

มาตรการในการป้องกันการกระทำผิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

ชาญวิทย์ กรอบเพชร¹
รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ²

บทความ

การศึกษาเรื่องมาตรการในการการกระทำผิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีวัตถุประสงค์ในการศึกษา แนวคิด ทฤษฎี ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายต่างประเทศ การศึกษานี้เน้นเรื่องกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยและกฎหมายต่างประเทศ ตลอดจนเสนอแนะกฎหมายต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยจะศึกษาในขอบเขตปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเช่น 1) ปัญหานิยาม “คนต่างด้าว” 2) ปัญหาตัวแทนอำพรางหรือ (Nominee) 3) ปัญหาอันเกิดจากบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย 4) ปัญหาอันเกิดจากสภาพการบังคับใช้กฎหมาย 5) ปัญหาอันเกิดจากช่องว่างในการประสานงานในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐ โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกับ สหพันธรัฐมาเลเซีย สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาพบว่า ปัญหาทางกฎหมายทั้งห้าประการดังกล่าวข้างต้นมีผลกระทบโดยตรงต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมในการควบคุมพฤติกรรมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยซึ่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวของนักธุรกิจต่างด้าวเป็นผลกระทบโดยตรงจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากมีบทบัญญัติของกฎหมายบางประการที่ต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อหามาตรการในการป้องกันการกระทำผิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และเพื่อความมั่นคงของประเทศ

สำหรับการศึกษาผู้เขียนมีข้อเสนอแนะดังนี้ ควรบัญญัตินิยาม “คนต่างด้าว” ให้ชัดเจนและรัดกุมโดยพิจารณาถึงอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น ๆ โดยพิจารณาจาก “สิทธิในการออกเสียงลงคะแนน” ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยที่คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น ๆ และควรมีแนวทางแก้ไขปัญหาคู่แทนอำพรางหรือ(Nominee)โดยมีการจัดทำกฎหมายกลางเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่มีลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดกลไกและกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการที่ครอบคลุมการทำธุรกรรมทุก

¹ นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

² ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ประเภทโดยมีการกำหนด “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลและกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมสัญญาหรือการดำเนินการใด ๆ กับผู้อื่น ในทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าวโดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การบริหารงาน การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นการทำธุรกรรมอำพราง รวมถึงควรมีบทลงโทษแก่การกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางรวมทั้งที่ปรึกษากฎหมายในการให้คำแนะนำหรือสนับสนุนในการหาช่องทางกระทำความผิดให้คนต่างด้าวและควรมีหน่วยงานกลางในการประสานงานด้านข้อมูลในการตรวจสอบการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางก่อนรายงานให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพส่งผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1. บทนำ

ปัจจุบันประเทศไทยได้รับผลกระทบอย่างกว้างจากการชะลอตัวทางเศรษฐกิจโลก นั่นก็หมายความว่า ในสภาพการณ์เช่นนี้ทำให้ประเทศไทยต้องการแหล่งเงินทุนจากต่างประเทศจำนวนไม่น้อย เพื่อนำเม็ดเงินเข้ามาจ่ายเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ ในภาพรวมทำให้ประเทศไทยเลือกที่จะส่งเสริมการค้าการลงทุนอย่างจริงจัง ในขณะที่เดียวกันนักลงทุนต่างชาติก็แสวงหาประเทศที่อุดมสมบูรณ์ทางทรัพยากรธรรมชาติและแหล่งท่องเที่ยวเพื่อเข้าไปลงทุนทำธุรกิจหลากหลายประการโดยเฉพาะประเทศไทย ปัจจุบันประเทศไทยมีกฎหมายหลักที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งถือว่ามีค่ามากในฐานะที่เป็นเครื่องมือเพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินทุนจากต่างประเทศ และปัญหาที่เกิดจากการลงทุนระหว่างประเทศ โดยวัตถุประสงค์หลักมีอยู่สองประการ คือเพื่อจำกัดควบคุมผลกระทบภายนอกที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนจากต่างประเทศโดยจัดการจากประเภทจากธุรกิจตามความหนักเบาของผลกระทบภายนอกและอำนาจการอนุมัติเพื่อบังคับควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศมาก โดยการกำหนดเงื่อนไขการประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การร่วมทุนขั้นต่ำ การถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น หากแต่ปัจจุบันกฎหมายหลักดังกล่าวหาได้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้ กล่าวคือกฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการควบคุมผลกระทบภายนอกโดยการนิยาม “คนต่างด้าว” ของบุคคลสมมติที่จะเน้นควบคุมเฉพาะสัดส่วนของคนต่างด้าวที่เข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลที่ได้มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยโดยถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 เท่านั้น แต่กลับไม่ควบคุมนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและมีอำนาจในการบริหารกิจการ ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นคนต่างด้าว แต่รัฐละเลยและละเว้นที่จะเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว ทำให้ดูเหมือนว่านิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวเป็นนิติบุคคลไทยที่สามารถเข้าดำเนินการธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ ซึ่งการที่นิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวแอบแฝงเป็นนิติบุคคลไทย แต่การดำเนินการกลับอยู่ภายใต้การควบคุมของคนต่างด้าวอย่างสิ้นเชิงซึ่งการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่สุจริตของคนต่างด้าว ไม่บรรลุนิติวัตถุประสงค์แห่ง

