

แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว:
กรณีศึกษาประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน
(ฉบับสมบูรณ์)

Mr. Lin Yifan นายหลินอี้ฟาน

เอกสารนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
ปีการศึกษา 2563

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของเอกสารที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของเอกสารที่ส่งผ่านทางคณะที่สังกัด

The abstract and full text of individual study in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)

are the individual study authors' files submitted through the faculty.

หัวข้อเอกัตศึกษา แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบ
ธุรกิจของคนต่างด้าว:กรณีศึกษาประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

โดย Mr. Lin Yifan นายหลินอี้ฟาน

รหัสประจำตัว 628 00933 34

หลักสูตร ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หมวดวิชา กฎหมายธุรกิจทั่วไป

อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์. ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์

ปีการศึกษา 2563

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้เอกัตศึกษานี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ

ลงชื่อ..........อาจารย์ที่ปรึกษา
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์. ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์)

กิตติกรรมประกาศ

เอกัตศึกษาทางกฎหมายเศรษฐกิจและธุรกิจเล่มนี้สำเร็จสมบูรณ์ได้ด้วยดีเพราะได้รับความกรุณาชี้แนะและความช่วยเหลืออย่างดียิ่งจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์. ดร.ศุภศิษฏ์ ทวีแจ่มทรัพย์ ที่ให้คำแนะนำและตรวจแก้ไขข้อบกพร่องมาโดยตลอด ตั้งแต่เริ่มต้นจนสำเร็จเรียบร้อย ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณด้วยความเคารพอย่างสูงไว้ ณ โอกาสนี้ และขอบคุณอาจารย์ท่านทั้งหลายที่เป็นผู้สอนวิชาต่าง ๆ ของข้าพเจ้าที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งสอนให้ข้าพเจ้าเข้าใจหลักนิติธรรมอย่างถ่องแท้ เรียนรู้การให้เหตุผลและตีความกฎหมาย และใช้ตรรกะในกระบวนการคิด ซึ่งล้วนเป็นสิ่งล้ำค่าสำหรับข้าพเจ้า

ข้าพเจ้าเกิดในสมัยรัชกาลที่ ๙ สอบเข้าเรียนเอกภาษาไทยในชั้นปริญญาตรีที่มหาวิทยาลัยนานาชาติศึกษาแห่งนครเชียงใหม่ พ.ศ. ๒๕๕๐ ในกรณีนี้ ข้าพเจ้าขอบพระคุณอาจารย์ท่านทั้งหลายที่เคยวางหลักภาษาไทยให้แก่ข้าพเจ้า ซึ่งทำให้ข้าพเจ้ามีโอกาสในการซาบซึ้งพระมหากรุณาธิคุณอันหาที่สุดมิได้ของพระมหากษัตริย์ไทยทุกพระองค์ที่มีต่อแผ่นดินไทย และชื่นชมความมีเสน่ห์ของไทยอันเป็นเอกลักษณ์ของตน

หลังจากที่เรียนจบชั้นปริญญาตรีเสร็จ ข้าพเจ้าใช้ภาษาไทยในการทำงานตลอดระยะเวลา ๑๐ ปี ในกรณีนี้ ข้าพเจ้าขอบพระคุณบริษัท SAIC Motor Corporation Limited และ CAS Innovation Cooperation Center(Bangkok) ที่ให้โอกาสข้าพเจ้าในการพัฒนาทักษะการใช้ภาษาไทยได้เจริญยิ่ง ๆ ขึ้นไป จนเกิดแรงบันดาลใจสมัครเรียนต่อหลักสูตรศิลปศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชากฎหมายเศรษฐกิจ ที่คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๒

สุดท้ายนี้ ข้าพเจ้าขอบพระคุณบิดา มารดา และครอบครัวที่คอยเลี้ยงดูและให้คำแนะนำตลอดระยะเวลา ๓๒ ปี ข้าพเจ้าจึงขออุทิศความดีที่มีในการศึกษาครั้งนี้แต่บิดา มารดาและครอบครัว และขอรับผิดชอบข้อบกพร่องแต่ข้าพเจ้าเพียงผู้เดียว

สารบัญ

บทที่ ๑ บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษา

๑.๓ ขอบเขตของการศึกษา

๑.๔ สมมติฐานของการศึกษา

๑.๕ วิธีดำเนินการศึกษา

๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

บทที่ ๒ ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

๒.๑ ความจำเป็นของการลงทุนจากต่างประเทศ

๒.๑.๑ รูปแบบการค้าการบริการระหว่างประเทศ

๒.๑.๒ ความเป็นมาของการค้าการบริการระหว่างประเทศในประเทศไทย

๒.๑.๓ ความจำเป็นของการค้าการบริการระหว่างประเทศในประเทศไทย

๒.๒ หลักความเหมาะสมในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ

๒.๒.๑ บุคคลธรรมดาคนต่างชาติ

๒.๒.๒ นิติบุคคลคนต่างชาติ

๒.๓ หลักความได้สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ

๒.๓.๑ การคุ้มครองผลประโยชน์ชาติ

๒.๓.๒ หลักความได้สัดส่วน

๒.๔ หลักไม่เลือกปฏิบัติและการควบคุมเท่าที่จำเป็น

๒.๔.๑ รูปแบบมาตรการการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

๒.๔.๒ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ

๒.๔.๓ กรอบการใช้อำนาจควบคุมจากภาครัฐ

บทที่ ๓ ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

๓.๑ หลักการสำคัญของความตกลงองค์การการค้าโลก

๓.๑.๑ สาระสำคัญของ WTO

๓.๑.๒ สาระสำคัญของ GATS

๓.๒ หลักการสำคัญของความตกลงระดับภูมิภาคที่ประเทศเป็นภาคีสมาชิก

๓.๒.๑ ความตกลง ATISA

๓.๒.๒ ความตกลง RECP

บทที่ ๔ กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของประเทศไทย

๔.๑ สภาพปัญหาของการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในประเทศไทย

๔.๑.๑ ความเป็นมาของกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

๔.๑.๒ สภาพปัญหาของกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

๔.๒ แนวทางการแก้ปัญหาด้วยการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่

๔.๒.๑ สาระสำคัญของกฎหมายฉบับใหม่

๔.๒.๒ ข้อดีเด่นของกฎหมายฉบับใหม่

๔.๓ ผลของการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่

บทที่ ๕ บทวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจคน

ต่างชาติของประเทศไทย

๕.๑ ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

๕.๒ สภาพปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

๕.๓ การเปรียบเทียบการประกอบธุรกิจคนต่างชาติระหว่างจีนกับไทย

๕.๓.๑ ข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีน

๕.๓.๒ ข้อเสียของการนำใช้แนวทางของจีน

๕.๔ การวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

บทที่ ๖ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๖.๑ บทสรุป

๖.๒ ข้อเสนอแนะ

บรรณานุกรม

บทที่ ๑ บทนำ

๑.๑ ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากประเทศต่าง ๆ มีทรัพยากรและกำลังพัฒนาที่แตกต่างกัน จึงไม่สามารถผลิตสินค้าหรือให้บริการทุกประเภทด้วยตัวเอง ด้วยเหตุนี้ การค้าการค้าการบริการระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้น เพื่อแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการที่ประเทศของตนขาดกัน

การพัฒนาทางเศรษฐกิจของไทยมีการพึ่งพาการค้าการบริการระหว่างประเทศในระดับสูง ตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นจนถึงปัจจุบัน คนต่างชาติหลั่งไหลเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ไม่ว่าจะเป็นชาวจีนที่เริ่มเข้ามาทำค้าขายในสมัยรัชกาลที่ ๓ หรือชาวตะวันตกที่เข้ามาสร้างภาคอุตสาหกรรมทันสมัยใหม่ หลังสมัยรัชกาลที่ ๕ คนต่างชาติเหล่านั้น ต่างมีคุณูปการสำหรับการขยายตัวของเศรษฐกิจไทย^๑

ในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยได้ประกาศใช้ยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปีภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐^๒ โดยมีแนวทางในการเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ เพื่อนำพาประเทศไทยเข้าสู่ Thailand 4.0^๓ การส่งเสริมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาตินั้นจึงมีความจำเป็นยิ่งต่อการบรรลุเป้าหมายดังกล่าว

นอกจากประเทศไทยแล้ว ประเทศอื่น ๆ ต่างมีนโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ แต่่นโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศมักจะสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ ดังนั้น ประเทศต่าง ๆ จึงอาจจะใช้อำนาจอรัฐในการกำหนดรูปแบบวิธีที่แตกต่างกันในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ แต่ทั้งนี้ การใช้อำนาจอควบคุมของภาครัฐไม่ว่าวิธีใด สมควรกำหนดนิยามของคนต่างชาติให้เหมาะสม สร้างเสถียรภาพระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติตามหลักความได้สัดส่วน และควรสอดคล้องกับหลักไม่เลือกปฏิบัติและการควบคุมเท่าที่จำเป็น

ในการศึกษาความตกลงของ WTO และความตกลงระดับภูมิภาค เช่น ความตกลง ATISA และความตกลง RECP ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก เห็นแนวโน้มที่ชัดเจนว่า ประเทศต่าง ๆ ยอมรับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมเท่าที่จำเป็น เพื่อให้การค้าการบริการระหว่างประเทศไปในทิศทางที่ลดการกีดกันทางการค้าและมีความเสรีภาพในการเข้าสู่ตลาด

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นตัวอย่างที่ดีในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ประเทศจีนเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิก WTO เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๔ หลังจากนั้น เริ่มใช้นโยบายการ

๑ พอพันธ์ อูยานนท์. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจแห่งประเทศไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๔.

๒ ราชกิจจานุเบกษา. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

<http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>. ๒๕๖๐.

๓ สถาบันนวัตกรรมการเรียนรู้ มหาวิทยาลัยมหิดล. แล้วเคยรู้มั๊ยว่า ก่อนที่จะมาเป็น Thailand 4.0 จะต้องผ่านอะไรมาก่อน นั้นมาเริ่มกันเลย (ออนไลน์). แหล่งที่มา: <https://il.mahido.ac.th/th/i-Learning-Clinic/general-articles/thailand-4-0-คืออะไร/>. ๒๕๖๑.

ปฏิรูปการเปิดประเทศอย่างจริงจัง โดยประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่เมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๒ แนวทางของกฎหมายจีน คือ รัฐกำหนดนิยามของคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม เน้นปฏิบัติเยี่ยงคนชาติก่อนเข้าสู่ตลาด เว้นแต่ประกอบประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติดำเนินการ (Negative List) รัฐบาลเน้นบทบาทหน้าที่ในการรับฟังความคิดเห็นจากคนต่างชาติและการให้บริการครบวงจรต่อการดำเนินกิจการของคนต่างชาติ หลังจากที่ประกาศใช้กฎหมายนี้ผ่านไปหนึ่งปี การลงทุนจากต่างประเทศได้เพิ่มขึ้นร้อยละ ๔.๕ เมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓ ภายใต้ความท้าทายของวิกฤตโควิด ๑๙

ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งก็คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑^๔ และมีแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่อยมาอยู่จนถึงปัจจุบันคือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เมื่อเปรียบเทียบกับหลักการทั่วไปและความตกลงระหว่างประเทศแล้ว เห็นได้ว่า กฎหมายไทยที่บังคับใช้อยู่ขณะนี้ ไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปของการค้าบริการระหว่างประเทศ โดยไม่ได้กำหนดนิยามของคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติที่ไม่เป็นธรรม และควบคุมเกินความจำเป็น ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติไม่ได้รับความสะดวกในการดำเนินกิจการในประเทศไทย

การกำหนดนิยามของคนต่างชาติที่ไม่เหมาะสมอาจจะก่อให้เกิดบริษัท Nominee ที่มีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างชาติเพื่อหลีกเลี่ยงการขออนุญาตการประกอบธุรกิจต่างด้าว การกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายต้องขออนุญาตก่อนเริ่มประกอบธุรกิจอยู่เสมอ นั้น จำกัดสิทธิและเสรีภาพเกินความจำเป็น แม้ว่ามีวิธีการผ่อนปรนให้ขออนุญาตตามกฎหมายได้ แต่ก็ยังเป็นภาระแก่ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติอยู่ดี เพราะการที่ให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติต้องไปขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงก่อนนั้น เป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ยังทำให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุอันสมควร สภาพการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยในปัจจุบัน จึงไม่ตอบโจทย์ยุทธศาสตร์ชาติและขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

รัฐจะกำหนดกฎหมายในการจำกัดผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติเข้าสู่ตลาดได้ แต่ก็กระทำได้เพื่อรักษาผลประโยชน์ของประเทศเท่านั้น ดังนั้น จึงมีประโยชน์ยิ่งในการวิเคราะห์ศึกษาแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในประเทศไทย เพื่อกำหนดนิยามของคนต่างชาติให้เหมาะสม สร้างเสถียรภาพระหว่างการรักษาผลประโยชน์ของชาติกับการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ทำให้การใช้อำนาจรัฐเป็นธรรมกับทุกฝ่าย

อย่างไรก็ตาม ในประเด็นดังกล่าวนี้ เคยมีการศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของต่างประเทศมาแล้ว แต่ก็อาจจะยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาของประเทศ

^๔ ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ (ออนไลน์) แหล่งที่มา: <https://thaipublica.org/wp-content/uploads/2019/11/ปว-281-ล.pdf>. ๒๕๑๕.

ไทยได้ เนื่องจากประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านั้น ไม่เคยมีกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเหมือนประเทศไทยมาก่อน จึงเป็นบริบทที่แตกต่างกัน แต่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเคยบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจที่มีส่วนเหมือนกฎหมายไทยปัจจุบันนี้ กล่าวคือ ต้องตรวจสอบผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายก่อนเข้าสู่ตลาดเหมือนกับประเทศไทย รัฐบาลจีนได้เล็งเห็นปัญหาที่มีอยู่ จึงได้บังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ เพื่อตอบสนองนโยบายการเปิดประเทศอย่างแท้จริงของภาครัฐและปฏิบัติพันธกรณีกิจของ WTO ต่อนานาประเทศ แนวทางที่ประเทศจีนใช้อยู่นี้อาจจะเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทยในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสม

๑.๒ วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

- (๑) เพื่อศึกษาหลักการทั่วไปที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ
- (๒) เพื่อศึกษาพันธกรณีสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าการบริการระหว่างประเทศ
- (๓) เพื่อศึกษาแนวทางที่สาธารณรัฐประชาชนจีนนำมาใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติกล่าวคือ
- (๔) เพื่อวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทย
- (๕) เพื่อศึกษาแนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทย

๑.๓ สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทยยังไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้กับผู้ประกอบการชาวต่างประเทศที่แท้จริง ซึ่งจำเป็นต้องแก้ไขหรือผ่อนปรน เพื่อสอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปีและนโยบายของภาครัฐในการส่งเสริมการลงทุน ทั้งนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนอาจจะเป็นตัวอย่างสำหรับประเทศไทยในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสม

๑.๔ ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษา Foreign Investment Law of the People's Republic of China (中华人民共和国外商投资法) ของสาธารณรัฐประชาชนจีนและบัญชีประเภทธุรกิจควบคุม (Negative List) วิเคราะห์ปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ และบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว

๑.๕ วิธีการดำเนินการศึกษาวิจัย

-
- (๑) ค้นหาข้อมูลของหลักทั่วไปที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติและความตกลงระหว่างประเทศ เพื่อแสวงหาหลักการใช้อำนาจที่เหมาะสม
 - (๒) ศึกษากฎหมายของประเทศจีน เพื่อเปรียบเทียบความแตกต่าง
 - (๓) ศึกษามาตราของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายปัจจุบัน
 - (๔) การรวบรวมข้อมูลและวิเคราะห์สรุปข้อเสนอแนะและวิธีการแก้ปัญหา

๑.๖ ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- (๑) ทราบถึงหลักการทั่วไปที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ
- (๒) ทราบถึงพันธกรณีสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าการบริการระหว่างประเทศ
- (๓) ทราบถึงแนวทางที่สาธารณรัฐประชาชนจีนนำมาใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ
- (๔) เข้าใจปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทย
- (๕) สรุปได้แนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทย

บทที่ ๒ ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

การค้าการบริการระหว่างประเทศมีความจำเป็นต่อประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก รัฐบาลของแต่ละประเทศต่างมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ด้วยเหตุที่การคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ รัฐย่อมมีอำนาจในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยใช้วิธีการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ ประเภทธุรกิจที่ประสงค์ให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาดำเนินการได้ และรูปแบบการใช้อำนาจแทรกแซงการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ เพื่อให้การประกอบธุรกิจคนต่างชาติของแต่ละประเทศเป็นไปตามวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้ แต่การใช้วิธีการควบคุมดังกล่าว จำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

๒.๑ ความจำเป็นของการค้าการบริการระหว่างประเทศ

เนื่องจากมีความแตกต่างของทรัพยากรธรรมชาติ ความนิยมในการบริโภคสินค้า และต้นทุนในการผลิตสินค้า^๕ รวมไปถึงระดับการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม การค้าการบริการระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้น เพื่อแลกเปลี่ยนสินค้าหรือบริการที่ประเทศของตนขาดแคลนอยู่ กล่าวคือ แต่ละประเทศไม่จำเป็นต้องพัฒนาทุกสินทุกอย่างด้วยตัวเอง สามารถนำเข้าจากประเทศอื่นที่ผลิตสินค้านั้น ๆ ได้ โดยมีต้นทุนต่ำกว่าหรือคุณภาพดีกว่า ในขณะเดียวกัน ประเทศใดที่มีขีดความสามารถในการผลิตสินค้าชนิดใดชนิดหนึ่งที่ต้นทุนต่ำกว่าหรือคุณภาพดีกว่านั้น ก็สามารถส่งออกสินค้าชนิดนั้นได้ เพื่อแลกเปลี่ยนเงินทุนต่างประเทศเข้าคลังแผ่นดิน ดังนั้น การค้าการบริการระหว่างประเทศจึงทำให้แต่ละประเทศสามารถมีสินค้าทุกชนิดที่ตัวเองต้องการได้ โดยไม่ต้องใช้ค่าใช้จ่ายสูงหรือต้องผลิตด้วยตัวเอง อีกทั้ง ยังสามารถเพิ่มขีดความสามารถของประเทศและพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมเจริญยิ่งขึ้นด้วย

๒.๑.๑ รูปแบบการค้าการบริการระหว่างประเทศ

โดยปกติแล้ว การค้าการบริการระหว่างประเทศสามารถแบ่งออกเป็น ๔ รูปแบบ^๖ คือ

(๑) บริการข้ามพรมแดน เป็นการให้บริการจากประเทศหนึ่งไปสู่อีกประเทศหนึ่ง โดยผู้ให้บริการและผู้รับบริการอยู่ที่

(๒) การบริโภคข้ามพรมแดน เป็นการให้บริการที่เกิดขึ้นในประเทศผู้ให้บริการ โดยการเดินทางข้ามพรมแดนเกิดขึ้นโดยผู้รับบริการ

^๕ ทักษิณีย์ (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ GATT และ WTO :บททั่วไป. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๐.

^๖ ไกรจักร ธีรตยาสินันท์ และศักดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๓. หน้า ๒๐-๒๑.

(๓) การจัดตั้งทางพาณิชย์ เป็นการบริการผ่านการเข้าไปตั้งสาขาหรือบริษัทของผู้ให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ

(๔) การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา เป็นการบริการโดยผู้ให้บริการซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา เดินทางข้ามพรมแดนเข้าไปให้บริการกับผู้รับบริการในประเทศของผู้รับบริการ

เห็นได้ว่า รูปแบบ ๑ กับ ๒ ไม่ได้เกิดขึ้นในประเทศผู้รับการลงทุน จึงไม่สามารถใช้กฎหมายภายในในการควบคุมกิจการดังกล่าวได้ แต่รูปแบบ ๓ กับ ๔ เป็นการลงทุนจากต่างประเทศต่อประเทศผู้รับลงทุนโดยตรง ซึ่งสร้างผลโดยตรงต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศผู้รับลงทุน โดยเพิ่มผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศ (Gross Domestic Product-GDP) อย่างเห็นได้ชัด การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจึงมีความสำคัญยิ่งต่อประเทศต่าง ๆ

การค้าการบริการระหว่างประเทศในรูป ๓ กับ ๔ นั้นเกิดขึ้นในประเทศไทยมาแต่สมัยโบราณ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสร้างผลดีต่อการพัฒนาเศรษฐกิจไทย

๒.๑.๒ ความเป็นมาของการค้าการบริการระหว่างประเทศในประเทศไทย

ประเทศไทยพัฒนาจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แม้ระบอบการปกครองเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ แต่ไม่ว่าอยู่ระบอบการปกครองใดก็ตาม การค้าการบริการระหว่างประเทศล้วนมีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้นำเงินทุน เทคโนโลยีและแรงงานเข้ามาในประเทศไทย ผลปรากฏที่เห็นได้ชัดก็คือ การขยายเติบโตของกรุงเทพมหานคร การพัฒนาระบบคมนาคม และการเพิ่มสัดส่วนของภาคอุตสาหกรรมใน GDP^๗

(๑) สมัยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์

ในสมัยรัชกาลที่ ๓ ชาวจีนเริ่มอพยพเข้ามาที่ประเทศไทย โดยทำงานเป็นพ่อค้าหรือนักธุรกิจ ชาวจีนมีบทบาทสำคัญในเศรษฐกิจการค้าอุตสาหกรรมและบริการทุก ๆ ระดับทั้งในกรุงเทพฯ และในภูมิภาคอื่น ๆ ชาวจีนเป็นปัจจัยสำคัญต่อการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจการค้าของไทยครั้งแรกของคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙

หลังจากที่ได้ลงนามสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษในสมัยรัชกาลที่ ๔ แล้ว ประเทศไทยได้รับถ่ายทอดความก้าวหน้าทางด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีจากประเทศตะวันตก ผู้ประกอบธุรกิจชาวตะวันตก โดยเฉพาะชาวอังกฤษ ในระยะต่อมามีบทบาทสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจไทย เช่น เป็นผู้ลงทุนในกิจการรถไฟ โรงไฟฟ้า โรงแรม โรงงานอุตสาหกรรม ธุรกิจไม้สัก เหมืองแร่ดีบุก ธุรกิจบริการ และธนาคาร

(๒) สมัยระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

^๗ พอพันธ์ อูยานนท์. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจแห่งประเทศไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๖๔.

