

ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542¹

กาญจนาภรณ์ สมบุญเจริญ²

จากการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาถึงประวัติความเป็นมา ความหมาย แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว การก่อการร้าย และการฟอกเงิน ซึ่งทำให้ผู้ศึกษาได้รับความรู้ความเข้าใจเรื่องแนวความคิดเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศ หลักการสงวนอาชีพ แนวคิดเกี่ยวกับการควบคุมการก่อการร้าย แนวคิดเกี่ยวกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน รวมถึงทฤษฎีในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว ดังนั้นรัฐในฐานะผู้ควบคุมดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัย จึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการในการควบคุมและดูแลการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แม้ว่ามาตรการดังกล่าวถือเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าว แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้ให้อำนาจไว้ ทั้งนี้ให้เป็นไปเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือจัดการกีดกันหรือการผูกขาด แต่ต้องเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะ

จากการศึกษาทำให้ทราบว่ากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่ชัดเจน ไม่ครอบคลุมด้วยกันหลายประการ ซึ่งสรุปได้ ดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง คือ ปัญหาคำนิยามของคำว่า “ธุรกิจ” ไม่ชัดเจน ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดคำนิยามของคำว่า “ธุรกิจ” หมายความว่า “การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า” แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กลับไม่มีบทบัญญัติใดที่กำหนดความหมายของคำว่า “อันเป็นการค้า” ทำให้เกิดเป็นประเด็นปัญหาสำหรับการตีความว่ากิจการใดบ้าง จะถือว่าเป็นกิจการ “อันเป็นการค้า” แห่งพระราชบัญญัตินี้ เพราะหากกิจการที่คนต่างด้าวเข้ามาดำเนินการเป็น

¹บทความนี้เรียบเรียงจากการค้นคว้าอิสระ เรื่อง ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีอาจารย์ที่ปรึกษา คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.คนพร จิตต์จริงเกียรติ และคณะกรรมการสอบ คือ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.มนทิชา ภักดีคง และ รองศาสตราจารย์ ดร.พันธ์เทพ วิฑิตอนันต์

²นักศึกษาปริญญาโท หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (ส่วนกลาง) คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

กิจการ “อันเป็นการค้า” กิจการนั้นก็ถือว่าเป็น “ธุรกิจ” และคนต่างด้าวก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ จากประเด็นปัญหาดังกล่าวทำให้เกิดประเด็นวินิจฉัยที่ต้องหารือ ส่งผลให้เกิดความล่าช้า เพราะต้องรอคำวินิจฉัยว่ากิจการดังกล่าวเป็น “ธุรกิจ” หรือไม่ หากว่าใช่ก็ต้องไปดำเนินการเพื่อขออนุญาตประกอบธุรกิจดังกล่าวอีก ทำให้การเข้ามาลงทุนในประเทศเกิดการชะลอตัว

ประเด็นที่สอง คือ ปัญหาเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าว ตามมาตรา 16 (5) และมาตรา 16 (6) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กล่าวคือ

ปัญหาเรื่องจำนวนปีที่พ้นโทษยังไม่ครบตามกำหนดก่อนวันขอรับใบอนุญาต ตามมาตรา 16 (5) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับผู้ที่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งหากประสงค์จะประกอบธุรกิจจะต้องพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต หากพิจารณาถึงโทษตามคำที่เกิดจากการถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว จะพบว่ามีโทษบางอย่างที่เกิดจากความผิดเล็กน้อย เช่น การฝ่าฝืนตามข้อกำหนดกรณีคนต่างด้าวไม่แสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย ตามมาตรา 21 วรรคสอง หรือกรณีใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดหรือเสียหายแต่คนต่างด้าวไม่ยื่นขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายในระยะเวลาสิบห้าวันนับแต่ทราบถึงการชำรุดหรือสูญหายนั้น ตามมาตรา 21 วรรคสาม ซึ่งจะมีโทษปรับตามมาตรา 39 และเมื่อผู้ต้องหาชำระค่าปรับตามจำนวนแล้วก็ถือเป็นอันเลิกกันตามมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามดังกล่าวมาแล้ว เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์โดยไม่ได้สัดส่วนกับความผิดที่เคยกระทำไว้ การกำหนดจำนวนปีที่นับจากวันพ้นโทษจนถึงวันขอรับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองเป็นเวลาห้าปี ถือว่าไม่เป็นธรรมสำหรับคนต่างด้าวที่เคยกระทำความผิดเพียงเล็กน้อยซึ่งได้รับโทษปรับ และชำระค่าปรับแล้ว ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ไม่ได้คำนึงถึงความเหมาะสม และไม่เป็นธรรม และทำให้คนต่างด้าวที่เคยต้องโทษเพียงเล็กน้อยเหล่านั้น ต้องรอเวลาจนถึงห้าปีจึงจะสามารถยื่นขอประกอบธุรกิจอีกรอบ

ปัญหาเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้าม ตามมาตรา 16 (6) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประเทศไทยเป็นสมาชิกขององค์กรระหว่างประเทศที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อสร้างมาตรฐาน

ด้านต่าง ๆ และส่งเสริมให้มีการใช้มาตรการทางกฎหมายด้านการกำกับดูแลและมาตรการด้านการปฏิบัติการในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน รวมถึงการตอบโต้การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้าย ประเทศไทยได้มีความพยายามที่จะปรับปรุงบทบัญญัติทางกฎหมาย และตรากฎหมายใหม่เพื่อแก้ไขข้อบกพร่องการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และการก่อการร้าย แต่สำหรับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่เคยมีบทบัญญัติใดที่กล่าวถึงมาตรการการป้องกันการก่อการร้าย และมาตรการป้องกันและการปราบปรามการฟอกเงินมาก่อน ซึ่งจะผลให้เกิดความเสี่ยงต่อการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะหากมีคนต่างด้าวที่เป็นผู้ก่อการร้าย และกระทำความผิดด้านฟอกเงิน เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศ จะส่งผลให้เกิดการสูญเสียความเชื่อมั่นสำหรับคนต่างด้าวที่กระทำการประกอบธุรกิจโดยสุจริต และอาจจะเกิดการถอนการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจได้ ส่งผลต่อภาพรวมของเศรษฐกิจและความเชื่อมั่นเป็นอย่างมาก

