

แนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาติและสถานะของนิติบุคคล

ดังที่กล่าวในบทที่แล้วว่า การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้น อาศัยทฤษฎีสำคัญ ๆ หลายทฤษฎี การกำหนดสัญชาตินิติบุคคลแตกต่างจากการกำหนดสถานะนิติบุคคล โดยที่การกำหนดสัญชาตินิติบุคคล มีจุดประสงค์ในการที่จะต้องการทราบสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ๆ ว่ามีสัญชาติของประเทศนั้นหรือไม่ ซึ่งต้องแล้วแต่ว่าประเทศนั้นจะมีทฤษฎีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลอย่างไร โดยกำหนดตามกฎหมายภายในของประเทศ ซึ่งบางประเทศก็กำหนดไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรอย่างชัดเจน แต่บางประเทศก็ไม่ให้ความสำคัญเลย แต่หันไปให้ความสำคัญกับฐานะทางกฎหมาย (Statute) ภูมิลำเนา (Domicile) หรือถิ่นที่ตั้ง (Residence) ทั้งนี้แล้วแต่กฎหมายภายในของแต่ละประเทศ¹ ซึ่งเป็นอำนาจอันเด็ดขาดของประเทศนั้น ๆ

ส่วนการกำหนดสถานะของนิติบุคคล มีจุดประสงค์เพื่อต้องการควบคุมนิติบุคคลนั้นในประเทศของตน โดยส่วนมากจะเป็นนิติบุคคลต่างชาติหรือต่างด้าว เช่น ในรูปของบริษัท ห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลต่าง ๆ ฯลฯ ซึ่งนิติบุคคลต่างประเทศนี้ได้เข้ามาลงทุนทำธุรกิจในประเทศเป็นจำนวนมาก รัฐบาลจึงต้องมีมาตรการออกมาควบคุม บังคับ นิติบุคคลต่างด้าวเหล่านี้ไม่ให้มา มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินบางประเภท หรือประกอบธุรกิจบางประเภท หรือมีสิทธิเหนือบุคคลหรือนิติบุคคลของชาตินั้น ๆ โดยอาจทำเป็นกฎหมายภายในหรือข้อสงวนขึ้นมา เพื่อประโยชน์สูงสุดของคนในชาติเป็นสำคัญกฎหมายประเภทดังกล่าวนี้จะถือหลักการปฏิบัติ เยี่ยงคนชาติ (National Treatment) คือหลักที่รัฐจะปฏิบัติต่อคนต่างชาติเท่าเทียมกับการที่รัฐปฏิบัติต่อคนชาติของตน หรือ

¹ Cheshire, G.C. and P.M. North, Cheshires' private International Law, 6th ed. (London : Butterworth, 1970) p. 188.

หลักมาตรฐานขั้นต่ำระหว่างประเทศ (international minimum standard) ซึ่งมาตรฐานการปฏิบัติขั้นต่ำต่อคนต่างด้าวนี้ จะต้องเป็นมาตรฐานที่ปฏิบัติกันในนาอารยประเทศ ทั้งนี้และทั้งนั้นตามทั้งสองหลักนี้ อาจจะทำให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างคนต่างด้าว กับคนชาตินั้น ในบางเรื่องอาจมีได้ อาทิเช่น คนต่างด้าวย่อมไม่มีสิทธิทางการเมือง และอาจถูกจำกัดสิทธิบางประการเกี่ยวกับการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และการทำงานบางลักษณะ ²

4.1 การกำหนดสัญชาตินิติบุคคลโดยอาศัยแนวทางปฏิบัติของกฎหมายภายในของต่างประเทศ

ประเทศต่าง ๆ มีหลักในการพิจารณาที่กำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่จะใช้บังคับนิติบุคคลต่างกัน ทฤษฎีหลักสำคัญ ๆ ที่นิยมถือเป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่จะใช้บังคับกับนิติบุคคลมีอยู่ด้วยกัน 2 ทฤษฎีหลักคือ

1. ทฤษฎีหลักที่ถือเอาประเทศที่นิติบุคคลนั้นก่อตั้ง เป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล และกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับ (Doctrine of the place of incorporation) กล่าวคือนิติบุคคลที่ก่อตั้งตามกฎหมายของประเทศใดก็จะได้สัญชาติของประเทศนั้น ประเทศที่ใช้หลักนี้ได้แก่ ประเทศ อังกฤษ อเมริกา บราซิล เปรู คิวบา และกัวเตมาลา ³ ตามหลักนี้จะคำนึงการจดทะเบียนหรือการก่อตั้งเป็นสิ่งสำคัญ

² ผดุง บัทมะสังข์, "การปฏิบัติต่อคนต่างด้าว", วารสารนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยศรีปทุม ปีที่ 4 เล่มที่ 1 (มกราคม - มิถุนายน พ.ศ. 2532): 79.

³ Martin Wolff, Private International Law, 2nd. ed., (Darmatadh: Fotokop Wilhelm Wethert, 1977), p. 299.

2. ทฤษฎีหลักที่ถือเอาถิ่นที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคลเป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลและกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับ (Doctrine of the siege social) กล่าวคือ หากนิติบุคคลมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ก็จะได้รับสัญชาติของประเทศนั้น และใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ ทั้งนี้ไม่คำนึงว่านิติบุคคลนั้น จะจดทะเบียนหรือก่อตั้งในประเทศใด ตามหลักนี้จะคำนึงถึงที่ตั้งของสำนักงานที่เป็นศูนย์กลางการบริหารงานเป็นสิ่งสำคัญ ประเทศที่ยึดถือหลักนี้ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมันอิตาลี สเปน ออสเตรีย สวิสเซอร์แลนด์ โปแลนด์ และประเทศในแถบยุโรปส่วนใหญ่ ยกเว้น ประเทศเนเธอร์แลนด์⁴

ส่วนทฤษฎีหลักอื่น ๆ เช่น Doctrine of the exploitation กับ Doctrine of the control ไม่ค่อยเป็นที่นิยมใช้ในประเทศต่าง ๆ

ต่อไปจะได้พิจารณาถึงแนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลของแต่ละประเทศดังต่อไปนี้

4-1-1 แนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลของกฎหมายประเทศอังกฤษ

ในกฎหมายอังกฤษนั้น มีการกล่าวถึงสัญชาติของนิติบุคคลน้อยมาก โดยทั่ว ๆ ไปแล้วจะไม่ค่อยมีการกล่าวถึงสัญชาติของนิติบุคคลไว้ แม้จะกล่าวอยู่บ้างในแง่ของปัญหาเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล แต่ที่มักจะไม่คำนึงถึงการกำหนดสัญชาติ แต่คำนึงถึงฐานะทางกฎหมาย (statute) ของนิติบุคคล ภูมิลำเนา (domicile) ของนิติบุคคลและถิ่นที่อยู่ (residence) ของนิติบุคคลแทน จึงอาจกล่าวได้ว่าอังกฤษไม่ได้สนใจสัญชาติของนิติบุคคลและกฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติบุคคลนั้น แต่ดูจากว่านิติบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาที่ไหน อย่างไรก็ตาม

⁴ Yitzhak Hadari, The Choice of National Law Applicable to the Muttinational Enterprise and the nationality of such enterprises, Duke Law Journal, (March 1974): 8.

การกำหนดสัญชาตินิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศอังกฤษคือ ทฤษฎีหลักการจดทะเบียนหรือก่อตั้ง (place of incorporation) ⁵

