

สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทย
ภายใต้ข้อตกลงต่างๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ

นายภูริศร์ รักษำรุญ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2551

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

THE LEGAL STATUS OF FOREIGN JURIDICAL PERSONS AND THAILAND'S OBLIGATION
UNDER VARIOUS TRADE IN SERVICES AGREEMENTS

Mr. Purit Rackchamroon

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws
Faculty of Law
Chulalongkorn University
Academic Year 2008
Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของ
ไทยภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ

โดย

นายภูริศร์ รักจำรูญ

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้บัณฑิตวิทยาลัยรับนี้เป็นส่วนหนึ่ง
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญามหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(รองศาสตราจารย์ธิตีพันธ์ุ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ทวีชัย ฤกษ์สุต)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร ปัจจุสานนท์)

..... กรรมการ
(ดร. พรชัย ด่านวิวัฒน์)

..... กรรมการ
(นางสาวพิมพ์ชนก วอนขอพร)

ภูริสรุ รักรัจจุญ : สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทยภายใต้
 ข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ. (THE LEGAL STATUS OF FOREIGN
 JURIDICAL PERSONS AND THAILAND'S OBLIGATION UNDER VARIOUS
 TRADE IN SERVICES AGREEMENTS) อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก :
 ศ. ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์, 121 หน้า.

การศึกษาเรื่องสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทยภายใต้
 ข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ มีวัตถุประสงค์ในการศึกษาคือ

1. เพื่อทราบถึงขอบเขตของคำนิยาม "คนต่างด้าว" ตามข้อตกลงระหว่างประเทศและ
 กฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ
2. เพื่อให้ทราบถึงพันธกรณีของไทยภายใต้ข้อตกลงด้านการค้าบริการ
3. เพื่อให้ทราบถึงแนวทางดำเนินการหากจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบ
 ธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยเกี่ยวกับการค้า
 บริการ และเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นและสามารถนำไปใช้ได้อย่างมี
 ประสิทธิภาพ

จากการศึกษาพบว่าประเทศไทยสามารถกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” โดยสามารถเพิ่ม
 หลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการพิจารณา ให้เหมาะสมกับสถานะของประเทศได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติม
 คำนิยามคนต่างด้าวอาจส่งผลให้นิติบุคคลบางกรณีมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว
 อันเนื่องมาจากการแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าว ทำให้นิติบุคคลนั้นต้องมาขออนุญาตการประกอบ
 ธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อย่างไรก็ตาม แม้จะ
 มีการแก้ไขนิยามคนต่างด้าว นิติบุคคลของประเทศที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาหรือพันธกรณี
 ระหว่างประเทศยังคงสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ตามที่สนธิสัญญาหรือ
 พันธกรณีกำหนดไว้ เนื่องจากมาตรา 10 ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้รับเอาพันธกรณีที่ประเทศ
 ไทยได้ผูกพันไว้ โดยได้ยกเว้นหน้าที่บางมาตราในพระราชบัญญัติ ซึ่งโดยส่วนมากเป็นเรื่องการขอ
 อนุญาตประกอบธุรกิจ

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิสิต.....
 ปีการศึกษา.....2551..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก.....

488 62615 34 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : FOREIGN JURIDICAL PERSON / TRADE IN SERVICES AGREEMENTS/
THAILAND'S OBLIGATION

PURIT RACKCHAMROON : THE LEGAL STATUS OF FOREIGN JURIDICAL
PERSONS AND THAILAND'S OBLIGATION UNDER VARIOUS TRADE IN
SERVICES AGREEMENTS. ADVISOR : PROFESSOR CHUMPORN
PACHUSANOND, Ph.D., 121 pp.

This legal research title "The Legal Status of Foreign Juridical Persons and Thailand's Obligations under Various Trades in Services Agreements" has the following purposes:

1. To understand the definition of "Foreign Person" under various international treaties and internal laws of several countries;
2. To understand Thailand's obligation under Trades in Services Agreements;
3. To recommend appropriate ways to amend Thailand's Foreign Business Act to comply with Thailand's obligation under Trades in Services Agreements, taking into account relevant problems and effective implementation.

This research found out that Thailand may amend the definition of "foreign person" by taking into account relevant factors to the effect that such amendment will be suitable for Thailand's internal circumstances.

The amendment will have the effect on juridical person, becoming a foreign person as a result of the amended definition, to apply for a business certificate license under the Foreign Business Act. However, regardless of such amendment of the definition, juridical persons of countries having treaties or agreements with Thailand are still entitled to do business in Thailand without burden since Article 10 of the Foreign Business Act provides certain exemptions to such juridical person, most of which are exemptions to the requirement of submission of applications.

Field of Study :Laws..... Student's Signature :

Academic Year :2008..... Advisor's Signature :

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความสะดวกและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากท่านศาสตราจารย์ ดร. ชุมพร บัจจุสานนท์ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาให้กับผู้เขียน ท่านได้ให้ความรู้ คำปรึกษา ข้อเสนอแนะอันมีค่าอย่างยิ่งตั้งแต่ผู้เขียนเริ่มทำวิทยานิพนธ์ จวบจนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จสมบูรณ์ ซึ่งผู้เขียนมีความรู้สึกซาบซึ้งในความเมตตาของท่านเป็นอย่างยิ่งและขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ไว้ ณ ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณท่านรองศาสตราจารย์ทัชชมัย ฤกษ์สุต ที่กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านได้สละเวลาอันมีค่าในการตรวจพิจารณาวิทยานิพนธ์ และให้ข้อคิดบางประการเกี่ยวเนื้อหาบางส่วนของวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ และขอกราบขอบพระคุณ ท่านอาจารย์ ดร. พรชัย ด้านวิวัฒน์ และท่านอาจารย์ พิมพ์ชนก วอนขอพร ที่กรุณารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ โดยท่านอาจารย์ทั้งสองได้สละเวลาอันมีค่าอย่างยิ่งในการตรวจพิจารณาวิทยานิพนธ์ ให้ความรู้ คำแนะนำทางวิชาการในการปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศทุกท่านที่เอื้อเฟื้อและให้ข้อมูลที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์

ผู้เขียนขอขอบคุณพี่ ๆ เพื่อน ๆ น้อง ๆ ใน บริษัทกฎหมายเอสซีจี จำกัด ที่ได้ให้คำแนะนำและให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งคุณภัทรวรรณ ต้นสกุล ที่มีความเข้าใจ และให้กำลังใจผู้เขียนเสมอมา ตลอดจนได้ให้คำแนะนำอันสำคัญยิ่งตลอดการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ซึ่งผู้เขียนซาบซึ้งในความเมตตาของท่านเสมอ

สุดท้ายนี้ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณบุคคลที่สำคัญยิ่งคือ คุณแม่ศรีวิชา รักจำริญ ที่ให้ความรัก และเป็นกำลังใจ ตลอดจนให้คำแนะนำ และสนับสนุนผู้เขียนมาโดยตลอดในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ประโยชน์ใดๆ ที่เกิดจากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอมอบเป็นกตเวทิตาคุณแก่บิดา มารดา และครู อาจารย์ทุกๆ ท่านที่ประสิทธิประสาทวิชาความรู้ให้ ตลอดจนผู้แต่งหนังสือหรือตำราทุกท่านที่ผู้เขียนใช้อ้างอิงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำหรับความผิดพลาดและบกพร่องอันเกิดมีแต่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ.....	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา.....	2
1.3 สมมุติฐานของการวิจัย.....	2
1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย.....	2
1.5 วิธีการศึกษาวิจัย.....	2
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย.....	3
บทที่ 2 แนวคิดของนิติบุคคลในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน ประเทศเจ้าของสัญชาติ และตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	4
2.1 นิติบุคคลในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน.....	4
2.2 นิติบุคคลในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน.....	6
2.3 นิติบุคคลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	9
บทที่ 3 นิติบุคคลต่างด้าว ตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายไทย.....	13
3.1 นิติบุคคลต่างด้าว ตามกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ	13
3.1.1 ประเทศญี่ปุ่น.....	14
3.1.2 ประเทศออสเตรเลีย.....	23
3.1.3 ประเทศเวียดนาม.....	28
3.1.4 ประเทศอินโดนีเซีย.....	31

3.1.5	สรุปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ของประเทศต่าง ๆ.....	36
3.2	นิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายไทย.....	37
3.2.1	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.....	37
3.2.2	กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	40
3.2.3	สรุปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทย...	46
บทที่ 4	นิติบุคคลในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน : กรณีประเทศไทย.....	48
4.1	กรณีที่ประเทศไทยไม่มีกฎหมายสัญชาตินิติบุคคล.....	48
4.2	การกำหนดความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด.....	57
4.3	ผลของการที่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทย.....	62
บทที่ 5	ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และข้อตกลง ด้านการค้าบริการ : ศึกษาเฉพาะกรณีนิติบุคคล.....	68
5.1	ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน.....	68
5.2	ข้อตกลงด้านการค้าบริการ.....	70
5.2.1	ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ.....	72
5.2.1.1	นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงทั่วไป ว่าด้วยการค้าบริการ.....	73
5.2.1.2	การปฏิเสศการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงทั่วไป ด้านการค้าบริการ.....	74
5.2.1.3	ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วย การค้าบริการ.....	75
5.2.2	ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน.....	78
5.2.2.1	นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงว่าด้วยบริการ ของอาเซียน.....	78
5.2.2.2	การปฏิเสศการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลง ว่าด้วยการบริการของอาเซียน.....	79

5.2.2.3	ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงว่าด้วย บริการของอาเซียน.....	79
5.2.3	ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย.....	82
5.2.3.1	นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงการค้าเสรี ไทย-ออสเตรเลีย.....	82
5.2.3.2	การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลง การค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย.....	83
5.2.3.3	ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรี ไทย-ออสเตรเลีย.....	84
5.2.4	ความตกลงการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น.....	87
5.2.4.1	นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงการค้าเสรี ไทย-ญี่ปุ่น.....	87
5.2.4.2	การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลง การค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น.....	88
5.2.4.3	ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรี ไทย-ญี่ปุ่น.....	89
5.2.5	สรุปนิยามนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทย ด้านการค้าบริการ.....	92
บทที่ 6	วิเคราะห์นิยามนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ และการให้ความคุ้มครองกรณี ประเทศไทยเป็นผู้ส่งออกการลงทุน.....	95
6.1	นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวของกฎหมายประเทศต่าง ๆ และกฎหมายไทย.....	95
6.2	นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวในข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ.....	97
6.3	การให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลไทยในฐานะประเทศเจ้าของ สัญชาติผู้ลงทุน.....	107

บทที่ 7 บทสรุปและข้อเสนอแนะ	110
7.1 บทสรุป.....	110
7.1.1 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายควบคุม การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	110
7.1.2 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามประเทศเจ้าของ สัญชาติผู้ลงทุน.....	111
7.1.3 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	112
7.2 ข้อเสนอแนะ.....	113
7.2.1 การแก้ไขนิยามคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	113
7.2.2 กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติไทยแก่นิติบุคคล.....	116
7.2.3 การแก้ไขนิยามของนิติบุคคลไทยในสนธิสัญญา ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน.....	116
รายการอ้างอิง	119
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	121

สารบัญตาราง

ตารางที่		หน้า
1	ตารางแสดงสัดส่วนสูงสุดที่นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ในแต่ละสาขา ธุรกิจในประเทศเวียดนาม.....	34
2	ตารางเปรียบเทียบมาตราต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ไม่ใช้บังคับและที่ยังคงใช้บังคับกับ นิติบุคคลที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ.....	103

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ในปัจจุบันมีกฎหมายไทยหลายฉบับได้กล่าวถึงนิติบุคคลต่างด้าวกับนิติบุคคลไทย ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายที่ดิน รวมถึงกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องชี้ให้ชัดเจนถึงแนวความคิดของนิติบุคคลต่างด้าวและนิติบุคคลไทยว่าแตกต่างกันกับนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยกับนิติบุคคลที่มีได้มีสัญชาติไทย โดยจุดประสงค์ของกฎหมายไทยหลาย ๆ ฉบับ ต้องการชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบของความแตกต่างของนิติบุคคลไทยกับนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติแต่ประการใด

นอกจากกฎหมายภายในของไทยแล้ว ยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศไทยได้เป็นภาคี ซึ่งในข้อตกลงดังกล่าวจะมีการกำหนดนิยามของคำว่านิติบุคคลไทย หรือนิติบุคคลของชาติสมาชิกเอาไว้ด้วย ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณากรณีนิติบุคคลนี้ก็ยังคงมีความแตกต่างกับกฎหมายภายในอีกด้วย ทำให้เรื่องนี้ได้ก่อให้เกิดความสับสนและความเข้าใจผิดเกิดขึ้นได้บ่อยครั้งเกี่ยวกับคำว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” “นิติบุคคลไทย” “นิติบุคคลสัญชาติไทย” และ “นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว”

นอกจากนี้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและได้มีการกำหนดนิยามคนต่างด้าวเอาไว้ กระทรวงพาณิชย์ได้มีการเสนอแก้ไขกฎหมายดังกล่าว เพื่อแก้ปัญหาของช่องโหว่ของกฎหมายบางประการ เช่น ปัญหาการออกหุ้นบุริมสิทธิให้คนต่างด้าวมียสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทย ทำให้คนต่างด้าวมียสิทธิควบคุมกิจการที่มีสัดส่วนการถือหุ้นน้อยกว่าคนไทย และปัญหาการให้คนไทยถือหุ้นแทน (Nominee) เพื่อหลบเลี่ยงผลการบังคับใช้ของพระราชบัญญัติ

อย่างไรก็ตาม ในขณะที่มีการเสนอแก้ไขพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ได้มีข้อร้องเรียนและข้อกังวลจากภาคเอกชน หอการค้าต่างประเทศ และสถานเอกอัครราชทูตของประเทศต่าง ๆ ว่าการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทย อาจขัดต่อพันธกรณีตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) ขององค์การการค้าโลก รวมทั้งการกำหนดค่านิยามของนิติบุคคลต่างด้าวว่าควรจะใช้หลักเกณฑ์ใด ควรใช้หลักเกณฑ์ตามนิยามในความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการขององค์การการค้าโลกหรือไม่ ดังนั้นจึงควรที่จะศึกษาถึงพันธกรณีของไทยภายใต้ข้อตกลงด้านการค้าบริการ

ต่างๆ ด้วย ซึ่งจะทำให้ทราบได้ว่านิติบุคคลใดบ้างที่จะเป็นผู้ได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น และมีเงื่อนไขใดบ้างหากนิติบุคคลต่างด้าวจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ผู้วิจัยจึงเห็นว่าควรทำการศึกษาในเรื่อง “สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทยภายใต้ข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการ”

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อทราบถึงขอบเขตของคำนิยาม "คนต่างด้าว" ตามข้อตกลงระหว่างประเทศและกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ

1.2.2 เพื่อให้ทราบถึงพันธกรณีของไทยภายใต้ข้อตกลงด้านการค้าบริการ

1.2.3 เพื่อให้ทราบถึงแนวทางดำเนินการหากจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยเกี่ยวกับการค้าบริการ และเพื่อให้เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นและสามารถนำไปใช้ได้โดยมีประสิทธิภาพ

1.3 สมมุติฐานของการวิจัย

เนื่องจากนิยามของคำว่า "นิติบุคคลต่างด้าว" ยังมีความแตกต่างกันอยู่ในกฎหมายต่างๆ อีกทั้งข้อตกลงระหว่างประเทศรวมถึงกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ ก็ยังมีการให้นิยามที่แตกต่างกันไป จึงสมควรที่จะศึกษาถึงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของนิยามต่างๆ เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการพิจารณากำหนดความหมายของคนต่างด้าวของไทยตามกฎหมายต่างๆ ว่าสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศหรือไม่ และการแก้ไข ปรับปรุงจะทำได้เพียงใด

1.4 ขอบเขตของการศึกษาวิจัย

ศึกษาและวิเคราะห์ถึงสถานะของนิติบุคคลต่างด้าว กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทย และของประเทศต่าง ๆ พันธกรณีของไทยตามข้อตกลงด้านการค้าบริการ รวมถึงตารางข้อผูกพันเฉพาะที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้

1.5 วิธีการศึกษาวิจัย

เป็นการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Paper) โดยรวบรวมข้อมูลได้แก่ คำตัดสิน หนังสือ ตำรา และกฎหมายระหว่างประเทศ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

- 1.6.1 ทำให้ทราบถึงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ
- 1.6.2 ทำให้ทราบหลักเกณฑ์การกำหนดค่านิยาม "คนต่างด้าว" ในกฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ กฎหมายไทย รวมทั้งตามความตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการของไทย
- 1.6.3 ทำให้ทราบถึงพันธกรณีด้านการค้าบริการของไทย
- 1.6.4 ทำให้ทราบแนวทางดำเนินการหากจะมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีของประเทศไทยด้านการค้าบริการ

บทที่ 2

แนวคิดของนิติบุคคลในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน ประเทศเจ้าของสัญชาติ และตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ในความสัมพันธ์ทางการลงทุนระหว่างประเทศ จะมีผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้ลงทุน ประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน (Home Country) ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ซึ่งแต่ละฝ่ายล้วนแล้วแต่มีบทบาทที่แตกต่างกันไป เมื่อบทบาทของทั้ง 2 ฝ่ายแตกต่างกัน มุมมองรวมถึงแนวคิดของประเทศในฐานะผู้รับการลงทุนและประเทศเจ้าของสัญชาติ ผู้ลงทุนจึงย่อมแตกต่างกันไปด้วย

นอกจากนี้จากการที่ประเทศผู้รับการลงทุนต้องการเงินทุนจากต่างประเทศ เพื่อนำมาพัฒนาเศรษฐกิจภายในประเทศ รวมทั้งกระแสโลกาภิวัตน์ที่เกิดขึ้น ซึ่งทำให้เงินทุนเคลื่อนย้ายกันมากขึ้น จึงทำให้แต่ละประเทศมีการทำข้อตกลงระหว่างกัน ไม่ว่าจะในรูปแบบข้อตกลงคุ้มครองการลงทุน หรือข้อตกลงในด้านเศรษฐกิจการค้า อย่างความตกลงการค้าเสรี ซึ่งก่อให้เกิดสถานะของนิติบุคคลขึ้นมาอีกรูปแบบหนึ่งตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยในข้อตกลงเหล่านี้จะมีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างตัวไว้ในข้อตกลงนั้น ๆ เพื่อให้นิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตามนิยามนิติบุคคลนั้น สามารถใช้สิทธิตามที่ข้อตกลงนั้น ๆ ระบุไว้ได้

2.1 แนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลในฐานะประเทศผู้รับการลงทุน

ประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) คือประเทศที่เป็นผู้เปิดประเทศของตนให้แก่ผู้ลงทุนต่างชาติไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศของตน โดยระบบการค้าเสรีในปัจจุบัน ได้ทำให้การเคลื่อนย้ายทั้งการลงทุน การบริการสามารถทำได้ง่ายขึ้น รวมทั้งประเทศผู้รับการลงทุนเอง ก็จะต้องมีหน้าที่ในการพัฒนาผลิตภัณฑ์เศรษฐกิจของประเทศตนให้เจริญก้าวหน้า ซึ่งการลงทุนจากต่างประเทศถือเป็นสิ่งที่ช่วยในการพัฒนาประเทศ ทำให้เกิดการจ้างงานภายในประเทศมากขึ้น และก่อให้เกิดการใช้จ่ายภายในประเทศที่มากขึ้น

อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าการลงทุนจากต่างชาติจะส่งผลให้เศรษฐกิจภายในประเทศขยายตัวมากขึ้น แต่เนื่องจากโดยส่วนมากแล้วผู้ลงทุนหรือผู้ประกอบการต่างประเทศที่มาลงทุนเมื่อมีผลกำไร ก็ย่อมนำผลกำไรที่ได้รับกลับไปสู่ประเทศของตน ซึ่งถึงแม้ประเทศผู้รับการลงทุนจะได้รับผลประโยชน์จากการจ้างงาน การจัดเก็บภาษีจากรายได้ดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณาจากผลกำไร ซึ่งเป็นเป้าหมายของการประกอบธุรกิจแล้ว ผลกำไรสุดท้ายจะไม่ตกแก่ประเทศผู้รับการ

ลงทุนเท่าใดนัก ประเทศต่าง ๆ จึงมักจะมีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการของผู้ลงทุนต่างชาติในประเทศของตน ซึ่งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมักจะปรากฏในกฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดภายในประเทศของตนและควบคุมการประกอบกิจการของนักลงทุนต่างชาติ

โดยทั่วไปแล้วประเทศผู้รับการลงทุนแต่ละประเทศจะไม่ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเท่าเทียมกับคนชาติของตน โดยคนต่างด้าวจะมีสิทธิเพียงใดก็ขึ้นอยู่กับประเทศผู้รับการลงทุนซึ่งเปรียบเสมือนเจ้าบ้านจะกำหนดและมอบให้ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศผู้รับการลงทุนจะต้องคำนึงถึงประโยชน์สุข ความเป็นอยู่ของคนชาติ และเศรษฐกิจของประเทศตนเองเป็นสำคัญ

จากการศึกษากฎหมายของแต่ละประเทศจะพบว่าแต่ละประเทศจะใช้วิธีการออกกฎหมายเพื่อมาควบคุมหรือกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของผู้ลงทุนต่างประเทศ โดยในช่วงแรกแต่ละประเทศจะมีกฎหมายที่เข้มงวด แม้แต่ประเทศญี่ปุ่นเองก็ตามก็เคยมีช่วงเวลาที่มีนโยบายเกี่ยวกับการกำกับดูแลการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เข้มงวดและกีดกันไม่ให้นักต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น แต่ภายหลังจากที่ประเทศญี่ปุ่นได้เริ่มสร้างอุตสาหกรรมภายในประเทศที่เข้มแข็ง มีเทคโนโลยีที่พัฒนา สามารถแข่งขันได้กับประเทศในแถบตะวันตก นโยบายการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจึงเริ่มผ่อนคลายลง และได้มีการปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างประเทศครั้งใหญ่ เมื่อประเทศญี่ปุ่นประสบปัญหาเศรษฐกิจถดถอยอย่างรุนแรงในทศวรรษ 1990 ทำให้ประเทศญี่ปุ่นต้องการเงินลงทุนจากต่างชาติเพื่อมาช่วยกระตุ้นให้เศรษฐกิจของประเทศฟื้นตัว ประเทศอื่นก็เช่นเดียวกัน เมื่อต้องการการลงทุนจากต่างประเทศซึ่งเป็นสิ่งที่จะช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศผู้รับการลงทุน ทำให้มีเงินทุนของต่างชาติไหลเข้าประเทศ รวมถึงจะได้รับเทคโนโลยีต่าง ๆ ที่มาพร้อมการลงทุน และทำให้เกิดการสร้างงานภายในประเทศผู้รับการลงทุน จึงได้เปิดรับการลงทุนจากต่างชาติดังมากขึ้น

โดยจากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบจะสามารถสรุปการเปิดรับการลงทุนของต่างชาติได้ ดังนี้

1) กรณีที่ประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศพัฒนาแล้ว จะมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวน้อย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ มีการเปิดเสรีเต็มที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่แม้จะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้วก็ตามยังมีบางธุรกิจที่ประเทศเหล่านี้จะมีการควบคุมในกรณีที่คนต่างด้าวจะเข้ามาลงทุน ซึ่งอาจจะต้องแจ้งก่อนหรือต้องขออนุญาตก่อนที่จะเข้ามาลงทุนคือ อุตสาหกรรมที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ เนื่องจากความมั่นคงของประเทศถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก จึงจะต้องมีการควบคุม สอดส่องเพื่อให้โอกาสที่จะเกิดการคุกคามต่อความมั่นคงของประเทศเกิดขึ้นได้น้อยที่สุดและเพื่อให้รัฐสามารถควบคุมการเข้ามาถือหุ้นของบริษัทที่ประกอบธุรกิจในอุตสาหกรรมเกี่ยวกับความมั่นคงได้เข้มงวด

และมีประสิทธิภาพมากขึ้น ธุรกิจที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน รวมทั้งกระทบต่อความปลอดภัยของสาธารณะ หรือธุรกิจบางประเภทที่มีความอ่อนไหวและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ เป็นต้น อย่างไรก็ตามประเทศพัฒนาแล้วมักจะมีการแบ่งการกำกับดูแลไว้ในรูปแบบของกฎหมายประเภทอื่น เช่น ต้องมีหน้าที่ที่จะต้องจัดทำรายงานประจำปีแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน การถือหุ้นทุก ๆ ปี หรือกำหนดสัดส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายเฉพาะในสาขาธุรกิจนั้น ๆ

2) กรณีประเทศผู้รับการลงทุนเป็นประเทศกำลังพัฒนา เช่น ประเทศเวียดนาม ประเทศอินโดนีเซีย เนื่องจากประเทศกำลังพัฒนานั้น ถึงแม้ว่าจะต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อมาช่วยพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศให้เติบโตก็ตาม แต่เนื่องจากอุตสาหกรรมภายในประเทศของตนยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับนักลงทุนจากต่างชาติ จะทำให้ในกฎหมายที่มากำกับดูแลในเรื่องนี้มีการกำหนดเงื่อนไขของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาก เพื่อปกป้องคนชาติของตนไม่ให้กระทบกระเทือนจากการเปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในธุรกิจนั้น โดยจำนวนสาขาที่เปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจได้จะน้อยกว่าประเทศพัฒนาแล้ว หรือเพื่อเหตุผลทางศาสนา วัฒนธรรมและความมั่นคง หรือเหตุผลทางด้านทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ ซึ่งแม้ว่าการลงทุนจากต่างประเทศจะทำให้เศรษฐกิจภายในประเทศผู้รับการลงทุนขยายตัวมากขึ้น แต่การลงทุนจากต่างประเทศจะทำให้เกิดการแย่งใช้ทรัพยากรบางส่วนของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งใช้แล้วหมดไป ซึ่งถือได้ว่าเป็นสาธารณสมบัติของประเทศผู้รับการลงทุน จึงจะต้องมีกฎหมายที่ห้ามหรือกำกับดูแลการใช้ประโยชน์ของบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศตน

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ประเทศผู้รับการลงทุนจึงมักจะออกกฎหมายเพื่อมาควบคุมหรือกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของผู้ลงทุนต่างประเทศ ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวก็จะมี การกำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวเอาไว้ เพื่อให้จะทำให้ทราบได้ว่านิติบุคคลใดจะถูกพิจารณาเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งหากเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดในนิยาม นิติบุคคลต่างด้าว นิติบุคคลนั้นก็ย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับดังกล่าว หรือในทางกลับกันอาจจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดมีลักษณะ หรือคุณสมบัติเช่นไร ที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลของประเทศผู้รับการลงทุน

2.2 แนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน

เนื่องมาจากรัฐมีเขตอำนาจเหนือบุคคลซึ่งเป็นอำนาจที่รัฐใช้กับบุคคลที่ถือสัญชาติของประเทศตนอยู่ไม่ว่าจะอยู่ที่ใดก็ตาม ซึ่งการที่บุคคลจะมีสัญชาติใดสัญชาติหนึ่งได้นั้น

จะต้องมีกฎหมายของประเทศนั้นบัญญัติให้มีสัญชาติของประเทศนั้น โดยสัญชาติเป็นสิ่งที่มีส่วนช่วยในการกำหนดสถานะของบุคคลนั้น และทำให้บุคคลที่มีสัญชาติของประเทศนั้น เกิดมีหน้าที่ต่อประเทศที่ตนมีสัญชาติ ในขณะที่เดียวกันบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากประเทศที่ตนมีสัญชาติ และมีสิทธิที่จะขอให้ประเทศนั้นเรียกร้องให้ประเทศอื่นเคารพสิทธิหรือประโยชน์ของตนตามกฎหมายระหว่างประเทศได้¹

กรณีที่เป็นนิติบุคคล นิติบุคคลถือเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น สามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เหมือนกับบุคคลธรรมดา ดังนั้นจึงเป็นที่ยอมรับกันว่านิติบุคคลย่อมจะมีสัญชาติได้ อย่างไรก็ตามการพิจารณากำหนดสัญชาติหากเป็นนิติบุคคล ย่อมทำได้ยากกว่ากรณีเป็นบุคคลธรรมดา โดยหากประเทศนั้นมีกฎหมายกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไว้ ปัญหานี้ก็หมดไป แต่เนื่องจากในหลายประเทศจะไม่มีกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้อย่างชัดเจน ว่านิติบุคคลที่มีคุณสมบัติอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นนิติบุคคลของประเทศนั้น

เมื่อการไปลงทุนยังต่างประเทศของผู้ลงทุนนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะแสวงหากำไรและผลตอบแทนจากการลงทุนซึ่งจะได้นำรายได้และผลตอบแทนกลับสู่ประเทศ ผู้ลงทุนก็จะต้องมีความมั่นใจและหลักประกันที่มั่นคงสำหรับการลงทุน ตลอดจนต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน (Home Country) จึงจะต้องมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่พลเมืองของตน ซึ่งรวมถึงพลเมืองที่ไปลงทุนในต่างประเทศ

อย่างไรก็ตาม หากผู้ลงทุนเป็นนิติบุคคล การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลย่อมทำได้ยากกว่ากรณีเป็นบุคคลธรรมดา เนื่องจากในบางประเทศจะไม่มีกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้อย่างชัดเจน ว่านิติบุคคลที่มีคุณสมบัติอย่างไรจึงจะถือว่าเป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศนั้น

โดยในเรื่องนี้ หากไม่มีกฎหมายที่กำหนดในเรื่องสัญชาตินิติบุคคลไว้ ในทางกฎหมายกฎหมายระหว่างประเทศจะให้พิจารณาสัญชาตินิติบุคคลจากจุดเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (Genuine link) โดยนิติบุคคลมีจุดเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศใดนิติบุคคลนั้นก็ย่อมมีสัญชาติของประเทศนั้น ซึ่งการพิจารณาจุดเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้เป็นหลักการวินิจฉัย มีดังต่อไปนี้

(1) หลักสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคล

โดยจะกำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่

¹ กมล สนธิเกษตริน, คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2535), หน้า 35 – 36.

(2) ทฤษฎีเรื่องศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์

ทฤษฎีนี้จะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่นิติบุคคลนั้นได้แสวงหาผลประโยชน์ โดยสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นได้แสวงหาผลประโยชน์อาจเป็นสถานที่เดียวกันกับสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ หรือจะแตกต่างกันก็ได้

(3) ทฤษฎีเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่

ทฤษฎีนี้จะพิจารณากำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ โดยวัตถุประสงค์ของการใช้ทฤษฎีนี้ก็เพื่อหาความเกี่ยวพันอย่างแท้จริงว่าใครเป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลนั้น เมื่อทราบว่าใครเป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลนั้นก็ถือเอาว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติตามสัญชาติของผู้ที่ควบคุม

(4) ทฤษฎีเรื่องสถานที่ก่อตั้ง

โดยกำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้ก่อตั้งขึ้นและจดทะเบียน

เมื่อสามารถทราบถึงสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว ย่อมทำให้ประเทศเจ้าของสัญชาตินิติบุคคลสามารถให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลนั้นในฐานะคนชาติของตน เมื่อนิติบุคคลนั้นไม่ได้รับความเป็นธรรมหรือได้รับความเสียหายจากการกระทำของชาติอื่น

โดยหลักกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมืองได้กำหนดสิทธิของประเทศเจ้าของสัญชาติให้เห็นชัดเจนว่าประเทศนั้นมีสิทธิจะคุ้มครองคนชาติของตนได้ หากคนชาติของตนได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น แต่การคุ้มครองทางการทูต หรือที่เรียกว่า Diplomatic Protection จะใช้ได้ต่อเมื่อเข้าเกณฑ์ตามที่กฎหมายระหว่างประเทศระบุไว้ คือ

1) ผู้ได้รับความเสียหายจะต้องเป็นคนชาติของรัฐผู้ให้ความคุ้มครองทางการทูต ไม่ว่าจะคนชาติจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือจะเป็นนิติบุคคล

2) ผู้ได้รับความเสียหายหมดยกเว้นกรณีเฉพาะตามกฎหมายภายในแล้ว

3) ผู้ได้รับความเสียหายใช้สิทธิโดยสุจริต

4) การกระทำของรัฐผู้ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระหว่างประเทศ

ซึ่งทำให้การให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยรัฐเจ้าของสัญชาติจะทำให้ข้อพิพาทระหว่างรัฐกับเอกชนกลายเป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐกับรัฐ ภายหลังจากที่รัฐเจ้าของสัญชาติได้ยอมรับที่จะใช้ความคุ้มครองทางการทูต²

² ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 สัญชาติ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549), หน้า 303 - 304.

กล่าวโดยสรุปคือ หากประเทศใดไม่มีกฎหมายที่กำหนดการให้สัญชาตินิติบุคคลไว้ จะต้องพิจารณาจากจุดเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด และเมื่อสามารถทราบถึงสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว ว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของประเทศใด ประเทศนั้นก็อยู่ในฐานะเป็นประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน ซึ่งสามารถใช้อำนาจรัฐเหนือบุคคล (Personal Jurisdiction) แก่นิติบุคคลนั้น และนิติบุคคลนั้นก็ย่อมมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองจากรัฐเจ้าของสัญชาติของนิติบุคคลได้ โดยประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุนย่อมสามารถใช้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แก่นิติบุคคลนั้น เมื่อนิติบุคคลนั้นได้รับความเสียหายจากการกระทำของรัฐอื่น และเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายระหว่างประเทศกำหนด

นอกจากนี้การที่นิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน สถานะของนิติบุคคลนั้นย่อมแตกต่างไปจากนิติบุคคลต่างด้าว โดยนิติบุคคลที่เป็นคนชาติของประเทศนั้น ย่อมมีสิทธิตามกฎหมายที่ประเทศนั้นให้กับคนชาติของตนทุกประการ ซึ่งสิทธิบางอย่างรัฐเจ้าของประเทศสงวนไว้สำหรับคนชาติตนเท่านั้น ซึ่งหมายความว่านิติบุคคลต่างด้าวจะถูกจำกัดสิทธิในเรื่องนั้น ๆ ทั้งหมดหรือบางส่วน เช่น สิทธิในการถือครองที่ดิน สิทธิในการประกอบธุรกิจบางอย่างประเภท เป็นต้น

2.3 แนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

จากแนวคิดของผู้รับการลงทุนที่ในช่วงแรกแต่ละประเทศจะมีการจำกัดควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อมิให้ธุรกิจอุตสาหกรรมภายในประเทศของตนได้รับผลกระทบ แต่เมื่อผ่านไปสักระยะหนึ่งประเทศต่าง ๆ ทั้งในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนและประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน ได้เริ่มเล็งเห็นว่าการเปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศและการแสวงหาประโยชน์จากการเข้าไปลงทุนในต่างประเทศ ล้วนมีความสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ เนื่องจากเงินทุนไหลเข้ามาในประเทศ ทำให้เกิดการสร้างงาน รวมทั้งมีการถ่ายทอดเทคโนโลยี ด้วย ดังนั้นจึงได้เริ่มมีการส่งเสริมและคุ้มครองสำหรับการลงทุนจากต่างชาติ รวมทั้งให้นักลงทุนจากประเทศตนได้รับการส่งเสริมและคุ้มครองเช่นเดียวกันด้วย

สำหรับหลักกฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการคุ้มครองทรัพย์สินของต่างชาติ เกิดขึ้นจากความกังวลของประเทศผู้ส่งออกการลงทุนในทางปฏิบัติที่ต้องการให้ทรัพย์สินของตน

ในต่างประเทศได้รับการปฏิบัติที่ยุติธรรมและได้รับการคุ้มครองจากมาตรการที่ไร้เหตุผลและเลือกปฏิบัติ ซึ่งแนวคิดนี้ได้เริ่มพัฒนามาตั้งแต่ศตวรรษที่ 19³

ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลง ได้มีการจัดทำสนธิสัญญาเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศผู้ส่งออกการลงทุนกับประเทศกำลังพัฒนาซึ่งอยู่ในฐานะประเทศผู้รับการลงทุนกว่า 100 ฉบับ โดยสนธิสัญญาเหล่านี้มีวัตถุประสงค์หลักคือการส่งเสริมการลงทุนระหว่างประเทศจากภาคเอกชน และการระงับข้อพิพาทสำหรับนักลงทุนต่างชาติ โดยข้อตกลงนี้ไม่อาจแก้ไขได้โดยฝ่ายเดียว⁴ โดยการระงับข้อพิพาทถือเป็นส่วนที่สำคัญในข้อตกลงประเภทนี้ เนื่องจากนักลงทุนต่างประเทศมักประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายใน เนื่องจากไม่มั่นใจในความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการ ดังนั้นจึงต้องการที่จะให้มีการระงับข้อพิพาทในระดับระหว่างประเทศจนนำไปสู่การใช้อนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ ซึ่งแต่เดิมสนธิสัญญาทวิภาคีว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนมักจะเน้นเฉพาะการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐคู่ภาคีเท่านั้นในกรณีที่มีปัญหาในการปรับใช้และตีความสนธิสัญญาดังกล่าว แต่ในภายหลังได้มีการบรรจุข้อบทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้ลงทุนและผู้รับการลงทุน โดยเฉพาะเมื่อมีการลงนามอนุสัญญากรุงวอชิงตัน ค.ศ. 1965 ว่าด้วยการระงับข้อพิพาทจากการลงทุนระหว่างรัฐและคนชาติของรัฐอื่น ซึ่งได้มีการจัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทจากการลงทุน (ICSID) อันเนื่องมาจากถือว่าการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศที่เป็นกลาง เป็นหลักประกันสำหรับการคุ้มครองการลงทุนที่สำคัญ⁵ ซึ่งจะช่วยเหลือถึงความไม่เป็นกลางของหน่วยงานภายในของแต่ละประเทศ

ผลจากการที่ได้มีการทำสนธิสัญญาในลักษณะนี้ ทำให้สถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลเกิดขึ้นอีกสถานะหนึ่งคือตามข้อตกลงระหว่างประเทศ เนื่องจากตามสนธิสัญญาจำพวกนี้จะต้องมีการระบุว่าคนชาติ หรือนิติบุคคลใดที่จะอยู่ในขอบเขตการบังคับใช้ของสนธิสัญญาที่สามารถได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาได้

สำหรับประเทศไทย ซึ่งถือเป็นประเทศกำลังพัฒนาก็ได้มีการทำสนธิสัญญาส่งเสริมคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก โดยสนธิสัญญานี้เป็นกลไกที่ประเทศไทยใช้ในการดึงดูดการลงทุนในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุน และใช้ในการคุ้มครองนักลงทุน

³ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, กฎหมายระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547), หน้า 399.

⁴ วิศิษฐ์ ธนากรเมธา, การคุ้มครองการลงทุนต่างชาติโดยผ่านสนธิสัญญาทวิภาคี, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2540.

⁵ จตุรนต์ ธีระวัฒน์, "การส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทย : เน้นปัญหากฎหมายในระดับระหว่างประเทศ," วารสารนิติศาสตร์ 26 (มีนาคม 2539), 142 - 167.

ในฐานะที่เป็นประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน เนื่องจากมีความชัดเจนและรายละเอียดมากกว่า หลักกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งอยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ⁶ โดยในสนธิสัญญาดังกล่าวจะมีการกำหนดนิยามไว้ว่า นิติบุคคลใดที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย และนิติบุคคลใดที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญา ซึ่งหากเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของคำนิยามที่ระบุไว้ ก็ย่อมสามารถที่จะอาศัยสิทธิตามข้อตกลงได้ สำหรับการกำหนดนิยามนิติบุคคลไทยที่ปรากฏในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันว่า นิติบุคคลไทย หรือบริษัทไทย หมายถึงนิติบุคคลหรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้น หรือได้รับการก่อตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดและจะเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม เช่น สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยและเกาหลีใต้ ได้มีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลไทยไว้ว่า “ในส่วนของที่เกี่ยวกับราชอาณาจักรไทย คือนิติบุคคลซึ่งได้จัดตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลหรือได้ตั้งขึ้นตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในราชอาณาจักรไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดหรือไม่ก็ตามและจะเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม” หรือในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนระหว่างประเทศไทยกับแคนาดา ได้กำหนดไว้ว่า นิติบุคคลไทยคือ บรรษัท หุ้นส่วน ทรัสต์ กิจการร่วมค้า องค์การ สมาคม หรือวิสาหกิจใดๆ ซึ่งก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นอย่างถูกต้อง ตามกฎหมายที่ใช้บังคับของราชอาณาจักรไทย

จากคำนิยามของนิติบุคคลไทยตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนข้างต้น ทำให้เห็นว่า การเป็นนิติบุคคลไทยใช้การพิจารณาเพียงแค่การจัดตั้งขึ้นเท่านั้น โดยหากจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยก็ถือได้ว่าเป็นนิติบุคคลไทยตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนแล้ว โดยไม่ได้พิจารณาจากทุน การถือหุ้นหรือการควบคุมใด ๆ เลย ทำให้คนต่างชาติที่มาจัดตั้งบริษัทในประเทศไทยตามกฎหมายไทยก็สามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในฐานะนิติบุคคลไทยได้แล้ว

นอกจากข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแล้วยังมีข้อตกลงระหว่างประเทศที่มีการกำหนดนิยามนิติบุคคลที่จะสามารถอาศัยสิทธิตามข้อตกลงได้ คือ ข้อตกลงด้านการค้า

โดยเมื่อมีการจัดตั้งองค์การการค้าโลก (WTO) เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2535 ได้ทำให้เกิดความตกลงที่สำคัญขึ้นหลายความตกลงภายใต้ WTO เช่น ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services : GATS) ความตกลงว่าด้วยมาตรการลงทุนที่เกี่ยวกับการค้า (Agreement on Trade-Related Investment Measures : TRIMs) ความตกลงว่า

⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 165.

