

ต่างชาติถือหุ้นบริษัทไทยได้กี่เปอร์เซ็นต์: นิยามคนต่างด้าว บัญชีท้ายกฎหมาย ทนขั้นต่ำ และนอมินี

โดย เอกสยาม ชัยศรี ที่ปรึกษากฎหมาย
บริษัท เอกสยาม แอนด์ पार्टเนอร์ส จำกัด

เนื้อหานี้เป็นข้อมูลกฎหมายทั่วไป ไม่ใช่ความเห็นทางกฎหมายเฉพาะกรณี การพิจารณาแต่ละเรื่องต้องอาศัยข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของเรื่องนั้น ฉบับออนไลน์ที่ปรับปรุงล่าสุดอยู่ที่ <https://eksiamcorporatelaw.com/articles/foreign-investment-boi.html>

สาระสำคัญโดยสรุป

- ต่างชาติถือหุ้นหรือลงทุนรวมกันตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน บริษัทไทยเป็นคนต่างด้าว (มาตรา 4) นับรวมการถือผ่านนิติบุคคลไทยอีกชั้นหนึ่ง และศาลอุทธรณ์ที่ลงจริง (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560)
- ไม่มีเพดานร้อยละเป็นการทั่วไป ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีใดถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 โดยมีทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาท ธุรกิจตามบัญชีที่ต้องได้รับอนุญาตใช้ทุนไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาท (มาตรา 14 และกฎกระทรวง พ.ศ. 2562)
- บัญชีหนึ่ง ไม่มีช่องทางขออนุญาต / บัญชีสอง ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี และมีคนไทยถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ (มาตรา 15) / บัญชีสาม ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า
- กิจการที่ได้รับการส่งเสริม BOI ขอนหนังสือรับรองตามมาตรา 12 เพื่อประกอบธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามได้ และยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลได้ไม่เกิน 8 ปี (13 ปีสำหรับกิจการเทคโนโลยีขั้นสูงหรือวิจัยและพัฒนา)



- นอมีนมีโทษตามมาตรา 36 ทั้งผู้ถือหุ้นแทนและคนต่างด้าวที่ยินยอม คำสั่งให้เลิกมีค่าปรับรายวันกำกับ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3618/2566) และสัญญาที่ทำเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายเป็นโมฆะ เงินที่จ่ายไปเรียกคืนไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560)

กฎหมายที่ใช้อ้างอิงในบทความนี้

1. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 (Foreign Business Act / FBA): *กฎหมายหลักที่ควบคุมการลงทุนต่างชาติ*
2. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 (BOI Act): *สิทธิประโยชน์สำหรับนักลงทุนต่างชาติ*
3. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096-1246/7: *บริษัทจำกัด*
4. กฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทย พ.ศ. 2562: *ทุนขั้นต่ำสำหรับคนต่างด้าว (ยกเลิกกฎกระทรวงฉบับ พ.ศ. 2545)*
5. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 411: *ผลทางแพ่งของสัญญาที่ทำเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ตามที่ศาลฎีกาใช้ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560*

คำตอบโดยสรุป

พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้ตั้งเพดานร้อยละที่ต่างชาติถือหุ้นบริษัทไทยได้ไว้เป็นการทั่วไป กฎหมายถามเพียงว่าบริษัทกลายเป็น "คนต่างด้าว" หรือไม่ ซึ่งเกิดขึ้นเมื่อคนต่างด้าวถือหุ้นอันเป็นทุนหรือลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน (มาตรา 4) ถือไม่ถึงกึ่งหนึ่ง บริษัทเป็นบริษัทไทยตามกฎหมายนี้ ถือตั้งแต่กึ่งหนึ่งจนถึงร้อยละ 100 บริษัทประกอบธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีท้ายกฎหมายได้โดยต้องมีทุนขั้นต่ำตามมาตรา 14 ธุรกิจ ใบบัญชีสองและบัญชีสามต้องได้รับอนุญาตหรือหนังสือรับรองก่อน และธุรกิจในบัญชีหนึ่งไม่มีช่องทางขออนุญาต

"คนต่างด้าว" ตามกฎหมายไทยหมายถึงใคร?

คนต่างด้าวตามกฎหมายนี้มีสี่ประเภท ได้แก่ บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยแต่มีคนต่างด้าวถือหุ้นหรือลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุน และนิติบุคคลไทยที่ถูกถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งโดยนิติบุคคลประเภทก่อนหน้านี้อีกหนึ่งชั้นหนึ่ง (มาตรา 4)

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า "คนต่างด้าว" หมายความว่า^[1]



"(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้ (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดใน นิติบุคคล นั้น (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือ ห้างหุ้นส่วนสามัญ ที่ จดทะเบียน ซึ่ง หุ้นส่วน ผู้จัดการ หรือ ผู้จัดการเป็น บุคคลตาม (1) (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมี หุ้น อันเป็น ทุน ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุน มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น"

: พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

ความสำคัญของนิยามนี้คือ บริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยก็อาจถูกนับว่าเป็น "คนต่างด้าว" ได้ ถ้าคนต่างด้าวถือหุ้นรวมกันตั้งแต่กึ่งหนึ่ง (50%) ขึ้นไป ทั้งการถือโดยตรงและการถือผ่านนิติบุคคลไทยที่เป็นคนต่างด้าวตาม (4) รวมถึงห้างหุ้นส่วนที่หุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าวตาม (3) (ข) นี่ก็จุดที่โครงสร้างการถือหุ้นมีความสำคัญอย่างมากในการวางแผนการลงทุน

ต่างชาติถือหุ้นบริษัทไทยได้กี่เปอร์เซ็นต์: เส้นกึ่งหนึ่งของทุน การนับหุ้นทางอ้อม และเงินที่ลงจริง

