ายสินค้าขนาดใหญ่จึงจะเปิดรับพิจารณาอนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการได้ แต่ห้ามคนต่างชาติเด็ดขาดสำหรับประกอบกิจการจัดจำหน่ายสินค้าขนาดเล็ก ร้านจำหน่ายสินค้าขนาดเล็กในมาเลเซียจึงเรียกได้ว่าไม่มีร้านที่เป็นของคนต่างชาติเลย ดังนั้น การกำกับดูแลการประกอบกิจการของคนต่างชาติในกิจการจัดจำหน่ายสินค้าขนาดใหญ่เท่านั้น ดังมีรายละเอียดดังนี้

ก. ไฮเปอร์มาร์เก็ต (Hypermarket)

ไฮเปอร์มาร์เก็ต หมายถึง การจัดจำหน่ายสินค้าอุปโภคและบริโภคต่าง ๆ ในรูปแบบการให้บริการตัวเอง โดยมีพื้นที่ขายไม่น้อยกว่า 5,000 ตารางเมตร ประกอบด้วยสินค้าอุปโภคบริโภคหลากหลายประเภท ทั้งที่เป็นอาหารและไม่เป็นอาหาร โดยจัดจำหน่ายตามขนาดของการซื้อขายหรือปริมาณ ในรูปแบบการบรรจุหีบห่อที่แตกต่างกันไป

เงื่อนไขการจัดตั้งเป็นบริษัท

ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท 1965 โดยมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 50 ล้านริงกิต (ทบทุนทุก 3 ปี) และมีทุนชำระแล้วสำหรับไฮเปอร์มาร์เก็ตแต่ละแห่งไม่น้อยกว่า 10 ล้านริงกิต โครงสร้างการลงทุนของบริษัทจะต้องมีสัดส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นภูมิบุตร (Bumiputra) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ตามหลักเกณฑ์ของ FIC

เงื่อนไขการประกอบกิจการ

พื้นที่จัดจำหน่ายไม่น้อยกว่า 5,000 ตารางเมตร การลดหรือเพิ่มพื้นที่จัดจำหน่าย หรือ การขยายสาขาต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการ โดยมีจุดชำระเงินค่าสินค้าหนึ่งจุดต่อพื้นที่ 1,000 ตารางเมตร ลักษณะการประกอบกิจการจำกัดเฉพาะในรูปแบบกิจการเดี่ยวในพื้นที่ที่มี สาธารณูปโภคพื้นฐานในย่านชานเมือง โดยไม่เปิดดำเนินการตลอด 24 ชั่วโมง วางขายและ จัดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยภูมิบุตรไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 นอกจากนี้จะต้องมีกฎเกณฑ์และ เงื่อนไขที่ชัดเจนสำหรับผู้จัดส่งสินค้าในการวางขายสินค้าและทำการตลาดในไฮเปอร์มาร์เก็ต

เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ

จัดให้มีพื้นที่สำหรับจอดรถอย่างน้อย 50 คันต่อพื้นที่ประกอบการ 1,000 ตารางเมตร จัดให้มีพื้นที่สำหรับธุรกิจรายย่อยโดยกำหนดค่าเช่าที่สมเหตุสมผล โดยจะต้องไม่เป็นกิจการที่ ดำเนินการภายในรัศมี 3.5 กิโลเมตรจากพื้นที่พักอาศัยและใจกลางเมืองต่อประชากร 350,000 คน และจะต้องมีผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบก่อนมีการเปิดกิจการ นอกจากนี้จะต้องจัดให้มีสภาวะ แวดล้อมสถานประกอบการที่ปลอดภัยและสะอาด

ข. ห้างสรรพสินค้า (Departmental Store)

ห้างสรรพสินค้า หมายถึง ร้านจำหน่ายสินค้าบนพื้นที่ขายขนาดต่าง ๆ ซึ่งโดยทั่วไป เป็นการค้าปลีกสินค้าอุปโภคและบริโภคหลายหลายประเภทที่จัดกลุ่มตามเพศ อายุ การใช้งาน ในรูปแบบการบริการตัวเองหรือบริการด้วยพนักงานขายซึ่งโดยทั่วไปอยู่ภายใต้การบริหารงาน หนึ่งเดียวของห้าง ห้างสรรพสินค้าอาจรวมเอาซูเปอร์มาร์เก็ตที่มีพื้นที่ขายไม่เกิน 2,000 ตารางเมตร เข้าไว้ด้วยกันได้

เงื่อนไขการจัดตั้งเป็นบริษัท

ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท 1965 โดยมีทุนจดทะเบียน ไม่น้อยกว่า 20 ล้านบาท (ทบทุนทุก 3 ปี) และมีทุนชำระแล้วสำหรับห้างสรรพสินค้าแต่ละแห่ง ไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท โครงสร้างการลงทุนของบริษัทจะต้องมีส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นภูมิบุตร (Bumiputra) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ตามหลักเกณฑ์ของ FIC

เงื่อนไขการประกอบกิจการ

การลดหรือเพิ่มพื้นที่จัดจำหน่าย หรือการขยายสาขาต้องได้รับการรับรองจาก คณะกรรมการ ห้างสรรพสินค้าที่มีซูเปอร์มาร์เก็ตไม่อนุญาตให้เปิดดำเนินการ 24 ชั่วโมง ต้องจัด วางขายและจัดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยภูมิบุตรไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 นอกจากนี้จะต้องมีกฎเกณฑ์ และเงื่อนไขที่ชัดเจนสำหรับผู้จัดส่งสินค้าในการวางขายสินค้าและทำการตลาดในไฮเปอร์มาร์เก็ต

เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ

จัดให้มีผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบของกิจการในกรณีที่กิจการดังกล่าวดำเนินการอยู่ก่อนแล้วในลักษณะอาคารเดี่ยวของกิจการหรือมีพื้นที่ขายไม่น้อยกว่า 5,000 ตารางเมตร ห้างสรรพสินค้าจะต้องจัดให้มีสถานะแวดล้อมสถานประกอบการที่ปลอดภัยและสะอาด

ก. ซูเปอร์สโตร์ (Superstore)

ซูเปอร์สโตร์ หมายถึง ร้านจัดจำหน่ายสินค้าในรูปแบบการให้บริการตัวเอง โดยมีพื้นที่ขายระหว่าง 2,000 - 4,500 ตารางเมตร ประกอบด้วยการค้าปลีกสินค้าอุปโภคบริโภคหลากหลายประเภท ทั้งที่เป็นอาหารและไม่เป็นอาหาร

เงื่อนไขการจัดตั้งเป็นบริษัท

ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท 1965 โดยมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 25 ล้านบาท (ทบถ้วนทุก 3 ปี) และมีทุนชำระแล้วสำหรับซูเปอร์สโตร์แต่ละแห่งไม่น้อยกว่า 5 ล้านบาท โครงสร้างการลงทุนของบริษัทจะต้องมีส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นภูมิบุตร (Bumiputeras) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ตามหลักเกณฑ์ของ FIC

เงื่อนไขการประกอบกิจการ

พื้นที่จัดจำหน่ายระหว่าง 2,000 – 4,500 ตารางเมตร การลดหรือเพิ่มพื้นที่จัดจำหน่ายหรือการขยายสาขาต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการ โดยมีจุดชำระเงินค่าสินค้าหนึ่งจุดต่อพื้นที่ 1,000 ตารางเมตร โดยไม่เปิดดำเนินการตลอด 24 ชั่วโมง วางขายและจัดจำหน่ายสินค้าที่ผลิตโดยภูมิบุตรไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 นอกจากนี้จะต้องมีกฎเกณฑ์และเงื่อนไขที่ชัดเจนสำหรับผู้จัดส่งสินค้าในการวางขายสินค้าและทำการตลาดในไฮเปอร์มาร์เก็ต

เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ

จัดให้มีพื้นที่สำหรับจอดรถตามข้อกำหนดของหน่วยงานท้องถิ่นที่กำหนดเกี่ยวกับพื้นที่ย่านธุรกิจ โดยไม่น้อยกว่า 50 คันต่อพื้นที่ประกอบการ 1,000 ตารางเมตรหรือตามข้อกำหนดอื่นที่สูงกว่า จัดให้มีพื้นที่สำหรับธุรกิจรายย่อยโดยกำหนดค่าเช่าที่สมเหตุสมผล โดยจะต้องไม่เป็นการที่ดำเนินการภายในรัศมี 3.5 กิโลเมตรจากพื้นที่พักอาศัยและใจกลางเมืองต่อประชากร 250,000 คน และจะต้องมีผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบก่อนมีการเปิดกิจการ นอกจากนี้จะต้องจัดให้มีสถานะแวดล้อมสถานประกอบการที่ปลอดภัยและสะอาด รวมทั้งการใช้ไฟฟ้าที่เพียงพอ

ง. ร้านขายสินค้าเฉพาะอย่าง (Specialty Store)

ร้านขายสินค้าเฉพาะอย่าง หมายถึง ร้านจัดจำหน่ายสินค้าที่จัดจำหน่ายสินค้ามีชื่อเสียงเพียงยี่ห้อเดียว สินค้าชนิดเดียว กลุ่มสินค้าที่เกี่ยวข้องกับสินค้าชนิดในชนิดหนึ่ง ซึ่งรวมถึงการจัดจำหน่ายสินค้าเฉพาะอย่างดังต่อไปนี้

1. บริการจัดอาหารหรือจัดร้านอาหารนอกสถานที่อาหาร เครื่องดื่ม และยาสูบของใช้ในบ้าน / ของใช้ส่วนตัว เช่น เฟอร์นิเจอร์ เครื่องใช้ไฟฟ้า สินค้าเพื่อสุขภาพ แวนตา รองเท้า เสื้อผ้า อุปกรณ์กีฬา หนังสือ เครื่องประดับ เครื่องเทศ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

2. รถยนต์ – รถจักรยานยนต์ เครื่องจักรขนาดเล็ก เช่น เครื่องจักรทางการเกษตร เป็นต้น

3. ยา

4. ผู้ค้าส่งและค้าปลีกออนไลน์ (ผ่านเว็บไซต์) และ

5. อื่น ๆ

เงื่อนไขการจัดตั้งเป็นบริษัท

ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท 1965 โดยมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท (ทบถ้วนทุก 3 ปี) โครงสร้างการลงทุนของบริษัทจะต้องมีส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นภูมิบุตร (Bumiputeras) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ตามหลักเกณฑ์ของ FIC

เงื่อนไขการประกอบกิจการ

การลดหรือเพิ่มพื้นที่จัดจำหน่าย หรือการขยายสาขาต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการ

เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ

จัดให้มีผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบของกิจการในกรณีที่กิจการดังกล่าวดำเนินการอยู่ก่อนแล้วในลักษณะอาคารเดี่ยวของกิจการหรือมีพื้นที่ขายไม่น้อยกว่า 5,000 ตารางเมตร ห้างสรรพสินค้าจะต้องจัดให้มีสถานะแวดล้อมสถานประกอบการที่ปลอดภัยและสะอาด รวมทั้งการใช้ไฟฟ้าที่เพียงพอ

จ. รูปแบบการจัดจำหน่ายแบบอื่น ๆ (Various Other Distribution Formats)

รูปแบบธุรกิจอื่น ๆ ที่ไม่ได้กำหนดจะได้รับการพิจารณาตามแต่กรณีโดยคำนึงถึงผลกระทบในพัฒนาการทางเศรษฐกิจสังคมแก่สหพันธรัฐมาเลเซีย

เงื่อนไขการจัดตั้งเป็นบริษัท

ต้องจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท 1965 โดยมีทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท (ทบถ้วนทุก 3 ปี) โครงสร้างการลงทุนของบริษัทจะต้องมีส่วนผู้ถือหุ้นที่เป็นภูมิบุตร (Bumiputeras) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ตามหลักเกณฑ์ของ FIC

เงื่อนไขการประกอบกิจการ การเพิ่มสาขาต้องได้รับการรับรองจากคณะกรรมการ

เงื่อนไขเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและประโยชน์สาธารณะ

จัดให้มีผลการศึกษาเกี่ยวกับผลกระทบของกิจการในกรณีที่กิจการดังกล่าวดำเนินการอยู่ก่อนแล้วในลักษณะอาคารเดี่ยวของกิจการหรือมีพื้นที่ขายไม่น้อยกว่า 5,000 ตารางเมตร

ห้างสรรพสินค้าจะต้องจัดให้มีสถานะแวดล้อมสถานประกอบการที่ปลอดภัยและสะอาด รวมทั้งการใช้ไฟฟ้าที่เพียงพอ

จ. รูปแบบการจัดจำหน่ายสินค้าที่ไม่อนุญาตให้มีการประกอบกิจการของคนต่างชาติ

- 1) ซูเปอร์มาร์เก็ต ที่มีพื้นที่ระหว่าง 400 – 2,000 ตารางเมตร
- 2) มินิมาร์เก็ต ที่มีพื้นที่น้อยกว่า 400 ตารางเมตร
- 3) ร้านขายของชำ
- 4) ร้านสะดวกซื้อ
- 5) ร้านขายหนังสือพิมพ์และสินค้าอื่น ๆ
- 6) ร้านขายยาแบบดั้งเดิม ที่รวมถึงผลิตภัณฑ์ตากแห้ง
- 7) สถานีบริการน้ำมันที่มีร้านสะดวกซื้อ
- 8) สถานีบริการน้ำมันที่ไม่มีร้านสะดวกซื้อ
- 9) ร้านในตลาดเปียกที่มีลักษณะถาวร
- 10) ร้านบนทางเท้าที่มีลักษณะถาวร
- 11) อื่น ๆ

รัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซียได้มีการพิจารณาอนุญาตให้ประกอบกิจการไฮเปอร์มาร์เก็ตแก่คนต่างชาติไปแล้ว 99 แห่งซึ่งทั้งหมดเป็นการขออนุญาตของผู้ประกอบการต่างชาติรายใหญ่ทั้ง 3 รายในสหพันธรัฐมาเลเซียได้แก่ Giant, Carrefour และ Tesco ในจำนวนนี้มี 62 แห่งที่มีการประกอบกิจการจริงในขณะที่มีกิจการไฮเปอร์มาร์เก็ตของคนท้องถิ่นเองเพียง 9 แห่งซึ่งก็มีศักยภาพในระดับที่พอดำเนินกิจการได้เท่านั้น ภายใต้กฎระเบียบอีกชุดหนึ่งซึ่งไม่เป็นทางการและไม่เข้มงวดเท่ากรณีของคนต่างชาติ ส่วนใหญ่แล้วเป็นกฎระเบียบของหน่วยงานท้องถิ่น ข้อกำหนดในแนวพิจารณาก็ไม่เข้มข้นเพียงพอที่จะจัดระเบียบไฮเปอร์มาร์เก็ตได้มากนัก ตัวอย่างเช่น ข้อกำหนดเรื่องระยะห่างจากตัวเมือง 3.5 กิโลเมตร หรือจำนวนประชากร 350,000 คนต่อไฮเปอร์มาร์เก็ต 1 แห่ง หรือกัมพูตรา (Bumiputera) ที่เป็นเงื่อนไขที่จะต้องมีส่วนของคนในท้องถิ่นร้อยละ 30 ก็ไม่ได้ส่งเสริมให้ผู้ประกอบการในประเทศเติบโตและแข่งขันได้ ในทางตรงข้ามแล้วกลับจะส่งเสริมให้คนท้องถิ่นที่เป็นกัมพูตราแสวงหาโอกาสเข้าเป็นหุ้นส่วนในจำนวนร้อยละ 30 นั้นมากกว่าที่จะประกอบกิจการเอง

นอกจากมาตรการเพื่อจำกัดการประกอบกิจการของคนต่างชาติแล้ว มาเลเซียยังมีมาตรการกำกับดูแลราคาสินค้าที่มีความสำคัญต่อชีวิตประจำวันและช่วงเทศกาลตามความเชื่อทางศาสนา ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมราคา (Control Price Act 1946) กฎหมายว่าด้วยการควบคุมปริมาณสินค้า (Control Supply Act 1961) และมาตรการที่กำหนดให้ต้องมีแจ้งรายการ

สินค้าที่จะลดราคาเกินกว่าที่กำหนดล่วงหน้า (Cheap Sales Notice) ตลาดสดตามความหมายของการศึกษานี้จึงอยู่ในขอบเขตการคุ้มครองที่ไม่อนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาดำเนินการ

3.2.3 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

3.2.3.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

สาธารณรัฐอินโดนีเซียมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยพยายามเปิดรับนักลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้น เพื่อให้การค้าเป็นไปอย่างเสรีตามข้อตกลงเขตการค้าเสรีอาเซียน (ASEAN Free Trade Area: AFTA) และการเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ซึ่งในบางอุตสาหกรรมนักลงทุนจากอาเซียนจะได้รับสิทธิพิเศษมากกว่านักลงทุนที่มาจากประเทศนอกภูมิภาค เช่น อนุญาตให้นักลงทุนในอาเซียนถือหุ้นในกิจการให้บริการขนส่งทางทะเลได้ร้อยละ 60 ขณะที่นักลงทุนจากนอกภูมิภาคจะถือหุ้นจำกัดได้เพียงร้อยละ 49 เท่านั้น นอกจากนี้ยังมีนโยบายเสริมสร้างบรรยากาศในการลงทุน (Investment Climate) สำหรับการลงทุนซึ่งจะส่งผลต่ออัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจของประเทศ เช่น

(1) การเร่งปรับปรุงกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องเพื่อส่งเสริมให้ภาคเอกชนเข้ามาลงทุนพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานในประเทศ โดยดำเนินการแก้ปัญหาการครอบครองที่ดิน (Land Acquisition) เพื่อให้ได้พื้นที่เพื่อใช้พัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน

(2) การจัดตั้งศูนย์ให้บริการด้านการลงทุนแบบเบ็ดเสร็จ (One Stop Service) เพื่ออำนวยความสะดวกต่อการดำเนินการลงทุน

(3) การพัฒนาระบบโลจิสติกส์ (Logistics) ตามแผนปรับปรุงโลจิสติกส์แห่งชาติ (National Logistics Improvement) และการพัฒนาเขตเศรษฐกิจ โดยรัฐบาลสาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ระบุแนวพื้นที่เศรษฐกิจ (Economic Corridor) แล้วเป็นจำนวน 6 โครงการ ตามแผนแม่บทเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจสาธารณรัฐอินโดนีเซียหรือ Master Plan for Acceleration and Expansion of Indonesia Economic Development 2011-2025 (Masterplan Percepatan dan Perluasan Pembangunan Ekonomi Indonesia: MP3EI) ทั้งนี้แผน MP3EI ดังกล่าว รัฐบาลสาธารณรัฐอินโดนีเซียได้กำหนดทิศทางการพัฒนาในแนวพื้นที่เศรษฐกิจ 6 พื้นที่เพื่อให้เกิดความเชื่อมโยงกับภูมิภาคสำคัญต่าง ๆ ของประเทศ และให้สอดคล้องกับการพัฒนาเขตเศรษฐกิจพิเศษ ได้แก่⁹

เขตเศรษฐกิจสุมาตรา (Sumatra Economic Corridor)

เขตเศรษฐกิจชวา (Java Economic Corridor)

เขตเศรษฐกิจกาลิมันตัน (Kalimantan Economic Corridor)

⁹ จาก คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (น. 3-3) , โดย สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2556, กรุงเทพฯ: ผู้แต่ง.

เขตเศรษฐกิจซูลาเวซี (Sulawesi Economic Corridor)

เขตเศรษฐกิจบาห์ลี-นุซาเต็งการา (Bali-Nusa Tenggara Economic Corridor)

เขตเศรษฐกิจปาปัว-หมู่เกาะโมลุกกะ (Papua-Kepulauan Maluku Economic Corridor)

หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนคือ Investment Coordinating Board หรือ Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี แต่งตั้งและถอดถอนโดยประธานาธิบดีทำหน้าที่รับผิดชอบด้านการลงทุนตั้งแต่การเสนอแนะ ดำเนินนโยบายและส่งเสริมการลงทุนรวมทั้งให้บริการในลักษณะ One-stop Services การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญในด้านการลงทุน คือ การที่รัฐสภาสาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ผ่านกฎหมาย “Law of the Republic of Indonesia Number 25 of 2007 Concerning Investments” เมื่อวันที่ 29 มีนาคม 2550 กฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดนิยามของการลงทุนที่ชัดเจนและเป็นสากล ครอบคลุมทั้งการลงทุนของคนในประเทศและต่างชาติ แม้การเข้ามาลงทุนของต่างชาติบางกิจการมีเงื่อนไขที่แตกต่างจากท้องถิ่น แต่เมื่อเข้ามาลงทุนแล้วจะได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ต่างจากในอดีตที่มีการแยกการลงทุนของต่างชาติและท้องถิ่นออกจากกันภายใต้กฎหมายคนละฉบับ นอกจากนี้กฎหมายใหม่ยังระบุว่าจะไม่มีการยึดกิจการเป็นของรัฐ ยกเว้นกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งหากเกิดกรณีเช่นนั้น รัฐบาลจะชดเชยให้ในราคาตลาด และหากตกลงกันไม่ได้ หรือเกิดกรณีพิพาทระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเคยเป็นปัญหาสำคัญในอดีต จะใช้วิธีตั้งอนุญาโตตุลาการจากประเทศที่เป็นที่ยอมรับของกลุ่ม (Article 7 และ Article 32 Section 4) ต่างจากในอดีตที่ต้องขึ้นศาลอินโดนีเซียเท่านั้น¹⁰ ต่อมาวันที่ 3 กรกฎาคม 2550 ได้มีประกาศของประธานาธิบดีฉบับที่ 77/2007 หรือ “Regulation of the President of the Republic of Indonesia Number 77 of 2007” และแก้ไขเพิ่มเติม โดยประกาศประธานาธิบดีฉบับที่ 111/2007 ลงวันที่ 27 ธันวาคม 2550 ระบุชัดเจนถึงกิจการที่มีเงื่อนไขในการลงทุน (Investment Negative List) ทั้งที่ห้ามลงทุนหรือมีเงื่อนไขบางประการ ส่วนกิจการอื่น ๆ นอกเหนือจากที่ระบุสามารถลงทุนได้อย่างเสรี

3.2.3.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กฎหมายหลักที่ระบุถึงกฎระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เกี่ยวกับการลงทุน คือ กฎหมายแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย เลขที่ 25/2007 ว่าด้วยเรื่องการลงทุน (Law of the Republic of Indonesia No.25/2007 on Investment) วัตถุประสงค์หลักของกฎหมายนี้ คือ การดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซียมากขึ้น โดยสรุปสาระสำคัญของกฎหมายได้ดังนี้¹¹

¹⁰ จาก การค้าและการลงทุน สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (น. 63) , โดย กรมส่งเสริมการค้าส่งออก กระทรวงพาณิชย์, 2555, กรุงเทพฯ: สำนักข่าวพาณิชย์.

¹¹ คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (น. 3-4, 3-5) . เล่มเดิม.

(1) ลดขั้นตอนการอนุมัติการลงทุน ด้วยการเพิ่มบทบาทของสำนักงานส่งเสริมการลงทุน (Investment Coordinating Board: BKPM) ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระที่ทำหน้าที่ส่งเสริมและสนับสนุนการลงทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซียให้ทำหน้าที่บริการเบ็ดเสร็จ (One-Stop Service) ซึ่งจะช่วยลดขั้นตอนและเวลาในการพิจารณาอนุมัติโครงการลงทุนจากเดิม 90 วัน เหลือเพียง 30 วัน

(2) เพิ่มความเท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในประเทศสำหรับโครงการบางประเภท เช่น โครงการลงทุนที่เน้นใช้แรงงานเป็นปัจจัยหลักในการผลิต โครงการพัฒนาสาธารณูปโภคพื้นฐาน โครงการลงทุนในพื้นที่ห่างไกล อย่างไรก็ตาม นักลงทุนดังกล่าวจะต้องมีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่ BKPM กำหนดไว้

(3) การรับประกันว่าจะไม่ยึดกิจการของนักลงทุนต่างชาติ ยกเว้น ในกรณีที่มีการก่ออาชญากรรมทางธุรกิจ (Corporate Crime) แต่จะอนุญาตให้บริษัทต่างชาติสามารถดำเนินการต่อผู้คดีภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศได้

(4) ให้สิทธิในการใช้ที่ดินโดย

1) ให้สิทธิในการใช้ที่ดินเพื่อการเพาะปลูก การเกษตร ประมง หรือการปศุสัตว์ เป็นเวลา 95 ปี

2) ให้สิทธิในการใช้ที่ดินเพื่อการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างและครอบครองสิ่งปลูกสร้างบนที่ดิน เป็นเวลา 80 ปี

3) ให้สิทธิในการใช้ที่ดินเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะแก่ตัวแทนของรัฐบาลต่างชาติในการก่อสร้าง สถานทูต และองค์กรเพื่อสังคม วัฒนธรรม และศาสนา เป็นเวลา 70 ปี

(5) ปรับปรุงการอำนวยความสะดวกด้านการลงทุน เช่น การอำนวยความสะดวกด้านการคลังสิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดิน การบริการด้านคนเข้าเมือง และการอำนวยความสะดวกด้านใบอนุญาตนำเข้า เป็นต้น

(6) กฎหมายมีความโปร่งใสและเชื่อถือได้ โดยใช้หลักการที่สำคัญ เช่น การปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ

(7) แบ่งแยกอำนาจและความรับผิดชอบระหว่างรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่น โดยเป็นไปตามหลักการปกครองตนเองส่วนท้องถิ่น

3.2.3.3 รูปแบบการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ

รูปแบบการลงทุนจะถูกกำหนดไว้ในกฎหมายแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซียเลขที่ 40/2007 ว่าด้วยเรื่อง การก่อตั้งบริษัท จำกัด (Law of the republic of Indonesia No.40/2007 on Limited Liability Company) ซึ่งในประเทศอินโดนีเซียมีรูปแบบองค์กรธุรกิจ 7 ประเภท ได้แก่ กิจการเจ้าของคนเดียว (Sole Proprietorship) หรือ Perusahaan Dagang (PD) ห้างหุ้นส่วน (Partnerships)

บริษัทจำกัด (Limited Liability Company) สำนักงานสาขา (Branch Office: BO) บริษัทตัวแทน (Representative Office: RO) กิจการร่วมทุน (Joint Venture) และรัฐวิสาหกิจ (Badan Usaha Miliknegara: BUMN) สำหรับการลงทุนจากต่างชาติ (Foreign Investment) รัฐบาลได้กำหนดกฎระเบียบในการลงทุนไว้ เช่น¹²

(1) การลงทุนจะต้องได้รับการอนุมัติและตรวจสอบโดยหน่วยงานภาครัฐ
 (2) บริษัทต่างชาติ มีการจำกัดการจ้างแรงงานต่างชาติและบริษัทต่างชาติต้องมีแผนพัฒนาแรงงานอินโดนีเซียให้มีความเชี่ยวชาญและทดแทนแรงงานต่างชาติได้ (ยกเว้นกรรมการชาวต่างชาติและคณะกรรมการ)

(3) บางกิจการชาวต่างชาติไม่สามารถลงทุนได้

(4) ชาวต่างชาติจะได้รับอนุญาตในการใช้สิทธิในที่ดินที่มีจำนวนจำกัด

(5) นักลงทุนต่างชาติสามารถลงทุนเป็นเจ้าของกิจการได้ข้างมากหรือทั้งสิ้นในอุตสาหกรรมบางอย่าง ซึ่งจะแตกต่างกันไปตามประเภทกิจการและเงื่อนไขที่ถูกต้องไว้

ทั้งนี้รูปแบบการลงทุนจากต่างชาติในสาธารณรัฐอินโดนีเซียมี 2 รูปแบบ คือ การลงทุนทางตรง (Direct Investment) และการลงทุนทางอ้อม (Indirect Investment) ซึ่งทั้ง 2 รูปแบบจะมีการลงทุนในประเภท องค์การธุรกิจแตกต่างกันออกไป ดังนี้

1) การลงทุนทางตรง (Direct Investment)

การลงทุนทางตรง (Direct Investment) หรือ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) เป็นการลงทุนระยะยาวในสินทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน อาคาร เครื่องจักร เครื่องมือและโรงงาน เป็นต้น ซึ่งภายใต้กฎหมายการลงทุนปี 2007 (ปี พ.ศ. 2550) กำหนดไว้ว่า การลงทุนโดยตรงของบริษัทต่างประเทศในสาธารณรัฐอินโดนีเซียนั้น รัฐบาลสาธารณรัฐอินโดนีเซียอนุญาตให้สามารถดำเนินการได้ในองค์การธุรกิจ 2 รูปแบบ ได้แก่ สำนักงานผู้แทน (Representative Office: RO) และการลงทุนของบริษัทต่างประเทศ ทั้งการผลิต การค้า บริการและธุรกิจอื่น ๆ (Penanaman Medal Asing: PMA)

(1) การตั้งสำนักงานผู้แทน (Representative Office: RO)

สำนักงานผู้แทนเป็นรูปแบบธุรกิจที่มีอำนาจหน้าที่ที่จำกัด ไม่มีอำนาจในการทำสัญญาทางธุรกิจใด ๆ ตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการอำนวยความสะดวกในการทำธุรกรรมบางอย่าง ทั้งนี้สำนักงานผู้แทนจะไม่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการขายตรง หรือมีการทำธุรกรรมซื้อ-ขายทางธุรกิจ เช่นการยื่นประมูล/ประกวดราคา การจัดจำหน่าย และการทำสัญญาทางธุรกิจใด ๆ ดังนั้น กิจกรรม

¹² Investing in Indonesia 2013. Retrieved December 14, 2013, from <http://www.kpmg.com> (lasted visit 14 December 2013)

จึงจำกัดเพียงเรื่องของการทดลองตลาด การทำวิจัยตลาด และการเป็นตัวแทนในการซื้อ-ขาย โดยบริษัทต่างชาติที่เป็นสำนักงานผู้แทนที่ไม่ใช่ธุรกิจสาขาการเงิน จะจัดตั้งขึ้นได้เมื่อได้รับความเห็นชอบจากประธานของสำนักงานส่งเสริมการลงทุน (Investment Coordinating Board: BKPM) โดยผู้ลงทุนจะต้องยื่นสำเนารูปแบบการจัดตั้งสำนักงานผู้แทน (Model KPPA) จำนวน 2 ชุดให้แก่หน่วยงาน BKPM เพื่อขออนุญาตลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย พร้อมเอกสารต่าง ๆ ดังนี้

1. หนังสือคำแถลงของสมาคมบริษัทต่างประเทศที่เป็นตัวแทน
2. หนังสือแต่งตั้งการเป็นตัวแทนจากบริษัทต่างประเทศ ซึ่งเป็นผู้เสนอให้ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นผู้บริหารบริษัทตัวแทนในต่างประเทศ
3. สำเนาหนังสือเดินทาง (คนต่างชาติ) หรือสำเนาบัตรประจำตัว (คนอินโดนีเซีย) ผู้ซึ่งจะได้รับการเสนอให้เป็นผู้บริหารของสำนักงานผู้แทนในต่างประเทศ
4. จดหมายยืนยันความตั้งใจในการพักอาศัย และการทำงานในตำแหน่งที่เป็นผู้บริหารของสำนักงานผู้แทนในต่างประเทศ โดยมีข้อจำกัดว่าจะไม่ทำงาน/ธุรกิจอื่นใดในประเทศอินโดนีเซีย
5. กรณีที่ผู้บริหารของบริษัทต่างประเทศมิได้ยื่นคำขอเองจะต้องมอบอำนาจให้กับตัวแทนผู้รับมอบอำนาจ (Power Attorney) เป็นผู้ดำเนินการลงลายมือชื่อในคำขอหลังจาก BKPM อนุญาตให้ลงทุนได้ ขั้นตอนต่อไปผู้ลงทุนสามารถยื่นขอจดทะเบียนนิติบุคคลที่สำนักงานกฎหมาย กระทรวงกฎหมายและสิทธิมนุษยชน (Directorate General for General Law Administration, Ministry of Law and Human Rights) ได้

(2) การลงทุนของบริษัทต่างประเทศ (Penanaman Modal Asing: PMA) นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการจะทำธุรกิจในอินโดนีเซีย ซึ่งสามารถจัดตั้งบริษัทได้ใน 2 รูปแบบ คือ บริษัทจำกัด (Limited Liability Company) โดยนักลงทุนต่างประเทศสามารถลงทุนได้ข้างมากและทั้งสิ้น และการร่วมทุน (Joint Venture) ดังนี้

1. บริษัทจำกัด (Limited Liability Company)

บริษัทจำกัด (Limited Liability Companies) หรือ Perseroan Terbatas (PT) รูปแบบองค์กรธุรกิจนี้นักลงทุนต่างประเทศจะสามารถลงทุนได้ข้างมากและทั้งสิ้น โดยจัดตั้งเป็นนิติบุคคล มีทุนจดทะเบียน แบ่งเป็นหุ้น ผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบต่อนี้จำกัด ซึ่งแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ บริษัทเอกชน และบริษัทมหาชน ภายใต้กฎหมาย Corporation Law 1996 มีการบริหารโดยคณะกรรมการบริหาร (Board of Directors) นักลงทุนต่างชาติสามารถยื่นขอใบอนุญาตลงทุนได้จาก BKPM และจดทะเบียนนิติบุคคลได้ที่สำนักงานกฎหมาย กระทรวงกฎหมายและสิทธิมนุษยชน (Directorate General for General Law Administration, Ministry of Law and Human Rights)

2. กิจการร่วมทุน (Joint Venture)

เป็นกิจการร่วมค้ากันระหว่างธุรกิจต่างชาติและธุรกิจที่มีผู้ประกอบการสัญชาติอินโดนีเซียเป็นเจ้าของ โดยนักลงทุนต่างชาติต้องมีสัดส่วนการลงทุนรวมไม่น้อยกว่าร้อยละ 35 ของมูลค่าการลงทุนรวม

2) การลงทุนทางอ้อม (Indirect Investment)

การลงทุนทางอ้อม คือ การลงทุนโดยผ่านตลาดทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซีย (Indonesia Stock Exchange) โดยการลงทุนในหลักทรัพย์ พันธบัตร หรือกองทุนต่าง ๆ (Mutual Fund) ซึ่งการซื้อหลักทรัพย์และพันธบัตรจะมีการซื้อขายผ่านนายหน้า (Brokers) สำหรับการลงทุนในกองทุนจะซื้อขายผ่านผู้จัดการเงินกองทุน

3.2.3.4 กิจการที่เปิดให้ลงทุน กิจการที่ห้ามลงทุน และกิจการลงทุนที่มีเงื่อนไขพิเศษ

การเข้าไปลงทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซียนักลงทุนต่างชาติควรศึกษาถึงสาขาธุรกิจที่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนได้ และสาขาธุรกิจที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุน รวมถึงธุรกิจที่มีเงื่อนไขพิเศษ ดังรายการต่อไปนี้

1) กิจการที่เปิดสำหรับนักลงทุนต่างชาติ กิจการที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติเป็นการลงทุนที่มีการปฏิบัติและให้สิทธิให้นักลงทุนต่างชาติเท่ากับนักลงทุนในประเทศ โดยเป็นกิจการที่นอกเหนือจากกิจการที่ห้ามลงทุน และกิจการที่อนุญาตให้ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข สำหรับสาขาธุรกิจที่เปิดสำหรับนักลงทุนต่างชาติ แบ่งออกเป็นกลุ่มสาขาดังนี้

(1) สาขาธุรกิจการเกษตร เช่น การเพาะปลูกถั่วเหลือง ข้าวโพด ยางพารา ปาล์ม น้ำมัน โกโก้ กาแฟ เม็ดมะม่วงหิมพานต์ และอ้อย

(2) สาขาประมง เช่น ประมงน้ำเค็มและน้ำจืด

(3) สาขาอุตสาหกรรม เช่น เคมีภัณฑ์และยา อาหาร ไม้และเฟอร์นิเจอร์ เชื้อกระดาษและกระดาษ อิเล็กทรอนิกส์ ยานยนต์ สิ่งทอ และเครื่องนุ่งห่ม

(4) สาขาสาธารณูปโภคพื้นฐานและพลังงาน ทางด่วน ท่าอากาศยาน ท่าเรือ ระบบสื่อสาร โทรคมนาคม และโรงพลังน้ำ

(5) สาขาการบริการ เช่น การค้า โรงแรม ร้านอาหาร คลังสินค้า การบันเทิงและสันทนาการต่าง ๆ การบริการด้านวิศวกรรมและเทคโนโลยี

2) กิจการธุรกิจที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุน ตามประกาศของ ประธานาธิบดีฉบับที่ 36/2010 (Presidential Regulation No.36/2010) มีการระบุประเภทกิจการที่มีการห้ามต่างชาติลงทุน จำนวน 20 รายการ¹³

¹³ คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (น. 3-16) . เล่มเดิม.

ตารางที่ 3.1 ประเภทกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

สาขา	ประเภทกิจการ
การเกษตร (Agriculture)	การเพาะปลูกกัญชา
การป่าไม้ (Forestry)	1. การจับปลาตามที่ระบุไว้ในภาคผนวกของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศเรื่องใกล้สูญพันธุ์ของสัตว์ป่าและพืชป่า 2. การผลิตสินค้าจากธรรมชาติ เช่น เครื่องประดับหรือของที่ระลึกจากปะการังเป็นต้น
อุตสาหกรรม (Industry)	1. อุตสาหกรรมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ 2. อุตสาหกรรมการผลิตปรอท คลอรีน และอัลคาไล 3. อุตสาหกรรมเคมีวัสดุที่ทำลายสิ่งแวดล้อม 4. อุตสาหกรรมการผลิตอาวุธและส่วนประกอบ
การขนส่ง (Transportation)	1. การดำเนินงานเกี่ยวกับการขนส่งภาคพื้นดิน (Land Terminals) เช่น รถโดยสารประจำทาง และแท็กซี่ 2. การดำเนินงานเกี่ยวกับด่านชั่งน้ำหนัก (Weight Stations) 3. การทดสอบประเภทยานยนต์ (Motor Vehicle Type) 4. การตรวจสอบระยะของยานยนต์ (Motor Vehicle Periodic) 5. การดำเนินงาน โทรคมนาคมและสิ่งอำนวยความสะดวกด้านการขนส่งสินค้า 6. การดำเนินงานด้านระบบสารสนเทศการจราจรทางทะเล (Vessel Traffic Information System: VTIS) 7. การให้บริการด้านการจราจรทางอากาศ
การสื่อสารและสารสนเทศ (Communication and Informatics)	การบริหารจัดการและการดำเนินงานเกี่ยวกับสถานีดาวเทียมและคลื่นความถี่วิทยุ

ตารางที่ 3.1 (ต่อ)

สาขา	ประเภทกิจการ
วัฒนธรรมและ การท่องเที่ยว (Culture and Tourism)	1. พิพิธภัณฑ์สาธารณะ 2. การดำเนินงานเกี่ยวกับมรดกทางประวัติศาสตร์และโบราณคดี เช่น วัดปราสาท ซากอาคารโบราณ เป็นต้น 3. การดำเนินงานเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยและสภาพแวดล้อมแบบดั้งเดิม 4. อนุสาวรีย์ 5. การพนันและคาสิโน

ที่มา: จาก *คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (3-16)*, โดย สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน.

ธุรกิจที่มีเงื่อนไขพิเศษ

ธุรกิจที่มีเงื่อนไขพิเศษของประเทศอินโดนีเซียเป็นกิจการที่อนุญาตให้ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข สำหรับกิจการที่กฎหมายอนุญาตให้ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข แบ่งออกได้เป็น 7 กลุ่ม ตามประกาศประธานาธิบดี ฉบับที่ 77/2007 (Presidential Regulation No. 77/2007) ดังนี้¹⁴

- (1) กิจการที่สงวนไว้สำหรับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม
- (2) กิจการที่ต้องเป็นหุ้นส่วน
- (3) กิจการที่จำกัดเงินลงทุนของต่างชาติ
- (4) กิจการที่มีข้อกำหนดเรื่องสถานที่ตั้ง
- (5) กิจการที่ต้องขอใบอนุญาตพิเศษ
- (6) กิจการที่สงวนไว้สำหรับชาวอินโดนีเซียเท่านั้น
- (7) กิจการที่มีเงื่อนไขทั้งเงินลงทุนและสถานที่ตั้ง

นอกจากนี้ ประกาศประธานาธิบดี ฉบับที่ 111/2007 (Presidential Regulation No.111/2007) ระบุว่า ทั้ง 7 กลุ่มข้างต้น ต้องตั้งกิจการในเขตพื้นที่ที่กฎหมายกำหนด

¹⁴ ประกาศประธานาธิบดี ฉบับที่ 77/2007 (Presidential Regulation No. 77/2007) .

ตารางที่ 3.2 กิจกรรมที่สงวนไว้สำหรับผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมของสาธารณรัฐอินโดนีเซีย

สาขา	ประเภทกิจการ
พลังงานและทรัพยากรแร่ (Energy and Mineral Resources)	โรงไฟฟ้าขนาดเล็ก (ไม่เกิน 10 เมกะวัตต์)
การป่าไม้ (Forestry)	<ol style="list-style-type: none"> 1. ธุรกิจปลูกป่า 2. ธุรกิจจ้างคนงานแ่นธรรมชาติ 3. อุตสาหกรรมไม้แปรรูป 4. อุตสาหกรรมการผลิตเฟอร์นิเจอร์หวาย 5. การผลิตสินค้าสำเร็จรูป/ สินค้าขึ้นกลางจากไม้โก่งกวาง 6. อุตสาหกรรมการผลิตอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ผลิตภัณฑ์จากเนื้อไม้ 7. การจับและค้าสัตว์ป่าและพืชพรรณที่อาศัยตามแหล่งธรรมชาติ
การขนส่ง (Transportation)	<ol style="list-style-type: none"> 1. การขนส่งผู้โดยสาร 2. การจัดส่งสินค้าขนาดเล็ก
วัฒนธรรมและการท่องเที่ยว (Culture and Tourism)	<ol style="list-style-type: none"> 1. ตัวแทนท่องเที่ยวและทัวร์ 2. สตูดิโอด้านศิลปะ 3. บริการไกด์ทัวร์
การสื่อสารและสารสนเทศ (Communications and Informatics)	<ol style="list-style-type: none"> 1. วิทยุกระจายเสียงและวิทยุโทรทัศน์กระจายเสียงชุมชน 2. บริการจัดส่งพัสดุหรือเอกสาร 3. บริการโทรคมนาคมรวมถึง ร้านอินเทอร์เน็ต การติดตั้งสายเคเบิลตามบ้านอาคาร
กิจการทางทะเลและประมง (Marine Affairs and Fisheries)	<ol style="list-style-type: none"> 1. การจับปลาด้วยเรือประมง (ตามที่ระบุใน Presidential Regulation No.77/2007) 2. จับปลาในน่านน้ำเปิด 3. ธุรกิจแปรรูปสินค้าประมง

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

สาขา	ประเภทกิจการ
เกษตรกรรม (Agriculture)	<ol style="list-style-type: none"> 1. นาข้าว (ในพื้นที่น้อยกว่าหรือเทียบเท่า 25 เฮกตาร์) 2. ไร่มันสำปะหลัง (ในพื้นที่ของน้อยกว่าหรือเทียบเท่า 25 เฮกตาร์) 3. ไร่ข้าวโพด (ในพื้นที่น้อยกว่าหรือเทียบเท่า 25 เฮกตาร์) 4. การปลูกพืชอาหารอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากมันสำปะหลังและข้าวโพดในพื้นที่น้อยกว่าหรือเทียบเท่า 25 เฮกตาร์ 5. การเลี้ยงและปรับปรุงพันธุ์สุกรที่เลี้ยงน้อยกว่าหรือเทียบเท่ากับจำนวน 125 ตัว 6. การเลี้ยงและปรับปรุงพันธุ์ไก่พื้นเมือง 7. ธุรกิจจากการเพาะปลูกในพื้นที่น้อยกว่า 25 เฮกตาร์ 8. การผลิตสินค้าอุตสาหกรรมเกษตรตามที่ระบุในกฎระเบียบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรฉบับที่ 26/2007 9. ธุรกิจเกี่ยวกับพันธุ์พืชในพื้นที่น้อยกว่า 25 เฮกตาร์
โยธาธิการ (Public Works)	<ol style="list-style-type: none"> 1. กลุ่มรับเหมาก่อสร้างขนาดเล็ก/ ผู้รับเหมาก่อสร้าง 2. บริการกลุ่มธุรกิจขนาดเล็ก/ บริการให้คำปรึกษาการก่อสร้าง
อุตสาหกรรม (Industry)	<ol style="list-style-type: none"> 1. อุตสาหกรรมแปรรูปปลาและสัตว์น้ำอื่น ๆ (การหมัก อบแห้ง และการต้ม) 2. อุตสาหกรรมการย้อมสีเส้นด้ายจากเส้นใยธรรมชาติหรือเส้นใยสังเคราะห์ และอุตสาหกรรมการทอผ้า 3. การวาดผ้าบาติกด้วยมือ 4. การรมควันยางพารา

ตารางที่ 3.2 (ต่อ)

สาขา	ประเภทกิจการ
	5. เครื่องมือช่างสำหรับงานไม้และการตัดที่มีการประมวลผลด้วยตนเองหรือกึ่งอัตโนมัติ 6. อุตสาหกรรมเครื่องปั้นดินเผา 7. การบำรุงรักษารถจักรยานยนต์และบริการซ่อม 8. หัตถกรรมที่มีสมบัติทางวัฒนธรรมที่เป็นเอกลักษณ์และมีคุณค่าทางศิลปะ โดยใช้วัตถุดิบธรรมชาติหรือการเลียนแบบ 9. เครื่องมือการเกษตรสำหรับการเตรียมดินและกระบวนการผลิด การเก็บเกี่ยว หลังการเก็บเกี่ยว และการเพาะปลูก 10. อุตสาหกรรมน้ำตาลปาล์ม น้ำตาลชวา น้ำตาลแดง 11. อุตสาหกรรมอาหารแปรรูปจากธัญพืช ราก หัว และเนื้อมะพร้าว 12. กิจกรรมเกี่ยวกับการปกและทำความสะอาดและหัวของพืช 13. การผลิตยาสูบ

ที่มา: จาก คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐอินโดนีเซีย (น. 3-17) , โดย สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2556, กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน.