ภายหลังการเปลี่ยนระบอบการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เศรษฐกิจไทยได้รับผลกระทบจากต่างประเทศเหมือนเช่นเคย แม้สภาพเศรษฐกิจผันผวนในช่วงสงครามโลก แต่ประเทศไทยได้รับการช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกา ซึ่งสหรัฐอเมริกาได้เข้ามาเป็นผู้นำเศรษฐกิจแทนประเทศอังกฤษหลังสงครามโลกครั้งที่ ๒

ช่วง พ.ศ. ๒๕๐๐-๒๕๑๕ รัฐบาลไทยขณะนั้นมีนโยบายที่เปิดประเทศอย่างกว้างขวาง เพื่อรองรับการลงทุนจากต่างประเทศ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ได้เพิ่มขึ้นตามลำดับ โดยเฉพาะการลงทุนจากสหรัฐอเมริกาและญี่ปุ่น เงินทุนจำนวนมากได้รับนำเข้ามาในระบบเศรษฐกิจไทย ซึ่งมีผลต่อการขยายตัวของภาคอุตสาหกรรมและบริการ จนทำให้อัตราการขยายตัวของภาคอุตสาหกรรมและบริการอยู่ในระดับสูงมาก่อนเกิดวิกฤติทางเศรษฐกิจ พ.ศ. ๒๕๔๐ โครงสร้างเศรษฐกิจไทยก็ได้รับการปรับเปลี่ยนจากภาคเกษตรมาสู่ภาคอุตสาหกรรม

ภายหลังวิกฤติทางเศรษฐกิจ พ.ศ. ๒๕๔๐ ประเทศไทยเริ่มประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อเปิดโอกาสให้แก่การลงทุนจากต่างชาติตามเงื่อนไขของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund-IMF) ซึ่งประเทศไทยได้เข้าโครงการฟื้นฟูเศรษฐกิจของ IMF เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๐

เห็นได้ว่า ที่ผ่านมานั้น การพัฒนาเศรษฐกิจไทยพึ่งพาอาศัยการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้สร้างผลประโยชน์มหาศาลต่อเศรษฐกิจไทย รัฐบาลแต่ละสมัยมีนโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศหลากหลาย จนถึงยุคปัจจุบัน นโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศได้รับการบัญญัติในยุทธศาสตร์ชาติไทยด้วย

๒.๑.๓ ความจำเป็นของการค้าบริการระหว่างประเทศในประเทศไทย

ปัจจุบัน ประเทศไทยประกาศใช้ยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปี (พ.ศ. ๒๕๖๑-พ.ศ. ๒๕๘๐)^๘ ซึ่งยุทธศาสตร์ชาติเป็นส่วนสำคัญของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปีได้กำหนดกรอบแนวทางการพัฒนาประเทศ เพื่อให้ผู้เข้ามาบริหารประเทศแต่ละคณะสามารถกำหนดนโยบายและวิธีดำเนินการที่เหมาะสมต่อไป ดังที่มาตรา ๖๕ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “รัฐพึงจัดให้มียุทธศาสตร์ชาติเป็นเป้าหมายการพัฒนาประเทศอย่างยั่งยืนตามหลักธรรมาภิบาลเพื่อใช้เป็นกรอบในการจัดทำแผนต่าง ๆ ให้สอดคล้องและบูรณาการกันเพื่อให้เกิดเป็นพลังผลักดันร่วมกันไปสู่เป้าหมายดังกล่าว การจัดทำ การกำหนดเป้าหมาย ระยะเวลาที่จะบรรลุเป้าหมาย และสาระที่พึงมีในยุทธศาสตร์ชาติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติ ทั้งนี้ กฎหมายดังกล่าวต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมและการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทุกภาคส่วนอย่างทั่วถึงด้วย”

^๘ ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศเรื่องยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. ๒๕๖๑-๒๕๘๐) (ออนไลน์). แหล่งที่มา: http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/082/T_0001.PDF. ๒๕๖๑.

รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศชาติ การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มี ยุทธศาสตร์ชาตินั้น ทำให้กฎหมายที่ระดับรองลงมาต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติดังกล่าว ยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปี (พ.ศ. ๒๕๖๑-พ.ศ. ๒๕๘๐) ประกอบด้วย ๖ ยุทธศาสตร์ ได้แก่ ๑. ยุทธศาสตร์ชาติด้านความมั่นคง ๒. ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน ๓. ยุทธศาสตร์ด้านการพัฒนาและเสริมสร้างศักยภาพทรัพยากรมนุษย์ ๔. ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างโอกาสและความเสมอภาคทางสังคม ๕. ยุทธศาสตร์ชาติด้านการสร้างการเติบโตบนคุณภาพชีวิตที่เป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อม ๖. ยุทธศาสตร์ชาติด้านการปรับสมดุลและพัฒนาระบบการบริหารจัดการภาครัฐ

ในการนี้ นโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศได้รับการขับเคลื่อนด้วย ยุทธศาสตร์ที่ ๒ ด้านการสร้างความสามารถในการแข่งขัน ซึ่งสำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติได้จำแนกตามประเด็นแผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติที่เกี่ยวข้องมี ๒ ประเด็น^๙

(๑) ประเด็นการต่างประเทศ

แนวทางพัฒนา เสริมสร้างความร่วมมือกับต่างประเทศในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจบนพื้นฐานของนวัตกรรม เพื่อพัฒนาภาคการผลิตและบริการที่จะนำไปสู่การเพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของไทย และให้ไทยเป็นหนึ่งในศูนย์กลางการค้าและการลงทุนของภูมิภาคเอเชีย

(๒) ประเด็นการอุตสาหกรรมและบริการแห่งอนาคต

แนวทางพัฒนา ส่งเสริมให้มีการลงทุนในอุตสาหกรรมและบริการดิจิทัล ข้อมูล และปัญญาประดิษฐ์ ทั้งในประเทศและจากต่างประเทศ และสนับสนุนการสร้างคลัสเตอร์ของ อุตสาหกรรมและบริการเทคโนโลยีดิจิทัล ข้อมูล และปัญญาประดิษฐ์ รวมถึงสนับสนุนให้มีกลไกเพื่อผลักดันการขับเคลื่อนอุตสาหกรรมและบริการดิจิทัล ข้อมูล และปัญญาประดิษฐ์ ทั้งระบบแบบครบวงจร

เห็นได้ว่า แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติมีแนวทางพัฒนาประเทศไทยให้เพิ่มขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ และพัฒนาประเทศไทยให้เป็นหนึ่งในศูนย์กลางการค้าและการลงทุนของภูมิภาคเอเชีย นอกจากนี้ ยังมีแนวทางพัฒนาในการส่งเสริมการลงทุนในอุตสาหกรรมเป้าหมาย แต่ประเทศไทยยังไม่มีขีดความสามารถเพียงพอในการพัฒนาอุตสาหกรรมเป้าหมายดังกล่าวด้วยตัวเอง ดังนั้น การปฏิบัติแนวทางดังกล่าวจึงต้องพึ่งพาการลงทุนจากต่างประเทศ การสร้างสภาพแวดล้อมที่อำนวยความสะดวกต่อการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อให้คนต่างชาติสามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างเสรีและเป็นธรรม จึงมีความสำคัญยิ่งต่อการปฏิบัติยุทธศาสตร์ชาติ

สรุปได้ว่า ประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้ไม่จำเป็นต้องผลิตสินค้าทุกชนิดด้วยตัวเอง สามารถนำเข้าจากประเทศอื่นได้ จนทำให้เกิดการค้าบริการระหว่างประเทศ ประเทศผู้รับลงทุนให้

^๙ สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ (ออนไลน์) แหล่งที่มา:

<http://nsrc.nesdc.go.th/แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์/ ๒๕๖๒>.

ความสำคัญต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ซึ่งก็คือ คนต่างชาติเข้ามาก่อตั้งกิจการในประเทศ ผู้รับลงทุน ไม่ว่าจะคนต่างชาติเข้ามาให้บริการในนามบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตาม

สำหรับประเทศไทยนั้น เนื่องจากโครงสร้างเศรษฐกิจเน้นภาคเกษตรเป็นหลักในสมัยก่อน การพัฒนาเศรษฐกิจไทยให้เปลี่ยนโครงสร้างเชิงภาคอุตสาหกรรมมากขึ้นนั้น จำเป็นต้องส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อนำเข้าเทคโนโลยีที่ทันสมัยและเงินทุนในประเทศไทย ตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๓ จนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีนโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด การลงทุนของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้เปลี่ยนโครงสร้างเศรษฐกิจไทยจากภาคเกษตรไปเป็นภาคอุตสาหกรรมและบริการ

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้บัญญัติยุทธศาสตร์ชาติในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ยุทธศาสตร์วางหลักแนวทางการพัฒนาในการเพิ่มขีดความสามารถของประเทศและการส่งเสริมการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมและบริการ ดังนั้น การส่งเสริมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติจึงมีบทบาทสำคัญต่อยุทธศาสตร์ชาติ เพื่อให้ประเทศไทยสามารถคว้าโอกาสในการพัฒนาประเทศเป็นศูนย์กลางทางเศรษฐกิจของอาเซียน

แต่การรับการลงทุนจากต่างประเทศนั้น ไม่ได้ไร้ขีดจำกัด เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน ประเทศต่าง ๆ จึงเปิดระดับเสรีภาพแตกต่างกันสำหรับการรับการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ ต้องศึกษาหลักเกณฑ์ในการกำหนดนิยามคนต่างชาติ ประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการและวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติต่อ เพื่อให้การส่งเสริมและการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

๒.๒ หลักความเหมาะสมในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ

แม้ว่าการค้าบริการระหว่างประเทศเกิดขึ้นตามความต้องการของแต่ละประเทศ และมีนโยบายการส่งเสริมการลงทุนจากประเทศต่าง ๆ ด้วย แต่จำเป็นต้องมีหลักเกณฑ์ในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติให้เหมาะสมในการรับการลงทุน เพื่อแยกกับการประกอบธุรกิจของคนในชาติ

คนต่างชาติสามารถแบ่งออกเป็นคนต่างชาติที่เป็นบุคคลธรรมดา และคนต่างชาติที่เป็นนิติบุคคล เกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดนิยามของบุคคลธรรมดาคนต่างชาติและนิติบุคคลคนต่างชาติแยกกันอธิบายดังนี้

๒.๒.๑ บุคคลธรรมดาคนต่างชาติ

ในการค้าบริการระหว่างประเทศ บุคคลธรรมดาเป็นผู้มีส่วนร่วมในกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศได้ทั้งในนามของตนเอง โดยอาศัยสิทธิของตนเอง และในนามของผู้มีส่วนร่วมอื่นทั้งหมด โดยอาศัยสิทธิของผู้มีส่วนร่วมนั้น

การนิยามของบุคคลคนต่างชาติในการส่งเสริมการลงทุนนั้นจะมีผลต่อสิทธิประโยชน์ต่างที่คนต่างชาติพึงได้รับ เพราะรัฐสามารถให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนตามกฎหมายภายในรัฐอาจจะใช้หลักสัญชาติในการนิยามบุคคลธรรมดาคนต่างชาติ เกณฑ์ที่ใช้กำหนดความเป็นบุคคลธรรมดาคนต่างชาติ ได้แก่ สัญชาติหรือความเป็นผลเมืองและภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ถาวร^{๑๐}

(๑) สัญชาติหรือความเป็นผลเมือง

โดยหลักแล้ว หากเป็นการให้สัญชาติโดยการเกิด ประเทศต่าง ๆ จะใช้หลักหนึ่งหลักใดหรือทั้งสองหลักประกอบกันคือ หลักสืบสายโลหิต และหลักดินแดน

(๒) ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ถาวร

นอกจากการใช้หลักสัญชาติแล้ว สนธิสัญญาการลงทุนส่วนหนึ่งได้กำหนดให้ใช้หลักภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ถาวรเป็นการนิยามของคนต่างชาติแทนหลักสัญชาติ ตามหลักภูมิสำเนาหรือถิ่นที่อยู่ถาวร คนต่างชาติหมายถึง บุคคลธรรมดาคนต่างชาติซึ่งมีสัญชาติของภาคีสัญญา หรือบุคคลธรรมดาคนต่างชาติซึ่งกำลังอาศัยอยู่อย่างถาวรในภาคีสัญญาตามกฎหมายของภาคีสัญญา

แต่การประกอบธุรกิจคนต่างชาติที่ดำเนินในนามของบุคคลธรรมดานั้นยังมีสัดส่วนน้อยด้วยเหตุที่อัตราการเสียภาษีรายได้บุคคลธรรมดาและเรื่องบริหารจัดการกิจการต่าง ๆ โดยส่วนใหญ่แล้ว การประกอบธุรกิจคนต่างชาติจะดำเนินในนามของนิติบุคคล

๒.๒.๒ นิติบุคคลคนต่างชาติ

นิติบุคคลมีบทบาทที่สำคัญทางเศรษฐกิจและการเมืองระดับประเทศและระหว่างประเทศ ในการค้าการบริการระหว่างประเทศนั้น คนต่างชาติส่วนใหญ่มักจะก่อตั้งกิจการเป็นนิติบุคคล การนิยามของนิติบุคคลคนต่างชาติจึงมีความสำคัญต่อการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้ว เกณฑ์ที่ใช้กำหนดความเป็นนิติบุคคลคนต่างชาติ ได้แก่ ถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียน และการควบคุมเหนือนิติบุคคล^{๑๑}

(๑) ถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่

ถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ เป็นความเชื่อมโยงที่ถูกนำมาใช้ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ตามกฎเกณฑ์ถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ นิติบุคคลจะมีสัญชาติของรัฐอันเป็นที่ตั้งของศูนย์กลางการบริหารหรือสำนักงานใหญ่ของตน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี รัฐอันเป็นสถานที่จดทะเบียนกับรัฐซึ่งเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ มิใช่รัฐเดียวกัน และไม่มีการกำหนดอย่างชัดเจนว่า ให้ใช้กฎเกณฑ์ใดในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ก็น่าจะถือตามกฎเกณฑ์รัฐที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคล

๑๐ นาดนิรันดร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ.

กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๒. หน้า ๒๔๓-๒๔๔.

๑๑ ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๓. หน้า ๙.

เพราะกฎเกณฑ์รัฐที่เป็นสำนักแห่งใหญ่กำหนดให้นิติบุคคลต้องมีความเชื่อมโยงที่เข้มข้นกับรัฐเจ้าของสัญชาติมากกว่ากฎเกณฑ์สถานที่ก่อตั้ง

(๒) ประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียน

ตามหลักสถานที่จดทะเบียน นิติบุคคลจะมีสัญชาติของรัฐอันเป็นสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคล หรือที่อาจเรียกว่า รัฐที่ให้สภาพบุคคลและการมีอยู่ทางกฎหมายแก่นิติบุคคล ทั้งนี้ การก่อตั้งนิติบุคคลต้องเป็นไปตามกฎหมายของรัฐดังกล่าว อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคลจะนำมาใช้เป็นกฎเกณฑ์หลักในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล แต่ก็ยังเป็นเพียงข้อสันนิษฐานเบื้องต้นสำหรับการพิจารณากำหนดสัญชาติในแต่ละกรณีเท่านั้น

ส่วนกรณีของการนำประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนใช้ร่วมกับถิ่นที่ตั้งสำนักแห่งใหญ่นั้น จะส่งผลให้นิติบุคคลมีภาระการพิสูจน์ว่าตนไม่เพียงจดทะเบียนในรัฐภาคีที่เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติเท่านั้น แต่ยังมีถิ่นที่ตั้งสำนักแห่งใหญ่ในรัฐนั้นด้วย

(๓) การควบคุมเหนือนิติบุคคล

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักถิ่นที่ตั้งสำนักแห่งใหญ่หรือประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนเพื่อกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเป็นการพิจารณาในเชิงรูปแบบ ซึ่งคำนึงถึงตัวตนในทางกฎหมายของนิติบุคคลหรือสภาพนิติบุคคลเป็นหลัก ซึ่งอาจไม่สอดคล้องกับตัวตนในทางเศรษฐกิจของนิติบุคคลแต่อย่างใด และอาจนำไปสู่การกล่าวอ้างความเป็นนิติบุคคลในทางที่มีขอบได้ ด้วยเหตุนี้ จึงจำเป็นต้องพิจารณาถึงการควบคุมและความเป็นเจ้าของบริษัทตามความเป็นจริง

การควบคุมหมายถึง ความสามารถในการใช้อิทธิพลที่เด็ดขาดเหนือการจัดการและการดำเนินการลงทุน ส่วนในเชิงปริมาณนั้น การควบคุมหมายถึง ความเป็นเจ้าของหุ้นจำนวนหนึ่ง หรือความสามารถในการเลือกคณะกรรมการข้างมากของบริษัท^{๑๒}

การควบคุมนิติบุคคลอาจจะกระทำโดยตรงหรือโดยอ้อมก็ได้ ซึ่งต้องพิจารณาจากสัญชาติของบุคลากรหลักของบริษัท การใช้อิทธิพลในการควบคุมนิติบุคคลด้วยวิธีการอื่น นอกเหนือจากการถือหุ้นในบริษัท และผลประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียสำคัญในบริษัทด้วย ทั้งนี้ การถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าใดจึงจะเพียงพอที่จะก่อให้เกิดการควบคุมนั้น ไม่สามารถกำหนดอย่างเป็นนามธรรมได้ แต่ยังมีกรณีถือหุ้นจำนวนน้อย ก็ยังมีความจำเป็นที่จะต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบเพื่อกำหนดว่ามีการควบคุมโดยคนต่างชาติอยู่หรือไม่

สรุปได้ว่า คนต่างชาติเป็นองค์ประกอบสำคัญของการค้าการบริการระหว่างประเทศ การนิยามของคนต่างชาติเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญโดยเฉพาะในเรื่องของกำหนดสถานะและความสามารถของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ดังนั้น การนิยามของคนต่างชาติจึงต้องพิจารณาจากปัจจัยต่าง ๆ ดังที่กล่าวมา เพื่อให้กำหนดกฎเกณฑ์ตามหลักความเหมาะสม

๑๒ นาดนรินทร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๒. หน้า ๒๖๕.

นอกจากการกำหนดนิยามของคนต่างชาติให้เหมาะสมชัดเจนแล้ว ยังต้องวิเคราะห์หลักการรับการลงทุนต่อว่า การกำหนดขอบเขตในการส่งเสริมการลงทุน ประเภทธุรกิจใดไม่ควรเปิดเสรีให้คนต่างชาติเข้ามาดำเนินการ

๒.๓ หลักความได้สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ

การลงทุนจากต่างประเทศถือได้ว่าเป็นมิติที่มีสองด้าน ข้อดีคือ การชดเชยการขาดเงินทุนภายในประเทศ การเพิ่มขีดความสามารถทางอุตสาหกรรม และการสร้างรายได้แรงงานให้กับประเทศ แต่ขณะเดียวกัน มีข้อเสียคือ การทำให้ความสงบเรียบร้อยสาธารณะและศีลธรรมของประชาชนเสื่อมเสีย การพึ่งพาอาศัยต่างประเทศเกินความจำเป็นหรือการผูกขาดโดยคนต่างชาติ และความเสียหายของโครงสร้างเศรษฐกิจ

ดังนั้น ผลประโยชน์ของชาติเป็นสิ่งสำคัญที่ประเทศต่าง ๆ จะนำมาวิเคราะห์ในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ รัฐมีอำนาจอธิปไตยทางเศรษฐกิจในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อปกป้องรักษาผลประโยชน์ของชาติ และไม่มีรัฐใดที่จะรับการลงทุนจากต่างประเทศอย่างไม่มีข้อจำกัด

๒.๓.๑ การคุ้มครองผลประโยชน์ชาติ

การตีความของผลประโยชน์ของชาติ อาจจะมีความแตกต่างในแต่ละประเทศ เพราะการลงทุนจากต่างประเทศจะเกิดผลแตกต่างในแต่ละประเทศ ประเทศผู้รับการลงทุนส่วนใหญ่จะวิเคราะห์ผลประโยชน์ของชาติจากปัจจัยต่าง ๆ เช่น ความจำเป็นในการปกป้องอุตสาหกรรมภายในและเศรษฐศาสตร์มหภาค ผลกระทบทางสังคม ศีลธรรม สุขภาพ สิ่งแวดล้อม ความมั่นคงภายในและการป้องกันประเทศ^{๑๓} ผลวิเคราะห์ดังกล่าวจะนำไปกำหนดประเภทธุรกิจที่เปิดหรือห้ามการรับการลงทุนจากต่างประเทศ

ในการนี้ ประเภทธุรกิจที่ประเทศต่าง ๆ ไม่เปิดเสรีหรือมีเงื่อนไขให้คนต่างชาติดำเนินการเพื่อรักษาผลประโยชน์นั้น มีลักษณะที่ความคล้ายคลึงกันและมีสัดส่วนจำนวนน้อย ดังที่เห็นได้จากตารางข้อมูลต่อไปนี้^{๑๔}

ประเทศ	ความมั่นคงแห่งชาติ	สาธารณูปโภค ^๑	โครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐาน ^๒
แอลจีเรีย	X	X	X
อาร์เจนตินา	X	-	-

๑๓ นาดนิรันดร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ กรุงเทพฯ : คมนิตศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๒. หน้า ๓๑๘.

๑๔ Ge Shunqi. A Study on The “Negative List” Management Mode of Foreign Investment. Beijing: People Press 2018. Page 140-141.