ด้วยสิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights : TRIPS) เป็นต้น

ในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) ซึ่งเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่ใช้ครอบคลุมการค้าบริการ ก็ได้มีการกำหนดคำนิยามของนิติบุคคลที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลของประเทศภาคี หรือสมาชิกเอาไว้ โดยนิยามหรือหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลนี้จะเป็นสิ่งที่กำหนดว่านิติบุคคลใดจะถูกพิจารณาเป็นนิติบุคคลของประเทศภาคีในข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญานั้น ซึ่งหากนิติบุคคลนั้นมีคุณสมบัติตรงตามนิยามนิติบุคคลในข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น นิติบุคคลนั้นก็ย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสนธิสัญญานั้นได้ ซึ่งการให้คำนิยามเหล่านี้ไม่ใช่เป็นการให้คำนิยามของสัญชาติของนิติบุคคลแต่อย่างใด

นอกจากความตกลงต่าง ๆ ภายใต้ WTO แล้ว เนื่องจาก WTO มีสมาชิกอยู่เป็นจำนวนมากจึงทำให้การเจรจาต่าง ๆ มีความคืบหน้าไปไม่ได้มากเท่าที่แต่ละประเทศต้องการ ในระยะหลังแต่ละประเทศจึงหันไปทำความตกลงการค้าเสรีในระดับภูมิภาคหรือทำเป็นข้อตกลงในระดับทวิภาคีกันมากขึ้น เช่น การทำข้อตกลงการค้าเสรีต่าง ๆ (FTA) ซึ่งในข้อตกลงการค้าเสรีเหล่านี้ก็จะมีกำหนดหลักเกณฑ์ของนิติบุคคลของชาติภาคีหรือชาติสมาชิกที่จะสามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงเหล่านี้ได้

นอกจากนี้ ผลจากการที่นิติบุคคลนั้นได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับนั้น ทำให้ประเทศที่เป็นภาคีของคู่สัญญาสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลของตนได้ หากนิติบุคคลของประเทศตนได้รับความเสียหายหรือไม่ได้รับสิทธิตามข้อตกลงฉบับนั้น หรือในกรณีที่ข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นได้กำหนดกลไกในการระงับข้อพิพาทไว้ ก็ให้ใช้วิธีระงับข้อพิพาทตามที่ข้อตกลงนั้นได้กำหนดไว้

บทที่ 3

นิติบุคคลต่างด้าว ตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ของประเทศต่างๆ และกฎหมายไทย

ในการเปิดโอกาสให้ประเทศอื่น ๆ เข้ามาลงทุนในประเทศของตนนั้น ประเทศผู้รับการลงทุน (Host country) ต่างมุ่งเน้นการใช้ประโยชน์จากทุนต่างชาติทั้งในระยะสั้นและระยะยาว เพื่อเกื้อหนุนเศรษฐกิจ สร้างงานและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศ อย่างไรก็ตาม การเปิดประเทศให้คนต่างชาติ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศตน จะต้องคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ ทั้งในเรื่องความมั่นคงของประเทศ เหตุผลทางเศรษฐกิจ การคุ้มครองภาคธุรกิจที่ยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับต่างชาติ ตลอดจนการดูแลผลกระทบที่อาจมีต่อศิลปวัฒนธรรม ประเพณีของประเทศ ดังนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจะใช้กฎหมายเพื่อมาจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งในกฎหมายดังกล่าวก็จะมีข้อกำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวเพื่อให้ทราบว่านิติบุคคลใดถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าว โดยจะมีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวขึ้น

ในบทนี้จะเป็นการศึกษากฎหมายภายในของประเทศต่างๆ เพื่อที่จะได้ทราบถึงการควบคุมหรือจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศนั้น นิยามของนิติบุคคลต่างด้าว ตลอดจนหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3.1 นิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายภายในของประเทศต่างๆ

ในการศึกษาเรื่องนี้ จำเป็นที่จะต้องศึกษากฎหมายเปรียบเทียบของประเทศต่าง ๆ ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้แบ่งกลุ่มประเทศ เป็นสองกลุ่มคือ

- 1) กลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศที่มีศักยภาพการแข่งขันสูง เช่น ประเทศญี่ปุ่น ประเทศออสเตรเลีย
- 2) กลุ่มประเทศกำลังพัฒนา ซึ่งมีศักยภาพการแข่งขันในระดับที่ใกล้เคียงกับประเทศไทย เช่น ประเทศเวียดนาม ประเทศอินโดนีเซีย

โดยในการศึกษากฎหมายภายในของประเทศต่าง ๆ จะศึกษาในกรณีที่ประเทศเหล่านั้น เป็นประเทศผู้รับการลงทุน (Host country) มีการจำกัดหรือควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอย่างไร การกำหนดความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว มีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดหรือไม่ ตลอดจนสาขาธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ

3.1.1 ประเทศญี่ปุ่น

ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ (Foreign Exchange and Foreign Trade Act : FECL) เป็นกฎหมายที่กำกับดูแลควบคุมการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศญี่ปุ่น ซึ่งกฎหมายฉบับนี้เป็นกฎหมายพื้นฐานเกี่ยวกับการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ การค้าต่างประเทศ รวมทั้งการทำธุรกรรมกับต่างประเทศ ตั้งแต่ก่อนที่ญี่ปุ่นจะเข้าเป็นสมาชิกของกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ในปี ค.ศ. 1952 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมอยู่หลายครั้ง จากแต่เดิมเป็นกฎหมายที่มีความเข้มงวดและกีดกันการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะรัฐบาลญี่ปุ่นต้องการที่จะสงวนธุรกิจที่สำคัญไว้ให้คนญี่ปุ่นดำเนินการเอง แต่เมื่อปี 1992 ญี่ปุ่นประสบกับปัญหาเศรษฐกิจเข้าสู่ภาวะถดถอย ทำให้ญี่ปุ่นต้องมีการปรับเปลี่ยนนโยบายเกี่ยวกับการลงทุนต่างประเทศเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติ เพื่อมาช่วยกระตุ้นให้เศรษฐกิจของประเทศฟื้นตัวจากภาวะถดถอย

นิยามนิติบุคคลต่างด้าว

กฎหมายการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศได้มีการกำหนดนิยามของนักลงทุนต่างชาติ (foreign investor) ไว้ในมาตรา 26 (1) เพื่อใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาว่านักลงทุนต่างประเทศรายใดถือเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้

นิยาม "นักลงทุนต่างชาติ" หมายถึง

- 1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่ได้มีถิ่นพำนักอยู่ในประเทศญี่ปุ่น
- 2) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายต่างประเทศหรือนิติบุคคลหรือองค์กรอื่น ที่มีสำนักงานใหญ่ในต่างประเทศ
- 3) บริษัทที่มีบุคคลตาม 1) หรือ 2) ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตั้งแต่ 50 % ของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท
- 4) นิติบุคคลหรือองค์กรอื่นใดที่มีบุคคลตาม 1) เป็นกรรมการบริษัท หรือเทียบเท่ากรรมการบริษัท หรือตัวแทนรับมอบอำนาจของกรรมการบริษัท เกินกึ่งหนึ่งของจำนวนรวมทั้งหมด

นอกจากการกำหนดคำนิยามของคำว่า "นักลงทุนต่างชาติ" แล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดนิยามของ "การลงทุนทางตรงในญี่ปุ่น (inward direct investment)" ไว้ด้วย ทำให้การที่จะพิจารณาว่านักลงทุนรายใดเป็นคนต่างด้าวที่ถือว่าเข้ามาลงทุนในประเทศญี่ปุ่น ที่

จะตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศ จะต้องพิจารณาจากทั้ง 2 เงื่อนไข (นักลงทุนต่างประเทศ และ เข้ามาลงทุนในประเทศญี่ปุ่น)

โดยมาตรา 26 (2) ของกฎหมาย FECL ได้กำหนดนิยามคำว่า “การลงทุนทางตรง (inward direct investment)” ให้หมายถึงการกระทำใดๆ ที่เข้าข้อใดข้อหนึ่งดังต่อไปนี้

(ก) การได้มาซึ่งหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัท (ไม่รวมถึงการได้มาโดยผ่านการโอนจากข้อใดข้อหนึ่งในวรรคแรก และการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ตามมาตรา 2 วรรค 16 ของกฎหมายหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือหุ้นซึ่งกำหนดไว้เป็นพิเศษโดยกฎกระทรวง ซึ่งหมายถึง บริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ในข้อ (ข) และข้อ (ค) ข้างล่าง)

(ข) การโอนซึ่งหุ้นหรือหลักทรัพย์ของบริษัทซึ่งไม่ได้เป็นบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น ซึ่งถือโดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งก่อนที่บุคคลนั้น จะมีสถานะเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น (ให้หมายความถึงเฉพาะกรณีที่มีการโอนหุ้นโดยปัจเจกบุคคลซึ่งเป็นผู้ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่นไปยังบุคคลใดบุคคลหนึ่งในข้อ (ก) – ข้อ (ง) ในวรรคแรก)

(ค) การได้มาซึ่งหุ้นของบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ (ให้หมายความถึงเฉพาะกรณีที่สัดส่วนของจำนวนหุ้นของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ที่ได้มากับจำนวนหุ้นทั้งหมดที่บริษัทดังกล่าวได้ออกมา หรือเทียบกับจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัทดังกล่าว ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ถือโดยบุคคลซึ่งกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้น ภายหลังการได้มาและ จำนวนหุ้นที่ถือโดยบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์นั้น ซึ่งถือโดยปัจเจกบุคคลที่ไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่น บริษัทหรือ องค์กรอื่น ๆ ให้หมายถึง เฉพาะปัจเจกบุคคล บริษัท องค์กรอื่น ๆ ในข้อ (ก)- ข้อ (ง) ในวรรคแรกเท่านั้น) ซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวงว่า มีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจที่ถาวร เป็นญาติหรือความสัมพันธ์ในลักษณะพิเศษอื่นๆ กับบุคคลผู้กระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งหุ้นที่บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ได้ออกมาแล้วทั้งหมด ทั้งนี้สัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าว จะต้องไม่ต่ำกว่า 10% ซึ่งเป็นสัดส่วนที่ได้กำหนดไว้โดยกฎกระทรวง

(ง) ความยินยอมที่ให้เพื่อเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งมีลักษณะเป็นการเปลี่ยนแปลงที่มีนัยสำคัญ (สำหรับบริษัทนี้จัดตั้งขึ้นมาประกอบธุรกิจ ความยินยอมข้างต้นให้หมายถึงเฉพาะความยินยอมโดยบุคคลที่มีสิทธิออกเสียงหนึ่งในสามหรือมากกว่าของสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทนั้น)

(จ) การจัดตั้งสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ของสำนักงานสาขาในประเทศญี่ปุ่น อย่างมีนัยสำคัญ (เฉพาะกรณีการจัดตั้งสำนักงานสาขา หรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ตามกฎหมายกระทรวงเท่านั้น และเป็นการจัดตั้งสำนักงานสาขาหรือการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ซึ่งดำเนินการโดยบุคคลในข้อ (ก) หรือข้อ (ข) ในวรรคแรกเท่านั้น)

(ฉ) การให้นิติบุคคลอื่นกู้ยืมเงินเป็นจำนวนเกินกว่าที่กฎกระทรวงกำหนดไว้ โดยนิติบุคคลดังกล่าวมีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศญี่ปุ่น (ไม่รวมถึงกรณีที่เป็นการให้กู้ยืมเงิน โดยบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งประกอบธุรกิจธนาคารพาณิชย์ หรือธุรกิจด้านการเงินอื่น ๆ ที่กฎกระทรวงกำหนดโดยการให้กู้ยืมเงินนั้น เป็นการให้กู้ยืมเงินที่มีความสม่ำเสมอและการให้กู้ยืมเงินในสกุลเงินโดยบุคคลในข้อ (ค) และข้อ (ง) ในวรรคแรก) และมีระยะเวลาที่ให้กู้ยืมเกินกว่าหนึ่งปี

(ช) การกระทำอื่น ๆ ที่กำหนดไว้ตามกฎกระทรวง ซึ่งเทียบเท่าการกระทำที่กล่าวมาในข้อ (ก) - (ฉ) ข้างต้น

ธุรกิจที่ต้องห้าม

กฎหมายการแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศและการค้าต่างประเทศจะมีข้อจำกัดในบางธุรกิจ โดยนักลงทุนต่างชาติที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจจะต้องยื่นคำขอ ก่อนที่จะเข้ามาลงทุนโดยตรงต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีของกระทรวงอื่น ๆ ที่มีหน้าที่กำกับดูแลอุตสาหกรรมนั้น ๆ * โดยอุตสาหกรรมหรือประเภทธุรกิจที่ต้องแจ้งก่อนจะเป็น อุตสาหกรรมหรือประเภทของธุรกิจที่เกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ (national security) ความสงบเรียบร้อยของสังคม (Public order) หรือความปลอดภัยของสาธารณะ (Public safety) หรือ อาจมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่น โดยอุตสาหกรรมที่ต้องแจ้งล่วงหน้า ตามที่กล่าว ได้แก่ อุตสาหกรรมเครื่องบินและชิ้นส่วนเครื่องบิน (aircraft and aircraft parts) อุตสาหกรรมระเบิดและกระสุน (explosive and munitions) อุตสาหกรรมพลังงานอะตอม (atomic power) อุตสาหกรรมเกี่ยวกับการพัฒนาด้านอวกาศ (space development) และ อุตสาหกรรมเกี่ยวกับโทรคมนาคมบางประเภท นอกจากนั้นแล้ว เนื่องจากประเทศญี่ปุ่นเป็น สมาชิกของกลุ่มประเทศ OECD และได้ตั้งข้อสงวนที่จะไม่เปิดให้มีการเคลื่อนย้ายเงินทุนเข้ามาใน อุตสาหกรรมบางประเภท ดังนี้ได้แก่ เกษตรกรรม (agriculture) ป่าไม้ (forestry) และประมง (fisheries) เหมืองแร่ (mining) น้ำมัน (oil) อุตสาหกรรมหนังสัตว์ และ อุตสาหกรรมผลิต ผลิตภัณฑ์จากหนังสัตว์ (leather and leather manufacturing) และการขนส่งทางทะเล (maritime transport) โดยอุตสาหกรรมดังกล่าวจะถูกสงวนไว้เพื่อเหตุผลทางเศรษฐกิจเป็นหลัก แต่มีบาง อุตสาหกรรมที่ถูกสงวน เพราะเหตุผลทางด้านความมั่นคงของประเทศด้วย ** นอกจากนี้มาตรา 70 (1) กำหนดไว้ว่าการไม่แจ้งอาจได้รับโทษทั้งโทษปรับและโทษจำคุกตามบทบัญญัติของกฎหมาย FECL

* มาตรา 27 (1) และ (3) ของกฎหมาย FECL

** Foreign Investment Report

นอกจากกฎหมาย FECL และกฎกระทรวงว่าด้วยการเข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ซึ่งเป็นกฎหมายกลางแล้ว ในธุรกิจที่ต้องห้าม ประเทศญี่ปุ่นยังมีกฎหมายเฉพาะ (specific law) ที่กำหนดประเภทของธุรกิจที่อนุญาตให้เฉพาะคนญี่ปุ่นหรือนิติบุคคลญี่ปุ่นเท่านั้นที่จะประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ ทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวในประเทศญี่ปุ่นได้ ดังนี้ การทำเหมืองแร่ โดยกฎหมายการทำเหมืองแร่ของญี่ปุ่นจะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากคนญี่ปุ่นหรือนิติบุคคลญี่ปุ่นเป็นเจ้าของสิทธิในการทำเหมืองแร่ (มาตรา 17) ธุรกิจโทรคมนาคมซึ่งมีกฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทยมากำกับดูแล กิจการวิทยุและการกระจายเสียง อยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับวิทยุและการแพร่ภาพทางอากาศ การขนส่งทางทะเล ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเล การขนส่งทางอากาศ ซึ่งจะอยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางอากาศ

เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่านอกจากกฎหมาย FECL ประเทศญี่ปุ่นจะมีกฎหมายเฉพาะมาควบคุมการประกอบธุรกิจบางประเภทของคนต่างด้าว ซึ่งกฎหมายเหล่านี้ยังได้กำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดเอาไว้ด้วย

ธุรกิจการทำเหมืองแร่

แม้ว่าการทำเหมืองแร่ของญี่ปุ่นจะห้ามไม่ให้บุคคลอื่นนอกจากคนญี่ปุ่นหรือนิติบุคคลญี่ปุ่นทำเหมืองหรือได้มาซึ่งแร่ธาตุจากการทำเหมืองก็ตาม แต่กฎหมายการทำเหมืองแร่ดังกล่าวก็มีการเปิดช่องให้นักลงทุนต่างชาติสามารถประกอบธุรกิจการทำเหมืองแร่ได้ใน 2 กรณีคือ

- ในกรณีประเทศญี่ปุ่นมีสนธิสัญญากับรัฐต่างประเทศ และมีบทบัญญัติในสนธิสัญญาอนุญาตให้คนชาติของรัฐภาคีประกอบธุรกิจการทำเหมืองแร่ในประเทศญี่ปุ่นได้ (มาตรา 83 ของกฎหมายการทำเหมืองแร่)
- ในกรณีที่ชาวต่างชาติ และนิติบุคคลต่างด้าวเข้ามาจัดตั้งบริษัทขึ้นตามกฎหมายญี่ปุ่น

ธุรกิจโทรคมนาคม

ธุรกิจโทรคมนาคมเป็นธุรกิจที่มีมูลค่าทางธุรกิจสูงมาก และถือเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ โดยกฎหมายว่าด้วยบริษัทโทรเลขโทรศัพท์แห่งประเทศไทย มาตรา 6 จะจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวในบริษัท Nippon Telegraph and Telephone (NTT) ไว้ว่า สัดส่วนของสิทธิออกเสียงทั้งหมด (ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม) ของคนต่างชาติในบริษัท NTT จะต้องน้อยกว่าหนึ่งในสาม นอกจากนี้ยังได้มีการจำกัดอำนาจบริหารของคนต่างด้าว

โดย มาตรา 10 ของกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดว่าบุคคลที่ไม่มีสัญชาติญี่ปุ่น จะเป็นกรรมการหรือผู้ตรวจสอบบัญชีของบริษัท NTT ไม่ได้

กิจการวิทยุและการกระจายเสียง

กฎหมายเกี่ยวกับวิทยุและการแพร่ภาพทางอากาศ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการควบคุมนักลงทุนต่างชาติไม่ให้เข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในการกิจการวิทยุและการกระจายเสียงดังนี้ ***

โดยคนต่างชาติ (foreigners) หรือองค์กรธุรกิจที่ถูกควบคุมโดยต่างชาติ (foreign-controlled enterprises) ซึ่งได้แก่องค์กรธุรกิจซึ่งมีกรรมการบริหารคนใดคนหนึ่งเป็นคนต่างชาติ หรือหนึ่งในห้าหรือเกินหนึ่งในห้าขึ้นไปของสิทธิออกเสียงเป็นของคนต่างชาติ ซึ่งทั้ง 2 กรณีที่กล่าวมา กฎหมายเกี่ยวกับวิทยุและการกระจายเสียงมีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการออกใบอนุญาตสำหรับตั้งสถานีเพื่อกระจายเสียงทางวิทยุ หรือแพร่ภาพทางโทรทัศน์แก่คนต่างชาติ หรือองค์กรธุรกิจที่ถูกควบคุมโดยต่างชาติดังกล่าว นอกจากนั้นแล้ว ยังมีบทบัญญัติห้ามมิให้มีการอนุญาต (approval) ให้คนต่างชาติหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกควบคุมโดยต่างชาติเป็นผู้กระจายเสียงและแพร่ภาพที่จัดทำและขายโปรแกรมวิทยุและโปรแกรมโทรทัศน์ให้กับบุคคลอื่น (programme – supplying broadcasters) ด้วย

คนต่างชาติหรือองค์กรธุรกิจที่ถูกควบคุมโดยต่างชาติ (foreign-controlled enterprises) ซึ่งในกรณีนี้ คือองค์กรธุรกิจที่มีคนต่างชาติออกหน้าทำการแทนบริษัท (represented by a foreigner) หรือกรรมการบริหาร (officers) ขององค์กรธุรกิจดังกล่าวมีจำนวนหนึ่งในสาม หรือเกินกว่าหนึ่งในสามเป็นคนต่างชาติ หรือหนึ่งในสามหรือเกินกว่าหนึ่งในสามขึ้นไปของหุ้นออกเสียงได้ทั้งหมดเป็นของคนต่างชาติ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ห้ามมิให้ออกอนุญาต (approval) ให้คนต่างชาติ หรือองค์กรธุรกิจดังกล่าวเป็นผู้กระจายเสียงและแพร่ภาพที่ขายเครื่องมืออุปกรณ์แก่บุคคลอื่น (facilities-supplying broadcasters)

การขนส่งทางทะเล

กฎหมายเกี่ยวกับการขนส่งทางทะเลได้กำหนดว่าการจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการขนส่งผู้โดยสารและสินค้าระหว่างประเทศทางทะเลโดยใช้กองเรือที่ติดธงชาติของประเทศญี่ปุ่นจะทำได้ เว้นเสียแต่จะเข้ามาจัดตั้งบริษัทในประเทศญี่ปุ่น และจำนวนกรรมการบริหารที่เป็นชาวต่างชาติต้องน้อยกว่าหนึ่งในสาม ของจำนวนกรรมการบริหารทั้งหมดของบริษัท

ธุรกิจการขนส่งทางอากาศ

กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางอากาศ ได้กำหนดว่า องค์การธุรกิจที่จะขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจสายการบิน (Licenses to operate airlines) ต้องมีคุณสมบัติดังนี้

- 1) จำนวนคนต่างชาติที่มีสิทธิออกเสียงในองค์การธุรกิจนั้นรวมกันแล้วมีจำนวนน้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมดและ
- 2) ประธานกรรมการบริหาร (Chief Executive Officers: CEOs) ต้องไม่เป็นคนต่างชาติ และ
- 3) จำนวนคนต่างชาติในคณะกรรมการบริหารขององค์การธุรกิจนั้นต้องมีจำนวนน้อยกว่าหนึ่งในสามของจำนวนกรรมการบริหารทั้งหมดของบริษัท

วิธีการติดตามเพื่อกำกับดูแลทุนต่างชาติที่เข้าไปลงทุนในประเทศญี่ปุ่น

ขั้นตอนการกำกับดูแลและควบคุมทุนต่างชาติตั้งแต่ก่อนเข้ามาและภายหลังที่ได้เข้ามาในประเทศญี่ปุ่นแล้ว สามารถแบ่งเป็นขั้นตอนใหญ่ ๆ ได้ดังนี้

- (1) หน้าที่รายงานการลงทุนต่อทางการ (Notification of Inward Direct Investment)

ในกรณีทั่วไป เมื่อนักลงทุนต่างชาติได้เข้ามาลงทุนทางตรงและอื่นๆ ในประเทศญี่ปุ่น ตามคำนิยามในมาตรา 26 ของกฎหมาย FECL และกฎกระทรวงที่ออกมาบังคับใช้ตามมาตรา 26 แล้ว มาตรา 27 ของกฎหมาย FECL ได้กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติที่ได้เข้ามาลงทุนทางตรง ในประเทศญี่ปุ่น ต้องยื่นรายงานเกี่ยวกับรายละเอียดการลงทุนดังกล่าวหลังจาก (ex post facto หรือ after the fact) ที่ได้มีการทำธุรกรรมลงทุนดังกล่าว ไม่เกิน 15 วันต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและรัฐมนตรีกระทรวงที่กำกับดูแลอุตสาหกรรมหรือธุรกิจที่นักลงทุนต่างชาตินั้นได้ลงทุน โดยการยื่นรายงานการลงทุน (notification of inward direct investment) ให้ยื่นต่อธนาคารแห่งประเทศไทย (Bank of Japan)

วัตถุประสงค์ของการที่กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการยื่นรายงานการลงทุนนั้น ก็เพื่อเป็นการเก็บข้อมูลในการจัดทำสถิติ และเพื่อไว้ในกรณีที่มิใช่สถานการณ์ฉุกเฉิน เช่น เมื่อมีวิกฤตเศรษฐกิจหรือสงคราม

แต่มีในบางกรณีที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งนักลงทุนต่างชาติต้องยื่นรายงานเพื่อเสนอให้ทางการพิจารณาก่อน (prior notification) สำหรับเงื่อนไขที่จะเข้ากรณียกเว้น (ซึ่งเป็นการกรณีที่เกิดขึ้นในความเป็นจริงน้อยมาก) ตามมาตรา 27(2) ได้แก่ (1) เป็นนักลงทุนจากประเทศที่

ไม่ปรากฏอยู่ในประกาศสาธารณะ (public notice) **** และเป็นประเทศที่ประเทศญี่ปุ่นไม่ได้รับการปฏิบัติที่ดีตอบแทน และ (2) เป็นอุตสาหกรรมหรือธุรกิจที่ไม่ปรากฏอยู่ในประกาศสาธารณะ (public notice) โดยประกาศสาธารณะจะไม่มีรายชื่ออุตสาหกรรมที่เกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ อุตสาหกรรมหรือธุรกิจเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน อุตสาหกรรมหรือธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัยของสาธารณะ และอุตสาหกรรมที่ประเทศญี่ปุ่นได้ตั้งข้อสงวนไว้ตาม OECD Code of Liberalization of Capital Movements

นอกจากนี้มาตรา 27 ของกฎหมาย FECL ยังให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง และรัฐมนตรีของกระทรวงอื่น ๆ ที่มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลอุตสาหกรรมนั้น ๆ ในการพิจารณากำหนดหน้าที่ให้นักลงทุนต่างประเทศต้องแจ้งยื่นคำขอก่อนที่จะเข้ามาลงทุน ประกอบธุรกิจ โดยเกณฑ์ที่มาตรา 27 ของกฎหมาย FECL กำหนดให้ รัฐมนตรีใช้พิจารณา ได้แก่ (1) การลงทุนดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือ กระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม หรือ ความปลอดภัยของสาธารณะ หรือ (2) จะมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศญี่ปุ่นหรือไม่ อุตสาหกรรมที่ต้องแจ้งล่วงหน้า ได้แก่ อุตสาหกรรมเครื่องบินและชิ้นส่วนเครื่องบิน อุตสาหกรรมวัตถุระเบิดและกระสุน อุตสาหกรรมเกี่ยวกับพลังงานอะตอม อุตสาหกรรมเกี่ยวกับอวกาศ และอุตสาหกรรมบางประเภทเกี่ยวกับโทรคมนาคม ส่วนภาคธุรกิจที่ประเทศญี่ปุ่นสงวนไว้ใน OECD Code of Liberalization of Capital Movements ได้แก่ เกษตรกรรม ป่าไม้และประมง เหมือนแร่ น้ำมัน หนังสัตว์ และการผลิตผลิตภัณฑ์จากหนังสัตว์ การขนส่งทางอากาศ และการขนส่งทางทะเล ซึ่งกฎหมายดังกล่าว มาตรา 27(10) ยังได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรี ในการที่จะแนะนำให้นักลงทุนต่างประเทศเปลี่ยนแปลงรูปแบบการลงทุน หรือรูปแบบการประกอบธุรกิจตามที่เห็นสมควรก็ได้ *

โดยรัฐมนตรีจะต้องพิจารณาเรื่องแบบการที่จะลงทุนประกอบธุรกิจที่ยื่นเข้ามาให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน แต่กำหนดเวลานี้สามารถขยายได้อีกเป็นเวลาไม่เกิน 4 เดือน นับแต่วันที่ได้รับการแจ้ง ซึ่งถ้าเห็นว่ามีควมจำเป็นต้องตรวจสอบว่าการลงทุนนี้เข้าข่ายได้รับสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาหรือไม่ หรือมีผลเสียหายต่อความสงบเรียบร้อยของประเทศ ความปลอดภัยของสาธารณะ หรือเกี่ยวพันกับความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อเศรษฐกิจของประเทศ

ประกาศสาธารณะ (kokuji, public notice) ออกโดยอาศัยอำนาจของกฎกระทรวง (Cabinet Order) เป็นอนุบัญญัติระดับต่ำสุด แต่ต้องลงพิมพ์ในจดหมายข่าวของกระทรวง METI ด้วย

อย่างไรก็ตาม กฎหมาย FECL ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้เพื่อตัดสินว่า การลงทุนทางตรงจากต่างชาติในลักษณะเช่นไรจึงจะถือว่า คุณค่าต่อความมั่นคงของประเทศ หรือความมั่นคงของเศรษฐกิจ กระบวนการตรวจทานของรัฐมนตรีจึงดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของแต่ละกรณี (case-by-case basis) แบบฟอร์มที่ให้นักลงทุนกรอกจะมีคำถามสำคัญคือ จำนวนหุ้นที่นักลงทุนต่างชาติจะถือ นั้นคิดเป็นกี่เปอร์เซ็นต์ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท แผนการดำเนินธุรกิจของบริษัทที่จะจัดตั้ง และเหตุผลของการเข้าถือหุ้น นอกจากนี้แล้ว ทางกรของประเทศญี่ปุ่นมีความห่วงใยเรื่องการถูกควบคุมโดยต่างชาติ (foreign control) เช่น จำนวนคนต่างชาติที่เป็นกรรมการบริหารของบริษัท และชื่อเสียงของบริษัทด้วยว่ามีชื่อเสียงเป็นอย่างไรบ้าง จึงมีการนำปัจจัยดังกล่าวมาพิจารณาประกอบในกระบวนการตรวจทานด้วย

ทั้งนี้การฝ่าฝืนไม่แจ้งล่วงหน้า มีโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 1,000,000 เยน

นอกจากนี้ มาตรา 56 และ 57 ของกฎหมาย FECL ยังได้มีการกำหนดไว้ว่าหากนักลงทุนต่างประเทศไม่พอใจการพิจารณาของรัฐมนตรีข้างต้น นักลงทุนสามารถอุทธรณ์คำพิจารณาของรัฐมนตรีได้ โดยกฎหมาย FECL จะเปิดให้มีการรับฟังความเห็นของสาธารณะ (public hearing) เพื่อให้ให้นักลงทุนมีโอกาสได้แย้งคำพิจารณาของรัฐมนตรีทั้งสอง หลังจากกระบวนการรับฟังความเห็นของสาธารณะแล้ว นักลงทุนยังมีสิทธิอุทธรณ์คำพิจารณาไปยังศาลยุติธรรมเพื่อขอให้ศาลยกคำพิจารณาเสียก็ได้

(2) หน้าที่จัดทำรายงานประจำปีต่อทางการภายหลังเข้ามาลงทุนแล้ว

ภายหลังจากที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่นแล้ว อำนาจหน้าที่ในการติดตามกำกับดูแลทุนต่างชาติจะตกมาอยู่กับกฎหมายป้องกันการผูกขาด (JAA) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการบังคับใช้โดยคณะกรรมการแข่งขันทางการค้าแห่งประเทศไทย (Japanese Fair Trade Commission : JFTC)

โดยมาตรา 9 (5) ของกฎหมาย JAA ได้กำหนดให้บริษัททุกบริษัทในประเทศญี่ปุ่น (รวมถึงบริษัทต่างชาติด้วยตามมาตรา 9 (2)) ต้องยื่นรายงานประจำปีต่อคณะกรรมการ JFTC ภายใน 3 เดือนหลังวันสิ้นปีธุรกิจ โดยบทบัญญัติของมาตรา 9 (5) ที่เกี่ยวข้องมีดังนี้

(5) Any company....., shall submit in accordance with the Rules of the Fair Trade Commission, a report on the business of the said company and its subsidiaries to the Fair Trade Commission within three months from the end of each business year : Provided, that this shall not apply if the said company is a subsidiary of another company.

โดยระเบียบของคณะกรรมการ JFTC ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องกรอกข้อมูลในรายงานประจำปีว่า ผู้ถือหุ้นต่างชาติในบริษัทญี่ปุ่น (Foreign corporate shareholders of Japanese corporations) ถือหุ้นโดยตรงเป็นจำนวนเท่าใด และถือหุ้นโดยผ่านบริษัทในเครือ (through affiliates) เท่าใด

(3) หน้าที่เกี่ยวกับการถือหุ้นในบริษัทบางประเภทตามกฎหมาย JAA

กฎหมาย JAA ได้กำหนดให้บริษัทญี่ปุ่นและบริษัทต่างชาติที่ประกอบธุรกิจในประเทศญี่ปุ่น มีหน้าที่ที่เกี่ยวกับการถือหุ้นของบริษัทอื่น ๆ ดังนี้

หน้าที่เกี่ยวกับการถือหุ้นที่จะต้องไม่ก่อให้เกิดการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไป (excessive concentration of economic power) ตามมาตรา 9 โดยบทบัญญัติของมาตรา 9 (1) ห้ามมิให้บริษัทใดทำการให้บริษัทตนมีการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจมากเกินไปโดยการถือหุ้นของบริษัทอื่น และมาตรา 9 (2) ได้ห้ามบริษัทต่างชาติ (a foreign company) ที่จะทำการรวบอำนาจทางเศรษฐกิจโดยการซื้อหุ้น (acquiring) เพื่อถือหุ้น (holding) หุ้นของบริษัทอื่น และมาตรา 9 (5) กำหนดให้เป็นหน้าที่ของบริษัททุกบริษัทรวมถึงบริษัทต่างชาติที่จะต้องจัดทำและส่งรายงานประจำปี (annual report) แสดงรายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน การถือหุ้น ฯลฯ ตามระเบียบของคณะกรรมการ JFTC แก่คณะกรรมการ JFTC ทุกปีด้วย ตามที่ได้อธิบายมาแล้วข้างต้น

หน้าที่เกี่ยวกับการถือหุ้นในบริษัทที่อยู่ในธุรกิจบางประเภท โดยบทบัญญัติของมาตรา 11 ของกฎหมาย JAA กำหนดว่าสถาบันการเงินของญี่ปุ่นและสถาบันการเงินของต่างชาติ (เช่น ธนาคารพาณิชย์ บริษัทเงินทุน และบริษัทหลักทรัพย์) จะถือหุ้นของบริษัทอื่นเกิน 5% ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นทั้งหมด (the total voting right of all stockholders) ไม่ได้ ส่วนในกรณีของบริษัทประกันภัยของญี่ปุ่นและบริษัทประกันภัยของต่างชาติจะถือหุ้นของบริษัทอื่นเกิน 10% ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นทั้งหมดไม่ได้

(4) การตกอยู่ใต้บังคับของกฎหมายป้องกันการผูกขาด

บทบัญญัติของมาตรา 65 ของกฎหมาย FECL บัญญัติว่าบทบัญญัติของกฎหมาย FECL ไม่มีผลเป็นการกำจัด เปลี่ยนแปลง หรือมีอิทธิพลใด ๆ ต่อกฎหมาย JAA หรืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย JAA ของคณะกรรมการ JFTC เลย ซึ่งเป็นการเชื่อมโยงกฎหมายสองฉบับให้รับอำนาจหน้าที่ประสานกันในการควบคุมและกำกับดูแลการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างชาติหรือบริษัทต่างชาติอย่างดี

จากบทบัญญัติดังกล่าว ทำให้บริษัทต่างชาติที่อยู่ในประเทศญี่ปุ่นไม่สามารถอ้างการคุ้มครองตามกฎหมาย FECL จากการบังคับใช้กฎหมาย JAA ดังนั้น บริษัทต่างชาติในประเทศญี่ปุ่นจึงต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย JAA

3.1.2 ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียมีพระราชบัญญัติการควบรวมและการครอบงำกิจการโดยชาวต่างประเทศ 1975 (The Foreign Acquisition and Takeover Act 1975) โดยวัตถุประสงค์และหลักการเพื่อควบคุมเกี่ยวกับการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือกิจการ หรือการครอบงำกิจการ การได้มาหรือครอบครองที่ดินในออสเตรเลีย โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลใช้บังคับกับบุคคลธรรมดาทุกคนไม่ว่าจะเป็นพลเมืองของออสเตรเลียหรือมีสัญชาติออสเตรเลียหรือไม่ก็ตาม รวมถึงกิจการทั้งปวงไม่ว่ากิจการดังกล่าวจะจดทะเบียนในออสเตรเลียหรือไม่ก็ตาม *****

นิยามนิติบุคคลต่างด้าว

พระราชบัญญัติการควบรวมและการครอบงำกิจการโดยชาวต่างประเทศ 1975 ได้มีการกำหนดคำนิยามของ “คนต่างด้าว” (Foreign person) เอาไว้ในมาตรา 5 เพื่อใช้เป็นเกณฑ์พิจารณาว่านักลงทุนต่างประเทศรายใดที่ถือเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้

นิยาม "คนต่างด้าว" (Foreign person)

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย
- (2) กิจการที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียหรือบริษัทต่างชาติถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงควบคุมตั้งแต่ 15 เปอร์เซ็นต์ของจำนวนหุ้นหรือจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด
- (3) กิจการที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หรือมีบริษัทต่างชาติถือหุ้นหรือสิทธิออกเสียงควบคุมรวมกันตั้งแต่ 40 เปอร์เซ็นต์ของหุ้นของจำนวนหุ้นหรือจำนวนสิทธิออกเสียงทั้งหมด
- (4) ทรัพย์สินของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีบุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่พลเมืองออสเตรเลียหรือบริษัทต่างชาติเป็นเจ้าของในผลประโยชน์อย่างน้อย 15 เปอร์เซ็นต์ ของรายได้่อสังหาริมทรัพย์
- (5) ทรัพย์สินของอสังหาริมทรัพย์ ที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป หรือบริษัทต่างชาติเป็นเจ้าของในผลประโยชน์อย่างน้อย 40 เปอร์เซ็นต์ ของรายได้่อสังหาริมทรัพย์

ดังนั้นจากนิยามข้างต้น คนต่างด้าวในกฎหมายฉบับนี้จะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวจากสัดส่วนการถือหุ้น สิทธิในการออกเสียง (voting power) หรือสิทธิของผู้ถือหุ้นในการเป็นฝ่ายบริหารหรือองค์กรควบคุมบริษัทหรือกำหนดนโยบายของบริษัท

มาตรา 17 ของ The Foreign Acquisition and Takeover Act 1975

ธุรกิจที่ควบคุม

พระราชบัญญัติการควบคุมและการครอบงำกิจการโดยชาวต่างประเทศ 1975 ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ต้องการทำธุรกรรมดังต่อไปนี้ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ซึ่งต้องทำการแจ้งข้อเสนอการลงทุนต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังก่อน

(1) การได้มาซึ่งหุ้นในสัดส่วนที่มีนัยสำคัญ ในบริษัทออสเตรเลีย ตั้งแต่ร้อยละ 15 ขึ้นไป หรือการถือหุ้นร่วมกันของคนต่างด้าวตั้งแต่ร้อยละ 40 ขึ้นไป (มาตรา 26)

(2) การที่คนต่างด้าวต้องการได้รับผลประโยชน์ในที่ดินเขตเมือง (Urban Land) รวมทั้งผลประโยชน์ที่เกิดจากการให้สินเชื่อการแบ่งเงินปันผลกำไรและการถือหุ้นในบริษัทหรือกองทุนที่ร่วมบริหารที่ดินในเขตเมือง ในกรณีนี้

(ก) การได้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ได้ใช้อยู่อาศัยที่ตั้งอยู่ในบัญชี Heritage Listing และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญออสเตรเลีย

(ข) การได้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ได้ใช้อยู่อาศัย และมีมูลค่าตั้งแต่ 50 ล้านเหรียญออสเตรเลีย

(ค) การได้ประโยชน์จากสิ่งอำนวยความสะดวกเพื่อการอยู่อาศัย

(ง) การได้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ยังไม่ได้ใช้ประโยชน์ในเขตเมือง

(จ) การได้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัย

(3) การซื้อกิจการหรือสินทรัพย์ของธุรกิจออสเตรเลียที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศ

(4) การได้มาซึ่งทรัพย์สินในธุรกิจในประเทศออสเตรเลีย โดยมีมูลค่าทรัพย์สินมากกว่า 50 ล้านเหรียญออสเตรเลีย (มาตรา 25)

(5) การที่นักลงทุนต่างชาติจัดตั้งธุรกิจใหม่ซึ่งมีมูลค่าการลงทุนตั้งแต่ 10 ล้านเหรียญออสเตรเลีย

โดยการเข้าถือหุ้นในกิจการออสเตรเลียในสัดส่วนที่มีนัยสำคัญ และการลงทุนในที่ดินเขตเมืองถือเป็นธุรกรรมสำคัญที่นักลงทุนต่างชาติต้องทำการแจ้งข้อเสนอการลงทุนก่อน จึงจะดำเนินการดังกล่าวได้ หากนักลงทุนต่างด้าวไม่ทำตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้จะมีทั้งโทษปรับและโทษจำคุก

นอกจากข้อกำหนดในการจัดตั้งธุรกิจที่ออสเตรเลียกำหนดไว้เป็นการทั่วไปแล้ว การลงทุนในธุรกิจบางประเภทซึ่งเป็นธุรกิจอ่อนไหว (Sensitive Sectors) จะต้องมีการขออนุญาตก่อน รวมทั้งต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือข้อบังคับอื่นๆ ได้แก่ ธุรกิจธนาคาร การบินภายในประเทศ การบินระหว่างประเทศ ท่าอากาศยาน สื่อ หนังสือพิมพ์ บริการกระจายเสียง และธุรกิจโทรคมนาคม

เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด

สำหรับในสาขาธุรกิจต่าง ๆ ซึ่งเป็นธุรกิจที่อ่อนไหว (Sensitive Sectors) นั้น ประเทศออสเตรเลียได้มีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดในสาขาธุรกิจเหล่านี้ไว้ ดังต่อไปนี้

ธุรกิจธนาคาร

การลงทุนของคนต่างด้าวในธุรกิจธนาคารต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยธนาคาร (Banking Act 1959) กฎหมายว่าด้วยการถือหุ้นในภาคการเงิน (Financial Sector Shareholding Act 1998) และนโยบายการธนาคาร รวมทั้งข้อกำหนดด้านการคุ้มครองผู้ใช้บริการธนาคาร (Prudential Requirements) โดยรัฐบาลจะพิจารณาการควบรวมและการครอบงำกิจการธนาคารของนักลงทุนต่างชาติเป็นกรณีไป

ธุรกิจการบินภายในประเทศ

ตามนโยบายการลงทุนต่างประเทศ นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 ในธุรกิจการบินภายในประเทศออสเตรเลีย แต่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลก่อน

ธุรกิจการบินระหว่างประเทศ

ตามนโยบายการลงทุนต่างประเทศ กำหนดให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในสายการบินระหว่างประเทศของออสเตรเลียจะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลเป็นรายๆ ไป รวมทั้งปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการเดินอากาศ (Air Navigation Act 1920) ซึ่งกำหนดให้ต่างชาติถือหุ้นในสายการบินระหว่างประเทศได้ไม่เกินร้อยละ 49 และตามกฎหมายว่าด้วยการขายแควนตัส (Qantas Sale Act 1992) ซึ่งกำหนดให้ต่างชาติถือหุ้นรวมกันได้ไม่เกินร้อยละ 49 และห้ามต่างชาติรายใดรายหนึ่งถือหุ้นเกินร้อยละ 25 และห้ามสายการบินต่างชาติถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละ 35

ธุรกิจท่าอากาศยาน

การลงทุนของต่างชาติในท่าอากาศยานออสเตรเลียต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลเป็นราย ๆ ไป และต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยท่าอากาศยาน (Airports Act 1996) ซึ่งห้ามนักลงทุนต่างชาติถือหุ้นในท่าอากาศยานแต่ละแห่งของรัฐบาลกลางเกินร้อยละ 49

ธุรกิจสื่อ

การลงทุนในธุรกิจสื่อ (Media) ที่มีผลประโยชน์ต่างชาติต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐบาล

ธุรกิจหนังสือพิมพ์

ออสเตรเลียห้ามนักลงทุนต่างชาติลงทุนในหนังสือพิมพ์ทั้งในระดับชาติ ระดับมหานคร ระดับจังหวัด และระดับตำบล โดยในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาถือหุ้นในธุรกิจหนังสือพิมพ์ที่มีอยู่แล้วหรือจัดตั้งหนังสือพิมพ์ใหม่จะต้องขออนุญาตและพิจารณาเป็นรายๆ ไป

ธุรกิจบริการกระจายเสียง

หากนักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนในธุรกิจบริการกระจายเสียงที่มีอยู่แล้วหรือจัดตั้งธุรกิจบริการกระจายเสียงใหม่ในออสเตรเลียจะต้องได้รับการพิจารณาเป็นราย ๆ ไป โดยอาศัยกรอบการพิจารณาตามนโยบายการลงทุนต่างประเทศ และกฎหมายว่าด้วยบริการกระจายเสียง (Broadcasting Service Act 1992) ซึ่งภายใต้กฎหมายดังกล่าว ห้ามต่างชาติลงทุนในธุรกิจกระจายเสียงทางโทรทัศน์เพื่อการพาณิชย์ และห้ามต่างชาติดำรงตำแหน่งกรรมการหรือผู้บริหารที่มีอำนาจควบคุมบริษัท

ธุรกิจโทรคมนาคม

รัฐบาลอนุญาตให้นักลงทุนสถาบันและนักลงทุนรายย่อยถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจ Telstra Corporation Ltd. (Telstra) ได้ไม่เกินร้อยละ 49 โดยให้ต่างชาติถือหุ้นรวมกันไม่เกินร้อยละ 35 และห้ามนักลงทุนรายใดถือหุ้นเกินร้อยละ 5

วิธีการตรวจสอบข้อเสนอลงทุนของต่างชาติและหลักเกณฑ์ในการพิจารณา

พระราชบัญญัติว่าด้วยการควบคุมและการครอบงำกิจการโดยชาวต่างประเทศ 1975 ได้ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังในการตรวจสอบข้อเสนอลงทุนจากต่างประเทศ อันเกี่ยวกับการได้มา การเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นหรือการซื้อกิจการที่มีมูลค่ามากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ขึ้นไป รวมทั้งการได้มาซึ่งผลประโยชน์ที่ดินเขตเมืองในออสเตรเลีย ทั้งนี้ หากข้อเสนอลงทุนอยู่ในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดแต่ไม่ได้รับการแจ้งโดยนักลงทุน และข้อเสนอนั้นขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจสั่งให้นักลงทุนจำหน่ายหุ้น ทรัพย์สินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่มีบุคคลนั้นได้มา

ในทางปฏิบัติ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะมอบหมายให้คณะกรรมการทบทวนการลงทุนต่างชาติ (Foreign Investment Review Board : FIRB) ทำหน้าที่ตรวจสอบข้อเสนอลงทุนจากต่างประเทศ รวมทั้งเสนอแนะในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจากต่างประเทศ โดยมีข้อสังเกตว่า FIRB ไม่มีอำนาจทำคำสั่งเกี่ยวกับการอนุญาต เนื่องจากมีหน้าที่เพียงแนะนำว่าข้อเสนอลงทุนขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชนชาติหรือไม่

เกณฑ์ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังใช้ในการพิจารณาข้อเสนอลงทุนของคนต่างด้าว คือ การพิจารณาว่าข้อเสนอของคนต่างด้าวนั้นเป็นผลให้ธุรกิจของออสเตรเลียตกอยู่ภายใต้การควบคุม โดยคนต่างด้าวหรือไม่

(ก) การถือหุ้นของคนต่างด้าวในธุรกิจออสเตรเลียที่จัดตั้งอยู่แล้ว (Existing Business) โดยมีมูลค่าทรัพย์สินมากกว่า 50 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย หากข้อเสนอลงทุนของคนต่างด้าวเป็นผลให้คนต่างด้าวสามารถเข้าควบคุมบริษัท

