

ปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย

1. ความหมาย วัตถุประสงค์ และลักษณะของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย

ก่อนที่จะกล่าวถึงปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย ผู้เขียนขออธิบายถึงความหมาย วัตถุประสงค์ และลักษณะของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย ดังต่อไปนี้

1.1 ความหมายของคำว่า “การใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว”

1.1.1 ความหมายของ “การใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว” ตามบริบทของวิทยานิพนธ์นี้

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในส่วนบทนำว่าวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะศึกษาเฉพาะกรณีที่คนต่างด้าวใช้ให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมายเท่านั้น ดังนั้น ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เมื่อกล่าวถึง “การใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว” จะหมายความว่า การที่คนต่างด้าวให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อเลี่ยงกฎหมาย ซึ่งเทียบเคียงได้กับคำว่า “Nominee” (นอมินี) และให้หมายความรวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวอาศัยช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เข้ามาประกอบธุรกิจที่มีข้อห้าม หรือข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวโดยเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทุกประเภทของธุรกิจบริการเช่นเดียวกับคนไทยด้วย ซึ่งผู้เขียนถือว่าเป็นการกระทำในลักษณะเช่นเดียวกับ “Nominee”

1.1.2 ความหมายของคำว่า “การใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว” เทียบเคียงกับคำว่า “Nominee” ตาม Black’s Law Dictionary

สำหรับความหมายของคำว่า “การใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว” ผู้เขียนเห็นว่าสามารถเทียบเคียงได้กับความหมายของคำว่า “Nominee” โดยตาม Black’s Law Dictionary ได้ให้ความหมายของคำว่า “Nominee” ไว้ดังนี้ คือ

1. “A person who is proposed for an office, membership, award, or like title or status., A individual seeking nomination, election, or appointment is a candidate. A candidate for election becomes a Nominee after being formally nominated. See CANDIDATE.

2. A person designated to act in place of another, usu. in a very limited way.

3. A party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.”

จากความหมายดังกล่าวข้างต้น สามารถแปลความหมายได้ ดังนี้

“1.บุคคลผู้ซึ่งถูกเสนอชื่อในตำแหน่งหน้าที่, การเข้าเป็นสมาชิก, การได้รับรางวัล, หรือในลักษณะเดียวกัน กับตำแหน่งหน้าที่ หรือฐานะ, ความพยายามเสนอชื่อปัจเจกชนเข้ารับเลือกตั้ง, การเลือกตั้งหรือการแต่งตั้งให้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้ง. ผู้สมัครรับเลือกตั้งย่อมกลายมาเป็นผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับเลือกตั้ง (Nominee) ภายหลังจากที่ถูกแต่งตั้งอย่างเป็นทางการ

2.บุคคลผู้ซึ่งถูกแต่งตั้งให้ปฏิบัติหน้าที่แทนบุคคลอื่น อย่างเป็นปกติในขอบเขตที่จำกัดมาก

3.กลุ่มบุคคลผู้ซึ่งถือครองกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเพียงเพื่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่น หรือผู้ซึ่งได้รับเงินทุน และแบ่งสรรเงินทุนเพียงเพื่อผลประโยชน์ของบุคคลอื่น”

1.2 วัตถุประสงค์ของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย

สำหรับวัตถุประสงค์ของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย สามารถแบ่งออกได้ ดังนี้

1.2.1 เพื่อผลประโยชน์ทางด้านภาษี

นักลงทุนต่างด้าวเมื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เวลาที่จะได้รับเงินปันผล ต้องเสียภาษีเงินปันผล 10 เปอร์เซ็นต์ เหมือนคนไทย เมื่อเวลาที่คนต่างด้าวจะโอนเงินปันผลในส่วนที่ได้รับกลับไปยังประเทศของตนเอง หากประเทศของนักลงทุนต่างด้าวนั้นไม่มีกฎหมายอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย นักลงทุนต่างด้าวก็ต้องถูกบังคับให้เสียภาษีซ้ำซ้อนอีกครั้ง ในฐานะผู้มีรายได้ แต่ถ้านักลงทุนต่างด้าวถือหุ้นผ่านบริษัท Nominee ที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย เช่น สิงคโปร์ อเมริกา และประเทศเหล่านั้นก็มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศของนักลงทุนต่างด้าว เมื่อบริษัท Nominee รับเงินปันผล และโอนเงินให้นักลงทุนต่างด้าวก็ไม่ต้องเสียภาษีซ้ำซ้อน เรียกได้ว่า ใช้ Nominee เข้ามาเชื่อมโยงผลประโยชน์ทางด้านการภาษี¹

1.2.2 เพื่อรักษาความลับ

นักลงทุนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจบางคนอาจมีตำแหน่งในระดับสูง หรือเป็นที่รู้จักของคนทั่วไปในวงสังคม ซึ่งนักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจ แต่ไม่ต้องการใช้ชื่อเสียงของตนเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดผลดี หรือผลเสียแก่บริษัทที่ตนเองนั้นถือหุ้นอยู่ ซึ่งการลงทุนประกอบธุรกิจโดยการตั้ง Nominee จึงสามารถที่จะแก้ปัญหาในจุดนี้ได้

1.2.3 เพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง เพื่อหลบเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

เนื่องจากว่าการประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวเกือบทุกสาขาบริการ โดยมีข้อจำกัดในเรื่องสัดส่วนเพดานการถือครองหุ้นของนักลงทุนต่างด้าวไว้ เช่น ให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกิน 25 เปอร์เซ็นต์ หรือ 49 เปอร์เซ็นต์ เป็นต้น ดังนั้น การที่คนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยไม่ถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ คนต่างด้าวจึงใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทน (Nominee) คนต่างด้าว เพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าว เพื่อที่จะทำให้คนต่างด้าวนั้นสามารถถือหุ้นได้เกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดไว้

¹ บรรยง วิทย์วิรศักดิ์, กลไกการเงิน, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป จำกัด (มหาชน), 2546), น.55.

1.3 ลักษณะของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย

สำหรับการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยจากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่ามึลักษณะต่างๆได้หลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยมาถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยตรงเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงหรือเรียกว่า “Nominee” เพื่อให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวได้โดยไม่ถูกห้ามหรือถูกจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นแต่อย่างใด ซึ่งถือว่าการกระทำที่ผิดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 หรือคนต่างด้าวอาจจะใช้วิธีการต่างๆ โดยอาศัยช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยในลักษณะเดียวกับ “Nominee” ด้วย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

1.3.1 การใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

การใช้ชื่อบุคคลที่มีสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นวิธีการที่นิยมใช้กันมาก โดยคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง หรือเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ก็จะใช้วิธีการหาบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือบริษัทไทยเข้ามาถือหุ้น 51เปอร์เซ็นต์หรือมากกว่านั้นในบริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง หรือเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย หรือจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อจะนำไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพื่อให้บริษัทอื่นนั้นสามารถหลีกเลี่ยงข้อห้าม หรือข้อจำกัดการถือหุ้นตามกฎหมาย ซึ่งผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวดังกล่าวจะเป็นผู้ถือหุ้นทางนิตินัยเท่านั้น แต่มิได้มีอำนาจบริหารจัดการ หรือได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ตามสัดส่วนของการถือหุ้นทางนิตินัยแต่อย่างใด เช่น ในกรณีของบริษัททุกหลายแบบแล้ว ซึ่งนอกจากจะจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นคนไทยแล้ว ผู้ถือหุ้นคนไทย 2 รายที่ถือหุ้นรวมกัน 51 เปอร์เซ็นต์ กลับได้รับเงินปันผลเพียงร้อยละ 3 ของเงินลงทุนเท่านั้นซึ่งเป็นอัตราที่ต่ำกว่าการลงทุนในทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า

เช่น พันธบัตรรัฐบาล ซึ่งมีอัตราดอกเบี้ยมากกว่าร้อยละ 4 ข้อกำหนดของบริษัทดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นคนไทยอาจเป็นเพียงผู้ถือหุ้นแทน (Nominee) ผู้ถือหุ้นต่างด้าวเท่านั้น²

สำหรับการหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวนี้อาจทำในระนาบเดียว กล่าวคือ นำเอาบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือบริษัทไทยถือหุ้น 51เปอร์เซ็นต์ แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยที่คนไทยหรือบริษัทไทยนั้นไม่ได้มีสิทธิในการบริหารจัดการบริษัท และไม่มีส่วนได้เสียในผลกำไรขาดทุนของบริษัทนี้แต่อย่างใด และบริษัทนี้ก็ประกอบธุรกิจที่กฎหมายห้ามโดยตรง

หรืออีกวิธี คือ ทำเป็นสองระนาบ (Two tier) กล่าวคือ การตั้งบริษัทขึ้นใหม่อีกบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทดังกล่าวนี้มีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือบริษัทไทยถือหุ้น 51เปอร์เซ็นต์ แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพื่อให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เข้ามาถือหุ้นในบริษัทอื่นเพียงอย่างเดียว (Holding Company) เช่น การนำเอาบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่น และใช้บริษัทอื่นนี้เป็นบริษัทประกอบธุรกิจที่ต้องห้าม เพราะว่าเมื่อบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือบริษัทไทยถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ (แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย) บริษัทนี้ย่อมเป็นบริษัทไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และเมื่อบริษัทนี้เข้าไปถือหุ้น 51เปอร์เซ็นต์ ในบริษัทอื่น บริษัทอื่นนั้นก็ย่อมได้สัญชาติไทยด้วย ซึ่งเป็นวิธีการหลบเลี่ยงข้อจำกัดของกฎหมายวิธีหนึ่งซึ่งจะดูซับซ้อนมากขึ้น ซึ่งบริษัททุกหลาบแก้ว จำกัดที่มีชื่อปรากฏในกรณีซื้อขายหุ้นของบริษัท Shin Corp ให้แก่ Temasak เกิดขึ้นภายใต้แนวคิดดังกล่าวนี้³

1.3.2 การใช้วิธีถือหุ้นไขว้

การถือหุ้นไขว้ โดยทั่วไปแล้วจะหมายถึง การที่บริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปถือหุ้นระหว่างกัน โดยบริษัทแรกถือหุ้นบริษัทที่สอง และบริษัทที่สองถือหุ้นกลับมาในบริษัทแรกไม่ว่าจะถือหุ้นในจำนวนเท่าใดก็ตาม ทั้งนี้รวมถึงการถือหุ้นโดยบริษัทที่บริษัทที่สองถือหุ้นต่อไปเป็น

² เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณิพร ทวรรณกุล, สฤณี อาชวานันทกุล, นอมีนี พ.ศ.2549 พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์ openbooks, 2549), น.55.

