

มาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย
และปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพราง

ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวถึงมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเศมาแล้วในบทที่ 3 นั้น ในบทนี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางที่ปรากฏในประเทศไทย รวมถึงมาตรการทางกฎหมายสำหรับใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยในการกำกับดูแลปัญหาดังกล่าว

1. มาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวเท่านั้น และต้องห้ามตามประเภทธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหมายความว่าหากผู้ประกอบธุรกิจเป็นคนไทยแล้วย่อมไม่อยู่ภายใต้บังคับและถูกจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับนี้ ซึ่งคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทกิจการที่ได้สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญชี 1, บัญชี 2 และบัญชี 3 ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 อันระดับของการสงวนนั้นแตกต่างกันตามแต่ละบัญชี ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8¹ โดยบัญชี 1 เป็นบัญชีที่กำหนดห้ามคนต่างด้าว

¹ มาตรา 8 ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12

(1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะกรรมการ

(3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

ประกอบธุรกิจ โดยเด็ดขาดและไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวขอรับอนุญาตเพื่อประกอบธุรกิจตามบัญชีนี้ในทุกกรณี สำหรับระดับที่เข้มงวดรองลงมาคือ บัญชี 2 เป็นบัญชีที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีและหัตถกรรมพื้นบ้านหรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม แต่คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจตามระบุไว้ในบัญชี 2 นี้สามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีได้ ส่วนระดับการสงวนที่เข้มงวดน้อยที่สุดคือ ประเภทธุรกิจที่ระบุในบัญชี 3 อันเป็นประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการแข่งกับคนต่างด้าวได้ ซึ่งคนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งตามบัญชีนี้ สามารถขอรับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการได้

จะเห็นได้ว่า สิทธิในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยนี้ จะมีสิทธิอย่างเสรีเพียงใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับว่าผู้ประกอบธุรกิจรายนั้น ๆ เป็นคนไทยหรือคนต่างด้าว ซึ่งจากสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกิดจากการพิจารณานิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งการเป็นคนต่างด้าวหรือไม่นั้น ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับนี้มีใช้กฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง หากแต่เป็นการจำแนกเพื่อกำหนดสิทธิในการประกอบธุรกิจและมีขอบเขตจำกัดภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เท่านั้น ทั้งนี้ จากการศึกษาค้นคว้าของผู้วิจัย สามารถสรุปหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในประเทศไทย ได้ดังนี้

1.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

ในประเทศไทย มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในลักษณะที่เป็นกฎหมายโดยตรงและใช้บังคับแก่การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยทั่วไปนั้นพบว่า กฎหมายไทยไม่ได้บัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรสำหรับกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง แต่กฎหมายไทยจะมีกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยเฉพาะสำหรับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลซึ่งเป็นไปตามแต่ละกรณีไป ในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ย่อมมีความเกี่ยวพันทั้ง

กฎหมายภายในของรัฐที่นิติบุคคลนั้นเข้ามาเกี่ยวข้องและกฎหมายระหว่างประเทศ โดยที่ ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐเจ้าของนิติบุคคลและตัวนิติบุคคลนี้ ถือเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย มหาชนที่มีลักษณะระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลจึงเป็นไปตาม กฎหมายของรัฐเจ้าของสัญชาตินั้นเอง²

โดยหลักทั่วไปแล้ว รัฐส่วนใหญ่จะให้การยอมรับสัญชาติของนิติบุคคลที่มีการจดทะเบียน ก่อตั้งสภาพนิติบุคคลในรัฐของตนให้มีสัญชาติของรัฐที่นิติบุคคลนั้นได้ก่อตั้งสภาพนิติบุคคลขึ้น เว้นแต่ ภายใต้สถานการณ์พิเศษบางประการเท่านั้นที่รัฐจะบัญญัติกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรเพื่อ กำหนดให้สัญชาติของนิติบุคคลนั้น ๆ ขึ้นอยู่กับหลักเกณฑ์ประการอื่น เช่น ที่ตั้งของสำนักงานแห่ง ใหญ่ของนิติบุคคล หรือสัญชาติของผู้ถือหุ้นในนิติบุคคล เป็นต้น³ ทั้งนี้ ในประเทศไทย การกำหนด สัญชาติของนิติบุคคลได้ปรากฏตามแนวคำพิพากษาฎีกาและตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรซึ่ง ปรากฏหลักเกณฑ์เกี่ยวกับเรื่องสัญชาตินิติบุคคลได้ดังนี้

1.1.1 แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ตามหลักทั่วไปแล้ว รัฐมักจะไม่ปฏิเสธการยอมรับ สัญชาติของนิติบุคคลที่มีการจดทะเบียนก่อตั้งสภาพนิติบุคคลภายในรัฐของตน (Incorporation) อย่างไรก็ดี ในเรื่องของการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยยึดตามถิ่นที่มีการก่อตั้งสภาพนิติบุคคลนั้น ก็ยังมีแนวความเห็นที่แตกต่างออกไปอีกแนวความเห็นหนึ่ง โดยนักกฎหมายไทยอีกกลุ่ม เห็นว่า การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ต้องเป็นไปตามถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่⁴

² กมล สนธิเกษตริน, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, (กรุงเทพมหานคร, 2537), หน้า 132-136.

³ รองศาสตราจารย์ ดร. พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาคที่ 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543), หน้า 264.

⁴ กลุ่มนี้ได้แก่ อาจารย์หยุด แสงอุทัย และ อาจารย์ภาสกร ชุมhuri เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกานั้น เป็นไปในแนวทางเดียวกันมาโดยตลอดโดยศาลฎีกายอมรับหลักทั่วไปว่า นิติบุคคลย่อมมีสัญชาติของรัฐที่นิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งสภาพนิติบุคคลขึ้น ดังนี้

คำพิพากษาฎีกาที่ 1318/2523 พิพากษาว่า บริษัท หลุยส์ ที. เลียว โนเวนส์ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนตามกฎหมายอังกฤษ จึงมีสัญชาติอังกฤษ

คำพิพากษาฎีกาที่ 2466/2532 ศาลฎีกาเห็นว่า บริษัท เซ็นทรัลเทรด โมทีฟโปรดักส์ จำกัด ตามกฎหมายญี่ปุ่น มีสัญชาติญี่ปุ่นและเห็นว่าสายเดินเรือโอเรียนท์โอเวอร์ซีส์คอนเทนเนอร์ไลน์ ตามกฎหมายฮ่องกง มีสัญชาติฮ่องกง

คำพิพากษาฎีกาที่ 2768/2532 ศาลฎีกาเห็นว่า บริษัท คัดมปีสกีบแซสกาเบ็ทอาฟ 1912 อัคริแซลสกาป (จำกัด) เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเดนมาร์ก จึงมีสัญชาติเดนมาร์ก

จะเห็นได้ว่า ศาลฎีกาได้ยึดแนวทางตามหลักถิ่นที่ก่อตั้งสภาพนิติบุคคล (Incorporation) เป็นหลักในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลว่า หากนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทยแล้ว นิติบุคคลนั้นย่อมเป็นนิติบุคคลไทย แต่การกำหนดสัญชาตินิติบุคคลโดยยึดหลักถิ่นที่ก่อตั้งสภาพนิติบุคคล (Incorporation) นี้จะเห็นได้ว่า หากนิติบุคคลมีองค์ประกอบภายในอื่น ๆ ที่ส่งผลต่อความเป็นไทยในองค์กรณีนิติบุคคลนั้น ๆ การพิจารณาสัญชาตินิติบุคคลตามหลักดังกล่าวย่อมไม่นำองค์ประกอบภายในเหล่านั้นมาคำนึงถึง ทำให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย และถือเป็นนิติบุคคลไทยนั้น อาจมีองค์ประกอบต่างดำรงร่วมอยู่ด้วยในนิติบุคคลไทยนั้น จนอาจส่งผลให้นิติบุคคลไทยนั้นเป็นนิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบต่างต่าง เช่น กรณีที่ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างต่างทั้งหมด หรือกรณีที่นิติบุคคลไทยนั้น ถูกบริหารจัดการโดยกรรมการที่เป็นคนต่างต่างซึ่งอยู่ในความควบคุมของผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างต่างทั้งหมด หรือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างต่างนั้นเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในบริษัท ซึ่งการพิจารณาถึงสัญชาติของนิติบุคคลตามหลักนี้ ถือเป็นพิจารณาตามหลักทั่วไปเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ หากมีกฎหมายฉบับใดบัญญัติไว้ชัดเจนถึงการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว การพิจารณาถึงสัญชาติของนิติบุคคลนั้นย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายฉบับนั้น ๆ

1.1.2 กฎหมายเฉพาะ

ประเทศไทย มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บัญญัติไว้ถึงการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ภายใต้สถานการณ์พิเศษตามข้อกำหนดของกฎหมายเท่านั้น ซึ่งในยามสันติ กฎหมายนี้มีอยู่ 2 ฉบับ คือ มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ว่าด้วยข้อจำกัดการประกอบธุรกิจในประเทศไทยของบุคคลต่างด้าว แต่ในยามสงครามและในภาวะคับขัน มีกฎหมายอีก 3 ฉบับเพื่อกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล คือ มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมและจัดการกิจการหรือทรัพย์สินของคนต่างด้าวบางจำพวกในภาวะคับขัน พ.ศ. 2484 , มาตรา 3 (ค) แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยชนศัตรูและทรัพย์สินของชนชาติศัตรู พ.ศ.2485 และมาตรา 3 วรรคที่ 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัวและการควบคุมตัวกิจการหรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พ.ศ. 2488⁵ ซึ่งในวิธานิพนธ์ฉบับนี้ จะขอกกล่าวถึงพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เท่านั้น เนื่องจากกฎหมาย 3 ฉบับที่ใช้ในภาวะคับขันนั้น ไม่เกี่ยวข้องกับเนื้อหาของวิธานิพนธ์ฉบับนี้

1.1.2.1 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้นบัญญัติไว้ใน มาตรา 7 ดังนี้

มาตรา 7 ในกรณีที่มีการจัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น ข้อเท็จจริงที่ต้องปรากฏคือ ต้องมีปัญหาเรื่องการจัดกันของสัญชาติของนิติบุคคล ซึ่งการ

⁵เรื่องเดียวกัน, หน้า 265.

นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาบังคับใช้นั้น ต้องเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างเอกชนที่มีนิติสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ด้วยเหตุนี้ การพิจารณาถึงปัญหาสัญชาติภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นี้ จะต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเท่านั้น และเมื่อเอกชนทั้งสองมีปัญหาในการเลือกใช้กฎหมายที่จะนำมากำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแล้ว หากนิติสัมพันธ์นั้นมีความเกี่ยวข้องกับประเทศไทยและต้องนำกฎหมายจัดกันของประเทศไทยมาใช้บังคับแล้ว จึงค่อยพิจารณาข้อเท็จจริงนั้นตามมาตรา 7 ว่า สัญชาติของนิติบุคคลให้ถือตามที่ตั้งของสำนักงานแห่งใหญ่ ถึงแม้ว่า หากพิจารณาภายใต้หลักทั่วไปดังที่กล่าวมาแล้ว นิติบุคคลนั้นจะได้จดทะเบียนก่อตั้งในประเทศอื่นก็ตาม หากนิติบุคคลนั้นมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย นิติบุคคลนั้น ก็อาจถือเป็นนิติบุคคลไทยตามความในมาตรา 7 ได้

ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A จำกัด จดทะเบียนในประเทศมาเลเซีย แต่มีสำนักงานแห่งใหญ่ในประเทศไทย หากพิจารณาตามหลักถิ่นที่มีการก่อตั้งนิติบุคคล (Incorporation) บริษัท A จำกัดย่อมเป็นนิติบุคคลสัญชาติมาเลเซีย แต่หากพิจารณาภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 บริษัท A จำกัดย่อมมีสัญชาติไทย ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเนื่องจากมีสำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่ในประเทศไทย เป็นต้น

การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายจัดกันนี้ ย่อมเป็นไปอย่างจำกัดและใช้บังคับภายใต้ขอบเขตแห่งกรณีของกฎหมายจัดกันเท่านั้น นั่นก็คือ จะใช้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 7 นี้ก็ต่อเมื่อเกิดปัญหาในการเลือกกฎหมายที่จะมาใช้บังคับแก่กรณีเท่านั้น ดังนี้ ถ้าหากเป็นกรณีระหว่างรัฐกับเอกชน การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลจะต้องเป็นไปตามแนวทางแห่งการกำหนดสัญชาติของรัฐนั้นดังเช่นตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ศาลฎีกาวินิจฉัยให้นิติบุคคลมีสัญชาติเดียวกับถิ่นที่ก่อตั้งสภาพนิติบุคคลนั้นขึ้น นอกจากนี้ หากมีกฎหมายที่บังคับใช้แก่กรณีโดยเฉพาะแล้ว การพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยหรือไม่จะต้องพิจารณาตามกฎหมายเฉพาะแก่กรณีนั้น เช่น หากคนต่างด้าวประสงค์จะเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศไทย ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเป็นกฎหมายที่นำมาใช้ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดจะถือเป็นคนต่างด้าวตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้หรือไม่ โดยต้องพิจารณาไปถึงผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุนในนิติบุคคลด้วยว่าเป็น คนต่างด้าวเกินสัดส่วนที่

กฎหมายกำหนดหรือไม่ หากเกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดแล้ว นิติบุคคลนั้นย่อมเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

สรุปได้ว่า การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลตามมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 นั้น จะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ

- (1) นิติสัมพันธ์นั้นต้องเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนเท่านั้น
- (2) มีปัญหาเรื่องการจัดกันของสัญชาตินิติบุคคล
- (3) สัญชาติของนิติบุคคลให้ถือตามที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลนั้น

1.1.2.2 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น เป็นไปอย่างมีขอบเขตจำกัดและเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะเช่นเดียวกับแนวทางการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามมาตรา 7 พระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 โดยการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อที่จะจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเทศไทย สำหรับการลงทุนในประเภทกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไป ซึ่งการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ดังนี้

มาตรา 4 บัญญัติว่า

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

เมื่อพิจารณามาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว สามารถจำแนกนิติบุคคลต่างด้าวภายใต้มาตรา 4 ได้ดังนี้ คือ

(1) นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายต่างประเทศ โดยเป็นการพิจารณาตามหลักถิ่นที่ก่อตั้งนิติบุคคล (Incorporation) ตามหลักทั่วไป และยังถือเป็นการพิจารณาภายใต้กฎหมายเฉพาะที่มีสถานการณ์พิเศษตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับนี้อีกด้วย

(2) นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งเป็นนิติบุคคลไทยภายใต้หลักทั่วไป เนื่องจากมีการจดทะเบียนก่อตั้งสภาพนิติบุคคลในประเทศไทย แต่ต้องถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวภายใต้สถานการณ์พิเศษซึ่งกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ โดยถือว่านิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้น ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ คือ

- ทุนข้างมากของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือ
- ผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าว

ยกตัวอย่างเช่น หุ้นร้อยละ 51 ของบริษัท ก จำกัดซึ่งจดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลในประเทศไทยถูกขายให้นักลงทุนสัญชาติสิงคโปร์ จะเห็นได้ว่า สิทธิการประกอบธุรกิจของบริษัท ก จำกัดในประเทศไทย เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้ว บริษัท ก จำกัด ก็เป็นนิติบุคคลไทย แต่เมื่อพิจารณาด้านสิทธิการประกอบธุรกิจแล้ว จะเห็นได้ว่า บริษัท ก จำกัด เป็นนิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้น เนื่องจากทุนข้างมากของบริษัท ก จำกัด ถือโดยคนต่างด้าวคือนักลงทุนสัญชาติสิงคโปร์ บริษัท ก จำกัด จึงถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

มีข้อสังเกตว่าตามมาตรา 4 (3) และมาตรา 4 (4) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 นี้ เพียงแต่นิยามถึงลักษณะขององค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้นที่จะทำให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนก่อตั้งในประเทศไทยถือว่าเป็นคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับนี้เท่านั้น แต่ทั้งสองมาตราดังกล่าวมิได้บัญญัติว่า นิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้นนั้น จะถือเป็นนิติบุคคลสัญชาติใด หรือถือเป็นนิติบุคคลตามสัญชาติของคนต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก หรือเป็นสมาชิกข้างมาก หรือเป็นผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 1057/2518

คำพิพากษาฎีกาที่ 1057/2518 ห้างหุ้นส่วนจำกัดบวรแมชินเนอร์รี่ ได้จดทะเบียนเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัดตามกฎหมายไทย โดยมีหุ้นส่วน 2 คนคือ นายเสียงสัญชาติไทย และนายถีจุงคนสัญชาติจีน ซึ่งอัยการ โจทก์ฟ้องว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัด บวรแมชินเนอร์รี่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวจึงไม่มีสิทธิประกอบธุรกิจนายหน้าหรือตัวแทนค้าปลีกสินค้าเกี่ยวกับเครื่องยนต์ เครื่องอะไหล่และเครื่องใช้เกี่ยวกับไฟฟ้าภายในประเทศไทย ดังนั้น ประเด็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยมีว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดบวรแมชินเนอร์รี่เป็นนิติบุคคลไทยหรือต่างด้าว ซึ่งศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ห้างหุ้นส่วนจำกัดบวรแมชินเนอร์รี่ เป็นคนต่างด้าวในความหมายของข้อ 3 (2) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เพราะห้างหุ้นส่วนจำกัดบวรแมชินเนอร์รี่เป็นนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของผู้เป็นหุ้นส่วน ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด หรือไม่

สรุปได้ว่า มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลภายใต้กฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคล

เกี่ยวกับสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ซึ่งเป็นกฎหมายกำหนดคสัญชาติของนิติบุคคลในสถานการณ์พิเศษ ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า การกำหนดคสัญชาติของนิติบุคคลภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ จะใช้บังคับก็ต่อเมื่อต้องมีการพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยสำหรับประเภทธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเท่านั้น

การพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ยังเกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่น กฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทในการพิจารณาถึงองค์ประกอบต่างด้าวของนิติบุคคล หรือการนำหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักสุจริตอย่างยิ่งมาปรับใช้กับการพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวต่อไป

1.2 รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

รูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามที่ปรากฏในกฎหมายไทย คือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่ใช้แก่การกำกวดดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยทั่วไป ซึ่งแนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยทั่วไปจะมี 2 รูปแบบ คือ การควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) และการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) รูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง หรือทั้งสองรูปแบบ

1.2.1 การควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership)

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติเกี่ยวกับนิติบุคคลที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 ซึ่งสามารถจำแนกได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ตามมาตรา 4 (2) หรือนิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบเป็นต่างด้าวอย่างเข้มข้นตามมาตรา 4 (3) และมาตรา 4 (4) โดยที่นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศ

ไทยย่อมถือว่าคนต่างด้าวเป็นเจ้าของโดยตรงอยู่แล้ว ฉะนั้น การควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของนิติบุคคลต่างด้าวประเภทนี้จึงไม่มีปัญหาในการควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) แต่สำหรับนิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้นตามมาตรา 4 (3) และ มาตรา 4 (4) กำหนดจำนวนสัดส่วนการถือหุ้นของนิติบุคคลไว้เพื่อพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่

ทั้งสองมาตราใช้คำว่า “นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคล” โดยพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นอันเป็นทุนข้างมากนี้ ถือเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมุ่งหมายที่จะห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าเป็นเจ้าของ (Owner) ของกิจการ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ที่บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นอันมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ” และมาตรา 1105 บัญญัติว่า “อันหุ้นนั้น ท่านห้ามมิให้ออกโดยราคาต่ำกว่ามูลค่าของหุ้นที่ตั้งไว้” เมื่อพิจารณาทั้งสองมาตราประกอบกันแล้วจึงให้คำจำกัดความได้ว่า “หุ้น คือ ทุนของบริษัทที่มีมูลค่าต่อหน่วยเท่ากันที่กำหนดไว้เมื่อมีการจัดตั้งบริษัทและจะกำหนดราคาให้ต่ำกว่ามูลค่าที่กำหนดไว้ไม่ได้ ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบเท่ากับส่วนของหุ้นที่ตนถือไว้เฉพาะค่าหุ้นหรือส่วนแห่งทุนที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น” ทั้งนี้ หุ้นอันเป็นทุนของบริษัทที่จะทำให้มีอำนาจออกเสียงได้นั้น ต้องเป็นหลักทรัพย์ประเภทหุ้นอันเป็นหุ้นส่วนของเจ้าของกิจการ

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 ว่า “บริษัทมหาชนจำกัด คือบริษัทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนโดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบุนามประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ” และมาตรา 50 บัญญัติว่า “หุ้นของบริษัทแต่ละหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากัน”

สรุปได้ว่า หุ้นไม่ว่าจะเป็นหุ้นที่ออกโดยบริษัทจำกัด หรือหุ้นที่ออกโดยบริษัทมหาชน จำกัดนั้น ถือเป็นสิ่งที่แสดงถึงการลงทุนของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นถือเป็นผู้ลงทุนในบริษัทและมีความรับผิดชอบที่จะต้องรับผิดชอบใช้ค่าหุ้นเท่ากับจำนวนที่ตนถือไว้จนกว่าจะครบมูลค่าของหุ้น

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้แบ่งแยกอำนาจบริหารจัดการ (Control) ออกจากความเป็นเจ้าของ (Ownership) ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับ สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นในการประชุมผู้ถือหุ้นที่กำหนดให้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นไปตามเสียงข้างมาก ดังนั้น การเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากของบริษัทเป็นจำนวนมากจึงส่งผลต่ออำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทนั้นได้โดยอาศัยสิทธิออกเสียงในฐานะเป็นผู้ถือหุ้น⁶ ซึ่งหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทที่จะทำให้มีอำนาจออกเสียงได้นั้น ต้องเป็นหลักทรัพย์ประเภทหุ้นอันเป็นหุ้นส่วนของเจ้าของกิจการ

ในแง่ของการเป็นเจ้าของกิจการ ตามความเป็นจริงแล้วในทางกฎหมายมิได้ระบุว่าผู้ถือหุ้นคือเจ้าของบริษัท แต่ในการควบคุมอำนาจบริหารบริษัท อาจอยู่ในมือผู้ถือหุ้นได้ ดังบัญญัติไว้ใน มาตรา 1144 ที่กำหนดให้อำนาจการจัดการบริษัทนั้นให้อยู่ภายใต้กรรมการของบริษัทตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง นอกจากนี้ ในการเลือกกรรมการของบริษัท ตามมาตรา 1150 และมาตรา 1151 ที่กำหนดให้การกำหนดจำนวนกรรมการ การตั้งหรือถอดถอนกรรมการให้แล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นกำหนด หากผู้ถือหุ้นรายนั้นเป็นผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท และมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของบริษัทผ่านทางกรรมการ หรือผ่านทางมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ก็อาจอนุมานได้ว่า ผู้ถือหุ้นนั้นเป็นเจ้าของบริษัทได้ ซึ่งกรณีเช่นว่านี้ มักเกิดขึ้นกับบริษัทที่ยังไม่มีการแยกระหว่างผู้ลงทุนกับผู้บริหารออกจากกัน ทำให้ผู้ถือหุ้นมักจะกลายเป็นกรรมการบริหารของบริษัทเอง นอกเหนือจากการเป็นผู้ร่วมลงทุนในฐานะผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว⁷ หุ้นจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งของบริษัทจำกัด

⁶ศุภัญญา เทพหัสดิน ณ อยุธยา, “มาตรการควบคุมการเข้าซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ:กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศไทย,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 58-59.

⁷โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2543), หน้า 294.

เพราะนอกจากจะเป็นทุนของบริษัทแล้ว หุ้นยังเป็นเครื่องแสดงถึงความเป็นเจ้าของบริษัทของผู้ถือหุ้น การถือหุ้นมากหรือน้อยย่อมมีผลต่อนโยบายและการดำเนินงานของบริษัท⁸

สรุปได้ว่า หากคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลต่างด้าวเข้าถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยแล้ว ย่อมถือว่าคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวนั้นเป็นเจ้าของนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยดังกล่าว เป็นผลให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่ถูกถือหุ้น โดยคนต่างด้าวเช่นว่านั้น มีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้มุ่งควบคุมความเป็นเจ้าของ (Ownership) ของคนต่างด้าวเป็นสำคัญ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยเป็นสำคัญโดยห้ามคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก คือ ห้ามถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมดของบริษัท ซึ่งความเป็นจริงแล้ว เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท มิได้แบ่งแยกอำนาจบริหารจัดการ (Control) กับความเป็นเจ้าของ (Ownership) แยกออกจากกันส่งผลให้คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะประกอบธุรกิจที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อาจหลีกเลี่ยงการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของ โดยการถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคล แล้วไปแสดงออกถึงอำนาจบริหารจัดการแทนด้วยการกำหนดในข้อบังคับของบริษัทถึงสิทธิออกเสียงในหุ้นให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดได้ หรือการใช้อำนาจบริหารจัดการ โดยการเป็นผู้สนับสนุนทางการเงินแก่นิติบุคคลแล้วกำหนดเป็นเงื่อนไขในสัญญากู้ยืมเงินนั้นว่าให้สิทธิในการควบคุมอำนาจบริหารจัดการต้องอยู่ภายใต้ความเห็นชอบของผู้ให้กู้ เป็นต้น

1.2.2 การควบคุมอำนาจการบริหารจัดการ (Control)

⁸ พิเศษ เสตเสถียร, “ทุน,” กฎหมายพาณิชย์ 4 (มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช), หน้า 305.

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า อำนาจการบริหารจัดการ (Control) ของนิติบุคคลมิได้แยกออกจากความเป็นเจ้าของ (Ownership) โดยอำนาจการบริหารจัดการขึ้นอยู่กับสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลซึ่งสิทธิออกเสียงจะมีได้ในหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทเท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท บัญญัติไว้ถึงหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทไว้เพียง 2 ประเภท คือ หุ้นสามัญ (Ordinary shares, Common shares) หรือหุ้นบุริมสิทธิ (Preferred shares) ตามมาตรา 1108

หุ้นสามัญ คือ หุ้นธรรมดา หรือที่วงการธุรกิจมักจะเรียกกันว่า “อีควิตี้” (equity) ซึ่งผู้ถือหุ้นสามัญมีสิทธิต่าง ๆ ในบริษัท ได้แก่

- สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลเมื่อบริษัทมีกำไรตามอัตราที่ที่ประชุมใหญ่กำหนด
- สิทธิในการออกเสียงและควบคุมการบริหารงานของบริษัทตามส่วนของหุ้น
- สิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับผลประโยชน์ทั้งหลายในบริษัท⁹

ส่วนหุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิพิเศษกว่าหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลหรือได้รับเงินค่าหุ้นคืนเมื่อเลิกบริษัท โดยการกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้จะมีมากน้อยเพียงใดก็แล้วแต่จะ ได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ หรือโดยอนุวัติของที่ประชุมใหญ่¹⁰ แต่เนื่องจากการออกหุ้นบุริมสิทธิมีลักษณะให้สิทธิเป็น “บุริมสิทธิ” หรือ “ดีกว่า” ในหลาย ๆ ประการ จึงมีข้อสังเกตว่ามีความพยายามที่จะทำการลดสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิลง 2 ประการ คือ การออกเสียงลงคะแนน และการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ¹¹ ทั้งนี้ ตามมาตรา 1108 (4) บัญญัติว่า “กิจการอันจะพึงทำในการประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้น ในบริษัท” ด้วยเหตุนี้ การกำหนดสิทธิต่าง ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิจึงถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางโดยจะกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้ดีกว่า หรือด้อยกว่าหุ้นสามัญเพียงใดก็ได้ เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอง ได้กล่าวถึงหุ้นบุริมสิทธิไว้เพียง 4 มาตราเท่านั้น คือ มาตรา 1108 ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว นั้นมาตรา 1111, มาตรา 1142 ที่บัญญัติห้ามให้แก้ไขบุริมสิทธิของแต่ละหุ้นและมาตรา 1200 ซึ่งกล่าวถึงเงินปันผล

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 253.

¹⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 254.

¹¹ นิวัฒน์ วัฒนกุล, “หุ้นบุริมสิทธิ,” (ปริญญามหาบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 14-15.

ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วในหัวข้อ 1.2.1 ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 นั้นมุ่งควบคุมความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลไทยของคนต่างด้าว โดยกำหนดเงื่อนไขไว้เฉพาะการห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของบริษัท แต่ไม่ได้มีถ้อยคำใด ๆ ที่มุ่งหมายจะให้ครอบคลุมไปถึงอำนาจบริหารจัดการ (Control) ของคนต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลไทย ซึ่งจากบทบัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิที่เห็นได้ชัดเจนว่า การกำหนดสิทธิใด ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นสามารถกำหนดได้อย่างกว้างขวาง โดยมีการบัญญัติถึงการกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัทตามแต่ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นกำหนดตามมาตรา 1108 เป็นเหตุให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการนำหุ้นบุริมสิทธิมากำหนดสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้ผู้ถือหุ้นคนไทย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากถือไว้ แต่กลับมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น น้อยกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว

ประกอบกับ การกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิการได้รับเงินปันผลของผู้ถือหุ้นคนไทยที่กำหนดให้จำนวนเงินปันผลที่ได้รับตามหุ้นบุริมสิทธิขึ้นอยู่กับอัตราที่ต่ำกว่าหรือเทียบเท่ากับอัตราดอกเบี้ยเงินฝากของธนาคารพาณิชย์ ในขณะที่มีการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งจำนวนผลตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นคนไทยได้รับมีอัตราต่ำเมื่อเปรียบเทียบกับความเสี่ยงจากการลงทุนในบริษัทกับการได้รับดอกเบี้ยจากการฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์

การกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิในข้อบังคับเป็นการกำหนดสิทธิแน่นอนระหว่างผู้ถือหุ้นไทยกับผู้ถือหุ้นต่างด้าว เช่น ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลแน่นอนเพียงหุ้นละ 50 สตางค์ก็ได้¹² และอาจออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดว่าหุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้นมีคะแนนเท่ากับหุ้นสามัญ 1 หุ้นก็ได้¹³ ซึ่งปัญหาดังกล่าวผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

จะเห็นได้ว่า รูปแบบการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (Control) ยังไม่ปรากฏในรูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยปัจจุบัน การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้นยังมุ่งควบคุมอำนาจความเป็นเจ้าของ (Ownership) แต่เพียงประการเดียว เป็นเหตุให้การพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.

¹² หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาถึงกรมทะเบียนการค้าที่ นร. 0501/1804 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2538.

¹³ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาถึงกรมทะเบียนการค้าที่ นร. 0601/867 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534.

2542 นั้นมุ่งหมายพิจารณาว่าองค์กรธุรกิจนั้น ๆ เป็นของคนต่างด้าวหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมีอาจควบคุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งในสายตาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวย่อมมองว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลไทย ถึงแม้ว่า แท้จริงแล้วสิทธิขาดในการบริหารจัดการ (Control) ในนิติบุคคลแห่งนั้นจะตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวโดยเบ็ดเสร็จก็ตาม

1.3 กฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท

มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย หากคนต่างด้าวนั้น ประสงค์จะประกอบธุรกิจที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย คนต่างด้าวนั้น ก็จะต้องจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีจัดตั้งบริษัทจำกัด หรือตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 กรณีจัดตั้งบริษัทมหาชน จำกัด อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แม้นิติบุคคลจะได้จดทะเบียนก่อตั้งเป็นนิติบุคคลไทย ตามกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทแล้วก็ตาม แต่ก็ยังต้องพิจารณาสถานะของนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประกอบด้วย เป็นเหตุให้ เกิดปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางด้วยการใช้หุ้นบุริมสิทธิในบริษัท จำกัด เพื่อให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงดีกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก เนื่องจาก หุ้นบุริมสิทธินั้น บทบัญญัติของกฎหมายมิได้กำหนดสภาพของหุ้นไว้อย่างเคร่งครัด ในทางตรงกันข้าม การกำหนดสภาพของหุ้นนั้น เป็นไปตามความตกลงของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยกำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท ในข้อบังคับของบริษัท ดังนี้

มาตรา 1108 กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

- (1) ทำความตกลงตั้งข้อบังคับต่าง ๆ ของบริษัท
- (2)
- (3)

- (4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ
ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

จะเห็นได้ว่า กฎหมายเพียงแต่ใช้ถ้อยคำว่า “กำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ
เป็นสถานใดเพียงใด” ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวที่มีอาจแสดงตนเป็นเจ้าของนิติบุคคลได้
โดยตรง เลือกใช้วิธีการออกหุ้นบุริมสิทธิแล้วกำหนดให้หุ้นดังกล่าวมีสิทธิดีกว่า หรือด้อยกว่าใน
หุ้นสามัญ

ทั้งนี้ การกำหนดเรื่องด้อยสิทธิ หรือมีการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ไว้ในหุ้นบุริมสิทธิ นั้น มี
สิทธิ 3 ลักษณะเข้ามาเกี่ยวข้อง คือ

- สิทธิในทางทรัพย์สิน ซึ่งได้แก่ สิทธิในเงินปันผล สิทธิในการไถ่ถอนคืนหุ้น
สิทธิการแปลงสภาพหุ้น สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ เป็นต้น
- สิทธิในทางครอบงำกิจการ ซึ่งก็คือ สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นที่จะใช้
ควบคุมการบริหารงานของบริษัท โดยทั่วไปบริษัทมักจะลดสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่ง
เป็นสิทธิในทางครอบงำกิจการลง โดยให้สิทธิในทางทรัพย์สิน เช่น กำหนดสิทธิพิเศษในเรื่องเงิน
ปันผลตอบแทน
- สิทธิในการบริหารกิจการ ซึ่งได้แก่ กรณีที่บริษัทกำหนดเรื่องการแต่งตั้งกรรมการ
ประธานกรรมการ ขึ้นบริหารกิจการของบริษัท โดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ หรือหุ้นสามัญ
ขึ้นมาใช้อำนาจในการบริหารกิจการของบริษัท สำหรับกรณีของประเทศไทย หากบริษัทต้องการ
กำหนดให้อำนาจการบริหารกิจการอยู่ในอำนาจของผู้ถือหุ้นกลุ่มใดแล้ว บริษัทก็จะกำหนดให้ผู้ถือ
หุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งมีสิทธิเสนอชื่อบุคคลขึ้นแต่งตั้งเป็นกรรมการ¹⁴

¹⁴ นิวัฒน์ วัฒนกุล, “หุ้นบุริมสิทธิ,” (ปริญญามหาบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), หน้า 55-56.

สำหรับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธินี้ มักเป็นการกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ เช่น หุ้นบุริมสิทธิจำนวน 50 หุ้นมีสิทธิออกเสียงเท่ากับ 1 เสียง โดยปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิออกเสียงลงคะแนนนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้แล้วใน บันทึกปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222) เลขเสร็จที่ 426/2528 สรุปได้ดังนี้

กรมทะเบียนการค้า ได้มีหนังสือที่ พณ 0504/2680 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2528 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อหารือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด ซึ่งทางธนาคารประสงค์จะเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ จำนวน 5 ล้านหุ้น มูลค่าหุ้นละหนึ่งร้อยบาท และธนาคารได้กำหนดสภาพของหุ้นไว้ข้อหนึ่งว่า “การออกเสียงลงคะแนนนั้น ให้นับห้าสิบหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียง” ซึ่งการกำหนดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้า มีความเห็นแบ่งเป็นสองฝ่าย

ฝ่ายแรก เห็นว่า กระทำได้เพราะมาตรา 1108 (4) มิได้บัญญัติบังคับไว้เด็ดขาดว่า สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นอย่างไรไว้ ดังนั้น หุ้นบุริมสิทธิจะมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างไรมันย่อมสุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ของบริษัทจะกำหนดและหรือจัดแจ้งไว้ในข้อบังคับตามมาตรา 1108 (4) ประกอบกับมาตรา 1183 บัญญัติรับรองให้บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์สามารถวางข้อบังคับเพื่อกำหนดว่าผู้ถือหุ้นจะต้องถือหุ้นจำนวนเท่าใดจึงจะออกเสียงลงคะแนนได้ บทบัญญัติดังกล่าว จึงมิได้บังคับว่าบริษัทจะต้องกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ หรือมีบทบัญญัติบังคับว่าข้อบังคับที่บริษัทจะกำหนดนั้น จะต้องใช้แก่หุ้นทุกหุ้น และทุกประเภท หรือผู้ถือหุ้นทุกคน โดยเสมอภาคกันแต่อย่างใด

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำไม่ได้ เพราะมาตรา 1183 บัญญัติรับรองให้บริษัทที่จะวางข้อบังคับเพื่อกำหนดสิทธิลงคะแนนเสียงว่า ผู้ถือหุ้นต้องมีจำนวนเท่าใดจึงจะออกเสียงลงคะแนนได้นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติไว้เฉพาะเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดไว้หุ้นตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจึงต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภท ดังนั้น ข้อบังคับของบริษัทที่กำหนดเกี่ยวกับจำนวนหุ้นในการออกเสียงลงคะแนนจึงต้องบังคับแก่หุ้นทุกประเภทเสมอกัน จะกำหนดให้แตกต่างกันไม่ได้ ประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทมุ่งหมายคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นไม่ให้ถูกเอาเปรียบ การกำหนดสิทธิออกเสียงให้แตกต่างกันจึงขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) พิจารณาข้อหาหรือ คังกล่าวแล้ว เห็นว่า ในการเพิ่มทุนของบริษัทมหาชนมาตรา 1220 ถึง 1223 มิได้บัญญัติไว้ว่า บริษัทจะพึงกำหนดสิทธิและสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่จะออกใหม่เพื่อเป็นการเพิ่มทุนของบริษัทได้ เพียงใด ปัญหาจึงต้องพิจารณาจากมาตรา 1108 (4) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า ธนาคารจะ กำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ได้ เนื่องจากมาตรา 1108 (4) มิได้บัญญัติห้ามหรือจำกัดถึงการออก หุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ไว้ นอกจากนี้ สำหรับประเด็นปัญหาตามมาตรา 1183 คณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่ามาตรา 1183 นี้เพียงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นไม่ถึงจำนวนที่จะใช้สิทธิออกเสียงตาม ข้อบังคับให้มีการรวมกันเพื่อให้มีหุ้นถึงจำนวนที่จะออกเสียงได้เท่านั้น การกำหนดให้หุ้นต่าง ประเภทกันมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงได้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ก็มีได้เป็นกรณีที่จะให้มีการเอารัด เอาเปรียบกันแต่อย่างใด เพราะกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทเป็นกฎหมายที่คำนึงถึงเจตนาของ เอกชนเป็นสำคัญ หากมิใช่ข้อที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของ ประชาชนแล้วผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ย่อมทำความตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัทในเรื่องเช่นนั้น ได้

จากความเห็นตอบข้อหาหรือของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกำหนด สิทธิออกเสียงในหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากหุ้นสามัญนั้น มิใช่เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของ กฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่อย่างใด รวมถึงทำให้ผู้วิจัยสังเกตได้ว่า ในบริษัท จำกัดลักษณะและการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิตามกฎหมายไทยนั้น จะคำนึงถึงเจตนา ระหว่างกันของผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญจึงอาจทำความตกลงเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิได้ตาม เจตนาของผู้ถือหุ้น

ด้วยเหตุนี้ การจัดโครงสร้างการถือหุ้นของนักลงทุนต่างด้าว ที่ประสงค์จะเข้ามาประกอบ ธุรกิจ โดยจัดตั้งสภาพนิติบุคคลตามกฎหมายไทย เพื่อให้เป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และใช้ประโยชน์จากบทบัญญัติของมาตรา 1108 (4) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่มีได้บัญญัติจำกัดหรือห้ามการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิไว้ เลย ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าว ที่เข้ามาลงทุนก็มักจะถือหุ้นร่วมกันกับคนไทยหรือนิติบุคคลไทยที่ เป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก แต่เป็นการถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีการกำหนดสิทธิออกเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ ส่งผลให้แม้นักลงทุนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็ตาม แต่นักลงทุนต่างด้าวก็มีสิทธิออกเสียง และมีอำนาจในการบริหารจัดการ (Control) มากกว่าผู้ถือหุ้นข้างมากที่เป็นคนไทย

หากพิจารณาในด้านผลตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นคนไทยจะได้รับจากการถือหุ้นบุริมสิทธิ เมื่อพิจารณาอัตราเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิที่คนไทยได้รับ เช่น กรณีการถือหุ้นบุริมสิทธิของผู้ถือหุ้นในกรณีเงินปันผล อัตราร้อยละ 3 ต่อปี ในขณะที่อัตราดอกเบี้ยเงินฝากขณะนั้น อยู่ที่อัตราประมาณร้อยละ 3.3% จะเห็นได้ว่า อัตราเงินปันผลที่คนไทยจะได้รับนั้นมิได้เป็นผลตอบแทนที่ดีกว่าหุ้นสามัญอันจะถือเป็นบุริมสิทธิของหุ้นที่ควรจะเป็นเหตุผลจูงใจให้ผู้ถือหุ้นคนไทยยอมเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าวได้ ซึ่งอัตราเงินปันผลนี้จะถูกกำหนดเป็นอัตราแน่นอนตายตัวทุกปี และเมื่อเปรียบเทียบกับอัตรดอกเบี้ยเงินฝากของธนาคารพาณิชย์ในขณะนั้น ก็เป็นอัตราที่ต่ำกว่าเล็กน้อยหรือเทียบเท่ากับอัตรดอกเบี้ยเงินฝาก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบด้านความเสี่ยงของการลงทุนแล้ว การลงทุนในนิติบุคคลย่อมมีความเสี่ยงสูงกว่าการฝากเงินกับธนาคารพาณิชย์แล้ว ด้วยเหตุนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับเรื่องสิทธิออกเสียง ผู้วิจัยเห็นว่า การถือหุ้นบุริมสิทธิของคนไทยที่กำหนดสภาพของหุ้นไว้เช่นนี้เป็นการยอมให้คนต่างด้าวเข้ามาใช้สิทธิบริหารจัดการในบริษัท ได้อันเป็นการผิวิสัยของผู้ลงทุนในธุรกิจโดยทั่วไป

การจัดโครงสร้างการถือหุ้นเช่นนี้ ถูกนำมาใช้กับนิติบุคคลที่มีนักลงทุนเป็นคนต่างด้าวแต่ประสงค์จะประกอบกิจการตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งนิติบุคคลในลักษณะดังกล่าว เมื่อพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว โดยไม่คำนึงถึงอำนาจบริหารจัดการ (Control) นิติบุคคลเช่นนี้ย่อมถือเป็นนิติบุคคลไทย และไม่อยู่ในขอบเขตของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบัญญัติไว้เฉพาะการจำกัดสัดส่วนความเป็นเจ้าของ โดยพิจารณาจากจำนวนหุ้นที่ถือเท่านั้น แต่มิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงความเป็นเจ้าของที่แท้จริงของคนต่างด้าวซึ่งมีอำนาจบริหารจัดการ (Control) แบบเบ็ดเสร็จในบริษัท

1.4 กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ก่อนพ.ศ. 2515 ประเทศไทยยังไม่มีมาตรการจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าว แต่เมื่อการลงทุนจากต่างชาตินั้นทวีมากขึ้นเรื่อย ๆ เพื่อรักษาคุณภาพทางเศรษฐกิจและการลงทุนของคนไทยและคนต่างด้าวไว้ จึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นเป็นฉบับแรก คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และมีการ

แก้ไขปรับปรุงเมื่อ พ.ศ. 2535 จวบจนกระทั่งพ.ศ. 2542 เมื่อสภาวะเศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไปมากจึงได้ยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวและออกพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อใช้บังคับเกี่ยวกับการจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวแทน

ทั้งนี้ สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับประเภทธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนไทย พระราชบัญญัตินี้ได้แบ่งออกเป็น 3 บัญชีเช่นเดียวกับที่กำหนดโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยแบ่งเป็น บัญชีหนึ่ง บัญชีสองและบัญชีสาม ตามมาตรา 8 ซึ่งคนต่างด้าวอาจขออนุญาตประกอบธุรกิจสำหรับบัญชีสองและสามได้โดยบัญชี 1 เป็นบัญชีที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาดและไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวขออนุญาตเพื่อประกอบธุรกิจตามบัญชีนี้นั้นในทุกรณี สำหรับระดับที่เข้มงวดรองลงมาคือ บัญชี 2 เป็นบัญชีที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณีและหัตถกรรมพื้นบ้านหรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม แต่คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจตามระบุไว้ในบัญชี 2 นี้สามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีได้ ส่วนระดับการสงวนที่เข้มงวดน้อยที่สุดคือ ประเภทธุรกิจที่ระบุในบัญชี 3 ซึ่งเป็นประเภทธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการแข่งกับคนต่างด้าวได้ ซึ่งคนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งตามบัญชีนี้นั้น สามารถขออนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการได้ หรือกรณีคนต่างด้าวนั้นได้รับการยกเว้นตามมาตรา 10¹⁵ ซึ่งเป็นกรณีที่คนต่างด้าวนั้นเป็นคนชาติที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีให้ได้รับยกเว้นหลักเกณฑ์ตามที่ประกาศในพระราชบัญญัติฉบับนี้

¹⁵ มาตรา 10 บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช่บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัณฐานของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

1.4.1 ความหมาย “คนต่างด้าว”

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัตินิยามของ “คนต่างด้าว” ไว้ตามมาตรา 4

“มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

และคำว่า “ทุน” ตามพระราชบัญญัตินี้ได้นิยามไว้ในมาตรา 4 เช่นเดียวกัน ดังนี้

““ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชน จำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น”

สรุปได้ว่า การจำแนกว่านิติบุคคลใดจะเป็นคนต่างด้าวตามนิยามตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติฯ นี้หรือไม่นั้น สามารถแยกหลักการจำแนกได้เป็น ประเภทได้ ดังนี้

1. การจำแนกตามจำนวนหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าว คือ กรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดในบริษัท ทั้งนี้ คนต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นหมายความรวมถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ตามมาตรา 4(3)(ก) หรือนิติบุคคลที่มีบุคคลธรรมดาต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดของบริษัทหรือเป็นผู้ลงทุนในบริษัทตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดของบริษัท ตามมาตรา 4(4)
2. การจำแนกตามจำนวนเงินลงทุนของคนต่างด้าว คือ กรณีที่คนต่างด้าวลงทุนในนิติบุคคลตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น ซึ่งคนต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นหมายความรวมถึงบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย ตามมาตรา 4(1) หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ตามมาตรา 4(2) หรือนิติบุคคลที่มีบุคคลธรรมดาต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดของบริษัท หรือเป็นผู้ลงทุนในบริษัท ตั้งแต่ 50% ของทุนทั้งหมดของบริษัท ตามมาตรา 4(4)
3. การจำแนกตามผู้จัดการหรือหุ้นส่วนผู้จัดการ คือ กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

สำหรับคำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว”¹⁶ นั้น ในขณะที่มีการบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้มีข้อหาหรือของกรมทะเบียนการค้าต่อ

¹⁶ “ข้อ 3 ให้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

“คนต่างด้าว” หมายความถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าว เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้เป็นสมาชิกไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด”

คณะกรรมการกฤษฎีกาถึงความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งเป็นกรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด¹⁷ สรุปได้ดังนี้

ตามคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด (เอบีบี) ที่ยื่นต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ด้วยทุนจดทะเบียน 60,000,000 บาท แบ่งเป็นหุ้นสามัญ หุ้นละ 100 บาทจำนวน 294,000 หุ้น คิดเป็น 49% ของหุ้นทั้งหมด ถือโดยบริษัท เอบีบี เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์รี่ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล ณ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ส่วนที่เหลือจำนวน 306,000 หุ้นเป็นหุ้นบุริมสิทธิ ถือโดยบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยจำนวน 7 คนคนละ 1 หุ้นและถือโดยบริษัท เอเชีย อาบราวน์ โบเวอร์รี่ โฮลดิ้ง จำกัด จำนวน 305,993 หุ้น ซึ่งบริษัทนี้มีคนไทยถือหุ้น 51% และคนต่างด้าวถือหุ้นรวม 49% ถือโดยบุคคลธรรมดาต่างด้าว 1 คนและบริษัท เอเชียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์ ซึ่งเจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้ามีความเห็นเป็นสองฝ่าย คือ

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า การที่บริษัท เอเชีย อาบราวน์ โบเวอร์รี่ โฮลดิ้ง จำกัด ที่ถือหุ้นโดยคนไทย 51% และคนต่างด้าว 49% และจำนวนผู้ถือหุ้นคนไทยก็มีมากกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว บริษัทนี้จึงถือเป็นนิติบุคคลไทย การเข้าถือหุ้นในเอบีบี เปรียบเสมือนการเข้าถือหุ้นโดยคนไทยทำให้เอบีบี มีสัดส่วนการถือหุ้นโดยคนไทย 51% และคนต่างด้าว 49% จึงไม่เข้าข่ายการเป็นคนต่างด้าวตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ เอบีบีจึงมีฐานะเป็นนิติบุคคลไทย

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า เอบีบีมีฐานะเป็นคนต่างด้าวเพราะสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัท เอเชีย อาบราวน์ โบเวอร์รี่ โฮลดิ้ง จำกัดจำนวน 49% เมื่อมาถือหุ้นในเอบีบี ซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นในเอบีบีจำนวน 49% เมื่อคำนวณรวมแล้วทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในเอบีบี นั้นมากกว่า 50% กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เอบีบีมีทุนเป็นของคนต่างด้าวมากกว่าส่วนทุนที่เป็นของคนไทย จึงควรถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

¹⁷ คณะกรรมการกฤษฎีกา(ที่ประชุมใหญ่กรรมการร่างกฎหมาย), “เลขเสร็จ 332/2535 เรื่องความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 97(1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด) และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด ,” เมษายน 2535.

คณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ความหมายของคนต่างด้าวตามข้อ 3 แห่ง ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ต้องพิจารณาจากนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” มิใช่พิจารณาเพียงว่าสัญชาติของนิติบุคคลที่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย นั้นจะเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งการจดทะเบียนในประเทศไทยมีความหมายเพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น ประกอบกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลยังไม่มีกฎหมายไทยบัญญัติไว้อย่างชัดเจน จึงต้องพิจารณาจากนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” โดยแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ในกรณีของผู้ถือหุ้น การที่นิติบุคคลใดเข้าถือหุ้นในอีกนิติบุคคลหนึ่งย่อมเป็นการถือหุ้นอันเปรียบเสมือนการถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดา การนับจำนวนผู้ถือหุ้นจึงถือนิติบุคคลหนึ่ง ๆ เป็นผู้ถือหุ้นจำนวน 1 หน่วยเท่านั้น โดยไม่คำนึงถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนไทยและคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น ในแง่ของทุน คำว่า “ทุน” ของคนต่างด้าวนั้นอาจหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้น ๆ โดยตรง หรืออาจจะหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นตามความเป็นจริงก็ได้ ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของการตราประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 นี้ ก็เพื่อจำกัดการแข่งขันหรือป้องกันการครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่เป็น “คนต่างด้าว” กับคนไทย ดังนั้น การคำนวณทุนของคนต่างด้าวจะต้องคำนวณรวมจากสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลที่เข้าถือหุ้นหรือร่วมลงทุนในบริษัทนั้น เพราะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาร่วมลงทุนย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของทุนของนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นในบริษัทนั้น ๆ นั่นเอง

นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา ยังมีความเห็นว่า “การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม้โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือมีการแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดอันมีผลให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่ง สามารถเข้ามาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ได้ตราขึ้น โดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายอื่น”

จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้ ผู้วิจัย สรุปได้ว่า การพิจารณาถึงสัญชาติของนิติบุคคลว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ภายใต้บริบทกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคน

ต่างคำแล้ว หลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณานั้น ไม่คำนึงถึงดินแดนที่สภาพนิติบุคคลนั้น ได้ถูกก่อตั้งขึ้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การไม่นำสัญชาติของประเทศที่จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลนั้น ขึ้น มาเป็นข้อพิจารณาว่านิติบุคคลหนึ่ง ๆ ถือเป็นคนต่างคำตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างคำหรือไม่ ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวจะต้องยึดหลักเกณฑ์ของนิยามคำว่าคนต่างคำตามที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เท่านั้น โดยกฎหมายขณะนั้น คือ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้บัญญัตินิยามไว้ โดยใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาสภาพความเป็นคนต่างคำของนิติบุคคลร่วมกัน 2 ประการ คือ การพิจารณาจำนวนผู้ถือหุ้น และการพิจารณาสัดส่วนแห่งการลงทุน ซึ่งการคำนวณจำนวนผู้ถือหุ้นนั้นถือว่านิติบุคคลใดก็ตาม เมื่อเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลในอีกนิติบุคคลหนึ่งย่อมนับเป็นผู้ถือหุ้นจำนวน 1 หน่วยต่อ 1 นิติบุคคลเท่านั้น ส่วนการพิจารณาสัดส่วนแห่งการลงทุนจะต้องพิจารณาเรื่องการถือหุ้นตามความเป็นจริง ซึ่งต้องนำสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างคำในนิติบุคคลที่เข้าถือหุ้นมาคำนวณรวมกับสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างคำในนิติบุคคลที่จำหน่ายหุ้นด้วย

ผู้วิจัยเห็นว่า การตีความเกี่ยวกับสัดส่วนแห่งการลงทุนซึ่งถือตามการถือหุ้นตามความเป็นจริงโดยไม่คำนวณจากการถือหุ้น โดยตรงเพียงอย่างเดียวย่อมชี้ให้เห็นว่า การถือหุ้นในลักษณะของการถือหุ้นทางอ้อม ย่อมเป็นการต้องห้ามสำหรับการถือหุ้น โดยคนต่างคำของนิติบุคคลในลักษณะการถือหุ้นเป็นทอด ๆ ซึ่งคำนิยามของคนต่างคำตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 นี้ ใช้คำว่า “ทุน” เพียงอย่างเดียวทำให้การตีความสามารถแยกได้เป็น 2 นัยคั้งข้อเท็จจริงที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เมื่อเปรียบเทียบกับคำนิยามตามกฎหมายที่ได้แก้ไขในเวลาต่อมา และได้บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันแล้วพบว่าคำนิยาม “คนต่างคำ” ได้ใช้ถ้อยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535¹⁸ หรือคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือหุ้นชำระแล้วของ

¹⁸ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 โดยให้ยกเลิกบทนิยามของคำว่า “คนต่างคำ” ในข้อ 3 (1) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฯ และให้ใช้ข้อความต่อไปนี้แทน “คนต่างคำ” หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยคนต่างคำ หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างคำลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น.

บริษัทมหาชนจำกัด” ตามมาตรา 4¹⁹ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามลำดับซึ่งบัญญัติไว้ในลักษณะเดียวกัน โดยให้พิจารณาเฉพาะหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัท ซึ่งแนวทางการวินิจฉัยสัดส่วนการถือหุ้นย่อมไม่อาจตีความได้อย่างกว้างขวางเพื่อความเหมาะสมต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดังเช่นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515

ผู้วิจัยเห็นว่า การพิจารณาถึงความหมายและแนวทางการตีความของคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยตีความเรื่องการถือหุ้นตามความเป็นจริงเพื่อพิจารณาถึงสัดส่วนแห่งการลงทุนอันแท้จริงของคนต่างด้าวดังความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 332/2535 ได้ลงความเห็นไว้ นั้น หากพิจารณาจากถ้อยคำที่กฎหมายได้บัญญัติไว้ จะเห็นได้ว่า การพิจารณาจะกระทำได้แต่เพียงการพิจารณาการถือหุ้นโดยตรงเท่านั้น โดยมาตรา 4 ได้ใช้ถ้อยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน” ซึ่งการระบุเช่นนี้ เป็นการระบุเพื่อให้มีความชัดเจนว่าสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวนั้นจะพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้น ๆ ชั้นเดียวโดยไม่พิจารณาถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่น ๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนในนิติบุคคลนั้น ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่นำมาบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาจากคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ประกอบกับคำนิยามคำว่า “ทุน” แล้วมีความแตกต่างกับคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามข้อ 3 ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งใช้หลักเกณฑ์การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวของนิติบุคคล โดยการจำแนกจากตัวผู้ถือหุ้น และจากจำนวนของผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวโดยไม่คำนึงถึงเงินที่คนต่างด้าวนำมาลงทุนในนิติบุคคลนั้น ๆ เลย

เมื่อเปรียบเทียบกับนิยามตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 พบว่ามีหลักเกณฑ์การจำแนกความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวที่คล้าย

¹⁹ มาตรา 4 “ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัดหรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงทุนในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

กับนิยามตามมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยจะพิจารณาด้วยการจำแนกโดยจำนวนหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นในนิติบุคคลไม่เกินจำนวนที่กำหนดไว้จึงจะถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยได้ หรือโดยพิจารณาจากจำนวนเงินลงทุนของคนต่างด้าวนั้นว่าจะต้องน้อยกว่า 50% ของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

สังเกตได้ว่าการจะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามนิยามทั้งสองดังกล่าวนี้หรือไม่ ผู้วิจัยเห็นว่าการพิจารณาต้องอาศัยการตีความถ้อยคำว่า “หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคล” หรือ “ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น” เพื่อมุ่งไปสู่การพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลเป็นหลักว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ เนื่องจากการพิจารณานิยามดังกล่าวนี้จะส่งผลกระทบต่อการศึกษาเรื่องการถือหุ้นอำพรางว่ากรณีใดจึงจะถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เนื่องจากเจตนารมณ์ของการกำหนดและจำกัดสัดส่วนในการลงทุนของคนต่างด้าวก็เพื่อมิให้คนต่างด้าวนั้นได้สิทธิและอำนาจในการบริหารจัดการ หรืออำนาจการควบคุมบริษัทมากกว่าคนไทยในการดำเนินกิจการประเภทที่สงวนไว้ตามบัญชีทั้งสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

การพิจารณานิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อประกอบการพิจารณาถึงความผิดกรณีเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางเพื่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเกิดขึ้นจากกรณีของการขายหุ้นของบริษัท ซินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัท โฮลดิ้งที่ถือหุ้นในบริษัทลูกที่ประกอบธุรกิจบริการหลายประเภทอันเป็นกิจการที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เช่น บริษัท เอไอเอส จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการ โทรทัศน์ บริษัท ซินแซทเทลไลท์ จำกัดซึ่งประกอบธุรกิจดาวเทียม และบริษัท ไทย แอร์เอเชีย จำกัด ซึ่งประกอบกิจการการบิน เป็นต้น ให้กับบริษัทลูกที่มีกองทุน Temasek (Temasek Holdings) ถือหุ้นทางอ้อมในหลายลำดับชั้นของห่วงโซ่การถือหุ้น (Ownership Chain)²⁰ ซึ่งเป็นเหตุให้การซื้อขายครั้งนี้ถูกตรวจสอบโดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ว่ามีการกระทำผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง

²⁰ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุเมิพร ทวรรณกุล, “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย,” เอกสารการสัมมนาวิชาการเรื่อง สู่ความชัดเจนในระเบียบขรรมาภิบาล:ประเด็นสืบเนื่องจากการขายหุ้นซินคอร์ปอเรชั่น ณ โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ ปาร์ค 25 สิงหาคม 2549.

คำว่า พ.ศ. 2542 อันเป็นความผิดกรณีการให้คนไทยถือหุ้นแทน โดยมีการตรวจสอบการถือหุ้นของบริษัทที่เข้ามาซื้อหุ้นในธุรกรรมดังกล่าวว่าลักษณะของการถือหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดสภาพของหุ้นเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงคือยกว่าหุ้นสามัญและการได้รับเงินปันผลที่ได้รับประโยชน์น้อยกว่าหรือใกล้เคียงกับอัตราดอกเบี้ยเงินฝากในขณะนั้น ประกอบการถือหุ้นโดยบริษัทเป็นลำดับขั้นนั้น จะเข้าข่ายของการเป็นผู้ถือหุ้นแทนหรือไม่ และการถือหุ้นในลักษณะเช่นนั้น จะถือว่าสัดส่วนการถือหุ้นเป็นลำดับขั้นนั้นจะถูกนำมาคำนวณเป็นสัดส่วนโดยรวมเหมือนเช่นกรณีบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด หรือไม่

กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจำกัดนิยามของการถือหุ้นอำพราง (Nominee) ไว้เพียงความเป็นเจ้าของเงินที่ใช้ในการลงทุนในหุ้น (ทุนจดทะเบียน) เท่านั้น ในการตรวจสอบธุรกรรมชินคอร์ปแต่ไม่ได้สรุปผลการให้สิทธิจากอำนาจการควบคุมหรือสิทธิออกเสียง (แม้ว่าจะตรวจสอบประเด็นทั้งสองด้วย) ซึ่งการสรุปผลนี้เป็นวิธีการที่ถูกต้องตามหลักการ เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้อำนาจกระทรวงพาณิชย์ในการดู “ทุน” เท่านั้น โดยทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าสรุปผลการตรวจสอบจากความเป็นเจ้าของเงินทุนเท่านั้น²¹ ผลการตรวจสอบซึ่งสรุปโดยคุณอรจิต สิงคาลวณิช อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า²² ได้ระบุว่าผู้ถือหุ้นของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ซึ่งเป็นคนไทยน่าจะพอเชื่อถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนบริษัท ไซเพรส โฮลดิ้งส์ จำกัดและบริษัท แอสเพน โฮลดิ้งส์ จำกัด ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในบริษัท ชินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เป็นคนต่างด้าวซึ่งต้องห้ามมิให้ประกอบธุรกิจการเป็นที่ปรึกษาและบริหารงาน บริการให้เช่าและบริการคอมพิวเตอร์ซึ่งเป็นธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (21) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และเพื่อให้บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพื่อประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวอีกทอดหนึ่งด้วย ซึ่งผลจากการน่าจะเป็นผู้ถือหุ้นแทนของผู้ถือหุ้นคนไทยในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด โดยเป็นการถือหุ้นแทนบริษัท ไซเพรส โฮลดิ้ง จำกัดที่เป็นบริษัทในเครือบริษัท Temasek holdings ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ถือหุ้นในบริษัท ซิคาร์ โฮลดิ้ง จำกัดด้วยอันเป็นบริษัทที่เข้าซื้อหุ้นของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน)

²¹ ม้านอกและเตี๊ยนอกกรอบ, “สอบนอมินีเพิ่ม 16 บริษัท: ปฏิบัติการจับเศรษฐกิจไทยเป็นคว่ำประกัน,” ใน หนังสือ SHIN(กับเรื่อง) คาหนังคาเขา, กิตติพงษ์ สนธิสัมพันธ์,บรรณาธิการ(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ openbooks, 2549), หน้า149.

²² โปรดดูผลตรวจสอบและรายละเอียดการตรวจสอบฉบับเต็มในภาคผนวก ก

ดังนี้ เมื่อรวมสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัดรวมกับจำนวนการถือหุ้นของคนไทยซึ่งน่าจะเป็นผู้ถือหุ้นแทนของบริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัดในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ข่อมส่งผลให้สัดส่วนการถือหุ้นโดยนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด เกินจำนวนการถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่ง ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และเมื่อบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัดเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในบริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งข่อมส่งผลให้ บริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้ง จำกัด เป็นนิติบุคคลต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และการที่บริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้ง จำกัด เข้าถือหุ้นข้างมากตั้งแต่กึ่งหนึ่งในบริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ข่อมทำให้บริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามกฎหมายดังกล่าวด้วยเช่นกัน ซึ่งต้องห้ามมิให้ประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม (21) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่ไม่ปรากฏว่าบริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าวแต่อย่างใด²³

จากผลการตรวจสอบกรณีของบริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัดข้างต้น จะเห็นได้ว่า การตีความนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น เป็นการพิจารณาเฉพาะสัดส่วนการถือหุ้นโดยคนต่างด้าว ซึ่งก็คือนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยตั้งแต่กึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมดของบริษัท โดยพิจารณาการถือหุ้นทางตรงเท่านั้น ถึงแม้ว่าลักษณะการถือหุ้นของบริษัททั้งสามลำดับขั้นที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวจะมีลักษณะของการถือหุ้นทางอ้อมด้วยก็ตาม แต่การพิจารณาตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้แบ่งแยกการตรวจสอบออกเป็น 2 ลักษณะ

ลักษณะแรก คือ การตรวจสอบถึงการเป็นผู้ถือหุ้นแทน (นอมินี) ของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด โดยหลักเกณฑ์การตรวจสอบซึ่งนำมาใช้สรุปผลการตรวจสอบดังกล่าวไปแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า ทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้มุ่งตรวจสอบถึงแหล่งเงินทุนของผู้ถือหุ้นที่เข้าถือหุ้นในบริษัท

²³ จิตติศักดิ์ นันทพานิชและคณะ, “รายงานผลการดำเนินงาน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ที่ พณ 0810/026 วันที่ 10 สิงหาคม 2549,” ในหนังสือชินคอร์ป คิลมรณะ: จุดจบระบบทักษิณ, บดินทร์ เอี่ยมศรี, บรรณาธิการ(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ Than Books, 2549), หน้า217-219.

กุหลาบแก้ว จำกัด โดยแหล่งเงินทุนที่ผู้ถือหุ้นคนไทยใช้ลงทุนในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ผู้ถือหุ้นคนไทยที่ถูกตรวจสอบก็เป็นเพียงผู้ลงทุนแทนของบริษัทเพื่อการลงทุนที่ได้รับมอบอำนาจช่วงมาอีกทอดหนึ่งเท่านั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นคนไทยที่ถูกตรวจสอบนี้มีได้มีเจตนาเข้าถือหุ้นเพื่อลงทุนในบริษัทกุหลาบแก้วจำกัด อย่างแท้จริง เป็นเหตุให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าสรุปผลตรวจสอบเฉพาะกรณีของผู้ถือหุ้นกลุ่มนี้ ซึ่งการซื้อขายตามกรณีนี้บริษัท โฮลดิ้งที่เป็นนิติบุคคลต่างต่างได้เข้าถือหุ้นในบริษัทลำดับต่อมา โดยจัดโครงสร้างให้มีการถือหุ้นข้างมากโดยคนไทยซึ่งก็คือบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด เพื่อให้บริษัทกุหลาบแก้วเข้าถือหุ้นในบริษัทลำดับต่อมาในบริษัทซีคาร์ โฮลดิ้ง โดยเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากเพื่อให้บริษัทซีคาร์ โฮลดิ้งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยเพื่อเข้าถือหุ้นในบริษัทชินคอร์ปอเรชั่น เพื่อที่จะดำรงสถานะความเป็นนิติบุคคลไทยของบริษัทชิน คอร์ปอเรชั่นไว้ ดังนั้น เมื่อการถือหุ้นแทนของคนไทยส่งผลให้บริษัทกุหลาบแก้วน่าจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างต่าง โดยพิจารณาจากผู้ถือหุ้นคนต่างต่างที่ถือหุ้นในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด โดยตรงรวมกับจำนวนที่คนไทยถือแทนไว้ การถือหุ้นโดยตรงชั้นนี้คือ บริษัท ไชเพรส โฮลดิ้ง จำกัด เกินสัดส่วน 50% ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่คนต่างต่างจะถือได้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 และเมื่อมีการถือหุ้นเป็นลำดับขั้นกันไปตามที่กล่าวมาแล้ว ย่อมส่งผลให้จำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลต่างต่างซึ่งเป็นการถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนของบริษัทในลำดับขั้นต่อมา คือ บริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้ง จำกัด และบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เมื่อพิจารณาการถือหุ้นทางตรงของนิติบุคคลต่างต่างที่ถือหุ้นในบริษัททั้งสองแล้วพบว่ามีสัดส่วนเกินกว่าที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ส่งผลให้บริษัททั้งสองควรมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างต่างและไม่อาจดำเนินกิจการของบริษัทซึ่งเป็นธุรกิจตามบัญชี 3 ทำพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 ดังกล่าวด้วยเช่นกัน ซึ่งการตีความเกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นหรือการลงทุนของคนต่างต่างตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 ๑ นี้แตกต่างจากการตีความตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีของบริษัท เอบีบี คิสทรีวิชั่น จำกัด ซึ่งตีความสัดส่วนการถือหุ้นหรือการลงทุนของคนต่างต่างว่าหมายรวมถึงการถือหุ้นทางอ้อมของคนต่างต่างในอีกบริษัทที่เข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นด้วย

จากนิยามของคำว่า “คนต่างต่าง” ตามมาตรา 4 ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 นั้น ประกอบกับกรณีการซื้อขายหุ้นของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา กรณีบริษัท เอบีบี คิสทรีวิชั่น จำกัด ผู้วิจัยสรุปนิยามของคนต่างต่างตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างต่าง พ.ศ. 2542 ได้ว่า

กรณีบุคคลธรรมดา คนต่างด้าวคือบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย สำหรับกรณีนิติบุคคล คนต่างด้าวคือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยและมีผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุนเป็นคนต่างด้าวนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดหรือมีนิติบุคคลซึ่งมีผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุนเป็นคนต่างด้าวนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดโดยนิติบุคคลนี้เข้าเป็นผู้ถือหุ้นหรือผู้ลงทุนนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดของนิติบุคคลอีกนิติบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้รับการลงทุนนั้น

การคิดสัดส่วนของการถือหุ้นหรือการลงทุนจะคิดจากการถือหุ้นทางตรงเท่านั้นเนื่องจากลงทุนตามความหมายนี้หมายความว่าเฉพาะทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดหรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนเท่านั้น และไม่นำสัดส่วนการถือหุ้นทางอ้อมของนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นมาคำนวณด้วย จะเห็นได้ว่า การบัญญัตินิยามของคนต่างด้าวนี้นี้มิได้ครอบคลุมถึงการจำกัดหรือกำหนดมาตรการการควบคุมอำนาจและสิทธิบริหารจัดการบริษัทของคนต่างด้าวไว้ ส่งผลให้ในทางปฏิบัติแล้ว คนต่างด้าวจะเข้ามาลงทุน โดยให้คนไทยถือหุ้นอำพราง (Nominee) โดยจัดโครงสร้างการถือหุ้นที่แม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย ซึ่งคนต่างด้าวอาจถือหุ้นได้มากที่สุด คือ 49.99% ได้สิทธิออกเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น รวมถึงการรับผลประโยชน์ที่มากกว่าผู้ถือหุ้นข้างมากที่เป็นคนไทยได้

นอกจากช่องว่างของบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว ยังพบว่าการบังคับใช้กฎระเบียบที่ควบคุมด้านการถือหุ้นอำพราง (Nominee) ของไทยไม่ได้มีความเข้มงวดหรือตรวจสอบอย่างรัดกุมมาช้านานตั้งแต่สมัยกฎหมายประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ยังบังคับใช้อยู่²⁴

จากปัญหาเรื่องการถือหุ้นอำพราง (Nominee) กรณีการซื้อขายหุ้นของบริษัท จีน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) กับกลุ่มทุน Temasek holdings ที่เกิดขึ้นส่งผลให้รัฐบาลดำเนินการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยร่างพระราชบัญญัติการประกอบ

²⁴ วีระยุทธ กาญจน์ชูฉัตร, “สองนคราค้าปลีกไทย,” ในหนังสือการต่อสู้ของทุนไทย 2 การเมืองวัฒนธรรม เพื่อความอยู่รอด, ผาสุก พงษ์ไพจิตร, บรรณาธิการ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน, 2549), หน้า 236.

ธุรกิจของคนต่างด้าว²⁵ ที่แก้ไขนี้มีสาระสำคัญเกี่ยวกับการแก้ไขนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” เพื่อให้ครอบคลุมอำนาจควบคุมบริษัท เพื่อให้สอดคล้องกับสภาพการณ์โดยร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังกล่าวได้แก้ไขนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้

“มาตรา 3 ให้ยกเลิกนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

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

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

จากร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่แก้ไขคำนิยามของคนต่างด้าวนั้น ได้มุ่งแก้ไขเรื่องอำนาจควบคุมและบริหารจัดการบริษัท โดยกำหนดให้นิติบุคคลซึ่งถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดาต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีสาเหตุมาจากคำนิยามเดิมกำหนดไว้แต่เพียงสัดส่วนการถือหุ้นอันหมายถึงทุนจดทะเบียนของนิติบุคคลเท่านั้นทำให้การ

²⁵ โปรดดูในภาคผนวก ก

ตรวจสอบสัดส่วนการถือหุ้นทำได้เฉพาะการถือหุ้นโดยตรงดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้จึงแก้ไขคำนิยามให้ครอบคลุมถึงกรณีที่ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลทั้งบุคคลธรรมดาต่างด้าวและ/หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยที่มีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในอีกนิติบุคคลหนึ่งตั้งแต่ 50% ของสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น โดยไม่คำนึงถึงว่าผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะถือครองสัดส่วนการถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าใด ไม่ว่าสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นนั้นจะเป็นไปตามอำนาจตามกฎหมาย หรือตามข้อบังคับของนิติบุคคล เช่น กรณีของการกำหนดสิทธิออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิดีกว่าหรือด้อยกว่าหุ้นสามัญ หรือตามข้อตกลงในเรื่องดังกล่าว เช่น กรณีของการทำสัญญาผู้ถือหุ้น (Shareholder Agreement)

นอกจากนี้ การแก้ไขตามร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ ได้มีการแก้ไขมาตรา 36 อันเป็นบทบัญญัติความผิดกรณีที่คนไทยถือหุ้นอำพรางเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจเพื่อหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอีกด้วย การแก้ไขดังกล่าวบัญญัติการเพิ่มโทษของการกระทำตนเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางแทนคนต่างด้าวให้หนักขึ้น ดังนี้

มาตรา 5 ให้ยกเลิกความในมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

สำหรับการประกอบธุรกิจบางประเภทที่มีความจำเป็นต้องได้รับการกำกับดูแลเป็นพิเศษเนื่องจากลักษณะของธุรกิจนั้นเองมีความสลับซับซ้อน หรืออาจต้องใช้ความรู้ความสามารถเฉพาะทางในการกำกับดูแล จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายสำหรับเรื่องนั้น ๆ ไว้ใช้บังคับโดยเฉพาะ ดังนั้น กรณีที่มีความจำเป็น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ให้การยกเว้นสำหรับธุรกิจที่มีกฎหมายบังคับไว้เป็นพิเศษแล้ว หรือกรณีที่มีความตกลงอื่น ๆ กับต่างประเทศไว้ก็เป็นผลให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ไม่อาจนำมาบังคับใช้ได้

1.4.2 ข้อยกเว้นของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.

2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นบทบัญญัติหลักที่ใช้สำหรับควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย เว้นแต่

1. กรณีที่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติได้รับการยกเว้นโดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10²⁶ อนุญาตให้คนต่างด้าวที่เป็นคนชาติของสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคี หรือมีพันธกรณีผูกพันให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องถูกกำหนดจำนวนผู้ถือหุ้นคนไทยหรือสัดส่วนในการลงทุนกรณีที่ขออนุญาตประกอบกิจการตามบัญชีสอง รวมทั้งไม่ต้องขออนุญาตการประกอบธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามภายใต้หลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ โดยการพิจารณาการประกอบธุรกิจดังกล่าว กฎหมายกำหนดให้เป็นไปตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่

²⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 “บทบัญญัติมาตรา 5 มาตรา 8 มาตรา 15 มาตรา 17 และมาตรา 18 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย”

กำหนดไว้ในสนธิสัญญานั้น ๆ หรือตามพันธกรณีนั้น ๆ ทั้งนี้ ผู้วิจัยพบว่าคนชาติที่จะได้รับ ยกเว้นตามมาตรา 10 นี้ ปัจจุบันมีเพียงคนชาติของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น เนื่องจากประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาเพียงฉบับเดียว²⁷ คือ สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทาง เศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา (Treaty of Amity and Economic Relations between the Kingdom of Thailand and the United States of America) โดยจุดเริ่มต้นของ สนธิสัญญาฉบับนี้มีการลงนามฉบับแรกตั้งแต่ปี ค.ศ.1833 ตามด้วยการลงนามในสนธิสัญญาปี 1856 และปี 1937 ตามลำดับ มาจนถึงฉบับปัจจุบันที่ลงนามในวันที่ 29 พฤษภาคม 2509 หรือ ค.ศ. 1966 ระหว่างนายถนัด คอมันตร์ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในขณะนั้น กับนายแกร แฮม มาร์ติน เอกอัครราชทูตวิสามัญผู้มีอำนาจเต็มแห่งสหรัฐอเมริกาประจำประเทศไทยมีผลใช้บังคับกับทั้ง ประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาในวันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2511 ซึ่งสนธิสัญญานี้ใช้แทนและ ยกเลิกสนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือ พ.ศ. 2480 โดยการลงนามในสนธิสัญญาฉบับ นี้ฝ่ายไทยถือว่าสหรัฐให้ความสำคัญกับประเทศไทยมาก เพราะสหรัฐลงนามในสนธิสัญญา ลักษณะนี้กับประเทศในเอเชียเพียง 4 ประเทศเท่านั้นคือ ญี่ปุ่น เกาหลีใต้ ไต้หวัน และประเทศไทย และจนถึงขณะนี้ทุกประเทศยังคงรักษาสถิติสนธิสัญญาทางไมตรีกับสหรัฐไว้โดยไม่มีประเทศใดยกเลิก สำหรับเนื้อหาในสนธิสัญญาทางไมตรีฯ ไทย-สหรัฐนั้นถือเป็นสนธิสัญญาในรูปแบบของไมตรีและ ความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Friendship Commerce Navigation) แบ่งออกเป็น 14 ข้อด้วยกัน ครอบคลุมตั้งแต่เรื่องของการให้สิทธิคนชาติในการประกอบการค้าและพาณิชยกรรม ทั้งด้านการ บริการและการลงทุนจนถึงทรัพย์สินของคนชาติ²⁸

