



ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าว

Legal Issues concerning Prohibited Business Operated by Foreigners in Thailand

กฤษณา สุขเยี่ยม¹ และศิริัญญา ดุสิตนานนท์²

¹คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย อีเมล: Kritsana00074431@gmail.com

²มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย อีเมล: dsirinya@gmail.com

บทคัดย่อ

การศึกษานี้นำเสนอข้อเท็จจริงด้านการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางเพื่อใช้ประกอบธุรกิจและการถือหุ้นจากการรวบรวมข้อมูลพบว่าการทำธุรกรรมที่มีการจัดตั้งตัวแทนอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายปรากฏอยู่ในธุรกรรมทั่วไป โดยเฉพาะการทำธุรกรรมเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีการทำธุรกรรมโดยตั้งตัวแทนอำพรางมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อเลี่ยงกฎหมาย การปันหุ้น การฟอกเงิน โดยการกระทำดังกล่าวเป็นกรณีที่เกิดจากเป็นผู้มีสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าวมียานาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท หรือคนต่างด้าวถือบริษัทยุติธรรมมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีอาชีพที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจที่ลงทุนมาเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท

ผลการศึกษาพบว่า แม้ว่าปัจจุบันจะมีกฎหมายควบคุมและห้ามบุคคลทำธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม แต่ผลการเก็บรวบรวมข้อมูลพบว่ากฎหมายที่ควบคุมธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางยังไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ มีสาเหตุจากบทบัญญัติกฎหมายยังไม่มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะหรือพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับกฎหมายที่ควบคุมธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนมีความเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับการประสานงานด้านข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมที่เป็นความผิด และยังไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาการกระทำธุรกรรมที่มีตัวแทนอำพรางเพื่อเลี่ยงกฎหมาย รวมถึงการพิจารณาการทำธุรกรรมไม่มีความชัดเจน ผู้ศึกษาได้เห็นถึงความสำคัญในการเสนอข้อเสนอแนะในการแก้ไขปัญหาค่าการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวโดยผ่านตัวแทนอำพรางนี้เพื่อสร้างมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพและวางแนวทางในการบังคับใช้กฎหมายโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน

คำสำคัญ: บุคคลต่างด้าว, ตัวแทนอำพราง, การประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าว



ABSTRACT

This study reveals that disguised agents have been used in business operations and in companies' shareholdings. Disguised agents were used to evade laws, including foreign business laws. There are transactions where disguised agents are established became more complicated, such as disguising real shareholders, stock manipulation, and money laundering. It has been shown that business is owned by Thai nationals, but foreigners have real authority to control such company. Moreover, foreigners who are holding preferential rights have more voting rights or use Thai nationals whose occupations are not related to the business to act as shareholders in such business.

The study found that there are currently laws controlling and prohibiting individuals from conducting transactions involving disguised agents. However, such law has not been effectively enforced. This is because the legal provisions have not yet established clear criteria in judging characteristics or behaviors that are considered transactions involving disguised agents. In addition, the laws governing agent transactions also involve many government agencies. The problem is that it is currently unclear about the coordination of information related to illegal transactions among those government agencies. There is no specialized agency to consider transactions involving undercover agents which are used to circumvent the law. Also, there is no clarity in considering the characters of transactions. The study therefore offers suggestions to solve the problem of prohibited business operations by foreigners by establishing concrete regulations and efficient government agencies cooperations.

Keywords: Alien persons, Camouflage agent, Prohibited business operations of foreign persons.

1. บทนำ

เนื่องจากประเทศไทยได้มีการประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวมาเป็นระยะเวลายาวนานตั้งแต่สมัยอาณาจักรอยุธยาจนถึงสมัยรัตนโกสินทร์ ซึ่งในปี พ.ศ. 2398 ประเทศสยามได้ทำหนังสือทางพระราชไมตรีประเทศอังกฤษแลประเทศสยาม หรือสนธิสัญญาเบาว์ริงกับประเทศอังกฤษ ส่งผลให้มีการค้าขายในขณะนั้นมีลักษณะแบบกึ่งเสรีจนกระทั่งปี พ.ศ. 2515 รัฐบาลไทยโดยคณะปฏิวัติที่มีจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรีเห็นว่ามีความแตกต่างที่ประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรจำนวนมาก ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถในการประกอบธุรกิจต่าง ๆ ได้มากขึ้นจึงเห็นสมควรให้กำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติดูแลเพื่อรักษาอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างชาติเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ โดยออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

ต่อมาประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีสันติสัญญาระหว่างประเทศต่าง ๆ เช่น ความตกลงจัดตั้งองค์การการค้าโลก ความตกลงทวิภาคีทางการค้ากับต่างประเทศ (FTA) เป็นต้น จึงจำเป็นต้องปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญา

ระหว่างประเทศ อีกทั้งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้ใช้บังคับมาเป็นระยะเวลานานไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจการค้าและการลงทุนในปัจจุบัน จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ขึ้น (กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม, 2564, น. 1)



พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีการจำแนกประเภทของคนต่างด้าว การกำหนดบัญชีรายชื่อธุรกิจที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย และทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจของคนไทยได้หากยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน ขณะเดียวกันหากกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะที่เป็นการกีดกัน หรือสร้างอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของคนต่างด้าวแล้ว ก็อาจส่งผลให้ประเทศไทยไม่เป็นที่สนใจของนักลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อการแข่งขันภายในประเทศและการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ด้วย ผู้ศึกษาจึงมีความสนใจที่จะศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวว่ามีปัญหาอย่างไรบ้าง และควรหาแนวทางแก้ปัญหาอย่างไร

2. วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าว
2. เพื่อวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวของประเทศไทยกับสาธารณรัฐมาเลเซีย
3. เพื่อหาแนวทางหรือมาตรการในการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวในประเทศไทย

3. การดำเนินการวิจัย

สารนิพนธ์นี้เป็นงานวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ด้วยการศึกษากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลที่เกี่ยวข้องประกอบไปด้วยตำราทางวิชาการ วารสาร บทความ ข่าว หนังสือพิมพ์ เอกสารของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง สื่อทางอิเล็กทรอนิกส์ทั้งของในประเทศ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของสหพันธรัฐมาเลเซีย (Promotion of Investment Act, 1986) การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาธารณรัฐมาเลเซียตามกฎหมาย National Land Code 1965 โดยนำข้อมูลทั้งหมดมาวิเคราะห์ และหาแนวทางในการแก้ปัญหาที่เหมาะสม

4. ผลการวิจัย

ผู้เขียนได้วิเคราะห์ถึงปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 การอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวทำงานและลงทุนในประเทศไทยภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 มาตรา 22 และมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 และปัญหาค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รวมทั้งแนวทางการแก้ไขปัญหาดังกล่าวซึ่งมีรายละเอียดดังต่อไปนี้



4.1 ปัญหาการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีการจำแนกประเภทของคนต่างด้าว การกำหนดบัญชีรายชื่อธุรกิจที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย และทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจของคนไทยได้หากยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน ขณะเดียวกันหากกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะที่เป็นการกีดกันหรือสร้างอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของคนต่างด้าวแล้ว ก็อาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยไม่เป็นที่สนใจของนักลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้งานภายในประเทศและการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ด้วย

4.1.1 ความหมายของคนต่างด้าว

“คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หมายถึงบุคคลดังต่อไปนี้

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

ในการพิจารณาสัญชาติของบุคคลว่ามีสัญชาติไทยหรือไม่ เป็นไปตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 โดยการได้มาซึ่งสัญชาติไทยอาจเกิดจากหลักสืบสายโลหิต หลักดินแดน การสมรส และการแปลงสัญชาติ

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

เนื่องจากการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจะคำนึงถึงถิ่นที่มีการก่อตั้งนิติบุคคล (Place of Incorporation) โดยนิติบุคคลย่อมมีสัญชาติของประเทศเจ้าของกฎหมายที่ก่อตั้งสถานนิติบุคคลนั้น (นำพล ทองอุทัยศรี, 2554, น. 18) ดังนั้นนิติบุคคลใดที่ไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ย่อมมีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (2) นี้

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

กรณีนี้จะพิจารณาจากหลักความเป็นเจ้าของ (Ownership) (นำพล ทองอุทัยศรี, 2554, น. 19) ซึ่งแม้ว่านิติบุคคลจะจดทะเบียนในประเทศไทย แต่เมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนลงทุนหรือการถือหุ้นของบุคคล ถ้าคนต่างด้าวลงทุนหรือถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น ย่อมถือว่ามีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) (ก) นี้

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม

(1)

กรณีนี้จะพิจารณาจากอำนาจควบคุมบริหารกิจการของนิติบุคคล (Management Control) (นำพล ทองอุทัยศรี, 2554, น. 23) ซึ่งหากผู้มีอำนาจบริหารจัดการในห้างหุ้นส่วนอย่างแท้จริงนั้นไม่ใช่ผู้มีสัญชาติไทย ก็ถือว่ามีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) (ข) นี้



(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

กรณีนี้มีผลเป็นการขยายความให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่มีบุคคลตามมาตรา 4 (1) (บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย), บุคคลตามมาตรา 4 (2) (นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย) และบุคคลตามมาตรา 4 (3) (นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่คนต่างด้าวเป็นเจ้าของ) โดยบุคคลตาม (1) (2) และ (3) ข้างต้นนี้มีหุ้นหรือลงทุนตั้งแต่ร้อยละ 50 ของทุนทั้งหมด ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้นิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าวที่พยายามถือหุ้นต่อ ๆ กันมาหลายทอด เพื่อปิดบังความเป็นคนต่างด้าว ไม่อาจเปลี่ยนสถานะเป็นคนไทยได้

4.1.2 ประเภทของธุรกิจในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ได้กำหนดไว้ในบทนิยามตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรอุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า โดยการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ต้องห้ามไม่ให้คนต่างด้าวทำ และธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ต่อเมื่อได้ขออนุญาตไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ (โยธิน อินทรประสงค์, 2560, 39-48) โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

(ก) ธุรกิจควบคุม ตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้แยกประเภทของธุรกิจออกเป็นสามบัญชี ได้แก่

1) บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ (มาตรา 8 (1)) มีทั้งสิ้น 9 ธุรกิจ ได้แก่ การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา ทำไร่หรือทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย การสกัดสมุนไพรไทย การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทยหรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ การทำหรือหล่อพระพุทธรูปรวมถึงการทำบาตรและการค้าที่ดิน

2) บัญชีสอง ธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีก่อน ซึ่งธุรกิจตามบัญชียี่นี้เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (มาตรา 8 (2)) ทั้งนี้ ผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวตามบัญชียี่สองนี้ ต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจนั้น (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนการถือหุ้นได้แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า) และต้องมีกรรมการคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมดด้วย (มาตรา 15)

3) บัญชีสาม ธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก่อนเริ่มประกอบธุรกิจ (มาตรา 8 (3))

อย่างไรก็ดีมีข้อยกเว้นสำหรับธุรกิจตามบัญชียี่สาม ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว บางประเภทที่ได้รับยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ โดยมีเงื่อนไขพิเศษ ได้แก่



