

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีผู้ซื้อจีน (ล้งจีน)

จากบทที่ 1 ธุรกิจผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) มีความเกี่ยวข้องข้องกับกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อันเป็นกฎหมายกลางที่มีหน้าที่กำกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยได้กำหนดประเภทธุรกิจที่ควบคุมไว้ในบัญชีท้ายของพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งประกอบด้วยประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการ หรือธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถประกอบการได้ก็ต่อเมื่อได้รับอนุญาต

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามลักษณะการดำเนินการของการประกอบธุรกิจของผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) แล้ว จะพบปัญหาการประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

การที่ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) เข้ามารับซื้อผลไม้ (สินค้าเกษตร) ในประเทศไทย โดยทำสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ประกอบการกับเกษตรกรเจ้าของสวนผลไม้แบบวิธีการซื้อเหมาทั้งสวน มีการกำหนดราคารับซื้อและคุณภาพของผลไม้ไว้ว่าจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานที่ได้ตกลงกัน ทั้งนี้ กระบวนการเริ่มต้นจะเริ่มตั้งแต่การเข้าไปควบคุมดูแลการปลูก การดูแลรักษา รวมถึงการเก็บเกี่ยวผลผลิต และมีการตั้งโรงคัดแยกผลผลิตเพื่อบรรจุหีบห่อก่อนไปจำหน่ายในต่างประเทศ รวมถึงจำหน่ายในประเทศไทย จะเป็นการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามบัญชีท้ายของพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ แยกวิเคราะห์ได้ดังนี้

4.1.1 กรณีที่ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้จากเกษตรกรมาคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุ เพื่อส่งออกไปขายยังสาธารณรัฐประชาชนจีน แต่มีการนำผลไม้ที่ไม่ผ่านการคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุบางส่วนขายในประเทศไทย

การที่ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้จากเกษตรกรมาคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุ เพื่อส่งออกไปขายยังสาธารณรัฐประชาชนจีน แต่มีการนำ

ผลไม้ที่ไม่ผ่านการคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุบางส่วนขายในประเทศไทย กรณีที่ผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) นำผลไม้ที่ไม่ผ่านการคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุบางส่วนขายในประเทศไทยนั้น ถือได้ว่าผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) ได้ประกอบธุรกิจการค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์ หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ตามบัญชีสาม (13)¹ ซึ่งผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามมาตรา 8 (3)² ทั้งนี้ หากผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ โดยไม่ได้รับอนุญาตดังกล่าวจะมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลมีอำนาจสั่งให้เลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี และหากผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) ยังคงฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ตามมาตรา 37³

4.1.2 กรณีที่ผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้จากเกษตรกรมาคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุ เพื่อส่งไปยังสาธารณรัฐประชาชนจีน

การที่ผู้ซื้อจีน (ลิ่งจิ้น) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้จากเกษตรกรมาคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุ เพื่อส่งออกไปยังสาธารณรัฐประชาชนจีนเอง กรณีนี้ถือว่าการให้บริการบริษัทแม่ในต่างประเทศ ตามธุรกิจบริการบัญชีสาม (21)⁴ และไม่เป็นธุรกิจบริการที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามกฎกระทรวง

¹ บัญชีสาม (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายในประเทศ

² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 8 ภายใต้อำนาจมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12.

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 37.

“คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

⁴ บัญชีสาม (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

กำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556 และ กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการประกอบธุรกิจของสำนักงานผู้แทน โดยผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของ คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 8 (3) เช่นเดียวกัน หากฝ่าฝืนก็จะมีโทษ จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลมี อำนาจสั่งให้เลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี และหากผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ยังคงฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละ หนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ทั้งนี้ ตามมาตรา 37

นอกจากนี้ กรณีตาม 4.1.2 ยังรวมถึงกรณีผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ได้รับแจ้งคัดกรองคุณภาพและ ขนาดบรรจุผลไม้ที่ปลูกในประเทศไทยให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่น ก็ถือว่าเป็นการบริการ ตามธุรกิจบริการบัญชีสาม (21) เช่นเดียวกัน โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจ การค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 8 (3)