ขอบเขตการบังคับใช้และการเปิดเสรีการลงทุนภายใต้สนธิสัญญาไมตรีระหว่างไทยกับ สหรัฐอเมริกาไม่ได้กำหนดค่านิยมของการลงทุนเอาไว้ เพียงแต่ให้ใช้หลักการปฏิบัติเชิง คนชาติกับระเบียบและกฎหมายด้านการลงทุนของทั้งสองประเทศโดยให้ประเทศเจ้าบ้าน ปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างเท่าเทียมกันกับคนชาติของตนเอง ไม่ว่าจะในเรื่องสิทธิในการ จัดตั้งบริษัท สิทธิในการทำธุรกิจต่างๆ สิทธิในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ และสิทธิในทรัพย์สิน ทางปัญญาซึ่งหมายความว่าประเทศไทยไม่อาจจำกัดสิทธิดังกล่าวของคนชาติสหรัฐ หาก ประเทศไทยให้สิทธิดังกล่าวแก่คนไทยอย่างไร สิทธินั้นจะต้องขยายไปสู่คนชาติสหรัฐอย่างเท่า

²⁷ นฤมล สังข์สัมฤทธิ์, “ยังจำสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างไทยกับ สหรัฐอเมริกาได้ไหมคะ”, กระดานข่าว แหล่งที่มา:

http://www.archanwell.org/webboard/show.php?Category=board_1&No=2390

²⁸ แหล่งที่มา: กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ <

http://www.dtn.moc.go.th/dtndoc/news_ftaus57.html>

เทียบกันด้วย อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าคนชาติของประเทศคู่สัญญาจะต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่จะต้องมีหนังสือแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจให้ออกหนังสือรับรอง และกำหนดทุนขั้นต่ำไว้จำนวน 1 ล้านบาท

อย่างไรก็ดี สนธิสัญญาไมตรีก็มีข้อสงวนว่าประเทศคู่สัญญาอาจไม่ให้สิทธิแก่นักลงทุนอีกฝ่ายหนึ่งในการประกอบธุรกิจต่อไปนี้ ได้แก่ ธุรกิจสื่อสาร ธุรกิจที่เป็นที่ไว้วางใจการรับฝากเงิน และธนาคาร การใช้ประโยชน์จากที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ธุรกิจการค้าด้านการเกษตร และการประกอบวิชาชีพต่าง เช่น กฎหมาย แพทย์ สถาปนิก เป็นต้น นอกจากนี้ สนธิสัญญาดังกล่าวยังไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนสหรัฐในการถือครองที่ดินและสิทธิในการเข้าเมือง นอกจากนี้ ในสนธิสัญญาดังกล่าวมิได้มีบังคับนักลงทุนให้ดำเนินการบางอย่าง (Performance requirements) โดยการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เช่น การบังคับให้ส่งออก การบังคับใช้วัตถุดิบในประเทศ การควบคุมการส่งผลกำไรและเงินตราออกนอกประเทศและการบังคับให้ถ่ายโอนเทคโนโลยี เป็นต้น

2. กรณีที่คนต่างด้าวนั้นเข้ามาประกอบกิจการ โดยได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือประกอบกิจการในนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12²⁹ ได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพื่อประกอบกิจการที่กำหนดไว้ตามบัญชีสองและบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น ไม่ต้องอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตลอดระยะเวลาที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ฉะนั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงสามารถอนุญาตให้ผู้ประกอบธุรกิจที่เป็นคนต่างด้าวให้ถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคลได้ถึง 100%

²⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12 วรรคหนึ่ง “ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยกนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือตามกฎหมายอื่นเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกแล้วแต่กรณี”

เว้นแต่ กิจการซึ่งเป็น โครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์ การประมง การสำรวจและการทำเหมืองแร่ และการให้บริการตามที่ ปรากฏในบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องมีผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่า ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน ทั้งนี้ เมื่อมีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการอาจกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติเป็นการเฉพาะสำหรับกิจการที่ให้การส่งเสริมบางประเภทได้³⁰

3. กรณีที่มีการประกอบกิจการบางประเภทมีกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับหลักเกณฑ์สำหรับควบคุมคนต่างด้าวบัญญัติไว้แล้ว

การประกอบธุรกิจสำหรับกิจการบางประเภท เช่น กิจการธนาคารพาณิชย์ กิจการประกันภัย กิจการโทรคมนาคม เป็นต้น ตามมาตรา 13³¹ ได้กำหนดให้หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะแห่งกิจการนั้น ๆ อย่างไรก็ดี มาตรา 13 นี้เป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไปนั้นต้องตีความโดยเคร่งครัด คือ เฉพาะกรณีที่กฎหมายอื่นได้กำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วน การลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใดเท่านั้นจึงให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและไม่ให้นำความในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับเฉพาะในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้วเท่านั้น มิใช่เป็นการยกเว้น ไม่ใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ทั้งฉบับ³² ซึ่งกฎหมายแต่ละฉบับก็ได้บัญญัติถึงนิยามของคนต่างด้าวเอาไว้ ดังนี้

³⁰ โปรดดู พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 20

³¹ มาตรา 13 ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมีให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

³² คณะกรรมการกฤษฎีกา, “เลขเสร็จ 585/2544บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องหารือปัญหาข้อกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542,” วารสารกฎหมายปกครอง เล่มที่ 20, ตอนที่ 3 (2544): หน้า 118.

- ก. ประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดห้ามให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน บริษัท จำกัดที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกิน 49 % หรือมีจำนวนผู้ถือหุ้นมากกว่าครึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดของบริษัท³³
- ข. พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 กำหนดให้บริษัทประกันชีวิตต้องมีคนไทยถือหุ้นในบริษัท ไม่น้อยกว่าสามในสี่ของหุ้นทั้งหมดและมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด³⁴
- ก. พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 กำหนดให้บริษัทผู้จดทะเบียนเครื่องบินของตนเป็นอากาศยานไทยต้องเป็นบริษัทที่คนไทยถือหุ้น ไม่ต่ำกว่า 51%³⁵

³³ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97 “บริษัทจำกัดที่มีทุนของคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 หรือเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน”

³⁴ พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 10 บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด

³⁵ พระราชบัญญัติการเดินอากาศ พ.ศ. 2497 (ฉบับที่ 10) พ.ศ. 2542 มาตรา 31 “ผู้ซึ่งจดทะเบียนอากาศยานจะเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ตามต้องมีสัญชาติไทย ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทยมีสำนักงานใหญ่ของห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และ

- (๑) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย
- (๒) ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งต้องรับผิดชอบร่วมกัน โดยไม่จำกัดจำนวนต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (๓) ในกรณีที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดบริษัทนั้นต้องมีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และหุ้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดต้องเป็นของบุคคลในประเภทต่อไปนี้แต่ละประเภท โดยลำพังหรือหลายประเภทรวมกัน
- (ก) บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (ข) กระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาล
- (ค) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งกระทรวง ทบวง กรม ในรัฐบาลถือหุ้นอยู่ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมด
- (ง) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยถือหุ้นอยู่ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทั้งหมด
- (จ) นิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- ถ้าเป็นสมาคม ต้องจดทะเบียนตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่ของสมาคมตั้งอยู่ในราชอาณาจักร และข้อบังคับของสมาคมนั้น ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการการบินพลเรือนแล้ว”

- ง. พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 บัญญัติให้บริษัทที่จะขอจดทะเบียนเป็นเรือของคน เป็นเรือไทย เพื่อทำการค้าในน่านน้ำไทยต้องมีผู้ถือหุ้นคนไทยถือหุ้นอย่างน้อย 70 % และมีคนไทยเป็นกรรมการบริษัทอย่างน้อยครั้งหนึ่ง หากประสงค์จะจดทะเบียนเรือ ไทยเพื่อประกอบการขนส่งระหว่างประเทศอย่างเดียวนั้น ผู้ถือหุ้นคนไทยต้องถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 51³⁶
- จ. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้ต้องมีคนไทยถือหุ้น ไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทุนทั้งหมดซึ่งเป็นนิยามที่อ้างอิงจากพระราชบัญญัติการ

³⁶ พระราชบัญญัติเรือไทย (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2540 มาตรา 7 “ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือ ไทยซึ่งทำการค้าในน่านน้ำไทยได้ตามมาตรา 47 ต้องมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

- (1) เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (2) เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญไม่จดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย
- (3) เป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ
- (4) เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยดังต่อไปนี้
 - (ก) ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดที่ผู้เป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิดชอบทั้งหมดเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งมีสัญชาติไทย และทุนไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

(ค) บริษัทจำกัดที่กรรมการ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อย กว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าวและไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(ง) บริษัทมหาชนจำกัดที่กรรมการ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทยและหุ้นอันเป็นทุนชำระ แล้วไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว”

มาตรา 7 ทวิ “ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งใช้ประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่าง ประเทศโดยเฉพาะ และไม่ทำการค้าในน่านน้ำไทยตามมาตรา 47 ต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย ซึ่งกรรมการ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เป็นบริษัทจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเจ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คน ต่างด้าว และไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(2) เป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเจ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่ คนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว”

ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ตามมาตรา 3 ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 (ฉบับที่ 2)³⁷

จะเห็นได้ว่า การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นหรือจำนวนผู้ถือหุ้นในกฎหมายที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ล้วนเป็นการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นข้างมากจะต้องถือ โดยคนไทยหรือนิติบุคคลไทยเพื่อมุ่งหมายให้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในกิจการเพื่อใช้สิทธิออกเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อประโยชน์ในการบริหารจัดการธุรกิจ

หากพิจารณาความเป็นเจ้าของกิจการแล้ว การเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในกิจการก็มีได้หมายความว่าบุคคลนั้น ๆ เป็นเจ้าของกิจการเสมอไป ทว่า ในทางปฏิบัติมักจะตีความว่า ผู้ถือหุ้นข้างมากนั้นเป็นเจ้าของกิจการ เนื่องจากในแง่ของการเป็นเจ้าของกิจการ บุคคลทั่วไป มักเข้าใจว่าผู้ถือหุ้นคือเจ้าของบริษัท ซึ่งตามความเป็นจริงแล้วในทางกฎหมายก็มีได้กำหนดเอาไว้เช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ในทางการเงิน หุ้นไม่ว่าจะเป็นหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิก็ตามถือเป็นตราสารทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งตราสารทุนนั้น ถือเป็น ตราสารที่มีลักษณะแสดงความเป็นเจ้าของกิจการ โดยผู้ถือหุ้นสามัญนั้นจะมีภาระผูกพันรับผิดชอบเกี่ยวกับทุนของบริษัทและจะได้รับส่วนของทุนนั้นคืนเฉพาะส่วนของกำไรและทรัพย์สินที่เหลือเมื่อเลิกกิจการ³⁸ ผู้ถือหุ้นสามัญจึงมีสิทธิตามกฎหมายที่จะออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทเพื่อแก้ไขเปลี่ยนแปลงหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับของบริษัทรวมถึงการเลือกกรรมการบริษัทเพื่อเข้าไปบริหารจัดการการดำเนินงานของบริษัทด้วย ดังเช่น มาตรา 100³⁹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 ที่ให้สิทธิผู้ถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่า

³⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 (ฉบับที่ 2) มาตรา 3 “ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใจเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการนี้คณะกรรมการอาจกำหนดให้ผู้ขอรับใบอนุญาตสำหรับการประกอบกิจการบางลักษณะหรือบางประเภทที่เป็นนิติบุคคลจะต้องกำหนดข้อห้ามการกระทำที่มีลักษณะเป็นการครอบงำกิจการ โดยคนต่างด้าวด้วยก็ได้”

³⁸ จิรฉัตร สังข์แก้ว, กลไกของตลาดการเงินในระบบเศรษฐกิจไทย, พิมพ์ครั้งที่ 2(กรุงเทพมหานคร: อมรินทร์พริ้นติ้งแอนด์พับลิชชิ่ง, 2546), หน้า 279, 283.

³⁹ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 100 “ผู้ถือหุ้นซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่ายี่สิบห้าคนซึ่งมีหุ้นนับรวมกันได้ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดจะเข้าชื่อกันทำหนังสือขอให้คณะกรรมการเรียกประชุมผู้ถือหุ้นเป็นการประชุมวิสามัญเมื่อใดก็ได้ แต่ต้องระบุเหตุผลในการที่ขอให้เรียกประชุมไว้ให้ชัดเจนในหนังสือดังกล่าว

ร้อยละ 20 ของหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดหรือไม่น้อยกว่า 25 คน ซึ่งถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 สามารถขอให้คณะกรรมการบริษัทเรียกประชุมผู้ถือหุ้นได้

จะเห็นได้ว่า ผู้ถือหุ้นก็คือผู้ลงทุนในบริษัทนั่นเอง ในทางกฎหมายจึงให้สิทธิผู้ถือหุ้นในการดำเนินงานและควบคุมการบริหารจัดการของบริษัทผ่านที่ประชุมผู้ถือหุ้น โดยการใช้สิทธิออกเสียงตามหุ้นที่ตนถือ โดยปกติ หุ้นสามัญจะมีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียง⁴⁰ สำหรับกรณีบริษัทมหาชน ส่วนกรณีบริษัทจำกัดนั้น การนับสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นย่อมขึ้นอยู่กับวิธีลงคะแนนว่าใช้วิธีชুমือซึ่งจะนับเสียงจากจำนวนผู้ถือหุ้นและผู้รับมอบฉันทะที่เข้าประชุมโดยไม่คำนึงถึงจำนวนหุ้นที่ตนถือ หรือวิธีลงคะแนนลับ ซึ่งทำโดยวิธีใดก็ได้ตามแต่ประธานที่ประชุมจะกำหนดเมื่อมีผู้ถือหุ้นอย่างน้อย 2 คนร้องขอให้มีการลงคะแนนลับ โดยการนับเสียงจะนับตามจำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนถืออยู่⁴¹

1.4.3 ธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าในมาตรา 8 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดประเภทธุรกิจเป็น 3 บัญชี โดยบัญชี 1⁴² เป็นการห้ามโดยเด็ดขาดในทุกกรณีที่ไม่

ด้วย ในกรณีเช่นนี้คณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมผู้ถือหุ้นภายในหนึ่งเดือนนับแต่วันได้รับหนังสือจากผู้ถือหุ้น”

⁴⁰ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน พ.ศ. 2535 มาตรา 33 วรรคสี่ “ในการออกเสียงลงคะแนน ให้ผู้จองหุ้นมีคะแนนเสียงเท่าจำนวนหุ้นที่จอง โดยถือว่าหุ้นหนึ่งมีเสียงหนึ่ง”

⁴¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1182 และมาตรา 1190.

⁴² บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาด โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ในบัญชี 2⁴³ ห้ามคนต่างด้าวประกอบ
ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม
จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้านหรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือ
สิ่งแวดล้อมแต่คนต่างด้าวอาจขอรับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีได้ ส่วน
ในบัญชี 3⁴⁴ ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบ

(8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(9) การค้าที่ดิน

⁴³ บัญชีสอง: ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อ
ศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน

(6) การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

(1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือข่อยหิน

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

⁴⁴ บัญชีสาม : ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

(1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น
 - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชน ด้านการสาธารณสุข โภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น
 - (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
 - (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน
 - (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (12) การขายทอดตลาด ยกเว้น
 - (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือ โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
 - (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้
- (14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (16) การทำกิจการ โฆษณา
- (17) การทำกิจการ โรงแรม เว้นแต่บริการจัดการ โรงแรม
- (18) การนำเที่ยว
- (19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

กิจการกับคนต่างด้าว ยกเว้นคนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวบางประเภทตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ ได้รับการยกเว้นให้ประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติได้ ดังนี้

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเป็นการเฉพาะกาล⁴⁵ หมายถึง คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยให้เข้ามาประกอบธุรกิจในประเภทธุรกิจบางประเภทได้เป็นกรณีพิเศษเฉพาะรายโดยการพิจารณาเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี โดยไม่ต้องตกอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ ในการพิจารณาอนุญาต คณะรัฐมนตรีไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวประเภทนี้มีผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยีอย่างไร⁴⁶ และหากธุรกิจที่ร้องขอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติเป็นธุรกิจตามบัญชีสามที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ก็ไม่จำเป็นต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการแต่อย่างใด⁴⁷ ทั้งหากธุรกิจที่ขออนุมัติเป็นธุรกิจตามบัญชีที่สอง ก็ไม่ถูกกำหนดให้ต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลอีกด้วย⁴⁸

1.4.4 ธุรกิจที่ไม่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าว

ตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามไม่ให้

-
- (20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช
 - (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁴⁵ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

⁴⁶ มาตรา 5 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

⁴⁷ มาตรา 8 และ 17 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

⁴⁸ มาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

คนต่างด้าวทำไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมี วัตถุประสงค์เพื่อสงวนไว้ให้เป็นธุรกิจสำหรับคนไทย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ทุกประเภท เว้นแต่ ธุรกิจต่าง ๆ ตามประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ที่กฎหมายกำหนดห้ามทำซึ่งมีทั้งหมด 43 ประเภท โดยแบ่งออกเป็น 3 บัญชี ได้แก่ บัญชี 1 บัญชี 2 และบัญชี 3

ในการประกอบธุรกิจประเภทที่ไม่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าว ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้ในวรรคแรกเกี่ยวกับทุนขั้นต่ำว่า “ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท” ซึ่งทุนขั้นต่ำหมายความว่า “ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย”

จากบทบัญญัติในมาตรา 14 ผู้วิจัยเห็นว่า แม้บทมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดไว้โดยตรงว่าคนต่างด้าวที่มีได้ประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากวรรคสองของมาตราดังกล่าวที่กำหนดทุนขั้นต่ำสำหรับคนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่เป็นธุรกิจที่อาจขอรับอนุญาตได้ไว้โดยเฉพาะแล้ว โดยกำหนดให้มีทุนขั้นต่ำสามล้านบาท จึงพิจารณาได้ว่า แม้คนต่างด้าวประสงค์จะประกอบธุรกิจที่ไม่ต้องห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม คนต่างด้าวนั้นก็ยังคงอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 14 วรรคแรกซึ่งต้องมีทุนขั้นต่ำสองล้านบาทไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยหรือไม่ หรือเป็นบุคคลธรรมดาก็ตามเพียงแต่คนต่างด้าวนั้น ๆ ไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบธุรกิจเท่านั้นเอง

1.5 หลักสุจริต

หลักสุจริต ถือเป็นกฎหมาย “หลักทั่วไป” (General principle) แต่ไม่ใช่กฎหมายทั่วไป (Jus Generale) ที่ถูกยกเว้น โดยกฎหมายพิเศษ แต่หลักสุจริตถือเป็นบทกฎหมายครอบจักรวาลที่สามารถใช้ปรับกับการตีความกฎหมายได้ทุกแขนงไม่ว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายเอกชน หรือกฎหมายมหาชนก็ตาม

มาตรา 5 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

และในมาตรา 6 ที่บัญญัติว่า “ท่านว่าให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า บุคคลทุกคนกระทำการโดยสุจริต” ซึ่งหลักสุจริตนี้ถูกใช้ในความหมายที่แตกต่างกัน คือ

- (1) หลักสุจริตทั่วไป
- (2) หลักสุจริตเฉพาะเรื่อง

สำหรับหลักสุจริตเฉพาะเรื่องนั้น ความหมายของคำว่า “สุจริต” ในเรื่องนี้จะหมายถึง ความรู้หรือไม่รู้ข้อเท็จจริงของคู่กรณีที่เกี่ยวข้อง ดังปรากฏในกฎหมายไทย เช่น มาตรา 412, 413, 1299, 1300, 1303, 1310, 1311, 1312 เป็นต้น ซึ่งบทบัญญัติเหล่านั้น จะมุ่งหมายถึงการรู้หรือไม่รู้ ข้อเท็จจริงของคู่กรณี หากไม่รู้ก็ถือว่าสุจริตและย่อมได้รับประโยชน์จากการกระทำอันสุจริตตามที่ กฎหมายบัญญัติไว้ เช่น กรณีของมาตรา 412 เรื่องลาภมิควรได้ ซึ่งการได้รับทรัพย์สินมาในฐานะลาภ มิควรได้นั้น ในการส่งคืนลาภมิควรได้ จะต้องพิจารณาว่าผู้รับได้รับไว้โดยสุจริตหรือไม่ หากสุจริต ก็ต้องส่งคืนลาภมิควรได้นั้น เพียงส่วนที่เหลืออยู่ แต่หากไม่สุจริตแล้ว ผู้ได้มาซึ่งลาภมิควรได้นั้น จะต้องส่งคืนให้เต็มจำนวน หลักสุจริตเฉพาะเรื่องจึงตีความได้อย่างแคบ และใช้จำกัดเฉพาะกรณีที่ กฎหมายมุ่งหมายจะยกเว้นบางประการให้แก่ผู้กระทำการโดยไม่รู้ถึงข้อเท็จจริงแห่งการกระทำของ ตนมิให้ต้องเสียหายมากเกินไป

ส่วนความหมายของหลักสุจริตทั่วไปนั้น ดังเช่นที่กล่าวมาแล้ว คือ มาตรา 5 หรือมาตรา 6 ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างกว้าง จึงสามารถนำไป ตีความประกอบกับตัวบทกฎหมายอื่น ๆ ได้อีก โดยหลักสุจริตทั่วไปในบทบัญญัติเหล่านี้ มิได้จำกัด เฉพาะถึงความรู้หรือไม่รู้ของคู่กรณี แต่มุ่งหมายจะพิจารณาถึงความประพฤติของบุคคลโดยทั่วไปที่

กฎหมายได้บัญญัติไว้ว่าการกระทำเหล่านั้นอยู่ในกรอบที่กฎหมายจะสนับสนุนหรือประณามหรือไม่⁴⁹

หลักสุจริตนี้ ถูกรับรองโดยบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกในประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (1900) และในประมวลกฎหมายแพ่งสวิส (1907) ทั้งนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายไทยมาตรา 5 หลักสุจริตของไทยนั้นเลียนแบบมาจากบทบัญญัติในมาตรา 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งสวิสเซอร์แลนด์ ซึ่งมีข้อความว่า

“ในการใช้สิทธิก็ดี ในการปฏิบัติหน้าที่ก็ดี ทุกคนจะต้องกระทำการ โดยสุจริต

การใช้สิทธิไปในทางที่ผิดอย่างชัดแจ้งย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย”⁵⁰

จะเห็นได้ว่า ในมาตรา 2 วรรคแรก มีถ้อยคำอย่างเดียวกับหลักสุจริตในมาตรา 5 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ คือ หลักสุจริตทั่วไปซึ่งถือเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานการปฏิบัติของคนในสังคมโดยทั่วไปว่าพึงจะปฏิบัติตนบนพื้นฐานของความสุจริต ส่วนวรรคสองนั้นสามารถเทียบเคียงได้กับหลักการใช้สิทธิเกินส่วนในเรื่องละเมิดตามมาตรา 421 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะให้เกิดเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

หลักสุจริตทั่วไปนี้ ถือเป็น “ถ้อยคำของกฎหมายที่มีความไม่แน่นอน” เพื่อให้เป็นบทบัญญัติที่ยืดหยุ่นและให้ศาลมีโอกาสใช้ดุลพินิจได้มาก ซึ่งเป็นข้อดีของถ้อยคำของกฎหมายที่มีความหมายไม่แน่นอน โดยหลักสุจริตนี้ กล่าวได้ว่าถือเป็นพื้นฐานของกฎหมายทุกแขนง เนื่องจากกรณีที่กฎหมายมิได้บัญญัติไว้ชัดแจ้งถึงลักษณะการกระทำใด ๆ แล้ว หลักสุจริตก็สามารถนำไปปรับใช้ได้ เนื่องจากถ้อยคำของกฎหมายนี้ เป็นถ้อยคำของกฎหมายที่มีความไม่แน่นอน อย่งไรก็

⁴⁹ ปรีดี เกษมทรัพย์, “หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ,” ใน หนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, (2526).

⁵⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 3.

ตาม ถ้อยคำของกฎหมายที่มีความไม่แน่นอนนี้ก็มีข้อเสีย คือ ทำให้ฐานะในทางกฎหมายของ คู่กรณี ไม่แน่นอน เพราะการตีความว่า การใช้สิทธิอย่างไรจึงจะเป็นการใช้สิทธิโดยสุจริตย่อมขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล เป็นต้น⁵¹

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักนี้ในกฎหมายเยอรมัน ถือเป็นหลักที่ศักดิ์สิทธิ์และอยู่เหนือ บทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๆ โดยหลักนี้ใช้ได้เป็น 3 แนวทาง คือ

- ใช้เพื่อเสริมให้กฎหมายหรือสัญญาสมบูรณ์ขึ้น (Erganzung)
- ใช้ปรุงแต่งเรื่องให้สอดคล้องกับสถานการณ์ใหม่ที่เปลี่ยนแปลงไป (Anpassung)
- ใช้ในทางต่อสู้ขัดขวาง (Erkämpfung) การกระทำอันไม่ชอบมาพากล (Unredlich)⁵²

สรุปได้ว่า หลักสุจริตทั่วไป ดังปรากฏในมาตรา 5 และมาตรา 6 นั้น เป็นหลักกฎหมายที่เป็นรากฐานสำคัญของกฎหมายแพ่งของไทยทั้งระบบที่เป็นบทบัญญัติกฎหมายเพื่อความยุติธรรม โดยชี้ให้เห็นถึงรากฐานทางศีลธรรมของสังคมว่า บุคคลทุกคนพึงปฏิบัติต่อกันด้วยความสุจริต และหากผู้ใดใช้สิทธิโดยไม่สุจริต หรือใช้สิทธิโดยมุ่งหรือทำให้จะเกิดแต่ความเสียหายแก่ผู้อื่น การกระทำของผู้นั้น ย่อมถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อหลักสุจริตทั่วไปนี้ ด้วยเหตุนี้ หากบุคคลใดกระทำการตามสิทธิที่บัญญัติไว้ในกฎหมายด้วยเจตนาไม่สุจริตแล้ว การนำหลักสุจริตทั่วไปมาปรับใช้ในทางต่อสู้ขัดขวางก็จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้อย่างยืดหยุ่น และไม่ต้องติดอยู่กับถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งจะทำให้ไม่สามารถตีความเป็นอย่างอื่นได้

⁵¹ หยุค แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 107.

⁵² ปรีดี เกษมทรัพย์, “หลักสุจริตคือหลักความซื่อสัตย์และความไว้วางใจ,” ใน หนังสืออนุสรณ์พระราชทานเพลิงศพ รศ.ดร. สมศักดิ์ สิงห์พันธ์, (2526), หน้า 4.

2. ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางที่ปรากฏในประเทศไทย

เมื่อพิจารณาประเภทธุรกิจที่บัญญัติในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พบว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กีดกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจบริการในทุกสาขาซึ่งเป็นธุรกิจตามบัญชีสามเป็นส่วนใหญ่ ทว่าปัจจุบันในทางปฏิบัติ ผู้ประกอบการต่างด้าวสามารถเข้าประกอบธุรกิจบริการที่ต้องห้ามในเกือบทุกสาขาบริการในทางปฏิบัติทั้งในลักษณะที่เป็นการถือหุ้นทางอ้อมโดยมิได้กระทำผ่านผู้ถือหุ้นอำพราง และในลักษณะที่ผิดกฎหมายโดยการถือหุ้นอำพรางทั้งโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลไทย ซึ่งพบว่าผู้ประกอบการต่างด้าวมีส่วนแบ่งตลาดในหลายสาขาซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบการ เช่น ร้อยละ 82 (2 ราย) ในธุรกิจโทรศัพท์มือถือ ร้อยละ 75 ในธุรกิจไฮเปอร์มาร์เก็ต (3 ราย) ร้อยละ 44 ในบริการโลจิสติกส์ (5 ราย) ร้อยละ 33 ในธุรกิจไปรษณีย์ด่วนพิเศษ (3 ราย)⁵³ ซึ่งกรณีศึกษาที่เกิดขึ้นในธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวทำนี้ พบว่าการเข้าประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจที่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะใช้การจัดโครงสร้างการถือหุ้น โดยกำหนดให้คนต่างด้าวหรือผู้ถือหุ้นอำพรางถือหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้ห้ามการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิไว้ ผู้ก่อการจัดตั้งบริษัทจึงอาจกำหนดสิทธิของหุ้นให้ดีกว่า หรือด้อยสิทธิกว่าหุ้นสามัญได้ โดยแบ่งสภาพปัญหาดังกล่าวเป็น 2 แนวทาง คือ

- ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สิน คือ สิทธิในการได้รับเงินปันผล
- ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการครอบงำกิจการ คือ การลดสิทธิออกเสียง หรือการเพิ่มสิทธิออกเสียง

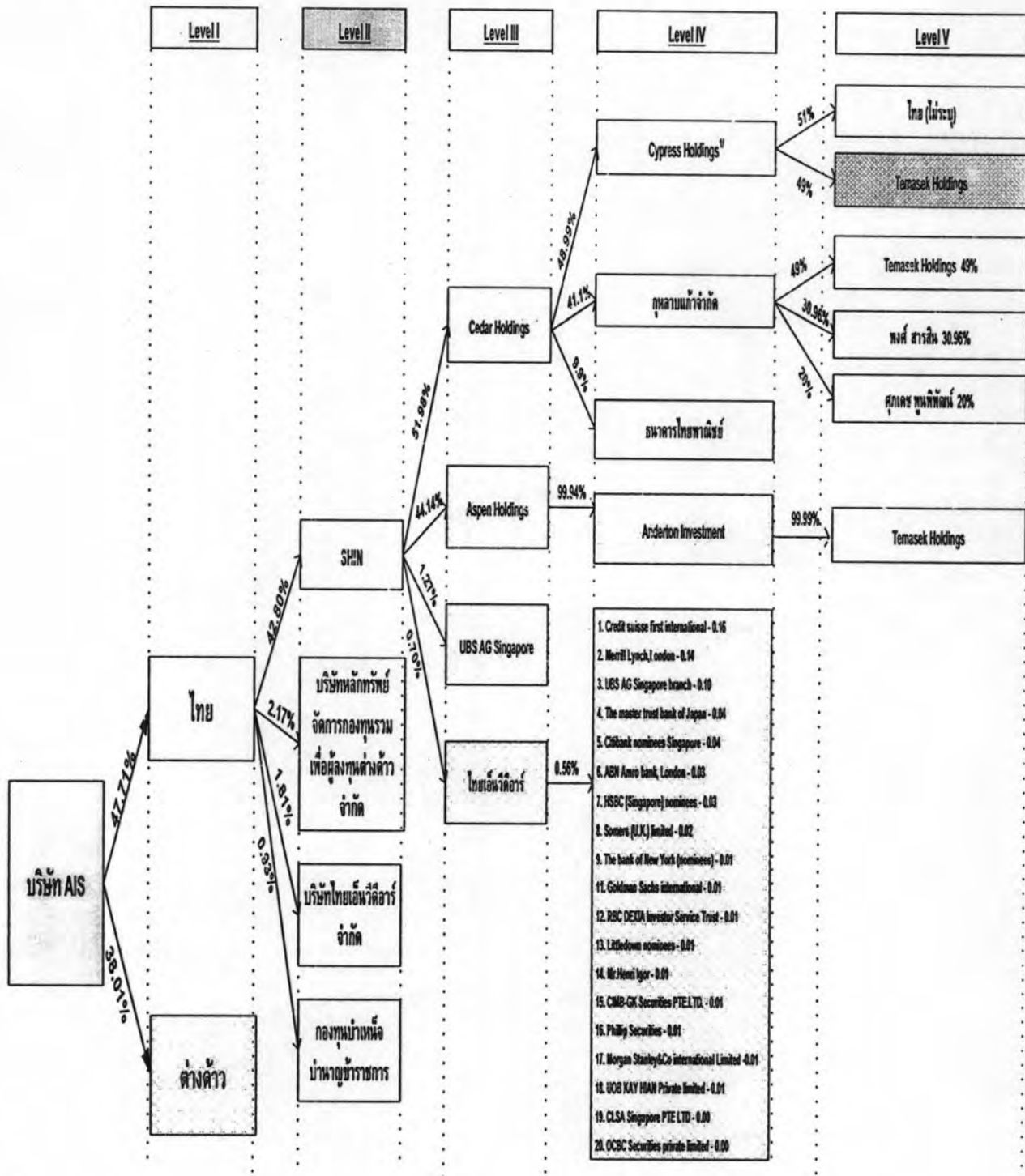
จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน พบว่ากลุ่มธุรกิจโทรคมนาคมมีลักษณะการถือหุ้นโดยคนต่างด้าวในลักษณะการถือหุ้นบุริมสิทธิโดยคนไทยซึ่งกำหนดสภาพหุ้นให้เป็นหุ้นด้อยสิทธิหรือเป็นหุ้นที่มีสิทธิดีกว่าแล้วแต่กรณี รวมทั้งการจัดโครงสร้างการถือหุ้นหลายลำดับชั้นเพื่ออำพรางอำนาจบริหารจัดการที่แท้จริง ดังกรณีศึกษาต่อไปนี้

⁵³ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์และสุณีพร ทวรรณกุล, “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย”, เอกสารในการสัมมนาวิชาการเรื่องสู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นจีน คอร์ปอเรชั่น เสนอที่โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ปาร์ค 25 สิงหาคม 2549, หน้า vii

2.1 กรณีชินคอร์ป

จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน คือ การซื้อกิจการของกลุ่มบริษัทชินคอร์ปอเรชันกับกลุ่ม Temasek ของประเทศสิงคโปร์ที่เกิดขึ้นในพ.ศ. 2549 นั้น รูปแบบการวางโครงสร้างของการเข้าถือหุ้นในกิจการของบริษัทชินคอร์ปอเรชันที่กลุ่ม Temasek เป็นผู้ซื้อกิจการนั้นก็มิมีลักษณะของการกำหนดรูปแบบหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะด้อยสิทธิเพื่อให้คนไทยที่ร่วมลงทุนถือได้ และมีการถือหุ้นกันเป็นทอด ๆ ในลักษณะของการเข้าถือหุ้นทางอ้อมกันอย่างเป็นลำดับ โดยมีโครงสร้างการถือหุ้นภายหลังการซื้อขาย ณ วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2549 ดังนี้

โครงสร้างการถือหุ้นของบริษัทแอดวานซ์ อินโฟร์ เซอร์วิส จำกัด (มหาชน) (AIS)
(ข้อมูลผู้ถือหุ้น ณ วันที่ 4 เมษายน พ.ศ. 2549)



ที่มา: รวบรวมโดยเคเอ็นดี นิคมบริรักษ์ โดยอาศัยข้อมูลจากแหล่งข้อมูลที่สำคัญ คือ (1) ข้อมูลบริษัทจดทะเบียน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ (2) ข้อมูลบริษัทจดทะเบียนออนไลน์ บริษัท บิซิเนส ออนไลน์ จำกัด และ(3) ข้อมูลบริษัทออกหลักทรัพย์ ตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย

จะเห็นได้ว่า บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่จดทะเบียนต่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และถือเป็นนิติบุคคลไทย หากพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (4) เพราะมีผู้ถือหุ้นคนไทย คือ นายพงศ์ สารสิน และนายศุภเดช พูนพิพัฒน์ ถือหุ้นบริมสิทธิ์รวมกันเท่ากับ 50.96% และผู้ถือหุ้นข้างน้อยเป็นนิติบุคคลที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าว (Temasek Holdings) คือ ไชเพรส โฮลดิ้งส์ ที่ถือหุ้นสามัญในกุหลาบแก้วอยู่ 49% ซึ่งการถือหุ้นของคนไทยทั้งสองนั้นอยู่ภายใต้ข้อบังคับของกุหลาบแก้วที่กำหนดไว้ในข้อ 20 กำหนดให้หุ้นบริมสิทธิ์ 10 หุ้นมีสิทธิออกเสียงได้เพียง 1 เสียง เป็นเหตุให้คนไทยแม้ถือหุ้นข้างมาก แต่มีสิทธิออกเสียงรวมกันไม่ถึง 10% ในขณะที่ไชเพรสซึ่งมีสิทธิออกเสียงโดยคนต่างด้าว จะออกเสียงได้ถึง 90.59% โปรดดูตาราง

รายชื่อผู้ถือหุ้น	จำนวนหุ้น	%การถือหุ้น	สิทธิในการออกเสียง (ตามข้อบังคับ)	%คะแนนเสียง (ตามจริง)
1. นายพงศ์ สารสิน (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	3,096	30.96	309	5.71
2. นายศุภเดช พูนพิพัฒน์ (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	2,000	20	200	3.70
3. นางสาวบุญรัตน์ อภิวิศาลกิจ (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	1	0.04	- 0 -	- 0 -
4. นางสาวสายฝน เจริญเกียรติ (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	1			
5. นางสาวอรุณี ธำรงค์ธนกิจ (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	1			
6. นางสาวอมรรัตน์ สภาพรานนท์ (หุ้นบริมสิทธิ์ กลุ่ม "ก")	1			
7. Cypress Holdings (หุ้นสามัญกลุ่ม "ข")	4,900	49	4,900	90.59
รวมผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น จำนวน 7 ราย	10,000	100	5,409	100

ที่มา 25 คำถามเบื้องหลังเทคโอเวอร์ซิลิคอนคอร์ป⁵⁴

ที่ว่า ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งดูเฉพาะจำนวนหุ้นที่คนไทยถืออยู่เพียงลำดับขั้นเดียวทำให้กุหลาบแก้วเป็นนิติบุคคลไทย และเมื่อเข้าถือหุ้นจำนวน 41.1% และเมื่อรวมกับธนาคารไทยพาณิชย์อีก 9.9% ในบริษัทซีคาร์โฮลดิ้งส์ จำกัด สัดส่วนการถือหุ้นของคนไทยจะเป็นจำนวน 51% ส่วนการถือหุ้นโดยกลุ่มเทมาเสก ถือผ่านไชเพรสโฮลดิ้งส์ จำนวน 49% และเมื่อกุหลาบแก้วซึ่งเป็นนิติบุคคลไทย เข้าถือหุ้นข้างมากในซีคาร์ โฮลดิ้งส์ ย่อมทำให้ซีคาร์ โฮลดิ้งส์มีสัญชาติไทยไปด้วย ไม่ขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามนิยามในมาตรา 4 และเมื่อซีคาร์โฮลดิ้งส์ เข้าซื้อกิจการของซิลิคอนคอร์ปย่อมไม่ทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในซิลิคอนคอร์ปเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้

⁵⁴ ม้านอกและเค็กนอกกรอบ, "SHIN มีหัวใจเป็นสิงคโปร์ได้อย่างไรและผิดกฎหมายหรือไม่," ใน 25 คำถามเบื้องหลังเทคโอเวอร์ซิลิคอนคอร์ป, ภิญญา ไตรสุริยธรรมา, (กรุงเทพมหานคร: openbooks, 2549), หน้า 46.

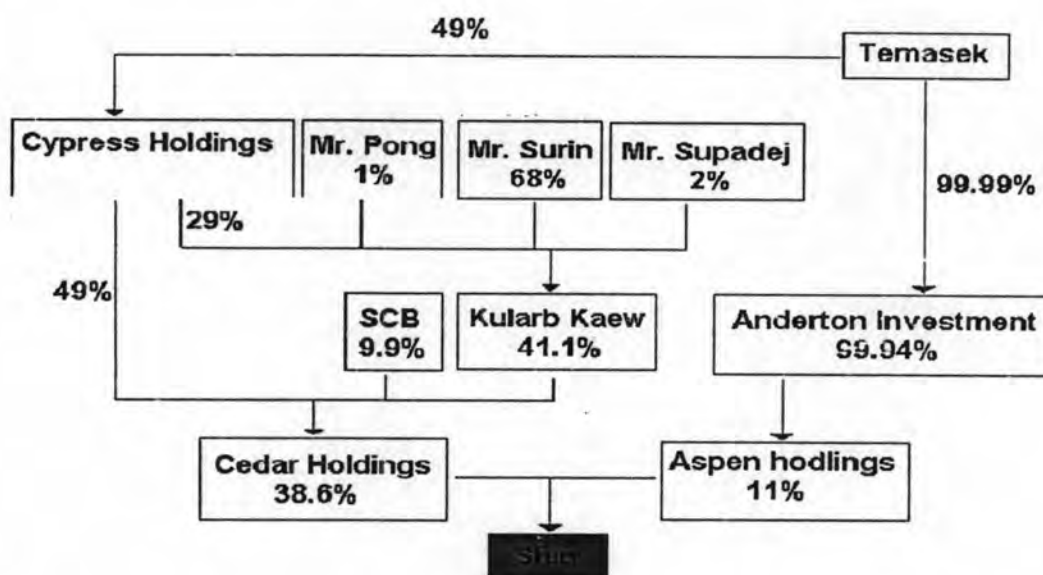
เนื่องจากบริษัทชินคอร์ป ซึ่งเป็นบริษัท โฮลดิ้ง ถือหุ้นในบริษัทลูกที่ประกอบธุรกิจ ด้านบริการซึ่งเป็นธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับเฉพาะคนไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันได้แก่ บริษัท เอไอเอส จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการ โทรศัพท์เคลื่อนที่ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ซึ่งประกอบกิจการ โทรศัพท์ บริษัท ชินแซทเทลไลท์ จำกัด ซึ่งประกอบ ธุรกิจดาวเทียม และบริษัท ไทย แอร์เอเชีย จำกัด ซึ่งประกอบกิจการการบินตามที่ได้กล่าวมาแล้ว การที่บมจ. ชินคอร์ปอเรชันจะขายหุ้นให้แก่เทมาเส็กโดยตรงนั้น จะทำให้สัดส่วนหุ้นของคนต่าง ด้าวถือหุ้นอยู่ใน บมจ. ชิน คอร์ปอเรชันถึงร้อยละ 90 ซึ่งจะทำให้บริษัทมีสถานภาพเป็นนิติบุคคล ต่างด้าวทันที ทำให้ไม่สามารถประกอบธุรกิจบริการทุกประเภทได้ จึงต้องมีการตั้งบริษัท โฮลดิ้ง ขึ้นมาคือ บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด และบริษัท ซีตาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด ถือหุ้นเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้ บริษัท ชิน คอร์ปอเรชัน จำกัด (มหาชน) เป็นนิติบุคคลต่างด้าว

สังเกตได้ว่า ในธุรกรรมครั้งนี้ มีพฤติกรรมที่อาจถือได้ว่าเป็นการถือหุ้นอำพรางทั้ง 2 รูปแบบ คือ การถือหุ้นอำพรางโดยบุคคลธรรมดา และการถือหุ้นอำพรางโดยนิติบุคคล ซึ่งการถือ หุ้นอำพรางนี้เป็นการถือหุ้นอำพรางเพื่อการประกอบธุรกิจโดยอ้อมอีกทอดหนึ่ง ซึ่งกุหลาบแก้วนั้น มีพฤติการณ์ที่ถือได้ว่านิติบุคคลดังกล่าวเข้าถือหุ้นแทนกลุ่มเทมาเส็กที่เป็นคนต่างด้าวในการเข้าถือ หุ้นในซีตาร์ โฮลดิ้งส์ เพื่อดำรงสถานะเป็นนิติบุคคลไทย และคนไทยทั้ง 2 ท่านคือนายพงศ์ สารสิน และนายสุภเดช พูนพิพัฒน์ มีพฤติการณ์ที่อาจถือได้ว่าเป็นบุคคลธรรมดาที่เข้าเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง ด้วยการถือหุ้นแทนกลุ่มเทมาเส็ก ทว่า จากผลการตรวจสอบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า⁵⁵ ได้ รายงานผลว่า “การถือหุ้นของนายพงศ์ สารสิน และนายสุภเดช พูนพิพัฒน์ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นชั้นที่สาม ยังไม่เป็นที่ชัดเจนว่าเป็นการถือหุ้นแทนบริษัท ไซเพรส โฮลดิ้งส์ จำกัด และบริษัท แอสเพน โฮล ดิ้งส์ จำกัด ซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือไม่”

และในรายงานการตรวจสอบฉบับเดียวกัน ทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้รายงานผลการ ตรวจสอบเกี่ยวกับนายสุรินทร์ อุปัทธกุล ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยที่เข้าซื้อหุ้นเพิ่มทุน ของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด โดยนายสุรินทร์ถือหุ้นสามัญจำนวน 272 ล้านหุ้นและหุ้นบุริมสิทธิ จำนวน 1 หุ้นส่งผลให้นายสุรินทร์เป็นผู้ถือหุ้นประมาณร้อยละ 68 โดยหลักฐานการจ่ายเงินค่าหุ้น ของนายสุรินทร์จำนวน 2,720,100 บาทเป็นเงินโอน BAHTNET TRN,LP BKHQ 48764 จาก ธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้แบงกิงคอร์ปอเรชัน จำกัด ตามคำสั่งของนายสุรินทร์และเงินดังกล่าว เป็นเงินโอนตามคำสั่งมาจาก Fairmont Investments Group Inc. ธนาคาร Credit Suisse Singapore

⁵⁵รายงานผลการดำเนินงานของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานเลขานุการคณะกรรมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว ที่ พณ 0810/026 วันที่ 10 สิงหาคม 2549

อีกทอดหนึ่งซึ่งหลักฐานการจดทะเบียนบริษัท Fairmont จดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่หมู่เกาะบริติช เวอร์จิน ไอส์แลนด์ เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2548 มีวัตถุประสงค์หลักคือร่วมลงทุน โดยบริษัท กรีนแลนด์ จำกัด แต่ผู้เดียวมีอำนาจกระทำการแทนบริษัทและตามหนังสือมอบอำนาจบริษัท กรีนแลนด์ จำกัด ได้มอบอำนาจให้นายสุรินทร์ อุปพัทรกุล เป็นผู้กระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับ การลงทุนของบริษัท จะเห็นได้ว่า เงินลงทุนของนายสุรินทร์นั้นเป็นเงินลงทุนของคนต่างด้าว ทั้งสิ้น โครงสร้างการถือหุ้นปัจจุบันจึงเป็นไปตามตารางด้านล่างนี้



ที่มา JTJB International lawyers (Thailand)

ซึ่งจากพฤติการณ์เช่นนี้ เมื่อตรวจสอบแล้วทางกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงเห็นว่า “นายสุรินทร์ อุปพัทรกุลถือหุ้นลงทุนแทน Fairmont Investment Group Inc. ซึ่งเป็นคนต่างด้าวในบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด น่าจะพอเชื่อถือได้ว่าเป็นการถือหุ้นแทนบริษัท ไชเพรส โฮลดิ้งส์ จำกัด เพื่อให้บริษัท ไชเพรส โฮลดิ้งส์ จำกัด และบริษัท แอสเพน โฮลดิ้งส์ จำกัดซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) โดยหลีกเลี่ยงมิให้บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เป็นคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจการเป็นที่ปรึกษาและบริหารงาน บริการให้เช่าและบริการคอมพิวเตอร์ ซึ่งเป็นธุรกิจบริการตามบัญชีสาม (21) ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบ และเพื่อให้บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่นเพื่อประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบอีกด้วย ซึ่งการถือหุ้นแทนดังกล่าวเข้าข่ายเป็นความผิดตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542”

และจากรายงานฉบับเดียวกัน เมื่อผลการตรวจสอบของนายสุรินทร์ เข้าข่ายเป็นการถือ
หุ้นอำพรางเพื่อการประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวแล้ว จึงน่าจะพอเชื่อได้ว่า บริษัท กุหลาบแก้ว
จำกัด ควรที่จะมีสถานะเป็นคนต่างด้าว และเมื่อบริษัทกุหลาบแก้ว จำกัดเข้าไปถือหุ้นข้างมากใน
บริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด เป็นผลทำให้บริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัดมีสถานะเป็นคนต่างด้าวด้วย
และการที่บริษัท ซีคาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัดเข้าไปถือหุ้นข้างมากในบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด
(มหาชน) อีกทอดหนึ่ง เป็นผลทำให้บริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) มีสถานะเป็นคนต่าง
ด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามไปด้วย

จากรูกรกรมชินคอร์ปนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า ปัญหาที่ต้องนำมาวิเคราะห์เพิ่มเติมคือ

2.1.1 กรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “กุหลาบแก้ว”)
เมื่อเข้าไปถือหุ้นในชินคอร์ปแล้ว ควรจะถือว่าชินคอร์ปเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) หรือ (4)
ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่

ตามมาตรา 4 (3) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดให้
นิติบุคคลที่มีบุคลลธรรมดาต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ ถือหุ้นใน
นิติบุคคลนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดเข้าถือหุ้น ในนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมาย
ไทยให้ถือเป็นคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้

ตามมาตรา 4 (4) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดให้
นิติบุคคลที่มีบุคลลธรรมดาต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศ หรือนิติ
บุคคลที่มีบุคลลธรรมดาต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายต่างประเทศถือหุ้นในนิติ
บุคคลนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดเข้าถือหุ้น ในนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมาย
ไทยให้ถือเป็นคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้

เมื่อพิจารณาจากโครงสร้างการถือหุ้นของรูกรกรมชินคอร์ปนี้ พบว่า การถือหุ้นในรูกรกรม
นี้มีการถือหุ้นจำนวน 3 ลำดับชั้น คือ

- ลำดับชั้นที่ 1 การถือหุ้นของบริษัทซีคาร์ โฮลดิ้งส์ จำกัด (ซึ่งต่อไปนี้จะเรียกว่า “ซีคาร์”)
- ลำดับชั้นที่ 2 การถือหุ้นของกุหลาบแก้วในซีคาร์
- ลำดับชั้นที่ 3 การถือหุ้นของผู้ถือหุ้นในกุหลาบแก้ว



ด้วยเหตุนี้ หากพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ในแต่ละลำดับชั้นของการถือหุ้น ผู้วิจัยพบว่า จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏ กุหลาบแก้ว ก่อนมีการเพิ่มทุน มีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลธรรมดา สัญชาติไทย จำนวน 51% และอีก 49% ถือโดยไซเพรส ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีผู้ถือหุ้นต่างด้าว คือ กลุ่มเทมาเสก ที่ถือหุ้นในไซเพรสจำนวน 49% ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวแล้ว กุหลาบแก้วจะเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย ที่มีองค์ประกอบของผู้ถือหุ้นต่างด้าวรวมอยู่ด้วย จึงต้องพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวใน กุหลาบแก้ว ตามมาตรา 4 (4) เนื่องจากกุหลาบแก้วเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยอีกทอดหนึ่งถือหุ้นอยู่ เมื่อพิจารณาการถือหุ้นของไซเพรส ที่เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย และมีคนต่างด้าว คือ กลุ่มเทมาเสก ถือหุ้นจำนวน 49% จึงไม่ถึงสัดส่วนร้อยละ 50 ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าว ตามมาตรา 4(3) และเมื่อไซเพรส เข้าถือหุ้นในกุหลาบแก้ว กุหลาบแก้วจึงเป็นนิติบุคคลไทยไม่ตกเป็นคนต่างด้าวตามที่บัญญัติไว้ใน มาตรา 4 (4) และเมื่อกุหลาบแก้วไม่เป็นคนต่างด้าวแล้ว การถือหุ้นในลำดับชั้นถัดมาในซีดาร์ ก็ส่งผลให้ซีดาร์ไม่เป็นคนต่างด้าว และเมื่อซีดาร์เข้าถือหุ้นในชินคอร์ป ก็ส่งผลให้ชินคอร์ปไม่เป็นคนต่างด้าวตามความหมายของมาตรา 4 (3) หรือ มาตรา 4(4)

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวโดยรวมจากการถือหุ้นเป็นลำดับชั้นแล้ว ผู้วิจัยพบว่า ในธุรกรรมครั้งนี้ไซเพรส ได้เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในลำดับชั้นที่ 2 คือ ไซเพรส เข้าถือหุ้นโดยตรงในซีดาร์ และลำดับชั้นที่ 3 คือ ไซเพรสเข้าถือหุ้นในกุหลาบแก้วจำนวน 49% แต่การพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) และมาตรา 4 (4) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ผู้วิจัยพบว่า การพิจารณาการถือหุ้นอย่างเป็นลำดับชั้นนั้น ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะพิจารณาถึงลำดับชั้นการถือหุ้นถึงลำดับชั้นที่ 2 เท่านั้น คือ กรณีนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยนั้น ถูกถือหุ้นโดยนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย แต่มีคนต่างด้าวถือหุ้นนับแต่ร้อยละ 50 เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลตามมาตรา 4 (4) ประกอบกับการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้น ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็คำนวณเฉพาะในแต่ละลำดับชั้นของการถือหุ้นเท่านั้น มิได้คำนวณเป็นสัดส่วนรวมกรณีมีการถือหุ้นผ่านนิติบุคคลมาอีกทอดหนึ่ง เช่นกรณีของไซเพรสที่เป็นผู้ถือหุ้นในลำดับชั้นที่ 3 ในกุหลาบแก้ว

หากคำนวณสัดส่วนหุ้นของคนต่างด้าวในทุกลำดับชั้นที่เข้าถือหุ้นในชินคอร์ปแล้วจะเห็นได้ว่า สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในชินคอร์ปเมื่อรวมกับผู้ถือหุ้นต่างด้าวทั้งหมดแล้ว ย่อม

เกินสัดส่วนนับแต่ร้อยละ 50 ตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติในมาตรา 4

2.1.2 กรณีของบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่ประกอบธุรกิจแบบบริษัทโฮลดิ้งส์ เมื่อเข้าไปถือหุ้นในกลุ่มชินคอร์ปที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งประกอบธุรกิจแบบบริษัทโฮลดิ้งส์ และถือหุ้นในกิจการที่อยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า กรณีนิติบุคคลที่เข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ที่จะถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 ต้องพิจารณาตามมาตรา 4 (3) หรือมาตรา 4 (4) ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงซีคาร์ที่เข้าถือหุ้นในกลุ่มชินคอร์ป ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย และถือหุ้นโดยนิติบุคคลไทย คือ ธนาคารไทยพาณิชย์ รวมทั้งนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทยและถือหุ้นโดยนิติบุคคลต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 50 คือ กุหลาบแก้ว และถือหุ้นโดยตรงโดยนิติบุคคลที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวคือ ไชเพชร เมื่อพิจารณาจากการถือหุ้นของซีคาร์พบว่าซีคาร์ไม่ถือเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (4) เนื่องจากการพิจารณาถึงผู้ถือหุ้นต่างด้าวในนิติบุคคลที่เข้าถือหุ้นในบริษัทอื่นตามมาตรา 4 (4) จะพิจารณาเฉพาะการถือหุ้นโดยตรงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้แม้กุหลาบแก้ว จะมีผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวคือ ไชเพชร เช่นเดียวกับซีคาร์ก็ตาม สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในไชเพชรใน กุหลาบแก้วจะไม่นำมาคำนวณรวมกับสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในไชเพชรในซีคาร์ ด้วยเหตุนี้ สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในซีคาร์จึงคำนวณเฉพาะที่ไชเพชรถือหุ้นโดยตรงในซีคาร์เพียงลำดับชั้นเดียว ด้วยเหตุนี้ การถือหุ้นของกุหลาบแก้วในซีคาร์จึงไม่ถือเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย แต่มีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าวนับแต่ร้อยละ 50 ตามที่มาตรา 4(4) บัญญัติไว้

ดังนั้น ซีคาร์จึงไม่ถือเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และเมื่อซีคาร์เข้าถือหุ้นในกลุ่มชินคอร์ปที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงไม่ถือเป็นการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติฉบับนี้แต่อย่างใด และเมื่อกุหลาบแก้วถือหุ้นในซีคาร์ซึ่งไม่ได้ประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว กุหลาบแก้วจึงไม่ได้ประกอบธุรกิจที่ถือเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ก่อนหน้าการซื้อขายหุ้นของกลุ่มชินคอร์ป ในช่วงเดือนตุลาคม 2548 ได้มีการขายหุ้นจากกลุ่มตระกูล “เบญจรงค์กุล” ที่ถือครองหุ้นจำนวน 39.98% ของทุนจดทะเบียนในบริษัท ยูไนเต็ดคอมมิวนิเคชั่น อินดัสตรี จำกัด (มหาชน) (UCOM) ให้กับบริษัท ไทย เทลโค โฮลดิ้งส์ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย โดยบริษัท ไทย เทลโค เกิดจากการก่อตั้งโดย Telenor Asia ซึ่งเป็นบริษัทย่อยของ Telenor ASA อีกที เพื่อจุดประสงค์ในการเข้าซื้อหลักทรัพย์ของ UCOM โดยเฉพาะ ทั้งนี้ Telenor ASA เป็นบริษัทชั้นนำที่ประกอบธุรกิจโทรคมนาคมโดยดำเนินธุรกิจโทรศัพท์เคลื่อนที่ที่เป็นธุรกิจหลักในประเทศนอร์เวย์ ส่วนบริษัท UCOM นั้นเป็นนิติบุคคลไทยที่ประกอบกิจการประเภทจัดจำหน่ายและติดตั้งอุปกรณ์โทรคมนาคม บริษัท ยูคอมจัดตั้งขึ้นเมื่อปี 2523 เพื่อดำเนินธุรกิจด้านโทรคมนาคม และได้รับสัมปทานบริการโทรศัพท์ไร้สายหรือโทรศัพท์มือถือจากการสื่อสารแห่งประเทศไทย ซึ่งมีบริษัทลูกคือ บริษัท โทเทิล แอ็คเซ็ส คอมมูนิเคชั่น จำกัด (มหาชน) (TAC) ดำเนินกิจการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่ภายใต้แบรนด์ “DTAC” โดยถือหุ้นอยู่ 41.64% ของทุนจดทะเบียน ซึ่งธุรกิจโทรคมนาคมอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 ซึ่งห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นเกิน 25% * ดังนั้น Telenor ASA จึงจำเป็นต้องจัดตั้งไทย เทลโคขึ้นเพื่อเข้าถือหุ้นใน UCOM เพื่อให้สัดส่วนการถือหุ้นไม่ต้องห้ามตามพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าวซึ่งในความเป็นจริง Telenor Asia เป็นผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทไทยนี้ผ่านกลไกการจัดชั้นหุ้นและให้บริษัทไทย คือ ไทย เทลโคเข้าควบคุมกิจการของ UCOM ซึ่งส่งผลให้ Telenor Asia เป็นผู้มีอำนาจจัดการใน TAC ในที่สุด

จากข้อมูลที่ปรากฏ พบว่าการถือหุ้นของ Telenor ASA บริษัทต่างด้าวสัญชาตินอร์เวย์ได้เข้าถือหุ้นใน UCOM ทั้งทางตรงและทางอ้อม คือ

