

บทที่ 4

ปัญหาการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง กับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ในบทนี้จะกล่าวถึงปัญหาเกี่ยวกับการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยวิเคราะห์ถึงการเข้าควบคุมกิจการของคนต่างด้าว ความไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมของคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” และประเภทธุรกิจที่ควบคุม ปัญหาความล่าช้าและความไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่ควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการลงโทษและการบังคับใช้กฎหมายในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ ดังต่อไปนี้

4.1 ปัญหาจากคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว”¹ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในมาตรา 4 มีข้อสังเกตว่าได้วางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลไว้ในบทวิเคราะห์ศัพท์ของ “คนต่างด้าว” 5 เกณฑ์ กล่าวคือ²

¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติว่า
“คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

- 1) เกณฑ์สัญชาติ (มาตรา 4 (1) กรณีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย)
- 2) เกณฑ์การจดทะเบียน (มาตรา 4 (2) กรณีนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย)
- 3) เกณฑ์การถือหุ้น (มาตรา 4 (3) (ก) กรณีนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไปถือโดยคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (1) และ (2))
- 4) เกณฑ์การลงทุน (มาตรา 4 (3) (ก) กรณีนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยมีคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (1) และ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น)
- 5) เกณฑ์การควบคุม (มาตรา 4 (3) (ข) กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือสามัญที่จดทะเบียนในประเทศไทยโดยมีผู้จัดการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย)

จากบทบัญญัติมาตรา 4 จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นผู้ถือหุ้นต่างด้าวไว้ ในกรณีที่บริษัทกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้หุ้นที่คนต่างด้าวถือนั้นมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยได้ แม้หุ้นที่คนต่างด้าวถือกันจะมีจำนวนน้อยกว่าหุ้นที่คนไทยถือก็ตาม โดยไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. มีคนไทยถือหุ้นสามัญ 51 หุ้น ซึ่งในข้อบังคับของบริษัทกำหนดว่าหุ้นสามัญ 1 หุ้นมีสิทธิออกเสียง 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง ส่วนหุ้นที่คนต่างด้าวถือ คือ หุ้นบุริมสิทธิ 49 หุ้น ซึ่งในข้อบังคับของบริษัทกำหนดว่าหุ้นบุริมสิทธิ 1 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 10 เสียง เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยโดยเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นคนต่างด้าวกลับเป็นฝ่ายเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการเสียงลงมติตามหลักเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจควบคุมในการลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้อย่างเด็ดขาด

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัด ที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”.

² ประสิทธิ์ เอกบุตร. (2548). ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์. กรุงเทพฯ: สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 176.

อีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีที่บริษัทกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิซึ่งคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งถือหุ้นสามัญก็ได้

ตัวอย่างเช่น บริษัท ข. มีคนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิ 51 หุ้น ซึ่งในข้อบังคับของบริษัทกำหนดว่าหุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง ส่วนสิทธิออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นสามัญซึ่งเป็นของผู้ถือหุ้นต่างด้าวนั้น ข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้หุ้นสามัญ 1 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 หุ้น ต่อ 1 เสียง

จะเห็นได้ว่าตัวอย่างข้างต้นเป็นกรณีที่กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิที่ผู้ถือหุ้นคนไทยถือเป็นผู้ถือหุ้นค้อยสิทธิ ซึ่งแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นคนต่างด้าวกลับเป็นผู้ที่มีอำนาจในการเสียงลงมติตามหลักเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจควบคุมในการลงมติในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้อย่างเด็ดขาด

จากตัวอย่างทั้ง 2 ตัวอย่างข้างต้นเป็นกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้บริษัทมีหุ้น 2 ประเภท คือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ โดยกำหนดให้หุ้นทั้ง 2 ประเภทนี้มีสิทธิในการออกเสียงที่แตกต่างกัน ซึ่งอาจใช้รูปแบบการกำหนดสิทธิออกเสียงแบบเดียวกันนี้กับบริษัทที่มีหุ้นสามัญอย่างเดียวก็ได้ โดยกำหนดให้หุ้นสามัญของบริษัทนี้ แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ ประเภท ก. และประเภท ข. ก็ได้

ในกรณีประเด็นเรื่องของการกำหนดหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิค้อยกว่าสิทธิของหุ้นสามัญนั้น กรมทะเบียนการค้าในสมัยนั้น ได้เคยทำหนังสือขอหารือความเห็นทางกฎหมายไปยังสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด (มหาชน)ว่าจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียงได้หรือไม่

ในครั้งนั้นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นทางกฎหมายว่าธนาคารนครหลวงไทยสามารถที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงให้มีสิทธิค้อยกว่าหุ้นสามัญได้ โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้เหตุผลว่าตามมาตรา 1108 (4) ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในชั้นประชุมตั้งบริษัท มาตรานี้กำหนดให้ที่ประชุมตกลงกันเกี่ยวกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นให้เป็นอย่างไรก็ได้ การตกลงกันเกี่ยวกับสิทธิในการออกคะแนนเสียง และการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิและประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ นอกจากนี้มาตรา 1108 (4) ก็

ไม่ใช่บทบังคับแต่อย่างใด โดยถ้อยคำในตอนต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า “จะพึงทำได้” ก็ดี หรือถ้อยคำในอนุมาตรา (4) ทั้งอนุมาตราก็ดี กฎหมายมาตรานี้มิได้บัญญัติในทางที่จะให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพเป็นอย่างไร และบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นจะเป็นสถานใดเพียงใดก็ได้³

แม้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะมีการวางหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวไว้ 5 หลักเกณฑ์ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น แต่ก็มิได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องอำนาจบริหารจัดการ (Controlling power) ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยในลักษณะของการเป็นเจ้าของนิติบุคคล หรือเป็นผู้มีอำนาจสั่งการเบ็ดเสร็จเหมือนนิติบุคคลนั้น จึงทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องทางดังกล่าวนี้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทุกประเภทที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวได้อย่างถูกต้องตามกฎหมาย

ตัวอย่างเช่น บริษัท ค. จำกัด กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการ หรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคล หรืออาจมีการกำหนดว่าให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยจะต้องเห็นชอบลงคะแนนเสียงในมติทุกมติด้วยจึงจะสมบูรณ์⁴ หรือกำหนดไว้ในข้อบังคับ หรือมีข้อตกลงของบริษัทว่าให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการชี้้นำการดำเนินการของบริษัท

จากตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า ถ้าพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แม้บริษัท ค. จำกัด จะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทในรูปแบบนี้แล้ว บริษัท ค. จำกัด ก็ยังถูกถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย เพราะถือว่ามีคนไทยถือหุ้นฝ่ายข้างมาก คือถือหุ้นร้อยละ 51 และมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทุกประการ ทั้งนี้ เนื่องจากความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัติค่านิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมไปถึงกรณีที่นิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย คือ ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 แต่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลแต่อย่างใด

เมื่อบริษัท ค. จำกัด ถูกถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย บริษัทดังกล่าวจึงสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทุกประเภท ทั้งที่ความจริงแล้วบริษัท ค. จำกัด ดังกล่าวควรที่จะมีสถานะ

³ ความเห็นทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขเสร็จที่ 426/2528.

