

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง หรือปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ
ของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒

กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ได้มีหนังสือที่ พณ ๐๖๐๖/๒๐๔๗ ลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๕๔ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า กรมทะเบียนการค้าได้รับการหารือจากสมาคมธนาคารต่างชาติและสมาคมบริษัทเงินทุนเกี่ยวกับปัญหาข้อกฎหมายตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ ว่าการประกอบธุรกิจของธนาคารพาณิชย์ตามพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ และการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ เป็นธุรกิจที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงได้รับยกเว้นไม่ต้องนำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ตามนัยมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวจึงไม่ต้องดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ใช้หรือไม่

ซึ่งในเรื่องนี้เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้ามีความเห็นเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายแรก เห็นว่า (๑) มาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ได้กำหนดข้อยกเว้นสำหรับธุรกิจที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะนั้น โดยไม่ให้นำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ไปใช้บังคับกับคนต่างด้าวนั้นอีก เพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนของการบังคับใช้กฎหมาย (๒) ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ เป็นธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดเรื่อง การถือหุ้น การลงทุน การอนุญาตตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะแล้ว จึงเป็นผลให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจ

ดังกล่าวไม่อยู่ในบังคับที่จะต้องแจ้งขอหนังสือรับรองต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้า แม้กรมทะเบียนการค้าจะถือว่าเป็นธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ก็ตาม

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า (๑) ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ไม่เป็นธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ ไม่มีบทนิยามเกี่ยวกับคนต่างด้าวหรือบทบัญญัติที่กำหนดลักษณะของความเป็นคนต่างด้าวไว้ (๒) การจะถือว่าธุรกิจใดมีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะกฎหมายดังกล่าวจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงความเป็นคนต่างด้าว และกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจน (๓) มาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ มิได้มีผลเป็นการยกเว้นให้การประกอบธุรกิจตามกฎหมายเฉพาะไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ทั้งหมด เพียงแต่ยกเว้นเฉพาะเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น ส่วนในเรื่องอื่นๆ ก็ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ทั้งนี้ หากกฎหมายประสงค์จะยกเว้นไม่นำพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไปใช้บังคับแก่ธุรกิจใดจะต้องบัญญัติไว้อย่างชัดเจน (๔) ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ เป็นธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจดังกล่าว ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ และสำหรับคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวอยู่ก่อนแล้ว ต้องแจ้งขอหนังสือรับรองต่ออธิบดีตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) ได้เชิญผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า และสำนักงานปลัดกระทรวงพาณิชย์) ผู้แทนกระทรวงการคลัง (สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง) และผู้แทนธนาคารแห่งประเทศไทยมาชี้แจงประเด็นที่หารือเพิ่มเติม ซึ่งผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) ได้ตั้งข้อหารือมาใหม่ให้ชัดเจนขึ้น ดังนี้

(๑) การประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ เป็นธุรกิจที่อยู่ในข่ายได้รับยกเว้นมิให้นำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ มาใช้บังคับตามนัยมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

(๒) ผู้ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และ

ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ จะต้องแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรอง ตามมาตรา ๔๕ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่ หรือจะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๖ ได้พิจารณาข้อหาดังกล่าวข้างต้นแล้ว มีความเห็นดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจด้านการค้าหรือบริการ สำหรับข้อยกเว้นที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว^๑ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด กล่าวคือ เฉพาะกรณีที่กฎหมายอื่นได้กำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใดเท่านั้น จึงให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและไม่ให้นำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มาใช้บังคับเฉพาะในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ดังนั้น จึงขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕ กิติพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ กิติ ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวข้างต้นไว้หรือไม่ ถ้ามีบทกำหนดเกี่ยวกับเรื่องหนึ่งเรื่องใดที่ระบุไว้ ก็ไม่นำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไปใช้บังคับในส่วนในเรื่องนั้น ๆ นอกเหนือจากนั้น บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ยังต้องใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การที่ข้อความของบทบัญญัติมาตรา ๑๓ บัญญัติเป็นข้อยกเว้นว่า “มิให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว” มิได้ทำให้เป็นการยกเว้นไม่ใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทั้งฉบับ ดังนั้น ส่วนหนึ่งส่วนใดที่กฎหมายอื่นมิได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะในเรื่องที่ระบุ ก็ต้องใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว บังคับ

