

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในการลงทุนธุรกิจจากต่างประเทศถือว่ามีสำคัญเป็นอย่างมากต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจโลกเนื่องจากจะทำให้เกิดการไหลเวียนของเงินตราต่างประเทศจากประเทศผู้ลงทุน<sup>1</sup> (Home Country) ไปยังอีกประเทศที่ผู้รับการลงทุน<sup>2</sup> (Host Country) ทั้งนี้ อาจเป็นการทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนมีรายได้เพิ่มขึ้นจากการลงทุนดังกล่าว ทั้งยังจะก่อให้เกิดการจ้างแรงงานต่าง ๆ และการพัฒนาในด้านอื่น ๆ เพิ่มขึ้นด้วย เช่น ด้านเทคโนโลยีในการบริหารการจัดการและ ด้านแรงงาน ประเทศไทยเป็นประเทศหนึ่งที่ได้รับการลงทุนจากต่างประเทศโดยครั้งแรกของ พ.ศ. 2548 ประเทศไทยได้รับการลงทุนจากต่างประเทศ ถึง 56,371.8 ล้านบาท เพิ่มขึ้นจาก ช่วงเดียวกันของ พ.ศ. 2547 ถึงสามเท่า

อย่างไรก็ตาม บริษัทต่างประเทศเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้อย่างเสรี แต่จะถูกจำกัดโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ได้กำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง หรือบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้นอกจากนี้ คนต่างด้าวยังอาจถูกจำกัดตามกฎหมายเฉพาะฉบับอื่นอีก เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522

---

<sup>1</sup> ประเทศผู้ลงทุน หมายความว่า รัฐผู้ที่ได้ส่งออกการลงทุนหรือรัฐที่ได้เป็นเจ้าของสัญชาติของผู้ที่ได้ทำการลงทุน

<sup>2</sup> ประเทศที่ผู้รับการลงทุน หมายความว่า การลงทุนต่างประเทศนั้น คือ การที่ลงทุนจากประเทศหนึ่งไปยังสู่อีกประเทศหนึ่ง ในกรณีนี้มีประเทศที่ได้เกี่ยวข้องนั้นอย่างน้อยสองประเทศ คือ ประเทศผู้ลงทุน (Investing Country) และประเทศที่ได้รับการลงทุนหรือประเทศเจ้าบ้าน (Host Country) การลงทุนโดยตรง (Direct Investment) คือ การลงทุนในสาขาเศรษฐกิจต่าง ๆ โดยผู้ลงทุนเข้าไปมีส่วนเป็นเจ้าของกิจการและมีส่วนร่วมในการควบคุมบริหารกิจการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) คือ การที่มีบุคคลหรือนิติบุคคลที่อยู่ในต่างประเทศเข้าไปลงทุนในประเทศหนึ่ง ซึ่งการลงทุนนั้นเป็นการลงทุนโดยตรง กล่าวคือ ผู้ลงทุนที่มาจากต่างประเทศมีส่วนเป็นเจ้าของกิจการ ซึ่งอาจจะเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ผู้ลงทุนต่างชาติมีอำนาจในการควบคุมการบริหารและการดำเนินการของกิจการที่เข้ามาลงทุน

วัตถุประสงค์ในการห้ามมิให้คนต่างด้าว (Alien) สามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทย ได้โดยเสรี เนื่องจากประเทศไทยต้องการที่จะปกป้องธุรกิจที่หวงแหนไว้สำหรับคนไทยหรือจะเป็น ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปะ วัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนคติพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม หรือเป็นธุรกิจที่คนไทย ยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวได้ ดังนั้น กฎหมายจึงจำเป็นที่ จะต้องมีมาตรการในการควบคุมคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจอันอาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทย เช่นการพิจารณาออกใบอนุญาตการกำหนดทุนขั้นต่ำการถ่ายทอดเทคโนโลยี และการรายงานผล การดำเนินงาน เป็นต้น