เส้นแบ่งที่กฎหมายใช้คือ "ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง" ของ ทุน ต่างชาติถือหุ้นร้อยละ 49 บริษัทยังไม่เป็นคนต่างด้าว ถือร้อยละ 50 พอดีถือว่าเป็นคนต่างด้าวแล้ว และการนับรวมทั้งหุ้นที่ถือตรง หุ้นที่ถือผ่านนิติบุคคลไทยซึ่งเป็นคนต่างด้าวอีกชั้นหนึ่ง และมูลค่าเงินที่ลงทุนจริง (มาตรา 4 (3) (ก) และ (4))

ถ้อยคำ "ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง" รวมจำนวนที่เท่ากับกึ่งหนึ่งพอดีด้วย บริษัทที่ผู้ถือหุ้นไทยกับผู้ถือหุ้นต่างชาติถือฝ่ายละร้อยละ 50 จึงเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3) (ก) แม้ฝ่ายต่างชาติไม่ได้ถือข้างมาก ตัวเลขร้อยละ 49 ที่พบในโครงสร้างร่วมทุนจำนวนมากจึงมาจากตัวบทนี้โดยตรง ไม่ใช่เพดานที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ คำถามว่าต่างชาติถือหุ้นได้กี่เปอร์เซ็นต์จึงแยกตอบได้สี่กรณี

- ถือรวมกันไม่ถึงกึ่งหนึ่งของทุน และฝ่ายไทยลงทุนด้วยเงินของตนเอง บริษัทไม่เป็นคนต่างด้าว ไม่อยู่ใต้ข้อห้ามตามมาตรา 8 และไม่ต้องมีทุนขั้นต่ำตามมาตรา 14 แต่ยังคงตรวจกฎหมายเฉพาะเรื่อง เช่น กฎหมายที่ดิน ซึ่งมีเกณฑ์ของตนเอง



- ถือตั้งแต่กึ่งหนึ่งจนถึงร้อยละ 100 และธุรกิจไม่อยู่ในบัญชีใดเลย บริษัทเป็นคนต่างด้าว แต่ประกอบธุรกิจนั้นได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาต เงื่อนไขหลักตามกฎหมายนี้คือทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าสองล้านบาทตามมาตรา 14 วรรคหนึ่ง
- ถือตั้งแต่กึ่งหนึ่ง และธุรกิจอยู่ในบัญชีสองหรือบัญชีสาม ต้องได้ใบอนุญาตตามมาตรา 8 (2) หรือ (3) หรือหนังสือรับรองตามมาตรา 11 หรือมาตรา 12 ก่อนเริ่มธุรกิจ ใช้ทุนขั้นต่ำไม่น้อยกว่าสามล้านบาทตามมาตรา 14 วรรคสอง และถ้าเป็นบัญชีสอง มาตรา 15 ให้คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ ซึ่งผ่อนผันลงได้แต่ไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า^[3]
- ธุรกิจอยู่ในบัญชีหนึ่ง ไม่มีช่องทางขอใบอนุญาต คงเหลือเพียงข้อยกเว้นตามมาตรา 10 บริษัทที่จะประกอบธุรกิจเหล่านี้จึงต้องไม่เป็นคนต่างด้าวตั้งแต่ต้น โดยฝ่ายไทยถือหุ้นข้างมากด้วยเงินของตนเองจริง

มาตรา 4 (4) ขยายการนับไปถึงขั้นที่สอง บริษัทไทย ข. ที่มีบริษัทไทย ก. ถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่ง เป็นคนต่างด้าวถ้าบริษัท ก. เป็นคนต่างด้าวตาม (3) อยู่แล้ว เช่น บริษัท ก. มีผู้ถือหุ้นต่างชาติร้อยละ 60 แล้วไปถือหุ้นบริษัท ข. ร้อยละ 51 บริษัท ข. เป็นคนต่างด้าว แม้จะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ข. จะมีแต่ชื่อนิติบุคคลไทย การวางโครงสร้างหลายชั้นจึงต้องคำนวณทุกชั้น ไม่ใช่ดูเฉพาะชั้นที่จดทะเบียนกิจการ

บทนิยามในมาตรา 4 ยังกำหนดฐานของการคำนวณไว้ด้วย คำว่า "ทุน" หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกรับมาลงหุ้น และวรรคท้ายของนิยามคำว่าคนต่างด้าวให้ถือว่าหุ้นชนิดออกใบหุ้นให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว สัดส่วนของบริษัทจำกัดจึงคำนวณจากทุนจดทะเบียน ไม่ได้คำนวณจากสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น จุดนี้ต่างจากกฎหมายบางประเทศที่นับเฉพาะหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง ดังที่อธิบายในหัวข้อกฎหมายเปรียบเทียบ

ศาลฎีกาไม่หยุดอยู่ที่ตัวเลขในบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560 โจทก์เป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนในบริติชเวอร์จินไอส์แลนด์ (British Virgin Islands) ถือหุ้นในบริษัท พ. ไม่ถึงกึ่งหนึ่งตามบัญชีผู้ถือหุ้น แต่เงินทุนที่แท้จริงในบริษัท พ. เป็นของโจทก์เกินกึ่งหนึ่งของเงินลงทุน ศาลวินิจฉัยว่าโจทก์เป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 และถือว่าบริษัท พ. กับโจทก์เป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่ดิน ซึ่งเป็นธุรกิจอยู่ในบัญชีหนึ่ง ผลคือโจทก์ไม่เป็นผู้เสียหายโดยนิตินัยในคดีที่ฟ้องกรรมการในข้อหาตาม พ.ร.บ.กำหนดความผิดเกี่ยวกับ ห้างหุ้นส่วน จดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และ มูลนิธิ พ.ศ. 2499 และประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 353 เพราะ ข้อหาเหล่านั้น สืบเนื่องจากการ ประกอบธุรกิจ ที่ต้องห้าม