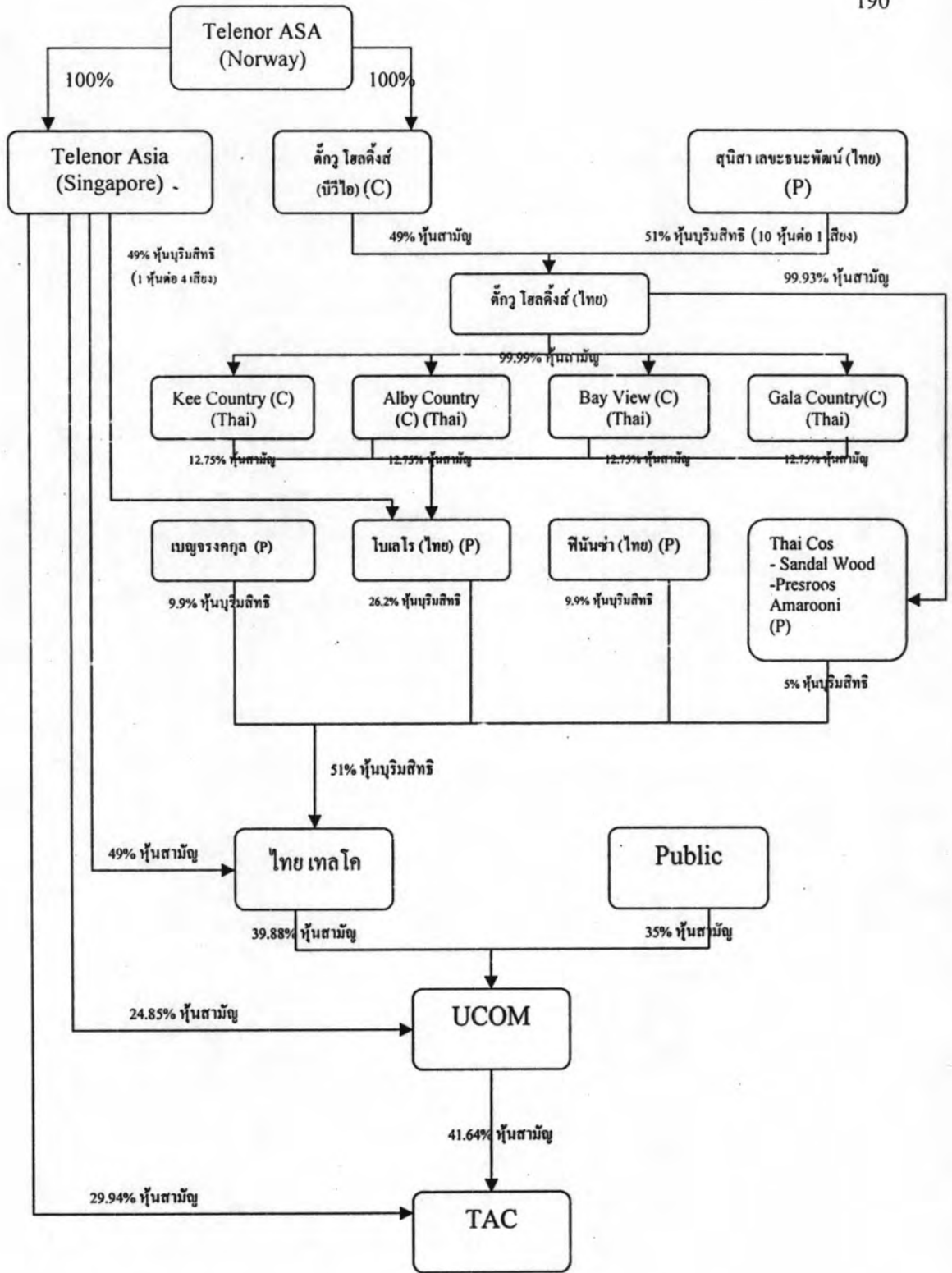
* ปัจจุบัน ห้ามคนต่างด้าวถือเกิน 50% โดยใช้นิยาม “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 8 พระราชบัญญัติประกอบกิจการ โทรคมนาคม พ.ศ. 2549 ที่ระบุว่า “ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สามต้องมีใช่เป็นคนต่างด้าว ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” หมายความว่า ผู้ขอรับใบอนุญาตแบบที่สองและแบบที่สามนั้น ต้องปฏิบัติตามนิยามของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งรวมถึงการใช้บทบัญญัติเรื่องการถือหุ้นแทนด้วย

การถือหุ้นทางตรง Telenor ASA (Norway) ถือผ่าน Telenor Asia (Singapore) โดยถือหุ้นสามัญ 100% ของทุนทั้งหมด และ Telenor Asia (Singapore) เข้าถือหุ้นโดยตรงในไทย เทลโค เป็นหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 49 ของทุนทั้งหมด เข้าถือหุ้นโดยตรงใน UCOM เป็นหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 24.85 ของทุนทั้งหมด และเข้าถือหุ้นโดยตรงใน TAC เป็นหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 29.94 ของทุนทั้งหมด

การถือหุ้นทางอ้อม Telenor ASA ถือหุ้นสามัญจำนวน 100 % ในบริษัท ดีกิว โฮลดิ้ง ลิมิเต็ด (บีวีไอ) ซึ่งบริษัทดังกล่าวถือหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 49 และ นางสาวสุณีภา ธนเลขาพัฒน์ ถือหุ้นบุริมสิทธิจำนวนร้อยละ 51 โดยมีสิทธิออกเสียง 10 หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียง 1 เสียง เข้าถือหุ้นในบริษัท ดีกิว โฮลดิ้ง (ไทย) และบริษัทดีกิว โฮลดิ้ง (ไทย) เข้าถือหุ้นในบริษัท โบเรโล (ไทย) ผ่านบริษัทลูก โดยถือหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 51 ของทุนทั้งหมด และหุ้นอีกร้อยละ 49 ของทุนทั้งหมดของบริษัท โบเรโล (ไทย) ถือโดย Telenor Asia ร่วมกับ Telenor Mobile Communication (Norway) โดยถือหุ้นบุริมสิทธิร้อยละ 49 ของทุนทั้งหมด โดยมีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงได้เท่ากับ 4 เสียง ซึ่งบริษัท โบเรโล (ไทย) เป็นหนึ่งในกลุ่มผู้ถือหุ้นคนไทยที่ถือหุ้นบุริมสิทธิจำนวนร้อยละ 51 ของทุนทั้งหมดในบริษัท ไทย เทลโค และมีสิทธิออกเสียงสัดส่วน 10 หุ้นต่อ 1 เสียง (โปรดดูแผนภูมิประกอบ)

จากโครงสร้างการถือหุ้นดังกล่าว เมื่อซื้อขายหุ้นกันแล้วกลุ่ม Telenor ASA จะเข้าถือหุ้นใน UCOM โดยการถือหุ้นโดยตรง 24.85% การถือหุ้นทางอ้อมผ่าน ไทย เทลโค 39.88% และถือหุ้นทางอ้อมผ่าน โบเรโล 26.2% เนื่องจากบริษัท โบเรโล นั้น เมื่อพิจารณาโครงสร้างการถือหุ้นแล้ว จะพบว่าหุ้นทั้งหมดของบริษัท โบเรโล ถูกควบคุมโดยกลุ่ม Telenor ASA ทั้งสิ้นผ่านการถือหุ้นเป็นลำดับชั้นลงมา สรุปได้ว่า หากคำนวณทั้งการถือหุ้นทางตรงและทางอ้อมแล้ว กลุ่ม Telenor ASA จะเข้าถือหุ้นใน UCOM รวมทั้งสิ้น 90.93% ซึ่งเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ ส่วนการถือหุ้นในบริษัทลูกของ UCOM คือ TAC นั้น กลุ่ม Telenor ASA ถือหุ้นโดยตรงผ่าน Telenor Asia จำนวน 29.94% และถือหุ้นทางอ้อมผ่านทาง ไทย เทลโค ที่เข้าถือหุ้นใน UCOM อีกทอดหนึ่งจำนวน 41.64% เมื่อคำนวณรวมแล้วจะเท่ากับ Telenor ถือหุ้นใน TAC 71.58% ซึ่งเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้เช่นกัน

เมื่อพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนไทยในไทยเทลโค แล้วพบว่าคนไทยทั้งหมดถือหุ้นบุริมสิทธิจำนวน 51 % โดย 10 หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงเท่ากับ 1 เสียงซึ่งคล้ายกับกรณีของชินคอร์ป จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าการถือหุ้นของกลุ่มคนไทยในไทยเทลโค นั้น ถือเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวอันขัดต่อมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ซึ่งปัจจุบันยังไม่มีคำวินิจฉัยจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้าหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสำหรับกรณีดังกล่าว



ที่มา: บริษัท เบเกอร์ แอนด์ แม็คเคินซี จำกัด

2.3 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วยการลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์จัดการ กองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิใน ผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository Receipt)

ดังที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 หัวข้อ 1.6 เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ด้วยการลงทุนในบริษัท หลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมเพื่อผู้ลงทุนต่างด้าว จำกัด (Thai Trust Fund: TTF) และการลงทุนในใบแสดงสิทธิในผลประโยชน์ที่เกิดจากหลักทรัพย์อ้างอิง โดยไม่มีสิทธิออกเสียง (Non-Voting Depository Receipt) ที่มีประเด็นปัญหาคือการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวผ่าน TTF หรือการถือหุ้นของคนต่างด้าวผ่าน NVDR เช่นนี้ จะถือเป็นการถือหุ้นอำพรางที่ถือเป็นการผิด ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่ นอกจากนี้ หาก TTF หรือบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด เข้าไปถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่าง ด้าวอยู่แล้วถึงร้อยละ 49 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมด จะถือได้หรือไม่ว่าการถือหุ้นของคนต่างด้าวผ่าน TTF เป็นการถือโดยคนต่างด้าวซึ่งมีผลให้สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียน ดังกล่าวเกินสัดส่วนที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ หรือไม่

2.3.1 กรณีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวผ่าน TTF หรือการถือหุ้นของคนต่างด้าว ผ่าน NVDR เช่นนี้ จะถือเป็นการถือหุ้นอำพรางที่ถือเป็นการผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่

จากมาตรา 36 พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

“มาตรา 36 ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ใน บัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วม ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของคนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่าง ด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัดหรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติ ไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุก ไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิก การให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือ

หุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

ความคิดตามมาตราดังกล่าว หากคนไทยหรือนิติบุคคลไทยทำการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายฉบับนี้

การจัดตั้ง TTF เป็นการจัดตั้ง โดยได้รับอนุมัติจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ และโดยสภาพของการถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียน TTF ก็มีได้ถือในนามของคนต่างด้าว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ TTF มิได้กระทำในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวนั้นเอง แต่การถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนของ TTF เป็นการถืออย่างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เอง ส่วนคนต่างด้าวมีสถานะเป็นเพียงผู้ถือหุ้นลงทุนของ TTF เท่านั้น และการลงทุนผ่าน TTF เป็นทางเลือกของการลงทุนที่เปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวที่ประสงค์จะลงทุนในบริษัทจดทะเบียนแต่ติดข้อจำกัดตามกฎหมายคือ ด้านสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียน

นอกจากนี้ คนต่างด้าวที่ถือหุ้นลงทุนก็ไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียน แต่จะได้รับเฉพาะสิทธิประโยชน์ทางการเงิน เช่น เงินปันผล สิทธิการซื้อหุ้นเพิ่มทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นลงทุนตามจำนวนสิทธิประโยชน์ที่กองทุนรวมได้รับจากบริษัทที่ออกหลักทรัพย์ แต่ผู้ถือหุ้นลงทุนจะไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทที่ถือหุ้น⁵⁶ และมีสถานะเป็นผู้ถือหุ้นลงทุนเท่านั้น มิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียน

ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าแม้กระบวนการซื้อขายหุ้นของ TTF หรือการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างด้าวจะกระทำเพื่อประโยชน์ของผู้ลงทุนต่างด้าวก็ตาม แต่การกระทำของ TTF มิได้เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนามของตนเองเพื่อหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังที่มาตรา 36 ได้บัญญัติไว้ เพราะ TTF เป็นการลงทุนที่เป็นทางเลือกที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ตามมาตรา 124 พระราชบัญญัติ

⁵⁶ แหล่งที่มา: www.tsd.co.th/ttf/ttf_thai/thaitrustfund.html

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ประกอบกับลักษณะการดำเนินงานของ TTF ก็เป็นการดำเนินงานในฐานะกองทุนรวม ดังนั้น ผู้ลงทุนต่างด้าวเมื่อเข้าถือหน่วยลงทุนแล้ว ก็จะมีสถานะเป็นเพียงผู้ถือหน่วยลงทุนใน TTF เท่านั้น มิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนที่ TTF เข้าไปลงทุน และยังมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนด้วย ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมไม่มีสิทธิในการบริหารจัดการ หรือจะถือหุ้นเพื่อครอบงำกิจการของบริษัทจดทะเบียนนั้น ๆ ได้ จึงไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ประสงค์จะป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีอำนาจครอบงำกิจการในประเทศไทยได้

สำหรับ NVDR ก็เช่นเดียวกัน กรณีของ NVDR ลักษณะการดำเนินงานจะเป็นไปเพื่อใช้เป็นทางเลือกสำหรับการลงทุนในหลักทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าว วิธีการซื้อขาย NVDR นักลงทุนต่างด้าวจะต้องกระทำผ่านบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด โดยแจ้งถึงหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนที่นักลงทุนต่างด้าวประสงค์จะซื้อในรูปแบบ NVDR (Target Company) จากนั้น บริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัดก็จะจัดการซื้อหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนดังกล่าวด้วยราคาเท่ากันและจำนวนเท่ากับราคาและจำนวนของ NVDR ที่นักลงทุนต่างด้าวประสงค์จะซื้อจากบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด โดยนักลงทุนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ใน NVDR และมีสิทธิได้รับประโยชน์ทางการเงิน (Financial benefits) รวมถึงสิทธิอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับหลักทรัพย์อ้างอิง สำหรับบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหลักทรัพย์อ้างอิงนั้น อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวที่ถือ NVDR จะไม่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทจดทะเบียนที่เป็นผู้ออกหลักทรัพย์อ้างอิงนั้นเลยตามข้อกำหนดข้อ 8 ของหนังสือชี้ชวน

จะเห็นได้ว่า นักลงทุนต่างด้าวมิได้เป็นผู้ถือหลักทรัพย์อ้างอิงของ NVDR โดยตรง แต่นักลงทุนต่างด้าวเพียงแต่มีกรรมสิทธิ์ใน NVDR ซึ่งเป็นใบแสดงสิทธิที่อ้างอิงกับหลักทรัพย์อ้างอิงที่ใช้ออก NVDR เท่านั้น โดยคนต่างด้าวจะได้รับเพียงผลประโยชน์ทางการเงินเท่านั้น ส่วนการถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จะเป็นผู้ถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงนั่นเอง ลักษณะการถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จึงมิได้ถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าว ตามกฎหมายลักษณะตัวแทน จึงไม่ถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การจัดตั้งบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด ก็เป็นไปตามกฎหมายกำหนด โดยจัดตั้งเมื่อวันที่ 4 ตุลาคม 2543 เป็นบริษัทย่อยของตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อเป็นทางเลือกการลงทุนให้แก่คนต่างด้าวที่ติดข้อจำกัดเรื่องสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียนตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 การดำเนินงานของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จึงมิใช่การดำเนินการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และการถือหุ้นของบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด ที่เป็นผู้ถือครองหลักทรัพย์อ้างอิง ก็มีใช้การถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าว เพราะบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด ถือครองหลักทรัพย์อ้างอิง แต่คนต่างด้าวถือ NVDR ซึ่งเป็นเพียงใบแสดงสิทธิเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า การถือ NVDR ของคนต่างด้าวผ่านบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จึงไม่ถือเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่เป็นความผิดตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

2.3.2 หาก TTF หรือบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด เข้าไปถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวอยู่แล้วถึงร้อยละ 49 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมด จะถือได้หรือไม่ว่าการถือหุ้นของคนต่างด้าวผ่าน TTF เป็นการถือโดยคนต่างด้าวซึ่งมีผลให้สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียนดังกล่าวเกินสัดส่วนที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้หรือไม่

ถึงแม้ว่า TTF หรือบริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด จะจดทะเบียนตามกฎหมายไทยก็ตาม แต่ตามมาตรา 4 (3) หรือ (4) กำหนดให้การพิจารณาการถือหุ้นในนิติบุคคลด้วยว่าประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวเกินสัดส่วนที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดหรือไม่

ดังนั้น หากบริษัทจดทะเบียน ให้นำหลักทรัพย์ให้กับ TTF หรือ บริษัท ไทยเอ็นวีดีอาร์ จำกัด (ซึ่งต่อไปนี้เรียกว่า “ไทยเอ็นวีดีอาร์”) และบริษัทจดทะเบียนนั้นมีผู้ถือหุ้นต่างด้าวถึงร้อยละ 49 อยู่แล้ว การที่ TTF หรือ ไทยเอ็นวีดีอาร์ เข้าไปถือหุ้นจะทำให้บริษัทจดทะเบียนนั้น ถือเป็นคนต่างด้าวตามบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวหรือไม่

ผู้วิจัยเห็นว่า ผู้ถือหุ้นของ TTF หรือ ไทยเอ็นวีดีอาร์ ล้วนเป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยทั้งสิ้น⁵⁷ การถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนของ TTF และ ไทยเอ็นวีดีอาร์ จึงเป็นไปตามนิยามคำว่าคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 (4) ซึ่งเป็นการถือหุ้นโดยนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินสัดส่วนที่กำหนด ประกอบกับการถือหุ้นหน่วยลงทุนใน TTF หรือการถือ NVDR ของนักลงทุนต่างด้าว ดังที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า นักลงทุนต่างด้าวเป็นเพียงผู้ถือหุ้นหน่วยลงทุนใน TTF เท่านั้นมิใช่ผู้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียน อีกทั้ง TTF ก็มีได้ถือหุ้นของบริษัทจดทะเบียนในฐานะตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าวแต่อย่างใด ส่วนการถือ NVDR ของนักลงทุนต่างด้าวนั้น เป็นเพียงการถือใบแสดงสิทธิที่มีหลักทรัพย์อ้างอิง เป็นหลักทรัพย์ของบริษัทจดทะเบียนเท่านั้น ถึงแม้จะได้รับสิทธิประโยชน์ทางการเงินในบริษัทจดทะเบียนนั้นก็ตาม แต่ลักษณะของการถือครองหลักทรัพย์มิใช่การถือโดยนักลงทุนต่างด้าวโดยตรง และการถือครองหลักทรัพย์อ้างอิงของไทยเอ็นวีดีอาร์ ก็ถือครองอย่างเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ และมีได้ทำการในฐานะตัวแทนของนักลงทุนต่างด้าวแต่อย่างใด นักลงทุนต่างด้าวที่ถือหุ้นหน่วยลงทุนใน TTF หรือที่ถือ NVDR จึงไม่ใช่บุคคลธรรมดาต่างด้าวที่ถือหุ้นในนิติบุคคลเกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดจนส่งผลให้การถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนของ TTF หรือ ไทยเอ็นวีดีอาร์ เกินสัดส่วนนับแต่ร้อยละ 50 ตามที่กฎหมายกำหนด

การถือหุ้นหน่วยลงทุนใน TTF หรือ NVDR ของนักลงทุนต่างด้าว ก็ไม่ถือเป็นการถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนโดยตรง การถือหุ้นหน่วยลงทุนใน TTF หรือ NVDR จึงมิใช่การถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดาต่างด้าว ดังนี้ แม้นักลงทุนต่างด้าวจะลงทุนใน TTF หรือ NVDR เป็นจำนวนมากเท่าใดก็ตาม ก็จะไม่ส่งผลต่อสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียน

ด้วยเหตุนี้ แม้ว่า TTF หรือ ไทยเอ็นวีดีอาร์ จะเข้าไปถือหุ้นในบริษัทจดทะเบียนที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเป็นจำนวนร้อยละ 49 อยู่แล้วก็ตาม หรือนักลงทุนต่างด้าวจะถือครองหน่วยลงทุนใน TTF หรือ NVDR มากเท่าใดก็ตาม สัดส่วนการถือครองหุ้นโดยคนต่างด้าวในบริษัทจดทะเบียนที่มีคนต่างด้าวถืออยู่แล้วถึงร้อยละ 49 ก็จะไม่เปลี่ยนแปลงไป และไม่ส่งผลให้บริษัทจดทะเบียนนั้นต้องเป็นคนต่างด้าวตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 (4) หรือมาตรา 4 (3) แต่อย่างใด

⁵⁷ แหล่งที่มา: www.tsd.co.th/ttf/ttf_thai/thaitrustfund.html