รัฐบาลสาธารณรัฐอินโดนีเซียมีนโยบายในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ จึงได้ดำเนินการร่างกฎหมายการลงทุนฉบับใหม่คือกฎหมายการค้าการลงทุนแห่งสาธารณรัฐอินโดนีเซีย (Law of the Republic of Indonesia Number 25 Year 2007 Regarding Capital Investment) โดยประกาศเป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 2 พฤษภาคม 2550 เพื่อควบคุมดูแลกิจกรรมการลงทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซียโดยมีวัตถุประสงค์ในการปรับปรุงบรรยากาศการลงทุนในสาธารณรัฐอินโดนีเซียโดยเน้นประโยชน์ของประเทศ กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการและวัตถุประสงค์การลงทุน นโยบายการลงทุนพื้นฐาน ประเภทของธุรกิจและทำเลที่ตั้ง การปฏิบัติต่อการลงทุน แรงงาน ภาคธุรกิจ การพัฒนาการลงทุนในระดับจุลภาค ธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบ การดำเนินการลงทุนในเขตเศรษฐกิจพิเศษ (Special Economic

Zone) และการระงับข้อพิพาท สำหรับสาขาธุรกิจที่เปิดสำหรับนักลงทุนต่างชาติ แบ่งออกเป็นกลุ่มสาขาดังนี้ 1. ธุรกิจการเกษตร: การเพาะปลูกถั่วเหลือง ข้าวโพด ยางพารา ปาล์มน้ำมัน โกโก้ กาแฟ เม็ดมะม่วงหิมพานต์ และอ้อย 2. ประมง: ทั้งประมงน้ำเค็มและน้ำจืด 3. อุตสาหกรรม: เคมีภัณฑ์ และยา อาหาร ไม้และเฟอร์นิเจอร์ เชื้อกระดาษและกระดาษ อิเล็กทรอนิกส์ ยานยนต์ สิ่งทอ และเครื่องนุ่งห่ม 4. สาธารณูปโภคพื้นฐานและพลังงาน ทางด่วน ท่าอากาศยาน ท่าเรือ ระบบสื่อสาร โทรคมนาคม และโรงพลังน้ำ 5. การบริการ: การค้า โรงแรม ร้านอาหาร คลังสินค้า การบันเทิงและสันทนาการต่าง ๆ การบริการด้านวิศวกรรมและเทคนิค ทั้งนี้ในกฎหมายการลงทุนฉบับนี้ได้กำหนดสาขาธุรกิจที่เปิดสำหรับนักลงทุนต่างชาติ โดยจำกัดอัตราร้อยละของการเป็นเจ้าของธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ (Limit for foreign capital ownership) ไว้ตามรายสาขาธุรกิจ

3.2.4 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

3.2.4.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

กฎหมายการส่งเสริมการลงทุนฉบับแรกได้รับการอนุมัติและเห็นชอบจากสภาแห่งชาติเมื่อเดือนธันวาคม ค.ศ. 1987 หลังจากนั้นก็มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระของตัวบทกฎหมาย ทั้งนี้เพื่อเพิ่มศักยภาพการลงทุนและปรับปรุงประสิทธิภาพการบริหารงาน จนกระทั่งได้มีการออกกฎหมายส่งเสริมการลงทุนฉบับใหม่ทดแทนกฎหมายฉบับเก่า เมื่อเดือนพฤศจิกายน 1996 กฎหมายส่งเสริมการลงทุนของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามนี้ได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่เปิดกว้างและเอื้ออำนวยต่อการลงทุนมากที่สุดฉบับหนึ่งในประเทศแถบนี้ ทั้งนี้สืบเนื่องมาจากรัฐบาลได้มีนโยบายปฏิรูปประเทศหรือ นโยบาย Doi Moi ซึ่งมีเป้าหมายหลักในการส่งเสริมการลงทุน ประกอบกับยุทธศาสตร์ที่กำหนดไว้ในการประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งที่ 7 ในปี 1991 และครั้งที่ 8 ในปี 1996 การประชุมได้เน้นย้ำถึงนโยบายเศรษฐกิจการตลาดที่หลากหลาย (multi-sector market economy) แบบสังคมนิยมภายใต้การกำกับดูแลของภาครัฐ และการปฏิรูปโครงสร้างองค์กรของรัฐอย่างกว้างขวาง

ในปี 1996 มีการรวมหน่วยงานคณะกรรมการวางแผนแห่งชาติ (State Planning Committee) และคณะกรรมการเพื่อความร่วมมือและการลงทุนแห่งชาติ (State Committee for Co-operation and Investment) เป็นกระทรวงวางแผน (Ministry of Planning, MPI) ซึ่งในปัจจุบันเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบการลงทุนทั้งในและต่างประเทศ ปัจจัยหลักที่สำคัญในการปฏิรูปเศรษฐกิจของประเทศคือการที่รัฐมีบทบาทที่จำกัดในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจซึ่งรวมถึงการกระตุ้นการลงทุนจากภาคเอกชน นี่คือเป้าหมายหนึ่งของนโยบาย “Doi Moi” หรือนโยบายปฏิรูปประเทศ นโยบายได้นำไปสู่ความอิสระด้านราคาและการค้าและมีการยกเลิกการชดเชยให้ภาครัฐและการขาดทุนของภาครัฐ ระบบอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศเปลี่ยนเป็นระบบอัตราเดียวเพื่อสะท้อนระบบ

อัตราแลกเปลี่ยนเงินตราของต่างประเทศอย่างใกล้ชิด มีกระบวนการเปลี่ยนแปลงอย่างช้า ๆ ในด้านการค้าระหว่างประเทศ มีการอนุญาตให้บริษัททำกรนำเข้าส่งออกได้โดยตรง ข้อจำกัดด้านการนำเข้าส่งออกลดน้อยลง การควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตรามีความเป็นอิสระมากขึ้น และระบบธนาคารมีการปรับปรุงเป็นระบบสองระดับ ธนาคารพาณิชย์มีการแยกตัวออกมาจากธนาคารของรัฐ และธนาคารกลาง การเพิ่มอัตราดอกเบี้ยเพื่อเป็นแรงจูงใจให้เกิดการออมและการใช้มาตรการควบคุมเงินสดอย่างเข้มงวด เพื่อเป็นการลดการขาดดุลด้านงบประมาณ มีการออกพันธบัตรตราสารหนี้ทดแทนการกู้ยืมเงินตรา ในด้านการคลัง รัฐได้ขยายฐานของผู้เสียภาษีและเริ่มใช้อัตราภาษีเดียวสำหรับกำไรของบริษัทในทุกภาคของเศรษฐกิจ เพิ่มความเข้มแข็งโครงสร้างกฎหมายส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญสำหรับเศรษฐกิจการตลาดที่หลากหลาย

3.2.4.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามประกาศใช้ กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศฉบับแรก เมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2531 ต่อมาในปี พ.ศ. 2535 ได้มีการเพิ่มเติมแก้ไข เพื่อส่งเสริมและดึงดูดให้มีการลงทุนจากต่างประเทศเพิ่มขึ้น ปัจจุบันกฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศฉบับล่าสุดที่ใช้คือ Unified Enterprise Law และ Common Investment Law ประกาศใช้เมื่อเดือนกรกฎาคม 2548 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามที่สำคัญมีอยู่ 2 ฉบับ ได้แก่¹⁵

1. กฎหมายองค์กรธุรกิจ (Law on Enterprises No. 60-2005-QH11) และ ระเบียบการจดทะเบียนธุรกิจ (Government Decree on Enterprise Registration No. 43/2010/ND-CP) เป็นกฎหมายที่ควบคุมการก่อตั้งการบริหารจัดการ และการดำเนินการของวิสาหกิจ (Law on Enterprise) ส่วน Government Decree on Enterprise Registration No. 43/2010/ND-CP เป็นกฎหมายลูกของ Law on Enterprises โดยระบุรายละเอียดของระบบการจดทะเบียน คำร้อง ส่วนประกอบของคำร้อง การเปลี่ยนแปลงรายการ คำสั่ง และขั้น ตอนของการจดทะเบียนพาณิชย์ ทั้งสำหรับวิสาหกิจภายใต้ Law on Enterprises และธุรกิจในครัวเรือน (Household Business)

2. กฎหมายการลงทุน (Investment Law No.59/2005/QH11) เป็นกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของนักลงทุน การปกป้องสิทธิอันถูกต้องตามกฎหมายของนักลงทุนในการดำเนินกิจกรรมการลงทุนเพื่อวัตถุประสงค์ทางธุรกิจ การส่งเสริมการลงทุนในอุตสาหกรรมที่รัฐให้การสนับสนุน และการจัดการการลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามและการลงทุนในต่างประเทศจากสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

¹⁵ จาก การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศเวียดนาม, โดย กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ก, 2555, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

กฎหมายการลงทุนของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามค่อนข้างชัดเจนและเอื้อประโยชน์แก่นักลงทุน โดยรัฐบาลส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติและยืนยันที่จะไม่ยึดกิจการเป็นของรัฐ รวมทั้งอนุญาตให้ส่งเงินทุนและกำไรกลับประเทศได้ รัฐบาลจะไม่เก็บภาษีเครื่องจักรอุปกรณ์ และวัสดุก่อสร้างที่นำเข้ามา เพราะผลิตสินค้าส่งออก นอกจากนี้ ยังมีการปรับปรุงหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง การอนุมัติโครงการลงทุนจากต่างชาติ โดยใช้ระบบบริการเบ็ดเสร็จ (One-stop Service) เพื่อแก้ปัญหาความล่าช้าเกี่ยวกับการขออนุญาตลงทุน รัฐบาลสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีการใช้มาตรการต่าง ๆ ในการส่งเสริมและควบคุมการลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามหลายมาตรการ ดังนี้¹⁶

มาตรการด้านภาษี

1. ภาษีเงินได้นิติบุคคล เริ่มปี 2552 อัตรามาตรฐานร้อยละ 25 (เท่ากันทั้งบริษัทสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามและบริษัทต่างประเทศ)

2. ธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริม อัตราภาษีเป็นไปตามใบอนุญาต เช่น ร้อยละ 10 หรือ 20 ในกรณีที่ได้รับการยกเว้นภาษี เช่น 2-4 ปี การยกเว้นให้เริ่มนับตั้งแต่ปีที่มีการ (ไม่ใช่ปีที่เริ่มดำเนินการ)

3. ในการโอนกำไรกลับประเทศ สามารถทำได้เป็นรายไตรมาส และไม่ต้องเสีย Withholdings Tax

4. ระหว่างราชอาณาจักรไทย และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม มีกฎหมายยกเว้นการเก็บภาษีซ้ำซ้อนส่วน RE-Investment ไม่ได้รับการยกเว้นภาษีหรือคืนภาษีให้

มาตรการด้านการเงินการธนาคาร รัฐบาลสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม อนุญาตให้สาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศประกอบธุรกิจที่เป็นเงินตราต่างประเทศ ทำให้ธุรกิจสามารถใช้บริการชำระบัญชีการค้าระหว่างประเทศ และเพิ่มความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจ

การจัดตั้งเขตส่งเสริมการส่งออก และเขตพื้นที่อุตสาหกรรมต่าง ๆ ปัจจุบันสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีเขตส่งเสริมการลงทุน 2 ประเภท คือ เขตส่งเสริมการส่งออก (Export Processing Zone -EPZ) และเขตอุตสาหกรรม (Industrial Zone - IZ) โดยเฉพาะในนครโฮจิมินห์ ไฮฟอง ฮานอย ฯลฯ เพื่อดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติ โดยกำหนดอัตราภาษีที่ต่ำเป็นพิเศษ สำหรับธุรกิจที่เข้าไปลงทุนในเขตอุตสาหกรรมทั้ง 2 ประเภท

¹⁶ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (ม.ป.ป.). *ขั้นตอนการลงทุนในเวียดนาม*. สืบค้น 4 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.boi.go.th/thai/clmv/Back_up/2010_vietnam/2010_vietnam_3_0-1.html

มาตรการอื่น ๆ ที่ให้แก่นักลงทุนต่างชาติ เช่น¹⁷

1. ระยะเวลาที่ได้รับสิทธิในการเช่าที่ดิน ทั้งนี้ขึ้นกับใบอนุญาตการลงทุน (Investment License) เป็นหลัก โดยปกตินักลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิในการเช่าที่ดินประมาณ 50 ปี และอาจขยายเป็น 70 ปี หากโครงการที่ได้รับการส่งเสริมจาก The Standing Committee of the National Assembly สำหรับโครงการลงทุนจากต่างชาติประเภท BOT (Build-Operate-Transfer Contract) นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องเช่าที่ดิน เมื่อตกลงเริ่มทำโครงการแล้วรัฐบาลจะมอบที่ดินให้ดำเนินการ เมื่อโครงการแล้วเสร็จนักลงทุนต้องโอนสิทธิของโครงการนั้นให้แก่รัฐบาลตามรูปแบบ BOT

2. นักลงทุนต่างชาติ สามารถนำสิทธิการใช้ที่ดินมาเป็นหลักประกันการกู้เงินได้ และอนุญาตให้สาขาของธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สามารถรับ จำนองสิทธิการใช้ที่ดินได้

3. ประกันความมั่นใจให้แก่นักลงทุนต่างชาติ โดยให้การรับรองว่าหากรัฐบาล สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมีการออกกฎหมายใหม่ที่อาจจะทำให้นักลงทุนต่างชาติได้รับความเสียหาย นักลงทุนสามารถเลือกรับสิทธิประโยชน์ตามที่ได้รับอยู่เดิมได้

4. การทยอยยกเลิกระบบ 2 ราคา (Elimination of Dual Pricing) ในภาคธุรกิจประเภทต่าง ๆ เช่น ตัวเครื่องบิน ตู้รถไฟ ค่าสาธารณูปโภคต่าง ๆ

5. การแก้ไขข้อกำหนดในกฎหมายแรงงาน เมื่อวันที่ 2 เมษายน พ.ศ. 2545 เช่น บริษัทต่างชาติสามารถรับสมัครแรงงานได้ โดยไม่จำเป็นต้องจ้างแรงงานผ่านตัวแทนจัดหางาน

3.2.4.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

รูปแบบองค์กรธุรกิจในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม มี 5 รูปแบบ โดยมีรายละเอียด ข้อแตกต่าง คือ¹⁸

1. ธุรกิจในครัวเรือน (Household Business) ธุรกิจที่มีการจ้างแรงงานไม่เกิน 10 คน และประกอบธุรกิจได้เพียงแห่งเดียวในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เท่านั้น บุคคล คณะบุคคล หรือครัวเรือนที่มีสัญชาติสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามและมีอายุเกิน 18 ปีสามารถจดทะเบียนเป็นธุรกิจครัวเรือนได้ เจ้าของธุรกิจครัวเรือนมีภาระต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินของธุรกิจด้วยทรัพย์สินของตัวเองธุรกิจประเภทไม่ได้ถูกระบุไว้ในกฎหมายรัฐวิสาหกิจ (Enterprise Law)

2. กิจการเจ้าของเดี่ยว (Private Enterprise) ธุรกิจที่เจ้าของกิจการมีภาระต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินของกิจการด้วยทรัพย์สินของตัวเอง โดยไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล และไม่สามารถออกหุ้นได้

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศเวียดนาม. เล่มเดิม.

3. ห้างหุ้นส่วน (Partnership) ธุรกิจที่มีผู้เป็นหุ้นส่วนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปเป็นเจ้าของและดำเนินกิจการร่วมกันภายใต้ชื่อกิจการเดียวกัน ห้างหุ้นส่วนไม่สามารถออกหุ้นได้สำหรับหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบ ผู้เป็นหุ้นส่วนมีภาระต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินของห้างหุ้นส่วนด้วยทรัพย์สินอย่างไม่จำกัดจำนวน ห้างหุ้นส่วนสามารถมีหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบได้ซึ่งหุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบมีภาระต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินเท่ากับจำนวนเงินที่ลงทุนไว้เท่านั้น

4. บริษัทจำกัด (Limited Liability Company) บริษัทที่ตั้งขึ้น ด้วยการแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังชำระไม่ครบตามมูลค่าหุ้นที่ตนได้ถืออยู่ มีสถานะเป็นนิติบุคคลนับตั้งแต่วันออกหนังสือรับรองการจดทะเบียน บริษัทจำกัดไม่สามารถออกขายหุ้นสู่สาธารณะได้บริษัทจำกัดแบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ (1) บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นมากกว่าหนึ่งราย (Limited liability company with more than one member) และ (2) บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นรายเดียว (Limited liability company with one member) โดยผู้ถือหุ้นของบริษัทจำกัดต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินและภาระอื่น ๆ ของบริษัทไม่เกินกว่าจำนวนเงินลงทุนที่ได้ให้ไว้กับบริษัท

5. บริษัทถือหุ้น (Shareholding Company) บริษัทถือหุ้น หรือบริษัทมหาชน เป็นกิจการที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลนับตั้งแต่วันที่ออกใบรับรองการจดทะเบียน เงินลงทุนของบริษัทถูกแบ่งออกเท่า ๆ กันเป็นหุ้น บริษัทสามารถออกหุ้นสู่สาธารณะเพื่อเพิ่มทุนได้ผู้ถือหุ้นมีสถานะเป็นเจ้าของบริษัทตามสัดส่วนของหุ้นที่ซื้อไว้ บริษัทต้องมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 3 รายขึ้นไป ผู้ถือหุ้นต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินและภาระอื่น ๆ ของบริษัทไม่เกินกว่าจำนวนเงินลงทุนที่ได้ให้ไว้กับบริษัท

3.2.4.4 กิจการที่เปิดให้ลงทุนกิจการที่ห้ามลงทุนและกิจการลงทุนที่มีเงื่อนไขพิเศษ

รูปแบบองค์กรธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนกิจการที่ห้ามลงทุนในสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม คือ 3 รูปแบบ ดังนี้¹⁹

1) การลงทุนของต่างชาติ 100%

2) การร่วมลงทุน (Joint Venture) หุ้นส่วนชาวต่างชาติต้องร่วมลงทุนอย่างน้อย 30% ในกรณีพิเศษสัดส่วนการถือหุ้นอาจลดลงมาเป็น 20% เงินทุนจดทะเบียนอย่างน้อยต้องเป็น 30% ของเงินลงทุนทั้งหมด

3) การร่วมมือทางธุรกิจตามสัญญา (Business Cooperation Contract, BCC) เป็นสัญญา ระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนชาวสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเพื่อดำเนินธุรกิจ รูปแบบการลงทุนนี้มีความคล่องตัวกว่าแบบอื่น ๆ

¹⁹ แหล่งเดิม.

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้ลงนามในสัญญาความร่วมมือการปกป้องการลงทุนกับ 35 ประเทศผลประโยชน์ของนักลงทุนได้รับการประกันแม้แต่ในกรณีที่เลวร้ายสุดคือการเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของโครงการ การเปลี่ยนแปลงการยกเว้นภาษีหรือการลดหย่อนหรือในทางกลับกันรัฐจะพิจารณาในการชดเชยด้วยผลที่น่าพอใจ การขจัดข้อขัดแย้งระหว่างคู่สัญญาในบริษัทหรือในสัญญาความร่วมมือทางธุรกิจ โดยปกติจะเป็นการเจรจาหรือการประนีประนอมกัน ในกรณีที่ไม่สามารถตกลงกันได้ คู่สัญญาโดยการตกลงร่วมกันอาจจะเลือกสถาบันหรือองค์กรต่อไปนี้เป็นตัวกลางในการเจรจาประนีประนอม

1. ศาลของประเทศสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม
2. หน่วยงานเจรจาประนีประนอมของประเทศ ของต่างชาติหรือของนานาชาติ
3. หน่วยงานเจรจาประนีประนอมที่จัดตั้งขึ้นภายใต้ความตกลงร่วมกันของคู่สัญญา

ข้อขัดแย้งระหว่างบริษัทต่างชาติที่ลงทุนในรูปแบบต่าง ๆ ในประเทศกับหน่วยงานของรัฐจะได้รับการเจรจาประนีประนอมโดยองค์กรเจรจาประนีประนอมของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม หรือศาลตามกฎหมายสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม คำตัดสินขององค์กรเจรจาประนีประนอมของต่างชาติมีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนตุลาคม 1995 เมื่อ สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามเป็นสมาชิกของอนุสัญญานิววยอร์กว่าด้วยการบังคับใช้หลักอนุญาโตตุลาการสากล (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitrage Awards.)

