



ปัญหากฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว:
ศึกษากรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม

โดย

นางสาวณัฏฐินันท์ คุปตานนท์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปัญหากฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว :
ศึกษากรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ปีการศึกษา 2550

ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

LEGAL PROBLEMS ON FOREIGN BUSINESS OPERATION:
A CASE STUDY OF TELECOMMUNICATION BUSINESS



A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF THE REQUIREMENTS
FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAWS
GRADUATE SCHOOL OF LAW
ASSUMPTION UNIVERSITY

DECEMBER 2007

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ : ปัญหากฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว : ศึกษากรณี
การประกอบกิจการโทรคมนาคม
(LEGAL PROBLEMS ON FOREIGN BUSINESS OPERATION
A CASE STUDY OF TELECOMMUNICATION BUSINESS)

ชื่อผู้เขียน : นางสาวณัฏฐินันท์ คุปตานนท์

ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)

คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :

1. รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมา

ประธานกรรมการ

2. นายเสถียรภาพ นาหลวง

กรรมการ

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ อนุมัติให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต


.....
(รองศาสตราจารย์ ณัฏฐพงศ์ โปษะบุตร)

ผู้อำนวยการบัณฑิตศึกษา คณะนิติศาสตร์

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์


.....
(นายวิชัย อริยะนันท์กะ)

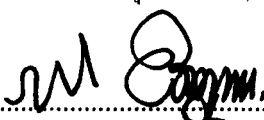
ประธานกรรมการ


.....
(รองศาสตราจารย์ ณัฏฐพงศ์ โปษะบุตร)

กรรมการ


.....
(นายวีรศักดิ์ อนุสนธิวงษ์)

กรรมการ


.....
(รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมา)

กรรมการ


.....
(นายเสถียรภาพ นาหลวง)

กรรมการ

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ : ปัญหากฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว : ศึกษากรณี
การประกอบกิจการโทรคมนาคม
(LEGAL PROBLEMS ON FOREIGN BUSINESS OPERATION:
A CASE STUDY OF TELECOMMUNICATION BUSINESS)

ชื่อผู้เขียน : นางสาวณัฏฐนันท์ คุปตานนท์
ชื่อปริญญา : นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายธุรกิจ)
ปีการศึกษา : 2550

คณะกรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ :

- | | |
|-------------------------------------|---------------|
| 1. รองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ | ประธานกรรมการ |
| 2. อาจารย์ เสถียรภาพ นาทหลวง | กรรมการ |

บทคัดย่อ

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้มีวัตถุประสงค์ 1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหากฎหมายของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม 2. ศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม 3. ศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม และ 4. ศึกษาและค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาคการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

การศึกษาค้นคว้าครั้งนี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งเป็นการค้นคว้าและวิจัยเอกสาร หลังจากการรวบรวมข้อมูลมาแล้ว จะใช้วิธีการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) จากหลักกฎหมายรวมทั้งข้อมูลเอกสารต่าง ๆ ที่ได้รวบรวมตามวิธีการข้างต้น โดยการหาคำอธิบาย เหตุผลให้ความหมายแก่สิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งจะต้องดำเนินการตามกรอบแนวคิดและสมมติฐานเพื่อช่วยพิสูจน์สมมติฐานที่ตั้งไว้ในการศึกษาวิจัยนั้น เป็นการนำเอาเอกสารดังกล่าวมาวิเคราะห์ เพื่อนำไปสู่การค้นพบปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมว่าเป็นอย่างไรและสมควรปรับปรุงแก้ไขอย่างไรเพื่อความเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยนำเอาวิธีการของต่างประเทศมาเป็นข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาพบว่ามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการลงทุนในกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าวในประเทศไทยยังขาดความชัดเจนแน่นอน แม้จะมีการกำหนดมาตรการให้อำนาจดุลยพินิจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในการกำหนดเงื่อนไขห้ามนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมกระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวได้เพื่อเป็นการหาทางแก้ไขในเรื่องของการครอบงำกิจการ แต่การกำหนดมาตรการดังกล่าวก็เป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า และเป็นการวางมาตรการจำกัดสิทธิโดยมิได้ออกกฎหมายโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติที่ผ่านการกลั่นกรองจากฝ่ายนิติบัญญัติ และปัญหาการตีความธุรกิจโทรคมนาคมตามกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ดังนั้น เพื่อให้ไม่ไห้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำธุรกิจโทรคมนาคม จึงควรกำหนดค่านิยมของคนต่างด้าวไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้ชัดเจนรวมถึงสัดส่วนการถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นทางตรงหรือการถือหุ้นทางอ้อม ตลอดจนพิจารณาในเรื่องของอำนาจในการบริหารและสิทธิในการออกเสียงด้วย



Thesis Title : Legal Problems on Foreign Business Operation : Case Study
of Telecommunication Business

Author Name : Miss Nattinant Kooptanont

Degree : Master of Laws (Business Law Program)

Academic Year : 2007

Advisory Committee :

1. Associate Professor Dr. Poom Chokmoh	Chairperson
2. Mr. Stianrapab NaLuang	Member

ABSTRACT

This study includes objectives of: 1. to study the legend and importance of legal problems of the foreigner's entrepreneurship especially that of telecommunication business, 2. to study legal measures about the foreigner's entrepreneurship especially telecommunication business, 3. to study and analyze the foreigner's entrepreneurship especially telecommunication business, and 4. to study and search for suitable legal measures to use as an approach to solve the problem of the foreigner's entrepreneurship especially telecommunication business.

This study is made up of Quantitative Research by using the approach of Documentary Research. After all the information was gathered, the method of Content Analysis from the legal statues and all the information mentioned above was then analyzed. The explanation and reasons, within the concept and assumption to prove the assumption set up, were found out to respond the incidents. On study, the documents mentioned above were analyzed so that the legal problems of the foreigner's entrepreneurship especially telecommunication business as well as the suitable amendment were found out. To make it more appropriate, the foreign approaches were then used as a proposal.

It is found from the study that the legal measures to control the foreign investment telecommunication business in Thailand lacks of the clarity and certainty. There is a measure for the National Telecommunication Affair Committee to determine a provision to forbid a juristic

person who asks for a permit to do telecommunication business is not dominated. However, such a measure was determined to solve extempore problem and to limit the right without the Act scrutinized by the legislative parliament and complete interpretation of the telecommunication business according to the law about the foreigner's entrepreneurship.

Therefore, to protect the telecommunication business from being dominated by foreigners, the definitions of foreigners should be determined in the Act about telecommunication affair entrepreneurship clearly including the proportion of shareholding both directly and indirectly. The administration power and right to vote should be considered as well.



กิตติกรรมประกาศ

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ ข้าพเจ้าได้รับความกรุณาอย่างยิ่งจากท่าน รองศาสตราจารย์ ดร.ภูมิ โชคเหมาะ และอาจารย์เสถียรภาพ นาหลวง อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้สละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆ ในการทำวิทยานิพนธ์ ตลอดจนได้ตรวจสอบแนวทางและเนื้อหาของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ข้าพเจ้าขอกราบขอบพระคุณ อาจารย์วิชัย อริยนันทกะ ซึ่งเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ในครั้งนี้ รองศาสตราจารย์ณัฐพงศ์ โปษะบุตร อาจารย์วีระศักดิ์ อนุสนธิวงษ์ ซึ่งเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ทุกท่าน ได้ให้คำแนะนำและข้อคิดเห็นต่างๆตลอดจนแนวทางการแก้ไขข้อบกพร่องของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

นอกจากนี้ข้าพเจ้าขอขอบพระคุณผู้บังคับบัญชาทุกท่านและเพื่อนๆของข้าพเจ้าทุกคนที่ได้ให้คำแนะนำ ให้ความช่วยเหลือในเรื่องต่างๆและเป็นกำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จนสำเร็จ

ท้ายนี้ข้าพเจ้าใคร่ขอกราบขอบพระคุณบิดา มารดา ที่ได้สนับสนุนและให้กำลังใจข้าพเจ้าเสมอมาจนสำเร็จการศึกษา

ณัฐนันท์ คุปตานนท์

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	ฉ
กิตติกรรมประกาศ	ช
บทที่ 1	
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย	6
1.3 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย	6
1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย	7
1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย	7
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	8
1.7 นิยามศัพท์คำย่อเฉพาะ	8
บทที่ 2 แนวความคิดของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	
กรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม	
2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบ	
ธุรกิจของคนต่างด้าวในการประกอบกิจการโทรคมนาคม	12
2.2 การประกอบธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทยและสภาพทั่วไป	
ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม	
ในประเทศไทย	18
2.3 การทบทวนงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง	23

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าวกรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม

3.1 แนวความคิด ของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	
กรณีการประกอบกิจการ โทรคมนาคมในต่างประเทศบางประเทศ	28
3.1.1 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกา	28
3.1.2 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐเกาหลี..	29
3.1.3 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของ	
สาธารณรัฐประชาชนจีน.....	32
3.1.4 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของแคนาดา	33
3.1.5 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของมาเลเซีย	36
3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการของคนต่างด้าว	
กรณีการประกอบกิจการ โทรคมนาคม	37
3.2.1 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกา	37
3.2.2 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสิงคโปร์	40
3.2.3 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของแคนาดา	44
3.2.4 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของมาเลเซีย	45
3.3 กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกว่าด้วยการเปิดเสรี โทรคมนาคม	46

บทที่ 4 วิเคราะห์ปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าวกรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

4.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการของ	
คนต่างด้าวในประเทศไทย	50
4.1.1 พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542	50

สารบัญ (ต่อ)

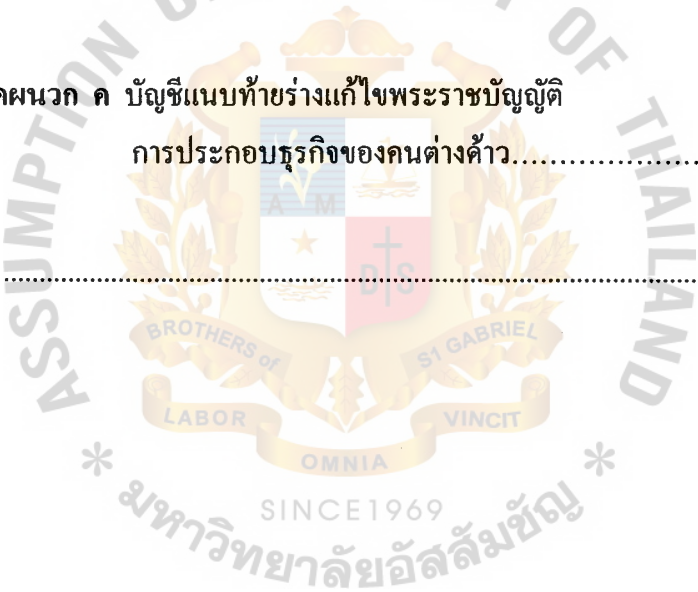
	หน้า
4.1.2 พ.ร.บ.การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544	56
4.2 กฎหมายเกี่ยวกับนอมินีในประเทศไทย	62
4.3 ควรถูกกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติ กิจการโทรคมนาคมหรือไม่	67
4.3.1 ปัญหาการอาศัยช่องว่างการตีความตามพระราชบัญญัติ ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542	67
4.3.2 การหลีกเลี่ยงโดยการถือหุ้นในนิติบุคคลที่จดทะเบียน ในประเทศไทย	68
4.3.3 การหลีกเลี่ยงโดยการถือหุ้นบุริมสิทธิ	69
4.3.4 การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจโดยควบคุมผ่าน กรรมการของบริษัท	70
4.3.5 ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับที่ ประชุมคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบใน วันที่ 9 มกราคม 2550.....	70
4.4 มาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมการประกอบกิจการ โทรคมนาคมของคนต่างด้าว	79
บทที่ 5 สรุปและข้อเสนอแนะ	
5.1 สรุป	98
5.2 ข้อเสนอแนะ	103
บรรณานุกรม	105

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก	หลักการและเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่....) พ.ศ.	109
ภาคผนวก ข	ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ.	116
ภาคผนวก ค	บัญชีแนบท้ายร่างแก้ไขพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	120
ประวัติผู้เขียน		128



บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทยถือเป็นกิจการที่มีกระแสการเข้ามาซื้อหุ้นของนักลงทุนจากต่างประเทศในกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยได้กลายเป็นประเด็นสำคัญที่กำลังอยู่ในความสนใจของทุกฝ่ายในขณะนี้ ซึ่งการเข้าซื้อกิจการในครั้งนี้ได้ครอบคลุมบริการโทรคมนาคมที่หลากหลาย เช่น บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ บริการสื่อสารดาวเทียม บริการอินเทอร์เน็ต บริการทางด้านข้อมูล ธุรกิจโทรทัศน์ เป็นต้น ซึ่งบริการต่างๆ เหล่านี้ได้เพิ่มบทบาทต่อระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างค้ำคอเนื่อง การเคลื่อนย้ายเงินลงทุนจากประเทศหนึ่งเพื่อเข้าซื้อกิจการโทรคมนาคมได้เป็นแนวโน้มที่เกิดขึ้นในธุรกิจโทรคมนาคมทั่วโลกในขณะนี้ การขยายเครือข่ายการให้บริการของกิจการในลักษณะเดียวกันในหลายแห่งของโลกของบริษัทข้ามชาติ ทั้งนี้เพื่อขยายเครือข่ายการให้บริการเพิ่มขึ้น เพิ่มการใช้ทรัพยากรและเทคโนโลยีที่มีอยู่อย่างมีประสิทธิภาพ ย่อมจะนำมาซึ่งผลตอบแทนทางการเงินที่จะได้รับกลับมาในมูลค่าที่เพิ่มสูงขึ้น

ประเทศไทยเองก็อยู่ในช่วงที่จะต้องมีการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมในประเทศเพื่อเป็นไปตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้กับองค์การการค้าโลก(World Trade Organization : WTO) นอกจากนี้ประเทศไทยจะตกลงเปิดเสรีกับหลายประเทศในลักษณะพหุภาคีและทวิภาคี ทำให้มีการผ่อนคลายกฎเกณฑ์การควบคุมกิจการในลักษณะที่เคยผูกขาดไปสู่การแข่งขันอย่างเสรีมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ไทยเองก็เป็นประเทศเป้าหมายที่กลุ่มทุนจากต่างประเทศให้ความสนใจที่จะเข้ามาลงทุน แม้ว่าตลาดให้บริการโทรคมนาคมของไทยในหลายประเภทมีแนวโน้มของการเติบโตของตลาดไม่สูงมากนัก แต่ก็ยังมีศักยภาพทางการตลาดที่ดีเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในแถบภูมิภาคเดียวกัน

ด้วยสภาพการลงทุนจากต่างชาติสูงดังกล่าว แต่บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยซึ่งจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบริการทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการโทรคมนาคม ยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจของประเทศที่ยังต้องพึ่งพาทุนต่างชาติในการพัฒนาเทคโนโลยี ในการบริหารจัดการ และการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในตลาดที่มีผู้ประกอบการน้อยรายในหลายสาขาบริการอันจะเป็นประโยชน์ต่อ

เศรษฐกิจไทยโดยรวม ซึ่งผู้บังคับใช้กฎหมายอาจตระหนักถึงสภาพความเป็นจริงดังกล่าวจึงมิได้
บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดเท่าที่ควร

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายหลักที่ควบคุม
การประกอบกิจการโทรคมนาคมของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย เดิมทีนั้น มาตรา 8 ของ
กฎหมาย มีข้อกำหนดว่าผู้ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สองและแบบที่
สาม จะต้องมีส่วนถือหุ้นของบุคคลต่างชาติไม่เกินร้อยละ 25 และมีกรรมการที่เป็นคนไทย
ไม่น้อยกว่า สามในสี่ของกรรมการทั้งหมดต่อมาในเดือนมกราคมปี พ.ศ. 2549 ได้มีการแก้ไข
กฎหมายเพื่อเพิ่มสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวจากเดิมกำหนดไว้ที่ร้อยละ 25 เป็นร้อยละ
49 โดยเหตุผลในการประกาศใช้ คือ กิจการโทรคมนาคมบางประเภทต้องใช้ทุนเป็นจำนวนมาก
และใช้เทคโนโลยีสูง จึงต้องพึ่งพาทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ซึ่งการจำกัดสัดส่วน การถือ
หุ้นของต่างชาตินั้นเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อ การระดมทุนจากผู้ลงทุนต่างประเทศ

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544(ฉบับที่ 2) ระบุ
ไว้ว่า

“ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช่เป็นคนต่างด้าว
ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้
ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้อง
กำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้”

โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 4 บัญญัตินิยาม
ของคนต่างด้าวไว้ว่า

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

ก. นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1)
หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนโดยมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด
ในนิติบุคคลนั้น

ข. ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จากบทนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ยังมีช่องทางที่สามารถตีความให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการในประเทศอันเป็นสาเหตุของการครอบงำกิจการในประเทศได้ ทำให้ไม่สามารถป้องกันไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการโทรคมนาคมได้ เช่น

1. การตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอด โดยคนต่างด้าวจดทะเบียนตั้งบริษัทขึ้นในไทยถือหุ้น 100% (บริษัท 1) แล้วให้บริษัท 1 ถือหุ้น 100% ในบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในไทยอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 2) แล้วให้บริษัท 2 ถือหุ้น 100% ในอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 3) กรณีนี้บริษัท 3 จะไม่เป็นคนต่างด้าวตามคำจำกัดความของกฎหมาย เพราะไม่เป็นนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ตามมาตรา 4 ของกฎหมาย ทำให้บริษัท 3 ที่ถูกถือหุ้น 100% โดยคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจควบคุมได้โดยเสรี

2. การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุม ด้วยการกำหนดคะแนนเสียงโดยผ่านช่องทางการกำหนดสิทธิในการลงคะแนนหรือสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างกับสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญทำให้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องถือหุ้นข้างมากในบริษัทก็สามารถควบคุมและบริหารงานบริษัทนั้นๆ ได้เช่นคนต่างด้าวถือหุ้นสามัญ 49% กำหนด 1 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง คนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิ 51% แต่กำหนด 10 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง ทำให้บริษัทนี้มีสถานะเป็นบริษัทไทยและประกอบธุรกิจต่างๆ ได้โดยเสรีแต่บริษัทนี้ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าวเพราะคนต่างด้าวมีอำนาจในการกำหนดทิศทางและการบริหารงานของบริษัทได้มากกว่าคนไทยทั้งที่มีจำนวนหุ้นน้อยกว่า

การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจโดยควบคุมผ่านกรรมการของบริษัท เพราะปัจจุบันนี้คนต่างด้าวสามารถควบคุมหรือบริหารกิจการที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ผ่านทางกรรมการของ

บริษัทเพราะกฎหมายไม่กำหนดว่าบริษัทที่มีกรรมการผู้จัดการหรือกรรมการส่วนใหญ่เป็นคนต่างด้าวจะเป็นบริษัทต่างด้าวไปด้วย ทำให้คนต่างด้าวในช่องว่างตรงนี้ควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ ซึ่งจากการอาศัยการตีความตามคำนิยามคนต่างด้าว ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายข้างต้น แสดงให้เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่อาจป้องกันการครอบงำกิจการโทรคมนาคมจากคนต่างด้าวได้

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมมีบทบัญญัติตามมาตรา 7 กำหนดว่าผู้ใดประสงค์จะประกอบกิจการโทรคมนาคมตามลักษณะและประเภทที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าจะอนุญาตให้แก่ผู้ใด โดยไม่ต้องไปผ่านคณะกรรมการการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว นอกจากนี้ยังกำหนดว่าผู้รับใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง แบบที่สอง หรือแบบที่สาม จะมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมในลักษณะหรือประเภทใด รวมทั้งมีขอบเขตการให้บริการเพียงใด ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ซึ่งต้องสอดคล้องกับลักษณะการประกอบกิจการของใบอนุญาตแต่ละแบบที่กำหนดตามวรรคสอง และต้องคำนึงถึงการพัฒนาการให้บริการกิจการโทรคมนาคมที่หลากหลาย รวมทั้งความเป็นธรรมในระหว่างผู้ประกอบการด้วย อันจะทำให้เห็นว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์การอนุญาตตลอดถึงขอบเขตการให้บริการตามใบอนุญาตเป็นอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตผ่านคณะกรรมการการประกอบกิจการของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ดังนั้นการกำหนดให้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมไปอิงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอาจทำให้เกิดการเข้าใจคลาดเคลื่อนได้ว่าต้องให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอนุญาตด้วย

ธุรกิจการโทรคมนาคมมีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับอยู่แล้ว กล่าวคือพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งธุรกิจโทรคมนาคมมีความสำคัญมาก และเป็นกลไกในการพัฒนาประเทศ โดยที่กิจการโทรคมนาคมเป็นสิ่งที่สามารถสร้างผลกระทบต่อการทำงาน การใช้ชีวิต และการเรียนรู้ของประชาชนในประเทศ อันส่งผลถึงระบบเศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศได้ การที่กำหนดให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องไปใช้คำนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการของคนต่างด้าว อาจไม่เหมาะสม เนื่องจากคำนิยามตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่มีความชัดเจนและรัดกุม

เพียงพอและไม่สอดคล้องกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคมที่มีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว และตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการ โทรคมนาคมได้แต่งตั้งคณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมไว้แล้ว จึงน่าจะให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจในการตรวจสอบบริษัทต่างๆ ที่เข้ามาขออนุญาตประกอบกิจการด้วย เพื่อเป็นการควบคุมธุรกิจโทรคมนาคมด้วย เนื่องจากคำนิยาม ของคำว่าคนต่างด้าวในกฎหมายฉบับแก้ไขนี้อิงกับคำนิยามตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ย่อมหมายความว่า การคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติจะนับทอดเดียว เท่านั้น แม้บทบัญญัติที่เพิ่มเติมได้ให้อำนาจดุลยพินิจแก่คณะกรรมการกิจการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำหนดเงื่อนไขห้ามนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการ โทรคมนาคม กระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าวได้เพื่อเป็นการหาทางแก้ไขในเรื่อง ของการครอบงำกิจการ และ กทช. ได้ออกร่างประกาศ กทช. ว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่ มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าว เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2549 คณะกรรมการ โทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มีมติให้ออกร่างประกาศว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มี ลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าว¹ แต่การกำหนดมาตรการดังกล่าวก็เป็นการแก้ปัญหา เฉพาะหน้า และเป็นการวางมาตรการจำกัดสิทธิโดยมิได้ออกกฎหมายโดยการตราเป็น พระราชบัญญัติที่ผ่านการกลั่นกรองจากฝ่ายนิติบัญญัติ

นอกจากนั้นยังมีปัญหาในการตีความการจำกัดความธุรกิจคนต่างด้าวในกิจการ โทรคมนาคม เพราะหากตีความว่าเป็นการทำสถานีกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ กิจการ โทรคมนาคมก็จะเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง ของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว หากตีความว่าเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ กิจการ โทรคมนาคมก็จะเป็นธุรกิจตามบัญชีสอง ของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว หรือหากตีความว่าเป็นกิจการที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับต่างด้าว กิจการ โทรคมนาคมก็จะเป็นธุรกิจตามบัญชีสามของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว

¹ ดูประกาศว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดย คนต่างด้าว ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 54 แห่ง พระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการ ประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549.

จากสภาพปัญหาความดังกล่าว ผู้เขียนจะได้จึงควรศึกษาว่ากำหนดมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าวเหมาะสมหรือไม่ และควรกำหนดมาตรการในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวอย่างไร

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย

1. เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหากฎหมายของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
2. เพื่อศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์ปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
4. เพื่อศึกษาและค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

1.3 ขอบเขตการศึกษาวิจัย

1. กฎหมายประเทศไทย
 - 1) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542
 - 2) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544
2. กฎหมายต่างประเทศ
 - 1) กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกา
 - 2) กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสิงคโปร์
 - 3) กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของแคนาดา
 - 4) กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของมาเลเซีย
3. กฎหมายระหว่างประเทศ
 - 1) กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกว่าด้วยการเปิดเสรีโทรคมนาคม

1.4 สมมติฐานของการศึกษาวิจัย

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการลงทุนในกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าวในประเทศไทยยังขาดความชัดเจนแน่นอน แม้จะมีการกำหนดมาตรการให้อำนาจดุลพินิจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติในการกำหนดเงื่อนไขห้ามนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมกระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวได้เพื่อเป็นการหาทางแก้ไข ในเรื่องของการครอบงำกิจการ แต่การกำหนดมาตรการดังกล่าวก็เป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้า และเป็นการวางมาตรการจำกัดสิทธิโดยมิได้ออกกฎหมายโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติที่ผ่านการกลั่นกรองจากฝ่ายนิติบัญญัติ และปัญหาการตีความธุรกิจโทรคมนาคมตามกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ดังนั้นเพื่อไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำธุรกิจโทรคมนาคม จึงควรกำหนดนิยามของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมให้ชัดเจน และแยกต่างหากออกจากนิยาม คนต่างด้าวตามกฎหมายประกอบกิจการคนต่างด้าวทั่วไป โดยกำหนดค่านิยามของคนต่างด้าวไว้ โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม

1.5 วิธีดำเนินการศึกษาวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่องปัญหากฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว : ศึกษากรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม นี้ เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยใช้ระเบียบวิธีวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ซึ่งเป็นการค้นคว้าและวิจัยเอกสาร ดังนี้

1. เอกสารปฐมภูมิ (Primary Document) ซึ่งเป็นข้อมูลชั้นแรก (primary source) ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 โดยรวบรวมเอกสารสิ่งพิมพ์ต่างๆ ตลอดจน เอกสารหนังสือพิมพ์ หรือเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องในช่วงต่างๆ

2. เอกสารทุติยภูมิ (Secondary Document) ซึ่งเป็นข้อมูลชั้นที่สอง (secondary source) ซึ่งได้จากแหล่งข้อมูลต่าง ๆ ได้แก่ รายงานการวิจัยวิทยานิพนธ์ ตำรา บทความวิชาการ งานเอกสารวิจัย ตำรา สิ่งพิมพ์ต่าง ๆ ที่เคยมีผู้เคยศึกษาวิจัยมาแล้ว

หลังจากการรวบรวมข้อมูลมาแล้ว จะใช้วิธีการวิเคราะห์เนื้อหา (content analysis) จากหลักกฎหมายรวมทั้งข้อมูลเอกสารต่างๆ ที่ได้รวบรวมตามวิธีการข้างต้น โดยการหาคำอธิบาย เหตุผลให้ความหมายแก่สิ่งที่เกิดขึ้น ซึ่งจะต้องดำเนินการตามกรอบแนวคิดและสมมติฐานเพื่อช่วย พิสูจน์สมมติฐานที่ตั้งไว้ ในการศึกษาวิจัยนั้น เป็นการนำเอาเอกสารดังกล่าวมาวิเคราะห์ เพื่อนำไปสู่การค้นพบปัญหากฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมว่าเป็น อย่างไรและสมควรปรับปรุงแก้ไขอย่างไรเพื่อความเหมาะสมยิ่งขึ้น โดยนำเอาวิธีการของ ต่างประเทศมาเป็นข้อเสนอแนะ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบความเป็นมาและความสำคัญของปัญหากฎหมายของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
3. ทำให้ทราบถึงปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม
4. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม เพื่อการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการ โทรคมนาคมในอนาคต

1.7 นิยามศัพท์/คำย่อเฉพาะ

กสท. หรือ บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) หรือ CAT Telecom Public Company Limited เป็นบริษัทที่ดำเนินธุรกิจด้านสื่อสาร โทรคมนาคมทั้งในและระหว่างประเทศ ได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งเป็น บริษัทมหาชน เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม 2546 มีทุนจดทะเบียน เริ่มแรก 10,000 ล้านบาท ประกอบด้วย หุ้นสามัญจำนวน 1,000 ล้านหุ้น มูลค่าที่ตราไว้ 10 บาท ต่อหุ้นตามมติคณะ รัฐมนตรีเมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม 2546 โดยได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามระเบียบ ข้อบังคับและมติคณะรัฐมนตรีที่ใช้บังคับกับ รัฐวิสาหกิจทั่วไป สามารถบริหารจัดการ ในรูปแบบของเอกชนได้เต็มรูปแบบ รวมทั้งกระจายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ในช่วงระยะเวลาที่เหมาะสม

กิจการโทรคมนาคมคือการติดต่อสื่อสารด้วยเสียง ข้อมูล ภาพ ซึ่งรวมถึง วิทยุ โทรเลข โทรศัพท์ โทรศัพท การสื่อสารข้อมูล และเครือข่ายคอมพิวเตอร์โดยสามารถจำแนกได้ 2 ประเภท คือ โครงข่ายการติดต่อสื่อสารแบบใช้สาย (Fixed-line Communication Networks) ได้แก่ โทรศัพท์พื้นฐาน โทรศัพท์ระหว่างประเทศ โทรศัพท์สาธารณะ และ Internet เป็นต้น และโครงข่ายการติดต่อสื่อสารแบบไร้สาย (Wireless Communication Networks) ได้แก่ โทรศัพท์เคลื่อนที่ โทรศัพท์ติดตามตัว และวิทยุคมนาคม เป็นต้น

คัสโตเดียน (Custodian) ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายบังคับเกี่ยวกับชื่อของคัสโตเดียนที่ปรากฏในทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้น (เช่นอนุญาตให้ใช้ลูกคำที่รายต่อหนึ่งบัญชี ที่แจ้งเกณฑ์การตั้งชื่อบัญชี ฯลฯ) ยกเว้นคัสโตเดียนของกองทุนส่วนบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย

ธนาคารพาณิชย์ไทยที่ให้บริการคัสโตเดียน ต้องทำตามกฎของ ธปท. ที่กำหนดให้ตรวจสอบความมีตัวตนที่แท้จริงของลูกค้าที่มาขอใช้บริการ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก “ลูกค้าที่มาขอใช้บริการ” โดยมากมักไม่ใช่พนักงาน หากเป็นสถาบันการเงินตัวกลางอื่นๆ ที่ให้บริการนักลงทุน เช่น กองทุนส่วนบุคคล หรือโบรกเกอร์การตรวจสอบของธนาคารจึงไม่สามารถสืบสาวไปถึงระดับนักลงทุนได้

บริษัทจดทะเบียนในต่างประเทศที่จะมาขอใช้บริการคัสโตเดียนของธนาคารพาณิชย์ จะต้องผ่านความเห็นชอบของสถานทูตไทยก่อน และถ้าธุรกรรมที่ทำมีมูลค่าเกินกว่า 8 แสนบาท ธนาคารพาณิชย์ต้องรายงานให้ ธปท. ทราบ กฎควบคุมที่ค่อนข้างเข้มงวดข้อนี้ ทำให้นักลงทุนที่มีเจตนาทุจริตไม่ใช้บริการคัสโตเดียนของธนาคารพาณิชย์ที่อยู่ใต้การกำกับดูแลของ ธปท. ปัจจุบันสถาบันการเงินไม่ว่าจะเป็น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทคัสโตเดียนที่จดทะเบียนต่างประเทศ ไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายที่จะต้องยืนยันหรือรายงานผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (ในกรณีที่ใช้νομินีหลายชั้น) ต่อ ก.ล.ด. หรือ ธปท.

โครงข่าย (Access Charge) คือ โครงข่ายโทรคมนาคมไทย แบ่งได้เป็นสองประเภท ประเภทแรก คือ โครงข่ายที่รัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการสร้างเอง รัฐวิสาหกิจที่ว่าก็คือ ทศท. และ กสท. กับโครงข่ายที่เกิดขึ้นตามสัญญาสัมปทานในเทอมแบบ BTO (Built Transfer Operate) โครงข่ายโทรคมนาคมทั้งสองชนิด จึงเป็นทรัพย์สินสาธารณะเพื่อใช้ในการจัดทำบริการสาธารณะ โดยในปัจจุบันโครงข่ายทั้งหมดอยู่ในความครอบครองดูแลโดย ทศท. และ กสท.

ทศท. หรือบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) เดิมคือ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทยเป็นรัฐวิสาหกิจ สังกัดกระทรวงคมนาคม

ไพรเวท เอกวิตี (Private Equity) คือ หรือเรียกว่า "ธุรกิจร่วมลงทุน" เป็นธุรกิจบริหารเงินร่วมลงทุนในลักษณะกองทุนระยะยาว โดยที่กองทุนดังกล่าวเข้าไปซื้อหุ้นในกิจการใดๆ ที่มีศักยภาพในการเติบโตสูง แต่เป็นธุรกิจที่ลงทุนในบริษัทที่ยังมีความเสี่ยงสูงเกินกว่าที่ธนาคารจะให้เงินกู้ได้ เพื่อที่ในอนาคตกองทุนนั้นจะได้ออกตัว (Exit) โดยมีผลตอบแทนการลงทุนที่คุ้มค่าความเสี่ยง ส่วนใหญ่จะมุ่งหวังที่จะให้กิจการนั้นๆ สามารถพัฒนาให้สามารถเข้าจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งเป็นตลาดทุนที่สามารถรองรับการออกตัวของ Private Equity และรองรับการขยายตัวของกิจการดังกล่าวได้ในอนาคต โดยเป็นการลงทุนในหุ้นที่ไม่ได้จดทะเบียนซื้อขายอยู่ในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งรวมถึง การกู้มาซื้อกิจการ (Leverage Buyout) กองทุนร่วมลงทุน (Venture Capital Fund) การลงทุนโดยบุคคล หรือนิติบุคคลในกิจการที่ยังไม่มั่นคงนัก ที่เรียกว่า Angel Investing และการลงทุนในหุ้นที่ใกล้จะเข้าจดทะเบียนซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์หรือที่เรียกว่า Mezzanine Capital

โนมินี (Nominee) หรือการใช้ตัวแทนถือหลักทรัพย์ เป็นหนึ่งในกลไกการลงทุนซึ่งเป็นที่นิยมมากขึ้นเรื่อยๆ ในตลาดทุนทั่วโลก บริการด้านการเก็บรักษาทรัพย์สิน (คัสโตเดียน) และโนมินีของสถาบันการเงิน ตลอดจนองค์กรต่างชาติหลายบริษัท ช่วยแบ่งเบาภาระของนักลงทุนด้านกฎหมายและด้านปฏิบัติการทำให้นักลงทุนสามารถใช้เวลากับการวิเคราะห์หลักทรัพย์ การตัดสินใจลงทุนและติดตามผลการดำเนินงานของบริษัทจดทะเบียนได้อย่างเต็มที่ บริการเหล่านี้ช่วยเพิ่มระดับความสนใจของนักลงทุนระดับโลกในตลาดทุนของประเทศกำลังพัฒนาซึ่งอาจมีกฎเกณฑ์ที่นักลงทุนไม่คุ้นเคย รวมทั้งประเทศไทยด้วย และช่วยปกป้องความลับในการลงทุนซึ่งเป็นปัจจัยแห่งความสำเร็จที่สำคัญ สำหรับนักลงทุนจำนวนมากโดยเฉพาะนักลงทุนระยะสั้น กองทุนเฮดจ์ฟันด์ (hedge fund) และกองทุนร่วมลงทุน (private equity)

ระบบโทรคมนาคม ได้คิดค้นและพัฒนาโดยวิศวกรโทรคมนาคม และผู้ที่มีชื่อเสียงในแวดวงโทรคมนาคมนี้ ได้แก่ อเล็กซานเดอร์ เบลล์ (Alexander Bell) ผู้คิดค้นโทรศัพท์ จอห์น โลจี้ แบรด (John Logie Baird) ผู้คิดค้นโทรทัศน์ และกุสเลียว มาโคนี (Guglielmo Marconi) ผู้คิดค้นวิทยุสื่อสารในไม่นานมานี้ โยแก้วนำแสงถูกใช้เพิ่มแบนวิธด์ให้กับการเชื่อมต่อกันระหว่างระบบสื่อสารซึ่งทำให้ระบบสื่อสารรวดเร็วขึ้น ระบบอินเตอร์เน็ตมีความรวดเร็วสามารถให้บริการโทรทัศน์ดิจิตอลออนไลน์ได้ ซึ่งจะให้ภาพคมชัดกว่าแบบเดิม

หุ้นบุริมสิทธิ (Preferred Stocks) คือ ตราสารประเภทหุ้นทุน คล้ายกับหุ้นสามัญ เพียงแต่ไม่มีสิทธิออกเสียงในการบริหาร แต่มีสิทธิประโยชน์ด้านเงินปันผลมากกว่าหุ้นสามัญ กล่าวคือ เมื่อบริษัทจะจ่ายปันผล จะต้องจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินี้ก่อน หลังจากนั้นจึงจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นต้น รายละเอียดของบุริมสิทธิที่พึงจะมี จะต้องดูในเอกสารของบริษัทนั้นๆ อีกครั้ง หุ้นบุริมสิทธินี้มีข้อแตกต่างจากหุ้นสามัญคือ ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับสิทธิในการชำระคืนเงินทุน ก่อนผู้ถือหุ้นสามัญในกรณีที่บริษัทเลิกกิจการ หุ้นประเภทนี้มีไม่มากนักในตลาดหลักทรัพย์ มีการซื้อขายกันน้อย หรือภาษาเทคนิคเรียกว่ามีสภาพคล่องต่ำ หุ้นบุริมสิทธิบนกระดานหุ้นสังเกตได้จากสัญลักษณ์ -P ทำอักษรย่อของหุ้นสามัญ

49244 ๗-1

BTO (Built Transfer Operate) คือสัญญาสัมปทาน ซึ่งเอกชนจะเป็นผู้ดำเนินการสร้างทรัพย์สินหรือโครงข่าย แล้วโอนทรัพย์สินหรือโครงข่ายให้ตกเป็นของรัฐและมีสิทธิให้บริการจนกว่าอายุสัญญาสัมปทานจะสิ้นสุดลง



บทที่ 2

แนวความคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

ในบทนี้จะได้นำเสนอเหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของประเทศไทยและสภาพทั่วไปของธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทย รวมทั้งได้ทบทวนวรรณกรรมและที่เกี่ยวข้องกับการวิจัย

2.1 เหตุผลและความจำเป็นในการกำหนดมาตรการควบคุมการประกอบ

ธุรกิจของคนต่างด้าว ในการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

การสื่อสารโทรคมนาคมนับวันจะมีบทบาทสูงในการสนับสนุนการพัฒนาประเทศ ทั้งในด้านธุรกิจการค้า การบริการ อุตสาหกรรม การเกษตร ไปจนถึงการเพิ่ม คุณภาพชีวิต (Quality of Life) ของประชาชนให้สูงขึ้น การสื่อสารโทรคมนาคม ไม่เพียงแต่จะสามารถเพิ่มประสิทธิภาพของการให้บริการสาธารณสุขและการศึกษา แต่ด้วยวิทยาการใหม่ๆ ในด้านต่างๆ ผสมผสานกันแล้ว ยังสามารถขยายขีดความสามารถในการให้บริการดังกล่าวด้วยการลดอุปสรรคทางกายภาพและทางเวลา เป็นต้นว่าด้วยการแพทย์ทางไกล (Tele-medicine) การศึกษาและฝึกอบรมทางไกล (Tele-education) ประชาชนไม่ว่าจะอยู่ที่ไหน และในเวลาใดก็สามารถ รับบริการเหล่านี้ และบริการอื่นๆ ได้ เช่น การเงินการธนาคาร งานทะเบียนราษฎรการเข้าถึงห้องสมุด หรือข้อมูลสาธารณะจากหน่วยงานของรัฐ ไปจนถึง การซื้อขายผ่านอินเทอร์เน็ต (Electronic-Commerce)ที่กำลังจะแพร่สะพัดทั่วโลก

