

บทที่ 3

กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจพ่อค้าคนกลางของคนต่างด้าว (ล้งจีน) ในประเทศไทยกับต่างประเทศ และวิเคราะห์เปรียบเทียบ

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจพ่อค้าคนกลางของคนต่างด้าว (ล้งจีน) ในประเทศไทยกับต่างประเทศ และวิเคราะห์เปรียบเทียบ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย กับต่างประเทศ ดังต่อไปนี้

3.1 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจพ่อค้าคนกลางของคนต่างด้าวในประเทศไทย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีกฎเกณฑ์และเงื่อนไข ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พงจะสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

3.1.1 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตราขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ ที่จะปกป้องผลประโยชน์ของชาติในเรื่องความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ผลกระทบที่อาจ มีต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม และการคุ้มครองธุรกิจ ที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติ

3.1.2 คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” และเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคล ต่างด้าว

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติ นิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดใน นิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้อีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จากคำนิยามในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในส่วนของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า บุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลซึ่งไม่ได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิด และโดยขอแปลงสัญชาติ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508¹

ส่วนกรณีคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น หมายถึง นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และนอกจากนี้ยังหมายถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 (3) (4) ด้วย

เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

นิติบุคคลซึ่งจะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ตามคำนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นอกจากจะหมายถึงนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยแล้วกฎหมายยังกำหนดให้คำนิยามของคนต่างด้าว หมายความว่า รวมถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 (3) (4) ด้วยซึ่งได้แก่

ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น²

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้นำเอาหลักเกณฑ์ในเรื่องของ “จำนวนทุน” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ดังนั้น ถ้าบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนใดมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จด

¹ พิจิตรา นรนาพันธ์. (2551). การเปิดเสรีการค้าบริการกับปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 49.

² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 4 (3) (ก).

ทะเบียนในประเทศไทยอย่างใดอย่างหนึ่ง หรือทั้งสองอย่างรวมกัน ถือหุ้นหรือลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป นิติบุคคลนั้นจะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย¹ ดังนั้น กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนมีผู้ถือหุ้นเป็นคนไทย หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยที่มีผู้ลงทุนเป็นคนไทยถือหุ้นทั้งหมดเกินกว่ากึ่งหนึ่งซึ่งไม่เข้าข่ายเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) (ก) แต่ถ้าหุ้นส่วนนั้น มีผู้จัดการซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยก็จะทำให้ห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นห้างหุ้นส่วนต่างด้าว

ค) กรณีของมาตรา 4 (3) (4) บัญญัติให้ “คนต่างด้าว” หมายถึง นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย มีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น ดังนั้นจะเห็นว่าเมื่อนิติบุคคลหนึ่งแม้จะจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ถ้าในนิติบุคคลนั้นมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยนิติบุคคลต่างด้าว หรือนิติบุคคลนั้นมีนิติบุคคลต่างด้าวลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลดังกล่าว ถึงแม้นิติบุคคลนั้นจะจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (4) ให้ถือนิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าวด้วย

คำว่า “ทุน” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ให้คำนิยามไว้ว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

ดังที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า เกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสถานภาพของการเป็นคนต่างด้าวสำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ตามบทบัญญัติในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะนับจากจำนวนทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลและจะไม่ใช้จำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือสมาชิกของนิติบุคคลมาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดความเป็นคนต่างด้าวของนิติบุคคลเหมือนเช่นประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ส่วนในตอนท้ายของคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” หมายความว่า ถ้าเป็นใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่า

¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 4 (3) (ข).

หุ้นส่วนนั้นเป็นคนต่างด้าว เว้นแต่จะมีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงตามบทบัญญัตินี้มาใช้บังคับ⁴

3.1.3 คำนิยามของคำว่า “ธุรกิจ”

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2 พ.ศ. 2556 ได้ให้ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ”⁵ หมายถึง การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช้ราชการ

มาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัตินิยามของคำว่า “ธุรกิจ” ไว้ดังนี้

“ธุรกิจ” หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

กล่าวโดยสรุป คำว่า “ธุรกิจ” คือ กิจการเป็นเป็นการค้า

ส่วนคำว่า “อันเป็นการค้า” นั้น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “อันเป็นการค้า” หรือ “ทางการค้า (As a commercial undertaking)”⁶ เอาไว้ แต่คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ให้แนวทางในการพิจารณาไว้ว่า กิจการที่ถือว่าได้ทำเป็นการค้าหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาในภาพรวมของการดำเนินธุรกิจของบริษัทด้วย โดยประเด็นของการแสวงหากำไรหรือการมีรายได้จากการดำเนินกิจการหรือไม่นั้น เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเท่านั้น⁷ เช่น การที่คนต่างด้าวให้บริการบริษัทในเครือด้วยตนเองแล้วเก็บเงินเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริง หรือเพียงราคาต้นทุนโดยไม่มีส่วนเพิ่มหรือกำไร ก็อาจเข้าข่ายเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตได้ หากพิจารณาแล้วเป็นการให้บริการในลักษณะอันเป็นการค้า⁸ แต่ถ้าบริษัทต่างด้าวให้พนักงานของคนกู้ยืมเงินในลักษณะเป็นสวัสดิการ

⁴ สกต หาญสุทธีวารินทร์. (2542). *คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542*. (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: ซี.พี. บุ๊ค สแตนดาร์ด. หน้า 14.

⁵ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 พิมพ์ครั้งที่ 2. พ.ศ. 2556. หน้า 601.

⁶ Chandler and Thong-Ek Law Offices Limited. (1999). *Alien Business operations Act B.E.2542 (Translation)*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/MINISTERIAL_REGULATION_PRESCRIBING_SERVICE_BUSINESSES_NOT_SUBJECT_TO_APPLICATION_FOR_PERMISSION_IN_ALIEN_BUSINESS_OPERATIONS,_B.E._2556.pdf. [2019, 20 มกราคม].

⁷ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. (2554). *ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเกี่ยวกับ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: www.dbd.go.th. [2019, 2 กุมภาพันธ์].

⁸ เรื่องเดียวกัน. หน้า 1.

โดยประกาศกำหนดการให้กู้ยืมอย่างชัดเจน ถึงแม้จะมีการคิดดอกเบี้ยด้วย ก็ไม่ต้องขออนุญาต พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ดังนั้น หลักการในการพิจารณาว่าเป็นธุรกิจตามคำนิยามหรือไม่ ต้องดูจากภาพรวมของการประกอบธุรกิจทั้งหมดของคนต่างด้าวนั้น ไม่ใช่พิจารณาเพียงอย่างเดียวหนึ่ง

3.1.4 ประเภทของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ผู้วิจัยขอแบ่งประเภทของธุรกิจของคนต่างด้าวออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ธุรกิจควบคุมกับธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม

3.1.4.1 ธุรกิจควบคุม⁹

ธุรกิจควบคุม เป็นธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเมื่อครั้งที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ใช้บังคับ มีการแบ่งธุรกิจออกเป็น 3 รายการ ไว้ท้ายประกาศ เรียกว่า บัญชี ก บัญชี ข และบัญชี ค ต่อมาเมื่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้บังคับแทนประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ก็ยังคงแบ่งแยกธุรกิจควบคุมออกเป็น 3 บัญชี ซึ่งมาจากการปรับปรุงรายชื่อธุรกิจตามบัญชี ก บัญชี ข และบัญชี ค ของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มาเป็น บัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม แทน ทั้งนี้ตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีหนึ่ง คือ ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ มีทั้งหมด 9 ธุรกิจ

บัญชีสอง คือ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มีทั้งหมด 13 ธุรกิจ

บัญชีสาม คือ ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว มีทั้งหมด 21 ธุรกิจ

3.1.4.2 ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม¹⁰

ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม คือ ธุรกิจที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หากคนต่างด้าวทำธุรกิจเหล่านี้ก็ไม่ต้องขออนุญาต แต่ทั้งนี้ ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุมอาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะอื่นๆ เช่น กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายสาธารณสุข หรือกฎหมายโทรคมนาคม เป็นต้น

⁹ โยธิน อินทรประสงค์. (2560). *กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. กรุงเทพฯ: นิติธรรม. หน้า 41-42.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 48-49.

ดังนั้น แม้ธุรกิจดังกล่าวจะได้รับการยกเว้น ไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องนั้นๆ

ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม แบ่งออกเป็น 3 ประเภทย่อย ดังต่อไปนี้

1) ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

พ.ศ. 2542 เช่น

1.1 ธุรกิจการผลิต

1.2 ธุรกิจส่งออกสินค้าไปขายยังต่างประเทศ

1.3 ธุรกิจการลงทุนในหุ้นต่างๆ

1.4 ธุรกิจที่ถือว่าไม่เป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า แบ่งออกเป็น

1.4.1 ไม่ใช่การทำการค้า เพราะถือเป็นการให้บริการตัวเอง เช่น การทำการตลาดหรือส่งเสริมการขายให้กับธุรกิจหรือสินค้าของตนเอง

1.4.2 ไม่ใช่การทำการค้า เพราะอยู่ในขอบข่ายของธุรกิจที่ได้รับอนุญาตเดิมอยู่แล้ว เช่น บริษัทประกันชีวิตต่างประเทศ ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจประกันชีวิต ได้จัดให้มีห้องแพทย์เพื่อตรวจสุขภาพแก่ลูกค้าบุคคลที่จะทำประกันชีวิตอันเป็นขั้นตอนหนึ่งของธุรกิจประกันชีวิต ก็สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเพิ่ม

1.4.3 ไม่ใช่การทำการค้า เพราะถือเป็นสวัสดิการแก่พนักงานของตนเอง เช่น การเปิดห้องอาหารเป็นสวัสดิการแก่พนักงานบริษัทโดยไม่หวังผลกำไรจากการประกอบธุรกิจห้องอาหาร ย่อมไม่ถือว่าเป็นการดำเนินกิจการอันเป็นการค้า จึงไม่ตกอยู่ในบังคับตามนิยามคำว่า “ธุรกิจ” ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.4.4 ไม่ใช่การทำการค้า เพราะไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจ เช่น คนต่างด้าวซื้อบ้านและที่ดินตามกฎหมายของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เพื่อใช้เป็นที่พักอาศัยโดยไม่ประสงค์จะประกอบธุรกิจใดๆ จึงไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2) ธุรกิจที่เป็นธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ได้รับการยกเว้น โดยมีเงื่อนไขพิเศษ มีดังต่อไปนี้

2.1 ธุรกิจก่อสร้าง โดยทั่วไปตามบัญชีสาม (10) (ก) การประกอบธุรกิจก่อสร้างจะต้องขออนุญาต แต่มีข้อยกเว้นในกรณีของการก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการบริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขปลอดภัยหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยี

หรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

2.2 ธุรกิจนายหน้า ตามบัญชีสาม (11) (ก) (ข) (ค) สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อาจจะต้องขออนุญาตตามกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

2.3 ธุรกิจการขายทอดตลาด ตามบัญชีสาม (12) (ก) (ข)

2.4 ธุรกิจการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ตามบัญชีสาม (13)

2.5 ธุรกิจการค้าปลีก ตามบัญชีสาม (14)

2.6 ธุรกิจการค้าส่ง ตามบัญชีสาม (15)

3) ธุรกิจบริการที่กฎกระทรวงยกเว้นไว้ (ตามที่ระบุในบัญชีสาม (21) ซึ่งเป็นการยกเว้นธุรกิจบริการ เนื่องจากคนไทยมีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าว และเพื่อลดความซ้ำซ้อนในการกำกับดูแลของภาครัฐ ในขณะเดียวกันก็เป็นการลดภาระของเอกชน ปัจจุบันมีกฎกระทรวง จำนวน 3 ฉบับ คือ