3.2.5 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

3.2.5.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุนทางตรงของสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

ตั้งแต่เปิดประเทศรับการลงทุนจากต่างชาติ รัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ประกาศใช้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศวันที่ 19 เมษายน 2531 และได้จัดตั้ง คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment Management Committee: FIMC) ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นกรมส่งเสริมและบริหารการลงทุนจากต่างประเทศ (Department for the Promotion and Management of Domestic and Foreign Investment: DDFI) สังกัดคณะกรรมการแผนการร่วมมือ (State Planning Committee) ล่าสุดได้เปลี่ยนหน่วยงานที่รับผิดชอบคือ กรมส่งเสริมการลงทุน (Investment Promotion Department: IPD) ทำหน้าที่ออกใบอนุญาตส่งเสริมการลงทุน ให้สิทธิประโยชน์ด้านการลงทุน และกำหนดกฎระเบียบด้านการลงทุน ให้บริการแบบเบ็ดเสร็จ (One Stop Service) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารนโยบายและพิจารณาโครงการที่ขอลงทุนใน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ทั้งของนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนท้องถิ่น อีกทั้งยังรับผิดชอบเกี่ยวกับเงินกู้ และเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศ โดยมีระยะเวลากำหนดอย่างชัดเจนดังนี้

ผู้ลงทุนต่างประเทศที่มีคุณสมบัติถูกต้องตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้จะได้รับใบอนุญาตในการลงทุน ทะเบียนวิสาหกิจ และทะเบียนอากรพร้อมกันที่ กรมส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนภายในและต่างประเทศ สำหรับอำนาจในการอนุมัติโครงการลงทุน ทางสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ได้ให้สิทธิแก่แขวงฯ มีอำนาจในการอนุมัติการลงทุนต่างประเทศ สำหรับโครงการในบัญชีส่งเสริม (Activities Promoted for Foreign Investment) ที่มีมูลค่าโครงการไม่เกิน 3 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ สามารถขออนุมัติการลงทุนกับเจ้าแขวงที่โครงการนั้นตั้งอยู่ได้ทันที ยกเว้นแขวงขนาดใหญ่ 4 แขวงคือ นครหลวงเวียงจันทน์ หลวงพระบาง สะหวันนะเขต และจำปาสัก จะขออนุมัติได้ไม่เกิน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ เพื่อลดความล่าช้าในกระบวนการพิจารณาอนุมัติจากส่วนกลาง

นอกจากนี้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ มาตราที่ 4 รัฐบาลสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวยังให้ความคุ้มครองแก่นักลงทุนและทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติ โดยจะไม่ถูกยึด ริบ หรือ โอนไปเป็นของรัฐ เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อสาธารณประโยชน์ ซึ่งนักลงทุนจะได้รับค่าทดแทนคืนโดยเร็วอย่างสมเหตุสมผล นอกจากนี้ยังรับประกันจะไม่เข้าไปแทรกแซงการดำเนินธุรกิจ

3.2.5.2 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กฎหมายสำคัญที่เกี่ยวกับการเริ่มต้นดำเนินธุรกิจในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมี 2 ฉบับ คือ²⁰

1. กฎหมายวิสาหกิจ (The Enterprise Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการ ระเบียบการ และมาตรการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการบริหารจัดการวิสาหกิจในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเพื่อส่งเสริมธุรกิจ การผลิต และการบริการในทุกสาขาธุรกิจเพื่อพัฒนาแรงงาน การเติบโตทางสังคมและเศรษฐกิจ อันนำมาซึ่งการพัฒนาประเทศและความเป็นอยู่ของประชาชน

2. กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (The Investment Promotion Law) เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักการ ระเบียบการ และมาตรการเกี่ยวกับการส่งเสริม การคุ้มครองการลงทุน ภายในและต่างประเทศ เพื่อให้การลงทุนมีความสะดวก รวดเร็ว ถูกต้อง ได้รับการปกป้องด้านต่าง ๆ จากรัฐ รับประกันสิทธิและผลประโยชน์ของผู้ลงทุน ของรัฐ และของประชาชน เพิ่มบทบาทการลงทุนต่อเศรษฐกิจสังคมของชาติให้เติบโต ขยายตัวอย่างต่อเนื่องและยั่งยืน

²⁰ จาก *ข้อเสนอแนะสำหรับการดำเนินธุรกิจใน สปป. ลาว ณ เวียงจันทน์*, โดย สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, 2555 (ตุลาคม) , กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์.

3.2.5.3 รูปแบบองค์กรธุรกิจที่ลงทุนในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

รูปแบบองค์กรธุรกิจในประเทศสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมี 3 รูปแบบ ดังนี้²¹

1. วิชาหกิจส่วนบุคคล (Sole-trader Enterprise) คือ กิจการที่จัดตั้งในรูปแบบของกิจการเจ้าของคนเดียว โดยประกอบการภายใต้ชื่อของเจ้าของกิจการซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบต่อหนี้ที่เกิดขึ้นของวิชาหกิจ

2. วิชาหกิจหุ้นส่วน หรือ ห้างหุ้นส่วน (Partnership Enterprise) คือ กิจการที่จัดตั้งโดยการตกลงสัญญากัน ระหว่างหุ้นส่วนตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป เพื่อร่วมเงินทุนในการประกอบธุรกิจและแบ่งปันผลกำไรร่วมกัน โดยแบ่งเป็น

1) วิชาหกิจหุ้นส่วนสามัญ (General Partnership Enterprise) คือ กิจการที่จัดตั้งโดยหุ้นส่วน โดยร่วมลงเงินทุน และดำเนินธุรกิจร่วมกัน ซึ่งหุ้นส่วนทุกคนต้องร่วมรับผิดชอบหนี้ของกิจการอย่างไม่จำกัด

2) วิชาหกิจหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership Enterprise) คือ รูปแบบของวิชาหกิจหุ้นส่วนที่ประกอบด้วยหุ้นส่วนสามัญ (General Partners) ซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันในบรรดาหนี้ของห้างหุ้นส่วนโดยไม่จำกัดจำนวน

3. บริษัท (Company) คือ รูปแบบของกิจการที่จัดตั้งโดยการแบ่งทุนเป็นหุ้น และแต่ละหุ้นมีมูลค่าเท่ากัน โดยผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีความรับผิดชอบต่อหนี้ที่เกิดขึ้นของบริษัทจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังชำระไม่ครบตามมูลค่าหุ้นที่ตนได้ถืออยู่ โดยบริษัทแบ่งเป็น 5 ประเภท คือ

1) บริษัทจำกัด (Limited Company) จะต้องมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป แต่ไม่เกิน 30 คน โดยมีข้อยกเว้นตามมาตรา 85 ของกฎหมายวิชาหกิจ ให้บริษัทจำกัดที่มีผู้ถือหุ้นเพียงรายเดียวสามารถจดทะเบียน บริษัทจำกัดผู้เดียว (One-Person Limited Company) ได้

2) บริษัทมหาชน (Public Company) คือ บริษัทที่จัดตั้งโดยมีผู้ถือหุ้นตั้งแต่ 9 คนขึ้นไป โดยหุ้นของบริษัทสามารถถ่ายโอนได้อย่างอิสระ และสามารถเสนอขายหุ้นต่อสาธารณะได้

3) บริษัทรัฐวิชาหกิจ (State Company) คือ บริษัทที่จัดตั้ง และบริหารโดยรัฐ ภายใต้ระเบียบปฏิบัติที่เหมาะสมกับบริษัท โดยไม่สามารถขายหุ้นให้เอกชนได้มากกว่าร้อยละ 49

4) บริษัทผสม (Joint Company) คือ บริษัทที่จัดตั้งขึ้น ระหว่างรัฐกับภาคส่วนอื่น ซึ่งอาจเป็นสัญชาติลาวหรือต่างชาติก็ได้โดยแต่ละฝ่ายนั้น ถือหุ้นร้อยละ 50

²¹ จาก การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศลาว (น. 3) , โดย กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ข, 2555, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

3.2.5.4 กิจการที่เปิดให้ลงทุน กิจการที่ห้ามลงทุน และกิจการลงทุนที่มีเงื่อนไขพิเศษ
 กฎหมายว่าด้วยวิสาหกิจ (Enterprise Law) ไม่ได้กำหนดจำนวนสัดส่วนขั้นสูงในการ
 ถือหุ้นโดยผู้ประกอบการต่างชาติไว้ในเกือบทุกสาขาการลงทุน ยกเว้นในกรณีของการจัดตั้ง
 วิสาหกิจที่เอกชนสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว หรือ รัฐบาลมีส่วนร่วมด้วยในกิจการที่
 เกี่ยวกับการท่องเที่ยว ด้านการทำเหมืองแร่และด้านไฟฟ้า ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถถือหุ้น
 ธุรกิจสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ถึงร้อยละ 100 โดยกฎหมายวิสาหกิจได้อนุญาต
 ให้ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 100 ในรูปแบบของวิสาหกิจ ดังนี้²²

- (1) วิสาหกิจส่วนบุคคล
- (2) วิสาหกิจหุ้นส่วนสามัญ
- (3) วิสาหกิจหุ้นส่วนจำกัด
- (4) บริษัทจำกัดผู้เดียว
- (5) บริษัทจำกัด
- (6) สาขาของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท (วิสาหกิจต่างชาติสามารถจัดตั้ง สาขาใน
 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้แก่ สาขานาคาร และการประกันภัย)
- (7) สำนักงานสาขา/ตัวแทน (Branch/Representative Office) การอนุญาตให้จัดตั้ง
 สำนักงานตัวแทนในสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดโอกาสให้นัก
 ลงทุนจากต่างประเทศ สามารถเข้าไปศึกษา และรวบรวมข้อมูลในสาขาต่าง ๆ เพื่อประกอบการ
 เสนอขอลงทุนโดยตรงในอนาคต ซึ่งการจัดตั้งสำนักงานตัวแทนไม่มีวัตถุประสงค์ในการดำเนิน
 ธุรกิจโดยตรง

ในส่วนของการถือครองที่ดินสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวยังไม่อนุญาตให้
 นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิถือครองที่ดิน แต่สามารถเช่าที่ดินระยะยาว และสามารถโอนสิทธิและ
 ผลประโยชน์จากการเช่าที่ดินได้ตั้งแต่ 30 ปี 50 ปี หรือ 80 ปี โดยขออนุญาตจากหน่วยงานของรัฐที่
 มีอำนาจในการให้สัมปทานที่ดินแต่ในปี 2542 สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ออก
 กฎหมายว่าด้วยการวางผังเมือง (The Town Planning Law) โดยกำหนดเขตการใช้ที่ดินเพื่อวัตถุประสงค์
 ประสงค์ต่าง ๆ เช่น เขตที่อยู่อาศัย เขตสำนักงาน เขตการค้า เขตอุตสาหกรรม เป็นต้น ทำให้นัก
 ลงทุนต่างชาติ ต้องคำนึงถึงแหล่งที่ตั้งของโครงการให้ถูกต้องตามเขตที่กำหนด

จากการศึกษาในบทที่ 3 พบว่าประเทศสมาชิกอาเซียนต่างมีกฎหมายรองรับการลงทุน
 ระหว่างประเทศเป็นของตนเองโดยเฉพาะกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าว กฎหมายของแต่ละ
 ประเทศจะมีความเข้มงวดแตกต่างกันไปตามสภาพพื้นฐานของเศรษฐกิจของประเทศนั้น ๆ

²² แหล่งเดิม.

ประเทศไทยมีพัฒนาการทางกฎหมายมาตั้งแต่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 เรื่อยมาเป็นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 จนมาเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กฎหมายแต่ละฉบับต่างกำหนดเงื่อนไขการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองผู้ประกอบการในประเทศและเศรษฐกิจในประเทศไม่ให้เป็นคนต่างด้าวทั้งหมด เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในประเทศอาเซียนอื่น ๆ พบว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์มีกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่ก้าวหน้ามากที่สุดในอาเซียนกฎหมายให้อนุญาตบริษัทจดทะเบียนสามารถมีผู้ถือหุ้นต่างชาติได้ทั้งหมด ขณะที่กฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวประเทศอาเซียนอื่น ๆ เช่น สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม และสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ยังไม่สามารถอนุญาตบริษัทจดทะเบียนสามารถมีผู้ถือหุ้นต่างชาติได้ทั้งหมดเทียบเท่ากับสาธารณรัฐสิงคโปร์กฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวประเทศอาเซียนมีเนื้อหาคุ้มครองผู้ประกอบการในประเทศที่ยังแข่งขันไม่ได้ แต่เมื่อเปิดประชาคมอาเซียนแล้วทุกประเทศต้องปรับแก้ไขกฎหมายของตนเองให้สอดคล้องกับการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

อย่างไรก็ดี แต่ละประเทศต่างมีขีดจำกัดในการปรับตัวด้านกฎหมายเพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เนื่องจากประเทศส่วนใหญ่ยกเว้นสาธารณรัฐสิงคโปร์ยังเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่อุตสาหกรรมภายในประเทศยังไม่แข็งแรงเพียงพอที่จะแข่งขันได้อย่างเสรีเต็มรูปแบบ แม้แต่ประเทศไทยเองที่มีพื้นฐานทางเศรษฐกิจที่มีความพร้อมกว่าหลาย ๆ ประเทศในอาเซียนเอง ก็มีปัญหากฎหมายที่รองรับการลงทุนจากต่างประเทศอย่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีปัญหาทั้งด้านเนื้อหาความชัดเจนของข้อกำหนดและการบังคับใช้ ซึ่งในบทที่ 4 ผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวของไทยเพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

บทที่ 4

ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เป็นการรวมกลุ่มเศรษฐกิจการค้าเสรีของ ประเทศสมาชิกอาเซียน ซึ่งแต่ละประเทศจำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อตกลงที่มีร่วมกัน ด้านการค้าและการลงทุน เงื่อนไขการเปิดเสรีผลต่อการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในประเทศไทย และต่อกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยที่กฎหมายนี้มี ปัญหาตลอดระยะเวลาตั้งแต่การประกาศใช้จนถึงปัจจุบัน

4.1 ปัญหานิยามศัพท์

ปัญหานิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีปัญหาการให้นิยามที่หลวม¹ ๑ เปิดช่องให้ตีความได้หลากหลายโดยนิยามความหมาย ทางตรงไว้เพียงชั้นเดียว กล่าวคือคนต่างด้าวที่ถือหุ้นตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคน ต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้เป็นการถือหุ้นทางตรงของคนต่างด้าวย้อยละ 49 ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการถือหุ้นทางอ้อมที่ต่างด้าวถือหุ้นผ่านบุคคล และนิติบุคคลที่เป็นส่วนของ หุ้นอีกร้อยละ 51 ในนิติบุคคลนั้น ๑ ซึ่งในทางปฏิบัติแล้วนิติบุคคลที่มีการถือหุ้นลักษณะ โดยมีคน ต่างด้าวถือหุ้นทางอ้อมนี้ถือถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวอย่างสมบูรณ์แบบ

ปัจจุบันปัญหานิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังคงมีปัญหาความชัดเจน และจะเป็นปัญหามากยิ่งขึ้นเมื่อเข้าสู่ประชาคม เศรษฐกิจอาเซียน (AEC) เนื่องจากเงื่อนไขของ AEC Blueprint มียุทธศาสตร์ที่เกี่ยวข้องกับ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 การกำหนดให้ประเทศสมาชิกต้อง เปิดให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาจัดตั้งธุรกิจได้เป็นชั้น ๆ จนถึงขั้นสูงสุดคือร้อยละ 70 โดย สาขาบริการเร่งรัด 4 สาขา คือ ท่องเที่ยว สุขภาพ โทรคมนาคมและคอมพิวเตอร์ และขนส่งทาง อากาศกำหนดให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นในประเทศสมาชิกดังนี้

¹ จาก โครงการวิเคราะห์และติดตามร่างกฎหมาย รายงานสรุปและวิเคราะห์ พระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, โดย อิศร์กุล อุนแกตุ, ม.ป.ป., กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย.

1. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 49 ในปี 2006 (พ.ศ. 2549)
2. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ในปี 2008 (พ.ศ. 2551) และ
3. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ในปี 2010 (พ.ศ. 2553)

สาขาโลจิสติกส์ กำหนดให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้น

1. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าไม่ต่ำกว่าร้อยละ 49 ในปี 2008 (พ.ศ. 2551)
2. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ในปี 2010 (พ.ศ. 2553) และ
3. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ในปี 2013 (พ.ศ. 2556) และ

สาขาบริการอื่น ๆ ที่เหลือกำหนดให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นดังนี้²

1. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าไม่ต่ำกว่าร้อยละ 49 ในปี 2008 (พ.ศ. 2551)
2. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 ในปี 2010 (พ.ศ. 2553) และ
3. ถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 ในปี 2015 (พ.ศ. 2558)

โดยจะต้องยกเลิกข้อจำกัดการค้าบริการแบบข้ามพรมแดน และเงื่อนไขอื่น ๆ ในการจัดตั้งธุรกิจอีกด้วย สารสำคัญของข้อผูกพันของไทยก็คือ ทุกรายการที่ผูกพันยังเป็นไปตามกรอบกฎหมายไทย กล่าวคือ อนุญาตให้ต่างชาติจากประเทศสมาชิกอาเซียนมีสิทธิถือหุ้นในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ไม่เกินร้อยละ 49 และไทยยังคงสงวนเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เป็นไปตามกรอบกฎหมายไทยทั้งหมดโดยยกเลิกมาตรการหรือเงื่อนไขในข้อจำกัดเกี่ยวกับการให้บริการแบบข้ามพรมแดน การเข้ามาจัดตั้งธุรกิจ และการเคลื่อนย้ายบุคคลธรรมดา โดยต้องผูกพันสาขาบริการให้ได้ตามที่กำหนดไว้ใน AEC Blueprint ที่ว่าสำหรับสาขาบริการเร่งรัด 4 สาขา จะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 70 และยกเลิกข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดทั้งหมด ส่วนสาขาบริการที่เหลือจะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 51 และลดข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดอื่น ๆ ให้เหลือได้เพียงสองข้อจำกัดข้อจำกัดอื่น ๆ ได้แก่ การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ การจำกัดมูลค่ารวมทั้งหมดของธุรกรรมทางการค้าบริการ ข้อกำหนดเรื่องสัดส่วนผู้ให้บริการที่เป็นบุคลากร การกำหนดสัญชาติและถิ่นที่อยู่ของผู้บริหารและการกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำ เป็นต้น

² จาก กฎหมายที่อาจต้องแก้ไขให้เป็นไปตาม *Strategic Schedule for ASEAN Economic community* ฉบับท้าย *AEC Blueprint* (น. 12-14), โดย ฝ่ายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา, 2555, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

4.2 ปัญหาด้านการค้า

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เน้นการควบคุมการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้นมีของคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งมีการกำหนดนิยามความหมายของ คนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนและกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหาเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้ คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจ ที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) จะมีผลต่อปัญหาทางการค้าต่อประเทศที่ดังปรากฏในตารางที่ 4.1

ตารางที่ 4.1 ธุรกิจที่ไทยจะได้รับประโยชน์และที่จะได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีการลงทุน

ธุรกิจที่ได้ประโยชน์	ธุรกิจที่ได้รับผลกระทบ
ธุรกิจที่ไทยมีศักยภาพในการลงทุนต่างประเทศ เช่น เกษตร เกษตรแปรรูป รับประทานอาหาร เหมือนแร่ และภาคการผลิตที่เชี่ยวชาญ	- โครงสร้างพื้นฐาน - โลจิสติกส์ - พลังงาน และพลังงานทดแทน
ธุรกิจที่ต่างประเทศสนใจลงทุนในไทย เช่น ยานยนต์และชิ้นส่วน อิเล็กทรอนิกส์	

ที่มา: จาก ธุรกิจที่ไทยจะได้รับประโยชน์และที่จะได้รับผลกระทบจากการเปิดเสรีการลงทุน (น. 3), โดย ฝ่ายวิจัยความเสี่ยงธุรกิจ สายงานบริหารความเสี่ยง บมจ.ธนาคารกรุงไทย, 2554 (มิถุนายน).

