

เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว



นายวิชาญ กิตติรัตนพันธ์

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาศิลปศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์การเมือง

คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

POLITICAL ECONOMY OF THE ENFORCEMENT OF FOREIGN BUSINESS LAW



Mr. Wichan Kittiratanapan

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Art Program in Political Economy

Faculty of Economics

Chulalongkorn University

Academic Year 2007

Copyright of Chulalongkorn University

วิชาญ กิตติรัตนพันธ์ : เศรษฐศาสตร์การเมืองว่าด้วยการบังคับใช้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. (POLITICAL ECONOMY OF THE ENFORCEMENT OF FOREIGN BUSINESS LAW) อ. ที่ปรึกษา: รองศาสตราจารย์ ดร.นวลน้อย ตีรรัตน์. 194 หน้า.

การศึกษาในครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงความสำคัญ วัตถุประสงค์ ปัญหา อุปสรรค และประสิทธิผลของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยนำทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่มาเป็นกรอบความคิดหลักในการศึกษา

จากการศึกษาพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีความสำคัญในฐานะที่เป็นเครื่องมือเพื่อรักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และปัญหาที่เกิดจากการลงทุนจากต่างประเทศ โดยมีวัตถุประสงค์หลักอยู่ 2 ประการ คือ เพื่อจำกัดควบคุมผลกระทบภายนอกที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนจากต่างประเทศ โดยการจำกัดประเภทธุรกิจตามความหนักเบาของผลกระทบภายนอกและอำนาจการอนุมัติ และเพื่อบังคับควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศมากขึ้น โดยการกำหนดเงื่อนไขการประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การร่วมทุน ทุนขั้นต่ำ การถ่ายทอดเทคโนโลยี เป็นต้น แต่กฎหมายฉบับนี้ไม่มีประสิทธิผลในการบังคับใช้ที่ควร กล่าวคือ ในด้านการควบคุมผลกระทบภายนอกนั้น กฎหมายนี้ได้กำหนดคำนิยาม "คนต่างด้าว" โดยเปิดช่องให้มีการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างชาติได้ เนื่องจากมิได้ใช้หลักเกณฑ์ "การควบคุม" เข้ามาพิจารณาร่วมด้วย จึงทำให้การควบคุมผลกระทบภายนอกอันเกิดจากพฤติกรรมของคนต่างชาตินั้นไม่บรรลุวัตถุประสงค์ ส่วนการบังคับควบคุมให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประโยชน์มากขึ้นนั้น กฎหมายนี้มีได้กำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อบังคับพฤติกรรมของคนต่างชาติให้มีการลงทุนที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศไทยมากนัก ดังนั้น ผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับจึงไม่ชัดเจนและเป็นไปอย่างไร้ทิศทาง

นอกจากนั้น ช่องว่างของคำนิยาม "คนต่างด้าว" ดังกล่าว ยังเป็นช่องทางในการอำพรางการถือหุ้นแทนกันเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วย และแม้ว่าจะมีการถือหุ้นแทนกันเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายกันอย่างกว้างขวางมานานแล้ว แต่รัฐกลับไม่จริงจังในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว เนื่องจากรัฐเกรงว่าอาจสูญเสียผลประโยชน์ที่เกิดจากการลงทุนจากต่างประเทศอันเกิดจากถอนทุนหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้นของคนต่างชาติ และรัฐยังต้องเผชิญกับต้นทุนที่สูงในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษด้วย

สาขาวิชาเศรษฐศาสตร์การเมือง
ปีการศึกษา 2550

ลายมือชื่อนิสิต.....
ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

4785882029 : MAJOR POLITICAL ECONOMY

KEY WORD: FOREIGN DIRECT INVESTMENT / FOREIGN BUSINESS LAW / NEW INSTITUTION ECONOMICS / FOREIGNER / NOMINEE

WICHAN KITTIRATANAPAN : POLITICAL ECONOMY OF THE ENFORCEMENT OF FOREIGN BUSINESS LAW. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF.NUALNOI TREERAT,PHD., 194 pp.

The objectives of this study are to examine importance, objective, problem, obstacle and effectiveness of the enforcement of the Foreign Business Law, Foreign Business Act B.E. 2542. The study employs New Institution Economics as the grand theoretical framework.

The study finds that the importance of the Foreign Business Act B.E.2542 lies in its role as a balancing mechanism between the need for foreign investment and problems borne by such investment. Two main objectives of this legal framework are, firstly, to control the externality impact from foreign investment through the classification of businesses according to magnitude of impact and the level of approval authority and, secondly, to regulate foreign investment in order for the derived benefits to be increasingly obtained through the conditioning of incorporation such as joint venture, minimum capital requirement and technology transfer. However, these legal frameworks are not effectively enforced. For the objective of externality control, the legal definition of "Foreigner" set forth in such framework still allows room for domestic businesses to be dominated by foreign investors. This problematic situation is a result of not considering the criteria of "controlling" as part of the primary principles in the framework and hence results in the inability to control externalities borne by foreign investors, which contradicts the objectives of the laws. Furthermore, concerning the condition of foreign investment, this legal framework does not create an incentive structure that can efficiently maneuver the behavior of foreign investors to the positive end of the domestic economy. Therefore, there is no clarity and direction in terms of the derived benefits that Thailand as a whole may potentially obtain.

In addition, the definitional gap of "Foreigner" makes possible the practice of nominee shareholder. Though this practice has long and extensively been utilized, the state does not put much effort in enforcing the laws due to the fear that foreign investors may move to different location or decrease their shareholding proportion, which potentially diminished the benefits derived from such investments, and the enforcement cost borne by the enforcement itself.

Field of study Political Economy
Academic year 2007

Student's signature.....
Advisor's signature

Sr.
N. Treerat

กิตติกรรมประกาศ

ขอขอบพระคุณคณาจารย์หลักสูตรเศรษฐศาสตร์การเมืองทุกท่านที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้กับผู้เขียนซึ่งเป็นพื้นฐานที่สำคัญต่อการเขียนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณรองศาสตราจารย์ ดร. นवलน้อย ตีร์รัตน์ อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาชี้แนะแนวทางและให้คำแนะนำ จนผู้เขียนสามารถสร้างสรรค์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จลงได้

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ รองศาสตราจารย์ ดร. กนกศักดิ์ แก้วเทพ ประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์, อาจารย์นพพันธ์ วรรณเทพสกุล และอาจารย์ธานี ชัยวัฒน์ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้กรุณาให้ความเห็นอันเป็นประโยชน์ต่อเนื้อหาของวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี

ขอขอบพระคุณท่านผู้แต่งหนังสือและแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้นำมาใช้อ้างอิงในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอขอบพระคุณคุณนฤมล คันธบุตร และเจ้าหน้าที่ของหลักสูตรเศรษฐศาสตร์การเมืองทุกท่าน ที่ได้ให้ความช่วยเหลือและอำนวยความสะดวกในการเรียนและการสอบวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นอย่างดี

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฅ
สารบัญภาพ.....	ฉ
บทที่ 1 บทนำ	
1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	6
3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	6
4. วิธีดำเนินการศึกษา.....	6
5. ลำดับในการนำเสนอ.....	7
บทที่ 2 แนวคิดทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	
1 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง.....	9
1.1 ปรัชญาแนวคิดเศรษฐกิจการเมืองว่าด้วยการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ.....	9
1.2 ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ และปัจจัยเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้.....	17
2. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง.....	22
บทที่ 3 การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ	
1. นิยามและรูปแบบของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Direct Investment).....	27
2. ผู้เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ.....	29
2.1 บริษัท – ประเทศเจ้าของทุน.....	31
2.2 ประเทศเจ้าของทุน – ประเทศผู้รับทุน.....	32
2.3 บริษัท – นักลงทุนท้องถิ่น.....	33
2.4 นักลงทุนท้องถิ่น – รัฐบาลหรือประเทศผู้รับทุน.....	34
2.5 บริษัท – ประเทศผู้รับทุน.....	34
3. เงื่อนไขในการตัดสินใจลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุน.....	34

4. ผลกระทบในการรับการลงทุนของประเทศผู้รับทุน.....	38
4.1 ผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ.....	39
4.2 ผลกระทบต่อระบบการเมือง อำนาจอธิปไตย และความมั่นคง.....	46
4.3 ผลกระทบต่อสังคมและจิตวิทยา.....	48
4.4 สรุปผลกระทบและแนวนโยบายของประเทศผู้รับทุน.....	50
บทที่ 4 กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	
1. ที่มา ความสำคัญ และเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว.....	54
2. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	63
2.1 หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	63
2.2 ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องนำกฎหมายนี้มาใช้บังคับ.....	74
2.3 ความมผิดและอัตราโทษ.....	79
2.4 ผู้บังคับใช้กฎหมาย.....	82
3. ลักษณะของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	84
3.1 เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล.....	84
3.2 เป็นกฎหมายปกครอง.....	85
3.3 เป็นกฎหมายอาญา.....	86
4. เปรียบเทียบพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับกฎระเบียบของประเทศอื่น.....	87
4.1 มุมมองด้านกฎระเบียบในการลงทุนของคนต่างชาติในต่างประเทศ.....	87
4.2 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์คำนิยาม “คนต่างด้าว” กับกฎหมายหรือ ข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	91
5. ข้อพิจารณาในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ของผู้มีอำนาจในการออก กฎหมาย.....	97
6. สรุป.....	100
บทที่ 5 บทวิเคราะห์ประสิทธิผลและปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว พ.ศ. 2542	
1. การกำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจ.....	105
1.1 โครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อเพิ่มผลประโยชน์ให้กับประเทศไทย.....	105

1.2 การกำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อการควบคุม Externality.....	107
2. ผลกระทบและการสนองตอบต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจ.....	115
2.1 การร่วมทุนกับคนไทย และการจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจใน ประเทศไทย.....	115
2.2 การถ่ายทอดเทคโนโลยี.....	119
2.3 การจ้างแรงงานชาวไทย.....	119
2.4 ทุนขั้นต่ำ.....	120
2.5 การจัดประเภทธุรกิจ.....	120
2.6 การครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว.....	120
3. การหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้ Nominee.....	124
3.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐาน Nominee.....	124
3.2 แนวโน้มและลักษณะของการใช้ Nominee.....	125
3.3 การบังคับใช้กฎหมายในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ.....	126
4. สรุป.....	130
พที่ 6 สรุปผลการศึกษา อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ	
1. สรุปและอภิปรายผลการศึกษา.....	132
2. ข้อจำกัดของการวิจัยและข้อเสนอแนะ.....	136
2.1 ข้อจำกัดของการวิจัย.....	136
2.2 ข้อเสนอแนะ.....	137
รายการอ้างอิง.....	139
ภาคผนวก.....	144
ภาคผนวก ก พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	145
ภาคผนวก ข-1 กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาต ประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๗พ.ศ. ๒๕๔๖.....	165
ภาคผนวก ข-2 กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ.2516) ออกตามความในประกาศของ คณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515.....	168
ภาคผนวก ข-3 กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำ หรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยพ.ศ. ๒๕๔๕.....	170
ภาคผนวก ข-4 กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำ หรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๗.....	172

ภาคผนวก ค-1 สถิติการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แยกตามประเภทธุรกิจและประเทศที่เข้ามาลงทุน.....	174
ภาคผนวก ค-2 สถิติการออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แยกตามประเภทธุรกิจ.....	175
ภาคผนวก ง กฎหมายเฉพาะที่ควบคุมการประกอบธุรกิจในประเภทต่าง.....	176
ภาคผนวก จ-1 General Agreement on Trade in Services.....	187
ภาคผนวก จ-2 TREATY OF AMITY AND ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND THE UNITED STATES OF AMERICA.....	189
ภาคผนวก จ-3 LAW ON FOREIGN INVESTMENT IN VIETNAM.....	191
ภาคผนวก จ-4 Investment Canada Act.....	192
ภาคผนวก จ-5 Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law.....	193
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	194

สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 1-1 มูลค่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศรายประเทศหรือกลุ่มประเทศ.....	2
ตารางที่ 1-2 เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิในประเทศไทย ปี 2547-2549.....	3
ตารางที่ 1-3 เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิ ปี 2547-2549 จำแนกตามสาขาเงินลงทุน...3	3
ตารางที่ 3-1 ดัชนีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และการผลิตระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 2005-2006	30
ตารางที่ 3-2 รูปแบบทางเลือกการการค้าในธุรกิจระหว่างประเทศของบริษัทข้ามชาติ.....	38
ตารางที่ 3-3 สรุปข้อวิจารณ์และข้อสนับสนุนของผลกระทบการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ...39	39
ตารางที่ 3-4 สรุปปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการคนไทย เปรียบเทียบกับผู้ประกอบการต่างด้าว.....	44
ตารางที่ 4-1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4.....	64
ตารางที่ 4-2 ความผิดที่ร้ายแรงของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง พ.ศ. 2542...80	80
ตารางที่ 4-3 สรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามหลักของ กฎหมายระหว่างประเทศ.....	92
ตารางที่ 4-4 เปรียบเทียบการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามหลักเกณฑ์ของ กฎหมายระหว่างประเทศ.....	95
ตารางที่ 4-5 เปรียบเทียบการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามหลักเกณฑ์ของ GATS.....	96
ตารางที่ 5-1 โครงสร้างสิ่งจูงใจที่แบ่งแยกตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย.....	104
ตารางที่ 5-2 องค์ประกอบและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว”.....	109
ตารางที่ 5-3 ต้นทุนในการเลือกจัดตั้งประเภทนิติบุคคลของนักลงทุนต่างชาติ.....	116
ตารางที่ 5-4 ประสิทธิภาพและพฤติกรรมเบี่ยงเบนอันเกิดจากโครงสร้างสิ่งจูงใจตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	122
ตารางที่ 5-5 ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษและความรุนแรงของบทลงโทษฐาน Nominee.....	127

สารบัญภาพ

	หน้า
ภาพที่ 2-1 การพึ่งพิงเงินลงทุนและเทคโนโลยี.....	15
ภาพที่ 3-1 ปฏิสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนทุนโดยตรงจากต่างประเทศ.....	31
ภาพที่ 3-2 ส่วนแบ่งสินค้าส่งออกแยกตามปัจจัยการผลิตหลัก.....	42
ภาพที่ 3-3 ปฏิสัมพันธ์ของประเทศไทยกับรัฐอื่นผ่านนิติบุคคลต่างด้าว.....	47
ภาพที่ 3-4 ผลกระทบที่มีต่อประเทศผู้รับทุน.....	52
ภาพที่ 5-1 การถือหุ้นทางอ้อม.....	106
ภาพที่ 5-2 ความสัมพันธ์ระหว่างเงินทุน – อำนาจในการบริหารจัดการ – ผลประโยชน์.....	110

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ด้วยกระแสโลกาภิวัตน์ ขอบเขตของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบการค้าและการลงทุนข้ามพรมแดนระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้ขยายและผนวกรวมเศรษฐกิจและสังคมระหว่างประเทศให้เกี่ยวพันมากยิ่งขึ้นกว่าในอดีต โลกาภิวัตน์จึงก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทั้งในมิติเชิงปริมาณและเชิงคุณภาพต่อเศรษฐกิจในระดับชาติและระดับท้องถิ่นของประเทศต่าง ๆ การเคลื่อนย้ายของทุนที่เป็นไปอย่างเสรีมากยิ่งขึ้นในกระบวนการโลกาภิวัตน์นี้เป็นแนวทางที่สอดคล้องกับอุดมการณ์เสรีนิยม (Neo-Liberalism) ซึ่งเชื่อมั่นในตลาดเสรีและการลดบทบาทของชาติ ทั้งนี้ ตัวแสดงที่มีบทบาทมากขึ้นแทนที่ของชาติที่ลดลง อีกทั้งยังเป็นผู้มีบทบาทสำคัญที่สุดในการสร้างกระบวนการโลกาภิวัตน์ได้แก่ “บรรษัทข้ามชาติ” (Transnational Corporation: TNCs) ซึ่งเป็นศูนย์กลางของเครือข่ายการผลิตที่กระจายไปทั่วโลก และเป็นแรงขับเคลื่อนสำคัญที่ทำให้ประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ เชื้อเชิญและเลือกใช้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเป็นยุทธศาสตร์สำคัญเพื่อนำไปสู่การเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตและการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจของประเทศ¹

จากรายงานของ UNCTAD (2007, <http://stats.unctad.org/FDI>) ได้รายงานไว้ว่า ในปี 2549 ทั่วโลกมีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Inward Stock) จำนวน 11,999 พันล้านเหรียญสหรัฐ โดยในปี 2549 เพียงปีเดียวก็มีการลงทุนเพิ่มขึ้น (FDI Inflow) ถึง 1,306 พันล้านเหรียญสหรัฐ โดยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศส่วนใหญ่เกิดขึ้นในประเทศพัฒนาแล้ว เช่น ยุโรป สหรัฐอเมริกา

สำหรับประเทศในเอเซียนั้น ในปี 2549 มีจำนวนการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศมูลค่า 1,926 พันล้านเหรียญสหรัฐ คิดเป็น 16% ของมูลค่าการลงทุนทั่วโลก สำหรับประเทศในกลุ่มเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (10 ประเทศ) มีมูลค่าการลงทุนจำนวน 420 พันล้านเหรียญสหรัฐ คิดเป็น 22%

¹ UNCTAD ได้รายงานความคิดเห็นสำหรับประเทศที่นำลงทุนโดยตรงมากที่สุดในปี 2007-2009 พบว่าผู้ตอบเห็นแบบสอบถามเห็นว่า จีนเป็นประเทศนำจะลงทุนโดยตรงมากที่สุด (52%) รองลงมาได้แก่อินเดีย (41%) สหรัฐอเมริกา (36%) รัสเซีย (22%) เวียดนาม (11%) สหราชอาณาจักร (10%) โปแลนด์ (7%) เยอรมนี (7%) และ ออสเตรเลีย (6%) ตามลำดับ (UNCTAD. World Investment Report 2007: Transnational Corporation, Extractive Industries and Development. New York, Geneva: United Nations, 2007 p. 30)

ของมูลค่าการลงทุนในเอเชีย โดยประเทศสิงคโปร์มีการลงทุนจากต่างประเทศสูงที่สุดจำนวน 210 พันล้านเหรียญสหรัฐ รองลงมาได้แก่ ประเทศไทยมีจำนวน 68 พันล้านเหรียญสหรัฐ ประเทศมาเลเซีย 53 พันล้านเหรียญสหรัฐ และประเทศเวียดนาม 33 พันล้านเหรียญสหรัฐ ตามลำดับ

ตารางที่ 1-1 มูลค่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศรายประเทศหรือกลุ่มประเทศ

หน่วย: ล้านเหรียญสหรัฐ

	2005		2006	
	Flow	Stock	Flow	Stock
World	945,795	10,048,015	1,305,825	11,998,838
Europe	494,980	4,690,420	556,389	5,717,202
North America	129,947	1,944,518	224,435	2,174,274
USA	101,025	1,594,488	175,394	1,789,087
Canada	28,922	350,030	69,041	385,187
Other Developed Country	-34,616	486,589	46,675	562,377
Asia	208,744	1,529,047	259,434	1,926,949
South-east Asia	42,071	368,710	51,483	420,192
Singapore	15,004	185,882	24,207	210,089
Thailand	8,957	58,037	9,751	68,058
Malaysia	3,965	47,515	6,060	53,575
Vietnam	2,021	31,136	2,315	33,451

ที่มา: UNCTAD, <http://stats.unctad.org/FDI>

ในส่วนของการลงทุนโดยตรงในประเทศไทย จากรายงานสรุปภาวะการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทย ประจำปี 2549 ของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน พบว่า เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิในปี 2549 (มกราคม-พฤศจิกายน) มีมูลค่ารวม 332,328.61 ล้านบาท เพิ่มขึ้น 11% จากมูลค่าเงินลงทุนในปี 2548 (เต็มปี) ซึ่ง 49% ของมูลค่าเงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิ เป็นเงินลงทุนจากสหราชอาณาจักร คิดเป็นมูลค่า 162,938.92 ล้านบาท รองลงมาได้แก่ เงินลงทุนจากญี่ปุ่น มูลค่า 107,681.60 ล้านบาท หรือคิดเป็น 32% เงินลงทุนจากสหรัฐอเมริกา มูลค่า 39,702.56 ล้านบาท (12%) เงินลงทุนจากเยอรมนี มูลค่า 12,665.41 ล้านบาท (4%) และเงินลงทุนจากฮ่องกง มูลค่า 11,329.03 ล้านบาท (3%) ตามลำดับ

ตารางที่ 1-2 เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิในประเทศไทย ปี 2547-2549

หน่วย: ล้านบาท

	ปี 2547		ปี 2548		ปี 2549 (ม.ค.-พ.ย.)	
	แหล่งที่มา	มูลค่า	แหล่งที่มา	มูลค่า	แหล่งที่มา	มูลค่า
	รวม	198,880.00	รวม	299,129.44	รวม	332,328.61
อันดับที่ 1	ญี่ปุ่น	110,409.10	ญี่ปุ่น	118,737.66	สหราชอาณาจักร	162,938.92
อันดับที่ 2	สหรัฐอเมริกา	21,649.10	สิงคโปร์	28,430.97	ญี่ปุ่น	107,681.60
อันดับที่ 3	สิงคโปร์	13,821.12	เยอรมนี	16,248.87	สหรัฐอเมริกา	39,702.56
อันดับที่ 4	เยอรมนี	10,926.91	ฮ่องกง	14,578.54	เยอรมนี	12,665.41
อันดับที่ 5	สหราชอาณาจักร	10,641.18	สหรัฐอเมริกา	11,190.78	ฮ่องกง	11,329.03
อันดับที่ 6	ฟิลิปปินส์	7,408.17	สวีตเซอร์แลนด์	9,046.88	สวีตเซอร์แลนด์	8,101.20
อันดับที่ 7	เนเธอร์แลนด์	6,969.88	เนเธอร์แลนด์	7,311.48	มาเลเซีย	6,885.83
อันดับที่ 8	สวีตเซอร์แลนด์	6,718.35	เบลเยียม	5,063.18	ไต้หวัน	4,611.85
อันดับที่ 9	มาเลเซีย	5,572.58	ฝรั่งเศส	2,349.74	ฝรั่งเศส	3,468.19
อันดับที่ 10	ฮ่องกง	5,555.39	มาเลเซีย	2,043.97	ออสเตรเลีย	3,311.66

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

หากพิจารณาเป็นรายสาขา พบว่า เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิในปี 2549 มีมูลค่าสูงสุด เป็นเงินลงทุนในสาขาการลงทุน (Holding company) มูลค่า 80,085.04 ล้านบาท หรือคิดเป็น 24% ของมูลค่าเงินลงทุนทั้งหมด รองลงมาได้แก่ การลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ มูลค่า 52,446.10 ล้านบาท (16%) สาขาอุตสาหกรรมการผลิตเครื่องจักรและอุปกรณ์ขนส่ง มูลค่า 50,949.07 ล้านบาท (15%) กิจการการค้า มูลค่า 37,858.23 ล้านบาท (11%) และอุตสาหกรรมการผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้า มูลค่า 33,224.94 ล้านบาท (10%) ตามลำดับ

ตารางที่ 1-3 เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิ ปี 2547-2549

จำแนกตามสาขาเงินลงทุน

หน่วย: ล้านบาท

อันดับที่	ปี 2547		ปี 2548		ปี 2549(ม.ค.-พ.ย.)	
	สาขา	มูลค่า	สาขา	มูลค่า	สาขา	มูลค่า
	รวม	198,880.00	รวม	299,129.44	รวม	332,328.61
1	เครื่องจักรและอุปกรณ์ขนส่ง	51,604.26	เครื่องจักรและอุปกรณ์ขนส่ง	60,773.11	การลงทุน	80,085.04
2	เครื่องใช้ไฟฟ้า	31,955.47	อสังหาริมทรัพย์	43,066.98	อสังหาริมทรัพย์	52,446.10
3	โลหะ/ผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่โลหะ	19,209.09	เครื่องใช้ไฟฟ้า	34,754.69	เครื่องจักรและอุปกรณ์ขนส่ง	50,949.07
4	เคมีภัณฑ์	15,604.26	สถาบันการเงิน	26,890.67	การค้า	37,858.23

ตารางที่ 1-3 (ต่อ) เงินลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสุทธิ ปี 2547-2549

จำแนกตามสาขาเงินลงทุน

หน่วย: ล้านบาท

อันดับที่	ปี 2547		ปี 2548		ปี 2549(ม.ค.-พ.ย.)	
	สาขา	มูลค่า	สาขา	มูลค่า	สาขา	มูลค่า
	รวม	198,880.00	รวม	299,129.44	รวม	332,328.61
5	อาหารและน้ำตาล	13,588.09	เคมีภัณฑ์	18,685.80	เครื่องใช้ไฟฟ้า	33,224.94
6	กิจการบริการ	12,157.41	ผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม	14,148.36	สถาบันการเงิน	18,090.34
7	สถาบันการเงิน	9,043.03	การค้า	13,458.59	บริการ	15,357.13
8	เหมืองแร่	7,889.40	โลหะ/ผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่โลหะ	9,897.64	โลหะ/ผลิตภัณฑ์ที่ไม่ใช่โลหะ	12,907.65
9	กิจการก่อสร้าง	2,838.12	บริการ	7,521.74	เคมีภัณฑ์	12,486.50
10	อุปกรณ์ก่อสร้าง	1,804.68	การลงทุน	6,837.06	ผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียม	12,907.65

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

ประเทศไทยเป็นหนึ่งในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาที่เลือกใช้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเป็นยุทธศาสตร์สำคัญในการพัฒนาอุตสาหกรรมและระบบเศรษฐกิจของประเทศ และยอมรับแนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมโดยอาศัยกลไกตลาด โดยได้มีการบัญญัติแนวคิดดังกล่าวไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มีฐานะเป็นอิมโฆสถาบันที่ใช้กำหนดสถาบัน (กฎกติกา) อื่น ๆ ในสังคม (รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2546.ค :29) ดังนั้น บุคคลที่อยู่ในดินแดนประเทศไทยย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจได้อย่างเต็มที่ นอกจากนั้น กฎหมายรัฐธรรมนูญก็ได้บัญญัติยกเว้นเอาไว้ว่า รัฐอาจออกกฎหมายในการจำกัดและควบคุมการประกอบธุรกิจได้ ก็แต่เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติ หรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือขัดขวางไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ปัจจุบัน ประเทศไทยได้มีสถาบันกฎหมายที่ออกมาโดยอาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่เป็นการจำกัดในการลงทุนของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไป ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม การที่พระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้เป็น

ทั่วไป จึงดูเหมือนว่าเป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการกีดกันการค้าที่ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ยอมรับแนวคิดของระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยม

โดยหลักการทั่วไป พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะทำหน้าที่เป็นสถาบันกฎหมายที่รักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าว ดังนั้น จึงเป็นกฎหมายที่แฝงเร้นไปด้วยการปะทะประสานของแนวคิดเศรษฐกิจที่เกี่ยวข้อง และการจัดสรรผลประโยชน์โดยผู้มีอำนาจทางการเมืองให้กับกลุ่มผลประโยชน์หรือผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งภายในและภายนอกประเทศ

หลักเกณฑ์ที่สำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือ การกำหนดประเภทกิจการที่อนุญาตและไม่อนุญาตให้ “คนต่างด้าว” ประกอบกิจการในประเทศไทย ได้แก่

บัญชี 1 ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจจำนวน 9 ประเภทด้วยเหตุผลพิเศษ

บัญชี 2 ห้ามประกอบธุรกิจจำนวน 13 ประเภทด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติคณะรัฐมนตรี

บัญชี 3 ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจจำนวน 21 ประเภทที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

หลักเกณฑ์ประการถัดมาคือ บุคคลใดบ้างที่จะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ซึ่งต้องถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้บัญญัติค่านิยาม “คนต่างด้าว” เอาไว้ โดยค่านิยาม “คนต่างด้าว” นี้ ถือว่าเป็นหัวใจของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และมักจะถูกอ้างอิงโดยกฎหมายเฉพาะอื่น ๆ หลายฉบับด้วย ดังนั้น หากไม่บัญญัติให้ชัดเจนรัดกุมแล้ว จะเป็นช่องโหว่ให้คนต่างด้าวหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้สามารถประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามได้ทุกประเภท และทำให้การประกาศใช้กฎหมายนี้ไม่บรรลุวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับค่านิยามดังกล่าวนี้ยิ่งเด่นชัดและได้รับความสนใจมากขึ้นเมื่อเกิดกรณีการเข้าซื้อหุ้นบริษัทชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ของบริษัทเทมาเส็ก โฮลดิ้งส์ จำกัด (สัญชาติสิงคโปร์) จากครอบครัวชินวัตร และดามาพงศ์ จำนวน 1,487,740,120 หุ้น คิดเป็นสัดส่วน 49.595% ของทุนจดทะเบียน มูลค่ากว่า 73,000 ล้านบาท เมื่อวันที่ 23 มกราคม 2549

(โดย พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร เป็นนายกรัฐมนตรีอยู่ในขณะนั้น) โดยบริษัทเทมาเส็ก โฮลดิ้งส์ จำกัด ได้ตั้งบริษัทขึ้นมาเข้าซื้อหุ้นดังกล่าวอย่างลับซับซ้อนและมีการกล่าวหาว่ามีการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) เพื่อมิให้ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จนก่อให้เกิดคำถามขึ้นมากมายเกี่ยวกับความเหมาะสมของกฎหมายดังกล่าวอย่างกว้างขวาง

นอกจากหลักเกณฑ์ในการกำหนดประเภทบัญชีที่ฝ่ายพระราชบัญญัติและการกำหนดค่านิยาม “คนต่างด้าว” แล้ว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการลงทุนของ “คนต่างด้าว” เพื่อบังคับพฤติกรรมการลงทุนของคนต่างให้เป็นประโยชน์ต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศไทยด้วย เช่น การร่วมทุนระหว่างคนไทยกับคนต่างชาติ การกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องนำเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย การให้อำนาจรัฐในการกำหนดเรื่องเทคโนโลยีและเครื่องจักร หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่จำเป็นด้วย

จากที่กล่าวมา ประเด็นคำถามหลักสำหรับวิทยานิพนธ์ฉบับนี้คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำหน้าที่เป็นสถาบันกฎหมายที่รักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และปัญหาที่เกิดจากการลงทุนได้หรือไม่

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

(1) เพื่อศึกษาถึงความสำคัญ วัตถุประสงค์ และเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

(2) เพื่อศึกษาถึงปัญหา อุปสรรค และประสิทธิผลของการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

(3) เพื่อเสนอแนวทางหรือมาตรการที่เหมาะสมในการแก้ไขปัญหา

3. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

เป็นการสร้างความเข้าใจ กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามกระบวนการทัศน์เศรษฐศาสตร์การเมืองเรื่อง “เศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่” ในการควบคุมจำกัดสิทธิเสรีภาพของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และประสิทธิผลในการบังคับใช้ รวมทั้งเป็นการส่งเสริมการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นต่อไป

4. วิธีดำเนินการศึกษา

การดำเนินการศึกษาคั้งนี้ เป็นงานวิจัยในเชิงคุณภาพ โดยใช้วิธีการวิเคราะห์ข้อมูลจาก

4.1 แหล่งข้อมูลทุติยภูมิ (Documentary research) ได้แก่ หนังสือตำราทางวิชาการ หนังสือพิมพ์ วารสาร บทความ งานวิจัย วิทยานิพนธ์ และความเห็นทางวิชาการที่เกี่ยวข้อง และแหล่งข้อมูลจาก Website

4.2 การสัมมนาทางวิชาการ ได้แก่

4.2.1 การสัมมนาทางวิชาการเรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบบริหารมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชิน คอร์ปอเรชั่น” ร่วมจัดโดยสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ณ โรงแรมอิมพีเรียล คีนส์ปาร์ค กรุงเทพฯ เมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2549

4.2.2 การสัมมนาเรื่อง “พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับบริษัทจดทะเบียน” จัดโดยบริษัทหลักทรัพย์ เอเซีย พลัส จำกัด (มหาชน) ณ หอประชุม ศ.สังเวียน อินทรวิชัย ชั้น 3 อาคารตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เมื่อวันที่ 18 มกราคม 2550

4.3 การสอบถามข้อมูลในบางประเด็นจากเจ้าหน้าที่ของสำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์) เช่น ขั้นตอนและวิธีการตรวจสอบการถือหุ้นแทนกันเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย

ทั้งนี้ จะนำเสนอในรูปแบบของการพรรณนาวิเคราะห์ (Analytical description)

5. ลำดับในการนำเสนอ

ในบทที่ 1 จะนำเสนอที่มาและความสำคัญของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตลอดจนระเบียบวิธีในการศึกษาครั้งนี้

ในบทที่ 2 จะนำเสนอถึงแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ แนวคิดและทฤษฎีที่เป็นปรัชญาแนวคิดทางเศรษฐกิจการเมืองของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่มีผลต่อการกำหนดรูปแบบและโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศหนึ่ง ๆ, แนวคิดและทฤษฎี “เศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่” รวมถึงปัจจัยและเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้สถาบันกฎหมาย ได้แก่ แนวคิดเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ ทฤษฎีกลุ่มและกลุ่มผลประโยชน์ และทฤษฎีเรื่องอำนาจ และจะนำเสนอวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการสร้างกฎหมายของรัฐ ปัจจัยที่ทำให้ธุรกิจกระทำความผิดกฎหมายเศรษฐกิจ และปัญหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในบทที่ 3 จะนำเสนอถึงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เพื่อให้ทราบถึงความหมายและรูปแบบการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

เงื่อนไขในการตัดสินใจลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุน และผลกระทบในการรับการลงทุนของประเทศผู้รับทุน เพื่อนำเสนอถึงแนวนโยบายของประเทศผู้รับทุน

ในบทที่ 4 จะนำเสนอถึง กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่ออธิบายถึง ที่มา ความสำคัญ และเจตนารมณ์ ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, กฎกติกากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยจะทำการเปรียบเทียบพระราชบัญญัตินี้กับกฎระเบียบของประเทศอื่น รวมถึงข้อพิจารณาในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ของผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย ซึ่งถือเป็นหัวใจของกฎหมายฉบับนี้

ในบทที่ 5 จะนำเสนอถึงบทวิเคราะห์ประสิทธิผลและปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามกรอบและแนวคิดเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ โดยจะอธิบายถึงโครงสร้างสิ่งจูงใจ, ผลกระทบและการสนองตอบต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจ และการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการถือหุ้นแทนกัน (Nominee)

ในบทที่ 6 จะสรุปผลการศึกษาและข้อเสนอแนะ



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 2

แนวคิดทฤษฎีและวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

1. แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

ในหัวข้อนี้จะแบ่งการอธิบายถึงแนวคิดและทฤษฎีออกเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 แนวคิดและทฤษฎีที่เป็นปรัชญาแนวคิดทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อการกำหนดรูปแบบและโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศหนึ่ง ๆ โดยแนวคิดเศรษฐกิจที่แตกต่างกันนั้น จะทำให้เกิดรูปแบบและการยอมรับถึงสถาบันกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่แตกต่างกัน

กลุ่มที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับของสถาบันใหม่ รวมถึงปัจจัยและเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้กฎหมาย

1.1 ปรัชญาแนวคิดเศรษฐกิจการเมืองว่าด้วยการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศ

ปรัชญาเศรษฐกิจว่าด้วยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนี้ จะนำเสนอแนวคิดทางเศรษฐกิจที่มีผลต่อการกำหนดรูปแบบของกรอบกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยจะนำเสนอแนวคิด 3 แนวคิด ได้แก่ “ปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่” (Neo-liberalism) ซึ่งเห็นว่า การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะส่งผลดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศผู้รับทุน ดังนั้น รัฐจึงควรปล่อยให้ไปตาม “กลไกตลาด” มากกว่าที่รัฐจะเข้าไปควบคุมกิจกรรมดังกล่าว “ปรัชญาเศรษฐกิจชาตินิยม” (Nationalism Approach) ซึ่งเห็นว่า การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะก่อให้เกิดทั้งผลดีและผลเสีย ดังนั้น รัฐควรจะเข้ามาควบคุมแบบ “การทำให้เป็นรัฐ” มากกว่า “การทำให้เป็นตลาด” ส่วนอีกแนวคิดหนึ่ง คือ “ทฤษฎีพึ่งพิง” (Dependency Theory) ซึ่งเห็นว่า การพึ่งพิงทุนจากต่างประเทศจะก่อให้เกิดการด้อยพัฒนาขึ้นไปอีก เนื่องจากเกิดการแลกเปลี่ยนที่ไม่เป็นธรรมขึ้น

1.1.1 ปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่ (Neo-liberalism)

ปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยม เป็นพื้นฐานสำคัญของการแข่งขันเสรีภายใต้แนวคิดของสำนักเศรษฐศาสตร์คลาสสิก (Classical Economics) โดยเชื่อว่า การแข่งขันเสรีจะนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรที่มีประโยชน์สูงสุดโดยอาศัย “กลไกราคา” ในการแก้ปัญหาพื้นฐานทางเศรษฐกิจ โดยปราศจากการแทรกแซงจากรัฐ ในภาวะที่ระบบเศรษฐกิจอยู่ในภาวะดุลยภาพ ก็จะไม่มีปัญหาเงินเฟ้อและการว่างงาน แต่หลังจากเกิดวิกฤตการณ์เศรษฐกิจตกต่ำทั่วโลก ในปี พ.ศ. 2472 (The

Great Depression ค.ศ. 1929) ความเชื่อดังกล่าวถูกลดทอนลงไปเป็นอันมากอันเนื่องมาจากความเชื่อของสำนักเศรษฐศาสตร์คลาสสิกไม่สามารถอธิบายถึงภาวะเศรษฐกิจที่ตกต่ำและการว่างงานในช่วงเวลาดังกล่าวได้ John Menard Keynes ได้นำเสนอความคิดที่ทำนายสำนักเศรษฐศาสตร์คลาสสิกในหนังสือ The General Theory of Employment, Interest and Money ในปี พ.ศ. 2579 (ค.ศ.1936) ว่า ในภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ กลไกราคาไม่สามารถที่จะปรับตัวเข้าสู่ภาวะดุลยภาพได้อย่างอัตโนมัติ รัฐจึงควรเข้าไปแทรกแซงในการจัดการอุปสงค์มวลรวม (Aggregate Demand Management) โดยใช้นโยบายการคลังซึ่งมีประสิทธิภาพมากกว่านโยบายการเงิน แนวคิดของ Keynes ได้รับความนิยมนอย่างรวดเร็วและกว้างขวางในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจในช่วงยุคหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยเน้นไปที่การสร้างอุปสงค์มวลรวม เช่น สร้างรัฐสวัสดิการ ส่งเสริมการรวมตัวกันของสหภาพแรงงาน แต่การกระทำดังกล่าว ทำให้เกิดปรากฏการณ์ที่เรียกว่า Stagflation คือการลดน้อยถอยลงของอัตราค่าจ้าง เนื่องจากหน่วยผลิตมีต้นทุนสูงขึ้นจากการจัดเก็บภาษีเพื่อจัดทำสวัสดิการ มีค่าแรงในอัตราที่สูง ประกอบกับวิกฤตการณ์น้ำมัน ทำให้หน่วยผลิตไม่ยอมลงทุน เกิดการว่างงาน และเงินเฟ้อ ปัญหาดังกล่าวนี้ทำให้อิทธิพลของเศรษฐศาสตร์สำนัก Keynesian ถูกลดบทบาทลงเพราะไม่สามารถอธิบายปรากฏการณ์ดังกล่าวได้เนื่องจากเป็นปัญหาด้าน Supply ซึ่ง Keynes มีคำอธิบายเฉพาะด้าน Demand เท่านั้น

ระเบียบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบันยึดปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่ (Neo-Liberalism) เป็นพื้นฐานตามแนวนโยบายที่กำกับโดยฉันทมติแห่งวอชิงตัน (Washington Consensus) โดยสรุปได้เป็นคำ 4 คำ ได้แก่ การรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจ (Stabilization) การเปิดเสรี (Liberalization) การลดการกำกับและควบคุม (Deregulation) และการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ (Privatization)

ฉันทมติวอชิงตันเสนอโดย จอห์น วิลเลียมสัน (John Williamson) ซึ่งได้ประมวลชุดของนโยบายซึ่งสถาบันผลิตความคิด (Think Tank) ในนครวอชิงตัน ดี.ซี. สหรัฐอเมริกา มีความเห็นร่วมกันว่าเป็นนโยบายที่เหมาะสมสำหรับการปฏิรูปเศรษฐกิจ โดยเฉพาะจงว่าเป็นการปฏิรูประบบเศรษฐกิจในละตินอเมริกาเท่านั้น โดยในปี พ.ศ. 2532 วิลเลียมสันได้เขียนบทความเรื่อง “What Washington Means by Policy Reform” นำเสนอต่อที่ประชุมสัมมนาเรื่องการปรับโครงสร้างระบบเศรษฐกิจในละตินอเมริกา โดยนำเสนอชุดนโยบาย 10 ชุด ได้แก่ (1) ชุดนโยบายว่าด้วยวินัยทางการคลัง (Fiscal Discipline) โดยเน้นการลดการขาดดุลทางการคลัง (Fiscal Deficit); (2) ชุดนโยบายว่าด้วยการจัดลำดับความสำคัญของรายจ่ายรัฐบาล โดยเสนอให้กำหนดนโยบายยกเลิกการให้เงินอุดหนุน (Subsidy) และรัฐบาลควรให้ความสำคัญในการจัดสรรงบประมาณด้าน

การศึกษาและการสาธารณสุข รวมตลอดถึงการลงทุนด้านโครงข่ายพื้นฐานทางเศรษฐกิจ (Infrastructure); (3) ชุตนโยบายว่าด้วยการปฏิรูปภาษีอากร (Tax Reform) ได้แก่การเน้นการขยายฐานภาษี (Tax Base) มากกว่าการปรับอัตราภาษี (Tax Rate) และ อัตราภาษีส่วนเปลี่ยนแปลง (Marginal Tax Rate) ควรกำหนดในอัตราต่ำ; (4) ชุตนโยบายว่าด้วยอัตราดอกเบี้ย ได้แก่ควรปล่อยให้เป็นเรื่องของกลไกตลาดการเงินภายในประเทศ รัฐบาลไม่ควรควบคุมอัตราดอกเบี้ย และหากจะกำหนดนโยบายดอกเบี้ย รัฐควรดำเนินการให้อัตราดอกเบี้ยที่แท้จริง (Real Interest Rate) มีค่าเป็นบวก เพื่อจูงใจในการออมและยับยั้งการเคลื่อนย้ายเงินทุนออกนอกประเทศหรืออาจดึงดูดเงินทุนเข้าประเทศ (Capital Inflow) ได้; (5) ชุตนโยบายว่าด้วยอัตราแลกเปลี่ยน ควรดำเนินนโยบายที่เกื้อกูลต่อการแข่งขัน (Competitive Exchange Rate) ซึ่งหมายถึงเกื้อกูลการส่งออก; (6) ชุตนโยบายว่าด้วยการเปิดเสรีด้านการค้าระหว่างประเทศ ได้แก่การทำลายกำแพงภาษีศุลกากร (Tariff Barriers) ด้วยการลดอากรขาเข้าให้อยู่ในระดับต่ำที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ และรัฐไม่ควรเก็บอากรขาเข้าจากสินค้าขั้นกลาง (Intermediate Goods) ที่ใช้ในการผลิตเพื่อการส่งออกเพื่อส่งเสริมฐานการแข่งขันระหว่างประเทศ; (7) ชุตนโยบายว่าด้วยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) โดยหวังประโยชน์จากการไหลเข้าของเงินทุนจากต่างประเทศ (Capital Inflow) และการถ่ายโอนเทคโนโลยีและทักษะระหว่างประเทศ; (8) ชุตนโยบายว่าด้วยการถ่ายโอนการผลิตจากภาครัฐบาลมาสู่ภาคเอกชน (Privatization) เพื่อสร้างความชัดเจนในกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล; (9) ชุตนโยบายว่าด้วยการลดการควบคุมและลดการกำกับ (Deregulation) ทั้งนี้โดยให้เหตุผลว่า การควบคุมและการกำกับมากเกินไปนอกจากจะทำให้เสียต้นทุนสูงโดยที่ไม่คุ้มกับประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับแล้ว ยังเกื้อกูลต่อการฉ้อราษฎร์บังหลวง และเปิดช่องให้ผู้มีอำนาจใช้อำนาจในทางฉ้อฉลเพื่อผลประโยชน์ส่วนบุคคลอีกด้วย เพราะโดยทั่วไปแล้ว ผู้ประกอบการวิสาหกิจขนาดกลางและขนาดย่อมซึ่งเป็นจักรกลสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจในโลกที่สามไม่สามารถเข้าถึงผู้มีอำนาจในขณะที่กลุ่มทุนขนาดใหญ่สามารถหลุดพ้นจากกระบวนการควบคุมและกำกับของรัฐได้โดยอาศัยประโยชน์จากความสัมพันธ์เชิงอุปถัมภ์; และ (10) ชุตนโยบายว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (Property Right) ซึ่งก่อให้เกิดความชัดเจนในความเป็นเจ้าของและความรับผิดชอบ ช่วยส่งเสริมให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมด้วย ซึ่งเป็นผลดีต่อระบบทุนนิยม (รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2548: 51-57)

แม้ว่าวิลเลียมสันจะมีได้เสนอ Washington Consensus เป็นปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยมอย่างสุดขีด แต่ด้วยกระแสแห่งโลกาภิวัตน์ และอุดมการณ์ทางการเมือง ประกอบกับองค์การระหว่างประเทศอย่าง ธนาคารโลกและกองทุนการเงินระหว่างประเทศมีบทบาทสำคัญในการหล่อหลอมนโยบายฉันทมติวอชิงตันให้กลายเป็นระเบียบเศรษฐกิจโลกแบบปรัชญาเศรษฐกิจเสรีนิยม

สุดขีดในปัจจุบัน โดยอาศัยการกำหนดเงื่อนไขการดำเนินนโยบายผูกติดไปกับเงินให้กู้ยืมเพื่อเป็นกลไกในการบังคับให้ประเทศลูกหนี้ต้องปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจ (Structural Adjustment Loans: SALs) (รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2548: 69-73) แต่ในอีกด้านหนึ่ง วัฒนธรรมอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการให้ทุกประเทศเปิดการค้าเสรี แปรรูปรัฐวิสาหกิจ และยกเลิกกฎระเบียบที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อทุนข้ามชาติ ริเริ่มมาจากกลุ่มทุนผูกขาด(บริษัทข้ามชาติ) อเมริกัน ที่ต้องการให้ทุนอเมริกันสามารถเข้าไปค้าหุ้น ค่าเงิน ลงทุนทำการผลิตการค้าที่ไหนก็ได้โดยสะดวก แล้วทำให้ประเทศต่างๆ ในโลกนี้ ยอมรับว่าเป็นกระแสโลกาภิวัตน์ ทั้ง ๆ ที่แท้จริงแล้วมันเป็นเรื่องของอเมริกาภิวัตน์ที่ผลักดันผ่านกลุ่มประเทศมหาอำนาจทั้งเจ็ด (G7 = สหรัฐฯ แคนาดา อังกฤษ ฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมัน และญี่ปุ่น) ผ่านกองทุนการเงินระหว่างประเทศและธนาคารโลก ซึ่งทั้งเจ็ดประเทศนี้ถือหุ้นส่วนใหญ่ (ฌองส์ เพ็ชรประเสริฐ, บรรณาธิการ, 2544: 15)

ตามแนวคิดของสำนักเศรษฐกิจเสรีนิยมใหม่ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะส่งผลให้ประเทศผู้รับการลงทุนปรับปรุงฟังก์ชันการผลิตของประเทศ ทำให้ต้นทุนการผลิตต่ำลงไปอีก ซึ่งการทำเช่นนี้จะเป็นประโยชน์แก่ทั้ง 2 ประเทศมากขึ้นกว่าเดิม เพราะประเทศที่รับการลงทุนก็สามารถขยายการส่งออกสินค้าและยกระดับโครงสร้างอุตสาหกรรมของประเทศผู้รับการลงทุนด้วย ส่วนประเทศผู้ส่งออกการลงทุนก็สามารถนำเข้าสินค้าด้วยต้นทุนที่ต่ำกว่าเดิม ในขณะที่เดียวกันประเทศผู้ส่งออกการลงทุนก็สามารถปรับโครงสร้างอุตสาหกรรมภายในประเทศเองให้คงเหลือแต่อุตสาหกรรมที่มีกำลังแข่งขันกับต่างชาติได้ โดยอธิบายจากฟังก์ชันการผลิตดังนี้ (Mankiw, 2004: 247)

$$AY = f(L, K, H, N)$$

โดยที่ Y = ปริมาณสินค้าหรือบริการที่ผลิตได้

f(..) = การแสดงถึงการผสมผสานปัจจัยการผลิตต่าง ๆ (ที่อยู่ในวงเล็บ)

เพื่อการผลิตสินค้าและบริการ

A = จำนวนของความรู้ของสังคมในการแสวงหาหนทางที่ดีที่สุดเพื่อการผลิตสินค้าหรือบริการ (Technological Knowledge)

L = จำนวนแรงงานที่ใช้ในการผลิต (Labor)

K = จำนวนทุนทางกายภาพ (Physical Capital) ได้แก่ เครื่องมือ เครื่องจักร อุปกรณ์

H = จำนวนความรู้ของแรงงาน (Human Capital) ที่เกิดจากการเรียนรู้ในรูปแบบต่าง ๆ

N = จำนวนทรัพยากรธรรมชาติ (Natural Resource) เช่น ที่ดิน
แม่น้ำ แร่ธาตุ ฯลฯ

ผลผลิต (Y) จะเพิ่มขึ้นได้ใน 2 วิธีการคือ (1) เพิ่มปัจจัยการผลิต¹ (ในที่นี้หมายถึงเพิ่ม L , K , H , N) และ/หรือ (2) เพิ่มพูนความรู้ของสังคมเพื่อแสวงหาหนทางที่ดีที่สุดในการผลิตสินค้าหรือบริการ (Technological Knowledge) (ในที่นี้คือ A) ซึ่งจะส่งเสริมให้มีการใช้ปัจจัยการผลิตได้อย่างมีประสิทธิภาพ (Efficiency) ได้แก่ การเพิ่มขึ้นของผลิตภาพแรงงาน (Productivity) การเพิ่มขึ้นของทักษะฝีมือแรงงาน (Skill) และมีการใช้ทรัพยากรธรรมชาติได้อย่างมีประสิทธิภาพ ฯลฯ ซึ่งจะส่งผลทำให้ปริมาณของสินค้าและบริการเพิ่มขึ้นแบบทวีคูณ

ดังนั้น การลงทุนจากต่างประเทศสามารถจัดอุปสรรคต่าง ๆ ของการผลิตในประเทศ ทำให้การผลิตในประเทศเกิดขึ้นได้ ซึ่งนอกจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะทำให้มีการใช้ปัจจัยการผลิตเพิ่มขึ้นแล้ว ยังนำความรู้และเทคโนโลยี Know-how ต่าง ๆ ทั้ง ทางด้านเทคนิคการผลิต และการบริหารจัดการเข้ามาด้วย ทำให้ประเทศผู้รับการลงทุนมีการปรับปรุงฟังก์ชันการผลิตแบบก้าวกระโดด ดังนั้น ทั้งทุน และความรู้ทางเทคโนโลยีที่มาพร้อมกับการลงทุนจากต่างประเทศ จึงเป็นสิ่งที่ประเทศผู้รับการลงทุนปรารถนา

1.1.2 ปรัชญาเศรษฐกิจชาตินิยม (Nationalism Approach)

“ชาติ” และ “ชาตินิยม” เป็นผลผลิตของปัจจัยของโลกยุคสมัยใหม่หรือความเป็นสมัยใหม่ (Modernity) เช่น การปฏิวัติของระบบความคิดการเมืองหรือปรัชญาสมัยใหม่ การปฏิวัติอุตสาหกรรม การปฏิวัติเทคโนโลยีการสื่อสาร การเกิดขึ้นชั้นกลาง เป็นต้น ในลักษณะที่เป็นเครื่องมือและหน้าที่ (instrumental, functional) กล่าวคือ ชาติและชาตินิยมเป็นเครื่องมือนำไปสู่การสร้างความเป็นหนึ่งเดียวกัน (homogeneity) ความเป็นมาตรฐานเดียวกัน เช่น มีภาษาเดียวกัน ระบบการบริหารเดียวกัน ประเพณี วัฒนธรรมเดียวกัน และมีหน้าที่เป็นสัญลักษณ์ปลุกเร้าความรู้สึกผูกพัน ทำให้รู้สึกว่าเป็นกลุ่มเดียวกัน เป็นพลังในการแข่งขันที่เข้มข้น ในระบบการเมืองระหว่างประเทศในยุคสองสภายุโรปที่ผ่านมา (ธีรยุทธ บุญมี, 2546: 49) เหตุที่มนุษย์ต้องมีแนวคิดเรื่องความเป็นชาติ ความเป็นเผ่า ความเป็นชาติพันธุ์ เพราะมนุษย์ทุกยุคสมัยมีความต้องการสองอย่าง คือ ความเป็นตัวของตัวเอง และการผูกพันอยู่กับกลุ่ม อย่างแรกนั้นเรียกว่า “อัตลักษณ์ส่วนบุคคล” (personal identity) อย่างหลังเรียกว่า “อัตลักษณ์กลุ่ม” (collective identity) ในสังคมแต่ละแบบ หรือ ประวัติศาสตร์แต่ละช่วง ความต้องการอัตลักษณ์ 2 ส่วนนี้จะกระจายตัวต่างกันไป เช่น ในสังคมสมัยปัจจุบัน อัตลักษณ์ส่วนตัวมีความสำคัญกว่าอัต

¹ สมมติให้เป็น constant return to scale กล่าวคือ การเพิ่มขึ้นของปัจจัยการผลิตต่าง ๆ 1 หน่วย ก่อให้เกิดผลผลิต 1 หน่วย

ลักษณะกลุ่ม ในช่วงสังคมแบบเกษตรกรรม อุตสาหกรรมกลุ่มสำคัญกว่าอัตลักษณ์บุคคล ในช่วงสงคราม อุตสาหกรรมกลุ่มสำคัญยิ่งยวด อุตสาหกรรมบุคคลก็เกือบจะไม่มีเลย เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ที่ผ่านมานุษยวิทยาต้องการอัตลักษณ์ทั้งสองส่วนนี้ไปพร้อม ๆ กัน เป็นเหตุให้บางช่วงเราต้องมีความเป็นเผ่าชนบ้างช่วงเราต้องมีความเป็นชาติ หรือชาติพันธุ์ (ธีรยุทธ บุญมี, 2546: 192)

ในการพัฒนาเศรษฐกิจ ปรัชญาเศรษฐกิจชาตินิยมเชื่อในหลักการ “ทำให้เป็นรัฐ” มากกว่า “กลไกตลาด” โดยมีข้อสมมติฐานในทางทฤษฎีว่า

(1) กลไกตลาดไม่สามารถทำหน้าที่บรรลุสวัสดิการของประชาชนได้อย่างสมบูรณ์ ทั้งนี้เพราะว่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศก่อให้เกิด “ผลกระทบภายนอก” (Externality Effect) ต่าง ๆ นานา อย่างเช่น บริษัทภายในประเทศย่ำแย่ลง ความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีต่างประเทศที่ไม่เหมาะสม การโฆษณาที่มากเกินไป การค้ากำไรเกินควร การกระจายรายได้ที่ไม่เป็นธรรม ฯลฯ

(2) การยอมให้บรรษัทข้ามชาติรุกกล้าเข้ามาในเศรษฐกิจของประเทศหนึ่ง ๆ หมายความว่าระบบเศรษฐกิจได้ถูกดึงให้เข้าไปอยู่ในระบบการค้าระหว่างประเทศ ซึ่งไม่จำเป็นว่าจะต้องก่อให้เกิดผลในแง่บวกเสมอไป ขึ้นอยู่กับรูปแบบที่ดึงเข้าไป

ดังนั้น พวก “ชาตินิยม” จึงสนับสนุนการลงทุนในภาคเอกชนของต่างประเทศก็แต่เฉพาะกรณี queพิจารณาแล้วว่าจะได้ประโยชน์จากการลงทุนนี้โดยไม่มีผลเสียหายเกิดขึ้นตามมาเท่านั้น ซึ่งการกระทำเช่นนี้ได้ก็หมายความว่ารัฐบาลของประเทศนั้นจะต้องทำการควบคุมคัดเลือกการลงทุนจากต่างประเทศอย่างเข้มงวดเป็นกรณี ๆ (สุวินัย ภรณวลัย, 2540: 89)

1.1.3 ทฤษฎีพึ่งพิง (Dependency theory)²

แม้ว่าแนวคิดของการพัฒนาเศรษฐกิจโดยอาศัยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเป็นที่ยอมรับอย่างกว้างขวาง แต่จากประวัติศาสตร์การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศด้อยพัฒนา กลับมีตัวอย่างของประเทศด้อยพัฒนามากมายหลายประเทศที่ได้พึ่งพิงทุนจากต่างชาติ แต่กลับเกิดผลในทางตรงกันข้าม (คือยิ่งด้อยพัฒนายิ่งขึ้น) เช่น ประเทศในแถบละตินอเมริกา ประเทศในแอฟริกาและเอเชียบางประเทศ ทฤษฎีที่เป็นที่ยอมรับกันว่าสามารถอธิบายปรากฏการณ์ดังกล่าวได้อย่างชัดเจน ได้แก่ “ทฤษฎีพึ่งพิง” ซึ่งเป็นการอธิบายถึงความด้อยพัฒนาในเชิงโครงสร้างของระบบการแบ่งงานกันทำระหว่างประเทศ (International division of labor)

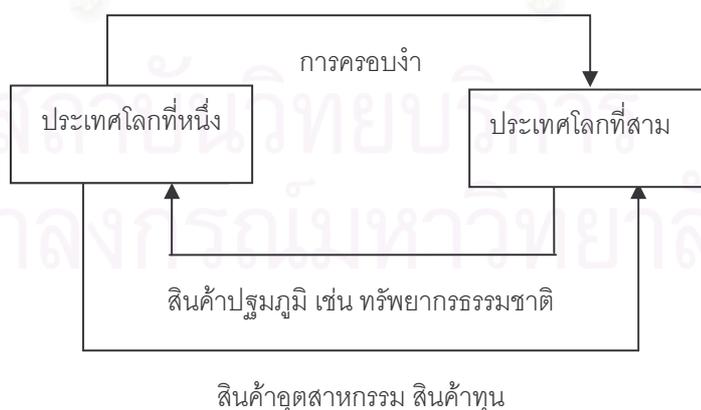
² สรุปลงจากเอกสารประกอบการเรียนการสอนหลักสูตรเศรษฐศาสตร์การเมือง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย วิชา แนวคิดเศรษฐกิจการเมือง ปีการศึกษา 2547 ภาคปลาย เว้นแต่จะได้มีการอ้างอิงเป็นการเฉพาะเอาไว้

ทฤษฎีฟุ้งฟิง เสนอว่า ความด้อยพัฒนาของโลกที่สามเป็นเรื่องเชิงโครงสร้างที่มีสาเหตุมาจากการพัฒนาของโลกที่หนึ่ง โดยประเทศโลกที่หนึ่งได้ครอบงำเศรษฐกิจของประเทศโลกที่สามทั่วโลก ด้วยการทำให้เศรษฐกิจทั้งระบบของโลกที่สามกลายเป็นเศรษฐกิจแบบฟุ้งฟิง ภายใต้อุดมการณ์ “ตลาดเสรี” ของระบบทุนนิยม กล่าวอีกนัยหนึ่ง ประเทศโลกที่หนึ่งพัฒนาเศรษฐกิจหรือก้าวหน้าไปบนความยากจนและความเสียเปรียบของประเทศโลกที่สาม (ทิวัดตมน์ ปุณฺทริก วิวัฒน์, 2544: 116-117)

ตามทฤษฎีฟุ้งฟิง “การฟุ้งฟิง” หมายถึง สถานการณ์ที่ระบบเศรษฐกิจของประเทศหนึ่ง (Periphery - ส่วนรอบข้าง - ประเทศโลกที่สาม) ได้ถูกกำหนดโดยการพัฒนาและการขยายตัวของอีกระบบเศรษฐกิจหนึ่ง (Center - ศูนย์กลาง - ประเทศโลกที่หนึ่ง) หากพิจารณาจากประวัติศาสตร์ จะพบการฟุ้งฟิงในลักษณะต่าง ๆ ได้แก่ การฟุ้งฟิง (ถูกครอบงำ) แบบ “อาณานิคม” แม้ว่าต่อมาประเทศโลกที่สามจะหลุดพ้นจากลัทธิล่าอาณานิคมแล้ว แต่ยังคงฟุ้งฟิง (ถูกครอบงำ) ทางด้าน “การเงินและอุตสาหกรรม” และ ทางด้าน “เทคโนโลยี” ต่อเนื่องมาอีก

ภายใต้ระเบียบเศรษฐกิจของการแบ่งงานกันทำระหว่างประเทศนี้ ประเทศโลกที่หนึ่ง (ประเทศศูนย์กลาง) ซึ่งมีภาคอุตสาหกรรมและบริการที่ทันสมัยและมีราคาแพง จะครอบงำประเทศโลกที่สาม (ประเทศรอบข้าง) ซึ่งเป็นผู้ผลิตและส่งออกสินค้าขั้นปฐมภูมิ เช่น ผลผลิตทางการเกษตรและแร่ธาตุซึ่งมีราคาถูก การครอบงำนี้จะก่อให้เกิดกระบวนการ “การแลกเปลี่ยนที่ไม่เป็นธรรม” (Unequal exchange) ทำให้ประเทศรอบข้างไม่สามารถสะสมทุนหรือปัจจัยที่จะนำมาสู่การพัฒนาได้ โดยสรุปได้เป็นภาพที่ 2-1

ภาพที่ 2-1 การฟุ้งฟิงเงินลงทุนและเทคโนโลยี



ในสถานการณ์ที่ประเทศโลกที่สามต้องฟุ้งฟิงด้านเงินทุนและอุตสาหกรรมจากประเทศโลกที่หนึ่ง มักจะถูกกำหนดด้วยระบบการแบ่งงานกันทำระหว่างประเทศให้ใช้นโยบายเศรษฐกิจ