⁴ ศิริพงษ์ ศุกกิจจานุสรณ์. (2533). ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยควบคุมบริษัทได้อย่างไร. *บทบัญญัติ* 46, 4 ธันวาคม 2533.

เป็นนิติบุคคลต่างด้าว ที่จะต้องถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจต่าง ๆ ที่กฎหมายห้าม หรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว

สำหรับในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550 ร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่อง “อำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล” ไว้ในคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวแต่อย่างใด ร่างกฎหมายดังกล่าวคงกล่าวถึงเรื่องของสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นในคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวเท่านั้น ซึ่งไม่ได้เป็นการแก้ปัญหาเรื่องนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางแต่อย่างใด เนื่องจากการควบคุมเรื่องสิทธิในการออกเสียงเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการควบคุมนิติบุคคล ซึ่งคนต่างด้าวสามารถใช้วิธีการอื่น ๆ ในการมีอำนาจบริหารจัดการและควบคุมนิติบุคคลได้หลายวิธี ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว

ในเรื่องนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นว่า การแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามร่างกฎหมายดังกล่าวยังไม่ครอบคลุมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยโดยมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคล (Control) โดยมีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคล หรือมีอำนาจชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคล ดังนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นว่าควรเพิ่มคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้หมายรวมถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย

เมื่อพิจารณาถึงบ่อเกิดและที่มาของหลักเกณฑ์การควบคุมในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นที่น่าพิจารณาว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และมาตรการทางการค้าและการลงทุน อันมีลักษณะที่อาจกระทบกระเทือนต่อการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศไทยนั้น สมควรหรือไม่ที่จะนำหลักเกณฑ์เรื่อง “การควบคุม” เข้ามาพิจารณากำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว”

เปรียบเทียบกับข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) หรือ GATS ข้อตกลง GATS ข้อ 28 (l), (m) และ (n) ได้ให้คำนิยามคำว่า “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” (Juridical person of another Member) โดยใช้หลักเกณฑ์ 3 ประการในการกำหนดคำนิยาม “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” คือ

- 1) เกณฑ์สถานที่ก่อตั้ง
- 2) เกณฑ์ความเป็นเจ้าของ (Owned) และ
- 3) เกณฑ์การควบคุมผลประโยชน์ (Controlling Interest)

มาตรา 28 (m), (n) ของข้อตกลง GATS บัญญัติว่า:

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

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

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

1. natural persons of that Member; or
2. juridical persons of that other Member identified under sub-paragraph

(i);

(n) a juridical person is:

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

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

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

สามารถแปลเป็นภาษาไทยได้ ดังนี้:

(เอ็ม) “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” หมายถึงนิติบุคคลซึ่ง:

(i) ก่อตั้งขึ้นหรือจัดตั้งขึ้นโดยประการอื่นตามกฎหมายของสมาชิกนั้น และมีการประกอบธุรกิจในสาระสำคัญในดินแดนของสมาชิกนั้นหรือสมาชิกอื่นใด หรือ

(ii) ในกรณีของการให้บริการผ่านสถานประกอบการซึ่งเป็นของหรือถูกควบคุมโดย

1. บุคคลธรรมดาของสมาชิกนั้น หรือ
2. นิติบุคคลของสมาชิกอื่นนั้นตามอนุมาตรา (1)

(เอ็น) นิติบุคคล คือ

(i) “เป็นของ” บุคคลของสมาชิกหนึ่ง หากทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนในนิติบุคคลนั้นเป็นของบุคคลของสมาชิกนั้น

(ii) “ถูกควบคุม” โดยบุคคลของสมาชิกหนึ่ง หากบุคคลเช่นว่านั้นมีอำนาจที่จะแต่งตั้งกรรมการส่วนใหญ่ของนิติบุคคลนั้น หรือกำหนดการกระทำของนิติบุคคลนั้นโดยชอบด้วยกฎหมายด้วยประการอื่น

(iii) “อยู่ในเครือ” ของบุคคลอื่น เมื่อนิติบุคคลนั้นควบคุม หรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อนิติบุคคลและบุคคลอื่นทั้งสองฝ่ายถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวกัน”

เมื่อเปรียบเทียบคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับหลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS นั้น จะพบว่าคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทยใช้แต่เพียงหลักเกณฑ์ “สถานที่ก่อตั้ง” และ “ความเป็นเจ้าของ/การถือหุ้น” โดยใช้หลักเกณฑ์ “อำนาจการควบคุม” กับนิติบุคคลประเภทห้างหุ้นส่วนจำกัดและห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่อง “อำนาจควบคุม” กับนิติบุคคลประเภทบริษัทด้วย นอกจากนี้ คำนิยามดังกล่าวยังไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ “สถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่” มากำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ด้วย

จากปัญหาคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ที่ไม่สอดคล้องกับคำว่า “Juridical person of another Member” และคำว่า “Juridical person” ตามมาตรา 28 (m) และ (n) ของข้อตกลง GATS เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้มีนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการผ่านสถานประกอบการที่มีการจัดตั้งในประเทศไทยสามารถประกอบธุรกิจที่มีข้อห้าม หรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจในฐานะที่เป็นนิติบุคคลไทย โดยการขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยมีคนต่างด้าวถือหุ้นเพียงร้อยละ 49 ในขณะที่ข้อบังคับของบริษัทดังกล่าวกำหนดให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการบริษัทได้ เนื่องจากมีอำนาจแต่งตั้งกรรมการได้ในจำนวนที่มากกว่า ซึ่งมีผลให้คนต่างด้าวที่แม้จะถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยแต่คนต่างด้าวก็มีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการบริษัทดังกล่าวได้ ทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมเสียงข้างมากในบริษัทได้ ซึ่งเท่ากับว่าคนต่างด้าวสามารถที่จะครอบงำการบริหารจัดการบริษัทไปในทิศทางที่ตนต้องการได้