ของโจทก์เอง หลักที่ได้จากคดีนี้คือ ถ้อยคำ "ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด" ในมาตรา 4 (3) (ก) เปิดให้ศาลพิจารณาเงินที่ลงจริง การจัดตัวเลขในทะเบียนไม่ทำให้บริษัทพ้นจากการเป็นคนต่างด้าว และผู้ลงทุนต่างชาติที่จัดโครงสร้างเช่นนั้นอาจเสียสิทธิฟ้องร้องผู้บริหารที่ทำให้ตนเสียหายด้วย

บัญชี 3 ประเภท: ธุรกิจที่คนต่างด้าวห้ามทำ ต้องขออนุญาต หรือทำได้อย่างจำกัด

มาตรา 8 แบ่ง ธุรกิจที่ควบคุมเป็น สาม บัญชี บัญชี หนึ่ง ไม่มีช่องทาง ขอบอนุญาต บัญชี สอง ต้องได้รับ อนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี และบัญชีสามต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนา ธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีใดคนต่างด้าวประกอบได้โดยไม่ต้อง ขออนุญาต^[2]

กฎหมายแบ่งธุรกิจออกเป็น 3 บัญชีแนบท้าย ซึ่งแต่ละบัญชีมีระดับความเข้มงวดต่างกัน

บัญชีหนึ่ง: ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบ

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบด้วยเหตุพิเศษ (มาตรา 8 (1)) รวม 9 ประเภท ได้แก่ กิจการ หนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การทำ ป่าไม้ และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ การทำการประมงเฉพาะ การจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทย และในเขต เศรษฐกิจจำเพาะ การสกัดสมุนไพรไทย การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทยหรือที่มีคุณค่าทาง ประวัติศาสตร์ของประเทศ การทำหรือหล่อพระพุทธรูปและการทำบาตร และการค้าที่ดิน บัญชีนี้ไม่มีช่องทาง ขอบอนุญาตเหมือน บัญชี สอง และ บัญชี สาม ข้อยกเว้นมีเฉพาะที่มาตรา 10 กำหนด เช่น ได้รับอนุญาตจาก รัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะกาล หรือประกอบธุรกิจตามสนธิสัญญา

บัญชีสอง: ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวม 13 ประเภท เช่น การผลิตอาวุธ ศิลปวัฒนธรรมและหัตถกรรมพื้นบ้าน ทรัพยากรธรรมชาติ: ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของ คณะรัฐมนตรี (มาตรา 8 (2)) และมาตรา 15 กำหนดให้ต้องมีผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวถือ หุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ



บัญชีสาม: ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว รวม 21 ประเภท มีทั้งการผลิต และการ บริการ เช่น การสีข้าว การทำไม้อัด การทำปูนขาว บริการทางบัญชี กฎหมาย สถาปัตยกรรม วิศวกรรม การโฆษณา การก่อสร้าง และการค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าสี่สิบล้านบาท: ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดย ความเห็นชอบ ของ คณะกรรมการ (มาตรา 8 (3)) ซึ่ง ต้อง พิจารณา ให้ แล้วเสร็จ ภายใน 60 วัน (มาตรา 17)

ทุนขั้นต่ำสำหรับคนต่างด้าว

คนต่างด้าวต้องใช้ทุนเริ่มต้นไม่น้อยกว่าสองล้านบาทสำหรับธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาต และไม่น้อยกว่าสามล้านบาท สำหรับ ธุรกิจ ตาม บัญชี ท้าย ที่ ต้อง ได้รับอนุญาต (มาตรา 14) กฎกระทรวง พ.ศ. 2562 กำหนดรายละเอียดและระยะเวลานำเงินเข้า

มาตรา 14 แห่ง พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และกฎกระทรวงกำหนดทุนขั้นต่ำและระยะเวลาในการนำ หรือ ส่ง ทุน ขั้นต่ำ เข้ามา ในประเทศไทย พ.ศ. 2562 (ซึ่ง ยกเลิก กฎกระทรวง ฉบับ พ.ศ. 2545) กำหนดทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวดังนี้

ประเภทธุรกิจ	ทุนขั้นต่ำ	ระยะเวลานำเงินเข้า
ธุรกิจที่ไม่ต้องได้รับอนุญาต (มาตรา 14 วรรคหนึ่ง, กฎกระทรวง ข้อ 2)	ไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาท	ภายใน 3 ปี สำหรับคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในไทย (ข้อ 4)
ธุรกิจตามบัญชีท้ายที่ต้องได้รับอนุญาต (มาตรา 14 วรรคสอง, กฎกระทรวง ข้อ 3)	ร้อยละ 25 ของค่าเฉลี่ยต่อปีของ ประมาณการรายจ่ายสามปี และไม่น้อยกว่า 3 ล้านบาท	ภายใน 3 ปี สำหรับคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในไทย (ข้อ 4)
คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตาม สนธิสัญญา (เช่น สหรัฐอเมริกา, กฎกระทรวง ข้อ 5)	ตามเกณฑ์เดียวกับสองแถวแรก	นำเข้าภายในวันที่ 29 สิงหาคม 2572
ธุรกิจที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน (BOI)	ตามเงื่อนไข BOI	ตามเงื่อนไข BOI



ช่องทางที่คนต่างด้าวสามารถทำธุรกิจได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาต FBA

คนต่างด้าวที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือได้สิทธิตามสนธิสัญญา ขอสื่อรับรองจาก อธิบดี แทนใบอนุญาตได้ และ อธิบดี ต้อง ออกให้ ภายในสามสิบวัน (มาตรา 10 มาตรา 11 และมาตรา 12)

นอกจากการขอใบอนุญาตตาม FBA แล้ว ยังมีช่องทางอื่นที่นักลงทุนต่างชาตินิยมใช้ได้แก่

- 1. การรับการส่งเสริมการลงทุน (BOI):** บริษัทที่ได้รับส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ถ้าธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสาม ให้แจ้งอธิบดีกรมพัฒนา ธุรกิจการค้า เพื่อ ขอสื่อรับรอง ตามมาตรา 12 พ.ร.บ.การ ประกอบธุรกิจ ของ คนต่างด้าว แล้ว ประกอบธุรกิจนั้นได้ตลอดระยะเวลาที่ได้รับการส่งเสริม (ไม่ใช้กับธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง) พร้อมสิทธิประโยชน์ ด้านภาษีและที่มิใช่ภาษีตาม พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน
- 2. การขอสื่อรับรองตามสนธิสัญญา:** สหรัฐอเมริกาและไทยมีสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ (Treaty of Amity) ข้อ IV ให้บริษัทอเมริกันได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในการประกอบธุรกิจ แต่วรรคสองสงวนสิทธิ์ของแต่ละฝ่ายในกิจการ communications, transport, fiduciary functions, banking involving depository functions, the exploitation of land or other natural resources และ domestic trade in indigenous agricultural products ผู้ได้รับสิทธิต้องแจ้งอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพื่อขอสื่อรับรองตามมาตรา 10 วรรคสองและมาตรา 11 ซึ่งอธิบดีต้องออกให้ภายในสามสิบวัน
- 3. การได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (IEAT):** คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบ อุตสาหกรรม หรือ ประกอบการค้า เพื่อส่งออก ตามกฎหมายว่าด้วยการ นิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แจ้งอธิบดีเพื่อขอสื่อรับรองตามมาตรา 12 ได้เช่นเดียวกับกรณี BOI

สิทธิประโยชน์ BOI: เหตุผลที่นักลงทุนต่างชาตินิยม

สิทธิประโยชน์ ตาม พ.ร.บ.ส่งเสริม การลงทุน พ.ศ. 2520 แบ่ง เป็น สิทธิ ด้าน ภาษี เช่น ยกเว้น ภาษีเงินได้ นิติบุคคลไม่เกินแปดปี และสิทธิที่มิใช่ภาษี เช่น การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและการนำผู้ชำนาญการต่างชาติเข้ามาทำงาน ส่วนสิทธิถือหุ้นข้างมากในธุรกิจบัญชีสองหรือบัญชีสามมาจากหนังสือรับรองตามมาตรา 12

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ให้สิทธิประโยชน์แก่ บริษัท ที่ได้รับ การส่งเสริม แบ่งเป็น สองกลุ่มหลัก ได้แก่



สิทธิประโยชน์ด้านภาษี รวมถึง ยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลโดยทั่วไปไม่เกินแปดปี (มาตรา 31) และไม่เกินสิบสาม ปี สำหรับ กิจการ ที่ใช้ เทคโนโลยี และ นวัตกรรม ขั้นสูง หรือ กิจการ วิจัยและพัฒนา (มาตรา 31/1) ยกเว้นอากรขาเข้าเครื่องจักร (มาตรา 28) และยกเว้นอากรขาเข้าวัตถุดิบเพื่อการผลิตเพื่อส่งออก (มาตรา 36 (1))

สิทธิประโยชน์ไม่ใช่ภาษี รวมถึง อนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามจำนวนที่คณะกรรมการเห็นสมควร และต้องจำหน่ายภายในหนึ่งปีเมื่อเลิกหรือโอนกิจการ (มาตรา 27) และอนุญาตให้นำผู้ชำนาญการต่างชาติเข้ามาทำงานพร้อมใบอนุญาตทำงาน (มาตรา 25 และมาตรา 26) ส่วนการที่คนต่างด้าวถือหุ้นข้างมากในธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามได้ มาจากหนังสือรับรองตามมาตรา 12 พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ไม่ใช่สิทธิประโยชน์ตาม พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุนโดยตรง

โทษสำหรับการประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายกฎหมายโดยไม่ได้รับอนุญาตมีโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท และศาลสั่งให้เลิกธุรกิจ พร้อมค่าปรับรายวันวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทหากไม่ปฏิบัติตาม (มาตรา 37)^[5]

การฝ่าฝืน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีโทษรุนแรง มาตรา 37 กำหนดโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ เลิกกิจการ หรือเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละ 10,000-50,000 บาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

นอมนิตตามมาตรา 36: ความผิดทางอาญาและผลทางแพ่งของการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

ผู้ถือหุ้นไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายนี้ และคนต่างด้าวที่ยินยอม มีโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท (มาตรา 36) ส่วนในทางแพ่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าสัญญาที่ทำเพื่อการนี้เป็นโมฆะ และเงินที่คนต่างด้าวจ่ายไปเรียกคืนไม่ได้ (คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560)

มาตรา 36 บัญญัติว่า^[4]



"ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเล็งหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

: พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36

ตัวบทแยกการกระทำได้สองกลุ่ม กลุ่มแรกคือการให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายกฎหมายที่คนต่างด้าวไม่ได้รับอนุญาต กลุ่มที่สองคือการแสดงออกว่าธุรกิจเป็นของตนแต่ผู้เดียว หรือการถือหุ้นแทน "เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเล็งหรือฝ่าฝืน" กฎหมายนี้ ถ้อยคำส่วนหลังเป็น เจตนา พิเศษ การ มีชื่อ คนไทย ใน ทะเบียน ผู้ถือหุ้น อย่าง เดียว จึง ยัง ไม่ เป็น ความผิด ตามมาตรา 36 ประเด็นที่ต้องพิสูจน์คือผู้ถือหุ้นไทยถือหุ้นแทนจริงหรือไม่ และทำเพื่อให้คนต่างด้าวหลักเล็งกฎหมายหรือไม่ ข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับเจตนานี้ ได้แก่ ที่มาของเงินค่าหุ้น ผู้รับประโยชน์จากเงินปันผล และผู้มีอำนาจตัดสินใจจริงในบริษัท ซึ่งสอดคล้องกับที่ศาลฎีกาพิจารณาเงินทุนที่แท้จริงในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 2252/2560 นอกจากนี้ เมื่อนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลที่รู้เห็นเป็นใจ หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันความผิด ต้องรับโทษตามมาตรา 41 ด้วย^[6]