³ สุวิทย์ สุวรรณ, “กฎหมายไทยกับการถือหุ้นแทนกัน (Nominee Shareholding)”, วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 4,71, (พฤษภาคม 2549), น.49.

ลำดับชั้น และในกรณีที่บริษัทจำนวนมากถือหุ้นไขว้กันจะมีลักษณะเป็นเครือข่ายโยงใยการถือหุ้นร่วมกัน⁴ ซึ่งวิธีการถือหุ้นไขว้กันนี้อาจนำมาใช้เพื่อหลบเลี่ยงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้

โดยผู้เขียนเห็นว่าการถือหุ้นไขว้กันเป็นกรณีของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนใน นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อกำหนดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่งด้วย โดยการใช้บริษัทแม่เพื่อถือหุ้นในบริษัทอื่นแทนการถือหุ้นด้วยตนเอง ซึ่งจะเป็นการอำพรางการถือหุ้นที่แท้จริงของบุคคลได้ โดยวิธีการถือหุ้นไขว้กันสามารถอำพรางความเป็นเจ้าของหรือควบคุมธุรกิจที่แท้จริงของตนได้ โดยใช้วิธีการให้บริษัทในกลุ่มโยงใยการถือหุ้นระหว่างกันเพื่อให้เกิดความซับซ้อนทำให้การพิจารณาความเป็นเจ้าของธุรกิจนั้นจะต้องพิจารณาโครงสร้างบริษัทในกลุ่มทั้งหมด

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก มีผู้ถือหุ้นคนไทย 51 เปอร์เซ็นต์ และผู้ถือหุ้นต่างด้าว 49 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งถือว่าบริษัท ก เป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และบริษัท ก ก็ไปถือหุ้นในบริษัท ข. 99 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งบริษัท ข ก็ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยด้วย และต่อมาบริษัท ข นี้ ก็มาซื้อหุ้นของคนไทยในบริษัท ก กลับมาอีก ซึ่งถ้าพิจารณาแล้วผู้ถือหุ้นคนไทยนั้นแทบจะไม่มีเลย

โดยเฉพาะในประเด็นการเข้ามาเป็น "กรรมการ" หรือ "ผู้มีอำนาจ" ในลักษณะการ "ถือหุ้นไขว้" (Cross Share Holding)

ตัวอย่างเช่น ในกรณีของผู้ถือหุ้นต่างด้าวในบริษัท ก ซึ่งเป็นบริษัทคนไทย (โดยมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกิน 51 เปอร์เซ็นต์) นำเงินทุนมาซื้อกิจการ หรือไปตั้งบริษัท ข ซึ่งเป็นบริษัทไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ด้วย ก่อนจะนำเงินทุนเดิมจากบริษัท ข ย้อนกลับมาซื้อหุ้นในบริษัท ก อีกครั้งในรูปแบบนิติบุคคล บริษัท ข จึงมีสภาพไม่ต่างกับบริษัทนอมินี (Nominee) ให้กับผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่อยู่ในบริษัท ก โดยที่คนต่างด้าวที่ถือหุ้นในบริษัท ก ก็จะไม่มีความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เพราะคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ แต่เท่ากับว่าในทางปฏิบัติ บริษัท ก มีสภาพไม่ต่างจากบริษัทต่างด้าวเช่นกัน ซึ่งการ

⁴ ภัทรวรรณ ศรีสุข “การถือหุ้นไขว้: ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุม”, (“วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541), น.10.

ถือหุ้นไว้ในลักษณะดังกล่าวนี้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ.2542 ยังครอบคลุมไปถึง

1.3.3 การใช้วิธีการถือครองหุ้นหลายลำดับชั้น

สำหรับการใช้วิธีการถือครองหุ้นหลายลำดับชั้น (หุ้นแบบสะสม) นั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีการใช้ซื้อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในลักษณะหนึ่งด้วย

ตัวอย่างเช่น บริษัท C ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายประเทศจีนจดทะเบียนตามกฎหมายประเทศจีน ถือหุ้นในบริษัท ก 49 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งบริษัท ก นี้ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เพราะมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกิน กึ่งหนึ่ง และต่อมาบริษัท ก ก็ไปถือหุ้นในบริษัท ข 51 เปอร์เซ็นต์ และขณะเดียวกันบริษัท C ก็เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ข 49 เปอร์เซ็นต์ ด้วย จะเห็นได้ว่าสัดส่วนเป็นของนิติบุคคลไทยทุกประการ แต่หากคำนวณการเป็นผู้ถือหุ้นแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ที่เป็นหุ้นส่วนที่ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัท ข ก็คือ บริษัท C ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนั่นเอง

1.3.4 การควบคุมด้านผู้ถือหุ้น

การใช้วิธีการควบคุมด้านผู้ถือหุ้นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีการใช้ซื้อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่ง เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายโดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งตามปกติ (ธรรมดา) ใดๆของที่ประชุมผู้ถือหุ้นสามารถผ่านด้วยเสียงข้างมาก เว้นแต่ที่เป็นมติพิเศษตามมาตรา 1194⁵ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

⁵ มาตรา 1194 “ถ้าที่ประชุมใหญ่ได้ลงมติอันใดเป็นลำดับกันสองครั้งประชุม มติอันนั้น ท่านให้ถือว่าเป็นมติพิเศษ เมื่อได้ทำให้เป็นไปโดยวิธีดังกล่าวต่อไปนี้ คือ

ข้อความที่จะนำเสนอให้ลงมตินั้น ได้จดลงในคำบอกกล่าวนัดประชุมใหญ่ครั้งแรกที่ประชุมครั้งแรกได้ลงมติโดยคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ส่วนของจำนวนเสียงทั้งหมด

.....”

ดังนั้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้นข้างน้อยสามารถที่มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการในกิจการในทุกเรื่อง⁶ ซึ่งอาจดำเนินการได้ดังนี้

1.3.4.1 การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียง (Voting rights) ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทย

การควบคุมด้านผู้ถือหุ้นโดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียง (Voting rights) ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยนี้เป็นแนวทางหนึ่งที่คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในบริษัทสามารถมีอำนาจในการบริหารหรือสามารถมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินกิจการต่างๆในบริษัทได้ โดยมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท หรือมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น ให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยถือหุ้นบุริมสิทธิ โดยผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ ถือหุ้นบุริมสิทธิ 49 เปอร์เซ็นต์ มีสิทธิในการออกเสียงลงมติ 1 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 10 เสียง ส่วนผู้ถือหุ้นคนไทยที่ถือหุ้นสามัญ 51 เปอร์เซ็นต์ มีสิทธิออกเสียงลงมติ 1 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 1 เสียง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้ว่าคนต่างด้าวจะถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยก็ตาม แต่ว่าเมื่อพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว คนต่างด้าวจะมีสิทธิออกเสียงลงมตินับรวมกันแล้วมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ทำให้การกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นเป็นวิธีการที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าว ที่เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยแต่มีสิทธิออกเสียงลงมติที่มากกว่าสามารถรวบรวมคะแนนเสียงจนเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก และมีสิทธิในการควบคุมการจัดการบริษัทได้

1.3.4.2 การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนไทยที่ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วยสิทธิในการออกเสียง

การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนไทยที่ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วยสิทธิในการออกเสียงนั้นเป็นวิธีการหนึ่งที่จะทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ซึ่งแม้ว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยก็ตาม แต่มีการกำหนดในข้อบังคับของบริษัทว่า หุ้นสามัญที่ถือโดยผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว จำนวน 49 เปอร์เซ็นต์ มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง ส่วนหุ้นบุริมสิทธิซึ่งถือโดยผู้ถือหุ้นคนไทย จำนวน 51 เปอร์เซ็นต์ 2 หุ้น มีสิทธิออกเสียง

⁶ ศิริพงษ์ ศุภกิจจานุสรณ์, "ผู้ถือหุ้นข้างน้อยควบคุมบริษัทได้อย่างไร", บทบัญญัติ 46,4 (ธันวาคม 2533), น.70.

1 เสียง ดังนั้น จะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ 49 เปอร์เซ็นต์ และคนไทยถือหุ้นฝ่ายข้างมาก คือ 51 เปอร์เซ็นต์ ก็ตามแต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวจะมีสิทธิออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทย

1.3.4.3 การมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Proxy)

การมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Proxy) ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในลักษณะหนึ่งด้วย

โดยผู้ถือหุ้นต่างด้าวจะใช้วิธีการให้ผู้ถือหุ้นคนไทยทำหนังสือมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแทน (Proxy) ไม่ว่าจะเป็นการลงมติโดยการชูมือ หรือการลงคะแนนลับ ซึ่งก็จะทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวสามารถใช้สิทธิลงคะแนนเสียงไปในทิศทางที่ตนเองต้องการได้ โดยจะเห็นได้ว่าแม้ว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ ถือหุ้น 49 เปอร์เซ็นต์ และคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก คือ ถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้ว ผู้ถือหุ้นต่างด้าวจะมีสิทธิออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยเพราะว่าผู้ถือหุ้นคนไทยยินยอมทำหนังสือมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนแทน (Proxy) ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นได้ และสามารถควบคุมเสียงข้างมากในการลงมติที่ประชุมได้เด็ดขาด และถูกต้องตามกฎหมาย

1.3.4.4 กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ว่ามติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้น จำต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นต่างด้าวด้วย

การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่ามติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้น จำต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นต่างด้าวด้วยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเป็นกรณีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในลักษณะหนึ่งด้วย

การควบคุมด้านผู้ถือหุ้นโดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่ามติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้น จำต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นต่างด้าวด้วยมีวิธีการ

ดังนี้ คือ กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่ามติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้นจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นต่างด้าวด้วย เช่นนี้จะไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องการผ่านมติโดยเสียงข้างมากธรรมดา (Simple majority) มาใช้ เช่น กำหนดว่ามติทุกมติต้องได้รับคะแนนเสียงเท่ากับ 60 เปอร์เซ็นต์ ของทุนจดทะเบียน⁷ เป็นต้น

1.3.5 การกำหนดให้จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว มีสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นคนไทย หรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว

การกำหนดให้จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว มีสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นคนไทย หรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว ซึ่งวิธีนี้เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถที่จะอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้ เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าจะต้องมีกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นคนไทย หรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการ หรือเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจของบริษัท ซึ่งมีผลให้อำนาจในการออกเสียงในการบริหารกิจการต่างๆในที่ประชุมคณะกรรมการของบริษัทตกเป็นของคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวสามารถครอบงำการบริหารงานของบริษัทให้เป็นไปในทิศทางที่ตนต้องการได้ แม้ว่าคนต่างด้าวจะมีจำนวนผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยก็ตาม แต่อำนาจในการตัดสินใจของบริษัทนั้นอยู่ที่กรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าว ทำยที่สุดแล้วบริษัทซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยแต่แท้จริงแล้วถูกครอบงำโดยคนต่างด้าว เพราะในการบริหารกิจการของบริษัทกรรมการเป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในการบริหารหรือจัดการควบคุมบริษัท โดยกรรมการมีหน้าที่ในการดำเนินการต่างๆในนามของบริษัทและการกระทำใดของกรรมการก็จะมีผลผูกพันบริษัท ถ้าหากการกระทำของกรรมการอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ข้อบังคับของบริษัท

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัตินี้ได้มีการกำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าว

⁷เพ็งอ้าง, น.70.

ต้องการที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีสองไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า

“คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้ จะต้องเป็นคนไทย หรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในบัญชีสองเท่านั้น

2.สภาพปัญหาที่ก่อให้เกิดการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจ

แทนคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในปัจจุบันนี้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมากขึ้น ซึ่งรูปแบบของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย กลับปรากฏว่ามีการจดทะเบียนประกอบกิจการเป็นนิติบุคคลไทยโดยการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก อันเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และก่อให้เกิดปัญหาต่างๆ ตามมาทำให้เป็นการยากต่อการตรวจสอบว่าการประกอบธุรกิจนั้นเป็นของคนไทย หรือเป็นของคนต่างด้าว ทำให้เกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมาย อันส่งผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้อย่างเพียงพอ ซึ่งสภาพปัญหาที่ก่อให้เกิดการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้นเกิดขึ้นจากหลายสาเหตุ ดังจะกล่าวต่อไปนี้

2.1 ปัญหาที่เกิดจากช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

จากการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยมีช่องโหว่หลาย

ประการที่ทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการที่จะควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้ ซึ่งปัญหาที่เกิดจากช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ตามที่ผู้เขียนได้ศึกษามา มีดังต่อไปนี้

2.1.1 ปัญหาคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ไม่ครอบคลุมถึงคนต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยแต่มีสิทธิในการออกเสียง (Voting rights) ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย

ตามบทบัญญัติ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้ คนต่างด้าว หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
- (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากบทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีข้อสังเกตว่าได้วางเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไว้ในบทวิเคราะห์ศัพท์ของ “คนต่างด้าว” 5 เกณฑ์ กล่าวคือ⁸

1. เกณฑ์สัญชาติ (มาตรา 4 (1) กรณีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย)

⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542”, (สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548), น.176

2.เกณฑ์การจดทะเบียน (มาตรา 4 (2) กรณีนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย)

3.เกณฑ์การถือหุ้น (มาตรา 4 (3) (ก) กรณีนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป ถือโดยคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (1) และ (2))

4.เกณฑ์การลงทุน (มาตรา 4 (3) (ก) กรณีนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยมีคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (1) และ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น)

5.เกณฑ์การควบคุม มาตรา 4 (3) (ข) กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือสามัญที่จดทะเบียนในประเทศไทยโดยมีผู้จัดการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

โดยจากบทบัญญัติมาตรา 4 จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ควบคุมสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ ซึ่งบริษัทสามารถที่จะกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้หุ้นที่คนต่างด้าวถือนั้นมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยได้ โดยไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น บริษัท ไทยเจริญ มีคนไทยถือหุ้นสามัญ 51 หุ้น ในข้อบังคับกำหนดว่าหุ้นสามัญ 1 หุ้นมีสิทธิออกเสียง 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง ส่วนหุ้นที่คนต่างด้าวถือหุ้นบริมสิทธิ 49 หุ้น โดยในข้อบังคับบริษัทกำหนดว่าหุ้นบริมสิทธิ 1 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 5 เสียง เช่นนี้เป็นต้น

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าเมื่อบริษัทไทยเจริญต้องการมติของผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการกิจการต่างๆของบริษัท ซึ่งแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นคนต่างด้าวจะเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการออกเสียงลงมติตามหลักเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวสามารถคุมเสียงข้างมากในการลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้เด็ดขาด

ส่วนอีกกรณี คือ บริษัทอาจจะกำหนดให้หุ้นบริมสิทธิที่ผู้ถือหุ้นคนไทยถืออยู่นั้นมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมน้อยกว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่ถือหุ้นสามัญก็ได้

ตัวอย่างเช่น บริษัท ไทยเทียม มีคนไทยถือหุ้นบริมสิทธิ 51 หุ้น ในข้อบังคับของบริษัทกำหนดว่าหุ้นบริมสิทธิ 50 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง ส่วนสิทธิออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นสามัญซึ่งเป็นของผู้ถือหุ้นต่างด้าวนั้นกำหนดให้หุ้นสามัญมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Voting rights) ได้ 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง

จากตัวอย่างข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิที่ผู้ถือหุ้นคนไทยถืออยู่มีสิทธิด้อยกว่าหุ้นสามัญที่คนต่างด้าวถือครองอยู่ ซึ่งเมื่อบริษัทไทยเทียมต้องการมติของผู้ถือหุ้นในการบริหารจัดการกิจการของบริษัท ถึงแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย โดยเป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้ว ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นคนต่างด้าวจะเป็นฝ่ายที่มีสิทธิออกเสียงลงมติตามหลักเสียงข้างมาก ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวสามารถคุมเสียงข้างมากในการลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้โดยเด็ดขาด

สำหรับเรื่องของการกำหนดหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิด้อยกว่าสิทธิของหุ้นสามัญนั้น กรมทะเบียนการค้าได้เคยทำหนังสือขอหารือความเห็นทางกฎหมายไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด ว่า จะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียงได้หรือไม่

ในครั้งนั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นทางกฎหมายว่าธนาคารนครหลวงไทยสามารถที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงให้มีสิทธิด้อยกว่าหุ้นสามัญได้ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้เหตุผลว่า ตามมาตรา 1108 (4) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในชั้นประชุมตั้งบริษัทมาตรานี้ กำหนดให้ที่ประชุมตกลงกันเกี่ยวกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นให้เป็นอย่างไรก็ได้ การตกลงกันเกี่ยวกับสิทธิในการออกคะแนนเสียง และการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิ และประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ นอกจากนี้มาตรา 1108 (4) ก็ไม่ใช่บทบังคับแต่อย่างใด โดยถ้อยคำในตอนต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า “จะพึงทำได้” ก็ดี หรือถ้อยคำในอนุมาตรา (4) ทั้งอนุมาตราที่ดี กฎหมายมาตรานี้มิได้บัญญัติในทางที่จะให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพอย่างไร และบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นจะเป็นสถานใดเพียงใดก็ได้⁹

⁹ ความเห็นทางกฎหมาย ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขเสร็จที่ 426/2528

2.1.2 ปัญหาคำนิยาม “คนต่างด้าว” ยังไม่มีการพิจารณาในประเด็นอำนาจบริหาร จัดการนิติบุคคล (Control)

จากบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่า แม้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับนี้จะมีการวางเกณฑ์ คำนิยามคนต่างด้าวไว้ 5 เกณฑ์ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว แต่ก็มิได้วางเกณฑ์ในเรื่องอำนาจบริหาร จัดการ (Controlling power) ของคนต่างด้าวเหนือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยในลักษณะของ การเป็นเจ้าของนิติบุคคล หรือเป็นผู้มีอำนาจสั่งการเบ็ดเสร็จเหนือนิติบุคคลดังกล่าว นั้น จึงทำให้ คนต่างด้าวอาศัยช่องทางดังกล่าวนี้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยในธุรกิจบริการที่ห้ามคน ต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดสัดส่วน การถือหุ้นคนต่างด้าวได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น บริษัท ล.เจริญ จำกัด กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าให้ผู้ถือหุ้น ต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการ หรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมาก ของนิติบุคคล หรืออาจมีการกำหนดว่าให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะต้อง เห็นชอบลงคะแนนเสียงในมติทุกมติด้วย จึงจะสมบูรณ์¹⁰ หรือกำหนดไว้ในข้อบังคับ หรือมี ข้อตกลงของบริษัทว่าให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการขึ้นนำการดำเนินการของบริษัท

จากตัวอย่างดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าถ้าพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แม้บริษัท ล.เจริญ จำกัด จะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท เช่นนี้แล้ว บริษัท ล.เจริญ จำกัด ยังถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย เพราะว่ามีคนไทย ถือหุ้นฝ่าย ข้างมาก คือ ถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ และมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้น 49 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งเป็นไปตาม หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทุกประการ ทั้งนี้ เนื่องจากว่า ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีการบัญญัติคำนิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมไปถึงกรณี ที่นิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ ถือหุ้นไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ แต่มีอำนาจในการ บริหารจัดการนิติบุคคล (Control) ได้อย่างใด

ดังนั้น เมื่อบริษัท ล.เจริญ จำกัด ถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย บริษัทดังกล่าวจึง สามารถประกอบธุรกิจสาขาบริการต่างๆในประเทศไทยได้ทุกประการ ทั้งที่ความจริงแล้ว บริษัท ล

¹⁰ ศิริพงษ์ ศุภกิจจานุสรณ์, อ้างแล้ว เชิงบรรณที่ 6, น. 71

เจริญ จำกัด ดังกล่าวควรที่จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งจะต้องถูกจำกัดสิทธิในการเข้ามาประกอบธุรกิจสาขาบริการต่างๆที่กฎหมายกำหนดห้าม หรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

สำหรับในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่อง "อำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล" ไว้ในส่วนคำนิยาม "คนต่างด้าว" เพื่อพิจารณาความเป็น "คนต่างด้าว" แต่อย่างใด ร่างกฎหมายดังกล่าวคงมีแต่การนำเรื่องของสิทธิการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากำหนดไว้ในคำนิยาม "คนต่างด้าว" เพื่อพิจารณาความเป็น "คนต่างด้าว" เท่านั้น ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ยังไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาเพื่อที่จะทำให้อำนาจการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยลดน้อยลงไปแต่อย่างใด เพราะว่าการควบคุมในเรื่องสิทธิการออกเสียงเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการควบคุมนิติบุคคล ซึ่งคนต่างด้าวสามารถใช้วิธีการอื่นๆในการเข้ามามีอำนาจในการบริหารจัดการ และควบคุมนิติบุคคลได้หลายวิธี เช่นดังที่ได้กล่าวไปแล้ว