บราซิล	X	X	X
แคนาดา	○	○	○
ชิลี	X		X
จีน	X	X	X
อียิปต์	X	X	-
เอธิโอเปีย	X	X	-
ฟินแลนด์	X	X	○
ฝรั่งเศส	X	X	-
เยอรมนี	X	○	○
อินเดีย	X	X	-
อินโดนีเซีย	X	X	X
อิตาลี	X	X	-
ญี่ปุ่น	X	X	-
เกาหลีใต้	X	X	X
เม็กซิโก	X	X	X
เมียนมาร์		X	X
โปแลนด์	X	X	-
รัสเซีย	X	X	X
ตุรกี	X	X	-
สหราชอาณาจักร	X	○	○
สหรัฐอเมริกา	○	X	○

^a เช่น การไฟฟ้า การประปา ก๊าซธรรมชาติ การไปรษณีย์หรืองานขนส่ง งานสื่อสารมวลชน และการศึกษา

^b เช่น งานชุดทรัพยากรธรรมชาติ การเกษตร

X=ห้ามผู้ประกอบการคนต่างชาติดำเนินการ

○=ตรวจสอบโดยภาครัฐ

- =ผู้ประกอบการได้เหมือนคนชาติ

ประเภทธุรกิจที่ประเทศต่าง ๆ ควบคุมไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ส่วนใหญ่เป็นงานเกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งชาติ สาธารณูปโภค หรือโครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐาน

งานความมั่นคงแห่งชาติ รวมไปถึงการผลิตอาวุธและอุปกรณ์ทางสงคราม และที่ดินรอบสนามบิน ท่าเรือและชายแดน เป็นสิ่งหวงห้ามสูงสุดของประเทศต่าง ๆ ในการป้องกันอธิปไตยของตัวเอง รัฐส่วนใหญ่ใช้อำนาจผูกขาดงานสาธารณูปโภคในการให้บริการสาธารณะ เพื่อคุ้มครอง

ผลประโยชน์ขั้นพื้นฐานของประชาชน ส่วนงานโครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐานนั้น รัฐใช้ระบบตรวจสอบการเข้าถึงทรัพยากรดังกล่าว

เห็นได้ว่า ประเภทธุรกิจที่ประเทศต่าง ๆ ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น มีจำนวนจำกัด เพื่อรักษาผลประโยชน์ชาติเท่านั้น เพราะการใช้อำนาจควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติดำเนินการนั้น ย่อมมีผลดีและผลเสีย ผลดีคือ รัฐสามารถควบคุมธุรกิจดังกล่าวได้ แต่รัฐอาจจะใช้อำนาจดุลพินิจที่กว้างเกินไปในการให้อนุญาต ซึ่งสร้างความไม่มั่นคงต่อคนต่างชาติ ดังนั้น รัฐจำเป็นต้องสร้างความเสถียรระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควร

๒.๓.๒ หลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วน มีความหมายว่า เป็นหลักการที่ทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะและผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพ เป็นหลักกฎหมายทั่วไปในกฎหมายมหาชน ที่ห้ามมิให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันมีผลเป็นสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร แต่กำหนดให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการให้พอเหมาะพอประมาณกับสภาพของข้อเท็จจริง^{๑๕}

ประเภทธุรกิจที่ประเทศต่าง ๆ ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแห่งชาติ เป็นบริการสาธารณะของภาครัฐ หรือโครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐาน ซึ่งเห็นได้ว่า มีประเภทจำนวนจำกัด และมีความจำเป็นที่ต้องสงวนให้คนชาติดำเนินการเอง หากคนต่างชาติสามารถประกอบธุรกิจเหล่านั้นได้ อาจจะทำให้ประเทศนั้นเสียอำนาจอธิปไตย หรือถูกครอบงำด้วยอำนาจของรัฐต่างประเทศก็ได้ แต่หากประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น มีจำนวนเยอะเกินความได้สัดส่วน ก็อาจจะทำให้คนต่างชาติทุกรายต้องตกภายใต้การครอบงำของภาครัฐ สร้างความไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขันทางตลาด การกำหนดประเภทธุรกิจที่รับการลงทุนตามหลักความได้สัดส่วน จึงสามารถคุ้มครองทั้งสิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติและผลประโยชน์ของประเทศชาติได้

ในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น รัฐต้องมีข้อมูลมากพอที่จะระบุได้ว่า ประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีนั้นมีความเหมาะสมอยู่ที่ใด และเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องมีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้นเป็นอย่างดีด้วย เนื่องจากประเภทธุรกิจอาจจะมีการเปลี่ยนแปลงหรือการเกิดขึ้นใหม่ตามความเจริญก้าวหน้าของวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม ดังนั้น การเลือกประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีนั้น จะต้องมีการตัดสินใจอย่างรอบคอบ หรือจำเป็นปรับเปลี่ยนทุกระยะเวลา เพื่อให้เป็นไปตามสภาพเศรษฐกิจของประเทศ

สรุปได้ว่า การลงทุนจากต่างประเทศมีความจำเป็นต่อการพัฒนาของประเทศ แต่การรับการลงทุนจากต่างประเทศย่อมไม่ได้ปราศจากข้อจำกัด การสงวนสิทธิในการควบคุมธุรกิจบาง

^{๑๕} Ge Shunqi. A Study on The “Negative List” Management Mode of Foreign Investment. Beijing: People Press 2018. Page 7.

ประเภทที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้นจะสร้างความเสถียรภาพระหว่างการลงทุนส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศกับการรักษาผลประโยชน์ของชาติ และสามารถคุ้มครองอำนาจอธิปไตยของประเทศได้ด้วย ตามหลักความได้สัดส่วน การกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ควรมีความสัดส่วนน้อยและต้องประกอบด้วยเหตุผลพอสมควร เพื่อเพียงรักษาผลประโยชน์ของชาติเท่านั้น ประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ควรมีรายชื่อที่ชัดเจน หากไม่เป็นเช่นนั้น หรือมีประเภทธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างชาติดำเนินการน้อยเกินไป ก็จะไม่เป็นผลดีต่อการรับการลงทุนจากต่างประเทศ

จากการวิเคราะห์หลักความเหมาะสมในการนิยามคนต่างชาติและหลักความได้สัดส่วนระหว่างการลงทุนส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติแล้ว จึงต้องวิเคราะห์วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติต่อไป เพื่อกำหนดวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติอย่างเหมาะสม

๒.๔ หลักไม่เลือกปฏิบัติและการควบคุมเท่าที่จำเป็น

เนื่องจากการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ไม่ได้ปราศจากข้อจำกัด รัฐย่อมมีอำนาจอธิปไตยในการใช้มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติได้ เพื่อป้องกันเกิดความไม่เป็นธรรมในทางเศรษฐกิจหรือสังคมและคุ้มครองผลประโยชน์ชาติ แม้ประเทศต่าง ๆ อาจจะใช้วิธีการควบคุมที่แตกต่างกัน แต่การใช้มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินั้น ควรสอดคล้องกับหลักการควบคุมเท่าที่จำเป็นและหลักไม่เลือกปฏิบัติ

๒.๔.๑ รูปแบบมาตรการการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ

มาตรการการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ นั้น สามารถเห็นได้จากประเทศต่าง ๆ รวมไปถึงในประเทศที่เปิดเสรีการลงทุนมากที่สุด วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของประเทศต่าง ๆ สามารถแบ่งออกได้เป็น ๔ รูปแบบ^{๑๖}

- (๑) การห้ามการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ ยกเว้นได้รับอนุญาตเป็นกรณีพิเศษ
วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาตินี้ เห็นได้จากประเทศบางประเทศที่มีระบบเศรษฐกิจแบบวางแผนด้วยภาครัฐ ภาคเอกชนมีเสรีภาพน้อยในการดำเนินกิจการต่าง ๆ
- (๒) การกำหนดประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติดำเนินการ (Positive List)

ประเทศที่ใช้วิธีนี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่กำลังพัฒนา ซึ่งประเทศไทยก็ใช้วิธีนี้อยู่ รัฐกำหนดธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาดำเนินการได้อย่างจำกัด เนื่องด้วยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับต่างประเทศในประเภทธุรกิจอื่น เห็นได้ว่า วิธีนี้สร้างข้อจำกัดให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจในระดับสูง

^{๑๖} Ge Shunqi. A Study on The “Negative List” Management Mode of Foreign Investment. Beijing: People Press 2018. Page 268.

ประเภทธุรกิจใหม่ ๆ เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากในยุคปัจจุบัน ซึ่งธุรกิจบางประเภทมีความจำเป็นต่อการพัฒนาของประเทศชาติ การกำหนดประเภทธุรกิจที่มีจำนวนจำกัดที่อนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติดำเนินการนั้นอาจจะทำให้ประเทศเสียโอกาสในการพัฒนาธุรกิจทันสมัยดังกล่าว แต่ก็มีข้อดีก็คือ รัฐสามารถกำหนดกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ประสงค์จะควบคุมได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการอนุญาตต่าง ๆ ให้เหมาะสมกับระดับผลประโยชน์ของชาติได้

(๓) การให้สิทธิพิเศษสำหรับภาคีสมาชิกของกลุ่มเศรษฐกิจเดียวกัน

ความตกลงการค้าบริการเสรีของกลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ กำหนดให้ภาคีสมาชิกใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติต่อประเทศสมาชิกอื่น ๆ ในการเข้าสู่ตลาดและดำเนินกิจการ

(๔) การกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติดำเนินการ

(Negative List)

ประเทศที่ใช้วิธีนี้ส่วนใหญ่เป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว รัฐกำหนดธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างชาติเข้ามาดำเนินการเท่านั้น เนื่องด้วยธุรกิจเหล่านั้นมีผลกระทบต่อประโยชน์ของชาติ เห็นได้ว่าวิธีนี้อำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติในประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีไว้ ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติสามารถดำเนินการธุรกิจได้เหมือนคนในชาติ เช่น การเข้าสู่ตลาด การรับการคุ้มครองในการประกอบธุรกิจ ประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ส่วนใหญ่มีความสำคัญทางยุทธศาสตร์และผลประโยชน์ชาติ เช่น การขนส่ง สาธารณูปโภค สื่อสารมวลชนและการป้องกันประเทศ

แม้ประเทศต่าง ๆ ใช้วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติที่แตกต่างกัน แต่ตามกระแสโลกาภิวัตน์ ประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะเปิดเสรีการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น ประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น มีแนวโน้มที่จะลงน้อยลงเรื่อย ๆ วิธีการควบคุมแบบ Negative List กำลังเป็นที่นิยมสำหรับประเทศต่าง ๆ

๒.๔.๒ ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ

ตามหลักการความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ^{๑๗} หมายความว่า ระบบเศรษฐกิจควรเป็นแบบเสรีและเป็นธรรม โดยหลักทั่วไป รัฐไม่ควรแทรกแซง เว้นแต่เกิดความไม่เป็นธรรมในทางเศรษฐกิจหรือสังคมต่อปัจเจกชนหมู่่มาก รัฐควรปล่อยให้กลไกตลาดทำงาน แต่หากกลไกตลาดล้มเหลว เกิดปัญหาเศรษฐกิจ หรือเพื่อยกพัฒนาสวัสดิภาพความเป็นอยู่ของประชาชนให้ดีขึ้น การแทรกแซงของรัฐ ก็มีอาจหลีกเลี่ยงได้ รัฐมีหน้าที่ทำให้ประชาชนมีความเป็นอยู่ที่ดีทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม มีความเสมอภาคทางโอกาส มีการกระจายความมั่งคั่งอย่างเป็นธรรม การตรากฎหมายควรกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ส่วนรวม เพราะหากกฎหมายทุกฉบับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนทั้งสิ้น

๑๗ ณรงค์เดช สรุโฆษิต. เอกสารประกอบวิชา 3400763 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๖๒.

หลักแนวคิดทางเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมดังกล่าว ได้รับการบัญญัติไว้ใน รัฐธรรมนูญไทยหลายฉบับ

รัฐธรรมนูญ พ.ศ.๒๕๔๐ มาตรา ๘๗ “รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดย อาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม ค้ำครองผู้บริโภค และป้องกันการผูกขาด ตัดตอนทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ควบคุม ธุรกิจที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีการสาธารณูปโภค”

รัฐธรรมนูญ พ.ศ.๒๕๕๐ มาตรา ๘๔ “รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ ดังต่อไปนี้

(๑) สนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีและเป็นธรรมโดยอาศัยกลไกตลาด และสนับสนุนให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน โดยต้องยกเลิกและละเว้นการตรากฎหมายและกฎเกณฑ์ที่ ควบคุมธุรกิจซึ่งมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับความจำเป็นทางเศรษฐกิจ และต้องไม่ประกอบกิจการที่ มีลักษณะเป็นการแข่งขันกับเอกชน เว้นแต่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐ รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม หรือการจัดให้มีสาธารณูปโภค”

รัฐธรรมนูญ พ.ศ.๒๕๖๐ มาตรา ๗๕ “รัฐพึงจัดระบบเศรษฐกิจให้ประชาชนมีโอกาส ได้รับประโยชน์จากความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจไปพร้อมกันอย่างทั่วถึง เป็นธรรม และยั่งยืน สามารถพึ่งพาตนเองได้ตามหลักปรัชญาของเศรษฐกิจพอเพียง ขจัดการผูกขาดทางเศรษฐกิจที่ไม่เป็น ธรรม และพัฒนาความสามารถในการแข่งขันทางเศรษฐกิจของประชาชนและประเทศ

มาตรา ๗๗ รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่ หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการ ประกอบอาชีพโดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นการกระทบแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบท กฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่าง ถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับ ฟังความคิดเห็นและการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการ ตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของ กฎหมายทุกกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนา กฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่น่าจำเป็น พึง กำหนดหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอน ต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง”

จากรัฐธรรมนูญไทยดังกล่าว เห็นได้ว่า อำนาจรัฐในการแทรกแซงเศรษฐกิจนั้น มีขอบเขตจำกัด รัฐมีหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของผู้ประกอบการทางการตลาด แม้รัฐธรรมนูญไม่ได้ระบุไว้ชัดเจนซึ่งสัญญาของผู้ประกอบการ จึงย่อมครอบคลุมถึงผู้ประกอบการทุกสัญชาติที่ประกอบธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายของไทย รัฐไม่ควรเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการธุรกิจ ซึ่งคนทุกคนควรได้รับสิทธิเท่าเทียมกันก่อนเข้าสู่ตลาด

นอกจากนี้ รัฐควรตรากฎหมายเท่าที่จำเป็น เพราะว่ากฎหมายทุกฉบับเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน การตรากฎหมายควรรับฟังความคิดเห็นจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ถ้ากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ อาจจะมีผลที่รับฟังความคิดเห็นจากสมาคมหอการค้า หรือกลุ่มผู้ประกอบการคนต่างชาติด้วย เพื่อให้กฎหมายเป็นธรรมกับทุกฝ่ายที่มีส่วนได้ส่วนเสีย หลังจากที่บังคับใช้กฎหมายแล้ว รัฐต้องจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสมกับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

ดังนั้น จากการวิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ จึงเห็นได้ว่า รัฐต้องสนับสนุนระบบเศรษฐกิจแบบเสรีโดยอาศัยกลไกตลาด กำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรม การตรากฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจนั้น ควรกระทำเท่าที่จำเป็น เพื่อไม่ให้เป็นการกีดกันประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง ยังต้องรับฟังความคิดเห็นก่อนตรากฎหมาย และประเมินผลสัมฤทธิ์หลังการบังคับใช้กฎหมายด้วย

๒.๔.๓ กรอบการใช้อำนาจควบคุมจากภาครัฐ

จากการศึกษารูปแบบมาตรการการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศและความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจแล้ว เห็นได้ว่า โดยหลักทั่วไป รัฐควรปล่อยให้กลไกตลาดทำงาน โดยไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อคนต่างชาติและคนในชาติ แม้รัฐมีอำนาจควบคุมการเข้าสู่ตลาดได้ แต่การใช้อำนาจรัฐควรอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้

วิธีการนำใช้หลักการปฏิบัติเชิงชาติและการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบการต่างชาติดำเนินการ (Negative List) นั้น เป็นแนวทางที่สอดคล้องกับหลักการใช้อำนาจรัฐดังกล่าว รูปแบบการควบคุมแบบ Negative List เปลี่ยนแปลงการใช้อำนาจรัฐจากการควบคุมก่อนเข้าสู่ตลาดไปเป็นการตรวจสอบผู้ประกอบการในระหว่างการค้าเงินธุรกิจ ลดการแทรกแซงของรัฐที่ไม่จำเป็น คุ้มครองผู้ประกอบการคนต่างชาติอย่างแท้จริง

บทบาทของรูปแบบการปฏิบัติเชิงชาติและการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแบบ Negative List มีรายละเอียดดังต่อไปนี้^{๑๘}

๑๘ Wang Liming. Negative List A new model of governance (Online). Available from: <http://theory.people.com.cn/n/2014/0922/c49150-25705936.html>. 2014.

(๑) รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแบบ Negative List เป็นการใช้อำนาจการควบคุมเท่าที่จำเป็นของรัฐ

ตามหลักกฎหมายมหาชน กฎหมายไม่ให้อำนาจ ย่อมกระทำมิได้ แต่ตามหลักกฎหมายเอกชน กฎหมายไม่ได้ห้ามไว้ ย่อมกระทำได้ ดังนั้น รูปแบบ Negative List จึงเท่ากับรายการการใช้อำนาจของรัฐ กล่าวคือ รัฐมีอำนาจการควบคุมภายใต้รูปแบบ Negative List เท่านั้น ประเภทธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ใน Negative List ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติย่อมกระทำได้เหมือนคนในชาติตามหลักการไม่เลือกปฏิบัติหรือการปฏิบัติเยี่ยงชาติ

(๒) รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแบบ Negative List บ่งบอกความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการตลาดอย่างชัดเจน

ในมุมมองของรัฐ รูปแบบ Negative List ได้ไม่เพียงกำหนดอำนาจหน้าที่ทางกฎหมาย หากยังบ่งบอกถึงขอบเขตในการใช้อำนาจกับการตลาด รูปแบบ Negative List ทำให้รัฐลดอำนาจในการควบคุมผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติเข้าสู่ตลาด แต่เน้นการใช้อำนาจในการตรวจสอบในระหว่างการประกอบธุรกิจ รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่เป็นกลไกทางตลาดจะเป็นเครื่องมือที่เหมาะสมแทนอำนาจมหาชนของรัฐในการควบคุมปรับปรุงผู้ประกอบการต่าง ๆ เข้าสู่ตลาด

(๓) รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแบบ Negative List ตัดปัญหาการใช้อำนาจอมิชอบ ทำให้การใช้อำนาจรัฐอย่างโปร่งใส

เมื่อเปรียบเทียบกับรูปแบบ Positive List แล้ว เห็นได้ชัดว่า รูปแบบ Positive List ทำให้รัฐมีอำนาจกว้างขวางในการอนุญาตการประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกราย การให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างต้องขออนุญาตก่อนเริ่มประกอบธุรกิจนั้นสร้างภาระเกินความจำเป็น ไม่เป็นผลดีต่อการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ อีกทั้ง ระบบอนุญาตที่มีกระบวนการซับซ้อนและใช้เวลายาวนานนั้น ทำให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชันได้ง่าย รูปแบบ Positive List ขาดความโปร่งใสสำหรับธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ในรายการ การที่ผู้ประกอบธุรกิจสามารถเข้าดำเนินการได้หรือไม่จำเป็นต้องอาศัยดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐในการตัดสินใจ ซึ่งไม่เพียงทำให้เกิดการใช้อำนาจอมิชอบแล้ว ยังยับยั้งสิทธิเสรีภาพในการดำเนินการธุรกิจของคนต่างชาติด้วย

รัฐมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติ แต่การใช้อำนาจนั้นควรมีขอบเขตเท่าที่จำเป็นและไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ระบบเศรษฐกิจที่เสรีและเป็นธรรมนั้น ควรปล่อยให้กลไกตลาดมาตัดสินใจการลงทุนจากต่างประเทศ แทนระบบอนุญาตของภาครัฐ รัฐธรรมนูญไทยได้บัญญัติหลักการแทรกแซงทางเศรษฐกิจไว้ชัดเจน การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาตินั้น จึงสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและหลักนิติธรรม รัฐควรใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ เพื่อรักษาผลประโยชน์ชาติ การใช้อำนาจกว้างขวางในการตรวจสอบผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติก่อนเข้าสู่ตลาดนั้นเป็นการ

สร้างอุปสรรคให้แก่ผู้ลงทุน ซึ่งไม่สอดคล้องกับยุทธศาสตร์ชาติในด้านการส่งเสริมการลงทุน ยังมีความเป็นไปได้ในการเกิดช่องโหว่ของการใช้อำนาจมิชอบอีกด้วย

สรุปได้ว่า การที่รัฐส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศมีความจำเป็นต่อยุทธศาสตร์ชาติด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ แต่การรับลงทุนจากต่างประเทศไม่ได้ปราศจากขอบเขต รัฐสามารถอำนาจควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้ แต่ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ โดยต้องใช้หลักเหมาะสมในการกำหนดนิยามคนต่างชาติ ใช้ดุลพินิจตามหลักความได้สัดส่วนในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ เพื่อรักษาผลประโยชน์ของชาติ และใช้อำนาจการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติตามหลักความจำเป็นและไม่เลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม การตรากฎหมายภายในเพื่อใช้อำนาจควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติจำเป็นต้องสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว

ทั้งนี้ การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในรูปแบบการปฏิบัติเยี่ยงชาติก่อนเข้าสู่ตลาดและควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดย Negative List เป็นแนวทางที่ได้รับความนิยมมากขึ้นจากนานาประเทศ แนวทางดังกล่าวสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติโดยตรง ลดอำนาจการแทรกแซงทางเศรษฐกิจที่ไม่จำเป็นของภาครัฐ และคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติอย่างแท้จริง จากการศึกษาความตกลงระหว่างประเทศในระดับต่าง ๆ ได้พิสูจน์การนำใช้แนวคิดดังกล่าวด้วย

บทที่ ๓ ความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

การลงทุนระหว่างประเทศมีความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมของนานาประเทศ การค้าการลงทุนระหว่างประเทศจึงเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางเมื่อต้นศตวรรษที่ ๒๐ แต่การค้าการลงทุนระหว่างประเทศไม่ได้เป็นไปตามแนวคิดที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๒ การกีดกันการค้าการบริการระหว่างประเทศและการแข่งขันไม่เป็นธรรมได้เกิดขึ้นบ่อยครั้ง ประเทศต่าง ๆ ใช้มาตรการหลากหลายในการตอบโต้การค้าการบริการระหว่างประเทศ

ทั้งนี้ ด้วยวัตถุประสงค์ในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ประเทศต่าง ๆ จึงได้มีความตกลงในการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (World Trade Organization-WTO) โดยนำใช้แนวคิดบางประการที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๒ เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของเศรษฐกิจระหว่างประเทศและส่งเสริมการแข่งขันให้เป็นธรรม นอกจากนี้ ความตกลงระดับภูมิภาคของกลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ มีแนวทางการนำใช้หลักการดังกล่าวในการส่งเสริมการค้าการบริการและการลงทุนระหว่างประเทศอีกด้วย

๓.๑ หลักการสำคัญของความตกลงองค์การการค้าโลก

องค์การระหว่างประเทศที่ได้รับการจัดตั้งในระยะแรกเพื่อกำหนดกติกาและควบคุมการค้าการบริการระหว่างประเทศ คือ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade-GATT) หลังจากนั้น ได้ผ่านการเจรจาแล้ว ๘ รอบ จนถึงรอบที่ ๘ นั้น ได้มีความสรุปที่จัดตั้งองค์การระหว่างประเทศขึ้นมาแทน GATT องค์การระหว่างประเทศนั้นก็คือ WTO ประเทศไทยเป็นสมาชิกก่อตั้ง WTO โดยเป็นสมาชิกเมื่อวันที่ ๒๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๓๗^{๑๙}

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services-GATS) เป็นส่วนหนึ่งของความตกลงจัดตั้ง WTO ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๓๘^{๒๐} ความตกลง GATS มีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการลงทุนจากต่างประเทศในรูปแบบ ๓ การจัดตั้งทางพาณิชย์และรูปแบบ ๔ การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดา

๓.๑.๑ สารสำคัญของ WTO

WTO เกิดภายใต้สถานการณ์การพัฒนาเศรษฐกิจระหว่างประเทศอันรวดเร็ว เพื่อบรรลุเป้าหมายในการคุ้มครองเสรีภาพของการค้าระหว่างประเทศ WTO จึงตั้งพันธกรณีหลักสำคัญที่

๑๙ กระทรวงการต่างประเทศ. องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

<https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bcc2715e39c306000a368?cate=5d5bcb4e15e39c3060006872>. ๒๕๕๕.