3.1 กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556 ลงวันที่ 11 มีนาคม 2556

3.2 กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2559 ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 2559

3.3 กฎกระทรวง กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2560

ผลของกฎกระทรวงทั้ง 3 ฉบับข้างต้น ทำให้คนต่างด้าวหากจะประกอบธุรกิจบริการดังต่อไปนี้ ก็ไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนี้

(1) ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจอื่นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(ก) การค้าหลักทรัพย์

(ข) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน

(ค) การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์

(ง) กิจการการยืมและให้ยืมหลักทรัพย์

(จ) การจัดการกองทุนรวม

(ฉ) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล

- (ซ) การจัดการเงินร่วมลงทุน
- (ฅ) การให้สินเชื่อเพื่อธุรกิจหลักทรัพย์
- (ณ) การเป็นที่ปรึกษาทางการเงิน
- (ด) การให้บริการเป็นนายทะเบียนหลักทรัพย์
- (ฉ) การดูแลรักษาทรัพย์สินของลูกค้าของบริษัทหลักทรัพย์ ลูกค้าของผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
 - (ญ) การเป็นผู้รับฝากทรัพย์สินของกองทุนส่วนบุคคล
 - (ฎ) การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม
 - (ฏ) การเป็นผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้
- (2) ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
 - (ก) การเป็นผู้ค้าสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
 - (ข) การเป็นที่ปรึกษาสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
 - (ค) การเป็นผู้จัดการเงินทุนสัญญาซื้อขายล่วงหน้า
- (3) การประกอบธุรกิจเป็นทรัสต์ตามกฎหมายว่าด้วยทรัสต์เพื่อธุรกรรมในตลาดทุน
 - (4) ธุรกิจสถาบันการเงิน ธุรกิจที่เกี่ยวข้องหรือจำเป็นต่อการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงิน ธุรกิจอื่นของสถาบันการเงิน และธุรกิจของบริษัทในกลุ่มธุรกิจทางการเงินของสถาบันการเงิน ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน
 - (ก) ธุรกิจธนาคารพาณิชย์
 - (ข) ธุรกิจบริการเป็นสำนักงานผู้แทนธนาคาร
 - (ค) การให้บริการทางการเงินตามหลักชาริอะฮ์
 - (ง) การเป็นตัวแทนของสถาบันการเงิน
 - (จ) การให้บริการรับฝากเงินที่มีเงื่อนไขการเบิกถอนเงินจากบัญชีตามคำสั่งลูกค้าและกิจการดูแลผลประโยชน์
 - (ฉ) การประกอบธุรกรรมซื้อคืนภาคเอกชน
 - (ช) การเป็นตัวแทนรับคำขอและเรียกเก็บเบี้ยประกันหรือค่าบริการการประกันการส่งออกและการค้าประกันสินเชื่อแก่ลูกค้า
 - (ซ) การรับให้บริการเกี่ยวกับธุรกิจทางการเงินแก่สถาบันการเงินบริษัทในกลุ่มธุรกิจทางการเงิน ธนาคารแห่งประเทศไทย และหน่วยงานราชการ
 - (ฅ) การนำอสังหาริมทรัพย์ออกให้เช่า

- (ญ) การรับซื้อหรือรับโอนลูกหนี้เงินให้กู้ยืม
- (ฎ) การให้บริการการบริหารจัดการเงินสด
- (ฏ) การให้บริการเกี่ยวกับการจัดทำเอกสารที่เกี่ยวกับธุรกิจของลูกค้า
- (ฐ) การให้บริการเป็นตัวแทนรับชำระหนี้หรือตัวแทนรับคำขอ
- (ฑ) การให้เช่าซื้อและการให้เช่าแบบลีสซิ่ง

(5) ธุรกิจประกันชีวิตตามกฎหมายว่าด้วยการประกันชีวิต

(6) ธุรกิจประกันวินาศภัยตามกฎหมายว่าด้วยการประกันวินาศภัย

(7) ธุรกิจบริหารสินทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทบริหารสินทรัพย์

(8) ธุรกิจบริการเป็นสำนักงานผู้แทนของนิติบุคคลต่างประเทศในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540

(9) ธุรกิจบริการเป็นสำนักงานภูมิภาคของนิติบุคคลต่างประเทศในธุรกิจการค้าระหว่างประเทศ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์บริการวิซ่าและใบอนุญาตทำงาน พ.ศ. 2540

(10) ธุรกิจบริการที่มีส่วนราชการตามกฎหมายว่าวิธีการงบประมาณเป็นคู่สัญญา

(11) ธุรกิจที่มีรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณเป็นคู่สัญญา

ประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าว

การกำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมีการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ซึ่งธุรกิจต่างๆ เหล่านี้เป็นธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้ให้สำหรับคนไทย

มาตรา 8 ได้บัญญัติว่า ภายใต้งบบังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 1

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยมีความมั่นคงของประเภทธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณีและหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 2 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 3 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

จากบทบัญญัติมาตรา 8 จะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้นก็ย่อมสามารถทำได้ ยกเว้นบัญชีประเภทธุรกิจต่างๆที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติเท่านั้นที่กฎหมายกำหนดห้ามคนต่างด้าว ซึ่งบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ แบ่งออกเป็น 3 บัญชี

บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจห้ามคนต่างด้าวประกอบโดยเด็ดขาด โดยเหตุผลพิเศษจะขออนุญาตไม่ได้ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 9 ประเภท

บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่อาจผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการได้เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณีและหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากร ธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของของคณะรัฐมนตรี

บัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ซึ่งมีอยู่ด้วยกัน 21 ประเภท เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องมือแกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน

(6) การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

(1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

(1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

(4) การผลิตไม้อัด แผ่น ไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด

(5) การผลิตปูนขาว

(6) การทำกิจการบริการทางบัญชี

(7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย

(8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม

(9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม

(10) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้า หรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตร หรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้า หรือตัวแทนซื้อขาย หรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิต หรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้า หรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อ หรือจัดจำหน่าย หรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือ ตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการ โรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

3.1.5 วิธีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การพิจารณาคำขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง หรือบัญชีสาม มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

คุณสมบัติของผู้ขออนุญาต จะต้องมีความสมบัติและไม่ต้องห้ามตาม มาตรา 16 ดังต่อไปนี้

(1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์

(2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

(3) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(4) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษา หรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยกยอกความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญา หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน หรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(7) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในวรรคหนึ่งด้วย

นอกจากคุณสมบัติทั่วไปของคนต่างด้าวตามมาตรา 16 แล้ว หากนิติบุคคลต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง นิติบุคคลนั้นยังจะต้องมีคุณสมบัติพิเศษ คือ นิติบุคคลนั้นจะต้องมีคนไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร รัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด ทั้งนี้ ตามมาตรา 15

3.1.5.1 ขั้นตอนในการขออนุญาต

ขั้นตอนในการขออนุญาต แบ่งออกเป็น 3 กรณีดังต่อไปนี้

3.1.5.1.1 การขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 7

คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ หรือตามกฎหมายอื่น หรือเป็นคนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ หรือตามกฎหมายอื่นซึ่งอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าสามารถอนุญาตได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3.1.5.1.2 การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง

การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 พ.ศ. 2546 ซึ่งกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาอนุมัติให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันยื่นคำขอ ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน สามารถขอขยายต่อไปได้อีกเท่าที่จำเป็นแต่ต้องไม่เกิน 60 วัน และเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติแล้ว รัฐมนตรีจะออกใบอนุญาตให้ผู้ยื่นคำขอภายใน 15 วัน นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ ทั้งนี้ ตามมาตรา 17

3.1.5.1.3 การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม

การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น จะต้องยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง เรื่อง หลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 พ.ศ. 2546 ซึ่งกำหนดให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน และในการพิจารณาคำขอ คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้แต่งตั้งคณะอนุกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาต หากคณะกรรมการ

อนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามคำขอได้ คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะออกใบอนุญาตให้ภายใน 15 วันนับตั้งแต่อธิบดีอนุญาต ทั้งนี้ ตามมาตรา 17

3.1.5.2 หลักเกณฑ์การพิจารณาอนุญาต

การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจนั้น คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะต้องพิจารณาถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัย และการพัฒนา ทั้งนี้ ตามมาตรา 5

3.1.6 บทลงโทษผู้กระทำความผิด

3.1.6.1 กรณีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างถูกสั่งพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตหรือหนังสือรับรองได้ถูกสั่งพักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาต หรือถูกสั่งระงับการประกอบกิจการตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์ หรือรัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายให้พักใช้ หรือเพิกถอนใบอนุญาต หรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว แต่คนต่างด้าวยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ. ศ. 2542

3.1.6.2 กรณีคนต่างด้าวร่วมประกอบธุรกิจกับบุคคลที่ได้ไม่ได้รับอนุญาต

กรณีคนต่างด้าวซึ่งได้รับ ใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วม โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว เพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 35 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ. ศ. 2542

3.1.6.3 กรณีคนต่างด้าวให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนบุคคลที่ไม่ได้รับอนุญาต

ผู้มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ได้ให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่เพียงผู้เดียว หรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคล

ใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้โดยหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ สั่งให้เลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 36 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ. ศ. 2542

3.1.6.4 กรณีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย

กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 6 คือ กรณีคนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ หรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย และกรณีคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

- กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 7 คือกรณีคนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น และคนต่างด้าวที่ถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะกรรมการ โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดตามที่เห็นสมควร

- กรณีคนต่างด้าวฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 8 คือ การประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 1 ซึ่งเป็นการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 2 เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะกรรมการ และกรณีการประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในบัญชี 3 เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีด้วยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

การกระทำการที่เป็นการฝ่าฝืนทั้ง 3 กรณีดังกล่าว ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท

ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ. ศ. 2542

3.1.6.5 กรณีผู้บริหารของนิติบุคคลมีส่วนในการกระทำความผิด

กรณีที่กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล รู้เห็นเป็นใจ กับการกระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 37 หรือมิได้จัดการ ตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ หนึ่งแสนบาท ถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

3.2 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

3.2.1 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ตั้งอยู่ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ จัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เช่นเดียวกับประเทศไทย และมีกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจในรูปแบบที่คล้ายกับประเทศไทย จึงควรนำมาศึกษาเพื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทย มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

กฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ มีกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1991 (Foreign Investments Act of 1991) มีสาระสำคัญโดยเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุน ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถเข้าถือหุ้นในบริษัทหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์ได้โดยเสรี เว้นแต่จะเป็น การประกอบกิจการประเภทที่กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการไว้ใน Foreign Investment Negative List (FINL)¹¹ โดยคนต่างด้าวจะถือหุ้นทุนที่มีสิทธิออกเสียงได้ ไม่เกินสัดส่วนที่กำหนด ไว้ในแต่ละประเภทกิจการ จึงจะเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ได้ และสามารถลงทุนใน ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่อนั้นๆ ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายการลงทุนต่างๆ รัฐบาลฟิลิปปินส์มีนโยบาย สนับสนุนและรับรองการลงทุนของต่างชาติ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนหรือการ เข้ามาลงทุนในรูปแบบปัจเจกชน

วัตถุประสงค์ของการเปิดให้เข้ามาลงทุนก็เพื่อให้เกิดการพัฒนาการกระบวนการผลิต อุตสาหกรรม และการพัฒนาเศรษฐกิจสังคมของชาวฟิลิปปินส์ การลงทุนในฟิลิปปินส์จะต้องสร้าง งานให้แก่ประชากรของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ เพื่อเพิ่มราคาของผลิตผลการเกษตร สนับสนุน

¹¹ Seventh Regular Foreign Investment Negative List, (2008). อ้างถึงใน นราฤทธิ์ กาแก้ว. (2554). *การศึกษา ปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 95.