บริการและเครือข่ายโทรคมนาคมที่ทันสมัย ได้คุณภาพ มีเพียงพอ ในราคาที่ต่ำ และที่สำคัญครอบคลุมและกระจายสู่ทุกส่วนของสังคมอย่างเท่าเทียมมากที่สุด จึงเป็นปัจจัยพื้นฐานแห่งยุคโลกาภิวัตน์ในสังคมสารสนเทศ โดยนอกจากจะสามารถทดแทนการเดินทางสัญจรได้ในระดับหนึ่ง ซึ่งเป็นการประหยัดทั้งเวลา การเสียโอกาสและค่าใช้จ่ายโดยตรงแก่ผู้ใช้แล้ว ยังเป็นการช่วยลดการใช้พลังงาน (และประหยัดการไหลออกของเงินตราต่างประเทศ) รวมทั้งประหยัดทรัพยากรธรรมชาติ ส่งผลให้การจราจรที่แออัดและมลพิษที่ตามมาลดน้อยลง

แต่เป็นที่น่าเสียดายว่าขณะที่ประเทศส่วนใหญ่ในโลกตระหนักและรู้ซึ่งในความสำคัญเชิงยุทธศาสตร์ (Strategic Importance) ของการสื่อสารโทรคมนาคม ต่อการแข่งขันของประเทศ (และธุรกิจ) ในฐานะที่เป็นเครื่องมือสร้างประโยชน์มหาศาลแก่ประเทศและผู้ใช้ได้ สังคมไทยส่วนใหญ่ในทุกระดับกลับยังคงมีทัศนคติต่อโทรคมนาคมในฐานะเพียงสิ่งอำนวยความสะดวก หรือสาธารณูปโภคอีกตัวหนึ่งที่สมควรจะประหยัดการใช้ดังเช่น น้ำประปา พลังงานและไฟฟ้า โดยไม่คิดว่าการบริโภคในปริมาณเพิ่มขึ้นเกือบจะไม่ก่อให้เกิดต้นทุนจากการใช้ที่เพิ่มขึ้นหาก capacity ในการให้บริการที่มีอยู่มีอย่างเพียงพอ ผิดกับการบริโภคน้ำหรือไฟฟ้า (ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีจำกัดอีกทั้งมีต้นทุนเพิ่มตามปริมาณการบริโภค)

ประเทศไทยได้พัฒนาการสื่อสารโทรคมนาคมจนมีความก้าวหน้าอย่างเห็นได้ชัด ตั้งแต่ช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 7 เป็นต้นมา อาทิ การสนับสนุนให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน (ในรูปของการสร้าง-โอน-ดำเนินการ หรือ Build-Transfer-Operate: BTO) ซึ่งถือว่าเป็นการ Privatization อ่อนๆ รูปแบบหนึ่งก็ได้ จึงทำให้โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed-Line Telephone Service) ขยายตัวอย่างรวดเร็ว จากเพียง 1.9 ล้านเลขหมายหรือราว 3.5 เลขหมายต่อประชากร 100 คนในปี พ.ศ. 2534 (ที่เรียกกันว่า Tele-Density หรือ Penetration Rate) มาเป็น 7 ล้านเลขหมายโดยประมาณในปัจจุบัน (11.7 เลขหมายต่อ 100 คน) อีกทั้งยังเกิดการให้บริการเสริมต่างๆ ที่สำคัญคือวิทยุติดตามตัว (Paging) และ โทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือ โทรศัพท์มือถือ (Cellular Phone)

พัฒนาการเหล่านี้ ในด้านหนึ่งได้ช่วยขจัดความขาดแคลนในอุปทานลงได้มาก (Unmet Demand) จนในบางพื้นที่กลับกลายเป็นสภาพอุปทานเกินพอก็มี แต่ประเทศโดยรวมยังไม่บรรลุภาวะความอิ่มตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ยังไม่บรรลุเป้าหมาย “บริการอย่างทั่วถึง” เนื่องจากโครงข่ายโทรศัพท์ยังครอบคลุมไม่ถึง ส่วนใหญ่ของประเทศ ยังมีประชาชนที่รอโอกาสเป็นเจ้าของและรอใช้บริการอีกไม่น้อย

นอกจากนี้การพัฒนาที่ไร้ทิศทาง ขาดแผนระยะยาวที่ชัดเจนและรอบคอบ บนพื้นฐานของกฎหมายโทรคมนาคมที่ล้าสมัยตามไม่ทันเทคโนโลยีและตลาด ขาดความรู้และทักษะทั้งในเชิงนโยบายและบริหารจัดการ ในสาขาที่มีพลวัตสูงเป็นพิเศษ อย่างสื่อสารโทรคมนาคม และยิ่งอ่อนไหวต่อการแทรกแซงจากธุรกิจการเมือง จนหลายครั้งหลายโอกาสนำไปสู่การแสวงหาผลประโยชน์ในหมู่ผู้มีอำนาจและหน้าที่ และที่สำคัญที่สุด รัฐบาลยังคงผูกขาดโดยปราศจากระบบและ

โครงสร้างการกำกับดูแล (Regulatory Framework) ที่เข้มแข็งและมีความโปร่งใส (Transparency) ปลดปล่อยให้ผู้ผูกขาดเป็นทั้งผู้ให้บริการและผู้กำกับดูแลการให้บริการเสียเอง ดังนั้นการพัฒนา ระบบสื่อสารโทรคมนาคมของไทยจึงมีจุดอ่อนและประสบกับปัญหาต่างๆ ที่สั่งสมมานาน

ด้วยปัญหา อุปสรรคและจุดอ่อนนานัปการทำให้ประเทศไทยถูกเพื่อนบ้านและประเทศอื่นๆ ในละตินอเมริกาทิ้งห่างยิ่งขึ้นทุกวัน กอปรกับกระแสการแข่งขัน ระหว่างประเทศนับวันจะเพิ่มความเข้มข้นยิ่งขึ้น ทั้งในแง่ของการช่วงชิงตลาด หรือการชักจูงให้มีการเข้าไปลงทุนในประเทศของตนเอง ขณะที่เศรษฐกิจโลก ก็เคลื่อนสู่ระเบียบใหม่ออย่างรวดเร็วภายใต้กฎเกณฑ์และเงื่อนไขใหม่ๆ ขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization—WTO) ซึ่งโครงสร้างพื้นฐาน โทรคมนาคมมีฐานะเป็นทั้งปัจจัย พื้นฐานที่โคດเค้นที่สุดก็ได้ ในการขับเคลื่อนนานาประเทศเข้าสู่ระบบเศรษฐกิจโลกใหม่ และยังเป็น “สินค้า” บริโภคในตัวของมันเองที่มีการขยายตัวอย่างรวดเร็วที่สุดในโลก เป็นที่หมายตาของบริษัทโทรคมนาคมยักษ์ใหญ่และเล็กทั่วโลก

สหภาพโทรคมนาคมระหว่างประเทศ (International Telecommunications Union—ITU) ได้คาดหมายไว้ว่า ตลาดบริการโทรคมนาคมโลก จะมีขนาดใหญ่ ด้วยมูลค่าสูงทะลุแนว 1 ล้านล้านเหรียญสหรัฐ (หรือกว่า 40 ล้านล้านบาท) ภายในปี 1998 ในอัตราการเติบโตร้อยละ 7 ต่อปีหรือราวสองเท่าตัว เมื่อเทียบกับ การขยายตัวของเศรษฐกิจโลกโดยรวมมาโดยตลอด แม้แต่ในปี 1991 ที่ GDP โลกถดถอย (ในอัตรา -3%) แต่ภาคสื่อสารโทรคมนาคมกลับมีการขยายตัว ถึงเกือบร้อยละ 6 ในปีดังกล่าว ทั้งนี้ บริษัทในหมวดบริการโทรคมนาคม 10 รายใหญ่ที่สุดในโลกมีกำไรรวมกัน ในปี 1995 สูงกว่า 25 ธนาคารที่ใหญ่ที่สุดในโลกรวมกันเสียอีก และที่สำคัญยิ่งคือรายได้ที่เติบโตอย่างรวดเร็วมิได้เกิดจากการขึ้นค่าบริการ ตรงกันข้าม อัตราค่าบริการกลับมีการลดลงอย่างต่อเนื่องและอย่างรุนแรง ในประเทศที่เปิดการแข่งขันอย่างเสรี ซึ่งเป็นการกระตุ้นให้ตลาดขยายตัวและทำให้รายได้ผู้ประกอบการพุ่งสูงขึ้นอย่างรวดเร็วอีกด้วย นอกเหนือไปจากประโยชน์ที่ประชาชนผู้ใช้ได้รับโดยตรง

ดังนั้น จึงขอยืนยันไม่พ้นที่ไทยจักต้องเร่งรีบแก้ไขจุดอ่อนและปัญหามากมายที่สะสมมานาน ซึ่งสำหรับปัญหานานี้ย่อมยากที่จะเยียวยารักษาได้ หากมิได้แก้ไขในเชิงโครงสร้างด้วยการปฏิรูป ทั้งภาค (Sector Reform) เชิงหลายประเทศในโลก

ด้วยคุณสมบัติที่แตกต่างกันในหลายๆ ด้านเทียบกับ Infrastructure หรือ สาธารณูปโภคอื่นๆ แนวทางการปฏิรูปภาคการสื่อสารโทรคมนาคมที่ดีที่สุด และกล่าวได้ว่าหลักเล็งมีได้ก็คือ การจัดระเบียบโครงสร้างใหม่ทั้งหมด การเปิดตลาดโทรคมนาคมให้แข่งขัน (De-regulation จนถึง Full Liberalization) ย่อมหมายถึงความจำเป็นที่ต้องแปรรูปรัฐวิสาหกิจด้านสื่อสาร เพื่อให้สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการเอกชนรายใหม่ที่จะเกิดขึ้นตามมา ถึงแม้จะไม่มีเหตุการณ์เศรษฐกิจฟองสบู่แตกจนทำให้รัฐบาลต้องมีพันธะสัญญา ที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจภาคสื่อสารโทรคมนาคมต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ก็ตาม

ด้วยการเปิดตลาดให้แข่งขันเท่านั้นที่จะสร้างหลักประกันได้ดีกว่า สำหรับการป้องกันการผูกขาดจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจกลุ่มสื่อสารโทรคมนาคม มิฉะนั้นแล้ว การแปรรูปกลับจะเป็นภัยที่น่ากลัวยิ่งกว่า โดยจะกลายเป็นการถ่ายโอนอำนาจผูกขาดจากรัฐวิสาหกิจ (โดยอำนาจตามกฎหมาย) ไปสู่อำนาจผูกขาดโดยเอกชน (ด้วยอำนาจทางตลาด) ที่รัฐมีอาจจะควบคุมได้

เทคโนโลยีนอกจากจะทำลายมิติต้นทุนที่แปรผันกับระยะทางแล้ว ในไม่ช้าเทคโนโลยียังจะทำลายมิติด้านพรมแดน และกฎหมาย/กฎระเบียบที่บรรดาประเทศต่างๆ กำหนดขึ้นมามีปิดกัน จนใช้ไม่ได้ผลอีกต่อไปในภาคการสื่อสารโทรคมนาคม

ด้วยกำแพงทางภาษี พรมแดน กฎหมาย ข้อบังคับหรือมาตรการอื่นๆ เราอาจจะกีดกันการนำเข้าสินค้า บริการ หรือจำกัดผู้ประกอบการชาวต่างชาติให้เข้ามาประกอบกิจการได้ในจำนวนที่จำกัดไว้ เช่น กิจการธนาคาร บริการการเงิน หรือเที่ยวบินที่จะบินเข้า-ออกประเทศไทย แต่ถึงแม้เราจะไม่เปิดตลาดให้ผู้ประกอบการต่างชาติ เข้ามาทำธุรกิจด้านสื่อสารโทรคมนาคมอย่างเต็มตัวก็ตามนั้น มีอาจจะปิดกั้นผู้ประกอบการที่แม้จะตั้งอยู่ในต่างประเทศ ให้เข้ามาแข่งขันตลาดบางส่วนในภาคบริการโทรคมนาคมได้ ถ้าหากว่าตลาดบริการบางส่วนของไทยยังคงมีการบิดเบือนของค่าบริการที่สูงกว่าต้นทุนมหาศาล

แต่การเปิดตลาดนั้นมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ไทยจะต้องวางโครงสร้างและระบบการกำกับดูแลภาคโทรคมนาคมควบคู่กันไปอีกด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อภาคโทรคมนาคมมีลักษณะจำเพาะมากมายหลายประการ

ความเคลื่อนไหวของธุรกิจให้บริการโทรคมนาคมหลายประเภทในช่วงที่ผ่านมา พบว่ามีการเปลี่ยนแปลงที่เห็นได้ชัด ทั้งจากการเข้าซื้อ-ขายกิจการ การร่วมทุน การเคลื่อนย้ายหรือถอนทุนจากต่างประเทศที่เคยเข้ามาร่วมทุนและการเข้าซื้อกิจการจากบริษัทข้ามชาติรายใหญ่ ซึ่งแนวโน้มการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นในหลายประเทศทั่วโลก ทั้งนี้เหตุผลส่วนหนึ่งน่าจะมาจากการแข่งขันของธุรกิจให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งเป็นธุรกิจที่มีความผันผวนค่อนข้างมากตามการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยี อีกทั้งแนวโน้มของราคาค่าบริการเริ่มลดลง การแข่งขันดังกล่าว มีลักษณะไร้พรมแดนทำให้การเคลื่อนย้ายของเงินทุนและการเข้าซื้อกิจการของผู้ประกอบการโทรคมนาคมรายใหญ่ไปสู่ตลาดให้บริการโทรคมนาคมในอีกหลายๆ ประเทศ นอกจากนี้การขยายตัวของตลาดอย่างมากในช่วงที่ผ่านมา ทำให้ตลาดในช่วงต่อไปมีการชะลอตัวลงและทำให้รายได้จากการดำเนินงานมีแนวโน้มลดลง

การเปลี่ยนแปลงของธุรกิจให้บริการโทรคมนาคมภายหลังการเคลื่อนย้ายการลงทุนจากต่างประเทศ ดังนี้²

1. ตลาดให้บริการมีแนวโน้มที่จะมีการแข่งขันกันอย่างเต็มที่ ผู้ให้บริการอาจจะได้ประโยชน์ การเพิ่มการลงทุนในธุรกิจโทรคมนาคม ทำให้สถานภาพทางการเงินของผู้ประกอบการในธุรกิจมีแนวโน้มเข้มแข็งมากขึ้น โดยเฉพาะในด้านการขยายเครือข่ายหรือการพัฒนาของเทคโนโลยีให้ทันสมัย และเป็นการเข้าสู่แนวทางของการใช้ทรัพยากรอย่างมีประสิทธิภาพสูงสุดของผู้ให้บริการแต่ละราย โดยมีข้อจำกัดทางด้านเงินทุนลดลง และถ้าการแข่งขันที่เพิ่มขึ้นนำมาสู่การปรับราคาค่าบริการที่ลดลงและการพัฒนาคุณภาพการให้บริการที่ดีขึ้นอาจจะส่งผลให้ผู้ให้บริการมีทางเลือกและมีความหลากหลายมากกว่าเดิมด้วยอัตราค่าบริการที่เป็นธรรม

2. มีการถ่ายโอนเทคโนโลยีจากต่างประเทศ เนื่องจากกลุ่มทุนที่เข้ามาร่วมลงทุนมีการลงทุนในลักษณะเครือข่ายทั่วโลก ดังนั้นความจำเป็นที่จะต้องนำมาตรฐานการให้บริการที่เป็นมาตรฐานเดียวกัน นอกจากนี้ยังมีแนวโน้มการพัฒนาเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากขึ้น เช่น การเตรียมตัว ไปสู่การให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ในยุคที่ 3 หรือ 4 หรือการเปิดใช้ธุรกิจดาวเทียมเป็นอินเทอร์เน็ตเกตเวย์แห่งใหม่การเพิ่มคอนเทนต์หรือบริการเสริมที่เป็นลักษณะที่มีความหลากหลาย

² รวบรวมโดย บริษัท ศูนย์วิจัยกสิกรไทย จำกัด, 2549.

3. การแข่งขันที่รุนแรงในฐานะของจำนวนผู้ให้บริการแบบน้อยรายในปัจจุบัน อาจนำไปสู่การผูกขาดของตลาดได้ในอนาคต ถ้าผู้ให้บริการเดิมมีการครอบงำตลาด หรือมีส่วนแบ่งตลาดที่มากพอที่จะกำหนดทิศทางของตลาดหรือมีอำนาจเหนือตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผู้บริโภคโดยตรง ซึ่งในธุรกิจโทรคมนาคมกำลังมีแนวโน้มเข้าสู่ภาวะที่มีการแข่งขันน้อยรายยิ่งขึ้นทุกขณะ เนื่องจากการเข้ามาของผู้ประกอบการรายใหม่ๆ จะต้องใช้เงินลงทุนค่อนข้างมาก นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขที่จะต้องได้รับการอนุญาตประกอบการจาก คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทช.) ยิ่งส่งผลทำให้ผู้ประกอบการเดิมในตลาดมีโอกาสที่จะทำตลาดได้มากกว่าผู้ประกอบการรายใหม่

4. ผู้ประกอบการรายเล็กในตลาด ซึ่งมีเงินทุนในการขยายกิจการอาจต้องเผชิญกับภาวะการแข่งขันที่รุนแรงมากยิ่งขึ้น ธุรกิจที่เป็นหัวใจของบริการสื่อสารหรือธุรกิจที่มีตลาดขนาดใหญ่จะเป็นโอกาสของกลุ่มทุนขนาดใหญ่ด้วยเช่นกัน ซึ่งผู้ประกอบการรายเล็กอาจจำเป็นต้องปรับตัวค่อนข้างมาก และต้องหันไปเน้นตลาดที่มีเฉพาะมากยิ่งขึ้น หรือการก้าวไปสู่ธุรกิจต่อเนื่อง เช่น คอนเทนต์ทางด้านข้อมูลซึ่งมีแนวโน้มของตลาดที่ดีกว่า

5. รัฐวิสาหกิจที่ยังไม่มีความพร้อมทางด้านการแข่งขัน ทั้งในด้านเงินทุนและในด้านการบริหาร จำเป็นต้องเร่งปรับตัว เพราะตลาดบริการโทรคมนาคมนับจากนี้มีการเติบโตไม่มากนัก ประกอบกับการเข้าสู่ตลาดในธุรกิจที่มีการแข่งขันสูงอาจส่งผลกระทบต่อภาระงานของกิจการได้

6. ก ฎเกณฑ์การแข่งขันในการให้บริการจะต้องมีความเข้มแข็งเพียงพอ ที่จะป้องกันการผูกขาดของธุรกิจที่อาจเกิดขึ้นได้ในระยะยาว หรือมีหน่วยงานที่จะต้องดูแลและพิจารณาผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างใกล้ชิด เพื่อส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม แต่การกำกับดูแลนั้นจะต้องไม่ก่อให้เกิดการจำกัดการแข่งขันของตลาด

ตลาดให้บริการโทรคมนาคมไทยนั้น มีการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่องในระยะที่ผ่านมาการแข่งขันของผู้ให้บริการในปัจจุบันทำให้การให้บริการโทรคมนาคมไทยมีความก้าวหน้าขึ้นอย่างรวดเร็ว การพัฒนาของเทคโนโลยีและการเปิดให้เอกชนเข้ามาให้บริการทำให้การขาดแคลนการสื่อสารในประเทศลดลงอย่างต่อเนื่อง นโยบายในการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมตามข้อตกลงทางการค้าทำให้ไทยต้องผ่อนคลากฎเกณฑ์การแข่งขันทางด้านกิจการโทรคมนาคมลง เพื่อเปิดโอกาสให้ผู้ให้บริการโทรคมนาคมจากต่างประเทศเข้ามาร่วมลงทุนและให้บริการได้เพิ่มขึ้น

ทำให้เกิดการเคลื่อนย้ายเงินลงทุนในกิจการโทรคมนาคมจากต่างชาติเข้ามาในประเทศเพิ่มขึ้นซึ่งข้อดีของการเพิ่มการลงทุนจากต่างประเทศนั้นทำให้ตลาดให้บริการมีการแข่งขันเพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตามความกังวลต่อการจะเข้ามาผูกขาดกิจการโทรคมนาคมของต่างประเทศในไทยนั้นก็ทำให้ไทยเองต้องสร้างกฎเกณฑ์การแข่งขันเพื่อป้องกันการผูกขาดที่อาจเกิดขึ้นได้ในระยะยาว ส่งเสริมการแข่งขันที่มีประสิทธิผลและไม่ก่อให้เกิดการผูกขาดจากผู้ประกอบการเพียงไม่กี่ราย ทั้งผู้ประกอบการไทยและผู้ประกอบการต่างประเทศ

2.2 การประกอบธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทยและสภาพทั่วไปในการประกอบกิจการของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย

จากนโยบายของพัฒนาการเศรษฐกิจตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1 (พ.ศ. 2504-2509) นั้นแบ่งเป็น 2 ช่วง โดยในช่วงแรกด้านการพัฒนาคมนาคม ปรับปรุงกิจการสื่อสารและโทรคมนาคม ให้มีบริการสะดวกและรวดเร็ว โดยการเพิ่มอุปกรณ์และเจ้าหน้าที่และบุคลากรที่ทำการไปรษณีย์ รวมทั้งการแบ่งเขตไปรษณีย์ในท้องที่ต่างๆ ที่มีพลเมืองหนาแน่น เร่งสร้างระบบโทรคมนาคมตามโครงการที่ได้รับความช่วยเหลือจากต่างประเทศและขยายโทรศัพท์ด้วยรายได้ขององค์การโทรศัพท์ฯเอง โดยมีแนวทางโครงการปรับปรุงโทรศัพท์หัวเมือง เป็นการขยายบริการโทรศัพท์ให้แก่ประชาชนในจังหวัดต่างๆ การดำเนินงานให้บริการโทรศัพท์แก่ประชาชนควรดำเนินงานเป็นธุรกิจจริงจัง โดยองค์การโทรศัพท์ฯ จึงจะดำเนินการโอนกิจการโทรศัพท์หัวเมืองและโทรศัพท์ทางไกลให้มาสังกัดอยู่กับองค์การโทรศัพท์ฯ เพื่อความสะดวกในการดำเนินงานและการประสานงาน ทั้งนี้หากการโอนกิจการโทรศัพท์หัวเมืองและโทรศัพท์ทางไกลมาสังกัดองค์การโทรศัพท์ฯ สำเร็จแล้ว องค์การโทรศัพท์ฯ จะได้อนุมัติโครงการขยายโทรศัพท์หัวเมืองต่อไป เนื่องจากระบบสื่อสารโทรคมนาคมเพื่อการพัฒนามีความจำเป็นอยู่มาก แต่ขณะนี้การสร้างระบบโทรคมนาคมเพื่อใช้สื่อสารระยะทางไกลกำลังดำเนินอยู่ เมื่อการสร้างระบบโทรคมนาคมเสร็จเรียบร้อยแล้ว การใช้สายโทรเลขในการสื่อสารทางไกลบางส่วนอาจหมดความจำเป็นไปได้ จึงยังจะไม่ลงทุนขยายกิจการโทรเลขในขณะนี้ แต่รอเอาไว้พิจารณาเมื่อการก่อสร้างระบบโทรคมนาคมก้าวหน้าไปพอสมควรแล้ว ในระหว่างนั้นก็จะมีเพียงการบำรุงรักษาและซ่อมแซมเสาสายที่มีอยู่ในปัจจุบันให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้เท่านั้น

โครงการพัฒนาการด้านคมนาคมที่สำคัญมากอันหนึ่ง คือ โครงการก่อสร้างระบบโทรคมนาคม โดยความช่วยเหลือของสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้ทำการตกลงเสร็จสิ้นไปแล้ว และจะใช้เงินเป็นจำนวนประมาณ 17 ล้านดอลลาร์ เป็นเงินช่วยเหลือของสหรัฐอเมริกา 10 ล้านดอลลาร์ และเป็นเงินที่รัฐบาลไทยกู้มาสมทบประมาณ 7 ล้านดอลลาร์ รัฐบาลจะเร่งให้การดำเนินงานก่อสร้างระบบโทรคมนาคมตามโครงการฯ ลุล่วงไปตามกำหนด อนึ่ง การดำเนินงานพัฒนาการด้านคมนาคมนี้ มีงานที่จะต้องปฏิบัติทางวิชาการ ซึ่งประเทศไทยอาจจะขาดผู้เชี่ยวชาญหลายด้าน จึงจำเป็นต้องขอความช่วยเหลือจากต่างประเทศในด้านของผู้เชี่ยวชาญ อุปกรณ์และทุนดำเนินงาน ประกอบกับกิจการเหล่านี้มีการลงทุนเป็นจำนวนมากในห้วงปีข้างหน้า จึงจำเป็นต้องขอกู้เงินจากต่างประเทศและขอให้ต่างประเทศช่วยเหลือบางด้านอีกด้วย เช่น การสร้างทางหลวงแผ่นดิน เป็นต้น

ส่วนผลการพัฒนาตามแผนฯ ฉบับที่ 1 การพัฒนาระบบคมนาคมด้านการสื่อสารไปรษณีย์ โทรทัศน์ และโทรคมนาคมได้ก้าวหน้าไปมาก การก่อสร้างระบบโทรคมนาคมเพื่อประโยชน์ในการใช้โทรศัพท์ โทรเลข วิทยุและเทเลกราฟระหว่างภาคต่างๆ ได้ก่อสร้างเสร็จไปแล้วในภาคตะวันออก และภาคตะวันออกเฉียงเหนือ ส่วนภาคเหนือและภาคใต้ได้กู้เงินจากสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และเริ่มการก่อสร้างในปี 2509 ส่วนงานพัฒนาโทรศัพท์นครหลวงและหัวเมืองนั้น ได้ทำการติดตั้งปรับปรุงขยายชุมสายโทรศัพท์ในนครหลวงรวมทั้งหมดถึงสิ้นปี 2509 เป็น 55,000 หมายเลขและโทรศัพท์หัวเมืองทั้งหมด 28,000 เลขหมาย รวมโทรศัพท์ทั่วประเทศ 83,000 เลขหมาย เปรียบเทียบกับปี 2504 ซึ่งมีเพียง 40,607 เลขหมาย เมื่อเทียบกับความต้องการแล้วผลงานยังล้าหลังอยู่มาก

แผนพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่สอง (พ.ศ. 2510 – 2514) การวางแผนพัฒนาการเศรษฐกิจของประเทศไทยได้ขยายขอบเขตให้มีความสมบูรณ์ยิ่งขึ้นเป็นลำดับมา นับตั้งแต่แผนพัฒนาการเศรษฐกิจฉบับที่หนึ่ง (พ.ศ. 2504 - 2506 - 2509) ซึ่งพิจารณาเฉพาะในส่วน of รัฐบาลอย่างเดียว ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงแผนพัฒนาการเศรษฐกิจฉบับที่หนึ่งระยะที่ 2 (พ.ศ. 2507 - 2509) ได้มีการขยายขอบเขตของแผนให้คลุมถึงการพัฒนาของรัฐโดยสมบูรณ์ โดยได้รวมการพัฒนาในด้านรัฐวิสาหกิจและองค์การบริหารส่วนท้องถิ่นเข้าไว้ด้วย ในด้านการโทรคมนาคม การคมนาคม สื่อการคมนาคมที่สำคัญยิ่งได้แก่การโทรศัพท์ ในปัจจุบันมี เลขหมายโทรศัพท์ใน พระนครและธนบุรีอยู่จำนวน 55,000 เลขหมาย ในขณะนี้ความต้องการใช้บริการประเภทนี้มีอยู่สูง มาก แม้ว่าในระหว่างของแผนพัฒนาเศรษฐกิจฉบับแรกจะได้เพิ่มเลขหมายจาก 29,500 เลขหมาย เป็น 55,000 เลขหมายก็ตามก็ยังไม่เพียงพอกับความต้องการ ส่วนบริการโทรศัพท์ในต่างจังหวัดนั้น

มีชุมสายโทรศัพท์ที่อยู่ใน 46 จังหวัดกับ 16 อำเภอ รวมทั้งสิ้นมี 28,425 เลขหมาย ซึ่งยังไม่ทั่วถึงและจะต้องขยายอีกมากเพื่อให้เพียงพอกับความต้องการในด้านโทรคมนาคม มีบริการโทรคมนาคม (โมโครเวฟ) สายหลักในภาคกลาง ภาคตะวันออก และภาคตะวันออกเฉียงเหนือรวม 22 จังหวัด และกำลังอยู่ในระหว่างการขยายบริการในภาคเหนือและภาคใต้

ส่วนนโยบายพัฒนาด้านสื่อสารในระยะของแผนพัฒนาเศรษฐกิจ ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติฉบับที่ 1 ช่วงที่ 2 ได้แก่ การปรับปรุงบริการสื่อสารที่มีอยู่เดิมให้มีสมรรถภาพดีขึ้น และเสริมสร้างระบบการคมนาคมของประเทศให้สมบูรณ์และทันสมัยตามความต้องการของการค้าและประชาชน งานพัฒนากิจการโทรเลข โทรศัพท์ และโทรคมนาคม ได้แก่ การปรับปรุงงานและขยายบริการตามความต้องการที่กำลังเพิ่มขึ้นเป็นลำดับ ทั้งในพระนครและธนบุรี และในท้องถิ่นจังหวัดต่างๆ ตลอดจนการติดต่อกับต่างประเทศ รวมทั้งบริการเทเล็กซ์และเครื่องโทรพิมพ์ด้วย นอกจากนี้จะดำเนินการก่อสร้างระบบโมโครเวฟตามเส้นทางสายใหญ่ 5 สายทั่วถึงส่วนภูมิภาค จึงอาจคาดได้ว่าภายในระยะที่สองของแผนพัฒนาเศรษฐกิจ 6 ปีนี้ ประเทศไทยจะสามารถให้บริการในด้านการโทรศัพท์และการโทรคมนาคมทั้งภายในและระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี

จวบจนกระทั่งปัจจุบัน โดยเหตุที่กิจการโทรคมนาคมถือเป็นอุตสาหกรรมที่นำพาโลกเข้าสู่ยุคโลกาภิวัตน์ ทำให้การติดต่อสื่อสารและการค้าการลงทุนเป็นไปโดยสะดวกและรวดเร็ว ทำให้กิจการโทรคมนาคมที่แม้จะเป็นเป็นธุรกิจขนาดใหญ่แต่ด้วยความต้องการของผู้ใช้บริการมีจำนวนเพิ่มขึ้นมากมาโดยตลอด ทำให้กิจการโทรคมนาคมเป็นธุรกิจที่มีการแข่งขันสูง ทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ

ในอดีตธุรกิจให้บริการโทรคมนาคมในประเทศไทยมีรัฐวิสาหกิจ 2 แห่ง ที่ให้บริการโทรคมนาคมในประเทศ คือ การสื่อสารแห่งประเทศไทย หรือ กสท. ให้บริการโทรคมนาคมในต่างประเทศ เช่น บริการโทรศัพท์ทางไกล บริการอินเทอร์เน็ต เป็นต้น และ องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย หรือ ทศท. ให้บริการกิจการโทรคมนาคมในประเทศ เช่น บริการโทรศัพท์พื้นฐาน บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นต้น รัฐวิสาหกิจทั้งสองแห่งได้เปิดให้สัมปทานให้บริการโทรคมนาคมในลักษณะ BTO (Built-Transfer-Operate) กับบริการหลายประเภท ซึ่งทำให้ความแพร่หลายของบริการขยายตัวเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว โครงสร้างการให้บริการโทรคมนาคมภายใต้รัฐวิสาหกิจทั้งสองแห่งได้มีการเปลี่ยนแปลงตามเงื่อนไขของการเปิดเสรีกิจการโทรคมนาคมของประเทศไทยต่อองค์การการค้าโลกทำให้ต้องมีการแปรรูปกิจการรัฐวิสาหกิจเป็นหน่วยงานเอกชน และในปี 2544 ทศท. ได้เตรียมความพร้อมในการแปรรูปไปเป็นเอกชนโดยการจัดตั้งเป็น บมจ.

ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และ ในปี 2545 กสท. ได้จัดตั้งเป็น บมจ. โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เพื่อแข่งขันให้บริการกับบริษัทเอกชนอื่นๆ ในขณะที่บริษัทที่ได้รับสัมปทานจะยังอยู่ภายใต้เงื่อนไขการให้บริการตามสัมปทานที่ได้รับอยู่ สำหรับสภาพการให้บริการโทรคมนาคมของไทยที่สำคัญสามารถสรุปได้ดังนี้

1. โทรศัพท์พื้นฐานภายในประเทศ มีผู้ให้บริการ 3 ราย คือ บริษัท ทศท. คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้บริการโทรศัพท์พื้นฐานในพื้นที่กรุงเทพฯ และส่วนภูมิภาค บริษัททรู คอร์ปอเรชั่น จำกัด และ บริษัท ทีทีเอ็นเคที มีจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์พื้นฐานทั้งหมด 6.48 ล้านเลขหมายนั้น คิดเป็นสัดส่วนเพียงประมาณร้อยละ 10 ของจำนวนประชากรทั้งประเทศ

2. โทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศ ปัจจุบันมีผู้ให้บริการ 2 ราย คือ บมจ. ทีโอที คอร์ปอเรชั่น และ บมจ. กสท. โทรคมนาคม ซึ่งการแข่งขันในการให้บริการโทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศมีและการนำเทคโนโลยีโทรศัพท์ผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ต หรือ Voice over Internet Protocol (VoIP) หรือ IPphone เป็นปัจจัยกระตุ้นให้อัตราค่าโทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศมีอัตราปรับตัวลดลงอย่างต่อเนื่อง นอกจากนี้ยังมีการพัฒนารูปแบบของบริการให้มีความหลากหลาย มีช่องทางโทรผ่านได้ทั้งโทรศัพท์พื้นฐาน โทรศัพท์เคลื่อนที่ โทรศัพท์สาธารณะและการโทรผ่านเครื่องคอมพิวเตอร์

3. โทรศัพท์เคลื่อนที่ มีผู้ให้บริการอยู่ 5 ราย คือ เอไอเอส แทค ทีเออเรนจ์ ฮัทซ์ (ซีดีเอ็มเอของ กสท.) และ ไทยโมบาย (1900 เมกะเฮิร์ตของทีโอที) มีจำนวนผู้ใช้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ 30 ล้านราย หรือร้อยละ 48 ของประชากรทั้งประเทศ

4. บริการอินเทอร์เน็ต ปัจจุบันมีผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ตหรือไอเอสพีเอกชน จำนวน 18 ราย ที่ได้รับสัมปทานการให้บริการจาก กสท. ในปี 2548 คาดว่าจะมีจำนวนประมาณ 7.4 ล้านคน หรือประมาณร้อยละ 11.7 ของประชากรทั้งประเทศ

5. บริการสื่อสารดาวเทียม ในปัจจุบันมีผู้ให้บริการเพียงรายเดียวคือ บมจ.ชินแซทเทลไลท์ มีดาวเทียมในวงโคจรแล้วช่องทางดาวเทียมสามารถให้บริการได้ทั้งบริการทางด้านโทรศัพท์บริการสื่อสารข้อมูล

กิจการโทรคมนาคมของไทยนั้น มีลักษณะของธุรกิจที่มีความซับซ้อนทั้งในเชิงการตลาด และในเชิงนโยบาย โดย ศูนย์วิจัยกสิกรไทย มีข้อสรุปเป็นประเด็นสำคัญดังนี้³

1) โครงสร้างของผู้ให้บริการยังอยู่ในระบบกึ่งผูกขาด

หรือบริษัทที่ให้บริการอยู่ในขณะนี้ยังอยู่ภายใต้การให้สัมปทานจากรัฐวิสาหกิจ หรือมีอายุสัมปทานที่แน่นอน แม้ว่าในช่วงที่ผ่านมาจะมีความพยายามที่จะเปิดเสรีการให้บริการมากขึ้น เพื่อขยายการลงทุนและการให้บริการที่มีความทั่วถึง การตั้งคณะกรรมการอิสระขึ้นมาเพื่อดูแลการให้บริการแทนที่การกำกับดูแลโดยภาครัฐ แต่เนื่องจากองค์กรอิสระเพิ่งจะจัดตั้งขึ้นทำให้การจัด กฎเกณฑ์ การแข่งขันและระเบียบการให้บริการรวมถึงใบอนุญาตประกอบกิจการใหม่ยังอยู่ในช่วง ที่ยังไม่เป็นการเปิดเสรีที่มากนัก การเปิดใบอนุญาตในลักษณะสัมปทานทำให้โครงสร้างของตลาด มีลักษณะเป็นตลาดของผู้ให้บริการที่มีจำนวนน้อยราย (oligopoly) หรือมีการกระจุกตัวของการ ลงทุนและการมีส่วนแบ่งในตลาดที่ค่อนข้างมากในบางราย

2) การจัดหาเทคโนโลยีเป็นการนำเข้าทั้งหมด

การดำเนินธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทยยังจำเป็นต้องนำเข้าเทคโนโลยีทั้งหมด จากต่างประเทศ เนื่องจากไม่สามารถผลิตเองได้ทำให้การลงทุนมีมูลค่าสูง และเป็นลักษณะต่างคน ต่างจัดการลงทุน ผู้ให้บริการบางรายลงทุนทางด้านเทคโนโลยีในลักษณะร่วมทุนกับต่างชาติ ในขณะที่บางรายลงทุนเครือข่ายด้วยตนเอง โดยมีเป้าหมายที่จะพัฒนาการใช้เทคโนโลยีให้เกิด ประสิทธิภาพและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด อย่างไรก็ตามผู้ให้บริการมักจะต้องเผชิญกับความเสี่ยง อย่างมากต่อการเปลี่ยนแปลงของเทคโนโลยีที่อย่างรวดเร็ว เช่น การเปลี่ยนเทคโนโลยีจากอนาล็อก เป็นดิจิทัลการหายไปของธุรกิจเพจเจอร์หลังจากมีโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือการปรับเปลี่ยน เทคโนโลยีจากโทรศัพท์เคลื่อนที่รุ่นที่ 2 ไปยังรุ่นที่ 3 และรุ่นที่ 4 ทำให้การลงทุนเพื่อการ ปรับเปลี่ยนเทคโนโลยีเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง และเพิ่มปริมาณมากขึ้นซึ่งในช่วงแรกของการขยาย เครือข่ายจะเป็นเพื่อการทดแทนการขาดแคลนของการเข้าถึงบริการ และจะเข้าสู่ยุคของการพัฒนา เทคโนโลยีเพื่อรองรับกับความต้องการทางด้านข้อมูลและการเชื่อมโยงของเทคโนโลยีต่างๆ เข้าด้วยกันเพื่อให้เกิดความสะดวกสบายของการใช้มากยิ่งขึ้น

3) ตลาดที่ค่อนข้างกระจุกตัว

ในบริการที่มีลักษณะขยายตัวของตลาดมาก เช่น โทรศัพท์เคลื่อนที่ แม้จะมีสัดส่วนมาก ถึงร้อยละ 48 ของประชากรทั้งประเทศ แต่การกระจุกตัวของผู้ใช้ยังอยู่ในพื้นที่เขตเมือง

³ เรื่องเดียวกัน.