ทั้งนี้ มาตรา 18 ของกฎหมายฉบับนี้ ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่บริษัทจะถือว่า ถูก “ควบคุม” โดยคนต่างด้าว ไว้ว่า หากคนต่างด้าวรายใดรายหนึ่งถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 15 ขึ้นไป หรือคนต่างด้าวตั้งแต่ 2 รายขึ้นไป ถือหุ้นรวมกันตั้งแต่ร้อยละ 40 ขึ้นไป หรือคนต่างด้าวเป็นผู้มี สิทธิออกเสียงในบริษัท

(ข) การครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว

การครอบงำกิจการโดยซื้อสินทรัพย์ของบริษัทออสเตรเลีย หากการซื้อ สินทรัพย์นั้นเป็นผลให้คนต่างด้าวอยู่ในฐานะที่จะกำหนดนโยบายของบริษัทนั้นได้ (มาตรา 19 (7))

การครอบงำกิจการโดยเปลี่ยนแปลงอำนาจของกรรมการบริษัท (มาตรา 20)

หากคนต่างด้าวเสนอทำความตกลงเพื่อเปลี่ยนแปลงอำนาจการจัดการ บริษัท ซึ่งข้อตกลงนั้นทำให้กรรมการบริษัทต้องอยู่ภายใต้การสั่งการของคนต่างด้าว

(ค) การที่คนต่างด้าวต้องการได้รับผลประโยชน์ในที่ดินเขตเมือง (มาตรา 21 A)

นอกจากนี้ในการพิจารณาข้อเสนอการลงทุนของคนต่างด้าวนั้น รัฐมนตรีว่าการ กระทรวงการคลังจะใช้หลัก “ผลประโยชน์ของชาติ” (national interest) เป็นเกณฑ์ประกอบการ พิจารณาด้วย กล่าวคือ พิจารณาว่าการลงทุนนั้นขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติหรือไม่ และ ก่อให้เกิดประโยชน์ทางเศรษฐกิจแก่ประเทศออสเตรเลีย ทั้งในด้านการแข่งขัน การพัฒนาทาง อุตสาหกรรม หรือโครงสร้างทางเศรษฐกิจ คุณภาพและความหลากหลายของสินค้าและบริการ ความมั่นคงของชาติ การวิจัยและการพัฒนา ความสัมพันธ์ทางอุตสาหกรรมและการจ้างงาน การ ใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ การขยายความสามารถทางการผลิต ตลอดจนการก่อให้เกิด เทคโนโลยีใหม่แก่ออสเตรเลีย เป็นต้น

ภายหลังจากที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังได้พิจารณาข้อเสนอการลงทุน ของคนต่างด้าวแล้ว อาจมีคำสั่งดังนี้

(ก) สั่ง “ไม่อนุญาต” หากข้อเสนอของคนต่างด้าวนั้นเป็นผลให้ธุรกิจของ ออสเตรเลียตกอยู่ภายใต้การควบคุมโดยคนต่างด้าวและขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติ ทั้งนี้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะต้องมีคำสั่งสุดท้าย (final order) ภายใน 30 วัน นับแต่ได้รับการ แจ้งข้อเสนอการลงทุนและต้องตีพิมพ์คำสั่งในราชกิจจานุเบกษา (Gazette) ภายใน 10 วัน ถึงคำสั่งดังกล่าว หากเกินกำหนดนี้ถือว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังไม่มีอำนาจทำคำสั่ง (มาตรา 25 (3))

(ข) สั่งให้ “จำหน่าย” หุ้น / ทรัพย์สินที่คนต่างด้าวได้มาโดยไม่ขออนุญาต

(ค) สั่ง “อนุญาต” ภายใต้งเงื่อนไขที่กำหนด (มาตรา 25 (1A))

กรณีนี้ถือเป็นหน้าที่ของคนต่างด้าวที่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งเงื่อนไขนี้อาจเป็นเงื่อนไขทั่วไป เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับการจ่ายภาษี การคุ้มครองสิ่งแวดล้อม หรือ

เงื่อนไขเกี่ยวกับการแบ่งเขต (local zoning requirements) หรือเงื่อนไขให้กระทำการบางอย่าง เช่น ให้ขายหุ้นหรือสินทรัพย์ที่ได้มาแก่คนออสเตรเลียหรือนักลงทุนต่างชาติที่มีคุณสมบัติ หากเงื่อนไขทั่วไปไม่ได้รับการปฏิบัติตาม และเงื่อนไขที่สำคัญที่สุด คือ การให้นักลงทุนต่างด้าวปรับปรุงธุรกิจโดยการอนุญาตให้คนออสเตรเลียเข้าถือหุ้นหรือถือหุ้นเพิ่มขึ้น และรายงานต่อ FIRB เป็นระยะเกี่ยวกับการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด

อาจกล่าวได้ว่านโยบายการลงทุนของต่างด้าวมีความเป็นเสรี โดยอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศได้ค่อนข้างมาก มีข้อจำกัดการลงทุนน้อย กล่าวคือ หากเป็นกิจการที่มีเงินลงทุนต่ำกว่า 5 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย (ประมาณ 110 ล้านบาท) ก็ไม่ต้องขออนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง แต่หากเป็นการลงทุนขนาดใหญ่ตั้งแต่ 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลียหรือการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความอ่อนไหวและมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังก่อน อย่างไรก็ตาม หากการลงทุนนั้นมีการกำหนดเงื่อนไขให้นักลงทุนต้องขออนุญาตก่อน ถ้านักลงทุนไม่ดำเนินการก็อาจถูกลงโทษเช่นกัน ทั้งนี้ โทษที่จะลงได้แก่ โทษปรับ จำคุก รวมไปถึงคำสั่งให้จำหน่ายทรัพย์สินที่นักลงทุนได้ดำเนินการโดยขัดต่อกฎหมาย

3.1.3 ประเทศเวียดนาม

ประเทศเวียดนามเป็นประเทศที่ได้รับความสนใจจากนักลงทุนอย่างมากในช่วงระยะเวลา 2-3 ปีที่ผ่านมา โดยเวียดนามมีแนวความคิดที่จะเป็นศูนย์กลางในการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ จึงได้มีการพัฒนาระบบกฎหมายภายในประเทศของตน และรัฐบาลเวียดนามก็พยายามทุกวิถีทางที่จะผลักดันให้เศรษฐกิจเติบโตและมีเสถียรภาพ โดยในวันที่ 1 กรกฎาคม 2006 ประเทศเวียดนามประกาศใช้บังคับกฎหมายการลงทุน (Law on Investment) และกฎหมายวิสาหกิจ (Law on Enterprise) แทนกฎหมายฉบับเดิม ซึ่งกฎหมายทั้ง 2 ฉบับนี้ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

นิยามของนิติบุคคลต่างด้าว

กฎหมายการลงทุน มาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลต่างด้าวไว้ ดังนี้

ผู้ลงทุนต่างด้าว (Foreign investor) หมายถึง องค์กรต่างชาติหรือบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวที่ลงทุนเพื่อจะประกอบกิจกรรมทางการลงทุนในประเทศเวียดนาม

วิสาหกิจที่คนต่างด้าวเป็นเจ้าของทุน (Enterprises with foreigner owned capital) หมายถึง วิสาหกิจใด ๆ ที่ได้จัดตั้งขึ้นโดยผู้ลงทุนต่างด้าวเพื่อที่จะประกอบกิจกรรม

ทางการลงทุนในประเทศเวียดนาม หรือวิสาหกิจเวียดนามที่ผู้ลงทุนต่างด้าวถือหุ้น ควบคุม หรือได้มาซึ่งกิจการ

นอกจากนี้ Decree of the Government Providing Detailed Implementation of the Law on Investment 2006 มาตรา 2 ได้กำหนดนิยามของ วิสาหกิจที่ลงทุนโดยคนต่างด้าว (Foreign - Invested Enterprises) ว่าหมายความว่าถึงวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยผู้ลงทุนต่างด้าว เพื่อที่จะประกอบกิจกรรมทางการลงทุนในเวียดนาม วิสาหกิจเวียดนามที่ผู้ลงทุนต่างด้าวถือหุ้น ควบคุม หรือได้มา และวิสาหกิจเวียดนามที่ผู้ลงทุนต่างด้าวถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนจัดตั้งวิสาหกิจนั้น

นอกจากการพิจารณาถึงความเป็นต่างด้าวของวิสาหกิจ ในกฎหมายการลงทุนแล้ว ในกฎหมายวิสาหกิจ ได้มีการกำหนดนิยามคำว่า สัญชาติของวิสาหกิจ (Nationality of an Enterprise) ไว้ในมาตรา 4 ว่า หมายถึง สัญชาติแห่งประเทศหรือดินแดนซึ่งวิสาหกิจนั้นถูกจัดตั้ง และจดทะเบียนธุรกิจ

ดังนั้นเมื่อพิจารณาจากนิยามดังกล่าวข้างต้นจะพบว่า การพิจารณาความเป็นต่างด้าวของวิสาหกิจในประเทศเวียดนามจะพิจารณาแต่เพียงเรื่องการถือหุ้นและสถานที่จัดตั้งขึ้นเท่านั้น ไม่มีการพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมกิจการ

ธุรกิจที่ควบคุม

ตามบทบัญญัติว่าด้วยประเภทธุรกิจที่ถูกจำกัดตามกฎหมายการลงทุนแห่งประเทศเวียดนาม ซึ่งใช้บังคับทั้งคนเวียดนามและคนต่างด้าวนั้น อาจจำแนกกิจการที่ห้ามมีการลงทุนออกเป็น 2 ประเภทหลัก คือ

(1) ธุรกิจที่ห้ามมีการลงทุนโดยเด็ดขาด *****

1.1 โครงการซึ่งก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศและประโยชน์สาธารณะ

1.2 โครงการซึ่งก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อประวัติศาสตร์ ประเพณี วัฒนธรรม จริยธรรม และขนบธรรมเนียมอันดีแห่งประเทศเวียดนาม

1.3 โครงการซึ่งก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพของประชาชน หรือทำลายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

1.4 โครงการซึ่งจะนำเอาของเสียมีพิษเข้าสู่ประเทศเวียดนาม โครงการซึ่งผลิตสารเคมีมีพิษ หรือซึ่งใช้สารเคมีมีพิษเป็นส่วนประกอบอันเป็นการขัดต่อสนธิสัญญาระหว่างประเทศ

มาตรา 30 ของ Law on Investment

(2) ธุรกิจที่ให้ลงทุนได้ภายใต้เงื่อนไขบางประการ *****

2.1 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ
ความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของสังคม

2.2 ธุรกิจธนาคารพาณิชย์และธุรกิจการเงิน

2.3 ธุรกิจเกี่ยวกับวัฒนธรรม ข้อมูล สิ่งพิมพ์และการพิมพ์

2.4 ธุรกิจให้ความบันเทิง

2.5 ธุรกิจสำรวจ แสวงหา และขุดเจาะแหล่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือ
สิ่งแวดล้อมทางนิเวศวิทยา

2.6 ธุรกิจพัฒนาการศึกษาและฝึกอบรม

2.7 ธุรกิจอื่นใดตามที่กฎหมายบัญญัติ

การลงทุนในธุรกิจที่มีเงื่อนไขพิเศษในส่วนใดก็ตาม อยู่ภายใต้กฎหมายของส่วน
ภาคธุรกิจนั้น เช่น ธุรกิจธนาคาร ถูกควบคุมโดยกฎหมายธนาคาร เป็นต้น

ในกรณีวิสาหกิจซึ่งคนต่างด้าวเป็นเจ้าของทุนได้ลงทุนในธุรกิจประเภทที่ไม่อยู่
ภายใต้เงื่อนไข แต่ในระหว่างการดำเนินกิจกรรมการลงทุนได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประเภทธุรกิจอัน
ส่งผลให้ธุรกิจนั้นกลายเป็นธุรกิจภายใต้เงื่อนไข ผู้ลงทุนอาจได้รับอนุญาตให้ดำเนินกิจกรรมการ
ลงทุนในธุรกิจประเภทนั้นต่อไปได้

ทั้งนี้บทบัญญัติในมาตรา 5 ของกฎหมายการลงทุน ได้กำหนดไว้ถึงการที่รัฐบาล
อาจกำหนดรายการในการลงทุนให้เป็นเงื่อนไขในการจัดตั้งองค์กรทางเศรษฐกิจ หรือรูปแบบใน
การลงทุน และการเปิดตลาดในประเภทธุรกิจบางประเภท โดยให้ใช้แก่ผู้ลงทุนต่างด้าวได้บน
พื้นฐานแห่งความจำเป็นในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมในแต่ละช่วง ตลอดจนความสอดคล้อง
กับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เวียดนามเป็นภาคี ดังนั้น ในการปรับใช้กับผู้ลงทุน
ต่างด้าว นอกจากที่ระบุข้างต้นแล้ว การลงทุนของคนต่างด้าวในเวียดนามประเภทอื่น อาจอยู่
ภายใต้เงื่อนไขแห่งพันธกรณีระหว่างประเทศ ซึ่งเวียดนามเป็นภาคีด้วย

เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด

ในปัจจุบัน Foreign Investment Agency ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัดกระทรวง
วางแผนและการลงทุน (Ministry of Planning and Investment: MPI) เป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่
ดูแลการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ โดยมีหน่วยงานระดับกรม (Department of Planning and
Investment: DPI) ประจำอยู่ในทุกจังหวัด

สำหรับการขออนุญาตลงทุนในเวียดนามนั้น ผู้ลงทุนต้องทำการศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการและรูปแบบการลงทุน พร้อมสรุปรายงานการจัดตั้งโครงการ (Proposal) ซึ่งครอบคลุมประเด็นสำคัญเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจ วัตถุประสงค์ที่ตั้งของโครงการ ลักษณะการลงทุน และผู้ร่วมทุนท้องถิ่น (ถ้ามี) เพื่อนำเสนอผู้มีอำนาจอนุมัติโครงการ ซึ่งในปัจจุบันกำหนดว่าโครงการที่ตั้งอยู่นอกเขตนิคมอุตสาหกรรมหรือเขตส่งเสริมการส่งออก Department of Planning and Investment (DPI) ของนครฮานอย และโฮจิมินห์ สามารถอนุมัติโครงการที่มีมูลค่าไม่เกิน 10 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ ส่วนจังหวัดอื่นๆ ไม่เกิน 5 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หากเกินจากนี้ต้องขออนุมัติจากกระทรวงวางแผนและการลงทุน หรือ MPI ก่อน ส่วนโครงการที่ตั้งอยู่ในเขตนิคมอุตสาหกรรมหรือ เขตส่งเสริมการส่งออก Board of Management (BOM) ของนิคมอุตสาหกรรมหรือเขตส่งเสริมการส่งออกนั้น สามารถอนุมัติโครงการได้ไม่เกิน 40 ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ หากเกินจากนั้นต้องขออนุมัติจาก MPI

ทั้งนี้การขออนุญาตจัดตั้งวิสาหกิจและประกอบธุรกิจมีขั้นตอนที่แตกต่างกันระหว่างธุรกิจการลงทุนที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขและธุรกิจการลงทุนที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข โดยธุรกิจการลงทุนที่อยู่ภายใต้เงื่อนไข นอกจากการขอจดทะเบียนธุรกิจเช่นเดียวกับธุรกิจการลงทุนที่ไม่อยู่ภายใต้เงื่อนไขแล้ว ยังต้องได้รับการประเมินการลงทุนก่อนการออกใบอนุญาตการลงทุน (Certificate of Investment) ซึ่งกระบวนการดังกล่าวยังใช้บังคับกับโครงการลงทุนที่มีเงินลงทุน 300,000 ล้านดอลลาร์ ขึ้นไปด้วย

3.1.4 ประเทศอินโดนีเซีย

การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติในประเทศอินโดนีเซียอยู่ภายใต้กฎหมายหลายฉบับ โดยกฎหมายที่สำคัญในการลงทุนของต่างชาติ คือ กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน Law of the Republic of Indonesia No.25 of 2007 Regarding Investment รวมถึง Presidential Decree on restricted business (Negative list)

Law of the Republic of Indonesia No.25 of 2007 Regarding Investment ได้ประกาศใช้เมื่อวันที่ 26 เมษายน 2007 โดยกฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย ซึ่งใช้บังคับกับทั้งการลงทุนภายในประเทศและการลงทุนจากต่างชาติ โดยจะขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดใน Presidential Decree ด้วย

โดยกฎหมายฉบับนี้มีหลักการพื้นฐานของการลงทุนในประเทศอินโดนีเซีย ดังนี้

- 1) การลงทุนในอินโดนีเซียตั้งอยู่บนหลักการของความแน่นอนของกฎหมาย การเปิดกว้าง ความรับผิดชอบ การปฏิบัติอย่างเสมอภาค โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติ
- 2) รัฐบาลอินโดนีเซียจะให้การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับนักลงทุนทุกประเภท
- 3) รัฐบาลอินโดนีเซียจะไม่ยึดการลงทุนมาเป็นของรัฐ
- 4) นักลงทุนมีหน้าที่ที่ต้องอยู่บนหลักการบริหารจัดการบริษัทที่ดี เคารพขนบธรรมเนียมประเพณีของสังคม และกฎหมาย

นอกจากนี้ประเทศอินโดนีเซียยังได้มีการออกประกาศประธานาธิบดี Presidential Decree No.76 และ 77 ในปี 2007 ในการกำหนดรายละเอียดของสาขาธุรกิจว่าในสาขาใดที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน สาขาใดที่นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาลงทุนได้ โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขอย่างไร

นิยามนิติบุคคลต่างด้าว

โดยในบทบัญญัติมาตรา 1 ของ Law of the Republic of Indonesia No.25 of 2007 Regarding Investment ได้มีการกำหนดนิยามต่าง ๆ ไว้ดังนี้

การลงทุนของคนต่างด้าว (Foreign Investment) หมายถึง กิจกรรมการลงทุนในธุรกิจภายในดินแดนของประเทศอินโดนีเซียโดยผู้ลงทุนต่างชาติ ซึ่งใช้เงินลงทุนจากต่างประเทศ ทั้งหมดหรือบางส่วน

ผู้ลงทุนต่างชาติ (Foreign Investor) หมายถึง บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอื่น, วิสาหกิจ และ/หรือ หน่วยงานของต่างประเทศ ที่เข้ามาลงทุนในดินแดนของประเทศอินโดนีเซีย

ทุนต่างชาติ (Foreign Capitals) หมายถึง ทุนที่เป็นเจ้าของโดยประเทศอื่น บุคคลธรรมดาของชาติอื่น, วิสาหกิจของชาติอื่น, บริษัทของชาติอื่น และ/หรือบริษัทอินโดนีเซียที่มีคนต่างด้าวเป็นเจ้าของทุนทั้งหมดหรือบางส่วน

ทุนภายในประเทศ (Domestic Capitals) หมายถึง ทุนที่เป็นเจ้าของโดยประเทศอินโดนีเซีย, ผู้มีสัญชาติอินโดนีเซีย, บริษัท หรือองค์กรที่ไม่อยู่ในรูปบริษัท

แม้ว่าในกฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้มีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวไว้ อย่างชัดเจน แต่เมื่อพิจารณาจากนิยามที่เกี่ยวข้องข้างต้น อาจสรุปได้ว่าประเทศอินโดนีเซีย พิจารณาการเป็นนิติบุคคลต่างด้าวจากทุน (การถือหุ้น) ไม่ได้มีการพิจารณาถึงอำนาจควบคุม อำนาจในการจัดการ

ธุรกิจที่ควบคุม

Law of the Republic of Indonesia No.25 of 2007 มาตรา 12 (2) ได้มีการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามนักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุน คือ การผลิตอาวุธ กระสุน วัตถุระเบิด หรืออุปกรณ์สงคราม รวมถึงสาขาธุรกิจที่ห้ามลงทุนตามกฎหมาย ซึ่ง Presidential Decree No.76 ได้มีการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามลงทุน รวมถึงธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนอย่างมีเงื่อนไขเอาไว้ ดังรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1) ธุรกิจที่ห้ามลงทุนอย่างเด็ดขาด

ธุรกิจที่ห้ามลงทุนอย่างเด็ดขาดเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของชาติ มีดังนี้

- ภาควัฒนธรรมและการท่องเที่ยว ได้แก่ การประกอบธุรกิจการพนันหรือคาสีโน, พิพิธภัณฑ
- ภาคประมง ได้แก่ การเก็บและใช้ประโยชน์จากปะการัง
- ภาคการสื่อสาร บริการวิทยุ โทรทัศน์, การจัดคลื่นความถี่วิทยุและสถานีควบคุมดาวเทียม
- ภาคการคมนาคม ผู้ให้บริการจัดการระบบจราจรทางอากาศ, ข้อมูลการจราจรทางเรือ
- ภาคอุตสาหกรรมและการค้า เช่น อุตสาหกรรมการผลิตเคมีอันตราย เช่น DDT CFC, อุตสาหกรรมผลิตเคมีสำหรับอาวุธ, อุตสาหกรรมผลิตเครื่องตีแม่เหล็กฮาร์ดดิสก์
- ภาคเกษตรกรรม การปลูกกัญชา

2) ธุรกิจที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติถือหุ้น

- การป่าไม้ และปลูกป่า สัมปทาน ป่าธรรมชาติ การทำป่าไม้
- การคมนาคม บริการแท็กซี่ และรถประจำทาง การเดินเรือขนาดเล็ก
- ภาคสาธารณสุข ได้แก่ การขายส่งยา และวัตถุดิบสำหรับผลิตยา อุตสาหกรรมยาพื้นบ้าน
- ภาคการค้าทุกชนิด ยกเว้น การค้าปลีกขนาดใหญ่ การค้าส่ง การให้บริการบำรุงรักษาคุณภาพ การวิจัยตลาด บริการคลังสินค้าภายนอกท่าเรือและบริการหลังการขาย
- ภาคข้อมูลข่าวสาร บริการวิทยุ โทรทัศน์ โทรทัศน์วงจรปิด บริการมัลติมีเดีย และสื่อสิ่งพิมพ์ Motion picture production

- 3) ธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนภายใต้เงื่อนไขการร่วมทุนต่างชาติกับทุนในประเทศ
- การสร้างและดำเนินการท่าเรือ
 - การผลิตและจัดส่งไฟฟ้า
 - โรงงานพลังงานนิวเคลียร์
 - ธุรกิจการขนส่งทางเรือ
 - บริการทางการแพทย์ ซึ่งรวมถึงการสร้างและดำเนินการโรงพยาบาล การตรวจสุขภาพ ห้องปฏิบัติการ การบริหารโรงพยาบาล การบำรุงรักษา ซ่อมแซมอุปกรณ์ทางการแพทย์
 - การโทรคมนาคม
 - บริการสายการบิน
- 4) ธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนภายใต้เงื่อนไขบางอย่าง ซึ่งก็จะประกอบด้วยธุรกิจต่าง ๆ

ในภาคการประมง อุตสาหกรรม และการค้า

เงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด

ในสาขาธุรกิจเฉพาะบางธุรกิจเช่น ธุรกิจธนาคาร, สื่อ จะถูกควบคุมโดยกฎหมายเฉพาะ อย่างไรก็ตามมาตรา 5 ของกฎหมายฉบับนี้ยังได้กำหนดให้การลงทุนของคนต่างด้าวทำได้แต่เพียงในรูปแบบบริษัทจำกัด (limited liability company) เท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็นในรูปแบบการร่วมทุนกับนักลงทุนอินโดนีเซีย แต่ทั้งนี้ต้องพิจารณาสัดส่วนที่นักลงทุนต่างชาติจะร่วมทุนได้ตาม Presidential Decree หรือเป็นบริษัทที่นักลงทุนต่างชาติถือหุ้นทั้งหมดร้อยละ 100

โดย Presidential Decree No. 77 ได้กำหนดสัดส่วนสูงสุดที่นักลงทุนต่างชาติจะสามารถถือหุ้นได้ในธุรกิจที่มีการจำกัดการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติไว้ ดังต่อไปนี้

ตารางที่ 1 ตารางแสดงสัดส่วนสูงสุดที่นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ในแต่ละสาขาธุรกิจในประเทศเวียดนาม

สาขาธุรกิจ	เปอร์เซ็นต์ที่นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้
การสำรวจน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ	95
โครงข่ายและการผลิตกระแสไฟฟ้า	95
ตัวแทนท่องเที่ยว	50
อุตสาหกรรมการผลิตยา	75

สาขาธุรกิจ	เปอร์เซ็นต์ที่นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้
บริการโรงพยาบาล	65
บริการด้านการพยาบาลและการดูแลสุขภาพอนามัย	49
การให้เช่า	85
ธุรกิจร่วมทุน	85
การประกันภัย (Insurance) การประกันชีวิตและทั่วๆ ไป	85
บริการแลกเปลี่ยนเงินตรา	99
ธนาคารอิสลาม	99
โครงการโทรคมนาคม	49
การบริการโทรคมนาคมเคลื่อนที่	65
การก่อสร้าง และการบริการให้คำปรึกษา	55
ถนนที่มีด่านเก็บค่าผ่านทาง	95
น้ำดื่ม	95
การศึกษา ทั้งในระดับประถม มัธยม อุดมศึกษา และการศึกษานอกระบบ	49
เรือขนส่งเดินสมุทร สายการบิน การบริการชิปปิ้งทั้งภายในประเทศและระหว่างประเทศ	49
การทำไร่ปลูกพืชประเภทต่างๆ	95
การบริการจัดหาคนทำงานภายในประเทศ	49

จากการศึกษากฎหมายของประเทศอินโดนีเซีย โดยหลักการแล้วดูเหมือนว่า ประเทศอินโดนีเซียจะเปิดกว้างสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ในความเป็นจริงแล้ว การลงทุนของนักลงทุนต่างประเทศจะขึ้นอยู่กับประเภทและขอบเขตของธุรกิจว่าอินโดนีเซียเปิดให้ลงทุนหรือไม่ ดังเช่น ตามมาตรา 12 การผลิตอาวุธ กระสุน วัตถุระเบิด หรืออุปกรณ์สงคราม ห้ามให้นักลงทุนต่างชาติดำเนินการ นอกจากนี้ประเทศอินโดนีเซียยังได้มีการออกประกาศประธานาธิบดี Presidential Decree No.76 และ 77 ในปี 2007 ในการกำหนดรายละเอียดของสาขาธุรกิจว่าให้นักลงทุนต่างชาติมาลงทุนได้หรือไม่ และมีเงื่อนไขเพียงใด โดย Presidential Decree No.76 ออกมาเพื่อปกป้องธุรกิจของอินโดนีเซียจากการไม่พร้อมกับการแข่งขันกับต่างประเทศ โดยเฉพาะธุรกิจขนาดกลางและขนาดย่อม เนื่องจากถึงแม้ว่าการลงทุนจากต่างประเทศจะช่วยในด้านเงินทุนและเทคโนโลยีและจะช่วยผลักดันให้เศรษฐกิจของประเทศอินโดนีเซียเติบโต แต่บางธุรกิจอาจยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับทุนจากต่างประเทศ ซึ่งประกาศฉบับนี้ได้มีการกำหนดและแนวทางในการกำหนดธุรกิจที่ห้ามลงทุน และธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนโดยมีเงื่อนไข และ Presidential Decree No.77 จะมากำหนดประเภทของธุรกิจที่ไม่เปิดให้ลงทุน และธุรกิจที่เปิดให้ลงทุนได้แต่มีเงื่อนไข

3.1.5 สรุปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ

จากการศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ พบว่ากลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว อย่างประเทศญี่ปุ่น และออสเตรเลีย จะเปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศของตนได้มากกว่ากลุ่มประเทศกำลังพัฒนา อันเนื่องมาจากสภาพความพร้อมของอุตสาหกรรมภายในประเทศของตน ที่พร้อมจะแข่งขันกับอุตสาหกรรมภายนอกประเทศ อย่างไรก็ตามสำหรับอุตสาหกรรมที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ความสงบเรียบร้อยของสังคม หรืออาจมีผลกระทบต่อเศรษฐกิจอย่างร้ายแรง แม้จะเป็นประเทศพัฒนาแล้ว ก็จะมีการควบคุมในการที่นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในอุตสาหกรรมเหล่านี้ โดยจะอยู่ในรูปแบบการแจ้งก่อนที่จะเข้าไปประกอบธุรกิจ ซึ่งรัฐมนตรีจะมีอำนาจในการพิจารณา อย่างไรก็ตามแม้ว่าประเทศพัฒนาแล้ว จะเปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้าไปลงทุนในประเทศตนได้ง่าย แต่ประเทศเหล่านี้จะมีกลไก ในการติดตามตรวจสอบการลงทุนจากต่างชาติอยู่เสมอ ดังเช่นประเทศญี่ปุ่นที่ให้บริษัทต่างชาติต้องยื่นรายงานประจำปีทุก ๆ ปี

สำหรับประเทศกำลังพัฒนา จากการศึกษาค้นคว้าจะพบว่าประเทศกำลังพัฒนาปัจจุบันจะมีระดับในการเปิดรับการลงทุนจากต่างประเทศมากขึ้น แม้จะไม่เท่าประเทศพัฒนาแล้วก็ตาม เนื่องมาจากว่าประเทศเหล่านี้ต้องการเงินทุนจากนักลงทุนต่างประเทศเพื่อกระตุ้นให้เศรษฐกิจในประเทศตนเติบโต อย่างไรก็ตามก็ตั้งกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาเหล่านี้ก็ยังคงคำนึงถึง

อุตสาหกรรมภายในประเทศของตนด้วย จึงอาจมีการกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างชาติ การจำกัดสัดส่วนในการถือหุ้นในแต่ละธุรกิจ เพื่อมิให้อุตสาหกรรมภายในประเทศถูกระทบจนเกินไป

ในส่วนของนิยามนิติบุคคลต่างด้าวจะพบว่า กลุ่มประเทศพัฒนาแล้วจะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาที่ครอบคลุมในหลายด้าน โดยพิจารณาจากทั้งในเรื่องทุน และการควบคุม สิทธิออกเสียง แต่ประเทศกำลังพัฒนามักจะพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวจากการถือหุ้น (ทุน) เพียงอย่างเดียว

3.2 นิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายไทย

สืบเนื่องมาจากแนวคิดเกี่ยวกับนิติบุคคลของรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งประเทศผู้รับการลงทุนมักจะมีการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจ ประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน ในฐานะที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุน ประเทศไทยมีกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่ควบคุมทั่วไป ซึ่งในพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้มีการกำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” เอาไว้ แต่สำหรับในบางประเภทธุรกิจ จะมีกฎหมายเฉพาะมากำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการของคนต่างด้าว รวมถึงหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลไทยไว้ด้วย

3.2.1 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ประเทศไทยได้มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 โดยมีกฎหมาย คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 (พ.ศ. 2515) ต่อมามีการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับแนวโน้มการค้าโลกซึ่งมีการแข่งขันกันมากขึ้นทั้งในประเทศและต่างประเทศ จึงประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แทน เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันทางการค้าและสอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีการแบ่งกลุ่มประเภทของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาลงทุน เป็น 3 บัญชี โดยบัญชีหนึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการ สำหรับธุรกิจในบัญชีสอง และ สาม แม้จะห้ามต่างชาติเข้ามาลงทุน แต่ก็ขออนุญาตได้จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีสำหรับธุรกิจ

ในบัญชีสอง และจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยอนุมัติของอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในกรณีของธุรกิจในบัญชีสาม

จากการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้เข้ามาจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทำให้การกำหนดนิยามของคนต่างด้าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เนื่องจากเมื่อถูกพิจารณาเป็นคนต่างด้าวแล้ว จะต้องถูกควบคุมการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้

โดยในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตาม มาตรา 4 นี้ นิติบุคคลต่างด้าวจะถูกกำหนดไว้ใน มาตรา 4 (2), มาตรา 4 (3) และมาตรา 4 (4)

โดยนิติบุคคลต่างด้าวก็คือนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศ ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย (มาตรา 4 (2)) นอกจากนี้ นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป (มาตรา 4 (3) (ก)) หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นก็จะถูกพิจารณาเป็นนิติบุคคลต่างด้าว (มาตรา 4 (4))

สำหรับกรณีห้างหุ้นส่วนที่จะถูกพิจารณาเป็นคนต่างด้าว คือห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้มี

สัญชาติไทย ถึงแม้ว่าห้างหุ้นส่วนนั้นจะมีผู้ลงทุนที่มีสัญชาติไทยเกินกึ่งหนึ่งก็ตาม (มาตรา 4 (3) (ข))

โดยผลจากการถูกพิจารณาว่าเป็นคนต่างด้าวจะทำให้นิติบุคคลนั้น ตกอยู่ภายใต้การควบคุมตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งมีผลให้การประกอบธุรกิจของนิติบุคคลต่างด้าวถูกจำกัดการประกอบธุรกิจ โดยไม่สามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ได้ ซึ่งในเรื่องนี้มาตรา 8 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้กำหนดไว้ว่า

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และเหตุการณ์พื้นบ้านหรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

เมื่อพิจารณาจากมาตรา 8 ข้างต้น จะเห็นว่าธุรกิจตามบัญชีหนึ่งบัญชีเดียวเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลย แต่สำหรับธุรกิจตามบัญชีสองและบัญชีสาม คนต่างด้าวยังสามารถที่จะประกอบธุรกิจได้แต่ต้องขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีสำหรับธุรกิจในปีบัญชีสอง และจากคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยอนุมัติของอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในกรณีของธุรกิจในปีบัญชีสาม

นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้รับรองสิทธิในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หากคนต่างด้าวได้รับสิทธิตามสนธิสัญญาหรือตามพันธกรณี ซึ่งหลักนี้ได้กำหนดไว้ในมาตรา 10 ซึ่งได้บัญญัติว่า

บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของ

สนธิสัญญาอื่น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจใน ประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

ดังนั้นจากมาตรา 10 บุคคลต่างด้าวที่ได้รับสิทธิประโยชน์จากข้อตกลงระหว่าง ประเทศจะสามารถอาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นได้โดยตรงในการเข้ามาประกอบ ธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยไม่ต้องห้ามตามมาตรา 8 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ ดังนั้นคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ได้ทุกประเภท หากมี สนธิสัญญาฉบับอื่นไว้และประเทศไทยเข้าร่วมผูกพัน หรือได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่ง ราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือแม้กระทั่งในกรณีที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ก็ตาม

3.2.2 กฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะไม่ บังคับใช้กับธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าว หรือกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในสาขาธุรกิจนั้น โดยการพิจารณาความ เป็นนิติบุคคลไทยหรือนิติบุคคลต่างด้าวของกฎหมายเหล่านี้อาจจะแตกต่างกันไป และอาจไม่ เหมือนกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามที่ได้กล่าวมา

จากการที่ได้ศึกษากฎหมายเฉพาะของแต่ละสาขาธุรกิจ จะพบว่า การกำหนด หลักเกณฑ์ในการพิจารณาการประกอบธุรกิจ ในกรณีที่เป็นนิติบุคคลนั้น สามารถแบ่งกลุ่มจาก หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาได้เป็น 4 ประเภทคือ

1) พิจารณาจากการถือหุ้นและจำนวนกรรมการ

กฎหมายกลุ่มนี้จะกำหนดหลักเกณฑ์ให้พิจารณาทั้งจากการถือหุ้นของคน ไทย รวมทั้งพิจารณาจากจำนวนกรรมการที่มีสัญชาติไทยด้วย โดยตัวอย่างของกฎหมายในกลุ่มนี้ มีดังนี้

พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497

พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับนิติ บุคคลที่จะขอจดทะเบียนอากาศยานเอาไว้ ดังนี้

ผู้ขอจดทะเบียนอากาศยานที่เป็นนิติบุคคลต้องมีสัญชาติไทย จดทะเบียน ตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และ

(1) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมี สัญชาติไทย

(2) ในกรณีที่เป็นการหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกันโดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(3) ในกรณีที่เป็นการบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทนั้นต้องไม่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด ต้องเป็นของบุคคลที่มีสัญชาติไทย

พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481

พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำหรับนิติบุคคลที่สามารถถือกรรมสิทธิ์เรือไทยและทำการค้าในน่านน้ำไทยเอาไว้คือ

นิติบุคคลที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือไทยและทำการค้าในน่านน้ำไทยต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยและต้องมีคุณสมบัติ ดังนี้

(1) หุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(2) หุ้นส่วนจำกัดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และทุนไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

(3) บริษัทจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าวและไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(4) บริษัทมหาชนจำกัดที่กรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย และหุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจาก พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 การให้นิยามนิติบุคคลที่สามารถถือกรรมสิทธิ์เรือไทยและทำการค้าในน่านน้ำ หากเป็นบริษัทจะต้องมีคนไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 รวมถึงจำนวนกรรมการที่มีสัญชาติไทยจะต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด

พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 10 ได้มีการกำหนดเงื่อนไขของกิจการประกันชีวิตที่จัดตั้งในประเทศไทยไว้ ดังนี้

บริษัทต้องมีกรรมการซึ่งมีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด และมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (1) และ (2) ถือหุ้นรวมกันเกินร้อยละเจ็ดสิบห้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย หรือห้างหุ้นส่วนสามัญซึ่งไม่จดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดมีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) มีบุคคลตาม (1) ถือหุ้นอยู่เกินร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด หรือ

(ข) มีบุคคลตาม (1) หรือนิติบุคคลตาม (2) (ก) หรือบุคคลตาม (1) และนิติบุคคลตาม (2) (ก) ถือหุ้นอยู่เกินร้อยละห้าสิบของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด

ในกรณีที่เห็นสมควร คณะกรรมการอาจอนุญาตให้บุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยถือหุ้นได้ถึงร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและจำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และให้มีกรรมการเป็นบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยได้เกินกว่าหนึ่งในสี่แต่ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดได้ ทั้งนี้ การพิจารณาอนุญาตให้นำหลักเกณฑ์การถือหุ้นของบุคคลตามวรรคหนึ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

ในกรณีที่บริษัทมีฐานะหรือการดำเนินการอยู่ในลักษณะอันอาจเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เอาประกันภัยหรือประชาชน รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจผ่อนผันให้บริษัทมีผู้ถือหุ้นหรือกรรมการแตกต่างไปจากที่กำหนดตามวรรคสองได้ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขไว้ด้วยก็ได้

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 มีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจนำเที่ยว และธุรกิจนำเที่ยวนี้จะดำเนินการได้เฉพาะคนชาติไทย ทำให้กฎหมายฉบับนี้มีการกำหนดว่ากรณีนิติบุคคล นิติบุคคลใดบ้างที่จะสามารถมาขอรับใบอนุญาตการประกอบธุรกิจนำเที่ยวได้ โดยมาตรา 17 ของพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ได้กำหนดไว้ว่า

ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวซึ่งเป็นนิติบุคคล ต้องมีคุณสมบัติดังนี้

(1) เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบเป็นผู้มีสัญชาติไทย ถ้าเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ทุนของบริษัทไม่น้อยกว่า

ร้อยละ 51 ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และกรรมการของบริษัทเกินกึ่งหนึ่งต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย

(2) กรรมการหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 16

ดังนั้น ตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 การพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยที่จะมีสิทธิในการประกอบธุรกิจนำเที่ยว กรณีนิติบุคคลนั้น เป็นบริษัท จะต้องพิจารณาทั้งสัดส่วนในการถือหุ้นของคนต่างด้าว และจำนวนกรรมการที่มีสัญชาติไทย โดยบริษัทนั้นจะต้องมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และกรรมการบริษัทที่เป็นคนต่างด้าวจะต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมดของบริษัท จึงจะถือว่าบริษัทนั้นเป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 นี้ สำหรับกรณีเป็นห้างหุ้นส่วน สำหรับห้างหุ้นส่วนสามัญ ทุนของห้างหุ้นส่วนจะต้องมีเป็นของคนไทยไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 และผู้จัดการต้องเป็นคนไทย ส่วนห้างหุ้นส่วนจำกัด หุ้นส่วนจำกัดความรับผิดชอบทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย

2) พิจารณาจากทุนและจำนวนผู้ถือหุ้น

กฎหมายประเภทนี้ การพิจารณากำหนดหลักเกณฑ์จะพิจารณาจากทุนหรือการถือหุ้น และจำนวนผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทย ตัวอย่างของกฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์นี้คือ

พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัตินี้ได้มีข้อกำหนดห้ามมิให้นิติบุคคลต่างด้าวขอรับใบอนุญาตจัดตั้งสำนักงานช่างรังวัดเอกชน ไว้ในมาตรา 25 วรรค 2 และ วรรค 3 ซึ่งบัญญัติว่า

ในกรณีที่ผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นต้องมีสัญชาติไทยและไม่มีลักษณะต้องห้ามตาม (4) และ (8) ด้วย

นิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยตามวรรคสอง หมายถึง บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยซึ่ง

(1) มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนสัญชาติไทย และ

(2) มีคนสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนเกินกึ่งหนึ่งของ

จำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วน

พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550

พระราชบัญญัตินี้ได้กำหนด เงื่อนไขในการขอรับใบอนุญาตจัดตั้งโรงเรียน ในมาตรา 22 ของพระราชบัญญัตินี้บัญญัติว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตให้จัดตั้งโรงเรียนในระบบที่เป็นนิติบุคคลต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

- (1) มีวัตถุประสงค์เพื่อการศึกษา เว้นแต่นิติบุคคลที่ขอจัดตั้งนั้นเป็นองค์การของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ
- (2) นิติบุคคลที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด บริษัทจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนต้องมีจำนวนหุ้นหรือทุนเป็นของผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นหรือทุนทั้งหมดและจะต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด
- (3) นิติบุคคลที่เป็นมูลนิธิ จะต้องมีการรวมการที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการบริหารทั้งหมด
- (4) นิติบุคคลที่เป็นสมาคมหรือสหกรณ์ จะต้องมีการรวมการที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด และสมาชิกของสมาคมหรือสหกรณ์ต้องมีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด
- (5) ผู้จัดการของนิติบุคคลหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 21

3) พิจารณาจากทุน สิทธิออกเสียง และจำนวนกรรมการ

กฎหมายประเภทนี้จะมีลักษณะที่ค่อนข้างจะเข้มงวด โดยจะพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจากการถือหุ้น และการควบคุม โดยดูทั้งเรื่องสิทธิออกเสียงและจำนวนกรรมการ โดยตัวอย่างของกฎหมายประเภทนี้ คือ

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขของผู้ที่จะขอใบอนุญาตประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ไว้ใน มาตรา 15 โดยบัญญัติว่า

ผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 13 นอกจากต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 8 และตามมาตรา 14 แล้วต้องมีคุณสมบัติ ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลผู้มีสัญชาติไทยลงทุนหรือถือหุ้นอันเป็นทุนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
- (2) เป็นนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลผู้มีสัญชาติไทยมีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

ในกรณีผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 13 เป็นบริษัท กรรมการไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมดและกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการผูกพันนิติบุคคลนั้น ต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย

ในกรณีผู้ขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 13 เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน หุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการต้องเป็นบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทย

คณะกรรมการอาจกำหนดข้อห้ามมิให้กระทำการที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวให้ผู้ขอรับใบอนุญาตต้องปฏิบัติได้

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้ถือว่า บุคคลผู้มีสัญชาติไทย หมายความว่า บุคคลที่มีชื่อคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และหุ้นที่บุคคลที่มีสัญชาติไทยถืออยู่ หรือลงทุนอยู่จำนวนหนึ่งหุ้นนับเป็นเสียงหนึ่งในการลงคะแนน

4) พิจารณาจากกรรมการหรือผู้บริหาร

กฎหมายจำพวกนี้จะไม่ได้มีการพิจารณาในเรื่องทุนของคนต่างด้าวเลย แต่จะพิจารณาอนุญาตให้โดยพิจารณาจากจำนวนกรรมการหรือผู้บริหารที่เป็นคนไทย ตัวอย่างของกฎหมายประเภทนี้คือ

พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลที่จะขอรับใบอนุญาตเอาไว้ โดยกำหนดว่า

ผู้ขอรับใบอนุญาตที่เป็นนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีทุนเป็นของคนต่างด้าวจำนวนเท่าใดนิติบุคคลนั้นอย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักร

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วน กรรมการของบริษัท หรือสมาชิก

ในคณะผู้บริหารของนิติบุคคลจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งหรือหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วน กรรมการผู้จัดการของบริษัทหรือผู้มีอำนาจบริหารแต่ผู้เดียวของนิติบุคคลเป็นผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

พระราชบัญญัตินี้ไม่คำนึงว่าทุนของนิติบุคคลที่จะขอรับใบอนุญาตนั้น จะมีสัดส่วนของทุนต่างชาติเท่าไร เพียงแต่กรรมการ ผู้บริหารส่วนใหญ่ของนิติบุคคลดังกล่าวต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ดังนั้นผู้บริหารส่วนใหญ่จะต้องเป็นคนไทย