ประเด็นที่สอง มีปัญหาที่พิจารณา ๒ ประการ คือ (๑) คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์อยู่แล้ว จะต้องแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๔๕ หรือไม่ และ (๒) คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจดังกล่าวจะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่

ปัญหาประการแรกนั้น เห็นว่า มาตรา ๔๕^๒ เป็นการพิจารณาองค์ประกอบของ

^๑ มาตรา ๑๓ ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมิให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

^๒ มาตรา ๔๕ คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของ

กรณีที่เขาช่วยที่ต้องดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง ดังนี้ (๑) เป็นคนต่างด้าว (๒) ประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับ และ (๓) ธุรกิจที่ประกอบนั้นเป็นธุรกิจที่ไม่ได้ กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕

องค์ประกอบประการแรก เห็นว่า พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ฯ และ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ฯ ไม่มีบท นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวในการ ประกอบธุรกิจจึงต้องเป็นไปตามบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ^๓

องค์ประกอบประการที่สอง เห็นว่า ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจ หลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ เป็น “การทำธุรกิจบริการอื่น” ตามบัญชีสาม (๒๑) ท้าย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ^๔ เนื่องจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ กำหนดขึ้นให้สอดคล้องกับความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS)^๕ ซึ่งตามความตกลง

คณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา ๑๑ ทั้งนี้ ภายใน กำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และในระหว่างที่ยังไม่ได้รับหนังสือรับรองมิให้ถือว่าคนต่าง ด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

^๓ มาตรา ๔ “คนต่างด้าว” หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑)

หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคล นั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือ ผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)

(๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคล นั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่า ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

^๔ บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่าง ด้าว

(๒๑) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

^๕ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และ มีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศใน ปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งใน

ดังกล่าวได้ให้คำจำกัดความว่า “บริการการเงิน” (financial services) คือ การบริการใด ๆ ที่มีลักษณะทางการเงิน และรวมถึงการธนาคารและการบริการทางการเงินอื่น ๆ ทั้งปวง^๖ นอกจากนั้น การที่กระทรวงพาณิชย์กำลังดำเนินการในขณะนี้เพื่อออกกฎกระทรวงยกเว้นให้ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ไม่อยู่ในบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว^๗ เป็นการชี้ให้เห็นว่าธุรกิจดังกล่าวข้างต้น เป็นธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว^๘

องค์ประกอบประการที่สาม เห็นว่า ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ เป็นธุรกิจบริการที่อยู่ในบัญชี ค. หมวด ๓ ท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑^๙ เนื่องจากมีลักษณะเป็นการให้บริการอย่างหนึ่ง แม้ว่าประกาศ

ประเทศและต่างประเทศซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

๖ ภาคผนวก ๑ ปี ๕. คำจำกัดความ

เพื่อความมุ่งประสงค์ของภาคผนวกนี้

(เอ) การบริการการเงิน คือการบริการใด ๆ ที่มีลักษณะทางการเงินซึ่งเสนอโดยผู้ให้บริการการเงินของสมาชิก การบริการการเงินรวมถึงการประกันภัยและบริการที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการประกันภัยทั้งปวง และการธนาคารและการบริการทางการเงินอื่น ๆ ทั้งปวง (ไม่รวมการประกันภัย) การบริการทางการเงินรวมถึงกิจกรรมต่อไปนี้

๑.ล๑

๑.ล๑

๗ ปรากฏตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ด่วนมาก ที่ นร ๐๒๐๔/๘๐๙๕ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๔๓ เรื่อง ร่างกฎกระทรวง ฉบับที่ .. (พ.ศ.) ออกตามความใน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