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3618/2566 แสดงให้เห็นว่าคดีลักษณะนี้มีทั้งฝ่ายคนต่างด้าวและฝ่ายคนไทยในคดีเดียวกัน ศาลชั้นต้นพิพากษาว่าจำเลยที่ 1 ถึงที่ 4 มีความผิดตามมาตรา 8 (3) และมาตรา 37 จำเลยที่ 5 และที่ 6 มีความผิดตามมาตรา 36 สั่งให้เลิกประกอบธุรกิจหรือเลิกกิจการ และให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วนของจำเลยที่ 1 แต่ไม่ได้กำหนดโทษปรับกรณีฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ศาลฎีกาวินิจฉัยว่าคำพิพากษานั้นเป็น "คำพิพากษาที่ยังไม่ครบถ้วน" ตามมาตรา 37 การที่ศาลอุทธรณ์กำหนดค่าปรับวันละ 10,000 บาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน จึงเป็นเพียงการทำให้เงื่อนไขการบังคับโทษครบตามกฎหมาย จำเลยที่ 1 ที่ 3 และที่ 4 ต้องชำระค่าปรับนับแต่วันที่ 28 พฤศจิกายน 2561 ซึ่งเป็นวันอ่านคำ



พิพากษาศาลชั้นต้น จนถึงวันที่ 2 มีนาคม 2563 ซึ่งเป็นวันที่จำเลยที่ 1 จดทะเบียนเลิกบริษัท คำสั่งให้เลิกธุรกิจจึงมีค่าปรับรายวันกำกับเสมอ และภาระที่เกิดขึ้นจริงขึ้นกับระยะเวลาที่ใช้ปรับโครงสร้างหรือเลิกบริษัทหลังมีคำพิพากษา

ผลทางแพ่งหนักไม่น้อยกว่าโทษอาญา ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560 คนต่างด้าวซื้อกิจการของบริษัทจำเลยที่ 1 ทั้งหมด และให้ผู้มีสัญชาติไทยมีชื่อถือหุ้นแต่เพียงในนาม เงิน 19,500,000 บาทที่จ่ายไปทำเป็นสัญญา กู้ยืม เงิน โดยมี กรรมการ เป็น ผู้ค้ำประกัน เมื่อ คนต่างด้าว ฟ้อง เรียก เงิน คืน ตาม สัญญา กู้ ศาลฎีกาพิ่งว่าสัญญา กู้ยืมเงินเป็นนิติกรรมอำพรางสัญญาซื้อขายกิจการ และสัญญาซื้อขายกิจการที่ทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 เงินที่จ่ายไปเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย จึงไม่อาจเรียกคืนได้ตามมาตรา 411 ผู้ลงทุนต่างชาติที่ใช้ผู้ถือหุ้นแทนจึงเสี่ยงทั้งโทษอาญาและการเสียเงินลงทุนโดยไม่มีสิทธิเรียกคืนผ่านศาล

ผู้เสียหายในความผิดตามกฎหมายนี้คือรัฐ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2300/2557 วินิจฉัยว่า พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มุ่งคุ้มครองส่วนรวม "รัฐเท่านั้นจึงเป็นผู้เสียหายในความผิดตามบทบัญญัติดังกล่าวนี้ได้" ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 2 (4) เอกชนที่อ้างว่าคนต่างด้าวประกอบธุรกิจต้องห้ามจึงฟ้องคดีอาญาเองไม่ได้ ในข้อพิพาทระหว่างผู้ร่วมทุน ฝ่ายที่รู้ข้อเท็จจริงเรื่องการถือหุ้นแทนทำได้เพียงแจ้งเจ้าหน้าที่ และตนเองอาจอยู่ในฐานะผู้ร่วมกระทำความผิดตามมาตรา 36 ด้วย

กฎหมายเปรียบเทียบ: ฟิลิปปินส์ อินโดนีเซีย และเวียดนาม

ประเทศเพื่อนบ้านใช้เครื่องมือต่างกันสามแบบ ฟิลิปปินส์จำกัดสัดส่วนทุนไว้ในรัฐธรรมนูญและศาลฎีกานับเฉพาะ หุ้น ที่มีสิทธิออกเสียงเลือกกรรมการ อินโดนีเซีย บัญญัติให้ข้อตกลงถือหุ้นแทนเป็นโมฆะโดยตรง เวียดนามใช้บัญญัติธุรกิจที่จำกัดการเข้าถึงตลาดซึ่งรัฐบาลออกเป็นกฎหมายลำดับรอง

ฟิลิปปินส์ รัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1987 หมวด XII มาตรา 11 (Article XII, Section 11) ให้สัมปทาน กิจการสาธารณูปโภคเฉพาะแก่พลเมืองหรือนิติบุคคลที่ "at least sixty per centum of whose capital is owned by such citizens" (ทุนอย่างน้อยร้อยละหกสิบเป็นของพลเมือง) ปัญหาคือคำว่า capital (ทุน) หมายถึงหุ้นทั้งหมดหรือเฉพาะ หุ้น ที่มีสิทธิออกเสียง ในคดี Gamboa v. Teves, G.R. No. 176579 (ศาลฎีกาฟิลิปปินส์ องค์คณะเต็ม 28 มิถุนายน 2011, 668 Phil. 1) ซึ่งเกี่ยวกับโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัทโทรคมนาคม PLDT ศาลวางหลักว่า "the term 'capital' in Section 11, Article XII of the Constitution refers only to shares



of stock entitled to vote in the election of directors" (คำว่าหุ้นหมายถึงเฉพาะหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งกรรมการ) เหตุผลคือการควบคุมบริษัทใช้ผ่านสิทธิออกเสียง หุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงจึงไม่นับเป็นฐานของสัดส่วนนี้

อินโดนีเซีย กฎหมายว่าด้วยการลงทุน ฉบับที่ 25 ปี 2007 (Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal) มาตรา 33 วรรคหนึ่ง ห้ามผู้ลงทุนในประเทศและผู้ลงทุนต่างชาติที่ลงทุนในรูปแบบบริษัทจำกัด ทำข้อตกลงหรือคำแถลงว่าการถือหุ้นในบริษัทนั้นเป็นการถือ "untuk dan atas nama orang lain" (เพื่อและในนามของบุคคลอื่น) และวรรคสองบัญญัติให้ข้อตกลงหรือคำแถลงเช่นนั้น "batal demi hukum" (เป็นโมฆะโดยผลของกฎหมาย) อินโดนีเซียจึงวางผลทางแพ่งของการถือหุ้นแทนไว้ในตัวบทโดยตรง ขณะที่ไทยได้ผลใกล้เคียงกันผ่านประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 ตามที่ศาลฎีกาใช้ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560

เวียดนาม กฎหมายการลงทุน ฉบับที่ 61/2020/QH14 มาตรา 9 วางหลักว่าเงื่อนไขการเข้าถึงตลาดของผู้ลงทุนต่างชาติเหมือนกับผู้ลงทุนในประเทศ เว้นแต่ธุรกิจที่อยู่ในบัญชีจำกัดการเข้าถึงตลาด (Negative List for Market Access) ซึ่งรัฐบาลประกาศตามมาตรา 9 วรรคสอง แบ่งเป็นธุรกิจที่ห้ามและธุรกิจที่จำกัด และเงื่อนไขที่ใช้ได้รวมถึงสัดส่วนการถือหุ้นจดทะเบียนของผู้ลงทุนต่างชาติ โครงสร้างนี้คล้ายบัญชีท้ายกฎหมายของไทย ต่างกันที่เวียดนามให้รัฐบาลออกบัญชีเป็นกฎหมายลำดับรอง ส่วนไทยกำหนดบัญชีหนึ่งถึงบัญชีสามไว้ท้ายพระราชบัญญัติ

เมื่อเทียบสามระบบ กฎหมายไทยมีลักษณะเฉพาะสองข้อ ข้อแรก มาตรา 4 ใช้ฐานทุนจดทะเบียนและมูลค่าการลงทุน ไม่ใช่สิทธิออกเสียงแบบคดี Gamboa การออกหุ้นบุริมสิทธิที่ทำให้ฝ่ายไทยมีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าสัดส่วนทุนจึงไม่เปลี่ยนสถานะคนต่างด้าวของบริษัทตามตัวบท แต่ไม่ได้ทำให้พ้นการพิสูจน์เรื่องถือหุ้นแทนตามมาตรา 36 ข้อสอง ไทยใช้ทั้งโทษาญาและผลโมฆะทางแพ่งไปพร้อมกัน ผู้ลงทุนต่างชาติที่พิจารณาโครงสร้างร่วมทุนในไทยจึงควรตรวจสอบสัดส่วนทุน ที่มาของเงินค่าหุ้น และสิทธิของหุ้นแต่ละประเภทไปพร้อมกัน

นิติเศรษฐศาสตร์และความรู้ข้ามศาสตร์: ต้นทุนของการจำกัดการถือหุ้นและแรงจูงใจในการใช้นอมนิ

บัญชีท้ายกฎหมายทำหน้าที่กั้นตลาดบางส่วนไว้ให้ผู้ประกอบการไทย แลกกับเงินลงทุนจากต่างประเทศที่อาจไม่เข้ามา งานศึกษาของ OECD ปี 2019 ประเมินว่าการผ่อนคลายนโยบายจำกัดราวร้อยละ 10 ตามดัชนีของ OECD อาจเพิ่มยอดคงค้างการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศคู่ค้าได้เฉลี่ยร้อยละ 2.1



มาตรา 8 (3) ระบุเหตุผลของบัญชีสามไว้ในตัวบทว่าเป็นธุรกิจ "ที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว" ซึ่งตรงกับแนวคิดคุ้มครองอุตสาหกรรมที่ยังไม่เติบโต (infant industry protection) ขณะเดียวกัน คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2300/2557 อ่านเหตุผลในการประกาศใช้กฎหมายว่าเพื่อ "ส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในและต่างประเทศ" สองถ้อยคำนี้อ่านร่วมกันได้ว่ากฎหมายวาง การ คุ้มครองไว้ เป็น มาตรการ ระหว่างทาง ไม่ใช่ สภาพ ถาวร ใน ทาง นิติ เศรษฐศาสตร์ การ คุ้มครองแบบนี้มีเหตุผลเมื่อผู้ประกอบการในประเทศต้องการเวลาสะสมทุนและความรู้ แต่ถ้าไม่พบทวนว่าธุรกิจใดพร้อมแข่งขันแล้ว ต้นทุนจะตกแก่ผู้บริโภคและผู้ประกอบการรายอื่นที่ใช้บริการเหล่านั้นเป็นปัจจัยการผลิต