เท่านั้น เพราะข้อบังคับของสภาสถาปนิกในปัจจุบันยังไม่มีข้อบังคับหรือระเบียบใดที่อนุญาตให้สมาชิกวิสามัญของสภาสถาปนิกขอรับใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรมควบคุมได้ ดังนั้นคนต่างด้าวจึงไม่สามารถเป็นผู้บริหารส่วนใหญ่ของนิติบุคคลดังกล่าวได้

พระราชบัญญัติวิศวกร พ.ศ. 2542

ได้กำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลที่จะขอรับใบอนุญาตเอาไว้ โดยกำหนดว่า

ผู้ขอรับใบอนุญาตที่เป็นนิติบุคคลไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีทุนเป็นของคนต่างด้าวจำนวนเท่าใดนิติบุคคลนั้นอย่างน้อยต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในราชอาณาจักร

(2) ผู้เป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วน กรรมการของบริษัท หรือสมาชิกในคณะผู้บริหารของนิติบุคคลจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง หรือหุ้นส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วน กรรมการผู้จัดการของบริษัท หรือผู้มีอำนาจบริหารแต่ผู้เดียวของนิติบุคคลเป็นผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

เมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าพระราชบัญญัติวิศวกรมีลักษณะคล้ายคลึงกับพระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ.2543 กล่าวคือ ไม่คำนึงว่าทุนของนิติบุคคลที่จะขอรับใบอนุญาตนั้นจะมีสัดส่วนของทุนต่างชาติเท่าไร เพียงแต่ผู้บริหารส่วนใหญ่ของนิติบุคคลดังกล่าวต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้เท่านั้น ซึ่งในกรณีของวิศวกร พระราชบัญญัตินี้ได้อนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิขอใบอนุญาตเพียงระดับภาคีวิศวกรพิเศษเท่านั้น

3.2.3 สรุปกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทย

จากการศึกษาพบว่า ประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายที่มาจำกัดและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยกฎหมายฉบับนี้จะมีการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวเอาไว้ ซึ่งหากนิติบุคคลใดมีลักษณะตรงตามนิยามคนต่างด้าว นิติบุคคลนั้นก็ต้องตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ ซึ่งจะส่งผลให้การประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติจะถูกควบคุม โดยอาจจะถูกห้ามประกอบธุรกิจหรือต้องมาขออนุญาตในการประกอบธุรกิจตามแต่ประเภทของธุรกิจ ซึ่งในนิยามคนต่างด้าวในพระราชบัญญัตินี้จะพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเฉพาะเรื่องทุน (การถือหุ้น) เท่านั้น ไม่ได้มีการนำหลักเกณฑ์เรื่องอื่นมาพิจารณา ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสิทธิออกเสียง อำนาจควบคุม หรืออำนาจจัดการ อย่างไรก็ตาม ในบางธุรกิจจะมีกฎหมายเฉพาะมากำหนดว่านิติบุคคลที่มีคุณสมบัติอย่างไรจึงจะสามารถประกอบธุรกิจที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเหล่านี้นำมาพิจารณาจะมีอยู่หลายหลักเกณฑ์ที่นอกเหนือไปจากการพิจารณาจากทุน โดยหลักเกณฑ์ที่กฎหมายเหล่านี้

ได้นำมาใช้การพิจารณาได้แก่ การพิจารณาจากจำนวนผู้ถือหุ้น การพิจารณาจากจำนวนกรรมการ หรือผู้บริหาร หรือแม้กระทั่งการนำเอาเรื่องสิทธิออกเสียงมาเป็นสิ่งที่พิจารณา

นิติบุคคลในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน : กรณีประเทศไทย

นอกจากนิติบุคคลต่างด้าวในฐานะของประเทศผู้รับการลงทุนที่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน ยังมีสถานะของนิติบุคคลอีกประเภทหนึ่งคือนิติบุคคลในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน ซึ่งในเรื่องนี้เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของนิติบุคคล

ในทางกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐเจ้าของสัญชาติมีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) โดยสามารถให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนได้ เมื่อคนชาติของตนได้รับความเสียหายหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการกระทำของรัฐอื่น ซึ่งรัฐย่อมมีเขตอำนาจในการที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติแก่บุคคล ไม่ว่าจะบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ดังนั้นในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการศึกษาถึงเรื่องการให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลของประเทศผู้รับการลงทุน การกำหนดสัญชาติและหากไม่มีสัญชาติจะยึดสิ่งใดมาเป็นตัวกำหนดในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล

4.1 กรณีที่กฎหมายไทยไม่มีกฎหมายสัญชาตินิติบุคคล

ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายใดที่ได้กำหนดการให้สัญชาติของนิติบุคคลไว้ มีเพียงกฎหมายบางฉบับที่กล่าวถึงสัญชาตินิติบุคคล เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481^{*} แต่ไม่มีข้อกำหนดใดวางหลักเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของนิติบุคคล อย่างไรก็ตามแม้จะไม่มีกฎหมายไทยฉบับใดที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของนิติบุคคล หากมีกรณีที่จะต้องให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล (Diplomatic Protection) อันเนื่องมาจากการไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการกระทำของประเทศอื่น ๆ ประเทศไทยก็สามารถทำได้เพราะเป็นอำนาจของรัฐที่จะกำหนดว่านิติบุคคลใดมีสัญชาติตน ถึงแม้กฎหมายภายในจะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสัญชาติของนิติบุคคล ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิรัฐที่จะถือว่านิติบุคคลใดเป็นคนชาติตน

โดยในเรื่องนี้ ประเทศไทยสามารถอาศัยหลักเกณฑ์ที่ปรากฏอยู่ในหลักกฎหมายระหว่างประเทศในเรื่องสัญชาติเพื่อนำมาเป็นสิ่งที่ใช้พิจารณาว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของตน

* มาตรา 7 บัญญัติไว้ว่า “ในกรณีที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาตินิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคล ได้แก่ สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่หรือที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่”

หรือไม่ เช่น อาจจะใช้เกณฑ์สัญชาติของบริษัทถือตามสถานที่ที่บริษัทได้ก่อตั้งขึ้น หรืออาจใช้เกณฑ์ที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ก็ได้ เพื่อให้ความคุ้มครองทางการทูตต่อคนชาติของตน

การให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยประเทศเจ้าของสัญชาติ เพื่อเรียกร้องต่อประเทศอื่นที่ไม่ให้ความเป็นธรรมหรือทำให้คนชาติของตนได้รับความเสียหาย ได้มีคดีพิพาทระหว่างรัฐขึ้นสู่ศาลระหว่างประเทศ ซึ่งศาลระหว่างประเทศก็ได้วางหลักในการตัดสินเอาไว้ ในคดี Nottebohm¹ ซึ่งเป็นกรณีบุคคลธรรมดา และคดี Barcelona Traction² ซึ่งเป็นกรณีนิติบุคคล โดยคดีทั้ง 2 มีรายละเอียดดังนี้

คดี Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala)

ข้อเท็จจริง

นาย Friedrich Nottebohm เป็นชาวเมืองฮัมบูร์กโดยกำเนิด และมีสัญชาติเยอรมนี ใน ค.ศ. 1905 นาย Nottebohm ได้เดินทางไปประเทศกัวเตมาลา และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศกัวเตมาลา โดยได้มีสำนักงานแห่งใหญ่เพื่อดำเนินธุรกิจในประเทศกัวเตมาลา นาย Nottebohm ได้เดินทางกลับไปยังประเทศเยอรมนีในบางโอกาสเพื่อติดต่อธุรกิจและได้เดินทางไปประเทศอื่น ๆ เพื่อท่องเที่ยวพักผ่อน ตลอดทั้งยังได้เดินทางไปเยี่ยมพี่น้องของตนที่อาศัยอยู่ในประเทศลิกเตนสไตน์ ตั้งแต่ ค.ศ. 1931

ในเดือนมีนาคม ค.ศ. 1931 นาย Nottebohm ได้เดินทางไปยังเมือง Vaduz ประเทศลิกเตนสไตน์หลายครั้ง และได้ขอแปลงสัญชาติ โดยให้ทนายความดำเนินการให้การขอแปลงสัญชาติดังกล่าวเริ่มตั้งแต่เดือนตุลาคม ค.ศ. 1939 ซึ่งเป็นปีที่กัวเตมาลา ยังเป็นรัฐเป็นกลางอยู่

ตามกฎหมายสัญชาติของประเทศลิกเตนสไตน์ ค.ศ. 1934 คนต่างด้าวที่ประสงค์จะขอแปลงสัญชาติเป็นลิกเตนสไตน์ ต้องมีถิ่นที่อยู่ในประเทศลิกเตนสไตน์ อย่างน้อยสามปี แต่สามารถยกเว้นได้หากมีพฤติการณ์พิเศษอันสมควรได้รับการพิจารณาว่าควรยกเว้นข้อกำหนดดังกล่าวให้

ในที่สุด นาย Nottebohm ก็ได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนด เพียงแต่เสียค่าธรรมเนียมให้แก่คอมมูน Mauren และเทศบาลเมือง จำนวนหนึ่ง

¹ Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

² Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

ในวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1939 นาย Nottebohm ได้รับหนังสือรับรองการแปลงสัญชาติโดยมีพระบรมราชโองการ (Supreme Resolution of the Reigning Prince) และเสียสัญชาติเยอรมนีทันที

นาย Nottebohm ได้ถือหนังสือเดินทางของประเทศลิกเตนสไตน์ และได้ขอวีซ่า (ตรวจลงตรา) เข้าประเทศกัวเตมาลาจากสถานกงสุลใหญ่กัวเตมาลา ประจำเมือง Zurich ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ และได้เดินทางกลับไปดำเนินธุรกิจของตนต่อในประเทศกัวเตมาลา ในต้นปี ค.ศ. 1940

ใน ค.ศ. 1941 ประเทศกัวเตมาลาได้เข้าร่วมในสงครามโลกครั้งที่สอง โดยประกาศสงครามกับประเทศเยอรมนี และในปี ค.ศ. 1943 นาย Nottebohm ถูกทางการกัวเตมาลา จับกุมและยึดทรัพย์สินในฐานะเป็นคนชาติศัตรู

ใน ค.ศ. 1946 นาย Nottebohm ได้รับการปลดปล่อยและได้เดินทางกลับไปยังประเทศลิกเตนสไตน์ หลังจากที่ทางการกัวเตมาลา ได้ปฏิเสธที่จะชดใช้และคืนทรัพย์สินให้กับนาย Nottebohm ทั้งนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการยึดทรัพย์สินของประเทศกัวเตมาลา ลงวันที่ 25 พฤษภาคม ค.ศ. 1949

รัฐบาลของประเทศลิกเตนสไตน์ โดยคำขอลงวันที่ 17 ธันวาคม ค.ศ. 1951 ได้เสนอข้อพิพาทต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ขอให้ประเทศกัวเตมาลา ชดใช้ค่าเสียหายจากการที่ประเทศกัวเตมาลา ได้กระทำต่อนาย Nottebohm และทรัพย์สินของเขาในลักษณะที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ

คำวินิจฉัยของศาล

ประเด็นที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศต้องวินิจฉัยคือประเด็นที่ว่าข้อเรียกร้องของประเทศลิกเตนสไตน์ จะรับฟังได้หรือไม่ โดยศาลจะวินิจฉัยข้ออ้างของประเทศกัวเตมาลา เกี่ยวกับสัญชาติของนาย Nottebohm ว่าหลังจากที่นาย Nottebohm ได้สัญชาติลิกเตนสไตน์ แล้วนั้น การได้สัญชาติดังกล่าว ได้รับการยอมรับจากรัฐอื่นๆ หรือไม่ โดยศาลจะจำกัดประเด็นในการวินิจฉัยของศาลไว้เฉพาะในประเด็นที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) และเฉพาะประเด็นที่ว่าทำให้สัญชาติแก่นาย Nottebohm โดยลิกเตนสไตน์ ในคดีนี้นั้นจะรับฟังได้หรือไม่

ศาลได้ปฏิเสธข้อกล่าวอ้างของลิกเตนสไตน์ ที่ว่าประเทศกัวเตมาลา นั้นถูกปิดปาก (estopped) โดยแนวปฏิบัติก่อนๆ ของกัวเตมาลา ที่ยอมรับการแปลงสัญชาติของนาย Nottebohm โดยการออกวีซ่าให้นาย Nottebohm ผู้ถือหนังสือเดินทางของประเทศลิกเตนสไตน์ ทั้งนี้ เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นขั้นตอนในการควบคุมการเข้าออกประเทศของคนต่างด้าวเท่านั้น มิใช่เป็นการยอมรับถึงการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) แก่นาย

Nottebohm โดยประเทศลิกเตนสไตน์ แต่ประการใด และมีได้ก่อให้เกิดความสัมพันธ์ขึ้นระหว่างรัฐบาลของลิกเตนสไตน์ และกัวเตมาลา แต่อย่างไร

นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยว่าประเทศลิกเตนสไตน์ ในฐานะที่เป็นรัฐอธิปไตย ย่อมสามารถออกกฎหมายสัญชาติและให้สัญชาติลิกเตนสไตน์ แก่คนต่างด้าวตามกฎหมายของตนได้และสัญชาตินั้นจะมีผลสำคัญที่สุดก็เฉพาะแก่บุคคลที่อยู่ในระบบกฎหมายแห่งรัฐที่ให้สัญชาติเท่านั้น ดังนั้นการให้สัญชาติแก่นาย Nottebohm โดยประเทศลิกเตนสไตน์ นั้นจึงเป็นเพียงการใช้เขตอำนาจภายใน (domestic jurisdiction) ของลิกเตนสไตน์ เท่านั้น ส่วนประเด็นที่ว่าประเทศลิกเตนสไตน์ จะให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) ได้หรือไม่นั้นเป็นประเด็นของกฎหมายระหว่างประเทศ

ศาลได้กล่าวว่าแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศได้ชี้ให้เห็นถึงตัวอย่างของการกระทำของรัฐภายใต้เขตอำนาจภายใน (domestic jurisdiction) ว่ามิได้ก่อให้เกิดผลในทางระหว่างประเทศ (international effect) โดยอัตโนมัติและจะนำมาผูกพันรัฐอื่นๆ ในส่วนของผลในทางระหว่างประเทศของสัญชาตินั้นไม่ได้ รวมถึงไม่อาจจะใช้อ้างต่อประเทศอื่น ๆ ได้

ศาลได้กล่าวถึงแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศในกรณีของบุคคลสองสัญชาติว่าจะพิจารณาให้เฉพาะสัญชาติที่เกี่ยวข้องกับบุคคลนั้นมากที่สุด (effective nationality) ในกรณีของการให้ความคุ้มครองทางการทูต ศาลได้สรุปว่าสัญชาติของบุคคลต้องสอดคล้องกับพฤติการณ์และข้อเท็จจริง เพื่อที่จะใช้กล่าวอ้างกับรัฐอื่นได้

ตามแนวปฏิบัติในทางระหว่างประเทศนั้น สัญชาติเป็น “สิ่งเชื่อมโยงทางกฎหมายโดยมีพื้นฐานมาจากข้อเท็จจริงทางสังคมในการยึดเหนี่ยว เป็นความเชื่อมโยงอันแท้จริงแห่งการมีอยู่ของประโยชน์และความรู้สึก รวมถึงการมีอยู่ของสิทธิและหน้าที่ซึ่งกันและกัน” สัญชาติจะเป็นตัวชี้ให้เห็นว่าบุคคลที่แปลงสัญชาตินั้นมีความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงอย่างใกล้ชิดกับประชากรของรัฐที่อนุญาตให้มีการแปลงสัญชาติมากกว่าประชากรของรัฐอื่นต่อเมื่อมีการพิสูจน์ให้เห็นว่าความเกี่ยวข้องเชื่อมโยงเช่นนั้นมิได้อยู่ รัฐที่อนุญาตให้มีการแปลงสัญชาติจึงชอบที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้

ในกรณีของนาย Nottebohm นั้น ศาลเห็นว่านาย Nottebohm มิได้มีความผูกพันอย่างใกล้ชิดไม่ว่าโดยขนบธรรมเนียม การตั้งถิ่นฐาน ประโยชน์ กิจกรรม ความผูกพันทางครอบครัว หรือแม้แต่ความตั้งใจในอนาคตอันใกล้กับประเทศ ลิกเตนสไตน์ มากไปกว่าประเทศอื่นใด ความสัมพันธ์อันแท้จริงที่นาย Nottebohm มีต่อประเทศลิกเตนสไตน์ ก็เป็นเพียงผิวเผิน (tenuous) เท่านั้น ดังนั้นศาลจึงปฏิเสธสิทธิของลิกเตนสไตน์ ที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นาย Nottebohm และยกคำขอของลิกเตนสไตน์

คำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศในคดี Nottebohm นั้นแสดงให้เห็นว่า แม้รัฐจะมีอำนาจในการให้สัญชาติแก่บุคคลก็ตาม แต่การให้สัญชาติแก่บุคคลนั้นจะต้องปรากฏว่า มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (genuine link) ระหว่างรัฐกับบุคคลที่รัฐจะให้สัญชาติ ซึ่งความสัมพันธ์ อันแท้จริงดังกล่าวนี้ต้องเป็นความสัมพันธ์ที่มากกว่าการที่รัฐยอมให้สัญชาติแก่บุคคลโดย แลกเปลี่ยนกับค่าธรรมเนียมในการแปลงสัญชาติ (naturalization) โดยไม่ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์อื่นใดอีก³

ความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (genuine link) อันจะเป็นพื้นฐานในการที่รัฐจะให้ สัญชาติแก่บุคคลธรรมดา นั้นอาจพิจารณาได้จากเกณฑ์ที่รัฐต่างๆ ถือปฏิบัติในการให้สัญชาติแก่ บุคคล เช่น หลักสืบสายโลหิตจากบุพการีที่มีสัญชาติของรัฐนั้น (jure sanguinis) และหลักดินแดน ที่บุคคลนั้นเกิด (jure soli) หรือทั้งสองหลัก⁴

คดี Barcelona Traction (Belgium v. Spain)

ข้อเท็จจริง

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited เป็นบริษัทที่ก่อตั้ง ขึ้นใน ค.ศ. 1911 ในเมืองโตรอนโต ประเทศแคนาดา และมีสำนักงานใหญ่อยู่ในเมืองดังกล่าวด้วย วัตถุประสงค์หลักในการประกอบกิจการของบริษัท Barcelona Traction คือ การผลิตและพัฒนา พลังไฟฟ้า พร้อมทั้งรับผิดชอบเกี่ยวกับระบบการจ่ายกระแสไฟฟ้าในเมือง Catalonia ประเทศ สเปน และในการนี้ บริษัท Barcelona Traction ได้จัดตั้งบริษัทลูกขึ้นอีกหลายบริษัท โดยมีบริษัท ลูก 3 บริษัทที่ได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของสเปน ทั้งนี้หุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท Barcelona Traction นั้นถือโดยชาวเบลเยียม ทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

บริษัท Barcelona Traction ได้ออกหุ้นกู้ทั้งที่เป็นสกุลเงินของประเทศสเปน คือ pesetas และสกุลเงินอังกฤษ คือ sterling โดยหุ้นกู้ส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของเงิน Sterling และใน ปี ค.ศ. 1936 การออกหุ้นกู้ดังกล่าวก็ระงับลงเพราะเกิดสงครามกลางเมืองสเปน

ในปี ค.ศ. 1940 มีการชำระดอกเบี้ยหุ้นกู้ที่ออกเป็นเงิน pesetas แต่ไม่มีการชำระ ดอกเบี้ยสำหรับเงินสกุล sterling เพราะรัฐบาลสเปนในขณะนั้นห้ามการแลกเปลี่ยนเงินตรา

ใน ค.ศ. 1948 ผู้ถือหุ้นกู้ที่ออกเป็นเงิน sterling ชาวสเปน 3 คน ได้ร้องต่อศาลใน สเปนสั่งให้บริษัท Barcelona Traction ล้มละลายเพราะไม่สามารถชำระดอกเบี้ยหุ้นกู้ที่ออกเป็น

³ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, (โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะ นิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 265.

⁴ จุมพต สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศ, หน้า 265.

สกุล sterling ได้และศาลได้มีคำสั่งให้บริษัท Barcelona Traction ล้มละลายเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1948 เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ชั่วคราว (interim receiver) จึงได้ยึดทรัพย์สินของบริษัท Barcelona Traction และทรัพย์สินของบริษัทลูกอีก 2 บริษัท เจ้าพนักงานในคดีล้มละลายได้ไล่ผู้จัดการของบริษัทลูกทั้ง 2 ของบริษัท Barcelona Traction ออก และแต่งตั้งกรรมการซึ่งเป็นชาวสเปนแทน และผู้ร้องในคดีล้มละลายทั้งสามก็ได้เข้าควบคุมกิจการของบริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction อีกด้วย

ต่อมาได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีโดยบริษัท Barcelona Traction และผู้มีส่วนได้เสียทั้งหลายเพื่อคัดค้านคำสั่งศาลที่สั่งให้บริษัท Barcelona Traction ล้มละลายแต่ก็หาเป็นผลแต่อย่างใดไม่

ใน ค.ศ. 1949 ศาลของสเปนได้แต่งตั้งผู้จัดการทรัพย์สินของบริษัท Barcelona Traction (trustee) ซึ่งเป็นผู้ออกหุ้นใหม่สำหรับบริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction และยกเลิกหุ้นที่อยู่นอกประเทศสเปนทั้งหมด และยังสามารถโอนสำนักงานใหญ่ของบริษัท Barcelona Traction ใน Toronto มาอยู่ในสเปนอีกด้วย

ใน ค.ศ. 1951 ผู้จัดการทรัพย์สินดังกล่าวได้เสนอขายหุ้นของบริษัทลูกของ Barcelona Traction ทั้งหมดในรูปของการออกหุ้นใหม่ โดยเปิดประมูลขายต่อสาธารณชน ปรากฏว่าบริษัทที่เพิ่งตั้งขึ้นใหม่ในสเปนเป็นผู้ประมูลได้ และได้เข้ายึดกิจการทั้งหมดของบริษัท Barcelona Traction ในสเปน

ภายหลังจากที่บริษัทลูกของบริษัท Barcelona Traction ถูกควบคุมกิจการโดยบริษัทสเปนแล้วยังได้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีในศาลของสเปนแทนบริษัท Barcelona Traction และส่งผู้แทนมาเจรจากับรัฐบาลของสเปนอีกโดยรัฐบาลของอังกฤษ แคนาดา สหรัฐอเมริกา และเบลเยียม แต่ก็ไม่เป็นผลแต่อย่างใด จนกระทั่งในวันที่ 15 กันยายน ค.ศ. 1958 รัฐบาลเบลเยียมได้ยื่นคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) เพื่อเรียกให้รัฐบาลสเปนรับผิดชอบในความเสียหายที่สเปนได้ก่อให้เกิดขึ้นต่อบริษัท Barcelona Traction โดยการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศของหน่วยงานสเปน รวมทั้งการกระทำที่เสื่อมสิทธิอันนำไปสู่การยึดทรัพย์สินของบริษัท Barcelona Traction รัฐบาลสเปนได้คัดค้านคำร้องขอของรัฐบาลเบลเยียมและต่อมาศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำสั่งลงวันที่ 10 เมษายน ค.ศ. 1961⁵ ตามคำร้องของเบลเยียมเพื่อให้ระงับกระบวนการพิจารณาไว้ก่อนเพราะต้องการระงับข้อพิพาทกับสเปนนอกศาล แต่

⁵ Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

ปรากฏว่าการระงับข้อพิพาทนอกศาลนั้นได้ประสบความสำเร็จดังนั้น รัฐบาลเบลเยียมจึงได้เสนอคำร้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศอีกครั้งหนึ่งในเดือนมิถุนายน ค.ศ. 1962

รัฐบาลสเปนได้คัดค้านคำร้องขอรัฐบาลเบลเยียม 4 ประเด็นกล่าวคือ (1) ตามข้อ 69 (2) แห่ง Rules of Court นั้น กระบวนการพิจารณาที่ได้ระงับไปแล้วในศาลจะนำมาฟ้องร้องดำเนินคดีใหม่อีกมิได้ ดังนั้นเบลเยียมจึงยื่นคำร้องอีกมิได้ (2) ถึงแม้ว่าประเด็นในข้อ (1) จะตกไป ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศก็ไม่มีเขตอำนาจที่จะพิจารณาคดีเหนือสเปนได้ (3) เบลเยียมไม่มีสิทธิยื่นคำร้องเพราะไม่ถือเป็นผู้เสียหาย (jus standi) ที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) แก่คนชาติของตนซึ่งเป็นเพียงผู้ถือหุ้นของบริษัท Barcelona Traction เท่านั้น หาใช่ตัวบริษัท Barcelona Traction เองไม่ (4) ยังไม่มีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นให้เสร็จสิ้น (exhaustion of local remedies)

คำวินิจฉัยของศาล

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 5 กรกฎาคม ค.ศ. 1964 ปฏิเสธข้อคัดค้านที่ 1 และ 2 และรวมพิจารณาข้อคัดค้านที่ 3 และ 4 เข้าด้วยกันเป็นประเด็นแห่งคดี

ศาลได้ให้เหตุผลในการปฏิเสธข้อคัดค้านที่ 1 ของสเปนว่าการระงับการพิจารณาคดีนั้นแม้จะถึงที่สุดในทางปฏิบัติ แต่ก็ไม่อาจสรุปว่าการระงับการพิจารณาคดีทำให้คดีสิ้นสุดลงคดีจะสิ้นสุดลงหรือไม่ต้องพิจารณาจากพฤติการณ์แห่งคดีในแต่ละคดีไปและในคดีดังกล่าวการระงับการพิจารณาคดีก็ไม่ตัดสิทธิเบลเยียมที่จะเสนอให้มีการพิจารณาคดีใหม่

ศาลได้ปฏิเสธข้อคัดค้านประการที่ 2 ของสเปนโดยให้เหตุผลว่าเบลเยียมได้อ้างข้อ 17 (4) แห่งสนธิสัญญาระหว่างสเปน-เบลเยียมเรื่องการไกล่เกลี่ย การระงับข้อพิพาททางศาล และอนุญาโตตุลาการ (Hispana-Belgian Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration) ซึ่งระบุว่าในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างรัฐภาคี ให้เสนอข้อพิพาทต่อศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (Permanent Court of International Justice-PCIJ) และเบลเยียมยังได้อ้างข้อ 37 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่บัญญัติไว้มีใจความว่า

“เมื่อใดก็ตามที่สนธิสัญญาหรืออนุสัญญาที่ใช้บังคับอยู่บัญญัติให้มีการเสนอเรื่องต่อศาลสถิตยุติธรรมระหว่างประเทศ (PCIJ) ในระหว่างคู่ภาคนั้น ให้มีการเสนอเรื่องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ)”

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสรุปว่า สนธิสัญญาดังกล่าวมีผลใช้บังคับระหว่างสเปน และเบลเยียม ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงมีเขตอำนาจที่จะพิจารณาข้อพิพาทนี้ได้

สำหรับข้อคัดค้านประการที่ 3 ซึ่งเป็นประเด็นแห่งคดีนั้น ศาลกล่าวว่า ในบางกรณี ข้อยกเว้นของหลักการให้ความคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) แก่บริษัทโดยรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทก็อาจเป็นไปได้ เช่น ในกรณีที่บริษัทได้สิ้นสภาพบุคคลไปแล้วหรือใน

กรณีรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั้นไม่มีความสามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ แต่ในคดีนี้ศาลไม่พบว่าเข้าข้อยกเว้นดังกล่าวเพราะไม่ปรากฏว่าเจ้าของสัญชาติของบริษัท Barcelona Traction (คือ แคนาดา) ไม่มีความสามารถที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction แต่ประการใด

ศาลยังเห็นอีกว่าคำร้องขอของเบลเยียมนั้นมิได้กระทำการแทนบริษัท Barcelona Traction แต่ประการใด แต่เป็นคำร้องที่ทำแทนบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่อ้างว่าเป็นคนชาติเบลเยียม และเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท Barcelona Traction ดังนั้น ประเด็นที่ศาลจะต้องวินิจฉัยก็คือ ประเด็นในเรื่องสิทธิของรัฐบาลเบลเยียมที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนชาติของตน ซึ่งได้รับความเสียหายจากการกระทำที่กระทำต่อบริษัทสัญชาติแคนาดาแต่มิใช่กระทำต่อผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนชาติของเบลเยียมโดยตรง

ในคดีนี้ได้มีการยกประเด็นในเรื่อง “ความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด” (genuine link) โดยอาศัยสัญชาติที่แท้จริงและมีประสิทธิผล ดังที่ใช้ในคดี Nottebohm ขึ้นกล่าวอ้าง อย่างไรก็ตาม ศาลก็ปฏิเสธที่จะกำหนดความสัมพันธ์ของรัฐและบริษัทโดยอาศัยหลัก “การควบคุม (control) และปฏิเสธที่จะเทียบเคียงกับคดี Nottebohm และการใช้หลักความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (genuine link) มาใช้ปรับแก้กรณีของการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction

ดังนั้น ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงได้มีคำพิพากษาลงวันที่ 5 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970 ปฏิเสธคำร้องขอของเบลเยียมด้วยเหตุที่ว่าเบลเยียมมิใช่ผู้เสียหาย (jus standi)

เมื่อเบลเยียมมิใช่ผู้เสียหายที่จะมีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาล ศาลจึงมีจำต้องวินิจฉัยในประเด็นข้อคัดค้านที่ 4 ว่ามีการใช้การเยียวยาแห่งท้องถิ่นหรือไม่

แม้ว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจะได้ชี้เฉพาะเจาะจงว่าประเทศแคนาดาสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) แก่ Barcelona Traction, Light and Power Company Limited ก็ตาม แต่การที่ศาลปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางการทูตของเบลเยียมแก่ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท Barcelona Traction ในขณะที่บริษัท Barcelona Traction ยังมีสภาพบุคคลอยู่นั้น เท่ากับเป็นการวินิจฉัยว่าแคนาดาเท่านั้นที่จะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction ได้ เพราะแคนาดาเป็นรัฐที่บริษัท Barcelona Traction ก่อตั้งขึ้นและยังมีสำนักงานแห่งใหญ่ในแคนาดาอีกด้วย

ในคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเองก็ได้กล่าวยืนยันการให้ความคุ้มครองทางการทูตของแคนาดาแก่บริษัท Barcelona Traction ว่าสิทธิดังกล่าวไม่ถูกกระทบกระเทือนโดยกระบวนการพิจารณานี้ และรัฐบาลสเปนเองก็ไม่เคยคัดค้านสัญชาติแคนาดาของบริษัท Barcelona Traction ทั้งในระดับการติดต่อทางการทูตกับรัฐบาลแคนาดา และในชั้นพิจารณาของศาล และยังได้ยอมโดยปราศจากข้อสงวนใดๆ ว่า แคนาดาคือรัฐเจ้าของสัญชาติของ

บริษัท Barcelona Traction ทั้งในคำให้การที่เป็นลายลักษณ์อักษรและด้วยวาจาในกระบวนการพิจารณาของศาล ดังนั้นศาลจึงวินิจฉัยว่ารัฐบาลสเปนไม่ปฏิเสธว่าแคนาดาที่มีสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Barcelona Traction ดังนั้นแคนาดาซึ่งเป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัท Barcelona Traction เท่านั้นที่จะเรียกร้องต่อสเปนแทนบริษัท Barcelona Traction ได้

กรณีที่เบลเยียมจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ผู้ถือหุ้นซึ่งมีสัญชาติของตนได้ ก็ต่อเมื่อรัฐที่ทำการยึดกิจการ (Expropriation) ของบริษัท Barcelona Traction เป็นรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัท Barcelona Traction เองซึ่งก็คือแคนาดา หรือในกรณีที่บริษัท Barcelona Traction สิ้นสภาพบุคคลลงแล้ว ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมระหว่างประเทศมิได้ปฏิเสธการให้ความคุ้มครองทางการทูตโดยอาศัยหลักสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท

เป็นที่น่าสังเกตว่า หากใช้หลัก “ความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด” (genuine link) มาเป็นเกณฑ์ในการกำหนดการให้ความคุ้มครองทางการทูตเหมือนในคดี Nottebohm ก็จะได้เห็นว่าบริษัท Barcelona Traction มีความสัมพันธ์กับเบลเยียมมากกว่าแคนาดาเสียอีก เพราะผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ซึ่งมีอำนาจในการตัดสินใจในการทำธุรกิจของบริษัท Barcelona Traction เป็นชาวเบลเยียม

คำพิพากษาทั้งสองคดีข้างต้น นอกจากจะแสดงให้เห็นว่าประเทศเจ้าของสัญชาติสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตกับคนชาติตนได้ ยังแสดงให้เห็นด้วยว่าบุคคลที่รัฐจะให้ความคุ้มครองจะต้องมีความเกี่ยวพันกับประเทศตน โดยจะต้องมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (Genuine link) ระหว่างรัฐกับบุคคลที่รัฐจะให้สัญชาติ

จาก คดี Barcelona Traction ซึ่งได้ให้หลักการเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้ โดยศาลได้ใช้องค์ประกอบของการมีสัญชาตินิติบุคคล ว่ารัฐจะใช้ความคุ้มครองทางการทูตต่อนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายภายในของประเทศตน และได้มีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศตน ซึ่งองค์ประกอบ 2 ข้อนี้เป็นองค์ประกอบที่ได้รับการยอมรับมาอย่างช้านาน ดังนั้นเพียงแต่การก่อตั้งบริษัทในดินแดนของประเทศตน อาจจะไม่เพียงพอที่จะทำให้นิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศนั้น แต่บริษัทจะต้องมีการบริหารจัดการและสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในดินแดนของประเทศนั้น ซึ่งถือว่าบริษัทมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศนั้น

ดังนั้น แม้ว่าประเทศไทยจะไม่มีกฎหมายสัญชาติของนิติบุคคล ประเทศไทยก็สามารถที่จะใช้ความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดที่นิติบุคคลนั้นมีกับประเทศไทยมาเป็นการกำหนดว่านิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศไทย

4.2 การกำหนดความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด

การพิจารณาความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ทฤษฎีที่ประเทศต่าง ๆ ยอมรับใช้ และที่ศาลใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยนั้น มีดังต่อไปนี้

(1) ทฤษฎีเรื่องสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล

ตามทฤษฎีนี้ การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจะถือตามสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล โดยหากตั้งอยู่ในประเทศใดให้ถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศนั้น ซึ่งประเทศในแถบยุโรปนิยมใช้หลักเกณฑ์นี้เป็นเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล

ทฤษฎีนี้ได้มีการพัฒนาขึ้นในศตวรรษที่ 19 โดยศาลภายในของประเทศฝรั่งเศสได้คิดค้นจุดเกาะเกี่ยวอันนี้โดยนำเอาความคิดเรื่องภูมิลำเนามาเป็นเหตุในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล ในทางทฤษฎีสัญชาติของนิติบุคคลได้เริ่มจากการเปรียบเทียบจากสัญชาติบุคคลธรรมดา โดยเปรียบเทียบสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลกับภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดา

สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล นิติบุคคลเป็นบุคคลทางกฎหมายที่อาศัยบุคคลธรรมดาเป็นผู้ดำเนินการ การดำเนินการของบุคคลต้องอาศัยสถานที่ในการดำเนินการ สถานที่ในการดำเนินการนี้อาจจะเป็นสถานที่จัดประชุม สถานที่ที่เจ้าหน้าที่ของนิติบุคคลหรือผู้บริหารเข้ามาทำงาน หรือสถานที่จัดเก็บเอกสารต่างๆ ของนิติบุคคลนั้น ถ้าพิจารณาข้อเท็จจริงต่างๆ ของนิติบุคคลจะเห็นได้ว่านิติบุคคลมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับสถานที่ตั้งของสำนักงาน ในกรณีนี้ที่สำนักงานตั้งอยู่ที่ประเทศหนึ่งประเทศใดและสำนักงานสาขาตั้งอยู่ในต่างประเทศ สำนักงานสาขาย่อมที่จะรับฟังความเห็นในเชิงบริหารและรับนโยบายจากสำนักงานใหญ่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สำนักงานใหญ่เป็นเหมือนศูนย์กลางของการบริหารจัดการ การที่จุดเกาะเกี่ยวของนิติบุคคลอยู่ที่สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ทำให้เห็นว่า จุดเกาะเกี่ยวเหล่านี้สามารถนำมาเป็นปัจจัยในการกำหนดสัญชาติได้⁶

ตัวอย่างคำพิพากษาที่พิพากษาให้พิจารณาจากสถานที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ในการกำหนดสัญชาติ

1) คดี Decarcadere de cadix (Civ., 20 juin 1870)

ศาลฝรั่งเศสได้ตัดสินเมื่อวันที่ 20 มิถุนายน 1870 โดยกล่าวว่าสำนักที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัทเป็นปัจจัยหรือจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญ เพราะเป็นสถานที่ที่ผู้ก่อตั้งบริษัทได้ลงนามในหนังสือบริคณห์สนธิ บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นนี้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส คณะกรรมการบริหารจัดการบริษัทต้องอยู่ในประเทศฝรั่งเศส ศาลฝรั่งเศสจึงถือว่าเมื่อบริษัทได้กำหนดสถานที่ตั้ง

⁶ ชุมพร ปัจจุสานนท์, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 สัญชาติ, หน้า 315 - 316.

แห่งใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส บริษัทนี้ย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศสนั้นหมายความว่า สถานที่ตั้งแห่งใหญ่เป็นเครื่องมือในการกำหนดความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดระหว่างประเทศฝรั่งเศสกับบริษัทดังกล่าว คำพิพากษาศาลฉบับดังกล่าวนี้มีได้กล่าวถึงการให้สัญชาติฝรั่งเศสแก่นิติบุคคลอย่างแข็งขันเป็นแต่เพียงกำหนดว่าสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของนิติบุคคลมีความเกี่ยวพันอย่างใกล้ชิดกับบริษัท

2) Mayol – Freres Jose (Com., 20 octobre 1953)

คดีนี้ตัดสินโดยศาลพาณิชย์ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 1953 โดยคดีนี้ศาลจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าบริษัท Mayol - Freres มีสัญชาติฝรั่งเศสหรือไม่ เพราะถ้ามีสัญชาติฝรั่งเศสจะได้รับการยกเว้นที่ต้องเก็บภาษี ศาลสูงฝรั่งเศส (la Cour de cassation) ได้พิจารณาว่าตามมาตรา 3 ของกฤษฎีกากลางวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1935 การเรียกเก็บภาษีจะได้รับการยกเว้นต่อเมื่อทรัพย์สินเป็นของบริษัทฝรั่งเศสซึ่งมีสำนักที่ตั้งแห่งใหญ่อยู่ในเมืองหลวง ดังนั้นสัญชาติของบริษัทดังกล่าวจึงพิจารณาจากสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ จากคำพิพากษาฉบับนี้จะเห็นได้ว่าศาลฝรั่งเศสได้คำนึงถึงสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัทเป็นเกณฑ์ในการกำหนดสัญชาติฝรั่งเศส

(2) ทฤษฎีเรื่องศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์⁷

ทฤษฎีนี้จะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่นิติบุคคลนั้นได้แสวงหาผลประโยชน์ โดยสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นได้แสวงหาผลประโยชน์อาจเป็นสถานที่เดียวกับกับสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ หรือจะแตกต่างกันก็ได้ ยกตัวอย่างเช่น บริษัท ก. จัดทะเบียนตามกฎหมายฝรั่งเศส มีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ในฝรั่งเศส และได้แสวงหาผลประโยชน์ทางธุรกิจในประเทศฝรั่งเศส เป็นสำคัญ กรณีเช่นนี้จะเห็นได้ว่าสถานที่ตั้งแห่งใหญ่และสถานที่แสวงหาผลประโยชน์เป็นสถานที่เดียวกัน

แต่หากบริษัท ข. ได้จดทะเบียนตั้งบริษัทในประเทศเยอรมนี ผู้ถือหุ้นเป็นชาวเยอรมันแต่ได้มีบริษัทสาขาในประเทศอังกฤษและกิจการส่วนใหญ่ได้กระทำขึ้นในประเทศอังกฤษเพื่อแสวงหากำไร ในกรณีนี้ต้องถือว่าประเทศอังกฤษเป็นศูนย์กลางหรือเป็นแหล่งที่นิติบุคคลได้แสวงหาประโยชน์

ทฤษฎีศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์มีที่มาจากความคิดเกี่ยวกับภูมิลำเนา ว่านิติบุคคลได้เข้าไปหาประโยชน์ในประเทศใดเป็นสำคัญ เช่นมีการตั้งโรงงานผลิต ณ ที่ใด นิติบุคคลนั้นก็จะมีสัญชาติตามประเทศที่ตั้งโรงงานหรือหากมีสถานที่แสวงหาประโยชน์ในหลายประเทศก็ถือเอาประเทศที่เป็นศูนย์กลางในการควบคุมนโยบายในประเทศนั้นเป็นภูมิลำเนา

⁷ เรื่องเดียวกัน, หน้า 318-320.

ศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์เป็นสถานที่หลักหรือสถานที่สำคัญซึ่งนิติบุคคลดำเนินการเพื่อบรรลุตามเป้าหมาย เช่น สถานที่ที่ถูกจ้างได้มาปฏิบัติงาน เช่น ถ้าเป็นกรณีเหมืองแร่ก็ต้องเป็นสถานที่ที่คนงานได้ขุดแร่ ถ้าเป็นโรงงานก็หมายถึงสถานที่ที่โรงงานนั้นได้ปฏิบัติงานและสร้างผลผลิตต่าง ๆ ถ้าเป็นสถานที่ที่ให้บริการก็เป็นสถานที่สำคัญที่ให้บริการจริงๆ แก่ลูกค้า สำหรับเหตุผลในเรื่องนี้ คือ การแยกความคิดระหว่างสถานที่ที่ใช้ในการบริหารจัดการกับสถานที่ที่ใช้ปฏิบัติงานจริง ๆ สถานที่ตั้งแห่งใหญ่ของสำนักงานมักเป็นสถานที่ที่ใช้นัดประชุมผู้บริหารนิติบุคคลนั้น สถานที่ที่ใช้ในการกำหนดกลยุทธ์ในทางการค้า ซึ่งก่อให้เกิดความสับสนอย่างมาก เพราะในหลายกิจการโดยเฉพาะอุตสาหกรรม หัวใจสำคัญของกิจการอยู่ที่การทำ การวิจัยทางเทคนิคและเคมีหรือการประดิษฐ์สิ่งใหม่ ๆ ขึ้นมา ขณะที่หลักในเรื่องนี้มุ่งเน้นแต่ด้านการบริหารจัดการกิจการ สถานที่ขายผลิตภัณฑ์ ฯลฯ

นอกจากนี้หลายบริษัทก็มีศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์มากกว่าหนึ่งแห่ง เช่น บริษัทแร่แห่งหนึ่งอาจทำการขุดทองในแอฟริกาใต้และประกอบกิจการบางส่วนในสหรัฐอเมริกาในเวลาเดียวกัน เช่น บริษัท East India จำกัด ซึ่งก่อตั้งในประเทศอังกฤษ แต่ทำธุรกิจหลาย ๆ ประเทศ หรือบริษัทขนาดใหญ่อื่นๆ ก็มีกิจการในลักษณะเดียวกันนี้ จึงมีปัญหาว่าจะเลือกที่ใดเป็นศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์

ในทางปฏิบัติ การปรับใช้ความคิดในเรื่องศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์มาเป็นเครื่องมือสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลนั้นมีความยากลำบากในการนำไปใช้อยู่ไม่น้อย จึงเป็นเรื่องลำบากในการที่จะกำหนดว่าสถานที่ใดเป็นศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์อย่างแท้จริง เพราะสถานที่ในการแสวงหาประโยชน์อาจจะมีหลายแห่งเลยทำให้ไม่ทราบว่าจะยึดถือแหล่งไหน หรือสถานที่ใดเป็นศูนย์กลางของการแสวงหาประโยชน์

หลักนี้ไม่เป็นที่ยอมรับในภาคพื้นยุโรป อังกฤษ หรือสหรัฐอเมริกา มีเพียงคำพิพากษาของประเทศฝรั่งเศสบางคดีที่ยอมรับหลักนี้เท่านั้น

(3) ทฤษฎีเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่

ทฤษฎีนี้จะพิจารณากำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ โดยวัตถุประสงค์ของการใช้ทฤษฎีนี้ก็เพื่อหาความเกี่ยวพันอย่างแท้จริงว่าใครเป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลนั้น เมื่อทราบว่าใครเป็นผู้ควบคุมนิติบุคคลนั้นก็ถือเอาว่านิติบุคคลนั้นมีสัญชาติตามสัญชาติของผู้ที่ควบคุม

โดยในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 1 และ 2 หลายประเทศได้นำหลักเกณฑ์นี้มาใช้เป็นข้อเท็จจริงในการกำหนดชนชาติศัตรูของนิติบุคคล เพราะการที่สัญชาติส่วนใหญ่ของผู้เป็นสมาชิกของนิติบุคคลเป็นสัญชาติของรัฐศัตรูก็หมายความว่านิติบุคคลตกอยู่ภายใต้การครอบงำของหุ้นส่วนข้างมากที่เป็นชนชาติศัตรู ผลประโยชน์ของนิติบุคคลจึงถือว่าเป็นผลประโยชน์ของชน

ชาติศัตรู แม้ว่านิติบุคคลนั้นจะก่อตั้งสภาพนิติบุคคลหรือมีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศที่เป็นกลางหรือในประเทศสัมพันธมิตรก็ตาม ดังนั้น โดยผลของกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสงคราม รัฐผู้ชนะสงครามจึงอาจยึดทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวเพื่อชดเชยค่าเสียหายอันเกิดจากสงครามได้ในฐานะของทรัพย์สินของชนชาติศัตรูหรือทรัพย์สินเชลย

ต่อมาแนวความคิดนี้ได้ขยายกว้างขึ้น กล่าวคือ นอกจากจะถือว่านิติบุคคลซึ่งหุ้นข้างมากเป็นของชนชาติศัตรูก็จะมีสัญชาติศัตรูแล้ว ยังถือต่อไปอีกว่านิติบุคคลก็จะมีสัญชาติศัตรูอีกด้วย หากปรากฏว่าผู้บริหารนิติบุคคลมีสัญชาติศัตรู

อย่างไรก็ดี ในการนำเอาทฤษฎีสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มาใช้ในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลอาจเกิดปัญหาในเชิงปฏิบัติ เพราะเมื่อสัญชาติของนิติบุคคลขึ้นอยู่กับผู้ถือหุ้น เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้น สัญชาติของนิติบุคคลก็ย่อมเปลี่ยนแปลงไปด้วย ทำให้เกิดความไม่แน่นอนในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล รวมทั้งในปัจจุบันหากเป็นบริษัทที่จดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ ผู้ถือหุ้นจะมีการเปลี่ยนแปลงอยู่ทุกวัน มีโอกาสที่ผู้ถือหุ้นใหญ่จะเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอด จึงไม่สามารถพิจารณาได้ว่าจะกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในวันใด

โดยสัญชาติของนิติบุคคลควรจะมีลักษณะที่แน่นอน แต่ถ้าถือเอาหลักเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มาใช้ สิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้ก็คือสัญชาติของนิติบุคคลจะผันแปรเปลี่ยนแปลงไปตามสัญชาติของผู้ถือหุ้น ซึ่งถือเป็นเรื่องที่ไม่เหมาะสม และจะทำให้เกิดความไม่มั่นคงในสถานะของนิติบุคคล นอกจากนี้ผู้ถือหุ้นที่มีเสียงส่วนน้อยก็อาจไม่ได้รับความยุติธรรม ถ้านำเอาทฤษฎีเรื่องสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มาใช้ เพราะสัญชาติของนิติบุคคลย่อมเป็นไปตามสัญชาติของผู้ถือหุ้นซึ่งมีเสียงส่วนใหญ่

ปัญหาอีกเรื่องหนึ่งก็คือหากผู้ถือหุ้นใหญ่ในนิติบุคคลไม่ใช่บุคคลธรรมดา แต่เป็นนิติบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นใหญ่ จะทำให้เกิดความยากลำบากและซับซ้อนมากขึ้น เมื่อนิติบุคคลซึ่งผู้ถือหุ้นในนิติบุคคลมีหลายคนและมีหลายสัญชาติจะทำให้เกิดปัญหา โดยจะไม่ทราบว่าเป็นผู้ควบคุม⁸

สำหรับตัวอย่างคดีที่ใช้หลักการควบคุมโดยถือเอาสัญชาติของผู้ถือหุ้นได้แก่ คดี Giesche Co.