๒๐ ไกรจักร ชีรตยาคินันท์และศักดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๓. หน้า ๓๓.

ประเทศสมาชิกต้องผูกพันและปฏิบัติตาม กล่าวคือ หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most Favored Nation treatment-MFN) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (Nation treatment-NT)^{๒๑}

(๑) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN)

มีความหมายว่า การที่ประเทศสมาชิกประเทศใดปฏิบัติต่อสินค้าของประเทศสมาชิกอีกประเทศหนึ่งใด จะต้องปฏิบัติต่อสินค้านิดเดียวกันของประเทศสมาชิกอื่นฉนั้น เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้รับการปฏิบัติเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อยกเว้นได้ ตามเงื่อนไขของ WTO

(๒) หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (NT)

มีความหมายว่า การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของประเทศอื่น เช่นเดียวกับที่ให้การปฏิบัติต่อบริการหรือผู้ให้บริการที่เป็นคนชาติของตนเอง กล่าวคือ ประเทศสมาชิกจะปฏิบัติต่อสินค้าที่ผลิตภายในประเทศหนึ่งใด ก็ต้องปฏิบัติต่อสินค้านั้นที่นำเข้าจากประเทศสมาชิกอื่น ๆ ฉนั้น เพื่อให้สินค้านั้นถูกปฏิบัติเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติ แต่ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดข้อยกเว้นได้ ตามเงื่อนไขของ WTO

หลักไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าว เป็นสาระสำคัญของกติกา WTO เพื่อคุ้มครองเสรีภาพของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ รัฐควรปล่อยให้กลไกตลาดมาทำงาน โดยใช้อำนาจรัฐแทรกแซงเท่าที่จำเป็น เพื่อส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นเสรีและเป็นธรรม การเริ่มมีความตกลง GATT จนการตั้ง WTO มีระยะเวลานานกว่า ๗๐ ปี หลังผ่านรอบเจรจาต่าง ๆ มาแล้ว หลักไม่เลือกปฏิบัตินี้ ค่อย ๆ ได้รับการยอมรับจากนานาประเทศมากขึ้น

๓.๑.๒ สาระสำคัญของ GATS

เนื่องจากการลงทุนจากต่างประเทศในรูปแบบ ๓ การจัดตั้งทางพาณิชย์และรูปแบบ ๔ การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาจะแตกต่างกับการค้าระหว่างประเทศ ประเทศสมาชิก WTO ที่เป็นประเทศที่กำลังพัฒนามีท่าทีที่กีดกันนำหลักไม่เลือกปฏิบัติมาใช้ต่อการลงทุนจากต่างประเทศในรูปแบบดังกล่าว เพื่อคุ้มครองธุรกิจภายในที่ยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับต่างประเทศ

ด้วยเหตุนี้ ความตกลง GATS ที่เป็นส่วนหนึ่งของกติกา WTO นั้น จึงได้กำหนดพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป พร้อมด้วยข้อผูกพันเฉพาะ ที่แตกต่างกับกติกาของ WTO ก็คือ ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดด้วยตัวเองว่า จะปฏิบัติพันธกรณี การเข้าสู่ตลาด การปฏิบัติเยี่ยงชาติ และข้อผูกพันเพิ่มเติม ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของตนในสาขาของประเภทธุรกิจ โดยสามารถ

^{๒๑} ทัชชฌัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ GATT และ WTO : บททั่วไป กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๐.

กำหนดเงื่อนไขได้ตามที่ประเทศตัวเองต้องการ เพื่อสร้างโอกาสให้ประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนาเข้าร่วมเปิดเสรีได้มากขึ้น รายละเอียดของความตกลง GATS มีดังต่อไปนี้^{๒๒}

(๑) พันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป

ประเทศสมาชิกจำเป็นต้องปฏิบัติพันธกรณีและกฎระเบียบทั่วไป เช่น หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) หลักความโปร่งใส ข้อบังคับภายในประเทศ และการมีส่วนร่วมที่เพิ่มขึ้นของประเทศกำลังพัฒนา

(๒) ข้อผูกพันเฉพาะ

ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดด้วยตัวเองว่า จะปฏิบัติพันธกรณี การเข้าสู่ตลาด การปฏิบัติเยี่ยงชาติ และข้อผูกพันเพิ่มเติม ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของตนในสาขาของประเภทธุรกิจ โดยสามารถกำหนดเงื่อนไขได้ตามที่ประเทศตัวเองต้องการ

(๓) การเปิดเสรีแบบก้าวหน้าตามลำดับ

ประเทศสมาชิกควรเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการในรอบต่อ ๆ ไป และวิธีการแก้ไขข้อผูกพัน

(๔) ข้อยกเว้นทั่วไปและข้อยกเว้นทางความมั่นคง

ประเทศสมาชิกสามารถละเมิดพันธกรณีใด ๆ ได้ โดยอ้างข้อยกเว้นทั่วไปหรือข้อยกเว้นทางความมั่นคงตามเงื่อนไขของความตกลง GATS

แม้กติกาของ GATS ได้ให้ความยืดหยุ่นแก่ประเทศสมาชิกค่อนข้างมากในการกำหนดประเภทธุรกิจที่เสรีด้วยตัวเอง แต่ GATS ยังกำหนดให้ประเทศสมาชิกเข้าร่วมเจรจา เพื่อให้บรรลุถึงการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้นแบบก้าวหน้าตามลำดับ เห็นได้ว่า ความตกลง GATS ใช้แนวทางรูปแบบ Positive List ที่ให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีได้ด้วยตัวเอง ซึ่งยอมรับว่าไม่ใช่การเปิดเสรีการค้าบริการอย่างแท้จริงดังเช่นรูปแบบ Negative List แต่ด้วยเหตุที่ WTO ต้องการส่งเสริมการเปิดเสรีได้ง่ายของประเทศสมาชิกที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา จึงคงความตกลง GATS ไว้ในรูปแบบเช่นนี้ แม้ยังไม่สอดคล้องกับหลักไม่เลือกปฏิบัติของ WTO แต่ต้องใช้เวลาในการเจรจาในรอบต่อ ๆ ไป

สรุปได้ว่า WTO ได้รับการจัดตั้งขึ้น เพื่อการส่งเสริมเสรีภาพของเศรษฐกิจระหว่างประเทศ โดยส่งเสริมการทำงานของกลไกทางตลาดและลดการแทรกแซงของอำนาจรัฐที่ไม่จำเป็น พันธกรณีสำคัญของ WTO คือหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) และหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ (NT) หลักไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ WTO ในการส่งเสริมการค้าเสรี แม้ในด้านการค้าบริการ มีความตกลง GATS ที่กำหนดพันธกรณีทั่วไปและข้อผูกพันเฉพาะที่แตกต่างกับกติกาของ WTO โดยใช้รูปแบบ Positive List ที่ให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนด

^{๒๒} ไกรจักร ชีรตยาคินันท์และศักดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๓. หน้า ๓๘-๔๐.

ประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีได้ด้วยตัวเอง แต่ก็ยังมีข้อตกลงที่ให้ประเทศสมาชิกเปิดเสรีมากขึ้นแบบก้าวหน้า เพื่อสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของ WTO และบรรลุลูกค้าเสรีอย่างแท้จริง

แม้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและรูปแบบ Negative List ในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้นยังไม่ได้รับบัญญัติไว้ความตกลง GATS แต่ประเทศสมาชิกต่าง ๆ มีแนวโน้มที่จะใช้แนวทางนี้มากขึ้น ซึ่งเห็นได้จากความตกลงระดับภูมิภาคของกลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ

๓.๒ หลักการสำคัญของความตกลงระดับภูมิภาคที่ประเทศเป็นภาคีสมาชิก

ภายใต้ความตกลงของ WTO ที่ได้กำหนดหลักไม่เลือกปฏิบัติและเปิดช่องให้กลุ่มเศรษฐกิจต่าง ๆ สามารถกำหนดความตกลงที่มีสิทธิพิเศษเหนือกว่าพันธกรณีของ WTO ความตกลงระดับภูมิภาคจึงเกิดขึ้นตามลำดับ ตัวอย่างเห็นได้จากความตกลงระดับภูมิภาคต่าง ๆ ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการของอาเซียน (ASEAN Trade in Services Agreement-ATISA) และความตกลงหุ้นส่วนทางเศรษฐกิจระดับภูมิภาค (Regional Comprehensive Economic Partnership-RECP)

ความตกลงระดับภูมิภาคดังกล่าวมีสาระสำคัญในการคุ้มครองเสรีภาพของการค้าการบริการ โดยเน้นใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมโดยรูปแบบ Negative List ในการสงวนประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ

๓.๒.๑ ความตกลง ATISA

ความตกลง ATISA ได้รับเปลี่ยนแปลงแก้ไขจากความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services-AFAS) ด้วยเหตุที่ผู้นำของประเทศอาเซียนเห็นความสำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศมากขึ้น ความตกลง AFAS เดิมได้รับการลงนามเมื่อวันที่ ๑๕ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๓๘^{๒๓} โดยมีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการค้าบริการและลดอุปสรรคการค้าบริการระหว่างประเทศสมาชิกอาเซียน รวมทั้งเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความสามารถในการแข่งขันของผู้ให้บริการของประเทศอาเซียน แต่ความตกลง AFAS ยังอยู่ในรูปแบบ Positive List ซึ่งประเทศสมาชิกอาเซียนสามารถระบุพันธกรณีของตนในตารางข้อผูกพันในประเทศธุรกิจที่เปิดเสรีเท่านั้น

ความตกลง AFAS ยังไม่มีความตกลงว่าด้วยการค้าการบริการของอาเซียนอย่างสมบูรณ์ ดังนั้น เพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการลงทุนจากต่างประเทศให้มากขึ้น ประเทศสมาชิกอาเซียนจึงได้เจรจาความตกลง ATISA ที่มีความครอบคลุมมากกว่าความตกลง AFAS และใช้แนวทางแบบ Negative List ในการเปิดเสรีการค้าการบริการระหว่างประเทศ

^{๒๓} ไกรจักร ชีรตยาคินันท์และศักดิ์ดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน ๒๕๖๓. หน้า ๑๓๐.

ประเทศสมาชิกอาเซียนมีมติลงนามความตกลง ATISA มาแทนความตกลง AFAS เมื่อวันที่ ๒๓ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๓ มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้^{๒๔}

(๑) ข้อ ๖ การปฏิบัติเยี่ยงชาติ^{๒๕}

ประเทศสมาชิกอาเซียนจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างบริการและผู้ให้บริการคนชาติกับบริการและผู้ให้บริการที่มาจากประเทศสมาชิกอื่นที่เป็นบริการหรือผู้ให้บริการที่คล้ายคลึงกัน

(๒) ข้อ ๘ การเข้าสู่ตลาด^{๒๖}

ประเทศสมาชิกจะต้องไม่ใช้มาตรการซึ่งก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาด

(๓) ข้อ ๑๑ มาตรการที่ไม่สอดคล้อง^{๒๗}

หากประเทศสมาชิกอาเซียนต้องการบังคับใช้มาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีอื่น ๆ ภายใต้ความตกลง ATISA เช่น ข้อ ๖ การปฏิบัติเยี่ยงชาติ ข้อ ๗ การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง ข้อ ๘ การเข้าสู่ตลาด ประเทศสมาชิกนั้นจะต้องบรรจุมาตรการดังกล่าวไว้ในตารางข้อผูกพันของตนในสาขาหรือสาขาย่อยที่เกี่ยวข้อง

^{๒๔} Association of Southeast Asian Nations. *ASEAN Signs Trade in Services Agreement* (Online). Available from: <https://asean.org/storage/2012/05/ATISA-signed-scanned.pdf>. 2020.

^{๒๕} Article 6 National Treatment

Each Member State shall accord to services and service suppliers of another Member State, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favorable than that it accords in like circumstances, to its own services and services suppliers.

^{๒๖} Article 8

A Member State shall not maintain or adopt, either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory...

^{๒๗} Article 11

Non-Conforming Measures

1. Article 6 (Nation Treatment), Article 7 (Most-Favored-Nation Treatment), Article 8 (Market Access), Article 9 (Local Presence), and Article 10 (Senior Management and Board of Directors) do not apply to:

(a) Any existing non-conforming measure that is maintained by a Member State at:

(i) The central level of Government, as set out in its Schedule of Non-Conforming Measures in Annex I; (ii) A regional level of government, as set out in its Schedule of Non-Conforming Measures in Annex I; or (iii) A local government;

(b) The continuation or prompt renewal of any non-conforming measure referred to in subparagraph (a); or

(c) An amendment to any non-conforming measure referred to in subparagraph (a) to the extent that the amendment does not decrease the conformity of the measure, as it existed immediately before the date of entry into force of each Member State's Schedule of Non-Conforming Measures, with Article 6 (National Treatment), Article 7 (Most-Favored-Nation Treatment), Article 8 (Market Access), Article 9 (Local Presence), and Article 10 (Senior Management and Board of Directors).

Article 6 (National Treatment), Article 7 (Most-Favored-Nation Treatment), Article 8 (Market Access), Article 9 (Local Presence), and Article 10 (Senior Management and Board of Directors) do not apply to any measure that a Member State adopts or maintains with respect to sectors, subsectors or activities, as set out in its Schedule of Non-Conforming Measures in Annex II.

เห็นได้ว่า ความตกลง ATISA ได้ยกระดับการค้าบริการของประเทศอาเซียนให้ทันสมัยมากขึ้น ได้เปิดระดับเสรีมากกว่าความตกลง AFAS กล่าวคือ ประเทศสมาชิกจะต้องไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการคนชาติกับผู้ให้บริการคนต่างชาติตามข้อ ๖ พันธกรณีการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ประเทศสมาชิกยังต้องไม่ใช้มาตรการในการก่อให้เกิดอุปสรรคต่อการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติตามข้อ ๘ จุดเด่นอีกประการหนึ่งของ ATISA คือ ข้อ ๑๑ ซึ่งได้จากการเปลี่ยนรูปแบบ Positive List มาเป็น Negative List กล่าวคือ การเปลี่ยนรูปแบบข้อผูกพันเปิดตลาดการค้าบริการให้เป็นมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณี ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกอาเซียนต้องเริ่มปรับแก้รูปแบบการจัดทำข้อผูกพันการเปิดตลาดการค้าบริการเป็นแบบการจัดทำรายการข้อสงวนรายการมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีให้แล้วเสร็จภายใน ๗ ปี โดยยังคงรักษาระดับการเปิดตลาดการค้าบริการให้สอดคล้องกับระดับปัจจุบันไปพลางก่อน^{๒๘}

สรุปได้ว่า ความตกลง ATISA ได้ยกระดับการเปิดเสรีการลงทุนระหว่างประเทศ อำนวยความสะดวกให้แก่นักลงทุนภายในประเทศอาเซียน โดยเฉพาะเปลี่ยนจากความตกลง AFAS ซึ่งเป็นการเปิดเสรีแบบ Positive List มาเป็นการเปิดเสรีแบบ Negative List ส่งผลให้ประเทศอาเซียนเพิ่มโอกาสในการรับการลงทุนจากประเทศอาเซียน และทำให้นักลงทุนได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการลงทุนด้วย

๓.๒.๒ ความตกลง RECP

ความตกลง RECP เป็นความตกลงการค้าเสรีที่มีขนาดใหญ่ที่สุดในโลก โดยขยายการทำงานร่วมกันของประเทศอาเซียน ๑๐ ประเทศ และประเทศคู่เจรจาอาเซียนอีก ๕ ประเทศ ได้แก่ ออสเตรเลีย จีน ญี่ปุ่น เกาหลี และนิวซีแลนด์ ให้กว้างและลึกขึ้น ความตกลง RECP ได้รับการลงนามเมื่อวันที่ ๑๕ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๖๓^{๒๙}

ความตกลง RECP พยายามทำให้ภาคีสมาชิกที่มีระดับการพัฒนาที่แตกต่างกันสามารถได้รับประโยชน์สูงสุด ซึ่งได้ครอบคลุมเรื่องต่าง ๆ เช่น เรื่องการค้าสินค้า การค้าบริการ การลงทุน การเคลื่อนย้ายชั่วคราวของบุคคลธรรมดา กฎถิ่นกำเนิดสินค้า พิธีการศุลกากรและการอำนวยความสะดวกทางการค้า การเยียวยาทางการค้า ทริพส์สินทางปัญญา การแข่งขันทางการค้า การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ เป็นต้น ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการและการลงทุนจากต่างประเทศจะอยู่ในบทที่ ๘ กับบทที่ ๑๐

^{๒๘} Infoquest Limited. พาณิชย์แนะนลท.ไทยใช้ประโยชน์จากความตกลง ATISA เพิ่มโอกาสการค้าในภูมิภาค (ออนไลน์).แหล่งที่มา: <https://www.infoquest.co.th/2021/76762>. ๒๕๖๔.

^{๒๙} The Central People's Government of the People's Republic of China. RCEP signing helps boost global economic confidence in "double cycle" (Online). Available from: http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/16/content_5561846.htm. 2020.

(๑) บทที่ ๘ การค้าบริการ^{๓๐}

บทการค้าบริการมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดช่องทางให้มีการค้าบริการระหว่างกลุ่มภาคีมากขึ้น โดยผ่านการยกเลิกข้อจำกัดและมาตรการที่เลือกปฏิบัติในการค้าบริการข้ามพรมแดนในสาขาต่างๆ ยกระดับการค้าบริการที่ทันสมัยและครอบคลุมทุกด้านทั้งพันธกรณีด้านการเปิดตลาด การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างประเทศภาคี ซึ่งเป็นไปตามตารางข้อผูกพันเฉพาะหรือตารางข้อสงวนและมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของแต่ละประเทศภาคี (Negative List) บทนี้ยังกำหนดให้ประเทศภาคีจัดทำข้อผูกพันการค้าบริการในรูปแบบการผูกพันเปิดตลาดที่ระบุสาขาหรือกิจกรรมที่ไม่ต้องการเปิดตลาด รวมทั้งการระบุมตรการที่ยังต้องการใช้บังคับอยู่ ข้อผูกพันด้านการค้าบริการแบบ Negative List จะทำให้ผู้ให้บริการของประเทศภาคีอื่นเห็นภาพชัดเจนขึ้นผ่านการให้ข้อมูลเกี่ยวกับมาตรการและกฎระเบียบที่มีอยู่ของภาคีแต่ละประเทศ

(๒) บทที่ ๑๐ การลงทุน^{๓๑}

บทการลงทุนมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างสภาพแวดล้อมการลงทุนในภูมิภาค บทนี้ประกอบด้วยบทบัญญัติที่ครอบคลุม ๔ สาขาหลักของการลงทุน ได้แก่ การคุ้มครอง การเปิดเสรี การส่งเสริม และการอำนวยความสะดวก บทนี้จะใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและการห้ามกำหนดเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติซึ่งเกินกว่าพันธกรณีภายใต้ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade-Related Investment Measures-TRIMS) ของ WTO ตารางข้อสงวนและมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่ระบุข้อผูกพันด้านการลงทุนของประเทศภาคีต้องระบุรายการที่ไม่เปิดเสรี (Negative List) บทบัญญัติเน้นอำนวยความสะดวกการลงทุนที่ปรับปรุงให้ดีขึ้น ซึ่งจะช่วยจัดการกับปัญหาของนักลงทุนหลังจากที่ได้เข้าไปลงทุนแล้ว เช่น การช่วยเหลือเพื่อหาทางออกเกี่ยวกับข้อร้องเรียน หรือปัญหาต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้น

เห็นได้ว่า ความตกลง RECP สร้างผลดีต่อภาคีสมาชิกในการดึงดูดการลงทุนจากภาคีสมาชิกอื่น ๆ โดยบทบัญญัติของ RECP มุ่งเน้นใช้หลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ ประกอบด้วยรูปแบบ Negative List มาตรการต่าง ๆ ที่ RECP นำมาใช้นั้น เปิดเสรีทางการค้าการบริการในการให้ผู้ให้บริการคนเข้ามาดำเนินธุรกิจในแต่ละประเทศสมาชิกในรูปแบบต่าง ๆ เพื่อคุ้มครองการแข่งขันที่เป็นธรรม ภาคีสมาชิกรวมประเทศไทยสามารถได้ผลประโยชน์จากความตกลง RECP ในการรับลงทุนจากประเทศอื่น ๆ ซึ่งจะเพิ่มขีดความสามารถของประเทศด้วย

สรุปได้ว่า ความตกลงของ WTO ได้บัญญัติหลักไม่เลือกปฏิบัติเป็นพันธกรณีสำคัญที่ภาคีสมาชิกต้องผูกพันปฏิบัติ แต่ด้วยความแตกต่างของสภาพเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ โดยเฉพาะประเทศที่กำลังพัฒนา การเปิดเสรีในระดับกว้าง โดยใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติประกอบด้วยรูปแบบ

^{๓๐} China Free Trade Area Service Network. Regional Comprehensive Economic Partnership-RECP (Online). Available from: http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d8z_en.pdf.

^{๓๑} China Free Trade Area Service Network. Regional Comprehensive Economic Partnership-RECP (Online). Available from: http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d10z_en.pdf.

