

## ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการเปิดเสรีการลงทุนของประเทศไทย

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. ลาวัณย์ ถนัดศิลป์กุล<sup>1</sup>

ในยุคโลกาภิวัตน์ปัจจุบัน ทุกประเทศได้ขยายขอบเขตการเปิดเสรีทั้งทางการค้า การลงทุน และการค้าบริการ ทั้งในระนาบกว้าง และ ระนาบลึกมากขึ้น ซึ่ง ส่งผลให้แต่ละประเทศ มีการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับนโยบายทางเศรษฐกิจ ดังกล่าวให้สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการเปิดเสรีการลงทุน ซึ่ง ที่ผ่านมานิโอดิตนั้นยังคงอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐในการกำกับ ดูแลควบคุม และ คัดกรองการลงทุนเฉพาะที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศที่รับการลงทุน มีการใช้มาตรการทางการลงทุน มาเป็นเครื่องมือในการพัฒนาประเทศ เช่น การกำหนดเขตการลงทุน เพื่อพัฒนาพื้นที่ห่างไกลให้มีการลงทุนเพื่อเพิ่มการจ้างงาน พัฒนาเศรษฐกิจท้องถิ่น มาตรการ กำหนดการส่งออก มาตรการให้ใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศ เพื่อส่งเสริมอุตสาหกรรมภายในประเทศ รวมทั้งมาตรการในการดำรงสัดส่วนการนำเข้า – ส่งออกให้มีดุลการชำระเงิน ตลอดจนมาตรการอื่นๆ และรัฐที่รับการลงทุนมีอำนาจในการออกกฎหมาย ให้นักลงทุนต่างด้าวต้องปฏิบัติตาม แม้ภายใต้ สนธิสัญญาทวิภาคีการลงทุน (Bilateral Investment Treaty – BITs) ซึ่งเป็นสนธิสัญญาเพื่อส่งเสริม และ คุ้มครองการลงทุน และ นักลงทุนต่างด้าว แต่ภายใต้ สนธิสัญญาการลงทุนที่มีมาก่อนหน้านี้ ทั้งหมดยังคงให้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดแก่รัฐที่รับการลงทุน (Host Country) ในการกำกับ ดูแล และ ควบคุมการลงทุนได้อย่างเต็มที่ อย่างไรก็ตามมาตรการทางการลงทุนดังกล่าวได้รับการพิจารณาว่าเป็นมาตรการที่ทำให้มีผลกระทบต่อกระแสการค้า หรือ เบี่ยงเบนการค้า (Distorted Trade) และยังถูกพิจารณาว่าเป็นการปกป้องอุตสาหกรรมภายในประเทศที่ไม่มีประสิทธิภาพ ทำให้ไม่มีประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ไม่มีการแข่งขันเสรี และ เป็นการทำให้ระบบเศรษฐกิจถดถอย ภายใต้ กลไกที่เรียกว่า (Rent seeking) อันไม่พึงประสงค์

อย่างไรก็ตามจำเป็นที่จะต้องพิจารณาเศรษฐกิจของไทยภายใต้บริบทของสังคมปัจจุบัน ซึ่งจะพบว่า ไทยยังมีความสามารถในการได้รับประโยชน์จากตลาดที่เปิดโดยตรงน้อยมาก ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงที่ไทยจำเป็นต้องเร่งปรับปรุงพัฒนาศักยภาพของไทยให้สามารถเข้าถึงตลาดโลกโดยตรงมากขึ้น

<sup>1</sup> Visiting professor, Kyushu university, Japan, Duke University, USA, Vrije Universiteit Brussels, Belgium, ผู้เชี่ยวชาญของ UNCTAD เป็นวิทยากรให้การอบรมเจ้าหน้าที่ระดับสูงในการเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, Invited researcher at UNIDROIT, Rome Italy, EU, Brussels, Belgium, ASEAN, Singapore, และ WTO, Geneva, Switzerland. อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช นบ., นม., LL.M. (Vrije Universiteit Brussels, Belgium) Ph.D. (Lancaster University, UK), Cert. in Advance English (UK) Cert in Int Law (The Netherlands),

### ข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับวิสาหกิจไทย

จากแผนการส่งเสริมวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ฉบับที่ 2 นี้ พบว่าในปี 2549 มีจำนวนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมในประเทศไทย 2,274,525 ราย คิดเป็นร้อยละ 99.5 ของจำนวนวิสาหกิจไทยทั่วประเทศ โดยมีบทบาทในการสร้างมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมภายในประเทศ ประมาณร้อยละ 39 ของมูลค่าผลิตภัณฑ์มวลรวมในประเทศทั้งหมด และมีมูลค่าการส่งออกโดยตรง คิดเป็นสัดส่วนร้อยละ 29 ของมูลค่าส่งออก

จากข้อมูลพบว่าการส่งออกของวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมส่วนใหญ่กว่าร้อยละ 51 ยังอยู่ในกลุ่มสินค้าขั้นพื้นฐาน เช่น ข้าว น้ำยางธรรมชาติ และยางแผ่นรวมควัน และสินค้าที่เป็นการผลิตโดยใช้แรงงานเป็นหลัก เช่น สิ่งทอ เสื้อผ้า เครื่องแต่งกาย เป็นต้น ซึ่งวิสาหกิจส่วนใหญ่ จะอยู่ในภาคการค้า โดยมีสัดส่วนร้อยละ 40.0 ตามด้วยภาคบริการร้อยละ 29.7 ภาคการผลิตร้อยละ 29.6 และกลุ่มที่ไม่ระบุลักษณะร้อยละ 0.8

จากข้อมูลเบื้องต้นพิจารณาได้ว่าวิสาหกิจที่ขับเคลื่อนเศรษฐกิจของชาติ ที่เป็นผู้ประกอบการมากถึง 99.5% เป็นวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ซึ่งเป็นคนชาติส่วนใหญ่ มีส่วนแบ่งของการส่งออกเพียง 29.6% เท่านั้น ในขณะที่วิสาหกิจจำนวน เพียง 0.5% กลับมีส่วนแบ่งการส่งออกสูงถึง 70.4% นั่นย่อมสะท้อนให้เห็นว่าวิสาหกิจไทยเข้าสู่ตลาดในอัตราที่น้อยมากเมื่อเทียบกับวิสาหกิจต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจในไทย และ แสดงถึงเศรษฐกิจไทยส่วนใหญ่ยังอยู่ในมือผู้ประกอบการต่างชาติ ที่ขับเคลื่อนเศรษฐกิจโดยรวมคิดเป็นประมาณ 64% ของความเติบโตของผลิตภัณฑ์มวลรวมของทั้งประเทศ และ แสดงค่าการเติบโตจากการส่งออก คนชาติจึงยังไม่มีส่วนในตลาดการค้าโลกโดยตรงเท่าที่ควร และ ย่อมแสดงถึงการที่คนชาติไม่สามารถแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่เปิดอย่างที่เราควรจะเป็น

ยิ่งกว่านั้นสินค้าที่อยู่ในกลุ่มที่ทำกำไรจากการส่งออกมากภาคเกษตร ได้แก่ น้ำยางธรรมชาติ และยางแผ่นรวมควัน ยังมีผู้ประกอบการรายย่อยที่เป็นต่างชาติจำนวนมากที่แฝงอยู่ในจำนวนวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมอีกด้วย แม้แต่อุตสาหกรรมสิ่งทอ เครื่องแต่งกาย เครื่องหนังก็เป็นผู้ประกอบการต่างชาติจำนวนมาก ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงจำนวนวิสาหกิจที่เป็นคนชาติอย่างแท้จริงที่ได้รับประโยชน์จากเศรษฐกิจการส่งออก จึงยังมีจำนวนอันจำกัดอย่างมาก สะท้อนให้เห็นประเด็นที่จะต้องพิจารณาส่งเสริม

ศักยภาพคนชาติให้เข้ามาเป็นผู้ประกอบการ และ เข้าถึงตลาดโลกด้วยตนเอง เพื่อนำความมั่งคั่งเข้าสู่ประเทศอย่างแท้จริง

ประการต่อมาคือ คนชาติที่ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมมีการประกอบธุรกิจภาคการค้าบริการคิดเป็นร้อยละ 29.7 เท่านั้น ยังครอบครองส่วนแบ่งตลาดน้อยมากเมื่อเทียบกับผู้ประกอบการต่างชาติ และ เนื่องจากภาคบริการ มีบทบาทต่อเศรษฐกิจมากกว่าการค้า จึงยิ่งสะท้อนให้เห็นการขาดโอกาสในการเข้าสู่ตลาด จึงเป็นภาคส่วนที่ต้องการเข้ามาส่งเสริมพัฒนาศักยภาพในการแข่งขัน และ ควรส่งเสริมให้คนชาติเป็นเจ้าของผู้ประกอบการวิสาหกิจภาคบริการที่มีศักยภาพสูงมากขึ้น

### อุปสรรคของการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ: ลักษณะทางกฎหมายของการเปิดเสรีการลงทุน

ก่อนที่จะกล่าวถึงการเปิดเสรีการลงทุน จะต้องทำความเข้าใจกับสิ่งที่ถูกพิจารณาว่าเป็นอุปสรรคของการเคลื่อนย้ายการลงทุนเสียก่อน ซึ่งในยุคปัจจุบัน ประเทศต่างๆพากันกำหนดนโยบายเพื่อการเปิดเสรี ในการยกเลิกอุปสรรคเหล่านี้ แต่ ในมุมมองของรัฐที่ยังไม่สามารถในการแข่งขัน ยังไม่มีความพร้อมในการแสวงหาประโยชน์จากตลาดที่เปิดได้อย่างเต็มที่ ย่อมต้องพิจารณาว่าควรยกเลิกอุปสรรคเหล่านี้เพียงใด ระดับใด เพื่อป้องกันความเสียหายและผลกระทบระยะยาวต่อไป

### ลักษณะทางกฎหมายของอุปสรรคของการค้า การลงทุนระหว่างประเทศ

#### อุปสรรคภาครัฐ

อุปสรรคจากภาครัฐ ได้แก่ กฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ มาตรการต่างๆ เพื่อเป็นเครื่องมือและกลไกในการควบคุมองค์กรธุรกิจ และเป็นกรอบในการกำหนดระบบเศรษฐกิจ อุปสรรคภาครัฐสามารถจำแนกเป็นสองประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ อุปสรรคที่เป็นภาษีอากร ทั้งภาษีอากรที่เรียกเก็บที่พรมแดน ก่อนการนำเข้า และภาษีที่เรียกเก็บจากสินค้าเมื่อเข้าสู่ตลาดแล้วกับอุปสรรคที่ไม่ใช่ภาษีอากร อุปสรรคทางเทคนิค ผลกระทบจากกฎหมาย (Regulatory Effects) ที่มีต่อการค้า การลงทุนและบริการ

#### อุปสรรคภาคเอกชน

##### อุปสรรคจากผู้ประกอบการ

อุปสรรคจากภาคเอกชนผู้ประกอบการ ได้แก่ การมีอำนาจเหนือตลาด การสร้างปัจจัยเหนือตลาด อิทธิพลของวิสาหกิจ สื่อโฆษณา การกำหนดแบบแผน รูปแบบการบริโภค การมีอำนาจในการกำหนดตลาด อุปสงค์ อุปทาน การผูกขาด การกำหนดราคาที่สูงกว่า

ความเป็นจริงเบื้องต้นเพื่อขจัดคู่แข่ง ก่อนที่จะเป็นผู้กำหนดราคาในภายหลัง (Predatory pricing) การมีอำนาจในทุน เทคโนโลยี การไม่รับผิดชอบต่อการเกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม สังคม เศรษฐกิจและการเมือง (โดยปริยาย) การทำลายสิ่งแวดล้อม การผลาญใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างรวดเร็ว (Over exploitation) การก่อให้เกิดมลภาวะ ที่มีศักยภาพในการทำลายสูง การบิดเบือนการใช้การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาในการผูกขาด ธุรกิจขนาดใหม่ เช่น เทมาเสก ที่ครอบงำธุรกิจระนาบกว้างทั่วภูมิภาค และขยายไปทั่วโลก

### สรุปสาระอุปสรรคภาคเอกชนผู้ประกอบการ ได้ว่าประกอบไปด้วย

พฤติกรรมของผู้ประกอบการ

การมีอำนาจเหนือตลาด และ ใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบ (Abuse of market domination, Restrictive Business Practices

Abuse of IP protection, Monopolization

การสร้างบงกชเหนือตลาด

### อุปสรรคของภาคประชาชน

อุปสรรคภาคประชาชน และ ผู้บริโภค สามารถกำกับได้ด้วยกฎหมาย และ ข้อบังคับ เช่นการเดินทาง ต่อด่าน แต่อีกนัยหนึ่งอุปสรรคฝ่ายผู้บริโภคนั้น ถือว่าเป็นกลไกถ่วงดุลพฤติกรรมของผู้ประกอบการที่กระทำมิชอบ จึงไม่ใช่อุปสรรคของการทำงานของตลาด

### อุปสรรคตามธรรมชาติ

อุปสรรคตามธรรมชาติ เช่น ระยะทาง ความแตกต่างของวัฒนธรรม ความเชื่อ จารีตประเพณี ภูมิอากาศ ภูมิประเทศ ทรัพยากรธรรมชาติ เผ่าชน เชื้อชาติ ภาษาและอุปสรรคอื่นๆ ตามที่มีอยู่ต่อการค้า การลงทุนและบริการ