4.2.1 ผลกระทบเชิงบวกในภาพรวมการค้าของประเทศไทย

1. ช่วยให้ปริมาณการค้าทั้งในและต่างประเทศขยายตัวเพิ่มขึ้นมาก เนื่องจากขนาดทุนที่ใหญ่จากหลากหลายประเทศ จะทำให้ขนาดของตลาดใหญ่ขึ้นตามไปด้วย
2. กดดันให้ผู้ประกอบการไทยต้องเร่งปรับตัวและพัฒนาคุณภาพสินค้าและบริการ ให้ทัดเทียมกับสินค้าของผู้ประกอบการที่เป็นทุนข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนในไทย

3. ทำให้เกิดการถ่ายทอดความรู้และเทคโนโลยีสมัยใหม่ ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตและการดำเนินงาน และยกระดับคุณภาพสินค้าและบริการสู่ระดับมาตรฐานสากล ทั้งยังช่วยพัฒนาทักษะและยกระดับคุณภาพฝีมือแรงงานของไทย

4. การผลิตจะมีขนาดใหญ่ขึ้น โดยจะขยับเลิกการผลิตในโรงงานที่มีประสิทธิภาพต่ำ และเพิ่มกำลังผลิตในโรงงานมีประสิทธิภาพสูง เพื่อได้ประโยชน์จากการขยายตัวของขนาดเศรษฐกิจดังนี้

- (1) ขั้นตอนผลิตที่ใช้แรงงานเข้มข้นจะย้ายฐานการผลิตออกไปนอกประเทศ
- (2) การเชื่อมโยงการผลิตระหว่างประเทศจะมีมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะ การขนส่งทางบก สะดวกรวดเร็วยิ่งขึ้น และพิธีการศุลกากรจะอำนวยความสะดวกยิ่งขึ้น
- (3) การลงทุนระหว่างประเทศจะมีมากยิ่งขึ้นทำให้เกิดการจ้างแรงงานในทุกระดับ
- (4) บริษัทขนาดใหญ่จะเริ่มปรับตัวไปสู่การเป็นบริษัทข้ามชาติ มีกรรมการบริษัท และผู้บริหารมาจากหลายประเทศ มีการใช้ภาษาอังกฤษในการสื่อสารมากขึ้น

4.2.2 ผลกระทบเชิงลบในภาพรวมการค้าของประเทศไทย

1. ก่อให้เกิดความผันผวนในตลาดเงิน หากปริมาณเงินมีการไหลเข้าออกจำนวนมาก และรวดเร็ว
2. เกิดการครอบงำธุรกิจจากการร่วมทุนหรือควบรวมกิจการ (M&A) ที่ส่งผลให้สัดส่วนผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติสูงขึ้น หรือบางกิจการเป็นของต่างชาติทั้งหมด
3. ทุนต่างชาติแอบแฝงที่เข้ามาลงทุนเพื่อครอบครองสินทรัพย์เฉพาะ เช่น ที่ดิน จะส่งผลเสียต่ออาชีพสวนและผลผลิตการเกษตรในอนาคต โดยเฉพาะข้าว ซึ่งเป็นอาหารหลักและสินค้าส่งออกสำคัญของประเทศ
4. อุตสาหกรรมบางประเภท อาจสร้างมลพิษทางสิ่งแวดล้อมให้กับชุมชนและประเทศชาติ
5. ผู้ประกอบการไทย ที่ขาดความพร้อมทั้งด้านเงินทุน เทคโนโลยี และทักษะแรงงาน ซึ่งส่วนใหญ่เป็น SMEs จะแข่งขันไม่ได้ และต้องออกจากตลาดไปในที่สุด เช่น การเข้ามาของต่างชาติในธุรกิจค้าปลีก ที่กระทบให้ร้านโชห่วยของไทยต้องปิดกิจการลง
6. แรงงานขาดความมั่นคงในชีวิต หากโรงงานต่างชาติปิดตัวลงจากวิกฤติเศรษฐกิจหรือย้ายฐานการผลิต
7. ผู้ร่วมทุนชาวไทย อาจประสบปัญหา หรือต้องปรับตัวในการแข่งขัน หากเกิดความขัดแย้ง หรือทุนต่างชาติต้องการแยกกิจการเพื่อไปดำเนินการเอง ซึ่งมีแนวโน้มเพิ่มมากขึ้น

อาทิ กรณีของ BMW ที่แยกตัวจากกลุ่มยন্ত্রกิจ หรือกรณี เป๊ปซี่ โคง์คที่แยกกับกลุ่มเสริมสุข เป็นต้น

8. เทคโนโลยีสมัยใหม่ที่เข้ามาพร้อมกับกลุ่มทุนข้ามชาติ ส่งผลกระทบต่อวัฒนธรรม วิถีชุมชน และภูมิปัญญาท้องถิ่นของไทยเปลี่ยนแปลงและเลือนหายไป จนอาจไม่เหลือไว้ให้เป็นที่ภาคภูมิใจของคนรุ่นหลัง

9. การแข่งขันที่รุนแรงอาจส่งผลให้ผู้บริโภคได้รับประโยชน์ในระยะแรก แต่ในระยะยาวอาจต้องบริโภคสินค้าที่ราคาแพงขึ้นมาก จากการที่ผู้ประกอบการไทยไม่อาจต้านทานกระแสการแข่งขันได้ ทำให้ธุรกิจทุนนอกกลายเป็นผู้ผูกขาดและกำหนดราคาได้ตามต้องการ

10. ทุนต่างชาติแอบแฝงที่เข้ามาลงทุนเพื่อครอบครองอสังหาริมทรัพย์ เช่น

1) การสมรสกับคนไทยแล้วให้คู่สมรสผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนตน แต่สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินต่าง ๆ นั้นยังคงเป็นของคนต่างด้าว ซึ่งการใช้ช่องทางนี้ในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าวในลักษณะตัวแทนอำพรางได้ปรากฏปัญหาที่มีการฟ้องร้องกันอยู่หลายกรณีในชั้นศาล เช่น การซื้อขายที่ดินและบ้าน แทนสามีซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นต้น

2) บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญากู้ยืม จำนองหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าวเพื่อเป็นหลักประกันในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่คนต่างด้าวเป็นผู้ออกเงินซึ่งเป็นการยากที่จะตรวจสอบ

3) การถือครองที่ดินโดยรูปแบบของนิติบุคคลไทย โดยให้ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแต่อำนาจครอบงำกิจการยังเป็นของคนต่างด้าว การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอน ในภายหลังการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือมีการเพิ่มทุน จนมีสภาพที่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวแต่รับโอนที่ดินในขณะที่เป็นนิติบุคคลไทย

4.2.3 ปัญหาทางกฎหมายที่เกิดจากการค้าเสรีภายใต้การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

ผลกระทบเชิงบวกในภาพรวมการค้าของประเทศไทยแม้วิเคราะห์โดยรวมแล้วจะเป็นผลดีต่อการค้าและเศรษฐกิจของไทยแต่กลับมีปัญหาทางกฎหมายอื่น ๆ ตามมา คือ เป็นปัญหาด้านการค้าที่มีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติแข่งขันทางการค้า 2542 ปัญหานี้เกิดขึ้นเมื่อก้าวสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2558 จะทำให้โอกาสขยายตัวทางการค้าของกลุ่มประเทศอาเซียนเพิ่มขึ้นเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะในด้านของการทำธุรกิจการค้าระหว่างประเทศสมาชิกที่รวมเป็นตลาดเดียวกัน สินค้าต่าง ๆ สามารถเข้า-ออก ประเทศในอาเซียนได้อย่างเสรี ซึ่งจะส่งผลให้เงื่อนไขและปัจจัยต่าง ๆ ที่เคยถือคุณและมีความได้เปรียบเชิงเปรียบเทียบ (Competitive Advantage) ที่แต่ละประเทศเคยมี

ต้องเปลี่ยนไป จำเป็นที่ต้องมีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าเป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลการค้าให้เป็นธรรมในอาเซียน ปัญหาด้านการค้าที่จะเกิดขึ้นตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า 2542 คือ การผูกขาดทางการค้าของนักลงทุนอาเซียนที่มีกำลังทุนมากกว่านักลงทุนท้องถิ่น โดยการใช้สถานะการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดในการจำกัดการแข่งขัน หรือ การมีอำนาจผูกขาด (Abuse of dominant position หรือ Monopolization) ดังนั้น พระราชบัญญัติ การแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 จึงมีข้อกำหนดเกี่ยวกับพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดการแข่งขันที่เป็นมาตรฐานสากล ได้แก่

1. มาตรา 25 การควบคุมพฤติกรรมของผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มี “อำนาจเหนือตลาด” (abuse of dominance) ไม่ให้ใช้อำนาจในการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขัน
2. มาตรา 26 การควบคุมการควบรวมธุรกิจ (merger control) เพื่อป้องกันมิให้เกิดการรวมธุรกิจระหว่างคู่แข่งเพื่อผูกขาดตลาด
3. มาตรา 27 การควบคุมมิให้ผู้ประกอบการสองรายขึ้นไปทำการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันในตลาด หรือ “ฮั้ว”
4. มาตรา 29 การควบคุมมิให้ธุรกิจมีพฤติกรรมทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair trade practice) อันมีผลทำให้เกิดความเสียหายแก่ธุรกิจอื่น ๆ มาตรานี้มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้ประกอบการขนาดย่อมที่มักตกเป็นเบี้ยล่างในการประกอบธุรกรรมกับคู่ค้าที่มีขนาดใหญ่ ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขในการค้าขายที่มีลักษณะเป็นการเอาเปรียบ ปัจจุบันกลุ่มประเทศอาเซียนยังมีความแตกต่างของระดับการพัฒนานโยบายและกฎหมายการแข่งขันทางการค้า ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 2 กลุ่ม³

กลุ่มแรก เป็นกลุ่มประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้แล้ว มีอยู่จำนวน 5 ประเทศ เรียงตามลำดับก่อน-หลัง ที่มีกฎหมาย ได้แก่ ราชอาณาจักรไทย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐสิงคโปร์ สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม และสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยราชอาณาจักรไทย เป็นประเทศแรกที่มีกฎหมายฉบับนี้ เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2542

กลุ่มที่สอง เป็นกลุ่มประเทศที่อยู่ระหว่างดำเนินการร่างกฎหมายการแข่งขันทางการค้า หรือ มีแนวคิดริเริ่มนโยบายเพื่อให้มีกฎหมายบังคับใช้ ได้แก่ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ เนการาบรูไนดารุสซาลาม สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ราชอาณาจักรกัมพูชา และสาธารณรัฐแห่งสหภาพเมียนมาร์

³ จาก ก้าวสู่ AEC: ต้องมีกลไกขับเคลื่อนการแข่งขันที่เป็นธรรม (น. 2), โดย สันติชัย สารถวัลย์แพศย์, 2556, กรุงเทพฯ: กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์.

ราชอาณาจักรไทยเป็นประเทศแรกในอาเซียนที่มีการตรากฎหมายแข่งขันทางการค้าที่สมบูรณ์แบบ คือ พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งมีบทบัญญัติที่ครบถ้วนในการป้องกันพฤติกรรมที่เป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขันที่เป็นมาตรฐานสากลสาระสำคัญของกฎหมายคือการห้ามพฤติกรรมที่เป็นการผูกขาดหรือการตกลงร่วมกันเพื่อจำกัดการแข่งขัน (collusive practices) ซึ่งจะนำไปสู่การกำหนดราคาสินค้าที่สูงเกินควร แต่ในทางปฏิบัติกลับมิได้มีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากมาตรา 31 ของกฎหมายนี้กำหนดให้กรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายต้องจัดทำประกาศระบุประเภท “ธุรกิจที่ถูกควบคุม” และมาตรา 23 กำหนดให้มีการประกาศระบุ “สินค้าควบคุม” เสียก่อนจึงจะบังคับใช้กฎหมายได้ แต่เนื่องจากกฎหมายมิได้กำหนดคณิยามของ “ธุรกิจที่ผูกขาด” และ “สินค้าที่ควรแก่การควบคุม” จึงแทบจะไม่มีการบังคับใช้กฎหมายนี้ และยังไม่เคยมีการดำเนินคดีแก่ผู้ประกอบการแม้แต่รายเดียว จึงอาจกล่าวได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวประสบความสำเร็จล้มเหลวโดยสิ้นเชิง ข้อมูลในเว็บไซต์ของสำนักงานฯ ไม่มีรายละเอียดใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องร้องเรียนและผลการพิจารณาปัญหาที่มีการร้องเรียน มีเพียงตารางที่ 1 แสดงจำนวนกรณีที่มีการร้องเรียนสะสมรวม 74 เรื่องในช่วงปี 2542–2552 หรือโดยเฉลี่ยมีเพียงปีละเรื่อง ในจำนวนเรื่องร้องเรียนทั้งหมดมี 52 เรื่องที่สำนักงานฯระบุว่า “เรื่องยุติไปแล้ว” โดยไม่มีรายละเอียดใด ๆ ว่ากรณีเหล่านี้มีการยุติอย่างไร มีการใช้ข้อมูลใดในการพิจารณาและผลการวินิจฉัยของกรมการเป็นอย่างไร รายละเอียดเหล่านี้ถือว่าเป็นข้อมูล “พื้นฐาน” ที่สาธารณชนควรรับรู้ และเป็นข้อมูลที่สำนักแข่งขันทางการค้าในต่างประเทศแสดงไว้ในรายงานประจำปี ซึ่งสำนักงานฯ ของไทยไม่เคยมีการจัดทำ⁴

สรุป ประเทศที่มีกฎหมายการแข่งขันทางการค้าบังคับใช้แล้วมีอยู่ 5 ประเทศ ขณะนี้อีก 5 ประเทศอยู่ระหว่างดำเนินการยกร่างกฎหมายในที่สุดแล้วทุกประเทศจะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวภายใต้พื้นฐานและหลักการเดียวกัน รวมทั้งมีหลักเกณฑ์ระเบียบปฏิบัติที่ใกล้เคียงกัน เช่น หลักเกณฑ์ผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด และหลักเกณฑ์การรวมธุรกิจ เป็นต้น นอกจากนี้ยังต้องมีการบังคับให้กฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เศรษฐกิจการค้าในกลุ่มประเทศอาเซียนมีความเข้มแข็งและมีการแข่งขันที่เสรีอย่างเป็นธรรม โดยเฉพาะการคุ้มครองธุรกิจขนาดเล็ก (SME) ไม่ให้ถูกธุรกิจขนาดใหญ่ผูกขาดทางการค้าสร้างเงื่อนไขเอาเปรียบได้โดยง่าย

⁴ จาก “พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542: ข้อจำกัดและการปฏิรูป,” โดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2554 (มีนาคม), *รายงานที่ตีพิมพ์*, 92, 8.

4.3 ปัญหาการลงทุน

4.3.1 ปัญหากฎหมายว่าด้วยธุรกรรมอำพรางกับการลงทุนในไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นต้น กฎหมายดังกล่าวให้ถือว่า กิจการที่มีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวมิหุ้นหรือถือบุริมสิทธิมากกว่าผู้มีสัญชาติไทย กิจการนั้นเป็นกิจการของคนต่างด้าว ทำให้เกิดภาวะที่คนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินกิจการบางประเภทได้อย่างสะดวก จึงเป็นที่มาและสาเหตุที่คนต่างด้าวดำเนินการทำธุรกรรมอำพรางผ่านตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยหรือที่เรียกว่า “นอมินี (Nominee)”

วิกฤตเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 เป็นที่มาของการบัญญัติ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 และมีการแก้ไขอีกหลายครั้งเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขการค้าเสรีซึ่งพบว่า ประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 ดังนี้⁵

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 10 บทบัญญัติมาตรา 5, มาตรา 8, มาตรา 15, มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช่บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล”

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย” จะพบว่าประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายเพื่อยกเว้นไม่ให้นำมาตรา 5, มาตรา 8, มาตรา 15, มาตรา 17, และ มาตรา 18 มาใช้บังคับกับนักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิภายใต้ความตกลง หรือ สนธิสัญญาที่ไทยได้ทำไว้ผูกพันตน ดังนั้นจึงต้องไปศึกษาว่า กฎหมายใดได้ถูกยกเว้นไม่นำมาปรับใช้กับคนต่างด้าวที่มีสิทธิพิเศษภายใต้ความตกลง ก็จะพบว่า สิ่งที่ไทยยกเว้นไม่ปรับใช้แก่นักลงทุนต่างด้าวมิ ดังนี้

⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้⁶
 - (ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในขณะที่พระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 กลับกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติจากสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ของนิติบุคคล เป็นต้น จึงเกิดความลักลั่นในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทย ดังพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติไว้ว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 7 ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของ นิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้ง ทำการแห่งใหญ่⁷

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 5 การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี”⁸

⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

⁷ พระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 มาตรา 4.

⁸ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี (3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”⁹

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 15 คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้ง”¹⁰

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 17 ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชี

⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8.

¹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15.

สาม ก็ได้ ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสองให้รัฐมนตรีแจ้งการไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้ง คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”¹¹

“พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 2542 มาตรา 18 รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้ (1) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต (2) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร (3) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ (4) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน (5) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น”¹²

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดนิยามความหมายของคนต่างด้าวห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้ คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจ ที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว โดยถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ซึ่งเหตุนี้ทำให้คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายการให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าว มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือคนต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน

¹¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

¹² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 18.

4.3.2 การปรับตัวของประเทศอาเซียน

ประเทศอาเซียนได้เตรียมความพร้อมก่อนเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ด้วยการปรับตัวทั้งด้านการบริหารและด้านกฎหมายซึ่งนอกจากประเทศไทยแล้วจะพบว่าประเทศอาเซียนอื่น ๆ ก็ให้ความสำคัญและมีการปรับตัวที่เป็นรูปธรรมให้เห็นแล้ว ดังนี้¹³

สาธารณรัฐสิงคโปร์

สาธารณรัฐสิงคโปร์ให้ความสำคัญระหว่างนักลงทุนชาวสิงคโปร์และชาวต่างชาติ โดยชาวต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 100 ในธุรกิจเกือบทุกสาขา ยกเว้น (1) ด้านการกระจายเสียง และการจัดสรรคลื่นความถี่ ถือหุ้นสูงสุดไม่เกินร้อยละ 49 (2) กิจการด้านหนังสือพิมพ์ ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 5 ส่วนกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนได้แก่ ธุรกิจด้านกฎหมายและการประกอบอาชีพทนายความรวมถึงสาขาที่เกี่ยวข้องกับกิจการวิสาหกิจของรัฐการลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์ กฎหมายการลงทุนของสาธารณรัฐสิงคโปร์ เอื้อประโยชน์ต่อผู้ลงทุนเป็นอย่างมากโดยไม่กำหนดเงินลงทุนขั้นต่ำ และอนุญาตให้นักลงทุนสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในสาธารณรัฐสิงคโปร์ รวมถึงไม่มีการควบคุมในการโอนเงินตราต่างประเทศและผลกำไรในการประกอบธุรกิจกลับคืนประเทศผู้ลงทุน ดังนั้น จึงไม่มีเส้นแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างคนต่างด้าวและนักธุรกิจท้องถิ่นในสาธารณรัฐสิงคโปร์¹⁴

สาธารณรัฐสิงคโปร์ มีกฎหมายที่เปิดกว้างด้านการค้าการลงทุนจากต่างประเทศ บทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายการลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์ จึงมีน้อย คนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายการลงทุนในสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงมีเพียงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจภายในของประเทศเช่น กฎหมายอาญา กฎหมายแพ่ง กฎหมายธุรกิจ และกฎหมายการค้าอื่น ๆ ที่คนต่างด้าวต้องปฏิบัติตามไม่ต่างจากธุรกิจท้องถิ่นของคนสิงคโปร์

ทรัพยากรธรรมชาติของสาธารณรัฐสิงคโปร์นั้นมีอยู่อย่างจำกัดการลงทุนหรือการขอสัมปทานเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติของประเทศจึงไม่มีโอกาสน้อยและเป็นไปได้ยาก แม้ว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์จะไม่ได้บัญญัติกฎหมายห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้าถือครองสัมปทานในทรัพยากรธรรมชาติของประเทศก็ตาม

¹³ ธนาคารกสิกรไทย ร่วมกับ นสพ.กรุงเทพธุรกิจ. (ม.ป.ป.) . จาก *กัมพูชา, พม่า,ลาว, อินโดฯ แก่กฎหมาย เปิดรับทุนประชาคมอาเซียน, การสัมมนาเรื่อง “AEC Plus: Your Business to the New Frontier (โรจรัมเช็นทาราแกรนด์) .* สืบค้น 3 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/366>.

¹⁴ จาก *การค้าและการลงทุน สาธารณรัฐสิงคโปร์* (น. 93), โดย กระทรวงพาณิชย์, 2555, กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการค้าส่งออก.

สหพันธรัฐมาเลเซีย

ภายใต้แผนพัฒนาสหพันธรัฐมาเลเซียปี 2551-2563 ได้มีการกำหนดสาขาเศรษฐกิจหลักแห่งชาติ 12 สาขา เพื่อเป็นสาขานำในการขยายตัวทางเศรษฐกิจ ได้แก่ น้ำมัน ก๊าซและพลังงาน ปาล์มและน้ำมันปาล์ม บริการทางการเงิน ท่องเที่ยว บริการทางธุรกิจ อิเล็กทรอนิกส์ ค้าส่งและค้าปลีก การศึกษา บริการสุขภาพ สื่อสารโทรคมนาคมและโครงสร้างพื้นฐาน เกษตร และการลงทุนในเขตพัฒนาการทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ เปิดเสรีภาคบริการ โดยยกเลิกข้อบังคับที่ต้องมีชาวภูมิบุตรถือครองหุ้นร้อยละ 30 ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการปฏิรูปนโยบายเศรษฐกิจแนวใหม่ (NEM) และเป็นการกระตุ้นให้เกิดการลงทุนจากต่างชาติ โดย อนุญาตให้ต่างชาติเข้าลงทุนได้ร้อยละ 100 ในสาขาบริการย่อย 27 สาขา ครอบคลุมบริการด้านการท่องเที่ยว สุขภาพ เทคโนโลยีสารสนเทศ และขนส่ง รวมถึงการลงทุนในศูนย์กระจายสินค้าระดับภูมิภาค ศูนย์จัดซื้อสินค้าระหว่างประเทศ และการทำธุรกิจเหมืองแร่ และยังคลายข้อกำหนดการถือหุ้นของต่างชาติและเงื่อนไขด้านการส่งออกในการลงทุนด้านการผลิตด้วย แต่รัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซียก็ยังคงไว้ซึ่งอำนาจอย่างค่อนข้างสูงในการอนุมัติการลงทุนจากต่างชาติ เพราะต้องการลดการพึ่งพาเศรษฐกิจจากภายนอกโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกาและสหภาพยุโรป¹⁵

สาธารณรัฐอินโดนีเซีย

สาธารณรัฐอินโดนีเซียการปรับปรุงว่าด้วยกฎหมายการลงทุนธุรกิจเหมืองแร่ให้ต่างชาติถือหุ้นลดลงจากร้อยละ 100 เหลือร้อยละ 51 เป็นวิธีหนึ่งปรับให้เข้ากับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) แต่ต้องแน่ใจคนเข้าไปลงทุนในประเทศได้ความสะดวกอย่างดี ซึ่งนักลงทุนได้ประโยชน์และสาธารณรัฐอินโดนีเซียก็ได้ประโยชน์ด้วยทั้งนี้สาธารณรัฐอินโดนีเซียซึ่งเป็นเศรษฐกิจใหญ่อันดับ 3 ของเอเชีย ขยายตัวเร็วไม่น้อยกว่าร้อยละ 6 ในช่วง 2-3 ปีที่ผ่านมา และเป็นตลาดขนาดใหญ่ เนื่องจากประชากรมีมากสุดในอาเซียน 240 ล้านคน มีพื้นที่ประเทศกับเกาะที่มีมากมาย 1.7 หมื่นเกาะ มีการเตรียมความพร้อมรับความท้าทายการเกิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนไว้ โดยมีแผนแม่บทช่วยเชื่อมโยง เพื่อให้การบริการกับสินค้าไหลเข้ามาในประเทศได้ง่ายขึ้น โดยต้องมีการสร้างโครงสร้างพื้นฐาน ระบบขนส่งดีช่วยลดต้นทุนได้ เศรษฐกิจขยายตัวเร็วกว่าร้อยละ 6 ค่าแรงถูกกว่าบางประเทศในอาเซียน มีทรัพยากรธรรมชาติมากมาย ล้วนเป็นพื้นฐานที่ดีเป็นสิ่งดึงดูดนักลงทุนให้เข้าประเทศ และเป็นเหตุผลทำให้เราใส่ใจแสวงหาโอกาสความพร้อมรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ปรับปรุงแก้กฎหมายมาโดยตลอดในเรื่องกฎระเบียบทางด้านภาษี ดำเนินการให้การลงทุนบางอย่างปลอดภาษีร้อยละ 0 ภาษีเอื้อการนำเข้าให้

¹⁵ องค์ความรู้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. (ม.ป.ป.). *ยุทธวิธี กัมพูชา-มาเลเซีย ใน AEC*. สืบค้น 1 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/771>.