4.1.3 กรณีที่ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้ จากเกษตรกรในประเทศไทยแล้วส่งออกไปขายในต่างประเทศทั้งหมด รวมถึงกรณีที่ได้คัดกรอง คุณภาพและขนาดบรรจุเพื่อให้เป็นไปตามมาตรฐานที่กำหนดก่อนการส่งออก

กรณีที่ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ด้วยการรับซื้อผลไม้จากเกษตรกร ในประเทศไทยแล้วส่งออกไปขายในต่างประเทศทั้งหมดนั้น ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจส่งออก ซึ่งไม่อยู่ภายใต้การกำกับตามบัญชีธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) จึงไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายฉบับนี้

ทั้งนี้ กรณีผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ได้คัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุของผลไม้เพื่อให้เป็นไป ตามมาตรฐานที่กำหนดก่อนการส่งออก ถือว่าขั้นตอนการคัดกรองคุณภาพและขนาดบรรจุของ ผลไม้ชิ้นนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการส่งออก จึงสามารถกระทำการดังกล่าวได้โดยไม่ต้องขออนุญาต ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกัน

อนึ่ง การประกอบธุรกิจของผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ที่เข้ามารับซื้อผลไม้ (สินค้าเกษตร) ในประเทศไทยโดยทำสัญญาซื้อขายระหว่างผู้ประกอบการกับเกษตรกรเจ้าของสวนผลไม้แบบ วิธีการซื้อเหมาทั้งสวน มีการกำหนดราคารับซื้อและคุณภาพของผลไม้ไว้ว่าจะต้องเป็นไปตาม มาตรฐานที่ได้ตกลงกัน ซึ่งตามข้อ 4.1.1 - 4.1.2 ถือเป็นการประกอบธุรกิจการค้าภายในเกี่ยวกับ ผลิตภัณฑ์ หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ตามบัญชีสาม (13) หรือ ถือเป็นการให้บริการบริษัทแม่ในต่างประเทศ ตามธุรกิจบริการบัญชีสาม (21) และไม่เป็นธุรกิจ

บริการที่ได้รับการยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556 และ กฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2560 ซึ่งจะต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตการประกอบธุรกิจของสำนักงานผู้แทน โดยทั้งสองกรณีดังกล่าว ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 8 (3) หากฝ่าฝืนจะมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลมีอำนาจสั่งให้เลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณีและหากยังคงฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ ตามมาตรา 37 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

4.2 ปัญหากฎหมายกรณีผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายในประเทศไทย แต่ได้ดำเนินธุรกิจโดยใช้คนไทยเป็นตัวแทนอำพราง หรือนอมินี (Nominee)

เนื่องจากบทนิยามในมาตรา 4 (3) และ (4)⁵ ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่มีการบัญญัติถึงสัดส่วนผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าวฝ่ายข้างมากในนิติบุคคลไทย ทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาบริหารจัดการนิติบุคคลสัญชาติไทยได้ เช่น นิติบุคคลไทยที่มีคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ถือหุ้นทั้งหมดและผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าวนั้นถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน นิติบุคคลนี้จะเป็นนิติบุคคลไทยเพราะไม่เข้าองค์ประกอบของนิยามคำว่า คนต่างด้าว ตามมาตรา 4 (3) และ (4) ทำให้ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) เห็นช่องว่างของกฎหมายนี้ด้วยการจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย แต่จัดให้มีการลงทุนดังนี้

⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 4.

“ในพระราชบัญญัตินี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคล”

1. จำนวนทุนจดทะเบียนเท่าใดก็ได้ไม่มีข้อจำกัด
2. จำนวนหุ้นที่เป็นทุนจดทะเบียนนั้น คนต่างด้าวต้องลงทุนมีมูลค่าไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ของทุนทั้งหมด และเป็นของคนสัญชาติไทย 51 เปอร์เซ็นต์
3. จำนวนผู้ถือหุ้นมีคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนสัญชาติไทย
4. การจัดการบริษัทจำกัดมีการกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นผู้เข้าร่วมประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้นใช้สิทธิลงมติโดยการลงคะแนนเสียงด้วยวิธีการชুমือ ทำให้การนับคะแนนสามารถนับผู้ถือหุ้นที่เข้าร่วมประชุมแต่ละคนมีหนึ่งคะแนน และในข้อบังคับมีการกำหนดห้ามมิให้มีการลงมติโดยการลงคะแนนแบบลับ ทั้งนี้ เพราะการลงคะแนนแบบลับ การนับคะแนนจะนับตามจำนวนหุ้นที่ถือ คือ หนึ่งหุ้นต่อหนึ่งคะแนน ซึ่งการกำหนดข้อบังคับของบริษัทในลักษณะนี้สามารถทำได้ เพราะมิได้ฝ่าฝืนต่อมาตรา 1182⁶ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

การลงคะแนนในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งสามารถออกเสียงคะแนนเป็นเสียงข้างมากและสามารถลงมติเพื่อบริหารจัดการบริษัทได้ตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งยังสามารถลงมติเพื่อเลือกผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวเป็นกรรมการบริหารบริษัทได้ตามมาตรา 1150⁷ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น แม้ว่าคนต่างด้าวจะเลือกคนต่างด้าวเป็นกรรมการบริหารบริษัททั้งหมด แต่บริษัทดังกล่าวยังคงเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยแต่บริหารโดยคนต่างด้าว ทำให้สามารถประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ให้คนไทยได้ทุกประเภทเนื่องจากนิติบุคคลดังกล่าวไม่ใช่คนต่างด้าว ตามมาตรา 4 (3) และ (4) ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากกรณีข้างต้น ทำให้ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) สมคบกับคนไทยเพื่อถือประโยชน์จากการเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยโดยไม่ต้องขออนุญาตประกอบกิจการในธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามด้วยการใช้สภาพนิติบุคคลไทยกระทำการแทนคนต่างด้าว อันเป็นการหลีกเลี่ยงข้อกำหนดที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยตรงอำพรร่างผู้ถือหุ้นที่แท้จริงหรือเรียกว่า “Nominee” เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำที่ผิดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1182 บัญญัติว่า “ในการลงคะแนนโดยวิธีชুমือนั้น ท่านให้นับว่าผู้ถือหุ้นทุกคนที่มาประชุมเองหรือมอบฉันทะให้ผู้อื่นมาประชุมแทนมีเสียงหนึ่งเป็นคะแนน แต่ในการลงคะแนนลับท่านให้นับว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียง เสียงหนึ่งต่อหุ้นหนึ่งที่ตนถือ”

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 1150 บัญญัติว่า “ผู้เป็นกรรมการจะพึงมีจำนวนมากน้อยเท่าใด และจะพึงได้บำเหน็จเท่าใดให้สุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่จะกำหนด”

การใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยตรงเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง เป็นวิธีการที่คนต่างด้าวนิยมทำกันมากรวมถึงผู้ซื้อจีน (สั่งจีน) โดยคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง จะใช้วิธีการหาบุคคลสัญชาติไทยหรือบริษัทนิติบุคคลไทยเข้ามาถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ หรือมากกว่าในบริษัทของบุคคลต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทยซึ่งห้ามคนต่างด้าว ซึ่งผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวดังกล่าวจะเป็นแค่เพียงผู้ถือหุ้นนิตินัยเท่านั้น แต่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการหรือไม่ได้รับส่วนแบ่งทางผลประโยชน์แต่อย่างใด เช่น ในกรณีของบริษัททุกหลายแก้ว ซึ่งนอกจากจะมีการจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นของคนไทยแล้ว ผู้ถือหุ้นคนไทย 2 ราย ที่ถือหุ้นรวมกัน 51 เปอร์เซ็นต์ กลับได้รับเงินปันผลแค่ร้อยละ 3 ของเงินลงทุนเท่านั้น ซึ่งเป็นอัตราที่ต่ำกว่าการลงทุนในทรัพย์สินที่มีความเสี่ยงน้อยกว่า เช่น พันธบัตรรัฐบาลที่มีอัตราผลตอบแทนมากกว่าร้อยละ 4 ดังนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวของบริษัทจึงแสดงให้เห็นว่า ผู้ถือหุ้นคนไทยอาจเป็นเพียงผู้ถือหุ้นแทนผู้ถือหุ้นต่างด้าวเท่านั้น⁸

การหลีกเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวโดยใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง มี 2 กรณี

1. กรณีนำบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยให้มีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยที่คนไทยหรือบริษัทนิติบุคคลไทยนั้นไม่มีสิทธิในการบริหารจัดการบริษัทและไม่มีส่วนได้เสียในผลกำไรขาดทุนของบริษัท ซึ่งบริษัทดังกล่าวนี้จะประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการในประเทศไทย

2. กรณีตั้งบริษัทใหม่อีกบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่มีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยหรือบริษัทนิติบุคคลไทยถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพื่อให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพียงอย่างเดียว เช่น การนำเอาบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่เข้าไปถือหุ้นในบริษัทรายอื่น และใช้บริษัทรายอื่นประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวต้องห้าม เพราะเมื่อบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยหรือบริษัทนิติบุคคลไทยถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ บริษัทใหม่ก็ถือว่าเป็นบริษัทนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (เพียงแต่ทำหน้าที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว) และเมื่อบริษัทใหม่เข้าไปถือหุ้น 51 เปอร์เซ็นต์ในบริษัทรายอื่น บริษัทรายอื่นนั้นก็ได้ออมเป็นบริษัทนิติบุคคลไทยเช่นเดียวกัน

จากกรณีดังกล่าว ทำให้ผู้ซื้อจีน (สั่งจีน) อาศัยช่องว่างของกฎหมายโดยใช้คนไทยถือหุ้นแทนโดยไม่ต้องขออนุญาตประกอบกิจการ ซึ่งความจริงแล้วธุรกิจของผู้ซื้อจีน (สั่งจีน) ถือเป็น

⁸ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุฉนิพร ทวรรณกุล, สถิติ อาชวานันทกุล. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 17. หน้า 55.

ธุรกิจที่จะต้องขออนุญาตตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะบัญชีสองและบัญชีสามมีปัญหาค่อนข้างมาก เพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว แต่ในความเป็นจริงพบว่า ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย เป็นต้น

จากการศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่มีการกำกับหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีคำนิยามของคำว่า “นักลงทุนต่างด้าว” ให้หมายความรวมถึง บริษัทซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลที่ไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น หรือบริษัทซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้นิติบุคคลต่างประเทศ และหากนิติบุคคลใดมีบุคคลต่างชาติเป็นกรรมการ ก็ให้ถือว่าเป็นนักลงทุนต่างด้าวด้วย

กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ว่า The Foreign Investment Act 1991 จะมีการบัญญัติกฎหมายซึ่งมีลักษณะคล้ายกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ของไทย เช่น การกำหนดนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” หรือการกำหนดประเภทกิจการที่จำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตาม Foreign Negative List เหมือนกับการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” และการกำหนดบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ก็ตาม แต่ในเรื่องของรูปแบบการควบคุมนั้น จะเห็นได้ว่า ตาม The Foreign Investment Act 1991 นั้นมีการควบคุมทั้งความเป็นเจ้าของกิจการ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าว รวมทั้งได้กำหนดไปถึงเรื่องสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ด้วย แต่ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ของไทยนั้น มีเพียงการควบคุมด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของนิติบุคคลเท่านั้น

นอกจากนี้ แม้บทบัญญัติของ The Foreign Investment Act 1991 จะไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือหุ้นแทนไว้โดยตรง แต่มีการบัญญัติให้การกระทำใดๆ ก็ตามที่ฝ่าฝืน The Foreign Investment Act 1991 ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของคนชาติฟิลิปปินส์เอง หรือเป็นการกระทำของคนต่างด้าว รวมไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้นๆ ด้วย

ซึ่งการบัญญัติตาม The Foreign Investment Act 1991 นั้นเป็นการบัญญัติความผิดไว้อย่างกว้าง ทั้งเมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” ประกอบด้วยแล้ว ย่อมวิเคราะห์ได้ว่า ในการควบคุมการประกอบธุรกิจ โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวก็ตามในองค์กรธุรกิจ หรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์นั้น มิได้มุ่งกำกับและจำกัดเพียงแต่ความเป็นเจ้าของในรูปของการถือหุ้น (Equity) เท่านั้น แต่ยังคงครอบคลุมไปถึงการมีอำนาจบริหารจัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย

ส่วนกฎหมายของเครือรัฐออสเตรเลีย ได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างชาติในเครือรัฐออสเตรเลียไว้หลายฉบับ โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของเครือรัฐออสเตรเลีย (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้น โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา โดยแบ่งประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในเครือรัฐออสเตรเลียออกเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลออสเตรเลีย และธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำเสนอขออนุญาตต่อรัฐบาลออสเตรเลีย เช่น ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงชาติ (National Security) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest) เป็นต้น โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว รวมถึงตัวแทนอำพรางซึ่งจะพิจารณาถึงในกรณีทั้งก่อนการลงทุนและภายหลังจากที่ได้ลงทุน โดยเฉพาะภายหลังการลงทุนที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท จำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างชาติ ค.ศ. 1975 มากำหนดระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่างๆ เช่น การกำหนดอำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท ผู้ได้รับผลประโยชน์จากหุ้นและบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้น เป็นต้น

ผู้วิจัยเห็นว่า กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นของสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ประเทศญี่ปุ่น หรือเครือรัฐออสเตรเลีย ต่างก็ให้ความสำคัญกับการตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ให้ความสำคัญเฉพาะในการตรวจสอบเฉพาะด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ตามมาตรา 4 เท่านั้น ดังนั้น เห็นควรแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เพื่อให้มีการตรวจสอบถึงอำนาจบริหารจัดการที่ไม่จำกัดเฉพาะการถือหุ้น โดยตรงแต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

4.3 ปัญหาการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของผู้ซื้อจีน (ล้งจีน)

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติออกเป็นสามบัญชี ซึ่งมีการบัญญัติไว้ในมาตรา 8 ดังต่อไปนี้

มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขัน ในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

จากกรณีศึกษา ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) จะสามารถประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ (ล้ง) ซึ่งถือว่าเป็นธุรกิจตามบัญชีสาม (13) หรือ (21) ได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนั้น เมื่อผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจโรงคัดผลไม้ในประเทศไทยแล้ว มาตรการในการควบคุมตรวจสอบต่อไปว่า ผู้ซื้อจีน (ล้งจีน) นั้นจะประกอบธุรกิจนั้นจริงหรือไม่ หรือว่าให้บุคคลต่างด้าวรายอื่นประกอบธุรกิจดังกล่าวแทน โดยจะมีโทษตามมาตรา 35⁹ ซึ่งในมาตรา 30 ได้ให้อำนาจนายทะเบียนและเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเข้าไปไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจดังนี้

⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. มาตรา 35.

“คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้ หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

มาตรา 30 บัญญัติว่า “ให้นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ

(1) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง

(2) เข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในช่วงเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ โดยต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือจากอธิบดีก่อน เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงหรือเรียกตรวจสอบเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงจากบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าวได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (2) ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่อำนวยความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามสมควร นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่ หรือเป็นการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันทำการ เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อเสร็จสิ้นการปฏิบัติหน้าที่แล้วให้รายงานรัฐมนตรีทราบผลการปฏิบัติหน้าที่เป็นลายลักษณ์อักษร โดยเร็ว”

ดังที่กล่าวมาแล้วจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีเพียงมาตรา 30 เท่านั้น ที่ให้อำนาจแก่นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง หรือส่งเอกสารเพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริงหรืออาจเข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในช่วงเวลาทำการ เพื่อตรวจสอบให้การประกอบธุรกิจเป็นไปตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก่อน และต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันทำการ

ผู้วิจัยเห็นว่า การที่พระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจแก่นายทะเบียนและเจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบในสถานประกอบการธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น เพื่อมุ่งหาพยานหลักฐานพิสูจน์ความผิดของคนต่างด้าวให้มาก แต่เนื่องจากการปฏิบัติงานของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 30 จะต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของ หรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันทำการนั้น ไม่ตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมายในการที่จะเอาผิดกับคนต่างด้าวที่ได้ทำการฝ่าฝืน เพราะหากมีการแจ้งล่วงหน้าดังกล่าวก่อนที่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่จะเข้าไปทำการตรวจสอบ ผู้ประกอบการซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่กระทำการผิดต่อกฎหมายอยู่นั้น มีเวลาเตรียมตัวในการปกปิด ทำลาย หรือโยกย้ายพยานเอกสาร หรือพยานวัตถุ ทำให้การตรวจสอบของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงและไม่เพียงพอที่จะลงโทษคนต่างด้าว

