

ปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิด
ทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว



นางสาวสุกุลยา คำเพ็ง

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต วิชาเอกกฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช

พ.ศ. 2566

The problem of law enforcement measures of the Department of
Special Investigation in criminal offenses under the Foreign Business
Act



Miss. SUKUNLAYA KHAMPHENG

An Independent Study Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for
the Degree of Master of Laws in Criminal Law and Criminal Justice
School of Law Sukhothai Thammathirat Open University

2023

หัวข้อการศึกษาค้นคว้าอิสระ	ปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
ชื่อและนามสกุล	นางสาวสุกฤษฎา คำเพ็ง
แขนงวิชา / วิชาเอก	กลุ่มวิชากฎหมายอาญาและกระบวนการยุติธรรม
สาขาวิชา	นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช
อาจารย์ที่ปรึกษา	ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต

การศึกษาค้นคว้าอิสระนี้ได้รับความเห็นชอบให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรระดับปริญญาโท เมื่อวันที่ 26 สิงหาคม 2567

คณะกรรมการสอบการศึกษาค้นคว้าอิสระ

ประธานกรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิจิต)

กรรมการ

(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรรณวิภา เมืองถ้ำ)



(รองศาสตราจารย์ ดร.กิตติพงษ์ เกียรติวัชรชัย)

รักษาการแทนรองอธิบดีฝ่ายการเงินและทรัพย์สิน

รักษาการแทนประธานกรรมการประจำสาขาวิชานิติศาสตร์

ชื่อการศึกษาค้นคว้าอิสระ ปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดี
ความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
ผู้ศึกษา นางสาวสุกัญญา คำเพ็ง รหัสนักศึกษา 2644001659
ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต
อาจารย์ที่ปรึกษา ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.สุพัตรา แผนวิชิต ปีการศึกษา 2566

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (2) ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศของสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่นและประเทศสิงคโปร์ และกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการดังกล่าว (3) ศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (4) เสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การศึกษาค้นคว้าอิสระเรื่องนี้ เป็นการวิจัยเอกสารโดยใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ ซึ่งจะศึกษาและวิเคราะห์ข้อมูลจากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ข้อมูลสารสนเทศ ตลอดจนเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลที่ได้ออกการศึกษาเอกสารมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ กำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ผลการศึกษาพบว่า (1) แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง เช่น ทฤษฎีสัมมติ ทฤษฎีองค์การ ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง ทฤษฎีฮีโดนิซึม ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (2) กฎหมายของสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ ไม่มีคำนิยามของคำว่าคนต่างด้าว และจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวไว้เฉพาะธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงเท่านั้น ส่วนประเทศญี่ปุ่นได้กำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นออกเสียงได้รวมแล้วตั้งแต่ร้อยละ 50 จะถือว่าเป็นนักลงทุนต่างด้าว สหรัฐอเมริกาใช้ระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด (3) ความเป็นคนต่างด้าวคำนวณด้วยสัดส่วนการถือหุ้นในประเทศไทย และมีหลักเกณฑ์การพิจารณาเรื่องการประกอบธุรกิจที่ไม่ชัดเจนอีกทั้งมีการกำหนดโทษปรับแบบตายตัว (4) สมควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยโดยให้พิจารณาความเป็นคนต่างด้าวโดยคำนึงถึงสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นด้วย และกำหนดให้พนักงานสอบสวนมีอำนาจเทียบเท่าเจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่นด้วย และควรเพิ่มเติมโทษจำคุกและแก้ไขโทษปรับโดยคำนึงถึงความร้ายแรงของการกระทำความผิดและฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดด้วย

คำสำคัญ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมสอบสวนคดีพิเศษ

Independent Study title: “ The problem of law enforcement measures of the Department of Special Investigation in criminal offenses under the Foreign Business Act ”

Author: “Miss. SUKUNLAYA KHAMPHENG”; ID: “2644001659”;

Degree: Master of Laws

Independent Study Advisor: Supatra Phanwichit; Academic year: 2023

Abstract

The purpose of this independent study is to (1) study the concept of problems of Thai laws about problems of the Department of Special Investigation in criminal cases under the Law on Business of Foreigners, (2) Study foreign laws about United States of America, Japan and Republic of Singapore and Thai laws related to such measures, (3) Study problems of Thai laws about problems of the Department of Special Investigation in criminal cases under the Law on Business of Foreigners, (4) Propose solutions to problems of Thai laws about problems of the Department of Special Investigation in criminal cases under the Law on Business of Foreigners.

This independent study on this title is a document research using qualitative research methods, which will study and analyze data from relevant legal texts. Textbooks, research reports, theses, dissertations, information data, as well as related documents. Determine guidelines for resolving the problem of law enforcement measures of the Department of Special Investigation in criminal cases in accordance with the Law on Business Practices of Foreigners.

The results of the study showed that (1) related concepts and theories, including economic theory, hypothetical theory, Theory of punishment for deterrence, theory of hedonism. (2) Laws of the United States and Singapore There is no definition of the term alien and the investment of foreigners is limited to businesses that have an impact on security. In Japan, foreigners who hold a total of 50% are considered foreign investors, but the United States uses a penalty system that takes into account the economic status of the offender. (3) Alien status is calculated based on shareholding in Thailand and has unclear criteria for business operations and fixed fines. (4) It is appropriate to amend the provisions of the Law on Business of Aliens in Thailand to consider the alienity by taking into account the voting rights of shareholders, and to require the investigating officer to have the same powers as officials under other laws.

Keywords : Business of Foreigners Department of Special Investigation.

กิตติกรรมประกาศ

การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้ สามารถดำเนินการจนสำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี เนื่องจากได้รับความอนุเคราะห์และได้รับความสนับสนุนอย่างดียิ่งจากผู้ช่วยศาสตราจารย์สุพัตรา แผนวิชิต อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ที่ได้กรุณาให้คำปรึกษา ความรู้ ข้อคิด ข้อเสนอแนะ และปรับปรุงแก้ไขข้อบกพร่องต่างๆ จนกระทั่งการศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยดี ผู้ศึกษาขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ขอขอบคุณบุคลากรสังกัดกองคดีความมั่นคง กรมสอบสวนคดีพิเศษทุกท่านที่ให้การช่วยเหลือสนับสนุน คอยอำนวยความสะดวก ให้คำปรึกษา ให้คำแนะนำ ตลอดจนความรู้และประสบการณ์จากการปฏิบัติงานจริงเพื่อมาปรับใช้ในการศึกษาและวิเคราะห์การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้

สุดท้ายนี้ ผู้ศึกษาหวังเป็นอย่างยิ่งว่า การศึกษาค้นคว้าอิสระฉบับนี้จะเป็นประโยชน์สำหรับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องและผู้สนใจศึกษาต่อไป

นางสาวสุกุลยา คำเพ็ง



สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ	ฉ
สารบัญ	ช
บทที่ 1 บทนำ	9
1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	9
2.วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	12
3.สมมติฐานของการศึกษา.....	12
4.ขอบเขตของการศึกษา.....	13
5.คำนิยามศัพท์เฉพาะ	13
6.ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	14
7.ระเบียบวิธีวิจัย	15
บทที่ 2 ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการสอบสวน คดีพิเศษและกฎหมายการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว.....	16
1.ประวัติความเป็นมาของกรมสอบสวนคดีพิเศษ	16
2.ความหมายของการสอบสวนคดีพิเศษ	17
บทที่ 3 ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายการสอบสวน คดีพิเศษและกฎหมายการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว.....	47
1.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	47

2.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา	80
3.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น	85
4.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายประเทศ สิงคโปร์.....	89
บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษกรณีการ กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	94
1.ปัญหาการตีความคำว่า คนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง ด้าว พ.ศ. 2542.....	94
2.ปัญหาการตีความคำว่า การประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	98
3.ปัญหาการกำหนดอัตราโทษที่น้อยเกินไปสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	101
บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	106
1.บทสรุป.....	106
2.ข้อเสนอแนะ.....	110
บรรณานุกรม	112
ประวัติผู้ศึกษา	115

บทที่ 1

บทนำ

1.ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบัน การดำเนินกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจการค้า สังคม เทคโนโลยี ระบบการขนส่ง มีความเจริญก้าวหน้ามาก มีความเป็นอิสระเสรีและเป็นโลกไร้พรมแดน เหล่าอาชญากรก็ปรับปรุงแบบ การก่ออาชญากรรมเป็นการกระทำในรูปแบบของเครือข่ายองค์กรอาชญากรรมทั้งในประเทศและ ต่างประเทศโดยอาศัยความเจริญต่างๆ ก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจอย่างรุนแรง ส่งผล กระทบต่อระบบเศรษฐกิจเป็นวงกว้างมีมูลค่าความเสียหายมหาศาล อาชญากรจะมีความรู้ความ เชี่ยวชาญในการกระทำความผิดและมีความสลับซับซ้อน ใช้องค์ความรู้ที่หลากหลายในการกระทำ ความผิด จึงยากต่อการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดี และเป็นอาชญากรรมที่มีผลกระทบต่อ ความสงบเรียบร้อย ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนและระบบเศรษฐกิจของประเทศ

รัฐจึงเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่จะต้องจัดตั้งองค์กรหนึ่งขึ้นเพื่อที่จะจัดการกับอาชญากร เหล่านี้ และเพื่อปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้มีมาตรฐานสากลและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงได้ จัดตั้งกรมสอบสวนคดีพิเศษขึ้นโดยอยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรม ใช้ชื่อภาษาอังกฤษว่า Department of Special Investigation (DSI) ซึ่งมีบุคลากรที่มีความรู้ความชำนาญและเชี่ยวชาญ ในด้านต่างๆ หลากหลายอาชีพ ทำให้มีความรู้เท่าทันกับผู้กระทำความผิด และเป็นการพัฒนารูปแบบ การสืบสวนสอบสวนให้มีประสิทธิภาพ โดยทำการสืบสวนสอบสวนคดีในรูปของคณะพนักงานสอบสวน โดยกรมสอบสวนคดีพิเศษเป็นองค์กรหนึ่งซึ่งเป็นยุทธศาสตร์ในการปฏิรูประบบราชการในด้านการ อำนวยการดำเนินงานยุติธรรมอันถือเป็นองค์กรยุติธรรมทางเลือก ทำให้ประชาชนและประเทศชาติได้รับ ความเป็นธรรมและประโยชน์สูงสุด และมีภารกิจเกี่ยวกับการป้องกันปราบปราม และ ควบคุมคดี พิเศษที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และความปลอดภัย โดยดำเนินการเฝ้าระวัง สืบสวน สอบสวน หาข้อเท็จจริง และ ดำเนินคดีเพื่อปกป้องและรักษารายได้ของรัฐ ป้องกัน ปราบปราม ขบวนการทุจริตและสร้างผลกระทบให้กับองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติโดยใช้วิธีการพิเศษตาม กฎหมายว่าด้วยการสอบสวนคดีพิเศษ โดยมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็น หัวใจหลักในการให้อำนาจกรมสอบสวนคดีพิเศษทำการสอบสวนคดีพิเศษซึ่งเป็นคดีที่มีลักษณะ ยุ่งยาก ซับซ้อน หรือมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคมโดยรวมของประเทศอันมีลักษณะ แตกต่างจากคดีอาญาทั่วไปที่อยู่ในความรับผิดชอบและอำนาจการสอบสวนของพนักงานสอบสวน

ฝ่ายตำรวจหรือฝ่ายปกครอง โดยเจตนากรณีในการจัดตั้งกรมสอบสวนคดีพิเศษขึ้นนั้น ได้กำหนดให้ กรมสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบในการดำเนินการสืบสวนสอบสวนเพื่อแก้ไข ความบกพร่องในกระบวนการยุติธรรมให้มีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เนื่องจากการสืบสวนสอบสวนคดี อาชญากรรมในปัจจุบันไม่สามารถแก้ไขปัญหาความบกพร่องของพยานหลักฐานในคดีบางประเภทได้

หนึ่งในภารกิจหลักของกรมสอบสวนคดีพิเศษ คือ การป้องกันและปราบปรามการ กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นปัญหาที่มีมาอย่าง ยาวนาน เป็นปัญหาที่สำคัญ และมีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงมากขึ้น เนื่องจากกระแสธุรกิจในยุค ดิจิทัล และความเจริญก้าวหน้าด้านข้อมูลข่าวสารและด้านเทคโนโลยีการสื่อสาร การทำธุรกิจทั่วโลก จึงเป็นไปอย่างเสรี ไร้พรมแดน มีการผลักดันการค้าและการแข่งขันทางธุรกิจอย่างต่อเนื่อง และ รัฐบาลก็มีนโยบายส่งเสริมให้เอกชนมีการแข่งขันทางธุรกิจทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ รวมถึง นโยบายส่งเสริมการลงทุนต่างๆ ปัจจุบันจึงมีคนต่างด้าวจำนวนมากที่เข้ามาลงทุนทำธุรกิจในไทย ซึ่ง เป็นธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตโดยการชักจูงต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจ ควบคุมธุรกิจ โดยการปิดบังอำพรางฐานะความเป็นคนต่างด้าวโดยการใช้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้น แทน หรือที่เรียกว่า นอมินี ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหลายประการ การที่คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำระบบเศรษฐกิจการค้าขายและบริการของประเทศไทยผ่านทางบริษัท จำกัดที่ถูกจัดตั้งขึ้น ทำให้คนไทยสูญเสียโอกาสในการเป็นเจ้าของที่แท้จริง ทรัพยากรของประเทศไทย ถูกคนต่างด้าวนำไปใช้แสวงหาประโยชน์ การประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำพรางอาจถูกนำมาใช้ ในหลากหลายรูปแบบ ทั้งการใช้คู่สมรสที่มีสัญชาติไทย ใช้บุคคลที่คนต่างด้าวไว้วางใจเป็นตัวแทนของ คนต่างด้าวในการเข้าถือหุ้นแทนในบริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้น หรือใช้บริษัทจำกัดที่ถูกจัดตั้งขึ้นเข้าถือหุ้น ในอีกนิติบุคคลหนึ่ง โดยทำให้ดูเหมือนว่าบริษัทจำกัดดังกล่าวเป็นของคนไทยเพราะมีคนไทย หรือ นิติบุคคลไทยถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่ง แต่โดยพฤตินัยแล้วบริษัทจำกัดที่ถูกจัดตั้งขึ้นดังกล่าวกลับตกอยู่ ในอำนาจการบริหารจัดการโดยคนต่างด้าวทั้งสิ้น และแน่นอนว่าผลประโยชน์ที่ได้รับจากการ ประกอบธุรกิจโดยตัวแทนอำพรางดังกล่าวย่อมตกอยู่กับคนต่างด้าวซึ่งเป็นเจ้าของกิจการที่แท้จริง อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ อันส่งผลกระทบต่อนักธุรกิจชาวไทยที่ไม่มีศักยภาพในการแข่งขันทางธุรกิจ หรือไม่มีเงินทุนมากพอที่จะประกอบธุรกิจ ทำให้สูญเสียช่องทางในการประกอบธุรกิจ จนส่งผลให้เกิด ความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและทำให้รัฐสูญเสียรายได้มหาศาล และรัฐบริหาร จัดการและควบคุมการดำเนินธุรกิจที่คนต่างด้าวครอบงำได้อย่างยากลำบาก ตลอดจนปัญหาการ สูญเสียรายได้ของคนในท้องถิ่นที่ควรจะได้รับ ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและมลพิษ ปัญหาด้านสังคมและ วัฒนธรรมที่แอบแฝงอยู่ การสืบสวนสอบสวนคดีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้จึงเต็มไปด้วยความท้าทาย ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญในการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ฝ่าย

สืบสวนและพนักงานสอบสวนมืออาชีพ เพื่อให้การรวบรวมพยานหลักฐานมีความถูกต้องครบถ้วน และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ผ่านมา เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายพบปัญหาหลากหลายประการ และเนื่องจากกฎหมายนี้เป็นกฎหมายเฉพาะ การดำเนินคดีจึงต้องอาศัยความรู้ความเข้าใจเฉพาะทางเกี่ยวกับกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้มีหัวใจหลักสำคัญ คือ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของคำว่า คนต่างด้าว ตามมาตรา 4 นั้น กฎหมายพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวจากสัดส่วนการถือหุ้นหรือสัดส่วนการลงทุนของคนไทยและคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น โดยคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นและการลงทุนในนิติบุคคลนั้นๆ เพียงชั้นเดียวแบบไม่สะสม หากมีคนต่างด้าวมียุทธศาสตร์เป็นหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลนั้นย่อมถือเป็น “คนต่างด้าว” และในทางกลับกันหากมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด ย่อมถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย โดยไม่มีการเอาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในชั้นอื่นมาคำนวณรวมกันแบบสะสม หรือกล่าวคือ กฎหมายไม่ได้คำนึงว่าเป็นการลงทุนของคนต่างด้าวเองโดยตรงหรือโดยอ้อม (ผ่านบริษัทโฮลดิ้ง) จึงเป็นการจำกัดการตรวจสอบทุนของคนต่างด้าว ตามคำนิยามของคำว่า “ทุน” ตามมาตรา 4 อีกด้วย และไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่าคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ยังมีความไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างกฎหมายนี้หลบเลี่ยงกฎหมาย แม้จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่กลับมีอำนาจควบคุมกิจการและมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับนิติบุคคลไทย

ปัญหาประการต่อมา การพิจารณาประเด็นเรื่องการประกอบธุรกิจ คำว่า การประกอบธุรกิจนั้น กฎหมายไม่ได้มีคำนิยามกำหนดไว้ มีเพียงคำนิยามของคำว่า ธุรกิจ ตามมาตรา 4 ซึ่งมีการกำหนดคำนิยามของคำว่า ธุรกิจ หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการหรือกิจการอย่างอื่นอันเป็นการค้า ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายไว้อย่างกว้าง แต่ในทางปฏิบัติ เป็นเรื่องยากในการพิจารณาว่านิติบุคคลประกอบกิจการอันเป็นการค้าแล้วหรือไม่ เนื่องจากธุรกิจแต่ละประเภทมีขั้นตอนการดำเนินการที่แตกต่างกัน การใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่จึงอาจไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน และการพิจารณาว่าเป็นการประกอบธุรกิจหรือไม่เป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพราะถือเป็นองค์ประกอบความผิดประการหนึ่ง หากใช้ดุลยพินิจผิดพลาดอาจเป็นการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดลอยนวลไปได้โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย อีกทั้งคดีความผิดเหล่านี้ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวทางไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด

ปัญหาอีกประการหนึ่งคือเรื่องอัตราโทษที่ไม่เหมาะสมเมื่อเทียบกับมูลค่าความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและปัญหาแอบแฝงอื่นๆ ที่ตามมา อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับการ

กระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นอัตราโทษที่น้อยเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากคนต่างด้าวที่เข้ามาครอบงำกิจการของคนไทยนั้น คนต่างด้าวเหล่านี้สามารถหารายได้จาก ธุรกิจเหล่านี้ได้อย่างมหาศาล แต่กลับถูกลงโทษปรับเป็นเงินจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับรายได้ที่เขาได้รับ ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร ดังนั้น การเพิ่มบทลงโทษ น่าจะเป็นตัวช่วยในการป้องกันการกระทำความผิดของคนเหล่านี้ได้พอสมควร

ด้วยปัญหาต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ผู้จัดทำจึงมีความสนใจที่จะศึกษาปัญหา มาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2. วัตถุประสงค์ของการศึกษา

2.1 เพื่อศึกษาถึงแนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับ มาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.3 เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมาย ของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

2.4 เพื่อศึกษาปัญหาข้อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมาย ของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3. สมมติฐานของการศึกษา

กรมสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินคดีพิเศษกับผู้กระทำความผิดตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 ที่เป็นการกล่าวหานิติบุคคลหรือคนต่างด้าวซึ่งมีสินทรัพย์ตาม งบแสดงฐานะการเงินรวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ประกอบกับประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2562 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะ ของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดี พิเศษ พ.ศ. 2547

4. ขอบเขตของการศึกษา

เป็นการศึกษาเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเป็นหนึ่งในคดีความผิดทางอาญาที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของคณะกรรมการคดีพิเศษ โดยศึกษาว่าการที่กรมสอบสวนคดีพิเศษดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น มีปัญหาและอุปสรรคในการดำเนินคดีอย่างไร ไม่ว่าจะเป็นปัญหาในการตีความกฎหมายมาปรับใช้ ปัญหาเรื่องอัตราโทษที่น้อยเกินไป ตลอดจนปัญหาอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยศึกษาจากแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของระบบกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทย เพื่อวิเคราะห์ปัญหาและเสนอแนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว

5. คำนิยามศัพท์เฉพาะ

5.1 การสืบสวน หมายถึง การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐาน ซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจและหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อที่จะทราบรายละเอียดแห่งความผิด

5.2 การสอบสวน หมายถึง การรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องลงโทษตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

5.3 พนักงานสอบสวน หมายถึง เจ้าพนักงานซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่ทำการสอบสวน

5.4 คดีพิเศษ หมายถึง คดีความผิดทางอาญาที่ต้องสืบสวนสอบสวนตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

5.5 พนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หมายถึง อธิบดี รองอธิบดี และผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้มีอำนาจหน้าที่สืบสวนสอบสวนคดีพิเศษตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

5.6 เจ้าหน้าที่คดีพิเศษ หมายถึง ผู้ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ช่วยเหลือพนักงานสอบสวนคดีพิเศษในการสืบสวนสอบสวนคดีพิเศษตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

5.7 คนต่างด้าว หมายถึง

5.7.1 บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

5.7.2 นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

5.7.3 นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

5.7.4 นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตามมาตรา (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุน มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

5.8 ธุรกิจ หมายถึง การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการหรือกิจการอย่างอื่นอันเป็นการค้า

5.9 ทุน หมายถึง ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดหรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชน จำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

6.ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

6.1 ทำให้ทราบถึงแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

6.2 ทำให้ทราบถึงกฎหมายต่างประเทศและกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

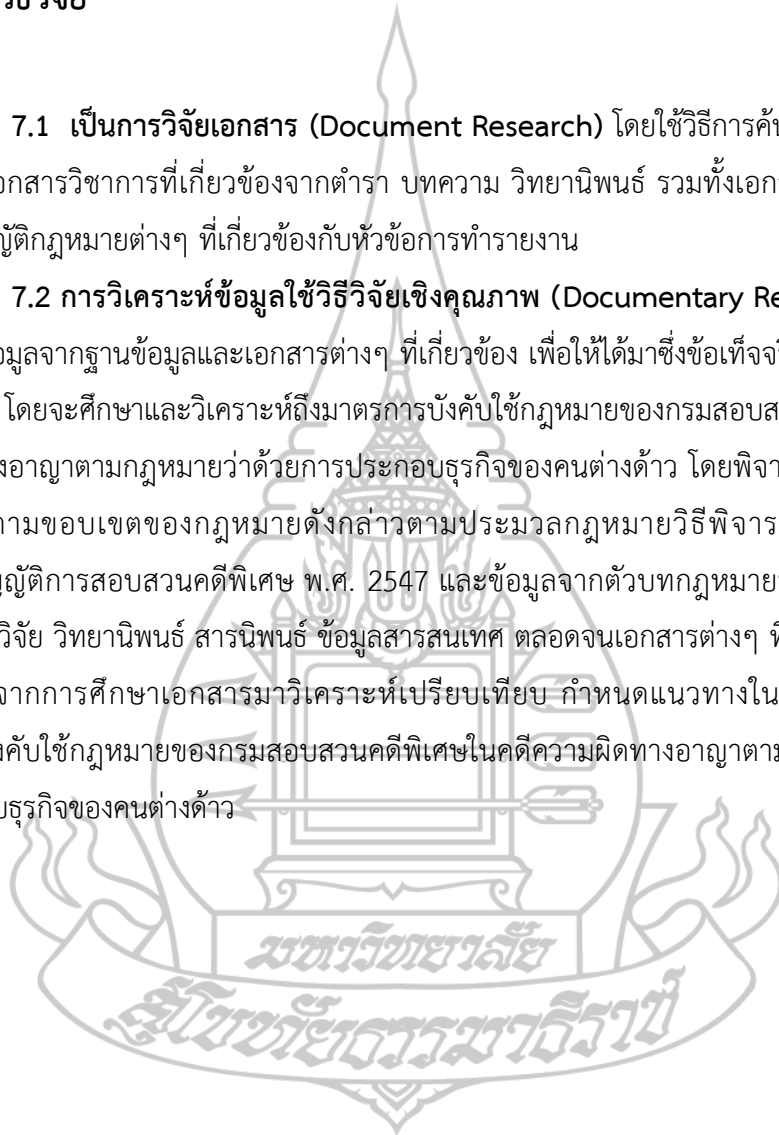
6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหากฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

6.4 ทำให้ทราบถึงปัญหาและสามารถเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหามาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

7.ระเบียบวิธีวิจัย

7.1 เป็นการวิจัยเอกสาร (Document Research) โดยใช้วิธีการค้นคว้าและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารวิชาการที่เกี่ยวข้องจากตำรา บทความ วิทยานิพนธ์ รวมทั้งเอกสารทางกฎหมายและบทบัญญัติกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับหัวข้อการทำรายงาน

7.2 การวิเคราะห์ข้อมูลใช้วิธีวิจัยเชิงคุณภาพ (Documentary Research) ซึ่งเป็นการศึกษาข้อมูลจากฐานข้อมูลและเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงและองค์ความรู้ที่เป็นระบบ โดยจะศึกษาและวิเคราะห์ถึงมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยพิจารณาเกี่ยวกับการดำเนินคดีตามขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และข้อมูลจากตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ตำรา รายงานการวิจัย วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ ข้อมูลสารสนเทศ ตลอดจนเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยนำข้อมูลที่ได้จากการศึกษาเอกสารมาวิเคราะห์เปรียบเทียบ กำหนดแนวทางในการแก้ไขปัญหา มาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวนคดีพิเศษในคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว



บทที่ 2

ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ กฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษและกฎหมายการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว

1.ประวัติความเป็นมาของกรมสอบสวนคดีพิเศษ

1.1 ประวัติความเป็นมา

กรมสอบสวนคดีพิเศษ (Department of Special Investigation : DSI) เป็นหน่วยงานระดับกรม อยู่ภายใต้สังกัดกระทรวงยุติธรรม ก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 3 ตุลาคม พ.ศ. 2545 โดยมีวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งเพื่อป้องกันและปราบปรามการก่ออาชญากรรมที่พัฒนาจากความรุนแรงมาสู่อาชญากรรมที่ก่อให้เกิดความเสียหายทางธุรกิจเป็นวงกว้าง ส่งผลกระทบต่อประชาชนอย่างมหาศาล เรียกว่า อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ที่มีจะใช้เทคโนโลยีขั้นสูงและอาศัยช่องว่างของกฎหมายกระทำความผิดในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรมโดยโยงใยทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ ทำให้ยุ่งยากและซับซ้อนต่อการสืบสวนสอบสวนและดำเนินคดี¹

1.2 วิสัยทัศน์ (Vision)

“เป็นองค์กรหลักในการบังคับใช้กฎหมายกับอาชญากรรมพิเศษตามมาตรฐานสากล” โดยกำหนดความหมายของวิสัยทัศน์ ดังนี้

การบังคับใช้กฎหมาย หมายถึง การใช้อำนาจการสืบสวนสอบสวนตามที่กำหนดไว้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และแก้ไขเพิ่มเติม

อาชญากรรมพิเศษ หมายถึง อาชญากรรมซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากอาชญากรรมพื้นฐาน เป็นอาชญากรรมที่มีความสำคัญและจำเป็นต้องได้รับความสนใจเป็นกรณีพิเศษ โดยมีความละเอียดและซับซ้อน ยุ่งยาก และร้ายแรง อาทิ อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (White Collar Crime) องค์กรอาชญากรรม (Organization Crime) อาชญากรรมข้ามชาติ (Transnational Crime)

¹ กรมสอบสวนคดีพิเศษ. (2559, 15 กันยายน). ประวัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ. กรมสอบสวนคดีพิเศษ. <https://www.dsi.go.th/th/Detail/History-of-DSI>

มาตรฐานสากล หมายถึง หลักเกณฑ์มาตรฐานที่เป็นไปตามเกณฑ์ตัวชี้วัดหลักนิติธรรม ขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Rule of Law Indicators) ประกอบด้วย หลักประสิทธิภาพในการปฏิบัติงาน, หลักความเที่ยงตรง เป็นกลาง ความรับผิดชอบและความโปร่งใส, หลักการคุ้มครองบุคคลที่มีความเสี่ยงต่อการถูกละเมิด และหลักศักยภาพ

1.3 พันธกิจ (Mission)

ป้องกัน ปราบปราม สืบสวน สอบสวนและดำเนินคดีพิเศษอย่างมีประสิทธิภาพด้วยความ เป็นธรรม

1.4 ค่านิยมร่วม (Core Value)

“เกียรติศักดิ์ เชี่ยวชาญ ซื่อสัตย์” (DSI) :

เกียรติศักดิ์ (Dignity) หมายถึง มีความภาคภูมิใจ มีศักดิ์ศรี มีศรัทธาต่อองค์กร ดำรงตนอย่างมีเกียรติและมีศักดิ์ศรี เหมาะสมสถานะ มีวินัยในตนเองมีความรักสามัคคีต่อองค์กรและเพื่อนร่วมงาน

เชี่ยวชาญ (Specialty) หมายถึง มีความรู้ความสามารถ และความเชี่ยวชาญอันเกิดจากการสั่งสมประสบการณ์ในการทำงานจนเป็นที่ยอมรับของบุคลากรทั้งภายในและภายนอก

ซื่อสัตย์ (Integrity) หมายถึง มีคุณธรรม จริยธรรม ซื่อสัตย์ สุจริต ต่อตนเองและ ผู้อื่น การยึดหลักธรรมาภิบาลในการปฏิบัติงานยึดมั่น และปฏิบัติตามเศรษฐกิจพอเพียง²

2. ความหมายของการสอบสวนคดีพิเศษ

2.1 ความหมายของการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

มาตรา 2 “ในประมวลกฎหมายนี้

(6) “พนักงานสอบสวน” หมายความว่าเจ้าพนักงาน ซึ่งกฎหมายให้มีอำนาจและหน้าที่ ทำการสอบสวน

(10) “การสืบสวน” หมายความว่า การแสวงหาข้อเท็จจริงและหลักฐานซึ่งพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจได้ปฏิบัติไปตามอำนาจหน้าที่ เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และเพื่อทราบรายละเอียดแห่งความผิด

² กรมสอบสวนคดีพิเศษ. (2556, 29 ตุลาคม). วิสัยทัศน์ พันธกิจ ยุทธศาสตร์. กรมสอบสวนคดีพิเศษ.

(11) “การสอบสวน” หมายความว่าถึงการรวบรวมพยานหลักฐานและการดำเนินการทั้งหลายอื่นตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ซึ่งพนักงานสอบสวนได้ทำไปเกี่ยวกับความผิดที่กล่าวหา เพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงหรือพิสูจน์ความผิดและเพื่อจะเอาตัวผู้กระทำความผิดมาฟ้องโทษ³

2.2 ความหมายและประเภทของคดีพิเศษตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547

ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547⁴ คดีพิเศษ หมายถึง คดีความผิดทางอาญาตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 21 โดยสามารถจำแนกคดีพิเศษออกเป็นประเภทต่างๆ ดังนี้

2.2.1 คดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง(1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547⁵ คือ คดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยการเสนอแนะของคณะกรรมการคดีพิเศษ โดยคดีความผิดทางอาญาตามกฎหมายดังกล่าว จะต้องมียุทธลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

- 1) (ก).คดีความผิดทางอาญาที่มีความซับซ้อน จำเป็นต้องใช้วิธีการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานเป็นพิเศษ
- 2) (ข).คดีความผิดทางอาญาที่มีหรืออาจมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือระบบเศรษฐกิจหรือการคลังของประเทศ
- 3) (ค).คดีความผิดทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการกระทำความผิดข้ามชาติที่สำคัญ หรือเป็นการกระทำขององค์กรอาชญากรรม
- 4) (ง).คดีความผิดทางอาญาที่มีผู้ทรงอิทธิพลที่สำคัญเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุน
- 5) (จ).คดีความผิดทางอาญาที่มีพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจชั้นผู้ใหญ่ ซึ่งมีใช้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษหรือเจ้าหน้าที่คดีพิเศษเป็นผู้ต้องสงสัยเมื่อมีพยานหลักฐานตามสมควร ว่าจะได้กระทำความผิดอาญาหรือเป็นผู้ถูกกล่าวหาหรือผู้ต้องหา

³ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.

⁴ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547. (2547, 19 มกราคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 121 ตอนที่ 8 ก. หน้า 1.

⁵ พระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2551. (2551, 20 กุมภาพันธ์). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 125 ตอนที่ 36 ก. หน้า 24.

ปัจจุบันได้มีประกาศ กคพ. บังคับใช้อยู่ 2 ฉบับ ได้แก่

1) ประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2565 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547⁶ ได้กำหนดให้คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามกฎหมาย จำนวน 25 ฉบับ ตามบัญชีท้ายประกาศดังกล่าว มีรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิด ดังนี้

(1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน
คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 12 มาตรา 15 แห่งพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน พ.ศ. 2527 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่สามร้อยคนขึ้นไป หรือมีจำนวนเงินที่กู้ยืมรวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน
คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 8 และมาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการแลกเปลี่ยนเงิน พ.ศ. 2485 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีราคาหรือมูลค่าเป็นเงินตราต่างประเทศตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป

(3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 และมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีกระทำความผิดเกี่ยวกับการเสนอราคาเพื่อเป็นผู้มีสิทธิทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ซึ่งมีวงเงินหรือมูลค่าตั้งแต่สามสิบล้านบาทขึ้นไป

(4) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค
คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 47 และมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าสินค้าหรือบริการตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไปหรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการฝ่าฝืนมาตรา 23 มาตรา 24 มาตรา 25 และมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และคดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 58 และมาตรา 59

(5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องหมายการค้า

⁶ ประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2565 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547. (2565, 9 มิถุนายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 139 ตอนพิเศษ 130 ง. หน้า 22.

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 108 มาตรา 109 มาตรา 109/1 มาตรา 110 และมาตรา 114 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามี การกระทำความผิดในลักษณะเป็นแหล่งผลิต แหล่งจำหน่าย สถานที่รับซื้อ สถานที่เก็บสินค้า หรือได้นำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีสิ่งของหรือสินค้าไว้ในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิดอันมีมูลค่าตามราคาท้องตลาดตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป หรือคดีที่น่าเชื่อว่ามีมูลค่าความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป

(6) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 193 มาตรา 197 มาตรา 216 มาตรา 217 มาตรา 221 และมาตรา 222 แห่งพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติมที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป

(7) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 60 และมาตรา 61 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีความผิดมูลฐานเป็นคดีพิเศษซึ่งอยู่ในอำนาจของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่สามร้อยล้านบาทขึ้นไป

(8) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 48 มาตรา 48 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม พ.ศ. 2511 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าผลิตภัณฑ์ตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป หรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไปหรือมีจำนวนผลิตภัณฑ์ที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรืออาจเป็นอันตรายต่อประชาชน จำนวนห้าหมื่นหน่วยขึ้นไปตามชนิดของผลิตภัณฑ์

(9) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยลิขสิทธิ์*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 69 มาตรา 70 และมาตรา 74 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537 ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามี การกระทำความผิดในลักษณะเป็นแหล่งผลิต แหล่งจำหน่าย สถานที่รับซื้อ สถานที่เก็บสินค้า หรือได้นำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีสิ่งของหรือสินค้าไว้ในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิดอันมีมูลค่าตามราคาท้องตลาดตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป หรือคดีที่น่าเชื่อว่ามีมูลค่าความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิดตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป

(10) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยสิทธิบัตร*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 85 มาตรา 86 และมาตรา 88 แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีกระทำความผิดในลักษณะเป็นแหล่งผลิต แหล่งจำหน่าย สถานที่รับซื้อ สถานที่เก็บสินค้า หรือได้นำเข้ามาในราชอาณาจักร โดยมีสิ่งของหรือสินค้าไว้ในความครอบครองเพื่อจะใช้ในการกระทำความผิด หรือซึ่งได้มาโดยการกระทำความผิด หรือซึ่งมีไว้เป็นความผิดอันมีมูลค่าตามราคาท้องตลาด ตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป หรือคดีที่น่าเชื่อว่ามีมูลค่าความเสียหายอันเกิดจากการกระทำความผิด ตั้งแต่ห้าล้านบาทขึ้นไป

(11) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 278 มาตรา 281/2 วรรคสอง มาตรา 288 มาตรา 289 มาตรา 296 มาตรา 296/1 มาตรา 300 เฉพาะความผิดตามมาตรา 278 มาตรา 288 มาตรา 289 และมาตรา 306 ถึงมาตรา 315 แห่งพระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีมูลค่าตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(12) *คดีความผิดตามประมวลรัษฎากร*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 37 มาตรา 90/4 มาตรา 90/5 และ มาตรา 91/21 (7) แห่งประมวลรัษฎากรและที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ว่าจะเป็ความผิดกรรมเดียว หรือหลายกรรมต่างกัันที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่าเป็นเหตุให้รัฐขาดรายได้เป็นเงินภาษีอากรรวมเบี่ยปรับ และเงินเพิ่ม หรือทุจริตขอคืนภาษีอากรตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(13) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยศุลกากร*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 205 มาตรา 206 มาตรา 242 มาตรา 243 มาตรา 244 มาตรา 245 มาตรา 246 มาตรา 247 และมาตรา 253 แห่งพระราชบัญญัติศุลกากร พ.ศ. 2560 ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีของกลางมูลค่าราคาของรวมค่าภาษีอากรทุกประเภทเข้าด้วยกันแล้วรวมเป็นเงินตั้งแต่สามสิบล้านบาทขึ้นไป หรือมีการฉ้อค่าอากรหรือขอคืนค่าอากรโดยทุจริต รวมเป็นเงินค่าภาษีอากรทุกประเภทตั้งแต่สามสิบล้านบาทขึ้นไป

(14) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยภาษีสรรพสามิต*

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 186 มาตรา 202 มาตรา 203 มาตรา 204 และมาตรา 204 แห่งพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. 2560 ไม่ว่าจะเป็ความผิดกรรมเดียว หรือหลายกรรมต่างกัันที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าสินค้าหรือรายรับ ของสถานบริการรวมเป็นเงินตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไปหรือมีปริมาณยาสูบหรือยาเส้นน้ำหนักตั้งแต่หนึ่งล้านกรัมขึ้นไป หรือมีปริมาณสุราตั้งแต่ห้าพันลิตรขึ้นไป

(15) *คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับ*

คอมพิวเตอร์

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 5 มาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 9 มาตรา 10 มาตรา 11 มาตรา 12 มาตรา 14 และมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการกระทำความผิดเกี่ยวกับคอมพิวเตอร์ พ.ศ. 2550 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีลักษณะหนึ่งลักษณะใด ดังนี้

(ก) (1) มีผลกระทบต่อโครงสร้างพื้นฐานสำคัญทางสารสนเทศของประเทศ ด้านความมั่นคงและบริการภาครัฐที่สำคัญ ด้านการเงิน ด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและโทรคมนาคม ด้านการขนส่งและโลจิสติกส์ ด้านพลังงานและสาธารณสุขภาค ด้านสาธารณสุข หรือด้านกระบวนการยุติธรรม

(ข) (2) มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

(ค) (3) มีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคมหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนอย่างร้ายแรง

(ง) (4) มีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ การเงินการคลังของประเทศ

(16) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นการกล่าวหานิติบุคคลหรือคนต่างด้าวซึ่งมีสินทรัพย์ตามงบแสดงฐานะการเงินรวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(17) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 52 มาตรา 52/1 มาตรา 53 มาตรา 53/1 มาตรา 53/2 มาตรา 54 มาตรา 55 และมาตรา 56 มาตรา 56/1 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. 2551 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังนี้

(ก) (1) มีเจ้าหน้าที่ของรัฐมาเกี่ยวข้องหรือมีความเชื่อมโยงกับต่างประเทศ

(ข) (2) ได้รับคำร้องขอจากหน่วยงานของภาครัฐ หรือหน่วยงานภาครัฐของต่างประเทศ หรือองค์การเอกชน

(ค) (3) ได้รับการร้องขอจากผู้เสียหายตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

(ง) (4) มีรายได้หรือเงินหมุนเวียนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการค้ามนุษย์ มากกว่าหนึ่งแสนบาทต่อวัน

(จ) (5) ผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง เป็นเครือข่ายทั้งในประเทศและต่างประเทศ

(ฉ) (6) มีการกระทำในลักษณะเปิดเป็นสถานบริการที่มีขนาดใหญ่เปิดทำการอย่างเห็นได้ชัดโดยไม่เกรงกลัวกฎหมาย

(18) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยแร่

(ก) (1) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 159 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ที่เป็นการกระทำต่อแร่ปริมาณตั้งแต่ห้าพันตันขึ้นไป หรือเป็นเนื้อที่รวมกันตั้งแต่ห้าสิบไร่ขึ้นไป หรือมูลค่าของแร่รวมกันตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป

(ข) (2) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 163 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ที่มีการซื้อขาย ครอบครอง เก็บ หรือขนแร่ปริมาณตั้งแต่ห้าสิบล้านตันขึ้นไป หรือมูลค่าของแร่รวมกันตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป

(ค) (3) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 166 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ที่ปรากฏว่าแร่ที่มีการฝ่าฝืนประกาศตามกฎหมายมีปริมาณตั้งแต่ห้าสิบล้านตันขึ้นไป หรือมูลค่าของแร่รวมกันตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป

(ง) (4) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 169 และมาตรา 170 แห่งพระราชบัญญัติแร่ พ.ศ. 2560 ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นวงกว้างมีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยไร่ขึ้นไป หรือจำนวนคนในพื้นที่ดังกล่าวมีจำนวนตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(19) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยธุรกิจสถาบันการเงิน

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 121 มาตรา 132 มาตรา 139 มาตรา 140 มาตรา 141 มาตรา 142 มาตรา 143 มาตรา 144 มาตรา 145 มาตรา 146 มาตรา 147 มาตรา 148 มาตรา 149 และมาตรา 150 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจสถาบันการเงิน พ.ศ. 2551 และที่แก้ไขเพิ่มเติม

(20) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยวัตถุอันตราย

(ก) (1) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามิวัตถุอันตรายในความครอบครองตั้งแต่ห้าสิบลูกบาศก์เมตรหรือห้าสิบล้านตันขึ้นไป หรือมีจำนวนผู้ได้รับผลกระทบตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(ข) (2) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 74 มาตรา 75 มาตรา 76 และมาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามิมูลค่าวัตถุอันตรายตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป หรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(21) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า

(ก) (1) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 89 วรรคสอง เฉพาะความผิดตามมาตรา 22 วรรคหนึ่ง มาตรา 93 เฉพาะความผิดตามมาตรา 23 วรรคหนึ่ง และ มาตรา 94 เฉพาะความผิดตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ตามราคาประเมินหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน

(ข) (2) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 99 แห่งพระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2562 ที่มีการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าซึ่งมีเนื้อที่ตั้งแต่ยี่สิบห้าไร่ขึ้นไป หรือการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่เขตรักษาพันธุ์สัตว์ป่าที่ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่ยี่สิบห้าไร่ขึ้นไป หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ตามราคาประเมินหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน

(22) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยป่าไม้

(ก) (1) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 69 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าความเสียหายเป็นไม้สักหรือไม้พะยูน ที่มีปริมาตรตั้งแต่สิบลูกบาศก์เมตรขึ้นไป

(ข) (2) คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 72 ตรี แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่ป่ามีเนื้อที่ตั้งแต่หนึ่งร้อยไร่ขึ้นไป หรือการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่ป่าที่ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่ห้าสิบล้านไร่ขึ้นไป ทั้งนี้ ตามราคาประเมินหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน

(ค) (3) คดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ตามราคาประเมินที่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน และคดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 73 เฉพาะความผิดตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่า ความเสียหายเป็นไม้สักหรือไม้พะยูนที่มีปริมาตรตั้งแต่สิบลูกบาศก์เมตรขึ้นไป

(23) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยป่าสงวนแห่งชาติ

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ มีเนื้อที่ตั้งแต่หนึ่งร้อยไร่ขึ้นไป หรือการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่ป่าสงวนแห่งชาติ ที่ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่หนึ่งห้าสิบล้านไร่ขึ้นไป หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(24) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยอุทยานแห่งชาติ

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2562 ที่มีการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่อุทยานแห่งชาติมีเนื้อที่ตั้งแต่ยี่สิบห้าไร่ขึ้นไป หรือการบุกรุกยึดถือครอบครองพื้นที่อุทยานแห่งชาติที่ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมาย มีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่ยี่สิบห้าไร่ขึ้นไป หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่ห้าสิบล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ตามราคาประเมินหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน

(25) คดีความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดิน

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 108 และมาตรา 108 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีการบุกรุกยึดถือครอบครองที่ดินของรัฐที่ยังมิได้มีบุคคลได้มาตามประมวลกฎหมายที่ดินมีเนื้อที่ตั้งแต่ห้าสิบไร่ขึ้นไป หรือการบุกรุกยึดถือครอบครองที่ดินของรัฐที่ได้มีการออกหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน โดยมิชอบด้วยกฎหมายมีเนื้อที่รวมกันตั้งแต่ห้าสิบไร่ขึ้นไป หรือคดีที่มีมูลค่าความเสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป ทั้งนี้ ตามราคาประเมินหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นผู้ประเมิน

2) ประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2566 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547⁷ ได้กำหนดให้คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามกฎหมาย จำนวน 6 ฉบับ ตามบัญชีท้ายประกาศดังกล่าว มีรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิด ดังนี้

(1) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยอาหาร

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 58 มาตรา 59 มาตรา 61 มาตรา 64 และมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติอาหาร พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่าอาหารตั้งแต่สิบล้านบาท ขึ้นไปหรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(2) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยยา

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 101 มาตรา 111 มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 119 มาตรา 120 มาตรา 122 และมาตรา 124 แห่งพระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามีมูลค่ายาตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป หรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(3) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยเครื่องสำอาง

⁷ ประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2566 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547. (2566, 16 มีนาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 140 ตอนพิเศษ 61 ง. หน้า 4.

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 60 วรรคหนึ่ง มาตรา 72 วรรคหนึ่ง มาตรา 73 วรรคหนึ่ง มาตรา 74 วรรคหนึ่ง มาตรา 75 วรรคหนึ่ง มาตรา 76 วรรคหนึ่ง มาตรา 82 วรรคหนึ่ง และมาตรา 84 แห่งพระราชบัญญัติเครื่องสำอาง พ.ศ. 2558 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามียุทธค่าเครื่องสำอางตั้งแต่สิบล้านบาทขึ้นไป หรือมีจำนวนผู้เสียหายตั้งแต่หนึ่งร้อยคนขึ้นไป

(4) คดีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาเฉพาะที่เกี่ยวกับสื่อลามก
อนาจารเด็ก

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 287/1 และมาตรา 287/2 แห่งประมวลกฎหมายอาญา และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) (1) มีการกระทำความผิดผ่านสื่อออนไลน์ รวมถึงสื่อดิจิทัลประเภทต่างๆ เชื่อมโยงระหว่างประเทศและได้รับคำร้องขอจากหน่วยงานภาครัฐ หน่วยงานต่างประเทศ องค์การระหว่างประเทศ หรือองค์กรเอกชนที่มีวัตถุประสงค์ในการให้ความช่วยเหลือแก่เด็กและเยาวชน

(ข) (2) มีผู้กระทำความผิดที่มีลักษณะต่อเนื่อง เป็นเครือข่ายทั้งในประเทศและต่างประเทศ

(5) คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา
คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 4 และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติห้ามเรียกดอกเบี้ยเกินอัตรา พ.ศ. 2560 ที่มีมูลน่าเชื่อว่ามีการปล่อยกู้ให้แก่บุคคลตั้งแต่ห้าสิบคนขึ้นไป หรือมีมูลค่าเงินปล่อยกู้ตั้งแต่สามสิบล้านบาทขึ้นไป

(6) คดีความผิดตามประมวลกฎหมายยาเสพติด
คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 125 มาตรา 126 มาตรา 127 มาตรา 145 มาตรา 146 และมาตรา 147 แห่งประมวลกฎหมายยาเสพติด ที่มีรายละเอียดอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) (1) มีปริมาณยาเสพติดให้โทษของกลาง ตั้งแต่ห้าร้อยกิโลกรัมขึ้นไป
(ข) (2) มีมูลค่ายาเสพติดของกลางตามที่สำนักงาน ป.ป.ส. ประเมินตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ค) (3) มีหรือมีมูลน่าเชื่อว่ามียุทธภัณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตั้งแต่สามร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) (4) เป็นคดีที่สำนักงาน ป.ป.ส. หรือกองบัญชาการตำรวจปราบปรามยาเสพติด สำนักงานตำรวจแห่งชาติเห็นว่ามีความซับซ้อน และร้องขอให้เป็นคดีพิเศษ

2.2.2 คดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง(2) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 คือ คดีความผิดทางอาญาอื่นนอกจาก (1) ตามที่คณะกรรมการคดีพิเศษมีมติด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ให้เป็นคดีพิเศษ

2.2.3 คดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 คือ คดีที่มีมาตรการระงับหรือยับยั้งเป็นกรณีพิเศษต่อกฎหมายหลายบท และบทใดบทหนึ่งจะต้องดำเนินการโดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ หรือคดีที่มีการกระทำความผิดหลายเรื่องต่อเนื่องเกี่ยวพันกัน และความผิดเรื่องใดเรื่องหนึ่งจะต้องดำเนินการโดยพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ให้ถือว่าคดีดังกล่าวเป็นคดีพิเศษ

3.แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการสอบสวนคดีพิเศษ

3.1 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

3.1.1 หลักข้อสันนิษฐานความเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence)

หลักประกันขั้นพื้นฐานของกฎหมายที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งก็คือ การกำหนดข้อสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิด (presumption of innocence)⁸ และการสิ้นไปของข้อสันนิษฐานทางกฎหมายว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จะเกิดขึ้นเมื่อปรากฏพยานหลักฐานในทางตรงกันข้ามพิสูจน์ได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด โดยปราศจากข้อสงสัย (Guilt beyond a reasonable doubt)⁹ หลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นี้ถือว่าเป็นหัวใจประการหนึ่งในการดำเนินคดีอาญาของทุกประเทศที่ให้ความเคารพในสิทธิมนุษยชน เนื่องจากหลักการดำเนินคดีอาญานั้นคือการมุ่งนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษ และการลงโทษบุคคลใดจะต้องปรากฏหลักฐานที่ปราศจากข้อสงสัยว่าผู้นั้นกระทำความผิด

ในระดับสากลนั้นได้มีการรับรองหลักการดังกล่าวไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ข้อ 11(1) บัญญัติสรุปความได้ว่า “ทุกคนที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางอาญามีสิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิดตามกฎหมาย ในการพิจารณาคดีที่เปิดเผยซึ่งตนได้รับหลักประกันที่จำเป็นทั้งปวงสำหรับ

⁸ ซาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. หน้า 61.

⁹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ. (2547). โครงการศึกษาวิจัยกฎหมายด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย. หน้า 82.

การต่อสู้คดี¹⁰ และในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1960 (International Covenant on Civil and Political Right หรือ ICCPR) ข้อ 14-2 ซึ่งบัญญัติไว้สรุปความได้ว่า “บุคคลทุกคนซึ่งต้องหว่ากระทำผิดอาญา ต้องมีสิทธิได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่ามีความผิด¹¹

นอกจากนี้แล้ว ตามกฎหมายอังกฤษถือว่าหลักการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ เป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และถือเป็นมูลฐานของสิทธิเสรีภาพและหลักนิติธรรม¹² ส่วนตามกฎหมายอเมริกันอธิบายว่า ตามหลักนิติธรรมแล้ว หลักประกันสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาจะประกอบด้วยหลักการอย่างน้อย 3 ประการ ได้แก่ สิทธิที่จะได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (right to presumption of innocence) สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาโดยชอบธรรม (right to a fair trial) และสิทธิที่จะได้รับความช่วยเหลือทางคดี (right to assistance of counsel)¹³ ส่วนประเทศต่างๆ ในภาคพื้นยุโรปได้ยอมรับหลักการนี้โดยแจ้งชัดปรากฏตามอนุสัญญาของสภายุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom) ข้อ 6(2) ซึ่งบัญญัติสรุปความได้ว่า “บุคคลทุกคน ที่ถูกดำเนินคดีว่ากระทำความผิดทางอาญา พึงได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ตามกฎหมายได้ว่าผู้นั้นกระทำความผิดจริง”¹⁴

ประเทศไทยได้มีการรับรองหลักการนี้ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ซึ่งบัญญัติอยู่ใน มาตรา 30 วรรคหนึ่งว่า “ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” โดยรัฐธรรมนูญฉบับนี้ร่างขึ้นโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรก และปรากฏในคำปรารภของกรรมาธิการในการร่างที่ต้องการวาง

¹⁰ กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. (2551). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน* (Universal Declaration of Human Rights). หน้า 23.

¹¹ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง*. สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. หน้า 42.

¹² อ่างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 8*. หน้า 62.

¹³ เฟ็งอ่าง.

¹⁴ เฟ็งอ่าง.

หลักประกันสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยให้มั่นคงยิ่งขึ้น¹⁵ หลังจากนั้นในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรต่อมาทุกฉบับได้รับรองหลักการดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 33 ได้บัญญัติว่า “ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ได้บัญญัติไว้ว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด” ต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แม้จะไม่มีบทบัญญัติรองรับหลักการนี้ไว้โดยตรงอย่างเช่นรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านๆ มา แต่อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 4 แห่งรัฐธรรมนูญนี้ได้บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้” จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 ได้มีการบัญญัติรับรองไว้โดยตรงในมาตรา 29 วรรคสอง ว่า “ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้” แสดงให้เห็นได้ว่าหลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งถือเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ย่อมได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยสรุป หลักการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์นี้ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งในการดำเนินคดีอาญา เพื่อมุ่งหมายในการนำตัวผู้กระทำความผิดที่แท้จริงมาลงโทษ และในขณะเดียวกันก็คำนึงถึงสิทธิมนุษยชนของผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด โดยการสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าผู้นั้นเป็นผู้กระทำความผิดและเมื่อปรากฏพยานหลักฐานที่พิสูจน์ได้ว่าเป็นผู้กระทำความผิดโดยปราศจากข้อสงสัย โดยจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นดังเช่นเป็นผู้กระทำความผิดมิได้

3.1.2 ทฤษฎีกระบวนการยุติธรรม (Due Process)

ทฤษฎีนี้ยึดหลักกฎหมายเป็นสำคัญ และเน้นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน มากกว่าการป้องกันและปราบปรามอาชญากรรม การดำเนินคดีอาญาต้องมีกระบวนการยุติธรรม ตามขั้นตอนต่างๆ ที่ชอบด้วยกฎหมาย และต่อต้านการใช้อำนาจรัฐโดยมิชอบซึ่งมักเกิดจากการที่รัฐมุ่งที่จะควบคุมอาชญากรรมโดยไม่คำนึงถึงสิทธิของประชาชน เป็นเหตุให้สิทธิและ

¹⁵ ชยาธร เฉียบแหลม. (2550). ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. 2537. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 49.

เสรีภาพของประชาชนถูกกระทบกระเทือนจากการปราบปรามอาชญากรรมของรัฐอย่างมาก ดังนั้นรัฐที่ยึดถือทฤษฎีความชอบด้วยกระบวนการทางกฎหมาย(Due Process Model) จึงต้องมีกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เน้นหนักไปในทางที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของผู้บริสุทธิ์มิให้ถูกล่วงละเมิดโดยไม่เป็นธรรมจากเจ้าพนักงานของรัฐ เช่น สิทธิของผู้เสียหาย สิทธิของผู้ถูกกล่าวหา สิทธิของจำเลย การค้น การจับจะต้องมีหมายซึ่งออกโดยศาล เป็นต้น¹⁶ ในกระบวนการแบบทฤษฎีกระบวนการยุติธรรมนั้นจะเน้นวิธีการแสวงหาพยานหลักฐานที่เชื่อถือได้ ชอบด้วยขั้นตอนของกฎหมาย หากเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ดำเนินไปตามขั้นตอนต่างๆ อย่างครบถ้วนแล้ว ศาลก็อาจใช้ดุลพินิจหรือปล่อยตัวจำเลยไป หรืออาจให้พิจารณาคดีใหม่ได้

3.1.3 ทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม (Crime Control)

ทฤษฎีนี้ถือว่า องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะต้องหาวิธีการและมาตรการปราบปรามและควบคุมอาชญากรรม โดยไม่ยึดมั่นในตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดเท่าใดนัก หากองค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมไม่สามารถควบคุมและลดการเกิดอาชญากรรมได้ ความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยส่วนรวมก็ถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิง ถ้ามีผู้ที่ไม่เคารพเชื่อฟังและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในสังคมแล้วก็จะทำให้ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายกลายเป็นเหยื่อของอาชญากรรมอย่างหลีกเลี่ยงมิได้ ศาสตราจารย์ Herbert Packer เชื่อว่า การบริหารงานกระบวนการยุติธรรมตามรูปแบบนี้จำเป็นต้องดำเนินการตามมาตรการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอัตราการจับกุมคุมขังและลงโทษผู้กระทำผิดในสัดส่วนที่สูงเมื่อเทียบกับอัตราการเกิดของอาชญากรรม ส่วนสิทธิเสรีภาพของบุคคลทั่วไปรวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพของผู้ถูกจับกุม ผู้ต้องหาและจำเลยนั้น จะได้รับการคุ้มครองภายในขอบเขตที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาสามารถบริหารงานด้านการปราบปรามและควบคุมอาชญากรรมได้อย่างเต็มที่ และด้วยเหตุที่ว่าในปัจจุบันนี้มีปัญหาอาชญากรรมเกิดขึ้นอย่างมากมายโดยไม่จำกัดเวลา และสถานที่ แต่กำลังของเจ้าหน้าที่ อุปกรณ์และเครื่องมือเครื่องใช้มีอยู่อย่างจำกัด รูปแบบนโยบายจึงเน้นไปในเรื่องการควบคุมอาชญากรรม ดังนั้นจึงกำหนดให้องค์กรต่างๆ ในกระบวนการยุติธรรมเน้นหนักและดำเนินงานร่วมกันด้วยความรวดเร็ว

¹⁶ เฉลิมวุฒิ สาระกิจ. (2556, 1 พฤศจิกายน). วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. Woody Law Blog. <http://chalermwutsa.blogspot.com/2013/11/crime-control-model-and-due-process.html>

มีความสิ้นสุดในตัว มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและให้เกิดการทำลายต่อระบบน้อยที่สุด ไม่ว่าจะการดำเนินการนั้นจะเป็นการปฏิบัติในขั้นตอนของตำรวจ อัยการ ศาล หรือราชทัณฑ์ก็ตาม¹⁷

ความแตกต่างระหว่าง Crime Control Model กับ Due Process Model จะอยู่ที่วิธีปฏิบัติการที่ให้น้ำหนักกับทฤษฎี Crime Control Model มากเกินไปอาจส่งผลให้สังคมยอมรับการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ เช่น การล่อลวง ช่มชู้ การจับ การค้น ที่ไม่เป็นไปตามขั้น ตอน ซึ่งอาจส่งผลให้สิทธิเสรีภาพของประชาชนถูกล่วงละเมิดได้โดยง่าย ในปัจจุบันไม่มีประเทศใดใช้ทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งโดยเคร่งครัด แต่จะเป็นระบบผสมของทฤษฎีทั้ง 2 อย่างไรก็ตามการใช้ทฤษฎี Due Process Model เป็นหลักการในอุดมคติที่นัก นิติศาสตร์แสวงหา เช่น ระบบความยุติธรรมทางอาญาของสหรัฐอเมริกาอาจกล่าวได้ว่าเป็นหลักการที่ใกล้เคียงกับทฤษฎี Due Process Model มากกว่าประเทศอื่น

3.1.4 ทฤษฎีหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

หลักนิติธรรมหรือ The Rule of Law เป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ บุคคลย่อมเสมอภาคกันภายใต้กฎหมายหลักการปกครอง โดยกฎหมายส่งเสริมให้กระบวนการยุติธรรมมีความชัดเจน แน่นนอน เสมอภาคและคาดหมายได้เพื่อป้องกันบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมใช้อำนาจกล่าวหาลงโทษบุคคลใดตามอำเภอใจโดยบุคคลจะต้องรับโทษอาญาต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้เท่านั้น¹⁸ และบุคคลย่อมได้รับการปฏิบัติด้วยวิธีที่กำหนดไว้โดยชอบ (Due Process of Law) อย่างชัดเจนในกฎหมายเท่านั้น หลัก The Rule of Law ในประเด็นเรื่องความเสมอภาคปราศจากการเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมาย มีบัญญัติรับรองไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights 1948) ข้อ 7 ที่ยืนยันหลักความเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมายว่า “บุคคลต่างเสมอภาคกันในกฎหมาย และชอบที่จะได้รับความคุ้มครองอย่างเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองอย่างเสมอภาคปราศจากการเลือกปฏิบัติใดๆ มีสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองจากการยุงส่งเสริมให้เกิดการเลือกปฏิบัติเช่นนั้น การที่นักการเมืองใช้อำนาจแทรกแซงใดๆ ในกระบวนการยุติธรรมที่มีเจตนาจะช่วยเหลือหรือกลั่นแกล้งหรือโดยการเลือกปฏิบัติแก่บุคคลใดย่อมส่งผลให้บุคคลไม่ได้รับความเสมอภาคเท่าเทียมกัน ภายใต้

¹⁷ ศศิประภา ไฝงาม. (2552). ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาด้วยการใช้เทคนิคพิเศษ. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์]. หน้า 37.

¹⁸ น้ำแท้ มีบุญสร้าง. (2557). หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. วารสารธรรมศาสตร์. หน้า 61.

กฎหมาย เกิดสภาวะความไม่แน่นอนและคาดหมายไม่ได้แห่งกฎหมาย การกระทำดังกล่าว ย่อมขัดต่อหลักการ The Rule of Law และย่อมละเมิดต่อปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเช่นกัน การที่บุคคลจะเสมอภาคกันได้ภายใต้กฎหมายตามหลัก The Rule of Law ต่อเมื่อมีการตีความกฎหมายในทางปฏิบัติอย่างเป็นธรรมเท่าเทียมกันและไม่เลือกปฏิบัติ ดังนั้น การแทรกแซงกระบวนการยุติธรรม ไม่ว่าจะในชั้นสืบสวน ชั้นพนักงานสอบสวน อัยการ และศาล จึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะยอมรับได้ เพราะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการ The Rule of Law อย่างร้ายแรง ในประเทศตะวันตก เช่น สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย หรือประเทศในเอเชีย เช่น ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ แม้นักการเมืองจะเป็นผู้บังคับบัญชาโดยตรงต่อเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายจะถือปฏิบัติอย่างไร เคร่งครัดและระมัดระวังไม่ไปก้าวล่วงแทรกแซงกระบวนการยุติธรรมในทุกระดับชั้น

3.1.5 ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ (Economics Theories)

ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ได้รับอิทธิพลจากหลักปรัชญาของสำนักอาชญาวิทยาดั้งเดิมเช่นเดียวกับทฤษฎีป้องกัน แต่มีมุมมองต่อสาเหตุอาชญากรรมในมิติทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ยังมีรากฐานมาจากลัทธิแสวงหาประโยชน์นิยม (Utilitarian Philosophy) ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์อ้างอิงกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจในการอธิบายสาเหตุของพฤติกรรมอาชญากรรม ในขณะที่ทฤษฎีป้องกันอ้างอิงกับตัวบทกฎหมาย ซึ่งทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์เชื่อว่าบุคคลจะมีกระบวนการตัดสินใจในการประกอบอาชญากรรมอย่างมีเหตุผล โดยอาศัยหลักการที่ว่า เป็นธรรมชาติของมนุษย์ที่ต้องการมีกำไรให้มากที่สุดและขาดทุนน้อยที่สุด ดังนั้นหากบุคคลคิดว่า ไม่มีกำไรจากการกระทำความผิดกฎหมายก็จะไม่ประกอบอาชญากรรม อย่างไรก็ตาม นักวิชาการส่วนมากคิดว่า ทฤษฎีนี้มีพื้นฐานขัดแย้งกับ ทฤษฎีทั่วไปในประเด็นที่ว่า ทฤษฎีอาชญาวิทยาส่วนมากเชื่อว่า ผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรทั่วไปจะไม่ค่อยมีการวางแผนหรือคำนวณถึงผลได้เสียทางเศรษฐกิจก่อนลงมือประกอบอาชญากรรมหรือกระทำความผิด แต่ทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์กลับเชื่อว่า อาชญากรเป็นนักคิดที่มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า¹⁹

4. ความหมายของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

4.1 ความหมายของคนต่างด้าว

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้

¹⁹ พรชัย ชันดี, กฤษณพงศ์ พุตระกูล และจอมเดช ตริเมฆ. (2558). ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการงานวิจัย และนโยบายประยุกต์. มหาวิทยาลัยรังสิต. หน้า 73.

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

“(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดชนิดที่มีใบหุ้นออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

“ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

ทั้งนี้คำว่า “คนต่างด้าว” เป็นคำเก่าแก่ที่ใช้มาตั้งแต่สมัยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 หมายถึง คนต่างชาติ (Alien หรือ Foreigner) หรือคนที่พระราชบัญญัติไม่ถือเป็นคนไทยผลคือคนเหล่านั้นจะประกอบธุรกิจใดๆ ในประเทศไทยไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตตามกฎหมายเสียก่อน²⁰

โดยมาตรา 4 ได้นิยามคนต่างด้าวไว้ว่า หมายถึง บุคคลที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่งดังต่อไปนี้

4.1.1 บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

บุคคลธรรมดา คือ คนทั่วไปตามธรรมชาติโดยจะเป็นคนต่างด้าวหรือไม่นั้น ให้พิจารณาที่ “สัญชาติ” ของบุคคลเหล่านั้น หากไม่มีสัญชาติไทยถึงเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ การพิจารณาว่าบุคคลใดมีสัญชาติไทยหรือไม่ ต้องพิจารณาด้วยกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ พ.ศ. 2508 ได้กำหนดการได้มาซึ่งสัญชาติไทยทั้ง 4 วิธีดังนี้

²⁰ จุฬารัตน์ พรหมที. (2561). ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว : ศึกษากรณีการกำหนดทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการประกอบธุรกิจและข้อห้ามในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. [สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุม]. หน้า 81.

1) *โดยหลักสายโลหิต* คือ ผู้ที่เกิดโดยบิดาหรือมารดาเป็นผู้มีสัญชาติไทย ไม่ว่าจะเกิดในหรือนอกประเทศไทยย่อมได้สัญชาติไทย ทั้งนี้ “บิดา” ให้รวมถึงผู้ซึ่งได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นบิดาของผู้เกิดตามวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง แม้ผู้นั้นจะไม่ได้จดทะเบียนสมรสกับมารดาของผู้เกิดและไม่ได้จดทะเบียนรับรองผู้เกิดเป็นบุตรก็ตาม

2) *โดยหลักดินแดน* คือ ผู้ที่เกิดในประเทศไทยย่อมได้สัญชาติไทย เว้นแต่ผู้เกิดโดยบิดามารดาเป็นคนต่างด้าว ถ้าในขณะที่เกิดบิดามารดาตามกฎหมายหรือบิดาซึ่งไม่ได้สมรสกับมารดาหรือมารดาของผู้นั้นเป็น

(1) ผู้ที่ได้รับการผ่อนผันให้พักอาศัยอยู่ในประเทศไทยเป็นกรณีพิเศษ
เฉพาะราย

(2) ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เข้าอยู่ในราชอาณาจักรไทยเพียงชั่วคราวหรือ

(3) ผู้ที่เข้ามาอยู่อาศัยในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

แต่ในกรณีที่ผู้ที่เกิดในประเทศไทยซึ่งขณะที่เกิดนั้นบิดาหรือมารดาเป็นหัวหน้าคณะผู้แทนทางทูตหรือกงสุลหรือเจ้าหน้าที่ในคณะดังกล่าว หรือเป็นพนักงานหรือผู้เชี่ยวชาญขององค์การระหว่างประเทศรวมทั้งเป็นคนในครอบครัวซึ่งเป็นญาติหรืออยู่ในความอุปการะหรือคนใช้ของบุคคลข้างต้น ผู้ที่เกิดนั้นจะไม่ได้สัญชาติไทย

3) *โดยการสมรส* คือ การที่หญิงซึ่งเป็นคนต่างด้าวและได้สมรสกับผู้มีสัญชาติไทย ถ้าประสงค์จะได้สัญชาติไทยให้ยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามแบบและวิธีการที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงซึ่งการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้สัญชาติไทยที่อยู่ในดุลยพินิจของรัฐมนตรี

4) *โดยการแปลงสัญชาติ* คือ คนต่างชาติที่มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่ระบุไว้ในมาตรา 10 และมาตรา 11 ของพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 อาจยื่นคำขอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงซึ่งการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้แปลงสัญชาติเป็นไทยให้อยู่ในดุลยพินิจของรัฐมนตรี

ทั้งนี้ไม่ว่าบุคคลธรรมดาผู้นั้นจะได้สัญชาติไทยด้วยวิธีใดหรือถือสองสัญชาติ หากมีสัญชาติหนึ่งเป็นไทยก็สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาตเพราะพระราชบัญญัติไม่ได้กำหนดห้ามไว้แต่อย่างใด²¹

4.1.2 นิติบุคคลที่มีผู้เป็นเจ้าของข้างมากเป็นคนต่างด้าว

การพิจารณาความเป็นต่างด้าวของนิติบุคคลนั้นนอกจากที่จะพิจารณาจากสถานที่จดทะเบียนตามที่ระบุในมาตรา 4 (2) (3) ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

²¹ เพิ่งอ้าง. หน้า 81-83.

พ.ศ. 2542 และมาตราเดียวกันได้เพิ่มหลักเกณฑ์ในกรณีนิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทยว่าความเป็นเจ้าของจากสัดส่วนในการถือหุ้นหรือการลงทุนนิติบุคคลซึ่งในมาตรา 4 (3) มีลักษณะคล้ายคลึงกับนิยามของคนต่างด้าวในข้อ 3 ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งรองศาสตราจารย์ภาสกร ชุณหอุไร ได้อธิบายนิยามของคนต่างด้าวในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ดังกล่าวว่ามีลักษณะเป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล โดยให้ถือว่านิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทยซึ่งมีลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นนิติบุคคลของไทย แต่อาจถือว่าเป็นกิจการของคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังเพราะถือหุ้นและควบคุมกิจการส่วนใหญ่ของบริษัทเปรียบเสมือนกับเป็นบุคคลเดียวกับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลต่างด้าว

1) มาตรา 4(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคล (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่ครั้งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น คือ บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดหรือสหกรณ์ที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปหรือการลงทุนในห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนหรือห้างหุ้นส่วนจำกัดตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1) คือ ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย แม่วานิติบุคคลนั้นจากจดทะเบียนในประเทศไทยที่มีผู้ลงทุนเป็นคนไทยกึ่งหนึ่งก็ตาม

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น หรือกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่ครั้งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น

ทั้งนี้ มาตรา 4(3)(ก) ใช้สำหรับการพิจารณาความเป็นต่างด้าวของบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด โดยกำหนดว่านิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทยจะถือว่าเป็นคนต่างด้าวหากมีคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่ ร้อยละ 50 ขึ้นไป ก็ถือว่าได้เป็นคนต่างด้าวแล้ว

2) มาตรา 1145 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์²² บัญญัติว่า “การบริหารกิจการของบริษัทเป็นอำนาจของกรรมการบริษัทและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น”

3) มาตรา 77 วรรคแรกของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535²³ บัญญัติว่า “คณะกรรมการมีหน้าที่จัดการบริษัทให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ข้อบังคับและมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น” เห็นได้ว่า ผู้ถือหุ้นมีอำนาจในการบริหารกิจการทางอ้อม ถึงแม้ว่าผู้ถือหุ้นจะไม่มีอำนาจบริหารกิจการได้โดยตรง แต่ก็สามารถแต่งตั้งถอดถอนกรรมการได้ ดังนั้น มาตรา 4(3)(ก) จึงกำหนดให้บริษัทมีสถานะเป็นคนต่างด้าวดูจากสัดส่วนการถือหุ้น โดยนักลงทุนต่างชาตินิยมใช้นิติบุคคลประเภทบริษัท (ไม่ว่าในรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน) ในการประกอบธุรกิจของตนมากกว่าห้างหุ้นส่วนจำกัดห้างหุ้นส่วนสามัญอันเนื่องมาจากหลักการจำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้น (Limited Liability)²⁴

4.1.3 นิติบุคคลที่ถือหุ้น โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว

คนต่างด้าวประเภทสุดท้ายคล้ายกับความหมายของคนต่างด้าวในมาตรา 4 (3) (ก) โดยกำหนดว่านิติบุคคลจะถือว่ามีสถานะเป็นคนต่างด้าวหากบุคคลนั้นต่อไปนี้ “ถือหุ้น” ตั้งแต่ร้อยละ 50 เป็นต้นไป สังเกตว่ามาตรานี้เป็นการขยายความของคำว่า “คนต่างด้าว” สำหรับนิติบุคคลให้กว้างออกไป คือมิได้หมายถึงเพียงการที่นิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป โดยคนต่างด้าว ยังรวมถึงการที่เป็นคนต่างด้าวเพราะถูกนิติบุคคลตาม (3) ถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ด้วยผลของมาตรา 4 ทำให้แม้ว่านิติบุคคลจะถือหุ้นสลับต่อกันมา ก็ไม่สามารถเปลี่ยนเป็นนิติบุคคลไทยได้²⁵

1) การคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว

การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าว กรณีนิติบุคคลพิจารณาการถือหุ้นและการลงทุนในนิติบุคคลนั้นๆ เป็นการคำนวณเพียงชั้นเดียวแบบไม่สะสม หากมีคนต่างด้าวมียุทธินอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลนั้นย่อมถือเป็น “คนต่างด้าว” โดยไม่นำเอาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในชั้นอื่นมาคำนวณรวมกันแบบสะสม และไม่ต้องคำนึงถึงสัญชาติของผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นแต่อย่างใด

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

²³ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535. (2535, 8 เมษายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 109 ตอนที่ 43. หน้า 23.

²⁴ อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 20. หน้า 83 – 85.

²⁵ เพิ่งอ้าง.

ส่วนในกรณีของห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนจะพิจารณาจาก 2 ปัจจัย คือ

- (1) จากทุนของห้างหุ้นส่วนว่ามีคนต่างด้าวลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของห้างหุ้นส่วนนั้นหรือไม่ หากมีคนต่างด้าวลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่ง ย่อมถือว่าห้างหุ้นส่วนฯ นั้นเป็นคนต่างด้าว
- (2) จากหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการ หากมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการ ย่อมถือว่าห้างหุ้นส่วนดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว

4.2 ความหมายของการประกอบธุรกิจ

คำว่า “ธุรกิจ” ตามความหมายในพจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ธุรกิจ หมายความว่า การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช่อารักขา²⁶

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ธุรกิจ” ไว้ดังนี้

“ธุรกิจ” หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

นอกจากนี้ ยังมีนักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่า ธุรกิจ ไว้อย่างหลากหลาย ดังนี้²⁷

Boonz and Kurtz ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ ธุรกิจเป็นกิจกรรมในการแสวงหากำไร และเป็นกิจกรรมในการผลิตสินค้าและบริการที่จำเป็นในระบบเศรษฐกิจ

กาญจนา เรืองจิตปกรณ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมทุกสิ่งทุกอย่างซึ่งมีความเกี่ยวพันในวงการของสถาบันเพื่อที่จะจำหน่ายและให้บริการภายใต้กฎเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ โดยมีความสัมพันธ์กับบริการอื่นและกลุ่มผู้กระทำร่วม เพื่อให้บรรลุถึงจุดหมายอันเดียวกัน คือความสำเร็จของหน่วยงาน

สมยศ นาวิการ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมด้านเศรษฐกิจและการพาณิชย์ที่มีเป้าหมายทางด้านกำไรในการจัดหาสินค้าและบริการเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค

²⁶ สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๕. สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. <https://dictionary.orst.go.th/>

²⁷ พระชานี โกศลโล. การเสริมสร้างลักษณะผู้ประกอบการในชุมชน : กรณีศึกษาชุมชนบ้านหนองนาคำ ตำบลหนองระเวียง อำเภอพิมาย จังหวัดนครราชสีมา. [วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต, สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์]. หน้า 9 – 10.

จินตนา สุนทรธรรม ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กระบวนการทั้งปวงของการนำเอาทรัพยากรธรรมชาติมาเปลี่ยนสภาพตามกรรมวิธีการผลิตด้วยแรงงานคนและเครื่องจักรให้เป็นสินค้าแล้วเก็บรักษาไว้เพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ที่ต้องการ

กรองแก้ว อยู่สุขและคณะ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมต่างๆ ที่ทำให้มีการผลิตสินค้าหรือบริการ มีการซื้อขายแลกเปลี่ยน จำหน่ายและกระจายสินค้าและมีผลประโยชน์หรือกำไรจากกิจกรรมนั้น

ธงชัย สันติวงษ์ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมต่างที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอยู่ของคน ซึ่งหมายรวมถึงกิจกรรมทั้งปวงซึ่งคนเราเกี่ยวข้องอยู่เป็นประจำ เพื่อตอบสนองความต้องการในทางต่างๆ ของตน

พรพรม พรหมเทศ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ บุคคลหรือองค์การที่พยายามหากำไร โดยการจัดหาผลิตภัณฑ์เพื่อสร้างความพึงพอใจ โดยการสนองความจำเป็นพื้นฐานของมนุษย์

ศิริวรรณ เสรีรัตน์และคณะ ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ ความพยายามของนักธุรกิจในการตอบสนองความต้องการของบุคคลภายในชุมชนหรือหมายถึงกิจการที่ประกอบธุรกิจตามความถนัด การที่ธุรกิจจะประสบความสำเร็จได้นั้นจะต้องมีการจัดการอย่างเป็นแบบแผนและสนองความต้องการของลูกค้าได้

นภัสสร วรนิธิปริ ชา ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมทางเศรษฐกิจอันเกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยน การซื้อ การ ขาย อันก่อให้เกิดกำไร ที่เป็นตัวเงิน หรือผลตอบแทนในรูปแบบอื่นๆ

อุษณีย์ จิตตะปาโล ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ บุคคลหรือคณะบุคคลที่ร่วมกันในอันที่จะผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการ โดยมีจุดมุ่งหมายคือกำไรและอาจมีความเสี่ยงต่อการขาดทุน

ดำรงศักดิ์ ชัยสนิท และก่อเกียรติ วิริยะกิจพัฒนา ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคล หรือนิติบุคคลที่ทำงานหรือร่วมมือกันทำงานในการผลิตสินค้า การจำหน่าย การแลกเปลี่ยนสินค้าต่างๆหรือบริการ ด้วยการสร้างสรรค์เพื่อตนเอง หรือสังคม โดยมุ่งหวังผลกำไรเป็นสิ่งตอบแทน

นุสรรา บุญสนอง ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ องค์การต่างๆ ของเอกชนที่ก่อให้เกิดสินค้าและบริการ โดยเป็นกระบวนการในการนำเอาทรัพยากรมาแปรสภาพให้ออกมาเป็นสินค้าหรือบริการตามความต้องการของผู้บริโภคสินค้า โดยมุ่งหวังผลตอบแทนจากการดำเนินงาน

ประภัสสร บุญมี ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ การกระทำของมนุษย์เพื่อให้เกิดการผลิต จำหน่าย และการให้บริการตามความต้องการของผู้บริโภค โดยหวังผลกำไรจากการกระทำนั้น

สมคิด บางโม ได้ให้ความหมายของธุรกิจ คือ กิจกรรมทางเศรษฐกิจอย่างต่อเนื่องของมนุษย์ที่เกี่ยวข้องกับการผลิต การแลกเปลี่ยนซื้อขาย และการบริการ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อแสวงหากำไรจากการประกอบธุรกิจนั้น

กล่าวโดยสรุปได้ว่า ธุรกิจ หมายความว่า กิจกรรมหรือการกระทำต่างๆ ของบุคคลหรือกลุ่มคนเพื่อทำให้เกิดการผลิตสินค้าและการบริการโดยมีการแลกเปลี่ยน ซื้อขาย จำหน่ายและกระจายสินค้า เพื่อตอบสนองผู้บริโภคอันจะเป็นผลกำไรหรือประโยชน์จากกิจกรรมหรือการกระทำดังกล่าวนี้เป็นสิ่งตอบแทน

แต่อย่างไรก็ตาม กรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้มีผลการสรุปข้อหาหรือประจำเดือนมีนาคม ๒๕๕๔ ไว้ว่า ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้มีการกำหนดคำนิยามของคำว่า “ทางการค้า” ไว้แต่อย่างใด และการพิจารณาว่ากิจการใดถือได้ว่าได้ทำการค้าหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาในภาพรวมของการดำเนินธุรกิจของบริษัทด้วย โดยในประเด็นของการแสวงหากำไร หรือการมีรายได้จากการดำเนินกิจการหรือไม่นั้น เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเท่านั้น²⁸

4.2.1 ตัวอย่างผลการพิจารณาที่ถือว่าการประกอบธุรกิจในทางการค้า

1) บริษัทจะลงทุนในธุรกิจโรงแรม โดยการก่อสร้างอาคารพักอาศัยในรูปแบบอาคารชุดเพื่อขายห้องชุดให้กับบุคคลทั่วไป หลังจากนั้นบริษัทจะเช่าห้องชุดจากผู้ซื้อทุกรายแล้วนำห้องชุดทั้งหมดมาใช้ประกอบธุรกิจโรงแรม หากบุคคลต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ของห้องชุดแล้วนำห้องชุดดังกล่าวมาให้บริษัทเช่าถือว่าการอันเป็นการค้าที่คนต่างด้าวต้องขออนุญาตก่อนหรือไม่ หากคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดแล้วนำห้องชุดดังกล่าวมาให้ บริษัทเช่า ถือว่าเป็นธุรกิจอันเป็นการค้า ซึ่งเข้าข่ายเป็นการประกอบธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (21) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อนจึงจะประกอบธุรกิจได้²⁹

2) บริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ประสงค์จะเป็นตัวกลางในการจัดหาและติดต่อประสานงานเพื่อหาผู้ให้บริการให้กับบริษัทในเครือ 2 ราย หากบริษัทจะประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งบัญชีสอง และหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการ

²⁸ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. สรุปข้อหาหรือเดือนมีนาคม 2554. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า.

<https://www.dbd.go.th/law?group=3&category=21&subcategory=278>.

²⁹ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. สรุปข้อหาหรือเดือนกันยายน 2549. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า.

<https://www.dbd.go.th/law?group=3&category=21&subcategory=278>.

ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยไม่ได้เรียกเก็บค่าบริการหรือไม่ทำเพื่อเป็นการแสวงหากำไรในทางการค้า หากแต่จะเรียกเก็บเฉพาะค่าใช้จ่ายตามจำนวนที่เกิดขึ้นจริง ที่บริษัทได้ทดลองจ่ายไปก่อนเท่านั้น จะถือว่าบริษัทประกอบธุรกิจที่มีได้กำหนดให้เป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว และมีผลให้บริษัทไม่ต้องขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวสำหรับการประกอบกิจการนั้นๆ ใช่หรือไม่

หากบริษัทมีรายได้เกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้าปกติตามบัญชีสองและ/หรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ บริษัทจะประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ต้องได้รับอนุญาตดังนี้ กรณีธุรกิจตามบัญชีสอง ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะกรรมการหรือ กรณีธุรกิจตามบัญชีสาม ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแล้วแต่กรณี ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ³⁰

4.2.2 ตัวอย่างผลการพิจารณาที่ไม่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจในทางการค้า

1) การให้กู้ยืมเงินแก่พนักงานของบริษัทเพื่อเป็นสวัสดิการแก่พนักงานโดยมีทั้งการคิดดอกเบี้ยและไม่คิดดอกเบี้ย

กรณีที่บริษัทของคนต่างด้าวได้มีการประกอบธุรกิจหลักอยู่แล้วและมีการให้บริการสนับสนุนหรืออำนวยความสะดวกซึ่งมิใช่ธุรกิจหลักของกิจการ แต่เป็นสวัสดิการของพนักงานบริษัท อาทิ การให้กู้ยืมเงินแก่พนักงานบริษัทโดยมิได้มุ่งค้ากำไรทางการค้า ไม่กระทบถึงการแข่งขันกับกิจการของคนไทยตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และได้มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ในระเบียบข้อบังคับหรือประกาศกำหนดลักษณะการให้บริการเพื่อเป็นสวัสดิการแก่พนักงานไว้ชัดเจน ตามกฎระเบียบของกรมสวัสดิการและคุ้มครองแรงงาน โดยสามารถแสดงหลักฐานต่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อเรียกตรวจสอบได้ก็สามารถดำเนินการได้ เนื่องจากไม่เข้าข่ายที่จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542³¹

2) การประกอบกิจการทำเรือเพื่อใช้สำหรับการบรรทุกหรือขนถ่ายสินค้าของบริษัทเท่านั้น โดยไม่ได้ให้บริการแก่บุคคล/นิติบุคคลรายอื่น

³⁰ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. สรุปรื้อหรือเดือนพฤศจิกายน 2549. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า.

<https://www.dbd.go.th/law?group=3&category=21&subcategory=278>.

³¹ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. สรุปรื้อหรือเดือนกันยายน 2557. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า.

<https://www.dbd.go.th/law?group=3&category=21&subcategory=278>.

นิติบุคคลต่างด้าวจดทะเบียนที่ประเทศไทย มีความประสงค์จะยื่นขอ อนุญาตประกอบกิจการท่าเรือเดินทะเลกับกรมเจ้าท่า ซึ่งท่าเรือดังกล่าวใช้สำหรับการบรรทุกหรือขน ถ้ายทรายและโซดาแอซของบริษัتهานั้น มิได้ให้บริการท่าเรือแก่บุคคลอื่นใดโดยคิดค่าบริการทาง การค้าบริษัทจึงขอหาหรือว่า การประกอบกิจการท่าเรือดังกล่าว ถือเป็นกิจการต้องห้ามตามบัญชีท้าย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ หากบริษัทประกอบกิจการ ท่าเรือ เพียงเพื่อใช้สำหรับการบรรทุกหรือขน ถ้ายทรายและโซดาแอซของบริษัتهานั้น มิได้ให้บริการ แก่บุคคลหรือนิติบุคคลอื่นไม่ถือเป็นการประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542³²

5.แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

5.1 ทฤษฎีสम्मติ (Fiction Theory)

ทฤษฎีสम्मติ (Fiction Theory) ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่าสภาพบุคคลตามความจริงจะ มิได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น แม้การรวมกลุ่มกันเป็นคณะบุคคลจะเกิดขึ้นจริง แต่จะมีสภาพบุคคล ก็ต่อเมื่อกฎหมายสมมติขึ้นโดยการรับรองให้มีหรือให้เป็นขึ้นมาเท่านั้น นิติบุคคลจึงจะมีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบอย่างบุคคลธรรมดา นักนิติศาสตร์คนสำคัญที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ คือ ซาวิญยี (Friedrich Carl von Savigny) ซึ่งทฤษฎีนี้จะพยายามจำกัดความสามารถของนิติบุคคล³³ เนื่องจาก ทฤษฎีนี้มองว่าในความจริงแล้วนิติบุคคลไม่มีความเป็นอยู่ของสภาพบุคคลที่แท้จริง เพียงถือว่าเป็น บุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึง มักรับรองให้นิติบุคคลมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและ หน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะมีเพียงเป็นได้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น³⁴ และกฎหมายจะให้สภาพนิติบุคคล หรือถอนสภาพนิติบุคคลเมื่อใดก็ได้³⁵

5.2 ทฤษฎีองค์ภาพพ (Realistic or Organic Theory)

ทฤษฎีนี้มีแนวความคิดว่านิติบุคคลเป็นบุคคลที่เกิดขึ้นและมีอยู่จริง หรือนิติบุคคลโดย สภาพ มิใช่สิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้นตามทฤษฎี Fiction Theory แต่อย่างใด โดยเป็นบุคคลที่เกิดจาก

³² อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 28. เดือนธันวาคม 2563.

³³ ชัยนันท์ งามขจรกุลกิจ. (2535). ความรับผิดชอบของนิติบุคคลและความรับผิดชอบของกรรมการนิติบุคคล ต่อบุคคลภายนอก. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 5.

³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

³⁵ สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). ความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ. หน้า 14.

การที่คนหลายคนมาเข้ากันและก่อให้เกิดเป็นองค์กรที่มีจุดมุ่งหมาย มีชีวิตจิตใจและเป็นตัวของตัวเอง มีสถานะเป็นหน่วยทางสังคมอย่างแท้จริงไม่ต่างจากบุคคลธรรมดา และกฎหมายเพียงแต่มารับรองสภาพของนิติบุคคลเท่านั้น ทฤษฎีนี้พยายามวางรากฐานในการยอมรับสภาพนิติบุคคลอย่างกว้างขวางโดยวิธีการจดทะเบียนและยอมรับว่านิติบุคคลมีสภาพบุคคลของตนเองแยกต่างหากจากเป็นอิสระจากสมาชิกนิติบุคคลอย่างแท้จริง มีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายและสามารถใช้สิทธิและหน้าที่ของตนได้ผ่านองค์กรสมาชิกของนิติบุคคล³⁶ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจกระทำการใดๆ แทนนิติบุคคล และให้มีผลผูกพันนิติบุคคลได้ เรียกว่า ผู้แทนนิติบุคคล และถือว่าผู้แทนนิติบุคคลเป็นเสมือนอวัยวะของนิติบุคคลนั่นเอง การกระทำของผู้แทนนิติบุคคลจึงถือเสมือนเป็นการกระทำของนิติบุคคลเสมอ³⁷ นักนิติศาสตร์คนสำคัญที่สนับสนุนทฤษฎีนี้ คือ กิ์เก (Otto von Gierke)

5.3 หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท

โดยทั่วไปบริษัทมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และผู้ถือหุ้นรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ตนถือ ดังนั้นหากยึดถือหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยเคร่งครัด จะก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่เจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกผู้สุจริต เนื่องจากมีการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาแล้วใช้ความเป็นนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ เช่น บุคคลผู้ต้องผูกพันตามสัญญาต่อบุคคลอื่นจัดตั้งบริษัทขึ้นมากระทำการแทนตนเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามสัญญาหรือจัดตั้งบริษัทขึ้นมาโดยมีทรัพย์สินน้อยเกินสมควรและกระทำการโดยฉ้อฉลหรือมิชอบ เพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบทั้งทางดำนละเมิดและสัญญา จึงเกิดหลักที่เป็นข้อยกเว้นหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยให้ผู้ถือหุ้นของบริษัทต้องรับผิดชอบในบางกรณีเพื่อเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอก เรียกว่า “การเจาะม่าน” (Piercing The Veil) หรือ “การเลิกม่าน” (Lifting The Veil) หรือ “การไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล” (Piercing The Corporate Veil) ซึ่งหมายถึง การยกหรือเจาะม่านหรือเปิดฉากของบริษัทซึ่งมีสภาพเป็นนิติบุคคลออกไปเพื่อพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังของบริษัทและใช้บริษัทเป็นเครื่องบังหน้า หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Disregarding the Corporate Entity ซึ่งหมายถึง การไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นตัวตนของบริษัท ไม่ถือว่าบริษัทมีตัวตนหรือมีสภาพบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น หลักการนี้ถูกนำไปใช้ในหลายๆ ประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกาและเยอรมัน เป็นต้น

ในประเทศอังกฤษ ชวงแรกหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล (Piercing The Corporate Veil) ของบริษัทเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูง ต่อมามีการออกกฎหมายมารองรับ

³⁶ อ่างแล้ว. เชนเจอร์รที่ 33. หน้า 5 และ 12.

³⁷ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 7.

หลักการนี้ในกรณีต่างๆ เพิ่มเติม ศาลในประเทศอังกฤษได้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เช่น จำเลยเป็นลูกจ้างของโจทก์มีข้อสัญญาว่าจะไม่แย่งลูกค้าของโจทก์หลังจากสัญญาจ้างสิ้นสุด ต่อมาจำเลยจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อดำเนินกิจการตามที่จำเลยทำสัญญาไว้กับโจทก์แทนจำเลย ศาลวินิจฉัยว่าจำเลยและบริษัทของจำเลยต้องรับผิดชอบต่อโจทก์ แม้ว่าบริษัทนั้นจะมีได้เป็นคู่สัญญาหรือมีนิติสัมพันธ์กับโจทก์ก็ตาม เพราะบริษัทดังกล่าวเป็นเกราะกำบังหรือเป็นการหลอกลวงหรืออุบายของจำเลยเพื่อบ่ายเบี่ยงความรับผิดชอบของตน ศาลถือว่าบริษัทนั้นเป็นหุ่น (Alter ego) ของจำเลย³⁸ จำเลยผู้จะขายที่ดินพยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญาโดยการขายที่ดินให้แก่บริษัทซึ่งจำเลยจัดตั้งขึ้น ซึ่งจำเลยเป็นทั้งผู้ถือหุ้นรายใหญ่และกรรมการของบริษัท และหุ้นที่เหลือทั้งหมดจำเลยได้ให้ผู้อื่นถือไว้แทนตน จำเลยและบริษัทของจำเลยจึงต้องร่วมกันรับผิดชอบตามสัญญาต่อโจทก์ โดยจำเลยต้องรับผิดชอบในฐานะคู่สัญญา ส่วนบริษัทของจำเลยต้องโอนที่ดินคืนให้แก่โจทก์ โดยถือว่าบริษัทถือที่ดินไว้แทนจำเลยเพราะการจัดตั้งบริษัท และการโอนที่ดินให้บริษัทเป็นเพียงการที่จำเลยใช้บริษัทเป็นหุ่นเชิดเครื่องกำบัง หรือสิ่งหลอกลวง ในการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงหลักยุติธรรม³⁹

สหรัฐอเมริกาได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคล (Piercing The Corporate Veil) ของบริษัทมาจากประเทศอังกฤษเช่นกัน และต่อมาได้นำมาบัญญัติไว้ใน The Model Business Corporation Act, 1979 มาตรา 146 ว่า “ปกติจะใช้หลักความรับผิดชอบโดยจำกัดของผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ มีข้อยกเว้นหลักจำกัดความรับผิดชอบดังกล่าวในกรณีที่มีการนำบริษัทไปใช้ประโยชน์โดยไม่ยุติธรรมหรือจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบ หรือหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเพื่อหลอกลวง ฉ้อฉล อนึ่ง ผู้ถือหุ้น กรรมการ หรือพนักงานของบริษัทไม่ต้องรับผิดชอบการส่วนตัว ในกรณีที่บริษัทกระทำผิดสัญญากับบุคคลภายนอก เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าประโยชน์ของบริษัท” ซึ่งศาลได้ใช้หลักการไม่คำนึงถึงความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เช่น บุคคลที่ทำสัญญากับผู้อื่นว่าจะไม่ทำการค้าขายแข่งขันกัน ต้องรับผิดชอบส่วนตัว ในกรณีที่บุคคลนั้นจัดตั้งบริษัทขึ้นใหม่เพื่อทำการค้าขายแข่งขันกับผู้อื่นอันเป็นการหลีกเลี่ยงสัญญา โดยบริษัทนั้นตนถือหุ้นร้อยละ 98 และเป็นทั้งกรรมการและพนักงานของบริษัทด้วย เพราะผู้ถือหุ้นนั้นใช้บริษัทเสมือนเป็นหุ่นของตน⁴⁰ และศาลได้วินิจฉัยไว้ว่า เมื่อมีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดย

³⁸ ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล. หน้า 7.

³⁹ เพิ่งอ้าง.

⁴⁰ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 27. หน้า 10.

เจตนาที่จะต่อต้านประโยชน์สาธารณะก่อนความยุติธรรม กระทำการฉ้อฉล ต้องถือว่าบริษัทเป็นเพียงการรวมกันของกลุ่มคน ศาลจะไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท⁴¹

6.แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวกับการลงโทษทางอาญา

6.1 ทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง (Deterrence Theory)

เป็นทฤษฎีของสำนักคลาสสิก โดยซีซาร์ เบ็คคาเรีย เป็นผู้ที่ได้รับการยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้ง เบ็คคาเรียอธิบายถึงทฤษฎีการลงโทษเพื่อการข่มขู่ยับยั้งว่าการลงโทษที่สามารถข่มขู่ยับยั้งผู้กระทำความผิดได้ จะต้องมัลักษณะสำคัญ 3 ประการ⁴² คือ

6.1.1 การลงโทษด้วยความรวดเร็ว (Swiftness of Punishment) เบ็คคาเรียให้เหตุผลไว้ 2 ประการว่าทำไมจึงต้องลงโทษด้วยความรวดเร็ว ได้แก่

เหตุผลประการแรก ผู้กระทำความผิดบางราย กระบวนการยุติธรรมใช้เวลาหลายปีกว่าที่จะนำตัวมาพิพากษาลงโทษ บ่อยครั้งที่พบว่าเวลาที่ใช้ในการติดตามตัวยาวนานกว่าเวลาตามโทษที่จะกำหนดให้ลงโทษสำหรับความผิดนั้นเสียอีก แม้ว่าจะกำหนดโทษสูงสุดแล้วก็ตาม เบ็คคาเรียจึงกล่าวไว้ว่า “การลงโทษด้วยความรวดเร็วว่องไวและความใกล้ชิดกับการประกอบอาชญากรรม จะเกิดประโยชน์มากกว่า...”

เหตุผลประการที่สอง เบ็คคาเรียเน้นว่า ความรวดเร็วในการพิพากษาวางโทษ ผู้กระทำความผิดมีความสัมพันธ์กับขนาดของการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้ง การพิพากษาวางโทษและการลงโทษด้วยความรวดเร็วจึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง เบ็คคาเรียยังเชื่อว่า “การลงโทษที่มีความรวดเร็วและแน่นอนย่อมจะส่งผลในการระงับยับยั้งการกระทำความผิดได้มากยิ่งขึ้นกว่าการลงโทษที่ใช้ความรุนแรงเพียงอย่างเดียว”

6.2.2 ความแน่นอนในการลงโทษ (Certainty of Punishment) เบ็คคาเรียเห็นว่า เป็นคุณภาพที่สำคัญที่สุดของการลงโทษ เบ็คคาเรียกล่าวว่า “แม้กระทั่งความชั่วร้ายที่น้อยที่สุด แต่เมื่อผู้กระทำผิดได้รับโทษที่แน่นอนย่อมจะมีผลในการสร้างความเกรงขามในจิตใจคนได้ดียิ่ง” และเขายังกล่าวอีกว่า “ความแน่นอนในการลงโทษหากมันสามารถช่วยบรรเทาได้ การลงโทษนั้นมันจะถูกบันทึกในความทรงจำได้ยิ่งกว่าความกลัวในวิธีอื่นซึ่งยุ่งยากกว่า แต่เจือไว้ด้วยความหวังว่าจะได้รับการยกเว้นโทษ”

⁴¹ เฟ็งอ้าง.

⁴² คณะกรรมการปรับปรุงชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง. (2564). *แนวการศึกษาชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง 41716 หน่วยที่ 9-15* (พิมพ์ครั้งที่ 2). มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช. หน้า 9-14 – 9-16.

6.2.3 ความเคร่งครัดหรือความรุนแรงในการลงโทษ (Severity of Punishment)

เบ็คคาเรียเห็นว่า การลงโทษที่มีประสิทธิผล โทษที่เป็นไปได้นี้ จะต้องมากเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการประกอบอาชญากรรม

6.2 ทฤษฎีฮีโดนิซึม (Hedonism)

เป็นทฤษฎีของสำนักคลาสสิก โดยเจเรมี เบนธัม นักปรัชญาชาวอังกฤษ เป็นผู้สนับสนุนความคิดของเบ็คคาเรียเกี่ยวกับการแก้ไขกฎหมายและการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ทฤษฎีนี้กล่าวไว้ว่าความเพลิดเพลินและความเจ็บปวดเป็นพื้นฐานที่ก่อให้เกิดแรงจูงใจในมนุษย์ ภายใต้หลักการทฤษฎีฮีโดนิซึมการบัญญัติกฎหมายจึงมุ่งควบคุมพฤติกรรมของบุคคลและเสนอหลักการว่า การลงโทษอาชญากรรมแต่ละประเภทจะต้องก่อให้เกิดความเจ็บปวดความทุกข์ทรมานที่ได้รับจากการลงโทษมากกว่าความเพลิดเพลินที่จะได้รับการประกอบอาชญากรรม เพื่อให้ผู้กระทำความผิดเกิดความหลายจำ⁴³

6.3 ทฤษฎีแก้แค้นทดแทน (Retribution Theory)

ทฤษฎีแก้แค้นทดแทนเป็นแนวความคิดดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโบราณย้อนกลับไปได้ถึงสมัยที่มีการสร้างประมวลกฎหมายฮัมมูราบี (Code of Hammurabi) เมื่อประมาณ 1875 ปี ก่อนคริสตศักราชมีหลักการว่า การลงโทษผู้กระทำความผิดจะต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานที่ว่าผู้กระทำความผิดสมควรได้รับความเจ็บปวด และความเจ็บปวดดังกล่าวก็ควรจะเท่าเทียมกับปริมาณความร้ายแรงของความเสียหายที่บุคคลดังกล่าวได้ก่อขึ้นหรือเท่ากับความร้ายแรงของการกระทำผิดของบุคคลดังกล่าว ซึ่งแนวความคิดเบื้องหลังการแก้แค้นทดแทนมีที่มาจากแนวความคิดที่ว่า อาชญากรรมหรือการกระทำผิดกฎหมายรบกวนความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้นอาชญากรรมหรือผู้กระทำความผิดสมควรได้รับการลงโทษเพื่อฟื้นฟูความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม⁴⁴

Ernest van den Haas กล่าวว่า “การแก้แค้นทดแทนไม่ได้ทำไปเพื่อทำให้บุคคลใดพอใจหรือเพื่อชดเชยให้กับบุคคลใดที่ได้รับความทุกข์ทรมานจากการสูญเสียหรือถูกทำร้ายอันเนื่องมาจากอาชญากรรม แม้ว่ามันอาจจะมีผลเช่นนั้นก็ตาม แต่การแก้แค้นทดแทนมีขึ้นเพื่อการบังคับใช้กฎหมายและเพื่อการอ้างสิทธิตามกฎหมาย”⁴⁵

Andrew von Hirsch อธิบายว่า ในเมื่อผู้กระทำความผิดไม่สามารถควบคุมพฤติกรรมของตนเองในการแสวงหาประโยชน์จากบุคคลอื่นๆ ที่ในทางตรงข้ามสามารถอดกลั้นไม่เข้าไปรบกวนสิทธิของผู้กระทำความผิด ผู้กระทำความผิดจึงได้รับประโยชน์อันไม่เป็นธรรมมากกว่าบุคคลอื่นๆ ในสังคม การลงโทษ

⁴³ เเพ็งอั้ง. หน้า 9-19.

⁴⁴ Andrew von Hirsch. (1993). Principle of Criminology. (New York: General Hall). pp. 307.