ในการพิจารณาสัญชาติของบริษัทดังกล่าว ศาลได้คำนึงถึงปัจจัยการควบคุมเป็นหลัก ศาลได้ให้เหตุผลว่า บริษัทนี้ได้ถูกควบคุมโดยคนชาติเยอรมนี ผู้จัดการทั่วไปเป็นคนชาติเยอรมนี ที่มีหน้าที่รับผิดชอบดูแลจัดการบริษัท ส่วนคณะกรรมการบริษัท 5 ใน 7 เป็นคนสัญชาติ

⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 321 – 322.

เยอรมัน หุ้นส่วนในบริษัทส่วนใหญ่ถูกรวบงำโดยบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศเยอรมนีจึงถือว่าบริษัทนี้เป็นบริษัทที่ถูกรวบงำโดยคนเยอรมัน

(4) ทฤษฎีเรื่องสถานที่ก่อตั้ง⁹

ทฤษฎีนี้จะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลโดยนิติบุคคลได้ก่อตั้งขึ้น หรือได้จดทะเบียนจัดตั้งภายใต้กฎหมายใดก็ถือว่านิติบุคคลมีสัญชาติของรัฐนั้น ทฤษฎีนี้ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวางในประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา

ทฤษฎีนี้ได้นำเอาความคิดในเรื่องภูมิลำเนาและถิ่นที่อยู่ซึ่งถือว่าเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่สำคัญอย่างหนึ่งของบุคคลมาเป็นเครื่องมือในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

ความคิดในเรื่องสัญชาตินิติบุคคลควรจะถือตามสถานที่ก่อตั้งหรือสถานที่ที่จดทะเบียนของนิติบุคคลนั้นถือกำเนิด ในประเทศอังกฤษ ช่วงศตวรรษที่ 18 ในขณะที่ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเจ้าอาณานิคม อังกฤษจึงได้คิดทฤษฎีนี้ขึ้นเพื่อประโยชน์ของประเทศอังกฤษเองในแง่ของการลงทุน หากคนอังกฤษประสงค์จะไปลงทุนในดินแดนอาณานิคม หรือประเทศอื่นใด คนอังกฤษก็สามารถจะก่อตั้งนิติบุคคลได้ตามกฎหมายอังกฤษ ผลก็คือนิติบุคคลนั้นย่อมได้สัญชาติอังกฤษทำให้รัฐบาลอังกฤษสามารถคุ้มครองดูแลผลประโยชน์ของคนชาติตนได้ ต่อมาความคิดนี้ได้รับการยอมรับในหลายๆ ประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา หรือบางประเทศในกลุ่มลาตินอเมริกา ได้แก่ บราซิล เปรู คิวบา กัวเตมาลา แคนาดา ออสเตรเลีย เป็นต้น

แนวความคิดในเรื่องสัญชาตินิติบุคคลควรถือเอาสถานที่จดทะเบียนหรือสถานที่ก่อตั้งนิติบุคคลเป็นเกณฑ์ ได้เทียบเคียงกับความคิดในเรื่องการได้สัญชาติของบุคคลธรรมดา นักคิดที่สนับสนุนแนวความคิดนี้ได้ถือว่าคุณสมบัติของกฎหมาย ในกรณีของบุคคลธรรมดา ภูมิลำเนาที่ได้รับ คือ ภูมิลำเนาของบิดา แต่ในกรณีของนิติบุคคลภูมิลำเนาที่ได้รับก็ควรที่จะเป็นภูมิลำเนาของประเทศที่ตนได้ถือกำเนิด หรือได้ถูกจัดตั้งขึ้นนั่นเอง

สำหรับข้อดีในการใช้แนวคิดในเรื่องการก่อตั้งหรือสถานที่จดทะเบียนมาเป็นเครื่องทดสอบในการให้สัญชาตินิติบุคคลนั้น คือ โดยทั่วไปประเทศที่นิติบุคคลได้ถือกำเนิดขึ้นโดยการก่อตั้งหรือโดยการจดทะเบียนมักเป็นประเทศที่มีความใกล้ชิดกับนิติบุคคลนั้น การดำเนินการและการบริหารจัดการก็เกิดขึ้นในประเทศนั้น ในทางตรงกันข้าม หากการจัดการมิได้เกิดขึ้นในประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้ถือกำเนิดขึ้น แต่กลับไปอยู่ประเทศอื่นซึ่งอาจเป็นสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่หรือสถานที่ที่ใช้ในการแสวงหาผลประโยชน์ ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนก็จะไม่สามารถใช้เป็นเครื่องทดสอบความใกล้ชิดระหว่างนิติบุคคลนั้นกับประเทศที่ตนถือกำเนิดได้

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 323 – 324.

ตัวอย่างคดีที่ตัดสินว่าใช้ทฤษฎีสถานที่ก่อตั้ง

1) คดี Rudan & Co. (1870)

โดยนิติบุคคลนี้เป็นห้างหุ้นส่วนที่จัดตั้งขึ้นในประเทศเปรู ภายใต้กฎหมายเปรูและมีสภาพตามกฎหมายเปรู แต่ผู้เป็นหุ้นส่วนคนหนึ่งมีสัญชาติอเมริกัน

ปัญหาที่พิจารณาคือนิติบุคคลนี้มีสัญชาติใด ศาลได้ตัดสินว่าสัญชาติของนิติบุคคลควรถือตามสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ หรือตามกฎหมายที่นิติบุคคลนี้ถูกก่อตั้งขึ้น เมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่าห้างหุ้นส่วนนี้ก่อตั้งในประเทศเปรู ก็ย่อมได้สัญชาติเปรู

2) คดี Standard Oil Company Tanker (1926)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่าตามสนธิสัญญาแวร์ซายระบุว่าเยอรมนีจะยกเรือพาณิชย์ที่มีระวางขับน้ำตั้งแต่ 1,600 ตันขึ้นไปให้แก่ฝ่ายพันธมิตร เรือดังกล่าวนั้นรวมถึงเรือพาณิชย์เยอรมนีที่ชักธงเยอรมนีและครอบครองโดยบริษัทเยอรมนี ในการปฏิบัติตามข้อผูกพันนี้ เยอรมนีจะต้องส่งมอบเรือ 9 ลำที่เป็นของบริษัท Deutsch Amerikanische Petroleum Gesellschaft ให้แก่ The Reparation Commission บริษัทนี้จดทะเบียนที่เมืองฮัมบูร์ก ประเทศเยอรมนี บริษัท Standard Oil ได้เป็นเจ้าของทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเยอรมนี ปัญหาที่ตามมาคือว่า บริษัท Standard Oil สามารถที่จะเรียกร้องกรรมสิทธิ์เหนือเรือเหล่านี้ได้หรือไม่

อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยว่า บริษัท Standard Oil เป็นเพียงผู้ถือหุ้นในบริษัทเยอรมนีเท่านั้นไม่ได้อยู่ในสถานะอื่น ดังนั้นบริษัทดังกล่าวที่จดทะเบียนในประเทศเยอรมนี จึงได้สัญชาติเยอรมัน

4.3 ผลของการที่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทย

เมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายสัญชาติของนิติบุคคล การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจึงต้องอาศัยความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดที่สุด ความเชื่อมโยงระหว่างนิติบุคคลนั้นกับประเทศไทยมาเป็นเครื่องกำหนดว่านิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศไทยหรือไม่เป็นกรณีไป

หลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาอาจจะพิจารณาจากการที่นิติบุคคลนั้นมีสถานที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย เช่น บริษัท A มีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย และมีศูนย์กลางการบริหารจัดการอยู่ในประเทศไทย ในภายหลังบริษัท A ได้ไปจดทะเบียนจัดตั้งสำนักงานสาขาที่ประเทศสิงคโปร์ หากบริษัทนี้ได้เข้าไปลงทุนในประเทศมาเลเซียและได้รับความเสียหายจากการกระทำของประเทศมาเลเซีย กรณีนี้สามารถถือได้ว่าบริษัท A มี 2 สัญชาติ ประเทศไทยและสิงคโปร์สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตกับบริษัท A ได้ แต่เมื่อบริษัท A มี 2 สัญชาติ จึงจะต้องเลือกสัญชาติที่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดที่สุด ซึ่งในกรณีนี้คือประเทศไทยซึ่ง

เป็นประเทศที่มีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ หรืออาจจะพิจารณาจากการที่บริษัทมีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนไทยก็ได้ ซึ่งหากเป็นนิติบุคคลที่มีจุดเชื่อมโยงกับประเทศไทยแล้ว หากนิติบุคคลนั้นถูกประเทศอื่นไม่ให้ความเป็นธรรมหรือกระทำการใดที่กระทบสิทธิ ประเทศไทยก็สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลนั้นได้ โดยถือนิติบุคคลนั้นเป็นคนชาติของตน

โดยการให้ความคุ้มครองทางการทูต เป็นสิทธิของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตนเมื่อรัฐนั้นเห็นว่าคนชาติของตนไม่ได้รับเป็นธรรม ดังที่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้กล่าวไว้ในคดี Barcelona traction ว่ารัฐสามารถใช้ความคุ้มครองทางการทูตโดยวิธีการใด และเพียงใดได้ตามที่รัฐนั้นเห็นสมควร เพราะเป็นสิทธิของรัฐนั้น ดังนั้นการใช้ความคุ้มครองทางการทูตเป็นสิทธิแต่เพียงผู้เดียวของประเทศเจ้าของสัญชาติ ซึ่งประเทศเจ้าของสัญชาติเท่านั้นที่จะสามารถใช้สิทธินี้ หรืออาจจะละสิทธินี้ได้

หลักเกณฑ์ในการให้ความคุ้มครองทางการทูต มีดังนี้

1) บุคคลที่รัฐจะให้ความคุ้มครองทางการทูตต้องมีสัญชาติของรัฐนั้นอย่างแท้จริง

จากคดี Nottebohm จะเห็นได้ว่านาย Nottebohm ไม่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (Genuine link) กับประเทศลิคเตนสไตน์ ซึ่งการที่ Nottebohm จะมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับ ประเทศลิคเตนสไตน์ ต้องปรากฏว่า Nottebohm มีความเกี่ยวพันกับประเทศลิคเตนสไตน์ นอกเหนือไปจากการเสียค่าธรรมเนียมการแปลงสัญชาติ เช่น มีภูมิลำเนา หรือมีสถานที่ทำงาน จึงส่งผลให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศตัดสินว่า ประเทศลิคเตนสไตน์ไม่อาจใช้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ Nottebohm ได้

2) ไม่อาจใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นได้อีก (Exhaustion of local remedies)

ก่อนที่ประเทศเจ้าของสัญชาติจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติ ต้องปรากฏว่าคนชาตินั้นได้ใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายภายในของประเทศที่ทำให้ตนได้รับความเสียหายให้เสร็จสิ้นเสียก่อน เมื่อใช้วิธีการนั้นแล้ว หากตนยังไม่ได้รับความเป็นธรรม บุคคลนั้นจึงค่อยขอให้ประเทศเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่ตนได้ เนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐ ไม่ได้มีเฉพาะในเรื่องของการใช้เขตอำนาจรัฐโดยอาศัยหลักสัญชาติแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังมีการใช้เขตอำนาจของรัฐ โดยอาศัยหลักดินแดนอื่น (Territorial Jurisdiction) ซึ่งรัฐเจ้าของดินแดนมีเขตอำนาจที่จะออกกฎหมายและบังคับใช้กฎหมาย เหนือบุคคล ทรัพย์สินและเหตุการณ์ที่อยู่หรือเกิดขึ้นในดินแดนของตน โดยไม่จำกัดว่าทรัพย์สินนั้นจะเป็นของคนชาติหรือไม่ ดังนั้นก่อนที่ประเทศเจ้าของสัญชาติจะให้ความคุ้มครองทางการทูตจึงต้องเคารพสิทธิของรัฐ

เจ้าของดินแดน โดยจะต้องใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายภายในของรัฐเจ้าของดินแดนจนเสร็จสิ้นก่อน ถ้ายังไม่ได้รับความเป็นธรรม จึงมาขอให้รัฐเจ้าของสัญชาติให้ความคุ้มครองทางการทูต

ตัวอย่างคำพิพากษาของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศที่ตัดสินว่าบุคคลผู้ได้รับความเสียหายจะต้องใช้วิธีการเยียวยาแห่งตามกฎหมายแห่งท้องถิ่นให้เสร็จสิ้นเสียก่อน ได้แก่คดี Interhandel

คดี Interhandel

(Switzerland v. United States of America)¹⁰

ข้อเท็จจริง

ปี ค.ศ. 1942 สหรัฐอเมริกาได้ทำการยึดหุ้นจำนวนร้อยละ 90 ของบริษัท General Aniline and Film Cooperation ซึ่งเป็นบริษัทที่ก่อตั้งตามกฎหมายของอเมริกาซึ่งหุ้นดังกล่าวเป็นของ Interhandel ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติสวิสที่อเมริกาอ้างว่าถูกควบคุมโดยบริษัท I.G. Farbenindustrie A.G. ซึ่งเป็นบริษัทสัญชาติเยอรมนี

เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม 1946 สวิตเซอร์แลนด์ได้ทำความตกลงวอชิงตัน (Washington Accord) กับอเมริกา สหราชอาณาจักร และฝรั่งเศส ซึ่งระบุถึงการยึดทรัพย์สินและการชำระบัญชีทรัพย์สินของเยอรมนีที่มีอยู่ในสวิตเซอร์แลนด์และการปล่อยทรัพย์สินของสวิตเซอร์แลนด์ที่มีอยู่ในอเมริกาและถูกรัฐบาลของอเมริกายึดไว้ แต่ก็ได้ไม่ได้ทำให้ทรัพย์สินของ Interhandel ได้รับความปล่อยแต่อย่างใด จนกระทั่งเจ้าหน้าที่พิจารณาบททวนของสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งมีอำนาจในเรื่องดังกล่าวได้ปล่อยทรัพย์สินของ Interhandel ในสวิตเซอร์แลนด์ เนื่องจาก Interhandel ได้ตัดความสัมพันธ์กับ I.G. Farbenindustrie A.G. ตั้งแต่ ค.ศ. 1940 แล้ว จึงทำให้ Interhandel มีสัญชาติสวิสโดยแท้ รัฐบาลของสวิตเซอร์แลนด์จึงได้พยายามที่จะให้มีการปลดปล่อยทรัพย์สินของ interhandel ที่อยู่ในอเมริกา แต่อเมริกาก็ปฏิเสธที่จะปล่อยทรัพย์สินของ Interhandel โดยอ้างว่าการวินิจฉัยชี้ขาดของสวิตเซอร์แลนด์นั้นไม่ผูกพันอเมริกาตามความตกลงวอชิงตัน และไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินที่ได้ตกเป็นของอเมริกาแล้ว

เดือนตุลาคม 1948 บริษัท Interhandel ในอเมริกาจึงได้นำคดีขึ้นสู่ศาลของอเมริกาเพื่อให้รัฐบาลอเมริกาคืนทรัพย์สินให้ เมื่อคดีขึ้นสู่ศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ได้ยกคำฟ้องของ Interhandel ด้วยเหตุผลทางกระบวนการพิจารณา นอกจากนี้ศาลฎีกายังได้ยกฎีกาของ Interhandel ที่ขอให้ศาลฎีกาออก writ of certiorari อีกด้วย แต่ไม่ตัดสินคดี Interhandel ที่จะฎีกา

¹⁰ Interhandel (Switzerland v. United States of America) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

ใหม่ รัฐบาลสวีตเซอร์แลนด์จึงได้เสนอที่จะมอบข้อพิพาทระหว่างสวีตเซอร์แลนด์กับสหรัฐอเมริกา ให้อนุญาตตุลาการพิจารณาแต่ก็ถูกอเมริกาปฏิเสธ

วันที่ 2 ตุลาคม 1957 สวีตเซอร์แลนด์จึงนำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ (ICJ) โดยอ้างว่าอเมริกามีพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่จะต้องคืนทรัพย์สินที่ยึดไว้ ให้แก่ Interhandel ในขณะเดียวกันเมื่อวันที่ 14 ตุลาคม 1957 ศาลฎีกาของอเมริกาได้ออก writ of certiorari และรับฎีกาของบริษัท Interhandel และได้กลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์และส่งคดี ให้ศาลชั้นต้นพิจารณาใหม่

ทำให้ขณะที่สวีตเซอร์แลนด์นำคดีขึ้นสู่ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ คดีของบริษัท Interhandel อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลภายในของประเทศสหรัฐอเมริกา

คำวินิจฉัยของศาล

นอกจากสวีตเซอร์แลนด์จะยื่นฟ้องสหรัฐอเมริกาแล้ว สวีตเซอร์แลนด์ยังได้ขอให้ ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศสั่งให้มีการกำหนดมาตรการชั่วคราว (Interim measures) เพื่อ คัดครองทรัพย์สินของ Interhandel จากการที่อเมริกาอาจนำเอาหุ้นของ Interhandel ออกจำหน่ายจ่ายโอน จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลอันถึงที่สุด

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยคำสั่งลงวันที่ 24 ตุลาคม 1957 กล่าวว่า ตาม กฎหมายของสหรัฐอเมริกา การจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นไม่สามารถกระทำได้หากคดีเกี่ยวกับหุ้นนั้นยัง อยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา และอเมริกายังประกาศด้วยว่าไม่มีเจตนาที่จะ ขายหุ้นดังกล่าว ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงไม่สั่งให้มีการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว โดยอาศัยข้อเท็จจริงดังกล่าว

สำหรับคดีนี้ ได้มีคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรมระหว่างประเทศลงวันที่ 21 มีนาคม 1959 ว่าเนื่องจากคดีของบริษัท Interhandel ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลสหรัฐอเมริกา และหลักการให้การเยียวยาแห่งท้องถิ่น (Exhaustion of local remedies) ก็เป็นหลักของกฎหมาย จารีตประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) จึงนำมาปรับใช้กับคดีนี้ ดังนั้นการ ที่สหรัฐอเมริการิบหุ้นของบริษัท Interhandel เป็นของรัฐบาลสหรัฐนั้น มิใช่ข้อยกเว้นของการใช้ หลักการเยียวยาแห่งท้องถิ่น เพราะกฎหมายของสหรัฐอเมริกายังเปิดโอกาสให้มีการเยียวยาได้ใน กรณีที่เป็นการกระทำของรัฐ ข้อโต้แย้งของสวีตเซอร์แลนด์ที่ว่าศาลสหรัฐอเมริกาไม่อยู่ในฐานะที่จะ วินิจฉัยคดีโดยอาศัยกฎหมายระหว่างประเทศก็ฟังไม่ขึ้น เพราะทางปฏิบัติของศาล สหรัฐอเมริกาชี้ไปในทางตรงข้าม นอกจากนี้ประเด็นหลักแห่งข้อพิพาทก็ได้อยู่ที่ว่าสิทธิของ สวีตเซอร์แลนด์ถูกละเมิดโดยตรง แต่เป็นเรื่องของสิทธิเรียกร้องของชนชาติสวิสเกี่ยวกับทรัพย์สิน ของตนในสหรัฐอเมริกาที่สวีตเซอร์แลนด์เพียงแต่ให้ความคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) เข้าเรียกร้องให้คนชาติของตนเท่านั้น

ดังนั้นศาลยุติธรรมระหว่างประเทศโดยคะแนนเสียง 9 ต่อ 6 วินิจฉัยตามข้อโต้แย้งของสหรัฐอเมริกาและสั่งไม่รับคำร้องของสวิสเซอร์แลนด์

จากคำวินิจฉัยของศาลจึงสรุปได้ว่า บริษัท Interhandel ไม่ได้ใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นให้เสร็จสิ้นก่อน สวิสเซอร์แลนด์จึงยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัท Interhandel ได้

กล่าวโดยสรุปได้ว่าจากหลักเกณฑ์คุ้มครองทางการทูต การที่ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลใด นิติบุคคลนั้นจะต้องมีสัญชาติไทย และจะต้องใช้วิธีการเยียวยาแห่งท้องถิ่นให้เสร็จสิ้นก่อน ประเทศไทยจึงสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ โดยเมื่อประเทศไทยไม่มีกฎหมายในการให้สัญชาตินิติบุคคล หากประเทศไทยจะถือว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย นิติบุคคลนั้นจะต้องมีความผูกพันอย่างแท้จริงหรือผลประโยชน์ใกล้ชิด (Genuine link) กับประเทศไทย ซึ่งการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลนั้นเป็นอำนาจของประเทศ ประเทศไทยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด รวมทั้งต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ของประเทศด้วย เพราะเมื่อประเทศไทยให้สัญชาติแก่นิติบุคคลใดแล้ว ประเทศไทยก็มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย ซึ่งวัตถุประสงค์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเรื่องนี้จะไม่ใช่เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่เป็นการที่จะปกป้องผลประโยชน์ให้คุ้มครองแก่คนชาติตน ซึ่งจะแตกต่างกับกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เมื่อวัตถุประสงค์ทั้ง 2 เรื่อง แตกต่างกัน จึงเป็นสิ่งที่ต้องแยกดำเนินการ โดยกฎหมายที่มีการกำหนดความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจหรือมีการกำหนดว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยเพื่อที่จะสามารถดำเนินการทางธุรกิจได้ตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ กฎหมายพวกนี้ก็ควรกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดั้งเดิม สำหรับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลก็ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสัญชาติไทยของนิติบุคคลเอาไว้ เพื่อให้เกิดความชัดเจน โดยอาจจะใช้หลักการผสม เพื่อให้นิติบุคคลนั้นมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด มีจุดเชื่อมโยง ผูกพันกับประเทศไทยมากที่สุด

บทที่ 5

ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน และข้อตกลงด้านการค้าบริการ : ศึกษาเฉพาะกรณีนิติบุคคล

จากการที่ได้ศึกษาในบทต่าง ๆ ที่ผ่านมาทำให้ได้ทราบถึงนิติบุคคลต่างด้าวใน
ฐานะประเทศผู้รับการลงทุน ซึ่งมีการใช้กฎหมายมาจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน
ประเทศของตน และมีการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวไว้เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ของนิติบุคคล
ที่จะถูกพิจารณาเป็นนิติบุคคลต่างด้าว นอกจากนี้ยังได้ศึกษาถึงสถานะนิติบุคคลในกรณีที่เป็น
ประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีที่เป็นประเทศผู้รับการลงทุน โดยกรณี
ประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุนจะมุ่งเน้นในด้านการให้คุ้มครองแก่นิติบุคคลของประเทศตนที่ไป
ลงทุนยังต่างประเทศ ซึ่งจะแตกต่างกับกรณีประเทศผู้รับการลงทุน

นอกเหนือจากที่ได้กล่าวมา สถานะของนิติบุคคลยังมีอีกประเภทหนึ่งคือสถานะ
นิติบุคคลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งในข้อตกลงระหว่างประเทศแต่ละฉบับจะมีการกำหนด
นิยามของนิติบุคคลเอาไว้ ซึ่งนิยามนิติบุคคลเหล่านี้ จะเป็นตัวกำหนดว่านิติบุคคลใดที่จะได้สิทธิ
ประโยชน์ตามความตกลงหรืออยู่ภายใต้บังคับของความตกลงฉบับนี้ โดยนิติบุคคลที่มี
องค์ประกอบหรือลักษณะที่ตรงกับความหมายของนิติบุคคลต่างด้าว ย่อมได้สิทธิประโยชน์ตาม
ข้อตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงได้รับการรับรองจากคู่สัญญา แต่สำหรับนิติบุคคลอื่นที่ไม่มี
คุณสมบัติตรงกับความหมายของนิติบุคคลต่างด้าวในข้อตกลงนั้น ๆ ก็ย่อมไม่อาจที่จะอาศัยสิทธิ
ประโยชน์ในข้อตกลงฉบับนั้นได้ รวมทั้งบุคคลที่ถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ก็ไม่อาจใช้ประโยชน์จาก
ข้อตกลงเช่นเดียวกัน โดยข้อตกลงที่มีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลเหล่านี้มักจะเป็นข้อตกลง
ส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนและข้อตกลงด้านการค้าบริการ

ดังนั้นในบทนี้ผู้วิจัยจึงจะศึกษาถึงนิยามของนิติบุคคล ในความหมายของ
ข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ว่ากำหนดไว้ว่าอย่างไร และสำหรับข้อตกลงด้านการค้าบริการ
ผู้วิจัยจะศึกษาเพิ่มเติมถึงพันธกรณีของไทยในตารางข้อผูกพันของประเทศไทยเพื่อให้ทราบว่าใน
สาขาธุรกิจใดที่นิติบุคคลของประเทศอื่นจะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจตามข้อตกลงด้านการค้า
บริการนั้น ๆ ได้ และมีเงื่อนไขหรือไม่ เพียงใด

5.1 ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน เป็นข้อตกลงที่เกี่ยวกับการลงทุนระหว่าง
ประเทศ ซึ่งมีความสำคัญในยุคโลกาภิวัตน์ ซึ่งมีการลงทุนข้ามพรมแดนไปยังประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก

โดยข้อตกลงประเภทนี้มีที่มาจากกรณีที่นักลงทุนต่างประเทศมักประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงการระงับข้อพิพาทโดยศาลภายในประเทศ เนื่องจากไม่มั่นใจว่าประเทศผู้รับการลงทุนอาจมีการใช้อำนาจเปลี่ยนแปลงกฎหมายภายในซึ่งมีผลกระทบต่อการลงทุน รวมทั้งอาจไม่บังคับใช้กฎหมายหากมีผลประโยชน์ขัดกันกับประเทศผู้รับการลงทุน ประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุนจึงมีการจัดทำข้อตกลงประเภทนี้เพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่นักลงทุนของตน และให้ความมั่นใจแก่ผู้ลงทุนของต่างชาติในเรื่องการให้การปฏิบัติที่เป็นธรรมซึ่งจะช่วยส่งเสริมและกระตุ้นให้เกิดการลงทุนจากต่างชาติ

สำหรับประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศกำลังพัฒนา และต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ ในการผลักดันให้ประเทศมีความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และมีการจ้างงานที่เพิ่มขึ้น ก็ได้มีการทำสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกับประเทศต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก โดยใช้สนธิสัญญาประเภทนี้เป็นการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ เนื่องจากมีความชัดเจนมากกว่าหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่อยู่ในรูปของกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ อันจะทำให้ประเทศต่าง ๆ มีความมั่นใจในการที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะมีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลเอาไว้ว่านิติบุคคลใดที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย นิติบุคคลใดที่เป็นนิติบุคคลของประเทศภาคี ซึ่งเมื่อเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่นิยามนิติบุคคลกำหนด นิติบุคคลเหล่านั้นย่อมสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามที่สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดไว้ได้ โดยสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นแม้จะมีจำนวนมาก แต่มักจะมีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลไทยหรือบริษัทไทยไว้คล้ายคลึงกัน คือ นิติบุคคลไทย หรือบริษัทไทย หมายถึงนิติบุคคลหรือบริษัทที่จัดตั้งขึ้น หรือได้รับการก่อตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดชอบและจะเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม

จากนิยามของนิติบุคคลไทยในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน การกำหนดลักษณะของนิติบุคคลที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยจะพิจารณาจากสถานที่จัดตั้งขึ้นเท่านั้น ไม่ได้นำหลักเกณฑ์เรื่องอื่นมาใช้ซึ่งทำให้เพียงแค่นักลงทุนต่างชาติมาจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายไทยก็สามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนในฐานะนิติบุคคลไทยได้

สำหรับสาระสำคัญของสนธิสัญญาส่งเสริมและการลงทุนจะมีลักษณะที่คล้ายกันในแต่ละฉบับ ได้แก่

- 1) การปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเที่ยงธรรม
- 2) การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ โดยการลงทุนในดินแดนของประเทศผู้รับการลงทุนจะต้องได้รับการคุ้มครอง การปฏิบัติที่ไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่ผู้ลงทุนของประเทศผู้รับการลงทุนเอง

- 3) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่รับอนุเคราะห์ยิ่ง หมายถึง การที่ประเทศภาคีให้การประกันว่าการลงทุนจะได้รับการปฏิบัติที่ไม่ด้อยกว่าที่ให้แก่การลงทุนโดยผู้ลงทุนของประเทศที่สามใดๆ
- 4) การโอนกิจการและทรัพย์สินไปเป็นของรัฐ โดยการลงทุนของผู้ลงทุนจะไม่ถูกยึดหรือโอนการลงทุนไปเป็นของรัฐ หรือตกอยู่ภายใต้มาตรการที่คล้ายคลึงกัน เว้นแต่จะเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ตามขั้นตอนที่ถูกต้องทางกฎหมาย และอยู่บนพื้นฐานของการไม่เลือกปฏิบัติ และมีการชดเชยค่าเสียหายโดยพลัน มีประสิทธิผล และเพียงพอตามมูลค่าของการลงทุนที่ถูกเวนคืน
- 5) การโอนเงินและผลตอบแทนออกนอกประเทศ โดยต้องมีการกำหนดว่าการลงทุนและผลตอบแทนของคู่ภาคีอีกฝ่ายจะได้รับอนุญาตให้มีการโอนโดยปราศจากความล่าช้า
- 6) การระงับข้อพิพาท โดยหากมีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างรัฐภาคีจะมีการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการได้ไม่ว่าจะเป็นตามศูนย์ระหว่างประเทศเพื่อการระงับข้อพิพาทการลงทุน (ICSID) หรืออนุญาโตตุลาการของคณะกรรมการกฎหมายการค้าระหว่างประเทศของสหประชาชาติ (UNCITRAL)

ดังนั้นสำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนของประเทศไทย แม้ว่าจะมีหลายฉบับ แต่สาระสำคัญในข้อตกลงก็จะมีผลคล้ายคลึงกัน รวมถึงหลักเกณฑ์ที่กำหนดนิยามของนิติบุคคลไทยที่จะเป็นสิ่งที่กำหนดว่านิติบุคคลที่มีลักษณะใดที่จะสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนี้ได้ ซึ่งมักจะพิจารณาจากการจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยเท่านั้น

5.2 ข้อตกลงด้านการค้าบริการ

ประเทศไทยได้มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับด้านการค้าบริการไว้หลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นระดับพหุภาคีอย่าง GATS หรือในระดับทวิภาคีอย่าง FTA ต่าง ๆ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการเปิดเสรีการค้าบริการที่เพิ่มขึ้น โดยข้อตกลงแต่ละฉบับได้มีการกำหนดความหมายของนิติบุคคลต่างดาว หรือนิติบุคคลของชาติภาคี/สมาชิกเอาไว้ เพื่อใช้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดถือเป็นนิติบุคคลของชาติภาคีที่มีสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศฉบับนั้น

โดยรูปแบบการค้าบริการมีอยู่ด้วยกัน 4 รูปแบบ (Modes) * ได้แก่

1) การบริการข้ามเขตแดน (Cross border supply) หมายถึง การที่ผู้ให้บริการให้บริการข้ามเขตแดนเข้ามายังผู้ซื้อบริการที่อยู่ในประเทศของผู้รับบริการ เช่น การให้บริการสื่อสารโทรคมนาคมบางประเภท ไปรษณีย์ การขนส่งทางทะเลและอากาศ จุดหมายอิเล็กทรอนิกส์ การเรียนรู้โดยผ่านสื่ออิเล็กทรอนิกส์ (E-Learning) เป็นต้น

2) การบริโภคในต่างประเทศ (Consumption abroad) หมายถึง การให้บริการที่ผู้บริโภคต้องเดินทางเข้าไปซื้อบริการในประเทศของผู้ให้บริการ เช่น การท่องเที่ยว การศึกษา ที่ต้องเข้าไปในดินแดนของผู้ให้บริการ

3) การตั้งสำนักงานให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ (Commercial presence) เป็นการเข้ามาให้บริการของนิติบุคคลต่างด้าว หมายถึง การที่นิติบุคคลต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจภายในประเทศผู้รับบริการ มีการจัดตั้งหน่วยธุรกิจ (Establishment of Business Entity) ไม่ว่าจะเป็นลักษณะสาขา (Branch) บริษัทในเครือ (Subsidiary) ตัวแทน (Agency) หรือการร่วมทุน (Joint Venture) ผ่านการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment) เพื่อให้บริการต่อประชาชนในประเทศผู้รับบริการ

4) การเคลื่อนย้ายของบุคคลธรรมดาเพื่อให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ เป็นการชั่วคราว (Temporary Movement of Natural Persons) บริการในลักษณะนี้ผู้ให้บริการจำเป็นที่จะต้องเดินทางไปยังประเทศของผู้รับบริการ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็นการเข้ามาของบุคคลต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา (Natural person presence) เพื่อประกอบธุรกิจภายในประเทศ เช่น เข้ามาประกอบวิชาชีพสถาปนิก แพทย์ วิศวกร ครู ที่ปรึกษา โดยเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศไทย อันเป็นการเข้ามาให้บริการในประเทศไทย เป็นต้น

เมื่อพิจารณารูปแบบการค้าบริการทั้ง 4 รูปแบบ การที่นิติบุคคลต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจภายในประเทศหนึ่ง จะถือว่าการให้บริการในรูปแบบที่ 3 คือการตั้งสำนักงานให้บริการในประเทศของผู้รับบริการ (Commercial presence) ตามที่ความตกลงด้านการค้าบริการได้กำหนดไว้

โดยการเปิดเสรีด้านการค้าบริการนี้จะมีหลักการที่สำคัญคือการเปิดเสรีด้านการค้าบริการอย่างเป็นลำดับ (Progressive liberalisation) จากหลักการนี้ทำให้ประเทศที่ยังไม่พร้อมในการเปิดเสรีด้านการค้าบริการอย่างเต็มรูปแบบ สามารถเลือกเปิดตลาดด้านการค้าบริการเฉพาะสาขาบริการที่ประเทศตนพร้อมก่อนได้ และค่อย ๆ เปิดในสาขาอื่นๆ ต่อไปเพิ่มขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับการปรับตัวของผู้ให้บริการภายในประเทศของตน

* ข้อ 1 (2) GATS

จากหลักการเปิดเสรีด้านการค้าบริการอย่างเป็นลำดับ ทำให้ประเทศต่าง ๆ สามารถกำหนดเงื่อนไขในการให้ผู้ให้บริการต่างชาติเข้ามาให้บริการในประเทศของตนได้ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขที่แต่ละประเทศกำหนดจะมีทั้งในรูปแบบการตั้งเงื่อนไขด้านการเข้าสู่ตลาด (Market Access Conditions) และการตั้งเงื่อนไขด้านการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment)¹ ดังนั้น ในการทำข้อตกลงด้านการค้าบริการ แต่ละประเทศจะได้จัดทำข้อผูกพันเฉพาะขึ้น (Specific Commitments) ซึ่งในข้อผูกพันนี้จะมีการกำหนดเรื่องการเข้าสู่ตลาดหรือการเปิดตลาดการค้าบริการสาขาต่างๆ (Market Access) และผูกพันในเรื่องการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติแก่กันและกัน (National Treatment) รวมทั้งข้อผูกพันเพิ่มเติมถ้ามี จึงถือเป็นพันธกรณีที่แต่ละประเทศจะต้องมาเจรจาแลกเปลี่ยนผลประโยชน์กัน ซึ่งพันธกรณีของแต่ละประเทศจะเป็นไปตามที่ระบุไว้ในตารางข้อผูกพันและมีรายละเอียดว่า สาขาใดจะเปิดเสรีบ้าง และเปิดเสรีโดยมีเงื่อนไขอย่างไร และจะให้ national treatment เพียงใด

ด้วยเหตุที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นการศึกษาเฉพาะเรื่องนิติบุคคล ซึ่งเป็นรูปแบบการให้บริการ รูปแบบที่ 3 (Commercial Presence) สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไป คือ นิยามของนิติบุคคล ในความหมายของข้อตกลงด้านการค้าบริการต่าง ๆ จะกำหนดไว้ว่าอย่างไร เพราะนิยามของนิติบุคคล จะเป็นเครื่องกำหนดว่านิติบุคคลใดที่จะได้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงหรืออยู่ภายใต้บังคับของความตกลงฉบับนี้ โดยนิติบุคคลที่มีองค์ประกอบหรือลักษณะที่ตรงกับ ความหมายของนิติบุคคลที่ข้อตกลงได้ระบุ ย่อมได้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงได้รับการรับรองจากคู่สัญญา แต่สำหรับนิติบุคคลอื่นที่ไม่มีคุณสมบัติตรงกับ ความหมายของนิติบุคคลต่างด้าวในข้อตกลงนั้น ๆ ย่อมไม่อาจที่จะอาศัยสิทธิประโยชน์ในข้อตกลงฉบับนั้นได้ รวมทั้งบุคคลที่ถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ด้วย

5.2.1 ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและการบริการ (GATS)

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services) หรือที่เรียกว่า GATS เป็นความตกลงทางการค้าบริการระหว่างประเทศฉบับหนึ่งในกรอบขององค์การการค้าโลก เป็นกรอบทางกฎหมายที่ว่าด้วยหลักการและกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการค้าบริการระหว่างประเทศ สำหรับให้ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก ถือปฏิบัติเพื่อให้เกิดการค้าบริการระหว่างประเทศดำเนินไปด้วยความโปร่งใส (Transparency) และมีการเปิดเสรี

¹ พิมพ์ชนก วอนขอพร, การเจรจาการค้าบริการใน WTO (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า 33.

