

ปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด *

พิจิตรณ สุขโสม **

บทนำ

เนื่องจากเศรษฐกิจการค้าโลกมีการขยายตัวเพิ่มมากขึ้นทำให้แนวโน้มการค้าของโลกจะเป็นการค้าเสรีไร้พรมแดนมีการแข่งขันการกีดกันการค้าที่รุนแรงมีกลุ่มเศรษฐกิจการค้ารวมกันตัวกันทั้งยุโรปอเมริกาและเอเชียรวมถึงประเทศสังคมนิยมต่าง ๆ เพื่อสร้างความแข็งแกร่งและสร้างอำนาจต่อรองของกลุ่มโดยปรากฏว่าแต่ละประเทศจะตรากฎหมายสร้างระเบียบกฎเกณฑ์เพื่อใช้จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจการค้าการลงทุนและเพื่อคุ้มครองสิทธิของชาติรวมถึงใช้ในการเจรจาและดำเนินการตามความตกลงว่าด้วยการเปิดเสรีการค้าและการลงทุน ในสภาพเหตุการณ์ปัจจุบันประเทศไทยได้มีการเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าและการลงทุนเพิ่มขึ้นเนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้มีองค์ความรู้ทางวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และเงินทุนมากที่จะนำมาลงทุนและหาประโยชน์ในด้านธุรกิจในประเทศไทย การที่ประเทศไทยเปิดระบบการค้าเสรีเช่นเดียวกับนานาประเทศทั่วโลกที่รัฐเข้ามามีส่วนร่วมในกิจกรรมทางด้านเศรษฐกิจบางประเภทที่สำคัญของประเทศ โดยเฉพาะการประกอบธุรกิจหรือการดำเนินธุรกรรมที่มีผลเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศไม่ว่าจะเป็นความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยรัฐจะควบคุมหรือแทรกแซงเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนระบบการแข่งขันการค้าเสรีและอำนวยความสะดวกประกอบธุรกิจดำเนินไปตามกลไกการตลาด มันเป็นวิธีที่จะให้ประโยชน์จากการแข่งขันทางการค้าและบริการตกแก่ประชาชน สำหรับการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจการค้าเสรีนี้ก็มิได้จำกัดเฉพาะภาคเอกชนเท่านั้นแต่ก็รวมถึงการให้โอกาสกับคนต่างด้าวที่จะดำเนินกิจกรรมภายใต้เงื่อนไขข้อจำกัดทั้งหลายของกฎหมายในประเทศไทยในแต่ละกรณีโดยที่ค่านึงถึงประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับเพื่อประโยชน์สาธารณะ เป็นการที่ระดมทุนของคนต่างด้าว การถ่ายทอดความรู้และวิทยาการที่ทันสมัยในการพัฒนาประเทศ อีกทั้งยังเกิดการจ้างแรงงานเพิ่มขึ้น ซึ่งเป็นการกระจายรายได้สู่ประชาชน รวมถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีที่มีกับนานาประเทศตามสนธิสัญญาระหว่าง

* บทความนี้เรียบเรียงจากสารนิพนธ์เรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต ปีการศึกษา 2562.

** นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต.

ประเทศซึ่งเป็นกลไกสำคัญของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคมอีกทางหนึ่งด้วยผลจากการที่เปิดโอกาสให้มีต่างด้าวหลังไหลเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

ด้วยเหตุที่มักใช้วิธีการถือครองทรัพย์สินแทนคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนในธุรกิจภายในประเทศไทย หรือเข้ามาทำธุรกรรม ก็เพราะว่ากฎหมายในประเทศไทยมีช่องโหว่ที่เปิดโอกาสให้ชาวต่างชาติสามารถเข้ามาทำธุรกรรมได้ แต่กฎหมายเหล่านั้นมีขั้นตอนมากมายและต้องใช้ระยะเวลา เช่นการขอเปิดธุรกิจบางอย่างโดยถูกต้องนั้นก็ต้องใช้เวลา 3 ถึง 6 เดือน หรือ 1 ปี ในขณะที่การใช้วิธีการนำผู้อื่น หรือโนมินีนั้น สามารถทำได้ในเวลาอันรวดเร็ว ภายในระยะเวลา 1-2 สัปดาห์ นอกจากนี้ต้นทุนของการทำธุรกรรมที่ถูกต้องนั้นก็มิตันทุนที่สูงกว่าด้วย

ความเป็นจริงแล้วประเทศไทยมีกฎหมายที่เปิดโอกาสและส่งเสริมให้คนต่างด้าวสามารถมาประกอบธุรกิจในประเทศหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายส่งเสริมการลงทุน (BOI) กฎหมายการนิคมอุตสาหกรรม และกฎหมายการเช่าอสังหาริมทรัพย์พาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเป็นต้น ขณะเดียวกันก็มีกฎหมายและนโยบายในการจำกัดสิทธิของนิติบุคคลต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจบางประเภทด้วยเหตุผลพิเศษสำหรับธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และสิ่งแวดล้อม หรือธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทยในปัจจุบันที่เป็นเศรษฐกิจระบบเปิด มีรายได้จากการส่งออกสินค้าในระดับที่สูงทำให้ต้องพึ่งพาทุนจากต่างชาติ เพื่อพัฒนาเทคโนโลยี การบริหารจัดการ ในหลายสาขาบริการ ไม่ว่าจะเป็นขนส่ง การสื่อสาร หรือการเงิน เพื่อรักษาศักยภาพในการแข่งขันของภาพธุรกิจไทยในตลาดโลก ปัญหาในการพิจารณาความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวมักเกิดขึ้นในกรณีของนิติบุคคลที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจซึ่งไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวดำเนินกิจการ หรือโดยมีข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วนการลงทุนของต่างชาติ จึงมีความพยายามหลีกเลี่ยงเงื่อนไขดังกล่าวในทุกวิถีทางเพื่อจะเป็นนิติบุคคลไทยโดยนิตินัยแต่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยพฤตินัย กล่าวคือ ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้ควบคุมอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล และเป็น ผู้รับผลประโยชน์จากผลการดำเนินงานของนิติบุคคลดังกล่าว ด้วยกลวิธีการต่างๆ เช่น กรณีผ่านทางหุ้น ทำได้โดยการกำหนดบุริมสิทธิ การถือหุ้นทางอ้อมโดยการถือหุ้นหลายชั้น(ถือหุ้นสะสม) หรือถือหุ้นไขว้ผ่านบริษัทโฮลดิ้ง

ผู้เขียนเองจึงเห็นได้ว่าเนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนยังมีความไม่เหมาะสมและไม่ชัดเจนบางประการ เป็นเครื่องอำนวยความสะดวกและเป็นช่องว่างให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจโดยการเลี่ยงกฎหมาย จึงก่อให้เกิดปัญหาดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของ “คนต่างด้าว”

ปัจจุบันปัญหาความหมายของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ยังคงมีปัญหาความชัดเจนและไม่ครอบคลุม จนเกิดเป็นช่องโหว่ให้มีการหลบเลี่ยงที่จะไม่เป็น “คนต่างด้าว”

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บทบัญญัติมาตรา 4 บัญญัติว่า “ในพระราชบัญญัตินี้

คนต่างด้าว หมายความว่า

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

จากบทบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเกณฑ์การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวแบ่งเป็นกรณีบุคคลธรรมดา และกรณีนิติบุคคล ในกรณีของคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาจะหมายถึง บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย คือไม่ได้เกิดในประเทศไทยซึ่งก็ไม่ได้มีปัญหา ปกติจะเข้ามาบริหารธุรกิจได้ในนามของคนต่างด้าว นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยก็ไม่ได้มีปัญหา แต่ที่มีปัญหาคือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 บทบัญญัติมาตรา 4 (3) และ (4) กล่าวคือ

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

สำหรับกรณีคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้นจะหมายถึง นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย และนอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง นิติบุคคลที่ไม่จดทะเบียนในประเทศไทยและมี

ลักษณะที่กำหนดในมาตรา 4 (3) (ก), (4) ด้วยซึ่งได้แก่นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่ กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยลงทุนมีมูลค่าหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

จะเห็นได้ว่าคำว่า “คนต่างด้าว” มีทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล การพิจารณาสถานะความเป็นนิติบุคคลว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ บทบัญญัติดังกล่าวได้นำเอาหลักเกณฑ์เรื่องของ “จำนวนทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเท่านั้น กล่าวคือ ให้พิจารณาเฉพาะสัดส่วนการถือครองหุ้นว่าคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งหรือไม่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ซึ่งหากคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งก็จะมีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” หากคนต่างด้าวถือหุ้นไม่ถึงกึ่งหนึ่งก็จะมีสถานะเป็น “นิติบุคคลไทย” แต่กลับไม่ควบคุมนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นกรรมการและมีอำนาจในการบริหารกิจการ ซึ่งน่าจะถือว่าเป็นคนต่างด้าว แต่รัฐละเลยหรือละเว้นที่จะเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าว ทำให้ดูเหมือนว่าเป็นนิติบุคคลไทย ที่จะเข้าดำเนินธุรกิจ ต้องห้ามได้ ซึ่งการที่นิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลไทย แต่การดำเนินกิจการกลับอยู่ภายใต้การควบคุมของคนต่างด้าวโดยสิ้นเชิง เป็นการเปิดช่องว่างให้มีการครอบงำการจัดการนิติบุคคลไทย ซึ่งการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการเหนือนิติบุคคลนั้นทำให้มีสิทธิเช่นเดียวกับกับนิติบุคคลไทย ทุกประการโดยไม่เป็นการขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

ซึ่งกรณีหากมีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” ประเภทของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวดำเนินกิจการนั้น กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 ดังกล่าว แยกเป็น 3 บัญชี คือ บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษบัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีต ประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และ บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

ด้วยเหตุนี้เองผู้ลงทุนต่างชาติจึงมีความพยายามหลีกเลี่ยงเงื่อนไขดังกล่าวในทุกวิถีทางเพื่อจะเป็นนิติบุคคลไทยโดยนิตินัยแต่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวโดยพฤตินัย กล่าวคือ ผู้ลงทุนต่างชาติเป็นผู้ควบคุมอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล และเป็นผู้รับผลประโยชน์จากการดำเนินกิจการของนิติบุคคล ดังกล่าว ด้วยกลวิธีต่างๆ เช่น กรณีผ่านทางหุ้น หรือผ่านกรรมการด้วยการใช้อำนาจแต่งตั้งกรรมการ เพื่อควบคุมการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้นๆ จึงก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

เมื่อพิจารณาในเชิงเปรียบเทียบในต่างประเทศนั้น ทั้งสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และฟิลิปปินส์ ต่างก็มีการบัญญัติขอบเขตของคนต่างด้าวที่ครอบคลุมและรัดกุมกว่าความหมายของ “คนต่างด้าว”

ที่ปรากฏในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพกว่าของประเทศไทย

จากการศึกษาปัญหาความหมายของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 4 บทบัญญัติดังกล่าวได้นำเอาหลักเกณฑ์เรื่องของ “จำนวนทุน” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณา ส่งผลการพิจารณาสถานะนิติความเป็นคนต่างด้าวกรณีนิติบุคคล ต้องพิจารณาจากสัดส่วนการถือครองหุ้น และจำนวนเงินที่ลงทุน โดยให้พิจารณาสัดส่วนการถือครองหุ้นว่าคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่กี่หนึ่ง หรือไม่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น โดยมิได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิออกเสียงหรืออำนาจควบคุมการบริหารจัดการของคนต่างด้าวเหมือนนิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยในลักษณะการเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจสั่งการเหมือนนิติบุคคลนั้น ทำให้คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของกฎหมายนี้หลบเลี่ยงกฎหมายส่งผลให้นิติบุคคล ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทยแต่มีอำนาจควบคุมกิจการหรือมีอำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยไม่มีสถานะเป็น “นิติบุคคลต่างด้าว” และมีสิทธิในการประกอบธุรกิจทุกประเภททุกสาขา โดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขที่แตกต่างจากนิติบุคคลไทย ซึ่งมีผลเป็นการเปิดเสรีการค้าและการลงทุนอย่างเต็มรูปแบบ ซึ่งขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 เป็นสาเหตุที่ทำให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านการปกครองและเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น

2. ปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนกัน

ในกรณีที่นิติบุคคลต่างประเทศที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยต้องการจะทำให้เป็นนิติบุคคลไทยเพื่อมีสิทธิในการประกอบธุรกิจทุกประเภททุกสาขา โดยไม่มีข้อจำกัด จึงหาวิธีให้คนไทยถือหุ้นแทน

เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับความหมายของ “คนต่างด้าว” ยังมีความไม่เหมาะสมและไม่ชัดเจนบางประการแล้ว การที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดสิทธิของคนไทยและคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจไว้ต่างกัน โดยมีข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในเรื่องสัดส่วนเขตแดนการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวไว้ เช่น ให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินกี่หนึ่งเป็นต้น ก็เป็นการเปิดช่องให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยไม่ถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจโดยใช้กลวิธีให้คนไทยถือหุ้นแทน (Nominee) คนต่างด้าว ปัจจุบันพบว่ากลวิธีการถือหุ้นแทน (Nominee) คนต่างด้าวปรากฏแพร่หลายในลักษณะหลายรูปแบบ ทั้งที่เป็นการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยมาถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยตรง และจำกัดสิทธิออกเสียงโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทยที่ถือหุ้นข้างมาก โดยที่คนไทยไม่มีสิทธิบริหารจัดการบริษัทหรือโดยการจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อนำไปถือหุ้นในบริษัทอื่นและใช้บริษัทอื่นนี้เป็นบริษัทประกอบ

ธุรกิจที่ต้องห้าม หรือจัดตั้งบริษัทตั้งแต่ 2 บริษัทขึ้นไปถือไขว้กัน โดยบริษัทแรกถือหุ้นบริษัทที่สอง และบริษัทที่สองกลับมาถือหุ้นในบริษัทแรก หรือโดยจัดตั้งบริษัทโฮลสติ้งถือหุ้นกันหลายทอด ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถประกอบธุรกิจที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ. ศ. 2542 กำหนดห้ามไว้

เมื่อศึกษาวิเคราะห์ถึงประเด็นปัญหาการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในกฎหมายไทยจะพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มีบทบัญญัติที่กำหนดให้การถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาไว้อย่างชัดเจน ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 36 ซึ่งผิดทั้งผู้ถือหุ้นแทนและบริษัทที่ให้นอมินีถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 มาตรา 36 เป็นการกำหนดความรับผิดทางอาญาไว้ แต่ก็มีประเด็นที่น่าวิเคราะห์ต่อไปว่า จะมีหนทางใดที่จะนับรวมหุ้นที่คนไทยถือแทนคนต่างด้าว เพื่อให้เป็นหุ้นของคนต่างด้าว เพื่อจะได้นำมาประกอบการพิจารณาว่าบริษัทนั้นเป็น “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ในเรื่องนี้ เห็นว่า จำเป็นที่จะต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องตัวการและตัวแทน โดยมีลักษณะของตัวการตัวแทนที่ต้องวิเคราะห์ใน 2กรณีด้วยกัน ได้แก่ (1) ตัวการตัวแทนโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย (2) ตัวแทนที่ตัวการไม่เปิดเผยชื่อ

จากการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัท ทำให้เห็นว่ ช่องว่างของความหมายของ “คนต่างด้าว” ดังกล่าวยังส่งผลให้คนต่างด้าวต้องการที่จะเป็นนิติบุคคลไทยโดยการให้บุคคลไทยถือหุ้นแทนกันอย่างแพร่หลายด้วยความสลับซับซ้อนเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ในการประกอบธุรกิจต้องห้ามตามบัญชีต่างๆ ประกอบกับรัฐไม่มีนโยบายจริงจังในการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ซึ่งจะเห็นได้จากพฤติกรรมของคนต่างชาติได้รุกคืบเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยด้วยรูปแบบ และวิธีการต่างๆ และยังไม่ปรากฏหนทางเยียวยาและแก้ไขที่ดี ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัญหาต่อความมั่นคงของชาติ จึงควรมีแนวทางป้องกันเพื่อมิให้เกิดปัญหาขึ้น อาจสามารถใช้การปรับหลักกฎหมายเรื่องตัวการตัวแทนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้หุ้นที่คนไทยถือในบริษัทเป็นหุ้นที่คนต่างด้าวถือได้ และกำหนดความหมายของ “คนต่างด้าว” ให้ครอบคลุมถึงกรณีหากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว ก็ให้ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” เช่นกัน

3. ปัญหาเกี่ยวกับทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด

ในส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทที่เกี่ยวกับทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดมีบางประเด็นที่ยังมีข้อบกพร่องขาดความชัดเจนในขั้นตอนของการเรียกและรับชำระ

ค่าหุ้น ทั้งที่ทุนเรือนหุ้นนั้นมีความสำคัญมากต่อความเป็นองค์กรธุรกิจในรูปแบบของบริษัทจำกัดซึ่งมีผลกระทบต่อบุคคลหลายฝ่ายในวงกว้าง

กรณีทีใครก็ตามที่จะขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท หลังจากที่ได้มีการประชุมตั้งบริษัทแล้ว กฎหมายบังคับให้กรรมการชุดแรกของบริษัทเรียกผู้เข้าซื้อจองซื้อหุ้นชำระค่าหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 25 ของมูลค่าหุ้น (มาตรา 1110) และเมื่อมีการชำระค่าหุ้นกันครบถ้วนแล้ว กรรมการชุดแรกของบริษัทก็ต้องจัดทำคำขอจดทะเบียนพร้อมเอกสารประกอบคำขอต่างๆ ให้ครบถ้วนถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดทุกประการด้วย จากนั้นให้กรรมการชุดแรกของบริษัทไปดำเนินการยื่นจดทะเบียนบริษัทต่อ นายทะเบียน (มาตรา 1111 วรรคหนึ่ง) ภายในกำหนดเวลา 3 เดือนนับแต่ประชุมตั้งบริษัทมิฉะนั้นเป็นอันมิได้ตั้งขึ้น (มาตรา 1112 วรรคหนึ่ง)

จากหลักกฎหมายดังกล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้ให้ความสำคัญเรื่องทุนเรือนหุ้นของบริษัทเป็นอย่างมาก แต่เหตุใดกฎหมายจึงไม่มีมาตรการบังคับให้ผู้ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดต้องยื่นหลักฐานที่แสดงว่ามีการเรียกและรับชำระค่าหุ้นของบริษัทในลักษณะที่สามารถบ่งชี้หรือพิสูจน์และตรวจสอบได้ว่าได้มีเรียกชำระค่าหุ้นกันอย่างน้อยร้อยละ 25 แล้วหรือไม่ และจำนวนเงินค่าหุ้นที่ชำระแล้วตามที่ระบุในคำขอจดทะเบียนเป็นความจริงหรือไม่

ในทางปฏิบัตินายทะเบียนไม่มีโอกาสตรวจสอบได้ว่าได้มีเรียกชำระค่าหุ้นกันอย่างน้อยร้อยละ 25 แล้วหรือไม่ และจำนวนเงินค่าหุ้นที่ชำระแล้วตามที่ระบุในคำขอจดทะเบียนเป็นความจริงหรือไม่ คงมีเพียงโอกาสในการตรวจสอบและพิจารณาจากเอกสารหลักฐานที่ผู้ขอจดทะเบียนต้องส่งไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนเท่านั้น นอกเหนือจากนี้การตรวจสอบนั้นคงมีแต่โอกาสที่จะตรวจสอบนั้นน้อยมาก ซึ่งเอกสารหลักฐานที่กฎหมายบังคับผู้ขอจดทะเบียนต้องส่งไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1111 วรรคสี่กำหนดไว้เพียง 2 รายการเท่านั้นคือ (1) สำเนาข้อบังคับ (ถ้ามี) 1 ฉบับพร้อมให้กรรมการลงลายมือชื่อรับรองด้วยคนหนึ่งเป็นอย่างน้อยและ (2) สำเนารายงานการประชุมตั้งบริษัทพร้อมให้กรรมการลงลายมือชื่อรับรองด้วยคนหนึ่งเป็นอย่างน้อย ซึ่งทั้งสองรายการดังกล่าวก็หาใช่เอกสารหลักฐานที่แสดงว่ามีการเรียกและรับชำระค่าหุ้นของบริษัทจริงซึ่งสามารถเป็นสิ่งบ่งชี้หรือพิสูจน์และตรวจสอบได้ว่าได้มีเรียกชำระค่าหุ้นกันอย่างน้อยร้อยละ 25 แล้วหรือไม่ และจำนวนเงินค่าหุ้นที่ชำระแล้วตามที่ระบุในคำขอจดทะเบียนเป็นความจริงหรือไม่ หากแต่เป็นแต่เพียงจำนวนตัวเลขหรือตัวอักษรที่ระบุจำนวนเงินค่าหุ้นในคำขอจดทะเบียนเพื่อเข้าเงื่อนไขของกฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวกับจดทะเบียนเท่านั้น ส่วนว่าได้มีเรียกชำระค่าหุ้นกันอย่างน้อยร้อยละ 25 แล้วหรือไม่และจำนวนเงินค่าหุ้นที่ชำระแล้วตามที่ระบุในคำขอจดทะเบียนเป็นความจริงหรือไม่ นั้น เป็นข้อเท็จจริงที่บุคคลภายนอกยากแก่การหยั่งรู้หรือพิสูจน์และตรวจสอบถึงฐานะจริงดังกล่าวได้

เมื่อพิจารณาการจดทะเบียนเกี่ยวกับทุนของบริษัทจำกัดและรายการในคำขอจดทะเบียนซึ่งเกี่ยวกับทุนของบริษัทจำกัดตลอดจนเอกสารที่ต้องส่งไปพร้อมกับคำขอจดทะเบียนแล้วจะเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ยังมีข้อบกพร่องขาดความชัดเจนในเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดต้องแสดงทุนจดทะเบียนจริงอย่างมีประสิทธิภาพโดยสามารถเป็นสิ่งที่บ่งชี้หรือพิสูจน์และตรวจสอบได้ว่าได้มีเรียกชำระค่าหุ้นกันอย่างน้อยร้อยละ 25 แล้วหรือไม่ และจำนวนเงินค่าหุ้นที่ชำระแล้วตามที่ระบุในคำขอจดทะเบียนเป็นความจริงหรือไม่ กล่าวคือมิได้กำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดต้องยื่นหลักฐานที่แสดงว่ามีการเรียกและรับชำระค่าหุ้นของบริษัทโดยมีสำเนาหลักฐานการรับชำระค่าหุ้นที่บริษัทออกให้แก่ผู้ถือหุ้นและหนังสือรับรองบัญชีเงินฝากของธนาคารที่รับฝากเงินค่าหุ้นของบริษัทนั้นมาแสดงด้วย เช่นนี้อาจมีผู้ขอจดทะเบียนบางรายที่ไม่สุจริตแสดงเงินทุนจดทะเบียนหลวงของบริษัทจำกัดซึ่งเป็นทุนเรือนหุ้นไม่ตรงกับเงินทุนที่แท้จริงของบริษัทได้ อันเป็นความบกพร่องของกฎหมายที่ยังไม่สามารถให้ความคุ้มครองประโยชน์ส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัดได้เท่าที่ควรจึงทำให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายและในทางปฏิบัติโดยไม่สามารถที่จะพิสูจน์และตรวจสอบได้แน่นอนว่าได้มีการนำเงินมาลงทุนในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นจริงหรือไม่

การวิเคราะห์ข้อกฎหมายและระเบียบปฏิบัติต่างๆ ที่เกี่ยวกับทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดโดยยึดแล้วสรุปได้ว่า ในขั้นตอนของจดทะเบียนบริษัทจำกัดโดยเฉพาะเรื่องทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดนั้นยังมีกฎหมายบางประเด็นที่ยังบกพร่องอยู่ซึ่งไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกที่เข้ามาดำเนินธุรกิจกับบริษัทได้ดีเท่าที่ควรซึ่งอาจทำให้บุคคลดังกล่าวนี้ได้รับความเสียหายได้ทั้งนี้ปัญหาดังกล่าวเป็นผลสืบเนื่องจากกฎหมายที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ในขั้นตอนของจดทะเบียนบริษัทจำกัดโดยเฉพาะเรื่องการรับชำระค่าหุ้นของบริษัทนั้นมีความบกพร่องหรือมีช่องโหว่ขาดความรัดกุมชัดเจน

ดังนั้นการที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนตามประเภทการจดทะเบียนแนบท้ายระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางฯ ดังกล่าวมิได้กำหนดเป็นมาตรการบังคับให้ผู้ขอจดทะเบียนต้องแสดงหนังสือรับรองบัญชีเงินฝากของธนาคารที่รับฝากเงินค่าหุ้นอันเป็นหลักฐานพอที่จะสามารถบ่งชี้หรือพิสูจน์และตรวจสอบได้แน่นอนว่าบริษัทจำกัดมีการนำเงินมาลงทุนจริงตรงตามเงินทุนที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนนายทะเบียน จึงอาจมีผู้ขอจดทะเบียนบางรายที่ไม่สุจริตคิดจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดโดยแสดงทุนจดทะเบียนก่อนนายทะเบียนซึ่งไม่ตรงกับเงินทุนที่แท้จริงของบริษัท ก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติที่ไม่สามารถให้ความคุ้มครองแก่บุคคลภายนอกที่จะเข้ามาดำเนินธุรกิจหรือเกี่ยวข้องกับบริษัทได้อย่างเพียงพอและมีประสิทธิภาพ

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด พบว่าปัจจุบันมีคนต่างด้าวเป็นจำนวนมากเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยไม่ได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องด้วยการใช้กลวิธีต่าง ๆ เช่น วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงหรือเรียกว่าออมินี (Nominee) และออกหุ้นบริมสิทธิในนิติบุคคล กำหนดให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทย เพื่อให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจหรือการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งถือหุ้นไขว้กันหรือถือหุ้นกันหลายทอด เป็นการถือหุ้นทางอ้อมในนิติบุคคลใด ๆ ซึ่งเพียงเป็นการถือหุ้นในลักษณะ “ในนาม” และ “ในเชิงปกปิด” หรือวิธีการควบคุมบริษัทผ่านกรรมการบริษัทซึ่งเป็นคนต่างด้าว ทั้งนี้โดยการให้ความช่วยเหลือสนับสนุนของผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบหรือมีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวได้ อันเป็นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นอกจากนี้ยังพบว่าบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนหุ้นขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจไม่ชัดเจน ทำให้เกิดปัญหาในการพิจารณาหุ้นขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องนำเข้ามาเริ่มต้นในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย อันเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงไม่ต้องนำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ ซึ่งปัญหาเหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาที่มีความสำคัญ ส่งผลให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งจากการวิเคราะห์บทบัญญัติของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เปรียบเทียบกับกฎหมายการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศพบสาเหตุของปัญหาดังกล่าวหลายประการ สรุปได้ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของ “คนต่างด้าว”

ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (3) (ก) ได้ให้ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ว่า เป็นนิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือถือโดยนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

จะเห็นว่าความหมายดังกล่าวส่งผลให้การพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวกรณีนิติบุคคล ต้องพิจารณาจากสัดส่วนหุ้นที่ถือและจำนวนเงินที่ลงทุนซึ่งเป็นการใช้หลักเกณฑ์ความเป็นเจ้าของในการพิจารณา โดยมีได้คำนึงถึงหลักเกณฑ์ในเรื่องสิทธิออกเสียงหรืออำนาจควบคุมของคนต่างด้าวเหนือนิติบุคคลที่จดทะเบียนในไทยในลักษณะการเป็นเจ้าของหรือมีอำนาจสั่งการเหนือนิติบุคคลนั้น จึงทำให้คนต่างด้าวใช้ช่องโหว่ของกฎหมายนี้เป็นช่องทางหลบเลี่ยงเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดย

การจัดตั้งบริษัทจำกัดที่มีสัดส่วนการถือหุ้นตามที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด เพื่อสามารถประกอบธุรกิจต้องห้ามที่สงวนไว้สำหรับคนไทย ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ทุกประการทั้งที่สมควรจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

2. ปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนกัน

เนื่องจากการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดสิทธิของคนไทยและคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจไว้ต่างกัน โดยมีข้อจำกัดการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในเรื่องสัดส่วนเพดานการถือครองหุ้นของคนต่างด้าวไว้ ดังนั้นการที่คนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยไม่ถูกจำกัดสิทธิในการประกอบธุรกิจ คนต่างด้าวจึงใช้กลวิธีให้คนไทยถือหุ้นแทน (Nominee) คนต่างด้าว

ปัจจุบันพบว่ากลวิธีการถือหุ้นแทน (Nominee) คนต่างด้าวปรากฏแพร่หลายในลักษณะหลายรูปแบบ เช่น การใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยมาถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยตรงการจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อถือหุ้นทางอ้อมการถือหุ้นไขว้กัน ทั้งนี้เพื่อให้สามารถประกอบธุรกิจที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดห้ามไว้ นอกจากนี้ยังพบว่าบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยเฉพาะในบัญชีสามกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบริการครอบคลุมเกือบทุกประเภท ซึ่งถือว่าเป็นข้อบังคับที่เข้มงวดทั้งที่คำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ยังไม่รัดกุมชัดเจน ซึ่งผลคือไม่สามารถปฏิบัติได้จริงและไม่เหมาะสมกับเศรษฐกิจของประเทศไทยในปัจจุบัน ทำให้นักลงทุนต่างชาติต้องประกอบธุรกิจผ่านนอมินี (Nominee) เพื่อที่จะสามารถประกอบธุรกิจที่ตนไม่สามารถทำได้ ส่งผลให้มีการควบคุมตรวจสอบเป็นไปได้อย่าง

3. ปัญหาเกี่ยวกับทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด

ในส่วนของกฎหมายที่เกี่ยวกับเรื่องหุ้นเรือนหุ้นและการแสดงทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดนั้นกฎหมายมิได้กำหนดบังคับให้ผู้จดทะเบียนต้องแสดงหลักฐานว่าได้มีการเรียกและชำระเงินค่าหุ้นของบริษัทจำกัดนั้นจริง ตามที่ได้แสดงไว้ในคำขอจดทะเบียน โดยมีหนังสือรับรองบัญชีเงินฝากของธนาคารที่รับฝากเงินค่าหุ้นของบริษัทจำกัดนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักฐานแสดงว่าบริษัทมีเงินทุนที่แท้จริงเท่ากับเงินทุนที่ได้จัดไว้ก่อนจดทะเบียน คงกำหนดเพียงให้ผู้จดทะเบียนแสดงหลักฐานการรับชำระค่าหุ้นที่บริษัทออกให้แก่ผู้ถือหุ้น เช่น ใบสำคัญรับชำระเงินค่าหุ้นเท่านั้น

เช่นนี้กฎหมายจึงยังมีข้อบกพร่องหรือมีช่องโหว่โดยมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เหล่านี้ไว้ให้เหมาะสมรัดกุมและชัดเจนแต่ประการใด ดังนั้นจึงควรมีการแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัด เพื่อให้มีความแน่นอนชัดเจนให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม และป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดแก่บุคคลภายนอกที่เข้ามาดำเนินธุรกิจกับบริษัทให้มากที่สุด

จากปัญหาต่างๆ ดังกล่าวผู้ศึกษามีข้อเสนอแนะดังต่อไปนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของ “คนต่างด้าว”

1.1 ควรแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (3)

(ก) เดิมว่า “คนต่างด้าว หมายความว่า

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

แก้ไขเป็น “คนต่างด้าว หมายความว่า

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้น ถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจชี้้นำการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น เดิมการพิจารณาสถานะความเป็นนิติบุคคลว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ บทบัญญัติดังกล่าวได้นำเอาหลักเกณฑ์เรื่องของ “จำนวนทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเท่านั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการเหนือนิติบุคคลนั้น ซึ่งการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารจัดการเหนือนิติบุคคลนั้นทำให้มีสิทธิเช่นเดียวกับกับนิติบุคคลไทยทุกประการ ดังนั้นจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนอำนาจในการบริหารจัดการการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นด้วย เพื่อที่จะป้องกันการหลบเลี่ยงกฎหมายในกรณีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทย แต่คนต่างด้าวกลับมีอำนาจควบคุมกิจการหรือมีอำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย

5.2.1.2 ควรแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

(4) เดิมว่า “คนต่างด้าว หมายความว่า

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น...”

แก้ไขเป็น “คนต่างด้าว หมายความว่า

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคล ซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น...”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น เดิมการพิจารณาสถานะความเป็นนิติบุคคลว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ บทบัญญัติดังกล่าวได้นำเอาหลักเกณฑ์เรื่องของ “จำนวนทุน” หรือ “จำนวนหุ้น” ของนิติบุคคลซึ่งมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเท่านั้น โดยบทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บัญญัติให้ครอบคลุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารจัดการเหนือนิติบุคคลนั้น ซึ่งการที่คนต่างด้าวมียอำนาจบริหารจัดการเหนือนิติบุคคลนั้นทำให้มีสิทธิเช่นเดียวกับนิติบุคคลไทยทุกประการ ดังนั้นจึงควรแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนอำนาจในการบริหารจัดการการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นด้วย เพื่อที่จะป้องกันการหลบเลี่ยงกฎหมายในกรณีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในประเทศไทย มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าคนไทย แต่คนต่างด้าวกลับมีอำนาจควบคุมกิจการหรือมีอำนาจจัดการมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย

2. ปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนกัน

ควรแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

เดิมว่า “คนต่างด้าว หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
 - (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคล ซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) มีสิทธิใน

การออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งค่านियามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น...”

แก้ไขเป็น “คนต่างด้าว หมายความว่า

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคล ซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือ (3) มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นหรือนิติบุคคลซึ่งบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) มีอำนาจในการแต่งตั้งหรือถอดถอนกรรมการฝ่ายข้างมากของนิติบุคคลนั้น หรือมีอำนาจในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งค่านियามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

(5) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย หากพิสูจน์ได้ว่าบุคคลไทยหรือนิติบุคคลไทยถือหุ้นแทนบุคคลตาม (1) หรือ (2)”

...”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น ผู้เขียนเสนอแนะว่าควรเพิ่มเนื้อหาในบทบัญญัติ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งจากเดิมความหมายของ “คนต่างด้าว” ถือตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในเอกสารการจดทะเบียนเป็นหลักไม่มีการสืบค้นเพื่อหาความจริง โดยการแก้ไขกฎหมายนี้เป็นการเพิ่มการควบคุมตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าวในธุรกิจ ดังนั้นควรแก้ไขโดยเพิ่มเติม (5) ดังกล่าวเพื่อเป็นการลดช่องว่างในการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542

3. ปัญหาเกี่ยวกับทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด

3.1 ควรแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1111 วรรคสาม

เดิมว่า “ การลงทะเบียนจะมีรายการอย่างอื่นซึ่งกรรมการเห็นสมควรจะให้ทราบแก่ประชาชนก็ลงได้...”

แก้ไขเป็น “ การลงทะเบียนจะมีรายการอย่างอื่นซึ่งกรรมการเห็นสมควรจะให้ทราบแก่ประชาชนก็ลงได้ ผู้ขอจดทะเบียนต้องยื่นหลักฐานชำระค่าหุ้นผ่านธนาคารและห้ามมิให้ถอนเงินนี้ก่อนจดทะเบียนบริษัท 1 วัน และในการจดทะเบียนให้นำหลักฐานการรับชำระเงินของธนาคารมาแสดงในการจดทะเบียนด้วย...”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น เดิมเนื่องจากยังไม่มี ความชัดเจนในเรื่องหลักฐานที่สามารถจะบ่งชี้หรือพิสูจน์ได้แน่นอนว่าเงินค่าหุ้นว่าได้มีการชำระแล้วตรงตามที่ได้เรียกเก็บกันจริงหรือไม่ ซึ่งอาจมีผู้ขอจดทะเบียนบางรายที่ไม่สุจริตแสดงเงินทุนจดทะเบียนหลวงของบริษัทจำกัดนั้นได้ จึงควรแก้ไขให้มีการเพิ่มเติมเนื้อหากฎหมายในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1111 วรรคสาม ด้วยการกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนต้องยื่นหลักฐานที่แสดงว่ามีการเรียกและรับชำระค่าหุ้นของบริษัทจริง โดยหลักฐานที่แสดงนั้นต้องบ่งชี้หรือพิสูจน์และแน่นอนว่าบริษัทมีเงินทุนจริงตามจำนวนเงินหุ้นที่ได้จดทะเบียนไว้ก่อนนายทะเบียน ซึ่งเกี่ยวกับการขอจดทะเบียนบริษัท เหตุที่ห้ามมิให้ถอนเงินนี้ก่อนจดทะเบียนบริษัท 1 วัน นั้น ก็เพื่อที่จะต้องถอนเงินดังกล่าวไปวางเป็นหลักทรัพย์ประกันต่อนายทะเบียนในวันจดทะเบียนบริษัท ซึ่งจะกล่าวในข้อเสนอแนะข้อต่อไป เพื่อเป็นการให้ความคุ้มครองประโยชน์ส่วนได้เสียของบุคคลภายนอกที่จะเข้ามาเกี่ยวข้องกับบริษัทจำกัดนั้นๆ ได้

3.2 ควรแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1111 วรรคห้า

เดิมว่า “(ยกเลิก)...”

แก้ไขเป็น “ผู้ขอจดทะเบียนต้องนำเงินทุนของบริษัทจำกัดไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนมาวางเป็นหลักทรัพย์ประกันต่อนายทะเบียนในวันจดทะเบียน...”

จากข้อเสนอแนะดังกล่าวข้างต้น เดิมเนื่องจากถึงแม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้มีการชำระค่าหุ้นของบริษัทจำกัดไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน แต่แท้จริงแล้วไม่สามารถที่จะพิสูจน์และตรวจสอบได้แน่นอนว่าได้มีการนำเงินมาลงทุนในการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นจริงหรือไม่ จึงควรแก้ไขให้มีการเพิ่มเติมเนื้อหากฎหมายในบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1111 วรรคห้า ด้วยการกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนต้องนำเงินทุนของบริษัทจำกัดไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียนมาวางเป็นหลักทรัพย์ประกันต่อนายทะเบียน เพื่อคุ้มครองประโยชน์ต่อเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกที่เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับบริษัทนั้น

บรรณานุกรม

- จักรพงษ์ เล็กสกุลไชย , คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทน นายหน้า จ้างทำของ. ญัฐนันท์ พลัวจินดา, “มาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจค้าปลีกของคนต่างด้าวใน **ประเทศ**” (วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์มหาวิทาลัยธรรมศาสตร์ 2548).
- นราฤทธิกาแก้ว, “การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคน **ต่างด้าว**”, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, คณะนิติศาสตร์ 2554).
- วาทีน ศานต์ สันติ. (2552). **ประวัติศาสตร์ไทย (ฉบับย่อ)**. [Online] เข้าถึงได้จาก www.gotoknow.org/posts/258617
- ศรีัญญา ไชยประเสริฐ, “การบังคับใช้ร่วมกันของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่าง **ด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ. ศ. 2550**”, (วิทยานิพนธ์นิติ ศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2543).
- ศิริวรรณ ชื่อสัตย์, “**ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542**” , (สารนิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย รามคำแหง, 2555).
- สิทธิกร สักสังข์. (2555). **หลักสุจริตหลักสุจริต**. [Online]. เข้าถึงได้จาก: [https://www.facebook.com/473834066044430/posts/หลักสุจริต./\(2561\)](https://www.facebook.com/473834066044430/posts/หลักสุจริต./(2561)).
- แสวง บุญเฉลิมวิภาส. **คำอธิบายประวัติศาสตร์กฎหมายไทย**. กรุงเทพฯ: สำนักกวิญญูชน.
- โสภณ รัตนาร, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หุ่นส่วน บริษัท**, ปี พ.ศ.2556. กรุงเทพฯมหานคร.
- พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
- พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.2520
- ระเบียบสำนักงานทะเบียนทะเบียนหุ่นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ.2554
- รายละเอียดคำขอจดทะเบียนรายการจดทะเบียน เอกสารประกอบรายการจดทะเบียน และเอกสาร ประกอบคำขอจดทะเบียนตามประเภทการจดทะเบียน แนบท้ายระเบียบสำนักงานทะเบียน หุ่นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนบริษัท พ.ศ. 2554