1) การประกอบธุรกิจก่อสร้าง โดยหลักแล้วต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจเว้นแต่ธุรกิจก่อสร้างตามบัญชีสาม (10) (ก) การก่อสร้างซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป สามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาต

2) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน โดยหลักแล้วต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ เว้นแต่การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์ (บัญชีสาม (11) (ก)) หรือตัวแทนจัดหาสินค้า หรือบริการให้วิสาหกิจในเครือเดียวกัน (บัญชีสาม (11) (ข)) หรือนายหน้าจัดหาตลาดเพื่อจำหน่ายสินค้าในลักษณะการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ (บัญชีสาม (11) (ค)) เป็นต้น

3) ธุรกิจการขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการ ประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่ไม่ใช่การประมูลโบราณวัตถุหรือของที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ (บัญชีสาม (12) (ก))

4) ธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง (บัญชีสาม (21)) โดยปัจจุบันมีกฎกระทรวงกำหนดธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2556 กำหนดประเภทของธุรกิจบริการที่ไม่ต้องขออนุญาต เช่น ธุรกิจหลักทรัพย์ธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า ธุรกิจทรัสต์ ธุรกิจสถาบันการเงิน ธุรกิจประกันชีวิตธุรกิจประกันวินาศภัย ธุรกิจการบริหารสินทรัพย์ เป็นต้น โดยเหตุที่ยกเว้นธุรกิจบริการเหล่านี้ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยมีความพร้อมในการประกอบกิจการ และสามารถแข่งขันกับคนต่างด้าวได้ อีกทั้งมีหน่วยงานที่กำกับดูแลตามกฎหมายเฉพาะนั้น ๆ แล้ว (กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม, 2564, น. 3-4)

(ข) ธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจควบคุม คือ ธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถทำได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่ต้องมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ได้แก่ ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ และธุรกิจที่ไม่มีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า

แต่เดิมก่อนการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน การพิจารณาคำว่า “คนต่างด้าว” เป็นไปตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งจะพิจารณาจาก “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลเป็นสำคัญ เนื่องจากการบริหารจัดการกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัทและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ตามมาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาก “ทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่ถึงหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารจัดการและการครอบงำนิติบุคคลนั้นย่อมอาจตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้ ซึ่งต้องพิจารณาประกอบกับเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่ไม่ต้องการให้นิติบุคคลที่เป็น “คนต่างด้าว” มาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดแข่งขันกับคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารจัดการและการครอบงำอยู่ในมือของคนไทย ดังนั้น จึงต้องพิจารณาจาก “ทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของคนต่างด้าวตามความเป็นจริง โดยต้องพิจารณาไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกันเพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวย่อมต้องถือว่านำมาร่วมลงทุนในบริษัทแม่ และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่ตนเอง การพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายและมีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น ตามแนวความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วม



กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) (กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม, 2564, น. 14) ในเรื่องเสรีที่ 465/2534¹ และเรื่องเสรีที่ 475/2534² และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย) ในเรื่องเสรีที่ 332/2535³ ซึ่งเรียกวิธีการนับแบบนี้ว่า การนับหลายชั้น (แบบสะสม) ส่งผลให้บริษัทจดทะเบียนจำนวนมากถือเป็นคนต่างด้าวตามบทนิยามดังกล่าวต่อมา จึงได้มีการแก้ไขปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าวจนเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ โดยได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เสียใหม่ ทำให้เปลี่ยนแปลงวิธีการนับหุ้นเป็นการนับหุ้นแบบชั้นเดียว (ไม่สะสม) ซึ่งจะนับเฉพาะ “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ของนิติบุคคลนั้นเท่านั้น ส่งผลให้แม้บริษัทจะมีผู้ถือหุ้นประกอบไปด้วยสัดส่วนของคนต่างด้าวร้อยละ 49 (ไม่ถึงกึ่งหนึ่ง) กับสัดส่วนของบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้นเป็นคนต่างด้าวอีกร้อยละ 49 ก็ตาม แต่ก็ยังคงไม่ถือเป็นคนต่างด้าว เนื่องจากจะนับเฉพาะสัดส่วนของผู้ถือหุ้นในแต่ละชั้นเท่านั้น

กรณีดังกล่าว ส่งผลให้ไม่สะท้อนถึงสภาพความเป็นเจ้าของที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น เนื่องจากคนต่างด้าวจะอาศัยช่องในการเข้าไปมีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลโดยผ่านการถือหุ้นทางตรง (49%) และการถือหุ้นทางอ้อมผ่านทางบริษัทที่เป็นนิติบุคคลไทยอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งสามารถกระทำได้โดยไม่ผิดกฎหมาย เว้นแต่จะมีการกระทำที่เข้าลักษณะของการกระทำความผิดตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว⁴ ซึ่งเป็นเรื่องของคนต่างด้าวที่มีพฤติกรรมให้บุคคลหรือนิติบุคคลไทยทำธุรกรรมอำพรางแทนหรือถือหุ้นแทนเพื่อหลีกเลี่ยงการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ หรือนอมินี (nominee)

ภายหลัง กระทรวงพาณิชย์จึงได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ...) พ.ศ. ... เพื่อแก้ไขปัญหาในเรื่องดังกล่าว ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ตรวจพิจารณาเป็นเรื่องเสรีที่ 178/2550 มีสาระสำคัญเป็นการปรับปรุง (4) ของบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้หมายความรวมถึง นิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีข้อสังเกตว่า การปรับปรุงคำนิยาม “คนต่างด้าว” โดยให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น อาจไม่สามารถบรรลุเจตนารมณ์ในการป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจสงวนได้อย่างแท้จริง เนื่องจากคนต่างด้าวสามารถใช้วิธีการอื่นนอกจากการออกเสียงลงคะแนนในการ “ควบคุม” นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยได้ เช่น การกำหนดในข้อบังคับของนิติบุคคลว่าการมีมติในเรื่องที่

¹ บันทึกร เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบริษัทรักษาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัด ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัทเอบีบี คิสทรีวิชั่น จำกัด ของจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท)

² บันทึกร เรื่อง การมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าวตามมาตรา 97 (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด)

³ บันทึกร เรื่อง ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 97 (1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด) และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี คิสทรีวิชั่น จำกัด)



มีความสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบจากคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยอย่างน้อยหนึ่งเสียง หรือการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นฝ่ายคนต่างด้าวมีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคล เป็นต้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) จึงเห็นสมควรปรับปรุงคำนิยามดังกล่าวให้หมายรวมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการของนิติบุคคลนั้นด้วย ทั้งนี้ เพื่อป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจสวงนได้อย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ตกไป เนื่องจากสภานิติบัญญัติแห่งชาติสิ้นสุดลง (กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม, 2564, 17)

4.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนก่อนที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีผลใช้บังคับนั้นกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น จะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 กำหนดไว้โดยคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนจะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงานภายใน 30 วัน นับแต่วันที่เข้ามาในราชอาณาจักร หรือถ้าคนต่างด้าวนั้นอยู่ในประเทศไทยแล้วให้ยื่นระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ทราบการได้รับอนุญาตตามกฎหมายข้างต้น และในระหว่างรอรับใบอนุญาต ให้คนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอทำงานไปก่อนได้ ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิด ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000 บาท แต่หากมีผลให้การอนุญาตที่ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นนั้นเสียไปไม่ ทั้งนี้คนต่างด้าวซึ่งยื่นคำขอรับใบอนุญาตทำงาน ดังกล่าวจะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำจึงทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิที่จะทำงานใด ๆ ก็ได้ขึ้นอยู่กับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ได้กำหนดผู้รับใบอนุญาตทำงานที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น ซึ่งได้รับการขยายระยะเวลาการทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้รับใบอนุญาตทำงานแจ้งต่อนายทะเบียนภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้ ได้รับการขยายระยะเวลา และให้นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งหากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ยื่นคำขอภายในกำหนดข้างต้น คนต่างด้าวนั้นมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500 บาท แต่หลักการดังกล่าวได้รับการปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งได้ปรับปรุงกระบวนการออกใบอนุญาตทำงานให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยมาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณี เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย และมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียน พร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเรื่อนั้น ถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นกรณีพิเศษสำหรับการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าว



เพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวยิ่งขึ้น เป็นการยกเว้นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีทั่วไปเกี่ยวกับอำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงาน ให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปก่อนได้โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงาน เพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าวจะไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานในอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ก็ตาม ส่วนกรณีที่ได้รับใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 12 ได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ มาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงาน แต่มาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดโทษสำหรับกรณีที่ ไม่ได้ดำเนินการแจ้งต่อนายทะเบียนตามมาตรา 22 ไว้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงาน ในประเทศไทย ภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือเมื่อการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้น พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้ นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าว ดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้ นายทะเบียนจดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าว และแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนแต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่างด้าวนั้น ซึ่งมีใช้ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้

มาตรา 53 ไม่มีความสอดคล้องกับผู้มีหน้าที่ตามมาตรา 22 ที่ได้กำหนดไว้และไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ อนึ่ง จากการศึกษาพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของสหพันธรัฐมาเลเซีย (Promotion of Investment Act, 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นไปตามนโยบายของสหพันธรัฐมาเลเซียในการยกระดับความเจริญทางเศรษฐกิจและการยกระดับทุนมนุษย์ หรือทรัพยากรมนุษย์ โดยอาศัยการถ่ายโอนเทคโนโลยี ความรู้โดยการลงทุนจากต่างประเทศ ฉะนั้นบริษัทต่างชาติที่มาลงทุนในสหพันธรัฐมาเลเซีย ภายใต้โครงการที่ได้รับการส่งเสริม



สนับสนุนของรัฐบาลสหพันธรัฐมาเลเซีย จะรับอนุญาตให้นำบุคคลที่บริษัทต้องการเข้ามาทำงานในขอบข่ายงานที่ขาดแคลนคนมาเลเซียในด้านนั้น ทั้งนี้การควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในส่วนนี้อยู่ในความรับผิดชอบของหน่วยงานภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน คือ Malaysian Industrial Development Authority (MIDA) โดยมี Action Committee of Incentives เป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบในการพิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาต การกำหนดจำนวนคนต่างด้าวของแต่ละบริษัทในโครงการที่มีใบอนุญาตการทำงานให้แก่คนต่างด้าว จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนตลอดจนระยะเวลาที่คนต่างด้าวแต่ละรายจะสามารถทำงานได้ในสหพันธรัฐมาเลเซีย โดยเน้นที่เงื่อนไขการลงทุนและการถ่ายโอนเทคโนโลยีความรู้แก่คนท้องถิ่นเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งสหพันธรัฐมาเลเซียได้ให้สถานะพิเศษแก่คนต่างด้าวที่ประสงค์เข้ามาทำงานภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศไว้เช่นกัน โดยใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการจ้างงาน (Employment (Restriction) Act, 1968) ซึ่งออกให้สำหรับการทำงานใน ระดับวิชาชีพ ระดับทักษะ เจ้าของกิจการและตัวแทนของบริษัทเอกชน โดยมีกำหนดอายุที่สอดคล้องกับระยะเวลาที่ระบุในสัญญาการจ้างงานคืออย่างน้อย 2 ปี และสามารถต่ออายุใบอนุญาตทำงานที่ออกให้แก่คนต่างด้าวในประเภทนี้ คือ Employment Pass ตามที่ทำงานได้ จะเห็นได้ว่ากฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซียได้แยกหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในสหพันธรัฐมาเลเซียภายใต้โครงการที่ได้รับการสนับสนุนในเรื่องของการลงทุนจากต่างประเทศ ออกจากหน่วยงานที่พิจารณาคำร้องขอออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวกรณีทั่วไป ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของประเทศไทยที่กำหนดให้กรมการจัดหางานเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการออกใบอนุญาตทำงานแก่คนต่างด้าวเพียงแห่งเดียว

4.3 ปัญหาการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน

ปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน กับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น กล่าวคือพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 กำหนดอัตราค่าธรรมเนียมแต่ละประเภทสำหรับการทำงานของคนต่างด้าว ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติกำหนดไว้ดังต่อไปนี้

- (1) ใบอนุญาต ฉบับละ 20,000 บาท
- (2) การต่ออายุใบอนุญาต ครั้งละ 20,000 บาท
- (3) ใบแทนใบอนุญาต ฉบับละ 3,000 บาท
- (4) การอนุญาตให้เปลี่ยนหรือเพิ่มลักษณะงาน นายจ้าง หรือห้องที่หรือสถานที่ทำงานที่ได้รับอนุญาต หรือเงื่อนไขในการอนุญาต ครั้งละ 5,000 บาท
- (5) การจ้างคนต่างด้าวซึ่งมิใช่ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการ รายละ 1,000 บาท
- (6) ค่ายื่นคำขอ ฉบับละ 1,000 บาท

และกระทรวงแรงงานได้ออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าว พ.ศ. 2552 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมการทำงานและการจ้างคนต่างด้าวตามสาขาอาชีพ หรือสาขาอาชีพ และห้องที่ทำงานของคนต่างด้าวด้วยแล้ว โดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับมิได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับกรขยายระยะเวลาทำงานของคน



ต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีก จากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น จึงทำให้การที่นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียม ได้ซึ่งทำให้ในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา ตั้งแต่วันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2551 ซึ่งเป็นวันที่เริ่มใช้บังคับ พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จนถึงปัจจุบันรัฐสูญเสียรายได้จาก ค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ประมาณมากกว่า 200 ล้านบาท

จากสภาพปัญหาดังกล่าวจึงทำให้กรมการจัดหางาน ในฐานะหน่วยงานที่มีภารกิจรับผิดชอบในการพิจารณาอนุญาตทำงานของคนต่างด้าว และเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้ทบทวนความเห็นทางกฎหมายเกี่ยวกับการเก็บค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนแล้วมีความเห็นว่า การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น กล่าวคือคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ทำงานแล้วประสงค์จะทำงานในประเทศไทยต่อไปเพิ่มเติมจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน ซึ่งการต่ออายุใบอนุญาตทำงานมีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ประกอบกับวิธีในการปฏิบัติงานของนายทะเบียนในการขยายระยะเวลาทำงานกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงาน ปรากฏผลการพิจารณาทั้งสองกรณีแสดงอยู่ในใบอนุญาตทำงานนั้นมีลักษณะและข้อความเช่นเดียวกันว่า นายทะเบียนให้ต่ออายุการทำงานของคนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ทำงาน จนถึง วันเดือนปีใด ฉะนั้นจึงควรนำค่าธรรมเนียมต่ออายุใบอนุญาตทำงานมาใช้ในการขยายระยะเวลาทำงานด้วย

ในประเด็นปัญหาว่าค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะหมายความรวมถึงค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนด้วยหรือไม่ นั้น ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 6) ได้มีความเห็นทางกฎหมายไว้ในเรื่องเสรีจที่ 1153/2556 สรุปสาระสำคัญได้ว่าบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รองรับรูปแบบการเข้ามาทำงาน ขั้นตอนการขออนุญาต การอนุญาตและเงื่อนไขการกำหนดระยะเวลา ตลอดจนบทกำหนดโทษของคนต่างด้าวกรณีทั่วไปกับคนต่างด้าวที่เข้ามา ทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือกฎหมายอื่นแตกต่างกัน โดยคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้น ผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 จะมีหนังสือแจ้งการอนุญาตต่อนายทะเบียน และเมื่อนายทะเบียนได้รับแจ้งให้ดำเนินการออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา 12 โดยใบอนุญาตจะมีอายุเท่ากับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามที่กฎหมายนั้นกำหนดตามมาตรา 21 และในกรณีที่ผู้รับใบอนุญาตได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ ให้ผู้อนุญาตมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียน โดยเร็วและให้นายทะเบียนแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตตามมาตรา 22 ซึ่งในกรณีนี้กฎหมายใช้คำเฉพาะว่า “การขยายระยะเวลาทำงาน” ไม่ใช่ “การต่ออายุใบอนุญาต” และหากผู้รับใบอนุญาตไม่แจ้งต่อนายทะเบียนถึงการได้รับการขยายระยะเวลาทำงานตามกฎหมายนั้น ๆ หรือไม่มีใบอนุญาตอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงาน



ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาทตามมาตรา 53 ในขณะที่การขอใบอนุญาตทำงานของคนต่างด้าวกรณีทั่วไป งานที่คนต่างด้าวจะทำได้จะต้องเป็นงานที่กำหนดในกฎกระทรวงตามมาตรา 7 และได้รับใบอนุญาตจากนายทะเบียน ตามมาตรา 9 ซึ่งใบอนุญาตทำงานมีอายุไม่เกิน 2 ปี ตามมาตรา 21 หากผู้รับใบอนุญาตประสงค์จะทำงานต่อ ให้ยื่นขอ ต่ออายุใบอนุญาตก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ และนายทะเบียนจะต่ออายุใบอนุญาตได้ครั้งละไม่เกิน 2 ปี ตามมาตรา 23 โดยมีบทกำหนดโทษกรณีคนต่างด้าวที่ทำงานโดยไม่ได้รับใบอนุญาตตามมาตรา 51 หรือทำงานฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่ กฎหมายกำหนดตามมาตรา 52

ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น โดยหลักการในกฎหมายเกี่ยวกับการจัดแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่าง ด้าวที่ได้รับอนุญาตให้เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยส่งเสริมการลงทุนในพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่าง ด้าวต่างด้าว พ.ศ. 2551 ยังคงกำหนดไว้เช่นเดียวกับพระราชบัญญัติฉบับเดิมแต่มีบทบัญญัติดังกล่าวมีความต่างกันในส่วนของการกำหนดให้ใครเป็นผู้มีหน้าที่แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นให้นายทะเบียนทราบ ซึ่งเมื่อนำบัญชีท้าย พระราชบัญญัติ การทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาเปรียบเทียบกับบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคน ต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2544 จะเห็นได้ว่าบัญชี ท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันได้กำหนดอัตราค่าธรรมเนียม ในรายการที่ (2) “การต่ออายุใบอนุญาต” ซึ่งแตกต่าง จากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกแล้วได้กำหนดในรายการที่ (2) ว่า “การต่ออายุใบอนุญาตหรือการ ขยายระยะเวลาการทำงาน”

ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า การที่พระราชบัญญัติฉบับที่ใช้บังคับอยู่นั้น ไม่มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการ ขยายระยะเวลาทำงานไว้เช่นกฎหมายเดิม ค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตที่กำหนดไว้ในรายการที่ (2) ของบัญชี ท้ายพระราชบัญญัติฉบับปัจจุบันจึงหมายถึงเฉพาะค่าธรรมเนียมการต่ออายุใบอนุญาตทำงานเท่านั้น ไม่รวมถึง ค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาการทำงานด้วยโดยไม่อาจเรียกเก็บให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ เนื่องจากการเก็บค่าธรรมเนียมมีลักษณะเป็นการกระทบสิทธิของบุคคล อันจะต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยเคร่งครัด ดังนั้นกรณีของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เมื่อนายทะเบียนจัดแจ้ง การขยายระยะเวลาทำงานลงในใบอนุญาตทำงานตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้มีหนังสือแจ้งการขยาย ระยะเวลาทำงานแล้วนั้นจึง ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานได้

5. การอภิปรายผล

สารนิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมาย ทำงานในประเทศไทยกับกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ประเทศสหพันธรัฐมาเลเซีย รวมทั้งพันธกรณี ระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการค้าบริการที่ประเทศไทยเข้าผูกพันเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเข้ามาทำงานของ คนต่างด้าว ซึ่งได้ทำการวิเคราะห์เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่าง ด้าว พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐและเอกชนเกี่ยวกับการควบคุมการทำงานของคนต่าง ด้าว โดยกำหนดให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะทำงานในประเทศไทยนั้นจะต้องขอรับใบอนุญาตทำงาน เพื่อมิให้คนต่าง ด้าวมีสติและเสรีภาพในการทำงานได้เสมอเท่ากับคนชาติของตนการควบคุมด้วยระบบใบอนุญาตทำงานนั้น เพื่อคัด กรองคนต่างด้าวที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ให้สามารถทำงานได้ภายใต้การควบคุมของ กฎหมายภายในของประเทศไทยแม้ว่าพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 จะได้มีการปรับปรุง



ระบบการทำงานของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งที่จะช่วยขับเคลื่อนระบบเศรษฐกิจของประเทศให้มีความเหมาะสมกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และสอดคล้องกับลักษณะการเคลื่อนย้ายแรงงานในระบบเศรษฐกิจโลกในปัจจุบันแต่ปรากฏว่าบทบัญญัติของกฎหมายบางประการยังไม่มีคุณสมบัติเพียงพอต่อระบบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้าเมืองถูกกฎหมายทำงานในประเทศไทยในสภาพการณ์ปัจจุบัน

5.1 ปัญหาการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีกรจำแนกประเภทของคนต่างด้าว การกำหนดบัญชีรายชื่อธุรกิจที่อนุญาตหรือไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย และทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ รวมทั้งเงื่อนไขต่าง ๆ ในการประกอบธุรกิจ อย่างไรก็ตามการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจอาจส่งผลกระทบต่อธุรกิจของคนไทยได้หากยังไม่มีความพร้อมในการแข่งขัน ขณะเดียวกันหากกำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะที่เป็นการกีดกัน หรือสร้างอุปสรรคในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยของคนต่างด้าวแล้ว ก็อาจส่งผลให้ประเทศไทยไม่เป็นที่สนใจของนักลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อการใช้งานภายในประเทศและการถ่ายทอดเทคโนโลยีได้ด้วย

โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการกำหนดนิยาม ความหมายของคนต่างด้าวไว้กว้าง ๆ กำหนดความหมายทางตรงว่าคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นในนิติบุคคลได้ร้อยละ 49 และกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้าย พระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจกลุ่มที่สองเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือ ความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจกลุ่มที่สามเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว ในข้อเท็จจริงกลับพบว่า คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ด้วยวิธีการต่าง ๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยการอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าวมีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท หรือคนต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่า หรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน เช่น นักบัญชี ทนายความ นายหน้า เป็นผู้ถือหุ้นแทน เป็นต้น เป็นการอาศัยช่องว่างหลบเลี่ยงกฎหมายส่งผลให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่มีอำนาจควบคุมกิจการหรือมีอำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ไม่มีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” และมีสิทธิในการประกอบธุรกิจทุกประเภททุกสาขา โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่แตกต่างจากนิติบุคคลไทย ซึ่งมีผลเป็นการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนอย่างเต็มรูปแบบ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นสาเหตุที่ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านการปกครองและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น

5.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551



มาตรา 12 กำหนดให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นผู้อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นผู้อนุญาตตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แล้วแต่กรณี เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาทำงานในประเทศไทย และมีหน้าที่แจ้งการอนุญาตนั้นเป็นหนังสือต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดี กรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว นั้น ถือเป็นบทกฎหมายที่ใช้บังคับกับกรณีพิเศษสำหรับการทำงานในประเทศไทยตามกฎหมายดังกล่าว เพื่อความสะดวกและรวดเร็วในการออกใบอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวยิ่งขึ้น ซึ่งถือเป็นการยกเว้นบทกฎหมายเกี่ยวกับการอนุญาตให้คนต่างด้าวทำงานในประเทศไทย

การใช้อำนาจของนายทะเบียนในการพิจารณาให้เป็นอำนาจของผู้มีอำนาจพิจารณาอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น โดยนายทะเบียนมีหน้าที่ออกใบอนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นภายใน 7 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง และในระหว่างรอรับใบอนุญาตทำงานให้คนต่างด้าวนั้นทำงานไปพลางก่อนได้ โดยได้รับยกเว้นไม่ต้องมีใบอนุญาตทำงานอยู่กับตัวหรืออยู่ ณ สถานที่ทำงานในระหว่างเวลาทำงานเพื่อแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่หรือนายทะเบียนจนถึงวันที่นายทะเบียนแจ้งให้มารับใบอนุญาตทำงาน ทั้งนี้ในการพิจารณาอนุญาตให้แก่คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในราชอาณาจักรตามกฎหมายดังกล่าว จะไม่ถูกจำกัดเกี่ยวกับงานที่อยู่ภายใต้บังคับกฎกระทรวงกำหนดงานที่คนต่างด้าวอาจทำได้ และอาชีพหรือวิชาชีพที่ห้ามคนต่างด้าวทำ จึงทำให้คนต่างด้าวมิสิทธิที่จะทำงานตามที่ได้รับอนุญาตให้ทำงานได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่นกำหนด แม้ว่าจะเป็นงานที่กฎกระทรวงออกตามมาตรา 7 ที่กำหนดให้คนต่างด้าวไม่อาจทำได้ก็ตาม รวมถึงการขยายระยะเวลาทำงานตามมาตรา 22 โดยกำหนดให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายนั้นจะต้องมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนตามแบบที่อธิบดีกำหนดโดยเร็ว และให้นายทะเบียนมีหน้าที่จัดแจ้งการขยายระยะเวลาดังกล่าวลงในใบอนุญาตทำงาน โดยมาตรา 53 ได้กำหนดโทษของการไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานดังกล่าวตามมาตรา 22 ให้เป็นความผิดของคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงาน ซึ่งต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 10,000 บาท

บทบัญญัติที่เกี่ยวกับกระบวนการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในประเทศไทยภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน และการกำหนดโทษในการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ไม่มีความสอดคล้องกัน กล่าวคือ เมื่อการอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวตามมาตรา 22 นั้นพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของผู้อนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายอื่น และกำหนดหน้าที่ให้ผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องมีหนังสือแจ้งการอนุญาตนั้นต่อนายทะเบียนพร้อมด้วยรายละเอียดที่อธิบดีกรมการจัดหางานกำหนดโดยเร็ว เพื่อให้นายทะเบียนออกใบอนุญาตทำงานตามหนังสือแจ้งการทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วตามมาตรา 12 หรือมีหนังสือแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียนเพื่อให้นายทะเบียนจัดแจ้งการขยายระยะเวลานั้นลงในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 โดยคนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้น ไม่ได้มีหน้าที่ในการแจ้งการอนุญาตดังกล่าวและแจ้งการขยายระยะเวลาทำงานนั้นต่อนายทะเบียน แต่ในมาตรา 53 กลับกำหนดโทษแก่คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตทำงานดังกล่าวที่ไม่ได้แจ้งการขยายระยะเวลาทำงานต่อนายทะเบียน ทั้งที่คนต่างด้าวนั้นมิใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้จึงทำให้ มาตรา 53 เฉพาะในส่วนการกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 22 เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้



5.3 ปัญหาการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุน

ปัญหาความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 กับค่าธรรมเนียมการอนุญาตอื่น โดยที่ค่าธรรมเนียมการอนุญาตที่เรียกเก็บจากคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนได้มีการกำหนดไว้เป็นอัตราเดียวกับค่าธรรมเนียมการอนุญาตต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าวประเภทอื่น แต่กลับไม่ได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมสำหรับการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ทั้งที่การขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น จึงทำให้นายทะเบียนที่จัดการขยายระยะเวลาทำงานออกไปจากที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงานตามมาตรา 22 ไม่สามารถเรียกเก็บค่าธรรมเนียมได้ ทั้งนี้ ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521 ซึ่งเป็นกฎหมายเดิมที่ถูกลบเลิกไปนั้น ได้มีการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวดังกล่าวไว้ในอัตราเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงาน โดยในช่วงระยะเวลา 6 ปีที่ผ่านมา นับแต่พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับ กรมการจัดหางานไม่สามารถจัดเก็บค่าธรรมเนียมตามมาตรา 22 ได้ จึงทำให้รัฐสูญเสียรายได้จากค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนประมาณการเป็นจำนวนเงินมากกว่า 200 ล้านบาท

