

บทที่ 4

หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในระบบกฎหมาย ของต่างประเทศ

สำหรับในบทนี้จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในระบบกฎหมายของต่างประเทศซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และประเทศจีน ดังนี้

1.แม่แบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังต่อไปนี้

1.1 คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว”

เนื่องจากในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะไม่มีบทบัญญัติที่เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในเรื่องที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนั้นจึงไม่มีคำจำกัดความของคำว่า “คนต่างด้าว”¹

1.2 หลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับหลักเกณฑ์ในการเข้ามาประกอบธุรกิจของ “คนต่างด้าว” ในประเทศสหรัฐอเมริกา จากการศึกษพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกามีนโยบายในการสนับสนุนการลงทุนทุกชนิดจากต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรง (Direct investment) ที่นักลงทุนต่างด้าวสามารถทำการควบคุม หรือมีส่วนร่วมอย่างมากในการดำเนินธุรกิจในสหรัฐอเมริกา หรือการลงทุนที่เป็น

¹ Legislation for Foreign Investment Statutes in Countries in the Americas Comparative Study, <<http://alca-ftaa.iabd.org/eng/invest/USA~1.HTM>>

Portfolio Investments² ในลักษณะการกู้ยืมเงิน หรือ Portfolio Equity ที่จำกัดบทบาทของนักลงทุนในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการดำเนินธุรกิจนั้นๆภายในสหรัฐอเมริกา

บุคคลที่ไม่ได้ถือสัญชาติอเมริกันสามารถทำการลงทุนจัดตั้งสำนักงานธุรกิจ หรือสำนักงานสาขาในสหรัฐอเมริกาได้โดยรัฐบาลกลางสหรัฐอเมริกา หรือรัฐบาลท้องถิ่นเข้ามาควบคุมในระดับต่ำ ทั้งนี้ยกเว้นในกรณีที่เป็นธุรกิจที่มีความอ่อนไหวต่อความปลอดภัยของประเทศ ก็จะมีกฎระเบียบที่เข้มงวดในการควบคุมการดำเนินธุรกิจนั้น นอกจากนี้นักลงทุนต่างด้าวยังได้รับสิทธิเท่าเทียมนักลงทุนท้องถิ่นในเรื่องของการจัดการด้านการเงิน และอาจมีสิทธิที่จะได้รับเงินสนับสนุนด้านการเงินจากรัฐบาลสหรัฐอเมริกาด้วย³

สำหรับภาคธุรกิจและอุตสาหกรรมที่สหรัฐอเมริกาถือว่ามีความอ่อนไหวต่อความปลอดภัยของประเทศในระดับสูงรัฐบาลกลางจะเข้าไปควบคุมการดำเนินธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างเข้มงวดและมีการกำหนดสัดส่วนของจำนวนเจ้าของธุรกิจที่เป็นนักลงทุนต่างด้าวและที่เป็นนักลงทุนท้องถิ่น คือ ธุรกิจเกี่ยวกับการกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ การขนส่งภายในประเทศและระหว่างประเทศทั้งทางบก อากาศ และทางน้ำ ธุรกิจประมง และธุรกิจอื่นๆที่ภาครัฐบาลทุกระดับโดยเฉพาะอย่างยิ่งระดับท้องถิ่นจะเข้าไปทำการควบคุมการดำเนินการอย่างเข้มงวด คือ ธุรกิจธนาคาร ธุรกิจการประกันภัย การสื่อสารทุกชนิด การบริการไฟฟ้า และแก๊ส เป็นต้น

1.2.1 ข้อกำหนดเกี่ยวกับทุนขั้นต่ำในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีข้อกำหนดในเรื่องของจำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำของนักลงทุนต่างด้าว ยกเว้นในกรณีที่ผู้ลงทุนมีความประสงค์ที่จะสมัครขอสิทธิการเป็นผู้อยู่อาศัยอย่างถาวรในสหรัฐอเมริกาในกรณีนี้กฎหมาย Federal Immigration Act of 1990 Investor Visa Program กำหนดวงเงินขั้นต่ำไว้ที่ห้าแสนเหรียญสำหรับการลงทุนในพื้นที่กันดารและมีอัตราการว่างงานสูง และหนึ่งล้านเหรียญสำหรับการลงทุนในทุกที่ โดยมีข้อแม้ว่าการลงทุนนั้นๆจะต้องสร้างการจ้างงานเต็มเวลาสำหรับบุคคลสัญชาติอเมริกัน หรือคนต่างด้าวที่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะพำนักอาศัย

² หมายถึง การซื้อหุ้นเพื่อเกร็งกำไรขายไม่เป็นการลงทุนเพื่อตั้งใจที่จะทำธุรกิจ

³ นวลรัชนี เสดียรมาศ,กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์, "ข้อมูลประเทศสหรัฐอเมริกา" (29 พฤษภาคม พ.ศ. 2550), น. 5 <<http://www.depthai.go.th/go/content/download/attach?contentId=15378>>

อย่างถาวรในสหรัฐอเมริกาอย่างน้อย 10 คนขึ้นไปเป็นระยะเวลาสองปี ทั้งนี้บุคคลเหล่านั้นจะต้องไม่ใช่เครือญาติของนักลงทุน⁴

สำหรับสัดส่วนของการเป็นเจ้าของกิจการของนักลงทุนต่างด้าว สหรัฐอเมริกาไม่มีข้อกำหนดในเรื่องสัดส่วนของการเป็นเจ้าของกิจการของนักลงทุนต่างด้าว ยกเว้นในกรณีที่เป็นการลงทุนร่วมเป็นเจ้าของกิจการในอุตสาหกรรมที่ถือว่ามีความอ่อนไหวต่อความมั่นคงของประเทศ

1.2.2 ข้อห้ามการลงทุนจากต่างประเทศ

โดยทั่วไปแล้วประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีนโยบายที่เปิดเสรีต่อการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ก็มีข้อห้ามการลงทุนจากต่างประเทศเช่นกัน โดยเฉพาะห้ามการลงทุนจากต่างประเทศในสาขาที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง (National security) ตามกฎหมาย The Defense Production Act of 1950 ซึ่งกระทรวงกลาโหมและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอาจจะกำหนดห้ามการลงทุนจากต่างประเทศในโครงการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคง หรือความลับของทางการ หรือกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนซื้อที่ดินเพื่อการเกษตรกรรมจะต้องเปิดเผยข้อมูลการลงทุนต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรของสหรัฐเสียก่อน เป็นต้น⁵

นอกจากนั้น สหรัฐอเมริกายังมีกฎหมาย The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 5021 (The Exon-Florio provisions) แก้ไขเพิ่มเติม The Defense Production Act of 1950 ให้อำนาจประธานาธิบดีในการควบคุมดูแลและดำเนินมาตรการผ่านทาง Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) เพื่อป้องกันมิให้การลงทุนจากต่างประเทศมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หากพบว่าการลงทุนจากต่างประเทศรายใดมีผลกระทบต่อความมั่นคงอาจจะใช้อำนาจ

⁴ เฟิงอ้าง, น.5

⁵ Jack A. Gottschalk, The Global Trade and Investment Handbook : A Country-by-Country Reference to Business Practices, Regulation and Law, (Heinemann Asia, a Division of Reed International (Singapore) Pte Ltd Consumer/Education Books, 1994), p.592.

ยับยั้ง หรือห้ามคนต่างด้าวเข้าร่วมทุนในกิจการนั้นๆทั้งหมดหรือบางส่วน⁶ แต่ทั้งนี้ The Exon-Florio provisions ไม่ได้มีข้อกำหนดว่า “การควบรวมกิจการ” (Merges) การซื้อกิจการ (Acquisitions) และการครอบครองกิจการ (Takeovers) โดยบริษัทต่างด้าว ในลักษณะใดที่ถือว่าเป็นการกระทบต่อความมั่นคงของชาติที่ควรมีการตรวจสอบ

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติสหรัฐอเมริกาได้ใช้กฎหมายนี้ในการกีดกันการซื้อกิจการภายในประเทศโดยนักลงทุนจากต่างประเทศ ยกเว้นในกรณีของธุรกิจค้าอาวุธ เนื่องจากการควบรวมกิจการโดยทั่วไปไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ⁷

สำหรับข้อห้ามการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศสหรัฐอเมริกาในอีกสาขา คือ สาขาพลังงานนิวเคลียร์ (Nuclear energy) ซึ่งเป็นไปตามกฎหมาย The Atomic Energy Act โดยกฎหมายฉบับนี้ กำหนดข้อห้ามการลงทุนจากต่างประเทศในสาขาที่เกี่ยวข้องกับพลังงาน นิวเคลียร์ เช่น Hydroelectric power และ Nuclear materials เป็นต้น

1.2.3 ข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

ประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมีนโยบายในการสนับสนุนการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) และปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวอย่างยุติธรรม เท่าเทียมกันกับนักลงทุนท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกา โดยจะมีการกำหนดข้อจำกัดเพียงเล็กน้อยเฉพาะสำหรับการประกอบธุรกิจที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ดังนั้นในการลงทุนจากต่างประเทศโดยทั่วไปคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้โดยไม่มีข้อจำกัดจำนวนแต่อย่างใดโดยคนต่างด้าวสามารถเข้ามาลงทุนโดยถือหุ้นในบริษัทได้มากถึง 100 เปอร์เซ็นต์⁸ แต่สำหรับธุรกิจบริการบางสาขาจะมีข้อจำกัดจำนวนหุ้นของคนต่างด้าวที่สำคัญ ได้แก่

⁶ เอกสารข้อมูลการค้าประเทศสหรัฐอเมริกา บทที่ 7, (Commercial Guide: U.S.A.), THE OFFICE OF COMMERCIAL AFFAIRS, AT THE ROYAL THAI EMBASSY IN WASHINGTON, DC, <<http://oca.thaiembdc.org/DBIT/chapter7.htm>>

⁷ Folsom, Ralph H, Michael Gordon, and John Spanogle (2000), International Trade and Investment in a Nutshell, West Group, USA อ้างใน เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล, สุณี อาชวานันทกุล, นอมินี พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ openbooks, 2549), น.79.

⁸ Jack A. Gottschalk, *supra* note 5, p.592.

(ก) ธุรกิจสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) ตามกฎหมาย Communication Act of 1934 และ 1996 มาตรา 310 จำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในกิจการสื่อสารวิทยุ (Radio communications) ได้ไม่เกิน 20 เปอร์เซ็นต์ และในธุรกิจสื่อสารผ่านดาวเทียม (Satellite-based telecommunication) มีการผูกขาดการให้บริการโดยบริษัท Communication Satellite Act of 1962

(ข) ธุรกิจการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ (Domestic air transportation) ตามกฎหมาย Federal Aviation Act of 1958 จำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 25 เปอร์เซ็นต์ และจำกัดสิทธิออกเสียงในคณะกรรมการบริหาร (Board of director) ของคนต่างด้าวได้ไม่เกิน 1 ใน 3 นอกจากนี้รัฐบาลยังให้การสนับสนุนธุรกิจการบินพาณิชย์ของชาวอเมริกันตามโครงการวิจัยและโครงการพัฒนาอุตสาหกรรมการบิน โดยได้รับงบประมาณจาก Department of Defense และ NASA

(ค) ธุรกิจการขนส่งทางเรือ (Shipping vessels) ตามกฎหมาย Merchant Marine Act of 1920 (The Jones Act) จำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในธุรกิจขนส่งทางเรือ (Vessels for Coastal or inland –water way) ได้ไม่เกิน 25 เปอร์เซ็นต์ และเรือขนส่งที่ชักธงสหรัฐอเมริกา (U.S. flag shipping vessels) ต้องเป็นของสหรัฐอเมริกา 100 เปอร์เซ็นต์ และกฎหมาย Merchant Marine Act of 1920 (The Jones Act) ยังกำหนดห้ามเรือของต่างด้าว (Foreign built or rebuilt vessels) ดำเนินการขนส่งสินค้าทางทะเล ระหว่างท่าเรือของประเทศสหรัฐอเมริกา (Coastwise Trade) นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายต่างๆ ที่กำหนดให้การขนส่งสินค้าของประเทศสหรัฐอเมริกา จะต้องใช้เรือของสหรัฐอเมริกาดำเนินการ เช่น กฎหมาย Cargo Preference Act of 1904 และ 1954 , กฎหมาย Food Security Act of 1985 และกฎหมาย Alaskan Oil Cargoes เป็นต้น

(ง) ธุรกิจธนาคารและการประกันภัย (Banking and Insurance) มีกฎหมายและระเบียบของรัฐบาลกลางและมลรัฐต่างๆ ในการจัดตั้งและควบคุมการดำเนินธุรกิจธนาคารและประกันภัยมากมาย ซึ่งในทางปฏิบัติมีผลจำกัดการลงทุนจากต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม ธนาคารต่างด้าวสามารถเปิดสาขาในสหรัฐอเมริกาได้ โดยต้องปฏิบัติตามระเบียบทั้งของรัฐบาลกลางและมลรัฐ ซึ่งการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันภัยในแต่ละมลรัฐจะแตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละมลรัฐ บางกรณีบริษัทต่างด้าวจะไม่ได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ เช่นบางมลรัฐอาจออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจให้แต่มีระยะเวลาจำกัด หรือบางมลรัฐไม่ออกใบอนุญาตให้บริษัทต่างด้าว เป็นต้น

จ) ธุรกิจบริการด้านวิชาชีพ (Professional services) การประกอบวิชาชีพในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องมีการจดทะเบียนขออนุญาตจากแต่ละมลรัฐที่จะประกอบวิชาชีพ ซึ่งกฎระเบียบเกี่ยวกับเงื่อนไขและคุณสมบัติ (Condition and qualification) จะแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะเป็นระบบเปิดเสรีนิยมทั้งในแง่การค้าและการลงทุน แต่ก็มีใช่เป็นการเปิดเสรีแบบไม่มีขอบเขตจำกัด แต่จะมีกฎหมายที่ออกมาจำกัดการถือหุ้น และควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอยู่เช่นกัน แต่มีข้อสังเกตว่า การจำกัดสิทธิในการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกานั้นจะมีเฉพาะสำหรับกิจการไม่กี่สาขาซึ่งเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยมั่นคงของประเทศ หรือจารีตประเพณี เท่านั้น

1.3 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของคนต่างด้าว คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายในระดับสหพันธรัฐ กฎหมายในระดับมลรัฐ และบทบัญญัติเฉพาะของในแต่ละสาขาบริการ ซึ่งแยกได้ดังนี้

1.3.1 มาตรการควบคุมตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายสหพันธรัฐ

กฎหมายรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ดังนั้นกฎหมายของมลรัฐ จึงไม่อาจขัดหรือแย้งกับกฎหมายของสหพันธรัฐหรือขัดต่อกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎีความเหนือกว่าของกฎหมายสหพันธรัฐซึ่งเกิดจากอำนาจตามกฎหมายรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาที่เป็นกฎหมายสูงสุด

ในแง่รูปแบบกฎหมายของสหรัฐมีบทจำกัดเสรีภาพและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อยู่ด้วยกัน 4 ประเภทรธุรกิจ คือ⁹

1. อสังหาริมทรัพย์

⁹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”, (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.91.

2.ทรัพยากรธรรมชาติ

3.การก่อตั้งและควบคุมกิจการโดยคนต่างด้าวในธุรกิจการบิน การกระจายเสียง และการเดินเรือ

4.การจ้างงานคนต่างด้าว

อย่างไรก็ดี Amendment XIV Section 1 กำหนดว่า “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาได้วางหลักการคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมาย (Equal protection of law) ซึ่งคนต่างด้าวที่อยู่ในดินแดนของสหรัฐอเมริกา ก็จะได้รับคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายนี้ด้วย การคุ้มครองที่เท่ากันตามกฎหมายนี้ย่อมใช้กับนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในสหรัฐอเมริกาด้วย โดยนิติบุคคลต่างด้าวจะได้รับสิทธิและมีพันธกรณีที่เท่าเทียมกันกับนิติบุคคลของสหรัฐอเมริกา ดังนั้นกฎหมายของมลรัฐจะขัดหรือแย้งกับหลักการข้อนี้ไม่ได้หากขัด ศาลสูงของสหรัฐอเมริกาก็ชอบที่จะตัดสินให้กฎหมายของมลรัฐตกไปได้

สำหรับกฎหมายในระดับสหพันธรัฐ (Federal regulatory scheme) แม้จะไม่มีกฎหมายของสหพันธรัฐกำหนดไว้โดยตรงที่จะใช้กับการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวก็ตาม¹⁰ แต่ก็มีกฎเกณฑ์ในการจำกัดและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในหลายด้าน เช่น การจำกัดสาขา หรือประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำ การกำหนดให้คนต่างด้าวต้องเปิดเผยข้อมูลในการประกอบธุรกิจของตน รวมถึงการทบทวนการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหากมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ โดยส่วนใหญ่มักจะเป็นข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจของคน

¹⁰ Shawn C. Conway, "Update on foreign investment regulation in the US", International Company and Commercial Law Review, 1990, 1(4), pp.92-96 อ้างใน ประสิทธิ์ เอกบุตร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542”, (สถาบันวิจัย และให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.91.

ต่างด้าว ในเรื่องของการเดินเรือ การบิน การคมนาคม การใช้ประโยชน์จากที่ดิน การควบคุมทรัพยากร พลังงาน การธนาคาร การเข้าทำสัญญาของรัฐบาล¹¹

นอกจากนั้น กฎหมายของสหพันธรัฐยังจำกัดและควบคุมการเข้าเมืองของคนต่างด้าวอีกด้วย โดยเฉพาะเมื่อเป็นความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการป้องกันความมั่นคงของชาติ

สำหรับการจ้างแรงงานจากต่างประเทศนั้นมีข้อจำกัด คือ แรงงานจากต่างประเทศจะต้องมีใบอนุญาตทำงาน (Work permit) จึงจะสามารถเข้ามาทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ซึ่งการขอใบอนุญาตทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นมี 2 ประเภท คือ Immigrant Visa¹² หรือที่เรียกว่า Green Card และ Non-Immigrant Visa¹³ สำหรับคนต่างด้าวที่ได้นำเงินมาลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกาสามารถขอวีซ่าประเภท E-1 ได้ วีซ่าประเภทนี้จะมียอายุ 5 ปี และสามารถขอต่ออายุได้โดยไม่จำกัดเวลา นอกจากนี้กฎหมาย The Immigration Act of 1990 กำหนดว่าคนต่างด้าวที่นำเงินมาลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นจำนวนมากกว่า 500,000 หรือ 1,000,000 เหรียญสหรัฐ สามารถขอ Immigration Visa ให้กับคนต่างด้าวได้สองคน

1.3.2 มาตรการควบคุมตามกฎหมายในระดับมลรัฐ

สำหรับมาตรการควบคุมตามกฎหมายในระดับมลรัฐนั้น โดยที่ตามรูปแบบการปกครองของสหรัฐอเมริกาเป็นรูปแบบที่มลรัฐมีอำนาจในการตรากฎหมายของตนเอง ดังนั้นกฎหมายของแต่ละมลรัฐจึงไม่จำเป็นต้องเหมือนกันและมักจะมี ความแตกต่างกันตามแนวนโยบายการบริหารในแต่ละมลรัฐ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายในระดับมลรัฐของ

¹¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น.91-92

¹² Immigrant Visa คือ การขออนุญาตย้ายถิ่นฐานมาอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการถาวร ซึ่งหากได้รับวีซ่าประเภทนี้จะสามารถทำงานในประเทศสหรัฐอเมริกาได้โดยไม่จำกัดระยะเวลา แต่จะต้องเสียภาษี และปฏิบัติตามกฎหมายเกี่ยวกับผู้มีถิ่นฐานอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา (Permanent residence)

¹³ Non-Immigrant Visa คือ การขออนุญาตเข้ามาในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นการชั่วคราว ซึ่งวีซ่าบางประเภทอนุญาตให้ทำงานระหว่างพำนักอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ เช่น วีซ่า ประเภท B-1, E-1, H-1 เป็นต้น โดยทั่วไป Non-Immigrant Visa จะมีข้อจำกัดระยะเวลาที่สามารถอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ เช่น ไม่เกิน 6 เดือน เป็นต้น อย่างไรก็ตามวีซ่าประเภทนี้สามารถขอต่ออายุได้

สหรัฐอเมริกาที่ใช้กับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวนั้นมีความแตกต่างกัน ในบางมลรัฐก็เปิดเสรีต้อนรับนักลงทุนต่างด้าวอย่างกว้างขวาง แต่ในบางมลรัฐอาจมีข้อกีดกันและข้อจำกัดสิทธิคนต่างด้าวมากมาย ตัวอย่างกฎหมายของมลรัฐที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจอย่างมากของสหรัฐอเมริกา คือ กฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กที่มีจุดประสงค์ที่จะคุ้มครองผู้ประกอบการพื้นเมือง (Domestic corporation) จากการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมจากคนต่างด้าว (Foreign) ซึ่งคำๆนี้มีความหมายกว้าง ไม่ว่าจะเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในมลรัฐอื่นของสหรัฐอเมริกา หรือจะเป็นบริษัทต่างด้าวที่ตั้งขึ้นในประเทศอื่นก็ตาม โดยเหตุนี้ บริษัทต่างด้าวรายใดประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจ ในมลรัฐนิวยอร์กก็จะต้องทำการขออนุญาตด้วยการกรอกแบบฟอร์มในใบอนุญาตต่อหน่วยงานของรัฐ (Department of state) หากไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจแล้วก็จะทำให้นิติบุคคลต่างด้าวนั้นไม่สามารถอาศัยกระบวนการยุติธรรมของมลรัฐนิวยอร์กในการระงับข้อพิพาทใดๆหรือขอความคุ้มครองตามกฎหมายของนิวยอร์กได้ ทั้งนี้จนกว่านิติบุคคลนั้นจะยอมจ่ายหรือชดใช้ค่าธรรมเนียม ค่าปรับ และภาษีต่างๆเสียก่อนแล้วเท่านั้น แม้ว่าการเข้าไปประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในนิวยอร์กอาจจะต้องได้รับอนุญาตก่อนก็ตาม เนื่องจากมาตรา 1 บรรค 8 ข้อ 3 รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีข้อกำหนดว่าด้วยการพาณิชย์ (Commercial Clause) วางหลักคุ้มครองการประกอบธุรกิจระหว่างมลรัฐและธุรกิจต่างด้าว (Interstate and foreign commerce) เอาไว้ จึงทำให้ผู้ประกอบการประเภทนี้ซึ่งมีความเป็นต่างด้าวตามกฎหมายนิวยอร์ก สามารถเข้าไปประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องอาศัยใบอนุญาตและไม่อาจนำกฎหมายของมลรัฐนิวยอร์กมาหวงห้ามการประกอบธุรกิจระหว่างมลรัฐ หรือธุรกิจระหว่างประเทศได้¹⁴ แต่การใช้สิทธิทางศาลของผู้ประกอบการต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตในมลรัฐนิวยอร์กนั้น จะถูกจำกัดมิอาจใช้สิทธิได้

¹⁴ Dahnke-Warner Milling Co.,v.Boudurant, 257 U.S. 82, 290 (1921). See also, International Textbook Company v. Tone, 220 N.Y.13,115 N.E.914 (1917) อ้างใน ประสิทธิ์ เอกบุตร,รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542”,(สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.93.

สำหรับกฎหมายมลรัฐอื่น บางมลรัฐก็มีความเข้มงวดในการควบคุมธุรกิจของคนต่างด้าวมาก บางมลรัฐก็มีความเข้มงวดน้อย สุดแต่ความจำเป็นและนโยบายทางบริหารของแต่ละมลรัฐที่แตกต่างกันออกไป¹⁵

1.3.3 มาตรการควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้านอื่นๆ

นอกจากมาตรการควบคุมตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายสหพันธรัฐ และมาตรการควบคุมตามกฎหมายในระดับมลรัฐ แล้วจากการศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกา ยังมีมาตรการควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในด้านอื่นๆ อีกดังนี้

1.3.3.1 การควบคุมการเคลื่อนย้ายเงินทุน

จากการศึกษาประเทศสหรัฐอเมริกาไม่มีการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และการเคลื่อนย้ายเงินทุนเข้า และออก ซึ่งจะเป็นไปโดยเสรีผ่านระบบธนาคาร การนำเงินลงทุนจากต่างประเทศเข้าประเทศสหรัฐอเมริกานั้นไม่ต้องขออนุญาต และการนำรายได้ ผลกำไรจากการลงทุนออกนอกประเทศก็ไม่ต้องขออนุญาตเช่นกัน เว้นแต่การนำเงินสด หรือตัวแลกเงิน (Cash or other negotiable bearer instrument) ติดตัวเข้ามา หรือนำออกจากประเทศรวมกันครั้งละ 10,000 เหรียญ ต้องรายงานต่อศุลกากร

1.3.3.2 การรายงานสถานการณ์ลงทุนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาการลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น แม้ว่าการลงทุนจาก ต่างประเทศจะเป็นไปได้โดยเสรี ไม่ต้องขออนุญาตเพื่อเข้ามาลงทุน แต่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นคนต่างด้าวนั้นจะต้องรายงานสถานการณ์ลงทุนต่อหน่วยงานต่างๆ ที่เกี่ยวข้องของสหรัฐอเมริกา (Disclosure requirements) ทั้งนี้มิใช่เพื่อการควบคุม แต่เพื่อการวิเคราะห์ผลกระทบของการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้ หน่วยงานสำคัญที่ต้องรายงาน ได้แก่

- Internal Revenue Services (IRS) เพื่อการจัดเก็บภาษี
- The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS) เพื่อการประเมินผลกระทบต่อความมั่นคง

¹⁵ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 9, น.93.

- U.S. Commerce Department's Bureau of Economic Analysis เพื่อศึกษาผลกระทบต่อเศรษฐกิจ

- The Federal Trade Commission (FTC) เพื่อติดตามพฤติกรรมในการแข่งขัน และการจำกัดการแข่งขัน

2.แม่แบบกฎหมายประเทศแคนาดา

จากการศึกษาตามกฎหมายของประเทศแคนาดานั้นมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังต่อไปนี้

2.1 หลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การก่อตั้งธุรกิจใหม่ในประเทศแคนาดา หรือการได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิในธุรกิจของชาวแคนาดาโดยคนต่างด้าวนั้น มีการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ในกฎหมายระดับสหพันธรัฐภายใต้ชื่อว่า The Investment Canada Act of 1985 ซึ่งวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้เป็นการสนับสนุนทั้งชาวแคนาดา และคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในแคนาดาในฐานะที่เป็นการส่งเสริมให้เศรษฐกิจของประเทศเจริญเติบโต และทำให้มีการจ้างงานในประเทศแคนาดา โดยคณะรัฐมนตรีของสหพันธรัฐมีวิธีการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวโดยการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าว และจะดำเนินการพิจารณาตรวจสอบว่าการลงทุนของคนต่างด้าวนั้นเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับประเทศแคนาดาหรือไม่ด้วย¹⁶

2.1.1 คำนิยาม “คนต่างด้าว” และรูปแบบในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ในบทบัญญัติ The Investment Canada Act 1985 มีบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ซึ่งได้บัญญัติว่า “Non-canadian means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian”

¹⁶What are the laws regulation foreign investment in Canada, <<http://www.investincanada.gc.ca/Director.aspx?tabid=1004&faq=article&faqid=21>>

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแปลความได้ว่า “ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” หมายถึง
ปัจเจกชน, รัฐบาล หน่วยงาน หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่นิติบุคคลแคนาดา”

โดยกฎหมาย The Investment Canada Act of 1985 นี้ได้จำกัดการเข้ามาลงทุน
ประกอบธุรกิจของ “ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” เอาไว้โดยใช้คำเรียกที่ฟังดูไม่ค่อยจะดีนักว่าเป็น “ผู้ไม่มี
สิทธิ” ด้วยวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดาอาจเป็นได้ทั้งปัจเจกบุคคล
รัฐบาล หน่วยงาน หรือนิติบุคคลใดๆก็ตามที่ไม่ใช่นิติบุคคลแคนาดา

ภายใต้บทบัญญัติของ The Investment Canada Act of 1985 “Non-canadian”
รวมถึงการประกอบธุรกิจที่ไม่ได้ถูกควบคุม หรือธุรกิจที่ไม่ได้มีพลเมืองแคนาดาเป็นเจ้าของด้วย¹⁷
และเพื่อที่จะได้เข้าใจในความหมายของคำว่า “Non-Canadian” (ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา) ได้อย่าง
ชัดเจนยิ่งขึ้นผู้เขียนจะขออธิบายถึงคำว่า “ชาวแคนาดา” (Canadian) ด้วย ซึ่งได้บัญญัติไว้ใน
มาตรา 3 ของ The Investment Canada Act of 1985 เช่นกัน โดยบัญญัติว่า "Canadian"
means:

- (a) a Canadian citizen,
- (b) a permanent resident within the meaning of subsection 2 (1) of the
Immigration and Refugee Protection Act who has been ordinarily resident in Canada for
not more than one year after the time at which he or she first became eligible to apply for
Canadian citizenship,
- (c) a Canadian government, whether federal, provincial or local, or an agency
thereof, or
- (d) an entity that is Canadian-controlled, as determined pursuant to
subsection 26 (1) or (2) and in respect of which no determination or declaration has
been made under subsection 26 (2.1) or (2.2);

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถแปลความโดยสรุปได้ว่า “ชาวแคนาดา” หมายถึง

- (a) พลเมืองของประเทศแคนาดา

¹⁷Investment Regulation in Canada ,<http://www.investincanada.gc.ca/en826/Investment_Regulation_in_Canada.html>

(b) ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างถาวรในประเทศแคนาดาภายในขอบเขตความหมายตามพระราชบัญญัติการอพยพเข้าเมืองปี 1976 ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นปกติในประเทศแคนาดาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปีนับจากวันที่เขาผู้นั้นได้รับสิทธิร้องขอเป็นพลเมืองของประเทศแคนาดา

(c) รัฐบาลของประเทศแคนาดาไม่ว่าจะเป็นในระดับสหพันธ์ ระดับเมือง ระดับท้องถิ่น หรือหน่วยงานใดๆก็ตาม

(d) นิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 26 (1) หรือ (2) ของพระราชบัญญัติ

จากคำนิยามของคำว่า "Canadian" ในมาตรา 3 (d) จะเห็นได้ว่า The Investment Canada Act of 1985 ของประเทศแคนาดาได้กำหนดคำนิยาม "ชาวแคนาดา" โดยนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของการควบคุมนิติบุคคล (Control) กำหนดไว้ในคำนิยามด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่านิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาถือว่าเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติแคนาดาเต็ม ทำให้เห็นได้ว่า ถ้านิติบุคคลดังกล่าวไม่ได้ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาแล้วนิติบุคคลนั้นจะถูกถือว่าเป็น "นิติบุคคลต่างด้าว" ซึ่งการพิจารณาเรื่องหลักเกณฑ์ของการควบคุมนิติบุคคล (Control) ได้มีบัญญัติไว้ในมาตรา 26 ของกฎหมาย The Investment Canada Act of 1985 ซึ่งผู้เขียนจะขอกล่าวต่อไปในหัวข้อเรื่อง การพิจารณาความเป็น "นิติบุคคลต่างด้าว" ของประเทศแคนาดา

สำหรับรูปแบบในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาคนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศแคนาดาได้หลายรูปแบบดังนี้ คือ

1) Corporation (บริษัท) เป็นรูปแบบที่นิยมกันมากที่สุดในแคนาดา บริษัทเป็นธุรกิจที่เป็นอิสระในทางกฎหมายจากเจ้าของ บริษัทต่างด้าวสามารถทำสัญญาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินในนามของบริษัทได้ ซึ่งบริษัทต่างด้าวสามารถจดทะเบียนได้ใน 2 ระดับคือ

- ภายใต้กฎหมายของแต่ละมณฑล ถ้าต้องการจะประกอบธุรกิจในมณฑลนั้นเท่านั้น
- ภายใต้กฎหมายระดับประเทศ ถ้าต้องการจะประกอบธุรกิจทั่วประเทศแคนาดา

2) Subsidiary (บริษัทย่อย) บริษัทต่างด้าวสามารถขยายกิจการเข้ามาในประเทศแคนาดาโดยการจดทะเบียนบริษัทย่อยภายใต้กฎหมายระดับประเทศและระดับมณฑลได้ในลักษณะเดียวกับการจดทะเบียนเป็น Corporation (บริษัท) ข้อได้เปรียบของบริษัทย่อยต่อสาขา คือ หนี้สินและสัญญาต่างๆ ที่บริษัทย่อยดำเนินการไปจะจำกัดอยู่ในประเทศแคนาดาเท่านั้น ไม่สามารถไปเรียกร้องจากบริษัทแม่นอกประเทศแคนาดาได้

3) Branch (สาขา) บริษัทต่างด้าวสามารถเปิดสาขาในประเทศแคนาดาได้ โดยจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย The Investment Canada Act และการจดทะเบียนในระดับมณฑล

นอกจากนั้น บริษัทแม่จะต้องรับผิดชอบหนี้สินและสัญญาต่างๆ ที่สาขาได้ดำเนินการไป ข้อได้เปรียบคือ จะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีบางอย่าง

4) Agent (ตัวแทน) บริษัทต่างด้าวสามารถเริ่มเข้ามาทำธุรกิจผ่านทางตัวแทน ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับตัวแทนควรจะมีการทำสัญญาไว้ ในกรณีที่ไม่มีสัญญา หากบริษัทต้องการจะยกเลิกตัวแทน ศาลจะต้องให้บริษัทแจ้งเหตุผลและความเสียหายให้ทราบ

5) Franchise (แฟรนไชส์) เจ้าของแฟรนไชส์สามารถให้สิทธิในการทำธุรกิจแก่ผู้ซื้อ สิทธิแฟรนไชส์สามารถขยายได้อย่างรวดเร็วโดยใช้เงินทุนจำกัด แฟรนไชส์ในประเทศแคนาดา จะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Federal Competition และ Trademark รวมทั้ง กฎระเบียบของ มณฑลอีกด้วย

6) Joint venture (การร่วมทุน) เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงที่จะทำธุรกิจร่วมกัน สัญญาการร่วมทุนควรจะระบุหน้าที่การทำงาน โครงสร้างการบริหาร และการแบ่งผลกำไรอย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี ประเทศแคนาดาไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับ Joint venture

