

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

การลงทุนจากต่างประเทศนั้นมีทั้งข้อดีและข้อเสียต่อประเทศไทย ประโยชน์ที่ประเทศไทยหวังจะได้รับจากการลงทุนจากคนต่างด้าว ก็คือประโยชน์ในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ ได้แก่ เงินตราต่างประเทศที่ผู้ลงทุนต่างด้าวนำเข้ามาเพื่อประกอบกิจการในประเทศ การถ่ายทอดเทคโนโลยีจากผู้ลงทุนต่างด้าว เป็นต้น เมื่อมีการลงทุนจากต่างประเทศก็จะส่งผลให้มีการปรับปรุงโครงสร้างการผลิตที่มีประสิทธิภาพมากขึ้น มีการส่งออกเพิ่มขึ้น มีการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมภายใน และการลดอัตราการว่างงาน และเมื่อประชาชนมีงานทำ ก็นับคือผู้ดี ก็

จะส่งผลดีต่อสังคมและเศรษฐกิจโดยรวม

แต่การลงทุนจากต่างประเทศก็มีข้อเสียที่เป็นต้นทุนของประเทศ ซึ่งนักลงทุนต่างด้าวส่งกลับประเทศของตน ได้แก่ เงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมลิขสิทธิ์ เงินเดือนพนักงานต่างด้าว เป็นต้น นอกจากนี้ ประเทศไทยยังต้องประสบปัญหาผลกระทบจากภายนอกต่าง ๆ เช่น การผูกขาดโดยทุนต่างด้าว การล้มละลายของผู้ประกอบการท้องถิ่น การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยทุนต่างด้าว ปัญหาสิ่งแวดล้อม (เช่น กรณีมาบตาพุด) เกิดความเหลื่อมล้ำในสังคมระหว่างคนรวยและคนจน ฯลฯ และในกิจการบางประเภทที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงและปลอดภัยของชาติโดยตรง เช่น การสื่อสาร โทรคมนาคม อาวุธยุทโธปกรณ์ การค้าที่ดิน เป็นต้น

แม้ประเทศไทยจะมีนโยบายใช้การลงทุนจากต่างประเทศเป็นนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ก็ได้ยอมรับว่าการลงทุนจากต่างประเทศนั้นมีทั้งข้อดีและข้อเสีย จึงได้มีการประกาศใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เป็นเครื่องมือของรัฐในการรักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากประเทศและปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าว

แต่จากการศึกษาพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พบว่ามีปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้หลายประการ อันเนื่องมาจากการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่าง

คำว่า” ในมาตรา 4 ได้แก่ การที่กฎหมายได้กำหนดให้พิจารณาเพียงสัดส่วนการถือหุ้นของนิติบุคคลเพียงชั้นเดียวเท่านั้น โดยไม่ได้คำนึงการถือหุ้นของนิติบุคคลอื่นที่ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย และไม่ได้พิจารณาถึงสัดส่วนของผลประโยชน์ที่เป็นของคนไทยด้วย จึงเป็นช่องทางให้เกิดการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ ซึ่งสามารถดำเนินการได้และไม่ผิดกฎหมาย

และจากการที่กฎหมายได้แบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชี ตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น การจัดประเภทธุรกิจเช่นนี้ไม่อาจบรรลุลวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ เนื่องจากปัญหาคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เช่นกัน คือ การที่ไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่อง “การควบคุม” มากำหนดไว้ในคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ด้วย จึงเป็นการเปิดช่องให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถสร้างรูปแบบ “บริษัทไทย” ขึ้น โดยให้คนไทยถือหุ้นร้อยละ 51 แต่คนต่างด้าวมียอำนาจในการครอบงำกิจการของบริษัทนั้นได้ โดยใช้วิธีการต่าง ๆ เช่น การออกหุ้นบุริมสิทธิหรือการแบ่งหุ้นออกเป็น 2 ประเภท เพื่อให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีสทธิออกเสียงลงมติได้มากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยซึ่งทำให้สามารถครอบงำบริษัทได้โดยผ่านทางที่ประชุมผู้ถือหุ้น การกำหนดอำนาจของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการต่างด้าวในข้อบังคับของบริษัท และ/หรือสัญญาผู้ถือหุ้น นอกจากนั้นในมาตราอื่น ๆ ของพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือในกฎหมายอื่น ๆ ก็ไม่มีการห้ามหรือป้องกันการครอบงำการจัดการบริษัทโดยคนต่างด้าวไว้แต่อย่างใด แม้จะเป็นธุรกิจที่ต้องห้ามด้วยเหตุผลพิเศษตามบัญชีหนึ่งหรือเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามบัญชีสองก็ตาม เพราะเมื่อบริษัทนั้นเป็นบริษัทไทยในทางนิตินัย และบริษัทก็เป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจใด ๆ ย่อมต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจกระทำการแทน ดังนั้น การจัดแบ่งประเภทธุรกิจดังกล่าวจึงไร้ผล

และด้วยเหตุที่กฎหมายได้เปิดช่องให้มีการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าวได้ จึงเป็นการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวใช้ช่องทางที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เช่น การออกหุ้นบุริมสิทธิหรือการแบ่งหุ้นออกเป็น 2 ประเภท เพื่ออำพรางการถือหุ้นโดยใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และแม้ว่ากฎหมายจะได้กำหนดโทษเอาไว้อย่างร้ายแรง คือ มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ/หรือโทษปรับ และกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งกรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลของนิติบุคคลที่กระทำความผิดจะต้องรับโทษด้วย แต่กฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้ถูกนำมาบังคับใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากรัฐเกรงว่าหากบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจังจะส่งผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศ การถอนเงินลงทุนหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้น ก็อาจทำให้เสียบรรยากาศในการลงทุน นอกจากนั้น รัฐยังต้อง

ประสบกับต้นทุนในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษจำนวนมากด้วย เนื่องจากมีการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางกันอย่างแพร่หลายมาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งในส่วนของ การบังคับใช้กฎหมายกรณีนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนี้สอดคล้องกับผลการศึกษาของเดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล ที่ว่าเป็นนโยบาย “ปากว่า ตาขยิบ” เนื่องจากมีกฎหมายกำหนดความผิดไว้อย่างเข้มงวด แต่การบังคับใช้หย่อนยานจนมีการหลีกเลี่ยงกฎหมายกันอย่างกว้างขวางและเป็นปัญหาที่หมักหมมจนยากจะแก้ไข

จากที่กล่าวมาข้างต้น จึงอาจสรุปได้ว่า ปัญหาการประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวในกรณีนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนั้นมีปัญหาทั้งเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงเป็นกฎหมายไม่สามารถรักษาสมดุลระหว่างความต้องการการลงทุนจากต่างประเทศและปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าวได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

5.2.1 แก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ปัญหาที่เกิดจากคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้เกิดปัญหาการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางเพื่อถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยคนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมบริษัทซึ่งประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ หรือธุรกิจที่มีข้อจำกัดไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินอัตราที่กฎหมายกำหนด โดยการกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการแต่งตั้ง หรือถอดถอนกรรมการของนิติบุคคลนั้นได้ หรือกำหนดให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมการดำเนินการของนิติบุคคล หรือมีข้อตกลงให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยต้องให้ความเห็นชอบในมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นของนิติบุคคล เป็นต้น จะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในนิติบุคคล แต่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากโดยไม่คิดกฎหมาย เนื่องจากนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดให้ครอบคลุมถึงเรื่องอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย ทำให้นิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือน้อยกว่ากึ่งหนึ่งแต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคล นิติบุคคลดังกล่าวก็ถูกถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยที่สามารถประกอบธุรกิจได้ทุกประเภทโดยไม่มีข้อห้ามหรือข้อจำกัดใด ๆ

