

สารนิพนธ์เรื่อง	ปัญหากฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม ศึกษากรณีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว
นักศึกษา	ปกเกศ คณะธรรม
อาจารย์ที่ปรึกษา	รองศาสตราจารย์ ดร.นิพันธ์ จิตะสมบัติ
หลักสูตร	นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายธุรกิจ
คณะ	สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม
พ.ศ.	2554

บทคัดย่อ

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อประเทศไทยนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 ซึ่งประเทศไทยเกิดภาวะวิกฤติทางเศรษฐกิจ การเปิดเสรีทางการการค้าและการลงทุนมีความจำเป็นเพื่อเอื้ออำนวยต่อการลงทุนของคนต่างด้าวยิ่งขึ้น โดยเฉพาะด้านกิจการโทรคมนาคม เป็นธุรกิจที่คนไทยมีความต้องการการพัฒนาความรู้เทคโนโลยี ให้มีความทันสมัยและทั่วถึง ประกอบกับประเทศไทยมีพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (World Trade Organization : WTO) ซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นสมาชิกและลงนามในให้สัตยาบันในความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ (The General Agreement on Trade in Services) หรือในระดับภูมิภาคเอเชีย เช่น สมาคมประชาชาติของเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of Southeast Asia Nations : ASEAN)

จากการศึกษาพบว่า ในประเทศไทยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม มีพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายหลักที่ควบคุมการประกอบกิจการโทรคมนาคม ซึ่งในกรณีที่มีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการโทรคมนาคม ไม่ได้บัญญัติคำนิยามของคนต่างด้าวไว้ แต่ให้นำความหมายตามคำนิยามของคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับแทน ซึ่งนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ไม่เกินร้อยละ 50 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด มาเป็นหลักเกณฑ์ในการจะพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าว ทำให้ความเป็นคนต่างด้าวพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงเท่านั้น โดยมิได้คำนึงถึงแหล่งที่มาของเงินทุนและสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้น ซึ่งหากจะพิจารณาแต่เพียงสัดส่วนการถือหุ้นนั้นอาจไม่สามารถ

ควบคุมคนต่างด้าวที่พยายามหลีกเลี่ยงกฎหมายได้ เนื่องจากการไม่มีการพิจารณาถึงอำนาจการบริหารกิจการ และอำนาจการออกเสียงของผู้ถือหุ้น จึงเป็นช่องทางให้คนต่างด้าวหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยใช้วิธีให้ผู้ถือหุ้นคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หรือที่เรียกว่า นอมินี (Nominee) รวมถึงการใช้วิธีการจัดตั้งบริษัทโฮลดิ้งในลักษณะที่มีการถือหุ้นไว้ภายในบริษัทเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการโทรคมนาคมของคนต่างด้าว

สำหรับมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของไทยเปรียบเทียบกับในต่างประเทศจะพบว่า มาตรการการควบคุมคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมของประเทศแคนาดา มีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยใช้หลักเกณฑ์การกำหนดสัดส่วนในการถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง และหุ้นที่ถือของคนแคนาดาต้องเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเท่านั้น และมาตรการของประเทศสหรัฐอเมริกาในการประกอบกิจการโทรคมนาคม มีหลักเกณฑ์ในการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในทางอ้อม โดยพิจารณาจากอำนาจของคนต่างด้าวว่ามีอำนาจในการบริหารจัดการ หรือควบคุมบริษัททั้งในทางกฎหมาย และในทางปฏิบัติซึ่งจะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ เป็นรายกรณีไป

ดังนั้น เพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคม มีความรัดกุมและชัดเจน จึงควรกำหนดนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เฉพาะในพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2544 โดยกำหนดนิยาม “คนต่างด้าว” ที่คำนึงถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวมาเป็นข้อพิจารณาสำคัญ และต้องพิจารณาถึงหุ้นที่มีอำนาจออกเสียงลงคะแนนได้ ซึ่งจะมีผลต่ออำนาจการบริหารจัดการภายในบริษัทอย่างแท้จริง โดยนำตัวอย่างจากกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศแคนาดามาปรับใช้ให้มีความชัดเจนยิ่งขึ้น คือ จะพิจารณาจากทั้งสัดส่วนการถือหุ้นทางตรงและทางอ้อม โดยพิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมกิจการในทางปฏิบัติอีกทั้งยังมีหลักเกณฑ์การคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นทางอ้อมของคนต่างด้าว แตกต่างจากประเทศไทยที่ยังไม่มีการพิจารณาประเด็นของอำนาจในการบริหารจัดการ และในส่วนของ การถือหุ้นแทนคนต่างด้าวนั้นควรให้ความสำคัญแก่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่าหุ้นทุนทั่วไป