ลดลงร้อยละ 0 ี่ต่อการลงทุนในช่วง 5-10 ปีจากนี้ไป ซึ่งเชื่อว่าเป็นระบบเอื้อลงทุนสะดวกง่าย
ขึ้น แบบเข้ามาใช้บริการจุดเดียวได้แบบเบ็ดเสร็จผ่านออนไลน์ ลดความซับซ้อน ลดการเสีย
ค่าธรรมเนียม¹⁶

นอกจากนี้การเชื่อมโยงสาธาณูปโภคสาธาณรัฐอินโดนีเซียมีแผนแม่บทสำหรับการ
ขยายพัฒนาเศรษฐกิจเช่น ด้านการเกษตร เหมืองแร่ สื่อสารและอื่น ๆ เพื่อช่วยประเทศปรับโฉม
เศรษฐกิจ พร้อมกิจกรรมเศรษฐกิจหลัก 22 รายการ สาธาณรัฐอินโดนีเซียสนับสนุนยุทธศาสตร์
เข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เน้นแต่ละพื้นที่ให้เป็นเขตเศรษฐกิจเฉพาะอุตสาหกรรมแต่ละ
ประเทศตัวอย่าง เช่น ให้เกาะสุมาตราเป็นเขตเศรษฐกิจเพื่อการผลิต ทรัพยากรธรรมชาติ และ
พลังงาน ให้ชวาเป็นเขตผลิตเพื่ออุตสาหกรรมกับพลังงาน ให้กาลิมันตันเพื่อการผลิต เหมืองแร่และ
พลังงาน เกาะสุลาเวสี เน้นการเกษตร พืชไร่ การประมงและก๊าซธรรมชาติ ส่วนบาห์ลีเน้นท่องเที่ยว
กับอาหาร สูดท้ายปาปัวนิวกินีเน้นอาหาร ประมงและเหมืองแร่ นักลงทุน นอกจากเพื่อ
ผลประโยชน์การลงทุนแล้ว ที่สำคัญต้องคำนึงถึงประชาชนท้องถิ่นและสิ่งแวดล้อม ช่วยดูแล
บริหารจัดการทรัพยากรแบบยั่งยืน เพราะสาธาณรัฐอินโดนีเซียแม้มีทรัพยากรมาก แต่ตระหนักว่า
หากไม่บริหารให้ดีก็ทำให้ประเทศไม่โตแบบยั่งยืน

สาธาณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

สาธาณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้พยายามปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศให้
สอดคล้องกับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแต่สาธาณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมักมีปัญหากฎหมาย
กฎระเบียบต่าง ๆ เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเนื่องจากรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นมีอำนาจที่แยกส่วนกัน
แม้รัฐบาลกลาง แม้ว่ารัฐบาลสาธาณรัฐสังคมนิยมเวียดนามจะมีเสถียรภาพสูง สามารถตัดสินใจได้
รวดเร็วในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ แต่การเมืองระดับจังหวัด ระดับท้องถิ่น มีทั้งการสอดคล้องกับ
นโยบายส่วนกลาง และอาจมีลักษณะเฉพาะตัวในการแก้ไขปัญหาหรือการพัฒนาอย่างรวดเร็ว หรือ
ล่าช้า¹⁷ รัฐบาลเวียดนามพยายามแก้ไข ปรับปรุง กฎ ระเบียบ เพื่ออำนวยความสะดวกในการค้า
การลงทุน และสร้างความเสมอภาคระหว่างนักลงทุนชาวเวียดนามกับนักลงทุนต่างชาติ

¹⁶ ธนาคารกสิกรไทย ร่วมกับ นสพ.กรุงเทพธุรกิจ. (ม.ป.ป.) . จาก *กัมพูชา, พม่า,ลาว, อินโดฯ
แก้กฎหมาย เปิดรับทุนประชาคมอาเซียน, การสัมมนาเรื่อง “AEC Plus: Your Business to the New Frontier
(โรงแรมเซ็นทาราแกรนด์) . สืบค้น 3 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/366>.*

¹⁷ จาก *คู่มือ การค้าและการลงทุน สาธาณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม* (น. 41), โดย กรมส่งเสริมการส่งออก,
2554, กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ปรับตัวรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนให้พร้อมสอดคล้องยุทธศาสตร์จากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนกับให้ความสำคัญอาเซียน คือ การเป็นตลาดฐานผลิตเดียวกัน สามารถแข่งขันได้ พัฒนาเศรษฐกิจให้ทัดเทียมกลุ่มและเชื่อมโยงเป็นหนึ่งในเดียวเศรษฐกิจโลกการปรับตัว เพื่อช่วยลาว เชื่อมโยงกับต่างประเทศ มีอำนาจต่อรองเป็นมาตรฐานสากลเข้าตลาดส่งออกเพิ่มความสามารถส่งออก และส่งเสริมประสบการณ์เท่าเทียมชาติอาเซียนอื่น โดยสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้สร้างเงื่อนไขปรับกฎหมายในประเทศเอื้อต่อการดึงต่างชาติเข้าลงทุน ปรับภายในให้สามารถแข่งขันในระดับสากล ปรับคนในประเทศให้เชื่อมโยงต่างประเทศเป็นสากลได้ ปรับการพัฒนาผลผลิตเกษตรให้ดีขึ้น แลกเปลี่ยนสินค้ามีวัตถุดิบ ปูนโรงงาน และใช้เครื่องมือทันสมัยช่วยหนุนการส่งออก ภาครัฐพยายามปรับปรุงสภาวะแวดล้อมการลงทุน ปรับกฎหมายภาษี กฎหมายรัฐวิสาหกิจ กฎหมายการแข่งขันการค้าและกฎหมายปกป้องผู้บริโภค สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวพร้อมให้มีกฎหมายคุ้มครองให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้ประโยชน์จากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เป็นการเรียกความเชื่อมั่นส่งเสริมการลงทุน สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวมีแนวทางปรับนโยบายการบริหารดั่งนักลงทุนเข้า สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้โดยเชื่อว่า ในปี 2015 ลาวต้องปรับตามประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ต้องมีความพร้อม ไม่งั้นนั่นจะเสียเปรียบ แม้สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวอาจมีจุดเป็นดินแดนถูกปิดล้อมไม่ติดทะเล และประชากรน้อยพื้นที่ราบน้อยและทรัพยากรธรรมชาติไม่มากมาย ศักยภาพการผลิตต่ำ แต่เชื่อว่าการผลิตสินค้าจากอาเซียนที่จะเข้าตลาดลาวจะไม่ส่งผลกระทบต่อสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว¹⁸

4.4 ปัญหาข้อกฎหมาย

พันธกรณีการปฏิบัติตาม AEC Blueprint กำหนดให้มีการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2015 ทำให้ประเทศไทยโดย ฝ่ายกฎหมายการค้าระหว่างประเทศและทรัพย์สินทางปัญญากระทรวงพาณิชย์ ได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีการเตรียมการเพื่อเข้าสู่การเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนในปี 2015 จึงได้ทำการตรวจสอบกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายฯ ที่อาจต้องแก้ไขให้เป็นไปตามพันธกรณีดังกล่าว ทั้งนี้ในส่วนกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษานี้คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

¹⁸ ธนาคารกสิกรไทย ร่วมกับ นสพ.กรุงเทพธุรกิจ. (ม.ป.ป.) . จาก กัมพูชา, พม่า, ลาว, อินโดฯ แก่กฎหมาย เปิดรับทุนประชาคมอาเซียน, การสัมมนาเรื่อง “AEC Plus: Your Business to the New Frontier (โรจรัมเช็นทรากรานด์) . สืบค้น 3 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/366>.

และกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องจำเป็นต้องได้รับการแก้ไขด้วยเช่นกัน ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวจะเป็นปัญหาทางกฎหมายต่อกฎหมายฉบับนี้เองและต่อประเทศไทย ดังนี้

4.4.1 กฎหมายที่ต้องแก้ไขให้เป็นไปตามพันธกรณีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

การถือครองที่ดินของคนต่างด้าว นั้น เป็นที่รับรองทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศว่า คนต่างด้าวจะถือครองที่ดินได้เท่าที่กฎหมายภายในของรัฐอนุญาตเท่านั้น เป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะห้ามคนต่างด้าวถือครองที่ดิน หรือ ตรากฎหมายภายในมาจำกัดการถือครองที่ดิน ดังนั้น เมื่อคนต่างด้าวได้เข้ามาพำนักอาศัยในประเทศหนึ่งประเทศใดแล้วคนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนนั้นตามหลักดินแดน ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวจะมีมากน้อยเพียงใด ย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดน ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีตกลงกันไว้เป็นประการอื่น สิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวนั้นก็จะเป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าว กฎหมายไทยอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ แต่เนื่องจากที่ดินเป็นปัจจัยการผลิตที่มีความสำคัญอย่างมาก กฎหมายที่ดินของไทยจึงเข้มงวดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล มาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้วางหลักเกณฑ์ในการถือครองที่ดินสำหรับคนต่างด้าวไว้ดังนี้

1. จะต้องมิสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ประเทศไทยกับประเทศที่คนต่างด้าวมีสัญชาติอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครอง มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในไทยได้

2. การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวต้องตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายที่ดิน

3. การได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้กฎกระทรวง ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2497

4. ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีมหาดไทย

นอกจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินโดยอาศัยบทสนธิสัญญาตาม มาตรา 86 วรรค 1¹⁹ มิให้ใช้บังคับกับคนต่างด้าวซึ่งได้นำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า สี่สิบล้านบาท โดยให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ และ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และมีหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

ก) ประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ และ สังคมของประเทศ หรือ เป็นกิจการที่ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการสามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนได้

¹⁹ สนธิสัญญาตามมาตรา 86 วรรค 1.

ข) ระยะเวลาการดำรงการลงทุนต้องไม่น้อยกว่า สามปี

ค) บริเวณที่ดินที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ ต้องอยู่ในกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือ อยู่ในเขตที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัย ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง

คนต่างด้าวจะหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการทำสัญญาตัวแทนให้ผู้อื่นซื้อขายที่ดินเพื่อตนเองไม่ได้ นอกจากนี้นิติบุคคลทั้งหลาย ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น หรือ มีหุ้นส่วน หรือ มีสมาชิกเป็น คนต่างด้าวเกินกว่า ร้อยละ 49 หรือ เกินกว่ากึ่งหนึ่ง หรือ มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคนต่างด้าว ให้ถือว่ามีสิทธิถือครองที่ดินตามหลักเกณฑ์ของคนต่างด้าว รวมทั้งนิติบุคคลดังกล่าวที่ไปถือหุ้น หรือ มีหุ้นส่วนในนิติบุคคลอื่นด้วยก็มีสถานะเป็นคนต่างด้าว ที่น่าสังเกตคือ การมีกรรมสิทธิ์นั้น รวมไปถึงสิทธิครอบครองด้วย

คนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งที่ดินโดยการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม แต่ต้องได้รับ อนุญาตจากรัฐมนตรีก่อนตามมาตรา 93 ก่อนตามประมวลกฎหมายที่ดิน นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนด ในเรื่องของขนาดการถือครองที่ดิน กล่าวคือ คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ไม่เกินครอบครัวละ 1 ไร่ เพื่ออยู่อาศัย เพื่อใช้ในการสาธารณกุศล และไม่เกิน 10 ไร่สำหรับเพื่อใช้ในอุตสาหกรรม

นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมาย อื่นได้ เช่น ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27 กล่าวคือ คนต่างด้าวผู้นั้น เป็นผู้ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนซึ่งได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการ ที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน และสามารถถือครองที่ดินมากกว่าที่กำหนดไว้หากเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ของกฎหมายพิเศษ ซึ่งมีสาระโดยสังเขปดังนี้

ก) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520²⁰ กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจพิจารณาให้การส่งเสริมการลงทุนแก่ บริษัท มูลนิธิ หรือ สหกรณ์ ซึ่งอาจเป็น บริษัท มูลนิธิ สหกรณ์ต่างด้าว หรือที่คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ (ซึ่งได้รับการ ส่งเสริมการลงทุน)

ข) พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522²¹ ให้ผู้ประกอบการ อุตสาหกรรม ตามความหมายแห่ง พระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งหมายถึง ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบ อุตสาหกรรมในนิคมอุตสาหกรรม โดยต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ว่าการนิคม อุตสาหกรรม ซึ่งผู้ประกอบการอุตสาหกรรมอาจเป็นนิติบุคคลต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่ต่างด้าวถือหุ้น

²⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.

²¹ พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522.

ก็ได้ อาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรม เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควร

ค) พระราชบัญญัติปีโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2514²² กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจรัฐมนตรี โดยได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี มีอำนาจให้สัมปทานแก่ผู้สำรวจหรือผลิตปีโตรเลียม โดยให้ผู้ได้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ นับแต่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ พ.ศ. 2542 และกำหนดหลักเกณฑ์ใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2545 แต่มิได้รวมกรณีกฎหมายพิเศษที่กล่าวมาแล้วข้างต้นที่ให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้ โดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คนต่างด้าวสามารถครอบครองที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ โดยต้องนำเงินมาลงทุนไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี กฎกระทรวงเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 มกราคม พ.ศ. 2545 มีดังนี้

1. ต้องดำรงทุนไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี (โดยกฎหมายกำหนดไว้เพียง 3 ปี แต่กฎกระทรวงเพิ่มเป็น 5 ปี)
2. ต้องเป็นที่ดินที่อยู่ในเขตกรุงเทพฯ เมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายผังเมือง
3. ต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยทหาร
4. ต้องลงทุนในกิจการ ดังนี้
 - 1) ชื่อพันธมิตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจ หรือ พันธบัตรที่รัฐบาลค้ำประกันเงินต้นหรือดอกเบี้ย
 - 2) ลงทุนในทุนเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
 - 3) ลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์
 - 4) ลงทุนในกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

²² พระราชบัญญัติปีโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2514.

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่จะต้องอนุวัติการตามความตกลงหรือมีแก้ไขเปลี่ยนแปลงตามพันธกรณีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ได้แก่

- 1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน
- 2) บริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535
- 3) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- 4) ประมวลกฎหมายที่ดิน
- 5) กฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน
- 6) กฎหมายภาษีอากร การได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล และ
- 7) ภาษีอื่น ๆ หรือ สิทธิประโยชน์ทางภาษีอื่น
- 8) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน ที่ให้สิทธิพิเศษในการจูงใจการลงทุน ทั้งที่

เป็นสิ่งจูงใจทางภาษีและมิใช่ภาษีเมื่อ

- 9) พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541
- 10) พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พ.ศ. 2537 และ พ.ศ. 2542
- 11) พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ. 2537
- 12) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545
- 13) พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535
- 14) พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ. 2514 และ พ.ศ. 2530
- 15) พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537
- 16) พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522
- 17) พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2535 และในขั้นตอนการผลิตที่

หากระบวนการผลิตมีผลต่อสิ่งแวดล้อม

- 18) พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2535
- 19) พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542
- 20) พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ. 2542
- 21) พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511
- 22) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522
- 23) พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2505 และ ประกาศธนาคาร

แห่งประเทศไทย กฎหมายเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราเมื่อกิจการมีรายได้

24) ประมวลรัษฎากร พระราชบัญญัติบัญชี พ.ศ. 2543 ขึ้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการยุติข้อพิพาททางการค้าและต้องการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ด้วยวิธีการประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท หรือการเข้าระบบอนุญาโตตุลาการ

25) พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ถ้าต้องฟ้องคดีก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการระงับข้อพิพาททางศาลต่อไป

26) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์

การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทยนั้น เป็นที่รับรองทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศว่า คนต่างด้าวจะถือครองที่ดินได้เท่าที่กฎหมายภายในของรัฐอนุญาตเท่านั้นสำหรับราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติสิทธิและขอบเขตการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับทั้งที่อนุวัติตามข้อตกลงระหว่างประเทศแล้วและที่ยังรอการอนุวัติ อย่างไรก็ตามการที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินเท่านั้นถือเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะห้ามคนต่างด้าวถือครองที่ดิน หรือ ตรากฎหมายภายในมาจำกัดการถือครองที่ดิน ดังนั้น เมื่อคนต่างด้าวได้เข้ามาพำนักอาศัยในประเทศหนึ่งประเทศใดแล้วคนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนนั้นตามหลักดินแดน ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวจะมีมากน้อยเพียงใดย่อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดน ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีตกลงกันไว้เป็นประการอื่น สิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวผู้นั้นก็เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าว

4.4.2 เงื่อนไขการลงทุนภายใต้กรอบประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)

ภายใต้เงื่อนไขการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) มีข้อตกลงการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนอันเป็นเงื่อนไขที่ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องจะดำเนินการร่วมกัน ดังนี้²³

1. ขยายการไม่เลือกปฏิบัติ (non-discriminatory) โดยรวม เรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ต่อนักลงทุนในอาเซียน โดยลด/ยกเลิกข้อยกเว้นต่าง ๆ ในกรณีที่เป็นไปได้

2. ยกเลิกข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนในสาขาสำคัญด้านสินค้า และลด/ยกเลิกมาตรการกีดกันการลงทุนในประเด็นที่ดำเนินการได้

3. ลด/ยกเลิกมาตรการกีดกันการลงทุนอื่น ๆ รวมถึงการห้ามกำหนดเงื่อนไขการลงทุน (performance requirement) ในกรณีที่เป็นไปได้

4. ยกเลิกหรือผ่อนคลายนข้อจำกัดด้านการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างอาเซียน เพื่อวัตถุประสงค์ในการดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

²³ จาก *ทุนข้ามชาติที่มาพร้อมกับกระแสการเปิดเสรี* (น. 1), โดย ฝ่ายวิจัยความเสี่ยงธุรกิจ. บมจ. ธนาคารกรุงไทย, 2554, กรุงเทพฯ: สายงานบริหารความเสี่ยง. บมจ.ธนาคารกรุงไทย.

5. ส่งเสริมการเชื่อมโยงตลาดหลักทรัพย์ในอาเซียนให้มากขึ้น และยกเลิกหรือผ่อนคลायข้อจำกัดต่อการลงทุนในหลักทรัพย์ (Portfolio Investment)
6. ส่งเสริมให้อาเซียนเป็นเป้าหมายการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ (Asset Class)
7. ส่งเสริมการพัฒนาตลาดตราสารหนี้ (Bond) ตราสารทุน (Equity) และตราสารอนุพันธ์ (Derivatives)

4.4.3 ข้อสงวนในการเปิดเสรีการลงทุน AEC

การเปิดเสรีการลงทุนเพื่อนำไปสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) ในปี 2558 ไม่ได้หมายถึงการเปิดให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรี โดยไม่มีเงื่อนไขใด ๆ หรือสามารถเข้ามาถือหุ้นได้ร้อยละ 100 ในทุกสาขาแต่ละประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของนักลงทุนอาเซียนรวมทั้งระบุมมาตรการที่เป็นเงื่อนไขด้านการลงทุนไว้ในรายการข้อสงวนรายประเทศได้มาตรการที่นำมาระบุดังกล่าวต้องเป็นมาตรการตามกฎหมายที่มีอยู่แล้ว ไม่ใช่เป็นการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใหม่เพื่อป้องกันอุตสาหกรรมภายในของประเทศ อาจเป็นเรื่องการกำหนดสัดส่วนหุ้นต่างชาติ การบังคับใช้กฎหมายตามข้อสงวนในการเปิดเสรีการลงทุนประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542²⁴

อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังมีจุดอ่อนคือคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวที่จะเข้ามาถือครองที่ดินหรือประกอบธุรกิจในประเทศไทย แสวงหารูปแบบต่าง ๆ ของการถือหุ้นทางอ้อม ถือหุ้นไขว้ และการถือหุ้นโดยนอมินี (Nominee) เพื่อเลี่ยงกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่เป็นธุรกิจสงวนของคนไทย เช่น การค้าที่ดิน การทำป่าไม้ การทำกิจการหนังสือพิมพ์ กิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือ สถานีวิทยุโทรทัศน์ การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้ และการทำประมง เป็นต้น ธุรกิจประเภทนี้ต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 49 ส่วนอีกร้อยละ 51 อาจยืมชื่อคนไทยถือหุ้นแทนได้ หรือให้เงินกู้โดยตรง หรือค้ำประกันเงินกู้แก่คนไทยในการถือหุ้นซึ่งจะมีผลให้ต่างชาติสามารถถือหุ้นได้เต็มร้อยละ 100 สามารถดำเนินการกำกับบริษัทได้เต็มที่

ทั้งนี้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดโทษตาม มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วม

²⁴ จาก ยุทธศาสตร์การส่งเสริมการลงทุนของไทยเพื่อรองรับการเปิดเสรี AEC (การบรรยายในหลักสูตรนักการคลังมืออาชีพ รุ่นที่ 2 โรงแรมวินเซอร์สวิตส์ สุขุมวิท 20.) (น. 1), โดย ยุทธศักดิ์ ฌณาสวัสดิ์, 2556 (29 พฤษภาคม), กรุงเทพฯ: สำนักยุทธศาสตร์และนโยบายการลงทุนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน.

ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเลี้ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยยังสามารถผ่อนปรนการปฏิบัติตามเงื่อนไขของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนได้ตามเงื่อนไขของข้อสงวนด้านการลงทุนของไทยภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนดังแสดงในตารางที่ 4.2

1. ข้อสงวนของไทยภายใต้ ACIA

ตารางที่ 4.2 แสดงข้อสงวนด้านการลงทุนของไทยภายใต้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Comprehensive Investment Agreement: ACIA)

สาขา	หมายเหตุ
สาขาที่ไทยไม่อนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน โดยเด็ดขาด	
1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ 2) การทำนา ทำไร่ ทำสวน 3) การเลี้ยงสัตว์ 4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ 5) การทำการประมง เฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย 6) การสกัดสมุนไพรไทย 7) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร	อยู่ในบัญชี 2 แนบท้าย พรบ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ห้ามไม่ให้ต่างด้าวประกอบกิจการที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ

ตารางที่ 4.2 (ต่อ)

สาขา	หมายเหตุ
8) การผลิตอาวุธ	อยู่ในบัญชี 2 แนบท้าย พรบ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ห้ามไม่ให้ต่างด้าวประกอบกิจการที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ
9) การผลิตไฟ	ห้ามตาม พรบ. ยาสูบ พ.ศ. 2509 <input type="checkbox"/>
10) การผลิตบุหรี่	ห้ามตาม พรบ. ไฟ พ.ศ. 2486
11) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย	ห้ามท าว่นแต่ได้รับอนุญาตจาก กรม
สาขาที่ไทยห้ามไม่ให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมาก (ต้องเป็นนิติบุคคลไทย) เว้นแต่ได้รับอนุญาตจาก กรม.	
1) การผลิตเครื่องมือแกะสลัก 2) การเลี้ยงไหม 3) การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหม หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย 4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย 5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหินหรือเครื่องเงิน 6) การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย 7) การทำนาเกลือ รวมทั้งการท าเกลือสินเธาว์ 8) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย <input type="checkbox"/>	อยู่ในบัญชี 2 แนบท้าย พรบ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เพราะมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม หัตถกรรม พื้นบ้าน หรือจารีตประเพณี ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม <input type="checkbox"/>
สาขาที่ไทยห้ามไม่ให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมาก (ต้องเป็นนิติบุคคลไทย) เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า <input type="checkbox"/>	
1) การสีข้าว 2) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ดหรือฮาร์ดบอร์ด 3) การผลิตปูนขาว	อยู่ในบัญชี 3 แนบท้าย พรบ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมจะแข่งขัน

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน 5 สิงหาคม 2554

2. สาขาที่ไทยจะผ่อนปรนเงื่อนไขให้นักลงทุนอาเซียนเพื่อเป็นการเปิดเสรีเมืองแร่²⁵

1) เมืองแร่ เป็นสาขาเดียวที่ไทยอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนสามารถถือหุ้นได้มากถึงร้อยละ 60 เป็นกรณีพิเศษ

2) นักลงทุนอาเซียนจะสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 60 แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) นักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลต้องจดทะเบียนในประเทศไทยในรูปแบบของห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด

(2) ต้องมีสัดส่วนหนี้สินต่อทุน ที่ 3 ต่อ 1

(3) ไทยขอสงวนสิทธิในการออกหรือรักษามาตรการใด ๆ ก็ตามในระดับรัฐบาลท้องถิ่น (ต้องไม่เลือกปฏิบัติและไม่มีเจตนาทำให้ประเทศสมาชิกอาเซียนเกิดความเสียหาย)

(4) ต้องได้รับสัมปทานจากกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ กระทรวงอุตสาหกรรม ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

(5) 2 ใน 5 ของกรรมการบริหารต้องเป็นสัญชาติไทย

3. สาขาที่ไทยเคยผูกพันไว้ภายใต้ความตกลง AIA (ASEAN Investment Area) เดิมเปิดเสรีในปี 2553 ได้แก่

1) การทำประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

2) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

3) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

ซึ่งเป็นธุรกิจในบัญชี 3 (แนบท้าย พรบ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่นอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมจะแข่งขัน) ขณะนี้อยู่ในระหว่างการเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภาในการเปิดเสรี ที่จะผ่อนปรนเงื่อนไขการเข้ามาลงทุนได้มากขึ้นเพียงใด จึงจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการไทยและทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

4. ข้อสงวนรายการ

1) การกำหนดทุนขั้นต่ำ 2 ล้านบาท สำหรับการประกอบกิจการทั่วไป และ 3 ล้านบาท สำหรับการประกอบกิจการในบัญชีแนบท้าย พรบ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2) การกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนอาเซียนต้องขอใบอนุญาต/ใบรับรองในการประกอบธุรกิจจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ในทุกกรณี

²⁵ จาก ข้อตกลงด้านการลงทุนของไทยภายใต้ AEC, โดย สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2554 (5 สิงหาคม) . กรุงเทพฯ.

- 3) การจำกัดสิทธิในการถือครองที่ดิน
- 4) การจำกัดสิทธิในการถือครองที่อยู่อาศัย
- 5) การกำหนดสัดส่วนการจ้างแรงงาน และห้ามประกอบอาชีพสงวนของไทย
- 6) การสงวนสิทธิให้รัฐบาลไทยสามารถกำหนดนโยบายที่เกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐ หรือกิจการที่เกี่ยวข้องกับภาครัฐ
- 7) การสงวนสิทธิในกิจการขนาดย่อม (SMEs)
- 8) การสงวนสิทธิในการลงทุนใน Portfolio
- 9) มาตรการอื่น ๆ ซึ่งในขณะนี้อยู่ในระหว่างการศึกษาเพิ่มเติมตามความจำเป็นและเหมาะสม

4.4.4 ปัญหาการบังคับใช้กฎหมาย

สำหรับปัญหาการบังคับใช้กฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายอื่น ๆ ที่ควบคุมมิให้ชาวต่างชาติเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยนั้น มีดังนี้²⁶

- 1) ผู้บังคับใช้กฎหมายหย่อนยานหรือหวังผลประโยชน์ส่วนตนมากเกินไป ขาดจิตสำนึกที่ดี
- 2) บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราไว้แต่เดิม ไม่เหมาะสมเพียงพอกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่พัฒนาไปมากกว่าแต่ก่อน
- 3) บทลงโทษที่กำหนดไว้แต่เดิม เช่น ลงโทษจำคุก 1 ถึง 3 ปี ปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาท ถึงหนึ่งล้านบาท ถือว่าเป็นอัตราโทษสถานเบาเท่านั้น ทำให้ไม่เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำ ความผิดต่อกฎหมาย เนื่องด้วยเพราะมีเงินทุนของชาวต่างชาติให้การสนับสนุนอยู่เรื่อย ๆ
- 4) ปัญหาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ต่างก็ทำหน้าที่โดยขาดการควบคุมและตรวจสอบอย่างเข้มงวดและขาดความเชื่อมโยงประสานงานกัน ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ในที่สุด
- 5) ปัญหาจากผู้บังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ มีการทุจริต คอร์รัปชัน ปลอ่ยปละละเลยให้เกิดนิติบุคคลตัวแทนอำพรางเป็นจำนวนมาก

²⁶ จาก *ตัวแทนอำพราง* (รายงานผลการวิจัย) (น. 162-163), โดย ปิยะนุช โปตะวณิช, 2545, กรุงเทพฯ: สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน.

4.5 ปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

ผลผูกพันต่อประเทศไทยในการรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) มีผลผูกพันต่อประเทศไทยในการปฏิบัติตามซึ่งวิเคราะห์ไว้ว่าจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ปัญหาดังกล่าวเกิดจากเงื่อนไขของการค้าการลงทุนเสรีของอาเซียนเอง ซึ่งได้แก่ 1) การเปิดเสรีการค้า ภายใต้ความตกลงการค้าสินค้าอาเซียน (ASEAN Trade in Good Agreement: ATIGA) มาตรการด้านภาษีอาเซียนมีเป้าหมายที่จะต้องดำเนินการยกเลิกภาษีสินค้าสำหรับกลุ่มภาษีสินค้าสำหรับกลุ่มอาเซียน 6 ภายในปี พ.ศ. 2558 (ค.ศ.2015) ซึ่งไทยได้ดำเนินการสิ้นไปแล้ว ตั้งแต่ปี 2553 ดังนั้น สามารถกล่าวได้ว่าการรวมตัวกันเป็น AEC จึงไม่ทำให้ไทยต้องลดภาษีสินค้าใด ๆ เพิ่มเติมอีกโดยเฉพาะในกลุ่มสินค้าอุตสาหกรรมในปี 2558 มาตรการกีดกันทางการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Barriers: NTBs) อาเซียนได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกมีการลดมาตรการการค้าที่ไม่มีภาษี (Non-Tariff Measures: NTMs) โดยไทยได้ผูกพันการยกเลิกมาตรการ NTMs ซึ่งส่วนใหญ่เป็นมาตรการโควต้า 3 ชุด โดยต้องยกเลิกมาตรการโควต้า ในปี 2551 2552 และ 2553 และ 2) การเปิดเสรีการค้าบริการ โดยเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นของนักลงทุนอาเซียนไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ภายในปี 2553 ในสาขาบริการสำคัญ (Priority Integration Sector) ได้แก่ สาขาเทคโนโลยีสารสนเทศ สาขาสุขาภาพ และสาขาการท่องเที่ยว ภายในปี 2556 ในสาขาโลจิสติกส์ และภายในปี 2558 ในสาขาบริการอื่น ๆ ทุกสาขา ทั้งนี้ สามารถยกเว้นสาขาที่อ่อนไหวได้ เงื่อนไขการเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนดังกล่าวมีผลต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของไทย

1. สินค้าของประเทศอาเซียนอื่นเข้าสู่ตลาดไทยได้โดยไม่มีภาระภาษี ทำให้ผู้ประกอบการไทยต้องแข่งขันมากขึ้น แต่ที่ผ่านมาไทยกลับมีมูลค่าการส่งออกไปยังอาเซียนสูงกว่าการนำเข้าจากอาเซียน

2. ในด้านการลงทุน หากประเทศไทยไม่มีการพัฒนาปัจจัยพื้นฐาน (Infrastructure) ประสิทธิภาพการผลิตของแรงงาน (Labor productivity) และไม่มีการปรับปรุงกฎระเบียบกฎหมายให้มีความทันสมัยไม่เป็นอุปสรรคต่อนักการลงทุน อาจทำให้มีการโยกย้ายฐานการผลิตจากประเทศไทยไปยังประเทศอื่น ๆ ใน ASEAN ที่เหมาะสมกว่า

3. การเคลื่อนย้ายแรงงานได้อย่างเสรี อาจทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายของแรงงานที่มีฝีมือของไทยไปประเทศที่ให้ค่าตอบแทน สูงกว่า เช่น สิงคโปร์ มาเลเซีย และบรูไน และต้องจ้างแรงงานต่างด้าวจากประเทศแรงงานถูกกว่าเข้ามา อาจก่อปัญหาด้านสังคม และเนื่องจากทิศทางนโยบายของไทยคือ การเป็น “รัฐสวัสดิการ” ทำให้งบประมาณของรัฐส่วนหนึ่งจะไปเป็นสวัสดิการของแรงงานต่างด้าว

4. ตลาดสินค้าในประเทศ (Domestic Market) หากตลาดภายในของไทยยังไม่มีกลไกในการป้องกันไม่ให้สินค้าคุณภาพต่ำกว่าที่ผลิตได้ในประเทศสมาชิกอาเซียนอื่นเข้ามาขายในประเทศมากขึ้น ก็จะทำให้เห็นนโยบายการพัฒนาอุตสาหกรรมที่มีคุณภาพสูงขึ้นอาจเกิดปัญหาอุปสรรคได้ เนื่องจากไม่มีตลาดภายในประเทศรองรับ รวมทั้งอาจส่งผลกระทบต่อวิถีชีวิตแก่ผู้ประกอบการไทยในการพัฒนาขีดความสามารถในการผลิตได้

การเคลื่อนย้ายสินค้า บริการ และการลงทุน แรงงานฝีมือและเงินทุนอย่างเสรีภายใต้เงื่อนไขของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) มีผลต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากเงื่อนไขประชาคมอาเซียนครอบคลุมเนื้อหา 4 ด้านหลัก คือ การคุ้มครองการลงทุน การอำนวยความสะดวกและความร่วมมือในการลงทุน การส่งเสริมการลงทุน และการเปิดเสรีการลงทุน เพื่อเป็นการเพิ่มและรักษาระดับความสามารถของอาเซียนในการดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและการลงทุนภายในภูมิภาคอาเซียนด้วยกัน ขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีเนื้อหาทางกฎหมายที่ยังตามไม่ทันความเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจโลกเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ต้องการฟื้นฟูสภาพเศรษฐกิจของประเทศหลังวิกฤตเศรษฐกิจ พ.ศ. 2540 ต้องการรับการลงทุนจากต่างประเทศในปริมาณที่มากเพื่อฟื้นตัวให้ได้เร็วที่สุดจึงเปิดช่องให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนโดยใช้ช่องว่างทางกฎหมาย ขณะเดียวกันคนต่างด้าวเองก็ต้องการมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของตนเอง โดยการจัดให้มีตัวแทนอำพรางในการดำเนินธุรกรรมทางกฎหมายแทนตนเอง ซึ่งการดำเนินธุรกรรมดังกล่าวเป็นได้ทั้งกรณีที่ผิดกฎหมายและไม่ผิดกฎหมาย การทำธุรกรรมโดยมีตัวแทนอำพรางที่ผิดกฎหมายถูกควบคุมโดยกิจการบางประเภทไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม แต่บางกรณีอาจอนุโลมให้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนั้นจึงเกิดกรณีที่คนต่างด้าวที่ไม่มีสิทธิได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หากทางฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อประกอบกิจการดังกล่าวโดยการจัดให้มีตัวแทนอำพราง

บทที่ 5

บทสรุป และข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การศึกษาเรื่อง ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับการเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) การศึกษานี้มีวัตถุประสงค์ (1) ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาและปฏิญญาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (2) นิยามคนต่างด้าวทั้งก่อนและหลังเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) (3) กฎหมายในประเทศอาเซียน เพื่อรองรับการเปิดเข้าสู่ประชาคมอาเซียน และ (4) ข้อเสนอแนะทางกฎหมายต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐอินโดนีเซีย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) หรือ Asean Economics Community คือการรวมตัวของชาติใน Asean เพื่อที่จะให้มีผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจร่วมกัน จะมีรูปแบบคล้าย ๆ กลุ่ม Euro Zone นั่นเองจะทำให้มีผลประโยชน์, อำนาจต่อรองต่าง ๆ กับคู่ค้าได้มากขึ้น และการนำเข้า ส่งออกของชาติในอาเซียนก็จะเสรี ยกเว้นสินค้าบางชนิดที่แต่ละประเทศอาจจะขอไว้ไม่ลดภาษีนำเข้า Asean จะรวมตัวเป็นประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและมีผลจริงจาง ้น วันที่ 31 ธันวาคม 2558 เมื่อการรวมตัวเกิดขึ้นประเทศที่มีความพร้อมมากที่สุดจะได้เปรียบทางการค้าเสรีนี้ สำหรับราชอาณาจักรไทยได้เตรียมความพร้อมในระดับหนึ่งมาแล้วโดยนโยบายรัฐบาลได้ให้ส่วนราชการประชาสัมพันธ์ให้ความรู้ ปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

การเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) มีผลต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในภูมิภาคอาเซียนและประเทศได้ก็ได้รับผลประโยชน์ด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ราชอาณาจักรไทย จะได้รับประโยชน์จาก ช่วยให้ปริมาณการค้าทั้งในและต่างประเทศของไทยขยายตัวเพิ่มขึ้นมาก เนื่องจากขนาดทุนที่ใหญ่จากหลากหลายประเทศ จะทำให้ขนาดของตลาดใหญ่ขึ้นตามไปด้วย ทำให้เกิดการถ่ายทอดความรู้และเทคโนโลยีสมัยใหม่ช่วยเพิ่มประสิทธิภาพในการผลิตและ

การดำเนินงาน และยกระดับคุณภาพสินค้าและบริการสู่ระดับมาตรฐานสากล ทั้งยังช่วยพัฒนาทักษะและยกระดับคุณภาพฝีมือแรงงานของไทย

ขณะเดียวกันก็มีผลกระทบด้านลบต่อราชอาณาจักรไทย โดยเฉพาะปัญหาทางกฎหมาย ที่มีต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เช่น ก่อให้เกิดความผันผวนในตลาดเงิน หากปริมาณเงินมีการไหลเข้าออกจำนวนมากและรวดเร็ว เกิดการครอบงำธุรกิจจากการร่วมทุนหรือความร่วมมือกิจการที่ส่งผลให้สัดส่วนผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติสูงขึ้น หรือบางกิจการเป็นของต่างชาติทั้งหมด ทุนต่างชาติแอบแฝงที่เข้ามาลงทุนเพื่อครอบครองสินทรัพย์เฉพาะ เช่น ที่ดิน จะส่งผลเสียต่ออาชีพสวนและผลผลิตการเกษตรในอนาคต โดยเฉพาะข้าว ซึ่งเป็นอาหารหลักและสินค้าส่งออกสำคัญของประเทศ และที่สำคัญ ทุนต่างชาติแอบแฝงที่เข้ามาลงทุนเพื่อครอบครองอสังหาริมทรัพย์ เช่น 1) การสมรสกับคนไทยแล้วให้คู่สมรสผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนตน แต่สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินต่าง ๆ นั้นยังคงเป็นของคนต่างด้าว ซึ่งการใช้ช่องทางนี้ในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าวในลักษณะตัวแทนอำพรางได้ปรากฏปัญหาที่มีการฟ้องร้องกันอยู่หลายกรณีในชั้นศาล เช่น การซื้อขายที่ดินและบ้าน แทนสามีซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นต้น 2) บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญากู้ยืม จำนองหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าวเพื่อเป็นหลักประกันในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่คนต่างด้าวเป็นผู้ออกเงินซึ่งเป็นการยากที่จะตรวจสอบ 3) การถือครองที่ดิน โดยรูปแบบของนิติบุคคลไทย โดยให้ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแต่อำนาจครอบงำกิจการยังเป็นของคนต่างด้าว การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอน ในภายหลังการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือมีการเพิ่มทุน จนมีสภาพที่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวแต่รับโอนที่ดินในขณะที่เป็นนิติบุคคลไทย

กรณีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งถือเป็นกฎหมายรองรับการลงทุนจากต่างประเทศของราชอาณาจักรไทยแต่กลับมีเนื้อหาที่ยังไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงของการค้าการลงทุนในปัจจุบัน จากการเปรียบเทียบกับกฎหมายรองรับการค้าและการลงทุนของสาธารณรัฐสิงคโปร์ที่มีขนาดเศรษฐกิจใหญ่ที่สุดในอาเซียนพบว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะหวงและป้องกันอุตสาหกรรมภายในของประเทศเนื่องจากประเทศไทยมีทรัพยากรธรรมชาติมากมายจึงเป็นเหตุผลหนึ่งที่ต้องคุ้มครองผู้ประกอบการในประเทศ แต่ขณะเดียวกันก็มีช่องโหว่อันเนื่องจากข้อบัญญัติไม่ชัดเจนก่อให้เกิดการถือหุ้นไขว้กันไปมาทำให้ผู้ลงทุนต่างชาติสามารถครอบครองหรือทำกิจการหวงห้ามได้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการกำหนดนิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้กว้าง ๆ กำหนดความหมายทางตรงว่าคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นในนิติบุคคลได้ร้อยละ 49 และกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้ คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจ ที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว ในข้อเท็จจริงกลับพบว่า คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยการอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าว มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือคนต่างด้าวถือหุ้นบริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน เช่น นักบัญชี ทนายความ นายหน้า เป็นผู้ถือหุ้นแทน เป็นต้น

ประเทศสมาชิกอาเซียนอื่น ๆ ได้เริ่มทยอยปรับตัวด้านกฎหมายเพื่อรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน แต่ละระดับการปรับตัวของแต่ละประเทศนั้นจะมากบ้างน้อยบ้างตามแต่ระดับความพร้อมของแต่ละประเทศ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์กฎหมายรองรับการค้าและการลงทุน สาธารณรัฐสิงคโปร์ เปิดกว้างไม่กีดกันคนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ร้อยละ 100 และสามารถส่งเงินกลับประเทศได้ไม่จำกัด แต่ยกเว้นเฉพาะกิจการความมั่นคงเท่านั้นที่รัฐบาลสิงคโปร์จะดำเนินการเอง กฎหมายการลงทุนของสาธารณรัฐสิงคโปร์เอื้อประโยชน์ต่อผู้ลงทุนเป็นอย่างมาก โดยไม่กำหนดเงินลงทุนขั้นต่ำ และอนุญาตให้นักลงทุนสามารถถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในสาธารณรัฐสิงคโปร์รวมถึงไม่มีการควบคุมในการโอนเงินตราต่างประเทศและผลกำไรในการประกอบธุรกิจกลับคืนประเทศผู้ลงทุน ดังนั้น จึงไม่มีเส้นแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างคนต่างด้าวและนักธุรกิจท้องถิ่นในสาธารณรัฐสิงคโปร์