ผู้บริโภครชาวฟิลิปปินส์ เพิ่มสมรรถนะ และโอกาสในการเข้าสู่ตลาดต่างประเทศของสินค้าฟิลิปปินส์ ตลอดจนมีการช่วยเหลือในลักษณะของการถ่ายทอดเทคโนโลยีด้วย ซึ่งมีหน่วยงานที่รับผิดชอบหลายหน่วยงาน ได้แก่ The Board of Investments (BOIs), The Subic Bay Metropolitan Authority ทั้งนี้ กฎหมายควบคุมการลงทุน Omnibus Investment Code of 1987 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการดูแลการลงทุนทางด้านการค้า การท่องเที่ยว เกษตรกรรม ทรัพยากรธรรมชาติ การขนส่ง การสื่อสารและการบริหาร โดยทำหน้าที่เป็น One stop shop facility ด้านข้อมูลการลงทุน ให้แก่นักลงทุน

การประกอบกิจการซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นทุนที่มีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละ 40 จะถือเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ และสามารถประกอบกิจการที่ระบุไว้ใน Foreign Investment Negative List (FINL) ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายการลงทุนต่างๆ รัฐบาลฟิลิปปินส์มีนโยบายสนับสนุนและรับรองการลงทุนของต่างชาติ ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบบริษัท หรือห้างหุ้นส่วน หรือการเข้ามาลงทุนในนามบุคคลธรรมดา โดย Section 3a ของ Foreign Investments of Act of 1991 [Republic Act No. 7042] ได้ให้นิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์ (Philippines national)” หมายถึง¹²

- 1) บุคคลธรรมดาสัญชาติฟิลิปปินส์
- 2) ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมที่พลเมืองฟิลิปปินส์เป็นเจ้าของทั้งหมด
- 3) บริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศแต่จดทะเบียนเข้าทำธุรกิจในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ภายใต้ The Corporation Code ซึ่งเงินทุนร้อยละ 100 เป็นของคนฟิลิปปินส์และคนฟิลิปปินส์มีสิทธิออกเสียง
- 4) บริษัทซึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฟิลิปปินส์โดยมีคนฟิลิปปินส์ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 60 และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท
- 5) บริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้องถือหุ้นโดยคนฟิลิปปินส์อย่างน้อยร้อยละ 60 ของหุ้นที่จำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมดและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท และกรรมการของบริษัทต้องเป็นคนฟิลิปปินส์อย่างน้อยร้อยละ 60

นอกจากนี้ หากคนต่างด้าวประสงค์จะลงทุนในรูปแบบบริษัท มีกฎหมายที่ต้องพิจารณา โดยเฉพาะ คือ The Corporation Code of the Philippines [Batas Pambansa Blg. 68] ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “บริษัทต่างชาติ” หมายถึง องค์กรธุรกิจหนึ่งที่ตั้ง จัดตั้ง หรือมีสถานะอยู่ภายใต้กฎหมายใดๆ นอกเหนือจากกฎหมายฟิลิปปินส์ และต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตให้พลเมืองและบริษัทฟิลิปปินส์เข้าไปทำธุรกิจในประเทศนั้นได้ บริษัทต่างชาติจะมีสิทธิประกอบ

¹² Section 3a ของ Foreign Investments of Act of 1991 [Republic Act No. 7042] อ้างถึงใน นราฤทธิ กาแก้ว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 95.

ธุรกิจในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้แล้ว และมีหนังสือรับรองอำนาจจากหน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง¹³

“การลงทุนจากต่างชาติ” ตามนิยามภายใต้ Section 3c ของ The Foreign Investments Act of 1991 นั้น หมายถึง การเข้ามาถือหุ้นในรูปแบบการโอนเงินของต่างชาติเข้ามาลงทุน หรือ การโอนสินทรัพย์มาให้แก่คนฟิลิปปินส์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ที่ธนาคารกลางเพื่อประเมินราคาทรัพย์สินนอกเหนือไปจากการโอนเงินตราต่างประเทศ โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะถือหุ้นเกินกว่าที่กำหนดไว้ใน Section 3a เพื่อประกอบกิจการดังระบุไว้ใน List B ตาม The Foreign Investments Act of 1991 ต้องได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนตามที่ The Foreign Investments Act of 1991 โดยที่ FINL กำหนดประเภทกิจการไว้ มีกฎหมายปัจจุบัน คือ The Seventh Regular Foreign Investment Negative List ซึ่งมีผลบังคับเมื่อวันที่ 8 มกราคม 2005 ซึ่งกำหนดประเภทกิจการที่สงวนไว้ เป็น 2 ประเภทคือ List A และ List B โดยกำหนดเหตุผลไว้แตกต่างกัน ดังนี้¹⁴

1. กิจการที่ระบุไว้ใน List A เป็นกิจการที่สงวนไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะ โดยแบ่งเป็น

1.1 กิจการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลย เช่น กิจการสื่อสารมวลชน กิจการประเภทวิชาชีพต่างๆ เช่น การประกอบวิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพแพทย์ บัญชี สถาปัตยกรรม กฎหมาย ประมง การค้าปลีกที่มีเงินทุนต่ำกว่า 2,500,000 ล้านดอลลาร์ การทำเหมืองแร่ขนาดเล็ก เป็นต้น

1.2 กิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้ โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในลำดับต่างๆ กัน

-ไม่เกินร้อยละ 20 ได้แก่ กิจการสื่อสารผ่านเครือข่ายวิทยุ

-ไม่เกินร้อยละ 25 ได้แก่ กิจการจัดหางานเอกชนเพื่อจัดหางานภายในประเทศและต่างประเทศ กิจการพัฒนาสาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้น

-ไม่เกินร้อยละ 30 ได้แก่ กิจการโฆษณา

¹³ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2543). *การปรับปรุง และพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน : ภาคการค้าและการลงทุน*. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 125-131.

¹⁴ นราฤทธิ์ กาแก้ว. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 10. หน้า 97-98.

-ไม่เกินร้อยละ 40 ได้แก่ กิจการสำรวจ พัฒนาและสรรหาทรัพยากรธรรมชาติ การถือครองที่ดิน กิจการสถาบันการศึกษา กิจการประมงน้ำลึก กิจการจัดหาสินค้าและวัตถุดิบ ให้กับหน่วยงานรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น

-ไม่เกินร้อยละ 60 ได้แก่ กิจการสถาบันการเงินภายใต้การกำกับดูแลของ the Securities and Exchange Commission (SEC) และกิจการกองทุนภายใต้การกำกับดูแลของ the Securities and Exchange Commission (SEC)

2. กิจการใน List B เป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนฟิลิปปินส์ด้วยเหตุผลความมั่นคง ความปลอดภัย ด้านศีลธรรม ชื่ออนามัย และการคุ้มครองกิจการขนาดกลางและขนาดเล็ก โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้เพียงอัตราเดียว คือ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกิน ร้อยละ 40 ในทุกรายกิจการที่ระบุไว้ใน List B เช่น กิจการผลิต ซ่อมบำรุง จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์ แก๊รมตำรวจแห่งชาติฟิลิปปินส์ เช่น ปืน เครื่องกระสุน ดินปืน ระเบิด อุปกรณ์และสารเคมีสำหรับการทำระเบิด กิจการผลิตและจัดจำหน่ายยาอันตราย กิจการสปา กิจการการพนันทุกประเภท กิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่มีทุนขั้นต่ำน้อยกว่า หรือเท่ากับ 200,000 เหรียญสหรัฐ และ กิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีระดับสูง หรือมีการจ้างพนักงานประจำ อย่างน้อย 50 คน และมีทุนขั้นต่ำน้อยกว่าหรือเท่ากับ 100,000 เหรียญสหรัฐ เป็นต้น

คนต่างด้าวที่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมาย Foreign Investments Act of 1991 นั้น คือ คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบกิจการภายใต้ List A หรือ List B ตาม FINL ซึ่งสัดส่วนการลงทุนของแต่ละประเภทกิจการนั้นจะแตกต่างกันไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ การจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายฟิลิปปินส์ตกอยู่ภายใต้กฎหมาย Corporation Code ซึ่งเฉพาะนิติบุคคลประเภทบริษัท เท่านั้นที่จะประกอบกิจการที่อยู่ภายใต้ List A หรือ List B ตาม FINL ได้ ซึ่งนิติบุคคลจะมีสัญชาติฟิลิปปินส์ตามกฎหมาย Corporation Code จะต้องมีกรรมการหรือผู้ก่อการบริษัทฝ่ายข้างมาก เป็นคนฟิลิปปินส์

3.2.2 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น¹⁵

ประเทศญี่ปุ่นมีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจมากเป็นอันดับต้นๆ ของโลก และเป็นประเทศต้นกำเนิดผลิตภัณฑ์ชั้นนำทางเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมต่างๆ เช่น รถยนต์ อุปกรณ์ อิเล็กทรอนิกส์ เครื่องจักร เหล็กกล้า โลหะนอกกลุ่มเหล็ก เรือ สารเคมี บริษัทใหญ่ของญี่ปุ่น หลายแห่งมีชื่อเสียงไปทั่วโลก เช่น โตโยต้า โซนี่ แคนนอน และฮอนด้า เป็นต้น และผลจากการสำรวจของ The Japan External Trade Organization: JETRO ในเดือนเมษายน 2005 พบว่าบริษัทต่างชาติให้ความสนใจเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นเนื่องจากตลาดญี่ปุ่นเป็นตลาด

¹⁵ นราฤทธิ์ กาแก้ว. อังแล้วเชิงอรรถที่ 11. หน้า 84-89.