### ประเด็นสำคัญทางกฎหมายและเศรษฐกิจ

การจัดอุปสรรคภาครัฐจึงอาจถูกแทนที่ด้วยอุปสรรคภาคเอกชน ผู้ประกอบการ หากไม่ได้ศึกษาอย่างชาญฉลาดและมียุทธศาสตร์ที่ดีในการเปิดเสรี ซึ่งจะช่วยให้กลไกตลาดยังทำงานไม่ได้มากขึ้น ตลาดยิ่งปิดมากขึ้น และเป็นอุปสรรคที่ยากแก่การดูแล เนื่องจากมีความยากลำบากในการจัดอุปสรรคภาคเอกชนผู้ประกอบการมากกว่า และ ความคุมโดยอำนาจรัฐไม่ได้ ดังนั้นจึงจำเป็นต้องศึกษามาตรการทางกฎหมายที่จะมาดูแลพฤติกรรมของผู้ประกอบการภาคเอกชน

## ต้นทุนทางด้านสิ่งแวดล้อมในการผลิตและบริการ: ต้นทุนที่มองไม่เห็น (Invisible cost) ที่เป็นภาระต่อสังคม

ความตกลงการค้าเสรีมีต้นทุนระยะยาวด้านสิ่งแวดล้อมและคุณภาพชีวิตคนไทย

ปัญหาสิ่งแวดล้อมโดยสังเขปสามารถจำแนกกลุ่มของมลภาวะเป็น กลุ่มใหญ่ๆ ดังนี้ คือ

มลพิษทางน้ำ

มลพิษทางอากาศ เสียง และความสั่นสะเทือน

มลพิษจาก มลฝอย สิ่งปฏิกูล และขยะของเสียอันตราย

มลพิษจากวัตถุอันตราย

ภาวะการร่อยหรออย่างรุนแรงของทรัพยากรธรรมชาติที่ไม่อาจทดแทนได้ เช่น การสูญสิ้นของป่าไม้ ดินน้ำลำธาร สภาพเสื่อมโทรมของดินและแหล่งน้ำ

### ประเด็นที่ควรวิเคราะห์

เศรษฐกิจในยุคโลกาภิวัตน์ที่เน้นการเปิดเสรีนั้น นอกจากการมุ่งเน้นที่จะยกเลิก ลดทอนอุปสรรคทางการค้า การลงทุนและบริการเพื่อให้วิสาหกิจ ผู้ประกอบการสามารถเข้าถึงแหล่งฐานทรัพยากรธรรมชาติและปัจจัยการผลิตอย่างเสรีดังกล่าวแล้ว และปล่อยให้มีการผลิตและลงทุนอย่างเสรียอมเป็นปัจจัยเกื้อหนุนให้มีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติอย่างรวดเร็ว กระบวนการผลิตที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของเสียที่ได้จากการผลิต วัตถุพิษที่ก่อให้เกิดกากของเสียจากการผลิต สารเคมี สารพิษ สารตกค้าง ซึ่งอากาศพิษที่ปล่อยออกสู่บรรยากาศทำให้สิ่งแวดล้อมเสียหาย ในส่วนนี้ไม่เป็นต้นทุนของเอกชนแต่กลับเป็นภาระของภาครัฐและสะท้อนกลับมาเป็นมลภาวะต่อมนุษย์ทุกคนที่อยู่ในสังคม

### อำนาจอธิปไตยของรัฐ: ที่ถูกถือว่าเป็นอุปสรรคภาครัฐของการลงทุนที่ไม่เคยเปิดเสรีและกำลังถูกยกเลิกเพื่อการเปิดเสรีภายใต้ FTA

- ✘ ข้อจำกัดในการเข้ามาลงทุน (Restrictions on investment)
- ✘ ข้อจำกัดในการส่งเงินออกนอกประเทศที่รับการลงทุน (Restrictions on capital repatriation)
- ✘ ข้อจำกัดในการลงทุน โดยห้ามการลงทุนในภาคส่วนต่างๆที่ปิด (Restrictions on industrial sectors)

- ✘ ข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับระบบ ระเบียบ และ การควบคุม การลงทุนต่างด้าว(Restrictions on bureaucratic procedures)
- ✘ ข้อจำกัดในเรื่องเกี่ยวกับมาตรการทางการลงทุน (Restrictions on TRIMs – Trade-related investment Measures)
- ✘ ข้อจำกัดเกี่ยวกับการคุ้มครองการลงทุน (Restrictions on investment protection)
- ✘ ข้อจำกัดเกี่ยวกับเรื่องภาษีอากร และ ค่าธรรมเนียม (Restrictions on Taxation and fees)
- ✘ ข้อจำกัดเกี่ยวกับเขตพื้นที่การลงทุน (Restriction on area of investment)
- ✘ ข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือครองหุ้น (Restriction on equity ratio)
- ✘ ข้อจำกัดเกี่ยวกับเงื่อนไขต่างๆในการขอรับการลงทุน หรือ รับการส่งเสริมการลงทุน (Restriction on requirements for admission of investment and investment promotion)

มาตรการทางการลงทุนที่ถือว่าเป็นอุปสรรคของการลงทุนที่ต้องยกเลิกเพื่อการเปิดเสรีการลงทุน

- ✘ Re-investment, Divestment, conditional repatriation of profit, Equity ratio
- ✘ Technology Transfer requirement, Local content requirement
- ✘ Employment requirement, Immigration restriction
- ✘ Management intervention, national ratio of board of directors

การจำกัดอำนาจรัฐในการรับ และ ควบคุมการลงทุนของต่างชาติ (Sovereign Rights of Host Country to admit and control foreign investment)

- ✘ ชั้นก่อนเข้ามาลงทุน (Pre entry)
- ✘ กำจัดการเลือกปฏิบัติชั้นก่อนการเข้ามาลงทุน (Pre-entry treatment) โดยการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตั้งแต่ก่อนเข้ามาลงทุน (Pre – Entry National Treatment)
- ✘ ห้ามการขจัดการลงทุนจากต่างชาติฉบบโดยสิ้นเชิง (Total Exclusion)

- ✘ การจำกัดการเข้ามาลงทุนในรายการห้ามการลงทุนโดยต่างชาติ (Exclusion from negative list, sensitive list, closed sectors) ซึ่งในกรณีนี้ นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะหลีกเลี่ยงได้โดยการจดทะเบียนบริษัทในประเทศไทย และ ดำรงสัดส่วนการถือครองหุ้นในระดับ 49/51 %
- ✘ ห้ามมาตรการคัดกรอง (Screening) เนื่องจากต้องให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตั้งแต่ก่อนการเข้ามาลงทุน
- ✘ ห้ามการจำกัดจำนวนการรับการลงทุน (Quantitative restriction)
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน (Conditional entry)
- ✘ ห้ามกำหนดเขตการลงทุน (Restricted allocation) เห็นได้จาก JTEPA ให้ถือว่าเขตแดนทั้งประเทศ เป็นเขตการลงทุน
- ✘ ห้ามกำหนด ข้อห้ามในลักษณะอื่นๆ Etc.

#### ขั้นการจัดตั้งและบริหารจัดการ (Admission and Establishment)

- ✘ ชั้นได้เข้ามาลงทุนแล้ว (Post entry)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับเลือกปฏิบัติหลังจากเข้ามาลงทุนแล้ว (Post-entry Treatment) โดยการให้ การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติหลังเข้ามาลงทุนแล้ว
- ✘ ห้ามกำหนดรูปแบบการลงทุน (Form of establishment) เช่น จะกำหนดว่าต้องลงทุนในรูปแบบของการร่วมทุนเท่านั้น ไม่ได้
- ✘ ห้ามกำหนด ควบคุมการเป็นเจ้าของ (Ownership control) นั่นคือห้ามกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้น โดยให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุนได้ 100% โดยไม่ต้องมีผู้ถือหุ้น หรือ ลงหุ้นที่เป็นคนชาติเลย
- ✘ ห้ามการแทรกแซงของรัฐบาลในการดำเนินธุรกิจ (Governmental intervention)
- ✘ ห้ามมีข้อกำหนดพิเศษอื่นใด (Special requirements)
- ✘ ห้ามมีข้อจำกัดอื่นใด (Other Restrictions)
- ✘ ห้ามเข้ามาควบคุมการดำเนินงานของบริษัทข้ามชาติ เช่นการตรวจสอบ (Control over the operation of MNEs)
- ✘ ห้ามการเวนคืนยึดทรัพย์โดยมิชอบ (Expropriation/ Nationalization)

- ✘ ข้อห้ามอื่นๆ เช่นการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอุปสรรคการลงทุน Etc.

**มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง หรือ บริหารงาน (Measures relating to admission and establishment)**

- ✘ ห้ามกำหนดรูปแบบใดๆในการควบคุม กำกับเกี่ยวกับการจัดตั้ง และ บริหารงานของบริษัทข้ามชาติ (The form of Controls or restrictions over the admission and establishment of foreign investor)
- ✘ ห้ามกำหนดให้คนชาติเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ (The acquisition of interests in local business)
- ✘ ห้ามกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้นและ การควบคุมบริษัท (The limitations on foreign ownership and control)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการต้องรายงาน หรือลงทะเบียนที่มากไปกว่าคนชาติ (Registration and report requirements)
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน การรับการส่งเสริม หรือ มาตรการทางการลงทุน (The conditional entry of foreign investors: investment measures, incentive regimes, economic policy)

**มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง หรือ บริหารงาน (Measures relating to admission and establishment)**

- ✘ ห้ามควบคุมการเข้าถึงตลาด หรือ การเข้ามาลงทุน (Control over access to the host country economy)
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน (Conditional entry into the host country economy)
- ✘ มาตรการอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการถือครองหุ้น และ ควบคุมบริษัท (Measures relating to ownership and control)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของ (Control over ownership)



- ✘ ห้ามกำหนดจำกัดอำนาจในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น (Controls based on limitation of shareholder powers)

**มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง หรือ บริหารงาน (Measures relating to admission and establishment)**

- ✘ ห้ามมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการสามารถเข้ามาแทรกแซงของรัฐบาลในการดำเนินธุรกิจ (Control based on governmental intervention in the running of the investment)
- ✘ ห้ามมีข้อกำหนดอื่นใด (Other types of restriction)

**มาตรการควบคุมการเข้าถึงตลาดของนักลงทุน (Control over access to the host country economy)**

- ✘ ห้ามการห้ามลงทุนแบบเด็ดขาด (Absolute ban on all forms of FDI: Former centrally – planned economies prior to the transitional process.) ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของประเทศที่เป็นสังคมนิยมเดิม
- ✘ ห้ามการทำธุรกิจ หรือ การลงทุนบางประเภท (Closing certain sectors, industries or activities to FDI for economic, strategic or other public policy reasons.)
- ✘ ห้ามกำหนดจำนวนผู้เข้ามาลงทุน (Quantitative restrictions on the number of foreign companies admitted in specific sectors, industries or activities for economic, strategic or other public policy reasons.) ส่วนใหญ่มักเป็นภาคส่วนที่มีความอ่อนไหว หรือ ที่อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ของประเทศ

**เงื่อนไขในการรับการลงทุนทั่วไป Conditional entry into host country: General conditions**

- ✘ ห้ามการกำหนดรูปแบบการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (Investment must take a certain legal form: incorporation in accordance with local company law requirements.)
- ✘ ห้ามบังคับให้ต้องลงทุนแบบร่วมทุน (Compulsory joint ventures either with state participation or with local private investors.) กรณีนี้ประเทศจีนจะใช้มาตรการนี้กับนักลงทุนต่างด้าว

- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขโดยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือ สิ่งแวดล้อมต่างๆ (Conditional entry upon investment meeting certain development or other criteria (environmental responsibility, benefit to national economy) based on outcome of screening evaluation procedures)
- ✘ ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องปฏิบัติตามมาตรการใดๆ (Investors required complying with requirements related to national security, policy, customs, public morals as conditions of entry.)

**ข้อกำหนดที่เกี่ยวกับทางด้านเงินทุน (Condition based on capital requirement)**

- ✘ ห้ามกำหนดการลงทุนขั้นต่ำ (Minimum capital requirements.)
- ✘ ห้ามกำหนดมาตรการภายหลังการลงทุน หรือ บังคับให้ลงทุนซ้ำ (Subsequent additional investment or reinvestment requirements)
- ✘ ห้ามกำหนดมาตรการในการนำเข้าสินค้าทุน (Restrictions on import of capital goods needed to set up investment (e.g. machinery, software) possibly combined with local sourcing requirements.)
- ✘ ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องวางเงินประกันต่างๆ (Investors required to deposit certain guarantees ( e.g. for financial institutions)
- ✘ เงื่อนไขอื่นๆ Other Conditions
- ✘ ห้ามเข้ามควบคุมการดำเนินงานของบริษัทข้ามชาติ เช่นการตรวจสอบ (Control over the operation of MNEs)
- ✘ ห้ามการเวนคืนยึดทรัพย์โดยมิชอบ (Expropriation/ Nationalization)
- ✘ ข้อห้ามอื่นๆ เช่นการบังคับใช้กฎหมายที่เป็นอุปสรรคการลงทุน Etc.