กระทั่งใน พ.ศ. 2560 ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77<sup>3</sup> ซึ่งบัญญัติให้รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมาย ที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายนี้เป็นกฎหมายที่ได้ใช้มาเป็นเวลานานจึงควรที่ จะปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้มีการอนุวัติกฎหมายภายในประเทศ เพื่อให้ได้มี การสอดคล้องกับเงื่อนไขในความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน<sup>4</sup> (Asian Economic Countries: AEC) ซึ่งเป็นข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสนธิสัญญาระหว่างประเทศโดยประเทศไทยกับ ประเทศที่คนต่างด้าวมีสัญชาติ<sup>5</sup> (Nationality) ทั้งนี้ ได้มีการอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นถือครองมี

<sup>3</sup> มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็นและยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็น หรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้ เป็นการระงับประชาชนและดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจ กฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

๑๗๑

๑๗๑

<sup>4</sup> ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน หมายความว่า สมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations: ASEAN) หรือประชาคมอาเซียนเป็นเป้าหมายการรวมตัวกันของประเทศสมาชิกอาเซียน 10 ประเทศ ประกอบด้วย ไทย พม่า ลาว เวียดนาม มาเลเซีย สิงคโปร์ อินโดนีเซีย ฟิลิปปินส์ กัมพูชา บรูไน เพื่อเพิ่ม อำนาจต่อรองและขีดความสามารถการแข่งขันของอาเซียนในเวทีระหว่างประเทศรวมถึงให้อาเซียนมีความแข็งแกร่งมี ภูมิคุ้มกันที่ดีในการรับมือกับปัญหาใหม่ ๆ ระดับโลก

<sup>5</sup> สัญชาติ คือ หลักการได้สัญชาติโดยการเกิดของบุคคลมี 2 หลักการ คือ การได้สัญชาติโดยหลักของดินแดน (Jus Soli) อันมี ความหมายว่า บุคคลนั้นจะสามารถได้สัญชาติหากถือกำเนิดขึ้นในดินแดนของรัฐแห่งหนึ่งแห่งใดอันเป็นการถือ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลกับดินแดนที่ได้ถือกำเนิดขึ้นและหลักสืบสายโลหิต (Jus Sanguinis) จะเป็นการได้สัญชาติ มาจากสัญชาติที่บิดามารดามีอยู่ในขณะที่ตนเองถือกำเนิด

กรรมสิทธิ์<sup>6</sup> (Ownership) ในที่ดินในไทยได้การอนุวัติกฎหมายภายในประเทศนั้นมีกฎหมายหลายฉบับที่ต้องพิจารณา นอกจากนี้ ยังมีปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจที่เกิดจากเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) นั้นได้ส่งผลต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แก้ไขให้สอดคล้องกับเศรษฐกิจโลก ปัจจุบันมีแนวโน้มที่จะผนวกเข้าหากันแรงงานในแต่ละประเทศจะมีโอกาสเลือกทำงานในสถานที่หรือในประเทศที่มีโอกาสที่จะสามารถแสดงศักยภาพได้สูงสุดและก่อให้เกิดรายได้ที่สูงขึ้นตามไปด้วย ซึ่งจะทำให้ประเทศที่มีการขยายตัวทางเศรษฐกิจมีปัญหาทางกฎหมายที่จะเกิดขึ้นนั้น ตามบัญชีท้าย พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อศึกษาแนวความคิด ทฤษฎี ของกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
2. เพื่อศึกษามาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหาการเริ่มต้นการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในประเทศไทยศึกษากรณีกฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
4. เพื่อเสนอแนะมาตรการที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไข
5. เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมนำไปใช้เป็นแนวทางแก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยกับนักธุรกิจที่เข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 วรรคหนึ่ง<sup>7</sup> บัญญัติว่า ทูนขึ้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนด ในกฎกระทรวง

<sup>6</sup> กรรมสิทธิ์ มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดอกผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมิชอบด้วยกฎหมาย

<sup>7</sup> มาตรา 14 ทูนขึ้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

แต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท และตามบัญชีสาม<sup>8</sup> แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดธุรกิจที่คนไทยนั้นยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในด้านการประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวไว้ 21 ธุรกิจ และยังกำหนดให้ธุรกิจที่จะต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรีมีจำนวน 21 ธุรกิจ

จากบทบัญญัติดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาที่ควรพิจารณาดังนี้

1) การกำหนดทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวที่ใช้ในการเลือกประกอบธุรกิจในประเทศไทย ที่มีจำนวนไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาทเป็นการจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งขัดหรือแย้งต่อข้อตกลงประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

2) บัญชีสาม ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่สอดคล้องกับข้อตกลงในการค้าเสรีประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาที่กระทบต่อข้อตกลงของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ซึ่งมีผลกระทบต่อข้อตกลงที่ประเทศไทยมีพันธความผูกพันตามข้อตกลงดังกล่าว เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น จึงควรศึกษาค้นคว้าเพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหานี้ให้เกิดความเหมาะสมยิ่งขึ้นต่อไป

#### 1.4 ขอบเขตของการศึกษา

ศึกษาในขอบเขตปัญหาที่ได้เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 77 และขอบเขตปัญหาที่ได้เกี่ยวข้อง เช่น ในเรื่องของนิยามศัพท์ “คนต่างด้าว” ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในเรื่องทุนขั้นต่ำ ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวบัญชีท้ายของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 กรณีบัญชีธุรกิจที่มีการควบคุมและกฎหมายของประเทศในอาเซียน รวมทั้งปัญหา การลงทุนที่คนต่างด้าวได้สิทธิพิเศษมากขึ้นจากความร่วมมือการค้าระหว่างประเทศ ความตกลงประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) รวมไปถึงอนุวัติกฎหมาย<sup>9</sup> (Implementation of Laws) เพื่อให้ภายในในประเทศนั้นสอดคล้องกับเงื่อนไขความร่วมมือของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนและในปัญหาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ<sup>10</sup>

<sup>8</sup> บัญชีสามแห่งพระราชกฤษฎีกาประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวไว้ 21 ธุรกิจ โดยต้องขออนุญาตจากคณะรัฐมนตรี

<sup>9</sup> อนุวัติกฎหมาย หมายถึง การดำเนินการให้เป็นผลตามบทบัญญัติแห่งอนุสัญญา (Implement of The Provisions of a Convention) โดยการตรากฎหมายภายในประเทศ หรือปรับแก้กฎหมายภายในประเทศนั้นเพื่อให้สอดคล้องและรองรับกับพันธกรณีอนุสัญญาดังกล่าว

<sup>10</sup> ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ คือ ทำให้มีรายได้ที่แท้จริงต่อคนเพิ่มขึ้นติดต่อกันเป็นเวลานานเพื่อทำให้ประชาชนส่วนใหญ่มีความเป็นอยู่ที่ดีขึ้น

(Economic Security) โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ สหพันธรัฐมาเลเซีย และสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม

## 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

สารนิพนธ์นี้เป็นงานวิจัย (Documentary Research) ด้วยการศึกษากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องประกอบไปด้วยตำรา ทางวิชาการ วารสาร บทความ ข่าว หนังสือพิมพ์ เอกสารของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของสื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งของในประเทศและต่างประเทศโดยนำข้อมูลทั้งหมดมานำเสนอในลักษณะวิเคราะห์เปรียบเทียบข้อดีและข้อเสียเพื่อแนะแนวทางต่างๆ ที่เหมาะสม

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ได้ทราบแนวความคิด ทฤษฎี ของกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
2. ทำให้ทราบมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
3. เพื่อให้ทราบปัญหาการเริ่มต้นการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในประเทศไทยศึกษากรณี กฎบัตรสมาคมแห่งประชาชาติเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
4. เพื่อเสนอแนะมาตรการที่เหมาะสมเพื่อนำมาใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขที่เกิดจากการ กำหนดทุนขั้นต่ำและข้อห้ามในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
5. หาแนวทางที่เหมาะสมนำไปใช้เพื่อเป็นแนวทางแก้ไขปัญหาที่จะเกิดขึ้นและอาจเกิดขึ้น กับประเทศไทยกับนักธุรกิจที่เข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย