



ปัญหาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในรูปบริษัท จำกัด  
ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542



ชูมาพร กาญจนรัตน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต  
สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2546

ISBN 974-7281-848-7

**THE PROBLEMS OF CONTROLLING THE BUSINESS  
OPERATION OF FOREIGNERS REGARDING FOREIGN  
BUSINESS ACT B.E. 2542**

**CHUMAPORN KANJANARATANA**

A Thesis Submitted in Partial Fullfillment of the Requirements  
For the Degree of Master of laws

Department of Law

Graduate School Dhurakijpundit University

2003

ISBN 974-7281-848-7

เลขที่.....	0160193.....
วันลงทะเบียน.....	23 ก.ค. 2546
เลขเรียก.....	จ. ก.ค. ๑๒๖.๕๙๓๐๗
	๖๖๒๖๒
	(๒๕๔๖)
	๙๒



## ใบรับรองวิทยานิพนธ์

บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

ปริญญา นิติศาสตรมหาบัณฑิต

ชื่อวิทยานิพนธ์ ปัญหาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัท จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

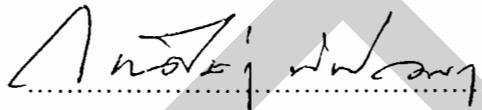
เสนอโดย น.ส.ชุมาพร กาญจนรัตน์

สาขาวิชา นิติศาสตร์ (กฎหมายธุรกิจ)

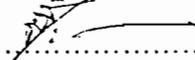
อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ร่วม

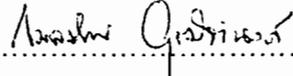
ได้พิจารณาเห็นชอบโดยคณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์แล้ว

 ประธานกรรมการ

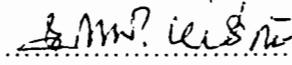
(ศ.ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล)

 กรรมการที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

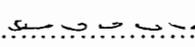
(ศ.ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์)

 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(อาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์)

 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ

(นายสมโภชน์ พาชีวิตน์)

 กรรมการผู้แทนทบวงมหาวิทยาลัย

(อาจารย์ยรรยง พวงราช)

บัณฑิตวิทยาลัยรับรองแล้ว

 ..... คณบดีบัณฑิตวิทยาลัย

(รศ.ดร.สมพงษ์ อรพินท์)

วันที่ 31 เดือน ทค. พ.ศ. ๒๕๔๖

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ด้วยดีทำให้ผู้เขียนมีความรู้สึกทราบซึ่งในความเมตตา กรุณา และพระคุณของท่านศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์ ที่ได้ให้โอกาสรับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ และท่านอาจารย์ยรรยง พวงราช อธิบดีกรมทรัพย์สินทางปัญญา ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าให้คำแนะนำทางวิชาการตลอดจนแนวทางในการเขียน และ ตรวจแก้ไขข้อบกพร่องในการทำวิทยานิพนธ์อย่างละเอียด พร้อมทั้งได้ชี้แนะแนวความคิดอย่างเป็นระบบระเบียบ จนวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลงได้ ผู้เขียนขอโน้มรำลึกไว้ด้วยความเคารพและขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทั้งสองเป็นอย่างสูงไว้ ณ. ที่นี้ด้วย

ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ไพศิษฐ์ พิพัฒน์กุล ที่ให้ความกรุณาสละเวลาอันมีค่ารับเป็นประธานกรรมการ และขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์กมลมิตร วุฒิจำนงค์ และคุณสมโภชน์ พาชีรัตน์ ผู้จัดการฝ่ายอาวุโสฝ่ายกฎหมาย ธนาคารทหารไทย จำกัด (มหาชน) ที่ให้ความกรุณาเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในการสอบวิทยานิพนธ์ และท่านอาจารย์ ดร.พีรพันธุ์ พาลุสุข ผู้อำนวยการบัณฑิตวิทยาลัยสาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตที่กรุณาให้คำแนะนำต่างๆอันเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียน เพื่อให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีเนื้อหาสาระที่สมบูรณ์ยิ่งขึ้น

ผู้เขียนขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ห้องสมุด ตลอดจนเจ้าหน้าที่บัณฑิตวิทยาลัยทุกท่าน ตลอดจนบุคคลที่ไม่ได้กล่าวนามไว้ ณ. ที่นี้ ที่กรุณาให้คำแนะนำเป็นกำลังใจช่วยเหลือ สนับสนุน และส่งเสริมในด้านความคิดข้อมูลต่างๆเพื่อเป็นแนวทางให้ผู้เขียนสามารถทำวิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลงได้ด้วยดี

อนึ่งหากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ได้มีคุณค่าและมีคุณประโยชน์ต่อการศึกษาค้นคว้าของผู้สนใจ ผู้เขียนใคร่ขอขอบพระคุณแต่ คุณเสรี คุณเสนห์ คุณจิตรา พ.ต.ท. ชุมพร กาญจนรัตน์ และนางกัณหา เกษมชัยนันท์ ผู้ซึ่งเป็นผู้ให้ในทุกสิ่งทุกอย่างแก่ผู้เขียนตลอดมา รวมทั้งครู อาจารย์ ผู้ประสิทธิ์ประสาทความรู้ให้แก่ผู้เขียน ตลอดจนผู้แต่งหนังสือหรือตำราทุกท่านที่ผู้เขียนได้ใช้อ้างอิงในการวิทยานิพนธ์นี้ และผู้มีพระคุณ

ของผู้เขียนทุกท่าน ตลอดจนขอบคุณหลายๆที่มีช่วยและให้กำลังใจในการทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ส่วนความผิดพลาดและข้อบกพร่องอย่างใดๆผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่ผู้เดียว



# สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย .....	ม
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ .....	จ
กิตติกรรมประกาศ .....	ช
สารบัญ .....	ฉ
บทที่	
1 บทนำ	
1.1 ความสำคัญและที่มาของการศึกษา .....	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา .....	2
1.3 สมมติฐานของการศึกษา .....	2
1.4 วิธีการศึกษา .....	3
1.5 ขอบเขตของการศึกษา .....	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้จากการศึกษา.....	4
2 ความหมาย ความเป็นมา หลักเกณฑ์และปัญหาในการควบคุมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว	
2.1 ความหมายของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจ .....	5
2.1.1 ความหมายของคนต่างด้าวในรูป “บริษัท จำกัด” ตามพระ ราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 .....	6
2.1.2 ความหมายของคนต่างด้าวในรูป “บริษัท จำกัด” ตามคำสั่ง ของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 .....	7
2.2 ความเป็นมาและความสำคัญในการควบคุมการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าว .....	7
2.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	
2.3.1 หลักที่ทำการแห่งใหญ่ .....	12
2.3.2 หลักการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล.....	12

## สารบัญ (ต่อ)

บทที่		หน้า
	2.3.3 หลักเรื่องทุนและผู้ถือหุ้น .....	13
	2.3.4 หลักเรื่องผู้บริหารนิติบุคคล .....	15
2.4	ปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบ “บริษัท จำกัด” .....	19
3.	มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่าง ด้าวในรูปแบบ “บริษัท จำกัด” ของประเทศเม็กซิโกเปรียบเทียบกับ ประเทศไทย	
3.1	มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคน ต่างด้าวในรูปแบบ “บริษัท จำกัด” ในประเทศเม็กซิโก .....	27
3.2	มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคน ต่างด้าวในรูปแบบ “บริษัท จำกัด” ในประเทศไทย.....	35
3.2.1	สาระสำคัญของคำสั่งของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 .....	36
3.2.2	สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของ คนต่าง พ.ศ. 2542 .....	40
4	บทวิเคราะห์	
4.1	กฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	
4.1.1	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เปรียบเทียบคำสั่งของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281.....	51
4.1.2	กฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประเทศเม็กซิโกเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 .....	60

<b>หัวข้อวิทยานิพนธ์</b>	ปัญหาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวใน รูปบริษัท จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
<b>ชื่อนักศึกษา</b>	นางสาวชুমพร กาญจนรัตน์
<b>อาจารย์ที่ปรึกษา</b>	ศาสตราจารย์ ดร.ธีระ ศรีธรรมรักษ์
<b>สาขาวิชา</b>	นิติศาสตร์
<b>ปีการศึกษา</b>	2545

### บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อมุ่งทำการศึกษาปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในรูปบริษัท จำกัด ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ยังไม่เหมาะสมเพียงพอ ด้วยเหตุที่ใช้หลักเกณฑ์ซึ่งในการควบคุมการประกอบธุรกิจ เพียงหลักเกณฑ์เดียว คือ การกำหนดสัดส่วนการเข้าไปถือหุ้นในบริษัท จำกัดของคนต่างด้าวเท่านั้น โดยมีกรอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารหรือมีอำนาจในการจัดการและควบคุมกิจการของบริษัทดังกล่าวด้วย จึงทำให้คนต่างด้าวแสวงหาโอกาสนี้เข้าไปลงทุนในบริษัท จำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย และประกอบธุรกิจต้องห้ามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้ทุกประเภทธุรกิจโดยไม่ต้องขออนุญาตเสมือนเป็นนิติบุคคลไทยทุกประการ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ศึกษาด้วยวิธีวิจัยเอกสาร โดยการค้นคว้าจากพระราชบัญญัติ ตำรา ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนความเห็นของนักวิชาการ และนักกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในตำราหรือบทความต่างๆ

จากการศึกษาพบว่าคนต่างด้าวอาศัยช่องโหว่ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท จำกัดที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งตนจะไม่สามารถถือหุ้นได้เกินร้อยละสี่สิบเก้า แต่กลับมีอำนาจในการบริหาร

จัดการกิจการของบริษัทนั้นได้ คือการใช้สิทธิและหน้าที่ของกรรมการและสิทธิของผู้ถือหุ้นในการที่สามารถควบคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอแนะแนวทางในการกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัท จำกัด โดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งสองประกอบกัน คือ การกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นและการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการกิจการของบริษัทนั้นประกอบกันด้วย เพื่อให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีประสิทธิภาพและมีผลบังคับใช้ได้มากขึ้นสมตามเจตนารมณ์ต่อไป

<b>Thesis Title</b>	The Problems of Controlling the Business Operation of Foreigners regarding Foreign Business Act B.E. 2542
<b>Name</b>	Miss Chumaporn Kanjanarata
<b>Thesis Advisor</b>	Prof. Dr. Thira Srithamaraks
<b>Department</b>	Law
<b>Academic Year</b>	2002

### ABSTRACT

The objective of this research study is to analyze the problems concerning the controlling the business operation of foreigner according to the Foreign Business Act B.E. 2542 regarding the juristic person, who is in the form of Limited Company that incorporated in Thailand. This act hasn't provides an enough scope of the definition of "Foreigner" which is limited company. As a result, Foreigner can use the fact that it has minority share in Thai limited company to control that company and not to be enforced by the Foreign Business Act B.E. 2542 .This act provides a tenet as especially the percentage of shareholders not including foreigner's authority to manage their business. Consequently, it make the foreigners can operate every restricted business according to this Foreign Business Act and treat as they are a Thai juristic person.

This documentary research studies Act Law, textbook, the judgements of the supreme court through the point of view of the scholars and lawyers existing in textbooks or articles.

---

Form the research, it is found that foreigners who are in the condition of "Not over 49% share holding "can manage and control the Thai limited as if they were in the role of directors and/or could control a majority of vote in shareholder meeting. Consequently, it make the foreign Business Act B.E. 2542 can not actually control the business operations of foreigner effectively.

This research is to suggest the essential tenets to controlling foreigner's business which is incorporated in Thailand in the term of "Thai juristic person". There are two tenets : percentage of shareholders together with foreigner's authority to manage their business, regarding the objective of Foreign Business Act B.E. 2542 for more efficiency and effectiveness .

## บทที่ 1

### บทนำ

#### 1.1 ความสำคัญและที่มาของการศึกษา

เนื่องจากการที่ประเทศไทยและทั่วโลกประสบวิกฤตทางเศรษฐกิจ ทำให้ประเทศไทยจำเป็นต้องอาศัยเงินทุนจากต่างประเทศ หรือการประกอบธุรกิจจากคนต่างด้าว และในขณะเดียวกันนักลงทุนต่างชาติก็แสวงหาประเทศที่จะเข้าไปลงทุนใหม่ อันเนื่องมาจากปัญหาการขาดแคลนทรัพยากรหรือปัญหาค่าจ้างแรงงานที่สูงขึ้นในประเทศของตน ซึ่งการลงทุนของคนต่างชาตินำมาซึ่งผลกระทบในหลายๆด้าน ทั้งในด้านดีและด้านลบ จึงจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของต่างด้าว หรือการลงทุนของคนต่างชาติ โดยมีหลักกฎหมายที่สำคัญ คือ

(1) กฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือคนต่างชาติ ซึ่งส่วนใหญ่เน้นที่สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติ (Foreign Equity Participation) และการที่คนต่างด้าวหรือคนต่างชาติมีอำนาจในการควบคุมในกิจการนั้นๆ

(2) กฎหมายส่งเสริมการลงทุน ซึ่งต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการเป็นกฎหมายควบคุมการดำเนินงานของผู้ประกอบธุรกิจหรือประกอบอุตสาหกรรม บริการทั้งผู้ประกอบการภายใน และภายนอกประเทศ

โดยในปัจจุบันกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก็คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพบว่าพระราชบัญญัตินี้ยังคงมีรูปแบบในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบบริษัท จำกัดยังไม่เหมาะสม โดยที่พระราชบัญญัตินี้จะเน้นในการควบคุมเฉพาะสัดส่วนของคนต่างด้าวในการเข้าไปถือหุ้นในบริษัทจำกัดซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยโดยถือหุ้นไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้า แต่ไม่ควบคุมบริษัทจำกัดใดที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและมีอำนาจในการบริหารกิจการ ซึ่งบริษัทดังกล่าวไม่มีสถานะเป็นต่างด้าวแต่อย่างใด จึงทำให้คนต่างด้าวจำนวนมากอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายดังกล่าว ใช้เป็นช่องทางในการเข้าไปประกอบธุรกิจและสามารถประกอบธุรกิจต้องห้ามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ทุกประการทั้งๆที่บริษัท

ดังกล่าวสมควรจะมีสถานะเป็นต่างด้าว เนื่องจากเป็นการเอื้อประโยชน์หรือสามารถบริหารกิจการนั้นได้ตามแต่ความต้องการของกรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าว และทำให้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัดได้ อันอาจจะส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ การเมือง การจ้างแรงงานหรือต่อทรัพยากรธรรมชาติของประเทศได้ จึงเป็นจุดก่อให้เกิดความสนใจในการศึกษาปัญหาอันเกิดจากการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวยังมีรูปแบบที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมไม่เพียงพอ และแนวทางแก้ไขที่เหมาะสม เพื่อให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัดได้อย่างเหมาะสม ในขณะที่เดียวกันก็ต้องไม่เป็นการสกัดกั้นการลงทุนจากต่างประเทศจนมากเกินไปด้วย

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1. เพื่อหาวิธีการควบคุมคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในรูปบริษัท จำกัด
2. เพื่อศึกษาถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั้งภายใน และหลักกฎหมายต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาแนวทางในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัท จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย

## 1.3 สมมติฐานของการศึกษา

เนื่องจากหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูป “บริษัท จำกัด” ที่จดทะเบียนในประเทศไทย กำหนดเพียงสัดส่วนการถือหุ้นหรือจำกัดเฉพาะการเป็นเจ้าของของคนต่างด้าวไว้เท่านั้น โดยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารหรือมีอำนาจในการจัดการและควบคุมกิจการของบริษัทนั้นๆ ไว้ด้วย ทำให้คนต่างด้าวบางกลุ่มหลีกเลี่ยงการต้องอยู่ในบังคับของพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยการเข้าเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยในสัดส่วนไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้า ในบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย แต่มีอำนาจในการควบคุมกิจการ โดยเด็ดขาดทั้งทางด้านการกรรมการหรือการควบคุม “เสียงข้างมาก” ในที่

ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งทำให้อำนาจในกิจการตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวนั้น โดยเด็ดขาด และทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจต้องห้ามในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ได้ทุกประเภท และทำให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่สามารถควบคุมคนต่างด้าวเหล่านี้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ หรือไม่สามารควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้เลย จึงควรแก้ไขหลักเกณฑ์ในการควบคุมโดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวและการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในควบคุมกิจการ โดยเด็ดขาดของบริษัทนั้นๆ ด้วย

#### 1.4 วิธีการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) ทั้งบทบัญญัติกฎหมายภายในและข้อตกลงระหว่างประเทศต่าง ๆ รวมทั้งเอกสารและการบรรยาย การสัมมนา หรือเอกสารเผยแพร่ทางราชการ

#### 1.5 ขอบเขตการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้เป็นการศึกษาถึง ปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูป "บริษัท จำกัด" เนื่องจากรูปแบบในการควบคุมคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในรูปแบบ "บริษัท จำกัด" ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่เหมาะสม รวมถึงการกำหนดสัดส่วนในการเข้าถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทก็ยังไม่เหมาะสมตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตลอดจนทั้งในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ต่าง ๆ อีกทั้งบทบัญญัติภายใน สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวกับการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) รวมทั้งเอกสารการบรรยาย การสัมมนา หรือเอกสารเผยแพร่ทางราชการ

#### 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษา

1. ทำให้ทราบว่าวิธีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัท จำกัดและแนวทางในการเสนอแนะเพื่อทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สามารถมีผลบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ

2. ทำให้ทราบถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ 2542 โดยเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายทั้งภายใน และหลักกฎหมายต่างประเทศ

3. ทำให้ทราบถึงแนวทางในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย

## บทที่ 2

### ความหมาย ความเป็นมา หลักเกณฑ์และปัญหาในการควบคุม การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในบทนี้จะเป็นการศึกษาถึงความหมาย ความเป็นมา หลักเกณฑ์และปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตลอดจนลักษณะของปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยจะศึกษาถึงความหมาย “ต่างด้าว” ของบริษัท จำกัด

#### 2.1 ความหมายของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจ

ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือการลงทุนจากต่างประเทศจะต้องทราบความหมายของ “คนต่างด้าว” ที่เข้ามาประกอบธุรกิจก่อน โดยในการพิจารณาหรือกำหนดขอบเขตของคำว่า “คนต่างด้าว” ย่อมขึ้นอยู่กับหลักกฎหมายของแต่ละประเทศที่ว่าด้วยสัญชาติ โดยต้องแยกการพิจารณาออกเป็น 2 กรณี คือ

กรณีที่หนึ่ง กรณีบุคคลธรรมดา

กรณีที่สอง กรณีนิติบุคคล

กรณีที่หนึ่ง กรณีบุคคลธรรมดา ตามหลักกฎหมายสัญชาติของประเทศไทย ได้ให้ความหมายสั้นๆว่า “ผู้ที่ไม่สัญชาติไทย”<sup>1</sup> ซึ่งสามารถแบ่งออกเป็น 3 กลุ่ม คือ<sup>1</sup>

- (1) คนต่างด้าวที่เกิดในประเทศไทย แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย เช่น ชาวเขาและชนกลุ่มน้อยที่เกิดก่อน 26 กุมภาพันธ์ 2535 โดยผลของกฎหมายสัญชาติ(ฉบับที่ 2) แก้ไขเมื่อ พ.ศ. 2535 มาตรา 7 ให้ถือว่าบุคคลที่เกิดในเมืองไทยแต่ไม่ได้สัญชาติไทยเป็นบุคคลที่เข้าเมืองผิดกฎหมาย และถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นผู้กระทำความผิดอาญาว่าด้วยพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

<sup>1</sup> กฤติยา อาชวนิจกุล และ พรสุข เกิดสว่าง, “สถานะของชาวเขาและชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย”, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2540, หน้า 32

- (2) คนต่างด้าวที่ตั้งถิ่นฐานในประเทศไทยซึ่งไม่มีสัญชาติไทย แต่ได้รับอนุญาตในการมีถิ่นที่อยู่ถาวร (Permanent resident) โดยถือใบสำคัญคนต่างด้าวเสมือนบัตรประชาชน
- (3) คนต่างด้าวที่อยู่ชั่วคราว ได้แก่ คนต่างชาติที่เข้าเมืองมาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย โดยถือวีซ่าประเภทอยู่ชั่วคราว

#### กรณีที่สอง กรณีของนิติบุคคล

ในการพิจารณาว่านิติบุคคลใดมีสัญชาติใด ยังเป็นปัญหากันอยู่ทุกวันนี้ เนื่องจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในกรณีต่างๆ ไปเหมือนกับบุคคลธรรมดา จึงไม่อาจนำพระราชบัญญัติสัญชาติมาปรับใช้ได้ เพราะนิติบุคคลถึงแม้จะมีสภาพเป็นบุคคลตามกฎหมายก็ตาม แต่ก็มิได้มีการเกิดเหมือนบุคคลธรรมดา การพิจารณาจากสถานที่เกิด เชื้อชาติหรือการสืบสายโลหิตจึงไม่สามารถทำได้เหมือนบุคคลธรรมดา

สำหรับประเทศไทยจะมีเพียงการกำหนดความเป็น “ต่างด้าว” ของนิติบุคคลในบางกรณี เช่น ในการประกอบธุรกิจหรือในกรณีมีวัตถุประสงค์ที่ต้องการควบคุมสิทธิหรือหน้าที่ของคนต่างด้าวในกรณีต่างๆ เท่านั้น ซึ่งจากหลักกฎหมายต่างๆ ได้ให้นิยาม “คนต่างด้าว” ในรูปนิติบุคคลไว้ดังนี้

2.1.1 นิยามของ “คนต่างด้าว” ในรูป “บริษัท จำกัด” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีดังนี้

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
  - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
  - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุน ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคล

1

U

P

U

ตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

### 2.1.2 ความหมายของ “คนต่างด้าว” ในรูป “บริษัท จำกัด” ตามประกาศคณะกรรมการปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ถึงแม้ว่าคำสั่งคณะกรรมการปฏิวัติฉบับนี้ได้จะถูกยกเลิกไปแล้ว โดย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตามแต่ก็เป็นตัวอย่างในการนิยาม “คนต่างด้าว” ไว้โดยตรง โดยได้ให้นิยาม “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมถึงตลอดถึง<sup>1</sup>

- (1) นิติบุคคลซึ่งมีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว แต่ไม่รวมถึงบริษัท จำกัดที่มีกรรมการผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

นอกจากนี้ยังห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ได้รับอนุญาตหรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว เข้าเป็นหุ้นส่วน หรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทอื่นใดเกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัท หรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนนั้น หรือซื้อกิจการนั้นๆ ก็จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเช่นเดียวกัน แต่ก็สามารถขออนุญาตจากอธิบดีได้<sup>2</sup>

## 2.2 ความเป็นมาและความสำคัญในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในสมัยรัฐบาลทหารซึ่งมีจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี ประเทศไทยได้มีการพัฒนาทางเศรษฐกิจจากภาคเกษตรกรรม เปลี่ยนมาเป็นอุตสาหกรรมและส่งเสริมการส่งออกเพื่อเป็นรายได้หลักของประเทศ รวมทั้งประเทศไทยมีนโยบายในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริม

<sup>1</sup> ประกาศคำสั่งคณะกรรมการปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3

<sup>2</sup> ประกาศคำสั่งคณะกรรมการปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 9

การลงทุนออกมาบังคับใช้ ซึ่งปรากฏว่าได้มีแรงงานต่างด้าวและนักธุรกิจต่างด้าวจำนวนมาก เข้ามาทำงานและเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นจำนวนมากขึ้น ทำให้เกิดการการแข่งขันของแรงงานไทย และแข่งธุรกิจของคนไทย ซึ่งในขณะนั้นคนไทยมีความสามารถทางด้านวิชาการและประกอบอาชีพต่างๆ ได้มากยิ่งขึ้น แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในการควบคุมการทำงาน หรือควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว รัฐบาล(คณะปฏิวัติ)จึงเห็นว่าเป็นการสมควรออกกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นมา เพื่อประโยชน์ในควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและเพื่อประโยชน์ของคนไทย และเพื่อรักษาอุตสาหกรรมและเศรษฐกิจของประเทศ จึงได้มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของชาวต่างด้าวหรือชาวต่างชาติ

ต่อมาประเทศไทยต้องประสบวิกฤตเศรษฐกิจอย่างรุนแรง นับตั้งแต่ปลายปี พ.ศ. 2540 เป็นต้นมา ทำให้เกิดปัญหาบริษัท หรือผู้ประกอบการไทยประสบปัญหาการขาดสภาพคล่องทางการเงิน มีผลทำให้ผู้ประกอบการไทยหลายรายต้องปิดธุรกิจไป หรือลดขนาดกิจการลง หรือจำเป็นต้องหาผู้ร่วมทุนเข้ามาใหม่ โดยเฉพาะเงินทุนจากต่างชาติหรือคนต่างด้าว ประกอบกับรัฐบาลของนายชวน หลีกภัย ได้มีการกู้ยืมเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) อีกทั้งเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นและพันธกรณีที่ประเทศไทยได้ทำไว้ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในกรมสารสุดท้ายในการเป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) ประเทศไทยจึงจำเป็นต้องเปิดเสรีในการค้าและการประกอบธุรกิจเพิ่มขึ้น ซึ่งรัฐบาลในขณะนั้นก็ได้ตระหนักถึงความจำเป็นตามที่กล่าวมาประกอบกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้มีการประกาศใช้มาเป็นระยะเวลานานแล้ว จึงได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยคณะรัฐมนตรีได้ประชุมและลงมติเสนอพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังกล่าวต่อรัฐสภาเป็นเรื่องเร่งด่วน และได้ประกาศใช้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เมื่อวันที่ 21 มีนาคม 2542 ซึ่งในการลงทุนของคนต่างชาติหรือคนต่างด้าวมิทั้งข้อดีและข้อเสียดังนี้

### ข้อดี

(1) การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ก่อให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจภายในประเทศ

(2) ทำให้แรงงานภายในประเทศ อยู่ในสภาวะการจ้างงานเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากการเข้ามาของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และก่อให้เกิดอุตสาหกรรมอย่างต่อเนื่องภายในประเทศ

อนึ่ง แรงงานภายในประเทศเจ้าของบ้าน ซึ่งส่วนใหญ่เป็นแรงงานประเภทฝีมือ กึ่งฝีมือ และไร้ฝีมือ (skilled semi-skilled and unskilled) เมื่อได้เข้าเป็นแรงงานในกิจการที่ผู้ลงทุนต่างประเทศประกอบธุรกิจหรือลงทุน ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกิจการที่ต้องใช้เทคโนโลยีในการดำเนินการสูงกว่าที่มีในประเทศเจ้าของบ้าน ดังนั้นการจ้างแรงงานกึ่งฝีมือและไร้ฝีมือทำงานในกิจการ อาจก่อให้เกิดความรู้ความชำนาญแก่แรงงานกึ่งฝีมือและไร้ฝีมือดังกล่าว และในที่สุดจะมีการพัฒนาการของแรงงานไปสู่แรงงานในระดับฝีมือ<sup>1</sup>

(3) ทำให้มีการถ่ายทอดทางเทคโนโลยี เนื่องจากผู้ลงทุนจากต่างชาติมักจะมีความพร้อมทั้งในด้านเงินทุนและเทคโนโลยีที่สูงกว่าประเทศไทย เช่น การผลิตรถยนต์

### ข้อเสีย

(1) ทำให้เกิดการแย่งชิงธุรกิจของคนไทย เนื่องจากข้อจำกัดด้านทรัพยากรเศรษฐกิจ ซึ่งหากไม่มีการควบคุมก็จะเป็นการปล่อยให้คนต่างด้าวช่วงชิงโอกาสในการประกอบธุรกิจของคนในชาติไป และอาจทำให้เกิดปัญหาทางด้านการปกครองและเศรษฐกิจที่ขึ้นเนื่องจากไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้<sup>2</sup>

(2) คนต่างด้าวอาศัยความได้เปรียบทางด้านเงินทุนและเทคโนโลยีทำให้ต้นทุนสินค้าต่ำลงจนทำให้นักธุรกิจไทยไม่มีความสามารถในการแข่งขัน

(3) ทำให้เกิดการแย่งใช้ทรัพยากรทางเศรษฐกิจที่มีอย่างจำกัดหรือมีน้อยกว่าความต้องการของประชาชน เช่น

<sup>1</sup> รายงานประกอบการศึกษา วิชากฎหมายแรงงาน .."แรงงานอพยพศึกษาเฉพาะกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย", มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์,ปีการศึกษา 1 2542 หน้า 5

<sup>2</sup> บุญเสริม บุญเจริญผลดี,คณะบดีคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก, บทสัมภาษณ์, 15 มกราคม 2544

ก. การแข่งขันทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจผลิตอาหารกระป๋องที่เห็นว่าในระยะแรกจะส่งผลดี แต่ในระยะยาวอาจจะก่อให้เกิดปัญหาเนื่องจากขาดแคลนแหล่งวัตถุดิบ เพราะมีการเข้ามาแข่งขันใช้วัตถุดิบ หรือการที่คนต่างด้าวเข้ามาแข่งขันใช้ที่ดิน หรือเข้ามาเก็งราคาที่ดิน ทำให้ที่ดินมีราคาสูง หรือการที่คนต่างด้าวเข้ามาตั้งโรงงานการผลิตแต่ขาดการดูแลสภาพแวดล้อม อาจจะทำให้เกิดปัญหาสิ่งแวดล้อมตามมา และก่อให้เกิดปัญหาแก่ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ที่ดินขาดความอุดมสมบูรณ์ แหล่งน้ำธรรมชาติขาดความสะอาดหรือเกิดมลพิษ

ข. ความจำกัดของตลาดสินค้าและบริการ ในระบบเศรษฐกิจแบบการตลาด ซึ่งเมื่อผลิตสินค้าหรือบริการแล้วต้องมีตลาดรองรับ กล่าวคือ ต้องมีผู้บริโภคโดยในกรณีที่ความต้องการของผู้บริโภคน้อยกว่าสินค้าที่ผลิต สินค้าจะล้นตลาด ผู้ผลิตจึงไม่อาจขายสินค้าได้ในราคาที่ต่ำกว่าปกติซึ่งอาจถึงกับขาดทุน ความได้สัดส่วนของปริมาณสินค้าที่ความต้องการจำหน่ายกับปริมาณสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการซื้อ ดังนั้นจึงไม่ควรให้เกิดภาวะสินค้าล้นตลาดหรือขาดตลาด<sup>1</sup> ในการที่ให้เสรีแก่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจอาจจะเป็นการเพิ่มสินค้าในตลาดจนมีผลให้สินค้าเกินความต้องการของตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประชาชน เจ้าของประเทศที่ไม่อาจจำหน่ายสินค้าได้หมดหรือราคาสินค้าตกต่ำ หรือทั้งสองประการจนกระทั่งขาดทุน กล่าวคือ การที่คนต่างด้าวซึ่งผู้ที่มีทุนและเทคโนโลยีสูงจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศ อาจจะทำให้เกิดผลดีแก่ผู้บริโภคที่มีทางเลือกได้มากขึ้น แต่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการจนกระทั่งต้องปิดกิจการไปเลย

(4) อาจจะทำให้ธุรกิจของคนไทยต้องถูกคนต่างด้าวครอบงำจนต้องเลิกกิจการและทำให้เศรษฐกิจของชาติตกอยู่ในเงื้อมมือของคนต่างด้าวหรือที่เรียกว่าเสียดุลทางเศรษฐกิจไปในที่สุด

(5) ผลกระทบต่อดุลการชำระเงิน (The Balance of Payment) เนื่องจากเมื่อคนต่างด้าวนำเงินทุนเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เมื่อมีผลกำไรก็จะนำกลับไปยังประเทศของตนมากกว่าจะนำมาลงทุนต่อ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดการขาด

<sup>1</sup> นางศรีญา ไชยประเสริฐ, "การบังคับใช้ร่วมกันของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520", วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิถียุคที่ 2544

ดุลการชำระเงิน เพราะอาจจะมีการส่งเงินตราออกนอกประเทศมากกว่าเงินที่นำเข้ามา ซึ่งประเทศไทยก็จำเป็นจะต้องมีการควบคุมในเรื่องนี้ไว้ด้วย

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการลงทุนของชาวต่างชาติหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้ทั้งข้อดีและข้อเสีย ประกอบกับการที่ไทยเป็นสมาชิก WTO และอยู่ภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศในพันธกรณีซึ่งไทยจะต้องมีการเปิดเสรีทางการค้ามากขึ้น โดยมีเงื่อนไขให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติกับชาติใดชาติหนึ่งให้แตกต่างกันก็ตาม แต่หลักคิดในทางเศรษฐศาสตร์กล่าวไว้ว่า ไม่มีประเทศใดให้เสรีแก่คนต่างด้าวโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ทุกประเทศยังต้องมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะช่วยในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในการจำกัดผลเสียที่จะเกิดขึ้นดังนี้

- (1) เพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอยู่ในสัดส่วน ซึ่งก่อให้เกิดการขยายตัวทางเศรษฐกิจตามที่รัฐบาลตั้งเป้าหมายไว้
- (2) เพื่อป้องกันมิให้ธุรกิจของคนไทยต้องถูกคนต่างด้าวครอบงำจนต้องเลิกกิจการ
- (3) เพื่อให้อัตราจ้างและค่าจ้างแรงงานอยู่ในอัตราที่เหมาะสม
- (4) เพื่อเป็นการสงวนรักษาทรัพยากรธรรมชาติ

### 2.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประเทศไทยได้มีหลักเกณฑ์ในควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือสิทธิในทรัพย์สินบางประการ หรือการกำหนดว่าบริษัทจำกัดใด หรือ นิติบุคคลใดจะมีสถานะเป็นต่างด้าว ก็โดยพิจารณาตามกฎหมายต่างๆซึ่งอาจจำแนกหลักเกณฑ์ต่างๆได้ดังนี้<sup>1</sup>

1. หลักที่ทำการแห่งใหญ่
2. หลักการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล
3. หลักเรื่องทุนและผู้ถือหุ้น
4. หลักเรื่องผู้บริหารนิติบุคคล

<sup>1</sup> สุเมธ มณีสวัสดิ์, "นิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายอาชญากรรม", วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4 หน้า

### 2.3.1. หลักที่ทำการแห่งใหญ่

พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ ในกรณีที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคล นั้นได้แก่ สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่” บทบัญญัตินี้มีใช้การการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในสภาพทั่วไป แต่มาตรานี้เป็นเพียงกลไกหนึ่งในกรณีที่เกิดการชดกันของกฎหมาย นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของประเทศใด อาจเกิดจากนิติบุคคลนั้นจดทะเบียนในประเทศหนึ่ง แต่ตั้งสำนักงานใหญ่อยู่อีกประเทศหนึ่ง หรือ สมาชิกข้างมากเป็นคนของอีกประเทศหนึ่ง<sup>1</sup>

### 2.3.2. หลักการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล

หลักนี้ยึดถือสถานที่จดทะเบียน เป็นตัวกำหนดสถานะของนิติบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปรัฐไม่ปฏิเสธว่านิติบุคคลที่ก่อตั้งสภาพบุคคลตามกฎหมายของตนมีสัญชาติของตน เพราะการปฏิเสธเช่นว่าก็มีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธความมีผลของกฎหมายของตนเอง<sup>2</sup> กฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์นี้เช่น

- (1) พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่าผู้ที่จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเรือไทยนั้น จะต้องเป็นผู้ที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย และมีสำนักงานแห่งใหญ่ในราชอาณาจักรกับยังกำหนดเกณฑ์จำนวนผู้ถือหุ้นไว้ด้วย
- (2) พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 19 (3) ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่นิติบุคคลจะเป็นเจ้าของอาคารชุดได้คือนิติบุคคลที่กำหนดไว้ในมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยตามกฎหมายไทย

<sup>1</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร . "การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลในปัจจุบัน". ดุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 42, หน้า 120 -

<sup>2</sup> พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร . "เรื่องเดิม". หน้า 118

จากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวอาจจะพอแสดงให้เห็นบ้างว่า ประเทศไทยคำนึงถึงการก่อตั้งและจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทอยู่บ้าง แต่ก็ไม่ใช่ว่ายึดถือแต่หลักเกณฑ์นี้เพียงหลักเกณฑ์เดียว<sup>1</sup>

### 2.3.3. หลักเรื่องทุนและผู้ถือหุ้น<sup>2</sup>

หลักเกณฑ์ที่ยึดถือในเรื่องทุนและผู้ถือหุ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิของนิติบุคคลและการประกอบธุรกิจจะมีสถานะเป็น คนต่างด้าว ตามกฎหมายหลายฉบับก็ยังแบ่งออกเป็นหลายประเภท เช่น

2.3.3.1 กฎหมายที่มีได้บัญญัติ โดยตรงว่านิติบุคคลเหล่านั้นเป็นคนต่างด้าวโดยบัญญัติให้นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่เกินจำนวนที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิอย่างคนต่างด้าว หรือกำหนดให้กิจการบางประเภทมีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ได้ในจำนวนที่จำกัด เช่น

#### ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

มาตรา 97 และ 98 ได้กำหนดถึงนิติบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว ดังนี้

- (1) บริษัท จำกัด หรือบริษัท มหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น และให้รวมถึงใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ
- (2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน และมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน
- (3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าว เกินกว่ากึ่งจำนวนหรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าว โดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่
- (4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ

<sup>1</sup> สุนทร มณีสวัสดิ์, "เรื่องเดิม", หน้า 711

<sup>2</sup> สุนทร มณีสวัสดิ์, "เรื่องเดิม", หน้า 711

- (5) นิติบุคคลซึ่งมีนิติบุคคลดังกล่าว ข้างต้น เข้าถือหุ้นหรือลงทุนในนิติบุคคลนั้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่าถึงจำนวนของผู้ถือหุ้น

2.3.3.2 กฎหมายที่ว่าเป็นคนต่างด้าว โดยการกำหนดนิยาม "คนต่างด้าว" ไว้เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คำสั่งของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

#### ก. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย อีกทั้งมาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ยังเป็นแหล่งอ้างอิงของกฎหมายต่างๆเมื่อต้องการอ้างอิงนิยาม "คนต่างด้าว" ซึ่งได้กำหนดนิยาม คำว่า "คนต่างด้าว" ไว้ดังนี้<sup>1</sup>

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งมิได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ
  - นิติบุคคลที่มีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลซึ่งมิได้จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นหรือลงทุนตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
  - ห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

#### ข. ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ถึงแม้ว่าคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับนี้ได้จะถูกยกเลิกไปแล้ว โดย พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ตาม แต่พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวก็เป็นเพียงนำหลักการของคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มาปรับปรุงเพิ่มเติมใหม่ ซึ่งยังมีส่วนที่ใกล้เคียงกันของเดิมและมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามเจตนารมณ์ดั้งเดิม ดังนั้นจึงจำเป็นต้องกล่าวถึงเพื่อที่จะได้นำมาเปรียบเทียบกับ

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

ขอบเขตและความหมายคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายทั้งสองฉบับว่ามีความแตกต่างกันอย่างไร โดยที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้ให้นิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้<sup>1</sup>

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ตามพระราชบัญญัติสัญชาติฉบับใดฉบับหนึ่งที่เคยมีผลทำให้บุคคลนั้นมีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย กล่าวคือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนก่อตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายไทย จึงไม่มีสัญชาติไทยในสถานการณ์ทั่วไป
- (3) นิติบุคคลตามกฎหมายไทย แม้มีสัญชาติไทยในสถานการณ์ทั่วไป แต่ตามคำสั่งคณะปฏิวัติถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยนี้เป็น “นิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว” ในเรื่องการประกอบธุรกิจหากมีองค์ประกอบดังนี้
  - (ก) มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น ถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวลงทุน มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
  - (ข) จำนวนสมาชิกของนิติบุคคลตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าว ไม่ว่าคนต่างด้าวจะลงทุนเป็นจำนวนเท่าใดก็ตาม
  - (ค) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว แต่ไม่รวมถึงบริษัท จำกัดที่มีกรรมการผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว
  - (ง) การที่คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจหรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว เข้าถือหุ้นเกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัทหรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นก็อยู่ภายใต้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเช่นเดียวกัน แต่ก็สามารถขออนุญาตจากอธิบดีได้

#### 2.3.4. หลักเรื่องผู้บริหารนิติบุคคล<sup>2</sup>

หลักเกณฑ์นี้ถือว่า นิติบุคคลที่มีผู้บริหารเป็นคนต่างด้าวเป็น นิติบุคคลที่มีสถานะเป็น คนต่างด้าว ซึ่งพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ ได้แก่

- ก. ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว ถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามประกาศฉบับนี้ โดยได้ให้นิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ประกาศคำสั่งของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3

<sup>2</sup> สอนทร มณีสวัสดิ์, “เรื่องเดิม”, หน้า 712

(1) นิติบุคคลตามกฎหมายไทย แม้มีสัญชาติไทยในสถานการณ์ทั่วไป แต่ตามคำสังเคราะห์ปฏิวัติถือว่าเป็นนิติบุคคลไทยนี้เป็น “นิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว” ในเรื่องการประกอบธุรกิจหากมีองค์ประกอบดังนี้

(ก). .....

(ข). .....

(ค). ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว แต่ไม่รวมถึงบริษัท จำกัดที่มีกรรมการผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

#### ข. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

(1) .....

(2) .....

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

#### ค. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 17

“บริษัทเงินทุนต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของกรรมการทั้งหมด แต่ในกรณีมีความจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินงานของบริษัทเงินทุนนั้น รัฐมนตรีด้วยความแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนผู้ถือหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ ไว้ด้วยก็ได้”

#### ง. พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 5 เบญจ

“ธนาคารพาณิชย์ต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด แต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นต้องแก้ไขฐานะหรือการดำเนินการของธนาคารพาณิชย์ใด รัฐมนตรีด้วย

คำแนะนำของธนาคารแห่งประเทศไทยต้องมีอำนาจผ่อนผันให้มีจำนวนหุ้นหรือกรรมการเป็นอย่างอื่นได้ ในการผ่อนผันนั้นจะมีการกำหนดเงื่อนไขใดๆไว้ด้วยก็ได้”

**จ. พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535 มาตรา 10**

“บริษัทต้องมีจำนวนหุ้นที่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถืออยู่ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด และต้องมีกรรมการเป็นบุคคลผู้มีสัญชาติไทยไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนกรรมการทั้งหมด “

นอกจากนี้ประมวลกฎหมายที่ดินที่กำหนดสิทธิของนิติบุคคลบางประเภทก็เคยกำหนดไว้ใน มาตรา 97 (5) ว่า “นิติบุคคลใดในมาตรานี้ที่ผู้จัดการหรือกรรมการเป็นคนต่างด้าว” ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนคนต่างด้าว แต่ต่อมามาตรานี้ได้ถูกยกเลิกไปแล้ว

จะเห็นได้ว่าการกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัด หรือการมีสิทธิในทรัพย์สินบางประเภทจะใช้หลักเกณฑ์หลายอย่างในการควบคุม เช่น พระราชบัญญัติเรือไทยก็ใช้ทั้งการจดทะเบียน หลักการถือหุ้น หลักเรื่องผู้บริหารนิติบุคคล ดังนี้

**ก. พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540**

พระราชบัญญัติเรือไทยเป็นกฎหมายในการเป็นเจ้าของหรือมีกรรมสิทธิ์ในเรือไทยหรือเรือที่มีสัญชาติไทย นอกจากจะกำหนดให้ “คนต่างด้าว” หมายถึง “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าวแล้ว<sup>1</sup> ยังกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้ครอบคลุมถึงอำนาจในการจัดการบริษัท จำกัดด้วยดังนี้

1. บริษัทจำกัดจะต้องมีกรรมการ ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละสิบเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าวและไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ จึงจะสามารถมีกรรมสิทธิ์ในเรือไทยได้<sup>2</sup>

2. ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยซึ่งใช้ประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศโดยเฉพาะ และไม่ทำการค้าในน่านน้ำไทยต้องเป็นนิติบุคคลที่

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 7

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 7

จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยซึ่งกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งมีสัญชาติไทย และมีคุณสมบัติอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) เป็นบริษัทจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว และไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ

(2) เป็นบริษัทมหาชนจำกัดที่หุ้นอันเป็นทุนชำระแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดเป็นของบุคคลซึ่งมิใช่คนต่างด้าว<sup>1</sup>

3.ห้ามมิให้บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทยและนิติบุคคลซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิ์เรื่องจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้กระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

- (ก). ถือกรรมสิทธิ์เรื่องจดทะเบียนเป็นเรือไทยแทนคนต่างด้าว
- (ข). เป็นหุ้นส่วนแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วน ที่เป็นนิติบุคคลซึ่งถือกรรมสิทธิ์เรื่องจดทะเบียนเป็นเรือไทย
- (ค). ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งถือกรรมสิทธิ์เรื่องจดทะเบียนเป็นเรือไทย

#### ข. พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ.2540

พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ แต่นำมาศึกษาเนื่องจากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการให้ความหมายถึง “คนต่างด้าว” ในรูปแบบบริษัทไว้โดยใช้หลักเกณฑ์ในด้านสัดส่วนการถือหุ้นและหลักการควบคุมบริษัทโดยคนต่างด้าว แต่เป็นกฎหมายเฉพาะในการกำหนดสิทธิของประชาชน ในการรับรู้ข่าวสาร โดยกำหนดของเขตและความหมายของ “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยและไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย และนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว ใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ
- (2) สมาคมที่มีสมาชิกเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว
- (3) สมาคมหรือมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 7 ทวิ

(4) นิติบุคคลตาม (1) (2) (3) หรือนิติบุคคลอื่นใดที่มีผู้จัดการหรือกรรมการเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว

นิติบุคคลข้างต้น ถ้าเข้าไปเป็นผู้จัดการหรือกรรมการ สมาชิก หรือมีทุนในนิติบุคคลอื่น ให้ถือว่าผู้จัดการหรือกรรมการ หรือสมาชิก หรือเจ้าของทุนดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว

**สัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างสหรัฐอเมริกากับราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2515**

ในการศึกษาสนธิสัญญาฉบับนี้ เนื่องจากการชี้ให้เห็นว่าในการกำหนดขอบเขตและความหมายของ "บริษัทวิสาหกิจอเมริกา" ที่จะได้รับความคุ้มครองตามสนธิสัญญาฉบับดังกล่าว โดยใช้หลักเกณฑ์ในการพิจารณาหลายหลักเกณฑ์เป็นเงื่อนไขในการกำหนดสถานะของบริษัทวิสาหกิจอเมริกา ซึ่งจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้คือ

- (1) ต้องเป็นคนชาติอเมริกา ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาที่ถือสัญชาติอเมริกาตามกฎหมายอเมริกัน
- (2) บริษัทอเมริกัน ที่จัดตั้งขึ้นโดยตรงจดทะเบียนภายใต้กฎหมาย และข้อบังคับของรัฐใดรัฐหนึ่งของสหรัฐอเมริกา แต่จะต้องไม่มีคนชาติของประเทศที่สาม มีผลประโยชน์ควบคุมโดยตรงหรือโดยทางอ้อมในกรรมสิทธิ์หรือในการอำนวยการของบริษัทนั้นๆ และจำนวนทุน จำนวนหุ้น และจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกของนิติบุคคลนั้นเป็นของบุคคลสัญชาติอเมริกัน โดยมีคณะกรรมการมากกว่าครึ่งหนึ่งเป็นคนอเมริกันพร้อมทั้งกรรมการที่มีอำนาจลงนามแทนบริษัท จะต้องไม่เป็นคนชาติที่สาม
- (3) วิสาหกิจที่จัดตั้งในรูปบริษัทที่จดทะเบียนตามกฎหมายไทย และมีลักษณะเช่นเดียวกับประการที่สองที่กล่าวมา

#### 2.4 ปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบ บริษัทจำกัด

ภายหลังจากพระราชบัญญัตินี้มีผลบังคับใช้ ได้มีกระแสวิพากษ์วิจารณ์และต่อต้านพระราชบัญญัติฉบับนี้เป็นอย่างมากว่าเป็นกฎหมายที่เอื้อประโยชน์แก่ชาวต่างชาติให้เข้ามาดำเนินธุรกิจในประเทศไทยและแย่งการทำมาหากินของคนไทยทั้งทางตรง

และทางอ้อม<sup>1</sup> และพบว่าเท่าที่ผ่านมา นิติบุคคล (โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บริษัท จำกัด) หลายแห่ง แม้จะมีองค์ประกอบที่จะเป็น “นิติบุคคลไทย” ครอบคลุมตามกฎหมาย (คนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้า) แต่คนต่างด้าวดังกล่าวกลับมีอำนาจในการจัดการและควบคุมบริษัทดังกล่าวได้ และสามารถประกอบธุรกิจต้องห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติได้ทุกธุรกิจ ซึ่งในความเป็นจริงบริษัทนั้นควรมีสถานะเป็นคนต่างด้าว แต่กลับมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยหรือเป็นบริษัทที่มีสถานะเป็นไทยเทียม<sup>2</sup> โดยปัญหาดังกล่าวเกิดจากการที่ขอบเขตและความหมาย “คนต่างด้าว” โดยเฉพาะบริษัท จำกัด ที่จดทะเบียนในประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังจำกัดอยู่เฉพาะการที่คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าหรือไม่ หากคนต่างด้าวถือหุ้นเกินร้อยละสี่สิบเก้าก็จะมีสถานะเป็น “คนต่างด้าว” หากคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าในบริษัท ก็จะมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งสาเหตุนี้ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว ทำให้วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้ไม่สามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และทำให้ไม่สามารถรู้ถึงจำนวนของบริษัท จำกัดที่ควรมีสถานะเป็นคนต่างด้าวแต่กลับมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งจากการศึกษาพบว่านิยามศัพท์ของคำว่า “คนต่างด้าว” โดยเฉพาะในรูป “บริษัท จำกัด” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ในหลายลักษณะ เช่น

1. ขอบเขตและความหมาย “คนต่างด้าว” ไม่ครอบคลุมถึง บริษัท จำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยที่จดทะเบียนในประเทศไทย โดยคนต่างด้าวถือหุ้นข้างน้อย (Minority Control) ในสัดส่วนไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้า แต่มีสิทธิในการออกเสียง (Voting Right) มากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย ทำให้สามารถควบคุมเสียงข้างมากในการลงมติในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้

<sup>1</sup> อัมรินทร์ คอมนันท์, “มติชน” วันที่ 16 พฤษภาคม 2543 กรุงเทพมหานคร หน้า 2

<sup>2</sup> ทิศवास สุนทรพันธุ์ปฐมภรณ์ บุณยธำรง, “การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการทำงานของคนต่างด้าว”, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, พ.ศ. 2541 หน้า 30

2. ขอบเขตและความหมายของ “คนต่างด้าว” ไม่ครอบคลุมถึงบริษัท จำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยที่จดทะเบียนในประเทศไทย และมีคนต่างด้าวเป็น กรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจหรือมีกรรมการผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

3. ขอบเขตและความหมายของ “คนต่างด้าว” ไม่ครอบคลุมถึงบริษัท จำกัด ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีข้อบังคับของ “บริษัท จำกัด” กำหนดว่าจะต้องมีกรรมการเป็นคนต่างด้าวในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่มาจากการเลือกตั้งของผู้ถือหุ้นคนไทยทำให้อำนาจในการออกเสียงในการบริหารกิจการต่าง ๆ ของบริษัทตกเป็นของคนต่างด้าว

ซึ่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 4 ได้ นิยาม “คนต่างด้าว” ไว้ดังนี้ คือ

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
  - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่ กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
  - (ง) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือ ผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุน ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติ บุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน ทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้ผู้ ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าวเว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

“ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัท มหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงทุนในห้างหุ้นส่วนหรือนิติ บุคคลนั้น

ดังนั้นจะเห็นว่าปัญหานิยามและขอบเขตคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ไม่ชัดเจนเพียงพอ ประกอบกับการที่บริษัทไทยหรือคนไทยบางกลุ่มยินยอมให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยไม่เกินร้อยละ 49 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท จำกัด ซึ่งจดทะเบียนตามกฎหมายไทยแล้ว เข้ามามีอำนาจในการจัดการและควบคุมบริษัท ทำให้คนต่างด้าวเหล่านั้นสามารถดำเนินธุรกิจได้ทุกประเภทเสมือนเป็นบริษัท จำกัด ไทย ได้ก่อให้เกิดปัญหาดังนี้

1. ปัญหาในการพิจารณาว่าหุ้นหรือทุนของนิติบุคคลที่ผู้ถือหุ้นจะรวมถึงหุ้นหรือหุ้นของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นหรือไม่<sup>1</sup>

2. การกำหนดกรรมสิทธิ์ในหุ้นกรรมสิทธิ์ที่ถือโดยคนต่างด้าวโดยให้สิทธิในการลงคะแนนเสียงหรือออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญซึ่งเป็นชาวไทย ซึ่งเดิมจากการบังคับใช้ประกาศคณะกรรมการฯ ฉบับที่ 281 นั้น ก็พบว่า มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายในลักษณะที่เรียกว่า การบริหารงานโดยผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย (Minority Control) หมายถึง คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย แต่สามารถควบคุมจัดการหุ้นที่ตนถือให้มีสิทธิในการจัดการและการลงคะแนนเสียงในการควบคุมกิจการของบริษัทหรือนิติบุคคลนั้นๆ ได้ โดยในการพิจารณาปรับปรุงคำสั่งของคณะกรรมการฯ ฉบับที่ 281 ก็ได้มีการนำปัญหาของนิยาม “คนต่างด้าว” ดังข้างจะเห็นจาก

การที่ สภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ได้เสนอเรื่องการปรับปรุงนิยามศัพท์ “คนต่างด้าว” โดยกำหนดให้นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทย แต่ได้จัดทำข้อบังคับให้คนต่างด้าวมีคะแนนเสียงมากกว่าคนไทย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากเป็นบุคคลต่างด้าวของคำสั่งคณะกรรมการฯ ฉบับที่ 281 ด้วย โดยได้เสนอในร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว<sup>2</sup>

นอกจากนี้ ดร.สุรเกียรติ์ เสถียรไทย ได้เสนอบทบัญญัติที่จะช่วยให้สามารถควบคุมนิติบุคคลไทยที่กำหนดให้สิทธิในการออกเสียงเป็นของคนต่างด้าว ในการที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชี 1 หรือ บัญชี 2 ดังนี้

<sup>1</sup> ภาคผนวก ก

ข้อเสนอของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เรื่องการปรับปรุงคณะกรรมการฯ ฉบับที่ 281 , รายงานการประชุม , เมษายน

“มาตรา 34 บริษัทจำกัดใดมีคนต่างด้าวถือหุ้นสามัญไม่เกินอัตราที่กำหนดใน มาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัตินี้ และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนมากกว่าหุ้น บุริมสิทธิในบริษัทจำกัดเดียวกันประสงค์จะประกอบธุรกิจในปีหนึ่งท้ายพระราช บัญญัตินี้ ให้ยื่นคำขอรับอนุญาตจากคณะกรรมการ<sup>1</sup>”<sup>1</sup>

แต่เนื่องจากการโต้เถียงกันว่า ประเด็นดังกล่าว เป็นกฎหมายเกี่ยวกับการ จัดการ (Management) แต่ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีปรัชญาของกฎหมายเป็นกฎหมายจำกัดการเป็นเจ้าของ (Ownership) เท่านั้น ดังนั้น เมื่อมีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มาเป็นพระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงยังไม่ได้มีการแก้ไขประเด็นปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด และทำให้ปัญหานิติบุคคลไทยเทียมหรือนิติบุคคลไทยแต่มีคนต่างด้าวเป็นผู้จัดการยังคงเป็นปัญหามาถึงปัจจุบัน

ตัวอย่างปัญหา หุ้นของบริษัท ก. แบ่งเป็น 100 หุ้น

คนไทยถือหุ้นหมายเลข 1 - 51 = 51 หุ้น (หุ้นสามัญ) = 51 เสียง

คนต่างด้าวถือหุ้นหมายเลข 52 - 100 = 49 หุ้น (หุ้นบุริมสิทธิ) = 245 เสียง

โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้หุ้นหมายเลข 1 - 51 มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียง แต่หุ้นหมายเลข 52 - 100 ให้มีสิทธิลงคะแนนเสียง 1 หุ้นต่อ 5 เสียง เช่นนี้เป็นต้น ดังนั้น เมื่อบริษัท ก. ต้องการมติของผู้ถือหุ้นในการจัดการกิจการถึงแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายเสียงข้างน้อยก็ยังคงเป็นฝ่ายที่มีอำนาจในการออกเสียงลงมติตามหลักเสียงข้างมาก

ในปัญหาดังกล่าวคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นในเรื่องที่บริษัทกำหนดสิทธิออกเสียงไว้ว่า “การกำหนดให้หุ้นต่างประเภทกันมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงได้แตกต่างกันดังกล่าวนี้อาจได้เป็นกรณีที่จะต้องมีการเอาเข้าเปรียบกันแต่อย่างไร เพราะกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทเป็นกฎหมายจำพวกเอกชนในทางพาณิชย์ซึ่งได้คำนึงถึงเจตนาของเอกชนเป็นสำคัญ หากมิใช่ข้อที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ย่อมทำความเข้าใจ

<sup>1</sup> ทิศวาส สุคนธ์พันธ์, ปฐมภรณ์ บุญธำรง, เรื่องเดิม, อ้างแล้ว, หน้า 37.

ตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัทในเรื่องนี้ได้” ซึ่งกล่าวได้ว่าการวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นการยอมรับหลักการให้มีการกำหนดบุริมสิทธิ (preference) หรือ ด้อยสิทธิ (deferred) ได้<sup>1</sup>

3. ปัญหาการตีความนิยามศัพท์ “คนต่างด้าว” ในรูปนิติบุคคลจะนับเฉพาะการถือครองหุ้นในลำดับชั้นเดียวหรือการเป็นผู้ถือหุ้นในชั้นเดียวเท่านั้น เช่น การที่บริษัท A ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายสิงคโปร์จดทะเบียนตามกฎหมายสิงคโปร์ถือหุ้นในบริษัท ก จำนวน ร้อยละ 49 และบริษัท ก ก็ถือหุ้นในบริษัท ข. ไซ่ ร้อยละ 51 และขณะเดียวบริษัท A ก็เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท ข ร้อยละ 49 จะเห็นได้ว่าสัดส่วนเป็นของนิติบุคคลไทยทุกประการ แต่หากคำนวณการเป็นผู้ถือหุ้นแล้วจะเห็นว่า ผู้ที่เป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในบริษัท ข. ไซ่ ก็คือ บริษัท A ซึ่งเป็นนิติบุคคลสิงคโปร์นั่นเอง ถึงแม้จะมีระเบียบภายในของกรมทะเบียนไม่ได้รับจดทะเบียนบริษัทที่มีลักษณะดังกล่าว แต่ในที่สุดเมื่อมีการโต้แย้งจากบริษัท จำกัดดังกล่าว ทางกรมทะเบียนการค้าก็จะรับจดทะเบียนให้ในที่สุด<sup>2</sup>

กรณีนี้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความว่าเป็นคนต่างด้าว แต่ต่อมาได้มีการแก้ไขกฎหมายให้พิจารณาว่า นิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ให้พิจารณาการถือหุ้นในลำดับเดียวเท่านั้น ไม่ต้องพิจารณาซ้อนขึ้นไปจนถึงที่สุด

4. การที่ผู้ถือหุ้นชาวไทยทำหนังสือมอบฉันทะในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแก่คนต่างด้าว ซึ่งก็จะทำให้คนต่างด้าวสามารถกุมเสียงข้างมากในกิจการที่กฎหมายกำหนดจะต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมก่อน จึงจะสามารถดำเนินการนั้นๆ ได้

5. การที่ผู้ถือหุ้นชาวไทยกับคนต่างด้าวทำสัญญาในการออกเสียงลงคะแนน โดยมีได้โอนกรรมสิทธิ์ในหุ้นไปให้คนต่างด้าวแต่อย่างใด

การที่นิยาม “คนต่างด้าว” กำหนดขอบเขตและความหมายเพียงแต่ในสัดส่วนการถือหุ้นโดยไม่ควบคุมการประกอบกิจการนั้นๆ ก่อให้เกิดผลให้ไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ ถึงแม้ไทยจะได้เข้าเป็นสมาชิก WTO และภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศในพันธกรณีเปิดเสรีทางการค้า โดยมีเจตนาให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน โดยไม่เลือกปฏิบัติกับชาติใดชาติหนึ่งให้แตกต่างกันก็ตาม แต่หลักคิดในทางเศรษฐศาสตร์กล่าวไว้ว่า ไม่มีประเทศใดให้เสรีแก่คนต่างด้าวโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ทุก

<sup>1</sup> ภาคผนวก ข

<sup>2</sup> ภาคผนวก ก

ประเทศยังต้องกำหนดขอบเขตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อคุ้มครองการประกอบธุรกิจของประชาชนประเทศนั้นๆ เนื่องจากข้อจำกัดด้านเศรษฐกิจ ซึ่งหากไม่มีการควบคุมก็จะเป็นการปล่อยให้คนต่างด้าวช่วงชิง โอกาสในการประกอบธุรกิจของคนในชาติไป ซึ่งหากไม่มีข้อจำกัดในด้านเศรษฐกิจก็ไม่จำเป็นต้องมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว<sup>1</sup> และอาจทำให้เกิดปัญหาทางการปกครองและเศรษฐกิจที่ขึ้นเนื่องจากไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ เช่น

- กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิยาม “คนต่างด้าว” มักจะอ้างอิงถึงนิยาม “คนต่างด้าว” ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นหลักอยู่เสมอ เช่น พระราชบัญญัติเรือไทย เป็นต้น หากขอบเขตและความหมายของ “คนต่างด้าว” ยังมีปัญหาอยู่ก็อาจจะทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เรือไทยได้
- ทำให้บริษัทดังกล่าวสามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้โดยไม่จำกัดจำนวน ซึ่งหากเป็นคนต่างด้าวจะสามารถถือครองที่ดินเพื่อยุ่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ และจะต้องนำเงินมาลงทุนเป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท ซึ่งเมื่อคนต่างด้าวมาร่วมลงทุนเป็นบริษัท จำกัดที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย อาจจะเข้ามาแย่งการถือครองที่ดินของคนไทย หรืออาจจะก่อให้เกิดปัญหาการเก็งราคาในที่ดินขึ้น โดยการปั่นราคาที่ดินให้มีราคาแพงขึ้น และเมื่อได้กว้านซื้อไว้เป็นจำนวนมากแล้ว ก็จะปล่อยขายให้คนไทยและในที่สุดก็นำผลกำไรกลับสู่ประเทศของตน
- ปัจจุบันสำนักงานทนายความซึ่งรับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท จำกัด ใ้ให้คำแนะนำแก่คนต่างด้าวในการหลีกเลี่ยงการเป็นนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว โดยอาศัยช่องโหว่ของกฎหมายในการเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยแต่สามารถจัดการหรือครอบงำบริษัทกันเป็นจำนวนมาก<sup>2</sup> ทำให้คนต่างด้าวไม่สนใจในการจดทะเบียน เป็นบริษัท ที่มีสถานะเป็น “คนต่างด้าว” ตาม

<sup>1</sup> บุญเสริม บุญเจริญผลดี คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก. บทสัมภาษณ์. 15 มกราคม 2544

<sup>2</sup> พงษ์ไท จุฑาเกศ. ข้อพิจารณาการจัดตั้งนิติบุคคลที่มีผู้ร่วมทุนเป็นต่างด้าว กับ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281. รายงานการฝึกงานหลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิต(กฎหมายธุรกิจ) พ.ศ. 2531 หน้า 28

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้ไม่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เช่น

- ปัจจุบันธุรกิจค้าปลีกกำลังเป็นปัญหาแก่ผู้ประกอบการรายย่อยต้องปิดกิจการเป็นจำนวนมาก
- คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจประเภท ที่ปรึกษากฎหมาย ทนายความ วิศวกร เป็นจำนวนมาก
- การทำสวนกล้วยไม้ ซึ่งกำลังมีปัญหาในกรณีที่ นักลงทุนชาวไต้หวันได้เสนอขอรับสิทธิพิเศษในการลงทุน โดยเสนอลงทุนเป็นจำนวนมาก แต่เนื่องจากเป็นธุรกิจที่อยู่ในบัญชีหนึ่งซึ่งห้ามคนต่างชาติประกอบธุรกิจ โดยเด็ดขาด ทางรัฐบาลไทยจึงได้ปฏิเสธข้อเสนอดังกล่าว และนักลงทุนชาวไต้หวันก็มีได้โต้แย้งแต่อย่างใด จึงเป็นไปได้อย่างสูงว่า นักลงทุนชาวไต้หวันดังกล่าวคงจะเข้ามาลงทุนกับนักลงทุนชาวไทย ในรูปของบริษัทจำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยอย่างแน่นอน
- สามารถขอสิทธิพิเศษในการลงทุนได้ง่ายกว่า เช่น สิทธิพิเศษในด้านภาษี สิทธิพิเศษในการได้รับคำแนะนำ

### บทที่ 3

## มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของ คนต่างด้าวในรูป “บริษัท จำกัด” ของประเทศเม็กซิโกเปรียบเทียบกับประเทศไทย

ในบทนี้จะศึกษามาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูป “บริษัท จำกัด” ของประเทศเม็กซิโกเปรียบเทียบกับประเทศไทย เนื่องจากประเทศเม็กซิโกเป็นประเทศที่ประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจเช่นเดียวกับประเทศไทย และจำเป็นต้องหาแหล่งเงินทุนจากต่างประเทศและปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ในขณะที่เดียวกันก็มีทรัพยากรในประเทศที่จำเป็นต้องหวงกันไว้เพื่อประเทศของตนเหมือนกัน

### 3.1 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจหรือการลงทุนของคนต่างด้าว ในประเทศเม็กซิโก

ในอดีตประเทศเม็กซิโกต้องการกีดกันการลงทุนของชาวต่างชาติ และปกป้องผลประโยชน์ในการประกอบกิจการให้แก่รัฐบาลและชนชาติเม็กซิกัน โดยในปี ค.ศ.1973 มีการออกกฎหมาย เพื่อส่งเสริมการลงทุนของชนชาติเม็กซิกัน และวางกฎเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจและการลงทุนของชาวต่างชาติ “Law to promote Mexican investment and to regulate foreign investment 1973” ซึ่งได้กำหนดกิจการต่าง ๆ เป็นประเภทต่างๆ เช่น

- ก. กิจการที่สงวนไว้สำหรับรัฐบาล เช่น การปิโตรเลียม การไฟฟ้า การสื่อสาร เป็นต้น
- ข. กิจการที่สงวนไว้สำหรับคนเม็กซิกันหรือบริษัทเม็กซิกันเท่านั้น เช่น การโทรคมนาคม การจำหน่ายแก๊ส เป็นต้น
- ค. กิจการที่ชาวต่างชาติอาจได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการได้ ซึ่งจะมีการกำหนดอัตราส่วนการถือหุ้น เช่น
  - การประกอบธุรกิจเหมืองแร่ คนต่างชาติจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49

- การประกอบธุรกิจในการรับช่วงการปีโตรเลียม การประกอบรถยนต์ จะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49<sup>1</sup>

ซึ่งต่อมาภายหลังจากประเทศเม็กซิโกพบปัญหาทางเศรษฐกิจได้มีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเนื่องจากต้องการให้คนต่างชาติเข้าไปลงทุนเพิ่มมากขึ้น และเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่มีต่อต่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันก็ยังคงมีความต้องการควบคุมการเข้าไปลงทุนหรือเข้าไปประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงได้มีการออกกฎหมาย Law to Promote Mexican and to Regulate Foreign Investment 1993 และ Law of Foreign Investment 1993 ขึ้นมาเพื่อขยายประเภทธุรกิจและขยายสัดส่วนของคนต่างด้าวในการเข้าไปถือหุ้นในธุรกิจต่างๆมากขึ้น สำหรับกิจการอื่น ๆ ที่ไม่ได้กำหนดอัตราส่วนไว้ ชาวต่างชาติจะถือหุ้นในบริษัทได้ไม่เกินร้อยละ 49 แต่สามารถขออนุญาตหรือขอเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นในธุรกิจต่างๆได้จากคณะกรรมการเพื่อการลงทุนของชาวต่างชาติ “The National Commission of Foreign Investment หรือ FID” โดยมีสาระสำคัญในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนี้

1. การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในรูปบริษัทจำกัด ใช้หลักเกณฑ์ในการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นและการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารกิจการของบริษัท โดยกำหนดขอบเขตและความหมาย “นักลงทุนต่างชาติ” หรือ “คนต่างด้าว” (Foreign Investor) หรือ “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” (Foreign Investment)<sup>2</sup> หมายถึง

- (1) บริษัทจำกัด ที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศเม็กซิโก
- (2) องค์กรทางเศรษฐกิจของคนต่างด้าวที่ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล
- (3) บริษัทจำกัด หรือองค์กรทางเศรษฐกิจของชาวเม็กซิกัน ซึ่งมีทุนส่วนใหญ่ หรือมีทุนจำนวนมากกว่าร้อยละสี่สิบเก้าเป็นของชาวต่างชาติ

<sup>1</sup> นางสาวน้ำทิพย์ ปานะกุล, แนวทางแก้ไขข้อจำกัดทางกฎหมายในการลงทุนของชาวต่างชาติในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย: ศึกษาเฉพาะกรณีการจัดตั้งกองทุนรวมเพื่อชาวต่างชาติ, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2539

Law to Promote Mexican Investment and to Regulate Foreign Investment, 1973 Section2.

(4) บริษัทจำกัด หรือ องค์กรทางเศรษฐกิจของชาวเม็กซิกัน ซึ่งมีชาวต่างชาติเป็นผู้มีอำนาจในการบริหารเป็นส่วนใหญ่

2. การแบ่งธุรกิจ เป็น 3 ประเภท คือ

ก. กิจกรรมที่สงวนไว้เฉพาะสำหรับรัฐเท่านั้น เช่น การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย การปิโตรเคมี การผลิตไฟฟ้า การวิทยุโทรคมนาคม โรงงานกษาปณ์ การทำอากาศยาน<sup>1</sup>

ข. กิจกรรมซึ่งสงวนไว้เฉพาะสำหรับชาวเม็กซิกัน หรือบริษัทเม็กซิกันเท่านั้น โดยรวมถึงคนต่างด้าวที่ได้รับการยกเว้นตามสนธิสัญญาด้วย<sup>2</sup> เช่น การขนส่งผู้โดยสารภายในประเทศทางบก การท่องเที่ยว ไม่รวมการส่งเอกสารและพัสดุภัณฑ์

ค. กิจกรรมสำหรับคนต่างด้าวสามารถดำเนินธุรกิจหรือเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้น โดยการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไว้ในแต่ละประเภทธุรกิจ

สำหรับกิจกรรมที่สงวนไว้สำหรับรัฐบาล หรือ ชาวเม็กซิกันรวมทั้งบริษัทเม็กซิกัน โดยเฉพาะนั้น ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะในทางตรง หรือผ่านทางข้อตกลง, หน่วยการลงทุน หรือข้อบังคับใดๆ ที่ทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุม หรือมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ

4. การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทต่าง ๆ

(1) คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละสิบ ในกิจการซึ่งเป็นการให้ความร่วมมือกันทางเศรษฐกิจ

(2) คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละยี่สิบห้า ในกิจการ

- ขนส่งทางอากาศ
- อากาศยานรับจ้าง

(3) คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละ สิบเก้าในกิจการต่อไปนี้<sup>3</sup>

- การบริหารกลุ่มบริษัทการเงิน

<sup>1</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993. Article 5.

<sup>2</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993 Article 6.

<sup>3</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993. Article 7.

- ประกันภัย
- ค้าขายเงินตรา
- แลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ
- คลังสินค้าสาธารณะ
- บริษัทให้เช่าซื้อ
- บริหารจัดการกองทุนบำเหน็จบำนาญ
- โรงงานผลิตอาวุธปืนขนาดเล็ก กระสุนปืน , ดอกไม้ไฟ , วัตถุระเบิด , แต่ไม่รวมถึงการผลิตวัตถุระเบิด เพื่อใช้ในอุตสาหกรรมหรือการทำเหมือง หรือการผลิตเพื่อใช้ในการระเบิดสำหรับกิจการอย่างอื่น
- โรงพิมพ์ , การบริการหนังสือพิมพ์
- จัดจำหน่ายเชื้อเพลิงและน้ำมันหล่อลื่นสำหรับรถยนต์ , เครื่องบินหรือรถไฟ

อัตราส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามมาตรานี้ ห้ามไม่ให้มีการเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นขึ้น ไม่ว่าในทางตรงหรือถือผ่านทางกองทุน , ข้อตกลงหรือวิธีการใด ๆ ที่จะทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมกิจการหรือมีส่วนร่วมในการจัดการมากกว่าที่ได้บัญญัติไว้

5. คณะกรรมการมีอำนาจพิจารณาคำขอของคนต่างด้าวให้สามารถถือหุ้นในสัดส่วนมากกว่าร้อยละสี่สิบเก้า ได้ในกิจการดังนี้ เช่น
  - (1) การบริการเกี่ยวกับท่าเรือ เช่น กิจการนำร่อง
  - (2) การขนถ่ายทางทะเลลึก
  - (3) สัมปทานเกี่ยวกับบริการทางอากาศ
  - (4) โรงเรียนเอกชน
  - (5) ให้บริการทางกฎหมาย
  - (6) การขุดเจาะแก๊สและน้ำมัน<sup>1</sup>
- 6 คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตเข้าถือหุ้นในบริษัทเงินทุน (Financial Companies) โดยถือหุ้นประเภทไม่มีสิทธิออกเสียงและภายใต้บทบัญญัติอื่น ๆ อีกได้

<sup>1</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993. Article 8

- 7 การฝ่าฝืนและบทลงโทษ' ในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืน ในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้น , การเพิ่มขึ้นในสัดส่วนการถือหุ้น ในการบริหารกิจการ หรือการทำกรใด ๆ เป็นการฝ่าฝืนบทกฎหมายนี้ หรือตามคำสั่งของคณะกรรมการ จะต้องถูกปรับไม่ต่ำกว่าหนึ่งพันเท่าถึงห้าพันเท่า ของเงินค่าแรงขั้นต่ำต่อวัน
- 8 ประเภทธุรกิจที่มีการกำหนดช่วงเวลาและเพิ่มสัดส่วนในการถือหุ้นของคนต่างด้าวเพื่อเปิดเสรีในอนาคต

8.1 ธุรกิจการขนส่งระหว่างประเทศ และธุรกิจอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเป็นประเภทธุรกิจสงวนไว้สำหรับคนเม็กซิกัน บริษัทเม็กซิกัน หรือบริษัทของคนต่างด้าวซึ่งได้รับยกเว้นตามสนธิสัญญาเท่านั้น จะได้รับการผ่อนปรนสัดส่วนในการถือหุ้นให้คนต่างด้าวเข้ามาถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้<sup>2</sup> ดังนี้

- (1) ตั้งแต่ 18 ธันวาคม 1995 คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน
- (2) ตั้งแต่ 1 มกราคม 2001 คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ถึงร้อยละห้าสิบเอ็ดของทุนจดทะเบียน
- (3) ตั้งแต่ 1 มกราคม 2004 คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ทั้งหมดของทุนจดทะเบียนของบริษัทนี้ โดยไม่ต้องขออนุญาตในการประกอบการตามกฎหมายจากคณะกรรมการอีก

8.2 คนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ทั้งหมดในกิจการผลิตชิ้นส่วนรถยนต์ ตั้งแต่ 1 มกราคม 1999 โดยไม่ต้องขออนุญาตประกอบกิจการตามกฎหมายนี้ต่อคณะกรรมการอีก

8.3 คนต่างด้าว สามารถถือหุ้นในบริษัทเม็กซิกันได้ถึงร้อยละสี่สิบห้าในกิจการ Videotext and package Exchange Service และกิจการรับเหมาก่อสร้าง (Building and Construction) และตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 1999 คนต่างด้าวสามารถเข้าไปถือหุ้นได้เต็มร้อยในหุ้น

<sup>1</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993. Article 37.

<sup>2</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) . 1993 Transitory Article 9.

ของบริษัทเม็กซิกัน โดยไม่ต้องขออนุญาตเป็นพิเศษต่อคณะกรรมการ  
อีก<sup>1</sup>

ในการประกอบธุรกิจของชาวต่างชาติหรือคนต่างด้าว โดยการจัดตั้งบริษัท  
จำกัดนอกจากจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายการลงทุนของต่างชาติ (The Foreign  
Investment Law) ประกอบกับ Law to Promote Mexican and to Regulate Foreign  
Investment 1993 แล้ว ยังต้องดำเนินการตามกฎหมายบริษัทด้วย (Corporate Law)  
ซึ่งมีสาระดังนี้<sup>2</sup>

#### ก. หุ้น

- (1) แบ่งออกได้เป็น 2 ชนิด คือ Series A ซึ่งเป็นชนิดของผู้ถือหุ้นชาว  
เม็กซิกัน และหุ้น Series B ซึ่งเป็นหุ้นชนิดของคนต่างชาติหรือคนต่าง  
ด้าว
- (2) ห้ามมิให้มีข้อกำหนดหรือข้อบังคับใดที่ทำให้ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใด หรือ  
หลายคนจะไม่มีสิทธิได้รับเงินปันผล
- (3) สามารถกำหนดให้หุ้นไม่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทได้ โดยกำหนดไว้ใน  
ข้อบังคับ โดยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นซึ่งไม่มีสิทธิออกเสียงได้รับเงินปันผลสูง  
กว่าผู้ถือหุ้นคนอื่น

#### ข. ผู้ถือหุ้น

- (1) ผู้ถือหุ้น 1 หุ้นสามารถออกเสียงได้ 1 เสียง เว้นแต่หุ้นที่ถือกันเป็นหุ้น  
ประเภทไม่มีสิทธิออกเสียง
- (2) บริษัทจำกัดต้องมีผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่า 2 คน โดยไม่มีการกำหนดเพดาน  
สูงสุดของจำนวนผู้ถือหุ้น

<sup>1</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993 , Transitory Article 8.

Price Waterhouse , Doing Business in Mexico , (1993) , P.77-80

### ก. การจัดการและควบคุมบริษัท

1. การจัดการและการควบคุมบริษัทโดยผ่านทาง “ที่ประชุมผู้ถือหุ้น” ตามกฎหมายบริษัท มีสาระสำคัญดังนี้
  - 1.1 ในการลงมติเรื่องใด ๆ ของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ต้องเป็นไปตามหลักเสียงข้างมาก ของที่ประชุมผู้ถือหุ้น
  - 1.2 ในการออกเสียงลงคะแนน ผู้ถือหุ้น 1 หุ้นสามารถออกเสียงได้ 1 เสียง เว้นแต่หุ้นนั้นเป็นหุ้นประเภทที่ไม่มีสิทธิออกเสียง
  - 1.3 ต้องจัดให้มีการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นทุกปี ภายใน 4 เดือนนับแต่สิ้นปี
  - 1.4 ในการประชุมสามัญผู้ถือหุ้นประจำปี จะต้องจัดให้มีการรับรองงบประมาณการเงินประจำปี การเลือกกรรมการ หรือผู้สอบบัญชี
  - 1.5 บริษัทสามารถจัดให้มีการประชุมวิสามัญ ผู้ถือหุ้นได้ ในการแก้ไขข้อบังคับของบริษัท การรวมกิจการ หรือ การออกหุ้นกู้ เป็นต้น
  - 1.6 ในการเพิ่มทุนหรือลดทุน ต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับ แต่ในกรณีที่ไม่ได้กำหนดไว้ในข้อบังคับเกี่ยวกับเอกสารเพิ่มทุนแล้ว ทุนที่เพิ่มต้องเสนอขายให้ผู้ถือหุ้นเดิม ตามอัตราส่วนเดียวกับที่ผู้ถือหุ้นเดิมถืออยู่ หลังจากนั้นจึงจะสามารถขายให้แก่บุคคลภายนอกได้ แต่ในการเพิ่มทุนในบริษัทแก่ผู้ถือหุ้นชาวต่างชาติหรือคนต่างด้าว จะต้องได้รับความยินยอมจากคณะกรรมการเพื่อการลงทุนของชาวต่างชาติ (The National Foreign Investment Commission)
2. การจัดการและควบคุมบริษัทของผู้ถือหุ้น โดยผ่านทาง “กรรมการ”
  - 2.1 ในการแต่งตั้งกรรมการ ผู้ถือหุ้นจะกำหนดให้มีผู้บริหารกิจการเพียงคนเดียว หรือเลือกผู้บริหารเป็นคณะก็ได้ หรืออาจจะ

กำหนดไว้ในข้อบังคับให้คณะกรรมการสามารถแต่งตั้งผู้จัดการ  
ทั่วไป เพื่อบริหารงานตามอำนาจหน้าที่ที่คณะกรรมการ  
มอบหมายก็ได้

2.2 ในข้อบังคับของบริษัท จะกำหนดถึงอำนาจหน้าที่และความ  
รับผิดชอบของผู้บริหารหรือคณะกรรมการ รวมทั้งกิจการใดที่  
กรรมการจะสามารถดำเนินการได้ต่อเมื่อได้รับการอนุมัติจากที่  
ประชุมผู้ถือหุ้น เช่น การจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์

จากการศึกษาจะพบว่าประเทศเม็กซิโกประสบปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจเช่นเดียวกับ  
ประเทศไทย จากเดิมซึ่งประเทศเม็กซิโกมีความเข้มงวดในการควบคุมการประกอบ  
ธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจประเภทต่างๆ ก็จำเป็นจะต้องมีการเปิดเสรีการค้ามาก  
ยิ่งขึ้น เพื่อให้มีเงินทุนจากต่างประเทศไหลเข้าไปในภายในประเทศ เพื่อความจำเป็นใน  
การกระตุ้นเศรษฐกิจภายในประเทศ แต่อย่างไรก็ตามก็พบว่า ตามกฎหมายของประเทศ  
เม็กซิโกก็ยังคงมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือคนต่างชาติเข้มงวดใน  
บางประเภทธุรกิจและมีการส่งเสริมหรือปล่อยเสรีมากขึ้น

โดยในการบัญญัติกฎหมายจะเป็นการควบคุมการเข้าประกอบธุรกิจของคนต่าง  
ด้าวในรูปแบบบริษัทสามารถจำแนกหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

1. เป็นการควบคุมการเข้าไปถือหุ้นของคนต่างด้าวในทุกประเภทธุรกิจ คนต่าง  
ด้าวจะสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้า
2. เป็นการควบคุมการที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารกิจการ โดยห้ามมิให้  
คนต่างด้าวเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะในทางตรง หรือผ่านทางข้อตกลง  
หน่วยการลงทุน หรือข้อบังคับใด ๆ ที่ทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจในการควบคุม หรือมี  
ส่วนร่วมในการตัดสินใจ
3. มีการกำหนดประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบ โดยเด็ดขาดและกำหนด  
สัดส่วนการเข้าไปถือหุ้นของคนต่างด้าวในประเภทธุรกิจที่สูงหรือต่ำกว่าร้อยละสี่สิบเก้า  
ไว้อย่างชัดเจน
4. มีการกำหนดประเภทธุรกิจและช่วงเวลาที่ยังในอนาคตจะมีการเปิดเสรีไว้อย่าง  
ชัดเจน ทำให้ทุกฝ่ายมีเวลาในการปรับตัวรับสถานการณ์ได้

5. มีการกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถเข้าไปถือหุ้นเกินกว่าสัดส่วนที่กำหนดไว้สำหรับบางประเภทธุรกิจ เช่น ธนาคาร โดยคนต่างด้าวจะต้องถือหุ้นประเภทที่ไม่มีสิทธิออกเสียง (Non - Voting Right) ทำให้ธุรกิจได้รับเงินทุนจากคนต่างด้าวได้มากยิ่งขึ้น โดยไม่ต้องกลัวการสูญเสียสิทธิในการบริหารกิจการ แต่ในขณะเดียวกันอาจจะต้องเพิ่มผลประโยชน์ตอบแทนแก่ผู้ลงทุน เพื่อเป็นการเชิญชวนให้คนต่างด้าวสนใจเข้ามาลงทุน

ในส่วนกำหนดขอบเขตและความหมายของ “บริษัท จำกัด” ที่มีสถานะเป็นต่างด้าว นอกจากจะหมายถึง บริษัทหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในต่างประเทศรวมทั้งสาขาแล้ว ยังหมายความรวมถึงบริษัท จำกัดที่จดทะเบียนในประเทศเม็กซิโกแต่มีคนต่างด้าวหรือคนต่างชาติถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของบริษัทนั้นๆ รวมทั้งการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารกิจการของบริษัทนั้นๆด้วย ซึ่งได้กำชับถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการจัดการหรือการบริหารกิจการนั้นๆไม่ว่าในทางตรงหรือทางอ้อม ซึ่งทำให้เห็นความโปร่งใสและเจตนาารมณ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ชัดเจน ส่วนธุรกิจประเภทใดที่รัฐผ่อนผันให้คนต่างด้าวสามารถเข้าร่วมถือหุ้นได้มากกว่าร้อยละสี่สิบเก้าก็จะมีการบัญญัติยกเว้นไว้อย่างชัดเจน อีกทั้งมีการกำหนดถึงประเภทธุรกิจที่จะมีการเปิดเสรีต่อไปในอนาคต ทำให้คนเม็กซิโกสามารถเตรียมตัวในการแข่งขันในธุรกิจนั้นๆ ได้อย่างถูกต้อง แต่ในขณะที่ยังไม่เปิดเสรีในธุรกิจนั้นๆ ก็สามารถจะควบคุมการประกอบธุรกิจนั้นๆ ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

#### ในรูป “บริษัท จำกัด” ในประเทศไทย

สืบเนื่องมาจากการที่ประเทศไทยจำเป็นต้องมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากการเป็นสมาชิกของ WTO และเป็นผลสืบเนื่องมาจาก IMF (International Monetary Fund) ซึ่งทำให้ประเทศไทยต้องเสียผลประโยชน์ในหลาย ๆ ด้านจึงทำให้จำเป็นต้องวิเคราะห์คำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ที่ถึงแม้จะมีการยกเลิกไปแล้วก็ตามกับตัวพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อที่จะได้นำมาเปรียบเทียบกับสมมติฐานที่กฎหมายฉบับนี้ยังมีปัญหาทางกฎหมายบางประการ หรือมีช่องว่างระหว่างกฎหมายบางข้อที่จำเป็นต้องแก้ไขต่อไป

### 3.2.1 สารสำคัญของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

#### 1. วัตถุประสงค์

รัฐตระหนักว่า จำนวนธุรกิจที่ชาวต่างด้าวดำเนินอยู่ในประเทศไทยเพิ่มขึ้นทุกที่ เกรงว่าการประกอบธุรกิจการค้าของไทยจะไม่สามารถขยายตัวออกไปได้ ดังนั้น เพื่อรักษาดุลการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ เพื่อให้เป็นการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยชอบ เพื่อสงวนธุรกิจและอาชีพที่สำคัญไว้ให้คนไทย จึงกำหนดหลักการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้น

#### 2. คำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในบทที่ 2.1

3. ธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ตามบัญชีท้าย ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ได้กำหนดบัญชีประเภทธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวดำเนินงาน 3 บัญชี ได้แก่

#### บัญชี ก.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม เช่น การทำนา การทำนาเกลือรวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์กรรม เช่น การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางเกษตรพื้นเมือง การค้าที่ดิน

หมวด 3 การประกอบธุรกิจบริการ เช่น บัญชี กฎหมาย สถาปัตยกรรม โฆษณา นายหน้าหรือตัวแทน ขายทอดตลาด ตัดผม แต่งผมและเสริมสวย

หมวด 4 การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การก่อสร้างอาคาร

#### บัญชี ข.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม เช่น การทำไร่ ทำสวน เลี้ยงสัตว์ เลี้ยงไหม การทำป่าไม้ การประมง

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางอุตสาหกรรม และหัตถกรรม เช่น การสีข้าว การผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ การผลิตน้ำตาล การผลิตเครื่องดัดที่มีแอลกอฮอล์และไม่มีแอลกอฮอล์เจือปน การผลิตน้ำแข็ง การผลิตยา กิจการห้องเย็น การแปรรูปไม้ การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม หรือเครื่องทองลงหิน การทำหรือหล่อพระพุทธรูป การทำบาตร การผลิตเครื่องมือและการแกะสลัก การผลิตเครื่องเงิน

การผลิตไม้จืดไฟ การผลิตปูนขาว ปูนซีเมนต์ หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซีเมนต์ การระเบิดหรือย่อยหิน การทำกิจการหนังสือพิมพ์ ฯลฯ

หมวด 3 การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์กรรม เช่น การค้าปลีกทุกชนิด นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. การค้าสินแร่ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ค. การค้าของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุ

หมวด 4 การประกอบธุรกิจบริการ เช่น นำเที่ยว กิจการโรงแรม (ยกเว้นการจัดการโรงแรม) สถานบริการ ซักรีดเสื้อผ้า รับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้า

หมวด 5 การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การขนส่งทางบก ทางน้ำหรือทางอากาศภายในประเทศ

#### บัญชี ก.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์กรรม เช่น การค้าส่งสินค้าทุกชนิดในประเทศ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. การค้าสินค้าส่งออกทุกชนิด การค้าปลีกเครื่องจักร การขายอาหารและเครื่องดื่มที่เป็นการส่งเสริมการท่องเที่ยว

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางอุตสาหกรรมและหัตถกรรม เช่น การผลิตอาหารสัตว์ การสกัดน้ำมันพืช การผลิตสิ่งถักทอ การผลิตภาชนะที่ทำด้วยแก้ว การผลิตกระดาษเขียนและกระดาษพิมพ์ การทำเกลือหิน การทำเหมือง

หมวด 3 การประกอบธุรกิจบริการ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก และบัญชี ข.

หมวด 4 การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การก่อสร้างนอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก.

บัญชี ก. และบัญชี ข. เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่สงวนไว้ให้คนไทยเท่านั้น ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตโดยทำเป็นพระราชกฤษฎีกา

บัญชี ค. เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่สามารถให้คนต่างด้าวขออนุมัติประกอบธุรกิจได้โดยยื่นต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้า (ในฐานะนายทะเบียน)

#### 4. คนต่างด้าวที่ได้รับการยกเว้น ไม่ถูกควบคุม ตาม ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

- ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจ ในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ และคนต่างด้าว ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมอาจประกอบอาชีพใดก็ได้ที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ธุรกิจของคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ให้ประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. การพิจารณาใบอนุญาตของการประกอบธุรกิจ

#### 5. ห้ามคนต่างด้าวเข้าเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท

ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ ได้ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาต หรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน ในนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นต่างด้าว เข้าเป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือในบริษัทใดเกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัทหรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนนั้น หรือซื้อกิจการนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดี ในการอนุญาตนั้นอธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้<sup>1</sup>

#### 6. คุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะมีสิทธิขอรับใบอนุญาต<sup>2</sup>

- (1) อายุไม่ต่ำกว่า 20 ปี บริบูรณ์
- (2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร หรือได้อินุญาต ให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว ตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (3) ไม่เป็นบุคคลวิกลจริต หรือมีจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ

<sup>1</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 9

<sup>2</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 7

- (4) ไม่เคยต้องโทษปรับตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบให้ปรับในความผิดตามประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้เว้นแต่พ้นโทษมาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปีก่อน วันขอรับใบอนุญาต
- (5) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานยกยอกข้อโกง ความผิดเกี่ยวกับการค้า ตามประมวลกฎหมายอาญา หรือกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษ มาแล้ว ไม่น้อยกว่า 3 ปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (6) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานสินค้าขาออกและกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมเว้นแต่พ้นโทษมาแล้ว ไม่น้อยกว่าสามปีก่อนวันขอรับอนุญาต
- (7) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย
- (8) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับนี้ หรือตามกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานสินค้าขาออกหรือกฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรมในระยะเวลาสามปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต ถ้ากรรมการผู้จัดการหรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินกิจการของนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตาม (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7) และ (8)

## 7. การฝ่าฝืนและบทลงโทษ

- (1) คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจไม่ได้รับอนุญาต ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้น<sup>1</sup>
- (2) คนต่างด้าว ซึ่งถูกพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตและหมดสิทธิอุทธรณ์หรือรัฐมนตรีวินิจฉัยเป็นที่สุดให้เพิกถอนใบอนุญาต ยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไปอีก ต้องระวางโทษปรับ ไม่เกินสามหมื่นบาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย<sup>2</sup>

<sup>1</sup> ประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับที่ 281 ข้อ 26

<sup>2</sup> ประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกาฉบับที่ 281 ข้อ 27

- (3) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้อยู่แล้วหรือผู้มีสัญชาติไทยประกอบธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ หรือคนต่างด้าวนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทแห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาทและให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย<sup>1</sup>
- (4) ผู้มีสัญชาติไทยผู้ใดถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนที่เป็นนิติบุคคลนั้นประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้หรือคนต่างด้าวซึ่งให้ผู้มีสัญชาติไทยกระทำการดังกล่าวต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาทและให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย<sup>2</sup>

### 3.2.2 สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในปัจจุบัน โดยมีสาระสำคัญพอสรุปได้ดังนี้

1. มีผลเป็นการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 รวมทั้ง พระราชบัญญัติ, แก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวอีก 2 ฉบับ (มาตรา 2)

2. คำนิยาม คำว่า “คนต่างด้าว” (ตามที่กล่าวไว้แล้วใน บทที่ 2.1)

คำว่า “ทุน” หมายถึง ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือจำนวนเงิน หรือมูลค่าทรัพย์สินที่ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือสมาชิกรับมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

ทุนขั้นต่ำ หมายถึง ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนใน

<sup>1</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 28

<sup>2</sup> ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 29

ประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึง เงิน ทรัพย์สิน หรือเทคโนโลยีที่คนต่าง  
 คำนามมาใช้เพื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ซึ่งจะต้องไม่ต่ำกว่า สามล้านบาท

คำว่า “ธุรกิจ” หมายถึง การประกอบธุรกิจในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม  
 หัตถกรรม พาณิชยกรรม และบริการ อันเป็นการค้า<sup>1</sup>

3. หลักการในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ ให้พิจารณาโดย  
 คำนึงถึงผลดีและผลเสียกับสิ่งเหล่านี้ คือ<sup>2</sup>

- (1) ความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ
- (2) การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ
- (3) ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน
- (4) ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ
- (5) การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม
- (6) การคุ้มครองผู้บริโภค
- (7) ขนาดของกิจการ
- (8) การจ้างแรงงาน
- (9) การถ่ายทอดเทคโนโลยี
- (10) การพัฒนาและการวิจัย

4. คนต่างด้าวที่ห้ามประกอบธุรกิจในประเทศไทยเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็  
 ประเภทธุรกิจในหรือนอกบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ นี้คือ

- (1) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย
- (2) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักร โดยไม่ได้รับอนุญาตตาม  
 กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่นๆ<sup>3</sup>

5. คนต่างด้าวที่จะต้องได้รับอนุญาตเป็นการเฉพาะ คือ จะต้องได้รับอนุญาต  
 จากอธิบดีกรมทะเบียนการค้าก่อนจึงจะสามารถประกอบธุรกิจได้ โดยจะประกอบธุรกิจ

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 6

ธุรกิจได้เฉพาะธุรกิจบางประเภทและเฉพาะในท้องที่ที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ได้ประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ได้แก่

- (1) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือกฎหมายอื่น
- (2) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือ กฎหมายอื่น จะสามารถประกอบธุรกิจได้บางประเภทตามที่รัฐมนตรีอนุญาตและเฉพาะในท้องที่ที่รัฐมนตรีกำหนดเท่านั้น<sup>1</sup>

6. ธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจท้ายพระราชบัญญัติมีอยู่ 3 บัญชี ดังนี้ คือ<sup>2</sup>

บัญชี 1 คือ ธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการโดยเด็ดขาด เช่น

- ลักษณะของกิจการเกี่ยวข้องกับการได้รับข่าวสารของประชาชนที่ถูกต้อง เช่น กิจการหนังสือพิมพ์ กิจการวิทยุกระจายเสียง สถานีวิทยุโทรทัศน์
- กิจการบางประเภทที่ต้องสงวนไว้เพื่อคนไทยโดยเฉพาะ เช่น การทำนาทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้
- กิจการที่เกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนา เช่น การทำหรือการหล่อพระพุทธรูป การทำบาตร

บัญชี 2 คือ ธุรกิจที่อาจผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการได้ เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ โดยจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

บัญชี 3 คือ ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า (มาตรา 9)

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 7

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8

หมายเหตุ : คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้นั้น จะต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีชื่อกคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลวันแต่จะมีเหตุผลสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะกรรมการผ่อนผันสัดส่วนดังกล่าวให้ลดลงได้แต่ต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด<sup>1</sup>

โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดประเภทธุรกิจที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ สามบัญชี ดังนี้

**บัญชีหนึ่ง** ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปจากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (9) การค้าที่ดิน

**บัญชีสอง** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

**หมวด 1** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

- (1) การผลิต การจำหน่าย การซ่อมบำรุง
  - (ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด
  - (ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15

(ค) อากาศยาน โขปกรรม เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทาง  
การทหาร

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมทั้งกิจการการ  
บินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรม  
พื้นบ้าน

(1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหม การทอผ้าไหม หรือการพิมพ์ลวดลายผ้า  
ไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่อง  
เงิน

(6) การผลิตด้วยขามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

(1) การผลิตน้ำตาจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหินย่อย

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคน  
ต่างด้าว

(1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(2) การทำประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

(4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือ ฮาร์ดบอร์ด

(5) การผลิตปูนขาว

(6) การทำกิจการบริการทางบัญชี

- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น
  - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการบริการพื้นฐานแก่ประชาชน ด้านการสาธารณูปโภคหรือคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
  - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น
  - (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าการเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
  - (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน
  - (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนที่ต่างตัวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
  - (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (12) การขายทอดตลาด ยกเว้น
  - (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใ้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุ โบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือ โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
  - (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
- (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง ที่ยังไม่มียกกฎหมายห้ามไว้