**มาตรการที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้ง หรือ บริหารงาน (Measures relating to admission and establishment)**

- ✘ ห้ามกำหนดรูปแบบใดๆในการควบคุม กำกับเกี่ยวกับการจัดตั้ง และ บริหารงานของบริษัทข้ามชาติ (The form of Controls or restrictions over the admission and establishment of foreign investor)

- ✘ ห้ามกำหนดให้คนชาติเข้ามามีส่วนร่วมในธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ (The acquisition of interests in local business)
- ✘ ห้ามกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้นและ การควบคุมบริษัท (The limitations on foreign ownership and control)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการต้องรายงาน หรือลงทะเบียนที่มากไปกว่าคนชาติ (Registration and report requirements)
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน การรับการส่งเสริม หรือ มาตรการทางการลงทุน (The conditional entry of foreign investors: investment measures, incentive regimes, economic policy)
- ✘ ห้ามควบคุมการเข้าถึงตลาด หรือ การเข้ามาลงทุน (Control over access to the host country economy)
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาลงทุน (Conditional entry into the host country economy)
- ✘ มาตรการอื่นๆที่เกี่ยวข้องกับการถือครองหุ้น และ ควบคุมบริษัท (Measures relating to ownership and control)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับการเป็นเจ้าของ (Control over ownership)
- ✘ ห้ามกำหนดจำกัดอำนาจในการออกเสียงของผู้ถือหุ้น (Controls based on limitation of shareholder powers)
- ✘ ห้ามมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการสามารถเข้ามาแทรกแซงของรัฐบาลในการดำเนินธุรกิจ (Control based on governmental intervention in the running of the investment)
- ✘ ห้ามมีข้อกำหนดอื่นใด (Other types of restriction)

**มาตรการควบคุมการเข้าถึงตลาดของนักลงทุน (Control over access to the host country economy)**

- ✘ ห้ามการห้ามลงทุนแบบเด็ดขาด (Absolute ban on all forms of FDI: Former centrally – planned economies prior to the transitional process.) ส่วนใหญ่จะเป็นกรณีของประเทศที่เป็นสังคมนิยมเดิม
- ✘ ห้ามการทำธุรกิจ หรือ การลงทุนบางประเภท (Closing certain sectors, industries or activities to FDI for economic, strategic or other public policy reasons.)

- ✘ ห้ามกำหนดจำนวนผู้เข้ามาลงทุน (Quantitative restrictions on the number of foreign companies admitted in specific sectors, industries or activities for economic, strategic or other public policy reasons.) ส่วนใหญ่มักเป็นภาคส่วนที่มีความอ่อนไหว หรือ ที่อยู่ภายใต้ยุทธศาสตร์ของประเทศ

#### เงื่อนไขในการรับการลงทุนทั่วไป Conditional entry into host country: General conditions

- ✘ ห้ามการกำหนดรูปแบบการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ (Investment must take a certain legal form: incorporation in accordance with local company law requirements.)
- ✘ ห้ามบังคับให้ต้องลงทุนแบบร่วมทุน (Compulsory joint ventures either with state participation or with local private investors.) กรณีนี้ประเทศจีนจะใช้มาตรการนี้กับนักลงทุนต่างด้าว
- ✘ เงื่อนไขในการรับการลงทุนทั่วไป Conditional entry into host country: General conditions
- ✘ ห้ามกำหนดเงื่อนไขโดยเหตุผลทางเศรษฐกิจหรือ สิ่งแวดล้อมต่างๆ (Conditional entry upon investment meeting certain development or other criteria (environmental responsibility, benefit to national economy) based on outcome of screening evaluation procedures)
- ✘ ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องปฏิบัติตามมาตรการใดๆ (Investors required complying with requirements related to national security, policy, customs, public morals as conditions of entry.)

#### ข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องกับทางด้านเงินทุน (Condition based on capital requirement)

- ✘ ห้ามกำหนดการลงทุนขั้นต่ำ (Minimum capital requirements.)
- ✘ ห้ามกำหนดมาตรการภายหลังการลงทุน หรือ บังคับให้ลงทุนซ้ำ (Subsequent additional investment or reinvestment requirements)
- ✘ ห้ามกำหนดมาตรการในการนำเข้าสินค้าทุน (Restrictions on import of capital goods needed to set up investment (e.g. machinery, software) possibly combined with local sourcing requirements.)
- ✘ ห้ามกำหนดให้นักลงทุนต้องวางเงินประกันต่างๆ (Investors required to deposit certain guarantees ( e.g. for financial institutions)

- ✘ เงื่อนไขอื่นๆ Other Conditions
- ✘ ห้ามกำหนดมาตรการรูปแบบอื่นใดแม้ที่ไม่เกี่ยวกับทุน (Special requirements for non-equity forms of investment (e.g. BOT agreement, licensing of foreign technology).
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับข้อกำหนดในเรื่องการต้องได้รับใบอนุญาต หรือ บัตรอื่นใด (Investors to obtain licenses required by activity or industry specific regulations)
- ✘ ห้ามกำหนดเกี่ยวกับเรื่องค่าธรรมเนียม หรือ ภาษี ต่างๆเกินกว่าคนชาติ (Admission fees ( taxes) and incorporation fees (taxes)
- ✘ ห้ามข้อกำหนดเกี่ยวกับมาตรการทางการลงทุนอื่นๆ (Other performance requirements (e. g. local content rules, employment quotas, export requirements).

#### อุปสรรคของการค้าบริการ

- ✘ อุปสรรคทางตรงและเลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างด้าว (Direct and facially discriminatory barriers to trade in services) เช่น ห้ามคนต่างด้าวเป็นนักกฎหมาย หรือ มัคคุเทศน์ กล่าวคือต้องมีสัญชาติไทยเท่านั้น (แต่ปัจจุบันอาเซียนกำลังเปิดตลาดแรงงานภายใต้ข้อกำหนด Mutual Recognition Arrangement)
- ✘ อุปสรรคทางอ้อม แต่เลือกปฏิบัติต่อผู้ให้บริการต่างด้าว (Indirect but facially discriminatory to trade in services) เช่น จำกัดโควตาจำนวนคนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศ
- ✘ อุปสรรคทางตรง แต่เป็นอุปสรรคที่เป็นกลางบังคับทั้งต่อคนชาติและคนต่างด้าว (Direct but facially neutral barriers to trade in services) เช่นการประกอบกิจการ ไปรษณีย์โทรเลข เป็นของรัฐเท่านั้น
- ✘ อุปสรรคทางอ้อม และ ไม่เลือกปฏิบัติ เนื่องจากปฏิบัติทั้งต่อคนชาติและต่างด้าว Indirect and facially neutral barriers to trade in services เช่นการประกอบวิชาชีพแพทย์จะต้องได้รับใบประกอบโรคศิลป์ทุกท่าน

#### ยุทธศาสตร์เพื่อการเปิดการค้าเสรี

- ✘ มีเป้าหมายทางเศรษฐกิจ แผนพัฒนาระยะยาว อย่างเป็นระบบ มี Action Plan
- ✘ การวางผังเมือง การพัฒนาอย่างยั่งยืน การสงวนทรัพยากรธรรมชาติ การใช้ทรัพยากรอย่างมีปัญญา Sustainable use of natural resources

- ✘ สร้างความได้เปรียบ
- ✘ Natural Endowments
- ✘ Created Endowments
- ✘ การพัฒนาศักยภาพของทรัพยากรมนุษย์
- ✘ ยุทธศาสตร์แนวรุก
- ✘ การมีส่วนร่วมในตลาด
- ✘ การเป็นเจ้าของ Economy

จากการพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของการเปิดเสรีการลงทุน ทำให้พบว่าแท้จริงแล้วประเทศต่างๆในโลกนี้ไม่เคยเปิดเสรีการลงทุนมาก่อนนอกจากกลุ่มที่มีการรวมตัวทางเศรษฐกิจ (Economic Integration) เช่น สหภาพยุโรป นาฟต้า เป็นต้น และ ประเด็นการเปิดเสรีการลงทุนเป็นประเด็นอ่อนไหว ที่ประเทศต่างๆไม่เคยเปิดเสรีโดยสิ้นเชิง แม้แต่ประเทศที่พัฒนาแล้ว เนื่องจากเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ และ ไม่เคยมีกรอบทางกฎหมายที่เปิดเสรีการลงทุนในระดับระหว่างประเทศ กฎหมายการลงทุนระหว่างประเทศ จึงเป็นกฎหมายภายในที่กำกับ ดูแล การลงทุนของต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ภายใต้อธิปไตยของรัฐที่รับการลงทุน แต่ การกำหนด Model FTA ในยุคใหม่ที่ผนวกเรื่องการเปิดเสรีการลงทุน ได้เข้ามากำหนดกรอบทางกฎหมายใหม่ (Legal Framework) ในการกำกับ ดูแล การลงทุนต่างชาติ โดยการเปิดเสรีกฎหมาย ข้อบังคับ กรอบ ระเบียบที่เป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยยกเลิกอุปสรรคเหล่านี้ เพื่อให้การลงทุนระหว่างประเทศเคลื่อนย้ายได้โดยเสรี ไม่ตกอยู่ภายใต้อุปสรรคของการลงทุน กล่าวคือ อำนาจรัฐในการกำกับดูแล การลงทุน เช่นที่เคยเป็นมาก่อน เป็นการลดทอนอำนาจรัฐลงอย่างมาก ดังนั้น กลไกในการกำกับดูแลได้ถูกยกเลิกไปทำให้ บรรษัทข้ามชาติสามารถเข้ามาลงทุนได้โดยเสรี การกำหนดสัดส่วนการถือครองหุ้นจึงถูกยกเลิกไป เพื่อให้การลงทุนเป็นไปโดยเสรี ปรากฏการณ์ของ การเกิดตลาดที่ไม่มีการแข่งขัน หรือ ผูกขาด (Monopoly) หรือ มีการแข่งขันน้อย(Oligopolistic) หรือตลาดผูกขาดตามธรรมชาติ (Natural Monopoly) ย่อมเกิดขึ้นได้โดยง่าย เนื่องจากกฎหมายแข่งขันการค้า ไม่ห้ามการมีอำนาจเหนือตลาด เพียงแต่ห้ามการใช้อำนาจเหนือตลาดไปในทางที่ไม่ชอบเท่านั้น ตลาดผูกขาดโดยธรรมชาติ หรือ มีการแข่งขันน้อยจึงสามารถเกิดขึ้นได้โดยไม่ผิดกฎหมาย เป็นสิ่งที่น่าเป็นห่วง และ ควรเร่งมีการออกกฎหมายแข่งขันการค้าที่เป็นธรรมอย่างมีประสิทธิภาพโดยเร็ว

### ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุวัติตามความผูกพันภายใต้ความตกลงการเปิดเสรีการลงทุน

แนวโน้มทิศทางการเปิดเสรีดังกล่าว เป็นที่ยอมรับของประเทศไทยด้วย โดยประเทศไทยได้เข้าทำสนธิสัญญาความตกลงทวิภาคีหลายฉบับกับประเทศคู่ค้าที่สำคัญ เช่น ญี่ปุ่น จีน อินเดีย ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ เป็นต้น และ ที่ยังไม่บรรลุข้อตกลงกับสหรัฐอเมริกา นั้น จำเป็นที่จะต้องไปศึกษาข้อบทยของ

ความตกลงเหล่านี้ว่าประเทศไทยไปผูกพันทำความตกลงอย่างไรบ้าง ก็จะพบว่าประเทศไทยได้ผูกพันในการเปิดเสรีแก่นักลงทุนต่างด้าว โดยการให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าว และ การลงทุน เยี่ยงชาติ ตั้งแต่ขั้นก่อนเข้ามาลงทุน (Pre - entry National Treatment) หมายความว่าประเทศไทยจะเลือกปฏิบัติในการพิจารณารับการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวไม่ได้ เพื่อเป็นการเปิดเสรีการลงทุน และ เพื่อที่จะไม่ให้กฎหมายไทยที่มีอยู่เป็นอุปสรรคของการเข้ามาลงทุนอย่างเสรี ประเทศไทยจึงต้องไปแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับการเปิดเสรีดังกล่าว ดังนั้น นอกจากจะต้องศึกษา วิเคราะห์ ความตกลงที่ก่อให้เกิดความผูกพันภายใต้ สนธิสัญญาความตกลงระหว่างประเทศ ที่ไทยทำกับประเทศคู่ภาคี แล้ว ก็ต้องศึกษาวิเคราะห์กฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องด้วย ในส่วนของกฎหมายที่อนุวัติการตามผลของความตกลง จากกรณีตัวอย่างที่จะพิจารณาต่อไปนี้ เป็นการศึกษาศักยภาพระหว่างพันธกรณีของการเปิดเสรีการลงทุนภายใต้ความตกลง กับทางปฏิบัติในการเปิดเสรีภายใต้กฎหมายภายใน ที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งพบว่า ประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายดังนี้