แบบก้าวหน้าตามลำดับ (Progressive Liberalization) ซึ่งจะเป็นการส่งเสริมให้ระบบการค้าเสรีระหว่างประเทศเจริญก้าวหน้าและขยายตัวมากยิ่งขึ้น เป็นประโยชน์ต่อระบบเศรษฐกิจของโลกโดยรวม

5.2.1.1 นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและการบริการได้กำหนดคำนิยามของนิติบุคคลเพื่อกำหนดให้ชัดเจนว่า นิติบุคคลที่สามารถอาศัยสิทธิตามความตกลง GATS นี้ได้จะต้องพิจารณาอย่างไร โดยได้บัญญัติไว้ใน ข้อ XXVIII (แอล) (เอ็ม) และ (เอ็น) ของความตกลง GATS ดังนี้

(แอล) “นิติบุคคล” หมายถึง องค์การตามกฎหมายใดซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยชอบ หรือ มิฉะนั้นก็จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ ไม่ว่าจะมิวัตถุประสงค์เพื่อกำไรหรือเพียงเพื่อวัตถุประสงค์อื่น และไม่ว่าจะเป็นของส่วนบุคคลหรือรัฐบาล รวมถึงบริษัท การจัดการสินทรัพย์เพื่อบุคคลอื่น ห้างหุ้นส่วน การร่วมทุน การเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียวหรือการร่วมดำเนินการ

(เอ็ม) “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” หมายถึง นิติบุคคลซึ่งไม่อาจจะ

(1) ก่อตั้งขึ้นหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของสมาชิกอื่นนั้น และประกอบธุรกิจในอาณาเขตของสมาชิกนั้น หรือสมาชิกอื่นใด หรือ

(2) ในกรณีการให้บริการผ่านการจัดตั้งทางพาณิชย์ ซึ่งเป็นเจ้าของ หรือควบคุมโดย

เอ บุคคลธรรมดาของสมาชิกนั้น หรือ

บี นิติบุคคลของสมาชิกอื่นนั้นตามที่ระบุไว้ในอนุวรรค (1)

(เอ็น) นิติบุคคล คือ

(1) “เป็นเจ้าของ” โดยบุคคลของสมาชิก หากบุคคลของสมาชิกนั้นเป็นเจ้าของเงินทุนมากกว่าร้อยละ 50

(2) “ถูกควบคุม” โดยบุคคลของสมาชิก หากบุคคลนั้นมีอำนาจในการเสนอชื่อกรรมการส่วนใหญ่ หรือมิฉะนั้นก็เป็นผู้มีอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายในการกำกับดูแลการดำเนินการของบริษัท

(3) “อยู่ในเครือ” กับบุคคลอื่น เมื่อนิติบุคคลนั้นควบคุมหรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อทั้งสองฝ่ายถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวกัน

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากนิยามดังกล่าวข้างต้น “นิติบุคคลของสมาชิกอื่น” ซึ่งสามารถอาศัยสิทธิตามความตกลง GATS ได้ จะต้องมีความสัมพันธ์ดังนี้

1) ก่อตั้ง จัดตั้ง ภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิก และประกอบธุรกิจของรัฐสมาชิก นั้น หรือ รัฐสมาชิกอื่น โดยได้เน้นถึงการจัดตั้งกับการประกอบธุรกิจในประเทศที่จัดตั้งแสดงให้เห็นถึงความเกี่ยวพันใกล้ชิดกับรัฐที่นิติบุคคลนั้นได้จัดตั้งขึ้น

2) ก่อตั้งขึ้นในรูปแบบการจัดตั้งทางพาณิชย์ (Commercial Presence) กฎหมายได้ถือเกณฑ์ในเรื่องความเป็นเจ้าของ การถูกควบคุม และการอยู่ในเครือ กำกับไว้ นั้นหมายความว่า นิติบุคคลถูกจัดตั้งตามกฎหมายอื่น การที่จะมาพิจารณาว่านิติบุคคลนั้น เป็นนิติบุคคลของรัฐคู่ภาคี หรือรัฐสมาชิกหรือไม่นั้น ต้องดูว่า เงินทุนของนิติบุคคลนั้นผู้ใดเป็นเจ้าของ คนชาติของรัฐสมาชิกเป็นผู้ถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 ก็ถือเป็นเงื่อนไขในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลของรัฐสมาชิกนั้น นอกจากนี้กฎหมายยังได้กำหนดในเรื่องการควบคุมไว้ด้วยว่า หากนิติบุคคลถูกควบคุมโดยคนชาติของรัฐสมาชิก โดยมีอำนาจในการเสนอกรรมกรส่วนใหญ่ หรือ กำกับการค้าดำเนินงานของบริษัท ถ้าเป็นเช่นนั้น ย่อมถือว่ามีนิติบุคคลหรือบริษัทนั้นเป็นนิติบุคคลของรัฐสมาชิก นอกจากนี้ยังรวมถึงเรื่องการอยู่ในเครือเดียวกันอีกด้วย

สรุปได้ว่า นิติบุคคลที่จะอาศัยสิทธิตามความตกลง GATS นี้ได้จะต้อง เป็นนิติบุคคลที่สังกัดภายใต้รัฐสมาชิกใดสมาชิกหนึ่ง ซึ่งต้องเป็นนิติบุคคลที่มีคุณสมบัติตรงตามคำนิยามของนิติบุคคลของสมาชิก

5.2.1.2 การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

สืบเนื่องมาจากหลักการที่ว่าความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการมีวัตถุประสงค์ที่จะให้นิติบุคคลที่เป็นนิติบุคคลของประเทศสมาชิกได้รับสิทธิประโยชน์ตามความตกลงฉบับนี้ ดังนั้นเพื่อมิให้นิติบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับชาติสมาชิก มาอาศัยสิทธิตามความตกลง GATS ในความตกลง GATS จึงได้มีการระบุถึงการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว ไว้ในข้อ XXVII ของ GATS โดยมีรายละเอียด ดังนี้

สมาชิกอาจปฏิเสธผลประโยชน์ของความตกลงนี้

(เอ) แก่การให้บริการใด ถ้าสมาชิกลูกนั้นพิสูจน์ได้ว่า การบริการนั้นมาจากอาณาเขตของประเทศที่มีใช้สมาชิก หรืออยู่ในอาณาเขตของประเทศที่มีใช้สมาชิก หรือมาจากอาณาเขตของสมาชิก หรืออยู่ในอาณาเขตของสมาชิกซึ่งสมาชิกที่ปฏิเสธผลประโยชน์นั้นไม่ใช้ความตกลง WTO กับสมาชิกลูกนั้น

(บี) ในกรณีการให้บริการขนส่งทางทะเล ถ้าสมาชิกนั้นพิสูจน์ได้ว่า การบริการนั้นได้ให้

(1) โดยเรือซึ่งจดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศที่มีใช้สมาชิก หรือของสมาชิกซึ่งสมาชิกนั้นปฏิเสธไม่ใช้ความตกลง WTO ด้วย

(2) โดยบุคคลซึ่งดำเนินการและ/หรือใช้เรือทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ซึ่งเป็นบุคคลของประเทศที่ไม่ใช้สมาชิก หรือบุคคลของสมาชิกซึ่งสมาชิกนั้นปฏิเสธไม่ใช้ความตกลง WTO ด้วย

(ซี) แก่ผู้ให้บริการซึ่งเป็นนิติบุคคล ถ้าสมาชิกนั้นพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการมิใช่ผู้ให้บริการของสมาชิกอื่น หรือพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการเป็นผู้ให้บริการของสมาชิกซึ่งสมาชิกนั้นปฏิเสธไม่ใช้ความตกลง WTO ด้วย

จากข้อบ่งชี้ดังกล่าว แสดงให้เห็นว่า หากนิติบุคคลใดไม่มีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดตามความตกลงต่างๆ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งกรณีนิติบุคคลนั้น ถ้าสมาชิกในความตกลงสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการมิใช่ผู้ให้บริการของประเทศสมาชิก WTO หรือเป็นสมาชิก WTO แต่ประเทศนั้นปฏิเสธไม่ใช้ความตกลง WTO รัฐภาคีก็อาจปฏิเสธสิทธิประโยชน์ที่จะให้แก่นิติบุคคลนั้นได้

5.2.1.3 ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ

ในการจัดทำตารางข้อผูกพันของประเทศไทย ที่ได้ยื่นต่อ WTO ประเทศไทยมีพันธกรณีในการเปิดเสรีการค้าบริการตามข้อผูกพันเฉพาะที่ประเทศไทยได้ให้ไว้ โดยข้อผูกพันเฉพาะถือเป็นส่วนสำคัญส่วนหนึ่งของข้อตกลง GATS ** ซึ่งมีผลให้ประเทศไทยต้องปฏิบัติตามที่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ

โดยในตารางข้อผูกพันเฉพาะจะกำหนดเงื่อนไขการจำกัดการเข้าสู่ตลาดและการให้การปฏิบัติเยี่ยงคนชาติเอาไว้ ซึ่งเงื่อนไขที่ใช้กับแต่ละสาขาอาจแตกต่างกันได้ หรือแม้แต่นิติบุคคลเดียวกันก็อาจมีเงื่อนไขที่แตกต่างกันในแต่ละรูปแบบ (Mode) ได้²

ดังนั้น หากนิติบุคคลใดจะเข้ามาประกอบธุรกิจบริการในประเทศไทยตามความตกลง GATS ก็จะต้องพิจารณาก่อนว่าประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขในข้อผูกพันไว้อย่างไร ซึ่ง

** ข้อ XX (3) GATS

² พิมพ์ชนก วอนขอพร, การเจรจาการค้าบริการใน WTO, หน้า 44.

หากนิติบุคคลใดปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ ย่อมสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้

ตารางข้อผูกพันเฉพาะ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ส่วน คือ ข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitments) และข้อผูกพันสาขาเฉพาะ (Specific Sector)

โดยสำหรับข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitments) นี้จะใช้บังคับกับภาคบริการทุกสาขา เว้นแต่จะได้มีการระบุไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ (Schedule of Specific Commitments) ซึ่งประเทศไทยได้กำหนดข้อผูกพันทั่วไป ไว้ดังนี้

เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในระดับสาขาเฉพาะ (Specific Sector) การจัดตั้งทางธุรกิจ (Commercial Presence) จะได้รับอนุญาตเฉพาะในรูปแบบการจัดตั้งในรูปแบบบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย และเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

- (1) การร่วมหุ้นโดยต่างชาติต้องไม่เกินกว่า 49 เปอร์เซ็นต์ ของทุนจดทะเบียน และ
- (2) ผู้ถือหุ้นต่างชาติจะต้องมีจำนวนน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท

นอกจากนั้น ตามข้อผูกพันทั่วไปได้กำหนดถึงการได้มาและการใช้ที่ดินเอาไว้ว่า สำหรับผู้ที่เข้ามาเพื่อจัดตั้งธุรกิจ การได้มาและการใช้ที่ดินให้เป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดินของประเทศไทย คนต่างชาติหรือบริษัทในประเทศที่ถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ไม่ได้รับอนุญาตให้ซื้อหรือเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศไทย อย่างไรก็ตามบุคคลดังกล่าวสามารถเช่าที่ดินและเป็นเจ้าของอาคารได้ นอกจากนี้คนต่างชาติยังได้รับอนุญาตให้เป็นเจ้าของบางส่วนของห้องชุดในคอนโดมิเนียมได้ ภายใต้กฎหมายและข้อบังคับเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในคอนโดมิเนียม

ดังนั้นจากข้อผูกพันทั่วไปของไทยที่กำหนดไว้ในการจัดตั้งทางธุรกิจ คนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกิน ร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น นิติบุคคลนั้นจึงจะสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้

อย่างไรก็ดีการพิจารณาข้อผูกพันจะต้องพิจารณาข้อผูกพันเฉพาะรายสาขาคด้วย (Specific Sector) ว่าในสาขาธุรกิจนั้นประเทศไทยได้มีข้อผูกพันไว้หรือไม่ หากประเทศไทยกำหนดเงื่อนไขในสาขาธุรกิจไว้อย่างไร ก็ให้ใช้ตามข้อผูกพันเฉพาะรายสาขานั้น แต่หากสาขาธุรกิจใดไม่ได้มีการกำหนดไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ จะทำให้ในการประกอบธุรกิจในสาขานั้น ๆ จะต้องไปอยู่ภายใต้การบังคับใช้ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งหมายความว่าธุรกิจบริการที่ไม่ได้กำหนดไว้ในข้อผูกพันเฉพาะ คนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียนของนิติบุคคลนั้น

สำหรับข้อผูกพันเฉพาะรายสาขาธุรกิจของประเทศไทยที่ได้ผูกพันไว้ใน GATS สามารถสรุปได้ดังนี้

1) โดยส่วนใหญ่แล้วในสาขาบริการธุรกิจต่าง ๆ คือสาขาบริการทางธุรกิจ สาขาบริการด้านการก่อสร้างและด้านวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง สาขาบริการการจัดจำหน่าย สาขาบริการด้านการศึกษา สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและด้านการเดินทางที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการท่องเที่ยว สาขาสาขาบริการด้านสันตนาการ, วัฒนธรรม และการกีฬา และสาขาบริการการขนส่ง (ในบางสาขา) ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น

2) สาขาบริการด้านการสื่อสารโทรคมนาคม ได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยในสาขาธุรกิจนี้ ประเทศไทยจะนำองค์ประกอบข้อผูกพันเรื่องการเข้าสู่ตลาดที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้านการสื่อสารต่าง ๆ ของไทยมาอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องของตารางข้อผูกพันเฉพาะของไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการสาธารณะ ซึ่งกฎเกณฑ์และระเบียบกำกับดูแลได้มีการทยอยแนะนำผ่านคำแนะนำจากปี 2006 บริการโทรคมนาคมพื้นฐาน เปิดให้ต่างชาติถือหุ้นได้ร้อยละ 20 นอกจากนี้ในบางส่วนในการให้บริการด้านการโทรคมนาคมอย่างเช่น บริการด้านการเข้าสู่ฐานข้อมูล บริการข้อมูลและการประมวลผลข้อมูลแบบออนไลน์ คนต่างชาติจะถือหุ้นในบริษัทเหล่านี้ได้ไม่เกินร้อยละ 40 รวมทั้งจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องไม่เกินร้อยละ 40 และต้องผูกพันภายใต้หลักการ สร้าง-ดำเนินการ-โอน รวมถึงต้องใช้โครงข่ายโทรคมนาคมสาธารณะที่อยู่ภายใต้หน่วยงานผู้มีอำนาจด้านโทรคมนาคมแห่งชาติ

3) สาขาบริการด้านการเงิน ประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยในธุรกิจบริการประกันภัย นักลงทุนต่างชาติจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน และจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ธุรกิจธนาคาร นักลงทุนต่างชาติจะถูกจำกัดการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน และบุคคลหนึ่งจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของทุนจดทะเบียน รวมถึงกรรมการอย่างน้อย 3 ใน 4 ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย แต่ทั้งนี้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาจผ่อนปรนสัดส่วนดังกล่าวได้ สำหรับธุรกิจบริษัทเงินทุนและบริษัทเครดิตฟองซิเอร์ ก็จะถูกจำกัดการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน รวมถึงกรรมการอย่างน้อย 3 ใน 4 ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย แต่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังอาจผ่อนปรนได้ บริษัทจัดการสินทรัพย์ การเข้าสู่ตลาดจะจำกัดเพียงการได้มาซึ่งของหุ้นที่บริษัทได้มีการจัดตั้งแล้ว ระหว่างห้าปีแรกหลังจากได้รับใบอนุญาต จำนวนหุ้นต่างชาติ

ที่เข้าร่วมสูงสุดไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนชำระแล้ว และกรรมการอย่างน้อย 3 ใน 4 ต้องมีสัญชาติไทย และภายหลังจาก 5 ปีจำนวนหุ้นต่างชาติที่เข้าร่วมจะจำกัดเพียงร้อยละ 49 และกรรมการอย่างน้อยครึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

4) สาขาบริการด้านการขนส่ง ในบริการขนส่งทางทะเล การขนส่งคนโดยสาร การลากจูงเรือระหว่างประเทศ และการขนส่งสินค้า ประเทศไทยไม่ผูกพันสำหรับการดำเนินการกองเรือ ภายใต้ธงชาติไทย ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยไม่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจบริการเหล่านี้หรือประเทศไทยมีสิทธิที่จะกำหนดข้อห้ามต่าง ๆ ได้ สำหรับนักลงทุนต่างชาติได้

5.2.2 ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน

ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน (ASEAN Framework Agreement on Services หรือ AFAS) ได้มีการลงนามในการประชุมสุดยอดอาเซียน ครั้งที่ 5 ที่กรุงเทพมหานคร เมื่อเดือนธันวาคม ปี 2538 และมีผลบังคับใช้ตั้งแต่ 1 มกราคม 2539 เพื่อเปิดตลาดการค้าบริการระหว่างกันภายในกลุ่มประเทศสมาชิกอาเซียนให้มากขึ้นกว่าความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ หรือ GATS ขององค์การการค้าโลก รวมทั้งขยายความร่วมมือด้านบริการระหว่างประเทศในอาเซียนให้มากขึ้น

พันธกรณีในการปฏิบัติตามความตกลงภายใต้ AFAS ส่วนใหญ่จะมาจากข้อบัญญัติใน GATS โดยเป็นข้อผูกพันที่เรียกว่า GATS-Plus ซึ่งมุ่งเน้นการจัดทำข้อผูกพันเพื่อเปิดตลาดใน 7 สาขาบริการ ดังนี้

- (1) การขนส่งทางอากาศ
- (2) การขนส่งทางทะเล
- (3) การสื่อสารโทรคมนาคม
- (4) การก่อสร้าง
- (5) การเงิน (การธนาคาร การประกันภัย ธุรกิจเงินทุน เครดิตฟองซิเออร์ และธุรกิจหลักทรัพย์)
- (6) การท่องเที่ยว
- (7) การบริการธุรกิจ (เน้นการบริการวิชาชีพ)

5.2.2.1 นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน

สำหรับการพิจารณาหลักเกณฑ์ของนิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิตาม AFAS ได้ นั้น เมื่อพิจารณาจาก AFAS พบว่า ในความตกลงไม่ได้มีการกำหนด นิยามของคำว่านิติบุคคล รวมถึงนิติบุคคลของชาติสมาชิกอื่นไว้ อย่างไรก็ตามในความตกลงอาเซียนข้อ 14 ได้กำหนดว่า หากความใดไม่มีใน AFAS รวมทั้งนิยามต่างๆ ให้ใช้ GATS เป็นพื้นฐานในการอ้างอิง ในกรณีที่ AFAS ไม่มีระบุเป็นการเฉพาะ ดังนั้น เรื่องนิยามนิติบุคคลทั้งหมดจึงนำนิยามตามที่ได้ระบุใน GATS มาใช้

ดังนั้นย่อมแสดงได้ว่าในหลักการการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลที่จะใช้สิทธิได้ตามความตกลง AFAS นั้น จะพิจารณาจาก 3 หลักการ คือหลักการแรก พิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง หลักการที่สอง พิจารณาจาก ความเป็นเจ้าของคือมีบุคคลของประเทศสมาชิก เป็นเจ้าของเงินทุนหรือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 หลักการที่สาม พิจารณาจากอำนาจควบคุมกิจการ ได้แก่ อำนาจการแต่งตั้งกรรมการข้างมาก การกำกับหรือดำเนินการของนิติบุคคล และจากสาม หลักการดังกล่าวให้รวมถึงนิติบุคคลในเครือด้วย

5.2.2.2 การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน

จากการที่ผู้ที่จะใช้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงประเทศ ควรจะต้องเป็นผู้ที่มีจุดเกาะเกี่ยวที่ใกล้ชิดกับประเทศสมาชิก ในความตกลง AFAS จึงได้มีการกำหนดการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ไว้เช่นเดียวกัน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

สิทธิประโยชน์ตามความตกลงนี้อาจถูกปฏิเสธได้ หากผู้ให้บริการนั้นไม่ใช่บุคคลธรรมดาของประเทศสมาชิก หรือเป็นนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยบุคคลของประเทศที่ไม่ใช่สมาชิก

จากข้อบทนี้ ทำให้ประเทศสมาชิกอาจปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ได้ หากพิสูจน์ได้ว่าความเป็นเจ้าของหรือการถูกควบคุมเป็นไปโดยบุคคลของประเทศอื่นที่ไม่ใช่สมาชิก

5.2.2.3 ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน

สำหรับการที่นิติบุคคลของชาติสมาชิกของ AFAS ที่จะประกอบธุรกิจการค้าบริการในประเทศไทย นั้น ก็จะต้องพิจารณาดำเนินการข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitments) และข้อผูกพันรายสาขา (Specific Sector) ของประเทศไทย ซึ่งได้กำหนดเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาด และการ

ประติบัติเยี่ยงคนชาติ เอาไว้ โดยตารางข้อผูกพันทั่วไปของประเทศไทยที่ได้กำหนดไว้ใน AFAS นั้น มีดังนี้

เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่น ในระดับสาขาเฉพาะ (Specific Sector) การจัดตั้งทางธุรกิจ (Commercial Presence) จะได้รับอนุญาตเฉพาะในรูปแบบการจัดตั้งในรูปแบบบริษัท จำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย และเป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้คือ

- 1) การร่วมหุ้นโดยต่างชาติต้องไม่เกินกว่า ร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และ
- 2) ผู้ถือหุ้นต่างชาติจะต้องมีจำนวนน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท

จากข้อผูกพันทั่วไปข้างต้น การที่นิติบุคคลใดจะมาประกอบธุรกิจบริการในประเทศไทย นิติบุคคลนั้นจะต้องมีคนไทยถือหุ้นไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และมีจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท เว้นแต่ว่าธุรกิจนั้นได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้เป็นอื่นในข้อผูกพันเฉพาะรายสาขา

สำหรับในตารางข้อผูกพันเฉพาะรายสาขา ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขในแต่ละสาขาธุรกิจ ในความตกลงว่าด้วยบริการของอาเซียน ประเทศไทยได้กำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจไว้ สามารถสรุปได้ดังนี้

- 1) สาขาบริการทางธุรกิจ บริการด้านสถาปัตยกรรม ด้านวิศวกรรม นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาจัดตั้งทางธุรกิจได้ทั้งในรูปแบบบริษัทจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ซึ่งสำนักงานใหญ่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย แต่การร่วมทุนของต่างชาติไม่เกิน ร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนบริษัท และอย่างน้อยครึ่งหนึ่งของกรรมการของบริษัท หรือกรรมการผู้จัดการ หรือของหุ้นส่วนหรือหุ้นส่วนผู้จัดการต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทยและได้รับใบอนุญาตจากสภาวิชาชีพนั้น ๆ

- 2) สาขาบริการด้านการสื่อสาร ได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยสาขาธุรกิจนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไป คือ ต้องมีใบอนุญาตเฉพาะที่ออกให้โดยคณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) และใบอนุญาตออกให้เฉพาะผู้ให้บริการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยอย่างถูกต้อง ซึ่งต้องมีสำนักงานใหญ่และการบริหารตั้งอยู่ในดินแดนของไทย ผู้ให้บริการต้องเป็นบริษัทจดทะเบียนสัญชาติไทยที่มีสัดส่วนการเข้าร่วมหุ้นของต่างชาติไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน รวมทั้งประเทศไทยจะนำองค์ประกอบข้อผูกพันเรื่องการเข้าสู่ตลาดที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้านการสื่อสารต่าง ๆ ของไทยมาอยู่ในส่วนที่เกี่ยวข้องของตารางข้อผูกพันเฉพาะของ

ไทยที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการโทรคมนาคมสาธารณะ ซึ่งกฎเกณฑ์และระเบียบกำกับดูแลได้มีการทยอยแนะนำผ่านคำแนะนำจากปี 2006 บริการโทรคมนาคมพื้นฐาน เปิดให้ต่างชาติถือหุ้นได้ร้อยละ 20

3) สาขาบริการด้านการก่อสร้างและด้านวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง สาขาบริการการจัดจำหน่าย สาขาบริการด้านการศึกษา สาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและด้านการเดินทางที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการท่องเที่ยว สาขาสาขาบริการด้านสันตนาการ, วัฒนธรรม และการกีฬา และสาขาบริการการขนส่ง (ในบางสาขาเช่น การบำรุงรักษาซ่อมแซมรถไฟ บริการสนับสนุนสำหรับการขนส่งทางรถไฟ บริการเสริมสำหรับหมวดขนส่งต่าง ๆ) ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น

4) สาขาบริการที่เกี่ยวข้องด้านสุขภาพและสังคม การให้บริการทางการแพทย์ทั่วไป การให้บริการทางการแพทย์เฉพาะทางต้องเป็นเพียงคลินิกผู้ป่วยนอกในโรงพยาบาล บุคคลได้รับอนุญาตให้ดำเนินการไม่เกินหนึ่งแห่ง และสำหรับการปฏิบัติเยี่ยงชาติ บุคคลผู้ขอใบอนุญาตประกอบโรคศิลปะต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทย การให้บริการด้านทันตกรรม ต้องเป็นเพียงแผนกทันตกรรมในโรงพยาบาล ไม่ใช่คลินิกทำฟันหรือโรงพยาบาลทันตกรรม และบุคคลได้รับอนุญาตต้องดำเนินการไม่เกินหนึ่งแห่ง การพยาบาลก็เช่นเดียวกันจะต้องเป็นเพียงแผนกพยาบาลในโรงพยาบาล และดำเนินการได้ไม่เกินหนึ่งแห่ง สำหรับการให้บริการโรงพยาบาลประเทศไทยอาจออกกฎหมายควบคุม สาขาใดๆ จำนวนของโรงพยาบาล หรือชนิดของบริการทางการแพทย์ที่จะให้บริการในโรงพยาบาล และให้ดำเนินการได้ไม่เกินหนึ่งแห่ง ซึ่งสำหรับการปฏิบัติเยี่ยงชาติ บุคคลผู้ขอใบอนุญาตประกอบการต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทย

5) สาขาบริการขนส่ง แม้ว่าจะมีบางสาขาในบริการขนส่งที่ประเทศไทยไม่มีข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดนอกจากที่กำหนดไว้ในข้อผูกพันทั่วไป แต่ก็ยังคงมีอยู่หลายสาขาธุรกิจในการบริการขนส่งที่ประเทศไทย ไม่ผูกพันใด ๆ ในหมวดบริการขนส่งนี้ ซึ่งหมายความว่าประเทศไทยไม่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาจัดตั้งธุรกิจบริการเหล่านี้ โดนสาขาย่อยเหล่านี้ได้แก่ บริการการขนส่งทางทะเล ในการขนส่งสินค้า ขนส่งคนโดยสาร การลากจูงเรือระหว่างประเทศ ซึ่งประเทศไทยไม่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติมาดำเนินการกองเรือเหล่านี้ ภายใต้ธงชาติไทย

5.2.3 ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

นอกจากความตกลง GATS ซึ่งเป็นความตกลงด้านการค้าบริการในระดับพหุภาคี ประเทศไทยยังได้ทำข้อตกลงในระดับทวิภาคีซึ่งเป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการจัดตั้งเขตการค้าเสรี โดยมีส่วนที่เป็นด้านการค้าบริการอีกด้วย

ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย หรือ Thailand-Australia Free Trade Agreement (TAFTA) ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2548 เป็นความตกลงการค้าเสรีฉบับแรกของไทยที่ทำกับประเทศพัฒนาแล้ว และเป็นฉบับแรกที่มีขอบเขตการเจรจาอย่างกว้างขวาง TAFTA ประกอบด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น 19 บท โดยกำหนดให้ไทยและออสเตรเลียเริ่มเปิดเสรีการค้าทั้งในด้านสินค้า การบริการและการลงทุนระหว่างกัน รวมทั้งร่วมมือกันแก้ไขปัญหาอุปสรรคทางการค้าที่มีใช้ภาษี เช่น มาตรการด้านสุขอนามัยที่เข้มงวดของออสเตรเลีย และมาตรการตอบโต้การทุ่มตลาด และในสาขาต่าง ๆ เพื่ออำนวยความสะดวกทางการค้า อาทิ พาณิชยกรรม อิเล็กทรอนิกส์ ทรัพย์สินทางปัญญา การจัดซื้อจัดจ้างโดยรัฐ และนโยบายการแข่งขัน เป็นต้น

ในเรื่องการเปิดตลาดบริการและการลงทุน ออสเตรเลียอนุญาตให้คนไทยเข้าไปลงทุนในสาขาธุรกิจต่างๆ ได้ 100 % เช่น ที่ปรึกษากฎหมาย การตกแต่งภูมิทัศน์ ซ่อมรถยนต์ สถาบันสอนภาษาไทย สอนนวดไทย สอนทำอาหารไทย เหมืองแร่ และการผลิตสินค้าทุกประเภท ยกเว้น หนังสือพิมพ์ การกระจายเสียง การขนส่งทางอากาศและท่าอากาศยาน

อย่างไรก็ตาม หากเป็นการลงทุนที่มีมูลค่าเกิน 10 ล้านดอลลาร์ออสเตรเลีย จะต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Investment Review Board : FIRB) ของออสเตรเลียก่อน

สำหรับประเทศไทยเปิดให้ออสเตรเลียเข้ามาลงทุนในธุรกิจซึ่งเป็นธุรกิจขนาดใหญ่ ใช้เงินลงทุนสูงและรัฐมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนโดยให้คนออสเตรเลียถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 60 และกำหนดขนาดพื้นที่และเงินลงทุนขั้นต่ำไว้เป็นเงื่อนไขด้วย เช่น ศูนย์แสดงสินค้านานาชาติ หอประชุม การก่อสร้าง โครงสร้างพื้นฐานสาธารณูปโภค โรงแรมขนาดใหญ่ อุทยานสัตว์น้ำ มารีน่า และเหมืองแร่

5.2.3.1 นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

การที่จะพิจารณาว่า นิติบุคคลใดของทั้งประเทศไทยและออสเตรเลียที่จะสามารถอ้างสิทธิตาม TAFTA ได้ จะต้องพิจารณาว่า นิติบุคคลนั้นมีคุณสมบัติตรงกับคำนิยามที่ระบุไว้ในความตกลงหรือไม่

ความตกลง TAFTA ได้กำหนดนิยามของนิติบุคคลที่ใช้ในด้านการค้าบริการไว้ดังนี้

“นิติบุคคลของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง” *** หมายถึง นิติบุคคลซึ่งไม่ว่าจะ

(1) ก่อตั้งขึ้นหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งและประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในดินแดนของภาคีนั้น หรือ

(2) ในกรณีการให้บริการผ่านการจัดตั้งทางพาณิชย์ ซึ่งเป็นเจ้าของหรือควบคุมโดย
เขา บุคคลธรรมดาของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง หรือ

บี นิติบุคคลของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งที่ระบุไว้ในอนุวรรค (1)

ซึ่ง “นิติบุคคล” **** คือ

(1) “เป็นเจ้าของ” โดยบุคคลของภาคี หากบุคคลของภาคีนั้นเป็นเจ้าของ
เงินทุนมากกว่าร้อยละ 50

(2) “ถูกควบคุม” โดยบุคคลของภาคี หากบุคคลนั้นมีอำนาจในการเสนอชื่อ
กรรมการส่วนใหญ่ หรือมีฉะนั้นก็เป็นผู้มีอำนาจถูกต้องตามกฎหมายในการกำกับบริหารกระทำของ
นิติบุคคลนั้น

ดังนั้น จากนิยามข้างต้น นิติบุคคลที่จะใช้สิทธิประโยชน์ได้ตามความตกลง
TAFTA จะต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายไทยหรือออสเตรเลียและประกอบธุรกิจ
อย่างแท้จริงและมีนัยสำคัญในประเทศไทยหรือออสเตรเลีย หรือเป็นนิติบุคคลที่เป็นเจ้าของหรือ
ถูกควบคุมโดยคนชาติของไทยหรือออสเตรเลีย

5.2.3.2 การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียได้มีการบัญญัติถึงการปฏิเสธสิทธิ
ประโยชน์เอาไว้ในข้อ 804 เพื่อมิให้บุคคลที่มีได้มีความเกี่ยวข้องกับประเทศภาคีใช้สิทธิประโยชน์
ตามความตกลงนี้ โดยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการปฏิเสธการสิทธิประโยชน์ไว้ ดังนี้

ข้อ 802 (a)

ข้อ 103 (o)

โดยขึ้นอยู่กับ การแจ้งล่วงหน้าและการปรึกษาหารือ ภาคีอาจปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ของบพนี้แก่ผู้ให้บริการของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อภาคีพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุม โดยบุคคลของประเทศที่มีได้เป็นภาคี

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว หากประเทศไทยหรือออสเตรเลียสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการนั้น ไม่ได้เป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยคนไทยหรือออสเตรเลีย ก็สามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตาม TAFTA นี้ได้ แต่ทั้งนี้จะต้องมีการหารือกันระหว่าง 2 ประเทศก่อน

5.2.3.3 ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย

สำหรับเงื่อนไขที่ประเทศไทยจะให้นิติบุคคลของออสเตรเลียเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้นั้น จะต้องพิจารณาจากตารางข้อผูกพัน โดยในตารางข้อผูกพันของประเทศไทยใน TAFTA ประเทศไทยได้กำหนดข้อผูกพัน (Horizontal Commitment) ไว้ดังนี้

เพื่อให้สอดคล้องกับประกาศของกระทรวงพาณิชย์ ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2546 บุคคลธรรมดา (กรณีบุคคลเดียวเป็นเจ้าของ), ห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียน, คณะบุคคล, นิติบุคคล (ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน, ห้างหุ้นส่วนจำกัด, บริษัทจำกัด, บริษัทมหาชน และสาขา) ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายสินค้า หรือบริการทางระบบอินเทอร์เน็ต ต้องจดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายและกฎระเบียบอื่นๆ ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะเกี่ยวกับข้อบังคับเรื่องสัญชาติให้นำมาใช้ในกรณีต่อไปนี้

การบริการทางธุรกิจ

ภายใต้พระราชบัญญัติการพิมพ์ พ.ศ. 2542 ให้ผู้บริการการพิมพ์ต้องเป็นคนชาติไทย หรือเป็นคนชาติของประเทศที่อยู่ภายใต้ข้อตกลงที่ประเทศไทยเป็นภาคี

ภายใต้พระราชบัญญัติจัดหางานและคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2528 ผู้จัดหางานและผู้ให้บริการจัดหางานภายในประเทศ ต้องเป็นคนชาติไทยหรือนิติบุคคลไทย การจัดหางานและการให้บริการจัดหางานระหว่างประเทศ จะต้องกระทำโดยบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน ที่มีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 25 และมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด

ภายใต้พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 ผู้ให้บริการช่างรังวัดต้องเป็นคนชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยและมีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50 และจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องน้อยกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด

การบริการจัดจำหน่าย

เพื่อให้เป็นไปตามประกาศของกระทรวงการคลัง พ.ศ. 2543 การกลั่นสุราต้องกระทำโดยบริษัทจำกัดภายใต้กฎหมายไทยโดยมีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 49

การบริการการศึกษา

ภายใต้พระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2525 ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ตั้งโรงเรียนเอกชนต้องเป็นคนชาติไทยโดยกำเนิด, ต้องมีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50 และจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด และผู้จัดการโรงเรียนเอกชนต้องเป็นคนไทย

ภายใต้พระราชบัญญัติ สถาบันอุดมศึกษาเอกชน พ.ศ. 2546 ต้องมีชาวต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสถาบันอุดมศึกษาเอกชนนั้น

บริการด้านการท่องเที่ยวและบริการเกี่ยวกับการเดินทาง

ภายใต้พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 ต้องมีทุนของต่างชาติในบริษัทธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์น้อยกว่าร้อยละ 49 และผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50 ของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด

บริการด้านสันตนาการ, วัฒนธรรม และการกีฬา

ภายใต้พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 ผู้จัดการแข่งขันชกมวยต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยและผู้จัดการของบริการจัดการชกมวยไทยก็ต้องมีสัญชาติไทย

บริการอื่นๆ ที่ไม่รวมอยู่ในที่ใด

ผู้ผลิตเหล้ากลั่นต้องเป็นบริษัทจำกัดภายใต้กฎหมายไทย และต้องมีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 49

เพื่อให้เป็นไปตามประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องการอนุญาตสุบทราย พ.ศ. 2546 ผู้ให้บริการสุบทรายต้องมีทุนของต่างชาติน้อยกว่าร้อยละ 50

ภูมิลาเนาอาจใช้เป็นเงื่อนไขในการพิจารณาธุรกิจบางสาขาได้ เช่น ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับสุขภาพ

ประเทศไทยอาจตั้งข้อสงวนในเรื่องที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งที่ดิน และทรัพย์สินประเภทอสังหาริมทรัพย์ได้

นอกจากที่ระบุในตาราง ผู้ถือหุ้นโดยนักลงทุนออสเตรเลียหรือผู้ให้บริการที่ได้รับอนุญาตไม่เกินร้อยละ 60 ตั้งแต่เดือนมกราคม พ.ศ. 2548 ต้องปฏิบัติตามข้อจำกัดและกฎระเบียบภายใน นอกจากนี้

(1) นักลงทุนหรือผู้ให้บริการที่เป็นนิติบุคคลของออสเตรเลียต้องได้รับการจดทะเบียน เช่น ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัดในประเทศไทย

(2) มีสัดส่วนของหนี้ต่อทุนเท่ากับ 3:1 หรือต่ำกว่านั้น

มาตรการทางการปกครองท้องถิ่น ประเทศไทยสงวนสิทธิในการใช้หรือรักษาไว้ซึ่ง มาตรการจัดการในการปกครองระดับท้องถิ่น เว้นแต่มาตรการที่ถูกนำมาใช้เป็นการเลือกปฏิบัติ โดยตั้งใจเพื่อลดผลประโยชน์ของชาวออสเตรเลียภายใต้เงื่อนไขของข้อตกลงนี้

สำหรับตารางข้อผูกพันเฉพาะรายสาขาธุรกิจที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ สามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) สาขาการบริการทางธุรกิจ การบริการเกี่ยวกับการจัดประชุม ไม่รวมถึงการ ให้บริการจัดเลี้ยงและเครื่องดื่ม นักลงทุนชาวออสเตรเลียสามารถถือหุ้นได้ 100 เปอร์เซ็นต์ แต่ พื้นที่ทั้งหมดต้องไม่ต่ำกว่า 4,000 ตารางเมตร และพื้นที่ของอาคารใหญ่ที่สุดต้องไม่น้อยกว่า 3,000 ตารางเมตร บริการจัดนิทรรศการนานาชาติ พื้นที่ทั้งหมดต้องไม่น้อยกว่า 50 ไร่ (80,000 ตารางเมตร) โดยพื้นที่จัดงานแสดงภายในไม่น้อยกว่า 25,000 ตารางเมตร

2) สาขาบริการด้านการสื่อสาร บริการการเข้าถึงฐานข้อมูล มีข้อกำหนดว่าผู้ให้บริการต้องใช้เครือข่ายโทรคมนาคมของรัฐภายใต้การอนุญาตของหน่วยงาน และต้องมีคน ออสเตรเลียถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 25 ส่วนบริการดาวเทียมภายในประเทศ ต้องมีคนออสเตรเลีย ถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 40

3) สาขาบริการด้านการก่อสร้าง การบริการก่อสร้างที่เกี่ยวข้องกับการบริการขั้น พื้นฐานแก่รัฐในบริการสาธารณะหรือการขนส่งที่ต้องการเครื่องมือ, เครื่องจักร, เทคโนโลยี หรือ ความเชี่ยวชาญด้านโครงสร้างเป็นพิเศษ นักลงทุนออสเตรเลียสามารถถือหุ้นได้ทั้งหมด 100 เปอร์เซ็นต์ แต่ทั้งนี้จะต้องมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่น้อยกว่า 1,000 ล้านบาท

4) บริการการจัดจำหน่าย บริการค้าปลีก, บริการการค้าส่งที่เกี่ยวข้องกับการจำหน่าย และติดตั้งผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยนิติบุคคลออสเตรเลียที่จัดตั้งในประเทศไทย การให้บริการจะต้อง กระทำโดยนิติบุคคลที่มีชาวออสเตรเลียถือหุ้นทั้ง 100 เปอร์เซ็นต์

5) บริการด้านการศึกษา บริการด้านการศึกษาในระดับมหาวิทยาลัยที่จัดโดย สถาบันการศึกษาที่มีความชำนาญด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีรวมถึงเทคโนโลยีชีวภาพ และ นาโนเทคโนโลยีเท่านั้น ผู้ให้บริการต้องจัดตั้งนอกเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล โดยอย่างน้อยครั้งหนึ่งของสมาชิกสภามหาวิทยาลัยจะต้องมีสัญชาติไทย

6) บริการด้านการท่องเที่ยวและบริการเกี่ยวกับการเดินทาง บริการโรงแรมและ รีสอร์ทแบบบูรณาการรวมทั้งบริการจัดการโรงแรม จะต้องมีห้องพักอย่างน้อย 100 ห้อง และผู้ ให้บริการมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วอย่างน้อย 800 ล้านบาท บริการด้านร้านอาหารพื้นที่ให้บริการ อย่างน้อย 450 ตารางเมตร และผู้ให้บริการมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วอย่างน้อย 50 ล้านบาท

7) บริการด้านนันทนาการ, วัฒนธรรม และการกีฬา บริการสวนสนุกและสวนสัตว์ พื้นที่ทั้งหมดต้องไม่น้อยกว่า 10 ไร่ และต้องมีเงินลงทุนไม่น้อยกว่า 200 ล้านบาท

8) บริการด้านการขนส่ง บริการเสริมการขนส่งทางทะเล ได้แก่ท่าเรือและบริการกิจกรรมทางน้ำ รวมถึงการอำนวยความสะดวกทางน้ำ ผู้ให้บริการต้องมีสิ่งอำนวยความสะดวก รวมถึงที่ยกเรือ, ที่จอดเรือ และคู่อ้อมบำรุงรักษาเรือ

9) บริการอื่น ๆ ที่ไม่รวมอยู่ในที่ใด การทำเหมืองแร่ การให้สัมปทานต้องได้รับอนุญาตโดยกรมอุตสาหกรรมพื้นฐานและการเหมืองแร่ ตามพระราชบัญญัติแร่ และอย่างน้อยสองในห้าของกรรมการบริหารต้องเป็นคนไทย

5.2.4 ความตกลงการค้าเสรีไทย - ญี่ปุ่น

ในระหว่างการประชุม Boao Forum for Asia ณ มณฑลไหหลำ สาธารณรัฐประชาชนจีน เมื่อวันที่ 12 เมษายน 2545 นายกรัฐมนตรีไทยและญี่ปุ่นได้หารือ และเห็นควรให้มีการจัดตั้งคณะทำงานร่วมเพื่อศึกษาการเป็นหุ้นส่วนเศรษฐกิจที่ใกล้ชิดไทย-ญี่ปุ่น เพื่อผลักดันความร่วมมือที่ครอบคลุมรอบด้าน ทั้งด้านการค้า การลงทุน อุตสาหกรรม และการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ รวมทั้งการจัดทำความตกลงการค้าเสรี โดยให้ยึดรูปแบบความตกลง Japan-Singapore for a New-Age Economic Partnership Agreement (JSEPA) เป็นตัวอย่างในการทำความตกลงไทย-ญี่ปุ่น และต่อมา ในวันที่ 11 ธันวาคม 2546 ผู้นำทั้งสองได้พบหารือทวิภาคี และเห็นชอบให้เริ่มการเจรจาอย่างเป็นทางการเพื่อจัดทำความตกลง JTEPA โดยให้เริ่มการประชุมเจรจาครั้งแรกที่ประเทศไทยในต้นปี 2547

หลังจากทั้งสองฝ่ายได้เจรจาอย่างเป็นทางการและไม่เป็นทางการมากกว่า 10 ครั้ง ก็สามารถบรรลุผลการเจรจาอย่างสมบูรณ์เมื่อเดือนมิถุนายน 2549 และนายกรัฐมนตรีของทั้งสองประเทศได้ร่วมลงนามความตกลงนี้แล้วเมื่อวันที่ 3 เมษายน 2550 โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรของทั้งสองประเทศได้ลงนามแถลงการณ์ร่วมความร่วมมือด้านการเกษตร และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ กับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเศรษฐกิจ การค้า และอุตสาหกรรม ได้ลงนามแถลงการณ์ร่วมความร่วมมือ 7 สาขาด้วย

ไทยและญี่ปุ่นเริ่มบังคับใช้ความตกลง JTEPA แล้วตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน 2550

5.2.4.1 นิติบุคคลต่างด้าวตามความตกลงการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น

ความตกลง JTEPA ได้กำหนดนิยามนิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงนี้ได้ ไว้ดังนี้

วิสาหกิจ ***** หมายถึง องค์การตามกฎหมายใดๆ ที่ก่อตั้งโดยชอบหรือมิฉะนั้นก็จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายที่ใช้บังคับ ไม่ว่าจะเพื่อกำไรหรือเพื่อการอื่น และไม่ว่าจะเป็นเจ้าของโดยเอกชนหรือรัฐบาล ซึ่งรวมถึง บริษัท ทรัสต์ ห้างหุ้นส่วน การร่วมทุน การเป็นเจ้าของแต่เพียงผู้เดียว หรือสมาคมใดๆ

วิสาหกิจของภาคีอีกฝ่าย ***** หมายถึง วิสาหกิจซึ่ง

(1) ก่อตั้งหรือจัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของภาคีอีกฝ่ายและประกอบธุรกิจอย่างมีสาระสำคัญในภาคีอีกฝ่ายนั้น หรือ

(2) ในกรณีของการให้บริการผ่านทาง การจัดตั้งทางพาณิชย์ เป็นเจ้าของหรือควบคุม โดย

(เอเอ) บุคคลธรรมดาของภาคีอีกฝ่าย หรือ

(บีบี) วิสาหกิจของภาคีอีกฝ่ายตามที่บ่งชี้ไว้ภายใต้อนุวรรค (หนึ่ง) ข้างต้น

วิสาหกิจ *****

(1) “เป็นเจ้าของ” โดยบุคคลของภาคีหรือประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคี หากบุคคลดังกล่าวเป็นเจ้าของทุนมากกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นในวิสาหกิจนั้น

(2) “ถูกควบคุม” โดยบุคคลของภาคีหรือประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคี หากบุคคลดังกล่าวมีอำนาจในการเสนอชื่อกรรมการบริหารในจำนวนที่เป็นเสียงข้างมาก หรือมิฉะนั้นก็เป็นผู้มีอำนาจโดยถูกต้องตามกฎหมายในการกำกับกรกระทำของวิสาหกิจนั้น

(3) “อยู่ในเครือ” กับบุคคลอื่น เมื่อวิสาหกิจนั้นควบคุม หรือถูกควบคุมโดยบุคคลอื่นนั้น หรือเมื่อวิสาหกิจและบุคคลอื่นต่างถูกควบคุมโดยบุคคลเดียวกัน

ดังนั้น จากนิยามข้างต้น นิติบุคคลที่จะใช้สิทธิประโยชน์ได้ตามความตกลง JTEPA ได้ จะต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายไทยหรือกฎหมายญี่ปุ่นและประกอบธุรกิจอย่างมีนัยสำคัญในประเทศไทยหรือญี่ปุ่น หรือเป็นนิติบุคคลที่คนชาติของไทยหรือญี่ปุ่นถือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 หรือถูกควบคุมโดยคนชาติของไทยหรือญี่ปุ่น ซึ่งพิจารณาจากอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการข้างมาก หรือมีอำนาจในการกำหนดการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น หรือเป็นบริษัทในเครือเดียวกัน

ข้อ 73 (e)

ข้อ 73 (f)

ข้อ 73 (e)

5.2.4.2 การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น

ความตกลงฉบับนี้ได้มีการบัญญัติการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ไว้ ดังเช่น ความตกลงด้านการค้าเสรีอื่น ๆ เพื่อมิให้นิติบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยและญี่ปุ่น มาแอบอ้างใช้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงฉบับนี้ โดยได้บัญญัติหลักการการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ ในข้อ 87 ดังนี้

(1) โดยขึ้นอยู่กับ การแจ้งและการปรึกษาหารือล่วงหน้า ภาคิอาจปฏิเสธ ประโยชน์ของบทนี้แก่ผู้ให้บริการของภาคิอีกฝ่ายที่เป็นวิสาหกิจ ในกรณีที่ภาคินั้นพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการนั้นเป็นเจ้าของ หรือถูกควบคุม โดยบุคคลของประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคิ

(2) ภาคิอาจปฏิเสธประโยชน์ของบทนี้แก่ผู้ลงทุนของภาคิอีกฝ่ายที่เป็นวิสาหกิจ ของภาคิอีกฝ่ายนั้นและแก่การลงทุนของผู้ลงทุนดังกล่าว ในกรณีที่ภาคินั้นพิสูจน์ได้ว่าวิสาหกิจนั้น เป็นเจ้าของ หรือถูกควบคุม โดยบุคคลของประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคิและภาคิที่ปฏิเสธประโยชน์

(เอ) ไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคินั้น หรือ

(บี) ใช้ หรือคงไว้ ซึ่งมาตรการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเทศที่ไม่ใช่คู่ภาคิที่ห้ามมิ ให้ทำธุรกรรมใด ๆ กับวิสาหกิจนั้น หรือมาตรการดังกล่าวจะถูกละเมิดหรือหลีกเลี่ยงไป ถ้ามีการ ให้สิทธิประโยชน์ตามบทนี้แก่วิสาหกิจนั้น

จากบทบัญญัติเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ข้างต้นแสดงว่า บุคคลที่ไม่มี จุดเชื่อมโยงอย่างแท้จริงกับประเทศไทยหรือญี่ปุ่นย่อมถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์จากความตกลง ฉบับนี้ แม้วิสาหกิจใดจัดตั้งในประเทศของประเทศไทยหรือญี่ปุ่น แต่หากพิสูจน์ได้ว่าความเป็น เจ้าของหรือการถูกควบคุมเป็นไปโดยบุคคลของประเทศอื่นที่มีใช้คนชาติไทยหรือญี่ปุ่น รวมถึง ไม่ได้มีการดำเนินการทางธุรกิจที่มีนัยสำคัญในพื้นที่ของไทยหรือญี่ปุ่น นิติบุคคลดังกล่าวก็ไม่สามารถที่จะอาศัยสิทธิประโยชน์ของความตกลงฉบับนี้

นอกจากนั้น รัฐภาคิอาจปฏิเสธสิทธิประโยชน์แก่นิติบุคคลที่มีคนชาติของรัฐอื่น เป็นเจ้าของหรือควบคุม และนิติบุคคลนั้นสังกัดอยู่ในประเทศที่ไม่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับตน

5.2.4.3 ข้อผูกพันของไทยภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไทย-ญี่ปุ่น

สำหรับเงื่อนไขที่ประเทศไทยจะให้นิติบุคคลของญี่ปุ่นเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้นั้น จะต้องพิจารณาจากตารางข้อผูกพัน โดยในตารางข้อผูกพันของประเทศไทยใน JTEPA ประเทศไทยได้กำหนดข้อผูกพันทั่วไป (Horizontal Commitment) ไว้ดังนี้

สำหรับข้อจำกัดเรื่องการเข้าสู่ตลาดได้ระบุไว้ว่า

เว้นแต่จะระบุไว้เป็นอย่างอื่นในระดับสาขาเฉพาะ การจัดตั้งทางพาณิชย์ในสาขาหรือสาขาย่อยในภาคผนวกนี้อนุญาตให้โดยผ่านบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทยเท่านั้นและที่เป็นไปตามเงื่อนไขดังต่อไปนี้

เอ) การร่วมหุ้นโดยต่างชาติต้องไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนและ

บี) ผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติต้องมีจำนวนน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่เกี่ยวข้อง

สำหรับข้อจำกัดเรื่องการประติบัติเยี่ยงคนชาติ ได้ระบุไว้ดังนี้

เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในระดับสาขาเฉพาะ สำหรับองค์กรทางพาณิชย์ที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายและข้อบังคับของประเทศไทยที่มีการร่วมหุ้นโดยต่างชาติไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน ไม่มีข้อจำกัด

จากข้อผูกพันทั่วไป บริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยที่สามารถเข้าสู่ตลาดมาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้จะต้องมีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติอยู่ไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ของทุนจดทะเบียน และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่เกี่ยวข้อง สำหรับข้อจำกัดเรื่องการประติบัติเยี่ยงคนชาติ ไม่มีข้อจำกัด หากบริษัทนั้นมีสัดส่วนผู้ถือหุ้นต่างชาติอยู่ไม่เกิน 49 เปอร์เซ็นต์ของทุนจดทะเบียน

นอกจากนี้ ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ในสาขาหรือสาขาย่อย (Sector-specific Commitments) ซึ่งเป็นการกำหนดเงื่อนไขรายสาขาธุรกิจ โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

1) ในสาขาบริการธุรกิจโดยส่วนใหญ่แล้ว ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 รวมทั้งต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น แต่จะมีบางสาขาธุรกิจในประเภทสาขาบริการธุรกิจ อย่างเช่น บริการวิชาชีพด้านการแพทย์ ทันตกรรม สัตวแพทย์ บริการการวิจัยและวิทยาศาสตร์ บริการเกี่ยวกับประมง ที่ประเทศไทยไม่ผูกพันซึ่งหมายความว่าประเทศไทยไม่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทนี้ อย่างไรก็ตามยังมีบางสาขาธุรกิจในหมวดบริการวิชาชีพนี้ที่ประเทศไทยกำหนดในข้อผูกพันเฉพาะที่อ่อนคลายมากกว่าที่กำหนดไว้ในข้อผูกพันทั่วไป เช่น

บริการการให้คำปรึกษาด้านการจัดการ บริการให้คำปรึกษาด้านการจัดการทั่วไป นักลงทุนญี่ปุ่นสามารถถือหุ้นได้ถึง 100 เปอร์เซ็นต์ แต่ต้องรักษาอัตราส่วนระหว่างหนี้สินต่อทุนที่ 3:1 หรือต่ำกว่าไว้ บริการด้านการบำรุงรักษาและซ่อมแซม ก็เช่นเดียวกันนักลงทุนญี่ปุ่นสามารถถือหุ้นได้ทั้งหมด

2) สาขาบริการด้านการสื่อสาร ได้มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยในสาขารัฐกิจนี้อยู่ภายใต้เงื่อนไขทั่วไป คือ ต้องมีใบอนุญาตเฉพาะที่ออกให้โดยคณะกรรมการโทรคมนาคมแห่งชาติ (กทช.) โดยใบอนุญาตจะออกให้เฉพาะผู้ให้บริการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยอย่างถูกต้อง ซึ่งต้องมีสำนักงานใหญ่และการบริหารตั้งอยู่ในดินแดนของไทย ผู้ให้บริการต้องเป็นบริษัทจดทะเบียนสัญชาติไทยที่มีสัดส่วนการเข้าร่วมหุ้นของต่างชาติไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน รวมทั้งประเทศไทยจะนำข้อผูกพันการเข้าสู่ตลาดที่กำหนดไว้ในกฎหมายด้านการสื่อสารต่าง ๆ ของไทยมาใช้

3) สาขาบริการด้านการก่อสร้างและด้านวิศวกรรมที่เกี่ยวข้อง งานก่อสร้างสำหรับอาคาร งานก่อสร้างสำหรับวิศวกรรมโยธา งานติดตั้ง ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น

4) สาขาบริการการจัดจำหน่าย บริการของตัวแทนที่ได้ค่านายหน้า นักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น และบริการค้าส่ง ค้าปลีกโดยนิติบุคคลของญี่ปุ่นที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยที่เกี่ยวกับการจำหน่ายและการติดตั้ง ผลิตภัณฑ์ที่ผลิตโดยวิสาหกิจของญี่ปุ่นดังกล่าวหรือโดยบริษัทนั้น หรือในเครือเดียวกับวิสาหกิจนั้นในประเทศไทยภายใต้ชื่อเดียวกัน ยานยนต์ที่ผลิตในญี่ปุ่นโดยเครือบริษัทภายใต้ชื่อเดียวกัน นักลงทุนญี่ปุ่นสามารถถือหุ้นได้ถึง 75 เปอร์เซ็นต์ แต่ต้องรักษาอัตราส่วนระหว่างหนี้สินต่อทุนที่ 3:1 หรือต่ำกว่าไว้

5) สาขาบริการด้านการศึกษา และสาขาบริการด้านสิ่งแวดล้อม ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น

6) สาขาบริการด้านการเงิน ประเทศไทยจะกำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ โดยส่วนใหญ่จะจำกัดการถือหุ้นของนักลงทุนต่างชาติไว้ไม่เกินร้อยละ 25 ของทุนจด

ทะเบียนชำระแล้ว และมีการควบคุมจำนวนกรรมการโดยธุรกิจสถาบันการเงินจำนวนกรรมการอย่างน้อยสามในสี่ต้องเป็นบุคคลสัญชาติไทย สำหรับบริษัทหลักทรัพย์ การถือหุ้นของต่างชาติจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนชำระแล้ว และกรรมการครึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

7) สาขาบริการด้านการท่องเที่ยวและด้านการเดินทางที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการท่องเที่ยว บริการโรงแรมและภัตตาคาร โรงแรมและรีสอร์ทแบบหรูหรามีห้องพักอย่างน้อย 100 ห้อง และผู้ให้บริการมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วอย่างน้อย 800 ล้านบาท และภัตตาคารเต็มรูปแบบ (การเตรียมอาหารและเครื่องดื่มและบริการที่รวมและไม่รวมการให้ความบันเทิง) ซึ่งมีพื้นที่ให้บริการอย่างน้อย 450 ตารางเมตร และผู้ให้บริการมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วอย่างน้อย 50 ล้านบาท นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 60 แต่นิติบุคคลนั้นต้องจดทะเบียนในประเทศไทยและต้องรักษาอัตราส่วนระหว่างหนี้สินต่อทุนที่ 3:1 หรือต่ำกว่าไว้ บริการด้านการเดินทางกำหนดเพิ่มจากข้อผูกพันทั่วไปว่าอย่างน้อยกรรมการครึ่งหนึ่งต้องมีสัญชาติไทย

8) สาขาบริการด้านสินค้านการ, วัฒนธรรม และการกีฬา บริการการกีฬา บริการสวนและชายหาดเพื่อการสินค้านการ ประเทศไทยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ ดังนั้นจึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งหมายความว่านักลงทุนต่างชาติสามารถที่จะเข้ามาจัดตั้งธุรกิจในประเทศไทยในสาขาบริการทางธุรกิจได้ แต่จะต้องจัดตั้งในรูปแบบบริษัท และคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 และต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นต่างด้าวน้อยกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น

9) สาขาบริการด้านการขนส่ง มีอยู่หลายสาขาธุรกิจที่นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดในข้อผูกพันทั่วไป คือ บริการสนับสนุนสำหรับการขนส่งทางทะเล การบำรุงรักษาและซ่อมแซมอุปกรณ์การขนส่งทางรถไฟ บริการทำความสะอาดรถโดยสารและรถขนส่งสินค้า เป็นต้น

5.2.5 สรุปนิยามนิติบุคคลต่างด้าวกับพันธกรณีของไทยด้านการค้าบริการ

จากข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการของไทยจะพบว่าแต่ละความตกลงมีการระบุถึงนิยามของนิติบุคคล รวมถึงนิติบุคคลของสมาชิกอื่นหรือนิติบุคคลของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเอาไว้ โดยการระบุนิยามเหล่านี้ก็เพื่อใช้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดจะถือเป็นนิติบุคคลของชาติภาคีหรือสมาชิกในความตกลงนั้นหรือไม่ ซึ่งหากตรงตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในนิยาม นิติบุคคลเหล่านั้นก็ย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่ความตกลงนั้นระบุไว้

โดยการศึกษาพบว่าเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลตามข้อตกลงด้านการค้าบริการต่าง ๆ จะมีลักษณะที่คล้ายคลึงกัน ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงพหุภาคี (GATS) หรือ

ข้อตกลงทวิภาคี (TAFTA, JTEPA) โดยสามารถแยกเป็น 3 หลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ หลักการแรก พิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง หลักการที่สอง พิจารณาจากความเป็นเจ้าของคือมีบุคคลของประเทศสมาชิกเป็นเจ้าของเงินทุนหรือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 หลักการที่สาม พิจารณาจากอำนาจควบคุมกิจการ ได้แก่ อำนาจการแต่งตั้งกรรมการข้างมาก การกำกับการดำเนินการของนิติบุคคล และจากสามหลักการดังกล่าวให้รวมถึงนิติบุคคลในเครือด้วย

อย่างไรก็ดี แม้วานิติบุคคลนั้นจะเป็นไปตามหลักเกณฑ์คำนิยามที่กำหนดไว้ในความตกลงฉบับนั้น ๆ แต่ในข้อตกลงด้านการค้าบริการต่าง ๆ ของไทย ได้กำหนดในเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (Denial of benefit) เอาไว้ เพื่อกันมิให้คนชาติอื่นมาอาศัยสิทธิประโยชน์ตามความตกลงฉบับนี้ ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากความตกลงไม่ใช่คนชาติของประเทศภาคีในความตกลง จึงทำให้ต้องมีการกำหนดเรื่องปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้

โดยในข้อตกลงต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น GATS, JTEPA หรือ TAFTA จะกำหนดไว้ในทำนองเดียวกันว่าหากประเทศภาคีสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้บริการนั้นเป็นเจ้าของหรือถูกควบคุมโดยบุคคลของประเทศที่ไม่ได้เป็นภาคี ประเทศภาคีสามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงนี้ได้ ซึ่งผลจากการที่นิติบุคคลนั้นถูกปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ ย่อมส่งผลให้นิติบุคคลนั้นไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามความตกลงฉบับนั้น

สำหรับข้อผูกพันต่าง ๆ ของไทยนั้น เมื่อพิจารณาตามความตกลงด้านการค้าบริการ จะพบว่าข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ให้ไว้ โดยส่วนใหญ่ไม่ได้กำหนดเกินไปกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติแต่อย่างใด เนื่องจากในส่วนของประเทศไทยไม่ได้ระบุข้อผูกพันไว้ในตารางข้อผูกพันเฉพาะ จึงต้องผูกพันตามข้อผูกพันทั่วไป ซึ่งข้อผูกพันทั่วไปจะกำหนดไว้ว่าหากจะมาประกอบธุรกิจในประเทศไทยในรูปแบบการจัดตั้งนิติบุคคลในสาขาธุรกิจนั้น สัดส่วนการถือหุ้นของนักลงทุนต่างชาติจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนผู้ถือหุ้นต่างชาติต้องน้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ดังนั้นเมื่อเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งธุรกิจบริการจะอยู่ในบัญชีสาม คนต่างด้าวจะถูกจำกัดการถือหุ้นไม่ให้เกินกึ่งหนึ่ง มิฉะนั้นต้องมาขออนุญาตประกอบธุรกิจ ดังนั้นเมื่อเทียบกับตารางข้อผูกพันซึ่งอนุญาตให้เข้ามาประกอบธุรกิจได้แต่ต้องมีนักลงทุนต่างชาติถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน ข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ให้ไว้จึงไม่ได้กำหนดเกินไปกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนด เพราะส่วนใหญ่เป็นกิจการรวมภายใต้บัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ แต่บางกรณีเปิดให้ต่างชาติถือหุ้นได้เกินกว่าที่กำหนดไว้ในคำจำกัดความ แต่สำหรับข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ทำใน TAFTA และ JTEPA มีบางสาขาธุรกิจที่ประเทศไทยได้กำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้มากกว่าที่กำหนดไว้ในนิยามของคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เช่น ใน TAFTA การให้บริการก่อสร้างที่

เกี่ยวข้องกับบริการขั้นพื้นฐานแก่รัฐในบริการสาธารณะ นักลงทุนออสเตรเลียสามารถถือหุ้นได้ทั้งหมด แต่บริษัทจะต้องมีทุนจดทะเบียนชำระแล้วไม่น้อยกว่า 1,000 ล้านบาท, บริการโรงแรมและภัตตาคาร ใน JTEPA นักลงทุนญี่ปุ่นสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 60 หรือ บริการด้านการบำรุงรักษาและซ่อมแซม นักลงทุนญี่ปุ่นสามารถถือหุ้นในบริษัทที่ให้บริกการดังกล่าวได้ถึงร้อยละ 100 เป็นต้น ซึ่งทำให้นักลงทุนในสาขาธุรกิจเหล่านี้ ที่มีสัดส่วนการถือหุ้นของนักลงทุนต่างชาติไม่เกินไปจากที่กำหนดในพันธกรณี สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขออนุญาตตามที่กฎหมายกำหนด แต่ต้องมีหน้าที่ขอออกหนังสือรับรองซึ่งขั้นตอนจะง่ายกว่าการขออนุญาตประกอบธุรกิจ

อย่างไรก็ดีแม้ว่าข้อผูกพันของไทยตามความตกลง JTEPA และ TAFTA ในบางสาขาธุรกิจจะกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้มากกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้กำหนดไว้ในนิยามคนต่างด้าวก็ตาม ซึ่งการกำหนดไว้เช่นนี้ เนื่องจากธุรกิจบริการซึ่งอยู่ในบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้อยู่แล้ว เพียงแต่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนด และก็ไม่ถือว่าเป็นการที่ประเทศไทยกำหนดข้อผูกพันที่ไม่สอดคล้องกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากการเจรจาทางการค้าบริการ ย่อมมุ่งที่จะลดอุปสรรคทางการค้าบริการ และต้องมีการลดเงื่อนไขมากกว่าการทั่วไปตามที่กำหนดให้แก่ประเทศอื่น ๆ โดยการจัดทำตารางข้อผูกพันนั้น เป็นการกำหนดเงื่อนไขการเข้าสู่ตลาด และการประติบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งสามารถกำหนดให้นักลงทุนต่างชาติสามารถถือหุ้นในบางสาขาธุรกิจได้มากกว่าในนิยามของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้มีการกำหนดไว้ในมาตรา 10 ว่าหากประเทศไทยมีพันธกรณีหรือสนธิสัญญากีให้เป็นไปตามที่พันธกรณีหรือสนธิสัญญากำหนดไว้ ดังนั้นมาตรา 10 จึงเป็นการรองรับเอาพันธกรณีตามข้อตกลงระหว่างประเทศมาบังคับใช้โดยได้ยกเว้นในเรื่องการจำกัดการประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการขออนุญาตในการประกอบเอาไว้ ทำให้นิตินุคคลของประเทศไทยที่มีข้อตกลงหรือพันธกรณีสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจโดยอาศัยมาตรา 10 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้

วิเคราะห์นิยามนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ และการให้ความคุ้มครองกรณีประเทศไทยเป็นผู้ส่งออกการลงทุน

จากการที่ผู้วิจัยได้ศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ และกฎหมายไทย การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลและข้อตกลงต่าง ๆ เกี่ยวกับการค้าบริการรวมถึงข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้มีการจัดทำนั้น ในบทนี้ผู้วิจัยจะทำการวิเคราะห์ในเรื่องดังกล่าว โดยจะแยกประเด็นการวิเคราะห์ออกเป็น 3 ประเด็นดังต่อไปนี้ 1. นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวของกฎหมายประเทศต่าง ๆ และกฎหมายไทย 2. นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวในข้อตกลงต่าง ๆ ของไทย 3. การให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลไทยในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน

6.1 นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวของกฎหมายประเทศต่าง ๆ และกฎหมายไทย

จากการศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศญี่ปุ่น ประเทศออสเตรเลีย ประเทศเวียดนาม และประเทศอินโดนีเซีย จะพบว่าเกณฑ์ที่แต่ละประเทศต่างนำมาใช้ในการพิจารณากำหนดความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวคือทุน (การถือหุ้น) ด้วยกันทั้งสิ้น แต่สำหรับประเทศญี่ปุ่นและประเทศออสเตรเลีย หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว นอกเหนือไปจากเรื่องทุน (การถือหุ้น) แล้ว ทั้ง 2 ประเทศ ยังได้มีการพิจารณาถึงเรื่องสิทธิออกเสียงไว้ด้วย นอกจากนี้แล้วสำหรับประเทศญี่ปุ่นยังมีการพิจารณาการเป็นคนต่างด้าวจากจำนวนกรรมการ นอกเหนือไปจากเรื่องทุนกับเรื่องสิทธิออกเสียง โดยนิติบุคคลที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นพำนักในประเทศญี่ปุ่นเป็นกรรมการเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด นิติบุคคลนั้นก็จะถูกพิจารณาเป็นคนต่างด้าวเช่นเดียวกับนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมด

สำหรับกรณีของประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่จำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวของนิติบุคคล โดยจะพิจารณาจากทุน (การถือหุ้น) ซึ่งนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นหรือลงทุนเกินกึ่งหนึ่งจะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว เมื่อเปรียบเทียบระหว่างนิติบุคคลต่างด้าวในกฎหมายต่างประเทศกับนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะใช้หลักเกณฑ์เหมือนกับประเทศเวียดนามและประเทศอินโดนีเซีย คือ พิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

เฉพาะเรื่องทุนเท่านั้น ซึ่งจะแตกต่างกับประเทศญี่ปุ่นและประเทศออสเตรเลียที่ให้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงด้วย

อย่างไรก็ตาม สำหรับประเทศไทย แม้ว่าจะมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวเอาไว้โดยอาศัยหลักเกณฑ์เรื่องทุนในการพิจารณา แต่กฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ในประเทศไทยซึ่งใช้บังคับเฉพาะแต่ธุรกิจที่พระราชบัญญัติฉบับนั้น ๆ กำหนดไว้ ก็ยังมีการใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่หลายเรื่อง ไม่ว่าจะเป็นการพิจารณาทั้งในเรื่องทุน (การถือหุ้น) และจำนวนกรรมการ เช่น พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2535 การพิจารณาจากทุนและจำนวนผู้ถือหุ้น เช่น พระราชบัญญัติช่างรังวัดเอกชน พ.ศ. 2535 หรือแม้กระทั่งหลักเกณฑ์เรื่องสิทธิออกเสียงก็ได้มีการนำมาใช้ในการพิจารณาโดยได้นำมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551

ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากนิยามนิติบุคคลต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ ที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกับของประเทศไทยจะพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้หลักเกณฑ์ในเรื่องทุน (การถือหุ้น) เหมือนกับประเทศเวียดนามและอินโดนีเซียเท่านั้น ไม่ได้มีการพิจารณาถึงเรื่องสิทธิออกเสียงของประเทศญี่ปุ่นและออสเตรเลีย แต่สำหรับกฎหมายเฉพาะของไทยในบางฉบับได้มีการพิจารณาถึงเรื่องสิทธิออกเสียงด้วย

โดยผู้วิจัยมีข้อสังเกตว่าพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ซึ่งเป็นกฎหมายที่นำเรื่องสิทธิออกเสียงมาพิจารณานั้นเป็นกฎหมายที่ออกมาภายหลังจากที่มีปัญหาเกี่ยวกับกรณีบริษัททุกลาบแก้วเกิดขึ้น ซึ่งอาศัยช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ไม่ได้มีการพิจารณาในเรื่องสิทธิออกเสียง ทำให้บริษัททุกลาบแก้วกำหนดไว้ในข้อบังคับว่าให้หุ้นบุริมสิทธิ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้เพียง 1 เสียงเท่านั้น โดยที่คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ทำให้แม้คนไทยจะถือหุ้นเกินครึ่งแต่ก็มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าคนต่างชาติ ทำให้ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการควบคุมบริษัท เมื่อมีกรณีบริษัททุกลาบแก้วเกิดขึ้น ธุรกิจสื่อสารมวลชนซึ่งถือเป็นธุรกิจที่สำคัญต่อประเทศ จึงได้มีการนำเอาหลักเกณฑ์ที่พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงมาไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์ พ.ศ. 2551 ด้วยเพื่อมิให้เกิดการใช้ช่องโหว่ทางกฎหมายเกิดขึ้น ดังเช่นกรณีบริษัททุกลาบแก้ว

6.2 นิยามของนิติบุคคลต่างด้าวในข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ

ในข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ที่ประเทศไทยทำขึ้น ได้แก่ ความตกลงด้านการค้าบริการ (GATS) หรือ FTA ต่าง ๆ ได้แก่ JTEPA หรือ TAFTA รวมทั้งข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน จะมีการกำหนดถึงนิยามของนิติบุคคลเพื่อนำมาใช้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลที่จะสามารถมีสิทธิประโยชน์ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงนั้นต้องมีคุณสมบัติอย่างไร ทำให้ข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ ได้มีการกำหนดนิยามนิติบุคคลเอาไว้

โดยจากการศึกษาความตกลง GATS, AFAS, JTEPA, TAFTA และข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนสามารถวิเคราะห์นิยามของนิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงได้ดังนี้

ในความตกลง GATS จะมีการกำหนดนิยามของนิติบุคคล (Juridical Person) และนิติบุคคลของสมาชิกอื่น (Juridical Person of Another Member) เอาไว้ โดยเมื่อพิจารณาแล้วจะพบว่าหลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลในความตกลง GATS จะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอยู่ 3 หลักเกณฑ์ คือ หลักเกณฑ์แรกพิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง หลักเกณฑ์ที่สองพิจารณาจากความเป็นเจ้าของ โดยพิจารณาจากเงินทุนหรือการถือหุ้น คือ มีบุคคลของประเทศสมาชิกเป็นเจ้าของเงินทุนหรือหุ้นมากกว่าร้อยละ 50 หลักเกณฑ์ที่สาม พิจารณาจากอำนาจควบคุม โดยพิจารณาจากอำนาจในการแต่งตั้งกรรมการส่วนใหญ่ อำนาจในการกำกับดูแลการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น นอกจากนี้ยังรวมถึงนิติบุคคลในเครือเดียวกับนิติบุคคลดังกล่าวด้วย

สำหรับความตกลง AFAS ได้กำหนดว่าให้นำนิยามของความตกลง GATS มาใช้ ดังนั้น นิยามของนิติบุคคลจึงมีลักษณะที่เหมือนกับใน GATS

และสำหรับความตกลง JTEPA และ TAFTA นั้น การกำหนดนิยามนิติบุคคลพบว่าหลักเกณฑ์ของนิติบุคคลตามคำนิยามนั้นจะมีลักษณะเหมือนกับความตกลง GATS คือ พิจารณาจากดินแดนที่ก่อตั้ง จากความเป็นเจ้าของ และจากอำนาจควบคุม เช่นเดียวกัน ดังนั้น สามารถสรุปได้ว่าข้อตกลงด้านการค้าบริการอย่าง GATS, AFAS, TAFTA และ JTEPA จะมีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสำหรับนิติบุคคลที่จะสามารถใช้สิทธิประโยชน์ได้เหมือนกัน

สำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำกับประเทศต่าง ๆ นั้น ในสนธิสัญญาดังกล่าวก็จะมีการกำหนดในนิยามว่านิติบุคคลใดถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย และนิติบุคคลใดที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญา โดยหากมีคุณสมบัติตามที่นิยามเหล่านี้กำหนดย่อมสามารถมีสิทธิตามที่ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนี้กำหนด

โดยการกำหนดนิยามนิติบุคคลไทยในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นมักจะกำหนดไว้ในลักษณะเดียวกันว่านิติบุคคลไทย หมายถึงนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นหรือได้รับการก่อตั้งขึ้นเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายที่ใช้บังคับในราชอาณาจักรไทย ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดและจะเพื่อกำไรเป็นเงินหรือไม่ก็ตาม

ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่าหลักเกณฑ์ที่ใช้พิจารณาความเป็นนิติบุคคลไทยตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นใช้หลักเกณฑ์เพียงอย่างเดียว คือ พิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง โดยหากได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยก็ถือได้ว่าเป็นนิติบุคคลไทยซึ่งสามารถใช้สิทธิตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนี้

เมื่อเปรียบเทียบระหว่างหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้ในการกำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลของความตกลง GATS, AFAS, JTEPA และ TAFTA และสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน จะพบว่ามี ความแตกต่างกัน โดยใน GATS, AFAS, JTEPA และ TAFTA จะกำหนดไว้ 3 หลักเกณฑ์ คือ พิจารณาจากดินแดนที่จัดตั้ง พิจารณาจากความเป็นเจ้าของ และพิจารณาจากการควบคุม แต่สำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้นจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์เดียว คือ ดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง ไม่ได้มีการพิจารณาจากความเป็นเจ้าของหรืออำนาจควบคุม เหมือนกับข้อตกลงด้านการค้าบริการ

นอกจากนิยามนิติบุคคลที่จะกำหนดว่านิติบุคคลใดที่จะสามารถมาอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศแล้ว ในข้อตกลงระหว่างประเทศยังได้มีการกำหนดถึงการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้อีกด้วย โดยในข้อตกลงด้านการค้าบริการที่ผู้วิจัยได้ทำการศึกษาล้วนแล้วแต่มีการกำหนดถึงการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้ทุกฉบับ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าข้อตกลงเหล่านี้มุ่งประสงค์ที่จะให้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงแก่นิติบุคคลของประเทศสมาชิกหรือภาคีอย่างแท้จริง ทำให้หากพิจารณาได้ว่านิติบุคคลที่ให้บริการไม่ได้มีคนชาติสมาชิกเป็นเจ้าของหรือเป็นผู้มีอำนาจควบคุม ประเทศสมาชิกหรือภาคีก็สามารถปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงฉบับนี้ได้

แต่สำหรับข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นจะพบว่าไม่มีการกำหนดหลักการเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้เหมือนอย่างข้อตกลงด้านการค้าบริการต่าง ๆ เมื่อผนวกกับการที่ในข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดให้การพิจารณาการเป็นนิติบุคคลไทยให้พิจารณาเพียงแค่ว่าได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยก็สามารถอาศัยสิทธิตามสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนได้แล้ว ทำให้เพียงแค่ว่าคนต่างชาติเข้ามาจัดตั้งบริษัทในประเทศไทยตามกฎหมายไทยก็ยอมให้สิทธิประโยชน์ในฐานะนิติบุคคลไทยตามที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนกำหนดไว้ได้

โดยการที่นิยามของนิติบุคคลที่กำหนดไว้ว่านิติบุคคลใดที่จะสามารถอาศัยสิทธิในแต่ละความตกลงที่ประเทศไทยเป็นภาคี มีการกำหนดไว้แตกต่างกัน ทำให้การพิจารณาว่า

นิติบุคคลใดที่จะสามารถอาศัยสิทธิตามข้อตกลงได้ จะต้องพิจารณาจากนิยามของนิติบุคคลที่จะอาศัยสิทธิประโยชน์ได้ในแต่ละความตกลง นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาถึงการปฏิเสธสิทธิประโยชน์อีกด้วย ซึ่งหากเข้าใจเงื่อนไขตามที่ประเทศภาคีสามารถปฏิเสธสิทธิประโยชน์ นิติบุคคลนั้นก็ไม่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ตามความตกลงนั้น ๆ ได้ แต่สำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะพิจารณาเพียงแค่นิยามของนิติบุคคลเท่านั้น เนื่องจากไม่ได้มีการกำหนดเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้ในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

เมื่อเป็นไปตามนิยามของนิติบุคคลในข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ ซึ่งจะแสดงถึงผู้ที่สามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงนั้นได้ ทำให้หากนิติบุคคลนั้นจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงนั้น นิติบุคคลนั้นจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ในตารางข้อผูกพัน ซึ่งในข้อผูกพันจะมีการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดเอาไว้ และมักจะกำหนดไว้ในการจำกัดในรูปแบบของสัดส่วนการถือหุ้นที่นักลงทุนต่างชาติจะสามารถถือหุ้นได้ และเงื่อนไขในการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ให้ไว้จึงไม่ได้กำหนดเกินไปกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนด เพราะส่วนใหญ่เป็นกิจการรวมภายใต้บัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ แต่บางกรณีเปิดให้ต่างชาติถือหุ้นได้เกินกว่าที่กำหนดไว้ในคำจำกัดความ และไม่ถือว่าเป็นการขัดกับพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมุ่งหลักการที่สำคัญซึ่งบัญญัติไว้สำหรับกรณีที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาหรือมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม โดยได้กำหนดไว้ใน มาตรา 10 ดังนี้

“บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

ผลของการมีมาตรา 10 ทำให้บุคคลต่างด้าวที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาหรือมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ สามารถอาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นได้โดยตรง โดยให้เป็นไปตามที่ข้อตกลงระหว่างประเทศนั้นกำหนด ดังนั้นคนต่างด้าวของประเทศที่มีข้อตกลงด้านการค้าบริการกับประเทศไทย จึงไม่ต้องถูกจำกัดเงื่อนไขการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามที่กฎหมายฉบับนี้กำหนดไว้ โดยเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด

จะต้องไปพิจารณาตามพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ผูกพันไว้ ซึ่งแต่ละข้อตกลงด้านการค้าบริการ จะมีการกำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาด และการปฏิบัติเบี่ยงคนชาติเอาไว้ ซึ่งส่วนใหญ่จะกำหนดไว้ในรูปแบบสัดส่วนที่นักลงทุนต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในแต่ละสาขาธุรกิจ โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะมีการจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ เมื่อมาตรา 10 ได้ยกเว้นในเรื่องของการเข้ามาขออนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ถูกจำกัดตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติแล้ว และกำหนดให้เงื่อนไขต่าง ๆ เป็นไปตามที่พันธกรณี หรือสนธิสัญญานั้นกำหนดไว้

นอกจากนี้การกำหนดนิยามของคนต่างด้าวก็สามารถที่จะใช้หลักเกณฑ์ที่แตกต่างกับหลักเกณฑ์ที่ข้อตกลงต่าง ๆ กำหนดไว้ก็ได้ โดยในเบื้องต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่านิติบุคคลนั้นถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือไม่ ซึ่งพระราชบัญญัตินี้พิจารณาความเป็นคนต่างด้าวจากทุน (การถือหุ้น) เท่านั้น ซึ่งหากไม่เข้าตามนิยามคนต่างด้าว นิติบุคคลนั้นย่อมถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยสามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การจำกัดของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่หากเป็นนิติบุคคลต่างด้าวแล้ว คือมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง สิ่งที่ต้องคำนึงต่อมาก็คือนิติบุคคลต่างด้าวนั้น เป็นนิติบุคคลของประเทศที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการใดหรือไม่ โดยจะต้องพิจารณาว่านิติบุคคลต่างด้าวนั้นถือเป็นนิติบุคคลของชาติภาคีหรือสมาชิกในความตกลงนั้นหรือไม่ ซึ่งพิจารณาได้จากนิยามนิติบุคคลของประเทศสมาชิกที่ระบุไว้ในข้อตกลงฉบับนั้น ซึ่งหากตรงตามหลักเกณฑ์ที่ได้ระบุไว้ในนิยาม สิทธิที่นิติบุคคลนั้นจะได้รับก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและบทบัญญัติของข้อตกลงนั้น จึงเป็นผลให้ต้องมาพิจารณาในข้อตกลงด้านการค้าบริการนั้นว่า ได้มีการกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดในการเข้าสู่ตลาดเพียงใด โดยต้องพิจารณาจากตารางข้อผูกพัน ว่ามีการกำหนดเงื่อนไขในสาขาธุรกิจนั้นหรือไม่ หากมีการกำหนดไว้ก็ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่ข้อตกลงด้านการค้าบริการฉบับนั้นกำหนด แต่หากไม่มีการกำหนดเงื่อนไขไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ ในสาขาธุรกิจนั้น ก็จะเป็นผลให้ต้องกลับมาใช้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในสาขาธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในข้อผูกพัน

เมื่อพิจารณาถึงขอบข่ายการบังคับใช้มาตรา 10 แล้ว จะเห็นว่าหากคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยอาศัยตามข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ คนต่างด้าวนั้น จะได้รับการยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติที่ได้ระบุไว้ใน วรรค 1 ของ มาตรา 10 คือมาตรา 5 *

* มาตรา 5 เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจว่าการอนุญาตนั้นจะต้องคำนึงถึงเรื่องใดบ้าง

มาตรา 8 ** มาตรา 15 *** มาตรา 17 **** และมาตรา 18 ***** ซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องการขออนุญาตเข้ามาประกอบธุรกิจ ซึ่งในข้อตกลงระหว่างประเทศจะได้กำหนดเงื่อนไขในการเข้าสู่ตลาดรวมทั้งการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ ของแต่ละสาขาธุรกิจไว้ในข้อผูกพันอยู่แล้ว ซึ่งหากเป็นไปตามเงื่อนไข ผลของมาตรา 10 ซึ่งได้ยกเว้นมาตราดังกล่าวข้างต้น ทำให้นิติบุคคลนั้น แม้ว่าจะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามนิยามในพระราชบัญญัติก็ไม่ถูกจำกัดการเข้าสู่ตลาดตามที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้ ทำให้ไม่ต้องมาขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่สำหรับนิติบุคคลต่างด้าวที่ไม่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ รวมถึงนิติบุคคลที่ถูกปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ (Denial of benefit) ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิได้ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ก็ต้องกลับเข้ามาสู่การใช้พระราชบัญญัตินี้ทั้งฉบับ โดยไม่สามารถอ้างมาตรา 10 มาเพื่อเป็นการยกเว้นได้แต่อย่างใด

อย่างไรก็ดีจะพบว่ามาตรา 10 ไม่ได้ยกเว้นทุกเรื่องที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพียงแต่ได้ยกเว้นบางเรื่องดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นเท่านั้น จึงมีผลให้นิติบุคคลต่างด้าวนั้นยังต้องปฏิบัติตามเรื่องที่ไม่ได้รับการยกเว้นในกฎหมายฉบับนี้อยู่ ซึ่งสิ่งนี้นิติบุคคลต่างด้าวที่อาศัยสิทธิในการเข้ามาประกอบธุรกิจตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ยังต้องปฏิบัติตามอยู่ มีดังนี้

มาตรา 4 คำนิยามต่าง ๆ

มาตรา 11 การขอออกหนังสือรับรอง

มาตรา 14 ทุนขั้นต่ำในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจ

มาตรา 19 การสั่งให้ผู้รับหนังสือรับรอง จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดใน

สนธิสัญญา

มาตรา 20 การอุทธรณ์ การสั่งเพิกถอนหนังสือรับรอง

มาตรา 21 วรรค 1 อายุหนังสือรับรอง

** มาตรา 8 เป็นเรื่องของการจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามบัญชีที่ฝ่ายพระราชบัญญัติโดยธุรกิจตามบัญชีหนึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการไม่ว่ากรณีใด ๆ สำหรับธุรกิจตามบัญชีสองและบัญชีสาม คนต่างด้าวยังสามารถที่จะประกอบธุรกิจได้โดยธุรกิจในบัญชีสอง ต้องขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีสำหรับธุรกิจ ในบัญชีสามต้องได้รับการอนุมัติจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

*** มาตรา 15 เป็นเรื่องของการกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นของคนไทยในธุรกิจตามบัญชีสอง ทำโดยพระราชบัญญัติ

**** มาตรา 17 เป็นเรื่องของการขึ้นตอนในการขออนุญาตการประกอบธุรกิจ

***** มาตรา 18 เป็นเรื่องของการกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่ได้รับการอนุญาตให้สามารถประกอบธุรกิจได้จะต้องปฏิบัติตาม

วรรค 2 การแสดงหนังสือรับรอง

วรรค 3 กรณีหนังสือรับรองสูญหาย

วรรค 4 หลักเกณฑ์ในการออกใบแทนหนังสือรับรอง

มาตรา 22 การแจ้งเลิกประกอบธุรกิจ

มาตรา 34 โทษของนิติบุคคลที่ถูกพักใช้ หรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรอง แต่ยังมีประกอบธุรกิจนั้นต่อ

มาตรา 38 โทษในการไม่ได้ดำเนินการในเรื่องทุนขั้นต่ำ

มาตรา 39 โทษของการไม่ได้แสดงหนังสือรับรองไว้ในสถานประกอบธุรกิจ หรือไม่ได้ทำการแจ้งเลิกประกอบธุรกิจ

ดังนั้นผู้วิจัยจะแสดงมาตราต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ไม่ใช่บังคับกับนิติบุคคลของประเทศที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ และมาตราที่ยังใช้บังคับแม้ว่านิติบุคคลนั้นจะมีข้อตกลงระหว่างประเทศก็ตาม ในรูปแบบของตารางสรุปดังนี้

ตารางที่ 2 ตารางเปรียบเทียบมาตราต่าง ๆ ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ไม่ใช้บังคับและที่ยังคงใช้บังคับกับนิติบุคคลที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ

มาตราต่าง ๆ ที่ไม่ใช้บังคับกับนิติบุคคลที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ	มาตราต่าง ๆ ที่ยังใช้บังคับแม้นิติบุคคลนั้นมีข้อตกลงข้อตกลงระหว่างประเทศ
สาระ	
มาตรา 5 บังคับในการพิจารณาการอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจว่าการอนุญาต	มาตรา 4 การกำหนดนิยามของคำต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยนิยามที่สำคัญคือคำว่า “คนต่างด้าว” เนื่องจากหากไม่ถือเป็นคนต่างด้าว ก็ไม่ต้องอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้
มาตรา 8 การจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยธุรกิจตามบัญชีหนึ่งเป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการไม่ว่ากรณีใด ๆ สำหรับธุรกิจตามบัญชีสองและบัญชีสาม คนต่างด้าวยังสามารถที่จะประกอบธุรกิจได้โดยธุรกิจในบัญชีสอง ต้องขออนุญาตต่อจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีสำหรับ ธุรกิจในบัญชีสามต้องได้รับการอนุมัติจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	มาตรา 14 การกำหนดทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจ
มาตรา 15 การกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นของคนไทยในธุรกิจตามบัญชีสอง ท้ายพระราชบัญญัติ	
กระบวนการ	
มาตรา 17 ขั้นตอนการขออนุญาตการประกอบธุรกิจ	มาตรา 11 การขอลอกหนังสือรับรองจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า หากคนต่างด้าวของประเทศที่ประเทศไทยมีสนธิสัญญาหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีจะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ

<p>มาตราต่าง ๆ ที่ไม่ใช่บังคับกับนิติบุคคล ที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ</p>	<p>มาตราต่าง ๆ ที่ยังใช้บังคับแม้ นิติบุคคลนั้น มีข้อตกลงข้อตกลงระหว่างประเทศ</p>
<p>มาตรา 18 การกำหนดเงื่อนไขให้คนต่างด้าวที่ ได้รับการอนุญาตให้สามารถประกอบธุรกิจได้ จะต้องปฏิบัติตาม</p>	<p>มาตรา 19 ผู้รับหนังสือรับรองจะต้องปฏิบัติตาม เงื่อนไขที่กำหนดในสนธิสัญญา ถ้าผู้รับหนังสือ รับรองไม่ปฏิบัติตาม อธิบดีมีอำนาจสั่งระงับการ ประกอบธุรกิจชั่วคราวและมีอำนาจพิจารณาสั่ง เพิกถอนหนังสือรับรองได้</p>
	<p>มาตรา 20 การอุทธรณ์ คำสั่งของอธิบดีที่ให้ ระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราวหรือสั่งเพิกถอน หนังสือรับรอง</p>
	<p>มาตรา 21 อายุของหนังสือรับรอง, การแสดง หนังสือรับรองไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของ ตน, การขอรับใบแทนกรณีหนังสือรับรองชำรุด หรือสูญหาย</p>
	<p>มาตรา 22 การแจ้งเลิกประกอบธุรกิจหรือย้าย สำนักงาน</p>
	<p>มาตรา 34 โทษของคนต่างด้าวซึ่งถูกสั่งระงับการ ประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรอง และหมดสิทธิ อุทธรณ์ แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจ ต่อไป</p>
	<p>มาตรา 38 โทษของคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจ โดยฝ่าฝืนเรื่องทุนขั้นต่ำ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 1 แสนบาทถึง 1 ล้านบาท และปรับวันละ 1 หมื่น ถึง 5 หมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่</p>
	<p>มาตรา 39 ผู้รับหนังสือรับรองที่ไม่ได้แสดง หนังสือรับรองไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของ ตนในที่เปิดเผยหรือไม่ได้แจ้งการเลิกการ ประกอบธุรกิจหรือย้ายสำนักงานหรือสถานที่ ประกอบธุรกิจต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 5 พัน บาท</p>

จากตารางที่แสดงข้างต้นจะเห็นว่ายังมีอยู่หลายเรื่องที่ว่าแม้ว่านิติบุคคลใดจะได้รับสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ นิติบุคคลนั้นก็ยังคงต้องมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้อยู่ ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเรื่องที่สำคัญ และเป็นสิ่งที่ต้องปฏิบัติก่อนการเข้ามาเริ่มประกอบธุรกิจคือเรื่องของการขอออกหนังสือรับรอง ตามมาตรา 11 และเรื่องทุนขั้นต่ำ ตามมาตรา 14