Negative List ในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่พร้อมเปิดเสรีนั้น ยังไม่สามารถรับยอมรับจากทั่วโลก แต่มีแนวโน้มที่จะนำใช้วิธีดังกล่าวมากขึ้นในประเทศที่กำลังพัฒนา ในปัจจุบันนี้ หลักการดังกล่าวเห็นได้จากความตกลงระดับภูมิภาคอย่าง ATISA กับ RECP ที่ประเทศไทยมีภาคีสมาชิก ซึ่งพิสูจน์ได้ว่าเป็นแนวคิดที่ได้รับความนิยมจากประเทศที่กำลังพัฒนาได้มากขึ้น การนำใช้หลักการดังกล่าวในความตกลงต่าง ๆ สะท้อนให้เห็นความพยายามของประเทศต่าง ๆ ในการคุ้มครองเสรีภาพของการลงทุนระหว่างประเทศ และให้การลงทุนระหว่างประเทศสามารถสร้างผลประโยชน์แก่ประเทศต่าง ๆ ได้มากที่สุด

ความตกลงที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๓ นี้ทั้งได้คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบธุรกิจคนต่างชาติให้เป็นไปตามแนวคิดที่กล่าวมาในบทที่ ๒ แล้ว ยังมีเป็นพันธกรณีที่ให้ประเทศภาคีสมาชิกมีผลผูกพันปฏิบัติด้วย จากการศึกษาตัวอย่างของประเทศในการนำใช้หลักการดังกล่าว เห็นได้ว่าประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นตัวอย่างที่ดีในการนำปฏิบัติใช้หลักการดังกล่าวอย่างแท้จริง ประเทศจีนเคยใช้มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจสูงสุดในการกีดกันการเข้าสู่ตลาดของนักลงทุนต่างประเทศ แต่ด้วยนโยบายการปฏิรูปเปิดประเทศเพื่อสร้างประเทศให้มีขีดความสามารถทันสมัย และการเข้าเป็นสมาชิกของ WTO และภาคีสมาชิกของความตกลงระดับภูมิภาคอีกหลายฉบับ ประเทศจีนจึงได้ตรากฎหมายว่าการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินับใหม่ เพื่อให้การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติสอดคล้องกับหลักการดังกล่าว ปฏิบัติพันธกรณีของความตกลงต่าง ๆ และตอบโจทย์การปฏิรูปการเปิดประเทศอย่างแท้จริง

บทที่ ๔ กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของประเทศไทย

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเริ่มมีนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศเมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๒ เพื่อบรรลุเป้าหมายในการพัฒนาประเทศชาติให้เจริญรุ่งเรืองอีกครั้ง (ประเทศจีนเคยเป็นประเทศที่เจริญที่สุดในโลกในสมัยราชวงศ์ถัง)^{๓๒} การส่งเสริมการค้าการบริการระหว่างประเทศจึงมีความจำเป็นยิ่งต่อนโยบายดังกล่าว ประเทศจีนเข้าร่วมเป็นสมาชิกของ WTO เมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๔^{๓๓} แม้ประเทศจีนได้พยายามกำหนดกติกาในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ยังไม่เป็นที่พอใจยิ่งนัก เนื่องจากกฎหมายที่บังคับอยู่ในสมัยนั้น ไม่สอดคล้องกับพันธกรณี WTO และไม่ตอบโจทย์นโยบายการเปิดประเทศของรัฐบาลจีน โดยใช้สองมาตรฐานสำหรับบริษัทต่างชาติกับบริษัทจีน จึงจำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายดังกล่าว

๔.๑ สภาพปัญหาของการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในประเทศไทย

แม้ประเทศจีนเริ่มมีนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศเมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๒ แต่การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในสมัยนั้น ยังอยู่ภายใต้การควบคุมสูงสุดของภาครัฐ ซึ่งต้องได้รับการอนุญาตจากภาครัฐทุกรายก่อนเริ่มดำเนินการ ก่อนที่จะเปลี่ยนมาใช้หลักการไม่เลือกปฏิบัติ

๔.๑.๑ ความเป็นมาของกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวของประเทศไทยสามารถแบ่งเป็นสองระยะดังต่อไปนี้^{๓๔}

ระยะแรก (พ.ศ. ๒๕๒๒- พ.ศ. ๒๕๕๙) ระบบอนุญาต

ในระยะแรกนี้ ประเทศไทยประกาศใช้กฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกประเภท กฎหมายที่เกี่ยวข้องมีสามฉบับ ได้แก่

(๑) กฎหมายว่าด้วยการร่วมทุนระหว่างคนต่างชาติกับคนจีน พ.ศ. ๒๕๒๒^{๓๕} ซึ่งกำหนดว่า การร่วมทุนระหว่างคนต่างชาติกับคนจีนทุกประเภท ควรได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐก่อนเริ่มดำเนินกิจการ

^{๓๒} Xinhuanet. After the future, continue to forge ahead towards the goal of the great rejuvenation of the Chinese nation (Online). Available from: http://www.xinhuanet.com/politics/2012-11/29/c_113852724.htm. 2012.

^{๓๓} The Central People's Government of the People's Republic of China. Let history remember - China's accession to the WTO negotiating memorandum (Online). Available from: http://www.gov.cn/ztl/content_87675.htm. 2005.

^{๓๔} Kong Qingjiang. An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China. Beijing: Law Press. 2019. Page 2-3

^{๓๕} The National People's Congress of the People's Republic of China. Sino-foreign Joint Ventures Law of the People's Republic of China (Online). Available from: http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2016-10/12/content_2007466.htm. 2016.

(๒) กฎหมายว่าด้วยการร่วมมือระหว่างคนต่างชาติกับคนจีน พ.ศ. ๒๕๓๑^{๓๖} ซึ่งกำหนดว่า การร่วมมือประกอบธุรกิจระหว่างคนต่างชาติกับคนจีนทุกประเภท ควรได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐก่อนเริ่มดำเนินการ

(๓) กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ พ.ศ. ๒๕๒๙^{๓๗} ซึ่งกำหนดว่า การจัดตั้งนิติบุคคลโดยมีคนต่างชาติถือหุ้นทั้งหมด ควรได้รับอนุญาตจากหน่วยงานภาครัฐก่อนเริ่มดำเนินการ

กฎหมายทั้งสามฉบับนี้เป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจ การจัดตั้งบริษัทและการบริหารจัดการองค์กรบริษัท ซึ่งเป็นจุดริเริ่มของระบบควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายต้องได้รับการอนุญาตก่อนเริ่มดำเนินการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ห้ามผู้ประกอบธุรกิจดำเนินธุรกิจในจีนเว้นแต่ได้รับการอนุญาต ถือว่าเป็นระยะเวลาที่ควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเข้มงวดสูงสุด

ระยะที่สอง (พ.ศ. ๒๕๕๙- พ.ศ. ๒๕๖๒) ระบบหนังสือรับรอง

หลังจากที่กฎหมายว่าด้วยการร่วมทุนระหว่างคนต่างชาติกับคนจีน กฎหมายว่าด้วยการร่วมมือระหว่างคนต่างชาติกับคนจีน และกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้บังคับใช้มาเป็นเวลา ๓๐ ปี การค้าบริการระหว่างประเทศเกิดขึ้นจำนวนมาก สภาพเศรษฐกิจระหว่างประเทศพัฒนาอย่างก้าวกระโดด คณะกรรมการประจำสภาผู้แทนประชาชนจีนได้ปรับปรุงแก้ไขกฎหมายสามฉบับดังกล่าว โดยเปลี่ยนจากระบบอนุญาตไปเป็นระบบขอหนังสือรับรองสำหรับการดำเนินประเภทธุรกิจที่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ เห็นได้ว่า ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้รับการผ่อนปรนในกระบวนการประกอบธุรกิจ แต่แนวทางดังกล่าวยังไม่ชัดเจนเพียงพอต่อนโยบายภาครัฐของจีนในการเปิดเสรีของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

๔.๑.๒ สภาพปัญหาของกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

ระบบกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของจีนนั้น เห็นได้ชัดว่า เป็นระบบสองมาตรฐานกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนในชาติ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้รับการอนุญาตในการประกอบธุรกิจบางประเภท ซึ่งกำหนดอยู่ในรายการแนะนำการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของจีน รูปแบบเช่นนี้ ถือได้ว่า เป็นรูปแบบ Positive List ซึ่งเป็นรูปแบบที่เปิดเสรีในระดับต่ำต่อผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ปัญหาที่เกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมายก็คือ

(๑) การกำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติดำเนินการขาดข้อมูลที่เหมาะสม

^{๓๖} The National People's Congress of the People's Republic of China. Sino-foreign Cooperative Enterprises Law of the People's Republic of China (Online). Available from: http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/05/content_4502.htm. 2000.

^{๓๗} The National People's Congress of the People's Republic of China. Foreign-funded Law of the People's Republic of China (Online). Available from: http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5004468.htm. 2000.

เนื่องจากการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมอันรวดเร็ว ประเภทธุรกิจได้เพิ่มจำนวนทวีขึ้น รัฐจำเป็นต้องมีข้อมูลเพียงพอในการกำหนดมาตรฐานของการควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติในการประกอบประเภทธุรกิจที่เกิดขึ้นใหม่ เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ต้องมีความรู้ในประเภทธุรกิจนั้น ๆ ด้วย ประเทศจีนเป็นประเทศที่มีพื้นที่กว้างใหญ่ไพศาล แต่ละมณฑลมีสภาพเศรษฐกิจที่แตกต่างกัน เมืองเศรษฐกิจที่พัฒนาแล้ว เช่น เซี่ยงไฮ้และกวางตุ้ง มีความต้องการขั้นสูงในการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรม ซึ่งมีศักยภาพสูงในการดึงดูดคนต่างชาติมาลงทุน เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของเมือง ธุรกิจบางประเภทใหม่ ๆ อาจจะยังไม่ได้อยู่ในรายการแนะนำการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของจีน แต่มีความจำเป็นอย่างมากในการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม แต่รัฐไม่มีข้อมูลเพียงพอในการกำหนดมาตรฐานของธุรกิจดังกล่าว ซึ่งอาจจะทำให้เมืองนั้นเสียโอกาสในการรับการลงทุนจากต่างประเทศก็เป็นได้

(๒) การใช้สองมาตรฐานที่ซับซ้อน ไม่ยืดหยุ่นต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ

นอกจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติแล้ว ประเทศจีนยังมีกฎหมายว่าด้วยบริษัท ซึ่งเป็นกฎหมายหลักทั่วไป กฎหมายสำหรับคนในชาติกับคนต่างชาติในการจัดตั้งบริษัทเป็นกฎหมายที่ใช้สองมาตรฐานที่เห็นได้ชัด ไม่ได้อำนวยความสะดวกหรือความเป็นธรรมสำหรับผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ รัฐแทรกแซงและควบคุมผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติเกินความจำเป็น สร้างการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมระหว่างผู้ประกอบการจีนกับคนต่างชาติ แม้รัฐบาลจีนสามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติอย่างเข้มงวด แต่จะไม่ใช่ผลดีต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพเศรษฐกิจ โดยเฉพาะที่หลังจากที่ประเทศจีนเข้ามาเป็นภาคีสมาชิกขององค์การการค้าโลก (WTO) กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของจีนยังไม่สอดคล้องกับพันธกรณีของ WTO และไม่ได้สร้างสภาพเศรษฐกิจที่ดีต่อบรรดาผู้ประกอบการต่างชาติ

(๓) สิทธิและผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติไม่ได้รับความคุ้มครอง

ในทางปฏิบัติ แม้รัฐบาลจะพยายามเชิญชวนผู้ลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนหรือลงนามสัญญาร่วมลงทุนกับภาครัฐ แต่ด้วยเหตุที่กฎหมายไม่ได้บัญญัติสิทธิที่ควรได้รับคุ้มครองจากรัฐ จึงทำให้ผู้ประกอบการเกิดความลังเลใจต่อการลงทุน การขออนุญาตต่าง ๆ ต่อเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐยังเป็นสิ่งที่ยากที่จะปฏิบัติ เห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของจีน เป็นการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงเศรษฐกิจ สร้างอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจของคนต่างชาติในจีน สิทธิและผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติไม่ได้รับความเท่าเทียมเช่นเดียวกับของผู้ประกอบธุรกิจคนจีน ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติจึงขาดความเชื่อมั่นในการลงทุนที่ประเทศจีน

ปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของจีนนั้นสะสมมานานเป็นเวลาหลายสิบปี แม้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายอยู่หลายครั้ง แต่ก็ยังไม่เป็นที่พอใจยิ่งนักสำหรับการส่งเสริมและการคุ้มครองการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ การลงทุนจากต่างประเทศลดน้อยลงอย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะจากประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างอเมริกา เยอรมนี สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ระดับคุณภาพของการลงทุนเสื่อมลง โดยเฉพาะโครงการลงทุนขนาดใหญ่ แต่ขณะเดียวกัน ประเทศจีนมี

ศักยภาพสูงในการใช้ประโยชน์ของการลงทุนจากต่างประเทศ^{๓๘} แสดงให้เห็นว่า การปฏิรูปการเปิดประเทศยังอยู่ในระดับปานกลางที่ยังไม่ประสบความสำเร็จอย่างแท้จริง

๔.๒ แนวทางการแก้ปัญหาด้วยการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่

หลังจากที่นาย สี จิ้นผิง ดำรงตำแหน่งผู้นำสูงสุดของประเทศจีนแล้ว มีนโยบายให้เปิดประเทศอยู่ในระดับกว้างขวางมากขึ้น คณะกรรมการการเงินการคลังแห่งชาติ โดยมีนาย สี จิ้นผิงเป็นประธาน ได้วิเคราะห์ปัญหาการปฏิรูปการเปิดประเทศ และปัญหาการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว มีมติเห็นสมควรเสนอแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีน เพื่อให้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นไปในทิศทางเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนจีน สมควรยกเลิกกฎเกณฑ์ที่ไม่สอดคล้องกับแนวทางดังกล่าว^{๓๙}

รัฐบาลจีนเสนอหลักการ การปฏิบัติเยี่ยงชาติในการเข้าสู่ตลาดและการเปิดเสรีแบบ Negative List กล่าวคือ ไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการจีนกับผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ โดยใช้มาตรการเดียวกันในการเข้าสู่ตลาด ยกเว้นประกอบธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ (Negative List) สภาผู้แทนประชาชนมีมติให้คณะรัฐมนตรีทดลองบังคับใช้หลักการดังกล่าวในเขตการค้าเสรีของจีนไปพลางก่อน ซึ่งเริ่มใช้ในเขตการค้าเสรีแห่งนครเซี่ยงไฮ้เป็นที่แรกเมื่อ พ.ศ. ๒๕๕๖ และเริ่มทดลองบังคับใช้ในเขตการค้าเสรีแห่งมณฑลกว่างตุง เขตการค้าเสรีแห่งเมืองเทียนจินและเขตการค้าเสรีแห่งมณฑลฮกเกี้ยนตามลำดับ

ผลการบังคับใช้หลักการดังกล่าวในเขตการค้าเสรีต่าง ๆ เป็นที่น่าพอใจยิ่ง ยกเว้นการเปิดการค้าบริการได้เสรีมากขึ้น ประเภทธุรกิจที่อยู่ในรายการ Negative List ที่ใช้ในเขตการค้าเสรีลดลงจาก ๑๙๐ รายการเมื่อ พ.ศ. ๒๕๕๖ เหลือ ๙๕ รายการเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งลดลงประมาณร้อยละ ๕๐ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติต่างชื่นชมในการเพิ่มประสิทธิภาพของการทำงานและการลดต้นทุนของการประกอบธุรกิจ บริษัทต่างชาติที่ก่อตั้งขึ้นใหม่ในเขตการค้าเสรีมีสัดส่วนร้อยละ ๒๐ ของบริษัทต่างชาติทั่วประเทศ^{๔๐}

๔.๒.๑ สาระสำคัญของกฎหมายฉบับใหม่

หลังจากที่ได้ประเมินผลจากการทดลองบังคับใช้ในเขตการค้าเสรีหลายพื้นที่เป็นที่น่าพึงพอใจแล้ว สภาผู้แทนประชาชนของจีนได้อนุมัติกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับ

^{๓๘} Ge Shunqi. A Study on The “Negative List” Management Mode of Foreign Investment. Beijing: People Press. 2018. Page 4.

^{๓๙} Kong Qingjiang. An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People’s Republic of China. Beijing: Law Press. 2019. Page 4.

^{๔๐} Ministry of Justice of the People’s Republic of China. Implement a negative list management system for foreign investment to create a more open and transparent investment environment (Online). Available from: http://www.moj.gov.cn/Department/content/2018-01/10/596_203267.html. 2018.

ใหม่ของจีน (Foreign Investment Law of the People's Republic of China) เมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๒^{๔๑} กฎหมายฉบับใหม่ได้กำหนดนิยามของคนต่างชาติอย่างเหมาะสม สร้างเสถียรภาพ ระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับผลประโยชน์ของชาติตามหลักความได้สัดส่วน และใช้อำนาจควบคุม เท่าที่จำเป็นด้วยเหตุความมั่นคงแห่งชาติ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติมีสิทธิเท่าเทียมกับผู้ประกอบ ธุรกิจคนจีนในการเข้าสู่ตลาด ยกเว้นที่จะประกอบประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรี (Negative List) ซึ่ง ประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีนั้น จะได้รับการปรับแก้ไขโดยคณะรัฐมนตรีตามสภาพเศรษฐกิจ

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ มีสาระสำคัญใน ๔ ส่วน ได้แก่ นิยามของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ การปฏิบัติเยี่ยงชาติ การควบคุมการประกอบธุรกิจคน ต่างชาติและบัญชีประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ (Negative List) ซึ่งมี รายละเอียดดังต่อไปนี้

(๑) นิยามของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ^{๔๒}

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ไม่ได้กำหนดนิยามของนิติ บุคคลต่างประเทศตามการสัดส่วนการถือหุ้น แต่กลับกำหนดนิยามตามหลักความหมาย รวมไปถึง ครอบคลุมถึงการลงทุนโดยทางปริยาย หรือผ่านการวิธีทางอื่น เพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ สามารถเข้าใจได้ง่ายขึ้นว่า การพฤติกรรมของตนจะเข้าข่ายกฎหมายฉบับนี้หรือไม่เพียงใด

มาตรา ๒ ของกฎหมายฉบับนี้ บัญญัติว่า การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ หมายถึง บุคคลธรรมดา นิติบุคคลหรือองค์กรของต่างประเทศประกอบกิจการภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน โดยตรงหรือปริยาย รวมถึงกรณีดังต่อไปนี้

- (ก) ผู้ลงทุนต่างประเทศเพียงผู้เดียวหรือร่วมกับผู้ลงทุนอื่นใด ลงทุนก่อตั้งนิติบุคคล ภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน
- (ข) ผู้ลงทุนต่างประเทศได้รับทุน หุ้น สัดส่วนทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดของนิติ บุคคลภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน
- (ค) ผู้ลงทุนต่างประเทศเพียงผู้เดียวหรือร่วมกับผู้ลงทุนอื่นใด ลงทุนดำเนินโครงการ ภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน

นิติบุคคลต่างประเทศ หมายถึง ผู้ลงทุนต่างประเทศลงทุนทั้งหมดหรือบางส่วน และจัด ตั้งขึ้นภายในสาธารณรัฐประชาชนจีนตามกฎหมายของจีน

^{๔๑} The National People's Congress of the People's Republic of China. *Foreign Investment Law of the People's Republic of China* (Online). Available from:

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201903/121916e4943f416b8b0ea12e0714d683.shtml>. 2019.

^{๔๒} Kong Qingjiang. *An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China*. Beijing: Law Press. 2019. Page 10-11.

เกณฑ์ที่ใช้กำหนดความเป็นผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติ^{๔๓} นอกจากที่ประเมินจากสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคลและศูนย์กลางการบริหารนิติบุคคลแล้ว ยังต้องประเมินจากการควบคุมนิติบุคคลที่เป็นปัจจัยสำคัญ แต่การควบคุมโดยต่างชาติของนิติบุคคลมิใช่สิ่งที่สามารถเห็นได้อย่างง่าย แม้บางประเทศใช้หลักเกณฑ์การถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ แต่การถือหุ้นในบริษัทอาจมิใช่สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงการควบคุมเหนือบริษัทเสมอไป จำเป็นต้องพิจารณาจากสัญชาติของบุคลากรหลักของบริษัท การใช้สิทธิพลในการควบคุมนิติบุคคลด้วยวิธีการอื่นนอกเหนือจากการถือหุ้นในบริษัท และผลประโยชน์หรือส่วนได้ส่วนเสียสำคัญในบริษัทด้วย บริษัทที่มีนักลงทุนต่างชาติถือหุ้นน้อย อาจอยู่ภายใต้การควบคุมของนักลงทุนต่างชาติได้ ถ้าปรากฏว่านักลงทุนต่างชาติเป็นผู้บริหารจัดการบริษัทและเป็นผู้กุมความรู้ความชำนาญในการดำเนินการกิจการไว้

ดังนั้น การกำหนดนิยามการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีนนั้น ให้คนต่างชาติทุกคนที่ลงทุนทางตรงหรือทางปริยายอยู่ในการควบคุมของกฎหมายฉบับนี้ทั้งหมด การกำหนดเช่นนี้เป็นไปตามหลักความเหมาะสม โดยคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ครบทุกด้าน ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติมีประสิทธิภาพและความชัดเจนมากขึ้น หลีกเลี่ยงปัญหาเรื่องผู้ประกอบการต่างชาติดำเนินการกิจการที่อยู่ในรายการ Negative List โดยวิธีทางอ้อม

(๒) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ^{๔๔}

การคุ้มครองสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักสำคัญในมาตรา ๓ ที่ว่า “*รัฐยืนหยัดนโยบายพื้นฐานในการเปิดประเทศ ส่งเสริมนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนภายในสาธารณรัฐประชาชนจีนตามกฎหมาย รัฐปฏิบัตินโยบายเสรีและความสะดวกต่อการลงทุน เสริมสร้างกลไกการส่งเสริมการลงทุน สร้างสภาพการตลาดที่มั่นคง โปร่งใสและเป็นธรรม*”

ภายใต้หลักการทั่วไปตามมาตรา ๓ กฎหมายได้บัญญัติรายละเอียดของมาตรการไว้เป็น ๕ ด้าน เพื่อบังคับใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติอย่างเป็นรูปธรรม

(ก) การปฏิบัติเยี่ยงชาติทั่วไปและควบคุมโดยรายการ Negative List

รัฐใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติก่อนเข้าสู่ตลาดและการควบคุมโดยรายการ Negative List หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติในวรรคหนึ่ง หมายถึง สิทธิของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติไม่ต่ำกว่าสิทธิของผู้ประกอบธุรกิจคนจีนในการเข้าสู่ตลาด รายการ Negative List หมายถึง มาตรการควบคุมพิเศษที่รัฐกำหนดไว้สำหรับประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ ประเภทธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ในรายการ Negative List ควรใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศรายการ Negative List

^{๔๓} นาถนินันต์ จันทร์งาม. *หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการลงทุนระหว่างประเทศ* กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ๒๕๖๒. หน้า ๒๙๑-๒๙๒.

^{๔๔} Kong Qingjiang. *An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China*. Beijing: Law Press. 2019. Page 12-13.

(ข) การปฏิบัติเยี่ยงชาติในด้านนโยบายส่งเสริมของภาครัฐ

ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติมีสิทธิเท่าเทียมกันที่รับนโยบายส่งเสริมการพัฒนาธุรกิจ การค้าจากภาครัฐ รัฐบาลผู้ตีกฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ควรรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติก่อน กฎหมายหรือกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ควรประกาศให้ทราบทั่วกันโดยไม่ชักช้า ภาครัฐควรสร้างระบบบริการการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อให้คำปรึกษาหรือบริการด้านกฎหมาย นโยบายและข้อมูลโครงการลงทุนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติ

(ค) การปฏิบัติเยี่ยงชาติในการเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรมและการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ

รัฐควรปฏิบัติเท่าเทียมกันต่อผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติในการเข้าร่วมกำหนดมาตรฐาน อุตสาหกรรม การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ โดยการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐควรปฏิบัติเท่าเทียมกันต่อ สินค้าและบริการของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติยังมีสิทธิเท่าเทียมกันในการระดมทุนด้วยวิธีการออกหุ้น ตราสารหนี้หรือวิธีการอื่นด้วย

(ง) การส่งเสริมการลงทุนและมาตรการอำนวยความสะดวก

รัฐบาลท้องถิ่นสามารถออกกฎเกณฑ์ในการส่งเสริมการลงทุนและมาตรการอำนวยความสะดวกตามบทบัญญัติของกฎหมาย ควรยกระดับการให้บริการต่อการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ โดยลดกระบวนการทำงาน เพิ่มประสิทธิภาพและปรับวิธีการให้บริการตามหลักความสะดวก ความรวดเร็วและความโปร่งใส ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติอาจจะต้องโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารต่าง ๆ เมื่อเทียบกับคนในชาติ ดังนั้น การที่รัฐอำนวยความสะดวกให้กับคนต่างชาติ ก็เพียงให้คนต่างชาติสามารถใช้สิทธิเท่าเทียมและทั่วถึงเหมือนคนชาติ

(๓) การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ^{๔๕}

ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินั้นจะใช้ มาตรการตามหลักความจำเป็น

(ก) วิธีการควบคุมตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและรายการ Negative List

กฎหมายกำหนดเงื่อนไขต่อคนต่างชาติในการดำเนินกิจการที่อยู่ในรายการ Negative List ที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ชาติ คนต่างชาติต้องได้รับอนุญาตก่อนดำเนินกิจการที่อยู่ใน รายการ Negative List ตามกฎหมายกำหนด คนต่างชาติสามารถดำเนินกิจการที่นอกกรรายการ Negative List ได้ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ

(ข) ความเชื่อมโยงกับกฎหมายอื่น ๆ

เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นกฎหมายวางหลักทั่วไป เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ส่วนกฎระเบียบอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การขอ

^{๔๕} Kong Qingjiang. An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People's Republic of China. Beijing: Law Press. 2019. Page 14-15.

ใบอนุญาตประกอบธุรกิจบางประเภท การบัญชีและการเสียภาษีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้ปฏิบัติตามกฎหมายเฉพาะเหมือนผู้ประกอบการธุรกิจคนจีน

(ค) การรายงานข้อมูลการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

รัฐใช้ระบบรายงานข้อมูลการประกอบธุรกิจคนต่างชาติในการติดตามการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ ซึ่งปฏิรูปวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติจากระบบขออนุญาต ระบบรายงานข้อมูลเป็นมาตรการคุ้มครองการประกอบธุรกิจคนต่างชาติอย่างมีประสิทธิภาพ และลดต้นทุนคนต่างชาติในการขออนุญาตจากระบบเดิม

กฎหมายกำหนดให้รัฐควรมีระบบรายงานข้อมูลการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ คนต่างชาติควรรายงานข้อมูลให้หน่วยงานกำกับดูแลโดยผ่านระบบรายงานข้อมูลการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ข้อมูลที่ให้คนต่างชาติรายงานนั้นควรมีขอบเขตชัดเจน ห้ามหน่วยงานของรัฐให้คนต่างชาติรายงานข้อมูลที่หน่วยงานของรัฐสามารถสืบค้นจากหน่วยงานอื่นได้

(๔) บัญชีประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ (Negative List)

บัญชีประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ได้กำหนดรายการธุรกิจพร้อมด้วยเงื่อนไขในการดำเนินการ ซึ่งบัญชีนี้จะได้รับการแก้ไขปรับเปลี่ยนทุก ๆ ปีตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม หลังจากการประกาศใช้กฎหมายฉบับใหม่เป็นเวลาหนึ่งปี ประเภทธุรกิจในบัญชีลดลงจาก ๔๐ รายการเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๒ เหลือ ๓๓ รายการเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓

ประเภทธุรกิจในบัญชี ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๓ มีดังต่อไปนี้^{๔๖}

(ก) ประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติดำเนินการ (๒๒ รายการ)

การปลูกพืช การเลี้ยงสัตว์ทะเล ชนิดวัตถุที่หายาก เหมืองแร่ การผลิตสมุนไพรจีน การผลิตอะไหล่ดาวเทียม การผลิตบุหรี การขนส่งไปรษณีย์ภายในประเทศ ข้อมูลข่าวสารทางอินเทอร์เน็ต สำนักงานกฎหมาย การสำรวจทางสังคม การวิจัยยีน การวิจัยสังคมศาสตร์ การสำรวจทรัพยากรธรรมชาติ สถานศึกษาขั้นพื้นฐานและศาสนา สำนักงานข่าว สื่อสิ่งพิมพ์ สถานีโทรทัศน์ บริษัททำรายการโทรทัศน์ บริษัทภาพยนตร์ กิจกรรมที่เกี่ยวกับมรดกวัฒนธรรม และกิจการการแสดงทางวัฒนธรรม

(ข) ประเภทธุรกิจมีเงื่อนไขการดำเนินการ (๑๑ รายการ)

การปลูกข้าวโพดและข้าวสาลี โรงงานพิมพ์ อุตสาหกรรมรถยนต์ การก่อสร้างโรงงานไฟฟ้านิวเคลียร์ การขนส่งทางน้ำ การขนส่งทางอากาศ การก่อสร้างท่าอากาศยาน บริษัทโทรคมนาคม การสำรวจทางตลาด โรงเรียนอนุบาลและสถาบันอุดมศึกษา โรงพยาบาล

^{๔๖} Ministry of Commerce of the People's Republic of China. The National Development and Reform Commission and the Ministry of Commerce have issued a negative list of foreign investment access for the 2020 edition (Online). Available from: <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202006/20200602977244.shtml>. 2020.

สรุปได้ว่า สาระสำคัญของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ของจีนครอบคลุมหลักการสำคัญต่าง ๆ เช่น ใช้หลักความเหมาะสมในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ ใช้หลักความได้สัดส่วนในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ และใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและควบคุมเท่าที่จำเป็นในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ซึ่งเป็นกฎหมายตัวอย่างที่ดีในการปฏิบัติหลักการดังกล่าว พร้อมด้วยตอบโจทย์พันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศที่ประเทศจีนเป็นภาคีสมาชิก สิ่งสำคัญที่สุดก็คือ ได้ตอบโจทย์ของนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศของจีน

๔.๒.๒ ข้อดีเด่นของกฎหมายฉบับใหม่

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีนนั้น นำใช้หลักการสำคัญต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๒ และตอบโจทย์พันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๓ ซึ่งสะท้อนให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในการปฏิรูปการเปิดประเทศของจีน ข้อดีเด่นของกฎหมายฉบับใหม่นี้ สามารถสรุปดังต่อไปนี้

(๑) การนิยามคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม

ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติสามารถเข้าใจความหมายของการนิยามการประกอบธุรกิจคนต่างชาติอย่างชัดเจน การลงทุนทุกรูปแบบได้รับการควบคุมภายใต้กฎหมายฉบับนี้ ซึ่งสามารถอุดช่องว่างของกฎหมายในการเพิ่มความยากของการหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ โดยใช้วิธีการถือหุ้นแทนของคนชาติ

(๒) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติและการคุ้มครองสิทธิประโยชน์

สิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจคนจีน ทั้งด้านการรับการส่งเสริมจากภาครัฐ การเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรม การเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐและการระดมทุนจากวิธีต่าง ๆ ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ รัฐจะไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติ

(๓) การใช้อำนาจตามหลักความจำเป็น

รัฐบาลจีนใช้อำนาจการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติตามหลักความจำเป็น โดยตรากฎหมายให้อำนาจรัฐในการแทรกแซงเท่าที่จำเป็นต่อประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติดำเนินการ

(๔) การกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีตามหลักได้สัดส่วน

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีนใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมด้วยรายการ Negative List รายการ Negative List เป็นวิธีการควบคุมพิเศษสำหรับประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติดำเนินการ แต่รายการ Negative List ไม่ใช่รายการคงที่ คณะรัฐมนตรีของจีนสามารถปรับเปลี่ยนได้ตามสภาพเศรษฐกิจและสังคม และต้องกำหนดตามหลักได้สัดส่วนพอเหมาะพอควร ตามรายการ Negative List ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๓ ประเภท

ธุรกิจที่ควบคุมพิเศษเหลือเพียง ๓๓ รายการ ถือได้ว่า ขอบเขตเสรีภาพของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้รับการขยายกว้างขวางยิ่งขึ้น

(๕) การรับฟังความคิดเห็นและการให้บริการครบวงจร

รัฐบาลจีนเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ของตนเองไปเป็นการให้บริการมากกว่าการควบคุม โดยอำนวยความสะดวกในการให้คำปรึกษาและข้อมูลการประกอบธุรกิจในประเทศจีนแก่ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติ นอกจากนี้ รัฐบาลจีนยังรับฟังความคิดเห็นจากกลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติก่อนตรากฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง ทำให้กระบวนการบัญญัติกฎหมายมีการเข้าร่วมจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ซึ่งสร้างความโปร่งใสเป็นธรรมต่อสังคม ถือได้ว่า เป็นการปฏิบัติเยี่ยงชาติอย่างเป็นรูปธรรม

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจฉบับใหม่ของจีน ใช้แนวทางที่ดีในการแก้ไขปัญหาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติที่สะสมมาเป็นเวลายาวนาน โดยกำหนดนิยามของคนต่างชาติอย่างเหมาะสม ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติต่อคนต่างชาติ ใช้หลักการควบคุมเท่าที่จำเป็นสำหรับประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ และเน้นการให้บริการครบวงจรเป็นหลัก รวมถึงการรับฟังความคิดเห็นจากคนต่างชาติในกระบวนการบัญญัติกฎหมาย แนวทางที่ดีดังกล่าว ได้บรรลุเป้าหมายของนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศในระดับกว้างขึ้น ซึ่งสร้างผลดีเป็นที่ประจักษ์ชัด

๔.๓ ผลของการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่

การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีนอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ ๑ มกราคม พ.ศ. ๒๕๖๓ จนได้ครบรอบหนึ่งปีเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๔ กฎหมายฉบับนี้ได้แก้ปัญหาการใช้สองมาตรฐานในการควบคุมการประกอบธุรกิจ และการขาดความคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติด้วย

รัฐบาลจีนมีนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศมาโดยตลอด การที่เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ ถือเป็นการตอบโจทย์นโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศดังกล่าว การบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ได้รับความร่วมมือจากหน่วยงานภาครัฐที่เกี่ยวข้องเป็นอย่างดี ซึ่งได้แก้ไขหรือยกเลิกกฎระเบียบที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้ อนึ่ง คณะรัฐมนตรีได้ประกอบใช้รายการ Negative List ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๓ ซึ่งจะมีการปรับเปลี่ยนทุก ๆ ปี

การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นเวลาหนึ่งปีผ่านมา ได้สร้างสภาพการลงทุนที่เป็นกลไกตลาด เป็นธรรม และเป็นสากลให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติด้วยเหตุนี้ การลงทุนจากต่างประเทศได้เพิ่มขึ้นร้อยละ ๔.๕ เมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓ ภายใต้ความท้าทายของวิกฤตโควิด ๑๙ ประเทศจีนกลายเป็นประเทศที่ใหญ่ที่สุดของโลกในการดึงดูดการลงทุนจาก

ต่างประเทศ โดยมีผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติใหม่ ๕๑,๐๐๐ รายเข้ามาลงทุนในจีนภายใน พ.ศ. ๒๕๖๓^{๔๗}

ตามรายงานของสำนักงานสภาผู้แทนประชาชนของจีน ผลของการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่จะแบ่งออกเป็น ๕ ประการดังต่อไปนี้

(๑) เสรีภาพในการเข้าสู่ตลาดของคนต่างชาติ

เสรีภาพในการเข้าสู่ตลาดของผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติได้รับการคุ้มครองมากกว่าอดีต ภายใต้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติก่อนเข้าสู่ตลาดและการควบคุมด้วยรายการ Negative List สำหรับประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรี ประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีลดจาก ๑๙๐ รายการในอดีต เหลือ ๓๓ รายการเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓ ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติมีเสรีภาพมากกว่าอดีตในการเลือกดำเนินการกิจการ กฎหมายเปิดโอกาสให้คนจีนร่วมทุนกับคนต่างชาติได้อย่างเสรี โดยมีบริษัทที่ร่วมทุนระหว่างคนจีนกับคนต่างชาติที่จัดตั้งขึ้นใหม่เป็นจำนวนมากกว่า ๙,๐๐๐ แห่งเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓

(๒) ความสะดวกในการลงทุน

กฎหมายฉบับใหม่เปลี่ยนจากระบบอนุญาตการประกอบธุรกิจทุกรายมาเป็นระบบรายงานข้อมูล ลดขั้นตอนการจดทะเบียนบริษัทคนต่างชาติ โดยใช้วิธีการจดทะเบียนบริษัทเหมือนผู้ประกอบการธุรกิจคนจีน หน่วยงานที่เกี่ยวข้องจัดคู่มือการประกอบธุรกิจให้แก่ผู้ประกอบการคนต่างชาติ ซึ่งมีข้อมูลกฎหมาย นโยบายการลงทุน การวิเคราะห์สภาพการลงทุนและขั้นตอนการทำงาน เพื่อยกระดับการให้บริการของภาครัฐ ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติมากกว่าร้อยละ ๙๙ สามารถยื่นข้อมูลในระบบรายงานข้อมูลได้ โดยผ่านเว็บไซต์ออนไลน์

(๓) การให้บริการครบวงจร

รัฐเปลี่ยนบทบาทหน้าที่จากการแทรกแซงโดยใช้ระบบอนุญาตไปเป็นการควบคุมเท่าที่จำเป็น รัฐบาลจัดตั้งทีมเฉพาะในการบริการการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ในช่วงวิกฤติโควิด ๑๙ รัฐช่วยแก้ปัญหาให้แก่บริษัทคนต่างชาติต่าง ๆ มากกว่า ๒๕๒ รายการ เช่น การขาดแคลนอุปกรณ์ป้องกันโควิด การติดขัดของระบบขนส่งและการเข้างานของพนักงาน เพื่อลดผลกระทบของโควิดและทำให้บริษัทคนต่างชาติสามารถดำเนินกิจการต่อไปได้

(๔) การแข่งขันทางตลาดที่เป็นธรรม

กฎหมายได้คุ้มครองสิทธิของผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติอย่างทั่วหน้า ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติสามารถเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐ ซึ่งสร้างสภาพการแข่งขันทางตลาดที่เป็นธรรมต่อบริษัททุกรูปแบบ นอกจากนี้ ผู้ประกอบการธุรกิจคนต่างชาติยังสามารถเข้าร่วมการกำหนดมาตรฐานทางอุตสาหกรรมได้ โดยมีบริษัทต่างชาติหนึ่งร้อยกว่าแห่งได้เข้าร่วมการกำหนดมาตรฐานทางอุตสาหกรรมของภาครัฐเมื่อ พ.ศ. ๒๕๖๓

^{๔๗} Ministry of Justice of the People's Republic of China. What is the effect of the first anniversary of the implementation of the Foreign Investment Law? A spokesman for the Commission responded (Online). Available from: http://www.moj.gov.cn/organization/content/2021-03/04/553_3267527.html. 2021.

ผลของการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่เป็นที่ประจักษ์ชัด ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติต่างชื่นชมนโยบายการปฏิรูปการเปิดประเทศของจีนและกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติมีเสรีภาพมากขึ้นในการดำเนินกิจการ ได้รับความสะดวกในการเข้าสู่ตลาด มีหน่วยงานภาครัฐในการให้บริการอย่างทั่วถึง และสามารถแข่งขันทางตลาดที่เป็นธรรมกับบริษัทภายในประเทศ แม้เผชิญวิกฤติโควิด ๑๙ ซึ่งทำให้การค้าการบริการระหว่างประเทศทั่วโลกได้ลดน้อยลง แต่ด้วยเหตุที่เริ่มบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ การประกอบธุรกิจคนต่างชาติของจีนกลับเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง

สาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นประเทศที่เคยใช้อำนาจเด็ดขาดในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเศรษฐกิจภายในประเทศอย่างสูงสุด แต่ตามกระแสโลกาภิวัตน์ รัฐบาลจีนจึงตัดสินใจในการปฏิรูปการเปิดประเทศ โดยเข้าร่วมองค์การระหว่างประเทศต่างๆ และส่งเสริมการค้าการบริการระหว่างประเทศอย่างไม่เคยเห็นมาก่อน ในการนี้ ประเทศจีนเริ่มประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ เพื่อสอดคล้องกับนโยบายดังกล่าว กฎหมายฉบับใหม่นี้ เน้นใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมเท่าที่จำเป็นผ่านรายการ Negative List รัฐบาลจีนพยายามเปลี่ยนบทบาทหน้าที่จากการบริหารควบคุมไปเป็นการให้บริการและคุ้มครองเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ผลของการบังคับใช้กฎหมายฉบับใหม่ที่ได้เห็นได้ชัดก็คือ แม้เผชิญวิกฤติโควิด ๑๙ แต่การประกอบธุรกิจคนต่างชาติในประเทศจีนกลับเติบโตมากขึ้น ทั้งจำนวนนักลงทุนต่างชาติคนใหม่และมูลค่าการลงทุน

การศึกษาแนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของประเทศจีนนั้น เป็นตัวอย่างที่ดีอีกหนึ่งประเทศในการยืนยันผลดีของแนวคิดที่กล่าวในบทที่ ๒ และผลดีของการปฏิบัติพันธกรณีความตกลงระหว่างประเทศที่กล่าวในบทที่ ๓ อาจจะเป็นตัวอย่างสำหรับประเทศไทยในการกำหนดแนวทางที่เหมาะสมในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติต่อไป

บทที่ ๕ บทวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมสำหรับการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของประเทศไทย

ตามที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๒ การพัฒนาเศรษฐกิจของไทยตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นที่ผ่านมา ได้พึ่งพาอาศัยการค้าการลงทุนจากต่างประเทศมาตลอด การส่งเสริมการค้าการลงทุนจากต่างประเทศมีความจำเป็นยิ่งต่อสังคมไทย ในกรณีนี้ ประเทศไทยตั้งยุทธศาสตร์ ๒๐ ปีไว้เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของประเทศในยุคปัจจุบัน ซึ่งการส่งเสริมการค้าการลงทุนจากต่างประเทศเป็นแผนแม่บทที่สำคัญในการบรรลุเป้าหมายดังกล่าว

อนึ่ง ประเทศเป็นภาคีสมาชิกของความตกลง WTO ATISA และ RECP ที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๓ จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของความตกลงดังกล่าว แต่พิจารณาจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยแล้ว เห็นว่า กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ขณะนี้ ยังไม่สอดคล้องกับหลักการทั่วไปและพันธกรณีของความตกลงดังกล่าว จึงอาจจะไม่สามารถตอบโจทย์ยุทธศาสตร์ได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนที่กล่าวมาแล้วในบทที่ ๔ อาจจะเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทยในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสม เพื่อแก้ไขปัญหาที่มีอยู่

๕.๑ ความเป็นมาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้งตามสภาพเศรษฐกิจของแต่ละยุคและนโยบายของภาครัฐ สามารถแบ่งออกเป็นสามระยะ^{๔๘}

ระยะแรก (ก่อน พ.ศ. ๒๕๑๕)

ตามสนธิสัญญาไมตรีที่ประเทศไทยได้ลงนามกับประเทศต่าง ๆ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติสามารถดำเนินกิจการอย่างเสรีได้เหมือนผู้ประกอบธุรกิจคนไทยภายในประเทศไทย ซึ่งยังไม่มียกเว้นว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติในการควบคุมการประกอบคนต่างชาติแต่อย่างใด

ระยะที่สอง (พ.ศ. ๒๕๑๕-พ.ศ. ๒๕๔๒)

สมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เริ่มเปลี่ยนนโยบายต่อการประกอบธุรกิจคนต่างชาติในไทยครั้งสำคัญ โดยบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ เมื่อ พ.ศ. ๒๕๑๕ เหตุผลที่ออกใช้ประกาศนี้ ดังที่เขียนในประกาศฉบับนี้ คือ

ในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิชาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม

^{๔๘} ไกรจักร ชีรตยาคินันท์และศักดิ์ดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. ๒๕๖๓. หน้า ๑๔๓-๑๔๕.

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ นี้ ห้ามคนต่างชาติและนิติบุคคลที่มีคนต่างชาติ ถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ในประเทศไทย เว้นแต่ได้รับการอนุญาต และมีการผ่อนปรน ให้กับผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

ระยะที่สาม (พ.ศ. ๒๕๔๒- ปัจจุบัน)

หลักจากที่ประเทศเข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของ WTO เมื่อ พ.ศ. ๒๕๓๘ ประเทศ จำเป็นต้องปฏิบัติตามพันธกรณีของ WTO และความตกลงของ GATS ในการเปิดเสรีการเข้าสู่ตลาด ของการค้าบริการ ประกอบกับการเผชิญวิกฤติเศรษฐกิจเมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๐ ทำให้ประเทศต้องการ เงินทุนจากต่างประเทศมากขึ้นเพื่อนำมาฟื้นฟูเศรษฐกิจไทย ด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงนำไปสู่การยกเลิก ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ และตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังที่เหตุผลที่เขียนท้ายการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้

โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งใช้ บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับ สภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมาย ดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่ง จะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตาม สนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้^{๔๙}

(๑) นิยามและทุนขั้นต่ำของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

ตามมาตรา ๔ กฎหมายได้กำหนดความหมายของคนต่างด้าวว่า เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มี สัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนใน ประเทศไทยและมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัท จำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว

ส่วนทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวน ไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตาม กฎหมายฉบับนี้ ทุนขั้นต่ำสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

(๒) แนวทางในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

นอกจากที่ได้กำหนดนิยามและทุนขั้นต่ำของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติแล้ว กฎหมายได้วางหลักการพิจารณาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติดังต่อไป

มาตรา ๕ การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณา โดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและ

^{๔๙} กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

https://dbd.go.th/news_view.php?nid=1053.

สังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

มาตรา ๘ ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา ๑๕ คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

(๓) บัญชีประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ

บัญชีท้ายกฎหมาย ได้แบ่งประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินอยู่ ๓ บัญชี ซึ่งมีทั้งหมด ๔๓ รายการ บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ๙ รายการ บัญชีสอง ธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตจากคณะรัฐมนตรี ๑๓ รายการ และบัญชีสาม ธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ๒๑ รายการ ซึ่ง(๒๑) การทำธุรกิจบริการอื่น จะครอบคลุมถึงทุกกิจการ

เห็นได้ว่า ตามนิยามของคนต่างด้าว นิติบุคคลที่มีคนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งจะไม่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว จึงไม่ต้องบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ส่วนแนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินั้น รัฐมีอำนาจดุลพินิจในการอนุญาตการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเกือบทุกกรณีตามบัญชีท้ายกฎหมาย วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยเป็นการควบคุมในรูปแบบ Positive List กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติมีอิสระค่อนข้างน้อยก่อนเข้าสู่ตลาด จำเป็นต้องขออนุญาตอยู่เสมอก่อนเริ่มประกอบธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายกฎหมายฉบับนี้

๕.๒ สภาพปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

จากการวิเคราะห์กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ปัจจุบันนี้ สามารถสรุปปัญหาของการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ดังนี้

(๑) นิยามของคนต่างด้าวขาดหลักความเหมาะสม

การใช้วิธีสัดส่วนหุ้นในการกำหนดผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติตามมาตรา ๔ อาจจะไม่สามารถครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างชาติใช้คนไทยมาถือหุ้นแทนตัวเอง เพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ในการนี้ จึงเกิดช่องโหว่การบังคับใช้กฎหมาย อำนาจควบคุมเหนือนิติบุคคลไม่สามารถพิจารณาจากการสัดส่วนถือหุ้นเพียงปัจจัยเดียว จำต้องเป็นคำวินิจฉัยปัจจัยอื่น ๆ ด้วย การกำหนดเช่นนี้ไม่สามารถควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(๒) เหตุผลที่ใช้พิจารณาขาดหลักความได้สัดส่วน

ตามมาตรา ๕ การพิจารณาการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินั้น ต้องคำนึงถึงปัจจัยหลายอย่าง เช่น ความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา เป็นต้น เห็นได้ว่า ปัจจัยที่ต้องคำนึงถึงนั้นมีขอบเขตกว้างเกินไป ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลเวลาและนโยบายการส่งเสริมการลงทุนของภาครัฐ จึงขาดหลักความได้สัดส่วน

จากวิเคราะห์บัญชีท้ายกฎหมายฉบับนี้ ยังเห็นได้อีกว่า กฎหมายได้กำหนดบัญชีประเภทธุรกิจ ๓ ส่วนตามมาตรา ๘ ซึ่งบัญชี ๓ ได้ครอบคลุมประเภทธุรกิจเกือบทั้งหมด โดยเฉพาะบัญชี ๓ (๒๑) ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในการคุ้มครองผลประโยชน์ชาติ ประเภทธุรกิจในบัญชี ๓ ส่วนใหญ่นั้น ควรได้รับการผ่อนปรนหรือเปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ เช่น การค้าปลีก การค้าส่ง การขายอาหารและเครื่องดื่ม ธุรกิจดังกล่าวคงไม่สร้างผลกระทบต่อผลประโยชน์ชาติโดยตรง และไม่ใช่อุตสาหกรรมมั่นคง สาธารณูปโภคและโครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐาน จึงไม่เหมาะสมในการกำหนดคนต่างชาติต้องขออนุญาตก่อนดำเนินการ อีกทั้ง บัญชีท้ายกฎหมายฉบับนี้ใช้มานานกว่า ๒๐ ปีและไม่ได้รับการปรับเปลี่ยนตามสภาพเศรษฐกิจไทยที่ได้เปลี่ยนแปลงไปมาก จึงไม่เหมาะสมบังคับใช้อีกต่อไปและขัดต่อมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญด้วย

(๓) วิธีการควบคุมขาดหลักความจำเป็น

การที่ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายต้องขออนุญาตก่อนเริ่มดำเนินการตามมาตรา ๘ และการกำหนดทุนขั้นต่ำตามมาตรา ๑๔ นั้น เป็นการเพิ่มภาระให้กับคนต่างชาติที่เกินความจำเป็น เพิ่มต้นทุนในการดำเนินการ การใช้อำนาจมหาชนของรัฐไม่ได้ไปเป็นตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

การพิจารณาผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายก่อนเข้าสู่ตลาดนั้น เป็นการใช้อำนาจแทรกแซงทางเศรษฐกิจเกินความจำเป็น เพิ่มความยากลำบากในการเข้าสู่ตลาดของคนต่างชาติ ซึ่งอาจจะนำไปสู่การใช้อำนาจมิชอบได้ด้วย จึงขาดหลักความจำเป็นในการใช้อำนาจมหาชนของภาครัฐ

(๔) การไม่สะดวกในการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ไม่สอดคล้องกับมาตรา ๗๗ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่กำหนดว่าให้จัดการรับฟังจากฝ่ายที่เกี่ยวข้อง และประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายในรอบระยะเวลา กระบวนการอนุญาตการประกอบธุรกิจคนต่างชาติดังกล่าว หลักเกณฑ์ที่ชัดเจน มีความซับซ้อนยุ่งยากต่อการปฏิบัติ โดยภาพรวมแล้ว คนต่างชาตินั้นไม่ได้รับความสะดวกจากภาครัฐในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย

สรุปได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ และไม่ตอบโจทยยุทธศาสตร์ชาติในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ปัญหาที่กล่าวมานั้น จะสร้างผลเสียโดยตรงก็คือ การลงทุนจากต่างประเทศลดน้อยลง คนต่างชาตินิยมให้คนไทยมาถือหุ้นแทนตัวเอง ซึ่งทำให้กฎหมายไม่สามารถบังคับใช้ได้ คนต่างชาติที่มีเจตสุจริตจะยากลำบากในการขออนุญาตการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ คนไทยที่มีความประสงค์ไปลงทุนในต่างประเทศอาจจะได้รับการตอบโต้ด้วยวิธีเดียวกันที่ประเทศไทยใช้กับคนต่างชาติ

ประเทศไทยมีความจำเป็นในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศตามยุทธศาสตร์ชาติ และมีศักยภาพสูงในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ แต่เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาตินั้น ไม่เปิดเสรีเพียงพอ จึงได้ขีดขวางการลงทุนจากต่างประเทศเข้าสู่ตลาดในไทย

ประเทศไทยได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกของความตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับ จำเป็นต้องปฏิบัติพันธกรณีของความตกลงดังกล่าว จึงจำเป็นต้องใช้แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

๕.๓ การเปรียบเทียบการประกอบธุรกิจคนต่างชาติระหว่างจีนกับไทย

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นหนึ่งในประเทศที่ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมด้วยรูปแบบรายการ Negative List ซึ่งได้รับผลดีจากการบังคับใช้หลักการดังกล่าว โดยเฉพาะในช่วงการระบาดโรคโควิดที่ผ่านมา แนวทางการแก้ปัญหาที่ดีของกฎหมายจีนที่นำมาใช้นั้น อาจจะเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทยในการแก้ปัญหของการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

การวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยนั้น จำเป็นต้องเปรียบเทียบความแตกต่างของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของทั้งสองประเทศก่อน ซึ่งมีรายละเอียดต่อไป

		พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒	Foreign Investment Law of the People's Republic of China
๑	นิยามของคนต่างชาติ	มาตรา ๔ กำหนดความหมายของคนต่างด้าวว่า เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคล	มาตรา ๒ การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ หมายถึง บุคคลธรรมดา นิติบุคคลหรือองค์กรของต่างประเทศ ประกอบกิจการภายในสาธารณรัฐ

		ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น	ประชาชนจีนโดยตรงหรือปริยาย รวมถึงกรณีผู้ลงทุนต่างประเทศเพียงผู้เดียวหรือร่วมกับผู้ลงทุนอื่นใด ลงทุนก่อตั้งนิติบุคคลภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน ผู้ลงทุนต่างประเทศได้รับทุน หุ้น สัดส่วนทรัพย์สินหรือผลประโยชน์อื่นใดของนิติบุคคลภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน ผู้ลงทุนต่างประเทศเพียงผู้เดียวหรือร่วมกับผู้ลงทุนอื่นใด ลงทุนดำเนินโครงการภายในสาธารณรัฐประชาชนจีน นิติบุคคลต่างประเทศ หมายถึง ผู้ลงทุนต่างประเทศลงทุนทั้งหมดหรือบางส่วน และจัดตั้งขึ้นภายในสาธารณรัฐประชาชนจีนตามกฎหมายของจีน
๒	หลักทั่วไป	มาตรา ๕ การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา	มาตรา ๓ รัฐยื่นหยัดนโยบายพื้นฐานในการเปิดประเทศ ส่งเสริมการลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนภายในสาธารณรัฐประชาชนจีนตามกฎหมายรัฐปฏิบัตินโยบายเสรีและความสะดวกต่อการลงทุน เสริมสร้างกลไกการส่งเสริมการลงทุน สร้างสภาพการตลาดที่มั่นคง โปร่งใสและเป็นธรรม
๓	วิธีการควบคุม	มาตรา ๘ ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง ห้ามมิให้	มาตรา ๔ รัฐใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติก่อนเข้าสู่ตลาดและการควบคุมโดยรายการ Negative List

		<p>คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และ ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ</p>	<p>หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในวรรคหนึ่ง หมายถึง สิทธิของนักลงทุนต่างชาติไม่ต่ำกว่าสิทธิของนักลงทุนคนชาติในการเข้าสู่ตลาด รายการ Negative List หมายถึง มาตรการควบคุมพิเศษที่รัฐกำหนดไว้สำหรับนักลงทุนต่างชาติในการดำเนินธุรกิจบางประเภท ประเภทธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ในรายการ Negative List ควรใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจประกาศรายการ Negative List</p>
๔	ทุนขั้นต่ำ	<p>มาตรา ๑๔ กำหนดว่า ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาต ทุนขั้นต่ำสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท</p>	ไม่มี
๕	การคุ้มครองสิทธิ	ไม่มี	<p>มาตรา ๙ ถึงมาตรา ๑๙ สิทธิและเสรีภาพของผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ได้รับการคุ้มครองเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจคนจีน ทั้งด้านการรับการส่งเสริมจากภาครัฐ การเข้าร่วมกำหนดมาตรฐานอุตสาหกรรม การเข้าร่วมการจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐและการระดมทุนจากวิธีต่าง ๆ ตามหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ</p>

๖	ประเภท ธุรกิจที่ ไม่เปิด เสรี	บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่าง ตัวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ๙ รายการ บัญชีสอง ธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาต จากคณรัฐมนตรี ๑๓ รายการ บัญชีสาม ธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาต จากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ๒๑ รายการ ซึ่ง(๒๑) การทำธุรกิจบริการ อื่น จะครอบคลุมถึงทุกกิจการ	รายการ Negative List ฉบับ พ.ศ. ๒๕๖๓ ประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติ ดำเนินการหรือต้องได้รับอนุญาตโดยมี เงื่อนไขพิเศษ มี ๓๓ รายการ รายการ Negative List จะมีการปรับเปลี่ยน ลดลงทุกปี
---	--	---	--

วิเคราะห์จากตารางข้างต้น เห็นว่า กฎหมายจีนกับกฎหมายไทยมีความแตกต่างใน
ด้านนิยามของคนต่างชาติ หลักทั่วไปในการพิจารณาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ วิธีการควบคุม
การกำหนดทุนขั้นต่ำ การคุ้มครองสิทธิ และประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรี ความแตกต่างดังกล่าว
สามารถสรุปข้อดีและข้อเสียของการนำใช้แนวทางของจีนดังต่อไปนี้

๕.๓.๑ ข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีน

จากการเปรียบเทียบตารางข้างต้นแล้ว เห็นภาพรวมว่า กฎหมายว่าด้วยการประกอบ
ธุรกิจคนต่างชาติของจีนเปิดเสรีมากกว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.
๒๕๔๒ กฎหมายจีนนำใช้หลักความเหมาะสมการนิยามความหมายของคนต่างชาติ หลักความได้
สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ และหลักการปฏิบัติเยี่ยง
ชาติและการควบคุมเท่าที่จำเป็น

(๑) หลักความเหมาะสมในการนิยามความหมายของคนต่างชาติ

การกำหนดนิยามของคนต่างชาติ จำเป็นต้องวิเคราะห์จากปัจจัยหลายอย่าง ทั้งสถานที่
ก่อตั้งนิติบุคคล ศูนย์กลางการบริหารนิติบุคคล และการควบคุมนิติบุคคล การควบคุมนิติบุคคล
จำเป็นต้องวิเคราะห์จากสิทธิในการออกเสียง ภาระบวการตัดสินใจ และการบริหารจัดการนิติบุคคล
อีก การถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งของนิติบุคคลอาจจะไม่เพียงพอเป็นหลักเกณฑ์ในการตัดสินใจควบคุมนิติ
บุคคล ดังนั้น กฎหมายไทยปัจจุบันใช้เกณฑ์สัดส่วนหุ้นในการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวคงขาดหลัก
ความเหมาะสม ซึ่งคนต่างชาติอาจจะใช้คนไทยแทนหุ้นแทนเพื่อหลีกเลี่ยงบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ใน
การนี้ กฎหมายของจีนจึงตีความหมายตามสภาพความจริง ซึ่งครอบคลุมถึงลักษณะทุกกรณีในการ
เข้าร่วมในนิติบุคคลของคนต่างชาติ การนิยามเช่นนี้ สามารถบรรลุเป้าหมายในการควบคุมประเภท
ธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการได้อย่างแท้จริง

(๒) หลักความได้สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของ ชาติ

กฎหมายของไทยคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติไทย โดยกำหนดต้องวิเคราะห์จากปัจจัยหลายประการตามมาตรา ๕ ประกอบด้วยบัญชีท้ายกฎหมายฉบับนี้ เห็นได้ว่า ประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติดำเนินการหรือให้ดำเนินการอย่างมีเงื่อนไข มีจำนวนมาก โดยเฉพาะบัญชี ๓ (๒๑) ได้ครอบคลุมถึงเกือบทุกกิจการ และบัญชีนี้ก็ไม่ได้รับการปรับเปลี่ยนตามสภาพเศรษฐกิจสังคมไทยด้วย ในทางกลับกัน รายการ Negative List ของประเทศจีนนั้น มีจำนวนจำกัด และได้รับการปรับเปลี่ยนลดน้อยลงทุกปีตามลำดับ เพื่อสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ

(๓) หลักการควบคุมเท่าที่จำเป็น

ความแตกต่างที่สำคัญอยู่ที่หลักการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ประเทศไทยใช้ระบบอนุญาตการพิจารณาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายก่อนเข้าสู่ตลาด รวมไปถึงตั้งเงื่อนไขทุนขั้นต่ำในการลงทุนด้วย ซึ่งเป็นการใช้อำนาจมหาชนเกินความจำเป็น แต่ประเทศจีนใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและรายการควบคุมพิเศษสำหรับการกำหนดมาตรการที่ไม่สอดคล้องกับหลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ นักลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิคุ้มครองเหมือนคนในชาติ และมีความเสรีภาพในการประกอบธุรกิจ เห็นได้ว่า รัฐบาลจีนใช้อำนาจเท่าที่จำเป็นในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

(๔) บทบาทหน้าที่ของรัฐ

ส่วนด้านบทบาทหน้าที่ของรัฐ เห็นได้ว่า รัฐบาลจีนปฏิรูปบทบาทหน้าที่ของรัฐอย่างชัดเจน จากการใช้อำนาจควบคุมเด็ดขาดไปเป็นการรับฟังความคิดเห็นจากคนต่างชาติและการให้บริการครบวงจร แต่ประเทศไทยกลับไม่ได้ทำเช่นนี้ ซึ่งก็ขัดต่อรัฐธรรมนูญไทยอีกด้วย

สรุปได้ว่า การเปรียบเทียบกฎหมายของไทยกับจีนนั้น สามารถเห็นความแตกต่างอย่างชัดเจน โดยเฉพาะข้อดีของกฎหมายจีน แต่ในขณะเดียวกัน จำเป็นต้องวิเคราะห์ข้อเสียที่อาจจะเกิดขึ้น ในกรณีการนำมาใช้ของกฎหมายจีนในการแก้ไขกฎหมายของไทยปัจจุบัน

๕.๓.๒ ข้อเสียของการนำใช้แนวทางของจีน

การนำใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมด้วยรูปแบบของ Negative List นั้น แม้เป็นแนวทางที่ดีในการแก้ไขปัญหาของไทยได้ แต่อาจจะสร้างผลเสียต่อการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยได้ด้วย จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ข้อเสียที่อาจจะเกิดขึ้นด้วย เพื่อมองเห็นทุกมิติของการแก้ไขปัญหา

(๑) การเสียค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บจากคนต่างชาติ

การเปิดเสรีให้กว้างขวางของการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ นั้น จะทำให้หน่วยงานภาครัฐเสียโอกาสในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาตต่าง ๆ เข้าคลังแผ่นดิน ซึ่งแต่ละปีอาจจะเสียรายได้มูลค่าไม่น้อย

(๒) การขาดการใช้อำนาจควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจของคนต่างชาติ

การใช้ระบบอนุญาตในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกกรณีจะทำให้รัฐสามารถกำหนดกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ประสงค์จะควบคุมได้อย่างกว้างขวาง โดยกำหนดคุณสมบัติเงื่อนไข และวิธีการในการขออนุญาตให้เหมาะสมกับระดับความเสี่ยงและอันตรายที่อาจเกิดจากกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้นได้ แต่การใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติจะทำให้รัฐเสียอำนาจในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ และขาดข้อมูลในการดำเนินกิจกรรมนั้น ๆ อย่างครบถ้วน ซึ่งอาจจะไม่สามารถดำเนินนโยบายภาครัฐได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(๓) การเพิ่มความท้าทายของผู้ประกอบธุรกิจคนไทย

การเปิดเสรีให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในไทยจะสร้างการแข่งขันกับผู้ประกอบธุรกิจคนไทยอย่างกว้างขวาง คนไทยอาจจะยังไม่มีความพร้อมในการประกอบธุรกิจหลายประเภท ซึ่งอาจจะทำให้คนไทยตกอยู่ภายใต้การควบคุมของคนต่างชาติในธุรกิจดังกล่าว ความท้าทายในการเพิ่มขีดความสามารถของคนไทยเองจึงทวียิ่งขึ้น

จากวิเคราะห์ข้อเสียแล้ว เห็นได้ว่า การใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการใช้รูปแบบ Negative List นั้น ย่อมมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของไทย แต่การเสียค่าธรรมเนียมที่จัดเก็บจากคนต่างชาติในการขอใบอนุญาตอาจจะเปลี่ยนเป็นการได้รับภาษีมูลค่าเพิ่มแทนจากการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ซึ่งคนต่างชาติสามารถเริ่มดำเนินการได้เร็วกว่าเดิม แม้รัฐจะขาดอำนาจบางส่วนในการควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ แต่เป็นการใช้อำนาจรัฐอย่างเหมาะสมตามหลักนิติรัฐ แม้คนไทยจะมีความท้าทายเพิ่มขึ้นในการแข่งขันเท่าเทียมกับคนต่างชาติ แต่อาจจะเป็นโอกาสที่ดีสำหรับคนไทยที่สามารถรับรู้สิ่งใหม่ ๆ ของโลกได้รวดเร็วกว่าเดิม ดังนั้น เมื่อเปลี่ยนเทียบกับข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีนแล้ว จึงเห็นภาพรวมได้ว่า ข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีนจะมากกว่าข้อเสียดังกล่าว แม้ข้อเสียมีอยู่บ้าง แต่สามารถแก้ไขได้ด้วยวิธีการต่าง ๆ สิ่งที่สำคัญกว่านั้นก็คือ ข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีนจะแก้ไขปัญหาของไทยที่มีอยู่ จึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมสำหรับการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทย

๕.๔ การวิเคราะห์แนวทางที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย

จากการศึกษาข้อมูลต่าง ๆ มาแล้วในบทที่ ๒ เห็นได้ว่า การค้าการบริการระหว่างประเทศสร้างผลดีต่อนานาชาติในการแก้ปัญหาในการขาดแคลนสินค้าหรือบริการ การนำเข้าจากประเทศอื่นที่ผลิตสินค้านั้นได้หรือให้ประเทศนั้นเข้ามาบริการให้ในประเทศ ทำให้เพิ่มขีดความสามารถของประเทศไปด้วย รูปแบบการลงทุนจากต่างประเทศนั้น ส่วนใหญ่จะเป็นการลงทุนโดยตรง โดยตั้งเป็นนิติบุคคลหรือเข้าไปให้บริการในประเทศที่รับการลงทุน

ประเทศไทยได้รับผลดีจากการค้าการบริการจากต่างประเทศตั้งแต่สมัยรัตนโกสินทร์ ตอนต้นเป็นต้นมา ซึ่งทำให้เศรษฐกิจของไทยพัฒนาเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่อง ในปัจจุบันนี้ การพัฒนาของเทคโนโลยีทำให้ประเทศต่าง ๆ ในโลกนี้ติดต่อกันอย่างใกล้ชิด การค้าการบริการระหว่างประเทศสร้างมูลค่าทางเศรษฐกิจอย่างก้าวกระโดด ประเทศไทยทราบถึงสภาพเศรษฐกิจภายในประเทศ จึง

บัญญัติยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปี เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของประเทศในอนาคต ซึ่งการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศเป็นนโยบายสำคัญของแผนแม่บท โดยเกี่ยวข้องกับประเด็นการต่างประเทศ และประเด็นการอุตสาหกรรมและบริการแห่งอนาคต เห็นได้ชัดว่า รัฐบาลไทยให้ความสำคัญกับการลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยเหตุที่ว่า การลงทุนจากต่างประเทศมีความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมของไทย ดังนั้น กฎหมายระเบียบที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติจึงต้องสอดคล้องกับนโยบายดังกล่าว เพื่อบรรลุเป้าหมายดังที่กำหนดไว้