เจตนารมณ์ของกฎหมาย อีกทั้งช่องว่างของคำนิยามดังกล่าว ยังส่งผลให้คนต่างด้าวใช้นิติบุคคลไทยอำพรางการถือหุ้นแทนกันอย่างแพร่หลายด้วยความสับสนเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายในการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามบัญชีต่าง ๆ โดยมีนักกฎหมายที่มีความเชี่ยวชาญให้การสนับสนุนเพื่อช่วยเหลือในการดำเนินการอย่างมีระบบในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมาการบังคับใช้และการตีความทางกฎหมายก็ก่อให้เกิดความไม่ชัดเจนทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่โดยตรงเพิกเฉยโดยถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในเอกสารการจดทะเบียนเป็นหลักไม่มีการสืบค้นเพื่อหาความจริงประกอบกับรัฐไม่มีนโยบายจริงจังในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งเห็นจากพฤติกรรมของคนต่างชาติได้รุกคืบเข้ามาถือครองที่ดินในประเทศไทยด้วยรูปแบบ และวิธีการต่าง ๆ โดยยังไม่ปรากฏหนทางเยียวยาและแก้ไขที่จริงจัง ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ จึงควรมีแนวทางป้องกันเพื่อมิให้เกิดปัญหาขึ้นดังกล่าว

ปัญหาคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนรัดกุมเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของกฎหมายนี้ หลีกเลี่ยงกฎหมายโดยวิธีต่าง ๆ ทำให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่มีอำนาจควบคุมกิจการหรือมีอำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ไม่มีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” และมีสิทธิประกอบธุรกิจทุกประเภทสาขา ทั้งยังมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้เช่นเดียวกับนิติบุคคลไทยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่แตกต่างจากนิติบุคคลไทยซึ่งเท่ากับได้รับปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Unconditional National Treatment) หรือมีผลเป็นการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนอย่างเต็มรูปแบบแต่เพียงฝ่ายเดียวทันที

ปัญหาตัวแทนอำพราง (Nominee) ซึ่งในปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวจำนวนมาก เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจที่ได้สงวนไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคนต่างด้าวอาศัยกลยุทธ์ต่าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายดังกล่าว ได้แก่การออกหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทย การตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอด (หุ้นสะสม) เพื่อถือหุ้นทางอ้อม การถือหุ้นไขว้กันโดยใช้บริษัทโฮลดิ้ง การควบคุมผ่านกรรมการบริษัท และการร่วมประกอบธุรกิจโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลใด ๆ ซึ่งลักษณะการถือหุ้นนั้นเป็นเพียง “ในนาม” และ “ในเชิงปกปิด” เป็นต้น ซึ่งเป็นการดำเนินการเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้การควบคุมตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทำได้ยากลำบาก และการบังคับใช้ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