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนในประเภทธุรกิจควบคุม

การที่คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง อันเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีสาเหตุที่สำคัญอีกประการหนึ่ง ก็คือ การที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้นจำกัดสิทธิ

ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหลายประเภทรวมถึงธุรกิจบริการเกือบทุกประเภท ทำให้คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการต้องใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เช่น ใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวเพื่อเลี่ยงกฎหมาย หรืออาศัยช่องว่างของกฎหมายในบทบัญญัติมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยซึ่งถือหุ้นฝ่ายข้างมาก หรือกำหนดให้คนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมนิติบุคคลในที่ประชุมคณะกรรมการ

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะในบัญชีสาม ซึ่งเมื่อพิจารณาธุรกิจในบัญชีสามแล้วจะเห็นได้ว่าการกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบริการเกือบทุกประเภทในประเทศไทย ซึ่งถือว่าเป็นข้อห้ามที่เข้มงวดที่สุดเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในอาเซียนด้วยกัน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้จริงและไม่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจของประเทศไทย ทำให้หลายบริษัทที่ประกอบธุรกิจที่ห้ามประกอบการโดยไม่ได้รับอนุญาต ต้องดำเนินการผ่านนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง โดยจะเห็นได้จากกรณีของห้างค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่ในประเทศไทยที่ธุรกิจหลักของห้างค้าปลีกค้าส่งที่มีทุนขันต่ำรวมทั้งสิ้นตั้งแต่ 100 ล้านบาทขึ้นไป ก็สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ในทางปฏิบัติห้างค้าปลีกดังกล่าวก็จะเลือกใช้รูปแบบของบริษัทไทย เนื่องจากกฎหมายห้ามคนต่างด้าวค้าสินค้าเกษตรพื้นเมืองตามบัญชีสาม (13) และห้ามคนต่างด้าวขายอาหารหรือเครื่องดื่มตามบัญชีสาม (19) รวมถึงทำให้สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อีกด้วย

และจากบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้อย่างน้อยหนึ่งครั้งในทุกรอบระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับแล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรี แต่ในทางปฏิบัตินับตั้งแต่ที่กฎหมายฉบับนี้มีผลใช้บังคับกลับไม่เคยมีการดำเนินการทบทวนตามมาตรา 9 แต่อย่างใด ซึ่งการทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับนี้มีความจำเป็นอย่างยิ่งในการที่จะพิจารณาว่าธุรกิจประเภทใดควรที่จะมีการเปิดเสรีก็ควรที่จะตัดออกไปจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยเฉพาะธุรกิจในบัญชีสามที่ครอบคลุมธุรกิจเกือบทุกประเภท แล้วเปิดเสรีให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจนั้น ๆ ได้ เนื่องจากธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินั้นมีการกำหนดไว้เป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว ซึ่งในเวลานั้นเศรษฐกิจของประเทศยังไม่มีความพร้อมในการเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาแข่งขันกับคนไทย แต่ในปัจจุบันนี้สภาพเศรษฐกิจของประเทศไทยได้เปลี่ยนแปลงไป

แล้ว ธุรกิจในบางสาขานั้นในปัจจุบันนี้คนไทยก็มีความสามารถพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างด้าวได้มากขึ้น จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติอย่างยิ่ง

สำหรับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่ผ่านความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550 นั้น ได้มีการแก้ไขบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเพียงเล็กน้อยเท่านั้น กล่าวคือ ได้มีการยกเลิกประเภทธุรกิจในบัญชีสามเฉพาะที่มีกฎหมายเฉพาะควบคุม และมีหน่วยงานดูแลโดยตรงอยู่แล้ว เช่น ธุรกิจนำเที่ยว ธุรกิจเกี่ยวกับการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ธุรกิจหลักทรัพย์ ตราสารอนุพันธ์ ไฟแนนซ์ ธนาคารพาณิชย์ และเครดิตฟองซิเออร์ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่าในร่างกฎหมายดังกล่าวไม่ได้มีการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยเฉพาะในบัญชีสามแต่อย่างใด

4.3 ปัญหาเหตุแห่งความล่าช้าและความไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ

4.3.1 ปัญหาเหตุแห่งความล่าช้าและความไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากบทบัญญัติมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าขั้นตอนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศนั้น ใช้เวลาในการพิจารณา 60 วัน นับแต่วันยื่นคำขอ ซึ่งเป็นระยะเวลาที่นานและล่าช้าเกินจำเป็น และระยะเวลาดังกล่าวนี้อาจมีเหตุจำเป็นซึ่งไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ กฎหมายยังให้ขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น ซึ่งแม้กฎหมายจะเขียนไว้ว่าการขยายระยะเวลาออกไปนั้นต้องไม่เกิน 60 วัน นับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าวก็ตาม แต่เนื่องจากปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยทำให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมาย หรืออาศัยช่องว่างของกฎหมายโดยใช้ นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางแทนคนต่างด้าว เพื่อจะได้ไม่ต้องรอระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยแต่อย่างใด ซึ่งในปัจจุบันนี้การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดในประเทศไทยนั้น ใช้ระยะเวลาเพียง 1 วันเท่านั้น

สำหรับกรณีแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น จะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ได้กำหนดให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามา

ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หรือไม่ขึ้นขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามเป็นรายกรณีไป ซึ่งการกำหนดให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยขึ้นอยู่กับดุลพินิจเช่นนี้ จะทำให้เกิดแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ และเมื่อมีแนวทางที่ไม่ชัดเจนเช่นนี้ คนต่างด้าวก็จะเกิดความไม่แน่ใจว่าตนจะได้รับอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้หรือไม่ ดังนั้น คนต่างด้าวจึงใช้วิธีการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางแทนคนต่างด้าว เพื่อที่คนต่างด้าวจะได้ไม่ต้องเสี่ยงต่อการที่จะไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย

4.3.2 ปัญหาในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2497 รัฐบาลไทยมีนโยบายในการให้การส่งเสริมการลงทุนทั้งแก่คนไทยและคนต่างด้าว เพื่อส่งเสริมให้ระบบเศรษฐกิจในประเทศไทยแข็งแกร่ง คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นผู้รับนโยบายจากกระทรวงอุตสาหกรรมจึงได้ให้การส่งเสริมการลงทุนในด้านต่างๆ แก่นักลงทุน และเพื่อให้เป็นการส่งเสริมและอำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนต่างด้าวที่จะประกอบกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถที่จะประกอบธุรกิจได้แม้จะเป็นการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพียงแค่แจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยไม่ต้องขออนุญาตตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542⁵

⁵ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่นเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรอง โดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี...”