ร่างกฎกระทรวง ฉบับที่ ๗ (พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ (ให้ธุรกิจบริการดังต่อไปนี้เป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ในบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้แก่ ๑. ธุรกิจให้เช่าทรัพย์สิน ๒. ธุรกิจลิสซิ่ง ๓. ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ๔. ธุรกิจให้กู้ยืมเงิน ๕. ธุรกิจประกันชีวิตและธุรกิจประกันวินาศภัย ๖. ธุรกิจโรงรับจำนำ ๗. ธุรกิจรับฝากสินค้า ๘. ธุรกิจคลังสินค้า ๙. ธุรกิจโรงเรียน ๑๐. ธุรกิจโรงแรมที่พัก ๑๑. ธุรกิจตัดผม แต่งผม และเสริมสวย ๑๒. ธุรกิจถ่ายรูป ล้างและอัดรูป ๑๓. ธุรกิจซักรีดเสื้อผ้า ๑๔. ธุรกิจรับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้า)

และปรากฏตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร ๐๒๐๔/๗๖๓ ลงวันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๔๔ เรื่อง ร่างกฎกระทรวงออกตามความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ๑.ล๑

ร่างกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ.) ออกตามความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ (ให้ธุรกิจบริการดังต่อไปนี้เป็นธุรกิจบริการที่ยกเว้นไม่อยู่ในบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เพิ่มเติม ได้แก่ ๑. ธุรกิจการค้าหลักทรัพย์ ๒. ธุรกิจการจัดจำหน่ายหลักทรัพย์ ๓. ธุรกิจการเป็นที่ปรึกษาการลงทุน ๔. ธุรกิจการจัดการกองทุนรวม ๕. ธุรกิจการจัดการ กองทุนส่วนบุคคล ๖. ธุรกิจการเป็นผู้จัดการกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ ๗. ธุรกิจการยืมและให้ยืมหลักทรัพย์ ๘. ธุรกิจการให้สินเชื่อเพื่อธุรกิจหลักทรัพย์ ๑.ล๑)

๘ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕

ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ฯ จะไม่ได้ระบุเป็นประเภทของธุรกิจไว้เป็นการเฉพาะก็ตาม แต่คำว่า “การประกอบธุรกิจบริการ” ตาม บัญชี ค. หมวด ๓ ท้ายประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๖ มีความเห็นว่า มีความหมายเช่นเดียวกับ “การทำธุรกิจบริการ” ตามบัญชีสาม (๒๑) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ และโดยที่ธุรกิจดังกล่าวที่กำหนดไว้เป็นธุรกิจบริการตามบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ฯ จึงไม่อยู่ในข่ายขององค์ประกอบประการที่สามของมาตรา ๔๕ ที่ต้องดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามความในมาตรา ๔๕

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตีความโดยเหตุผลอื่นได้ว่าธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ไม่อยู่ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ฯ อันมีผลให้เข้าข่ายของมาตรา ๔๕ ที่จะต้องดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง แต่ในมาตรา ๔๕ นั้นเองยังได้กำหนดว่า การดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองนั้น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งออกตามความในมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ซึ่งขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงดังกล่าว คณะกรรมการกฤษฎีกา คณะที่ ๖ จึงมีความเห็นว่า การออกกฎกระทรวงเกี่ยวกับการดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีขึ้นใช้บังคับย่อมถือเป็นเงื่อนไขของการนับระยะเวลาในการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรอง ดังนั้น หากยังไม่มีกฎกระทรวงคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ใช้บังคับจึงยังไม่สามารถปฏิบัติตามบทบัญญัติของมาตรา ๔๕ ได้ ส่วนคนต่างด้าวที่ได้แจ้งขอหนังสือรับรองไปแล้ว ก็ไม่เป็นการแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองตามบทบัญญัติของมาตรา ๔๕

ปัญหาประการที่สองนั้น เห็นว่า ถ้าเป็นกรณีคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจนั้นอยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ใช้บังคับ ก็ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดี เพื่อขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๔๕ โดยไม่ต้องขออนุญาตอีก แต่ในกรณีคนต่างด้าวที่ไม่เข้าข่าย มาตรา ๔๕ การจะประกอบธุรกิจใดๆ ของคนต่างด้าวจะต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ เว้นแต่มีบทบัญญัติส่วนหนึ่งส่วนใดของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้บัญญัติเป็นการยกเว้นไว้ หรือให้ดำเนินการประการอื่นแทนการขออนุญาต

(ลงชื่อ) ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์
(นายชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ตุลาคม ๒๕๔๔