ดังนั้น จึงควรที่จะแก้ไขนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงเรื่องอำนาจควบคุมหรือบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย โดยควรจะบัญญัติให้สอดคล้องกับมาตรา 28 (m) (ii) ของข้อตกลง GATS โดยกำหนดคำนิยามให้สอดคล้องกับคำว่า “Juridical person of another member” ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศที่มีคนต่างด้าวเป็นเจ้าของ โดยมีหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง หรือมีอำนาจควบคุมกิจการ¹ แม้ว่าคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามข้อตกลง GATS จะกำหนดขึ้นมาเพื่อเป็นเพียงมาตรฐานสำหรับการดำเนินการตามข้อตกลง GATS ในระหว่างประเทศภาคีสมาชิกเท่านั้น เพื่อให้ประเทศภาคีสมาชิกออกกฎหมายภายในเพื่ออนุวัติการให้สอดคล้องกับคำนิยามดังกล่าว โดยประเทศภาคีสมาชิกไม่จำเป็นต้องนำคำนิยามนั้นมากำหนดเป็นคำนิยามของกฎหมายภายในก็ตาม หากแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้สอดคล้องกับคำว่า “Juridical person of another member” ของข้อตกลง GATS ก็จะทำให้ปัญหาการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทยลดน้อยลงไปได้

สำหรับร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... ที่ผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550 ก็ไม่ได้มีการนำเรื่องอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลมาพิจารณาเพื่อแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่ากึ่งหนึ่งแต่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลแต่อย่างใด แต่ในร่างกฎหมายดังกล่าวได้แก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงเฉพาะกรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่ากึ่งหนึ่งแต่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งก็ให้ถือว่าเป็นคนต่างด้าวด้วยเท่านั้น การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวยังไม่สามารถที่จะแก้ไขปัญหาการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทยได้ เพราะในทางปฏิบัติแล้วผู้ถือหุ้นต่างด้าวอาจใช้วิธีการอื่นในการเข้าควบคุมนิติบุคคลได้โดยไม่ต้องใช้วิธีการควบคุมสิทธิการออกเสียงลงมติ ซึ่งเป็นเพียงวิธีการหนึ่งในการให้คนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคลเท่านั้น

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีข้อเสนอให้ปรับปรุงแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

¹ กฤต ไกรจิตติ. (2550). “กฎหมายอนุวัติการความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ” อาริยาบุชา ศาสตราจารย์ ดร. อรุณ ภาณุพงษ์”. หน้า 312.

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

การกำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงอำนาจควบคุมนิติบุคคลตามข้อเสนอของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวข้างต้น เป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพมากกว่าการแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ที่ครอบคลุมแต่เฉพาะเรื่องสิทธิการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

และจากการศึกษากฎหมายของประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดาในบทที่ 3 ของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จะเห็นได้ว่ากฎหมายของทั้ง 2 ประเทศได้กำหนดเกณฑ์การพิจารณาถึงความ เป็นนิติบุคคลต่างด้าว โดยพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมนิติบุคคลด้วย

5.2.2 แก้ไขประเภทธุรกิจในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง ค้า พ.ศ. 2542

ประเทศไทยมีการจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างค้าหลายธุรกิจ โดยเฉพาะธุรกิจบริการที่กฎหมายกำหนดให้บริการเกือบทุกประเภทเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างค้าประกอบธุรกิจ โดยให้เหตุผลว่าเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างค้า ส่งผลให้การประกอบธุรกิจของคนต่างค้าในประเทศไทยมีอุปสรรคอย่างยิ่ง คนต่างค้าที่ต้องการเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศไทยจึงนิยมใช้วิธีให้คนไทยถือหุ้นแทนหรือการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง เพื่อให้นิติบุคคลนั้นมีสภาพเป็นนิติบุคคลไทย เพื่อที่จะได้ไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก แม้ว่าธุรกิจหลักที่คนต่างค้าต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะไม่ใช่ธุรกิจที่ต้องห้ามก็ตาม เช่น การประกอบธุรกิจหลักของห้างค้าปลีกค้าส่งขนาดใหญ่ที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นตั้งแต่ 100 ล้านบาทขึ้นไป ก็สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ในทางปฏิบัติห้างค้าปลีกค้าส่งดังกล่าวก็จะเลือกใช้รูปแบบของบริษัทไทย เนื่องจากกฎหมายห้ามคนต่างค้าค้าสินค้าเกษตรพื้นเมืองตามบัญชีสาม (13) และห้ามคนต่างค้าขายอาหารหรือเครื่องดื่มตามบัญชีสาม (19) ดังนั้น การอนุญาตให้ประกอบธุรกิจค้าปลีกที่มีทุนขั้นต่ำตั้งแต่ 100 ล้านบาทโดยไม่ต้องขออนุญาตจึงไม่มีความหมาย

และโดยที่การเจรจาเปิดเสรีการค้าบริการตามข้อตกลง GATS โดยการเจรจาลดกฎระเบียบที่เป็นข้อจำกัด และเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างค้าเข้ามาประกอบธุรกิจบริการตามบัญชีธุรกิจท้ายข้อตกลง GATS ซึ่งจะต้องดำเนินการแบบค่อยเป็นค่อยไป โดยอยู่บนหลักการของการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าโดยลำดับ (Progressive Liberalization) ในลักษณะเดียวกับการเจรจา ค่อย ๆ ลดภาษีสำหรับสินค้าประเภทต่าง ๆ ตามข้อตกลง GATT² จากหลักการเปิดเสรีแบบก้าวหน้าโดยลำดับ (Progressive Liberalization) จะเห็นได้ว่าประเทศไทยควรที่จะต้องทบทวนประเภทของธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างค้าประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างค้า พ.ศ. 2542 ซึ่งจำกัดสิทธิของคนต่างค้าในการประกอบธุรกิจหลายประเภท โดยเฉพาะธุรกิจบริการเกือบทุกประเภท โดยควรที่จะต้องมีการทบทวนประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างค้าเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างค้า พ.ศ. 2542 อย่างต่อเนื่องทุกปี ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างค้า พ.ศ. 2542 ที่กำหนดให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างค้าทบทวนประเภทธุรกิจท้ายพระราชบัญญัตินี้อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกอภยะเวลาหนึ่งปีแล้วทำความเห็นเสนอ

² กระทรวงการต่างประเทศ. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างค้า พ.ศ. 2542 (เอกสารแนบ 3) เสนอต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ. หน้า 4.

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เพื่อเปิดเสรีให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจได้มากขึ้น ซึ่งอาจเป็นการเพิ่มระดับการเปิดเสรีให้มากขึ้นอย่างค่อยเป็นค่อยไป โดยทบทวนว่าธุรกิจประเภทใดที่คนไทยพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างด้าวได้ก็ควรพิจารณาให้ธุรกิจประเภทนั้นออกไปจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ สำหรับธุรกิจบางประเภทที่เห็นว่ายังคงต้องคุ้มครองต่อไปก็ให้คงไว้โดยเฉพาะธุรกิจตามบัญชีหนึ่งซึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษและบัญชีสองซึ่งเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเภท หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

การทบทวนและแก้ไขประเภทธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ จะทำให้การแก้ไขปัญหาเรื่องนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทยมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งจะส่งผลให้ปัญหาดังกล่าวลดน้อยลงไปได้ เพราะแม้ว่าจะแก้ไขปัญหาระบบค่านิยมคำว่า “คนต่างด้าว” ให้เข้มงวดมากยิ่งขึ้น แต่หากได้มีการผ่อนปรนเรื่องประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการในขณะเดียวกันก็จะทำให้เกิดความสมดุลระหว่างการเข้มงวดด้านหนึ่ง กับการผ่อนปรนอีกด้านหนึ่ง

5.2.3 ควรกำหนดขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยให้รวดเร็วขึ้น และกำหนดแนวทางที่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย

จากปัญหาในเรื่องขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้นต้องใช้เวลาถึง 60 วัน นับแต่วันยื่นคำขอ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินจำเป็น จึงควรที่จะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้รวดเร็วยิ่งขึ้น

สำหรับปัญหาเรื่องแนวทางที่ไม่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนั้น ก็ควรที่จะกำหนดแนวทางที่ชัดเจนให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยให้ปฏิบัติตามขั้นตอนหรือมีคุณสมบัติตามที่กำหนด เมื่อคนต่างด้าวปฏิบัติตามขั้นตอนครบถ้วนหรือมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนด คนต่างด้าวก็จะได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีความชัดเจนมากขึ้นไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจในการอนุญาต และเพื่อให้เกิดบรรยากาศที่ดีในการลงทุน เมื่อขั้นตอนในการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีความชัดเจน ปัญหาการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางในประเทศไทยก็จะลดลง เพราะสาเหตุหนึ่งของปัญหานอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนั้นเกิดจากความไม่

แนวโน้มของคนต่างคำว่าการยื่นคำขอประกอบธุรกิจในประเทศไทยแล้วจะได้รับการอนุญาตหรือไม่ เนื่องจากมีแนวทางในการพิจารณาที่ไม่ชัดเจนขึ้นอยู่กับดุลพินิจของผู้มีอำนาจพิจารณา

สำหรับระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ล่าช้าเช่นเดียวกันนั้น แนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าว คือ ควรที่จะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนให้มีความรวดเร็วยิ่งขึ้น เช่น จากเดิมที่การพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนสำหรับคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีขนาดการลงทุน 1-40 ล้านบาท ซึ่งจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 40 วันทำการ เป็นภายใน 15 วันทำการ คำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่มีขนาดการลงทุนเกินกว่า 40 ล้านบาท และคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการพิจารณาโครงการ ซึ่งจะต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันทำการ เป็นภายใน 30 วันทำการ และคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนที่อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งจำต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 90 วันทำการ เป็นภายใน 45 วันทำการ

การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาให้รวดเร็วขึ้นนี้จะทำให้นักลงทุนต่างคำเห็นว่า การพิจารณาคำขอรับการส่งเสริมการลงทุน ไม่ได้เป็นระยะเวลาที่ล่าช้าจนเกินจำเป็น และจะเข้ามายื่นคำขอรับการส่งเสริมการลงทุนอย่างถูกต้องมากกว่าใช้วิธีการหลบเลี่ยงกฎหมาย โดยการใช้นอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพราง

5.2.4 ควรกำหนดให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบทำหน้าที่ประสานงานด้านข้อมูลในการตรวจสอบการกระทำคามผิดก่อนรายงานให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามกฎหมาย

จากปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่ควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างคำที่มีข้อจำกัดในการตรวจสอบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำลักษณะนอมินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางนั้น เห็นว่าควรที่จะให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าออกมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างคำประกอบกิจการในประเทศไทย โดยให้หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กรมที่ดิน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย จัดระบบข้อมูลภายในของแต่ละหน่วยงานให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดและสามารถเชื่อมโยงข้อมูลระหว่างกันได้ พร้อมทั้งให้มีการอบรมบุคลากรเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความสามารถในการตรวจสอบ และมีการทำความตกลงร่วมมือกันในการ

เข้าถึงฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน เพื่อให้ข้อมูลของแต่ละหน่วยงานสามารถส่งเสริมและสนับสนุนอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์สูงสุด

5.2.5 ควรเพิ่มเติมบทลงโทษแก่คนต่างด้าว ผู้มีสัญชาติไทยทุกคนซึ่งมีส่วนในการกระทำ ความผิด รวมทั้งผู้ให้การสนับสนุนด้วย

การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยที่มีจำนวนเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว ซึ่งบางรายอาจมิได้มีเจตนาดีต่อประเทศไทย และอาจเข้ามาเพื่อกระทำความผิดบางอย่าง เช่น ความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ยาเสพติด หรือก่อการร้าย จึงสมควรให้มีการเพิ่มเติมบทลงโทษแก่คนต่างด้าวผู้มีสัญชาติไทยทุกคนซึ่งมีส่วนในการกระทำความผิด รวมทั้งผู้ให้การสนับสนุนด้วย โดยควรที่จะกำหนดให้มีบทลงโทษในเรื่องของการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเมื่อปรากฏว่ามีการฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเป็นผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนให้มีการฝ่าฝืนกฎหมาย เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กรณีปัญหาการใช้ номินี (Nominee) หรือตัวแทนอำพรางเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวเพื่อเลี่ยงกฎหมาย หรือกรณีที่คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามในประเทศไทย หรือถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ควรใช้มาตรการในการเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และควรกำหนดโทษให้ให้สูงขึ้นกว่าที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้ผู้ฝ่าฝืนเกิดความเกรงกลัว และเพื่อให้บรรลุมัตถุประสงค์ของการลงโทษจึงควรนำมาตรการทางปกครองมาใช้ลงโทษด้วย โดยใช้มาตรการบังคับให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ฝ่าฝืนโดยตรง

สำหรับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในปัจจุบัน มีบทลงโทษผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และคนต่างด้าวที่ยินยอมให้มีการถือหุ้นแทนในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าแม้จะเป็นโทษที่ร้ายแรงคือมีโทษจำคุก แต่ก็มีอัตราโทษที่ต่ำเกินไป และแม้ว่ามาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะมีบทลงโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ก็ตาม

³ มาตรการทางปกครอง (Administrative Method) หมายถึง มาตรการที่รัฐเป็นผู้กำหนดบังคับกับผู้กระทำความผิด โดยการกระทำความผิดนั้นเป็นการกระทำผิดเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดที่รัฐกำหนดขึ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะเป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาใช้บังคับ.

จากการศึกษาในรายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542” ซึ่งสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เสนอต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ได้เสนอว่า ควรที่จะแก้ไขเรื่องบทลงโทษในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็น “จำคุกตั้งแต่สามปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่หนึ่งล้านบาทถึงยี่สิบล้านบาท และปรับวันละหนึ่งแสนบาทถึงห้าแสนบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่” ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้ฝ่าฝืนกฎหมายเกิดความเกรงกลัว

ผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับรายงานวิจัยดังกล่าว เนื่องจากบทลงโทษตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกำหนดว่า “ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” จะเห็นได้ว่าผู้ฝ่าฝืนกฎหมายอาจได้รับโทษเพียงโทษปรับเท่านั้น เพราะกฎหมายใช้คำว่า “หรือปรับตั้งแต่...” ไม่ได้ใช้คำว่า “และปรับตั้งแต่...” ซึ่งคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยอาจไม่เกิดความเกรงกลัว เพราะไม่ได้มีบทลงโทษที่เป็นผลร้ายต่อผู้ฝ่าฝืนเองโดยตรง เพราะอาจได้รับโทษเพียงโทษปรับเท่านั้น

สำหรับโทษในกรณีการจำหน่ายที่ดินในกรณีการได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและที่มิชอบด้วยกฎหมาย ตามที่ได้กล่าวไว้ในข้อ 4.5 ของบทที่ 4 นั้นผู้เขียนเห็นว่าควรใช้มาตรการลงโทษยึดที่ดินนั้นเป็นของรัฐ และรัฐก็จะจัดการจำหน่ายที่ดินดังกล่าวต่อไปโดยการขายทอดตลาด โดยให้รัฐเป็นผู้กำหนดราคาขายเอง และเงินที่ได้จากการจำหน่ายที่ดินนั้นให้ตกเป็นของรัฐด้วย เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดเกรงกลัวที่จะกระทำความผิดกฎหมาย