ดังนั้น คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (The Board of Investment: BOI) ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ก็จะสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องผ่านการขออนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ทำให้ผู้ประกอบการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองคุณสมบัติ และความเหมาะสมตามเกณฑ์ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติให้ “การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา” แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากในการพิจารณาออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้แก่ธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะตรวจสอบเฉพาะความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้น โดยมิได้พิจารณาโดยใช้เกณฑ์การขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เช่น เรื่องคุณสมบัติของคนต่างด้าว ลักษณะต้องห้ามที่เป็นการเฉพาะ รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจก็ได้กำหนดไว้แต่ประการใด เช่น ทุนขั้นต่ำ และการถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น⁶

การที่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยการขอบัตรส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนหรือ BOI ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองคุณสมบัติและความเหมาะสมตามเกณฑ์ในมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสมและขาดความรัดกุม⁷ ทำให้คนต่างด้าวสามารถเลี่ยงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการขอส่งเสริมการลงทุนต่อคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนก่อน แล้วจึงขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต่อคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งในการขอส่งเสริมการลงทุนนั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะดำเนินนโยบายสนับสนุนให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

⁶ วันทิพย์ จันทกิจ. (2547). “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน”. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 57-58.

⁷ ประสิทธิ์ เอกบุตร. *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 1*. หน้า 178-179.

ธุรกิจที่มีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศ ดังนั้น จึงอาจดูเหมือนว่าการขอประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวผ่านคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมักจะได้รับอนุญาตได้ง่ายกว่าการยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

และจากการศึกษาระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 1/2549 เรื่อง แก้ไขเพิ่มเติมกำหนดเวลาในการปฏิบัติงานส่งเสริมการลงทุน ลงวันที่ 11 สิงหาคม 2549 ซึ่งกำหนดให้สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนสำหรับคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีขนาดการลงทุน 1-40 ล้านบาท ให้แล้วเสร็จภายใน 40 วันทำการ คำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีขนาดการลงทุนเกินกว่า 40 ล้านบาท และคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการพิจารณาโครงการ ให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ และคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันทำการ ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ล่าช้าเกินจำเป็น และด้วยระยะเวลาที่ล่าช้าในการพิจารณาคำขอส่งเสริมการลงทุนเช่นนี้ จึงเป็นสาเหตุที่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยหลบเลี่ยงกฎหมายหรืออาศัยช่องว่างของกฎหมายประกอบธุรกิจโดยอาศัยขอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางแทนคนต่างด้าว เพื่อที่นักลงทุนต่างด้าวจะได้ไม่ต้องรอระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีระยะเวลาในการพิจารณาที่ล่าช้าเกินจำเป็น

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่ควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีดังนี้ คือ

4.4.1 อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 30

4.4.1.1 มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง

4.4.1.2 เข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งสามารถสรุปเป็นขั้นตอนการดำเนินการได้ดังนี้

1) การดำเนินการดังกล่าวต้องได้รับความเห็นชอบจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก่อน เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง

- 2) ต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของสถานที่หรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 3 วันทำการ เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง
- 3) การเข้าไปในสถานที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เข้าได้เฉพาะเวลาทำการ โดยไม่ต้องคำนึงว่าเป็นเวลาพระอาทิตย์ขึ้นหรือพระอาทิตย์ตกหรือไม่
- 4) ในการเข้าป้ดงกล่าวใ้ นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงจากบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าว หรือเรียกเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ จากบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าวที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง
- 5) เมื่อเสร็จสิ้นการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ใ้ นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น รายงานใ้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ทราบถึงผลการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็นหนังสือโดยเร็ว

4.4.1.3 บุคคลผู้เป็นเจ้าของหรือครอบครองสถานที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต้องอำนวยความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวตามสมควร

แต่ทั้งนี้ นายทะเบียนต้องไม่กระทำการอันเป็นการข่มขู่หรือเป็นการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายอาญา

ลักษณะของการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายอาญา คือ การเข้าไปค้นหาเอง โดยเจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ไม่ได้ยินยอมส่งมอบใ้

4.4.1.4 ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมีบัตรประจำตัวและต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อผู้เกี่ยวข้องตามมาตรา 32

4.4.2 อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนตามมาตรา 31

นายทะเบียนมีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตใ้ ผู้ขอตรวจหรือคัดสำเนาเอกสาร คัดสำเนาหรือถ่ายเอกสาร พร้อมทั้งคำรับรอง หรือออกหนังสือรับรองข้อความตามที่นายทะเบียนเก็บรักษาไว้ เว้นแต่จะเป็นเอกสารที่มีลักษณะต้องห้ามมิใ้ เปิดเผยตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของทางราชการ

จากที่กล่าวมาข้างต้นการดำเนินการของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในการตรวจสอบสถานะของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีบทบัญญัติใ้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงที่จะตรวจสอบข้อสอบข้อเท็จจริงได้ แต่อย่างไรก็ตามอำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น ก็มีข้อจำกัดอยู่ภายใต้กรอบบทบาทของฝ่ายบริหาร คือ

สามารถดำเนินการได้เฉพาะการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เป็นขั้นตอนก่อนการสืบสวนสอบสวน (Pre-investigation) เท่านั้น ไม่สามารถก้าวล่วงไปดำเนินการในขั้นตอนของการสืบสวนสอบสวนซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของพนักงานสอบสวนในกระบวนการยุติธรรมได้

และการตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ผ่านมานั้น ไม่เคยตรวจพบการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางเลย เนื่องจากเป็นการตรวจสอบตามนิติบัญญัติ และการที่จะตรวจสอบว่ามีการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางหรือไม่นั้น ต้องมีการหาพยานหลักฐานรองรับการกระทำ การหาพยานหลักฐานเหล่านี้เป็นการสอบสวนเชิงลึก เช่น การเรียกผู้ต้องสงสัยมาสอบถาม การตรวจสอบทางบัญชีเพื่อตรวจสอบทางการเงิน ซึ่งในเรื่องเหล่านี้ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าไม่มีอำนาจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้ามีอำนาจเพียงเรียกผู้เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ ซึ่งบุคคลนั้นอาจจะไม่มาก็ได้ ถ้าไม่มาให้ถ้อยคำก็มีโทษปรับเพียง 2,000 บาทเท่านั้น

4.5 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการการลงโทษและการบังคับใช้กฎหมายในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ

การที่คนต่างด้าวให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงอันเป็นการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนั้น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดบทลงโทษคนต่างด้าว และคนไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวไว้ในมาตรา 36 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว หรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้การกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางให้เป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้ค่อนข้าง

รุนแรง คือมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ/หรือ โทษปรับ⁸ และมีการกำหนดบทลงโทษบุคคลต่าง ๆ ครอบคลุมบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ บุคคลที่ประกอบธุรกิจนั้น คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว คนต่างด้าวที่ยินยอมให้มีการถือหุ้นแทน และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นจะต้องรับโทษด้วย

แต่ประเทศไทยไม่ได้บังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง เนื่องจากอาจเกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจจากการถอนเงินลงทุนออกไปหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้น เพราะมีการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางกันอย่างกว้างขวางและฝังรากลึกในระบบเศรษฐกิจไทยมานานแล้วนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกของไทย ความสูญเสียทางเศรษฐกิจดังกล่าวจึงย่อมเป็นการยากที่จะให้เกิดขึ้น ในเมื่อประเทศไทยยังคงต้องการการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ นอกจากปัญหาการไม่บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจังแล้วรัฐบาลยังต้องเผชิญกับต้นทุนในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วย กล่าวคือ ความผิดตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดโทษจำคุกและโทษปรับซึ่งเป็นโทษทางอาญาเอาไว้ ดังนั้น จึงเป็นกรณีที่รัฐจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ความผิดของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งโจทก์ (พนักงานอัยการ) จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของความผิดให้สิ้นสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดจริง โดยกฎหมายบังคับให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่าพนักงานหลักฐานทั้งปวง อย่างพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น และหากมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย⁹

ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางเพื่อถือหุ้นแทนคนต่างด้าว จะต้องพิสูจน์ให้ได้ข้อเท็จจริงว่ามี “ตัวการ” ที่เป็นคนต่างด้าว และมี “ตัวแทนการถือหุ้น” ที่เป็นคนไทย รวมถึงความสัมพันธ์ของตัวแทนและตัวการในลักษณะที่แสดงให้เห็นว่ามีการถือหุ้นแทนกัน เช่น ตัวแทนได้รับ โอนหุ้นมาจากตัวการหรือเข้าถือหุ้นแทนตัวการ

⁸ สำหรับบทลงโทษกรณีนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนั้น แต่เดิมประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มิได้กำหนดโทษจำคุกเอาไว้ด้วย โทษจำคุกนั้นเพิ่งถูกกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อป้องปรามการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เพราะโดยปกติแล้วนักธุรกิจหรือนักลงทุนต่างด้าวจะกลัวโทษจำคุกมากกว่าโทษปรับ.

⁹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, มาตรา 227.

โดยไม่ต้องชำระค่าหุ้นหรือชำระในจำนวนเล็กน้อย หรือตัวการชำระเงินค่าหุ้นแทนตัวแทนให้แก่บุคคลภายนอก ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ที่มีต้นทุนสูง เพราะเป็นการกระทำที่มีลักษณะปกปิดและไม่สามารถเห็นได้ง่าย ซึ่งหากมีการละเมิดกฎหมายกันเป็นจำนวนมากแล้ว ก็จะต้องใช้บุคลากรและทรัพยากรจำนวนมากในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ

ประเด็นที่สนใจอีกประเด็นหนึ่งก็คือ กรณีการได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยไม่อาจพิสูจน์ได้ว่าเงินที่นำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัวของคน กรณีนี้จะเข้าข้อสันนิษฐานของกฎหมายว่าเป็นสินสมรส ตามมาตรา 1474 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อที่ดินดังกล่าวเป็นสินสมรส คนต่างด้าวย่อมมีส่วนเป็นเจ้าของร่วมด้วย จึงถือว่า

1) คนต่างด้าวได้ที่ดินมาโดยฝ่าฝืนมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ย่อมมีความผิดตามมาตรา 111 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

2) คนไทยที่ถือที่ดินแทนคนต่างด้าวตามมาตรา 96 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ย่อมมีความผิดตามมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ต้องจำหน่ายที่ดินภายในเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนด ตามมาตรา 94 และ 96 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน¹⁰

ในการจำหน่ายที่ดินของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวนั้น จะต้องแจ้งให้คนต่างด้าว นิติบุคคลต่างด้าว และผู้ซึ่งได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นเจ้าของแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวจัดการจำหน่ายที่ดินในเวลาที่กำหนดให้ โดยนับแต่วันที่รับทราบ และแจ้งให้ทราบด้วยว่าถ้าไม่จัดการจำหน่ายที่ดินในเวลาที่กำหนด อธิบดีหรือผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจจำหน่ายที่ดิน และสามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมร้อยละ 5 ของราคาที่ยจำหน่าย (มาตรา 50 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน) นอกเหนือจากค่าธรรมเนียม ภาษี และอากรที่พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องเรียกเก็บ นอกจากนั้นผู้ที่ได้รับโอนจากการจำหน่ายที่ดิน นอกจากเป็นผู้ที่มีความสามารถและมีสิทธิถือที่ดินได้ตามกฎหมาย จะต้องเป็นบุคคลที่คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวยินยอมให้รับ โอน และราคาที่ดินที่จะจำหน่ายจะต้องให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว เป็นผู้กำหนดหรือให้ความยินยอม และให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวเป็นผู้รับเงินที่ได้จากการจำหน่ายนั้น¹¹ จะเห็นได้ว่าแม้ประมวลกฎหมายที่ดินจะบังคับให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวต้องจัดการจำหน่ายที่ดิน แต่ขั้นตอนและวิธีการ

¹⁰ แนวทางการพิจารณาของกรมที่ดินเกี่ยวกับการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว. หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0515/ว 39288 ลงวันที่ 22 ธันวาคม พ.ศ. 2548 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว.

¹¹ คู่มือการจำหน่ายที่ดินของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว. หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0515/ว 04705 ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2548 เรื่อง การจำหน่ายที่ดินของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว.

จำหน่ายที่ดินดังกล่าวก็จะต้องให้คนต่างด้าวเป็นผู้กำหนดหรือยินยอมด้วยทั้งผู้ที่จะรับ โอนและราคาที่จะจำหน่าย ที่สำคัญราคาจำหน่ายได้นั้นก็จะตกเป็นของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวนั้นด้วยการกำหนดไว้เช่นนี้อาจทำให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวไม่เกิดความเกรงกลัวที่จะกระทำความผิด

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ รัฐจะทราบได้อย่างไรว่ามีการกระทำความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง เนื่องจากนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 มีอยู่เป็นจำนวนมาก แต่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางของนิติบุคคลต่าง ๆ ยังมีอยู่อย่างจำกัด เว้นเสียแต่ว่านิติบุคคลนั้นจะถูกตรวจสอบเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะตรวจสอบนิติบุคคลใด ๆ ก็ต่อเมื่อมีข้อมูลของงบการเงินที่ผิดปกติ หรือมีการแจ้งจากบุคคลต่าง ๆ เช่น คู่แข่งทางธุรกิจ ดังเช่นกรณีการตรวจสอบสถานะนิติบุคคลของ DTAC เท่านั้น และแม้จะมีความพยายามในการแสวงหาข้อมูลข่าวสารในกรณีที่มีการถือหุ้นแทนกันมากขึ้น เมื่อสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง มีคำสั่งที่ 102/2549 เพื่อกำหนดเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทจำกัด ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2549 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2549¹² เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด ในกรณีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัดที่มีผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวลงหุ้นหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดตั้งแต่ร้อยละ 40 แต่ไม่ถึงร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนหรือในกรณีมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยทุกคนต้องส่งหลักฐานที่มาของเงินลงทุนประกอบคำขอจดทะเบียน โดยเอกสารดังกล่าวต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่นำมาลงหุ้นหรือถือหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละราย คือ (1) สำเนาสมุดเงินฝากธนาคารหรือสำเนาใบแจ้งยอดบัญชีธนาคาร (Bank Statement) ย้อนหลัง 6 เดือน หรือ (2) เอกสารที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะการเงินของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือ (3) สำเนาหลักฐานที่แสดงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาลงหุ้นหรือถือหุ้น แต่ในทางปฏิบัติคนต่างด้าวก็สามารถหลีกเลี่ยงคำสั่งดังกล่าวได้โดยการเข้าถือหุ้นร้อยละ 39 ในขณะที่จดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด และทำการโอนหุ้นให้คนต่างด้าวเป็นร้อยละ 49 ในภายหลัง

และเมื่อทำการตรวจสอบเอกสารสถิติหรือคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ปรากฏว่าไม่พบการบันทึกสถิติหรือมีคำพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำความผิด

¹² ดูข้อมูลจากเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เข้าถึงได้จาก www.dbd.go.th.

ดังกล่าวแต่อย่างไร คงมีเพียงการเข้าตรวจสอบและดำเนินคดีกับนิติบุคคลต่าง ๆ ไม่ก็บริษัท เช่น กรณีชินคอร์ปอเรชั่น และ DTAC เป็นต้น

ในกรณีของ DTAC นั้น ปลัดกระทรวงพาณิชย์ได้มีคำสั่งกระทรวงพาณิชย์ที่ 309/2554 ลงวันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2554 แต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบข้อเท็จจริงกรณีสถานะนิติบุคคลของ DTAC ตามข้อเสนอแนะและข้อสังเกตของคณะกรรมการสื่อสารและโทรคมนาคม สภาผู้แทนราษฎร และข้อร้องเรียนของบริษัท ทรูมูฟ จำกัด ที่สรุปความเห็นเบื้องต้นไว้ว่า DTAC น่าจะมีสถานะนิติบุคคลเป็นคนต่างด้าว¹³ ซึ่งมีคณะกรรมการประกอบด้วย อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นประธาน รองอธิบดี ผู้อำนวยการ และข้าราชการกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่เป็นนักกฎหมาย นักบัญชี ผู้สอบบัญชี รวมทั้งผู้แทนหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง 4 หน่วยงาน ได้แก่ รองเลขาธิการ กสทช. ผู้อำนวยการสำนัก กสทช. ผู้เชี่ยวชาญตรวจสอบภาษีกรมสรรพากร ผู้อำนวยการฝ่ายทะเบียนหลักทรัพย์ คณะกรรมการตลาดหลักทรัพย์ ผู้อำนวยการฝ่ายแลกเปลี่ยนเงินตราและสินเชื่อ รวมทั้งหัวหน้านิติกร ธนาคารแห่งประเทศไทย รวมทั้งสิ้น 15 คน

ผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะทำงาน สรุปได้ดังนี้

1) กรณีของ DTAC ไม่มีเอกสารหลักฐานที่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะสามารถชี้ชัดได้ว่า DTAC มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2) กรณีนิติบุคคลที่ถือหุ้นตามลำดับชั้นของ DTAC จำนวน 7 บริษัท จากเอกสารหลักฐาน ข้อมูล ข้อเท็จจริง และพฤติกรรมการแวดล้อมต่าง ๆ เห็นว่ามีมูลอันน่าเชื่อว่า นิติบุคคลทั้ง 7 บริษัทที่ถือหุ้นตามลำดับชั้นของ DTAC น่าจะมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ซึ่งจะส่งผลให้บริษัทดังกล่าวมีสถานะเป็นคนต่างด้าว และจะมีผลกระทบทำให้ DTAC มีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามไปด้วย

3) เหตุผลสำคัญที่ทำให้คณะทำงานมีความเห็นว่ามีมูลน่าเชื่อว่าจะมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว คือ

(1) มีการรับโอนเงินจากต่างประเทศ แต่ไม่สามารถระบุแหล่งที่มาของเงินที่ชัดเจนได้ และตามงบการเงินระบุว่าเงินเป็นเงินกู้ไม่คิดดอกเบี้ย กำหนดชำระคืนเมื่อทวงถาม รวมทั้งยอดเงินมีจำนวนสูงมากเมื่อเทียบกับทุนจดทะเบียน แต่เนื่องจากไม่มีเอกสารหลักฐานยืนยัน เช่น สัญญาเงินกู้ หลักฐานแหล่งที่มาของเงิน ดังนั้น จึงสันนิษฐานได้เพียงว่าเงินดังกล่าวไม่น่าจะเป็นเงินกู้ แต่น่าจะเป็นเงินลงทุนของคนต่างด้าวที่ผ่านการถือหุ้นแทนโดยนิติบุคคลทั้ง 7 บริษัทดังกล่าว ซึ่งจะต้องพิสูจน์ตามกฎหมายต่อไป

¹³ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. (2554). ดันสายปลายทางธุรกิจ. *วารสารกรมพัฒนาธุรกิจการค้า* กระทรวงพาณิชย์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 9 กรกฎาคม - สิงหาคม พ.ศ. 2554. หน้า 6-9.