รัฐมีอำนาจอธิปไตยในการควบคุมทางเศรษฐกิจภายใน เพื่อให้เป็นธรรมต่อผลประโยชน์ส่วนรวม ดังนั้น การส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศนั้น จึงไม่ได้ไร้ขอบเขตจำกัด รัฐสามารถออกกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ เพื่อให้การประกอบธุรกิจคนต่างชาติไปในทิศทางที่เหมาะสมกับการพัฒนาเศรษฐกิจสังคม ในการนี้ จำเป็นต้องวิเคราะห์ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติก่อน เพื่อให้การใช้แนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติเป็นไปตามหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ

การลงทุนจากต่างประเทศนั้น กระทำด้วยนักลงทุนชาวต่างชาติ จึงต้องศึกษาแนวทางการกำหนดนิยามของคนต่างชาติก่อน ตามหลักทั่วไป คนต่างชาติสามารถออกเป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล การประกอบธุรกิจคนต่างชาติส่วนใหญ่จะดำเนินการในรูปแบบนิติบุคคล ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจากเกณฑ์ที่ใช้กำหนดความเป็นนิติบุคคลคนต่างชาติ ได้แก่ ถิ่นที่ตั้งสำนักแห่งใหญ่ ประเทศที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียน และการควบคุมเหนือนิติบุคคล เห็นได้ว่า การควบคุมเหนือนิติบุคคลเป็นปัจจัยสำคัญที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษ เพื่อทราบถึงตัวตนในทางเศรษฐกิจของนิติบุคคล เมื่อเข้าใจปัจจัยดังกล่าวแล้ว จึงสามารถกำหนดนิยามของคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม

การค้าบริการระหว่างประเทศย่อมมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงจำเป็นต้องวิเคราะห์ปัจจัยดังกล่าว เพื่อเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนระหว่างการลงทุนส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ จากวิเคราะห์ข้อมูลเห็นได้ว่า ประเทศต่าง ๆ มีความหมายของประเภทธุรกิจที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาติในขอบเขตจำกัด เช่น งานเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ งานสาธารณูปโภคและโครงสร้างเศรษฐกิจพื้นฐาน เป็นต้น ประเทศส่วนใหญ่จะไม่เปิดเสรีให้ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติดำเนินการกิจการดังกล่าว เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ ซึ่งก็เป็นสิ่งที่พอเหมาะพอควร

การสร้างควมได้สัดส่วนระหว่างการส่งเสริมการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ ต้องกระทำด้วยวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ จากค้นหาข้อมูลแล้ว เห็นว่า วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในการเข้าถึงตลาดของภายในประเทศ สามารถกระทำได้หลายรูปแบบ แต่ประเทศต่าง ๆ มีแนวโน้มมากขึ้นที่จะนำใช้วิธีการควบคุมเท่าที่จำเป็น กล่าวคือ ไม่เลือกปฏิบัติต่อผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติก่อนเข้าสู่ตลาด โดยให้สิทธิเท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจในชาติ แต่จะกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการไว้เป็นรายการควบคุมพิเศษ (Negative List) หลักการควบคุมเท่าที่จำเป็นเป็นหลักการทั่วไปของกฎหมายมหาชน รัฐควรปล่อยให้

กลไกตลาดทำงาน และพึงใช้วิธีการควบคุมโดยระบบอนุญาตหรือวิธีอื่นใดเฉพาะกรณีจำเป็น หลักการดังกล่าวบ่งบอกความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับการตลาดอย่างชัดเจน และตัดปัญหาการใช้อำนาจมิชอบที่เกินความจำเป็น

เมื่อทราบถึงทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ แล้ว การศึกษาความตกลงระหว่างประเทศทั้งระดับโลกและระดับภูมิภาคที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิกนั้นต่อไปในบทที่ ๓ ได้พิสูจน์การนำมาใช้หลักการดังกล่าวด้วย เนื่องจากการกีดกันการค้าการบริการเกิดขึ้นบ่อยครั้ง องค์การการค้าโลก (WTO) จึงได้รับการจัดตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองการค้าเสรีระหว่างประเทศและการแข่งขันที่เป็นธรรม พันธกรณีสำคัญของ WTO คือหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่งและหลักปฏิบัติเยี่ยงชาติ หลักไม่เลือกปฏิบัติดังกล่าวสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการส่งเสริมการค้าเสรีและเป็นไปตามหลักการทั่วไปในบทที่ ๒ นอกจากนี้ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกเข้าร่วมเจรจา เพื่อให้บรรลุถึงการเปิดเสรีที่เพิ่มขึ้นแบบก้าวหน้าตามลำดับ ยอมรับให้ประเทศ ๆ รวมกลุ่มทางเศรษฐกิจกับประเทศอื่น เพื่อกระทำความตกลงการค้าเสรีระหว่างภาคีกลุ่มเศรษฐกิจ ดังที่เห็นตัวอย่างได้จากความตกลง ATISA และความตกลง RECP ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก ความตกลงดังกล่าวล้วนมีพันธกรณีให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List ทั้งนี้ กฎหมายภายในประเทศของภาคีสมาชิกจำเป็นต้องสอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว เพื่อให้ความตกลงดังกล่าวสร้างผลดีต่อภาคีสมาชิก

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นตัวอย่างอีกหนึ่งประเทศที่พึงได้นำใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List ในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ประเทศจีนเคยใช้วิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจสูงสุด กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายต้องได้รับการอนุญาตก่อนเริ่มดำเนินกิจการ กระทำเช่นนี้ ทำให้การลงทุนจากต่างประเทศของจีนลดน้อยลงตามลำดับ รัฐบาลจีนได้มองเห็นปัญหาดังกล่าว จึงตัดสินใจเปลี่ยนวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติครั้งใหญ่ โดยนำใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List พร้อมด้วยนิยามคนต่างชาติให้เหมาะสมชัดเจน เพื่อตอบสนองพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศและแสดงท่าทีของจีนในการปฏิรูปเปิดประเทศในระดับกว้างขวาง ทั้งนี้ ผลของการบังคับใช้กฎหมายเห็นได้ชัด แม้เผชิญวิกฤติการระบาดโรคโควิด ๑๙ แต่การลงทุนจากต่างประเทศของจีนกลับเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง กรณีการศึกษากฎหมายของจีนพิสูจน์ให้เห็นผลดีของการใช้แนวทางของจีน ทั้งในประโยชน์ทางเศรษฐกิจและความถูกต้องตามหลักนิติธรรม

ประเทศไทยเริ่มประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเมื่อ พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่จากการวิเคราะห์บทบัญญัติของกฎหมายแล้ว เห็นได้ว่า การนิยามของคนต่างด้าว หลักการทั่วไปในการพิจารณาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ และวิธีการควบคุมการอนุญาตที่กฎหมายกำหนดนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐและความตกลงระหว่างประเทศ ที่

ส่งเสริมให้การเปิดเสรีสำหรับการค้าการบริการระหว่างประเทศ ไม่ต้อบโจทยุทธศาสตร์ในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติทุกรายยังต้องต้ออยู่ภายใต้การครอบงำของเจ้าหน้าที่ภาครัฐ สิทธิของคนต่างชาติไม่ได้รับการคุ้มครองเท่าที่ควร ผู้ประกอบธุรกิจคนต่างชาติอาจจะให้คนไทยมาถือหุ้นในบริษัทแทนเพื่อหลีกเลี่ยงการบังคับกฎหมายฉบับนี้

เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของจีนแล้ว เห็นความแตกต่างได้ชัดเจนว่า กฎหมายของจีนนำใช้หลักความเหมาะสมในการนิยามความหมายของคนต่างชาติ หลักความได้สัดส่วนระหว่างการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ หลักการควบคุมเท่าที่จำเป็น และการมุ่งเน้นการบริการให้แก่คนต่างชาติ กฎหมายของจีน รวมไปถึงกฎหมายของประเทศอื่น ๆ ที่ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List นั้น สอดคล้องกับหลักแนวคิดสากลในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติและพันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นแนวทางการกำหนดอำนาจรัฐที่ถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรม เป็นแนวทางที่เหมาะสมในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ

แม้การใช้แนวทางของกฎหมายจีนอาจจะมีข้อเสียอยู่บ้าง แต่เป็นข้อเสียที่สามารถป้องกันด้วยวิธีการต่าง ๆ ได้ ไม่ว่าจะเป็นการเสียโอกาสที่จัดเก็บค่าธรรมเนียมใบอนุญาต การขาดอำนาจควบคุมกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือการเพิ่มความท้าทายในการแข่งขันของคนไทยก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบข้อดีของการนำใช้แนวทางของจีนแล้ว เห็นได้ชัดว่า ข้อดีจะสร้างผลประโยชน์มากกว่าข้อเสีย ซึ่งสาธารณรัฐประชาชนจีนได้พิสูจน์ผลสำเร็จให้เห็นในการบังคับใช้แนวทางดังกล่าว

จากวิเคราะห์ทฤษฎีและแนวคิดที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ พันธกรณีสำคัญของความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการค้าการบริการระหว่างประเทศ แนวทางตัวอย่างที่ดีที่สาธารณรัฐประชาชนจีนนำมาใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ ประกอบด้วยการวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทย เห็นว่า แนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติของไทยนั้นสมควรใช้แนวทางแก้ปัญหาของประเทศจีน ซึ่งเป็นคำตอบที่ดีในการแก้ไขปัญหาของประเทศไทย ในการสอดคล้องกับหลักนิติธรรม หลักนิติรัฐ พันธกรณีของความตกลงระหว่างประเทศ และรัฐธรรมนูญไทยประกอบด้วยยุทธศาสตร์ชาติ

การนิยามของคนต่างชาติ นั้น สมควรครอบคลุมถึงนักลงทุนทุกคนที่ลงทุนธุรกิจที่ไทยตามหลักความเหมาะสม ไม่ว่าจะถือหุ้นมากน้อยเพียงใด เพื่อป้องกันคนต่างชาติเข้าร่วมดำเนินกิจการที่ประเทศไทยไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ การกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการนั้น ควรใช้หลักความได้สัดส่วนระหว่างการลงทุนกับการคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติอย่างมีประสิทธิภาพ การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติโดยภาพรวม ควรใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List ตามหลักการควบคุมเท่าที่จำเป็น เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคนต่างชาติในการดำเนินกิจการ การตรากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติ นั้น ควรได้รับฟังความ

คิดเห็นจากกลุ่มคนต่างชาติ เช่น สภาหอการค้า สมาคม และบรรดาบริษัทข้ามชาติ ก่อนการบัญญัติกฎหมาย และประเมินผลการใช้กฎหมายเป็นระยะ ๆ พร้อมด้วยการอำนวยความสะดวกแก่คนต่างชาติในการประกอบธุรกิจ เช่น การให้ข้อมูลข่าวสารของการลงทุน กระบวนการดำเนินธุรกิจในไทย เพื่อให้คนต่างชาติเข้าถึงบริการของภาครัฐเท่าเทียมกับคนในชาติ

การตอบสนองยุทธศาสตร์ ๒๐ ปีและการฟื้นฟูเศรษฐกิจหลังช่วงวิกฤติการระบาดโรคโควิด ๑๙ จำเป็นต้องส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ แต่กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยนั้น ยังไม่สามารถอำนวยความสะดวกให้กับผู้ประกอบการชาวต่างประเทศที่แท้จริงซึ่งจำเป็นต้องแก้ไขหรือผ่อนปรน ทั้งนี้ สาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นตัวอย่างที่ดีสำหรับประเทศไทยในการกำหนดกฎเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจที่เหมาะสม

บทที่ ๖ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๖.๑ บทสรุป

การค้าการบริการระหว่างประเทศมีความจำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของนานาประเทศรวมไปถึงประเทศไทยด้วย ปัจจุบันนี้ ประเทศไทยบัญญัติยุทธศาสตร์ชาติ ๒๐ ปี เพื่อเพิ่มขีดความสามารถของประเทศ ซึ่งการส่งเสริมการค้าการบริการระหว่างประเทศเป็นปัจจัยสำคัญในการบรรลุเป้าหมายดังกล่าว แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ไม่สามารถตอบโจทย์ยุทธศาสตร์ชาติในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ

วิเคราะห์จากข้อมูลต่าง ๆ เห็นได้ว่า การส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศไม่ได้ไร้ขอบเขต การประกอบธุรกิจคนต่างชาติจะสร้างผลกระทบต่อความมั่นคงแห่งชาติ รัฐสามารถใช้อำนาจควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติได้ แต่ต้องสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและหลักนิติรัฐ โดยจำเป็นต้องกำหนดนิยามของคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม กำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการตามหลักความได้สัดส่วน และควบคุมเท่าที่จำเป็น โดยไม่เลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมตามหลักความจำเป็น หลักการดังกล่าวสามารถเห็นได้จากความตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ด้วย เพื่อปกป้องการกีดกันทางการค้าและการแข่งขันที่เป็นธรรม

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนเพิ่งเริ่มบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจคนต่างชาติฉบับใหม่ ซึ่งเป็นกฎหมายตัวอย่างที่ดีในการกำหนดนิยามของคนต่างชาติ ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติและการควบคุมประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีโดยรายการ Negative List และรับฟังความคิดเห็นจากกลุ่มผู้ประกอบการต่างชาติสม่ำเสมอ ให้บริการครบวงจร จนได้ประสบความสำเร็จในช่วงวิกฤติการระบาดโรคโควิด ๑๙ ด้วย

ปัญหาของกฎหมายไทยคือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ทำให้รัฐสามารถใช้อำนาจควบคุมเกินความจำเป็นต่อการลงทุนที่ผลดีต่อประเทศไทยและสร้างช่องว่างในการหลีกเลี่ยงบังคับใช้กฎหมาย ดังนั้น การแก้ไขปัญหานี้โดยนำหลักความเหมาะสมในการกำหนดนิยามคนต่างชาติ หลักความได้สัดส่วนในการกำหนดประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ และหลักความจำเป็นในการควบคุมเท่าที่จำเป็นและไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม มาประยุกต์ใช้ พร้อมด้วยการรับฟังความคิดเห็นจากคนต่างชาติและอำนวยความสะดวกต่อคนต่างชาติในการประกอบธุรกิจ ตามแนวทางปฏิบัติของกฎหมายจีนนั้น จึงเป็นแนวทางที่เหมาะสมในการพัฒนาการประกอบธุรกิจคนต่างชาติของไทยต่อไป

๖.๒ ข้อเสนอแนะ

จากผลวิเคราะห์ดังกล่าว สมควรเสนอแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ตามแนวทางการแก้ไขปัญหานี้ของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อเป็น

ประโยชน์ในการตอบโจทยุทธศาสตร์ชาติและคุ้มครองผลประโยชน์ชาติอย่างแท้จริง จึงเสนอข้อปรับปรุงแก้ไขได้ดังต่อไปนี้

๑. แก้ไขนิยามของคนต่างชาติตามหลักความเหมาะสม

ให้ครอบคลุมการดำเนินกิจการในประเทศไทยทุกกรณี ไม่ว่าจะลงทุนโดยตรงหรือปริยายตามหลักความเหมาะสม เพื่อให้การลงทุนทุกรูปแบบของคนต่างชาติอยู่ในกรอบความหมายของคนต่างชาติตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้

๒. แก้ไขวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างชาติตามหลักความจำเป็น

ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติ ให้คนต่างชาติได้รับสิทธิเท่าเทียมกับคนไทยก่อนเข้าสู่ตลาดและการควบคุมเท่าที่จำเป็นตามหลักความจำเป็นสำหรับประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการ

๓. ปรับปรุงแก้ไขบัญชีประเภทธุรกิจที่ไม่เปิดเสรีให้คนต่างชาติดำเนินการตามหลักความได้สัดส่วน

กำหนดจำนวนรายการที่ไม่เปิดเสรีอย่างจำกัด พร้อมด้วยเงื่อนไขอย่างชัดเจน เพื่อคุ้มครองผลประโยชน์ของชาติ ทั้งนี้ บัญชีนี้ควรได้รับการปรับเปลี่ยนตามสภาพเศรษฐกิจสังคมไทยเป็นประจำ เพื่อให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของไทยมีความได้สัดส่วนทันต่อสถานการณ์ตลอดไป

๔. รับฟังความคิดเห็นจากคนต่างชาติและให้บริการครบวงจร

รัฐบาลควรเปิดรับฟังความคิดเห็นจากกลุ่มผู้ประกอบการคนต่างชาติ เช่น หอการค้าสมาคม ก่อนการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เพื่อเป็นประโยชน์ในการแก้ไขกฎหมายต่อไป รัฐควรสร้างกลไกการบริการผู้ประกอบการคนต่างชาติในด้านข้อมูลข่าวสารและการดำเนินกิจการ เพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจ

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

ไกรจักร ชีรตยา คีนันท์ และ ศักดา ธนิตกุล. องค์การการค้าโลกกับการค้าบริการระหว่างประเทศ.

กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. ๒๕๖๓.

นาถนรินทร์ จันทร์งาม. หลักพื้นฐานของกฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศและการดำเนินการ

ลงทุนระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๖๒.

ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพฯ :

สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ๒๕๖๓.

พอพันธ์ อูยานนท์. ประวัติศาสตร์เศรษฐกิจแห่งประเทศไทย. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์

มหาวิทยาลัย. ๒๕๖๔.

ทักษมัย (ฤกษ์สุด) ทองอุไร. กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ GATT และ WTO : บททั่วไป.

กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน. ๒๕๖๐.

หนังสือภาษาจีน

Ge Shunqi. A Study on The “Negative List” Management Mode of Foreign

Investment. Beijing: People Press. 2018.

Kong Qingjiang. An Interpretation of the Foreign Investment Law of the People’s

Republic of China. Beijing: Law Press. 2019.

เอกสารภาษาไทย

กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

(ออนไลน์). แหล่งที่มา: https://dbd.go.th/news_view.php?nid=1053.

กระทรวงการต่างประเทศ. องค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO) (ออนไลน์).

แหล่งที่มา:

<https://www.mfa.go.th/th/content/5d5bcc2715e39c306000a368?cate=5d5bcb4e15e39c3060006872>. ๒๕๕๕.

ณรงค์เดช สรุโซมิชิต. เอกสารประกอบวิชา 3400763 ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายกับธุรกิจ.

กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. ๒๕๖๒.

ราชกิจจานุเบกษา. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

<http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2560/A/040/1.PDF>. ๒๕๖๐.

ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ (ออนไลน์) แหล่งที่มา:

<https://thaipublica.org/wp-content/uploads/2019/11/ปว-281-ล.pdf>. ๒๕๑๕.

ราชกิจจานุเบกษา. ประกาศเรื่องยุทธศาสตร์ชาติ (พ.ศ. ๒๕๖๑-๒๕๘๐) (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

http://www.ratchakitcha.soc.go.th/DATA/PDF/2561/A/082/T_0001.PDF. ๒๕๖๑.

สถาบันนวัตกรรมและการเรียนรู้ มหาวิทยาลัยมหิดล. แล้วเคยรู้มั๊ยว่า ก่อนที่จะมาเป็น Thailand 4.0

จะต้องผ่านอะไรมาก่อน จั๊นมาเริ่มกันเลย (ออนไลน์). แหล่งที่มา:

<https://il.mahidol.ac.th/th/i-Learning-Clinic/general-articles/thailand-4-0-คืออะไร/>. ๒๕๖๑.

สำนักงานสภาพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์ชาติ (ออนไลน์)

แหล่งที่มา: <http://nscr.nesdc.go.th/แผนแม่บทภายใต้ยุทธศาสตร์/>. ๒๕๖๒.

Infoquest Limited. พาณิชย์แนะนลท.ไทยใช้ประโยชน์จากความตกลง ATISA เพิ่มโอกาส

การค้าในภูมิภาค (ออนไลน์).แหล่งที่มา: <https://www.infoquest.co.th/2021/76762>.

๒๕๖๔.

เอกสารภาษาอังกฤษ

Association of Southeast Asian Nations. **ASEAN Signs Trade in Services Agreement**

(Online). Available from: <https://asean.org/storage/2012/05/ATISA-signed-scanned.pdf>. 2020.

เอกสารภาษาจีน

China Free Trade Area Service Network. **Regional Comprehensive Economic**

Partnership-RECP (Online). Available from:

http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d8z_en.pdf.

China Free Trade Area Service Network. **Regional Comprehensive Economic**

Partnership-RECP (Online). Available from:

http://fta.mofcom.gov.cn/rcep/rceppdf/d10z_en.pdf.

Ministry of Commerce of the People's Republic of China. **The National**

Development and Reform Commission and the Ministry of Commerce

have issued a negative list of foreign investment access for the 2020

edition (Online). Available from:

<http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ai/202006/20200602977244.shtml>.

2020.

Ministry of Justice of the People's Republic of China. **Implement a negative list management system for foreign investment to create a more open and transparent investment environment** (Online). Available from:

http://www.moj.gov.cn/Department/content/2018-01/10/596_203267.html.

2018.

Ministry of Justice of the People's Republic of China. **What is the effect of the first anniversary of the implementation of the Foreign Investment Law? A spokesman for the Commission responded** (Online). Available from:

http://www.moj.gov.cn/organization/content/2021-03/04/553_3267527.html.

2021.

The Central People's Government of the People's Republic of China. **Let history remember - China's accession to the WTO negotiating memorandum** (Online). Available from: http://www.gov.cn/ztl/content_87675.htm. 2005.

The Central People's Government of the People's Republic of China. **RCEP signing helps boost global economic confidence in "double cycle"** (Online).

Available from: [http://www.gov.cn/xinwen/2020-](http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/16/content_5561846.htm)

[11/16/content_5561846.htm](http://www.gov.cn/xinwen/2020-11/16/content_5561846.htm). 2020.

The National People's Congress of the People's Republic of China. **Foreign Investment Law of the People's Republic of China** (Online). Available from:

<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/201903/121916e4943f416b8b0ea12e0714d683.shtml>. 2019.

The National People's Congress of the People's Republic of China. **Foreign-funded Law of the People's Republic of China** (Online). Available from:

http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2000-12/06/content_5004468.htm.

2000.

The National People's Congress of the People's Republic of China. **Sino-foreign Cooperative Enterprises Law of the People's Republic of China** (Online).

Available from: [http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/05/content_4502.htm)

[12/05/content_4502.htm](http://www.npc.gov.cn/wxzl/wxzl/2000-12/05/content_4502.htm). 2000.

The National People's Congress of the People's Republic of China. **Sino-foreign Joint Ventures Law of the People's Republic of China** (Online). Available

from: http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2016-10/12/content_2007466.htm. 2016.

Wang Liming. **Negative List A new model of governance** (Online). Available from: <http://theory.people.com.cn/n/2014/0922/c49150-25705936.html>. 2014.

Xinhuanet. **After the future, continue to forge ahead towards the goal of the great rejuvenation of the Chinese nation** (Online). Available from: http://www.xinhuanet.com/politics/2012-11/29/c_113852724.htm. 2012.