“มาตรา ๑๐ บทบัญญัติมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

จะพบว่าประเทศไทยได้แก้ไขกฎหมายเพื่อยกเว้นไม่ให้นำมาตรา 5, 8, 15, 17, และ มาตรา 18 มาใช้บังคับกับนักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิภายใต้ความตกลง หรือ สนธิสัญญาที่ไทยได้ทำไว้ผูกพันตน ดังนั้น จึงต้องไปศึกษาว่า กฎหมายใดได้ถูกยกเว้นไม่นำมาปรับใช้กับคนต่างด้าวที่มีสิทธิพิเศษภายใต้ความตกลง ก็พบว่า สิ่งที่ไทยยกเว้นไม่ปรับใช้แก่นักลงทุนต่างด้าวมิ ดังนี้

“มาตรา ๕ การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึง ผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี”

“มาตรา ๘ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒

(๑) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(๒) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(๓) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”

“มาตรา ๑๕ คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้ง”

“มาตรา ๑๗ ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสาม ก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสองให้รัฐมนตรีแจ้ง



การไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้ง คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา ๒๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

“มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

- (๑) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (๒) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร
- (๓) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ
- (๔) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน
- (๕) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น”

จากมาตราที่หยิบยกมาพิจารณาเหล่านี้ ต้องทำการศึกษา วิเคราะห์ต่อไปว่าจะส่งผลกระทบต่อประเทศชาติบ้านเมืองอย่างไรบ้าง เช่น ยกเว้นไม่ปรับใช้มาตรา 5 ซึ่งเป็นการยกเลิก อำนาจในการกีดกันการรับการลงทุนจากต่างชาติในข้อที่สำคัญ ได้แก่ การพิจารณาในเรื่อง “คำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสีสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี” ซึ่งไม่น่าจะเป็นผลดีต่อประเทศชาติในระยะยาว นอกจากนี้ ยังจำเป็นต้องยกเลิกในเรื่องสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวต่อสัดส่วนการถือครองหุ้นของผู้ถือหุ้นไทย ทั้งนี้ เนื่องจาก ในสนธิสัญญา ความตกลงการเปิดเสรีการลงทุนอนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวถือหุ้นได้ 100% จึงจำเป็นต้องไปยกเลิก มาตรา ๑๕ คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการ

นอกจากนี้ไทยยังไปผูกพันในการเปิดเสรีการเข้ามาลงทุนในประเทศ จึงต้องยกเลิกในเรื่องของการกำหนดบัญชีธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำ ในมาตรา ๘ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒

(๑) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(๒) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(๓) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

นอกจากนี้ยังต้องวิเคราะห์ต่อไปถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเปิดเสรีการลงทุน เช่น การเปิดเสรีรับการลงทุนที่อาจจะไปกระทบกับการถือครองที่ดิน หรือสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ได้ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล แต่มีการบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับแตกต่างกัน เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลหรือ องค์กรธุรกิจ (Enterprises) ที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายไทย และมีสัดส่วนการถือครองหุ้นต่อผู้ถือหุ้นคนไทย ไม่เกิน 49%: 51% นิติบุคคลนั้นก็จะเป็นนิติบุคคลไทย ตามที่มาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)

(๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ในขณะที่พระราชบัญญัติกฎหมายขัดกันกลับกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาสัญชาติจากสถานที่ตั้งสำนักงานใหญ่ ของนิติบุคคล เป็นต้น จึงเกิดความคลั่งคลั่งในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลที่เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทย ดังพระราชบัญญัติกฎหมายขัดกัน พ.ศ. 2481 ได้บัญญัติไว้ดังนี้

มาตรา 7 ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของ นิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่หรือที่ตั้ง ทำการแห่งใหญ่

ผลกระทบต่อมาที่เกิดขึ้น คือ นิติบุคคลที่มีต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น และมีอำนาจควบคุม ครอบงำกิจการเพียงแต่จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย และ ดำรงสัดส่วนการถือครองหุ้น ไม่เกินกึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมดที่จดทะเบียน นิติบุคคลนั้นก็มิใช่ฐานะที่เป็นนิติบุคคลไทยแล้ว แต่การมีสัดส่วนการถือครองหุ้นเพียงไม่เกินกึ่งหนึ่งนั้น ผู้ถือหุ้นต่างด้าวสามารถที่จะจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิ ไปจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นไทยที่มีสัดส่วนการถือครองหุ้นมากกว่าได้ ทั้งนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ให้อำนาจในการกระทำดังกล่าวได้ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1108 ได้บัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 1108 กิจการอันพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

.....

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นบริษัท

.....”

ดังนั้นนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นต่างด้าวแม้จะมีสัดส่วนการถือครองหุ้นไม่เกินหนึ่งจึงสามารถจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิในการออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ และ ไปจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นสามัญ (Voting Right Limit) เช่นผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้นเพียง 49% แต่มีสิทธิออกเสียง 99% แต่ผู้ถือหุ้นไทย 51% ถูกจำกัดสิทธิในการออกเสียงเพียง 1% ดังนั้นอำนาจในการครอบงำกิจการจึงอยู่ในมือนักลงทุนต่างด้าว และ เนื่องจากการจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิเป็นข้อบังคับ ที่จะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ตามมาตรา 1142 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“มาตรา 1142 ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้นๆเป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย”

นั่นย่อมหาความว่าการครอบงำกิจการของบริษัทต่างด้าวนั้น ไม่มีโอกาสตกอยู่ในมือผู้ถือหุ้นไทยอีก หากมีประเด็นพิจารณาต่อไปว่า ข้อบังคับของบริษัทอาจจะแก้ไขได้โดยมติพิเศษ ตามมาตรา 1194 แต่การแก้ไขย่อมไม่อาจจะดำเนินการได้เนื่องจากอำนาจในการออกเสียงเพื่อลงมติพิเศษให้มีการแก้ไขข้อบังคับย่อมอยู่ในมือผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั่นเอง

จากผลของข้อกฎหมายที่มีปัญหาในทางปฏิบัติดังกล่าวทำให้นิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่ครอบงำกิจการของนิติบุคคลอย่างแท้จริงย่อมสามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายไทยทุกประการในการควบคุมการดำเนินกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวกระทำ ไม่ว่าจะเป็นกิจการในบัญชี 1, 2 หรือ 3 รวมทั้ง หลีกเลี่ยงการบังคับใช้ข้อกำหนดภายใต้ความตกลงการค้าเสรี เช่น ความตกลงการค้าเสรีที่คู่ภาคีกำหนดรายการธุรกิจที่ยังไม่เปิดเสรีในบัญชี ที่ยังไม่เปิดเสรี (Negative List) และยังไม่ผูกพันให้นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนได้โดยเสรี เช่น ธุรกิจที่ไทยยังไม่มีความพร้อม หรือ ธุรกิจที่ไทยอาจจะได้รับผลกระทบในทางลบได้นั้น ก็ไม่สามารถไปบังคับใช้แก่นักลงทุนต่างด้าวได้ เนื่องจากการจดทะเบียนนิติบุคคลในไทยแล้ว ดำรงสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินหนึ่งดังกล่าวแล้วก็ยังเป็นนิติบุคคลไทย ที่สามารถลงทุนในทุกๆกิจการที่ต้องห้ามได้ รวมทั้งการซื้อ – ขายที่ดิน และ อสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่ควบคุมการถือครองที่ดิน และ อสังหาริมทรัพย์ เพื่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของชาติ เป็นต้น

การพิจารณาปัญหาทางกฎหมายดังกล่าวข้างต้นเป็นการชี้ให้เห็นปัญหาบางประการ ที่ควรจะมีการแก้ไข ปรับปรุง และ อุดช่องว่าง อันเป็นผลกระทบเชิงลบ และมีการเตรียมพร้อมมากขึ้นเพื่อรองรับการเปิดเสรีการลงทุน โดยมีกรอบแนวคิดหลายประเด็นที่จะพิจารณาดังนี้ คือ

**กลุ่มประเด็น: ผลกระทบของข้อตกลงต่อการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายและกฎระเบียบ (Law/Regulatory Impact) ที่เกี่ยวข้องกับการกำกับ ดูแลด้านการลงทุน**

กฎหมายและกฎระเบียบ (Law/Regulatory Impacts) ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เช่น พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า กฎหมายแรงงาน (ทั้งในส่วนที่ เกี่ยวกับการค้าบริการ ในหมวดการเข้ามาประกอบกิจการขององค์กรธุรกิจที่ให้บริการและการลงทุน) ประมวลกฎหมายที่ดิน (เกี่ยวกับการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวที่มีช่องโหว่ให้ต่างชาติถือครองที่ดินได้ แม้ทั้งโดยชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย) กฎหมายการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลที่จะต้องพัฒนาบัญชี ขึ้นมากำกับความเป็นนิติบุคคลชาติไทย (ในขณะนี้ยังไม่มียกเว้น เมื่อมีการเปิดเสรียอมกระทบต่อการนิยามนิติ บุคคลสัญชาติไทย และ เกิดช่องโหว่ในการเลี่ยงกฎหมายทำให้ไม่สามารถบังคับใช้ Negative List ได้ และ ไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการที่ไม่เปิดให้มีการลงทุน ตามกฎหมายภายใน ด้วย) ประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ว่าด้วยการจดทะเบียนนิติบุคคลที่เป็นองค์กรธุรกิจ การจดทะเบียนหุ้น บุริมสิทธิ หุ้นด้อยสิทธิ เป็นช่องโหว่ให้มีการหนี

นอกจากนั้น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมที่ควบคุมกำกับการลงทุนที่สะอาดในประเทศไทย (Green Investment) และ ระบบอาชีวอนามัยและความปลอดภัย (Occupational Safety and Health) ที่ ถูกบัญญัติขึ้นใช้ เพื่อดูแลควบคุมเกี่ยวกับการลงทุน ให้มีประสิทธิภาพและยังประโยชน์แก่ชาติไทยอาจจะมี ผลกระทบในด้านการบังคับใช้ หากการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ไปกระทบต่อการค้า การลงทุน

ส่วนกฎหมายและกฎระเบียบ (Law/Regulatory Impacts) ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน เพื่อกระตุ้นให้ เกิดการพัฒนาอุตสาหกรรมภายในประเทศ และ การนำเข้าเงินทุน เช่นกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการ ลงทุน ซึ่งต้องสอดคล้องเหมาะสมกับระดับเศรษฐกิจของประเทศ ส่งผลให้อุตสาหกรรมมีการพัฒนา ก้าวหน้า ซึ่งต้องถูกกระทบโดยมาตรการห้ามการใช้มาตรการทางการลงทุนที่นอกเหนือข้อบังคับของ WTO จะมีผลต่อพัฒนาการทางด้านอุตสาหกรรมระยะยาว จำเป็นต้องหาทางพัฒนาศักยภาพอุตสาหกรรมไทย และ คิดค้นมาตรการทางการลงทุนใหม่ที่ไม่ตกอยู่ภายใต้ข้อบังคับห้ามใช้ นอกจากนี้การส่งเสริมการลงทุน ที่ปัจจุบันมีช่องว่างที่ไปเลือกประดิษฐ์ต่อคนชาติเอง ต้องพิจารณาคิดมาตรการส่งเสริมการลงทุนที่เอื้อต่อการ พัฒนาอุตสาหกรรมไทย ให้แข็งแกร่ง และไม่เป็นการให้สิ่งจูงใจแก่ต่างชาติเงินเกินควรและขาดทุนต่อ ประเทศชาติเอง

ในกรณีที่ข้อตกลงการค้าส่งผลก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายและกฎระเบียบที่เกี่ยวข้อง กับการลงทุน เป็นข้อเรียกร้องของประเทศคู่เจรจา ไม่ได้เกิดขึ้นจากพัฒนาการทางเศรษฐกิจของสังคมไทย จึงจำเป็นต้องแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการประเมินถึง

ผลกระทบจากการแก้ไขกฎหมายและกฎระเบียบอื่นๆ จากความต้องการของประเทศคู่เจรจา ตลอดจนการคำนึงถึงอำนาจอธิปไตยของชาติในการกำกับดูแล แต่ไม่ใช่การเป็นอุปสรรคทางการค้า การลงทุน

ภายใต้กรอบการเจรจาเพื่อการเปิดเสรีทางการลงทุนกระทบต่ออำนาจอธิปไตยในการควบคุม กำกับการลงทุน ดังต่อไปนี้ ซึ่งถือว่าเป็นอุปสรรคของการลงทุน ซึ่งจำเป็นที่จะต้องมีการยกเลิกเพื่อการเปิดเสรีข้อมกระทบต่อกฎหมายที่ไทยเคยใช้อยู่ ได้แก่

#### **กรณีศึกษา: กรณีการเข้ามาลงทุนของเทศาภิบาลในกลุ่มชินวัต**

กรณีนี้เกิดขึ้นเนื่องจากการที่ไทยไม่มีกฎหมายที่แน่นอนในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล ทำให้ต่างด้าวสามารถจัดตั้งนิติบุคคลไทยโดยการนอมินี ดังนั้นนิติฐานะของบริษัทยังคงเป็นบริษัทไทยแต่ความเป็นเจ้าของบริษัทผ่านกระบวนการควบคุมและอำนาจในการบริหารเป็นของต่างด้าว และสามารถทำธุรกิจที่ต้องห้ามตามกฎหมายไทยได้