สหพันธรัฐมาเลเซียได้ยกเลิกข้อบังคับที่ต้องมีชาวภูมิบุตรถือครองหุ้นร้อยละ 30 ซึ่งเป็นส่วนสำคัญของการปฏิรูปนโยบายเศรษฐกิจแนวใหม่ (NEM) และเป็นการกระตุ้นให้เกิดการลงทุนจากต่างชาติโดยอนุญาตให้ต่างชาติเข้าลงทุนได้ร้อยละ 100 ในสาขาบริการย่อย 27 สาขา ครอบคลุมบริการด้านการท่องเที่ยว สุขภาพ เทคโนโลยีสารสนเทศ และขนส่ง รวมถึงการลงทุนในศูนย์กระจายสินค้าระดับภูมิภาค ศูนย์จัดซื้อสินค้าระหว่างประเทศ และการทำธุรกิจเหมืองแร่ และยังคงขยายข้อกำหนดการถือหุ้นของต่างชาติและเงื่อนไขด้านการส่งออกในการลงทุนด้านการผลิต

ด้วย แต่รัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซียก็ยังคงไว้ซึ่งอำนาจอย่างค่อนข้างสูงในการอนุมัติการลงทุนจากต่างชาติ

สาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ปรับปรุงว่าด้วยกฎหมายการลงทุนธุรกิจเหมืองแร่ให้ต่างชาติถือหุ้นลดลงจากร้อยละ 100 เหลือร้อยละ 51 เป็นวิธีหนึ่งปรับให้เข้ากับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) สาธารณรัฐอินโดนีเซียได้ปรับปรุงแก้กฎหมายมาโดยตลอดในเรื่องกฎระเบียบทางด้านภาษี ดำเนินการให้การลงทุนบางอย่างปลอดภาษีร้อยละ 0 ภาษีเอื้อการนำเข้าให้ลดลงร้อยละ 0 เอื้อต่อการลงทุนในช่วง 5-10 ปีจากนี้ไป ซึ่งเชื่อว่าเป็นระบบเอื้อลงทุนสะดวกง่ายขึ้น แบบเข้ามาใช้บริการจุดเดียวได้แบบเบ็ดเสร็จผ่านออนไลน์ ลดความซับซ้อน ลดการเสียค่าธรรมเนียม

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้พยายามปรับปรุงกฎหมายภายในของประเทศให้สอดคล้องกับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแต่สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามมักมีปัญหากฎหมายกฎระเบียบต่าง ๆ เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอเนื่องจากรัฐบาลกลางและรัฐบาลท้องถิ่นมีอำนาจที่แยกส่วนกัน แม้รัฐบาลกลาง แม้ว่ารัฐบาลสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามจะมีเสถียรภาพสูงสามารถตัดสินใจได้รวดเร็วในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ แต่การเมืองระดับจังหวัด ระดับท้องถิ่นก็มีอิสระในการบริหารงานมากพอสมควร

สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวได้ปรับกฎหมายในประเทศเอื้อต่อการดึงดูดต่างชาติเข้าลงทุน ปรับภายในให้สามารถแข่งในระดับสากล ปรับกฎหมายภาษี กฎหมายรัฐวิสาหกิจ กฎหมายการแข่งขันการค้าและกฎหมายปกป้องผู้บริโภค สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวพร้อมให้มีกฎหมายค้าประกันให้นักลงทุนมั่นใจว่าจะได้ประโยชน์จากประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน เป็นการเรียกความเชื่อมั่นส่งเสริมการลงทุน

ในบรรดาประเทศอาเซียนด้วยกันแล้วจะเห็นว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์มีความพร้อมกว่าทุกประเทศเนื่องจากเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่มีศักยภาพและความพร้อมด้านกฎหมายการค้าการลงทุนขณะที่ประเทศอาเซียนอื่น ๆ ยังขาดความพร้อมด้านกฎหมายในหลากหลายมิติกล่าวคือ แม้จะปรับแก้กฎหมายรองรับประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้วแต่ก็ยังไม่สามารถเปิดกว้างได้ทั้งหมดเพราะต้องคุ้มครองอุตสาหกรรมภายในประเทศอยู่ไม่ว่าจะเป็นราชอาณาจักรไทย สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐอินโดนีเซียและสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาวเนื่องจากเป็นประเทศที่มีพื้นฐานทางเกษตรกรรมควบคู่กับอุตสาหกรรม ภาคการผลิตในบางอย่างยังเป็นสังคมชนบทที่ยังไม่พร้อมสำหรับการค้าเสรี อย่างไรก็ตาม แต่ละประเทศยังสามารถใช้สิทธิข้อสงวนทางการค้าในการปรับตัวโดยยกเว้นในอุตสาหกรรมที่แต่ละประเทศเห็นว่ายังไม่มีความพร้อม

5.2 ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะแนวทางการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามเงื่อนไข AEC

1. ควรบัญญัติปัญหานิยามของ “คนต่างด้าว” ให้ชัดเจนไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นทางตรงตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ร้อยละ 49 หรือการถือหุ้นทางอ้อมที่ต่างด้าวถือหุ้นผ่านบุคคล และนิติบุคคลที่เป็นส่วนของหุ้นอีกร้อยละ 51 กฎหมายควรมีความชัดเจนว่าต้องการให้คนต่างด้าวถือหุ้นทางอ้อมหรือไม่ หากไม่ต้องการให้ถือหุ้นทางอ้อมควรมีบทบัญญัติถึงคุณสมบัติของผู้ที่หุ้นอีกร้อยละ 51 ให้ชัดเจน

2. ควรมีแนวทางแก้ปัญหาตัวแทนอำพราง (Nominee) เช่น

1) บัญญัตินิยามคำว่า “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งความหมายและนิติกรรมทุกอย่างไม่ว่าจะเป็นสัญญาหรือการดำเนินการใด ๆ กับผู้อื่น นิติกรรมทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าว

2) บัญญัติพฤติกรรมที่เข้าข่ายลักษณะการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง เช่น การซื้อ ขาย เช่า ให้เช่า โอน รับโอน หรือครอบครองทรัพย์สินโดยเจตนาเป็นตัวแทนอำพราง หรือ กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางสิทธิที่แท้จริงการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ แทนคนต่างด้าว รวมทั้งการให้การสนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าว

3. เนื่องจากการเปิดเสรีการลงทุนนี้ไม่ได้หมายความถึงการเปิดให้นักลงทุนอาเซียนเข้ามาลงทุนได้อย่างเสรีเต็มที่ในทุกประเภทกิจการ แต่เป็นการเปิดเสรีแบบมีเงื่อนไข และมีความยืดหยุ่น เนื่องจากอาเซียนตระหนักถึงความแตกต่างของระดับการพัฒนาของแต่ละประเทศสมาชิก จึงอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้เข้ามาลงทุน หรือยังไม่พร้อมจะเปิดเสรีให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนทำกิจการใดก็สามารถสงวนเงื่อนไข และกิจการนั้น ๆ ไว้ในรายการข้อสงวน (Reservation List) ได้ โดยไม่ต้องมีการเจรจาต่อรอง ประเทศไทยควรใช้ประโยชน์จากข้อสงวนเพื่อป้องกันอุตสาหกรรม ผู้ประกอบการคนไทยขณะเดียวกันก็พัฒนาและปรับปรุงกฎหมายภายในประเทศเพื่อรองรับการลงทุนในกลุ่มอาเซียน เช่น การกำหนดความชัดเจนเรื่องการครอบครองหุ้น สำหรับผู้ลงทุนจากกลุ่มอาเซียน เป็นต้น

4. ควรมีบทกำหนดโทษคนต่างด้าวที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายในความผิดฐานตัวแทนอำพราง รวมทั้งผู้มีสัญชาติไทยที่ให้การสนับสนุน เพื่อให้เกิด ความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลและกิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใด ๆ กับผู้อื่น ทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าวโดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าว

5. กฎหมายที่ใช้อยู่ปัจจุบัน ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ มิฉะนั้นคงไม่เกิดกรณีของตัวแทน อำพรางขึ้นดังเช่นในปัจจุบัน ควรกำหนดการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะช่วยเหลือ เช่น การซื้อ ขาย เช่า ให้เช่า โอน รัับโอน หรือครอบครองทรัพย์สินโดยเจตนาเป็นตัวแทนอำพรางต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความคิดนั้น

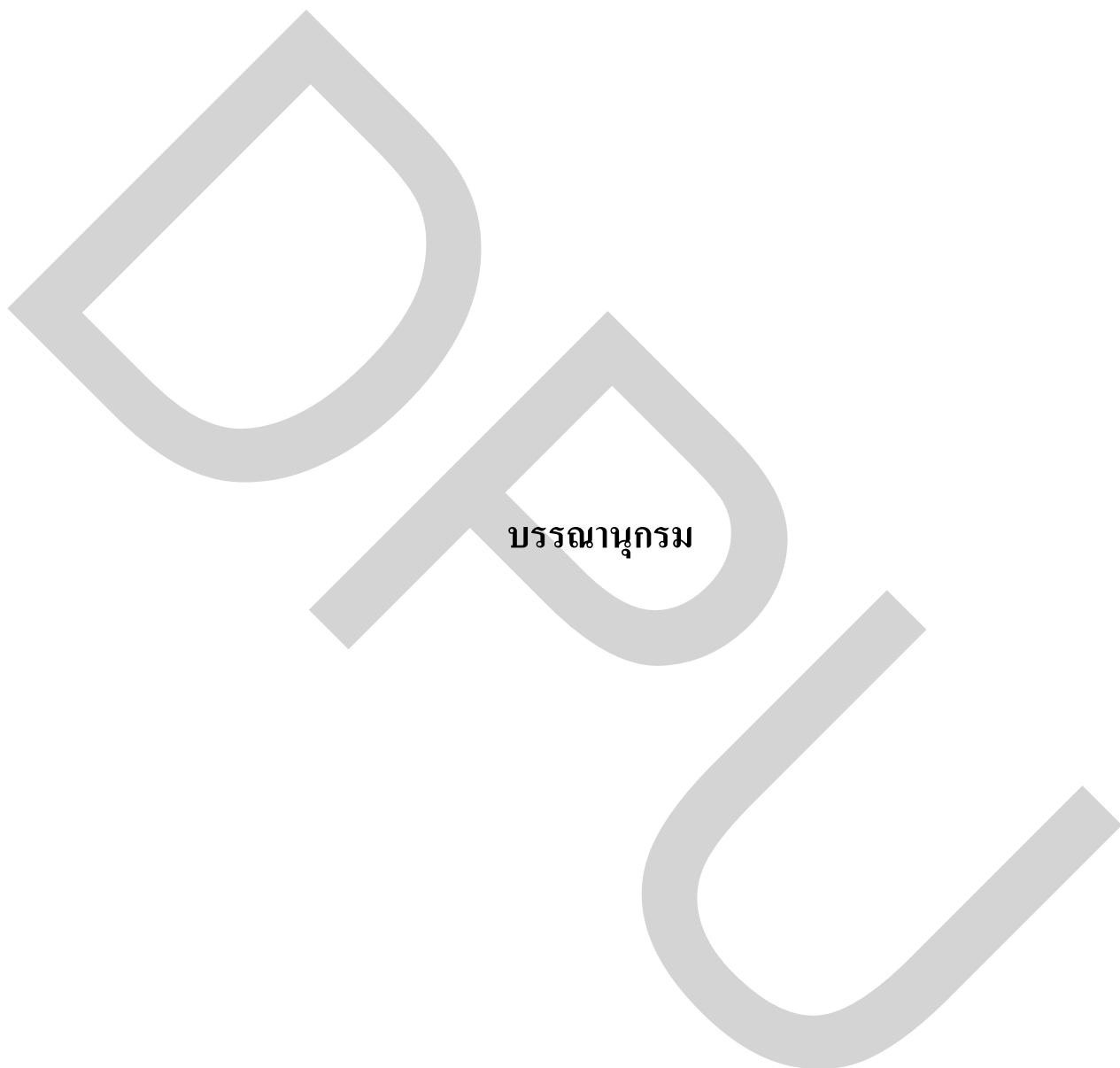
6. หน่วยงานของรัฐต้องใช้กฎหมายในทางปฏิบัติที่ชัดเจนรัดกุม เป็นธรรมและจริงจัง โดยยึดว่ากิจการใดเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ และกิจการใดส่งผลกระทบต่อคนต่างด้าวถือหุ้นในกิจการเป็นจำนวนมาก

7. ควรเตรียมการป้องกันปัญหา“การย้ายถิ่นแรงงาน” เมื่อเปิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน AEC แต่เน้น ๆ เช่น

1) แก้ไขกฎหมายต่าง ๆ เพื่อรองรับการเข้ามาทำงานของแรงงานฝีมือจากอาเซียน โดยเฉพาะที่เป็นนักวิชาชีพที่ประเทศไทยได้ลงนามในข้อตกลงยอมรับร่วม (MRA) ในเรื่องคุณสมบัติวิชาชีพสำหรับผู้ประกอบวิชาชีพบริการ 7 สาขาไปแล้ว ได้แก่ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 เพื่อให้คนอาเซียนสามารถทำงานในประเทศไทยได้ ซึ่งแต่เดิมเป็นอาชีพและวิชาชีพสงวน

2) แก้ไขกฎหมาย พระราชบัญญัติส่งเสริมการพัฒนาฝีมือแรงงาน พ.ศ. 2545 เพื่อให้การพัฒนาฝีมือแรงงานครอบคลุมถึงคนอาเซียนโดยไม่เป็นการเลือกปฏิบัติ พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 และ พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติแรงงานรัฐวิสาหกิจสัมพันธ์ พ.ศ. 2543 เพื่อให้คนอาเซียนสามารถเป็นที่ปรึกษาฝ่ายนายจ้างหรือฝ่ายลูกจ้างสามารถจัดตั้งสหภาพแรงงาน และเป็นกรรมการหรืออนุกรรมการของสหภาพแรงงานได้

3) แก้ไข พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับการที่จะต้องอนุญาตให้นักลงทุนอาเซียนถือหุ้นได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 ในทุกสาขาบริการภายในปี 2558 โดยต้องมีการแก้ไขมาตรา 4 ในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคล และต้องมีการแก้ไข พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบกิจการธุรกิจบางประเภทที่เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าวด้วย



บรรณานุกรม

ภาษาไทย

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2556). *AEC NEWS ALERTS*. กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.
- กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. (2555). *การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศลาว*. กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.
- _____. (2555). *การจดทะเบียนจัดตั้งธุรกิจในประเทศเวียดนาม*. กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.
- กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์. (2555). *การค้าและการลงทุน สาธารณรัฐอินโดนีเซีย*. กรุงเทพฯ: สำนักข่าวพาณิชย์.
- กระทรวงการต่างประเทศ. (ม.ป.ป.). *อนุสัญญาว่าด้วยการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติทุกรูปแบบ*. สืบค้น 18 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/cerdt.pdf>
- กระทรวงพาณิชย์. (2555). *การค้าและการลงทุน สหพันธรัฐมาเลเซีย*. กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการส่งออก.
- _____. (2555). *การค้าและการลงทุน สาธารณรัฐสิงคโปร์*. กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการส่งออก.
- คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (ม.ป.ป.). *ขั้นตอนการลงทุนในเวียดนาม*. สืบค้น 4 พฤษภาคม 2557, จาก http://www.boi.go.th/thai/clmv/Back_up/2010_vietnam/2010_vietnam_3_0-1.html
- จักรกฤษณ์ ควรพจน์. (2551). *การตอบโต้ทางการค้าของสหรัฐฯผ่านมาตรา 301 และสิทธิไอเอสพี: ศึกษากรณีการบังคับใช้สิทธิตามสิทธิบัตรยาของไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).
- ไทยรัฐ. (ม.ป.ป.). *พาณิชย์ปรับบัญชีแนบท้าย 3 กฎหมายต่างด้าว*. สืบค้น 23 พฤศจิกายน 2555, จาก <http://www.thairath.co.th/content/eco/248168>
- ธนาคารกรุงไทย, บริษัทมหาชนจำกัด. (2554). *ทุนข้ามชาติที่มาพร้อมกับกระแสการเปิดเสรี*. กรุงเทพฯ: สายงานบริหารความเสี่ยง. บมจ.ธนาคารกรุงไทย.
- ธนาคารกสิกรไทย ร่วมกับ นสพ.กรุงเทพธุรกิจ. (ม.ป.ป.). *จาก กัมพูชา, พม่า, ลาว, อินโดฯ แก่กฎหมาย เปิดรับทุนประชาคมอาเซียน, การสัมมนาเรื่อง “AEC Plus: Your Business to the New Frontier” (โรงแรมเซ็นทาราแกรนด์)*. สืบค้น 3 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/366>.

นิพนธ์ จิตะสมบัติ. (2547). *การออกกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการระบบการเงินของประเทศเพื่อเป็นการป้องกันการเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: คณะกรรมการศึกษาและเสนอแนะมาตรการเพิ่มประสิทธิภาพการบริหารจัดการระบบการเงินของประเทศเพื่อเป็นการป้องกันการเกิดวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจ.

ปฏิญญาสมาคมประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ว่าด้วยการคุ้มครองและการส่งเสริมสิทธิของแรงงานข้ามชาติ (ASEAN declaration on the protection and promotion of the rights of migrant workers). สืบค้น 18 ตุลาคม 2556, จาก <http://www.aseansec.org/20768.htm>

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน 1948 (Universal Declaration of Human Rights 1948) บทบัญญัติข้อ 21 (1).

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 22 หุ่นส่วนและบริษัท.

ปิยะนุช โปตะวณิช. (2545). *ตัวแทนอำพราง* (รายงานผลการวิจัย). กรุงเทพฯ: สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน.

ฝ่ายกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา. (2555). *กฎหมายที่อาจต้องแก้ไขให้เป็นไปตาม Strategic Schedule for ASEAN Economic community แนบท้าย AEC Blueprint*. กรุงเทพฯ: กระทรวงพาณิชย์.

พรเทพ เบญญาอภิกุล. (2548). *GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก)*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

พรเทพ เบญญาอภิกุล. (2548). *GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521.

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.

พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535.

รัตนา สายคณิต. (2530). *เศรษฐศาสตร์การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ*. กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 89 ตอนที่ 180 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2515.

สกล หามัญสุทธิวารินทร์. (2550, 5 กันยายน). “พลิกมุมมองกฎหมาย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.”

กรุงเทพธุรกิจ.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2552). *มาตรการส่งเสริมการลงทุน*

ทางตรงจากต่างประเทศ. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (2556). *คู่มือการประกอบธุรกิจ สาธารณรัฐ*

อินโดนีเซีย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน.

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. (2556). *สาธารณรัฐอินโดนีเซีย ประกาศประธานาธิบดี*

ฉบับที่ 77/2007 (Presidential Regulation No. 77/2007). กรุงเทพฯ: สำนักงาน

คณะกรรมการ ส่งเสริมการลงทุน.

สำนักงานส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ. (2555, ตุลาคม). *ข้อเสนอแนะสำหรับการดำเนินธุรกิจ*

สปป. ลาว ณ เวียงจันทน์. กรุงเทพฯ: กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ

กระทรวงพาณิชย์.

สำนักเจรจาการค้าบริการ กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. (2545). *สาระสำคัญของ GATS และ*

การเจรจาการค้าบริการภายใต้ WTO. กรุงเทพฯ: อักษรไทย.

เสาวรินทร์ สายรังสี. (2537). *การลงทุนทางตรงในต่างประเทศของบริษัทไทย (วิทยานิพนธ์ปริญญา*

มหาบัณฑิต). กรุงเทพฯ: คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International labor organization - ILO). (ม.ป.ป.). *ปฏิญญา*

สามประสานว่าด้วยหลักการที่เกี่ยวข้องกับบรรษัทพหุชาติ และนโยบายทางสังคม.

สืบค้น 1 สิงหาคม 2556, จาก

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_emp/@emp_ent/documents/publication/wcms_101234.pdf

องค์การแรงงานระหว่างประเทศ (International labor organization - ILO). *ปฏิญญาว่าด้วยหลักการ*

พื้นฐาน และสิทธิในการทำงาน, สืบค้น 1 สิงหาคม 2556, จาก

http://www.ilo.org/public/english/standards/declaration/declaration_thai.pdf

องค์ความรู้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน. (ม.ป.ป.). *ยุทธวิธี กัมพูชา-มาเลเซีย ใน AEC*. สืบค้น

1 สิงหาคม 2556, จาก <http://www.thai-aec.com/771>.

อภิรัฐ ตั้งกระจ่าง. (2543). *ธุรกิจระหว่างประเทศ (International business)*. กรุงเทพฯ: ธนรัชการพิมพ์.

อิสร์กุด อุณเกตตุ. (2542). *โครงการวิเคราะห์และติดตามร่างกฎหมาย รายงานสรุปและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542*. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย.

ภาษาต่างประเทศ

Investing in Indonesia 2013. Retrieved December 14, 2013, from <http://www.kpmg.com>

Kindleberger, C.P. (1966). *American Business Aboard: Six Lecture on Direct Investment*. New Haven: Yale University Press.

President Regulation No.36/2010, Investment Negative List

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ-นามสกุล

นายวรวิษ วนาวีวิธ

คุณวุฒิการศึกษา

พ.ศ. 2550 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

พ.ศ. 2553 สำนักศึกษาอบรมกฎหมายแห่ง

เนติบัณฑิตยสภา

ตำแหน่งและสถานที่ทำงานปัจจุบัน

ทนายความ