โดยถึงแม้นิติบุคคลต่างด้าวใดที่สามารถเข้ามาประกอบธุรกิจตามบัญชีที่ท้ายพระราชบัญญัติในประเทศไทยโดยอาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศจะไม่ต้องขออนุญาตในการเข้ามาประกอบธุรกิจ แต่นิติบุคคลต่างด้าวนั้นยังต้องมีภาระหน้าที่ในการมาขอออกหนังสือรับรอง จากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจและการค้า สำหรับเรื่องทุนขั้นต่ำ นิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจโดยอาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศ จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 14 นี้อยู่ เนื่องจากมาตรา 10 ไม่ได้ยกเว้นมาตรา 14 เอาไว้ นิติบุคคลนั้นจึงต้องมีทุนขั้นต่ำสำหรับการประกอบธุรกิจตามบัญชีที่ท้ายพระราชบัญญัติไม่ต่ำกว่า 3 ล้านบาท ตามที่มาตรา 14 ได้กำหนดไว้ โดยหากปรากฏว่านิติบุคคลนั้นมีทุนขั้นต่ำไม่ครบตามเกณฑ์ที่กำหนด ในวันที่เริ่มต้นประกอบธุรกิจหรือวันที่ได้รับหนังสือรับรอง ให้นำหรือส่งเงินตราต่างประเทศที่เป็นทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยให้ครบตามเกณฑ์ดังกล่าวภายในเวลา 5 ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547 ใช้บังคับ *****

นอกจากนี้แล้วมาตราที่สำคัญอีกมาตราที่ มาตรา 10 ไม่ได้ยกเว้นการบังคับใช้คือ มาตรา 4 ซึ่งเป็นเรื่องของคำนิยามต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ซึ่งรวมถึงนิยามคนต่างด้าวด้วย และเนื่องจากในถ้อยคำของมาตรา 10 เอง ก็มีการกล่าวถึงคำว่าคนต่างด้าวเอาไว้ จึงมีประเด็นพิจารณาว่าคำว่าคนต่างด้าวที่ตามมาตรา 10 กล่าวถึงนี้จะมีความหมายอย่างไร จะหมายถึงคนต่างด้าวตามมาตรา 4 หรือไม่

โดยในเรื่องนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีการวินิจฉัยไว้ว่าคำว่าคนต่างด้าวที่ปรากฏในตอนต้นของมาตรา 10 วรรคสอง ต้องเป็นไปตามนิยามของคำว่า "คนต่างด้าว" ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพราะความในมาตรา 4 ได้ระบุความหมายของ "คนต่างด้าว" ที่ใช้ในพระราชบัญญัตินี้ไว้และในมาตรา 10 ก็ได้มีความหมายของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะแต่อย่างใด *****

ข้อ 2 กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2547

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องขอหารือปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ได้มีความเห็นเป็นสองฝ่าย คือฝ่ายแรกเห็นว่าคนต่างด้าว ในมาตรา 10 หมายถึง คนต่างด้าวที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 ดังความเห็นของสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา

สำหรับความเห็นฝ่ายที่สอง เห็นว่าคนต่างด้าวตามมาตรา 10 วรรค 2 มิได้มีความหมายเช่นเดียวกับคนต่างด้าวในมาตรา 4 ซึ่งเป็นคนต่างด้าวทั่ว ๆ ไปมิได้เฉพาะเจาะจง แต่คนต่างด้าวที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา 10 วรรคสองนั้นจะหมายถึงคนต่างด้าวที่เป็นคนของประเทศภาคีสัญญาเท่านั้น ซึ่งเกณฑ์ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนของประเทศภาคีสัญญาที่ใช้ในสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศโดยทั่วไปสำหรับกรณีนิติบุคคลมักใช้เกณฑ์ในเรื่องการถือหุ้นข้างมากหรือการมีอำนาจควบคุมเป็นเกณฑ์ให้สิทธิประโยชน์ ดังนั้นคนต่างด้าวที่จะได้รับสิทธิตามมาตรา 10 วรรคสองน่าจะได้แก่นิติบุคคลที่มีคนชาติของประเทศภาคีสัญญาถือหุ้นข้างมากหรือมีอำนาจควบคุมเท่านั้น

โดยในเรื่องนี้อาจมีข้อสังเกตต่อความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าเมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากำหนดความหมายคนต่างด้าวในมาตรา 10 วรรคสอง ให้เป็นไปตามนิยามคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 นี้ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วนิยามคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 อาจจะแตกต่างไปจากนิยามของคนต่างด้าวที่ได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาหรือข้อตกลงต่าง ๆ ทำให้ในเรื่องนี้ส่งผลกระทบต่อประเทศไทย เนื่องจากนิติบุคคลนั้นอาจจะไม่ถือเป็นคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่ยังคงเป็นคนต่างด้าวตามสนธิสัญญา แต่นิติบุคคลนั้นก็กลับหลุดพ้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและสามารถประกอบธุรกิจได้เยี่ยงนิติบุคคลไทย ทั้งนี้นิติบุคคลนั้นอาจเข้าเกณฑ์เป็นนิติบุคคลต่างด้าวในสนธิสัญญานั้น ๆ จึงทำให้ผลที่ประเทศไทยไปตกลงทำสนธิสัญญาไว้อาจผิดเพี้ยนไปได้ มาตรา 10 นี้จึงควรที่จะกำหนดให้มีความชัดเจนมากกว่านี้

แต่ในความเห็นของผู้วิจัย ผู้วิจัยเห็นว่ากรณีการเปิดเสรีการค้าบริการโดยเฉพาะกรณีของนิติบุคคลจะกำหนดสัดส่วนหรือเงื่อนไขต่าง ๆ ของนิติบุคคลในการเข้าสู่ตลาดเอาไว้ นั้นหมายความว่า นิติบุคคลนั้น ๆ จะได้รับสิทธิตามพันธกรณีที่ระบุไว้ในข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยไม่จำเป็นต้องกลับมาคำนึงว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลไทยอีก ซึ่งทำให้การตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ได้ก่อให้เกิดอุปสรรคในการกำหนดพันธกรณีที่เกินไปกว่าคำจำกัดความคนต่างด้าวเพราะการจัดทำข้อผูกพันไม่ใช่เป็นการระบุว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยหรือนิติบุคคลต่างด้าว

กล่าวโดยสรุปคือ ข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ให้ไว้จึงไม่ได้กำหนดเกินไปกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนด เพราะส่วนใหญ่เป็นกิจกรรมภายใต้บัญชีสามฝ่ายพระราชบัญญัติ แต่บางกรณีเปิดให้ต่างชาติถือหุ้นได้เกินกว่าที่กำหนดไว้ในคำจำกัด

ความ และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้มีมาตรา 10 เป็นตัวรองรับให้นำเอาพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ผูกพันนั้นมาใช้ได้โดยทันที โดยถือว่าไม่ขัดกับกฎหมายภายในของประเทศไทย ทำให้นิติบุคคลของประเทศที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศกับประเทศไทยสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจได้ในประเทศไทยตามที่ข้อตกลงระหว่างประเทศกำหนดไว้ แต่สำหรับในบางเรื่องนิติบุคคลนั้นก็ยังต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดไว้

6.3 การให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลไทยในฐานะประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน

โดยทั่วไปการไปลงทุนยังต่างประเทศของผู้ลงทุนนั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะแสวงหากำไรและผลตอบแทนจากการลงทุน ซึ่งผู้ลงทุนก็จะต้องการความมั่นใจและหลักประกันที่มั่นคงสำหรับการลงทุน รวมทั้งการนำรายได้และผลตอบแทนกลับประเทศ ตลอดจนต้องการความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ประเทศเจ้าของสัญชาติของผู้ลงทุน (Home Country) ก็จะต้องมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองแก่คนชาติของตน ซึ่งรวมถึงคนชาติที่ไปลงทุนในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล

ทั้งนี้กรณีของคนชาติที่ไปลงทุนยังต่างประเทศ หากเป็นนิติบุคคลอาจจะสร้างปัญหาในการพิจารณามากกว่ากรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา เนื่องจากกฎหมายไทยในปัจจุบัน ไม่ได้มีกฎหมายใดที่กำหนดถึงการให้สัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้ว่านิติบุคคลใดที่จะมีสัญชาติไทย แต่แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายภายในกำหนดการให้สัญชาติของนิติบุคคลเอาไว้ ประเทศไทยก็ยังสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลได้ เนื่องจากกฎหมายระหว่างประเทศได้ยอมรับในสิทธิที่จะให้ความคุ้มครองแก่คนชาติ ในการดำเนินการเพื่อบรรเทาหรือระงับความเสียหายแก่คนชาติของตน อันเป็นผลมาจากการกระทำที่ไม่เป็นธรรมที่เกิดขึ้นจากรัฐหรือรัฐหนึ่ง แต่ทั้งนี้รัฐผู้ที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตจะต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด (genuine link) ระหว่างประเทศที่จะให้ความคุ้มครองทางการทูตกับนิติบุคคลที่ได้รับความเสียหาย ซึ่งเป็นเรื่องที่ประเทศเจ้าของสัญชาติจะต้องพิสูจน์ว่า ผู้ที่ได้รับความเสียหายเป็นผู้ที่มีสัญชาติของประเทศตน

โดยการกำหนดความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดนี้ ตามแนวของกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้วินิจฉัยในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลมีอยู่ 4 หลักคือ 1) หลักสถานที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล ซึ่งจะให้นิติบุคคลมีสัญชาติตามประเทศที่นิติบุคคลมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ 2) หลักเรื่องศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ โดยจะพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจากสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นแสวงหาประโยชน์ 3) หลักสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ โดยจะพิจารณาสัญชาตินิติบุคคลจากสัญชาติของผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของนิติบุคคลนั้น 4) หลักสถานที่ก่อตั้ง โดยให้นิติบุคคลมีสัญชาติของประเทศที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้น

จากหลักกฎหมายระหว่างประเทศในการกำหนดความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดข้างต้น ประเทศไทยสามารถนำมาใช้เป็นแนวทางในการกำหนดความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดระหว่างนิติบุคคลใดที่ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองทางการทูตได้ ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาอาจจะพิจารณาจากการที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย หรือมีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนไทยก็ได้ ซึ่งหากนิติบุคคลที่มีจุดเชื่อมโยงความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทยแล้ว หากนิติบุคคลนั้นถูกประเทศอื่นไม่ให้ความเป็นธรรมหรือกระทำการใดที่กระทบสิทธิ ประเทศไทยก็สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลนั้นได้ โดยถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย

นอกจากนี้แม้ว่าประเทศไทยจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตกับนิติบุคคลที่มีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทยได้ แต่เนื่องจากกรให้ความคุ้มครองทางการทูตตามกฎหมายระหว่างประเทศจะต้องขอให้ใช้วิธีการเยียวยาตามกฎหมายภายในของประเทศเจ้าของดินแดนก่อน ซึ่งอาจจะเป็นการล่วงเลยจนเกินไป ทำให้ไม่สามารถเยียวยาความเสียหายได้ทันท่วงที และเนื่องจากในปัจจุบันได้มีการทำข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ เกิดขึ้นมากมาย โดยเฉพาะข้อตกลงทางการค้าระหว่างประเทศและเนื่องมาจากแต่ละประเทศอาจไม่มั่นใจในความเป็นกลางของระบอบยุติธรรมว่าจะให้ความยุติธรรมหรือไม่หากประเทศนั้นมีผลประโยชน์ที่ขัดแย้ง หรืออาจจะเสียประโยชน์ ซึ่งอาจจะเกิดการแทรกแซงระบบตุลาการภายในได้ ทำให้ข้อตกลงเหล่านี้จะมีการบัญญัติถึงกลไกในการระงับข้อพิพาทไว้ ไม่ว่าจะเป็นข้อตกลงในระดับพหุภาคีหรือทวิภาคี เพื่อให้การปกป้องผลประโยชน์ของผู้ลงทุนสามารถทำได้ง่ายและมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยผู้ที่ได้รับความเสียหายไม่ต้องรอให้กระบวนการตามกฎหมายภายในของประเทศผู้รับการลงทุนเสร็จสิ้น สามารถใช้วิธีที่กำหนดไว้ในข้อตกลงได้ทันที เป็นการลดภาระของประเทศเจ้าของสัญชาติ และส่งเสริมให้เอกชนสามารถหาทางแก้ไขเยียวยาได้ โดยเฉพาะข้อตกลงที่เป็นความตกลงการค้าเสรี มีการกำหนดไว้ในข้อตกลงถึงขั้นตอนกลไกในการระงับข้อพิพาท ซึ่งเป็นวิธีการที่ทำให้เอกชนเข้าถึงการระงับข้อพิพาทได้ง่ายและรวดเร็วยิ่งขึ้น

การระงับข้อพิพาทในข้อตกลงด้านการค้าต่าง ๆ มักจะเริ่มต้นด้วยการขอหารือ (Consultation) กับประเทศสมาชิกคู่กรณีก่อน ซึ่งในเรื่องนี้มีลักษณะเป็นการเจรจาทางการทูต เนื่องจากปัญหาทางการค้าถือเป็นปัญหาที่มีความละเอียดอ่อนและมักจะมีผลประโยชน์และประเด็นทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวพันอยู่เสมอ² โดยหากไม่มีการหารือหรือไม่สามารถตกลงกันได้ ประเทศสมาชิกสามารถขอให้ตั้งคณะผู้พิจารณา (panel) เพื่อพิจารณาตัดสินคดีได้ และหากคู่พิพาทไม่พอใจผลการตัดสินก็สามารถอุทธรณ์ต่อองค์กรอุทธรณ์ (appellate body) ได้ โดย

² ทัชชมัย ฤกษ์สุต, แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO), (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544), หน้า 163 -164.

ประเทศสมาชิกที่เป็นฝ่ายแพ้คดีจะต้องปฏิบัติตามคำตัดสินของคณะผู้พิจารณาหรือองค์กรอุทธรณ์ แล้วแต่กรณี

สำหรับความตกลงในระดับทวิภาคีอย่างเช่น JTEPA การระงับข้อพิพาทก็จะเริ่มต้นจากการปรึกษาหารือก่อน ซึ่งหากฝ่ายผู้ถูกร้องไม่เข้าสู่การปรึกษาหารือ หรือทั้งสองฝ่ายไม่สามารถระงับข้อพิพาทระหว่างกันได้ด้วยการปรึกษาหารือ ฝ่ายที่ขอให้มีการปรึกษาหารืออาจร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรให้มีการจัดตั้งคณะอนุญาโตตุลาการที่ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญด้านเทคนิคและด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อพิจารณาข้อพิพาทได้ โดยอนุญาโตตุลาการที่จัดตั้งขึ้นจะต้องดำเนินการพิจารณาข้อพิพาทตามกระบวนการที่กำหนดไว้ตามความตกลงนี้และกฎที่ใช้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ และเมื่ออนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาด คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ให้ถือว่าเป็นที่สุดและผูกพันคู่ภาคี

ทำให้สามารถสรุปได้ว่า การให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลไทยที่ไปลงทุนในต่างประเทศนั้น สามารถแยกได้เป็น 2 กรณี คือ

1) กรณีที่นิติบุคคลไทยออกไปลงทุนหรือให้บริการในประเทศที่มีข้อตกลงระหว่างประเทศ เช่น บริษัทรับเหมาก่อสร้างของไทยไปรับเหมาก่อสร้างในประเทศสหรัฐอเมริกา หากเข้าตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในนิยามนิติบุคคลของสมาชิกอื่นตามความตกลง GATS นิติบุคคลนั้นก็ย่อมได้รับความคุ้มครองและสามารถใช้กระบวนการระงับข้อพิพาทตามที่ GATS กำหนดไว้ได้

2) กรณีที่นิติบุคคลไทยไปลงทุนหรือให้บริการในประเทศที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ การให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลนั้นประเทศไทยก็ต้องไปใช้การคุ้มครองทางการทูตตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ โดยนิติบุคคลนั้นต้องมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทย และต้องมีการการเยียวยาตามกฎหมายภายในให้เสร็จสิ้นเสียก่อน ประเทศไทยจึงจะสามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลนั้นได้

บทที่ 7

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

7.1 บทสรุป

สถานะของนิติบุคคลต่างด้าวมีความแตกต่างกันโดยสามารถแบ่งได้เป็น 3 กรณี คือตามกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว, ตามประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน และตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งหากจะพิจารณาในการแก้ไขเรื่องใดก็ต้องพิจารณาแยกเป็นกรณีไป

7.1.1 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

กฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิของนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดของประเทศผู้รับการลงทุนที่จะไม่เปิดให้นักลงทุนต่างชาติ สามารถมาลงทุนได้ในทุกธุรกิจ ซึ่งแต่ละประเทศก็มักจะมีเหตุผลที่แตกต่างกันไป โดยประเทศไทยจะมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่จะมาจำกัดในเรื่องนี้ แต่ในบางธุรกิจอาจจะมีกฎหมายเฉพาะมาควบคุมการประกอบธุรกิจในสาขาธุรกิจนั้น ๆ

นอกจากนี้จากการที่ได้ศึกษากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศต่าง ๆ รวมถึงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทย จะเห็นว่า ในกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ที่จะจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศของตนนั้น จะมีการกำหนดนิยามคำว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” เอาไว้เพื่อที่จะใช้พิจารณาว่านิติบุคคลใดที่จะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายนั้น ๆ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็เช่นเดียวกัน ซึ่งไม่ใช่เป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแต่อย่างใด โดยหลักเกณฑ์ที่นำมากำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวของแต่ละประเทศก็อาจจะแตกต่างกันไป โดยบางประเทศอาจจะพิจารณาเฉพาะเรื่องทุน (การถือหุ้น) เท่านั้น แต่ในบางประเทศจะมีการพิจารณาถึงสิทธิในการออกเสียง หรืออำนาจควบคุมด้วย

สำหรับกรณีประเทศไทยนั้น ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีการกำหนดนิยามคนต่างด้าว โดยพิจารณาจากทุน (การถือหุ้น) เพียงอย่างเดียว แต่ในกฎหมายเฉพาะต่าง ๆ ที่มีการกำหนดว่านิติบุคคลลักษณะใดที่จะสามารถประกอบธุรกิจนั้น ได้ตามที่กฎหมายกำหนด ในกฎหมายหลายฉบับได้มีการกำหนดให้พิจารณาถึงจำนวนกรรมการ หรือจำนวนผู้ถือหุ้นด้วย หรือแม้กระทั่งสิทธิออกเสียงก็ตาม ประเทศไทยก็มีการนำหลักการพิจารณานี้มาใช้

อย่างไรก็ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งโดยส่วนมากธุรกิจบริการจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้พิจารณาเฉพาะเรื่องทุน ไม่ได้มีการบัญญัติให้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงหรืออำนาจควบคุมด้วย ย่อมทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องโหว่นี้นำมาใช้ในการประกอบกิจการในประเทศไทยในหลายลักษณะ ซึ่งลักษณะที่พบมากคือการกำหนดให้มีหุ้นบริวารสิทธิหรือหุ้นด้อยสิทธิ โดยการกำหนดให้หุ้นที่คนไทยเป็นผู้ถือมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าจำนวนหุ้นที่ถือ ซึ่งทำให้นิติบุคคลนั้น ไม่ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ ถึงแม้ว่าการควบคุมบริษัทจะเป็นของชาวต่างชาติก็ตาม แต่เนื่องจากเมื่อพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้น คนไทยยังมีการถือหุ้นมากกว่าคนต่างด้าว ถึงแม้หุ้นนั้นจะออกเสียงได้มากกว่าก็ตาม ซึ่งในเรื่องนี้ถือเป็นช่องโหว่ และทำให้คนต่างด้าวอาศัยเรื่องกำหนดสิทธิออกเสียงนี้ เข้ามาประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

7.1.2 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามประเทศเจ้าของสัญชาติผู้ลงทุน

ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีกฎหมายใดที่กำหนดการให้สัญชาติของนิติบุคคล แต่ถึงแม้จะไม่มีกฎหมายไทยที่กำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคล หากมีกรณีที่จะต้องใช้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคล (Diplomatic Protection) ประเทศไทยก็สามารถทำได้เพราะเป็นอำนาจของรัฐ ที่จะกำหนดว่านิติบุคคลใดมีสัญชาติตน ถึงแม้กฎหมายภายในจะไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งสัญชาติของนิติบุคคล ก็ไม่เป็นการตัดสิทธิรัฐที่จะถือว่านิติบุคคลใดเป็นคนชาติตน

โดยประเทศไทยอาจจะพิจารณาความเชื่อมโยงระหว่างนิติบุคคลนั้นกับรัฐของตนมาเป็นการกำหนดว่านิติบุคคล มีสัญชาติของประเทศตนหรือไม่เป็นกรณีไป

ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาพิจารณาอาจจะพิจารณาจากการที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย มีผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่เป็นคนไทยก็ได้ ซึ่งหากนิติบุคคลมีความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิดกับประเทศไทยแล้ว หากนิติบุคคลนั้นถูกประเทศอื่นไม่ให้ความเป็นธรรมหรือ

กระทำการใดที่กระทบสิทธิ ประเทศไทยก็สามารถให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่นิติบุคคลนั้นได้ โดยถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย

ในเรื่องนี้ คำว่า “นิติบุคคลต่างด้าว” กับ “นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว” ย่อมแตกต่างกัน โดยคำว่านิติบุคคลต่างด้าวที่กำหนดไว้ใน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น จะเป็นการให้คำจำกัดความว่านิติบุคคลใดถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายฉบับนี้ ซึ่งมีผลทำให้นิติบุคคลต่างด้าวนั้นถูกควบคุมภายใต้กฎหมายฉบับนี้ แต่คำว่า “นิติบุคคลสัญชาติต่างด้าว” จะหมายถึง นิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศอื่น ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่จะกำหนดการให้สัญชาติของนิติบุคคลของประเทศตนไว้

ดังนั้น กรณีนี้หากประเทศไทยถือว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย นิติบุคคลนั้นจะต้องมีความเกี่ยวพันอย่างแท้จริงหรือมีผลประโยชน์ใกล้ชิดกับประเทศไทย ซึ่งการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลนั้นเป็นอำนาจของประเทศ ประเทศไทยจะต้องพิจารณาองค์ประกอบความเกี่ยวพันที่ใกล้ชิด รวมทั้งต้องพิจารณาถึงผลประโยชน์ของประเทศด้วย เพราะเมื่อประเทศไทยให้สัญชาติแก่นิติบุคคลใดแล้ว ประเทศไทยก็มีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์ของนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย ซึ่งวัตถุประสงค์ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลเรื่องนี้จะไม่ใช่เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่เป็นการที่จะปกป้องผลประโยชน์ให้มีความคุ้มครองแก่คนชาติตนเมื่อวัตถุประสงค์ทั้ง 2 เรื่อง แตกต่างกัน จึงเป็นสิ่งที่ต้องแยกทางดำเนินการ โดยกฎหมายที่มีการกำหนดความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจหรือมีการกำหนดว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยเพื่อที่จะสามารถดำเนินการทางธุรกิจได้ตามที่กฎหมายนั้นกำหนดไว้ กฎหมายพวกนี้ก็ควรกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ดั้งเดิม

สำหรับเรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ของการได้สัญชาติของนิติบุคคลไทย ประเทศไทยก็ควรมีกฎหมายอีกฉบับมากำหนดเพื่อปกป้องคุ้มครองนิติบุคคลที่ได้ประกอบธุรกิจยังต่างประเทศ อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติไทยแก่นิติบุคคลควรจะใช้หลักเกณฑ์ที่ปกป้องประโยชน์ของชาติให้มากที่สุด

7.1.3 สถานะนิติบุคคลต่างด้าวตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

จากการที่ได้ศึกษาข้อตกลงระหว่างประเทศด้านบริการของไทยจะพบว่าแต่ละข้อตกลงจะมีการระบุถึงนิยามของนิติบุคคล รวมถึงนิติบุคคลของสมาชิกอื่นหรือนิติบุคคลของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งเอาไว้โดยการระบุนิยามเหล่านี้ก็เพื่อใช้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดจะถือเป็นนิติบุคคลของชาติภาคีหรือสมาชิกในความตกลงนั้นหรือไม่ ซึ่งหากตรงตามหลักเกณฑ์ที่ระบุไว้ในนิยาม นิติบุคคลเหล่านั้นก็ย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่ความตกลงนั้นระบุไว้

ซึ่งในข้อตกลงเหล่านี้ จะใช้เกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลที่สามารถใช้สิทธิประโยชน์ได้อยู่ 3 หลักเกณฑ์ที่สำคัญ คือ หลักการแรก พิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง หลักการที่สอง พิจารณาจากความเป็นเจ้าของคือมีบุคคลของประเทศสมาชิกเป็นเจ้าของเงินทุนหรือหุ้นมากกว่า 50% หลักการที่สาม พิจารณาจากอำนาจควบคุมกิจการ ได้แก่ อำนาจการแต่งตั้งกรรมการข้างมาก การกำกับกำกับการดำเนินการของนิติบุคคล และจากสามหลักการดังกล่าวให้รวมถึงนิติบุคคลในเครือด้วย

สำหรับข้อตกลงอีกประเภทหนึ่งที่ประเทศไทยได้มีการทำไว้กับหลายประเทศ คือ สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน โดยในข้อตกลงประเภทนี้ จะมีการกำหนดนิยามของนิติบุคคลไทย และนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญาเอาไว้ โดยนิติบุคคลที่มีลักษณะตามที่ในข้อตกลงกำหนดก็จะสามารถใช้สิทธิตามข้อตกลงได้ ซึ่งในข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน จะใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลไทยโดยพิจารณาจากดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้ง ทำให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยสามารถใช้สิทธิในข้อตกลงในฐานะนิติบุคคลไทยได้แม้ว่าชาวต่างชาติจะถือหุ้นเกินกว่ากึ่งก็ตาม

อย่างไรก็ตาม แม้วานิติบุคคลนั้นจะมีลักษณะตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในคำนิยามในข้อตกลงฉบับนั้น ๆ แต่ในข้อตกลงด้านการค้าบริการต่างๆของไทย จะมีการกำหนดในเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ (Denial of benefit) เอาไว้ เพื่อป้องกันมิให้คนชาติอื่นมาอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงฉบับนี้ โดยผลจากการที่นิติบุคคลนั้นถูกปฏิเสธสิทธิประโยชน์ ย่อมส่งผลให้นิติบุคคลนั้นไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ตามความตกลงระหว่างประเทศ ซึ่งหากนิติบุคคลนั้นยังคงต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทย กรณีนี้นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องตกอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยไม่สามารถอ้างมาตรา 10 มาเพื่อเป็นการยกเว้นได้แต่อย่างใด

แต่สำหรับข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะไม่มีหลักการเกี่ยวกับการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์เอาไว้เหมือนดังเช่นข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการ

7.2 ข้อเสนอแนะ

7.2.1 การแก้ไขนิยามคนต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

เนื่องจากนิยามของคนต่างด้าวที่ได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กำหนดให้พิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวจากทุน (การถือหุ้น)

เท่านั้น ไม่ได้มีการพิจารณาถึงเรื่องอำนาจควบคุม หรือสิทธิออกเสียง ทำให้นักลงทุนต่างชาติอาศัยช่องโหว่ทางกฎหมายนี้ เข้ามาประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ผู้วิจัยจึงขอเสนอให้พิจารณาแก้ไขนิยามคนต่างด้าว ดังนี้

“คนต่างด้าว” ให้หมายความรวมถึงนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวมีสทธิออกเสียงในนิติบุคคลนั้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งด้วย

เพื่อแก้ไขปัญหาการที่คนต่างด้าวกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้มีสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทย

และการพิจารณาเรื่องการถือหุ้นและสิทธิออกเสียง ควรจะต้องกำหนดให้พิจารณาทุกทอดตลอดสาย โดยกำหนดว่าคนต่างด้าวคือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีคนต่างด้าวถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงเกินกึ่งหนึ่ง รวมถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยที่มีนิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ถือหุ้นต่อไปเป็นทอด ๆ โดยการถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงในแต่ละทอดเกินกว่ากึ่งหนึ่ง

โดยการแก้ไขในลักษณะดังกล่าว จะส่งผลดีคือ จะสามารถช่วยขจัดช่องโหว่ทางกฎหมายที่นักลงทุนต่างชาติอาศัยช่องทางดังกล่าว เข้ามาประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ โดยไม่ต้องขออนุญาตตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกำหนดไว้ ซึ่งจะทำให้กฎหมายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ดี การแก้ไขนิยามของคนต่างด้าวให้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียงด้วยนั้น อาจส่งผลกระทบต่อพันธกรณีของไทยที่มีตามความตกลงด้านการค้าบริการ ซึ่งหากประเทศไทยจะแก้ไขเพียงแต่นิยามของคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเท่านั้น โดยไม่ยุ่งเกี่ยวกับพันธกรณีของประเทศไทยที่มีอยู่ ก็สามารทำได้ เนื่องจากการแก้ไขกฎหมายภายในเป็นอำนาจของประเทศไทยเองที่จะออกกฎหมาย แก้ไข ปรับปรุง หรือดำเนินการใด ๆ เพื่อให้เหมาะสมกับสภาพของประเทศไทย แต่เมื่อทำการแก้ไขแล้ว จะส่งผลกระทบต่อกับนิติบุคคลที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยหรือไม่

ในประเด็นนี้ แม้ว่าการแก้ไขกฎหมายจะทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่จะเข้ามาจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทย โดยให้คนต่างด้าวมีสทธิออกเสียงเกินกึ่งหนึ่งของสิทธิออกเสียงทั้งหมด แต่มีทุนของคนต่างด้าวไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน ซึ่งแต่เดิมหากไม่มีการแก้ไขกฎหมายนิติบุคคลนั้นย่อมถูกพิจารณาเป็นนิติบุคคลไทย แต่เมื่อมีการแก้ไขนิยามคนต่างด้าวให้พิจารณาถึงสิทธิออกเสียง นิติบุคคลนั้นจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว และทำให้ถูกจำกัดการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่หากว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลของประเทศที่มีข้อตกลงกับประเทศไทย นิติบุคคลเหล่านั้นย่อมยังคงสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ โดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 10 เพราะ

มาตรา 10 ได้กำหนดว่าหากประเทศไทยมีพันธกรณีหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศก็ให้เป็นไปตามพันธกรณีหรือสนธิสัญญานั้น จึงทำให้ไม่ต้องนำเรื่องบัญญัติที่ท้ายพระราชบัญญัติซึ่งเป็นการจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาใช้ ส่งผลให้นิติบุคคลดังกล่าวไม่ต้องมาขออนุญาตประกอบธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อย่างไรก็ตามนิติบุคคลเหล่านี้ยังคงต้องมาขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ซึ่งไม่ถือว่าเป็นภาระต่อนิติบุคคลเหล่านี้เท่าใดนัก และก็ไม่ได้ถือว่าประเทศไทยกระทำการที่ขัดต่อพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ให้ไว้กับประเทศต่าง ๆ ด้วย

สำหรับนิติบุคคลที่ได้เข้ามาจัดตั้ง และประกอบธุรกิจในประเทศไทยแล้ว ซึ่งแต่เดิมมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย แต่เมื่อมีการแก้ไขค่านิยมคนต่างด้าว ทำให้นิติบุคคลเหล่านี้มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ประเทศไทยควรจะต้องให้บริษัทที่กลายเป็นคนต่างด้าวเพราะการแก้ไขค่านิยมนี้ สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้ ถึงแม้ว่าบริษัทนั้นคนต่างด้าวจะมีสิทธิออกเสียงเกินกว่าร้อยละ 49 ก็ตาม เนื่องจากในขณะที่นิติบุคคลนั้นได้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยนิติบุคคลนั้นยังไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

นอกจากนี้หากประเทศไทยจะทำการแก้ไขตารางข้อผูกพันที่ประเทศไทยได้ให้ไว้ เพื่อให้สอดคล้องกับการแก้ไขค่านิยมของคนต่างด้าวโดยกำหนดให้พิจารณาถึงเรื่องสิทธิออกเสียงไว้ในข้อผูกพันทั่วไป นอกเหนือจากเรื่องที่มีไว้แล้วอย่างทุนและจำนวนผู้ถือหุ้น ก็สามารทำได้ เนื่องจากในความตกลงด้านการค้าบริการได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกสามารถขอแก้ไขปรับปรุงตารางข้อผูกพันได้ แต่ทั้งนี้ต้องมีการชดเชยให้แก่ประเทศสมาชิกที่เสียประโยชน์ ซึ่งการปรับค่าชดเชยจะต้องกระทำบนหลักการของชาติที่ได้รับการอนุเคราะห์ยิ่ง

อย่างไรก็ดี แม้ว่าการแก้ไขค่านิยมของคนต่างด้าวจะช่วยขจัดช่องโหว่ทางกฎหมายได้ แต่ช่วงเวลาที่ทำการแก้ไขก็ถือเป็นสิ่งที่สำคัญ ที่จะต้องพิจารณาให้ดี เนื่องจากแม้จะมีทางออกให้แก่ผู้ที่ได้รับผลกระทบ แต่การแก้ไขค่านิยมย่อมส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของนักลงทุนต่างชาติอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งอาจจะส่งผลกระทบต่อเงินลงทุนที่จะไหลเข้ามาในประเทศไทย โดยหากยังเป็นช่วงเวลาที่ไม่เหมาะสม และประเทศไทยยังต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศอย่างมากในช่วงเวลานั้น ย่อมไม่ควรพิจารณาแก้ไขกฎหมายในช่วงนั้น แต่ควรบังคับใช้กฎหมายเดิมที่มีอยู่ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นไปก่อน เช่น ตามมาตรา 36 ซึ่งเป็นเรื่องที่คนไทยให้ความช่วยเหลือ สนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือแสดงว่าธุรกิจนั้นเป็นของตนแต่เพียงผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้โดยฝ่าฝืนกฎหมายฉบับนี้ เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อความรู้สึกของนักลงทุนประเทศ และเมื่อมีจังหวะที่เหมาะสมจึงค่อยเสนอให้มีการปรับปรุงนิยามคนต่างด้าวต่อไป

7.2.2 กำหนดหลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติไทยแก่นิติบุคคล

การให้สัญชาติแก่นิติบุคคลมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับการกำหนดนิยามคนต่างด้าวต่างในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การคุ้มครองแก่นิติบุคคลไทย ส่วนการจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการควบคุมว่านิติบุคคลใดถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งจะถูกจำกัดในการประกอบธุรกิจบางประเภทในประเทศไทย

ในปัจจุบันมีการสนับสนุนให้คนชาติเข้าไปลงทุนในต่างประเทศมากขึ้น ซึ่งรูปแบบการลงทุนมักจะเป็นรูปแบบของนิติบุคคลเป็นส่วนใหญ่ การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลจะสร้างความชัดเจนในกรณีที่ประเทศไทยจะให้ความคุ้มครองแก่นิติบุคคลนั้น

โดยการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไทยควรที่จะใช้หลักเกณฑ์ในการให้สัญชาติโดยกำหนดเงื่อนไขหลายหลักเกณฑ์ คือกำหนดว่านิติบุคคลนั้นต้องก่อตั้งและจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศไทย และมีผู้ถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งเป็นคนไทย ซึ่งการที่กำหนดแนวทางในการให้สัญชาติไทยแก่นิติบุคคลไว้หลายข้อ จะทำให้นิติบุคคลที่จะได้รับสัญชาติไทยได้ผ่านการกลั่นกรองว่าบริษัทนั้นมีความผูกพันกับประเทศไทยและมีผลประโยชน์ต่อประเทศไทย และย่อมสามารถป้องกันมิให้คนต่างชาติเข้ามาถือประโยชน์จากการมีสัญชาติไทย ซึ่งหากเพียงแต่กำหนดว่าให้พิจารณาจากสถานที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย คนต่างชาติอาจจะเข้ามาถือประโยชน์โดยการก่อตั้งนิติบุคคลและจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งสามารถทำได้โดยง่าย โดยหากใช้หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งได้มีการกำหนดให้นิติบุคคลนั้นต้องมีผู้ถือหุ้นคนไทยเกินกึ่งหนึ่ง ย่อมทำให้ผลประโยชน์ส่วนใหญ่ตกอยู่กับคนชาติมากกว่า

7.2.3 การแก้ไขนิยามของนิติบุคคลไทยในสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน

เมื่อพิจารณาจากสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ประเทศไทยได้ทำขึ้นกับหลายประเทศในรูปแบบสนธิสัญญาทวิภาคี การกำหนดว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลไทยจะพิจารณาเพียงแค่การจดทะเบียนและก่อตั้งขึ้นเท่านั้น ทำให้เพียงแค่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยก็เป็นการเพียงพอที่จะถือว่าเป็นบริษัทไทยแล้ว ไม่ว่าจะผู้ถือหุ้นหรือกรรมการจะเป็นผู้มีสัญชาติใดก็ตาม เป็นผลให้นิติบุคคลเหล่านี้สามารถอาศัยสิทธิตามข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเสริมและการคุ้มครองการลงทุนได้ ซึ่งการที่ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนกำหนดนิยามของนิติบุคคลไทยไว้เช่นนี้จึงเป็นการกำหนดที่กว้างเกินไป เพราะตาม

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัท คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขว่า เฉพาะบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้นที่สามารถจัดตั้งบริษัทได้ นักลงทุนต่างด้าวจึงสามารถจัดตั้งบริษัทในไทย และสามารถอาศัยสิทธิประโยชน์ตามข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้ เนื่องจากเข้าเงื่อนไขตามนิยามของนิติบุคคลไทยในข้อตกลงดังกล่าวแล้ว

หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของข้อตกลงทั้งสองฝ่ายที่มุ่งต่อการสนับสนุนและการคุ้มครองการลงทุน พบว่าข้อตกลงดังกล่าวมีขึ้นเพื่อเสริมสร้างสภาพที่เอื้ออำนวยในการร่วมมือทางเศรษฐกิจในรัฐคู่ภาคีสองฝ่าย หรือเพื่อคุ้มครองและสนับสนุน ต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน การบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าว คือ การเปิดโอกาสให้คนชาติหรือบริษัทคนชาติเข้าไปประกอบธุรกิจหรือลงทุน โดยได้รับการสนับสนุนและได้รับการคุ้มครอง ซึ่งสิ่งที่สนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนมุ่งที่จะคุ้มครองก็คือการลงทุนของคนชาติ ดังนั้น ถ้าเป็นกรณีของนิติบุคคลหรือบริษัทไม่ควรใช้เกณฑ์เรื่องการจดทะเบียนหรือก่อตั้งตามกฎหมายไทยแต่อย่างเดียว ควรคำนึงถึงความเป็นเจ้าของและการควบคุมบริษัทด้วย

นอกจากนี้สนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนจะไม่เหมือนกับข้อตกลงระหว่างประเทศด้านการค้าบริการต่าง ๆ ที่จะมีเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้ สำหรับนิติบุคคลที่ไม่มีความเกี่ยวพันกับประเทศของตน เพื่อมิให้คนชาติอื่นมาอาศัยประโยชน์จากข้อตกลงดังกล่าว แต่สำหรับสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนเพียงแค่นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยก็สามารถใช้ประโยชน์ตามสนธิสัญญาส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนได้แล้ว

ดังนั้นในสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนจึงควรมีการกำหนดปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์เอาไว้ เพื่อมิให้คนต่างชาติมาอาศัยประโยชน์จากสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนี้

หากไม่กำหนดการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์เอาไว้ ควรจะพิจารณาปรับปรุงค่านิยามของนิติบุคคลไทยให้ครอบคลุมไปถึงนิติบุคคลที่มีคนไทยเป็นเจ้าของทุนเกินกึ่งหนึ่ง ที่ไปจดทะเบียนจัดตั้งยังต่างประเทศด้วย เนื่องจากนิยามของนิติบุคคลไทยตามความหมายที่ปรากฏในข้อตกลงระหว่างประเทศเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนนั้น นิติบุคคลที่จัดตั้งในประเทศไทยตามกฎหมายไทย แต่คนต่างด้าวเป็นคนที่ดำเนินการจัดตั้งย่อมได้รับการคุ้มครองจากข้อตกลงระหว่างประเทศดังกล่าว ในทางตรงกันข้าม หากนิติบุคคลจัดตั้งโดยคนไทยหรือผู้มีสัญชาติไทยเงินทุนไทย มีการบริหารจัดการโดยผู้มีสัญชาติไทย แต่ไปจดทะเบียนจัดตั้งยังต่างประเทศกลับไม่ได้รับการคุ้มครองตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ทำให้การจำแนกความเป็นนิติบุคคลไทยตามข้อตกลงระหว่างประเทศเกี่ยวกับการส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ก่อให้เกิดความไม่สามารถคุ้มครองนิติบุคคลไทยได้อย่างแท้จริง

โดยในปัจจุบัน ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนที่ได้จัดทำในช่วงหลัง อาจมีการกำหนดให้พิจารณาถึงหลักความเป็นเจ้าของ ซึ่งพิจารณาจากการถือหุ้น หรือการควบคุมเพิ่มเติมขึ้นมา รวมทั้งได้มีการบัญญัติถึงการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้ในข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุน ซึ่งในเรื่องนี้ถือเป็นแนวปฏิบัติที่ดี เนื่องจากจะทำให้นิติบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับคนชาติไทยได้รับประโยชน์มากขึ้น และในเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์จะทำให้ข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนให้ประโยชน์แก่คนที่มีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงใช้แนวปฏิบัติดังกล่าวจึงควรเป็นแนวทางในการจัดทำข้อตกลงส่งเสริมและคุ้มครองการลงทุนแต่ละฉบับต่อไป ส่วนข้อตกลงที่ได้มีการทำไว้นานแล้ว เมื่อมีโอกาสควรจะปรับปรุงคำนิยามของนิติบุคคลไทย และมีการกำหนดเรื่องการปฏิเสธสิทธิประโยชน์เอาไว้ เพื่อให้สามารถคุ้มครองนิติบุคคลไทยได้อย่างแท้จริงมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

- กมล สนธิเกษตริน. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539.
- การต่างประเทศ, กระทรวง. ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (Japan – Thailand Economic Partnership Agreement). กรุงเทพมหานคร: กระทรวงการต่างประเทศ, 2549.
- เขตไท่ ลังการ์นิพนธ์. สัญญาตินิติบุคคล. วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2535.
- จตุรนต์ ธีระวัฒน์. กฎหมายระหว่างประเทศ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- จุมพต สายสุนทร. กฎหมายระหว่างประเทศ. โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอนของ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์. กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล เล่ม 1 : สัญชาติ. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549.
- ชุมพร ปัจจุบันนท์และคณะ. ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบการควบคุมการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทยกับนานาประเทศและแนวทางการพัฒนาในอนาคต. วารสารจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 2 (มิถุนายน 2545): 139-210.
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์. นอมนี. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ Openbooks, 2549
- ทัชชฌาย์ ฤกษ์สุด. แกตต์และองค์การการค้าโลก (WTO). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.
- ประสิทธิ์ เอกบุตร. การระงับข้อพิพาททางการค้าของไทยใน WTO, กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550.
- พรเทพ เบญญาอภิกุล. GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.
- พาณิชย์, กระทรวง. กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. 3 ปี FTA ไทย. (ม.ป.ท.), 2550.)
- พาณิชย์, กระทรวง. กรมเศรษฐกิจพาณิชย์. ค่าแปลกรรมสารสุดท้าย รวบรวมผลการเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย. กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์ชุมนุมสหกรณ์การเกษตรแห่งประเทศไทยจำกัด, 2537

พิมพ์ชนก วอนขอพร. การเจรจาการค้าบริการใน WTO. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551

สกล หาญสุทธิวารินทร์. คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2522. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซี.พี. สเตนดาร์ด, 2548.

สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์เสนอต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2548.

สมปอง สุจริตกุล. สัญญาตินิติบุคคล. กรุงเทพมหานคร, 2529. (พิมพ์เป็นอนุสรณ์ในการพระราชทานเพลิงศพสมเด็จพระนางเจ้าอินทรศักดิศจี พระวรราชชายาในรัชกาลที่ 6).

สิทธิกร นิพภยะ. การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548

อัญชลี วิโรจน์ธนะชัย. ผลกระทบทางกฎหมายของความตกลง GATS ต่อ การเปิดเสรีทางการค้าบริการสาขาก่อสร้างของไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543

ภาษาอังกฤษ

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) (New Application: 1962) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

Interhandel (Switzerland v. United States of America) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

John H. Jackson, *The Jurisprudence of GATT & The WTO*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala) Available from : <http://www.icj-cij.org/docket>

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นายภูริศร์ รักจำรูญ เกิดวันที่ 24 ตุลาคม พ.ศ. 2523 ที่จังหวัดกรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรีนิติศาสตรบัณฑิต จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2545 สำเร็จประกาศนียบัตรสำนักอบรมวิชาว่าความแห่งสภาทนายความรุ่นที่ 18 ในปีการศึกษา 2545 สำเร็จการศึกษาเป็นเนติบัณฑิตไทยสมัยที่ 55 ในปีการศึกษา 2546 และเข้าศึกษาต่อในระดับปริญญาโทหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ในปีการศึกษา 2548

ปัจจุบันเป็นพนักงานบริษัทกฎหมายเอสซีจี จำกัด ตำแหน่ง นิติกร