(2) ข้อบังคับของบริษัทได้กำหนดสิทธิการออกเสียงและการจ่ายเงินปันผลให้คนต่างด้าวได้รับสิทธิประโยชน์มากกว่าคนไทย ซึ่งแม้ว่าข้อบังคับดังกล่าวจะไม่ขัดต่อกฎหมาย แต่ก็ยังเป็นข้อพิรุธที่อาจนำมาเป็นข้อสันนิษฐานได้ว่า บริษัทที่กำหนดข้อบังคับเช่นนี้น่าจะกระทำเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าวที่เป็นผู้ลงทุนที่แท้จริง ดังนั้น จึงน่าจะมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

(3) พฤติกรรมแวดล้อมต่าง ๆ เช่น บางบริษัทไม่มีสถานที่ตั้งที่แท้จริงตามที่ได้จดทะเบียนไว้ และหลายบริษัทมีรายการทางทะเบียนเหมือนกัน รวมทั้งมีการบริหารกิจการโดยกรรมการที่เป็นกลุ่มบุคคลเดียวกัน ซึ่งแม้ว่าพฤติกรรมดังกล่าวจะสามารถกระทำได้ตามกฎหมาย แต่ก็ถือเป็นข้อพิรุธที่จะสงสัยได้ว่าบริษัทดังกล่าวจะกำหนดรูปแบบโครงสร้างรายการทางทะเบียนและการบริหารกิจการให้เอื้อประโยชน์ต่อคนต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง ดังนั้น จึงน่าจะมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

4) สำหรับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลสัญชาติไทยจำนวน 2 คน ขณะทำงานยังไม่พบพยานหลักฐานเพียงพอที่จะสรุปได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีการกระทำความผิด แต่มีพฤติกรรมที่น่าสงสัยว่าอาจกระทำการช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพราะบุคคลดังกล่าวมีชื่อเป็นกรรมการและกรรมการผู้มีอำนาจของหลายบริษัทที่เป็นผู้ถือหุ้นตามลำดับชั้นของ DTAC ที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กัน

โดยขณะทำงานมีความเห็นว่าหากพนักงานสอบสวนตามกระบวนการยุติธรรมทำให้ปรากฏหลักฐานที่เพียงพอจนสามารถชี้ชัดได้ว่า นิติบุคคลที่ถือหุ้นตามลำดับชั้นของ DTAC ทั้ง 7 บริษัท ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวและมีสถานะเป็นคนต่างด้าว ซึ่งจะเป็นผลทำให้ DTAC เป็นคนต่างด้าวตามไปด้วย ทั้ง DTAC และนิติบุคคลทั้ง 7 บริษัท รวมทั้งกรรมการผู้มีอำนาจของทุกบริษัทก็จะเข้าข่ายกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36, 37 และ 41 แล้วแต่กรณี และเพื่อให้เกิดความชัดเจนและมีข้อยุติที่จะสามารถดำเนินการตามกฎหมายต่อไปได้ และเป็นประโยชน์ในการป้องกันและควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จึงควรที่จะมอบหมายให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าส่งเรื่องนี้ให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวนตามกระบวนการยุติธรรมพิจารณาดำเนินการตามกฎหมาย และหากพนักงานสอบสวนมีหลักฐานที่จะดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดได้ กรมก็จะไปร้องทุกข์กล่าวโทษต่อไป

ต่อมาปลัดกระทรวงพาณิชย์ (นายยรรยง พวงราช) ได้ให้ความเห็นชอบตามรายงานผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการ และมอบหมายให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าส่งเรื่องให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติพิจารณาดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามกระบวนการยุติธรรมตามข้อเสนอของ

คณะทำงาน และเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 นายอลงกรณ์ พลบุตร รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้นได้สั่งการให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าดำเนินการกล่าวโทษต่อพนักงานสอบสวน หรือเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น ตามเอกสารรายงานของคณะทำงาน และรายงานของนายสัญญา สติรบุตร (ที่ปรึกษารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้น) และให้แจ้งผลการดำเนินการให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ทราบภายใน 7 วัน (ครบกำหนดวันที่ 19 กรกฎาคม พ.ศ. 2554)

ต่อมาอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ประชุมปรึกษาร่วมกับผู้บริหารกรม และคณะทำงานด้านกฎหมายของกรมแล้วมีความเห็นพ้องต้องกัน ดังนี้

1) กรณี DTAC เกิดจากข้อเสนอแนะและข้อสังเกตของคณะกรรมการ และข้อร้องเรียนของบริษัท ทรมูฟ จำกัด ที่ได้สรุปเบื้องต้นในทำนองเดียวกันว่า DTAC น่าจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างดาว ดังนั้น การดำเนินการของกรมต่อกรณีดังกล่าว จึงต้องอาศัยฐานกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างดาว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีบทบัญญัติให้ “พนักงานเจ้าหน้าที่” มีอำนาจหน้าที่โดยตรงที่จะตรวจสอบข้อเท็จจริงในกรณีได้ แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ก็มีข้อจำกัดอยู่ภายใต้กรอบบทบาทของฝ่ายบริหาร คือ ดำเนินการได้เฉพาะการตรวจสอบข้อเท็จจริงที่เป็นขั้นต้นก่อนการสืบสวนสอบสวน (Pre-investigation) เท่านั้น ไม่สามารถก้าวล่วงไปดำเนินการถึงขั้นการสืบสวนสอบสวนที่เป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของพนักงานสอบสวนที่เป็นกระบวนการฝ่ายยุติธรรมได้

2) การที่ปลัดกระทรวงพาณิชย์ได้แต่งตั้งคณะทำงานขึ้น โดยมีองค์ประกอบเป็นผู้บริหารและข้าราชการกรมที่เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่อยู่ก่อนแล้ว รวมทั้ง ผู้แทนของหน่วยงานสำคัญที่เกี่ยวข้องอีก 4 หน่วยงาน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ให้เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยแล้ว คณะทำงานชุดดังกล่าวจึงสามารถใช้อำนาจหน้าที่และดุลยพินิจตรวจสอบข้อเท็จจริงกรณี DTAC ได้อย่างเต็มที่ นอกจากนี้ ผลการตรวจสอบความเห็นและข้อเสนอใด ๆ ของคณะทำงานย่อมเป็นอำนาจและดุลยพินิจเฉพาะตัวของคณะทำงานที่เป็นอิสระ ซึ่งผู้บังคับบัญชาตามระเบียบบริหารราชการแผ่นดินไม่สามารถวินิจฉัยสั่งการให้เป็นอย่างอื่นได้

3) ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 20 ได้บัญญัติให้รัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการ แต่กฎหมายก็จำกัดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐมนตรีไว้ให้รับผิดชอบในการกำหนดนโยบาย เป้าหมาย และผลสัมฤทธิ์ของงานฯ ให้สอดคล้องกับนโยบายที่คณะรัฐมนตรีแถลงไว้ต่อสภาเท่านั้น งานในหน้าที่ราชการประจำตามปกติทั่วไป หรืองานตามกฎหมายพิเศษเฉพาะเรื่องใด ๆ หากกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจรัฐมนตรีไว้ รัฐมนตรีก็ย่อมไม่มีอำนาจเข้ามาสั่งการได้

4) ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในฐานะผู้รักษาการตามกฎหมายมีอำนาจหน้าที่จำกัดอยู่เพียงเท่าที่กฎหมายกำหนด เช่น ตามมาตรา 8 (2) การอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 มาตรา 17 การพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจของอธิบดี มาตรา 18 การออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับใบอนุญาตปฏิบัติ มาตรา 20 การพิจารณาอุทธรณ์กรณีสั่งเพิกถอนใบอนุญาต มาตรา 23 การแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และมาตรา 46 การแต่งตั้งนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ และการออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมฯ ซึ่งอำนาจของรัฐมนตรีดังกล่าวแยกต่างหากจากอำนาจของพนักงานเจ้าหน้าที่ และรัฐมนตรีไม่มีอำนาจครอบงำการปฏิบัติงานและการใช้ดุลยพินิจใด ๆ ของพนักงานเจ้าหน้าที่

5) ดังนั้น การที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้มอบหมายหรือแต่งตั้งให้ นายสัญญา สติรบุตร ที่ปรึกษารัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ เข้ามาตรวจสอบหรือสอบทานผลการตรวจสอบข้อเท็จจริงของคณะทำงาน รวมทั้งการที่รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้สั่งการให้กรมดำเนินการต่อกรณี DTAC แตกต่างไปจากผลการตรวจสอบความเห็นและข้อเสนอของคณะทำงานนั้น จึงเป็นการปฏิบัตินอกขอบเขตอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสั่งการให้กล่าวโทษนิติบุคคลหรือบุคคลที่คณะทำงานเห็นว่ายังไม่มีหลักฐานเพียงพอ ที่จะกล่าวโทษดำเนินคดีให้ได้รับโทษทางอาญาที่ร้ายแรงได้ ซึ่งหากกรมปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ดังกล่าว นอกจากจะเกิดความไม่เป็นธรรมต่อผู้ถูกกล่าวโทษแล้ว กรมในฐานะหน่วยงานผู้รับผิดชอบย่อมได้รับความเสียหายและขาดความน่าเชื่อถือไว้วางใจ นอกจากนี้ ทั้งกรม และอธิบดี รวมทั้งข้าราชการผู้มีหน้าที่เกี่ยวข้อง อาจเข้าข่ายกระทำผิดและต้องได้รับโทษทางอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157

ต่อมาวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2554 กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงได้ทำบันทึกเสนอปลัดกระทรวงพาณิชย์ รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เพื่อทราบการดำเนินการของกรมที่ไม่อาจปฏิบัติตามคำสั่งการของรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ และกรมได้ส่งเรื่องให้กองบัญชาการสอบสวนกลาง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ ดำเนินการสืบสวนสอบสวนตามกระบวนการยุติธรรมตามกฎหมายต่อไป และแจ้งด้วยว่าหากผลการสืบสวนสอบสวนปรากฏว่าเข้าข่ายเป็นการกระทำความผิด และ/หรือพบว่ามิบุคคลอื่นที่มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดเพิ่มเติมอีก และพนักงานสอบสวนประสงค์จะให้มีการร้องทุกข์ กรมก็จะดำเนินการต่อไป

จากกรณีของ DTAC ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นเกิดขึ้น เนื่องจากการร้องเรียนของบริษัท โทรูฟ จำกัด ซึ่งหากไม่มีการร้องเรียนเช่นนี้ การดำเนินการ ดังกล่าวข้างต้นก็จะไม่เกิดขึ้น และการตรวจสอบข้อเท็จจริงนั้นก็มีความกระบวนการและขั้นตอนที่ยุ่งยาก และต้องใช้บุคลากรและต้นทุนในการดำเนินการสูง และการที่จะดำเนินการสืบสวนสอบสวน ดำเนินคดีนั้นก็ยังมีปัญหามากมายในทางปฏิบัติมากมาย

นอกจากนั้น ยังมีความสับสนเกี่ยวกับขั้นตอนและอำนาจหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และพนักงานสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนอ้างว่าเป็นอำนาจหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ที่จะต้องทำความเข้าใจเสนอไปยังพนักงานสอบสวนก่อนว่าได้มีการกระทำความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง จึงจะดำเนินการสอบสวนคดีดังกล่าวได้ แต่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ก็ได้อ้างว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวนอยู่แล้ว ซึ่งกฎหมายไม่ได้ กำหนดให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะต้องทำความเข้าใจเสนอพนักงานสอบสวนก่อน จากที่กล่าว มาแล้วจึงอาจสรุปได้ว่านับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มา นั้น ยังไม่เคยมีการดำเนินคดีในความผิดฐานนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางมาก่อนเลย