ในกรณีนี้ หากไทยสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลได้ก็จะเป็นประโยชน์ ซึ่งหลักเกณฑ์ดังกล่าวอาจจะเป็นหลักการจดทะเบียน หลัก ถิ่นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ และ หลักควบคุม เป็นต้น ในกรณีเทศาภิบาล หากไทยใช้หลักควบคุมก็จะทำให้กำหนดสัญชาตินิติบุคคลที่สิงคโปร์เป็นผู้ควบคุมได้ว่าเป็นนิติบุคคลสิงคโปร์ เป็นต้น

#### **กรณีศึกษา: การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวทั้งที่ชอบ และไม่ชอบด้วยกฎหมาย**

การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวนั้น เป็นที่รับรองทั้งกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศว่าคนต่างด้าวจะถือครองที่ดินได้เท่าที่กฎหมายภายในของรัฐอนุญาตเท่านั้น เป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐที่จะห้ามคนต่างด้าวถือครองที่ดิน หรือ ตรากฎหมายภายในมาจำกัดการถือครองที่ดิน ดังนั้น เมื่อคนต่างด้าวได้เข้ามาพำนักอาศัยในประเทศหนึ่งประเทศใดแล้วคนต่างด้าวผู้นั้นจะต้องตกอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยของรัฐเจ้าของดินแดนนั้นตามหลักดินแดน ดังนั้นสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวจะมีมากน้อยเพียงใด ข้อมเป็นไปตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดน ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีการทำสนธิสัญญาทวิภาคีตกลงกันไว้เป็นประการอื่น สิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวนั้นก็เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าว

กฎหมายไทยอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ แต่เนื่องจากที่ดินเป็นปัจจัยการผลิตที่มีความสำคัญอย่างมาก กฎหมายที่ดินของไทยจึงเข้มงวดเกี่ยวกับเงื่อนไขในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว

ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล มาตรา 8 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้วางหลักเกณฑ์ในการถือครองที่ดินสำหรับคนต่างด้าวไว้ดังนี้

1. จะต้องมิมีสนธิสัญญาระหว่างประเทศประเทศไทยกับประเทศที่คนต่างด้าวมีสัญชาติอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครอง มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในไทยได้
2. การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวต้องตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายที่ดิน
3. การได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าวต้องตกอยู่ภายใต้กฎกระทรวง ฉบับที่ 8 พ.ศ. 2497
4. ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีมหาดไทย

นอกจากนั้น บทบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินโดยอาศัยบทสนธิสัญญาตามมาตรา 86 วรรค 1 มิให้ใช้บังคับกับคนต่างด้าวซึ่งได้นำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งต้องไม่ต่ำกว่า สิบล้านบาท โดยให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ และ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และมีหลักเกณฑ์ต่อไปนี้

- a. ประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ และ สังคมของประเทศ หรือ เป็นกิจการที่ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการสามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนได้
- b. ระยะเวลาการดำรงการลงทุนต้องไม่น้อยกว่า สามปี
- c. บริเวณที่ดินที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ ต้องอยู่ในกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือ อยู่ในเขตที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัย ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง

และคนต่างด้าวจะหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการทำสัญญาตัวแทนให้ผู้อื่นซื้อขายที่ดินเพื่อตนเองไม่ได้ นอกจากนี้นิติบุคคลทั้งหลาย ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น หรือ มีหุ้นส่วน หรือ มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่า ร้อยละ 49 หรือ เกินกว่ากึ่งหนึ่ง หรือ มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคนต่างด้าว ให้ถือว่ามีสิทธิถือครองที่ดินตามหลักเกณฑ์ของคนต่างด้าว รวมทั้งนิติบุคคลดังกล่าวที่ไปถือหุ้น หรือ มีหุ้นส่วนในนิติบุคคลอื่นด้วยก็มีสถานะเป็นคนต่างด้าว ที่น่าสังเกตคือ การมีกรรมสิทธิ์นั้นรวมไปถึงสิทธิครอบครองด้วย

คนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งที่ดินโดยการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม แต่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีก่อนตามมาตรา 93 ก่อนตามประมวลกฎหมายที่ดิน นอกจากนี้ยังมีข้อกำหนดในเรื่องของขนาดการถือครองที่ดิน กล่าวคือ คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ไม่เกินครอบครัวละ 1 ไร่ เพื่ออยู่อาศัย ไม่เกิน % ไร่ เพื่อใช้ในการสาธารณสุข และไม่เกิน 10 ไร่สำหรับเพื่อใช้ในอุตสาหกรรม

นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นได้ เช่น ตาม พ.ร.บ. ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27 กล่าวคือ คนต่างด้าวผู้นั้นเป็นผู้ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนซึ่งได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน และสามารถถือครองที่ดินมากกว่าที่กำหนดไว้หากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายพิเศษ ซึ่งมีสาระโดยสังเขปดังนี้

**ก. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520** กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจพิจารณาให้การส่งเสริมการลงทุนแก่ บริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ ซึ่งอาจเป็น บริษัท มูลนิธิ สหกรณ์ต่างด้าว หรือที่คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ (ซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุน)

**ข. พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522** ให้ผู้ประกอบการอุตสาหกรรมตามความหมายแห่ง พรบ.ฉบับนี้ซึ่งหมายถึง ผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมในนิคมอุตสาหกรรม โดยต้องได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ว่าการนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งผู้ประกอบการอาจเป็นนิติบุคคลต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่ต่างด้าวถือหุ้นก็ได้ อาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรม เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควร

**ค. พระราชบัญญัติปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2514** กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจรัฐมนตรี โดยได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี มีอำนาจให้สัมปทานแก่ผู้สำรวจหรือผลิตปิโตรเลียม โดยให้ผู้ที่ได้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ นับแต่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ พ.ศ. 2542 และกำหนดหลักเกณฑ์ใช้บังคับเมื่อวันที่ 18 มกราคม 2545 แต่มิได้รวมกรณีกฎหมายพิเศษที่กล่าวมาแล้วข้างต้นที่ให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้ โดย พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คนต่างด้าวสามารถครอบครองที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ โดยต้องนำเงินมาลงทุนไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี กฎกระทรวงเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ประกาศใช้เมื่อวันที่ 18 มกราคม 2545 มีดังนี้

- 1 ต้องดำรงทุนไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี (โดยกฎหมายกำหนดไว้เพียง 3 ปี แต่กฎกระทรวงเพิ่มเป็น 5 ปี)
- 2 ต้องเป็นที่ดินที่อยู่ในเขตกรุงเทพฯ เมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายผังเมือง
- 3 ต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยทหาร
- 4 ต้องลงทุนในกิจการดังนี้

4.1 ซื่อพันธบัตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจ หรือพันธบัตรที่รัฐบาลค้ำประกันเงินต้นหรือดอกเบี้ย

4.2 ลงทุนในทุนเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน



4.3 ลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ และตลาดหลักทรัพย์

4.4 ลงทุนในกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

กฎหมายยังควบคุมการใช้ที่ดินให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจะนำไปทำประโยชน์ลักษณะอื่นมิได้ และมีมาตรการให้จำหน่ายที่ดิน หากไม่ได้ใช้ หรือใช้ผิดลักษณะที่ได้รับอนุญาต หรือได้ที่ดินมาเกินกว่าที่กฎหมายอนุญาต หรือได้ที่ดินมาโดยผิดกฎหมาย หรือได้เลิกกิจการที่ได้รับที่ดิน เนื่องจากได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยต้องจำหน่ายที่ดินภายใน 1 ปี นับแต่มีเหตุให้ต้องจำหน่ายที่ดินดังกล่าว หากคนต่างด้าวไม่จำหน่าย อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นได้ตามกฎหมาย

อย่างไรก็ตามหากได้ศึกษาอย่างลึกซึ้งจะพบว่า แม้กฎหมายจะห้ามการถือครองที่ดินตามกฎหมาย แต่การมีช่องว่างของกฎหมายทำให้ คนต่างด้าวยังคงสามารถถือครองที่ดินได้ ทั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย และโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ทั้งผ่านการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยที่มีผู้ถือหุ้นไม่เกินอัตราส่วนที่กฎหมายได้กำหนดไว้ คือ 49% แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ถือหุ้นเพียง 49% แต่สามารถจดทะเบียนหุ้นบริมสิทธิ์ จำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นข้างมาก 51% ให้เหลือเพียง 1% เป็นต้น อำนาจในการครอบงำบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่ง พาณิชย์ ได้เปิดทางไว้ให้ คนต่างด้าวที่จดทะเบียนในรูปนิติบุคคลดังกล่าวก็สามารถถือครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายได้ ซึ่งนับว่าเป็นช่องว่างของกฎหมายในการควบคุมการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว เป็นประเด็นข้อกฎหมายที่มีความสำคัญอย่างมาก นอกจากนี้ก็ยังมีประเด็นการแปลงชาติการถือสัญชาติตามสามที่จดทะเบียน โดยชอบต่อมาหาว่าขาดจากกัน คนต่างด้าวก็ยังคงถือสัญชาติไทยได้อยู่ต่อไป เมื่อเป็นบุคคลสัญชาติไทยย่อมไม่ต้องห้ามการถือครองที่ดิน

### ปัญหาการถือครองอาคารชุด

นอกจากกฎระเบียบที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้แล้ว ยังมีเรื่องการถือครองอาคารชุดของคนต่างด้าวต่างหากอีกส่วนหนึ่งด้วย พระราชบัญญัติอาคารชุดในประเทศไทยเริ่มมีครั้งแรกในปี พ.ศ. 2522 แต่ไม่มีบทบัญญัติที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดได้ จนกระทั่งมีพระราชบัญญัติอาคารชุดฉบับที่ 2 พ.ศ. 2534 เพิ่มเติมมาตรา 19 ที่บัญญัติให้คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ แต่เมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละ 40 ของเนื้อที่อาคารชุดทั้งหมด

ต่อมาเมื่อรัฐบาลมีนโยบายฟื้นฟูธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ อันเนื่องมาจากวิกฤตเศรษฐกิจจึงมีการออกพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดได้ไม่เกินอัตราร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุด และสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ถึงร้อยละ 100 สำหรับห้องชุดบางพื้นที่ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ 28 เมษายน 2542 โดยกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่างจากกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยกรรมสิทธิ์ในห้องชุดนั้นแบ่งออกได้เป็น 3 ประการ คือ

1 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล เป็นกรรมสิทธิ์ที่เกี่ยวกับตัวห้องชุดแท้ๆ กับสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่จัดไว้ให้เป็นเจ้าของห้องชุดแต่ละรายควรจะได้ โดยเจ้าของจะใช้อย่างไรก็ได้เช่นเดียวกับตัวบ้าน

2 กรรมสิทธิ์เกี่ยวกับพื้นห้องและผนังกันห้องระหว่างห้องชุด ได้แก่ กรรมสิทธิ์ที่เจ้าของห้องชุดระหว่างห้องที่ติดกันข้างๆ โดยเจ้าของห้องชุดต่างมีกรรมสิทธิ์ในผนังรวมกันคนละครึ่งหนึ่ง เป็นไปตามข้อบังคับของอาคารชุดนั้นๆ

3 กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลาง คือ เจ้าของกรรมสิทธิ์เจ้าของห้องชุดแต่ละรายมีกรรมสิทธิ์ร่วมอยู่ในทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดนั้น ตามอัตราส่วนที่ปรากฏในหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุด

**หลักเกณฑ์คนต่างด้าวที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดได้**

- 1 เป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- 2 เป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- 3 เป็นนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวที่กำหนดไว้ใน มาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย
- 4 เป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- 5 คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ซึ่งนำเงินตราเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ

**หลักเกณฑ์ที่คนต่างด้าวสามารถถือสิทธิได้ร้อยละ 100**

1. เป็นอาคารชุดที่อยู่เขตกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือเขตเทศบาล
2. อยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหาร
3. มีห้องชุดไม่น้อยกว่า 40 ห้อง
4. จดทะเบียนมาแล้วไม่น้อยกว่า 1 ปี ก่อนวันที่คนต่างด้าวขอรับโอน
5. มีที่ดินที่ตั้งอาคารชุดไม่เกิน 5 ไร่

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในปัจจุบันนั้นเป็นการถือครองแบบมีเงื่อนไขไม่สามารถทำได้เต็มที่ ก็คงเปรียบเสมือนได้กับเรื่องการทำงานของคนต่างด้าวที่จะเป็นไปแบบมีเงื่อนไข

ที่จำกัดจากการที่ได้ศึกษาการให้สิทธิในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยมาทั้งหมดจะเห็นได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงการให้สิทธิมาโดยเป็นลำดับ ตามสภาพของบ้านเมือง โดยในปัจจุบันเนื่องมาจากสภาพทางเศรษฐกิจของประเทศ และประกอบกับการที่ประเทศไทยยังต้องอาศัยพัฒนาการทางเทคโนโลยีจากต่างประเทศ จึงต้องเพิ่มโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถที่จะมีสิทธิในการถือครองที่ดินในประเทศไทยได้มากขึ้น

**กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อฐานทรัพยากรธรรมชาติ และ การคุ้มครองสิ่งแวดล้อมเนื่องมาจากข้อ  
เรียกร้อง FTA**