ใหญ่ มีศักยภาพในด้านกำลังซื้อสูง และมีเสถียรภาพทางการเมืองและระบบสังคม จากการศึกษา กฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของประเทศญี่ปุ่นนั้น พบว่ามีบทบัญญัติและหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทั้งที่เป็นกฎหมายทั่วไป และกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติเฉพาะ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

3.2.2.1 กฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กฎหมายหลักที่กำกับดูแลหรือควบคุมการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น คือ กฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) ซึ่งตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาได้มีการแก้ไขหลายครั้ง สะท้อนถึงนโยบายในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในแต่ละยุคสมัย จากเดิมที่เข้มงวดและกีดกันไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น เพื่อสงวนอุตสาหกรรมสำคัญไว้ให้กับนักธุรกิจชาวญี่ปุ่น ต่อมาเมื่อมีการพัฒนาอุตสาหกรรมจนทัดเทียมประเทศอุตสาหกรรมชั้นนำ ก็เริ่มผ่อนคลายนโยบายการควบคุมการเข้ามาลงทุนของบริษัทต่างชาติให้น้อยลง กระทั่งต้นทศวรรษ 1990 ญี่ปุ่นเริ่มเข้าสู่ทศวรรษของการถดถอยทางเศรษฐกิจ (Economic recession) ทำให้รัฐบาลต้องปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศอย่างมาก เพื่อช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจที่ถดถอยให้ฟื้นตัว โดยการปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศครั้งใหญ่ได้เกิดขึ้นในปี 1992 ทำให้หลังจากนั้นไม่มีกรณีที่รัฐบาลญี่ปุ่นปฏิเสธการเข้ามาลงทุนของบริษัทต่างชาติโดยอ้างเหตุผลเรื่องความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของสาธารณะและเรื่องเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นทางการเลย

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่นที่จะตกอยู่ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลของกฎหมาย FECL ปรากฏในมาตรา 26 Act no 102 of October 21, 2005 ว่าด้วย คำจำกัดความของการเข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศดังนี้

คำว่า “นักลงทุนต่างด้าว (Foreign investor)” หมายถึง บุคคลใดบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้ที่เข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศตามข้อใดข้อหนึ่งในวรรคสอง

(ก) บังเจกบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น

(ข) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายและอนุบัญญัติของต่างประเทศหรือนิติบุคคลหรือองค์กรอื่นซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐต่างประเทศ

(ค) บริษัทใดซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลในข้อ (ก) หรือข้อ (ข) ไม่รวมสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงสำหรับทุกเรื่องในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติได้แต่ให้รวมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ตามมาตรา 870 วรรคสาม ของกฎหมายบริษัท (กฎหมายเลขที่ 86 ปี 2005) และจำนวนสิทธิออกเสียงตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวง

ซึ่งเป็นหุ้นที่ถือผ่านบริษัทอื่นเท่ากัน หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น รวมกันทั้งหมดหรือสมาชิกทั้งหมดของบริษัทนั้น

(ง) นอกเหนือจากข้อ (ข) และข้อ (ค) แล้ว นิติบุคคลใดหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งมี บุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการ (หมายถึง กรรมการบริษัท หรือบุคคลอื่นซึ่งมีสถานะเท่ากัน) หรือ กรรมการซึ่งมีอำนาจทำการแทนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง

นอกจากนี้ มาตรา 26 (2) ยังให้คำนิยามของคำว่า “การลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น (Inward direct investment, etc.)” ไว้ด้วย โดยหมายความถึงการกระทำใดๆ ที่เข้า ข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(ก) การ ได้มาซึ่งหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัท (ไม่รวมถึงการได้มาโดยผ่าน การโอนจากข้อใดข้อหนึ่งในวรรคแรก และการ ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทซึ่งเป็นหุ้นจดทะเบียนใน ตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา 16 วรรค 2 ของกฎหมายหลักทรัพย์ หรือหุ้นซึ่งกำหนดไว้เป็นพิเศษ โดย กฎกระทรวงซึ่งหมายถึง บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ในข้อ (ข) และข้อ (ค) ด้านล่าง)

(ข) การ โอนหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทซึ่งไม่ได้เป็นบริษัทจดทะเบียนใน ตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งถือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ก่อนที่บุคคลนั้นจะมีสถานะเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนักใน ประเทศญี่ปุ่น (ให้หมายความถึงเฉพาะกรณีที่มีการ โอนหุ้นโดยปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนัก ในประเทศญี่ปุ่นไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ในข้อ (ก) – ข้อ (ง) ในวรรคแรก)

(ค) การ ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ให้หมายถึง เฉพาะกรณีที่สัดส่วนของจำนวนหุ้นของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่ได้มากับจำนวนหุ้น ทั้งหมด ที่บริษัทดังกล่าวได้ออกมา หรือเทียบเท่ากับจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัทดังกล่าว ซึ่งเป็น สัดส่วนที่ถือโดยบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้น ภายหลังการ ได้มาและจำนวนหุ้นที่ถือโดย บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้น ซึ่งถือโดยปัจเจกบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น บริษัทหรือ องค์กรอื่นๆ ให้หมายถึง เฉพาะปัจเจกบุคคล บริษัท องค์กรอื่นๆ ในข้อ (ก) – ข้อ (ง) ใน วรรคแรกเท่านั้น) ซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวงว่ามีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่ถาวร เป็นญาติ หรือ ความสัมพันธ์ในลักษณะพิเศษอื่นๆ กับบุคคลผู้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นที่บริษัทจดทะเบียน ในตลาดหลักทรัพย์ได้ออกมาแล้วทั้งหมด ทั้งนี้ สัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าสัดส่วนที่ กำหนดไว้โดยกฎกระทรวง ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 10

(ง) ความยินยอมที่ให้เพื่อเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งมีลักษณะ เป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญ (สำหรับบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาประกอบธุรกิจ ความยินยอมข้างต้น ให้ หมายความว่าเฉพาะความยินยอม โดยบุคคลที่มีสิทธิออกเสียงหนึ่งในสามหรือมากกว่าของสิทธิ ออกเสียงของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทนั้น)

(จ) การจัดตั้งสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญ (หมายถึง เฉพาะกรณีการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่ระบุไว้) และเป็นการจัดตั้ง สำนักงานสาขา หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ซึ่งดำเนินการโดยบุคคลในข้อ (ก) หรือ ข้อ (ข) ในวรรคแรกเท่านั้น)

(ฉ) การให้นิติบุคคลอื่นยืมเงินเป็นจำนวนเกินกว่าที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ โดยนิติบุคคลดังกล่าวมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น (ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการให้ยืมเงิน โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ หรือธุรกิจด้านการเงินอื่นๆ ที่กฎกระทรวงกำหนดโดยการให้ยืมเงินนั้นเป็นการให้ยืมเงินที่มีความสม่ำเสมอ และการให้ยืมเงินในสกุลเงิน โดยบุคคลในข้อ (ค) และข้อ (ง) ในวรรคแรก) และระยะเวลาที่ให้ยืมนานกว่าหนึ่งปี

(ช) การกระทำอื่นๆ ที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวง ซึ่งเทียบเท่าการกระทำที่กล่าวมาในข้อ (ก) – (ฉ)

ดังนั้น การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่นที่จะต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลโดยกฎหมาย FECL จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ

1. ต้องมีสถานะเป็นนักลงทุนต่างด้าว
2. ต้องเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น โดยสรุปเงื่อนไข ทั้ง 2 ประการได้ดังนี้

เกณฑ์ในการพิจารณา “การเป็นนักลงทุนต่างด้าว” ได้แก่ข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) บังเจกบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศ หรือ
- (2) นิติบุคคล หรือองค์การอื่นที่ตั้งขึ้น โดยกฎหมายต่างประเทศ หรือมีสำนักงานใหญ่อยู่ในต่างประเทศ หรือบริษัทใดๆ ที่มีบุคคลในข้อ (ก) หรือ ในข้อ (ข) ถือหุ้นออกเสียงได้รวมแล้วเท่ากับหรือมากกว่าร้อยละ 50 หรือ
- (3) นิติบุคคล หรือองค์การอื่นใดที่มีบุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการเกินกว่ากึ่งหนึ่ง

เกณฑ์ในการพิจารณา “การเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น”

- (1) ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 10 ของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือ
- (2) ถือหุ้นจำนวนเท่าใดก็ตามของบริษัทที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์
- (3) จัดตั้งสาขา โรงงาน หรือสำนักงานธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น

(4) ให้ความเห็นชอบในการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้น มาในประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีผู้ถือหุ้นต่างชาติหนึ่งในสามหรือมากกว่า

(5) ให้ยืมเงินแก่บริษัทที่จัดตั้งในประเทศเป็นระยะเวลาานกว่าหนึ่งปี และมีจำนวนเงินที่ให้ยืมเกิน 100 ล้านเยน

นอกจากนี้ ยังมีกฎกระทรวงที่ควบคุมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ปี 1980 (Cabinet Order on Inward Direct Investment, Cabinet Order No.261 of October 11,1980) บัญญัติให้อำนาจหน่วยงานที่กำกับดูแลธุรกิจนั้นๆ ที่จะให้คำแนะนำหรือสั่งให้นักลงทุนต่างด้าว นั้น ปรับโครงสร้าง หรือระงับโครงการลงทุนประกอบธุรกิจที่เสนอมาได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่า อาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย หรือเศรษฐกิจของชาติ โดยอุตสาหกรรมที่ต้องแจ้งล่วงหน้าตามที่กล่าว ได้แก่ อุตสาหกรรมเครื่องบิน และชิ้นส่วนเครื่องบิน (aircraft and aircraft parts) อุตสาหกรรมระเบิด และกระสุน (explosive and munitions) อุตสาหกรรมพลังงานอะตอม (atomic power) อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการพัฒนาด้านอวกาศ (space development) และอุตสาหกรรมเกี่ยวกับโทรคมนาคมบางประเภท และเนื่องจาก ญี่ปุ่นเป็นสมาชิกของกลุ่มประเทศ OECD¹⁶ และได้ตั้งข้อสงวนที่จะไม่เปิดให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนเข้ามาในอุตสาหกรรมบางประเภท ได้แก่ เกษตรกรรม ป่าไม้ ประมง เหมืองแร่ น้ำมัน อุตสาหกรรมหนังสือพิมพ์และผลิตภัณฑ์จากหนังสือพิมพ์ และการขนส่งทางทะเล โดยอุตสาหกรรมดังกล่าวจะถูกสงวนไว้เพื่อเหตุผลทางเศรษฐกิจเป็นหลัก แต่มีบางอุตสาหกรรมที่ถูกสงวนเพราะเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศด้วย ทั้งนี้ จะมีการปรึกษาหารือกันอย่างไม่เป็นทางการ (Informal consultation) โดยเจ้าหน้าที่จะใช้อำนาจบริหารทั่วไป ขอให้นักลงทุนต่างด้าวเปลี่ยนแปลง หรือแก้ไขปรับปรุง โครงการลงทุน ให้คำชี้แนะเกี่ยวกับการบริหารงานและการปรับเปลี่ยนแผนธุรกิจ (administrative guidance: gyousei shidou) แล้วจึงมีการแจ้งอย่างเป็นทางการให้หน่วยงานที่กำกับดูแลทราบเพื่อพิจารณาอนุญาตต่อไป

¹⁶ “อนุสัญญาภาษีซ้อนแบบ OECD” : Model Tax Convention on Income and on Capital/ Model Convention with Respect to Taxes on Income and on capital; OECD: Organization for Economic Co-operation and Development องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา โดยพัฒนามาจาก OEEC: Organization for European Economic Co-operation ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อบริหารเงินช่วยเหลือจากสหรัฐอเมริกาและแคนาดา ภายใต้แผนมาร์แชล (Marshall Plan) เพื่อบูรณะฟื้นฟูสภาพเศรษฐกิจและสังคมของยุโรปภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

3.2.2.2 กฎหมายที่บัญญัติเฉพาะ: Act on Nippon Telegraph and Telephone Corporation, etc. 1984

นอกจากกฎหมาย FECL และกฎกระทรวงว่าด้วยการเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ซึ่งตราเป็นกฎหมายทั่วไปแล้ว ประเทศญี่ปุ่นยังมีกฎหมายเฉพาะ (specific law) ที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทของคนต่างด้าว ดังตัวอย่างที่น่าสนใจ คือ กฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (Act on Nippon Telegraph and Telephone Corporation, etc.) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราออกมาบังคับใช้เมื่อ 25 ธันวาคม ค.ศ.1984 แก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดเมื่อ 26 กรกฎาคม ค.ศ.2005 ถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญมากที่สุดของประเทศญี่ปุ่น คือ ธุรกิจโทรคมนาคม (Telecommunication services) เพราะมีมูลค่าทางธุรกิจสูง และเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ โดยกฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มาตรา 6 จำกัดการลงทุนโดยคนต่างด้าวในบริษัท Nippon Telegraph and Telephone (NTT) ไว้ว่า สัดส่วนของสิทธิออกเสียงทั้งหมด (ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม) ของคนต่างชาติในบริษัท NTT จะต้องน้อยกว่าหนึ่งในสาม นอกจากนี้ยังได้มีการจำกัดอำนาจบริหารของคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 10 ดังนี้

1) บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติญี่ปุ่นจะเป็นกรรมการหรือผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัทหรือบริษัทในภูมิภาคไม่ได้ [เนื่องจากองค์กรโทรเลขโทรศัพท์ของประเทศญี่ปุ่นถูกแปรรูปเป็นบริษัทเอกชน 3 บริษัท ได้แก่บริษัท NTT (ซึ่งเรียกว่า “บริษัท”) บริษัท East NTT และ West NTT (ซึ่งเรียกว่า “บริษัทในภูมิภาค”) โดยบริษัท NTT จะถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท East NTT และ West NTT]

2) มติของบริษัทเกี่ยวกับการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการ หรือผู้ตรวจสอบของบริษัทจะยังไม่มีผลผูกพันจนกว่าจะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

3.2.3 กฎเกณฑ์ทางกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย¹⁷

เครือรัฐออสเตรเลียจัดได้ว่าเป็นประเทศที่มีเศรษฐกิจที่แข็งแกร่งที่สุดแห่งหนึ่งของโลก โดยมีเศรษฐกิจระบบเปิดเสรีในการแข่งขันและพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้งอันเป็นผลมาจากการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและการปฏิรูปโครงสร้างที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งการมีภาคเอกชนที่พัฒนาพร้อมรับการแข่งขัน และเพื่อเป็นการตอบรับเศรษฐกิจระบบเปิดเสรีดังกล่าว รัฐบาลออสเตรเลียได้วางแนวทางและกำหนดนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด ประกอบกับได้บัญญัติมาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อใช้บังคับกับการเข้ามาลงทุน

¹⁷ ปิยะนุช โปตะวณิช. (2554). *ตัวแทนอำพราง*. เอกสารรายงานการวิจัยสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน.

ของคนต่างด้าวในเครือรัฐออสเตรเลีย เช่น กฎหมายการจัดตั้งบริษัทและลงทุนในเครือรัฐ ออสเตรเลีย กฎหมายภาษีอากร กฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค กฎหมาย ว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

3.2.3.1 มาตรการทางกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย

มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งใช้ในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในเครือรัฐออสเตรเลีย ได้แก่

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2553

- นโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว (Foreign Investment Policy)

- ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1989 (Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989) เป็นต้น

การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวนี้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง (Australian Treasurer) โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างด้าว (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ของออสเตรเลีย ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา

3.2.3.2 ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว

ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในเครือรัฐออสเตรเลีย สามารถแบ่งได้ ดังนี้

3.2.3.2.1 ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุมัติจากรัฐบาลออสเตรเลีย

เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียให้ความสำคัญพร้อมทั้งมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจขนาดเล็กให้มีการเข้ามาประกอบกิจการในเครือรัฐออสเตรเลีย ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถเข้ามาลงทุนสำหรับธุรกิจขนาดย่อมซึ่งมีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียได้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อน เว้นแต่กรณีที่คนต่างด้าวผู้เข้ามาลงทุนนั้นเป็นรัฐบาลต่างประเทศ จะต้องยื่นคำขออนุมัติต่อรัฐบาลออสเตรเลียเสียก่อน

สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand – Australia Free Trade Agreement หรือ TAFTA) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2548 โดยความตกลงดังกล่าวเป็นไปตามนโยบายสนับสนุนการลงทุนในออสเตรเลียและเปิด

โอกาสให้คนสัญชาติไทยเข้าไปลงทุนอย่างเสรี¹⁸ แต่หากลงทุนเกิน 10 ล้านเหรียญออสเตรเลีย จะต้องขออนุมัติจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างด้าวก่อน

3.2.3.3 ธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐบาล ออสเตรเลีย

3.2.3.3.1 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (national security)

3.2.3.3.2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (national interest)

ซึ่งโดยทั่วไปได้แก่

1) ธุรกิจที่มีความสำคัญสูง (Sensitive Sectors)¹⁹ ในแง่ที่เกี่ยวข้อง หรือมีความสำคัญต่อชุมชน (Community Concern) เช่น

- ธุรกิจการสื่อสารมวลชน (Media) ซึ่งได้แก่ หนังสือพิมพ์รายวัน โทรทัศน์ วิทยุ รวมถึงอินเทอร์เน็ตที่กระจายออกอากาศ หรือแสดงออกมาในรูปแบบเดียวกับการสื่อสารมวลชนไม่ว่าจะมีมูลค่าเท่าใด รวมถึงกรณีการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์หรือที่เรียกว่า Portfolio investment ตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

¹⁸ ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย โดยสามารถกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทธุรกิจที่เอื้อต่อคนสัญชาติไทยที่จะเข้าไปลงทุนตามความตกลงดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1) กลุ่มธุรกิจบริการวิชาชีพ เช่น บริการด้านภาษี บริการสถาปัตยกรรม บริการวิศวกรรม บริการออกแบบและตกแต่งภูมิทัศน์ บริการคอมพิวเตอร์ บริการค้นคว้าวิจัย บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ บริการโฆษณา วิจัยตลาด บริการจัดการและให้คำปรึกษา บริการที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และที่ปรึกษาเทคนิคบริการ หอประชุม บริการถ่ายภาพ บริการถ่ายเอกสาร บริการแปลภาษาบริการ ออกแบบภายใน บริการซ่อมแซม ยานพาหนะ

2) กลุ่มธุรกิจบริการด้านโทรคมนาคม เช่น บริการด้านจดหมายทางอิเล็กทรอนิกส์ บริการวอยซ์เมล บริการให้ข้อมูลผ่านทางออนไลน์ บริการ EDI (Electronic Data Interchange)

3) กลุ่มธุรกิจด้านการก่อสร้าง และที่เกี่ยวข้องกับบริการวิศวกรรม ได้แก่ บริการที่ปรึกษาด้านการก่อสร้าง บริการสร้างอาคาร

4) กลุ่มธุรกิจบริการจัดจำหน่ายสินค้า ได้แก่ บริการตัวแทนขายหน้า บริการค้าปลีกค้าส่ง แฟรนไชส์

5) กลุ่มธุรกิจบริการด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ บริการกำจัดน้ำเสีย บริการให้ความคุ้มครอง ความหลากหลายทางชีวภาพ

¹⁹ Australian Treasurer. (1975). *Prescribed Sensitive Sectors*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [www.firb.gov.au/Australias Foreign Investment Policy_ \(English\).pdf](http://www.firb.gov.au/Australias Foreign Investment Policy_ (English).pdf). [2019, 20 มีนาคม].

- ธุรกิจการโทรคมนาคม (Telecommunications)

- ธุรกิจการคมนาคม (Transport) ซึ่งรวมถึงท่าอากาศยาน การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับท่าเรือหรือท่าอากาศยาน โครงสร้างพื้นฐานของรถไฟ การบินระหว่างประเทศและภายในประเทศ และการให้บริการขนส่งทางเรือต่างๆ ภายในประเทศ หรือการให้บริการขนส่งทางเรือต่างๆ จากต่างประเทศมายังออสเตรเลีย หรือจากออสเตรเลียไปยังต่างประเทศ

- ธุรกิจจัดหาหรืออบรมบุคคลากร การผลิตหรือจัดหาวัสดุ หรือ อุปกรณ์หรือเทคโนโลยีทางการทหารแก่กองทัพทหารแห่งออสเตรเลีย (Australian Defense Force) หรือกองทัพทหารอื่น

- ธุรกิจการผลิตหรือจัดหาสินค้า อุปกรณ์ หรือเทคโนโลยีที่สามารถใช้ในวัตถุประสงค์ทางการทหาร

- การพัฒนา การผลิต การจัดหา หรือการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับระบบเทคโนโลยีและการสื่อสารในด้านรหัสและความมั่นคง

- การสกัดรวมทั้งสิทธิในการสกัดแร่ยูเรเนียม พลูโตเนียม หรือ การปฏิบัติการใดๆ เกี่ยวกับนิวเคลียร์

2) ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

- การครอบครองผลประโยชน์บนที่ดินในตัวเมือง (urban land) รวมถึงผลประโยชน์ที่เกิดจากการจัดการให้เช่าทรัพย์สินแบบลิสซิ่ง (leasing) การจัดหาเงินทุน (Financing) และการแบ่งปันผลกำไร (profit sharing) และการครอบครองผลประโยชน์ในที่ดินในเขตเมืองของบริษัทและทรัสต์ต่างๆ (urban land corporations and trusts)

- การครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัยที่พัฒนาแล้ว (developed non-residential commercial real estate) ในกรณีที่อยู่อสังหาริมทรัพย์อยู่ภายใต้ Heritage listing และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียขึ้นไป

- การครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัยที่พัฒนาแล้ว (developed non-residential commercial real estate) ในกรณีที่อยู่อสังหาริมทรัพย์ไม่อยู่ภายใต้รายชื่อแหล่งมรดก (Heritage listing) และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียขึ้นไป

- การครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับที่พักอาศัย ที่ดินเปล่าในเมือง (vacant urban real estate) และที่ดินที่เป็นที่อยู่อาศัย (residential real estate) เป็นต้น

3. การเข้าครอบครอง (takeover) กิจการต่างด้าว ซึ่งมีบริษัทถูกในออสเตรเลีย หรือมีทรัพย์สินรวมในออสเตรเลียสูงกว่า 200 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียแต่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทรัพย์สินโดยรวมทั่วโลก

4. การลงทุนโดยตรงโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานราชการต่างด้าว (Foreign Government and their related entities)

5. การลงทุนธุรกิจที่ให้บริการอยู่แล้วในเครือรัฐออสเตรเลีย และมีมูลค่ามากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย

6. การลงทุนในธุรกิจใหม่โดยมีมูลค่าทั้งหมดตั้งแต่ 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียขึ้นไป

3.2.3.3.3 ธุรกิจที่มีความสำคัญต่อเครือรัฐออสเตรเลียซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจเข้าไปลงทุนได้อย่างเสรี โดยต้องยื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลียก่อน หรือไม่อาจถือครองหุ้นเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ได้ ได้แก่

- ธุรกิจการธนาคาร โดยจะพิจารณาเป็นกรณีไปตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคาร (Banking Act 1959) และกฎหมายว่าด้วยภาคการเงิน (ผู้ถือหุ้น) (Financial Sector (Shareholdings) Act 1998)

- ธุรกิจการคมนาคม ได้แก่

1) ธุรกิจสายการบิน กรณีสายการบินในประเทศอาจถือครองหุ้นได้ทั้งหมด ในขณะที่เป็นสายการบินระหว่างประเทศ ชาวต่างชาติสามารถถือครองได้ไม่เกินร้อยละ 49 ทั้งนี้ ไม่รวมถึงในกรณีของการลงทุนในสายการบินแควนตัส (Qantas Airways) ซึ่งมีข้อกำหนดแตกต่างออกไปกล่าวคือ เมื่อรวมจำนวนชาวต่างชาติทั้งหมดที่ถือครองหุ้นแล้วในส่วนการให้บริการเส้นทางการบินระหว่างประเทศแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 49 โดยชาวต่างชาติแต่ละรายซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องไม่เกินร้อยละ 25 และสายการบินต่างชาติรวมแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 35