ปัญหาอันเกิดจากบริษัทที่ปรึกษากฎหมายให้คำแนะนำและร่วมมือในการกระทำผิดกับคนต่างด้าว จากการศึกษาพบว่าบริษัทค้าที่ดินจะมีผู้ถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวในธุรกิจค้าที่ดินได้กระทำผิดโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยมีบริษัทที่ปรึกษากฎหมายมีความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมาย โดยให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงกฎหมายในธุรกิจค้าที่ดินอันเป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวไม่อาจประกอบได้เนื่องจากเป็นธุรกิจที่ต้องห้ามและสงวนไว้ให้กับผู้มีสัญชาติไทยเท่านั้นตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ปัญหาอันเกิดจากสภาพการบังคับใช้กฎหมายกล่าวคือกฎหมายมีช่องว่างในการพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของคนต่างด้าว ซึ่งพบว่านิติบุคคลไทยที่มาซื้อที่ดินมีการใช้ชื่อคนไทยถือหุ้นอำพรคนต่างด้าว และเมื่อได้เข้ามาถือครองที่ดินดังกล่าว ก็จะมีการแบ่งแยกที่ดินโดยใช้นิติบุคคลไทยที่เป็นบริษัทลูกที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 และคนไทยถือหุ้นอำพรแทนคนต่างด้าวร้อยละ 51 เข้ามาถือครองที่ดินที่แบ่งแยก ซึ่งจะสังเกตเห็นได้ว่า คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนและคนต่างด้าวในบริษัทลูกมักจะมีชื่อเดียวกันกับนิติบุคคลไทยที่ถือครองที่ดินก่อนมีการแบ่งแยกจากนั้นก็จะมีการขายบ้านและที่ดินให้กับลูกค้าชาวต่างชาติด้วยการขายหุ้นบริษัทซึ่งไม่ได้บอกถึงนิติกรรม ดังนั้นในการซื้อขายที่ดินและสิ่งปลูกสร้างกรรมที่ดินจะรู้เรื่องเมื่อมีการมาขอให้เจ้าหน้าที่เอกสารการเปลี่ยนแปลงกรรมกรรมและผู้ถือหุ้นมาแจ้งและใส่ในสารบบที่ดิน ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากสภาพการบังคับใช้กฎหมายที่มีช่องว่างในการพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของคนต่างด้าว หากได้มีการตรวจสอบกันอย่างจริงจังในเรื่องการลงทุนและการบริหารกิจการก็อาจพิสูจน์ได้ว่านิติบุคคลไทยดังกล่าวแท้จริงแล้วคือนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีพฤติการณ์เสมือนอำพรสิทธิมาเป็นคนไทยเพื่อเข้าทำนิติกรรมต่าง ๆ ตามสิทธิของคนไทยทุกประการ

ปัญหาอันเกิดจากช่องว่างในการประสานงานในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐ กล่าวคือจากการศึกษาพบว่าพฤติการณ์และกระทำความผิดของคนต่างด้าวไม่มีการประสานงานกันกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องซึ่งพบว่าเกิดช่องว่างในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานได้แก่ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรมที่ดิน กรมสรรพากร และกรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งช่องว่างในการประสานข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐดังกล่าวจะเป็นลักษณะที่แบ่งแยกจากกันโดยไม่มีการเชื่อมต่อข้อมูลซึ่งกันและกัน

2. แนวคิดทฤษฎี ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและแนวคิดต่อการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

1. แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การย้ายถิ่นของแรงงานจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยได้เกิดขึ้นมายาวนานในประวัติศาสตร์สืบเนื่องมาจากความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในช่วงที่ผ่านมารูปแบบการเคลื่อนย้ายถิ่นของแรงงานระหว่างประเทศไทยกับประเทศอื่นได้ถูกกำหนดด้วยปัจจัยต่างๆ อาทิเช่น เศรษฐกิจ การเมืองภายในประเทศ ความสัมพันธ์ทางการค้าและการลงทุน ความขัดแย้งระหว่างชนชาติ ความแตกต่างทางเศรษฐกิจ เป็นต้น ซึ่งเป็นปัจจัยผลักดันและดึงดูดที่สำคัญนำไปสู่การเคลื่อนย้ายถิ่นข้ามแดนของบุคคลจากต่างประเทศเข้าสู่ประเทศไทยที่ไม่อาจควบคุมได้ ดังนั้นในการศึกษาแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการเข้ามาทำงานของคนต่างด้าวจึงต้องศึกษาถึงแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการย้ายถิ่นระหว่างประเทศซึ่งสาเหตุที่ทำให้เกิดการย้ายถิ่นคือความแตกต่างของค่าจ้างที่สูงกว่าและโอกาสได้งานทำอีกทั้งตัวแปรที่ส่งผลต่อการย้ายถิ่นเพื่อทำงานยังรวมถึงค่าใช้จ่ายในการเดินทางและประเภทของงานที่จะทำ

2. ความเป็นมาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศไทยเริ่มมีการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 โดยออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (พ.ศ. 2515) ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีหลักการเพื่อคุ้มครอง

ประโยชน์ของผู้ประกอบการคนไทยและรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยได้ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (พ.ศ. 2515) และตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543 เนื่องจากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 บังคับใช้มาเป็นเวลานานและมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศ นอกจากนี้เพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ประกอบการคนไทยกับการลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยรวม อีกทั้งเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

3. แนวคิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือการลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อประเทศที่รับการลงทุน ซึ่งเรียกว่าการลงทุนจากต่างประเทศ การลงทุนประเภทนี้นักลงทุนที่เป็นคนต่างด้าวเข้ามาลงทุนและบริหารกิจการของตนเองภายใต้กฎหมายของประเทศที่รับการลงทุน ซึ่งสาเหตุที่ทำให้ต่างประเทศเข้ามาลงทุนในอีกประเทศหนึ่งนั้นมีสาเหตุมาจากประเทศเจ้าของทุนและประเทศผู้รับทุนเองซึ่งปัจจัยที่เกิดจากประเทศเจ้าของทุนคือ ต้องการสร้างอำนาจผูกขาดทางการตลาด และปัจจัยอีกประการคือ ต้องการลดต้นทุนการผลิต ส่วนปัจจัยที่เกิดจากประเทศผู้รับทุนนั้นคือ ประเทศผู้รับทุนมีนโยบายสนับสนุนให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน เช่น การยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลในระยะเวลาหนึ่ง การลดอากรขาเข้าแก่เครื่องมือเครื่องจักร การกีดกันสินค้านำเข้าที่จะแข่งขันกับสินค้าที่ทำการผลิต การคุ้มครองทรัพย์สินทางปัญญา และการนำผลกำไรกลับคืนประเทศ และการต่อต้านสินค้าที่ผลิตจากต่างประเทศ ในบางประเทศจะมีความเป็นชาตินิยมสูง อาจต่อต้านสินค้าที่มาจากต่างประเทศ

4. ทฤษฎีเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

โดยหลักคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย หากจะประกอบกิจการในบัญชี 2 หรือ 3 ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คนต่างด้าวจะต้องยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อคณะกรรมการ หรือ อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก่อนที่จะเริ่มดำเนินการ แต่หากเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนแล้ว คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวสามารถประกอบธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศได้แม้ว่าธุรกิจนั้นจะเป็นธุรกิจตามบัญชี 2 หรือ 3 ก็ตามเนื่องจากมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 และ 3 นั้น ได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้บังคับกับมาตรา 12 คือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ดังนั้น คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงเป็นที่เห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายทั่วไป แต่หากเป็นคนต่างด้าวกรณีพิเศษ คือ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้วจะต้องนำบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับกับบุคคลต่างด้าวดังกล่าว ตามหลักที่ว่าหากมีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่วไป

และบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายพิเศษใช้บังคับอยู่ในเวลาเดียวกัน ต้องใช้กฎหมายพิเศษไม่ใช่กฎหมายทั่วไป เพราะถือว่ากฎหมายพิเศษต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไป

3. มาตรการในกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศ

1. มาตรการทางกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทย

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยนั้นหลัก ๆ แล้วจะมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520

นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายอื่นได้ เช่นพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ผู้ที่ได้รับส่งเสริมการลงทุนจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายในหนึ่งปีนับตั้งแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นตามประมวลกฎหมายที่ดินและในส่วนกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนดรวมถึงสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง การทำงานของคนต่างด้าว การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินตามกฎหมายที่ดินการยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรตามกฎหมายศุลกากร การยกเว้นภาษีได้ตามประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ.2522

นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนแล้ว ก็ยังมีพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมซึ่งมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันกับพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการลงทุน กล่าวคือ คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมทำหน้าที่ในการตัดสินใจว่าคนต่างด้าว นั้นจะมีสิทธิถือครองที่ดินเกินกว่าจำนวนที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดไว้หรือไม่ และเมื่อมีการโอนหรือเลิกกิจการต้องจำหน่ายที่ดินภายในเวลา 3 ปี มิเช่นนั้นอธิบดีกรมที่ดินย่อมมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 มาตรา 4 ได้แบ่งนิคมอุตสาหกรรมออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ เขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรีโดยการถือครองที่ดิน (พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 มาตรา 4

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเดิมคือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2515 เป็นกฎหมายที่ใช้ในหาคควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน

ประเทศไทยเพื่อให้เป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาและรักษาคุณภาพทางเศรษฐกิจของชาติ โดยมีบทนิยาม คำว่า “คนต่างด้าว” และใช้หลักการที่ว่าห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายกฎหมายเว้นแต่ได้รับ อนุญาต ซึ่งกฎหมายนี้ได้ใช้รองรับการเจรจาและทำความตกลงว่าด้วยการเปิดเสรีการค้าบริการและการ ลงทุน ภายใต้กรอบความตกลงองค์การการค้าโลก (WTO) และความตกลงเขตการค้าเสรีอื่น ๆ ที่ไทยเป็นภาคี เนื่องจากปัจจุบันจะพบว่ามีคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเป็นจำนวนมากขึ้นทุกวัน ไม่ว่าจะเข้ามาโดย ถูกต้องตามกฎหมายหรือเข้ามาโดยหลบหนีเข้าเมืองก็ตามซึ่งการเข้ามาของคนต่างด้าวนั้น เข้ามาในหลาย สถานะ เช่น ฐานะนักท่องเที่ยว นักศึกษา หรือนักธุรกิจ และอีกหลายรูปแบบซึ่งสาระสำคัญของ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อยู่ที่คำนิยามของ “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 และการกำหนดบัญชีแนบท้ายซึ่งเป็นการกำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการการโดย แบ่งเป็นสามบัญชีคือ

บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

บัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่าง ด้าว

2. มาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ

สำหรับกฎหมายการประกอบธุรกิจในต่างประเทศก็มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง กับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจกำหนดไว้เป็นหลักเพื่อกำกับควบคุมและตรวจสอบการเข้ามาลงทุน ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้ระบบการค้าเสรี โดยวิทยานิพนธ์นี้ได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศ ได้แก่ สหพันธรัฐมาเลเซีย สหพันธรัฐฟิลิปปินส์ เครือรัฐออสเตรเลีย และสหรัฐอเมริกา สรุปได้ดังนี้

(1) สหพันธรัฐมาเลเซีย

สหพันธรัฐมาเลเซียจะมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจคือ The Industrial Coordination Act 1975 และ Guidelines on Foreign Equity พบว่ากฎหมายและแนวทางดังกล่าว เมื่อ พิจารณาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ครอบคลุมทั้งด้านความเป็นเจ้าของด้วยการกำหนดสัดส่วนการถือ หุ้นทุน สำหรับประเภทกิจการผลิตเพื่อการส่งออก อันเป็นการควบคุมด้านความเป็นเจ้าของบริษัท เนื่องจากหุ้นย่อมแสดงออกถึงทุนของบริษัท และทุนของบริษัทก็คือสินทรัพย์ของบริษัทนั่นเอง นอกจากนี้ ยังกำหนดให้ต้องแสดงรายละเอียดของการได้มาซึ่งสิทธิออกเสียง หรือกรณีที่มีการครอบงำกิจการ แสดง ให้เห็นถึงการตรวจสอบด้านอำนาจบริหารจัดการบริษัท เนื่องจากกรณีของการครอบงำกิจการนั้นย่อมเป็น การได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทรวมถึงอำนาจการบริหารจัดการบริษัทด้วย อันหมายถึงการครอบงำกิจการนั้น ย่อมมีผลต่อสิทธิออกเสียงและอำนาจบริหารจัดการบริษัทนั้นด้วย

(2) สาธารณรัฐฟิลิปปินส์

สาธารณรัฐฟิลิปปินส์ ตั้งอยู่ในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ จัดอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เช่นเดียวกับประเทศไทย และยังมีกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจทั้งกฎหมายทั่วไปในนโยบายและ

กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศฟิลิปปินส์ มีกฎหมายทั่วไป คือ พระราชบัญญัติการลงทุนของคนต่างด้าว ค.ศ. 1991 (Foreign Investments Act of 1991) มีสาระสำคัญโดยเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุน ทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถเข้าถือหุ้นในบริษัทหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์ได้โดยเสรี เว้นแต่จะเป็นการประกอบกิจการประเภทที่กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการไว้ใน Foreign Investment Negative List (FINL) โดยคนต่างด้าวจะถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้ ไม่เกินสัดส่วนที่กำหนดไว้ในแต่ละประเภทกิจการ จึงจะเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ได้และสามารถลงทุนในธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออื่น ๆ ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายการลงทุนต่าง ๆ รัฐบาลฟิลิปปินส์มีนโยบายสนับสนุนและรับรองการลงทุนของคนต่างด้าว ไม่ว่าจะอยู่ในรูปแบบบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนหรือการเข้ามาลงทุนในรูปแบบปัจเจกชนการประกอบกิจการซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละ 40 จะถือเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ และสามารถการประกอบกิจการที่ระบุไว้ใน Foreign Investment Negative List (FINL) นอกจากนี้หากคนต่างด้าวประสงค์จะลงทุนในรูปแบบบริษัท มีกฎหมายที่ต้องพิจารณาโดยเฉพาะ คือ The Corporation of the Philippines ซึ่งได้ให้นิยามคำว่า “บริษัทต่างชาติ” หมายถึง องค์กรธุรกิจหนึ่งมาก่อนตั้ง จัดตั้งหรือมีสถานะอยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ นอกเหนือจากกฎหมายฟิลิปปินส์ และต้องเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตให้พลเมืองและบริษัทฟิลิปปินส์เข้าไปทำธุรกิจในประเทศนั้นได้ บริษัทต่างชาติจะมีสิทธิจะมีสิทธิประกอบธุรกิจในประเทศฟิลิปปินส์ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้และมีหนังสือรับรองอำนาจจากหน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง

(3) เครือรัฐออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียไว้หลายฉบับ โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลีย (Foreign Investment Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา โดยแบ่งประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียออกเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลออสเตรเลีย และธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำเสนอขออนุญาตต่อรัฐบาลออสเตรเลีย เช่น ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (National Security) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest) โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงตัวแทนอำนาจซึ่งจะพิจารณาถึงในกรณีทั้งก่อนการลงทุนและภายหลังจากที่ได้ลงทุน โดยเฉพาะภายหลังจากการลงทุนที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท จำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 มากำหนดระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่าง ๆ เช่น การกำหนดอำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท ผู้ได้รับผลประโยชน์จากหุ้นและบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้น เป็นต้น

(4) สหรัฐอเมริกา

กฎหมายของสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว จะไม่มีการกำหนดนิยามเกี่ยวกับคนต่างด้าวด้วยวิธีการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคล แต่จะใช้มาตรการควบคุมพฤติกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว เมื่อการลงทุนนั้นมีผลต่อความมั่นคงของชาติ (National Security) และการลงทุนนั้นมีอำนาจบริหารจัดการและการควบคุมการซื้อขายของคนต่างด้าว รวมทั้งกำหนดวิธีการในการตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าว ส่วนรูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น จะคำนึงถึงการควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) และการควบคุมด้านอำนาจบริหารจัดการควบคู่กันไป

4. ปัญหาและวิเคราะห์ปัญหาในการป้องกันการกระทำผิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1. ปัญหานิยามคำว่า “คนต่างด้าว”

นิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวข้างต้น ยังมีความไม่ชัดเจนรัดกุมเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของกฎหมายนี้ หลีกเลี่ยงกฎหมายโดยวิธีการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ทำให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทย แต่มีอำนาจควบคุมกิจการหรืออำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นไทย ไม่มีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” และมีสิทธิในการประกอบธุรกิจทุกประเภททุกสาขา ทั้งยังสามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ เช่นเดียวกับนิติบุคคลไทยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่แตกต่างจากนิติบุคคลไทย ซึ่งเท่ากับได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (Unconditional National Treatment) หรือมีผลเป็นการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนอย่างเต็มรูปแบบแต่เพียงฝ่ายเดียวในทันที ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าว ส่งผลให้การพิจารณาความหมายของคนต่างด้าวเปลี่ยนไป โดยพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้นเพียงชั้นเดียว (โดยตรง) ไม่พิจารณาถึงทุนทั้งหมดของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่น ๆ ที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น กล่าวคือ ไม่พิจารณาถึงการถือหุ้นโดยอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้งที่มีสัญชาติไทย ซึ่งการพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงทุนในนิติบุคคลโดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการที่สงวนไว้ โดยบริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่ง สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น

2. ปัญหาตัวแทนอำพราง (Nominee)

ในปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวจำนวนมาก เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจที่ได้สงวนไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคนต่างด้าวอาศัยกลยุทธ์ต่าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายดังกล่าว ได้แก่การออกหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดให้คนต่างด้าวมีสถิตหรือออกเสียงมากกว่าคนไทย การตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอด(หุ้นสะสม)เพื่อถือหุ้นทางอ้อม การถือหุ้นไขว้กันโดยใช้บริษัทโฮ

ลตั้ง การควบคุมผ่านกรรมการบริษัท และการร่วมประกอบธุรกิจโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลใด ๆ ซึ่งลักษณะการถือหุ้นนั้นเป็นเพียง “ในนาม” และ “ในเชิงปกปิด” เป็นต้น ซึ่งเป็นการดำเนินการเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยง หรือ ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้การควบคุมตรวจสอบของหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องทำได้ยากลำบาก

3. ปัญหาอันเกิดจากบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย

จากการศึกษาบริษัทค้าที่ดินที่มีผู้ถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวในธุรกิจค้าที่ดิน จะพบว่าคนต่างด้าวได้กระทำผิดโดยหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยมีบริษัทที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้ให้คำแนะนำ เนื่องจากที่ปรึกษากฎหมายมีความชำนาญเกี่ยวกับกฎหมายธุรกิจ ให้คำปรึกษาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจกับชาวต่างชาติมานานมีลูกค้าจำนวนมากมายังรู้ได้ถึงวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายในเรื่องธุรกิจค้าที่ดิน อันเป็นธุรกิจที่คนต่างด้าวไม่อาจประกอบได้ เนื่องจากเป็นธุรกิจต้องห้ามและสงวนไว้ให้กับบุคคลที่มีสัญชาติไทยเท่านั้นด้วยเหตุผลพิเศษ

4. ปัญหาอันเกิดจากสภาพการบังคับใช้กฎหมาย

ปัญหาอันเกิดจากสภาพการบังคับใช้กฎหมายเกิดจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีช่องว่างในการพิสูจน์ถึงการกระทำผิดของคนต่างด้าว ซึ่งหากได้มีการตรวจสอบกันอย่างจริงจังในเรื่องการลงทุนและการบริหารกิจการ ก็อาจพิสูจน์ได้ว่านิติบุคคลไทยดังกล่าวแท้จริงแล้วคือคนต่างด้าว ประกอบกับกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการกระทำอันมีลักษณะที่เป็นตัวแทนอำพราง อีกทั้งกฎหมายมุ่งเน้นควบคุมเฉพาะสัดส่วนของคนต่างด้าวที่เข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลที่ได้มีการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยโดยถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 เท่านั้น แต่กลับไม่ควบคุมนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและมีอำนาจบริหาร ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นคนต่างด้าว แต่รัฐละเลยและละเว้นที่จะไปตรวจสอบเรื่องดังกล่าว

5. ปัญหาอันเกิดจากช่องว่างในการประสานงานในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐ

ปัญหาอันเกิดจากช่องว่างในการประสานงานในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐ พบว่าเกิดช่องว่างในการตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงาน ได้แก่ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กรมที่ดิน, กรมสรรพากร, และกรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งช่องว่างในการประสานข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐดังกล่าว จะเป็นลักษณะที่แยกจากกันไม่มีการเชื่อมต่อข้อมูลซึ่งกันและกัน

5. ข้อเสนอแนะ

ข้อเสนอแนะแนวทางป้องกันในการกระทำผิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

(1) ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมการทำธุรกรรมอำพราง เช่น แก้ไขบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยให้ครอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารหรือครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่คนต่างด้าวตั้งขึ้นมาโดย

ใช้คนไทยเป็นผู้อำพรางการทำธุรกรรม ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและรัดกุมเกี่ยวกับการพิจารณาว่าบุคคลใดคือคนต่างด้าว โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรมุ่งกฎหมายของสหรัฐอเมริกา เครื่องมือรัฐออสเตรเลีย สหพันธรัฐมาเลเซีย และสาธารณรัฐฟิลิปปินส์ มาเป็นแนวทางเนื่องจากกฎหมายของประเทศเหล่านี้ จะมีการควบคุมทั้งความเป็นเจ้าของ (Ownership) และควบคุมอำนาจบริหารจัดการควบคุมกันไปอันจะทำให้สภาพการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

(2) ควรมีการจัดทำกฎหมายกลางเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่มีลักษณะตัวแทนอำพราง เพื่อกำหนดกลไกและกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการที่ครอบคลุมถึงการทำธุรกรรม ทุกประเภท โดยการกำหนดนิยามคำว่า “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลและกิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรมสัญญาหรือการดำเนินการใด ๆ กับผู้อื่น ทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใด ๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าวโดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การบริหารงาน การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นการทำธุรกรรมอำพรางและควรกำหนดการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะการกระทำ ความผิดฐานตัวแทนอำพราง เช่น การซื้อ ขาย เช่า ให้ เช่า โอน รับโอน หรือครอบครองทรัพย์สินโดยเจตนาเป็นตัวแทนอำพราง หรือ กระทำด้วยประการใด ๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางสิทธิที่แท้จริง การได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิใด ๆ แทนคนต่างด้าว รวมทั้งการให้การสนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าว โดยเป็นตัวแทนอำพราง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความผิดนั้น

(3) ควรมีมาตรการเพิ่มการลงโทษที่ปรึกษากฎหมายซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า การที่บริษัทค้าที่ดินที่มีการถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวในธุรกิจค้าที่ดินดังกล่าว คนต่างด้าวสามารถกระทำผิดโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายเนื่องจากมีบริษัทที่ปรึกษากฎหมายเป็นผู้ให้คำแนะนำและบอกวิธีการอันแยบยลให้กับคนต่างด้าว ซึ่งในการดำเนินคดีกับบริษัทที่ปรึกษากฎหมายนั้นค่อนข้างยากเนื่องจากบริษัทที่ปรึกษากฎหมายใช้วิธีอำพรางตนเองเป็นผู้อยู่เบื้องหลังการกระทำผิด และมักจะอ้างว่าได้กระทำตามที่ตามปรกติของบริษัทที่ปรึกษากฎหมาย ดังนั้นเพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ที่ปรึกษากฎหมายให้คำปรึกษาคนต่างด้าวในการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อการกระทำผิดดังกล่าว จึงควรมีมาตรการลงโทษที่ปรึกษากฎหมายโดยการแก้ไขกฎหมายเพิ่มโทษที่ปรึกษากฎหมายให้ได้รับโทษเสมือนเป็นตัวการซึ่งเป็นคนต่างด้าวด้วย