- (14) การค้าปลีกทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (16) การทำกิจการโฆษณา
- (17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม
- (18) การนำเที่ยว
- (19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- (20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช
- (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

7. ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้โดยเฉพาะ ในเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าวไว้ การห้ามและการอนุญาตก็ให้เป็นไปตามกฎหมายอื่นนั้น<sup>1</sup>

8. คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร สามารถส่งเงินออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินต่างประเทศได้เมื่อเงินนั้นเป็น

- (1) เงินที่เป็นหรือเกิดจากทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวนำเข้ามาใช้ในการประกอบธุรกิจ
- (2) เงินกู้ต่างประเทศ รวมทั้งดอกเบี้ยเงินกู้ต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำเข้ามาใช้ในการประกอบธุรกิจ
- (3) เงินที่คนต่างด้าวมีข้อผูกพันกับต่างประเทศตามสัญญาเกี่ยวกับการใช้สิทธิบริการในการประกอบธุรกิจ (มาตรา 17)

9. คุณสมบัติของคนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจและขอรับใบอนุญาตตามต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังนี้<sup>1</sup>

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 13

- (1) อายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์
- (2) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรชั่วคราว
- (3) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถ หรือเสมือนไร้ความสามารถ
- (4) ไม่เป็นคนล้มละลาย
- (5) ไม่เป็นบุคคลต้องโทษตามคำพิพากษา หรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามกฎหมาย
- (6) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง หรือ โกงเจ้าหนี้ ยกขอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามพระราชบัญญัตินี้หรือตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาตประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต
- (7) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

#### 10 หน้าที่ของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว<sup>2</sup>

**ประการแรก** ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกา เช่น การปรับปรุงบัญชีรายชื่อประเภทธุรกิจ เป็นต้น หรือการออกกฎกระทรวง หรือการขออนุมัติคณะรัฐมนตรี หรือเรื่องอื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

**ประการที่สอง** ศึกษารวบรวม และจัดทำรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว รวมทั้งผลกระทบและความเหมาะสม เสนอต่อรัฐมนตรีไม่น้อยกว่าปีละครั้ง

#### 11 การฝ่าฝืนและบทลงโทษที่สำคัญ

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 16

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 28

- คนต่างด้าวที่ถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจ และหมดสิทธิอุทธรณ์หรือรัฐมนตรีวินิจฉัยเป็นที่สุดแล้ว ให้ระงับการประกอบธุรกิจ ฝ่าฝืนยังคงประกอบธุรกิจนั้น มีโทษปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาท และปรับอีกวันละ 10,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน<sup>1</sup>
- คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใด ร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวอื่น ซึ่งมีได้รับอนุญาตตาม พระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วม โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่เพียงผู้เดียว เพื่อให้คนต่างด้าวอื่นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทกฎหมายนี้ มีโทษต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจดังกล่าวเสีย หากไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ต้องระวางโทษปรับอีกวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน<sup>2</sup>
- หากคนสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบธุรกิจหรือกิจการที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมีได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท จำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนกฎหมายนี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและมีโทษปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งเลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเข้าเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณีหากฝ่าฝืนไม่

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 34

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 35

ขอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ต้องระวางโทษปรับอีกวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่<sup>1</sup>

ร  
ร  
ร

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36

## บทที่ 4 บทวิเคราะห์

ในบทนี้จะเป็นการวิเคราะห์มาตรการกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายของประเทศเม็กซิโก และวิเคราะห์แนวทางที่คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยการหลีกเลี่ยงไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบบริษัท จำกัด

### 4.1 วิเคราะห์กฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในการวิเคราะห์ในบทนี้จะเป็นการเปรียบเทียบกฎหมายที่ใช้ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อที่จะได้ทราบมาตรการทางกฎหมายที่ควรนำมาปรับใช้ต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพื่อที่จะได้มีการควบคุมการประกอบอาชีพให้มีประสิทธิภาพที่เหมาะสมต่อไป

#### 4.1.1 วิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

จะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ในสาระสำคัญเพื่อเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบบริษัท ดังนี้

##### 1. นิยามศัพท์โดยเฉพาะคำว่า “คนต่างด้าว”

##### ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

กำหนดให้มีการควบคุมจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือจำนวนสมาชิก ระหว่างคนต่างด้าวและคนสัญชาติไทยในนิติบุคคลนั้น ๆ เอาไว้ด้วย แต่ ซึ่งทำให้เพิ่มความจำเป็นในการหาผู้ร่วมทุนคนไทยมีความสำคัญ

**พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542**      **แตกต่าง**  
ไปจากค่านิยมเดิมในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 โดยตัดการกำหนดจำนวน  
ผู้ถือหุ้นออก เนื่องจากจำนวนผู้ถือหุ้นไม่มีความจำเป็นมากนักในบริษัท จำกัด จึงมิได้มี  
การกำหนดจำนวน ผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือจำนวนสมาชิกไว้ ทำให้ความจำเป็นที่  
จะค้นหาผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนที่เป็นคนไทยจึงลดลงไปคงกำหนดแต่สัดส่วนการถือ  
หุ้นหรือจำนวนเงินลงทุนไว้

## 2. การกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าว

**ประกอบธุรกิจ** ตามกฎหมายใหม่กำหนดให้พิจารณาถึงผลดีและผลเสียต่อสิ่งต่าง ๆ  
ดังนี้คือ ต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและ  
สังคม ต่อความสงบสุขเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ต่อวัฒนธรรม  
ประเพณีของชาติ ต่อการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงาน การรักษา  
สิ่งแวดล้อม ขนาดของประชากร การจ้างแรงงาน หรือต่อการถ่ายทอดเทคโนโลยี และ  
การพัฒนาด้านวิทยาศาสตร์ ซึ่งจะเป็นการดีที่กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานทั่วไปไว้ ทำ  
ให้เกิดความโปร่งใสในการใช้บังคับกฎหมายมากขึ้น และในขณะเดียวกันก็ลดการใช้  
ดุลยพินิจที่ไม่มีขอบเขตของเจ้าหน้าที่ลง ทำให้เกิดเป็นภาพลักษณ์ที่ดีของกฎหมายไทย

## 3. การห้ามและการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ

**ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281** กำหนดบัญชีประเภทธุรกิจไว้ 3 บัญชี  
คือ

### บัญชี ก.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม เช่น การทำนา การทำนา  
เกลือรวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางพาณิชยกรรม เช่น การค้าภายใน  
เกี่ยวกับผลผลิตทางเกษตรพื้นเมือง การค้าที่ดิน

หมวด 3 การประกอบธุรกิจบริการ เช่น บัญชี กฎหมาย สถาปัตยกรรม  
โฆษณา นายหน้าหรือตัวแทน ขายทอดตลาด คัดผม แต่งผมและเสริมสวย

หมวด 4 การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การก่อสร้างอาคาร

### บัญชี ข.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางเกษตรกรรม เช่น การทำไร่ ทำสวน เลี้ยงสัตว์ เลี้ยงไหม การทำป่าไม้ การประมง

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางอุตสาหกรรม และหัตถกรรม เช่น การสีข้าว การผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่ การผลิตน้ำตาล การผลิตเครื่องคั้นทั้งที่มี แอลกอฮอล์และไม่มีแอลกอฮอล์เจือปน การผลิตน้ำแข็ง การผลิตยา กิจการห้องเย็น การแปรรูปไม้ การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม หรือเครื่องทองลงหิน การทำหรือหล่อพระพุทธรูป การทำบาตร การผลิตเครื่องไม้และการแกะสลัก การผลิตเครื่องเงิน การผลิตไม้ขีดไฟ การผลิตปูนขาว ปูนซีเมนต์ หรือผลิตภัณฑ์ที่ทำจากซีเมนต์ การระเบิด หรือข่อยหิน การทำกิจการหนังสือพิมพ์ ฯลฯ

หมวด 3 การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์กรรม เช่น การค้าปลีกทุกชนิด นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. การค้าสินแร่ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ค. การค้าของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุ

หมวด 4 การประกอบธุรกิจบริการ เช่น นันทิเยว กิจการ โรงแรม (ยกเว้นการจัดการโรงแรม) สถานบริการ ซักรีดเสื้อผ้า รับจ้างตัดเย็บเสื้อผ้า

หมวดห้า การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การขนส่งทางบก ทางน้ำหรือทางอากาศภายในประเทศ

#### บัญชี ก.

หมวด 1 การประกอบธุรกิจทางพาณิชย์กรรม เช่น การค้าส่งสินค้าทุกชนิด ในประเทศ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. การค้าสินค้าส่งออกทุกชนิด การค้าปลีก เครื่องจักร การขายอาหารและเครื่องคั้นที่เป็นการส่งเสริมการท่องเที่ยว

หมวด 2 การประกอบธุรกิจทางอุตสาหกรรมและหัตถกรรม เช่น การผลิตอาหารสัตว์ การสกัดน้ำมันพืช การผลิตสิ่งทอ การผลิตภาชนะที่ทำด้วยแก้ว การผลิตกระดาษเขียนและกระดาษพิมพ์ การทำเกลือหิน การทำเหมือง

หมวด 3 การประกอบธุรกิจบริการ นอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก. และบัญชี ข.

หมวด 4 การประกอบธุรกิจอื่นๆ เช่น การก่อสร้างนอกจากที่ระบุไว้ในบัญชี ก.

บัญชี ก. เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่สงวนไว้ให้โดยคนไทยเท่านั้น ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีนี้

บัญชี ข. เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่สงวนไว้ให้คนไทยเช่นกัน

บัญชี ค. เป็นบัญชีที่กำหนดประเภทธุรกิจที่สามารถให้คนต่างด้าวขอ  
อนุมัติประกอบธุรกิจได้โดยยื่นต่ออธิบดีกรมทะเบียนการค้า (ในฐานะนายทะเบียน)

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด  
ประเภทธุรกิจที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ สามบัญชี ดังนี้

**บัญชีหนึ่ง** ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือ  
สถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปจากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจ  
จำเพาะของไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทาง  
ประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (9) การค้าที่ดิน

**บัญชีสอง** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อ  
ศิลป วัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือ  
ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

**หมวด 1** ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

- (1) การผลิต การจำหน่าย การซ่อมบำรุง
  - (ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด
  - (ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด
  - (ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทาง  
การทหาร
- (2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมทั้งกิจการการ  
บินในประเทศ

**หมวด 2** ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรม  
พื้นบ้าน

- (1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย
- (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก
- (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหม การทอผ้าไหม หรือการพิมพ์ลวดลายผ้า  
ไหมไทย
- (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย
- (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่อง

เงิน

- (6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

**หมวด 3** ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการเกลือสินเธาว์
- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหินย่อย
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

**บัญชีสาม** ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคน  
ต่างด้าว

- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ซิปบอร์ด หรือ ฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น

- (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการบริการพื้นฐานแก่ประชาชน ด้านการสาธารณูปโภคหรือคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
- (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น
- (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าการเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
- (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน
- (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนที่ต่างตัวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
- (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (12) การขายทอดตลาด ยกเว้น
- (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
- (13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง ที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้
- (14) การค้าปลีกทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

- (16) การทำกิจการโฆษณา
- (17) การทำกิจการ โรงแรม เว้นแต่บริการจัดการ โรงแรม
- (18) การนำเที่ยว
- (19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม
- (20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช
- (21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

#### 4. คนต่างด้าวที่ไม่ต้องถูกควบคุมในการประกอบธุรกิจ

ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ในข้อ 2. กำหนดให้ไม่ให้ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติ ดังกล่าวแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะหรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ ดังเช่นกรณีที่ประเศจีนไทยทำสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 ซึ่งก็เป็นการยกเว้นการบังคับใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว นอกจากนี้ในข้อ 6 ยังได้กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนให้สามารถประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. ได้โดยแจ้งต่ออธิบดีภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้รับบัตรส่งเสริม

แต่ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สามารถจำแนกคนต่างด้าวซึ่งได้รับการยกเว้นไม่ถูกควบคุมการประกอบธุรกิจได้ดังนี้

- (1) คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจที่ไม่อยู่ในบังคับของบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง หรือบัญชีสามของพระราชบัญญัตินี้ สามารถประกอบธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาต
- (2) คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิตามสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือต้องผูกพันตามพันธกรณี สามารถประกอบธุรกิจได้ทุกประเภทธุรกิจ เมื่อประเทศสัญญาติของคนต่างด้าวนั้นได้ดำเนินการให้ข้อผูกพันตามสนธิสัญญา มีผลบังคับใช้ในการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยที่เข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศของตนได้แล้วเท่านั้น ซึ่งเป็นไปตามหลักของกฎหมายต่างประเทศ ในเรื่องหลักต่างตอบแทนซึ่งกันและกันโดย

อัตโนมัติ หากถูกฝ่าฝืนใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามพันธกรณี จะเรียกร้องให้อีกฝ่ายปฏิบัติตามไม่ได้ ซึ่งเคมิไม่มีการบัญญัติไว้

- (3) คนต่างด้าวที่ได้รับส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้า เพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือตามกฎหมายอื่น ได้รับการยกเว้นให้สามารถประกอบธุรกิจในปีบัญชีสองและบัญชีสาม โดยสามารถแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองได้
- (4) คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจก่อสร้างซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านสาธารณูปโภค หรือการคมนาคมที่ต้องการใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญพิเศษ ในกรณีมีทุนขั้นต่ำตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป
- (5) การประกอบธุรกิจเป็นนายหน้าหรือตัวแทนบางกิจการซึ่งรวมถึงการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อ หรือจัดจำหน่าย หรือจัดหาตลาดทั้งในและต่างประเทศ เพื่อการจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศโดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป จะได้รับการยกเว้นให้ประกอบธุรกิจได้
- (6) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศ ที่มีใช้การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ หรือการขายทอดตลาดอื่นที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง
- (7) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นมากกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือมีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านมากกว่ายี่สิบล้านบาท
- (8) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้ำมากกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

#### 5. ทุนขั้นต่ำ

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ไม่มีการบัญญัติไว้ในเรื่องนี้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดไว้  
 ทูจันคำหมายถึง ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่ง  
 ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดา ให้หมายถึง เงิน ทรัพย์สิน  
 หรือเทคโนโลยีที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศ ซึ่งกำหนดให้  
 ทุนขั้นต่ำที่ใช้ประกอบธุรกิจตามกฎหมายใหม่นี้ จะต้องเป็นเงินตราต่างประเทศ  
 ทรัพย์สิน หรือเทคโนโลยีที่นำเข้ามาจากต่างประเทศ หรือในกรณีนิติบุคคลต่างด้าวที่จ  
 ทะเบียนในประเทศไทย ทุนขั้นต่ำให้หมายถึงเฉพาะทุนขั้นต่ำของผู้ถือหุ้น ผู้ลงทุน ผู้  
 เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิกที่เป็นคนต่างด้าวนำมาลงทุน หรือลงทุนในนิติบุคคล  
 นั้นตามจำนวนหรือมูลค่าที่กำหนดในกฎกระทรวง<sup>1</sup>

ซึ่งการกำหนดทุนขั้นต่ำนี้ หากเป็นการประกอบธุรกิจที่ไม่อยู่ในข่ายบังคับ  
 ตามพระราชบัญญัติ หากเป็นการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่  
 น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ส่วนถ้าเป็นธุรกิจที่  
 ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวง  
 สำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

#### 6. ระยะเวลาการให้อุญาตในการประกอบธุรกิจ

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 โดยปกติการอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ  
 จะมีกำหนดระยะเวลาระบุไว้ในใบอนุญาตอย่างชัดเจน

พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 21  
 กำหนดให้ใบอนุญาตให้ใช้ได้ตลอดไปจนกว่าคนต่างด้าวจะเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับ  
 อนุญาต สำหรับหนังสือรับรองให้ใช้ได้เท่ากับระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลหรือ  
 ตามที่สนธิสัญญากำหนดให้ประกอบธุรกิจนั้น หรือตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการ  
 ส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อ  
 การส่งออก แล้วแต่กรณี

#### 7. การห้ามเข้าไปเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลอื่น

##### ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

การกำหนดห้ามมิให้ผู้ซึ่งได้รับใบอนุญาต หรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้น หรือเป็น  
 หุ้นส่วนในนิติบุคคลต่างด้าว เข้าเป็นหุ้นส่วนหรือถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทใด

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ประกอบมาตรา 14

เกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัท หรือเกินกว่าหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนหรือซื้อกิจการ ซึ่งตามข้อ 9 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ได้กำหนดห้ามไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า ซึ่งอธิบดีอาจกำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตได้ แต่ตามกฎหมายใหม่ไม่มีบทบัญญัติในส่วนนี้ไว้แต่อย่างใด ซึ่งในส่วนนี้ทำให้คนต่างด้าวอาจขยายขอบข่ายธุรกิจของตนได้โดยมิต้องผ่านการพิจารณาหรือขออนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า

#### **พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542**

ไม่มีการกำหนดเรื่องดังกล่าวไว้ แต่ก็ถูกควบคุมการที่คนต่างด้าวเข้าไปซื้อหุ้นเพิ่มเติม หากกิจการนั้นอยู่ในข่ายบังคับตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้

#### **7. การฝ่าฝืนและบทลงโทษ**

##### **ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281**

สำหรับคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืน เดิมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 กำหนดผู้ฝ่าฝืนประกอบธุรกิจ โดยมิได้รับอนุญาต หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขตามที่กำหนดในหนังสือรับรองจะมีเพียงโทษปรับ ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่ 30,000 บาท ถึง 500,000 บาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้นเสีย โดยไม่มีอัตราโทษจำคุก และไม่มีโทษปรับ หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล

#### **พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542**

ในส่วนของ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีทั้งอัตราโทษปรับและจำคุก โดยกำหนดบทลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนการประกอบธุรกิจไว้ให้มีระวางโทษปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท และศาลมีอำนาจสั่งเลิกการประกอบธุรกิจหรือการเข้าร่วมการประกอบธุรกิจ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณีนั้นเสีย หากไม่ปฏิบัติตามถูกปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนอยู่ ซึ่งในส่วนของบทลงโทษจะเห็นว่า ถึงแม้กฎหมายจะได้เพิ่มบทลงโทษโดยการเพิ่มเงินค่าปรับให้สูงขึ้นก็ตาม แต่ก็มีกำหนดโทษจำคุกเพียง 3 ปี เท่านั้นซึ่งยังไม่ปรากฏว่าทุกวันนี้ได้มีคดีขึ้นสู่ศาลฎีกาแต่อย่างไร อีกทั้งโทษที่ได้รับจริงๆ คงจะจำคุกไม่ถึง 3 ปี จึงยังปรากฏว่ายังมีการถือหุ้นแทนดังกล่าวอยู่อีก หรือมีการหลีกเลี่ยงในวิธีการอื่นใดๆอยู่อีก

จะเห็นว่าหากกฎหมายจะให้ความสำคัญกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มีผลกระทบต่อความมั่นคง ปลอดภัย เศรษฐกิจ และการใช้ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของประเทศแล้ว ควรที่จะกำหนดบทลงโทษในลักษณะของโทษจำคุกที่สูงกว่านี้ไว้ด้วย ทั้งนี้จะได้เป็นการป้องกันมิให้ผู้ใดฝ่าฝืน และในส่วนของ การกำหนดให้ศาลสั่งเลิกประกอบกิจการของธุรกิจของคนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ก็เห็นว่ายังควรกำหนดไว้ ทั้งนี้เพื่อป้องกันการไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษตามกฎหมายที่กำหนดให้ปรับตลอดไปในอัตราวันละ 10,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืนนั้น บางธุรกิจหรือบางกิจการ จำนวนเงินค่าปรับมิได้เป็นบทลงโทษที่ผู้กระทำความผิดเกรงกลัว เนื่องจากได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่า

โดยสรุปแล้วจะเห็นว่า การแก้ไขกฎหมายในส่วนของ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามที่กล่าวมาข้างต้น ในชั้นนี้เห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้มีการปรับปรุงประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ให้เป็นไปตามสถานการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน การค้าระหว่างประเทศยิ่งขึ้น อันจะสามารถใช้เป็นกฎหมายที่จะช่วยส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบการธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศยิ่งขึ้น อันจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศโดยรวมในที่สุด แต่ก็ยังพบว่ามีปัญหาในการนิยาม "คนต่างด้าว" ในรูปบริษัทจำกัด ก็ยังไม่ได้รับการแก้ไข คนต่างด้าวยังคงอาศัยการเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย แต่สามารถควบคุมเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้น ในการลงมติใด ๆ ของ "ที่ประชุมผู้ถือหุ้น" และโดยการที่คนต่างด้าวเป็น "กรรมการ" ในบริษัทจำกัด สามารถประกอบธุรกิจทุกประเภทที่ถูกควบคุมท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ เสมือนเป็นบริษัทที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยทุกประการ

#### 4.1.2 วิเคราะห์กฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของประเทศเม็กซิโกกับ

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในสาระสำคัญ ดังนี้

1. หลักเกณฑ์ในการกำหนดนิยาม "คนต่างด้าว" ในรูปบริษัท จำกัด ที่จะทำให้นักต่างด้าวดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายดังกล่าว

ประเทศเม็กซิโก

กำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” โดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นและการที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารกิจการ จะต้องถูกบังคับภายใต้กฎหมายนี้ โดยให้บริษัทจำกัดที่มีทุนหรือหุ้นตั้งแต่ร้อยละสี่สิบเก้าเป็นของคนต่างด้าว โดยไม่ได้ระบุจำนวนผู้ถือหุ้นว่าต้องมีจำนวนเท่าไร และทุกบริษัทที่มีคนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารกิจการ ไม่ว่าจะในทางตรงหรือทางอ้อมอย่างไร ซึ่งเป็นการควบคุมบริษัททุกบริษัทที่มีหลักเกณฑ์ดังกล่าวจะถือว่าเป็นคนต่างด้าวและจะสามารถประกอบธุรกิจเ็นบางประเภทที่ได้รับอนุญาตไว้เท่านั้น

#### **พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542**

กำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” โดยใช้หลักเกณฑ์ในด้านการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวเท่านั้น โดยกำหนดให้บริษัทจำกัดที่มีทุนหรือหุ้นเป็นของคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้ามีสถานะเป็น คนต่างด้าวแต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่ครอบคลุมถึงบริษัท จำกัดที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการครอบงำกิจการนั้นๆ และจะถูกควบคุมในการประกอบธุรกิจเฉพาะธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542นี้เท่านั้น ส่วนธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีแนบท้าย คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ทุกประเภท โดยไม่ต้องถูกควบคุมและไม่ต้องขออนุญาต

จะเห็นว่าตามกฎหมายจะมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องไม่เป็นการปิดกั้นการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวมากเกินไป ซึ่งกฎหมายของประเทศเม็กซิโกจะมีการกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ในรูปบริษัท จำกัด ไว้ค่อนข้างชัดเจน ซึ่งในขณะเดียวกันก็มีการกำหนดสัดส่วนและประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถเข้าไปถือหุ้นในสัดส่วนที่มากขึ้นได้ หรือสามารถขออนุญาตจากคณะกรรมการดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวได้อีก ซึ่งทำให้เห็นว่าประเทศเม็กซิโกใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งหลักเกณฑ์การที่คนต่างด้าวสามารถมีอำนาจในการบริหารกิจการและการกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นของคนต่างด้าว

ดังนั้นจะพบว่ากำหนัดกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ในรูปบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย โดยใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมทั้งในด้านการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นและการที่คนต่างด้าวมียอำนาจในควบคุมกิจการนั้นด้วย จะทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายที่ต้องการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวสามารถ

ดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่หากกำหนดสำหรับธุรกิจทุกประเภท อาจจะเป็นการควบคุมที่เข้มงวดเกินไป ทำให้มองว่าเป็นการกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศได้ และเมื่อธุรกิจตามบัญชีหนึ่งเท่านั้นที่เป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด ส่วนบัญชีสองและบัญชีสามสามารถผ่อนปรนให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ โดยสามารถขออนุญาตในการดำเนินการได้อยู่แล้ว ดังนั้นจึงเห็นควรให้มีการกำหนดนิยาม "คนต่างด้าว" ให้ครอบคลุมถึงบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในกรณีที่บริษัทใดมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสิบเก้าของทุนจดทะเบียนทั้งหมดหรือการที่คนต่างด้าวสามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทนั้นให้มีสถานะเป็นคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วย เพื่อให้เป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและในขณะเดียวกันก็ไม่เป็นการกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศมากเกินไป

## 2. การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นและช่วงเวลาในการเปิดเสรีในธุรกิจประเภทต่างๆ

### ประเทศเม็กซิโก

มีการกำหนดประเภทธุรกิจและช่วงเวลาในการเปิดเสรีธุรกิจไว้อย่างชัดเจน ทำให้เกิดความโปร่งใสและทำให้นักลงทุนต่างชาติหรือ คนต่างด้าวสามารถตัดสินใจในการเข้ามาลงทุนหรือประกอบธุรกิจได้อย่างชัดเจนและแน่นอนมากยิ่งขึ้น

### พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ไม่มีการกำหนดประเภทธุรกิจและช่วงเวลาของไทยจะต้องเปิดเสรีทางการค้าไว้ในตัวพระราชบัญญัติ แต่เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการปรับปรุงรายชื่อประเภทธุรกิจโดยเสนอความเห็นแก่รัฐมนตรีกระทรวงพาณิชย์ในการตราพระราชกฤษฎีกา ในการพิจารณา ซึ่งทำให้คนต่างด้าวไม่ทราบแน่ชัดว่าในอนาคตไทยจะเปิดเสรีการค้าธุรกิจอะไรมากยิ่งขึ้น ทำให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมาย โดยการไปร่วมทุนกับบริษัทจำกัดซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย และหลบเลี่ยงการอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ดังนั้นจึงเห็นว่าควรมีการกำหนดประเภทธุรกิจและช่วงเวลาในการจะเปิดเสรีธุรกิจในประเทศใดบ้าง โดยกำหนดเป็นช่วงเวลาเพื่อที่จะได้เกิดความโปร่งใส และความแน่นอนในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

### 3. การกำหนดประเภทธุรกิจและสัดส่วนการถือหุ้น ประเทศเม็กซิโก

กำหนดบริษัทจำกัด ทุกบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นในสัดส่วนเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าและมีคนต่างด้าวมียอำนาจบริหารจะมีสถานะเป็น "ต่างด้าว" ซึ่งต้องถูกควบคุมในการประกอบธุรกิจ ส่วนบริษัทใดที่คนต่างด้าวจะสามารถเข้าไปถือหุ้นในสัดส่วนที่แตกต่างออกไปจะมีการกำหนดยกเว้นไว้โดยกฎหมาย โดยมีการแบ่งประเภทธุรกิจเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ธุรกิจใดที่มีข้อกำหนดห้ามคนต่างด้าวเข้าไปประกอบธุรกิจอย่างเด็ดขาด หรือธุรกิจบางประเภทที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถดำเนินการได้ และมีการกำหนดห้ามคนต่างด้าวเพิ่มทุนเกินกว่าสัดส่วนที่กำหนดเอาไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็น 3 ประเภทธุรกิจ คือ

(1) ธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับรัฐบาลเป็นผู้ประกอบการเอง โดยเฉพาะ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นกิจการด้านสาธารณูปโภค

(2) ธุรกิจที่สงวนไว้สำหรับคนเม็กซิโกหรือบริษัทเม็กซิโก

สำหรับกิจการที่สงวนไว้สำหรับรัฐบาล หรือ ชาวเม็กซิกัน รวมทั้งบริษัทเม็กซิกัน โดยเฉพาะนั้น ห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้าไปมีส่วนร่วมในกิจการดังกล่าว ไม่ว่าจะในทางตรง หรือผ่านทางข้อตกลง, ลงทุนในหน่วยการลงทุน หรือข้อบังคับใด ๆ ที่ทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจในการควบคุม หรือมีส่วนร่วมในการตัดสินใจ

(3) กิจการที่คนต่างด้าวสามารถประกอบได้โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไว้

โดยอัตราส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามมาตรานี้ ห้ามมิให้มีการเพิ่มสัดส่วนการถือหุ้นขึ้น ไม่ว่าจะในทางตรงหรือถือผ่านทางกองทุน, ข้อตกลงหรือวิธีการใด ๆ ที่จะทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมกิจการหรือมีส่วนร่วมในการจัดการมากกว่าที่ได้บัญญัติไว้

#### พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เป็นกฎหมายที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเฉพาะในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว ส่วนประเภทธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีดังกล่าว คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้โดยเสรี ไม่ต้องขออนุญาตในการดำเนินธุรกิจอีกและไม่ถูกควบคุม

สัดส่วนการถือหุ้น แต่อย่างไร โดยมีการแบ่งประเภทธุรกิจออกเป็น 3 บัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนี้

**บัญชี 1** คือ **ธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบการโดยเด็ดขาด** เช่น

- ลักษณะของกิจการเกี่ยวข้องกับการได้รับข่าวสารของประชาชนที่ถูกต้อง เช่น กิจการหนังสือพิมพ์ กิจการวิทยุกระจายเสียง สถานีวิทยุโทรทัศน์
- กิจการบางประเภทที่ต้องสงวนไว้เพื่อคนไทยโดยเฉพาะ เช่น การทำนาทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้
- กิจการที่เกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนา เช่น การทำหรือการหล่อพระพุทธรูป การทำบาตร

**บัญชี 2** คือ **ธุรกิจที่อาจผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการได้** เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมจารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

**บัญชี 3** คือ **ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว** เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า<sup>1</sup>

โดยคนต่างด้าวสามารถขออนุญาตการประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง จากรัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีได้ และจะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 40 ของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่รัฐมนตรีโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี เห็นว่า มีเหตุสมควรผ่อนผันสัดส่วนดังกล่าวให้น้อยลงได้แต่ต้องไม่ต่ำกว่าร้อยละ 25 และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด<sup>2</sup>

จะเห็นว่า **ธุรกิจในบัญชีหนึ่ง** จะเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด จึงเป็นธุรกิจที่ควรต้องมีการควบคุมโดยเข้มงวด ส่วนบัญชีสองและบัญชีสามเป็นธุรกิจที่สามารถผ่อนผันให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจได้ โดยในกรณีอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ก็มีการกำหนดสัดส่วนของผู้ถือหุ้นชาวไทย

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 9

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15

และจำนวนกรรมการซึ่งเป็นคนไทยไว้อยู่แล้ว จึงควรมีการควบคุมถึงการที่คนต่างด้าวเข้าไปถือหุ้นในบริษัทไทย ซึ่งประกอบธุรกิจในปีหนึ่งแต่สามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทนั้นๆ ได้อย่างเด็ดขาดด้วย

#### 4. บทกำหนดโทษ

##### ประเทศเม็กซิโก

การฝ่าฝืนและบทลงโทษ<sup>1</sup> ในกรณีที่คนต่างด้าวฝ่าฝืน ในเรื่องสัดส่วนการถือหุ้น, การเพิ่มขึ้นของสัดส่วนการถือหุ้น ในการบริหารกิจการ หรือการทำการใดๆ เป็นการฝ่าฝืนบทกฎหมายนี้ หรือตามคำสั่งของคณะกรรมการ จะต้องถูกปรับไม่ต่ำกว่าหนึ่งพันเท่าถึงห้าพันเท่า ของเงินค่าแรงขั้นต่ำต่อวัน

##### พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดบทลงโทษ โดยมีทั้งการปรับและการจำคุก เช่น

- คนต่างด้าวที่ฝ่าฝืนซึ่งถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจ มีโทษปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาท และปรับอีกวันละ 10,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน<sup>2</sup>
- คนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใด ร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวอื่น ซึ่งมีได้รับอนุญาตตาม พระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วม โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่เพียงผู้เดียว เพื่อให้คนต่างด้าวอื่นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทกฎหมายนี้ มีโทษต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจดังกล่าวเสีย หากไม่ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ต้องระวางโทษปรับอีกวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ฝ่าฝืน<sup>3</sup>
- หากคนสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไทยให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบธุรกิจหรือกิจการที่กำหนดไว้ตามกฎหมายนี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมีได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจ

<sup>1</sup> The Law of Foreign Investment (Mexico), 1993 Article 37.