**กรณีศึกษา : FTA ไทย-ออสเตรเลียเรื่องการลงทุนทำเหมืองทอง และ การทำเหมืองแร่โปแตส**

ตัวอย่างในกรณีนี้ไม่ได้เกิดขึ้นเฉพาะในประเทศไทยแต่เกิดขึ้นใหญ่โตที่ฟิลิปปินส์ด้วย เป็นกรณีศึกษาที่สำคัญของฟิลิปปินส์ โดยการเรียกร้องและต่อต้านอย่างมีพลังของประชาชนและศาสนจักร จนโครงการต้องระงับยับยั้งไปแต่ยังไม่มีกรถอนตัวออกจากฟิลิปปินส์ ความน่าเป็นห่วงอยู่ที่สัมปทาน คือการลงทุนภายใต้สัมปทานก็จะได้รับการคุ้มครองด้วย เมื่อเลิกกิจการ จะเห็นได้ว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทข้ามชาติใหญ่ที่ขยายปีกการลงทุนไปทั่วภูมิภาคและส่งผลกระทบทางด้านสิ่งแวดล้อมในทุกประเทศ กรณีศึกษาดังกล่าวนอกจากก่อให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม การร่อยหรอของทรัพยากรธรรมชาติของแผ่นดินที่ไม่อาจทดแทนได้ แล้ว ยังมีปัญหาของการใช้ไซยาไนด์ ในการถลุงแร่ และ ทิ้งไว้ในแผ่นดินไทย กรณีนี้เช่นเดียวกับปัญหาที่ฟิลิปปินส์ (Cyanide Spill over) และการถล่มทลายของเหมืองแร่ที่ถูกขุดเจาะไปแล้วเกิดการถล่มของแผ่นดิน และ สูญเสียที่ดินทำกินเป็นพื้นที่กว้างขวางมาก

อีกกรณีที่น่าสนใจ คือกรณี การบังคับการตามอนุสัญญากรุงบาเซล ซึ่งมีผลต่อการตัดสินใจโยกย้ายฐานการผลิตจากประเทศของตนมายังประเทศกำลังพัฒนาเพื่อเป็นแหล่งผลิตและกำจัดขยะ ของเสียเป็นต้น

**กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อปัญหาแรงงาน การตกงาน และ สภาพการจ้างงาน อาชีวะอนาถและ  
พลัดภัย**

ปัจจุบันได้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองแรงงาน โดยการทำสัญญาจ้างทำของแทนสัญญา การจ้างแรงงาน เพื่อที่จะไม่มีฐานะเป็นนายจ้างในอันที่จะต้องรับผิดชอบต่อลูกจ้างและไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกันในการกระทำละเมิดของลูกจ้างต่อบุคคลที่สาม เป็นปัญหาที่กระทบต่อความมั่นคงทางด้านแรงงานอย่างยิ่ง

ประเด็นที่จะหยิบยกมาพิจารณา คือ ปัจจุบันไทยกำลังเปิดเสรีและต้องรับพันธกรณีในการปฏิบัติ ตามข้อบท FTA ในหลายๆความตกลงนั้น หากมีผู้ประกอบการที่ไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานอาชีวะ อนามัย และ สิ่งแวดล้อม ผลจะกระทบต่อการเข้าถึงตลาดของแหล่งต่างๆ เช่น สหภาพยุโรป อเมริกา แคนาดา ญี่ปุ่น เนื่องจากไม่มีมาตรฐานด้านอาชีวะ อนามัย

ประการต่อไปคือ หากบริษัทต่างชาติหันมาใช้สัญญาจ้างทำของแทนสัญญาจ้างแรงงานแล้ว ไทยจะ ยังคงบังคับให้ต้องปฏิบัติตามมาตรฐานอาชีวะ อนามัย และ สิ่งแวดล้อมได้หรือไม่

ปัจจุบันไทยยังไม่ได้จัดตั้ง OSHA (Occupational Safety and Health Agency) ซึ่งเป็นองค์กรอิสระที่ เป็นศูนย์กลางควบคุมบังคับใช้มาตรฐาน OSH ทั้งเพื่อมาตรฐานแรงงาน และ ความปลอดภัยในไทย และ เพื่อการปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้าถึงตลาดต่างประเทศดังกล่าว

#### กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมภายในประเทศ

พิจารณาประเด็นปัญหาเรื่องการยกเลิกมาตรการทางการลงทุนที่ขัดต่อ WTO และ ยิ่งกว่า หลักการของ WTO (WTO Plus) กระทบต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมไทยเพียงใด และไทยจะมีมาตรการ ทดแทนที่ไม่ขัดต่อหลักการ TRIMs ได้หรือไม่เพียงใด เช่น กำหนดห้ามมีมาตรการให้ถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer) ในประเด็นนี้ยังมีความเข้าใจผิดคาดเคลื่อนอย่างมากในเรื่องข้อกำหนดให้ใช้ ชิ้นส่วน/วัตถุดิบ/ส่วนประกอบ ที่ผลิตในประเทศ (Local Content requirement) ของประเทศที่รับการลงทุน โดยกำหนดให้อุตสาหกรรมที่เข้าไปลงทุนในประเทศที่รับการลงทุนนั้นต้องใช้ชิ้นส่วนที่ผลิต ภายในประเทศตามอัตราส่วนที่กำหนดไว้ เช่น 60% เป็นวัตถุดิบในการผลิต นั้นหมายความว่าอุตสาหกรรม เหล่านี้จะนำเข้าชิ้นส่วนมาเป็นวัตถุดิบ หรือ ชิ้นส่วนประกอบเกิน 40% ไม่ได้ ซึ่งเป็นมาตรการทางการ ลงทุนมาตรการหนึ่ง ซึ่งองค์การการค้าโลกได้กำหนดเป็นตัวอย่างว่ามาตรการดังกล่าวมีบทบาททำให้มีการ บิดเบือนตลาด

ภายใต้ข้อกำหนด เรื่อง Trade-Related Investment Measures (TRIMs) อันเป็นข้อห้ามภายใต้กรอบ ขององค์การการค้าโลก โดยเข้าใจว่า TRIMs นั้นถูกห้ามใช้โดยสิ้นเชิง แต่แท้จริงแล้ว ภายใต้กรอบของ WTO นั้น มาตรการทางการลงทุนที่ถูกห้ามใช้ เช่น การกำหนดสัดส่วนการใช้ชิ้นส่วนภายในประเทศ (Local Content Requirement), การให้ถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer), การรักษาดุลการค้า (Trade Balance Requirement) เป็นต้นนั้น จะถูกห้ามใช้โดยรัฐที่รับการลงทุนก็ต่อเมื่อมาตรการดังกล่าวได้

ถูกกำหนดขึ้นเพื่อเป็น “เงื่อนไข” ในการรับการลงทุน หรือเป็น “เงื่อนไข” เพื่อให้ได้รับผลประโยชน์อันเป็นสิ่งจูงใจในการเข้ามาลงทุน และ บังคับใช้โดยการฝ่าฝืนต่อหลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ตาม วรรค 4 มาตรา III จะเห็นได้ว่า TRIMs จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดดังกล่าวจึงห้ามใช้มาตรการทางการลงทุน ดังนั้น ประเทศสมาชิกยังสามารถนำมาตราการทางการลงทุนมาใช้ในกรณีที่เหมาะสมได้หากไม่เข้าหลักเกณฑ์อันเป็นข้อห้ามนั้น และ โดยเหตุนี้ที่ทำให้การเจรจาความตกลงทวิภาคี FTA หรือความตกลงทางเศรษฐกิจอื่นๆ จำเป็นต้องเรียกร้องมากกว่าที่องค์การการค้าโลกได้กำหนดไว้ (TRIMs-Plus) กล่าวคือ เป็นการกำหนดห้ามการใช้มาตรการทางการลงทุนดังกล่าวโดยสิ้นเชิง ในกรณีที่ได้เสนอความคิดเห็นมาไม่ได้หมายความว่า ส่งเสริมให้ไทยใช้มาตรการทางการลงทุนในเรื่อง Local Content Requirement เป็นการทั่วไป หากแต่ให้นำมาใช้ในกรณีที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติไม่ถูกห้ามโดยสิ้นเชิง ซึ่งสามารถใช้ควบคู่กับมาตรการอื่นได้ หากถูกห้ามโดยสิ้นเชิงแล้วจะพบว่าอุตสาหกรรมบางประเภทที่กำลังเติบโตและไปได้ด้วยดี จะไม่สามารถพัฒนาต่อไปได้ และเป็นการตัดโอกาสในการรับการพัฒนาระยะยาวจนกว่าไทยจะเติบโตเต็มที่จนสามารถยืนอยู่บนขาของตนเองได้ และ แข่งขันกับคู่แข่งได้

โดยเฉพาะในกรณีของญี่ปุ่น คือ อุตสาหกรรมรถยนต์เป็นอุตสาหกรรมที่เห็นได้ชัดเจนว่าเติบโตมาจากมาตรการทางการลงทุนในเรื่อง การรับการถ่ายโอนเทคโนโลยี (Technology Transfer) และ การกำหนดอัตราส่วนการใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศ (Local Content Requirement) เป็นอย่างมาก และภายใต้ JTEPA ซึ่งต่อไปนักลงทุนในอุตสาหกรรมรถยนต์สามารถนำเข้าชิ้นส่วนทั้งหมดเข้ามาได้ ย่อมทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนภายในประเทศเหล่านี้ได้รับผลกระทบโดยตรง และอาจจะต้องปิดตัวลงพร้อมกับอุตสาหกรรมที่เกี่ยวข้องเช่นอุตสาหกรรมหรือธุรกิจอู่ซ่อมรถยนต์ที่ใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศเป็นส่วนใหญ่ เนื่องจากสามารถนำมาใช้ในการซ่อมได้ แม้แต่ชิ้นส่วนอะไหล่ของแท็กซี่ผลิตภายในประเทศ ทั้งสิ้นอุตสาหกรรมรถยนต์ต่อไปจะเป็นเพียงโรงงานประกอบชิ้นส่วนรถยนต์เท่านั้น (Screw Driver Plant) ซึ่งสามารถตั้งระบบ Computer โดยใช้หุ่นยนต์ในการประกอบได้ ย่อมไม่ต้องใช้แรงงานจำนวนมากนัก

ปัญหาที่สำคัญอีกประเด็นหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับอุตสาหกรรมรถยนต์ และอุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนรถยนต์ที่จะถูกระทบจากข้อบทใน JTEPA คือ เรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญาในส่วนที่ว่าด้วยการออกแบบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม (Industrial Design) ซึ่งนอกจากบริษัทญี่ปุ่นจะไม่ถ่ายโอนเทคโนโลยีให้ และสามารถนำเข้าชิ้นส่วนวัตถุดิบในการประกอบรถยนต์ทั้งหมดแล้ว ซึ่งอาจจะนำเข้าจากญี่ปุ่นหรือจากประเทศที่ญี่ปุ่นไปลงทุนเป็นฐานการผลิต โดยกลไกการค้าภายในกลุ่มบริษัทของตน (Intra firm Trade) เพื่อ

การจัดสรรปัจจัยการผลิตที่มีประสิทธิภาพสูงสุด รักษาระดับต้นทุนต่ำสุดเพื่อการกำไรสูงสุดแล้ว โดยผลของการได้รับการคุ้มครองสิทธิในรูปแบบการออกแบบ ชิ้นส่วน อะไหล่ หรือ รูปโฉม รถยนต์ โดยได้รับการคุ้มครองภายใต้ทรัพย์สินทางปัญญานั้น ทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนท้องถิ่นไม่สามารถที่จะผลิตชิ้นส่วน หรืออะไหล่รถยนต์ได้อีกต่อไป เพราะเป็นการละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองในส่วนของ การออกแบบผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม ยิ่งทำให้อุตสาหกรรมเหล่านี้ปิดฉากลงอย่างน่าเสียดาย หรือหากจะต้องจ่ายค่าใช้สิทธิในราคาที่สูง ทำให้ต้นทุนการผลิตสูง ผู้บริโภคก็จะไม่ได้รับประโยชน์ จากสินค้าเหล่านี้ และหันไปใช้สินค้าต้นแบบ (ที่นำเข้าจากประเทศที่มีต้นทุนการผลิตต่ำกว่า อาจเป็นเวียดนาม ลาว เขมร จีน) ในราคาที่แพงขึ้น จะเห็นได้ว่าปัญหาการห้ามถ่ายโอนเทคโนโลยีมีปัญหาคือการพัฒนาอุตสาหกรรมและเทคโนโลยีภายในประเทศอย่างมาก เนื่องจากทำให้การเข้าถึงเทคโนโลยี กระทำได้ยากแล้วยังเป็นต้นทุนการผลิตที่สูงมากขึ้น ทำให้เกิดการเสียเปรียบในด้านปัจจัยการผลิตมากกว่านักลงทุนที่เป็นเจ้าของเทคโนโลยี และเป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาอุตสาหกรรมระยะยาว เนื่องจากการขาดโอกาสในการเรียนรู้ตามที่ควรจะเป็น และ ถือเป็นประโยชน์ประการสำคัญที่สุดประการหนึ่งของการรับการลงทุน