(4) รัฐบาลควรมีนโยบายที่ชัดเจนในการหามาตรการในการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการจัดทำกฎหมายกลางโดยการกำหนดค่านิยามคนต่างด้าวให้ครอบคลุมถึงอำนาจบริหารกิจการของคนต่างด้าวด้วยไม่ใช่ควบคุมเฉพาะสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวเท่านั้น และควรกำหนดถึงการกระทำที่มีลักษณะการเป็นตัวแทนอำพรางในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวรวมทั้งการกำหนดให้มีหน่วยงานกลางในการประสานงานด้านข้อมูลในการตรวจสอบการกระทำผิดฐานตัวแทนอำพรางก่อนรายงานให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามกฎหมายซึ่งจะเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายทำให้สภาพการบังคับใช้กฎหมายมี

ประสิทธิภาพและเป็นการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้เป็นอย่างดี

(5) ควรบูรณาการร่วมกันในการควบคุมและตรวจสอบการถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวโดยการตรวจสอบถึงเรื่องการลงทุนและการบริหารกิจการของคนต่างด้าวตามที่ถูกวิจัยได้เสนอไว้แล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ และเป็นการลดช่องว่างในการประสานงาน การตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นคณะทำงานในส่วนของกระทรวงพาณิชย์ ควรจะมีคณะทำงานที่ประกอบด้วยหน่วยงานตรวจสอบต่างๆที่ตั้งขึ้นในการพิจารณาซึ่งประกอบด้วย ข้าราชการจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติ กรมสอบสวนคดีพิเศษ ซึ่งจะตรวจสอบเกี่ยวกับประวัติของบุคคลทั้งคนไทยและคนต่างด้าว สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่จะต้องดูถึงรายละเอียดของเงินลงทุน สำนักงานประกันสังคม ซึ่งอาจดูรายละเอียดของคนไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวว่าเป็นลูกจ้างของนิติบุคคลใดหรือไม่ เป็นต้น โดยมีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นหน่วยงานกลาง

(6) ควรมีบทกำหนดโทษคนต่างด้าวที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายในความผิดฐานตัวแทนอำพราง รวมทั้งผู้มีสัญชาติไทยที่ให้ความร่วมมือหรือให้การสนับสนุนในการกระทำผิดดังกล่าว โดยมีความหนักเบาแห่งสภาพของข้อหาตามความรุนแรงหรือความเสียหายของการกระทำ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับการดำเนินการใดๆ ที่เป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าพนักงานหรือการฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการหรือคณะกรรมการที่มีคำสั่งให้ผู้ใดมาพบเพื่อให้ถ้อยคำหรือส่งเอกสารหรือวัตถุใดๆ

บรรณานุกรม

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย, สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย.

เทียนฉาย กีระนันท์, 2538 การย้ายถิ่นระหว่างประเทศ, นนทบุรี: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช.

บรรจง ศ. นาคประดา, 2551 วิทยายุทธที่ดิน, กรุงเทพฯ: บัณฑิตอักษร.

ประสิทธิ์ เอกบุตร, ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.

2542, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, 2548.

พัชรวัลย์ วงศ์บุญสิน, 2552 การย้ายถิ่น : ทฤษฎีและความเป็นไปในเอเชีย, กรุงเทพฯ :

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ไพรัช ลำยอง, 2545, การจัดส่งแรงงานไทยไปทำงานในประเทศอิสราเอล, กรุงเทพฯ:

กรมการจัดหางาน.

รัตนา สายคณิต, 2530. เศรษฐศาสตร์การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ, กรุงเทพฯ:

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

สุณี ฉัตราคม, 2523, เศรษฐศาสตร์แรงงานระหว่างประเทศ, กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการ พิมพ์.

สุภางค์ จันทวานิช และคณะ, 2542 การย้ายถิ่นของผู้หญิงไทยไปเยอรมนี: สาเหตุ ชีวิต ความเป็นอยู่ และผลกระทบในประเทศไทยและเยอรมนี (รายงานผลการวิจัย), กรุงเทพฯ: สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิษณุ นิมิตรกุล “มาตรการทางกฎหมายในการป้องกันผู้ถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวในธุรกิจค้าที่ดิน” วารสารการจัดการป่าไม้

สุพัตตรา ธิมาคำ และบงกชมาศ เอกเอี่ยม, 2554 “แนวคิดและแนวทางการบริหารจัดการแรงงานข้ามชาติพม่า: บทบาท ภาครัฐและภาพประชาสังคมในระดับท้องถิ่นกับการบริหารจัดการอย่างเป็นธรรม” วารสารการประชุม วิชาการ จาก มหาวิทยาลัยขอนแก่นประจำปี 2554