ที่ได้กระทำการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ถ้าพระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจนายทะเบียนหรือเจ้าหน้าที่ที่สามารถเข้าไปตรวจสอบสถานประกอบการธุรกิจของคนต่างด้าวในทันที เพียงแต่มีหนังสืออนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจหรือต้นสังกัด ไปแสดงให้เห็นว่ามีอำนาจในการปฏิบัติหน้าที่ (เหมือนกับหมายค้นของศาล เพียงแต่แสดงหมายศาล) กรณีนี้จะทำให้นายทะเบียนหรือเจ้าหน้าที่ที่สามารถได้ข้อมูลของสถานประกอบการของคนต่างด้าวตรงกับความเป็นจริง หรือใกล้เคียงกับความเป็นจริงมากที่สุด เพราะเจ้าของ หรือผู้ครอบครองสถานประกอบการไม่มีโอกาสเตรียมตัว เนื่องจากไม่รู้ตัวมาก่อนว่าจะมีการเข้าตรวจจากนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ ทำให้นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ข้อเท็จจริงที่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายได้มากกว่าวิธีการที่ต้องแจ้งล่วงหน้าอย่างน้อยสามวันทำการ

4.4 ปัญหาบทลงโทษในการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวดำเนินไป

การที่ผู้ซื้อจีน (สั่งจีน) ประกอบธุรกิจ โรงคัดผลไม้นในประเทศไทย โดยให้คนไทยถือหุ้นแทนซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการประกอบธุรกิจตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นการอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง โดยมีคนไทยถือหุ้นหรือให้การช่วยเหลือ ถือเป็นการผิดตาม มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 37 ดังนี้

มาตรา 35 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้ หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วม โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

มาตรา 36 บัญญัติว่า “ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ โดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวาง

โทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสียแล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท ”

มาตรา 37 บัญญัติว่า “คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

จากบทกำหนดโทษในมาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 37 ใช้ลงโทษกับบุคคลที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

1. คนที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยที่ให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบกิจการของคนต่างด้าว
2. คนที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยที่แสดงตน หรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าว
3. คนต่างด้าวซึ่งยอมให้คนที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยแสดงตนหรือถือหุ้นแทน
4. คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต

ดังที่กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีบทลงโทษทั้งจำคุก หรือปรับ หรือทั้งจำคุกและปรับ โดยโทษในส่วนของ การจำคุก มีเพียงไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับนั้น

ผู้วิจัยเห็นว่า โทษจำคุกหรือปรับดังกล่าวข้างต้นยังเป็นระวางโทษที่น้อยมากๆ เมื่อเทียบกับความสำคัญของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงและระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ทำให้ในทางปฏิบัติยังคงมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวอยู่เป็นจำนวนมาก

ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ควรกำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำความผิดให้สูงขึ้นจากเดิม เพื่อให้ผู้กระทำความผิดไม่ว่าจะเป็นคนต่างด้าว หรือคนไทยที่สนับสนุนคนต่างด้าวให้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัว โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรกำหนดโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบห้าปี (จากเดิมจำคุกไม่เกินสามปี) และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงยี่สิบล้านบาท (จากเดิมปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท) และควรเพิ่มในส่วนที่ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงหนึ่งล้านบาทตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ (จากเดิมปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท)

เหตุผลที่ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดบทลงโทษให้สูงขึ้นจากเดิมนั้น เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวและเป็นผลร้ายแก่ผู้กระทำความผิดโดยตรง ดังนั้น ควรกำหนดบทลงโทษทั้งโทษจำคุกและโทษปรับให้สูงกว่าปัจจุบันเพื่อเป็นการป้องกันมิให้ผู้ใดกระทำการฝ่าฝืน หรือทำให้เกิดความเกรงกลัวในการที่จะกระทำความผิดทั้งคนต่างด้าวและคนไทย