### **กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อเงินได้ของแผ่นดิน และ ภาษีอากร**

พิจารณาปัญหาทางภาษีอากรหลายๆด้าน และการเลี่ยงภาษีโดยชอบด้วยกฎหมาย Tax Planning และ Tax avoidance บริษัทข้ามชาติมีความสามารถในการวางแผนภาษีอย่างมาก อีกทั้งสามารถจัดสรรประเภทการลงทุน โดยลดภาระภาษี เช่น แทนที่จะลงทุนด้วย ทุนเรือนหุ้น ก็หันมาลงทุนด้วยการให้กู้ยืม แทน ให้สัดส่วนทุนเป็นเงินกู้มากกว่าเงินทุน (Thin Capitalization) ดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่านอกจากทำให้เสียภาษีน้อยลง อัตราภาษีน้อยลง แล้วยังสามารถจ่ายกำไรออกไปยังผู้ให้กู้ หรือ ลงทุนในรูปดอกเบี้ยทำให้บริษัทสามารถหักเป็นค่าใช้จ่ายได้อีกด้วย

นอกจากนี้ยังสามารถได้รับการยกเว้นภาษีในหลากหลายรูปแบบจากการได้รับการส่งเสริมการลงทุน นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิพิเศษเหนือกว่านักลงทุนคนชาติในกรณีที่ได้รับการส่งเสริมที่จะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดที่รัฐบาลได้กำหนดไว้ แต่นักลงทุนไทยไม่อาจจะมิคุณสมบัติดังกล่าวได้ เช่น ในเรื่องเพดานเงินทุนที่ต้องไม่ต่ำกว่าเกณฑ์ที่กำหนด แต่นักลงทุนไทยไม่อาจมีเงินทุนมากในระดับดังกล่าวได้ ผลที่ตามมา คือ เฉพาะผู้ประกอบการคนไทยรายเล็ก รายน้อย ที่ไม่ได้รับการส่งเสริมทางภาษีอากร (Tax incentives) จะเป็นผู้เสียภาษี ในขณะที่นักลงทุนต่างด้าวได้รับการส่งเสริมไม่ต้องเสียภาษี เช่น ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีสินค้านำเข้าเพื่อเป็นวัตถุดิบ หรือ สินค้านำเข้า ได้รับยกเว้นภาษีในระยะเวลาที่กำหนด (Tax

Holiday) ตลอดจนมาตรการทางภาษีอื่นๆอีกมาก เป็นต้น ทูของกรมสรรพากรที่สูญเสียรายได้จากนักลงทุนต่างด้าว แต่เป็นผลประโยชน์แบบล้มเหลว (Will Fall) แก่นักลงทุนต่างด้าว ภาระภาษีจึงแบกรับโดยผู้ประกอบการไทย

ปัญหาเรื่องภาษีอากร เช่น การส่งเงินออกนอกประเทศผ่านกระบวนการโอนราคา (Transfer pricing) ผ่านการซื้อขายภายในเครือข่ายกลุ่มบริษัท (Intra firm trade) โดยการกำหนดราคาซื้อขายที่แตกต่างจากราคาที่แท้จริงเพื่อการโอนเงินกำไรออกนอกประเทศในรูปของการชำระค่าสินค้าที่แพงกว่าความเป็นจริงอย่างมากโดยกระทำกับบริษัทในกลุ่ม ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีการคิดอัตราภาษีอากรต่ำกว่า หรือ ไม่เก็บภาษีทำให้ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ในส่วนนั้น

นอกจากนี้ยังมีวิธีการอันสลับซับซ้อนทางภาษีอื่น เช่น การคิดราคาต้นทุนสูงกว่าความเป็นจริง การเลี่ยงภาษีโดยชอบผ่านสนธิสัญญาภาษีซ้อนที่ยกเว้นภาษีที่เก็บซ้ำซ้อน โดยอาศัยช่องทางบทนิยามในการกำหนด สถานประกอบการถาวร ที่แคบ หรือ กว้างแตกต่างกัน ระบบภาษีที่แตกต่างกันระหว่างรัฐที่ส่งเงินออกนอกประเทศ หรือ ประเทศที่รับเงินลงทุน ระบบจัดเก็บภาษีที่มีต่อรายได้ หรือ ขาดทุนจากการแลกเปลี่ยนเงินตรา (Treatment of Exchange Gains and Losses) การเลี่ยงภาษีโดยวิธีจัดสรรเงินทุนระหว่างทุนหุ้นกับการกู้ (Thin Capitalization) โดยการวางแผนภาษีอย่างมีประสิทธิภาพ ประโยชน์ของการจัดสรร Thin Capitalization คือ

- ค่าใช้จ่ายในดอกเบี้ยสามารถนำมาหักเป็นค่าใช้จ่ายได้ แต่เงินปันผลไม่สามารถหักค่าใช้จ่าย และต้องเสียภาษีเงินได้
- ในขณะที่เงินปันผลต้องตกอยู่ภายใต้การเสียภาษีเงินได้ดังกล่าวและอาจจะต้องเสียภาษีซ้ำซ้อน ในขั้นเงินได้นิติบุคคล และ ในขั้น เงินได้บุคคลธรรมดาที่ได้รับเงินปันผล
- การกู้เพื่อเป็นทุนสามารถหลีกเลี่ยงภาษีเงินที่จะเรียกเก็บจากเงินที่เป็นทุนเรือนหุ้นหากลงทุนด้วยหุ้น
- การชำระคืนเงินกู้ในรูปดอกเบี้ยไม่ตกอยู่ภายใต้ภาษี แต่หากเป็นการส่งออกกำไรในรูปเงินปันผลต้องเสียภาษีและหักค่าใช้จ่ายไม่ได้
- การชำระเงินกู้ไม่ว่าต้นเงินหรือดอกเบี้ยสามารถที่จะกำหนดการชำระเป็นสกุลเงินใดก็ได้เพื่อหลีกเลี่ยงความเสี่ยงจากการขาดทุนโดยผลของการแลกเปลี่ยนเงินตรา แต่เงินปันผลส่วนใหญ่จะต้องกำหนดสกุลเงินเป็นของรัฐที่รับการลงทุน (Host Country)

- หนี้ในรูปของเงินกู้ มีความยืดหยุ่นสูงกว่า และสามารถแปลงหนี้เป็นเงินทุนได้ แต่ไม่สามารถแปลงหุ้นเป็นหนี้ได้
- ภาษีหัก ณ. ที่จ่ายที่เรียกเก็บจากเงินได้ดอกเบี้ยนั้นปกติมักจะเป็นศูนย์ หรือ เรียกเก็บในอัตราที่ต่ำกว่า ภาษีที่เรียกเก็บจากเงินปันผล

รูปแบบการลงทุน ในการลงทุนข้ามพรมแดน หรือ การลงทุนระหว่างประเทศในลักษณะการเพิ่มทุน จึงมักจะกระทำในรูปของเงินกู้ (Loan Capital) เพื่อที่จะได้ประโยชน์จากการหลีกเลี่ยงภาษีในรูปเงินปันผล ขณะเดียวกัน ประเทศที่ส่งเงินออกก็ได้เงินภาษีมากกว่าเพราะเป็นการเก็บภาษีเงินได้จากดอกเบี้ยที่ส่งมาชำระหนี้จากประเทศที่รับการลงทุน กรณีนี้ก็เป็นต้นทุนของประเทศที่รับการลงทุนอย่างมากด้วยหากประเทศไทยเรา ทั้งยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ทั้งยกเว้นภาษีทุน และ ภาษีอื่นๆ (Tax incentives) ตลอดอายุการลงทุน แล้วยังสูญเสียเงินได้จากภาษีเงินปันผล หรือกำไร ในรูปของการชำระหนี้ด้วยดอกเบี้ย เป็นเรื่องที่น่าคิดมาก เพราะต้นทุนประเทศไทยนอกจากการให้ใช้เป็นฐานการผลิต ให้ใช้ทรัพยากรธรรมชาติ แบกรับภาระการกำจัดของเสียจากกระบวนการผลิต และปัญหามลภาวะ การนำขยะมารีไซเคิล แต่ท้ายที่สุดกากของขยะที่ใช้ไม่ได้แล้วก็ยังอยู่บนแผ่นดินไทยเป็นภาระในการกำจัดเป็นต้นทุนที่ไทยยังไม่เคยคำนวณ แล้ว เรายังสละอำนาจในการจัดเก็บภาษีไปอีกด้วยสำหรับกรณีนี้

### กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา

ประเด็นที่เกี่ยวข้อง คือ การกำหนดมาตรฐานการคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญาสูงกว่ามาตรฐานขององค์การการค้าโลก ทำให้เกิดภาวะต้นทุนที่สูงมากกว่านักลงทุนที่เป็นเจ้าของเทคโนโลยี

กรณีศึกษา ได้แก่ กรณีอุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนยานยนต์ ซึ่งก่อนการทำความตกลง JTEPA ได้รับประโยชน์จาก ข้อกำหนด เรื่องสัดส่วนการใช้ชิ้นส่วนวัตถุดิบ ที่ผลิตในประเทศ ทำให้ผู้ประกอบการต่างชาติ ได้แก่ ญี่ปุ่น ต้องอาศัยชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศ และจำเป็น ต้องมีการถ่ายโอนเทคโนโลยี และรับซื้อชิ้นส่วนเหล่านั้น มีการกำหนด การออกแบบอุตสาหกรรมที่เข้ากับต้นแบบที่ผลิตจากสินค้าที่ออกแบบในต่างประเทศเป็นแบบเดียวกัน อีกทั้งต้องรับซื้อสินค้าเหล่านี้ ทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนยานยนต์ และ อู่ซ่อมรถได้รับประโยชน์ และมีความเติบโตอย่างมาก แต่หลังจากการทำ ความตกลง JTEPA รัฐบาลไทยต้องยกเลิกข้อกำหนด การใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศ 60% อีกทั้งสามารถได้รับการคุ้มครองสิทธิบัตรการออกแบบอุตสาหกรรม และ ไม่มีความจำเป็นที่โรงงานผลิตรถยนต์ต้องใช้ชิ้นส่วนที่ผลิตภายในประเทศ จึงไม่มีความจำเป็นต้องมีการถ่ายโอนเทคโนโลยี ไม่จำเป็นต้องรับซื้อสินค้าเหล่านี้ที่ผลิต



ภายในประเทศเพราะสามารถนำเข้าจากต่างประเทศได้ 100% จากแหล่งผลิตอื่นๆ อีกทั้งสามารถได้รับค่าสิทธิ การออกแบบอุตสาหกรรมจากต้นแบบอีกด้วย ทำให้อุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนภายในประเทศประสบปัญหา ที่มีต้นทุนสูงขึ้นจากการจ่ายค่าสิทธิบัตร การออกแบบอุตสาหกรรม และ ต้องแข่งขันกับสินค้าที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ อีกทั้งไม่สามารถได้รับการถ่ายโอนเทคโนโลยี อีกต่อไป ดังนั้นประเทศไทย อาจจะต้องสั่งอุตสาหกรรมผลิตชิ้นส่วนยานยนต์ ต่อไปในอนาคต เนื่องจากถือว่าเป็นอุตสาหกรรมที่ไม่อาจแข่งขันได้อีกต่อไป

**กรณีศึกษา** ในอุตสาหกรรมยา ซึ่งประสบกับปัญหาสิทธิบัตรยา ทำให้ต้นทุนในการผลิตสูง หรือ ไม่อาจได้รับสิทธิบัตรจากผู้ทรงสิทธิบัตรยา เพื่อการผลิตภายในประเทศ ยาที่ไม่ได้รับ CL (Compulsory Licensing) ก็จะทำให้อุตสาหกรรมยาดกดยลง (โปรดดูรายละเอียดกรณีของทรัพย์สินทางปัญญาในบทว่าด้วยปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินทางปัญญา) ซึ่งนำมาสู่ผลกระทบต่ออุตสาหกรรมภาคการลงทุน ดังกล่าว

**กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อการกำหนดเขตการเกษตร การลงทุน และ พื้นที่สงวน เขตสัมปทาน**

พิจารณาเรื่องเขตการลงทุนและการกำหนดเขตผังเมือง สัดส่วนพื้นที่เกษตรกรรมและอุตสาหกรรม ในกรณีนี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาหลายประการได้แก่

1. กรณีแรกเป็น เรื่องความมั่นคงทางอาหาร หากไม่มีการกำหนดเขตผังเมืองที่ดี ทำให้พื้นที่การเกษตรลดน้อยถอยลงจากการเข้ามารุกรานของเขตอุตสาหกรรม เช่น ในกรณี JTEPA ทุกอนุของราชอาณาจักรไทย คือ เขตการลงทุน ที่ต้องเปิดเสรี และ การลงทุน รวมถึง สัมปทานด้วย และ การลงทุนได้รับการคุ้มครอง ดังนั้นจึงกระทบต่อเขตการเกษตร เขตสัมปทาน เช่น เหมืองแร่ การขุดเจาะน้ำมัน ก๊าซธรรมชาติ การทำเหมืองหิน ที่รุกรานเขตเกษตรกรรม
2. กรณีที่เกี่ยวข้องต่อมา คือ การเข้ามาลงทุนในฐานทรัพยากรธรรมชาติ ที่ร่อยหรอ หหมดไป เช่น การทำเหมืองหิน การขุดเจาะน้ำมัน การทำลายภูเขา ดินน้ำ ลำธาร ป่าไม้ ก่อให้เกิดปัญหาอุทกภัยทั่วประเทศ ทุกปี ไม่คุ้มกับการได้รับการลงทุนจากต่างชาติชนิดนี้ ไม่ใช่การพัฒนาอย่างยั่งยืน
3. กรณีปัญหา สิ่งแวดล้อม ทั้งจากภาวะ เขตเกษตรกรรมถูกรุกราน ถูกทำลาย จากการทำเหมืองแร่ เช่น เหมืองทอง เหมืองโปแตส การขุดเจาะน้ำมันและ ก๊าซธรรมชาติเป็นต้น การเกิดมลภาวะมลพิษ ที่ไม่มีผู้ประกอบการรับผิดชอบ การเปิดเสรี โดยไม่มีการกำกับยังทำให้ประเทศไทยเป็นที่ตั้งของเขตอุตสาหกรรมหนัก ที่มีภาระการจัดของเสีย ที่ผลิตในประเทศเพื่อการบริโภค