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 34

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 35

ดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท จำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยง หรือฝ่าฝืนกฎหมายนี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้คนไทยหรือนิติบุคคล ที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปีและมีโทษ ปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท ถึง 1 ล้านบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิก การช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งเลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้ เลิกการถือหุ้น หรือการเข้าเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณีหากฝ่าฝืนไม่ ยอมปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ต้องระวางโทษปรับอีกวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

จะเห็นได้ว่าบทกำหนดโทษของประเทศไทยมีลักษณะที่แข็งแกร่งกว่าและ รุนแรงกว่าประเทศเม็กซิโก เนื่องจากมีอัตราโทษจำคุกด้วย แต่อัตราโทษจำคุกดังกล่าว เป็นอัตราโทษที่จำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 1 ล้านบาทและหากยังฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม คำสั่งศาลแล้วต้องถูกปรับวันละไม่เกิน 10,000 บาท ซึ่งถือว่าอัตราโทษดังกล่าวมีความ รุนแรงไม่มากนัก จึงทำให้เกิดการหลบเลี่ยงการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวอยู่ตลอดเวลา เนื่องจากธุรกิจบางประเภทอาจจะให้ผลตอบแทนมหาศาลคุ้มค่าแก่การเสี่ยงต่อโทษที่จะ ได้รับปรับ ดังนั้นจึงเห็นควรจะมีการกำหนดโทษจำคุก หรือเพิ่มอัตราโทษปรับตาม สภาพของธุรกิจที่คนต่างด้าวมีเจตนาหลบเลี่ยงว่าเป็นธุรกิจที่มีขนาดในการลงทุนมาก น้อยเท่าไร และก่อให้เกิดความเสียหายแก่คนไทย ประเทศชาติอย่างไรบ้างหรือไม่ เพื่อที่จะได้เป็นมาตรการลงโทษในการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว ให้เหมาะสม

จากการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคน ต่างด้าวของประเทศไทยและประเทศเม็กซิโก เห็นว่าสมควรแก้ไขพระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในส่วนต่างๆดังนี้

1. เพิ่มเติมนิยาม "คนต่างด้าว" ในรูปบริษัทจำกัดโดยใช้หลักเกณฑ์ทั้งการ ควบคุมในด้านการถือหุ้นและควบคุมในการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารกิจการด้วย โดยให้หมายความรวมถึง

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36

- 1.1 บริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้า
- 1.2 บริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินงานตามบัญชีหนึ่งของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยคนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารกิจการนั้นไม่ในด้านกรรมกรหรือการควบคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้น (ตามรายละเอียดในบทวิเคราะห์ต่อไป)
2. เพิ่มเติมประเภทธุรกิจและช่วงเวลาที่จะมีการเปิดเสรีตามพันธกรณีระหว่างประเทศ เพื่อที่จะได้เป็นการชัดเจนในการเตรียมพร้อมในด้านการแข่งขันกับต่างชาติ หรือคนต่างชาติจะได้ใช้เป็นข้อมูลในการตัดสินใจได้ถูกต้องว่าจะมาลงทุนหรือประกอบธุรกิจในประเทศไทยหรือไม่

#### 4.2 วิเคราะห์แนวทางการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในรูปแบบบริษัท จำกัด ที่มีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย

การที่คนต่างด้าวเข้าประกอบธุรกิจในประเทศไทย ในวิธีการเข้ามาร่วมทุนกับคนไทยโดยเข้าถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งหากบริษัทเหล่านั้นประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าแล้ว ก็จะต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว แต่หากคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าบริษัทดังกล่าวก็จะไม่มีสถานะเป็นต่างด้าวแต่อย่างใด ไม่จำเป็นต้องถูกควบคุมตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งจากการพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในการประกอบธุรกิจในบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย ในอัตรา 51:49 (คนไทย : คนต่างด้าว) จะเห็นว่าเป็นการควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในความเป็นเจ้าของกิจการ ในบริษัท โดยการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าว และเจตนาให้คนต่างด้าวมีสิทธิในฐานะเป็นผู้ถือหุ้นหรือความเป็นเจ้าของในสัดส่วนที่มากกว่าคนไทย ประกอบกับเจตนารมณ์ของการร่วมหุ้นจัดตั้งบริษัทก็คือ การที่บุคคลมาลงทุนร่วมกันในลักษณะการถือหุ้นที่มูลค่าเท่าๆกันในการประกอบกิจการ เพื่อต้องการหา

ผลประโยชน์โดยการแบ่งผลกำไรอันเกิดจากการประกอบกิจการของบริษัทในลักษณะของเงินปันผลเป็นผลตอบแทนเป็นสิ่งสำคัญ แต่บริษัทจะมีกำไรหรือไม่ก็ขึ้นอยู่กับกำไรดำเนินกิจการของบริษัท ซึ่งโดยหลักแล้วเมื่อผู้ถือหุ้นมาลงทุนร่วมกันย่อมอยากจะมีสิทธิในการบริหารหรือควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัทด้วยกันทุกคน โดยผู้ถือหุ้นสามารถเข้าไปควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัทได้สองแนวทาง คือ

1. การควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัทในด้านการออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้นในที่ประชุมใหญ่ซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นทุกคน หากการเข้ามามีหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดนี้เป็นการ โปร่งใสและยุติธรรมต่อผู้ถือหุ้นทุกคน น่าจะยึดถือหลักในการออกเสียงลงคะแนนในสัดส่วน หนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้น ไม่ว่าจะเป็นการลงคะแนนโดยวิธีการชুমือหรือการลงคะแนนลับก็ตาม เพื่อให้เป็นตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ไม่ต้องการให้คนต่างด้าวถือหุ้นหรือมีสิทธิมีเสียงในการควบคุมบริษัทมากกว่าคนไทย ดังนั้นสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนซึ่งเป็นสิทธิพื้นฐานของคนต่างด้าวก็ควรจะเป็นไปในทิศทางเดียวกันคือ ในเมื่อคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าแล้ว คนต่างด้าวดังกล่าวก็ควรจะมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนไม่เกินไปกว่าร้อยละสี่สิบเก้าหรือในอัตราที่มากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย โดยควรจะมีสิทธิในการออกเสียงโดยชอบธรรมตามจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่ ซึ่งบริษัทดังกล่าวก็จะสามารถดำเนินธุรกิจได้โดยไม่จำเป็นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่หากบริษัทที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทย แต่คนต่างด้าวสามารถใช้สิทธิในการควบคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้นในอัตราส่วนที่มากกว่า 51:49 แล้วน่าจะถือได้ว่าเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวและเป็นที่พึงสังเกตได้ว่า น่าจะเป็นกรณีที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อหลีกเลี่ยงการอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่ (ซึ่งจะศึกษาแนวทางดังกล่าวในหัวข้อต่อไป)

2. การควบคุมการดำเนินงานกิจการของบริษัทในด้านการกรรมการ โดยที่กรรมการจะดำเนินงานภายใต้การครอบงำของในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น และจากการเลือกตั้งโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยกรรมการจะเป็นผู้ทำหน้าที่จัดการกิจการของบริษัท และเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายและความไว้วางใจจากผู้ถือหุ้น ในการจัดการกิจการของบริษัทจะมีกำไรหรือขาดทุนก็ด้วยความรู้ความสามารถในการบริหารงานของกรรมการ ซึ่งกรรมการจะต้องจัดการกิจการของบริษัทด้วยความรู้ความสามารถของบุคคล

ผู้ประกอบการค้าพึงใช้ในกิจการ และจะต้องดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์ของบริษัทเป็นหลัก มิใช่เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งโดยเฉพาะ ซึ่งหากในบริษัทใด ๆ ที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการผู้มีอำนาจ ประธานกรรมการ หากดำเนินกิจการของบริษัทไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นทุกคนในลักษณะโปร่งใส หรือมีจำนวนกรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าวในอัตราส่วนที่เป็นธรรมดาตามสัดส่วนการถือหุ้น โดยมิใช่เป็นไปในทางที่เอื้อแก่คนต่างด้าวหรือโดยอาศัยคนไทยถือหุ้นแทนแล้ว ก็ถือว่าการดำเนินกิจการโดยปกติการค้า บริษัทดังกล่าวก็ไม่อยู่ในข่ายที่ต้องถูกควบคุมการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่หากกรณีที่คนต่างด้าวถือหุ้นเพียงร้อยละสี่สิบเก้า แต่สามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทโดยเด็ดขาดในวิธีการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการเป็นกรรมการ ประธานกรรมการ หรือการที่มีจำนวนคนต่างด้าวเป็นกรรมการในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่มาจากผู้ถือหุ้นคนไทย ในสัดส่วนมากกว่าการถือหุ้นของตนในลักษณะที่ไม่สมดุลและเอื้อประโยชน์แก่คนต่างด้าว หรือมีประโยชน์ตอบแทนกันลักษณะอื่นๆ ซึ่งมิใช่จากกำไรจากผลประกอบการของบริษัทนั้นๆ ก็น่าจะมีสิ่งสังเกตว่าบริษัทดังกล่าวมีการที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือไม่

ดังนั้นการที่คนต่างด้าวเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทจำกัด ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทยในสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าแล้ว ก็ควรจะมีสิทธิโดยชอบธรรมในการควบคุมจัดการบริษัทเฉพาะแต่เพียงหุ้นที่ตนถืออยู่เท่านั้น หากคนต่างด้าวใช้สิทธิของตนเกินสิทธิดังกล่าว ก็น่าจะมีสิ่งสังเกตว่าอาจจะเป็นการที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว และจากการศึกษาเห็นว่าแนวทางที่คนต่างด้าวสามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทได้โดยเด็ดขาด ใน 2 กรณีดังนี้คือ

#### 4.2.1 แนวทางการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบริษัท จำกัด โดยเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมบริษัทโดยผ่านทาง "กรรมการ"

ในการควบคุมกิจการของคนต่างด้าวในบริษัท โดยผ่านทางกรรมการ สามารถกระทำได้ทั้งทางการเป็นกรรมการ กรรมการผู้จัดการ ประธานกรรมการ หรือการกำหนดจำนวนกรรมการที่มาจากผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นคนต่างด้าวให้มีจำนวนมากกว่ากรรมการที่มาจากผู้ถือหุ้นคนไทย ดังนี้

#### 4.2.1.1. การที่คนต่างตัวสามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการโดยการเข้าเป็น กรรมการผู้จัดการหรือกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจของบริษัท

ในการบริหารกิจการของบริษัท กรรมการเป็นผู้ที่มีบทบาทมากที่สุดในการบริหารหรือจัดการควบคุมบริษัท โดยกรรมการมีหน้าที่ในการดำเนินกิจการต่างๆในนามของบริษัทและการกระทำของกรรมการก็จะมีผลผูกพันบริษัท หากการกระทำต่างๆของ “กรรมการ” ได้กระทำลงโดยสุจริตและภายในขอบอำนาจหรือภายในขอบวัตถุประสงค์ของ “กรรมการ” ได้กระทำลงโดยสุจริตและภายในขอบอำนาจหรือภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ตลอดจนตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือกระทำลงโดยได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นแล้วนั้น ย่อมผูกพันบริษัท และกรรมการไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และกรรมการบริษัทจะมาจากการแต่งตั้งของที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เข้ามาจัดการงานของบริษัทตามข้อบังคับและอยู่ภายใต้ข้อบังคับและอยู่ในกรอบงานของที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งกรรมการจะมีจำนวนเท่าใดนั้นขึ้นอยู่กับข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้งบริษัทกำหนดไว้เป็นเท่าใด และในกรณีกรรมการมีหลายคน กรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ในรูปองค์กรที่เรียกว่า “คณะกรรมการบริษัท” (Board of Directors) แต่กรรมการสามารถมอบหมายหรือมอบอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดของตนให้แก่ผู้จัดการหรือให้แก่อนุกรรมการก็ได้ โดยจะต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการได้กำหนดไว้ทุกอย่าง และหากเกิดข้อที่ต้องวินิจฉัย<sup>2</sup> ในที่ประชุมอนุกรรมการ ก็ต้องตัดสินโดยใช้เสียงข้างมาก แต่ถ้าหากมีเสียงเท่ากัน ต้องให้ประธานอนุกรรมการเป็นผู้ชี้ขาด<sup>3</sup> ทั้งนี้เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัท ซึ่งข้อบังคับของบริษัทนั้นอาจกำหนดไม่ให้ประธานมีเสียงชี้ขาดก็ได้ และฐานะของกรรมการโดยทั่วไปจะมีอยู่ 2 ฐานะ คือ

- (ก). กรรมการในฐานะผู้แทนของนิติบุคคลหรือบริษัท
- (ข). กรรมการในฐานะตัวแทนของนิติบุคคลหรือบริษัท

##### (1). ฐานะของกรรมการบริษัท จำกัด

- (ก) กรรมการในฐานะผู้แทนของนิติบุคคลหรือบริษัท (as representative)

การที่ถือว่ากรรมการเป็นผู้แทนของนิติบุคคล เนื่องจากบริษัท จำกัดเป็นนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลที่สมมุติขึ้นมาตามกฎหมาย ไม่สามารถแสดงออกซึ่งวัตถุประสงค์ได้

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1164

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1165

<sup>3</sup> หินิจ ทิพย์มณี, “หลักกฎหมายบริษัทจำกัด”, สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพมหานคร, 2545, หน้า 89

ด้วยตัวเอง บริษัท จำกัดจะแสดงออกซึ่งเจตนาของตนเองก็โดยแต่การแสดงออกผ่านทางผู้แทนบริษัท จำกัด ซึ่งก็คือ กรรมการบริษัทนั่นเอง<sup>1</sup>

ตัวอย่างคำพิพากษาศาลฎีกาในกรณีที่กรรมการอยู่ในฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคล

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1950/2515 กรรมการบริษัททำสัญญาในฐานะผู้แทนบริษัท ซึ่งเป็นนิติบุคคล ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว เพราะกรรมการบริษัทเข้ากระทำการเกี่ยวข้องในฐานะเป็นผู้แทนของนิติบุคคลนั่นเอง

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 64/2520 วินิจฉัยว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 75 และ มาตรา 1144 กรรมการบริษัท จำกัด เป็นผู้แทนของบริษัทที่มีอำนาจดำเนินกิจการทุกอย่างภายในขอบข่ายแห่งวัตถุประสงค์และข้อบังคับของบริษัท หากได้มีอำนาจจำกัดเพียงเท่าที่ตัวแทนผู้ได้รับมอบอำนาจทั่วไปที่มีอยู่ไม่<sup>2</sup>

#### (ข) กรรมการในฐานะเป็นตัวแทนนิติบุคคล (as agent)

ความเกี่ยวพัน ระหว่างบริษัทหรือนิติบุคคลกับผู้แทนบริษัท และระหว่างบริษัทหรือผู้แทนบริษัทกับบุคคลภายนอกให้นำหลักกฎหมายว่า “ตัวแทน” มาใช้บังคับ<sup>3</sup> และ ความสัมพันธ์ระหว่างกรรมการและบริษัทและบุคคลภายนอกให้นำหลัก “ตัวแทน” มาใช้บังคับ<sup>4</sup>

ถึงแม้ว่ากรรมการจะไม่ใช่ว่านามของผู้ถือหุ้นโดยตรงก็ตาม แต่กรรมการเป็นผู้ดำเนินงานหรือตัดสินใจเรื่องต่างๆอันเกี่ยวกับธุรกิจของบริษัททั้งหมด เป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายหรือได้รับการแต่งตั้งจากเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นในที่ประชุมใหญ่ในการทำหน้าที่จัดการการงานของบริษัท<sup>5</sup> ตลอดจนหาสร้างประโยชน์และดูแลรักษาประโยชน์ของบริษัทหรือผู้ถือหุ้นเป็นสำคัญ การที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับกำไรหรือผลประโยชน์กลับมาอย่างน้อยเพียงใดอยู่ที่ความรู้ความสามารถ ความซื่อสัตย์สุจริต ความทุ่มเทหรือคุณสมบัติของกรรมการเป็นสำคัญ

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 70 วรรค 2

<sup>2</sup> สมชัย วิชญ์ไพศิษฐ์สกุล, หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมายไทย, วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530, หน้า 8

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 77

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1167

<sup>5</sup> พิเศษ เสกเสถียรและคณะ, “จากบริษัท จำกัดสู่บริษัทมหาชน”, พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร : บริษัทไต้โปกินนิค อิมเตอร์เทรด ริชชอสเซด จำกัด, 2536 หน้า 79

ดังนั้นหากคนต่างตัวผู้ใดเข้ามาเป็นกรรมการผู้จัดการหรือกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจแล้วก็จะอยู่ในฐานะผู้แทนหรือตัวแทนของบริษัท ซึ่งสามารถดำเนินงานหรือตัดสินใจเรื่องต่างๆอันเกี่ยวกับธุรกิจในการดำเนินงานอันเป็นปกติของบริษัทได้ทั้งหมด หากอยู่ในขอบอำนาจ ขอบวัตถุประสงค์ หรือได้รับอนุมัติหรือให้สัตยาบันโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งในการดำเนินงานทั่วไปซึ่งเป็นปกติธุระของกรรมการแล้วคนต่างตัวผู้ผู้นั้นสามารถดำเนินการ ได้โดย ผู้ถือหุ้นอื่นไม่มีสิทธิเข้าไปแทรกแซงได้ ผู้ถือหุ้นจะมีสิทธิตรวจสอบการดำเนินงานของกรรมการก็โดยการสอบถามได้ในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเท่านั้น หากผู้ถือหุ้นไม่พอใจการปฏิบัติงานของกรรมการ ผู้ถือหุ้นก็มีอำนาจโดยการถอดถอนกรรมการ ซึ่งก็ต้องเป็นไปโดยเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นเท่านั้น หรืออาจจะใช้สิทธิทางศาลได้ ทั้งนี้จะต้องดำเนินภายในอายุความและตามหลักที่กฎหมายให้อำนาจไว้ซึ่งอำนาจของกรรมการในการกิจการมีดังนี้

**(2) อำนาจและหน้าที่ของกรรมการในการจัดการและควบคุมบริษัท จำกัด**

หากคนต่างตัวเป็นกรรมการของบริษัทแล้วก็จะมียอำนาจในการจัดการกิจการต่างๆได้ตามหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายดังนี้

(ก) อำนาจในการจัดการกิจการทั่วไป โดยหลักกรรมการบริษัทซึ่งถือว่าเป็นผู้แทนของบริษัทจะต้องใช้อำนาจหน้าที่ที่มีอยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งระบุไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิเป็นสำคัญ ซึ่งกิจการที่ถือว่าเป็นธรรมดาค้าขายของบริษัท<sup>1</sup> เช่น

1. การขายทรัพย์สินของบริษัท
2. ซื้อสิ่งของต่างๆที่จำเป็นเพื่อใช้ในกิจการของบริษัท
3. รับเงินจากลูกหนี้ของบริษัทและออกใบเสร็จรับเงินให้
4. รับรองหรือออกตั๋วเงินสั่งจ่ายหรือตั๋วเงินชนิดอื่นในนามของบริษัท
5. จ้างลูกจ้างมาทำงานในบริษัท
6. กู้เงินในนามบริษัทเพื่อมาลงทุน
7. จำนำ ค้ำประกันในนามของบริษัทในการกู้เงินมาลงทุน

(ข) อำนาจหน้าที่ของกรรมการในการจัดการงานกรณีมีโรงงานทั่วไป และกรรมการจะต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน

<sup>1</sup> ประทีป ตันจประศาสน์ เอกสารประกอบคำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, หน้า 25.

กิจการของบริษัทที่กรรมการจะดำเนินได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมของที่ประชุมผู้ถือหุ้นก่อน สามารถจำแนกได้ดังนี้

- |    |  |                 |
|----|--|-----------------|
| 1. | การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ                                  | มาตรา 1151      |
| 2. | การจ่ายเงินปันผล   | มาตรา 1291      |
| 3. | การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี                                       | มาตรา 1289,1211 |
| 4. | การแต่งตั้งผู้ชำระบัญชี                                      | มาตรา 1256      |
| 5. | การอนุมัติบัญชีงบดุล   | มาตรา 11971     |
| 6. | การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของบริษัท เช่น                        |                 |
| -  | การแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ                                   | มาตรา 1145      |
| -  | การแก้ไขข้อบังคับบริษัท                                      | มาตรา 1145      |
| -  | การเพิ่มทุน  | มาตรา 1220      |
| -  | การลดทุน   | มาตรา 1224      |
| -  | ออกหุ้นใหม่เสมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วทั้งหมดหรือบางส่วน | มาตรา 1221      |
| -  | การควบบริษัท   | มาตรา 1238      |
| -  | การเลิกบริษัท  | มาตรา 1236      |

การที่กรรมการเป็นผู้ที่ใกล้ชิดกับข้อมูลภายในบริษัทมากที่สุด ฉะนั้นหากคนต่างด้าวเข้ามาเป็นกรรมการ ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสำคัญที่สุดในการบริหารกิจการของบริษัท บริษัทจะมีกำไร เจริญก้าวหน้าขนาดไหน ก็อยู่ที่การบริหารงานของกรรมการนั่นเอง คนต่างด้าวก็สามารถจะครอบงำการบริหารงานบริษัทไปในทิศทางที่ตนเองต้องการ ไม่ว่าจะการใช้ทรัพยากรธรรมชาติโดยไม่มีหวงเหวนอย่างเช่นคนไทย อีกทั้งหลักความรับผิดชอบของกรรมการก็ยังสามารถให้กรรมการสามารถดำเนินธุรกิจแข่งกับบริษัทที่ตนเองเป็นกรรมการได้ ถ้าหากได้รับอนุมัติจากที่ประชุมผู้ถือหุ้น ตามหลักความรับผิดชอบของกรรมการดังนี้

### (3) หน้าที่และความรับผิดชอบของกรรมการ

ในการที่คนต่างด้าวเข้าเป็นกรรมการบริษัท จำกัดก็ต้องกระทำตามหน้าที่ของกรรมการ ซึ่งกฎหมายบัญญัติไว้ โดยจะต้องจัดการบริษัทตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เพราะถือว่าข้อบังคับของบริษัทเป็นสัญญาอย่างหนึ่งระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกัน<sup>1</sup>

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1144

โดยต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวัง' (the diligence of careful businessman)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1141/2502

โจทก์เป็นประธานกรรมการบริษัทจำเลยและเป็นเจ้าของที่ดินและตึกซึ่งบริษัทจำเลยเช่าอยู่ โจทก์ได้ทำสัญญาขายที่ดินและตึกที่บริษัทจำเลยเช่าอยู่ให้แก่ผู้อื่น โดยมีเงื่อนไขเป็นสาระสำคัญว่า โจทก์รับรองจะให้บริษัทจำเลยออกจากตึกและให้ผู้ซื้อเข้าครอบครองภายใน 3 เดือนนับแต่วันทำสัญญา ถ้าโจทก์ไม่สามารถปฏิบัติได้โจทก์ให้ผู้ซื้อปรับ 160,000 บาท โจทก์ได้แจ้งให้บริษัทจำเลยทราบแต่เพียงว่าให้ออกจากที่ดินและตึกภายใน 3 เดือน ครั้นก่อนครบกำหนด 3 เดือนเพียง 1 วัน โจทก์จึงได้แจ้งให้บริษัทจำเลยทราบว่า ถ้าโจทก์ไม่สามารถส่งมอบที่ดินและตึกให้ผู้ซื้อได้ตามกำหนดโจทก์จะถูกผู้ซื้อเรียกค่าเสียหาย ดังนี้ถือว่าโจทก์ผู้เป็นประธานกรรมการบริษัทจำเลยมีหน้าที่ต้องใช้ความเอื้อเพื่อสอดคล้องอย่างบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168 โจทก์กลับปกปิดความจริงเรื่องที่ต้องถูกผู้ซื้อเรียกค่าเสียหาย เพิ่งแจ้งให้ทราบต่อเมื่ออีก 1 วันจะต้องถูกผู้ซื้อปรับ การกระทำของโจทก์เป็นการจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงผิดวิสัยบุคคลค้าขายผู้ประกอบด้วยความระมัดระวังจะพึงปฏิบัติ ทำให้บริษัทจำเลยและผู้ถือหุ้นทั้งหลายต้องเสียหาย โจทก์จึงนำผลแห่งความละเมิดของตนมาฟ้องร้องเรียกเบี้ยปรับที่โจทก์ต้องเสียแก่ผู้ซื้อไปจากบริษัทจำเลยไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1980/2519

บริษัทประกันชีวิตล้มละลาย เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ฟ้องให้ประธานกรรมการกรรมการอำนวยการ และทายาทของกรรมการอื่นๆรับผิดชอบ เพราะกรรมการบริษัทเลินเล่อและมีได้ใช้ความระมัดระวังดังเช่น บุคคลผู้ประกอบกิจการประกันชีวิต ข้อเท็จจริงฟังได้เป็นยุติว่ามีการประมาทเลินเล่อทำให้บริษัทเสียหาย คือ ไม่มีการเรียกเก็บค่าหุ้นที่ค้างชำระ มีการให้กู้ยืมโดยไม่มีหลักฐานและหลักประกัน ไม่ติดตามทวงค่าเบี้ยประกันจากตัวแทน เงินสดและทุนสำรองหาย แต่ศาลฎีกาให้กรรมการอำนวยการรับผิดชอบแต่เพียงผู้เดียว ประธานกรรมการและกรรมการอื่นๆไม่ต้องรับผิดชอบ โดยวินิจฉัยว่าคณะกรรมการอาจมอบหมายการจัดการให้กรรมการได้ ซึ่งคณะกรรมการได้มอบหมายให้กรรมการอำนวยการ มีอำนาจสั่งการและอำนวยการบริหาร รวมทั้งเบิกจ่ายเงินและอนุมัติการสั่ง

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1168

จ่าย ประชานกรรมการและกรรมการอื่นๆ ไม่ได้เข้ามายุ่งเกี่ยวกับการจัดการบริษัท คงมีแต่หน้าที่ให้คำปรึกษาในการประชุมกรรมการ จึงไม่ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย แม้จะปรากฏว่าบริษัทขาดทุนถึงจำนวนต้นทุน และกรรมการไม่เคยเรียกประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเป็นข้อนำคำทูล แต่ก็ไม่ใช่สาเหตุโดยตรงที่ทำให้บริษัทเสียหาย

อนึ่งตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามมิให้ผู้เป็นกรรมการประกอบการค้าขายใดๆ อันมีสภาพอย่างเดียวกัน ถ้าเป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้น ไม่ว่าทำเพื่อประโยชน์ตนหรือผู้อื่น หรือจะไปเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดชอบในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัท โดยมีได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นก่อน<sup>1</sup> ซึ่งหากพิจารณาจากมาตราดังกล่าวจะเห็นว่า หากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นยินยอมให้กระทำ กรรมการก็สามารถกระทำได้

ซึ่งจะเห็นได้ว่าหากคนต่างด้าวซึ่งเป็นกรรมการหรือกรรมการผู้จัดการบริษัทใดๆ แล้ว หากประสงค์จะดำเนินธุรกิจหรือค้าขายอันมีสภาพอย่างเดียวกับบริษัทนั้นแล้ว ก็สามารถจะกระทำได้โดยทำให้ตนเองได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งคนต่างด้าวก็เป็นผู้ที่ควบคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอยู่แล้ว จึงทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการที่มีลักษณะเช่นเดียวกับบริษัทนั้นได้ ก็จะให้คนต่างด้าวที่เป็นกรรมการของบริษัทสามารถนำความลับทางการค้าของบริษัท หรือลู่ทางที่จะหาประโยชน์หรือกำไรในทางการค้าของบริษัท ก็อาจจะทำให้บริษัทเสียหายและทำให้คนต่างด้าวอาจจะใช้ข้อมูลภายในเป็นประโยชน์แก่ส่วนตัว หรือแก่พวกพ้องได้ เช่น สูตรการผลิต วิธีการผลิต และในที่สุดก็จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติได้

โดยผู้ที่เป็นกรรมการจะต้องรับผิดชอบในการกระทำของตนเพียงใดย่อมขึ้นอยู่กับข้อบังคับ ประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กรรมการเอาทรัพย์สินบริษัทไปใช้ส่วนตัว ก็ต้องรับผิดชอบใช้คืนรวมทั้งดอกเบี้ยด้วย นอกจากนั้นหากกรรมการและบริษัทมีสัญญาต่อกัน การทำผิดสัญญาอาจต้องใช้ค่าเสียหาย ความรับผิดชอบนี้จะต่อบริษัท ผู้ถือหุ้น หรือบุคคลภายนอกก็ได้<sup>2</sup> หากเขียนไว้ในข้อบังคับให้อำนาจหน้าที่กรรมการซึ่งเป็นคนต่างด้าวได้ประโยชน์อย่างไรแล้ว ก็อาจจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ถือหุ้นชาวไทยได้

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1168 วรรค 3

<sup>2</sup> ไสภณ รัตนนगर, "คำอธิบายหุ้นส่วน - บริษัท", สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ: กรุงเทพมหานคร, 2543, หน้า 369

#### (4) กรณีที่กรรมการหลุดพ้นจากความรับผิดชอบ

มาตรา 1170 บัญญัติว่า “เมื่อการซึ่งกรรมการคนใดได้ทำไปได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่แล้ว ท่านว่ากรรมการคนนั้นไม่ต้องรับผิดชอบในการนั้นต่อผู้ถือหุ้นซึ่งได้ให้ออนุมัติหรือต่อบริษัทอีก” ซึ่งกรรมการอาจปิดความรับผิดชอบของตนได้ ถึงแม้กิจการนั้นจะเป็นกิจการทั่วไปที่อยู่ใอำนาจของคนที่สามารถกระทำได้ แต่อาจจะเป็นกิจการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายได้ ก็ให้ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นให้การอนุมัติในการดำเนินการนั้นก่อน หรือให้สัตยาบันกรรมการผู้นั้นก็ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำนั้นเองอีก

ในกรณีหากคนต่างด้าวเป็นกรรมการและดำเนินกิจการใดซึ่งอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือเกิดความเสียหายแก่บริษัทได้ และคนต่างด้าวสามารถคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้แล้ว ก็จะทำให้คนต่างด้าวผู้นั้นหลุดพ้นจากความรับผิดชอบนั้นไปได้

#### 4.2.1.2 การกำหนดข้อบังคับให้จำนวนกรรมการของคนต่างด้าวมีจำนวนมากกว่า

กรรมการของผู้ถือหุ้นคนไทย<sup>1</sup> หรือประธานกรรมการจะต้องมาจากคนต่างด้าว

ในการดำเนินงานใดๆของบริษัท กรรมการจะปฏิบัติหน้าที่ในรูปองค์กรที่เรียกว่า “คณะกรรมการบริษัท” (Board of Directors) หรือกรรมการสามารถมอบหมายหรือมอบอำนาจอย่างหนึ่งอย่างใดของตนให้แก่ผู้จัดการหรือให้แก่อนุกรรมการก็ได้ โดยจะต้องทำตามคำสั่งหรือข้อบังคับซึ่งกรรมการได้กำหนดไว้ทุกอย่าง และหากเกิดข้อที่ต้องวินิจฉัยในที่ประชุมอนุกรรมการ ก็ต้องตัดสินโดยใช้เสียงข้างมาก<sup>3</sup> แต่ถ้าหากมีเสียงเท่ากัน ต้องให้ประธานอนุกรรมการบริษัทเป็นผู้ชี้ขาด<sup>4</sup> ถ้าหากกรรมการที่มาจากการเลือกตั้งของฝ่ายคนต่างด้าวมีจำนวนมากกว่ากรรมการของผู้ถือหุ้นไทยแล้ว ไม่ว่าจะในการออกเสียงของคณะกรรมการในการดำเนินงานใดๆ ก็จะถูกครอบงำโดยคนต่างด้าวเสมอ หรือกรณีที่กรรมการมีเสียงเท่ากัน ถ้าหากกรรมการเป็นคนต่างด้าวแล้ว ก็จะทำให้อำนาจในการบริหารกิจการรวมทั้งอำนาจในการเลือกตั้งกรรมการผู้จัดการอยู่ในมือของคนต่างด้าวโดยเด็ดขาดด้วย

<sup>1</sup> ภาคผนวก ก

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1164

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1165

<sup>4</sup> พิณิจ ทิพย์มณี, “หลักกฎหมายบริษัทจำกัด”, สำนักพิมพ์วิญญูชน: กรุงเทพมหานคร, 2545, หน้า 89

ซึ่งการแต่งตั้งผู้ใดเป็นกรรมการจึงมีส่วนสำคัญต่อผู้ถือหุ้นเป็นอย่างมากในการเลือกบุคคลที่ตนเห็นว่าเหมาะสมน่าไว้วางใจและเพื่อให้ผู้ถือหุ้นสามารถจัดการและควบคุมบริษัทนั้นได้มากที่สุด ซึ่งปกติวิธีการเลือกตั้งหรือแต่งตั้งกรรมการสามารถกระทำได้ 2 กรณีดังนี้

#### ก. กรรมการที่มาจากการแต่งตั้งของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1151 กำหนดไว้ว่า “อันผู้เป็นกรรมการนั้น เฉพาะแต่ที่ประชุมใหญ่เท่านั้นที่อาจจะถอนหรือแต่งตั้งได้” ซึ่งถือว่าเป็นบทบังคับเด็ดขาด<sup>1</sup> จะให้ผู้อื่นมาเป็นผู้แต่งตั้งกรรมการไม่ได้ แต่มีข้อยกเว้นในกรณีที่เป็นการเลือกตั้งซ่อม มาตรา 1155 ให้อำนาจคณะกรรมการที่เลือกตั้งผู้อื่นขึ้นมาเป็นกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างได้ กล่าวคือ การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการจะต้องได้รับความยินยอมของผู้ถือหุ้นข้างมากหรือผู้ที่สามารถควบคุมคะแนนเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้นไว้ได้

#### ข. กรรมการที่มาจากการเลือกตั้งของคณะกรรมการ

การเลือกตั้งกรรมการโดยคณะกรรมการนี้เป็นกรณีพิเศษ มิใช่เป็นการแต่งตั้งเพิ่มจำนวนกรรมการขึ้นใหม่ นอกจากกฎหมายจะบังคับว่าการแต่งตั้งกรรมการจะต้องมาจากมติของที่ประชุมใหญ่เท่านั้นแต่ยังมีข้อยกเว้นตาม มาตรา 1155 ที่ได้ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งตำแหน่งกรรมการที่ว่างลงในกรณี ล้มละลาย, ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ, ตาย, ลาออก, ขาดคุณสมบัติ, พ้นจากตำแหน่งด้วยกรณีอื่นๆ

ดังนั้นถ้าหากมีข้อบังคับให้กรรมการมาจากกลุ่มผู้ถือหุ้นต่างด้าวในจำนวนที่มากกว่าผู้ถือหุ้นชาวไทย หรือมีประธานกรรมการเป็นคนต่างด้าว ซึ่งในการลงมติดำเนินกิจการใดๆของบริษัทคนต่างด้าวก็จะสามารถคุมเสียงข้างมากในการลงมติดำเนินกิจการต่างๆของคณะกรรมการ ก็จะทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการชี้นำในการจัดการและควบคุมบริษัทดังกล่าวได้อย่างตามความต้องการของกลุ่มคนต่างด้าวได้ทุกประการ ซึ่งบริษัทเช่นนี้ควรจะตั้งมีสถานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามความหมายและขอบเขตในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และทำให้เกิด ปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย โดยจะเห็นจากกฎหมายของหลายประเทศได้ให้ความสำคัญของการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัทด้วย เช่น ประเทศเม็กซิโกได้ให้ความสำคัญครอบคลุมไปถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจจัดการ

<sup>1</sup> โสภณ รัตนวาท, “คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท”, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539, หน้า 326

บริษัทเม็กซิโกไม่ว่าจะด้วยวิธีการใดให้ถือว่าเป็นบริษัทที่มีสถานะเป็นต่างด้าวทั้งหมด และจะต้องถูกควบคุมการประกอบธุรกิจสำหรับคนต่างด้าว

จะเห็นได้ว่าตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เอง ก็ยังให้ความสำคัญต่อการกำหนดจำนวนกรรมการในบริษัทซึ่งคนต่างด้าวต้องการประกอบธุรกิจในบัญชีสอง โดยมีการกำหนดว่าหากคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจจะต้องมีกรรมการเป็นคนไทยไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด อีกทั้งจะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 40 หรืออาจขอผ่อนผันได้โดยต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ก็เนื่องจากเห็นความสำคัญของกรรมการซึ่งมีความสำคัญในการบริหารกิจการของบริษัท หากมีคนไทยเข้าไปเป็นกรรมการในจำนวนสองในสามแล้วก็จะสามารถคุมข้างมากในคณะกรรมการในการตัดสินใจในกิจการต่างๆของบริษัทได้ ซึ่งหากพิจารณาถึงบริษัทที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยและมีการประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาดนั้น ก็ควรมีการกำหนดให้มีการควบคุมที่มีความเข้มงวดมากกว่าการควบคุมการประกอบธุรกิจในบัญชีสอง จึงเห็นควรว่าบริษัทใดที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและสามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการได้ โดยเด็ดขาด ไม่ว่าจะเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจแทนบริษัท หรือการที่คนต่างด้าวเป็นประธานกรรมการและมีข้อบังคับให้ประธานกรรมการเป็นผู้มีอำนาจในการชี้ขาดเสียงข้างมาก หรือบริษัทใดที่มีกรรมการเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว สมควรที่จะมีสถานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้ และไม่น่าจะเป็นการสกัดกั้นการลงทุนของต่างประเทศมากเกินไป เนื่องจากบัญชีหนึ่งเป็นบัญชีที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาดอยู่แล้ว หรืออาจจะมีการใช้มาตรการในการยกเว้นภาษีให้คนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนหรือเข้ามาถือหุ้นในการประกอบธุรกิจในบัญชีหนึ่งภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวก็ได้

#### 4.2.2 แนวทางการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบริษัท จำกัดโดยเป็นผู้มีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัท โดยควบคุม “เสียงข้างมาก” ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น

แนวทางหนึ่งที่คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัท จำกัดสามารถมีอำนาจในการบริหารหรือสามารถมีอำนาจในการควบคุมกิจการบริษัทได้ก็คือ การควบคุมการใช้สิทธิออกเสียงในการประชุมใหญ่ เพื่อให้ได้ ‘เสียงข้างมาก’ ตามหลักที่นานาประเทศยึดถือว่าเป็น ‘มติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น’ ซึ่งจะผูกพันบริษัทและหาก

กรรมการกระทำตามมติที่ประชุมดังกล่าวก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว และแม้ว่ากฎหมายจะได้วางหลักว่า ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันในบริษัท และมีสิทธิพื้นฐานในการออกเสียงลงมติเพื่อให้มีผลผูกพันบริษัท และตามหลักทั่วไปจะยึดถือว่าให้ผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิ 1 หุ้น ต่อ 1 เสียงก็ตาม แต่โดยสภาพมิได้เป็นเช่นนั้นเสมอไป ยังมีข้อจำกัดการออกเสียงของผู้ถือหุ้นที่ทำให้หลัก 1 หุ้นต่อ 1 เสียงไม่สามารถบังคับใช้ได้ ถ้าหากมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับหรือมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในการออกเสียงลงคะแนน ก็จะทำให้ผู้ถือหุ้นกลุ่มหนึ่งกลายเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก โดยไม่จำเป็นต้องเป็นผู้ถือหุ้นที่มีจำนวนมากกว่าร้อยละ 50 โดยวิธีการต่างๆ ดังนี้

- 1) การกำหนดควมริสิทธิในหุ้นเกี่ยวกับสัดส่วนในการออกเสียงลงคะแนน
- 2) การกำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนของผู้ถือหุ้น
- 3) การทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน
- 4) การมอบฉันทะให้ผู้อื่นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

#### (1) การกำหนดควมริสิทธิในหุ้นเกี่ยวกับสัดส่วนในการออกเสียงลงคะแนน

การกำหนดควมริสิทธิในหุ้นเป็นอีกวิธีการที่จะทำให้ผู้ถือหุ้นอีกกลุ่มหนึ่งสามารถรวบรวมคะแนนเสียงจนเป็น ผู้ถือหุ้นข้างมากและมีสิทธิในการควบคุมการจัดการบริษัทได้ หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่มีสิทธิพื้นฐานเหมือนหุ้นสามัญทุกประการ แต่ได้กำหนดให้สิทธิพิเศษหรือบุริมสิทธิในหุ้นหรือที่เรียกกันว่า “หุ้นบุริมสิทธิ” ซึ่งหมายถึง หุ้นที่ได้รับสิทธิพิเศษดีกว่าหุ้นสามัญ เช่น สิทธิในการออกเสียงลงมติ (Voting Right) สิทธิที่จะได้รับเงินปันผล หรือสิทธิร่วมรับในทรัพย์สินก่อนผู้ถือหุ้นสามัญหรือสิทธิอื่นๆ หรืออาจจะมีการด้อยสิทธิกว่าหุ้นสามัญก็ได้ตามที่ตกลงกันไว้ในข้อบังคับของบริษัท ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้กล่าวถึง “หุ้นบุริมสิทธิ” ไว้เพียง 4 มาตรา ซึ่งกล่าวถึง การวางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ<sup>1</sup> วัตถุประสงค์ในการมีหุ้นบุริมสิทธิ วิธีการจดทะเบียนสิทธิ<sup>2</sup> การห้ามแก้ไขบุริมสิทธิในหุ้นภายหลังได้ออกแล้ว<sup>3</sup> โดยที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้คานิยาม “หุ้นบุริมสิทธิ” ไว้เช่นใด สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินี้มีขอบเขตเพียงไร ซึ่งนับเป็นข้อลำบากของบริษัทในการกำหนดลักษณะของ

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1108 (5)

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1111

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1142

หุ้นบุริมสิทธิ ในขณะที่เดียวกันก็เป็นก่อให้เกิดความยากลำบากแก่นายทะเบียนในการรับจดทะเบียนบริษัทด้วย แต่ก็เป็นที่ยอมรับกันว่าหุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิดีกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เกี่ยวกับการ ได้รับเงินปันผล หรือ ได้รับเงินค่าหุ้นคืนก่อนหุ้นสามัญ ในกรณีมีการเลิกบริษัท มีสิทธิแตกต่างกันไปอีกก็ได้แล้วแต่จะกำหนดไว้ในข้อบังคับ หนังสือบริคณห์สนธิ หรือโดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งโดยปกติผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับสิทธิในการรับเงินปันผลตายตัวทุกปี<sup>1</sup>

อีกทั้งตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ตอบกรมทะเบียนการค้า ที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสภาพหุ้นบุริมสิทธิในการลงคะแนนเสียง โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10 หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียงนั้น คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพบุริมสิทธิเช่นนี้ได้<sup>2</sup> โดยไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อกฎหมายว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ดังจะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวใช้วิธีการกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้สามารถมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือค้อยสิทธิกว่าหุ้นสามัญ เช่น

- การกำหนดบุริมสิทธิให้มีสิทธิออกเสียงมากกว่าหุ้นสามัญ  
หุ้นสามัญซึ่งถือโดยคนไทย จำนวนร้อยละห้าสิบเอ็ด มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียง  
หุ้นบุริมสิทธิซึ่งโดยคนต่างด้าว จำนวนร้อยละสี่สิบเก้า มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 2 เสียง
- การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิค้อยสิทธิในการออกเสียง เช่น

หุ้นสามัญซึ่งถือโดยคนต่างด้าว จำนวนร้อยละสี่สิบเก้า มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียง  
หุ้นบุริมสิทธิซึ่งโดยคนไทย จำนวนร้อยละห้าสิบเอ็ด มีสิทธิออกเสียง 2 หุ้นต่อ 1 เสียง

ซึ่งในปัญหานี้ก็ได้มีตัวอย่างของบริษัท จำกัด ซึ่งขอจดทะเบียน โดยมีข้อบังคับกำหนดหุ้นบุริมสิทธิโดยผู้ถือหุ้นชาวไทย ถูกจำกัดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน โดย มีสิทธิได้รับเงินปันผลพิเศษ ซึ่งเมื่อยื่นเรื่องขอจดทะเบียน สำนักงานทะเบียนการค้าก็ไม่อนุญาตให้จดทะเบียน โดยถือว่า คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย แต่ต่อมาเมื่อผู้ถือหุ้นคนไทย ได้มีหนังสือยืนยันว่า ไม่มีเจตนาในการถือหุ้น

<sup>1</sup> ธีระ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายเรื่องมาตรการประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, หน้า 124

<sup>2</sup> ภาคผนวก ก และ ข

แทน แต่มีความประสงค์ในการได้รับเงินปันผลในอัตราสูง สำนักงานทะเบียนการค้าก็อนุญาตให้จดทะเบียนเป็นบริษัท จำกัด เป็นนิติบุคคลไทยได้ ซึ่งอาจจะก่อให้เกิดปัญหาต่อไปได้อีกว่าในเมื่อตอนจดทะเบียนได้มีการอนุญาตให้จดทะเบียนแล้ว เท่ากับเป็นบรรทัดฐานว่ายอมรับแนวทางดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแล้วหรือไม่<sup>1</sup> และน่าจะเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่กำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าวในสัดส่วน 51 : 49 ก็เพื่อต้องการให้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก โดยคนไทยเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว อีกทั้งน่าจะเป็นการขัดต่อสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นในการออกเสียงลงคะแนน โดยเท่าเทียมกัน และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1182 ที่กล่าวถึงในการลงคะแนนลับ ให้ถือว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียง เสียงหนึ่งต่อหุ้นหนึ่งที่ตนถือ ซึ่งเป็นการยอมรับหลักการให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงเท่าๆกัน แต่หากคนต่างด้าวสามารถกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นให้มีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือน้อยกว่าหุ้นสามัญในทางที่เอื้อประโยชน์ต่อคนต่างด้าวแล้ว ทำให้คนต่างด้าวดังกล่าวสามารถคุมเสียงข้างมากในการลงมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นได้เด็ดขาด ซึ่งทำให้เห็นว่าโดยปกติแล้วผู้ที่เข้าถือหุ้นหรือลงทุนในบริษัทต่างๆ ผู้ถือหุ้นทุกคนย่อมหวังผลตอบแทนจากบริษัททั้งในด้านกำไรและเงินปันผล และย่อมไม่มีผู้ใดยินยอมให้อำนาจในการบริหารอยู่ในมือของผู้ถือหุ้นกลุ่มหนึ่งกลุ่มใด โดยเด็ดขาด นอกจากเป็นการสมยอมหรือเป็นการถือหุ้นแทน ประกอบกับตามความเห็นของนายทะเบียนกรมการค้าไม่ยินยอมให้บริษัทข้างต้นจดทะเบียนได้น่าจะเป็นสิ่งที่ถูกต้อง ดังนั้นก็ควรนำมากำหนดเพิ่มเติมในนิยามคนต่างด้าวด้วย

## (2) การกำหนดข้อจำกัดการใช้สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ได้มีบทบัญญัติในข้อจำกัดในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นไว้โดยตรง แต่มีบทบัญญัติถึงการยอมรับการจำกัดสิทธิการลงมติไว้บางกรณีดังนี้

1. การกำหนดในข้อบังคับว่าจะต้องมีจำนวนหุ้นจำนวนเท่าไรจึงจะมีสิทธิออกเสียงได้หนึ่งเสียง ซึ่งในการถือหุ้นไม่ถึงจำนวนดังกล่าวย่อมมีสิทธิจะเข้าร่วมกันให้ได้จำนวนหุ้นตามที่กำหนด และแต่งตั้งคนใดคนหนึ่งของตนเป็น

<sup>1</sup> ภาคผนวก ก

ผู้รับมอบฉันทะแทน ซึ่งอาจจะเป็นกรณีที่ดีถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยในการมีส่วนร่วมในการออกเสียงประการหนึ่งด้วย<sup>1</sup> เช่น บริษัท อาจจะมีผู้ถือหุ้นคนละจำนวนไม่มากนัก เช่น อาจจะมีถือกันคนละหนึ่งหรือสองหุ้น แต่ในขณะที่เดียวกันคนต่างคำอาจจะมีจำนวนเพียงคนเดียวถือหุ้นคนเดียวทั้งจำนวน (ร้อยละสี่สิบเก้า) และมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนนว่าหุ้นจำนวน 10 หรือ 20 หุ้นมีสิทธิในการออกเสียง 1 เสียง ก็จะทำให้ผู้ถือหุ้นรายย่อยไม่สามารถหรืออาจจะไม่ยอมรับรวบรวมหุ้นเพื่อใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน ก็จะทำให้คนต่างคำสามารถเป็นผู้คุมเสียงข้างมากได้ในที่สุด

2. ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นผู้มีส่วนได้เสียพิเศษในที่ประชุม ไม่มีสิทธิออกเสียงในเรื่องนั้น แต่การที่ผู้ถือหุ้นผู้นั้นถูกเสนอชื่อเป็นกรรมการ ไม่ถือว่าผู้ถือหุ้นผู้นั้นมีส่วนได้เสียพิเศษสามารถเข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้<sup>2</sup> หรือในกรณีที่ผู้ถือหุ้นคนอื่นมอบฉันทะให้ผู้มีส่วนได้เสียมาเป็นผู้ออกเสียงลงคะแนนแทนตน ซึ่งเป็นแนวทางยึดถือตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ 5781/2528 ในเรื่องที่ว่า ผู้รับมอบฉันทะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการนั้นครั้งนี้ “สำหรับการมอบฉันทะจากผู้ถือหุ้นคนอื่นมาออกเสียงลงคะแนนนั้น มิใช่เป็นกรณีผู้ถือหุ้นลงคะแนนออกเสียงของตนเองตามนัย มาตรา 1185 เมื่อเป็นการลงคะแนนออกเสียงแทนผู้มอบฉันทะ กรณีนี้จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 1185”<sup>3</sup>

นอกจากการจำกัดสิทธิในการออกเสียงตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ให้หลักไว้แล้ว คู่สัญญายังสามารถตกลงกันในเรื่องการจำกัดการออกเสียงได้ ตามหลักความอิสระในการแสดงเจตนาในการทำสัญญาที่ว่ายินยอมให้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้ ตราบที่ไม่ขัดต่อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ดังตัวอย่าง

<sup>1</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1183

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1185

<sup>3</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1185 “ผู้ถือหุ้นคนใดมีส่วนได้เสียพิเศษในข้อบังคับซึ่งในที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะลงมติ ท่านห้ามมิให้ผู้ถือหุ้นคนนั้นออกเสียงลงคะแนนด้วยในข้อนั้น”

ข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นอันเป็นการจำกัดสิทธิการลงมติในทางอ้อม ซึ่งนำมาลงไว้ใน  
ข้อบังคับ ต่อไปนี้

#### ตัวอย่าง

- บริษัทแบ่งหุ้นออกเป็นกลุ่ม ก ข ค ง และ จ และกำหนดความคิของที่ประชุม  
ใหญ่จะต้องผ่าน โดยคะแนนเสียงข้างมาก ทั้งนี้คะแนนเสียงเห็นชอบนั้นจะต้องเป็น  
คะแนนเสียงส่วนใหญ่ของผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก รวมอยู่ด้วยทุกครั้ง

นอกจากนั้น คณะกรรมการของบริษัทมีจำนวน 8 คน โดยให้ได้รับการเสนอ  
ชื่อจากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. 4 คน ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. 1 คน ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ค. 1 คน ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ง  
1 คน และผู้ถือหุ้นกลุ่ม จ. 1 คน มติของที่ประชุมให้ถือเอาเสียงข้างมากและในจำนวน  
นั้นจะต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบจากกรรมการที่ได้รับการเสนอชื่อจากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก.  
ด้วยทุกครั้ง<sup>1</sup>

จะเห็นว่าข้อบังคับดังกล่าวเป็นการจำกัดสิทธิในการลงมติในทางอ้อม<sup>2</sup>  
แต่บริษัทที่กระทรวงพาณิชย์รับจดทะเบียนให้ นั้น ข้อบังคับของบริษัทจะมีได้กำหนดว่า  
ผู้ถือหุ้นจะต้องออกเสียงไปในทางใด โดยเฉพาะ แต่กำหนดความคิของที่ประชุมผู้ถือหุ้น  
จะผ่านได้ต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง โดยเฉพาะ หรือกำหนด  
ว่าผู้ถือหุ้นแต่ละกลุ่มจะสามารถเสนอชื่อกรรมการได้กลุ่มละกี่คน ซึ่งถ้าหากได้มีการ  
กำหนดไว้ในข้อบังคับว่าในการลงมติใดๆจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นซึ่ง  
เป็นคนต่างด้าวด้วยทุกครั้งหรือในการลงมติของกรรมการจะต้องได้รับเสียงข้างมากของ  
กรรมการ และจะต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายคนต่างด้าวด้วยทุกครั้ง จะทำให้การ  
จัดการและควบคุมกิจการของบริษัทอยู่ภายใต้ความครอบงำของคนต่างด้าวเช่นกัน หาก  
คนต่างด้าวไม่เห็นด้วยกับมติใดๆ ก็จะทำให้การลงมติในกิจการนั้นก็จะมีผลสำเร็จลง  
ได้ ซึ่งน่าจะพิจารณาได้ว่าน่าจะเป็นกรณีที่มีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือไม่ หรือเป็น  
เพียงการคานอำนาจของผู้ถือหุ้นเท่านั้น เนื่องจากการจำกัดสิทธิในทางอ้อมเช่นนี้ น่าจะ  
เป็นการขัดต่อความต้องการของผู้ถือหุ้นที่ย่อมต้องการที่จะมีส่วนร่วมในการควบคุม

<sup>1</sup> บริษัท ..... จำกัด ทะเบียนเลขที่ 6325/2533

<sup>2</sup> นางสาวณัฐกานต์ พิพิธกุล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น ศึกษาเฉพาะกรณีมติที่ประชุมผู้ถือหุ้น", วิทยานิพนธ์จุฬาลงกรณ์  
มหาวิทยาลัย, 2534, หน้า 95

กิจการของบริษัทด้วยตัวเอง และข่อมไม่ต้องการให้ผู้อื่นมีอำนาจเด็ดขาดในการควบคุมกิจการของบริษัท

### (3) การทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน

การทำข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นเกี่ยวกับการใช้สิทธิออกเสียงลงคะแนน เป็นอีกวิธีหนึ่งซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นบางกลุ่มสามารถควบคุมสิทธิออกเสียงลงคะแนนและกลายเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากในการควบคุมการจัดการบริษัทได้

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติ อนุญาตให้ผู้ถือหุ้นทำข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นเพื่อกำหนดสิทธิในการลงมติไว้อย่างชัดเจน มีเพียงในส่วนที่เกี่ยวกับข้อบังคับของบริษัทในมาตรา 1177 ว่า “วิธีดั่งบัญญัติไว้ในมาตราต่อ ๆ ไปนี้ ท่านให้ใช้ในการประชุมใหญ่ เว้นแต่จะมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นข้อความขัดกัน” ซึ่งข่อมแสดงให้เห็นว่า กฎหมายไทยได้ข่อมรับให้มีการตกลงกันเป็นอย่างอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ในกฎหมายได้ แต่ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยตามมาตรา 155 ที่ว่า “การใดเป็นการแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมาย ถ้ามิใช่กฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุผลเท่านั้น ท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะไม่” และใช้หลักความอิสระในการทำสัญญา (Freedom of Contract) เป็นสำคัญ จึงน่าจะสามารถตกลงกันในการกำหนดสิทธิในการในการลงมติไว้ล่วงหน้าได้ ซึ่งเป็นปัญหาในทางปฏิบัติที่จะสามารถตรวจสอบได้ว่า เป็นการที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือไม่ เนื่องจากอาจจะเป็นการตกลงในการกำหนดสิทธิในการออกเสียงเฉพาะเรื่องเป็นคราวๆไป แต่ในความเป็นจริงอาจจะมีการตกลงกันด้วยวาจาและมีผลประโยชน์ตอบแทนกันก็เป็นได้

### (4) การมอบฉันทะให้ผู้อื่นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน (Proxy)

ตามที่กฎหมายได้ให้หลักไว้ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นไม่สามารถมาประชุมได้ อาจมอบฉันทะให้ผู้อื่นเป็นผู้เข้ามาประชุมแทน ซึ่งคนต่างด้าวได้ใช้วิธีการที่ให้ผู้ถือหุ้นคนไทยทำหนังสือมอบฉันทะให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแทน ซึ่งไม่ว่าจะเป็นลงมติโดยวิธีชুমมือ หรือการลงคะแนนลับก็จะทำให้คนต่างด้าวสามารถใช้ลงคะแนนเสียงไปในทิศทางที่ตนเองต้องการได้ ซึ่งในการมอบฉันทะเป็นการแสดงเจตนาในการประชุมแต่ละครั้ง แต่หาก

คนไทยยินยอมทำหนังสือมอบฉันทะมอบให้คนต่างด้าวไว้ก่อน เพื่อยอมแลกเปลี่ยนกับการที่คนต่างด้าว ยอมมาลงทุนในบริษัทเพื่อให้กิจการของตนอยู่รอด หรืออาจจะเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวจริงๆ ก็จะเป็นการยากที่จะตรวจสอบได้ในทางปฏิบัติ หรือหากเป็นการมอบฉันทะให้คนต่างด้าวเข้าประชุมแทนในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นมีส่วนได้เสียในการประชุมนั้นก็อาจจะเกิดผลเสียได้ หากคนต่างด้าวนั้นใช้สิทธิออกเสียงไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่ตน ซึ่งแนวทางปฏิบัติของไทยก็ยอมรับการที่ผู้รับมอบฉันทะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการนั้นสามารถเข้าประชุมและใช้สิทธิในการรับมอบฉันทะในการออกเสียงลงคะแนนได้ ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นตามหนังสือที่ 5781/2528 ในเรื่องที่ว่า ผู้รับมอบฉันทะเป็นผู้มีส่วนได้เสียในกิจการนั้นดังนี้ “สำหรับการมอบฉันทะจากผู้ถือหุ้นคนอื่นมาออกเสียงลงคะแนนนั้น มิใช่เป็นกรณีผู้ถือหุ้นลงคะแนนออกเสียงของตนเองตามนัย มาตรา 1185 เมื่อเป็นการลงคะแนนออกเสียงแทนผู้มอบฉันทะ กรณีนี้จึงไม่ต้องด้วยมาตรา 1185”

ในกรณีนี้เนื่องจากการมอบฉันทะเป็นการมอบฉันทะกันเป็นคราวๆ ไป หากคนต่างด้าว ตกลงกันให้คนไทยทำใบมอบฉันทะทั่วไปมอบไว้ให้ก่อนล่วงหน้า ก็จะสามารถคุมเสียงข้างมากในการลงมติที่ประชุมได้เด็ดขาดและถูกต้องตามกฎหมาย และเป็นการยากในทางปฏิบัติที่จะตรวจสอบ แต่หากมีการกำหนดเป็นกฎหมายห้ามมิให้คนไทยมอบฉันทะให้คนต่างด้าวมียกสิทธิออกเสียงลงคะแนนแทนในลักษณะเอื้อประโยชน์แก่คนต่างด้าว ในบริษัทที่มีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง ซึ่งห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจ โดยเด็ดขาด ก็อาจจะเป็นแนวทางหนึ่งที่ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้น

จะเห็นว่ากรณีที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัท จำกัด โดยการคุมเฉพาะสัดส่วนการถือหุ้น โดยไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการที่คนต่างด้าวสามารถมีอำนาจในการจัดการและควบคุมบริษัทจำกัดได้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมกิจการได้โดยเด็ดขาดทั้งทางด้านกรรมการและสามารถคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมใหญ่แล้ว คนต่างด้าวดังกล่าวก็จะสามารถประกอบธุรกิจควบคุมท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ทุกบัญชี และทุกประเภทธุรกิจ และเป็นสาเหตุที่ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่เนื่องจากหากมีการเพิ่มเติม

เงื่อนไขในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเข้มงวดเกินไป อาจจะเป็นการสกัดกั้นการลงทุนจากต่างประเทศ และเป็นการขัดกับพันธกรณีของไทยมีอยู่ ดังนั้น ในเมื่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งเป็นบัญชีที่ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ โดยเด็ดขาดเพียงบัญชีเดียว ส่วนบัญชีสองและสามได้มีเงื่อนไขในการผ่อนปรนให้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตในการประกอบธุรกิจได้อยู่แล้ว ซึ่งหากคนต่างด้าวสามารถดำเนินการตามที่กล่าวถึงข้างต้นก็ทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งซึ่งเป็นบัญชีประเภทธุรกิจที่จำเป็นต้องมีการดูแลอย่างเข้มงวด ก็จะก่อให้เกิดผลเสียหายทางเศรษฐกิจ การเมือง ทรัพยากรธรรมชาติ หรือต่อประเทศไทยได้ เนื่องจากคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างเสรี ปราศจากการควบคุมให้อยู่ในระเบียบและแผนการที่ได้กำหนดไว้

ดังนั้นจึงเห็นว่าหากต้องการที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ให้ต้องตามวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และไม่เป็นการเข้มงวดเกินไป เห็นควรกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ในรูปบริษัท จำกัด ให้มีความหมายถึง บริษัท จำกัดซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและมีข้อบังคับให้คนต่างด้าวสามารถคุม “เสียงข้างมาก” ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งทำให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมบริษัทได้โดยเด็ดขาดด้วย โดยครอบคลุมกรณีดังต่อไปนี้ด้วย คือ การกำหนดหุ้นบุริมสิทธิให้มีสัดส่วนในการออกเสียงลงคะแนนมีสิทธิพิเศษหรือด้วยสิทธิกว่าหุ้นสามัญ ในลักษณะเป็นการเอื้อประโยชน์ต่อคนต่างด้าวและเป็นการเกินสิทธิโดยชอบธรรมของการเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยในบริษัท

ส่วนการทำข้อจำกัดในการออกเสียงในการลงคะแนน การทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นหรือการมอบฉันทะให้คนต่างด้าวเป็นปัญหาในทางปฏิบัติ เนื่องจากถือได้ว่าเป็นการสัญญาระหว่างคู่สัญญาสองฝ่ายกันเอง เป็นการยากที่จะตรวจสอบและบุคคลอื่นนอกจากคู่สัญญาย่อมจะไม่สามารถล่วงรู้ถึงเจตนาของคู่สัญญาได้ อีกทั้งหากนำมาจัดเป็นข้อบังคับของบริษัทก็คงจะไม่สามารถกระทำได้ เนื่องจากเป็นการเห็นได้ชัดเจนว่าเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว แต่เป็นข้อที่นำมาประกอบการพิจารณาหากในอนาคตเกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น จะได้นับว่าเป็นการที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวอย่างแน่นอน

## บทที่ 5

### บทสรุป และ ข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

ในการศึกษาหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวทั้งตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ ประกอบกับหลักการจัดการและควบคุมบริษัทจำกัด ตามกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทั้งตามกฎหมายไทยและต่างประเทศ อีกทั้งกฎหมาย บทความ และเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้อง พอดีสรุปผลการศึกษาดังนี้

ปัญหาในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีสาเหตุหนึ่งเนื่องมาจากการใช้หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของ “คนต่างด้าว” ในรูปบริษัท จำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่เพียงการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นและทุนหรือจำกัดเฉพาะการเป็นเจ้าของของคนต่างด้าวไว้เท่านั้น โดยไม่ได้ใช้หลักเกณฑ์ในการที่คนต่างด้าวสามารถควบคุมกิจการบริษัทนั้นไว้ด้วย ทำให้คนต่างด้าวบางกลุ่มที่ต้องการประกอบธุรกิจทำพระราชบัญญัตินี้ หลีกเลียงโดยการเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยแต่ใช้สิทธิเกินกว่าสิทธิพื้นฐานหรือสิทธิโดยชอบธรรมของผู้ถือหุ้นในจำนวนไม่เกินร้อยละสี่สิบเก้าจะสามารถพึงมีได้ แต่กลับมีอำนาจในการควบคุมบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นการที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นกรรมการและกระทำการในขอบอำนาจหรือตามข้อบังคับของบริษัทแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบเป็นการส่วนตัว อีกทั้งยังสามารถประกอบกิจการที่อันมีสภาพอย่างเดียวกัน ที่เป็นการแข่งขันกับการค้าขายของบริษัทนั้นได้ หรือจะไปเข้าเป็นหุ้นส่วนไม่จำกัดความรับผิดในห้างค้าขายอื่นซึ่งประกอบกิจการมีสภาพเป็นอย่างเดียวกันและแข่งขันกับกิจการของบริษัทก็ได้ หากได้รับความยินยอมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นแล้ว และหากคนต่างด้าวสามารถคุมเสียงข้างมากในการออกเสียงลงมติในที่ประชุมใหญ่ได้อีกด้วย ก็จะให้อำนาจในการจัดการและควบคุมบริษัทดังกล่าวอยู่ในความควบคุมของคนต่างด้าวโดยเด็ดขาด และคนต่างด้าวก็จะสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ทุกประเภทและทำให้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่สามารถบังคับใช้ได้

อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้เลย ซึ่ง  
จะเกิดผลเสียต่อประเทศชาติขึ้น

ซึ่งตามกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ของไทยใน  
ฉบับอื่นๆหรือตามหลักกฎหมายต่างประเทศ จะพบว่าหากมีเจตนาในการควบคุมการ  
ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยจริงจังกแล้ว จะมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคน  
ต่างด้าวโดยใช้หลักเกณฑ์การกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นประกอบกับหลักเกณฑ์ในการ  
ที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารหรือควบคุมบริษัทนั้นๆด้วย ซึ่งก็หมายรวมถึงการที่  
คนต่างด้าวเป็นกรรมการ หรือกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจในการดำเนินการต่างๆ  
ของบริษัท และการที่คนต่างด้าวสามารถควบคุมเสียงข้างมากในที่ประชุมถือหุ้นด้วย และ  
คณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ให้ความเห็นไว้ตามหนังสือที่ นร. 0601/866 ลงวันที่ 2  
สิงหาคม 2534 ถึงเหตุผลในการต้องตีความในสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวที่แท้จริง  
ทุกลำดับชั้นของผู้ถือหุ้นเพราะถ้าหาก “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวใน  
นิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำนิติ  
บุคคลนั้นย่อมอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้ ซึ่งจากผลการศึกษาจะพบว่าคนต่างด้าว  
สามารถที่จะบริหารกิจการหรือควบคุมกิจการของบริษัทนั้นได้ ถึงแม้จะถือหุ้นได้ไม่เกิน  
ร้อยละสี่สิบเก้าก็ตาม และจะสามารถประกอบธุรกิจโดยอาศัยสิทธิของนิติบุคคลไทย

ดังจะเห็นได้ว่าตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1144 (8) บัญญัติไว้ชัดเจนอยู่  
แล้ว ว่าการบริหารกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัทและอยู่ในความ  
ครอบงำของผู้ถือหุ้น แต่ปรากฏว่าปัจจุบัน กระทรวงพาณิชย์จะตรวจสอบการจดทะเบียน  
ของบริษัท จำกัดแต่เพียงสัดส่วนการถือหุ้นให้คนต่างด้าวถือหุ้นหรือลงทุนไม่เกินร้อยละ  
สี่สิบเก้าเท่านั้น โดยยึดแนวทางปฏิบัติตามหนังสือของสำนักสำนักงานคณะกรรมการ  
กฤษฎีกา ที่ นร 0601/866 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534<sup>1</sup> โดยให้นับรวมถึงผู้ถือหุ้นในลำดับ  
อื่นๆด้วยว่ามีทุนของคนต่างด้าวในสัดส่วนเป็นเท่าไร ถ้าหากมีทุนของคนต่างด้าวใน  
ลำดับผู้ถือหุ้นทุกชั้นเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าแล้ว ให้ถือว่าบริษัท นั้นมีองค์ประกอบเป็น  
คนต่างด้าว และความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็เป็นเพียงคำแนะนำของหน่วยงาน  
ราชการเท่านั้นไม่มีฐานะเป็นกฎหมาย และถ้าเจ้าพนักงานผู้มีอำนาจจดทะเบียนไม่ยอมรับ  
จดทะเบียนให้แก่บริษัทใดๆแล้ว ก็อาจจะก่อให้เกิดปัญหาในทางปกครองขึ้นได้ เนื่องจาก  
คำสั่งของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจรับจดทะเบียนไม่ยอมรับจดทะเบียน ถือได้ว่าเป็นคำสั่งทาง

ปกครองอย่างหนึ่ง ซึ่งยังเป็นปัญหาอยู่ว่า หากผู้ถูกโต้แย้งสิทธินำเรื่องดังกล่าวขึ้นร้องเรียนศาลปกครองแล้ว ผลจะเป็นเช่นไร และจากการศึกษาจะพบว่าคนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และอาศัยสิทธิของนิติบุคคลไทย หรือการให้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนและประกอบธุรกิจต้องห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมีอำนาจในการควบคุมกิจการในกรณีถือหุ้น 51 : 49 แต่สามารถมีสิทธิหรือใช้สิทธิได้เกินกว่าสิทธิที่ตนควรพึงมีในฐานะผู้ถือหุ้น ได้ใน 2 กรณีดังนี้

1. การที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัททางด้านกรรมการ ดังนี้
  - 1.1 โดยการที่คนต่างด้าวเป็นกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจ
  - 1.2 โดยการที่คนต่างด้าวเป็นประธานกรรมการและมีอำนาจชี้ขาด หากกรรมการมีเสียงขัดแย้งกันจนหาเสียงข้างมากไม่ได้
  - 1.3 กำหนดข้อบังคับจะต้องเลือกกรรมการผู้จัดการหรือประธานกรรมการจากผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าว
  - 1.4 กำหนดข้อบังคับทำให้คณะกรรมการจะมาจากการเลือกตั้งของฝ่ายผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีสัดส่วนมากกว่ากรรมการซึ่งมาจากการเลือกตั้งของผู้ถือหุ้นชาวไทย
2. การที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมกิจการโดยสามารถควบคุม “เสียงข้างมาก” ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ดังนี้
  - 2.1 การกำหนดคุณสมบัติในหุ้นบุริมสิทธิให้สามารถมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือด้อยสิทธิกว่าหุ้นสามัญ
  - 2.2 การกำหนดข้อบังคับของบริษัทในการกำหนดข้อจำกัดในการใช้สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น โดยมติของที่ประชุมจะต้องมีคนต่างด้าวให้ความเห็นชอบด้วย
  - 2.3 การที่คนต่างด้าวทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นในการมอบสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนหรือทำความเข้าใจความตกลงในการลงมติให้ผู้ถือหุ้นคนไทยลงคะแนนไปในทิศทางที่คนต่างด้าวต้องการในลักษณะเอื้อประโยชน์แก่คนต่างด้าว

- 2.4 การที่ผู้ถือหุ้นคนไทยทำหน้าที่เสมือนอภินันทะให้ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแทน

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สามารถมีประสิทธิภาพในควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ตามวัตถุประสงค์และในขณะเดียวกันก็ไม่ให้เป็นการเข้มงวดมากนัก จนถึงกับเป็นการกีดกันการลงทุนจากต่างประเทศ เนื่องจากต้องคำนึงถึงการส่งเสริมการลงทุนจากคนต่างด้าวหรือจากต่างประเทศด้วย เพราะประเทศไทยยังจำเป็นต้องพึ่งพาเงินทุนจากต่างประเทศด้วยและก็ต้องคำนึงถึงพันธกรณีระหว่างประเทศด้วย จึงเห็นควรเพ่งเล็งเฉพาะการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด ที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีสถานะเป็นนิติบุคคลไทย เฉพาะบริษัทที่ประกอบธุรกิจในบัญชีหนึ่งตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งต้องห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด ประกอบกับปัญหาในการที่คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเป็นปัญหาในทางปฏิบัติและยากแก่การที่จะตรวจสอบ ซึ่งเห็นควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ก่อน โดยใช้หลักเกณฑ์ประกอบกันทั้งด้านการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวและการที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมหรือบริหารกิจการของบริษัทได้ โดยเด็ดขาด โดยควรกำหนดขอบเขตและความหมาย “คนต่างด้าว” โดยเจตานิติบุคคลในรูปบริษัทจำกัด ที่ ประกอบธุรกิจในบัญชีหนึ่ง ท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงสองกรณีดังนี้

**กรณีที่ 1** บริษัท จำกัดซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และคนต่างด้าวในฐานะผู้ถือหุ้นมีอำนาจควบคุมกิจการของบริษัทผ่านทาง “กรรมการบริษัท” ให้กำหนดขอบเขตและความหมายให้ครอบคลุมกรณี ดังนี้

- (1) บริษัท จำกัดที่มีกรรมการผู้มีอำนาจในการตัดสินใจเป็นคนต่างด้าว
- (2) บริษัท จำกัดที่มีกรรมการเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด



๑

๒

๓

๔

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

#### หนังสือ

กฤติยา อัจฉริยกุล และ พรสุขเกิดสว่าง, "สถานะของชาวเขาและชนกลุ่มน้อยในประเทศไทย", สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2540

พินิจ ทิพย์มณี. หลักกฎหมายบริษัทจำกัด. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด 2545.

พิเศษ เสตเสถียร. กฎหมายการจัดการบริษัท. กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ม.ป.ป.). (อัดสำเนา)

พิเศษ เสตเสถียรและคณะ, จากบริษัท จำกัดสู่บริษัทมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร : บริษัทไอ โอนิค อินเตอร์เทรด ริชชอสเซล จำกัด, 2536

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "การส่งเสริมการแข่งขันกันอย่างยุติธรรมระหว่างธุรกิจไทย ด้วยกันเองและระหว่างธุรกิจไทยกับธุรกิจข้ามชาติ", รายงานการศึกษาโครงการศึกษาเพื่อปฏิรูปกฎหมายเศรษฐกิจของประเทศไทย, พ.ศ. 2544

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร, "กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล ภาค 1 การจัดสรรเอกชนในทางระหว่างประเทศ", กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชนพิสวาส สุคนธ์พันธุ์, ปฐมภรณ์ บุษปธารัง, "การศึกษาและวิเคราะห์กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการทำงานของคนต่างด้าว", สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, พ.ศ. 2541

ประทีป ตันตพระศาสน์. เอกสารประกอบคำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท..

ทวี เจริญพิทักษ์, คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท, กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์รุ่งเรืองธรรม, 2521

โสภณ รัตนกร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2539.

พงษ์ไท จุฑาเกต.ข้อพิจารณาการจัดตั้งนิติบุคคลที่มีผู้ร่วมทุนเป็นต่างด้าว กับ  
ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281. รายงานการฝึกงานหลักสูตรประกาศนียบัตร  
บัณฑิต (กฎหมายธุรกิจ) พ.ศ. 2531

#### วารสาร

ข้อเสนอของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย เรื่องการปรับปรุงคณะปฏิวัติ ฉบับที่  
281 , รายงานการประชุม , เมษายน 2540

ธีระ สิงห์พันธุ์, คำอธิบายเรียงมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย  
หุ้นส่วน

บริษัท,มหาวิทยาลัยรามคำแหง

บุญเสริม บุญเจริญผลดี.คณบดีคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกริก. บทสัมภาษณ์. 15  
มกราคม 2544

ประดิษฐ์ มนุชธรรม,(ปริทัศน์ พนมยงค์), “คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า  
ด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม,” นิติสารณ์,แผนกสามัญ,2476.

พันธุ์ทิพย์ กาญจนะจิตรา สายสุนทร , “การกำหนดสัญชาติไทยของนิติบุคคลใน  
ปัจจุบัน”, ดุลพาห เล่ม 2 ปีที่ 42

สุนทร มณีสวัสดิ์, “นิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายอาชญากรรม”,

วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4

สุรศักดิ์ มณีศรี, “ปัญหาของคนต่างด้าวในการทำงานและประกอบธุรกิจ ”, วารสาร  
นิติศาสตร์ ปีที่ 23 ฉบับที่ 4

วิไล เลหาทะกุล , เศรษฐกิจเม็กซิโกได้อยู่บนหน้าผาหรือว่าพลัดตกเหว , การเงินการ  
ธนาคาร , ปี 14 ฉบับ 154 , 2538

อัมรินทร์ คอมนันท์, “มติชน” วันที่ 16 พฤษภาคม 2543 ,กรุงเทพมหานคร

#### วิทยานิพนธ์

สมชัย วิชญ์ไพศัญญ์สกุล. “หลักความซื่อสัตย์สุจริตของกรรมการบริษัทในกฎหมาย  
ไทย” วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,2530.

นิทัศน์ วัฒนกุล, "หุ่นบุริมสิทธิ", วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์

มหาวิทยาลัย, 2532

น้ำทิพย์ ปานะกุล, แนวทางแก้ไขข้อจำกัดทางกฎหมายในการลงทุนของชาวต่างชาติ

ในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีการจัดตั้งกองทุนรวม

เพื่อชาวต่างชาติ วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์ มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

พ.ศ. 2539

ณัฐกานต์ พิพิษฐกุล, "ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการประชุมผู้ถือหุ้น ศึกษาเฉพาะกรณีมติ

ที่ประชุมผู้ถือหุ้น", วิทยานิพนธ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534, หน้า 95

ศรัณญา ไชยประเสริฐ, "การบังคับใช้ร่วมกันของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ

ของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติ ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520",

วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2544

#### กฎหมาย

พระราชบัญญัติเรือไทย 2540

สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างสหรัฐอเมริกากับราช

อาณาจักรไทย 2511, กองสนธิสัญญา กระทรวงการต่างประเทศ.

พระราชบัญญัติการรถไฟฟ้ายานส่งมวลชนแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติการทำเรือแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494

พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535

ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481

พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

## ภาษาอังกฤษ

### Books

H.C. Bos, Martin Sanders and Carto Secchi. **Private Foreign Investment in Developing Country**. Boston : D.Reidel Publishing Company, 1974

L.Hal mason. **The Economics of International Business**. New York : John Wiley & Son,Inc.,1998

Price Waterhouse, **Doing Business in Mexico** , (1993)

M. Clive Schmitthoff, **Palmer's Company Law**, London.

Mingsarn Santikan, "**Technology Transfer : A case study**. Singapore: Singapore University Press,1981,

### Laws

Law to Promote Mexican Investment and to Regulate Foreign Investment ,Law of Foreign Investment (Mexico) , 1993.

ด

พ

ช

ภาคผนวก

## ภาคผนวก ก

ตัวอย่างลักษณะปัญหาของบริษัทจำกัดในการจดทะเบียนว่าบริษัท จำกัด โดยมีคนต่างด้าวถือหุ้น ร้อยละ 49 และคนไทยถือหุ้น ร้อยละ 51 ในส่วนที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมีการกำหนดการค้ำสิทธิในการออกเสียงไว้ด้วย

บริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท<sup>1</sup> ซึ่งตามข้อบังคับของบริษัทหุ้นของบริษัทถูกแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม (Class) ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ถือหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 49 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัท และผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ถือหุ้นบุริมสิทธิจำนวนร้อยละ 51 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดของบริษัท ตามบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยเป็นคนต่างด้าว ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. เป็นคนสัญชาติไทย สำหรับการให้บุริมสิทธินั้น บริษัทได้กำหนดให้บุริมสิทธิแก่ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. โดยได้กำหนดไว้ดังนี้

“ภายใต้บทบัญญัติแห่งข้อบังคับฉบับนี้ การแบ่งผลกำไรในรูปเงินปันผลนั้นเป็นดังต่อไปนี้

(ก) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งผลกำไรของบริษัทก่อนผู้ถือหุ้นสามัญในอัตราร้อยละ 6 บวกด้วยอัตราดอกเบี้ยเงินฝากประจำหนึ่งปี ซึ่งจะเป็นอัตราสูงสุดของธนาคารพาณิชย์ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะได้กำหนดในแต่ละปีที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผลและคำนวณจ่ายตามจำนวนเงินที่ได้ชำระแล้วจากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข.

(ข) หลังจากการแบ่งเงินปันผลตามที่ระบุไว้ใน (ข) ข้างต้น เงินปันผลที่เหลือจะแบ่งในจำนวนเท่าๆ กันในระหว่างผู้ถือหุ้นสามัญ

(ค) เงินปันผลที่จ่ายให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในแต่ละปีนั้นจะจ่ายในอัตราที่กำหนดไว้ใน (ก) เท่านั้น และจะไม่มี การจ่ายเงินปันผลเพิ่มเติมอีกสำหรับหุ้นบุริมสิทธิอื่นๆ

(ง) เงินปันผลจะถูกสะสมทั้งในส่วนของผู้ถือหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ สำหรับเรื่องสิทธิการลงคะแนนเสียง ข้อบังคับของบริษัทได้กำหนดไว้ดังนี้

“การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่นั้น สิทธิในการออกเสียงในส่วนที่เกี่ยวกับหุ้นแต่ละกลุ่มเป็นดังต่อไปนี้

(ก) หุ้นกลุ่ม ก: หุ้นสามัญ : 1 หุ้นต่อ 1 เสียง

(ข) หุ้นกลุ่ม ข: หุ้นบุริมสิทธิ : 20 หุ้นต่อ 1 เสียง

<sup>1</sup> บริษัทจดทะเบียนเลขที่ 6566-2531

การลงมติสามัญทุกครั้งต้องได้รับเสียงข้างมากของผู้ถือหุ้น”

การกำหนดข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงต่างไปจากหุ้นสามัญ คือ หุ้นบุริมสิทธิ 20 หุ้นมีสิทธิออกเสียง 1 เสียง ซึ่งก็เป็นไปตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยไว้สามารถกำหนดเป็นข้อบังคับได้ แต่หุ้นบุริมสิทธิทั้งหมดซึ่งเป็นของคนไทยและมีจำนวนหุ้นมากกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นหุ้นของคนต่างด้าว ทำให้เสียงของหุ้นบุริมสิทธิที่เป็นของฝ่ายไทย กลับมีเสียงน้อยกว่าเสียงของหุ้นสามัญซึ่งเป็นคนต่างด้าว การกำหนดข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิมีเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ ปรากฏว่ากรมทะเบียนการค้าไม่รับจดทะเบียน โดยถือว่าเป็นการแสดงออกโดยปริยายให้เห็นว่า คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้ว คนไทยจะไม่ยอมให้หุ้นบุริมสิทธิที่มีจำนวนมากกว่ากลับมีเสียงน้อยกว่า อันเป็นความผิดตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ต่อมาผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้ทำหนังสือชี้แจงต่อนายทะเบียน เพื่อขอรับการจดทะเบียน ดังนี้

เรื่อง ยื่นยื่นการเข้าเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท.....จำกัด ในฐานะเจ้าของหุ้นบุริมสิทธิ

ตามที่กรรมการของบริษัทได้ยื่นคำขอจดทะเบียนตั้งบริษัท เมื่อวันที่ 18 กรกฎาคม 2531 ในการจัดตั้งบริษัท.....จำกัด นั้น ข้าพเจ้าผู้มีรายนามข้างท้ายนี้ในฐานะผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ที่เป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบริษัท ขอเรียนว่า

1. การเข้าถือหุ้นบุริมสิทธินี้ บริษัทไม่ได้เข้าถือหุ้นแทนนิติบุคคลต่างด้าวใดๆ
2. การเข้าถือหุ้นในบริษัทเป็นเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ที่จะได้จากเงินปันผลอย่างแท้จริง โดยผู้ถือหุ้นไม่มีความประสงค์ที่จะเข้าร่วมบริหารงานของบริษัท
3. การเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิเนื่องจากบริษัทมีความประสงค์จะได้รับการแบ่งปันผลกำไรในรูปแบบเงินปันผล ซึ่งเป็นอัตราที่สูง กล่าวคือ บริษัทสามารถจะได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งของผลกำไรก่อนผู้ถือหุ้นสามัญในอัตราร้อยละ 6 บวกด้วยอัตราดอกเบี้ยเงินฝากประจำ 1 ปี ซึ่งเป็นอัตราสูงสุดของธนาคารพาณิชย์ตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยจะได้กำหนดในแต่ละปีที่มีการประกาศจ่ายเงินปันผล แต่จะจ่ายตามจำนวนเงินที่ได้ชำระแล้วจากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. ตามข้อบังคับ ข้อ 6. นอกจากนี้ เงินปันผลดังกล่าวก็สามารถสะสมไว้ได้

ปัญหานี้ในที่สุดนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทให้

## ภาคผนวก ข.

## บันทึก

เรื่อง ปัญหาข้อหารื้อเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ  
(ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4)

มาตรา 1183 และ มาตรา 1222)

กรมทะเบียนการค้าได้มีหนังสือที่ พญ 1504/2680 ลงวันที่ 18 กรกฎาคม 2528 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า กรมทะเบียนการค้ามีปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิของธนาคาร \_\_\_\_\_ จำกัด โดยมีข้อเท็จจริงว่าธนาคาร \_\_\_\_\_ จำกัด โดยกรรมการผู้จัดการใหญ่ได้มีหนังสือที่ สก. 52/2528 ลงวันที่ 23 มิถุนายน 2528 แจ้งให้ทราบว่า ธนาคารประสงค์จะเพิ่มทุนเรือนหุ้นโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ จำนวนห้าล้านหุ้น มูลค่าหุ้นละหนึ่งร้อยบาท หุ้นดังกล่าวเป็นหุ้นที่ต้องชำระเงินจนเต็มมูลค่า ในการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ครั้งนี้ ธนาคารจะได้กำหนดสภาพของหุ้นไว้ดังนี้

(1) หุ้นบุริมสิทธิมีอัตราเงินปันผลร้อยละ 12.5 ต่อปี ในกรณีที่ปีใดธนาคารมีกำไรไม่เพียงพอจัดสรรจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ก็ได้สะสมค้างเงินปันผลนั้นไว้จ่ายในปีที่ธนาคารมีกำไรเพียงพอเฉลี่ยจนครบอัตราตามที่กำหนดไว้ข้างต้น

(2) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับส่วนแบ่งทรัพย์สินคือทุนก่อนหุ้นสามัญ เมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท

(3) การออกเสียงลงคะแนนนั้น ให้นับห้าสิบบหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียง

(4) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารอาจจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นบุริมสิทธิ

เจ้าหน้าที่ของกรมทะเบียนการค้าได้พิจารณาแล้ว เห็นว่าการกำหนดหุ้นบุริมสิทธิตาม (1) และ (2) นั้น เป็นการกำหนดบุริมสิทธิแก่หุ้นโดยทั่วไป ซึ่งธนาคารย่อมกระทำได้แต่สำหรับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิตาม (3) และ (4) เจ้าหน้าที่มีความเห็นเป็นสองฝ่ายดังนี้

## ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน

### ฝ่ายแรก เห็นว่ากระทำได้เพราะ

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไว้เพียง 3 มาตราคือ มาตรา 1108 (4) บัญญัติให้ที่ประชุมตั้งบริษัทวางกำหนดสภาพและบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิ มาตรา 1111 (2) บัญญัติให้จดทะเบียนจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ และมาตรา 1142 บัญญัติมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ซึ่งบัญญัติดังกล่าวทั้งสามมาตรา และบทบัญญัติในมาตราอื่นมิได้บัญญัติบังคับไว้เด็ดขาดว่า สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นอย่างไรไว้ ดังนั้น หุ้นบุริมสิทธิจะมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างไรมัน ย่อมสุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ของบริษัทจะได้กำหนดและ หรือจัดแจ้งไว้ในข้อบังคับตามมาตรา 1108 (4)

2. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1183 ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับรองให้บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้สามารถวางข้อบังคับเพื่อกำหนดว่า ผู้ถือหุ้นจะต้องถือหุ้นจำนวนเท่าใดจึงจะมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ จากบทบัญญัติดังกล่าวนั่นเองมิได้บังคับบริษัทจะต้องกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ หรือมีบทบัญญัติบังคับว่าข้อบังคับบริษัทจะกำหนดนั้นจะต้องใช้บังคับแก่หุ้นทุกหุ้นและทุกประเภทหรือผู้ถือหุ้นทุกคน โดยเสมอภาคแต่อย่างใด สำหรับบัญญัติตามมาตรา 1182 ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงในการลงมติโดยวิธีเปิดเผยและลับ ก็เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1177 บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงให้แตกต่างกันไปจากบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวนี้ได้เช่นเดียวกัน

### ฝ่ายที่สอง เห็นว่ากระทำไม่ได้เพราะ

1. มาตรา 1183 ได้บัญญัติกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงว่าผู้ถือหุ้นต้องมีหุ้นจำนวนเท่าใดจึงจะออกเสียงลงคะแนนได้นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดไว้ หุ้นตามบทบัญญัตินี้จึงต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทที่มีอยู่ในบริษัท ดังนั้น ข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนหุ้นในการออกเสียงลงคะแนนจึงต้องบังคับแก่หุ้นทุกประเภทเสมอกัน บริษัทจะกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้

2. เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทก็เพื่อจะคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ หากกรณีให้บริษัทสามารถที่จะกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นให้แตกต่างกันได้แล้ว ย่อมไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้

**ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติ มาตรา 1222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์**

**ฝ่ายแรก** เห็นว่ากระทำได้ เพราะบัญญัติมาตรา 1222 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2521 มีเจตนารมณ์ที่จะมิให้บริษัทกระทำการซื้อหุ้นเพื่อขายหุ้นให้แก่ประชาชนโดยทั่วไปเพื่อให้สอดคล้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 เท่านั้นมิได้มีเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติบังคับให้บริษัทต้องเสนอขายหุ้นให้แก่ผู้ถือหุ้นตามส่วนที่บุคคลเหล่านั้นถืออยู่เพียงอย่างเดียว บริษัทจะวางกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่เป็นอัตราอย่างไรก็ได้

**ฝ่ายที่สอง** เห็นว่ากระทำไม่ได้ เพราะบทบัญญัติตามมาตรา 1222 นี้ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นทุกคนที่จะซื้อหุ้นใหม่ของบริษัทตามส่วนของผู้ถือหุ้นอยู่เดิม การกำหนดข้อบังคับใด ๆ อันเป็นการหักถอนสิทธิดังกล่าว จึงไม่อาจกระทำได้ เพราะหากยินยอมให้บริษัทวางข้อบังคับอัตราในการซื้อหุ้นใหม่แก่หุ้นบางประเภทได้เป็นการเฉพาะได้แล้ว อาจให้มีการกำหนดข้อบังคับเพื่อเอาเปรียบแก่ผู้ถือหุ้นบางส่วนได้ จึงเห็นว่ามาตรานี้เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บริษัทจึงไม่อาจกำหนดข้อบังคับให้แตกต่างไปจากบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ได้

กรมทะเบียนการค้าจึงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า

1. ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงแตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงหรือไม่

2. ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้บุริมสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นแตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา 1222 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้บรรดาหุ้นที่ออกใหม่ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นที่เราถืออยู่ได้หรือไม่ ทั้งนี้เพื่อจะได้ยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) ได้พิจารณาข้อหาหรือดังกล่าว ประกอบ

ได้ฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) แล้วเห็นว่า การที่ธนาคาร \_\_\_\_\_ จำกัด จะเพิ่มทุนของธนาคารโดยออกหุ้นบุริมสิทธิในครั้งนี้ปัญหาที่ว่า ธนาคาร จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นตามที่หาหรือมา 2 ข้อนี้ได้ สถานใดเพียงใดนั้น เมื่อพิจารณาจาก ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ส่วนที่ 6 เรื่องการเพิ่มทุนและลดทุนแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 1220 ถึงมาตรา 1223 อันเป็นมาตราเกี่ยวกับการเพิ่มทุนนั้น มิได้มีมาตราใดบัญญัติไว้ว่าบริษัทจะพึงกำหนดสิทธิและสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่จะออกใหม่ เพื่อเป็นการเพิ่มทุนของบริษัทได้เพียงใด ปัญหาดังกล่าวนี้จึงต้องพิจารณามาตรา 1108 (4) อันเป็นบทบัญญัติที่พอจะนำมา ประกอบการพิจารณาปัญหานี้ได้

มาตรา 1108 (4) \* แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า "กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ ฯลฯ (4) วางกำหนดหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นของบริษัท" จะเห็นได้ว่าถ้อยคำในคอนต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า "จะพึงทำ" ก็คือหรือถ้อยคำในอนุมาตรา (4) ทั้งอนุมาตราที่ดี

\* มาตรา 1108 กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

- (1) ทำความตกลงตั้งข้อบังคับต่าง ๆ ของบริษัท
- (2) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้ และคำใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเขา ต้องออกไปในการเริ่มก่อบริษัท
- (3) วางกำหนดจำนวนเงินซึ่งจะให้แก่ผู้เริ่มก่อการ ถ้าหากมีเจตนาว่าจะให้
- (4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นของบริษัท
- (5) วางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญ หรือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้ว หรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว เพราะใช้ได้ด้วยอย่างอื่น นอกจากตัวเงินและกำหนดว่าเพียงใด จะถือว่าได้ใช้เงินแล้ว ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นของบริษัท

ให้แถลงในที่ประชุม โดยเฉพาะว่า ซึ่งจะออกหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิให้เหมือนหนึ่งว่า ได้ใช้เงินแล้วเช่นนั้น เพื่อแทนคุณแรงงานหรือตอบแทนทรัพย์สินอย่างไรให้บรรดาจางัดเงินทุกประการ

(6) เลือกตั้งกรรมการและพนักงานสอบบัญชีอันเป็นชุดแรกของบริษัท และวางกำหนดของคนเหล่านี้ด้วย

กฎหมายนี้มาตรา 1183 มิได้บัญญัติในแนวทางที่จะให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจแก่ที่ประชุมบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้ว จะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพอย่างไรและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น จะเป็นสถานใดเพียงใดก็ได้ ในกรณีปกตินั้นที่ประชุมบริษัทก็มักจะมีการตกลงกันเกี่ยวกับสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน แต่เมื่อมาตรา 1108 (4) ใช้ถ้อยคำว่า "ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด" เช่นนั้นแล้ว ที่ประชุมบริษัทจึงอาจตกลงกันในเรื่องอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งหุ้นนั้นได้ด้วย การตกลงกันเกี่ยวกับการออกคะแนนเสียงและการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่ออกใหม่นั้น เห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้น ที่ประชุมบริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในสองประการดังกล่าวนี้ได้

ฉะนั้น ข้อหาหรือประการแรกของกรมทะเบียนการค้าที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ 10 หุ้น มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ 1 เสียงนั้น เห็นว่าธนาคารจะกำหนดมีสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ได้

สำหรับความเห็นของฝ่ายที่ว่าธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงให้แตกต่างจากหุ้นสามัญไม่ได้ เพราะมาตรา 1183 มิได้บัญญัติเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดเอาไว้ ดังนั้น หุ้นตามมาตรา 1183 นี้จึงต้องหมายถึงหุ้นประเภทที่มีอยู่ในบริษัท บริษัทจึงกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ นั่นคือ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 3) เห็นด้วยว่า "หุ้น" ตามมาตรา 1183 นี้ต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทในบริษัท แต่ความในมาตรา 1183 นี้เอง ก็มีได้มีความตอนหนึ่งตอนใดจำกัดไว้ว่า ถ้าบริษัทมีหุ้นหลายประเภทแล้วบริษัทจะกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแตกต่างกันมิได้ มาตรา 1183 นี้เป็นแต่เพียงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นไม่ถึงจำนวนที่จะใช้สิทธิออกเสียงตามข้อบังคับให้มีการรวมกัน เพื่อให้หุ้นถึงจำนวนที่จะออกเสียงได้เท่านั้น การกำหนดให้หุ้นต่างประเภทกันมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงได้แตกต่างกันดังกล่าวนี้นี้ ก็มีได้เป็นกรณีที่จะให้มีการเอารัดเอาเปรียบกันแต่

มาตรา 1183 ถ้ามีข้อบังคับของบริษัทวางเป็นกำหนดไว้ว่าต่อเมื่อผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีหุ้นแต่ละจำนวนเท่าใดนั้นไปจึงจะให้ ออกเสียงเป็นคะแนนได้ไซ้ ท่านผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งไม่มีหุ้นถึงจำนวนเท่านั้น ย่อมมีสิทธิที่จะเข้าร่วมกันให้ได้จำนวนหุ้นดังกล่าว แล้วตั้งคนหนึ่งในพวกของตนให้เป็นผู้รับมอบฉันทะออกเสียงแทนในการประชุมใหญ่ ๆ ใด ๆ ได้

อย่างไร เพราะกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทเป็นกฎหมาย ในจำนวนกฎหมายเอกชนทางพาณิชย์ ซึ่งได้คำนึงถึงเจตนาของเอกชนเป็นสำคัญ หากมิใช่ข้อที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว ผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ย่อมทำความตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัทในเรื่องเช่นนั้นได้ มาตรา 1183 นี้ มิใช่เป็นบทสำคัญ เพราะมาตรา 1183 เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 1777<sup>1</sup> ซึ่งให้อำนาจบริษัทซึ่งจะตกลงกันให้เป็นข้อความขัดกันได้ (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 3) ก็เคยให้ความเห็นเป็นแนวทางไว้แล้วในเรื่องการออกเสียงคะแนนมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่<sup>2</sup> และการตกลงกันในหุ้นบุริมสิทธิ การออกคะแนนเสียงแตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ก็มีได้เป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด แต่อย่างไรด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด แต่อย่างไรนอกจากนี้การที่บริษัท (ธนาคาร \_\_\_\_\_ จำกัด) จะกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแตกต่างจากหุ้นสามัญนี้ ก็มีใ้ว่าจะทำได้ตามใจชอบ การตกลงกันดังกล่าวจะต้องมีขึ้นโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต่อจากนั้นยังต้องนำไปจดทะเบียนตามมาตรา 1146<sup>3</sup> อีกด้วย และในที่สุดเมื่อเสนอขายหุ้นบุริมสิทธิต่อผู้ถือหุ้นหากผู้ซื้อเห็นว่าจะได้สิทธิหรือประโยชน์จากสภาพของบุริมสิทธิที่มีอยู่ ไม่สมควรแก่ประโยชน์ของเขาอย่างไร ผู้ซื้อก็มีสิทธิที่จะตัดสินใจไม่ซื้อหุ้นดังกล่าวได้อยู่แล้ว ถ้าผู้ซื้อตกลงซื้อหุ้นบุริมสิทธินั้น ก็ย่อมต้องผูกพันตามเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ ดังนั้น จึงมิใช่เป็นการเอาเปรียบกัน แต่เป็นผูกพันตามคำเสนอและคำสนองเจตนาเพื่อร่วมกันเพิ่มทุนบริษัทจำกัดเท่านั้น

สำหรับปัญหาประการที่สองที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจำหน่ายเพิ่มเติมนอกร้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำมาออกจำหน่ายเพิ่มเติม ในอตราหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นที่แตกต่างไปจากมาตรา 1222<sup>4</sup> แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ นั้น เห็นว่าเมื่อได้

<sup>1</sup> มาตรา 1777 วิธีตั้งบัญญัติไว้ในมาตราต่อ ๆ ไปนี้ ท่านให้ใช้บังคับแก่การประชุมใหญ่ เว้นแต่จะมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นข้อความขัดกัน

<sup>2</sup> บันทึก เรื่อง การจดทะเบียนบริษัทจำกัด (บริษัทจำกัดจะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับมติพิเศษให้มติของที่ประชุมทั้งสองคราวมีคะแนนเสียงสูงกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194 กำหนดได้หรือไม่) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ นร 0501/533 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2527

<sup>3</sup> มาตรา 146 บรรดาข้อบังคับอันได้ตั้งขึ้นใหม่ หรือ ได้เพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงนั้น เป็นหน้าที่ของบริษัทที่จะจัดให้ไปจดทะเบียนภายในกำหนดสิบสี่วัน นับแต่ปีที่ได้มีการลงมติพิเศษ

<sup>4</sup> มาตรา 1222 บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้น ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นซึ่งเขาถืออยู่

คำเสนอเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน ระบุจำนวนหุ้นให้ทราบว่ามีคนชอบที่จะซื้อได้กี่หุ้น และให้กำหนดวันว่าถ้าวันนั้นไป ได้มีคำเสนอมาแล้วจะถือว่าเป็นอันไม่รับซื้อ

กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าในการกำหนดสภาพและบริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น นอกจากจะกำหนดในเรื่องเงินปันผล และการคืนทุน ยังอาจกำหนดสภาพและบริมสิทธิแห่งหุ้นเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง และสิทธิในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ให้แตกต่างจากสิทธิในหุ้นสามัญได้กรณีตามปัญหาประการที่สองจึงเห็นว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบริมสิทธิ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นบริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นสามัญได้ ส่วนข้อที่เกรงว่าจะขัดต่อมาตรา 1222 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2521 นั้น เห็นว่าทางที่มีการแก้ไขมาตรา 1222 กฎหมายเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฯลฯ พ.ศ. 2521 นั้นความมุ่งหมายในการแก้ไขก็เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งต้องการแก้ไขว่าเมื่อมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 แล้วก็ให้ยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเสียด้วย ดังนั้น จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 1102 โดยห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้น ทั้งนี้เพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างบริษัทธรรมดา และบริษัทมหาชนเท่านั้น นอกจากนั้นยังได้ยกเลิกมาตรา 1103 และแก้ไขมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 1222 และมาตรา 1223 เพื่อให้สอดคล้องกัน ฉะนั้นการเสนอขายหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันที่มีใจเสนอขายต่อประชาชนยังกระทำได้อยู่ ดังนั้น ตามความมุ่งหมายที่แก้ไขมาตรา 1222 นี้ จึงมิได้มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้บริษัทวางข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ได้เป็นอัตราแตกต่างกัน บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพหุ้นบริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นบริมสิทธิที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นได้

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ตุลาคม 2528

เมื่อวันที่กำหนดล่วงไปแล้วก็ดี หรือผู้ถือหุ้นได้บอกมาว่าไม่รับซื้อหุ้นก็ดี กรรมการจะเอาหุ้นเช่นนั้นขายให้แก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นหรือจะรับซื้อไว้เองก็ได้

มาตรา 1222 กฎหมายเดิมมีข้อความดังนี้

"มาตรา 1222 ถ้าหากว่าที่ประชุมใหญ่ได้วินิจฉัยไว้เป็นสถานอื่นไว้ บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้นต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นที่เขาถืออยู่

คำเสนอเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน ระบุจำนวนหุ้นให้ทราบว่าผู้นั้นชอบที่จะซื้อหุ้นได้กี่หุ้น และให้กำหนดวันว่าถ้าพ้นวันถัดไป มิได้มีคำสนองแล้วจะถือว่าเป็นอันไม่รับซื้อ

เมื่อวันที่กำหนดล่วงพ้นไปแล้วก็ดี หรือผู้ถือหุ้นได้บอกมาว่าไม่รับซื้อหุ้นนั้นก็ดี กรรมการจะเอาหุ้นเช่นนั้นออกเสนอให้บุคคลภายนอกเข้าซื้อซื้อก็ได้"

## ภาคผนวก ก

## ข้อหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา

เนื่องจากการศึกษานี้มุ่งศึกษาถึง ปัญหาของขอบเขตและความหมายคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งก็เทียบเคียงได้กับปัญหาของคำสั่งคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เคยพิจารณาข้อหารือไว้แล้ว ตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร. 0601/866 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534 ในกรณีที่กรมทะเบียนการค้าได้ขอคำแนะนำในเรื่องที่พบว่าปัจจุบันได้มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนสัญชาติไทยร้อยละ 51 และคนต่างด้าวยุโรปละ 49 ในลักษณะที่เป็นการอำพรางฐานะของคนต่างด้าวเพื่อให้หลุดพ้นจากการถูกควบคุมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นจำนวนมาก โดยในการจัดตั้งบริษัทดังกล่าว บางกรณีจะมีการกำหนดไว้ในข้อกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวมีสถิตบางประการที่เป็นพิเศษหรือคิดว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนสัญชาติไทย เช่น สถิตในการออกเสียงเลือกตั้งกรรมการบริษัทหรือ สถิตในการได้รับเงินปันผล ทั้งนี้ เพื่อให้อำนาจในการบริหารที่แท้จริงและผลประโยชน์ของบริษัทตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว ดังเช่นในกรณีที่หารือมาในเรื่องปัญหาข้อหารือกรณีสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิ และ สัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท เอบีบี คิสทรีบิวชั่น จำกัด โดยมีข้อเท็จจริงดังนี้

1.1 บริษัท เอบีบี คิสทรีบิวชั่น จำกัด ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ด้วยทุนจดทะเบียน 60,000,000 บาท แบ่งออกเป็น 600,000 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท หุ้นของบริษัท แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ

(1)	หุ้นสามัญ	จำนวน	294,000 หุ้น	(ร้อยละ 49)
(2)	หุ้นบุริมสิทธิ	จำนวน	306,000 หุ้น	(ร้อยละ 51)
	รวมทั้งสิ้น	จำนวน	600,000 หุ้น	

## 1.2 ผู้ถือหุ้นของบริษัท มีดังนี้

(1) หุ้นสามัญ ถือโดย บริษัท เอบีบี อาเซียอาบราวน โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด (ABB Area Brown Boven Limited) จดทะเบียนจัดตั้ง ณ ประเทศสวิตเซอร์แลนด์ จำนวน 294,000 หุ้น (49 %)

(2) หุ้นบุริมสิทธิ ถือโดย บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย รวม 7 คน ถือคนละ 1 หุ้น และบริษัท เอเชีย อาบราวน โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด (จดทะเบียนจัดตั้ง ณ ประเทศไทย โดยมีสัดส่วนการถือหุ้น คือ คนสัญชาติไทยถือหุ้นรวม 51 % และคนต่างด้าวถือหุ้นรวม 49 %) ถือหุ้นบุริมสิทธิส่วนที่เหลืออีกจำนวน ร้อยละ 51 จำนวน 305,993 หุ้น

(3) สภาพของหุ้นบุริมสิทธิ กำหนดไว้ ดังนี้

1. ในแต่ละปีปฏิทินซึ่งมีบริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์ (ห้าสิบสตางค์) ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ เงินกำไรส่วนที่เหลือ (หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กัน ระหว่างหุ้นสามัญ

(3) การออกเสียงลงคะแนน (ข้อบังคับข้อ 4)

"ในการประชุมใหญ่ใด ๆ ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนหนึ่ง (1) เสียงต่อหุ้นหนึ่งหุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการลงคะแนนเสียงโดยวิธีชูมือหรือโดยลงคะแนนลับก็ตาม การออกเสียงลงมติใด ๆ นอกจากมติพิเศษใด ๆ นอกจากมติพิเศษ หรือการอนุมัติ หรือการอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่ (รวมทั้งการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการ) จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละห้าสิบห้า (55 %) ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท....."

(4) คณะกรรมการ (ข้อบังคับข้อ 12)

"คณะกรรมการได้ประกอบด้วยกรรมการจำนวนไม่เกินเจ็ด (7) คนให้เลือกตั้งคณะกรรมการตามจำนวนวิธีการดังต่อไปนี้ ให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสาม (3) คน จากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (51%) ของจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ก.) และให้เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสี่ (4) คน จากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อ โดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคน ซึ่งในขณะนั้นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละห้าสิบเอ็ด (51 %) ของจำนวนหุ้นสามัญ (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ข.) โดยตลอดเวลาบริษัทจะต้องมีกรรมการกลุ่มข. จำนวนมากกว่าจำนวนทั้งหมดของกรรมการกลุ่ม ก. อย่างน้อยหนึ่ง (1) คน กรรมการไม่จำเป็นต้องถือหุ้นเพื่อมีคุณสมบัติเป็นกรรมการ"

### จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเห็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 1 และคณะที่ 2) เห็นว่า มาตรา 1108 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใด เพียงใด หากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท เป็นกิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตอนต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า "จะพึงทำ" กิติ หรือถ้อยคำในมาตรา 1108) ที่ใช้คำว่า "ถ้าหากจะมี" กิติจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้ต้องกระทำ หรือได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอันใด นอกจากนั้น หากนำบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตราอื่นที่เกี่ยวกับเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ หรือมาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้น "สภาพใด" หรือ "เพียงใด" ก็ได้ ส่วนในเรื่องการแจกเงินปันผลนั้น มาตรา 1200 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้เปิดช่องให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ การที่บริษัทจะตกลงกันไว้ในข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้การแจกเงินปันผลในส่วน of หุ้นบุริมสิทธิเป็นอย่างไร จึงเป็นเรื่องที่

ประชุมจัดตั้งบริษัท เอบีบี คิสทริบิวชั่น จำกัด สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่กระทรวงพาณิชย์การค้าไม่อาจยกเอาข้อบังคับของบริษัทฯ ข้อ 19 มาเป็นเหตุในการไม่ยอมรับจดทะเบียนได้ เพราะการจดทะเบียนในครั้งนี้มิได้เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 1019 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนได้

ประเด็นที่สอง ที่ว่า บริษัท เอบีบี คิสทริบิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามนัยข้อที่ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ หรือไม่นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา(ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) เห็นว่า การพิจารณาข้อหาหรือในประเด็นที่ จำต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ ว่ามีความหมายเพียงใด มิใช่พิจารณาแต่เพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือไม่เท่านั้น เพราะการที่นิติบุคคลได้จดทะเบียนในประเทศไทย มีความหมายเพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น มิได้มีความหมายไปถึงว่านิติบุคคลนั้นมีใช่ “คนต่างด้าว” ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ แต่อย่างใด เพราะการที่นิติบุคคลใดจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ย่อมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า นิติบุคคลนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ หรือไม่ว่า ซึ่งในประเด็นนี้ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ ได้ให้ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” (พิจารณาเฉพาะกรณีของบริษัทจำกัด) แยกออกได้เป็น 3 กรณี คือ

- (1) บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าว หรือ
- (3) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

สำหรับกรณีตาม (1) เรื่องของสัญชาตินั้น เนื่องจากขณะนี้ยังไม่มีความหมายโดยบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลไทยไว้อย่างชัดเจน การจะพิจารณาว่านิติบุคคลเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ จึงจำต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตาม (2) หรือ (3) อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคล (ที่เป็นบริษัท) ที่กำหนดว่ามีอยู่ “ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” นั้น มีความหมายเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) เห็นว่าการที่ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการกฤษฎีกา ฉบับที่ 281ฯ ได้กำหนดความหมายของ “คนต่างด้าว” โดยนำเอาเรื่อง “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาพิจารณาดังนั้นก็เนื่องจากการบริหารกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาก “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำนิติบุคคลนั้นย่อมอาจตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้

สำหรับการที่จะพิจารณาว่านิติบุคคลใดที่มี “ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว” หรือนิติบุคคลใดมี “จำนวนผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” นั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ ในแง่

ของผู้ถือหุ้นและในแง่ของทุน สำหรับการพิจารณา ในแง่ของผู้ถือหุ้น การเข้าถือหุ้นอาจมิได้ทั้งการถือหุ้น โดยบุคคลธรรมดากับการถือหุ้นโดยนิติบุคคลอื่น ซึ่งการที่นิติบุคคลอื่น (บริษัทอื่น) เข้ามาถือหุ้นในบริษัท ใดนั้น ย่อมเป็นการถือหุ้นของนิติบุคคลซึ่งมีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การนับ จำนวนผู้ถือหุ้นจึงต้องนับบริษัทอื่นที่เข้ามาถือหุ้นนั้นเป็น 1 หน่วยด้วย โดยไม่นำเอาจำนวนผู้ถือหุ้นใน บริษัทอื่นมานับรวมเป็นจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่นั้น ดังนั้น ในแง่นี้จึงเป็นการพิจารณา เฉพาะตัว บริษัทผู้ถือหุ้นโดยตรง ส่วนการพิจารณาอีกกรณีหนึ่งคือ พิจารณาในแง่ของทุนของคนต่างด้าว นั้น เนื่องจาก ความในข้อ 3(1) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ได้ใช้คำว่า "ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่ง.....เป็นของ คนต่างด้าว" การพิจารณาทุนของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดจึงอาจมีความหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมา ลงในบริษัทนั้นโดยตรง หรืออาจจะหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นตามความเป็นจริงก็ ได้ การที่จะเลือกพิจารณาว่า ความหมายตามนัยใดจะเป็นความหมายที่ถูกต้องจึงจำเป็นต้องพิจารณาจาก เจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นเองว่าต้องการให้มีความหมายไปทางใด ซึ่งในเรื่องนี้ควรพิจารณาว่า การที่ได้ มีการตราประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ฯ ขึ้น ก็โดยมีเจตนารมณ์ที่ไม่ต้องการให้นิติบุคคลที่เป็น "คน ต่างด้าว" มาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนด แข่งขันกับคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการ บริหารและการครอบงำอยู่ในมือของคนไทย ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งในคำปรารภของประกาศของ คณะปฏิวัติ ดังที่กล่าวว่า "สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรักษาคุณอำนาจ ทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ เมื่อเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ เป็นดังที่ได้ กล่าวมาข้างต้นนี้ การพิจารณาเรื่อง "ทุน" หรือ "จำนวนผู้ถือหุ้น" ของต่างด้าวตามความจริง โดยเฉพาะ อย่างยิ่งในเรื่องของทุนนั้นจำเป็นต้องพิจารณาลงไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้าร่วมลงทุนใน บริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนคนต่างด้าวในแต่ละบุคคล แล้วนำมาคิดรวมใน อัตราที่เป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวย่อมถือว่ามีส่วนร่วมลงทุนในบริษัทแม่ และเป็น ส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่นั้นเอง การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยพิจารณาทุนของ คนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีการอำพราง สถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือมีการแอบแฝง เพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่ กำหนดอันจะมีผลทำให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่ง สามารถเข้ามาประกอบ กิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ในประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติ บุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษ แยกต่างไปจากกฎหมายอื่น

สำหรับปัญหาที่หารือมานี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ซึ่งเป็น บริษัทที่จะจดทะเบียนใหม่ มีบริษัท เอบีบี เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด ซึ่งเป็นคนต่างด้าว ถือหุ้นอยู่ 49 % ในอีก 51 % เป็นนิติบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย 7 คน ถือหุ้นคนละ 1 หุ้น และบริษัท เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ด้วย ซึ่งปรากฏว่า ในบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด นี้มีคนต่าง ด้าวถือหุ้นอยู่ 49 % ซึ่งได้แก่คนต่างด้าว 1 คน และบริษัท เอเชียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจด

ทะเบียนในประเทศสิงคโปร์ ส่วนอีก 51 % เป็นนิติบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย 4 คน ถือหุ้นอยู่คนละ 1 หุ้น และบริษัท เด็นท์มอเตอร์ส (ประเทศไทย) จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นในส่วนที่เหลือ ในช่วงนี้หากพิจารณาถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าว โดยการนำทุนของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว ซึ่งได้แก่ บริษัท เอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลคิง จำกัด ซึ่งได้แก่ บริษัท เอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มารวมกับทุนของคนต่างด้าว 1 คน และ บริษัท เอเชียแพซิฟิก โฮลคิง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์มาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกันแล้ว ก็จะเป็นได้ว่า ทุนของคนต่างด้าวที่จะมีอยู่ในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด มีอยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งแล้ว บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด จึงเป็น "คนต่างด้าว" ตามนัยข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

รองเลขาธิการฯ

ปฏิบัติราชการแทน

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สิงหาคม 2534

ปัญหาข้อหารือ แบนท้ายหนังสือที่ พณ 0606 / 1359

วันที่ 11 เมษายน 2534

## 2. ปัญหา

2.1 การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบริษัทรักษาของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

1.2 บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชัน จำกัด มีฐานะเป็นคนต่างด้าว ตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 หรือไม่

## 3. ข้อกฎหมาย

3.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1108 กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้นคือ

(1) .....

(2) .....

(3) .....

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่ง  
หุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้น ในบริษัท

(5) .....

(6) .....

มาตรา 1142 ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้น  
นั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

มาตรา 1200 การแจกเงินปันผลนั้น ต้องติดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินแล้วใน  
หุ้นหนึ่ง ๆ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

### 3.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ข้อ 3 ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

"คนต่างด้าว" หมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวม  
ตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่ง  
ของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นสัดส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าจะคนต่างด้าวนั้นจะ  
ลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) .....

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ... ..

3.3 คำวินิจฉัยคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อหารื้อเกี่ยวกับสภาพของหุ้น  
บุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222 เมื่อเดือน  
ตุลาคม พ.ศ. 2528 ตามหนังสือของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0501/1804 ลงวันที่ 21  
ตุลาคม พ.ศ. 2528

## 4. ความเห็น

4.1 ในปัญหาการกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิ

เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าได้พิจารณาแล้ว มีความเห็นเป็นสองฝ่าย ดังนี้

4.1.1 ฝ่ายแรก เห็นว่า กระทำไม่ได้ เพราะ

(1) การกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้ได้รับเงินปันผล 50 สตางค์ ต่อหุ้น (ร้อยละ 0.5) จะเห็นได้ว่าสภาพของข้อกำหนดหรือกิจกรรมไม่คุ้มกับการลงทุน เมื่อพิจารณาเทียบกับการนำทุนจำนวนดังกล่าวไปฝากธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่น ๆ โดยได้รับดอกเบี้ยจากการฝากเงินนั้น ซึ่งน่าจะเป็นการขัดกับหลักการพื้นฐานของสัญญาหุ้นส่วนบริษัท (และผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวน่าจะมีเจตนาอื่นใดแฝงอยู่กับการเข้าร่วมทุนประกอบกิจการร่วมกันในลักษณะนี้)

(2) แม้หุ้นบุริมสิทธิจะได้รับสิทธิ ในการรับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญก็ตาม แต่การที่บริษัทจะจ่ายเงินปันผลหรือไม่นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นโดยจำต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละห้าสิบห้า (55 %) ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท (ข้อบังคับข้อ 4) ตาม 1,4(3) เมื่อเทียบสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท(หุ้นสามัญ 51% หุ้นบุริมสิทธิ 49%) การจ่ายเงินปันผลของบริษัทจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นสามัญต้องลงมติเห็นชอบร่วมด้วยเสมอไป กรณีเช่นนี้เมื่อบริษัทจะจ่ายเงินปันผล และฝ่ายหุ้นสามัญเห็นว่าคนจะได้รับเงินปันผลไม่คุ้มประโยชน์หรือน้อยกว่าหุ้นบุริมสิทธิแล้ว ก็จะไม่ร่วมลงมติหรือลงคะแนนเสียงเห็นชอบด้วย ในทางตรงข้ามหากฝ่ายหุ้นบุริมสิทธิประสงค์จะทำการเช่นเดียวกับฝ่ายหุ้นสามัญบ้างก็ไม่อาจได้รับผลหรือประโยชน์มากไปกว่าร้อยละ 0.5 หรือรับเงินปันผลมากกว่า 50 สตางค์ต่อหุ้นไปได้ จึงเห็นได้ว่าการครอบงำกิจการและประโยชน์จากเงินปันผลของบริษัทจึงตกอยู่กับฝ่ายหุ้นสามัญโดยตลอด สภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในกรณีนี้จึงขัดกับสภาพแห่งความเป็นจริง

#### 4.1.2 ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำได้ เพราะ

(1) การกำหนดสภาพบุริมสิทธิในการจ่ายเงินในอัตรา 50 สตางค์ ต่อ 1 หุ้นบุริมสิทธิ ในปีที่บริษัทจะจ่ายเงินปันผล เป็นเรื่องของการกำหนดสิทธิให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นไปตามหลักการกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิทั่วไป ขณะเดียวกันยังสอดคล้องกับบทบัญญัติของกฎหมาย (ป.พ.พ. มาตรา 1200) ที่อาจตกลงกันได้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ สำหรับในข้อที่ว่าเงินกำไรส่วนที่เหลือ (หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กันระหว่างหุ้นสามัญนั้น ก็ไม่แน่ว่าผู้ถือหุ้นสามัญผู้นั้นจะได้รับปันผลมากหรือน้อยกว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ จึงเท่ากับว่าหากมีการจ่ายปันผลแล้วผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิย่อมได้รับสิทธิที่ดีกว่าหรือ ได้ก่อนหุ้นสามัญ

(2) คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัย กรณีการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด ตาม 3.3 โดยคำวินิจฉัยดังกล่าวแสดงสรุปให้เห็นว่า สภาพของหุ้นบุริมสิทธิย่อมมีสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีเช่นนี้ได้ เนื่องจากการกำหนดบุริมสิทธิในการจ่ายเงินปันผลมีผลให้สิทธิในหุ้นบุริมสิทธิแตกต่างไปจากหุ้นสามัญเช่นกัน

4.2 ในปัญหาการเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 หรือไม่

4.2.1 ฝ่ายแรก เห็นว่า บริษัทนี้ไม่เป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ

ฉบับที่ 281 เพราะ

บริษัท เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ที่เข้าถือหุ้นในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีสัดส่วนการถือหุ้นโดยทุนเป็นของคนไทย 51 % และคนต่างด้าว 49 % และจำนวนผู้ถือหุ้นก็มีคนไทยถือหุ้นมากกว่า จึงอยู่นอกหลักเกณฑ์และความหมายของ “คนต่างด้าว” ตามบัญชี 3 แห่งประกาศของคณะกรรมการจัดตั้งถาวร และยอมถือว่าเป็นนิติบุคคลไทย ดังนั้น การเข้าถือหุ้นในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงมีฐานะหรือสภาพเสมือนคนไทยเข้าถือหุ้นและมีผลให้สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีอัตราส่วนคนไทย 51 % และคนต่างด้าว 49 % บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงไม่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามประกาศของคณะกรรมการจัดตั้งถาวร ฉบับที่ 281

4.2.1 ฝ่ายที่สอง เห็นว่า บริษัทนี้มีฐานะเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะกรรมการจัดตั้งถาวร ฉบับที่ 281 เพราะ

สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด (และบริษัท เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด) สามารถจำแนกออกเป็นลำดับ กล่าวคือ บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีคนไทยถือหุ้นจำนวน 306,000 หุ้น (51 %) และคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวน 294,000 หุ้น (49 %) แต่จำนวนหุ้น 51 % ที่ถือโดยคนไทยนั้น มีบริษัท เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด มีสัดส่วนการถือโดยคนไทย 51 % ในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงมีคนต่างด้าวแฝงถือหุ้นรวมอยู่ด้วย (แผนภูมิที่แนบ) ดังนั้น จำนวนหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงมีมากกว่า 50 % กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีทุนเป็นของคนต่างด้าวมากกว่าส่วนทุนที่เป็นของคนไทย จึงควรถือได้ว่าเป็นคนต่างด้าวตามความบัญชี 3(1) แห่งประกาศของคณะกรรมการจัดตั้งถาวร ฉบับที่ 281 และเมื่อประกอบกับลักษณะการกำหนดข้อบังคับต่าง ๆ โดยเฉพาะอำนาจการจัดการ (ข้อบังคับข้อ 12) ที่คนต่างด้าวอยู่ในฐานะได้เปรียบ ก็จะเห็นได้ว่าการถือหุ้นในบริษัทลักษณะนี้น่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่ออำพรางฐานะคนต่างด้าว เพื่อให้บริษัทหลุดจากการควบคุมของกฎหมาย

ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด

ข้อ 19 หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ

หุ้นของบริษัทได้มีทั้งหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นหุ้นชนิดที่ระบุผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น หุ้นประมาณ 306,000 หุ้น ได้แก่ หุ้นหมายเลข 1 ถึงหมายเลข 306,000 เป็นหุ้นบุริมสิทธิ สภาพและบุริมสิทธิ นั้นให้เป็นไปดังต่อไปนี้

(ก) ในแต่ละปีปฏิทินที่บริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์ (ห้าสิบบาท) ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ เงินกำไรส่วนที่เหลือ (หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กัน ระหว่างหุ้นสามัญ

(ข) ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลในปีปฏิทินใด ก็มีให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น เงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้จ่ายแก่ผู้ซึ่งถือหุ้นบุริมสิทธิ ณ วันที่ประกาศจ่ายเงินปันผล

ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด

ข้อ 4 การออกเสียงลงคะแนน

ในการประชุมใหญ่ใด ๆ ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียงหนึ่ง (1) เสียงต่อหุ้นหนึ่งหุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการลงคะแนนเสียงโดยวิธีชูมือหรือโดยลงคะแนนลับก็ตาม การออกเสียงลงมติใด ๆ นอกจากมติพิเศษหรือการอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่ (รวมทั้งการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการ) จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละ ห้าสิบห้า (55 %) ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท มติพิเศษจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละเจ็ดสิบห้า (75%) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ ครั้งที่พิจารณาตานั้น และจะต้องได้รับการยืนยันโดยคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละหกสิบหกเศษสองส่วนสาม (66 2/3 %) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ครั้งที่สองที่พิจารณามติพิเศษ

(1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1200 การแจกเงินปันผลนั้น ต้องคิดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินแล้วในหุ้นหนึ่ง ๆ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

บันทึก เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/1803 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2528 (เรื่องเสร็จที่ 426/2528)

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ

ข้อ 3 ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

"คนต่างด้าว" หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมยอดถึงข้อบังคับของบริษัท เอบีบี คิสทริบิวชั่น จำกัด

ข้อ 12 ๑ล๑ ๑ล๑

ตามกรรมการให้ประกอบด้วยการกรรมการจำนวนไม่เกินเจ็ด (7) คน ให้เลือกตั้งคณะกรรมการตามจำนวนวิธีการดังต่อไปนี้ ให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสาม (3) คน จากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (51 %) ของหุ้นกลุ่ม ก. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ก.) และให้เลือกกรรมการจำนวนไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (51 %) ของหุ้นกลุ่ม ข. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ข.) โดยตลอดเวลาบริษัทจะต้องมีกรรมการกลุ่ม ข. จำนวนมากกว่าจำนวนทั้งหมดของกรรมการกลุ่ม ก. อย่างน้อยหนึ่ง (1) คน กรรมการไม่จำเป็นต้องถือหุ้นเพื่อคุณสมบัติเป็นกรรมการ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1108 กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

๑๗๑ ๑๗๑

มาตรา 1111 เมื่อจำนวนเงินซึ่งว่าไว้ในมาตรา 1110 ได้ใช้เสร็จแล้วกรรมการต้องไปขอจดทะเบียนบริษัทนั้น

คำขอและข้อความที่ลงในทะเบียนนั้น ให้ระบุนายการตามที่ได้ตกลงกันในที่ประชุมตั้งบริษัท ดังต่อไปนี้ คือ

๑๗๑ ๑๗๑

(3) จำนวนหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้ว หรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว นอกจากที่เป็นตัวเงิน และหุ้นที่ได้ใช้แต่บางส่วนหนึ่ง ให้บอกว่าได้ใช้แล้วเพียงใด

๑๗๑ ๑๗๑

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1142 ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 1019 ถ้าคำขอจดทะเบียนเอกสารซึ่งต้องขอจดทะเบียนไม่มีรายการบริบูรณ์ตามที่บังคับไว้ในลักษณะนี้ว่าได้จดทะเบียนแล้ว หรือถ้ารายการอันใดซึ่งกำหนดไว้ว่าให้ส่งด้วยกันกับคำขอจดทะเบียนยังขาดอยู่มิได้ส่งให้ครบก็ดี หรือถ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้ออื่นซึ่งกฎหมายบังคับไว้ก็ดี นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนก็ได้ จนกว่าคำขอจดทะเบียนหรือเอกสารนั้นจะทำให้บริบูรณ์หรือแก้ไขให้ถูกต้อง หรือได้ส่งเอกสารซึ่งกำหนดไว้ครบทุกสิ่งอัน หรือได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้ออื่นแล้ว

มาตรา 1144 บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง

โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมาก และทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิชาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาคุณอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม หัวหน้าคณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

## ปัญหาข้อหารือคณะกรรมการกฤษฎีกา

ปัญหาที่ 1 นร. 0601/867

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา  
ท่าช้างวังหน้า กรุงเทพฯ 10200

วันที่ 2 สิงหาคม 2534

เรื่อง ข้อหารือกรณีสภาพแห่งบุริมสิทธิและสัดส่วนการถือหุ้นของ  
บริษัท เอบีบี คิสทรีวิชั่น จำกัด

เรียน ปลัดกระทรวงพาณิชย์

- อ้างถึง (1) หนังสือกระทรวงพาณิชย์ ที่ พณ. 0606/1359  
ลงวันที่ 11 เมษายน 2534  
(2) หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ค่วนที่สุด ที่ นร. 0601/ ป 3383  
ลงวันที่ 26 เมษายน 2534

สิ่งที่ส่งมาด้วย บริษัท เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและ  
พาณิชย์ และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัท จำกัด ตามข้อ 3 แห่งประกาศ  
ของคณะปฏิวัติ ฉบับวันที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณี บริษัท เอบีบี  
คิสทรีวิชั่น จำกัด ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท)

ตามสำเนาหนังสือกระทรวงพาณิชย์ที่อ้างถึง ขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้เห็น  
ในปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิและสัดส่วนการถือหุ้นของ บริษัท เอบีบี คิสทรีวิชั่น  
จำกัด และ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้มีหนังสือขอให้จัดส่งผู้แทนไปชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับ  
ปัญหาดังกล่าว ดังความแจ้งอยู่แล้วนั้น

บัดนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) ได้  
พิจารณาปัญหาดังกล่าวข้างต้นแล้วมีความเห็นว่า

1. ตามมาตรา 1108 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะ  
ตกลงว่าให้มีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ และถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้ว จะให้มีสภาพใดเพียงใดก็ได้ ส่วนเรื่องการ  
แจกเงินปันผลนั้น มาตรา 1200 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ก็ได้เปิดช่องให้อาจมีการตกลงกันได้เป็นอื่นในเรื่องหุ้นบริษัทธิได้ ดังนั้นเจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าจึงไม่อาจยกเอาการที่บริษัท เอบีบี คิสทริวิวชั่น จำกัด ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการจ่ายเงินปันผลสำหรับหุ้นบริษัทธิไว้เป็นพิเศษในข้อบังคับฯ ข้อ 19 มาเป็นเหตุในการไม่ยอมรับจดทะเบียนได้

2. การที่จะพิจารณาว่า บริษัท เอบีบี คิสทริวิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น "คนต่างด้าว" ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ หรือไม่นั้น จำต้องพิจารณาถึง "ทุน" ของคนต่างด้าวตามความจริง และจะต้องพิจารณาไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกัน ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ซึ่งหากพิจารณา "ทุน" ของคนต่างด้าวในบริษัท เอบีบี คิสทริวิวชั่น จำกัด จึงเป็น "คนต่างด้าว" ตามนัยข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ

ทั้งนี้ โดยมีผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริงรายละเอียดของความเห็นปรากฏตามบันทึกที่ได้เสนอมาพร้อมหนังสือนี้ อนึ่ง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้แจ้งผลการพิจารณาไปยังสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อทราบตามระเบียบด้วยแล้ว

จึงเรียนมาเพื่อทราบ

ขอแสดงความนับถือ

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

รองเลขาธิการฯ

ปฏิบัติราชการแทน

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ - นามสกุล

นางสาวชูมาพร กาญจนรัตน์

วัน เดือน ปี เกิด

9 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2506 อายุ 40 ปี

วุฒิการศึกษา

ปริญญาตรี คณะนิเทศศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย  
ปีการศึกษา 2527

เนติบัณฑิตไทย สมัยที่ 55 ปีการศึกษา 2545

ปริญญาโท คณะบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยศรีปทุม ปี  
การศึกษา 2534