

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง การออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เป็น
ผู้ประกอบการพาณิชย์กรรมจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยตามมาตรา ๑๒
แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือ ที่ อก ๕๑๐๒.๑.๒/๒๐๓๙ ลงวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๕๖ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า ด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ สังกัดกระทรวงอุตสาหกรรม จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ มีวัตถุประสงค์ในการจัดให้ได้มาซึ่งที่ดินที่เหมาะสมเพื่อจัดตั้งหรือขยายนิคมอุตสาหกรรมเพื่อให้บริการ ตลอดจนจัดสิ่งอำนวยความสะดวกในการดำเนินงานในนิคมอุตสาหกรรมแก่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมและผู้ประกอบการพาณิชย์กรรม รวมถึงมีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตการประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมและการอนุญาตการประกอบกิจการแก่ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมและผู้ประกอบการพาณิชย์กรรมดังกล่าวที่เป็นธุรกิจของคนต่างด้าว กนอ. จะต้องดำเนินการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วย กล่าวคือ

“มาตรา ๑๒ ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่นเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ...”

แต่เนื่องจากถ้อยคำ “...ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย...” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ นั้น เป็นการล่อความจากนิยาม “ผู้ประกอบการอุตสาหกรรม” และคำว่า “ผู้ประกอบการค้าเพื่อส่งออก” แห่งพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๙ นั้น ปัจจุบันนิยามดังกล่าวได้ถูกยกเลิกแล้วโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๐ ดังที่ได้บัญญัติไว้ในแต่ละมาตราที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

(๑) มาตรา ๓

“นิคมอุตสาหกรรม” หมายความว่า เขตอุตสาหกรรมทั่วไปหรือเขตประกอบการเสรี

“ผู้ประกอบการอุตสาหกรรม” หมายความว่า ผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือการบริการในนิคมอุตสาหกรรม

“พาณิชย์กรรม” หมายความว่า การค้าหรือการบริการในเขตประกอบการเสรี

“ผู้ประกอบการพาณิชย์กรรม” หมายความว่า ผู้ซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบการค้าหรือการบริการในเขตประกอบการเสรี

(๒) นอกจากนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมส่วนที่เกี่ยวข้องด้วย ดังนี้

(๒.๑) มาตรา ๑๓ ในพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้แก้ไขคำว่า “เขตอุตสาหกรรมส่งออก” เป็น “เขตประกอบการเสรี” คำว่า “การค้าเพื่อส่งออก” เป็น “พาณิชย์กรรม” และคำว่า “ผู้ประกอบการค้าเพื่อส่งออก” เป็น “ผู้ประกอบการพาณิชย์กรรม”

(๒.๒) มาตรา ๑๔ บรรดาเขตอุตสาหกรรมส่งออกที่ได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ ให้ถือว่าเป็นเขตประกอบการเสรีตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้

(๒.๓) มาตรา ๑๕ บทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีใดอ้างถึงเขตอุตสาหกรรมส่งออก ให้ถือว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ ระเบียบ ประกาศ คำสั่ง หรือมติคณะรัฐมนตรีนั้นอ้างถึงเขตประกอบการเสรี ทั้งนี้ โดยมีเหตุผลที่สำคัญ คือ เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีว่าด้วยความตกลงขององค์การการค้าโลก ในเรื่องความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ในส่วนที่เข้าข่ายเป็นการอุดหนุนต้องห้ามเท่านั้น โดยมีได้มุ่งประสงค์ที่จะยกเลิกการใช้สิทธิขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามนัยมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่อย่างใด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในทางปฏิบัติ กนอ. จึงมีหนังสือไปยังกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพื่อขอให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าพิจารณาออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวผู้ซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กนอ. ให้เป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรม หรือผู้ประกอบการพาณิชย์กรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แล้วแต่กรณี ต่อไปตามนัยมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวว่า อย่างไรก็ดีตาม กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ได้พิจารณาเรื่องนี้แล้วมีความเห็นว่า การแก้ไขบทนิยามของ กนอ. ข้างต้นตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กนอ. จะสามารถใช้สิทธิเพื่อแจ้งขอหนังสือรับรองประกอบธุรกิจได้เฉพาะผู้ที่ประกอบอุตสาหกรรม ในลักษณะให้บริการรับจ้างผลิตหรือการบริการในนิคมอุตสาหกรรมเท่านั้น โดยไม่อาจตีความ ขยายความให้ครอบคลุมไปถึงผู้ประกอบการพาณิชย์กรรมได้ และให้ผู้ประกอบพาณิชย์กรรม ตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยจะต้องขออนุญาตตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

จากข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงดังกล่าว เพื่อให้เกิดความชัดเจนและเป็นแนวทางการปฏิบัติต่อไป กนอ. จึงใคร่ขอความอนุเคราะห์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอหารือว่าการพิจารณาออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กนอ. ให้เป็นผู้ประกอบพาณิชย์กรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย จะต้องแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ หรือตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) ได้พิจารณาข้อหารือของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (กนอ.) โดยมีผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมพัฒนาธุรกิจการค้า) และผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม (กนอ.) เป็นผู้ชี้แจงรายละเอียดข้อเท็จจริงแล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมจากการชี้แจงของผู้แทน กนอ. ว่า สืบเนื่องจากพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งมีผลใช้บังคับมาเป็นระยะเวลา ๕ ปีเศษ ทาง กนอ. ได้รับการร้องเรียนอย่างไม่เป็นทางการจากผู้ประกอบพาณิชย์กรรมซึ่งได้รับอนุญาตจาก กนอ. ว่า ไม่สามารถขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ เนื่องจากมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตจาก กนอ. จะขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจได้ จะต้องเป็นธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แต่โดยที่พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้ยกเลิกบทนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการค้าเพื่อส่งออก” และกำหนดบทนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการพาณิชย์กรรม” แทน เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีว่าด้วยความตกลงขององค์การการค้าโลก ในเรื่องความตกลงว่าด้วยการอุดหนุนและมาตรการตอบโต้ในส่วนที่เข้าข่ายเป็นการอุดหนุนต้องห้าม ดังนั้น กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงมีความเห็นว่า การแก้ไขบทนิยามดังกล่าวไม่อาจตีความขยายให้ครอบคลุมไปถึงผู้ประกอบพาณิชย์กรรมได้ ผู้ประกอบพาณิชย์กรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยจะต้องขออนุญาตตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ในประเด็นนี้ ผู้แทนกรมพัฒนาธุรกิจการค้าชี้แจงว่า ที่ผ่านมามีกรมพัฒนาธุรกิจการค้ายังไม่เคยได้รับการแจ้งจากคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตจาก กนอ. ให้เป็นผู้ประกอบการค้าเพื่อส่งออกหรือผู้ประกอบพาณิชย์กรรม เพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ แต่อย่างไรก็ตาม ประกอบกับธุรกิจการผลิตและธุรกิจการค้าเพื่อส่งออกไม่ใช่ธุรกิจในบัญชีสองหรือบัญชีสามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ดังนั้น จึงไม่มีกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตจาก กนอ. มาขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตจาก กนอ. ใช้ถ้อยคำว่า “ประกอบการค้าเพื่อส่งออก” กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงไม่สามารถออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจแก่ผู้ประกอบพาณิชย์กรรมได้

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) พิจารณาแล้ว เห็นว่า การที่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือว่า คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กนอ. ให้เป็นผู้ประกอบพาณิชย์กรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย จะต้องขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๑๒ หรือขออนุญาตตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ นั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๑๒^๑ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว ฯลฯ” เห็นว่า ตามบทบัญญัติของกฎหมาย คนต่างด้าวที่จะขอหนังสือรับรองตามมาตรานี้ต้องเป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือเป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กนอ. ให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ดังนั้น บทบัญญัติคำว่า “ประกอบการค้าเพื่อส่งออก” ถือเป็นสาระสำคัญที่อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะมีอำนาจออกหนังสือรับรองให้แก่คนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แล้วแต่กรณี ทำให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของทั้งสองหน่วยงานซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายต่างฉบับกัน ในประเด็นปัญหานี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) มีความเห็นว่างกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายพิเศษที่กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเป็นกฎหมายที่รัฐบาลใช้เป็นนโยบายในการส่งเสริมให้การนำของหรือวัตถุดิบเข้าไปในเขตประกอบการเสรีเป็นไปโดยสะดวกและรวดเร็วเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและได้รับสิทธิประโยชน์ทางอากรเช่นเดียวกับของที่นำเข้าไปในเขตปลอดอากรตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร เมื่อบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับใช้ถ้อยคำไม่เหมือนกัน การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทบัญญัติของกฎหมายในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ตนมีหน้าที่บังคับใช้เป็นหลัก กรณีนี้จึงเป็นเรื่องของข้อเท็จจริงที่มีปัญหาในทางปฏิบัติ

^๑มาตรา ๑๒ ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา ๒๑ มาตรา ๒๒ มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๒ ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี

การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด

ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติงานของทั้งสองหน่วยงาน เพราะบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้แตกต่างกัน หน่วยงานทั้งสองควรปรึกษาหารือกัน แต่ถ้าหากไม่สามารถหาข้อยุติ ให้ผู้รักษากฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยและกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นผู้พิจารณาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระดับนโยบาย

(นายชูเกียรติ รัตนชัยชาญ)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
มกราคม ๒๕๕๗