ในต่างประเทศ หากไม่มีการกำหนดเขตอุตสาหกรรมยอมทำให้คุณภาพชีวิตคนไทยในอนาคต  
สูญสิ้นไป

**กลุ่มประเด็น: ผลกระทบด้านภาวะความรับผิดชอบต่อกันต่างด้าวในฐานะคนชาติ (Diplomatic  
Protection)**

พิจารณาประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ เรื่องการคุ้มครองคนชาติ ที่ไม่ใช่คนชาติ  
แต่เป็นคนชาติโดยทางเทคนิค

ในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากประเทศไทยไม่มีหลักกฎหมายที่แน่นอนเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล ซึ่ง ประเทศไทยมีการกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลในหลากหลายกรณี ในกฎหมายที่แตกต่างกันไป เช่นหลักจดทะเบียน ประกอบกับ หลัก การดำรงสัดส่วนการถือครองหุ้น โดยคนชาติมากกว่าคนต่างด้าว ในอัตราส่วน 49%/51% การถือหลักถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่บ้าง จึงทำให้ไม่มีกฎเกณฑ์ที่แน่นอนในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล ปัจจุบัน จึงเกิดช่องว่างที่นิติบุคคลต่างด้าวสามารถเข้ามาจดทะเบียนในประเทศไทย และ ดำรงสัดส่วนการถือครองหุ้นในอัตราตามที่กฎหมายกำหนด ก็จะได้สถานะเป็นนิติบุคคลไทย แล้ว แต่ตามกฎหมายแพ่งพาณิชย์ กฎหมายอนุญาโตให้มีการจดทะเบียนหุ้นด้วยสิทธิ และ หุ้นบุริมสิทธิได้ ดังนั้น จึงปรากฏว่า บริษัทข้ามชาติที่ประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายไทย เพื่อที่จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย เพียงแต่จดทะเบียนในประเทศไทย แล้ว ดำรงสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างด้าว ต่อผู้ถือหุ้นไทย ในอัตรา 49% /51% ก็สามารเป็นนิติบุคคลไทยดังกล่าว และ ไปจดทะเบียนสถานะจำกัดสิทธิในการออกเสียง เป็นหุ้นด้วยสิทธิ สำหรับผู้ถือหุ้นข้างมากเช่น ผู้ถือหุ้น 51% แต่จดทะเบียนเป็นหุ้นด้วยสิทธิ มีสิทธิออกเสียงเพียง 1% ในขณะที่จดทะเบียนหุ้นของผู้ถือหุ้น 49% ให้เป็นหุ้นบุริมสิทธิ มีสิทธิออกเสียงถึง 99% ดังนั้นอำนาจในการควบคุมบริษัท จึงอยู่ในกำมือของผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่มีสัดส่วนการถือหุ้นน้อยกว่า เป็นต้น การจดทะเบียนเป็น บริษัท ไทยดังกล่าว และ มีสถานะบริษัทไทย ทำให้ บริษัทดังกล่าวสามารถทำธุรกิจที่ต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในบัญชีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ต้องห้ามได้ทุกชนิด อีกทั้งสามารถประกอบธุรกิจที่เป็นอุตสาหกรรมที่ไม่เปิดสำหรับต่างชาติ ตามที่สงวนไว้ในรายการที่ไม่เปิดเสรีได้ (Negative List) ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า กฎหมายไทยมีช่องว่างและมีข้อบกพร่องอย่างมากในการทำให้ไม่สามารถบังคับใช้กฎหมายได้

ประเด็นต่อมา คือไทยต้องให้การคุ้มครองบริษัทต่างดาวเหล่านี้ที่มีสถานะเป็นบริษัทไทย ตามหลักกฎหมายเรื่องการคุ้มครองคนชาติทางการทูต ตลอดจนให้การคุ้มครองดูแลตามกฎหมายไทย ในฐานะบุคคลสัญชาติไทย สามารถทำธุรกิจทุกชนิด และ ได้รับสวัสดิการทุกอย่างในฐานะบุคคลไทย ตลอดจนความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐอีกด้วย

**กรณีศึกษา** ได้แก่ เรือประมงเวียดนาม ที่จดทะเบียนเป็นเรือไทย แต่ไปจับปลาในน่านน้ำของรัฐต่างประเทศ ทำให้ไทยเกิดความรับผิดชอบในทางระหว่างประเทศ หรือ แม้จับปลาในน่านน้ำไทย แต่ส่งออกไปยังเวียดนามเพื่อจำหน่ายในตลาดโลกผ่านการเป็นนิติบุคคลไทย ประเทศไทยยอมเสียเปรียบในทุกกรณี กล่าวคือสูญเสียทรัพยากรธรรมชาติ แค่มีภาระในการรับผิดชอบต่อผู้ประกอบการต่างดาว

**กรณีศึกษา** ได้แก่ ผู้ประกอบการคนจีนได้เข้ามาจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยแล้วกว้านซื้อที่ดินเพื่อทำสวนยางพาราทางภาคตะวันออกเฉียงเหนือ และ ภาคเหนือจำนวนมากมาย ทำให้คนชาติสูญเสียแผ่นดิน และการประกอบอาชีพ และ ผันตนเองจากการเป็นเจ้าของที่ดินเป็นเพียงลูกจ้างกรีดยาง

#### **กลุ่มประเด็น: ผลกระทบด้านเสถียรภาพทางการเงิน**

พิจารณาประเด็น การขาดกลไกในการควบคุมการปริวรรตเงินตรา มาตรการควบคุมทางการเงิน ระยะสั้น การควบคุมเสถียรภาพทางการเงิน ดุลการชำระเงิน และประเด็นรายได้ของแผ่นดิน

ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนรวมถึงการลงทุนในตลาดหุ้นด้วย ซึ่งยากแก่การควบคุม เช่น กรณี Subprime ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกา กรณี พิชต้มยำกุ้ง เมื่อ สิบเอ็ดปีที่ผ่านมา จะเห็นได้ว่าตลาดเงินเป็นตลาดที่มีความอ่อนไหว ผันผวน และ ส่งผลกระทบรวดเร็วและรุนแรงอย่างมาก หากการเปิดเสรี โดยไม่มีมาตรการทางการเงินที่เข้มแข็งย่อมประสบกับปัญหาร้ายแรงอย่างรุนแรงและรวดเร็วเช่นเดียวกัน

อีกทั้งผลของการเปิดเสรีนั้นทำให้รัฐบาลต้องอนุญาตให้มีการนำเงินลงทุนออกนอกประเทศโดยเสรี และ กำไรในบทยามที่กว้างขวาง เนื่องจากบทนิยามของ คำว่าการลงทุนกว้างขวางมากด้วย จึง ไม่มีขอบเขตในการกำหนด คำว่า “กำไร” ในการส่งเงินออกนอกประเทศ รัฐบาลจึงจำเป็นที่จะต้องศึกษาจากบทเรียนที่ผ่านมาจากผลกระทบในตลาดเงินจากการเปิดเสรีนี้ให้มากเป็นพิเศษ เนื่องจาก หากเกิดปัญหาทางการเงิน อาจจะแพร่ขยายไปทั่วภูมิภาค หรือ ทั่วโลกได้อย่างรวดเร็ว

#### **กลุ่มประเด็น: ผลกระทบต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะ และ “การจัดการปัญหาในเวลาวิกฤติ”**

การเปิดเสรีที่ส่งผลกระทบต่อปัญหานโยบายสาธารณะ และ การจัดการกับปัญหาในเวลาวิกฤตินั้น

ประการแรกรัฐบาลจะต้องนิยาม ว่าปัญหา นโยบายสาธารณะ คือ ปัญหาชนิดใด มีกรอบ หรือ ขอบเขตของปัญหา กว้างขวางเพียงใด และ ส่งผลกระทบต่อผู้ใด หรือ ภาคส่วนใดบ้าง

ประการต่อมา การเปิดเสรีที่จะกระทบต่อปัญหาดังกล่าวจะต้องหีบยก ประเด็นเหล่านั้น ออกจาก ผลความผูกพันในการปฏิบัติตามความตกลงการค้าเสรี เช่นเดียวกับที่สหรัฐอเมริกา และ ญี่ปุ่น ได้ทำความตกลง ไม่ให้ตกอยู่ภายใต้ความผูกพัน แต่ต้องเป็นไปตามกฎหมายภายใน ซึ่งได้มีการเตรียมพร้อม และ ศึกษา มาอย่างดีแล้ว ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้มีการเตรียมพร้อมในประเด็นเหล่านี้เลย

การจัดการกับปัญหาเหล่านี้ จะต้องรับฟังความเห็นและความต้องการของผู้ที่ได้รับผลกระทบจาก ปัญหาโดยตรง ควรเป็น “Bottom up Approach” มากกว่า “Top down Approach”

#### **กลุ่มประเด็น: ผลกระทบด้านอำนาจอธิปไตยทางด้านนิติบัญญัติ บริหาร และ ตุลาการ**

สะท้อนปัญหาความจำเป็นในการมีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และ ตุลาการในการศึกษา ผลกระทบจากการทำความตกลงการค้าเสรี โดยศึกษาผลกระทบที่มีต่อกฎหมายไทยที่มีอยู่ และ ที่จะเกิดขึ้นต่อไป เพื่ออนุรักษ์การตามความตกลง ว่า กฎหมายเหล่านั้น อธิปไตยของชาติ ในการที่จะต้องปฏิบัติตามโดย ฝ่ายนิติบัญญัติ และ ฝ่ายตุลาการ ไม่มีโอกาสได้พิจารณาถ่วงถ่วงนั้น จะมีผลเสียหายอย่างไร และ อำนาจ อธิปไตยของชาติในส่วนนี้ จำเป็นที่ได้รับการเคารพ ตัวอย่างของการแก้ไขกฎหมาย ในเรื่องเกี่ยวกับการ ลงทุน ได้แก่ กฎหมายที่จะขจัด อุปสรรคของการลงทุน และ การค้าบริการ เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้ คือ อธิปไตยของชาติตามหลักดินแดน Territorial Principle ในการควบคุม กำกับ ดูแล บุคคล ทรัพย์สิน การ กระทำ เหตุการณ์ ใดๆ ไม่ว่าคนสัญชาติใด ภายในเขตอำนาจอธิปไตย หรือ ขอบเขตแห่งเขตแดนของรัฐ นั้นเอง

สิ่งที่จำเป็นต้องศึกษา จึงได้แก่ สิ่งที่ได้กำหนดไว้ว่าเป็นอุปสรรคของการลงทุนที่จะต้องยกเลิกไป ซึ่งกระทบกฎหมายหลายฉบับ

#### **กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนที่จะต้องอนุรักษ์การตามความตกลง หรือ แก้ไขเปลี่ยนแปลง ได้แก่**

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วน

บริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประมวลกฎหมายที่ดิน

กฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน

กฎหมายภาษีอากร การได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล และ

ภาษีอื่นๆ หรือ สิทธิประโยชน์ทางภาษีอื่น

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน ที่ให้สิทธิพิเศษในการจูงใจการลงทุน ทั้งที่เป็นสิ่งจูงใจทางภาษี และมีใช้ภาษีเมื่อ

พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ.2541

พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ.2533 พ.ศ.2537 และพ.ศ.2542

พระราชบัญญัติเงินทดแทน พ.ศ.2537

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ.2545

พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติจดทะเบียนเครื่องจักร พ.ศ.2514 และ พ.ศ.2530

กฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเข้ามาเกี่ยวข้องกับคือ

พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ.2537

พระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ.2535

และในขั้นตอนการผลิตที่หากกระบวนการผลิตมีผลต่อสิ่งแวดล้อม

พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535

พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติว่าด้วยราคาสินค้าและบริการ พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ.2511

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522

พระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ.2505 และ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย  
กฎหมายเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราเมื่อกิจการมีรายได้ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่

ประมวลรัษฎากร พระราชบัญญัติบัญชี พ.ศ.2543 ขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการยุติข้อพิพาททาง  
การค้าและต้องการระงับข้อพิพาททางธุรกิจ ด้วยวิธีการประนีประนอมยอมความ การไกล่เกลี่ยข้อ  
พิพาท หรือการเข้าระบบอนุญาโตตุลาการ กฎหมายที่เกี่ยวข้องคือ

พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการพ.ศ.2545 ถ้าต้องฟ้องคดีก็ต้องดำเนินการตามกระบวนการระงับ  
ข้อพิพาททางศาลต่อไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและพาณิชย์