

บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

1 บทวิเคราะห์มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศกับประเทศไทย

1.1 นิยาม “คนต่างด้าว”

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ต้องถูกควบคุมภายใต้กฎหมายคือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคนต่างด้าวที่จะถูกควบคุมนั้น ต้องเป็น “คนต่างด้าว” ตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ตามมาตรา 4 ซึ่งคนต่างด้าวตามความหมายของมาตรา 4 ที่ผู้วิจัยได้มุ่งศึกษา คือ กรณีของนิติบุคคลที่ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 (3) หรือมาตรา 4 (4) โดยทั้งสองอนุมาตราดังกล่าว จะพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลเป็นสำคัญว่านิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้นถึงกึ่งหนึ่งของบริษัทหรือไม่โดยมิได้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวซึ่งแสดงให้เห็นถึง “อำนาจควบคุม” (Control) ในนิติบุคคลนั้น

ตามกฎหมาย Exon-Florio มิได้บัญญัติถึงความผิดกรณีที่คนสหรัฐอเมริกาเข้าเป็นผู้ถือหุ้น อำนวยการลงทุนต่างด้าวที่เข้าไปลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือแม้แต่ The Communications Act 1934 ก็มีได้กำหนดความผิดกรณีดังกล่าวไว้เช่นกัน แต่เมื่อพิจารณาเงื่อนไขการบังคับใช้ของกฎหมาย Exon-Florio แล้วพบว่า เงื่อนไขการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวต่อการลงทุนของคนต่างด้าวนั้น จากกรณีของการเข้าถือหุ้นของบริษัท Fujitsu ใน Fairchild Semiconductor หรือกรณีของ Thomson CSF ในปี 1992 จนเป็นเหตุให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย Exon-Florio เกี่ยวกับเงื่อนไขการบังคับใช้ โดยบัญญัติให้การได้มาซึ่งกิจการของคนต่างชาติที่ต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้ รวมถึงการได้มาซึ่งกิจการ หรือกิจการนั้นถูกควบคุมหรือกระทำในนามของรัฐบาลต่างชาติ ผู้วิจัยจึงวิเคราะห์ได้ว่า กฎหมาย Exon-Florio ใช้บังคับกับคนต่างด้าวทั่วไป อันได้แก่ บุคคลธรรมดา สัญชาติต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ นอกจากนี้ ยังหมายความรวมถึงองค์กรที่อยู่ในความควบคุมของรัฐบาลต่างประเทศอีกด้วย โดยกฎหมาย Exon-Florio มิได้กำหนดว่านิติบุคคลที่จะมีสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวนับแต่จำนวนร้อยละ 50 ขึ้นไป จะถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ ดังเช่นนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะ คือ The Communications Act 1934 ได้ระบุไม่ให้คนต่างด้าว ถือใบอนุญาตประกอบกิจการ โดยกำหนดให้

- บุคคลธรรมดาต่างด้าว หรือตัวแทนของบุคคลธรรมดาต่างด้าว,
- นิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ,
- นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นเจ้าของหุ้นทุนหรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทุนหรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น รวมถึงตัวแทนของนิติบุคคลต่างด้าว, รัฐบาลต่างประเทศ หรือตัวแทนของรัฐบาลต่างประเทศ หรือถือโดยนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ
- นิติบุคคลที่ถูกควบคุมทั้งทางตรงและทางอ้อมโดยนิติบุคคลใดที่ถือหุ้นทุนหรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงโดยคนต่างด้าวมากกว่าร้อยละ 25 ของหุ้นทุนทั้งหมดของบริษัทหรือโดยตัวแทนของคนต่างด้าวนั้น รวมถึงถือโดยรัฐบาลต่างประเทศหรือตัวแทนของรัฐบาลต่างประเทศ หรือถือโดยนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าการควบคุมตามกฎหมาย The Communications Act 1934 สังกัดได้ว่า คำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายนี้ รวมความถึงนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวมีส่วนเป็นเจ้าของโดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 20 ขึ้นไปของหุ้นทุนหรือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด และนิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าวโดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 25 ขึ้นไป เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายเฉพาะของไทยเกี่ยวกับการประกอบกิจการ โทรคมนาคม ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดนิยามของคนต่างด้าวที่ห้ามมิให้ถือใบอนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคม เป็นไปตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้นิยามทั้งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ของไทย และตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยโดยทั่วไปไม่มีความแตกต่างกัน อันส่งผลให้ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางนั้น ปรากฏต่อธุรกิจ โทรคมนาคมด้วยเช่นกัน จากนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทยดังกล่าว มิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการบริษัท ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อม ดังเช่นมาตรา 310 (b)(4) The Communications Act 1934

นอกจากนี้ การกำหนดนิยามตามมาตรา 4 ก่อให้เกิดปัญหาการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ว่าจะหมายความรวมถึงคนต่างด้าวที่ถือหุ้นทางอ้อมในนิติบุคคล ไทยเพื่อประกอบกิจการที่ต้องห้าม

ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ โดยปัญหาการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” นี้เกี่ยวข้องกับความคิดกรณีการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางด้วย เพราะหากการถือหุ้นทางอ้อม ไม่รวมถึงการเป็นคนต่างด้าวแล้ว การกระทำลักษณะดังกล่าวก็มักจะไม่ได้ถูกตีความว่าเป็นการถือหุ้นอำพราง อันเกิดเป็นปัญหาในการบังคับใช้ความคิดกรณีการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางของคนต่างด้าว หรือกลับกันที่จะเอาผิดกับคนต่างด้าวที่เป็นผู้ใช้ให้คนไทยทำการถือหุ้นอำพราง ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ตามกฎหมาย Foreign Investment Promotion Act (FIPA) ของประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้กำกับดูแลการลงทุน โดยทั่วไปในประเทศเกาหลีใต้ ได้นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในมาตรา 2.1.1 ซึ่งได้แก่

- บุคคลธรรมดาต่างด้าว
- นิติบุคคลต่างด้าวที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายต่างประเทศ
- องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ได้แก่ ตัวแทนด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพื่อรัฐบาลต่างประเทศ หรือองค์กรหรือตัวแทนที่ให้บริการด้านการเงินเพื่อการพัฒนา

เมื่อเปรียบเทียบกับคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า คำนิยามตามกฎหมาย FIPA มิได้กำหนดถึงกรณีที่คนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลเกาหลีว่ากรณีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลเป็นสัดส่วนเท่าใด จึงจะถือว่ามีนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายเกาหลีได้นั้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ดังเช่น กรณีมาตรา 4 (3) ที่กำหนดให้นิติบุคคลไทยที่ถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดาต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายต่างประเทศตั้งแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมด เป็นผู้ถือหุ้น ให้ถือว่ามีนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ตามกฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีใต้ แม้จะมีได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่จะทำให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศเกาหลีกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายเหมือนมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่กฎหมาย FIPA ก็มีมาตรการควบคุมพฤติกรรมกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว โดยใช้วิธีการตรวจสอบแบบเผื่อระวัง ด้วยการให้คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งถือเป็นการลงทุนภายใต้กฎหมาย FIPA จะต้องรายงานการลงทุนต่อกระทรวงพาณิชย์ อุตสาหกรรม และพลังงาน (MOCIE: Ministry of Commerce, Industry and Energy) รวมทั้งรายงานการ

เปลี่ยนแปลงรายละเอียดเกี่ยวกับการลงทุนต่อหน่วยงานดังกล่าวอีกด้วย ซึ่งลักษณะของมาตรการการควบคุมการประกอบธุรกิจของกฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีใต้ จะเป็นลักษณะการตรวจสอบพฤติกรรมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว มากกว่าการสร้างข้อจำกัดด้านการลงทุนอย่างกว้างขวาง โดยประเภทธุรกิจที่มีการสงวนไว้ โดยห้ามคนต่างด้าวประกอบการอย่างสิ้นเชิง มีเพียง 2 ประเภทกิจการเท่านั้น คือ กิจการวิทย์ และกิจการ โทรทัศน์เท่านั้น ส่วนกิจการที่มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่กำหนดไว้ ก็มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้น รวมถึงอำนาจบริหารจัดการบริษัท เป็นรายประเภทกิจการไป โดยประเภทกิจการเช่นว่านั้น มีเพียง 26 ประเภทกิจการเท่านั้น

ทั้งนี้ การควบคุมตามกฎหมาย FIPA ควบคุมรูปแบบการลงทุนภายในประเทศเกาหลีใต้ ด้วยการกำหนดว่า การกระทำรูปแบบใดบ้าง จึงจะถือว่าเป็นการลงทุนที่ต้องมีการรายงานการลงทุนตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งกฎหมาย FIPA ใช้สำหรับการลงทุนทางตรง อันได้แก่ การลงทุนด้วยการซื้อหุ้น หรือลงทุนในนิติบุคคลเกาหลี โดยคนต่างด้าวนั้นเข้ามามีส่วนในการบริหารงานด้วย หรือมีการดำเนินงานระยะยาว โดยคนต่างด้าวเข้ามามีส่วนในการบริหารงานด้วย และคนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลกรณีใดกรณีหนึ่งต่อไปนี้ คือ

- กรณีที่การลงทุนใด ๆ คนต่างด้าวเข้ามามีส่วนในหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงนับแต่ร้อยละ 10 ขึ้นไปในนิติบุคคลเกาหลี หรือ
- การที่คนต่างด้าวเข้าเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงไม่ถึงร้อยละ 10 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด แต่คนต่างด้าวนั้นได้ทำสัญญาเกี่ยวกับการแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิบริหารจัดการงานของบริษัท หรือผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคลเกาหลี หรือทำสัญญาเกี่ยวกับการแนะนำหรือถ่ายทอดเทคโนโลยี หรือทำสัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดหาวัตถุดิบเพื่อการผลิต โดยมีอายุสัญญานับแต่ 1 ปีขึ้นไป หรืออีกกรณีหนึ่งคือ กรณีที่คนต่างด้าวให้นิติบุคคลเกาฬินั้นกู้ยืมเงินระยะยาวซึ่งมีกำหนดใช้คืน 5 ปีขึ้นไป โดยเงินที่ให้กู้ยืมของนิติบุคคลต่างด้าวนั้นมาจากบริษัทแม่ของนิติบุคคลต่างด้าวนั้นในต่างประเทศ ซึ่งบริษัทแม่ที่ให้กู้ยืมเงินนั้น หมายถึง กรณีที่บริษัทแม่ ถือหุ้นในบริษัทที่ให้กู้ยืมเงิน นับแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปของหุ้นหรือทุนทั้งหมดของบริษัท หรือมีการถือหุ้นเป็นทอด ๆ นับแต่ร้อยละ 50 โดยบริษัท โฮลดิ้งในต่างประเทศ

จะเห็นได้ว่า การกำหนดนิยามเกี่ยวกับการลงทุนทางตรงตามกฎหมาย FIPA เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้วพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับ

รูปแบบพฤติกรรมว่าพฤติกรรมใดบ้างจะถือเป็นการลงทุนที่ต้องถูกควบคุมโดยกฎหมาย ซึ่งมาตราที่บัญญัติเงื่อนไขไว้มีเพียงมาตรา 4 ที่เป็นข้อกำหนดแรกแก่คนต่างด้าวเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศไทย เพราะหากกรณีไม่ถือว่าคุณคนนั้น ๆ เป็นคนต่างด้าวตามนิยามของมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว การลงทุนของคุณคนเช่นนั้น แม้เป็นบุคคลต่างด้าว หรือนิติบุคคลต่างด้าวก็ไม่ต้องถูกจำกัดภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวซึ่งเงื่อนไขของการเป็นนิติบุคคลต่างด้าว สำหรับกรณีที่มีปัญหาเกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ กรณีที่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย แต่มีสัดส่วนการถือหุ้นอันเป็นทุนของคนต่างด้าวนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมด เมื่อพิจารณาตามกฎหมาย FIPA จะเห็นได้ว่า การลงทุนตามความหมายในกฎหมายดังกล่าว พฤติกรรมการลงทุนนั้นต้องแสดงออกทั้งด้านการถือหุ้น และการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง หรือการแสดงออกถึงการมีอำนาจบริหารจัดการในบริษัท แม้ว่าการถือหุ้นทุนนั้น คนต่างด้าวจะถือเป็นสัดส่วนน้อยกว่าร้อยละ 10 ของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมด แต่หากคนต่างด้าวนั้นจะมีส่วนในการแต่งตั้งผู้มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทแล้ว ย่อมถือว่าเป็นการลงทุนของคนต่างด้าวที่จะต้องมีการรายงานและอยู่ภายใต้กฎหมาย FIPA ทั้งสิ้น

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เป็นกฎหมายบังคับใช้โดยทั่วไปแก่การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศ สังเกตได้ว่า กฎหมาย Exon-Florio ของประเทศสหรัฐอเมริกาและกฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีใต้มีความเหมือนกันตรงส่วนของการกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นลักษณะการจำกัดการลงทุนแบบกว้าง ๆ ทำให้เกิดความยืดหยุ่นต่อการบังคับใช้ในแต่ละกรณี โดยกฎหมาย Exon-Florio กำหนดเงื่อนไขการจำกัดการลงทุน และให้สิทธิแก่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาให้มีอำนาจสั่งระงับการลงทุนที่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (National Security) ได้ และการลงทุนนั้นเป็นการลงทุนที่ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าวหรือรัฐบาลต่างด้าว ซึ่งการควบคุมนั้น หมายถึงการควบคุมความเป็นเจ้าของและพิจารณาไปถึงหน้าที่บริหารจัดการด้วย ซึ่งกฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีใต้เองก็มีลักษณะเช่นนี้ โดยกำหนดเงื่อนไข 3 ประการ คือ การลงทุนนั้นมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศเกาหลีใต้ หรือการลงทุนนั้นมีผลกระทบต่อชีวอนามัยหรือสิ่งแวดล้อมของประเทศเกาหลีใต้ หรือการลงทุนนั้น เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมายใด ๆ ของประเทศเกาหลีใต้ หากนักลงทุนต่างด้าวฝ่าฝืนข้อใดข้อหนึ่ง ก็อาจถูกสั่งระงับการลงทุนภายใต้กฎหมายดังกล่าวได้ และเมื่อพิจารณานิยามของคำว่า “การลงทุนทางตรง” และคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมาย FIPA ประกอบกันแล้วจะเห็น ได้ว่าการลงทุนทางตรงของคนต่างด้าวที่จะถูกควบคุมภายใต้กฎหมาย FIPA การลงทุนของคนต่างด้าวนั้น จะต้องได้มาทั้งอำนาจความเป็นเจ้าของ- (Ownership) และอำนาจ

บริหารจัดการบริษัท (Control) ซึ่งนิยามดังกล่าวทำให้การควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศเกาหลีได้นั้น สามารถกำกับดูแลและตรวจสอบได้ทั้งความเป็นเจ้าของในนิติบุคคล และอำนาจบริหารจัดการของคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุน

ทั้งกฎหมาย Exon-Florio และ กฎหมาย FIPA ต่างก็กำหนดให้นักลงทุนต่างด้าวมีหน้าที่ต้องรายงานการลงทุนไปยังหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วย โดยกฎหมาย Exon-Florio กำหนดให้นักลงทุนต่างด้าวต้องรายงานการลงทุนที่ประเภทการลงทุนนั้นอาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติไปยังคณะกรรมการการลงทุนของสหรัฐอเมริกา (CFIUS) ส่วนกฎหมาย FIPA ก็กำหนดให้นักลงทุนต้องรายงานการลงทุนไปยัง MOCIE ไม่ว่าจะการลงทุนนั้นจะเป็นการได้หุ้นมาซึ่งหุ้นที่มีจำหน่ายอยู่แล้วของนิติบุคคลเกาหลี หรือเป็นการได้มาซึ่งหุ้นที่ออกจำหน่ายใหม่ของนิติบุคคลเกาหลี ทำให้การตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าว เป็นไปได้โดยง่ายในการได้มาซึ่งข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าว

ส่วนกฎหมายไทย คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ไม่มีการควบคุมถึงอำนาจบริหารจัดการ อีกทั้ง ด้านการให้ข้อมูลแก่หน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบการลงทุน คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์นั้น ก็ไม่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจบังคับให้นักลงทุนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย จะต้องรายงานการลงทุนไปยังกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ดังเช่นกฎหมาย Exon-Florio ของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือตามกฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีได้ กำหนดเป็นเหตุให้การตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ขาดแนวทางที่เหมาะสม และวิธีการได้มาซึ่งข้อมูลเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวเพื่อการตรวจสอบในปัจจุบัน

นอกจากนี้ การกำหนดประเภทธุรกิจตามบัญชีทั้งสาม ก็ไม่มีความเหมาะสม โดยกำหนดประเภทธุรกิจแบบครอบคลุมทั้งหมดเกือบทุกภาคธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกิจบริการตามบัญชีสาม อีกทั้งยังไม่มีมีการปรับปรุงประเภทธุรกิจตามบัญชีทั้งสามเลย นับแต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประกาศบังคับใช้ใน พ.ศ. 2542 ถึงแม้ว่า ตามมาตรา 9 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะกำหนดให้รายประเภทธุรกิจตามบัญชีทั้งสามจะต้องมีการทบทวนทุกปีก็ตาม และหากจำเป็นต้องมีการเปลี่ยนแปลงประเภทธุรกิจ ก็

ทำได้โดยการออกพระราชกฤษฎีกา¹ ถึงแม้ว่า ตามบัญชีสอง และบัญชีสามนั้น จะอนุญาตให้คนต่างด้าวขออนุญาตเพื่อประกอบกิจการได้ก็ตาม แต่การขออนุญาตตามบัญชีสอง จะต้องอนุญาตผ่านคณะรัฐมนตรี และบัญชีสาม ต้องขออนุญาตผ่านคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเป็นการไม่แน่นอนว่า เมื่อขออนุญาตแล้วจะได้รับอนุญาตตามที่ขอหรือไม่ หรือกรณีที่คนต่างด้าวนั้นประสงค์จะประกอบธุรกิจภายใต้บัญชีทั้งสาม ตามที่กฎหมายกำหนด คือ คนต่างด้าวนั้น จะต้องถือหุ้นในนิติบุคคลไม่เกินร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมด คนต่างด้าวผู้นำเงินทุน รวมทั้งเทคโนโลยีต่าง ๆ เข้ามาลงทุนในนิติบุคคลไทย ย่อมประสงค์จะได้มาซึ่งอำนาจบริหารจัดการบริษัท (Control) เพื่อควบคุมการบริหารงาน และความเสี่ยงที่ตนต้องนำเงินมาลงทุนในนิติบุคคลไทยร่วมกับผู้ประกอบการไทย ทำให้การเลือกใช้วิธีการให้คนไทยหรือนิติบุคคลไทย เป็นผู้ถือหุ้นอำพราง จึงถือเป็นวิธีการที่สะดวกที่สุด เนื่องจาก พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มิได้กำหนดให้กรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด ถือเป็นคนต่างด้าวตามมาตราดังกล่าว

สำหรับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศฟิลิปปินส์ คือ กฎหมาย The Foreign Investment Act of 1991 ได้กำหนดนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” (Philippine national) และคำว่า “บริษัทต่างชาติ” ไว้ โดยนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” ที่เกี่ยวกับนิติบุคคลนั้น ได้กำหนดเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ไว้ คือ ในบริษัทธรรมดาที่มีได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบ และมีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบเช่นกัน สำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ คนต่างด้าวจะถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบของหุ้นที่จำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมด และกำหนดให้กรรมการของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์จะเป็นคนต่างด้าวได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบเช่นกัน

ส่วนคำว่า “บริษัทต่างชาติ” นั้นหมายความถึงบริษัท หรือนิติบุคคลใดก็ตามที่จดทะเบียนก่อตั้งตามกฎหมายต่างประเทศ เว้นแต่ บริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศจะเข้ามาประกอบกิจการในประเทศฟิลิปปินส์โดยจดทะเบียนนิติบุคคลภายใต้ The Corporation Code และมีเงินทุนและสิทธิออกเสียงทั้งหมดเป็นของคนชาติฟิลิปปินส์

¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เรื่องผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, เสนอต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เมื่อ 23 ธันวาคม 2548, หน้า 170.

ลักษณะการกำหนดนิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” เช่นนี้ มีลักษณะการกำหนดที่คล้ายคลึงกับการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่มีข้อแตกต่างตรงที่คำนิยามตามกฎหมายฟิลิปปินส์มีการกำหนดถึงเรื่องสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลด้วย โดยกำหนดให้คนต่างด้าวจะเข้าถือหุ้นและมีสิทธิออกเสียงเกินกว่าร้อยละสี่สิบของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมด กรณีบริษัทที่มีได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือของหุ้นทั้งหมดอันจำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ กรณีเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์

ข้อสังเกตอีกประการเกี่ยวกับกฎหมาย The Foreign Investment Act of 1991 ของประเทศฟิลิปปินส์ ก็คือ การกำหนดรายชื่อกิจการที่มีข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเรียกว่า “Foreign Negative List” (FNL) โดยแบ่งเป็น List A ซึ่งเป็นกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ โดยเด็ดขาด, กิจการที่คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละสามสิบ หรือสูงสุดไม่เกินร้อยละสี่สิบ และ List B ซึ่งอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้แต่จะต้องเข้าถือหุ้นไม่เกินสัดส่วนที่กำหนดไว้ในแต่ละประเภทกิจการ โดยบางประเภทกิจการถือได้ไม่เกินร้อยละสิบ หรือบางประเภทก็กำหนดให้ถือได้ไม่เกินร้อยละหกสิบ สำหรับกิจการประเภทอื่นที่ไม่อยู่ใน FNL แล้ว คนต่างด้าวสามารถเข้าประกอบกิจการได้อย่างเสรีและเข้าถือหุ้นได้ทั้งหมด เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย พบว่า ลักษณะการบัญญัติกฎหมายมีความคล้ายคลึงกัน โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก็ได้กำหนดบัญชีท้ายพระราชบัญญัติไว้ รวม 3 บัญชี ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 ซึ่งบัญชีทั้งสามบัญชีตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะกำหนดระดับของการอนุญาตไว้แตกต่างกัน โดยกำหนดให้บัญชี หนึ่ง เป็นบัญชีที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลย เช่นเดียวกับ List A ของ FNL ส่วนบัญชีสองและบัญชีสามอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้ หากได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ หรือคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามลำดับ ส่วนกิจการที่ไม่ได้ระบุอยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ หรือใน FNL เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถเข้าประกอบกิจการได้โดยเสรี

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติความผิดกรณีการเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พบว่า กฎหมาย The Foreign Investment Act มิได้บัญญัติเกี่ยวกับการทำผิดในลักษณะที่คนฟิลิปปินส์เข้าถือหุ้นแทนเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว แต่ก็ได้กำหนดความผิดเกี่ยวกับการฝ่าฝืน The Foreign Investment Act ไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า การกระทำใดที่ฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว หรือผู้ให้การ

ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนให้มีการฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว จะต้องได้รับโทษปรับ และกรณีที่ผู้กระทำความผิดในการฝ่าฝืน หรือการให้การช่วยเหลือ หรือสนับสนุน นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องโทษปรับไม่เกินร้อยละหนึ่งของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น รวมทั้งพนักงานบริษัท ประธานของบริษัทที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องโทษปรับ และนิติบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนนี้จะต้องถูกเพิกถอนการได้รับสิทธิประโยชน์ที่เคยได้รับตามกฎหมายอีกด้วย จะเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติของกฎหมาย The Foreign Investment Act จะมีได้บัญญัติไว้โดยตรงว่าการกระทำความผิดดังกล่าวต้องเป็นลักษณะของการเข้าถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจ หากบัญญัติไว้ในลักษณะกว้างกว่าถ้อยคำคำว่า “การถือหุ้นแทน” ทำให้การวินิจฉัยการกระทำอันมิชอบของคนต่างด้าวต่อกฎหมาย The Foreign Investment Act มิถูกจำกัดอยู่เพียงกรอบของการกระทำเรื่องการถือหุ้นแทน แต่ยังหมายรวมถึงการกระทำความผิด หรือการให้การช่วยเหลือ สนับสนุนการกระทำที่ฝ่าฝืน The Foreign Investment Act ในทุกทางด้วย และเมื่อพิจารณาถึงพฤติกรรมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย เช่น กรณีของชินคอร์ป หรือกรณีของยูคอม ซึ่งอาจเป็นความผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็สามารถเทียบเคียงกับกฎหมาย The Foreign Investment Act ได้ว่า การกระทำความผิดดังกล่าว ในส่วนของผู้ถือหุ้นแทน ย่อมถือเป็นผู้ช่วยเหลือ หรือสนับสนุนคนต่างด้าวให้เข้าประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ และยังอาจตีความกว้างไปกว่าการถือหุ้นแทนได้

เช่น กรณีของการถือหุ้นในลักษณะหุ้นบุริมสิทธิ ดังที่ปรากฏในกรณีของชินคอร์ป หรือกรณีของยูคอม ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวรายละเอียดไว้ในบทที่ 4 ซึ่งโครงสร้างการถือหุ้นของทั้งสองกรณีศึกษานี้มีความคล้ายคลึงกัน ด้วยการกำหนดให้ผู้ถือหุ้นคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ และยังกำหนดสิทธิการได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนต่ำมาก เมื่อเทียบกับจำนวนเงินที่ลงทุนไปในลักษณะที่ผู้ถือหุ้นไทย เป็นผู้ถือหุ้นข้างมากประมาณร้อยละ 51 ในขณะที่คนต่างด้าว ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย คือ ประมาณร้อยละ 49 กลับเป็นผู้ถือหุ้นสามัญที่มีสิทธิออกเสียงในสัดส่วนที่มากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยเป็นอย่างมากจนควบคุมมติการประชุมผู้ถือหุ้นได้ นอกจากนี้ ตามกรณีศึกษาทั้งสอง ผู้วิจัยพบว่า มีการนำนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในลักษณะเช่นนี้ เข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลอื่นที่มีการประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยอาจเป็นการเข้าไปถือหุ้นโดยตรง หรืออาจเป็นการเข้าไปถือหุ้นทางอ้อมในบริษัทอื่นอีกชั้นหนึ่ง แล้วค่อยให้บริษัทนั้นเข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลที่ประกอบกิจการตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

การถือหุ้นลักษณะดังกล่าว การตรวจสอบตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากบทบัญญัติคำว่า “คนต่างด้าว” ใช้ถ้อยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัท” ทำให้การตีความนั้น ไม่อาจก้าวล่วงไปครอบคลุมถึงกรณีสิทธิออกเสียงของบริษัทได้ ถึงแม้ว่า จะมีกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด ที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการถือหุ้นเป็นสัดส่วนเป็นทอด ๆ กันลงมานี้ ในการตีความความหมายของคำว่า “ทุน”* ในนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ตีความไปถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายจึงต้องตีความคำว่า “ทุน” ให้หมายความรวมถึงสัดส่วนของหุ้นในนิติบุคคลที่ถือหุ้นเป็นลำดับชั้นลงมารวมกับสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลที่ถูกตีความนี้ด้วย ประกอบกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับข้อหารือเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ ที่มีความเห็นว่า การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงคือยกว่าหุ้นสามัญนั้นย่อมทำได้ แต่หลังจากการตีความดังกล่าวของคณะกรรมการกฤษฎีกา ก็ได้มีการแก้ไขประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ให้จำกัดเฉพาะคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัท” อันหมายถึงหุ้นที่มีการจดทะเบียนไว้กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ จึงหมายความว่าผู้ถือหุ้น โดยตรงในนิติบุคคลนั้น ๆ เท่านั้น ซึ่งในปัจจุบันมีอำนาจความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามาปรับใช้กับนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในการตีความได้แล้วก็ตาม

แต่ก็เป็นที่น่าสังเกตว่า หากมองถึงการตีความคำว่า “ผู้ถือหุ้นแทน” แล้ว จะนำความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด มาประกอบการตีความได้หรือไม่ว่าการถือหุ้นในลักษณะที่ปรากฏตามกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด นั้น ลักษณะการกระทำดังกล่าวจะถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวตามมาตรา 36 หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตีความคำว่า “ผู้ถือหุ้นแทน” จะต้องตีความประกอบกับคำว่า

* ตามข้อ 3 ของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ขณะนั้น บัญญัตินิยามคำว่า “คนต่างด้าว” กรณีของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีคนต่างด้าวถือ “ทุน” นับแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไปให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลนั้น เป็น “คนต่างด้าว” ซึ่งแตกต่างกับคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันที่กำหนดให้คนต่างด้าว หมายรวมถึง นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีคนต่างด้าวถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทนับแต่ร้อยละห้าสิบขึ้นไป ทั้งนี้ หลังจากคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นเกี่ยวกับกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด ด้วยความกลัวว่าจะมีผลกระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทยในขณะนั้น ซึ่งนักลงทุนต่างด้าวส่วนใหญ่ใช้วิธีการเช่นเดียวกับกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน ประกอบธุรกิจในประเทศไทย คณะรัฐบาลในขณะนั้น จึงดำเนินการแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ใหม่ เป็นถ้อยคำที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน เพื่อให้การตีความการถือหุ้นของคำว่า “คนต่างด้าว” จำกัดเฉพาะการถือหุ้นโดยตรงเพียงทอดเดียวในบริษัท จึงบัญญัติให้ใช้คำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” นั่นเอง.

“คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ด้วยว่าการถือหุ้นในลักษณะที่ถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนนั้นจะต้องเป็นการถือหุ้นที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 4 ซึ่งการตีความลักษณะการถือหุ้นแทนจากคณะกรรมการตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรณีของชินคอร์ปนั้น ได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องแหล่งที่มาของเงินทุนในการวินิจฉัยว่า ผู้ถือหุ้นคนไทยที่เข้าถือหุ้นในบริษัทชินคอร์ป ในหุ้นที่เพิ่มทุนอันเป็นหุ้นสามัญจำนวน 272 ล้านหุ้น และหุ้นบุริมสิทธิเพียง 1 หุ้น ถือเป็นการถือหุ้นแทน Fairmont Investment Inc. ซึ่งเป็นเจ้าของเงินทุนที่แท้จริง โดย Fairmont Investment Inc. เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในต่างประเทศ จึงถือว่าผู้ถือหุ้นคนไทยนั้นน่าจะเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และเมื่อผู้ถือหุ้นแทนเข้าถือหุ้นในบริษัททุกหลายแก้ว ซึ่งถือหุ้นในบริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้ง ผู้ซื้อหุ้นจากบริษัทชินคอร์ป เป็นผลให้บริษัททุกหลายแก้ว มีสถานะเป็นคนต่างด้าว และส่งผลให้บริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้งเป็นคนต่างด้าวด้วยเช่นกัน ทำให้การถือหุ้นของบริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้งในชินคอร์ป มีสัดส่วนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ส่งผลให้ชินคอร์ป เป็นบริษัทต่างด้าวด้วย ด้วยเหตุนี้ จึงทำให้การตีความเกี่ยวกับความผิดเรื่องการถือหุ้นอำพรางตามมาตรา 36 ยังขาดความชัดเจน อย่างไรก็ตาม จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการพัฒนาธุรกิจการค้า สรุปได้ว่า การวินิจฉัยถึงการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางนั้น การตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินลงทุนของคนไทยนั้น นับเป็นองค์ประกอบหนึ่งในการวินิจฉัยความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางได้

ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาถึงการกระทำใด ๆ ที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ หากพฤติกรรมของผู้ถือหุ้นคนไทย แสดงให้เห็นพฤติกรรมในการช่วยเหลือ หรือสนับสนุน แก่คนต่างด้าวให้เข้ามาลงทุนโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ดังเช่น The Foreign Investment Act of 1991 ของประเทศฟิลิปปินส์แล้ว ปัญหาเรื่องการตีความคำว่า “ผู้ถือหุ้นแทน” นั้น ก็จะคลี่คลายลง เพราะลักษณะของการกระทำไม่จำกัดถึงขนาดของการลงมือในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นแทนเสมอไป เพียงแต่กระทำในลักษณะของการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนคนต่างด้าว เช่น การยอมเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากที่ไม่มีสิทธิออกเสียง รวมถึงสิทธิการได้รับเงินปันผลที่ค้ำค้ำกว่าหุ้นสามัญที่ถือ โดยผู้ถือหุ้นข้างน้อยคือ คนต่างด้าว ย่อมแสดงออกถึงพฤติกรรมการให้การช่วยเหลือแก่คนต่างด้าวแล้วว่า พฤติการณ์ในลักษณะนี้ ถือเป็นการช่วยเหลือให้คนต่างด้าว นั้นไม่ต้องตกเป็นคนต่างด้าว ตามความหมายของมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว

ในประเทศมาเลเซีย มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศมาเลเซียที่เป็นการจำกัดการลงทุนนั้น ปรากฏเป็นรายประเภทกิจการเท่านั้น ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน คือ The Industrial Coordination Act 1975 โดยกฎหมายดังกล่าวมิได้กำหนด

นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” หรือความผิดที่เหมือนหรือคล้ายกับความผิดกรณีเป็นผู้ถือหุ้นแทน ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาจาก The Industrial Coordination Act 1975 ก็มีการกำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งอำนาจการออกเสียงลงคะแนนมากกว่าร้อยละสิบห้า โดยบุคคลหรือกลุ่มต่างชาติใด หรือ โดยการออกเสียงลงคะแนนรวมของต่างชาติร้อยละสามสิบขึ้นไป ในบริษัทและธุรกิจมาเลเซีย จะต้องทำรายงานและมีข้อมูลเกี่ยวกับการถือหุ้นดังกล่าว เพื่อขอความเห็นชอบให้ประกอบกิจการ ได้ต่อ The Foreign Investment Committee (FIC) สำหรับกิจการผลิตที่มีทุนน้อยกว่า 2.5 ล้านดอลลาร์ และจ้างพนักงานเต็มเวลาน้อยกว่า 75 คน จะเห็นได้ว่า แม้การควบคุมตามกฎหมาย The Industrial Coordination Act 1975 มิได้กำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้โดยตรง แต่การควบคุมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว ก็กำหนดจำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำ เงื่อนไขเกี่ยวกับการจ้างแรงงาน และมีการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นรวมถึงการมีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลมาเลเซียด้วย อย่างไรก็ตาม กฎหมายฉบับนี้ มิได้ห้ามมิให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าสัดส่วนที่กำหนดไว้ หากการถือหุ้นถึงสัดส่วนดังกล่าว คนต่างด้าวจะต้องรายงานการลงทุนให้ Foreign Investment Committee (FIC) ทราบ นอกจากเรื่องสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลแล้ว หากการลงทุนนั้น เป็นผลให้คนต่างด้าวมียุทธิตเกี่ยวกับการครอบงำ บริหารจัดการบริษัท ดังผู้วิจัยได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 แล้วนั้น การลงทุนนั้น ๆ ก็จะต้องรายงานต่อ Foreign Investment Committee ให้ทราบด้วย

มาตรการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศมาเลเซีย อีกมาตรการคือ แนวทางการถือหุ้นของคนต่างด้าว (Guidelines on Foreign Equity) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่ออกโดยรัฐบาล และรัฐบาลมีอำนาจแก้ไขโดยตรง โดยแนวทางการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามมาตรการที่กำหนดนี้ สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวจะมีอยู่ได้เท่านั้น ขึ้นอยู่กับระดับของการส่งออกของกิจการ หากกิจการมีสัดส่วนการส่งออกไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 จะไม่ถูกจำกัดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวเลย หากกิจการมีสัดส่วนการส่งออกนับแต่ร้อยละ 51 ถึงร้อยละ 79 คนต่างด้าวจะถือสัดส่วนของทุนหรือความเป็นเจ้าของได้ไม่เกินร้อยละ 79 ของทุนทั้งหมด หากกิจการมีสัดส่วนการส่งออกนับแต่ร้อยละ 20 ถึงร้อยละ 50 ของการผลิตทั้งหมด สัดส่วนการถือหุ้นหรือทุนของคนต่างด้าวจะมีได้ไม่เกินร้อยละ 30 ถึงร้อยละ 51 ของการผลิตทั้งหมด และหากกิจการมีสัดส่วนการส่งออกน้อยกว่าร้อยละ 20 ของการผลิตทั้งหมด จะมีคนต่างด้าวลงทุนหรือเป็นเจ้าของได้ไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนทั้งหมด เว้นแต่บริษัทนั้น จะมีการผลิตผลิตภัณฑ์ที่ต้องใช้เทคโนโลยีการผลิตระดับสูง สัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตให้ลงทุนได้เต็มทั้งหมด

เมื่อเปรียบเทียบกับกำหนัดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับ Guidelines on Foreign Equity แล้ว ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า การกำหนัดแนวทางการถือหุ้นของคนต่างด้าว ตาม Guidelines on Foreign Equity กำหนดเฉพาะเรื่องสัดส่วนของหุ้นหรือทุนที่คนต่างด้าวจะเข้าเป็นเจ้าของ โดยมีได้พิจารณาถึงสัดส่วนการมีสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในกิจการดังกล่าว นอกจากนี้ การกำหนัดสัดส่วนการถือหุ้นหรือทุนของคนต่างด้าวนั้น ยังขึ้นอยู่กับระดับของการส่งออก ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่กำหนัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในนิติบุคคล เพื่อเป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เท่านั้น นอกจากนี้ การกำหนัดแนวทางการถือหุ้นของคนต่างด้าว (Guidelines on Foreign Equity) มิใช่บทบัญญัติของกฎหมาย ดังเช่นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งก่อให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์เกี่ยวกับ Guidelines on Foreign Equity ว่ามีผลบังคับใช้แก่คนต่างด้าวดังเช่นบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ อย่างไรก็ดี ศาลในประเทศมาเลเซีย ก็ได้บังคับใช้ Guidelines on Foreign Equity และยอมรับแนวทางการควบคุมด้วย Guidelines นี้ของรัฐบาลด้วย

ตาม The Industrial Coordination Act 1975 แม้มิได้กำหนัดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ก็ตาม แต่การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็บังคับให้คนต่างด้าวต้องรายงานการลงทุนเพื่อขออนุญาตต่อ The Foreign Investment Committee (FIC) เสียก่อน หากการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีเงินลงทุนและการจ้างงานน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดและการประกอบธุรกิจนั้น คนต่างด้าวเข้าไปมีส่วนในการบริหารจัดการบริษัท เช่น การควบคุมหรือเข้าครอบงำกิจการในมาเลเซีย หรือการควบคุมบริษัทมาเลเซียผ่านข้อตกลงกิจการร่วมค้า ข้อตกลงทางธุรกิจในรูปแบบอื่น ๆ หรือกรณีที่มีการได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือผลประโยชน์หรือการได้มาซึ่งกิจการที่มีผลต่อความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมกิจการนั้น

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ผู้วิจัยเห็นว่า แม้กฎหมายมาเลเซียมิได้กำหนัดนิยามเกี่ยวกับคนต่างด้าวไว้ว่าหมายถึงกรณีใดบ้าง แต่ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของ The Industrial Coordination Act ก็มีความรัดกุมมากกว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจาก ตามมาตรา 4 นั้น มิได้จำกัดเกี่ยวกับกรณีอำนาจบริหารจัดการของคนต่างด้าวไว้เลย และในส่วนของกำหนัดความผิดเกี่ยวกับการลงทุนที่ฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็กำหนัดไว้ เฉพาะกรณีที่คนไทยเข้าถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบกิจการโดย

หลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เท่านั้น แต่ไม่รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าว เข้าควบคุมบริหารจัดการบริษัทผ่านสัญญาทางธุรกิจประเภทอื่น เช่น กรณีการกำหนดสิทธิการบริหารงานไว้ในสัญญาผู้ถือหุ้น หรือสัญญากิจการร่วมค้า หรือในสัญญากู้ยืมเงิน ที่มีข้อกำหนดให้การเปลี่ยนแปลงใด ๆ ซึ่งอำนาจบริหารงานในบริษัท การเปลี่ยนแปลงตัวกรรมการบริษัท จะต้องได้รับอนุมัติจากผู้ให้กู้ยืมเงินเสียก่อน ซึ่งสัญญาธุรกิจเหล่านี้ ตามกฎหมายไทย ทั้งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เอง หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทก็ได้กำหนดให้ในการจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคล จะต้องยื่นเอกสารสัญญาทางธุรกิจที่มีข้อตกลงเช่นว่านี้ ต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าแต่อย่างใด

ในด้านการกำหนดประเภทกิจการที่ต้องห้ามกระทำ รัฐบาลมาเลเซียได้ผ่อนคลายนโยบายระเบียบตาม Guidelines on Foreign Equity ลงโดยเปิดให้คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นหรือทุนในนิติบุคคลมาเลเซียได้เต็มสัดส่วนโดยไม่ต้องคำนึงถึงระดับการส่งออกอีกต่อไป แต่รัฐบาลก็ได้จำกัดให้ประเภทกิจการด้านการผลิตรวม 7 ประเภท ได้แก่ กิจการบดอัดโลหะ, กิจการประกอบโลหะ, กิจการเกี่ยวกับการสื่อสาร, กิจการสิ่งพิมพ์, กิจการบรรจุภัณฑ์พลาสติก, กิจการฉีด ขึ้นรูปขึ้นส่วนพลาสติก และกิจการศูนย์กลางบริการเกี่ยวกับเหล็ก ไม่อยู่ในบังคับการผ่อนปรนดังกล่าว

เมื่อเปรียบเทียบกับข้อกำหนดประเภทกิจการตามบัญชีทั้งสามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า ลักษณะการกำหนดประเภทกิจการของประเทศมาเลเซียมีน้อยมากโดยจำกัดเฉพาะ 7 ประเภทกิจการเท่านั้น ซึ่งกิจการที่อยู่ในจำกัดนี้ ก็มีได้ต้องห้ามคนต่างด้าวเข้าถือหุ้น เพียงแต่กิจการทั้ง 7 ประเภทนี้จะไม่ได้รับอนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้เต็มสัดส่วนเท่านั้น โดยกิจการทั้ง 7 ประเภทนี้ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้จำนวนเท่าใดย่อมขึ้นอยู่กับระดับของการส่งออกตามที่ Guidelines on Foreign Equity กำหนด ซึ่งแตกต่างกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ประเภทกิจการที่กำหนดมีระดับของการควบคุม โดยเริ่มจากมิให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลข หรือกิจการที่คนต่างด้าวประกอบกิจการได้หากได้รับอนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบกิจการที่สงวนไว้ทั้งสามบัญชี คนต่างด้าวนั้นจะมีรูปแบบสัดส่วนการถือหุ้นได้เพียงรูปแบบเดียว คือ คนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัททั้งหมด

1.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของต่างประเทศกับประเทศไทย

1.2.1 รูปแบบการควบคุมมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าวในประเทศพัฒนาแล้วกับประเทศไทย

ประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศเกาหลีใต้

รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ เนื่องจากผู้วิจัยได้แยกการศึกษามาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศโดยแบ่งเป็นกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว กับกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาดังได้กล่าวไว้ในบทที่ 3 จะเห็นได้ว่า มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศเกาหลีใต้นั้น รูปแบบการควบคุมเป็นไปทั้งการควบคุมความเป็นเจ้าของ และการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ โดยกฎหมาย Exon-Florio ของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีอำนาจสอบสวนผลกระทบด้านความมั่นคงของชาติที่เกิดจากการควบรวมกิจการ (Mergers) การได้มาซึ่งกิจการ (Acquisitions) และการครอบงำกิจการ (Takeover) โดยคนต่างด้าวหรือที่มีคนต่างด้าวร่วมลงทุนอยู่ด้วย ซึ่งเงื่อนไขของการบังคับใช้กฎหมาย Exon-Florio มีอยู่ 2 ประการ คือ เหตุผลด้านความมั่นคงของชาติ (National Security) และในด้านอำนาจบริหารจัดการ (Control) โดยประธานาธิบดีหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายนั้น มีอำนาจที่จะสั่งระงับการลงทุนที่มีคนต่างด้าวมีส่วนในการบริหารจัดการ และกิจการนั้นมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ

จะเห็นได้ว่า กฎหมาย Exon-Florio นั้น เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้าง และอาจมีการตีความได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งมีข้อดีในแง่ของความยืดหยุ่นในการบังคับใช้ แต่การบัญญัติไว้อย่างกว้างเช่นนี้ กลับก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้ โดยเงื่อนไขด้านความมั่นคงของชาติ (National Security) นั้น ไม่มีการนิยามไว้ว่ากิจการประเภทใดบ้างที่ถือเป็นกิจการที่มีผลต่อความมั่นคงของชาติ

อย่างไรก็ตาม กิจการที่ถือว่าเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ (National Security) จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น มักเป็นกิจการที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีระดับสูงทางการทหาร เช่น ในกรณีที่เกิดขึ้นในปี 1987 ถึงแม้ว่า ขณะนั้น กฎหมาย Exon-Florio ยังไม่บังคับใช้ก็ตาม แต่ประเด็นเรื่องความมั่นคงของชาติ (National Security) ก็ถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นคัดค้านการซื้อกิจการของบริษัท Fairchild semiconductor ซึ่งเป็นผู้ผลิตชิพคอมพิวเตอร์สำหรับกองทัพ โดยผู้เข้าซื้อกิจการ คือ บริษัท Fujitsu ของประเทศญี่ปุ่น โดย Department of Commerce and Defense ได้

เรียกร้องให้ทางรัฐบาลญี่ปุ่นจะต้องยินยอมให้ประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าถึงเทคโนโลยีระดับเดียวกันได้ในประเทศญี่ปุ่น เป็นเหตุให้ Fujitsu ถอนคำเสนอซื้อหุ้นของตนไป

สำหรับเงื่อนไขด้านการบริหารจัดการ (Control) กฎหมาย Exon-Florio มิได้กำหนดสัดส่วนการลงทุนหรือการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนว่ากรณีใดบ้างจึงจะถือว่าคนต่างด้าวนั้นมีอำนาจบริหารจัดการในกิจการเป้าหมายที่จะเข้าซื้อแล้ว คำว่า อำนาจบริหารจัดการ (Control) นี้ ให้นิยามไว้โดยครอบคลุมกรณีอำนาจทั้งโดยตรงและโดยอ้อมในการตัดสินใจในการดำเนินงานหลักของบริษัท ซึ่งคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) จะตรวจสอบจากโครงสร้างของบริษัทเกี่ยวกับการลงทุนและกรอบอำนาจการตัดสินใจในบริษัทของคนต่างด้าว

เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 แล้ว จะเห็นได้ว่า ในมาตรา 4 มุ่งควบคุมเฉพาะอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของคนต่างด้าวเท่านั้น โดยไม่มีการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าวเลย และเมื่อพิจารณาตามมาตรา 36 ตามความผิดเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพร่ง ในบทบัญญัติดังกล่าว ก็มีให้นิยามหรือกล่าวถึงรายละเอียดเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนกันว่าต้องเป็นการถือหุ้นในลักษณะใด ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมาย Exon-Florio กฎหมาย Exon-Florio มิได้มุ่งควบคุมถึงอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของนักลงทุนผู้ประสงค์จะควบรวมกิจการ (Merger) ได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) หรือครอบงำกิจการ (Takeover) แต่อย่างใด หากมุ่งควบคุมถึงอำนาจบริหารจัดการ (Control) ในบริษัทเป้าหมายว่า กฎหมาย Exon-Florio จะนำมาใช้บังคับแก่การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็ต่อเมื่อคนต่างด้าวที่ประสงค์จะควบรวมกิจการ (Merger) ได้มาซึ่งกิจการ (Acquisition) หรือครอบงำกิจการ (Takeover) นั้นมีอำนาจบริหารจัดการ (Control) ในบริษัทเป้าหมาย ไม่ว่าอำนาจนั้นจะเป็นการใช้อำนาจโดยทางตรงหรือทางอ้อมก็ตาม

ทว่า นิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยต้องน้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนทั้งหมด แสดงว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มุ่งควบคุมแต่อำนาจความเป็นเจ้าของโดยเฉพาะ ส่วนของหุ้นอันเป็นทุนของบริษัท ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทของไทย ถือว่า ผู้ถือหุ้นก็คือเจ้าของบริษัทนั่นเอง เนื่องจากหุ้นถือถือว่าเป็นหน่วยของทุนในบริษัท ทำให้การตีความคำว่า “หุ้นอันเป็นทุน” นั้น ต้องตีความโดยตรงเท่านั้น และ ไม่สามารถก้าวล่วงไปพิจารณาถึงอำนาจบริหารจัดการ (Control) ที่แท้จริงในบริษัทได้

เมื่อพิจารณาถึงประเภทธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทั้งสามบัญชี จะเห็นได้ว่า ประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการทั้งสามบัญชีนั้น ครอบคลุมธุรกิจแทบทุกประเภทที่มีความสำคัญต่อระบบเศรษฐกิจ รวมถึงธุรกิจบริการแทบทุกประเภท เช่น งานให้บริการทางวิชาชีพต่าง ๆ เป็นต้น ซึ่งการจำกัดห้ามในลักษณะกว้างขวางเช่นนี้ ย่อมก่อให้เกิดแรงจูงใจของคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้อย่างกว้างขวางและไม่มีเงื่อนไขขกเว้นใด ๆ นอกจากการขออนุญาตต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นไปได้โดยยาก ด้วยเหตุนี้ การเลือกวิธีการเข้ามาประกอบธุรกิจโดยให้คนไทยเข้าถือหุ้นแทนคนต่างด้าว จึงเป็นวิธีการที่ง่ายและสะดวกที่สุดที่คนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้โดยง่าย เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้ควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) บริษัทเลย

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา นอกจากกฎหมาย Exon-Florio ที่บังคับใช้เป็นการทั่วไปสำหรับการลงทุนทุกประเภทแล้ว การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาในบางประเภทธุรกิจก็มีการควบคุมตามกฎหมายเฉพาะ เช่น การประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ จะใช้กำกับดูแลกิจการแต่ละประเภท โดยเฉพาะและมีบทบัญญัติจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวในประเภทกิจการดังกล่าว ดังเช่น The Communications Act 1934 ที่กำหนดถึงผู้มีสิทธิได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามมาตรา 310 (a) ที่ห้ามรัฐบาลต่างประเทศหรือผู้แทนของรัฐบาลต่างประเทศถือใบอนุญาต เว้นแต่ การครอบครองของรัฐบาลต่างประเทศนั้นไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ รวมถึงการจำกัดสิทธิการถือใบอนุญาตของนิติบุคคลต่างประเทศตามมาตรา 310 (b)(2) ที่ห้ามนิติบุคคลต่างประเทศประกอบกิจการโทรคมนาคม รวมถึงการห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทั้งหมด โดยห้ามไปถึงกรณีที่คนต่างด้าวนั้นถือหุ้นผ่านบริษัท โฮลดิ้ง และบริษัทต่างด้าวนั้นต้องไม่มีสิทธิบริหารจัดการในนิติบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตด้วยตามมาตรา 310 (b)(3) แต่ถ้าบริษัทต่างด้าวนั้นมีอำนาจบริหารจัดการในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตไม่ว่าโดยทางตรงและทางอ้อมแล้ว ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นเกินร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด ตามมาตรา 310 (b)(3) เว้นแต่ คณะกรรมการโทรคมนาคมหรือ Federal Communications Commission (FCC) เห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าร้อยละ 25 ไม่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ

นอกจากนี้ การคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นตาม The Communications Act 1934 นี้ก็เป็นไปอย่างละเอียดตาม Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio licenses ที่มีการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นกรณีที่มีการถือหุ้นเป็นลำดับชั้น โดยบริษัท โฮลคิง ซึ่งเป็นการคำนวณถึงอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น ๆ ว่าแท้จริงมีสัดส่วนเท่าใด

จะเห็นได้ว่า การควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น มีบทบัญญัติที่ชัดเจน และมีข้อจำกัดในการลงทุนของคนต่างด้าวสำหรับการประกอบกิจการโทรคมนาคมเป็นอย่างมาก โดยควบคุมทั้งอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) ด้วยการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทผู้ได้รับอนุญาตโดยตรง และการถือหุ้นทางอ้อมผ่านบริษัทโฮลคิง และยังมีแนวทางสำหรับการคำนวณอำนาจการบริหารจัดการ (Control) ในบริษัทอีกด้วย เพื่อจำกัดอำนาจบริหารจัดการของบริษัทต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยแล้ว มาตรการทางกฎหมายไทย นอกจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นกฎหมายบังคับใช้โดยทั่วไปแก่นักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทย กฎหมายไทยก็ยังมีกฎหมายเฉพาะสำหรับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แต่การจำกัดสิทธิการลงทุนของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติในมาตรา 3 ให้นำนิยามคำว่าคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไปใช้บังคับแก่ผู้ขอรับใบอนุญาต เป็นเหตุให้แนวทางการควบคุมตามกฎหมายเฉพาะของประเทศไทย สดุดท้ายแล้ว รูปแบบการควบคุมก็ยังคงเป็นการควบคุมเฉพาะอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) แต่เพียงอย่างเดียว

สำหรับความผิดกรณีการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางตามมาตรา 36 จะนำมาใช้บังคับก็ต่อเมื่อมีคนไทยหรือนิติบุคคลไทยเข้าถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย ด้วยเหตุนี้การตีความคำว่า “หุ้น” ภายใต้มาตรา 36 จึงเกี่ยวข้องกับมาตรา 4 เพราะหุ้นที่คนไทยถือแทนคนต่างด้าวนี้ ย่อมหมายถึงการถือหุ้นแทนเพื่อให้นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากนั้นสามารถหลีกเลี่ยงความเป็นคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 ได้ ดังนั้น การพิจารณาว่ามีการถือหุ้นแทนกันหรือไม่ จึงถูกตีความคำว่า “หุ้น” ตามมาตรา 36 นั้นหมายถึง “หุ้นอันเป็นทุนของบริษัท” ตามความหมายของมาตรา 4 ทำให้การพิจารณาเป็นไปอย่างจำกัดเนื่องจากนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 นั้นมุ่งหมายควบคุมเฉพาะอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของคนต่างด้าวเท่านั้น

ผู้วิจัยเห็นว่า การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ตามกฎหมาย Exon-Florio รูปแบบการควบคุมเป็นการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของนักลงทุนต่างด้าวเป็นสิ่งสำคัญ และกำหนดเพียงเงื่อนไขเกี่ยวกับกิจการที่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของกฎหมาย Exon-Florio คือ กิจการที่มีผลต่อความมั่นคงของชาติ (National security) และถูกควบคุมโดยคนต่างด้าว ซึ่งการบัญญัติไว้อย่างกว้างเช่นนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อดีของการบัญญัติกฎหมายไว้ในลักษณะเปิดเช่นนี้ ทำให้การนำกฎหมาย Exon-Florio มาบังคับใช้ได้อย่างยืดหยุ่น และสามารถปรับใช้ได้กับทุกลักษณะกิจการ แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อเสีย คือ ความไม่เสถียรภาพของกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้การบังคับใช้นั้นเกิดความไม่แน่นอน เนื่องจากประเภทกิจการที่มีผลต่อความมั่นคงของชาตินั้น ไม่มีนิยามบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการตีความได้ ส่งผลให้ประโยชน์อันเกิดจากการบัญญัติกฎหมายแบบเปิดกว้างให้มีการตีความได้นั้น เกิดข้อจำกัดในการบังคับใช้ เนื่องจากในปัจจุบัน ประเภทกิจการที่ถือว่ามีผลต่อความมั่นคงของชาติ ตามกฎหมาย Exon-Florio นั้นมีเพียงธุรกิจเกี่ยวกับอาวุธยุทธโปกรณ์เพียงธุรกิจเดียวเท่านั้น เนื่องจากสภาพการรวบรวมกิจการ การได้มาซึ่งกิจการหรือการครอบงำกิจการทั่ว ๆ ไปแล้ว ล้วนแต่ไม่ส่งผลต่อความมั่นคงของชาติแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม สำหรับกฎหมายควบคุมเฉพาะกิจการ ดังเช่นกิจการ โทรคมนาคมนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกามีการบัญญัติกฎหมายเพื่อควบคุมทั้งอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ไว้อย่างชัดเจน แต่ก็เปิดโอกาสในการยกเว้นการบังคับใช้ โดยให้คณะกรรมการการประกอบกิจการ โทรคมนาคม (FCC) สามารถพิจารณาด้านผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะได้ ซึ่งทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้นมิได้ปิดโอกาสการลงทุนของคนต่างด้าวแต่เพียงอย่างเดียว ทำให้ปัญหาว่าคนต่างด้าวจะเข้าไปถือหุ้นทางอ้อมในบริษัท โฮลดิ้ง หรือให้คนอเมริกันเข้าถือหุ้นแทนเพื่อประกอบกิจการ โทรคมนาคมนั้น เป็นไปได้โดยยาก เพราะถึงแม้ว่า คนต่างด้าวจะให้คนอเมริกันถือหุ้นแทน จนสามารถหลุดพ้นข้อจำกัดด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ไปได้แล้วนั้น แต่คนต่างด้าวก็ไม่สามารถใช้อำนาจบริหารจัดการบริษัทผ่านการถือหุ้นโดยอ้อมในบริษัท โฮลดิ้งได้ เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวก็ควบคุมอำนาจบริหารจัดการไว้แล้วเช่นกัน ซึ่งกฎหมายไทยเองมิได้ให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะสองทางเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือตามกฎหมายเฉพาะ ดังเช่นพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2544

มาตรการทางกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีลักษณะเปิดเสรีให้แก่นักลงทุน โดยมีข้อจำกัดด้านการลงทุนของคนต่างด้าวในลักษณะที่ คล้ายคลึงกับประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดเงื่อนไขที่จะส่งรับการลงทุนได้ หากการลงทุน นั้นมีผลกระทบต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศเกาหลีใต้ หรือการลงทุนนั้นเป็นภัยคุกคามต่อความปลอดภัยและชีวนามัยหรือสิ่งแวดล้อมของประเทศเกาหลีใต้ หรือนโยบายสาธารณะของสังคม หรือการลงทุนนั้นเป็นการลงทุนที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ใด ๆ ในประเทศเกาหลี ตาม Article 4.2 Foreign investment promotion act (FIPA)

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตาม FIPA แล้วกำหนดเพียงว่าคนต่างด้าว ได้แก่ บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติเกาหลี, นิติบุคคลที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายอื่น หรือองค์การความร่วมมือ ทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศของรัฐบาลต่างประเทศ หรือที่ให้บริการด้านการเงินเพื่อการพัฒนา หากเปรียบเทียบกับนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่า กฎหมาย FIPA มิได้ใช้อำนาจควบคุมสัดส่วนการถือหุ้นของคน ต่างด้าวในการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตาม กฎหมาย FIPA ของประเทศเกาหลีใต้นั้น มิได้มุ่งควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) โดยตรง เหมือนดังเช่นมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของ ประเทศไทย ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

ตามกฎหมาย FIPA ได้กำหนดวิธีการลงทุนภายใต้กฎหมาย FIPA ไว้ และกำหนดเงื่อนไข ให้คนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลจะต้องทำรายงานเกี่ยวกับการ ลงทุนเสนอไปยัง Ministry of Commerce, Industry and Energy (MOCIE) และเมื่อมีการ เปลี่ยนแปลงใด ๆ เกี่ยวกับรายละเอียดในการลงทุน คนต่างด้าวก็จะต้องทำรายงานเกี่ยวกับความ เปลี่ยนแปลงแจ้งไปยัง MOCIE ด้วย สังเกตได้ว่า การควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวลักษณะนี้ เป็นการควบคุมโดยการเฝ้าระวัง (Monitoring) มากกว่าที่จะเป็นการจำกัด หรือควบคุมการลงทุน ของคนต่างด้าวอย่างเข้มงวด ซึ่งมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน ประเทศไทย ไม่มีวิธีการให้คนต่างด้าวต้องรายงานการลงทุนนี้

สำหรับการควบคุมประเภทกิจการที่กฎหมาย FIPA กำหนด นอกจากจะกำหนดไว้อย่าง กว้างเกี่ยวกับเรื่องความมั่นคงของประเทศ หรือการลงทุนที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมายแล้ว ในรายประเภท กิจการ กฎหมาย FIPA ก็มีการกำหนดไว้เช่นเดียวกับบทบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ตามกฎหมาย FIPA จะกำหนดชัดเจนถึงสัดส่วนการถือหุ้นและอำนาจ

การบริหารจัดการสำหรับกิจการแต่ละประเภทอย่างชัดเจนซึ่งปัจจุบันมีเพียง 26 ภาคธุรกิจที่มีการจำกัดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว โดยกิจการวิทย์ และกิจการ โทรทัศน์นั้น ห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการ โดยเด็ดขาด ส่วนกิจการประเภทอื่น เช่น กิจการเกี่ยวกับการเป็นผู้ให้บริการสายส่งไฟฟ้า กำหนดให้คนเกาหลีต้องถือหุ้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 และหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงต้องถือข้างมากโดยคนเกาหลี เป็นต้น หรืออาจเป็นการกำหนดเงื่อนไขว่า คนต่างด้าวนั้นต้องร่วมลงทุนกับนิติบุคคลเกาหลีในกิจการขนส่งคน โดยสารทางทะเล และสัดส่วนการลงทุนต้องถือโดยคนเกาหลี ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมดด้วย

จะเห็นได้ว่า ลักษณะของมาตรการทางกฎหมายการลงทุนของเกาหลีได้นั้นมีนโยบายเปิดกว้างให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุน หากแต่การจำกัดการลงทุนเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลด้วยการระบุประเภทกิจการที่ประสงค์จะจำกัดสัดส่วนการลงทุนในลักษณะที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวร่วมลงทุนกับคนเกาหลีได้ได้ โดยการจำกัดนั้น ได้ควบคุมทั้งด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และด้านอำนาจบริหารจัดการ (Control) นอกจากนี้ การใช้กฎหมายกำหนดลักษณะของการลงทุนที่กำหนดให้การลงทุนทางตรงของคนต่างด้าวนั้น จะต้องมีการทำสัญญาถ่ายทอดเทคโนโลยีให้กับองค์กรของเกาหลีได้ ก็ช่วยทำให้กฎหมาย FIPA มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

เมื่อเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ด้านการกำหนดประเภทกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญญัติท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นการกำหนดในลักษณะครอบคลุมเวลาที่แต่ละประเภทกิจการถูกจำกัดการลงทุนเหมือนกันหมดด้วยเงื่อนไขเดียวกัน คือ ห้ามคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมดเข้าประกอบกิจการ เป็นเหตุให้ คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยนั้น ใช้วิธีการถือหุ้นอำพราง โดยให้คนไทยเข้าเป็นเจ้าของแทน ส่วนด้านอำนาจบริหารจัดการ (Control) คนต่างด้าวก็ใช้การจัดโครงสร้างการถือหุ้นตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท โดยการให้คนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นแทนนั้น ถือหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดให้สิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้ดีกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นเหตุให้ ถึงแม้ว่าผู้ถือหุ้นแทนที่เป็นคนไทยจะถือหุ้นจำนวนมากว่า แต่กลับมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งการกำหนดสิทธิออกเสียงในหุ้นบุริมสิทธิของผู้ถือหุ้นแทนนี้ ส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดให้สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นแทนดีกว่าอย่างมากถึงขนาดที่ส่งผลให้คนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นแทนนั้น ไม่มีสิทธิในอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของบริษัทเลย

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า การเอาผิดคนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในลักษณะเช่นนี้ ก็เป็นการยาก ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติให้เป็นความผิดตามมาตรา 36 ก็ตาม เพราะปัญหาด้านการตีความ โดยการตีความเรื่องการถือหุ้นนั้น เข้าไปเกี่ยวข้องกับนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ทำให้การตีความเรื่องการถือหุ้นแทนนั้น หากพิเคราะห์ตามลายลักษณ์อักษรแต่เพียงอย่างเดียวแล้ว ข้อมเป็นที่แน่นอนว่า การถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวย่อมไม่ขัดกับนิยามตามมาตรา 4 แน่แน่นอน ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการนำนิติบุคคลที่มีการถือหุ้นแทน เข้าไปถือหุ้นในนิติบุคคลอื่น ๆ ที่ประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางขึ้นในประเทศไทยว่า ลักษณะของการเข้าไปถือหุ้นโดยนิติบุคคลไทยที่มีการถือหุ้นแทนนั้น แท้จริงแล้ว อำนาจบริหารจัดการแท้จริงย่อมอยู่ในมือของคนต่างด้าว ซึ่งบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น มิได้ควบคุมถึงอำนาจบริหารจัดการดังกล่าวเลย

สรุปได้ว่า รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเกาหลีใต้ ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว รูปแบบการควบคุมของทั้งสองประเทศ จะคำนึงถึงการควบคุมด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และการควบคุมด้านอำนาจบริหารจัดการ (Control) ควบคู่กันไป แต่ในขณะเดียวกัน ในบางประเภทกิจการที่จำเป็นต้องมีความชัดเจนในการควบคุม เพื่อการจำกัดมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตได้อย่างเคร่งครัด ก็บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมดังกล่าวให้เกิดความชัดเจน เพื่อให้เกิดความโปร่งใสแก่การลงทุนในประเทศ เช่น The Communications Act 1934 ของประเทศสหรัฐอเมริกา อีกทั้ง ยังเปิดช่องให้มีการพิจารณาการลงทุนของคนต่างด้าวได้อย่างยืดหยุ่นอีกด้วย

สำหรับประเทศเกาหลีใต้เอง ก็ใช้กฎหมาย FIPA เป็นกฎหมายที่มุ่งส่งเสริมการลงทุนในแง่บวก ด้วยการทำให้การลงทุนของคนต่างด้าวนั้น ก่อให้เกิดประโยชน์ด้านการส่งเสริมเทคโนโลยี แต่ในขณะเดียวกัน สำหรับประเภทกิจการที่มีการจำกัดการลงทุนก็มีการควบคุมทั้งด้านการจำกัดสัดส่วนการลงทุนและอำนาจบริหารจัดการดังกล่าวมาแล้วข้างต้น

เมื่อเปรียบเทียบกับมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยแล้ว เห็นได้ว่า ประเทศไทยมีการควบคุมเพียงมิติเดียว คือ การควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) เท่านั้น โดยมีได้กำหนดให้พิจารณาอำนาจบริหารจัดการ (Control) เป็นองค์ประกอบร่วมกันในการพิจารณาการลงทุนของคนต่างด้าว เป็นเหตุให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางขึ้น ประกอบกับสภาพปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางได้เกิดขึ้นในประเทศไทยมานานแล้ว นับแต่มี

การประกาศใช้กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับคนต่างด้าวเป็นครั้งแรก ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ตามความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเลขเสร็จที่ 332/2535 กรณีของบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชันจำกัด ที่มีความเห็นว่า การคำนวณสัดส่วนของหุ้นตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 คำว่า หุ้น ย่อมต้องคำนวณรวมไปถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทที่เข้าถือหุ้นเป็นลำดับชั้นลงมาด้วย อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความต้องการดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ประกอบกับการวินิจฉัยให้การถือหุ้นลักษณะเช่นนี้ จะเกิดผลกระทบต่อการลงทุนในประเทศไทยที่มีนักลงทุนต่างด้าวถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้จำนวนมาก ทำให้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัตินิยามคำว่า “คนต่างด้าว” โดยให้ดูจากสัดส่วนการถือ “หุ้นอันเป็นทุนของบริษัท” เท่านั้น แสดงให้เห็นว่า การที่รัฐบาลในขณะนั้นบัญญัตินิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เช่นนี้ เพื่อจำกัดขอบเขตการตีความนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ดังกล่าวให้คำนวณเฉพาะการถือหุ้นโดยตรงเพียงชั้นเดียวในบริษัท นอกจากนี้ ในกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชันจำกัด นั้นก็ได้มีการหารือถึงประเด็นเรื่องการถือหุ้นอำพรางตามมาตรา 36 แต่อย่างไรก็ดี ด้วยเหตุนี้ ปัญหาว่าการกระทำแบบใดจึงจะถือเป็นการถือหุ้นอำพรางนั้นยังคงไม่มีความเห็นอย่างชัดเจนจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องแต่อย่างใด

1.2.2 รูปแบบการควบคุมมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างประเทศในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนากับประเทศไทย

ประเทศฟิลิปปินส์และประเทศมาเลเซีย

กฎหมายการลงทุนของประเทศฟิลิปปินส์ คือ The Foreign Investment Act 1991 มีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีกำหนดบัญชีท้ายพระราชบัญญัติไว้เหมือนกัน ซึ่งตาม Foreign Investment Act 1991 กำหนดเป็น Negative list แบ่งเป็น List A ซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการโดยเด็ดขาด กิจการที่คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 30 และร้อยละ 40 ส่วน List B เป็นกิจการซึ่งอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้แต่มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นไว้ตามแต่ละประเภทกิจการ และการกำหนดนิยามตามกฎหมาย Foreign Investment Act 1991 คำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” ก็ได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นรวมถึงสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าว ในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ว่าคนต่างด้าวจะมีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือนิติบุคคลที่มีได้จดทะเบียน

ในตลาดหลักทรัพย์ก็ตาม คนต่างด้าวจะถือสัดส่วนของหุ้นหรือทุน และสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละ 40 ของหุ้นหรือทุน หรือสิทธิออกเสียงทั้งหมด

สำหรับกฎหมายการลงทุนของมาเลเซีย ตาม The Industrial Coordination Act 1975 มิได้กำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ หรือใน Guidelines on Foreign Equity ก็มิได้กำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เช่นกัน การเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายหรือแนวทางการกำกับดูแล จึงมิได้กำหนดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคลไว้ โดยผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่กฎหมายหรือแนวทางกำกับดูแลของประเทศมาเลเซียมิได้กำหนดนิยามดังกล่าวไว้ ก็เนื่องมาจากการที่ประเทศมาเลเซียมิได้จำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวแทบทุกประเภทกิจการและอนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้เต็มสัดส่วนมาตั้งแต่ปี 2003 แล้ว อย่างไรก็ตาม The Industrial Coordination Act 1975 ก็ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเทศมาเลเซีย โดยมีเงินทุนต่ำกว่า 2.5 ล้านดอลลาร์ และมีการจ้างงานคนมาเลเซียน้อยกว่า 75 คน จะต้องขออนุญาตประกอบกิจการ นอกจากนี้ สำหรับกิจการที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจการการผลิต หรือกิจการปิโตรเลียม จะต้องขอความเห็นชอบด้านโครงสร้างการถือหุ้นต่อ The Foreign Investment Committee (FIC) ก่อนที่จะเริ่มประกอบกิจการ ซึ่งกฎหมายบังคับให้คนต่างด้าวจะต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับ

- การได้มาซึ่งผลประโยชน์ของต่างชาติในสินทรัพย์คงที่ใด ๆ ในมาเลเซีย
- การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือผลประโยชน์, การควบรวมหรือการเข้าครอบงำกิจการบริษัท และธุรกิจ ในมาเลเซียโดยวิธีใด ๆ ก็ตาม ซึ่งเป็นผลให้ความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมกิจการต้องไปอยู่กับต่างชาติ
- การได้มาซึ่งอำนาจการออกเสียงลงคะแนนมากกว่า 15% โดยบุคคลหรือกลุ่มต่างชาติใด หรือโดยการออกเสียงลงคะแนนโดยรวมของต่างชาตินับแต่ 30% ขึ้นไปในบริษัทและธุรกิจมาเลเซีย
- การควบคุมบริษัทและธุรกิจมาเลเซียผ่านข้อตกลงกิจการร่วมค้า ข้อตกลงการจัดการและความช่วยเหลือทางเทคนิค รวมถึงข้อตกลงรูปแบบอื่น
- การควบรวมหรือการครอบงำกิจการบริษัทและธุรกิจใดในมาเลเซียไม่ว่าจะโดยกิจการมาเลเซียเองหรือคนต่างชาติ
- การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือผลประโยชน์ที่มีมูลค่ามากกว่า 5 ล้านดอลลาร์ ไม่ว่าจะโดยกิจการมาเลเซียหรือกิจการของต่างชาติ

จากมาตรการทางกฎหมายทั้งของประเทศฟิลิปปินส์ตาม The Foreign Investment Act 1991 หรือตาม The Industrial Coordination Act 1975 ของประเทศมาเลเซีย เมื่อเปรียบเทียบกับ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ตาม The Foreign Investment Act ของประเทศฟิลิปปินส์จะมีการบัญญัติกฎหมายที่คล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มากที่สุดก็ตาม เช่น การกำหนดนิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” หรือการกำหนดประเภทกิจการที่จำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตาม Foreign Negative List เหมือนกับการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” และการกำหนดบัญชีท้ายพระราชบัญญัติก็ตาม แต่ในแง่ของรูปแบบการควบคุม จะเห็นได้ว่า ตาม The Foreign Investment Act มุ่งควบคุมทั้งความเป็นเจ้าของกิจการ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าว โดยกำหนดไปถึงเรื่องสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลฟิลิปปินส์ด้วย ซึ่งตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้เฉพาะเรื่องการถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทเท่านั้น มิได้กำหนดไปถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงนับแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัทด้วย ทำให้การควบคุมตามพระราชบัญญัตินั้น เป็นไปในมิติเดียวคือ การควบคุมด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของบริษัทเท่านั้น

ตามกฎหมาย The Foreign Investment Act ยังได้กำหนดความผิดของบุคคลใดก็ตามรวมถึงคนต่างด้าว ที่ฝ่าฝืน The Foreign Investment Act ไว้ใน Section 14 ที่กำหนดให้การฝ่าฝืนข้อกำหนดเรื่องการจดทะเบียน หรือกฎระเบียบใด ๆ หรือผู้ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนการกระทำความผิดดังกล่าว จะต้องได้รับโทษตามที่กฎหมายกำหนด โดยเป็นโทษปรับ และกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็จะต้องถูกปรับจำนวนร้อยละ 1 ของทุนทั้งหมดของบริษัท รวมถึงการลงโทษแก่กรรมการ ประธานบริษัทและพนักงานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนนั้นด้วย เมื่อเทียบเคียงกับมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้วพบว่า ความผิดตามมาตรา 36 บัญญัติไว้เฉพาะกรณีที่คนไทยทำการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพื่อหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งคล้ายคลึงกับ Section 14 The Foreign Investment Act มาก แต่ตาม The Foreign Investment Act นั้นบัญญัติในลักษณะการกระทำที่กว้างกว่า และมีได้จำกัดเฉพาะกรณีของการถือหุ้นแทนเท่านั้น ซึ่งหากคนไทยและคนต่างด้าว เลือกใช้วิธีการอื่นซึ่งมิใช่การเข้าถือหุ้นแทนโดยตรงด้วยการกำหนดโครงสร้างของบริษัทด้วยการกำหนดสิทธิออกเสียงในหุ้นดังกล่าวมาแล้ว แต่ใช้วิธีการที่กฎหมายไม่บังคับให้ต้องนำเอกสารไปแสดงและจดทะเบียนต่อนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทดังเช่น ข้อบังคับ หรือบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น แต่ใช้วิธีการทำสัญญาผู้ถือหุ้น กำหนดสิทธิหน้าที่ออกเสียงระหว่างกันเองเช่นนี้ การกระทำลักษณะดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า ความผิดในฐานะการเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจนี้ มีอาจครอบคลุมไปเพื่อเอาผิดแก่คนไทยและคนต่างด้าวที่ใช้วิธีการอื่นนอกเหนือ ไปจากการถือหุ้นแทนกันได้

เมื่อเปรียบเทียบกับ The Industrial Coordination Act 1975 และ Guidelines on Foreign Equity ของประเทศมาเลเซียพบว่ากฎหมายและแนวทางดังกล่าว เมื่อพิจารณาประกอบกันจะเห็นได้ว่ามีรูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ครอบคลุมทั้งด้านความเป็นเจ้าของ ด้วยการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นทุนสำหรับประเภทกิจการผลิตเพื่อการส่งออก โดยสัดส่วนของการถือหุ้นทุนของคนต่างด้าวจะมีได้มากน้อยเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับระดับของการส่งออก และกรณีกิจการที่มีใช้กิจการเกี่ยวกับการผลิต กฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวจะต้องจัดทำรายงานเพื่อชี้แจงถึงโครงสร้างการถือหุ้นของคนต่างด้าวเพื่อขออนุญาตก่อนเริ่มประกอบกิจการ ซึ่งรายละเอียดโครงสร้างการถือหุ้นที่กำหนดให้ต้องชี้แจงนั้น กำหนดทั้งกรณีมีการได้มาซึ่งสิทธิ์หรือผลประโยชน์ใด ๆ ในกิจการมาเลเซีย ซึ่งแสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบถึงการได้มาซึ่งทุนหรือสิทธิ์ของบริษัทนั่นเอง อันเป็นการควบคุมด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของบริษัท เนื่องจากหุ้น ย่อมแสดงออกถึงทุนของบริษัท และทุนของบริษัท ก็คือสิทธิ์ของบริษัทนั่นเอง นอกจากนี้ ตามกฎหมายดังกล่าวยังกำหนดให้ต้องแสดงรายละเอียดของการได้มาซึ่งสิทธิออกเสียงหรือกรณีที่มีการครอบงำกิจการ แสดงให้เห็นถึงการตรวจสอบด้านอำนาจบริหารจัดการบริษัท (Control) ด้วยเนื่องจาก กรณีของการครอบงำกิจการนั้น ย่อมเป็นการ ได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทรวมถึงอำนาจการบริหารจัดการบริษัทด้วย อันหมายถึงการครอบงำกิจการนั้นย่อมมีผลต่อสิทธิออกเสียงและอำนาจบริหารจัดการบริษัทนั่นเอง

หากพิจารณาพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พบว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้กำหนดถึงหน้าที่ของคนต่างด้าวในการรายงานการได้มาซึ่งหุ้น หรือสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลของไทย ก่อนเริ่มประกอบกิจการเลย เป็นเหตุให้การตรวจสอบโครงสร้างการถือหุ้นของคนต่างด้าวกระทำไม่ได้โดยยาก และไม่ได้รับความร่วมมือจากผู้ประกอบธุรกิจ เนื่องจากไม่มีกฎหมายบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจจะต้องแสดงโครงสร้างการถือหุ้นก่อนเริ่มประกอบกิจการในประเทศไทย นอกจากนี้ ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ไม่ได้กำหนดการควบคุมเรื่องสิทธิออกเสียงไว้ ดังได้กล่าวมาแล้ว ทำให้รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจในประเทศไทยกับประเทศมาเลเซียนั้นมีความแตกต่างกันในแง่ของรูปแบบการควบคุม และมาตรการที่ใช้ในการควบคุมอีกด้วย

2 บทวิเคราะห์สภาพปัญหาการถือหุ้นอำพรางในประเทศไทยกับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่บังคับใช้ในประเทศไทย

2.1 บทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำนาจที่ปรากฏในประเทศไทยในปัจจุบัน เกิดจากคนไทยหรือผู้มีสัญชาติไทย เข้าร่วมประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว หรือมีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทย เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้

ผู้วิจัยเห็นว่า สภาพปัญหาที่เกิดขึ้น เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายในส่วนของคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ที่มีได้กำหนดให้ครอบคลุมถึงสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าว อันส่งผลต่ออำนาจบริหารจัดการบริษัท (Control) เป็นเหตุให้คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ไม่ประสงค์จะขอรับอนุญาตตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้กำหนดไว้ และคนต่างด้าวนั้นไม่ได้รับยกเว้นให้ประกอบธุรกิจได้ตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เช่น กรณีคนชาติของสหรัฐอเมริกาตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between the Kingdom of Thailand and the United States of America) ซึ่งกำหนดให้ใช้หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติกับคนสหรัฐอเมริกาที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย ดังนั้น คนสัญชาติสหรัฐอเมริกาย่อมเข้ามาลงทุนได้เช่นเดียวกับคนไทยทั่วไป จึงไม่ต้องถูกจำกัดภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เว้นแต่ กิจการนั้นเป็นกิจการเกี่ยวกับธุรกิจสื่อสาร เกษตรกรรม วิชาชีพ การใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น ซึ่งคนต่างด้าวที่ไม่ต้องการตกอยู่ภายใต้บังคับด้านสัดส่วนการถือหุ้นตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็มักจะเลือกใช้วิธีการให้คนไทยเข้าถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคล โดยกำหนดให้คนไทยมีสิทธิออกเสียงในหุ้นน้อยกว่าตัวคนต่างด้าวเอง เนื่องจากการกำหนดให้สิทธิออกเสียงคนต่างด้าวมากกว่านั้นไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติไว้ในปัจจุบัน โดยมาตราดังกล่าว มิได้ควบคุมถึงอำนาจบริหารจัดการบริษัท (Control) ดังได้กล่าวมาแล้ว

เมื่อพิจารณามาตรา 36 ประกอบกัน ผู้วิจัยพบว่า สภาพปัญหาเกี่ยวกับการกระทำผิดฐานเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวนี้ การบัญญัติถึงการกระทำผิดดังกล่าว ยังขาดหลักเกณฑ์ที่เหมาะสมเกี่ยวกับการพิจารณาว่า การกระทำในลักษณะใดบ้างจึงจะถือเป็นการถือหุ้นแทน เพราะเมื่อพิจารณาด้อยคำตามมาตรา 36 พบว่า มาตราดังกล่าว ระบุให้ “การถือหุ้นที่เป็นการแสดงออกว่ากิจการนั้นเป็นของตนแต่ผู้เดียว หรือการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่เป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับนี้” เท่านั้น ทำให้การตรวจสอบถึงการเป็นผู้ถือหุ้นแทนหรือไม่นั้น เกี่ยวพันกับการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ทว่า ตามมาตรา 4 กรณีที่จะถือว่าเป็นการถือหุ้นที่ฝ่าฝืนนั้น จากลักษณะบทบัญญัติในปัจจุบันที่ใช้ถ้อยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัท” ทำให้การตีความกรณีที่มีการถือหุ้นลักษณะเป็นทอด ๆ มีอาจคำนวณสัดส่วนรวมเหมือนดังความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาคัดกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด

และเมื่อพิจารณาค่าไปอีก เนื่องจากมาตรา 4 มิได้ควบคุมเรื่องสิทธิออกเสียงในอำนาจบริหารจัดการบริษัทให้เป็นองค์ประกอบหนึ่งของนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ทำให้การถือหุ้นในลักษณะที่ให้คนต่างด้าวมียสิทธิออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย จึงไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 4 ในส่วนของคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาตามกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทเอง การกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาคัดกรณีของธนาคารนครหลวงไทย เลขเสร็จที่ 426/2528 ว่า การกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้มีสิทธิออกเสียงค้อยกว่าหุ้นสามัญ เช่น การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้นมีสิทธิออกเสียงเท่ากับหุ้นสามัญ 1 เสียงนั้น บริษัทสามารถกระทำได้ตามมาตรา 1108 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ การเลือกใช้วิธีการดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ประกอบกับ มาตรา 1108 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงส่งผลให้กรณีของการที่คนไทยถือหุ้นข้างมากแต่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าคนต่างด้าวด้วยการถือหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ จึงไม่ถือเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณามาตรา 36 ถึงกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นดังกล่าว จะถือได้หรือไม่ว่า การถือหุ้นที่ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น จะถือเป็นความผิดในฐานะผู้ถือหุ้นแทน ตามมาตรา 36 ด้วยการถือหุ้นในลักษณะที่คนไทยถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าจนไม่มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทที่ตนเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก ซึ่งกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นนี้ ในขณะที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังไม่มีความเห็นหรือคำวินิจฉัยจากหน่วยงานที่

เกี่ยวข้อง เกี่ยวกับกรณีดังกล่าวว่าถือเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้หรือไม่

ตามความเห็นของผู้วิจัย ผู้วิจัยเห็นว่า หากพิจารณาจากถ้อยคำของมาตรา 4 และมาตรา 36 ประกอบกัน จะเห็นได้ว่า การถือหุ้นที่จะมีความผิดตามมาตรา 36 ต้องเป็นการถือหุ้นเพื่อฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยลักษณะของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ดังนี้ เมื่อพิจารณาจากพฤติการณ์ที่เกิดขึ้น ถึงแม้ว่า มาตรา 4 จะมีได้ควบคุมถึงสิทธิบริหารจัดการในบริษัทก็ตาม แต่เมื่อการถือหุ้นนุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าวส่งผลให้คนไทยที่เข้าถือหุ้นนั้นมีลักษณะเพียงเป็นตัวแทนของผู้ประกอบการต่างด้าว ด้วยการเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากแต่เพียงในนามเท่านั้น ซึ่งการแสดงออกลักษณะดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า คนไทยที่เข้าถือหุ้นในลักษณะนี้ มิได้ประสงค์จะประกอบการร่วมกับคนต่างด้าวอย่างแท้จริง แต่เป็นการแสดงออกในลักษณะตัวแทนของคนต่างด้าว

และเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวการตัวแทน ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นของคนไทยในลักษณะดังกล่าว ถือได้ว่า คนไทยนั้นแสดงออกว่าตนเป็นตัวการด้วยการถือหุ้นในนามของตนเอง แต่แท้จริงแล้ว การบริหารจัดการ หรือแม้แต่เม็ดเงินที่ลงทุนในบริษัทนั้นเป็นของคนต่างด้าวทั้งสิ้น การกระทำดังกล่าวจึงแสดงออกชัดว่าตนเป็นตัวแทนของตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อ ดังนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นในลักษณะดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีของการเป็นผู้ถือหุ้นแทนนี้ ความรับผิดจะต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา 36 ซึ่งกำหนดโทษไว้สำหรับคนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นแทน และคนต่างด้าวที่มีการถือหุ้นแทนนั้น

อย่างไรก็ตาม หากนิติบุคคลที่มีการถือหุ้นนุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าวข้างต้น เข้าไปถือหุ้นเป็นทอด ๆ หรือการถือหุ้นทางอ้อมในบริษัทอื่น ๆ และให้บริษัทนั้น เข้าถือหุ้นในกิจการที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังเช่นกรณีศึกษาชินคอร์ปแล้ว การพิจารณาความผิดการเป็นผู้ถือหุ้นแทนจากกรณีดังกล่าว ทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้พิจารณาไปถึงเงินลงทุนในนิติบุคคลด้วย ทำให้สรุปได้ว่า การถือหุ้นแทนนั้น การพิจารณาจะต้องพิจารณาถึงเงินลงทุนที่แท้จริงด้วยว่า เงินลงทุนในนิติบุคคลนั้นเป็นของคนไทยหรือคนต่างด้าว หากเงินลงทุนในหุ้นที่คนไทยถือในนิติบุคคลนั้น เป็นของคนต่างด้าวทั้งหมด ย่อมถือได้ว่า คนไทยนั้นเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ถึงแม้ว่าคนไทยนั้น จะเป็นผู้ถือหุ้นสามัญข้างมากในบริษัท และมีสิทธิออกเสียงอย่างปกติเช่นหุ้นสามัญทั่วไปก็ตาม

แต่ผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่า ลักษณะการถือหุ้นตามกรณีศึกษาของชินคอร์ป และกรณีของยูคอม นั้น ลักษณะการกำหนดโครงสร้างการถือหุ้นของทั้งสองกรณี ได้กำหนดการถือหุ้นบุริมสิทธิในนิติบุคคลที่ถือโดยคนไทยอย่างเดียวกัน คือ กำหนดให้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากที่ถือหุ้นบุริมสิทธิแต่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก และมีการถือหุ้นเป็นลำดับชั้น เพื่อเข้าถือหุ้นในบริษัท ยูไนเต็ค คอมมิวนิเคชั่น อินดัสตรี จำกัด (มหาชน) หรือยูคอม โดยในบริษัท ดีกิว โฮลดิ้งส์ ที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย มีคนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าว และบริษัท ดีกิว โฮลดิ้งส์ ก็เข้าถือหุ้นในบริษัทย่อยเป็นลำดับชั้น ซึ่งกรณีนี้ ได้มีการยื่นเรื่องให้ทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าตรวจสอบแต่ในปัจจุบัน ขณะที่ทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังไม่มีผลการตรวจสอบออกมาแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ในส่วนนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า หากการถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวของกรณียูคอม หากมีการตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินทุนที่แท้จริงว่าเป็นของคนไทยหรือคนต่างด้าว ดังเช่นกรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด และผู้ถือหุ้นคนไทย คือ คุณสุรินทร์ อุปพัทกุลที่ถูกตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินทุนในการเข้าซื้อหุ้นในบริษัทกุหลาบแก้วจำกัดแล้ว กรณีการถือหุ้นของยูคอมดังกล่าว หากแหล่งที่มาของเงินทุนมิได้เป็นคนไทยอย่างแท้จริงแล้ว ผลการตรวจสอบก็ควรจะถือว่าการถือหุ้นในลักษณะดังกล่าว เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเช่นกัน

จากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ทำให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติ พยายามที่จะแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่.....) พ.ศ. ดังกล่าว มีการแก้ไขคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ให้รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงทั้งหมดตามที่ปรากฏในรายการจำนวนหุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วทั้งหมดในหนังสือบริคณห์สนธิของนิติบุคคลนั้นด้วย นอกจากนี้ ยังมีการแก้ไขความผิดตามมาตรา 36 ให้ครอบคลุมถึงการเอาผิดแก่ที่ปรึกษากฎหมาย หรือผู้ให้คำปรึกษาแก่คนต่างด้าวให้ต้องรับโทษเช่นเดียวกับการเป็นผู้ถือหุ้นแทน

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่.....) พ.ศ. นี้ การแก้ไขมาตรา 4 โดยพิจารณาถึงสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลด้วยย่อมส่งผลดีต่อการควบคุมทั้งด้านความเป็นเจ้าของและอำนาจบริหารจัดการบริษัท อันส่งผลให้รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่อยู่ในสภาพที่อาจหลีกเลี่ยงได้ด้วยการใช้โครงสร้างการถือหุ้นบุริมสิทธิ เช่นในปัจจุบัน อย่างไรก็ดี ผู้วิจัยเห็นว่า นอกจากการกำหนดสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวแล้ว ในส่วนของคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ของบริษัทที่ส่งผลให้การตีความถ้อยคำดังกล่าว

เกี่ยวกับการถือหุ้นของคนต่างด้าว จำกัดเฉพาะการถือหุ้น โดยตรงแต่เพียงลำดับชั้นเดียวและไม่อาจคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นรวมกรณีที่มีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ผ่านการจัดตั้งบริษัท โฮลดิ้งส์ แล้วให้บริษัท โฮลดิ้งส์นั้น เข้าถือหุ้นในบริษัทลูก หรือบริษัทย่อยอื่น ๆ ซึ่งคนต่างด้าว อาจเข้าถือหุ้นทางอ้อมในบริษัทลูกหรือบริษัทย่อยนั้นได้ ด้วยเหตุนี้ จึงควรมีการแก้ไขนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ให้ครอบคลุมถึงกรณีที่มีการถือหุ้นเป็นลำดับชั้นด้วย เพื่อประโยชน์ในการตีความตามพระราชบัญญัติฯ ดังเช่นกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การแก้ไขแต่เพียงสิทธิออกเสียงประการเดียวนั้น ยังไม่ครอบคลุมกรณีที่คนต่างด้าว อาจเข้าบริหารจัดการบริษัทด้วยวิธีอื่น เช่น การกำหนดในข้อบังคับของบริษัท ถึงอำนาจในการเลือกคณะกรรมการบริษัท หรือการกำหนดในสัญญาอื่น ๆ ที่กำหนดสิทธิการบริหารให้ตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว เช่น การกำหนดในสัญญาผู้ถือหุ้นเป็นต้น ซึ่งการแก้ไขคำนิยามดังกล่าว ควรจะกำหนดให้ครอบคลุมไปถึงกรณีดังกล่าวด้วย

ในส่วนของการแก้ไขความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือหุ้นแทนนั้น มีการเพิ่มความรับผิดชอบให้แก่ผู้ให้คำปรึกษาด้านการลงทุนแก่คนต่างด้าวเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการเพิ่มโทษทางอาญาให้ได้สัดส่วนกับการเพิ่มโทษปรับด้วย นอกจากนี้ ควรเพิ่มเติมเกี่ยวกับหลักเกณฑ์การเป็นผู้ถือหุ้นแทนให้ครอบคลุมไปถึงการตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินทุนในการดำเนินธุรกิจ การตรวจสอบถึงอาชีพของผู้ถือหุ้นว่าสอดคล้องกับการลงทุนในธุรกิจหรือไม่ เนื่องจากกรณีที่มีการถือหุ้นแทน ส่วนใหญ่แล้ว เวลาจัดตั้งบริษัท ชื่อของผู้เริ่มก่อการซึ่งเป็นผู้เข้าซื้อถือหุ้นเมื่อมีการก่อตั้งบริษัทนั้น มักเป็นรายชื่อของนายความที่เป็นที่ปรึกษาด้านการลงทุนแก่คนต่างด้าวนั้นเอง นอกจากนี้ ควรกำหนดให้มีการตรวจสอบถึงอำนาจบริหารจัดการของบริษัท ด้านสิทธิออกเสียง หรือสิทธิการเลือกคณะกรรมการบริษัท หากสิทธิออกเสียง หรือสิทธิการเลือกคณะกรรมการบริษัท อยู่ในมือของคนต่างด้าว โดยสิ้นเชิง หรือเงินลงทุนทั้งหมดเป็นของคนต่างด้าว ย่อมเป็นที่น่าเชื่อได้ว่า คนไทยผู้นั้น เป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแล้ว

นอกจากนี้ การปรับปรุงบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการทบทวนประเภทกิจการที่ต้องห้าม มิให้มีลักษณะครอบคลุมทุกประเภทกิจการดังเช่นปัจจุบันเพราะจะทำให้ยุ่งยากแก่คนต่างด้าวที่จะต้องขออนุญาตในทุกประเภทกิจการ เป็นเหตุให้เกิดแรงจูงใจในการหลีกเลี่ยงกฎหมายเช่นสภาพปัญหาที่เกิดในปัจจุบัน โดยในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่.....) พ.ศ..... ได้มีการเสนอให้แก้ไขบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คือ บัญชีสาม โดยตัดประเภทธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะควบคุมอยู่แล้วออก ได้แก่ ธุรกิจบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการ

ซื้อขายล่วงหน้า ตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจอนุพันธ์ และธุรกิจที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ และธุรกิจบริการอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

จะเห็นได้ว่า การปรับปรุงบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่.....) พ.ศ..... ฉบับนี้ได้ปรับปรุงเฉพาะประเภทธุรกิจที่มีกฎหมายบังคับไว้โดยเฉพาะอยู่แล้ว แต่ยังไม่มีการทบทวนรายละเอียดกิจการว่า กิจการประเภทใดบ้างที่ควรตัดออกจากบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือกิจการใดบ้างที่ความเป็นจริงแล้ว ในปัจจุบัน ได้มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจเป็นจำนวนมาก เช่น กิจการบริการทางกฎหมาย หรือกิจการค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่ปัจจุบันนักลงทุนต่างด้าว ได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย โดยมีเงินลงทุนขนาดใหญ่เกินกว่าหนึ่งร้อยล้านบาทจึงไม่อยู่ภายใต้บัญชีสามก็ตาม แต่นักลงทุนต่างด้าวที่ประกอบกิจการค้าปลีก ก็เลือกใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทน เพราะในห้างค้าปลีกนั้น มีการขายสินค้าเกษตรรวมอยู่ด้วยซึ่งต้องห้ามตาม (13)

อย่างไรก็ตาม การทบทวนประเภทกิจการนั้น จะต้องใช้ระยะเวลาในการพิจารณาให้รอบด้านว่าจะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ และผู้ประกอบการชาวไทยอย่างไร จึงจำเป็นต้องศึกษาและเร่งทบทวนโดยเร็วที่สุด เพื่อผลด้านการบังคับใช้ตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้มีความสอดคล้องและเหมาะสมต่อกัน

2.2 การบังคับใช้กฎหมาย

สภาพปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางเพื่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เกิดขึ้นในประเทศไทย เมื่อพิจารณาย้อนไปนับแต่การประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรก คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 จะเห็นได้ว่า ปัญหาเรื่องการถือหุ้นอำพรางนี้ เกิดนับแต่มีประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 แต่เมื่อมีการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกากรณีบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ก่อให้เกิดการตรวจสอบธุรกิจไทยโดยตรวจสอบการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทยที่มีการถือหุ้นเป็นลำดับชั้น ปรากฏว่ามีบริษัท

จำนวนมากที่มีสัญชาติเป็นคนต่างด้าว หากนับรวมการถือหุ้นทางอ้อมด้วย จึงมีการแก้ไขประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ให้คำนิยามของคำว่าคนต่างด้าว ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 แก้ไขโดยใช้คำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” แทนการใช้คำว่า “ทุน” ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ฉบับเดิม ส่งผลให้การตีความคำว่า “ทุน” ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาค้างกล่าว มีอาจนำมาปรับใช้กับการวินิจฉัยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ได้ในปัจจุบัน

ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงตีความการถือหุ้นของคนต่างด้าวเพียงชั้นเดียวในการถือหุ้นของบริษัท

การถือหุ้นที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพราง ในทางปฏิบัติแล้ว แม้กฎหมายจะมีได้บัญญัติให้ชัดเจนว่า การกระทำใดบ้างที่จะถือว่าเป็นการถือหุ้นแทน แต่เมื่อพิเคราะห์ถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องประกอบแล้ว โดยผู้วิจัยเห็นว่า การกระทำของคนไทยที่เข้าถือหุ้นบริษัทที่กำหนดสิทธิของคนไทยให้ดีกว่าคนต่างด้าว หรือการออกหุ้นที่ทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงได้มากขึ้น ข้อมชี้ให้เห็นเจตนาของคนไทยและคนต่างด้าวที่ร่วมกันถือหุ้นในลักษณะเช่นนี้แล้วว่า ประสงค์จะหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย โดยลักษณะของการถือหุ้นแทนของคนไทยหรือนิติบุคคลไทย เช่นนี้ เทียบเคียงได้กับกฎหมายตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยถือว่าคนไทยหรือนิติบุคคลไทยนั้น เป็นตัวแทนของตัวการที่ไม่เปิดเผยชื่อ

หากพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป คือ หลักสุจริต ตามมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การถือหุ้นในลักษณะดังกล่าวของคนไทยและคนต่างด้าว ถือได้ว่า การกระทำความดังกล่าวเป็นการไม่สุจริตแล้ว เพราะคนไทยหรือนิติบุคคลไทยนั้น มีเจตนาที่มีได้ประสงค์จะประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง ซึ่งการกระทำที่ขัดกับหลักสุจริตนั้น ข้อมถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายโดยชัดแจ้ง ตามมาตรา 150 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ส่งผลให้การกระทำนั้นเป็นโมฆะ เช่นเดียวกับการพิจารณาถึงหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลในประเทศไทย ซึ่งการจะนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาบังคับใช้ต่อกรณีของปัญหาเรื่องการถือหุ้นแทนนี้ ทำได้ด้วยการนำหลักสุจริตมาบังคับใช้โดยตรง นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 แล้ว ก็นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้บังคับ ด้วย การพิจารณาสภาพบุคคลของนิติบุคคล โดยพิจารณาเข้าไปถึงตัวผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลนั้น และหาก

มีการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าว ก็ได้กำหนด โทษลงแก่ผู้ถือหุ้นของบริษัท ประกอบด้วยคนไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และตัวคนต่างด้าวนั้นเอง ให้ต้องได้รับโทษจากการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ โดยมีได้กำหนดให้นิติบุคคลที่กระทำการฝ่าฝืนต้องรับผิดชอบ แต่กำหนดโทษแก่ผู้ถือหุ้น โดยตรงอันเป็นการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้

ในแง่ของการบังคับใช้กฎหมาย แม้ว่า กฎหมายไทยที่มีการบัญญัติเกี่ยวกับความผิดกรณีเป็นผู้ถือหุ้นแทนไว้แล้วก็ตาม แม้ในด้านรายละเอียดเกี่ยวกับการจำแนกการกระทำของผู้ถือหุ้นคนไทยว่าการกระทำใดบ้างจะถือว่าการถือหุ้นแทน แต่สภาพปัญหาที่เกิดขึ้น ผู้วิจัยเห็นว่า หากมีการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวอย่างจริงจัง ด้วยการตีความคงที่ที่ผู้วิจัยเห็นว่า หากการถือหุ้นของคนไทย เป็น ไปในลักษณะตัวการตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าวที่ไม่เปิดเผยชื่อนั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวก็ถือได้ว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแล้ว ซึ่งหากนำหลักสุจริตมาพิจารณาประกอบด้วยแล้ว ย่อมเป็นที่เห็น ได้ชัดเจนว่าการถือหุ้นของคนไทยในลักษณะเช่นว่านี้ ถือเป็นการไม่สุจริต เพราะตามความเป็นจริง ย่อมไม่มีผู้ประกอบธุรกิจคนใด ที่จะเข้าถือหุ้นข้างมากโดยยอมให้ตนเป็นผู้มีสิทธิออกเสียงข้างน้อยเป็นแน่ ซึ่งการกระทำดังกล่าวถือเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายชัดเจน การร่วมลงทุนของคนไทยและคนต่างด้าวในลักษณะดังกล่าว จึงถือเป็น โฆษณาตามกฎหมาย จากการพิจารณาดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นการเพียงพอแล้ว ที่จะเอาผิดแก่ผู้ถือหุ้นคนไทย และนักลงทุนต่างด้าวได้ ตามหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล

เมื่อกฎหมายที่บัญญัติไว้ ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า “การถือหุ้นในนามของตนเอง หรือเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว” หรือตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ที่บัญญัติเกี่ยวกับหลักสุจริต ไว้ กฎหมายที่บัญญัติไว้ลักษณะเช่นนี้ จะมีประสิทธิภาพอย่างมากในทางปฏิบัติ หากมีการบังคับใช้อย่างเคร่งครัด เช่นกรณีของปัญหาเรื่องการถือหุ้นอำพรางนี้ แต่เมื่อการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวต่อสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น ขาดการบังคับใช้ที่เหมาะสม โดยการตีความเรื่องการถือหุ้นอำพรางตาม มาตรา 36 ก็ตรวจสอบได้โดยยาก ผู้วิจัยเห็นว่า สภาพปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในปัจจุบัน เป็นปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย ด้วยเหตุนี้ การปรับปรุงโดยกำหนดลักษณะการกระทำใดที่จะเป็นการถือหุ้นแทน หรือถือหุ้นในนามของตนเองเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ โดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ชัดเจนดังที่ผู้วิจัยได้เสนอแนะไปข้างต้น เช่น การกำหนดลักษณะการถือหุ้น การกำหนดแหล่งที่มาของเงินทุน ก็จะทำให้การบังคับ

ใช้กฎหมายในส่วนของปัญหากฎหมายเรื่องการถือหุ้นอำพรางตามมาตรา 36 นี้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.3 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางจากกรณีศึกษา

2.3.1 กรณีชินคอร์ปและกรณียูคอม: กรณีการถือหุ้นของทั้งสองกลุ่มผิดตามมาตรา 4 และมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่

จากกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 4 นั้น ทั้งกรณีของชินคอร์ปและกรณีของยูคอม เป็นการขายหุ้นให้แก่นักลงทุนต่างด้าวโดยมีการจัดโครงสร้างการถือหุ้นให้คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการในบริษัท ถ้าพิจารณาโครงสร้างการถือหุ้นของกลุ่มเทนเนอร์ในยูคอม และการถือหุ้นของกลุ่มเทมาเสกในชินคอร์ป จะเห็นได้ว่า การถือหุ้นโดยผ่านบริษัทย่อย ๆ หลายลำดับชั้นและบริษัทย่อยดังกล่าวในแต่ละลำดับชั้นใช้การถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่า โดยทั้งสองกลุ่มต่างก็จดทะเบียนข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้นมีสิทธิออกเสียงเทียบเท่าหุ้นสามัญจำนวน 1 หุ้น

ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นผ่านโครงสร้างการถือหุ้นเช่นนี้ หากพิจารณาตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว เห็นว่า การที่จะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 4 ใช้เกณฑ์การถือหุ้นเป็นหลัก มิได้ใช้เกณฑ์ของสิทธิในการลงคะแนนเสียงหรืออำนาจในการจัดการทุนแต่อย่างใด ประกอบกับการที่มีการตกลงกันในข้อบังคับเกี่ยวกับสภาพหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าว สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็มีความเห็นว่าการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะเช่นนั้น ไม่ถือเป็นการผิดกฎหมายแต่อย่างใด² อีกทั้งตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 (3) หรือมาตรา 4 (4) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็มีได้ใช้คำว่า “ทุน” ดังเช่นคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความคำว่า “ทุน” ให้รวมถึงการลงทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริง โดยให้นับรวมสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทแม่ที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วย แต่ปัจจุบันตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้คำว่า “หุ้นอันเป็นทุน” และคำว่า “ทุน” หมายถึงทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น จึงไม่อาจนำแนวความเห็นของ

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, บันทึกปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพหุ้นบุริมสิทธิเลขเสร็จที่ 426/2528.

คณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวมาใช้ประกอบการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้หมายความรวมถึงสัดส่วนทุนของคนต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลได้ ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงต้องพิจารณาเฉพาะการถือหุ้นโดยตรงเท่านั้น การถือหุ้นด้วยการใช้หุ้นบริษัทรักษาความมั่นคงถาวรของนักลงทุนต่างด้าว จึงไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท และไม่ถือเป็น “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ด้วยเหตุนี้ กรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กุหลาบแก้ว”) เมื่อเข้าไปถือหุ้นในชินคอร์ปแล้ว ควรจะถือว่าชินคอร์ปเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) หรือ (4) ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นของกุหลาบแก้ว เป็นการถือหุ้นบริษัทรักษาความมั่นคงที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้ว ซึ่งมีผู้ถือหุ้นคือ บริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัด ที่ถือหุ้นโดยกลุ่มเทมาเสก จำนวน 49% เมื่อกุหลาบแก้ว เข้าไปถือหุ้นในบริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้ง จำกัด ร่วมกับบริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัด เมื่อพิจารณาตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ย่อมไม่อาจนำสัดส่วนการถือหุ้นของกลุ่มเทมาเสก ที่เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัด ผ่านกุหลาบแก้ว และถือหุ้นโดยตรงในบริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้ง จำกัด ที่เข้าถือหุ้นโดยตรงในชินคอร์ป ที่ประกอบธุรกิจโฮลดิ้งส์เข้าถือหุ้นในบริษัทลูกที่ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาคำนวณเป็นสัดส่วนการถือหุ้นต่างด้าวในชินคอร์ปด้วย การถือหุ้นของกุหลาบแก้วในกลุ่มชินคอร์ปจึงไม่ถือเป็นคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

นอกจากนี้ กรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด เมื่อเข้าไปถือหุ้นในกลุ่มชินคอร์ปที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งประกอบธุรกิจแบบบริษัทโฮลดิ้งส์ และถือหุ้นในกิจการที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า จากความเห็นดังกล่าวข้างต้น เมื่อตีความว่าการถือหุ้นของกุหลาบแก้วในชินคอร์ป ไม่ส่งผลให้ชินคอร์ปถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) หรือมาตรา 4 (4) ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว แม้ชินคอร์ปจะประกอบธุรกิจในการเป็นที่ปรึกษาและการบริหารงาน บริการให้เช่า และบริการคอมพิวเตอร์ ซึ่งถือเป็นธุรกิจบริการอื่น ๆ ตามมาตรา 21 (3) บัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และการเข้าถือหุ้นในบริษัทอื่น ๆ เพื่อประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบตาม

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542³ แต่เมื่อถูกลาบแก้เป็นนิติบุคคล ไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ย่อมส่งผลให้บริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัดที่ถูกลาบแก้เข้าไปถือหุ้นถือเป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไปด้วย เมื่อบริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด เข้าถือหุ้นในชินคอร์ป จึงเป็นการถือหุ้นโดยนิติบุคคลไทย การประกอบธุรกิจของชินคอร์ปจึงไม่ถือเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นด้วยการใช้หุ้นบุริมสิทธินี้ ไม่ถือเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ก็ตาม แต่หากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเหล่านั้น มีพฤติกรรมที่แสดงออกถึงการเป็นตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้นก็อาจมีความผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ ซึ่งกรณีของถูกลาบแก้มีผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาเข้าถือหุ้นในถูกลาบแก้เมื่อมีการเพิ่มทุน คือ คุณสุรินทร์ อุปัทธางกูร ซึ่งถูกตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของเงินทุนในการซื้อหุ้นเพิ่มทุนโดยปรากฏว่ามีแหล่งเงินทุนมาจากนิติบุคคลต่างด้าว จึงถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว ซึ่งเห็นได้ว่า ทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ได้นำองค์ประกอบเกี่ยวกับแหล่งที่มาของเงินทุน เป็นองค์ประกอบในการพิจารณาว่ามีการถือหุ้นอำพรางสถานะของคนต่างด้าวเพื่อหลีกเลี่ยงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งกรณีดังกล่าว หากนายสุรินทร์ อุปัทธางกูรถือเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ย่อมส่งผลให้ถูกลาบแก้เป็นคนต่างด้าวไปด้วย เมื่อถูกลาบแก้เป็นคนต่างด้าว ย่อมส่งผลให้บริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด เป็นคนต่างด้าวไปด้วย ซึ่งบริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด ถือหุ้นในชินคอร์ปประมาณ 38.62% ร่วมกับผู้ถือหุ้นไทยอื่น ๆ อีกประมาณ 11.39% ส่วนที่เหลือเป็นผู้ถือหุ้นต่างด้าว เมื่อซีตาร์ถูกตีความว่าเป็นคนต่างด้าวแล้ว ย่อมส่งผลให้ชินคอร์ปเป็นคนต่างด้าวไปด้วย และเมื่อชินคอร์ปประกอบธุรกิจในการเป็นที่ปรึกษาและการบริหารงาน บริการให้เช่า และบริการคอมพิวเตอร์ ซึ่งถือเป็นธุรกิจบริการอื่น ๆ ตามมาตรา 21 (3) บัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบ การประกอบธุรกิจของชินคอร์ปจึงผิดตามมาตรา 37 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วย ส่วนการประกอบธุรกิจในลักษณะโฮลดิ้งส์นั้น ปัจจุบันยังไม่มีการตีความโดยคณะกรรมการกฤษฎีกาว่า

³ ในเรื่องนี้ยังไม่มีความเห็นจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ปรากฏในรายงานผลการตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรณีตรวจสอบการถือหุ้นของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ว่ามีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่, หนังสือเลขที่ พณ 0810/26 ลงวันที่ 10 สิงหาคม 2549

ถือเป็นการประกอบธุรกิจบริการอื่น ๆ ตามมาตรา 21 (3) บัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542¹ หรือไม่

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ ด้วยความเคารพ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การตีความคำว่าคนต่างด้าวในกฎหมายแล้ว หากตีความตามบทบัญญัติของกฎหมาย กฎหมายแล้วย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย แต่หากพิจารณาถึงพฤติกรรมการเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิของผู้ถือหุ้นไทย ที่ยินยอมให้กำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิ โดยยอมให้ฝ่ายตนเองมีสิทธิออกเสียงจำนวนน้อยมาก โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงเท่ากับหุ้นสามัญจำนวน 1 เสียงเท่านั้น เท่ากับว่าผู้ถือหุ้นคนไทยในกฎหมายแล้วยอมให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลและมีบริษัทแม่เป็นคนต่างด้าว เข้าถือหุ้น โดยอ้อมในบริษัท และแท้จริงแล้วอำนาจควบคุมบริหารจัดการที่แท้จริงในกฎหมายแล้ว ย่อมตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว ซึ่งพฤติกรรมการลักษณะเช่นนี้ ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กฎหมายแล้วมีพฤติกรรมการถือหุ้นอำพรางแทนนักลงทุนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวเข้าประกอบธุรกิจด้วยการเข้าถือหุ้นในชินคอร์ปได้ โดยมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยเพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่มีความผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนี้ เมื่อกฎหมายแล้วเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว สถานะของกฎหมายแล้วย่อมเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไปด้วย และเมื่อกฎหมายแล้ว เข้าถือหุ้นข้างมากในซีคาร์ โฮลดิ้งส์ แล้วซีคาร์ โฮลดิ้งส์เข้าถือหุ้นในชินคอร์ปอีกทอดหนึ่งนั้น ด้วยความเคารพ ผู้วิจัยเห็นว่า ชินคอร์ปย่อมมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้แล้วเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การประกอบธุรกิจของชินคอร์ปที่เป็นบริษัท โฮลดิ้งส์ โดยเข้าถือหุ้นในบริษัทย่อยที่ประกอบธุรกิจต่าง ๆ ที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ ยังไม่มีความเห็นจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าการประกอบธุรกิจแบบบริษัท โฮลดิ้งส์นี้ ถือเป็นการประกอบธุรกิจบริการอื่นตามบัญชี 3 มาตรา 21 (3) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบ แต่จากผลการตรวจสอบกรณีชินคอร์ปของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เห็นว่า การดำเนินธุรกิจของชินคอร์ป ด้านการให้บริการเป็นที่ปรึกษา การบริหารงานบริการให้เช่า และบริการคอมพิวเตอร์ ถือเป็นการประกอบธุรกิจบริการอื่น ๆ ตามมาตรา 21 (3) บัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งห้ามคนต่างด้าว

¹ ความเห็นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องขอหารือข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เรื่องเสร็จที่ 502/2549 ลงวันที่ 29 กันยายน 2549.

ประกอบ การประกอบธุรกิจของชินคอร์ปจึงผิดตามมาตรา 37 พระราชบัญญัติการประกอบ
ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว

2.3.2 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วยการลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์
จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดง
สิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository
Receipt): กรณีการถือหุ้นของคนต่างด้าวดังกล่าวผิดตามมาตรา 4 และมาตรา 36 พระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่

การจัดตั้ง TTF เป็นการจัดตั้งโดยได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลตลาด
หลักทรัพย์ และโดยสภาพของการถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียน TTF ก็มีได้ชื่อในนามของคนต่างด้าว
แต่การถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนของ TTF เป็นการถืออย่างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เอง ส่วนคนต่าง
ด้าวมีสถานะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนของ TTF เท่านั้น นอกจากนี้ คนต่างด้าวที่ถือหุ้นหน่วยลงทุนมี
สถานะเป็นผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนเท่านั้น มิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียน แม้กระบวนการซื้อขายหุ้น
ของ TTF หรือการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างด้าวจะกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุนต่าง
ด้าวก็ตาม แต่การกระทำของ TTF มิได้เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนามของตนเองเพื่อ
หลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.
2542 ดังที่มาตรา 36 ได้บัญญัติไว้ และนักลงทุนต่างด้าวยังไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น
ของบริษัทจดทะเบียนด้วย ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมไม่มีสิทธิในการบริหารจัดการ หรือจะถือ
หุ้นเพื่อครอบงำกิจการของบริษัทจดทะเบียนนั้น ๆ ได้ จึงไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ
ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ประสงค์จะป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีอำนาจ
ครอบงำกิจการในประเทศไทยได้

สำหรับ NVDR ก็เช่นเดียวกัน กรณีของ NVDR วิธีการซื้อขาย NVDR นักลงทุนต่างด้าว
จะต้องกระทำผ่านบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด โดยแจ้งถึงหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนที่นัก
ลงทุนต่างด้าวประสงค์จะซื้อในรูปแบบ NVDR (Target Company) จากนั้น บริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์
จำกัดก็จะจัดการซื้อหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนดังกล่าวด้วยราคาเท่ากันและจำนวนเท่ากับ
ราคาและจำนวนของ NVDR ที่นักลงทุนต่างด้าวประสงค์จะซื้อจากบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด นัก
ลงทุนต่างด้าวมิได้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์อ้างอิงของ NVDR โดยตรง แต่นักลงทุนต่างด้าวเพียงแต่มี

กรรมสิทธิ์ใน NVDR ซึ่งเป็นใบแสดงสิทธิที่อ้างอิงกับหลักทรัพย์อ้างอิงที่ใช้ออก NVDR เท่านั้น โดยคนต่างด้าวจะได้รับเพียงผลประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น ส่วนการถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จะเป็นผู้ถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงนั่นเอง ลักษณะการถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จึงมิได้ถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าว ตามกฎหมายลักษณะตัวการตัวแทน จึงไม่ถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแต่อย่างใด

โดยสรุป การถือหุ้นของนักลงทุนต่างด้าวด้วยการลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository Receipt) ไม่ถือเป็นการให้คนไทยหรือนิติบุคคลไทยเข้าถือหุ้นแทนอันเป็นความผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

สำหรับกรณีที่หากบริษัทจดทะเบียน จำหน่ายหลักทรัพย์ให้กับ TTF หรือ บริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ไทยเอ็นวีดีอาร์”) และบริษัทจดทะเบียนนั้นมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถึงร้อยละ 49 อยู่แล้ว การที่ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์ เข้าไปถือหุ้นจะทำให้บริษัทจดทะเบียนนั้น ถือเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่า แม้ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์จะขายหน่วยลงทุนหรือใบ NVDR ให้กับนักลงทุนต่างด้าวก็ตาม แต่หน่วยลงทุน หรือใบ NVDR นั้นมิใช่หุ้นของบริษัทจดทะเบียนโดยตรง ด้วยเหตุนี้ นักลงทุนต่างด้าวจึงมิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียน อีกทั้ง TTF และไทยเอ็นวีดีอาร์ ก็มีได้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนในฐานะตัวแทนของนักลงทุนดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้น นักลงทุนต่างด้าวที่ถือหน่วยลงทุนใน TTF หรือที่ถือ NVDR จึงไม่ใช่บุคคลธรรมดาต่างด้าวที่ถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียน ดังนี้ ถึงแม้ว่า บริษัทจดทะเบียนจะมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถึงจำนวน 49% อยู่แล้วก็ตาม การถือหน่วยลงทุนใน TTF และใบ NVDR จึงไม่ส่งผลต่อการเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียนแต่อย่างใด

นอกจากนี้ นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าว ก็มีใช้ผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นใน TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์โดยตรง ซึ่งผู้ถือหุ้นทั้งใน TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์มีรายชื่อเป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยทั้งหมด อยู่แล้ว การถือหุ้นของ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์ ในบริษัทจดทะเบียนจึงเป็นการถือหุ้นโดยนิติบุคคลไทย และ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์นั้น ไม่อยู่ในขอบเขตนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 (3) ที่ต้องพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นของบุคคลธรรมดาต่างด้าวว่ามีสัดส่วนนับแต่ร้อยละ 50 หรือ ไม่ ด้วยเหตุนี้ เมื่อ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์ เข้าถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียน จึงไม่ส่งผลให้สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวเกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดจนส่งผลให้การถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนของ TTF หรือไทยเอ็นวีดีอาร์ เกินสัดส่วนนับแต่ร้อยละ 50 ตามที่กฎหมายกำหนด

โดยสรุปแล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วยการลงทุนในบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository Receipt) ถือเป็นทางเลือกในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งคนต่างด้าวที่ประสงค์จะเข้ามาลงทุนนั้น ไม่ต้องติดกับข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดของทางเลือกการลงทุนผ่านช่องทางดังกล่าว ผู้วิจัยเห็นว่า หากคนต่างด้าวประสงค์จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยด้วยการก่อตั้งธุรกิจใหม่ ทางเลือกในการเข้าลงทุนในบริษัทจดทะเบียนย่อมไม่สอดคล้องกับความประสงค์ในการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในกรณีดังกล่าว ซึ่งการก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยเพื่อประกอบธุรกิจใหม่ ๆ นั้น คนต่างด้าวก็ยังคงติดกับข้อจำกัดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ห้ามประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติซึ่งคนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทนั้น ๆ ก็ต้องได้รับอนุญาตก่อน

นอกจากนี้ ในด้านของภาคธุรกิจในประเทศไทยเอง หากนิติบุคคลที่ประสงค์จะระดมทุนจากนักลงทุนต่างด้าวมิใช่บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แล้ว การลงทุนของคนต่างด้าวผ่านช่องทางการลงทุนดังกล่าวย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้แก่บริษัทที่มีบริษัทจดทะเบียน ซึ่งอาจเป็นบริษัทขนาดกลางหรือเป็นผู้ประกอบการรายย่อยที่ไม่สามารถระดมทุนผ่านตลาดหลักทรัพย์ได้ การ

⁵ แหล่งที่มา: www.tsd.co.th/ttf/ttf_thai/thaitrustfund.html

ประกอบธุรกิจของภาคธุรกิจขนาดกลางเหล่านี้ ก็ยังคงอยู่ภายใต้ข้อจำกัดด้านสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามเดิม

ผู้วิจัยเห็นว่า การการลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository Receipt) เป็นช่องทางหนึ่งในการแก้ปัญหาเกี่ยวกับปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางได้สำหรับการระดมทุนของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่ประสงค์จะระดมทุนจากนักลงทุนต่างด้าว โดยไม่ติดข้อจำกัดด้านสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

3 สรุป

จากการศึกษาวิเคราะห์ถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเกาหลีใต้ ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศมาเลเซีย แม้บทบัญญัติของกฎหมายทั้งสี่ประเทศ จะมีรายละเอียดที่แตกต่างกันในการควบคุม และประเภทกิจการที่มุ่งให้ความคุ้มครองก็ตาม แต่ในแง่ของรูปแบบการควบคุมนั้น ผู้วิจัยพบว่า ไม่ว่าจะเป็กฎหมาย Exon-Florio ที่ใช้บังคับกับการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวทุกประเภท หรือในกฎหมายเฉพาะอย่างเช่น The Communications Act 1934 หรือกฎหมาย The Foreign Investment Promotion Act ของประเทศเกาหลีใต้ หรือกฎหมาย The Foreign Investment Act of 1991 ของประเทศฟิลิปปินส์ หรือกฎหมาย The Industrial Coordination Act of 1975 และ Guidelines of Foreign Equity ของประเทศมาเลเซียก็ตาม ทั้งสี่ประเทศ ผู้วิจัยพบว่า รูปแบบการควบคุมตามกฎหมาย จะมีการควบคุมทั้งด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) ซึ่งรายละเอียดเกี่ยวกับการควบคุมนั้นจะแตกต่างกันไป ขึ้นอยู่กับบทบัญญัติของกฎหมาย

ทั้งนี้ ผู้วิจัยสังเกตว่า กลุ่มของกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศกลุ่มพัฒนาแล้ว จะไม่มีการกำหนดนิยามเกี่ยวกับคนต่างด้าวด้วยวิธีการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคล แต่จะใช้มาตรการควบคุมพฤติกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวมากกว่า ดังเช่นกฎหมาย Exon-Florio ที่กำหนดเงื่อนไขกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวจะอยู่ในบังคับก็ต่อเมื่อการ

ลงทุนนั้นมีผลต่อความมั่นคงของชาติ (National Security) และการลงทุนนั้นมีอำนาจบริหารจัดการ (Control) โดยคนต่างด้าว รวมทั้งกำหนดวิธีการในการตรวจสอบการลงทุนด้วยการกำหนดให้คนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเภทกิจการที่อาจส่งผลต่อความมั่นคงของชาติจะต้องยื่นรายงานการลงทุนแก่คณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) หรือ The Foreign Investment Promotion Act ของประเทศเกาหลีใต้ ถึงแม้จะมีการกำหนดนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ แต่นิยามดังกล่าวก็มีได้กำหนดให้นิติบุคคลที่ถือหุ้น โดยคนต่างด้าวเป็นสัดส่วนมากกว่าคาเกาหลีจะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว หากกฎหมาย มีมาตรการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวด้วยการให้คนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนจะต้องยื่นรายงานการลงทุนต่อกระทรวงอุตสาหกรรม พาณิชยกรรมและพลังงาน (MOCIE) รวมทั้งรายงานการเปลี่ยนแปลงการลงทุนเช่นว่านั้น แสดงให้เห็นว่า กฎหมายการลงทุนของประเทศพัฒนาแล้ว จะมีลักษณะของการเปิดเสรี และการควบคุมจะเป็นลักษณะของการตรวจสอบมากกว่าที่จะเป็นการจำกัดสิทธิการลงทุนของคนต่างด้าว

สำหรับกฎหมายในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ผู้วิจัยเห็นว่า The Foreign Investment Act of 1991 ของประเทศฟิลิปปินส์มีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มากที่สุด โดยบัญญัติถึงสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวเป็นเงื่อนไขของการเป็นคนชาติฟิลิปปินส์หรือไม่ ดังเช่นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่กำหนดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวเป็นเงื่อนไขในการเป็นคนชาติภายใต้กฎหมายดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ การกำหนด Foreign Negative List ก็เป็นแบบเดียวกันกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพียงแต่การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่สามารถเข้าถือในนิติบุคคลได้ในแต่ละประเภทกิจการของ Foreign Negative List นั้นมีสัดส่วนที่หลากหลายกว่ากฎหมายไทย จะเห็นได้ว่ากฎหมายในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเช่นประเทศฟิลิปปินส์ กับประเทศไทยนั้น มีลักษณะมุ่งจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจ มากกว่าการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจได้โดยใช้การตรวจสอบการลงทุนแทนการจำกัดสิทธิเป็นประเภทธุรกิจจำนวนมาก ดังเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศเกาหลีใต้

ส่วนกฎหมายของประเทศมาเลเซียนั้น แม้ประเทศมาเลเซียจะอยู่ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาก็ตาม แต่กฎหมาย The Industrial Coordination Act 1975 และ Guidelines on Foreign Equity รวมถึงนโยบายเปิดรับการลงทุนของประเทศมาเลเซีย ทำให้มาตรการทางกฎหมายการประกอบธุรกิจของประเทศมาเลเซียมีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎหมายของกลุ่มประเทศพัฒนาแล้วที่ผู้วิจัยได้ศึกษามา โดยกฎหมายทั้งสองในปัจจุบัน เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้เต็มสัดส่วนสำหรับกิจการผลิตเพื่อการส่งออก ส่วนกิจการที่มีใช้กิจการผลิตเพื่อการส่งออก The Industrial

Coordination Act กำหนดการลงทุนเป็นสองระดับ ด้วยการกำหนดเงินลงทุนขั้นต่ำไว้ โดยการลงทุนที่มีเงินลงทุนขั้นต่ำต่ำกว่า 2.5 ล้านดอลลาร์ และมีการจ้างงานน้อยกว่า 75 คน จะต้องได้รับใบอนุญาตจาก The Foreign Investment Committee เสียก่อน นอกจากนี้ ยังกำหนดให้การลงทุนในกิจการที่มีใช้กิจการผลิตของคนต่างด้าวต้องรายงาน โครงสร้างการถือหุ้น โดยต้องแสดงการถือหุ้นร้อยละ ผลประโยชน์ใด ๆ ในนิติบุคคล รวมถึงการมีสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลดังกล่าวให้แก่ The Foreign Investment Committee ทราบ ลักษณะการตรวจสอบการลงทุนสำหรับกิจการที่มีใช้กิจการผลิตในประเทศมาเลเซีย จึงมีลักษณะของการตรวจสอบการลงทุนมากกว่าการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หากนำวิธีการตรวจสอบการลงทุนดังเช่นกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเกาหลีใต้ และประเทศมาเลเซียมาปรับใช้กับมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย สำหรับประเภทกิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถขอรับอนุญาตได้ น่าจะเป็นการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้าประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้อย่างโปร่งใส และถูกกฎหมาย เหมาะสมมากกว่าวิธีการที่กำหนดในปัจจุบัน ควบคู่ไปกับการปรับปรุงบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งหลักการรายงานการลงทุนนั้น ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่มีการกำหนดให้คนต่างด้าวต้องรายงานการลงทุนในนิติบุคคล ไปยังคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

นอกจากนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ตามกฎหมายทั้งของประเทศพัฒนาแล้วและประเทศกำลังพัฒนา ต่างก็ให้ความสำคัญกับการตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) และอำนาจบริหารจัดการ (Control) ขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ควบคุมเฉพาะด้านความเป็นเจ้าของ (Ownership) ตามมาตรา 4 เท่านั้น จึงสมควรปรับปรุงคานิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงสิทธิออกเสียง และการตรวจสอบถึงอำนาจบริหารจัดการที่ไม่จำกัดเฉพาะการถือหุ้น โดยตรงแต่เพียงอย่างเดียว หากควรตรวจสอบถึงสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท โฮลดิ้งส์ หรือในบริษัทแม่ที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลเป็นลำดับชั้น

สำหรับประเภทกิจการท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากนับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ยังไม่มีการปรับปรุงประเภทกิจการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เลย ด้วยเหตุนี้ เพื่อความเหมาะสมต่อสภาพการณ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในปัจจุบัน ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีการทบทวนบัญชีท้าย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อีกด้วย โดยเฉพาะบัญชีสามที่
สงวนไว้เนื่องด้วยเหตุผลว่าคนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขัน ที่ปัจจุบันมีคนต่างด้าวใช้วิธีการ
ถือหุ้นแทนเข้ามาประกอบกิจการตามบัญชีสามนี้เป็นจำนวนมาก

ส่วนหลักกฎหมายเช่นการนำหลักไม่ค้ำนึ่งถึงสภาพนิติบุคคล หรือหลักสุจริตมาปรับใช้กับ
กรณีของปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพราง ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการของหลักไม่ค้ำนึ่งถึง
สภาพนิติบุคคล นอกจากจะถือเป็นหลักการตามหลักสุจริตอย่างหนึ่งแล้ว ในพระราชบัญญัติการ
ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เองก็ได้นำหลักการไม่ค้ำนึ่งถึงสภาพนิติบุคคลมาบัญญัติ
ไว้แล้วในคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 สำหรับหลักสุจริตเองก็เช่นกัน หลักสุจริต
เมื่อนำมาพิจารณาประกอบการกระทำของผู้ถือหุ้นแทนและคนต่างด้าวในการจัดโครงสร้างการถือ
หุ้นให้คนไทยมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าทั้งที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือกำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นที่
มีสิทธิออกเสียงดีกว่าคนไทย ย่อมแสดงออกถึงเจตนาไม่สุจริตของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าวแล้ว ซึ่ง
สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยเกี่ยวกับปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพราง ที่มีการ
บัญญัติไว้อย่างกว้างเพื่อให้มีการตีความ แต่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง
ยังไม่มี ความเข้มข้นมากพอที่จะบังคับใช้เพื่อเอาผิดกับคนไทยที่ทำการถือหุ้นแทน รวมถึงคนต่าง
ด้าวที่จัดให้มีการถือหุ้นแทนเช่นนั้นด้วย การนำหลักสุจริตหรือหลักการไม่ค้ำนึ่งถึงสภาพนิติบุคคล
มาใช้ในกรณีให้ผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อประกอบธุรกิจ โดยฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยง
กฎหมายนี้ ก็จะสามารถทำให้ผู้ถือหุ้นที่แท้จริงต้องรับผิดชอบสำหรับการก่อตั้งบริษัทมาเพื่อการดังกล่าว
ได้ โดยไม่ค้ำนึ่งถึงหลักการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นที่ว่า ผู้ถือหุ้นย่อมมีความรับผิดชอบเพียงค่าหุ้น
ที่ตนยังชำระไม่ครบนั่นเอง

ด้วยเหตุนี้ผู้วิจัยเห็นว่า การกำหนดนิยามที่ชัดเจนว่าการถือหุ้นในลักษณะใดที่อาจถูก
ตรวจสอบได้ว่าเข้าข่ายการเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง น่าจะเป็นวิธีการที่ชัดเจนและเหมาะสมแก่การ
แก้ปัญหาคำบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวต่อปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางในปัจจุบัน
นอกเหนือไปจากการแก้ไขคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ร่วมกับการปรับปรุงประเภทกิจการท้าย
พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังได้กล่าวมาแล้วรวมถึงผู้วิจัยเห็นว่า
การลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund:
TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออก
เสียง (Non-Voting Depository Receipt) เป็นช่องทางหนึ่งในการแก้ปัญหาคำบังคับใช้กฎหมาย
เกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางได้สำหรับการระดมทุนของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่

ประสงค์จะระดมทุนจากนักลงทุนต่างด้าวโดยไม่ติดข้อจำกัดด้านสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่าง
ด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542