การผลิตเพื่อส่งออก (Exporting Economy) รายได้ส่วนใหญ่ที่ได้มาจากการส่งออก จะถูกนำมาใช้เพื่อชื้อปัจจัยการผลิตเพื่อผลิตสินค้าส่งออก และแรงงานจะถูกซื้อแบบเข้มข้นเพื่อให้สินค้ามีราคาถูก ส่งผลให้การพัฒนาตลาดภายในจะถูกจำกัด นอกจากนี้ การบริโภคภายในจะถูกจำกัดและไม่เกิดการพัฒนาตลาดภายใน และในหลายประเทศที่ถูกครอบงำนี้ ทรัพยากรที่ดินและเหมืองแร่จะตกอยู่ในมือของชาวต่างชาติ ในกรณีเช่นนี้บริษัทที่เข้ามาลงทุนจะนำส่วนเกินกลับประเทศแม่

ส่วนการพึ่งพิงเทคโนโลยีนั้น ประเทศโลกที่สามมักจะเสียเปรียบดุลการค้า เพราะราคาสินค้าเกษตร หรือวัตถุดิบมักจะถูกกดราคาให้ต่ำไว้ ในขณะที่ต้องนำเข้าสินค้าอุตสาหกรรม เช่น เทคโนโลยีและเครื่องจักรซึ่งมีราคาสูง จึงเกิดการแลกเปลี่ยนที่ไม่เป็นธรรม เศรษฐกิจที่มีพลวัตจะถูกควบคุมโดยทุนข้ามชาติและมีการโอนกำไรกลับ การไหลออกของเงินทุนมากกว่าการไหลเข้า นำไปสู่ปัญหาการขาดดุลการชำระเงิน นอกจากนี้ ปัญหานี้ยังถูกซ้ำเติมโดยการขาดดุลในสาขาบริการ เช่น การผูกขาดการขนส่งทางเรือโดยชาวต่างชาติและการจ่ายค่าธรรมเนียม ฯลฯ สิ่งเหล่านี้ นำมาสู่ปัญหาการขาดดุลบัญชีเดินสะพัดที่เพิ่มขึ้น จนทำให้ความสามารถในการนำเข้าปัจจัยการผลิตเพื่อการพัฒนาอุตสาหกรรมถูกจำกัดลง

นอกจากนั้น ภายใต้การซื้อขายเทคโนโลยีที่มีการผูกขาดโดยประเทศโลกที่หนึ่ง เทคโนโลยีเหล่านี้ไม่สามารถหาซื้อได้ในตลาดเสรี และเป็นเทคโนโลยีที่มีการจดทะเบียนลิขสิทธิ์ทรัพย์สินทางปัญญา โดยบริษัทที่ผูกขาดเทคโนโลยีจะบังคับให้มีการจ่ายค่าธรรมเนียมในการใช้และการส่งออกเทคโนโลยีส่วนใหญ่จะออกมาในรูปของการเข้าไปตั้งบริษัทลูกเพื่อควบคุมเทคโนโลยี จึงไม่เกิดการโอนเทคโนโลยีจากประเทศพัฒนาแล้วสู่ประเทศด้อยพัฒนาอย่างแท้จริง นอกจากนั้นแล้ว ภาคที่นำเข้าเทคโนโลยีมักจะเป็นภาคเศรษฐกิจที่ทันสมัย การลงทุนจะกระจุกอยู่ในเมือง ซึ่งกลายเป็นเศรษฐกิจส่วนภาคเมืองที่เติบโตขณะที่ชนบทกลายเป็นอาณานิคมของเมือง ซึ่งนำมาสู่โครงสร้างการพัฒนาที่ไม่สมดุล เพราะฉะนั้น การพัฒนาแบบพึ่งพิงซึ่งเป็นความสัมพันธ์ที่ครอบงำในระดับโลก ก็ถูกผลิตซ้ำขึ้นภายในประเทศระหว่างภาคเศรษฐกิจเมืองที่ครอบงำ และภาคชนบทที่ถูกครอบงำ

ทฤษฎีพึ่งพิงสรุปว่า ความด้อยพัฒนาไม่ได้เกิดจากการขาดการผนวกทางเศรษฐกิจเข้ากับระบบโลก (Economic integration) แต่ในทางตรงกันข้าม อุปสรรคสำคัญต่อการพัฒนาอยู่ที่ประเทศด้อยพัฒนาเหล่านั้นเลือกที่จะเข้าไปร่วมในระบบเศรษฐกิจโลกและถูกกำหนดโดยกฎการพัฒนาของมัน ปัญหาความด้อยพัฒนาจึงเป็นส่วนหนึ่งของความสัมพันธ์ในระบบเศรษฐกิจโลกที่มีการผูกขาดโดยทุนขนาดใหญ่ ซึ่งควบคุมศูนย์กลางทางธุรกิจและการเงิน และผูกขาดเทคโนโลยีและนำมาสู่การพัฒนาที่ไม่เท่าเทียมกันในระดับประเทศและระดับโลก แนวคิดวิเคราะห์ที่ว่าความ

ล้าหลังของการพัฒนาเกิดจากความล้มเหลวในการผนวกเข้าเป็นส่วนหนึ่งของระบบเศรษฐกิจที่ทันสมัยนั้น จึงเป็นอุดมการณ์ที่แอบแฝงในกรอบของความเป็นวิทยาศาสตร์ เช่นเดียวกัน ความพยายามวิเคราะห์เศรษฐกิจจะหาว่าประเทศในลักษณะความสัมพันธ์เชิงแข่งขันเสรี เช่น ทฤษฎีความชำนาญการผลิตเชิงเปรียบเทียบ จึงเป็นการสร้างความชอบธรรมต่อการดำรงอยู่ของความไม่เสมอภาคในระบบเศรษฐกิจโลก และซ่อนไว้ซึ่งความสัมพันธ์เชิงชู้ตริตซึ่งเป็นรากฐานของระบบทุนนิยม

ดังนั้น การพัฒนาของประเทศทุนนิยมฟุ้งฟิง จึงเป็นเพียงการผลิตซ้ำปัจจัยที่กีดกันประเทศด้อยพัฒนาออกจากการพัฒนา หรือ “การพัฒนาของความด้อยพัฒนา” (The Development of Underdevelopment) การหลุดพ้น คือ การทำลายโซ่ตรวนของกระบวนการพัฒนาแบบฟุ้งฟิงนี้

1.2 ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ และปัจจัยเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้

ในกลุ่มทฤษฎีนี้ จะเป็นการอธิบายถึงทฤษฎี “เศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่” (New Institution Economics) ในฐานะที่เป็นกรอบพฤติกรรมของมนุษย์ ซึ่งให้ความสำคัญกับต้นทุนทางธุรกรรม (Transaction Cost) จากนั้น จะอธิบายถึงปัจจัยและเงื่อนไขในการออกและบังคับใช้สถาบัน ได้แก่ “ทฤษฎีกลุ่มและกลุ่มผลประโยชน์” (Group and Interest Group) และ “ทฤษฎีอำนาจ” (Power)

1.2.1 เศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ (New Institutional Economics)

คำว่า “สถาบัน” นั้น หมายถึง ระบบความสัมพันธ์ของมนุษย์ด้วยกันในสังคม กฎกติกา ที่ทำหน้าที่คอยกำกับ ควบคุมพฤติกรรม ทั้งในทางจิตใจและการกระทำ (Kasper and Streit, 1999: 1-3) โดยมนุษย์เป็นผู้สร้างขึ้นเพื่อจำกัดพฤติกรรมขวยโอกาสที่อาจเกิดขึ้นได้ในปฏิสัมพันธ์ระหว่างมนุษย์ด้วยกัน และโดยปกติ “สถาบัน” จะมีสภาพบังคับให้คนในสังคมปฏิบัติตามด้วยรูปแบบของการลงโทษบางอย่าง โดยกฎเกณฑ์ที่มีบทลงโทษนี้ จะเป็นช่องทางให้มนุษย์มีเส้นทางของการกระทำที่สามารถทำนายได้อย่างมีเหตุผล และถ้า “สถาบัน” สามารถสอดคล้องกับสถาบันอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกันได้เหมาะสม จะอำนวยให้เกิดพฤติกรรมของการเข้าร่วมกันได้ อย่างมั่นใจ

เศรษฐศาสตร์สถาบัน ให้ความสำคัญกับรูปแบบของกิจกรรมทางเศรษฐกิจของมนุษย์ และ ยอมรับบทบาทของปัจเจกชนในฐานะที่เป็นผู้ทำการตัดสินใจทางเศรษฐศาสตร์ ในฐานะที่

“มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ” (Homo Economicus) ³ ผู้ต้องการอรรถประโยชน์สูงสุด (Utility Maximization) ซึ่งจะมีพฤติกรรมอันสมเหตุสมผล (Rational Behavior) โดยจะตัดสินใจการกระทำหรือละเว้นการกระทำจากการประเมินผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ (Expected Benefits) เทียบกับต้นทุนที่คาดว่าจะต้องสูญเสียไป (Expected Costs) จากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้นภายใต้ข้อจำกัดทางสถาบันที่มีอยู่ มนุษย์จะละเว้นการกระทำหากประเมินแล้วพบว่า ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการกระทำดังกล่าวไม่คุ้มกับต้นทุนที่ต้องสูญเสียไป แต่จะตัดสินใจการกระทำหากประเมินได้ผลตรงข้าม (รังสรรค์ ธนะพรพันธ์, 2546. ข: 49-50) อย่างไรก็ตาม แม้ว่าจะปัจเจกชนจะเป็นผู้มีเหตุผลแต่ก็ไม่ได้เป็นบุคคลที่มีเหตุผลอย่างสมบูรณ์ ⁴ และย่อมมีการใช้เหตุผลอย่างมีขอบเขต (Eggertsson, 1990: 7)

แนวคิด “เศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่” มีวิธีการวิเคราะห์องค์ประกอบในการสร้างสถาบันและองค์กร ⁵ ซึ่งต้องการปัจจัยนำเข้าที่เป็นทรัพยากรที่แท้จริง ทรัพยากรที่แท้จริงนั้นใช้เป็นปัจจัยนำเข้าในกิจกรรมการผลิตและกระจายสินค้า และการมีกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลในทรัพยากรนั้น จะมีอิทธิพลโดยตรงต่อผลลัพธ์ทางเศรษฐกิจที่สังคมได้รับ ดังนั้น ต้นทุนทางธุรกรรม, กรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล, และ ความสัมพันธ์กันในทางการทำสัญญาจึงเป็นส่วนประกอบพื้นฐานที่สำคัญของแนวคิดในเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ (Furubotn and Richter, 1997: 29-30)

ต้นทุนทางธุรกรรมโดยทั่วไปหมายถึง ต้นทุนที่เกิดขึ้นเมื่อบุคคลแลกเปลี่ยนกรรมสิทธิ์ในสินทรัพย์ทางเศรษฐกิจและการบังคับใช้กรรมสิทธิ์นั้น ในอีกความหมายหนึ่ง ต้นทุนผลิตในแบบจำลองของ Neoclassic สามารถนำมาอธิบายได้ว่า “แนวคิดพื้นฐานของต้นทุนทางธุรกรรม

³ แนวคิด Homo Economicus ถูกวิจารณ์อย่างกว้างขวางโดยนักเศรษฐศาสตร์หลายท่าน เนื่องจากเป็นแนวคิดที่กล่าวถึงการตัดสินใจเลือกบนพื้นฐานของอรรถประโยชน์ (Utility Function) ดังนั้น จึงอาจเพิกเฉยโดยไม่ได้คำนึงถึงศีลธรรมจรรยา หรือคุณค่าทางสังคม เว้นแต่การปฏิบัติภายใต้ศีลธรรมจรรยาหรือคุณค่าทางสังคมนั้นจะทำให้เขาได้รับอรรถประโยชน์ด้วย (http://en.wikipedia.org/wiki/Homo_economicus)

⁴ บุคคลที่มีเหตุผลโดยสมบูรณ์ (a completely rational individual) หมายถึง บุคคลที่สามารถที่จะมองเห็นทุกสิ่งทุกอย่างที่จะเกิดขึ้นได้ล่วงหน้าและสามารถประเมินคุณค่าหรือความเหมาะสมของทางเลือกของการกระทำต่าง ๆ ได้ด้วยตาและไม่มีต้นทุน (Krept, 1990: 745. อ้างอิงจาก Furubotn and Richter, Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institution Economics. Michigan: The University of Michigan, 1997. p 3)

⁵ องค์กร (Organization) คือ “สถาบันผนวกเข้าด้วยกันกับกลุ่มคนที่ได้รับประโยชน์จากสถาบันนั้น” (North: 1990) หรือ “ด้านที่เป็นบุคคลของสถาบัน (personal side of institution)” (Schmoller: 1900. อ้างอิงจาก Furubotn and Richter, Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institution Economics. Michigan: The University of Michigan, 1997. p 7)

คืออะไรที่ประกอบไปด้วยต้นทุนในการเตรียมสัญญา ตรวจสอบ และบังคับใช้มันในภายหลัง ซึ่งไม่ได้นำมารวมในต้นทุนการผลิต” หรือ ต้นทุนทางธุรกรรม คือ ต้นทุนค่าเสียโอกาสที่เหมือน ๆ กันกับต้นทุนอื่น ๆ ในทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ (Eggertsson, 1990: 14)

ต้นทุนทางธุรกรรมอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท (Furubotn and Richter, 1997: 42-49) ดังนี้

(1) ต้นทุนทางธุรกิจทางตลาด แบ่งออกเป็น 3 ชนิด ได้แก่ (1) ต้นทุนในการค้นหาและการได้มาซึ่งข้อมูลต่าง ๆ เช่น การค้นหาคู่สัญญาที่ต้องการเข้าทำสัญญาด้วย การเปรียบเทียบราคาสินค้าจากผู้ขายที่แตกต่างกัน เป็นต้น (2) ต้นทุนในการต่อรองและการตัดสินใจของคู่สัญญาในตลาด เช่น การจ้างที่ปรึกษากฎหมาย การจ้างที่ปรึกษาทางการเงิน เป็นต้น และ (3) ต้นทุนในการตรวจสอบและบังคับตามสัญญา เช่น การวัด การตรวจสอบ ประเภทและชนิดของสินค้าที่จะส่งมอบระหว่างกันเพื่อให้เป็นไปตามสัญญา เป็นต้น

(2) ต้นทุนทางธุรกรรมในการบริหารจัดการ แบ่งเป็น 2 ชนิด ได้แก่ (1) ต้นทุนของการจัดตั้ง การรักษา หรือการเปลี่ยนแปลงการออกแบบขององค์กร เช่น การบริหารทรัพยากรบุคคล การลงทุนในเทคโนโลยีสารสนเทศ การป้องกันการครอบงำกิจการ การประชาสัมพันธ์ เป็นต้น และ (2) ต้นทุนที่ใช้ในการดำเนินองค์กร เช่น ต้นทุนข้อมูลข่าวสาร ที่ต้องใช้ในการตัดสินใจ การตรวจสอบ และการปฏิบัติตามคำสั่ง การวัดการทำงานของพนักงาน เป็นต้น และต้นทุนเกี่ยวกับการส่งสินค้าและบริการระหว่างหน่วยงานในบริษัทด้วยตนเอง

(3) ต้นทุนทางธุรกรรมทางการเมือง เทียบเคียงได้กับต้นทุนทางธุรกรรมในการบริหารจัดการ โดยแบ่งออกเป็น (1) ต้นทุนในการจัดตั้ง การรักษา และการเปลี่ยนแปลงระบบขององค์กรทางการเมืองที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ เช่น การสร้างกรอบทางกฎหมาย โครงสร้างในการจัดการ ระบบการพิจารณาคดี เป็นต้น และ (2) ต้นทุนของการดำเนินนโยบาย เช่น การมีหน่วยงานทางกระบวนการยุติธรรม ศาล หน่วยงานที่รักษาการตามกฎหมาย เป็นต้น หรือสรุปได้ว่าเป็นต้นทุนในการวัด การตรวจสอบ การสร้าง และการบังคับใช้กฎระเบียบ นั่นเอง

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ นำเสนอว่า กิจกรรมทางเศรษฐกิจจะมีต้นทุนทางธุรกรรม เกิดขึ้น สถาบันที่เหมาะสมจะต้องสามารถสร้างแรงจูงใจ (Incentive) หรือมีสภาพบังคับ (Enforcement) เพื่อบรรลุมติประสงค์ตามเจตนารมณ์ ไม่ว่าจะด้วยการสร้างต้นทุนทางธุรกรรมให้ต่ำที่สุดเพื่อส่งเสริมพฤติกรรมในดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ หรือสร้างต้นทุนทางธุรกรรมให้สูงที่สุดเพื่อไม่ให้เกิดพฤติกรรมที่ไม่พึงประสงค์ก็ตาม

1.2.2 กลุ่มและกลุ่มผลประโยชน์⁶

“กลุ่ม” เป็นการรวมตัวของคนที่มีความวัตถุประสงค์และผลประโยชน์คล้ายคลึงกันมาทำกิจกรรมร่วมกัน เพื่อให้ได้มาซึ่งวัตถุประสงค์และผลประโยชน์เหล่านั้น โดยทั่วไป “กลุ่ม” อาจแบ่งออกเป็นกลุ่มปฐมภูมิ (Primary Group) ซึ่งจะมีความสัมพันธ์เป็นกันเองเป็นการส่วนตัว เช่น ครอบครัว กลุ่มเพื่อน กลุ่มญาติ กลุ่มเพื่อนบ้าน เป็นต้น และ กลุ่มทุติยภูมิ (Secondary Group) ซึ่งมีลักษณะตรงกันข้ามกับกลุ่มทุติยภูมิ กล่าวคือ ในแง่ของความสัมพันธ์จะมีลักษณะเป็นแบบไม่คุ้นเคยกันเป็นส่วนตัวและไม่ลึกซึ้ง เป็นการติดต่อกันในลักษณะด้านใดด้านหนึ่งหรือเพียงส่วนใดส่วนหนึ่ง คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตัวมากกว่า การพบปะระหว่างสมาชิกมีน้อยมักจะเป็นในลักษณะที่เป็นทางการ โดยกลุ่มทุติยภูมิ มักจะมีองค์ประกอบ ที่มีวัตถุประสงค์ร่วมกัน (Common Objective) มีพลังร่วมกัน (Group Effort) มีภาวะการนำหรือภาวะการเป็นผู้นำ (Leadership) มีกฎระเบียบร่วม (Common Rules) และมีทรัพยากรบุคคล เงิน และวัสดุอุปกรณ์ (Man, Money and Material)

ส่วน “กลุ่มผลประโยชน์” นอกจากจะมารวมตัวของบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ ทัศนคติ และผลประโยชน์ร่วมกันแล้ว ยังมีวัตถุประสงค์เพื่อมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะ ซึ่งการที่บุคคลในกลุ่มมีวัตถุประสงค์ ทัศนคติ และผลประโยชน์ที่คล้ายคลึงกัน มีผลทำให้ความเป็นสมาชิกของกลุ่มมีความแน่นแฟ้นและมั่นคงกว่าความสัมพันธ์ของสมาชิกของกลุ่มโดยทั่วไป

การที่คนมารวมกันเป็นกลุ่มต่าง ๆ ดังกล่าว ก็เพราะต้องการให้สมาชิกรัฐสภาออกหรือระงับกฎหมายเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มตน หรือ ต้องการมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจหรือต่อการกำหนดนโยบายสาธารณะของรัฐบาล เพื่อให้รัฐบาลตัดสินใจหรือกำหนดนโยบายที่สอดคล้องกับความต้องการหรือผลประโยชน์ของกลุ่มตน โดยกลุ่มผลประโยชน์จะมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายของรัฐบาลได้ กลุ่มจะต้อง “มีการเข้าถึง” หรือ “วิถีที่จะเข้าถึง” การตัดสินใจของรัฐบาล ก็จะทำให้วัตถุประสงค์ของกลุ่มผลประโยชน์บรรลุผลหรือบังเกิดผลสำเร็จได้โดยง่าย

กลุ่มผลประโยชน์จะกลายเป็นกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมือง ก็ต่อเมื่อมีการเรียกร้องหรือมีการแสดงออกซึ่งผลประโยชน์ (Demand or Interest Articulation) ซึ่งการเรียกร้องหรือการแสดงออกซึ่งผลประโยชน์มักเป็นการเรียกร้องหรือการแสดงออกซึ่งผลประโยชน์ต่อรัฐบาล ต่อกลไกของรัฐ ซึ่งในสังคมพหุนิยม (Pluralistic Society) การได้มาซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวมักจะเป็นผลมาจากการต่อสู้แข่งขันกับกลุ่มอื่น ๆ ซึ่งผลประโยชน์ที่จะได้มา จะได้มามากหรือน้อยขึ้นอยู่กับปัจจัยหรือองค์ประกอบดังต่อไปนี้ คือ ขนาดของกลุ่ม สถานภาพทางสังคม ความสามัคคีของ

⁶ สรุปลจาก จุมพล หนิมพานิชย์, กลุ่มผลประโยชน์กับการเมืองไทย. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมนิราช, 2545. หน้า 1-54

กลุ่ม และภาวะผู้นำหรือความเป็นผู้นำ โดยกลยุทธ์ที่กลุ่มมักจะใช้เพื่อให้การเรียกร้องหรือการ แสดงออกซึ่งผลประโยชน์ของกลุ่มตนได้ผล ก็คือ พยายามแสดงออกให้เห็นว่าในการเรียกร้องของ กลุ่มตนไม่ใช่การเรียกร้องเพื่อกลุ่มของตนเพียงอย่างเดียว หากแต่ยังเป็นการเรียกร้องที่มี ผลประโยชน์ส่งไปถึงกลุ่มอื่น ๆ ด้วย

ในระบอบประชาธิปไตย กลุ่มผลประโยชน์จะมีความสัมพันธ์กับพรรคการเมือง โดย นอกจากกลุ่มผลประโยชน์จะมารวมตัวกันเพื่อต้องการมีอิทธิพลเหนือการวางหรือการกำหนด นโยบายของรัฐบาลแล้ว ยังทำหน้าที่เป็นตัวเชื่อมที่สำคัญระหว่างพรรคการเมืองกับประชาชน การ ทำหน้าที่ในการจัดการการเข้ามามีส่วนรวมทางการเมืองของประชาชน เช่นเดียวกับพรรค การเมือง ที่นอกจากทำหน้าที่ทางการเมืองแล้ว ยังทำหน้าที่พิทักษ์รักษาผลประโยชน์ให้กับกลุ่ม ผลประโยชน์ต่าง ๆ

1.2.3 อำนาจ

เศรษฐศาสตร์การเมืองให้ความสำคัญอย่างยิ่งในการศึกษาถึงปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจ เพื่อที่จะจัดสรร แบ่งปัน ช่างชิง ผลประโยชน์ ในความหมายทางเศรษฐศาสตร์การเมืองนั้น “อำนาจ” คือความสามารถในการที่จะจัดการให้ตนได้ประโยชน์ เมื่อเกิดความขัดแย้งกับผู้อื่น (Schmid, 1978: 17) ดังนั้นเมื่อเกิดความขัดแย้งขึ้นในสังคมมนุษย์ ย่อมต้องพิจารณาถึงเรื่อง อำนาจอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ประกอบกับเศรษฐกิจ คือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรทรัพยากรที่มีอยู่ อย่างจำกัดแก่มนุษย์ ความขัดแย้งจึงเป็นสิ่งที่ต้องเกิดขึ้นอย่างแน่นอนในระบบเศรษฐกิจ ดังนั้นการศึกษาอธิบายระบบเศรษฐกิจ จึงไม่สามารถที่จะละเลยเรื่องอำนาจได้ สำหรับนัก เศรษฐศาสตร์สำนักมาร์กซ์ และสำนักเศรษฐศาสตร์สถาบันแล้ว อำนาจคือศูนย์กลางใน การศึกษาความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Bartlett, 1989: 6) หรือกล่าวได้ว่าระบบเศรษฐกิจ ก็คือ เรื่องของระบบอำนาจนั่นเอง

แนวคิดเรื่อง “อำนาจ” สามารถนำมาอธิบายปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจได้อย่างกว้างขวาง “อำนาจ” ในทางเศรษฐศาสตร์การเมืองนี้ จะมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับ “ผลประโยชน์” ใน ฐานะที่เป็นเครื่องมือที่ช่วยในการจัดสรร แบ่งปัน หรือช่วงชิงผลประโยชน์ และสัมพันธ์กับ “สถาบัน” ในแง่ที่ “อำนาจ” ก่อให้เกิดหรือสร้างสถาบัน (ที่เป็นทางการ) เพื่อใช้กำกับพฤติกรรมให้ เป็นไปในแนวทางที่ต้องการหรือไม่ต้องการของผู้มีอำนาจ และในทางกลับกัน “สถาบัน” (ที่เป็น ทางการ) ก่อให้เกิด “อำนาจ” เพื่อการมีสภาพบังคับ (enforcement) ของสถาบันนั้น ๆ และอาจ กล่าวได้ว่า “อำนาจ” เป็นจุดเชื่อมต่อระหว่าง “สถาบัน” กับ “ผลประโยชน์” ด้วย

ทฤษฎีอำนาจทางการเมือง สรุปว่า การเมืองเป็นปรากฏการณ์ในสังคมอย่างหนึ่ง ที่ เกี่ยวข้องกับมนุษย์อย่างใกล้ชิด มนุษย์ไม่อาจหลีกเลี่ยงการเมืองได้เลย ไม่ว่าจะการเมืองจะดีหรือเลว

อำนาจทางการเมืองจะต้องเข้ามาเกี่ยวข้องกับมนุษย์เสมอ อำนาจทางการเมืองเป็นอำนาจที่นำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ทางการเมือง ซึ่งสรุปได้ว่าอำนาจทางการเมืองคือ (1) สิทธิในการออกกฎหมาย (2) กฎหมายใด ๆ ก็ตามสามารถมีโทษตั้งแต่สถานเบาที่สุดไปสู่สถานหนักที่สุด (3) กฎหมายมีอำนาจบังคับทั้งในทางบวกและทางลบ ดังนั้นอำนาจทางการเมืองจึงเกี่ยวข้องกับมนุษย์ทุกกลุ่ม ที่ผู้มีและใช้อำนาจทางการเมืองจะใช้อิทธิพลโน้มน้าว ใช้กำลังบังคับ ช่มชู้ กระทำหรือไม่กระทำทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ตามที่กำหนด อำนาจทางการเมืองจึงเป็นสิ่งที่บุคคลแต่ละฝ่ายต้องการเข้ามาครอบครองเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการดำรง รักษา และแสวงหาผลประโยชน์ตามที่ได้ตั้งจุดหมายไว้ (ประมวล รุจนเสรี, 2547: 17)

2. วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

ในมุมมองของรัฐในฐานะที่เป็นผู้สร้างและบังคับใช้กฎหมาย Estache และ Martimort (n.p.,n.d.) ได้ศึกษาถึงปัญหาและข้อจำกัดของ “ต้นทุนทางธุรกรรม” ทางข้อมูลข่าวสาร ที่รัฐบาลต้องเผชิญในออกแบบ “โครงสร้าง” และ “กระบวนการ” ของการบังคับใช้กฎระเบียบ ซึ่งพบว่า เมื่อนำต้นทุนทางธุรกรรมนี้เข้ามาพิจารณาแล้ว “โครงสร้าง” และ “กระบวนการ” นั้นจะกระทบถึงผลลัพธ์ของกฎระเบียบนั้น ๆ โดยโครงสร้างที่มีผลกระทบต่อผลลัพธ์ของกฎระเบียบนี้จะรวมถึงการออกกฎระเบียบของรัฐบาลในระดับต่าง ๆ และกระบวนการในการเลือกนักการเมือง ซึ่งมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจในการออกกฎระเบียบ ส่วนกระบวนการที่มีผลต่อผลลัพธ์ของกฎระเบียบนั้น จะพิจารณาถึงการเข้าไปแทรกแซงของรัฐ, ความยาวและความกว้างของการควบคุม (the length and the span of control) ในตัวกฎระเบียบที่แตกต่างกัน

Estache และ Martimort ยังได้กล่าวถึงต้นทุนทางธุรกรรมในโครงสร้างขององค์กรรัฐบาลที่สกัดมาจากความล้มเหลวประเภทต่าง ๆ ของรัฐบาลได้แก่

(1) การขาดข้อมูลผูกพันและความต้องการในการใช้บังคับกฎหมาย เนื่องจากข้อมูลข่าวสารค่อย ๆ ลดลงเรื่อย ๆ ในระดับชั้นของการบังคับบัญชา

(2) ธรรมชาติที่แตกต่างกันของหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐบาล ซึ่งถึงแม้ว่า จะมีวัตถุประสงค์ที่จะสร้างสวัสดิการสังคมสูงสุดเหมือนกัน แต่แต่ละหน่วยงานก็จะมีธรรมชาติในการดำเนินการให้บรรลุผลที่แตกต่างกัน เช่น หน่วยงานทางสิ่งแวดล้อมจะคำนึงถึงสิ่งแวดล้อมเป็นหลัก แต่หน่วยงานทางเศรษฐกิจจะคำนึงถึงอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นหลัก เป็นต้น และ

(3) การระมัดระวังใต้วัยที่มากเกินไปจนเกินสมควรของผู้ทำการตัดสินใจที่หลากหลายในกระบวนการของกฎระเบียบ

ซึ่งโดยทั่วไป ในระดับชั้นของกฎระเบียบจะมีการพิจารณาใน 2 ระดับ ได้แก่ระดับ การเมืองซึ่งจะคำนึงถึงความเสี่ยงในทางการเมืองในการออกแบบสถาบันด้วย และระดับของ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้รักษาการตามกฎระเบียบนั้น โดยมักจะมีอิทธิพลภายในและภายนอกระบบ ราชการที่ก่อให้เกิดความขัดแย้งขึ้น หรือความขัดแย้งระหว่างอำนาจทางนิติบัญญัติกับระบบ ข้าราชการ หรือพลวัตรของพฤติกรรมในระบบราชการ เช่น ข้าราชการและกลุ่มผลประโยชน์มีความสัมพันธ์กันในเชิงสัญญาที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เป็นต้น

ในมุมมองของนักลงทุนหรือนักธุรกิจในฐานะที่เป็นผู้ถูกบังคับใช้กฎหมาย มีงานวิจัยที่ได้ทำใน สหรัฐอเมริกา (วีระพงษ์ บุญญาภาส, 2537: 7-10) พบว่า ปัจจัยที่ทำให้ให้นักธุรกิจ ซึ่งเป็นบุคคลที่มี สถานภาพทางสังคม มีผู้นำหน้าถือตา และมีส่วนสร้างความแข็งแกร่งให้แก่เศรษฐกิจของชาติ กลายเป็นผู้กระทำความผิดทางเศรษฐกิจ ได้แก่

(1) การแข่งขัน กล่าวคือ เพื่อแก่งแย่งองค์ประกอบที่นำไปสู่ความสำเร็จของการ แข่งขันส่วนใหญ่แล้วจะประกอบด้วย ช่วงจังหวะ หรือโอกาส, ความรวดเร็ว, การได้ข้อมูลที่มี ประสิทธิภาพ, และช่องทางของกฎหมาย และเมื่อขึ้นชื่อว่าเป็นการแก่งแย่งแล้ว ก็ย่อมนำไปสู่การ ละเมิดต่อกฎหมายได้เสมอ

(2) ความรู้ความชำนาญในการประกอบธุรกิจ ยิ่งมีมากก็เป็นช่องทางในการ แสวงหาประโยชน์มากขึ้นเป็นเงาตามตัว การเสี่ยงต่อการละเมิดกฎหมายที่มุ่งควบคุมก็ย่อม เกิดขึ้นได้มาก

(3) เหตุผลทางการเงิน เนื่องจากพวกเขาต้องการสร้างฐานะความมั่นคงอย่าง รวดเร็ว และบริษัทที่ประสบปัญหาทางการเงินย่อมทำให้เกิดการละเมิดกฎหมายได้ง่ายขึ้น แต่ เศรษฐกิจของประเทศตกต่ำเป็นเพียงเหตุผลย่อยประการหนึ่งของการละเมิดกฎหมายของบริษัท เท่านั้น เพราะโดยทั่วไปแล้ว นักธุรกิจย่อมต้องคาดหวังสภาพการณ์ล่วงหน้าได้

(4) ความคลุมเครือของกฎหมาย ความไม่รู้กฎหมาย และการไม่สามารถปฏิบัติ ตามกฎหมาย เพราะเมื่อใดที่กฎหมายมีความคลุมเครือ เมื่อนั้น นักธุรกิจมักจะพยายามใช้ความ คลุมเครือนั้นเพื่อแสวงหาประโยชน์ให้แก่ตนในการประกอบธุรกิจ และยอมเสี่ยงต่อการละเมิด กฎหมายอย่างยิ่ง สำหรับการไม่รู้กฎหมายนั้น ส่วนใหญ่แล้ว มักจะเป็น “กฎหมายที่ห้ามมิให้ กระทำ” ซึ่งมีอยู่เป็นจำนวนมาก ทำให้บางครั้งหลังจากดำเนินธุรกิจไปแล้วบางส่วนเป็นการยากที่ จะกลับตัว ส่วนการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายนั้น มักจะเป็นเรื่องของกฎหมายที่ล้าสมัย ไม่ทันต่อ สภาพความเป็นไปของธุรกิจ หรือมิฉะนั้นก็จะมีขั้นตอนที่ยุ่งยาก ซับซ้อน ต้องรอการอนุมัติที่ ยาวนาน หากดำเนินการตามกฎหมายนั้น ๆ อาจจะไม่ทันต่อสภาพการประกอบธุรกิจในปัจจุบัน

(5) การแสวงหาประโยชน์ของนักธุรกิจจากการไปติดต่อใกล้ชิดกับกลุ่มข้าราชการทุจริต นักการเมือง หรือผู้ทรงอิทธิพลอื่น ๆ ซึ่งบุคคลที่มีอำนาจที่จะให้คุณให้โทษใครได้ มักจะอ่อนแอต่ออำนาจเงินตรา ดังนั้น นักธุรกิจมักจะได้รับกำบังตาในสิ่งที่ตนต้องการได้ และเมื่อเกิดความคุ้นเคยต่อสิ่งเหล่านี้ นักธุรกิจมักจะมองข้ามความถูกต้องไปเลย แต่สนใจต่อผลตอบแทนที่ตนจะได้รับเพียงประการเดียว

พิศวาท สุคนธ์พันธุ์ และ ปฐมาภรณ์ บุษปอภาร (2540) ได้ศึกษาถึงปัญหาการละเมิดกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรก ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (บังคับใช้ในปี พ.ศ. 2515) พบปัญหาที่สำคัญได้แก่ปัญหาการแบ่งแยก “นิติบุคคลไทย” กับ “นิติบุคคลต่างด้าว” ตามคำนิยามในกฎหมายดังกล่าว ซึ่งบริษัทจำกัดหลายแห่ง แม้จะมีองค์ประกอบที่จะเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยครบก็ตาม แต่ในความเป็นจริง นิติบุคคลนั้นอาจเป็นคนต่างด้าว (หรือไทยเทียม) ด้วยเหตุที่ว่ามีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยมีสาเหตุเนื่องจากกฎหมายดังกล่าว มีเพียงโทษปรับเท่านั้น ทำให้ผู้กระทำผิดไม่เกรงกลัว นอกจากนี้บริษัทบางแห่งยอมที่จะให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยมีคะแนนเสียงมากกว่าคนไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากเพราะแนวปฏิบัติทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมการบริหารบริษัท

กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ (2545) ได้นำเสนอถึงข้อบกพร่องของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนี้

(1) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่ถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งจัดอยู่ในจำพวกนิติบุคคลต่างด้าว แต่ไปถือหุ้นอีกทอดหนึ่งในบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทย ก็เท่ากับเป็นบริษัทไทย จึงเป็นช่องโหว่ของกฎหมายของปัจจุบันที่ไม่สามารถบังคับถึง

(2) กรณีนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยไม่เกินกึ่งหนึ่ง พระราชบัญญัตินี้ ถือว่าเป็นบริษัทไทย แม้ว่าจะมีอำนาจในการบริหารจัดการ และสามารถลงคะแนนแต่งตั้งคณะกรรมการบริษัทได้

(3) กรณีการถือหุ้นแทนในนามคนต่างด้าว ตามบทบัญญัติมาตรา 36 มีกระบวนการและบทลงโทษจำคุก 3 ปี อย่างไรก็ตาม ต้องมีการฟ้องร้องและมีหลักฐาน ซึ่งเป็นไปเรื่องยากในทางปฏิบัติ

(4) พระราชบัญญัตินี้ ยังไม่มีบทบัญญัติครอบคลุมถึงกรณีคนต่างด้าวมีหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งในนิติบุคคลสัญชาติไทย แต่มีอำนาจจัดการบริหารและสิทธิในการลงคะแนนเสียงแต่งตั้งกรรมการ ซึ่งเป็นการทำสัญญาภายในบริษัท

(5) หากมีการแก้ไขการมีอำนาจควบคุมในกิจการ จะไม่มีผลกระทบต่อนิติบุคคลต่างด้าวกรณีได้มีการประกอบธุรกิจไปก่อนแล้ว เพราะโดยหลักกฎหมายไม่มีการจำกัดสิทธิย้อนหลัง แต่กรณีการให้สิทธิและผลประโยชน์จะอนุโลมให้กฎหมายมีผลใช้บังคับย้อนหลังได้

มานอกและเด็กนอกกรอบ (2549: 45) ได้ให้ความเห็นต่อประเด็นการพิสูจน์การถือหุ้นแทนกัน (Nominee) ว่า สามารถพิสูจน์ได้จากโครงสร้างเงินทุน การถือหุ้น อำนาจในการควบคุมบริษัท โดยผู้ถือหุ้นคนไทยอาจถือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมีสิทธิในการออกเสียงน้อยกว่าการถือหุ้นสามัญ ทำให้อำนาจในการควบคุมบริษัทตกอยู่กับบริษัทต่างชาติ รวมถึงจะต้องพิจารณาถึงเรื่องของสัดส่วนของคณะกรรมการที่เป็นคนต่างชาติด้วยว่าสามารถควบคุมการบริหารจัดการบริษัทได้ทั้งหมดหรือไม่

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุณีพร ทวรรณกุล (2549) ได้ศึกษาปัญหาของสถาบันกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พบว่า ประเทศไทยมิได้มีนโยบายการลงทุนของคนต่างด้าวที่ชัดเจน สะท้อนนโยบาย “ปากว่าตาขยิบ” โดยในด้านหนึ่งนั้น ประเทศไทยมีมาตรการที่หลากหลายในการส่งเสริมการลงทุนเพื่อที่จะดึงดูดทุนต่างชาติ แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็มีกฎหมายที่กีดกันมิให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในธุรกิจบริการทุกสาขาโดยเหตุผลว่า ผู้ประกอบการไทยไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน ข้อจำกัดแบบ “ครอบจักรวาล” ดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทยที่เป็นเศรษฐกิจเปิดซึ่งมีรายได้จากการส่งออกสินค้าไปต่างประเทศในระดับที่สูง ทำให้ต้องพึ่งพาการลงทุนและเทคโนโลยีของคนต่างด้าวในหลายสาขาบริการไม่ว่าจะเป็นการขนส่ง สื่อสาร หรือการเงิน เพื่อที่จะรักษาศักยภาพในการแข่งขันของภาคธุรกิจไทยในตลาดโลก ด้วยเหตุผลดังกล่าว เพื่อมิให้กฎหมายเป็นอุปสรรคในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งในปัจจุบัน ผู้ประกอบการต่างชาติสามารถเข้ามาให้บริการในธุรกิจต้องห้ามในเกือบทุกสาขาบริการในทางปฏิบัติทั้งในลักษณะที่ถูกกฎหมายโดยการถือหุ้นทางอ้อม และในลักษณะที่ผิดกฎหมายโดยการถือหุ้นผ่านนอมินี

นอกจากนั้น เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ สุณีพร ทวรรณกุล ยังได้ระบุถึงสาเหตุของปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่หละหลวมมาเป็นเวลานานนั้น เนื่องจากรัฐบาลไม่กล้าที่จะเผชิญกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทยที่ต้องพึ่งพาทุนต่างชาติเนื่องจากเกรงแรงต่อต้านจากกลุ่มที่มีแนวคิดเชิงอนุรักษ์ ในขณะที่เดียวกันหน่วยงานของรัฐก็มีความต้องการที่จะ “สงวน” อำนาจในการกีดกันการลงทุนของต่างชาติให้มากที่สุด เมื่อใดการลงทุนของต่างชาติเริ่มมีปัญหา

หน่วยงานของรัฐก็จะบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่เข้มงวดมากขึ้น ทำให้เกิดความวุ่นวายในระบบเศรษฐกิจเป็นครั้งคราว แต่เมื่อปัญหาสงบลงแล้ว ก็กลับไปสู่ระบบเดิม วิธีการดังกล่าวทำให้นโยบายการลงทุนของคนต่างชาติของไทยขาดความชัดเจนและขาดหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และทำให้การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติในประเทศไทยไม่โปร่งใสตรงไปตรงมา สวนทางกับแนวนโยบายของรัฐที่ต้องการยกระดับธรรมภิบาลในภาคธุรกิจไทย



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 3

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

การศึกษาในส่วนนี้จะเป็นการพิจารณาถึงลักษณะและแง่มุมต่าง ๆ ของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศโดยแบ่งการพิจารณาเพื่อตอบคำถามย่อย 4W + 1H ว่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ คืออะไรและมีรูปแบบการลงทุนอย่างไร (What + How) เกิดขึ้น ณ ที่ใดและมีใครเกี่ยวข้องบ้าง (Where + Who) และมีคำอธิบายการตัดสินใจอย่างไร (Why) จากนั้นจะสรุปถึงผลกระทบที่มีต่อประเทศผู้รับการลงทุนและแนวทางของรัฐบาลประเทศผู้รับทุน

1. นิยามและรูปแบบของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Direct Investment)

การลงทุนระหว่างประเทศ หมายถึง ธุรกรรมทางเศรษฐกิจที่มีผลกระทบต่อ “บัญชีทุน” (Capital Account) ในดุลการชำระเงินของประเทศ¹ ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 ลักษณะตามระยะเวลา คือ (1) การลงทุนระยะสั้น (Short Term Investment) คือการลงทุนในสินทรัพย์ที่มีอายุสั้นกว่า 1 ปี ส่วนใหญ่เกิดขึ้นเนื่องจากการค้าระหว่างประเทศ โดยมีปัจจัยสำคัญที่กระตุ้นการลงทุนระยะสั้น ได้แก่ ความแตกต่างของอัตราดอกเบี้ยระหว่างประเทศผู้ลงทุนกับประเทศผู้รับทุน การเปลี่ยนแปลงในอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ และเสถียรภาพทางการเมืองของประเทศ โดยเงินทุนระยะสั้นจะเคลื่อนย้ายจากประเทศที่มีอัตราดอกเบี้ยต่ำไปประเทศที่มีอัตราดอกเบี้ยสูง และจากประเทศที่มีการเสี่ยงภัยทางการเมืองสูงไปประเทศที่มีการเสี่ยงภัยทางการเมืองต่ำ และ (2) การลงทุนระยะยาว (Long Term Investment) คือการลงทุนที่มีอายุยาวกว่า 1 ปี เมื่อมีการลงทุนระยะยาวเกิดขึ้น จะมีผลทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายทุนระยะยาวระหว่างประเทศ และจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อความเจริญเติบโตและการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งของประเทศผู้ลงทุนและประเทศผู้รับทุน ซึ่งแบ่งออกเป็นอีก 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การลงทุนทางอ้อม หรือการลงทุนโดยซื้อหลักทรัพย์ทางการเงิน (Indirect Investment or Portfolio Investment) เช่น พันธบัตรรัฐบาล หุ้นสามัญ หุ้นกู้ เป็นต้น และการลงทุนทางตรง (Direct Investment) ได้แก่การ

¹ “ดุลการชำระเงิน” (Balance of Payments) หมายถึง ผลสรุปของการทำธุรกรรม (economic transactions) ระหว่างผู้มีถิ่นฐานในประเทศ (residents) กับผู้มีถิ่นฐานในต่างประเทศ (nonresidents) ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่ง (โดยทั่วไปใช้เวลา 1 ปี) โดยสะท้อนให้เห็นถึงธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับ การเปลี่ยนแปลงสิทธิความเป็นเจ้าของ (ownership) สิทธิในการเรียกร้อง (claims) หรือภาระในการที่จะถูกเรียกร้อง (liabilities) ในตัวสินค้า บริการ รายได้ สิทธิหรือหนี้สินทางการเงินกับต่างประเทศ รวมถึงธุรกรรมประเภทการโอนและบริจาค (transfers) ระหว่างผู้มีถิ่นฐานในประเทศกับผู้มีถิ่นฐานในต่างประเทศ (เว็บไซต์ของธนาคารแห่งประเทศไทย www.bot.or.th)

ลงทุนที่มีวัตถุประสงค์เข้าไปควบคุมในการจัดการและกำไรขององค์การธุรกิจ在不同ประเทศ โดยความแตกต่างของการลงทุนทางอ้อมและการลงทุนโดยตรงได้แก่ อำนาจในการควบคุม การบริหารงาน และการตัดสินใจต่าง ๆ ในองค์การธุรกิจของประเทศผู้รับทุนนี้เอง ส่วนขอบเขตของอำนาจจะมากหรือน้อยอย่างไรนั้น โดยทั่วไปขึ้นอยู่กับว่า เอกชนต่างประเทศผู้ลงทุนมีส่วนร่วมในทุนส่วนของผู้เป็นเจ้าของ (Equity) ขององค์การธุรกิจมากน้อยเท่าใดเมื่อเปรียบเทียบกับเอกชนเจ้าของประเทศ (ถ้ามี) ในองค์การนั้น แต่ในทางปฏิบัติ เอกชนต่างประเทศก็สามารถเข้าควบคุมและบริหารงานกิจการที่ตั้งอยู่ในรูปแบบอื่น ๆ ได้ด้วยเช่นกันแม้ว่าเอกชนต่างประเทศจะถือหุ้นข้างน้อยก็ตาม และแม้ว่าการลงทุนทางตรงมักจะมีการเสี่ยงภัยสูงกว่าการลงทุนโดยซื้อหลักทรัพย์ เช่น ความเสี่ยงในการประกอบธุรกิจล้มเหลว หรือความเสี่ยงจากการถูกริบกิจการ (Expropriation) แต่อัตราผลตอบแทนจากการลงทุนทางตรงอาจจะสูงกว่าอัตราผลตอบแทนจากการซื้อหลักทรัพย์จนคุ้มค่าเสี่ยงภัย ด้วยเหตุนี้ การลงทุนทางตรงจึงเกิดขึ้นได้ (รัตนา สายคณิต, 2530: 1-7)

การที่จะเข้าไปทำการควบคุมในการจัดการและกำไรขององค์การธุรกิจต่างประเทศนั้นสามารถทำได้หลายวิธีการ คือ

(1) โดยวิธีการเข้าไปซื้อกิจการ (Merger and acquisition) องค์การธุรกิจที่ตั้งอยู่เดิมแล้วในประเทศผู้รับทุน เพื่อจะได้สามารถเข้าบริหารงานได้เต็มที่ หรือโดยการซื้อหุ้นทุน เช่น หุ้นสามัญเป็นจำนวนมากพอที่จะทำให้สามารถเข้าไปมีส่วนร่วมในการบริหารและควบคุมการดำเนินงานขององค์การธุรกิจเดิมของประเทศผู้รับทุนได้

(2) โดยวิธีการตั้งกิจการสาขาขึ้นในประเทศ ซึ่งทำให้กิจการแม้อยังสามารถบริหารงานได้เต็มที่

(3) โดยวิธีการเข้าร่วมลงทุนกับเอกชนเจ้าของประเทศในรูปแบบของการตั้งบริษัทร่วมกัน หรือในรูปแบบของการลงทุนร่วม (Joint venture)

(4) โดยวิธีการเข้าไปตั้งองค์การธุรกิจขึ้นใหม่ในประเทศผู้รับทุน เช่น ตั้งโรงงานหรือสำนักงานขึ้นใหม่ เป็นต้น

การลงทุนโดยตรงนี้ หากว่าผู้ลงทุนมีอำนาจควบคุมอย่างสมบูรณ์ ผู้ที่ลงทุนจะเป็นเจ้าของอย่างสมบูรณ์ (Wholly-owned) ในองค์การธุรกิจนั้น และหากผู้ลงทุนคือบริษัทที่มีสัญชาติต่างประเทศ องค์การธุรกิจนั้นก็เปรียบเสมือนเป็นบริษัทลูกของบริษัทข้ามชาติ (subsidiary or affiliate) ไปด้วย นอกจากนี้ บริษัทอาจเลือกวิธีร่วมทุนกับนักลงทุนท้องถิ่น โดย

บรรษัทอาจเข้าถือหุ้นส่วนข้างมาก (Majority share) หรือมีหุ้นเท่า ๆ กัน (Equal share) หรือมีหุ้นส่วนข้างน้อย (Minority share) ก็ได้²

ในอีกรูปแบบหนึ่งของการลงทุนโดยไม่ได้เข้ามาถือหุ้นหรือเป็นเจ้าของก็มีความเป็นไปได้ด้วยเช่นกัน โดยรูปแบบการลงทุนนี้ ผู้ลงทุนไม่ได้เข้ามาถือหุ้นหรือไม่ได้มีความเป็นเจ้าของในหน่วยธุรกิจท้องถิ่นโดยตรง แต่ยังสามารถที่จะควบคุมบริษัทท้องถิ่นได้ในระดับหนึ่งจากการทำข้อตกลงกันไว้ การลงทุนในรูปแบบนี้ เช่น Licensing, Franchising, Management contract, Turnkey contract, Contractual joint ventures หรือ Co-production arrangements, International subcontracting เป็นต้น (สุวินัย ภรณวลัย, 2540: 48)

สำหรับประเทศไทย ธนาคารแห่งประเทศไทย (www.bot.or.th) ได้ให้คำนิยาม “การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ” ว่าหมายถึง ธุรกิจการลงทุนที่ผู้ลงทุนที่มีถิ่นฐานในประเทศอื่นมีต่อธุรกิจในประเทศไทย โดยผู้ลงทุนมีส่วนในการบริหารธุรกิจนั้น ๆ ทั้งที่จัดตั้งเป็นนิติบุคคลและส่วนบุคคลประกอบด้วยเงินลงทุน 3 ลักษณะ คือ

(1) เงินลงทุนในทุนเรือนหุ้น (Equity capital) หมายถึงการลงทุนด้วยการถือหุ้นในกิจการ โดยมีสัดส่วนการถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไป หรือมีสิทธิในการร่วมบริหารจัดการ

(2) เงินกู้จากบริษัทแม่หรือบริษัทในเครือ (Loans from affiliates)

(3) กำไรที่นำกลับมาลงทุน (Reinvested earnings) หมายถึง รายได้ในรูปเงินปันผลของผู้มาลงทุนโดยตรงที่สมควรได้รับตามสัดส่วนการถือหุ้นในวิสาหกิจนั้น ๆ หรือรายได้ของสาขาที่ไม่ส่งกลับผู้ลงทุน

2. ผู้เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงในต่างประเทศ

การเคลื่อนไหวของเงินทุนโดยทั่วไปมักจะมาจากประเทศที่พัฒนาแล้วและมีทุนมากไปยังประเทศที่มีระดับการพัฒนาต่ำกว่า และมีทรัพยากรเงินทุนน้อย ซึ่งภายใต้สภาพเช่นนี้ ความสามารถในการให้ผลผลิตเพิ่ม (Marginal productivity) ของทรัพยากรทุนยังมีระดับสูง และสูงกว่าผลผลิตเพิ่มซึ่งเงินทุนจำนวนเดียวกันก่อให้เกิดขึ้นภายในประเทศของตนเอง และนอกจากจะกระทำไปเพื่อหวังผลตอบแทนในอัตราสูงแล้ว ยังกระทำไปเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ บางประการ ซึ่งจะเพิ่มพูนกำไรให้แก่ผู้ลงทุนในทางอ้อมอีกด้วย เช่น เพื่อรักษาแหล่งวัตถุดิบราคาถูกลงที่มั่นคง เพื่อชักนำให้มีการส่งออกสำหรับสินค้าประเภททุนและสินค้าสำเร็จรูป เพื่อรักษาตลาดใน

² โดยทั่วไปอำนาจการควบคุมการจัดการ มักขึ้นอยู่กับสัดส่วนการถือหุ้น กล่าวคือ ผู้ (ฝ่าย) ที่ถือหุ้นมากจะมีอำนาจในการบริหารจัดการมากกว่าผู้ (ฝ่าย) ที่ถือหุ้นน้อยกว่า แต่ในบางกรณี ผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็มีอำนาจในการควบคุมการจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นข้างมากได้ ประเด็นนี้จะได้วิเคราะห์โดยละเอียดในบทที่ 5

ต่างประเทศสำหรับสินค้าออกที่เคยจำหน่ายอยู่แล้ว เป็นต้น และการลงทุนจากต่างประเทศที่เกิดขึ้นในประเทศด้อยพัฒนานั้น เป็นการลงทุนเพื่อผลกำไรในทางอ้อมมากกว่าเพื่อผลประโยชน์กำไรทันทีโดยตรง (อุดม เกิดพิบูลย์, 2518: 61-62)

ผู้ลงทุนผู้มีบทบาทสำคัญในการลงทุนในต่างประเทศก็คือ “บริษัทข้ามชาติ” (Transnational Corporation: TNCs) โดย UNCTAD (2007) ได้รายงานว่ ในปี 2549 บริษัทข้ามชาติมีมูลค่าทรัพย์สินรวมของสาขาในต่างประเทศคิดเป็นเงิน 51,187 พันล้านเหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นจากปี 2548 จำนวน 20.1% และมียอดขายในสาขาต่างประเทศรวมถึง 25,177 พันล้านเหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นจากปี 2548 จำนวน 17.7% นอกจากนี้ บริษัทข้ามชาติยังก่อให้เกิดการส่งออกในจำนวน 4,707 พันล้านเหรียญสหรัฐ เพิ่มขึ้นจากปี 2548 จำนวน 12.2 % และก่อให้เกิดการจ้างงานในสาขาต่างประเทศจำนวน 72.6 ล้านคน เพิ่มขึ้นจากปี 2548 จำนวน 14% ดัชนีต่าง ๆ นี้มีแนวโน้มว่าจะเพิ่มขึ้นทุกปี

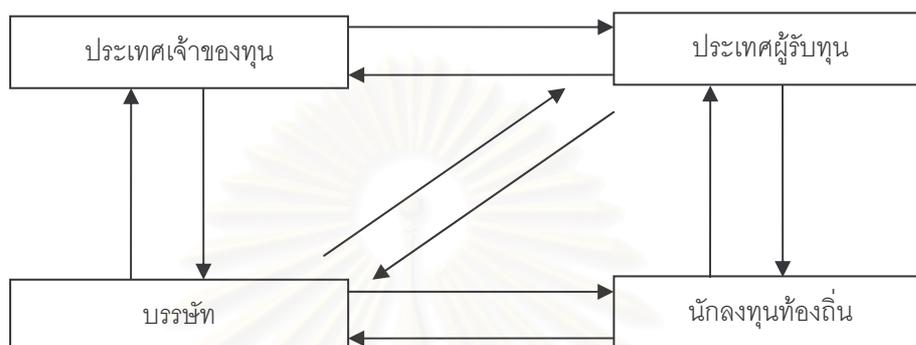
ตารางที่ 3-1 ดัชนีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ
และการผลิตระหว่างประเทศ ปี ค.ศ. 2005-2006

Item	Value at current prices		Annual growth rate	
	(Billions of dollars)		(Per cent)	
	2005	2006	2005	2006
FDI inflows	946	1306	27.4	38.1
FDI outflows	837	1216	-4.6	45.2
Inward FDI stock	10,048	11,999	5.0	19.4
Outward FDI stock	10,579	12,474	4.2	17.9
Income on inward FDI	759	881	28.9	16.0
Income on outward FDI	845	972	24.7	15.1
Cross-border M&As	716	880	88.2	22.9
Sales of foreign affiliates	21,394	25,177	3.0	17.7
Gross product of foreign affiliates	4,184	4,862	6.3	16.2
Total assets of foreign affiliates	42,637	51,187	9.3	20.1
Exports of foreign affiliates	4,197	4,707	10.7	12.2
Employment of foreign affiliates (in thousands)	63,770	72,627	16.3	13.9
<i>Memorandum</i>				
GDP (in current price)	44,486	48,293	7.7	8.6
Gross fixed capital formation	9115	10,307	4.8	13.1
Royalties and licence fee receipts	123	132	9.6	7.2
Export of good and non-factor services	12,588	14,120	10.7	12.2

ที่มา: UNCTAD, 2007, p. 9

แม้ว่าบรรษัทข้ามชาติจะมีบทบาทสำคัญในการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ แต่ก็ยังมีผู้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงอีกหลายฝ่าย คือ ประเทศเจ้าของลงทุน, ประเทศผู้รับทุน และ นักลงทุนท้องถิ่น โดยผู้ที่เกี่ยวข้องดังกล่าวมีปฏิสัมพันธ์กันดังนี้

ภาพที่ 3-1 ปฏิสัมพันธ์ของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ



2.1 บริษัท – ประเทศเจ้าของทุน

ด้วยขนาดของสินทรัพย์และกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่าง ๆ บริษัทมีฐานะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ซึ่งมีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบายของประเทศเจ้าของทุน เพื่อให้ปรับเปลี่ยนสถาบันและความสัมพันธ์ระหว่างประเทศให้เป็นประโยชน์แก่ตัวบริษัทเอง ซึ่งแม้แต่ประเทศที่มีความยิ่งใหญ่ทางเศรษฐกิจการเมืองที่สุดอย่างประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ถูกบริษัทเข้าแทรกแซงอำนาจอธิปไตยของรัฐ โดยประธานาธิบดีรูเธอร์ฟอร์ด มีเฮลย์ ที่ได้รับชัยชนะจากการที่บริษัทมีบทบาทหนุนหลังในการเจรจา ได้มีการบ่นภายหลังว่า “รัฐบาลนี้ไม่ใช่ของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชนอีกต่อไป แต่เป็นรัฐบาลของบริษัท โดยบริษัท และเพื่อบริษัท” และงานเขียนของแมทธิว โจเซฟสัน ว่า “รัฐสภาของฝ่ายนิติบัญญัติได้ถูกเปลี่ยนสภาพไปเป็นตลาด โดยมีการต่อราคาเพื่อซื้อขายเสียง กฎหมายและกฎระเบียบต่าง ๆ สามารถซื้อขายได้” และได้รับความคุ้มครองจากระบบศาลในการตีความ ในไม่ช้า บริษัทก็มีสิทธิจะทำอะไรก็ได้โดยไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมาย และในที่สุดบริษัทก็สามารถมีสิทธิเหมือนบุคคลทั่วไปในขณะที่ได้รับยกเว้นหน้าที่และความรับผิดชอบมากมายแตกต่างไปจากบุคคลธรรมดา (เดวี ซี คอร์ทเนน, แปลโดยอภิชัย พันธเสน, 2546: 96-98)

นโยบายที่บริษัทต้องการจากประเทศเจ้าของทุนก็คือ นโยบายการส่งเสริมการลงทุนในต่างประเทศ เช่น มาตรการทางด้านภาษีอากร การบริวรรตเงินตราต่างประเทศ ตัวอย่างเช่น มีข้อตกลงกับประเทศผู้รับทุนเกี่ยวกับการเก็บภาษีเงินได้เพื่อยกเว้นหรือลดหย่อนการเก็บภาษีซ้อน ณ เว้นหรือลดหย่อนภาษีศุลกากรให้แก่สินค้าชั้นกลาง หรือชิ้นส่วนและอุปกรณ์ต่าง ๆ ที่ส่งออกไป

ประกอบหรือแปรรูปเป็นสินค้าสำเร็จรูปในต่างประเทศแล้วส่งกลับเข้ามาขายในประเทศ ไม่มีการควบคุมการบริวรรษาเงินตราระหว่างประเทศ ให้ความสะดวกในการโอนเงินทุนออกไปลงทุนในต่างประเทศ เป็นต้น (รัตนา สายคณิต, 2530: 106)

อย่างไรก็ดี บรรษัทเองก็ถูกรัฐบาลประเทศผู้ลงทุนใช้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศด้วย ทำให้เกิดการผลิตและการจ้างงานภายในประเทศ รวมถึงการสะสมทุนผ่านเงินตราต่างประเทศที่บรรษัทนำกลับมาใช้ในประเทศเจ้าของทุน นอกจากนี้ บรรษัทก็ยังถูกประเทศเจ้าของทุนใช้เป็นเครื่องมือในการต่อสู้ทางการเมืองระหว่างประเทศด้วย ยกตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาได้เคยห้ามมิให้บริษัทที่เป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยคนอเมริกันทำการค้าหรือลงทุนกับประเทศต่าง ๆ เช่น สาธารณประชาชนจีน (1949-1970) เกาหลีเหนือ (ตั้งแต่ 1950) เวียดนามเหนือ (ตั้งแต่ 1964) เวียดนามใต้ (1975) คิวบา (ตั้งแต่ 1963) โรดีเชีย (1965-1979) อิหร่าน (1979-1981) และสหภาพโซเวียต (1981-1982) เป็นต้น ซึ่งในกรณีของอิหร่านนั้น สหรัฐอเมริกาได้ห้ามการถอนเงินสกุลดอลลาร์อันเป็นทรัพย์สินของอิหร่านจากธนาคารในสหรัฐอเมริกาและธนาคารสาขาในต่างประเทศ และในกรณีของสหภาพโซเวียต สหรัฐอเมริกาห้ามบริษัทลูกสัญชาติอเมริกันมิให้ส่งอุปกรณ์ในการวางท่อก๊าซและน้ำมันรวมทั้งห้ามการถ่ายทอดเทคโนโลยีของสหรัฐอเมริกาให้แก่สหภาพโซเวียต (จุมพต สายสุนทร, 2544: 293-294)

2.2 ประเทศเจ้าของทุน – ประเทศผู้รับทุน

สิ่งที่บรรษัทเกรงกลัวก็คือ นโยบายเศรษฐกิจชาตินิยม ซึ่งสร้างความรู้สึกต่อต้านการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น จึงเป็นธรรมชาติที่บรรษัทข้ามชาติจะผลักดันให้ประเทศผู้รับทุนดำเนินนโยบายเศรษฐกิจเสรีนิยม และส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศที่เกื้อกูลผลประโยชน์ของตน บรรดาบรรษัทข้ามชาติมักจะมีได้ดำเนินการผลักดันนโยบายดังกล่าวเอง แต่อาศัยมือของรัฐบาลประเทศเจ้าของทุนในการผลักดันแทน (รังสรรค์ ณะพรพันธุ์, 2546.ก: 82-83)

ประเทศเจ้าของทุนซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วจะผลักดันนโยบายการค้าการลงทุนของประเทศผู้รับทุนซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นประเทศกำลังพัฒนาหรือด้อยพัฒนาผ่านนโยบายการต่างประเทศในลักษณะของการให้ความช่วยเหลือเพื่อแลกเปลี่ยนกับนโยบายการส่งเสริมการลงทุน หรือการร่วมมือกันทางเศรษฐกิจ หรือการทำข้อตกลงหรือสนธิสัญญาการค้าการลงทุนทั้งในระดับทวิภาคีและพหุภาคี เช่น ข้อตกลงเขตการค้าเสรี หรือ ข้อตกลงขององค์การการค้าโลก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ก็มีการผลักดันทางอ้อมผ่านองค์การระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศตนมีอิทธิพลอยู่ด้วย อย่างเช่น ผลักดันผ่านธนาคารโลก หรือและกองทุนการเงินระหว่าง

ประเทศ ในรูปแบบการให้ความช่วยเหลือโดยมีเงื่อนไขในการปรับเปลี่ยนนโยบายทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับทุน (Structural Adjustment Program: SAP)³

สำหรับประเทศไทยนั้น ข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุนที่สำคัญที่ประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกหรือภาคีได้แก่ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization: WTO)⁴ สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (TREATY OF AMITY AND ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND THE UNITED STATES OF AMERICA) ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย เป็นต้น⁵

2.3 บรรษัท – นักลงทุนท้องถิ่น

รูปแบบความสัมพันธ์ของบรรษัทกับนักลงทุนท้องถิ่นนั้น จะอยู่ในรูปแบบของการร่วมทุนกันประกอบกิจการ ซึ่งถึงแม้ว่า บรรษัทมักจะไม่ค่อยสนใจเข้าร่วมทุนกับนักลงทุนท้องถิ่น เนื่องจากจะต้องแบ่งผลกำไรส่วนหนึ่งให้แก่ นักลงทุนท้องถิ่น และยังเกิดความไม่สะดวกเกี่ยวกับมาตรการควบคุมกิจการเพราะบรรษัทนั้นมีความได้เปรียบผูกขาดในด้านการใช้เทคนิคการผลิต การจัดการ และการเข้าถึงตลาดทุนอยู่แล้ว ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลเพียงพอที่บรรษัทเหล่านี้จะต้องแบ่งปันความได้เปรียบเหล่านี้ให้แก่ นักลงทุนท้องถิ่น แต่เหตุที่บรรษัทเหล่านั้นตัดสินใจร่วมลงทุนกับนักลงทุนท้องถิ่นก็อาจเป็นเพราะต้องการความช่วยเหลือจากนักลงทุนท้องถิ่นในการพัฒนาตลาด หรือการจัดหาวัตถุดิบแรงงาน หรือเพื่อลดความเสี่ยงภัยในการลงทุนในต่างประเทศ หรือเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เป็นต้น ส่วนเหตุที่ผู้ประกอบการท้องถิ่นเลือกที่จะเข้าร่วมทุนกับนักลงทุนชาวต่างประเทศนั้น เป็นเพราะต้องการเงินทุน หรือความรู้ทางเทคนิค วิทยาการต่าง ๆ ทั้งในด้านการผลิต การบริหารจัดการ รวมถึงการแสวงหาตลาดใหม่ ๆ ในต่างประเทศ เงินกู้ เครื่องจักร และวัตถุดิบ (จุฑาทิพย์ เอี่ยมจิตเมตรา, 2532: 133-134) ส่วน

³ ดังเช่นที่เคยเกิดขึ้นกับประเทศไทยในคราวการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นในปี 2540 ซึ่งรัฐบาลในขณะนั้นได้ตัดสินใจขอความช่วยเหลือจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ โดยกองทุนการเงินระหว่างประเทศได้มีเงื่อนไขให้ประเทศไทยปรับเปลี่ยนนโยบายและกฎหมายเศรษฐกิจเพื่อเปิดเสรีทั้งในด้านการค้าและการลงทุนให้มากขึ้น (โปรดดูหนังสือแสดงเจตจำนงฉบับต่าง ๆ ที่รัฐบาลไทยมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ โดยเฉพาะในฉบับที่ 5)

⁴ องค์การการค้าโลก หรือ WTO มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีสมาชิกรวมทั้งสิ้น 150 ประเทศ โดยไทยเป็นสมาชิกลำดับที่ 59 และมีสถานะเป็นผู้ก่อตั้ง

⁵ รายละเอียดของข้อตกลงต่าง ๆ จะได้กล่าวในบทต่อไป

สัดส่วนการถือหุ้นหรือการร่วมทุนและอำนาจในการบริหารจัดการจะเป็นเท่าใดนั้น ขึ้นอยู่กับความตกลงและการต่อรองกัน

2.4 นักลงทุนท้องถิ่น – รัฐบาลหรือประเทศผู้รับทุน

นักลงทุนท้องถิ่นก็มีฐานะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ในประเทศผู้รับทุนเช่นเดียวกันกับที่บริษัทเป็นกลุ่มผลประโยชน์ในประเทศผู้ลงทุน⁶ ดังนั้น นักลงทุนท้องถิ่นจึงมีอิทธิพลในการผลักดันหรือกำหนดนโยบายเศรษฐกิจของประเทศให้เป็นประโยชน์กับตนได้ด้วยเช่นกัน ในที่นี้ “นักลงทุนท้องถิ่น” จะกินความหมายรวมไปถึงผู้ประกอบการท้องถิ่นที่แม้ไม่ได้มีความสัมพันธ์กับนักลงทุนชาวต่างประเทศในลักษณะการร่วมทุนกัน แต่ก็เป็นผู้มีส่วนได้หรือส่วนเสียประโยชน์จากการลงทุนจากต่างประเทศในทางอื่น ๆ ด้วย

เป็นที่น่าสังเกตว่า ประเทศผู้รับทุนส่วนใหญ่ที่เป็นประเทศด้อยพัฒนานั้น มักจะมีระบบการเมืองที่ไม่เข้มแข็ง การถ่วงดุลอำนาจมีน้อย และการตรวจสอบไร้ประสิทธิภาพ จึงทำให้เกิดการแทรกแซงอำนาจอธิปไตยโดยกลุ่มผลประโยชน์กลุ่มต่าง ๆ ได้ง่าย ประกอบกับตัวนักการเมืองเองก็มักจะเป็นนักธุรกิจท้องถิ่นหรือได้รับการสนับสนุนทางการเงินจากกลุ่มทุนที่เป็นนักธุรกิจท้องถิ่น ดังนั้น กลุ่มผลประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับการเมืองดังกล่าวจึงสามารถแทรกแซงอำนาจรัฐและเข้ามากำหนดนโยบายของประเทศให้เป็นไปในทิศทางที่เป็นประโยชน์กับตนเองได้โดยง่าย และในอีกกรณีหนึ่ง เจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐบาลหรือนักการเมืองมักเข้าไปมีส่วนได้เสียในรูปแบบของการถือหุ้นร่วมด้วย จนอาจนำไปสู่การกระทำที่เป็น “การขัดแย้งทางผลประโยชน์” (Conflict of Interest) และ “การฉ้อราษฎร์บังหลวง” (Corruption) ได้ในที่สุด

2.5 บริษัท – ประเทศผู้รับทุน⁷

แม้ว่าผู้ที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้แก่ รัฐบาลของประเทศผู้ลงทุน และนักลงทุนท้องถิ่นจะมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้เกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ แต่ผู้ตัดสินใจในขั้นสุดท้ายว่าจะเกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือไม่นั้นคือบริษัทและประเทศผู้รับทุน

การตัดสินใจว่าจะเกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหรือไม่นั้น อยู่บนพื้นฐานของการวิเคราะห์ต้นทุนผลได้ โดย “การลงทุนชนิดใดก็ตาม จะเป็นสิ่งดึงดูดใจนักลงทุนก็ต่อเมื่อผลจาก

⁶ บริษัทข้ามชาติ เมื่อเข้ามาประกอบกิจการในประเทศผู้รับทุนแล้วก็มีฐานะเป็นกลุ่มผลประโยชน์ในประเทศผู้รับทุนด้วย โดยมีการรวมตัวกันเพื่อผลักดันนโยบายของประเทศผู้รับทุนด้วยการตั้งสมาคม หรือหอการค้าต่างประเทศ

⁷ เนื้อหาสรุปจากอุดม เกิดพิบูลย์. การลงทุนต่างประเทศในประเทศไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2518. หน้า 60-74

การลงทุนที่เขาคาดว่าจะได้มีค่าสูงกว่าต้นทุนในการลงทุนของเขา และเป็นทางเลือกที่จะได้ผลตอบแทนสูงสุด ส่วนด้านประเทศผู้รับทุนนั้น การลงทุนจะเป็นสิ่งที่น่าสนใจก็ต่อเมื่อ รายจ่ายหรือต้นทุนที่คาดว่าจะต้องจ่ายให้แก่ผู้ลงทุนนั้นมีค่าต่ำกว่าผลได้ทางสังคม และเป็นทางเลือกที่สิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายต่ำสุด”

ผลประโยชน์ที่บริษัทจะได้รับคือ ส่วนที่เป็นกำไรซึ่งเป็นผลตอบแทนที่ผู้ลงทุนคาดหวังไว้ล่วงหน้า ส่วนหนึ่งเป็นค่าตอบแทนสำหรับการใช้ปัจจัยทุนตามปกติ และอีกส่วนหนึ่งเป็นค่าตอบแทนพิเศษที่เป็นรางวัลความหายาก (Scarcity Rent) สำหรับทรัพยากรที่มีค่าบางอย่างซึ่งบริษัทมีอำนาจครอบครองและใช้ประโยชน์ซึ่งอาจจะเป็นแหล่งทรัพยากรบางอย่าง หรือความชำนาญเฉพาะของผู้ลงทุนทางการผลิตและการจัดการ อย่างไรก็ตาม บริษัทจะต้องคิดหักส่วนลดบางอย่างจากผลตอบแทนที่คิดว่าจะได้ทั้งหมดโดยคำนึงถึงความไม่แน่นอนของผลตอบแทนที่อาจเกิดขึ้นสำหรับการดำเนินกิจการในต่างประเทศ ส่วนต้นทุนที่บริษัทจะต้องสูญเสีย คือ ความเสี่ยงต่อการสูญเสียเงินบางส่วนหรือเสียไปทั้งหมดเพราะโอกาสที่รัฐบาลประเทศผู้รับทุนจะโอนกิจการของต่างประเทศมาเป็นของรัฐ หรือใช้นโยบายจำกัดการแลกเปลี่ยนเงินตราและการเสี่ยงภัยอื่น ๆ ที่ไม่ใช่ความเสี่ยงในทางการค้าปกติ

ผลตอบแทนของประเทศผู้รับทุนที่คาดหวังจากการรับการลงทุนระหว่างประเทศโดยทั่วไป จะแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ผลตอบแทนทางตรงและผลตอบแทนทางอ้อม ผลตอบแทนทางตรงคือการเพิ่มของมูลค่าการผลิตแห่งชาติ (Gross National Product: GDP) ที่เกิดขึ้นจากการแบ่งสรรทรัพยากรเงินทุนที่เกิดขึ้นระหว่างประเทศ คือ ระหว่างประเทศเจ้าของทุน กับประเทศผู้รับทุน ซึ่งจะมีผลทำให้รายได้ประชาชาติ (National Income) ของประเทศเจ้าบ้านเพิ่มขึ้น ส่วนนี้คือส่วนของ Value Added ที่ตกอยู่ในประเทศผู้รับทุน ได้แก่ (1) เงินเดือนและค่าจ้างที่บริษัทข้ามชาติจ่ายให้กับคนงานชาวพื้นเมืองของประเทศผู้รับทุน (2) ค่าตอบแทนสำหรับการใช้ปัจจัยการผลิตชนิดอื่นที่มีอยู่ในประเทศ เช่น ค่าเช่าที่ดิน และค่าบริการอื่น ๆ (3) ภาษีที่บริษัทข้ามชาติจ่ายให้รัฐบาล และ (4) เงินโอนในลักษณะต่าง ๆ ที่บริษัทข้ามชาติจ่ายให้กับประชากรของประเทศผู้รับทุน (ซึ่งหากรวมทั้งสองอย่างเข้าด้วยกันจะเรียกว่า “Retained Value”) ส่วนผลตอบแทนทางอ้อมนั้น ได้แก่ การไหลเข้าของเงินทุนจากต่างประเทศทำให้รายได้ประชาชาติขยายตัวในอัตราที่สูงกว่าเดิม และช่วยสมทบเงินออมภายในประเทศและลดการขาดดุลการชำระเงิน นอกจากนี้ ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ติดมากับเครื่องมือและเครื่องจักรที่ทันสมัย จะทำให้อัตราการขยายตัวของรายได้ประชาชาติสูงขึ้นไปอีก

ส่วนต้นทุนหรือการสูญเสียของประเทศผู้รับทุนก็คือ ส่วนแบ่ง Value Added ที่เป็นส่วนของเจ้าของทุนชาวต่างประเทศและส่งกลับประเทศ ซึ่งประกอบด้วย เงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมลิขสิทธิ์ เงินเดือนพนักงานชาวต่างประเทศ

อย่างไรก็ดี การพิจารณาต้นทุนและผลประโยชน์ของประเทศผู้รับทุนนั้น จะต้องคำนึงถึง ต้นทุนและผลประโยชน์ทางสังคมและการเมืองด้วย ซึ่งอาจรวมเรียกว่าเป็น “ผลกระทบภายนอก” (Externality) ทั้งในด้านบวก (Positive Externality) และด้านลบ (Negative Externality) ที่เกิดจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ แต่ Externality ที่เกิดขึ้นนี้มักจะคำนวณเป็นค่าเม็ดเงินได้ยาก จนในบางครั้งอาจถูกละเลยในการพิจารณาได้

จากที่กล่าวมา การลงทุนระหว่างประเทศจึงเป็นกระบวนการตัดสินใจที่เกิดขึ้น 2 ส่วน คือ ประกอบด้วยนักลงทุนจากต่างประเทศ (หรือบริษัท) ส่วนหนึ่งและประชากรรวมถึงรัฐบาลของประเทศผู้รับทุนอีกส่วนหนึ่ง การตัดสินใจในส่วนของบริษัทก็คือจะลงทุนนอกประเทศดีหรือไม่ และจะลงทุนในกิจการสาขาใด ส่วนการตัดสินใจของรัฐบาลประเทศผู้รับทุนก็คือจะพิจารณาว่าจะอนุญาตให้ผู้ลงทุนชาวต่างประเทศมาตั้งกิจการขึ้นในประเทศผู้รับทุนหรือไม่ และมีอุตสาหกรรมประเภทใดที่ควรจะอนุญาตและควรส่งเสริม

ถึงแม้ว่าทั้งสองฝ่ายจะมีส่วนในการตัดสินใจให้เกิดการลงทุนระหว่างประเทศ แต่บริษัทจะเป็นผู้แสดงพฤติกรรมในลักษณะของ “ผู้กระทำ” และ ประเทศผู้รับทุนจะเป็น “ผู้รับผลของการกระทำ” ของบริษัท ดังนั้น ในหัวข้อ 3. จะอธิบายถึงเงื่อนไขการตัดสินใจลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศของบริษัท และในหัวข้อ 4. จะอธิบายถึงผลกระทบที่มีต่อประเทศผู้รับทุน

3. เงื่อนไขในการตัดสินใจลงทุนในต่างประเทศของนักลงทุน

ในตอนแรก มีการอธิบายว่าการลงทุนในต่างประเทศเกิดขึ้นเนื่องจากองค์การธุรกิจมีทรัพยากรภายในองค์การอยู่มาก การลงทุนทางตรงในต่างประเทศจึงเป็นวิถีทางที่ทำให้องค์การธุรกิจสามารถใช้ทรัพยากรที่ตนมีอยู่ให้เกิดประโยชน์ได้อย่างเต็มที่ ซึ่งต่อมาได้มีนักวิชาการคนอื่น ๆ ได้พัฒนาแนวคิดต่อไปอีกว่า การมีทรัพยากรภายในองค์การอยู่มากอย่างเดียวนั้น ยังไม่เป็นเงื่อนไขที่มากพอต่อการลงทุนทางตรงต่างประเทศ แต่จะต้องมีข้อได้เปรียบอื่น ๆ ด้วย การที่องค์การธุรกิจต่างประเทศจะมีข้อได้เปรียบเหนือองค์การธุรกิจของประเทศได้ก็ต่อเมื่อ *ตลาดมีการแข่งขันที่ไม่สมบูรณ์* ทั้งนี้ เพราะภายใต้ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ องค์การธุรกิจทุก ๆ กิจการจะได้รับเพียงกำไรปกติ (normal profit) เท่านั้น ถ้าองค์การธุรกิจใดมีต้นทุนสูงกว่าปกติ กำไรจะยิ่งลดน้อยลงจนอาจขาดทุน และเป็นที่ยกาคว่า ภายใต้ตลาดแข่งขันสมบูรณ์ องค์การธุรกิจของต่างประเทศต้องมีต้นทุนสูงกว่าองค์การธุรกิจของคนในประเทศ และไม่มีเหตุผลทางเศรษฐกิจอย่างใดที่จะกระตุ้นให้องค์การธุรกิจต่างประเทศมาลงทุนตั้งกิจการสาขาแข่งขันกับองค์การธุรกิจ

ภายในประเทศ ดังนั้น เงื่อนไขที่จำเป็นต่อการลงทุนทางตรงต่างประเทศก็คือ องค์การธุรกิจต่างประเทศจะต้องมีข้อได้เปรียบบางประการเหนือองค์การธุรกิจของประเทศ ข้อได้เปรียบที่สำคัญคือ “การมีอำนาจผูกขาด” เนื่องจากตลาดมีผู้แข่งขันน้อยรายหรือเป็นตลาดที่มีผู้แข่งขันมากรายแต่ต่างมีอำนาจผูกขาด (สุวินัย ภรณวลัย, 2535: 133-169)

Caves (1982: 12-15) ได้นำแนวคิดของต้นทุนทางธุรกรรมมาอธิบายการลงทุนจากต่างประเทศว่า ความต้องการในการลดต้นทุนทางธุรกรรมจากการรับรู้ข้อมูลข่าวสารหรือการเตรียมการทำธุรกรรม จะนำไปสู่การขยายตัวในแนวตั้งและแนวนอนเพื่อเปรียบเทียบในการแข่งขัน ซึ่ง Buckley and Casson (1985: 33) ได้อธิบายแนวคิดการขยายตัวทางแนวตั้งโดยใช้ทฤษฎี “การทำให้เป็นภายใน” (Internalization) ว่าการลงทุนหรือผลิตระหว่างประเทศในแง่มุมของบรรษัทข้ามชาติ นั้นจะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อ “มีความไม่สมบูรณ์ของตลาดความรู้และความชำนาญ” ที่แฝงอยู่ในสิทธิบัตรและทรัพยากรมนุษย์อีกด้วย ความรู้นั้นนอกจากจะเป็น “สิ่งผูกขาดตามธรรมชาติ” ที่สามารถตั้งราคาแบบแตกต่าง เพราะยากแก่การกำหนดมูลค่าแล้ว ที่สำคัญยิ่งกว่านั้นยังเป็นผลผลิตของการค้นคว้าวิจัยและพัฒนา (R&D) ของบริษัท ซึ่งเป็นปัจจัยที่สำคัญที่สุดปัจจัยหนึ่งในการกำหนด “ความได้เปรียบเฉพาะ” (Specific advantage) ของบริษัทอีกด้วย ฉะนั้น บริษัทที่มีกิจกรรม R&D สูงจึงมีแนวโน้มที่จะขยายการเจริญเติบโตอย่างรวดเร็วและมีแรงจูงใจสูงที่จะ “ทำให้เป็นภายใน” แต่ผลประโยชน์ที่บริษัทจะได้รับจาก “การทำให้เป็นภายใน” อย่างเต็มที่นั้นจะดำรงอยู่ที่ขอบเขตระดับโลก หรือเมื่อบริษัทกลายเป็นบรรษัทข้ามชาติแล้วเท่านั้น กล่าวในทางกลับกัน ถ้าบริษัทไม่ดำเนินกิจกรรม R&D บริษัทก็จะมี “ความได้เปรียบเฉพาะ” เมื่อไม่มีความได้เปรียบเฉพาะ แรงจูงใจที่จะทำให้เป็นภายในก็จะต่ำ

Dunning (1981: 111) ได้นำเสนอทฤษฎีที่เรียกว่า “Eclectic Theory” โดยนำเสนอแนวคิดของความได้เปรียบของบรรษัทโดยแบ่งความได้เปรียบออกเป็น (1) ความได้เปรียบจากการเป็นเจ้าของสินทรัพย์พิเศษบางอย่าง (ownership-specific advantages) (2) ความได้เปรียบจากการทำให้เป็นภายใน (internalizing advantages) และ (3) ความได้เปรียบจากทำเลที่ตั้ง (attraction of location-specific endowments) โดยครอบคลุมเครื่องมือหลัก ๆ 3 ประการในการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศของบริษัท คือ การลงทุนโดยตรง การส่งออก และการขายสิทธิบัตร โดยสรุปเป็นตารางได้ดังตารางที่ 3-2

ตารางที่ 3-2 รูปแบบทางเลือกการดำเนินการดำเนินธุรกิจระหว่างประเทศของบริษัทข้ามชาติ

กิจกรรมของบริษัทข้ามชาติ	ความได้เปรียบจาก		
	จากการเป็นเจ้าของ	จากการทำให้เป็นภายใน	จากทำเลในต่างประเทศ
1. การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ	ใช่	ใช่	ใช่
2. การส่งออก	ใช่	ใช่	ไม่ใช่
3. การขายสิทธิบัตร	ใช่	ไม่ใช่	ไม่ใช่

ที่มา: Dunning, 1981: 111

จากตารางแสดงให้เห็นว่า ถ้าองค์การธุรกิจใดมีความได้เปรียบเหนือกิจการอื่นเนื่องจากเป็นเจ้าของสินทรัพย์พิเศษบางอย่างเท่านั้น โดยไม่มีความได้เปรียบประการอื่น ๆ แล้ว องค์การธุรกิจมักจะตัดสินใจเลือกในการให้บริการแก่ตลาดโดยการทำสัญญาให้เช่าหรือขายสิทธิบัตร แต่ถ้าองค์การธุรกิจมีความได้เปรียบเนื่องจากเป็นเจ้าของสินทรัพย์บางอย่างและมีความได้เปรียบจากการทำให้เป็นภายในด้วยตนเองแล้ว องค์การธุรกิจนั้นก็ตัดสินใจเลือกทำการผลิตภายในประเทศเพื่อการส่งออก ส่วนองค์การธุรกิจใดที่มีความได้เปรียบทั้ง 3 ประการ คือ ความได้เปรียบอันเกิดจากการเป็นเจ้าของสินทรัพย์พิเศษบางอย่าง ทั้งสามารถใช้ให้เป็นประโยชน์ด้วยตนเองและแหล่งที่ตั้งโรงงานเหมาะสมด้วยแล้ว องค์การธุรกิจนั้นก็เลือกลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ

4. ผลกระทบในการรับการลงทุนของประเทศผู้รับทุน

ผลกระทบในการรับการลงทุนของประเทศผู้รับทุนนั้น จะพิจารณาตามผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ ผลกระทบทางการเมือง อำนาจอธิปไตยและความมั่นคง และผลกระทบทางสังคมและจิตวิทยา โดยนำเงื่อนไขการตัดสินใจและพฤติกรรมที่บริษัทแสดงออกมาพิจารณาร่วมด้วย สรุปเป็นดังตารางที่ 3-3

ตารางที่ 3-3 สรุปข้อวิจารณ์และข้อสนับสนุน
ของผลกระทบการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

	ข้อวิจารณ์	ข้อสนับสนุน
ระบบเศรษฐกิจ	<ul style="list-style-type: none"> - ส่วนแบ่ง Value Added ให้กับเจ้าของทุน Externality <ul style="list-style-type: none"> - การผูกขาดอุตสาหกรรม - ผู้ประกอบการท้องถิ่นล้มละลาย 	<ul style="list-style-type: none"> - ลดการขาดดุลชำระเงินในระยะสั้น - เพิ่มความก้าวหน้าทาง technology - ส่งเสริมการส่งออก - เกิดการปรับตัวของผู้ประกอบการภายในประเทศ ทำให้เพิ่มความสามารถในการแข่งขัน - การเชื่อมโยงอุตสาหกรรม - ลดการว่างงาน
การเมือง อำนาจ อธิปไตย และความ มั่นคง	Externality <ul style="list-style-type: none"> - การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจ - เกิดแนวคิดชาตินิยมรุนแรง - กิจกรรมบางประเภท เช่น ที่ดิน การสื่อสาร ฯลฯ มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติโดยตรง 	<ul style="list-style-type: none"> - เศรษฐกิจดี ทำให้ประชาชนกินดีอยู่ดี จึงส่งผลให้การเมืองมั่นคงและมีเสถียรภาพมากขึ้น
สังคมและจิตวิทยา ⁸	Externality <ul style="list-style-type: none"> - เกิดการเปลี่ยนแปลงวิถีชีวิตแนวคิดวัตถุนิยม วัฒนธรรมและศิลปวิทยา - การใช้จ่ายเกินตัว - เกิดความแตกต่างระหว่างคนรวย-คนจน, เมือง-ชนบท - ปัญหาสิ่งแวดล้อม 	<ul style="list-style-type: none"> - ประชาชนมีความสะดวกสบายมากยิ่งขึ้น - การแข่งขัน ทำให้การผลิตมีประสิทธิภาพมากขึ้น และราคาสินค้าถูกลง

ที่มา: สรุปโดยผู้เขียน

4.1 ผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ

กรอบการพิจารณาผลกระทบการลงทุนจากต่างประเทศต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศผู้รับทุนนั้น จะพิจารณาในด้านต่าง ๆ ดังนี้ คือ ผลกระทบด้านเงินทุนและการเงิน ผลกระทบด้านเทคโนโลยี ผลกระทบด้านการค้าและการเชื่อมโยงอุตสาหกรรม ผลกระทบด้านโครงสร้างของอุตสาหกรรมและการประกอบการ และผลกระทบด้านการจ้างงาน

⁸ นอกจากการลงทุนจากต่างประเทศจะทำให้เกิดผลกระทบทางด้านสังคมและจิตวิทยาดังกล่าวแล้ว การลงทุนของผู้ประกอบการท้องถิ่นเองก็มีส่วนทำให้เกิดผลกระทบดังกล่าวด้วย

4.1.1 ผลกระทบด้านเงินทุนและการเงิน (Capital and Finance)

ในช่วงแรกของการลงทุนจากต่างประเทศที่เจ้าของทุนได้นำเงินมาลงทุนในประเทศผู้รับทุน จะก่อให้เกิดการเคลื่อนย้ายทุนเข้าประเทศเป็นอย่างมาก การเพิ่มขึ้นของเงินตราต่างประเทศจะช่วยลดปัญหาการขาดแคลนเงินตราต่างประเทศหรือปัญหาการขาดดุลการชำระเงิน ในประเทศกำลังพัฒนา อันเนื่องมาจากต้องเผชิญกับสถานการณ์ที่การนำเข้ามักจะเพิ่มเร็วกว่ามูลค่าการส่งออก จนทำให้ประเทศต้องประสบปัญหาการขาดดุลการชำระเงินและขาดแคลนเงินตราต่างประเทศที่ใช้ซื้อสินค้าเข้าที่จำเป็นต่อการพัฒนาเศรษฐกิจทำให้เศรษฐกิจหยุดชะงัก ดังนั้น การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะช่วยทำให้ประเทศได้รับเงินตราต่างประเทศเพิ่มขึ้น ทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจยังคงดำเนินต่อไปได้ อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่า การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศทำให้ดุลการชำระเงินในระยะยาวดีขึ้นหรือไม่นั้น ยังไม่อาจสรุปลงได้อย่างแน่นอน เพราะจะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่นประกอบด้วย ได้แก่ ทุนที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ, (Fd) มูลค่าการส่งออกที่เพิ่มขึ้นจากการลงทุนทางตรงนั้น (Xd), มูลค่าการนำเข้าที่เพิ่มขึ้นเนื่องจากการลงทุนทางตรงนั้น (Md), ค่าธรรมเนียมและค่าเทคโนโลยีที่โอนออกไปต่างประเทศโดยผ่านการลงทุนทางตรง (R) และกำไรและดอกเบี้ยที่โอนออกไปต่างประเทศ (D) (รัตนา สายคณิต, 2530: 184) ซึ่งประเทศผู้รับทุนไม่สามารถห้ามการเคลื่อนย้ายเงินทุนระหว่างประเทศได้ เพราะการห้ามดังกล่าวจะไม่จูงใจให้บรรษัทมาลงทุนในประเทศ

4.1.2 ผลกระทบด้านเทคโนโลยี (Technology)

การถ่ายโอนเทคโนโลยีที่นำเข้ามาพร้อมกับการลงทุนจากต่างประเทศ จะส่งผลกระทบต่อระดับเทคโนโลยีในประเทศผู้รับการลงทุนอย่างน้อย 2 ประการคือ (1) Technological innovation effects เป็นระดับเทคโนโลยีโดยรวมของประเทศ ซึ่งยกระดับประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจโดยรวม และ (2) Synergistic effects ก่อให้เกิดประสิทธิภาพที่สูงขึ้นของอุตสาหกรรมที่ดำรงอยู่แล้ว เนื่องจากทั้งอุตสาหกรรมใหม่ (ที่ลงทุนจากต่างประเทศ) และอุตสาหกรรมเก่า (ของบริษัทในท้องถิ่น) ต่างก็ใช้เทคโนโลยี ข้อมูลข่าวสาร อุปกรณ์ทุน ทรัพยากรธรรมชาติ และพื้นฐานอุตสาหกรรม (Infrastructure) ร่วมกัน ดังนั้น จึงก่อให้เกิด การพัฒนาปัจจัยการผลิต, การขยายอุปกรณ์ทุนสมัยใหม่, การเผยแพร่เทคโนโลยีต่ออุตสาหกรรมท้องถิ่น, การเผยแพร่ผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ สู่ตลาดท้องถิ่น, การปรับปรุงระบบการไหลเวียนสินค้าให้ทันสมัย และ การส่งเสริมการส่งออก ฯลฯ (สุวินัย ภรณวลัย, 2532: 140) แต่ เทคโนโลยีที่จะมีส่วนช่วยทำให้เกิดการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างรวดเร็วในประเทศผู้รับทุนนั้น จะต้องเป็นเทคโนโลยีที่ค่อนข้างเหมาะสมกับสภาพแวดล้อมของประเทศผู้รับทุนด้วย (รัตนา สายคณิต, 2530: 197)

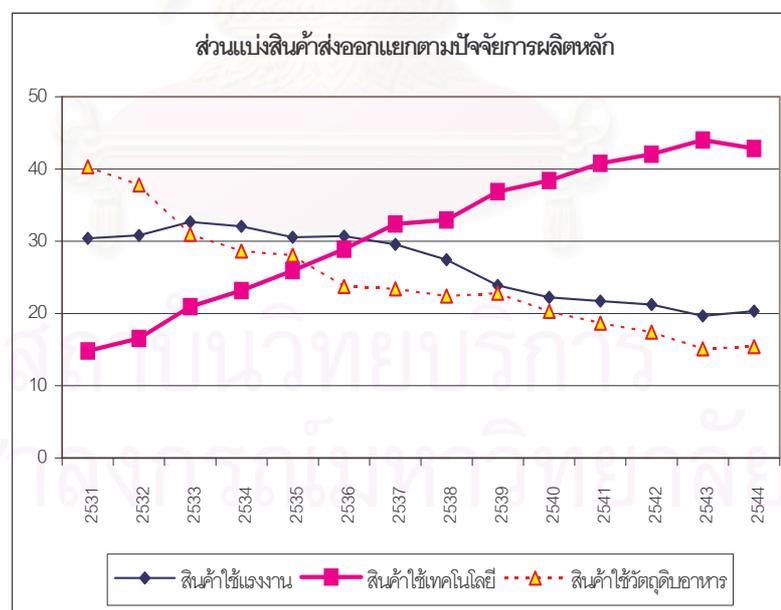
ผลกระทบด้านเทคโนโลยีมักเป็นประเด็นสำคัญที่จะถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาในการกำหนดนโยบายการลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งนี้เพราะ เทคโนโลยีมีบทบาทสำคัญต่อการปรับปรุงฟังก์ชันการผลิต (Production function) ของประเทศผู้รับการลงทุนดังที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2 อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาถึงพฤติกรรมของบริษัทข้ามชาติแล้ว ในเรื่องการถ่ายทอดเทคโนโลยีนี้พบว่าจะมีลักษณะเป็นการ “ขาย” มากกว่า “การถ่ายทอด” กล่าวคือ เทคโนโลยีไม่ใช่สิ่งที่จะถ่ายทอดโดยปราศจากต้นทุนของประเทศผู้รับ และไม่ใช่สิ่งที่จะให้เปล่าโดยปราศจากกำไรจากผู้ให้ ดังนั้น การขายหรือถ่ายทอดเทคโนโลยีเป็นเรื่องของการแสวงหาผลกำไรสูงสุดของผู้ขายเทคโนโลยีตามหลักเศรษฐศาสตร์โดยทั่วไป อีกทั้งยังไม่ใช่การขายขาดโดยไม่มีข้อผูกมัดแก่ผู้รับทุน แต่ผู้ขายสามารถกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ต่อผู้รับหรือผู้ซื้อได้ด้วย เช่น การจำกัดการใช้ การห้ามส่งออกสินค้าที่ใช้เทคโนโลยีนั้น การบังคับให้ใช้วัตถุดิบของเจ้าของเทคโนโลยี เป็นต้น นอกจากนี้เทคโนโลยีที่ขายหรือถ่ายทอดให้มักเป็นเทคโนโลยีที่เริ่มล้าสมัยเพราะผู้ขายมีเทคโนโลยีใหม่มาทดแทน (Suthy Prasartset, 1981) ทั้งนี้ก็เพื่อให้บริษัทข้ามชาติยังคงความได้เปรียบและการผูกขาดเอาไว้ได้อันเป็นเงื่อนไขสำคัญที่ทำให้บริษัทข้ามชาติตัดสินใจลงทุนในต่างประเทศ

ในด้านผลกระทบด้านเทคโนโลยีต่อประเทศไทยนั้น การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกลับสร้างความเสียเปรียบในเรื่องของข้อตกลงและข้อจำกัดในการถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับประเทศไทย ซึ่งหากเปรียบเทียบกับ การซื้อเทคโนโลยีโดยตรงแล้ว การรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีในกรณีการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนั้นมีน้อยกว่าการซื้อเทคโนโลยีโดยตรง (นิตยา ดีใจลา, 2537: บทคัดย่อ) โดยมีเหตุผลประการสำคัญประการหนึ่งคือประเทศไทยมิได้มีมาตรการทางกฎหมายหรือแนวทางในการควบคุมการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีไว้โดยเฉพาะ แต่ให้คู่สัญญากำหนดข้อตกลงในการทำสัญญาโดยอาศัยหลักความศักดิ์สิทธิ์หรือเสรีภาพในการแสดงเจตนาและอาศัยอำนาจต่อรองในการทำสัญญากัน ทำให้เอกชนต่างประเทศซึ่งอยู่ในฐานะผู้ถ่ายทอดเทคโนโลยีได้เปรียบเอกชนไทยซึ่งอยู่ในฐานะฝ่ายผู้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยี จึงทำให้เกิดข้อตกลงที่ไม่มีความเหมาะสมและเป็นธรรมขึ้นในสัญญาดังกล่าวและมีผลกระทบโดยตรงต่อกระบวนการพัฒนาวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีภายในประเทศไทย (พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์, 2540) ตัวอย่างเช่น การที่บริษัทจากประเทศญี่ปุ่นและเยอรมนีเข้ามาร่วมทุนกับคนไทยในอุตสาหกรรมประกอบรถยนต์ของไทยนั้น จะมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีในรูปของสัญญาซื้อขายเทคโนโลยี โดยมีลักษณะการจ่ายค่าเทคโนโลยีทั้งแบบเป็นก้อนและการจ่ายตามเปอร์เซ็นต์ของยอดขายสุทธิประมาณร้อยละ 3 รูปแบบของการรับคือการทำข้อตกลงทางด้านเครื่องหมายการค้า ซึ่งมีข้อจำกัดทางด้านการตลาดที่ห้ามการส่งออกและการไม่ให้สิทธิเฉพาะ ข้อจำกัดด้านเทคโนโลยี คือ การห้ามใช้เทคโนโลยีอื่นร่วมและต้องใช้เทคโนโลยีจากบริษัทแม่เท่านั้น กนกวรรณ บุษบกแก้ว, 2539: บทคัดย่อ) เป็นต้น

4.1.3 ผลกระทบด้านการค้าและการเชื่อมโยงอุตสาหกรรม (Trade and Linkages)

โดยปกติ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ จะช่วยให้ประเทศผู้รับทุนสามารถเข้าถึงตลาดใหม่ที่มีขนาดใหญ่ทั้งภายในและภายนอกประเทศรวมถึงตลาดภายในสาขาของบริษัทข้ามชาติเองด้วย ทั้งนี้ เพราะบริษัทข้ามชาติที่เข้ามาลงทุนจะได้ประโยชน์จากการค้าระหว่างประเทศนี้โดยตรงในด้านการส่งออก พบว่าอัตราการเติบโตของการส่งออกในช่วง ค.ศ.1972 – 2002 ของประเทศไทย ส่วนหนึ่ง ได้รับความช่วยเหลือจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ คือ ในช่วงเวลาดังกล่าว การส่งออกของไทย มีความสัมพันธ์กับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ทั้งในระยะสั้นและระยะยาว แต่ในช่วงหลังปี 2002 เป็นต้นไป ในขณะที่การส่งออกเพิ่มขึ้น แต่การลงทุนจากต่างประเทศกลับลดลง (Conflict Relation) ทั้งนี้เนื่องจากนโยบายของรัฐที่มุ่งเน้นไปที่การส่งออกโดยใช้การลงทุนภายในประเทศ เช่น SMEs มากขึ้นแทนที่การดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (ศุภฤกษ์ ภูพงษ์ศักดิ์, 2546: 107-108) และโครงสร้างการส่งออกของประเทศไทย ตั้งแต่ปี 2531-2543 นั้น เปลี่ยนไปโดยส่วนแบ่งสินค้าส่งออกที่ใช้เทคโนโลยีจะมีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นโดยตลอด แต่สินค้าที่ใช้แรงงานและวัตถุดิบอาหารนั้น มีแนวโน้มที่ลดลงโดยตลอด (ฉลองภาพ สุสังกร์กาญจน์, สมชัย จิตสุชน และ ยศ วัชรคุปต์, www.tdri.or.th) ดังรูปที่ 3-2

ภาพที่ 3-2 ส่วนแบ่งสินค้าส่งออกแยกตามปัจจัยการผลิตหลัก



ที่มา: ฉลองภาพ สุสังกร์กาญจน์ และคณะ, สมชัย จิตสุชน และ ยศ วัชรคุปต์

ส่วนการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมนั้น พบว่าบริษัทข้ามชาติมีการใช้วัตถุดิบจากบริษัทในเครือในต่างประเทศมากกว่าบริษัทท้องถิ่นของไทยอันเนื่องจากการรวมตัวในแนวตั้งของบริษัทข้ามชาติ จึงทำให้บริษัทข้ามชาติยังคงใช้ทรัพยากรในประเทศไทยอยู่น้อย และไม่เกิดการ

เชื่อมโยงกับอุตสาหกรรมภายในประเทศมากนัก (Suthy Prasertset, 1981) โดยบริษัทข้ามชาติ มักจะใช้กลยุทธ์การตั้งราคาโอน (Transfer Pricing) คือมีการกำหนดราคาสินค้าที่ซื้อขายระหว่างกันเองในบริษัทหรือในบริษัทเดียวกันให้แตกต่างกันไปจากราคาที่ซื้อขายกันในตลาดโลกซึ่งส่วนมากแล้วจะกำหนดราคาให้ต่ำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเพื่อให้มีหรือรักษาอำนาจตลาด หรือเพื่อลดรายจ่ายทางด้านภาษีหรือรายจ่ายอื่น ๆ ที่ต้องจ่ายให้แก่รัฐบาลไทย หรือเพื่อหลีกเลี่ยงการความเสี่ยงจากการเปลี่ยนแปลงค่าเงินในประเทศไทยโดยโอนผลกำไรจากสาขาของบริษัทในประเทศไทยออกนอกประเทศ ซึ่งแม้ว่ารัฐบาลไทยโดยกรมสรรพากรหรือกรมศุลกากรจะมีการตรวจสอบการตั้งราคาโอนเพื่อมิให้มีการหลีกเลี่ยงการจ่ายภาษีของบริษัทข้ามชาติ แต่การตรวจสอบก็เป็นเรื่องที่ยากลำบากยิ่ง (รัตนา สายคดี, 2530: 258-265)

4.1.4 ผลกระทบด้านโครงสร้างของอุตสาหกรรมและการประกอบการ (Industrial Structure and Entrepreneurship)

การลงทุนจากต่างประเทศ ก่อให้เกิดผลกระทบต่อโครงสร้างอุตสาหกรรมและการแข่งขันภายในประเทศผู้รับทุนปัญหาการกระจุกตัวของอุตสาหกรรม (Concentration) และการผูกขาด โดยทุนต่างชาติที่บริษัทข้ามชาติเลือกลงทุนในอุตสาหกรรมที่มีความได้เปรียบและได้ผลตอบแทนที่ดี เพราะบริษัทข้ามชาตินั้นมีศักยภาพด้านเงินทุน การผลิต การตลาด และการบริหารจัดการ มากกว่าผู้ประกอบการท้องถิ่นมาก แม้ว่าผู้ประกอบการภายในประเทศจะต้องปรับตัวเพื่อเพิ่มความสามารถในการแข่งขันกับผู้ประกอบการที่มาจากต่างประเทศตามธรรมชาติของการแข่งขันทางธุรกิจ แต่ในกรณีที่บริษัทที่มีความได้เปรียบผู้ประกอบการภายในอยู่มากจนทำให้ผู้ประกอบการภายในประเทศปรับตัวไม่ทันและไม่สามารถแข่งขันกับบริษัทได้ จึงต้องเลิกกิจการหรือไม่ก็ขายกิจการให้บริษัทไป และในที่สุดจะเกิดการผูกขาดโดยคนต่างชาติทั้งการผลิตและการตลาด ซึ่งเป็นสิ่งที่บริษัทต้องการ เพราะยังมีการผูกขาดมากก็ยิ่งได้กำไรมากตามไปด้วย แต่ทั้งนี้ การผูกขาดอาจไม่เกิดขึ้นเร็วหรือเกิดขึ้นช้าหรือเกิดขึ้นเร็ว ก็ขึ้นอยู่กับโครงสร้างของอุตสาหกรรมนั้น ๆ ด้วย

สำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (สำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, 2547) ได้สรุปปัจจัยที่ส่งผลต่อความสามารถในการแข่งขันของผู้ประกอบการคนไทยเปรียบเทียบกับผู้ประกอบการต่างด้าว ดังตารางที่ 3-4

ตารางที่ 3-4 สรุปปัจจัยที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขัน
ของผู้ประกอบการคนไทยเปรียบเทียบกับผู้ประกอบการต่างด้าว

ด้าน	ผู้ประกอบการต่างด้าว	ผู้ประกอบการไทย
วิสัยทัศน์และเป้าหมาย	ส่วนใหญ่มีวิสัยทัศน์และเป้าหมายที่ชัดเจน และกำหนดเป้าหมายและกลยุทธ์ในการดำเนินงานที่สอดคล้องกัน	หลายรายไม่ได้กำหนดวิสัยทัศน์ที่ชัดเจน และเกี่ยวข้องกับภาระดำเนินงานของบริษัท และบางรายมีเป้าหมายในการดำเนินงานที่คลุมเครือ
เทคโนโลยีการผลิตผลงาน	ส่วนใหญ่มีเทคโนโลยีการผลิตผลงานที่ทันสมัยหรือประสิทธิภาพมากกว่าบริษัทอื่น ๆ ในอุตสาหกรรมเดียวกัน	ส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้เทคโนโลยีการผลิตผลงานที่ทันสมัยหรือมีประสิทธิภาพที่ดีกว่าบริษัทอื่น ๆ ในอุตสาหกรรมเดียวกันเพราะธุรกิจส่วนใหญ่ไม่ได้ใช้เทคโนโลยีระดับสูงในการผลิตผลงาน
เงินทุนและสภาพคล่องทางการเงิน	เกือบทั้งหมดไม่มีปัญหาด้านเงินทุนและสภาพคล่องทางการเงินเพราะแหล่งเงินทุนในการก่อตั้งธุรกิจและดำเนินงานส่วนใหญ่มาจากบริษัทแม่/สำนักงานใหญ่และมีการบริหารจัดการเงินทุนที่ดี	บางรายมีปัญหาด้านเงินทุนและสภาพคล่องทางการเงินเพราะหาแหล่งเงินทุนที่จะให้กู้ยืมเงินได้ยาก การบริหารจัดการเงินทุนไม่ดี ส่วนผู้ประกอบการที่ได้เปิดดำเนินงานมาเป็นเวลานานและมีการบริหารจัดการเงินทุนที่ดีมักไม่ประสบปัญหาด้านสภาพคล่องทางการเงิน
สภาพการแข่งขันในปัจจุบัน	ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าการแข่งขันในปัจจุบันเป็นโอกาสต่อการดำเนินงานในไทย เพราะคู่แข่งที่ประกอบธุรกิจลักษณะเดียวกันและขนาดใกล้เคียงกันมีน้อย และคู่แข่งส่วนใหญ่มีความสามารถต่ำกว่า พร้อมทั้งธุรกิจดังกล่าวต้องอาศัยเงินลงทุนจำนวนมากและใช้เทคโนโลยีสูง	ส่วนใหญ่เห็นว่าการแข่งขันในปัจจุบันเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินงานเพราะคู่แข่งมีจำนวนมาก คู่แข่งส่วนใหญ่มีความสามารถสูง และมีการแข่งขันด้านราคาสูง
อำนาจในการต่อรองกับซัพพลายเออร์	ส่วนใหญ่มีอำนาจในการต่อรองกับซัพพลายเออร์เพราะซัพพลายเออร์มีจำนวนมาก เป็นบริษัทในเครือ อีกทั้งมีความสัมพันธ์ที่ดีกับซัพพลายเออร์และมีปริมาณการสั่งซื้อเป็นจำนวนมาก	ผู้ประกอบการขนาดปานกลางและขนาดใหญ่ส่วนมากมีอำนาจในการต่อรองกับซัพพลายเออร์ เพราะซัพพลายเออร์มีจำนวนมากและมีปริมาณการสั่งซื้อสูง แต่ผู้ประกอบการขนาดย่อมไม่ค่อยมีอำนาจในการต่อรองกับซัพพลายเออร์
วัตถุดิบที่ใช้ในการผลิตผลงาน	ส่วนใหญ่ไม่มีปัญหาในการจัดหาวัตถุดิบ และใช้ทั้งวัตถุดิบนำเข้าและของไทยรวมกัน	ผู้ประกอบการส่วนมากไม่มีปัญหาในการจัดหาวัตถุดิบ

ที่มา: สำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

4.1.5 ผลกระทบด้านการจ้างงาน (Employment and Labor Issues)

เมื่อมีการลงทุนจากต่างประเทศ อัตราการว่างงานจะลดลง เนื่องจากการจ้างแรงงานทั้งทางตรงและทางอ้อมเพิ่มขึ้น การจ้างงานในทางตรงนั้นเกิดจากที่ชาวต่างประเทศเข้ามาลงทุนตั้งกิจการดำเนินการผลิตหรือประกอบธุรกิจ และจำเป็นต้องมีการจ้างงานเพิ่มขึ้นสำหรับกิจการใหม่ (แต่ถ้าชาวต่างประเทศเข้าซื้อกิจการที่มีอยู่ก่อนแล้ว ก็จะไม่ทำให้การจ้างงานเพิ่มขึ้น) ส่วนการจ้างงานโดยอ้อมเกิดจากการลงทุนทางตรงดังกล่าวนี้มีผลทำให้เกิดการขยายตัวในการผลิตต่อเนื่อง และทำให้ต้องมีการจ้างงานเพิ่มขึ้นอีก

สำหรับประเด็นเรื่องการจ้างงานนั้น มักเป็นประเด็นสำคัญที่ได้รับความสนใจมาก เนื่องจากมักถูกหยิบยกมาสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศอยู่เสมอ แต่หลายครั้งพบว่าไม่เป็นไปเช่นนั้นจริง ทั้งนี้ การพิจารณาว่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศจะช่วยให้เกิดการจ้างงานเพิ่มขึ้นหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาถึงว่าอุตสาหกรรมนั้นเป็น Capital intensive หรือ Labor intensive ด้วย นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาด้วยว่า โครงสร้างของการส่งเสริมการลงทุนและภาษี จะเอื้ออำนวยต่อการใช้ปัจจัยทุนทดแทนปัจจัยแรงงานหรือไม่ สำหรับกรณีของประเทศไทย การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนั้นให้ผลต่อการเพิ่มการจ้างงานน้อยมาก เว้นแต่สาขาที่มีลักษณะที่เป็น Labor intensive จึงทำให้มีการจ้างงานเพิ่มขึ้นพอสมควร (สาธิต อุทัยศรี, 2534: 42-43) และในทางปฏิบัติ บริษัทต่างประเทศมักจะนิยมการใช้วิธีการผลิตแบบเดิม คือ ตามวิธีการที่ใช้อยู่ในต่างประเทศและใช้เครื่องจักรจากประเทศของตน และในการพิจารณาการจ้างคนงานระดับช่างผู้ชำนาญงาน ก็มักจะนำช่างมาจากประเทศของเขาเอง ทั้งนี้เพื่อรักษาคุณภาพของผลผลิตให้อยู่ในมาตรฐานของสำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ สิ่งเหล่านี้หมายความว่ามูลค่าเพิ่มที่เกิดขึ้นจากกระบวนการผลิต (Value Added) จะตกไปอยู่ในมือของผู้ลงทุนและเจ้าของเครื่องมือการผลิตที่อยู่ในต่างประเทศแทนที่จะตกอยู่ในประเทศผู้รับการลงทุน (อุดม เกิดพิบูลย์, 2518: 66)

นอกจากประเด็นเรื่องจำนวนของการจ้างงานแล้ว ยังมีประเด็นอื่นที่มีความสำคัญเช่นกัน คือ ความแตกต่างระหว่างการจ้างงานโดยบริษัทข้ามชาติกับธุรกิจในประเทศทั้งในด้านสภาพการจ้างงานและสวัสดิการในการทำงาน หรือลักษณะของงานที่บริษัทข้ามชาติจ้างคนท้องถิ่นว่า ช่วยให้เกิดความรู้ความชำนาญมากน้อยเพียงไรอีกด้วย เช่น การลงทุนของญี่ปุ่นในอุตสาหกรรมสิ่งทอ ซึ่งเป็นอุตสาหกรรมอาศัยปัจจัยแรงงานสูง ทำให้เกิดการจ้างงานมาก แต่มักใช้แรงงานสตรีเป็นแรงงานสำคัญ ค่าจ้างแรงงานโดยเฉลี่ยต่อคนค่อนข้างต่ำ เพราะเป็นแรงงานไร้ฝีมือ นอกจากนั้น มักไม่ค่อยให้ออกาสฝ่ายไทยได้ทำงานในระดับบริหาร จึงไม่ได้ทำให้คนไทยมีโอกาสตัดสินใจและรับการฝึกอบรมทักษะในการจัดการเท่าที่ควร (วิวัฒน์ชัย อัทธการ อ่างถึงใน สาธิต อุทัยศรี, 2534: 42)

4.2 ผลกระทบต่อระบบการเมือง อำนาจอธิปไตย และความมั่นคง

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศส่งผลกระทบต่อการเมือง อำนาจอธิปไตย และความมั่นคงของประเทศผู้รับทุน ดังนี้

4.2.1 การเมืองมีเสถียรภาพ

ผลดีจากการลงทุนจากต่างประเทศต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมและจิตวิทยาของประเทศผู้รับทุน จะส่งผลกระทบในทางบวกต่อการเมืองของประเทศผู้รับทุนด้วย เนื่องจากเสถียรภาพทางการเมืองมีความสัมพันธ์กับเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและสังคม ดังนั้น หากประชาชนกินดีอยู่ดีมีความสุขมากขึ้นแล้ว ย่อมทำให้การเมืองมีความมั่นคงยิ่งขึ้นด้วย โดยนับตั้งแต่ประเทศไทยเริ่มจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับแรกเป็นต้นมา ผู้มีอำนาจหรือนักการเมืองไทยทุกยุคทุกสมัยมักจะใช้นโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจหรือเมื่อประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจ

4.2.2 การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจการเมือง

ผลอีกประการหนึ่งที่เกิดจากพฤติกรรมของบรรษัทข้ามชาติที่เป็นปัญหาสำคัญมากที่สุด คือ การมีแนวโน้มที่จะรวบอำนาจทางเศรษฐกิจทั้งในภาคอุตสาหกรรมและภาคการเงินไปอยู่ในกำมือของชาวต่างประเทศ ทั้งการรวบอำนาจทางธุรกิจในแนวตั้งและแนวนอน ซึ่งเป็นการทำลายอำนาจอธิปไตยของประเทศผู้รับทุน (อุดม เกิดพิบูลย์, 2518: 22-23) ซึ่งการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจนี้ทำให้ดุลอำนาจทางเศรษฐกิจของประเทศผู้รับทุนต้องสูญเสียไป อันเป็นความเสี่ยงต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศผู้รับทุน ทั้งนี้ เนื่องจากบรรษัทเองก็จะต้องรักษาผลประโยชน์ให้กับประเทศแม่ หรือมักจะถูกบังคับหรือถูกใช้เป็นเครื่องมือในทางการเมืองระหว่างประเทศของประเทศผู้ลงทุน ดังนั้นจึงอาจใช้อำนาจทางเศรษฐกิจที่ตนมีอยู่กระทำการใด ๆ ที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศผู้รับทุนได้

การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจเกิดขึ้นเนื่องจากความได้เปรียบของบรรษัท ทำให้บรรษัทไม่ต้องพึ่งพานักลงทุนท้องถิ่นในการร่วมทุนกัน เพราะจะต้องแบ่งผลกำไรส่วนหนึ่งให้กับแก่นักลงทุนท้องถิ่น และบรรษัทยังต้องการรักษาอำนาจในการควบคุมกิจการด้วยเพื่อให้มั่นใจได้ว่าจะสามารถควบคุมผลกำไรและยังคงรักษาความได้เปรียบต่าง ๆ เอาไว้ได้ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าการลงทุนของบรรษัทข้ามชาติในประเทศกำลังพัฒนา ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนทางด้านอุตสาหกรรม ทดแทนการนำเข้าหรืออุตสาหกรรมเพื่อการส่งออก จะทำให้ภาคอุตสาหกรรมของประเทศกำลังพัฒนาขยายตัวควบคู่กับการเพิ่มขึ้นของอัตราการหยั่งรากทางเศรษฐกิจจากต่างประเทศ (รัตน สบายคณิต, 2530: 294)

ในประเด็นเรื่องความมั่นคงและอำนาจอธิปไตยของประเทสนั้น การที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยโดยการก่อตั้ง “นิติบุคคล” ขึ้น มานั้น ปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจในเรื่องใดเรื่องหนึ่งระหว่างประเทศไทยและรัฐอื่นก็จะเกิดขึ้นผ่านการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาตินั้น เพราะแม้ว่านิติบุคคลนั้นจะประกอบกิจการอยู่ในประเทศไทย แต่ประเทศที่ให้สัญชาติแก่นิติบุคคลนั้นก็ยังมีอำนาจเหนือนิติบุคคลนั้นด้วย และนิติบุคคลนั้นก็จะมีหน้าที่หรือถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมายรวมถึงวิชาผลประโยชน์ของรัฐอื่นนั้น และเมื่อนิติบุคคลภายใต้การครอบงำของรัฐอื่นมีอำนาจทางเศรษฐกิจการเมืองเหนือรัฐไทยก็จะทำให้รัฐอื่นมีอำนาจทางเศรษฐกิจการเมืองเหนือรัฐไทยไปด้วย ดังแสดงในภาพที่ 3-3

ภาพที่ 3-3 ปฏิสัมพันธ์ของประเทศไทยกับรัฐอื่นผ่านนิติบุคคลต่างด้าว



ผลสืบเนื่องจากการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจหรือการผูกขาดอุตสาหกรรมของทุนต่างชาติดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ มักทำให้เกิดกระแสแนวคิด “ชาตินิยม” ซึ่งเป็นความรู้สึกที่ไม่ปรารถนาให้ทุนต่างชาติเข้ามารุกล้ำอธิปไตยและความมั่นคงของรัฐ หรือเข้ากอบโกยผลประโยชน์ของชาติออกไป หรือมีการกระทำที่มีอิทธิพลลึกเลื่องกฎหมาย รวมถึง การก่อให้เกิดปัญหาสังคมต่าง ๆ ขึ้น ความรู้สึก “ชาตินิยม” จะสร้างกระแสการปกป้องผลประโยชน์ของชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่งผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจ ด้วยการต่อต้านแนวคิดการค้าเสรี รวมถึงกระแสความรู้สึกในด้านลบต่อประเทศคู่กรณีด้วย อันจะนำไปสู่นโยบายเศรษฐกิจชาตินิยมที่เป็นความรู้สึกต่อต้านการลงทุนจากต่างประเทศ และการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองในรูปแบบต่าง ๆ ได้

ผลทางการเมืองที่เกิดขึ้นเมื่อประชาชนเกิดมีความรู้สึกชาตินิยมรุนแรงนั้นมี 2 ประการ คือ (วิทยากร เชียงกูร, สุธี ประศาสน์เศรษฐ และ สุขชาย ตีรรัตน์, 2522: 165-208)

(1) หากรัฐบาลของประเทศผู้รับทุนเห็นด้วยกับแนวคิดชาตินิยม อาจใช้มาตรการรุนแรง เช่น การออกกฎระเบียบมาใช้อย่างเคร่งครัด หรืออาจใช้มาตรการรุนแรงอื่นๆ เช่น รัฐบาลเข้าควบคุมการดำเนินงานหรือโอนกิจการนั้น ๆ มาเป็นของรัฐหรือขับไล่กิจการนั้น ๆ ออกนอกประเทศเมื่อกิจการนั้น ๆ ละเมิดข้อพึงปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่รัฐบาลประเทศผู้รับทุนกำหนดไว้ กรณีเช่นนี้อาจทำให้เกิดความขัดแย้งระหว่างประเทศแม่ของบรรษัทฯ กับประเทศด้อยพัฒนา หรือ

สร้างความไม่พอใจให้กับประเทศพัฒนาแล้วอื่น ๆ ได้ เพราะประเทศพัฒนาแล้วเหล่านี้ถือว่าผลประโยชน์ของบรรษัทฯ เป็นผลประโยชน์ของชาติตน

(2) หากรัฐบาลของประเทศผู้รับทุนไม่เห็นด้วยกับแนวคิดชาตินิยมก็จะเกิดความขัดแย้งระหว่างผู้ปกครองกับประชาชน เมื่อประชาชนสะสมความไม่พอใจก็ยิ่งจะก่อให้เกิดความขัดแย้งอย่างรุนแรงระหว่างกลุ่มผู้ปกครองและผู้บริหารงานของบรรษัทฯ กับประชาชนในประเทศนั้น และอาจนำไปสู่การเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจสังคมของประเทศไปในทิศทางใหม่ เช่น ระบบเศรษฐกิจการเมืองแบบสังคมนิยม ทำให้ความขัดแย้งซึ่งเดิมเคยเป็นเรื่องระหว่างสองประเทศ (ประเทศแม่ของบรรษัทฯ กับประเทศด้อยพัฒนา) ก็ยิ่งบานปลายไปเป็นเรื่องความแตกต่างในอุดมการณ์ของกลุ่มประเทศ ผลก็คือ การเผชิญหน้าระหว่างประเทศที่มีอุดมการณ์ทางการเมืองการปกครองที่แตกต่างกัน

4.2.3 กิจกรรมที่กระทบต่อความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศ

การลงทุนจากต่างประเทศในกิจการบางสาขาจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงและความปลอดภัยของประเทศโดยตรง เช่น ที่ดิน การสื่อสารคมนาคม อากาศยุทธภัณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งประเทศผู้รับทุนมักจะไม่ให้คนต่างชาติเข้ามาแทรกแซงในกิจการสาขานี้ ตัวอย่างเช่น สหรัฐอเมริกาได้กีดกันไม่ให้บริษัท CNOOC ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐบาลจีน (ในทำนองเดียวกันกับบริษัท Temasek Holdings ซึ่งเป็นหน่วยงานการลงทุนของรัฐบาลสิงคโปร์) เข้าเสนอซื้อบริษัท Unocal เป็นมูลค่าสูงถึง 18,500 ล้านดอลลาร์สหรัฐ โดยรัฐสภาสหรัฐโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทั้งฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านได้ลงมติถึง 398 ต่อ 15 เสียง คัดการเข้าถือหุ้นดังกล่าว เพราะเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศ (สภาการหนังสือพิมพ์แห่งชาติ และสภาพนายความ, 2549: 20)

4.3 ผลกระทบต่อสังคมและจิตวิทยา

ผลกระทบด้านสังคมและจิตวิทยานั้น ค่อนข้างจะเข้าใจได้ยากจึงทำให้เป็นปัญหาที่ซ่อนเร้น แต่ก็ดำรงอยู่ตลอดเวลา และปัญหาทางด้านสังคมจิตวิทยานี้ได้รับผลต่อเนื่องมาจากและส่งผลกระทบต่อไปยังปัญหาอื่นอยู่เสมอ

4.3.1 ประโยชน์ต่อผู้บริโภค

การเข้ามาประกอบกิจการของคนต่างด้าว ทำให้เกิดการแข่งขันภายในประเทศผู้รับทุน จึงเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคที่จะได้บริโภคสินค้าที่มีราคาถูกลง นอกจากนั้น การเข้ามาประกอบธุรกิจใหม่ ๆ จะทำให้ผู้บริโภคมีสินค้าให้เลือกบริโภคเพิ่มมากขึ้นด้วย

4.3.2 การเปลี่ยนแปลงของสถาบันและความสัมพันธ์ทางสังคม

การเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในจำนวนมาก ๆ ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในด้านขนบธรรมเนียมและวัฒนธรรมของชาติผู้รับการลงทุนได้โดยตรง เพราะการยอมรับความสามารถเชิงวัตถุของชาวต่างชาติ และวิถีชีวิตของชาวต่างชาติไปด้วยในตัว ผ่านการแผ่อิทธิพลของตะวันตกในรูปของสถานเริงรมย์ สิ่งอำนวยความสะดวก การใช้ชีวิตประจำวัน เช่น อาหารการกิน บ้านที่อยู่อาศัย ตลอดจนกีฬา การพักผ่อนออกกำลังกาย การแต่งตัวและแฟชั่นต่าง ๆ

การเปลี่ยนแปลงวัฒนธรรมของประเทศผู้รับการลงทุนมีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดปัญหาทางเศรษฐกิจด้วย ตัวอย่างที่เกิดขึ้นกับสังคมไทยในปี 2540 ลัทธิบริโภคนิยม (Consumerism) ในระดับมหภาค ทำให้ประชาชนคนไทยมีการใช้จ่ายเกินตัว ระบบเศรษฐกิจไทยต้องยืมเงินออมจากต่างประเทศมาใช้จ่าย ในระดับจุลภาค คนจนที่มีรายได้ไม่พอประทังชีวิต จำเป็นต้องกู้หนี้ยืมสินเพื่อความอยู่รอดแห่งชีวิต ซึ่งเป็นเรื่องธรรมดา แต่คนชั้นกลางจำนวนมากซึ่งมีรายได้เลยระดับพอประทังชีวิตมีพฤติกรรมการใช้จ่ายเกินตัว กลุ่มทุนยักษ์ใหญ่ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศอาศัยการโฆษณาเป็นกลไกในการหลอหลอมรสนิยมของผู้บริโภคและจัดระบบการค้าขายสินค้าผ่านส่ง เพื่อกระตุ้นการใช้จ่ายในการบริโภค สำหรับประเทศที่มีเงินออมอย่างพอเพียงและไม่จำเป็นต้องพึ่งพิงเงินทุนจากต่างประเทศดังเช่นประเทศไต้หวันและสิงคโปร์ แม้จะต้องเผชิญวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจดูเดียวกับประเทศในเอเชียตะวันออกอื่น ๆ แต่ก็สามารถฝ่าคลื่นลมมรสุมไปได้โดยบอบช้ำไม่มากนัก ในขณะที่ประเทศที่มีปัญหาการขาดแคลนเงินออม และยึดกุมยุทธศาสตร์การพึ่งพิงเงินกู้จากต่างประเทศในการหล่อเลี้ยงการเติบโตทางเศรษฐกิจแล้วแต่เผชิญกับวิกฤติ ไม่ว่าจะเป็นเกาหลีใต้ ไทย อินโดนีเซีย มาเลเซีย และฟิลิปปินส์ (รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2546.ก: 196-197)

4.2.3 ความแตกต่างระหว่างคนรวยกับคนจน

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศทำให้เกิดปัญหาในการกระจายรายได้ เนื่องจากมีกลุ่มคนเพียงเล็กน้อยเท่านั้นที่ได้ประโยชน์จากการลงทุนและการผูกขาดของบรรษัทข้ามชาตินอกจากนั้น การลงทุนของบรรษัทข้ามชาตินั้นมักจะอยู่ในเขตเมือง ทำให้ภาคเมืองและภาคชนบทยังมีความแตกต่างและขัดแย้งกันมากขึ้นทุกที

4.2.4 เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อม

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในบางกรณีส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมของประเทศผู้รับทุน อย่างเช่น ในช่วงทศวรรษที่ 1970 ธุรกิจของญี่ปุ่นภายใต้การส่งเสริมของรัฐบาลญี่ปุ่นจะเข้ามาตั้งโรงงานใหม่ ๆ ขึ้นในส่วนต่าง ๆ ของเอเชีย เพื่อเป็นทางหลีกเลี่ยงปัญหาความแออัดและปัญหาความสกปรกต่อสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากโรงงานอุตสาหกรรมซึ่งกำลังเป็นปัญหาสำคัญในญี่ปุ่น (อุดม เกิดพิบูลย์, 2518: 63) โดยการให้ประเทศผู้รับทุนรับผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแทน

4.4 สรุปผลกระทบและแนวนโยบายของประเทศผู้รับทุน

4.4.1 สรุปผลกระทบที่มีต่อประเทศผู้รับทุน

(1) ปฏิสัมพันธ์ระหว่างบริษัทและประเทศผู้รับทุนเป็นปฏิสัมพันธ์เชิงอำนาจที่อีกฝ่ายหนึ่งพยายามแสวงหาผลประโยชน์จากอีกฝ่ายหนึ่งให้ได้มากที่สุดโดยมีต้นทุนต่ำที่สุด การที่นักลงทุนจากต่างประเทศตัดสินใจไปลงทุนในต่างประเทศก็เพื่อแสวงหาประโยชน์จากการลงทุนในประเทศผู้รับทุนให้มากที่สุดโดยมีความเสี่ยงภัยจากนโยบายของรัฐต่ำที่สุด และการที่ประเทศผู้รับทุนจะตัดสินใจรับการลงทุนจากต่างประเทศ คือ ต้องการผลประโยชน์ที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะก่อให้เกิดขึ้นมากที่สุดโดยมีต้นทุนทางสังคมต่ำที่สุด ดังนั้น การที่รัฐบาลประเทศผู้รับทุนจะตัดสินใจว่าจะรับการลงทุนหรือไม่นั้น จะต้องมีการประเมินต้นทุน-ผลได้ จากการลงทุนจากต่างประเทศ ในลักษณะที่มีการแลกกัน (Trade off) เกิดขึ้นด้วยเสมอ นอกจากนั้น รัฐบาลของประเทศผู้รับทุนยังต้องเผชิญกับแรงกดดันของประเทศเจ้าของทุนและกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ได้แก่ บริษัท นักลงทุนท้องถิ่น และผู้ประกอบการท้องถิ่น ในการกำหนดกรอบนโยบายด้วย

(2) ประโยชน์ที่ประเทศผู้รับทุนคาดหวังว่าจะได้ คือ ประโยชน์ในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ (Value Added) เป็นหลัก ได้แก่ การเพิ่มขึ้นของดุลการชำระเงิน ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศนำมาพร้อมกับการลงทุนด้วย และเมื่อเกิดการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว จะส่งผลให้เกิดการปรับปรุงโครงสร้างการผลิตให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น การส่งออกเพิ่มขึ้น เกิดการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมภายใน และการลดการว่างงาน แต่ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของอุตสาหกรรมด้วย และเมื่อประชาชนกินดีอยู่ดีและมีความสะดวกสบายมากขึ้น ก็จะส่งผลดีต่อสังคมและการเมืองของประเทศด้วย

(3) ต้นทุนหรือการสูญเสียของประเทศผู้รับทุนก็คือ ส่วนแบ่ง Value Added ที่เป็นส่วนของเจ้าของทุนชาวต่างประเทศและส่งกลับประเทศ ซึ่งประกอบด้วย เงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมลิขสิทธิ์ เงินเดือนพนักงานชาวต่างประเทศ เป็นต้น

(4) นอกจากต้นทุนหรือส่วนสูญเสียที่ประเทศผู้รับทุนจะต้องจ่ายให้กับบริษัทข้ามชาติแล้ว ประเทศผู้รับทุนยังต้องเผชิญกับปัญหาผลกระทบภายนอก (Externality) ต่าง ๆ เช่น การผูกขาด การล้มละลายของผู้ประกอบการท้องถิ่น การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยทุนต่างชาติ ปัญหาสิ่งแวดล้อม การเปลี่ยนแปลงในวิถีชีวิตวัฒนธรรมและความเป็นอยู่ เกิดแนวคิดวัตถุนิยม การใช้จ่ายเกินตัว และเกิดความแตกต่างระหว่างคนรวย-คนจน เมือง-ชนบท มากขึ้น ซึ่งจะต้องนำมาพิจารณาร่วมด้วย

(5) การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในจำนวนที่สูง มักจะทำให้เกิดแนวคิดชาตินิยมขึ้นในประเทศผู้รับทุน เพราะจะเกิดการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจควบคู่ไปกับการลงทุน

ในประเทศผู้รับทุนขึ้นซึ่งเป็นการทำทลายอำนาจอธิปไตยของรัฐ และเมื่อประชาชนเห็นว่าทุนต่างชาติเข้ามารุกกล้ำอธิปไตยและความมั่นคงของรัฐ หรือเข้ากอบโกยผลประโยชน์ของชาติออกไป หรือมีการกระทำที่มีอิทธิพลเหนือคนชาติและมีผลเสียดุลยภาพ ก็จะเกิดความไม่พอใจรัฐบาล และนักการเมืองขึ้น ทำให้สังคมเกิดความขัดแย้งวุ่นวาย และนำไปสู่แนวคิดชาตินิยมที่ต่อต้านการลงทุนจากต่างประเทศ

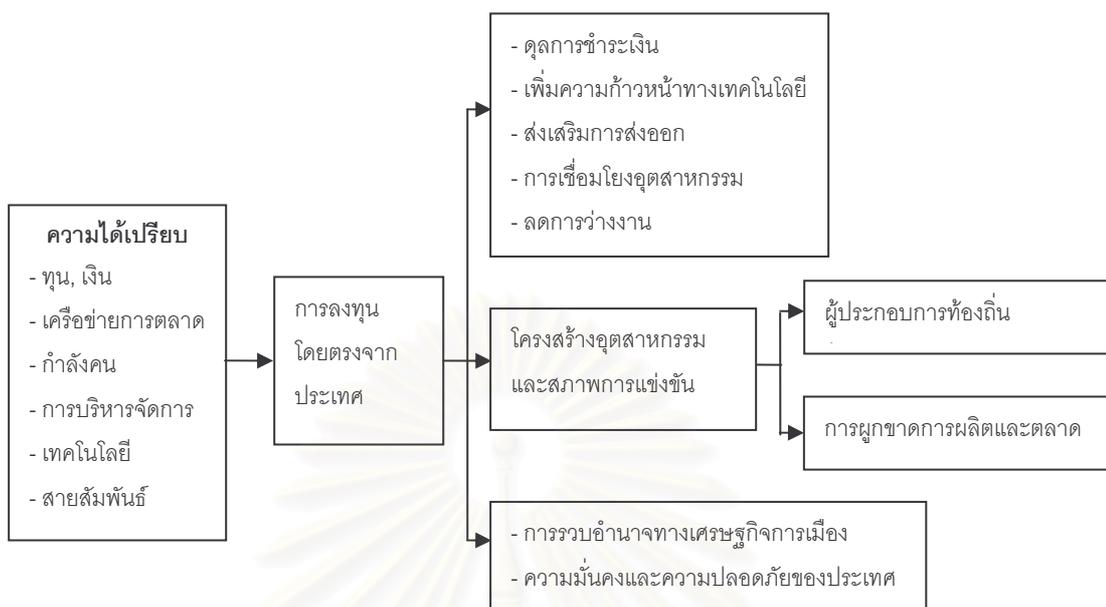
(6) กิจกรรมบางประเภทมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติโดยตรง เช่น การสื่อสารคมนาคม อารุธยภัณฑ์ การค้าที่ดิน เป็นต้น การเปิดรับการลงทุนในกิจกรรมประเภทนี้ จะทำให้ประเทศมีความเสี่ยงภัยมากยิ่งขึ้น

(7) ยังคงมีปัญหาเกี่ยวกับการวัดขนาดผลได้-ต้นทุนในเชิงปริมาณ ซึ่งแม้แต่ผลกระทบทางเศรษฐกิจเอง ผลกระทบในบางประเภทก็สามารถวัดขนาดหรือคาดการณ์ในเชิงปริมาณได้ (ผลในทางตรง) เช่น ตัวเลขของดุลการชำระเงินของประเทศผู้รับทุน หรือยอดของเงินส่งออกนอกประเทศที่ส่งกลับประเทศแม่ในแต่ละปี (แต่ก็ยากต่อการคาดคะเนได้อย่างถูกต้อง) แต่ในบางประเภทนั้นก็ยากที่จะวัดขนาดหรือคาดการณ์ในเชิงปริมาณซึ่งเงินลงทุนต่างประเทศทำให้เกิดขึ้น (ผลในทางอ้อม) เช่น ความก้าวหน้าในทางเทคโนโลยี การเชื่อมโยงอุตสาหกรรม หรือการวัดผลกระทบภายนอก (Externality) ที่เกิดจากการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนั้น ในทางปฏิบัติผู้กำหนดนโยบายมักจะใช้วิธีการคาดเดา ซึ่งเป็นการพิจารณาแบบ Subjective มากกว่าจะเป็น Objective หรือไม่ก็ละเลยผลกระทบที่ไม่สามารถวัดขนาดได้นั้นเสียเลย (อุดม เกิดพิบูลย์, 2518:74-79) ดังนั้น การกำหนดนโยบายจึงขึ้นกับผู้ที่มีอำนาจ และอาจทำให้ตัดสินใจดำเนินนโยบายที่ผิดพลาดได้ นอกจากนั้น หากผู้กำหนดนโยบายเป็นผู้มีส่วนได้เสียในเรื่องดังกล่าวด้วยแล้ว อาจนำไปสู่การขัดแย้งทางผลประโยชน์ (Conflict of interest) และการคอร์รัปชัน (corruption) และส่งผลทำให้การประเมินผลดีผลเสียผิดเพี้ยนไปโดยที่เดียว

4.4.2 แนวนโยบายของประเทศผู้รับทุน

จากที่กล่าวมานั้น หากปล่อยให้บรรษัทข้ามชาติกำหนดรูปแบบหรือยุทธศาสตร์การลงทุนฝ่ายเดียว ก็มีแนวโน้มจะเกิดปัญหาหรือผลเสียต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน รัฐจึงควรที่จะเข้ามามีบทบาทในการบังคับหรือควบคุมการเข้ามาดำเนินกิจกรรมของบรรษัทข้ามชาติเป็นไปในทางที่เหมาะสม หรือ กล่าวอีกนัยหนึ่งรัฐจะต้องมีบทบาทนำในการพัฒนาเศรษฐกิจมากกว่าจะปล่อยให้ทุกอย่างเป็นไปตามกลไกตลาดเสรี และเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องเลือกหรือเจรจาต่อรองให้การลงทุนเกิดผลบวกต่อเศรษฐกิจและมิติทางสังคมในด้านอื่น ๆ รวมถึงเมื่อเข้ามาลงทุนแล้วก็ต้องตรวจสอบควบคุมพฤติกรรมของบรรษัทข้ามชาติด้วย ไม่ใช่ปล่อยให้บรรษัทข้ามชาติมีการลงทุนและดำเนินงานอย่างเสรี (Chang, 1996: 60)

ภาพที่ 3-4 ผลกระทบที่มีต่อประเทศผู้รับทุน



สำหรับแนวนโยบายที่รัฐบาลของประเทศผู้รับทุนควรจะดำเนินการ คือ การที่รัฐจะบังคับหรือควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อวัตถุประสงค์อย่างน้อย 2 ประการ คือ

(1) เพื่อเป็นการบังคับให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประโยชน์ต่อประเทศ กล่าวคือ มีการคัดเลือกประเภทธุรกิจที่จะเปิดรับการลงทุน มีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนจากต่างประเทศต้องปฏิบัติ

(2) เพื่อควบคุม Externality ให้อยู่ในระดับที่รับได้โดยการควบคุมหรือปิดกั้นธุรกิจที่ส่งผลด้านลบ เช่น

- การผูกขาดอุตสาหกรรมโดยทุนต่างชาติ⁹ และการล้มละลายของผู้ประกอบการภายในประเทศ

- การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยคนต่างชาติ

- ความมั่นคงและปลอดภัย ศิลปวัฒนธรรม หรือ สิ่งแวดล้อม ฯลฯ

⁹ รัฐจะต้องดำเนินนโยบายเพื่อไม่ให้เกิดการผูกขาด การแข่งขันที่ไม่เป็นธรรม และการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจเป็นการทั่วไปด้วย เพราะแม้ว่าจะขจัดปัญหาการผูกขาดและการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยคนต่างชาติไปได้ แต่การผูกขาดและการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยผู้ประกอบการท้องถิ่นเองก็อาจเกิดขึ้นได้ด้วย

เครื่องมือที่รัฐจะใช้ในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ “สถาบันกฎหมาย” สำหรับประเทศไทย ได้มีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อเป็นเครื่องมือในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไป ซึ่งในบทต่อไปจะได้พิจารณาถึงกรอบและหลักเกณฑ์ของสถาบันกฎหมายดังกล่าวต่อไป



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในบทนี้จะได้อธิบายถึงกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยที่ใช้ในการควบคุมต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ โดยจะพิจารณาถึง ที่มา ความสำคัญและเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรอบของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บทลงโทษกรณีฝ่าฝืน และผู้บังคับใช้กฎหมาย และเพื่อที่จะให้เห็นภาพที่ชัดเจน จะอธิบายถึงกฎหมายในลักษณะเดียวกันของประเทศอื่น ๆ หลักเกณฑ์การกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” เพื่อระบุบุคคลผู้จะต้องถูกบังคับตามกฎหมาย และที่มาของการกำหนดคำนิยามดังกล่าว

1. ที่มา ความสำคัญ และเจตนารมณ์¹ ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไปฉบับแรกเมื่อวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 โดยจอมพลถนอม กิตติขจร ในฐานะหัวหน้าคณะปฏิวัติในขณะนั้น ได้ออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เพื่อสงวนธุรกิจบางประเภทไว้สำหรับคนไทย โดยมีเหตุผลที่สำคัญคือเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยส่วนรวม²

¹ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” (The spirit of law) เป็นสิ่งที่ต้องนำมาพิจารณาควบคู่กับการตีความตามตัวอักษร ตามหลักการตีความที่บัญญัติอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 4

“กฎหมายนั้น ต้องใช้ในบรรดากรณีซึ่งต้องด้วยบทบัญญัติใด ๆ แห่งกฎหมายตามตัวอักษร หรือตามความมุ่งหมายของบทบัญญัตินั้น ๆ”

² เหตุผลของคำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 คือ “ในปัจจุบัน ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิชาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม... จึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้”

เหตุการณ์ที่นำไปสู่การออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าวนั้น คือกระแสความรู้สึกชาตินิยมที่รุนแรงในช่วงปี 2515 เพราะการปล่อยเสรีการลงทุนของต่างชาติในช่วงเวลา ก่อนหน้านั้น ได้ก่อให้เกิดการปรากฏตัวมากไปของชนญี่ปุ่นในประเทศไทย โดยการแสดงปฏิภริยา ครั้งแรกคือการจัดสัปดาห์ต่อต้านสินค้าญี่ปุ่น ซึ่งจัดโดยสหพันธ์นิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทยในเดือนพฤศจิกายน 2515 มีการเดินขบวนบ่อยครั้งหน้าห้างสรรพสินค้าของญี่ปุ่น “โดมารู” ความรู้สึกที่ว่าประเทศไทยจำเป็นต้องเพิ่มความเข้มแข็งในการควบคุมการลงทุนของต่างชาติได้เริ่มก่อตัวขึ้น ซึ่งรัฐมนตรีบางท่าน (พจน์ สารสิน) ได้แสดงความกลัวที่ว่า “วันหนึ่ง เราอาจตื่นขึ้นมา และพบว่าชาวญี่ปุ่นกำลังควบคุมอุตสาหกรรมนี้ หรืออุตสาหกรรมนั้นอยู่” นอกจากนี้ ยังได้มีการตีพิมพ์บทความในนิตยสารชั้นนำ “สังคมศาสตร์ปริทัศน์” เกี่ยวกับการปรากฏตัวของญี่ปุ่นในประเทศไทย ว่า “ถ้าเอารถญี่ปุ่นทั้งหมดออกไป ถนนทุกสายในประเทศไทยคงจะว่างเปล่า ถ้าหากวิทยุโทรทัศน์ เครื่องใช้อิเล็กทรอนิกส์ และเครื่องใช้ไฟฟ้าของญี่ปุ่นทั้งหมดหายไปจากครัวเรือนไทยในทันทีแล้ว บ้านเรือนทั้งหลายก็คงจะเจีบบเหงาดังป่าช้า ถ้าเราถึงเสียผ้าห่มของญี่ปุ่นออกไปจากประชาชนชาวไทยแล้ว คนไทยก็คงจะเปลือยกันหมด คนไทยนี้ช่างตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของญี่ปุ่นโดยสิ้นเชิงเสียนี้กระไร” (โยะชิฮะระ คุนิโอะ, แปลโดย สุภัทญา นิธังกร, 2541: 101)

สาระสำคัญของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้คือ การกำหนดประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวประกอบได้และไม่ได้ เป็นบัญชี ก. ข. และ ค. โดยห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. หรือบัญชี ข. ทำยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ เว้นแต่จะได้มีพระราชกฤษฎีกาอนุญาต พระราชกฤษฎีกาอาจกำหนดเงื่อนไขประการใดก็ได้ และห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ทำยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี และการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบัญชี ค. ให้กระทำโดยพระราชกฤษฎีกา (ข้อ 4) โดย คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทใดที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ทำยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตต่ออธิบดีและในกรณี que เห็นสมควรให้ออกใบอนุญาต อธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวงที่จะให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้ก็ได้ (ข้อ 5 และ ข้อ 8) ดังนี้

- (1) อัตราส่วนเงินทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (2) เงินที่ผู้รับใบอนุญาตจะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (3) อัตราส่วนเงินทุนของคนไทยกับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

(4) อัตราส่วนของจำนวนกรรมการคนไทยกับคนต่างด้าว หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนิน ธุรกิจที่ได้รับอนุญาตซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร

ต่อมา กระทรวงพาณิชย์ได้ออกกฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2516) ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2516³ กำหนดเงื่อนไขที่จะกำหนดไว้ในใบอนุญาตให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังนี้

(1) เงินกู้ทั้งสิ้นที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่เกิน 7 เท่าของ ส่วนเงินทุนส่วนที่เป็นของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี

(2) เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศ เพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่น้อยกว่าเงินที่ผู้รับใบอนุญาตแจ้งว่าจะนำมาลงทุนในราชอาณาจักรภายในเวลาที่ กำหนดไว้ตามโครงการการประกอบธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต แต่ทั้งนี้ต้องนำเข้ามาไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต

(3) เมื่อครบกำหนดเวลาที่ระบุไว้ใน (ก) (ข) หรือ (ค) เงินทุนของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ส่วนที่เป็นของคนไทยต้องไม่น้อยกว่าส่วนที่เป็นของคนต่างด้าว

(ก) 10 ปี นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ใน บัญชี ค. หมวด 1 (1) (2) (3) และ (4) หมวด 3 (1) และหมวด 4 (1)

(ข) 15 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. หมวด 2 (1) (2) (3) (4) (5) และ (6)

(ค) 20 ปี นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ใน บัญชี ค. หมวด 2 (7) และ (8)

(4) จำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว ต้องเป็นไปตามอัตราส่วนเงินทุนของคนไทยและคนต่างด้าว

(5) ผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่า 1 คน

³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 90 ตอนที่ 59 วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2516 โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ “เพื่อควบคุมเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตและเงินทุนของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต และกำหนดจำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว รวมทั้งภูมิลำเนาของผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจ จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้”

แต่ทั้งนี้ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ก็ได้ยกเว้นกรณีที่คนต่างด้าวได้รับการส่งเสริม ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ให้ประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่ให้ผู้นั้นได้รับการส่งเสริมที่แข็งแกร่งต่ออธิบดีภายใน สามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับบัตรส่งเสริม เมื่อได้รับการแจ้งและอธิบดีได้ออกหนังสือรับรองให้เป็น หลักฐานแล้ว ให้ผู้นั้นประกอบกิจการนั้นได้

หลักเกณฑ์ที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าวได้ กำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้อย่างเข้มงวด เพื่อกำหนดบุคคลที่จะต้องถูกควบคุมการ ประกอบกิจการตามที่ได้ระบุไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังนี้

“ข้อ 3 คนต่างด้าว หมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้หมายความรวมถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของ จำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดก็ตาม
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือ ผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออก ให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3 ได้กำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ว่า นอกจากจะ หมายถึง “บุคคลธรรมดา” (Natural Person) และ “นิติบุคคล” (Juristic Person หรือ Juridical Person) ที่จดทะเบียนในต่างประเทศแล้ว ยังหมายถึง “นิติบุคคล” ซึ่งทุนตั้งแต่ 50% ของนิติ บุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ซึ่งกินความหมายรวมถึง “นิติบุคคล” ที่มีการถือหุ้นทางอ้อมเป็น ชั้น ๆ⁴ หรือ “นิติบุคคล” ที่มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกตั้งแต่ 50% ของนิติบุคคลนั้น หรือห้าง

⁴ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ถือหุ้นโดยนิติ บุคคลต่างด้าว ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในข้อ 3 ว่า การพิจารณาเรื่อง “ทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของ คนต่างด้าวตามข้อ 3 จะต้องพิจารณาจาก “ทุน” ของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงลงไปถึงทุนของคนต่างด้าว ในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละ นิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราเป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวย่อมถือว่ามีมาลงทุน ในบริษัทแม่ และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่ตนเอง การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดย พิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้นย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยง

หุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าวด้วย และเพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

นอกจากนั้น ยังห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาต หรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลตาม ข้อ 3 เข้าเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทใดอื่นเกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัท หรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนนั้น หรือชื่อกิจการนั้น ๆ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี ในการอนุญาตนั้น อธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้ (ข้อ 9) หากฝ่าฝืนตามข้อ 9 ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาท และให้ศาลสั่งเลิกการเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นผู้ถือหุ้นหรือสั่งเลิกกิจการที่คนต่างด้าวชื่อไว้นั้นเสีย (ข้อ 26 ทวิ) และห้ามมิให้มีการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) โดยผู้มีสัญชาติไทยผู้ใดถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลหรือบริษัทจำกัด เพื่อให้นิติบุคคลนั้นประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ หรือคนต่างด้าวซึ่งให้ผู้มีสัญชาติไทยกระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย (ข้อ 29) ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า โทษของการฝ่าฝืนนั้นมีเพียงโทษปรับและให้ศาลมีคำสั่งเลิกการถือหุ้นหรือเลิกกิจการนั้นเท่านั้น แต่ไม่กำหนดโทษจำคุกด้วย ซึ่งเป็นโทษที่ไม่ร้ายแรงนัก

สิ่งที่ยืนยันอีกประการหนึ่งที่ว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 นั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อไม่ให้เกิดการครอบงำเศรษฐกิจโดยทุนต่างชาติ นั้นถูกระบุอยู่ในข้อ 30 ของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าว กล่าวคือ ได้กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้อยู่แล้วในวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้ต่อเมื่อได้รับหนังสือรับรองจากอธิบดี ซึ่งต้องอยู่ภายในเงื่อนไข คือ หากเป็นธุรกิจตามบัญชี ก. จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้อีกสองปีนับแต่วันที่ประกาศ ของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ หากเป็นธุรกิจตามบัญชี ข. และ ค. จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดเวลา แต่ห้ามมิให้ผู้รับหนังสือรับรองเพิ่มปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายของธุรกิจนั้นในรอบปีบัญชีต่อไป เกินกว่าร้อยละสามสิบของปริมาณการผลิตหรือการจำหน่ายของธุรกิจนั้นตามที่ปรากฏ

กฎหมาย มีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือมีการแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดอันมีผลทำให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่งสามารถเข้ามาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น (เลขเสร็จที่ 335/2535)

หลักฐานทางบัญชีในรอบปีบัญชี พ.ศ. 2515 หรือตั้งสาขาของธุรกิจนั้นเพิ่มขึ้นจากที่ปรากฏหลักฐานในวันที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ใช้บังคับ แต่ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี และการจะขอหนังสือรับรองได้ จะต้องได้ประกอบธุรกิจนั้นมาโดยมีรายได้ติดต่อกันตามปกติวิสัยของธุรกิจนั้นเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหนึ่งปี หรือเป็นระยะเวลาไม่ถึงหนึ่งปี เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าได้ประกอบธุรกิจนั้นมาเป็นหลักฐานเพียงพอแล้ว

แต่ในทางปฏิบัติ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 กลับไม่ได้ส่งผลกระทบต่อบริษัทต่างชาตินักมากนักเนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับใช้อย่างจริงจัง บริษัทการค้าญี่ปุ่นมักใช้วิธีตั้งบริษัทร่วมทุน เพื่อเข้าดำเนินกิจกรรมแทนโดยถือหุ้นร้อยละ 49 ด้วยตัวเอง ในขณะที่กระจายส่วนที่เหลือซึ่งเป็นหุ้นส่วนฝ่ายไทยไปให้แก่ลูกจ้างของบริษัทและแก่บริษัทมหาชนจำกัดของไทยหรือบริษัทไทยที่บริษัทการค้าญี่ปุ่นได้สร้างสัมพันธภาพไว้ การทำเช่นนี้ทำให้ฝ่ายญี่ปุ่นยังคงมีการควบคุมกิจการที่ร่วมทุนได้อย่างได้ผล และมีเสรีภาพในการดำเนินกิจการเหมือนหนึ่งเป็นบริษัทญี่ปุ่นโดยแท้จริง (โยะชิฮะระ คุนิโอะ, แปลโดยสุกัญญา นิธิกร, 2541:102) ซึ่งส่วนหนึ่งมาจากบทกำหนดโทษของการฝ่าฝืนกฎหมายที่มีเพียงโทษปรับเท่านั้น บริษัทต่างชาติจึงไม่เกรงกลัว และผลของการไม่บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง ทำให้เกิดการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ และการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) อย่างกว้างขวาง จนกระทั่งต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในปี 2535 ในสมัยที่นายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี เพื่อแก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3 (1)⁵ ดังนี้

ข้อ 3 (1) “นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น”

เหตุผลในการแก้ไขคำนิยาม คือ “คนต่างด้าว” ในข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่กำหนดให้ “คนต่างด้าว” หมายความว่ารวมถึงนิติบุคคลที่มีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาทุนของนิติบุคคลว่าจะรวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกด้วยหรือไม่ เพื่อมิให้เกิดปัญหา

⁵ เหตุผลในการแก้ไขคำนิยามคือ “เนื่องจากบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2515 ที่กำหนดให้คนต่างด้าวหมายความว่ารวมถึงนิติบุคคลที่มีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว ได้ก่อให้เกิดปัญหาในการพิจารณาทุนของนิติบุคคลว่าจะรวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกด้วยหรือไม่ เพื่อมิให้เกิดปัญหาในการพิจารณาความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว สมควรแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามดังกล่าวให้ชัดเจนและเหมาะสมยิ่งขึ้น”

ในการพิจารณาความหมายของบทบัญญัติดังกล่าว จึงได้แก้ไขคำนิยามดังกล่าวให้ชัดเจนว่า การพิจารณาทุนของนิติบุคคลนั้น จะไม่รวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย

เหตุผลของการแก้ไขคำนิยามเพื่อให้การถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ เป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายนั้น น่าจะมาจากว่า รัฐบาลในขณะนั้นยึดถือนโยบายใช้การลงทุนจากต่างประเทศเพื่อสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และหากรัฐยังคงบังคับใช้กฎหมายเดิมอยู่ ก็จะทำให้เศรษฐกิจโดยรวมของประเทศในขณะนั้นระส่ำระสาย นอกจากนี้ รัฐจะต้องมีต้นทุนหรือเสียค่าใช้จ่ายในการตรวจตรา (Monitor) ผู้กระทำความผิดในจำนวนมากด้วยเพราะมีการถือหุ้นทางอ้อมกันอย่างกว้างขวาง⁶

ต่อมา ในปี 2540 ประเทศไทยต้องเผชิญกับวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่เรียกว่า “วิกฤตการณ์ต้มยำกุ้ง” รัฐบาลในขณะนั้นมีนายชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรีได้ตัดสินใจขอความช่วยเหลือทางการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศเพื่อนำมาใช้ฟื้นฟูเศรษฐกิจ โดยเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2540 รัฐบาลไทยได้เข้าทำ “บันทึกแนวทางการดำเนินนโยบายเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจไทย (Memorandum on Economic Policy - MEP)” กับกองทุนการเงินระหว่างประเทศที่กำหนดให้ประเทศไทยต้องปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจตามที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศกำหนด (Structural Adjustment Program: SAP)

รัฐบาลไทยได้มีหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intend) ฉบับที่ 2 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน 2540 ส่งถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เพื่อยืนยันว่า รัฐบาลชุดใหม่ภายใต้การนำของ นายกรัฐมนตรี ชวน หลีกภัย ได้ให้คำมั่นว่าจะปฏิบัติตามพันธกรณีที่ได้ระบุไว้ในบันทึกแนวทางการดำเนินนโยบายเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจไทย (Memorandum on Economic Policy - MEP) ที่ตกลงกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศไว้ และต่อมา รัฐบาลไทยได้ทำหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intend) ฉบับที่ 5 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2541 เพื่อยืนยันกับกองทุนการเงินระหว่างประเทศว่า รัฐบาลไทยมีความมุ่งมั่นในการเปิดประเทศต่อไป เพราะเห็นว่า ที่ผ่านมาเศรษฐกิจหลายภาคไม่ได้เปิดสำหรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ทำให้จำกัดการเคลื่อนย้ายเงินทุนและบุคลากรที่เชี่ยวชาญจากต่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวรัฐบาลไทยกำลังดำเนินการแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เปิดกว้างและ

⁶ เหตุผลอีกประการหนึ่ง เป็นเหตุผลในทางอาชญาวิทยา โดยมีแนวคิดว่า เมื่อรัฐไม่สามารถปราบปรามการกระทำความผิดใด ๆ ได้ ก็ทำให้การกระทำนั้นถูกต้องตามกฎหมายเสีย

ทันสมัยกว่าเดิม โดยพิจารณาถึงดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และความละเอียดอ่อนของปัญหาภายในประเทศ⁷

ต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติและนำเสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาเป็นเรื่องด่วน โดยอ้างเหตุผลว่าเนื่องจากเป็นร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้สอดคล้องกับสภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศ จึงจำเป็นต้องดำเนินการประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมายโดยเร่งด่วน⁸ ซึ่งรัฐบาลโดยรัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงพาณิชย์ในขณะนั้น (นายไพฑูรย์ แก้วทอง) ได้มีการแถลงหลักการและเหตุผลต่อสภาผู้แทนราษฎรโดยให้เหตุผลประกอบการนำเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวอย่างชัดเจนว่า**เป็นการแก้ไขสิ่งที่เป็นอุปสรรคต่อการลงทุนจากต่างประเทศ** ได้แก่การแก้ไขธุรกิจสงวนที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. และ ข. ทำยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เนื่องจากเป็นธุรกิจต้องห้ามเด็ดขาดโดยคนต่างด้าวไม่สามารถขออนุญาตได้ ซึ่งธุรกิจสงวนบางประเภทได้หมดความจำเป็นหรือไม่มีเหตุผลที่จะต้องสงวนไว้แล้ว และได้แก้ไขข้อกำหนดบางประการของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ที่เป็นอุปสรรคต่อการขยายการลงทุนของต่างประเทศที่ประกอบธุรกิจอยู่ในประเทศไทย ได้แก่ ข้อห้ามของคนต่างด้าวเข้าซื้อกิจการหรือถือหุ้นเกิน 1 ใน 3 ของธุรกิจอื่น หรือ ข้อห้ามเพิ่มปริมาณการผลิต หรือจำหน่ายเกินกว่าที่กำหนด รวมทั้งข้อห้ามในการขยายสาขาด้วย นอกจากนี้ การเปิดให้ต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในการแข่งขันในประเทศไทยนั้น ย่อมจะทำให้การผลิตสินค้าและการให้บริการของภาคธุรกิจมีประสิทธิภาพสูงขึ้นและราคาถูกลง แม้ในระยะ

⁷ หนังสือแสดงเจตจำนงฉบับที่ 5 ลงวันที่ 25 สิงหาคม 2541 ส่วนหนึ่งระบุว่า

“ทางการมีความมุ่งมั่นในการเปิดประเทศต่อไป เนื่องจากที่ผ่านมาเศรษฐกิจหลายภาคไม่ได้เปิดสำหรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ทำให้จำกัดการเคลื่อนย้ายเงินทุนและบุคลากรที่เกี่ยวข้องจากต่างประเทศ เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวทางการกำลังดำเนินการแก้ไขประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ว่าด้วยการกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เปิดกว้างและทันสมัยกว่าเดิม โดยพิจารณาถึงดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และความละเอียดอ่อนของปัญหาภายในประเทศ นอกจากนี้ ทางการกำลังเริ่มโครงการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในสาขาสาธารณูปโภค ซึ่งกระบวนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะทำให้เกิดรายได้ที่จะใช้ในการดูแลผู้ใช้แรงงานและลดหนี้ภาครัฐ” (ฉบับแปลเป็นภาษาไทยจากเว็บไซต์ของธนาคารแห่งประเทศไทย: www.bot.or.th)

⁸ ตามหนังสือที่ นร.0204 / 13205 ลงวันที่ 6 ตุลาคม 2541 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นอกจากจากนั้น ยังได้มีผู้เสนอร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นอีกร่างหนึ่ง คือ นายพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคประชาธิปัตย์ ตามหนังสือ ลงวันที่ 10 กันยายน 2541 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน

ต้นผู้ประกอบธุรกิจของไทยจะได้รับผลกระทบจากการที่มีต่างชาติเข้ามาแข่งขันแย่งชิงตลาด แต่จะเป็นการกระตุ้นให้ผู้ประกอบธุรกิจของไทยได้ปรับปรุงประสิทธิภาพของการผลิตให้สามารถแข่งขันกับต่างชาติได้ในระยะยาว และเป็นการเตรียมรับการเปิดเสรีทางการค้าของโลก ตามข้อตกลงต่าง ๆ ที่ได้ทำไว้ รวมทั้งที่อยู่ในระหว่างการเจรจาด้วย⁹

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 จึงได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม 2542 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543 เป็นต้นมา โดยมีเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้คือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 นี้ ไม่เหมาะสมกับสถานการณ์ปัจจุบัน และเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทย โดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย¹⁰ ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับปัจจุบันจึงได้เปลี่ยนแปลงบทบาทและความสำคัญไป จากเดิมเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์ที่ต้องการรักษาดุลอำนาจทางเศรษฐกิจของประเทศโดยการควบคุมไม่ให้เกิดการลงทุนจากต่างประเทศส่งผลเสียต่อความมั่นคงและอธิปไตยของชาติ ไปเป็นกฎหมายที่เน้นการเปิดประเทศมากขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์และเจตนารมณ์เพื่อสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจจากผลประโยชน์ที่ประเทศจะได้รับจากการลงทุนจากต่างประเทศ ส่วนวัตถุประสงค์ของการรักษาดุลอำนาจทางเศรษฐกิจนั้นได้ถูกลดความสำคัญลงไป

⁹ จากรายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 33 เล่ม 2 (สมัยนิติบัญญัติ) วันพฤหัสบดีที่ 15 ตุลาคม 2541 หน้า 233-235 โดย ศูนย์ข่าวเลขและพิมพ์ดีด สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

¹⁰ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ คือ “โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้”

2. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2.1 หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2.1.1 นิยามและประเภทของ “คนต่างด้าว”

2.1.1.1 นิยามของ “คนต่างด้าว”

มาตรา 4 บัญญัติคํานิยาม “คนต่างด้าว” ว่าหมายถึง

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
 - (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
 - (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
 - (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
- เพื่อประโยชน์แห่งคํานิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัด ที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

สรุปคํานิยามดังกล่าวเป็นหลักเกณฑ์ดังตารางที่ 4-1

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 4-1 หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4

องค์ประกอบของข้อเท็จจริงของคำนิยาม “คนต่างด้าว”	เกณฑ์ที่ใช้
(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย	กฎหมายสัญชาติบุคคล ธรรมดาของแต่ละประเทศ
(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย	สถานที่ก่อตั้งนิติบุคคล
(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)	สัดส่วนการถือหุ้น หรือ ความเป็นเจ้าของ อำนาจการจัดการ
(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น	สัดส่วนการถือหุ้น หรือ ความเป็นเจ้าของ

ที่มา: โดยผู้เขียน

ตามองค์ประกอบของคำนิยามดังกล่าว ได้ใช้หลักเกณฑ์ ดังนี้

(1) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ใช้หลักเกณฑ์ “สถานที่
ก่อตั้งนิติบุคคล”

(2) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย

ก) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียนซึ่ง
หุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว ใช้หลักเกณฑ์ “อำนาจการจัดการ”

ข) นิติบุคคลที่ไม่ใช่ตาม (1) เช่น บริษัทจำกัด หรือ บริษัท
มหาชนจำกัด ใช้หลักเกณฑ์ “สัดส่วนการถือหุ้น หรือ ความเป็นเจ้าของ”

จากคำนิยาม “คนต่างด้าว” ดังกล่าว บุคคลธรรมดาตาม (1) และนิติบุคคลที่มีได้
จดทะเบียนในประเทศไทยตาม (2) นั้นไม่มีปัญหาในการพิจารณาสัญชาติของบุคคล ทั้งนี้เพราะ
เป็นที่ชัดเจนอยู่แล้วว่าไม่มีสัญชาติไทย แต่นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยตาม (3) และ (4)

นั้น จะต้องพิจารณาข้อเท็จจริงอื่นประกอบว่าเป็น “คนไทย” หรือ “คนต่างด้าว” โดยพิจารณาจากจำนวน “หุ้น” หรือ “ทุน” จำนวน “กึ่งหนึ่ง” (50%) ของทุนในนิติบุคคลนั้น¹¹ เป็นสำคัญ

คำว่า “ทุน” นั้น มาตรา 4 ได้ให้คำนิยามไว้อีกว่า หมายถึง “ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น” ซึ่งสรุปได้ว่า ในกรณีการพิจารณา “บริษัท” หรือ “บริษัทมหาชนจำกัด” โดที่จดทะเบียนในประเทศไทยว่าเป็น “คนต่างด้าว” หรือไม่ จะพิจารณาเพียงระดับการถือหุ้นที่ร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน (ในกรณีที่บริษัทจำกัด) และร้อยละ 50 ของทุนชำระแล้ว ในกรณีที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด **เพียงชั้นเดียวเท่านั้น** (ซึ่งเหมือนกับประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 หลังจากที่ได้มีการแก้ไขคำนิยามในปี 2535) โดยจะ**ไม่รวมถึง**ทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย ทั้งนี้ คำว่า “หุ้น” หรือ “ทุน” นั้น จะหมายความรวมถึงทั้ง “หุ้นสามัญ” และ “หุ้นบุริมสิทธิ” โดยไม่คำนึงถึงว่า คนต่างด้าวที่ถือหุ้นอยู่ในนิติบุคคลนั้น จะมีอำนาจในการบริหารจัดการด้วยหรือไม่ และจะได้รับผลตอบแทนเท่าใด

มีข้อน่าสังเกตว่าสำหรับห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ตามมาตรา 4 (3) (ข) นั้น ไม่ได้ใช้หลักของสัดส่วนของทุนในการพิจารณาว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ แต่กลับไปพิจารณาว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนใดซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลต่างด้าว (บุคคลธรรมดา) ก็ให้ถือว่าเป็นคนต่างด้าว แม้ว่าคนไทยจะมีสัดส่วนการถือหุ้นมากกว่าคนต่างด้าวก็ตาม¹²

¹¹จากการตรวจรายงานการประชุมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของรัฐสภา รวมถึงคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ ไม่พบเหตุผลของการบัญญัติระดับการถือหุ้นร้อยละ 50 ให้ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” แต่ระดับการถือหุ้นดังกล่าว ปรากฏอยู่ใน ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ที่ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งก็ไม่ปรากฏที่มาของระดับการถือหุ้นที่ร้อยละ 50 เช่นกัน

เหตุที่กฎหมายกำหนดระดับการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่ระดับไม่ถึงร้อยละ 50 นั้น ผู้ร่างกฎหมายน่าจะนำหลักการดังกล่าวมาจากหลักกฎหมายในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท ซึ่งมีหลักทั่วไปอยู่ว่า การตัดสินใจหรือลงมติใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นนั้น (รวมถึงการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการซึ่งเป็นผู้แทนของบริษัท) จะใช้เสียงข้างมากเป็นสำคัญ จึงดูเหมือนว่า ณ ระดับที่ไม่เกินร้อยละ 50 เป็นระดับที่สามารถผ่อนปรนให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้มากที่สุด เพราะหากเกิน ณ ระดับนี้ไปแล้ว คนต่างด้าวก็จะมีอำนาจในการตัดสินใจหรือลงมติใด ๆ ในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ นอกจากนั้น คนต่างด้าวจะได้รับส่วนแบ่งกำไรหรือเงินปันผลมากกว่าคนไทยด้วย

¹² หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลจะให้ความสำคัญกับสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนเป็นสำคัญ เมื่อมีข้อตกลงให้ผู้ใดเป็นส่วนผู้จัดการแล้ว หากไม่ได้ตกลง

คำนิยามดังกล่าวนี้แตกต่างจากคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามที่ได้กำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือ มิได้กำหนดให้ “นิติบุคคล” ที่มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือสมาชิกตั้งแต่ 50% ของนิติบุคคลนั้น เป็น “คนต่างด้าว” ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดก็ตามด้วย แต่โดยรวมแล้ว คำนิยาม “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น แทบไม่ต่างจากคำนิยามเดิมที่ได้กำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 หลังจากที่ได้แก้ไขในปี 2535 แล้ว

การเป็น “คนต่างด้าว” ตามคำนิยามในกฎหมายฉบับนี้ จะมีผลให้ “คนต่างด้าว” ผู้นั้น ถูกควบคุมการประกอบธุรกิจตามที่ระบุในกฎหมายดังกล่าวตามประเภทและสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในหัวข้อ (1.2)

2.1.1.2 ประเภทของ “คนต่างด้าว” และสิทธิในการประกอบธุรกิจ

คนต่างด้าว แบ่งออกเป็น 8 ประเภท ดังนี้

(1) *คนต่างด้าวตามมาตรา 6* ได้แก่ คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย และคนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

คนต่างด้าวตามมาตรา 6 นี้จะมีได้แต่เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น และจะถูกห้ามมิให้ประกอบธุรกิจใด ๆ ไม่ว่าจะ เป็นธุรกิจในบัญชีหรือนอกบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

(2) *คนต่างด้าวตามมาตรา 7* ได้แก่ คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น หรือคนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

คนต่างด้าวตามมาตรา 7 นี้ จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี และจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทที่ธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี โดยจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ตามได้ตามที่เห็นสมควร แต่ประเภท

กันไว้เป็นอย่างอื่น การถอดถอนหุ้นส่วนผู้จัดการนั้นจะกระทำต่อเมื่อผู้เป็นหุ้นส่วนทุกคนยินยอมพร้อมกัน นอกจากนั้น ผู้เป็นหุ้นส่วนคนอื่น ๆ จะมีสิทธิเพียงไต่ถามถึงการงานของห้างหุ้นส่วน และมีสิทธิที่จะตรวจและคัดสำเนาสมุด บัญชี และเอกสารใด ๆ ของห้างหุ้นส่วนเท่านั้น (ป.พ.พ. มาตรา 1037) แต่หากมีสิทธิในการครอบงำ การจัดการของหุ้นส่วนผู้จัดการอย่างที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วยไม่ หรือหากได้มีการตกลงกันไว้ว่าการงานของห้างหุ้นส่วนนั้นให้เป็นไปตามคะแนนเสียงข้างมาก ก็ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีเสียงเป็นเสียงหนึ่ง โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนที่ลงหุ้นด้วย (ป.พ.พ.มาตรา 1034) ดังนั้น สัดส่วนการถือหุ้นจึงไม่ใช่สิ่งสำคัญในการตัดสินใจหรือลงมติเพื่อจัดการงานของห้างหุ้นส่วนแต่อย่างใด

ธุรกิจที่คนต่างด้าวตามมาตรา 7 สามารถประกอบได้นี้ เป็นคนละรายการกับธุรกิจที่กำหนดไว้ใน บัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

(3) คนต่างด้าวตามมาตรา 8 ได้แก่ คนต่างด้าวที่ไม่ใช่คนต่างด้าวตามมาตรา 6 และตามมาตรา 7 เป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งจะถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติซึ่งแบ่งออกเป็น 3 บัญชี คือ

บัญชี 1 ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจจำนวน 9 ประเภทด้วย เหตุผลพิเศษ¹³

บัญชี 2 ห้ามประกอบธุรกิจจำนวน 13 ประเภทด้วยเหตุผลเกี่ยวกับ ความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เว้นแต่จะ ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติคณะรัฐมนตรี แต่ที่ผ่านมายังไม่ เคยมีคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในบัญชีสองเลย¹⁴

บัญชี 3 ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจจำนวน 21 ประเภทที่คนไทยยังไม่มี ความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี กรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

อนึ่ง กฎหมายนี้ได้ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชี ท้ายพระราชบัญญัตินี้อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกรอบระยะเวลา 1 ปี นับแต่วันที่กฎหมายนี้มีผลใช้ บังคับแล้วทำความเห็นเสนอคณะรัฐมนตรี และการปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้าย พระราชบัญญัตินี้ ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา เว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสอง หมวด 1

¹³ แต่เดิมในขั้นตอนการร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ได้เสนอต่อสภา ผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณานั้น (วาระที่ 1 – การรับหลักการ) ได้มีการเสนอบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ 2 บัญชี คือ บัญชี 1 และบัญชี 2 โดยมีการระบุเหตุผลในการจำกัดการประกอบธุรกิจไว้ในแต่ละบัญชีด้วย (ซึ่งก็คือ บัญชี 2 และบัญชี 3 ในปัจจุบัน) และธุรกิจทุกประเภทสามารถขออนุญาตประกอบกิจการได้ตามนโยบายการ เปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศ แต่เมื่อคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ได้มีการ รับฟังความคิดเห็นของประชาชนแล้ว พบว่าประชาชนยังคงต้องการให้มีการคงธุรกิจสงวนไว้ให้คนไทยและห้าม มิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจนี้อย่างเด็ดขาด จึงได้เพิ่มเติมบัญชีพิเศษขึ้นอีกบัญชีหนึ่ง (ซึ่งก็คือบัญชี 1 ใน ปัจจุบัน) โดยระบุเหตุผลในการห้ามการประกอบธุรกิจนี้ว่า “เป็นเหตุผลพิเศษ” ซึ่งจะหมายถึง “การสงวนธุรกิจ ไว้ให้คนไทย” แต่ไม่สามารถระบุตรง ๆ เช่นนั้นได้ เพราะจะไปขัดกับเจตนารมณ์ในการปรับปรุงกฎหมาย

¹⁴ ข้อมูลจากเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า www.dbd.go.th

ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ (มาตรา 9) แต่ที่ผ่านมา ยังไม่เคยมีการปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจท้ายบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้เลย

(4) คนต่างด้าวตามมาตรา 9 ได้แก่ คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจซึ่งมิเป็นธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ คือประกอบธุรกิจซึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องห้ามหรือต้องขออนุญาตอยู่แล้ว ต่อมาได้มีการแก้ไขปรับปรุงประเภทธุรกิจ ทำให้ธุรกิจที่เดิมประกอบได้โดยไม่ต้องขออนุญาตกลายเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาต

คนต่างด้าวตามมาตรา 9 นี้ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจต่อไป กฎหมายให้ความคุ้มครองสิทธิที่มีอยู่เดิม ให้สามารถประกอบธุรกิจได้ต่อไป เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองโดยไม่ต้องขออนุญาต

(5) คนต่างด้าวตามมาตรา 10 ได้แก่

- คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดี เพื่อขอหนังสือรับรอง โดยเงื่อนไขต่าง ๆ ให้เป็นไปตามที่รัฐบาลกำหนด

- คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือผูกพันตามพันธกรณี เช่น สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 สนธิสัญญาเขตการค้าเสรีต่าง ๆ ซึ่งสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดี เพื่อขอหนังสือรับรองโดยสิทธิในการประกอบธุรกิจ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในสนธิสัญญานั้น ๆ

(6) คนต่างด้าวตามมาตรา 12 ได้แก่ คนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประเภทการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมหรือตามกฎหมายอื่น

คนต่างด้าวตามมาตรา 12 นี้ สามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองเท่านั้น ส่วนธุรกิจที่จะประกอบจะต้องเป็นไปตามที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น แล้วแต่กรณี

(7) คนต่างด้าวตามมาตรา 44 ได้แก่ คนต่างด้าวซึ่งได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ คนต่าง

ด้าวประเภทนี้ คือคนต่างด้าวที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิที่มีอยู่เดิม โดยให้สามารถประกอบธุรกิจ นั้นต่อไปได้ตามเงื่อนไขและระยะเวลาของการได้รับหนังสือรับรองหรือใบอนุญาต

(8) คนต่างด้าวตามมาตรา 45 ได้แก่ คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติออกก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 กฎหมายได้ให้ความคุ้มครอง โดยหากคนต่างด้าวนั้นจะประกอบธุรกิจดังกล่าวต่อไป ก็ให้แจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง แต่ต้องแจ้งภายใน 1 ปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ

จากการจัดประเภทของ “คนต่างด้าว” ออกเป็น 8 ประเภทดังกล่าว สามารถจัดได้เป็น 4 กลุ่ม ได้แก่

กลุ่มที่ 1 คนต่างด้าวที่ไม่สามารถประกอบธุรกิจใด ๆ ได้เลย ได้แก่ คนต่างด้าวตามมาตรา 6

กลุ่มที่ 2 คนต่างด้าวที่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ ได้แก่ คนต่างด้าวตามมาตรา 7 และคนต่างด้าวตามมาตรา 8 (ระหว่าง 3 มีนาคม 2543 – 31 มีนาคม 2551 มีผู้ได้รับใบอนุญาตเฉพาะธุรกิจ 3 รวม 1,962 ราย – ดูภาคผนวก ค-1)

กลุ่มที่ 3 คนต่างด้าวที่ไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่ต้องขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ ได้แก่ คนต่างด้าวตามมาตรา 9 คนต่างด้าวตามมาตรา 10 คนต่างด้าวตามมาตรา 12 คนต่างด้าวตามมาตรา 45 (ระหว่าง 3 มีนาคม 2543 – 31 มีนาคม 2551 มีผู้ได้รับหนังสือรับรอง รวม 1,516 ราย – ดูภาคผนวก ค-2)

กลุ่มที่ 4 คนต่างด้าวที่ไม่ต้องขออนุญาตและหนังสือรับการประกอบธุรกิจ ได้แก่ คนต่างด้าวตามมาตรา 44

2.1.2 การขออนุญาตประกอบธุรกิจ

กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดให้คนต่างด้าวต้องขออนุญาตจากรัฐบาลไทยก่อนเริ่มประกอบกิจการนั้น ๆ เพื่อให้กิจการนั้นเข้าสู่ระบบการตรวจสอบของรัฐ โดยการขออนุญาตประกอบธุรกิจนั้น จะมีได้เฉพาะคนต่างด้าวตามมาตรา 7 และคนต่างด้าวตามมาตรา 8 เท่านั้น แต่เนื่องจากการขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 7 นั้น เป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการกำหนดประเภทธุรกิจและพื้นที่ที่จะสามารถประกอบกิจการได้ซึ่งเป็นคนละรายการกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ดังนั้น ในที่นี้จะพิจารณาเฉพาะการขออนุญาตของคนต่างด้าวตามมาตรา 8 เท่านั้น ซึ่งคนต่างด้าวตามมาตรา 8 จะขออนุญาตประกอบธุรกิจได้ตามบัญชี 2 และ บัญชี 3 เท่านั้น

2.1.2.1 คุณสมบัติของผู้ขออนุญาต (มาตรา 16)

คนต่างด้าวที่จะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (3) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
- (5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (7) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวด้วย

นอกจากนั้น กฎหมายยังได้กำหนดคุณสมบัติเฉพาะของคนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 ด้วยว่า จะต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้น อยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี อาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด (มาตรา 15)

2.1.2.2 หลักเกณฑ์การขออนุญาตและผู้มีอำนาจอนุญาต (มาตรา 17)

การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยปัจจุบันได้มีกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว ได้แก่ “กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 พ.ศ. 2546” (โปรดดูภาคผนวก ข-1) โดยผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาต คือ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ คณะรัฐมนตรีต้องพิจารณาอนุมัติให้แล้วเสร็จภายในกำหนด 60 วัน นับแต่วันยื่นคำขอ ถ้าคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน สามารถขยายระยะเวลาต่อไปอีกเท่าที่จำเป็นแต่ไม่เกิน 60 วัน

การขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชี 3 ให้ยื่นคำขออนุญาตต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา 17 พ.ศ. 2546 (โปรดดูภาคผนวก ข-1) เช่นเดียวกับการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 โดยผู้มีอำนาจอนุมัติได้แก่อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทั้งนี้ อธิบดีต้องพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน โดยกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้มีการขยายเวลาการพิจารณาดังเช่นกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีตามบัญชี 2

เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าอนุญาตแล้ว ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า (แล้วแต่กรณี) ออกใบอนุญาตภายใน 15 วันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

2.1.2.3 หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาต (มาตรา 5)

ผู้อนุญาต (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า แล้วแต่กรณี) จะต้องพิจารณาการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ โดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อสิ่งต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- (1) ความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ
- (2) การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ
- (3) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (4) ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ
- (5) การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ

(6) การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม

(7) การคุ้มครองผู้บริโภค

(8) ขนาดของกิจการ

(9) การจ้างงาน

(10) การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

บทบัญญัติดังกล่าวเป็นกรอบกว้าง ๆ ซึ่งสามารถพิจารณาได้ทั้งในแง่ที่เป็นบวกหรือเป็นลบก็ได้ เช่น การพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจบางประเภท อาจมีผลกระทบต่อผู้ประกอบการคนไทย แต่หากได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่พิจารณาแล้วเห็นว่าเป็นประโยชน์ ก็สามารถอนุญาตได้ เป็นต้น (สกล หาญสุทธิวารินทร์, 2548: 37)

2.1.2.4 การไม่อนุมัติหรือไม่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจ (มาตรา 17)

ในกรณีที่เป็นการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์แจ้งให้คนต่างด้าวทราบเป็นหนังสือภายใน 30 วัน โดยต้องระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัติทราบโดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่เป็นการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามบัญชี 3 อธิบดีต้องแจ้งให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายใน 15 วัน โดยระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตไว้โดยชัดแจ้ง

การไม่อนุมัติหรือไม่อนุญาตนั้น เป็นคำสั่งทางปกครอง หากเป็นการไม่อนุมัติให้ประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 โดยคณะรัฐมนตรี จะถือเป็นที่สุดทางปกครอง เพราะเป็นขั้นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของฝ่ายบริหาร ดังนั้น ผู้ขออนุญาตนั้นจะอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองไม่ได้ แต่ถ้าเป็นคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชี 3 โดยอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ผู้ขออนุญาตมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ภายใน 30 วัน ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง¹⁵

2.1.3 หลักเกณฑ์เงื่อนไขที่คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ (มาตรา 18)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมียอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังนี้

¹⁵ การอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง เป็นขั้นตอนในการพิจารณาคดีทางปกครองของฝ่ายบริหาร ซึ่งหากไม่อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวภายในกำหนด จะทำให้เสียสิทธิในการฟ้องร้องคดีต่อศาล ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

- อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร
- จำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ
- เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน
- เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น

ปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงที่ออกตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้น จึงต้องใช้กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2516) ลงวันที่ 17 พฤษภาคม 2516 ที่ออกตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ไปก่อน สำหรับการเงื่อนไขใน (1) คือเงินกู้ทั้งสิ้นที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่เกิน 7 เท่าของส่วนเงินทุนส่วนที่เป็นของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี และใน (2) ที่กำหนดให้เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศ เพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่น้อยกว่าเงินที่ผู้รับใบอนุญาตแจ้งว่าจะนำมาลงทุนในราชอาณาจักรภายในเวลาที่กำหนดไว้ตามโครงการการประกอบธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต แต่ทั้งนี้ต้องนำเข้ามาไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท ภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับอนุญาต (ดูภาคผนวก ข-2) ส่วนใน (3) - (6) นั้น กฎกระทรวงฉบับนี้ไม่ได้กำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ จึงทำให้ขณะนี้ไม่มีหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวแต่อย่างใด

2.1.4 ทุนขั้นต่ำ (มาตรา 14)

“ทุนขั้นต่ำ”¹⁶ เป็นหลักเกณฑ์ที่เพิ่งเพิ่มเติมขึ้นมาในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ (คือไม่ได้เป็นหลักเกณฑ์ที่ถูกกำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มาก่อน) โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประกอบกิจการในประเทศไทยแม้ว่าจะไม่ใช่ธุรกิจที่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจก็ตาม จะถูกบังคับเรื่อง “ทุนขั้นต่ำ” ที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยคนต่างด้าวจะต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ในกรณีที่ไม่ใช่ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ และในกรณีที่การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

¹⁶ “ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

ในปัจจุบันมีกฎกระทรวงกำหนดจำนวนทุนขั้นต่ำออกใช้บังคับแล้ว คือ กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พ.ศ. 2545¹⁷ (โปรดดูภาคผนวก ข-3 และ ข-4) ซึ่งสาระสำคัญของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวสรุปได้คือ

(1) ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่ไม่ใช่ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องมีจำนวนตั้งแต่สองล้านบาทขึ้นไป

(2) ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่เป็นที่ธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณการรายจ่ายในการประกอบธุรกิจแต่ละธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นเวลาสามปี แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

2.2 ข้อยกเว้นที่ไม่ต้องนำกฎหมายนี้มาใช้บังคับ

กฎหมายฉบับนี้มีข้อยกเว้น โดยบัญญัติให้ไม่ต้องนำพระราชบัญญัติ หรือ บทบัญญัติใดส่วนหนึ่งมาใช้บังคับในกรณีดังต่อไปนี้

2.2.1 มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้

หากมีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าว และมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปบังคับใช้ในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว (มาตรา 13) ทั้งนี้ ย่อมขึ้นอยู่กับเหตุผลในการออกกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ ว่าประสงค์จะควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวให้เป็นเช่นใด (โปรดดูภาคผนวก ง)

อย่างไรก็ดี กฎหมายเฉพาะดังกล่าว เป็นการยกเว้นไม่ต้องนำเฉพาะส่วนที่มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะเท่านั้น มิได้หมายความว่า จะยกเว้นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทั้งฉบับ ดังนั้น ผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในส่วนที่กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ มิได้บัญญัติถึง หากฝ่าฝืนข้อกำหนดใด ๆ ก็จะมีผลผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามแต่กรณีด้วย

¹⁷ ราชกิจจานุเบกษา ในวันที่ 30 ตุลาคม 2545

2.2.2 ได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อการส่งออก

ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือ ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชี 2 หรือบัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรอง ในกรณีนี้ คนต่างด้าวนั้นจะได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 กล่าวคือ ยังคงต้องแสดงหนังสือรับรองไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย หรือต้องแจ้งการเลิกประกอบธุรกิจหรือการย้ายสำนักงานภายใน 15 วัน หรือจะต้องปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียน ซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามก็ยังคงต้องรับโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท (มาตรา 12)

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 โดยกำหนดให้กิจการที่จะได้รับการส่งเสริมนั้น จะต้องเป็นกิจการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูงหรือกิจการที่ใช้ผลิตผลการเกษตร หรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ ซึ่งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นว่าการนั้นยังไม่มีในราชอาณาจักรหรือมีในราชอาณาจักรไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัย (มาตรา 16) โดยเฉพาะกิจการที่ประเทศไทยให้ความสำคัญเป็นพิเศษ ได้แก่ กิจการบริการและสาธารณูปโภค นอกจากนี้ยังให้ความสำคัญกับอุตสาหกรรมเป้าหมาย เช่น อุตสาหกรรมการผลิตต่าง ๆ

แม้ว่าพระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะมีเจตนารมณ์ที่จะส่งเสริมการลงทุนโดยตรง แต่ ก็ได้มีการบัญญัติเปิดช่องให้มีการควบคุมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศไว้ด้วยเช่นกัน โดยให้อำนาจคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนในการกำหนดเงื่อนไขอันเป็นการควบคุมการลงทุนไว้ในบัตรส่งเสริม เพื่อให้ผู้ได้รับการส่งเสริมรายนั้นต้องปฏิบัติในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือหลายเรื่องได้ตามที่เห็นสมควร เช่น จำนวนทุนและแหล่งที่มาของทุน, สัญชาติและจำนวนผู้ถือหุ้น, ขนาดของกิจการซึ่งรวมถึงชนิดผลิตภัณฑ์ ผลิตผลหรือการให้บริการ กรรมวิธีการผลิตหรือประกอบ และกำลังผลิตหรือประกอบ, ปริมาณวัตถุดิบภายในประเทศที่จะต้องใช้, สัญชาติและจำนวนคนงาน ช่างฝีมือ และผู้ชำนาญการ, การฝึกและใช้กำลังคนในการปฏิบัติงาน, การรายงานผลการปฏิบัติงานของช่างฝีมือและผู้ชำนาญการซึ่งเป็นคนต่างด้าว ว่าได้ฝึกอบรมให้

คนไทยได้รับความรู้ความชำนาญเพียงไร เป็นต้น (มาตรา 20)

อำนาจของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ได้รับบัตรส่งเสริมต้องปฏิบัติตามนี้ มีผลยกเว้นไม่ต้องนำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาบังคับใช้ดังที่ได้กล่าวไว้แล้ว

2.2.3 สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี

หากมีสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติตามมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 กล่าวคือ ไม่ต้องพิจารณาถึงผลดีผลเสียด้านต่าง ๆ ไม่ต้องมีการขออนุญาตประกอบธุรกิจ และในกรณีที่เป็นการประกอบธุรกิจในบัญชีสองก็ไม่จำกัดการถือหุ้นหรือจำนวนกรรมการที่เป็นคนไทย และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการตอบแทนด้วย (มาตรา 10) เพียงแต่แจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองเท่านั้น (มาตรา 11)

สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ได้แก่

(1) ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services)

การที่ประเทศไทยจะได้เข้าเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก(World Trade Organization: WTO)¹⁸ มีผลให้ประเทศไทยต้องผูกพันในเปิดตลาดการค้าบริการ ซึ่งมีอยู่หลายลักษณะ แต่ลักษณะที่สำคัญคือ การบริการในลักษณะที่ผู้ให้บริการของประเทศหนึ่งให้บริการผ่านสถานประกอบการในประเทศผู้รับบริการอีกประเทศหนึ่ง¹⁹ ซึ่งต้องถือว่าการบริการในลักษณะนี้เป็นการประกอบธุรกิจบริการของคนต่างด้าวในประเทศไทย และความตกลง GATS นี้ นอกจากจะเป็นข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ยังเป็นกรอบในการร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วย

¹⁸ องค์การการค้าโลก หรือ WTO มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ที่นครเจนีวา ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มีสมาชิกรวมทั้งสิ้น 150 ประเทศ โดยไทยเป็นสมาชิกลำดับที่ 59 และมีสถานะเป็นผู้ก่อตั้ง

¹⁹ การค้าบริการรูปแบบได้แก่ (1) การให้บริการจากประเทศหนึ่งเข้าสู่อีกประเทศหนึ่ง (2) การให้บริการในประเทศหนึ่งแก่ผู้รับบริการของประเทศอื่น ๆ (3) ผู้ให้บริการของประเทศหนึ่งให้บริการผ่านสถานประกอบการในประเทศผู้รับบริการอีกประเทศหนึ่ง (4) ผู้ให้บริการของประเทศหนึ่งให้บริการผ่านบุคคลธรรมดาในประเทศผู้รับบริการในอีกประเทศหนึ่ง

หลักการทั่วไปของความตกลง GATS นี้ ประเทศสมาชิกจะต้องเปิดตลาดบริการ โดยประเทศสมาชิกที่ให้ข้อผูกพันเฉพาะ (Specific Commitments – ดูภาคผนวก จ-1) เกี่ยวกับการเปิดตลาดบริการใด ประเทศนั้นต้องให้การปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment: NT) แก่ผู้ให้บริการของประเทศสมาชิกอื่นๆ สำหรับบริการประเภทนั้น นอกจากนี้ ยังมีข้อผูกพันเพิ่มเติมจากหลัก NT ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการข้อ 16 วรรค 2 โดยจะไม่ใช่มาตรการต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

- ก) การจำกัดจำนวนผู้ให้บริการ โดยการให้การผูกขาด หรือเงื่อนไขเกี่ยวกับการทดสอบความจำเป็นทางเศรษฐกิจ
- ข) การจำกัดมูลค่ารวมทั้งหมดของธุรกรรมทางการค้า หรือทรัพย์สิน
- ค) การจำกัดจำนวนการให้บริการทั้งหมด หรือยอดปริมาณการให้บริการ
- ง) การจำกัดจำนวนบุคคลธรรมดาที่อาจทำงานในสาขาบริการใด โดยเฉพาะหรือจำกัดจำนวนคนที่ผู้ให้บริการอาจจ้าง หรือกำหนดบุคคลที่จำเป็นต้องมีในบริการประเภทนั้น ๆ
- จ) การกำหนดให้บริการผ่านนิติบุคคลบางประเภท หรือบริษัทร่วมทุน
- ฉ) การจำกัดการร่วมทุนต่างชาติโดยการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้น หรือมูลค่ารวมของการลงทุนจากต่างชาติ หรือของแต่ละบุคคล

ในขณะนี้ ประเทศไทยได้ให้ข้อผูกพันเฉพาะเกี่ยวกับการเปิดตลาดบริการตามเอกสาร General Agreement on Trade in Service GATS/SC/85 15 April 1994 (94-1083) Thailand Schedule o Specific Commitments ที่น่าสนใจ เช่น

ธุรกิจบริการทุกประเภท

ประเทศไทยไม่ผูกพันที่จะให้การปฏิบัติอย่างคนชาติ นอกจากนี้ได้ผูกพันไว้ต่างหากเฉพาะกรณี การบริการที่ให้ผ่านสถานประกอบการในประเทศไทย จะต้องให้ผ่านบริษัทจำกัดจดทะเบียนในประเทศไทย โดยคนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่ง

ธุรกิจประกันภัย

คนต่างชาติถือหุ้นในธุรกิจประกันภัยได้ไม่เกินร้อยละ 25 การตั้งบริษัทประกันภัยใหม่ต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี สำหรับธุรกิจนายหน้าประกันนั้น คนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25

ธุรกิจธนาคาร

คนต่างชาติถือหุ้นในธนาคารที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยได้ไม่เกินร้อยละ 25 และผู้ถือหุ้นแต่ละคนรวมทั้งญาติไม่เกินร้อยละ 5 โดยต้องมีกรรมการ 3 ใน 4 ต้องมีสัญชาติไทย และธนาคารต่างชาติขอเปิดสาขาในประเทศไทยต้องได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรี

โทรคมนาคม

ประเทศไทยได้สงวนสิทธิ์ที่จะจำกัดการเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมของเอกชน²⁰ กล่าวคือ จะเปิดเสรีโทรคมนาคมพื้นฐานเพียง 4 บริการ คือ โทรศัพท์พื้นฐาน (Voice telephone) โทรเลข (Telegraph) โทรสาร (Facsimile) และ เทเล็กซ์ (Telex) โดยไม่ได้รวมบริการโทรคมนาคมพื้นฐานอื่น ๆ โดยมีเงื่อนไขทั่วไปคือผู้ให้บริการโทรคมนาคมจะต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการ การประกอบกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ซึ่งจำนวนใบอนุญาตจะมีอย่างจำกัด โดยผู้ให้บริการโทรคมนาคมนั้นจะถูกจำกัดให้คนต่างด้าวสามารถเข้าถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 20 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนของผู้ถือหุ้นต่างด้าวจะต้องไม่เกินร้อยละ 20 ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท

โดยบริการทั้ง 4 นั้น หากเป็นการค้าใน Mode 1 (Cross-border supply) และ Mode 2 (Consumption aboard) จะต้องผ่านเกตเวย์ (Gateway) ในประเทศไทยซึ่งให้บริการโดยผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้ การจัดหาบริการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาตทั้งสองฝ่าย ส่วนการค้าใน Mode 3 (Commercial presence) มีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามกฎหมายประกอบกิจการโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง โดยจะเริ่มมีผลใช้ในปี 2549 และ การค้าใน Mode 4 (Presence of natural persons) ไม่มีข้อผูกพันใด ๆ

นอกจากนั้น ประเทศไทยยังมีข้อจำกัดของการปฏิบัติอย่างคนชาติ โดยหากเป็นการค้าบริการใน Mode 1 และ Mode 2 นั้นจะไม่มีข้อจำกัด การค้าใน Mode 3 จะมีข้อจำกัดตามกฎหมายโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง โดยจะเริ่มมีผลใช้บังคับในปี 2549 และการค้าบริการใน Mode 4 ไม่มีข้อผูกพันใด ๆ

(2) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (TREATY OF AMITY AND ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND THE UNITED STATES OF AMERICA)

²⁰ โปรดดู Thailand – Schedule of Specific Commitments (WORLD TRADE GATS/85/Suppl.2) 11 April 1997

ตามสนธิสัญญาข้อ 4 ได้ให้สิทธิอย่างคนชาติในเรื่องที่เกี่ยวกับการจัดตั้ง ตลอดจนการได้มาซึ่งผลประโยชน์ในวิสาหกิจทุกประเภท เพื่อประกอบกิจกรรมทางพาณิชย์ อุตสาหกรรม การคลัง และธุรกิจอื่น (แต่ไม่รวมถึงการประกอบวิชาชีพ หรืออาชีพที่ได้สงวนไว้สำหรับคนชาติของภาคีแต่ละฝ่าย) ยกเว้นธุรกิจในการคมนาคม การขนส่ง การหน้าที่รับดูแล ทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับการหน้าที่รับฝากเงิน การแสวงหา ประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น หรือในการค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางเกษตร พืชเมือง ซึ่งให้สิทธิอย่างคนชาติที่สาม (ดูภาคผนวก จ-2)

(3) ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area: FTA) ที่ประเทศไทยทำกับ ประเทศต่าง ๆ เช่น ไทย-ออสเตรเลีย

ความตกลงเขตการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียในส่วนของ การเปิดเสรีการลงทุนนั้น ใช้หลักการเดียวกับการเปิดตลาดการค้าบริการ กล่าวคือ จะให้การปฏิบัติไม่ด้อยไปกว่าชาติ ต่อการลงทุนและผู้ลงทุนของอีกประเทศในการเข้ามาลงทุน เฉพาะในสาขาธุรกิจที่ระบุไว้ในตาราง ข้อผูกพัน (Pre-Establishment National Treatment Commitments) ยกเว้นแต่จะมีเงื่อนไข กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ความตกลง ได้กำหนดผู้ลงทุนของภาคีสัญญาฝ่ายหนึ่งได้รับสิทธิในการจัดตั้ง ธุรกิจ และการได้มาซึ่งธุรกิจที่ดินแดนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเท่ากับผู้ลงทุนของฝ่ายนั้น (ข้อ 904) ของเมื่อตั้งธุรกิจหรือทำการลงทุนแล้ว ผู้ลงทุนหรือธุรกิจที่ได้ลงทุนโดยคนชาติภาคีสัญญาจะได้รับการปฏิบัติอย่างคนชาติ (National Treatment) และการปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ ยิ่ง (MFN) (ข้อ 907, 910) แต่ทั้งนี้ ยกเว้นธุรกิจที่ความตกลงได้สงวนไว้ หรือมีเงื่อนไขให้คน ต่างชาติได้สิทธิน้อยกว่าคนไทย หรือให้สิทธิเพิ่มเติมจากหลักการทั่วไป

2.3 ความผิดและอัตราโทษ (มาตรา 34-42)

ความผิดและอัตราโทษแบ่งได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

2.3.1 กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดร้ายแรง

ความผิดที่กฎหมายกำหนดไว้ว่าเป็นความผิดที่ร้ายแรง เป็นความผิดเกี่ยวกับการกระทำ เพื่อการหลีกเลี่ยงกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตประกอบธุรกิจ ได้แก่ ความผิดในกรณีที่คนต่าง ด้วถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนหรือระงับการประกอบธุรกิจแต่คนต่างด้วนั้นยังคงประกอบธุรกิจ นั้นต่อไป (มาตรา 34) หรือ คนต่างด้วที่ได้รับใบอนุญาตแต่มีการกระทำเพื่อให้คนต่างด้วรายอื่น นั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 35) หรือ ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติ บุคคลที่มีใช่คนต่างด้วให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้ว

โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือความผิดฐาน Nominee รวมทั้งคนต่างด้าวที่ใช้ Nominee (มาตรา 36) หรือคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยไม่มีสิทธิหรือไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 37) ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีหรือปรับตั้งแต่ 1 แสนบาทถึง 1 ล้านบาท (และโทษปรับสำหรับการกระทำความผิดต่อเนื่อง รวมถึงการสั่งให้เลิกประกอบธุรกิจหรือร่วมประกอบธุรกิจ แล้วแต่กรณี)

ตารางที่ 4-2 ความผิดที่ร้ายแรงของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง พ.ศ. 2542

ความผิด	บทกำหนดโทษ
มาตรา 34 คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองผู้ใดถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์หรือรัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายให้พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป	ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่
มาตรา 35 คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้	ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน
มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว	ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่
มาตรา 37 คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 (เป็นกรณีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย)	ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

ที่มา: พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังบัญญัติให้ กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ด้วย (มาตรา 41)

2.3.2 กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง

กฎหมายกำหนดแต่อัตราโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ โดยไม่มีโทษจำคุก (มาตรา 38) กล่าวคือ เป็นความผิดที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทุนขั้นต่ำ ได้แก่ การที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของจำนวนทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย (ตามมาตรา 14) กรณีหนึ่ง หรือการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงที่กำหนดถึงเงื่อนไขของจำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ (ตามมาตรา 18 (3)) อีกกรณีหนึ่ง

2.3.3 กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดเล็กน้อย

กฎหมายกำหนดเพียงโทษปรับไม่เกิน 5 พันบาทเท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดให้อธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้เปรียบเทียบภายใน 30 วัน นับแต่วันเปรียบเทียบ ให้คดีนั้นเป็นอันเลิกกัน (มาตรา 42) ความผิดดังกล่าวปรากฏอยู่ในมาตรา 39 และ 40 ซึ่งสรุปได้ดังนี้ คือ

(1) ผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่แสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย

(2) ใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดหรือสูญหาย แล้วผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่ยื่นคำขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบการชำรุดหรือสูญหาย

(3) ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน เมื่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามหรือเรียกตรวจสอบหรือไม่ให้ความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่มีเหตุอันสมควร

2.4 ผู้บังคับใช้กฎหมาย (Organization)

ผู้บังคับใช้กฎหมายในที่นี้จะกล่าวเฉพาะผู้บังคับใช้กฎหมายในทางปกครองเท่านั้น²¹ ซึ่งได้แก่

2.4.1 คณะรัฐมนตรี

คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในฝ่ายบริหารและเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติการประกอบธุรกิจตามบัญชี 2

2.4.2 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นผู้มีอำนาจในการพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 มีอำนาจในการออกกฎกระทรวงต่าง ๆ ที่พระราชบัญญัตินี้ให้อำนาจไว้

2.4.3 คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

(1) องค์ประกอบ (มาตรา 23)

- คณะกรรมการโดยตำแหน่งมี 20 ท่านคือ ปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการโดยตำแหน่ง อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรรมการและเลขานุการ และ ผู้แทนจากหน่วยงานภาครัฐและเอกชน
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งไม่เกิน 5 คน ประกอบด้วยผู้มีความรู้ความชำนาญด้านเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม การค้า การลงทุน การบริหารธุรกิจ หรือการอุตสาหกรรม ทั้งนี้ ต้องไม่เป็นที่ปรึกษาพรรคการเมืองหรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(2) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ (มาตรา 26)

- อำนาจหน้าที่ที่มีบทบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ที่สำคัญได้แก่ การให้ความเห็นชอบ ในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสามโดย อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า, การพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติอย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกระยะเวลาหนึ่งปี นับตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ แล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรี เป็นต้น

²¹ ผู้บังคับใช้กฎหมายในขั้นตอนการฟ้องร้องคดีเมื่อกระทำผิดกฎหมาย ได้แก่ ศาล พนักงานอัยการ พนักงานสอบสวน หรือทนายความ หรือนักกฎหมายทั่วไป

- อำนาจหน้าที่นอกเหนือจากที่ระบุใน (1) ที่สำคัญได้แก่ การให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่อง การตราพระราชกฤษฎีกา และการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้, การกำหนดประเภทธุรกิจ และท้องที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 7, และการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 8(2) การที่รัฐมนตรีเสนอขออนุมัติต่อคณะรัฐมนตรีอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง

2.4.4 นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่

(1) คำนิยาม

“พนักงานเจ้าหน้าที่” หมายความว่า บุคคลผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ปัจจุบันรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไปในสังกัดกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นพนักงานเจ้าหน้าที่

“นายทะเบียน” หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียน การประกอบธุรกิจต่างด้าว ปัจจุบันรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า รองอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า นิติกร 9 ชช. นักวิชาการพาณิชย์ 9 ชช. ผู้อำนวยการสำนักงานทะเบียนธุรกิจ ผู้อำนวยการสำนักบริการข้อมูล ผู้อำนวยการสำนักกำกับดูแลธุรกิจ ผู้อำนวยการกองนิติการและข้าราชการพลเรือนสามัญตั้งแต่ระดับ 3 ขึ้นไป ในสังกัดสำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและสำนักบริการข้อมูลธุรกิจกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นนายทะเบียน

(2) อำนาจหน้าที่ของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่

อำนาจของนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ เช่น (ตามมาตรา 30)

- มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง
- เข้าไปในสถานที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้
- ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ อธิบดี นายทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มีผลในกรณีที่ต้องรับผิดชอบต้องรับผิดชอบในฐานะเป็นเจ้าพนักงาน ขณะเดียวกันก็ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในฐานะเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติตามหน้าที่ด้วย

3. ลักษณะของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ลักษณะของกฎหมาย จะมีความสัมพันธ์กับการบังคับใช้กฎหมาย โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะดังนี้

3.1 เป็นกฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

โดยหลักการทั่วไป กฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ได้รับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของบุคคลที่อยู่ในดินแดนประเทศไทย แต่กฎหมายรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ได้มีบทยกเว้นว่า รัฐอาจออกกฎหมายในการจำกัดและควบคุมการประกอบธุรกิจได้ ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ เป็นกฎหมายที่ออกตามบทยกเว้นดังกล่าวของกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพื่อเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่อยู่ในประเทศไทย ซึ่งในตัวพระราชบัญญัติเองก็ได้บัญญัติยอมรับถึงการจำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวเอาไว้ในคำปรารภของกฎหมายด้วย²² และโดยผลที่กฎหมายนี้มีลักษณะเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพ ได้ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องของ “การตีความกฎหมาย”²³ กล่าวคือ จะต้องตีความบทบัญญัติของกฎหมายนี้โดยเคร่งครัด โดยจะตีความเกินเลยไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ เพื่อมิให้กระทบกระเทือนถึงสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ

²² คำปรารภดังกล่าวมีว่า “พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งตามมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 35 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

²³ การตีความกฎหมาย คือ การค้นหา หรืออธิบายความหมายของถ้อยคำที่ปรากฏในตัวกฎหมาย โดยอาศัยการใช้เหตุผลตามหลักตรรกวิทยาและสามัญสำนึก ให้มีความหมายที่ชัดเจนขึ้น เพื่อที่จะนำกฎหมายนั้นไปใช้บังคับแก่กรณีที่มีปัญหาได้อย่างถูกต้องและเป็นธรรม และเหตุที่ต้องมีการตีความกฎหมายก็เนื่องมาจากบทบัญญัติของกฎหมายนั้นประกอบขึ้นมาจากถ้อยคำที่เป็นสื่อกลางในการสื่อสารของบุคคล โดยถ้อยคำที่ประกอบกันเป็นบทบัญญัติของกฎหมายนั้นมักจะมีข้อจำกัดในตัวเอง บางกรณีถ้อยคำบางคำอาจมีความหมายได้หลายนัย ถ้อยคำบางคำมีความหมายเปลี่ยนแปลงไปตามบริบท และถ้อยคำบางคำอาจมีทั้งความหมายธรรมดาและความหมายเฉพาะ (ธานินทร์ กรัยวิเชียร. แง่คิดในการตีความกฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2548 หน้า 1-2)

3.2 เป็นกฎหมายปกครอง

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง²⁴ เอาไว้ กล่าวคือ ได้จัดตั้งองค์กรผู้มีอำนาจในการบังคับใช้กฎหมายคือคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีสำนักเลขาธิการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้แก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สังกัดกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งถือเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ยังมีพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ดำเนินวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง²⁵ โดยที่ฝ่ายปกครองนั้นขึ้นต่ออำนาจฝ่ายบริหารหรืออำนาจรัฐบาล คำสั่งใด ๆ ของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง²⁶ ที่มีสภาพบังคับ และเป็นคำสั่งที่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ผลของการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายปกครองนี้ จึงต้องปฏิบัติตาม พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดขั้นตอนและหลักการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐในการออกคำสั่งทางปกครอง (มาตรา 5) ซึ่งต้องกระทำโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ (มาตรา 12) ไม่มีส่วนได้เสีย (มาตรา 13) การพิจารณาต้องพิจารณาพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องทุกอย่าง (มาตรา 27) คำสั่งทางปกครองต้องชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร (มาตรา 37) และเมื่อออกคำสั่งไปกระทบสิทธิของผู้ใดต้องเปิดโอกาสให้ผู้ที่ถูกกระทบสิทธิได้มีโอกาสอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้น (มาตรา 44) รวมทั้งหากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นใหม่ที่จะทำให้การพิจารณามีคำสั่งของเจ้าหน้าที่เปลี่ยนไปก็ขอให้มีการ

²⁴ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง หรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใดๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

²⁵ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง หรือกฎ และรวมถึงการดำเนินการใดๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 5)

²⁶ “คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล ในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับหรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรองและการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ และ (2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (มาตรา 5)

พิจารณาใหม่ได้ (มาตรา 54) อย่างไรก็ตาม หากผู้รับคำสั่งทางปกครองฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองนั้น เจ้าหน้าที่อาจนำมาตราการบังคับทางปกครองมาใช้กับผู้ฝ่าฝืนได้ (มาตรา 58)

สำหรับผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ ได้แก่ ผู้ถูกระทบสิทธิ ผู้ที่อาจจะถูกระทบสิทธิ หรือตัวแทนของบุคคลที่ถูกระทบสิทธิในคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งบุคคลเหล่านี้มีสิทธิตามกฎหมาย คือ เจ้าหน้าที่ต้องแจ้งสิทธิต่างๆ (มาตรา 27) ให้ทราบ

3.3 เป็นกฎหมายอาญา

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายหมายอาญา กล่าวคือเป็นกฎหมายที่บัญญัติว่าการกระทำหรือไม่กระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง เป็นความผิดและมีการกำหนดโทษแก่ผู้ที่กระทำความผิดไว้ด้วย (เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, 2544: 1) โดยโทษที่กำหนดในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้แก่โทษจำคุก และปรับ²⁷ ดังที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 34 ถึงมาตรา 42

ผลของการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญานี้ ส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องของการตีความกฎหมาย เนื่องจากกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกลงโทษและประชาชนทั่วไปโดยตรง ดังนั้น จึงต้องตีความโดยเคร่งครัดไม่ให้มีผลเกินกว่าที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพื่อไม่ให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกลงโทษและประชาชนทั่วไป

นอกจากนั้น ผลของการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา ทำให้การนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษนั้นจะต้องปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนี้

“บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ยังบัญญัติย้ำเอาไว้อีกว่า

“บุคคลจักต้องรับโทษในทางอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่ผู้กระทำความผิดนั้นต้องเป็นโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมาย”

²⁷ โทษทางอาญาได้แก่ ประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ และริบทรัพย์สิน (ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18)

ในขั้นตอนของการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษนั้น จะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งได้กำหนดถึงขั้นตอนและวิธีการในการพิจารณาความอาญาเอาไว้ หากไม่ปฏิบัติตาม อาจเป็นเหตุให้ศาลพิพากษายกฟ้องได้ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้บังคับให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยชี้ว่านักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น และเมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย (ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227)

นอกจากศาลแล้ว ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินคดีอาญาที่สำคัญ ได้แก่ พนักงานอัยการ และพนักงานสอบสวน โดยพนักงานอัยการจะมีบทบาทเป็นโจทก์ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล และพนักงานสอบสวนรวมถึงเจ้าหน้าที่ตำรวจอื่น ๆ จะมีบทบาทและอำนาจในการค้นหาพยานหลักฐานมาเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยให้ได้ครบทุกองค์ประกอบของความผิดตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้น

4. เปรียบเทียบพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับกฎระเบียบของประเทศอื่น

4.1 มุมมองด้านกฎระเบียบในการลงทุนของคนต่างชาติในต่างประเทศ

กฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนี้ โดยทั่วไปมีอยู่ 2 ลักษณะ ได้แก่ กฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป (ดังเช่นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของไทย) กับกฎหมายที่บังคับใช้กับเฉพาะธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งหรือสาขาใดสาขาหนึ่ง

4.1.1 ประเทศที่ใช้กฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป เช่น

(1) เวียดนาม

ประเทศเวียดนามมีกฎหมายที่เรียกว่า Law on Foreign Investment in Vietnam²⁸ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อประโยชน์ในการขยายความร่วมมือทางด้านเศรษฐกิจกับต่างประเทศและเพื่อให้เศรษฐกิจของประเทศสามารถพัฒนาไปได้อย่างทันสมัยและเป็นอุตสาหกรรมที่มั่นคง โดยการสำรวจและการนำทรัพยากรธรรมชาติของประเทศมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุด

²⁸ ฉบับภาษาอังกฤษ โปรดดูใน <http://www.vietnamembassy.org.uk> (ดูภาคผนวก จ-3)

รัฐบาลเวียดนามจะส่งเสริมให้ผู้ลงทุนจากต่างประเทศลงทุนในภาคอุตสาหกรรม และพื้นที่ดังนี้

ก) ภาคอุตสาหกรรม ได้แก่ การผลิตเพื่อส่งออก การเลี้ยงสัตว์ การเพาะปลูก และกระบวนการผลิตสินค้าเกษตร การป่าไม้และการเพาะเลี้ยงทางน้ำ การนำเทคโนโลยีขั้นสูง และเทคนิคที่ทันสมัยมาใช้ประโยชน์ การป้องกันด้านนิเวศวิทยา สิ่งแวดล้อมและการลงทุนด้านการวิจัยและพัฒนา กิจกรรมที่ใช้แรงงานเข้มข้น การผลิตวัตถุดิบและการใช้ประโยชน์ทรัพยากรธรรมชาติในเวียดนาม การก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกขั้นพื้นฐานและการก่อสร้างผลผลิตอุตสาหกรรมที่สำคัญ

ข) พื้นที่ ได้แก่ เขตภูเขาและเขตที่อยู่ห่างไกล เขตดินแดนที่มีเงื่อนไขทางด้านเศรษฐกิจและสังคมที่ย่างยาก

รัฐบาลเวียดนามจะไม่ออกใบอนุญาตให้แก่โครงการลงทุนของผู้ลงทุนจากต่างประเทศในภาคอุตสาหกรรมหรือพื้นที่ที่อาจทำให้เกิดกระทบต่อการป้องกันประเทศ ความปลอดภัยของประเทศ วัฒนธรรมและประวัติศาสตร์ดั้งเดิม ขนบธรรมเนียมที่ดีและมีสืบต่อกันมา หรือนิเวศวิทยาสิ่งแวดล้อม

สำหรับผู้ลงทุนจากต่างประเทศจะลงทุนในเวียดนามได้ถูกกำหนดรูปแบบและเงื่อนไขในการลงทุนหรือร่วมลงทุน (Joint Venture) กับคนเวียดนามไว้ โดยกฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดคำนิยามไว้อย่างชัดเจนนักว่าผู้ใดคือ “คนต่างชาติ” แต่ได้กล่าวถึงคำว่า “ผู้ลงทุนจากต่างประเทศ” ในลักษณะทั่ว ๆ ไปว่าคือ องค์การทางเศรษฐกิจต่างประเทศหรือเอกชนที่ไปลงทุนในเวียดนาม นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดถึงอำนาจการจัดการทั้งในระดับคณะกรรมการบริษัท และระดับจัดการ เอาไว้ด้วย เช่น มีการกำหนดไว้ใน Article 11 ว่าผู้ลงทุนแต่ละฝ่ายจะสามารถแต่งตั้งคณะกรรมการของบริษัทได้ตามสัดส่วนของเงินทุนที่ลง ใน Article 13 ผู้จัดการทั่วไป (General Director) หรือรองผู้จัดการทั่วไป จะต้องมีส่วนสัญชาติเวียดนาม เป็นต้น

(2) สาธารณรัฐประชาชนจีน²⁹

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนอยู่หลายฉบับ เช่น The Law on Chinese-Foreign Equity Joint Venture, Provision on Guiding Foreign Investment Direction, the Industrial Catalog for Guiding Foreign Investment โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมและส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจประเภทต่างๆ ตามที่รัฐบาลกำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาตามแผนงานโครงการ (การลงทุน) รายงาน

²⁹ สรุปลจาก www.bangkokbiznews.co.th 15 มกราคม 2550

ความเป็นไปได้ของโครงการ รูปแบบในการร่วมลงทุน ทั้งมีเงื่อนไขระบุว่า รัฐให้การสนับสนุนในโครงการที่มีการลงทุน ระหว่างต่างชาติและชาวจีนเป็นพิเศษ

กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดอุตสาหกรรมที่ควบคุมออกเป็น 4 ประเภท

ก) โครงการลงทุนของคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริม เช่น โครงการสำหรับเทคโนโลยีทางการเกษตรสมัยใหม่ และการพัฒนาความรู้และความเข้าใจทางการเกษตร โครงการในการสร้างพลังงาน โครงการเกี่ยวกับการขนส่ง และอุตสาหกรรมวัตถุดิบที่สำคัญ

โครงการสำหรับเทคโนโลยีขั้นสูงและสมัยใหม่ รวมถึงเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย และสามารถนำมาใช้ในการพัฒนารูปแบบของผลิตภัณฑ์และเพิ่มประสิทธิภาพของบริษัท หรือใช้ในการผลิตวัสดุใหม่ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ที่ตรงกับอุปสงค์ที่มีการผลิตภายในประเทศไม่พอ

ข) โครงการการลงทุนของคนต่างด้าวที่ต้องควบคุม เช่น โครงการที่เป็นอันตรายต่อการรักษาแหล่งทรัพยากร และการรักษาสิ่งแวดล้อม โครงการในภาคอุตสาหกรรม ที่มีนโยบายเปิดให้นักลงทุนต่างชาติเพียงเล็กน้อย โครงการที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีที่ล้ำหลัง โครงการอื่นๆ ที่ถูกจำกัดโดยกฎหมายและระเบียบการปกครองของรัฐ โครงการสำรวจและการเหมืองแร่จากแหล่งแร่พิเศษที่ถูกปกป้องโดยรัฐ

ค) โครงการการลงทุนของคนต่างด้าวที่ต้องห้าม เช่น โครงการที่กระทบความมั่นคงของรัฐ โครงการเป็นภัยต่อความมั่นคงทางการทหาร โครงการที่ใช้พื้นที่การเพาะปลูกจำนวนมาก และไม่ช่วยในการปกป้องและพัฒนาทรัพยากรดิน โครงการอื่นที่ห้ามโดยรัฐ

ง) โครงการการลงทุนของคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต คือ โครงการการลงทุนอื่นๆ นอกเหนือจาก ก) – ง)

4.1.2 ประเทศที่ใช้กฎหมายเฉพาะสาขา

ทั่วไปแล้ว ประเทศที่พัฒนาแล้วจะไม่มีกฎหมายแม่บทที่จำกัดหุ้นส่วนต่างชาติ แต่จะมีกฎหมายเฉพาะในรายสาขาไม่กี่สาขาที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศซึ่งมักมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามและข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างชาติไว้ โดยประเทศเหล่านี้ล้วนมีกฎหมายที่ควบคุมการเข้ามาควบรวมกิจการ (Merger & Acquisition) ภายในประเทศของบริษัทต่างชาติ เพื่อมิให้คนต่างชาติมีอำนาจครอบงำกิจการดังกล่าวอีกด้วย (เดียนเด็น นิคมบริรักษ์ และ สุณีพร ทวรรณกุล, 2549: 19) เช่น

(1) แคนาดา

ประเทศแคนาดา มีกฎหมาย Investment Canada Act ที่กำหนดให้การเข้ามาซื้อกิจการภายในประเทศของคนต่างด้าวที่มีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 223 ล้านดอลลาร์แคนาดา ต้องได้รับการอนุมัติจากกระทรวงอุตสาหกรรมในกรณีของการควบรวมหรือซื้อธุรกิจที่มีผลในเชิงเศรษฐกิจหรือกระทรวงวัฒนธรรมในกรณีของการซื้อกิจการที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมท้องถิ่น (เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และ สุณีพร ทวรรณกุล, 2549: 23) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าว โดยกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ว่าคือ บุคคลธรรมดา รัฐบาลหรือหน่วยงานที่ไม่ใช่คนแคนาดา (คนแคนาดา ได้แก่ นิติบุคคลที่ควบคุมโดยแคนาดา รัฐบาลของแคนาดาในทุกระดับ ผู้มีถิ่นพำนักในแคนาดา)

กฎหมายนี้ ได้จำกัดการทำธุรกิจการลงทุนของบุคคลที่ไม่ใช่แคนาดา ได้แก่ การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยต้องแจ้งให้รัฐบาลแคนาดาทราบ ซึ่งประเด็นที่ระบุว่าการลงทุน ที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยไม่ระบุว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามการเข้าไปลงทุนธุรกิจทุกประเภท ซึ่งมีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าของพลเมืองแคนาดา ซึ่งเป็นเนื้อหาของกฎหมายที่ไม่เปิดช่องสำหรับการลงทุนของต่างด้าวในเกือบทุกธุรกิจ³⁰

(2) ญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายชื่อว่า Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการลงทุนในอุตสาหกรรม ที่กระทบความมั่นคงและความปลอดภัยและอุตสาหกรรมที่สงวนไว้โดยข้อกำหนดขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา หรือ โออีซีดี จะต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบ โดยได้คำนิยาม “นักลงทุนต่างชาติ” ไว้ว่าคือ (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่ได้มีถิ่นพำนักอยู่ในญี่ปุ่น (2) นิติบุคคลหรือองค์กรที่จัดตั้งภายใต้การจดทะเบียนจากต่างประเทศหรือนิติบุคคลหรือองค์กรที่มีสำนักงานใหญ่อยู่ในต่างประเทศ หรือ (3) บริษัทที่ตั้งขึ้นภายในประเทศ แต่มีบุคคลต่างด้าวหรือบริษัทต่างชาติถือหุ้นไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อมผ่านนิติบุคคลอื่นตั้งแต่ 50% ของทุน หรือ (4) นิติบุคคลหรือองค์กรภายในประเทศที่มีจำนวนกรรมการเสียงข้างมากเป็นคนต่างชาติ หรือที่มีจำนวนบุคคลต่างชาติซึ่งมีอำนาจกระทำการแทนกรรมการดังกล่าวเป็นเสียงข้างมากด้วย

กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นจำกัดการทำธุรกิจ โดยห้ามนักลงทุนต่างชาติ ดำเนินการ คือ การโทรคมนาคม การบริการโทรศัพท์ภายในประเทศ และยังกำหนดให้ธุรกิจที่นัก

³⁰ สรุปจาก www.bangkokbiznews.co.th (โปรดดูฉบับภาษาอังกฤษที่ภาคผนวก ๑-4)

ลงทุนต่างชาติ จะต้องมีการร่วมทุนกับประเทศญี่ปุ่น คือ การบริการด้านการก่อสร้างอื่นๆ (โปรดดูกฎหมายฉบับภาษาอังกฤษที่ภาคผนวก จ-5)

4.2 เปรียบเทียบหลักเกณฑ์คำนิยาม “คนต่างด้าว” กับกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศ

4.2.1 เปรียบเทียบกับกฎหมายระหว่างประเทศ

ตามหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น นิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายก่อตั้งขึ้นและรับรองให้มีตัวตนในทางกฎหมาย ความเป็นนิติบุคคลจึงขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นสาระสำคัญของนิติบุคคล กล่าวคือ³¹

- (1) บุคคลทางกฎหมายที่มารวมตัวกันเพื่อกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งร่วมกัน อาทิ นิติบุคคลในรูปของบริษัทก็จะต้องมีผู้ถือหุ้น นิติบุคคลในรูปของสมาคมก็จะต้องมีสมาชิก (Groupement of Member)
- (2) ที่ทำการหรือสำนักงานในการกระทำการร่วมกันและในการกำหนดเจตนาของนิติบุคคล (Head Office)
- (3) กฎหมายรับรองสภาพความเป็นบุคคลทางกฎหมายของนิติบุคคลนั้น (Incorporating Law)

ข้อเท็จจริงแรกถูกเปรียบเทียบว่าเสมือนเป็นหัวใจของนิติบุคคล ข้อเท็จจริงที่สองเสมือนร่างกายของนิติบุคคล และข้อเท็จจริงสุดท้ายเสมือนวิญญาณของนิติบุคคล ด้วยองค์ประกอบทั้งสามข้อเท็จจริงนิติบุคคลจึงจะมีชีวิตดำรงอยู่ได้ และข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญนี้เองที่นานารัฐใช้เป็นข้อเท็จจริงที่ชี้ว่านิติบุคคลหนึ่งมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับรัฐหนึ่ง (Genuine Link) **หรือไม่** กฎหมายของรัฐมักจะใช้ข้อเท็จจริงนี้ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ซึ่งกฎหมายของรัฐบางรัฐเลือกให้ความสำคัญแก่ข้อเท็จจริงใดข้อเท็จจริงหนึ่ง กฎหมายของบางรัฐก็ให้ความสำคัญแก่ข้อเท็จจริงสองข้อเท็จจริงประกอบกัน แต่กฎหมายของบางรัฐก็ใช้ทุกข้อเท็จจริงโดยใช้ข้อเท็จจริงหนึ่งต่อปัญหาหนึ่ง และใช้ข้อเท็จจริงหนึ่งต่ออีกปัญหาหนึ่ง

ในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ทั้งกฎหมายภายในของรัฐและกฎหมายระหว่างประเทศ³²ได้ใช้เกณฑ์ 3 ประการในการกำหนดสัญชาติ ดังนี้ (จุมพต สายสุนทร, 2544: 291)

31

สรุปจากพันธุทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล.

- (1) สถานที่ที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้งขึ้น (Place of Incorporation)
- (2) สถานที่อื่นเป็นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของบริษัท (Head Office)
- (3) สัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท (Controlling Shareholders)

ทฤษฎีที่สนับสนุนหลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าว ได้แก่ **ทฤษฎีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Sociale)**, **ทฤษฎีสถานที่ก่อตั้ง (L'incorporation)** และ**ทฤษฎีการควบคุม (Le controle)** โดยมีหลักการสำคัญสรุปได้ดังตารางที่ 4-3

ตารางที่ 4-3 สรุปหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล
ตามหลักของกฎหมายระหว่างประเทศ

ทฤษฎีที่ใช้พิจารณา	จุดเกาะเกี่ยวกับรัฐ	วัตถุประสงค์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล	ข้อดี	ข้อเสีย
1. สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Sociale)	สถานที่ตั้งแห่งใหญ่เป็นสถานที่ที่เป็นศูนย์กลางของการบริหารจัดการและมีอำนาจในการตัดสินใจ	กฎหมายสัญชาติของบุคคลธรรมดา ยอมรับการกำหนดสัญชาติตามกฎหมายสัญชาติของนิติบุคคลจึงควรยอมรับที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลซึ่งเปรียบเสมือนเป็นภูมิลำเนาของนิติบุคคล	เข้าใจได้ง่าย เพราะเกิดจากการเทียบเคียงกับกฎหมายสัญชาติของบุคคลธรรมดา	เป็นช่องว่างให้บริษัทข้ามชาติใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์ในรัฐ ๆ นั้น

สถาบันวิทยบริการ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³² ข้อตกลงระหว่างประเทศมักจะไม่ระบุถึงเงื่อนไขการกำหนดสัญชาติเอาไว้ โดยปล่อยให้เป็นการกำหนดสัญชาติโดยภายในของแต่ละรัฐ (ชุมพร ปัจจุสานนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 สัญชาติ. กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2549 หน้า 307) แต่กระนั้น ศาลที่ตัดสินคดีระหว่างประเทศก็มักใช้สถานที่ที่ตั้งหรือ สถานที่แห่งใหญ่ ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในกรณีที่กฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้บัญญัติถึงสัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้

ทฤษฎีที่ใช้พิจารณา	จุดเกาะเกี่ยวกับรัฐ	วัตถุประสงค์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล	ข้อดี	ข้อเสีย
2. สถานที่ก่อตั้ง (L'incorporation)	การที่นิติบุคคลจดทะเบียนตามกฎหมายของรัฐนั้นถือว่า มีภูมิลำเนาในรัฐนั้น	แนวคิดนี้เกิดจากอังกฤษช่วงศตวรรษที่ 18 ในขณะที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเจ้าอาณานิคม เพื่อประโยชน์ในแง่ของการลงทุน โดยกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลของอังกฤษเพื่อรูดตลาดไปยังประเทศอื่นได้สะดวก	สถานที่ในการจดทะเบียนไม่เปลี่ยนแปลง ทำให้การกำหนดสัญชาติมีความมั่นคงชัดเจนสูงกว่า	1. นิติบุคคลอาจจดทะเบียนได้กับหลาย ๆ ประเทศ ทำให้เกิดนิติบุคคลหลายสัญชาติ 2. เป็นช่องว่างให้บรรษัทข้ามชาติใช้เป็นช่องทางในการแสวงหาประโยชน์ในรัฐ ๆ นั้น
3. การควบคุม (Le controle)	นิติบุคคลเป็นบุคคลตามกฎหมาย จึงจำเป็นต้องมีบุคคลธรรมดาเป็นผู้บริหารนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลจึงมีความใกล้ชิดกับผู้บริหารที่เป็นบุคคลธรรมดา	แนวคิดนี้เกิดขึ้นในฝรั่งเศสในช่วงหลังสงคราม โดยการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลของชาติอื่นเพื่อการควบคุมการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง หรือเพื่อวัตถุประสงค์ทางเศรษฐกิจหรือการเมือง	เป็นหลักเกณฑ์ที่มีประสิทธิภาพในการค้นหานิติบุคคลที่เป็นชนชาติศัตรู	1. ปัญหาในทางปฏิบัติว่าผู้ควบคุมหมายถึงใครบ้าง 2. สัญชาติผันแปรไปตามสัดส่วนการถือหุ้น จึงมีความไม่มั่นคงในสถานะของบุคคล

ที่มา: สรุปจาก ชุมพร บัจจุสานนท์, 2549 หน้า 315-327

ในทางปฏิบัติอาจสรุปได้ว่า

(1) ประเทศกลุ่มที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Common Law) มักจะถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติตามประเทศซึ่งเป็นเจ้าของกฎหมายที่ใช้ในการก่อตั้งสถานภาพนิติบุคคล

(2) ประเทศกลุ่มที่ใช้กฎหมายจารีตประเพณี (Civil Law) มักจะถือว่า นิติบุคคลมีสัญชาติตามประเทศซึ่งเป็นเจ้าของถิ่นที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล

(3) ส่วนสัญชาติส่วนใหญ่ของผู้เป็นสมาชิกของนิติบุคคล มักจะถูกนำมาใช้ในสถานการณ์พิเศษ โดยในช่วงของสงครามโลกครั้งที่ 1 และครั้งที่ 2 หลายรัฐได้นำเอาสัญชาติส่วนใหญ่ของผู้เป็นสมาชิกของนิติบุคคลมาใช้เป็นข้อเท็จจริงในการกำหนดความเป็นชนชาติศัตรู (Enemy Nationality) ของนิติบุคคล เพราะการที่สัญชาติส่วนใหญ่ของผู้เป็นสมาชิกของนิติบุคคลเป็นสัญชาติของรัฐศัตรูก็หมายความว่านิติบุคคลตกอยู่ภายใต้การครอบงำของหุ้นส่วนข้างมากที่เป็นชนชาติศัตรู ผลประโยชน์ของนิติบุคคลจึงเป็นผลประโยชน์ของชนชาติศัตรู ถึงแม้ว่านิติบุคคลจะก่อตั้งสภาพนิติบุคคลหรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศที่เป็นกลางหรือในประเทศสัมพันธมิตรก็ตาม ดังนั้น โดยผลของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม รัฐผู้ชนะสงครามจึงอาจยึดทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวเพื่อชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากสงครามได้ในฐานะของทรัพย์สินของชนชาติศัตรู (Enemy Property) หรือทรัพย์สินเชลยได้ ต่อมาแนวความคิดนี้ก็ขยายออกไปอีก กล่าวคือ นอกจากจะถือว่านิติบุคคลซึ่งหุ้นส่วนข้างมากเป็นของชนชาติศัตรูก็จะมีสัญชาติศัตรูแล้ว ยังถือต่อไปอีกว่านิติบุคคลก็จะมีสัญชาติศัตรูอีกด้วย หากปรากฏว่าผู้บริหารนิติบุคคลมีสัญชาติศัตรู ซึ่งในปัจจุบันแนวความคิดที่จะกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยพิจารณาให้นิติบุคคลมีสัญชาติตามบุคคลที่ครอบงำนิติบุคคลก็ยังถูกนำมาใช้อีกด้วย ถึงแม้ว่ารัฐจะไม่ตกอยู่ภายใต้ภาวะสงคราม กล่าวคือ รัฐมักจะนำแนวความคิดนี้มาใช้กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และมาตรการทางการค้าและการลงทุนอันมีลักษณะที่อาจกระทบกระเทือนต่อการเมืองและเศรษฐกิจของรัฐ (พันธูทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร ,www.lawonline.co.th)

นอกจากประเด็นเรื่องการควบคุมแล้ว บริษัทควรมีสัญชาติของประเทศที่มีผลประโยชน์มากที่สุดในกิจกรรมของบริษัทนั้น หมายความว่าประเทศซึ่งผลกำไรหรือขาดทุนของบริษัทมีผลต่อดุลการค้าของประเทศตนด้วย (Louise – Lugas อ้างถึงใน ชุมพร ปัจจุบันนท์, 2549: 321)

รัฐแต่ละรัฐจะเลือกใช้เกณฑ์หรือองค์ประกอบใดบ้างในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลย่อมขึ้นอยู่กับแนวคิดและเหตุผลของแต่ละรัฐเป็นสำคัญ แต่การให้สัญชาติกับนิติบุคคลนั้น จะก่อให้เกิดประโยชน์ในการให้ความคุ้มครองหรือใช้อำนาจเหนือนิติบุคคลนั้น

สรุปการเปรียบเทียบได้ดังตารางที่ 4-4

ตารางที่ 4-4 เปรียบเทียบการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว”
ตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายระหว่างประเทศ

หลักเกณฑ์ตามกฎหมายระหว่างประเทศ	คำนิยาม “คนต่างด้าว” ของไทย
(1) สถานที่ตั้งแห่งใหญ่	--
(2) สถานที่ก่อตั้งสถานภาพบุคคล	นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยจะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว”
(3) สัญชาติของผู้ถือหุ้น	
- สัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นที่แท้จริง หรือ ความเป็นเจ้าของ	นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่คนต่างด้าวมีสัดส่วนการลงทุนหรือการถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป จะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว”
- อำนาจการควบคุมและบริหารจัดการ ซึ่งจะต้อง พิจารณาถึงบุคคลธรรมดา	ห้างหุ้นส่วนสามัญและห้างหุ้นส่วนจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย นอกจากจะพิจารณาถึงสัดส่วนการลงทุนแล้ว หากห้างฯ นั้น มีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างชาติ จะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว”
- ผลประโยชน์ที่ตกได้แก่ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง	--

ที่มา : โดยผู้เขียน

หากพิจารณาถึงบ่อเกิดและที่มาของหลักเกณฑ์การควบคุมในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นที่น่าพิจารณาว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษเกี่ยวกับกฎเกณฑ์และมาตรการทางการค้าและการลงทุนอันมีลักษณะที่อาจกระทบกระเทือนต่อการเมืองและเศรษฐกิจของประเทศไทยนั้น³³ สมควรที่จะนำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” เข้ามาพิจารณากำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วยหรือไม่

4.2.2 เปรียบเทียบกับข้อตกลง GATS

ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GENERAL AGREEMENT ON TRADE IN SERVICES) ข้อ 28 (แอล), (เอ็ม) และ (เอ็น) ได้ให้นิยามคำว่า “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” โดยใช้หลักเกณฑ์ 3 หลักเกณฑ์ในการกำหนดคำนิยาม “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” (1) เกณฑ์สถานที่

³³ ในคราวที่คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เคยตีความคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในปี 2535 นั้น ได้กล่าวเหตุผลประกอบการตีความไว้ด้วยว่า กฎหมายนี้ “เป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น”

ก่อตั้ง (2) เกณฑ์ความเป็นเจ้าของ (Owned) และ (3) เกณฑ์การควบคุมผลประโยชน์ (Controlling Interests)

สรุปการเปรียบเทียบได้ดังตารางที่ 4-5

ตารางที่ 4-5 เปรียบเทียบการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว”
ตามหลักเกณฑ์ของ GATS

หลักเกณฑ์ตาม GATS	คำนิยาม “คนต่างด้าว” ของไทย
(1) สถานที่ก่อตั้งสถานภาพบุคคล	นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยจะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว”
(2) ความเป็นเจ้าของ	นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่คนต่างด้าวมียึดส่วนการลงทุนหรือการถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป จะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว”
(3) การถูกควบคุม	
- บริหารจัดการ	ห้างหุ้นส่วนสามัญและห้างหุ้นส่วนจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย นอกจากจะพิจารณาถึงสัดส่วนการลงหุ้นแล้ว หากห้างฯ นั้น มีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างชาติ จะถือว่าห้างฯ นั้นเป็น “คนต่างด้าว”
- ที่ตั้งสำนักงานใหญ่	--

ที่มา : โดยผู้เขียน

หากเปรียบเทียบคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับ หลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศ และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการของ GATS นั้น จะพบว่า คำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทย ใช้แต่เพียงหลักเกณฑ์ “สถานที่ก่อตั้ง” และ “ความเป็นเจ้าของ-การถือหุ้น” โดยใช้หลักเกณฑ์ “อำนาจการควบคุม” กับนิติบุคคลประเภท “ห้างหุ้นส่วนจำกัดและห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน” ที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่ไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ “อำนาจการควบคุม” กับนิติบุคคลประเภท “บริษัท” ด้วย นอกจากนั้น คำนิยามดังกล่าวยังไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ “สถานที่ตั้งแห่งใหญ่” มากำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วย

5. ข้อพิจารณาในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ของผู้มีอำนาจในการออกกฎหมาย

คำนิยาม “คนต่างด้าว” ถือว่าเป็นหัวใจของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะเป็นการกำหนดถึงบุคคลผู้ต้องถูกควบคุมตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งหากไม่บัญญัติให้รัดกุมแล้ว จะเป็นช่องทางให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ง่าย ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้ไม่บรรลุผลดังที่ตั้งใจไว้ ดังนั้น การกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” จึงเป็นประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันมากในขั้นตอนของการตรากฎหมาย โดยประเด็นที่เป็นที่ถกเถียงกันมากที่สุดได้แก่ ควรนำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” เข้ามาพิจารณาในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วยหรือไม่³⁴

เนื้อหาของคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันนี้ ถูกเสนอขึ้นโดยรัฐบาลในสมัยนายก ชวน หลีกภัย เป็นนายกรัฐมนตรี เข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร³⁵ โดยในชั้นกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎร³⁶ ได้มีกรรมาธิการหลายท่าน ได้ให้ความเห็นว่า คำนิยามดังกล่าวนั้นไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ “การควบคุม” ในการกำหนดคำนิยามด้วย ซึ่งจะก่อให้เกิดการอาศัยช่องว่างของคำนิยามหลีกเลี่ยงกฎหมายขึ้นได้ในหลายกรณี เช่น การออกหุ้นบุริมสิทธิเพื่อกำหนดสิทธิการออกเสียงหรือการแต่งตั้งกรรมการที่เป็นของคนต่างด้าวให้เหนือกว่าคนไทยอันเป็นการครอบงำกิจการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าวได้ แต่กรรมาธิการเสียงข้างมากให้คงคำนิยามเดิมตามร่างที่รัฐบาลเสนอ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติผ่านร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวด้วยคะแนนเสียง 183 จากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เข้าร่วมประชุม 183 คน³⁷

เมื่อร่างกฎหมายดังกล่าวมาถึงการพิจารณาของวุฒิสภา วุฒิสภาได้ตั้งคณะกรรมการพิจารณาศึกษาร่างกฎหมายฉบับนี้ โดยคณะกรรมการชุดดังกล่าวได้ให้ความเห็นว่า การนิยามความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามร่างของสภาผู้แทนราษฎรนั้น ก่อให้เกิดการอาศัยช่องว่าง

³⁴ พิจารณาจากรายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

³⁵ ขั้นตอนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของสภาผู้แทนราษฎรจะพิจารณาเป็น 3 วาระ ได้แก่ วาระที่ 1 การรับหลักการ วาระที่ 2 การแปรญัตติ (คือการปรับแก้ถ้อยคำในร่างกฎหมาย) และวาระที่ 3 การลงมติ

³⁶ ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น สภาผู้แทนราษฎรนั้น ได้มีการตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาปรับแก้ถ้อยคำในร่างกฎหมายดังกล่าว

³⁷ รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร (สมัยสามัญทั่วไป) เป็นพิเศษ ครั้งที่ 37 วันที่ 7 เมษายน 2542

ของคำนิยามหลักเสียงกฎหมายขึ้นได้ในหลายกรณี³⁸ ซึ่งอาจจะไม่เป็นการครอบคลุมเพียงพอที่จะควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย และอาจก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงของคนต่างด้าวโดยอาศัยช่องว่างทางกฎหมายที่มีอยู่ได้โดยสะดวก โดยได้หยิบยกหลักเกณฑ์ในการกำหนดคำนิยาม “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” ของ GATS ขึ้นเทียบเคียงด้วยว่า GATS ได้ใช้หลักเกณฑ์ 3 หลักเกณฑ์ ได้แก่ เกณฑ์ภูมิลำเนา (หรือเกณฑ์สถานที่จดทะเบียนนิติบุคคล) เกณฑ์ความเป็นเจ้าของ (Beneficial Owner) และเกณฑ์การควบคุมผลประโยชน์ (Controlling Interest) แต่พระราชบัญญัตินี้ได้รับเอาเฉพาะเกณฑ์ภูมิลำเนาและเกณฑ์ความเป็นเจ้าของมาใช้เพื่อเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยผ่านบทนิยามของคนต่างด้าวเท่านั้น ดังนั้น วุฒิสภาจึงได้มีมติให้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” เข้ากำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 โดยได้แก้ไขคำนิยามโดยเพิ่มเติมอนุมาตรา (4) ขึ้นว่า

“(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) เป็นผู้มีส่วนตามกฎหมายหรือข้อบังคับ หรือตามข้อตกลง ในการแต่งตั้งกรรมการส่วนใหญ่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดหรือในการออกคะแนนเสียงข้างมากเพื่อกำหนดนโยบายการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น”

อย่างไรก็ดี สภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมถ้อยคำในคำนิยามดังกล่าว ซึ่งตามหลักการออกกฎหมายแล้ว จะต้องตั้งคณะกรรมการร่วมกันของทั้งสองสภา เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายร่วมกันอีกครั้ง โดยในชั้นการพิจารณาของคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้มีการอภิปรายกันอย่างกว้างขวางในประเด็นว่าควรจะนำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มาใช้ในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วยหรือไม่ ซึ่งที่ประชุมไม่อาจประนีประนอมเพื่อหาข้อสรุปร่วมกันได้ ดังนั้น ที่ประชุมจึงได้ใช้วิธีการลงมติด้วยการนับคะแนนเสียงของกรรมการ ซึ่งที่ประชุมคณะกรรมการร่วมกันของทั้งสองสภามีมติไม่ให้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” เข้ามากำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วย และให้คงตามร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร โดยอ้างเหตุผลสนับสนุนหลายประการดังนี้³⁹

(1) การใช้หลักเกณฑ์ “การควบคุม” มากำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” นี้จะมีปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากแม้ว่าตามหลักสากลนั้น จะใช้หลักเกณฑ์ “ความเป็นเจ้าของ” กับ

³⁸ รายงานการประชุมวุฒิสภา สมัยสามัญทั่วไป ครั้งที่ 19 วันที่ 9 เมษายน 2542 เล่ม 2 ห้องสมุดรัฐสภา สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

³⁹ สรุปจากรายงานการประชุมคณะกรรมการร่วมกันพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ครั้งที่ 2/2542 วันอังคารที่ 12 ตุลาคม 2542

หลักเกณฑ์ “การควบคุม” มาพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล บางประเทศจะใช้หลักเกณฑ์ใด หลักเกณฑ์หนึ่งหรือทั้งสองหลักเกณฑ์มาพิจารณากำหนดค่านิยาม “คนต่างด้าว” ก็ได้ แต่ประเทศไทยนั้นได้เลือกที่จะใช้หลักเกณฑ์ “ความเป็นเจ้าของ” แต่เพียงอย่างเดียวมาตั้งแต่แรก ซึ่งคนต่างด้าวได้จัดองค์กรธุรกิจตามหลักเกณฑ์นี้เท่านั้น ดังนั้น หากนำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มาใช้ในการกำหนดค่านิยาม “คนต่างด้าว” จะทำให้เกิดปัญหาว่า เดิมได้จัดรูปแบบเป็นนิติบุคคลไทยไว้แล้ว กลับกลายเป็น “นิติบุคคลตามด้าว” ตามกฎหมายนี้ ซึ่งถือว่าไม่เป็นธรรม นอกจากนั้น อาจถูกต่างประเทศมองว่าเป็นกฎหมายที่เข้มงวดรุนแรงกว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งเป็น การขัดกับหลักการในการแก้กฎหมาย และจะทำให้นักลงทุนต่างชาติไม่อยากจะมาลงทุนใน ประเทศไทย

(2) การที่ใช้หลักเกณฑ์ “การควบคุม” ตามร่างของวุฒิสภานั้น เพื่อป้องกันการ หลีกเลียงกฎหมายด้วยการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) แต่เมื่อพระราชบัญญัตินี้ได้บัญญัติให้การ ถือหุ้นแทนการ (Nominee) เพื่อให้มีการหลีกเลียงกฎหมายนี้ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายและมีโทษทาง อาญาแล้ว ดังนั้นจึงต้องนับการถือหุ้นแทนกันรวมเข้าด้วยกันด้วย ซึ่งหากมีจำนวนเกินกว่า 50 % ก็จะต้องถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” โดยทันทีอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องนำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” เข้ามาพิจารณาอีก ดังนั้น ค่านิยามที่ระบุอยู่ในมาตรา 4 นี้ จึงหมายถึงนิติบุคคลไทยแท้ที่สุจริตซึ่ง มิได้มีการถือหุ้นแทนกัน

(3) ในเรื่องการมีอำนาจตามกฎหมายในการออกคะแนนเสียงข้างมากเพื่อกำหนดนโยบายการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น เมื่อค่านิยามที่ระบุอยู่ในมาตรา 4 หมายถึงนิติ บุคคลไทยแท้ที่สุจริตแล้ว จึงเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นที่จะตกลงกันอย่างไรก็ได้

(4) การแต่งตั้งกรรมการนั้นเป็นอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และไม่ว่าจะเป็นผู้ ถือหุ้นไทยหรือคนต่างด้าว ก็ต้องถือว่าเป็นมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้น การกำหนดอำนาจตาม ข้อบังคับหรือข้อตกลงจะกระทำมิได้อยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องเขียนเป็นค่านิยามไว้

(5) การใช้หลักเกณฑ์ “การควบคุม” เป็นการแทรกแซงการบริหารจัดการ ซึ่งเป็น การควบคุมการประกอบธุรกิจ ซึ่งจะมีผลกระทบต่อขีดความสามารถในการประกอบธุรกิจ รายได้ และผลกำไรของธุรกิจ และจะกระทบต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายไทยด้วย ดังนั้น ผลเสียจึงตกอยู่กับผู้ถือหุ้นที่ เป็นคนไทย