2) ธุรกิจท่าอากาศยาน โดยจะพิจารณาเป็นกรณีไป ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยท่าอากาศยาน (Airport Act 1996) กำหนดให้ชาวต่างชาติถือครองหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49

3) ธุรกิจเรือส่งสินค้า กำหนดให้เรือที่จดทะเบียนในออสเตรเลียต้องมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นชาวออสเตรเลีย ซึ่งอาจเป็นบุคคลทั่วไป หรือบริษัทที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลียก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนการขนส่งทางเรือ (Shipping Registration Act 1981) ด้วย

3.2.3.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 ซึ่งกำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างชาติในเครือรัฐออสเตรเลียกำหนดไว้ว่า รัฐบาลสามารถปฏิเสธคำขอลงทุนของคนต่างด้าวได้ หากการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest)²⁰ แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐบาลพิจารณาตรวจสอบคำขอลงทุนของคนต่างด้าวแล้วเห็นว่า การลงทุนของคนต่างด้าวนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ รัฐบาลจะไม่อนุมัติคำขอลงทุนของคนต่างด้าวซึ่งเป็นไปตามนโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างชาติ

ในการพิจารณาว่ากรณีการขอลงทุนใดขัดต่อผลประโยชน์ของชาตินั้น รัฐบาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุน โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป รวมถึงพิจารณาขอบเขตปัจจัย ความสำคัญที่เกี่ยวข้องและหลากหลายขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการที่มุ่งหมายการลงทุนต่างๆ ในกิจการทั้งหลายที่มีนายจ้างจำนวนมาก หรือมีความสำคัญในด้านของตลาดหุ้นอาจถือว่ามีความสำคัญมากกว่าการลงทุนของกิจการขนาดเล็ก อย่างไรก็ตาม การลงทุนในกิจการขนาดเล็กที่มีทรัพย์สินพิเศษหรือมีความสำคัญทางอุตสาหกรรม อาจถือเป็นปัจจัยในการพิจารณาได้เช่นกัน

นอกจากนั้น ยังมีการนำผลกระทบที่ได้รับจากการลงทุนมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาการลงทุนที่ช่วยเพิ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การพัฒนาความสามารถในการผลิตหรือเทคโนโลยีใหม่ๆ ให้เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ย่อมมีความเป็นไปได้ที่จะถือว่าขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติ

รัฐบาลจึงได้กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมของคนต่างด้าว ซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ ก่อนการลงทุน และภายหลังการลงทุน ดังนี้

1. กรณีก่อนการลงทุน รัฐบาลจะพิจารณาและประเมินคำขอลงทุนของคนต่างด้าวก่อนการเริ่มต้นลงทุนโดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

(ก) ความมั่นคงของรัฐ (National Security)

รัฐบาลจะพิจารณาไปถึงการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถของเครือรัฐออสเตรเลียในการปกป้องผลประโยชน์ในทางยุทธศาสตร์และความมั่นคง โดยรัฐบาลจะ

²⁰ Australian Treasurer. (1975). *National Interest*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: [www.firb.gov.au/...AustraliasForeignInvestmentPolicy_\(English\).pdf](http://www.firb.gov.au/...AustraliasForeignInvestmentPolicy_(English).pdf). [2019, 20 มีนาคม].

อาศัยคำแนะนำจากหน่วยงานความมั่นคงแห่งชาติในการประเมินว่าการลงทุนนั้นก่อให้เกิดประเด็นในด้านความมั่นคงของชาติหรือไม่

(ข) การแข่งขัน (Competition)

แม้รัฐบาลออสเตรเลียสนับสนุนความหลากหลายของการเป็นเจ้าของธุรกิจในด้านอุตสาหกรรมและธุรกิจภาคต่างๆ ในออสเตรเลียเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่สมบูรณ์ แต่รัฐบาลจะพิจารณาคด้วยเสมอว่า การเสนอขอลงทุนนั้นอาจเป็นผลให้ผู้ลงทุนเข้าควบคุมราคาตลาดหรือการผลิตสินค้าหรือการให้บริการในออสเตรเลียได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น รัฐบาลจะพิจารณาอย่างรอบคอบว่าค่าของลงทุนนั้นเกี่ยวกับการทำให้ลูกค้าของผลิตภัณฑ์นั้นๆ สามารถเข้าควบคุมผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ชาวออสเตรเลียที่มีอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวข้องกับผู้ผลิตรายสำคัญ

รัฐบาลอาจพิจารณาตลอดถึงผลกระทบจากธุรกิจการลงทุนที่ได้มีการยื่นเสนอมาในกรณีชดเชย หรือทดแทนกับอุตสาหกรรมทั่วโลกโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาแล้ว เห็นว่าการลงทุนดังกล่าวอาจนำไปสู่การบิดเบือนผลลัพธ์ในการแข่งขันทางการตลาด ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษด้วย คือ การลงทุนนั้นอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เข้าลงทุนเข้าควบคุมการจัดหาผลิตภัณฑ์หรือการให้บริการ โดยรวมทั่วโลกหรือไม่

นอกจากนั้น ยังมีหน่วยงานที่เรียกว่า คณะกรรมการการแข่งขันและการบริโภคแห่งออสเตรเลีย (The Australian Competition and Consumer Commission หรือ ACCC) ที่คอยตรวจ สอบในประเด็นของการแข่งขันตามระบอบนโยบายการแข่งขันของออสเตรเลียโดยการตรวจสอบนี้เป็นอิสระจากระบบการลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย

ค) นโยบายอื่นของรัฐบาลออสเตรเลีย เช่น นโยบายด้านภาษีอากร (Other Australian Government Policies Including Tax)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของค่าของลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อภาษีเงินได้ของออสเตรเลีย รวมถึงต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาลในจุดที่สำคัญทั้งหลาย เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

ง) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน (Impact on the Economy and the Community)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของการลงทุนที่มีต่อเศรษฐกิจทั่วไป โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบของแผนการใดๆ ที่จะเปลี่ยนโครงสร้างของกิจการหากได้เข้ามาประกอบการลงทุนในออสเตรเลีย นอกจากนี้ ยังพิจารณาถึงลักษณะที่แท้จริงของเงินทุนของการเข้ามาประกอบการลงทุน และระดับการเข้าร่วมของชาวออสเตรเลียที่คงอยู่ในกิจการภายหลังจากที่มีการ

ลงทุนของคนต่างด้าวเกิดขึ้น รวมตลอดถึงผลประโยชน์ของลูกจ้าง เจ้าหนี้ และผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมทั้งหลาย

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบาลยังพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะพัฒนาโครงการทำให้แน่ใจได้ว่า ประชาชนชาวออสเตรเลียจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ การลงทุนนั้นควรต้องสอดคล้อง กับเป้าหมายของรัฐบาลที่จะแน่ใจได้ว่าออสเตรเลียยังคงมีผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าหรือวัตถุดิบที่เชื่อถือได้ให้กับลูกค้าในอนาคตอีกด้วย

จ) คุณลักษณะของผู้ลงทุน (Character of the Investor)

รัฐบาลพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะต้องดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสในทางการค้า โดยต้องมีการดำเนินการที่เพียงพอและโปร่งใสตามระเบียบและการกำกับดูแลรัฐบาลต้องพิจารณาตลอดถึงการดำเนินการบริหารจัดการในทางปฏิบัติของผู้ลงทุนต่างด้าวด้วยในกรณีที่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้จัดการกองทุน รวมถึงกองทุนความมั่นคงแห่งชาติ (Sovereign Wealth Funds)²¹ รัฐบาลจะพิจารณาถึงนโยบายการลงทุนของกองทุนและการจัดการสิทธิในการออกเสียง ที่เกี่ยวกับกิจการในเครือรัฐออสเตรเลียที่ได้เสนอไว้ ในส่วนของการได้รับผลประโยชน์ค่าของลงทุนซึ่งมีเจ้าของเป็นคนต่างด้าวหรือควบคุมโดยผู้ลงทุนต่างด้าวที่ได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสและเป็นไปในทางการค้า ย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะก่อให้เกิดประเด็นในเรื่องผลประโยชน์ของชาติ หากเทียบกับค่าของลงทุนที่ไม่มีความโปร่งใส

2. กรณีภายหลังการลงทุน พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 เน้นระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่างๆ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

ก) กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท

ส่วนใหญ่แล้วคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนเป็นรูปแบบธุรกิจที่มีขนาดเล็กมักนิยมจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดโดยจำนวนหุ้น ทั้งนี้ อาจแยกได้เป็นประเด็นต่างๆ ดังนี้

²¹ Sovereign wealth funds หรือ ที่เรียกว่า กองทุนบริหารเงินสำรองภาครัฐ หรือกองทุนความมั่งคั่งแห่งชาติ หรือ กองทุนความมั่นคงแห่งชาติ เป็นกองทุนที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้น โดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากหนึ่งหรือหลายแห่งต่อไปนี้รวมกัน เช่น ส่วนเกินดุลที่กระทรวงการคลังสะสมได้จากการส่งออกสินค้า เม็ดเงินที่ได้จากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจหรือส่วนเกินดุลการชำระเงิน เป็นต้น เป็นกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการบริหารเงินทุนสำรองภาครัฐ เพื่อให้เกิดผลตอบแทนสูงสุดในระยะยาว

- อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power)²² และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดให้อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท หมายความถึงการควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการควบคุมการดำเนินการซึ่งเป็นผลหรือมาจากการจัดการหรือการปฏิบัติไม่ว่าจะมีกฎหมายหรืออำนาจที่เท่าเทียมกันและไม่ว่าจะตั้งอยู่บนกฎหมาย หรือสิทธิที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม

- จำนวนการออกเสียงในหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญ และต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธินั้น²³

- การได้รับผลประโยชน์จากหุ้น ในกรณีนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดไว้ชัดเจนว่า บุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณาตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวด้วย²⁴ โดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าว ได้แก่

1. คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย (spouse) และคู่สมรสที่อยู่ด้วยกัน โดยไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย (de facto partner) ซึ่งอยู่ในความหมายตามที่พระราชบัญญัติการตีความ (Interpretation Act 1901) กำหนดไว้ รวมตลอดถึงบุพการี ญาติ บุตร พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบุคคลนั้น

²² Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 8.

“Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights”

²³ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 9(1).

“For the purposes of this Act, a person is taken to hold a substantial interest in a corporation if the person, alone or together with any associate or associates of the person:

(a) is in a position to control not less than 15% of the voting power in the corporation; or

(b) is in a position to control not less than 15% of the potential voting power in the corporation; or

(c) holds interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation; or

(d) would hold interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation, if shares in the corporation were issued as the result of the exercise of all rights of a kind mentioned in subsection 11(2A).”

²⁴ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 6.

2. บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลนั้น
 3. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่
 4. ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ได้แก่ผู้บริหารของบริษัท
 5. ลูกจ้างหรือผู้ว่าจ้างของบุคคลนั้น
 6. ผู้บริหารในบริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่
 7. ลูกจ้างของบุคคลธรรมดาซึ่งบุคคลนั้นเป็นลูกจ้างอยู่
 8. บริษัทที่กรรมการของบริษัทนั้นมีความคุ้นเคย หรือมีหน้าที่กับบุคคลนั้น ไม่ว่าจะเป็นการหรือไม่เป็นการ ให้ต้องกระทำการตามแนวทาง หรือตามคำสั่งหรือตามที่บุคคลนั้นประสงค์ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท ได้แก่ผู้ที่มีความคุ้นเคยกับกรรมการของบริษัท
 9. บริษัทที่ได้ดำเนินการตามแนวทาง คำสั่ง หรือความประสงค์ของกรรมการบริษัทที่บุคคลนั้นมีความคุ้นเคย หรืออยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องดำเนินการ ไม่ว่าจะเป็นการหรือไม่เป็นการ
 10. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (substantial interest) ทั้งนี้กรณีที่จะถือว่าบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัท คือ เมื่อบุคคลดังกล่าวคนเดียวหรือพร้อมกับบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน²⁵ หาก
 - อยู่ในฐานะที่จะควบคุมจำนวนการออกเสียง (voting power)²⁶ ในบริษัทได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท
 - อยู่ในฐานะที่จะควบคุมสิทธิในการออกเสียง (potential voting power)²⁷ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท
 - ถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท
- ที่ออกจำหน่าย

²⁵ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 9 (1).