ประเด็นที่สาม คือ ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามมาตรา 23 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบด้วยผู้แทนจากกระทรวงหรือหน่วยงานต่าง ๆ ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวนี้มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษา เสนอแนะ ให้ความคิดเห็นเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกา และการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ รวมทั้งมีหน้าที่ในการศึกษา รวบรวม จัดทำรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขาดผู้แทนจากบางกระทรวงหรือบางหน่วยงาน ส่งผลให้ คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ ความเห็นบางประการที่จะนำไปออกบทบัญญัติ หรือการตรากฎหมาย ไม่ครอบคลุม หรือไม่เหมาะสมกับสถานการณ์เศรษฐกิจ และสังคม ณ ขณะนั้น เมื่อเกิดธุรกิจประเภทใหม่ การที่จะสงวนอาชีพไว้สำหรับคนในชาติอาจจะไม่ทันการณ์ได้

ประเด็นที่สี่ คือ ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าว ผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของคนต่างด้าว ตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการบัญญัติบทลงโทษแก่ผู้ที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าว ซึ่งเป็นผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ต้องรับโทษเทียบเท่ากับคนต่างด้าวที่กระทำความผิดในเรื่องเดียวกัน หากพิจารณาตามลักษณะของโทษตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะพบว่ามีลักษณะเป็นโทษทางอาญา ดังนั้นจึงควรที่จะนำทฤษฎีการลงโทษผู้กระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาพิจารณาประกอบการลงโทษด้วย โดยผู้ที่ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความ

สะดวกในการที่ผู้อื่นกระทำความผิด ก่อนหรือขณะกระทำความผิด แม้ว่าผู้ที่กระทำความผิดนั้นจะไม่ทราบถึงการช่วยเหลือหรือการให้ความสะดวกนั้นก็ตาม ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือหรือให้ความสะดวกนั้นก็ต้องระวางโทษสองในสามส่วนของโทษที่กำหนดไว้ด้วยเช่นกัน ตามหลักการของการเป็นผู้สนับสนุน

จากการศึกษาค้นคว้ากฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตลอดจนแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง และกฎหมายต่างประเทศ ผู้ศึกษาพบว่า มีข้อเสนอแนะสำหรับแต่ละประเด็นปัญหา ดังต่อไปนี้

1. ปัญหาคำนิยามของคำว่า “ธุรกิจ” ไม่ชัดเจน ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะ คือ ควรมีการเพิ่มเติมนิยามของคำว่า “กิจการอันเป็นการค้า” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยให้หมายความว่า “กิจการอันเป็นการแสวงหาประโยชน์ และมุ่งหวังผลกำไร” เพื่อป้องกันปัญหาด้านการตีความกฎหมาย และกฎหมายต้องมีความชัดเจน ไม่กำกวม

2. ปัญหาเรื่องคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าว ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะ ดังนี้

2.1 กรณีจำนวนปีที่พ้นโทษยังไม่ครบตามกำหนดก่อนวันขอรับใบอนุญาต เห็นควรให้มีการแก้ไขปรับลดจำนวนปีที่นับจากวันพ้นโทษที่เกิดจากการถูกเปรียบเทียบปรับตามมาตรา 39 และ มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัตินี้ ให้วันแต่วันพ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าหนึ่งปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต ในมาตรา 16 (5) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2.2 กรณีคนต่างด้าวที่เคยเป็นผู้กระทำความผิดคดีฟอกเงิน และคดีก่อการร้ายประสงค์เข้ามาประกอบธุรกิจ เห็นควรให้มีการเพิ่มเติมความผิดเกี่ยวกับการก่อการร้าย และความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน ไว้เป็นคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาขึ้นขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจ ว่าต้องเป็นผู้ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดเกี่ยวกับก่อการร้าย และความผิดเกี่ยวกับการฟอกเงิน เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตด้วย ในมาตรา 16 (5) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

3. ปัญหาองค์ประกอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า ควรมีการเพิ่มเติมผู้แทนจากกระทรวงหรือหน่วยงานต่าง ๆ ให้ครบทุกกระทรวงหรือหน่วยงาน ในมาตรา 23

แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อให้เกิดความครอบคลุมสำหรับ คำปรึกษา ข้อเสนอแนะ ความเห็นสำหรับการตรากฎหมายต่าง ๆ อันเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

4. ปัญหาการกำหนดบทลงโทษของผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของคนต่างด้าว ผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะว่า ควรปรับลดอัตราโทษแก่ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวผู้สนับสนุนการกระทำความผิดของคนต่างด้าว ให้เทียบกับเท่ากับอัตราโทษของผู้สนับสนุนตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายอาญา คือสองในสามของโทษที่คนต่างด้าวผู้กระทำการฝ่าฝืนตามพระราชบัญญัตินี้จะได้รับ ในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เอกสารอ้างอิง

โยธิน อินทรประสงค์. กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2560.

อภิรัฐ ตั้งกระจ่าง. ธุรกิจระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: ธนรัชการพิมพ์, 2543.

เกษมพงศ์ โปตระกุล. “กระบวนการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544.

วรวิษ วนาวิธิ. “ปัญหาในกฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับการเปิดประชาคมอาเซียน.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2558.