จากที่กล่าวมา ค่านิยาม “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 นั้น ได้ผ่านการผลักดันของผู้มี อำนาจทางการเมือง และแฝงเร้นไปด้วยการจัดสรรผลประโยชน์ให้กับกลุ่มผลประโยชน์หรือผู้ที่ เกี่ยวข้องทั้งภายในและภายนอกประเทศ

6. สรุป

(1) กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างของประเทศไทย เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ

1) เพื่อเป็นการบังคับให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประโยชน์ต่อประเทศ กล่าวคือ มีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนจากต่างประเทศต้องปฏิบัติ เช่น จำนวนทุนที่จะต้องนำเข้ามาลงทุน อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่จำเป็น

2) เพื่อเป็นการควบคุม Externality ให้อยู่ในระดับที่รับได้ จึงมีการปิดกั้นหรือควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทโดยคนต่างด้าว ที่สำคัญได้แก่ ธุรกิจที่มีผลต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อวัฒนธรรมประเพณี สิ่งแวดล้อม ธุรกิจที่มีแนวโน้มการรวบอำนาจและการผูกขาดโดยทุนต่างชาติ เป็นต้น

อย่างไรก็ดี วัตถุประสงค์ดังกล่าวนี้จะมีความสำคัญแตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลา โดยกฎหมายฉบับแรกของไทยคือประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในปี 2515 ได้ให้ความสำคัญกับการควบคุม Externality ได้แก่ การรวบอำนาจและการผูกขาดทางเศรษฐกิจเนื่องจากขณะนั้นมีกระแสชาตินิยมที่รุนแรง ต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น กลับให้ความสำคัญของการควบคุม Externality กับการบังคับการลงทุนจากต่างประเทศให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศไทย มากกว่าการให้ความสำคัญกับการรวบอำนาจและการผูกขาดทางเศรษฐกิจโดยทุนต่างชาติ เนื่องจากประเทศไทยประสบปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจในปี 2540

(2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้จัดแบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็น 3 บัญชีที่ปรากฏอยู่ในท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยใช้หลักเกณฑ์ “ความหนักเบาของผลกระทบ” และ “อำนาจในการอนุญาต” โดยคนต่างด้าวจะถูกห้ามมิให้ประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชี 1 แต่จะสามารถประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทที่ระบุไว้ในบัญชี 2 ท้ายพระราชบัญญัติโดยได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี หรือประกอบธุรกิจประเภทที่ระบุไว้ในบัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติ โดยได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

(3) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดบังคับให้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเกิดผลดีต่อประเทศไทย โดยการกำหนดเงื่อนไขที่ “คนต่างด้าว”

จะต้องปฏิบัติ เช่น ทุนขั้นต่ำ อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร จำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขอื่นที่จำเป็น

(4) กฎหมายฉบับนี้ ได้บัญญัติยกเว้นไม่ต้องพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับ ได้แก่ (1) การประกอบธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ (2) เมื่อผู้ประกอบธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อการส่งออก (3) คนต่างด้าวได้ประกอบธุรกิจที่มีสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี เช่น ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (TREATY OF AMITY AND ECONOMIC RELATIONS BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND THE UNITED STATES OF AMERICA) และ ความตกลงเขตการค้าเสรี (Free Trade Area: FTA) ที่ประเทศไทยทำกับประเทศต่างๆ

(5) หากมีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ กฎหมายได้กำหนดความผิดและอัตราโทษแบ่งได้เป็น 3 ระดับ ดังนี้

1) กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดร้ายแรง ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 - มาตรา 37 เช่น การประกอบธุรกิจในประเภทที่ต้องขออนุญาตแต่ไม่ได้ขออนุญาต การประกอบธุรกิจที่มีการถือหุ้นแทนกันเพื่อหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายนี้ นอกจากนั้น ยังได้กำหนดบทลงโทษ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 - มาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ด้วย

2) กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดที่ไม่ร้ายแรง เป็นความผิดที่เกี่ยวกับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับทุนขั้นต่ำ ได้แก่ การที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของจำนวนทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยกรณีหนึ่ง หรือการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงที่กำหนดถึงเงื่อนไขของจำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ อีกกรณีหนึ่ง ซึ่งกฎหมายกำหนดแต่อัตราโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ โดยไม่มีโทษจำคุก

3) กฎหมายกำหนดไว้เป็นความผิดเล็กน้อย เป็นความผิดเกี่ยวกับ ผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่แสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย หรือ ใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดหรือสูญหาย แล้วผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่ยื่นคำขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ทราบการชำรุดหรือสูญหาย หรือผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน เมื่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามหรือเรียกตรวจสอบหรือไม่ให้ความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยไม่มีเหตุอันสมควร ซึ่งมีเพียงโทษปรับไม่เกิน 5 พันบาท เท่านั้น โดยกฎหมายกำหนดให้อธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่อธิบดีหรือผู้ที่อธิบดีมอบหมายได้เปรียบเทียบภายใน 30 วัน นับแต่วันเปรียบเทียบ ให้คดีนั้นเป็นอันเลิกกัน

(6) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพการประกอบธุรกิจตามรัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายอาญา ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายจึงต้องตีความโดยเคร่งครัดและจะตีความเกินเลยไปกว่าที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ นอกจากนั้น การที่กฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นกฎหมายอาญา จึงต้องมีกระบวนการในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษ โดยรัฐ (โจทก์) จะต้องพิสูจน์ความผิดของผู้ถูกกล่าว (จำเลย) โดยชัดแจ้งว่า ได้กระทำความผิดจริง และเมื่อมีเหตุอันควรสงสัยว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ จะต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้กับจำเลย

(7) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายปกครอง ซึ่ง ได้ให้อำนาจฝ่ายปกครอง (ฝ่ายบริหาร) ในการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายนี้ โดยผู้บังคับใช้กฎหมายที่สำคัญได้แก่ คณะรัฐมนตรี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอธิบดีกรมธุรกิจการค้า นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ โดยการพิจารณาอนุญาตหรือไม่อนุญาตต่าง ๆ รวมถึงการอุทธรณ์คำสั่งของผู้ขอรับใบอนุญาต จะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วย

(8) กฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนของประเทศอื่น แบ่งออกเป็น 2 ประเภทใหญ่ ๆ คือ (1) กฎหมายที่เป็นแม่บทซึ่งมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป เช่น กฎหมายของประเทศเวียดนาม และกฎหมายของประเทศจีน เป็นต้น รวมถึงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยด้วย และ (2) กฎหมายเฉพาะประเภทกิจการหรือสาขาหนึ่ง ๆ

กฎหมายที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไปนี้ มักมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การลงทุนของคนต่างด้าวเกิดประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวม ทั้งในแง่ของการส่งเสริมการลงทุนหรือการกำหนดเงื่อนไขเพื่อบังคับควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศก็ตาม ส่วนกฎหมายเฉพาะนั้น มักจะออกมาโดยมีเหตุผลทางด้านความมั่นคงจึงต้องมีเงื่อนไขการลงทุนอย่างเข้มงวด เช่น มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้น มีการจำกัดอำนาจการบริหารจัดการ เป็นต้น โดยประเทศที่พัฒนาแล้ว มักไม่มีกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับธุรกิจเป็นการทั่วไป แต่จะมีกฎหมายเฉพาะเมื่อเห็นว่าประเภทกิจการนั้น ๆ มีความเสี่ยงต่อความมั่นคงของประเทศ เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านั้น จะมีการออกกฎหมายป้องกันการควบคุมกิจการ เพื่อเป็นเครื่องมือในการป้องกันการครอบงำกิจการโดยคนต่างชาติเป็นการทั่วไป เมื่อเห็นว่าธุรกิจนั้น ๆ มีผลกระทบต่อความมั่นคงแต่ไม่มีกฎหมายเฉพาะควบคุมไว้ ที่เป็นเช่นนี้ เพราะประเทศพัฒนาแล้วมักจะเป็นประเทศผู้ส่งออกทุน ซึ่งยึดถือและพยายามเผยแพร่แนวคิดเศรษฐกิจเสรีนิยมไปยังประเทศด้อยพัฒนาซึ่งเป็นประเทศผู้รับทุน หากมีกฎหมายที่จำกัดการลงทุนเป็นการทั่วไปแล้ว ย่อมจะไม่สอดคล้องกับแนวคิดเศรษฐกิจดังกล่าว

(9) หลักเกณฑ์ “การควบคุม” เป็นหลักเกณฑ์สากลที่กำหนดอยู่ในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือของ GATS ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ไม่ได้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มาใช้ในการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ด้วย

(10) หัวใจของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือคำนิยาม “คนต่างด้าว” เพราะเป็นจุดที่แบ่งแยกว่า บุคคลคนนั้น จะต้องถูกบังคับตามกฎหมายนี้หรือไม่ และหากไม่บัญญัติคำนิยาม “คนต่างด้าว” ให้รัดกุมแล้ว ก็จะเปิดโอกาสให้หลีกเลี่ยงกฎหมายนี้ได้ ซึ่งจะทำให้บุคคลนั้นสามารถประกอบธุรกิจใด ๆ ก็ได้โดยไม่ถูกห้ามหรือไม่ต้องขออนุญาต หรือไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งจะส่งผลให้กฎหมายฉบับนี้ไม่เกิดผลดังวัตถุประสงค์ที่คาดหวังไว้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทที่ 5

บทวิเคราะห์ประสิทธิผลและปัญหา ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากที่ได้ศึกษาในบทที่ 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการ คือ (1) เพื่อเป็นการบังคับให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประโยชน์ต่อประเทศ จึงมีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนจากต่างประเทศต้องปฏิบัติ เช่น จำนวนทุนที่จะต้องนำเข้ามาลงทุน อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่จำเป็น และ (2) เพื่อเป็นการควบคุม Externality จึงมีการคัดเลือกประเภทธุรกิจที่จะเปิดรับ-ปิดกั้นการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อป้องกันผลกระทบที่มีผลต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ผลกระทบต่อวัฒนธรรมประเพณี สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบจากการรวบอำนาจและการผูกขาดโดยทุนต่างชาติ การล้มละลายของผู้ประกอบการภายในประเทศ เป็นต้น

เพื่อบังคับหรือควบคุมให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประสิทธิผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายจึงได้กำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจและต้นทุนทางธุรกรรมให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งหากวิเคราะห์โดยทฤษฎีเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ตามแนวคิด “มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ” ผู้ต้องการอรรถประโยชน์สูงสุด โดยจะตัดสินใจการกระทำหรือละเว้นการกระทำจากการประเมินผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เทียบกับต้นทุนที่คาดว่าจะต้องสูญเสียไปจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ก็จะทำให้ทราบถึงแนวโน้มพฤติกรรม และประสิทธิผลประสิทธิผลของบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้

ตารางที่ 5-1 โครงสร้างสิ่งจูงใจที่แบ่งแยกตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย	โครงสร้างสิ่งจูงใจ	มาตรา
1. เพิ่มผลประโยชน์	(1) การร่วมทุน	มาตรา 4
	(2) การถ่ายทอดเทคโนโลยี	มาตรา 5 , 7, 8 (4), 19
	(3) การจ้างแรงงาน	มาตรา 5
	(4) ทุนขั้นต่ำ	มาตรา 14, 8 (3)
2. ควบคุม Externality	(1) การจัดประเภทธุรกิจ	มาตรา 8 และ บัญชีท้าย พ.ร.บ.
	(2) การป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว	มาตรา 4

ที่มา : โดยผู้เขียน

1. การกำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์ในเชิงการควบคุมและกำกับพฤติกรรมกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย จึงได้กำหนดสิ่งจูงใจในเชิงลบ (Negative Incentive) ซึ่งหมายถึงสิ่งจูงใจในการที่จะไม่ถูกลงโทษหากกระทำหรือละเว้นการกระทำดังที่ถูกระบุกำหนด มิใช่การกำหนดสิ่งจูงใจเชิงบวก (Positive Incentive) ซึ่งหมายถึงสิ่งจูงใจที่จะได้รับผลตอบแทนหากกระทำการหรือละเว้นการกระทำดังที่ถูกระบุกำหนด¹ โดยสามารถแบ่งโครงสร้างสิ่งจูงใจเป็น 2 ประการได้แก่ โครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อเพิ่มผลประโยชน์จากการลงทุนของคนต่างด้าวให้กับประเทศไทย และโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อควบคุม Externality ที่เกิดจากการลงทุนจากต่างประเทศ

1.1 โครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อเพิ่มผลประโยชน์ให้กับประเทศไทย

1.1.1 การร่วมทุน

การร่วมทุนจะเป็นประโยชน์สำหรับประเทศไทย เพราะคนไทยจะได้รับประโยชน์จากการแบ่งปันผลตอบแทนที่เกิดจากการลงทุนซึ่งถือว่าเป็นรายได้ประชาชาติสำหรับประเทศไทย

ในมาตรา 4 ได้กำหนดคำนิยามสำหรับ “นิติบุคคลต่างด้าว” ไว้โดยให้พิจารณาถึงสัดส่วน “การถือหุ้น” ในกรณีที่นิติบุคคลนั้นเป็น บริษัท หรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือสหกรณ์ หรือสัดส่วน “การลงทุน” ในกรณีที่เป็นการถือหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน หรือถือหุ้นส่วนจำกัด ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นหรือการลงทุนก็ตาม ในกรณีที่คนต่างชาติประสงค์จะประกอบกิจการในบัญชี 1 ซึ่งต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ หรือประสงค์จะประกอบกิจการในบัญชี 2 และบัญชี 3 โดยไม่ต้องขอขออนุญาตประกอบธุรกิจ คนต่างชาตินั้น จะต้องให้คนไทยร่วมถือหุ้นหรือลงทุนด้วยมากกว่า 50% ในนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลดังกล่าวก็จะกลายเป็น “นิติบุคคลไทย” ซึ่งสามารถประกอบธุรกิจในบัญชี 1 บัญชี 2 หรือบัญชี 3 ได้ทันที โดยไม่ต้องถูกควบคุมการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้

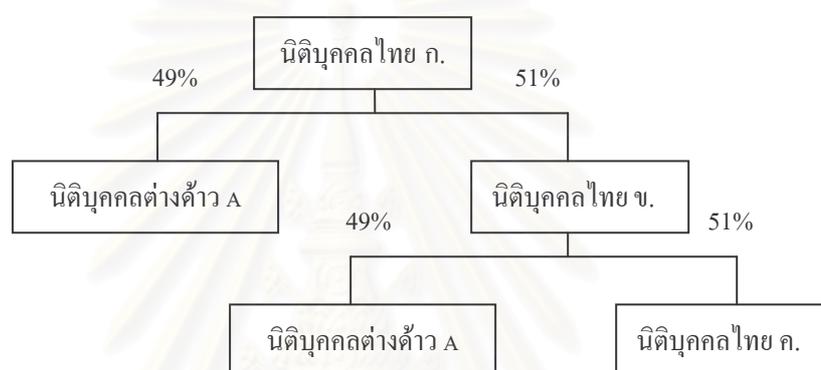
อนึ่ง การร่วมลงทุนระหว่างคนต่างชาติกับคนไทยเพื่อสร้างรูปแบบนิติบุคคลเป็น “คนต่างด้าว” ก็มีโอกาสเป็นไปได้ แม้ว่าคนต่างชาตินั้นมักจะไม่ค่อยสนใจเข้าร่วมทุนกับคนไทย เนื่องจากจะต้องแบ่งผลกำไรส่วนหนึ่งให้แก่คนไทย และยังเกิดความไม่สะดวกเกี่ยวกับการควบคุมกิจการนั้น แต่หากคนไทยสามารถให้ความช่วยเหลือคนต่างชาติในการพัฒนาตลาด หรือการจัดหาวัตถุดิบแรงงาน หรือเพื่อลดความเสี่ยงภัยในการลงทุนในประเทศไทยได้ การร่วมถือหุ้นหรือร่วมลงทุนย่อมเกิดขึ้นได้ แต่จะ

¹ อ้างอิงและปรับปรุงจากแนวคิดของรังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2450 เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2546 หน้า 281

ประกอบกิจการได้แต่เฉพาะธุรกิจในปีที่ 2 และปีที่ 3 ซึ่งจะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจดังกล่าว และธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติซึ่งไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ

ในกรณีของนิติบุคคลประเภท “บริษัท” กฎหมายได้บัญญัติชัดเจนเพื่อแบ่งแยกความเป็น “บริษัทไทย” กับ “บริษัทต่างด้าว” ว่าให้พิจารณาทุนของบริษัทนั้นโดยไม่นับรวมถึงทุนของคนต่างด้าว ในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย ดังนั้น จึงเป็นการกำหนดสิ่งจูงใจให้มีการถือหุ้น ทางอ้อมเป็นต้น ๆ ซึ่งมีลักษณะดังนี้

ภาพที่ 5-1 การถือหุ้นทางอ้อม



1.1.2 การถ่ายทอดเทคโนโลยี

มาตรา 5 ได้กำหนดให้คำนึงถึงผลดีผลเสียต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการวิจัยและพัฒนา เพื่อการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ ด้วย แต่มาตรา 5 นี้ เป็นเพียงการกำหนดกรอบและหลักการกว้าง ๆ ซึ่งไม่ให้ผลในทางปฏิบัติมากนัก นอกจากนั้น และแม้ว่าในมาตรา 18 จะได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติเกี่ยวกับ เทคโนโลยีหรือเครื่องจักรได้ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงเรื่องดังกล่าวออกใช้ ดังนั้น จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่มีสิ่งจูงใจให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยี

1.1.3 การจ้างแรงงาน

เช่นเดียวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี มาตรา 5 ได้กำหนดให้คำนึงถึงผลดีผลเสียต่อการจ้างแรงงานเพื่อการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ด้วย แต่ก็ยังเป็นเพียงการกำหนดกรอบและหลักการกว้าง ๆ จึงไม่ให้ผลในทางปฏิบัติมากนัก นอกจากมาตรานี้แล้ว ก็ไม่พบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจ้างงานอีกเลย ดังนั้น จึงเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่มีสิ่งจูงใจให้มีการจ้างแรงงานชาวไทย

1.1.4 ทุนขึ้นดำ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ ได้เพิ่มหลักเกณฑ์เรื่อง “ทุนขึ้นดำ” ที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยในมาตรา 14 โดยคนต่างด้าวจะต้องมีทุนขึ้นดำไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด ได้แก่ (1) ทุนขึ้นดำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่ไม่ใช่ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องมีจำนวนตั้งแต่สองล้านบาทขึ้นไป และ (2) ทุนขึ้นดำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่เป็นที่ธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณการรายจ่ายในการประกอบธุรกิจแต่ละธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นเวลาสามปี แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

นอกจากเรื่องจำนวนทุนขึ้นดำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 14 นี้แล้ว มาตรา 18 ก็ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติเกี่ยวกับจำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขึ้นดำภายในประเทศ

สำหรับคนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในเรื่องของจำนวนทุนขึ้นดำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย หรือการที่คนต่างด้าวฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในกฎกระทรวงที่กำหนดถึงเงื่อนไขของจำนวนและระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนขึ้นดำภายในประเทศ กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดอัตราโทษปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท และปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ โดยไม่มีโทษจำคุก เนื่องจากกฎหมายถือว่าเป็นความผิดไม่ร้ายแรงนัก แต่ก็ถือว่าเป็นหลักเกณฑ์ที่มีแรงจูงใจให้มีการนำทุนขึ้นดำเข้ามาในประเทศไทย

1.2 การกำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจเพื่อการควบคุม Externality

1.2.1 การจัดประเภทธุรกิจ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้จัดประเภทธุรกิจเป็น 3 บัญชีแต่แบ่งออกได้เป็น 4 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 1 ซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจจำนวน 9 ประเภทด้วยเหตุผลพิเศษ

ประเภทที่ 2 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 2 ห้ามประกอบธุรกิจจำนวน 13 ประเภทด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ

หรือสิ่งแวดล้อม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติ คณะรัฐมนตรี

ประเภทที่ 3 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 3 ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจจำนวน 21 ประเภทที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเภทที่ 4 ได้แก่ ธุรกิจที่ไม่ได้ถูกระบุไว้ในบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 ซึ่งคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายในบางมาตรา เช่น ทุนขั้นต่ำ เป็นต้น

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดโทษในกรณีที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจต้องห้ามหรือไม่ได้รับอนุญาตไว้อย่างร้ายแรง ได้แก่ โทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่นอกจากนั้น นอกจากนั้น กฎหมายฉบับนี้ยังบัญญัติให้ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาทถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับด้วย

1.2.2 การป้องกันการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว

หากนำคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมา แยกแยะเพื่อหาหลักเกณฑ์ในการกำหนดคำนิยามดังกล่าว จะเป็นดังตารางที่ 5-2 (มีเนื้อหาเดียวกับ ตารางที่ 4-1)

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 5-2 องค์ประกอบและหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการกำหนดค่านิยาม “คนต่างด้าว”

องค์ประกอบของข้อเท็จจริงของค่านิยาม “คนต่างด้าว”	เกณฑ์ที่ใช้
(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย	กฎหมายสัญชาติบุคคล ธรรมดาของแต่ละประเทศ
(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย	สถานที่ก่อกตั้งนิติบุคคล
(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)	สัดส่วนการถือหุ้น หรือ ความ เป็นเจ้าของ อำนาจการจัดการ
(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น	สัดส่วนการถือหุ้น หรือ ความ เป็นเจ้าของ

ที่มา: โดยผู้เขียน

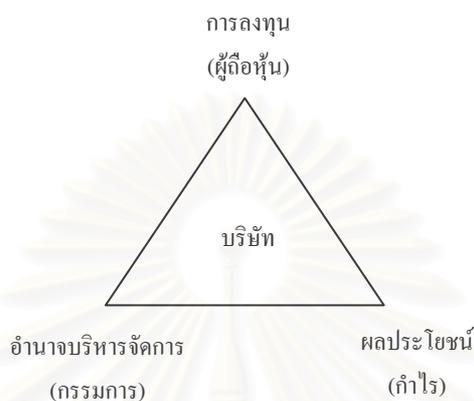
เพื่อให้จะให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการควบคุม Externality พระราชบัญญัตินี้ควรจะกำหนดหลักเกณฑ์ของการป้องกันการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าวไว้² แต่พระราชบัญญัตินี้กลับกำหนดสิ่งจูงใจให้เกิดการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าวแทน เนื่องจากได้กำหนดให้พิจารณาความเป็น “บริษัทต่างด้าว” แต่เพียงสัดส่วนการถือหุ้นหรือการลงทุน ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดโครงสร้างแรงจูงใจให้ให้คนต่างชาติสามารถสร้างรูปแบบบริษัทให้เป็น

² คำว่า “การครอบงำการจัดการ” ในที่นี้จะหมายถึงอำนาจการควบคุมกิจการของบริษัท

“การครอบงำการจัดการ” ในที่นี้จะมีความหมายต่างจากคำว่า “การครอบงำกิจการ” ในบริบทของหลักทรัพย์ ซึ่งหมายถึงการที่บุคคลหรือนิติบุคคลได้เข้าไปถือหุ้นในบริษัทใดบริษัทหนึ่ง เพื่อให้ได้สิทธิมากพอที่จะควบคุมการบริหารงานของกิจการนั้น (จากเว็บไซต์ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย www.set.or.th) ซึ่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 มาตรา 247 ได้บัญญัติให้การเข้าซื้อหรือกระทำการอื่นใดอันเป็นผลให้ตนได้มาหรือเป็นผู้ถือหลักทรัพย์ถึง 25% ขึ้นไปของจำนวนหลักทรัพย์ที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดของกิจการ เป็นการเข้าถือครองหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการ เว้นแต่ได้มาโดยทางมรดก ซึ่งผู้ถือหลักทรัพย์เพื่อครอบงำกิจการดังกล่าวจะต้องจัดทำคำเสนอซื้อหลักทรัพย์และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์กำหนด แต่หลักเกณฑ์ตามมาตรา 247 ดังกล่าว จะบังคับใช้แต่เฉพาะกับบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์เท่านั้น

“บริษัทไทย” แต่ถูกครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวได้ ซึ่งต่างจากกรณีห้างหุ้นส่วน ซึ่งกฎหมายจะถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” หากผู้มีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการห้างหุ้นส่วนนั้นเป็นคนต่างด้าวด้วย

ภาพที่ 5-2 ความสัมพันธ์ระหว่างเงินทุน – อำนาจในการบริหารจัดการ – ผลประโยชน์



จากรูปที่ 5-2 หากนำหลักเกณฑ์ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยเข้ามาช่วยในการกำหนดโครงสร้างของนิติบุคคลแล้ว นักลงทุนต่างชาติสามารถสร้างรูปแบบ “นิติบุคคลไทย” โดยนักลงทุนต่างชาติผู้นั้นสามารถมีอำนาจครอบงำการจัดการได้โดยถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้ เพราะตามคำนิยามในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 นั้นได้กำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” โดยนำแต่เพียงหลักเกณฑ์ “ความเป็นเจ้าของ” มาใช้เท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงหลักเกณฑ์ “การควบคุม” และ หลักเกณฑ์ “ผลประโยชน์ที่ได้รับ” มาพิจารณาด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสามนั้นล้วนเกี่ยวพันกัน โดยจะได้อธิบายดังนี้

(1) การลงทุนด้วยการเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นจะก่อให้เกิดอำนาจครอบงำการจัดการและผลประโยชน์ที่ได้รับจากการถือหุ้น ดังนั้น การถือหุ้นในสัดส่วนของคนต่างด้าวควรจะเป็นเท่าใดจึงจะถือว่าเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” นั้น เป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก สำหรับมาตรา 4 ได้กำหนดเอาไว้ที่ตั้งแต่ร้อยละ 50 ของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยแล้ว เป็นระดับเริ่มต้นที่ทำให้คนไทยไม่สามารถครอบงำการจัดการนิติบุคคลนั้นได้อย่างเด็ดขาด³ หรือได้รับผลตอบแทนน้อยกว่าคนต่างด้าว จึงถือว่าเป็นระดับขั้นต่ำที่สุดที่จะต้องถือว่านิติบุคคลนั้นเป็น “คนต่างด้าว”

³ เว้นแต่กรณีเป็นกิจการที่มีความสำคัญเป็นพิเศษซึ่งมีอยู่เพียง 6 ประการเท่านั้น คือ (1) การตั้งข้อบังคับใหม่หรือเพิ่มเติมข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิ (มาตรา 1145) (2) การเพิ่มทุนโดยออกหุ้นใหม่ (มาตรา 1120) (3) การออกหุ้นใหม่ให้ชำระค่าหุ้นด้วยสิ่งอื่นนอกจากชำระด้วยเงิน (มาตรา 1121) (4) การลดทุน (มาตรา 11224)

(2) การครอบงำการจัดการจะต้องพิจารณาทั้งจากอำนาจของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและอำนาจของฝ่ายจัดการ (กรรมการและผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลนั้น เช่นผู้บริหาร ฯลฯ) เพราะมีความเกี่ยวข้องกัน เนื่องจากอำนาจในการบริหารกิจการจะอยู่ที่คณะกรรมการ และคณะกรรมการมักจะเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้น ซึ่งการแต่งตั้งถอดถอนกรรมการนั้นจะใช้เสียงข้างมากของที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ ดังนั้น หากคนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ก็สามารถแต่งตั้งคนของตนเป็นกรรมการเสียงข้างมากได้ อำนาจกรรมการจึงสะท้อนถึงอำนาจของผู้ถือหุ้นด้วย

อย่างไรก็ดี กรรมการก็มีอำนาจควบคุมที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้ด้วย ซึ่งมีผู้เคยเปรียบเทียบความสัมพันธ์ระหว่างที่ประชุมผู้ถือหุ้นกับคณะกรรมการ กับระบอบการปกครองระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ซึ่งพรรคการเมืองฝ่ายที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎรย่อมเป็นผู้จัดตั้งรัฐบาล รัฐบาลจึงเป็นฝ่ายมีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ทั้งรัฐบาลเป็นผู้รับผิดชอบในการเปิดปิดสมัยประชุมของรัฐสภา ผลในทางปฏิบัติจึงกลายเป็นว่า ฝ่ายรัฐบาลเป็นผู้ควบคุมรัฐสภา มิใช่รัฐสภาควบคุมฝ่ายบริหาร ถ้าจะดูอำนาจอันแท้จริงระหว่างที่ประชุมใหญ่และกรรมการของบริษัทแล้ว ก็มีความคล้ายคลึงกันกับอำนาจของรัฐสภากับฝ่ายรัฐบาลเช่นกัน เพราะผู้ถือหุ้นฝ่ายที่มีเสียงข้างมากย่อมตั้งตนเอง หรือพวกพ้องของตนเป็นกรรมการบริหารของบริษัท ในขณะที่เดียวกันผู้ถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากก็จะคุมคะแนนเสียงในที่ประชุมใหญ่ด้วย การประชุมใหญ่ไม่ว่าจะเป็นการเรียกประชุม และการเสนอเรื่องให้ที่ประชุมใหญ่พิจารณา ก็อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ทั้งประธานคณะกรรมการก็ทำหน้าที่เป็นประธานที่ประชุมใหญ่ด้วย ในทางปฏิบัติ คณะกรรมการของบริษัทมักจะเป็นผู้ควบคุมที่ประชุมใหญ่ยิ่งกว่าถูกควบคุมโดยที่ประชุมใหญ่ (โสภณ รัตนากร, 2543: 308-310)

ประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไป คืออำนาจของกรรมการ ซึ่งถึงแม้ว่า การตัดสินใจในการดำเนินกิจการของบริษัทจะอาศัยมติของคณะกรรมการก็ตาม แต่ตามข้อบังคับบริษัทตามหนังสือรับรองบริษัท มักจะกำหนดให้อำนาจกรรมการบางท่านในการลงนามเพื่อผูกพันบริษัทเอาไว้ ซึ่งโดยปกติมักจะใช้กรรมการ 1 หรือ 2 ท่านลงลายมือชื่อ (และประทับตราสำคัญของบริษัท) ซึ่งหากพิจารณาในแง่นี้ หากกรรมการที่ลงชื่อผูกพันบริษัทได้เป็นคนต่างด้าว ก็เท่ากับว่า คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทได้ทุกประการเช่นกัน ดังนั้น คำนิยาม “คนต่างด้าว” นอกจากจะต้องพิจารณาสัดส่วนของคณะกรรมการแล้ว จะต้องพิจารณาถึงกรรมการผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อเพื่อ

(5) ที่ประชุมใหญ่ให้เลิกบริษัท (มาตรา 1236(4)) และ (6) การควบบริษัทเข้าด้วยกัน (มาตรา 1238) ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194 ได้กำหนดวิธีการลงมติพิเศษไว้ว่า จะต้องมีการลงมติเป็นลำดับกันสองครั้ง ประชุม ในการประชุมครั้งแรกต้องได้คะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมด และในการประชุมครั้งที่สอง จะต้องได้คะแนนเสียงยืนตามมติครั้งแรกไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนเสียงทั้งหมด

ผูกพันบริษัทด้วย อนึ่ง อำนาจนั้น จะต้องพิจารณาไปถึงบุคคลธรรมดา เพราะนิติบุคคลไม่อาจแสดงเจตนาได้ แต่ต้องอาศัยบุคคลธรรมดาเป็นผู้แสดงเจตนาแทน

(3) ผลประโยชน์ของคนต่างด้าวในรูปของผลตอบแทนจากการลงทุนนั้น โดยทั่วไปนั้นมักมีความสัมพันธ์กับสัดส่วนเงินลงทุน ได้แก่ เงินปันผล และ ผลกำไรจากการเพิ่มมูลค่าหุ้น (Capital Gain)

โดยหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญาให้ตนได้ประโยชน์หรือเสียประโยชน์อย่างไรก็ได้หากไม่ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ดังนั้น จึงเท่ากับเปิดโอกาสให้ข้อเท็จจริงทั้ง 3 ข้อเท็จจริงไม่จำเป็นต้องสอดคล้องกันได้ จึงเป็นการเปิดช่องให้มีการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวได้ โดยวิธีการที่เป็นที่นิยมใช้ในการครอบงำกิจการได้แก่ 1) การออกหุ้นบุริมสิทธิ 2) การกำหนดข้อบังคับบริษัทในเรื่องกรรมการและการจัดการ และ 3) การทำสัญญาผู้ถือหุ้น ดังมีรายละเอียดดังนี้

(1) การครอบงำการจัดการโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยอนุญาตให้มีการออกหุ้นบุริมสิทธิได้⁴ ลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิประเภทนี้ได้แก่ การออกหุ้นบุริมสิทธิให้กับผู้ถือหุ้นคนไทย⁵ และมีการจำกัด

⁴ หุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งออกเป็น 2 ชนิด ได้แก่ หุ้นสามัญ (Ordinary shares หรือ Common shares) และหุ้นบุริมสิทธิ (Preference shares หรือ Preferred shares)

หุ้นสามัญ เป็นหุ้นที่เป็นส่วนใหญ่ของบริษัท ซึ่งมีสิทธิต่าง ๆ เท่ากันกับผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ ได้แก่ (1) สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลเมื่อบริษัทมีกำไรตามอัตราที่ประชุมใหญ่กำหนด (2) สิทธิในการออกเสียงและควบคุมการบริหารงานของบริษัทตามส่วนของหุ้น (3) สิทธิที่จะได้รับการแบ่งทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท และ (4) สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับผลประโยชน์ทั้งหลายของบริษัท

หุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดค่านิยม และ ประเภทของหุ้นบุริมสิทธิไว้ แต่โดยทั่วไป หุ้นบุริมสิทธิคือหุ้นที่ผู้ถือมีสิทธิพิเศษกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลหรือได้รับเงินค่าหุ้นคืนเมื่อเลิกบริษัท หุ้นบุริมสิทธิอาจแบ่งออกเป็นหลายชนิด มีสิทธิแตกต่างกันออกไปอีกก็ได้ สิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้จะมีมากน้อยเพียงใดก็แล้วแต่จะกำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ หรือโดยอนุมัติที่ประชุมใหญ่ แต่โดยทั่วไปจะได้รับเงินปันผลในอัตราตายตัวทุกปี ถ้าปีไหนไม่มีการจ่ายเงินปันผลเพราะบริษัทไม่ได้กำไร เงินปันผลนี้อาจสมทบไปจ่ายรวมในปีถัดไป (Cumulative dividend) และปกติเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิต้องจ่ายให้ก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ อย่างไรก็ตาม หุ้นบุริมสิทธิ มักไม่ค่อยได้รับความนิยมจากประชาชน เพราะเงินปันผลมีอัตราตายตัวและค่อนข้างต่ำ นอกจากนี้ บางบริษัทยังจำกัดสิทธิในการลงคะแนนในที่ประชุมของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วย

⁵ ในทางกลับกัน นักลงทุนต่างประเทศอาจเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็ได้ โดยให้มีสิทธิออกเสียงมากกว่าหุ้นสามัญ และ/หรือ ได้รับเงินปันผลก่อนหรือมากกว่าหุ้นสามัญ แต่ในทางปฏิบัติมักไม่เป็นที่นิยม เนื่องจาก หุ้นบุริมสิทธิมีสภาพคล่องน้อยกว่าหุ้นสามัญและมีข้อจำกัดในการออกมากกว่าการออกหุ้นสามัญ

สิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิ เช่น กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น มีสิทธิลงคะแนนเท่ากับหุ้นสามัญ 1 หุ้น (หรืออัตรา 10 : 1) จึงเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวมีอำนาจครอบงำการจัดการของบริษัทได้ นอกจากนั้น ยังอาจกำหนดจำกัดเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวให้มีอัตราคงที่และต่ำมาก ซึ่งน่าจะเป็น “หุ้นด้อยสิทธิ” เสียมากกว่าเป็น “หุ้นบุริมสิทธิ” ดังนั้น หุ้นบุริมสิทธิจึงมักถูกใช้เป็นช่องทางให้มีการปล่อยกำไรหรือเงินปันผลให้กับเจ้าของเงินทุนที่แท้จริง การออกหุ้นบุริมสิทธิจึงเป็นวิธีการลดต้นทุนได้ทั้ง 2 ทาง คือ เป็นการลดต้นทุนที่ไม่ต้องแบ่งปันผลกำไรและไม่ต้องสูญเสียอำนาจให้กับคนไทย

ออกหุ้นบุริมสิทธินี้ เป็นวิธีการที่นิยมนำมาใช้ในการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าว เพราะมีต้นทุนในการออกหุ้นบุริมสิทธิต่ำ หุ้นบุริมสิทธินี้ยังสามารถนำมาใช้ร่วมกับการถือหุ้นทางอ้อมได้ด้วย เช่น ผู้ประกอบธุรกิจเป็นนิติบุคคลไทย ก. ซึ่งมีผู้ถือหุ้นประกอบด้วยผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลต่างด้าว A 49% และ ผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลไทย ข. 51% โดยผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลไทย ก. นี้ จะมีนิติบุคคลต่างด้าว A ถือหุ้นอยู่อีก 49% และ คนไทย 51% หากมีการออกหุ้นบุริมสิทธิในนิติบุคคลไทย ข. ให้คนไทยถือโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น มีสิทธิลงคะแนนเท่ากับหุ้นสามัญ 1 หุ้น (หรืออัตรา 10: 1) และกำหนดจำกัดเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธินั้นให้มีอัตราคงที่และต่ำ นิติบุคคลต่างด้าว A ก็จะมีอำนาจควบคุมเหนือนิติบุคคลไทย ก. ได้ทันที เพราะนิติบุคคลไทย ข. จะถูกควบคุมโดยนิติบุคคลต่างด้าว A ด้วย นอกจากนั้น เมื่อนิติบุคคลไทย ก. จ่ายเงินปันผลตามสัดส่วนการถือหุ้นให้กับนิติบุคคลไทย ข. แล้ว นิติบุคคลต่างด้าว A เพิ่มมากขึ้นด้วย เช่น ให้หุ้นบุริมสิทธิทั้งหมดได้รับผลตอบแทนเพียง 3% ของกำไรสุทธิเท่านั้น ดังนั้น เมื่อคำนวณสิทธิการออกเสียงของคนไทยต่อคนต่างด้าวใหม่ จะเท่ากับ 9.43% : 90.57% ซึ่งนักลงทุนต่างชาติมีอำนาจควบคุมการบริหารจัดการอย่างเด็ดขาด และ คนต่างด้าวจะได้รับผลตอบแทน 97% ของผลกำไร

(2) การครอบงำการจัดการโดยข้อบังคับบริษัท

นักลงทุนชาวต่างชาติอาจอำนาจการครอบงำการจัดการไว้ได้ โดยการกำหนดอำนาจการจัดการทั้งการประชุมผู้ถือหุ้น การแต่งตั้ง/ถอดถอนและการประชุมของกรรมการไว้ในข้อบังคับของบริษัท ดังนี้

1) ข้อบังคับเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้นและการออกเสียง: เช่น ข้อบังคับอาจกำหนดให้ต้องมีตัวแทนฝ่ายนักลงทุนคนต่างชาติเข้าร่วมประชุมด้วย มิฉะนั้นจะไม่ถือว่าเป็นองค์ประชุมที่จะลงมติในกิจการใด ๆ ได้ หรือข้อบังคับอาจกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่มีสิทธิออกเสียงได้ ซึ่งผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นในจำนวนที่ไม่ถึงเกณฑ์ที่กำหนดนั้นจะไม่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในกิจการที่กำหนด ซึ่งถึงแม้ผู้ถือหุ้นดังกล่าวสามารถรวมหุ้นกันให้ถึงเกณฑ์ดังกล่าวเพื่อออกเสียงลงคะแนนได้ (มาตรา 1183) แต่ในทางปฏิบัติ ผู้ถือหุ้นรายย่อยที่ถือหุ้นเพียงเล็กน้อยมักไม่เข้าประชุมใหญ่ เพราะคิดว่า

เสียเวลาและไม่คุ้มค่าที่จะเข้าประชุมใหญ่ด้วย ทำให้เป็นช่องทางให้นักลงทุนต่างชาติมีอำนาจครอบงำการจัดการได้ แม้นักลงทุนต่างชาติจะถือหุ้นไม่ถึง 50% ก็ตาม หากโครงสร้างของบริษัทมีผู้ถือหุ้นรายย่อยอยู่จำนวนมากและไม่ถึงเกณฑ์ที่จะออกเสียงลงคะแนนตามข้อบังคับ

2) การกำหนดเรื่องกรรมการ: เช่น กำหนดให้แบ่งผู้ถือหุ้นออกเป็น 2 พวก พวกแรกเป็นคนไทย อีกพวกหนึ่งเป็นคนต่างชาติ โดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เป็นคนต่างชาติ มีสิทธิเสนอบุคคลที่เป็นกรรมการของฝ่ายตนได้มากกว่าผู้ถือหุ้นฝ่ายที่เป็นคนไทยได้⁶

3) อำนาจกรรมการ ในข้อบังคับ อาจกำหนดถึงจำนวนหรือชื่อกรรมการซึ่งลงชื่อผูกพันบริษัทได้ ดังนั้น แม้ว่าจะมีคนไทยเป็นกรรมการมากกว่า แต่คนต่างด้าวก็ยังสามารถทำนิติกรรมและมีผลผูกพันบริษัทได้ เช่น บริษัทแห่งหนึ่งมีกรรมการทั้งหมด 5 คน คนไทยจำนวน 3 คน คนต่างด้าวจำนวน 2 คน หากข้อบังคับกำหนดให้กรรมการที่มีอำนาจลงชื่อผูกพันบริษัทคือ คนต่างด้าว 2 คนนี้ ก็เสมือนว่า คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมการจัดการได้เช่นกัน

ดังนั้น การกำหนดอำนาจการจัดการ ทั้งการประชุมผู้ถือหุ้น การแต่งตั้ง/ถอดถอนกรรมการ และการประชุมของกรรมการไว้ในข้อบังคับของบริษัท จึงเป็นช่องทางที่นักลงทุนต่างชาติไม่ต้องสูญเสียอำนาจในการบริหารจัดการให้กับคนไทย

(3) การครอบงำการจัดการโดยสัญญาผู้ถือหุ้น

การใช้หุ้นบุริมสิทธิและข้อบังคับของบริษัทดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น กฎหมายกำหนดให้ต้องนำเอกสารที่เกี่ยวข้อง เช่น บัญชีผู้ถือหุ้น (แบบ บอจ.5) หนังสือบริคณห์สนธิ (แบบ บอจ.2) และข้อบังคับบริษัท ไปจดทะเบียนต่อนายทะเบียน (เจ้าหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์) และถือว่าเป็นเอกสารมหาชนที่ประชาชนทั่วไปสามารถขอตรวจสอบหรือคัดสำเนาได้ จึงสามารถตรวจสอบได้ง่าย แต่ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นไม่ประสงค์จะเปิดเผยในเรื่องของการแบ่งปันผลประโยชน์หรืออำนาจในการจัดการ วิธีการที่เป็นที่นิยมใช้กันในปัจจุบัน คือ การทำ “สัญญาผู้ถือหุ้น” ซึ่งเป็นสัญญาที่ถูกต้องตามกฎหมายและบังคับใช้ได้⁷ ซึ่งกฎหมายมิได้กำหนดให้ต้องนำเอาสัญญาดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อเจ้าพนักงานที่ จึงยากแก่การตรวจสอบ

⁶ ในกรณีบริษัทมหาชนจำกัด พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดฯ มิได้กำหนดเรื่องการจำกัดการออกเสียงเอาไว้มาก่อน แต่ได้กำหนดเรื่องของการห้ามให้มีข้อบังคับที่มีลักษณะเป็นการตัดสิทธิผู้ถือหุ้นในการลงคะแนนเลือกกรรมการ (พ.ร.บ.บริษัทมหาชนจำกัด มาตรา 70 วรรคสอง) ดังนั้น ไม่ว่าผู้ถือหุ้นจะถือหุ้นอยู่เท่าใดก็ตามย่อมมีสิทธิเลือกตั้งกรรมการได้เสมอ

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 151 “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นไม่เป็นโมฆะ”

เมื่อนักลงทุนต่างชาติประสงค์จะควบคุมการบริหารจัดการหรือผลตอบแทนของบริษัท ผู้ลงทุนต่างชาติมักจะเข้าทำสัญญากับผู้ถือหุ้นฝ่ายไทยก่อนการเข้าร่วมทุนกัน เพื่อทำข้อตกลงเกี่ยวกับขั้นตอนการประชุมและการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมใหญ่ว่าจะต้องลงมติเป็นอย่างไร หรือทำข้อตกลงให้สิทธิและอำนาจแก่นักลงทุนต่างชาติในการแต่งตั้งกรรมการของบริษัท หรือทำข้อตกลงกันเพื่อให้บริษัทมอบหมายให้นักลงทุนต่างชาติ (หรือตัวแทน) เป็นผู้ทำหน้าที่จัดการงานของบริษัท และอาจทำข้อตกลงให้มีการแบ่งเงินปันผลบางส่วนที่ผู้ถือหุ้นฝ่ายไทยมีสิทธิได้รับให้กับนักลงทุนต่างชาติด้วยก็ได้ การทำสัญญาผู้ถือหุ้นนี้จึงเป็นการลดต้นทุนได้ทั้ง 2 ทาง คือ เป็นการลดต้นทุนไม่ไม่ต้องแบ่งปันกำไรและไม่ต้องสูญเสียอำนาจให้กับคนไทย

อย่างไรก็ดี สัญญาผู้ถือหุ้นนั้นก็ยังมีข้อจำกัดในการใช้ เพราะถ้าเกินขอบเขตหรือไม่เป็นธรรมแก่ผู้ถือหุ้นอื่นหรือเป็นการเสียหายแก่บริษัท อาจมีปัญหาว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี⁸ ซึ่งจะมีผลให้สัญญาดังกล่าวเป็นโมฆะ เช่น ข้อตกลงเรื่องสิทธิในการลงคะแนน แม้จะถือว่าเป็นสิทธิส่วนตัวและถือได้ว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธินั้นในทางใดเพื่อประโยชน์ของตนก็ได้ แต่ถ้าเป็นการตกลงว่าจะต้องใช้ในทางใดทางหนึ่งตลอดไป ไม่จำกัดเวลา โดยไม่คำนึงถึงประโยชน์ของบริษัทเป็นส่วนรวม หรือมีผลเสมือนเป็นการซื้อขายสิทธิลงคะแนน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรรมการของบริษัทมีหน้าที่ต้องจัดการงานของบริษัทด้วยความรอบคอบและซื่อสัตย์สุจริต จะไปทำข้อตกลงที่จะต้องลงมติในที่ประชุมกรรมการในทางใดทางหนึ่งตลอดไป โดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของบริษัท ย่อมเป็นการขัดต่อหน้าที่และขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี

2. ผลกระทบและการสนองตอบต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจ

โครงสร้างสิ่งจูงใจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ส่งผลกระทบต่อและการตอบสนองต่อโครงสร้างสิ่งจูงใจของคนต่างชาติ ดังนี้

2.1 การร่วมทุนกับคนไทย และการจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทย

เมื่อนักลงทุนต่างชาติจะต้องตัดสินใจเริ่มประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามประเภทของธุรกิจ ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ หากพิจารณาตามกรอบของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นักลงทุนต่างชาติจะมีทางเลือกประเภทของนิติบุคคลออกเป็น 2 แนวทาง คือ จะตัดสินใจให้องค์กรธุรกิจนั้นจะเป็น “นิติบุคคลไทย” หรือ “นิติบุคคลต่างด้าว” โดยประเมินทางเลือกจากประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เปรียบเทียบกับต้นทุนที่ต้องสูญเสียไปเพราะการนั้น

⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 “การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ”

ตารางที่ 5-3 ต้นทุนในการเลือกจัดตั้งประเภทนิติบุคคลของนักลงทุนต่างชาติ

	ต้นทุนของนักลงทุนต่างชาติ	
	แนวทางที่ 1 “นิติบุคคลไทย”	แนวทางที่ 2 “นิติบุคคลต่างด้าว”
บัญชี 1	ส่วนแบ่งผลประโยชน์ให้กับคนไทยตามสัดส่วนการถือหุ้น	ค่าเสียโอกาสที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย
บัญชี 2	ส่วนแบ่งผลประโยชน์ให้กับคนไทยตามสัดส่วนการถือหุ้น	- กรณีได้รับใบอนุญาต 1. ค่าดำเนินการขอใบอนุญาต ⁹ 2. ค่าเสียโอกาสที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจระหว่างการขอใบอนุญาต 3. ต้นทุนในการปฏิบัติตามเงื่อนไข
		- กรณีไม่ได้รับใบอนุญาต 1. ค่าดำเนินการขอใบอนุญาต ¹⁰ 2. ค่าเสียโอกาสที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย
บัญชี 3	ส่วนแบ่งผลประโยชน์ให้กับคนไทยตามสัดส่วนการถือหุ้น	- กรณีได้รับใบอนุญาต 1. ค่าดำเนินการขอใบอนุญาต 2. ค่าเสียโอกาสที่ไม่ได้ประกอบธุรกิจระหว่างการขอใบอนุญาต 3. ต้นทุนในการปฏิบัติตามเงื่อนไข
		- กรณีไม่ได้รับใบอนุญาต 1. ค่าดำเนินการขอใบอนุญาต 2. ค่าเสียโอกาสที่ไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทย

ที่มา: โดยผู้เขียน

กรณีที่ 1 ธุรกิจตามบัญชี 1

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติประสงค์จะลงทุนประกอบธุรกิจในบัญชี 1 นักลงทุนต่างชาติจะมีทางเลือกตัดสินใจจัดตั้งนิติบุคคลเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” ไม่ได้ เพราะกฎหมายไม่

⁹ ค่าใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสอง กรณีเป็น บุคคลธรรมดา 40,000 บาท กรณีเป็นนิติบุคคล พันละสิบบาทของทุนจดทะเบียน ขั้นต่ำ 40,000 บาทแต่ไม่เกิน 500,000 บาท เศษของพันบาท คิดเท่ากับหนึ่งพันบาท ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวยังไม่รวมค่าจ้างผู้ไปดำเนินการขอใบอนุญาต เช่น ค่าวิชาชีพทนายความ เป็นต้น

¹⁰ ค่าใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสาม กรณีเป็น บุคคลธรรมดา 20,000 บาท กรณีเป็นนิติบุคคล พันละห้าบาทของทุนจดทะเบียน ขั้นต่ำ 20,000 บาทแต่ไม่เกิน 250,000 บาท เศษของพันบาท คิดเท่ากับหนึ่งพันบาท ทั้งนี้ค่าใช้จ่ายดังกล่าวยังไม่รวมค่าจ้างผู้ไปดำเนินการขอใบอนุญาต เช่น ค่าวิชาชีพทนายความ เป็นต้น

อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจด้วยเหตุผลพิเศษ ซึ่งหากเลือกเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” ก็จะมีต้นทุนค่าเสียโอกาสลงทุนในกิจการนั้น ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติมีทางเลือกทางเดียว คือต้องจัดตั้งองค์กรธุรกิจเป็น “นิติบุคคลไทย” เพราะจะไม่ถูกจำกัดการทำธุรกิจในประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ตามค่านิยม “คนต่างด้าว” นั้น นักลงทุนชาวต่างชาติจะต้องร่วมทุนกับ “คนไทย” โดยคนไทยนั้นจะต้องมีหุ้นมากกว่า 50% ของทุน ซึ่งผลของการร่วมทุนนี้ นักลงทุนต่างชาติจะต้องมีต้นทุนคือการแบ่งผลประโยชน์ให้กับนิติบุคคลไทยตามสัดส่วนการลงทุน

กรณีที่ 2 ธุรกิจตามบัญชี 2

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติประสงค์จะลงทุนประกอบธุรกิจในบัญชี 2 ซึ่งคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี นักลงทุนต่างชาติจะมีทางเลือกในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจเป็น 2 ทาง คือ จัดตั้งเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” หรือ “นิติบุคคลไทย”

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติเลือกจัดตั้งองค์กรธุรกิจเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” หรือ “คนต่างด้าว” จะต้องดำเนินการขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจ ซึ่งก็มีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับอนุญาต หากได้รับใบอนุญาต ก็จะมีต้นทุนในการดำเนินการขอใบอนุญาต ค่าเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจจากการขอใบอนุญาต และต้นทุนในการปฏิบัติตามเงื่อนไขตามกฎหมาย เช่น ทุนขั้นต่ำ อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต (ต้นทุนคือค่าเสียโอกาสในการนำเงินไปหาประโยชน์อื่นที่ได้ผลตอบแทนสูงกว่า) การถ่ายทอดเทคโนโลยี (นิติบุคคลนั้นจะสูญเสียความได้เปรียบในการแข่งขัน ซึ่งมีต้นทุนคือกำไรจากการประกอบกิจการจะลดลง) หรือเงื่อนไขอื่น ๆ แต่หากไม่ได้รับใบอนุญาต ก็จะมีต้นทุนทางธุรกรรม คือ ค่าดำเนินการขอใบอนุญาต และต้นทุนค่าเสียโอกาสในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ซึ่ง จากที่ผ่านมา รัฐบาลไทยไม่เคยอนุญาตให้ “คนต่างด้าว” ประกอบธุรกิจในบัญชี 2 เลย

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติเลือกจัดตั้งองค์กรธุรกิจเป็น “นิติบุคคลไทย” นักลงทุนชาวต่างชาตินั้นจะต้องร่วมทุนกับ “คนไทย” โดยคนไทยนั้นจะต้องมีหุ้นมากกว่า 50% ของทุน ซึ่งผลของการร่วมทุนนี้ นักลงทุนต่างชาติจะต้องมีต้นทุนคือการแบ่งผลประโยชน์ให้กับนิติบุคคลไทยตามสัดส่วนการลงทุน

กรณีที่ 3 ธุรกิจตามบัญชี 3

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติประสงค์จะลงทุนประกอบธุรกิจในบัญชี 3 ซึ่งคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นักลงทุนต่างชาติจะมีทางเลือกในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจเป็น 2 ทาง คือ จัดตั้งเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” หรือ “นิติบุคคลไทย” และมีต้นทุนในการเลือก

เช่นเดียวกับธุรกิจตามบัญชี 2 แต่ต่างกันตรงที่ ธุรกิจที่ตามบัญชี 3 นั้น รัฐบาลได้มีการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจไปบ้างพอสมควรแล้ว ดังนั้น หากพิจารณาถึงความน่าจะเป็นจากข้อมูลในอดีตแล้ว นักลงทุนต่างชาติจึงมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับใบอนุญาตการประกอบธุรกิจในบัญชี 3 ต่ำกว่าการขออนุญาตประกอบธุรกิจบัญชี 2 แต่ก็มีต้นทุนค่าเสียโอกาสที่จะไม่ได้ประกอบธุรกิจระหว่างรอใบอนุญาต ซึ่งหากมีต้นทุนนี้สูง นักลงทุนต่างชาติอาจจะเลือกจัดตั้งเป็น “นิติบุคคลไทย” ก็ได้

จากที่กล่าวมาทั้ง 3 กรณี หากคนต่างชาติเลือกที่จะสร้าง “นิติบุคคลไทย” ขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทย คนต่างชาตินั้นก็ต้องให้คนไทยเข้าร่วมทุนด้วยมากกว่า ซึ่งหมายความว่า คนต่างชาติจะต้องแบ่งผลตอบแทนให้กับคนไทยในสัดส่วนที่มากกว่าด้วย ซึ่งถือว่าเป็นต้นทุนที่สูงมาก แต่เมื่อกฎหมายได้บัญญัติชัดเจนว่าการพิจารณาทุนของบริษัทนั้น จะไม่นับรวมถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย ดังนั้น นักลงทุนต่างชาติจึงอาจตอบสนองในเรื่องดังกล่าวด้วยการจัดให้มีการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ ซึ่งสามารถทำได้ง่าย (เช่น การตั้งบริษัทประเภท Holding Company เข้าไปถือหุ้นในบริษัทนั้น เป็นต้น) และยังสามารถถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ มากขึ้นเท่าใด ยิ่งทำให้สัดส่วนเงินทุนรวมที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เช่น การถือหุ้น 2 ชั้น สัดส่วนเงินทุนอยู่ที่ประมาณร้อยละ 75 การถือหุ้น 3 ชั้น สัดส่วนเงินทุนอยู่ที่ประมาณร้อยละ 87.5 การถือหุ้น 4 ชั้น สัดส่วนเงินทุนอยู่ที่ประมาณร้อยละ 93.75 การถือหุ้นทางอ้อมจึงเป็นการลดการแบ่งปันผลกำไรให้กับคนไทย¹¹

นอกจากนั้น สัดส่วนเงินทุนรวมที่เป็นของนักลงทุนต่างชาติที่มีจำนวนมากเรื่อย ๆ นี้ จะเป็นแรงขับเคลื่อนอีกชั้นหนึ่งที่จะจูงใจให้นักลงทุนต่างชาติต้องการครอบงำการจัดการบริษัทนั้นด้วย ดังนั้น จึงอาจมีการใช้วิธีการต่าง ๆ เช่น การใช้หุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดอำนาจในข้อบังคับ หรือการทำสัญญาผู้ถือหุ้น ร่วมกับการถือหุ้นทางอ้อมด้วย เพื่อควบคุมผลประโยชน์ในนิติบุคคลนั้น อย่างไรก็ตาม การใช้วิธีการต่าง ๆ เพื่อให้มีอำนาจในการครอบงำการจัดการอาจไม่เกิดขึ้นก็ได้ เมื่อผู้ถือหุ้นต่างชาติมั่นใจได้ว่าจะสามารถครอบงำการจัดการบริษัทนั้นได้ในระดับหนึ่งแล้ว เช่น มีการกระจายหุ้นไปยังผู้ถือหุ้นคนไทยเป็นจำนวนมาก และไม่มีใครคนใดคนหนึ่งถือหุ้นในจำนวนที่มีนัยสำคัญ ผู้ถือหุ้นคนไทยมักจะไม่ใช่การประชุมหรือมอบฉันทะให้ผู้ใดไปประชุมแทน เพราะผู้ถือหุ้นรายย่อยมีความสนใจแต่เพียง

¹¹ ในทางกลับกัน หากลองคำนวณด้วยวิธีอนุกรมเรขาคณิตเพื่อคำนวณถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย ไม่เกิน 50% การถือหุ้นในแต่ละชั้นจะมีได้ไม่เกินหนึ่งในสาม (1/3) จากสูตร

$$S = r/(1-r)$$

โดยที่ s คือ ผลรวมของสัดส่วนถือหุ้นทั้งหมดทุกลำดับชั้น

r คือ สัดส่วนการถือหุ้นที่กฎหมายอนุญาตในแต่ละลำดับชั้นการถือหุ้น และเพื่อความสะดวกในการคำนวณจึงสมมติให้เท่ากับ 0.5

ว่าจะได้รับเงินปันผลหรือไม่ ในอัตราใด และหุ้นจะมีราคาเพิ่มขึ้นหรือไม่เท่ากัน ถ้าหุ้นมีราคาสูงขึ้นเรื่อย ๆ และจ่ายเงินปันผลได้ในอัตราพอสมควร ผู้ถือหุ้นคนไทยเหล่านั้นก็จะพอใจและไม่ติดใจสงสัยในการกระทำของคณะกรรมการบริษัทแต่อย่างใด ผู้ถือหุ้นเหล่านี้จึงกลายเป็นเพียงผู้ลงทุนซึ่งคอยติดตามดูการเจริญเติบโตของบริษัทอยู่ห่าง ๆ เท่านั้น ในกรณีนี้ นักลงทุนต่างชาติจะเป็นผู้คุมเสี่ยงข้างมากในที่ประชุมใหญ่ (โสภณ รัตนากร, 2543: 310-311)

2.2 การถ่ายทอดเทคโนโลยี

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (รวมถึงกฎหมายอื่น ๆ) ไม่ได้กำหนดให้มีการถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างจริงจัง ดังนั้น การถ่ายทอดเทคโนโลยีจึงเกิดขึ้นตามแต่ลักษณะและประเภทของธุรกิจนั้น ๆ แต่ปราศจากทิศทางที่แน่นอน และหากพิจารณาตามทฤษฎีที่เป็นเงื่อนไขและแรงจูงใจให้เกิดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (ในบทที่ 3) เทคโนโลยีเป็นเงื่อนไขหนึ่งที่ทำให้คนต่างชาติมีความได้เปรียบ ดังนั้น จึงไม่มีเหตุผลและแรงจูงใจให้เกิดการถ่ายทอดเทคโนโลยีระหว่างองค์กรธุรกิจต่างชาติกับผู้ประกอบการท้องถิ่น เว้นแต่จะเป็นเทคโนโลยีที่ล้าสมัยแล้ว หรือมีการซื้อขายเทคโนโลยีกัน อย่างไรก็ตาม การถ่ายทอดเทคโนโลยีก็อาจเกิดขึ้นได้ภายในองค์กรธุรกิจต่างชาติให้กับแรงงานชาวไทยในลักษณะที่เป็นเทคนิคการผลิตหรือการบริหารจัดการได้ แต่การถ่ายทอดเทคโนโลยีในลักษณะนี้ยังคงมีข้อจำกัดเพราะจะต้องขึ้นอยู่กับระดับตำแหน่งงานของแรงงานชาวไทยด้วย ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว บุคคลากรคนไทยมักได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีที่จำเป็นสำหรับการปฏิบัติงานของตนซึ่งส่วนมากจะเป็นเทคโนโลยีในระดับปฏิบัติการ แต่ชาวต่างชาติมักจะเป็นผู้ควบคุมงานที่ใช้ความรู้หรือเทคโนโลยีสูง (สำนักงานคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, 2547)

2.3 การจ้างแรงงานชาวไทย

เช่นเดียวกับการถ่ายทอดเทคโนโลยี กฎหมายไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขให้ต้องมีการจ้างแรงงานชาวไทย ดังนั้น การที่ชาวต่างชาติจะจ้างแรงงานชาวไทยหรือไม่นั้น จึงขึ้นอยู่กับประเภทของธุรกิจและลักษณะงานนั้น ๆ เป็นสำคัญ ในกรณีที่เป็นธุรกิจที่อาศัยความรู้และเทคโนโลยีเฉพาะทาง องค์กรธุรกิจต่างประเทศมักจะเลือกจากแรงงานชาวต่างประเทศเพราะมีความรู้ความชำนาญมากกว่าแรงงานไทย ทำให้เกิดการไหลออกของเงินตราต่างประเทศ แต่หากเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องอาศัยความรู้เฉพาะทาง แรงงานไทยมักถูกจ้างในฐานะที่เป็นแรงงานไร้ฝีมือ เพราะมีค่าแรงถูกกว่าแรงงานชาวต่างชาติ (แรงงานต่างชาติในที่นี้มิได้หมายความรวมถึงแรงงานจากประเทศเพื่อนบ้าน เพราะแรงงานเหล่านี้ รัฐมีนโยบายจำกัดและควบคุมการนำเข้าแรงงานไว้ด้วย เช่น อนุญาตเฉพาะในสาขาที่แรงงานไทยไม่ทำ เป็นต้น)

2.4 ทุนขั้นต่ำ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการกำหนดถึงจำนวนทุนขั้นต่ำไว้อย่างชัดเจนทั้งที่เป็นการประกอบธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตและที่ต้องขออนุญาต ซึ่งกฎหมายได้กำหนดโทษปรับในกรณีฝ่าฝืนกฎหมายไว้ด้วย ประกอบกับทุนขั้นต่ำที่กฎหมายบังคับให้ต้องนำมาประกอบกิจการในประเทศไทยมีเพียง 2-3 ล้านบาทเท่านั้น ถือว่าเป็นเงินไม่สูงมากนัก และกิจการที่คนต่างชาติจะมาลงทุนในประเทศไทยนั้น มักเป็นกิจการที่มีขนาดเล็กมากนัก เนื่องจากหากเป็นกิจการขนาดเล็กมากก็จะได้ผลกำไรไม่คุ้มกับการลงทุน ดังนั้น คนต่างชาติจึงมีแนวโน้มตอบสนองต่อโครงสร้างแรงจูงใจนี้มากด้วยเช่นกัน

2.5 การจัดประเภทธุรกิจ

กฎหมายได้จัดแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชี ตามความหนักเบาของผลกระทบด้านลบและอำนาจในการอนุมัติ แต่การจัดแบ่งประเภทธุรกิจดังกล่าวอาจไร้ผลในทางปฏิบัติหากคนต่างด้าวสามารถเลี่ยงกฎหมายได้ โดยการสร้าง “บริษัทไทย” ขึ้น ซึ่งก็จะไม่ถูกควบคุมการประกอบธุรกิจในไทย แต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจครอบงำการจัดการนิติบุคคลนั้น หรือมีการใช้ Nominee เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย (ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป) ดังนั้น ประสิทธิภาพของการจัดประเภทธุรกิจจะขึ้นอยู่กับ การป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวและการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ Nominee เพราะบริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจหรือการแสดงพฤติกรรมใด ๆ ย่อมต้องอาศัยผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น

2.6 การครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว

สถาบันกฎหมายนี้ได้กำหนดสิ่งจูงใจให้มีการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวมากกว่าการป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว เนื่องจากไม่ได้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มากำหนดไว้ในคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 ด้วย จึงเป็นการเปิดช่องให้นักลงทุนต่างชาติสามารถสร้างรูปแบบ “บริษัทไทย” ขึ้น โดยนักลงทุนต่างชาติยังคงมีอำนาจในการครอบงำการจัดการบริษัทนั้นได้ นอกจากนั้น ในระบบมาตราอื่น ๆ ก็ไม่ปรากฏการห้ามการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวไว้แต่อย่างใด แม้ว่าจะเป็นธุรกิจ ในบัญชี 1 และในบัญชี 2 ที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ก็ตาม

ตามทฤษฎีที่เป็นเงื่อนไขและแรงจูงใจให้คนต่างชาติไปลงทุนในต่างประเทศ และอำนาจต่อรองจากความได้เปรียบของนักลงทุนต่างชาติทั้งในเรื่องทุน เทคโนโลยี การบริหารจัดการ ฯลฯ ที่มี

เหนือคนไทย (ตามที่ได้กล่าวในบทที่ 3) นักลงทุนต่างชาติมีแนวโน้มครอบงำการจัดการตามช่องทางที่กฎหมายดังกล่าวได้เปิดช่องให้ไว้ เนื่องจากการสูญเสียอำนาจควบคุมการจัดการให้กับคนไทยนั้นถือเป็นต้นทุนทางธุรกรรม (ในที่นี้คือต้นทุนในการบริหารจัดการ: Managerial Cost) ที่สูงมาก เพราะเกิดความไม่สะดวกเกี่ยวกับมาตรการควบคุมการจัดการของกิจการ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง การมีอำนาจในการบริหารจัดการเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศของนักลงทุนต่างชาติด้วย

ผลกระทบของการที่นักลงทุนต่างชาติมีอำนาจครอบงำการจัดการหรือมีอำนาจกำหนดพฤติกรรมของ “บริษัทไทย” ได้ ก็เท่ากับว่า บริษัทนั้นได้แสดงออกซึ่งพฤติกรรมของคนต่างชาติไปด้วย เพราะบริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจหรือการแสดงพฤติกรรมใด ๆ ย่อมต้องอาศัยผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น ดังนั้น การที่นักลงทุนต่างชาติมีอำนาจครอบงำการจัดการบริษัทนั้นได้นั้น จึงส่งผลทำให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุม Externality ตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 เพราะประเทศไทยยังคงต้องเผชิญกับความเสี่ยงในด้านความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน ทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม หรือการล้มละลายของบริษัทไทยเนื่องจากยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับบริษัทต่างชาติ ตามประเภทธุรกิจที่บริษัทนั้นประกอบกิจการ เนื่องจากแนวโน้มพฤติกรรมของคนต่างชาตินั้นขึ้นอยู่กับภาวะที่ต้นทุนผลได้ของนักลงทุนผู้นั้นเป็นสำคัญมากกว่าผลประโยชน์ของประเทศไทย หรือหากนักลงทุนผู้นั้นมีเจตนาไม่สุจริต หรือถูกบังคับควบคุมโดยประเทศเจ้าของสัญชาติที่ไม่หวังดีเพื่อให้ดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศไทย ความเสียหายย่อมเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

สรุปโครงสร้างสิ่งจูงใจ ประสิทธิผลและพฤติกรรมเบี่ยงเบนอันเกิดจากโครงสร้างสิ่งจูงใจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังตารางที่ 5-4

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ตารางที่ 5-4 ประสิทธิภาพและพฤติกรรมเบี่ยงเบนอันเกิดจากโครงสร้างสิ่งจูงใจ
ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

โครงสร้างสิ่งจูงใจ	การประเมินผล	ประสิทธิผล	พฤติกรรมเบี่ยงเบน
(1) การร่วมทุน	กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับให้คนต่างชาติจะต้องร่วมทุนกับคนไทยด้วย แต่จากคำนิยาม “คนต่างด้าว” นั้น หากคนต่างชาติต้องการจะสร้าง “นิติบุคคลไทย” ขึ้น คนต่างชาตินั้นก็ต้องให้คนไทยเข้าร่วมทุนด้วยไม่น้อยกว่า 51%	น้อย	การถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ
(2) การถ่ายทอดเทคโนโลยี	ไม่เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมเพราะกฎหมายไม่มีสภาพบังคับให้คนต่างชาติถ่ายทอดเทคโนโลยีให้คนไทย	น้อย	เกิดการซื้อขายเทคโนโลยีมากกว่าการถ่ายทอดเทคโนโลยีและโอนเงินค่าขายเทคโนโลยีกลับประเทศแม่
(3) การจ้างแรงงาน	ไม่เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมเพราะกฎหมายไม่มีสภาพบังคับให้ต้องมีจ้างงานคนไทย และแรงงานไทยมักจะถูกจ้างในระดับปฏิบัติการเท่านั้น	น้อย	เกิดการจ้างแรงงานต่างชาติ โดยเฉพาะแรงงานในระดับบริหารซึ่งมีค่าแรงสูง และเกิดการโอนเงินค่าจ้างกลับประเทศแม่ด้วย
(4) ทุนขั้นต่ำ	มีการกำหนดถึงจำนวนทุนขั้นต่ำไว้อย่างชัดเจนทั้งที่เป็นการประกอบธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตและที่ต้องขออนุญาต ซึ่งกฎหมายได้กำหนดโทษปรับในกรณีฝ่าฝืนกฎหมายไว้ด้วย	ค่อนข้างมาก	

ตารางที่ 5-4 (ต่อ) ประสิทธิภาพและพฤติกรรมเบี่ยงเบนอันเกิดจากโครงสร้างสิ่งจูงใจ
ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

โครงสร้างสิ่งจูงใจ	การประเมินผล	ประสิทธิผล	พฤติกรรมเบี่ยงเบน
(5) การจัดประเภทธุรกิจ	มีการจัดประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชี ได้แก่ บัญชี 1 เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ส่วนบัญชี 2 และบัญชี 3 นั้น คนต่างด้าวต้องได้รับใบอนุญาตก่อนจึงจะประกอบธุรกิจนั้นได้ ส่วนธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 นั้น คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาต	ประสิทธิผลของการจัดประเภทธุรกิจจะขึ้นอยู่กับ การป้องกันการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว เพราะบริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจหรือการแสดงพฤติกรรมใด ๆ ย่อมต้องอาศัยผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น	กฎหมายได้จัดแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชี ตามความหนักเบาของผลกระทบ และอำนาจในการอนุมัติ แต่การจัดแบ่งประเภทธุรกิจดังกล่าวอาจให้ผลหากคนต่างด้าวสามารถเลี่ยงกฎหมายได้ โดยการสร้าง “บริษัทไทย” ขึ้น ซึ่งก็จะไม่ถูกควบคุมการประกอบธุรกิจในไทย แต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจครอบงำกิจการนั้น
(6) การป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว	กฎหมายได้กำหนดสิ่งจูงใจให้มีการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว เนื่องจากไม่ได้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มากำหนดไว้ในคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 ด้วย นอกจากนั้น ในบทมาตราอื่น ๆ ก็ไม่ปรากฏห้ามการครอบงำกิจการไว้แต่อย่างใด แม้ว่าจะเป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงปลอดภัยต่อประเทศก็ตาม	ไม่มี	เกิดการสร้างรูปแบบ “บริษัทไทย” แต่คนต่างด้าวมีอำนาจครอบงำการจัดการ โดยการออกหุ้นบริษัตรี การกำหนดข้อบังคับของบริษัท และการทำสัญญาผู้ถือหุ้น

ที่มา : โดยผู้เขียน

3. การหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการให้ Nominee

3.1 หลักเกณฑ์ของกฎหมายเกี่ยวกับความผิดฐาน Nominee

“Nominee” ในบริบทของหลักทรัพย์ หมายถึงตัวแทนการถือหลักทรัพย์ ที่ไม่ใช่ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงจากหลักทรัพย์นั้น ๆ โดยชื่อของ Nominee จะปรากฏอยู่ในทะเบียนรายชื่อผู้ถือหลักทรัพย์ของบริษัทในฐานะผู้ถือหลักทรัพย์แทนที่ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัติความหมายของ Nominee ไว้โดยตรง แต่ในมาตรา 36 ได้กำหนดลักษณะความผิดของ Nominee ว่าเป็นผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีชื่อคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่เพียงผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติในกฎหมายนี้

การใช้ Nominee เพื่อหลีกเลี่ยงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ กฎหมายได้บัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ/หรือโทษปรับ¹² และมีการกำหนดบทลงโทษบุคคลต่าง ๆ ครอบคลุมทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง กล่าวคือ

(1) นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจนั้น จะมีความผิดตามมาตรา 37 คือประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต เนื่องจาก ถึงแม้ว่าตามทะเบียนผู้ถือหุ้นแล้ว จะมีคนไทยถือหุ้นมากกว่า 50% แต่ด้วยเหตุที่มีการถือหุ้นแทนกัน จึงต้องนับว่าหุ้นที่ถูกถือแทนนั้นเป็นหุ้นของนักลงทุนต่างชาติ ดังนั้น จึงถือวา นิติบุคคลนั้นเป็น “คนต่างด้าว” ตามคำนิยามในมาตรา 4

(2) คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีชื่อคนต่างด้าวที่ถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างชาติในนิติบุคคลนั้น

(3) นักลงทุนต่างชาติที่ยินยอมให้มีการถือหุ้นแทน

¹² ประเทศต่าง ๆ ได้กำหนดบทลงโทษกรณี Nominee แตกต่างกันไปดังนี้ (เกียรติ สิทธิอมร ได้นำเสนอต่อที่ประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว สภาผู้แทนราษฎร ครั้งที่ 11 วันพฤหัสบดีที่ 14 มกราคม 2542)

(1) ประเทศที่มีโทษจำคุก (ทั้งจำทั้งปรับ) เช่น บราซิล, อียิปต์, อิตาลี, ฟิลิปปินส์, สิงคโปร์, ฮองกง (มีเฉพาะบางสาขาธุรกิจ อย่างเช่น โทรคมนาคม สถานีวิทยุ)

(2) ประเทศที่ไม่มีโทษจำคุก เช่น ชิลี, สาธารณรัฐเชค, ฝรั่งเศส, เยอรมัน, ฮังการี, เม็กซิโก, โปแลนด์, รัสเซีย, สเปน, สวิสเซอร์แลนด์, ไต้หวัน, อังกฤษ, สหรัฐอเมริกา, ญี่ปุ่น (แต่ก็มีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการใช้บริษัทตัวแทน), เบลเยียม (แต่คนที่ถือหุ้นแทนเป็น Nominee จะออกเสียงโหวตไม่ได้)

(4) ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดตาม 1) – 3) เป็นนิติบุคคล กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้นหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นจะมีความผิดด้วย

3.2 แนวโน้มและลักษณะของการใช้ Nominee

เมื่อนักลงทุนต่างชาติประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทย แต่ไม่สามารถหาผู้ร่วมทุนคนไทยได้ถึงจำนวนที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ต้องการร่วมทุนกับคนไทย แต่ต้องการประกอบธุรกิจในบัญชีที่นายพระราชบัญญัติโดยไม่ขออนุญาตไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตาม เช่น บัญชี 1 ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ บัญชี 2 รัฐไม่เคยอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ หรือบัญชี 3 มีเงื่อนไขและข้อยุ่งยากในการขออนุญาต นักลงทุนต่างชาตินั้นจะมีทางเลือก 2 ทาง ซึ่งผิดกฎหมายทั้ง 2 ทางคือ

ทางที่ 1 เลือกจัดรูปแบบของกิจกรรมให้เป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” คือ นักลงทุนต่างชาติถือหุ้นตั้งแต่ 50% ขึ้นไป และประกอบธุรกิจโดยที่ไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย การเลือกทางเลือกที่ 1 นั้น ดูจะไม่ฉลาดนัก เพราะเป็นการกระทำที่ซัดแฉงเกินไปและสามารถตรวจสอบได้ง่ายเพียงแค่ตรวจสอบในทะเบียนผู้ถือหุ้น (แบบ บอจ.5) ที่ได้ยื่นไว้ต่อกระทรวงพาณิชย์เท่านั้น ก็สามารถพิสูจน์ความผิดได้แล้ว

ทางที่ 2 นักลงทุนต่างชาติ (อาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้) ให้คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีชื่อคนต่างด้าวถือหุ้นแทนโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงหลักเกณฑ์สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายแต่ตรวจสอบได้ยากกว่ากรณีที่ 1

การถือหุ้นแทนกันเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายนี้ คนต่างด้าวจะต้องให้ Nominee มีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นทางทะเบียนมากกว่า 50% ของนิติบุคคลนั้น Nominee จึงเป็นบุคคลที่มีชื่อเป็นผู้รับผิดชอบแทนการลงทุนตามทะเบียนผู้ถือหุ้น ซึ่งหากว่ากันในทางกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทแล้ว นักลงทุนต่างชาติก็ไม่สามารถควบคุมการบริหารจัดการได้เต็มที่ เนื่องจากสิทธิออกเสียงลงคะแนนของตนไม่ถึง 50% นักลงทุนต่างชาติจึงมักจะใช้เครื่องมือและวิธีการในรูปแบบที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เพื่อให้ให้นักลงทุนต่างชาติมีอำนาจครอบงำการจัดการ และ/หรือ มีการแฝงถ่ายผลกำไรให้กับนักลงทุนต่างชาติซึ่งเป็นผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง ตามวิธีการครอบงำการจัดการดังที่ได้อธิบายแล้ว สำหรับนิติบุคคลประเภทบริษัท วิธีที่พบมากได้แก่การใช้หุ้นบุริมสิทธิ์ โดยมี “เจตนาทุจริต” เพื่ออำพรางการถือหุ้นแทนกัน¹³

¹³ การใช้ Nominee โดยมีเจตนาทุจริตในด้านอื่น ๆ เช่น การใช้ Nominee ในตลาดหลักทรัพย์ เพื่อการปันหุ้น หรือการฟอกเงิน เป็นต้น (การใช้ตัวแทนถือหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดย สฤณี อาชวานันทกุล ใน

ดังนั้น บริษัทที่อยู่ในข่ายต้องสงสัย คือบริษัทที่มีคนต่างชาติถือหุ้นในบริษัทนั้นไม่ถึง 50% แต่มีอำนาจครอบงำกิจการนั้นได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นเป็นบริษัทประเภท Holding company หรือเป็นบริษัทลม ดังนั้น สาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดการใช้ Nominee เนื่องจากกฎหมายได้เปิดช่องให้มีการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างด้าวได้

3.3 การบังคับใช้กฎหมายในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

การละเมิดพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะมีอย่างน้อยเพียงโดยอ้อมขึ้นอยู่กับปัจจัยสำคัญอย่างน้อย 2 ปัจจัย (รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2546.ค: 193) กล่าวคือ

- (1) ความเป็นไปได้ที่จะถูกจับได้และถูกลงโทษ และ
- (2) ความรุนแรงของบทลงโทษ

หากโอกาสที่จะถูกจับได้ว่ามีการใช้ Nominee มีมาก บรรดานักลงทุนต่างชาติย่อมมีสิ่งจูงใจที่จะปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษจะมีอย่างน้อยเพียงโดยอ้อมขึ้นกับระดับความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมาย หากการบังคับใช้กฎหมายหย่อนยาน ย่อมให้สิ่งจูงใจในการละเมิดกฎหมายนั้น ในกรณีตรงกันข้าม หากมีความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมาย การละเมิดกฎหมายก็จะมีน้อยลง แต่บังคับใช้กฎหมายก็มีต้นทุนที่จะต้องเสียด้วยเช่นกัน

ความรุนแรงของบทลงโทษเป็นปัจจัยสำคัญอีกปัจจัยหนึ่งที่มีผลต่อการปฏิบัติตามกฎหมาย หากบทลงโทษเบา ถึงจะมีความเข้มงวดในการบังคับใช้กฎหมายปานใด การละเมิดกฎหมายยังคงปรากฏอย่างแพร่หลาย ในกรณีตรงกันข้าม หากบทลงโทษรุนแรง ย่อมให้สิ่งจูงใจในการปฏิบัติตาม

ตามตารางที่ 5-5 ในการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ Nominee หากพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการถูกลงโทษและความรุนแรงของบทลงโทษ ปัญหา Nominee จะเกิดขึ้นน้อยหรืออาจจะไม่เกิดขึ้นเลยหากบทลงโทษรุนแรงและความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษสูง (D) ในทางตรงกันข้าม บทลงโทษเบาและความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษต่ำ (A) ปัญหา Nominee ย่อมเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง แต่หากเกิดกรณีที่มีความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษอยู่ในระดับสูงแต่บทลงโทษเบา (B) และเมื่อประโยชน์ที่คาดว่าจะรับจากการใช้ Nominee คู่กับบทลงโทษที่จะต้องรับ การใช้ Nominee ย่อมเกิดขึ้นได้เสมอ ส่วนกรณีที่มิบบทลงโทษรุนแรง แต่ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษต่ำ (C) การใช้ Nominee ย่อมเกิดขึ้นได้เมื่อประเมินแล้วพบว่าประโยชน์ที่ได้จากการใช้ Nominee คู่กับต้นทุนที่ต้องเสีย

การสัมภาษณ์เรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชิน คอร์ปอเรชั่น” วันศุกร์ที่ 25 สิงหาคม 2549 ณ โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ปาร์ค กรุงเทพฯ)

ตารางที่ 5-5 ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษและความรุนแรงของบทลงโทษฐาน Nominee

ความรุนแรงของบทลงโทษ	ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษฐานละเมิดกฎกติกา	
	ต่ำ	สูง
โทษเบา	A	B
โทษหนัก	C	D

ที่มา: รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, 2546 ค: 193

ประเด็นในการพิจารณาคือ การบังคับใช้กฎหมาย Nominee ของไทยเป็นแบบ A, B, C หรือ D

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ ได้บัญญัติให้เป็นความผิดและกำหนดโทษเอาไว้อย่างรุนแรง คือมีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และ/หรือโทษปรับ¹⁴ และมีการกำหนดบทลงโทษบุคคลต่าง ๆ ครอบคลุมบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้แก่ บุคคลที่ประกอบธุรกิจนั้น คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างชาติในนิติบุคคลนั้น นักลงทุนต่างชาติที่ยินยอมให้มีการถือหุ้นแทน และในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นจะมีความผิดด้วย แต่รัฐไทยไม่ได้ตั้งใจที่จะบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง เพราะอาจเกิดผลกระทบต่อเสถียรภาพทางเศรษฐกิจจากการถอนเงินลงทุนออกหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้นกันใหม่ เนื่องจากการใช้ Nominee กันอย่างกว้างขวางและฝังรากลึกในระบบเศรษฐกิจไทยมานานแล้วนับตั้งแต่มีการประกาศใช้ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกของไทย ความสูญเสียทางเศรษฐกิจดังกล่าวจึงยากที่จะยอมให้เกิดขึ้นเมื่อประเทศไทยยังคงเป็นประเทศที่ต้องการใช้การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาทางเศรษฐกิจ จากที่กล่าวมา จึงสรุปได้ว่า ความเป็นไปได้ที่จะถูกลงโทษต่ำ ดังนั้น การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับ Nominee ของไทยจึงเป็นแบบ C

นอกจากปัญหาความไม่ตั้งใจในการบังคับใช้กฎหมายของรัฐแล้ว รัฐยังต้องเผชิญต้นทุนในการนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษด้วย กล่าวคือ ความผิดฐาน Nominee ตามมาตรา 36 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดจำคุกหรือปรับซึ่งเป็นโทษ

¹⁴ สำหรับบทลงโทษกรณี Nominee นั้น แต่เดิมประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มิได้กำหนดโทษจำคุกเอาไว้ด้วย โทษจำคุกนั้นเพิ่งถูกกำหนดขึ้นโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อป้องปรามการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เพราะโดยปกติแล้ว นักธุรกิจหรือนักลงทุนต่างชาติจะกลัวโทษจำคุกมากกว่าโทษปรับ เพราะนอกจากจะต้องสูญเสียอิสรภาพแล้ว ยังมีประวัติอาชญากรติดตัวไปด้วย และอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีนี้เป็นอัตราโทษในระดับเดียวกับความผิดฐานลักทรัพย์ ฐานฉ้อโกง หรือฐานยกยอกทรัพย์ ฯลฯ

ทางอาญาเอาไว้ ดังนั้น กฎหมายฉบับนี้จึงเป็นกฎหมายลักษณะอาญาที่รัฐจะต้องเป็นผู้พิสูจน์ความผิดของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งโจทก์ (พนักงานอัยการ) จะต้องพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันองค์ประกอบของความผิดทั้งหมดให้สิ้นสงสัยว่าได้มีการกระทำความผิดจริง โดยกฎหมายบังคับให้ศาลใช้ดุลพินิจวินิจฉัยซึ่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวง อย่าพิพากษาลงโทษจนกว่าจะแน่ใจว่ามีการกระทำความผิดจริง และจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดนั้น และเมื่อมีความสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำความผิดหรือไม่ ให้ยกประโยชน์แห่งความสงสัยนั้นให้จำเลย¹⁵

ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นการกระทำที่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว จะต้องพิสูจน์ให้ได้ข้อเท็จจริงทั้งหลายว่ามี “ตัวการ” ที่เป็นคนต่างด้าว และมี “ตัวแทนการถือหุ้น” ที่เป็นคนไทย รวมถึงความสัมพันธ์ของตัวแทนและตัวการ ในลักษณะที่บ่งบอกได้ว่าการถือหุ้นแทนกัน เช่น ตัวแทนได้รับโอนหุ้นมาจากตัวการโดยมีต้องชำระค่าหุ้นหรือชำระจำนวนเพียงเล็กน้อย หรือ ตัวการชำระเงินค่าหุ้นแทนตัวแทนให้กับบุคคลภายนอก ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำความผิดที่รัฐจะต้องมีต้นทุนสูง เพราะเป็นการกระทำที่มีลักษณะปกปิดและไม่สามารถเห็นได้ง่าย ซึ่งหากมีการละเมิดกฎหมายกันอย่างกว้างขวางเป็นจำนวนมากแล้ว จะต้องใช้บุคลากรและทรัพยากรจำนวนมากในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

ประเด็นปัญหาที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ รัฐจะทราบได้อย่างไรว่ามีการกระทำความผิดฐาน Nominee เนื่องจากนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างชาติถือหุ้น 49% มีเป็นจำนวนมาก เฉพาะธุรกิจในปีบัญชี 3 เพียงอย่างเดียวก็ถึงประมาณ 30,000 กกว่าราย¹⁶ แต่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับ Nominee ของนิติบุคคลต่าง ๆ ยังมีอยู่อย่างจำกัดยิ่ง (เว้นแต่นิติบุคคลนั้นจะถูกขูดคู้เป็นกรณีพิเศษ) โดยทางการจะเข้าตรวจสอบนิติบุคคลต่อเมื่อมีข้อมูลของงบการเงินที่ผิดปกติ หรือมีการแจ้งเบาะแสจากบุคคลต่าง ๆ เช่น คู่แข่งทางธุรกิจ เป็นต้น เท่านั้น¹⁷ และแม้ว่าจะมีความพยายามในการแสวงหาข้อมูลข่าวสาร

¹⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

¹⁶ จากการแถลงข่าวของ นายเกริกไกร จีระแพทย์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เรื่องการเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติม กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา เมื่อวันที่ 9 มกราคม 2550 ณ กระทรวงพาณิชย์ และเผยแพร่ในเว็บไซต์ของกระทรวงพาณิชย์ www.moc.go.th

¹⁷ ผู้วิจัยได้เคยสอบถามเจ้าหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ (ผู้ตอบขอสงวนนามเนื่องจากขณะที่ยังสอบถามนั้นอยู่ระหว่างการดำเนินคดีในกรณีชินคอร์ปอเรชั่น ซึ่งผู้ตอบเกรงว่าคำตอบดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อตน) ว่า ทางการมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณา Nominee อย่างไร และจะทราบได้อย่างไรว่านิติบุคคลใดมีการใช้ Nominee เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ซึ่งก็ได้รับคำตอบว่า ยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ความเป็น Nominee โดยทางการจะเข้าตรวจสอบนิติบุคคลต่อเมื่อมีการแจ้งเบาะแสจากบุคคลต่าง ๆ เช่น จากคู่แข่งทางธุรกิจ โดยในเบื้องต้นจะตรวจสอบว่างบการเงินของนิติบุคคลนั้นผิดปกติหรือไม่ เพราะเป็นข้อมูลที่มีอยู่ที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าอยู่แล้ว

กรณีมีการถือหุ้นแทนกันให้มากขึ้น เมื่อสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ได้มีคำสั่งที่ 102 / 2549 เพื่อกำหนดเอกสารเพื่อประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัทจำกัด ลงวันที่ 20 กรกฎาคม 2549 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 15 สิงหาคม 2549¹⁸ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัดในกรณีการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัดที่มีผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวลงหุ้นหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ตั้งแต่ร้อยละ 40 แต่ไม่ถึงร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนหรือในกรณีมีคนต่างด้าวลงหุ้นหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดต่ำกว่าร้อยละ 40 ของทุนจดทะเบียน แต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด ให้ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยทุกคนส่งหลักฐานประกอบที่มาของเงินลงทุนประกอบคำขอจดทะเบียนโดยเอกสารดังกล่าวต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่นำมาลงหุ้นหรือถือหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือของผู้ถือหุ้นแต่ละราย คือ (1) สำเนาสมุดเงินฝากธนาคารหรือสำเนาใบแจ้งยอดบัญชีธนาคาร (Bank Statement) ย้อนหลัง 6 เดือน หรือ (2) เอกสารที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะการเงินของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น หรือ (3) สำเนาหลักฐานที่แสดงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาลงหุ้นหรือถือหุ้น แต่ในทางปฏิบัติ คนต่างด้าวก็สามารถหลีกเลี่ยงเกณฑ์ดังกล่าวได้เพียงแค่ลดการถือหุ้นลงเหลือ 39% เท่านั้น

อนึ่ง ผู้วิจัยได้พยายามตรวจสอบเอกสารสถิติหรือคำพิพากษาของศาลเกี่ยวกับการกระทำ ความผิดฐาน Nominee ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว แต่ไม่พบว่ามีกรณีบันทึกสถิติหรือมีคำพิพากษาของศาลแต่อย่างใด คงมีเพียงแต่ข่าวการเข้าตรวจสอบและดำเนินคดีกับนิติบุคคลต่าง ๆ ไม่ก็บริษัทที่เพิ่งปรากฏตามสื่อหลังคดีการซื้อกิจการของชินคอร์ปอเรชั่น โดยกลุ่มเทมาเส็ก แต่คดีก็ยังไม่จบอยู่ระหว่างการพิจารณาและยังไม่ถึงที่สุด นอกจากนั้น จากข้อมูลที่ปรากฏตามสื่อพบว่า ในช่วงแรกของการดำเนินคดีชินคอร์ปอเรชั่นก็ยังไม่มีความสับสนเกี่ยวกันชั้นตอน และอำนาจหน้าที่ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าและพนักงานสอบสวน โดยพนักงานสอบสวนอ้างว่าเป็นอำนาจหน้าที่ที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะต้องทำความเข้าใจเสนอมายังพนักงานสอบสวนว่าได้มีการกระทำความผิดฐาน Nominee ก่อน จึงจะดำเนินการสอบสวนคดีดังกล่าวต่อไปได้ แต่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้อ้างว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีอาญาที่อยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวนอยู่แล้วโดยกฎหมายไม่ได้กำหนดให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าต้องทำความเข้าใจเสนอพนักงานสอบสวนก่อน จากที่กล่าวมานั้นทำให้คิดไปได้ว่า นับตั้งแต่มีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มานี้ ยังไม่เคยมีการดำเนินคดีในความผิดฐาน Nominee มาก่อนเลย

¹⁸ จากเว็บไซต์ของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ www.dbd.go.th

4. สรุป

ในบทนี้ ได้วิเคราะห์ประสิทธิผลและปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใน 2 ประเด็น คือ (1) กรอบของสถาบันจะสามารถกำหนดรูปแบบพฤติกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวหรือไม่ หรืออีกนัยหนึ่ง กฎหมายดังกล่าวมีช่องโหว่ที่ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายได้หรือไม่ และ (2) หากนักลงทุนต่างชาติฝ่าฝืนกรอบของกฎหมายดังกล่าว รัฐจะบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมายได้หรือไม่ ซึ่งทั้งสองกรณีมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ หากกรอบของสถาบันไม่สามารถกำหนดรูปแบบพฤติกรรมของนักลงทุนต่างชาติได้ตามความประสงค์หรือมีการหลีกเลี่ยงกฎหมายกันเป็นอันมาก กฎหมายก็เป็นอันไร้ประสิทธิผล แม้ว่าจะมีการบังคับใช้ได้ดีเพียงใดก็ตาม และถึงแม้ว่ากรอบของกฎหมายจะบัญญัติไว้ดีเพียงใด แต่หากมีการหลีกเลี่ยงกฎหมายแล้วรัฐไม่ได้บังคับใช้กฎหมายอย่างจริงจัง กฎหมายดังกล่าวก็เป็นอันไร้ประสิทธิผลเช่นกัน

การวิเคราะห์ประสิทธิผลและปัญหาของกฎหมายฉบับนี้ ได้ใช้แนวคิดเศรษฐศาสตร์สถาบันใหม่ โดยใช้แนวคิดของโครงสร้างผลตอบแทน (ผลตอบแทนในเชิงลบ กล่าวคือ หากคนต่างชาติไม่กระทำตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จะต้องถูกลงโทษ) และต้นทุนทางธุรกรรมมาวิเคราะห์พฤติกรรมการลงทุนของคนต่างชาติตามแนวคิดที่ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ” ผู้ต้องการอรรถประโยชน์สูงสุด โดยจะตัดสินใจการกระทำหรือละเว้นการกระทำจากการประเมินผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ เทียบกับต้นทุนที่คาดว่าจะต้องสูญเสียไปจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำนั้น ซึ่งพบว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้มีปัญหาทั้งทางด้านกรอบของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายโดยรัฐ ดังนี้

(1) พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดโครงสร้างผลตอบแทนในการร่วมทุนระหว่างคนต่างชาติและคนไทยโดยเปิดช่องทางให้มีการร่วมทุนประกอบธุรกิจได้ทุกประเภทหากนิติบุคคลนั้นไม่ใช่ “นิติบุคคลต่างด้าว” แต่ตามคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 นั้น ได้พิจารณาความเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” แต่เพียงดูสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงจำนวนทุนที่ลงในนิติบุคคลที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นด้วย จึงเปิดโอกาสให้มีการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ ซึ่งคนต่างด้าวสามารถได้รับผลตอบแทนในอัตราที่สูงกว่าคนไทยได้

(2) พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้กำหนดโครงสร้างผลตอบแทนในการถ่ายทอดเทคโนโลยีและการจ้างแรงงานไทยอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรม โดยกำหนดแต่เพียงให้ผู้มีอำนาจอนุญาตต้องคำนึงถึงผลเสียในด้านต่าง ๆ เท่านั้น สำหรับเรื่องเทคโนโลยีนั้น กฎหมายได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ในการออกกฎกระทรวงไว้ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่มีการออกกฎกระทรวงในเรื่องดังกล่าวออกบังคับใช้

(3) พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนดโครงสร้างผลตอบแทนในเรื่องของ “ทุนขั้นต่ำ” ที่คนต่างด้าวจะต้องนำมาประกอบธุรกิจไว้ด้วยแม้ว่าจะมิใช่การประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติก็

ตาม ซึ่งหากฝ่าฝืน กฎหมายได้กำหนดบทลงโทษไว้ด้วย แต่เป็นเพียงโทษปรับเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นความผิดที่มีบทลงโทษไม่ร้ายแรงนัก

(4) พระราชบัญญัตินี้ได้จัดแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 ประเภท ตามความหนักเบาของผลกระทบทางลบ เพื่อควบคุม Externality ที่อาจเกิดขึ้นจากการลงทุนของคนต่างด้าว แต่พระราชบัญญัติฉบับนี้ได้เปิดช่องให้คนต่างชาติสามารถสร้างรูปแบบ “บริษัทไทย” ขึ้น โดยให้คนต่างชาติที่มีอำนาจครอบงำบริษัทนั้นได้ เช่น โดยวิธีการใช้หุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดอำนาจในข้อบังคับหรือการทำสัญญาผู้ถือหุ้น ซึ่งไม่ถูกควบคุมการประกอบธุรกิจ โดยบริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลสมมติในทางกฎหมายเท่านั้น ซึ่งตัดสิ้นใจหรือการแสดงพฤติกรรมใด ๆ ย่อมต้องอาศัยผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น ดังนั้น การที่นักลงทุนต่างชาติมีอำนาจครอบงำกิจการของนิติบุคคลนั้นได้ จึงส่งผลทำให้กฎหมายนี้อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์ในการควบคุม Externality ตามบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3

(5) ด้วยเหตุที่กฎหมายนี้เปิดช่องให้มีการครอบงำบริษัทโดยคนต่างชาติได้ ดังนั้น จึงเป็นการเปิดโอกาสในคนต่างชาติใช้ช่องทางดังกล่าวในการเลี่ยงกฎหมายด้วยการใช้ Nominee ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และกฎหมายได้กำหนดโทษเอาไว้อย่างร้ายแรงคือโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และหรือโทษปรับ และกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแม้แต่กรรมการของนิติบุคคลที่กระทำผิดจะต้องรับโทษด้วย แต่ในทางปฏิบัติ กฎหมายดังกล่าวกลับไม่ได้ถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากรัฐเกรงว่าอาจสูญเสียผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากการถอนเงินลงทุนหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้น เพราะการใช้ Nominee เกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง และเป็นปัญหาที่ยังรากลึกในระบบเศรษฐกิจของประเทศไทยมานานแล้วตั้งแต่ประเทศไทยมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจฉบับแรกคือประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 นอกจากนี้ รัฐยังต้องเผชิญกับต้นทุนในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษจำนวนมากด้วย เพราะ ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการใช้ Nominee นั้นมีจำกัดยิ่ง เนื่องเป็นการกระทำที่ถูกปกปิดซ่อนเร้น

สรุปผลการศึกษา อภิปรายผล และข้อเสนอแนะ

1. สรุปและอภิปรายผลการศึกษา

โดยทั่วไป การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศมีทั้งข้อดี (ประโยชน์) และข้อเสีย (ต้นทุน) ต่อประเทศไทย โดยประโยชน์ที่ประเทศไทยคาดหวังว่าจะได้รับจากการลงทุนจากต่างประเทศ คือ ประโยชน์ในการสร้างความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศเป็นหลัก ได้แก่ การเพิ่มขึ้นของดุลการชำระเงิน (เงินตราต่างประเทศ) ที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศนำเข้ามาประกอบกิจการในประเทศ, ความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่ผู้ลงทุนจากต่างประเทศนำมาพร้อมกับการลงทุน และเมื่อเกิดการลงทุนจากต่างประเทศแล้ว จะส่งผลให้เกิดการปรับปรุงโครงสร้างการผลิตให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น การส่งออกเพิ่มขึ้น เกิดการเชื่อมโยงอุตสาหกรรมภายใน และการลดการว่างงาน และเมื่อประชาชนกินดีอยู่ดีและมีความสะดวกสบายมากขึ้น ก็ส่งผลดีต่อสังคมและการเมืองของประเทศด้วย

ส่วนข้อเสียหรือต้นทุนของประเทศไทย คือ ส่วนแบ่ง Value Added ที่เป็นส่วนของเจ้าของทุนชาวต่างประเทศและส่งกลับประเทศ ซึ่งประกอบด้วย เงินปันผล ดอกเบี้ย ค่าธรรมเนียมลิขสิทธิ์ เงินเดือนพนักงานชาวต่างประเทศ เป็นต้น นอกจากนี้ต้นทุนหรือส่วนสูญเสียที่ประเทศผู้รับทุนจะต้องจ่ายให้กับบรรษัทข้ามชาติแล้ว ประเทศไทยยังต้องเผชิญกับปัญหาผลกระทบภายนอกต่าง ๆ เช่น การผูกขาดโดยทุนต่างชาติ การล้มละลายของผู้ประกอบการท้องถิ่น การรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยทุนต่างชาติ ปัญหาสิ่งแวดล้อม การเปลี่ยนแปลงในวิถีชีวิตวัฒนธรรมและความเป็นอยู่ เกิดแนวคิดวัตถุนิยม การใช้จ่ายเกินตัว และเกิดความแตกต่างระหว่างคนรวย-คนจน เมือง-ชนบท และกิจการบางประเภทมีผลกระทบต่อความมั่นคงและปลอดภัยของชาติโดยตรง เช่น การสื่อสารคมนาคม อากาศยุทธภัณฑ์ การค้าที่ดิน เป็นต้น และด้วยผลของข้อเสียหรือต้นทุนที่ประเทศไทยต้องเผชิญดังกล่าว จึงมักจะทำให้เกิดแนวคิดชาตินิยมที่ต่อต้านการลงทุนจากต่างประเทศอยู่เป็นเนือง ๆ เมื่อประชาชนเห็นว่าทุนต่างชาติเข้ามารุกล้ำอธิปไตยและความมั่นคงของรัฐ หรือเข้ากอบโกยผลประโยชน์ของชาติออกไป หรือมีการกระทำที่มีอิทธิพลเหนือคนชาติและมีหลักเลียงกฎหมาย

แม้ว่าประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้การลงทุนจากต่างประเทศเป็นนโยบายในการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ แต่ก็ได้ยอมรับและเล็งเห็นว่า การลงทุนจากต่างประเทศนั้นมีทั้งประโยชน์ (ข้อดี) และต้นทุน (ข้อเสีย) ดังที่ได้กล่าวแล้ว จึงได้สร้างสถาบันกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจ

ของคนต่างด้าว ซึ่งฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยปรับปรุงจากประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการทำหน้าที่เป็นสถาบันกฎหมายที่รักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศและปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าว

ในการทำหน้าที่รักษาดุลยภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศและปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ

(1) เพื่อเป็นการบังคับให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประโยชน์ต่อประเทศ จึงมีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนจากต่างประเทศต้องปฏิบัติ เช่น จำนวนทุนขั้นต่ำ อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขอื่น ๆ ที่จำเป็น

(2) เพื่อเป็นการควบคุมผลกระทบภายนอก จึงมีการคัดเลือกประเภทธุรกิจที่จะเปิดรับ-ปิดกั้นการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อป้องกันผลกระทบที่มีผลต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ผลกระทบต่อวัฒนธรรมประเพณี สังคม สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบจากการรวมอำนาจและการผูกขาดโดยทุนต่างชาติ การล้มละลายของผู้ประกอบการภายในประเทศ เป็นต้น

และเพื่อเป็นการบังคับหรือควบคุมให้การลงทุนจากต่างประเทศเกิดประสิทธิผลตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว กฎหมายจึงได้กำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจและต้นทุนทางธุรกรรมให้แก่นักลงทุนต่างชาติ ซึ่งส่งผลต่อรูปแบบพฤติกรรมและการตัดสินใจตามแนวคิด Homo Economicus ที่ว่า “มนุษย์เป็นสัตว์เศรษฐกิจ” ผู้ต้องการอรรถประโยชน์สูงสุด แต่เนื่องจากสถาบันกฎหมายนี้มีลักษณะเป็นการบังคับควบคุม จึงได้กำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจเชิงลบ (Negative Incentive) ซึ่งหมายความว่า หากนักลงทุนต่างชาติไม่ปฏิบัติตามสิ่งที่กฎหมายกำหนดก็จะถูกลงโทษ ซึ่งโทษดังกล่าวเป็นโทษในทางอาญา (ได้แก่โทษจำคุกและ/หรือปรับ) รวมถึงมาตรการในทางปกครองอื่น ๆ ด้วย

จากการศึกษาพบว่า:

(1) การกำหนดโครงสร้างสิ่งจูงใจให้การลงทุนจากต่างประเทศเป็นประโยชน์ต่อประเทศไทย มีประสิทธิผลน้อย กล่าวคือ

“การร่วมทุน” ระหว่างคนต่างด้าวกับคนไทย กฎหมายได้พิจารณาเพียงสัดส่วนการถือหุ้นแต่เพียงของนิติบุคคลนั้นเท่านั้นโดยไม่คำนึงถึงการถือหุ้นของนิติบุคคลอื่นที่ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น และไม่ได้คำนึงถึงสัดส่วนผลประโยชน์ที่จะตกได้แก่คนไทยด้วย ดังนั้น จึงเป็นช่องทาง

ให้เกิดการถือหุ้นทางอ้อมเป็นชั้น ๆ ซึ่งนักลงทุนต่างชาติมีแนวโน้มตอบสนองต่อสิ่งจูงใจนี้ด้วย เพราะสามารถดำเนินการได้ง่ายและถูกกฎหมาย

“ทุนขั้นต่ำ” ที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย กฎหมายได้กำหนดให้คนต่างด้าวจะต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ในกรณีที่ไม่ใช่ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ และในกรณีที่การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท ซึ่งคนต่างด้าวมีแนวโน้มตอบสนองต่อหลักเกณฑ์นี้ เนื่องจากจำนวน “ทุนขั้นต่ำ” ที่กฎหมายกำหนดนี้ เป็นจำนวนที่ไม่มากนัก และกฎหมายได้กำหนดโทษปรับไว้สูง คือตั้งแต่ 100,000 บาทถึง 1,000,000 บาท และปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่ แต่ไม่มีโทษจำคุก

“เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน” กฎหมายได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยคำแนะนำของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ แต่ปัจจุบันก็ยังไม่มีการออกดังกล่าวออกบังคับใช้ จึงยังไม่มีสภาพบังคับให้คนต่างด้าวต้องปฏิบัติแต่อย่างใด

“แรงงาน” กฎหมายไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างแรงงานไทยไว้แต่อย่างใด

(2) การควบคุมผลกระทบภายนอกทางลบ ไม่มีประสิทธิผล เพราะกฎหมายเปิดช่องให้คนต่างด้าวครอบงำการจัดการ “บริษัทไทย” ได้

กฎหมายได้จัดแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชี ตามความหนักเบาของผลกระทบ และอำนาจในการอนุมัติ แต่สามารถจัดแบ่งธุรกิจเป็น 4 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 1 ซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจจำนวน 9 ประเภทด้วยเหตุผลพิเศษ

ประเภทที่ 2 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 2 ห้ามประกอบธุรกิจจำนวน 13 ประเภทด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติคณะรัฐมนตรี

ประเภทที่ 3 ได้แก่ ธุรกิจตามที่ระบุไว้ในบัญชี 3 ห้ามมิให้ประกอบธุรกิจจำนวน 21 ประเภทที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่

จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเภทที่ 4 ได้แก่ ธุรกิจที่ไม่ได้ถูกระบุไว้ในบัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3 ซึ่งคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ยังคงต้องปฏิบัติตามกฎหมายในบางมาตรา เช่น พუნขึ้นต่ำ เป็นต้น

แต่การควบคุมผลกระทบภายนอกโดยการจัดประเภทธุรกิจนี้อาจไม่บรรลุวัตถุประสงค์เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดสิ่งจูงใจให้มีการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวแทนที่จะเป็นการป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าว เนื่องจากไม่ได้นำหลักเกณฑ์ “การควบคุม” มากำหนดไว้ในคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 ด้วย จึงเป็นการเปิดช่องให้นักลงทุนต่างชาติสามารถสร้างรูปแบบ “บริษัทไทย” ขึ้น โดยให้คนไทยถือหุ้น 51% แต่คนต่างด้าวมี “อำนาจในการครอบงำกิจการ” บริษัทนั้นได้โดยใช้วิธีการต่าง ๆ เช่น การออกหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดอำนาจในข้อบังคับของบริษัท และ/หรือสัญญาผู้ถือหุ้น นอกจากนั้น ในบบมาตราอื่น ๆ หรือกฎหมายอื่น ก็ไม่ปรากฏห้ามหรือป้องกันการครอบงำการจัดการโดยคนต่างด้าวไว้แต่อย่างใด แม้ว่าจะเป็นธุรกิจ ในบัญชี 1 และในบัญชี 2 ที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมก็ตาม เพราะเมื่อบริษัทนั้นเป็นเพียงบุคคลธรรมดาในทางกฎหมาย ซึ่งการตัดสินใจหรือการแสดงพฤติกรรมใด ๆ ย่อมต้องอาศัยผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัทนั้น ดังนั้น การจัดแบ่งประเภทธุรกิจดังกล่าวก็เป็นอันไร้ประโยชน์

(3) การป้องปรามการถือหุ้นแทนกัน (Nominee) ไม่มีประสิทธิผลและประสิทธิภาพ

ด้วยเหตุที่กฎหมายนี้ได้เปิดช่องให้มีการครอบงำการจัดการบริษัทไทยโดยคนต่างชาติได้ ดังนั้น จึงเป็นการเปิดโอกาสในคนต่างชาติใช้ช่องทางที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ เช่น การออกหุ้นบุริมสิทธิ เพื่ออำพรางการใช้ Nominee ซึ่งเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย และแม้ว่ากฎหมายได้กำหนดโทษเอาไว้อย่างร้ายแรงคือโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี และหรือโทษปรับ และกำหนดให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทั้งหมดแม้แต่กรรมการของนิติบุคคลที่กระทำผิดจะต้องรับโทษด้วย แต่กฎหมายดังกล่าวกลับไม่ได้ถูกบังคับใช้อย่างจริงจัง เนื่องจากรัฐเกรงว่า หากบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง จะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศจากการถอนเงินลงทุนหรือการปรับโครงสร้างการถือหุ้นหรือทำให้เสียบรรยากาศในการลงทุน นอกจากนั้น รัฐยังต้องเผชิญกับต้นทุนในการนำผู้กระทำผิดมาลงโทษจำนวนมากด้วย เพราะมีการใช้ Nominee กันอย่างแพร่หลายมา

เป็นเวลานานแล้ว อีกทั้งข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการใช้ Nominee นั้นมีจำกัดยิ่ง เนื่องเป็นการกระทำที่ถูกปกปิดซ่อนเร้น

ผลการศึกษานี้ สอดคล้องกับผลการศึกษานักวิชาการในประเทศไทยหลาย ๆ ท่าน เกี่ยวกับปัญหาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในประเด็นการกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ที่เห็นว่า เป็นคำนิยามที่หละหลวม และทำให้คนต่างด้าวสามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ง่าย ส่วนของการบังคับใช้กฎหมายกรณี Nominee นั้น ผลการศึกษานี้ สอดคล้องกันกับผลการศึกษาของเดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสตีฟ ทวรรณกุล ที่ว่าเป็นนโยบาย “ปากว่า ตาขยิบ” เนื่องจากมีกฎหมายกำหนดความผิดฐาน Nominee อย่างเข้มงวด แต่การบังคับใช้หย่อนยานจนมีการหลีกเลี่ยงกฎหมายกันอย่างกว้างขวางและเป็นปัญหาที่หมักหมมจนยากที่จะแก้ไข

จากที่กล่าวมานั้น สรุปได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีปัญหาทั้งกรอบของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย จึงเป็นสถาบันกฎหมายที่ไม่สามารถรักษาคุณภาพระหว่างความต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศและปัญหาที่เกิดจากการลงทุนดังกล่าวได้

2. ข้อจำกัดของการวิจัยและข้อเสนอแนะ

2.1 ข้อจำกัดของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังคงมีข้อจำกัดในการศึกษา กล่าวคือ การศึกษาถึงการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับปัจจุบันคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น เป็นการศึกษานโยบายรวมครอบคลุมประเภทธุรกิจต่าง ๆ โดยมีได้เจาะจงหรือคำนึงถึงเงื่อนไขหรือลักษณะเฉพาะของกิจการประเภทใดประเภทหนึ่ง ซึ่งการตัดสินใจลงทุนของคนต่างชาติในการประกอบธุรกิจประเภทนั้น ยังมีบริบทอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกเป็นจำนวนมากนอกเหนือจากโครงสร้างสิ่งจูงใจและต้นทุนทางธุรกรรมที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้สร้างขึ้นก็ได้ นอกจากนี้ การศึกษาในครั้งนี้ ยังมิได้พิจารณาถึงความเกี่ยวพันกับกฎหมายอื่นอีกหลายฉบับที่อาจมีผลกระทบต่อการใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เช่น กฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่น และสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี เป็นต้น

2.2 ข้อเสนอแนะ

ประเทศไทยเริ่มมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกในปี 2515 ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น คือเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศและเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม อันเนื่องมาจากกระแสชาตินิยมที่รุนแรงในขณะนั้น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าว จึงถูกตราขึ้นเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไปและกว้างขวางครอบคลุมธุรกิจเกือบทุกประเภทอย่างเข้มงวด เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ดังกล่าว แม้ว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 จะได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีเหตุผลคือเพื่อเปิดประเทศมากขึ้นและลดข้อจำกัดการเคลื่อนย้ายเงินทุนและบุคลากรที่เชี่ยวชาญจากต่างประเทศเป็นหลัก เพื่อให้การลงทุนจากต่างประเทศเป็นประโยชน์ต่อประเทศมากขึ้นในช่วงที่ประเทศไทยต้องเผชิญกับปัญหาวิกฤตเศรษฐกิจในปี 2540 แต่แนวความคิดในการบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไปและครอบคลุมธุรกิจอย่างกว้างขวางนี้ ก็ยังคงถูกส่งผ่านมายังพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วย ประเทศไทยจึงมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปครอบคลุมธุรกิจต่าง ๆ อย่างกว้างขวางมานานกว่า 30 ปีแล้ว

ด้วยกระแสโลกาภิวัตน์และอุดมการณ์แนวคิดเศรษฐกิจเสรีนิยมที่มีพลวัตร ทำให้ขอบเขตของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในรูปแบบการค้าและการลงทุนข้ามพรมแดนระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้ขยายและผนวกรวมเศรษฐกิจและสังคมระหว่างประเทศให้เกี่ยวพันมากยิ่งขึ้นกว่าในอดีต ประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย ต่างเชื้อเชิญและเลือกใช้การลงทุนจากต่างประเทศเป็นยุทธศาสตร์สำคัญเพื่อนำไปสู่การเพิ่มประสิทธิภาพการผลิตและการขยายตัวของระบบเศรษฐกิจของประเทศ ความต้องการเงินทุนจากต่างประเทศจึงมีน้ำหนักมากขึ้นและกลายเป็นเหตุผลหลักในปัจจุบัน ในขณะที่เหตุผลในการควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อต้องการรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศอย่างรวม ๆ นั้น ได้ถูกลดทอนความสำคัญลงไปเป็นอันมากและแปรเปลี่ยนไปเป็นเหตุผลที่มีความเฉพาะเจาะจงยิ่งขึ้น เช่น เพื่อป้องกันผลกระทบด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ เป็นต้น ดังนั้น การสร้างข้อจำกัดของการลงทุนจากต่างประเทศในลักษณะเป็นการทั่วไปจึงไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และการบังคับใช้กฎหมายเป็นการทั่วไปด้วยวิธีการรวม ๆ นี้จะเกิดผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศอย่างกว้างขวางแต่เกิดประสิทธิผลน้อย เนื่องจากการจะควบคุมธุรกิจประเภทหนึ่ง ๆ นั้นย่อมต้องอาศัยวิธีการที่เหมาะสมสำหรับธุรกิจประเภทนั้น ๆ ด้วยเป็นสำคัญ

นอกจากนั้น จากการใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีบทยกเว้นในหลายกรณี เช่น กฎหมายเฉพาะที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่น และสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี จึงทำให้กฎหมายดังกล่าวยังข้อจำกัดในการบังคับใช้มากขึ้นทุกที

การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ไม่อาจทำได้ง่ายนัก เพราะต้องเผชิญกับแรงกดดันจากกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ทั้งภายในและภายนอกประเทศ ดังเช่นสหภาพยุโรปพร้อมกับสถานเอกอัครราชทูตของประเทศต่าง ๆ ประจำประเทศไทย ได้แก่ สหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น แคนาดา สาธารณรัฐเกาหลี และออสเตรเลีย ได้แสดงจุดยืนว่า การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อกำหนดค่านิยม “คนต่างด้าว” โดยเพิ่มเงื่อนไข “การควบคุม” จะเป็นการจำกัดการดำเนินธุรกิจในไทยด้วยกฎระเบียบที่เข้มงวดขึ้น โดยไม่คำนึงถึงหลักการบริหารของภาคเอกชน และเป็นการละเมิดพันธะของ GATS ใน WTO ที่ไทยจะต้องปฏิบัติต่อผู้ประกอบการชาวต่างประเทศเยี่ยงคนชาติ (national treatment) และแสดงความไม่เข้าใจแนวคิดของรัฐบาลไทยต่อการกำหนดธุรกิจตามบัญชีที่ 3 เกี่ยวกับธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับชาวต่างประเทศ ซึ่งเห็นจะทำให้ไทยเป็นประเทศที่ไม่เห็นด้วยกับการเปิดตลาดอย่างเสรี และเป็นการดูถูกศักยภาพของภาคธุรกิจของไทย และแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ จะทำให้ภาคธุรกิจต่างประเทศในไทยถอนการลงทุนใหม่ในไทยเพื่อไปลงทุนในประเทศอื่น เช่น เวียดนาม ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อภาคธุรกิจต่างประเทศที่มีอยู่ในขณะนี้ให้ชะลอการขยายตัวในไทย การดำเนินการเช่นนี้เป็นการทำให้ประเทศไทยไม่ยอมรับเรื่องความเป็นเจ้าของ (ownership) และการควบคุม (control) ของภาคธุรกิจต่างประเทศ ในขณะที่ประเทศอาเซียนอื่นเห็นชอบกับการเป็นเจ้าของและควบคุมบริษัทของคนต่างด้าว¹

จากความไม่เหมาะสมและข้อจำกัดในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังที่กล่าวมา หากรัฐไทยเห็นว่ายังมีความจำเป็นจะต้องจำกัดหรือควบคุมผลกระทบทางด้านลบจากธุรกิจประเภทใดหรือสาขาใด รัฐควรออกกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมธุรกิจประเภทนั้นหรือสาขานั้นเป็นการเฉพาะมากกว่าการออกกฎหมายเพื่อบังคับใช้เป็นการทั่วไป ซึ่งนอกจากจะสร้างความยอมรับต่อนานาชาติแล้ว ยังทำให้เกิดความชัดเจนในเจตนารมณ์วิธีการ และการบังคับใช้กฎหมายต่อไปด้วย

¹ รายงานการประชุมคณะอนุกรรมการประเด็นทางการค้า ครั้งที่ 2/2550/10 วันพุธที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2550 เวลา 12.00 น. ณ ห้องประชุม 2201 อาคารจตุรฤกษ์ สิบญี่เรื่อง สภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, เว็บไซต์ของหอการค้าไทยและสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย, www.tcc.or.th

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์. คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

กนกวรรณ บุษบกแก้ว. การถ่ายทอดเทคโนโลยีในการประกอบรถยนต์: กรณีศึกษาเปรียบเทียบบริษัทจากประเทศญี่ปุ่นและบริษัทจากประเทศเยอรมนี. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2539.

คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, สำนักงาน. บทสรุปการวิเคราะห์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่รับจ้างดำเนินงานให้ภาคเอกชน. กรุงเทพฯ : 2547.

จุฑาทิพย์ เขี่ยมจิตเมตรา. การเปรียบเทียบลักษณะและผลกระทบการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยในแต่ละช่วงเวลา. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2532.

จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

จุมพล หนิมพานิชย์. กลุ่มผลประโยชน์กับการเมืองไทย. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2545.

จุมพร บัจจสถานนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (เล่ม 1) สัญชาติ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549.

ณรงค์ เพ็ชรประเสริฐ, บรรณาธิการ. จากทุนผูกขาดสู่วินาศกรรม. กรุงเทพฯ : เอดิชั่นเพรสโปรดักส์, 2544.

เด็อนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุณีพร ทวรรณกุล. เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการเรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น ณ โรงแรมอิมพีเรียล คิวินส์ปาร์ค วันที่ 25 สิงหาคม 2549.

ทวีวัฒน์ ปุณศรีวิวัฒน์. ทฤษฎีพึ่งพา และทฤษฎีแห่งการปลดปล่อย. กรุงเทพฯ : อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชิ่ง, 2544.

ธานินทร์ ทรัพย์เขียว. แง่คิดในการตีความกฎหมายไทย. กรุงเทพฯ: เนติบัณฑิตยสภา, 2548.

ธีรยุทธ บุญมี. ชาตินิยมและหลังชาตินิยม. กรุงเทพฯ : สายธาร, 2546.

นิตยา ดีเฉลา. การเปรียบเทียบความสามารถในการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและการซื้อเทคโนโลยีจากต่างประเทศในประเทศไทย. กรุงเทพฯ, 2537.

ประมวล รุจนเสรี. การใช้อำนาจเป็นธรรมชาติของมนุษย์. กรุงเทพฯ: มูลนิธิพัฒนาพลังแผ่นดิน, 2547.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร. การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล. www.lawonline.co.th.

พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์. ปัญหา อุปสรรค และมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยี: ระหว่างเอกชนไทยกับเอกชนต่างประเทศ. กรุงเทพฯ, 2540.

พิศवास สุคนธ์พันธุ์ และ ปฐมภรณ์ ปุષปะอภารง. การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการทำงานของคนต่างด้าว. นครปฐม: สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2540.

มานอกและเด็กนอกกรอบ. 25 คำถามเบื่องหลังดิลเทคโนโลยีอินเทอร์ป. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ไอเพนบุคส์, 2549.

โยะชิฮะระ คุนิโอะ, แปลโดยสุกัญญา นิธังกร. ชาติและการเติบโตทางเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. กระบวนการกำหนดนโยบายเศรษฐกิจในประเทศไทย บทวิเคราะห์เชิงประวัติศาสตร์เศรษฐกิจการเมือง พ.ศ. 2475-2530. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คบไฟ, 2546.
ก.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เล่ม 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2546.ข.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2450 เล่ม 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน, 2546.ค.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. ทุนวัฒนธรรม: วัฒนธรรมในระบอบทุนนิยมโลก เล่ม 1. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2546.ง.

รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. อันทึมติวอชิงตัน. กรุงเทพฯ : โครงการจัดพิมพ์คบไฟ, 2548.

รัตนา สายคณิต. เศรษฐศาสตร์การลงทุนทางตรงระหว่างประเทศ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ชุดที่ 20 ปีที่ 2 ครั้งที่ 33 เล่ม 2 (สมัยนิติบัญญัติ) วันพฤหัสบดีที่ 15 ตุลาคม 2541.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. รายงานการประชุมคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. รายงานการประชุมสภาผู้แทนราษฎร (สมัยสามัญทั่วไป) เป็นพิเศษ ครั้งที่ 37 วันที่ 7 เมษายน 2542.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. รายงานคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว สภาผู้แทนราษฎร.

เลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, สำนักงาน. รายงานการประชุมคณะกรรมการร่วมกันพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.

เลขาธิการวุฒิสภา, สำนักงาน. รายงานการประชุมวุฒิสภา สมัยสามัญทั่วไป ครั้งที่ 19 วันที่ 9 เมษายน 2542 เล่ม 2.

วิทยากร เชียงกูร, สุธี ประศาสน์เศรษฐ และ สุขชาย ตริรัตน์. บริษัทลงทุนข้ามชาติ ช่วยเหลือหรือช่วยเสีย. กรุงเทพฯ : สนามหลวง, 2522.

วีระพงษ์ บุญโญภาส. อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2537.

