

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายที่เป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไป คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่าง ๆ ในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยกำหนดประเภทธุรกิจที่ต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจไว้ในบัญชีแนบท้ายของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว หากคนต่างด้าวรายใดประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจดังกล่าวก็ต้องขออนุญาตก่อนเริ่มดำเนินการ และหากคนต่างด้าวรายใดประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามโดยไม่ได้รับอนุญาตภายใต้พระราชบัญญัตินี้ก็จะต้องถูกลงโทษจำคุกหรือปรับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ และด้วยเหตุที่พระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป จึงอาจทำให้ดูเหมือนว่าเป็นกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับหลักการที่ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ยอมรับแนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

หลักการโดยทั่วไปและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ ก็คือ การรักษาคุณภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นจากการลงทุนของคนต่างด้าวดังกล่าว เพื่อให้เกิดความสมดุลระหว่างการควบคุมและการส่งเสริมให้สุดโต่งไปในด้านใดด้านหนึ่ง

หลักเกณฑ์ที่สำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือ

1) การกำหนดประเภทกิจการที่อนุญาตและไม่อนุญาตให้ “คนต่างด้าว” ประกอบกิจการในประเทศไทย ได้แก่

บัญชี 1 ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

บัญชี 2 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

บัญชี 3 ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2) การกำหนดว่าบุคคลใดบ้างที่จะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ซึ่งต้องถูกห้ามใช้สิทธิหรือจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 ปรากฏอยู่ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้บัญญัติค่านิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เอาไว้ ซึ่งนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” นี้ ถือว่าเป็นหัวใจของพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยมักจะถูกอ้างอิงโดยกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ หลายฉบับ ดังนั้น หากไม่บัญญัติให้ชัดเจนรัดกุมแล้ว ก็จะเป็นช่องว่างของกฎหมายให้คนต่างด้าวหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้สามารถประกอบธุรกิจได้ทุกประเภทเช่นคนไทย ซึ่งจะส่งผลให้การประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ไม่สมเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาเกี่ยวกับค่านิยามคำว่า “คนต่างด้าว” นี้ ยิ่งเห็นได้ชัดเจนมากขึ้นเมื่อเกิดกรณีของการเข้าซื้อหุ้นบริษัท ซิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ของบริษัท เทมาเส็ก โฮลดิ้งส์ (ฟิทีอี) จำกัด (เทมาเส็ก) หรือกองทุนเพื่อการลงทุนของรัฐบาลสิงคโปร์ จากครอบครัวชินวัตรและดามาพงศ์ ผ่านบริษัท ซิดาร์ โฮลดิ้งส์ จำนวน 1,487,740,000 หุ้น คิดเป็นจำนวนร้อยละ 49.595 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด คิดเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น 73,271,200,910 บาท ซึ่งเป็นการขายหุ้นที่มีมูลค่าสูงที่สุดในประเทศไทย ผ่านตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ทำให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากในสังคมไทย และมีการกล่าวหาว่ามีการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) เพื่อมิให้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จนเกิดคำถามมากมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของกฎหมายดังกล่าว

3) การกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าว เพื่อให้การลงทุนของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศด้วย เช่น การร่วมทุนระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าว การกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องนำเข้ามาในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย การให้อำนาจรัฐในการกำหนดเรื่องเทคโนโลยีและเครื่องจักร หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่จำเป็น

4) การกำหนดหน้าที่ของผู้ได้รับอนุญาต (คนต่างด้าว) ที่ได้รับหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ หรือได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจให้ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 รวมทั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ถูกกำหนดไว้ในหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจหรือใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ ตลอดจนเงื่อนไขที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดไว้ด้วย ซึ่งคนต่างด้าวนั้นอาจถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาตเป็นการชั่วคราว หรือถูกระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราว หรือ

อาจถึงขั้นถูกเพิกถอนใบอนุญาต หรือหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ อีกทั้งยังต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย

และด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดสิทธิของคนไทย และคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจไว้แตกต่างกัน วิธีการในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจึงเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่งในการบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติ ดังนั้น คนต่างด้าวจึงนิยมใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง การออกหุ้นบุริมสิทธิโดยให้คนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมการดำเนินการของบริษัททั้งหมด หรือการถือหุ้นทางอ้อมผ่านบริษัท โฮลดิ้งเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย และเมื่อคนต่างด้าวใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หรืออาศัยช่องว่างของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อเลี่ยงกฎหมายในลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทุกประเภทเช่นเดียวกับที่คนไทยสามารถทำได้ ทำให้เกิดปัญหาว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลไทยโดยนิตินัย แต่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยพฤตินัย กล่าวคือ คนต่างด้าวเป็นผู้ควบคุมอำนาจบริหารจัดการบริษัทและเป็นผู้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการ¹ ซึ่งส่งผลให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าว

และโดยที่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวในประเทศไทยได้อะลุ่มอล่วยให้มีนอมินีหรือตัวแทนอำพรางมาตลอด โดยหน่วยงานราชการที่ดูแลได้นิ่งเฉยตลอดมา มิได้ปกป้องผลประโยชน์ของชาติหรือผู้ประกอบการไทยเป็นหลัก นโยบายส่งเสริมการลงทุนที่ยั่วชวนใจให้นักลงทุนเข้ามาจัดตั้งบริษัทโดยลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง จึงเป็นปัญหาที่สำคัญ ซึ่งก่อให้เกิดความสนใจในการศึกษาปัญหาที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวในกรณี นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง ที่มีช่องว่างของกฎหมายทำให้ไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างเพียงพอ และเพื่อหาแนวทางแก้ไขทางด้านกฎหมายที่เหมาะสม เพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายและมีประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้อย่างเหมาะสม และเกิดดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศและปัญหาที่เกิดขึ้นหรืออาจจะเกิดขึ้นจากการลงทุนของคนต่างด้าว

¹ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณิพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล. (2549). นอมินี (พิมพ์ครั้งที่ 1) กรุงเทพฯ: openbooks. หน้า 17.

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

- 1.2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- 1.2.2 เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวในกรณีนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง
- 1.2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงสภาพของปัญหาการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
- 1.2.4 เพื่อศึกษาหาแนวทางในการแก้ปัญหาคกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.3 สมมติฐานการวิจัย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขให้มีประสิทธิภาพเพียงพอในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับนิยามของคนต่างด้าว ประเภทธุรกิจที่ควบคุม กำหนดระยะเวลาในการอนุญาต อำนาจหน้าที่ในการควบคุมกำกับดูแล และมาตรการในการลงโทษให้เหมาะสมกับการกระทำผิด ซึ่งอาจจะเป็นมาตรการหนึ่งในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ที่เกิดจากการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวได้ รวมถึงให้มีมาตรการคุ้มครอง (Safeguard Clause) ผู้ประกอบการคนไทยที่อาจได้รับผลกระทบจากการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการบางประเภท และมาตรการในการลงโทษผู้ฝ่าฝืนกฎหมาย (รวมถึงผู้สนับสนุนในการกระทำความผิดด้วย) โดยการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (นอมินี) หรือตัวแทนอำพรางอย่างจริงจัง อาจจะทำให้สามารถแก้ไขปัญหาคกระทำลักษณะนอมินีคนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยสามารถประกอบกิจการได้ทุกประเภท เช่นเดียวกับที่คนไทยสามารถทำได้เป็นจำนวนมาก

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค ประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมาย และมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (นอมินี) หรือตัวแทนอำพราง ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

รวมถึงลักษณะและรูปแบบการประกอบกิจการของคนต่างด้าวในประเทศไทยโดยอาศัยการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยคนไทย (นอมินี) หรือตัวแทนอำพราง และหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ เพื่อที่จะนำมาวิเคราะห์ใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขกฎหมายต่อไป

1.5. วิธีการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ใช้วิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยเน้นพิจารณาพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ รวมถึงบทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ รวมถึงเอกสารต่าง ๆ ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยทำการวิเคราะห์วิจัยแล้วสรุปเป็นข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง เพื่อให้สามารถบังคับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพและสมเจตนาของกฎหมาย

1.6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- 1.6.2 ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับปัญหาการประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวในกรณีนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงสภาพของปัญหาการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
- 1.6.4 ทำให้ทราบถึงแนวทางในการแก้ปัญหาการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542