ในขณะที่พื้นที่ห่างไกลยังมีผู้ใช้ไม่มากนัก เช่นเดียวกับบริการอินเทอร์เน็ต ส่วนหนึ่งที่ทำให้มีการกระจุกตัวของการใช้นั้นมาจากเครือข่ายหรือโครงสร้างพื้นฐานในการให้บริการไม่ทั่วถึง เนื่องจากการขาดแคลนทางด้านเงินทุนในการให้บริการและกฎเกณฑ์ในการกำหนดให้ผู้ให้บริการจะต้องมีการลงทุนในพื้นที่ห่างไกลด้วยการลงทุนในช่วงที่ผ่านมาเน้นเฉพาะการลงทุนในพื้นที่ที่จะเกิดผลตอบแทนทางการเงินต่อผู้ให้บริการเท่านั้น

4) ตลาดค่อนข้างอิ่มตัว

ในช่วงที่ผ่านมาการเติบโตของเทคโนโลยีการสื่อสารในประเทศขยายตัวขึ้นอย่างต่อเนื่อง โดยในปี 2548 มีจำนวนผู้ใช้โทรศัพท์เคลื่อนที่จำนวนไม่น้อยกว่า 30 ล้านรายและผู้ใช้บริการอินเทอร์เน็ตอีกประมาณ 7.4 ล้านราย อย่างไรก็ตามบริการทั้งสองประเภทรูปนั้นได้เข้าสู่ภาวะการชะลอตัวของจำนวนผู้ใช้และคาดว่าจะการเติบโตของจำนวนผู้ใช้จะไม่สูงเท่ากับที่ผ่านมา เนื่องจากฐานของจำนวนผู้ใช้นั้นมีขนาดค่อนข้างใหญ่ โดยศูนย์วิจัยกสิกรไทยประมาณว่าอัตราการเติบโตของผู้ใช้ในช่วงปี 2549-2551 น่าจะอยู่ที่ประมาณร้อยละ 10 เท่านั้น ในขณะที่การเติบโตของตลาดโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่จะอยู่ที่ประมาณร้อยละ 6-7 ต่อปี ทั้งนี้ข้อจำกัดส่วนหนึ่งมาจากการกระจุกตัวของเครือข่ายหรือโครงสร้างพื้นฐานการให้บริการ และค่าบริการที่ยังคงอยู่ในระดับสูงหากเทียบกับรายได้ของประชากรในระดับภูมิภาคที่จะเป็นตลาดใหม่สำหรับการขยายจำนวนของผู้ใช้ ในขณะที่ตลาดในเมืองที่มีฐานผู้ใช้บริการจำนวนมากจะพัฒนาคุณภาพการให้บริการไปสู่ผลิตภัณฑ์หรือบริการใหม่ๆ หรือ บริการเสริมต่างๆ เพื่อสร้างมูลค่าเพิ่มให้กับการให้บริการซึ่งจะเห็นว่าการบริการเสริมหรือคอนเทนต์ต่างๆ นั้นได้รับการพัฒนาขึ้นอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตามการแข่งขันที่รุนแรงนั้นยังทำให้ผู้ให้บริการมักจะประสบกับปัญหาทางด้านงบประมาณค่อนข้างมาก เนื่องจากอัตราค่าบริการที่จะสามารถเรียกเก็บได้จากผู้ใช้นั้นจะอยู่ในระดับไม่สูงมากนัก ในขณะที่ต้นทุนต่อการให้บริการค่อนข้างสูงและต้องการผู้ให้บริการมากเพื่อให้เกิดการประหยัดต่อขนาดการให้บริการ (economies of scale) แต่ผู้ให้บริการในประเทศหรือผู้ให้บริการคอนเทนต์ในประเทศนั้นมีขนาดค่อนข้างเล็ก ทำให้ประสิทธิภาพจากการใช้เทคโนโลยีของผู้ประกอบการต่ำกว่าที่ควรจะเป็น

2.3 การทบทวนงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง

จากการเปิดเสรีทางการค้าของประเทศไทยกับนานาประเทศ ประเทศไทยต้องประสบกับสถานะการลงทุนจากต่างประเทศในธุรกิจหลายประเภท รวมทั้งกิจการโทรคมนาคมที่เป็นธุรกิจขนาดใหญ่ประเภทหนึ่ง ดังนั้น จึงมีงานศึกษาวิจัยที่เกี่ยวข้องกับกิจการโทรคมนาคมอยู่มากมาย ซึ่งทำให้เห็นถึงวิวัฒนาการการกำกับดูแลและการควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคม ดังได้รวบรวมเอาไว้ ต่อไปนี้

ในด้านผลกระทบการลงทุนจากต่างประเทศในกิจการโทรคมนาคม มีผู้ทำการศึกษาในประเด็นดังนี้

นฤมล คีสุวรรณ⁴ ศึกษาความสัมพันธ์ของระบบโทรคมนาคมโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย ซึ่งผลการศึกษาพบว่าไม่สามารถสรุปได้ว่าระบบโทรคมนาคมมีความจำเป็นต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เนื่องจากว่าระบบโทรคมนาคมมีผลต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในบางจังหวัดเท่านั้น ส่วนระบบสาธารณูปโภคจะมีผลต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในเกือบทุกจังหวัด และได้ข้อสรุปว่ารัฐบาลควรขยายระบบสาธารณูปโภคต่อไป ในขณะที่ควรขยายระบบโทรคมนาคมไปพร้อมๆ กัน เพราะก็ยังคงถือว่าเป็นปัจจัยในบางจังหวัดเพื่อที่จะสร้างพื้นที่ในประเทศไทยเป็นพื้นที่ที่น่าลงทุนต่อไป

วิไล เที่ยงประคู้⁵ ศึกษาถึงบทบาทของภาคเอกชนที่มีต่อการพัฒนาธุรกิจโทรคมนาคมไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2533 ถึง พ.ศ.2537 พบว่านโยบายและแผนของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคม นั้น รัฐมีนโยบายและแผนในการเพิ่มความเสรีในการดำเนินการ (Linearization) อันเป็นขั้นตอนหนึ่งซึ่งในที่สุดก็จะนำไปสู่การ Privatization โดยการเปิดโอกาสให้เอกชนเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาลเฉพาะหน้าในเรื่องการขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐานของระบบโทรคมนาคม โดยเฉพาะโทรศัพท์เนื่องจากรัฐขาดแคลนเงินลงทุน ดัดขัดกฎระเบียบที่เข้มงวด และระบบบริหารงานที่ขาดความคล่องตัว ทำให้ไม่สามารถขยายบริการให้ทันกับความต้องการได้

⁴ สรุปความจาก นฤมล คีสุวรรณ , “ความสัมพันธ์ของระบบโทรคมนาคมต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 1 – 112.

⁵ สรุปความจาก วิไล เที่ยงประคู้ , “บทบาทของภาคเอกชนที่มีต่อการพัฒนาธุรกิจโทรคมนาคมไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2533 ถึง พ.ศ.2537,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 1 – 101.

ศุภวัฒน์ มิ่งประเสริฐ⁶ ได้ศึกษาและวิเคราะห์ถึงความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพปัจจัยทางสังคม เศรษฐกิจและเทคโนโลยีในปัจจุบันของประเทศไทย กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการโทรคมนาคมของประเทศไทย ซึ่งพบว่าในช่วงเวลาที่ทำการศึกษาวิจัย กรอบแนวคิดในการควบคุมดูแลการให้บริการโทรคมนาคมของประเทศไทยใช้แนวทางการเสริมบรรทัดฐานที่มีอยู่ในขณะนั้น ซึ่งเป็นการไม่เหมาะสมกับสภาพปัจจัยต่างๆ ในขณะเดียวกันยังไม่มีกฎหมายการให้บริการโทรคมนาคมแก่สาธารณะที่กำหนดสิทธิ หน้าที่ และประโยชน์ประนีประนอมผลประโยชน์ต่างๆ ของผู้เกี่ยวข้องในระบบ อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม และได้เสนอให้จัดทำนโยบายโทรคมนาคมแห่งชาติ แบ่งแยกบทบาท ในการควบคุมกำกับดูแลออกจากการดำเนินการให้บริการ เพิ่มบทบาทเอกชน แปรรูปรัฐวิสาหกิจที่ให้บริการบริการ โทรคมนาคม และบัญญัติกฎหมายการให้บริการโทรคมนาคมแก่สาธารณะ

อรรถนิน เรืองอาจ⁷ กล่าวว่าภายหลังจากการผลการเจรจาการค้ารอบอุรุกวัย องค์การการค้าโลกได้ถูกก่อตั้งขึ้น ซึ่งได้จัดทำความตกลงทางการค้าขึ้นหลายฉบับ รวมทั้งความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและบริการ ในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์การการค้าโลก ทำให้ประเทศไทยมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าว โทรคมนาคม คือประเภทหนึ่ง ซึ่งตกอยู่ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ แต่กฎหมายเกี่ยวกับบริการโทรคมนาคม ของไทยในขณะนั้นมิได้สอดคล้องกับหลักการของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและบริการ มิได้เอื้ออำนวยในการสร้างหลักการและแนวทางปฏิบัติในอันที่จะสอดคล้องกับหลักการเปิดเสรีโทรคมนาคม

สิริภัทร จันทรพูนทรัพย์⁸ ซึ่งศึกษาผลกระทบของการเปิดเสรีโทรคมนาคมของไทย กล่าวว่าประเทศไทยมีรูปแบบ การเปิดให้มีการแข่งขันแบบประเทศฮ่องกง แต่ผูกขาดระบบโทรศัพท์

⁶ สรุปความจาก ศุภวัฒน์ มิ่งประเสริฐ , “กรอบแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ โทรคมนาคมของประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538), หน้า 1 – 271.

⁷ สรุปความจาก อรรถนิน เรืองอาจ , “ผลกระทบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและบริการที่กระทบต่อกฎหมายเกี่ยวกับบริการโทรคมนาคมของไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 1 – 197.

⁸ สรุปความจาก สิริภัทร จันทรพูนทรัพย์ , “การศึกษาผลกระทบของการเปิดเสรีโทรคมนาคมของไทยจากประสบการณ์ของญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และฮ่องกง,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะเศรษฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 1 – 103.

ทางไกล โดยมีแนวโน้มต่อผู้บริโภคคือการปรับลดราคาลง ในด้านคุณภาพ ผู้ประกอบการจะเปลี่ยนแปลงเทคโนโลยีโดยมีการลอกเลียนหรือการซื้อมาใช้จากประเทศที่พัฒนาแล้ว ส่วนแนวโน้มของผู้ผูกขาดรายเดิมคือการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ โดยแยกหน้าที่การบริการและการกำกับดูแลออกจากกันเป็นบริษัทผู้ให้บริการและองค์กรกำกับดูแลอิสระ รวมทั้งผู้ประกอบการจะหาพันธมิตรจากต่างชาติและรวมตัวกันในธุรกิจบริการโทรคมนาคม

ชัยมนัส ตั้งธรรม⁹ ซึ่งศึกษาวิเคราะห์รายจ่ายลงทุนและผลตอบแทนในโครงการปรับปรุงข่ายโทรคมนาคมในประเทศของการสื่อสารประเทศไทย พบว่าควรจำแนกต้นทุนการดำเนินงานตามประเภทของบริการโทรคมนาคมในประเทศ การเร่งรัดการปฏิบัติงานให้เป็นไปตามแผนการดำเนินงาน การปรับแผนการดำเนินงานให้สอดคล้องกับสถานการณ์ด้านการเงินให้สอดคล้องกับการดำเนินงาน

ในประเด็นนี้ผู้เขียนจะได้ทำการศึกษาเพิ่มเติม โดยทำการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ อันเกี่ยวกับการประกอบกิจการ โทรคมนาคม เพื่อนำมาเปรียบเทียบและหาแนวทางการกำหนดมาตรการการควบคุมที่เหมาะสมและเป็นสากลนิยมต่อไป

ในมาตรการการควบคุมการประกอบกิจการ โทรคมนาคม มีผู้ทำการศึกษาในประเด็นดังนี้

อรดา เทพายน¹⁰ กล่าวว่าองค์กรกำกับดูแลการให้บริการ โทรคมนาคมเกิดขึ้นจากความล้มเหลวของการกำกับดูแลในรูปแบบของกลไกตลาด และหน่วยราชการ ซึ่งก่อให้เกิดการกำกับดูแลที่ไม่มีประสิทธิภาพและไม่เป็นธรรมต่อการแข่งขัน ในตลาดการให้บริการโทรคมนาคม จึงสมควรตรากฎหมายว่าด้วยกิจการ โทรคมนาคม และจัดตั้งองค์กรกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม ซึ่งหลักการพื้นฐานทางกฎหมายที่จะควบคุมการทำงานขององค์กรอิสระดังกล่าวจะต้องประกอบไปด้วยหลักการสำคัญคือ หลักความเป็นอิสระ หลักความโปร่งใส หลักความเป็นกลาง และหลักความรับผิดชอบที่สอบทานได้หรือหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจ

⁹ สรุปความจาก ชัยมนัส ตั้งธรรม, “การวิเคราะห์รายจ่ายลงทุนและผลตอบแทนในโครงการปรับปรุงข่ายโทรคมนาคมในประเทศของการสื่อสารประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชาการบัญชี จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528), หน้า 1 – 133.

¹⁰ สรุปความจาก อรดา เทพายน, “กรอบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์กรกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 1 – 122.

ซัช โซซัย¹¹ ศึกษารูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย พบว่าองค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมไม่มีความเป็นเอกภาพเนื่องจากอยู่กระจัดกระจายตามหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน ทั้งที่เป็นส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจการดำเนินงานขององค์กรเหล่านี้ยังไม่มีความเป็นอิสระเท่าที่ควร และในบางครั้งยังถูกแทรกแซงการดำเนินงาน การแก้ปัญหาดังกล่าวดังกล่าวต้องเปลี่ยนรูปแบบขององค์กรกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมให้เป็นองค์กรอิสระในการดำเนินงาน ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของหน่วยงานใดในรัฐบาลแม้เป็นองค์กรของฝ่ายบริหาร

ในประเด็นดังกล่าวมีการทำการศึกษาเฉพาะเพียงแง่ขององค์กรที่กำกับดูแลการประกอบกิจการ โดยที่ยังไม่มีผู้ทำการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนจากต่างชาติ แม้มีผู้วิจัยในประเด็นดังกล่าว ก็เป็นประเด็นของกฎหมายและมาตรการควบคุมการลงทุนประกอบธุรกิจคนต่างด้าว โดยทั่วไป ซึ่งผู้วิจัยจะได้ศึกษาเจาะจงลงไปประเด็นมาตรการการควบคุม ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมจากต่างชาติโดยเฉพาะ



¹¹ สรุปความจาก ซัช โซซัย, “รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 1 – 212.

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าวกรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ในบทนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในต่างประเทศศึกษากรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม ตลอดจนกฎหมายขององค์การการค้าโลกว่าด้วยการเปิดเสรีโทรคมนาคม

3.1 แนวคิดและมาตรการในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในต่างประเทศ

ผู้เขียนมุ่งประสงค์ศึกษาแนวความคิดของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกลุ่มประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สาธารณรัฐเกาหลี และสิงคโปร์ กล่าวคือ

3.1.1 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกา

หลักการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกา ก็เหมือนเช่นประเทศที่พัฒนาแล้วโดยทั่วไปที่ไม่มีกฎหมายแม่บทที่จำกัดหุ้นส่วนต่างชาติ แต่จะมีกฎหมายเฉพาะในรายสาขาบริการ ไม่ก็สาขาที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศที่มีกัมมิตบัพัญญูติเกี่ยวกับค่านิยมและข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างชาติ โดยสหรัฐอเมริกาก็จะจำกัดหุ้นส่วนต่างชาติเฉพาะสำหรับกิจการโทรคมนาคม การเดินเรือและการบิน อย่างไรก็ตาม สหรัฐอเมริกาก็มีกฎหมายที่ใช้ควบคุมการเข้ามาควบรวมกิจการภายในประเทศของบริษัทต่างชาติคือกฎหมาย Exon-Florio ซึ่งให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจในการยับยั้งการซื้อหรือควบรวมธุรกิจภายในประเทศโดยบริษัทต่างชาติ หากการกระทำดังกล่าวมีผลต่อความมั่นคงของประเทศ นอกจากนี้แล้วประเทศเหล่านี้ยังมีกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจนี้อีกด้วย

กฎหมาย Exon-Florio ของสหรัฐไม่ได้มีข้อกำหนดว่า “การควบรวมกิจการ (Mergers) การซื้อกิจการ (Acquisitions) และการครอบครองกิจการ (Takeovers) โดยบริษัทต่างชาติ” ในลักษณะใดที่ควรมีการตรวจสอบ ทำให้มีการถกเถียงระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับ

การบังคับใช้กฎหมาย Exon-Florio โดยกระทรวงการคลังมีความเห็นว่าควรที่จะจำกัดเฉพาะในกรณีที่ต่างชาติเข้ามามีหุ้นส่วนเกินครึ่งหนึ่งของกิจการภายในประเทศเนื่องจากทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการ ในขณะที่รัฐสภาไม่เห็นด้วยเนื่องจากต้องการคงอำนาจในการตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าวในวงกว้าง อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติสหรัฐอเมริกาได้ใช้กฎหมายนี้ในการกีดกันการซื้อกิจการภายในประเทศโดยนักลงทุนจากต่างประเทศ ยกเว้นในกรณีของธุรกิจค้าอาวุธ เนื่องจากการคว่ำบาตรธุรกิจโดยทั่วไปไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ¹²

3.1.2 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐเกาหลี

กฎหมายในประเทศของสาธารณรัฐเกาหลีที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มี 2 ฉบับ ได้แก่ กฎหมายส่งเสริมการลงทุน (Foreign Investment Promotion Act หรือ FIPA) และ ประมวลกฎหมายพาณิชย์เกาหลี (Commercial Code of Korea)¹³

การลงทุนในประเทศเกาหลีได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดย FIPA ซึ่งมีผลบังคับใช้ใน ค.ศ.1988 โดยหลักการพื้นฐานของกฎหมายฉบับนี้มี 2 ประการ คือ 1. นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุนในธุรกิจทุกประเภทในเกาหลี และ 2. นักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะลงทุนต้องขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน ในปัจจุบันนอกจากภาคลงทุนทั้งหมดใน 1,148 ชนิด มีเพียง 31 ชนิดที่ห้ามลงทุน (ห้ามเด็ดขาด 13 ชนิด และห้ามบางส่วน 18 ชนิด) ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับนี้พยายามปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวเสมือนกับนักลงทุนเกาหลี

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยตรง ภายใต้ FIPA นั้นเป็นกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวต้องถือหุ้นอย่างน้อย 10% ในบริษัทภายในประเทศ หรือ นักลงทุนต่างด้าวที่ถือหุ้นไม่เกิน 10 % ในบริษัทภายในประเทศ แต่ต้อง 1 มีสิทธิลำดับรองในการบริหารบริษัท, 2 เป็นฝ่ายปฏิบัติ

¹² ข้อมูลบางส่วนแปลและเรียบเรียงมาจาก Folsom, Ralph H, Michael Gordon, and John Spanogle, International Trade and Investment in a Nutshell (U.S.A. : West Group, 2000), หน้า 38 – 51.

¹³ Foreign Investment in South Korea, in <http://www.korealaw.com.>, access date April 27, 2007.

ตามสัญญาจัดหาผลิตภัณฑ์หายากหรือผลิตภัณฑ์อื่นๆ ในช่วงเวลาอย่างน้อย 1 ปีขึ้นไป หรือ 3. การบังคับตามสัญญาอนุญาตให้ใช้เทคโนโลยี หรือสัญญาลงทุนร่วมกัน

ผู้ประกอบการต่างด้าวที่อยู่ภายใต้บังคับ FIPA ยังได้รับการลดภาษีเพื่อกระตุ้นการลงทุนจากต่างประเทศ จากกฎหมายควบคุมการเก็บภาษีพิเศษของเกาหลี (Special Tax Treatment Control Act of Korea หรือ STTCA)

ขั้นตอนการลงทุนของผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวในประเทศเกาหลีภายใต้ FIPA ประกอบด้วย 3 ขั้นตอน : 1. ยื่นคำร้องและรายงานการลงทุนของธุรกิจต่างด้าว ณ ธนาคาร 2. จัดตั้งบริษัทและจดทะเบียนบริษัท ณ สำนักงานทะเบียน และ 3. จดทะเบียนผู้เสียภาษี ณ สำนักงานภาษี กล่าวคือ

1. ในการยื่นคำร้องตามข้อนี้ ผู้ลงทุนสามารถเลือกธนาคารใดในเกาหลีที่รองรับการแลกเปลี่ยนธุรกิจ เช่น ธนาคารของเกาหลี หรือ ธนาคารอื่นที่มีสาขาในเกาหลี (เช่น ซีทีแบงก์ เอชเอสบีซี เซส ฯลฯ)

ข้อมูลที่ต้องการในรายงานที่ผู้ลงทุนจากต่างด้าวต้องยื่นให้กับธนาคารได้แก่

- 1) หนังสือมอบอำนาจ เพื่อให้ธนาคารมีอำนาจในการเตรียมการเพื่อยื่นคำร้องขอลงทุนและการอื่นที่จำเป็นในการขอลงทุนในประเทศเกาหลี และ
- 2) หนังสือรับรองการลงทุนในที่ประชุมในการจัดตั้งธุรกิจต่างด้าวในเกาหลี

นอกจากนั้นการลงทุนของคนต่างด้าวในเกาหลีนั้น FIPA กำหนดว่าต้องมีปริมาณการลงทุนไม่ต่ำกว่า 50 ล้านวอน ในกรณีที่มียกลงทุนมากกว่า 1 รายร่วมลงทุนกัน ปริมาณการลงทุนของแต่ละรายต้องคิดแยกต่างหากจากกัน

ในการจัดทำรายงานการลงทุนจากต่างด้าว ยังต้องอาศัยข้อมูลเพิ่มเติมอย่างอื่นเช่น ชื่อบริษัท ที่ตั้งของบริษัท สัญชาติของนักลงทุนแต่ละคนและชื่อและที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของธุรกิจที่อยู่ในต่างประเทศ และสายธุรกิจที่ธุรกิจต่างด้าวมีความเกี่ยวพันทั้งหมด รวมทั้งส่งสำเนาหนังสือรับรองการจัดตั้งบริษัท หรือหนังสือรับรองว่าผู้ลงทุนจากต่างประเทศได้ก่อตั้งบริษัทอย่างเหมาะสมและอยู่ภายใต้กฎหมายที่ก่อตั้งบริษัทนั้นๆ

2. จัดตั้งบริษัทและจดทะเบียนบริษัท ณ สำนักงานทะเบียน

หลังจากที่ธนาคารได้รับรายงานการลงทุนต่างค่าแล้ว ก็เป็นขั้นตอน การจัดตั้งธุรกิจการลงทุนของคนต่างค่า โดยต้องไปจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ธุรกิจต่างค่านั้นตั้งอยู่ในเขตอำนาจ ข้อมูลที่ต้องใช้ในการก่อตั้งและจดทะเบียนบริษัทมีอยู่ 5 ประการที่สำคัญ คือ

1) ชื่อ บัญชีบริษัทของธุรกิจการลงทุนของคนต่างค่า

2) ชื่อ ที่อยู่ วันเดือนปีเกิด และสัญชาติของกรรมการของธุรกิจคนต่างค่า และสำเนาหนังสือเดินทาง

3) ชื่อ ที่อยู่ วันเดือนปีเกิด และสัญชาติ ของผู้กระทำการแทนของกรรมการของธุรกิจคนต่างค่าผู้กระทำการแทนกรรมการ (The representative director) เป็นบุคคลที่ได้รับอนุญาตจากกฎหมายเกาหลีและข้อบังคับบริษัท ในการเป็นตัวแทน ส่วนในกรณีที่มีหลายคน ต้องระบุว่าผู้กระทำการแทนจะใช้อำนาจร่วมกันหรือแยกกันใช้อำนาจกระทำการแทนบริษัทในกรณีใดบ้าง

4) ชื่อ ที่อยู่ วันเดือนปีเกิด และสัญชาติพร้อมด้วยสำเนาหนังสือเดินทาง ของผู้สอบบัญชีของธุรกิจคนต่างค่า และต้องมีผู้สอบบัญชีอย่างน้อยหนึ่งคนใน บริษัทร่วมหุ้นส่วน (Chushik hoesa) และต้องเป็นบุคคลธรรมดา บริษัทบัญชีไม่อาจเป็นผู้สอบบัญชีได้ในกรณีนี้ แต่ก็ไม่ได้บังคับสัญชาติของผู้ที่จะมาเป็นผู้สอบบัญชีให้ธุรกิจต่างค่า

5) หนังสือตอบรับที่ลงลายมือชื่อโดยกรรมการแต่ละคน (และผู้กระทำการแทนกรรมการ) และผู้สอบบัญชี (ถ้าจำเป็น) และประทับตราสำคัญบริษัท โดยกรรมการผู้มีอำนาจของธุรกิจของคนต่างค่า

6) การประชุมครั้งแรกของบริษัทจะถูกระงับไว้ก่อนจนกว่าเมื่อหนังสือรับรองการจ่ายเงินลงทุนซึ่งเป็นเอกสารสำคัญอีกฉบับได้รับการรับรองโดยธนาคาร ซึ่งผู้ประกอบการต่างค่าจะต้องวางเงินลงทุนหลังจากธนาคารได้รับรายงานการลงทุนและก่อนที่จะจดทะเบียนกับสำนักงานทะเบียน

3. การจดทะเบียนกับสำนักงานทะเบียนภาษี

ผู้ประกอบการต่างค่าต้องไปจดทะเบียนผู้เสียภาษีที่สำนักงานภาษีในท้องถิ่น เพื่อได้มาซึ่งเลขประจำตัวผู้เสียภาษี ซึ่งใช้เวลา 1-2 สัปดาห์หลังจากจดทะเบียนบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจคนต่างค่า การจดทะเบียนผู้เสียภาษีต้องใช้สำเนาหลักฐานการประกอบธุรกิจ คนต่างค่าที่ใช้ในเกาหลีทั้งหมด

3.1.3 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐประชาชนจีน

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน แม้ประกาศว่าเปิดรับการลงทุนจากต่างชาติ แต่ยังคงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจต่างด้าวอย่างเข้มงวด ประเทศจีนไม่มีกฎหมายประกอบธุรกิจต่างด้าวโดยเฉพาะ แต่ใช้กฎหมายการลงทุนหลักในการควบคุมอุตสาหกรรม และส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจประเภทต่างๆ ทั้งสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติ นิยามต่างด้าวเพียงตั้งบริษัทในจีนลงทุนโดยต่างชาติ มีทุนของตนเองทั้งหมดแต่ไม่รวมถึงสาขา บังคับให้ถ่ายทอดเทคโนโลยี และบังคับทางอ้อมด้วยกฎหมายหลักที่มีอยู่

กฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนของจีน ซึ่งเป็นประเทศที่มีการลงทุนจากต่างประเทศโดยตรงสูงสุด แม้จะไม่มีกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เฉพาะข้อกฎหมายที่จีนใช้เพื่อควบคุมคนต่างด้าวถือว่า มีความเข้มข้นมากและเน้นการอนุญาตกับธุรกิจที่ลงทุนร่วมกับคนจีน ธุรกิจที่มาลงทุนต้องสามารถถ่ายทอดเทคโนโลยีขั้นสูง กฎหมายที่ดูแลการลงทุนต่างด้าวในจีนมีหลายฉบับ เช่น The Law on Chinese-Foreign Equity Joint Venture, Provision on Guiding Foreign Investment Direction, the Industrial Catalog for Guiding Foreign Investment

วัตถุประสงค์และหลักการ เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมและส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจประเภทต่างๆ ตามที่รัฐบาลกำหนด ซึ่งหลักเกณฑ์การพิจารณาตามแผนงานโครงการ (การลงทุน) รายงานความเป็นไปได้ของโครงการ รูปแบบในการร่วมลงทุน ทั้งหมดมีเงื่อนไขระบุว่า รัฐให้การสนับสนุนในโครงการที่มีการลงทุน ระหว่างต่างชาติและชาวจีนเป็นพิเศษ ซึ่งนิยามคนต่างด้าว กำหนดว่า “Foreign Enterprise” หมายถึง บริษัทที่ตั้งในจีน โดยผู้ลงทุนต่างชาติมีทุนเป็นของตนเองทั้งหมด แต่ไม่รวมถึงสาขา

อนึ่ง ธุรกิจที่ควบคุมได้กำหนดอุตสาหกรรมที่ควบคุมออกเป็น 4 ประเภท ประกอบด้วย

1. โครงการลงทุนของคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริม เช่น โครงการสำหรับเทคโนโลยีทางการเกษตรสมัยใหม่ และการพัฒนาความรู้และความเข้าใจทางการเกษตร โครงการในการสร้างพลังงาน โครงการเกี่ยวกับการขนส่ง และอุตสาหกรรมวัตถุดิบที่สำคัญ

โครงการสำหรับเทคโนโลยีขั้นสูงและสมัยใหม่ รวมถึงเทคโนโลยีที่ล้ำสมัย และสามารถนำมาใช้ในการพัฒนา รูปแบบของผลิตภัณฑ์ และเพิ่มประสิทธิภาพของบริษัท หรือใช้ในการผลิตวัสดุใหม่ หรือเครื่องมือเครื่องใช้ ที่ตรงกับอุปสงค์ที่มีการผลิตภายในประเทศไม่พอ

2. โครงการการลงทุนของต่างด้าวที่ต้องควบคุม เช่น โครงการที่เป็นอันตรายต่อการรักษาแหล่งทรัพยากร และการรักษาสีงแวดล้อม โครงการในภาคอุตสาหกรรม ที่มีนโยบายเปิดให้นักลงทุนต่างชาติเพียงเล็กน้อย โครงการที่เกี่ยวข้องเทคโนโลยีที่ล้ำหลัง โครงการอื่นๆ ที่ถูกจำกัดโดยกฎหมายและระเบียบการปกครองของรัฐ โครงการสำรวจและการเหมืองแร่จากแหล่งแร่พิเศษที่ถูกปกป้องโดยรัฐ

3. โครงการการลงทุนของต่างด้าวที่ต้องห้าม เช่น โครงการที่กระทบความมั่นคงของรัฐ โครงการเป็นภัยต่อความมั่นคงทางการทหาร โครงการที่ใช้พื้นที่การเพาะปลูกจำนวนมาก และไม่ช่วยในการปกป้อง และพัฒนาทรัพยากรดิน โครงการอื่นที่ห้าม โดยรัฐ

4. โครงการการลงทุนของต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต คือ โครงการการลงทุนอื่นๆ นอกเหนือจากข้อ 1-3

3.1.4 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศแคนาดา¹⁴

บริษัทจากต่างประเทศสามารถเข้าไปลงทุนในแคนาดาได้หลายรูปแบบดังนี้

1. Corporation (บริษัท) เป็นรูปแบบที่นิยมกันมากที่สุดในแคนาดา บริษัทเป็นธุรกิจที่เป็นอิสระในทางกฎหมายจากเจ้าของ บริษัทสามารถทำสัญญาและเป็นเจ้าของทรัพย์สินในนามของบริษัท บริษัทสามารถจดทะเบียนได้ใน 2 ระดับคือ

1) ภายใต้กฎหมายของแต่ละมณฑล ถ้าต้องการจะประกอบธุรกิจในมณฑลนั้นเท่านั้น

2) ภายใต้กฎหมายระดับประเทศ ถ้าต้องการจะประกอบธุรกิจทั่วประเทศแคนาดา

2. Subsidiary (บริษัทย่อย) บริษัทต่างประเทศสามารถขยายกิจการเข้ามาในแคนาดา โดยจดทะเบียนบริษัทย่อยภายใต้กฎหมายระดับประเทศและระดับมณฑลได้ในลักษณะเดียวกับการจดทะเบียนเป็น Corporation ข้อได้เปรียบของบริษัทย่อยต่อสาขาคือหนี้สินและ

¹⁴ สกต. ไตรอนโนและ สกต. แวนคูเวอร์. ข้อมูลด้านการลงทุนในแคนาดา, ใน www.dephtai.go.th, access date February 20, 2007.

สัญญาต่างๆ ที่บริษัทย่อยดำเนินการไปจะจำกัดอยู่ในแคนาดาเท่านั้น ไม่สามารถไปเรียกร้องจากบริษัทแม่นอกประเทศแคนาดาได้

3. Branch (สาขา) บริษัทต่างประเทศสามารถเปิดสาขาในแคนาดาได้ โดยจะต้องปฏิบัติตาม Investment Canada Act และการจดทะเบียนในระดับมณฑล นอกจากนั้นบริษัทแม่จะต้องรับผิดชอบหนี้สินและสัญญาต่างๆ ที่สาขาได้ดำเนินการไป ข้อได้เปรียบก็จะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีบางอย่าง

4. Agent (ตัวแทน) บริษัทต่างประเทศสามารถเริ่มเข้ามาทำธุรกิจผ่านทางตัวแทน ความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทกับตัวแทนควรจะมีการทำสัญญาไว้ ในกรณีที่ไม่มีสัญญา หากบริษัทต้องการจะยกเลิกตัวแทน ศาลจะต้องการให้บริษัทแจ้งเหตุผลและความเสียหายให้ทราบ

5. Franchise (แฟรนไชส์) เจ้าของแฟรนไชส์สามารถให้สิทธิในการทำธุรกิจแก่ผู้ซื้อสิทธิ แฟรนไชส์สามารถขยายได้อย่างรวดเร็วโดยใช้เงินทุนจำกัด แฟรนไชส์ในแคนาดาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Federal Competition และ Trademark รวมทั้ง กฎระเบียบของมณฑลอีกด้วย

6. Joint Venture (การร่วมทุน) เกิดขึ้นโดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปตกลงที่จะทำธุรกิจร่วมกัน สัญญาการร่วมทุนควรระบุหน้าที่การทำงาน โครงสร้างการบริหาร และการแบ่งผลกำไร อย่างชัดเจน อย่างไรก็ดี ประเทศแคนาดาไม่มีกฎหมายเฉพาะสำหรับ Joint Venture

7. Partnership (หุ้นส่วน) เป็นความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลที่ทำธุรกิจอย่างเดียวกัน โดย ไม่จำเป็นจะต้องมีการตกลงเป็นลายลักษณ์อักษร General Partnership (หุ้นส่วนทั่วไป) จะต้องรับผิดชอบหนี้สินอย่างไม่จำกัด ในขณะที่ Limited Partnership (หุ้นส่วนจำกัด) จะมีความรับผิดชอบหนี้สินที่จำกัด

8. Sole Proprietorship (เจ้าของคนเดียว) เจ้าของกิจการเป็นผู้รับผิดชอบหนี้สินและสัญญาทั้งหมด

ทั้งนี้ สำหรับการจัดตั้งบริษัท (Corporation) นั้น มีกฎระเบียบข้อหนึ่งที่น่าสนใจ คือ กฎหมายระดับประเทศกำหนดให้ Directors (กรรมการบริษัท) จำนวน 25% ขึ้นไป จะต้องเป็น Canadian residents (เป็น Permanent residents หรือ Citizens) หาก Directors น้อยกว่า 4 คน อย่างน้อย 1 คน จะต้องเป็น Canadian resident แต่กฎหมายระดับมณฑลออนตาริโอและมณฑลอัลเบอร์ต้ากำหนดให้ Directors จำนวน 50% ขึ้นไป จะต้องเป็น Canadian residents อย่างไรก็ตาม กฎหมายระดับมณฑล บริติชโคลัมเบีย คิวเบค นิวบรันสวิก โนวาสโกเชีย และดินแดนยูคอน ไม่มีข้อกำหนดดังกล่าวคือ Directors ทุกคนไม่จำเป็นจะต้องเป็น Canadian resident ก็ได้

Investment Canada Act เป็นกฎหมายระดับประเทศของแคนาดาที่ใช้ควบคุมการลงทุนจากต่างประเทศ กฎหมายดังกล่าวจะควบคุมการซื้อขายกิจการและการควบรวมกิจการรวมทั้งการเปิดกิจการใหม่จากบริษัทต่างชาติ โดยคำนึงถึงผลประโยชน์ที่แคนาดาจะได้รับเป็นหลัก (net benefit to Canada) ในทางปฏิบัติ การลงทุนในแคนาดาของบริษัทต่างประเทศเกือบทั้งหมด จะต้องแจ้งข้อมูลรายละเอียด (Notification) ให้ Investment Canada ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบ ภายใน 30 วันหลังจากการซื้อขายเสร็จสิ้นแล้ว แต่ถ้าบริษัทต่างชาติที่ประเทศของตนเป็นสมาชิก WTO เข้าไปลงทุนในแคนาดามากกว่า 250 ล้านดอลลาร์แคนาดา จะต้องผ่านการพิจารณาตรวจสอบ (Review) จาก Investment Canada ด้วย การพิจารณาตรวจสอบจะใช้เวลาไม่เกิน 45 วัน

Competition Act เป็นกฎหมายระดับประเทศของแคนาดาที่ใช้เพื่อรักษาและส่งเสริมการแข่งขันอย่างเสรีและยุติธรรมในแคนาดา กฎหมายดังกล่าวแบ่งเป็น 3 ส่วนที่สำคัญๆ คือ

1. Criminal Offences ได้แก่ การกระทำใดๆ ที่ส่งผลให้การแข่งขันทางธุรกิจลดลงอย่างมาก ตัวอย่างเช่น Price Discrimination (การลดราคาโดยไม่เป็นธรรม) Predatory Pricing (การหันราคาเพื่อทำลายคู่แข่งให้พ้นจากธุรกิจ) และ Misleading Advertising (การโฆษณาชวนเชื่อไม่เป็นจริง) เป็นต้น

2. Civil Offences ได้แก่ การกระทำใดๆ ที่ส่งผลให้การแข่งขันทางธุรกิจลดลง แต่ไม่มากถึงขนาดที่จะเป็น Criminal Offences ตัวอย่างเช่น Refusal to Deal (การปฏิเสธที่จะทำการค้าด้วย) Tied Selling (การขายพ่วง) และ Exclusive Dealing (การทำการค้าเฉพาะราย) เป็นต้น

3. Merger Regulation การควบรวมกิจการจะต้องมีการตรวจสอบพิจารณาว่าจะส่งผลให้การแข่งขันทางธุรกิจลดลงอย่างมากหรือไม่

นอกจากนี้ ประเทศแคนาดายังมีกฎหมายระดับประเทศอื่นๆ ที่ใช้ควบคุมการลงทุนของบริษัทต่างชาติในธุรกิจที่สำคัญๆ ต่อประเทศได้แก่ Telecommunication (การสื่อสาร) โดยไม่ให้ชาวต่างชาติถือหุ้นเกินกว่า 20% Broadcasting (วิทยุโทรทัศน์) โดยไม่ออกใบอนุญาตให้กับชาวต่างชาติหรือบริษัทที่ควบคุมโดยชาวต่างชาติ Newspaper (หนังสือพิมพ์) และ Financial Institution (สถาบันการเงิน) เป็นต้น

นอกจากกฎหมายระดับประเทศแล้ว ในบางธุรกิจเช่น ธนาคาร บริษัทประกันภัย สื่อสาร และการท่องเที่ยวทางอากาศ จะมีกฎหมายระดับมณฑลเข้ามาควบคุมเพิ่มเติมอีกด้วย

3.1.5 แนวคิดในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศมาเลเซีย

การใช้กฎหมายดูแลการลงทุนจากต่างด้าวของประเทศมาเลเซีย ที่มีความต้องการการลงทุนจากต่างประเทศเช่นเดียวกับไทย แม้จะไม่มีกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเฉพาะ แต่มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจการผลิตตาม The Industrial Co-ordination Act 1975 วัตถุประสงค์และหลักการ คือ เพื่อควบคุมการประกอบอุตสาหกรรม การผลิต และส่งเสริมการลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิต ประเภทที่รัฐบาลสนับสนุน ซึ่งกำหนดให้ธุรกิจทั้งของมาเลเซียและของคนต่างด้าว ที่จะประกอบธุรกิจการผลิตตามที่กำหนดต้องขออนุญาต ทั้งนี้หลักการพิจารณา คือ พิจารณาจากแผนงานโครงการ รายงานความเป็นไปได้ของโครงการ รูปแบบในการร่วมลงทุน ทั้งนี้มีเงื่อนไขรับให้การสนับสนุนในโครงการ ที่มีการร่วมลงทุนระหว่างต่างชาติและชาวเงินเป็นพิเศษ

ส่วนสัดส่วนในการพิจารณาความเป็นต่างด้าวนั้นมาเลเซียจะยึดหลักสัดส่วนการจ้างงาน คือทุนจดทะเบียน 2 ล้านเหรียญสหรัฐ ให้จ้างแรงงานต่างด้าวไม่เกิน 10 คน และรับตำแหน่งบริหารไม่เกิน 10 ปี ที่ไม่ใช่ตำแหน่งบริหารจ้างได้ไม่เกิน 5 ปี เป็นต้น ธุรกิจที่ควบคุมคือธุรกิจกระทบความมั่นคง ธุรกิจการผลิต หรือธุรกิจขาดแคลนวัตถุดิบการผลิต และพิจารณาตามนโยบายของรัฐในช่วงเวลานั้น

ส่วนธุรกิจที่ควบคุม ได้แก่ ไม่มีการระบุไว้ชัดเจน แต่กำหนดไว้กว้างๆ อย่างธุรกิจที่จะกระทบต่อความมั่นคงของชาติ การสาธารณสุขและศีลธรรม ธุรกิจที่มีการผลิต excess capacity

(ธุรกิจที่มีการผลิตมากเกินไป) ธุรกิจที่มีการขาดแคลนวัตถุดิบในการผลิต โดยจะมีการพิจารณา รายละเอียดตามนโยบายของรัฐในแต่ละช่วงเวลา

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการของคนต่างด้าวใน ต่างประเทศศึกษากรณีกิจการประกอบกิจการโทรคมนาคม

3.2.1 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกา

แม้กฎหมาย Exon-Florio จะไม่มีความชัดเจนในเรื่องของวิธีการพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัทต่างด้าว แต่กฎหมายในรายสาขา เช่น กฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมกลับมีรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการในการพิจารณาสัญชาติของบริษัทที่ชัดเจนมากกว่า

มาตรา 310 ของ The Communications Act of 1934 ได้กำหนดข้อจำกัดสำหรับการออกใบอนุญาตสำหรับผู้ที่จะรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและสถานีวิทยุคนี้

Section 310 (a) ห้ามรัฐบาลของต่างประเทศหรือผู้แทนเป็นผู้ถือใบอนุญาตฯ แต่กฎหมายไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมโดยผ่านบริษัทโฮลดิ้ง ในกรณีหลังนี้สงวนสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ใบอนุญาตได้ขึ้นอยู่กับว่าการครอบครองของรัฐบาลต่างชาติมีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะหรือไม่

Section 310 (b) (1) ห้ามบุคคลธรรมดาที่มีได้มีสัญชาติอเมริกันประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมดังเช่นใน Section 310(a)

Section 310 (b) (2) ห้ามนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมดังเช่นใน Section 310(a)

Section 310 (b) (3) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทุนทั้งหมด เพดานการถือหุ้นดังกล่าวบังคับใช้ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติถือหุ้นโดยผ่านบริษัทโฮลดิ้ง และในกรณีที่บริษัทต่างชาติไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย

Section 310 (b) (4) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด ในกรณีบริษัทดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตทั้งในทางตรงหรือทางอ้อม ยกเว้นคณะกรรมการโทรคมนาคมหรือ Federal Communications Commission (FCC) เห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าไม่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ

สืบเนื่องจากที่ข้อกำหนดเกี่ยวกับเพดานการถือหุ้นของคนต่างด้าว โดยเฉพาะ Section 310 (b) (3) และ Section 310 (b) (4) ยังไม่มีความชัดเจนในทางปฏิบัติส่งผลให้มีปัญหาในการบังคับใช้ FCC จึงได้ออกคู่มือวิธีการในการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติที่เรียกว่า Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio licenses เมื่อวันที่ 17 เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2547

เอกสารดังกล่าวได้กำหนดแนวทางในการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติในนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและวิทยุ ซึ่งมีหลักการคำนวณใน 2 ลักษณะ คือ การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณจากสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้นของการถือหุ้น (Multiplier) และการคำนวณโดยไม่ใช้ตัวคูณ (Multiplier not used) ในกรณีที่การถือหุ้นของต่างชาติในบางลำดับชั้นโยงกับอำนาจในการควบคุมและบริหารจัดการของนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย

แม้กฎหมาย Exon-Florio จะไม่มีความชัดเจนในเรื่องของวิธีการพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัทต่างด้าว แต่กฎหมายในรายสาขา เช่น กฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมกลับมีรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการในการพิจารณาสัญชาติของบริษัทที่ชัดเจนมากกว่า

การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณ (Multiplier) จากสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้น มี 2 กรณี คือ

1. คำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นทุน (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 ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเท่ากับ ร้อยละ 12

การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยไม่ใช้ตัวคูณ (*Multiplier not used*) จากสัดส่วนการถือหุ้นในหลายระดับ คือ

จำนวนจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและมีอำนาจในการบริหารจัดการ (Controlling voting interests): หากต่างชาติถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท A ร้อยละ 25 แต่ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท A และ บริษัท A ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท B ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในสัดส่วนร้อยละ 40 โดยบริษัท A มีอำนาจในการควบคุมบริษัท B ในทางปฏิบัติ จะถือได้ว่าบริษัท B มีหุ้นส่วนต่างชาติที่มีสิทธิออกเสียง ร้อยละ 25 ซึ่งเกินเพดานสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทย่อยต่างชาติตามมาตรา 310 (b) (3) ของ Communications Act ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

อำนาจการควบคุมซึ่งเป็นตัวแปรสำคัญในการกำหนดสูตรในการคำนวณหุ้นส่วนต่างชาตินั้น แบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท คือ อำนาจการควบคุมในทางกฎหมาย (De jure control) ซึ่งจะพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงว่าเกินกว่ากึ่งหนึ่งหรือไม่ และอำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติ (De facto control) ซึ่งจะพิจารณาจากตัวแปรที่สามารถบ่งชี้ว่าผู้มีอำนาจควบคุมบริษัทในทางปฏิบัติ ดังนี้

- 1) สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานในแต่ละวัน
- 2) สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบาย การจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาต
- 3) สัญชาติของผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้าง ค่าการจัดการ และการยกเลิกการจ้างพนักงาน
- 4) สัญชาติของผู้จ่ายเงินสำหรับข้อผูกพันทางการเงิน รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่นอกเหนือจากค่าดำเนินการ
- 5) สัญชาติของผู้ได้รับเงินและผลกำไรจากการดำเนินงาน
- 6) สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท

6) สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท

โดยจะพิจารณาผู้มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติจากปัจจัยต่างๆ ข้างต้นเป็นรายกรณีไป (Case by case) และจะคัดสรรส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของผู้มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณหุ้นส่วนต่างชาติที่กล่าวมาแล้ว

โดยสรุปแล้ววิธีการในการพิจารณาสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติตามกฎหมายว่าด้วยกิจการ โทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกามีความละเอียดอย่างมาก โดยมีการนำตัวแปรของอำนาจในการ บริหารจัดการเข้ามาประกอบในการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติในเชิงปริมาณด้วย แต่ที่น่า สังเกตก็คือกฎหมายได้ให้อำนาจดุลยพินิจแก่ FCC ในการอนุญาตให้นิติบุคคลที่มีหุ้นส่วนต่างชาติ เกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ประกอบกิจการ โทรคมนาคมได้หากเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน ตัวอย่างดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าแม้สหรัฐอเมริกามีนโยบายที่จะจำกัดสิทธิของคนต่างชาติในการ ประกอบธุรกิจ โทรคมนาคม แต่ก็มีกรอบผ่อนปรนหากการลงทุนของต่างชาติเอื้อประโยชน์ต่อ ส่วนรวม

3.2.2 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของสาธารณรัฐสิงคโปร์

สิงคโปร์เป็นประเทศที่มีการออกกฎหมายการแข่งขันทางการค้า “Competition Act 2004” โดยมีเจตนารมณ์เพื่อบังคับและควบคุมการทำความตกลงที่จะมีผลต่อการจำกัด การแข่งขัน ป้องกันการใช้อำนาจเหนือตลาดของผู้มีอำนาจเหนือตลาด และกำกับดูแลการควบรวม การครอบงำ กิจการซึ่งเป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันโดยเสรี ทั้งนี้ กฎหมายฉบับนี้ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่า ด้วยการแข่งขันทางการค้าของประเทศ ทำหน้าที่กำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและบังคับใช้ตาม กฎหมาย ตั้งแต่ 1 มกราคม ค.ศ. 2005 แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายการแข่งขันฉบับนี้มีผลต่อธุรกิจของ ประเทศในกิจการทั่วไป โดยมีได้ใช้เฉพาะเจาะจงในกิจการ โทรคมนาคม สื่อสารมวลชน บริการ ไปรษณีย์ การคมนาคม การพลังงาน การจัดการน้ำและน้ำเสีย เป็นต้น ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการออก กฎหมายเฉพาะเพื่อกำกับดูแลให้มีการแข่งขันในกิจการโทรคมนาคมหรือ “Code of Practice in the Provision of Telecommunications Services 2005” หรือ “Code 2005” ซึ่งอนุวัติการเป็นไปตาม กฎหมายโทรคมนาคม ค.ศ. 1999 มาตรา 26(1)(a), (b), (c), (d), (e) และ (g) โดย Info-Communications Development Authority of Singapore “IDA” เมื่อ 18 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2005 พร้อมทั้งแนวทางที่ สำคัญในอีก 3 เรื่องได้แก่

1. แนวทางการรวมการสื่อสารทางไกลโดยใช้เทคโนโลยีโทรคมนาคม (Telecom Consolidation Guidelines)
2. แนวทางการยื่นข้อเสนอประมูล (Tender Offer Guidelines)
3. แนวทางการระงับข้อพิพาท (Dispute Resolution Guidelines)

ทั้งนี้ กระบวนการในการออก Code of Practice in the Provision of Telecommunications Services 2005 IDA ได้ดำเนินการในการจัดรับฟังความคิดเห็นเพื่อกำหนดมาตรฐานสำหรับพิจารณาประเด็นที่สำคัญของการแข่งขันประกอบกิจการ ได้แก่ (1) ปัจจัยที่ IDA ควรนำมาใช้สำหรับการประเมินอำนาจทางการตลาดผู้มีอำนาจเหนือตลาด และการยกเว้นหรือ การร้องขอเพื่อมิให้ถูกจัดประเภทอยู่ในผู้รับใบอนุญาตเหนือตลาด และ (2) ปัจจัยที่ IDA ใช้สำหรับการพิจารณาและประเมินพฤติกรรมกีดกันการแข่งขัน หรือข้อตกลงของผู้ประกอบการที่จะเป็นการขัดหรือจำกัดการแข่งขันในตลาดโทรคมนาคม โดยบัญญัติของ Code of Practice in the Provision of Telecommunications Services 2005 มีสาระสำคัญ ประกอบด้วย

ส่วนที่ 1 บทนำ กล่าวถึง การบังคับใช้ตามกฎหมายต่อผู้รับใบอนุญาตประเภทต่างๆ เป้าหมาย และวัตถุประสงค์ หลักการการกำกับดูแลในด้านการแข่งขัน และนิยามต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง

ส่วนที่ 2 การจำแนกผู้รับใบอนุญาตและกำหนดให้เป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาด เพื่อประเมินว่าผู้รับใบอนุญาตนั้นเป็นผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาดหรือเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการทั่วไป โดย IDA กำหนดในลักษณะของการอนุญาต ซึ่งหากผู้ขอรับใบอนุญาตใดถูกกำหนดว่าเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดอื่นเพิ่มเติมตามเงื่อนไขการอนุญาตประกอบกิจการสำหรับผู้มีอำนาจเหนือตลาดนั้นๆ ทั้งนี้ การกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดพิจารณาจากลักษณะที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

1. ผู้รับใบอนุญาตที่ควบคุมหรือเป็นเจ้าของโครงสร้างพื้นฐานและสิ่งอำนวยความสะดวกในการจัดให้บริการโทรคมนาคมซึ่งมีมูลค่าสูงหรือมีความเป็นไปได้ต่อการลงทุนต่ำเมื่อพิจารณาในเชิงเทคนิคหรือเศรษฐศาสตร์

2. ผู้รับใบอนุญาตที่ใช้อำนาจทางการตลาดอย่างมีนัยสำคัญนั้นเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ในทางธุรกิจอย่างเป็นการกีดกันหรือจำกัดการแข่งขันอย่างไม่สมเหตุสมผลและเป็นธรรมต่อทั้งต่อผู้รับใบอนุญาตรายอื่นหรือผู้ให้บริการ

ทั้งนี้ ในส่วนนี้มีการกำหนดเพิ่มเติมเรื่อง การขอยกเว้นจากการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาด หรือการขอให้ IDA พิจารณาทบทวนการเป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดเนื่องจากระยะเวลา สภาพแวดล้อมทางการตลาดหรือการแข่งขันได้มีการเปลี่ยนแปลงไป

ส่วนที่ 3 ว่าด้วยหน้าที่โดยทั่วไปของผู้รับใบอนุญาตทั้งผู้รับใบอนุญาตทั่วไปและผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาดต่อผู้ให้บริการเพื่อจัดให้บริการอย่างเป็นธรรมและประโยชน์ต่อผู้ให้บริการ รวมถึงการคุ้มครองผู้ให้บริการตามข้อตกลง/สัญญาในการให้บริการ

ส่วนที่ 4 ว่าด้วยหน้าที่เพิ่มเติมของผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาดที่ IDA ประกาศให้เป็นผู้มีอำนาจเหนือตลาดที่จะต้องจัดให้บริการ โทรมนาคมต่อผู้รับใบอนุญาตรายอื่นอย่างสมเหตุสมผลและไม่เลือกปฏิบัติโดยรวมถึงเรื่องอัตราค่าธรรมเนียมการแยกส่วนในการให้บริการ การให้บริการขายส่งและขายต่อคุณภาพในการให้บริการตามมาตรฐาน เป็นต้น

ส่วนที่ 5 ว่าด้วยการกำหนดความร่วมมือระหว่างผู้รับใบอนุญาตในการส่งเสริมการแข่งขัน โดยกำหนดให้มีการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคมการจัดทำข้อตกลงในการใช้และเชื่อมต่อโครงข่าย

ส่วนที่ 6 ข้อกำหนดโดยเฉพาะสำหรับผู้รับใบอนุญาตที่เป็นผู้ที่มีอำนาจเหนือตลาดในเรื่องการใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายโทรคมนาคม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาดดำเนินการให้ผู้รับใบอนุญาตรายอื่นใช้และเชื่อมต่อโครงข่ายเพื่อให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม

ส่วนที่ 7 การใช้โครงสร้างพื้นฐานร่วมกันรวมทั้งมาตรฐานที่ IDA ใช้ในการพิจารณากำหนดให้สิ่งใดที่เป็นโครงสร้างพื้นฐานที่ต้องมีการใช้ร่วมกัน และกระบวนการในการร้องขอของผู้รับใบอนุญาตในการขอใช้โครงสร้างพื้นฐาน

ส่วนที่ 8 ข้อกำหนดที่ห้ามมิให้มีการดำเนินการของผู้รับใบอนุญาตโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้รับใบอนุญาตที่มีอำนาจเหนือตลาดในการใช้อำนาจอย่างไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทั้งในด้านราคาและมีไชราคา

ส่วนที่ 9 ข้อกำหนดในเรื่องการทำความตกลงในระหว่างผู้รับใบอนุญาตหรือกิจการอื่นที่อาจเป็นการจำกัดหรือกีดกันการแข่งขัน

ส่วนที่ 10 การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ การควบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาต โดยผู้รับใบอนุญาตสำหรับกิจการโทรคมนาคมที่กำหนดทั้งผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโทรคมนาคมและผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโครงสร้างพื้นฐานหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือการถือหุ้นโดย IDA กำหนดเป็นร้อยละของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไว้ 4 ช่วงของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ได้แก่ น้อยกว่าร้อยละ 5, ร้อยละ 5 แต่ไม่ถึงร้อยละ 12, ร้อยละ 12 แต่ไม่ถึงร้อยละ 30 และตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไปซึ่งจะมีกระบวนการวิธีปฏิบัติที่กำหนดแตกต่างกันไป

ส่วนที่ 11 วิธีการในการบริหารจัดการของ IDA ในประเด็นต่างๆ อาทิ บทบังคับ การดำเนินการโต้เถียงและประณามข้อพิพาท การรักษาความลับของข้อมูลและการขอข้อมูลเพิ่มเติม และการพิจารณาบททวนของ IDA เป็นต้น

ส่วนที่ 12 การยกเลิก เปลี่ยนแปลง และการสงวนสิทธิ์ตามกฎหมายสิงคโปร์ สงวนสิทธิ์ในการใช้หลักการต่างตอบแทนสำหรับการจำกัดหุ้นส่วนจากประเทศคู่ภาคีในบริการการสื่อสารแบบไร้สายและเคลื่อนที่สาธารณะ (Publicmobile and wireless communications) ในดินแดนของประเทศคู่ภาคี (The territory of the other party) รวมทั้ง

1. บริการคลื่นวิทยุสื่อสาร(ซึ่งหมายถึงวิทยุสื่อสารทางเรือและทางอากาศ)

Public Radio communication Services (refer to Maritime and Aeronautical radio communication services)

2. บริการโทรศัพท์ทางไกล Public Cellular Mobile Telephone Services

3. บริการเพจิงวิทยุ Public Radio Paging Services

4. บริการวิทยุทางไกล Public Trunked Radio Services

5. บริการข้อมูลทางไกล Public Mobile Data Services

6. บริการช่องสื่อสารกับสื่อทางคอมพิวเตอร์ Public Mobile Broadband Multimedia Services

7. บริการช่องสื่อสารไร้สายกับสื่อทางคอมพิวเตอร์ Public Fixed-Wireless Broadband Multimedia Services

3.2.3 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของแคนาดา

ประเทศแคนาดามีกฎหมายที่คล้ายคลึงกับกฎหมาย Exon-Florio ของ สหรัฐอเมริกา ที่มีชื่อว่า “พระราชบัญญัติการลงทุนในแคนาดา ค.ศ.1985” (Investment Canada Act 1985) ซึ่งกำหนดให้การเข้ามาซื้อกิจการภายในประเทศของคนต่างชาติที่มีมูลค่าไม่ต่ำกว่า 223 ล้านดอลลาร์แคนาดา (ประมาณ 6,6690 ล้านบาท) ต้องได้รับการอนุมัติจากการทรวงอุตสาหกรรม ในกรณีของการควบรวม หรือซื้อธุรกิจที่มีผลในเชิงเศรษฐกิจ หรือ กระทรวงวัฒนธรรม ในกรณีนี้ของการซื้อกิจการที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมท้องถิ่น การพิจารณาว่าจะอนุมัติหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับปัจจัยดังต่อไปนี้

1. การจ้างงาน การแปรรูปวัตถุดิบภายในประเทศ และการส่งออก ฯลฯ
2. การมีส่วนร่วมของธุรกิจแคนาดาในธุรกิจที่ต่างชาติต้องการเข้ามาซื้อและบทบาทของผู้ประกอบการท้องถิ่นในอุตสาหกรรมโดยรวม
3. ผลกระทบต่อประสิทธิภาพการพัฒนาทางเทคโนโลยี นวัตกรรม และความหลากหลายของสินค้า
4. ผลกระทบต่อการแข่งขันตลาด
5. ผลกระทบต่อขีดความสามารถในการแข่งขันของแคนาดาในตลาดโลก และ
6. ความสอดคล้องของการลงทุน กับนโยบายเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศ

ในทางปฏิบัติ แคนาดาไม่ได้ใช้กฎหมายนี้ในการกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศแต่อย่างใด เนื่องจากในปี พ.ศ.2544 และ 2545 การควบคุมกิจการ โดยชาวต่างชาติทุกรายได้รับการอนุมัติทั้งสิ้น

กฎหมายโทรคมนาคมของแคนาดา¹⁵ จำกัดการถือหุ้นของต่างชาติทางตรง (Direct holdings) ที่ร้อยละ 20 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และการถือหุ้นทางอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้ง (Indirect holdings) ได้ไม่เกินร้อยละ 33.33 ซึ่งจะทำให้การถือหุ้นและอำนาจควบคุมของต่างชาติทั้งทางตรงและทางอ้อม ได้เกินร้อยละ 46.7 ($20\% + (33.33\% \times 80\%)$)

¹⁵ Telecommunications Act 1993, section 38.

นอกจากเงื่อนไขว่าด้วยการถือหุ้นแล้ว แคนาดายังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อให้การบริหารจัดการบริษัทโทรคมนาคมที่ได้รับอนุญาตอยู่ภายใต้การควบคุมของการแคนาดาจริง ในทางปฏิบัติดังต่อไปนี้

1. สำนักงานใหญ่ต้องตั้งอยู่ในแคนาดา
2. การประชุมผู้ถือหุ้นจะต้องจัดประชุมในแคนาดา
3. ผู้บริหาร (Director) จำนวน 2 ใน 3 จะต้องเป็นคนแคนาดา
4. หัวหน้าผู้บริหารจะต้องเป็นผู้ที่มีถิ่นพำนักในแคนาดา
5. เอกสารการประกอบธุรกิจที่สำคัญ เช่น สิทธิบัตร รายงานการประชุม ผลการประชุมผู้ถือหุ้น และข้อมูลเกี่ยวกับลูกค้าทั้งหมดจะต้องเก็บไว้ที่แคนาดา
6. การเปลี่ยนแปลงสิทธิบัตร (Letter patent) จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี

3.2.4 กฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมของมาเลเซีย

ในปี 2541 รัฐบาลมาเลเซียได้ตั้งหน่วยงานกำกับดูแลรวมศูนย์ (Convergence regulator) คือคณะกรรมการการสื่อสารและสื่อผสมแห่งมาเลเซีย (Malaysian Communications and Multimedia Commission: MCMC) โดยออกกฎหมายการสื่อสารและสื่อผสม (Communication and Multimedia Act 1998) ภายใต้กรอบการกำกับดูแลแบบใหม่นี้ การกำหนดประเภทบริการจะไม่ขึ้นกับเทคโนโลยีที่ใช้ เพื่อให้เกิดความเป็นกลางทางเทคโนโลยี (technology-neutral) และความเป็นกลางของบริการ (service-neutral) ผลจากการปฏิรูปดังกล่าวคือ การปรับเปลี่ยนการกำกับดูแลจากแนวตั้ง (Vertical) เป็นแนวนอน (Horizontal) กล่าวคือ การออกใบอนุญาตจะไม่ยึดตามบริการหรือเทคโนโลยีที่ใช้ แต่จะยึดตามลักษณะกิจกรรม โดยกิจกรรมออกเป็น 4 กลุ่ม คือ บริการเนื้อหา (Content Services) บริการแอปพลิเคชัน (Application Services) บริการโครงข่าย (Network Services) และ โครงสร้างพื้นฐาน (Network Facilities) ตัวอย่างเช่น ผู้ประกอบการที่ผลิตเนื้อหาป้อนทางสื่อโทรทัศน์ วิทยุและอินเทอร์เน็ต จะสามารถขอใบอนุญาตประกอบการสำหรับบริการเนื้อหาเพียงใบเดียว ในขณะที่ต้องขอใบอนุญาตประกอบกิจการแพร่ภาพทางโทรทัศน์ กระจายเสียงทางวิทยุ และบริการอินเทอร์เน็ตตามกรอบในการกำกับดูแลเดิม เป็นต้น

3.3 กฎเกณฑ์ขององค์การการค้าโลกว่าด้วยการเปิดเสรีโทรคมนาคม

ประเทศไทยได้ร่วมเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัยและเข้าร่วมเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก ตลอดจนร่วมเจรจาตามกรอบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade and Service หรือ GATS) ซึ่งมีผลบังคับใช้มาตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2538 GATS ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกร่วมเจรจาเพื่อจัดทำข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการให้มากขึ้นในทุก 5 ปี จนกว่าจะบรรลุเป้าหมายการเปิดเสรีอย่างเต็มที่ (Full liberalization) โดยประเทศไทยได้ลงนามในความตกลงที่จะเปิดตลาด (Market access) และการปฏิบัติเยี่ยงคนในชาติ (National treatment) ในบริการหลายประเภทรวมทั้งบริการโทรคมนาคม ตามความตกลงด้านโทรคมนาคมพื้นฐาน (Basic Telecom Agreement หรือ BTA) ในส่วนของบริการโทรคมนาคมพื้นฐาน ประเทศไทยมีข้อผูกพันที่จะเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมพื้นฐานเพียง 4 บริการคือ โทรศัพท์พื้นฐาน (Voice telephony) โทรเลข (Telegraph) โทรสาร (Facsimile) และเทเล็กซ์ (Telex) ทั้งนี้ คำว่าบริการโทรศัพท์พื้นฐานดังกล่าวรวมถึงบริการโทรศัพท์ในท้องถิ่นเดียวกัน โทรศัพท์ทางไกลภายในประเทศและโทรศัพท์ทางไกลระหว่างประเทศ แต่ไม่ได้รวมบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ (Cellular)

ข้อควรสังเกตก็คือ การเปิดเสรีบริการโทรคมนาคมพื้นฐานของประเทศไทยตามข้อผูกพันดังกล่าวยังไม่ใช่การเปิดเสรีอย่างเต็มที่ (Full liberalization) แต่เป็นการเปิดเสรีที่ล่าช้าและมีระดับการเปิดเสรีที่ต่ำมาก โดยต่ำกว่าระดับเฉลี่ยของเอเปค และของประเทศต่างๆ ในโลก ในขณะที่ประเทศเพื่อนบ้าน เช่น สิงคโปร์และมาเลเซียมีระดับการเปิดเสรีที่สูงกว่าและรวดเร็วกว่าประเทศไทย

ประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขทั่วไปในการเปิดเสรีตลาดโทรคมนาคม โดยระบุว่าข้อผูกพันในการเปิดเสรีตลาดโทรคมนาคมจะขึ้นอยู่กับข้อกำหนดในกฎหมายโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง ซึ่งหมายถึง พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ กำกับดูแลกิจการวิทยุ โทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และกฎหมายอื่นๆ โดยจะเริ่มให้ข้อผูกพันมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี 2549 เงื่อนไขในตารางข้อผูกพันทั่วไปของประเทศไทย คือ

1. ผู้ประกอบการจะต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐก่อนการประกอบการ ทั้งนี้ จำนวนใบอนุญาตประกอบกิจการอาจมีจำกัด
2. ผู้ประกอบการจะต้องมีบริษัทแม่ที่จดทะเบียนและดำเนินการในประเทศไทย โดยมีหุ้นส่วนต่างชาติไม่เกินร้อยละ 20 ของทุนจดทะเบียน และมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติไม่เกินร้อยละ 20
3. การสื่อสารแห่งประเทศไทยเป็นผู้มีสิทธิเพียงผู้เดียวในการเชื่อมต่อกับดาวเทียมอินเทลแซท (Intelsat) และอิมมาร์แซท (Immarsat)¹⁶

ข้อผูกพันในการเข้าสู่ตลาด (Market access) หมายถึง ข้อผูกพันที่จะไม่เลือกปฏิบัติในการเข้าสู่ตลาดระหว่างผู้ประกอบการรายเดิมในตลาด (Incumbent) กับผู้ประกอบการรายใหม่ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการในประเทศหรือจากต่างประเทศ ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการข้อ 16 (Article XVI) ได้ห้ามการจำกัดการเข้าสู่ตลาด 6 ลักษณะ ยกเว้นแต่จะระบุไว้ในตารางข้อผูกพัน ข้อจำกัดที่เป็นข้อห้ามดังกล่าวได้แก่ การจำกัดจำนวนผู้ประกอบการ การจำกัดมูลค่าของการบริการ หรือทรัพย์สินการจำกัดจำนวนการให้บริการหรือปริมาณของผลผลิต การจำกัดจำนวนพนักงาน การจำกัดหรือกำหนดคุณสมบัติโดยเฉพาะของสถานประกอบการตามกฎหมายหรือร่วมลงทุน และการจำกัดจำนวนทุนของต่างชาติ

ประเทศไทยได้มีข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดตามโหมดยของบริการโทรคมนาคม ดังนี้

1. การค้าบริการโหมดยที่ 1 (Cross-border supply) และโหมดยที่ 2 (Consumption abroad) จะต้องผ่านเกตเวย์ (Gateway) ในประเทศไทยซึ่งให้บริการโดยผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาต นอกจากนี้ การจัดหาบริการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตทั้งสองฝ่าย
2. การค้าบริการในโหมดยที่ 3 (Commercial presence) มีข้อจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามกฎหมายโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง โดยจะเริ่มมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้อง

¹⁶ อินเทลแซท หมายถึง องค์การโทรคมนาคมทางดาวเทียมระหว่างประเทศ (International Telecommunication Satellite Organization) ส่วนอิมมาร์แซท หมายถึง องค์การดาวเทียมทางทะเลระหว่างประเทศ (International Maritime Satellite Organization)

ได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่ กำกับดูแลกิจการวิทยุ โทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2543 และ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 โดยส่วนที่เกี่วข้องคือหลักเกณฑ์ในการขอใบอนุญาตของธุรกิจต่างประเทศ

3. การค้าบริการในโหมดที่ 4 (Presence of natural persons) ไม่มีข้อผูกพันใดๆ (Unbound)

การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National treatment) หมายถึง การไม่เลือกปฏิบัติระหว่างผู้ประกอบการภายในประเทศและผู้ประกอบการจากต่างประเทศภายหลังจากเข้าสู่ตลาดแล้ว ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ ข้อ 17 (Article XVII) ได้กำหนดว่า ธุรกิจต่างชาติจะต้องได้รับความอนุเคราะห์ไม่น้อยกว่าธุรกิจในประเทศ โดยเป็นการปฏิบัติเฉพาะสาขาที่กำหนดในตารางข้อผูกพันไว้ และอาจจะข้อยกเว้นไว้ได้

ประเทศไทยได้มีข้อผูกพันการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติตามโหมดของบริการ ดังนี้

1. การค้าบริการในโหมดที่ 1 (Cross-border supply) และโหมดที่ 2 (Consumption abroad) ไม่มีข้อจำกัด

2. การค้าบริการในโหมดที่ 3 (Commercial presence) มีข้อจำกัดตามกฎหมายโทรคมนาคมที่เกี่ยวข้อง โดยจะเริ่มมีผลบังคับใช้ในปี พ.ศ. 2549 ทั้งนี้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้แก่ พระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่กำกับดูแลกิจการวิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 และ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

กฎหมายดังกล่าวไม่มีบทบัญญัติใดที่เข้าข่ายข้อจำกัดของการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ กล่าวคือ หากผู้ประกอบการต่างชาติสามารถเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยแล้ว จะต้องปฏิบัติตามกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายการประกอบกิจการโทรคมนาคม กฎหมายการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค เช่นเดียวกันกับผู้ประกอบการไทย

การค้าบริการในโหมดที่ 4 (Presence of natural persons) ไม่มีข้อผูกพันใดๆ (Unbound)

นอกจากนี้ ประเทศไทยยังได้ผูกพันตามเอกสารอ้างอิง (Reference Paper) ซึ่งเป็นกรอบสำหรับกำหนดกฎเกณฑ์การกำกับดูแลในเรื่องการคุ้มครองการแข่งขัน การเชื่อมต่อโครงข่าย การให้บริการอย่างทั่วถึง การออกใบอนุญาต ความอิสระของหน่วยงานกำกับดูแลและการจัดสรรทรัพยากรที่มีจำกัด



บทที่ 4

ปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ในบทนี้ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงปัญหาว่าควรกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติพระราชบัญญัติกิจการ โทรคมนาคมหรือไม่ ปัญหาว่ามาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าวควรเป็นอย่างไร

4.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงที่มาของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในอดีต มาจนถึงปัจจุบันว่ามีวิวัฒนาการอย่างไร ตลอดจนแนวความคิดในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของประเทศ

4.1.1 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ตราขึ้นมาบังคับใช้แทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เพื่อที่จะให้มาตรการในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติมีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยมีการแบ่งกลุ่มประเภทของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาลงทุนเป็น 3 บัญชี สำหรับธุรกิจ在必ัญชี 2 และบัญชี 3 แม้จะห้ามต่างชาติเข้ามาลงทุนแต่ก็ขออนุญาตได้จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีและสำหรับธุรกิจ在必ัญชี 2 และจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยอนุมัติของอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในกรณีของธุรกิจ在必ัญชี 3 นอกจากนี้แล้ว มาตรา 10 ของกฎหมายระบุว่ามิให้บังคับใช้กับคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจภายใต้สนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีอีกด้วย แต่ต้องขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ระบุจำกัดความของชาวต่างชาติ ไว้ดังนี้

- (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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ความหมายของคนต่างด้าวตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ คล้ายคลึงกับในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งหมายความว่าสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาตินั้นพิจารณาจากการถือหุ้นและการลงทุนโดยตรงเท่านั้นเช่นกัน แต่จะต่างกันเพียงเล็กน้อยที่กฎหมายฉบับใหม่ไม่มีเงื่อนไขว่านิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง เนื่องจากในทางปฏิบัติจำนวนผู้ถือหุ้นไม่มีผลต่อการเป็นเจ้าของหรือการมีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลหากผู้ถือหุ้นไทยถือหุ้นจำนวนน้อยมาก

ข้อเท็จจริงอันเป็นบ่อเกิดแห่งสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ยอมให้คนต่างด้าวลงทุนได้ 7 กรณี ได้แก่

(1) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 หรือตามกฎหมายอื่น

คนต่างด้าวต่อไปนี้จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีและจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร โดยการขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต และระยะเวลาการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(2) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 337 ลงวันที่ 13 ธันวาคม พ.ศ.2515 หรือตามกฎหมายอื่น

คนต่างด้าวต่อไปนี้จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีและจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร โดยการขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต และระยะเวลาการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(3) กรณีคนต่างด้าวทั่วไป

มาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่ง พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12” (1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

โทรทัศน์

(1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุ

(2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(3) การเลี้ยงสัตว์

(4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ ของประเทศไทย

(6) การสกัดสมุนไพรไทย

(7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน 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 หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลาย ผ้าไหมไทย (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน (6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

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

บัญชีสาม

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

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

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชน ด้านการสาธารณสุขหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดย มีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขาย ล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต้องการผลิต หรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือเข้ามาจากต่างประเทศ อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำ ของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

(4) กรณีคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาล

มาตรา 10 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

(5) กรณีคนต่างด้าวภายใต้สนธิสัญญา

มาตรา 10 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่าคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่งและให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้นซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญญาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

(6) กรณีของคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน

มาตรา 12 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่าในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่นเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองเมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตแล้วแต่กรณี

ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้นได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกแล้วแต่กรณี

(7) กรณีของคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจก่อนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีผล

กรณีประกอบธุรกิจต้องห้ามโดยมีเงื่อนไขตาม ปว.281 แต่ได้รับอนุญาตให้ประกอบได้และใบอนุญาตยังมีผล โดยมาตรา 44 แห่ง พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บัญญัติให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับให้ได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตในการประกอบธุรกิจนั้นต่อไปตามเงื่อนไขและระยะเวลาของการได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตดังกล่าว

ส่วนกรณีประกอบธุรกิจต้องไม่ห้ามโดยมีเงื่อนไขตาม ปว.281 แต่เป็นธุรกิจต้องห้ามโดยมีเงื่อนไขภายใต้พระราชบัญญัติ 2542 มาตรา 45 แห่ง พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บัญญัติว่ามาตรา 45 แห่ง พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา 11 ทั้งนี้ ภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และในระหว่างที่ยังไม่ได้รับหนังสือรับรอง มิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

4.1.2 พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่บังคับใช้กับธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาขาธุรกิจนั้นๆ เช่น ธุรกิจการธนาคาร ประกันภัย การขนส่งทางอากาศ เหมืองแร่ หรือโทรคมนาคม เป็นต้น ดังนั้น การพิจารณาสัญญาของนิติบุคคลในกฎหมายแต่ละฉบับอาจแตกต่างกันออกไปและอาจไม่เหมือนกับแนวทางที่ใช้ตาม พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือประมวลกฎหมายที่ดินที่ได้กล่าวมาแล้ว

พระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายหลักที่ควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย เดิมทีนั้น มาตรา 8 ของกฎหมายมีข้อกำหนดว่าผู้ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคม แบบที่สองและแบบที่สาม จะต้องมีส่วนการถือหุ้นของบุคคลต่างชาติไม่เกินร้อยละ 25 และมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสามในสี่¹⁷ ต่อมาในเดือนมกราคมปี พ.ศ. 2549 ได้มีการแก้ไข

¹⁷พระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 7 กำหนดให้มีใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม 3 แบบ แบบที่ 1 สำหรับผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่ไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง เช่น ผู้ให้บริการอินเทอร์เน็ต (ISP) เป็นต้น แบบที่ 2 สำหรับผู้ประกอบการโทรคมนาคมที่มีหรือไม่มีโครงข่ายเป็นของตนเอง ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการให้บริการโทรคมนาคมเฉพาะกลุ่มบุคคลเท่านั้น เช่น บริษัทที่ต้องการจะติดตั้งโครงข่ายและระบบการสื่อสารสำหรับสาขาของบริษัทในพื้นที่ต่างๆ เป็นต้น และแบบที่ 3 สำหรับผู้ประกอบการที่มีโครงข่ายเป็นของตนเองและให้บริการแก่บุคคลในวงกว้าง เช่น ผู้ประกอบการโทรศัพท์เคลื่อนที่และโทรศัพท์บ้านในปัจจุบัน

กฎหมายเพื่อเพิ่มสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวจากเดิมกำหนดไว้ที่ร้อยละ 25 เป็นร้อยละ 49 โดยเหตุผลในการประกาศใช้ คือ กิจการโทรคมนาคมบางประเภทต้องใช้ทุนเป็นจำนวนมากและใช้เทคโนโลยีสูง จึงต้องพึ่งพาทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ซึ่งการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาตินั้นเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการระดมทุนจากผู้ลงทุนต่างประเทศ

มาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 (ฉบับที่ 2) ระบุว่า

“ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช่เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้”

เนื่องจากคำนิยามของคำว่าคนต่างด้าวในกฎหมายฉบับแก้ไขนี้อิงกับคำนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ย่อมหมายความว่า การคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติจะนับทอดเดียวเท่านั้น แต่บทบัญญัติที่เพิ่มเติมได้ให้อำนาจดุลยพินิจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำหนดเงื่อนไขห้ามนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมกระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว ต่อมาจึงมีการประกาศใช้บังคับ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมและให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวได้ ทั้งนี้โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 8 มาตรา 21 มาตรา 22 และมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 อันเป็นพระราชบัญญัติที่มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติจึงกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดย คนต่างด้าวไว้ดังต่อไปนี้

ข้อ 1. ประกาศนี้ใช้บังคับกับผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามอันมีคุณสมบัติเป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมตามความในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549

ข้อ 2. ผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามมีหน้าที่ต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กทช. กำหนดไว้ในประกาศนี้ รวมทั้งมีหน้าที่ดำเนินการเพื่อมิให้ขัดต่อข้อห้ามดังกล่าวโดยเคร่งครัด

ข้อ 3. การกระทำหรือพฤติกรรมที่ถือว่ามีลักษณะหรือถือว่าเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว ซึ่งผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามมีหน้าที่ต้องกำหนดข้อห้ามตามข้อ 2 โดยต้องรวมถึงลักษณะดังต่อไปนี้

1) การกระทำหรือพฤติกรรมที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว หมายความว่ารวมถึง

(1) คนต่างด้าวถือหุ้นเกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด และรวมถึงกรณีการถือหุ้นของตัวแทนเชิด (Nominee)

(2) ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทน หรือตัวแทนมีสิทธิในการออกเสียงในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (Shareholder Voting Right) เกินกว่าสัดส่วนที่ถือไว้จริง

(3) ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทน หรือตัวแทนมีอำนาจในการแต่งตั้งตำแหน่งบริหารสำคัญต่อการกำหนดนโยบายหรือดำเนินการของนิติบุคคล เช่น ประธานกรรมการ ผู้จัดการ ผู้จัดการ ผู้อำนวยการ หัวหน้าผู้บริหารด้านจัดซื้อ หรือหัวหน้าผู้บริหารด้านการเงิน เป็นต้น

(4) ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทน หรือตัวแทนมีอำนาจในการกำหนดอนุมัติหรือคัดค้าน (Veto) นโยบายของนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาตในการลงทุนและบริหารงาน

(5) ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทน หรือตัวแทนมีอำนาจในการลงนามทำนิติกรรมผูกพันนิติบุคคลในกิจกรรมหรือธุรกรรมสำคัญ

(6) ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทน หรือตัวแทนมีอำนาจในการคัดเลือกว่าจ้างงานหรือกำหนดตำแหน่งสำคัญในนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาต เช่น ประธานกรรมการ

กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ ผู้อำนวยการ หัวหน้าผู้บริหารด้านจัดซื้อ หรือหัวหน้าผู้บริหารด้านการเงิน เป็นต้น

(7) การว่าจ้าง หรือแต่งตั้งคนต่างชาติที่มีความสัมพันธ์กับผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว ผู้แทนหรือตัวแทน (Connected Transaction) ในตำแหน่งสำคัญที่มีผลกับการกำหนดนโยบายและการดำเนินงานของนิติบุคคล เช่น ประธานกรรมการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ ผู้อำนวยการ หัวหน้าผู้บริหารด้านจัดซื้อ หรือหัวหน้าผู้บริหารด้านการเงิน เป็นต้น

(8) การกระทำใดๆ ที่มีลักษณะเป็นตัวแทนเชิดของผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว

2) การกระทำหรือพฤติกรรมที่สื่อหรือมีแนวโน้มว่าเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว

(1) มีนิติสัมพันธ์กับแหล่งที่มาของเงินลงทุนและเงินกู้จากผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ เช่น การค้ำประกันเงินกู้ การให้กู้เงินในอัตราดอกเบี้ยต่ำกว่าราคาตลาดการประกันความเสี่ยงทางธุรกิจหรือการให้สินเชื่อ

(2) การทำสัญญาเกี่ยวกับทรัพย์สินทางปัญญา สัญญาแฟรนไชส์ (Franchise) หรือสัญญาที่ให้สิทธิแต่เพียงผู้เดียวกับนิติบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือที่เป็นผู้ถือหุ้นอันจะมีผลเป็นการถ่ายโอนค่าใช้จ่ายและผลประโยชน์ตอบแทนแก่บุคคลดังกล่าว

(3) การทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างหรือสัญญาจ้างบริหารกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ หรือลูกจ้าง หรือพนักงานของผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ เช่น สัญญา Outsourcing ข้ามชาติ

(4) การปฏิบัติเป็นพิเศษและแตกต่างระหว่างผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือกับผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทย เช่น การแบ่งแยกสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการ

(5) การจัดสรรและแบ่งต้นทุนในประกอบกิจการร่วมกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ อันมีลักษณะแสดงให้เห็นว่ามีความสัมพันธ์ หรือเป็นการจัดการแทนผู้รับใบอนุญาต

(6) การทำธุรกรรมในลักษณะโอนราคาหรือสมยอมด้านราคากับผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ

(7) พฤติกรรมอื่นใดที่ลักษณะสำคัญหรือส่งผลเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือ เป็นพิเศษหรือแตกต่างอย่างมีนัยสำคัญ

(8) การแต่งตั้งบุคคลที่มีความเชื่อมโยงกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือนิติบุคคลในเครือดำรงตำแหน่งในบริษัทของตน

(9) รับผลประโยชน์ หรือค่าตอบแทนจากผู้ถือหุ้นที่เป็นต่างด้าว

(10) การให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวหรือตัวแทนเข้ามามีอำนาจควบคุมอย่างมีนัยสำคัญไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในนิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นของกิจการอยู่ก่อนแล้ว (Chain Principle) การกระทำหรือพฤติกรรมตามข้อ 3.2 (ก) ถึง (ญ) ต้องเอื้อหรือส่อว่ามีลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์หรือความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับผู้ถือหุ้นต่างชาติ หรือนิติบุคคลในเครือมากกว่าแนวปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับทั่วไปในทางธุรกิจ (Arm's Length Test)

ข้อ 4. ให้ผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามยื่นรายงานโดยมีรายละเอียดกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยบุคคลต่างด้าวแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ พร้อมทั้งรับรองโดยผู้มีอำนาจลงนามผูกพันนิติบุคคลว่ามีได้ดำเนินการอันขัดต่อข้อห้าม และเงื่อนไขตามที่ตนกำหนดทุกข้อแล้วภายใน หนึ่งเดือนหลังเสร็จสิ้นการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

ในกรณีที่มีพฤติการณ์อันอาจก่อให้เกิดความเสี่ยงว่าจะมีการละเมิดหรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามที่กำหนดให้ผู้รับอนุญาตตามวรรคหนึ่งแจ้งให้ กทช. ทราบโดยทันทีพร้อมทั้งมาตรการดำเนินการแก้ไข

ข้อ 5. ในกรณีที่ กทช. เห็นว่าผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขอรับใบอนุญาตมีแนวโน้มที่อาจเป็นผู้ฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามการกระทำที่ตนเองกำหนด กทช.อาจมีคำสั่งแจ้งแก่ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขอรับใบอนุญาต ดังนี้

1) หากมีการดำเนินการฝ่าฝืนหรือขัดกับข้อห้ามตามข้อ 3.1 หรือมีการดำเนินการ ฝ่าฝืนหรือขัดกับข้อห้ามตามข้อ 3.2 หลายข้อกับคนต่างด้าวเดียวหรือนิติบุคคลในเครือเดียวกัน หรือมีพฤติกรรมเช่นนั้นบ่อยครั้ง ให้ถือว่าเป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามองเป็นพิเศษ (Priority Watch list)

2) หากมีการดำเนินการฝ่าฝืนหรือขัดกับข้อห้ามตามข้อ 3.2 ให้ถือว่าเป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามอง (Watch list) ให้ กทช. ประกาศคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้สาธารณชนทราบเป็นการทั่วไป

ข้อ 6. ให้นิติบุคคลที่ได้รับการจัดให้อยู่ในกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามอง (Watch list) มีหน้าที่ต้องจัดส่งรายงานผลการดำเนินการรวมทั้งมาตรการแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมที่เข้าข่าย เป็นการฝ่าฝืน หรือละเมิดข้อห้ามกระทำในทุกสามเดือนนับตั้งแต่วันที่ได้รับคำสั่งแจ้ง

รวมทั้งมีหน้าที่ต้องจัดส่งข้อมูลใดๆ แก่ กทช.อันเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาการฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามการกระทำ

ข้อ 7. ให้นิติบุคคลที่ได้รับการจัดให้อยู่ในกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามองพิเศษ (Priority Watch list) มีหน้าที่ต้องจัดส่งรายงานผลการดำเนินการรวมทั้งมาตรการแก้ไขเยียวยาพฤติกรรมที่เข้าข่ายเป็นการฝ่าฝืน หรือละเมิดข้อห้ามการกระทำในทุกเดือน รวมทั้งมีหน้าที่ต้องจัดส่งข้อมูลใดๆ แก่ กทช. อันเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาการฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามการกระทำ

ข้อ 8. ผู้รับใบอนุญาตที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามอง (Watch list) หรือกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามองพิเศษ (Priority Watch list) แล้วแต่กรณี ที่ไม่ปฏิบัติตามความในข้อ 6 หรือข้อ 7 หรือเป็นกรณีที่ กทช.พิจารณาว่าร้ายแรงอย่างมีนัยสำคัญอาจถือเป็นเหตุให้ กทช.เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วยเหตุที่ขาดคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด

ข้อ 9. ในกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาตใดที่ถูกจัดให้อยู่ในกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามอง (Watch list) หรือกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามองพิเศษ (Priority Watch list) แล้วแต่กรณีได้แสดงให้เห็นที่พอใจแก่ กทช.ว่าได้ดำเนินการตามมาตรการเยียวยาแก้ไขเรียบร้อยแล้วหรือในกระบวนการตรวจสอบของสำนักงานได้แสดงให้เห็นว่าไม่มีการฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามการกระทำอีก กทช.อาจมีคำสั่งเพิกถอนผู้ขอรับใบอนุญาตหรือผู้รับใบอนุญาตออกจากการเป็นกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามอง (Watch list) หรือกลุ่มที่ต้องได้รับการจับตามองพิเศษ (Priority Watch list) แล้วแต่กรณีได้

ข้อ 10. ในกรณีมีข้อสงสัยว่าจะมีการฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามตามข้อ 3 โดยผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามรายหนึ่งรายใด กทช.อาจสั่งให้สำนักงานดำเนินการไต่สวนหรือตรวจสอบ โดยผู้รับใบอนุญาตที่ต้องสงสัยจะต้องให้ความร่วมมือและให้ข้อมูลเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการไต่สวนหรือตรวจสอบ

หาก กทช.พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้รับใบอนุญาตฝ่าฝืนหรือละเมิดข้อห้ามอาจมีคำสั่งตามข้อ 5 และอาจให้มีมาตรการเยียวยาตามระยะเวลาที่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติกำหนด

ข้อ 11. เอกสาร รายงาน หรือข้อมูลใดที่ผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามได้ยื่นแก่ กทช. หรือสำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ตามประกาศฉบับนี้ ให้ได้รับการคุ้มครองตามระเบียบคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ ว่าด้วยมาตรการเปิดเผยข้อมูลสารสนเทศ พ.ศ.2548

ข้อ 12. ให้ผู้รับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้รับใบอนุญาตแบบที่สามอยู่ก่อนวันที่ประกาศนี้มีผลใช้บังคับ ต้องจัดทำข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ กทช. กำหนดไว้ในประกาศนี้เสนอต่อ กทช. เพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายใน 14 วัน นับแต่วันประกาศนี้มีผลใช้บังคับ

ข้อ 13. ให้ บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) มีหน้าที่ตรวจสอบหรือดำเนินการให้ผู้ได้รับอนุญาต สัมปทาน หรือสัญญาภายใต้สัญญา ร่วมการทำงานดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ในประกาศฉบับนี้และแจ้งให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติทราบภายในสามสิบวันนับแต่วันประกาศนี้มีผลใช้บังคับ

ข้อ 14. ประกาศนี้มีผลใช้บังคับนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

4.2 กฎหมายเกี่ยวกับอนิโมเนียในประเทศไทย

โดยทั่วไป การใช้กฎหมายบังคับให้นอนนิเปิดเผยผู้ถือหุ้นที่แท้จริง ทำได้สามแบบคือ¹⁸

1. การเปิดเผยทางตรง (Direct Disclosure) บังคับให้ผู้ถือหุ้นทุกรายต้องเปิดเผยผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงจากการถือหลักทรัพย์ของตน

¹⁸ สฤณี อาชวานันทกุล, “การใช้ตัวแทนถือหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย,” เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการเรื่องสู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น, หน้า 15., โรงแรมอิมพีเรียลคีนิงส์ปาร์ค กรุงเทพมหานคร, 25 สิงหาคม 2549.

2. การเปิดเผยทางอ้อม (Indirect Disclosure) บังคับให้บริษัทจดทะเบียน หรือสถาบันการเงินที่เป็นตัวกลาง (Intermediaries) ในการทำธุรกรรมในตลาดหลักทรัพย์ เช่น ผู้จัดการกองทุนส่วนบุคคล คัสโตเดียน หรือโบรกเกอร์ เปิดเผยผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง

3. การเปิดเผยเป็นกรณีพิเศษ เจ้าหน้าที่รัฐ เช่น ก.ล.ต. ดำรวจ หรือ ป.ป.ง. อาจสั่งให้ผู้ถือหลักทรัพย์หรือสถาบันการเงินเปิดเผยข้อมูล ระหว่างการสืบสวนสอบสวน การเปิดเผยแต่ละแบบอาจเป็นการเปิดเผยต่อสาธารณะ (Public Information) หรือต่อองค์กรรัฐที่เกี่ยวข้อง เท่านั้น เช่น ก.ล.ต. ตลท. หรือ ป.ป.ง.

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเกี่ยวกับอนิโมนีโดยตรง นักลงทุนทุกประเภทไม่มีภาระหน้าที่จะต้องเปิดเผยผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (หรือยืนยันว่าตนเองเป็นผู้รับผลประโยชน์จากหลักทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว) นอกจากนี้ กฎหมายยังไม่กำหนดให้บริษัทอนิโมนี หรือคัสโตเดียน ต่างๆ ต้องรายงานการถือครองหลักทรัพย์แยกตามชื่อลูกค้าที่แท้จริง

ปัจจุบันประเทศไทยมีเพียงกฎการเปิดเผยทางอ้อมที่บังคับใช้เฉพาะในบางกรณีเท่านั้น แบ่งได้ตามประเภทของสถาบันตัวกลาง (ระหว่างผู้ถือหุ้นกับ ตลท. และ ก.ล.ต.) ดังต่อไปนี้¹⁹

1. บริษัทจดทะเบียน

ในการจัดทำรายงานประจำปีและเอกสารประกอบการขออนุญาตเสนอขายหลักทรัพย์ (Filing) ก.ล.ต.กำหนดให้บริษัทจดทะเบียนต้องเปิดเผยอนิโมนีของผู้ถือหุ้นรายใหญ่ต่อสาธารณะ โดย “...บุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง เช่น รายชื่อผู้ถือหุ้นที่แสดงไว้เป็น Holding Company หรือ Nominee Account ให้ระบุชื่อบุคคลหรือกลุ่มบุคคลหลักที่เป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง รวมทั้งธุรกิจหลักของบุคคลดังกล่าวด้วย เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควรที่ทำให้ไม่อาจทราบผู้ถือหุ้นที่แท้จริงได้” แต่เฉพาะสำหรับผู้ถือหุ้นสูงสุด 10 รายแรกของบริษัท และกลุ่มผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีอิทธิพลต่อการบริหารจัดการของบริษัทเท่านั้นหากผู้ถือหุ้นรายใหญ่เหล่านี้ไม่เปิดเผยรายชื่อนิโมนีของตนต่อบริษัทจดทะเบียน บริษัทก็ไม่สามารถทำอะไรได้และไม่มีความผิดตามกฎหมายถ้าทางกระทรวงพาณิชย์ในภายหลังและพบว่าสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้น 10 รายแรกยังไม่เปิดเผยชื่อผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพราะหากบริษัทรู้ล่วงหน้าว่าผู้ถือหุ้นรายใดใช้นิโมนีก็สามารถอ้างว่าอนิโมนีไม่เคยแจ้งว่าตน

¹⁹ เรื่องเดียวกัน.

เป็นนอมินีต่อบริษัท ถือเป็น “เหตุอันสมควร” ที่ทำให้ไม่อาจทราบผู้ถือหุ้นที่แท้จริงของนอมินีรายนั้นได้

2. ไบรเกอร์

ไบรเกอร์มีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องยืนยัน “ความมีตัวตน” ของลูกค้านำมาเปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์กับตน ไม่ว่าลูกค้ารายนั้นจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ทั้งในและต่างประเทศ โดยกฎ ก.ล.ด. ระบุว่า “ในการพิจารณาคำขอเปิดบัญชีและการทำสัญญากับลูกค้าที่แต่งตั้งให้บริษัทหลักทรัพย์เป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ บริษัทหลักทรัพย์ ต้องมีกระบวนการที่เพียงพอที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าลูกค้าเป็นบุคคลเดียวกับที่ปรากฏตามเอกสารหลักฐานที่ใช้ประกอบการขอเปิดบัญชี ในการนี้บริษัทหลักทรัพย์ต้องมีการพิจารณาความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้าก่อนการเปิดบัญชี และสำหรับกรณีลูกค้ารายย่อย บริษัทหลักทรัพย์ต้องจัดให้มีข้อมูลหรือเอกสารหลักฐานของลูกค้าอย่างเพียงพอที่จะทราบถึงวัตถุประสงค์ในการลงทุน ระดับความรู้ ความเข้าใจและประสบการณ์เกี่ยวกับการลงทุนในหลักทรัพย์ ฐานะการเงิน และความสามารถในการชำระหนี้ของลูกค้ารายย่อยนั้น เพื่อใช้ประกอบการพิจารณาคำขอเปิดบัญชีด้วย” อย่างไรก็ตาม กฎเกณฑ์ดังกล่าวสามารถพิสูจน์ได้เพียง “ความมีตัวตน” ของลูกค้าเท่านั้น แต่ไม่กำหนดให้ไบรเกอร์ยืนยันว่า ลูกค้ารายนั้นเป็นนอมินีของใครหรือไม่ และไม่กำหนดให้ไบรเกอร์ยืนยันที่มาของเงินที่ลูกค้านำมาเปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ แต่เนื่องจากประเทศไทยได้ร่วมลงนามในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเกี่ยวกับการฟอกเงิน ทำให้คาดว่า ก.ล.ด. จะมีการออกกฎเกณฑ์ด้านการยืนยันแหล่งที่มาของเงินลงทุนในอนาคตอันใกล้ในการส่งคำสั่งซื้อขายหลักทรัพย์ กฎ ก.ล.ด. ระบุว่า “บริษัทหลักทรัพย์ต้องมีระบบตรวจสอบที่เชื่อถือได้ว่าบุคคลที่ส่งคำสั่งให้บริษัทหลักทรัพย์ดำเนินการกับทรัพย์สินในบัญชีของลูกค้าเป็นเจ้าของบัญชีที่แท้จริงหรือเป็นบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากเจ้าของบัญชีที่แท้จริง เช่น มีระบบตรวจสอบลายมือชื่อก่อนที่จะดำเนินการกับทรัพย์สินในบัญชีของลูกค้าตามคำสั่งที่ได้รับ”

กฎข้อนี้มีข้อจำกัดเช่นเดียวกับกฎที่เกี่ยวกับการเปิดบัญชีก่อนหน้าคือกำหนดให้ไบรเกอร์ยืนยันว่าบุคคลที่ส่งคำสั่งซื้อขายเป็นบุคคลเดียวกันกับที่เปิดบัญชี แต่ไม่กำหนดให้ยืนยันว่าบุคคลที่ส่งคำสั่ง (ซึ่งเป็นเจ้าของบัญชี) เป็นนอมินีของใครหรือไม่ เนื่องจากนอมินีที่ใช้เพื่อทุจริตในปัจจุบัน โดยเฉพาะการปั่นหุ้นโดยมากมีฐานะทางการเงินที่สอดคล้องกับวงเงินลงทุนที่ต้องการ และระดับการซื้อขายหลักทรัพย์ทำให้ไบรเกอร์โดยทั่วไปไม่สามารถตรวจสอบได้ว่าลูกค้าของตนเป็นนอมินี ยกเว้นในกรณีที่ลูกค้ารายนั้นยอมเปิดเผยสถานะของตนให้ไบรเกอร์ฟัง ซึ่งในกรณีนั้นก็เท่ากับว่าไบรเกอร์ทำผิดกฎหมาย (เพราะหมายความว่า “ลูกค้าที่แท้จริง” ไม่ใช่บุคคลเดียวกันกับ

ที่ปรากฏในเอกสารขอเปิดบัญชี) แต่มีแนวโน้มสูงที่โบรกเกอร์จะไม่รายงานต่อ ก.ล.ต. เพราะกลัวเสียลูกค้าและหาก ก.ล.ต. เรียกโบรกเกอร์รายนั้นมาสอบปากคำเนื่องจากสงสัยว่าลูกค้ารายนั้นอาจเป็น นอมินีโบรกเกอร์ก็สามารถอ้างได้ว่าไม่ทราบมาก่อน

3. คัสโตเดียน

ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีกฎข้อบังคับเกี่ยวกับชื่อของคัสโตเดียนที่ปรากฏในทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้น (เช่นอนุญาตให้ใช้ลูกค้าที่รายค่อหนึ่งบัญชีที่แจ้ง เกณฑ์การตั้งชื่อบัญชี ฯลฯ) ยกเว้นคัสโตเดียนของกองทุนส่วนบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยธนาคารพาณิชย์ไทยที่ให้บริการคัสโตเดียน ต้องทำตามกฎของธนาคารแห่งประเทศไทย ที่กำหนดให้ตรวจสอบความมีตัวตนที่แท้จริงของลูกค้าที่มาขอใช้บริการ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจาก “ลูกค้าที่มาขอใช้บริการ” โดยมากมักไม่ใช่พนักงาน หากเป็นสถาบันการเงินตัวกลางอื่นๆ ที่ให้บริการนักลงทุน เช่น กองทุนส่วนบุคคล หรือโบรกเกอร์การตรวจสอบของธนาคารจึงไม่สามารถสืบสาวไปถึงระดับนักลงทุนได้ บริษัทจดทะเบียนในต่างประเทศที่จะมาขอใช้บริการคัสโตเดียนของธนาคารพาณิชย์จะต้องผ่านความเห็นชอบของสถานทูตไทยก่อน และถ้าธุรกรรมที่มีมูลค่าเกินกว่า 8 แสนบาท ธนาคารพาณิชย์ต้องรายงานให้ธนาคารแห่งประเทศไทย ทราบ กฎควบคุมที่ค่อนข้างเข้มงวดข้อนี้ทำให้นักลงทุนที่มีเจตนาทุจริตไม่ใช้บริการคัสโตเดียนของธนาคารพาณิชย์ที่อยู่ใต้การกำกับดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทยปัจจุบันสถาบันการเงิน ไม่ว่าจะเป็นธนาคารพาณิชย์ บริษัทหลักทรัพย์ หรือบริษัทคัสโตเดียนที่จดทะเบียนต่างประเทศ ไม่มีหน้าที่ใดๆ ตามกฎหมายที่จะต้องยืนยันหรือรายงานผู้ถือหุ้นที่แท้จริง (ในกรณีที่ใช้ นอมินีหลายชั้น) ต่อ ก.ล.ต. หรือธนาคารแห่งประเทศไทย

4. กองทุนส่วนบุคคล

กฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบลูกค้าที่มาขอใช้บริการกองทุนส่วนบุคคล มีลักษณะคล้ายคลึงกับกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการขอเปิดบัญชีซื้อขายหลักทรัพย์ของโบรกเกอร์บัญชีลูกค้าทั้งกองทุนส่วนบุคคลและกองทุนสำรองเลี้ยงชีพต้องเป็นเงินทุนของบุคคลธรรมดา คณะบุคคลหรือนิติบุคคลแต่ละรายเท่านั้น กฎหมายไม่อนุญาตให้กองทุนเหล่านี้ “ยุบรวม” กองทุนของลูกค้าหลายรายเป็นบัญชีเดียวกันที่ใช้ถือหลักทรัพย์ ชื่อของกองทุนส่วนบุคคลตามกฎหมายจะต้องใช้ “นาย/นาง/นางสาวXXX โดย บลจ. YYY” ในภาษาไทย และ “YYY Asset Management for Mister/Mrs./Miss XXX” ในภาษาอังกฤษเท่านั้น แต่กองทุนต่างชาติไม่ต้องทำตามกฎข้อบังคับดังกล่าว

นอกจากนี้ยังมีการประเมินถึงการใช้นอมินีในตลาดหุ้น โดยการวิเคราะห์สัดส่วนการใช้นอมินีแยกตามหมวดอุตสาหกรรมในนิยามของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย โดยผลการ

ประเมินสรุปได้ว่า นักลงทุนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย มี การใช้นอมนีประมาณร้อยละ 21.4 ของมูลค่าตลาดทั้งหมดโดยธนาคารพาณิชย์เป็นนอมนีประเภทที่นักลงทุนนิยมใช้มากที่สุด คือ ร้อยละ 13.01 รองลงมาเป็นบริษัทนอมนี/คัสโตเดียนต่างดาว ร้อยละ 4.65 และบริษัทหลักทรัพย์ ร้อยละ 1.83 ดังรายละเอียดต่อไปนี้

สัดส่วนการถือครองหุ้นของบริษัทที่เป็นนอมนี และนำเสนอว่าเป็นนอมนี	
	รวม
จำนวนบริษัทจดทะเบียน	460
สัดส่วนผู้ถือหุ้นรายย่อยเฉลี่ย (% avg free float)	39.98
สัดส่วนผู้ถือหุ้นเกิน 0.5% (ร้อยละ)	79.42
สัดส่วน NVDR (ร้อยละ)	3.17
สัดส่วนถือหุ้นของต่างชาติ (ร้อยละ)	28.87
สัดส่วนผู้ถือหุ้นที่อาจเป็นนอมนี (รวม NVDR)	
ธนาคารพาณิชย์	13.01
บริษัทนอมนี / คัสโตเดียน	4.65
บริษัทหลักทรัพย์	1.83
TSD	0.21
Thai NVDR	0.63
บริษัทจดทะเบียนในเขตปลอดภาษี	1.09
รวม	21.42

เมื่อแยกตามหมวดหลักทรัพย์ตามเกณฑ์ของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย จะพบว่าหมวดเทคโนโลยีซึ่งรวมเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารและชิ้นส่วนอิเล็กทรอนิกส์ มีการใช้นอมนีถือหุ้นแทนสูงสุด คือร้อยละ 36.19 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดในหมวด รองลงมาคือ หมวดธุรกิจการเงินร้อยละ 30.27 และหมวดก่อสร้างและอสังหาริมทรัพย์ร้อยละ 24.36 ตามลำดับ หมวดหลักทรัพย์ที่มีการใช้นอมนีต่ำสุด คือหมวดอุปโภคบริโภค ร้อยละ 10.68 หมวดบริษัทที่อยู่ระหว่างฟื้นฟูกิจการร้อยละ 13.00 และหมวดอุตสาหกรรมร้อยละ 13.48 ที่น่าสนใจคือหุ้นในหมวด เทคโนโลยี มีการใช้บริษัทนอมนีหรือคัสโตเดียนถือหุ้นแทนสูงกว่าหมวดอื่นๆ มาก โดยมีสัดส่วนถึงร้อยละ 22.29 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมดในหมวด ซึ่งเป็นสัดส่วนที่สูงกว่าการถือหุ้นโดยนอมนี

ประเภทธนาคารพาณิชย์ด้วย เทียบกับสัดส่วนของการใช้นอมนิประเภทนี้ในหมวดอื่นๆ ซึ่งอยู่ระหว่างร้อยละ 0.8 ถึงร้อยละ 4.2 เท่านั้น

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่ากิจการโทรคมนาคมต้องประสบภาวะเข้ามาลงทุนทั้งทางตรงและทางอ้อม ฉะนั้น การกำหนดสัดส่วนการลงทุนและการวางมาตรการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวโดยการถือหุ้นแทนโดยใช้นอมนิ

4.3 ควรกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติกิจการโทรคมนาคมหรือไม่

ผู้เขียนมุ่งศึกษาถึงปัญหาความไม่รัดกุมของคำนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตลอดจนเหตุผลที่ควรกำหนดนิยามคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม

4.3.1 ปัญหาการอาศัยช่องว่างการตีความตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายที่ตราออกมาใช้แทนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งมาตรา 3 ให้ยกเลิก ประกาศประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยซึ่งต้องคำนึงถึงผลดีผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรม และจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงาน และรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภคขนาดของกิจการ การจ้างแรงงานการถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัย และการพัฒนา และในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันดับแรกต้องพิจารณาว่าเป็นนิติบุคคลไทยหรือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนั้น ต้องพิจารณาจากคำนิยาม ซึ่งการตีความนิยามจึงมีความสำคัญเป็นอย่างมากในการที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ระบุคำนิยามของคนต่างด้าวไว้ ดังนี้

แล้วมีผลให้เป็น นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและไม่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามคำนิยาม เพราะมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่ง เช่น การตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอดโดยคนต่างด้าว จดทะเบียนตั้งบริษัทขึ้นในไทยถือหุ้น 100% (บริษัท 1) แล้วให้บริษัท 1 ถือหุ้น 100% ในบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในไทยอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 2) แล้วให้บริษัท 2 ถือหุ้น 100% ในอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 3) กรณีนี้ บริษัท 3 จะไม่เป็นคนต่างด้าวตามคำจำกัดความของกฎหมาย เพราะไม่เป็นนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ตามมาตรา 4 ของกฎหมาย ทำให้บริษัท 3 ที่ถูกถือหุ้น 100% โดยคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจควบคุมได้โดยเสรี แต่หากพิจารณาในเรื่องของการบริหารนิติบุคคล และอำนาจในการควบคุมการประกอบธุรกิจแล้วจะเห็นว่าเป็นอำนาจของคนต่างด้าว โดยการใช้อำนาจผ่านบริษัทโฮลดิ้ง หรือนอมินี จึงเห็นควรกำหนดเงื่อนไขในกรณีการถือหุ้นแทนเพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมาย และเพื่อให้บังคับกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพ

4.3.3 การหลีกเลี่ยงโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิ

จากการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้กำหนดการเป็นคนต่างด้าวจากจำนวนการถือหุ้น กล่าวคือถ้าถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นอันเป็นทุนไม่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งการพิจารณาเฉพาะสัดส่วนการถือหุ้นนั้นทำให้สามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยการออก "หุ้นบุริมสิทธิ" ซึ่งเป็นหุ้นที่มีสิทธิพิเศษบางอย่างเหนือกว่าหุ้นสามัญ อาทิ ผู้ที่ถือ "หุ้นบุริมสิทธิ" จะได้รับเงินปันผลก่อน หรือได้มากกว่าหุ้นสามัญหรือจะได้รับแบ่งทรัพย์สินคืนก่อนคนอื่น หากเลิกบริษัท เป็นต้น แต่ไม่มีสิทธิในการออกเสียงในการบริหาร เช่น การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุม ด้วยการกำหนดคะแนนเสียง โดยผ่านช่องทางการกำหนดสิทธิในการลงคะแนนหรือสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างกับสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญทำให้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องถือหุ้นข้างมากในบริษัทก็สามารถควบคุมและบริหารงานบริษัทนั้นๆ ได้เช่น คนต่างด้าวถือหุ้นสามัญ 49% กำหนด 1 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง คนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิ 51% แต่กำหนด 10 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง ทำให้บริษัทนี้มีสถานะเป็นบริษัทไทยและประกอบธุรกิจต่างๆ ได้โดยเสรีแต่บริษัทนี้ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าวเพราะคนต่างด้าวมีอำนาจในการกำหนดทิศทางและการบริหารงานของบริษัทได้มากกว่าคนไทยทั้งที่มีจำนวนหุ้นน้อยกว่า

ในประเทศต่างๆ "หุ้นบุริมสิทธิ" จะไม่รวมถึงสิทธิในการออกเสียง แต่ในประเทศไทยไม่มีข้อกำหนดเรื่องนี้ชัดเจน จึงเป็นช่องทางให้สำนักงานกฎหมายต่างๆ โดยเฉพาะสำนักงานกฎหมายของต่างประเทศ ใช้ "หุ้นบุริมสิทธิ" เพื่อที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย ดังนั้นหากไม่แก้กฎหมาย

ใหม่ ที่เพิ่มคำนิยามธุรกิจต่างด้าวให้รวมถึงการลงคะแนนด้วยแล้ว กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก็ไม่สามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งทำให้คนต่างด้าว (บริษัทต่างชาติ) สามารถประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ดังนั้นควรที่จะมีการจำกัดเงื่อนไขการใช้ "หุ้นบุริมสิทธิ" ให้ชัดเจน ไม่เพียงแต่กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น แต่รวมถึงกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลธุรกิจต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจประกันภัยและธุรกิจโทรคมนาคมด้วย

4.3.4 การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจโดยควบคุมผ่านกรรมการของบริษัท

คนต่างด้าวสามารถควบคุมหรือบริหารกิจการที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ผ่านทางกรรมการของบริษัทเพราะกฎหมายไม่กำหนดว่าบริษัทที่มีกรรมการผู้จัดการหรือกรรมการส่วนใหญ่เป็นคนต่างด้าวจะเป็นบริษัทต่างด้าวไปด้วย ทำให้คนต่างด้าวในช่องว่างตรงนี้ควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ ซึ่งถือว่าเป็นการหลีกเลี่ยงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการที่ต้องห้าม

4.3.5 ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับที่ ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในวันที่ 9 มกราคม 2550

จากการที่กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอให้มีการปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้บทบัญญัติบางประการและบัญชีประเภทธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ การค้า และการลงทุนในปัจจุบัน ตลอดจนให้คำนิยามของคนต่างด้าวมีความชัดเจนมากขึ้นเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้นนั้น ในวันที่ 9 มกราคม 2550 ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอ โดยได้มอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาไปพิจารณาในแง่กฎหมายให้มีความรัดกุมมากขึ้นในลำดับต่อไปนั้น กล่าวโดยสรุปมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้ผ่านร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เมื่อวันที่ 9 มกราคม 2550 โดยการยกร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์เพื่ออุดช่องโหว่ใน 3 ประเด็น คือ

1. นิยาม "คนต่างด้าว" เพื่อให้มีความชัดเจน จึงได้เพิ่มเติมข้อความ "นิติบุคคล" ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ต้องมีอำนาจตามกฎหมาย หรือข้อบังคับ หรือตามข้อตกลง ในการออกเสียงลงคะแนน (Voting right) ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวน คะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด ของนิติบุคคลนั้น นั่นคือหากการถือหุ้นเกิน 49% และอำนาจ การออกเสียงเกิน 50% ถือว่าเป็นคนต่างด้าว

2. การแก้ไขบทลงโทษตามมาตรา 35 (คนต่างด้าวช่วยเหลือคนต่างด้าวเพื่อ หลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืน พระราชบัญญัติต่างด้าว) มาตรา 36 (คนไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นแทนคน ต่างด้าวหรือที่เรียกว่า "นอมินี") มาตรา 37 (คนต่างด้าวขาดคุณสมบัติ หรือประกอบธุรกิจต้องห้าม ตามมาตรา 6-8) และมาตรา 41 (กรรมการหรือหุ้นส่วนในบริษัทรู้เห็นการเป็นนอมินี) ซึ่งเดิม กำหนดโทษปรับ 1 แสนถึง 1 ล้านบาท และได้เพิ่มโทษปรับอีก 5 เท่า เป็นปรับ 5 แสนถึง 5 ล้าน บาท แต่ยังคงโทษจำคุกเท่าเดิม 3 ปี และหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละ 5 หมื่นถึง 2.5 แสนบาทตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่

3. แก้ไขปรับปรุงบัญชีแนบท้าย 3 ใน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว หรือบัญชีธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมให้ต่างชาติ เข้ามาแข่งขัน ในส่วนธุรกิจการค้าภายในที่เกี่ยวข้อง กับสินค้าเกษตร เพิ่มเติม" ข เว้นการซื้อขายล่วงหน้า ตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตร ล่วงหน้าเฉพาะกรณีที่ไม่มีการส่งมอบสินค้า" ในส่วนธุรกิจค้าปลีก ให้ตัดข้อความ "ที่มีทุนขั้นต่ำ รวมทั้งสิ้น 100 ล้านบาท หรือมีทุนขั้นต่ำแต่ละร้านค่าน้อยกว่า 20 ล้านบาท" นั่นคือต่อไปการเปิดค้า ปลีก ต้องมาขออนุญาตไม่ว่าทุนจดทะเบียนจะเป็นเท่าไร และให้แยกธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจอนุพันธ์ ธุรกิจที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยตลาดหลักทรัพย์ ธุรกิจการเงิน ธุรกิจ เครดิตฟองซิเอร์ออกเพราะมีกฎหมายเฉพาะบังคับใช้อยู่แล้ว

จากการแก้ไขพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ในประเด็น ดังกล่าวนั้นมีข้อสังเกตดังนี้

1. การกำหนดยกเลิกคำนิยามของ "คนต่างด้าว" กำหนดให้รวมถึงคนต่างด้าวที่มี อำนาจออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งให้นับว่า "คนต่างด้าว" โดยไม่ดูจำนวนการถือหุ้น เห็นด้วยกับ หลักเกณฑ์การแก้ไขกฎหมายให้ชัดเจนเพื่อไม่ให้ใช้ช่องว่าง แต่สำหรับธุรกิจที่ต้องคุ้มครอง โดยเฉพาะเท่านั้น ไม่ใช่ธุรกิจทั้งหมด 43 ประเภท โปรดสังเกตว่าในชั้นกรรมาธิการ วุฒิสภา

พ.ศ.2542 ตอนกำหนดค่านิยามได้มีความพยายามจะเพิ่มเรื่องการออกเสียงเลือกกรรมการ แต่รัฐบาลในขณะนั้นได้ขึ้นชั้นตามค่านิยามปัจจุบัน ดังนั้น เห็นว่าควรมีการปรับปรุงรายการธุรกิจตามบัญชีทั้งหมดให้จำกัดเฉพาะธุรกิจที่ต้องการสงวน หรือเพื่อความมั่นคงหรือด้วยเหตุผลพิเศษให้กับคนไทยจริงๆ เท่านั้น จึงเห็นว่าการพิจารณาธุรกิจตามบัญชี (1), (2) และ (3) ควรจะได้มีการพิจารณาอย่างจริงจังว่า มีความจำเป็นต้องสงวนธุรกิจประเภทใด

2. กรณีหากบริษัทไทยนั้นต้องกลายเป็นบริษัทต่างด้าวตามค่านิยามใหม่และบริษัทดังกล่าวประกอบธุรกิจบัญชี (1) และ (2) นั้น ผู้ประกอบการก็จะต้องแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจภายใน 1 ปี โดยต้องแก้ไขหรือขายหุ้นออกไปภายใน 2 ปี โดยวิธีการแก้ไขนั้น อาจจะเป็นวิธีการแก้ไขโดยขายหุ้นของคนต่างด้าวนั้นคืนให้กับคนไทย โดยการลดจำนวนทุนโดยลดจำนวนหุ้นเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงให้เป็นหุ้นสามัญธรรมดาซึ่งจะเห็นว่าธุรกิจตามบัญชี (1) นั้น น่าจะเหมาะสมแล้ว เพราะเป็นเรื่องของการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่มีเหตุผลพิเศษ แต่คาดว่าธุรกิจคนต่างด้าวที่จะประสบปัญหาอาจเป็นบัญชี (2) เช่น ธุรกิจปูนซีเมนต์ เพราะเกี่ยวข้องการทำเหมือง

3. กรณีบริษัทไทยแล้วที่กลายเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายใหม่หากประกอบธุรกิจบัญชี (3) ก็ต้องแจ้งอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจภายใน 1 ปี และสามารถทำธุรกิจต่อไปได้จนเลิกประกอบธุรกิจ ซึ่งถือว่าเป็นประโยชน์กับผู้ประกอบการเดิม

4. การแก้ไขประเภทบัญชี (3) มีการกำหนดเรื่องห้ามการค้าปลีกค้าส่ง โดยยกเลิกเงื่อนไขทุนที่ได้รับการยกเว้น ประกอบธุรกิจออกไป ในเรื่องการค้าปลีกค้าส่ง ในขณะเดียวกันก็ได้ยกเลิกธุรกิจที่ไม่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้คือการนำเที่ยวและธุรกิจที่มีกฎหมายพิเศษกำหนดไว้ เช่น ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าและอนุพันธ์ ธุรกิจเงินทุนเครดิตฟองซิเอร์ และธุรกิจบริการอื่นๆ ซึ่งจะมีกฎกระทรวงกำหนดซึ่งเป็นไปตามกฎหมายเดิม ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่า บัญชี (3) นั้นควรจะต้องจำกัดเฉพาะธุรกิจที่จำเป็นจริงๆ ที่สงวนไว้ให้กับคนไทยเพราะธุรกิจบัญชี (3) นั้นส่วนใหญ่ได้ถูกสงวนมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2515 เสียส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นช่วงที่มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ใช้นบังคับ เมื่อมีการแก้ไขกฎหมายในปี พ.ศ.2542 ก็ยังเก็บบัญชี (3) ซึ่งเทียบเคียงกับบัญชี (ค) ตามกฎหมายเดิม และเปิดเสรีมากขึ้น โดยธุรกิจตามบัญชี (3) ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจการบริการ กฎหมาย บัญชี สถาปัตย์ การก่อสร้าง การทำนายหน้า ตัวแทน การขายทอดตลาด การค้าภายใน ค้าปลีก ค้าส่ง โรงแรม การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม เพาะพันธุ์หรือบำรุงพืช ธุรกิจอื่นๆ หรือบริการอื่นๆ โดยเป็นธุรกิจครอบคลุมกิจการที่ต้องขออนุญาตทุกอย่าง ก็เท่ากับยอมรับว่า

ประกอบธุรกิจที่กลายเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายใหม่นั้นสามารถยื่นขอหนังสือรับรองตามกฎหมายที่ได้มีการกำหนดต่อไป แต่กับผู้ประกอบการที่เป็นคนต่างด้าวอยู่เดิมกับผู้ประกอบการรายใหม่ก็จะเกิดความแตกต่างกัน 2 กรณี คือ

1) ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบริษัทใหม่แต่เป็นบริษัทต่างด้าวตามกฎหมายใหม่จะได้สิทธิในการประกอบธุรกิจที่มีอยู่เดิม แต่หากจะประกอบธุรกิจบัญชี (3) เพิ่ม ก็จะขอใช้สิทธิตามมาตรา 8 ไม่ได้ แต่ต้องขออนุญาตใหม่

2) บริษัทที่เป็นบริษัทต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจเฉพาะตามบัญชี (3) บางเรื่องก็ไม่สามารถขยาย การประกอบธุรกิจตามมาตรา 8 ได้อีก เพราะกฎหมายอนุญาตเฉพาะธุรกิจที่ทำอยู่เดิม หากจะขยายธุรกิจก็ต้องมาขออนุญาตใหม่เช่นกัน เช่น บริษัทต่างด้าวหรือบริษัทไทยที่กลายเป็นบริษัทต่างด้าว และประกอบธุรกิจอยู่เดิม เช่น ธุรกิจค้าปลีกค้าส่งอยู่แล้ว จะมาขอประกอบธุรกิจอื่นในบัญชี (3) ก็ทำไม่ได้เพราะไม่เข้าค่านิยามที่กฎหมายกำหนด

ดังนั้น จึงเห็นว่าน่าจะต้องมาพิจารณาประเภทของธุรกิจบัญชี (3) จริงๆ ซึ่งธุรกิจบัญชี (3) น่าจะเหลือได้ไม่กี่รายการเท่านั้น เช่น เรื่องการค้าปลีกและค้าส่ง หรือธุรกิจการก่อสร้างที่ต้องขออนุญาต การที่ประเทศไทยจะต้องกำหนดให้ผู้เข้าประกอบธุรกิจต้องมาขออนุญาตและต้องเสียค่าใช้จ่ายเสียเวลาในการขออนุญาต นอกจากเป็นการกระทำที่เสียทั้งกำลังคนของภาครัฐในการที่จะต้องมาพิจารณาคำขออนุญาตแล้ว ก็ควรที่จะนำเจ้าหน้าที่ไปกำกับดูแลและบังคับใช้ให้กฎหมายให้ได้มีประสิทธิภาพมากกว่าและเมื่อพิจารณาในรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติที่มีการแก้ไขใหม่ ธุรกิจส่วนใหญ่ในตลาดหุ้นจะอยู่ในบัญชีที่ 3 (ธุรกิจการค้าและบริการ) ซึ่งยังคงสามารถประกอบธุรกิจได้ตามปกติ ตลอดจน ธุรกิจบัญชีที่ 1 และ 2 ยังคงมีระยะเวลาในการปรับตัวอีกพอสมควรนับจากนี้ไปจนกว่าที่ร่างพระราชบัญญัติจะผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา และผ่านสภาจนกระทั่งมีผลบังคับใช้ อย่างไรก็ตาม การแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อภาพรวมการลงทุนในมุมมองของผู้ลงทุนต่างชาติได้ในเชิงผลกระทบด้านลบต่อบรรยากาศการลงทุน และอาจกระทบต่อราคาหุ้นตัวอื่นๆ ที่มีสัดส่วนของต่างชาติถือครองอยู่

ส่วนผลกระทบต่อการลงทุนโดยตรงที่จะเกิดขึ้นจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย การดำเนินธุรกิจของคนต่างด้าวครั้งนี้ต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ หรือ FDI (Foreign Direct Investment) อาจแยกพิจารณาเป็น 3 ประเด็น คือ ผลกระทบต่อนักลงทุนที่มีการลงทุนในประเทศไทยอยู่แล้ว ผลกระทบต่อแนวโน้มการลงทุนโดยตรงในระยะข้างหน้าและผลต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศ

ผลกระทบต่อนักลงทุนรายเดิม การที่ร่างปรับปรุงพระราชบัญญัติได้กำหนดบทเฉพาะกาล ซึ่งกำหนดให้บริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจตามบัญชี 1 และบัญชี 2 ปรับลดสัดส่วนการถือหุ้นและสิทธิออกเสียงให้ถูกต้องภายใน 2 ปี ส่วนบริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจตามบัญชี 3 ให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ซึ่งทำให้ผลกระทบต่อธุรกิจต่างชาติที่มีการลงทุนในไทยอยู่แล้วโดยส่วนใหญ่คงมีจำกัด

ผลกระทบต่อนักลงทุนใหม่ แม้ว่าการแก้ไขกฎหมายจะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยอยู่แล้วในวงกว้าง แต่ผลที่จะมีต่อแนวโน้มการลงทุนใหม่ที่จะเกิดขึ้นในระยะข้างหน้าอาจมีมากกว่า เนื่องจากนักลงทุนจะมีข้อกังวลต่อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลง หรือความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นหากมีการเปลี่ยนแปลงกฎระเบียบที่เคยอนุญาต นอกจากนี้ สถานะทางการแข่งขันของผู้ประกอบการรายใหม่จะเสียเปรียบผู้ที่เข้ามาดำเนินธุรกิจก่อนหน้านี้ เนื่องจากนักลงทุนใหม่จะไม่สามารถดำเนินธุรกิจและมีอำนาจบริหารจัดการได้ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับที่นักลงทุนที่มีการลงทุนอยู่แล้ว ซึ่งได้รับผ่อนผันให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ ภาวะดังกล่าวอาจส่งผลให้ธุรกิจต่างชาติมีความสนใจเข้ามาลงทุนในไทยน้อยลง

ผลกระทบต่อความสามารถในการแข่งขันของประเทศ ประเด็นสำคัญที่ต้องคำนึงถึงประการหนึ่งคือ ผลกระทบในทางอ้อมต่อการลงทุนโดยตรงในภาคอุตสาหกรรม ซึ่งแม้ว่ากฎหมายจะเปิดให้มีการลงทุนของต่างชาติได้โดยไม่จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติ แต่ในแต่ละขั้นตอนของการดำเนินธุรกิจของภาคอุตสาหกรรมโดยเฉพาะธุรกิจส่งออกจะต้องพึ่งพาธุรกิจบริการที่สนับสนุนภาคอุตสาหกรรมหลากหลายประเภท เช่น ระบบโลจิสติกส์หรือบริษัทการค้าระหว่างประเทศ (International Trading Company) ประสิทธิภาพในการแข่งขันของภาคอุตสาหกรรมจึงต้องขึ้นอยู่กับระดับความชำนาญ เทคโนโลยี และประสิทธิภาพของธุรกิจบริการสนับสนุนเหล่านั้น อันจะเป็นส่วนสำคัญที่จะผลักดันให้ไทยก้าวขึ้นไปสู่การเป็นศูนย์กลางการผลิตในภูมิภาค การขาดเทคโนโลยีที่ก้าวหน้าและทันสมัยอาจเป็นอุปสรรคที่ทำให้ธุรกิจภาคบริการของไทยไม่มีการพัฒนาประสิทธิภาพอย่างเต็มที่ และอาจเป็นข้อจำกัดในการพัฒนา

ผลกระทบต่อกิจการโทรคมนาคม เชื่อว่าธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทยจะต้องพิจารณาปรับโครงสร้างผู้ถือหุ้นภายในเวลา 2 ปี เพื่อปฏิบัติตามกฎหมายใหม่ โดยเฉพาะยูนิคัสมูนิเคชั่น หรือ ยูคอม และชิน คอร์ปอเรชั่น หรือ ชินคอร์ป เพราะชัดเจนว่ายูคอมเป็นบริษัทต่างชาติ เนื่องจากข้อมูลของกระทรวงพาณิชย์ ผู้ถือหุ้นคนไทยถือรวมกัน 51% แต่มีสิทธิออกเสียง

เพียง 21% จากเรื่องนี้ทำให้ยูคอมกับโทเทค แอ็คเซียส คอมมูนิเคชั่น หรือ แทค กลายเป็นบริษัทต่างชาติ นอกจากนี้โครงสร้างผู้ถือหุ้นของยูคอม จะต้องปรับโครงสร้าง ซึ่งมีอยู่ 2 แนวทางเพื่อให้ ยูคอมและแทคยังคงเป็นบริษัทไทย โดยแนวทางแรกให้เพิ่มสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นคนไทยจาก 21% เป็น 51% ส่วนแนวทางที่สองให้มองหาผู้ถือหุ้นคนไทยที่จะซื้อหุ้นยูคอมซึ่งอาจซื้อในราคาสูงขึ้น

จากสมมติฐานที่ว่าเทเลนอร์สมักรใจจะลดสัดส่วนหุ้นในยูคอม จาก 88.5% เหลือ 49% ที่ราคาตลาด 31.5 บาทต่อหุ้น เทเลนอร์จะได้รับเงิน 152 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และขาดทุน 103 ล้านดอลลาร์สหรัฐ หลังจากที่เทเลนอร์เคยซื้อยูคอมที่ราคา 53 บาทต่อหุ้น แต่ยังไม่ชัดเจนว่าผู้ใดจะเป็นผู้ซื้อ และพันธมิตรใหม่ จะเปลี่ยนแปลงทิศทางของยูคอมกับแทคอย่างไร กรณีของชินคอร์ปมีความสลับซับซ้อนมากกว่า โดยเทมาเส็กต้องลดสัดส่วนการถือครองหุ้นในชินคอร์ปจาก 96.3% เหลือ 49% เพื่อให้ชินคอร์ปยังเป็นของคนไทย หากว่าเทมาเส็กขายหุ้นชินคอร์ปที่ราคาตลาด 23.50 บาทต่อหุ้นเทมาเส็กจะได้รับเงินสด 995 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และเสียหายเป็นการขาดทุน 1,090 ล้านดอลลาร์สหรัฐ (ประมาณ 4หมื่นล้านบาท) จึงไม่มีความชัดเจนว่า ธุรกิจสื่อสารอยู่ในบัญชีใด เพราะจากประเด็นพระราชบัญญัติธุรกิจต่างดาว ที่มีการแบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็น 3 บัญชีนั้น ในเบื้องต้นเข้าใจว่าธุรกิจสื่อสารโทรคมนาคมอยู่ในบัญชี 2 ซึ่งหมายถึงธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคง ดังนั้นชินคอร์ปและยูคอม จะต้องลดสัดส่วนการถือหุ้นให้ไม่เกิน 50% ภายใน 1 ปี แต่วันนี้เริ่มมีการพูดกันว่า ธุรกิจสื่อสารอาจอยู่ในบัญชี 3 เพราะถือว่าเป็นบริการทั่วไป ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ก็ไม่ต้องลดสัดส่วนการถือหุ้น เพียงแต่ต้องแจ้งภายใน 90 วัน หลังจากนั้นให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามปกติ เพราะถือว่าบัญชี 3 เป็นกลุ่มที่ไม่เป็นอันตราย เป็นธุรกิจที่รอความพร้อมของคนไทย แต่เมื่อเข้ามาอยู่ในเมืองไทยนาน ก็แค่แจ้งให้ทางการทราบ

อย่างไรก็ตามบัญชี 3 ได้ยกเว้นธุรกิจที่มีกฎหมายหรือหน่วยงานอื่นกำกับดูแลอยู่แล้ว ซึ่งกรณีนี้ธุรกิจสื่อสารมีพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับอยู่แล้วและตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 กำหนดเพดานการถือหุ้นของต่างชาติให้ไม่เกิน 49% ประเด็นกลุ่มชินคอร์ปยังต้องรอผลสอบสวนเรื่องคดีทุลาบแก้วว่าจะจะเป็นนอมินีหรือไม่ แม้ยังไม่มีความชัดเจนว่า ธุรกิจสื่อสารจะอยู่ในบัญชีใด และต้องปฏิบัติอย่างไร ร่างแก้ไขที่ผ่านคณะรัฐมนตรีครั้งนี้ เป็นการเห็นชอบในหลักการยังต้องรอสภานิติบัญญัติดำเนินการอีกที ซึ่งเป็นสถานะอันไม่แน่นอนลงทุนในหุ้นกลุ่มสื่อสารโดยเฉพาะธุรกิจโทรศัพท์ เพราะนอกจาก

ประเด็นต่างด้าวแล้ว ยังมีประเด็นภาษีสรรพสามิต การปรับส่วนแบ่งรายได้และอายุสัมปทานที่ยังไม่มีข้อสรุป แต่ล้วนเป็นประเด็นที่เป็นลบทั้งสิ้นกับผู้ประกอบการ

กล่าวโดยสรุปแล้ว ปัจจุบันในสถานการณ์ที่ไทยเจอปัญหาการจัดตั้งบริษัทในลักษณะถือหุ้นแทน (Nominee) หรือคนไทยถือหุ้นในนามแทนต่างชาติเป็นจำนวนมาก และหากมีการตรวจสอบพบและมีบทลงโทษที่ชัดเจนก็ตาม ซึ่งส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจอย่างมาก จากการที่ผู้ถือหุ้นที่เป็นต่างด้าวแท้ ๆ จะส่งเงินกลับประเทศแม่ได้ง่าย และพบว่ามีแนวโน้มเพิ่มขึ้นจากปี 2543 มีสัดส่วน 55.02% เพิ่มขึ้นเป็น 89.12% ในปี 2547 คิดเป็นมูลค่าถึง 270,000 ล้านบาท²⁰ โดยยังไม่รวมถึงผลกระทบอำนาจตลาดเหนือกว่า ต้นทุนต่ำกว่า ไม่มีความชัดเจนในการถ่ายทอดเทคโนโลยี และเปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้าประกอบการเพิ่มขึ้นในหลายธุรกิจ ผ่าน พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจประกัน ธุรกิจค้าปลีก เป็นต้น เพราะฉะนั้นเพื่อให้เกิดการจูงใจ รัฐบาลควรผ่อนปรนหรือนิรโทษกรรมกับธุรกิจที่ถือหุ้นแทนกันอยู่แล้วหรือถือหุ้นไขว้กันอยู่ แล้วให้บริษัทเหล่านั้นปรับสัดส่วนการถือหุ้นให้ถูกต้อง รวมทั้งรัฐต้องจัดทำระบบการจัดเก็บข้อและติดตามให้รัดกุม นอกจากนี้ ยังควรสร้างแรงจูงใจและมั่นใจต่อการลงทุนในไทยด้วยการเข้าเป็นสมาชิกตามอนุสัญญาศูนย์กลาง ข้อพิพาททุน ซึ่งหากประเทศใดมีการยึดธุรกิจต่างชาติโดยไม่เป็นธรรมก็จะได้รับการชดเชย²¹

ในสหรัฐอเมริกาจะจำกัดหุ้นส่วนต่างชาติเฉพาะสำหรับกิจการโทรคมนาคม การเดินเรือ และการบิน อย่างไรก็ดี ประเทศเหล่านี้ล้วนมีกฎหมายที่ใช้ควบคุมการเข้ามาครอบงำกิจการภายในประเทศของบริษัทต่างชาติ โดยสหรัฐอเมริกามีกฎหมาย Exon-Florio ซึ่งให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบอำนาจ ในการยับยั้งการซื้อหรือครอบงำธุรกิจภายในประเทศโดยบริษัทต่างชาติหากการกระทำดังกล่าวมีผลต่อความมั่นคงของประเทศ ส่วนกฎหมายที่เป็นกฎหมายควบคุมธุรกิจเฉพาะนั้นมีความเข้มงวดและมีหลักเกณฑ์เฉพาะต่างหาก เช่น The Communications Act of 1934 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมกิจการโทรคมนาคม โดยเมื่อเทียบ

²⁰ พิชิต ลิขิตกิจสมบูรณ์, “การเปลี่ยนมือหุ้นชินคอร์ปกับการเปิดเสรีโทรคมนาคม,” กรุงเทพฯธุรกิจ (2 กุมภาพันธ์ 2549) : 1., ใน <http://www.nidambell.net>, access date May 25, 2007.

²¹ ประสิทธิ์ เอกบุตร, “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542,” เพื่อเสนอแนะรายงานวิจัยเบื้องต้นของผลกระทบการใช้พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, มติชนรายวัน (28 ตุลาคม 2548) : 20., ใน <http://www.nidambell.net>, access date May 25, 2007.

กับไทยแล้ว กฎหมายไทยมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายที่มีความละเอียดชัดเจนมากและพยายามจะครอบคลุมธุรกิจทุกประเภทโดยรวบรวมประเภทของธุรกิจไว้แนบท้ายบัญชี ซึ่งไม่เหมาะสมกับในบางธุรกิจที่มีความละเอียดอ่อนในการพิจารณาและควบคุม

กฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวของสาธารณรัฐเกาหลี หรือ FIPA นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุนในธุรกิจทุกประเภทในเกาหลี โดยนักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะลงทุนต้องขออนุญาตจากรัฐเสียก่อน ในปัจจุบันนอกจากภาคลงทุนทั้งหมดใน 1,148 ชนิด มีเพียง 31 ชนิดที่ห้ามลงทุน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า กฎหมายฉบับนี้พยายามปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวเสมือนกับนักลงทุนเกาหลี ซึ่งเป็นกฎหมายที่ค่อนข้างสนับสนุนนักลงทุนจากต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศ ซึ่งประเทศไทยเคยใช้นโยบายเปิดกว้างรับการลงทุนจากต่างชาตินี้เช่นกันในช่วง พ.ศ.2530-2540 โดยเฉพาะการจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) หากแต่ในสถานะที่การลงทุนจากต่างประเทศมีจำนวนมากในหลายธุรกิจประเทศไทยในปัจจุบัน ประกอบกับธุรกิจหลายประเภทที่ยังไม่มีศักยภาพที่จะสู้กับผู้ประกอบการต่างประเทศ การใช้มาตรการเปิดกว้างเช่น ประเทศเกาหลีได้อาจไม่เหมาะสม

ในส่วนของสาธารณรัฐประชาชนจีนไม่มีกฎหมายประกอบธุรกิจต่างด้าวโดยเฉพาะ แต่ใช้กฎหมายการลงทุนหลักในการควบคุมอุตสาหกรรม และส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจประเภทต่างๆ ทั้งสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติ นิยามคนต่างด้าวนั้นกำหนดเพียง บริษัทตั้งในประเทศจีนลงทุนโดยต่างชาติมีทุนของตนเองทั้งหมดแต่ไม่รวมถึงสาขา และบังคับให้ถ่ายทอดทางเทคโนโลยี

กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวของประเทศแคนาดามีความเข้มงวดสูง โดยประเทศแคนาดา มีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือ Investment Canada Act ซึ่งมีวัตถุประสงค์และหลักการ เพื่อควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวโดยกฎหมายฉบับนี้ กำหนดนิยาม "คนต่างด้าว" ว่าด้วยบุคคลธรรมดา รัฐบาลหรือหน่วยงานที่ไม่ใช่แคนาดา (พลเมืองแคนาดา นิติบุคคลที่ควบคุมโดยแคนาดา รัฐบาลของแคนาดาในทุกระดับ ผู้มีถิ่นพำนักในแคนาดา) ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายของต่างด้าวไว้อย่างกว้างๆ สำหรับธุรกิจที่ต้องการควบคุมจะมีการกำหนดว่าการลงทุนในธุรกิจต่อไปนี้ ของบุคคลที่ไม่ใช่แคนาดาต้องแจ้งให้ทราบก่อนดำเนินธุรกิจ ได้แก่ การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ "ประเด็นที่ระบุว่าการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยไม่ระบุ

ว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามการเข้าไปลงทุนธุรกิจทุกประเภท ซึ่งมีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าของพลเมืองแคนาดา ซึ่งเป็นเนื้อหากฎหมายที่ไม่เปิดช่องสำหรับการลงทุนของต่างด้าวในเกือบทุกธุรกิจ"

กฎหมายดูแลการลงทุนจากต่างด้าวของมาเลเซีย ซึ่งเป็นประเทศหนึ่งที่มีความต้องการลงทุนต่างประเทศเช่นเดียวกับไทย แม้จะไม่มีกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเฉพาะแต่มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจการผลิตตาม The Industrial Co-ordination Act 1975 วัตถุประสงค์และหลักการ คือ เพื่อควบคุมการประกอบอุตสาหกรรมการผลิต และส่งเสริมการลงทุนในอุตสาหกรรมการผลิต ประเภทที่รัฐบาลสนับสนุน ซึ่งกำหนดให้ธุรกิจทั้งของมาเลเซียและของคนต่างด้าว ที่จะประกอบธุรกิจการผลิตตามที่กำหนดต้องขออนุญาต

ทั้งนี้ มีหลักการพิจารณา คือ พิจารณาจากแผนงานโครงการ รายงานความเป็นไปได้ของโครงการ รูปแบบในการร่วมลงทุน ทั้งนี้มีเงื่อนไขรับให้การสนับสนุนในโครงการที่มีการร่วมลงทุนระหว่างต่างชาติและชาวจีนเป็นพิเศษ ส่วน ธุรกิจที่ควบคุมนั้นอาจกล่าวได้ว่าไม่มีการระบุไว้ชัดเจน แต่กำหนดไว้กว้างๆ อย่างธุรกิจที่จะกระทบต่อความมั่นคงของชาติ การสาธารณสุขและศีลธรรม ธุรกิจที่มีการผลิต excess capacity (ธุรกิจที่มีการผลิตมากเกินไปแล้ว) ธุรกิจที่มีการขาดแคลนวัตถุดิบในการผลิต โดยจะมีการพิจารณารายละเอียด ตามนโยบายของรัฐในแต่ละช่วงเวลา

ขณะที่กฎหมายไทย กำหนดนิยามของคนต่างด้าวพิจารณาจากสัดส่วนหุ้น 49% เท่านั้น ถ้าเกินถือเป็นต่างด้าวโดยไม่ได้กำหนดนิยามให้ครอบคลุมไปถึงอำนาจในการบริหารควบคุมบริษัท หรืออำนาจในการออกเสียง

สรุปเปรียบเทียบค่านิยามของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทยกับกฎหมายต่างประเทศ

1. ค่านิยามคนต่างด้าว สำหรับประเทศไทย กับสหรัฐอเมริกา เหมือนกันที่ถือหลักสัญชาติ และทุกประเทศยกเว้นประเทศไทยถือหลักการควบคุม

2. หลักเกณฑ์ในการถือหุ้นของคนต่างด้าว โดยส่วนใหญ่ ประเทศไทยยังระบุให้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 แต่มีข้อยกเว้นให้ถือได้ร้อยละ 100 หากได้รับการเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ส่วนสหรัฐอเมริกามีกฎหมายดูแลแตกต่างกันของแต่ละรัฐ

3. การจดทะเบียนประกอบธุรกิจไทย ของจดทะเบียนได้ง่าย แต่ประเทศไทยไม่มีระบบการตรวจสอบ ภายหลังการเปิดดำเนินการที่รัดกุม ขณะที่ประเทศอื่นๆจะมีกฎหมายลูกหรือมาตรการควบคุมอีกมากและเข้มงวดในการจดทะเบียน โดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา และแคนาดา

กล่าวโดยสรุปแล้ว จากปัญหาการอาศัยช่องว่างการตีความตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 การหลีกเลี่ยงโดยการถือหุ้นในนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย การหลีกเลี่ยงโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิ การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจโดยควบคุมผ่านกรรมการของบริษัท และความไม่ชัดเจนในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับที่ ที่ประชุมคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบในวันที่ 9 มกราคม 2550 การกำหนดมาตรการเฉพาะในกฎหมายประกอบธุรกิจโทรคมนาคมอันเกี่ยวกับการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวอาจทำให้เกิดความชัดเจนและแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้

4.4 มาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมการประกอบ

กิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าว

ในเบื้องต้น ปัญหาของการวางมาตรการทางกฎหมายประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องคำนึงถึงการรักษาสสมดุลระหว่างการเปิดตลาดให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน เพราะกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการขนาดใหญ่ใช้เงินลงทุนสูง และจำต้องอาศัยเทคโนโลยีที่ทันสมัย การเปิดโอกาสให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนจึงมีความจำเป็น แต่ในอีกด้านก็ต้องกำหนดมาตรการควบคุมกิจการโทรคมนาคมให้เหมาะสมโดยให้สามารถกำกับดูแลได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การกำหนดปัญหาจากการตีความคำนิยามคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว ที่บังคับให้นำมาใช้กับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมนั้น เนื่องจากตามคำนิยามของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวเองก็ยังมีปัญหาในการตีความ และเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวเข้ามาดำเนินการจนอาจเกิดเป็นการครอบงำกิจการได้ดังที่กล่าวมาข้างต้น การที่จะบังคับให้ใช้คำนิยามตามพระราชบัญญัตินี้จึงเป็นการไม่เหมาะสม

อย่างยิ่ง เนื่องจากกิจการโทรคมนาคมเป็นกิจการที่มีผลกระทบต่อความมั่นคง และเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าการประกอบกิจการโทรคมนาคมก็มีกฎหมายควบคุมอยู่แล้ว จึงน่าที่จะสามารถกำหนดค่านิยามคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายเฉพาะได้

ประเทศไทยได้พัฒนาการสื่อสารโทรคมนาคมจนมีความก้าวหน้าอย่างเห็นได้ชัด ตั้งแต่ช่วงแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่ 7 เป็นต้นมา อาทิ การสนับสนุนให้เอกชนมีส่วนร่วมในการลงทุน (ในรูปของการสร้าง-โอน-ดำเนินการ หรือ Build-Transfer-Operate: BTO) ซึ่งถือว่าเป็นการ Privatization อื่นๆ รูปแบบหนึ่งก็ได้ จึงทำให้โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน (Fixed-Line Telephone Service) ขยายตัวอย่างรวดเร็ว จากเพียง 1.9 ล้านเลขหมายหรือราว 3.5 เลขหมายต่อประชากร 100 คนในปี พ.ศ. 2534 (ที่เรียกกันว่า Tele-Density หรือ Penetration Rate) มาเป็น 7 ล้านเลขหมายโดยประมาณในปัจจุบัน (11.7 เลขหมายต่อ 100 คน) อีกทั้งยังเกิดการให้บริการเสริมต่างๆ ที่สำคัญคือวิทยุติดตามตัว (Paging) และโทรศัพท์เคลื่อนที่ หรือโทรศัพท์มือถือ (Cellular Phone) พัฒนาการเหล่านี้ ในด้านหนึ่งได้ช่วยขจัดความขาดแคลน ในอุปทานลงได้มาก (Unmet Demand) จนในบางพื้นที่กลับกลายเป็นสภาพอุปทานเกินพอก็มี แต่ประเทศโดยรวมยังไม่บรรลุนภาวะความอิ่มตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ยังไม่บรรลุเป้าหมาย “บริการอย่างทั่วถึง” เนื่องจากโครงข่ายโทรศัพท์ยังครอบคลุมไม่ถึง ส่วนใหญ่ของประเทศยังมีประชาชนที่รอโอกาสเป็นเจ้าของ และรอใช้บริการอีกไม่น้อย

กิจการโทรคมนาคมบางประเภทเช่น โทรศัพท์พื้นฐานเป็นกิจการที่มีแนวโน้มผูกขาดโดยธรรมชาติ (Natural monopoly) เนื่องจาก การประกอบกิจการต้องอาศัยการลงทุนสูงและมีต้นทุนจม (Sunk cost) มากทำให้ตลาดไม่สามารถรองรับผู้ประกอบการได้หลายรายจากโครงสร้างดังกล่าวทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องกำกับดูแลผู้ประกอบการที่มีอำนาจเหนือตลาด (Dominant player) ด้วยมาตรการป้องกันการผูกขาด (Antitrust) พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มีบทบัญญัติในการป้องกันการผูกขาด โดยระบุให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

หากวิเคราะห์ตามตารางข้อผูกพันของไทยที่มีต่อความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการนั้น ไทยมีพันธะผูกพันในการเปิดเสรีการค้าบริการโทรคมนาคมทันที²² แต่จะเปิดมากน้อยเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับประเภทของการบริการโทรคมนาคมในแต่ละกิจกรรม อย่างไรก็ตามไทยมีพันธะผูกพันที่จะต้องแสดงเจตนาที่จะเปิดเสรีตามลำดับ

²² ตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยฉบับที่ยื่นต่อ WTO, 24 มกราคม 2546.

สำหรับการศึกษาถึงการเข้าสู่ตลาดธุรกิจบริการโทรคมนาคมพื้นฐานของคนต่างด้าวในไทย ภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ พบว่ามีกฎหมายอนุวัติการภายในที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจบริการโทรคมนาคมโดยเฉพาะ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในไทยตามมาตรา 10 วรรคสอง²³

เนื่องจากไทยมีกฎหมายภายในเกี่ยวกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ดังนั้นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจบริการโทรคมนาคมพื้นฐานในเรื่องที่สำคัญจึงตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย เฉพาะดังกล่าว อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สามารถนำมาใช้กับธุรกิจบริการโทรคมนาคมในเรื่องต่างๆ ไปที่มีได้มีบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะใน พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เช่น การให้ความหมายของคำว่า “ทุน” ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ไม่ได้ให้ความหมายไว้หรือคำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544²⁴ ให้มีความหมายตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นต้น ซึ่งนอกจากพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม แล้ว ก็ยังมีพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ที่ใช้บังคับควบคู่กันไป โดยเฉพาะกับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ต้องใช้คลื่นความถี่ เช่นการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ เป็นต้น

เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 คือ โดยพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ให้เป็นไปตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้บัญญัติให้จัดตั้งคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติและคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติขึ้นเป็นองค์กรอิสระทำหน้าที่จัดสรรคลื่นความถี่ และกำกับดูแลการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม โดยให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่ในการอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการโทรคมนาคม และให้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการโทรคมนาคมขึ้นด้วย ฉะนั้น เพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายดังกล่าวประกอบกับการประกอบกิจการโทรคมนาคมได้กำหนด

²³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 10 วรรคสอง.

²⁴ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 8 (1).

หลักการให้มีการอนุญาตได้ จึงต้องยกเลิกกฎหมายว่าด้วยโทรเลขและโทรศัพท์เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายดังกล่าว จึงจำเป็นต้องตราและประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ขึ้น²⁵ ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อให้มีผลใช้บังคับไว้วันถัดไปแล้วก็จะเป็นผลให้พระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ พ.ศ. 2477 และพระราชบัญญัติโทรเลขและโทรศัพท์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2517 ยกเลิกไป²⁶

นอกจากข้อยกเว้นให้ใช้บทบัญญัติกฎหมายเฉพาะซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บังคับใช้ในเรื่องต่าง ๆ กับคนต่างด้าวแล้ว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังได้กำหนดให้คนต่างด้าวบางประเภทได้รับการยกเว้นไม่ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับตามบทบัญญัติในบางเรื่องของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ทั้งนี้ โดยผลของมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

“บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตรการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติ และเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการตอบแทนด้วย”

หมายความว่าคนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่ทำความตกลง หรือสนธิสัญญาที่มีพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้ากับไทย คนต่างด้าวของประเทศนั้นสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในไทยได้ภายใต้เงื่อนไขตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ หรือข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นได้ โดยไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ เช่น ประเทศสมาชิกของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ เป็นต้น

²⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติ การประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544.

²⁶ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาตรา 3.

สำหรับธุรกิจการค้าบริการโทรคมนาคมพื้นฐานซึ่งไทยได้เสนอเข้าผูกพันตามตาราง
ข้อผูกพันเฉพาะที่ไทยยื่นไว้ต่อ WTO²⁷ ไทยจึงมีพันธกรณีตามมาตรา 10 โดยจะต้องเปิดตลาดเสรี
ธุรกิจบริการโทรคมนาคมพื้นฐานภายใต้เงื่อนไขในตารางข้อมูลพันธเฉพาะดังกล่าว

สามารถที่จะกล่าวถึงในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องที่จะต้องพิจารณาเป็นอันดับแรก
คือพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เนื่องจากพระราชบัญญัติการ
ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในมาตรา 13 ได้ยกเว้นให้ใช้พระราชบัญญัติการประกอบ
ธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 มาใช้บังคับแทนบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ
คนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้เฉพาะในเรื่องของการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน หรือการลงทุนของ
คนต่างด้าวการอนุญาต หรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนด
หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการประกอบกิจการโทรคมนาคม เพราะถือ
เป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจบริการโทรคมนาคม

นอกจากข้อยกเว้นในมาตรา 13 แล้วยังมีข้อยกเว้นตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตราดังกล่าวเป็นข้อยกเว้นตามพันธกรณีที่ไทย
มีต่อ WTO เป็นข้อยกเว้นที่ให้สิทธิคนต่างด้าวไม่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัติแห่งมาตรา
ต่างๆ ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ได้แก่บทบัญญัติในมาตรา 5, 8, 15, 17
และ 18 แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่ให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือ
ความตกลงตามพันธกรณี เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ GATS เป็นต้น ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่
พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ในมาตรา 10 กำหนดให้ใช้เงื่อนไขตาม
พันธกรณี ได้แก่ เรื่องหลักเกณฑ์ทั่วไปในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ²⁸ เรื่องข้อห้าม
และเงื่อนไขในการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง สอง และสาม
ท้ายพระราชบัญญัติ²⁹ เรื่องสัดส่วนทุนที่มีเจ้าของคนต่างด้าวในนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวซึ่ง
ประกอบธุรกิจตามบัญชีที่สอง³⁰ เรื่องหลักเกณฑ์และวิธีการในการขออนุญาตประกอบธุรกิจตาม
บัญชีที่สองและสามของคนต่างด้าว³¹ และเรื่องเงื่อนไขอัตราทุนกับเงินกู้ที่ใช้ในการประกอบธุรกิจ

²⁷ ตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ไทยยื่นต่อ WTO ในส่วนของสาขาย่อยโทรคมนาคม

²⁸ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5.

²⁹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 8.

³⁰ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 15.

³¹ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 17.

และระยะเวลาในการดำรงไว้ซึ่งทุนชั้นต่ำในประเทศ จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว เทคโนโลยี หรือทรัพย์สิน และเงื่อนไขอื่นที่จำเป็นที่คนต่างด้าวจะต้องปฏิบัติ³²

อย่างไรก็ตามในปี พ.ศ.2549 ก็ได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2549 ขึ้น โดยได้มีการยกเลิกความใน (1) วรรคสาม มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“(๑) ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช่เป็นคนต่างด้าว ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้”

ความหมายโดยนัยให้มีการใช้ความตามกฎหมายที่ว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในเรื่องของการถือหุ้น ซึ่งให้สิทธิบุคคลหรือนิติบุคคลที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย สามารถมีสัดส่วนการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ซึ่งก็ทำให้มีการถกเถียงกันอย่างมากในเรื่องของการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นมา จนทำให้ต่อมาทาง กทช. ได้มีการเปิดรับฟังประชาพิจารณ์จากผู้ทรงความรู้และประชาชนทั่วไปในการร่างประกาศคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ ขึ้นเพื่อเป็นการสร้างสมดุลให้กับกฎหมายฉบับดังกล่าว และประกาศใช้ ฉบับจริงต่อไป

สามารถกล่าวได้ว่าการเข้าสู่ตลาดการค้าบริการโทรคมนาคมพื้นฐานของคนต่างด้าวต้องอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บังคับใช้ในทางตรง โดยเฉพาะในเรื่องของการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในการประกอบกิจการโทรคมนาคม³³

การเข้าสู่ตลาดโทรคมนาคมในไทยไม่ว่าจะเป็นขั้นตอนการขออนุญาตหรือการกำหนดคุณสมบัติของผู้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม หรือการประกอบกิจการโทรคมนาคม จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงคือ

³² เรื่องเดียวกัน, มาตรา 18.

³³ เรื่องเดียวกัน, มาตรา 13.

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ในกรณีที่การให้บริการโทรคมนาคมมีการใช้คลื่นความถี่ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้ทั่วไปกับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นฐานทั้งที่เป็นคนสัญชาติไทยและคนต่างด้าว ประกอบกับบางบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้นในการพิจารณาการออกใบอนุญาตให้กับผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมพื้นฐานแก่ผู้ประกอบการซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติไทยและต่างด้าว จึงต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายหลักประกอบกับพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ในกรณีที่กิจการโทรคมนาคมนั้นมีการใช้คลื่นความถี่ ซึ่งในปัจจุบันผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมรายใหญ่อ้วนแต่มีการใช้คลื่นความถี่แทบทั้งสิ้น

ประเด็นที่สำคัญที่มีความเกี่ยวเนื่องกันทั้งสามพระราชบัญญัติ คือเรื่องการตีความของกฎหมายทั้ง 3 ฉบับซึ่งเกี่ยวเนื่องกับการเปิดเสรีอุตสาหกรรมโทรคมนาคมกับอารยประเทศ ตามความในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้จำกัดความคำว่า “กิจการโทรคมนาคม” และ “การประกอบกิจการ โทรคมนาคม” ให้ความหมายถึงกิจการและการประกอบกิจการโทรคมนาคม และความหมายตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ซึ่งได้แก่พระราชบัญญัติการกำหนดคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 ซึ่งให้ความหมายของ “กิจการโทรคมนาคม” ไว้ในมาตรา 3 ว่าหมายถึง กิจการซึ่งให้บริการการส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ตัวเลข ภาพ เสียง รหัส หรือการอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายได้โดยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น หรือระบบอื่น ระบบใดระบบหนึ่ง หรือหลายระบบรวมกัน หรือกิจการโทรคมนาคมตามที่กฎหมายบัญญัติหรือตามที่คณะกรรมการร่วม³⁴ กำหนดให้เป็นกิจการโทรคมนาคม ส่วนคำว่า “โทรคมนาคม” หมายความว่า การส่ง การแพร่ หรือการรับเครื่องหมาย สัญญาณ ตัวหนังสือ ภาพเสียง รหัส หรือการอื่นใด ซึ่งสามารถให้เข้าใจความหมายโดยระบบสาย ระบบคลื่นความถี่ ระบบแสง ระบบแม่เหล็กไฟฟ้าอื่นหรือระบบอื่น

³⁴ คณะกรรมการร่วม หมายถึง คณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) และคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.)