ศุภฤกษ์ ภู่งศ์ศักดิ์. บทบาทของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศที่มีผลกระทบต่อความจำเป็นเติบโตของการส่งออกของประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะเศรษฐศาสตร์การเงิน จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2546.

สกล หาญสุทธีวรินทร์. คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ ซี.พี. บุ๊ค สแตนดาร์ด, 2548.

สภาการหนังสือพิมพ์แห่งชาติและสภาทนายความ. รายงานบทวิเคราะห์เรื่องการทำธุรกรรมซื้อขายหุ้นและหลักทรัพย์ กรณีของบริษัทชินคอร์ปเรชั่น จำกัด (มหาชน) ที่มีการแปลความให้ขัดกับหลักการจัดเก็บภาษีที่ขอด้วยกฎหมาย และเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายความมั่นคงของชาติ. กรุงเทพฯ, 2549.

สถณี อาชวานันทกุล. เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อการใช้ตัวแทนถือหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย ในการสัมมนาเรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบบริหารมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชิน คอร์ปอเรชั่น” ณ โรงแรมอิมพีเรียล คีนส์ปาร์ค วันศุกร์ที่ 25 สิงหาคม 2549.

สาธิต อุทัยศรี. ผลกระทบของการลงทุนจากต่างประเทศต่อสถานะความมั่นคงแห่งชาติ. กรุงเทพฯ: วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร, 2534.

สุวินัย ภรณวลัย. ทุญญ์บรรษัทข้ามชาติ. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.

สุวินัย ภรณวลัย. ทุญญ์บรรษัทข้ามชาติกับการพัฒนาเศรษฐกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2535.

สุวินัย ภรณวลัย. ทุญญ์บรรษัทข้ามชาติ กับการพัฒนาเศรษฐกิจไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

โสภณ รัตนกร. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543.

อภิชัย พันธเสน. เมื่อบรรษัทครองโลก. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มูลนิธิเด็ก, 2546 .

อุดม เกิดพิบูลย์. การลงทุนต่างประเทศในประเทศไทย. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์พิษณุ, 2518.

คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, สำนักงาน. รายงานสรุปภาวะการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทย ประจำปี 2549.

ภาษาอังกฤษ

Bartlett, R. Economics and power: an inquiry into human relations and markets. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

Buckley, P.J. and Casson, M. The Economic Theory of the Multinational Enterprise. London: The Macmillan Press, 1985.

Caves R.E. Multinational enterprise and economic analysis. New York: Cambridge University Press, 1982.

Chang, Ha-Joon. The Political Economy of Industrial Policy. 2nd Edition. United Kingdom: The Macmillan Press, 1996.

- Dunning, J. H. International Production and the Multinational Enterprise. London: George Allen & Unwin, 1981
- Eggertsson, T. Economic Behavior and Institutions: Cambridge Surveys of Economic Literature, Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- Estache, A. and Martimort, D. Politic, Transaction Costs, and the Design of Regulatory Institution. (n.p.,n.d.)
- Furubotn, E.G. and Richter, R. Institutions and Economic Theory: The Contribution of the New Institution Economics. Michigan: The University of Michigan Press, 1997.
- Mankiw, N.G. Principle of Macroeconomics. 3rd edition. Australia: Thomson, 2004.
- Kasper, W. and Streit, M. E. Institutional Economics: Social order and Public policy, UK: Edward Elgar Publishing, 1999.
- Schmid, A. A. Property, Power, and Public Choice: An Inquiry into Law and Economics, New York: Praeger, 1978.
- Suthy Prasartset. The Impact of Transnational Corporations on Economic Structure of Thailand. Conference on Asian Peace Research in the Global Context. Japan, 1981.
- UNCTAD. World Investment Report 2007: Transnational Corporation, Extractive Industries and Development. New York, Geneva: United Nations, 2007.
- UNCTAD. Major FDI Indicators (WIR 2007). (Online). Available from: <http://stats.unctad.org/FDI>



ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ก

พระราชบัญญัติ

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๒

เป็นปีที่ ๕๔ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒"

มาตรา ๒ พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิก

(๑) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕

(๒) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ พ.ศ. ๒๕๒๑

(๓) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

"คนต่างด้าว" หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม

(๑) หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)

๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

"ทุน" หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชน จำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

"ทุนขั้นต่ำ" หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

"ธุรกิจ" หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรมหัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

"ใบอนุญาต" หมายความว่า ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

"ผู้รับใบอนุญาต" หมายความว่า คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาต

"หนังสือรับรอง" หมายความว่า หนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ

"ผู้รับหนังสือรับรอง" หมายความว่า คนต่างด้าวที่ได้รับหนังสือรับรอง

"คณะกรรมการ" หมายความว่า คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

"พนักงานเจ้าหน้าที่" หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัติ

"นายทะเบียน" หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียนการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

"อธิบดี" หมายความว่า อธิบดีกรมทะเบียนการค้า

"รัฐมนตรี" หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๕ การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

มาตรา ๖ คนต่างด้าวต่อไปนี้ ห้ามประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร

(๑) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย

(๒) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

มาตรา ๗ คนต่างด้าวต่อไปนี้ จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีและจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร

(๑) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

(๒) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

การขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต และระยะเวลาการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวตามวรรคหนึ่งประกอบธุรกิจ คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๘ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒

(๑) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(๒) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(๓) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา ๙ การปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา เว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสอง หมวด ๑ ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกกรอบระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรี

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่มีได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่ก่อนการปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามวรรคหนึ่ง หากต่อมาธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้และคนต่างด้าวนั้นประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา ๑๑

ในระหว่างระยะเวลาที่ปฏิบัติตามวรรคสามและยังไม่ได้รับหนังสือรับรอง มิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๐ บทบัญญัติมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทย เป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตรา ต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติ ของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

มาตรา ๑๑ คนต่างด้าวตามมาตรา ๑๐ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้าย พระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอ หนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๐ ให้อธิบดีแจ้งแก่ คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว

หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย

มาตรา ๑๒ ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่า ด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบ การค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตาม

บัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอ หนังสือรับรองเมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตร ส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่ เกินสามสิบวันนับแต่วันที่รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่ กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ มาตรา ๒๑ มาตรา ๒๒ มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๒ ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับ การส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี

การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด

มาตรา ๑๓ ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุน ของ

คนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือ กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตาม

กฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

มาตรา ๑๔ ทุ๋นขันต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวน

ไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุ๋นขันต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุ๋นขันต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น

มาตรา ๑๕ คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

มาตรา ๑๖ คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (๑) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (๒) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (๓) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (๔) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(๕) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(๖) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานข้อโกง โกงเจ้าหนี้ยกยอกความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(๗) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในวรรคหนึ่งด้วย

มาตรา ๑๗ ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสาม ก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ให้รัฐมนตรีแจ้งการไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้ง คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา ๒๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

- (๑) อัตราส่งทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (๒) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร
- (๓) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ
- (๔) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน
- (๕) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น

มาตรา ๑๙ เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองผู้ใด

- (๑) ผ่าฝืนเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง
- (๒) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา ๑๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๑๗วรรคสาม
- (๓) ผ่าฝืนมาตรา ๑๕
- (๔) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๖
- (๕) กระทำความผิดตามมาตรา ๓๕

ในกรณีตาม (๑) (๒) และ (๓) ให้อธิบดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง มาตรา ๑๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๑๗วรรคสาม หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา ๑๕ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาที่อธิบดีเห็นสมควร ถ้าผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่ปฏิบัติตามที่อธิบดีมีหนังสือแจ้งดังกล่าวโดยไม่มีเหตุสมควรให้อธิบดีมีอำนาจสั่งพักการใช้ใบอนุญาตชั่วคราวหรือสั่งระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราวได้ในระยะเวลาที่เห็นสมควรแต่ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่ง เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วคนต่างด้าวยังมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องครบถ้วน ให้อธิบดีพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวหรือเสนอรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตแล้วแต่กรณี

ในกรณีตาม (๔) และ (๕) ให้อธิบดีพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือเสนอรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาต แล้วแต่กรณี

มาตรา ๒๐ ในกรณีที่อธิบดีสั่งพักการใช้ใบอนุญาตชั่วคราวหรือสั่งระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราว หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรอง ตามมาตรา ๑๙ วรรคสองให้ผู้ใช้ใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองมีสิทธิอุทธรณ์โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง

การอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งอธิบดี เว้นแต่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการจะสั่งทุเลาให้รัฐมนตรีต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สิ้นสุด

มาตรา ๒๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๗ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ ใบอนุญาตให้ใช้ได้ตลอดไปจนกว่าผู้ใช้ใบอนุญาตจะเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต สำหรับหนังสือรับรองให้ใช้ได้เท่าระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่สนธิสัญญากำหนดให้ประกอบธุรกิจนั้นหรือตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อการส่งออก แล้วแต่กรณี เว้นแต่ผู้รับหนังสือรับรองเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตก่อนครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวก็ให้หนังสือรับรองใช้ได้เพียงนั้น

ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองต้องแสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย

ถ้าใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดหรือสูญหาย ให้ยื่นคำขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบการชำรุดหรือสูญหาย

การขอและการออกใบแทนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองให้เป็นไปตามแบบและวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนด แต่ระยะเวลาในการออกใบแทนต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้ถือว่าใบแทนนั้นเป็นเอกสารที่ใช้แทนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองได้จนกว่าจะได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองใหม่

มาตรา ๒๒ เมื่อผู้รับใบอนุญาต ผู้รับหนังสือรับรองเลิกประกอบธุรกิจ หรือย้ายสำนักงานหรือสถานที่ประกอบธุรกิจ ให้แจ้งการเลิกหรือย้ายต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันเลิกหรือวันย้ายนั้นตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๓ ให้มีคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงคมนาคม ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนกระทรวงศึกษาธิการ ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ผู้แทนสมาคมธนาคารไทยและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ และให้อธิบดีกรมทะเบียนการค้า เป็นกรรมการและเลขานุการ

ผู้ทรงคุณวุฒิต้องเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญในด้านเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม การค้า การลงทุน การบริหารธุรกิจ หรือการอุตสาหกรรมและต้องไม่เป็นที่ปรึกษาพรรคการเมืองหรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ผู้แทนตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่เป็นผู้แทนของส่วนราชการ ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่า และในกรณีที่เป็นผู้แทนของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือผู้แทนของสมาคมธนาคารไทย ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่ากรรมการของสภาหรือสมาคมนั้น

มาตรา ๒๔ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี

ในกรณีที่กรรมการพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ หรือในกรณีที่รัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการเพิ่มขึ้นในระหว่างที่กรรมการซึ่งแต่งตั้งไว้แล้วยังมีวาระอยู่ในตำแหน่ง ให้ผู้ได้รับแต่งตั้งดำรงตำแหน่งแทนหรือเป็นกรรมการเพิ่มขึ้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งอาจได้รับการแต่งตั้งอีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้

มาตรา ๒๕ นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระตามมาตรา ๒๔ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่ง เมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ลาออก

(๓) รัฐมนตรีให้ออกเพราะมีความประพฤติเสื่อมเสีย ไม่สุจริตหรือบกพร่องต่อหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ

(๔) เป็นบุคคลล้มละลาย

(๕) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(๖) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(๗) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๓ วรรคสอง

มาตรา ๒๖ คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้และให้มีหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกา และการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้หรือการกำหนดประเภทธุรกิจและท้องที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา ๗ หรือการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา ๘ (๒)

(๒) ศึกษา รวบรวม และจัดทำรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรรวมถึงผลกระทบและความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวเสนอต่อรัฐมนตรีเป็นครั้งคราว แต่ต้องไม่น้อยกว่าปีละหนึ่งครั้ง

(๓) ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องอื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา ๒๗ การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา ๒๘ ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมาย และให้นำมาตรา ๒๗ มาใช้บังคับแก่การประชุมของคณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

มาตรา ๒๙ ให้กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) ปฏิบัติงานตามมติของคณะกรรมการหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

(๒) พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร เพื่อประโยชน์ในการศึกษา รวบรวมข้อมูลและจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรี

(๓) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ

มาตรา ๓๐ ให้นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ

(๑) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง

(๒) เข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้โดยต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือจากอธิบดีก่อน เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงหรือเรียกตรวจสอบเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงจากบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าวได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (๒) ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่อำนวยความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามสมควร นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่หรือเป็นการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันทำการ เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อเสร็จสิ้นการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ให้รายงานรัฐมนตรีทราบผลการปฏิบัติหน้าที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็ว

มาตรา ๓๑ ผู้ใดขอตรวจหรือขอคัดสำเนาเอกสารหรือขอให้นายทะเบียนคัดสำเนาหรือถ่ายเอกสารพร้อมทั้งคำรับรองหรือขอให้ออกหนังสือรับรองข้อความที่นายทะเบียนเก็บรักษาไว้ให้นายทะเบียนดำเนินการอนุญาตโดยเร็ว เว้นแต่เอกสารนั้นมีลักษณะต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการหรือกฎหมายอื่น โดยผู้ขอต้องเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๓๒ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมีบัตรประจำตัวตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงในการปฏิบัติการตามหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้องกับ

มาตรา ๓๓ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการ อธิบดีนายทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๓๔ คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองผู้ใดถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์หรือ รัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายให้พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๕ คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้หาก ร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

มาตรา ๓๖ ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๗ คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา ๖ มาตรา ๗ หรือมาตรา ๘ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน

แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๘ คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๔ หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา ๑๘ (๓) ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทและปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๙ ผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๑วรรคสอง หรือวรรคสามหรือฝ่าฝืนมาตรา ๒๒ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

มาตรา ๔๐ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน เมื่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามหรือเรียกตรวจสอบหรือไม่ให้ความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๓๐ โดยไม่มีเหตุอันสมควร ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

มาตรา ๔๑ ในกรณีที่ดินบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๓๔ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ หรือมาตรา ๓๗ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๒ ในกรณีความผิดตามมาตรา ๓๙ และมาตรา ๔๐ ให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้เปรียบเทียบภายในสามสิบวันนับแต่วันเปรียบเทียบให้คดีนั้นเป็นอันเลิกกัน

มาตรา ๔๓ บรรดาพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ และคำสั่งซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้ได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้จนกว่าจะได้มีพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศและคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๔๔ คนต่างด้าวซึ่งได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ให้ได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตในการประกอบธุรกิจนั้นต่อไปตามเงื่อนไขและระยะเวลาของการได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตดังกล่าว

มาตรา ๔๕ คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชี

ทำยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา ๑๑ ทั้งนี้ ภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และในระหว่างที่ยังไม่ได้รับหนังสือรับรองมิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔๖ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้และให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ ตลอดจนยกเว้นค่าธรรมเนียมและกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชกฤษฎีกานี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ชวน หลีกภัย

นายกรัฐมนตรี

อัตราค่าธรรมเนียม

๑. ค่าขอใบอนุญาต

- | | |
|--|-----------|
| (ก) ค่าขอใบอนุญาตตามมาตรา ๗ | ๑,๐๐๐ บาท |
| (ข) ค่าขอใบอนุญาตตามมาตรา ๑๗ | ๒,๐๐๐ บาท |
| (ค) ค่าขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๑๑ หรือมาตรา ๑๒ | ๒,๐๐๐ บาท |

๒. ใบอนุญาต

- | | |
|----------------------------------|-----------|
| (ก) ใบอนุญาตตามมาตรา ๗ | ๕,๐๐๐ บาท |
| (ข) ใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสอง | |

(๑) บุคคลธรรมดา ๔๐,๐๐๐ บาท

(๒) นิติบุคคล

พันธะสิบบาทของทุนจดทะเบียนทั้งนี้ ไม่ต่ำกว่า ๔๐,๐๐๐ บาท และไม่
เกิน ๕๐๐,๐๐๐ บาท เศษของพันบาทให้คิดเท่ากับ หนึ่งพันบาท

(ค) ใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสาม

(๑) บุคคลธรรมดา ๒๐,๐๐๐ บาท

(๒) นิติบุคคล พันละห้าบาทของทุนจดทะเบียนทั้งสิ้น ไม่ต่ำกว่า ๒๐,๐๐๐ บาท และไม่เกิน ๒๕๐,๐๐๐ บาท เศษของพันบาทให้คิดเท่ากับหนึ่งพันบาท

๓. หนังสือรับรอง ๒๐,๐๐๐ บาท

๔. ใบแทนใบอนุญาต หรือใบแทนหนังสือรับรอง ๕,๐๐๐ บาท

๕. อุทธรณ์

(ก) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา ๗ ๑,๐๐๐ บาท

(ข) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา ๑๗ ๒,๐๐๐ บาท

(ค) อุทธรณ์คำสั่งพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรอง ตามมาตรา ๒๐ ๒,๐๐๐ บาท

๖. การแจ้งเลิก หรือย้ายสำนักงานหรือสถานที่ประกอบธุรกิจ

๗. การขอแก้ไขรายการทะเบียน ใบอนุญาต หรือหนังสือรับรอง ๑,๐๐๐ บาท

๘. การตรวจหรือคัดสำเนาเอกสาร รายละเอียด ๒๐๐ บาท

๙. การขอให้คัดสำเนาหรือขอให้ถ่ายเอกสารพร้อมทั้งคำรับรองหน้าละ ๑๐๐ บาท

๑๐. การออกหนังสือรับรองข้อความในทะเบียน เรื่องละ ๑๐๐ บาท

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

(๑) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์

(๒) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(๓) การเลี้ยงสัตว์

(๔) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(๕) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

(๖) การสกัดสมุนไพรไทย

(๗) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าประวัติศาสตร์ของประเทศ

(๘) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(๙) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด ๑ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(๑) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(๒) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด ๒ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน

(๑) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย

(๒) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(๓) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(๔) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(๕) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน

(๖) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด ๓ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (๑) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (๒) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์
- (๓) การทำเกลือหิน
- (๔) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (๕) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- (๑) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (๒) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (๓) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (๔) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (๕) การผลิตปูนขาว
- (๖) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (๗) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (๘) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (๙) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (๑๐) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคน ต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๑) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือ หลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๒) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่ใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงาน ศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทาง ประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๓) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(๑๔) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(๑๕) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(๑๖) การทำกิจการโฆษณา

(๑๗) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(๑๘) การนำเที่ยว

(๑๙) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(๒๐) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(๒๑) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

หมายเหตุ

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็น

เวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทย โดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข-1

กฎกระทรวง

กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๗

พ.ศ. ๒๕๕๖

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๗ และมาตรา ๕๖ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งตามมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๗ ยื่นคำขออนุญาตตามแบบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ประกาศกำหนด พร้อมด้วยหลักฐานและเอกสาร ดังต่อไปนี้

(ก) บุคคลธรรมดา

- (๑) สำเนาหนังสือเดินทางหรือใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว
- (๒) สำเนาทะเบียนบ้าน ใบสำคัญถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือหลักฐานการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (๓) คำรับรองของผู้ขอรับใบอนุญาตแสดงว่าตนมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒
- (๔) หนังสือแจ้งรายละเอียดของประเภทธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต ซึ่งประกอบด้วยรายการดังต่อไปนี้

- ๑) ประเภทธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต รวมทั้งขั้นตอนการดำเนินการ
- ๒) ประมาณการรายจ่ายเกี่ยวกับจำนวนเงินที่ผู้ขอรับใบอนุญาตจะใช้จ่ายในประเทศไทยสำหรับการประกอบธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์ถาวรและเพื่อเป็นค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจในแต่ละปีเป็นเวลาสามปี หรือตามระยะเวลาที่ประกอบธุรกิจในกรณีที่มีการประกอบธุรกิจไม่ถึงสามปี

๓) ขนาดของกิจการ

๔) จำนวนแรงงานในประเทศไทยที่ผู้ขอรับใบอนุญาตว่าจ้าง

๕) แผนการนำเทคโนโลยีเข้ามาจากต่างประเทศและการถ่ายทอดเทคโนโลยี (ถ้ามี)

๖) แผนการวิจัยและการพัฒนาโดยให้อธิบายแผนงานที่จะมีการวิจัยและพัฒนา (ถ้ามี)

๗) ระยะเวลาที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจ

๘) ผลประโยชน์ต่อเศรษฐกิจโดยรวมที่คาดว่าจะประเทศไทยจะได้รับจากการประกอบธุรกิจ

(๕) แผนที่แสดงที่ตั้งโดยสังเขปของสถานที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทย

(ข) นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๑) สำเนาหนังสือรับรองหรือหลักฐานการเป็นนิติบุคคลซึ่งแสดงรายการเกี่ยวกับชื่อ ทุน วัตถุประสงค์ ที่ตั้งสำนักงาน รายชื่อกรรมการและผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคล

(๒) หนังสือแต่งตั้งผู้แทนโดยผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลตาม (๑) เป็นผู้แต่งตั้งให้มีหน้าที่รับผิดชอบดำเนินกิจการในประเทศไทยแทนนิติบุคคล

(๓) สำเนาหนังสือเดินทาง ใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวหรือสำเนาบัตรประจำตัวประชาชนของผู้แทนที่ได้รับแต่งตั้งตาม (๒)

(๔) สำเนาทะเบียนบ้าน ใบสำคัญถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือหลักฐานการได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองของผู้แทนที่ได้รับแต่งตั้งตาม (๒)

(๕) คำรับรองของผู้ขอรับใบอนุญาตแสดงว่าผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการผู้จัดการ หรือผู้แทนที่ได้รับแต่งตั้งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

(๖) หลักฐานหรือเอกสารตาม (ก) (๔) และ (๕)

(ค) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย

(๑) หลักฐานหรือเอกสารตาม (ก) (๔) และ (๕)

(๒) หลักฐานหรือเอกสารตาม (ข) (๑)

(๓) คำรับรองของผู้ขอรับใบอนุญาตแสดงว่าผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ หรือผู้จัดการมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

(๔) หนังสือแจ้งสัดส่วนการถือหุ้นระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าว จำนวนหุ้นประเภทหรือชนิดของหุ้นที่คนต่างด้าวถือ

ข้อ ๒ ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องกรอกข้อความในคำขอโดยการพิมพ์ให้ครบถ้วน พร้อมทั้งลงลายมือชื่อผู้ขอรับใบอนุญาตหรือลงลายมือชื่อของผู้รับมอบอำนาจ ในกรณีที่มีการมอบอำนาจ ให้บุคคลอื่นเป็นผู้กระทำการแทน

ข้อ ๓ ในกรณีที่มีการมอบอำนาจได้กระทำในต่างประเทศ หนังสือมอบอำนาจนั้นต้องมี คำรับรองของเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งกฎหมายของประเทศนั้นกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจรับรอง หรือเจ้าหน้าที่ ผู้มีอำนาจของสถานทูตไทยหรือสถานกงสุลไทยซึ่งประจำอยู่ในประเทศนั้นรับรองไว้ไม่เกินหกเดือน ก่อนวันยื่นคำขอรับใบอนุญาต

ข้อ ๔ ในกรณีที่มีการมอบอำนาจนั้นได้กระทำในประเทศไทยโดยผู้มอบอำนาจมิได้มีถิ่นที่อยู่ ในประเทศไทย ต้องส่งสำเนาหรือภาพถ่ายหนังสือเดินทางหรือหนังสือรับรองถิ่นที่อยู่ชั่วคราวหรือหลักฐานอื่น ที่แสดงว่าในขณะที่มอบอำนาจ ผู้นั้นได้เข้ามาในประเทศไทยจริง

ข้อ ๕ ในกรณีที่หลักฐานหรือเอกสารประกอบคำขอได้มีการลงลายมือชื่อในต่างประเทศ ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องจัดให้มีคำรับรองการลงลายมือชื่อดังกล่าว โดยให้นำความในข้อ ๓ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ข้อ ๖ ในการยื่นหลักฐานหรือเอกสารประกอบคำขอ หากเป็นภาษาต่างประเทศจะต้องมีคำแปลเป็นภาษาไทย โดยผู้ขอรับใบอนุญาตและผู้แปลต้องลงลายมือชื่อรับรองความถูกต้อง

ข้อ ๗ ในการยื่นสำเนาหรือภาพถ่ายหลักฐานหรือเอกสารประกอบคำขอ ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องรับรองความถูกต้องของสำเนาหรือภาพถ่ายนั้น

ข้อ ๘ การยื่นคำขอรับใบอนุญาต ให้ยื่น ณ สถานที่ดังต่อไปนี้

(๑) กรุงเทพมหานคร ให้ยื่น ณ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ หรือ ณ สถานที่อื่นตามที่อธิบดีประกาศกำหนด

(๒) จังหวัดอื่น ให้ยื่น ณ สำนักงานพัฒนาธุรกิจการค้าจังหวัด หรือ ณ สถานที่อื่นตามที่อธิบดีประกาศกำหนด

ข้อ ๙ ในกรณีจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาอนุญาต พนักงานเจ้าหน้าที่อาจขอให้ผู้ขอรับใบอนุญาตชี้แจงข้อเท็จจริงหรือส่งหลักฐานหรือเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องก็ได้

ข้อ ๑๐ ใบอนุญาตให้ใช้แบบที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ประกาศกำหนด

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑ เดือน พฤษภาคม พ. ศ. ๒๕๔๖

(ลงชื่อ) อติศัย โพธารามิก

(นายอติศัย โพธารามิก)

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๒๐ ตอนที่ ๔๒ ก วันที่ ๑๖ พฤษภาคม ๒๕๔๖

ภาคผนวก ข-2

กฎกระทรวง

ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2516)

ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติ

ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

อาศัยอำนาจตามความในข้อ 8 และข้อ 31 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ.2515 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ดังต่อไปนี้

เงื่อนไขที่จะกำหนดไว้ในใบอนุญาตให้ผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติมีดังนี้

(1) เงินกู้ทั้งสิ้นที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่เกินเจ็ดเท่าของเงินทุนส่วนที่เป็นของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี

(2) เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ต้องไม่น้อยกว่าเงินที่ผู้รับใบอนุญาตแจ้งว่าจะนำมาลงทุนในราชอาณาจักรภายในเวลาที่กำหนดไว้ตามโครงการการประกอบธุรกิจที่ขอรับใบอนุญาต แต่ทั้งนี้ต้องนำเข้ามาไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านบาทภายในสองปี นับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต

(3) เมื่อครบกำหนดเวลาที่ระบุไว้ใน (ก) (ข) หรือ (ค) เงินทุนของผู้ถือหุ้นผู้เป็นหุ้นส่วนหรือเจ้าของกิจการแล้วแต่กรณี ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต ส่วนที่เป็นของคนไทยต้องไม่น้อยกว่าส่วนที่เป็นของคนต่างด้าว

(ก) สิบปีนับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. หมวด 1 (1) (2) (3) และ (4) หมวด 3 (1) และ หมวด 4 (1)

(ข) สิบห้าปีนับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. หมวด 2 (1) (2) (3) (4) (5) และ (6)

(ค) ยี่สิบห้าปีนับแต่วันที่ได้รับอนุญาต สำหรับธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. หมวด 2 (7) และ (8)

(4) จำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว ต้องเป็นไปตามอัตราส่วนเงินทุนของคนไทยและคนต่างด้าว

(5) ผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรไม่น้อยกว่าหนึ่งคน

ให้ไว้ ณ วันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2516

(ลงชื่อ) ประสิทธิ์ กาญจนวัฒน์

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

(ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 90 ตอนที่ 59 วันที่ 29 พฤษภาคม พ.ศ. 2516)

หมายเหตุ : เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ เพื่อควบคุมเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต เงินที่จะต้องนำเข้ามาจากต่างประเทศเพื่อใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตและเงินทุนของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือเจ้าของกิจการ ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต และกำหนดจำนวนกรรมการคนไทยและคนต่างด้าว รวมทั้งกำหนดภูมิลำเนาของผู้รับผิดชอบในการดำเนินธุรกิจ จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงฉบับนี้

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ข-3

กฎกระทรวง

กำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย

พ.ศ. ๒๕๔๕

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๔ และมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งตามมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง ต้องมีจำนวนตั้งแต่สองล้านบาทขึ้นไป

ข้อ ๒ ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามมาตรา ๑๔ วรรคสอง ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณการรายจ่ายในการประกอบธุรกิจสำหรับแต่ละธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น เป็นเวลาสามปี แต่ทั้งนี้ต้องมีจำนวนตั้งแต่สามล้านบาทขึ้นไปสำหรับแต่ละธุรกิจ

ในกรณีที่ระยะเวลาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นไม่ถึงสามปี ให้เฉลี่ยตามระยะเวลาที่ประกอบธุรกิจนั้น โดยให้คิดเฉลี่ยต่อปีของระยะเวลาที่ประกอบธุรกิจเป็นเกณฑ์ แต่ทั้งนี้ต้องมีจำนวนตั้งแต่สามล้านบาทขึ้นไป

ประมาณการรายจ่ายตามวรรคหนึ่ง หมายความว่า จำนวนเงินที่คนต่างด้าวจะใช้ในประเทศไทยสำหรับการประกอบธุรกิจเพื่อให้ได้มาซึ่งสินทรัพย์ถาวรและเป็นค่าใช้จ่ายในการประกอบธุรกิจในแต่ละปี

ข้อ ๓ คนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือเป็นนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยต้องนำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เริ่มต้นประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง หรือวันที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๑๔ วรรคสอง โดยในสามเดือนแรกต้องนำหรือส่งเข้ามาไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของทุนขั้นต่ำ และต้องให้ครบร้อยละห้าสิบของทุนขั้นต่ำ

ต่ำภายในหนึ่งปี ส่วนที่เหลือให้นำหรือส่งเข้ามาปีละไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้าของทุนขั้นต่ำ

ในกรณีที่ระยะเวลาในการประกอบธุรกิจไม่ถึงสามปี ต้องนำหรือส่งเงินทุนขั้นต่ำเข้ามาภายในเวลาหกเดือนนับแต่วันที่เริ่มต้นประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง หรือวันที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๑๔ วรรคสอง

ข้อ ๔ ให้คนต่างด้าวแสดงหลักฐานการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พร้อมทั้งคำนวณเป็นเงินตราไทยโดยใช้อัตราแลกเปลี่ยนตามอัตราอ้างอิงในวันที่นำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยเป็นเกณฑ์ โดยยื่นต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าภายในสิบห้าวันนับแต่วันนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย

ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๕

อดิศัย โพธารามิก

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่มาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจตามจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง และให้กำหนดระยะเวลาที่ต้องนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยได้ จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

[รก.๒๕๔๕/๑๑๐ก/๑๓/๓๐ ตุลาคม ๒๕๔๕]

ภาคผนวก ข-4

กฎกระทรวง

กำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำ

เข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ ๒)

พ.ศ. ๒๕๔๗

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๑๔ และมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมาย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ออกกฎกระทรวงไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ ๑ ให้ยกเลิกความในข้อ ๓ แห่งกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๕ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“ข้อ ๓ ภายใต้บังคับข้อ ๓/๑ คนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยต้องนำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เริ่มต้นประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง หรือวันที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๑๔ วรรคสอง โดยในสามเดือนแรกต้องนำหรือส่งเข้ามาไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของทุนขั้นต่ำ และต้องให้ครบร้อยละห้าสิบของทุนขั้นต่ำภายในหนึ่งปี ส่วนที่เหลือให้นำหรือส่งเข้ามาปีละไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้าของทุนขั้นต่ำ

ในกรณีที่ระยะเวลาในการประกอบธุรกิจไม่ถึงสามปี ต้องนำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาภายในเวลาหกเดือนนับแต่วันที่เริ่มประกอบธุรกิจตามมาตรา ๑๔ วรรคหนึ่ง หรือวันที่ได้รับอนุญาตตามมาตรา ๑๔ วรรคสอง”

ข้อ ๒ ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นข้อ ๓/๑ และข้อ ๓/๒ แห่งกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๕

“ข้อ ๓/๑ คนต่างด้าวตามข้อ ๓ ที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งให้สิทธิเป็นการยกเว้นแก่คนชาติภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการต่างตอบแทน ต้องนำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี ภายในเวลา ๕ ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ

ข้อ ๓/๒ คนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งให้สิทธิเป็นการยกเว้นแก่คนชาติภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการต่างตอบแทน หากปรากฏว่านิติบุคคลนั้นมีทุนขั้นต่ำไม่ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี ในวันที่เริ่มต้นประกอบธุรกิจหรือวันที่ได้รับหนังสือรับรองให้นำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ดังกล่าว ภายในเวลา ๕ ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ”

ข้อ ๓ คนต่างด้าวซึ่งได้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยสนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งให้สิทธิเป็นการยกเว้นแก่คนชาติภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการต่างตอบแทนก่อนวันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับแต่ยังไม่ได้นำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ ๑ หรือข้อ ๒ แล้วแต่กรณี ต้องดำเนินการให้ครบตามเกณฑ์ดังกล่าวภายในเวลา ๕ ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงนี้ใช้บังคับ

ให้ไว้ ณ วันที่ ๑๔ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๔๗

วัฒนา เมืองสุข

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก ค-1

การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

แยกตามประเภทธุรกิจและประเทศที่เข้ามาลงทุน

ตั้งแต่ 3 มีนาคม 2543 - 31 มีนาคม 2551

หน่วย: ราย

ลำดับ	ประเทศ	ประเภทธุรกิจ / Business Sector						รวม	Nationalities
		ก่อสร้าง บริการทางวิศวกรรม และบริการ เป็นที่ปรึกษาโครงการให้ภาครัฐ	สำนักงานผู้แทน สำนักงานภูมิภาค	บริการทางบัญชีบริการ ทางกฎหมาย	นายหน้าหรือตัวแทนค้าปลีก ค้าส่ง และบริการที่เกี่ยวข้อง	บริการอื่น	อื่นๆ		
1	ญี่ปุ่น	184	194	23	40	289	2	732	Japan
2	สิงคโปร์	10	163	7	23	92	-	295	Singapore
3	เยอรมนี	33	60	6	7	26	-	121	Germany
4	ฮ่องกง	3	60	1	-	21	1	86	Hong Kong
5	สหราชอาณาจักร	20	26	1	3	22	-	72	UK
6	สหรัฐอเมริกา	7	28	-	3	29	1	68	USA
7	ฝรั่งเศส	15	28	-	2	19	-	64	France
8	สาธารณรัฐเกาหลี	1	7	2	8	45	-	63	Korea
9	เนเธอร์แลนด์	28	27	-	1	4	-	60	Netherlands
10	สวิตเซอร์แลนด์	2	14	8	5	21	-	50	Switzerland
11	อื่นๆ	75	147	2	15	112	-	351	Others
	รวม	378	744	50	107	679	4	1,962	Total

ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

ภาคผนวก ค-2

การออกหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแยกตามประเภทธุรกิจ
ตั้งแต่ 3 มีนาคม 2543 - 31 มีนาคม 2551

หน่วย: ราย

ลำดับ	ประเภทธุรกิจ	ประเภทของหนังสือรับรอง			รวม	Business Sector
		ได้รับสิทธิตาม สนธิสัญญาไทย-อเมริกัน	ได้รับสิทธิตามความตกลง การค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย	ได้รับการส่งเสริมการลงทุน จาก BOI + การนิคมฯ		
1	บริการทางบัญชี บริการทางกฎหมาย และบริการอื่นที่เกี่ยวข้อง	34	-	2	36	Accounting Service Business, Legal Service Business and Other Services
2	บริการทางวิศวกรรม การก่อสร้าง และ บริการอื่นที่เกี่ยวข้อง	36	-	121	157	Engineering Service, Construction and Other Services
3	นายหน้าหรือตัวแทน และบริการอื่นที่ เกี่ยวข้อง	93	-	-	93	Broker or Agent Business and Other Services
4	การค้าปลีก การค้าส่ง และบริการอื่นที่ เกี่ยวข้อง	277	-	145	422	Retailing, Wholesaling and Other Services
5	บริการอื่น ⁽¹⁾	234	1	452	687	Service Businesses
6	อื่น ๆ ⁽²⁾	90	-	31	121	Other Businesses
รวม		764	1	751	1,516	Total

หมายเหตุ: 1) บริการอื่น เช่น ให้เช่าทรัพย์สิน รับจ้างผลิตชิ้นส่วนอะไหล่ยานยนต์ บริการติดตั้ง ทดสอบ บำรุงรักษาและซ่อมแซมสินค้าเฉพาะยี่ห้อ ฯลฯ

2) ธุรกิจอื่นๆ เช่น บริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการโฆษณา การทำกิจการโรงแรม การนำเที่ยว การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม เป็นต้น

ที่มา: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

ภาคผนวก ง

กฎหมายเฉพาะที่ควบคุมการประกอบธุรกิจในประเทศต่าง ๆ¹

1. กฎหมายที่กำหนดสัญชาติโดยตรง

1.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พุทธศักราช ๒๔๘๑

มาตรา ๖ ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมาเป็นลำดับ ให้ใช้กฎหมายสัญชาติที่บุคคลนั้นได้รับครั้งสุดท้ายบังคับ

ถ้าจะต้องใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ และบุคคลมีสัญชาติตั้งแต่สองสัญชาติขึ้นไปอันได้รับมาคราวเดียวกัน ให้ใช้กฎหมายสัญชาติของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่บังคับ ถ้าบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาอยู่ในประเทศอื่นนอกจากประเทศซึ่งตนมีสัญชาติสังกัดอยู่ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาในเวลายื่นฟ้องบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ

ในกรณีใดๆ ที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของบุคคล ถ้าสัญชาติหนึ่งสัญชาติใดซึ่งขัดกันนั้นเป็นสัญชาติไทย กฎหมายสัญชาติซึ่งจะใช้บังคับได้แก่กฎหมายแห่งประเทศสยาม

สำหรับบุคคลผู้ไร้สัญชาติ ให้ใช้กฎหมายภูมิลำเนาของบุคคลนั้นบังคับ ถ้าภูมิลำเนาของบุคคลนั้นไม่ปรากฏ ให้ใช้กฎหมายของประเทศซึ่งบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่บังคับ

ถ้าในการใช้กฎหมายสัญชาติบังคับ จะต้องใช้กฎหมายท้องถิ่น กฎหมายเหล่าประชาคม หรือกฎหมายศาสนา แล้วแต่กรณี ก็ให้ใช้กฎหมายเช่นนั้นบังคับ

มาตรา ๗ ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

มาตรา ๑๐ ความสามารถและความไร้ความสามารถของบุคคลย่อมเป็นไปตามกฎหมายสัญชาติของบุคคลนั้น

แต่ถ้าคนต่างด้าวทำนิติกรรมในประเทศสยาม ซึ่งตามกฎหมายสัญชาติ คนต่างด้าวนั้นย่อมจะไร้ความสามารถหรือมีความสามารถอันจำกัดสำหรับนิติกรรมนั้น ให้ถือว่าบุคคลนั้นมีความสามารถทำนิติกรรมนั้นได้เพียงพอเท่าที่จะมีความสามารถตามกฎหมายสยาม ความในวรรคนี้ไม่ใช้แก่นิติกรรมตามกฎหมายครอบครัวและกฎหมายมรดก

¹ รวบรวมจากเว็บไซต์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา www.krisdika.go.th

ในกรณีที่เป็นนิติกรรมเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ ความสามารถของบุคคลที่จะทำนิติกรรม เช่นว่านั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมายแห่งถิ่นที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่

1.2 พระราชบัญญัติควบคุมและจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวบางจำพวกใน ภาวะคับขัน พุทธศักราช ๒๔๘๔

มาตรา ๖ ให้คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาว่ากิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวอัน เป็นคนของประเทศใด จำพวกใด หรือผู้ใดจะควรถูกควบคุมและจัดการเพียงไร

คนต่างด้าวนั้น นอกจากบุคคลธรรมดา ให้หมายความรวมถึงถึงมูลนิธิ บริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนและมีได้จดทะเบียน และองค์การรูปอื่นใดแม้จะ มิได้เป็นนิติบุคคล หรือเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ได้กระทำการเพื่อประโยชน์แก่ คนต่างด้าวนั้น

ในกรณีที่กิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวที่ถูกควบคุมและจัดการเกี่ยวพันกับกิจการ หรือทรัพย์สินของบุคคลใด จะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าวอื่นก็ตาม เมื่อคณะกรรมการพิจารณา เห็นสมควร ให้มีอำนาจควบคุมและจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลนั้นได้ด้วย

1.3 พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยและไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศ ไทยและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

(๑) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว ใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(๒) สมาคมที่มีสมาชิกเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว

(๓) สมาคมหรือมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว

(๔) นิติบุคคลตาม (๑) (๒) (๓) หรือนิติบุคคลอื่นใดที่มีผู้จัดการหรือกรรมการเกินกึ่งหนึ่ง เป็นคนต่างด้าว

นิติบุคคลตามวรรคหนึ่ง ถ้าเข้าไปเป็นผู้จัดการหรือกรรมการ สมาชิก หรือมีทุนในนิติ บุคคลอื่น ให้ถือว่าผู้จัดการหรือกรรมการ หรือสมาชิก หรือเจ้าของทุนดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว

มาตรา ๙ ภายใต้บังคับมาตรา ๑๔ และมาตรา ๑๕ หน่วยงานของรัฐต้องจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการอย่างน้อยดังต่อไปนี้ไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

(๑) ผลการพิจารณาหรือคำวินิจฉัยที่มีผลโดยตรงต่อเอกชน รวมทั้งความเห็นแย้งและคำสั่งที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยดังกล่าว

(๒) นโยบายหรือการตีความที่ไม่เข้าข่ายต้องลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา ๗

(๓)

(๓) แผนงาน โครงการ และงบประมาณรายจ่ายประจำปีของปีที่กำลังดำเนินการ

(๔) คู่มือหรือคำสั่งเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน

(๕) สิ่งพิมพ์ที่ได้มีการอ้างอิงถึงตามมาตรา ๗ วรรคสอง

(๖) สัญญาสัมปทาน สัญญาที่มีลักษณะเป็นการผูกขาดตัดตอนหรือสัญญาร่วมทุนกับเอกชนในการจัดทำบริการสาธารณะ

(๗) มติคณะรัฐมนตรี หรือมติคณะกรรมการที่แต่งตั้งโดยกฎหมาย หรือโดยมติคณะรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้ระบุรายชื่อรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการพิจารณาไว้ด้วย

(๘) ข้อมูลข่าวสารอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด

ข้อมูลข่าวสารที่จัดให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามวรรคหนึ่ง ถ้ามีส่วนที่ต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามมาตรา ๑๔ หรือมาตรา ๑๕ อยู่ด้วย ให้ลบหรือตัดทอนหรือทำโดยประการอื่นใดที่ไม่เป็นการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนนั้น

บุคคลไม่ว่าจะมีส่วนได้เสียเกี่ยวข้องหรือไม่ก็ตาม ย่อมมีสิทธิเข้าตรวจดู ขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารตามวรรคหนึ่งได้ ในกรณีที่สมควรหน่วยงานของรัฐ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ จะวางหลักเกณฑ์เรียกค่าธรรมเนียมในการนั้นก็ได้ ในการนี้ ให้คำนึงถึงการช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยประกอบด้วย ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น

คนต่างด้าวจะมีสิทธิตามมาตรา นี้เพียงใดให้เป็นไปตามที่กำหนดโดยกฎกระทรวง

1.4 ประมวลกฎหมายที่ดิน (ตามพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ.

๒๔๙๗)

มาตรา ๙๗^๒ นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(๑) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(๒) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(๓) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(๔) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(๕) (ยกเลิก)

มาตรา ๙๘ ในกรณีที่ดินบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา ๙๗ เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้นแล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวในมาตรา ๙๗ ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าว

2. กฎหมายที่อ้างอิงสัญชาติจากกฎหมายกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.1 พระราชบัญญัติเรือไทย พุทธศักราช ๒๔๘๑

มาตรา ๗ ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งทำการค้าในน่านน้ำไทยได้ตามมาตรา ๔๗ ต้องมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

^๒ มาตรา ๙๗ (๑) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ ๖)

พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๙๗ (๒) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ ๖)

พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๙๗ (๕) ยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๔๙ ลงวันที่ ๑๓ มกราคม พุทธศักราช

๒๕๐๒

มาตรา ๙๘ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ ๖) พ.ศ.

๒๕๓๕

(๒) เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(๓) เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ

(๔) เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้

(ก) ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และทุนไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

(ค) บริษัทจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าวและไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(ง) บริษัทมหาชนจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทยและหุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

มาตรา ๗ ทวิ ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งใช้ประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศโดยเฉพาะ และไม่ทำการค้าในน่านน้ำไทยตามมาตรา ๔๗ ต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยซึ่งกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(๑) เป็นบริษัทจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว และไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(๒) เป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

มาตรา ๗ ตริ ห้ามมิให้บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทยและนิติบุคคลซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้ตามมาตรา ๗ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(๑) ถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรา ๗ แทนคนต่างด้าว

(๒) เป็นหุ้นส่วนแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลซึ่งถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรา ๗

(๓) ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรา ๗ หรือมาตรา ๗ ทวิ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ คำว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า ความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้ตามมาตรา ๗ หรือมาตรา ๗ ทวิ แล้วแต่กรณี

มาตรา ๗ จัตวา ห้ามมิให้บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้ตามมาตรา ๗ ทวิ กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(๑) ถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตาม ๗ ทวิ แทนคนต่างด้าว

(๒) ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรา ๗ ทวิ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ คำว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า ความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้ตามมาตรา ๗ ทวิ

2.2 พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๙๔

มาตรา ๙ ให้การทำเรือแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะกระทำการต่างๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๖ และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

.....

(๑๐)³ จัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบกิจการทำเรือและกิจการอื่นภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ของการทำเรือแห่งประเทศไทย ทั้งนี้ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดดังกล่าว จะมีคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียนของบริษัทนั้นไม่ได้

2.3 พระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๙๔

³ มาตรา ๙ (๑๐) เพิ่มโดยพระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย (ฉบับ ๕) พ.ศ. ๒๕๙๓

มาตรา ๙ ให้การรถไฟแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะกระทำการต่างๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๖ อำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

(๑๐)⁴ จัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับกิจการรถไฟ และธุรกิจอื่นที่เกี่ยวข้องเนื่องกับกิจการรถไฟ ทั้งนี้ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดดังกล่าวจะมีคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียนของบริษัทนั้นไม่ได้

2.4 พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานขนส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๓

มาตรา ๙ ให้ รฟม. มีอำนาจกระทำการกิจการภายในขอบวัตถุประสงค์ตามมาตรา ๗ และอำนาจเช่นว่านี้ให้รวมถึง

.....

(๗) จัดตั้งบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับหรือเกี่ยวเนื่องกับกิจการของ รฟม. ทั้งนี้ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดดังกล่าวจะมีคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียนของบริษัทนั้นไม่ได้

มาตรา ๔๔ ผู้รับสัมปทานต้อง

(๑) เป็นนิติบุคคลไทย

.....

2.6 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔

มาตรา 8

.....

ในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ขอรับใบอนุญาตต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(๑)⁵ ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีไม่ใช่เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้

⁴ มาตรา ๙ (๑๑) เพิ่มโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๔๓

⁵ มาตรา ๘ วรรคสาม แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๔๙

ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้

3. กฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยกำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลนั้นเองโดยตรง

3.1 พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. ๒๕๙๗

มาตรา ๓๑⁶ ผู้ซึ่งขอจดทะเบียนอากาศยานจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตามต้องมีสัญชาติไทย

ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยมีสำนักงานใหญ่ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และ

(๑) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

(๒) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(๓) ในกรณีที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทนั้นต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลในประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภทโดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน

(ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) กระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาล

(ค) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของหุ้นทั้งหมด

(ง) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๑ ของทั้งหมด

(จ) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวงถ้าเป็นสมาคม ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่ของสมาคมตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และข้อบังคับของสมาคมนั้นได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการการบินพลเรือนแล้ว

3.2 พระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒

⁶ มาตรา ๓๑ แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเดินอากาศ (ฉบับที่ ๑๐) พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๒๔ ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการขนส่งประจำทาง การขนส่งไม่ประจำทางและการขนส่งโดยรถยนต์เล็ก ต้องมีสัญชาติไทย

ในกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักรไทย และ

(๑) ในกรณีที่ เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

(๒) ในกรณีที่ เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของผู้เป็นหุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย

(๓)⁷ ในกรณีที่ เป็นบริษัทจำกัด กรรมการบริษัทจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย และทุนของบริษัทจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย หรือต้องเป็นของห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด หรือต้องเป็นของกระทรวง ทบวง กรม ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หรือองค์การของรัฐ ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล หรือตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น ๆ และบริษัทจำกัดนั้นต้องไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้มีการออกหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(๔) ในกรณีที่ เป็นบริษัทมหาชนจำกัด กรรมการบริษัทจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย และทุนของบริษัทมหาชนจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดต้องเป็นของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทยในกรณีที่ผู้ถือหุ้นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะต้องมีลักษณะตาม (๑) (๒) (๓) หรือ (๔) แล้วแต่กรณี

ให้คณะกรรมการควบคุมการขนส่งทางบกกลางมีอำนาจยกเว้นคุณสมบัติตามความจำเป็น หรือมีเหตุพิเศษเป็นการเฉพาะรายได้

3.3 พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๑๕ ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

.....

⁷ มาตรา ๒๔ (๓) แก้ไขโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๙) พ.ศ. ๒๕๔๒

(๒) ถ้าเป็นนิติบุคคล

(ก) ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย

(ข) มีสำนักงานอยู่ในราชอาณาจักรไทย

(ค) ในกรณีที่เป็นการหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ทุนของหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของหุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย และหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการต้องมีสัญชาติไทย

(ง) ในกรณีที่เป็นการหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย และทุนของหุ้นส่วนจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของหุ้นส่วนซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาและมีสัญชาติไทย

(จ) ในกรณีที่เป็นการบริษัทจำกัด กรรมการบริษัทจำกัดจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย และทุนของบริษัทจำกัดนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย และบริษัทจำกัดนั้นจะต้องไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(ฉ) หุ้นส่วนผู้จัดการหรือกรรมการผู้จัดการนิติบุคคลดังกล่าวต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม (๑) (ข) (ค) (ง) (จ) (ฉ) (ช) และ (ซ)

(ช) ไม่เป็นผู้อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต

(ซ) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาต แต่ถ้าเคยถูกเพิกถอนใบอนุญาต ต้องถูกเพิกถอนมาแล้วไม่น้อยกว่าสามปี

ทั้งนี้ ไม่ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจนำเที่ยวตามพระราชบัญญัตินี้

3.4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจข้อมูลเครดิต พ.ศ. ๒๕๔๕

มาตรา ๗ บริษัทข้อมูลเครดิตต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่เกินกึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณีและต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดบริษัทข้อมูลเครดิต ต้องไม่มีข้อบังคับที่ให้อำนาจคนต่างด้าวในการเสนอแต่งตั้งกรรมการบริหารส่วนใหญ่หรือมีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นด้วยวิธีการอื่นใด

4. กฎหมายที่ให้สิทธิคนไทยก่อนต่างชาติ

4.1 พระราชกำหนดบรรษัทบริหารสินทรัพย์ไทย พ.ศ. ๒๕๔๔

มาตรา ๕๕ เมื่อมีการจัดแบ่งกองสินทรัพย์แล้ว ให้ บสท. ดำเนินการบริหารกองสินทรัพย์ดังกล่าว โดย บสท. จะดำเนินการบริหารกองสินทรัพย์เอง หรือจะว่าจ้างผู้เชี่ยวชาญให้เป็นผู้บริหารกองสินทรัพย์แต่ละกองก็ได้ และ บสท. จะแต่งตั้งที่ปรึกษาทางการเงินสำหรับกองสินทรัพย์แต่ละกองตามที่เห็นสมควรก็ได้

ผู้เชี่ยวชาญที่ บสท. จะจ้างให้เป็นผู้บริหารกองสินทรัพย์ ถ้าบุคคลผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยถือหุ้นเกินร้อยละห้าสิบของทุนจดทะเบียนและไม่มีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจจัดการนิติบุคคล มีความสามารถที่จะทำได้ ให้พิจารณาจ้างบุคคลดังกล่าวเป็นลำดับแรก ทั้งนี้ นิติบุคคลที่จะจ้างให้เป็นผู้บริหารกองสินทรัพย์ต้องไม่เป็นสถาบันการเงินที่โอนสินทรัพย์ด้วยคุณภาพให้ บสท. เว้นแต่จะรับบริหารกองสินทรัพย์โดยไม่คิดค่าตอบแทนหรือค่าใช้จ่ายใดๆ จาก บสท. และยอมปฏิบัติตามเงื่อนไขพิเศษที่คณะกรรมการกำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองลูกหนี้และเพื่อประโยชน์ในการปรับโครงสร้างหนี้ให้ลุล่วงไปโดยเร็วตามพระราชกำหนดนี้

ความในวรรคสองไม่เป็นการตัดสิทธิสถาบันการเงินที่เป็นเจ้าหนี้ที่เป็นผู้บริหารกองสินทรัพย์จะคิดค่าใช้จ่ายจากเจ้าหนี้ที่เป็นสถาบันการเงินหรือบริษัทบริหารสินทรัพย์อื่นที่เป็นเจ้าหนี้เดิมอยู่ด้วยตามอัตราส่วนแห่งหนี้ที่ตนเคยมีอยู่

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

General Agreement on Trade in Services

PART III

SPECIFIC COMMITMENTS

*Article XVI**Market Access*

1. With respect to market access through the modes of supply identified in Article I, each Member shall accord services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that provided for under the terms, limitations and conditions agreed and specified in its Schedule.
2. In sectors where market-access commitments are undertaken, the measures which a Member shall not maintain or adopt either on the basis of a regional subdivision or on the basis of its entire territory, unless otherwise specified in its Schedule, are defined as:
 - (a) limitations on the number of service suppliers whether in the form of numerical quotas, monopolies, exclusive service suppliers or the requirements of an economic needs test;
 - (b) limitations on the total value of service transactions or assets in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;
 - (c) limitations on the total number of service operations or on the total quantity of service output expressed in terms of designated numerical units in the form of quotas or the requirement of an economic needs test;
 - (d) limitations on the total number of natural persons that may be employed in a particular service sector or that a service supplier may employ and who are necessary for, and directly related to, the supply of a specific service in the form of numerical quotas or the requirement of an economic needs test;
 - (e) measures which restrict or require specific types of legal entity or joint venture through which a service supplier may supply a service; and
 - (f) limitations on the participation of foreign capital in terms of maximum percentage limit on foreign shareholding or the total value of individual or aggregate foreign investment.

.....

Article XXVIII – Definitions

For the purpose of this Agreement:

- (l) "juridical person" means any legal entity duly constituted or otherwise organized under applicable law, whether for profit or otherwise, and whether privately-owned or governmentally-owned, including any corporation, trust, partnership, joint venture, sole proprietorship or association;
- (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 subparagraph (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;

TREATY OF AMITY AND ECONOMIC RELATIONS
BETWEEN THE KINGDOM OF THAILAND AND THE UNITED STATES OF AMERICA

ARTICLE IV

1. Nationals and companies of either Party shall be accorded national treatment with respect to establishing, as well as acquiring interests in, enterprises of all types for engaging in commercial, industrial, financial and other business activities within the territories of the other Party.

2. Each Party reserves the right to prohibit aliens from establishing or acquiring interests, or to limit the extent to which aliens may establish or acquire interests, in enterprises engaged within its territories in communications, transport, fiduciary functions, banking involving depository functions, the exploitation of land, or other natural resources, or domestic trade in indigenous agricultural products, provided that it shall accord to nationals and companies of the other Party treatment no less favorable in this connection than that accorded nationals and companies of any third country.

3. The provisions of paragraph 1 do not include the practice of professions, or callings reserved for the nationals of each Party.

4. Enterprises which are or may hereafter be established or acquired by nationals and companies of either Party within the territories of the other Party and which are owned or controlled by such nationals and companies, whether in the form of individual proprietorships, direct branches or companies constituted under the laws of such other Party, shall be permitted freely to conduct their activities therein upon terms no less favorable than like enterprises owned or controlled by nationals of such other Party or of any third country.

5. Nationals and companies of either Party shall enjoy the right to control and manage the enterprises which they have established or acquired within the territories of the other Party, and shall be permitted without discrimination to do all things normally found necessary and proper to the effective conduct of enterprises engaged in like activities.

6. Nationals and companies of either Party shall be permitted, in accordance with the applicable laws, to engage, within the territories of the other Party, accountants or other technical experts, executive personnel, attorneys, agents and other specialists of their choice. Moreover, such nationals and companies shall be permitted to engage accountants and other technical experts, regardless of the extent to which they may have qualified for the practice of a profession within the territories of such other Party, for the particular purpose of making examinations, audits and technical investigations for internal purposes exclusively for, and rendering reports to, such nationals and companies in connection with the planning and operation of their enterprises within such territories.



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

LAW ON FOREIGN INVESTMENT IN VIETNAM

In order to expand economic co-operation with foreign countries and to make contribution to the modernization, industrialization and development of the national economy on the basis of the efficient exploitation and utilization of national resources;
In accordance with the 1992 Constitution of the Socialist Republic of Vietnam;
This Law makes provisions for foreign direct investment in the Socialist Republic of Vietnam

Article 3

Foreign investors may invest in Vietnam in sectors of its national economy.

The State of Vietnam encourages foreign investors to invest in the following sectors and regions:

1. Sectors:

- (a) Production of exports;
- (b) Animal husbandry, farming and processing of agricultural produce, forestry, and aquaculture;
- (c) Utilization of high technology and modern techniques, protection of ecological environment and investment in research and development;
- (d) Labour intensive activities, processing of raw materials and efficient utilization of natural resources in Vietnam;
- (e) Construction of infrastructure facilities and important industrial production establishments.

2. Regions:

- (a) Mountainous and remote regions;
- (b) Regions with difficult economic and social conditions.

The State of Vietnam will not license any foreign investment project in sectors or regions which may have adverse effects on national defence, national security, cultural and historical heritage, fine custom and tradition, or the ecological environment.

ภาคผนวก จ-4

Investment Canada Act

3. In this Act,

"Canadian" means

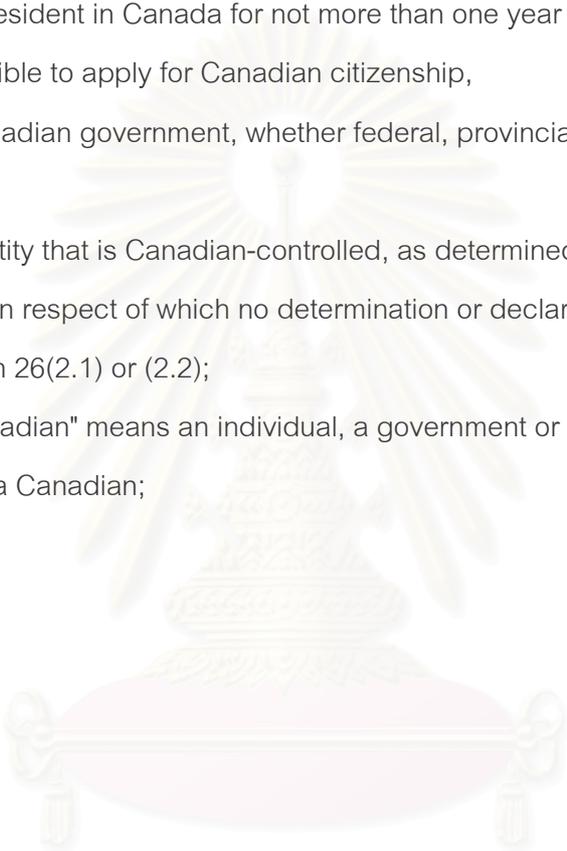
(a) a Canadian citizen,

(b) a permanent resident within the meaning of the *Immigration Act* who has been ordinarily resident in Canada for not more than one year after the time at which he first became eligible to apply for Canadian citizenship,

(c) a Canadian government, whether federal, provincial or local, or an agency thereof, or

(d) an entity that is Canadian-controlled, as determined pursuant to subsection 26(1) or (2) and in respect of which no determination or declaration has been made under subsection 26(2.1) or (2.2);

"non-Canadian" means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian;



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ภาคผนวก จ-5

Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law

(แปลเป็นภาษาอังกฤษโดย Roderick Seeman

www.japanlaw.info/forex/law/mc.htm)

CHAPTER V DIRECT DOMESTIC INVESTMENTS, ETC.

Article 26 (Notice, etc., of direct domestic investments, etc.)

1. A "foreign investor" shall mean any one of those mentioned below, which performs any one of the direct domestic investments, etc., mentioned in each Item of the next Paragraph:

(1) A natural person who is a non-resident;

(2) A juridical person or other organization established under foreign legislation, or a juridical person or other organization having its main office in a foreign country;

(3) A company of which the number of stock or the amount of capital subscription directly owned by one or more of those mentioned in Item (1) and/or the preceding Item, and/or the number of stock or the amount of capital subscription designated by a Cabinet Order as being indirectly owned by the above-mentioned through another company or other companies, equal(s) or exceed(s) in the aggregate one-half (1/2) of that company's total stock issue or total subscribed capital; or

(4) Other than those mentioned in the preceding two Items, a juridical person or other organization, where parties listed in Item (i) constitute either the majority of the board members (meaning directors and other similar posts. Hereinafter in this Item, the same) or of the parties who have the right of representation by board directors.

สถาบันทนายบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายวิชาญ กิตติรัตนพันธ์ เกิดเมื่อวันที่ 6 สิงหาคม 2518 จบการศึกษาระดับปริญญาตรี จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อ พ.ศ. 2540 ปริญญาตรีจากคณะ พาณิชยศาสตร์และการบัญชี สาขาวิชาเอกการเงินการธนาคาร มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2542 ปริญญาโททางการบริหารธุรกิจ (MBA) จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อ พ.ศ. 2549

ประสบการณ์ทำงานมีดังนี้

- 2543-2547 ตำแหน่งนิติกร บริษัทหลักทรัพย์ เพื่อธุรกิจหลักทรัพย์ จำกัด
- 2548-2550 ตำแหน่งผู้จัดการส่วนกฎหมาย บริษัทหลักทรัพย์ นครหลวงไทย จำกัด

ปัจจุบันดำรงตำแหน่งเลขานุการบริษัท (Company Secretary) ของบริษัทหลักทรัพย์ เคทีบี จำกัด



สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย