



แนวทางการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจ ด้านการค้าบริการของคนต่างด้าว*

The Guideline for Reforming the Trade in Service Law for Foreigners

อัจฉราพร สี่หวัณนะ**

บทคัดย่อ

บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาแนวทางในการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาการประกอบธุรกิจบริการของต่างชาติและเพื่อนำเสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจบริการให้มีความชัดเจนเกิดความโปร่งใสตามหลักการสากลซึ่งจะเป็นประโยชน์ในการส่งเสริมการเข้ามาลงทุนในธุรกิจบริการจากต่างชาติและเป็นการอำนวยความสะดวกในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ เพราะกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวปัจจุบันยังมีลักษณะเป็นกฎหมายที่ห้ามการประกอบธุรกิจของต่างชาติทำให้ในบางส่วนยังไม่สามารถเป็นเครื่องมือส่งเสริมในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศในยุค Thailand 4.0 การศึกษาค้นคว้านี้ใช้วิธีการศึกษาเชิงคุณภาพร่วมกับการสัมภาษณ์เชิงลึกและใช้ทฤษฎีกฎหมายเปรียบเทียบ จึงพบว่ากฎหมายบางส่วนยังขาดการใช้หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสและการกำหนดรายการธุรกิจที่ชัดเจนเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าบริการ หากกำหนดให้ชัดเจนได้จะทำให้ลดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการและเป็นการดึงดูดให้เกิดการลงทุนในธุรกิจบริการมากกว่าการควบคุมอย่างไม่จำกัด อีกทั้งจะส่งผลดีกับการลงทุนในธุรกิจบริการจากนักลงทุนต่างชาติและเศรษฐกิจของประเทศ และเมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการประกอบธุรกิจบริการของต่างประเทศพบว่ากฎหมายการประกอบธุรกิจ

*บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต เรื่อง แนวทางการปฏิรูปกฎหมายการประกอบธุรกิจด้านการค้าบริการของคนต่างด้าว คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมีรองศาสตราจารย์ณรงค์ เกษะประกร คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา

**ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์บูรณาการ มหาวิทยาลัยขอนแก่น วิทยาเขตหนองคาย (นบ., นม., MBA.)

บริการของคนต่างด้าวควรมีการปฏิรูปทั้งส่วนการกำหนดคำที่ใช้ครอบคลุมอย่างกว้างที่ส่งผลเป็นการห้ามธุรกิจทั้งหมดและส่วนที่เป็นกฎหมายสาระบัญญัติแต่ไม่เป็นผลในทางปฏิบัติ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ

คำสำคัญ : ธุรกิจบริการ ธุรกิจต่างชาติ การค้าบริการ

Abstract

This article is part of the study of the guidelines for reforming the trade in service law for foreigners. The purpose of this article is to study the business of foreign trade in service and to provide legal advice in solving business problems with transparency based on universal principles. This will be beneficial in promoting investment in foreign services and facilitation access to the services market. Because the foreign business law prohibits foreigners in some businesses, it cannot be a tool to contribute the economic development of Thailand in the era of Thailand 4.0. This study uses qualitative methodology with in-depth interviews and comparative law theory. It was found that some laws still lack of the principle of transparency and clarity in determining the details of business services. By clarifying item in some ambiguous part of the foreign business law, it will reduce the unlimited barriers to entry into the service trade market and will attract more investment in services. This will result in better investment in services from foreign investors and will also promote the economy. When comparing with foreign business law of other countries, it is found that foreign business law of Thailand should be reformed in terms of the broad term that might be inferring to prohibit all businesses. Moreover, it should be amended some parts that is not practical. For such reasons, the foreign business law can be a part of the law for the economic development of the country.

Keywords : Services Business, Foreign Business, Trade in Service

บทนำ

ธุรกิจภาคการบริการมีความสำคัญต่อเศรษฐกิจไม่ต่างไปจากภาคการผลิตสินค้าและมีแนวโน้มจะมีความสำคัญเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีการสื่อสารออนไลน์มาใช้เป็นส่วนสำคัญในการให้บริการเพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้บริโภคเข้าถึงบริการได้มากขึ้น ธุรกิจบริการจำแนกโดยองค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) ได้แก่ การบริการธุรกิจ การบริการการสื่อสาร การบริการการก่อสร้าง การบริการขนส่งสินค้า การบริการการศึกษา การบริการด้านสิ่งแวดล้อม บริการด้านการเงิน บริการด้านสาธารณสุข บริการด้านการท่องเที่ยว บริการด้านวัฒนธรรมและกีฬา บริการด้านขนส่งมวลชน ธุรกิจบริการอื่น หลายประเทศต้องการขยายการเปิดตลาดการค้าบริการให้มากขึ้นเพื่อให้ธุรกิจบริการทั้ง 12 สาขามีความเจริญเติบโต ซึ่งธุรกิจบริการเช่น บริการทางการเงิน บริการการสื่อสาร บริการด้านการก่อสร้าง บริการการท่องเที่ยว บริการด้านสุขภาพ บริการการขนส่งและการกระจายสินค้า จะสามารถเชื่อมโยงกับอุตสาหกรรมการผลิตส่งผลให้เศรษฐกิจในประเทศเข้มแข็งมากขึ้น

เศรษฐกิจในศตวรรษที่ 21 จะเป็นรูปแบบใหม่ที่พึ่งพาเทคโนโลยีโดยเฉพาะด้านการสื่อสารและนวัตกรรมใหม่ที่พึ่งพาเทคโนโลยีเข้ามาใช้ในภาคอุตสาหกรรมซึ่งเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจการ

บริการมากขึ้นโดยเป็นระบบการแข่งขันด้วยทรัพย์สินที่ไม่มีรูปร่างแต่สามารถสร้างมูลค่าได้มากขึ้น ธุรกิจบริการที่จะเข้ามาจับเคลื่อนอุตสาหกรรมยุคใหม่ เช่น บริการสารสนเทศ การสื่อสารออนไลน์ อุตสาหกรรมพัฒนาซอฟต์แวร์ การพัฒนาเนื้อหาบนสื่อออนไลน์ การบริการทางการเงินซึ่งขับเคลื่อนด้วยเทคโนโลยี โดยอุตสาหกรรมหลักอาจไม่ต้องการลงทุนด้วยโรงงานอุตสาหกรรมหรือสินทรัพย์ที่มีเนื้อที่โรงงานขนาดใหญ่ บริษัทใหญ่อาจลดขนาดลงมากลายเป็นศูนย์กลางการจัดการที่มีธุรกิจบริการเกี่ยวกับการกระจายสินค้า ที่ใช้ธุรกิจบริการทางการเงินและธุรกิจบริการด้านเนื้อหาบนสื่อออนไลน์เข้ามาช่วยขับเคลื่อนธุรกิจมากขึ้น

สำหรับประเทศไทยธุรกิจบริการมีความเจริญเติบโตในระดับหนึ่งแต่ยังไม่สูงพอเมื่อเทียบกับบางประเทศในกลุ่มอาเซียน ธุรกิจภาคบริการของไทยยังมีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดหากจัดตามลำดับความยากง่ายในการทำธุรกิจยังเป็นอันดับรองจากประเทศสิงคโปร์และประเทศมาเลเซีย¹ เพราะไทยยังมีข้อจำกัดตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและมีการกำหนดห้ามธุรกิจบริการที่อนุমানได้ว่าครอบคลุมทุกประเภทธุรกิจ นอกจากนั้นในรายละเอียดแต่ละสาขาบริการยังมีกฎหมายประกอบเฉพาะเรื่องเช่น การกำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบธุรกิจ ตัวอย่างเช่น การเป็นผู้จัดการในบางธุรกิจบริการต้องเป็นคนสัญชาติไทยหรือมีข้อจำกัดการกำหนดคุณสมบัติ

¹WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2018 Equal opportunity for all* (1 November 2018) doingbusiness <<http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB18-Report.pdf>>.

ของผู้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีหรือข้อจำกัดอื่น ตามกฎหมายเฉพาะในแต่ละประเภทธุรกิจ

จากการศึกษาพบว่าหลายประเทศ ส่งเสริมธุรกิจบริการด้วยการลดอุปสรรคที่เป็น ข้อจำกัดของกฎหมายธุรกิจบริการลงจึงเป็นสิ่งที่ ทำทนายสำหรับประเทศไทยเนื่องจากแต่เดิม ประเทศไทยมีนโยบายที่ต้องการสงวนธุรกิจบริการ ไว้สำหรับคนไทยด้วยเหตุผลความจำเป็นด้าน เหตุผลพิเศษ หรือด้านความปลอดภัย ความมั่นคง มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนคติของประชาชน หรือมีผลกระทบต่อ ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมซึ่งเหตุผล ข้างต้นนี้ถือเป็นหลักสากลเป็นที่ยอมรับและ ประเทศต่าง ๆ นำไปใช้ ส่วนที่เป็นลักษณะเฉพาะ ของไทยมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ คนต่างชาติกำหนดรายการธุรกิจไว้ในบัญชี 3 ใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการแข่งขัน จึงห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจ 20 รายการ นอกจากนั้นยังได้กำหนดไว้ในรายการที่ 21 ห้าม การทำธุรกิจบริการอื่นด้วย ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่า เพื่อสร้างความชัดเจน โปร่งใสตามหลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสและเพื่อส่งเสริมการแข่งขันในปัจจุบันจึงสมควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ให้เหมาะสม