สำหรับในเรื่องดังกล่าวนี้ทางสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า การแก้ไขคำนิยาม "คนต่างด้าว" ตามร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยโดยมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคล (Control) โดยมีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคล หรือมีอำนาจชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคล ดังนี้แล้ว ทางคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นว่า ควรเพิ่มคำนิยาม "คนต่างด้าว" ให้หมายรวมถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย

2.1.3 ปัญหาคำนิยาม "คนต่างด้าว" ไม่สอดคล้องกับ คำว่า "Juridical person of another Member" และคำว่า "Juridical person" ตามมาตรา 28 (m) และ (n) ของข้อตกลง GATS

จากการศึกษา คำนิยาม "คนต่างด้าว" ในกรณีที่นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ตามมาตรา 4 (3) ซึ่งมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวโดยเฉพาะสัดส่วนการถือครองหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยกับคนต่างด้าว โดยไม่ได้พิจารณาที่สัดส่วนจำนวนกรรมการ ซึ่งเป็นเรื่องของอำนาจบริหารจัดการ และควบคุมนิติบุคคล (Control) ดังนี้จึงไม่สอดคล้องกับคำนิยาม คำว่า "Juridical person of another Member" และคำว่า "Juridical person" ในมาตรา 28 (m) และ n ของข้อตกลง GATS

ตามบทบัญญัติมาตรา 28 (m), (n) ของข้อตกลง GATS กำหนดว่า:

“(m) “juridical person of another Member” means a juridical person which is either:

(i) constituted or otherwise organized under the law of that other Member, and is engaged in substantive business operations in the territory of that Member or any other Member; or

(ii) in the case of the supply of a service through commercial presence, owned or controlled by:

1. natural persons of that Member; or

2. juridical persons of that other Member identified under sub-paragraph (i);

(n) a juridical person is :

(i) “owned” by persons of a Member if more than 50 per cent of the equity interest in it is beneficially owned by persons of that Member;

(ii) “controlled” by persons of a Member if such persons have the power to name a majority of its directors or otherwise to legally direct its actions;

(iii) “affiliated” with another person when it controls, or is controlled by, that other person; or when it and the other person are both controlled by the same person.”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว สามารถแปลความได้ ดังนี้ :

(ฐ) “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” หมายถึง นิติบุคคลซึ่ง:

(1) ก่อตั้งขึ้นหรือจัดตั้งขึ้นโดยประการอื่นใดตามกฎหมายของสมาชิกนั้น และมีการประกอบธุรกิจในสาระสำคัญในดินแดนของสมาชิกนั้นหรือสมาชิกอื่นใด หรือ

(2) ในกรณีของการให้บริการผ่านการแสดงตนทางพาณิชย์ ซึ่งเป็นของหรือควบคุมโดย

1. บุคคลธรรมดาของสมาชิกนั้น หรือ

2. นิติบุคคลของสมาชิกอื่นนั้นที่ระบุตามอนุมาตรา (1)

(ฑ) นิติบุคคล

(1) “เป็นของ” บุคคลของสมาชิกหนึ่ง หากทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนในนิติบุคคลนั้นเป็นของบุคคลของสมาชิกนั้น

(2) “ถูกควบคุม” โดยบุคคลของสมาชิกหนึ่ง หากบุคคลเช่นนั้นมียุทธศาสตร์ที่จะระบุชื่อกรรมการส่วนใหญ่ของนิติบุคคลนั้น หรือกำหนดการกระทำของนิติบุคคลนั้นโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยประการอื่น

(3) “อยู่ในเครือ” ของบุคคลอื่น เมื่อนิติบุคคลนั้นควบคุม หรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อนิติบุคคลและบุคคลอื่นทั้งคู่ถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียว

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่า คำว่า “Juridical person of another Member” ในมาตรา 28 (m) และ (n) ของข้อตกลง GATS กำหนดว่า ในกรณีของการให้บริการผ่านการแสดงตนทางพาณิชย์ในดินแดนของสมาชิกหนึ่ง หมายถึงนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลสัญชาติอื่น หรือนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนก่อตั้งในประเทศอื่นเป็นเจ้าของ (Owned) เนื่องจากถือหุ้นทุน (Equity interest) เกินกึ่งหนึ่ง หรือมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคล เนื่องจากมีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการเสียงข้างมาก หรือมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการกิจการของนิติบุคคลด้วยวิธีการอื่นใดโดยชอบด้วยกฎหมาย

จากปัญหาคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่ไม่สอดคล้องกับ คำว่า “Juridical person of another Member” และคำว่า “Juridical person” ตามมาตรา 28 (m) และ (n) ของข้อตกลง GATS เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มีนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาขายบริการผ่านสถานประกอบการที่มีการจัดตั้งในประเทศไทยสามารถประกอบธุรกิจบริการที่มีข้อห้าม หรือข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบกิจการในฐานะที่เป็นนิติบุคคลไทย โดยการขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยแจ้งว่า มีคนต่างด้าวถือหุ้นเพียง 49 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวมีการตกลงให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการบริษัทได้ เนื่องจากสามารถแต่งตั้งกรรมการได้ในจำนวนที่มากกว่า ซึ่งมีผลทำให้บริษัทดังกล่าวแม้คนต่างด้าวจะถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยแต่มีคนต่างด้าวมียุทธศาสตร์ในการควบคุมบริหารจัดการบริษัทดังกล่าว ทำให้คนต่างด้าวสามารถคุมเสียงข้างมากในบริษัทได้ ซึ่งเท่ากับว่าคนต่างด้าวสามารถที่จะครอบงำการบริหารงานของบริษัทไปในทิศทางที่ตนเองต้องการได้

2.2 บทลงโทษคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และผู้ที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวกำหนดไว้ต่ำเกินไป

กรณีที่คนต่างด้าวให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้กำหนดบทลงโทษคนต่างด้าว และคนไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 36 โดยมาตราดังกล่าวบัญญัติว่า

“ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลต่างด้าวที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว จะเห็นได้ว่าการกำหนดบทลงโทษแก่คนต่างด้าว และผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวต่ำเกินไป ทำให้คนต่างด้าว และผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษดังกล่าวจึงมีการกระทำฝ่าฝืนกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาโดยตลอด

สำหรับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่....) พ.ศ...ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 ได้มีการปรับบทลงโทษตามมาตรา 36 โดยเพิ่มบทลงโทษแก่คนต่างด้าว และผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวให้สูงขึ้น¹¹ กล่าวคือ ในกรณีของคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายโดยยินยอมให้มีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท ส่วนกรณีของผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท เช่นกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าแม้จะมีการแก้ไขโดยปรับลงโทษให้สูงขึ้น แต่บทลงโทษตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่....) พ.ศ... ดังกล่าวยังกำหนดไว้ต่ำเกินไป

¹¹ ดูภาคผนวก ข. ในส่วนร่างมาตรา 36 ของร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่....) พ.ศ...ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550 ประกอบ

2.3 ปัญหาเกี่ยวกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ครอบคลุมเกือบทุกธุรกิจ

การที่คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว อันเป็นการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 สาเหตุที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า เนื่องมาจากบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยนั้น มีการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจบริการเกือบทุกประเภท ทำให้คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการต้องใช้วิธีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เช่น ใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย หรืออาศัยช่องโหว่ของบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยวิธีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย หรือกำหนดให้คนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมนิติบุคคลในชั้นที่ประชุมคณะกรรมการ

โดยทั้งนี้เมื่อข้อสังเกตว่าบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยเฉพาะในบัญชีสาม¹² ถ้าพิจารณาธุรกิจในบัญชีสามแล้วจะเห็นได้ว่า กำหนดห้ามบริษัทต่างด้าวประกอบธุรกิจบริการเกือบทุกประเภทในประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นข้อบังคับที่เข้มงวดที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในอาเซียนด้วยกัน ซึ่งผลคือไม่สามารถปฏิบัติได้จริง และไม่เหมาะสมกับเศรษฐกิจของประเทศไทย ทำให้หลายบริษัทที่ประกอบธุรกิจที่ห้ามประกอบกิจการโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องดำเนินการผ่านนอมินี¹³

จากการศึกษาบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 กำหนดให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกอภยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรี แต่ในทางปฏิบัติกลับไม่มีการ

¹² ฎีกาผนวก ง. ในส่วนของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ประกอบ

¹³ "วิพากษ์ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว", วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 4,81, (มีนาคม 2550), น.21.

ดำเนินการทบทวนตามมาตรา 9 แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายนี้มีผลบังคับใช้ในช่วง 7 ปี ที่ผ่านมา¹⁴ ซึ่งการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติมีความจำเป็นอย่างมากในการที่จะพิจารณาว่าประเภทธุรกิจใดควรที่จะเปิดเสรีก็ควรที่จะตัดออกไปจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะธุรกิจในบัญชีสามที่ครอบคลุมเกือบทุกประเภทธุรกิจ แล้วเปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจได้อย่างเสรีเพราะว่าธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินั้นมีการกำหนดไว้นานมากแล้ว ซึ่งในช่วงนั้นเศรษฐกิจของประเทศยังไม่มีความพร้อมในการเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาแข่งขันกับคนไทย แต่ในปัจจุบันนี้สภาพเศรษฐกิจของไทยได้เปลี่ยนไป บางสาขาธุรกิจในปัจจุบันนี้คนไทยมีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างด้าวมากขึ้น

สำหรับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ..... ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 นั้น ได้มีการแก้ไขบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กล่าวคือ ได้มีการยกเลิกรายการธุรกิจในบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่มีกฎหมายเฉพาะควบคุม และมีหน่วยงานดูแลโดยตรงอยู่แล้ว เช่น ธุรกิจนำเที่ยว ธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ธุรกิจหลักทรัพย์ ตราสารอนุพันธ์ ไฟแนนซ์ ธนาคารพาณิชย์ และเครดิตฟองซิเอร์ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าในร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ได้มีการพิจารณาเพื่อทบทวนประเภทของธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยเฉพาะบัญชีสามที่กำหนดไว้อย่างครอบคลุมเกือบทุกประเภทธุรกิจบริการในประเทศไทยแต่อย่างใดเลย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการควบคุมที่เข้มงวดมากเกินไปควรมีการแก้ไขอย่างยิ่ง

2.4 ปัญหาความล่าช้า และแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย

จากบทบัญญัติมาตรา 17¹⁵ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หรือไม่ก็นั้นใช้เวลา 60 วัน นับแต่วันที่ยื่นคำขอ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นระยะเวลาที่

¹⁴ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล, สฤณี อาชวานันทกุล, อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 2, น.101

¹⁵ อนุภาคผนวก ง. ประกอบ

ล่าช้าเกินจำเป็นและระยะเวลาดังกล่าวหากมีเหตุจำเป็น ซึ่งไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ กฎหมายยังขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกตามความจำเป็น แม้จะเขียนไว้ว่าการขยายเวลาออกไปนั้นต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลาดังกล่าวก็ตาม ด้วยเนื่องจากปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยทำให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมาย หรืออาศัยช่องโหว่ของกฎหมายโดยวิธีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อที่จะได้ไม่ต้องรอระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยแต่อย่างใด

สำหรับแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น จะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 8¹⁶ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่ได้กำหนดให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามเป็นรายกรณีไป ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่ควรจะกำหนดให้การอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยขึ้นอยู่กับดุลพินิจเช่นนี้ เพราะจะทำให้เกิดแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ และเมื่อมีแนวทางที่ไม่ชัดเจนเช่นนี้ คนต่างด้าวจะเกิดความไม่แน่ใจว่าตนจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยหรือไม่ ดังนั้นคนต่างด้าวจึงใช้วิธีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวเพื่อที่คนต่างด้าวจะได้ไม่ต้องเสี่ยงต่อการที่อาจจะไม่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย

2.5 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

ตั้งแต่ปี พ.ศ.2497 รัฐบาลไทยมีนโยบายที่จะให้การส่งเสริมการลงทุนทั้งแก่คนไทยและคนต่างด้าว โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจในประเทศไทยแข็งแกร่ง คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้รับนโยบายจากกระทรวงอุตสาหกรรมจึงได้ให้การส่งเสริมการ

¹⁶ ดูภาคผนวก ก. ประกอบ

ลงทุนในด้านต่างๆแก่นักลงทุน และเพื่อส่งเสริมและอำนวยความสะดวกให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถที่จะประกอบธุรกิจได้แม้จะเป็นการประกอบธุรกิจต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง หรือ บัญชีสาม โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่ขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ทั้งนี้ก็เนื่องจากตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่เป็นบทบัญญัติห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยมิให้นำมาใช้กับคนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยไว้ โดยตามบทบัญญัติมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บัญญัติว่า:

”การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและการพัฒนา”

จากการศึกษาคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยการขอบัตรส่งเสริมการลงทุนจาก คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (B.O.I.) ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ก็จะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องผ่านการขออนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ ทำให้เมื่อผู้ประกอบการที่เป็นคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้วก็สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองคุณสมบัติ และความเหมาะสมตามเกณฑ์ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แต่อย่างไรก็ตาม เพราะในการพิจารณาออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้แก่ธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะตรวจสอบเฉพาะความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยมีได้ใช้เกณฑ์การพิจารณาดังเช่นการขออนุญาตประกอบธุรกิจในกรณีทั่วไป เช่น ในเรื่องคุณสมบัติของคนต่างด้าว ไม่มีบทบัญญัติกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามไว้

เป็นการเฉพาะ รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจก็ได้กำหนดไว้แต่ประการใด เช่น ในเรื่องของทุนขั้นต่ำ และการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น¹⁷

การที่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยการขอบัตรส่งเสริมการลงทุนจาก คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (B.O.I.) ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520 สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองคุณสมบัติและความเหมาะสมตามเกณฑ์ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม และขาดความรัดกุม¹⁸ ทำให้คนต่างด้าวสามารถหลีกเลี่ยงกฎหมาย ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ โดยการเข้ามาขอส่งเสริมการลงทุนต่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเสียก่อน แล้วจึงขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจต่อคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และในการขอส่งเสริมการลงทุน คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก็ต้องดำเนินนโยบาย สนับสนุนให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้น จึงดูเหมือนว่าการขอประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดย คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมักจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจได้ง่ายกว่าการที่คนต่างด้าว จะต้องยื่นขอประกอบธุรกิจจากกระทรวงพาณิชย์

2.6 ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

จากการศึกษาระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 1/2547 ลง วันที่ 22 กันยายน พ.ศ.2547 เรื่อง กำหนดเวลาในการปฏิบัติงานส่งเสริมการลงทุนซึ่งระเบียบ ดังกล่าวนี้นี้กำหนดว่าให้ทางสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาคำขอรับการ ส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวที่ยื่นคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นระยะเวลาที่ช้าเกินไป ซึ่งด้วยระยะเวลาในการพิจารณาที่ล่าช้า เช่นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าเป็นสาเหตุหนึ่งที่แม้ว่านักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจใน

¹⁷ วันทิพย์ จันทกิจ, “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการ ส่งเสริมการลงทุน”(สารนิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2547),น. 57-58

¹⁸ ประสิทธิ์ เอกบุตร, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น.178-179

ประเทศไทย และธุรกิจดังกล่าวนั้นแม้เป็นธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาแล้วว่าการยื่นคำร้องขอรับการส่งเสริมการลงทุนต้องใช้เวลาที่ยาวนานเกินจำเป็นเช่นนี้นักลงทุนต่างด้าวจึงหลบเลี่ยงกฎหมาย หรืออาศัยช่องโหว่ของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจโดยใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อคนต่างด้าวจะได้ไม่ต้องรอระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีระยะเวลาในการพิจารณาที่ล่าช้าเกินไป

3.แนวทางในการแก้ไขปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทน คนต่างด้าวในประเทศไทย

จากการศึกษาตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นถึงปัญหาต่างๆของการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย ซึ่งนับว่าเป็นปัญหาที่มีความสำคัญยิ่ง ซึ่งสำหรับในหัวข้อต่อไปนี้ ผู้เขียนขอเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังนี้

3.1 แก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้สอดคล้องกับคำนิยามคำว่า “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” ของข้อตกลง GATS

จากที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้นถึงปัญหาที่เกิดจากช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในส่วนของคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่ไม่ครอบคลุมถึงอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ทำให้เกิดปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว โดยคนต่างด้าวเข้ามามีอำนาจควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจในสาขาที่ห้ามบุคคลต่างด้าวประกอบ หรือมีข้อจำกัดไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง วิธีการ คือ กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการข้างมากของนิติบุคคลนั้นได้ หรือกำหนดให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น หรือมีข้อตกลงให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยที่เป็นผู้ถือหุ้นต่างด้าวให้ความเห็นชอบในมติที่สำคัญของนิติบุคคลนั้น เป็นต้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในนิติบุคคล แต่สามารถที่จะมีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลเหนือผู้ถือหุ้นคนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากโดยไม่ผิดกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะเนื่องจากว่าตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ไม่ได้มีการกำหนด คำนิยามของ “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงเรื่องของอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย ทำให้นิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นต่างด้าว

ถือหุ้นไม่เกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ ไม่เกินกึ่งหนึ่งแต่มีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคล นิติบุคคลดังกล่าวก็ยังถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยที่สามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อันเป็นการประกอบธุรกิจในบัญชีสงวนสำหรับคนไทยได้โดยไม่มีข้อห้าม หรือข้อจำกัดใดๆ

สำหรับแนวทางการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวนี้นี้ให้ลดน้อยลงไป ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะบัญญัติกฎหมายในส่วนคำนิยาม "คนต่างด้าว" ให้ครอบคลุมถึง การที่คนต่างด้าวมียอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย ซึ่งจากการศึกษาพบว่า ควรจะบัญญัติคำนิยามของ "คนต่างด้าว" ให้สอดคล้องกับ มาตรา 28 (m) (ii) ของข้อตกลง GATS โดยกำหนดคำนิยามให้สอดคล้องกับคำว่า "Juridical person of another member" (นิติบุคคลของสมาชิกอื่น) ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศที่มีคนต่างด้าวเป็นเจ้าของ (Owned) โดยมีหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง หรือมีอำนาจควบคุมกิจการ (Control)¹⁹ เพื่อแก้ไขปัญหา เรื่องที่ "คนต่างด้าว" มีอำนาจแต่งตั้งกรรมการส่วนใหญ่ หรือมีอำนาจควบคุมกิจการของนิติบุคคลด้วยวิธีการอื่นใดที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแม้ว่าคำนิยาม "คนต่างด้าว" ตามข้อตกลง GATS จะกำหนดขึ้นเพื่อเป็นเพียงมาตรฐานสำหรับการดำเนินการตามข้อตกลง GATS ในบรรดาประเทศภาคีสมาชิกเท่านั้น เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้สอดคล้องกับคำนิยามดังกล่าว โดยประเทศภาคีสมาชิกไม่จำเป็นต้องนำคำนิยามนั้นมากำหนดเป็นคำนิยามของกฎหมายภายในก็ตาม แต่ว่าเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าในปัจจุบันนี้มีนิติบุคคลต่างด้าวจำนวนมากที่หลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ฉะนั้น การนำหลักเกณฑ์เรื่องจำนวนหุ้น หรือหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิออกเสียงมาใช้อาจจะไม่เพียงพอ แต่ควรพิจารณาถึงหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย

เนื่องจากในทางปฏิบัติคนต่างด้าวอาจใช้วิธีการอื่นๆ ในการควบคุมนิติบุคคลได้ไม่เพียงแต่เฉพาะการควบคุมเรื่องสิทธิการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเท่านั้น เช่น การกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ต้องขอความยินยอมจากผู้ถือหุ้นต่างด้าวในการทำนิติกรรมต่างๆ ของนิติบุคคล เป็นต้น ซึ่งจากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าบทบัญญัติมาตรา 4 ในส่วนคำนิยาม "คนต่างด้าว" แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ไม่ได้มีการกำหนดว่าเมื่อคนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลแล้วจะให้นิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคล

¹⁹ กฤต ไกรจิตติ, "กฎหมายอนุวัติการความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ" อาจารย์บุษยา ศาสตราจารย์ ดร.อรุณ ภาณุพงศ์, (2550), น.312.

ต่างด้าวแต่อย่างใด ทำให้นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยแต่มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยสามารถประกอบธุรกิจต่างๆได้โดยไม่ถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ ซึ่งถือว่าเป็นช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

ดังนั้นแล้ว ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแก้ไขค่านิยาม “คนต่างด้าว” ให้สอดคล้องกับคำว่า “Juridical person of another member” (นิติบุคคลของสมาชิกอื่น) ของข้อตกลง GATS จะทำให้ปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยลดน้อยลงไปได้

สำหรับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับ...) พ.ศ... ที่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 จากการศึกษา ยังไม่ได้มีการนำเรื่องอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลมาพิจารณาเพื่อแก้ไขค่านิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งแต่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลแต่อย่างใด ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวมีการแก้ไขค่านิยามของ “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงแต่เฉพาะกรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งแต่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งก็ให้ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ด้วยเท่านั้น

ผู้เขียนเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มเติมหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นว่าถ้าคนต่างด้าวแม้เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยแต่ถ้ามีสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากที่เป็นคนไทย ก็ให้ถือว่ามีนิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ตามค่านิยาม “คนต่างด้าว” ในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับ...) พ.ศ.... ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 นั้น ยังไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพราะในทางปฏิบัติแล้วผู้ถือหุ้นต่างด้าวอาจใช้วิธีการอื่นในการเข้ามาควบคุมนิติบุคคลโดยไม่ต้องใช้วิธีการควบคุมด้านสิทธิออกเสียง ซึ่งเรื่องสิทธิออกเสียงอาจเป็นเพียงวิธีการหนึ่งเท่านั้นที่คนต่างด้าวใช้เพื่อเข้ามามีอำนาจควบคุมบริหารจัดการในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

จากการศึกษาตามข้อเสนอของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ได้มีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขค่านิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวด้วย โดยทางคณะกรรมการกฤษฎีกาได้เสนอ ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับ หรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือข้อตกลงในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจตามกฎหมาย ข้อบังคับ หรือข้อตกลงในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากข้อเสนอของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับคณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนที่ควรเพิ่มเติมคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่นอกจากการแก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมในเรื่องของสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้วควรที่จะเพิ่มคำนิยามคนต่างด้าวให้มีหมายความครอบคลุมถึงกรณีที่มีข้อบังคับ หรือมีข้อตกลงให้อำนาจคนต่างด้าวในการเสนอแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการบริหารฝ่ายข้างมากของนิติบุคคล หรือมีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นด้วย เนื่องจากการกำหนดคำนิยามคนต่างด้าวให้ครอบคลุมถึงอำนาจควบคุมนิติบุคคลด้วยแล้วจะเป็นการอุดช่องโหว่ของกฎหมายได้อย่างมี

ประสิทธิภาพมากกว่าการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวเพื่อให้ครอบคลุมแต่เฉพาะเรื่องสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

โดยจากการที่ได้ศึกษากฎหมายของประเทศแคนาดาในบทที่ 4 ของวิทยานิพนธ์นี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายแคนาดาก็ได้มีการกำหนดเกณฑ์การพิจารณาถึงความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยการพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมนิติบุคคลด้วย ซึ่งวิธีการในการพิจารณาสถานะของการควบคุมนิติบุคคลจะพิจารณาจากการเป็นเจ้าของเสียงส่วนใหญ่ของ Voting interest²⁰ และจากการศึกษากฎหมายของประเทศอังกฤษพบว่าตามกฎหมาย Companies Act 1989 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก็ได้มีการมีบัญญัติหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยให้พิจารณาในเรื่องสิทธิออกเสียง (Voting rights) และเรื่องอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลด้วยเช่นกัน โดยได้บัญญัติไว้ในมาตรา 258²¹ ของ Companies Act 1989

²⁰ ดู บทที่ 4 ในวิทยานิพนธ์นี้ ในส่วนหัวข้อ การพิจารณาความเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” ของประเทศแคนาดา ประกอบ

²¹ 258 "Parent and subsidiary undertakings

(1) The expressions “parent undertaking” and “subsidiary undertaking” in this Part shall be construed as follows; and a “parent company” means a parent undertaking which is a company.

(2) An undertaking is a parent undertaking in relation to another undertaking, a subsidiary undertaking, if

(a) it holds a majority of the Voting rights in the undertaking, or

(b) it is a member of the undertaking and has the right to appoint or remove a majority of its board of directors, or

(c) it has the right to exercise a dominant influence over the undertaking

(i) by virtue of provisions contained in the undertaking's memorandum or articles, or

(ii) by virtue of a control contract, or

วิเคราะห์ประเด็นที่ทางหอการค้าต่างประเทศคัดค้านการแก้ไขคำนิยาม "คนต่างด้าว" ของประเทศไทย

สำหรับในประเด็นที่ทางหอการค้าต่างประเทศได้คัดค้านการแก้ไขคำนิยาม "คนต่างด้าว" ของประเทศไทยว่าเป็นการขัดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยได้เสนอไว้ตามตารางข้อผูกพันเฉพาะ และถือว่าการแก้ไขตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าการแก้ไขคำนิยามคำว่า "คนต่างด้าว" ตามมาตรา 4 (3) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยเพิ่มหลักเกณฑ์เรื่องของสิทธิออกเสียง และหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล เข้าไปในคำนิยาม "คนต่างด้าว" ไม่เป็นการแก้ไขกฎหมายในทางที่จำกัดสิทธิการลงทุนหรือจำกัดสิทธิของผู้ประกอบการต่างด้าวแต่อย่างใด เพราะเนื่องจากว่าการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ...ดังกล่าว ไม่ได้มีการแก้ไขเพื่อจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไปกว่าที่ประเทศไทยเคยมีพันธกรณีผูกพันไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ หรือไม่ได้เป็นการแก้ไขกฎหมายเพื่อจำกัดจำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว หรือเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อพันธกรณีตามข้อตกลง GATS แต่อย่างใด

เนื่องจากร่างกฎหมายดังกล่าวระบุไว้ชัดเจนว่าคนต่างด้าวยังสามารถขออนุญาตเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ตามเดิม โดยสามารถประกอบธุรกิจได้เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ แต่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไข กล่าวคือ หุ้นในบริษัทที่เป็นของคนต่างด้าวรวมกันแล้วจะต้องไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ ของทุนจดทะเบียน ส่วนสำหรับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนอกบัญชีสงวนนั้นคนต่างด้าวก็สามารถถือหุ้นได้เต็ม 100 เปอร์เซ็นต์ และเงื่อนไขที่หุ้นในบริษัทที่เป็นของคนต่างด้าวรวมกันแล้วจะต้องไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ ของทุนจดทะเบียน ดังกล่าวนั้นก็เป็นเงื่อนไขที่ประเทศไทยได้ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยในส่วนของ Horizontal Commitments มาตั้งแต่ครั้งที่ประเทศไทยยังใช้ ปว.281 ซึ่ง ปว.281 เป็นกฎหมายที่ประเทศไทยออกมาเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในขณะนั้น จึงเห็นได้ว่าการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวในครั้งนี้ประเทศไทยไม่ได้มีการแก้ไขในส่วนเงื่อนไขดังกล่าวนี้แต่อย่างใด ตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยยังคงเป็นเช่นเดิม และถึงแม้ว่าประเทศไทยจะไม่เคยระบุผูกพันถึงหลักเกณฑ์การเข้าสู่ตลาด (Market Access) การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยในประเด็นเรื่องสิทธิออกเสียง

(d) it is a member of the undertaking and controls alone, pursuant to an agreement with other shareholders or members, a majority of the Voting rights in the undertaking"

หรืออำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศไทยจะไม่สามารถแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวให้ครอบคลุมในเรื่องสิทธิออกเสียง หรือให้ครอบคลุมถึงอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลได้ เพราะว่าคนต่างด้าวยังคงมีสิทธิออกเสียงตามหลักปกติของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทอยู่เช่นเดิมไม่มีประเด็นการเปลี่ยนแปลงในเรื่องนี้ คนต่างด้าวยังคงสามารถใช้สิทธิออกเสียงของตนได้ในฐานะผู้ถือหุ้นต่างด้าว ทั้งการแก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลด้วยนั้นยังเป็นการแก้ไขคำนิยามให้สอดคล้องกับคำนิยามของคำว่า “Juridical person of another member” (นิติบุคคลของสมาชิกอื่น)²² ของข้อตกลง GATS ซึ่งเป็นคำนิยามที่ประเทศสมาชิกสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ได้ตกลงไว้ และสมาชิกทุกประเทศมีสิทธิใช้คำนิยามนี้ในกฎหมายภายในของตนเพื่อแยกนิติบุคคลของตนออกจากนิติบุคคลของสมาชิกอื่น

นอกจากนี้ การแก้ไขคำนิยามดังกล่าว ซึ่งจะมีผลทำให้บริษัทต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจบริการสาขาต่างๆ ในฐานะที่เป็นบริษัทไทยต้องเปลี่ยนสภาพไปเป็นบริษัทต่างด้าวจะไม่มีผลกระทบต่อสิทธิในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตไปแล้ว เนื่องจากคำนิยามใหม่จะใช้บังคับเฉพาะกับการขออนุญาตประกอบธุรกิจรายใหม่ หรือการขยายสาขาเท่านั้น ส่วนสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่ได้ประกอบธุรกิจก่อนการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่..) พ.ศ. ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ.2550 ในร่างมาตรา 10 กำหนดให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่ไม่เป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แต่เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายที่แก้ไขใหม่ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ขอหนังสือรับรองต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด ภายในหนึ่งปีนับวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งเมื่อได้รับหนังสือรับรองแล้ว หากเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้เป็นเวลาสามปีนับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ส่วนถ้าหากเป็นธุรกิจตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้จนกว่าจะเลิกประกอบธุรกิจ

ดังนั้น จากเหตุผลต่างๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการแก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” โดยเพิ่มในส่วนคำนิยาม “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึง สิทธิออกเสียง และอำนาจ

²² มาตรา 28 (m)(ii) : GATS

ในการบริหารจัดการนิติบุคคลไปด้วยนั้น ไม่ได้เป็นการกีดกันการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้มากขึ้นกว่าที่เคยมีมาก่อนการแก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” แต่อย่างใดเพราะว่าคนต่างด้าวยังสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ตามเดิมตราบใดที่คนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ ซึ่งการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวให้ครอบคลุมในเรื่องสิทธิออกเสียง และอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลเข้าไปด้วยนั้นจะทำให้ประเภทของธุรกิจที่จะต้องขออนุญาต และไม่ต้องขออนุญาตมีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิของประเทศไทยที่สามารถกระทำได้

3.2 เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนใบอนุญาต และเพิ่มเติมบทลงโทษแก่คนต่างด้าว และผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

ในปัจจุบันนี้การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วบางรายอาจมิได้มีเจตนาหวังดีต่อประเทศไทย และอาจที่จะเข้ามาเพื่อกระทำความผิดร้ายแรง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ค้ามนุษย์ ยาเสพติด หรือก่อการร้าย จึงสมควรกำหนดให้มีหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจของผู้กระทำความผิด และกำหนดบทลงโทษเพิ่มเติมจากที่มีอยู่ โดยควรที่จะกำหนดให้มีบทลงโทษในเรื่องของการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเมื่อปรากฏว่าคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือเป็นผู้ใช้ หรือสนับสนุนให้มีการฝ่าฝืนกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

สำหรับมาตรการทางการปกครอง หรือมาตรการทางการบริหาร (Administrative method) หมายถึง มาตรการที่รัฐเป็นผู้กำหนดบังคับกับผู้กระทำความผิด โดยการกระทำผิดนั้นเป็นการกระทำความผิดขึ้นอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐกำหนดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาใช้บังคับ²³

กรณีปัญหาการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย หรือกรณีคนต่างด้าวอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ผู้เขียนเห็นว่าควรใช้มาตรการทางการปกครองเพื่อเพิกถอน

²³ อภิวิวัฒน์ โพธิ์บุญ อักษรสุวรรณ, “ความผิดที่กระทำโดยนิติบุคคล : ศึกษาเฉพาะโทษที่จะลงแก่นิติบุคคล”, (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543), น.94.

ใบอนุญาตผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เนื่องจากว่าศักยภาพของคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทยปัจจุบันมีมาก คนต่างด้าวมีเงินทุนสูง ดังนั้น บทลงโทษคนต่างด้าว หรือบุคคลที่ร่วมมือกับคนต่างด้าวถือหุ้นแทนคนต่างด้าวจึงจำเป็นต้องกำหนดโทษให้สูงขึ้นกว่าเดิมที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษดังกล่าว ซึ่งการลงโทษโดยการนำมาตรการทางการปกครองมาลงโทษแก่คนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมายผู้เขียนเห็นว่าจะใช้ได้ผลเป็นอย่างดี เช่น ถ้านิติบุคคลใดฝ่าฝืนกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย ก็จะมีมาตรการในการเพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการของนิติบุคคลดังกล่าว หรือมาตรการปรับเป็นรายวันจนกว่าจะได้มีการแก้ไขให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะการใช้มาตรการทางการปกครองมาลงโทษจะสร้างความเสียหายให้กับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดเป็นอย่างมาก เพราะเป็นมาตรการที่รุนแรง และกระทบกระเทือนถึงการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลดังกล่าว เมื่อบทลงโทษมีความรุนแรงจะทำให้เกิดความกลัวไม่กล้าที่จะกระทำความผิดดังกล่าว แต่การลงโทษโดยใช้มาตรการทางการปกครองเพียงอย่างเดียวอาจจะไม่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการลงโทษได้ เพราะว่าคนต่างด้าวที่มีเงินทุนสูงก็อาจจะไม่เกรงกลัวต่อโทษปรับเมื่อคำนึงถึงความคุ้มค่าและผลกำไรที่จะได้รับ หากผลออกมาว่ายังคงได้กำไรอยู่เมื่อแลกกับการถูกลงโทษคนต่างด้าวก็อาจยังคงเลือกที่จะกระทำผิดอีก ดังนั้น เพื่อให้การนำมาตรการทางการปกครอง หรือมาตรการทางการบริหารมาใช้ลงโทษให้ได้ผลอย่างมีประสิทธิภาพ จึงควรคำนึงถึงการลงโทษ หรือมาตรการบังคับให้เป็นผลร้ายกับผู้ฝ่าฝืนโดยตรงด้วย

สำหรับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในปัจจุบันนั้นได้มีบทลงโทษผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้มีการถือหุ้นแทนในมาตรา 36²⁴ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จากบทลงโทษดังกล่าวจะเห็นได้ว่ามีอัตราโทษที่ต่ำเกินไป แม้ว่ามาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 จะมีบทกำหนดโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนก็ตาม และแม้ว่าในขณะนี้ได้มีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ...โดยตามร่างที่ผ่านการแก้ไข

²⁴ คู่มือกฎหมาย ก. ประกอบ

ตามมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 10 เมษายน 2550 ในร่างมาตรา 5 ได้บัญญัติให้ยกเลิกความในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และได้มีการกำหนดอัตราโทษขึ้นใหม่ ซึ่งได้กำหนดโทษเพิ่มขึ้นให้ผู้กระทำความผิดต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ส่วนหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนมีความเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายในส่วนบทลงโทษตามร่างกฎหมายดังกล่าวนี้ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอในการแก้ไขปัญหาการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยได้ เพราะเมื่อพิจารณาจากร่างกฎหมายดังกล่าวแล้ว บทลงโทษตามร่างมาตรา 36 นั้น ยังกำหนดบทลงโทษไว้ต่ำเกินไป และยังไม่มีการกำหนดเรื่องของการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกรณีที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายแต่อย่างใด

จากการศึกษาในรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542” ที่สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เสนอต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งในรายงานวิจัยดังกล่าวได้เสนอว่า ควรที่จะแก้ไขในเรื่องบทลงโทษในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 จากเดิมที่ให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน” มาเป็น “จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงยี่สิบล้านบาท และปรับวันละหนึ่งแสนถึงห้าแสนบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่” ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ที่ฝ่าฝืนต้องรับโทษทั้งจำและปรับ

จากข้อเสนอในรายงานวิจัยดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับรายงานวิจัยในเรื่องของการแก้ไขบทลงโทษ เพราะว่าบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งกำหนดไว้ว่า “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ดังกล่าวนั้นอาจทำให้ผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายได้รับแต่เพียงโทษปรับเท่านั้นเพราะกฎหมาย ใช้คำว่า “หรือปรับตั้งแต่...” ไม่ได้ใช้คำว่า “และปรับตั้งแต่...” ซึ่งคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยก็อาจที่จะไม่เกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษดังกล่าวเนื่องจากว่าไม่ได้มีบทลงโทษที่เป็นผลร้ายต่อตัวผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายโดยตรง ซึ่งเมื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแล้วก็อาจได้รับบทลงโทษโดยการเสียค่าปรับเพียงอย่างเดียวเท่านั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการเพิ่มบทลงโทษในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ให้สูงขึ้นโดยให้ผู้ฝ่าฝืนต้องได้รับโทษทั้งจำ และโทษปรับ และให้มีบทลงโทษโดยการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจไปด้วย ก็จะทำให้ปัญหาการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยลดน้อยลงไปได้

3.3 ควรทบทวน และแก้ไขประเภทธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยเฉพาะธุรกิจในบัญชีสาม

การจำกัดสิทธิในการลงทุนของคนต่างด้าวในกรณีศึกษาทั้งสามประเทศ จะมีเฉพาะสำหรับกิจการบางสาขาเท่านั้น ซึ่งเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ความปลอดภัย และความมั่นคงของประเทศ ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณี ในขณะที่ประเทศไทยกำหนดให้บริการเกือบทุกประเภทเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างชาติประกอบกิจการ เนื่องจากคนไทยไม่มีความพร้อมในการที่จะแข่งขันตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยไม่ได้มีการพิจารณาในรายละเอียดของบริการแต่ละสาขาว่าสอดคล้องกับแนวนโยบายด้านการลงทุน และการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศหรือไม่ ทำให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยมีอุปสรรคอย่างยิ่ง คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยจึงนิยมใช้วิธีการหาคนไทยมาถือหุ้นแทน เพื่อที่จะให้นิติบุคคลมีสภาพเป็นนิติบุคคลไทย เพื่อที่จะไม่ต้องมีภาระในการขออนุมัติการประกอบธุรกิจบริการและธุรกิจอื่นๆที่เป็นธุรกิจที่ต้องห้ามที่มีจำนวนมากมาย แม้กิจการหลักที่คนต่างด้าวประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจนั้นจะมีใช้กิจการที่ต้องห้ามก็ตาม เช่น แม้กฎหมายจะอนุญาตให้ผู้ค้าปลีกรายใหญ่ เช่น เทสโก้โลตัสที่มีทุนเกิน 100 ล้านบาทสามารถประกอบธุรกิจค้าปลีกได้โดยไม่ต้องขออนุญาต²⁵ แต่ในทางปฏิบัติบริษัทต่างด้าวดังกล่าวก็เลือกที่จะเป็นนิติบุคคลไทย เนื่องจากกฎหมายห้ามคนต่างด้าวค้าสินค้าเกษตรพื้นเมือง ตามที่ได้กำหนดไว้ในบัญชี 3 ข้อที่ 13 และการขายอาหาร และเครื่องดื่มตามที่ได้กำหนดไว้ในบัญชี 3 ข้อที่ 19 การอนุญาตให้เข้ามาประกอบกิจการนี้จึงไม่มีความหมาย และโดยที่การเจรจาเปิดเสรีการค้าการลงทุนตามข้อตกลง GATS ทำโดยการเจรจาค่อยๆลดกฎระเบียบที่เป็นข้อจำกัด และเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามา

²⁵ กฎหมายกำหนดว่าหากมีทุนขั้นต่ำเกิน 100 ล้านบาท ไม่ต้องขออนุญาต แต่ขณะนี้ จะแก้กฎหมายให้ต้องขออนุญาตไม่ว่าจะมีเงินลงทุนเท่าใดก็ตาม

ประกอบธุรกิจบริการตามบัญชีธุรกิจท้ายข้อตกลง GATS ซึ่งจะต้องดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไป โดยอยู่บนหลักของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าโดยลำดับ (Progressive Liberalization) ในลักษณะเดียวกับการเจรจาค่อยๆลดภาษีสำหรับสินค้าประเภทต่างๆตามความตกลง GATT²⁶

ดังนั้น จากหลักของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าโดยลำดับ (Progressive Liberalization) ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยควรที่จะต้องมีการทบทวนประเภทของธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบริการเกือบทุกประเภท โดยควรที่จะทบทวนรายชื่อประเภทธุรกิจบริการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อย่างต่อเนื่องในทุกปี ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่ให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทบทวนประเภทของธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติ อย่างน้อยปีละหนึ่งครั้งเพื่อเสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์²⁷ โดยที่การผ่อนปรนธุรกิจในบัญชีสามเพื่อเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจได้มากขึ้นอาจไม่ต้องกระทำในทันที ซึ่งอาจที่จะเพิ่มระดับการเปิดเสรีมากขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไปโดยการทบทวนประเภทธุรกิจบริการว่าถ้าธุรกิจบริการประเภทใดที่คนไทยพร้อมที่จะแข่งขันกับต่างชาติได้ก็ควรพิจารณาให้ธุรกิจบริการประเภทนั้นออกไปจากบัญชีสาม ส่วนสำหรับบางประเภทของธุรกิจบริการใดที่เห็นว่ายังคงต้องคุ้มครองต่อไปก็ให้คงไว้ในบัญชีสามต่อไป โดยมีการแสดงเหตุผลที่ต้องคุ้มครองไว้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการทบทวนและแก้ไขประเภทธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยเฉพาะธุรกิจในบัญชีสามนี้ จะทำให้การแก้ไขปัญหการใช้ชื้อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยบรรลุผลได้เป็นอย่างดี อันจะส่งผลให้ปัญหาดังกล่าวนี้นัดน้อยลงไปได้ เพราะว่าเป็นขณะที่ประเทศไทยมีการแก้ไขค่านิยามคนต่างด้าวให้เข้มงวดมากขึ้น แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็ผ่อนปรนในเรื่องประเภทธุรกิจบริการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามา

²⁶ กระทรวงการต่างประเทศ, "ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542" (เอกสารแนบ 3), เสนอต่ สภานิติบัญญัติแห่งชาติ, น.4.

²⁷ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณิพร ทวรรณกุล, สุณิ อาชวานันทกุล, อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 2, น.101.

ประกอบธุรกิจด้วย ซึ่งถือว่าเป็นการสร้างสมดุลระหว่างการเข้มงวดขึ้นด้านหนึ่ง กับการผ่อนปรนลงอีกด้านหนึ่ง

3.4 ควรกำหนดให้รัฐมนตรีมีดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้หากเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทย

จากการศึกษากฎหมายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่ FCC (The Federal Communications Commission) ในการอนุญาตให้นิติบุคคลที่มีหุ้นส่วนของต่างด้าวเกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้สามารถประกอบกิจการโทรคมนาคมได้หากเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ซึ่งแสดงให้เห็นว่าแม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีนโยบายที่จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมแต่ก็มีการผ่อนปรนหากการลงทุนของคนต่างด้าวเอื้อประโยชน์ต่อส่วนรวม ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าประเทศไทยควรมีกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีมีดุลพินิจในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ แม้คนต่างด้าวจะถือหุ้นเกินกว่า 49 เปอร์เซ็นต์ก็ตาม หากรัฐมนตรีเห็นว่าการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ประเทศไทย

3.5 กำหนดขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยให้รวดเร็วขึ้น และกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย

จากปัญหาที่ได้กล่าวไปแล้วในเรื่องของขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หรือไม่ นั้น ต้องใช้เวลานานถึง 60 วัน นับแต่วันที่ยื่นคำขอ²⁸ ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินไป ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยให้เร็วขึ้น โดยอาจกำหนดให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการออกกฎระเบียบขึ้นเพื่อให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศ

²⁸ มาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

ไทยต้องปฏิบัติตาม และถ้าได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวครบถ้วนแล้วก็ให้ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยเร็ว

สำหรับปัญหาแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดแนวทางที่ชัดเจนลงไปว่าถ้าคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว คนต่างด้าวก็จะได้รับใบอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ ทั้งนี้เพื่อให้ขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีความชัดเจนมากขึ้นไม่ต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจในการอนุญาต และยังเป็นการส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนที่ดีด้วย ซึ่งเมื่อขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีความชัดเจนมากขึ้นปัญหาการใช้ชื้อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยก็อาจที่จะลดลงไปจากเดิม เพราะว่าสาเหตุสำคัญอย่างหนึ่งของปัญหาการใช้ชื้อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องมาจากว่าคนต่างด้าวที่ประสงค์จะยื่นขออนุญาตเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเกิดความกังวลไม่แน่ใจว่าถ้าได้ยื่นคำร้องขออนุญาตเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยแล้ว จะได้รับการพิจารณาอนุญาตหรือไม่เนื่องจากไม่มีแนวทางพิจารณาอนุญาตที่ชัดเจนแต่กลับไปกำหนดให้มีการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาอนุญาตเป็นรายกรณีไป

3.6 ควรมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐบาลในการเจรจาเปิดเสรีการค้าการลงทุนตามความตกลง WTO

ตามบทบัญญัติมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกกฎกระทรวงกำหนดข้อจำกัดหรือเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงให้รัฐมนตรีมีอำนาจในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดเงื่อนไข และข้อจำกัดในเรื่องของสัดส่วนการเป็นเจ้าของและอำนาจจัดการในธุรกิจที่ได้รับอนุญาตและข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาด (Market Access) และเงื่อนไขที่เป็นข้อจำกัดการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) เช่น การนำเงินทุนเข้ามาประกอบกิจการ การจ้างงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การใช้วัตถุดิบในประเทศ เพื่อให้สามารถใช้กฎหมายในการควบคุม (Regulate) การเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับหลักการและวิธีการในการเปิดเสรี

ธุรกิจบริการตลอดจนใช้สิทธิในการปกป้องธุรกิจบริการของประเทศไทยตามข้อตกลง GATS ที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคี

3.7 กำหนดให้คนต่างด้าวทุกรายต้องผ่านขั้นตอนการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

จากที่ได้กล่าวไปแล้วว่าในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีหลักการเรื่องการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้แก่นักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน โดยคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองประกอบธุรกิจที่ตนได้รับการส่งเสริมการลงทุน และในการออกหนังสือรับรองให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนไม่จำเป็นต้องยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ซึ่งขั้นตอนการออกหนังสือรับรองให้แก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า จะพิจารณาถึงความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบในด้านต่างๆ และคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทั้งนี้เนื่องจากมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ให้นำมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน จึงมีผลทำให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตกอยู่ภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนที่เป็นกฎหมายพิเศษยกเว้นกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไป²⁹

นักลงทุนต่างด้าวอาจใช้ช่องว่างของกฎหมายนี้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยไม่ต้องขออนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากว่าคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถที่จะประกอบธุรกิจในบัญชีสอง หรือสาม ในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น

จากกรณีดังกล่าวนี้เองทำให้คนต่างด้าวใช้วิธีการขอหนังสือรับรองส่งเสริมการลงทุนเป็นช่องทางหลีกเลี่ยงการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการ

²⁹ วันทิพย์ จันทกิจ,อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 17, น.72.

ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เพราะว่าการติดตามประเมินผลคนต่างด้าวที่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีลักษณะที่เคร่งครัดกว่านักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เนื่องจากหากคนต่างด้าวภายใต้กฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฝ่าฝืนกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะมีโทษปรับและโทษจำคุก และคนต่างด้าวที่เคยต้องโทษตามคำพิพากษา หรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 หรือเคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจ ก็จะไม่สามารถขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอีกได้ แตกต่างจากคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนที่ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้วถูกเพิกถอนสิทธิและประโยชน์จะไม่ตัดสิทธิที่จะขอส่งเสริมการลงทุนใหม่ได้ อีกทั้งไม่มีโทษปรับหรือโทษจำคุกแต่ประการใด

ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะเพิ่มหมวดว่าด้วยการจดทะเบียนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อให้การขอประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทุกรายต้องผ่านขั้นตอนตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยให้ยกเลิกวิธีการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจตามมาตรา 11, 12, 13 ซึ่งเป็นช่องทางหลักเลี่ยงการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและควรกำหนดให้มีบัตรประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และเลขประจำตัวของคนต่างด้าวเพื่อติดตามตรวจสอบที่รัดกุม

อย่างไรก็ดี สิ่งที่สำคัญก็คือการปรับแก้บทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่มีข้อยกเว้นซึ่งบัญญัติไว้ไม่ชัดเจนอันเป็นช่องทางในการหลบเลี่ยงกฎหมาย เช่น ผู้ประกอบการที่เป็นคนต่างด้าวอาศัยช่องทางตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ขอบัตรส่งเสริมการลงทุนจาก B.O.I. และเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองคุณสมบัติและความเหมาะสมจากคณะกรรมการตามมาตรา 5, 6 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

จากการศึกษารายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 คณะผู้วิจัยได้เสนอแนวทางแก้ไข มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนี้

“มาตรา 8 ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีสงวนท้ายพระราชบัญญัตินี้ทั้งสามบัญชี เว้นแต่

(1) เป็นกรณีในประเทศไทยเป็นภาคีสันติสัญญาหรือมีพันธกรณีระหว่างประเทศกับรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศตามนัยมาตรา 10

(2) เป็นกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติตามมาตรา 16 และมีได้เป็นบุคคลต้องห้ามตามมาตรา 6 ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีให้ประกอบธุรกิจในบัญชีสอง

(3) เป็นกรณีที่คนต่างด้าวซึ่งมีคุณสมบัติตามมาตรา 16 และมีได้เป็นบุคคลต้องห้ามตามมาตรา 6 ได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการให้ประกอบธุรกิจในบัญชีสาม”

อย่างไรก็ดี คณะวิจัยยังเห็นว่าไม่มีความจำเป็นมากที่จะต้องแก้ไขมาตรา 8 เพราะเนื่องจากเห็นว่ามิใช่ข้อเสีย ทำให้คนต่างด้าวทุกรายที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมาขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจก่อนแล้วจึงจะมีสิทธิไปขอบัตรส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (B.O.I) ทำให้เกิดความล่าช้า และไม่พอใจให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

3.8 ควรกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนให้มีความรวดเร็วยิ่งขึ้น

สำหรับเรื่องระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในหัวข้อปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ล่าช้าเกินไปนั้น ซึ่งสำหรับแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่าควรที่จะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนให้มีความรวดเร็วยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบันโดยอาจจะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่จากเดิมที่ใช้เวลา 60 วันทำการ³⁰ มาเป็นภายใน 30 วันทำการ ซึ่งการกำหนดระยะเวลาที่รวดเร็วขึ้นนี้จะทำให้นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการ

³⁰ ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 1/2547 ลงวันที่ 22 กันยายน พ.ศ.2547 เรื่อง กำหนดเวลาในการปฏิบัติงานส่งเสริมการลงทุน กำหนดว่า”สำนักงานจะพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของสำนักงานและคณะกรรมการพิจารณาโครงการให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ คำขอรับการส่งเสริมที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันทำการ”

ลงทุนไม่ได้เป็นขั้นตอนที่ล่าช้าจนเกินไป และอาจที่จะเข้ามายื่นคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนอย่างถูกต้องมากกว่าการใช้หลบเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนเพราะว่านักลงทุนต่างต่างอาจมองว่าวิธีการขอรับการส่งเสริมการลงทุนถือว่าเป็นวิธีการที่ทำให้คนต่างต่างเข้ามาประกอบธุรกิจต่างๆที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศไทยได้อย่างถูกต้องตามกฎหมายและเมื่อมีขั้นตอนที่รวดเร็วขึ้นก็จะจูงใจให้นักลงทุนต่างต่างเลิกใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายได้