



1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การประกอบธุรกิจในปัจจุบัน มิได้พึ่งพาเพียงตลาดการค้าและการลงทุนในประเทศเท่านั้น หากต้องพึ่งพาอาศัยการค้าระหว่างประเทศ และการลงทุนจากต่างประเทศด้วยอันส่งผลให้เกิดการขยายตลาดการค้าและการลงทุนซึ่งนำไปสู่การขยายขนาดเศรษฐกิจของประเทศ ด้วยเหตุผลดังกล่าว ประเทศไทยก็เป็นประเทศที่เลือกนโยบายส่งเสริมการค้าการลงทุนนับตั้งแต่มีการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับแรก เมื่อพุทธศักราช 2501

แต่ในขณะเดียวกัน ประเทศไทยก็มีกฎหมายที่กีดกันมิให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยกฎหมายที่จำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรก คือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 และได้มีการแก้ไขปรับปรุงเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน โดยกำหนดประเภทธุรกิจที่มีให้คนต่างด้าวตามคำนิยามของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เข้าประกอบธุรกิจไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ส่งผลให้คนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามนั้น ต้องจัดโครงสร้างของการถือหุ้นให้มีสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย คือ น้อยกว่า 50% ของหุ้นหรือทุนทั้งหมด เพื่อให้เป็นไปตามคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยที่คนไทยจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก คือ ถือหุ้นมากกว่า 50% ของหุ้นหรือทุนในนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทยเสมอ เพื่อมิให้เป็นคนต่างด้าวไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทั้งนี้ การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าว เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งอำนาจควบคุมบริหารที่แท้จริงของบริษัทที่ประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ให้อยู่ในมือคนไทย

แต่หลักการดังกล่าว มิได้ส่งผลตามความมุ่งหมายดังกล่าวเสมอไป เนื่องจาก บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บริษัท สามารถออกหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นหุ้นที่อาจมีสิทธิดีกว่าหรือด้อยสิทธิกว่าหุ้นสามัญก็ได้โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท นอกจากนี้ บริษัทยังสามารถกำหนดการบริหารจัดการบริษัท การดำเนินธุรกิจของบริษัท สิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น หรือการกำหนดอื่นใดในการจัดการบริษัทไว้ในข้อบังคับได้อีกด้วย

จากหลักการนี้ ส่งผลให้ผู้ประกอบธุรกิจต่างชาติที่ต้องเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยสามารถกำหนดอำนาจจัดการบริษัทได้ด้วยการกำหนดไว้ในข้อบังคับ โดยใช้วิธีการกำหนดในข้อบังคับให้บริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิได้ และกำหนดให้สิทธิในหุ้นบุริมสิทธินั้นมีสิทธิดีกว่าหรือดีกว่าหุ้นสามัญ เพื่อกำหนดให้ผู้ถือหุ้นคนไทยอันเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นสามัญของบริษัท เช่น ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก เป็นคนไทยถือหุ้นรวมกันเป็นหุ้นบุริมสิทธิทั้งสิ้น 510 หุ้น คิดเป็นร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน กับผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข เป็นชาวต่างชาติ ถือหุ้นสามัญรวมกันคือ 490 หุ้น คิดเป็นร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน โดยข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียง คือ 10 หุ้นต่อ 1 เสียง เท่ากับว่าผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก จะมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น 51 เสียง ขณะที่ ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข ถือหุ้นสามัญจำนวน 490 หุ้น มีสิทธิออกเสียงตามที่กฎหมายกำหนดคือ 1 หุ้นต่อ 1 เสียง เท่ากับว่าผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข จะมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น 490 เสียง หรือในทางกลับกัน อาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข เป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหุ้นสามัญก็ได้ เช่น กำหนดให้ 1 หุ้นบุริมสิทธิออกเสียงได้ 2 เสียงเป็นต้น กรณีเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข จะมีสิทธิออกเสียงทั้งสิ้น 980 เสียง แต่กรณีการกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงดีกว่านั้นจะใช้กับบริษัทมหาชนไม่ได้เพราะตามกฎหมายผู้ถือหุ้นของบริษัทมหาชนจำกัดมีสิทธิออกเสียง 1 หุ้นต่อ 1 เสียงเท่านั้น หากจะมีการออกหุ้นบุริมสิทธิก็ทำได้เพียงการออกหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าหุ้นสามัญ

จากกฎหมายสองฉบับดังกล่าวส่งผลให้เกิดรูปแบบของการถือหุ้นอำพราง (Nominee) ขึ้น โดยการจัดตั้งบริษัทเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทยที่มีการร่วมทุนกับคนต่างด้าว ใช้วิธีการจัดโครงสร้างการถือหุ้นดังกล่าว เพื่อให้องค์กรธุรกิจของตนเป็นนิติบุคคลไทยที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อำนาจบริหารจัดการบริษัทตกอยู่ภายใต้การครอบงำของคนต่างด้าว ซึ่งรูปแบบการถือหุ้นอำพรางนี้ อาจกระทำได้โดยบุคคลธรรมดา หรือโดยนิติบุคคลก็ได้ ตามแต่การจัดการ โครงสร้างองค์กรธุรกิจที่คนต่างชาตินั้น ๆ กำหนด

จะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าบริษัทใดเป็นบริษัทต่างด้าวหรือไม่ตามมาตรา 4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะพิจารณาจากจำนวนหุ้นของคนต่างด้าวว่ามี การถือหุ้นนับแต่ร้อยละ 50 หรือไม่แต่เพียงอย่างเดียว โดยไม่พิจารณาถึงอำนาจบริหารจัดการของคนต่างชาตินั้น อันขัดกับเจตนารมณ์แท้จริงของบทบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มุ่งหมายให้การประกอบธุรกิจที่จำกัดตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

ต้องถูกควบคุมและมีอำนาจบริหารจัดการโดยคนไทยเป็นหลักเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือ
ครอบงำทางธุรกิจนั้นจากคนต่างด้าว 3

ตามปกติ การใช้รูปแบบการถือหุ้นอำพราง (Nominee) ในทวงปฏิบัติ รูปแบบเช่นว่านี้ถูก
นำมาใช้เป็นระยะเวลานานแล้วสำหรับการประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวถูกจำกัดไว้ตามบัญชีท้าย
พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในปัจจุบันได้เกิดประเด็นปัญหา
เนื่องจากการขายกิจการของกลุ่มบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่บริษัท ซีคาร์ โฮ
ลดิ้ง จำกัด ที่ถือหุ้นโดยบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด อันมีลักษณะการจัดโครงสร้างการถือหุ้นที่ทำให้ผู้
ถือหุ้นข้างมากสัญชาติไทยมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าผู้ถือหุ้นข้างน้อยที่เป็นชาวต่างชาติส่งผลให้เกิด
การตรวจสอบธุรกรรมการซื้อขายหุ้นครั้งนี้ว่าบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด มีพฤติกรรมเป็นการถือหุ้น
อำพรางให้กับนักลงทุนต่างด้าวหรือไม่

ทั้งนี้ กลุ่มบริษัทในเครือชินคอร์ปได้ประกอบธุรกิจโทรคมนาคม, สถานีโทรทัศน์และการ
สื่อสารต่าง ๆ ที่เป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนไทยตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบ
ธุรกิจของคนต่างด้าว นอกจากนี้ ยังมีบริษัทในเครือที่ประกอบธุรกิจวิทยุโทรทัศน์อันเป็นกิจการที่
พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเช่นว่า โดยเด็ดขาด
ทำให้การจัดโครงสร้างการถือหุ้นโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่กำหนดคุณสมบัติของผู้ประกอบ
ธุรกิจไทยด้วยการกำหนดจำนวนหุ้นเท่านั้น มิได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงอำนาจจัดการบริษัทที่
แท้จริงนั้น เป็นประเด็นปัญหาทางกฎหมายว่า การบัญญัติบทกฎหมายลักษณะดังกล่าว ยังคง
เหมาะสมสำหรับสภาวะของการประกอบธุรกิจในปัจจุบันหรือไม่ เพียงใด

ด้วยเหตุนี้ จึงสมควรเป็นอย่างยิ่งที่จะศึกษาถึงความหมาย ขอบเขต วัตถุประสงค์รวมทั้ง
ความเหมาะสมของกฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท หลักกฎหมายเกี่ยวกับการครอบงำกิจการ และ
กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายไทยเปรียบเทียบกับมาตรการทาง
กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศว่ามีความเหมาะสม
หรือไม่อย่างไร เพื่อค้นคว้าหาแนวทางที่เหมาะสมแก่การปรับปรุงกฎหมายไทยเรื่องดังกล่าวต่อไป
ในอนาคต

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษา และวิเคราะห์ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ
2. เพื่อศึกษา และวิเคราะห์ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย
3. เพื่อศึกษาและหาแนวทางปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เหมาะสมสำหรับแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในประเทศไทย

3. วิธีการศึกษาวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร โดยค้นคว้าจากหนังสือ บทบัญญัติทางกฎหมาย บทความคำพิพากษาศาลที่เกี่ยวข้อง ทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ

4. สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 และมาตรา 36 ไม่เหมาะสมต่อการบังคับใช้เกี่ยวกับปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางเพื่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยสมควรแก้ไขปรับปรุงให้เหมาะสม

5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. ทำให้ทราบถึง มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของต่างประเทศ เพื่อนำมาตรการดังกล่าวมาปรับใช้กับการแก้ไขปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
2. ทำให้ทราบถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ปัญหาเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางที่ปรากฏในประเทศไทยในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3. เพื่อเสนอแนวทางปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของ
คนต่างด้าวที่เหมาะสมสำหรับแก้ไขปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการถือหุ้นอำพรางตามพระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ในประเทศไทย ⁵