

## บทที่ 2

### ความหมาย ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะศึกษาถึงความหมาย ทฤษฎี และหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนี้

#### 2.1 การกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ

##### 2.1.1 องค์ประกอบคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทย

กฎหมายไทยมีการให้คำนิยามของคำว่า คนต่างด้าว ไว้แตกต่างกัน โดยมีการแยกพิจารณาไว้ 2 กรณี คือ กรณีบุคคลธรรมดา และกรณีนิติบุคคล ดังเช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติสัญชาติ เป็นต้น

ก) ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 แม้ว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้มีการยกเลิกไปแล้ว โดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ความหมายของคำว่า คนต่างด้าว ยังมีความหมายคล้ายกันอยู่ โดยหมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

ข้อ 3 ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

ข้อ 9 ห้ามมิให้คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาต หรือคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนในนิติบุคคลตามข้อ 3 เข้าเป็นหุ้นส่วน หรือผู้ถือหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทใดอื่น

เกินหนึ่งในสามของจำนวนหุ้นของบริษัท หรือเกินหนึ่งในสามของทุนของห้างหุ้นส่วนนั้น หรือชื่อ  
กิจการนั้นๆ ทั้งนี้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีในการอนุญาตนั้น อธิบดีจะกำหนดเงื่อนไข  
ใดๆ ก็ได้

ข) ประมวลกฎหมายที่ดิน แม้ว่าในมาตรา 97 จะมีได้ให้ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว”  
ไว้โดยตรง แต่ได้กล่าวถึงสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวไว้ดังนี้

มาตรา 97 นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าว  
เกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น  
เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้น  
นั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้น  
มีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน  
ของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนิน  
กิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

ค) พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ตามมาตรา 4 ได้ให้นิยามของคำว่า “คนต่างด้าว”  
หมายความว่า ผู้ซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย

ง) พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2551 ตามมาตรา 5 ได้ให้คำนิยามของ  
คำว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

จ) พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ตามมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามของคำว่า “คนต่าง  
ด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

ช) พระราชบัญญัติการทะเบียนคนต่างด้าว พ.ศ. 2493 ตามมาตรา 4 ได้ให้คำนิยามของ  
คำว่า “คนต่างด้าว” หมายความว่า คนซึ่งไม่มีสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ

ซ) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

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

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จากค่านิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สามารถแบ่งคนต่างด้าวออกเป็น 2 ประเภท คือ คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา กับคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคล<sup>1</sup> คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย ส่วนคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคล หมายถึง บุคคลที่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และกฎหมายอื่น<sup>2</sup> ดังนั้น นิติบุคคลตามกฎหมายได้แก่ บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด<sup>3</sup> ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญ รวมถึงมูลนิธิ และสมาคม ซึ่งนิติบุคคลเหล่านี้ไม่มีความสามารถในการทำนิติกรรม การทำนิติกรรมต่างๆ ต้องกระทำโดยผู้แทนของนิติบุคคลนั้นๆ<sup>4</sup>

<sup>1</sup> ชีร์ศักดิ์ เสถียรพานิช. (2542). *ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพย์สินที่ใช้ในการลงทุนของคนต่างด้าวกรณีเลิกหรือโอนกิจการในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 15.

<sup>2</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 65

“นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

<sup>3</sup> พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535. มาตรา 15.

“บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชนโดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดชอบจำกัดไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าวได้ระบุนความประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ”

<sup>4</sup> ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์. มาตรา 70.

“นิติบุคคลต้องมีผู้แทนคนหนึ่งหรือหลายคน ทั้งนี้ตามที่กฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งจะได้อำหนดไว้”

ความประสงค์ของนิติบุคคลย่อมแสดงออกโดยผู้แทนของนิติบุคคล”

## 2.1.2 องค์ประกอบคำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายต่างประเทศ

กฎหมายของต่างประเทศได้นิยามความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในพระราชบัญญัติต่างๆ เพื่อควบคุมการเข้ามาประกอบกิจการและรักษาผลประโยชน์สูงสุดของประเทศจากการประกอบกิจการของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นการบังคับใช้พระราชบัญญัติจากหน่วยงานที่ควบคุมโดยเฉพาะ

### 2.1.2.1 นิยามความหมายตามกฎหมายของสาธารณรัฐประชาชนจีน

บทบัญญัติมาตรา 2 ของกฎหมาย” Wholly Foreign Owned Enterprise Law of the People’s Republic of China” นั้นได้กำหนดความหมายของ “Wholly foreign-owned enterprises” ไว้ดังนี้

“Wholly foreign-owned enterprises referred to in this law mean enterprises within the territory of china in accordance with the relevant laws of china, the entire capital of which is invested by foreign investors. Such enterprises do not include branch offices established by foreign enterprises and other economic entities within the territory of china”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าวสามารถแปลความได้ว่า สิ่งที่ถูกกฎหมายนี้เรียกว่า “วิสาหกิจทุนต่างประเทศ” หมายถึง วิสาหกิจที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศจีน โดยเงินทุนทั้งหมดลงทุนโดยผู้ลงทุนต่างประเทศตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศจีน แต่ไม่รวมถึงวิสาหกิจและองค์กรเศรษฐกิจอื่นๆ ของต่างประเทศที่เป็นองค์กรสาขาที่อยู่ในประเทศจีน<sup>5</sup>

### 2.1.2.2 นิยามความหมายตามกฎหมายของประเทศแคนาดา

คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” ในบทบัญญัติ The Investment Canada Act 1985 มีบัญญัติในมาตรา 3 ซึ่งได้บัญญัติว่า “Non-Canadian means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian”

จากบทบัญญัตินี้ดังกล่าว แปลความหมายได้ว่า “ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” หมายถึง บังเจกชน รัฐบาล หน่วยงาน หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ใช่นิติบุคคลแคนาดา<sup>6</sup>

<sup>5</sup> กิติ ปิลันธนดิถก. (2549). *กฎหมายการลงทุนในประเทศจีน* (พิมพ์ครั้งที่ 1). กรุงเทพฯ: บริษัท ไทยยูเนี่ยน กราฟิกส์ จำกัด. หน้า 1.

<sup>6</sup> พรพิมล ยะโลมพันธ์. (2551). *ปัญหากฎหมายและการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. การศึกษาอิสระ หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 61

## 2.2 ประวัติความเป็นมาในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในสมัยรัฐบาลจอมพลถนอม กิตติขจร เป็นนายกรัฐมนตรี ประเทศไทยมีการพัฒนาทางเศรษฐกิจจากภาคเกษตรกรรม เปลี่ยนมาเป็นภาคอุตสาหกรรมและส่งเสริมการส่งออกเพื่อเป็นรายได้หลักของประเทศ รวมทั้งประเทศไทยมีนโยบายในการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ และได้มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุนออกมาบังคับใช้ ซึ่งปรากฏว่าเดิมแรงงานต่างด้าวและนักธุรกิจต่างด้าวจำนวนมากเข้าทำงานและเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยเป็นจำนวนมากขึ้น ทำให้เกิดการแย่งงานของแรงงานไทยและแย่งธุรกิจของคนไทย ซึ่งในขณะนั้นคนไทยมีความสามารถทางด้านวิชาการและการประกอบอาชีพต่างๆ ได้มากยิ่งขึ้น แต่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายในการควบคุมการทำงาน หรือควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว รัฐบาล (คณะปฏิวัติ) เห็นว่าสมควรออกกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อประโยชน์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อประโยชน์ของคนไทย และเพื่อรักษาอุตสาหกรรม การค้าและเศรษฐกิจของประเทศ จึงได้มีประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ออกมาบังคับใช้เป็นกฎหมายในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือชาวต่างชาติ โดยมีสาระสำคัญดังนี้<sup>7</sup>

1. ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจ โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำกับรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งหมายความว่า คนต่างด้าวดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้บังคับของประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้

2. กำหนดคำนิยามของคนต่างด้าวไว้คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึงนิติบุคคลซึ่งมีทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่ หุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

3. กำหนดประเภทธุรกิจไว้เป็นสามบัญชี คือ บัญชี ก บัญชี ข และ บัญชี ค โดยห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ตามบัญชี ก และบัญชี ข เว้นแต่จะมีพระราชกฤษฎีกาอนุญาตประเภทตามบัญชี ค จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนให้ประกอบธุรกิจตามบัญชีนี้ได้เพียงแต่แจ้งขอหนังสือรับรองต่ออธิบดี

<sup>7</sup> นราฤทธิ กาแก้ว. (2554). *การศึกษาปัญหาของข้อกฎหมายบางประการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 14-27.

ในช่วงที่ใช้ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว มีการตราพระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี ก และบัญชี ข ได้ 3 ฉบับ คือ

(1) พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชี ข ได้ โดยขอหนังสือรับรองจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า

(2) พระราชกฤษฎีกาอีกฉบับหนึ่ง อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ตามบัญชี ก และ ข ได้เป็นการชั่วคราว โดยอนุญาตให้คนต่างด้าวที่เข้ามาดำเนินการเกี่ยวกับการจัดประชุมสัมมนา จัดแสดงนิทรรศการ หรือเพื่อแสดงความเห็น หรือสาธิตในการประชุมสัมมนาและนิทรรศการ ประกอบธุรกิจประเภทใดประเภทหนึ่งในบัญชี ก หรือบัญชี ข ได้เป็นการชั่วคราวไม่เกิน 30 วัน

(3) พระราชกฤษฎีกาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจหลักทรัพย์ ประเภทการเป็นนายหน้าซื้อขายหลักทรัพย์ ตามบัญชี ก ได้

เมื่อประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีผลใช้บังคับ มีผลให้บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เข้าข่ายเป็นคนต่างด้าวตามคำนิยามของคนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องอยู่ในบังคับของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 คือ ประกอบธุรกิจตามบัญชี ก หรือ ข ไม่ได้ เว้นแต่ธุรกิจตามที่พระราชกฤษฎีกากำหนดไว้ ส่วนธุรกิจตามบัญชี ค ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า และต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด เว้นแต่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือโดยความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับต่างประเทศ ได้รับการยกเว้น ไม่อยู่ในบังคับของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ไม่ต้องขออนุญาต และไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขใดๆ ทั้งสิ้น ซึ่งเป็นช่วงดังกล่าวมีเพียงสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 มีผลให้คนชาติอเมริกัน บริษัทหรือวิสาหกิจอเมริกันสามารถประกอบธุรกิจได้ โดยไม่อยู่ในบังคับของประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ยกเว้นการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการคมนาคม การขนส่ง การทำหน้าที่รับดูแลทรัพย์สินเพื่อประโยชน์ของผู้อื่น การธนาคารที่เกี่ยวกับการทำหน้าที่รับฝากเงิน การแสวงหาประโยชน์จากที่ดินหรือทรัพยากรธรรมชาติอื่น หรือการค้าภายในเกี่ยวกับผลิตผลทางเกษตรพื้นเมือง

หลังจากที่มีการใช้ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีการแก้ไขเพิ่มเติม 2 ครั้ง คือ

ครั้งที่ 1 มีการแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อ ปี 2521 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2521 โดยเพิ่มเติมบทบัญญัติให้คนต่างด้าวที่เข้ามาในราชอาณาจักรโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศ หรือรอการเนรเทศ คนต่างด้าวที่เกิดใน

ประเทศไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย หมายถึงคนต่างด้าวที่อพยพหลบหนีเข้าเมืองสามารถประกอบธุรกิจได้บางประเภทและเฉพาะในท้องที่ที่ประกาศเท่านั้น

ครั้งที่ 2 มีการแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2535 โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 พ.ศ. 2535 ทั้งนี้ สืบเนื่องจากมีกรณีปัญหาการตีความของนิติบุคคลที่ถือเป็นคนต่างด้าว โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตีความเรื่องสัดส่วนการถือหุ้น กรณีของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด สาระสำคัญได้ว่า

ในการพิจารณาสัดส่วนของคนต่างด้าวใน “ด้านทุน” (ตามคำนิยาม คำว่า “คนต่างด้าว” แห่งประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281) จำเป็นต้องวินิจฉัยโดยพิจารณาเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ต้องการให้คนต่างด้าวประกอบกิจการประเภทที่กำหนดการแข่งขันกับคนไทย และหากพิจารณาเฉพาะทุนที่คนต่างด้าวนำมาลงในบริษัทด้วยตนเอง โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่ออำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคล โดยไปถือหุ้นผ่านบริษัทอื่นแทน ดังนั้นคณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทยที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท (การถือหุ้นโดยบริษัท โฮลดิ้ง หรือการถือหุ้นทางอ้อม) กับสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยตรงในบริษัทแล้วทำให้ทุนต่างด้าวมียู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนของบริษัท ดังนั้น บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงมีฐานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามประกาศของคณะปฏิวัติตามข้อ 3 (1) ซึ่งหมายถึง นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวลงทุน (ถือหุ้น) ในนิติบุคคลนั้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนด้วยตนเองโดยตรง หรือโดยอ้อม (ผ่านบริษัท โฮลดิ้ง)

ผลจากการตีความดังกล่าว ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศเป็นอันมาก เนื่องจากในประเทศไทยมีบริษัทที่มีสัญชาติเป็นคนต่างด้าว หากนับรวมกับการถือหุ้นทางอ้อมด้วยเป็นจำนวนมาก รัฐบาลสมัยนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี จึงได้ตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 โดยยกเลิกคำนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามข้อ 3 (1) แห่งประกาศของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 และใช้ข้อความต่อไปนี้แทน

“คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งมีทุนอันเป็นทุนจดทะเบียนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือ โดยคนต่างด้าว หรือ นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวนั้น จะพิจารณาจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้นๆ เพียงชั้นเดียว โดยจะไม่พิจารณาไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลคนอื่น ๆ ที่เข้ามาร่วมลงทุนในนิติบุคคลนั้น จึงเข้าหลักเกณฑ์สัดส่วน การถือหุ้นคนไทยกับต่างชาติดีร้อยละ 49 : 51 ตามที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้การพิจารณาความหมายของคนต่างด้าวเปลี่ยนไป กล่าวคือ พิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวจากการถือหุ้นและทุนในนิติบุคคลนั้นเพียงชั้นเดียว (โดยตรง) โดยไม่พิจารณาถึงทุนทั้งหมดของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นๆ ที่เข้ามาถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น กล่าวคือ ไม่พิจารณาถึงการถือหุ้นและทุนโดยอ้อมผ่านบริษัทโฮลดิ้งที่มีสัญชาติไทยนั่นเอง ดังนั้น การพิจารณาความหมายของคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 แก้ไขเพิ่มเติมฉบับที่ 2 พ.ศ. 2535 ในส่วนของนิติบุคคลจึงพิจารณาจาก “สัดส่วนของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้น (จำนวนผู้ถือหุ้น)” และ “สัดส่วนเงินลงทุนของคนต่างด้าวที่ลงทุน (ถือหุ้น) เองโดยตรงในนิติบุคคลนั้น” เท่านั้น

ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ประกาศใช้มาตั้งแต่ปี 2515 บทบัญญัติบางส่วน ล้าสมัยไปตามกาลเวลา บทบัญญัติบางส่วนมีช่องโหว่ จึงมีการพยายามแก้ไขปรับปรุงประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ให้เหมาะสมยิ่งขึ้นเหมาะกับการเวลาตั้งแต่ปี 2538 แต่มาแก้ไขสำเร็จในปี 2542 โดยตราเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

หลักการสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่ออกใช้แทนประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ยังคงหลักการส่วนใหญ่ไว้คล้ายกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 มีเปลี่ยนแปลงหลักการสำคัญบางประการ คือ

- 1) ไม่มีบทยกเว้นไม่ให้กฎหมายใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลเป็นการเฉพาะกาล หรือตามความตกลงที่รัฐบาลไทยทำไว้กับต่างประเทศ
- 2) มีการกำหนดคำนิยามของคนต่างด้าวให้ชัดเจนขึ้นกว่าที่กำหนดไว้ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281
- 3) มีการกำหนดประเภทธุรกิจเป็น 3 บัญชี คือบัญชีหนึ่ง ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ บัญชีสอง ต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะกรรมการ และบัญชีสาม ต้องขออนุญาตต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
- 4) กำหนดให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทย ไม่ว่าจะ เป็นธุรกิจนอกบัญชี หรือในบัญชี ต้องมีทุนขั้นต่ำตามที่กำหนดไว้ หากเป็นคนต่างด้าวที่ไม่ใช่นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ทุนขั้นต่ำต้องเป็นเงินตราต่างประเทศที่ต้องนำเข้ามาใช้ประกอบธุรกิจ
- 5) มีการกำหนดระยะเวลา การพิจารณาอนุญาตต้องไม่เกิน 60 วัน
- 6) มีการกำหนดเงื่อนไขคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตต้องปฏิบัติ รวมทั้งการถ่ายทอดเทคโนโลยี



7) มีการกำหนดโทษผู้ฝ่าฝืนโดยเพิ่มโทษให้หนักกว่าที่กำหนดไว้ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งมีเพียงโทษปรับ ให้มีโทษจำคุกด้วย สูงสุดจำคุก 3 ปี

### 2.3 แนวคิดในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

แนวคิดในทางเศรษฐศาสตร์ได้กล่าวไว้ว่า ไม่มีประเทศใดให้เสรีในการประกอบธุรกิจแก่คนต่างด้าวโดยไม่มีขอบเขตจำกัด ไม่ว่าภายใต้กรอบความตกลงระหว่างประเทศในพันธกรณีเปิดตลาดการค้าเสรี โดยมีเงื่อนไขให้ปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่เลือกปฏิบัติกับชาติใดชาติหนึ่งให้แตกต่างกันก็ตาม แต่ปรากฏว่าทุกประเทศยังต้องกำหนดขอบเขตในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อคุ้มครองการประกอบธุรกิจของประชาชนของประเทศนั้น สาเหตุที่ต้องคุ้มครองการประกอบธุรกิจของประชาชนของประเทศ เนื่องจากข้อจำกัดด้านทรัพยากรทางเศรษฐกิจของแต่ละประเทศ เช่น มีที่ดินจำกัด มีแร่ธาตุจำกัด มีผู้ซื้อจำกัด เป็นต้น หากปล่อยให้คนต่างด้าวช่วงชิงโอกาสการประกอบธุรกิจของคนในประเทศ อาจส่งผลต่อการประกอบธุรกิจของคนในชาติ ซึ่งหากไม่มีข้อจำกัดด้านทรัพยากรทางเศรษฐกิจก็ไม่จำเป็นต้องมีการจำกัดขอบเขตของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว\*

ทรัพยากรทางเศรษฐกิจที่มีอยู่อย่างจำกัด หรือมีน้อยกว่าความต้องการของประชาชนได้แก่

(1) ข้อจำกัดของทรัพยากรธรรมชาติ สืบเนื่องจากการผลิตสินค้าและบริการต้องใช้ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น การผลิตรถยนต์ต้องใช้เหล็ก ยาง และสี ซึ่งส่งเหล่านี้ได้มาจากดินโดยตรงหรือต้องอาศัยดินเป็นปัจจัยการผลิต การค้าปลีกต้องมีอาคารร้านค้า ซึ่งร้านค้าต้องใช้คอนกรีตและเหล็กอันได้มาจากพื้นโลก แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิ่งเหล่านี้มีอยู่จำกัดและไม่มีประเทศใดมีทรัพยากรในดินมากมายจนใช้ไม่หมด สำหรับในส่วนของการเกษตรต้องใช้ทั้งพื้นที่ในอาณาบริเวณที่กว้างขวาง และดินที่มีความอุดมสมบูรณ์ รวมทั้งอากาศและน้ำที่เหมาะสมซึ่งสิ่งต่างๆ เหล่านี้ล้วนแล้วมีจำกัด

(2) ความจำกัดของตลาดสินค้าและบริการ ในระบบเศรษฐกิจแบบการตลาด ซึ่งเมื่อผลิตสินค้าหรือบริการแล้ว ต้องมีตลาดรองรับ กล่าวคือ ต้องมีผู้บริโภค โดยในกรณีที่ความต้องการของผู้บริโภคมีน้อยกว่าสินค้าที่ผลิต สินค้าจะล้นตลาด ผู้ผลิตจึงไม่อาจจำหน่ายสินค้าได้หมดหรืออาจจำหน่ายสินค้าได้ในราคาที่ต่ำกว่าปกติ ซึ่งอาจถึงกับขาดทุน ความได้สัดส่วนของปริมาณสินค้า

\* ศรีัญญา ไชยประเสริฐ. (2543). *การบังคับใช้ร่วมกันของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปริติ พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 6-9.

ที่ต้องการจำหน่าย กับปริมาณสินค้าที่ผู้บริโภคต้องการซื้อ หรือที่เรียกว่าดุลยภาพตลาดจึงเป็นเรื่องสำคัญ ดังนั้น จึงไม่ควรให้เกิดภาวะสินค้าล้นตลาดหรือขาดตลาด การให้เสรีแก่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจอาจเป็นการเพิ่มสินค้าในตลาดจนมีผลให้สินค้าเกินความต้องการของตลาด ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประชาชนเจ้าของประเทศที่ไม่อาจจำหน่ายสินค้าได้หมด หรือราคาสินค้าตกต่ำ หรือทั้งสองประการจนกระทั่งขาดทุน กล่าวคือ การที่คนต่างด้าวเข้าช่วงชิงโอกาสในการประกอบธุรกิจในประเทศ แม้จะมีผลดีด้านการตอบสนองความต้องการของผู้บริโภค แต่ก็ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการภายในประเทศด้วย

จากเหตุผลที่ว่า ผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวช่วงชิงโอกาสการประกอบธุรกิจของประชาชนในประเทศโดยการแย่งชิงทรัพยากรธรรมชาติและช่วงชิงตลาด ดังนั้น ประเทศต่างๆ จึงจำเป็นต้องมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แม้ว่าประเทศส่วนใหญ่ได้ใช้มาตรการในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว แต่อีกด้านหนึ่งได้ใช้มาตรการในการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าว ด้วยเหตุผลในหลายประการ คือ

1) ต้องการสินค้าหรือบริการที่ใช้เงินลงทุนหรือเทคโนโลยีสูง ซึ่งเกินความสามารถของผู้ประกอบธุรกิจในประเทศ เช่น การก่อสร้างรถไฟฟ้าใต้ดิน การวางระบบสื่อสารดาวเทียม การขุดน้ำมัน เป็นต้น ธุรกิจดังกล่าวต้องลงทุนมหาศาลและมีตลาดในประเทศมีน้อยมาก ไม่เหมาะกับผู้ประกอบธุรกิจของประเทศที่กำลังพัฒนาจะลงทุน จึงมีความต้องการเงินทุนของต่างด้าวมาดำเนินในกิจการดังกล่าว

2) เหตุผลในความต้องการผู้มีความรู้ ความสามารถในเทคโนโลยีขั้นสูงที่ประเทศตนขาดแคลน เช่นวิศวกร นักวิชาการ ผู้มีประสบการณ์ด้านการบริหารจัดการ โดยในประเทศกำลังพัฒนาจะมีความต้องการผู้มีความรู้ความสามารถในเทคโนโลยีขั้นสูงมาก ซึ่งความต้องการดังกล่าวจะลดระดับลงเมื่อประเทศได้พัฒนาไปแล้วในระดับหนึ่ง

3) เหตุผลที่ต้องการเงินตราจากต่างประเทศ ซึ่งประเทศกำลังพัฒนารวมทั้งประเทศไทยมีความต้องการเงินตราจากต่างประเทศ ซึ่งอาจเข้ามาโดยการเคลื่อนย้ายเงินทุนคือเงินตราต่างประเทศแล้วแลกเปลี่ยนเป็นเงินท้องถิ่นเพื่อใช้จ่ายในประเทศที่มาประกอบธุรกิจ โดยรัฐบาลของเจ้าของประเทศอาจจะต้องการเงินตราต่างประเทศไปใช้ซื้อสินค้าต่างประเทศเอง หรือต้องการให้เงินตราหมุนเวียนเพื่อให้ประชาชนในประเทศของตนแลกเปลี่ยนไปซื้อสินค้าต่างประเทศ อันจะเป็นการบรรเทาความขาดแคลนเงินตราต่างประเทศได้ในระยะหนึ่งแม้จะเป็นระยะเวลาสั้นๆ เนื่องจากผู้ประกอบธุรกิจต่างด้าวจะนำเงินท้องถิ่นแลกเปลี่ยนเป็นเงินตราต่างประเทศและนำออกประเทศเป็นจำนวนที่สูงกว่าจำนวนเงินที่นำเข้ามาเป็นส่วนใหญ่

## 2.4 ความหมาย วัตถุประสงค์ และลักษณะของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หรือนอมินี (Nominee)

เมื่อกล่าวถึงการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว จะหมายถึง การนำชื่อคนไทย หรือบริษัทโฮลดิ้ง โดยใช้ให้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย เทียบเคียงได้กับคำว่า “นอมินี (Nominee)” และหมายความรวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เข้ามาประกอบธุรกิจที่เป็นการต้องห้าม หรือข้อจำกัดในการถือหุ้นของคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้เกือบทุกประเภทเช่นเดียวกับคนไทย

### 2.4.1 ความหมายของคำว่า “การถือหุ้นแทนคนต่างด้าว” หรือ “ตัวแทนอำพราง” หรือ “นอมินี (Nominee)”

คำว่า “ตัวแทนอำพราง” ไม่ปรากฏความหมายตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย มีเพียงคำว่า “ตัวแทน” ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554<sup>9</sup> หมายถึง 1) บุคคลผู้มีอำนาจทำการแทนบุคคลอื่น 2) ชื่อสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ตัวการ และตัวแทน ตกลงจะทำการนั้น 3) บุคคลผู้มีอำนาจทำการแทนบุคคลอื่นตามกฎหมาย

นอกนี้แล้วประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติคำว่า สัญญาตัวแทน และตัวแทนชัดไว้ดังนี้

มาตรา 797 “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น”

มาตรา 821 “บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี รู้แล้วยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ดี ท่านว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

สตณี อาชวณันท์กุล<sup>10</sup> ได้อธิบายการใช้ นอมินีในตลาดหุ้นไทย หมายถึง บุคคลหรือนิติบุคคลที่ถือหลักทรัพย์แทนบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริงและเป็นผู้ได้รับประโยชน์แท้จริงจากหลักทรัพย์นั้น โดยวัตถุประสงค์ของการใช้นอมินีสามารถมองได้สองทางทั้งที่เป็นไปในทางสุจริตและทุจริต โดยการใช้ นอมินีในทางสุจริตจะใช้เพื่อการดำเนินบางประการ โดยไม่มี

<sup>9</sup> พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2554 ฉบับที่ 2 พ.ศ. 2556. หน้า 487.

<sup>10</sup> สตณี อาชวณันท์กุล. (2549). *การใช้ นอมินีในตลาดหุ้นไทย หลักฐานและผลกระทบต่อกฎตลาดหุ้นไทย*. เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง การปฏิรูปตลาดทุนกับการลดความเหลื่อมล้ำในสังคม. กรุงเทพฯ: เปนไท. หน้า 46.

วัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น ความสะดวกในการซื้อขายหุ้นในครอบครัวเดียวกัน เพื่อรักษาความลับในการลงทุน โดยเฉพาะนักลงทุนชาวต่างชาติ เพื่อความสะดวกและคล่องตัวในการบริหารพอร์ตในการลงทุน การเป็นนอมินีโดยธรรมชาติของการลงทุนธุรกิจ เป็นต้น ส่วนการใช้ นอมินีเพื่อการทุจริตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย การปันหุ้น การฟอกเงิน เป็นต้น

ประสาธ บุญท้าว<sup>11</sup> ได้อธิบายความหมายของ นอมินี หมายถึง การที่บุคคลใดถือหุ้นและดำเนินการแทนนิติบุคคล โดยกำหนดเงื่อนไข โครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อนเพื่อนำไปสู่สัดส่วนการถือหุ้นที่มากกว่ากฎหมายกำหนด

คำว่า “Nominee” ภายใต้ Black’s Law Dictionary<sup>12</sup> ได้ให้คำนิยาม นอมินี หมายถึง บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการแทนบุคคลอื่นซึ่งโดยทั่วไปใช้ในกรณีเฉพาะ และอาจหมายถึงคู่สัญญาซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่สำคัญเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลอื่นหรือบุคคลซึ่งได้รับหรือจำหน่ายเงินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น หรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการเลือกตั้งหรือบุคคลที่มีชื่อในการลงทะเบียนเป็นเจ้าของหลักทรัพย์แทนบุคคลอื่นที่เป็นเจ้าของตัวจริงอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า นอมินี ในภาษาอังกฤษนั้นมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับบริบทที่ใช้ในแต่ละเรื่องซึ่งอาจนำมาใช้ได้ทั้งในเชิงบวกและในเชิงลบได้เช่นกัน ทั้งนี้ พบว่ามีการใช้นอมินีเพื่อเป็นเครื่องมือที่ส่อไปในทางทุจริต โดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงการเสียภาษี การฟอกเงิน การถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การเป็นตัวแทนถือหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

#### 2.4.2 วัตถุประสงค์ของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

วัตถุประสงค์ของการถือหุ้นในประเทศไทย สามารถแบ่งออกได้ดังนี้

1) เพื่อรักษาความลับ เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุนเพื่อประกอบธุรกิจ แต่ไม่ต้องการใช้ชื่อเสียงของตน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดผลเสียแก่บริษัทที่ตนเองถือหุ้นอยู่ ซึ่งบางคนอาจจะเป็นนักการเมือง หรือข้าราชการในระดับสูง จึงจำเป็นต้องลงทุนประกอบธุรกิจ โดยการตั้งนอมินีแทนเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว

<sup>11</sup> ประสาธ บุญท้าว. (2549). “นอมินี (Nominee) ตัวดีหรือตัวร้าย”. *วารสารรอบรั้วมหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ความรู้สู่โลกกว้าง*. 12(133). หน้า 16.

<sup>12</sup> Nominee is defined by Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009). as “ a person designated to act in place of another, usu. in a very limited way” and as “ a party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the enefit of others.” as well as a person who is proposed for an office, membership, award, or like title or status.”

2) เพื่อผลประโยชน์ทางด้านภาษี นักลงทุนต่างด้าวเมื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องเสียภาษีสำหรับเงินปันผลร้อยละ 10 เหมือนกับคนไทย หากคนต่างด้าวจะถอนเงินปันผลในส่วนที่รับกลับไปยังประเทศของตนเองหากประเทศของนักลงทุนต่างด้าวไม่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย นักลงทุนต่างด้าวก็ต้องถูกบังคับให้เสียภาษีซ้ำซ้อนอีกครั้งในฐานะผู้มีรายได้ แต่ถ้านักลงทุนต่างด้าวซื้อหุ้นผ่านบริษัทนอมินีที่ตั้งอยู่ในประเทศที่มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศไทย เช่น สาธารณรัฐสิงคโปร์ สหรัฐอเมริกา และประเทศเหล่านี้ก็มีอนุสัญญาภาษีซ้อนกับประเทศของนักลงทุนต่างด้าว เมื่อบริษัทนอมินีรับเงินปันผลและโอนเงินให้นักลงทุนต่างด้าว นักลงทุนต่างด้าวก็ไม่ต้องเสียภาษีซ้ำซ้อน เรียกได้ว่าเป็นการใช้นอมินีเข้ามาเชื่อมผลประโยชน์ทางด้านภาษี<sup>13</sup>

3) เพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงและหลีกเลี่ยงการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามบัญญัติท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เนื่องจากตามกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดในการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว เช่น ให้นักต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 คนต่างด้าวจึงใช้วิธีการให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง

#### 2.4.3 ลักษณะของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

การกระทำในลักษณะของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในประเทศไทยซึ่งถือว่าเป็นการกระทำผิดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วยการใช้ชื่อคนไทยหรือบริษัทโฮลดิ้งเข้ามาถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อเป็นการอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง หรือนอมินี อันเป็นการช่วยเหลือให้คนต่างด้าวหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดในการถือหุ้นของคนต่างด้าว ส่งผลให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้เช่นเดียวกับคนไทย โดยมีลักษณะดังนี้

1) การใช้ชื่อบุคคลที่มีสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว การถือหุ้นแทนเพื่ออำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าว วิธีนี้นิยมใช้กันมากโดยคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาติให้คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่ง หรือเป็นธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้าประกอบธุรกิจในประเทศไทย คนต่างด้าวก็จะใช้วิธีหาบุคคลสัญชาติไทยหรือบริษัทไทยเข้ามาถือหุ้นร้อยละ 51 หรือมากกว่านั้นในบริษัทที่ตั้งขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทย หรือจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อจะนำไปถือหุ้นในบริษัทอื่น โดยเจตนาให้บริษัทอื่นนั้นหลีกเลี่ยงข้อห้าม หรือข้อจำกัดในการถือหุ้นตามกฎหมาย ซึ่งผู้ถือหุ้นดังกล่าวจะเป็นผู้ถือหุ้นทางนิตินัยเท่านั้น แต่มิได้มีอำนาจบริหารจัดการ หรือได้รับส่วนแบ่งหรือผลประโยชน์ตามสัดส่วนของการถือหุ้นทางนิตินัยแต่อย่างใด เช่น ในกรณีของบริษัทกฤษดาแก้ว ซึ่งนอกจากจะจำกัดสิทธิในการออก

<sup>13</sup> บรรจง วิทยาวิรัศักดิ์. (2546). *กลไกการเงิน*. กรุงเทพฯ: เนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป. หน้า 55.

เสียงของผู้ถือหุ้นของคนไทยแล้ว ผู้ถือหุ้นคนไทยสองรายที่ถือหุ้นรวมกันร้อยละ 51 กลับได้รับเงินปันผลเพียงร้อยละ 3 ของเงินลงทุนเท่านั้น ซึ่งถือว่าเป็นอัตราที่ต่ำกว่าการลงทุนในทรัพย์สินที่ความเสี่ยงน้อยกว่า เช่น พันธบัตรรัฐบาลซึ่งมีอัตราดอกเบี้ยตอบแทนมากกว่าร้อยละ 4 ข้อกำหนดดังกล่าวจึงแสดงให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นคนไทยอาจเป็นเพียงผู้ถือหุ้นแทนผู้ถือหุ้นต่างด้าว หรือนอมินี เท่านั้น<sup>14</sup>

การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวอาจทำได้โดยการนำเอาบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทยหรือบริษัทไทย ถือหุ้นร้อยละ 51 แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวโดยบริษัทนี้จะประกอบธุรกิจที่กฎหมายห้ามโดยตรงและเป็นการหลบเลี่ยงกฎหมายโดยการใช้ชื่อบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

2) การถือครองหุ้นหลายลำดับชั้น การเป็นนิติบุคคลต่างด้าวจดทะเบียนตามกฎหมายโดยคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 ในบริษัท A ซึ่งเป็นนิติบุคคลไทยตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพราะมีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่ง ต่อมาบริษัท A ไปถือหุ้นในบริษัท B ร้อยละ 51 และในขณะเดียวกัน บริษัท C ก็เป็นผู้ถือหุ้นในบริษัท B ร้อยละ 49 ซึ่งเป็นการถือหุ้นหลายลำดับชั้น (หุ้นแบบสะสม) เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้ จะเห็นได้ว่ามีส่วนการถือหุ้นเป็นนิติบุคคลไทยทุกประการ แต่หากมีการคำนวณของการถือหุ้นแล้วจะพบว่าเป็นการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากในบริษัท B คือ บริษัท C ซึ่งเป็นนิติบุคคลต่างด้าว เป็นการเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวในลักษณะหนึ่ง<sup>15</sup>

3) การควบคุมด้านผู้ถือหุ้น กรณีการใช้ชื่อบุคคลอื่นประกอบธุรกิจแทนคนต่างด้าวในลักษณะใช้วิธีการควบคุมการถือหุ้นเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบกิจการที่มีข้อจำกัดในการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามกฎหมาย ซึ่งตามปกติในการประชุมผู้ถือหุ้นสามารถผ่านเสียงข้างมาก เว้นแต่เป็นมติพิเศษตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1194 ดังนั้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อยสามารถมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการในทุกเรื่อง ดังนี้

<sup>14</sup> เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ สุณีพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล. (2549). *นอมินี*. กรุงเทพฯ: open book. หน้า 55.

<sup>15</sup> อัญญาณี นวลรัตน์. (2551). *ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับนิติบุคคลต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542*. สารนิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 18.

(1) การกำหนดข้อบังคับของบริษัทให้คนไทยที่ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วยสิทธิในการออกเสียง วิธีการหนึ่งที่ใช้ในการทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ถึงแม้ว่าคนไทยจะถือหุ้นบุริมสิทธิร้อยละ 51 แต่มีการกำหนดสิทธิออกเสียง 2 หุ้น เท่ากับสิทธิออกเสียง 1 เสียง ส่วนหุ้นสามัญที่ผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าว ร้อยละ 49 มีสิทธิออกเสียง 1 หุ้น เท่ากับ 1 เสียง เมื่อนำสัดส่วนมาเทียบกันจะพบว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าวที่ถือหุ้นน้อยกว่าแต่กลับมีสิทธิออกเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย และมีอำนาจในการควบคุมบริษัท โดยคนต่างด้าว

(2) การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยมีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย กล่าวคือ การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท เป็นการควบคุมผู้ถือหุ้นในเรื่องสิทธิการออกเสียงในที่ประชุมโดยให้คนต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยกว่า แต่เมื่อพิจารณาถึงสิทธิลงมติโดยรวมแล้วปรากฏว่าคนต่างด้าวมีเสียงมากกว่าผู้ถือหุ้นคนไทย นับว่าเป็นแนวทางหนึ่งที่คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยในบริษัทมีอำนาจในการบริหารหรือมีอำนาจควบคุมการดำเนินงานกิจการต่างๆ ในบริษัท อาจมีการทำสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หรือการกำหนดหุ้นบุริมสิทธิในข้อบังคับ เช่น กำหนดให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิ ร้อยละ 49 มีสิทธิในการออกเสียงลงมติ 1 หุ้น เท่ากับมีสิทธิออกเสียง 10 เสียง ส่วนผู้ถือหุ้นคนไทยที่ถือหุ้นสามัญร้อยละ 51 มีสิทธิออกเสียงลงมติ 1 หุ้น เท่ากับมีสิทธิออกเสียง 1 เสียง ทำให้ผู้ถือหุ้นคนต่างด้าวกลายเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงข้างมาก มีอำนาจในการควบคุมบริษัทโดยปริยาย

(3) การกำหนดไว้ว่าทุกมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ไว้ในข้อบังคับของบริษัท การควบคุมผู้ถือหุ้น โดยการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่า มติทุกชนิดของที่ประชุมผู้ถือหุ้น จำต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยซึ่งคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ด้วย เช่นนี้จะไม่น่าหลีกเลี่ยงเรื่องการผ่านมติโดยเสียงข้างมากธรรมดามาใช้ เช่น การกำหนดว่าทุกมติต้องได้รับคะแนนเสียงเท่ากับ ร้อยละ 60 ของทุนจดทะเบียน<sup>16</sup> การกำหนดในข้อบังคับตามที่กล่าวมานี้จึงเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถหลบเลี่ยงกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวอีกวิธีหนึ่ง

(4) การมอบฉันทะด้วยการให้ผู้ถือหุ้นต่างมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ซึ่งเป็นวิธีที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถใช้สิทธิลงคะแนนเสียงในทิศทางที่ตนเองกำหนดได้ โดยจะเห็นได้ว่าแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยร้อยละ 49 และคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากร้อยละ 51

<sup>16</sup> ศิริพงษ์ ศุภกิจจานุสรณ์. (2533). "ผู้ถือหุ้นข้างน้อยควบคุมบริษัทได้อย่างไร". *บทบัณฑิตย*. 46(4). หน้า 70.

ดังนั้นจึงให้ผู้ถือหุ้นคนไทยทำหน้าที่เสมือนพันธะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นแทน เมื่อผู้ถือหุ้นคนไทยยอมทำหน้าที่เสมือนพันธะให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าวแล้ว สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นและความสามารถในการควบคุมเสียงข้างมากในการลงมติที่ประชุมอย่างเด็ดขาดและถูกต้องตามกฎหมายจึงกลายเป็นของผู้ถือหุ้นต่างด้าว การมอบพันธะวิธีนี้เป็นลักษณะหนึ่งที่ใช้ในการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือหุ้นของคนต่างด้าว

4) การกำหนดให้จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการคนไทย หรือประธานกรรมการเป็นคนต่างด้าว การกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทว่าจะต้องมีกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวในสัดส่วนที่มากกว่ากรรมการที่เป็นคนไทย หรือประธานกรรมการต้องเป็นคนต่างด้าว วิธีการนี้เป็นการอาศัยช่องว่างของกฎหมายเข้ามาประกอบธุรกิจที่กำหนดห้ามคนต่างด้าวมาประกอบธุรกิจ หรือเข้ามาถือหุ้นเกินสัดส่วนในนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจที่มีข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ เช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ ซึ่งมีผลให้อำนาจการออกเสียงในการบริหารจัดการในที่ประชุมของคณะกรรมการของบริษัทกลายเป็นของคนต่างด้าว ทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการควบคุมหรือเป็นผู้มีอำนาจในการตัดสินใจให้บริษัทเป็นไปในทิศทางที่ตนต้องการ แม้ว่าคนต่างด้าวจะมีผู้ถือหุ้นน้อยกว่าผู้ถือหุ้นคนไทยก็ตาม โดยกรรมการมีหน้าที่ดำเนินกิจการในนามของบริษัทตามขอบเขตวัตถุประสงค์ข้อบังคับของบริษัท ซึ่งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการกำหนดจำนวนกรรมการในนิติบุคคลสำหรับกรณีที่คนต่างด้าวต้องการที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจไว้ในมาตรา 15 เท่านั้น แต่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวในบัญชีที่หนึ่งและบัญชีที่สามไม่ได้มีการกำหนดจำนวนกรรมการไว้

มาตรา 15 คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

5) การตั้งบริษัทขึ้นใหม่เข้ามาถือหุ้นในบริษัทอื่น ซึ่งเป็นการนำเอาบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่นและใช้บริษัทอื่นนี้เป็นบริษัทประกอบธุรกิจที่ต้องห้าม เพราะบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่โดยมีสัดส่วนจำนวนบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย หรือบริษัทไทยถือหุ้นร้อยละ 51 (แต่เป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อเลี่ยงกฎหมาย) บริษัทใหม่นี้ย่อมเป็นบริษัทสัญชาติไทยตาม



พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้นเมื่อบริษัทใหม่เข้าไปถือหุ้นในบริษัทอื่น บริษัทอื่นย่อมได้สัญชาติไทยด้วย วิธีการเลี่ยงข้อจำกัดของกฎหมายวิธีนี้จะซับซ้อนมากขึ้น ตัวอย่างเช่น บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่มีชื่อปรากฏในกรณีซื้อขายหุ้นของบริษัท ซินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) ให้แก่กองทุนเทมาเส็กของสิงคโปร์ เกิดขึ้นภายใต้แนวความคิดนี้<sup>17</sup>

6) การใช้วิธีถือหุ้นไขว้กัน ซึ่งการถือหุ้นไขว้กันโดยทั่วไป หมายถึง การที่บริษัทตั้งแต่ 2 บริษัท ไปถือหุ้นระหว่างกัน โดยบริษัทแรกถือหุ้นบริษัทที่บริษัทที่สอง และบริษัทที่สองกลับมาถือหุ้นในบริษัทแรกไม่ว่าจะถือหุ้นเป็นจำนวนเท่าใดก็ตาม ทั้งนี้ รวมถึงการถือหุ้นในบริษัทที่บริษัทที่สองถือหุ้นต่อไปเป็นลำดับชั้น และในกรณีที่มีบริษัทจำนวนมากถือหุ้นไขว้กันจะมีลักษณะเป็นเครือข่ายโยงใยถือหุ้นร่วมกัน<sup>18</sup> วิธีนี้เป็นการหลบเลี่ยงกฎหมายอย่างหนึ่ง

## 2.5 ทฤษฎีในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว

เมื่อคนต่างด้าวได้เข้าไปอยู่ดินแดนของรัฐต่างประเทศ รัฐต่างประเทศนั้นย่อมมีอำนาจเหนือคนต่างด้าว และในขณะเดียวกันนั้นก็มีความจำเป็นต้องให้ความคุ้มครองแก่คนต่างด้าวด้วย มาตรฐานในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าวนั้นมีความแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ ทั้งนี้ เพราะอย่างยิ่งมีแนวทางในการปฏิบัติของรัฐบางรัฐซึ่งมีความเห็นว่า คนต่างด้าวซึ่งสมัครใจเข้ามาอยู่อาศัยหรือดำเนินธุรกิจของรัฐของผู้รับ ต้องอยู่ภายใต้การปฏิบัติและการคุ้มครองเพียงคนชาติของรัฐนั้นเท่านั้น เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันเป็นพิเศษ ในขณะเดียวกันแนวปฏิบัติของรัฐบางกลุ่มเห็นว่า ควรจะมีมาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศเพื่อคุ้มครองคนต่างด้าวซึ่งเดินทางเข้ามาอาศัยอยู่หรือเข้ามาประกอบธุรกิจของรัฐซึ่งมีมาตรฐานในการปฏิบัติและคุ้มครองคนต่างด้าวต่ำกว่ามาตรฐานขั้นต่ำในทางระหว่างประเทศ<sup>19</sup>

### 2.5.1 ทฤษฎีแห่งความเสมอภาค

คนต่างด้าวในฐานะที่เป็นบุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพซึ่งเป็นสิทธิขั้นมูลฐานที่ได้รับ ความเคารพและคุ้มครองไม่ว่าจะอยู่ ณ ที่ใด ซึ่งหลักการนี้มาจากหลักทฤษฎีว่าด้วยสิทธิมูลฐานของ

<sup>17</sup> สุวิทย์ สุวรรณ. (2549). *กฎหมายไทยกับการถือหุ้นแทนกัน (Nominee Shareholding)*. บทความทางวิชาการ ในวารสารข่าวกฎหมายใหม่. หน้า 49.

<sup>18</sup> กัทรวรรณ ศรีสุข. (2541). *การถือหุ้นไขว้กัน ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุม*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 10.

<sup>19</sup> อนุสรณ์ เมืองจีน. (2550). *ปัญหาทางกฎหมายในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษากรณีธุรกิจการบินพาณิชย์ภายในประเทศ*. การศึกษาอิสระหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 21-23.

มนุษยชน เมื่อคนต่างด้าวเข้าไปมีถิ่นฐานหรือพำนักอาศัยอยู่ในรัฐอื่น ย่อมได้รับการปฏิบัติทำนองเดียวกับคนพื้นเมือง เกิดผลว่าเมื่อรัฐให้การปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเยี่ยงคนชาติตนแล้ว รัฐไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่ว่าการปฏิบัตินั้นจะเป็นการปฏิบัติภายใต้กฎหมายที่ขาดความเป็นธรรม หรือว่าเป็นการใช้อำนาจอย่างพลการก็ตาม คนต่างด้าวจะได้รับสิทธิสูงสุดก็เพียงแต่คนชาติเท่านั้น ย่อมไม่สามารถเรียกร้องให้รัฐที่ตนพำนักอยู่ปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเหนือกว่าคนที่เป็นพลเมืองพื้นเมืองได้ การปฏิบัติด้วยความเสมอภาคนี้ถือได้ว่าเป็นหลักทั่วไป เป็นรากฐานในสังคมนานาชาติในการให้ความคุ้มครองในสิทธิขั้นต่ำของคนต่างด้าวที่เหมาะสมที่สุด

### 2.5.2 ทฤษฎีมาตรฐานสากล

แนวความคิดที่ได้ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวตามมาตรฐานสากลนี้ สืบเนื่องมาจากความต้องการที่จะให้ความคุ้มครองแก่บุคคลผู้ไปอยู่ในดินแดนที่ตนไม่รู้จักหรือคนต่างด้าว ซึ่งเขาไม่มีความคุ้นเคยกับภาษา ประเพณีท้องถิ่น และกฎหมายของดินแดนนั้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศที่คนต่างด้าวเข้าไปอยู่นั้นมีอารยธรรมที่อยู่ในระดับที่ต่ำ จึงไม่ควรที่จะให้ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของคนต่างด้าวนั้นตกอยู่ในภาวะที่อาจเสียหาย การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันระหว่างคนในชาติกับคนต่างด้าวไม่ใช่มาตรการสุดท้ายแห่งความเหมาะสมของการใช้อำนาจตามกฎหมายระหว่างประเทศ การทดสอบในขั้นสุดท้ายนั้นมิได้อยู่ว่า คนต่างด้าวนั้นได้รับการปฏิบัติตามมาตรฐานแห่งอารยธรรมโดยทั่วไปหรือไม่<sup>20</sup> แต่อย่างไรก็ตามก็มีได้หมายความว่าคนต่างด้าวต้องได้รับการปฏิบัติอย่างดีเลิศโดยไม่มีความบกพร่อง ระดับของอารยธรรมโดยทั่วไปจึงใช้เป็นเครื่องตัดสินการเดินทางกลางเพื่อให้การดำเนินชีวิตอยู่ของคนต่างด้าวในต่างแดนเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ ตัวอย่างที่ถือได้ว่าเป็นมาตรฐานสากลที่ใช้กันอยู่ คือ หลักเรื่องกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หรือบุคคลไม่พึงถูกลงโทษทางอาญาโดยปราศจากกฎหมายและความยุติธรรมของศาล มาตรฐานสากลย่อมไม่ใช่สิ่งที่กำหนดขึ้นโดยปราศจากหลักเกณฑ์ แต่เป็นการกำหนดขึ้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงเฉพาะราย และมาตรฐานระหว่างประเทศที่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องนี้ไม่จำเป็นต้องมีความสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ที่มีอยู่ภายใต้กฎหมายภายใน

### 2.5.3 ทฤษฎีหลักการเลือกปฏิบัติ

ตามความคิดของนักทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติ คนต่างด้าวและคนต่างชาตก็เป็นมนุษย์ มีสิทธิตามธรรมชาติอยู่ในตัว จึงไม่ควรที่จะมีสิทธิได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายที่แตกต่างกัน หลักอุดมคติที่ขจัดการเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเหตุแห่งเพศ ศิพ ศาสนา และชาตินี้ แม้ว่าจะได้รับผลสำเร็จถึงขนาดว่ามีการตราเอกสารขึ้นมารับรอง แต่ในทางปฏิบัติคงได้รับผลสำเร็จในการให้มี

<sup>20</sup> ศิริวรรณ พรหมชัยวัฒน์. (2546). *ข้อกำหนดเรื่องทุนขั้นต่ำในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว*. การศึกษาอิสระหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 39.

การปฏิบัติที่เท่าเทียมกันกับหมู่ชนที่มีความแตกต่างกันประการอื่นเท่านั้น สำหรับความแตกต่างในเรื่องของสัญชาติหรือการเลือกปฏิบัติระหว่างคนชาติกับคนต่างด้าวนี้ก็ยังคงถือเป็นสาระสำคัญประการหนึ่งซึ่งต้องคงไว้ทั้งในระบบกฎหมายต่างประเทศและระบบกฎหมายภายใน รัฐบาลของรัฐทุกรัฐย่อมต้องถือผลประโยชน์ของพลเมืองของตนมาก่อนชนชาติอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อความต้องการรักษาผลประโยชน์ของชาติหรือความรู้สึกชาตินิยมเกิดขึ้นมากเพียงใด ความรุนแรงของการเลือกปฏิบัติต่อคนต่างด้าวย่อมมีมากขึ้นเท่านั้น กฎหมายระหว่างประเทศจึงต้องมีการวางกรอบที่เหมาะสมเพื่อป้องกันการเลือกปฏิบัติที่เกินขอบเขต

นอกจากการเลือกปฏิบัติระหว่างชนชาติกับคนต่างด้าวแล้ว ในบางกรณีการเลือกปฏิบัติอาจเกิดขึ้นระหว่างคนต่างด้าวซึ่งเป็นสมาชิกของรัฐที่ต่างกัน กล่าวคือ รัฐอาจให้สิทธิแก่คนต่างด้าวในรัฐหนึ่งดีกว่าอีกรัฐหนึ่ง ทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนต่างด้าวด้วยกัน ย่อมก่อให้เกิดความรู้สึกแก่คนต่างด้าวในรัฐที่ได้รับการเลือกปฏิบัตินั้นว่าไม่ยุติธรรมซึ่งอาจส่งผลให้เกิดการกระทำที่ไม่เป็นมิตรก่อให้เกิดการประท้วงได้ ในปัจจุบันนี้จึงได้มีการวางหลักทั่วไปว่าเมื่อบุคคลได้สมัครใจที่จะเข้าไปในดินแดนที่มีรัฐของตนแล้ว ย่อมต้องยอมรับสถาบันต่างๆ ของรัฐซึ่งตนเข้าไปอยู่ บุคคลนั้นย่อมไม่มีสิทธิเรียกร้องให้มีการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกับคนในรัฐชนชาติที่ตนไปอยู่ เช่น ในเรื่องของสิทธิทางการเมือง

## 2.6 สิทธิของคนต่างด้าว

ในขณะที่คนต่างด้าวมิฐานะเป็นคนต่างด้าวในรัฐผู้รับ แต่ในขณะที่เดียวกันก็ยังคงมีความเป็นพลเมืองของรัฐผู้ส่งอยู่ ดังนั้น คนต่างด้าวจึงมีสิทธิและหน้าที่ทั้งต่อรัฐที่ตนเข้าไปพำนักอยู่และรัฐเจ้าของสัญชาติ ทำนองเดียวกันรัฐทั้งสองที่กล่าวมาย่อมมีอำนาจเหนือคนต่างด้าวนี้ด้วย อำนาจหน้าที่ของรัฐทั้งสองนี้มีควบคู่กันมาตั้งแต่โบราณ อำนาจของรัฐผู้รับที่เหนือคนต่างด้าวนั้นมีลักษณะเด่นกว่าการให้ความคุ้มครองของรัฐผู้ส่ง ดังที่จะเห็นได้ว่าในสมัยโบราณสิทธิของคนต่างด้าวนั้นจะเป็นประการใดก็สุดแล้วแต่ผู้รับจะกำหนดให้ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจอธิปไตยเด็ดขาดของรัฐผู้รับเหนือคนต่างด้าว ส่วนการคุ้มครองของรัฐผู้ส่งนั้นแม้จะไม่เป็นที่เห็นได้ชัด แต่เป็นการแน่นอนว่ามีมาพร้อมกับการรับรองฐานะของคนต่างด้าว การให้การรับรองก็เพื่อความสงบเรียบร้อยและความสัมพันธ์อันดีระหว่างประเทศ

### 2.6.1 สิทธิของคนต่างด้าวภายใต้หลักกฎหมายระหว่างประเทศ

นักกฎหมายระหว่างประเทศมิได้ปฏิเสธอำนาจของรัฐในการบัญญัติกฎหมายภายในและวางระเบียบเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิและการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว แต่การกำหนดขอบเขตดังกล่าว นั้นต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสิทธิของรัฐเจ้าของสัญชาติ มิฉะนั้นจะเป็นการขัดหลักผลประโยชน์

ร่วมกันของชุมชนหรือหลักการพึ่งพาอาศัยกัน รวมทั้งหลักการที่ถือว่าเอกชนเป็นผู้มีส่วนร่วมในกฎหมายระหว่างประเทศด้วย<sup>21</sup>

เมื่อถือว่ารัฐต้องเคารพต่อกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ย่อมหมายถึงการเคารพสิทธิของคนต่างด้าวที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศ รัฐผู้รับนั้นต้องมีการกำหนดหลักมาตรฐานบางประการในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว บุคคลต่างด้าวย่อมอยู่ภายใต้อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนที่เข้าไปอยู่ อำนาจอธิปไตยของรัฐนี้ต้องไม่ขัดต่อกฎหมายระหว่างประเทศ และขณะเดียวกันรัฐก็ต้องให้ความคุ้มครองป้องกันคนต่างด้าวในฐานะที่เขาเป็นบุคคลสัญชาติของอีกรัฐหนึ่ง

นับจากศตวรรษที่ 19 ขอบเขตแห่งการให้ความคุ้มครองสิทธิของคนต่างด้าวและประเภทแห่งสิทธิที่คนต่างด้าวพึงได้รับจากกฎหมายระหว่างประเทศได้รับความสนใจจากนักกฎหมายมากขึ้นตามลำดับ ก่อให้เกิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับเรื่องนี้หลายทฤษฎี เช่น ทฤษฎีที่ได้รับมาแล้วโดยชอบธรรม ซึ่งอ้างหลักการว่ากฎหมายระหว่างประเทศกำหนดให้รัฐพึงต้องให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของคนต่างด้าวตามกฎหมายเอกชน ทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน สิทธิที่ได้รับมาแล้วโดยสมบูรณ์ภายใต้กฎหมายหนึ่งย่อมไม่สูญสิ้น เพียงเพราะเหตุที่ผู้ทรงสิทธินั้นได้เข้าไปยังรัฐต่างประเทศ หากแต่พึงจะได้รับความคุ้มครองของทุกแห่งหน แต่ก็ยังได้มีการวางหลักอีกว่ารัฐอาจให้สิทธิผูกขาดและห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทได้และจะมีความรับผิดชอบตามกฎหมายระหว่างประเทศต่อเมื่อเป็นการละเมิดสนธิสัญญา

### 2.6.2 สิทธิของคนต่างด้าวภายใต้สนธิสัญญา

สนธิสัญญาเป็นข้อตกลงมีลักษณะเป็นสัญญาระหว่างรัฐหรือองค์กรระหว่างประเทศ ก่อให้เกิดสิทธิและข้อผูกพันระหว่างรัฐที่เป็นภาคี สนธิสัญญาเป็นบ่อเกิดของหลักเกณฑ์ที่สำคัญของหลักปฏิบัติระหว่างประเทศ ซึ่งได้มีการพัฒนามาเป็นลำดับตามอิทธิพลจากกฎหมายสารบัญญัติ ซึ่งถือว่า เมื่อรัฐได้ทำความตกลงจนมีการพัฒนาเกิดเป็นสนธิสัญญาแล้ว การที่รัฐยอมปฏิบัติตามสนธิสัญญาจึงเป็นเรื่องที่ถูกต้อง หลักเกณฑ์ต่างๆ ของกฎหมายต่างประเทศที่เป็นจารีตประเพณีได้ถูกกำหนดไว้เป็นสนธิสัญญาเป็นส่วนใหญ่ ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างกันในปัจจุบันนี้รวมถึงกรณีสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวด้วย

กฎหมายจารีตประเพณีและหลักเกณฑ์ระหว่างประเทศจะนำมาใช้ต่อเมื่อไม่มีสนธิสัญญากำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง โดยสนธิสัญญากำหนดผลปฏิบัติต่อคนต่างด้าวเป็น สองหลักใหญ่ๆ คือ หลักปฏิบัติอย่างชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์อย่างยิ่ง (The Most Favour Nations Treatment : MFN) และหลักปฏิบัติอย่างคนชาติ (The Nations Treatment : NT) ซึ่งทั้งสองกรณีนี้อาจใช้ควบคู่

<sup>21</sup> ศิริวรรณ พรหมชัยวัฒนา. อ้างแล้วเชิงอรรถที่ 23. หน้า 27.

กันหรืออย่างใดอย่างหนึ่ง โดยถือว่าเป็นลักษณะที่สำคัญที่เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าว มาจนถึงปัจจุบัน

### 2.6.3 สิทธิของคนต่างด้าวภายใต้รัฐธรรมนูญ

โดยที่รัฐธรรมนูญนั้นเป็นระเบียบ อำนาจหน้าที่ ในการปกครองแผ่นดิน ซึ่งอาจมีความหมาย เป็นสองนัย คือ นัยแรก ตามความหมายอย่างกว้าง รัฐธรรมนูญได้แก่ระบบกฎหมายจารีตประเพณี และธรรมเนียมปฏิบัติที่กล่าวถึงองคาพยพหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐ หน้าที่ขององคาพยพ หรือสถาบันทางการเมืองของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองคาพยพหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐ หน้าที่ขององคาพยพหรือสถาบันทางการเมืองของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองคาพยพหรือสถาบันทางการเมืองระหว่างกัน ส่วนนัยสอง เป็นความหมายของรัฐธรรมนูญอย่างแคบ คือ กฎหมายฉบับ หนึ่งหรือหลายฉบับซึ่งรวบรวมกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการปกครองของประเทศไว้ และกฎหมายนั้น ได้ จัดทำขึ้นเป็นพิเศษแตกต่างจากกฎหมายธรรมดาและได้ยกย่องกฎหมายนั้นว่า เป็นกฎหมายสูงสุด ของประเทศ และแม้ในปัจจุบันบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวนั้นยังไม่มี การบัญญัติขึ้นไว้โดยตรงในกฎหมายของประเทศต่างๆ แต่ก็พบว่าบทบัญญัติที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว นั้นมีมาตั้งแต่สมัยกลาง ดังเห็นได้จากเอกสารที่ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของโลก คือ Magna Carta ของประเทศอังกฤษ มีการให้ความคุ้มครองพ่อค้าซึ่งเป็นคนต่างด้าว ตามความในมาตรา 41

ในสมัยปัจจุบันบทบัญญัติที่เกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองแก่สิทธิของประชาคมก็ยังคงเป็นส่วนที่สำคัญประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ แต่ในบางประเทศนั้นก็ยังคงจำกัดให้ ใช้บังคับเฉพาะแต่เพียงพลเมืองของประเทศตนเท่านั้น แต่บางประเทศก็ให้สิทธิแก่ประชาชน ทั้งมวล โดยที่ไม่จำกัดชาติ บางประเทศก็ได้บัญญัติรับรองอย่างชัดเจนขยายความคุ้มครอง ถึงคนต่างด้าว

ในกรณีที่สิทธิของคนต่างด้าวนั้น ได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นการบัญญัติ ไว้อย่างชัดเจนหรือเกิดจากการตีความของศาล คนต่างด้าวย่อมอ้างความเสียหายแก่กฎหมายที่ขัด กับรัฐธรรมนูญได้

## 2.7 หลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ประเทศไทยมีหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือสิทธิ ในทรัพย์สินบางประการ หรือการที่จะกำหนดว่าบริษัทจำกัดใด หรือนิติบุคคลใดจะมีสถานะเป็น ต่างด้าวก็โดยพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ โดยอาจแบ่งหลักเกณฑ์ต่างๆ ดังนี้<sup>22</sup>

<sup>22</sup> สุนทร มณีสวัสดิ์. (2538). “นิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายอาสารชุด”. *วารสาร นิติศาสตร์*. 23(4). หน้า 710-712.

### 2.7.1 หลักที่ทำการใหญ่

พระราชบัญญัติว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 7 บัญญัติว่า “ในกรณีที่มีการขัดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้นได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่ หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่” บทบัญญัตินี้ไม่ใช่การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในสภาพทั่วไป แต่มาตรานี้เป็นเพียงกลไกหนึ่งในกรณีที่เกิดการขัดกันของกฎหมาย นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติของประเทศใด อาจเกิดจากนิติบุคคลนั้นจดทะเบียนในประเทศหนึ่ง แต่ตั้งสำนักงานใหญ่อยู่อีกประเทศหนึ่ง หรือสมาชิกข้างมากเป็นคนของประเทศหนึ่ง<sup>23</sup>

### 2.7.2 หลักการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล

หลักนี้ยึดถือสถานที่จดทะเบียนเป็นตัวกำหนดสถานะของนิติบุคคล ซึ่งโดยทั่วไปรัฐไม่ปฏิเสธว่านิติบุคคลที่ก่อตั้งสภาพบุคคลตามกฎหมายของตนมีสัญชาติของตน เพราะการปฏิเสธเช่นว่านั้นมีผลเท่ากับเป็นการปฏิเสธความมีผลทางกฎหมายของตนเอง<sup>24</sup>

กฎหมายที่ใช้หลักเกณฑ์นี้ เช่น พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2540 กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า ผู้ที่จะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในเรือไทยนั้น ต้องเป็นผู้ที่มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทยและมีสำนักงานแห่งใหญ่ในราชอาณาจักร กับยังได้กำหนดเกณฑ์จำนวนผู้ถือหุ้นไว้ด้วย นอกจากนี้ยังมีพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มาตรา 19 (13) ก็ได้กำหนดหลักเกณฑ์ที่นิติบุคคลจะเป็นเจ้าของอาคารชุดได้ คือ นิติบุคคลที่กำหนดไว้ในมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลไทยตามกฎหมาย

### 2.7.3 หลักเรื่องทุนและผู้ถือหุ้น<sup>25</sup>

หลักเกณฑ์ที่ยึดถือในเรื่องทุนและผู้ถือหุ้นซึ่งเกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิของนิติบุคคล และการประกอบธุรกิจ จะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายหลายฉบับ และยังแบ่งออกได้เป็นหลายประเภท เช่น กฎหมายมิได้บัญญัติโดยตรงว่า นิติบุคคลเหล่านั้นเป็นคนต่างด้าว โดยบัญญัติให้นิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่เกินจำนวนที่กฎหมายกำหนด ให้สิทธิอย่างคนต่างด้าว หรือกำหนดให้กิจการบางประเภทมีคนต่างด้าวอยู่ได้ในจำนวนที่จำกัด เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

<sup>23</sup> ชูมาพร กาญจนรัตน์. (2546). *ปัญหาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบบริษัท ซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ปริทัศน์ มหาวชิราวุธวิทยาลัยราชวิทยาลัย. หน้า 12.

<sup>24</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

<sup>25</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 13.

#### 2.7.4 หลักเรื่องผู้บริหารนิติบุคคล<sup>26</sup>

หลักเกณฑ์นี้ถือว่า นิติบุคคลที่มีผู้บริหารเป็นคนต่างด้าว เป็นนิติบุคคลที่มีสถานะเป็นคนต่างด้าว ซึ่งพิจารณาจากกฎหมายต่างๆ ได้แก่ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ว่า ห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว ถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามประกาศฉบับนี้ และตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดว่า นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะเป็นห้างหุ้นส่วนจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย ถือเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้

ในบทนี้ผู้วิจัยได้ศึกษา นิยามความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายไทยและกฎหมายของต่างประเทศ ประวัติความเป็นมาในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย แนวคิดในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ความหมาย วัตถุประสงค์ ลักษณะของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หรือนอมินี (Nominee) รวมถึงทฤษฎีในการปฏิบัติต่อคนต่างด้าว สิทธิของคนต่างด้าว และหลักเกณฑ์ในการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพื่อนำไปอธิบายประกอบกับปัญหาในบทที่ 4 ต่อไป

<sup>26</sup> ชูมาพร กาญจนรัตน์. อ่างแก้วเชิงอรรถที่ 26. หน้า 15.