⁴⁵ Ernest van den Haas. (1975). Punishing Criminals (New York: Basic Books). pp. 11.

จึงเป็นการแก้ไขความไม่เป็นธรรมดังกล่าวด้วยการกำหนดความเสียหายที่เท่าเทียมกันให้กับผู้กระทำผิด ทั้งนี้เพื่อเป็นการฟื้นฟูความสมดุลที่เสียไปอันเนื่องมาจากการกระทำของอาชญากร และเมื่อผู้กระทำผิดถูกลงโทษแล้วย่อมส่งผลให้ผู้กระทำผิดไม่อาจได้รับประโยชน์เหนือบุคคลได้อีกต่อไป⁴⁶

นอกจากนี้ ในการลงโทษผู้กระทำผิดยังมีหลักการทั่วไปว่า ระดับความรุนแรงในการลงโทษจะต้องเท่าเทียมกับความร้ายแรงของการกระทำผิดที่ได้กระทำลงไป โดย Von Hirsch กล่าวว่า หลักการลงโทษต้องได้สัดส่วนกับความผิดที่กระทำเป็นหลักการพื้นฐานของความยุติธรรม หลักการดังกล่าวเป็นเครื่องรับประกันว่าโทษที่ลงแก่ผู้กระทำผิดมีความเป็นธรรม ว่าสิทธิ์ของผู้ที่ถูกลงโทษไม่ได้ถูกนำมาเป็นเครื่องสังเวยเพื่อประโยชน์ผู้อื่น และผู้กระทำผิดไม่ได้รับการปฏิบัติมากกว่าหรือน้อยกว่าที่ควรจะถูกดำเนินตามเนื้อหาแห่งการกระทำผิด⁴⁷

Sutherland จึงเห็นว่า การที่รัฐต่างๆ กำหนดบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายถือได้ว่าเป็นสิ่งที่คล้ายคลึงกันกับสัญชาตญาณของมนุษย์ในการแก้แค้นเอาคืนผู้กระทำผิดนั่นเอง ดังที่ Sir James Stephen ผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายอาญาชาวอังกฤษตั้งข้อสังเกตว่า “กระบวนการยุติธรรมทางอาญามีขึ้นเพื่อแสดงความโกรธแค้นขุนเคืองจิตใจ การสมรสมีขึ้นเพื่อแสดงความรัก” (Criminal Procedure is to Resentment What Marriage is to Affection)

John Dewey โต้แย้งว่า ความเป็นธรรมของการลงโทษจะต้องแสดงให้เห็นได้ถึงผลลัพธ์ในอนาคตที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้กระทำผิดและต่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคมด้วยโดยมากแล้วคนมักจะทำกล่าวว่า ถ้าอาชญากรไม่ถูกลงโทษตามที่สมควรถูกลงโทษเสียแล้ว เหตุจากการกระทำผิดก็ย่อมจะต้องหาทางแก้แค้นเอาคืนด้วยตนเอง ทำให้เหยื่อต้องหันไปพึ่งอำนาจศาลเตี้ยหรือปฏิเสธที่จะร้องทุกข์หรือให้การเป็นพยาน ซึ่งอาจกลายเป็นการขัดขวางการจัดการกับอาชญากรของรัฐ จากแง่มุมดังกล่าวทำให้การลงโทษตามกฎหมายกลายเป็นวิธีการจัดการกับความรู้สึกโกรธแค้นอาฆาตส่วนตัวของเหยื่อและจึงนำเอาอาชญากรเข้ามาสู่กระบวนการยุติธรรม⁴⁸ ดังนั้น การลงโทษจึงเป็นการอ้างว่ากฎหมายอยู่เหนือสิ่งอื่นใด (Superiority of Moral Law)⁴⁹

⁴⁶ Andrew von Hirsch. (1976). Doing Justice (New York: Hill and Wang). pp. 47

⁴⁷ เฝิงอั้ง. หน้า 69-71.

⁴⁸ John Dewey. (1922). Human Nature and Conduct (New York: Henry Holt). pp. 18-19.

⁴⁹ Urmilla Sharma and S. K. Sharma. (2007). Principles and Theory of Political Science. (Nice Printing). pp. 303.

บทที่ 3

ประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับ กฎหมายการสอบสวนคดีพิเศษและกฎหมายการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว

1. การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.1 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศไทยมีโครงสร้างพื้นฐานความพร้อมสิ่งอำนวยความสะดวกในการขนส่งที่ทันสมัย การคมนาคมและโครงข่ายเทคโนโลยีสารสนเทศที่ก้าวหน้าเพื่อสร้างบรรยากาศในการดำเนินธุรกิจ และการดำรงชีวิตที่ดี ความอุดมสมบูรณ์ของทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งมีนิคมอุตสาหกรรมชั้นนำของโลก ที่นำเสนอสิ่งอำนวยความสะดวกอันทันสมัยที่ตอบสนองต่อความต้องการของทั้งบริษัทข้ามชาติขนาดใหญ่และขนาดกลางและขนาดย่อม เมื่อนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทย นอกจากเงินลงทุนที่หลั่งไหลเข้ามาแล้วกระจายไปสู่ส่วนต่างๆ แล้ว ในประเทศนักลงทุนต่างชาติยังได้นำเทคโนโลยี ความรู้ และโอกาสในการจ้างงานคนไทยเข้ามา ด้วยเหตุนี้จึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการลงทุนจากต่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของการพัฒนาเศรษฐกิจ ทักษะ ความรู้และเทคโนโลยีของประเทศไทย ทำให้ภาครัฐบาลและภาคเอกชนจึงจะต้องมีความกระตือรือร้นในการอำนวยความสะดวกให้กับ นักลงทุนต่างชาติ และกำจัดอุปสรรคต่างๆ ที่กีดกันทำให้ลงทุนเป็นไปอย่างล้าช้า⁵⁰

เมื่อเทียบขนาดเศรษฐกิจของประเทศอื่นๆ ในโลกประเทศไทยยังมีขนาดเศรษฐกิจที่ไม่ใหญ่มากนัก จึงเป็นหน้าที่ของภาครัฐบาลในการถ่วงดุลการกระจายการลงทุนเพื่อไม่ให้เศรษฐกิจภายในประเทศถูกผูกขาดโดยชาวต่างชาติและคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศ รวมทั้งการรักษาความสงบเรียบร้อย ศีลธรรมอันดีของประชาชน และการจัดระเบียบต่างๆ การประกอบอาชีพของคนไทย การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม และคุณภาพชีวิตของคนไทย⁵¹

⁵⁰ สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. (2559). การลงทุนต่างประเทศของไทย. หน้า 2.

⁵¹ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 20. หน้า 9-10.

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันคนต่างชาติเข้ามาหาผลประโยชน์เกินควรและเอาเปรียบเอาเปรียบโดยใช้อำนาจเงิน ความรู้ ความชำนาญ และความพร้อมที่เหนือกว่า จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายที่กำหนดรับรองให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจบางประเภทได้ และยังมีธุรกิจบางประเภทที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะ รวมถึงเพื่อเป็นการป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีอิทธิพลในประเทศไทยมากจนเกินไป ประเทศไทยจึงมีกฎหมายสำคัญที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1.1.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับสภาพความเป็นนิติบุคคลไว้ในมาตรา 1015⁵² กล่าวคือ เมื่อได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลแล้ว บริษัทจำกัด จะมีสภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น รวมทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบด้วย ซึ่งโดยปกติผู้ถือหุ้นและกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัท ความรับผิดชอบของบุคคลดังกล่าวคงมีเพียงจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบตามมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น

จากการศึกษาพบว่า มีกรณีที่เกิดจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทและใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เช่น ฉ้อโกง หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือตามสัญญา โดยจัดตั้งบริษัทเพื่อกระทำการแทนตน เมื่อเกิดความเสียหายหรือก่อภาระหนี้สิน ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการจะหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบที่ตนควรจะต้องรับ โดยอยู่เบื้องหลังบริษัท และปล่อยให้บริษัทรับผิดชอบแทนตน

ในต่างประเทศมีข้อยกเว้นหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท เรียกว่า หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท (Piercing the Corporate Veil; การเจาะทะลุม่านกัน, Disregarding the Corporate Entity) เพื่อเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการ ซึ่งมีได้สร้างขึ้นเพื่อยกเลิกหรือเพิกถอนหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัท เพียงแต่เป็นหลักที่ผ่อนคลายความเข้มงวดของหลักสภาพนิติบุคคลที่แยกต่างหากออกจากผู้ถือหุ้นโดยเด็ดขาด ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ประเทศไทยได้นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ทั้งที่ปรากฏในกฎหมายต่างๆ และแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ดังต่อไปนี้⁵³

1) การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลโดยบทบัญญัติของกฎหมาย

ประเทศไทยเริ่มนำแนวความคิดของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2460 โดยบัญญัติไว้ในกฎหมายหลายฉบับ อาทิเช่น ประกาศคณะปฏิวัติ

⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

⁵³ นราฤทธิ กาแก้ว. (2554). การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 9-10.

ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ข้อ 3⁵⁴ ได้นิยาม “คนต่างด้าว” โดยให้ถือว่านิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่ง หรือหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว ไม่ถือว่าเป็นนิติบุคคลของไทย, ประมวลกฎหมายที่ดิน พุทธศักราช 2497 ได้กำหนดสิทธิในที่ดินของนิติบุคคลต่างด้าว และบุคคลต่างด้าว ก็ได้กำหนดลักษณะ “นิติบุคคล” ที่ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว เป็นต้น

2) การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลโดยคำพิพากษาของศาล

ศาลไทยได้พิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่งของบริษัทผู้ถือหุ้น และกรรมการ จัดตั้งบริษัทในลักษณะที่เป็นหุ้น และมีการกระทำที่ไม่ชอบธรรมของผู้ถือหุ้นเกิดขึ้นซึ่งคำพิพากษามีลักษณะทำนองเดียวกับการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทหรืออาจกล่าวได้ว่าศาลนำหลักสุจริตในมาตรา 5 ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตงกัตี ในการชำระหนี้ก็ตี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” มาใช้บังคับ คำพิพากษาฎีกาที่ควรพิจารณาคือ

คำพิพากษาที่ 3119/2526 โจทก์ประกอบกิจการนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์โดยให้ลูกค้ากู้ยืมเงินจากบริษัทในเครือเพื่อซื้อหุ้นของบริษัทโจทก์เอง โดยมีเงื่อนไขว่าจำเลยจะต้องจำนำหุ้นไว้กับบริษัทในเครือของโจทก์ ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นกรณีที่โจทก์รับเอาหุ้น ของบริษัทโจทก์ไว้เป็นประกันฝ่าฝืนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1143 ตกเป็นโมฆะ

คำพิพากษาที่ 1560/2527 ศาลฎีกาตัดสินโดยอาศัยพฤติการณ์ของโจทก์ที่ ให้จำเลยกู้เงินจากบริษัทในเครือ ของบริษัทโจทก์โดยเงินที่กู้เป็นเงินของบริษัทโจทก์ ทั้งหุ้นที่จำเลย จำนำแก่บริษัทในเครือดังกล่าว โจทก์เป็นผู้ยึดถือไว้เอง ซึ่งต้องห้ามขัดแย้งตามประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1143⁵⁵

แนวคิดเกี่ยวกับการถือหุ้น

บริษัทสามารถจัดหาแหล่งทุนได้จากหลากหลายแหล่ง เช่น การกู้ยืมเงินจากธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่นๆ แต่แหล่งทุนที่สำคัญของบริษัท คือ “ทุนเรือนหุ้น (share capital)” ซึ่งเป็นแหล่งทุนที่ได้มาจากการที่บริษัทได้มีการกำหนดแบ่งทุนจดทะเบียนของบริษัทออกเป็นส่วนๆ เรียกว่า “หุ้น” โดยแต่ละหุ้นจะมีมูลค่าเท่ากัน ผู้ที่ต้องการจะเข้ามาลงทุนในบริษัทก็จะเข้ามาซื้อหุ้นในบริษัท ผู้ลงทุนจึงกลายมาเป็น “ผู้ถือหุ้น” ของบริษัทบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มิได้ให้คำจำกัดความ

⁵⁴ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281. (2515, 25 พฤศจิกายน). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 89 ตอนที่ 180. ฉบับพิเศษ หน้า 2.

⁵⁵ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 53. หน้า 11.

ของคำว่า หุ้น เอาไว้โดยเฉพาะแต่ ถ้าพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการแบ่งทุนของบริษัทออกเป็นหุ้น อาจพิจารณาได้ 3 ด้าน คือ

- 1) ในด้านของบริษัท หุ้น คือ เงินทุนที่ผู้ถือหุ้นเอามาให้บริษัทใช้ในการดำเนินกิจการของบริษัท
- 2) ในด้านเจ้าหน้าที่ของบริษัท หุ้นเป็นหลักประกันในการชำระหนี้ของบริษัท
- 3) ในด้านตัวผู้ถือหุ้น หุ้นเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นที่มีอยู่ในบริษัท

ทั้งนี้ วัตถุประสงค์ที่สำคัญประการหนึ่งของการแบ่งทุนออกเป็นหุ้น ก็เพื่อจะได้ถือเอามูลค่าของแต่ละหุ้นเป็นมาตรฐานในการกำหนด “สิทธิและหน้าที่” ของผู้ถือหุ้นให้เป็นธรรม ทั้งในส่วนการจัดการบริษัทและผลกำไรของบริษัทให้เป็นไปตามสัดส่วนแห่งการถือหุ้น โดยที่สิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้น มีดังนี้ คือ สิทธิในการได้รับเงินปันผล สิทธิในการได้รับทรัพย์สินคืน เมื่อเลิกบริษัท และสิทธิที่ควรพิจารณา คือ สิทธิในการครอบงำดูแลการจัดการ ซึ่งสิทธิที่สำคัญของผู้ถือหุ้นในอันที่จะครอบงำการจัดการบริษัท คือ สิทธิเข้าร่วมประชุม และสิทธิออกเสียง(voting right or right to vote) ของผู้ถือหุ้น เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่สามารถจัดการงานของบริษัทได้โดยตรง จึงจำเป็นต้องให้ผู้ถือหุ้นได้เข้าร่วมประชุมและออกเสียงในกิจการที่ตนมีส่วนได้เสียนั้น

กฎหมายเกี่ยวกับบริษัทของไทยและต่างประเทศ ได้บัญญัติรับรองไว้ให้ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิเข้าประชุมผู้ถือหุ้นได้ เพราะหากผู้ถือหุ้นได้มีส่วนเข้ามามีบทบาทในการดำเนินงานของบริษัทมากเพียงใด ผู้ถือหุ้นก็จะได้รับความคุ้มครองมากขึ้นเท่านั้น และเนื่องจากสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นจะใช้ได้ต่อเมื่อมีการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น ซึ่งเป็นสิ่งที่จำเป็นและสำคัญต่อการจัดการและการดำเนินกิจการของบริษัท และมีความสำคัญต่อผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นโอกาสที่ผู้ถือหุ้น จะได้ใช้สิทธิของตนกระทำการต่างๆ ที่กฎหมายกำหนด อันเป็นการควบคุมการจัดการของกรรมการบริษัท โดยกิจการที่กฎหมายบังคับให้อยู่ในอำนาจที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแบ่งออกเป็น 3 ประเภท⁵⁶ คือ

- 1) การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ
- 2) การตัดสินใจเรื่องสำคัญของบริษัท กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้มติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงที่มากกว่าปกติ อันได้แก่ มติพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท มาตรา 1195 หรือด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้น ซึ่งมาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ตามพระราชบัญญัติบริษัท

⁵⁶ ยินดี วิชชุโสภาส. (2543). อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 76.

มหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 กิจการที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงมากกว่าปกติ ได้แก่ การแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิหรือข้อบังคับ การเพิ่มหรือลดทุน การออกหุ้นกู้ (ในการออกหุ้นกู้นี้กระทำได้เฉพาะแต่ในบริษัทมหาชนเท่านั้น) การควบบริษัทและการรวมกิจการและการเลิกบริษัท

3) การตัดสินใจเรื่องอื่นๆ ของบริษัท กรณีที่กฎหมายกำหนดให้ใช้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่ไม่ได้กำหนดให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่าปกติอย่างกรณีการตัดสินใจในเรื่องสำคัญของบริษัท กิจการที่ต้องได้รับความเห็นชอบจากมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วยคะแนนเสียงข้างมาก ได้แก่ การอนุมัติบัญชีงบดุล การอนุมัติจ่ายเงินปันผล การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี กิจการอื่นๆ ที่กฎหมายกำหนดให้ใช้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนั้น สิทธิออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น จึงมีความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้น เพราะทำให้ผู้ถือหุ้นมีส่วนร่วมในการจัดการบริษัทโดยมีโอกาสใช้สิทธิให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในกิจการต่างๆ ที่เสนอเข้ามาในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และยังใช้สิทธิออกเสียงเพื่อควบคุมการดำเนินงานของกรรมการได้ ซึ่งหมายความว่าสิทธิควบคุมกิจการได้นั่นเอง⁵⁷

1.1.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1) ที่มาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประเทศไทยได้มีการติดต่อค้าขายกับชาวต่างชาติมาตั้งแต่สมัยสุโขทัยจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากประเทศไทยมีความได้เปรียบทางสภาพทางภูมิศาสตร์ทำเลที่ตั้งของบริเวณนี้เหมือนเป็นศูนย์กลางทางการค้าในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เพราะติดทะเลและแม่น้ำต่างๆ เข้าไปในตัวอาณาจักร ด้วยเหตุนี้ ทำให้ประเทศไทยสามารถใช้การคมนาคมหลักในการติดต่อค้าขายกับประเทศต่างๆ ได้สะดวกสบาย และในอดีตคนต่างด้าวสามารถเข้ามาทำธุรกิจในประเทศไทยได้อย่างเสรี ส่งผลให้มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก เมื่อถึงสมัยต้นกรุงรัตนโกสินทร์ การค้ากับต่างประเทศยังคงเป็นลักษณะผูกขาดของหลวงโดยผ่านหน่วยงานที่เรียกว่า “พระคลังข้างที่”⁵⁸ ซึ่งออกประกาศบังคับสินค้าบางอย่างที่หายาก และมีราคาแพง เช่น ริงนก ผาง ตีบุก งาช้าง พริกไทย เนื้อไม้ ตะกั่ว พลวง ซึ่งเป็นสินค้าที่ต้องห้าม กล่าวคือ สินค้าเหล่านี้ได้ห้ามซื้อขายกันเองต้องนำมาขายให้แก่พระคลังข้างที่เท่านั้น ถ้าหากชาวต่างชาติต้องการที่จะได้สินค้าเหล่านี้ต้องซื้อจากพระคลังข้างที่เช่นเดียวกัน จนกระทั่ง พ.ศ. 2398 ประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาทางพระราชไมตรีต่อประเทศอังกฤษและประเทศสยาม (Treaty Of Friengship and Commerce Between The British Empire and the Kingdom of Siam) หรือที่รู้จักกันในชื่อสนธิสัญญาเบาว์ริง

⁵⁷ อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 53. หน้า 11-13.

⁵⁸ โยธิน อินทรประสงค์. (2560). กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (พิมพ์ครั้งที่ 2). นิติธรรม. หน้า 6.

(Bowring Treaty) ถือเป็นสนธิสัญญาที่นำประเทศไทยเข้าสู่การค้าแบบเสรี ชาวอังกฤษสามารถทำการค้าขายได้อย่างเสรีในประเทศไทยและต่อมาภายหลังได้รวมถึงคนสัญชาติอื่นด้วย นอกจากนี้ผลประโยชน์ในเชิงพาณิชย์ที่ทำให้การทำมาค้าขายในภาคเอกชนมีความเจริญเติบโตอย่างยิ่ง ยังถือเป็นโอกาสทองของคนในท้องถิ่นที่จะได้เรียนรู้ความรู้และความชำนาญของคนต่างด้าวไปด้วย จนกระทั่งในสมัยสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวพระองค์ทรงเล็งเห็นว่าคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก จนอาจจะมาแย่งงานคนไทยซึ่งจะเกิดปัญหาทำให้คนไทยไม่มีงานทำ ดังนั้น จึงโปรดให้ตรากฎหมายควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวขึ้น เช่น กฎ ข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมแรงงานและสภาพการทำงานกฎหมายเกี่ยวกับกรรมกรลากรด เป็นต้น จนกระทั่งในช่วงการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เกิดแนวความคิดชาตินิยม รัฐบาลไทยในขณะนั้นได้สร้างกฎหมายขึ้นเพื่อจำกัดอาชีพของคนต่างด้าวหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติช่วยอาชีพและวิชาชีพ พ.ศ. 2484 พระราชกฤษฎีกากำหนดอาชีพและวิชาชีพไว้สำหรับเฉพาะคนไทย พ.ศ. 2485 และได้มีการแก้ไขกฎหมายฉบับนี้เรื่อยมา ซึ่งช่วงแรกกฎหมายการทำงานของคนต่างด้าว ยังมีได้แยกออกจากกัน อีกทั้งยังไม่มีแนวคิดในการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทย คนต่างด้าวสามารถทำมาค้าขายหรือประกอบธุรกิจในประเทศสยามได้อย่างเสรีเรื่อยมา จนกระทั่งใน พ.ศ. 2515 รัฐบาลไทยโดยคณะปฏิวัติ นำโดย จอมพลถนอม กิตติขจร ได้พิจารณาเห็นว่าในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในไทยเป็นจำนวนมาก และมีแนวโน้มมากขึ้นตามลำดับ ประกอบกับคนไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิทยาการความรู้และเงินทุนในการประกอบธุรกิจได้มากขึ้น จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและส่วนรวม โดยกำหนดให้คนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือบุคคลธรรมดาต้องได้รับอนุญาตก่อนการประกอบธุรกิจได้ เหตุนี้จึงมีการออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 หรือเรียกว่า ปว.281 อันเป็นกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกของประเทศไทยที่บังคับเฉพาะคนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น โดยมีหลักการที่เป็นสาระสำคัญ ซึ่งอาจสรุปได้ดังนี้

(1) ไม่ใช่บังคับแก่คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทย เป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับต่างประเทศ กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทย เป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับต่างประเทศ ไม่อยู่ในภายใต้บังคับของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้แต่อย่างใด

(2) กำหนดคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ใน ข้อ 3 ของประกาศของคณะปฏิวัติฯ ไว้ดังนี้ “คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมถึง

ก. นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

ข. นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิก ตั้งแต่ กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือ ผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด

(3) กำหนดประเภทธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้ให้คนไทย แบ่งออกเป็น 3 บัญชี คือ

ก. บัญชี ก. เป็นบัญชีประเภทธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้สำหรับคนไทยเป็นการถาวร กล่าวคือ ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีนี้อีก

ข. บัญชี ข. เป็นบัญชีประเภทธุรกิจที่ต้องการสงวนไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะ ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจนี้ได้เช่นเดียวกับบัญชี ก. แต่ยอมให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจมาก่อนใช้บังคับ ป.ว. 281 ยังคงสามารถประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้

ค. บัญชี ค. เป็นบัญชีประเภทธุรกิจสงวนที่เปิดให้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้าได้ (ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็นกรมพัฒนาธุรกิจการค้า)

ในช่วงเวลาที่ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว มีการตราพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี ก. และบัญชี ข. ไว้ 3 ฉบับ คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชี ข. ได้ โดยขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า

(2) พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ในบัญชี ก. และบัญชี ข. ได้เป็นการชั่วคราว กรณีคนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับการจัดแสดงนิทรรศการ จัดประชุมสัมมนา หรือสาธิต

(3) พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ ประเภทนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ตามบัญชี ก. ได้ โดยกำหนดเงื่อนไขในคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงที่สำคัญ

เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีผลใช้บังคับ ส่งผลให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เข้าข่ายเป็นคนต่างด้าวตามคำนิยามของคนต่างด้าวดังกล่าว จะต้องอยู่ในบังคับของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 คือ คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี ก. หรือบัญชี ข. ไม่ได้ เว้นแต่ธุรกิจตามที่พระราชกฤษฎีกากำหนดไว้ ส่วนธุรกิจตามบัญชี ค. ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด เว้นแต่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะการ หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับต่างประเทศ จะได้รับการยกเว้นไม่อยู่ในบังคับของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 โดยไม่ต้องขออนุญาตและไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งในช่วงดังกล่าวมีเพียงสนธิสัญญาทางไมตรีและความสำคัญทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 มีผลให้คนชาติ

อเมริกัน บริษัทหรือวิสาหกิจอเมริกัน สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่อยู่ในบังคับของประกาศของ คณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ยกเว้นธุรกิจเกี่ยวกับการคมนาคม การขนส่งการทำหน้าที่รับดูแลทรัพย์สิน เพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การธนาคารที่ทำหน้าที่รับฝากเงินการแสวงหาประโยชน์จากที่ดินหรือ ทรัพยากรธรรมชาติ หรือการค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางเกษตรพื้นเมือง

หลังจากมีการประกาศใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีการแก้ไข เพิ่มเติม 2 ครั้ง ดังนี้

ครั้งที่ 1 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี พ.ศ. 2521 โดยพระราชบัญญัติแก้ไข เพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2521 บัญญัติเพิ่มเติมบทบัญญัติให้คนต่างด้าวที่ เข้ามาในราชอาณาจักรไทยโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ หรือระหว่างรอ การเนรเทศ หรือคนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย คือ คนต่างด้าวที่อพยพ หลบหนีเข้าเมือง สามารถประกอบธุรกิจได้บางประเภท และเฉพาะในท้องที่ที่ประกาศเท่านั้น

ครั้งที่ 2 มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2535 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พ.ศ. 2535 เนื่องจากมีการตีความ “นิติบุคคลที่ถือเป็นคนต่างด้าว” โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความเรื่อง สัดส่วนการถือหุ้น กรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด สรุปสาระสำคัญได้ว่า

ในการพิจารณาสัดส่วนของคนต่างด้าวใน “ด้านทุน” (ตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281) จำเป็นต้องวินิจฉัยโดยพิจารณาถึง เจตนารมณ์ของกฎหมาย ที่ไม่ต้องการให้นิติบุคคลต่างด้าวประกอบกิจการประเภทที่กำหนดแข่งขัน กับคนไทยและหากพิจารณาเฉพาะทุนที่คนต่างด้าวนำมาลงในบริษัทด้วยตนเองโดยตรงเท่านั้น ย่อม เป็นช่องว่างที่ก่อให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่ออำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคล โดยไปถือหุ้น ผ่านบริษัทอื่นแทน ดังนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้พิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวใน นิติบุคคลไทยที่ เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท (การถือหุ้นโดยบริษัทโฮลดิ้ง หรือการถือหุ้นทางอ้อม) กับ สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยตรงในบริษัทแล้ว ทำให้ทุนต่างด้าวที่มีอยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่ง ของทุนของบริษัท บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด จึงมีฐานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามประกาศของ คณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ตามข้อ 3 (1) ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวลงทุนถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น ตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนด้วยตนเองโดยตรง หรือโดยอ้อม(ผ่านบริษัทโฮลดิ้ง)

จากการตีความดังกล่าวของคณะกรรมการกฤษฎีกา อาจส่งผลกระทบต่อ ระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นอันมาก เนื่องจากหากนับรวมการถือหุ้นทางอ้อมด้วย ประเทศไทยจะมี บริษัทที่มีสัญชาติเป็นคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก รัฐบาลสมัยนายอานันท์ ปันยารชุน เป็น นายกรัฐมนตรีจึงได้ตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (ฉบับที่ 2)

พ.ศ. 2535 โดยยกเลิกนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามข้อ 3 (1) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“คนต่างด้าว” หมายถึง “บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือ นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น”

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวนั้น จะพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้นๆ เพียงชั้นเดียว โดยจะไม่พิจารณาไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนในนิติบุคคลนั้น จึงเข้าหลักเกณฑ์สัดส่วน การถือหุ้นคนไทยกับต่างชาติที่ร้อยละ 49 : 51 ตามที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

จากบทบัญญัติดังกล่าว ส่งผลให้การพิจารณาความหมายของคนต่างด้าว เปลี่ยนไป กล่าวคือ พิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้น เพียงชั้นเดียว (โดยตรง) โดยไม่พิจารณาถึงทุนทั้งหมดของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น กล่าวคือ ไม่พิจารณาถึงการถือหุ้นและทุนโดยอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้งที่มีสัญชาติไทย ดังนั้น การพิจารณาความหมายของคนต่างด้าว ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 ในส่วนของนิติบุคคลจึงพิจารณาจาก “สัดส่วนของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น (จำนวนผู้ถือหุ้น)” และ “สัดส่วนเงินลงทุนของคนต่างด้าวที่ลงทุน (ถือหุ้น) เองโดยตรงในนิติบุคคลนั้น” เท่านั้น⁵⁹

ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้ถูกนำมาใช้บังคับอยู่ราว 30 ปี โดยมีการแก้ไขจำนวน 2 ครั้ง ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จนกระทั่งในปีพ.ศ. 2540 ประเทศไทยประสบภาวะวิกฤตเศรษฐกิจอย่างรุนแรงจนต้องกู้เงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศหรือ IMF ส่งผลให้ประเทศไทยยื่นหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) กับกองทุนการเงินระหว่างประเทศและแก้ไขกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบกับประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ที่ใช้อยู่่นั้น มีหลักเกณฑ์บางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้น รวมทั้งเพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย ประเทศไทยจึงได้ยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 และประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542⁶⁰

⁵⁹ อ่างแล้ว. เชียงธรรมที่ 53. หน้า 14-18.

⁶⁰ อ่างแล้ว. เชียงธรรมที่ 20. หน้า 7-9.

2) *สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542*

(1) *มาตรา 4⁶¹ กำหนดคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ว่า*

“คนต่างด้าว หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย*
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย*
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้*
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น*

ถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น ถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จะเห็นได้ว่าเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา ความเป็นคนต่างด้าวสำหรับนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย จะนับพิจารณาจากจำนวนทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น⁶²

“ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

(2) ผู้ที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือมีสิทธิตามข้อตกลง หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จะไม่ได้รับยกเว้นจากกฎหมายเหมือนกับ ปว. 281 แต่ให้อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายเช่นเดียวกับคนต่างด้าวอื่น มีภาระหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและเงื่อนไขที่รัฐบาลกำหนด และคนต่างด้าวจะอ้างสิทธิตามสนธิสัญญาเข้ามาประกอบธุรกิจในไทยได้ก็

⁶¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 2.

⁶² อ้างแล้ว. *เชิงอรรถที่ 53*. หน้า 21.

ต่อเมื่อประเทศของคนต่างด้าวนั้นได้ดำเนินการเปิดให้คนของประเทศคู่สัญญาสามารถเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศนั้นได้แล้วด้วย⁶³

(3) คนต่างด้าวที่จะขออนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายนี้จะต้องมีทุนขั้นต่ำมาจากต่างประเทศตามจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ซึ่งจะกำหนดตามความเหมาะสมของแต่ละประเภทธุรกิจและสภาวะความจำเป็นของประเทศ⁶⁴ โดยคำว่า “ทุนขั้นต่ำ” มีการกำหนดคำนิยามไว้ในมาตรา 4 ดังนี้

“ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย⁶⁵

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำไว้ในมาตรา 14⁶⁶ ความว่า

“มาตรา 14 ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น”

(4) *ช้อยกเว้นและเงื่อนไขต่างๆ สำหรับคนต่างด้าวในประกอบธุรกิจในประเทศไทย*

⁶³ เพิ่งอ้าง.

⁶⁴ เพิ่งอ้าง.

⁶⁵ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 61.

⁶⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 6.

“มาตรา 5 การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนา เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรม และจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษา สิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัย และพัฒนา”⁶⁷

“มาตรา 6 คนต่างด้าวต่อไปนี้ ห้ามประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร

(1) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย

(2) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น”⁶⁸

“มาตรา 7 คนต่างด้าวต่อไปนี้ จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาต จากอธิบดี และจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด โดย การอนุมัติของคณะกรรมการในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนด เงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร

(1) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตาม กฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

(2) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วย สัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น”⁶⁹

“มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าว ประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรม พื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะกรรมการ

⁶⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 3.

⁶⁸ เพิ่งอ้าง.

⁶⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 3-4.

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”⁷⁰

“มาตรา 10 บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช่บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”⁷¹

“มาตรา 12 ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี

การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด”⁷²

⁷⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 4.

⁷¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 4-5.

⁷² เพิ่งอ้าง.

“มาตรา 13 ในกรณีที่มิมีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว”⁷³

“มาตรา 15 คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้นเว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด”⁷⁴

“มาตรา 16 คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (1) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์
- (2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (3) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
- (5) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 241 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (7) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

⁷³ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 71.

⁷⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 6.

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือ ผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในวรรคหนึ่งด้วย”⁷⁵

“มาตรา 17 ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 18 สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสามก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสองให้รัฐมนตรีแจ้งการไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสามให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้งคนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา 20 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”⁷⁶

“มาตรา 18 รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

(1) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

⁷⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 6-7.

⁷⁶ เพิ่งอ้าง.

(2) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่
อยู่ในราชอาณาจักร

(3) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ

(4) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน

(5) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น”⁷⁷

(5) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดธุรกิจบางประเภทที่ “คนต่างด้าว” ไม่สามารถประกอบกิจการได้ หรือประกอบกิจการได้โดยมีเงื่อนไขไว้ตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติ (บัญชี 1-3) ซึ่งหากไม่ใช่ธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว ย่อมสามารถประกอบกิจการได้เช่นเดียวกับคนไทย โดยที่ไม่ต้องขออนุญาต และไม่มีเงื่อนไข หรือ ข้อจำกัดใดๆ โดยในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดประเภทธุรกิจที่ประสงค์จะควบคุมการประกอบการโดยคนต่างด้าวไว้⁷⁸ เป็น 3 บัญชี⁷⁹ ดังนี้

“บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการโดยเด็ดขาด เนื่องจากต้องการที่จะปกป้องธุรกิจที่หวงแหนไว้สำหรับคนไทย

(1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์

(2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(3) การเลี้ยงสัตว์

(4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

(6) การสกัดสมุนไพรไทย

(7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่า

ทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน”

⁷⁷ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 75.

⁷⁸ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 53. หน้า 21-22.

⁷⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก.

“บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัย หรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี (ตามมาตรา 8 (2)) โดยนิติบุคคลต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง จะต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ในนิติบุคคลนั้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนการถือหุ้นนี้ให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด ทั้งนี้ ตามที่ มาตรา 15 บัญญัติไว้⁸⁰

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศรวมถึงกิจการ

การบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และ

ทัศนกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม ทัศนกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องมือแกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการ

พิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหินหรือเครื่องเงิน

(6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

⁸⁰ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 53. หน้า 22.

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์
- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย”

“**บัญชีสาม** เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจนี้ได้ เมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งมีปลัดกระทรวงพาณิชย์เป็นประธาน กรรมการ (ตามมาตรา 8 (3))⁸¹

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับ
คนต่างด้าว

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเพียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขโรคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการ ที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

⁸¹ เพิ่งอ้าง.

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง”

กล่าวโดยสรุป ในการพิจารณาคำขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองหรือ บัญชีสามนั้น จะต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติของผู้ขออนุญาตในมาตรา 16 ก่อน โดยจะไม่นำเรื่องบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ ตามมาตรา 8 ไปใช้บังคับ ดังนี้

มาตรา 6 คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศ ตามพระราชบัญญัติการเนรเทศ พ.ศ. 2499 หรือเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาต ไม่สามารถประกอบธุรกิจใดๆ ในประเทศไทยได้

มาตรา 7 คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย หรือคนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติ จะสามารถประกอบธุรกิจได้ต่อเมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เฉพาะประเภทธุรกิจ และในท้องที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ประกาศกำหนด โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาเท่านั้น

มาตรา 10 กรณีมาตรา 10 วรรคหนึ่ง เป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ เป็นการเฉพาะกาล ย่อมไม่นำมาตรา 5, มาตรา 8, มาตรา 15, มาตรา 17 และมาตรา 18 มาใช้บังคับกับคนต่างด้าวประเภทนี้ กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตฯ เป็นการเฉพาะกาลนี้ จะต้องดำเนินการขออนุญาตรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ตามมาตรา 11 จึงจะสามารถประกอบธุรกิจใดๆ ได้ ถึงแม้ว่าจะเป็นธุรกิจตามบัญชีท้ายก็ตาม กรณีตามมาตรา 10 วรรคสอง เป็นกรณีคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยผลแห่งสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี เช่น พันธกรณีตาม GATS ย่อมไม่นำมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งมาใช้บังคับกับคนต่างด้าวประเภทนี้ เช่นเดียวกับคนต่างด้าวตามมาตรา 10 วรรคแรก โดยให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขแห่งสนธิสัญญาดังกล่าว

มาตรา 12 คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก ตามพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 หรือตามกฎหมายอื่นในธุรกิจตามบัญชีสอง หรือบัญชีสาม ต้องดำเนินการขออนุญาตรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงจะสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้

นอกจากนี้ ไม่ว่าจะเป็นการประกอบธุรกิจซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้หรือไม่ก็ตาม กฎหมายได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะต้องมีทุนตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามมาตรา 14 กล่าวคือ กรณีที่เป็นการประกอบธุรกิจที่ไม่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ต้องมีทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย เป็นจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ส่วนกรณีธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท โดยในปัจจุบัน ได้มีกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำแล้วออกใช้ 2 ฉบับ คือ “กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2545” และ “กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 ลงวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2547” โดยจำแนกตามธุรกิจ 2 ประเภท คือ

ประเภทที่ 1 การประกอบธุรกิจที่ไม่ใช่ธุรกิจตามท้ายพระราชบัญญัติ
คนต่างด้าวจะต้องมีทุนขั้นต่ำในการเริ่มประกอบธุรกิจตั้งแต่ 2 ล้านบาทขึ้นไป

ประเภทที่ 2 การประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ
กฎกระทรวงได้กำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2545 มีหลักว่า คนต่างด้าวที่จะได้รับอนุญาตจะต้องมีทุน
ขั้นต่ำไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 ของค่าเฉลี่ยต่อปีของประมาณรายจ่าย ในการประกอบธุรกิจแต่ละธุรกิจ
ของคนต่างด้าวเป็นเวลา 3 ปี ตั้งแต่ 3 ล้านบาทขึ้นไป หากระยะเวลาประกอบธุรกิจไม่เกิน 3 ปี ให้
เฉลี่ยตามระยะเวลาที่ประกอบธุรกิจ แต่ต้องคิดเฉลี่ยต่อปีของระยะเวลาที่ประกอบธุรกิจ ทั้งนี้ ต้องมี
จำนวน 3 ล้านบาทขึ้นไป

ส่วนคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนใน
ประเทศไทยตามกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้ามาใน
ประเทศไทย (ฉบับที่ 1) พ.ศ. 2545 ลงวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2545 กฎหมายบัญญัติให้ต้องนำเงินทุน
ขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดเข้ามาในประเทศไทยภายในระยะเวลา 3 ปี นับตั้งแต่วันเริ่มประกอบ
ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตหรือนับแต่วันที่ได้รับอนุญาตสำหรับธุรกิจที่ต้องขออนุญาต ซึ่งใน 3 เดือน
แรกต้องนำหรือส่งเข้ามาไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนขั้นต่ำ และต้องให้ครบร้อยละ 50 ของทุนขั้นต่ำ
ภายในระยะเวลา 1 ปี ส่วนที่เหลือให้นำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย ภายใน 15 วัน นับแต่วัน
นำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยด้วย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2547 ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม
สนธิสัญญาทวิภาคีที่ประเทศไทยเป็นภาคี ซึ่งให้สิทธิเป็นการยกเว้นแก่คนชาติภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเป็นการ
ต่างตอบแทน แต่เนื่องจากมีกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้า
มาในประเทศไทยที่ใช้บังคับอยู่ซึ่งไม่สอดคล้องกับพันธกรณีดังกล่าว จึงได้มีการออกกฎกระทรวง
กำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือลงทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547
ลงวันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2547 โดยมีจุดประสงค์เพื่อกำหนดระยะเวลาในการนำหรือลงทุนขั้นต่ำ
เข้ามาในประเทศไทยสำหรับคนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยสนธิสัญญาทวิภาคีที่
ประเทศไทยเป็นภาคีซึ่งให้สิทธิเป็นการยกเว้นแก่คนชาติภาคีเป็นการต่างตอบแทน

นอกจากนี้ ตามมาตรา 18 ยังได้กำหนดว่า ในการออกใบอนุญาตสำหรับ
ธุรกิจตามบัญชีสอง หรือธุรกิจตามบัญชีสาม รัฐมนตรีฯ โดยคำแนะนำของคณะกรรมการประกอบ
ธุรกิจของคนต่างด้าว มีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้อง
ปฏิบัติตาม ดังต่อไปนี้

- (1) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

(2) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร

(3) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ

(4) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน

(5) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น

ปัจจุบันยังไม่มีกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขที่คนต่างด้าวจะต้องปฏิบัติตามทั้ง 5 ข้อมาใช้บังคับ ดังนั้น ตามบทเฉพาะกาลจึงให้ใช้กฎกระทรวงที่ออกตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ที่กำหนดไปพลางก่อน คือ กฎกระทรวงฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2516) ออกตามความในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ที่กำหนดเงื่อนไข ดังนี้

(1) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตที่กำหนดว่าเงินกู้ทั้งสิ้นที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตต้องไม่เกิน 7 เท่าของเงินทุนส่วนที่เป็นของผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือเจ้าของกิจการ แล้วแต่กรณี

(2) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งต้องมีภูมิลำเนาหรืออยู่ในราชอาณาจักรกำหนดให้กรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ประเทศไทยอย่างน้อย 1 คน ส่วนในเงื่อนไข (3) - (5) นั้น ยังไม่มีกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขบังคับ และไม่มีกฎกระทรวงตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 กำหนดเงื่อนไขเรื่องนี้ไว้ซึ่งการสงวนอาชีวะมิให้คนต่างด้าวกระทำได้ดังที่กล่าวมานั้น ถือเป็นกีดกันเสรีภาพในการแข่งขันโดยเสรีระหว่างคนต่างด้าวกับคนไทย ด้วยเหตุผลในเรื่องการรักษาความมั่นคงเศรษฐกิจของประเทศ การจัดระเบียบในประเทศไทยเนื่องจากการให้เสรีภาพแก่คนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ นั้น อาจส่งผลกระทบต่อประเทศชาติมากกว่าผลดี⁸²

คำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางที่ 205/2555 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2555 เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด กรณีมีคนต่างด้าวร่วมลงทุนหรือมีอำนาจลงนามในห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด

“ข้อ 2. ให้ผู้ขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดส่งเอกสารหลักฐานที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะการเงินของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยทุกคนประกอบคำขอจดทะเบียน โดยเอกสารดังกล่าวต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่นำมาลงทุนหรือถือหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นแต่ละราย ในกรณีใดกรณีหนึ่ง ดังต่อไปนี้

⁸² อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 22-27.

(1) กรณีห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดมีผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวลงหุ้นหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดไม่ถึงร้อยละ 50 ของเงินลงหุ้นหรือทุนจดทะเบียน

(2) กรณีบริษัทจำกัดไม่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น แต่คนต่างด้าวเป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงนามหรือร่วมลงนามผูกพันบริษัท”

1.1.3 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

รัฐบาลของประเทศที่กำลังพัฒนาอย่างเช่นประเทศไทยได้เร่งรัดการพัฒนาทางเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศ เพื่อยกระดับความเป็นอยู่ของประชาชน รัฐบาลเล็งเห็นว่าภาคเอกชนมีส่วนช่วยในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ อุตสาหกรรมโดยการลงทุน ซึ่งจะนำเข้ามาซึ่งเงินตราต่างประเทศ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้เอกชนเข้ามามีส่วนในการลงทุนมากขึ้น สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศก็เป็นที่ประจักษ์ให้เห็นว่ามีความต้องการการลงทุนและการขยายฐานการผลิตจากประเทศที่พัฒนาแล้วมีอยู่จำกัด ทำให้มีการแข่งขันในระหว่างประเทศ ผู้รับการลงทุนในการที่จะชักจูงและดึงดูดการลงทุนไปสู่ประเทศของตน รัฐบาลจึงต้องสนับสนุนและผลักดันให้มีการลงทุนเกิดขึ้น ด้วยการให้สิทธิและประโยชน์ต่างๆ ที่เห็นว่าเป็นสิ่งดึงดูดให้นักลงทุนตัดสินใจลงทุน โดยวิธีการที่จะให้บรรลุเป้าหมายดังกล่าว ประกอบด้วยมาตรการทางกฎหมาย ได้แก่ วิธีการที่รัฐอาศัยอำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายให้สิทธิพิเศษให้หลักประกันการคุ้มครอง ตลอดจนการผ่อนผัน และยกเว้นหลักกฎหมายอื่นๆ วิธีการเหล่านี้เรียกว่า การให้สิ่งจูงใจทางกฎหมาย (Legal Incentives) หรือที่เรียกว่า สิทธิและประโยชน์ ส่วนมาตรการที่มีใช้กฎหมาย ได้แก่ มาตรการปรับปรุงภาวะเศรษฐกิจ การเมือง และสิ่งอำนวยความสะดวกพื้นฐาน เช่น การคมนาคม ขนส่ง สื่อสาร ทำเรื่องให้เหมาะสม มาตรการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวข้างต้น ปกติจะดำเนินการโดยรัฐบาลของประเทศผู้รับการลงทุน(Host Country) อย่างไรก็ตาม การส่งเสริมการลงทุนนี้ อาจจะทำโดยรัฐบาลของประเทศผู้ส่งออกการลงทุน (Home Country) ดังกรณีสหรัฐอเมริกาและยุโรปบางประเทศได้สนับสนุนให้เอกชนของตนออกไปลงทุนยังต่างประเทศ การส่งเสริมการลงทุนโดยประเทศผู้ส่งออกการลงทุนจะใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อเป็นหลักประกันในทรัพย์สิน และกิจการของผู้ลงทุน โดยการทำสนธิสัญญากับประเทศผู้รับการลงทุน การประกันภัยการลงทุนสำหรับการไปลงทุนในต่างประเทศโดยรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐ มาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมการลงทุนคือ การออกกฎหมายพิเศษเพื่อให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ แก่ผู้ลงทุน สำหรับกฎหมายที่กำหนดสิทธิประโยชน์นี้อาจเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เกี่ยวกับ การลงทุนจากต่างประเทศ อย่างเช่น กฎหมายการลงทุนจากต่างประเทศ (Foreign Investment Law) ของบางประเทศ หรือกฎหมายการลงทุนโดยทั่วไป (Investment Law) ที่ให้สิทธิประโยชน์ทั้งการลงทุนจากต่างประเทศและการลงทุนในประเทศเท่าเทียมกัน เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุนของไทย หรือกฎหมายภายในโดยทั่วไป เช่น กฎหมาย

เกี่ยวกับภาษีอากรและกฎหมายอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติการให้สิทธิประโยชน์ตลอดจนการส่งเสริมการลงทุนโดยสิทธิสัญญาระหว่างประเทศ

กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิและประโยชน์สำหรับการลงทุนในประเทศไทยที่สำคัญ คือ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ซึ่งกำหนดสิทธิประโยชน์ หลักประกัน และการคุ้มครองการลงทุนไว้อย่างละเอียด มีรายละเอียดดังนี้⁸³

“มาตรา 17 ผู้ใดประสงค์จะเป็นผู้ได้รับการส่งเสริม ต้องยื่นคำขอรับการส่งเสริมต่อสำนักงานตามหลักเกณฑ์ วิธีการและแบบที่เลขาธิการกำหนด พร้อมด้วยโครงการลงทุนที่ขอรับการส่งเสริม ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

การขอรับการส่งเสริมก่อนจัดตั้งเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ตามวรรคสอง ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและแบบที่เลขาธิการกำหนด”⁸⁴

กล่าวคือ ผู้ที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนต้องเป็นนิติบุคคล โดยกิจการที่จะพึงได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้น ต้องเป็นกิจการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ กิจการผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง หรือกิจการที่ใช้ผลิตผลการเกษตร หรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ ซึ่งกิจการนั้นยังไม่มีในราชอาณาจักรหรือมีในราชอาณาจักรไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัย ซึ่งในแต่ละหมวดอุตสาหกรรมนั้นแบ่งเป็นประเภทกิจการย่อยๆ และมีการกำหนดเงื่อนไขประกอบไว้ เช่น เงื่อนไขที่ตั้งของกิจการกำหนดขนาดการลงทุนไว้เฉพาะ ลักษณะ และขอบข่ายประเภทธุรกิจที่อนุญาตให้สามารถดำเนินการได้ การกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติ เป็นต้น⁸⁵

1.2 คดีความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นคดีพิเศษ

ตามประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2565 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ได้กำหนดให้คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามกฎหมาย จำนวน 25 ฉบับ แต่เฉพาะส่วนที่เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะปรากฏอยู่ในข้อ 16 ว่า

⁸³ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 41-42.

⁸⁴ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520. (2520, 4 พฤษภาคม). *ราชกิจจานุเบกษา*. เล่ม 94 ตอนที่ 38. ฉบับพิเศษ หน้า 10-11.

⁸⁵ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 82.

“16.คดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นการกล่าวหา นิติบุคคลหรือคนต่างด้าวซึ่งมีสินทรัพย์ตามงบแสดงฐานะการเงินรวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป”⁸⁶

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เกี่ยวกับการกำหนดโทษและอาจมีลักษณะเข้าข่ายเป็นคดีพิเศษนั้น มีอยู่ทั้งหมด 6 มาตรา รายละเอียดดังนี้

1.2.1 คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาต ต่อมา ถูกสั่งพัก ถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือ ถูกระงับการประกอบธุรกิจ แต่ยังคงประกอบธุรกิจต่อ (มาตรา 34)

“มาตรา 34 คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรอง ผู้ใดถูกสั่งพักใช้หรือ ถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์ หรือรัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายให้พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”⁸⁷

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 34 ได้แก่

- 1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรอง
- 2) มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้
 - (1) ถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต
 - (2) ถูกเพิกถอนใบอนุญาต
 - (3) ถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์
 - (4) รัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดท้ายให้พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว
- 3) คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป
- 4) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึง หนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อธิบายได้ว่า คนต่างด้าวที่ถูกพักไม่ให้ใช้ใบอนุญาตเป็นการชั่วคราวหรือถูกเพิกถอน หรือระงับการประกอบธุรกิจโดยไม่มีสิทธิอุทธรณ์นั้น ย่อมไม่อาจประกอบธุรกิจได้โดยถูกกฎหมายอีก

⁸⁶ อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 6.

⁸⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 12.

ต่อไป หากคนต่างด้าวเหล่านี้ยังฝ่าฝืนอยู่และไม่เลิกดำเนินธุรกิจก็จะมีโทษตามมาตรา 34 นี้ คือ จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และยังมีโทษพิเศษเพิ่มเติม คือ ต้องโดนโทษปรับวันละ 10,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจอยู่⁸⁸

1.2.2 คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตไปร่วมประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 35)

“มาตรา 35 คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้ หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมีได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”⁸⁹

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 35 ได้แก่

- 1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้
- 2) กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้
 - (1) ร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมีได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้
 - (2) ประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว
- 3) เพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้
- 4) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อธิบายได้ว่า โดยปกติ การทำธุรกิจย่อมมีการร่วมมือทำธุรกิจกันระหว่างนักลงทุน แต่การร่วมลงมือทำธุรกิจที่เป็นความผิดตามมาตรา 35 นี้ คือ มีลักษณะเป็นการร่วมกันทำธุรกิจเพื่อหลีกเลี่ยงหรือปกปิดสถานะความเป็นคนต่างด้าว เพื่อที่จะสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีท้าย

⁸⁸ โยธิน อินทรประสงค์. (2565). กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (พิมพ์ครั้งที่ 3). นิติธรรม. หน้า 184-185.

⁸⁹ อ้างแล้ว. เจริญธรรมที่ 87.

พระราชบัญญัติได้โดยไม่ต้องขออนุญาต ไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันโดยตรงตาม (1) หรือให้คนต่างด้าวรายอื่นอาศัยใบอนุญาตของตนในการประกอบธุรกิจในนามของตนตาม (2) โดยมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเมื่อคดีขึ้นสู่ศาล กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องมีคำสั่งให้ยกเลิกการทำธุรกิจนั้นด้วย หากไม่เลิก จะมีโทษพิเศษเพิ่มเติม คือ ต้องโดนโทษปรับวันละ 10,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจอยู่ เช่นเดียวกับมาตรา 34⁹⁰

1.2.3 บุคคลสัญชาติไทยช่วยเหลือคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจหรือถือหุ้นแทนเพื่อหลีกเลี่ยงให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ (มาตรา 36)

“มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”⁹¹

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 36 ได้แก่

1) ผู้ใด

(1) ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้
(2) คนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้

2) กระทำกรอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว

⁹⁰ อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 88. หน้า 185-186.

⁹¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. (2542, 4 ธันวาคม). ราชกิจจานุเบกษา. เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก. หน้า 12-13.

(2) ร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ

(3) เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

(4) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสียแล้วแต่กรณีหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อธิบายได้ว่า มาตรา 36 มีหลักเกณฑ์ที่คล้ายกับมาตรา 35 เพียงแต่ผู้ที่กระทำความผิดตามมาตรา 36 นั้น เป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนด้วยการถือหุ้นแทน หรือที่เรียกว่า **โนมินี(Nominee)** เพื่อให้คนต่างด้าวดำเนินธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าจะเป็นการร่วมมือกันโดยตรงหรือให้คนต่างด้าวรายอื่นอาศัยชื่อของตนในการประกอบธุรกิจ รวมถึงคนต่างด้าวที่ยินยอมให้คนไทยหรือนิติบุคคลไทยทำการฝ่าฝืนด้วย⁹²

จะเห็นได้ว่าความผิดตามมาตรา 36 นี้ มีเจตนาที่สำคัญคือ การกระทำเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ กล่าวคือ แม้คนต่างด้าวที่ได้รับการช่วยเหลือหรือสนับสนุนยังไม่ได้ประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนตามท้ายพระราชบัญญัตินี้ บุคคลที่ให้การช่วยเหลือหรือสนับสนุนก็มีความผิดตามมาตรา 36 นี้แล้ว

มาตรานี้มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเมื่อคดีขึ้นสู่ศาล กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องมีคำสั่งให้ยกเลิกการทำธุรกิจหรือเลิกการถือหุ้นหรือเลิกเป็นหุ้นส่วน และยังมีโทษพิเศษเพิ่มเติม คือ ต้องโดนโทษปรับวันละ 10,000 - 50,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจอยู่ ซึ่งเป็นโทษที่หนักกว่ามาตรา 34 และมาตรา 35⁹³

1.2.4 คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต (มาตรา 37)

“มาตรา 37 คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็น

⁹² อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 88. หน้า 186.

⁹³ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 88. หน้า 187.

หุ้นส่วนแล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”⁹⁴

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 37 ได้แก่

- 1) คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8
- 2) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับและให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อธิบายได้ว่า กรณีที่คนต่างด้าวถูกห้ามไม่ให้ประกอบธุรกิจเนื่องจากมีปัญหาดำเนินการตามกฎหมายกำหนด ได้แก่ กฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง ตามมาตรา 6, กฎหมายเกี่ยวกับสัญชาติ ตามมาตรา 7 และคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติโดยไม่ได้รับอนุญาต ตามมาตรา 8 มาตรานี้มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และเมื่อคดีขึ้นสู่ศาล กฎหมายกำหนดให้ศาลต้องมีคำสั่งให้ยกเลิกการทำธุรกิจหรือเลิกการถือหุ้นหรือเลิกเป็นหุ้นส่วน และยังมีโทษพิเศษเพิ่มเติม คือ ต้องโดนโทษปรับวันละ 10,000 - 50,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจอยู่ เช่นเดียวกับมาตรา 36⁹⁵

1.2.5 คนต่างด้าวฝ่าฝืนการลงทุนหรือฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนด (มาตรา 38)

“มาตรา 38 คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนตามมาตรา 14 หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 18 (3) ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทและปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”⁹⁶

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 38 ได้แก่

- 1) คนต่างด้าว
- 2) ประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนตามมาตรา 14 หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา 18 (3)
- 3) ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทและปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

อธิบายได้ว่า มาตรา 14 เป็นเรื่องกาปฏิบัติในเรื่องข้อกำหนดเรื่องจำนวนระยะเวลาที่ต้องนำทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย ส่วนมาตรา 18(3) เป็นเรื่องจำนวนและระยะเวลาการรักษาเงินทุนขั้นต่ำไว้ในประเทศไทย มาตรานี้มีโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือ

⁹⁴ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 91. หน้า 13.

⁹⁵ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 93.

⁹⁶ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 94.

ทั้งจำทั้งปรับและยังมีโทษพิเศษเพิ่มเติม คือ ต้องโดนโทษปรับวันละ 10,000 - 50,000 บาทตลอดระยะเวลาที่ยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจอยู่⁹⁷

1.2.6 ความรับผิดของกรรมการ (มาตรา 41)

“มาตรา 41 ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”⁹⁸

องค์ประกอบความผิดตามมาตรา 41 ได้แก่

- 1) นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37
- 2) กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น
- 3) ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อธิบายได้ว่า หากนิติบุคคลกระทำความผิดกฎหมาย นิติบุคคลจะต้องถูกฟ้องร้อง รวมไปถึงถึงผู้แทนของนิติบุคคลด้วย แต่โจทก์ต้องแสดงให้เห็นว่าผู้แทนนิติบุคคลนั้นรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น มาตรานี้มีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ⁹⁹

1.3 การได้มาซึ่งอำนาจควบคุมกิจการของคนต่างด้าวในกิจการที่มีคนต่างด้าวร่วมลงทุนอยู่ด้วย

1.3.1 การได้มาซึ่งอำนาจควบคุมกิจการผ่านหุ้นหรือหุ้น มี 3 วิธี ได้แก่

- 1) การกำหนดไว้ในหุ้นบุริมสิทธิ
หุ้นบุริมสิทธิ (Preferred Stock) เป็นตราสาร ประเภทหุ้นทุน ซึ่งมีการจัดบุริมสิทธิกำหนดสิทธิการเรียกร้องในสินทรัพย์ และเงินปันผล รวมถึงสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิเป็นพิเศษอื่นๆ ไว้อย่างชัดเจน เช่น เงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิจะเป็นอัตราที่ตายตัว และถือเป็นค่าใช้จ่ายคงที่

⁹⁷ อ้างแล้ว. เชิงบรรณที่ 88. หน้า 188.

⁹⁸ อ้างแล้ว. เชิงบรรณที่ 94.

⁹⁹ อ้างแล้ว. เชิงบรรณที่ 88. หน้า 189.

ของบริษัท และโดยทั่วไป ผู้ถือหุ้นบริมสิทธิมีสิทธิเข้าร่วมในที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่สิทธิในการออกเสียงอยู่ที่การกำหนดสัดส่วนของหุ้นต่อสิทธิออกเสียง¹⁰⁰

2) บริษัทโฮลดิ้ง (Holding Company)

ตามกฎหมายไทย ไม่ปรากฏว่าได้นิยามความหมายของ “บริษัทโฮลดิ้ง” ไว้โดยเฉพาะ แต่จากหนังสือ The holding company and corporate control ได้ให้ความหมาย “Holding Company” financial institutions which manage a portfolio of stocks in order to control the companies in which they hold a share of the equity capital. ซึ่งอาจแปลได้ว่า สถาบันทางการเงินซึ่งบริหารจัดการกลุ่มสินทรัพย์ (Portfolio) เพื่อควบคุมบริษัทที่ตนถือครองสินทรัพย์อยู่¹⁰¹ และ Black's Law Dictionary ให้ความหมายไว้ว่า “Holding Company” a company formed to control other companies, usu. Confining its role to owning stock and supervising management กล่าวคือ Holding Company หมายถึง บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อควบคุมบริษัทอื่น โดยจำกัดหน้าที่ของบริษัทเพื่อเป็นเจ้าของหุ้นและควบคุมการจัดการในบริษัทอื่น นอกจากนี้ ในพจนานุกรมศัพท์นิติศาสตร์ (ฉบับราชบัณฑิตยสถาน) ได้ให้ความหมายว่า Holding Company หมายถึง บริษัทที่ถือหุ้นใหญ่ (ในบริษัทอื่น)

กล่าวโดยสรุป Holding Company หมายถึง บริษัทที่ตั้งขึ้น เพื่อเข้าไปถือหุ้นอันเป็นการถือหุ้นส่วนใหญ่หรือควบคุมกิจการในบริษัทอีกแห่งหนึ่ง มักอยู่ในรูปของกลุ่มบริษัทที่มีการจัดตั้งและดำเนินธุรกิจในประเทศตั้งแต่สองประเทศขึ้นไป และที่สำคัญคือภายในกลุ่มบริษัทเหล่านี้จะมีการติดต่อเชื่อมโยงและมีความสัมพันธ์ต่อกัน เช่น มีการควบคุมจากบริษัทหนึ่ง เรียกว่า บริษัทแม่ (The Parent Company) ตั้งอยู่ในประเทศใดประเทศหนึ่ง (Home Country) โดยมักจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหุ้นส่วนใหญ่และมีอำนาจควบคุมในการบริหารจัดการในบริษัทลูกของตน (Subsidiaries) บริษัทลูกเหล่านี้ มักถูกจัดตั้งขึ้นในอีกประเทศที่ได้เข้าไปลงทุนหรือทำธุรกิจโดยตรง

ผลทางกฎหมายสำหรับการจัดตั้งบริษัทลูก ทำให้บริษัทลูกมีสภาพนิติบุคคลแยกต่างหากจากบริษัทแม่ สามารถดำเนินธุรกิจและนิติกรรมสัญญาต่างๆ ในนามของตนเอง ส่วนบริษัทแม่เอง สามารถควบคุมบริษัทลูกได้เพียงผ่านอำนาจในการถือหุ้นใหญ่ของบริษัทลูก แต่หากพิจารณาความเป็นจริงแล้ว การดำเนินงานและความสัมพันธ์ภายในกลุ่มในเชิงธุรกิจไม่ได้มีการแยกขาดจากกันแต่อย่างใด¹⁰²

3) การถือหุ้นโดยผ่านนอมินีคนไทย

¹⁰⁰ อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 65.

¹⁰¹ Herman Daems. (1978). The holding company and corporate control. pp. 2.

¹⁰² อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 69-70.

Nominee หมายถึง ตัวแทนถือทรัพย์สิน อาจเป็นบุคคลหรือนิติบุคคลที่ได้รับการแต่งตั้งหรือได้รับมอบหมายให้เป็นตัวแทนในการถือและดูแลหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นใดแทนเจ้าของที่แท้จริงซึ่งต้องมีการโอนหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนเพื่อถือหลักทรัพย์ไว้ โดยประโยชน์ที่ตัวแทนจะได้รับนั้น ไม่ใช่ดอกเบี้ย แต่เป็นค่าตอบแทนในการดูแลหลักทรัพย์หรือทรัพย์สินอื่นใดตามอัตราที่ได้ตกลงกันไว้ nominee shareholders หมายถึง การถือหุ้นแทนกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่บุคคลหรือนิติบุคคลเรียกว่า nominee ที่ไม่ได้เป็นเจ้าของหุ้นที่แท้จริง ได้เข้าไปถือหุ้นในบริษัท คือ มีชื่อปรากฏอยู่ในทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้น แทนบุคคลอีกคนหนึ่งซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (ultimate shareholders /beneficial owner) และยังเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (ultimate beneficiary) จากหลักทรัพย์นั้นๆ โดยไม่ต้องเปิดเผยตัว สรุปได้ว่า เจ้าของหุ้นที่แท้จริงจะไม่ปรากฏชื่อในบัญชีรายชื่อของผู้ถือหุ้น หรือเอกสารใดๆ ของบริษัทที่ต้องยื่นต่อทางราชการ หรือเปิดเผยต่อบุคคลภายนอก¹⁰³

การใช้ nominee shareholders เป็นการอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง เนื่องจากการไม่เปิดเผยชื่อและสัญชาติของผู้ถือหุ้นที่แท้จริงนั้น นักลงทุนจึงอาจอาศัยช่องทางเหล่านี้ในการกระทำการอันไม่พึงประสงค์ต่างๆ เพื่อหลบเลี่ยงกฎหมายต่างๆ เช่น

(1) การที่ชาวต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในธุรกิจที่ดำเนินกิจการในประเทศไทยเกินกำหนดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติอาจตั้ง nominee shareholders เป็นบริษัทที่มีสัญชาติไทยขึ้นมาแล้วให้บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยกระทำการเป็น nominee shareholders แล้วประกอบกิจการที่กฎหมายไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ เช่น กิจการหนังสือพิมพ์ กิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ กิจการอสังหาริมทรัพย์ โรงแรม เป็นต้น

(2) การอาศัยความมีสัญชาติอื่นที่ไม่ใช่สัญชาติไทยในการใช้สิทธิขอส่งเสริมการลงทุนโดยนักลงทุนไทย ตั้งบริษัทในต่างประเทศแล้วให้ nominee shareholders ถือหุ้นบริษัทนั้นไว้ ทำให้บริษัทที่ตั้งเป็นนิติบุคคลต่างชาติ และเข้ามาขอใช้สิทธิในการขอรับการส่งเสริม การลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เพื่อขอใช้สิทธิพิเศษตามกฎหมาย

(3) การสร้างราคาหลักทรัพย์ให้ผิดจากสภาพตลาดปกติเพื่อทำกำไร (ปั่นหุ้น) โดยปกติการซื้อขายหลักทรัพย์ของนักลงทุนเป็นกลไกสร้างราคาของหลักทรัพย์ แต่นักลงทุนที่ต้องการสร้างราคาหลักทรัพย์จะมี nominee shareholders หลายรายส่งคำสั่งซื้อขายกันเอง ทำให้เกิดอุปสงค์และอุปทานไม่แท้ ในการซื้อขายหลักทรัพย์ ทำให้ราคาหลักทรัพย์สูงเกินความเป็นจริง แล้วทำการขายหลักทรัพย์ในราคาที่สูงเกินความเป็นจริง สร้างความเสียหายให้นักลงทุนรายอื่น

¹⁰³ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 74.

(4) การแปลงทรัพย์สินที่ได้มาโดยมิชอบเป็นหลักทรัพย์หรือการพอกเงิน เป็นการปกปิดที่มาของเงิน เพื่อสามารถนำเงินมาใช้ได้อย่างถูกกฎหมาย เช่น การนำเงินที่ได้จากการค้ายาเสพติดหรือค้ำมนุษย์ไปให้ nominee shareholders ที่อยู่ในต่างประเทศเพื่อซื้อหลักทรัพย์ในประเทศ แล้วทำการขายหลักทรัพย์นั้นเพื่อนำเงินมา อาจเป็นสาเหตุก่อให้เกิดผลเสียหายต่างๆ เช่น ทำให้มีการบิดเบือนทางการเงิน การบิดเบือนกระแสลงทุนที่แท้จริง

(5) การใช้วิธีการถือครองหุ้นหลายลำดับชั้น ยกตัวอย่างเช่น บริษัท C ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายประเทศจีน ถือหุ้นในบริษัท ก ร้อยละ 49 ซึ่งบริษัท ก ถือเป็นนิติบุคคลไทย ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพราะมีคนไทยต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่ง ต่อมาบริษัท ก ไปถือหุ้นในบริษัท ข ร้อยละ 51 และขณะเดียวกัน บริษัท C ก็เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ข ร้อยละ 49 ด้วย จะเห็นได้ว่าสัดส่วนเป็นนิติบุคคลไทยทุกประการ แต่หากคำนวณการเป็นผู้ถือหุ้นแล้ว จะเห็นได้ว่าผู้ที่เป็นหุ้นส่วนที่ถือหุ้นฝ่ายข้างมาก ในบริษัท ข ก็คือ บริษัท C ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนั่นเอง

การใช้วิธีการถือครองหุ้นหลายลำดับชั้น (หุ้นแบบสะสม) นั้น เป็นการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการหรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่งด้วย¹⁰⁴

1.3.2 การได้มาซึ่งอำนาจควบคุมกิจการผ่านกรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าว

การกำหนดให้จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว มีสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการคนไทยหรือประธานกรรมการจะต้องเป็นคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการ หรือเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจของบริษัท ซึ่งมีผลให้อำนาจในการออกเสียงในการบริหารกิจการต่างๆ ในที่ประชุมคณะกรรมการของบริษัทตกเป็นของคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวสามารถครอบงำการบริหารงานของบริษัทให้เป็นไปในทิศทางที่ตนต้องการได้ แม้ว่าคนต่างด้าวจะมีจำนวนผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยก็ตาม ท้ายที่สุดแล้วบริษัทซึ่งตามกฎหมายถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยแต่แท้จริงแล้วถูกรอบงำโดยคนต่างด้าว เพราะในการบริหารกิจการของบริษัทกรรมการเป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในการบริหารหรือจัดการควบคุมบริษัทโดยกรรมการมีหน้าที่ในการดำเนินการต่างๆ ในนามของบริษัทและการกระทำใดของกรรมการก็จะมีผลผูกพันบริษัท ถ้าหากการกระทำของกรรมการอยู่ในขอบวัตถุประสงค์ข้อบังคับของบริษัท ซึ่งวิธีนี้เป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถที่จะอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบ

¹⁰⁴ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 75-77.

ธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ

เมื่อพิจารณาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัตินี้ได้มีการกำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีสองไว้ในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติว่า “คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทย หรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี อาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีบทบัญญัติที่กำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในบัญชีสองเท่านั้น¹⁰⁵

2. การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว จึงมีความเจริญทางด้านเศรษฐกิจอย่างมาก ทั้งยังมีการพัฒนากฎหมายหลายฉบับซึ่งเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป และยังมีนโยบายเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุน โดยมีข้อจำกัดด้านการลงทุนเพียงบางประการเท่านั้น คือ การจำกัดปริมาณการลงทุนของคนต่างชาติ หรือความเป็นเจ้าของกิจการในธุรกิจบางประเภท ที่มีบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดไว้โดยมีเหตุผลว่ากิจการนั้นมีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ

การจำกัดคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ของสหรัฐอเมริกา สหรัฐอเมริกาไม่มีบทบัญญัติคำจำกัดความของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในกฎหมายสหรัฐอเมริกา เนื่องจากกฎหมายของสหรัฐอเมริกาคงไม่มีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่จะมีหลักเกณฑ์และข้อจำกัดในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้¹⁰⁶ อาทิเช่น

¹⁰⁵ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 77-78.

¹⁰⁶ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 80.

2.1 หลักเกณฑ์เกี่ยวกับทุนขั้นต่ำ ในการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในกรณีที่ผู้ลงทุนมีความประสงค์ที่จะสมัครขอสิทธิการเป็นผู้อยู่อาศัยอย่างถาวรในสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมาย Federal Immigration Act of 1990 Investor Visa Program กำหนดวงเงินขั้นต่ำไว้ที่ห้าแสนเหรียญ สำหรับการลงทุนในพื้นที่ก้นดาร์และมิดเวสต์การว่างงานสูง และหนึ่งล้านเหรียญ สำหรับการลงทุนในทุกพื้นที่ โดยมีเงื่อนไขว่าต้องมีการจ้างงานเต็มเวลาสำหรับคนสัญชาติอเมริกันหรือคนต่างด้าวที่มีสิทธิตามกฎหมายที่จะพำนักในสหรัฐอเมริกาอย่างถาวร อย่างน้อย 10 คนขึ้นไป เป็นเวลา 2 ปี และคนเหล่านี้ต้องไม่ใช่เครือญาติของผู้ลงทุน¹⁰⁷

2.2 เรื่องสัดส่วนการเป็นเจ้าของกิจการของคนต่างด้าว สหรัฐอเมริกาไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับสัดส่วนการเป็นเจ้าของกิจการของคนต่างด้าว ยกเว้นการลงทุนร่วมเป็นเจ้าของกิจการในอุตสาหกรรมที่ถือว่ามีความอ่อนไหวต่อความมั่นคงของประเทศ¹⁰⁸

2.3 หลักเกณฑ์การจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว สหรัฐอเมริกามีนโยบายในการสนับสนุนการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวอย่างเท่าเทียมกับนักลงทุนท้องถิ่นของสหรัฐอเมริกา โดยจะมีข้อจำกัดเพียงเล็กน้อย เฉพาะการประกอบธุรกิจที่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ดังนั้น การลงทุนจากต่างประเทศโดยทั่วไปคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้โดยไม่มีข้อจำกัดเรื่องจำนวนแต่อย่างใด โดยคนต่างด้าวสามารถเข้ามาลงทุนโดยถือหุ้นในบริษัทได้มากถึงร้อยละ 100 ยกเว้นเพียงธุรกิจบริการบางสาขาเท่านั้น จึงจะมีข้อจำกัดจำนวนหุ้นของคนต่างด้าว ได้แก่

2.3.1 ธุรกิจสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) ตามกฎหมาย Communication Act of 1934 และ 1996 ข้อ 310¹⁰⁹ ได้กำหนดข้อจำกัดการออกใบอนุญาตสำหรับผู้ถือใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและสถานีวิทยุ ดังนี้

Section 310 (a) : ห้ามรัฐบาลของต่างประเทศ หรือผู้แทนเป็นผู้ถือใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและสถานีวิทยุ

Section 310 (b)(1) : ห้ามบุคคลธรรมดาที่มีได้มีสัญชาติอเมริกันประกอบกิจการโทรคมนาคม

¹⁰⁷ พิจิตรา นรนาพันธ์. (2551). การเปิดเสรีการค้าบริการกับปัญหาการใช้ข้อมูลคนอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในประเทศไทย. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 59-60.

¹⁰⁸ เพิ่งอ้าง. หน้า 60.

¹⁰⁹ Federal Communications Commission. Communications Act of 1934. Federal Communications Commission. <https://transition.fcc.gov/Reports/1934new.pdf>

Section 310 (b)(2) : ห้ามนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศประกอบกิจการโทรคมนาคม

Section 310 (b)(3) : ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทั้งหมด

Section 310 (b)(4) : ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 25 ในกรณีบริษัทมีอำนาจในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตทั้งในทางตรงหรือทางอ้อม เว้นแต่กรณีคณะกรรมการโทรคมนาคม Federal Communications Commission (FCC) เห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าไม่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ

โดยที่ Section 310 (a), (b)(1), (b)(2) ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมโดยผ่านบริษัท โฮลดิ้งและข้อกำหนดเกี่ยวกับเพดานการถือหุ้นของคนต่างด้าวใน Section 310(b)(3) และ (b)(4) ยังไม่มีความชัดเจนในทางปฏิบัติส่งผลให้มีปัญหาในการบังคับใช้ FCC จึงได้ออกคู่มือการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติที่เรียกว่า Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio licenses เมื่อวันที่ 17 เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2547 ทั้งนี้เพื่อกำหนดแนวทางในการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติในนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมและวิทยุ ซึ่งมีหลักการคำนวณ 2 ลักษณะ คือ

1) การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณ (Multiplier) จากสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้น มี 2 กรณี คือ

(1) จำนวนจากสัดส่วนการถือหุ้นทุน (Equity Holding) หากต่างชาติถือหุ้นที่เป็นทุน (Equity interest) ร้อยละ 20 ในบริษัท A โดยบริษัท A ถือหุ้นที่เป็นทุนร้อยละ 40 ในบริษัท B และมีอำนาจควบคุมบริษัท B ในทางปฏิบัติ สัดส่วนหุ้นของต่างชาติที่ถือในบริษัท B ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจะเท่ากับร้อยละ 8

(2) จำนวนจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแต่ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการ (Non-controlling voting interests) หากผู้ถือหุ้นต่างชาติหลายรายซึ่งไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการ (Non-controlling voting interest) ถือหุ้นในบริษัท A ร้อยละ 30 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท โดยที่บริษัท A ถือหุ้นโดยไม่มีอำนาจบริหารในบริษัท B ร้อยละ 40 สัดส่วนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของต่างชาติในบริษัท B ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเท่ากับร้อยละ 12

2) การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยไม่ใช้ตัวคูณ (Multiplier not used) จากสัดส่วนการถือหุ้นในหลายระดับ คือ จำนวนจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและมีอำนาจในการบริหารจัดการ (Controlling voting interests) ซึ่งหากต่างชาติถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท A ร้อยละ 25 แต่ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท A และบริษัท A ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท B ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมใน

สัดส่วนร้อยละ 40 โดยบริษัท A มีอำนาจในการควบคุมบริษัท B ในทางปฏิบัติ จะถือได้ว่าบริษัท B มีหุ้นส่วนต่างชาติที่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 25 ซึ่งเกินเพดานสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทต่างชาติ ตามมาตรา 310(a)(4) ของ Communications Act ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

3) *อำนาจการควบคุม* เป็นตัวแปรสำคัญในการกำหนดสูตรคำนวณหุ้นส่วนต่างชาติ แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ อำนาจการควบคุมในทางกฎหมาย (De jure control) ซึ่งจะพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงว่าเกินกว่ากึ่งหนึ่งหรือไม่ และอำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติ (De facto control) ซึ่งจะพิจารณาจากตัวแปรที่สามารถบ่งชี้ว่าผู้ที่มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติ ดังนี้

- (1) สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานในแต่ละวัน
- (2) สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบาย การจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาต
- (3) สัญชาติของผู้รับผิดชอบ ในการจ่ายค่าจ้าง ค่าการจัดการ และการยกเลิกการจ้าง
- (4) สัญชาติของผู้จ่ายเงิน สำหรับข้อผูกพันทางการเงิน และค่าใช้จ่ายอื่นใดที่นอกเหนือจากค่าดำเนินการ
- (5) สัญชาติของผู้ได้รับเงินและผลกำไรจากการดำเนินงาน
- (6) สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท

โดยจะพิจารณาผู้ที่มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติจากปัจจัยต่างๆ ข้างต้นเป็นรายกรณีไป และจะคิดสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของผู้ที่มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณหุ้นส่วนต่างชาติที่กล่าวมาแล้ว¹¹⁰

2.3.2 ธุรกิจสื่อสารผ่านดาวเทียม (Satellite-base telecommunication)
มีการผูกขาดการให้บริการโดยบริษัท Communication Satellite Act of 1962¹¹¹

2.3.3 ธุรกิจการขนส่งทางอากาศภายในประเทศ (Domestic air transportation)
ตามกฎหมาย Federal Aviation Act of 1958 กำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกิน ร้อยละ 25 และจำกัดให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงในคณะกรรมการได้ไม่เกิน 1 ใน 3¹¹²

2.3.4 ธุรกิจการขนส่งทางเรือ (Shipping vessels) ตามกฎหมาย Merchant Marine Act of 1920 (The Jones Act) กำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกิน ร้อยละ 25 และเรือ

¹¹⁰ อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 53. หน้า 81-84.

¹¹¹ อ่างแล้ว. เจริญธรรมที่ 107. หน้า 62.

¹¹² เฟิงอ่าง.

ขนส่งที่ซีกองสหรัฐอเมริกาต้องเป็นของสหรัฐอเมริกา ร้อยละ 100 และห้ามเรือของคนต่างด้าวขนส่งสินค้าทางทะเลระหว่างท่าเรือของสหรัฐอเมริกา¹¹³

ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าสหรัฐอเมริกาจะมีนโยบายเศรษฐกิจเป็นระบบเสรีนิยม แต่ยังคงมีกฎหมายที่ออกมาจำกัดการถือหุ้น และควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีข้อสังเกตว่าการจำกัดสิทธิในการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกา จะมีเฉพาะสำหรับกิจการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ความปลอดภัยมั่นคงของประเทศ หรือจารีตประเพณี เท่านั้น¹¹⁴

2.4 เรื่องการกำหนดโทษปรับของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการบังคับใช้โทษปรับทั้งในชั้นก่อนการพิจารณาของศาล ระหว่างพิจารณาคดีในชั้นศาลและหลังการพิจารณาของศาล โดยส่วนใหญ่จะบังคับใช้กับการกระทำความผิดเล็กน้อยและความผิดที่เกี่ยวข้องกับทางเศรษฐกิจ ส่วนในความผิดที่เป็นอาชญากรรมระดับปานกลางและอาชญากรรมอุกฉกรรจ์ ไม่นิยมบังคับใช้โทษปรับแต่จะใช้โทษอย่างอื่น เช่น โทษกักขังจำคุกหรือประหารชีวิต โดยสหรัฐอเมริกาได้มีการนำระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดมาทดลองใช้เรียกว่าระบบ “Structured Fine” เพราะการใช้ระบบโทษปรับแบบตายตัวส่งผลให้การบังคับใช้โทษปรับมีช่องว่าง บางคดีที่ประสงค์ให้ผู้กระทำความผิดได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากโทษปรับอย่างแท้จริง ศาลจะต้องเพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นตามความเสียหายที่เกิดขึ้น จึงไม่มีมาตรฐานในการกำหนดโทษปรับ¹¹⁵ ระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดได้รับการบัญญัติไว้ใน Title 18 Part II Chapter 227 Subchapter C s 3571 (b)¹¹⁶ ปัจจุบันมีการใช้ระบบดังกล่าวในรัฐแอริโซนา รัฐคอนเนตทิคัต รัฐไอโอวา รัฐนิวยอร์ก และรัฐออลิกันต์ หลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ขั้นตอนที่สำคัญ ดังนี้

2.4.1 ศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยจำนวนวันปรับตามความร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยศาลจะไม่พิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิดหรือไม่คำนึงถึงวิธีการที่ผู้กระทำความผิดใช้ในการกระทำความผิด แต่มีการนำองค์ประกอบอื่นของผู้กระทำความผิดมาใช้

¹¹³ เฟิงอ้าง.

¹¹⁴ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 107. หน้า 63.

¹¹⁵ สมยศ วงษ์ดี. (2563). การนำระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดมาใช้กับกระบวนการยุติธรรมของไทย. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ดุสิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์]. หน้า 94.

¹¹⁶ เฟิงอ้าง. หน้า 95.

ประกอบการกำหนดจำนวนวันปรับด้วย เช่น ประวัติอาชญากรรม โดยศาลแทบจะไม่มีดุลพินิจในการกำหนดจำนวนวันปรับให้สอดคล้องกับปัจจัยต่าง ๆ ของผู้กระทำความผิดได้¹¹⁷

2.4.2 ศาลจะกำหนดรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด จากรายได้ของผู้กระทำความผิดมาหักค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีพและภาระค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิดและผู้ซึ่งต้องพึ่งพาฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดด้วย รวมถึงหักภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับผู้กระทำความผิด จากนั้นศาลจะคำนวณค่าปรับโดยนำจำนวนวันปรับคูณกับรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้คือจำนวนเงินค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระ¹¹⁸

ดังนั้น สิ่งที่เป็นรากฐานของโครงสร้างของระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ได้แก่ จำนวนวันปรับ ซึ่งการสร้างหรือการกำหนดจำนวนวันปรับเป็นหัวใจสำคัญของการนำระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดมาใช้ นอกจากนี้ สหรัฐอเมริกายังคำนึงถึงผู้กระทำความผิดที่มีฐานะทางเศรษฐกิจยากจนและผู้กระทำความผิดที่ไม่มีรายได้ โดยในกรณีผู้กระทำความผิดที่เป็นแม่บ้าน พ่อบ้านหรือผู้ที่ไม่ประกอบอาชีพ การคำนวณรายได้สุทธิของผู้กระทำความผิดนั้นศาลจะนำรายได้ของคู่สมรสมาพิจารณา หรือในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นนักเรียนนักศึกษาหรือผู้พิการ การคำนวณรายได้สุทธิของผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้ศาลจะนำรายได้ของครอบครัวมาพิจารณา หรือในกรณีผู้กระทำความผิดเป็นผู้ว่างงาน การคำนวณรายได้สุทธิของผู้กระทำความผิดศาลจะนำรายได้ของครอบครัวหรืออย่างอื่นแต่ต้องเป็นการพึ่งพาตนเองได้มาพิจารณา หรือในกรณีผู้กระทำความผิดประกอบอาชีพที่ผิดกฎหมาย การคำนวณรายได้สุทธิของผู้กระทำความผิด ศาลเป็นผู้ประเมินรายได้ของผู้กระทำความผิดเองได้

3.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Civil Law และเป็นประเทศที่มีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจมากเป็นอันดับต้นๆ ของโลก และยังเป็นประเทศต้นกำเนิดผลิตภัณฑ์ชั้นนำทางเทคโนโลยีในอุตสาหกรรมต่างๆ เช่น รถยนต์ อุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เครื่องจักร เหล็กกล้า โลหะนอกกลุ่มเหล็ก เรือ สารเคมี เป็นต้น

ประเทศญี่ปุ่นมีกฎหมายหลักที่กำกับดูแลหรือควบคุมการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ กฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) เดิมประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีความเข้มงวดและกีดกันไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศญี่ปุ่น เพื่อสงวนอุตสาหกรรมสำคัญไว้ให้กับนักธุรกิจท้องถิ่น

¹¹⁷ เฟิงอ้าง.

¹¹⁸ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 115. หน้า 96.

กระทั่งต้นทศวรรษ 1990s ญี่ปุ่นเริ่มเข้าสู่ภาวะการถดถอยทางเศรษฐกิจ(economic recession) ทำให้รัฐบาลต้องปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจให้ฟื้นตัว โดยรัฐบาลญี่ปุ่นไม่ปฏิเสธการเข้ามาลงทุนของบริษัทต่างชาติโดยอ้างเหตุผลเรื่องความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของสาธารณะและเรื่องเศรษฐกิจอย่างไม่เป็นทางการเลย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่นที่จะตกอยู่ภายใต้การควบคุม และกำกับดูแล ของกฎหมาย FECL¹¹⁹

3.1 มาตรา 26 ว่าด้วยคำจำกัดความของการเข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศ ดังนี้

คำว่า “นักลงทุนต่างด้าว (Foreign investor)” หมายถึง “บุคคลใดบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้ที่เข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศตามข้อใดข้อหนึ่งในวรรคสอง

(ก) ปัจเจกบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น

(ข) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายและอนุบัญญัติของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลหรือองค์กรอื่น ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐต่างประเทศ

(ค) บริษัทใดซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลในข้อ (ก) หรือข้อ (ข) ไม่รวมสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงสำหรับทุกเรื่องในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติได้ แต่ให้รวมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ตามมาตรา 870 วรรคสามของกฎหมายบริษัท(กฎหมายเลขที่ 86 ปี 2005) และจำนวนสิทธิออกเสียงตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวงซึ่งเป็นหุ้นที่ถือผ่านบริษัทอื่นเท่ากัน หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นรวมกันทั้งหมดหรือสมาชิกทั้งหมดของบริษัทนั้น

(ง) นอกเหนือจากข้อ (ข) และข้อ (ค) แล้ว นิติบุคคลใดหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งมีบุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการ (หมายถึง กรรมการบริษัท หรือบุคคลอื่นซึ่งมีสถานะเท่ากัน) หรือกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการแทนเกินกว่าครึ่งหนึ่ง”

นอกจากนี้ มาตรา 26 (2) ยังให้คำนิยามของคำว่า “การลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น (Inward direct investment, etc)” ไว้ด้วย โดยหมายความถึงการกระทำใดๆ ที่เข้าข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

“(ก) การได้มาซึ่งหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัท แต่ไม่รวมถึงการได้มาโดยผ่านการโอนจากข้อใดข้อหนึ่งในวรรคแรก และการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทซึ่งเป็นหุ้นจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา 16 วรรค 2 ของกฎหมายหลักทรัพย์ หรือหุ้นซึ่งกำหนดไว้เป็นพิเศษโดยกฎหมายซึ่งหมายถึง บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ในข้อ (ข) และข้อ (ค) ด้านล่าง

¹¹⁹ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 84-85.

(ข) การโอนหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทซึ่งไม่ได้เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ซึ่งถือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ก่อนที่บุคคลนั้น จะมีสถานะเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น (ให้หมายความถึงเฉพาะกรณีที่มีการโอนหุ้นโดยปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่นไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งในข้อ (ก) - ข้อ (ง) ในวรรคแรก)

(ค) การได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ให้หมายถึงเฉพาะกรณีที่สัดส่วนของจำนวนหุ้นของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่ได้มากับจำนวนหุ้นทั้งหมดที่บริษัทดังกล่าวได้ออกมา หรือเทียบกับจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัทดังกล่าว ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ถือโดยบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้น ภายหลังการได้มาและจำนวนหุ้นที่ถือโดยบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้น ซึ่งถือโดยปัจเจกบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่นบริษัทหรือ องค์กรอื่นๆ ให้หมายถึง เฉพาะปัจเจกบุคคล บริษัท องค์กรอื่นๆ ในข้อ (ก) - ข้อ (ง) ในวรรคแรกเท่านั้น) ซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวงว่ามีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่ถาวร เป็นญาติหรือความสัมพันธ์ในลักษณะพิเศษอื่นๆ กับบุคคลผู้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นที่บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้ออกมาแล้วทั้งหมด ทั้งนี้สัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวต้องไม่ต่ำกว่าสัดส่วนที่กำหนดไว้โดยกฎกระทรวง ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 10

(ง) ความยินยอมที่ให้เพื่อเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญ (สำหรับบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาประกอบธุรกิจ ความยินยอมข้างต้นให้หมายความเฉพาะ ความยินยอมโดยบุคคลที่มีสิทธิออกเสียงหนึ่งในสามหรือมากกว่า ของสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทนั้น)

(จ) การจัดตั้งสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญ (หมายถึง เฉพาะกรณีการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ และเป็นการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ซึ่งดำเนินการโดยบุคคลในข้อ (ก) หรือ ข้อ (ข) ในวรรคแรกเท่านั้น)

(ฉ) การให้นิติบุคคลอื่นยืมเงินเป็นจำนวนเกินกว่าที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ โดยนิติบุคคลดังกล่าวมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น (ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการให้ยืมเงินโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ หรือธุรกิจด้านการเงินอื่นๆ ที่กฎกระทรวงกำหนดโดยการให้ยืมเงินนั้น เป็นการให้ยืมเงินที่มีความสม่ำเสมอ และการให้ยืมเงินในสกุลเงิน โดยบุคคลในข้อ (ค) และข้อ (ง) ใน วรรคแรก) และระยะเวลาที่ให้ยืมนานกว่าหนึ่งปี

(ช) การกระทำอื่นๆ ที่กำหนดไว้ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวง ซึ่งเทียบเท่าการกระทำที่กล่าวมาในข้อ (ก) - (ฉ)”

ดังนั้น การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่นที่จะต้องตกอยู่ภายใต้การควบคุมและกำกับดูแลโดยกฎหมาย FECL จะต้องเข้าเงื่อนไข 2 ประการ คือ

3.1.1 ต้องมีสถานะเป็นนักลงทุนต่างด้าว เกณฑ์ในการพิจารณา “การเป็นนักลงทุนต่างด้าว” ได้แก่ข้อใดข้อหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- 1) ปัจเจบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศ หรือ
- 2) นิติบุคคล หรือองค์การอื่นที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายต่างประเทศ หรือมีสำนักงานใหญ่อยู่ในต่างประเทศ หรือบริษัทใดๆ ที่มีบุคคลในข้อ (ก) หรือ ในข้อ (ข) ถือหุ้นออกเสียงได้รวมแล้วเท่ากับหรือ มากกว่าร้อยละ 50 หรือ
- 3) นิติบุคคล หรือองค์การอื่นใดที่มีบุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการเกินกว่ากึ่งหนึ่ง

3.1.2 ต้องเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น เกณฑ์ในการพิจารณา “การเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น” ได้แก่

- 1) ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 10 ของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ หรือ
- 2) ถือหุ้นจำนวนเท่าใดก็ตามของบริษัทที่ไม่ได้จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์
- 3) จัดตั้งสาขา โรงงาน หรือสำนักงานธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น
- 4) ให้ความเห็นชอบในการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นมาในประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีผู้ถือหุ้นต่างชาติหนึ่งในสามหรือมากกว่า
- 5) ให้อำนาจเงินแก่บริษัทที่จัดตั้งในประเทศเป็นระยะเวลาอันยาวนานกว่าหนึ่งปี และมีจำนวนเงินที่ให้อำนาจเงิน 100 ล้านเยน

นอกจากนี้ ยังมีกฎกระทรวงที่ควบคุมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ Cabinet Order on Inward Direct Investment, Cabinet Order No.261 of October 11,1980 บัญญัติให้อำนาจหน่วยงานที่กำกับดูแลธุรกิจนั้นๆ ที่จะให้คำแนะนำหรือสั่งให้นักลงทุนต่างด้าวนั้น ปรับโครงสร้างหรือระงับโครงการลงทุนประกอบธุรกิจที่เสนอมาได้ หากพิจารณาแล้วเห็นว่าอาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย หรือเศรษฐกิจของชาติ โดยอุตสาหกรรมที่ต้องแจ้งล่วงหน้าตามที่กล่าว ได้แก่

- 1) อุตสาหกรรมเครื่องบินและชิ้นส่วนเครื่องบิน (aircraft and aircraft parts)
- 2) อุตสาหกรรมระเบิด และกระสุน (explosive and munitions)
- 3) อุตสาหกรรมพลังงานอะตอม (atomic power)
- 4) อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการพัฒนาด้านอวกาศ (space development)
- 5) อุตสาหกรรมเกี่ยวกับโทรคมนาคมบางประเภท

เนื่องจากญี่ปุ่นเป็นสมาชิกของกลุ่มประเทศ OECD และได้ตั้งข้อสงวนไว้ไม่ให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนเข้ามาในอุตสาหกรรมบางประเภท ได้แก่ เกษตรกรรม ป่าไม้ ประมง เหมืองแร่ น้ำมัน อุตสาหกรรมหนังสือพิมพ์และผลิตภัณฑ์จากหนังสือพิมพ์ และการขนส่งทางทะเล ซึ่งอุตสาหกรรมเหล่านี้จะถูกสงวนไว้เพื่อเหตุผลทางเศรษฐกิจเป็นหลัก แต่มีบางอุตสาหกรรมที่ถูกสงวนเพราะเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศด้วย¹²⁰

นอกจากกฎหมาย FECL และกฎกระทรวงว่าด้วยการเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ประเทศญี่ปุ่นยังมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทของคนต่างด้าว คือ กฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย Act on Nippon Telegraph and Telephone Corporation, etc 1984 ตราออกมาบังคับใช้เมื่อ 25 ธันวาคม ค.ศ.1984 แก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดเมื่อ 26 กรกฎาคม ค.ศ.2005 ถือเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญมากที่สุดของประเทศญี่ปุ่น เนื่องจากธุรกิจโทรคมนาคม (Telecommunication services) เป็นธุรกิจที่มีมูลค่าทางธุรกิจสูง และเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศ

3.2 มาตรา 6 จำกัดการลงทุนโดยคนต่างด้าวในบริษัท Nippon Telegraph and Telephone (NTT) ไว้ว่า สัดส่วนของสิทธิออกเสียงทั้งหมด (ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม) ของคนต่างชาติในบริษัท NIT จะต้องน้อยกว่า 1 ใน 3

3.3 มาตรา 10 จำกัดอำนาจบริหารของคนต่างด้าวไว้

3.3.1 บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติญี่ปุ่นจะเป็นกรรมการหรือผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัทหรือบริษัทในภูมิภาคไม่ได้ เนื่องจากองค์การโทรเลขโทรศัพท์ของประเทศญี่ปุ่นถูกแปรรูปเป็นบริษัทเอกชน 3 บริษัท ได้แก่บริษัท NIT (ซึ่งเรียกว่า “บริษัท”) บริษัท East NTT และ West NTT (ซึ่งเรียกว่า “บริษัทในภูมิภาค”) โดยบริษัท NIT จะถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท East NTT และ West NTT

3.3.2 มติของบริษัทเกี่ยวกับการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการหรือผู้ตรวจสอบของบริษัทจะยังไม่มีผลผูกพันจนกว่าจะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี¹²¹

4.การบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายประเทศสิงคโปร์

สาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นอีกหนึ่งประเทศที่มีความโดดเด่นทางด้านเศรษฐกิจ มีอัตราการขยายตัวทางเศรษฐกิจสูง ด้วยเหตุที่มีสภาพภูมิประเทศเป็นเพียงหมู่เกาะมีข้อจำกัดในด้านทรัพยากรธรรมชาติและพื้นที่สำหรับภาคเกษตรหรืออุตสาหกรรม สิงคโปร์จึงให้ความสำคัญกับภาคบริการในการ

¹²⁰ อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 84-89.

¹²¹ อ่างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 89.

ผลักดันการขับเคลื่อนเศรษฐกิจ โดยอำนวยความสะดวกทั้งการค้า การเงิน ระบบสาธารณสุขไปถึ รวมถึงการคมนาคมขนส่งที่มีประสิทธิภาพ มีท่าเรือน้ำลึกและการบริหารจัดการที่รวดเร็ว ส่งผลให้ สิงคโปร์เป็นศูนย์กลางการให้บริการในภูมิภาคในหลายสาขาในด้านการลงทุน สิงคโปร์ให้ความเท่าเทียมกันระหว่างนักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ อีกทั้งยังเปิดกว้างให้นักลงทุนต่างประเทศสามารถลงทุนได้ 100% เกือบทุกสาขา แต่อย่างไรก็ตาม สิงคโปร์ยังคงมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศในบางกิจการ เช่น การผลิตอาวุธ และบางกิจการสามารถดำเนินการได้ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด เช่น โทรคมนาคม การออกอากาศวิทยุ และการประกอบธุรกิจธนาคาร

ประเภทกิจการที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน ได้แก่ ธุรกิจด้านกฎหมาย และการประกอบอาชีพทนายความ รวมถึงบางสาขาที่เกี่ยวข้องกับกิจการวิสาหกิจของรัฐ แต่สิงคโปร์อนุญาตให้นักลงทุนชาวต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน และสิ่งปลูกสร้างในสิงคโปร์ได้ รวมถึงไม่มีการควบคุมการโอนเงินตราต่างประเทศ และผลกำไรในการประกอบธุรกิจออกนอกประเทศ นอกจากนี้ยังสนับสนุนการลงทุนใหม่จากบริษัทข้ามชาติ รวมทั้งธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม ส่วนบริษัทที่มีอยู่เดิมจะส่งเสริมให้มีการปรับปรุงการผลิตเข้าสู่ระบบที่มีการใช้เครื่องจักรและเครื่องมือแทนแรงงาน¹²²

สิงคโปร์มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่สำคัญ โดยการประกอบธุรกิจของบุคคลต่างด้าวจะภายใต้กรอบกติกาทางกฎหมายหลายฉบับ ซึ่งแบ่งออกได้เป็น

4.1 การจัดตั้งบริษัท

คนต่างด้าวที่มีความประสงค์จะจัดตั้งองค์กรธุรกิจในสิงคโปร์จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหลัก 3 ฉบับ เช่นเดียวกับชาวสิงคโปร์ ได้แก่

4.1.1 พระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1965 Company Act 1965 หรือ Act 50

เป็นกฎหมายหลักในการกำกับดูแลการจัดตั้งบริษัทในสิงคโปร์ ไม่ว่าจะเป็นคนต่างด้าวหรือคนท้องถิ่นล้วนต้องอยู่ภายใต้กฎหมายฉบับนี้โดยบริษัทต่างชาติหรือบริษัทที่จัดตั้งภายนอกประเทศสิงคโปร์จะต้องปฏิบัติตาม Companies Act 1965 ดังนี้

1) บุคคลต่างด้าวที่ประสงค์จะจดทะเบียนบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจในสิงคโปร์ ต้องมีผู้จัดการที่เป็นคนท้องถิ่นอย่างน้อย 1 คน ซึ่งอาจเป็นบุคคลต่อไปนี้

- (1) บุคคลที่เป็นพลเมืองของประเทศสิงคโปร์
- (2) ผู้มีถิ่นพำนักถาวรในสิงคโปร์ (Singapore permanent resident)
- (3) ผู้ถือ Employment Pass ของสิงคโปร์

¹²² อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 90.

2) ผู้ที่เป็นผู้มีถิ่นพำนักในสิงคโปร์ (Locally resident) ได้แก่ บุคคลที่เป็นพลเมืองของประเทศสิงคโปร์ หรือผู้มีถิ่นพำนักถาวรในสิงคโปร์ (Singapore permanent resident) หรือผู้ถือ Employment Pass ของประเทศสิงคโปร์

3) ผู้อำนวยการบริษัท ต้องเป็นผู้มีสถานภาพเป็นผู้มีถิ่นพำนักในสิงคโปร์ (Locally resident) อย่างน้อย 1 คน

4) สำนักงานสาขาของบริษัทต่างชาติที่จดทะเบียนในสิงคโปร์ ต้องมีผู้แทนซึ่งเป็นผู้มีสถานภาพเป็นผู้มีถิ่นพำนักในสิงคโปร์ (Locally resident agents) อย่างน้อย 2 คน

5) บริษัทต่างชาติอาจจัดตั้งสำนักงานตัวแทนในสิงคโปร์ โดยต้องยื่นขอการอนุญาตจาก International Enterprise Singapore ซึ่งสำนักงานตัวแทนจะมีหน้าที่รับผิดชอบด้านประชาสัมพันธ์และเป็นผู้ประสานงานกิจกรรมต่างๆ ในนามของบริษัทแม่ แต่ไม่มีสิทธิดำเนินธุรกิจโดยตรง รวมทั้งการทำสัญญา การให้คำแนะนำโดยเรียกเก็บค่าปรึกษา การจัดการด้านขนส่งสินค้า และการจัดการเกี่ยวกับ letter of credit

6) คำนิยามของคำว่า บริษัทต่างด้าว (Foreign person) หมายความว่า

(1) บุคคลต่างด้าว (Foreigners) หมายถึง ผู้ที่ไม่ใช่พลเมืองของประเทศสิงคโปร์

(2) บริษัทต่างชาติ (Foreign Company) หมายถึง บริษัท สมาคม หรือองค์กรอื่นใด ที่จัดตั้งขึ้นภายนอกประเทศสิงคโปร์

4.1.2 Business Registration Act 1974 เป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการกำกับดูแลการจดทะเบียนทางธุรกิจในประเทศสิงคโปร์ ใช้นับกับทั้งกับคนท้องถิ่นและคนต่างด้าว และใช้นับกับกับบริษัททุกประเภท บริษัทในสิงคโปร์จะต้องจดทะเบียนกับสำนักงานทะเบียนบริษัทและธุรกิจ (Registry of Companies Business) การตั้งสาขาจำเป็นต้องจดทะเบียนกับหน่วยทะเบียนบริษัทธุรกิจ และให้ข้อมูลเกี่ยวกับบริษัทแม่ด้วย สำหรับการตั้งสำนักงานผู้แทน (Representative Office) ของบริษัทต่างชาติในประเทศสิงคโปร์ เพื่อดำเนินการส่งเสริมและติดต่อประสานงานในนามของบริษัทแม่ จะต้องได้รับอนุญาตจาก Trade Development Board

นอกจากนี้ Article 2 แห่ง Business Registration Act (Chapter 32) บัญญัติด้วยว่า บริษัทต่างชาติ (Foreign Firm) หมายถึง บริษัทใดๆ หรือปัจเจกบุคคล (Individual) ผู้ซึ่งมีสถานประกอบการทางธุรกิจตั้งอยู่นอกประเทศสิงคโปร์ ส่วนบุคคลใดไม่ว่าจะเป็นชาวสิงคโปร์หรือบุคคลต่างด้าวที่มีสถานประกอบการทางธุรกิจตั้งอยู่ในประเทศสิงคโปร์ ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจในสิงคโปร์ตามกฎหมายฉบับนี้ด้วย นิติบุคคลต่างด้าวต้องปฏิบัติตามกฎหมายของสิงคโปร์เช่นเดียวกับนิติบุคคลท้องถิ่น ทั้งในการจัดตั้งบริษัท การตั้งชื่อบริษัท การจดทะเบียนบริษัท การเสียภาษี เป็นต้น

แต่ในส่วนของการเสียภาษี นิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมีสิทธิได้รับการลดหย่อนภาษีรายได้ทั้งในส่วนของนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ได้รับเงินปันผลจากบริษัท

โดยทั่วไปแล้ว บุคคลต่างด้าวไม่ต้องขออนุมัติจากรัฐบาลสิงคโปร์ในการประกอบธุรกิจสิงคโปร์ ยกเว้นเฉพาะการประกอบธุรกิจบางประเภทกิจการ เช่น การธนาคารและสถาบันการเงินจะต้องมีการขออนุมัติจาก Monetary Authority Singapore (MAS) ในขณะที่การผลิตบุหรีเปียร์ และการประกอบธุรกิจประเภทอุตสาหกรรม บำรุง นั้น ต้องได้รับใบอนุญาต (License) จากทางการที่เกี่ยวข้องในแต่ละประเภทกิจการนั้นด้วย

4.1.3 Partnership Act 1961 เป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการกำกับดูแลการจดทะเบียนหุ้นส่วนทางธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเภท Limited Liability Partnership (LLP) ซึ่งเป็นรูปแบบใหม่ของการจดทะเบียนทางธุรกิจในสิงคโปร์

4.2 การได้รับการส่งเสริมการลงทุน อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทางกฎหมายหลัก ดังนี้

4.2.1 Economics Expansion Incentives Act 1967 (Relief from Income Tax) Act (Cap. 86) เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ โดยมีมาตรการผ่อนปรน และยกเว้นภาษีเงินได้ให้นิติบุคคลและบุคคลธรรมดาที่ได้รับเงินปันผลจากบริษัท เพื่อกระตุ้นการลงทุนในบางธุรกิจ

4.2.2 Income Tax Act (Cap 134) เป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการกำกับดูแลด้านภาษีเงินได้ในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งมีมาตรการรองรับที่สอดคล้องกับนโยบายการส่งเสริมการลงทุนของรัฐบาล เกี่ยวกับการจัดเก็บและยกเว้นภาษีในบางกรณี¹²³

4.3 กฎหมายโทรคมนาคมของสิงคโปร์ Telecommunications Act 1999

เป็นไปตามหลักเกณฑ์ปฏิบัติในการให้บริการด้านโทรคมนาคม ค.ศ. 2005 (Code of Practice in the Provision of Telecommunications Service 2005) ซึ่งมีการกำหนดหลักเกณฑ์ปฏิบัติในการเปลี่ยนความเป็นเจ้าของ การควบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาต ผู้รับใบอนุญาตสำหรับกิจการโทรคมนาคมที่กำหนด ผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโทรคมนาคมและผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโครงสร้างพื้นฐาน หรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือการถือหุ้นโดย IDA กำหนดเป็นร้อยละของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไว้ 4 ช่วงของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ได้แก่ น้อยกว่าร้อยละ 5, ร้อยละ 5 แต่ไม่ถึงร้อยละ 12, ร้อยละ 12 แต่ไม่ถึงร้อยละ 30 และตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไป จะมีกระบวนการปฏิบัติที่กำหนดแตกต่างกันไป แต่มีได้กำหนดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้แต่อย่างใด

¹²³ อ้างแล้ว. เชิงอรรถที่ 53. หน้า 91-93.

ประเทศสิงคโปร์ได้จัดตั้ง Info-Communications Development Authority of Singapore หรือองค์การพัฒนาการสื่อสารและสารสนเทศแห่งสิงคโปร์ (IDA) เป็นหน่วยงานที่กำกับดูแลเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม โดยทำการพัฒนา ส่งเสริม และควบคุมการสื่อสารและสารสนเทศในสิงคโปร์ และมีเป้าหมายที่จะสร้างสิงคโปร์ให้เป็นเมืองหลวงแห่งการสื่อสาร และสารสนเทศระดับยอดเยี่ยมที่สุดแห่งหนึ่งของโลก เพื่อเป็นการสนับสนุนอุตสาหกรรมการสื่อสารและสารสนเทศ ที่สามารถแข่งขันได้ในระดับโลก IDA ได้จัดเตรียมโครงการและแบบแผนที่สมบูรณ์แบบสำหรับบริษัททั้งในประเทศและต่างประเทศ¹²⁴



¹²⁴ อ่างแก้ว. เชียงธรรมที่ 53. หน้า 93-94.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการบังคับใช้กฎหมายของกรมสอบสวน คดีพิเศษกรณีการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จากการศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พบว่ายังมีปัญหาของบทบัญญัติกฎหมายหลายประการ ซึ่งสามารถวิเคราะห์ได้ 3 ประการ ดังนี้

1. ปัญหาการตีความคำว่า คนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของคำว่า คนต่างด้าว ตามมาตรา 4 นั้น แบ่งคนต่างด้าวตามคำนิยามออกได้เป็น 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าว คือ บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว คือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะตาม (3)(4) ดังนี้

“(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น”

โดยลักษณะดังที่กล่าวมานั้น จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 พิจารณาความเป็นคนต่างด้าวโดยเจาะจงที่สัดส่วนหุ้นที่ถือโดยบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว จึงเห็นได้ว่ากฎหมายพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวจากสัดส่วนการถือหุ้นหรือ

สัดส่วนการลงทุนของคนไทยและคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น โดยคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นและการลงทุนในนิติบุคคลนั้นๆ เพียงชั้นเดียวแบบไม่สะสม หากมีคนต่างด้าวมียุทธศาสตร์เป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลนั้นย่อมถือเป็น “คนต่างด้าว” และในทางกลับกันหากมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด ย่อมถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย โดยไม่มีการเอาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในชั้นอื่นมาคำนวณรวมกันแบบสะสม หรือกล่าวคือ กฎหมายไม่ได้คำนึงว่าเป็นการลงทุนของคนต่างด้าวเองโดยตรงหรือโดยอ้อม (ผ่านบริษัทโฮลดิ้ง) อันมีที่มาจากประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ.2535 อีกทั้งไม่ได้คำนึงถึงเรื่องสิทธิออกเสียงหรืออำนาจควบคุมบริหารจัดการของคนต่างด้าวในลักษณะการเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจสั่งการเหนือนิติบุคคล แต่ในความเป็นจริง นิติบุคคลต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยใช้นามคนไทยถือหุ้นแทนนั้น จะถือหุ้นในสัดส่วนคนไทยถือหุ้นร้อยละ 51 คนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 โดยที่ร้อยละ 51 ที่ถือโดยคนไทยนั้น เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในลักษณะนอมินี คนต่างด้าวเหล่านี้จึงอาศัยช่องว่างของกฎหมายนี้ให้คนไทยเป็นผู้มีชื่อถือหุ้น แต่คนไทยนั้นไม่ได้เป็นผู้นำเงินมาลงทุนหรือเงินลงทุนไม่ใช่เงินของคนไทย แต่เป็นเงินของคนต่างด้าวที่ถือหุ้นอยู่ในบริษัทนั่นเอง ทำให้สัดส่วนการลงทุนที่แท้จริงของคนต่างด้าวมากเกินกว่าร้อยละ 49 แต่การจะตรวจสอบว่าคนไทยรายใดเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวนั้น เป็นการยากและซับซ้อน เนื่องจากในขั้นตอนการจดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า นั้น เป็นการตรวจสอบเพียงเบื้องต้นโดยให้ผู้ถือหุ้นทั้งคนไทยและคนต่างด้าวแสดงหลักฐานที่มาของแหล่งเงินทุนโดยใช้หนังสือรับรองของสถาบันการเงินเท่านั้น แต่ไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าเงินทุนที่แท้จริงที่ปรากฏอยู่ในบัญชีของผู้ถือหุ้นนั้น แท้จริงเป็นเงินมาจากแหล่งใด หรือของผู้ใด

แต่อย่างไรก็ตาม กรมพัฒนาธุรกิจการค้ายังมีมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันการให้คนไทยเป็นตัวแทนนอมินีในการถือหุ้นในบริษัท โดยมีคำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางที่ 205/2555 ลงวันที่ 22 พฤศจิกายน 2555 เรื่อง กำหนดหลักเกณฑ์และเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด กรณีมีคนต่างด้าวร่วมลงทุนหรือมีอำนาจลงนามในห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด กำหนดให้ในกรณีห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดมีผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวลงทุนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดไม่ถึงร้อยละ 50 ของเงินลงทุนหรือทุนจดทะเบียน หรือในกรณีบริษัทจำกัดไม่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น แต่คนต่างด้าวเป็นกรรมการผู้มีอำนาจลงนามหรือร่วมลงนามผูกพันบริษัท ให้ผู้ขอจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดส่งเอกสารหลักฐานที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะการเงินของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยทุกคนประกอบคำขอจดทะเบียน โดยเอกสารดังกล่าวต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่นำมาลงทุนหรือถือหุ้นของผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นแต่ละราย ทั้งนี้ เพื่อแสดงให้เห็นถึงที่มาของเงินทุนที่ใช้ในการจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อยืนยันว่าเป็นเงินของคนไทยและคนไทยเป็นผู้มีอำนาจในการลงทุนที่แท้จริง ในทางปฏิบัติ พบว่า มาตรการนี้ไม่สามารถป้องกันและแก้ไขปัญหา

นอมินีได้อย่างสิ้นเชิง คนต่างด้าวจะใช้หลีกเลี่ยงการกระทำผิดกฎหมายโดยวิธีการนำเงินเข้าบัญชีของผู้ถือหุ้นคนไทย ด้วยการฝากเงินสดเข้าบัญชีเพื่อให้ธนาคารออกหนังสือรับรองสถานะทางการเงินให้ และเมื่อธนาคารออกหนังสือรับรองเสร็จแล้ว คนต่างด้าวก็จะให้คนไทยนำเงินออกจากบัญชีทันที โดยตรวจสอบได้จากรายการเดินบัญชีของธนาคารของบัญชีของผู้ถือหุ้นคนไทย และยังพบว่า ศักยภาพทางการเงินของผู้ถือหุ้นคนไทย ไม่สอดคล้องกับมูลค่าการลงทุนในนิติบุคคล เช่น ผู้ถือหุ้นคนไทยมีอาชีพเป็นแม่บ้านรักษาความสะอาด แต่กลับมีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลที่มีมูลค่าการลงทุนกว่า 100 ล้านบาท ดังนั้น จะเห็นได้ว่า เงินที่นำมาใช้ลงทุนนั้นก็ยังคงเป็นเงินของคนต่างด้าว คนไทยทำหน้าที่เป็นเพียงนอมินีให้คนต่างด้าวเท่านั้น ไม่ได้ลงทุนในนิติบุคคลนั้นจริง

ดังนั้น การพิจารณาสัดส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวเพียงอย่างเดียว จึงไม่สามารถป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ ความเสียหายต่อประเทศชาติยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง เพราะอำนาจในการบริหารจัดการกิจการยังคงเป็นของคนต่างด้าว และนิติบุคคลอาจกำหนดให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงในหุ้นมากกว่าคนไทยได้ โดยที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ จึงเห็นได้ว่าคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ยังมีความไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างกฎหมายนี้หลบเลี่ยงกฎหมาย แม้จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่กลับมีอำนาจควบคุมกิจการและมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับนิติบุคคลไทย ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อันมีเจตนารมณ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่น

นอกจากปัญหาการตีความของคำว่า “คนต่างด้าว” ที่กล่าวมานั้น ยังมีอีกปัญหาหนึ่ง คือ ปัญหาในแง่ของการสืบสวนสอบสวน เนื่องจากกฎหมายมีคำนิยามที่ไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมเพียงพอ การหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์การกระทำความผิดของการเป็นตัวแทนหรือนอมินีของคนต่างด้าวจึงเป็นเรื่องยุ่งยากและซับซ้อนด้วยตามลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1)(ก) พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจะต้องสืบสวนสอบสวนเพื่อรวบรวมพยานหลักฐานมาพิสูจน์ว่าคนไทยที่ผู้ถือหุ้นนั้น เป็นเพียงการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ไม่ได้มีเจตนาที่จะลงทุนในบริษัทจริง และยังคงพิสูจน์ด้วยว่าเงินที่ผู้ถือหุ้นคนไทยอ้างว่านำมาลงทุนนั้น แท้จริงแล้วเป็นเงินของตนเองหรือเป็นเงินของคนต่างด้าวที่ให้คนไทยมาลงทุนแทน การสืบสวนสอบสวนมักจะเริ่มต้นจากการศึกษาโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ต้องสงสัย หลังจากนั้นจึงสืบสวนข้อมูลส่วนบุคคล ประวัติการทำงาน ทรัพย์สินต่างๆ เช่น อสังหาริมทรัพย์ ยานพาหนะ รวมถึงรายได้ของผู้ถือหุ้นไทยด้วย และที่สำคัญคือการวิเคราะห์รายการเคลื่อนไหวทางบัญชีของผู้ถือหุ้นว่ามีมีการชำระค่าหุ้นกันจริงหรือไม่ ศักยภาพทางการเงินสามารถที่จะนำเงินจำนวนมากมาลงทุนในบริษัทได้หรือไม่ เมื่อเทียบกับอาชีพและรายได้ก่อนการลงทุน ลักษณะของคดีพิเศษที่สำคัญอีกประการหนึ่ง คือ คดีความผิดที่มีบทกำหนดโทษตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่ง

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นการกล่าวหานิติบุคคลหรือคนต่างด้าวซึ่งมีสินทรัพย์ตามงบแสดงฐานะการเงินรวมกันตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป เพราะฉะนั้นผู้ถือหุ้นจะต้องมีศักยภาพทางการเงินมากพอที่จะมีเงินหลายล้านบาทเพื่อนำมาลงทุนในบริษัทได้ จากการสืบสวนสอบสวนมักจะพบว่า ผู้ถือหุ้นคนไทยที่มีลักษณะเป็นนอมินีมักจะเป็นผู้ที่มีรายได้น้อย และมีเงินหมุนเวียนในบัญชีเพียงหลักหมื่นเท่านั้น แต่เมื่อตรวจสอบรายการเคลื่อนไหวทางการเงินในวันที่ถือหุ้นมีเงินจำนวนมากถูกฝากเข้ามาในบัญชีด้วยเงินสด โดยเป็นจำนวนเงินที่พอดีกับมูลค่าหุ้นที่ถือไว้ และจะมีการถอนออกไปหรือโอนไปยังบัญชีอื่นทันที ซึ่งจะไม่มีการแจ้งดังกล่าวคงเหลืออยู่ในบัญชีเป็นเวลานานเกินกว่า 3 วัน และมักจะอ้างกับพนักงานสอบสวนว่าเป็นการชำระค่าหุ้นด้วยเงินสด และเงินนั้นเป็นเงินส่วนตัวจากการเก็บสะสม ทำให้การสืบสวนหาแหล่งที่มาของเงินลงทุนที่แท้จริงเป็นได้ยาก ในขณะที่ผู้ถือหุ้นคนไทยสามารถอ้างเอกสารของสถาบันการเงินและหน่วยงานราชการเพื่อเป็นการรับรองได้ว่าเป็นเงินของตนจริงโดยที่พนักงานสอบสวนไม่สามารถพิสูจน์ได้ว่าเป็นไปตามที่กล่าวอ้างหรือไม่ จึงต้องอาศัยพยานหลักฐานอื่นมาประกอบกับการพิจารณาว่าคนไทยที่ถือหุ้นนั้น เป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริงหรือเป็นเพียงตัวแทนนอมินีของคนต่างด้าวเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมายของประเทศญี่ปุ่นกฎหมายแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act 1949: FECL) มาตรา 26 จำกัดความคำว่า “นักลงทุนต่างด้าว” ไว้ว่า “นักลงทุนต่างด้าว (Foreign investor)” หมายถึง “บุคคลใดบุคคลหนึ่งดังต่อไปนี้ที่เข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศตามข้อใดข้อหนึ่งในวรรคสอง

- (ก) ปัจเจกบุคคล ซึ่งไม่ได้เป็นบุคคลที่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น
- (ข) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายและอนุบัญญัติของต่างประเทศ หรือนิติบุคคลหรือองค์กรอื่น ซึ่งมีสำนักงานใหญ่อยู่ในรัฐต่างประเทศ
- (ค) บริษัทใดซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลในข้อ (ก) หรือข้อ (ข) ไม่รวมสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงสำหรับทุกเรื่องในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติได้ แต่ให้รวมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ตามมาตรา 870 วรรคสามของกฎหมายบริษัท(กฎหมายเลขที่ 86 ปี 2005) และจำนวนสิทธิออกเสียงตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายกระทรวงซึ่งเป็นหุ้นที่ถือผ่านบริษัทอื่นเท่ากัน หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นรวมกันทั้งหมดหรือสมาชิกทั้งหมดของบริษัทนั้น

(ง) นอกเหนือจากข้อ (ข) และข้อ (ค) แล้ว นิติบุคคลใดหรือองค์กรอื่นใด ซึ่งมีบุคคลในข้อ (ก) เป็นกรรมการ (หมายถึง กรรมการบริษัท หรือบุคคลอื่นซึ่งมีสถานะเท่ากัน) หรือกรรมการซึ่งมีอำนาจทำการแทนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง”

กล่าวโดยสรุปคือ บริษัทใดซึ่งมีสัดส่วนการถือหุ้นออกเสียงได้โดยบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น หรือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ไม่รวมสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งไม่มี

สิทธิออกเสียงสำหรับทุกเรื่องในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมีมติได้ แต่ให้รวมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ และจำนวนสิทธิออกเสียงตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายตราซึ่งเป็นหุ้นที่ถือผ่านบริษัทอื่นเท่ากัน หรือมากกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นรวมกันทั้งหมดหรือสมาชิกทั้งหมดของบริษัทนั้น จะเห็นได้ว่าประเทศญี่ปุ่นจำกัดค่านิยมของคำว่า นักลงทุนต่างด้าว โดยไม่ได้คำนึงถึงจำนวนหุ้นหรือสัดส่วนการถือหุ้นแต่อย่างใด แต่จะคำนึงถึงสิทธิในการออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของไทยอย่างเห็นได้ชัด

นอกจากนี้กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศ เป็นประเทศที่เปิดเสรีทางด้านการลงทุนจากคนต่างชาติเป็นอย่างมาก แต่จะจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวสำหรับบางธุรกิจเท่านั้น เช่น ธุรกิจโทรคมนาคม ธุรกิจทางการเงิน เป็นต้น สำหรับธุรกิจที่ถูกจำกัดทางด้านการลงทุนนั้น ทั้งประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์มุ่งเน้นการจำกัดการลงทุนโดยคนต่างด้าวไปที่อำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลมากกว่าสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว จะเห็นได้จากพระราชบัญญัติบริษัท ค.ศ. 1965 Company Act 1965 หรือ Act 50 ของประเทศสิงคโปร์ กำหนดไว้ว่าบุคคลต่างด้าวที่ประสงค์จะจดทะเบียนบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจในสิงคโปร์ ต้องมีผู้จัดการที่เป็นคนท้องถิ่นอย่างน้อย 1 คน และผู้อำนวยการบริษัท ต้องเป็นผู้มีสถานภาพเป็นผู้มีถิ่นพำนักในสิงคโปร์ (Locally resident) อย่างน้อย 1 คน ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมาย Communication Act of 1934 และ 1996 ข้อ 310 จำกัดการลงทุนด้านธุรกิจสื่อสารโทรคมนาคม (Telecommunication) ของคนต่างชาติไว้ โดยไม่เพียงแต่พิจารณาสัญชาติและสัดส่วนของนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงสัญชาติของผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการในแต่ละวัน สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบาย การจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาต สัญชาติของผู้ได้รับเงินและผลกำไรจากการดำเนินงาน สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท หรือกล่าวได้ว่า ประเทศสหรัฐอเมริกาคำนึงถึงสัญชาติของผู้มีอำนาจในการควบคุมกิจการด้านสำคัญๆ ของบริษัทด้วย

จึงต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติของค่านิยมของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นของผู้ถือหุ้นคนไทยและคนต่างด้าวให้เป็นไปในสัดส่วนที่เหมาะสม คือ คนต่างด้าวต้องมีสิทธิออกเสียงไม่เกินกึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท เพื่อเป็นการควบคุมและป้องกันการก่ออาชญากรรมตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม

2.ปัญหาการตีความคำว่า การประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ความสำคัญในการพิจารณาว่าบริษัทใดประกอบกิจการที่เป็นธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 นั้น มีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาว่าบริษัทใดประกอบกิจการที่เป็นธุรกิจตามบัญชีท้ายหรือไม่ เพราะหากเป็นการประกอบกิจการที่เป็นธุรกิจตามบัญชีท้ายแล้วและบริษัทนั้นเป็นบุคคลต่างด้าว จะต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับธุรกิจประเภทนั้นๆ ด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การพิจารณาประเด็นเรื่องการประกอบธุรกิจ คำว่า การประกอบธุรกิจนั้น กฎหมายไม่ได้มีคำนิยามกำหนดไว้ มีเพียงคำนิยามของคำว่า ธุรกิจ ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ว่า “ธุรกิจ” หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการหรือกิจการอย่างอื่นอันเป็นการค้า ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายไว้อย่างกว้าง แต่ตามความหมายในพจนานุกรม ราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 คำว่า ธุรกิจ หมายความว่า การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช้ราชการ ส่วนคำว่า อันเป็นการค้า นั้น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดคำนิยามเฉพาะเอาไว้ว่าการดำเนินธุรกิจแบบใดที่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า

การพิจารณาว่าการประกอบกิจการใดเป็นการประกอบธุรกิจในทางการค้าหรือไม่นั้น จากการศึกษาพบว่า นักวิชาการหลายท่านได้ให้ความหมายของคำว่าธุรกิจไว้อย่างหลากหลาย โดยสรุปแล้ว ธุรกิจ หมายความว่า กิจกรรมหรือการกระทำต่างๆ ของบุคคลหรือกลุ่มคนเพื่อทำให้เกิดการผลิตสินค้าและบริการโดยมีการแลกเปลี่ยน ซื้อขาย จำหน่ายและกระจายสินค้า เพื่อตอบสนองผู้บริโภคอันจะเป็นผลกำไรหรือประโยชน์จากกิจกรรมหรือการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นสิ่งตอบแทน จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าการประกอบกิจการใดเป็นการประกอบธุรกิจในทางการค้าหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของการกระทำที่มุ่งเน้นที่การหวังผลกำไรหรือประโยชน์อื่นเป็นสิ่งตอบแทนจากการประกอบกิจการ ดังนั้น เห็นได้ว่า หลักการในการพิจารณาว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามหรือไม่นั้น ต้องดูจากภาพรวมของการประกอบธุรกิจทั้งหมดของคนต่างด้าวนั้น ไม่ใช่พิจารณาเพียงตัวธุรกิจหรือค่าตอบแทนที่เป็นตัวเงินเท่านั้น

คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงได้ให้แนวทางในการพิจารณาว่ากิจการที่ถือว่าได้ทำเป็นการค้าหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาในภาพรวมของการดำเนินธุรกิจของบริษัทด้วย โดยประเด็นของการแสวงหากำไรหรือการมีรายได้จากการดำเนินกิจการหรือไม่นั้น เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเท่านั้น เช่น การที่คนต่างด้าวให้บริการบริษัทในเครือด้วยตัวเองแล้วเก็บเงินเฉพาะค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจริงหรือเพียงราคาต้นทุนโดยไม่มีส่วนเพิ่มหรือกำไรก็อาจเข้าข่ายเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตได้ หากพิจารณาแล้วเป็นการให้บริการในลักษณะอันเป็นการค้า แต่ถ้าบริษัทต่างด้าวให้พนักงานของตนกู้ยืมเงินในลักษณะเป็นสวัสดิการ โดยประกาศกำหนดการให้กู้ยืมอย่างชัดเจน

ถึงแม้จะมีการคิดดอกเบี้ยด้วยก็ตาม ก็ไม่ต้องขออนุญาตประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพราะวัตถุประสงค์ในการให้กู้ยืมเงิน เพื่อเป็นสวัสดิการให้แก่พนักงาน ไม่ได้มุ่งแสวงหากำไรหรือผลประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่น

แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เป็นเรื่องยากในการพิจารณาว่านิติบุคคลประกอบกิจการ อันเป็นการค้าแล้วหรือไม่ เนื่องจากธุรกิจแต่ละประเภทมีขั้นตอนการดำเนินการที่แตกต่างกัน เจ้าหน้าที่จึงต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นรายกรณีไปตั้งที่คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ให้แนวทางไว้ แต่เป็นที่แน่ชัดว่า การประกอบธุรกิจของนักธุรกิจย่อมต้องหวังผลตอบแทนเป็นกำไร ไม่ว่าจะเป็นตัวเงินหรือผลตอบแทนในรูปแบบอื่น แม้ธุรกิจจะดำเนินกิจการแล้วขาดทุน ก็ยังถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า เพราะการประกอบธุรกิจแล้วขาดทุนนั้น ย่อมเป็นเรื่องปกติที่อาจเกิดขึ้นได้ ถือเป็นการเสี่ยงของผู้ประกอบธุรกิจเอง เพียงแต่ผู้ประกอบธุรกิจมีเจตนาประกอบธุรกิจเพื่อหวังผลตอบแทนเป็นกำไรเท่านั้น

การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่จึงอาจไม่เป็นมาตรฐานเดียวกัน หากใช้ดุลพินิจผิดพลาด อาจเป็นการปล่อยให้ผู้กระทำความผิดลอยนวลไปได้โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย และการพิจารณาว่าเป็นการประกอบธุรกิจหรือไม่ เป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด เพราะถือเป็นองค์ประกอบความผิดประการหนึ่ง อีกทั้งคดีความผิดเหล่านี้ยังไม่มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่วางแนวทางไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายเพื่อดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิด ดังนั้น การพิจารณาว่ากิจการใดถือได้ว่าได้ทำเป็นการค้าหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาในภาพรวมของการดำเนินธุรกิจของบริษัท โดยในประเด็นของการแสวงหากำไรหรือการมีรายได้จากการดำเนินกิจการหรือไม่นั้น เป็นเพียงปัจจัยหนึ่งในการพิจารณาเท่านั้น

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่าการพิสูจน์องค์ประกอบความผิดในประเด็นที่ว่าบริษัทใดมีการประกอบธุรกิจแล้วหรือไม่นั้น เป็นเรื่องยากในการพิสูจน์ การสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษเป็นไปอย่างล่าช้าเมื่อเทียบกับพฤติการณ์ในการกระทำความผิด ด้วยเหตุที่ว่าพนักงานสอบสวนคดีพิเศษไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การจะใช้อำนาจในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานจึงเป็นไปอย่างยากลำบาก พยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิสูจน์ว่าบริษัทใดมีการประกอบธุรกิจแล้วหรือไม่ มักจะปรากฏอยู่ในบัญชีที่แท้จริงของบริษัทว่าบริษัทมีรายได้ที่แท้จริงมาจากกิจการใดบ้าง ไม่ใช่งบการเงินที่บริษัทนำเสนอกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เหตุที่ต้องค้นหว่ารายได้ที่แท้จริงของบริษัทมาจากกิจการใด เนื่องจากว่าบริษัทที่ใช้คนไทยเป็นนอมินีมักจะประกอบกิจการที่ผิดกฎหมาย เช่น ลักลอบนำเข้าสินค้าหนีภาษี ค้ายาเสพติด ถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว โดยใช้กิจการที่ถูกกฎหมายบังหน้าจากการสืบสวนสอบสวนที่ผ่านมาพบว่างบการเงินที่นำเสนอพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้น เป็นเพียงส่วนหนึ่งของบัญชีที่แท้จริงของบริษัท และไม่ได้บันทึกข้อมูลรายรับรายจ่ายที่แท้จริงของบริษัท

ทั้งหมดรวมถึงรายได้จากธุรกิจที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น การจะพิสูจน์ด้วยบัญชีที่แท้จริงของบริษัท จึงต้องหาบัญชีที่แท้จริงของบริษัทมาให้ได้ และบัญชีที่แท้จริงเหล่านั้นก็จะถูกเก็บรักษาไว้ที่บริษัท แม้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษจะสอบปากคำผู้ทำบัญชีหรือผู้สอบบัญชีของงบการเงินแต่ละปีแล้ว ก็จะได้เพียงข้อมูลที่ปรากฏในงบการเงินของบริษัทเท่านั้นและมักจะอ้างว่าเอกสารที่นำมาลงบัญชีทั้งหมดได้ส่งคืนให้แก่บริษัทแล้ว ทำให้ไม่ได้รายการลงบัญชีที่แท้จริง การจะเข้าไปตรวจค้น/ยึดเอกสารในบริษัทได้นั้น ไม่ใช่กรณีที่ดีถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้าที่จะสามารถเข้าไปค้นบริษัทโดยที่ไม่มีหมายค้นได้ แต่จะต้องใช้หมายค้นในการเข้าไปตรวจค้นและยึดสิ่งของในบริษัท ซึ่งกว่าจะได้หมายค้นมานั้น บริษัทอาจทำลายหรือซ่อนพยานหลักฐานไปหมดแล้ว ดังนั้น พนักงานสอบสวนคดีพิเศษควรมีอำนาจเทียบเท่ากับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นๆ เพื่อให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้อย่างรวดเร็วและทันท่วงที ตามหลักทฤษฎีนิติธรรมและทฤษฎีการควบคุมอาชญากรรมที่มุ่งเน้นการป้องกันการเกิดอาชญากรรม

3. ปัญหาการกำหนดอัตราโทษที่น้อยเกินไปสำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ปัญหาอัตราโทษที่ไม่เหมาะสมเมื่อเทียบกับมูลค่าความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและปัญหาแอบแฝงอื่นๆ ที่ตามมา อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นอัตราโทษที่น้อยเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น เนื่องจากคนต่างด้าวที่เข้ามาครอบงำกิจการของคนไทยนั้น คนต่างด้าวเหล่านี้สามารถหารายได้จากธุรกิจเหล่านี้ได้อย่างมหาศาลแต่กลับถูกลงโทษปรับเป็นเงินจำนวนน้อยเมื่อเทียบกับรายได้ที่เขาได้รับ ทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร กฎหมายจึงขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ลงโทษที่เหมาะสมกับการกระทำ ทำให้ประเทศเสียผลประโยชน์ที่สมควรได้รับจากการเปิดเสรีทางการค้า ดังนั้น การเพิ่มบทลงโทษน่าจะเป็นตัวช่วยในการป้องกันการกระทำความผิดของคนเหล่านี้ได้พอสมควร

โทษปรับเป็นโทษทางอาญาประการหนึ่งตามประมวลกฎหมายอาญา เป็นมาตรการที่บังคับเอากับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด การใช้โทษปรับมีต้นทุนในการบริหารจัดการต่ำกว่าโทษจำคุก รวมถึงการคุมประพฤติและการกักบริเวณ และสังคมไม่ต้องสูญเสียทรัพยากรมนุษย์จากแรงงานที่ต้องโทษจำคุก และไม่ก่อให้เกิดผลกระทบด้านลบหรือตราบาปแก่ผู้กระทำความผิดเหมือนโทษจำคุก ดังนั้น การใช้โทษปรับแทนโทษจำคุก โดยเฉพาะในกรณีที่มีได้เป็นความผิดอุกฉกรรจ์ จึงเป็นทางเลือกหนึ่งที่ควรพิจารณา แต่ปัญหาที่ตามมาก็คือ การกำหนดอัตราโทษค่าปรับของกฎหมาย

แต่ระดับของประเทศไทย มีการกำหนดค่าปรับเป็นจำนวนเงินที่ชัดเจน เป็นการกำหนดโทษปรับแบบตายตัว โดยคำนึงจากลักษณะความรุนแรงของความผิด ไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยเฉพาะกรณีของนิติบุคคล ซึ่งนิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นโดยกระทำการผ่านผู้แทนของนิติบุคคลเพื่อให้มีสภาพและสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา กฎหมายลงโทษค่าปรับแบบตายตัวแก่กรรมการของนิติบุคคล โดยไม่ได้คำนึงถึงสภาพทางเศรษฐกิจของนิติบุคคล ไม่ได้คำนึงถึงทุนจดทะเบียน สิทธิทรัพย์สินของนิติบุคคล จึงไม่เท่าทันและไม่สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจในปัจจุบันที่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว จะเห็นได้ชัดจากคดีพิเศษตามประกาศ กคพ. (ฉบับที่ 8) พ.ศ. 2565 เรื่อง กำหนดรายละเอียดของลักษณะของการกระทำความผิดที่เป็นคดีพิเศษตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 ข้อ 16 ได้กำหนดมูลค่าความเสียหายไว้โดยดูที่ทุนจดทะเบียนหรือสินทรัพย์รวมของบริษัทอันมีมูลค่าตั้งแต่ 100,000,000 บาท ขึ้นไป โดยบริษัทเหล่านี้มักเป็นบริษัทขนาดใหญ่ มีมูลค่าการลงทุนสูง และยังมีการลงทุนสูงมากเท่าไร ผลตอบแทนที่ได้รับก็ยิ่งมากขึ้นเท่านั้น ส่งผลกระทบไปถึงความเสียหายทางเศรษฐกิจของประเทศอย่างมหาศาล แต่โทษที่ได้รับ กลับเป็นเพียงโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือบางกรณีศาลอาจสั่งให้เลิกกิจการ แต่คนเหล่านี้ก็ยังสามารถกลับมาเปิดบริษัทใหม่โดยใช้วิธีการแบบเดิมได้อย่างไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย แม้ศาลจะสั่งปรับเต็มจำนวน 1,000,000 บาท ก็ยังถือเป็นจำนวนที่น้อยเมื่อเทียบกับมูลค่าธุรกิจและผลประโยชน์ที่บริษัทขนาดใหญ่ได้รับ จะเห็นได้ชัดว่าแรงจูงใจในการกระทำความผิดหรือผลประโยชน์ตอบแทนจากการกระทำความผิดมีมูลค่าสูงกว่าจำนวนค่าปรับหลายเท่าตัว

เมื่อพิจารณาจากลักษณะการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แล้ว เข้าข่ายเป็นภัยต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นจำนวนมหาศาล แต่การกำหนดโทษปรับยังไม่สอดคล้องกับมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายทางทรัพยากรธรรมชาติ ความเสียหายทางด้านแรงงาน การประกอบอาชีพของคนไทย ความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ การกำหนดจำนวนเงินโทษปรับขั้นต่ำและขั้นสูงไม่สามารถยับยั้งการกระทำความผิดได้ และยังมีผู้กลับมามีการกระทำความผิดซ้ำอีกเป็นจำนวนมาก ซึ่งมีให้เห็นเป็นจำนวนมากในปัจจุบัน ยกตัวอย่างเช่น การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในพื้นที่จังหวัดภูเก็ต คนต่างด้าวเหล่านี้มักได้รับคำแนะนำจากสำนักงานกฎหมายและบัญชีในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทเป็นนิติบุคคลไทยเพื่อให้สามารถถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ โดยบริษัทกฎหมายและบัญชีจะใช้วิธีการนำชื่อของพนักงานในบริษัทของตนเองไปเป็นผู้ถือหุ้นร่วมกับคนต่างด้าวในสัดส่วนตามที่กฎหมายกำหนด แต่เงินทุนที่แท้จริงนั้น เป็นเงินลงทุนของคนต่างด้าวทั้งหมด พนักงานของบริษัทกฎหมายและบัญชีเป็นเพียงนอมินีของคนต่างด้าวเท่านั้น ไม่มีส่วนร่วมในการบริหารกิจการของบริษัทแต่อย่างใด อีกทั้งยังไม่ได้ลงทุนจริง ไม่ได้รับเงินปันผล และไม่มีส่วนร่วมใน

การประชุมผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทแต่อย่างใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจในการควบคุม บริหารจัดการบริษัทเป็นของคนต่างด้าวแต่เพียงผู้เดียว ด้วยความซื่อสัตย์ในการกระทำความผิด บริษัทกฎหมายและบัญชีในไทยจึงใช้วิธีการเหล่านี้จัดทะเบียนจัดตั้งบริษัทให้คนต่างด้าวเป็นจำนวน หลายพันบริษัท ลำพังเพียงแต่การดำเนินคดีของเจ้าหน้าที่รัฐคงไม่สามารถปราบปรามการกระทำ ความผิดได้อย่างทันที่ และยังมีแนวโน้มในการกระทำความผิดเพิ่มสูงขึ้นเรื่อยๆ ในทุกปี โดยเฉพาะในพื้นที่ที่เป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญทางเศรษฐกิจ เช่น จังหวัดเชียงใหม่ จังหวัดภูเก็ต จังหวัดชลบุรี เป็นต้น

สำหรับการกำหนดโทษปรับในรัฐบางรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการใช้ระบบโทษ ปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยบัญญัติไว้ใน Title 18 Part II Chapter 227 Subchapter C s 3571 (b) โดยศาลจะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยจำนวนวันปรับตามความ ร้ายแรงของการกระทำความผิด โดยศาลจะไม่พิจารณาถึงเจตนาในการกระทำความผิดหรือไม่ คำนึงถึงวิธีการที่ผู้กระทำความผิดใช้ในการกระทำความผิด และศาลจะกำหนดรายได้สุทธิต่อวันของผู้ กระทำความผิดจากรายได้ของผู้กระทำความผิดมาหักค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการดำรงชีพและภาระ ค่าใช้จ่ายของผู้กระทำความผิดและผู้ซึ่งต้องพึ่งพาฐานะทางการเงินของผู้กระทำความผิดด้วย รวมถึง หักภาษีเงินได้บุคคลธรรมดาสำหรับผู้กระทำความผิด จากนั้นศาลจะคำนวณค่าปรับโดยนำจำนวนวัน ปรับคูณกับรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้คือจำนวนเงินค่าปรับที่ผู้กระทำความ ผิดต้องชำระ

จากการศึกษาพบว่า อาชญากรเหล่านี้มักจะเป็นอาชญากรที่มีการวางแผนไว้ล่วงหน้า และคำนวณถึงผลได้เสียทางเศรษฐกิจก่อนลงมือประกอบอาชญากรรมหรือกระทำความผิด ซึ่งเป็นไป ตามทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์ การลงโทษอาชญากรเหล่านี้จึงควรใช้วิธีการลงโทษที่เหมาะสม การ ลงโทษโดยจำคุกแก่อาชญากรเหล่านี้ไม่อาจแก้ไขปัญหาได้อย่างสิ้นเชิง การลงโทษด้วยความเคร่งครัด ที่มีประสิทธิผล โทษที่เป็นไปได้นี้จะต้องมากกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการ ประกอบอาชญากรรม ตามทฤษฎีการลงโทษเพื่อข่มขู่ยับยั้งและทฤษฎีฮีโดนิซึม ดังนั้น ควรมีการแก้ไข บทบัญญัติกฎหมายเพื่อเพิ่มโทษที่อาชญากรควรได้รับโดยเพิ่มโทษจำคุกและเพิ่มโทษปรับ รวมถึงโทษ ปรับรายวัน โดยใช้ระบบค่าปรับตามรายได้ (Day-fine System) เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อช่วยสร้างความเป็นธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีระดับรายได้ต่างกัน และแก้ไขปัญหา ค่าปรับที่ไม่เปลี่ยนแปลงตามระบบเศรษฐกิจ โดยระบบค่าปรับตามรายได้นี้จะนำรายได้ของผู้กระทำ ความผิดมาใช้คำนวณค่าปรับ ค่าปรับจึงแปรผันไปตามฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด ซึ่ง เขียนเป็นสูตรการคำนวณได้ดังนี้

“ค่าปรับ = จำนวนหน่วยความผิด (วัน) x รายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด”¹²⁵

การคำนวณโทษปรับตามรายได้ของอาชญากรนั้น จะสอดคล้องกับรายได้ของอาชญากรที่ได้จากการกระทำความผิด ทำให้รายได้ที่ประเทศไทยสูญเสียไปได้กลับคืนมาอย่างเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 รายได้ของนิติบุคคลมีมูลค่าที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป และระยะเวลาในการกระทำความผิดมักเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน เนื่องจากหลีกเลี่ยงจากการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่รัฐได้อย่างแนบเนียน ยิ่งบริษัทก่อตั้งมานานมากเท่าไร ก็ยิ่งก่อให้เกิดความเสียหายมากเท่านั้น กว่าบริษัทจะถูกเจ้าหน้าที่รัฐดำเนินคดีก็กอบโกยรายได้จากประเทศไทยไปอย่างมหาศาล นอกจากนี้ยังอาศัยช่องว่างของกฎหมายเป็นกระบวนการหนึ่งของการฟอกเงินได้อีกด้วย ทำให้เห็นได้ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้น ไม่ใช่แค่เพียงความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ แต่ยังส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่อย่างจำกัด แต่กลับถูกคนต่างด้าวมาใช้สอยประโยชน์แทนคนไทย แทนที่คนไทยจะเป็นผู้ใช้สอยประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและช่วยกันบำรุงรักษา แต่กลับเป็นคนต่างด้าวที่เข้ามาใช้สอยประโยชน์จนเกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติเป็นวงกว้างหากปล่อยปัญหาไว้เนิ่นนาน อาจส่งผลให้คนไทยไม่มีที่ดินทำกินเป็นของตนเอง ต้องเช่าที่ดินในประเทศไทยจากคนต่างด้าวที่เข้ามาเป็นเจ้าของที่ดินในไทยโดยใช้นามนิติคนไทยเป็นฉากบัง ผลประโยชน์ก็รั่วไหลออกนอกประเทศไปสู่คนต่างด้าว คนไทยสูญเสียรายได้จากการทำมาหากินโดยสิ้นเชิง

การเพิ่มโทษจำคุกเป็นการลงโทษต่ออิสรภาพของผู้กระทำความผิด สำหรับนิติบุคคล ผู้ที่จะต้องรับโทษแทนนิติบุคคล ได้แก่ ผู้แทนของนิติบุคคลหรือกรรมการบริษัท ซึ่งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 41 ได้กำหนดบทลงโทษสำหรับกรรมการหุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดหรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เป็นการลงโทษแก่ตัวผู้แทนนิติบุคคลเป็นการเฉพาะ ซึ่งโดยลักษณะนิสัยของผู้ที่เป็นผู้แทนของนิติบุคคลมักเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ มีการศึกษาในระดับสูง มีชีวิตความเป็นอยู่ที่ดี มีชื่อเสียงทางสังคม หรือที่เรียกว่า อาชญากรคอปกขาวหรืออาชญากรรมทางเศรษฐกิจ คนเหล่านี้มักจะเกรงกลัวการสูญเสียอิสรภาพ การเพิ่มโทษจำคุกจึงเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อ

¹²⁵ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ). (2557, 31 มีนาคม). ปัญหาของระบบค่าปรับทางอาญาในประเทศไทย. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ). <https://tdri.or.th/2014/03/fine-system/>

กฎหมาย เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด การลงโทษต่อผู้แทนนิติบุคคลมีความสำคัญอย่างไรนั้น จะเห็นได้จากนิติบุคคลโดยสภาพนั้นเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้นตั้งที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น การแสดงเจตนาและการกระทำต่างๆ ของนิติบุคคล ย่อมกระทำผ่านผู้แทนของนิติบุคคล ดังนั้น โทษทางอาญาที่จะลงแก่นิติบุคคลย่อมต้องลงแก่ผู้แทนนิติบุคคลด้วย การลงโทษปรับเพียงอย่างเดียวต่อผู้แทนของนิติบุคคล อาจไม่เพียงพอต่อการยับยั้งการกระทำความผิด เงินที่ผู้แทนนิติบุคคลนำมาชำระค่าปรับก็เป็นเงินของนิติบุคคลที่ได้จากการกระทำความผิด ไม่ใช่เงินส่วนตัวของผู้แทนนิติบุคคล จึงไม่ส่งผลกระทบต่อตัวผู้แทนนิติบุคคลโดยตรง และผู้แทนนิติบุคคลยังคงกลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีก เพราะยังมีเงินทุนส่วนตัวเหลือเพียงพอที่จะจัดตั้งบริษัทใหม่ แต่ในอีกด้านหนึ่ง การลงโทษจำคุกต่อผู้แทนนิติบุคคลนั้น เป็นการลงโทษต่อตัวบุคคลโดยตรง ไม่มีใครสามารถมารับผิดแทนกันได้ การรับโทษนี้เป็นผลมาจากการการที่กรรมการรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลซึ่งกรรมการถือเป็นผู้ที่มีอำนาจควบคุมบริหารกิจการของบริษัท นิติบุคคลจะกระทบการไปในทางที่ดีหรือผิดอย่างไรนั้น ก็ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้แทนนิติบุคคล กฎหมายจึงต้องกำหนดบทลงโทษแก่ตัวผู้แทนนิติบุคคลโดยตรง อาชญากรคอกขวามักเกรงกลัวต่อการสูญเสียอิสรภาพมากกว่าการชำระเงินค่าปรับ เราะการติดคุก นอกจากจะสูญเสียอิสรภาพแล้ว ยังส่งผลกระทบต่อชื่อเสียงทางสังคม ฐานะทางสังคม และโอกาสในการทำมาหาได้ตลอดระยะเวลาที่ต้องโทษจำคุก ดังนั้น การเพิ่มโทษให้สอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น จึงควรเพิ่มทั้งโทษปรับและโทษจำคุก เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด และเพื่อก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ไม่กล้ากระทำความผิดเช่นเดียวกันนั้นอีก



บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. บทสรุป

ปัจจุบัน การดำเนินกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจการค้ามีความเป็นอิสระเสรีและเป็นโลกไร้พรมแดน รูปแบบการก่ออาชญากรรมเป็นการกระทำในรูปแบบของเครือข่ายองค์กรอาชญากรรม ก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านเศรษฐกิจอย่างรุนแรง กรมสอบสวนคดีพิเศษ (DSI) มีอำนาจหน้าที่ป้องกัน ปราบปราม และดำเนินคดีพิเศษที่มีผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม การเมือง และความปลอดภัย โดยมีพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 เป็นหัวใจหลักในการให้อำนาจสอบสวนคดีพิเศษซึ่งเป็นคดีที่มีลักษณะยุ่งยาก ซับซ้อน หรือมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคมโดยรวมของประเทศ ซึ่งหนึ่งในภารกิจหลักของกรมสอบสวนคดีพิเศษ คือ การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากมีการแข่งขันทางธุรกิจสูงขึ้นอย่างต่อเนื่อง และรัฐบาลก็มีนโยบายส่งเสริมการลงทุนต่างๆ ปัจจุบันมีคนต่างด้าวจำนวนมากที่เข้ามาลงทุนทำธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตด้วยการใช้กลยุทธ์ต่าง ๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจ โดยการปิดบังอำพรางฐานะความเป็นคนต่างด้าวโดยการใช้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทน หรือที่เรียกว่า นอมินี ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศและทำให้รัฐสูญเสียรายได้มหาศาล และรัฐบริหารจัดการและควบคุมการดำเนินธุรกิจที่คนต่างด้าวครอบงำได้อย่างยากลำบาก ตลอดจนปัญหาการสูญเสียรายได้ของคนในท้องถิ่นที่ควรจะได้รับ ปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและมลพิษ ปัญหาด้านสังคมและวัฒนธรรมที่แอบแฝงอยู่ การสืบสวนสอบสวนคดีความผิดตามกฎหมายฉบับนี้จึงเต็มไปด้วยความท้าทาย ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญในการสืบสวนสอบสวนรวบรวมพยานหลักฐานโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายสืบสวนและพนักงานสอบสวนมืออาชีพ เพื่อให้การรวบรวมพยานหลักฐานมีความถูกต้องครบถ้วน และสามารถนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จากการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ผ่านมา เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายพบปัญหาหลากหลายประการ ดังนี้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พิจารณาความเป็นคนต่างด้าวที่สัดส่วนหุ้นที่ถือโดยบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว จึงเห็นได้ว่ากฎหมายคำนวณสัดส่วนการถือ

หุ้นและการลงทุนในนิติบุคคลอื่นๆ เพียงชั้นเดียวแบบไม่สะสม ไม่มีการเอาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในชั้นอื่นมาคำนวณรวมกันแบบสะสม อีกทั้งไม่ได้คำนึงถึงเรื่องสิทธิออกเสียงหรืออำนาจควบคุมบริหารจัดการของคนต่างด้าวในลักษณะการเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจสั่งการเหนือนิติบุคคล แต่ในความเป็นจริง นิติบุคคลต่างด้าวจะใช้คนไทยถือหุ้นร้อยละ 51 คนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 โดยที่ร้อยละ 51 ที่ถือโดยคนไทยนั้น เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในลักษณะนอมินี ทำให้สัดส่วนการลงทุนที่แท้จริงของคนต่างด้าวมากเกินกว่าร้อยละ 49 โดยตรวจสอบจากศักยภาพทางการเงินของผู้ถือหุ้นคนไทยที่ไม่สอดคล้องกับมูลค่าการลงทุนในนิติบุคคล

จึงเห็นได้ว่าคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ยังมีความไม่ชัดเจนและไม่รัดกุมเพียงพอ ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างกฎหมายนี้หลบเลี่ยงกฎหมาย แม้จะมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่กลับมีอำนาจควบคุมกิจการและมีสิทธิตามกฎหมายเช่นเดียวกับนิติบุคคลไทย ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อันมีเจตนารมณ์พิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่น

ในประเทศญี่ปุ่น การจำกัดคำนิยามของคำว่า นักลงทุนต่างด้าว ไว้ว่าหมายถึง บุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่นหรือนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายต่างประเทศ ถือหุ้นออกเสียงได้รวมแล้วเท่ากับหรือ มากกว่าร้อยละ 50 หรือเป็นกรรมการเกินกว่ากึ่งหนึ่ง จะเห็นได้ว่าญี่ปุ่นไม่ได้คำนึงถึงจำนวนหุ้นหรือสัดส่วนการถือหุ้นแต่อย่างใด แต่จะคำนึงถึงสิทธิในการออกเสียงของหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายของไทยอย่างเห็นได้ชัด ส่วนกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศสิงคโปร์ จะไม่มีการจำกัดคำนิยามของคำว่า คนต่างด้าวไว้ แต่จะจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวสำหรับบางธุรกิจเท่านั้น เช่น ธุรกิจโทรคมนาคม ธุรกิจทางการเงิน เป็นต้น สำหรับธุรกิจที่ถูกจำกัดทางการลงทุนนั้น จะมุ่งเน้นการจำกัดการลงทุนโดยคนต่างด้าวไปที่อำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลมากกว่าสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว

จึงต้องมีการแก้ไขบทบัญญัติของคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นของผู้ถือหุ้นคนไทยและคนต่างด้าวให้เป็นไปในสัดส่วนที่เหมาะสม คือ คนต่างด้าวต้องมีสิทธิออกเสียงไม่เกินกึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท เพื่อเป็นการควบคุมและป้องกันการก่ออาชญากรรมตามทฤษฎีควบคุมอาชญากรรม

ปัญหาประการต่อมา การพิจารณาประเด็นเรื่องการประกอบธุรกิจ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้กำหนดคำนิยามเฉพาะเอาไว้ว่าการดำเนินธุรกิจแบบใดที่ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจอันเป็นการค้า จากการศึกษาพบว่า การพิจารณาว่าการประกอบกิจการใดเป็นการประกอบธุรกิจในทางการค้าหรือไม่ อาจพิจารณาได้จากวัตถุประสงค์ของการกระทำที่มุ่งเน้นที่การหวังผลกำไรหรือประโยชน์อื่นเป็นสิ่งตอบแทนจากการประกอบกิจการ ดังนั้น หลักการ

ในการพิจารณาว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามหรือไม่นั้น ต้องดูจากภาพรวมของการประกอบธุรกิจทั้งหมดของคนต่างด้าวนั้น ไม่ใช่พิจารณาเพียงตัวธุรกิจหรือค่าตอบแทนที่เป็นตัวเงินเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ เป็นเรื่องยากในการพิจารณาว่านิติบุคคลประกอบกิจการ อันเป็นการค้าแล้วหรือไม่ เนื่องจากธุรกิจแต่ละประเภทมีขั้นตอนการดำเนินการที่แตกต่างกัน เจ้าหน้าที่จึงต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาเป็นรายกรณีไปตั้งที่คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ให้แนวทางไว้ แต่เป็นที่แน่ชัดว่า การประกอบธุรกิจของนักธุรกิจย่อมต้องหวังผลตอบแทนเป็นกำไร

ในการสืบสวนสอบสวนและรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ เมื่อพนักงานสอบสวนคดีพิเศษไม่ใช่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การใช้อำนาจในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานจึงเป็นไปอย่างยากลำบาก พยานหลักฐานที่จะใช้ในการพิสูจน์ว่าบริษัทใดมีการประกอบธุรกิจแล้วหรือไม่ มักจะปรากฏอยู่ในบัญชีที่แท้จริงของบริษัทว่าบริษัทมีรายได้ที่แท้จริงมาจากกิจการใดบ้าง ไม่ใช่งบการเงินที่บริษัทนำเสนอแก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า การจะได้มาซึ่งข้อมูลบัญชีที่แท้จริงนั้น จึงต้องเข้าไปตรวจค้น/ยึดเอกสารที่บริษัท แต่การจะเข้าไปตรวจค้น/ยึดเอกสารในบริษัทได้นั้น ไม่ใช่กรณีที่ถือว่าเป็นความผิดซึ่งหน้าที่จะสามารถเข้าไปค้นบริษัทโดยที่ไม่มีหมายค้นได้ แต่จะต้องใช้หมายค้นในการเข้าไปตรวจค้นและยึดสิ่งของในบริษัท ซึ่งกว่าจะได้หมายค้นมานั้น บริษัทอาจทำลายหรือซ่อนพยานหลักฐานไปหมดแล้ว ดังนั้น พนักงานสอบสวนคดีพิเศษควรจะมีอำนาจเทียบเท่ากับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายนั้นๆ เพื่อให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้อย่างรวดเร็วและทันที่

ปัญหาอีกประการหนึ่ง อัตราโทษที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดตามกฎหมายฉบับนี้ เป็นอัตราโทษที่น้อยเมื่อเทียบกับความเสียหายที่เกิดขึ้น เมื่อพิจารณาจากลักษณะการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แล้ว เข้าข่ายเป็นภัยต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นจำนวนมาก แต่การกำหนดโทษปรับยังไม่สอดคล้องกับมูลค่าความเสียหายที่เกิดขึ้น มีการกำหนดค่าปรับเป็นจำนวนเงินที่ชัดเจน โดยคำนึงจากลักษณะความรุนแรงของความผิด ไม่ได้คำนึงถึงสภาพความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด การป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

ในสหรัฐอเมริกา มีการใช้ระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด โดยศาลจะคำนวณค่าปรับโดยนำจำนวนวันปรับคูณกับรายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด ซึ่งผลลัพธ์ที่ได้คือจำนวนเงินค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดต้องชำระ

เหตุที่ต้องคำนวณโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิด เพราะอาชญากรเหล่านี้มักจะคำนวณถึงผลได้เสียทางเศรษฐกิจก่อนลงมือประกอบอาชญากรรมหรือกระทำความผิด โทษที่ควรได้รับจะต้องมากเกินกว่าประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการประกอบ

อาชญากรรม ดังนั้น ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายเพื่อเพิ่มโทษที่อาชญากรควรได้รับโดยเพิ่มโทษจำคุกและเพิ่มโทษปรับ รวมถึงโทษปรับรายวัน โดยใช้ระบบค่าปรับตามรายได้ (Day-fine System) เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อช่วยสร้างความเป็นธรรมในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีระดับรายได้ต่างกัน และแก้ไขปัญหาค่าปรับที่ไม่เปลี่ยนแปลงตามระบบเศรษฐกิจ การคำนวณโทษปรับตามรายได้ของอาชญากรนั้น จะทำให้รายได้ที่ประเทศไทยสูญเสียไปได้กลับคืนมาอย่างเหมาะสมกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่รายได้ของนิติบุคคลมีมูลค่าที่สูงกว่าบุคคลธรรมดาทั่วไป และระยะเวลาในการกระทำความผิดมักเป็นการกระทำความผิดต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน

นอกจากนี้ การเพิ่มโทษจำคุกเป็นการลงโทษต่ออิสรภาพของผู้กระทำความผิด สำหรับนิติบุคคล ผู้ที่จะต้องรับโทษแทนนิติบุคคล ได้แก่ ผู้แทนของนิติบุคคลหรือกรรมการ ซึ่งโดยลักษณะนิสัยของผู้ที่เป็นผู้แทนของนิติบุคคลมักจะเกรงกลัวการสูญเสียอิสรภาพ การเพิ่มโทษจำคุกจึงเป็นวิธีการอย่างหนึ่งที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ดังนั้น การเพิ่มโทษปรับเพียงอย่างเดียว อาจไม่เพียงพอต่อการยับยั้งการกระทำความผิด เงินที่ผู้แทนนิติบุคคลนำมาชำระค่าปรับก็เป็นเงินของนิติบุคคลที่ได้จากการกระทำความผิด ไม่ใช่เงินส่วนตัวของผู้แทนนิติบุคคล จึงไม่ส่งผลกระทบต่อตัวผู้แทนนิติบุคคลโดยตรง และผู้แทนนิติบุคคลยังคงกลับมากระทำความผิดซ้ำได้อีก เพราะยังมีเงินทุนส่วนตัวเหลือเพียงพอที่จะจัดตั้งบริษัทใหม่ แต่ในอีกด้านหนึ่ง การลงโทษจำคุกต่อผู้แทนนิติบุคคลนั้น เป็นการลงโทษต่อตัวบุคคลโดยตรง ไม่มีใครสามารถมารับผิดแทนกันได้ ดังนั้น การเพิ่มโทษให้สอดคล้องกับความเสียหายที่เกิดจากการกระทำความผิดนั้น จึงควรเพิ่มทั้งโทษปรับและโทษจำคุก เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด และเพื่อก่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อกฎหมาย ไม่กล้ากระทำความผิดเช่นเดียวกันนี้อีก

นอกจากนี้ เหตุที่ไม่ควรกำหนดโทษสถานเบาสำหรับความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น อันเนื่องมาจากปัญหาการถือครองหุ้นแทนคนต่างด้าวเป็นบ่อเกิดของปัญหาการก่ออาชญากรรมที่ร้ายแรงและก่อให้เกิดความเสียหายมูลค่ามหาศาลกว่าที่คิด แต่ด้วยข้อบัญญัติของกฎหมายทำให้ไม่สามารถเอาผิดกับอาชญากรได้ ซึ่งคนต่างชาติเหล่านี้มักจะกระทำในรูปแบบขององค์กรอาชญากรรม โดยมีบริษัทใหญ่อยู่ที่ต่างประเทศและส่งคนของตนเข้ามาตั้งบริษัทนอมินีในประเทศไทยเพื่อความสะดวกในการก่ออาชญากรรม เรียกได้ว่าเป็นองค์กรอาชญากรรมรูปแบบหนึ่ง แต่ไม่สามารถใช้กฎหมายเอาผิดตัวการใหญ่ได้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดโทษไว้เพียงโทษจำคุก 3 ปี และค่าปรับจำนวนหนึ่ง ดังนั้น การเพิ่มคดีความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นความผิดมูลฐานฟอกเงิน เพื่อให้สามารถเอาผิดกับตัวการใหญ่และยึดทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิดมาได้ จะเป็นการตัดวงจรขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติที่สำคัญและมีประสิทธิภาพอีกประการหนึ่งด้วย

2. ข้อเสนอแนะ

2.1 จากปัญหาการตีความคำว่า คนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่วิเคราะห์มานั้น ผู้ศึกษาเห็นควรให้แก้ไขปัญหาดังนี้

2.1.1 แก้ไขบทบัญญัติของคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงสิทธิออกเสียงของหุ้นของผู้ถือหุ้นคนไทยและคนต่างด้าวให้เป็นไปในสัดส่วนที่เหมาะสม คือ คนต่างด้าวต้องมีสิทธิออกเสียงไม่เกินกึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท

2.2 จากปัญหาการตีความคำว่า คนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่วิเคราะห์มานั้น ผู้ศึกษาเห็นควรให้แก้ไขปัญหาดังนี้

2.2.1 เพิ่มคำนิยามของคำว่า “การประกอบธุรกิจ” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ว่าหมายความว่า การกระทำต่างๆ ของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อทำให้เกิดการผลิตสินค้าและการบริการโดยมีการแลกเปลี่ยน ซื้อขาย จำหน่ายและกระจายสินค้า เพื่อตอบสนองผู้บริโภคโดยมุ่งหวังผลกำไรหรือประโยชน์อื่นใดอันเกิดจากการกระทำนั้นเป็นสิ่งที่ตอบแทน

2.2.2 แก้ไขเพิ่มเติมอำนาจของพนักงานสอบสวนคดีพิเศษ ตามพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ให้พนักงานสอบสวนคดีพิเศษมีอำนาจเทียบเท่ากับพนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการสอบสวนคดีพิเศษ พ.ศ. 2547 และที่แก้ไขเพิ่มเติม เพื่อให้สามารถเข้าถึงพยานหลักฐานได้อย่างรวดเร็วและทันท่วงที

2.3 จากปัญหาการกำหนดอัตราโทษที่น้อยเกินไป สำหรับความผิดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่วิเคราะห์มานั้น ผู้ศึกษาเห็นควรให้แก้ไขปัญหาดังนี้

2.3.1 แก้ไขโทษปรับสำหรับความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยไม่กำหนดโทษปรับเป็นจำนวนที่ตายตัว แต่ให้กำหนดโทษปรับโดยคำนึงจากลักษณะความรุนแรงของความผิดและสภาพความเป็นอยู่ทางเศรษฐกิจของนิติบุคคลหรือผู้กระทำความผิด

2.3.2 แก้ไขโทษปรับรายวัน สำหรับความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยค่าปรับรายวันให้คำนวณ ดังนี้

“ค่าปรับ = จำนวนหน่วยความผิด (วัน) x รายได้สุทธิต่อวันของผู้กระทำความผิด”

2.3.3 **เพิ่มโทษจำคุก** สำหรับความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 มาตรา 37 มาตรา 38 และมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542



บรรณานุกรม

- กรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ. (2551). *ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน* (Universal Declaration of Human Rights).
- คณะกรรมการปรับปรุงชุดวิชากฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง. (2564). *แนวการศึกษาคณะวิชา
กฎหมายอาญาและอาชญาวิทยาชั้นสูง 41716 หน่วยที่ 9-15* (พิมพ์ครั้งที่ 2). มหาวิทยาลัย
สุโขทัยธรรมมาธิราช.
- คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ. *หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้าน
สิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง.*
สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.
- จุฬารัตน์ พรหมที. (2561). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว : ศึกษากรณีการ
กำหนดทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการประกอบธุรกิจและข้อห้ามในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
ตามบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.*
[สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยศรีปทุม].
- ชยาธร เฉียบแหลม. (2550). *ข้อสันนิษฐานตามกฎหมายตามมาตรา 62 แห่งพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์
พ.ศ.2537.* [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- ชัยนันท งามขจรกุลกิจ. (2535). *ความรับผิดของนิติบุคคลและความรับผิดของกรรมการนิติบุคคลต่อ
บุคคลภายนอก.* [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- ชาติ ชัยเดชสุริยะ. (2549). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในกระบวนการ
ยุติธรรมทางอาญา.*
- นราฤทธิ์ กาแก้ว. (2554). *การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ
คนต่างด้าว.* [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- น้ำแท้ มีบุญส้าง. (2557). *หลักการพื้นฐานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา.* วารสารธรรมศาสตร์. 61.
- ปิติกุล จีระมงคลพาณิชย์. *การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล.*
- พระธานี โกสโล. *การเสริมสร้างลักษณะผู้ประกอบการในชุมชน : กรณีศึกษาชุมชนบ้านหนองนาคำ
ตำบลหนองระเวียง อำเภอฟิมมาย จังหวัดนครราชสีมา.* [วิทยานิพนธ์ศิลปศาสตรมหาบัณฑิต,
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์].
- พิจิตรา นรนาพันธ์. (2551). *การเปิดเสรีการค้าบริการกับปัญหาการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจ
แทนคนต่างด้าวในประเทศไทย.* [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].

- พรชัย ขันดี, กฤษณพงศ์ พุทธระกุล และจอมเดช ตรีเมฆ. (2558). *ทฤษฎีอาชญาวิทยา : หลักการงานวิจัย และนโยบายประยุกต์*. มหาวิทยาลัยรังสิต.
- ยินดี วิชชุโอภาส. (2543). *อำนาจที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท*. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- โยธิน อินทรประสงค์. (2560). *กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (พิมพ์ครั้งที่ 2)*. นิติธรรม.
- (2565). *กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (พิมพ์ครั้งที่ 3)*. นิติธรรม.
- ศศิประภา ไฝ่งาม. (2552). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพส่วนบุคคลในการสืบสวนสอบสวนคดีอาญาด้วยการใช้เทคนิคพิเศษ*. [วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต].
- สถาบันวิจัยนโยบายเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง. (2559). *การลงทุนต่างประเทศของไทย*.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล. (2553). *ความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคล*. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล และคณะ. (2547). *โครงการศึกษาวิจัยกฎหมายด้านการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพในกระบวนการยุติธรรมที่ไม่สอดคล้องกับหลักสิทธิพื้นฐานและพันธกรณีระหว่างประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย*.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. (2547). *ความเป็นไปได้ในการลดสภาพความเป็นนิติบุคคลของส่วนราชการ*.
- สมยศ วงษ์ดี. (2563). *การนำระบบโทษปรับโดยคำนึงถึงฐานะทางเศรษฐกิจของผู้กระทำความผิดมาใช้กับกระบวนการยุติธรรมของไทย*. [ดุชนิพนธ์นิติศาสตร์ดุชนิพนธ์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์].
- Andrew von Hirsch. (1976). *Doing Justice (New York: Hill and Wang)*.
- (1993). *Principle of Criminology (New York: General Hall)*.
- Ernest van den Haas. (1975). *Punishing Criminals (New York: Basic Books)*.
- Herman Daems. (1978). *The holding company and corporate control*.
- John Dewey. (1922). *Human Nature and Conduct (New York: Henry Holt)*.
- Urmilla Sharma and S. K. Sharma. (2007). *Principles and Theory of Political Science*. (Nice Printing).
- กรมพัฒนาธุรกิจการค้า. สรุปรื้อหรือเดือนกันยายน 2549, เดือนพฤศจิกายน 2549, เดือนกันยายน 2557, เดือนมีนาคม 2554 และเดือนธันวาคม 2563. กรมพัฒนาธุรกิจการค้า.
<https://www.dbd.go.th/law?group=3&category=21&subcategory=278>.
- กรมสอบสวนคดีพิเศษ. (2559, 15 กันยายน). ประวัติกรมสอบสวนคดีพิเศษ. กรมสอบสวนคดีพิเศษ.
<https://www.dsi.go.th/th/Detail/History-of-DSI>

กรมสอบสวนคดีพิเศษ. (2556, 29 ตุลาคม). วิสัยทัศน์ พันธกิจ ยุทธศาสตร์. กรมสอบสวนคดีพิเศษ.

<https://www.dsi.go.th/th/Detail/Vision-Mission-Strategy>

เฉลิมวุฒิ สาระกิจ. (2556, 1 พฤศจิกายน). วัตถุประสงค์ของกระบวนการยุติธรรมทางอาญา. Woody

Law Blog. <http://chalermwutsa.blogspot.com/2013/11/crime-control-model-and-due-process.html>

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ). (2557, 31 มีนาคม). ปัญหาของระบบค่าปรับ

ทางอาญาในประเทศไทย. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ไอ).

<https://tdri.or.th/2014/03/fine-system/>

สำนักงานราชบัณฑิตยสภา. พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. ๒๕๕๕. สำนักงานราชบัณฑิตย

สภา. <https://dictionary.orst.go.th/>

This is Mendeley biography



ประวัติผู้ศึกษา

ชื่อสกุล	นางสาวสุกุลยา คำเพ็ง
วัน เดือน ปี เกิด	วันที่ 7 มีนาคม 2539
สถานที่เกิด	อำเภอเมือง จังหวัดอุดรธานี
ที่อยู่ปัจจุบัน	124/6 หมู่ 6 ตำบลท่าเสา อำเภอเมือง จังหวัดอุดรธานี
ประวัติการศึกษา	นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง พ.ศ. 2560
ประวัติการทำงาน	เจ้าหน้าที่คดีพิเศษปฏิบัติการ กรมสอบสวนคดีพิเศษ กรุงเทพมหานคร