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการห้ามคนต่างชาติ ประกอบธุรกิจแต่มีธุรกิจบริการหลายสาขาตาม บัญชี 3 ที่คนต่างชาติบางประเภทได้สิทธิประกอบ ธุรกิจ เช่น คนต่างชาติที่ได้สิทธิตามสนธิสัญญาหรือ ตามความผูกพันที่ไทยมีพันธกรณีไว้ คนต่างชาติ

ที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยผ่านทางกฎหมาย ส่งเสริมการลงทุน และ ต่างชาติอาศัยสิทธิจาก การใช้ตัวแทนนอมินีทำการแทนโดยไม่ชอบด้วย กฎหมาย จึงเห็นได้ว่าคนต่างชาติประกอบธุรกิจที่ ห้ามตามกฎหมายได้ นอกจากนั้นจากการศึกษา พบว่ากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีการบังคับใช้มาตั้งแต่ปีพ.ศ. 2515 เป็นประกาศ ของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีบัญชีแนบท้าย ประกาศสามบัญชี และต่อมามีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แทนและมีบัญชีแนบท้ายพระ- ราชบัญญัติฯ เช่นกัน กฎหมายทั้งสองฉบับถือเป็นกฎหมายหลักใช้บังคับเกี่ยวกับการประกอบ ธุรกิจบริการของต่างชาติมาเป็นเวลานาน โดยเฉพาะในบัญชี 3 ที่กำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามไว้ 21 รายการโดยมีรายการข้อ 21 ไม่ได้ระบุไว้ว่า ห้ามธุรกิจสาขาใดแต่ใช้คำครอบคลุมว่าเป็นธุรกิจ บริการอื่นซึ่งอนุมานได้ว่าห้ามทั้งหมดซึ่งใน ขณะนั้นระบุนายการไม่ได้ แต่ปัจจุบันนี้สามารถ กำหนดได้ว่าในธุรกิจข้อ 21 เป็นธุรกิจบริการใด ซึ่งหากสามารถออกเป็นกฎกระทรวงจะทำให้ กฎหมายมีความชัดเจน โปร่งใสเท่าเทียมนานา ประเทศและจะเป็นกฎหมายเพื่อการพัฒนา ศักยภาพของผู้ประกอบธุรกิจรวมทั้งช่วยส่งเสริม จิตความสามารถในการแข่งขันภายในและนอก ประเทศได้มากขึ้น

ในการศึกษาและผู้ศึกษาจึงศึกษาวิเคราะห์ การนำหลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสตาม หลักเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกมาใช้เพื่อลด ปัญหาความไม่ชัดเจนของกฎหมายและลดการใช้

ดุลพินิจในการอนุญาตหรือไม่ เพื่อเป็นแนวทางการพัฒนากฎหมายให้มีความชัดเจนเหมาะสมกับนโยบายของรัฐบาลที่ต้องการส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติและต้องการให้ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีอันดับความยากง่ายต่อการเข้ามาทำธุรกิจของต่างชาติที่ดีขึ้น นอกจากนี้ได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงข้อจำกัดทางกฎหมายที่ต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายอื่นเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ การลดความยุ่งยากซับซ้อนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกาศ ระเบียบเดิมที่มีอยู่จำนวนมากให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจปัจจุบันเพื่อช่วยรองรับการประกอบธุรกิจบริการระดับสากล และส่งเสริมนโยบาย Thailand 4.0 ซึ่งจะช่วยให้ขีดความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มมากขึ้น

วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1) เพื่อศึกษาหลักการ แนวคิด ทฤษฎี การเปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการ การประกอบธุรกิจของต่างชาติตามหลักเกณฑ์สากล
- 2) เพื่อศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทย
- 3) เพื่อศึกษาวิเคราะห์ เปรียบเทียบ การประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทยและต่างประเทศและเสนอแนะแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนและเหมาะสม

สมมติฐานการวิจัย

ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อรองรับพันธกรณีระหว่างประเทศ แต่ถ้าหากปรับปรุงรายการธุรกิจและบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ให้มีความชัดเจนจะทำให้กฎหมายมีความชัดเจน โปร่งใสและเป็นแนวทางเพิ่มความสามารถในการแข่งขันการประกอบธุรกิจบริการในประเทศได้ดีขึ้น

ขอบเขตของการศึกษา

งานวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ ศึกษาเอกสารเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เปรียบเทียบกฎหมายการประกอบธุรกิจของต่างประเทศในประเทศที่มีความเจริญทางเศรษฐกิจและพัฒนาด้านกฎหมาย เช่น ประเทศสิงคโปร์ กับกลุ่มประเทศที่กำลังพัฒนา เช่น ประเทศอินโดนีเซีย เวียดนาม เปรียบเทียบกับกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติด้านธุรกิจบริการของประเทศไทยคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ได้มีการสัมภาษณ์เชิงลึก (In-depth Interview) จากตัวอย่าง 3 กลุ่มคือ นักวิชาการด้านกฎหมายธุรกิจ ที่ปรึกษากฎหมายและทนายความที่ทำงานเกี่ยวกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของต่างชาติ และเจ้าหน้าที่ภาครัฐของกระทรวงพาณิชย์ที่ปฏิบัติงานด้านการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1) ทำให้ทราบหลักการ แนวคิด ทฤษฎี การเปิดเสรีการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการ การประกอบธุรกิจของต่างชาติตามหลักเกณฑ์สากล

2) ทำให้ทราบปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทย

3) ทำให้สามารถวิเคราะห์เปรียบเทียบการประกอบธุรกิจบริการของประเทศไทยกับต่างประเทศและเสนอแนะแนวทางพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนและเหมาะสม

วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยนี้เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) มีระเบียบวิธีวิจัยเป็นการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary research) และการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-Depth Interview) จากนักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เชี่ยวชาญด้านการปฏิบัติงานที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อนำมาใช้ประกอบการวิเคราะห์สังเคราะห์ อภิปราย เปรียบเทียบข้อมูลทางวิชาการกับเนื้อหากฎหมาย วิเคราะห์การปรับใช้กฎหมายที่มีอยู่ของไทยกับต่างประเทศ ซึ่งจำแนกข้อมูลและวิธีดำเนินการได้ดังนี้

1) การเก็บรวบรวมข้อมูลปฐมภูมิ ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลจากตัวบทกฎหมาย คำพิพากษา รายงานการประชุม กฎหมายไทย

และกฎหมายต่างประเทศ และผู้ศึกษาทำการสัมภาษณ์แบบเจาะลึก (In-depth interview) ความคิดเห็นจากนักวิชาการ ผู้เชี่ยวชาญ ผู้ทรงคุณวุฒิ นักกฎหมายจำนวน 7 ท่าน ในประเด็นปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

2) การเก็บรวบรวมข้อมูลทุติยภูมิจากการทบทวนวรรณกรรม (Literature Review) ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลจากเอกสารทางวิชาการ หนังสือ ตำรา บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ รายงานการวิจัย เอกสารทางกฎหมายของส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศและ โดยการสืบค้นทางอินเทอร์เน็ตจากฐานข้อมูลในประเทศและต่างประเทศ

ผลการวิจัย

จากผลการวิจัยพบว่าหลักเกณฑ์ของธุรกิจการค้าบริการมีพื้นฐานจากองค์การการค้าโลก ตามความตกลงทางการค้าของความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Service: GATS) เพื่อความตกลงร่วมกันในการเปิดเสรีการค้าบริการของสมาชิกองค์การการค้าโลก หลักการสำคัญที่กำหนดไว้ถูกนำไปใช้ในความตกลงต่างๆ มีดังต่อไปนี้

1) หลักการว่าด้วยการไม่เลือกปฏิบัติ (Principle of Non-Discrimination)

หลักการไม่เลือกปฏิบัติ คือหลักการที่ประเทศภาคีประเทศใดประเทศหนึ่งปฏิบัติต่อประเทศภาคีใดอีกประเทศหนึ่งอย่างไรจะต้องปฏิบัติอย่างเดียวกันต่อประเทศภาคีอื่นด้วย ทุกประเทศ

ภาคีจะได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันซึ่งเป็นหลักการทั่วไปที่นานาประเทศยอมรับในทางการค้าประเทศสมาชิกจะไม่สามารถเลือกปฏิบัติกับสินค้าและบริการกับประเทศคู่ค้าได้

2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment: NT)

ตามข้อตกลง GATS วางหลักว่า “ในภาคธุรกิจที่ระบุไว้ในกำหนดการและภายใต้บังคับแห่งเงื่อนไขและคุณสมบัติใด ๆ ที่ระบุไว้ในกำหนดการให้สมาชิกแต่ละสมาชิกให้การบริการหรือผู้ให้บริการของสมาชิกอื่นใดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับมาตรการที่ล่วงที่กระทบกระเทือนต่อการให้บริการซึ่งการปฏิบัติที่เป็นคุณไม่ยิ่งหย่อนไปกว่าที่ตนให้แก่การบริการและผู้ให้บริการประเภทเดียวกันของตนเอง” กล่าวคือรัฐสมาชิกต้องปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศสมาชิกอื่นในรูปแบบที่เหมือนกันทุกประการ เช่นเดียวกับที่รัฐสมาชิกนั้นปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศตน² หลักการนี้ทำให้เกิดการแข่งขันระหว่างนักลงทุนท้องถิ่นกับนักลงทุนต่างด้าวมากขึ้น เนื่องจากประเทศที่รับการลงทุนจะต้องปฏิบัติต่อการลงทุนหรือนักลงทุนที่ไม่น้อยหรือเท่าเทียมกับที่ปฏิบัติให้แก่การลงทุนในชาติทำให้เกิดการแข่งขันที่เท่าเทียมระหว่างนักลงทุนต่างชาติกับนักลงทุนท้องถิ่น

3) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง (Most – Favored Nation Treatment: MFN)

หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง เป็นหลักการไม่เลือกปฏิบัติวางหลักไว้ว่าสิทธิหรือประโยชน์ใดที่ประเทศภาคีใดประเทศหนึ่งให้กับสินค้าที่มาจากหรือนำเข้ามาจากอีกประเทศภาคีใดประเทศหนึ่ง สิทธิหรือประโยชน์นั้นจะต้องตกไปยังสินค้าชนิดเดียวกันที่มาจากประเทศภาคีอื่นทุกประเทศโดยอัตโนมัติและไม่มีเงื่อนไข³ ซึ่งเป็นหลักที่ประเทศสมาชิกจะต้องปฏิบัติกับการค้าบริการและให้บริการจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ ห้ามเลือกปฏิบัติต่อสินค้าชนิดเดียวกัน⁴ หากประเทศสมาชิกจะให้สิทธิพิเศษทางการค้าแก่ประเทศใดก็ต้องให้ประเทศสมาชิกอื่นได้รับสิทธิพิเศษนั้นด้วย⁵

4) การลดข้อจำกัดด้านการเปิดตลาด (Market Access)

หลักการนี้เป็นการให้รัฐสมาชิกปฏิบัติต่อบริการหรือการให้บริการระหว่างกันตามข้อกำหนดหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยห้ามกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดการเข้าสู่ตลาดบริการ เว้นแต่กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะที่กำหนดตามรูปแบบที่ตนจะเปิดตลาดไว้ ซึ่งในตารางข้อผูกพันเฉพาะรัฐสมาชิกสามารถวางกรอบ

²กฎหมายการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: โอ เอ็ม บัคส์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2551) 86.

³ทฤษฎี ฤกษ์สุด, *แนวคิดและองค์การการค้าโลก (WTO)* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2546) 2-4.

⁴เพ็งอ้าง, 40.

⁵พรเทพ เบญญาอภิกุล, *GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ โครงการ WTO Watch* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548) 42-43.

ของตนไว้ได้ เช่น การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ การจำกัดการเข้าร่วมทุนของต่างชาติโดยการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของชาวต่างชาติ หรือสัดส่วนขั้นสูงที่อนุญาตให้ชาวต่างชาติถือหุ้นได้ การจำกัดจำนวนบุคคลที่จ้างหรือ โควตาหรือจำนวนแรงงานต่างชาติในสาขาบริการ การจำกัดมูลค่ารวมของการค้าบริการ และการจำกัดจำนวนผู้ประกอบการหรือปริมาณผลผลิตที่ได้ เป็นต้น

5) หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส (Transparency)

หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสเป็นหลักการระหว่างประเทศที่ WTO กำหนดให้ประเทศสมาชิกให้ความสำคัญในระดับการปฏิบัติ เช่นเดียวกับองค์การสหประชาชาติโดย United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ได้กำหนดไว้ใน UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation ให้ประเทศสมาชิกต้องเปิดเผยข้อกำหนด ระเบียบ ข้อบังคับให้สาธารณชนทราบอย่างโปร่งใสตรวจสอบได้ เพื่อยกระดับความเจริญและการพัฒนาด้านกฎหมายภายในประเทศให้ทั่วโลกยอมรับยกเว้นข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ

6) หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไป หลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปภายใต้ความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศสมาชิกมีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลกต้องเปิดตลาดธุรกิจบริการให้แก่กันมากขึ้น โดยเฉพาะภายใต้ความตกลงว่าด้วย

การค้าบริการอาเซียนต้องการให้ประเทศสมาชิกอาเซียนมีการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าอย่างค่อยเป็นค่อยไปให้มากกว่าที่มีข้อตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก แม้จะยืดหยุ่นให้เป็นไปตามความพร้อมของแต่ละประเทศเพื่อให้เวลาแก่รัฐสมาชิกไปกำหนดกฎระเบียบภายในของประเทศตนอย่างเหมาะสม แต่โดยหลักการได้มุ่งเน้นการลดหรือยกเลิกข้อกำหนดหรือกฎระเบียบที่เป็นอุปสรรคต่อการเข้าถึงตลาดและการแข่งขัน ซึ่งประเทศสมาชิกต้องทบทวนความก้าวหน้าตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในความตกลง

สำหรับรูปแบบการบริการระหว่างประเทศตามความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) แบ่งเป็น 4 รูปแบบ คือ⁶ รูปแบบที่ 1 การบริการข้ามพรมแดน (Cross - Border Supply) หรือ Mode 1 เป็นการให้บริการจากพรมแดนของประเทศสมาชิกหนึ่งไปสู่พรมแดนของประเทศสมาชิกอื่นที่เป็นลูกค้า รูปแบบที่ 2 การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption Abroad) หรือ Mode 2 เป็นการให้ในพรมแดนของประเทศผู้ให้บริการอาศัยการเคลื่อนที่ของผู้บริโภคเข้าไปหาผู้ให้บริการในประเทศผู้ให้บริการ รูปแบบที่ 3 การจัดตั้งธุรกิจ (Consumption Presence) หรือ Mode 3 เป็นการเข้าไปลงทุนจัดตั้งธุรกิจในประเทศลูกค้าอาจเข้าไปจัดตั้งสาขา สำนักงาน ตัวแทนหรือบริษัท และรูปแบบที่ 4 การให้บริการโดยบุคคลธรรมดา (Presence of Natural Person) หรือ Mode 4 เป็นการเข้าไปให้บริการโดยบุคคล

⁶World Trade Organization, *Basic Purpose and Concepts*, 1.3 Definition of Services Trade and Modes of Supply (31 October 2017) WTO <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm>.

ธรรมดาเพื่อบริการด้านต่าง ๆ ในประเทศลูกค้า สำหรับรูปแบบที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ คนต่างชาติด้านการค้าบริการตามพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มากที่สุดได้แก่รูปแบบที่ 3 เป็นการจัดตั้งธุรกิจ การค้าบริการหรือสาขาบริการในประเทศไทย

นอกจากนี้ยังมีแนวคิดการอำนวยความสะดวก ด้านการค้าและบริการขององค์กรระหว่าง ประเทศที่สำคัญรวมถึงแนวนโยบายของประเทศไทย ที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของ คนต่างชาติ ได้แก่

1) แนวคิดการอำนวยความสะดวกทาง การค้าของ United Nations Conference on trade and Development (UNCTAD)⁷ เป็นองค์กร การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าและ การพัฒนาซึ่งเป็นกรอบความร่วมมือระหว่าง ประเทศภายใต้องค์การสหประชาชาติที่จัดตั้งขึ้น ในปี พ.ศ. 2507 มีสมาชิก 194 ประเทศจากทั่ว โลกโดยเน้นการส่งเสริมการพัฒนาด้านการลงทุน การเงิน เทคโนโลยี พัฒนาองค์กรธุรกิจและ การพัฒนาอย่างยั่งยืน มีการกำหนดแนวทาง ปฏิบัติในการอำนวยความสะดวกทางการค้าไว้ใน UNCTAD's Global Action Menu for

Investment Facilitation 10 ข้อ เพื่อให้ประเทศ สมาชิกนำไปเป็นแนวทางการกำหนดนโยบาย ที่สร้างความเจริญทางเศรษฐกิจและมีการพัฒนา ประเทศอย่างยั่งยืน⁸ เช่น ส่งเสริมการเข้าถึงข้อมูล ส่งเสริมการสร้างความปลอดภัยในการกำหนด นโยบายการลงทุน หลักเกณฑ์ และวิธีการ ที่เกี่ยวข้องกับผู้ลงทุน การให้ข้อมูลที่ชัดเจน เป็นต้น

2) แนวคิดการอำนวยความสะดวกด้าน การประกอบธุรกิจบริการในประเทศไทย โดยให้ ความสำคัญในเรื่องการสร้างงาน สร้างรายได้และ การเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันทางธุรกิจ ระหว่างประเทศโดยเฉพาะในเรื่องการจัดอันดับ ของธนาคารโลกเกี่ยวกับความยากง่ายในการเข้า มาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ประเทศไทย จัดอยู่ในอันดับ 46 จาก 190 ประเทศ⁹ รัฐบาล จึงเห็นความสำคัญในการอำนวยความสะดวก ลดขั้นตอนและดึงดูดเม็ดเงินการลงทุน จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบ ธุรกิจให้เกิดความคล่องตัวมีการแก้ไขกฎหมาย อย่างเร่งด่วนโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับ ชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ออกคำสั่งหัวหน้า

⁷ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, *กรอบความร่วมมือเศรษฐกิจระหว่างประเทศ* (1 เมษายน 2557) กระทรวงการต่างประเทศ <[http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา\(-UNC.html](http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา(-UNC.html)>.

⁸UNCTAD NATION, *GLOBAL ACTION MENU FOR INVESTMENT FACILITATION* (3 May 2016) UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/InvestmentFacilitation_Review%20Note%203%20feb.pdf>.

⁹WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2017 Equal opportunity for all* (31 October 2017) doingbusiness <<http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>>.

คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560¹⁰ เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ เพื่อลดความยุ่งยาก ซับซ้อนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข ขั้นตอนและระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ประกาศ ระเบียบเดิมที่มีอยู่จำนวนมากให้เหมาะสมกับสภาพแวดล้อมในการดำเนินธุรกิจปัจจุบันเพื่อช่วยรองรับการประกอบธุรกิจระดับสากล ซึ่งคาดว่าจะส่งผลให้การจัดอันดับของธนาคารโลกต่อประเทศไทยในครั้งต่อไปดีขึ้น โดยมีการแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่แล้วได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 พระราชบัญญัติล้มละลายพุทธศักราช 2483 พระราชบัญญัติล้มละลาย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2541

สำหรับทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับด้านการค้า บริการและการลงทุนระหว่างประเทศ ได้แก่ ทฤษฎีห่านบิน “flying-geese”¹¹ โดย Akamatsu ที่สนับสนุนการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ อธิบายว่าในระยะแรกของการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศจะเริ่มจากประเทศที่มีเทคโนโลยีการผลิตที่มีความพร้อมมากเข้าไปลงทุนใน

ประเทศที่มีทรัพยากรที่เหมาะสมแก่การผลิตเพื่อใช้เป็นฐานการผลิตเพื่อการส่งออก ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับประโยชน์จากการได้รับความรู้ ความชำนาญด้านการผลิตมากขึ้นและผู้ลงทุนจะได้รับผลผลิตที่ดีขึ้นและผลตอบแทนที่มากขึ้น ส่วนในระยะที่สองประเทศผู้รับการลงทุนจะมีการพัฒนาความรู้ความชำนาญจนสามารถเป็นผู้ผลิตเพื่อการส่งออกเองได้และกลายเป็นผู้ลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศในประเทศอื่น ๆ ต่อไป ซึ่งจะกลายเป็นวงจรการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ ดังนั้น ข้อดีของการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศซึ่งรวมถึงลงทุนในธุรกิจบริการ จากต่างประเทศก่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศผู้ลงทุน (Home Country) และประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ทั้งสองฝ่ายต่างได้รับประโยชน์จากการแลกเปลี่ยนทรัพยากรและใช้ทรัพยากรร่วมกันตามทฤษฎีข้างต้น¹²

เมื่อคนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศจะต้องขออนุญาตเพื่อประกอบธุรกิจ ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องเป็นทฤษฎีการใช้อำนาจขององค์กรรัฐในการออกคำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาต ตามกฎหมายมี 2 ลักษณะได้แก่ อำนาจผูกพัน (Mandatory Power) เป็นอำนาจที่กฎหมายมอบ

¹⁰ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนพิเศษ 97 ง 4 เมษายน 2560, คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560 เรื่อง การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ, 49.

¹¹Terutomo Ozawa, *The (Japan – Born) ‘Flying – Geese’ Theory of Economic Development Revisited and Reformulated from a Structuralist Perspective* (2 October 2017) ResearchGate <https://www.researchgate.net/publication/228030432_The_Japan-Born_‘Flying-Geese’_Theory_of_Economic_Development_Revisited_-nd_Reformulated_from_a_Structuralist_Perspective>.

¹²สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, *โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC)* (กรุงเทพมหานคร: ออเนป้า, 2557) 79-80.

ให้องค์กรรัฐเพื่อใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นให้เป็นไปตามกฎหมาย และอำนาจดุลพินิจ (Discretionary Power) เป็นอำนาจหน้าที่ที่องค์กรรัฐมีการเลือกตัดสินใจได้โดยการออกคำสั่ง เช่น อนุญาตหรือไม่อนุญาตตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ อำนาจจึงมีลักษณะให้ฝ่ายองค์กรรัฐมีอิสระในการตัดสินใจตามข้อเท็จจริงหรือเหตุการณ์ที่เป็นเงื่อนไขตามกฎหมาย ผู้ออกคำสั่งจึงมีอิสระสามารถเลือกได้¹³ แต่ทั้งนี้ การออกคำสั่งขององค์กรรัฐอาจยึดแนวปฏิบัติหรือแนวนโยบายของรัฐบาลมาเป็นเกณฑ์ในการออกคำสั่งซึ่งการกำหนดนโยบายมาจากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจเหนือองค์กรเป็นผู้กำหนดไว้ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่องค์กรรัฐบางครั้งอาจไม่ได้ใช้อำนาจดุลพินิจอย่างที่ควรเป็นตามกฎหมาย คณะกรรมการฯ ในแต่ละสมัยอาจใช้ดุลพินิจไปตามแนวนโยบาย ประกาศและระเบียบของกระทรวงที่มีอยู่ในขณะนั้น

สรุปผลการวิจัย

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยมีกฎหมายหลักเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจการค้าบริการของคนต่างชาติดังกล่าว พ.ศ. 2542 มีผลถึงการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจบริการวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติฯ นี้ต้องการส่งเสริมให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจบริการและในขณะเดียวกันต้องการปกป้องธุรกิจบริการ

ไว้ให้คนไทยด้วย จึงมีความอ่อนแอจากแนวความคิดเดิมที่ต้องการสงวนธุรกิจบริการไว้ให้คนไทยกับแนวคิดปัจจุบันที่ต้องการเปิดตลาดและอำนวยความสะดวกให้แก่การเข้ามาประกอบธุรกิจของต่างชาติให้มากขึ้น

เมื่อรัฐบาลมีนโยบายให้ความสำคัญในการอำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจของต่างชาติมากขึ้น เช่น มีการปรับปรุงกฎหมายคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 21/2560 เพื่อทำให้เกิดความสะดวกในการจดทะเบียนนิติบุคคล เช่น จดทะเบียนในที่ใดก็ได้ไม่จำเป็นต้องเป็นในพื้นที่ที่สถานประกอบการตั้งอยู่ ให้บริษัทนิติบุคคลสามารถกำหนดวิธีการหาทางออกในกรณีที่ไม่สามารถหาซื้อที่ดินได้โดยการทำความตกลงหรือข้อบังคับเพื่อระงับข้อขัดแย้งระหว่างกรรมการหรือผู้ถือหุ้น ขั้นตอนการเริ่มต้นธุรกิจเพื่อรองรับการพัฒนาการจดทะเบียนนิติบุคคลในระบบออนไลน์ ส่วนด้านความโปร่งใสกำหนดให้การเข้าถึงข้อมูลให้มีการโฆษณาคำสั่งหรือคำพิพากษาของศาล หรือประกาศหรือคำสั่งของเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สามารถทำผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ได้ เป็นต้น

สำหรับด้านการเข้ามาลงทุนในธุรกิจบริการของต่างชาติในประเทศไทยแม้จะมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายไปบางส่วนแต่ผู้ศึกษาพบว่าคงมีบางส่วนที่ไม่มีความชัดเจนและเป็นข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจบริการซึ่ง

¹³ชัยภัทร ทังทอง, การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่รัฐ (นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558) 29-30.

หากได้รับการปรับปรุงแก้ไขจะเป็นการพัฒนา กฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกต่อการประกอบ ธุรกิจและส่งเสริมการแข่งขันการประกอบธุรกิจใน ประเทศได้มากขึ้น ในพระราชบัญญัติฯ มี ข้อจำกัดในการอำนวยความสะดวกตามบัญชี 3 ที่ กำหนดการห้ามเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจบริการ ของต่างชาติไว้ ที่สำคัญมี 2 ส่วน คือ ส่วนแรก กำหนดเหตุผลว่าเนื่องจากคนไทยไม่มีความพร้อม ในการแข่งขัน ส่วนที่สองกำหนดรายละเอียด ในรายการธุรกิจไว้ 21 ข้อ และในข้อ 21 ใช้คำ ครอบคลุมแบบกว้างไว้ว่า การทำธุรกิจบริการอื่น หมายถึงธุรกิจอื่น ๆ ทุกประเภทที่คนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขันห้ามต่างชาติประกอบ ธุรกิจก่อน ซึ่งสามารถทำความเข้าใจได้ว่าเหตุผล ในขณะนั้นคงเนื่องจากขณะที่ร่างกฎหมายมีธุรกิจ อื่นอีกหลายอย่างที่จะขณะนั้นคาดการณ์ไม่ได้และ ยังไม่เห็นเป็นรูปธรรม จึงยังระบุชัดเจนไม่ได้ว่า มีรายการธุรกิจใด จึงกำหนดห้ามทำธุรกิจบริการ อื่นซึ่งอนุมานได้ว่าห้ามทุกประเภทธุรกิจบริการ ซึ่งเป็นความไม่ชัดเจนของกฎหมายตามหลักการ เปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส ดังนั้น เพื่อให้ สอดคล้องกับหลักการสากลและสอดคล้องกับ นโยบายด้านการส่งเสริมเศรษฐกิจการลงทุนใน ธุรกิจบริการที่ขยายตัวมากขึ้น ผู้ศึกษาจึงเห็นว่า สามารถพัฒนาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจน มากกว่าเดิมได้ ทั้งในบัญชี 3 ของพ.ร.บ.การ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และใน ข้อ 21 ที่สามารถกำหนดรายการธุรกิจบริการอื่น ให้ชัดเจนได้

อภิปรายผล

ในต่างประเทศหลายประเทศได้ปรับปรุง กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของต่างชาติ เพื่อดึงดูดการลงทุนธุรกิจบริการจากต่างชาติ เช่น สิงคโปร์ อินโดนีเซีย เวียดนามและจีน จาก การศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยพบความ แตกต่างและข้อดีข้อเสียไม่เหมือนกัน โดยทั่วไป พบว่าในประเทศที่พัฒนาแล้วเช่นประเทศ สิงคโปร์และประเทศกำลังพัฒนาหลายประเทศ เช่น ประเทศอินโดนีเซีย เวียดนาม ใช้กฎหมาย การลงทุน (Law on Investment) เป็นกฎหมาย หลักฉบับเดียวบังคับการเข้าไปลงทุนทั้งในภาค อุตสาหกรรมการผลิตและการประกอบธุรกิจบริการ ของคนต่างชาติเนื่องจากการเข้าไปประกอบกิจการ ผลิตหรือประกอบธุรกิจบริการถือว่าเป็นการเข้าไป ลงทุนโดยตรงในต่างประเทศต้องใช้กฎหมาย การลงทุน โดยในประเทศดังกล่าวไม่พบว่ามี กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ (Foreign Business Law) แยกออกมาเป็นหลัก อีกฉบับหนึ่งสำหรับธุรกิจบริการเช่น ประเทศไทย ใช้ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้น เงื่อนไขการลงทุนในธุรกิจบริการ สำหรับคนต่างชาติจะบัญญัติไว้ในกฎหมาย การลงทุนหากเป็นธุรกิจเฉพาะสาขาก็จะมีกฎหมาย เฉพาะธุรกิจนั้น ๆ รองรับ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับ สถาบันการเงิน กฎหมายการขนส่ง กฎหมาย การท่องเที่ยว กฎหมายการก่อสร้าง เป็นต้น หรือมีกฎหมายของท้องถิ่นที่คนต่างชาติต้องขอ อนุญาตตามเงื่อนไขของประเภทธุรกิจในเขตนั้น ๆ

ก่อน ในต่างประเทศกฎหมายการลงทุนจึงเป็นกฎหมายหลักจึงต่างกับประเทศไทยที่มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายหลัก

ในประเทศสิงคโปร์ส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจบริการจากทุนภายนอกประเทศกฎหมายภายในจึงเอื้ออำนวยให้นักลงทุนมาก ผู้ศึกษาเห็นว่ากฎหมายของประเทศสิงคโปร์มีการนำหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ หลักการเข้าสู่ตลาด หลักการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใสมาใช้ ข้อดีของกฎหมายการลงทุนที่เห็นชัดเจนคือผู้ประกอบการธุรกิจชาวสิงคโปร์กับผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติมีความเท่าเทียมกันโดยผู้ประกอบการต่างชาติสามารถถือหุ้นในการลงทุนได้หนึ่งร้อยเปอร์เซ็นต์ในธุรกิจบริการที่กำหนดให้ นอกจากนี้ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถเข้าไปจัดตั้งบริษัทในสิงคโปร์ได้ด้วยความสะดวกและรวดเร็ว โดยเริ่มที่ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำเพียง 1 เหรียญสิงคโปร์ แต่ตาม พ.ร.บ.ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดให้คนต่างชาตินำหรือส่งเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาอย่างน้อย 2 ล้านบาท ส่วนรายการธุรกิจที่ประเทศสิงคโปร์กำหนดห้ามมีการกำหนดรายการธุรกิจไว้อย่างชัดเจน หรือธุรกิจใดต้องการอนุญาตให้คนต่างชาดลงทุนได้ในสัดส่วนเท่าใด จะกำหนดไว้ชัดเจน เช่น ธุรกิจการกระจายเสียง การจัดสรรคลื่นความถี่ คนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้สูงสุดไม่เกินร้อยละ 49 ธุรกิจด้านหนังสือพิมพ์ ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 5 และกำหนดอาชีพสงวนที่ห้ามเป็นรายการที่ชัดเจนเช่น ห้ามคนต่างชาติเข้าไปประกอบธุรกิจบริการด้านกฎหมาย อาชีพ

ทนายความ การลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวกับกิจการรัฐวิสาหกิจ ธุรกิจการบิน บริการสาธารณะ ธุรกิจการตีพิมพ์ หนังสือพิมพ์ ธุรกิจเกี่ยวกับอาวุธ ยุทโธปกรณ์ เป็นต้น นอกจากนี้ที่กำหนดรายการห้ามไว้นั้นคนต่างชาติมีสิทธิประกอบธุรกิจเท่าเทียมกับคนชาติซึ่งของประเทศไทยจะกำหนดเป็นธุรกิจบริการที่ห้ามไว้ตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 แต่สามารถขออนุญาตได้ตามเงื่อนไข

ในประเทศอินโดนีเซียรัฐบาลได้ให้ความสำคัญในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนธุรกิจบริการซึ่งเป็นผลดีต่อนักลงทุนอาเซียนกรณีเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นในกิจการให้บริการขนส่งทางทะเลได้ร้อยละ 60 ส่วนนักลงทุนต่างชาตินอกอาเซียนจะถือหุ้นได้ร้อยละ 49 ส่วนกฎหมายธุรกิจบริการก่อสร้างมีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มสัดส่วนการลงทุนในธุรกิจก่อสร้างแก่นักลงทุนต่างชาติทั่วไปจากร้อยละ 55 ปรับเพิ่มเป็นร้อยละ 67 ส่วนธุรกิจที่ห้ามต่างชาติประกอบธุรกิจกำหนดไว้ชัดเจนรวมไว้ด้วยกันทั้งอุตสาหกรรมและธุรกิจบริการ เช่น ห้ามนักลงทุนต่างชาติโดยเด็ดขาดในการตั้งเสาสูงโทรคมนาคม นอกจากนี้เป็นกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนโดยทั่วไปในธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคง ความปลอดภัย ความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน เช่น การพนันหรือกาสิโน ประวัติศาสตร์และโบราณวัตถุ พิพิธภัณฑ์หรือโบราณวัตถุ ธุรกิจที่เกี่ยวกับจาริตประเพณี ธุรกิจเกี่ยวกับอนุสาวรีย์ สถานที่หวงแหนหรือสถานที่สักการบูชา ธุรกิจเกี่ยวกับกัญชา ธุรกิจเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและ

ธรรมชาติการใช้ประโยชน์จากแนวปะการัง ธุรกิจเกี่ยวกับปลาชนิดที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES) อุตสาหกรรมที่ทำลายสิ่งแวดล้อม อุตสาหกรรมเคมีที่มีสารประกอบอันตราย อุตสาหกรรมเครื่องดื่มน้ำที่ประกอบด้วยแอลกอฮอล์ อุตสาหกรรมโลหะหนัก ธุรกิจเกี่ยวกับคลื่นวิทยุและสถานีตรวจสอบวงโคจรดาวเทียม ธุรกิจเกี่ยวกับวิทยุและโทรทัศน์ การกระจายเสียงสาธารณะ ธุรกิจเกี่ยวกับการดำเนินการของสถานีขนส่ง ธุรกิจเกี่ยวกับการติดตั้งดูแลรักษาสัญญาณบนถนน ธุรกิจเกี่ยวกับการจัดการของมีน้ำหนักรถของสถานีขนส่ง การทดสอบประเภทเครื่องยนต์และระยะทางของเครื่องยนต์ ธุรกิจเกี่ยวกับการสื่อสารหรืออุปกรณ์การเดินเรือขนส่ง ระบบข้อมูลการจราจรเรือและระบบการจราจรทางอากาศ

สำหรับธุรกิจที่ไม่เปิดให้คนต่างชาติเข้าไปลงทุนกำหนดไว้ด้วยเหตุผลเนื่องจากสงวนไว้เป็นพิเศษสำหรับคนชาติ โดยเฉพาะบริษัทขนาดเล็กและขนาดกลางในอินโดนีเซียและธุรกิจประเภททรัพยากรพลังงานและแร่ธาตุ วัฒนธรรมและการท่องเที่ยว ป่าไม้ กิจกรรมทางทะเลและการประมง ส่วนธุรกิจบางประเภทกำหนดเป็นธุรกิจที่ต่างชาติประกอบกิจการได้อย่างมีเงื่อนไข เช่น กิจการที่ต้องเป็นหุ้นส่วน กิจการที่จำกัดเงินลงทุนของต่างชาติ กิจการที่มีข้อกำหนดเรื่องสถานที่ตั้ง กิจการที่ต้องขอใบอนุญาตพิเศษ

กิจการที่สงวนไว้สำหรับชาวอินโดนีเซียเท่านั้น หรือบางกิจการมีเงื่อนไขทั้งเงินลงทุนและสถานที่ตั้ง ผู้ศึกษาเห็นว่าของประเทศอินโดนีเซียกำหนดรายการธุรกิจบริการที่ห้ามไว้หลายรายการเช่นเดียวกับประเทศไทยที่เน้นการปกป้องธุรกิจให้คนชาติแต่รายการธุรกิจที่กำหนดมีความชัดเจนมากกว่าเนื่องจากไม่มีคำว่าธุรกิจบริการอื่น และธุรกิจบริการที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและโครงสร้างพื้นฐาน เช่น บริการการก่อสร้างมีการกำหนดสัดส่วนคนต่างชาติให้ลงทุนได้มากขึ้น เป็นการขยายโอกาสสำหรับการลงทุนในธุรกิจบริการก่อสร้างอย่างชัดเจน

ส่วนประเทศเวียดนามกำลังมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการลงทุนให้เป็นฉบับเดียวที่สามารถใช้ครอบคลุมได้กับคนต่างชาติและคนชาติเพื่อให้สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเกี่ยวกับคนชาติในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ ประเทศเวียดนามจึงพัฒนากฎหมายการลงทุนอย่างต่อเนื่อง จึงเป็นผลดีต่อต่างชาติที่จะเข้าไปลงทุน กฎหมายธุรกิจการค้าบริการที่พัฒนาไปเช่นการยกเลิกเงื่อนไขที่ห้ามนักลงทุนชาวต่างชาติถือหุ้นในกิจการของชาวเวียดนามเกินร้อยละ 30 ส่วนในประเภทธุรกิจที่ต้องใช้เทคโนโลยีสูงหรือเทคโนโลยีใหม่จะมีข้อกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถจ้างผู้จัดการหรือผู้เชี่ยวชาญที่เป็นคนต่างชาติได้ นอกจากนั้น เวียดนามส่งเสริมให้มีกิจการร่วมทุนตามกฎหมายของบริษัทร่วมทุน (Joint Venture) โครงการที่ต้องทำเป็นสัญญาร่วมลงทุนธุรกิจหรือกิจการร่วมค้า เป็นโครงการขนาดใหญ่ เช่น การขุดค้นทรัพยากรธรรมชาติและน้ำมัน

การขนส่งทางอากาศ ทางรถไฟ ทางทะเล การขนส่งผู้โดยสารและการก่อสร้างทางเรือ การก่อสร้างทางอากาศยาน ยกเว้นกรณีทำสัญญา ลักษณะสร้าง-ให้บริการ-โอนทรัพย์สิน (Build-Operate-Transfer: BOT) สัญญาลักษณะสร้าง-โอนทรัพย์สิน-ให้บริการ (Build-Transfer-Operate: BTO) หรือ สัญญาลักษณะสร้าง-โอนทรัพย์สิน (Build-Transfer: BT) ส่วนประเภทธุรกิจที่ห้ามต่างชาติกำหนดไว้ตามเกณฑ์ทั่วไป ได้แก่ โครงการที่เป็นอันตรายต่อกองทัพ ความมั่นคง และกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ โครงการที่ถือว่าเป็นอันตรายต่อประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม จริยธรรม และสิ่งตกทอดจารีต ประเพณีอันดีงามของเวียดนาม เป็นต้น¹⁴ จึงเห็นได้ว่าประเทศเวียดนามใช้กฎหมายการลงทุนเป็นหลักในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนธุรกิจของคนต่างชาติ

สำหรับประเทศจีนแม้จะมีการปกครองแบบคอมมิวนิสต์แต่ได้มีการปฏิรูปเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับการเปลี่ยนแปลงของตลาดโลกและเป็นประเทศผู้นำด้านเศรษฐกิจของโลกอีกประเทศหนึ่ง ตัวอย่างเช่น ธุรกิจบริการโลจิสติกส์มีการปรับปรุงรูปแบบการให้บริการจากเดิมรัฐบาลจีนเป็นผู้ให้บริการและควบคุมระบบธุรกิจบริการโลจิสติกส์ การกระจายสินค้าอุปโภคบริโภคเองทั้งหมดโดยควบคุมจากส่วนกลางมีกระทรวงแบ่งหน้าที่กันรับผิดชอบตามส่วนงานเช่น ส่วนการ

ดูแลโรงงานผลิต การจัดหาวัตถุดิบ การผลิต การกระจายสินค้า การขนส่งสินค้า มีระบบบังคับบัญชาสั่งการจากรัฐบาลกลางเป็นระบบที่ไม่ต้องพึ่งพาการตลาด การส่งเสริมการขาย การให้บริการคลังสินค้า การโฆษณา หรือการให้บริการหลังการขาย แต่หลังจากปฏิรูปเศรษฐกิจรัฐบาลจีนมีแนวคิดในทางเศรษฐกิจเปลี่ยนไปโดยนำระบบเศรษฐกิจแบบผสมมาใช้จึงได้จัดการแปรรูปรัฐวิสาหกิจส่งผลดีทำให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจบริการจัดตั้งวิสาหกิจได้รับสัมปทานได้ และมีการร่วมลงทุนกับนักลงทุนต่างชาติผลิตสินค้าและบริการต่าง ๆ ได้มากขึ้น ธุรกิจบริการโลจิสติกส์ด้านการขนส่งภายในประเทศจีนคงสงวนไว้ให้รัฐวิสาหกิจของจีนทั้งระดับมณฑลและระดับประเทศแต่ได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของรัฐบาลลดลงไว้ชัดเจนมากขึ้น เช่น ด้านการขนส่งและการจัดการคลังสินค้าให้รัฐวิสาหกิจถือหุ้นร้อยละ 90 ด้านการผลิตสินค้าทั่วไปรัฐวิสาหกิจถือหุ้นร้อยละ 45¹⁵

จากการสัมภาษณ์นักวิชาการ นักกฎหมาย ผู้เชี่ยวชาญและผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นว่าธุรกิจบริการมีความจำเป็นและต้องขยายโอกาสทางการลงทุนโดยตรงจากต่างชาติ การมีบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติฯ ห้ามไม่ให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจบริการแม้จะมีความจำเป็นเพื่อความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศ แต่อย่างไรก็ตามปัจจุบันประเภทธุรกิจ

¹⁴กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, *รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม* (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2557) 87.

¹⁵วันรักษ์ มิ่งมณีนาคนิ, *สารานุกรมเศรษฐกิจจีน* (กรุงเทพฯ: นวัตกรรมการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2548) 129.

บริการมีความหลากหลายมากกว่าเมื่อปี พ.ศ. 2515 บางประเภทธุรกิจเคยไม่อนุญาตแต่การไม่อนุญาตก่อให้เกิดผลเสียต่อผู้บริโภค ตัวอย่างเช่น ธุรกิจบริการซ่อมรถยนต์ซึ่งก่อนหน้านี้คนไทยให้บริการซ่อมรถยนต์เองไม่ได้เนื่องจากคนไทยไม่มีความชำนาญด้านเทคโนโลยีของยุโรป จึงเป็นธุรกิจบริการที่จำเป็นและต้องการบุคลากรต่างชาติก็ทั้งเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขันซึ่งไม่ใช่ความไม่พร้อมด้านเงินทุน แต่เป็นด้านองค์ความรู้ทางเทคนิคขั้นสูงซึ่งคนไทยไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญคิดค้นขึ้นมาเองจึงต้องอาศัยองค์ความรู้จากผู้ประดิษฐ์คิดค้น หากคนต่างชาติมาประกอบกิจการซ่อมรถยนต์ในประเทศแต่ขออนุญาตไม่ได้เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการแข่งขันจะเป็นผลเสียต่อผู้บริโภคทำให้ขาดโอกาสในการรับบริการที่จำเป็นทางเทคนิคเฉพาะ ปัจจุบันนี้ธุรกิจบริการลักษณะนี้เป็นธุรกิจอื่นต้องได้รับอนุญาตก่อนซึ่งอาจได้รับอนุญาตหรือไม่ก็ได้

นอกจากนั้นผู้ให้สัมภาษณ์เห็นว่าธุรกิจบริการที่อาศัยเทคโนโลยีขั้นสูงจากต่างชาติจำเป็นต้องอนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจซึ่งบริษัทต่างชาติต้องจดทะเบียนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีขั้นตอนในการยื่นขอจดทะเบียนจัดทำหนังสือบริคณห์สนธิซึ่งมีระยะเวลาในการดำเนินการ หากดำเนินการผ่านขั้นตอนการจัดตั้งบริษัทแล้วไม่ควรต้องมาผ่านขั้นตอนการขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อีกจะช่วยให้ประหยัดระยะเวลาลดขั้นตอนในการเริ่มดำเนิน

ธุรกิจ ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยและเห็นว่าขั้นตอนการขออนุญาตเป็นกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ กรมฯ ที่ตั้งไว้ว่าจะอนุญาตหรือไม่อาจผูกผันไปได้ตามเหตุปัจจัยนโยบายของกระทรวงและความคิดเห็นของคณะกรรมการที่อยู่ในวาระขณะนั้นซึ่งแตกต่างกันไปตามสถานการณ์และนโยบายของผู้บริหาร ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่ให้ความเห็นไปในทางเดียวกันว่าการนำรายการธุรกิจบางรายการออกจากบัญชี 3 เพื่อกำหนดธุรกิจรายการที่ไม่ต้องขออนุญาตจะมีผลดี ทั้งนี้จึงต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของเศรษฐกิจทั้งระดับภูมิภาคและระดับโลกด้วย ผลดีประการแรกเป็นผลโดยตรงต่อผู้ประกอบการธุรกิจต่างชาติเนื่องจากประหยัดค่าใช้จ่ายค่าธรรมเนียมและประหยัดเวลาในการจัดตั้งธุรกิจ และผลดีต่อผู้ประกอบการที่เกี่ยวข้องกับการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เช่น ด้านแรงงานที่ต้องใช้บุคลากรหลายฝ่าย ด้านค่าใช้จ่าย ระยะเวลาและขั้นตอนกระบวนการขออนุญาต รวมถึงค่าใช้จ่ายส่วนกลางของทางราชการ และที่สำคัญถือเป็นการลดระเบียบขั้นตอนเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจแก่คนต่างชาติ

ดังนั้น ผู้ศึกษาเห็นว่าพ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แม้จะถือว่าเป็นกฎหมายรองรับการประกอบธุรกิจบริการของคนต่างชาติ แต่มีประเด็นที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการของคนต่างชาติและประเด็นความไม่ชัดเจนของกฎหมายในการกำหนดรายการธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติไว้ เมื่อเปรียบเทียบ

กับกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศสิงคโปร์มีการลดอุปสรรคการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในธุรกิจบริการ เช่น การกำหนดทุนจดทะเบียนขั้นต่ำไว้ที่ 1 เหรียญสิงคโปร์และกำหนดธุรกิจที่ห้ามไว้ชัดเจนไม่ใช่คำว่าธุรกิจบริการอื่น เช่นกันกับในประเทศอื่น ๆ จะไม่กำหนดห้ามต่างชาติประกอบ “ธุรกิจบริการอื่น” ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการอย่างหนึ่ง นอกจากนั้นรายการธุรกิจบริการที่ห้ามประกอบธุรกิจโดยใช้คำครอบคลุมว่า “ธุรกิจบริการอื่น” ทำให้เนื้อหาของกฎหมายมีความไม่ชัดเจนการตีความขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นอกจากนั้น ยังมีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดด้วยการกำหนดทุนขั้นต่ำในการเริ่มดำเนินกิจการอย่างน้อย 2 ล้านบาทและข้อจำกัดในการนำและส่งเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศ รวมถึงการกำหนดคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อควบคุมสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติซึ่งไม่สามารถควบคุมอย่างได้ผลในทางปฏิบัติ มีการกำหนดรายการธุรกิจบริการที่ห้ามไว้ในบัญชี 3 ซึ่งบางรายการควรนำออกจากบัญชี 3 และบัญชี 3 ควรได้รับการจัดกลุ่มธุรกิจบริการให้เป็นหมวดหมู่มากยิ่งขึ้น ซึ่งผู้ศึกษาเห็นว่าในข้อ 21 คำว่าธุรกิจบริการอื่น สามารถทำให้เกิดความชัดเจนได้ และรายการในบัญชี 3 สามารถปรับปรุงแก้ไขได้หรือแม้กระทั่งหากต้องการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติอาจไม่ต้องควบคุมโดยการกำหนดบัญชี 3 แต่สามารถควบคุมได้โดยกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้สามารถขยายความให้ครอบคลุมการใช้อำนาจในการบริหารจัดการที่แท้จริงของคนต่างด้าว ผู้ศึกษา

จึงเห็นว่าควรปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อพัฒนากฎหมายให้มีส่วนช่วยส่งเสริมศักยภาพการแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจไทย ทั้งนี้เพื่อลดหรือขจัดอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการ เพื่อดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศด้านธุรกิจบริการและเพื่อส่งเสริมและพัฒนาความสามารถในการแข่งขัน จึงควรออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนตามหลักสากลเรื่องการเปิดเผยข้อมูลอย่างโปร่งใส ผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสามารถแก้ไขคำว่าธุรกิจบริการอื่นในข้อ 21 ให้ชัดเจนโดยกำหนดรายการธุรกิจ ในข้อ 21 บางรายการออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตเพิ่มเติม และควรนำรายการธุรกิจบางรายการออกจากบัญชี 3 ซึ่งถือว่าเป็นการส่งเสริมศักยภาพในการแข่งขันและเป็นการลดอุปสรรคและข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการได้ นอกจากนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายจะส่งผลทางอ้อมต่อการจัดอันดับของธนาคารโลกสำหรับประเทศที่มีความเหมาะสมต่อการเข้าไปประกอบธุรกิจของประเทศไทยดีขึ้น

ข้อเสนอแนะ

ปัจจุบันธุรกิจบริการมีความหลากหลายมากขึ้นและมีความสำคัญต่อความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของไทย กฎหมายที่จะส่งเสริมเศรษฐกิจด้านธุรกิจบริการคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้น การพัฒนากฎหมายการประกอบธุรกิจด้านบริการเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนและส่งผลดีในทางปฏิบัติ

ยิ่งขึ้นในการศึกษาวิจัยนี้จึงได้เสนอแนะแนวทาง เพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย ดังต่อไปนี้

1) จัดกลุ่มธุรกิจในปี 3 เพื่อความชัดเจน

การกำหนดกลุ่มให้ชัดเจนจะทำให้เห็นว่าธุรกิจใดที่ต้องการปกป้องให้คนชาติหรือธุรกิจใดต้องการส่งเสริมให้คนต่างชาติ แบ่งได้เป็นกลุ่มอาชีพดั้งเดิมที่ไม่อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจ กลุ่มธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจสมัยใหม่ที่ต้องการเทคโนโลยีขั้นสูงและคนไทยไม่มีความเชี่ยวชาญและต้องการรับการถ่ายทอดองค์ความรู้จากต่างชาติควรจัดเป็นกลุ่มต้องอนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจได้ซึ่งจะทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติทำความเข้าใจได้ง่ายและมีความชัดเจนว่าธุรกิจใดของอนุญาตได้หรือไม่ได้ โดยการแบ่งกลุ่มธุรกิจในปี 3 ได้ ดังนี้

1.1) กลุ่มอาชีพเดิมและธุรกิจที่เกี่ยวข้องเนื่องต้องสงวนสำหรับคนชาติที่เกี่ยวข้องกับการเกษตร สิ่งแวดล้อม ได้แก่ การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ การทำประมงเฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การทำป่าไม้จากป่าปลูก การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด การผลิตปูนขาว การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช ไม่อนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจ

1.2) กลุ่มธุรกิจบริการที่จำเป็นกับอุตสาหกรรมเดิมและอุตสาหกรรมใหม่ ได้แก่ การทำกิจการทางบัญชี การทำกิจการบริการกฎหมาย การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการทางบริการวิศวกรรม การบริการ

ก่อสร้าง การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน อนุญาตให้ต่างชาติประกอบธุรกิจได้อย่างมีเงื่อนไข

1.3) กลุ่มธุรกิจบริการอื่นที่ไม่ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงหรือเงินลงทุนสูงหรือผู้เชี่ยวชาญต่างชาติจัดเป็นกลุ่มที่คนไทยมีความพร้อมในการแข่งขัน ได้แก่ การทำกิจการโฆษณา และการทำธุรกิจบริการอื่นที่กำหนดรายการได้ควร อนุญาตให้ต่างชาติประกอบกิจการได้ภายใต้กฎกระทรวงและกฎหมายเฉพาะ

2) นำธุรกิจบริการบางรายการออกจากบัญชี 3

บัญชี 3 แนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด เป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างชาติจึงห้ามต่างชาติมีกำหนดไว้ 21 รายการ ซึ่งการกำหนดรายการประเภทธุรกิจ 20 ข้อแรกมีหลายรายการที่คนไทยมีความพร้อมในการแข่งขันกับคนต่างชาติ เช่น ธุรกิจบริการที่ไม่ต้องใช้เทคโนโลยีและเงินทุนสูงและเป็นธุรกิจบริการที่ไม่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญจากต่างชาติ ได้แก่ การทำกิจการบริการทางบัญชี การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการบริการทางวิศวกรรมทั่วไป การทำกิจการบริการทางการก่อสร้างทั่วไป การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน การบริการค้าปลีก การบริการค้าส่ง ธุรกิจบริการซ่อมแซมบำรุงเครื่องจักรเครื่องมือ อุปกรณ์ทั่วไป ธุรกิจบริการรับจ้างผลิตเสื้อผ้า เครื่องจักร อะไหล่รถยนต์ทั่วไป ธุรกิจบริการบริหารจัดการ ธุรกิจบริการบริหารและควบคุม

สินค้า ธุรกิจบริการเป็นที่ปรึกษาให้คำแนะนำ และบริการโฆษณา ส่วนธุรกิจที่มีความจำเป็น ต้องใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและต้องอาศัยบุคลากร จากต่างชาติเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมในการ แข่งขัน ได้แก่¹⁶ ธุรกิจทางวิศวกรรมที่ต้องใช้ เทคโนโลยีหรือความชำนาญเป็นพิเศษ ธุรกิจก่อสร้างสาธารณูปโภคหรือสิ่งที่ต้องใช้ เทคโนโลยีหรือความชำนาญเป็นพิเศษ ธุรกิจ บริการซ่อมแซม บำรุงเครื่องจักร เครื่องมือ อุปกรณ์เฉพาะทาง ธุรกิจบริการรับจ้างผลิต เครื่องจักร อะไหล่เครื่องยนต์ อะไหล่รถยนต์ ที่ต้องใช้เทคโนโลยีหรือความชำนาญพิเศษ และธุรกิจบริการรับจ้างชุดเจาะก๊าซธรรมชาติ น้ำมันดิบ เป็นต้น

ธุรกิจบริการที่ไทยมีความพร้อมในการ แข่งขันแต่หากคงกำหนดเป็นธุรกิจที่คนไทยไม่มี ความพร้อมในการแข่งขันจะเป็นการปิดกั้นความ สามารถที่พร้อมแข่งขันของผู้ประกอบธุรกิจไทย ตลอดจน โอกาสในการได้รับองค์ความรู้ที่จะรับ การถ่ายทอดจากการพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูงจาก ต่างชาติ แต่ทั้งนี้การทบทวนบัญชี 3 ต้องคำนึงถึง ธุรกิจที่ไม่มีผลกระทบต่อผู้ประกอบการ ไทย ธุรกิจที่ต่างชาติสนใจเข้ามาลงทุนและสำคัญต่อ เศรษฐกิจของประเทศตลอดจนธุรกิจที่มีบทบาท รองรับเศรษฐกิจในยุคปัจจุบัน ดังนั้น ควรนำ ธุรกิจบริการบางรายการออกจากบัญชี 3 เพื่อ พัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน นอกจากนี้ ผู้ศึกษาเห็นว่า การใช้คำว่าคนไทยไม่มีความพร้อม

ที่จะแข่งขันจะคงไว้ได้ในระยะเวลาหนึ่ง แต่ใน ระยะยาวคงต้องปรับตามแนวโน้มการลงทุนใน ธุรกิจบริการใหม่ ๆ และการแบ่งปันทางเศรษฐกิจ ฉะนั้น ธุรกิจบริการบางรายการเช่น การบริการ โฆษณา สามารถนำออกจากบัญชี 3 ได้ บัญชี 3 จึงต้องปรับปรุงแก้ไขให้สอดคล้องตาม ยุทธศาสตร์การส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจาก ต่างชาติและเพิ่มศักยภาพในการแข่งขันทั้งในและ นอกประเทศ

3) กำหนดธุรกิจในข้อ 21 บัญชี 3 คำว่า “ธุรกิจอื่น” ให้ชัดเจน

การกำหนดคำที่ใช้ในข้อ 21 ว่าทำธุรกิจ บริการอื่นซึ่งครอบคลุมทุกรายการธุรกิจไม่ได้ ระบุว่ามีการใดบ้างการอนุญาตหรือไม่จึงเป็น คุณพินิจของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติที่ต้องการขอ อนุญาตจึงคาดการณ์ไม่ได้ว่าจะมีรายการธุรกิจใด บ้างอนุญาตหรือธุรกิจใดบ้างที่ไม่อนุญาตซึ่งจะ ส่งผลถึงการเตรียมเงินลงทุนที่ต้องชำระอย่างน้อย ร้อยละยี่สิบห้าในช่วงแรกและการวางแผนกู้ยืม เงินเพื่อลงทุนประกอบธุรกิจบริการ นอกจากนั้น คำที่ครอบคลุมธุรกิจบริการทุกประเภทในข้อ 21 อาจทำให้เกิดข้อจำกัดหรืออุปสรรคต่อการเข้าสู่ ตลาดการลงทุนในธุรกิจบริการ เนื่องจากรายการ ธุรกิจบริการที่ไม่กำหนดรายการไว้ในข้อ 1 - 20 จะถือเป็นข้อ 21 ในบัญชี 3 เพื่อให้กฎหมายมี ความชัดเจนมีแนวทางปรับปรุงแก้ไขข้อ 21 ได้ ดังนี้

¹⁶สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, การวิเคราะห์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่รับจ้าง ดำเนินงานให้ภาคเอกชน (นนทบุรี: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2547) 7-10.

3.1) การกำหนดรายการธุรกิจบริการอื่นที่กำหนดได้ในข้อ 21 ให้ชัดเจนโดยออกเป็นกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาต หรือ

3.2) แก้ไขคำว่า การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้น ธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง แก้ไขเป็น ธุรกิจอื่นสามารถทำได้เว้นแต่จะกำหนดในกฎกระทรวงเป็นกรณีไป หรือธุรกิจอื่นที่กำหนดห้ามไว้โดยกฎกระทรวง

การแก้ไขอย่างใดอย่างหนึ่งจะทำให้ข้อ 21 ในบัญชี 3 เป็นไปในทาง positive list มากขึ้น ย่อมเกิดผลดีต่อการแข่งขันทางการลงทุนในธุรกิจการค้าบริการและเป็นผลดีต่อผู้บริโภคในที่สุด

3.3) ธุรกิจบริการที่ควรกำหนดเป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ในข้อ 21 เพราะเป็นธุรกิจบริการที่ต้องอาศัยผู้เชี่ยวชาญและองค์ความรู้จากต่างชาติและเป็นธุรกิจบริการที่ส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ได้แก่

- (ก) บริการให้แก่บริษัทในเครือ/ในกลุ่ม
- (ข) บริการเป็นสำนักผู้แทน หรือสำนักงานภูมิภาค
- (ค) บริการด้านคอมพิวเตอร์
- (ง) บริการซ่อมแซมบำรุงรักษาเครื่องจักร เครื่องมือ

(จ) บริการรับจ้างผลิต

(ฉ) บริการเป็นที่ปรึกษาโครงการให้กับภาครัฐหรือรัฐวิสาหกิจ

4) จัดการอบรมให้ผู้ประกอบธุรกิจเข้าใจความรับผิดชอบต่อสังคม

จัดการอบรมจริยธรรมและความมีจรรยาบรรณของผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติและให้มีผลถึงการออกใบอนุญาตในการทำธุรกิจ เช่น ธุรกิจบริการโฆษณา ไม่จำเป็นต้องนำมาขออนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อใช้อำนาจในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจ แต่ควรใช้วิธีให้ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต้องผ่านการอบรมโดยบัญญัติกฎหมายให้ผู้ประกอบธุรกิจต้องอบรมจนเข้าใจและมีความรับผิดชอบต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจโฆษณาต้องตรวจสอบเนื้อหาในโฆษณาของตัวเองอย่างรอบคอบก่อน ซึ่งมีผลต่อการออกใบรับรองให้กับงานโฆษณาที่ดำเนินการได้ถูกต้องตามที่กำหนด ใบรับรองที่ได้รับสามารถนำไปใช้กับสถานีโทรทัศน์และสื่อต่างๆ ได้ หากเนื้อหาโฆษณาใดๆ บนสื่อโฆษณาไม่เป็นความจริง บิดเบือนหรือหลอกลวง ถือว่าละเมิดกฎหมายจะมีผลกระทบต่อผู้ประกอบธุรกิจและการออกใบรับรองการโฆษณาต่อไป



Bibliography

- กฎหมายการค้าการลงทุนระหว่างประเทศ, (กรุงเทพฯ: ไอ เอ็ม บู้คส์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2551).
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *รอบรู้เรื่องการลงทุนในอาเซียน: สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม*, (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2557).
- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, *รอบรู้ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ASEAN Economic Community : AEC*. (นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์, 2557).
- ทัชชมัย ฤกษ์สุต, *แอกต์และองค์การการค้าโลก (WTO)* (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2546).
- พรเทพ เบญญาอภิกุล, *GATs ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการโครงการ WTO Watch* (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548).
- ศูนย์บริการข้อมูลเศรษฐกิจระหว่างประเทศ กรมเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, *กรอบความร่วมมือเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (1 เมษายน 2557) กระทรวงการต่างประเทศ* <[http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา\(-UNC.html](http://www.mfa.go.th/business/th/cooperations/252/16503-การประชุมสหประชาชาติว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศและการพัฒนา(-UNC.html)>.
- ชัยภัทร ทั้งทอง, *การใช้อำนาจดุลพินิจในนิติกรรมทางปกครองและความรับผิดชอบทางอาญาของเจ้าหน้าที่รัฐ* (นิติศาสตร์ดุสิตบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2558).
- วันรักษ์ มิ่งมณีนาคิน, *สารานุกรมเศรษฐกิจจีน* (กรุงเทพฯ: นำอักษรการพิมพ์, พิมพ์ครั้งที่ 2, 2548).
- สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, *การวิเคราะห์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่รับจ้างดำเนินงานให้ภาคเอกชน* (นนทบุรี: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2547).
- สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา (องค์การมหาชน), *การแสวงหาประโยชน์และโอกาสจากความตกลงการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services: AFAS) ในภาคธุรกิจการขนส่งโลจิสติกส์* (กรุงเทพมหานคร: สหมิตรพรินต์ติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2558).

ฝ่ายความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องคู่ทางและโอกาสการส่งออก และผลกระทบจากการมีเขตการค้าเสรีอาเซียน รายงานหลักเล่มที่ 1 ผลกระทบต่อเศรษฐกิจมหภาค การค้า และการลงทุนจากต่างประเทศ (กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2539).

สถาบันระหว่างประเทศเพื่อการค้าและการพัฒนา, โอกาสและอุปสรรคการลงทุนภายใต้ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียนเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (AEC) (กรุงเทพฯ: ออนป้า, 2557).

Doing Business 2008, *Country Briefing- Vietnam*, International Finance Corporation (15 October 2016) World Bank Group <<http://siteresources.worldbank.org/INTVIETNAM/Resources/VN-Brief-DoingBusiness2008-ENG.pdf>>.

Koty, Chipman Alexander, *China's 2017 Foreign Investment Catalogue Opens Access to New Industries* (5 Jan 2018) <<http://www.chinabriefing.com/news/2017/07/11/china-releases-2017-foreign-investment-catalogue-opening-access-new-industries.html>>.

McGraw-Hill Education, *Introduction to Singapore Business Law* (Singapore: The McGraw-Hill Companies, 2002).

Siswanto, Ari and Hutajulu, Marihot Janpieter. 2018. *The reform of the Indonesian competition law to anticipate ASEAN economic community*. (5 May 2018) *Nurlinda* <<http://journal.unpad.ac.id/pjih/article/view/16317/8886>>.

Handayani, Tri, Abubakar, Lastuti Supraba Sekarwati W, Ida. 2018. *STRENGTHENING INDONESIAN BANKING INDUSTRY TO COMPLY WITH ASEAN BANKING INTEGRATION FRAMEWORK CONCERNING RECIPROCITY AND GAP-REDUCTION PRINCIPLES*. (5 May 2018) *Nurlinda* <<http://journal.unpad.ac.id/pjih/article/view/16878/8889>>.

UNCTAD NATION, *Global action menu for investment facilitation* (3 May 2016) UNCTAD's Global Action Menu for Investment Facilitation <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Upload/Documents/Investment-Facilitation_Review%20Note%203%20feb.pdf>.

Ozawa, Terutomo, *The (Japan – Born) ‘Flying – Geese’ Theory of Economic Development Revisited and Reformulated from a Structuralist Perspective* (2 October 2017) ResearchGate <https://www.researchgate.net/publication/228030432_The_Japan-Born_and_’Flying-Geese’_Theory_of_Economic_Development_Revisited_- Reformulated_from_a_Structuralist_Perspective>.

WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2017 Equal opportunity for all* (31 October 2017) doingbusiness <<http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>>.

WORLD BANK GROUP, *Doing Business 2018 Equal opportunity for all* (1 November 2018) doingbusiness <<http://www.doingbusiness.org/content/dam/doingBusiness/media/Annual-Reports/English/DB17-Report.pdf>>.

World Trade Organization, *Basic Purpose and Concepts, 1.3 Definition of Services Trade and Modes of Supply* (31 October 2017) WTO <https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/cbt_course_e/c1s3p1_e.htm>.