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 ปัญหาการประกอบธุรกิจต้องห้ามของบุคคลต่างด้าวโดยตัวแทนอำพราง

ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมการทำธุรกรรมอำพราง โดยแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนขอบนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” (4) จากเดิม “คนต่างด้าว” หมายความว่า ... “(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น” เป็น “คนต่างด้าว” หมายความว่า... “(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น รวมถึงนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการของนิติบุคคลนั้นด้วย” ทำให้ครอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารหรือครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่คนต่างด้าวตั้งขึ้นมาโดยใช้คนไทยเป็นผู้อำพรางการทำธุรกรรม ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความชัดเจนและรัดกุมเกี่ยวกับการพิจารณาว่าบุคคลใดคือคนต่างด้าว โดยผู้วิจัยเห็นว่าควรนำกฎหมายของสหพันธรัฐมาเลเซีย และสาธารณรัฐสิงคโปร์ มาเป็นแนวทางเนื่องจากกฎหมายของประเทศเหล่านี้ จะมีการควบคุมทั้งความเป็นเจ้าของ (Ownership) และควบคุมอำนาจบริหารจัดการควบคู่กัน ไปอันจะทำให้สภาพการบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มี



ประสิทธิภาพในการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งอยู่ในความรับผิดชอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์

6.2 ปัญหาความไม่สอดคล้องกันของกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551

ควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 มาตรา 53 จากเดิม “ผู้รับใบอนุญาตผู้ใดไม่แจ้งต่อนายทะเบียนตามมาตรา 22 หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท” เป็น “ผู้รับใบอนุญาตผู้ใด ไม่ปฏิบัติตามมาตรา 24 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท” เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกันของกฎหมาย เนื่องจากคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้น ไม่ใช่ผู้มีหน้าที่ตามกฎหมายกำหนดไว้ให้เป็นผู้แจ้งต่อนายทะเบียน หากแต่ต้องเป็นผู้อนุญาตตามกฎหมายดังกล่าวเป็นผู้แจ้ง จึงทำให้มาตรา 53 เฉพาะในส่วนการกำหนดโทษแก่ผู้ฝ่าฝืนมาตรา 22 เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจมีผลบังคับใช้ได้ การปรับปรุงแก้ไขส่งผลให้กฎหมายมีความสอดคล้องกัน ผู้ปฏิบัติเกิดความเข้าใจ และสามารถปฏิบัติไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบดูแลในเรื่องนี้ คือ กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน

6.3 ปัญหาการกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมของการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายการส่งเสริมการลงทุน

ควรมีการแก้ไขบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 รายการที่ (2) จากเดิม “การต่ออายุใบอนุญาต” เป็น “การต่ออายุใบอนุญาตหรือการขยายระยะเวลาการทำงาน” เพื่อให้มีการเก็บค่าธรรมเนียมการขยายระยะเวลาทำงานของคนต่างด้าวที่เข้ามาทำงานภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 22 ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะทำงานในประเทศไทยต่อไปอีกจากระยะเวลาที่นายทะเบียนได้กำหนดไว้ในใบอนุญาตทำงาน เช่นเดียวกับการต่ออายุใบอนุญาตทำงานคนต่างด้าวประเภทอื่น การปรับปรุงแก้ไขส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายมีความสอดคล้องเท่าเทียมกัน รัฐมีรายได้เพิ่มมากขึ้นเท่าที่ควรจะได้รับ ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องรับผิดชอบดูแลในเรื่องนี้ คือ กรมการจัดหางาน กระทรวงแรงงาน

6.4 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องควรบูรณาการร่วมกันในการควบคุมและตรวจสอบการถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าว โดยตรวจสอบถึงเรื่องการลงทุนและการบริหารกิจการของคนต่างด้าวตามที่ได้วิจัยได้เสนอไว้แล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพ และเป็นการลดช่องว่างในการประสานงาน การตรวจสอบข้อมูลระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ดังนั้นคณะทำงานในส่วน of กระทรวงพาณิชย์ ควรจะมีคณะทำงานที่ประกอบด้วยหน่วยงานตรวจสอบต่าง ๆ ที่ตั้งขึ้นในการพิจารณา ซึ่งประกอบด้วยข้าราชการจากสำนักงานตำรวจแห่งชาติกรมสอบสวนคดีพิเศษ เพื่อตรวจสอบเกี่ยวกับประวัติของบุคคลทั้งคนไทยและคนต่างด้าว สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่จะต้องดูถึงรายละเอียดของเงินลงทุน สำนักงานประกันสังคม ซึ่งอาจดูรายละเอียดของคนไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวว่าเป็นลูกจ้างของนิติบุคคลใดหรือไม่ เป็นต้น โดยมีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเป็นหน่วยงานกลาง



เอกสารอ้างอิง

- กองกฎหมายการพาณิชย์และอุตสาหกรรม. (2564). การศึกษากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยและประเทศเวียดนาม. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- นำพล ทองอุทัยศรี. (2554). การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. กรุงเทพฯ: สำนักกฎหมายสากล ซีรคูปต์.
- โยธิน อินทรประสงค์. (2560). กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. กรุงเทพฯ: นิติธรรม.