7) Partnership (หุ้นส่วน) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ทำธุรกิจอย่างเดียวกันโดยไม่จำเป็นจะต้องมีการตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร General partnership (หุ้นส่วนทั่วไป) จะต้องรับผิดชอบต่อหนี้สินอย่างไม่จำกัด ในขณะที่ Limited partnership (หุ้นส่วนจำกัด) จะมีความรับผิดชอบต่อหนี้สินที่จำกัด

8) Sole Proprietorship (เจ้าของคนเดียว) เจ้าของกิจการเป็นผู้รับผิดชอบต่อหนี้สินและสัญญาทั้งหมด

2.1.2 เงื่อนไขในการเข้ามาประกอบธุรกิจของ "คนต่างด้าว"

คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศแคนาดาจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนี้

2.1.2.1 การแจ้งข้อมูลรายละเอียด (Notification) เกี่ยวกับธุรกิจที่จะเข้ามาลงทุน

คนต่างด้าวที่จะเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศแคนาดา หรือต้องการเข้ามาถือสิทธิในการควบคุมธุรกิจของพลเมืองชาวแคนาดา หรือก่อตั้งบริษัทใหม่ในประเทศแคนาดา คนต่างด้าวจะต้องดำเนินการติดต่อกับรัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมของแคนาดา เพื่อที่จะยื่นคำร้องเพื่อแจ้งล่วงหน้าถึงข้อมูลรายละเอียด (Notification) เกี่ยวกับธุรกิจที่จะเข้ามาลงทุนใน

แคนาดา¹⁸ หรือจะต้องดำเนินการยื่นคำร้องขอเพื่อให้ทางรัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมพิจารณาว่าจะอนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศแคนาดาหรือไม่ ซึ่งคนต่างด้าวจะต้องดำเนินการแจ้งล่วงหน้าถึงข้อมูลรายละเอียดต่างๆเกี่ยวกับธุรกิจที่จะเข้ามาลงทุน โดยต้องแจ้งให้เป็นที่พอใจแก่รัฐมนตรีว่าการเข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดาของคนต่างด้าวนั้นจะเอื้อประโยชน์ (Net Benefit) ต่อประเทศแคนาดาอย่างไรบ้าง ซึ่งการแจ้งข้อมูลรายละเอียดนักลงทุนต่างด้าวจะต้องกระทำการภายในเวลาไม่เกินกว่า 30 วันหลังจากที่การซื้อขายนั้นเสร็จสิ้นลง¹⁹

สำหรับกระบวนการในการตรวจสอบพิจารณาข้อมูลรายละเอียดของรัฐมนตรีว่าจะอนุญาตให้คนต่างด้าวที่ยื่นคำร้องขอเข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดาหรือไม่นั้นจะพิจารณาว่าธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวยื่นคำร้องขอเข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดาเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับประเทศแคนาดาหรือไม่ ซึ่งรัฐมนตรีจะทำการพิจารณาว่าการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวให้ผลประโยชน์ที่สอดคล้องกับระดับความเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศแคนาดาในขณะนั้นหรือไม่ หรือพิจารณาว่าการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวเป็นการนำเข้ามาซึ่งการพัฒนาเทคโนโลยีที่ทันสมัยอันเป็นประโยชน์ต่อประเทศแคนาดาหรือไม่²⁰ เป็นต้น

โดยกำหนดเวลาการพิจารณาของรัฐมนตรี จะกระทำโดยเร็วภายในเวลา 45 วันหลังจากที่ได้รับคำร้องขอจากนักลงทุนคนต่างด้าว และถ้าเวลา 45 วันได้ล่วงพ้นไปแล้วรัฐมนตรียังไม่สามารถดำเนินการพิจารณาคำร้องขอนั้นได้ และไม่แจ้งถึงการตัดสินใจต่อคำร้องขอดังกล่าว เช่นนี้ให้ลงความเห็นว่ารัฐมนตรีมั่นใจว่า การลงทุนดังกล่าวเอื้อประโยชน์ให้กับแคนาดา²¹

จากที่กล่าวไปแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่าประเทศแคนาดาจะพิจารณาว่าการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับประเทศแคนาดาหรือไม่เป็นหลักการสำคัญในการพิจารณาว่าจะอนุญาต หรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดา โดยสังเกตได้ว่าระยะเวลาในการตรวจสอบนั้นใช้เวลาโดยประมาณเพียงแค่ 45 วัน เท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาที่รวดเร็วพอสมควร

¹⁸ Article 11 : The Investment Canada Act of 1985

¹⁹ Article 12 : The Investment Canada Act of 1985

²⁰ Restrictions on Foreign Ownership in Canada 2003, p 4.

²¹ Article 21 (2) : The Investment Canada Act of 1985

2.1.2.2 การเป็นคณะกรรมการบริษัท (Board of directors) ของคนต่างด้าว

สำหรับการจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจค้าบริการในทุกสาขามีกฎหมายระดับประเทศ คือ The Canada Business Corporation Act of 1985 ได้วางเงื่อนไขพื้นฐานไว้ว่า ผู้บริหารของบริษัท หรือคณะกรรมการของบริษัทจะต้องเป็น Resident Canadian²² ซึ่งบทบัญญัติ มาตรา 2 ของ The Canada Business Corporation Act of 1985 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “Resident Canadian” ไว้ดังนี้:

"Resident Canadian" means an individual who is

(a) a Canadian citizen ordinarily resident in Canada,

(b) a Canadian citizen not ordinarily resident in Canada who is a member of a prescribed class of persons, or

(c) a permanent resident within the meaning of subsection 2 (1) of the Immigration and Refugee Protection Act and ordinarily resident in Canada, except a permanent resident who has been ordinarily resident in Canada for more than one year after the time at which he or she first became eligible to apply for Canadian citizenship;

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถแปลความโดยสรุปได้ว่า “Resident Canadian” หมายถึง

(a) พลเมืองแคนาดาที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นประจำ (Ordinary Resident) ในประเทศแคนาดา, หรือ

(b) พลเมืองแคนาดาที่ไม่ได้มีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นประจำในประเทศแคนาดาผู้ที่เป็นสมาชิกของกลุ่มบุคคลที่ดำเนินธุรกิจในแคนาดา (Canada Business)²³, หรือ

(c) บุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างถาวร (Permanent resident) ภายในความหมายของอนุมาตรา 2 (1) ของพระราชบัญญัติการป้องกันการอพยพและผู้ลี้ภัย และผู้ซึ่งมีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นประจำในประเทศแคนาดา, ยกเว้นผู้ซึ่งมีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างถาวรผู้ซึ่งมีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นประจำในประเทศแคนาดา มากกว่าหนึ่งปี หลังจากเวลาซึ่งตนเป็นผู้มีสิทธิครั้งแรกสำหรับการร้องขอเป็นพลเมืองแคนาดา

²²Legislation for Foreign Investment Statutes in Countries in the America Comparative Canada,<<http://alca-ftaa.iadb.org/eng/invest/SLV~1.HTM>>

²³เพิงอ้าง.

นอกจากนี้ยังมีหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติของ The Canada Business Corporation Act of 1985 ซึ่งบัญญัติอยู่ในมาตรา 105 (3)²⁴ กำหนดให้ Directors (กรรมการบริษัท) จำนวน 25 เปอร์เซนต์ ขึ้นไป จะต้องเป็น Canadian residents (เป็น Permanent residents หรือ Citizens) หาก Directors น้อยกว่า 4 คน อย่างน้อย 1 คน จะต้องเป็น Canadian resident

ส่วนกฎหมายระดับมณฑลออนตาริโอและมณฑลอัลเบอร์ตานั้นได้กำหนดให้ Directors จำนวน 50 เปอร์เซนต์ขึ้นไป จะต้องเป็น Canadian residents อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับมณฑลบริติชโคลัมเบีย คิวเบค นิวบรันสวิก โนวาสโกเชีย และดินแดนยูคอน ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวคือ Directors ทุกคนไม่จำเป็นจะต้องเป็น Canadian resident²⁵

สำหรับในเรื่องจำนวนกรรมการของบริษัทดังกล่าวเมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในมาตรา 15 ซึ่งได้บัญญัติว่า “คนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทย หรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของกรรมการทั้งหมด” ซึ่งจากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ได้มีการกำหนดจำนวนกรรมการที่ต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลไทยไว้เช่นกัน แต่จะสังเกตเห็นได้ว่าการกำหนดจำนวนกรรมการที่ต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นั้นกำหนดไว้เฉพาะแต่ในธุรกิจที่คนต่างด้าวประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจตามบัญชีสองเท่านั้น

²⁴Article 105 (3) Subject to subsection (3.1), at least twenty-five per cent of the directors of a corporation must be resident Canadians. However, if a corporation has less than four directors, at least one director must be a resident Canadian.

²⁵กรมส่งเสริมการค้าส่งออก กระทรวงพาณิชย์, “ข้อมูลทั่วไปประเทศแคนาดา”, น.3. <<http://www.depthai.go.th/go/content/download/attach?contentId=14609>>

2.2 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศแคนาดา มีดังต่อไปนี้

2.2.1 ข้อห้าม และข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว

สำหรับการเข้ามาลงทุนในประเทศแคนาดานั้นแม้ว่าประเทศแคนาดาจะมีนโยบายเปิดรับการลงทุนจากบริษัทต่างด้าวในทุกกิจการ แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับการเข้ามาประกอบธุรกิจ ในบางกิจการที่ห้ามการลงทุน หรือมีข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนจากนักลงทุนต่างด้าว ได้แก่²⁶

1) การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม (Culture) ซึ่งกระทรวงอุตสาหกรรมของแคนาดาจะทำการตรวจสอบธุรกิจที่สร้างขึ้นใหม่ และการได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิในกิจการที่เกี่ยวข้องกับประเพณีตกทอดทางวัฒนธรรม หรือที่เกี่ยวข้องกับเอกลักษณ์ของชาติแคนาดา โดยวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบนี้ก็เพื่อที่จะทำให้มั่นใจว่าการประกอบธุรกิจดังกล่าวนั้นเอื้อประโยชน์ (Net benefit) ให้กับประเทศแคนาดา รวมทั้งเป็นการสนับสนุนวัฒนธรรมของแคนาดาด้วย

การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม (Culture) ได้แก่ การประกอบธุรกิจด้านการพิมพ์หนังสือ และการจัดจำหน่ายหนังสือ ซึ่งการได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิในการประกอบกิจการโดยตรงสำหรับคนต่างด้าวจะไม่ถูกอนุญาตให้กระทำได้เป็นการทั่วไป แต่การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวโดยการจัดตั้งธุรกิจใหม่ในกิจการดังกล่าวนั้นสามารถทำได้โดยวิธีการเข้าร่วมทุน (Joint venture) กับชาวแคนาดา ส่วนสำหรับการประกอบธุรกิจการพิมพ์หนังสือพิมพ์, นิตยสาร, นิตยสารหรือวารสารที่ออกตามกำหนดเวลาคนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้ถ้าตรวจพิสูจน์ได้ว่าเป็นการเอื้อประโยชน์ให้กับแคนาดา ส่วนสำหรับการเข้ามาประกอบธุรกิจการจัดจำหน่ายฟิล์มภาพยนตร์ การเข้ามาถือสิทธิในกิจการโดยคนต่างด้าวนั้นไม่ถูกอนุญาตให้กระทำได้ แต่อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวสามารถเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจดังกล่าวได้โดยวิธีการเข้าร่วมทุน (Joint venture) กับชาวแคนาดาถ้าการลงทุนประกอบธุรกิจจัดจำหน่ายฟิล์มภาพยนตร์ของคนต่างด้าวดังกล่าวนั้นเป็นการจัดจำหน่ายโดยตรงของเจ้าของผลงานเอง

²⁶Legislation for Foreign Investment Statutes in Countries in the America Comparative Canada <<http://alca-ftaa.iadb.org/eng/invest/SLV~1.HTM> >

2) การประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับบริการด้านโทรคมนาคม (Telecommunications services) จะมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกิน 46.7 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง²⁷ ซึ่งจำนวน 46.7 เปอร์เซ็นต์นี้ ถูกคำนวณจากการถือหุ้นทางตรง (Direct holding) 20 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทกิจการโทรคมนาคม และการถือหุ้นทางอ้อม (Indirect holding) 33.3 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทผู้ถือหุ้น (Holding company) ซึ่งเป็นบริษัทแม่ (Holding company) จะเห็นได้ว่ากฎหมายโทรคมนาคม ของแคนาดาจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวทั้งทางตรง (Direct holding) ที่ 20 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และการถือหุ้นทางอ้อม (Indirect holding) ไม่เกิน 33.3 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ซึ่งจะทำให้การถือหุ้น และอำนาจการควบคุมของคนต่างด้าวทั้งทางตรง และทางอ้อมมีได้ไม่เกิน 46.7 เปอร์เซ็นต์ [20 %+ (33.3% x 80%)]²⁸

นอกจากข้อจำกัดเรื่องการถือหุ้นของคนต่างด้าวแล้ว แคนาดายังมีเงื่อนไขเพิ่มเติม เพื่อให้การบริหารจัดการบริษัทโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่ภายใต้การควบคุมของชาวแคนาดา จริงในทางปฏิบัติ ดังต่อไปนี้²⁹

- สำนักงานใหญ่ต้องตั้งอยู่ในแคนาดา
- การประชุมผู้ถือหุ้นจะต้องจัดประชุมในแคนาดา
- กรรมการบริษัท (Director) จำนวนสองในสามจะต้องเป็นชาวแคนาดา
- หัวหน้าผู้บริหารจะต้องเป็นผู้ที่มีถิ่นพำนักในแคนาดา
- เอกสารการประกอบธุรกิจที่สำคัญ เช่น สิทธิบัตร รายงานการประชุม ผลการประชุมผู้ถือหุ้น และข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้าทั้งหมดจะต้องเก็บไว้ที่แคนาดา

- การเปลี่ยนแปลงสิทธิบัตร (Letter patent) จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี

นอกจากนี้ ในมาตรา 16 (3) ของกฎหมายโทรคมนาคม (The telecommunication Act of 1993) ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และอำนาจการควบคุมบริษัทโดยชาวแคนาดา โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าอย่างไรถือว่าบริษัทนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของชาวแคนาดา หรือเป็นการควบคุมบริษัทโดยชาวแคนาดา ซึ่งกำหนดว่า

²⁷Restrictions on Foreign Ownership in Canada 2003, *supra* note 20 ,p. 6

²⁸เดือนเด่น นิคมบริรักษ์,สุณิพร ทวรรณกุล,สุฤณี อาชวานันทกุล,นอมินี พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ openbooks, 2549),น.88.

²⁹เฟิงอ้าง,น.88.

“Article 16.....

[Canadian ownership and control]

(3) For the purposes of subsection (1), a corporation is Canadian-owned and controlled if

(a) not less than eighty per cent of the members of the board of directors of the corporation are individual Canadians;

(b) Canadians beneficially own, directly or indirectly, in the aggregate and otherwise than by way of security only, not less than eighty per cent of the corporation's voting shares issued and outstanding; and

(c) the corporation is not otherwise controlled by persons that are not Canadians”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สามารถแปลความหมายได้ว่า บริษัทที่ถือว่าชาวแคนาดาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ของบริษัท และบริษัทดังกล่าวถือว่าถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาตามกฎหมายโทรคมนาคมของประเทศแคนาดา ได้กำหนดว่าไม่น้อยกว่า 80 เปอร์เซ็นต์ของคณะกรรมการของบริษัทจะต้องเป็นปัจเจกชนชาวแคนาดา และชาวแคนาดาเป็นเจ้าของผลประโยชน์ต่างๆของบริษัท ทั้งทางตรง และทางอ้อม หรือเป็นเจ้าของผลประโยชน์ในหุ้นไม่น้อยกว่า 80 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นประเภท Voting share ซึ่งยังไม่ได้ชำระ และบริษัทดังกล่าวจะต้องไม่ถูกควบคุมโดยบุคคลผู้ซึ่งไม่ใช่ชาวแคนาดา

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายโทรคมนาคมของประเทศแคนาดาจะพิจารณาการเป็นเจ้าของผลประโยชน์ และอำนาจบริหารจัดการในบริษัทโดยพิจารณาจากการเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิในการออกเสียง (Voting share) และอำนาจควบคุม (Control) ด้วย

3) การประกอบธุรกิจบริการ การกระจายเสียง (Broadcasting services) ตามกฎหมายการกระจายเสียง (The Broadcasting Act) จะมีข้อจำกัดการเข้าถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกิน 46.7 เปอร์เซ็นต์ของการถือหุ้นโดยคนต่างด้าวทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยแบ่งออกได้คือ ห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นเกิน 20 เปอร์เซ็นต์สำหรับการถือหุ้นทางตรง และ 33.3 เปอร์เซ็นต์

สำหรับการถือหุ้นทางอ้อมผ่านบริษัท Holding company³⁰ และการควบคุมบริษัทอย่างแท้จริงนั้น ยังคงต้องเป็นชาวแคนาดา³¹

4) การประกอบธุรกิจสถาบันการเงิน (Banking services) ตามกฎหมายสถาบันการเงิน (Bank Act) ของประเทศแคนาดานั้น ข้อจำกัดการถือหุ้นจะบังคับใช้กับทั้งชาวแคนาดา และคนต่างด้าวโดยจะมีข้อจำกัดการถือหุ้นที่แตกต่างกันไปตามขนาดของสถาบันการเงินและ ขึ้นอยู่กับแต่ละเมืองด้วย³² โดยถ้าเป็นสถาบันการเงินขนาดใหญ่ จะมีข้อจำกัดการถือหุ้น 20 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และ 30 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง ส่วนสำหรับ สถาบันการเงินขนาดกลางนั้น จะมีข้อจำกัดการถือหุ้น 65 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง แต่ จำนวนหุ้น 35 เปอร์เซ็นต์นั้นจะต้องไม่ถือโดยผู้ถือหุ้นรายใหญ่ของสถาบันการเงิน³³ ส่วนสำหรับ สถาบันการเงินขนาดเล็กนั้น จะไม่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของชาวแคนาดา และของคนต่างด้าวแต่ อย่างไม่ใด เว้นแต่รัฐมนตรีจะเห็นควรให้จำกัด

นอกจากนี้กฎหมายสถาบันการเงินแคนาดายังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อให้การบริหารจัดการของสถาบันการเงินที่ได้รับอนุญาตอยู่ภายใต้การควบคุมของชาวแคนาดาจริงในทางปฏิบัติ ดังต่อไปนี้³⁴

- สำนักงานใหญ่ต้องตั้งอยู่ในแคนาดา
- การประชุมผู้ถือหุ้นจะต้องจัดประชุมในแคนาดา
- กรรมการบริษัทจำนวนสองในสามจะต้องเป็นชาวแคนาดา
- หัวหน้าผู้บริหารจะต้องเป็นผู้ที่มีถิ่นพำนักในแคนาดา
- เอกสารการประกอบธุรกิจที่สำคัญ เช่น สิทธิบัตร รายงานการประชุม ผลการประชุม ผู้ถือหุ้น และข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้าทั้งหมดจะต้องเก็บไว้ที่แคนาดา
- การเปลี่ยนแปลงสิทธิบัตร (Letters patent) จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี

³⁰ Restrictions on Foreign Ownership in Canada 2003, *supra* note 20, p.7

³¹ *ibid.*

³² สำนักหออเมริกาและแปซิฟิก กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, “ข้อมูลประเทศแคนาดา” (กุมภาพันธ์ ปี 2550), <<http://www.dtn.moc.go.th/fileroom/CABDBE/DRA>>

³³ Restrictions on Foreign Ownership in Canada 2003, *supra* note 20, p.10

³⁴ *ibid* ,p.11.

2.2.2 การพิจารณาความเป็น "นิติบุคคลต่างด้าว"

พระราชบัญญัติ Investment Canada Act of 1985 ได้พิจารณาถึงความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยจะพิจารณาถึง "อำนาจในการควบคุมนิติบุคคล" ซึ่งการควบคุมนิติบุคคลตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ได้ให้คำจำกัดความไว้ว่า หมายถึง การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน Voting interest และ Voting shares³⁵

ทั้งนี้ตามบทบัญญัติมาตรา 3 ของ Investment Canada Act of 1985 ในส่วนคำนิยามนั้นได้บัญญัติว่า

"Voting interest"

Voting interest with respect to

(a) a corporation with share capital, means a voting share,

(b) a corporation without share capital, means an ownership interest in the assets thereof that entitles the owner to rights similar to those enjoyed by the owner of a voting share, and

(c) a partnership, trust or joint venture, means an ownership interest in the assets thereof that entitles the owner to receive a share of the profits and to share in the assets on dissolution;

"Voting shares"

Voting shares means a share in the capital of a corporation to which is attached a voting right ordinarily exercisable at meetings of shareholders of the corporation and to which is ordinarily attached a right to receive a share of the profits, or to share in the assets of the corporation on dissolution, or both.

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า Voting shares คือ หุ้นที่เป็นทุนของบริษัทซึ่งมีสิทธิออกเสียงและมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งในผลกำไร หรือส่วนแบ่งในทรัพย์สินของบริษัทในเวลาเลิกห้าง หรือมีสิทธิได้รับทั้งกำไรและส่วนแบ่งในทรัพย์สินด้วยทั้งสองอย่าง

สำหรับ Voting interest คือ ในกรณีของบริษัทที่มีหุ้นที่เป็นทุนของบริษัทคำว่า Voting interest จะหมายถึง หุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และสำหรับในกรณีของบริษัทที่ไม่มีหุ้นที่เป็นทุนของ

³⁵ ดู Article 3 : The Investment Canada Act of 1985 ในส่วนคำนิยาม "Voting interests" ในภาคผนวก ข. ประกอบ.

บริษัท Voting interest จะหมายความถึงการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ซึ่งให้สิทธิเจ้าของเสมือนเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิลงคะแนนเสียง (Voting shareholders) แต่สำหรับในกรณีของหน่วยงานที่ไม่ใช่บริษัท อันได้แก่ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ทรัสต์ และกิจการร่วมค้า Voting interest จะหมายความถึง การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งให้สิทธิผู้เป็นเจ้าของได้รับส่วนแบ่งในผลกำไรและส่วนแบ่งในทรัพย์สินเมื่อเวลาเลิกกิจการ³⁶

สำหรับวิธีพิจารณาสถานะของการควบคุมนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศแคนาดา จากการศึกษาราชบัญญัติ Investment Canada Act of 1985 ได้กำหนดวิธีพิจารณาสถานะของการควบคุมนิติบุคคลไว้ ดังนี้ คือ³⁷

ถ้าหากนิติบุคคลใดที่มีชาวแคนาดาเป็นเจ้าของ หรือ Voting group³⁸ ที่ได้มีสิทธิลงคะแนนเสียงสองราย หรือ มากกว่าสองรายเป็นชาวแคนาดา ซึ่งเป็นเจ้าของเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest ในนิติบุคคลดังกล่าว ก็จะต้องว่านิติบุคคลดังกล่าวนั้นถูกควบคุมโดยชาวแคนาดา (Canadian controlled)³⁹ ในทางกลับกันหากนิติบุคคลใดมีผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา (Non-Canadian) เป็นเจ้าของเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest หรือ Voting group ที่ได้ลงคะแนนเสียงสองหรือมากกว่าสองรายเป็นผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดาเป็นเจ้าของเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest นิติบุคคลดังกล่าวนี้จะถือว่าไม่ได้ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดา

³⁶ ดู Article 3 : The Investment Canada Act of 1985 ในส่วนคำนิยาม "Voting interests" ในภาคผนวก ข. ประกอบ.

³⁷ Robert K. Paterson and Martine M.N Band with Jock A. Finlayson and Jeffrey S. Thomas, International Trade and Investment Law in Canada, Second Edition, (Carswell Thomson Professional Publish, 1994), p.11-8.

³⁸ "voting group" means two or more persons who are associated with respect to the exercise of rights attached to voting interests in an entity by contract, business arrangement, personal relationship, common control in fact through the ownership of voting interests, or otherwise, in such a manner that they would ordinarily be expected to act together on a continuing basis with respect to the exercise of those rights;

³⁹ Robert K. Paterson and Martine M.N Band with Jock A. Finlayson and Jeffrey S. Thomas, *supra* note 37, p.11-8.

นอกจากนี้จะถือว่านิติบุคคลดังกล่าวนั้นถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาเช่นกัน ถ้าหากว่าเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest เป็นของชาวแคนาดา และมันไม่ได้ถูกควบคุมตามความเป็นจริงผ่านความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน Voting Interest โดยผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา (Non-Canadian) หรือ Voting group ถูกชี้นำโดยผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา แต่หากคะแนนเสียงส่วนน้อยของ Voting Interest เป็นของชาวแคนาดานิติบุคคลดังกล่าวนั้นถูกสันนิษฐานว่าไม่ใช่กรณีที่นิติบุคคลถูกควบคุมโดยชาวแคนาดา เว้นแต่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่าชาวแคนาดาหนึ่งราย หรือมี Voting group เป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลผ่านการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ Voting interest และสำหรับในกรณีของ Voting group สมาชิกกลุ่มผู้ซึ่งเป็นชาวแคนาดาจะเป็นเจ้าของในเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest⁴⁰

สำหรับในมาตรา 28 ของ Investment Canada Act of 1985⁴¹ บทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดวิธีการในการพิจารณาว่าผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา (Non-Canadian) จะสามารถควบคุมธุรกิจของชาวแคนาดา (Acquisition of control) ได้ตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ อย่างไรก็ตามการได้มาซึ่งการควบคุมนิติบุคคลภายใต้พระราชบัญญัตินี้จะมีผลบังคับใช้ต่อเมื่อเป็นไปตามวิธีการดังต่อไปนี้⁴²

ประการแรก ผ่านการได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิใน Voting Interest ของนิติบุคคลที่ดำเนินธุรกิจของชาวแคนาดา หรือควบคุมไม่ว่าทางตรง หรือทางอ้อมในนิติบุคคลอื่นที่ดำเนินธุรกิจของชาวแคนาดาตามมาตรา 28 (1) (a), (b) และ (d)

ประการที่สอง ผ่านทางการได้มาซึ่งการเข้าถือสิทธิในทรัพย์สินทั้งหมด หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจของชาวแคนาดา ตามมาตรา 28 (1) (c)

นอกจากนี้ Investment Canada Act of 1985 ยังได้กำหนดกฎระเบียบในการพิจารณาการควบคุมนิติบุคคลหนึ่งโดยนิติบุคคลอื่นในทางตรง และทางอ้อมซึ่งเป็นผลมาจากการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ Voting Interest ในนิติบุคคลอื่นนั้น ซึ่งการควบคุมทางตรงนั้นได้ถูกกำหนดขึ้นโดยการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเสียงส่วนใหญ่ของ Voting Interest ของนิติบุคคลอื่นนั้น

⁴⁰Robert K. Paterson and Martine M.N Band with Jock A. Finlayson and Jeffrey S. Thomas, *supra* note 37, p.11-9.

⁴¹ดู Article 28 : The Investment Canada Act of 1985 ในภาคผนวก ข.ประกอบ

⁴²Robert K. Paterson and Martine M.N Band with Jock A. Finlayson and Jeffrey S. Thomas, *supra* note 37, pp.11-11-11-12.

ยกเว้นในกรณีเมื่อนิติบุคคลอื่นนั้นเป็นบริษัท ซึ่งในกรณีนี้การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ Voting shares อย่างน้อย 1 ใน 3 จะก่อให้เกิดการควบคุมทางตรงได้⁴³

3. แม่แบบกฎหมายของประเทศจีน

จากการศึกษาตามกฎหมายของประเทศจีนมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังต่อไปนี้

3.1 หลักเกณฑ์ในการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การที่ประเทศจีนมีจำนวนประชากรกว่า 1,300 ล้านคน และมีอาณาบริเวณกว้างใหญ่ถึง 9.6 ล้านตารางกิโลเมตร ทำให้ประเทศจีนเป็นตลาดขนาดใหญ่ที่มีศักยภาพด้านการลงทุนมหาศาล เมื่อประเทศจีนดำเนินนโยบายปฏิรูปเศรษฐกิจและเปิดประเทศ จึงเปิดโอกาสให้นักธุรกิจต่างด้าวสามารถเข้าไปลงทุนจับจองทำเลลงทุนในประเทศจีนได้โดยสะดวก ซึ่งประเทศจีนนั้นถือว่าเป็นประเทศหนึ่งที่มีลักษณะตลาดเป็นเอกลักษณ์เฉพาะตัวสูง โดยได้รับอิทธิพลจากความหลากหลายทางวัฒนธรรม ประเพณี และระบบการเมือง

การเข้าไปลงทุนในประเทศจีนนั้นมีรูปแบบการลงทุนหลากหลายรูปแบบที่นักธุรกิจต่างด้าวสามารถดำเนินการในประเทศจีนได้ อาทิ การร่วมลงทุน การร่วมลงทุนโดยมีนักธุรกิจท้องถิ่นเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ และการลงทุนที่นักธุรกิจต่างด้าวเป็นเจ้าของ 100 เปอร์เซ็นต์ เป็นต้น ทั้งนี้การลงทุนแต่ละประเภทมีลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ซึ่งในแต่ละรูปแบบของการลงทุนของคนต่างด้าวก็จะมีกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวที่แตกต่างกัน

3.1.1 คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว”

บทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมาย” Wholly Foreign Owned Enterprise Law of the People’s Republic of China” นั้นได้กำหนดความหมายของ “Wholly foreign-owned enterprises” ไว้ดังนี้

⁴³ Robert K. Paterson and Martine M.N Band with Jock A. Finlayson and Jeffrey S. Thomas, *supra* note 37, pp.11-12-11-13.

“Wholly foreign-owned enterprises referred to in this law mean enterprises within the territory of china in accordance with the relevant laws of china, the entire capital of which is invested by foreign investors. Such enterprises do not include branch offices established by foreign enterprises and other economic entities within the territory of china”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแปลความได้ว่า สิ่งที่ถูกหมายนี้เรียกว่าวิสาหกิจทุนต่างประเทศ หมายถึง วิสาหกิจที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศจีน โดยเงินทุนทั้งหมดลงทุนโดยผู้ลงทุนต่างประเทศตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศจีน แต่ไม่รวมถึงวิสาหกิจและองค์กรเศรษฐกิจอื่นๆของต่างประเทศที่เป็นองค์กรสาขาที่อยู่ในประเทศจีน

3.1.2 รูปแบบการลงทุน และขั้นตอนการจัดตั้งบริษัท

จากการศึกษาพบว่าประเทศจีนได้แบ่งการลงทุนของคนต่างด้าว ออกเป็นดังต่อไปนี้

(ก) วิสาหกิจที่เงินทุนเป็นของผู้ลงทุนต่างด้าว 100 เปอร์เซ็นต์ โดยไม่มีฝ่ายจีนเข้าร่วมลงทุนด้วยเลย วิสาหกิจจำพวกนี้มีกฎหมายรองรับ หรือมีกฎหมายบังคับให้อยู่สองฉบับ คือ “Wholly Foreign Owned Enterprise Law of the People's Republic of China” (กฎหมายวิสาหกิจทุนต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน) และ “Detailed Implementing Rules for the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises” (รายละเอียดการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจทุนต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน) ซึ่งกฎหมายฉบับหลังนี้ก็คือ กฎหมายลูก หรือกฎหมายประกอบที่กำหนดรายละเอียดของกฎหมายฉบับแรก

(ข) วิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจเอกชนของจีน กล่าวคือ ฝ่ายจีนต้องเป็นเอกชนไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของรัฐ⁴⁴ ซึ่งวิสาหกิจประเภทนี้มีกฎหมายรองรับ หรือบังคับให้อยู่สองฉบับได้แก่ “Law of the Peoples Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures” (กฎหมายวิสาหกิจร่วมทุนประกอบการระหว่างจีนกับต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน) และ “Regulations on the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity

⁴⁴ กิติ ปิรันธนดิลก, กฎหมายการลงทุนในประเทศจีน, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: บริษัท ไทยยูเนี่ยนกราฟฟิกส์ จำกัด, 2549), น.1-2.

Joint Ventures“ (ข้อบังคับการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจร่วมทุนประกอบกิจการระหว่างจีนกับต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน)

(ค) วิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน กล่าวคือ ฝ่ายจีนจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของรัฐไม่ใช่เอกชน การประกอบวิสาหกิจประเภทนี้มีกฎหมายรองรับ หรือบังคับใช้อยู่สองฉบับ คือ “Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures” (กฎหมายวิสาหกิจร่วมมือประกอบกิจการระหว่างจีนกับต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน) และ “Rules for the Implementation of the Law of People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint Ventures” (รายละเอียดการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจร่วมมือประกอบกิจการระหว่างประเทศจีนกับต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน)

สำหรับรูปแบบการจัดตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ (Wholly Foreign Owned Enterprise) นั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 18 ของ “รายละเอียดการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจทุนต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน” (Detail Implement Rule for the Law of the People's Republic of china) ซึ่งบัญญัติว่า “รูปแบบการจัดตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ คือ บริษัทจำกัดความรับผิด ถ้าได้การอนุมัติอาจเป็นรูปแบบความรับผิดอย่างอื่นได้

กรณีที่วิสาหกิจทุนต่างประเทศเป็นบริษัทจำกัดความรับผิด ความรับผิดของวิสาหกิจทุนต่างประเทศจำกัดอยู่ที่จำนวนเงินที่ตกลงยอมรับลงทุนนั้น

กรณีที่เป็นวิสาหกิจทุนต่างประเทศรูปแบบความรับผิดอย่างอื่น ความรับผิดของวิสาหกิจของผู้ลงทุนต่างประเทศให้บังคับใช้ตามบทบัญญัติของกฎหมายระเบียบข้อบังคับของประเทศจีน”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การลงทุนในรูปวิสาหกิจทุนต่างประเทศนี้จะต้องจัดตั้งเป็นรูปของบริษัทจำกัด ซึ่งเรียกว่า บริษัทต่างด้าว (Wholly foreign owned enterprise: WFOE)

สำหรับขั้นตอนแรกในการขออนุญาตจัดตั้งบริษัทนั้น บริษัทต่างด้าวจะต้องดำเนินการเพื่อขอสมัครก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศในเบื้องต้นก่อน โดยจะต้องยื่นรายงานต่อหน่วยงานด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการค้าในระดับเมืองหรือสูงกว่าที่ดูแลพื้นที่ที่บริษัทที่จะ