“Substantial and controlling interests in corporations.”

²⁶ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 14 (1).

“...voting power in a corporation is a reference to the maximum number of votes that might be cast at a general meeting of the corporation...”

²⁷ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975. Section 14 (2).

“... potential voting power in a corporation is a reference to the voting power in the corporation, on the assumption that the votes that might be cast a general meeting of the corporation ...”

- จะถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ออกจำหน่าย หากหุ้นในบริษัทเหล่านั้นได้ออกโดยผลจากการใช้สิทธิทั้งหลายที่ได้จากการเข้าทำสัญญาเพื่อซื้อหุ้น

11. เมื่อบุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์ หมายถึง บุคคลที่ถือผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัทนั้นๆ

12. บุคคลใดๆ ที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้นๆ

ข) กรณีการลงทุนในหุ้นในตลาดหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทฯ กำหนดให้บุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นสำคัญ (substantial holding) ของบริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มีหน้าที่เปิดเผยการถือครองหุ้นของตน (substantial shareholdings disclosure) โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลีย (Australia Security Exchange หรือ ASX) ภายในเวลา 2 วันทำการถึงการได้มาซึ่งหุ้นสำคัญนั้น โดยหุ้นสำคัญนั้นต้องมีจำนวนร้อยละ 5 หรือมากกว่าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือผลประโยชน์ในบริษัทที่จดทะเบียนนั้น (และให้นับรวมผลประโยชน์ของบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วย) และเมื่อบุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นนั้นกลายเป็นผู้ถือหุ้นสำคัญ (Substantial holder) แล้ว บุคคลนั้นมีหน้าที่บอกกล่าวบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลียภายใน 2 วันทำงาน เมื่อมีการเคลื่อนไหวของหุ้นของตนเพียงแค่อ้อยละ 1 หรือมากกว่านั้น

3.3 วิเคราะห์เปรียบเทียบกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

3.3.1 กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเปิดเสรีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

- ประเทศไทย มีการแบ่งประเภทของธุรกิจของคนต่างด้าวออกเป็น 2 กลุ่ม คือ ธุรกิจควบคุม กับธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม

ก) ธุรกิจควบคุม เป็นธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 บัญชี คือ บัญชีหนึ่ง คือ ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ (ห้ามคนต่างด้าวประกอบโดยเด็ดขาด) บัญชีสอง คือ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (เป็นธุรกิจที่อาจผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี) และบัญชีสาม คือ ธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการ

กับคนต่างด้าว (คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว)

ข) ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม คือ ธุรกิจที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หากคนต่างด้าวธุรกิจเหล่านี้ก็ไม่ต้องขออนุญาต แต่ทั้งนี้ ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุมอาจตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเฉพาะอื่นๆ เช่น กฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ กฎหมายสาธารณสุข หรือกฎหมายโทรคมนาคม

- **สาธารณรัฐฟิลิปปินส์** มีพระราชบัญญัติการลงทุนของชาวต่างชาติ ค.ศ. 1991 (Foreign Investments Act of 1991) มีสาระสำคัญโดยเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถเข้าถือหุ้นในบริษัทหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์ได้โดยเสรี เว้นแต่จะเป็นการประกอบกิจการประเภทที่กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการไว้ใน Foreign Investment Negative List (FINL) โดยคนต่างด้าวจะถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้ ไม่เกินสัดส่วนที่กำหนดไว้ในแต่ละประเภทกิจการ จึงจะเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ได้ และสามารถลงทุนในธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออื่นๆ

การลงทุนจากต่างชาติ ตามนิยามภายใต้ Section 3c ของ The Foreign Investments Act of 1991 นั้น หมายถึง การเข้ามาถือหุ้นในรูปแบบการโอนเงินของต่างชาติเข้ามาลงทุน หรือการโอนสินทรัพย์มาให้แก่คนฟิลิปปินส์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ที่ธนาคารกลางเพื่อประเมินราคาทรัพย์สินนอกเหนือไปจากการโอนเงินตราต่างประเทศ โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะถือหุ้นเกินกว่าที่กำหนดไว้ใน Section 3a เพื่อประกอบกิจการดังระบุไว้ใน List B ตาม The Foreign Investments Act of 1991 ต้องได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนตามที่ The Foreign Investments Act of 1991 โดยที่ FINL กำหนดประเภทกิจการไว้ มีกฎหมายปัจจุบัน คือ The Seventh Regular Foreign Investment Negative List ซึ่งมีผลบังคับเมื่อวันที่ 8 มกราคม 2005 ซึ่งกำหนดประเภทกิจการที่สงวนไว้เป็น 2 ประเภท คือ List A และ List B โดยกำหนดเหตุผลไว้แตกต่างกัน ดังนี้

ก) กิจการที่ระบุไว้ใน List A เป็นกิจการที่สงวนไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะโดยแบ่งเป็น

1. กิจการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลย เช่น กิจการสื่อสารมวลชน กิจการประเพณีวิชาชีพต่างๆ เช่น การประกอบวิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพแพทย์ บัญชี สถาปัตยกรรม กฎหมาย ประมง การค้าปลีกที่มีเงินทุนต่ำกว่า 2,500,000 ล้านดอลลาร์ การทำเหมืองแร่ขนาดเล็ก เป็นต้น

2. กิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้ โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในลำดับต่างๆ กัน

-ไม่เกินร้อยละ 20 ได้แก่ กิจการสื่อสารผ่านเครือข่ายวิทยุ

-ไม่เกินร้อยละ 25 ได้แก่ กิจการจัดหางานเอกชนเพื่อจัดหางานภายในประเทศและต่างประเทศ กิจการพัฒนาสาธารณูปโภคต่างๆ เป็นต้น

-ไม่เกินร้อยละ 30 ได้แก่ กิจการโฆษณา

ข) กิจการใน List B เป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนฟิลิปปินส์ด้วยเหตุผลความมั่นคงความปลอดภัย ด้านศีลธรรม ชีวอนามัย และการคุ้มครองกิจการขนาดกลางและขนาดเล็ก โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้เพียงอัตราเดียว คือ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 ในทุกรายกิจการที่ระบุไว้ใน List B เช่น กิจการผลิต ซ่อมบำรุง จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์แก่กรมตำรวจแห่งชาติฟิลิปปินส์ เช่น ปืน เครื่องกระสุน ดินปืน ระเบิด อุปกรณ์และสารเคมีสำหรับการทำระเบิด กิจการผลิตและจัดจำหน่ายยานอัตราย กิจการสปา กิจการการพนันทุกประเภท กิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่มีทุนขั้นต่ำน้อยกว่า หรือเท่ากับ 200,000 เหรียญสหรัฐ และ กิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่เกี่ยวกับเทคโนโลยีระดับสูง หรือมีการจ้างพนักงานประจำอย่างน้อย 50 คน และมีทุนขั้นต่ำน้อยกว่าหรือเท่ากับ 100,000 เหรียญสหรัฐ เป็นต้น

- ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายหลักที่กำกับดูแลหรือควบคุมการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น คือ กฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) และนอกจากประเทศญี่ปุ่นมีกฎกระทรวงว่าด้วยการเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ซึ่งตราเป็นกฎหมายทั่วไปแล้ว ประเทศญี่ปุ่นยังมีกฎหมายเฉพาะ (specific law) ที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทของคนต่างด้าว ดังตัวอย่างที่น่าสนใจ คือ กฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย (Act on Nippon Telegraph and Telephone Corporation, etc) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราออกมาบังคับใช้เมื่อ 25 ธันวาคม ค.ศ.1984 แก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดเมื่อ 26 กรกฎาคม ค.ศ.2005 ถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญมากที่สุดของประเทศญี่ปุ่น คือ ธุรกิจโทรคมนาคม (Telecommunication services) เพราะมีมูลค่าทางธุรกิจสูง และเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ โดยกฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มาตรา 6 จำกัดการลงทุนโดยคนต่างด้าวในบริษัท Nippon Telegraph and Telephone (NTT) ไว้ว่า สัดส่วนของสิทธิออกเสียงทั้งหมด (ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม) ของคนต่างชาติในบริษัท NTT จะต้องน้อยกว่าหนึ่งในสาม

- เครือรัฐออสเตรเลีย มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) นโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว (Foreign Investment Policy) และระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการได้มาและการยึด

ครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1989 (Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989) โดยมีการแบ่งประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวดังนี้

ก) ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาต เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียให้ความสำคัญและ มีนโยบายสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจขนาดเล็กให้มีการเข้ามาประกอบกิจการในเครือรัฐ ออสเตรเลีย ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถเข้ามาลงทุนสำหรับธุรกิจขนาดย่อมซึ่งมีมูลค่าการลงทุน น้อยกว่า 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียได้ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อน เว้นแต่กรณีที่คนต่างด้าว ผู้เข้ามาลงทุนนั้นเป็นรัฐบาลต่างประเทศ จะต้องยื่นคำขออนุมัติต่อรัฐบาลออสเตรเลียเสียก่อน

สำหรับประเทศไทยนั้นได้เข้าทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand – Australia Free Trade Agreement หรือ TAFTA) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2548 โดยความตกลงดังกล่าวเป็นไปตามนโยบายสนับสนุนการลงทุนในเครือรัฐออสเตรเลียและเปิด โอกาสให้คนสัญชาติไทยเข้าไปลงทุนอย่างเสรี แต่หากลงทุนเกิน 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย จะต้องขออนุมัติจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างด้าวก่อน

ข) ธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐบาลออสเตรเลีย

1. ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (national security)
2. ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (national interest) ซึ่งโดยทั่วไป

ได้แก่

1) ธุรกิจที่มีความสำคัญสูง (Sensitive Sectors) ในแง่ที่เกี่ยวข้อง หรือมี ความสำคัญต่อชุมชน (Community Concern) เช่น ธุรกิจการสื่อสารมวลชน (Media) ซึ่งได้แก่ หนังสือพิมพ์รายวัน โทรทัศน์ วิทยุ รวมถึงอินเทอร์เน็ตที่กระจายออกอากาศ หรือแสดงออกมาใน รูปแบบเดียวกับ การสื่อสารมวลชนไม่ว่าจะมีมูลค่าเท่าใด รวมถึงกรณีการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ หรือที่เรียกว่า Portfolio investment ตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป ธุรกิจการโทรคมนาคม (Telecommunications) ธุรกิจการคมนาคม (Transport)

2) ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

3) การเข้าครอบครอง (takeover) กิจการต่างด้าว ซึ่งมีบริษัทลูกในเครือรัฐ ออสเตรเลีย หรือมีทรัพย์สินรวมในเครือรัฐออสเตรเลียสูงกว่า 200 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย แต่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทรัพย์สินโดยรวมทั่วโลก

4) การลงทุนโดยตรงโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานราชการต่างด้าว (Foreign Government and their related entities)

5) การลงทุนธุรกิจที่ให้บริการอยู่แล้วในเครือรัฐออสเตรเลีย และมีมูลค่า มากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย

6) การลงทุนในธุรกิจใหม่โดยมีมูลค่าทั้งหมดตั้งแต่ 10 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

3. ธุรกิจที่มีความสำคัญต่อเครือรัฐออสเตรเลียซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจเข้าไปลงทุนได้อย่างเสรี โดยต้องยื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลียก่อน หรือไม่อาจถือครองหุ้นเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ได้ ได้แก่ ธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจการคมนาคม ธุรกิจสายการบิน ธุรกิจท่าอากาศยาน หรือธุรกิจเรือส่งสินค้า เป็นต้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎเกณฑ์การเปิดเสรีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ประเทศญี่ปุ่น หรือเครือรัฐออสเตรเลีย กับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยแล้ว จะพบว่าทุกประเทศให้เสรีในการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวโดยมีขอบเขตจำกัด ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองการประกอบธุรกิจของประชาชนของประเทศนั้นๆ เนื่องจากแต่ละประเทศต่างมีข้อจำกัดด้านทรัพยากรทางเศรษฐกิจ แต่ในส่วนของรายละเอียดในกฎเกณฑ์ของแต่ละประเทศอาจมีบทบัญญัติที่แตกต่างกันบ้างในส่วนของการจัดประเภท หรือแบ่งประเภทของธุรกิจของคนต่างด้าวออกเป็นกลุ่มแตกต่างกัน ตัวอย่างเช่น ธุรกิจควบคุม ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยมีการแบ่งธุรกิจควบคุมออกเป็นสามบัญชี คือ บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ (ห้ามคนต่างด้าวประกอบโดยเด็ดขาด) บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (เป็นธุรกิจที่อาจผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี) และบัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว (คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว) ซึ่งมีลักษณะคล้ายๆ กันกับกฎเกณฑ์ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ โดยมีการแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น List A กับ List B ซึ่ง List A มีลักษณะคล้ายกันกับบัญชีหนึ่งท้าย พ.ร.บ. ของประเทศไทยซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด เพียงแต่ List A ของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์มีการแบ่งกิจการออกเป็นกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบอย่างเด็ดขาด กับกิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้ด้วยการกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นทุนของคนต่างด้าวไว้เป็นลำดับที่แตกต่างกัน ส่วน List B มีลักษณะคล้ายกันกับบัญชีสอง หรือบัญชีสาม ท้าย พ.ร.บ. ของประเทศไทย ซึ่งให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจบางอย่างได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาต เพียงแต่ List B ได้กำหนดกิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้ด้วยการกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นทุนของคนต่างด้าวไว้เพียง

อัตราเดียว สำหรับกฎเกณฑ์ของเครื่องรัฐออสเตรเลียนั้น ได้มีการแบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็น ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาต กับธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐบาล

3.3.2 การกำหนดค่านิยมคนต่างด้าว

- ประเทศไทย มีการกำหนดค่านิยมคนต่างด้าว ไว้ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

จากค่านิยมในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในส่วนของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า บุคคลดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลซึ่งไม่ได้รับสัญชาติไทยโดยการเกิด และโดยขอแปลงสัญชาติ ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508

ส่วนกรณีคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น หมายถึง นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และนอกจากนี้ยังหมายถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีลักษณะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 (3) (4) ด้วย

- สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ Section 3a ของ Foreign Investments of Act of 1991 [Republic Act No. 7042] ได้ให้นิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” (Philippines national) หมายถึง

- 1) บุคคลธรรมดาสัญชาติฟิลิปปินส์
- 2) ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมที่พลเมืองฟิลิปปินส์เป็นเจ้าของทั้งหมด
- 3) บริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศแต่จดทะเบียนเข้าทำธุรกิจในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์

ภายใต้ The Corporation Code ซึ่งเงินทุน 100% เป็นของคนฟิลิปปินส์และคนฟิลิปปินส์ มีสิทธิออกเสียง

4) บริษัทซึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฟิลิปปินส์โดยมีคนฟิลิปปินส์ถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 60 และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท

5) บริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้องถือหุ้นโดยคนฟิลิปปินส์อย่างน้อยร้อยละ 60 ของหุ้นที่จำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมดและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท และกรรมการของบริษัทต้องเป็นคนฟิลิปปินส์อย่างน้อยร้อยละ 60

กรณีคนต่างด้าวประสงค์จะลงทุนในรูปแบบบริษัท มีกฎหมายที่ต้องพิจารณา โดยเฉพาะ คือ The Corporation Code of the Philippines [Batas Pambansa Blg. 68] ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “บริษัทต่างชาติ” หมายถึง องค์กรธุรกิจหนึ่งที่ตั้ง จัดตั้ง หรือมีสถานะอยู่ภายใต้กฎหมายใดๆ นอกเหนือจากกฎหมายฟิลิปปินส์ และต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตให้พลเมืองและบริษัทฟิลิปปินส์เข้าไปทำธุรกิจในประเทศนั้นได้ บริษัทต่างชาติจะมีสิทธิประกอบธุรกิจในประเทศฟิลิปปินส์ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้แล้ว และมีหนังสือรับรองอำนาจจากหน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง

-ประเทศญี่ปุ่น มีการกำหนด คำว่า “นักลงทุนต่างด้าว (Foreign investor)” หมายถึง บุคคลใดบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้ที่เข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศตามข้อใดข้อหนึ่งในวรรคสอง

(ก) บังคับบุคคล ซึ่ง ไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น

(ข) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายและอนุบัญญัติของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลหรือองค์กรอื่นซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐต่างประเทศ

(ค) บริษัทใดซึ่งมีส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลในข้อ (ก) หรือข้อ (ข) ไม่รวมสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงสำหรับทุกเรื่องในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติได้ แต่ให้รวมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ตามมาตรา 870 วรรคสาม ของกฎหมายบริษัท (กฎหมายเลขที่ 86 ปี 2005) และจำนวนสิทธิออกเสียงตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวง ซึ่งเป็นหุ้นที่ถือผ่านบริษัทอื่นเท่ากัน หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นรวมกันทั้งหมดหรือสมาชิกทั้งหมดของบริษัทนั้น

(ง) นอกเหนือจากข้อ (ข) และข้อ (ค) แล้ว นิติบุคคลใดหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งมีบุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการ (หมายถึง กรรมการบริษัท หรือบุคคลอื่นซึ่งมีสถานะเท่ากัน) หรือกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการแทนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง

- เครือรัฐออสเตรเลีย มีการกำหนดนิยามคนต่างด้าวให้หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในเครือรัฐออสเตรเลีย หรือบริษัท (นอกเหนือจากบริษัทต่างด้าว) ซึ่งบุคคลธรรมดาไม่มีถิ่นที่อยู่ในเครือรัฐออสเตรเลียหรือบริษัทต่างด้าวถือหุ้นทั้งหมดหรือส่วนมากอยู่ รวมถึงบริษัท

(นอกเหนือจากบริษัทต่างด้าว) ที่มีบุคคล 2 คน หรือมากกว่า โดยคนใดคนหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดา ไม่มีถิ่นที่อยู่ในเครือรัฐออสเตรเลีย หรือบริษัทต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยรวมทั้งหมดหรือส่วนมากอยู่

จากการศึกษานิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นของ สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ประเทศญี่ปุ่น หรือเครือรัฐออสเตรเลีย ต่างก็มีการนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้รวมถึงทั้งสัดส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าว และพิจารณาถึงหุ้นที่มีอำนาจออกเสียง ลงคะแนนได้ด้วย ตัวอย่างเช่น คำนิยามของคำว่า “คนฟิลิปปินส์” ในส่วนของนิติบุคคลนั้น มีการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ไว้ คือ ในบริษัทธรรมดา ที่มีได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบและมีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลได้ไม่เกินร้อยละสิบของหุ้นที่เป็นทุนทั้งหมด ส่วนนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 (3) หรือ (4) ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยนั้น จะพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลแต่เพียงอย่างเดียว ว่านิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งของบริษัทหรือไม่ โดยมีได้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นดังเช่นของต่างประเทศ นอกจากนี้ เกณฑ์การพิจารณาคำว่า “คนต่างด้าว” ของประเทศญี่ปุ่น ยังมีการห้ามบุคคลต่างด้าวเป็นกรรมการบริษัทด้วย

3.3.3 การควบคุมตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

- **ประเทศไทย** หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 กำหนดไว้เฉพาะเรื่องการถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทเท่านั้น มิได้มีการกำหนดไปถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทด้วย ทำให้การควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้ความสำคัญในการตรวจสอบเฉพาะด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น

- **สาธารณรัฐฟิลิปปินส์** ตาม The Foreign Investment Act 1991 นั้น มีการควบคุมทั้งความเป็นเจ้าของกิจการ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าว รวมทั้งได้กำหนดไปถึงเรื่องสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ด้วย

- **ประเทศญี่ปุ่น** จากการศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่มีการกำกับหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีคำนิยามของคำว่า “นักลงทุนต่างด้าว” ให้หมายความรวมถึงบริษัทซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศ

ญี่ปุ่น หรือบริษัทซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้นิติบุคคลต่างประเทศ และหากนิติบุคคลใดมีบุคคลต่างชาติเป็นกรรมการ ก็ให้ถือว่าเป็นนักลงทุนต่างด้าวด้วย

- **เครือรัฐออสเตรเลีย** ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างชาติในเครือรัฐออสเตรเลีย โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว รวมถึงตัวแทนอำพรางซึ่งจะพิจารณาถึงในกรณีทั้งก่อนการลงทุนและภายหลังจากที่ได้ลงทุน โดยเฉพาะภายหลังจากการลงทุนที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท จำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างชาติ ค.ศ.1975 มากำหนดระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่างๆ เช่น การกำหนดอำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท ผู้ได้รับผลประโยชน์จากหุ้นและบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้น

การควบคุมตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น หรือเครือรัฐออสเตรเลีย มีการควบคุมตรวจสอบทั้งความเป็นเจ้าของกิจการ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าว โดยมีการกำหนดรวมไปถึงเรื่องสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นๆ ด้วย แต่ตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้เฉพาะเรื่องการถือหุ้น อันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทเท่านั้น มิได้มีการกำหนดไปถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทดังเช่นของต่างประเทศ ทำให้การควบคุมตรวจสอบตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวของประเทศไทยเป็นการให้ความสำคัญในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศกับประเทศไทยแล้ว ผู้วิจัยพบว่า หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ญี่ปุ่น หรือเครือรัฐออสเตรเลีย ต่างก็มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายๆ กันกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย แต่ที่ผู้วิจัยพบความแตกต่างระหว่างกฎหมายของต่างประเทศกับประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและส่งผลกระทบต่อการใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือ กฎเกณฑ์การควบคุมตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ จะให้ความสำคัญกับการควบคุมตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของธุรกิจควบคู่กัน

ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ของประเทศไทยนั้น ให้ความสำคัญในการควบคุมตรวจสอบเฉพาะด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของธุรกิจ ตามมาตรา 4 เท่านั้น ซึ่งความแตกต่างในส่วนนี้ถือเป็นปัญหาสำคัญโดยผู้วิจัยจะขออธิบาย ในบทที่ 4 ต่อไป