

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
เรื่อง ขอรื้อปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจ
ของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒

กระทรวงพาณิชย์ได้มีหนังสือ ที่ พณ ๐๘๐๓/๑๓๕ ลงวันที่ ๑๓ มกราคม ๒๕๕๙ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า ในการเจรจาความตกลงทางการค้าเสรีไทย-สหรัฐอเมริกา และความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ฝ่ายคู่เจรจาได้ยื่นข้อเสนอให้ไทยรับเรื่องการให้สิทธิประโยชน์แก่บริษัทที่จดทะเบียนในประเทศภาคีสัญญาที่มีบุคคลของประเทศที่สามเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุม (Owned of Controlled) และโดยที่มาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ กำหนดให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย กระทรวงพาณิชย์จึงขอหารือว่า หากไทยจะรับตามแนวทางข้อเสนอของคู่เจรจาดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ หรือไม่ เพียงใด

ในเรื่องนี้ เจ้าหน้าที่ของกระทรวงพาณิชย์มีความเห็นเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ ได้กำหนดความหมายของคนต่างด้าวไว้แล้ว ประกอบกับมิได้มีการกำหนดความหมายของคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง ไว้เป็นการเฉพาะว่าหมายถึงคนต่างด้าวที่เป็นคนของประเทศภาคีสัญญาเท่านั้น ดังนั้น คนต่างด้าวที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง จึงไม่จำกัดเฉพาะบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของประเทศภาคีสัญญาหรือนิติบุคคลที่มีคนสัญชาติของประเทศภาคีสัญญาถือหุ้นข้างมากหรือมีอำนาจควบคุม การกำหนดผู้ที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง จึงขึ้นอยู่กับสนธิสัญญาและความตกลงแต่ละฉบับ

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า คนต่างด้าวตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ มิได้มีความหมายเช่นเดียวกับคนต่างด้าวตามมาตรา ๔ ซึ่งเป็นคนต่างด้าวทั่วไป มิได้เฉพาะเจาะจง คนต่างด้าวที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา ๑๐ วรรคสองนั้น จะหมายถึงเฉพาะคนต่างด้าวที่เป็นคนของประเทศภาคีสัญญาเท่านั้น ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาว่าบุคคลใดเป็นคนของประเทศภาคีสัญญาที่ใช้อยู่ในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปมักใช้เกณฑ์ในเรื่องสัญชาติสำหรับกรณีบุคคลธรรมดาและเกณฑ์ในเรื่องการถือหุ้นข้างมากหรือการมีอำนาจควบคุมสำหรับกรณีนิติบุคคลเป็นเกณฑ์ให้สิทธิประโยชน์ ดังนั้น คนต่างด้าวที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง น่าจะได้แก่บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติ

ของประเทศภาคีสัญญาหรือนิติบุคคลที่มีคนสัญชาติของประเทศภาคีสัญญาถือหุ้นข้างมากหรือมีอำนาจควบคุมเท่านั้น

โดยที่ประเด็นปัญหาดังกล่าวเป็นปัญหาข้อกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของกระทรวงยังมีความเห็นเป็น ๒ ฝ่าย ไม่อาจหาข้อยุติได้ กระทรวงพาณิชย์จึงใคร่ขอความอนุเคราะห์จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายในเรื่องนี้

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงพาณิชย์ โดยมีผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมพัฒนาธุรกิจการค้าและกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ) และผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ (กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงเพิ่มเติมในประเด็นที่หารือให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า กระทรวงพาณิชย์ประสงค์จะหาหรือว่า คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ มีความหมายและขอบเขตเพียงใด

โดยที่บทบัญญัติมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งกระทรวงพาณิชย์ขอให้พิจารณา บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา ๑๐ บทบัญญัติมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ๆ ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๐ วรรคสอง เป็นกรณีที่ใช้กับคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยสนธิสัญญาซึ่งอาจเป็นสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีแต่มีความผูกพันตามพันธกรณี โดยในมาตรา ๑๐ วรรคสอง นี้ มีคำว่า “คนต่างด้าว” ปรากฏอยู่สองแห่ง คือตอนต้นและตอนท้ายของวรรคสอง ซึ่งมีขอบเขตและความหมาย ดังนี้

คำว่า “คนต่างด้าว” ในตอนต้นของมาตรา ๑๐ วรรคสอง คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) เห็นว่า ต้องเป็นไปตามนิยามศัพท์ของคำว่า “คนต่างด้าว” ในมาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ทั้งในส่วนที่เกี่ยวกับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เพราะความในมาตรา ๔^๑ ระบุความหมายของ “คนต่างด้าว” ที่ใช้ใน

^๑ มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

พระราชบัญญัตินี้ไว้และคนต่างด้าวตามมาตรา ๑๐ วรรคสอง เป็นคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตาม บัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยสนธิสัญญาที่มีบทบัญญัติให้คนของภาคีสันธิสัญญาฝ่ายหนึ่งไป ประกอบธุรกิจในประเทศภาคีสันธิสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งได้ ซึ่งในสนธิสัญญานั้นอาจจะให้คำนิยามคำ ว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงผู้ใด หรือคนประเภทใดของภาคีแต่ละฝ่าย ก็ย่อมเป็นไปตามที่ ตกลงยอมรับกันซึ่งอาจใช้หลักสัญชาติ (Nationality) หลักคนชาติ (Nationals) หรือเกณฑ์อื่นใด ตามแต่จะตกลงกัน

ส่วนคำว่า “คนต่างด้าว” ในตอนท้ายของมาตรา ๑๐ วรรคสอง นั้น เป็น บทบัญญัติที่ว่าด้วยสิทธิประโยชน์ที่ให้แก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยสนธิสัญญา คือ

(๑) ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนด ไว้ในวรรคหนึ่ง กล่าวคือ ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ และ

(๒) ให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งบทบัญญัติและ เงื่อนไขของสนธิสัญญาอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจใน ประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

ดังนั้น “คนต่างด้าว” ในตอนท้ายของวรรคสองนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะ ที่ ๖) จึงเห็นว่าหมายถึงคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง ไม่รวมถึงคนต่างด้าว ทั่วไป เพราะบทบัญญัติมาตรา ๑๐ วรรคสองได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

มิถุนายน ๒๕๕๙

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือ ผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)

(๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น ถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่ กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น