ดำเนินการตั้งอยู่⁴⁵ ซึ่งรายงานดังกล่าวจะต้องประกอบด้วยสาระสำคัญ คือ วัตถุประสงค์ของการก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ ขอบเขตของการประกอบการ ขนาดของกิจการ ผลิตภัณฑ์ที่ผลิต การติดตั้งอุปกรณ์ทางเทคโนโลยีที่ใช้ ขนาดของพื้นที่ที่ดินที่ใช้ สภาพและปริมาณความต้องการใช้น้ำ ไฟฟ้า ถ่านหิน ก๊าซหรือพลังงานอื่นๆ และความต้องการสาธารณูปโภคต่างๆ⁴⁶

สำหรับขั้นตอนต่อไป เมื่อบริษัทต่างดาวได้รับจดหมายจากหน่วยงานที่มีอำนาจของรัฐบาลแล้ว จะต้องดำเนินการยื่นเอกสารไปยังหน่วยงานด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการค้าในท้องถิ่นระดับอำเภอ หรือระดับอำเภอขึ้นไปของสถานที่ที่ประสงค์จะก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ และยื่นคำร้องขอต่อองค์การตรวจสอบอนุมัติเพื่อขอสมัครก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศอย่างเป็นทางการ พร้อมกับส่งรายงานเอกสารดังต่อไปนี้⁴⁷

- (1) หนังสือคำร้องขอก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ
- (2) รายงานการศึกษาความเป็นไปได้
- (3) ข้อบังคับของวิสาหกิจทุนต่างประเทศ
- (4) บัญชีรายชื่อผู้แทนตามที่กฎหมายกำหนด (หรือบุคคลที่คณะกรรมการคัดเลือก)
- (5) เอกสารรับรองตามกฎหมายและเอกสารรับรองเงินทุนและเครดิตของผู้ลงทุน

ต่างประเทศ

(6) หนังสือตอบของรัฐบาลประชาชนท้องถิ่นระดับอำเภอหรือระดับอำเภอขึ้นไปของสถานที่ที่ประสงค์จะก่อตั้งของวิสาหกิจทุนต่างประเทศ

- (7) บันทึกแสดงรายละเอียดวัตถุดิบที่ต้องการนำเข้าจากต่างประเทศ
- (8) เอกสารอื่นๆที่ต้องการให้ส่งรายงาน

โดยเอกสารตามรายการที่ (1) และ (3) นั้นจะต้องเขียนด้วยภาษาจีน ส่วนเอกสาร (2)

(4) และ (5) นั้นอาจเขียนด้วยภาษาต่างประเทศได้แต่ต้องมีคำแปลเป็นภาษาจีนด้วย

⁴⁵ศูนย์บริการข้อมูลธุรกิจไทยจีน, "ขั้นตอนการจัดตั้งบริษัท" <<http://www.thaibizchina.com>>

⁴⁶Article 9 : Detail Implement Rules for the Law of the People's Republic of china

⁴⁷Article10 : Detail Implement Rules for the Law of the People's Republic of china

หลังจากที่คำร้องขอก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ⁴⁸ ได้รับการตรวจสอบอนุมัติ ผู้ลงทุนต่างประเทศจะต้องร้องขอจดทะเบียนและรับใบอนุญาตประกอบการต่อองค์การควบคุมงานปกครองอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมภายในกำหนด 30 วัน นับแต่ได้รับหนังสือรับรองการอนุมัติ วันที่ลงนามในใบอนุญาตให้ประกอบการวิสาหกิจทุนต่างประเทศ คือ วันที่ก่อตั้งวิสาหกิจดังกล่าว⁴⁹ แต่สำหรับนักลงทุนต่างด้าวที่ร่วมลงทุนตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป จะต้องเซ็นสัญญาระหว่างผู้ลงทุนร่วมกันก่อน จึงจะยื่นขออนุญาตจากหน่วยงานดังกล่าวได้⁵⁰

ส่วนสำหรับธุรกิจร่วมทุน (Chinese-foreign equity joint ventures) จะต้องจัดตั้งเป็นรูปของบริษัทจำกัดความรับผิด⁵¹ ผู้ร่วมประกอบการทุกฝ่ายรับผิดชอบต่อวิสาหกิจร่วมประกอบการไม่เกินจำนวนเงินทุนที่แต่ละฝ่ายตกลงยอมรับลงทุน⁵² การโอนหุ้นให้แก่ผู้อื่น จะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องก่อน การร่วมทุนอาจเป็นรูปของตัวเงิน หรือทรัพย์สินอื่นๆ เช่น เครื่องจักร เทคโนโลยี สิทธิในการใช้ที่ดิน ทรัพย์สินทางปัญญาและอื่นๆ⁵³ โดยการร่วมทุนในรูปของเงินตราต่างประเทศจะต้องแปลงเป็นเงิน RMB โดยใช้อัตราแลกเปลี่ยนที่กำหนดโดย State Administration of Foreign Exchange Control ส่วนการลงทุนในรูปของเครื่องจักร อุปกรณ์และวัสดุอื่นๆจะต้องได้รับอนุมัติจากหน่วยงานที่รับผิดชอบก่อนโดยจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนด

⁴⁸ รายละเอียดที่ต้องระบุในหนังสือคำร้องขอก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศดังกล่าว ดู Article 14 : Detail Implement Rules for the Law of the People's Republic of China ใน ภาคผนวก ข. ประกอบ

⁴⁹ Article 12 : Detail Implement Rules for the Law of the People's Republic of China

⁵⁰ ส่วนการตลาดและการลงทุนจีน ฝ่ายธุรกิจสัมพันธ์ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด มหาชน, คู่มือการลงทุนในจีน, น.11

⁵¹ Article 4 : Law of People's Republic of China on Chinese-Foreign Joint Ventures

⁵² Article 16 : Regulations on the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures

⁵³ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานนายกรัฐมนตรี, คู่มือการลงทุนในจีน, (กุมภาพันธ์ 2538), น.31

เช่น เป็นสินค้าที่ประเทศจีนไม่สามารถผลิตได้ในประเทศ หรือผลิตได้แต่ต้นทุนสูงมาก และเป็นสินค้าที่มีความจำเป็นต่อการดำเนินการของบริษัท

ส่วนสำหรับวิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (Chinese-foreign contractual joint ventures) หรือเรียกอีกอย่างว่า การร่วมมือทางธุรกิจตามสัญญานั้น จะต้องจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดความรับผิด⁵⁴ หรือกิจการที่ไม่เป็นนิติบุคคล⁵⁵ ผู้ร่วมลงทุนทุกฝ่ายรับผิดชอบต่อวิสาหกิจร่วมมือจำกัดตามเงินลงทุน หรือปัจจัยการร่วมมือที่ให้ เว้นแต่จะมีข้อตกลงตามสัญญาวิสาหกิจร่วมมือกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

3.1.3 ทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ

สำหรับเงินทุนจดทะเบียนในการก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศ (Wholly foreign owned enterprise) เงินทุนจดทะเบียน หมายถึง⁵⁶ ยอดรวมเงินทุนในการก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศที่จดทะเบียนต่อองค์กรควบคุมงานอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม กล่าวคือ ยอดเงินลงทุนทั้งหมดที่ผู้ลงทุนต่างประเทศตกลงยอมรับลงทุน ซึ่งเงินทุนจดทะเบียนของวิสาหกิจทุนต่างประเทศจะต้องเหมาะสมกับขนาดของการประกอบการ สัดส่วนของยอดรวม ซึ่งเงินทุนจะต้องตรงกับข้อกำหนดที่เกี่ยวข้องของประเทศจีน

สำหรับวิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของจีน (Chinese-foreign equity joint ventures) หรือเรียกอีกอย่างว่า การร่วมทุนเรือนหุ้น เงินทุนจดทะเบียน หมายถึง⁵⁷ ยอดรวมของเงินทุนที่วิสาหกิจร่วมประกอบการจดทะเบียนก่อตั้งไว้ต่อองค์กรควบคุมการจดทะเบียน และจะต้องเป็นผลรวมของยอดเงินลงทุนที่ผู้ร่วมประกอบการทุกฝ่ายตกลงยอมรับลงทุน ซึ่งเป็นการถือหุ้นร่วมกันระหว่างฝ่ายจีนและนักลงทุนต่างด้าว โดยนักลงทุนต่าง

⁵⁴ Article 14 : Rules for the Implementation of the Law of People's Republic of China on Chinese-foreign Contractual Joint Ventures

⁵⁵ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานนายกรัฐมนตรี, อ้างแล้ว เจริญพรณ ที่ 50,น.31.

⁵⁶ Article 20: Detailed Implementing Rules for the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises

⁵⁷ Article 18 : Regulations on the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures

ตัวจะต้องถือหุ้นไม่น้อยกว่า 25 เปอร์เซ็นต์⁵⁸ ของทุนจดทะเบียน โดยสัดส่วนของทุนจดทะเบียน ต่อเงินลงทุนของบริษัทร่วมทุนจะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของ State Administration for Industry and Commerce ดังต่อไปนี้⁵⁹

-เงินลงทุนต่ำกว่า 3 ล้านเหรียญสหรัฐ ทุนจดทะเบียนต้องมีจำนวนร้อยละ 70 ของเงินลงทุนเป็นอย่างน้อย

-เงินลงทุน 3 -10 ล้านเหรียญสหรัฐ ทุนจดทะเบียนต้องมีจำนวนร้อยละ 50 ของเงินลงทุนเป็นอย่างน้อย

-เงินลงทุน 10-30 ล้านเหรียญสหรัฐ ทุนจดทะเบียนต้องมีจำนวนร้อยละ 40 ของเงินลงทุนเป็นอย่างน้อย

-เงินลงทุนมากกว่า 30 ล้านเหรียญสหรัฐ ทุนจดทะเบียนต้องมีจำนวนหนึ่งในสามของเงินลงทุนเป็นอย่างน้อย

ส่วนวิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับรัฐวิสาหกิจ หรือองค์กรเศรษฐกิจของประเทศ สาธารณรัฐประชาชนจีน (Chinese-foreign contractual joint ventures) หรือเรียกอีกอย่างว่า การร่วมมือทางธุรกิจตามสัญญานั้น เงินทุนจดทะเบียน หมายถึง⁶⁰ ผลรวมของยอดเงินลงทุนที่ผู้ร่วมมือทุกฝ่ายตกลงยอมรับชำระเพื่อก่อตั้งวิสาหกิจร่วมมือตามที่จดทะเบียนไว้ต่อองค์กรควบคุม การปกครองอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ทุนจดทะเบียนอาจแสดงด้วยเงินตราจีน และอาจแสดงด้วยเงินตราต่างประเทศของประเทศใดประเทศหนึ่งที่อาจแลกเปลี่ยนได้โดยเสรีตามที่ผู้ร่วมมือทุกฝ่ายตกลงกัน

⁵⁸ Article 4 : Law of People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures

⁵⁹ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานกฤษฎีกา, อ้างแล้ว เจริญพรก ที่ 53,น.31.

⁶⁰ Article 16 : Rules for the Implementation of the Law of People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures

3.2 มาตรการในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับมาตรการในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศจีนนั้นมีดังต่อไปนี้

3.2.1 ข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศจีนได้มีการกำหนดกิจการที่ประเทศจีนจำกัดการลงทุนไว้ “Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries (Revised in 2004)” ซึ่งกิจการที่จีนจำกัดการลงทุนนั้นได้แก่

1) กิจการเกี่ยวกับเกษตรกรรม, การป่าไม้, การปศุสัตว์, อุตสาหกรรมการจับปลา ได้แก่ การพัฒนา และการผลิตพืชประเภทข้าว (รวมทั้งมันฝรั่ง), ฝ้าย และ Oil-seed, การตัดไม้เป็นท่อนๆแล้วนำไปโรงเลื่อย เป็นต้น

2) อุตสาหกรรมการทำเหมืองระเบิดหิน และการทำเหมือง ได้แก่ การสำรวจ และการทำเหมืองแร่ เช่น ทังสเตน, ดีบุก, พลวง และธาตุโลหะ Molybdenum, การสำรวจ และการทำเหมืองแร่เกี่ยวกับโลหะมีค่า ((Precious non-metal) เช่น ทอง, เงิน, ทองคำขาว)), การสำรวจ และการทำเหมืองแร่เกี่ยวกับสิ่งที่มีค่าที่ไม่ใช่โลหะ (Precious non-metal) เช่น เพชร, การสำรวจและการทำเหมืองแร่พิเศษ และถ่านหินหายาก, การทำเหมือง Szaibelyite และ Seaibelyite iron ores, การทำเหมืองเกี่ยวกับแร่ Strontium sulfate เป็นต้น

3) อุตสาหกรรมการผลิต ได้แก่ อุตสาหกรรมการผลิตอาหาร (เช่น ผลิตภัณฑ์ไวน์ที่ทำจากข้าวฟ่าง และผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับแอลกอฮอล์ของยี่ห้อที่มีชื่อเสียง, ผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเครื่องดื่มช็อคโกแลตของยี่ห้อต่างชาติ, อุตสาหกรรมยาสูบ เป็นต้น), อุตสาหกรรมสิ่งทอ, การพิมพ์และอุตสาหกรรมสื่อการบันทึก, อุตสาหกรรมถ่านหิน, อุตสาหกรรมเกี่ยวกับวัตถุระเบิดทางเคมี, อุตสาหกรรมผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเภสัชกรรม และที่เกี่ยวกับแพทย์, อุตสาหกรรมการผลิตเส้นใยสังเคราะห์, การผลิตยาง, อุตสาหกรรมการผลิตเครื่องจักร, อุตสาหกรรมการผลิตเครื่องมือเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษ, อุตสาหกรรมการผลิตเกี่ยวกับอุปกรณ์ทางอิเล็กทรอนิกส์และเครื่องมือทางการสื่อสาร เป็นต้น

4) การผลิต และจัดส่งพลังงาน, แก๊ส และน้ำ

5) บริการด้านการคมนาคมและการขนส่ง, บริการสถานที่เก็บรักษาสินค้า, บริการทางด้านไปรษณีย์, และบริการด้านการติดต่อสื่อสาร ได้แก่ บริษัทขนส่งผู้โดยสารทางถนน, บริษัทขนส่งทางน้ำ, บริษัทขนส่งสินค้าทางรถไฟ เป็นต้น

6) อุตสาหกรรมการขายส่ง และการขายปลีก ได้แก่ การขายสินค้าโดยส่งทางอีเมล, การขายสินค้าผ่านอินเทอร์เน็ต (Internet), ธุรกิจการขายส่งหรือขายปลีกเกี่ยวกับหนังสือ หนังสือพิมพ์ และนิตยสารหรือวารสารที่ออกตามกำหนดเวลา, การจำหน่าย และขายสิ่งที่เกี่ยวข้องกับเสียงและภาพ ยกเว้นภาพยนตร์ เป็นต้น

7) ธุรกิจการธนาคาร และการประกันภัย ได้แก่ บริษัทประกันภัย, บริษัทเงินทุน เป็นต้น

8) ธุรกิจทรัพย์สิน (โดยเฉพาะที่ดิน) ได้แก่ การก่อสร้างโรงแรมระดับสูง บ้านพัก เป็นต้น

9) ธุรกิจเกี่ยวกับการบริการสังคม ได้แก่ ธุรกิจเกี่ยวกับระบบระบายน้ำ, ธุรกิจบริการด้านการให้คำปรึกษา เช่น ให้คำปรึกษาทางกฎหมาย วิทยาลัย เป็นต้น

10) ธุรกิจเกี่ยวกับสาธารณสุข, การกีฬา, และการบริการประชาชนโดยรัฐ ได้แก่ การสร้างสนามกอล์ฟ, สถาบันเกี่ยวกับการแพทย์ เป็นต้น

11) ธุรกิจเกี่ยวกับการศึกษา, วัฒนธรรม, และศิลปะ, การกระจายเสียง, ภาพยนตร์, และโทรทัศน์ ได้แก่ การก่อสร้าง และการดำเนินการเกี่ยวกับโรงภาพยนตร์

12) ธุรกิจการทำวิจัย และ บริการเกี่ยวกับอุตสาหกรรมและวิทยาศาสตร์เทคโนโลยี ได้แก่ บริษัทการทำแผนที่, บริษัทตรวจสอบอย่างละเอียดเพื่อนำเข้าและส่งออกสินค้า

13) ธุรกิจอื่นๆที่ถูกจำกัดโดยรัฐ หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศจีนได้เข้าร่วมลงนาม หรือที่ประเทศจีนได้เข้าร่วมเป็นภาคี

3.2.2 ข้อห้ามในการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว

การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในรูปแบบของวิสาหกิจที่เงินทุนเป็นของผู้ลงทุนต่างด้าวทั้งหมด (Wholly foreign owned enterprise) บทบัญญัติในมาตรา 3 ของ “รายละเอียดการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจทุนต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน” (Detailed Implementing Rules for the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises) บัญญัติว่า “การก่อตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศจะต้องเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจประชาชาติของจีน สามารถได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจอย่างเด่นชัด รัฐส่งเสริมวิสาหกิจทุนต่างประเทศที่ใช้เทคโนโลยีและการติดตั้งอุปกรณ์ที่มีความก้าวหน้า ดำเนินการบุกเบิก

ผลิตภัณฑ์ใหม่และยกระดับผลิตภัณฑ์เดิม ประหยัดพลังงานและวัตถุดิบรวมทั้งส่งเสริมการประกอบการค้าส่งออกผลิตภัณฑ์ของวิสาหกิจทุนต่างประเทศ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว จะต้องเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของจีน เช่น ใช้เทคโนโลยีที่ทันสมัย และสร้างรายได้ที่เป็นเงินตราต่างประเทศ⁶¹

สำหรับบทบัญญัติในมาตรา 5 ของ “รายละเอียดการปฏิบัติตามกฎหมายวิสาหกิจทุนต่างประเทศของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน” (Detailed Implementing Rules for the Law of the People's Republic of China on Wholly Foreign-Owned Enterprises) บัญญัติว่า

”ในการร้องขอจัดตั้งวิสาหกิจทุนต่างประเทศถ้ามีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ประเทศจีนจะไม่ให้อนุมัติ

- (1) ที่เป็นผลเสียหายต่ออธิปไตยหรือประโยชน์สาธารณะของสังคมประเทศจีน
- (2) ที่เป็นอันตรายต่อความปลอดภัยของประเทศจีน
- (3) ที่ฝ่าฝืนกฎหมายและระเบียบข้อบังคับของประเทศจีน
- (4) ที่ไม่ตรงกับข้อกำหนดของการพัฒนาเศรษฐกิจประชาชาติของประเทศจีน
- (5) ที่อาจจะทำให้เกิดมลพิษแก่สิ่งแวดล้อม

ส่วนสำหรับการเข้ามาลงทุนในรูปของวิสาหกิจร่วมทุนประกอบการระหว่างจีนกับต่างประเทศ (Chinese-foreign equity joint ventures) บทบัญญัติในมาตรา 4 ของ “Regulations on the Implementation of the Law of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Equity Joint Ventures” บัญญัติว่า

“การขอจัดตั้งวิสาหกิจร่วมประกอบการที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ไม่ให้อนุญาต

- 1) ที่เสียหายต่ออธิปไตยของประเทศจีน
- 2) ที่ฝ่าฝืนกฎหมายของประเทศจีน
- 3) ที่ไม่ตรงกับความต้องการ การพัฒนาทางเศรษฐกิจประชาชาติของจีน
- 4) ที่ก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม

⁶¹ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานนายกรัฐมนตรี, อ้างแล้ว เจริญพรก ที่ 53, น.32.

5) ข้อตกลง สัญญา ข้อบังคับ ที่เห็นชัดว่าไม่ยุติธรรมและเสียหายต่อสิทธิประโยชน์ของผู้ร่วมประกอบการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

นอกจากนี้วิสาหกิจร่วมประกอบการที่ก่อตั้งในประเทศจีนจะต้องสามารถส่งเสริมการยกระดับการพัฒนาเศรษฐกิจและเทคโนโลยีวิทยาศาสตร์และมีประโยชน์กับการพัฒนาความทันสมัยของสังคมนิยม

ส่วนสำหรับวิสาหกิจที่คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับรัฐวิสาหกิจหรือองค์กรเศรษฐกิจประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน (China chinese-foreign contractual joint ventures) นั้น บทบัญญัติในมาตรา 9 ของ "Rules for the Implementation of the People's Republic of China on Chinese-Foreign Contractual Joint Ventures" บัญญัติว่า

“การร้องขอตั้งวิสาหกิจร่วมมือที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ไม่ให้อนุมัติ

- (1) ที่ทำให้เสียหายต่ออธิปไตยของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะของสังคม
- (2) ที่เป็นภัยต่อความปลอดภัยของรัฐ
- (3) ที่ทำให้เสียหายก่อให้เกิดมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม
- (4) ลักษณะอื่นๆที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายและระเบียบข้อบังคับการปกครอง หรือนโยบาย

อุตสาหกรรมของรัฐ

นอกจากนี้ประเทศจีนยังได้มีการกำหนดประเภทของกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจไว้ใน “Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries (Revised in 2004)” ด้วย ซึ่งสามารถกล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

1) กิจการเกี่ยวกับเกษตรกรรม, การป่าไม้, การปศุสัตว์, อุตสาหกรรมการจับปลา ได้แก่ การเพาะปลูกพันธุ์พืชหายากที่พบในประเทศจีน, อุตสาหกรรมปศุสัตว์ และอุตสาหกรรมจากผลผลิตได้นำ, การผลิตและการพัฒนาเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงทางพันธุกรรมของเมล็ดพันธุ์, การจับปลาภายในทะเลอาณาเขต และน่านน้ำภายในของประเทศจีน เป็นต้น

2) กิจการเกี่ยวกับอุตสาหกรรมขุดเจาะ ได้แก่ การสำรวจ, การทำเหมือง เป็นต้น

3) กิจการเกี่ยวกับอุตสาหกรรมการผลิต ได้แก่ การผลิตผลิตภัณฑ์ที่ทำจากสิ่งเคลือบ, การผลิตผลิตภัณฑ์การแกะสลักงาช้าง เป็นต้น

4) กิจการเกี่ยวกับการผลิตกระแสไฟฟ้า, แก๊ส, และน้ำ

5) กิจการเกี่ยวกับการขนส่ง, กิจการบริการโกดังสินค้า, กิจการการไปรษณีย์, และกิจการการติดต่อสื่อสาร

6) กิจการเกี่ยวกับด้านการเงิน, และประกันภัย

7) กิจกรรมเกี่ยวกับการบริการทางสังคม ได้แก่ การพัฒนาทรัพยากรสัตว์ป่า และการก่อสร้างเขตการพิทักษ์เขตสัตว์ป่า และพืช

8) กิจกรรมเกี่ยวกับการศึกษา, วัฒนธรรม, ศิลปะ, ภาพยนตร์ และอุตสาหกรรมโทรทัศน์ ได้แก่ กิจกรรมหนังสือพิมพ์, กิจกรรมเกี่ยวกับด้านกระจายเสียง, การสร้างภาพยนตร์ และบริษัทที่เกี่ยวกับกิจการด้านการกระจายเสียง

9) กิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมด้านอื่นๆที่ถูกห้ามโดยรัฐ หรือโดยสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่จีนได้ลงนาม หรือที่จีนได้เข้าร่วมเป็นภาคี