ดังนั้น การประกอบกิจการใดๆ ที่ไม่เข้าข่ายตามความหมายของการประกอบกิจการโทรคมนาคมดังกล่าว เช่น การใช้บริการขายอุปกรณ์สื่อสารโทรคมนาคม หรือบริการที่ปรึกษาด้านโทรคมนาคม จะไม่ถือเป็นการประกอบกิจการโทรคมนาคมที่อยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 และพระราชบัญญัติการกำหนดคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียงวิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2543 เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้ต่างหาก หรือได้มีการกำหนดโดยคณะกรรมการร่วมให้กิจการดังกล่าวถือเป็นส่วนหนึ่งของกิจการโทรคมนาคม ซึ่งธุรกิจดังกล่าวอาจถือเป็นการทำธุรกิจบริการอื่นที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าวตามบัญชีสาม³⁵ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

นโยบายของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาตินั้นมีนโยบาย ดังนี้

1. นโยบายการบริหารคลื่นความถี่จัดสรรอย่างเป็นธรรมและใช้ประโยชน์คลื่นความถี่อย่างมีประสิทธิภาพเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนและประชาชาติ
2. นโยบายการแข่งขัน สนับสนุนให้ใช้กลไกตลาด เพื่อเกิดการแข่งขันในกติกากที่เป็นธรรมในตลาดในโทรคมนาคม และอุตสาหกรรมต่อเนื่อง
3. นโยบายการออกใบอนุญาต ออกใบอนุญาตโดยเน้นการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม และป้องกันการผูกขาด
4. นโยบายอินเทอร์เน็ต ส่งเสริมการประกอบกิจการอินเทอร์เน็ตให้แพร่หลาย โดยคิดค่าใบอนุญาตต่ำสุด หรือยกเว้นค่าธรรมเนียมใบอนุญาต
5. นโยบายอนุญาตและกำกับดูแลการประกอบกิจการ กำกับดูแลการประกอบกิจการให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรม เพื่อให้ค่าบริการโทรคมนาคมสามารถแข่งขันได้ในระดับภูมิภาคและเพื่อให้มีคุณภาพดี

³⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (3).

6. นโยบายการเชื่อมโยงโครงข่าย สร้างกฎเกณฑ์การเชื่อมโยงโครงข่ายบนพื้นฐานของราคาค่าต้นทุนที่เป็นธรรม

7. นโยบายเลขหมายโทรคมนาคม จัดให้มีเลขหมายโทรคมนาคมอย่างมีประสิทธิภาพและเพียงพอสำหรับการขยายงานและโครงข่ายผู้ประกอบการ และจัดเลขหมายเฉพาะ เพื่อกิจการสาธารณประโยชน์ ความมั่นคงของประเทศ และการสำรองเลขหมายฉุกเฉิน

8. นโยบายการบริการโทรคมนาคมอย่างทั่วถึง ผลักดันให้มีบริการโทรคมนาคมอย่างทั่วถึงและเท่าเทียมกันทั่วประเทศ

9. นโยบายส่งเสริมอุตสาหกรรม ส่งเสริมอุตสาหกรรมให้สามารถแข่งขันในประเทศและต่างประเทศได้ โดยสนับสนุนให้มีการวิจัย พัฒนา ผลิต ประกอบเครื่องอุปกรณ์ชิ้นส่วนโทรคมนาคมในประเทศไทย

10. นโยบายคุ้มครองผู้บริโภคกำหนดมาตรการให้ผู้ให้บริการสามารถเลือกบริการโทรคมนาคมได้อย่างหลากหลาย และมีคุณภาพได้ตามมาตรฐานในราคาที่เป็นธรรม

11. นโยบายพัฒนาบุคลากร ส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาบุคลากร การปรับเปลี่ยนทัศนคติ และวัฒนธรรมองค์กร โดยให้ทุนแก่บุคลากรที่มีศักยภาพไปฝึกอบรม สัมมนา ศึกษาต่อ ทำวิจัย และ/หรือ ฝึกงานกับองค์กรกำกับดูแลในต่างประเทศและเน้นเรื่องการทำงานเป็นทีม และความเชี่ยวชาญเฉพาะทางของบุคลากรและสนับสนุนบุคลากรที่มีความสามารถหรือผลงานให้ได้รับความก้าวหน้า อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ก็ระบุแต่เพียงว่าให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตให้บริการธุรกิจโทรคมนาคม ต้องรับภาระจัดให้มีบริการโทรคมนาคม ในท้องที่ซึ่งยังไม่มีผู้ให้บริการโทรคมนาคม หรือมีแต่ไม่ทั่วถึงหรือไม่เพียงพอ แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการกำหนดให้ผู้รับใบอนุญาตต้องรับภาระจัดให้มีบริการดังกล่าว และไม่ได้พิจารณาทางเลือกอื่นๆ ที่เป็นไปได้ในการให้บริการอย่างทั่วถึง³⁶

³⁶ สรุปความจาก สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และ ชราธร รัตนนฤมิตสร, สภาพตลาดโทรคมนาคมในต่างประเทศและประเทศไทย, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, (กรุงเทพมหานคร: สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2545), หน้า 1-44.

ปัญหาที่สำคัญเกิดขึ้นกรณีในธุรกิจโทรคมนาคม อันได้แก่ ธุรกิจบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ และธุรกิจบริการการสื่อสารผ่านดาวเทียมซึ่งอิงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วจนกว่า กทช. จะมีเกณฑ์เกี่ยวกับการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว โดยมีกรณีตัวอย่างการถือหุ้นทางอ้อมในธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 ดังเช่น ธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ กรณีบริษัท แอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (AIS) หากพิจารณาโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัท AIS ในลำดับชั้นเดียว ซึ่งมีต่างด้าวถือหุ้นเพียงร้อยละ 38.01 แต่หากพิจารณาการถือหุ้นทางอ้อมของต่างชาติในลำดับถัดมาโดยมีการถือหุ้นใน บมจ. ชิน คอร์ปอเรชั่น พบว่า บริษัท AIS มีต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 มากกว่าเพดานการถือหุ้นของต่างด้าวที่กฎหมายกำหนด ในการเข้าซื้อ บมจ. ชิน คอร์ปอเรชั่น นั้น เทมาเส็ก (Temasek Holdings) ของรัฐบาลสิงคโปร์ถือหุ้นทางอ้อมในหลายระดับชั้นของห่วงโซ่การถือหุ้น (Ownership Chain) ทั้งนี้ เนื่องจากบริษัทชินคอร์ป ซึ่งเป็นบริษัทโฮลดิ้ง ถือหุ้นในบริษัทลูกที่ประกอบธุรกิจด้านบริการ ซึ่งเป็นธุรกิจที่สงวนไว้

สำหรับเฉพาะคนไทยตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบกิจการของคนต่างด้าวอันได้แก่ บริษัท เอไอเอส จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการโทรทัศน์ บริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด ซึ่งประกอบธุรกิจดาวเทียม และบริษัท ไทยแอร์เอเชีย จำกัด ซึ่งประกอบกิจการการบิน การที่ บมจ. ชิน คอร์ปอเรชั่นจะขายหุ้นให้แก่เทมาเส็ก โดยตรงนั้น จะทำให้สัดส่วนหุ้นส่วนของบุคคลต่างชาติถือหุ้นอยู่ใน บมจ. ชิน คอร์ปอเรชั่นถึงร้อยละ 90 ซึ่งจะทำให้บริษัทมีสถานะภาพเป็นนิติบุคคลต่างด้าวทันทีทำให้ไม่สามารถประกอบธุรกิจบริการทุกประเภทตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ด้วยเหตุผลดังกล่าวจึงต้องมีการตั้งบริษัทโฮลดิ้งขึ้นมาหลายบริษัท รวมถึงบริษัท Cedar Holdings บริษัท Aspen Holdings และบริษัท Cypress Holdings ในหลายลำดับชั้นของการถือหุ้น เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ใน บมจ. ชินคอร์ปอเรชั่นเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

วิธีการหลีกเลี่ยงมิให้บริษัท Cedar Holdings เป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยให้บริษัท Cypress Holdings ซึ่งเป็นบริษัทในเครือบริษัท Temasek Holdings ถือหุ้นในบริษัท Cedar Holdings เพียงร้อยละ 48.99 และจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทย คือบริษัทกุหลาบแก้ว ถือหุ้นสูงถึงร้อยละ 41.1 และให้ธนาคารไทยพาณิชย์ถือหุ้นอีกร้อยละ 9.9 รวมแล้วเป็นร้อยละ 51.1 ก็จะทำให้บริษัท Cedar Holdings มีสัญชาติเป็นนิติบุคคลไทย แม้บริษัทกุหลาบแก้วจะมีคนไทย 2 คนถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งคือร้อยละ 51 แต่เป็นการถือหุ้นนุริมสิทธิ ซึ่งตามข้อบังคับของบริษัทระบุว่าหุ้นนุริมสิทธิ 10 หุ้น ออกเสียงได้เพียง

1 เสี่ยง การถือหุ้นของคนไทย 2 คน จึงมีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละ 10 ทำให้หุ้นส่วนไทยไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท พฤติกรรมดังกล่าวสอดคล้องกับการถือหุ้นในลักษณะนอมินี (ซึ่งเข้าข่ายผิดกฎหมาย) ที่ชัดเจน

สำหรับเหตุผลในการตั้งบริษัท Aspen Holdings ขึ้นมาถือหุ้นใน บมจ. ชินคอร์ปอเรชั่น อีกบริษัทหนึ่ง โดยบริษัทดังกล่าวมีสถานภาพเป็นนิติบุคคลต่างชาติเนื่องจากมีผู้ถือหุ้นรายใหญ่ รายเดียวคือ บริษัท Anderton Investment ซึ่งถือหุ้นโดยบริษัท Temasek Holdings การกระทำดังกล่าวอาจเนื่องมาจากบริษัท Temasek Holdings ต้องการจะใช้สิทธิในการลงทุนของชาวต่างชาติ ได้อย่างเต็มที่ โดยการถือหุ้นส่วนเต็มเพดานการถือหุ้นของชาวต่างชาติคือร้อยละ 49 โครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อนทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่า แนวทางการพิจารณาบริษัทต่างชาติในประเทศไทย ภายใต้กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยใช้สัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติ เฉพาะในลำดับขั้นเดียวไม่สามารถสะท้อนถึงอำนาจการควบคุม (Control) และอำนาจในการบริหารกิจการที่แท้จริงได้

นอกจากการถือหุ้นผ่านบริษัทโฮลดิ้งที่เป็นนิติบุคคลไทยแล้ว บริษัทต่างชาติอาจใช้วิธีให้ บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทยถือหุ้นแทนให้ โดยผู้ถือหุ้นแทนดังกล่าวจะเป็นผู้ถือหุ้นทางนิตินัย เท่านั้น หากแต่มิได้มีอำนาจในการบริหารจัดการหรือได้รับส่วนแบ่งผลประโยชน์ตามสัดส่วนของการถือหุ้นทางนิตินัยแต่อย่างใด เช่นในกรณีของบริษัททุกหลายแห่ง ซึ่งนอกจากจะจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นไทยแล้ว ผู้ถือหุ้นไทย 2 รายที่ถือหุ้นรวมกันร้อยละ 51 กลับได้รับเงินปันผล เพียงร้อยละ 3 เท่านั้น ในขณะที่บริษัท Temasek Holdings ซึ่งมีหุ้นส่วนเพียงร้อยละ 49 กลับได้รับ ส่วนแบ่งเงินปันผลสูงถึงร้อยละ 97 พฤติกรรมดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าหุ้นส่วนไทยเป็นเพียงตัวแทน ของผู้ถือหุ้นต่างชาติเท่านั้น โดยการดำเนินการให้คนไทยถือหุ้นแทนนั้นอาจอาศัยการ โอนลอยหุ้น ซึ่งใช้ได้ทั้งกรณีซื้อขาย แลกเปลี่ยนและให้ วิธีปฏิบัติคือ นอมินีคนไทยซึ่งมีชื่อแสดงว่าเป็นเจ้าของ หุ้นจะลงลายมือชื่อสลักหลังใบหุ้นโดยระบุว่าเป็นผู้โอนแต่ไม่ระบุชื่อผู้รับโอนแล้วมอบใบหุ้น ให้กับหุ้นส่วนต่างชาติ ซึ่งสามารถที่จะระบุชื่อของผู้รับโอนได้เองในภายหลังทำให้หุ้นดังกล่าว เสมือนเป็นทรัพย์สินของผู้ลงทุน

การถือหุ้นของต่างชาติโดยผ่านนอมินีที่เป็นคนไทยในลักษณะดังกล่าวเป็นพฤติกรรมที่มี อยู่อย่างแพร่หลาย ทั้งยังเป็นพฤติกรรมที่มีการส่งเสริมโดยตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยอีกด้วย

โดยมีการชี้แจงให้ผู้ถือหุ้นต่างชาติสามารถลงทุนในกระดานหุ้นไทยซึ่งไม่มีข้อจำกัดจำนวนหุ้นที่สามารถซื้อได้โดยให้โบรกเกอร์เป็นผู้ซื้อแทน

จากกรณีกลุ่มบริษัทเทมาเส็ก โฮลดิ้ง ของสิงคโปร์ ทุ่มเงิน 7.3 หมื่นล้านบาท ซื้อบริษัท ซินคอร์ป จำกัด (มหาชน) พร้อมบริษัทโทรศัพท์มือถือ และดาวเทียมในเครือ ข้อถกเถียงคือ บริษัทที่ฝ่ายผู้ซื้อใช้ในการซื้อขายนั้นเป็น "ตัวแทน" หรือที่ตอนนี้รู้จักกันแพร่หลายว่าเป็นการใช้ “นอมินี” ที่สลับซับซ้อนซ่อนเงื่อนการเลี่ยงกฎหมายเรื่อง สัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติ และการที่นักกฎหมายระบุว่ากลุ่มนักลงทุนฝ่ายไทยนั้น เป็นเพียง Proxy คือมีแต่ชื่อแต่มีสิทธิในการออกเสียงและอัตราการรับผลตอบแทนต่ำกว่ากลุ่มต่างชาติ ในหลายปีที่ผ่านมาจนถึงปี 2548 พบว่ามีการร่วมทุนหรือบริษัทต่างชาติเข้ากิจการบริษัทไทยที่สำคัญ และมีโครงสร้างการถือหุ้นโดยบริษัทในเครือเดียวกันกับ ผู้ซื้อ หรือมีการตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อถือหุ้น โดยเฉพาะ

ในกรณีซิลิคอนคอร์ป-เทมาเส็กนั้นทำให้เกิดความกังวลใจว่านักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาครอบงำการบริหารบริษัท แอดวานซ์ อินโฟ เซอร์วิส หรือเอไอเอส ผู้ให้บริการโทรศัพท์มือถือ อันดับ 1 ของไทยที่มีลูกค้าจำนวน 12 ล้านคน และก่อนหน้านี้กลุ่มบริษัท เทเลเนอร์ เอเอสเอ ของนอร์เวย์ ได้เข้าถือหุ้นยูคอมจากกลุ่มเบญจรงค์กุล มูลค่าประมาณ 9 พันล้านบาท พร้อมได้ฐานลูกค้าดีแทค จำนวน 6 ล้านราย และการศึกษาการเข้าร่วมทุนในธุรกิจโทรศัพท์มือถือของบริษัทยักษ์ใหญ่ระดับโลก หรือระดับโลกทั่วโลกพบว่า ผู้ประกอบการต่างชาติซึ่งส่วนใหญ่มาจากทวีปยุโรปสามารถเข้าถือหุ้นใหญ่ในบริษัทโทรศัพท์มือถือ หรือบริษัทสื่อสารท้องถิ่น ในสัดส่วน 50.01-99.9% จำนวน 12 ราย และเป็นการลงทุนแบบ Wholly-own รวม 12 ราย³⁷

จากการศึกษาปัญหาการกำหนดมาตรการและนิยาม “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 การป้องกันการครอบงำจากต่างด้าวจากโดยตรงอาจเป็นการไม่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งเป็นธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และต่างชาติสนใจมาลงทุนมาก การแก้ไขหลักเกณฑ์ทั่วไปตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อาจกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ไม่เพียงพอกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคม ทั้งยังอาจเกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยทั่วไป โดยผลกระทบของร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ

³⁷ ธีัญญ์ ขวอนบรรณสาร , “นอมินีในกฎหมายไทยจะ何去何ต ไหน กรณีเปรียบเทียบควมรวมธุรกิจไทยเทศ .” มติชนรายวัน (21 พฤศจิกายน 2549), ใน <http://www.nidambell.net>, access date May 25,2007.

ของคตต่างด้าว โดยใช้เกณฑ์ สัดส่วน Foreign Holding เกิน 50% และอยู่ในธุรกิจที่ห้ามบุคคลต่างด้าวทำตามบัญชี 1-3 ซึ่งพบว่าบริษัทที่เข้าข่ายมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวเกิน 50% ส่วนใหญ่ไม่ได้เข้าข่ายบัญชี 1-3 เช่น กลุ่มอิเล็กทรอนิกส์ หรืออยู่ในธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะดูแลที่ได้รับการยกเว้น อาทิ กลุ่มหลักทรัพย์ ส่วนกลุ่มธุรกิจโรงแรมที่อยู่ในบัญชี 3 ไม่มีบริษัทใดที่มีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างด้าวเกิน 50% ในการลดสัดส่วนการถือหุ้นและสิทธิในการออกเสียงให้ต่ำกว่า 50% เฉพาะบัญชี 1-2 ที่ไม่อนุญาตให้บุคคลต่างด้าวประกอบกิจการด้านถือหุ้น เนื่องจากบริษัทจดทะเบียนที่เข้าข่ายบัญชี 1-2 มีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างด้าวไม่เกิน 50% ดังนั้นอาจกล่าวได้ว่าการยกเว้นแก้ไขดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อบริษัทจดทะเบียนในตลาด อย่างเป็นนัยสำคัญ ยกเว้นกลุ่มสื่อสารที่อาจได้รับผลกระทบพอสมควร อย่างไรก็ตามบัญชี 3 ได้ยกเว้นธุรกิจที่มีกฎหมาย หรือหน่วยงานอื่นกำกับดูแลอยู่แล้ว ซึ่งกรณีนี้ธุรกิจสื่อสารมีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับอยู่แล้ว และตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 กำหนดเพดานการถือหุ้นของต่างชาติให้ไม่เกิน 49%

จากปัญหาดังกล่าวเป็นการพยายามแก้ปัญหของกฎหมายประกอบธุรกิจอยู่ที่บัญชี 3 เป็นหลัก แต่ปรากฏว่าแก้เฉพาะ "นิยาม" ของธุรกิจต่างด้าวเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงรายละเอียดผลกระทบของธุรกิจรายสาขา รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งเดิมอยู่ในบัญชี 2 และอาจถูกจัดให้อยู่ในบัญชี 3 ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างชาติ ปัญหาดังกล่าวเป็นความไม่ชัดเจนและไม่มีความละเอียดในการแก้ปัญหา

ผู้เขียนเห็นว่ากิจการโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคที่สำคัญต่อประเทศเป็นอย่างมาก การอนุญาตให้เอกชนที่ได้รับสัมปทานเข้ามาดำเนินการ ควรที่จะต้องมีการควบคุมอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีคนต่างด้าว ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้กำหนดให้ใช้นิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคำนิยามของคนต่างด้าวมุขนิพนิตบุคคลเฉพาะในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการถือหุ้นทางอ้อม รวมถึงอำนาจการบริหารกิจการหรือการออกเสียงของผู้ถือหุ้น จึงเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวเข้าครอบงำกิจการโทรคมนาคมโดยวิธีดังกล่าวได้ แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายก็ยังเป็นการแก้ไปปัญหาที่ไม่ตรงจุดและก่อให้เกิดผลกระทบเป็นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำธุรกิจโทรคมนาคม จึงควรกำหนดนิยามของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมให้ชัดเจน โดยเฉพาะมาตรการอันเกี่ยวกับการควบคุมการครอบงำหรือ นอมนีจากต่างด้าว ซึ่งกลไกที่สำคัญของกฎหมายคือการแบ่งแยกสถานะของกิจการไทยและกิจการต่างด้าวให้ชัดเจน โดยกำหนดนิยามของ“คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติการ

ประกอบธุรกิจโทรคมนาคม ดังเช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 5 เบญจ ที่บัญญัติว่า “ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด...” โดยจำกัดค่านิยาม “ธุรกิจต่างด้าว” ที่ไม่ดูแลเฉพาะสัดส่วนการถือหุ้นส่วนข้างมากเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล อีกทั้งให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมในการควบคุมดูแลผู้ที่ขออนุญาตประกอบกิจการทั้งก่อนและหลังอนุญาตแล้ว ดังเช่นพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 หรือ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ.2535 เป็นต้น นอกจากนี้ต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวด้วยไม่ว่าจะเป็นการเพิกถอนใบอนุญาต หรือการลงโทษปรับและการจำคุก

การที่กำหนดค่านิยามของคนต่างด้าวไว้เฉพาะในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมแล้ว ควรให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมมีหน้าที่ควบคุม ดูแล และพิจารณาผู้ที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศทั้งที่ได้รับอนุญาตไปแล้วด้วย โดยกำหนดให้บริษัทตรวจสอบทะเบียนผู้ถือหุ้น ไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนการประชุมผู้ถือหุ้นทุกคราว และแจ้งผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมตามรายการและระยะเวลาที่คณะกรรมการฯ กำหนด ในกรณีที่พบว่าจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นโดยฝ่าฝืน ให้บริษัทแจ้งให้ผู้นั้นทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ตรวจพบ และให้ผู้นั้นดำเนินการแก้ไขภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากยังคงฝ่าฝืนอยู่ให้อำนาจคณะกรรมการฯ ในการลงโทษ

1. ปัญหาองค์การควบคุมบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม

ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม เพื่อทำหน้าที่ในการพิจารณาคำขออนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม และกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขต่างๆ ให้บริษัทที่ขอรับใบอนุญาตดำเนินการ ซึ่งเมื่อคนต่างด้าวต้องการเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมก็ใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาเงื่อนไขเดียวกับคนไทย เพียงแต่เป็นการกำหนดสัดส่วนในการเข้ามาเพียงเท่านั้น

การที่กำหนดให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาดำเนินการตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยอาศัยค่านิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว อาจจะทำให้เกิดการเข้าใจผิดได้ว่าจะต้องได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการประกอบกิจการของคนต่างด้าว ซึ่งจะเป็นการซ้ำซ้อนไม่เหมาะสมกับการดำเนินธุรกิจในปัจจุบันที่ต้องเป็นการดำเนินการที่รวดเร็ว ลดขั้นตอนที่ไม่เกี่ยวข้อง

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อกิจการโทรคมนาคม มีคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะ แล้วจึงควรให้อำนาจเสรีแก่ศาลในการพิจารณาอนุญาตผู้ที่มีอำนาจ นอกจากนี้ยังให้อำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมา 1 ชุด เพื่อคอยตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของผู้ขอรับใบอนุญาตว่ามีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการหรือไม่

2. เปรียบเทียบกฎหมายโทรคมนาคมของไทยกับกฎหมายโทรคมนาคมของต่างประเทศ

เนื่องจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ไม่สามารถบังคับใช้ได้ตามเจตนารมณ์เนื่องจากการหลีกเลี่ยงคำนิยามไม่ว่าในกรณีในการถือหุ้นแทนโดยผ่านบริษัท โฮลดิ้ง หรือโดยผ่านนอมินี หรือในการออกหุ้นบริมสิทธิ์ก็ดี ดังนั้นเพื่อกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวสามารถบังคับใช้ได้ตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และเพื่อให้เป็นผลประโยชน์ต่อประเทศ ตลอดจนให้เป็นที่ยอมรับของนักลงทุนต่างชาติ โดยให้สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมโลกในปัจจุบัน ซึ่งประเทศไทยยังคงต้องการเงินลงทุนรวมทั้งเทคโนโลยีจากต่างชาติ จึงต้องทำการเปรียบเทียบกับกฎหมายลักษณะเดียวกันนี้ กับประเทศสำคัญๆ ทั้งประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องการเงินทุนต่างชาติเช่นเดียวกับไทยว่าเป็นอย่างไร โดยเปรียบเทียบกฎหมายของแต่ละประเทศกับกฎหมายของไทยดังนี้

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีกฎหมายที่ควบคุมการประกอบกิจการของคนต่างด้าวไว้ โดยเฉพาะแล้วก็ตาม แต่กฎหมายโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกาก็ได้กำหนดนิยามของผู้ที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมที่เป็นคนต่างด้าวไว้ใน The Communication Act Of 1934 ไว้ โดยเฉพาะ เพื่อเป็นการควบคุมธุรกิจโทรคมนาคม ซึ่งได้กำหนดห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทั้งหมด เพดานการถือหุ้นดังกล่าวบังคับใช้ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติถือหุ้นผ่านบริษัท โฮลดิ้ง และในกรณีที่บริษัทต่างชาติไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ส่วนกรณีที่ผู้ถือหุ้นต่างชาติมีอำนาจในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตทั้งทางตรงและทางอ้อม กฎหมายของสหรัฐอเมริกาได้จำกัดการถือหุ้นที่ไม่เกินร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด

จากอัตราส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติที่บัญญัติไว้ใน The Communication Act 1934 จะเห็นได้ว่าประเทศสหรัฐอเมริกาได้จำกัดจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างชาติโดยขึ้นอยู่กับหุ้น แต่อย่างไรก็ตามก็ยังได้มีพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลด้วย

นอกจากนี้กฎหมายโทรคมนาคมของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตั้งคณะกรรมการโทรคมนาคม หรือ Federal Communications Commission (FCC) ขึ้นเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่

ควบคุม ดูแล และพิจารณาผู้ที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศอีกด้วย เช่น ด้านนิติบุคคล ต่างๆ ต้องการเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมโดยถือหุ้นในอัตราส่วนที่สูงกว่าที่กฎหมายกำหนด ถ้า FCC พิจารณาแล้วเห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าไม่มีผลกระทบกับประโยชน์สาธารณะก็อาจอนุญาตได้

แต่อย่างไรก็ตามแม้ว่า The Communication Act 1934 จะได้กำหนดอัตราการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะแล้ว แต่ก็ยังมีการออก Guideline for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio license เพื่อเป็นแนวทางในการคำนวณอัตราส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับ พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 จะเห็นว่าในบทบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการประกอบกิจการของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะ เพียงแต่บัญญัติไว้ว่า มาตรา 3 ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช่เป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้” (ซึ่งแต่เดิมพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้บัญญัติเรื่องการถือหุ้นของคนต่างด้าวว่าต้องมีสัดส่วนการถือหุ้นของบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบห้าของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้นรวมทั้งต้องมีกรรมการ ไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดและผู้มีอำนาจกระทำการผูกพันนิติบุคคลนั้นต้อง เป็นผู้มีสัญชาติไทยด้วย)

จากบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ ได้ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทยได้ โดยสามารถเข้ามาถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ด้วยเหตุผลที่ว่ากิจการโทรคมนาคมบางประเภทต้องใช้ทุนเป็นจำนวนมากและใช้เทคโนโลยีสูง จึงต้องพึ่งพาทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ซึ่งการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาตินั้นก็ปัญหาและอุปสรรคต่อการระดมทุนจากผู้ลงทุนต่างประเทศ

แต่อย่างไรก็ดี การที่กฎหมายของไทยกำหนดแต่เพดานการถือหุ้นไว้เพียงกว้างๆ ให้คนต่างด้าวมีสัดส่วนการถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 นั้น โดยไม่ได้พิจารณาในเรื่องอำนาจในการ

บริหาร หรืออำนาจในการออกเสียง (Voting Right) เลยทำให้คนต่างด้าว หรือบริษัทต่างด้าว สามารถเข้าประกอบกิจการโทรคมนาคมได้ และสามารถเข้ามาครอบงำกิจการโทรคมนาคมของไทยได้ง่ายอันส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศได้ แม้พระราชบัญญัติกิจการโทรคมนาคมได้กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคม (กทช.) เพื่อกำกับดูแลการขออนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมก็ตาม

The Communication Act 1934 ของสหรัฐอเมริกาได้กำหนดเพดานการถือหุ้นทางตรงไว้ที่ไม่เกินร้อยละ 20 และการถือหุ้นทางอ้อมได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของหุ้นทุนทั้งหมด ไว้อย่างชัดเจนถึงสัดส่วนการถือหุ้นทั้งทางตรงและทางอ้อมไว้ จะเห็นได้ว่าอัตราส่วนมีความแตกต่างกับของประเทศไทยอย่างมากอีกทั้งยังมีการออก Guideline for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio license เพื่อควบคุมการพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นโดยคำนึงถึงอำนาจในการบริหารนิติบุคคลด้วย ซึ่งจะเห็นได้ว่ามีความรัดกุมกว่ากฎหมายของประเทศไทย เพราะประเทศไทยให้สัดส่วนเพดานการถือหุ้นถึงร้อยละ 49 แต่ก็ไม่ได้มีการพิจารณาถึงอำนาจในการบริหารนิติบุคคลอย่างชัดเจน นอกจากนี้ นิติบุคคลต่างด้าวยังสามารถหลีกเลี่ยงข้อห้ามเรื่องการเป็นนิติบุคคลต่างด้าวได้โดยง่าย กล่าวคือสามารถเข้ามาจดทะเบียนนิติบุคคลในประเทศไทย ก็จะทำให้นิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายได้แล้ว

นอกจากนี้ Guideline for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio license ยังได้พิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้นของการถือหุ้นด้วย รวมทั้งในกรณีที่การถือหุ้นของคนต่างด้าวในบางลำดับชั้นที่โยงกับอำนาจในการควบคุมและบริหารจัดการของนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย แต่ตามกฎหมายของประเทศไทยมิได้มีการกล่าวถึงการพิจารณาการถือหุ้นในลำดับชั้นต่อๆ มา จึงเป็นที่มาของการถือหุ้นแทน หรือการโฮลดิ้งได้

ประเทศแคนาดาก็เป็นอีกประเทศหนึ่งที่มีบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการของคนต่างด้าวไว้ แต่ก็ได้กำหนดการเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้เฉพาะโดยกฎหมายโทรคมนาคมของประเทศแคนาดาได้กำหนดข้อจำกัดของผู้ที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมไว้ใน Telecommunications Act 1993 โดยจำกัดการถือหุ้นของคนต่างชาติทั้งทางตรงและทางอ้อม โดยห้ามคนต่างชาติถือหุ้นทางตรงได้ไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ส่วนการห้ามถือหุ้นทางอ้อมจะจำกัดอยู่ที่ได้ไม่เกินร้อยละ 33.33 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง

จากข้อจำกัดดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ประเทศแคนาดาได้กำหนดอัตราการถือหุ้นของคนต่างด้าวโดยพิจารณาถึงสิทธิในการออกเสียงเป็นสำคัญ หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงนี้เท่ากับว่าประเทศแคนาดาเองก็มีการพิจารณาถึงอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมอย่างชัดเจน นอกจากนี้แล้วประเทศแคนาดายังมีเงื่อนไขเพิ่มเติมเพื่อควบคุมบริษัทที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมให้อยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศอย่างรัดกุมด้วย เช่น สำนักงานใหญ่ต้องอยู่ในประเทศแคนาดา ผู้บริหารจำนวน 2 ใน 3 จะต้องเป็นคนแคนาดา เป็นต้น

สำหรับประเทศไทยนั้นมิได้มีการกล่าวถึงหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงไว้แต่อย่างใด ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบ และควบคุมผู้ที่ประกอบกิจการโทรคมนาคมว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่

กฎหมายโทรคมนาคมของประเทศสิงคโปร์มิได้มีการกำหนดในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของชาวต่างชาติไว้ แต่จะไปเน้นหนักในเรื่องอำนาจทางการตลาด การแข่งขันทางการตลาด ซึ่งเป็นไปตาม Code of Practice in the Provision of Telecommunications Services 2005 และในประมวลกฎหมายดังกล่าวได้กล่าวถึง การเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของ การควบรวมกิจการของผู้รับใบอนุญาต โดยผู้รับใบอนุญาตสำหรับกิจการโทรคมนาคมที่กำหนดทั้งผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโทรคมนาคมและผู้รับใบอนุญาตในการให้บริการโครงสร้างพื้นฐานหรือสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับการเปลี่ยนแปลงความเป็นเจ้าของหรือการถือหุ้น โดย IDA กำหนดเป็นร้อยละของการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวไว้ 4 ช่วงของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ได้แก่ น้อยกว่าร้อยละ 5, ร้อยละ 5 แต่ไม่ถึงร้อยละ 12, ร้อยละ 12 แต่ไม่ถึงร้อยละ 30 และตั้งแต่ร้อยละ 30 ขึ้นไปซึ่งจะมีกระบวนการปฏิบัติที่กำหนดแตกต่างกันไป อันจะเห็นได้ว่า กฎหมายโทรคมนาคมของประเทศสิงคโปร์ก็คำนึงถึงหุ้นที่มีสิทธิในการออกเสียงเป็นหลักสำคัญ เมื่อพิจารณาถึงกฎหมายโทรคมนาคมของประเทศสิงคโปร์จะเห็นว่าให้ความสำคัญกับการเปิดการค้าแบบเสรีที่ให้มีการแข่งขันกันอย่างยุติธรรมไม่มีการผูกขาด ซึ่งเป็นประโยชน์กับผู้บริโภคเป็นอย่างมาก

ในส่วนของหน่วยงานที่กำกับดูแลเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมนั้น ประเทศสิงคโปร์ได้จัดตั้ง Info-Communications Development Authority of Singapore หรือ องค์การพัฒนาการสื่อสารและสารสนเทศแห่งสิงคโปร์ (IDA) ได้ทำการพัฒนา ส่งเสริม และควบคุมการสื่อสารและสารสนเทศในสิงคโปร์ ด้วยเป้าหมายที่จะสร้างสิงคโปร์ให้เป็นเมืองหลวงแห่งการสื่อสารและสารสนเทศระดับยอดเยี่ยมที่สุดแห่งหนึ่งของโลก เพื่อเป็นการสนับสนุนอุตสาหกรรมการสื่อสารและสารสนเทศที่สามารถแข่งขันได้ในระดับโลก IDA ได้จัดเตรียมโครงการและแบบแผนที่

สมบูรณ์แบบสำหรับบริษัททั้งในประเทศและต่างประเทศ ดังนั้นประเทศสิงคโปร์จึงเป็นแบบอย่างที่ดีหากไทยต้องการกำหนดนโยบายเปิดเสรีทางโทรคมนาคม

เมื่อเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศแม้การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลในกรณีศึกษากรณีจะเข้มงวดและรัดกุมกว่าประเทศไทยทั้งในตัวของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย แต่การอนุมัติว่าจะให้หรือไม่ให้บริษัทต่างชาติลงทุนกลับมีความยืดหยุ่นมากกว่า เนื่องจากกฎหมายเปิดช่องให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถผ่อนปรนเงื่อนไขในจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวได้ในกรณีที่ทำให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนแล้ว ซึ่งจะต่างกับกรณีของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 นั้น ห้ามคนต่างชาติประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ต้องใช้ใบอนุญาตแบบ 2 และแบบ 3 โดยมีได้ให้ดุลยพินิจแก่คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติในการผ่อนปรนกฎุดีกาดังกล่าวในกรณีการลงทุนของต่างชาติมีความจำเป็นในการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสร้างทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคในตลาดธุรกิจคมนาคมซึ่งมีแนวโน้มที่จะผูกขาดและเป็นธุรกิจที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ดังนั้น นอกจากการกำหนดนิยามและเงื่อนไขที่ชัดเจนแล้วก็ควรจะวางกลไกให้ให้คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาผู้ประกอบกิจการโทรคมนาคมจากต่างชาติเป็นรายกรณี ทั้งนี้เพื่อความยืดหยุ่นและความเหมาะสมกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคมในปัจจุบัน และวางมาตรการกฎหมายที่กำหนดระยะเวลาของใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมที่แน่นอน ทั้งยังต้องกำหนดหลักการในการต่ออายุใบอนุญาตเพื่อการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ *

SINCE 1969

มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 สรุป

งานวิจัยเรื่อง ปัญหากฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าว : ศึกษากรณีการประกอบกิจการโทรคมนาคม มุ่งศึกษาถึงปัญหาและแนวทางในการกำหนดนโยบายที่เหมาะสมในการควบคุมการลงทุนจากต่างชาติโดยศึกษาเฉพาะกิจการโทรคมนาคม ซึ่งมีความสำคัญต่อการพัฒนาประเทศอย่างยิ่งในปัจจุบัน โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาความเป็นมาและความสำคัญของปัญหาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม แนวคิดของการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม วิเคราะห์ปัญหาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม ค้นหามาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมเพื่อใช้เป็นแนวทางในการแก้ไขปัญหาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรณีการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม

ที่มาและความสำคัญของปัญหา อันเนื่องมาจาก บทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยซึ่งจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบริการทุกประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกิจการโทรคมนาคม ยังไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจของประเทศที่ยังต้องพึ่งพาทุนต่างชาติในการพัฒนาเทคโนโลยี ในการบริหารจัดการ และการกระตุ้นให้เกิดการแข่งขันในตลาดที่มีผู้ประกอบการน้อยรายในหลายสาขาบริการอันจะเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจไทยโดยรวม ซึ่งผู้บังคับใช้กฎหมายอาจตระหนักถึงสภาพความเป็นจริงดังกล่าวจึงมิได้บังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัดเท่าที่ควร นอกจากนั้นยังมีปัญหาในการตีความการจำกัดความธุรกิจคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม เพราะหากตีความว่าเป็นการทำสถานีกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ กิจการโทรคมนาคมก็จะป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง ของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หากตีความว่าเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ กิจการโทรคมนาคมก็จะป็นธุรกิจตามบัญชีสอง ของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือหากตีความว่าเป็นกิจการที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับต่างด้าวกิจการโทรคมนาคมก็จะป็นธุรกิจตามบัญชีสามของบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายหลักที่ควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย เดิมทีนั้น มาตรา 8 ของ

กฎหมายมีข้อกำหนดว่าผู้ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สองและแบบที่สาม จะต้องมีส่วนถือหุ้นของบุคคลต่างชาติไม่เกินร้อยละ 25 และมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสามในสี่ของกรรมการทั้งหมดต่อมาในเดือนมกราคมปี พ.ศ. 2549 ได้มีการแก้ไขกฎหมายเพื่อเพิ่มสัดส่วนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวจากเดิมกำหนดไว้ที่ร้อยละ 25 เป็นร้อยละ 49 โดยเหตุผลในการประกาศใช้ คือ กิจการโทรคมนาคมบางประเภทต้องใช้ทุนเป็นจำนวนมาก และใช้เทคโนโลยีสูง จึงต้องพึ่งพาทุนและเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ซึ่งการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาตินั้นเป็นปัญหาและอุปสรรคต่อการระดมทุนจากผู้ลงทุนต่างประเทศ

จากบทนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พบว่ายังมีช่องทางที่สามารถตีความให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการในประเทศอันเป็นสาเหตุของการครอบงำกิจการในประเทศได้ ทำให้ไม่สามารถป้องกันไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการโทรคมนาคมได้ เช่น

1. การตั้งบริษัทถือหุ้นกันหลายทอด โดยคนต่างด้าวจดทะเบียนตั้งบริษัทขึ้นในไทยถือหุ้น 100% (บริษัท 1) แล้วให้บริษัท 1 ถือหุ้น 100% ในบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในไทยอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 2) แล้วให้บริษัท 2 ถือหุ้น 100% ในอีกบริษัทหนึ่ง (บริษัท 3) กรณีนี้ บริษัท 3 จะไม่เป็นคนต่างด้าวตามคำจำกัดความของกฎหมาย เพราะไม่เป็นนิติบุคคลที่ถูกถือหุ้นโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ตามมาตรา 4 ของกฎหมาย ทำให้บริษัท 3 ที่ถูกถือหุ้น 100% โดยคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจควบคุมได้โดยเสรี

2. การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุม ด้วยการกำหนดคะแนนเสียงโดยผ่านช่องทางการกำหนดสิทธิในการลงคะแนนหรือสิทธิของผู้ถือหุ้นปริมสิทธิให้แตกต่างกับสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญทำให้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องถือหุ้นข้างมากในบริษัทที่สามารถควบคุมและบริหารงานบริษัทนั้นๆ ได้เช่นคนต่างด้าวถือหุ้นสามัญ 49% กำหนด 1 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง คนไทยถือหุ้นปริมสิทธิ 51% แต่กำหนด 10 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง ทำให้บริษัทนี้มีสถานะเป็นบริษัทไทยและประกอบธุรกิจต่างๆ ได้โดยเสรีแต่บริษัทนี้ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าว เพราะคนต่างด้าวมีอำนาจในการกำหนดทิศทางและการบริหารงานของบริษัทได้มากกว่าคนไทยทั้งที่มีจำนวนหุ้นน้อยกว่า

3. การควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจโดยควบคุมผ่านกรรมการของบริษัท เพราะปัจจุบันนี้คนต่างด้าวสามารถควบคุมหรือบริหารกิจการ ที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ผ่านทางกรรมการของบริษัทเพราะกฎหมายไม่กำหนดว่าบริษัทที่มีกรรมการผู้จัดการหรือกรรมการส่วนใหญ่เป็นคนต่างด้าว

จะเป็นบริษัทต่างด้าวไปด้วย ทำให้คนต่างด้าวในช่องว่างตรงนี้ควบคุมบริษัทที่ประกอบธุรกิจควบคุมได้ ซึ่งจากการอาศัยการตีความตามคำนิยาม คนต่างด้าว ทำให้สามารถหลีกเลี่ยงกฎหมายข้างต้น แสดงให้เห็นว่ามาตรการทางกฎหมายตามพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่อาจป้องกันการครอบงำกิจการโทรคมนาคมจากคนต่างด้าวได้

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมมีบทบัญญัติตามมาตรา 7 กำหนดว่าผู้ใดประสงค์จะประกอบกิจการโทรคมนาคมตามลักษณะและประเภทที่คณะกรรมการประกาศกำหนดตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ต้องได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดให้อำนาจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมเป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยว่าควรจะอนุญาตให้แก่ผู้ใด โดยไม่ต้องไปผ่านคณะกรรมการการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว นอกจากนี้ยังกำหนดว่าผู้รับใบอนุญาตแบบที่หนึ่ง แบบที่สอง หรือแบบที่สาม จะมีสิทธิประกอบกิจการโทรคมนาคมในลักษณะหรือประเภทใด รวมทั้งมีขอบเขตการให้บริการเพียงใด ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ซึ่งต้องสอดคล้องกับลักษณะการประกอบกิจการของใบอนุญาตแต่ละแบบที่กำหนดตามวรรคสอง และต้องคำนึงถึงการพัฒนาการให้บริการกิจการโทรคมนาคมที่หลากหลาย รวมทั้งความเป็นธรรมในระหว่างผู้ประกอบกิจการด้วย อันจะทำให้เห็นว่าการพิจารณาหลักเกณฑ์การอนุญาตตลอดถึงขอบเขตการให้บริการตามใบอนุญาตเป็นอำนาจของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมโดยเฉพาะ โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตผ่านคณะกรรมการการประกอบกิจการของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ดังนั้นกำหนดให้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมไปอิงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอาจทำให้เกิดการเข้าใจคลาดเคลื่อนได้ว่าต้องให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอนุญาตด้วย

ธุรกิจการโทรคมนาคมมีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับอยู่แล้ว กล่าวคือพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 ซึ่งธุรกิจโทรคมนาคมมีความสำคัญมาก และเป็นกลไกในการพัฒนาประเทศ โดยที่กิจการโทรคมนาคมเป็นสิ่งที่สามารถสร้างผลกระทบต่อการทำงาน การใช้ชีวิต การพักผ่อนและการเรียนรู้ของประชาชนในประเทศอันส่งผลถึงระบบเศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศได้ การที่กำหนดให้การประกอบกิจการโทรคมนาคมต้องไปใช้คำนิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการของคนต่างด้าวอาจไม่เหมาะสม เนื่องจากคำนิยามตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่มีข้อความชัดเจนและรัดกุมเพียงพอ และไม่สอดคล้องกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคมที่มีการพัฒนาไปอย่างต่อเนื่องและรวดเร็ว และตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมได้แต่งตั้งคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมไว้แล้ว

จึงน่าจะให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจในการตรวจสอบบริษัทต่างๆที่เข้ามาขออนุญาตประกอบกิจการด้วย เพื่อเป็นการควบคุมธุรกิจโทรคมนาคมด้วย เนื่องจากคำนิยามของคำว่าคนต่างด้าวในกฎหมายฉบับแก้ไขนี้อิงกับคำนิยามตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ย่อมหมายความว่า การคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติจะนับทอดเดียวเท่านั้น แม้บทบัญญัติที่เพิ่มเติมได้ให้อำนาจดุลพินิจแก่คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ในการกำหนดเงื่อนไขห้ามนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมกระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวได้เพื่อเป็นการหาทางแก้ไขในเรื่องของการครอบงำกิจการ และ กทช. ได้ออกร่างประกาศ กทช. ว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว เมื่อวันที่ 23 มีนาคม 2549 คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) ได้มีมติให้ออกร่างประกาศว่าด้วยการกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว แต่การกำหนดมาตรการดังกล่าวก็เป็นการแก้ปัญหาเฉพาะหน้าและเป็นการวางมาตรการจำกัดสิทธิโดยมิได้ออกกฎหมายโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติที่ผ่านการกลั่นกรองจากฝ่ายนิติบัญญัติ

จากการศึกษาแนวทางในการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในต่างประเทศเปรียบเทียบกับของประเทศไทยพบว่าแตกต่างกับในกรณีของประเทศไทยปัญหาการกำหนดมาตรการการควบคุมและนิยามของ “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 การป้องกันการครอบงำจากต่างด้าวจากโดยตรงอาจเป็นการไม่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งเป็นธุรกิจที่มีขนาดใหญ่และต่างชาติสนใจลงทุนมาก การแก้ไขหลักเกณฑ์ทั่วไปตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อาจกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ไม่เพียงพอกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคม ทั้งยังอาจเกิดผลกระทบทางเศรษฐกิจโดยทั่วไปโดยผลกระทบของร่างแก้ไข พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยใช้เกณฑ์สัดส่วน Foreign Holding เกิน 50% และอยู่ในธุรกิจที่ห้ามบุคคลต่างด้าวทำตามบัญชี 1-3 ซึ่งพบว่าบริษัทที่เข้าข่ายมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวเกิน 50% ส่วนใหญ่ไม่ได้เข้าข่ายบัญชี 1-3 เช่น กลุ่มอิเล็กทรอนิกส์หรืออยู่ในธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะดูแลที่ได้รับการยกเว้น อาทิเช่น กลุ่มหลักทรัพย์ ส่วนกลุ่มธุรกิจโรงแรมที่อยู่ในบัญชี 3 ไม่มีบริษัทใดที่มีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างด้าวเกิน 50% ในการลดสัดส่วนการถือหุ้นและสิทธิในการออกเสียงให้ต่ำกว่า 50% เฉพาะบัญชี 1-2 ที่ไม่อนุญาตให้บุคคลต่างด้าวประกอบกิจการด้านถือหุ้น เนื่องจากบริษัทจดทะเบียนที่เข้าข่ายบัญชี 1-2 มีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างด้าวไม่เกิน 50% ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่าการยกเว้นแก้ไขดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อบริษัทจดทะเบียนในตลาดอย่างมีนัยสำคัญ ยกเว้นกลุ่มสื่อสารที่อาจได้รับผลกระทบพอสมควร เพราะธุรกิจสื่อสารอาจอยู่ในบัญชี 3 เพราะถือว่าเป็นบริการทั่วไป ซึ่งหากเป็นเช่นนั้น ก็ไม่ต้องลดสัดส่วนการถือหุ้น เพียงแต่

ต้องแจ้งภายใน 90 วัน หลังจากนั้นให้ดำเนินธุรกิจต่อไปได้ตามปกติ เพราะถือว่าบัญชี 3 เป็นกลุ่มที่ไม่เป็นอันตราย เป็นธุรกิจที่รอความพร้อมของคนไทย แต่เมื่อเข้ามาอยู่ในเมืองไทยได้ระยะเวลาหนึ่งก็ดำเนินการแจ้งให้ทางการทราบ อย่างไรก็ตามบัญชี 3 ได้ยกเว้นธุรกิจที่มีกฎหมายหรือหน่วยงานอื่นกำกับดูแลอยู่แล้วซึ่งกรณีนี้ธุรกิจสื่อสารมีกฎหมายควบคุมประกอบกิจการโทรคมนาคมกำกับอยู่แล้ว และตามพระราชบัญญัติประกอบกิจการโทรคมนาคมพ.ศ. 2544 กำหนดเพดานการถือหุ้นของต่างชาติให้ไม่เกิน 49%

จากปัญหาดังกล่าวเป็นการพยายามแก้ปัญหาของกฎหมายประกอบธุรกิจอยู่ที่บัญชี 3 เป็นหลัก แต่ปรากฏว่าเฉพาะ "นิยาม" ของธุรกิจต่างด้าวเท่านั้น โดยไม่ได้พิจารณาถึงรายละเอียดผลกระทบของธุรกิจรายสาขา รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นกับธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งเดิมอยู่ในบัญชี 2 และอาจถูกจัดให้อยู่ในบัญชี 3 ซึ่งเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับคนต่างชาติปัญหาดังกล่าวเป็นความไม่ชัดเจนและไม่มีความละเอียดในการแก้ปัญหา

เนื่องกิจการโทรคมนาคมเป็นสาธารณูปโภคที่สำคัญต่อประเทศเป็นอย่างมาก การอนุญาตให้เอกชนที่ได้รับสัมปทานเข้ามาดำเนินการ จึงควรที่จะต้องมีการควบคุมอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีคนต่างด้าว ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ได้กำหนดให้ใช้นิยามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคำนิยามของคนต่างด้าวกรณีนิติบุคคลเฉพาะในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงเท่านั้น แต่ไม่ได้มีการบัญญัติให้ครอบคลุมถึงการถือหุ้นทางอ้อม รวมถึงอำนาจการบริหารกิจการหรือการออกเสียงของ ผู้ถือหุ้น จึงเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวเข้าครอบงำกิจการโทรคมนาคมโดยวิธีดังกล่าวได้ แม้จะมีการแก้ไขกฎหมายก็ยังเป็นการแก้ไปปัญหาที่ไม่ตรงจุดและก่อให้เกิดผลกระทบเป็นอย่างมาก ดังนั้น เพื่อให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำธุรกิจโทรคมนาคม จึงควรกำหนดนิยามของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคมให้ชัดเจน โดยเฉพาะมาตรการอันเกี่ยวกับการควบคุมการครอบงำหรือ นอมนิจากต่างด้าว ซึ่งกลไกที่สำคัญของกฎหมายคือการแบ่งแยกสถานะของกิจการไทยและกิจการต่างด้าวให้ชัดเจน โดยกำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” และการจำกัดเงื่อนไขการใช้ “หุ้นบริมสิทธิ” ให้ชัดเจนโดยจำกัดคำนิยาม “ธุรกิจต่างด้าว” ที่ไม่ดูแลเฉพาะสัดส่วนการถือหุ้นส่วนมาเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล

เมื่อเทียบกับกฎหมายของต่างประเทศแม้การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลในกรณีศึกษากรณี จะเข้มงวดและรัดกุมกว่าประเทศไทยทั้งในตัวของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมาย แต่การอนุมัติว่าจะให้หรือไม่ให้บริษัทต่างชาติลงทุนกลับมีความยืดหยุ่นมากกว่า เนื่องจากกฎหมาย

เปิดช่องให้ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถผ่อนปรนเงื่อนไขในจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวได้ในกรณีที่ทำให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนแล้ว ซึ่งจะต่างกับกรณีของประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 นั้นห้ามคนต่างชาติประกอบกิจการโทรคมนาคมที่ต้องใช้ใบอนุญาตแบบ 2 และแบบ 3 โดยมีได้ให้ดุลยพินิจแก่ คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติในการ ผ่อนปรนกฎกติกาดังกล่าวในกรณีที่การลงทุนของต่างชาติมีความจำเป็นในการพัฒนาเทคโนโลยีหรือสร้างทางเลือกให้แก่ผู้บริโภคในตลาดธุรกิจคมนาคมซึ่งมีแนวโน้มที่จะผูกขาดและเป็นธุรกิจที่ต้องอาศัยเทคโนโลยีจากต่างประเทศ ดังนั้น นอกจากการกำหนดนิยามและเงื่อนไขที่ชัดเจนแล้วก็ควรจะวางกลไกให้คณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติเข้ามามีบทบาทในการพิจารณาผู้ประกอบการโทรคมนาคมจากต่างชาติเป็นรายกรณี ทั้งนี้เพื่อความยืดหยุ่นและความเหมาะสมกับสภาพธุรกิจโทรคมนาคมในปัจจุบัน

ดังนั้น เพื่อไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำธุรกิจโทรคมนาคม จึงควรกำหนดนิยามของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการ โทรคมนาคมให้ชัดเจน และแยกต่างหากออกมาจากนิยามคนต่างด้าวตามกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวทั่วไปโดยกำหนดนิยาม “คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจโทรคมนาคม” ให้มีความหมายครอบคลุมชัดเจนรวมถึงสัดส่วนการถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นการ ถือหุ้นทางตรงหรือการถือหุ้นทางอ้อม รวมทั้งอำนาจในการบริหารและสิทธิในการออกเสียงไว้โดยเฉพาะในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากผลการวิเคราะห์ดังกล่าว ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. สมควรต้องมีการกำหนดคำนิยามของคนต่างด้าวไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคมให้ชัดเจนรวมถึงสัดส่วนการถือหุ้นไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้นทางตรงหรือการถือหุ้นทางอ้อม ตลอดจนพิจารณาในเรื่องของอำนาจในการบริหารและสิทธิในการออกเสียงด้วย โดยมีต้องอ้างอิงกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังเช่น พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ มาตรา 5 เบญจ ที่บัญญัติว่า “ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด...” ซึ่งจะทำให้เกิดความชัดเจนในการ

ใช้การตีความกฎหมาย และการควบคุมคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในกิจการ โทรคมนาคมในประเทศไทย แต่นอกเหนือจากนั้นยังต้องจำกัดคำนิยาม "ธุรกิจต่างด้าว" ที่ไม่เฉพาะส่วนการถือหุ้นส่วนข้างมากเป็นข้อพิจารณาสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลอีกทั้งให้อำนาจคณะกรรมการ กิจการโทรคมนาคมในการควบคุมดูแลผู้ที่ขออนุญาตประกอบกิจการทั้งก่อนและหลังอนุญาตแล้ว ดังเช่นพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ.2505 หรือ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 เป็นต้น นอกจากนี้ต้องกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวด้วยไม่ว่าจะเป็น การเพิกถอนใบอนุญาต หรือการลงโทษปรับและการจำคุก

2. ให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมในการตรวจสอบและควบคุมบริษัทที่ ขออนุญาตประกอบกิจการ โทรคมนาคม ทั้งก่อนอนุญาตและหลังจากที่อนุญาตให้ประกอบกิจการ แล้ว ว่าปฏิบัติตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติโดยถูกต้องหรือไม่ โดยจัดตั้งคณะกรรมการให้มี อำนาจหน้าที่ตรวจสอบบริษัทต่างๆที่รับใบอนุญาตโดยตรง

3. ออกกฎหมายที่กำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว และกำหนดให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมที่ดั่งขึ้นใหม่มีอำนาจตรวจสอบแทน บริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) และบริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (มหาชน) เพราะบริษัทดังกล่าวเป็น บริษัทเอกชน ซึ่งจะทำให้เกิดความไม่เหมาะสมได้ โดยคณะกรรมการมีอำนาจตรวจสอบ ทะเบียน ผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 3 เดือนก่อนการประชุมผู้ถือหุ้นทุกราว และแจ้งผลการตรวจสอบ ต่อคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมตามรายการและระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด ในกรณี ที่พบว่ามีจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้น โดยฝ่าฝืน ให้คณะกรรมการฯแจ้งให้ผู้นั้นทราบภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ตรวจพบ และให้ผู้นั้นดำเนินการแก้ไขภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้ง หากยังคงฝ่าฝืนอยู่ ให้คณะกรรมการแจ้งให้คณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมพิจารณาลงโทษ

4. ให้อำนาจคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ขอ อนุญาตแบบที่ 2 และ แบบที่ที่ 3 ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยให้พิจารณาถึงประโยชน์สาธารณะที่ ประเทศจะได้รับ เพื่อลดการผูกขาดให้มีการแข่งขันกันอย่างเสรีมากขึ้น และวางมาตรการกฎหมาย ที่กำหนดระยะเวลาของใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมที่แน่นอน และกำหนดหลักการใน การต่ออายุใบอนุญาตเพื่อการควบคุมอย่างมีประสิทธิภาพ

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Folsom, R. H., Gordon, M. and Spanogle J. International Trade and Investment in a Nutshell. U.S.A. :West Group, 2000.
- Gabel, D. Current Issues in the Pricing of Telecommunications Services. Washington D.C. : AARP Public Policy Institute, 2001.
- Intven, H. J. and Oliver S. E. Telecommunications Regulation Handbook: Module 4 Price Regulation. Washington D.C: The World Bank, 2000.
- Laffont, J. J. and Tirole J. Competition in Telecommunications. London: The MIT press, 1999.

บทความ

- คมสรวงศ์ เมธีกุล. เสรีภาพสื่อมวลชนในวิถีแห่งประชาธิปไตยและทุนนิยม. มติชนรายวัน (22 กันยายน 2548) : 6.
- เศรษฐ์ สันติ. ปว.58 ครอบจักรวาล ขัดรัฐธรรมนูญ. มติชนรายวัน (2 พฤษภาคม 2548) : 20.
- สกล หาญสุทธิวารินทร์. การควบคุมการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว. มติชนรายวัน (26 กันยายน 2549) : 20.
- สราวุฒิ สิงห์เอี่ยม. หุ่นบริมสิทธิ ยึดชาติ. มติชนรายวัน (17 มกราคม 2550) : 6.
- อุกฤษฏ์ ปัทมานันท์. จีนคอร์ป-เทมาเส็กในมิติระหว่างประเทศ.มติชนรายสัปดาห์ (17 กุมภาพันธ์ 2549) : 16.
- Mark Armstrong, The Theory of Access Pricing and Interconnection, in Martin E. Cave, Sumit K. Majumdar and Ingo Vogelsang. Handbook of Telecommunications Economics: Volume I. Amsterdam: North-Holland, (n.d.) : 295-384.
- Ronald Coase. The Federal Communications Commission, Journal of Law and Economics 2 (1959) : 1-40.

วิทยานิพนธ์

- ซัช โซซัช. “รูปแบบที่เหมาะสมขององค์กรที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

ชัยมนัส ตั้งธรรม. “การวิเคราะห์รายจ่ายลงทุนและผลตอบแทนในโครงการปรับปรุงข่ายโทรคมนาคมในประเทศของการสื่อสารประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

นฤมล ศีสุวรรณ. ความสัมพันธ์ของระบบโทรคมนาคมต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

วิไล เคียงประดู่. “บทบาทของภาคเอกชนที่มีต่อการพัฒนาธุรกิจโทรคมนาคมไทย ตั้งแต่ พ.ศ.2533 ถึง พ.ศ. 2537.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

ศุภวัฒน์ มิ่งประเสริฐ. “กรอบแนวคิดเกี่ยวกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการโทรคมนาคมของประเทศไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

สมพร อิศโรกรศีล. บทบาทการสื่อสารผ่านดาวเทียม : สภาพปัจจุบันและแนวโน้มในทศวรรษ 2541-2550.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2541.

สิริภัทร จันทรพูนทรัพย์. “การศึกษาผลกระทบของการเปิดเสรีโทรคมนาคมของไทยจากประสบการณ์ของญี่ปุ่น เกาหลีใต้ และฮ่องกง.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

อรดา เทพายน. “กรอบแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับองค์การกำกับดูแลการให้บริการโทรคมนาคม.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540.

อรรณนิ เรื่องอาจ. “ผลกระทบของความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและบริการที่กระทบต่อกฎหมายเกี่ยวกับบริการโทรคมนาคมของไทย.” วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

รายงานการวิจัย

ณรงค์ ป้อมหลักทอง และ วิภาดา มาวิจักขณ์. หลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคม. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2545.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. การสร้างความสำเร็จของหน่วยงานกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2545.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุณีพร ทวรรณกุล. การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2549.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และเสาวลักษณ์ ชีวสิทธิยานนท์. การป้องกันการผูกขาดในตลาด โทรคมนาคม.

กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2546.

นิตยา สุนทรสิริพงศ์ และ สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. การกำกับดูแลอัตราค่าบริการ โทรคมนาคม.

กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2546.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และ ธารธร รัตนนฤมิตร. การคุ้มครองผู้บริโภคในกิจการโทรคมนาคม.

กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2546.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และธารธร รัตนนฤมิตร. สภาพตลาดโทรคมนาคมในต่างประเทศและประเทศไทย. สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย : กรุงเทพมหานคร, 2545.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์ และธารธร รัตนนฤมิตร. ผลกระทบของการเปิดเสรีการค้าบริการและการลงทุนสาขาโทรคมนาคมต่อประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2547.

สุเมธ วงศ์พานิชเลิศ. วิเคราะห์จุดอ่อนและทางออกของร่างพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2543.

สุเมธ วงศ์พานิชเลิศ. สื่อสารโทรคมนาคม แปรูปอย่างไรไม่ผูกขาด. กรุงเทพมหานคร : สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, 2542.

รายงานการประชุมและสัมมนา

สถณี อาชวานันทกุล. *“การใช้ตัวแทนถือหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย.” เอกสารประกอบการสัมมนาวิชาการเรื่องสู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมภิบาล:ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น. โรงแรมอิมพีเรียลควีนส์ปาร์ค, กรุงเทพมหานคร. 25 สิงหาคม 2549.

Alison Birkett. “The New EU Regulatory Framework for Telecom (Electronic Communications).” ITU regional regulatory seminar, Dalian, China, August 2002.

ข้อมูลในเครือข่ายคอมพิวเตอร์

เกียรติศักดิ์ จีระเชียรนาถ. โอกาสธุรกิจบริการไทยในเวทีโลก : ธุรกิจไทยสู่โลก. ใน www.nidambe11.net.

Access date May 25, 2007.

ธัญญ์ ขบวนบรรณสาร. นอมินีในกฎหมายไทยจะ何去何ต กรณีเปรียบเทียบควมรวมธุรกิจไทยเทศ. ใน <http://www.nidambe11.net>. Access date May 25, 2007.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 .

ใน <http://www.nidambell.net>. Access date May 25, 2007.

พิชิต ลิขิตกิจสมบูรณ์. การเปลี่ยนมือหุ้นชินคอร์ป กับการเปิดเสรี. ใน <http://www.nidambell.net>.

Access date May 25, 2007.

วิญญู บุญมาร์ตัน. FTA : ไทยได้หรือเสีย ?. ใน <http://www.nidambell.net>. Access date May 25, 2007.

สศต.โตรอนโทและ สศต.แวนคูเวอร์. ข้อมูลด้านการลงทุนในแคนาดา ใน www.depthai.go.th.

Access date February 20, 2007.

สมเกียรติ ตั้งกิจวานิชย์. คอร์รัปชันนโยบายคืออะไร? ใน www.nidambell.net. Access date May 25, 2007.

Foreign Investment in South Korea. In <http://www.korealaw.com>. Access date April 27, 2007.

กฎหมาย

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544.

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

Telecommunication Act 1993.





ภาคผนวก ก

หลักเกณฑ์และเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่.....) พ.ศ....

ข้อเสนอ

กระทรวงพาณิชย์ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. ที่ได้ปรับปรุงตามความเห็นของคณะกรรมการกถนกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ 1 ซึ่งมีรองนายกรัฐมนตรี (หม่อมราชวงศ์ปรีดิยาธร เทวกุล) เป็นประธานกรรมการ มาเพื่อดำเนินการ

ข้อเท็จจริง

กระทรวงพาณิชย์เสนอว่า

1. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ได้ใช้บังคับมาเป็นเวลานานพอสมควร จึงมีบทบัญญัติบางประการที่ไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ทางการค้าและการลงทุนในปัจจุบัน และมีปัญหาในการปฏิบัติโดยเฉพาะคำนิยามของคนต่างด้าว ซึ่งยังไม่ครอบคลุมและรัดกุมเพียงพอทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้บัญญัติประเภทธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติบางประเภทธุรกิจก็ยังไม่สอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน สมควรได้รับการแก้ไขปรับปรุงใหม่ให้เหมาะสมยิ่งขึ้น
2. กระทรวงพาณิชย์จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อดำเนินการศึกษาพิจารณากร่างแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติและประเภทธุรกิจตามบัญญัติท้ายพระราชบัญญัติ
3. คณะกรรมการกถนกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ 1 ซึ่งมีรองนายกรัฐมนตรี (หม่อมราชวงศ์ปรีดิยาธร เทวกุล) เป็นประธานได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่กระทรวงพาณิชย์เสนอตามข้อ 2.1 ในการประชุมคณะกรรมการฯ ครั้งที่ 1/2549 เมื่อวันที่ 28 ธันวาคม 2549 แล้วมีประเด็นอภิปรายและมติดังนี้
4. ที่ประชุมพิจารณาเห็นว่ามีความจำเป็นในการปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจในปัจจุบัน การแก้ไขนิยาม "คนต่างด้าว" ให้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นด้วยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และการปรับปรุงบัญญัติประเภทธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติก็นับว่าเหมาะสมและจะเป็นประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ

5. ที่ประชุมรับทราบว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้เตรียมการเจรจาในส่วนที่อาจเกี่ยวข้องกับข้อผูกพันของไทยในองค์การการค้าโลกด้วย

6. ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ให้เวลาในการปรับตัวงานไม่อยู่ในข่ายที่เป็นการฝ่าฝืนหรือเลิกประกอบธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 ของร่างพระราชบัญญัติแต่ไม่ให้ใช้บังคับแก่ผู้ฝ่าฝืนที่อยู่ระหว่างการดำเนินคดีในชั้นพนักงานสอบสวนหรือศาล (มาตรา 9 วรรค 2) ซึ่งที่ประชุมพิจารณาว่าอาจเป็นประเด็นสำคัญสำหรับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวหรือประชาชนทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นการเลือกปฏิบัติหากมีการคงข้อบัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัติหรือหากตัดออกไปก็อาจมีผลเป็นการนิรโทษกรรมผู้ที่อยู่ในข่ายฝ่าฝืนซึ่งอยู่ในระหว่างการดำเนินคดีในชั้นพนักงานสอบสวนหรือศาล

7. ที่ประชุมแลกเปลี่ยนความเห็นเกี่ยวกับการป้องกันหรือบรรเทาผลกระทบที่อาจมีต่อการค้าและการลงทุนเนื่องจากการแก้ไขนิยาม "คนต่างด้าว" รวมทั้งผลในด้านการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวและให้กระทรวงพาณิชย์ปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในส่วนที่เกี่ยวกับบทกำหนดโทษและกำหนดเวลาในการปรับตัวเพื่อบรรเทาผลกระทบต่อการค้าและการลงทุน ก่อนเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

สาระสำคัญของร่างกฎหมาย

ร่างพระราชบัญญัติตามข้อ 1 มีสาระสำคัญ ดังนี้

1. แก้ไขนิยาม "คนต่างด้าว" โดยกำหนดให้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวมีสถิหรือออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นด้วย เพื่อป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมายให้หลุดพ้นจากการเป็นคนต่างด้าวโดยการกำหนดบุริมสิทธิให้คนต่างด้ามีสถิหรือออกเสียงเหนือกว่าคนไทยหรือในทางกลับกันกำหนดให้คนไทยมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าคนต่างด้าว (ร่างมาตรา 4)

2. แก้ไขปรับปรุงบทกำหนดโทษ มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 37 โดยเพิ่มโทษปรับให้สูงขึ้นเพื่อให้เหมาะสมกับการกระทำความผิดสำหรับโทษจำคุกคงเดิม

3. กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแก้ไขปรับปรุงบทนิยาม "คนต่างด้าว" ให้ผู้ประกอบการธุรกิจอยู่ก่อนแล้วตามกฎหมายเดิมได้รับสิทธิประกอบธุรกิจต่อไปได้ โดยให้มาแจ้งเพื่อขอหนังสือรับรองภายในเวลาที่กำหนดและหากเป็นการประกอบธุรกิจในบัญชีสามจะประกอบธุรกิจได้ตลอดไป สำหรับการประกอบธุรกิจในบัญชี 1 และบัญชี 2 จะประกอบธุรกิจต่อไปได้อีก 2 ปี และกำหนดบทเฉพาะกาลให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแก้ไขปรับปรุงบทกำหนดโทษให้สูงขึ้นได้มีโอกาสดำเนินการและปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายต่อไป

4. ปรับปรุงบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดย

- 1) ยกเลิกธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแลอยู่แล้วได้แก่ธุรกิจนำเข้า
- 2) ยกเว้นธุรกิจที่หน่วยงานที่กำกับโดยตรงขอให้ยกเว้น
- 3) ดัดข้อกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำของธุรกิจค้าปลีกและค้าส่งออกซึ่งมีผลให้ผู้ประกอบการค้าปลีกและค้าส่งทุกรายต้องขออนุญาต

ความเห็น

สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฯ ที่กระทรวงพาณิชย์เสนอตามข้อ 1 เป็นการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับเดิมให้เหมาะสมกับสถานการณ์ทางการค้าและการลงทุนในปัจจุบันประกอบกับคณะกรรมการกถนกรองเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี คณะที่ 1 ได้พิจารณาแล้ว และกระทรวงพาณิชย์ได้ปรับปรุงแก้ไขร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวตามความเห็นคณะกรรมการกถนกรองฯ แล้ว จึงสมควรนำเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาในวันอังคารที่ 9 มกราคม 2550 หากคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เห็นควรให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา แล้วส่งให้คณะกรรมการประสานงานสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณา ก่อนเสนอสภานิติบัญญัติแห่งชาติต่อไป

บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
(ฉบับที่) พ.ศ.

หลักการ

แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังต่อไปนี้

(1) แก้ไขเพิ่มเติมคำนิยาม "คนต่างด้าว" ในกรณีเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยให้รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีสถิหรือออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นด้วย (แก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 4)

(2) แก้ไขโทษในมาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 37 โดยเพิ่มโทษปรับและโทษปรับรายวันให้สูงขึ้น และในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดให้กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นด้วย (แก้ไขมาตรา 41)

(3) กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อรองรับผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแก้ไขปรับปรุงคำนิยาม "คนต่างด้าว" (ร่างมาตรา 8)

(4) กำหนดบทเฉพาะกาลเพื่อให้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการแก้ไขปรับปรุงบทกำหนดโทษมีระยะเวลาปรับตัวเพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย (ร่างมาตรา 9)

(5) แก้ไขปรับปรุงบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 (ยกเลิก (18) แก้ไขเพิ่มเติม (13) (14) (15) และ (21))

เหตุผล

โดยที่ในปัจจุบันได้มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 โดยการออกหุ้นบริมสิทธิให้คนต่างด้าวที่ลงทุนไม่ถึงกึ่งหนึ่งแต่มีสิทธิลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งซึ่งเป็นเรื่องหลักเสี่ยงกฎหมาย และบทกำหนดโทษสำหรับความผิดของคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนประกอบธุรกิจสงวนกำหนดไว้ต่ำ ทำให้ไม่เกรงกลัวประกอบกับธุรกิจในบัญชีสงวนท้ายพระราชบัญญัติบางธุรกิจมีกฎหมายควบคุมดูแลอยู่แล้ว จึงต้องปรับปรุงแก้ไขบทนิยามคนต่างด้าวเพื่อให้ครอบคลุมถึงเรื่องสิทธิในการออกเสียงเพิ่มบทกำหนดโทษเกี่ยวกับความผิดกรณีฝ่าฝืนประกอบธุรกิจสงวนให้สูงขึ้น และแก้ไขปรับปรุงบัญชีท้ายพระราชบัญญัติเพื่อมิให้เกิดความซ้ำซ้อนในการกำกับดูแล จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ภาคผนวก ข

ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ....



ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว(ฉบับที่...) พ.ศ....

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ..) พ.ศ...."

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้ยกเลิกคำนิยาม "คนต่างด้าว" ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"คนต่างด้าว" หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
- (4) "นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประ โยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"

มาตรา 4 ให้ยกเลิกความในมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 35 คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว เพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

มาตรา 5 ให้ยกเลิกความในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

มาตรา 6 ให้ยกเลิกความในมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 37 คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่

กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

มาตรา 7 ให้ยกเลิกความในมาตรา 41 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 41 ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ่นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นด้วย"

มาตรา 8 นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่ไม่เป็นคนต่างด้าวตามคำนิยามของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 แต่เป็นคนต่างด้าวตามคำนิยามที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้ และประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด ทั้งนี้ ภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และเมื่อได้รับหนังสือรับรองแล้ว ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้ตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

- (1) ถ้าเป็นธุรกิจตามบัญชีสาม ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้จนกว่าจะเลิกประกอบธุรกิจ
- (2) ถ้าเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสอง ให้ประกอบธุรกิจนั้นต่อไปได้เป็นเวลาสองปี นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

คนต่างด้าวตามวรรคหนึ่ง หากมิได้แจ้งขอหนังสือรับรองภายในระยะเวลาที่กำหนดและยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจนั้นต่อไป หรือกรณีเป็นธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือบัญชีสองยังฝ่าฝืนประกอบธุรกิจนั้นต่อไปเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาสองปีให้ถือว่าประกอบธุรกิจนั้นโดยไม่ได้รับอนุญาตต้องรับโทษสำหรับความผิดนั้นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 9 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ซึ่งกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 37 หรือฝ่าฝืนมาตรา 35 หรือมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ถ้าได้แจ้งถึงการกระทำความผิดกล่าวต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และ

วิธีการที่อธิบดีกำหนด ทั้งนี้ ภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องจนไม่อยู่ในข่ายที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 หรือเลิกประกอบธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แล้วแต่กรณี ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น

บทบัญญัติในวรรคหนึ่งไม่ให้ใช้บังคับกับผู้ฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ที่อยู่ระหว่างการดำเนินคดีในชั้นพนักงานสอบสวนหรือศาล

มาตรา 10 ให้ยกเลิก (18) ของบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

มาตรา 11 ให้ยกเลิกความใน (13) (14) (15) และ (21) ของบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้น การซื้อขายล่วงหน้าตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าเฉพาะกรณีที่ไม่มีการส่งมอบสินค้า

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภท

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้น

(ก) ธุรกิจบริการที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจการซื้อขายล่วงหน้า ตามกฎหมายว่าด้วยการซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้า

(ข) ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจอนุพันธ์ และธุรกิจที่เกี่ยวข้อง ตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(ค) ธุรกิจการธนาคารพาณิชย์ ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์

(ง) ธุรกิจเงินทุน และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน
ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

(จ) ธุรกิจบริการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง"





บัญชีแนบท้ายร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

รายละเอียดบัญชีแนบท้ายร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว รวมทั้งรายละเอียดบัญชี 1-3 และกฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลธุรกิจบริการ 20 รายการ

คำนิยามของ "บุคคลต่างด้าว" ในมาตรา 4 ของ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ นิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคล ตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน ทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บัญชีหนึ่ง : ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(3) การเลี้ยงสัตว์

(4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

(6) การสกัดสมุนไพรไทย

(7) การค้าและการขายทอดตลาด โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง : ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีต

ประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน 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 หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน

(6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

(1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือข่อยหิน

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม : ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น
 - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชน ด้านการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการขนานน้ำหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิต

หรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศ

และต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ

อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของกนต่างด้าวตั้งแต่

หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีการประมูลซื้อ

ขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย

หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าไม่น้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเข้าเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

กฎหมายเฉพาะที่กำกับดูแลธุรกิจบริการ 20 รายการ

ธุรกิจที่ขอยกเว้นในร่างกฎกระทรวง เป็นธุรกิจที่มีกฎหมายกำกับดูแลโดยเฉพาะที่เข้มงวดกว่าในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว การเปิดสาขา รวมถึงมีการควบคุมดูแลโดยหน่วยงานเฉพาะ จึงถูกกำหนดให้ยกเว้นออกจากบัญชี 3 เพื่อไม่ให้เกิดความซ้ำซ้อน จากเดิมที่ธุรกิจต่างด้าวที่มีคุณสมบัติเหมาะสมจะต้องไปขออนุญาตกับหน่วยงานที่ควบคุมดูแลเฉพาะก่อนแล้ว จึงมาขอประกอบธุรกิจตาม พ.ร.บ. ต่างด้าวฯ อีก จึงทำให้เกิดความซ้ำซ้อน โดยธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะดูแล 20 รายการประกอบด้วย

(1) ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ (พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505)

(2) ธุรกิจการประกันชีวิต การประกันวินาศภัย (พ.ร.บ. ประกันชีวิต พ.ศ. 2535)

(3) การทำกิจการโรงรับจำนำ (พ.ร.บ. โรงรับจำนำ พ.ศ. 2505)

(4) การทำกิจการคลังสินค้า (ประกาศกระทรวงพาณิชย์ เรื่องการกำหนดเงื่อนไขควบคุมกิจการคลังสินค้า พ.ศ. 2535)

- (5) ธุรกิจโรงเรียน (พ.ร.บ. โรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2525)
- (6) การทำกิจการโรงมหรสพ (พ.ร.บ. ป้องกันภัยอันตรายอันเกิดแต่การเล่นมหรสพ พ.ศ. 2546)
- (7) การค้าหลักทรัพย์
- (8) การจัดจำหน่ายหลักทรัพย์
- (9) การเป็นที่ปรึกษาการลงทุน
- (10) การจัดการกองทุนกองทุนรวม
- (11) การจัดการกองทุนส่วนบุคคล
- (12) การเป็นผู้จัดการกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ
- (13) การยืมและให้ยืมหลักทรัพย์
- (14) การให้สินเชื่อเพื่อธุรกิจหลักทรัพย์
- (15) การเป็นที่ปรึกษาทางการเงินในการออกและเสนอขายหลักทรัพย์ และการทำคำแนะนำซื้อหลักทรัพย์
- (16) การเป็นตัวแทนเพื่อทำหน้าที่สนับสนุนการจำหน่ายหลักทรัพย์
- (17) การเป็นตัวแทนสนับสนุนการขายและรับซื้อคืนหน่วยลงทุนของกองทุนเปิด
- (18) การเป็นนายทะเบียนหลักทรัพย์
- (19) การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกองทุนรวม
- (20) การเป็นผู้แทนผู้ถือหุ้นกู้

ประวัติผู้เขียน

- ชื่อ ชื่อสกุล : นางสาวณัฐนันท์ กุปตานนท์
- วัน เดือน ปีเกิด : 8 พฤศจิกายน 2519
- สถานที่เกิด : นครปฐม
- วุฒิการศึกษา : พ.ศ. 2539 นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีปทุม
- ตำแหน่งหน้าที่การงานปัจจุบัน : นิติกร กรมสรรพากร