ต้นทุนของข้อจำกัดวัดได้จากข้อมูล งานของ Mistura และ Roulet (2019) ในชุดเอกสารวิชาการด้านการลงทุนระหว่างประเทศของ OECD ใช้แบบจำลองแรงโน้มถ่วง (gravity model) กับข้อมูล 60 ประเทศช่วงปี 1997 ถึง 2016 เทียบกับดัชนีข้อจำกัดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศของ OECD (OECD FDI Regulatory Restrictiveness Index) ผลประเมินคือการปฏิรูปที่ผ่อนคลायข้อจำกัดลงราวร้อยละ 10 ตามดัชนี อาจเพิ่มยอดคงค้างการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศคู่ค้าได้เฉลี่ยร้อยละ 2.1 ผลกระทบสูงกว่าในภาคบริการ และงานนี้วิเคราะห์ข้อจำกัดสัดส่วนทุนต่างชาติกับการคัดกรองการลงทุนเป็นการเฉพาะ ภาคบริการคือส่วนที่บัญชีสามของไทยครอบคลุมมาก ข้อค้นพบนี้จึงเกี่ยวข้องกับการออกแบบบัญชีสามโดยตรง

เมื่อกฎหมายจำกัดสัดส่วนทุน ส่วนต่างระหว่างสิ่งที่ผู้ลงทุนต่างชาติต้องการถือกับสิ่งที่กฎหมายยอมให้ถือคือ แรงจูงใจที่จะใช้ ผู้ถือหุ้น แทน การ ออกแบบ การบังคับใช้ จึง สำคัญ เท่ากับ ตัว เพดาน กฎหมายไทยใช้เครื่องมือสามชั้น ชั้นแรกคือโทษอาญาและค่าปรับรายวันตามมาตรา 36 และมาตรา 37 ชั้นที่สองคือการนับ มูลค่า การลงทุน ที่ แท้จริง ตามมาตรา 4 (3) (ก) ซึ่ง ปิด ช่อง การ จัด ตัวเลข ใน ทะเบียน ดัง คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560 ชั้นที่สามคือผลโมฆะและการเรียกเงินคืนไม่ได้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 411 ดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560

ชั้นที่สามมีน้ำหนักเป็นพิเศษ เพราะคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2300/2557 ยืนยันว่ารัฐเท่านั้นเป็นผู้เสียหายในทางอาญา โอกาสที่การถือหุ้นแทนจะถูกตรวจพบจึงขึ้นกับการตรวจสอบของรัฐ ส่วนผลทางแพ่งทำงานทันทีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างคู่สัญญา ฝ่ายต่างชาติซึ่งเป็นผู้ลงเงินแบกความเสี่ยงที่จะเสียเงินทั้งจำนวน ต้นทุนที่คาดหมายของการใช้นอมนีจึงไม่ได้มาจากโทษอาญาเพียงอย่างเดียว แต่มาจากการที่สัญญาซึ่งเป็นหลักประกันของผู้ลงทุนไม่มีผลบังคับ การออกแบบเช่นนี้ใช้แรงจูงใจของเอกชนช่วยบังคับใช้กฎหมาย โดยรัฐไม่ต้องตรวจพบทุกกรณี



ในมุมมองการบัญชีและการตรวจสอบ หลักฐานที่ชี้ว่าใครเป็นผู้ลงทุนจริงคือเอกสารการชำระค่าหุ้น ได้แก่ หลักฐานการโอนเงินเข้าบัญชีบริษัท บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น และหลักฐานการรับเงินปันผล เมื่อเอกสารเหล่านี้ ไม่สอดคล้องกับทะเบียน ศาลอาจถือตามเงินที่ลงจริงดังคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560 โครงสร้างที่ ฝ่ายไทยถือหุ้นด้วยเงินของตนเองและมีหลักฐานครบจึงเป็นทั้งการปฏิบัติตามกฎหมายและการลดความเสี่ยงทางแพ่งไปพร้อมกัน

แหล่งอ้างอิง: Mistura, F. and C. Roulet (2019), "The determinants of Foreign Direct Investment: Do statutory restrictions matter?", OECD Working Papers on International Investment, No. 2019/01, DOI 10.1787/641507ce-en, OECD (2010), "OECD's FDI Restrictiveness Index: 2010 Update", OECD Working Papers on International Investment, 2010/03, DOI 10.1787/5km91p02zj7g-en, คดี Gamboa v. Teves จากห้องสมุดอิเล็กทรอนิกส์ของศาลฎีกาฟิลิปปินส์ (elibrary.judiciary.gov.ph)

โครงสร้างผู้ถือหุ้นต่างชาติ: เรื่องที่ควรตัดสินใจก่อนจดทะเบียน

โครงสร้างผู้ถือหุ้นต่างชาติ ควรตัดสินใจก่อนยื่นจดทะเบียน เพราะ การปรับสัดส่วนทุน ภายหลัง ต้อง จดทะเบียนเปลี่ยนแปลง โอนหุ้น หรือเพิ่มทุน และหากโครงสร้างเดิมเข้าข่ายมาตรา 36 การแก้ไขภายหลังไม่ ได้รับความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นแล้ว

กฎหมายการลงทุนต่างชาติในไทยมีความซับซ้อนสูง เพราะนอกจากตัวกฎหมายแล้ว ยังมีบัญชีแนบท้ายที่ ได้รับการแก้ไขเป็นระยะ กฎกระทรวงที่เปลี่ยนแปลงได้ และแนวปฏิบัติของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ต้องใช้ ประสพการณ์ในการตีความ

เอกสยาม ชัยศรี ที่ปรึกษากฎหมายซึ่งมีขอบเขตงานครอบคลุมการจัดตั้งและวางโครงสร้างทางหุ้นส่วนและ บริษัท สัญญาทางธุรกิจ และการลงทุนของชาวต่างชาติ พร้อมให้คำปรึกษาในการวางโครงสร้างการลงทุนที่ ถูกต้องตามกฎหมาย ตั้งแต่ การเลือก รูปแบบ นิติบุคคล การวางแผน โครงสร้าง การถือหุ้น การขอรับ การ ส่งเสริม BOI ไปจนถึงการยื่นขอใบอนุญาต FBA ขอบเขตและราคาแพ็คเกจจัดตั้งบริษัทอยู่ที่หน้า รับจด ทะเบียนบริษัท และงานขอรับการส่งเสริมการลงทุนในรายละเอียดอยู่ที่ บริการประเมินการขอ BOI ของ Eksiam Trade & Investment Law



คำถามที่พบบ่อยเรื่องต่างชาติถือหุ้นบริษัทไทย

คำตอบด้านล่างสรุปจากมาตรา 4 มาตรา 8 มาตรา 14 มาตรา 15 มาตรา 36 และมาตรา 41 แห่ง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ข้อเท็จจริงของแต่ละกิจการอาจทำให้ผลต่างออกไป

ต่างชาติถือหุ้นบริษัทไทยได้กี่เปอร์เซ็นต์

พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้ตั้งเพดานร้อยละไว้เป็นการทั่วไป ถ้าคนต่างด้าวถือหุ้นหรือลงทุนรวมกันไม่ถึงกึ่งหนึ่งของทุน บริษัทไม่เป็นคนต่างด้าว ถ้าตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป บริษัทเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 4 และต้องตรวจว่าธุรกิจอยู่ในบัญชีท้ายกฎหมายหรือไม่ ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีใดเลยถือหุ้นได้ถึงร้อยละ 100 โดยต้องมีทุนขั้นต่ำตามมาตรา 14

ต่างชาติถือหุ้น 49% กับ 51% ต่างกันอย่างไร

ที่ร้อยละ 49 บริษัทยังไม่เป็นคนต่างด้าว จึงประกอบธุรกิจในบัญชีท้ายกฎหมายได้โดยไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายนี้ หากฝ่ายไทยลงทุนด้วยเงินของตนเองจริง ที่ร้อยละ 50 พอดีหรือร้อยละ 51 บริษัทเป็นคนต่างด้าวแล้ว ธุรกิจ ในบัญชีสองและบัญชีสาม ต้องได้รับอนุญาตหรือหนังสือรับรองก่อน และต้องมีทุนขั้นต่ำตามมาตรา 14

ต่างชาติถือหุ้น 100% ได้ไหม

ได้ เมื่อธุรกิจไม่อยู่ในบัญชีใดเลย หรือเมื่อได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายบัญชีสาม หรือได้หนังสือรับรองตามมาตรา 12 เพราะได้รับส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ส่วนธุรกิจในบัญชีสองติดเงื่อนไขมาตรา 15 ที่ให้คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบ เว้นแต่ได้รับผ่อนผัน และธุรกิจในบัญชีหนึ่งไม่มีช่องทางขออนุญาต

ธุรกิจบัญชีสองต้องมีคนไทยถือหุ้นเท่าไร

มาตรา 15 กำหนดให้คนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุน เว้นแต่มีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันให้น้อยลงได้ แต่ไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด



ให้คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (นอมินี) มีโทษอย่างไร

มาตรา 36 กำหนดโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ทั้งผู้ถือหุ้นแทนและคนต่างด้าวที่ยินยอม ศาลสั่งให้เลิกการถือหุ้นพร้อมค่าปรับรายวันหากไม่ปฏิบัติตาม กรรมการที่รู้เห็นเป็นใจรับโทษตามมาตรา 41 และในทางแพ่ง ศาลฎีกาวินิจฉัยในคำพิพากษา ศาลฎีกาที่ 5457/2560 ว่าสัญญาที่ทำเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายนี้เป็นโมฆะ และเงินที่จ่ายไปเรียกคืนไม่ได้

ถ้าถูกดำเนินคดีตามกฎหมายนี้ สำนักงานช่วยได้อย่างไร

งานตรวจโครงสร้างผู้ถือหุ้น ตรวจเอกสาร และวางแผนทางปรับโครงสร้างดูแลโดยที่ปรึกษากฎหมายของสำนักงาน ส่วนการต่อสู้คดีในศาลดำเนินการโดยทนายความของสำนักงาน ค่าปรึกษาเบื้องต้น 45 นาที 4,900 บาท และหักคืนเต็มจำนวนเมื่อเลือกบริการแพ็คเกจภายใน 30 วัน

เชิงอรรถ: ตัวอย่างในบทความ

- พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (ยกบทนิยามที่อ้างในบทความ)** “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) ลงทุน มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น, “ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น
- มาตรา 8** “ภายใต้บังคับมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 10 และมาตรา 12 (1) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง (2) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี (3) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ”
- มาตรา 15** “คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด”
- มาตรา 36** “ผู้มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคล ที่มีใช่ คนต่างด้าว ตาม พระราชบัญญัติ นี้ ให้ความช่วยเหลือ หรือ สนับสนุน หรือ ร่วมประกอบธุรกิจ ของ คนต่างด้าว อันเป็น ธุรกิจ ที่ กำหนด ไว้ใน บัญชีท้าย พระราชบัญญัติ นี้ โดย คนต่างด้าว นั้น มิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการ



ดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

5. **มาตรา 37** “คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”
6. **มาตรา 41** “ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”
7. **มาตรา 12** “ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต ดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบ วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุน หรือ หนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าว ดังกล่าวนั้น ได้รับ ยกเว้น จากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 และมาตรา 42 ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี (วรรคสอง) การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด”
8. **มาตรา 14** “ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท (วรรคสอง) ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท (วรรคสาม) กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้ (วรรคสี่) ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น”