สำหรับภูมิลำเนา (domicile) ของนิติบุคคลนั้น กฎหมายอังกฤษยึดหลักว่า ภูมิลำเนาของนิติบุคคลอยู่ ณ ที่ที่นิติบุคคลนั้นได้ถูกก่อตั้งขึ้น และตามกฎหมายอังกฤษ ภูมิลำเนานี้จะเป็นตัวกำหนดถึงกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ๆ ยิ่งไปกว่าสัญชาติของนิติบุคคลเสียอีก ⁶ ทั้งนี้ โดยการเปรียบเทียบกับกรณีพิจารณาสถานะของบุคคลธรรมดา ซึ่งจะนำกฎหมายว่าด้วยภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดาใช้บังคับ ซึ่งโดยปกติภูมิลำเนาของบุคคลธรรมดาต้องถือเอาภูมิลำเนาของบิดาและมารดาเป็นหลัก เพราะเป็นผู้ให้กำเนิดเกิดขึ้นมา ดังนี้ ในกรณีของนิติบุคคลต้องถือเอาภูมิลำเนาของประเทศที่สร้างหรือทำให้นิติบุคคลเกิดขึ้นมา ซึ่งก็คือภูมิลำเนาของประเทศที่ได้จดทะเบียนหรือก่อตั้ง (Incorporation) นั้นเอง และกฎหมายที่จะใช้บังคับกับนิติบุคคลนั้นก็คือ ภูมิลำเนาของนิติบุคคลนั้น ซึ่งคือกฎหมายของประเทศที่นิติบุคคลได้จดทะเบียนหรือก่อตั้งขึ้นด้วยเหตุนี้กฎหมายของประเทศอังกฤษจึงไม่ค่อยให้ความสำคัญกับสัญชาติของนิติบุคคลมากนัก และตามกฎหมายของประเทศอังกฤษได้ยอมรับสถานะของนิติบุคคลที่ก่อตั้งหรือจดทะเบียน ตามกฎหมายต่างประเทศด้วย โดยถือว่านิติบุคคลเหล่านั้น เป็นนิติบุคคลต่างชาติ (foreign corporation) และศาลอังกฤษได้ยอมรับรองการเกิดขึ้นของนิติบุคคลต่างประเทศดังกล่าว ถ้าก่อตั้งขึ้นโดยถูกต้องของกฎหมายต่างประเทศ อย่างไรก็ตามเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลนี้ หากเกิดปัญหาเรื่องการย้อนส่ง (Renvoi) ของการบังคับใช้กฎหมายต่างประเทศในศาลประเทศอังกฤษในเรื่องของการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) ประเทศอังกฤษมักจะยึดถือทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation) เป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล

⁵ Cheshire, G.C. and P.M. North, Cheshires' private International Law (1970) p. 192.

⁶ Schmitthoff, L.M., The English Conflict of Law, (London: Steven & Sons, 1954) pp. 379-380.

ส่วนถิ่นที่อยู่ (residence) นั้น แตกต่างจากภูมิลำเนา ตามกฎหมายอังกฤษถือว่า นิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ (residence) ในประเทศ ซึ่งนิติบุคคลนั้นมีศูนย์ควบคุมการจัดการ (centre of management control) ถิ่นที่อยู่นี้มีใช้ตัวกำหนดกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การดำเนินงานของนิติบุคคล ซึ่งให้ใช้ภูมิลำเนาเท่านั้นเป็นตัวกำหนด ถิ่นที่อยู่กำหนดไว้เพื่อประโยชน์ในการเก็บภาษีเท่านั้น บริษัทใดมีถิ่นที่อยู่ในประเทศอังกฤษจะต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายภาษีของอังกฤษ ดังจะเห็นได้จากคดีระหว่าง De Beers Consolidated Mines, Ltd. V. Howe⁷ คดีนี้บริษัท De Beers Consolidated Mines, Ltd. จดทะเบียนและก่อตั้งขึ้นในแอฟริกาใต้ มีรายได้ทั้งหมดจากการทำเหมืองแร่และค้าเพชร กรรมการของบริษัทจะพบปะและประชุมกันทั้งในแอฟริกาใต้และในลอนดอน และศูนย์ควบคุมการจัดการของบริษัทก็มีถิ่นที่อยู่ในลอนดอน ซึ่งกรรมการส่วนใหญ่มีถิ่นที่อยู่และมักพบปะและประชุมกันในประเทศอังกฤษ จึงถือว่าบริษัทนี้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศอังกฤษ ดังนั้นแม้เงินได้ทั้งหมดจะเกิดจากการทำเหมืองแร่และการขายเพชรในแอฟริกาใต้ ก็จะต้องเสียภาษีเงินได้ให้แก่อังกฤษ และคดีระหว่าง Cesna Sulphur Co. V. Nicolson⁸ คดีนี้บริษัท Cesena Sulphur Co. จดทะเบียนและก่อตั้งขึ้น ณ ประเทศอังกฤษภายใต้ The Companies Act โดยมีจุดประสงค์ในการทำเหมืองแร่ซัลเฟอร์ที่เมือง Cesena ประเทศอิตาลี ดังนั้นการประกอบกิจการ การผลิตและการค้าขายแร่ซัลเฟอร์จะอยู่ภายใต้ผู้บริหารชาวอิตาลี ซึ่งรวมถึงการเป็นผู้อำนวยการบริษัทด้วย และมีที่อยู่อาศัย ณ เมือง Cesena ทั้งนี้ผลผลิตทั้งหมดของบริษัทไม่เคยส่งกลับไปประเทศอังกฤษเลย สมุดบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินต่าง ๆ ก็อยู่ที่ประเทศอิตาลี และบริษัท Casena นี้ก็จดทะเบียนที่อิตาลีด้วย และ 2 ใน 3 ของหุ้นส่วนทั้งหมดของบริษัทเป็นผู้ถือหุ้นชาวอิตาลี ดังนั้นจะเห็นได้ว่าศูนย์กลางของธุรกิจของบริษัทนี้อยู่ ณ ประเทศอิตาลี แต่อย่างไรก็ตาม หนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทที่ London ได้กำหนดขอบเขตอำนาจของกรรมการบริหารบริษัทไว้ โดยให้ความคุมกิจการทั้งหมดของบริษัทที่อยู่ในอิตาลีด้วย

⁷ Cheshire, G.C. and P.M. North, Cheshires' private International Law, p. 189.

⁸ Ibid.

และการประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น บริษัทก็จัดประชุมที่กรุงลอนดอนประเทศอังกฤษด้วย และมีการแบ่งปันเงินปันผลที่นี้ด้วย

ดังนั้น จากการบริหารจัดการและการควบคุมนโยบายซึ่งจะเห็นได้ว่า กระทำ ณ ประเทศอังกฤษ จึงเป็นเหตุผลที่แสดงได้ว่า บริษัทนี้อาศัยอยู่และมีถิ่นที่อยู่ในประเทศอังกฤษ จึงจะต้องเสียภาษีเงินได้ให้แก่ประเทศอังกฤษ ภายใต้กฎหมายภาษีอากร (Taxation Act)

จะเห็นได้ว่าทั้งสองคดีนี้ไม่เหมือนกันตรงที่ในคดี De Beers Consolidated Mines บริษัทนี้จดทะเบียนและก่อตั้งที่ประเทศแอฟริกาใต้ ส่วนคดี Cesena Sulphur Co. บริษัทนี้ได้จดทะเบียนและก่อตั้งที่ประเทศอังกฤษ สรุปแล้ว ไม่ว่าจะบริษัทจะไปจดทะเบียนหรือก่อตั้ง ณ ประเทศใดก็ตาม หากมีถิ่นที่อยู่ในประเทศอังกฤษแล้ว จะต้องเสียภาษีเงินได้ให้แก่อังกฤษเสมอ อย่างไรก็ตามถิ่นที่อยู่นี้ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษ ถิ่นที่อยู่ที่สามารถจะมีได้เกินหนึ่งแห่งได้คือเนื่องจากนิติบุคคลนั้นส่วนใหญ่จะมีที่ทำการมากกว่าหนึ่งแห่ง เพื่อผลประโยชน์ในการประกอบกิจการและการบริหารงานต่าง ๆ ซึ่งหากเป็นรูปของบริษัทแล้ว อาจจะมีถิ่นที่อยู่ถึงสองสามแห่งก็ได้ และในศาลของประเทศอังกฤษก็เคยได้มีคดีตัดสินว่า ถิ่นที่อยู่ของบริษัทสามารถมีได้เกินหนึ่งแห่งได้ ตัวอย่างเช่น คดี Swedish Central Rail co. Ltd. V. Thompson และ คดี Egyptian Delta Land and Investment Co. V. Todd.^๑ ในแต่ละคดีนี้เป็นบริษัทลงทุนทางการเงิน ไม่ได้ไปลงทุนทำการผลิตจริง ๆ และรายได้ส่วนใหญ่ของบริษัทก็มาจากการลงทุนในต่างประเทศ ข้อเท็จจริงในคดีมีดังต่อไปนี้

คดี Swedish : บริษัทได้จดทะเบียนและก่อตั้งในประเทศอังกฤษในปี 1870 โดยมีวัตถุประสงค์รับเหมาก่อสร้างถนนในประเทศสวีเดน ในปี 1990 ได้ขายสัมปทานนี้ให้บริษัทรับเหมา

^๑ Farnsworth, The Residence and Domicile of Corporations, (London: Steven & Son, Co. Ltd., 1974) p. 107.

ก่อสร้างในสวีเดนไป 33,500 ปอนด์ และได้ย้ายการบริหารและการจัดการทั้งหลายออกไปประเทศสวีเดน และหลังจากนั้นการประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นประจำปีได้จัดให้มีขึ้น ณ เมือง Stockholm และการแบ่งเงินปันผลได้กระทำที่ประเทศสวีเดน ไม่มีเงินกำไรส่งกลับคืนประเทศอังกฤษเลย ยกเว้นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบางคนในประเทศอังกฤษ แต่ในทางกลับกันคณะกรรมการบริหารยังมีการประชุม ณ ประเทศอังกฤษเสมอ เลขานุการของบริษัทก็ยังคงอยู่ที่กรุงลอนดอนและก็มี การชำระบัญชีประจำปีด้วย

คดี Egyptian : บริษัทได้จดทะเบียนและก่อตั้งในประเทศอังกฤษ ในปี 1904 โดยมีวัตถุประสงค์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตั้งแต่ปี 1907 บริษัทนี้ได้ถูกควบคุมจัดการและบริหารโดยตรงจากกรุงไคโร ประเทศอียิปต์ ผู้อำนวยการและผู้จัดการ ตลอดจน ตรายาง หนังสือสำคัญ และสมุดบัญชีของบริษัทอยู่ที่ประเทศอียิปต์ เพื่อให้มีการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย The Companies Act ของประเทศอังกฤษจึงยังคงมีการจดทะเบียนบริษัท ณ กรุงลอนดอนและยังคงจ้าง Mr. Horine คนสัญชาติอังกฤษเป็นเลขานุการของบริษัทในการจัดการกิจการต่าง ๆ และจัดเตรียมเอกสารเกี่ยวกับบริษัทด้วย และบรรดาเงินรายได้ส่วนใหญ่ของบริษัทได้มาจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอียิปต์

ทั้งสองคดีนี้ House of Lords ได้ตัดสินว่า ในคดี Swedish ถือได้ว่าบริษัทมีถิ่นที่อยู่ 2 แห่งคือ ทั้งในประเทศสวีเดนและอังกฤษ ส่วนในคดี Egyptian นั้น ถือว่าบริษัทมีถิ่นที่อยู่แห่งเดียวคือที่ประเทศอียิปต์ ดังนั้น บริษัท Swedish จึงต้องเสียภาษีเงินได้ให้แก่ประเทศอังกฤษ ส่วนบริษัท Egyptian ไม่ต้องเสียภาษีเงินได้ เนื่องจากมีถิ่นที่อยู่ นอกประเทศอังกฤษ คือถือว่ามีถิ่นที่อยู่ ณ ประเทศอียิปต์

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ในกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลของอังกฤษ แม้จะไม่มีเรื่องการกำหนดมีสัญชาติของนิติบุคคล แต่จะเกิดขึ้นได้ในกรณีที่มีการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) โดยวิธีย้อนส่ง (renvoi) ศาลประเทศอังกฤษจะต้องปรับใช้กฎหมายต่างประเทศจึงทำให้ศาลอังกฤษต้องให้ความสำคัญกับปัญหาของสัญชาตินิติบุคคล เพราะกฎหมาย

ของต่างประเทศอาจจะมีเรื่องการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ดังเช่น กฎหมายของประเทศภาคพื้นทวีป (Continental Law) มีการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลโดยศูนย์กลางการจัดการที่แท้จริง (The real seat or the real centre of management) ¹⁰ ซึ่งเปรียบเทียบกับกรณีบุคคลธรรมดาจะเป็นพลเมืองของประเทศ X ได้ในกรณีที่ประเทศ X รับรองว่าเป็นพลเมืองของตนซึ่งหลักนี้จะปรับใช้กับการนิยามของนิติบุคคลด้วย ตัวอย่างเช่น บริษัทที่ก่อตั้ง (incorporated) ในฝรั่งเศส แต่มีศูนย์กลางการจัดการและสำนักงานใหญ่ (Siege social) ในอังกฤษ จะไม่เป็นทั้งบริษัทอังกฤษภายใต้กฎหมายอังกฤษ หรือบริษัทฝรั่งเศสภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส เพราะหากมีการย้อนส่ง (renvoi) เกิดขึ้นแล้ว ศาลประเทศอังกฤษจะถือหลักการจดทะเบียน (Incorporation) ส่วนฝรั่งเศสถือหลักสำนักงานใหญ่ (siege social) ดังนั้น บริษัทนี้จึงกลายเป็นบริษัทที่ไร้สัญชาติ และจะไม่มีสิทธิได้รับการให้คุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) ทั้งอังกฤษและฝรั่งเศส ในทางกลับกัน นิติบุคคลหนึ่งอาจจะมี 2 สัญชาติได้ ตัวอย่างเช่น บริษัทที่ก่อตั้งในอังกฤษ แต่มีศูนย์กลางการจัดการในประเทศฝรั่งเศส เป็นต้น

¹⁰ มีตัวอย่างคดีที่ตัดสินโดยศาลประเทศอังกฤษและใช้หลัก Incorporation เช่น คดี *Henriques V. General Privilege Duth Co.*, 92 Eng. Rep. 494 (K.B.1728), *Newby V. Van Oppen*, L.R. 7 Q.B. 293 (1872), คดี *National Bank of Greece V. Metliss*, (1959) A.C. 509, 518. คดี *Janson V. Dreifontein Consol. Mines Ltd.*, (1902) A.C. 484; คดี *Lazard Bros. V. Midland Bank Ltd.*, (1933) A.C. 289, 297. (ที่มา *Yitzhak Hadari*, *Duke Law Journal*, March No. 1, 1974, p. 7.)

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าอังกฤษไม่ได้สนใจสัญชาติของนิติบุคคลเลย กฎหมายที่ใช้บังคับแก่นิติบุคคลนั้นมิได้ยึดถือตามสัญชาติ แต่ดูจากว่านิติบุคคลนั้นมีภูมิลำเนาที่ไหน อย่างไรก็ตามก็มีการกล่าวถึงสัญชาติของนิติบุคคลในยามเกิดสงครามเกี่ยวกับปัญหาการยึดทรัพย์เชลยสงคราม นิติบุคคลที่มีสัญชาติของประเทศคู่สงครามกับอังกฤษก็จะถูกยึดทรัพย์ โดยที่บริษัทใดจะเป็นบริษัทศัตรู ดูได้จากว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทที่จดทะเบียนและก่อตั้งในประเทศคู่สงครามกับอังกฤษหรือไม่ หรือถูกควบคุมโดยบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นที่อยู่ (residence) หรือกระทำการกิจการอยู่ในประเทศคู่สงครามกับอังกฤษ ดังนั้นบริษัทที่จดทะเบียนตามกฎหมายอังกฤษ และถูกควบคุมโดยชนชาวเยอรมันที่มีถิ่นที่อยู่ (residence) ในอังกฤษก็มีใช้บริษัทศัตรู ตรงกันข้ามบริษัทที่จดทะเบียนตามกฎหมายเยอรมันและถูกควบคุมโดยชนชาวอังกฤษที่มีถิ่นที่อยู่ (residence) หรือทำการกิจการอยู่ในอังกฤษก็จะเป็นบริษัทศัตรูไป¹¹ เห็นได้ว่าในยามเกิดสงครามแล้ว อังกฤษนำเอาทฤษฎีหลักการควบคุม (The Control) มาบังคับใช้ในกฎหมายว่าด้วยการค้าขายกับชนชาติศัตรู (The Trading with the Enemy Act, 1939)¹²

ได้มีคดีตัวอย่างคือ คดี Daimler Co. V. Continental tyre and rubber Co.,¹³ ปัญหาที่ว่าบริษัทนี้ก่อตั้งและจดทะเบียนในอังกฤษ ดังนั้นจึงมีสัญชาติอังกฤษ โดยมีกรรมการอังกฤษแต่บรรดาหุ้นทั้งหมดตกอยู่ในมือของคนชาติศัตรู จึงสามารถจะมองได้ว่าเป็นบริษัทศัตรูในความหมายของกฎหมายการห้ามค้าขายกับศัตรู ศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธในเรื่องนี้ โดยอ้างว่าบริษัทกับผูถือหุ้นสามารถแยกออกจากกันได้ ซึ่งเป็นปัญหาในด้านเทคนิคและรูปแบบเท่านั้น บริษัทนี้จึงมีสัญชาติอังกฤษ House of Lords ได้กลับคำตัดสินนี้ โดย Lord Parker ได้ชี้ให้เห็นว่าถ้าบริษัทจะเป็นอังกฤษ เพราะถือเกณฑ์การก่อตั้งนั้นไม่เพียงพอที่จะ

¹¹ Martin Wolf, Private International Law, (1977), p. 309.

¹² Schmitthoff, L.M., The English Conflict of Law, (London: Steveno & Sons, 1954), p. 379.

¹³ Cheshire, G.C. and P.M. North, Cheshires' Private International Law, 8th ed., (London : Butterworth, 1970), p. 190.

ตอบคำถามที่ว่าบริษัทนี้มีลักษณะของศัตรู หรือไม่ก็เพราะบริษัทไม่มีความรู้สึกซื่อสัตย์หรือทรยศ การเป็นมิตรหรือศัตรูจะดูได้จากมนุษย์ (Human being) อย่างเดียว ซึ่งมนุษย์นั้นจะได้คุณลักษณะ นั้นมาจากไหน ถ้าไม่ใช่จากอิทธิพลที่เหนือกว่าคือ คุณลักษณะของผู้ถือหุ้น อย่างไรก็ตามสรุป ได้ว่าไม่แน่ว่าจะไปที่ผู้ถือหุ้นจะเป็นข้อเท็จจริงที่ตัดสินได้เลย เพราะบางทีคุณลักษณะศัตรูของมนุษย์ อาจพบในสมาชิกบริษัทอื่นก็ได้ที่มีลักษณะศัตรูถือหุ้นอยู่ หรือบางทีถูกบุคคลที่มีลักษณะศัตรูมีอิทธิพลข้าง นอกบริษัทควบคุมบริษัทโดยบังคับให้มีผู้เสนอลงมติ เป็นกรรมการบริหารของบริษัทอย่างนี้เป็นต้น สรุปก็คือในคดีนี้ ศาลสูงเห็นว่าการที่จะตัดสินว่าบริษัทใดมีคุณลักษณะเป็นศัตรู (Enemy character) นั้น ต้องดูประกอบกัน 2 อย่าง คือ

- 1) การก่อตั้งและจดทะเบียน
- 2) การดูที่ผู้ถือหุ้นหรือผู้ควบคุมว่ามีถิ่นที่อยู่ใด จึงจะตัดสินได้ ซึ่งคดีนี้จะเห็นว่า เป็นบริษัทที่มีสัญชาติของศัตรู เพราะว่ามีผู้ควบคุมที่เป็นสัญชาติศัตรูและมีถิ่นที่อยู่ในประเทศศัตรู

โดยสรุปแล้ว ประเทศอังกฤษให้ความสนใจเรื่องสัญชาตินิติบุคคลน้อยมาก และกฎหมาย ที่จะใช้บังคับกับสภาพนิติบุคคลก็ได้ยึดถือตามสัญชาติ แต่จะเน้นความสำคัญของภูมิลำเนา (domicile) สำคัญกว่าเรื่องอื่น ๆ แต่ถ้าจะกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลขึ้นมาแล้ว ประเทศ อังกฤษใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation) คือนิติบุคคลที่ ก่อตั้งหรือจดทะเบียน ณ ประเทศใดก็จะได้สัญชาติของประเทศนั้น ส่วนในเวลาเกิดสงครามขึ้น นั้น ประเทศอังกฤษใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (The Control) ในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล ทั้งหลายซึ่งส่วนมากจะอยู่ในรูปของบริษัท โดยปรากฏในกฎหมายว่าด้วยการค้าขายกับศัตรู (The Trading with the Enemy Act, 1939)

4.1.2 แนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลของกฎหมายประเทศเยอรมัน

ประเทศเยอรมันก็เป็นประเทศหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป (Continental Countries) จึงยึดถือทฤษฎีหลักสำนักงานที่แห่งใหญ่ (Siege Social or Siege reel) กล่าวคือ การกำหนดสัญชาตินิติบุคคล ให้ยึดถือว่าสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่หรือ

ศูนย์กลางการจัดการธุรกิจเป็นตัวกำหนดสัญชาตินิติบุคคลนั้น ซึ่งถ้าเป็นบริษัทแล้ว ให้อำนาจ "ที่ตั้งแห่งใหญ่" (Seat or Siege or Sitz) อยู่ ณ ประเทศใด นิติบุคคลหรือบริษัทก็มี สัญชาติของประเทศนั้น ซึ่งในการตัดสินว่าสถานที่ใดเป็น "Seat" ศาลของประเทศเยอรมัน ได้ตัดสินขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงในแต่ละคดีไป เช่น บางคดีก็ถือสำนักงานแห่งใหญ่ (Headquarters) หรือสถานที่กรรมการบริหารประชุม หรือที่ประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้น ในกรณี ที่ผู้ถือหุ้นมีอำนาจควบคุมกรรมการบริหารได้และยิ่งไปกว่านั้น บางทีก็นำทฤษฎีหลักการก่อตั้งและ จดทะเบียน (Incorporation) มาปรับใช้ด้วย เช่น ให้อำนาจถึงสถานที่จดทะเบียนนิติบุคคลนั้นที่ ปรากฏอยู่ในหนังสือจดทะเบียนของนิติบุคคล ในกรณีที่สำนักงานใหญ่ไม่เป็นที่ปรากฏแน่นอน¹⁴

ส่วนในด้านกฎหมายภายในของเยอรมันนั้น ก็มีกฎหมายบางฉบับที่เกี่ยวข้องกับทฤษฎีหลัก สำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ เช่น The German Stock Corporation Act of 1965¹⁵ มาตรา 5 บัญญัติไว้ว่า

(1) "ภูมิลำเนาหรือที่ตั้งแห่งใหญ่ (Seat or Sitz) ของบริษัทก็คือสถานที่ที่ปรากฏอยู่ใน ข้อบังคับของบริษัท (the articles of incorporation)

(2) ในข้อบังคับของบริษัทนั้น จะต้องกำหนดภูมิลำเนา (domicile) หรือที่ตั้งแห่ง ใหญ่ (Seat or Sitz) เป็นสถานที่ที่บริษัทได้มีข้อมูลพนักงานในการประกอบธุรกิจ หรือเป็นสถานที่ที่ ได้บริหารงานหรือจัดการงานของบริษัท (managed or administered) แสดงให้เห็นว่า ใน การจัดตั้งบริษัทในประเทศเยอรมัน ภายใต้กฎหมาย The German Stock Corporation Act of 1965 บริษัทจะต้องแจ้งที่ตั้งแห่งใหญ่ของบริษัท (The Company Seat) ไว้ในข้อบังคับของ บริษัท ดังนั้น หากบริษัทต้องการเปลี่ยนแปลงสถานที่ตั้งของบริษัทหรือสถานที่บริหารงานของบริษัท จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมในข้อบังคับของบริษัทเสมอ ไม่อาจจะกระทำได้โดยพลการ

¹⁴ R. Pennington, Companies in The Common Market, 2 nd. ed., (St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1970) p. 98.

¹⁵ E. Rabel, The Conflict of Law, (2 nd. ed., 1960) p. 38.

สรุปแล้ว ประเทศเยอรมันก็ยอมรับว่านิติบุคคลหรือบริษัทนั้นมีสัญชาติได้ และถือว่าการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้นให้เป็นไปตามถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ (Siege Social) แต่อย่างไรก็ตาม กฎหมายภายในเยอรมันก็ได้เขียนถึงการค้นหาตัวกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลไว้อย่างแจ่มชัด จึงมีนักกฎหมายเยอรมันท่านอื่น ๆ เช่น ศาสตราจารย์ Kegel ถือว่ามีหลายวิธีที่จะกำหนดสัญชาตินิติบุคคล มิใช่เพียงหลักถิ่นที่ตั้งแห่งใหญ่เพื่อหลักเดียวเท่านั้น¹⁶

4-1-3 แนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลของกฎหมายประเทศฝรั่งเศส

ประเทศฝรั่งเศสมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของนิติบุคคลอยู่มาก โดยมีบทบัญญัติที่เก่าแก่ที่สุด และปัจจุบันก็ยังมีผลบังคับใช้คือกฎหมายว่าด้วยการยอมรับของบริษัทเบลเยียมและบริษัทต่างประเทศอื่นที่ตราขึ้น เมื่อวันที่ 30 พฤษภาคม ค.ศ. 1857 ในกฎหมายฉบับนี้กล่าวถึงสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง เหตุที่มีการบัญญัติกฎหมายฉบับ ค.ศ. 1857 ขึ้นมาเนื่องจากสองสามปีก่อนหน้านั้น มีคดีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างประเทศเบลเยียมและฝรั่งเศส โดยศาลสูงสุดของเบลเยียม ได้ปฏิเสธไม่ยอมรับรองสภาพบุคคลของบริษัทจำกัดที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยไม่ยอมรับบริษัทจำกัดฝรั่งเศสจะมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายในเบลเยียม ดังนั้นบรรดาพ่อค้าและนักธุรกิจทั้งหลายของฝรั่งเศสจึงผลักดันให้รัฐบาลของทั้งสองประเทศนั้นกระทำการเจรจากัน ในที่สุดรัฐบาลทั้งสองประเทศก็ตกลงกันได้ และให้หาทางแก้ไขข้อผิดพลาดที่ศาลสูงสุดเบลเยียมได้ทำไป โดยต่างฝ่ายต่างออกกฎหมายมารับรองว่าตนจะยอมรับสภาพบุคคลของบริษัทที่ตั้งขึ้น โดยถูกต้องตามกฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง กฎหมายฝรั่งเศสที่ตราขึ้นก็คือ กฎหมายฉบับ ค.ศ. 1857 ดังกล่าว ซึ่งมาตรา 1 ของกฎหมายฉบับนี้ได้กล่าวถึงการยอมรับสภาพบุคคลของบริษัทที่ก่อตั้งขึ้น โดยกฎหมายของเบลเยียมว่า "บริษัทจำกัดและสมาคมทางการเงินพาณิชย์อุตสาหกรรมและการเงินอื่น ๆ ซึ่งจำเป็นต้องได้รับมอบอนุญาตจากรัฐบาลเบลเยียม

¹⁶ สราบดี สัตตบุศย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์หนังสือพิมพ์, พ.ศ. 2523) หน้า 111-112.

และซึ่งได้รับอนุญาตแล้วสามารถที่จะใช้สิทธิทุกประการ และยื่นฟ้องในประเทศฝรั่งเศสได้ โดยให้เป็นไปตามกฎหมายแห่งจักรวรรดิฝรั่งเศส¹⁷ สัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง เช่น กฎหมายฉบับ ค.ศ. 1925 มาตรา 31 บัญญัติไว้ว่า "ผู้เป็นหุ้นส่วนไม่สามารถจะเปลี่ยนสัญชาติของบริษัทได้ เว้นเสียแต่จะได้รับคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์" และกฎหมายว่าด้วยบริษัทพาณิชย์ฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสที่ตราขึ้น เมื่อวันที่ 24 กรกฎาคม ค.ศ. 1966 ก็บัญญัติถึงการยอมรับสัญชาติของนิติบุคคลไว้โดยตรง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าฝรั่งเศสยอมรับว่านิติบุคคลมีสัญชาติได้¹⁸

ส่วนประเทศฝรั่งเศสจะใช้หลักอะไรในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ดังที่กล่าวมาแล้วว่า ทฤษฎีสำนักรงานที่ตั้งแห่งใหญ่ (The effective seat theory or siege social) นี้กำเนิดมาในประเทศเยอรมันและประเทศฝรั่งเศส ระหว่างศตวรรษที่ 19¹⁹ ซึ่งทฤษฎีนี้ได้พัฒนามาจากทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (The incorporation theory) โดยเพิ่มหลักเกณฑ์ในเรื่องการกำหนดภูมิลำเนาของนิติบุคคลนั้น²⁰ และจากทฤษฎีสำนักรงานที่ตั้งแห่งใหญ่นี้ ได้พัฒนาต่อไปเป็นทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ (Siege d'exploitation)

¹⁷ สุธาบัติ สัตตบุศย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, (2523) หน้า 113-114. หลังจากกฎหมายฉบับ ค.ศ. 1857 แล้ว ก็มีกฎหมายออกมามากมายฉบับที่บัญญัติถึง

¹⁸ ดูแนวคำพิพากษาของศาลประเทศฝรั่งเศสในหน้า 61-63.

¹⁹ Dimitris Tzouganatos, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 19 (1986), pp. 477-514.

²⁰ Martin Woff, Private International Law, (1977), p. 297.

สำหรับประเทศฝรั่งเศสนั้น แต่เดิมได้ยอมรับทฤษฎีหลักศูนย์กลางการแสวงหาผลประโยชน์ (Siege d'exploitation)²¹ คือถือหลักว่าสถานที่ที่นิติบุคคลนั้นทำการแสวงหาผลประโยชน์นั้น เป็นตัวกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนั้น แต่ในปัจจุบันใช้ทฤษฎีหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (Siege Social) เป็นหลักในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลในประเทศฝรั่งเศส

ส่วนในเวลาเกิดสงครามขึ้นนั้น ประเทศฝรั่งเศสใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (The Control) เพราะมีตัวอย่างปรากฏให้เห็นคือ เมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง มีบริษัทฝรั่งเศสอยู่บริษัทหนึ่งที่มีผู้ถือหุ้นเป็นชนชาวเยอรมัน ดังนั้นถ้าชาวเยอรมันมีหุ้นส่วนในบริษัทเป็นส่วนใหญ่ อีกทั้งเป็นผู้ดำเนินการของบริษัท เช่น เป็นผู้จัดการ กรรมการบริหาร ด้วยแล้ว กิจการของบริษัทก็ย่อมควรอยู่ในความควบคุมของชนชาวเยอรมัน เมื่อเกิดสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ประเทศฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายห้ามการค้าขายกับชนชาติศัตรู คือประกาศของพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 27 กันยายน ค.ศ. 1914²² ประกาศห้ามมิให้ทำการค้าขายกับชนชาติศัตรู หรือจัดการที่นอกอภัยสำหรับบุคคลต่างชาติ ซึ่งถือว่าเป็นชนชาติศัตรู โดยใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (The Control) ดังนี้ เพราะมีเหตุที่ว่า การที่จะให้บริษัทที่อยู่ในความควบคุมของชนชาติศัตรูดำเนินการในฐานะเป็นบริษัทที่มีสัญชาติฝรั่งเศส เพราะใช้ทฤษฎีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Social) ย่อมเป็นสิ่งอันไม่พึงปรารถนา ฉะนั้นประเทศฝรั่งเศสจึงได้ตั้งหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ คือใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม ถ้าปรากฏว่า บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในอาณาเขตของฝรั่งเศส โดยกฎหมายของฝรั่งเศส แต่อยู่ในความควบคุมของชนชาติศัตรูแล้ว บริษัทนั้นก็นับเป็นบริษัทที่มีสัญชาติของชนชาติศัตรู ถือว่าเป็นบริษัทศัตรู ทั้งนี้ใช้ทฤษฎีนี้เฉพาะเวลาเกิดสงครามเท่านั้น มีวัตถุประสงค์เพื่อที่จะปกป้องผลประโยชน์ของประเทศ เมื่อสงครามเสร็จสิ้นไป ประเทศฝรั่งเศสก็กลับไปใช้ทฤษฎีเดิม คือทฤษฎีสถานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Social) เป็นเกณฑ์

²¹ Levy Laurent, La Nationalite des Societes, (1984), p. 190.

²² Ibid., p. 190.

4.1.4 แนวทางปฏิบัติในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาก็เป็นประเทศหนึ่งที่อยู่ในกลุ่มของประเทศที่ใช้กฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo - American Law) ซึ่งยึดถือเอาทฤษฎีหลักที่ถือเอาประเทศที่นิติบุคคลนั้น ก่อตั้งเป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล (Place of Incorporation)²³ ซึ่งในประเทศสหรัฐอเมริกานี้มองดูในแง่ของการขัดกันแห่งกฎหมาย (Conflict of Law) แล้วสามารถแยกเป็น 2 ระดับได้คือ

1. การขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างประเทศกับประเทศ
2. การขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างรัฐกับรัฐ

ซึ่งจะเห็นได้ว่าในประเทศอื่น ๆ ในทั่วไปนั้น จะมีการขัดกันแห่งกฎหมายก็เฉพาะระหว่างประเทศเท่านั้น แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกานี้พิเศษกว่าประเทศอื่นในแง่ที่ว่ามีการขัดกันแห่งกฎหมายระหว่างรัฐกับรัฐในประเทศอีก เพราะเหตุที่ว่าในแต่ละรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการบัญญัติกฎหมายออกมาใช้บังคับไม่เหมือนกัน โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ ตัวอย่างเช่น กฎหมายเกี่ยวกับหุ้นส่วนบริษัท ปกติบริษัทในสหรัฐอเมริกานิยมที่จะกำหนดและจดทะเบียนสำนักงานของบริษัทไว้ในรัฐหนึ่ง แต่สำนักงานนั้นมีใช้สำนักงานใหญ่หรือที่บริหารงานของบริษัทจริง (The Real Seat) ซึ่งในทางปฏิบัติแล้ว การจดทะเบียนบริษัทไว้ในรัฐหนึ่งแล้วไปมีสำนักงานใหญ่ (Headquarters) หรือสถานที่ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ในอีกรัฐหนึ่ง เป็นเรื่องที่ปกติธรรมดา โดยเฉพาะแล้วที่รัฐบางรัฐที่มีการยกเว้นภาษีเงินได้ให้กับบริษัท เช่น รัฐ Delaware จึงมีบริษัทนิยมไปจดทะเบียนที่ Delaware มากแต่ไปประกอบธุรกิจหรือมีสำนักงานใหญ่ในรัฐอื่น ๆ ภายใต้กฎหมายว่าด้วยเขตอำนาจศาล พ.ศ. 1958 (The Judicial Code of 1958) บริษัทจะถือว่ามีสัญชาติของรัฐหนึ่ง ๆ ได้ ถ้าบริษัทนั้นได้จด

²³ Yitzhak. Hadari, Duke Law Journal, (March 1974): 10.

ทะเบียนก่อตั้ง ณ รัฐนั้น หรือบริษัทนั้นมีสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นส่วนใหญ่ (principal place of business) ดังนั้น ถ้าเกิดการขัดกันแห่งกฎหมายว่าด้วยเรื่องเขตอำนาจศาล ภายใต้กฎหมายนี้ ต้องถือทฤษฎีหลักการจดทะเบียนหรือก่อตั้ง (Incorporation) เป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของบริษัทและกฎหมายที่จะใช้บังคับ แต่อย่างไรก็ตามในระยะหลังจนถึงปัจจุบันนี้ ศาลของสหรัฐฯ มีแนวโน้มที่จะถือเอาสถานที่ประกอบธุรกิจเป็นส่วนใหญ่ (principal place of business) เป็นเครื่องกำหนดสัญชาติของบริษัทและกฎหมายที่จะใช้บังคับ²⁴

จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐฯ กฎหมายในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแบ่งเป็น 2 ระดับ คือ ถ้าเป็นระดับระหว่างประเทศกับประเทศ จะยึดถือทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน ส่วนถ้าเป็นระดับระหว่างรัฐกับรัฐ แล้วจะยึดถือทั้งทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนประกอบหลักสถานที่ประกอบธุรกิจส่วนใหญ่ (principal place of business) ส่วนในภาวะสงครามนั้น ประเทศสหรัฐฯ อเมริกาก็คล้าย ๆ กับประเทศอื่นทั่วไป คือใช้ทฤษฎีหลักการควบคุม (The Control) มาปรับใช้แทนทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน ตั้งแต่ ค.ศ. 1941 ศาลสหรัฐฯ ได้ปรับใช้กฎหมายว่าด้วยการค้าขายกับชนชาติศัตรู (The Trading with the Enemy Act of 1917) เมื่อประเทศสหรัฐฯ ได้เข้าร่วมรบในสงครามโลกครั้งที่ 2 อย่างเป็นทางการแล้ว ซึ่งในตอนแรกของสงครามนั้นศาลสหรัฐฯ ปฏิเสธที่จะใช้หลักการควบคุม ในการหาความหมายของ "ศัตรู" ภายใต้กฎหมายนี้²⁵ แต่เมื่อในที่สุดเมื่อศาลได้เห็นว่า เป็นเวลาอันสมควรและเหมาะสมแล้ว จึงได้ปรับใช้ทฤษฎีหลักการควบคุมนี้ แทนทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน²⁶

²⁴ ดูคดี Kelly V. United States Steel Corp. 284 F. 2d 850 (3d Cir. 1960)

²⁵ ดูตัวอย่างคดี Hamburg - American Co. V. United States, 277 U.S. 1387 (1928) และคดี Behn, Meyer A Co. V. Miller, 266 U.S. 457 (1925).

²⁶ Commericales, S.A. 343 U.S. 156 (1952) และ คดี Clark V. Uebersee Finanz - Korporation, 332, U.S. 480 (1947).

ซึ่งต่อมาเมื่อสงครามเสร็จสิ้นแล้ว ก็กลับไปใช้ทฤษฎีปกติเหมือนเดิม จะเห็นได้ว่าศาลของประเทศสหรัฐอเมริกาค่อนข้างที่จะเข้มงวดในการปรับใช้ทฤษฎีหลักการควบคุมนี้ เนื่องจากเห็นว่าทฤษฎีหลักการควบคุมนี้ เป็นทฤษฎีพิเศษหรือเป็นข้อยกเว้นของทฤษฎีหลักการปกติอื่น ๆ นั่นเอง

4.2 การกำหนดสถานะของนิติบุคคลต่างประเทศตามกฎหมายในประเทศไทย โดยเหตุว่า ไม่มีกฎหมายไทยที่กำหนดสัญชาตินิติบุคคล แต่มีกฎหมายที่กำหนดสถานะของนิติบุคคลต่างชาติ

จะเห็นได้ว่า ตามกฎหมายของไทยในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1015 บัญญัติไว้แต่เพียงว่า "ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทเมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลาย ซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น" และตามมาตรา 68 - 97 นั้น ก็มีการกล่าวถึงเพียงเรื่องภูมิลำเนาของนิติบุคคล แต่มิได้กล่าวถึงเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลไว้ และไม่มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งที่จะแสดงให้เห็นว่า ใช้อะไรเป็นหลักในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล แต่จากกฎหมายของไทยโดยทั่วไป จะมีความต้องการที่จะ "ควบคุม" นิติบุคคล โดยเฉพาะนิติบุคคลต่างดาวหรือต่างประเทศมากกว่า กล่าวคือเป็นกฎหมายที่ต้อง "การ" กำหนดสถานะภาพ" ของนิติบุคคลต่างชาติมากกว่าเป็น "การกำหนดสัญชาตินิติบุคคล" หรือตามมาตรา 7 แห่ง พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 ที่บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีการชดกัน ในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของนิติบุคคลนั้น ได้แก่สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานใหญ่ หรือมีที่ตั้งทำการแห่งใหญ่ แต่ก็ไม่ชัดเจนว่าจะใช้หลักการอะไรในการกำหนดสัญชาตินิติบุคคล เพราะตาม พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายนี้ เป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลก็ต่อเมื่อมีการชดกันแห่งกฎหมายเกิดขึ้นก่อน แล้วจึงจะบังคับไว้ว่าให้ถือถิ่นที่สำนักงานใหญ่ที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรือที่ทำการอันเป็นที่ตั้งของใหญ่ของนิติบุคคลนั้น ซึ่งก็ถือทฤษฎีหลักสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Sieve Social) นั่นเอง หรือตาม พ.ร.บ. สัญชาติ พ.ศ. 2508 ก็ไม่มีบัญญัติเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลและ ดังนั้นเราอาจจะแบ่งประเภทของกฎหมายออกเป็น 2 ประเภทดังต่อไปนี้

1. กฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลอันไม่เกี่ยวกับสัญชาติ
2. กฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติ

4.2.1 กฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลอันไม่เกี่ยวกับสัญชาติ

กฎหมายภายในของไทยที่จะกล่าวต่อไปนี้จะ เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคล โดยที่กฎหมายเกือบทั้งหมดมีจุดประสงค์เพื่อที่จะควบคุมนิติบุคคล ทั้งนิติบุคคลไทยและต่างประเทมิใช่เป็นการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลแต่อย่างใด ซึ่งกฎหมายส่วนใหญ่เป็นกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นมาเกี่ยวข้องกับนิติบุคคล โดยเฉพาะเรื่องนั้น ๆ มีดังต่อไปนี้

4.2.1.1 ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281

ตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 นี้ได้บัญญัติถึงการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้ โดยแบ่งธุรกิจออกเป็น 3 ประเภทคือ ธุรกิจตามบัญชี ก. ข. และ ค. และคำว่า "คนต่างด้าว" นี้ ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3 วรรคแรก บัญญัติว่า "คนต่างด้าว หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วนหรือเป็นสมาชิก ตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิกไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นออกให้แก่ผู้ถือ เป็นหุ้นคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น...."

ดังนั้น ตามกฎหมายฉบับนี้ เมื่อพิจารณาเหตุจากคำว่า "นิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย" จะเห็นได้ว่า ไม่ใช่เรื่องสัญชาติของนิติบุคคล เพราะจุดประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ก็เพื่อจะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย จึงให้คำนิยามของนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งก็หมายถึง "นิติบุคคลต่างด้าว" โดยกำหนดไว้ว่า กรณีที่ทุนของนิติบุคคลนั้น ตั้งแต่กึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว หรือจำนวนหุ้นของนิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถืออยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนหุ้นทั้งหมด หรือหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการของนิติบุคคลนั้น เป็นคนต่างด้าวก็ให้ถือว่า นิติบุคคลนั้นไม่มีสัญชาติไทย ก็คือเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ไม่เกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลหรือการกำหนดสัญชาติ ของนิติบุคคลแต่อย่างใดเลย

ตามกฎหมายฉบับนี้นิติบุคคลต่างด้าวมีสิทธิที่จะประกอบธุรกิจในราชอาณาจักรไทยได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายนี้ กล่าวคือ

ธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. หรือบัญชี ข. เป็นธุรกิจที่รัฐบาลไทยเห็นว่าควรสงวนให้แก่นักคนไทย จึงเป็นธุรกิจที่ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบขึ้นใหม่นับแต่วันที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ แต่สำหรับธุรกิจตามบัญชี ข. ย่อมจะประกอบกิจการต่อไปได้โดยไม่มีกำหนดเวลา แต่ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของการเพิ่มปริมาณการผลิตหรือการจำหน่าย²⁷

ส่วนธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. เป็นธุรกิจที่ถือว่ามีความสำคัญต่อคนไทยน้อยกว่า ธุรกิจตามบัญชี ก. และ ข. ฉะนั้น คนต่างด้าวจึงได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามบัญชี ค. หรือก่อตั้งขึ้นใหม่ได้ แต่มีข้อจำกัดอยู่คือต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดในการเพิ่มปริมาณการผลิต หรือการจำหน่ายเช่นเดียวกับธุรกิจตามบัญชี ข.

4.2.1.2 พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481

"มาตรา 7 ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทย ซึ่งสามารถทำการค้าในน่านน้ำไทย ตามความในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัตินี้ได้ ถ้าเป็นบุคคลธรรมดาต้องมีสัญชาติไทย ถ้าเป็นนิติบุคคลต้องจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และมีสำนักงานใหญ่อยู่ในราชอาณาจักรไทย

ถ้านิติบุคคลตามวรรคหนึ่ง เป็นห้างหุ้นส่วน บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมิใช่รัฐวิสาหกิจ ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้ด้วย

²⁷ สัจฉินต์ ชัยมังคลานนท์, "การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว", วารสารกฎหมาย, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (2519), : 67.

1. ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดต้องมีสัญชาติไทย
2. ในกรณีที่เป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมดซึ่งไม่จำกัดความรับผิดชอบต้องมีสัญชาติไทย และทุนของห้างหุ้นส่วนนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบ ต้องเป็นของบุคคลธรรมดา ซึ่งมีสัญชาติไทย
3. ในกรณีที่เป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ และ
 - (ก) ทุนของบริษัทนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบต้องเป็นของบุคคลธรรมดา ซึ่งมีสัญชาติไทย หรือ
 - (ข) ทุนของบริษัทนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละเจ็ดสิบ ต้องเป็นของนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และผู้ถือหุ้นและกรรมการทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น เป็นบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย หรือ
 - (ค) ทุนของบริษัทนั้นทั้งหมดเป็นของนิติบุคคลซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรานี้ได้ ตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป และจะมีทุนของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทยรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้"

มีความเพิ่มขึ้นเป็นมาตรา 7 ทวิ โดยมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. เรือไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528 ดังต่อไปนี้

"มาตรา 7 ทวิ ผู้ที่จะถือกรรมสิทธิ์เรือจดทะเบียนเป็นเรือไทย ซึ่งจะประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศโดยเฉพาะ และไม่ประกอบการค้าในน่านน้ำไทยตามความในมาตรา 47 แห่งพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย มีสำนักงานใหญ่อยู่ในราชอาณาจักร กรรมการส่วนมากต้องมีสัญชาติไทย และไม่มีข้อบังคับอนุญาตให้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ และ

ก. ทุนของบริษัทนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด ต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย หรือ

ข. ทุนของบริษัทนั้นไม่น้อยกว่าร้อยละสิบเอ็ด ต้องเป็นของนิติบุคคลซึ่งจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย และผู้ถือหุ้นและกรรมการทั้งหมดของนิติบุคคลนั้นเป็นบุคคลธรรมดา ซึ่งมีสัญชาติไทย หรือ

ค. ทุนของบริษัทนั้นทั้งหมดเป็นของนิติบุคคล ซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิเรือจดทะเบียนเป็นเรือไทยตามมาตรานี้ได้ ตั้งแต่สองนิติบุคคลขึ้นไป และจะมีทุนของบุคคลธรรมดา ซึ่งมีสัญชาติไทยรวมอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้"

กฎหมายฉบับนี้ก็เช่นเดียวกับประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 คือ คำว่า "นิติบุคคลเป็นผู้ที่มีสัญชาติไทย" ไม่ใช่เรื่องสัญชาติของนิติบุคคล แต่เป็นเรื่องที่กฎหมายต้องการควบคุม หรือกำหนดสภาพของนิติบุคคลนั้นว่า เป็นนิติบุคคลต่างดาวหรือไม่ จะเห็นได้ว่า พ.ร.บ.นี้ ต้องการที่จะควบคุมการเป็นเจ้าของเรือ ที่จะจดทะเบียนเป็นเรือไทยได้ โดยพิจารณาหลักเรื่องผู้ถือหุ้นมาพิจารณาด้วย ก็เพื่อเป็นการควบคุมบุคคลหรือนิติบุคคลที่จะสามารถเป็นเจ้าของเรือไทย ให้อยู่เฉพาะแต่กับบุคคลหรือนิติบุคคลไทยเท่านั้น ซึ่งในมาตรา 7 ของพระราชบัญญัตินี้ กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นเจ้าของเรือไทย จะต้องมิใช่สัญชาติไทย หากเป็นนิติบุคคลก็ต้องปรากฏว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนตามกฎหมายไทย มีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ในประเทศไทย และถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือบริษัทจำกัด ก็ต้องปรากฏว่าหุ้นส่วนจำกัดที่ไม่จำกัดความรับผิดนั้น มีสัญชาติไทยมีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 70 เป็นของบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย หรือกรรมการผู้จัดการบริษัทข้างมากมีสัญชาติไทย และมีจำนวนหุ้นไม่น้อยกว่า ร้อยละ 70 เป็นของบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย และทั้งต้องปรากฏว่าบริษัทดังกล่าวมีข้อบังคับที่ไม่เปิดโอกาสให้บริษัทออกหุ้นให้แก่ผู้ถือด้วย

ในการที่จะใช้เรือเพื่อประกอบการขนส่งทางทะเลระหว่างประเทศโดยเฉพาะ ต้องเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่า ร้อยละ 75 และภายในกำหนด 2 ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวง

นี้ให้บังคับเจ้าของเรือได้รับการผ่อนผัน โดยอาจจัดให้มีคนประจำเรือที่มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่า ร้อยละ 25 ในปีแรก และร้อยละ 50 ในปีที่สอง ^{2๘}

4.2.1.3 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ปัจจุบัน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1 ได้มี พระราชบัญญัติให้ใช้บทบัญญัติ บรรพ 1 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. 2535 ออกมาบังคับใช้ใหม่ โดยมีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลดังต่อไปนี้ มาตรา 65 "นิติบุคคลจะมีขึ้นได้ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น"

มาตรา 66 "นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ หรือกฎหมายอื่นภายในขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ ดังได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง"

นิติบุคคลนั้น นอกจากจะมีขึ้นได้โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว ก็สามารถ ตั้งขึ้นโดยกฎหมายอื่น ๆ ตามมาตรา 65 และ 66 ด้วย เช่น มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็น นิติบุคคลตามความในมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2492 พ.ร.บ. สหกรณ์ พ.ศ. 2471 มาตรา 18 กำหนดให้สหกรณ์ที่จดทะเบียนแล้วเป็นนิติบุคคล พ.ร.บ. มัสยิดอิสลาม พ.ศ. 2490 บัญญัติให้มีการจัดตั้งมัสยิดอิสลามเป็นนิติบุคคล เป็นต้น และยังมี นิติบุคคลที่เกิดขึ้นโดย พระราชบัญญัติอื่น ๆ อีกมากมาย

^{2๘} ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2534) ออกตามความในพระราชบัญญัติ เรือไทย พ.ศ. 2581 ข้อ 1 และ ข้อ 2

จะเห็นได้ว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่เกี่ยวข้องกับสัญชาติของนิติบุคคล แต่เป็นกฎหมายที่กำหนดสถานภาพนิติบุคคล อย่างไรก็ตามเราอาจจะพยายามกำหนดสัญชาติสำหรับนิติบุคคลตามกฎหมายไทย มาตรา 72

4.2.1.4 ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

กฎหมายฉบับนี้ กำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวตาม มาตรา 90-96 ได้วางข้อจำกัดและเงื่อนไขในกรณีคนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งที่ดินว่าให้มีกรรมสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้ ก็โดยอาศัยของสนธิสัญญา ซึ่งขึ้นอยู่กับเงื่อนไขของการถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ และอยู่ในบังคับแห่ง ประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจะต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงและโดยอนุมัติของรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบ ดังนั้นคนต่างด้าวอาจจะได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย ประกอบกิจการในทางพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การสุสาน การกุศลสาธารณะ หรือการศาสนาได้ แต่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวง และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี²⁹

และเมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อกิจการใด ผู้ได้รับอนุญาตต้องใช้เพื่อกิจการนั้น จะใช้เพื่อกิจการอื่นไม่ได้ ถ้าจะไม่ใช้ที่ดินตามที่ได้รับอนุญาตต่อไป ต้องแจ้งให้รัฐมนตรีทราบภายใน 30 วัน นับแต่วันไม่ใช้ หากคนต่างด้าวฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามนี้ มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 3,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือทั้งจำทั้งปรับ³⁰

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มืและใช้ที่ดินเพื่อกิจการใด ถ้าไม่ใช้ที่ดินนั้นต่อไปหรือได้ใช้ที่ดินเพื่อกิจการอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาตใหม่ ให้จัดการจำหน่ายที่ดินนั้นภายในเวลาที่อธิบดีกำหนด ซึ่งไม่น้อยกว่า 180 วันแต่ไม่เกิน 1 ปี ถ้าพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวอธิบดีมีอำนาจจำหน่ายที่ดินได้³¹

²⁹ ดูประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 84.

³⁰ ดูประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 89, 110.

³¹ ดูประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 90.

คนต่างด้าวนี้รวมถึงนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 97 บัญญัติให้นิติบุคคล ถ้ามีการถือหุ้นในสัดส่วนต่อไปนี้ ให้ถือครองที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว คือ

- (1) บริษัทจำกัด ที่มีทุนของคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี แต่ถ้าบริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ
- (2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว บรรดาที่มีทุนของคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี
- (3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่
- (4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่

มาตรา 98 ประมวลกฎหมายที่ดินยังได้บัญญัติต่อไปอีกว่า กรณีที่นิติบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 97 ซึ่งมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับกับคนต่างด้าวดังกล่าวแล้วนั้น เข้าเป็นเจ้าของทุนหรือเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวตามมาตรา 97 ให้ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวนี้เป็นคนต่างด้าวด้วย

จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายที่ดินฉบับนี้ ได้บัญญัตินิยามนิติบุคคลที่ถือเสมือน "เป็นคนต่างด้าว" เป็นกฎหมายที่มีขอบเขตจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการที่จะได้ที่ดิน หรือมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ เป็นกฎหมายที่ต้องการควบคุม นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งมีจุดประสงค์คล้าย ๆ กับ ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ซึ่งสิทธิเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน คนชาติไทยหรือนิติบุคคลที่ถือเสมือนคนไทยย่อมมีสิทธิโดยสมบูรณ์ ส่วนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่ถือเสมือนคนต่างด้าวตามวัตถุประสงค์ของประมวลกฎหมายที่ดินย่อมไม่มีสิทธิเท่าเทียมกับคนไทย และอาจได้เป็นเจ้าของที่ดินก็เพียงภายใต้เงื่อนไข และภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดินเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ยังมีข้อยกเว้นตามกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ที่บัญญัติให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ได้ โดยไม่ถูกจำกัดจำนวน ตามมาตรา 87 ของประมวลกฎหมายที่ดิน และไม่ต้องขออนุญาตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย กฎหมายดังกล่าวคือ

1. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27 บัญญัติให้ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น แต่ถ้าคนต่างด้าวนั้นเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ดังกล่าวภายใน 1 ปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ

ฉะนั้น เอกชน บริษัท มูลนิธิ สหกรณ์ หรือนิติบุคคลใดก็ตาม ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้ อาจขออนุญาตถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เพื่อกิจการที่ได้รับการส่งเสริมได้ จะเห็นได้ว่า คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวไม่ต้องถูกควบคุมในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน และถือได้โดยไม่ถูกจำกัดจำนวนด้วย

2. พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 มาตรา 44 บัญญัติให้คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยมีอำนาจที่จะอนุญาตให้คนต่างด้าวผู้ประกอบอุตสาหกรรมให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรม เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่พึงมีได้ตามกฎหมายอื่นก็ตาม แต่ถ้าคนต่างด้าวนั้นเลิกกิจการหรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น เขาต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ให้แก่การนิคมอุตสาหกรรม หรือผู้รับโอนกิจการ ภายในเวลา 3 ปี นับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ

เนื่องจากรัฐบาลมีความมุ่งหมายที่จะพัฒนาและส่งเสริมอุตสาหกรรมภายในประเทศ ทั้งการทดแทนการนำสินค้าเข้าและมุ่งเน้นการส่งออก การลงทุนด้านการผลิตและการบริการจึงจำเป็นจะต้องจูงใจ เพื่อชักชวนชาวต่างประเทศมาลงทุนในประเทศไทยด้วย นอกจากมาตรการด้านอื่น ๆ แล้ว การที่รัฐบาลอนุญาตให้ผู้ลงทุนต่างด้าวถือครองที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งเพียบพร้อมไปด้วยระบบสาธารณูปโภคได้แล้ว ย่อมทำให้เกิดความสะดวกและเป็นข้อจูงใจที่สำคัญมากที่สุดอีกประการหนึ่ง จะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวก็ไม่ถูกควบคุมในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เช่นเดียวกับ พ.ร.บ. ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

3. พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505 มาตรา 12 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 บัญญัติยกเว้นให้ธนาคารพาณิชย์ซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ได้ ถ้ามีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจ หรือสำหรับพนักงานและลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น โดยได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทยซึ่งจะกำหนดเงื่อนไขหรือไม่ก็ได้ประการหนึ่ง อีกประการหนึ่งธนาคารพาณิชย์อาจซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ได้ ถ้าการได้มานั้นเป็นการชำระหนี้ จากการประกันสินเชื่อหรือจากการซื้อทอดตลาดดังกล่าว กรณีจำนองไว้แก่ธนาคาร และภายหลังศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์มีคำสั่งให้นำออกขายทอดตลาด กรณีประการที่สองนี้ธนาคารพาณิชย์ต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวภายใน 5 ปี นับแต่วันที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของธนาคารพาณิชย์ เว้นแต่ธนาคารแห่งประเทศไทย จะขยายเวลาให้หรืออนุญาตให้ใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจของธนาคารหรือเป็นสถานที่สำหรับพนักงานและลูกจ้างของธนาคารพาณิชย์นั้น กฎหมายฉบับนี้เช่นเดียวกันคือ ถ้าเป็นธนาคารพาณิชย์ต่างด้าว ก็คือนิติบุคคลต่างด้าวจะไม่ต้องถูกควบคุมในการซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ต่าง ๆ ได้ อันรวมถึงที่ดินด้วย แต่ต้องจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ภายใน 5 ปี นับแต่ได้กรรมสิทธิ์ แต่ทั้งหมดนี้จะต้องได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทย ด้วย

4. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินลงทุนธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิต ฟองซิเออร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 20 ซึ่งอนุญาตให้บริษัทเงินซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ได้ถ้า

- ก. เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจหรือสำหรับเป็นที่พัก หรือเพื่อสวัสดิการสงเคราะห์ของพนักงานและลูกจ้าง ของบริษัทเงินทุนนั้นตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย ซึ่งจะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ก็ได้
- ข. เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่บริษัทเงินทุนได้มาจากการชำระหนี้ การประกันการให้กู้ยืมเงิน หรือการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่รับจำนองไว้จากการขายทอดตลาด โดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ แต่บริษัทเงินทุนดังกล่าวต้องจำหน่ายทรัพย์สินนั้นภายใน 3 ปี นับแต่วันที่ทรัพย์สินนั้นตกมาเป็นของบริษัทเงินทุนหรือภายในกำหนดเวลากว่านั้น ตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย
- ค. เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่บริษัทเงินทุนประเภทกิจการเงินทุน เพื่อการเคหะมีไว้เพื่อประกอบธุรกิจนั้นตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดด้วยความเห็นของของรัฐมนตรี

นอกจากนี้ มาตรา 54 ของพระราชบัญญัตินี้ กำหนดว่าบริษัทเครดิตฟองซิเออร์ อาจซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ได้ ถ้า

- ก. เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจหรือสำหรับเป็นที่พัก หรือเพื่อสวัสดิการสงเคราะห์ของพนักงานและลูกจ้างของบริษัท ตามสมควรและได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย
- ข. เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่บริษัทได้มาเนื่องจากการรับจำนอง และซื้อทรัพย์สินนั้นจากการขายทอดตลาด โดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ หรือได้รับโอนอสังหาริมทรัพย์นั้นมาเนื่องจากการชำระหนี้ แต่จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินนั้นภายใน 5 ปี นับแต่วันที่ทรัพย์สินตกมาเป็นของบริษัทหรือภายในกำหนดเวลากว่านั้นตามที่ได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

ค. เป็นอสังหาริมทรัพย์ที่พ้นกำหนดไถ่คืนตามสัญญาขายฝาก หรือตามเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ และกรรมสิทธิ์ตกเป็นของบริษัทตามสัญญาดังกล่าว แต่จะต้องจำหน่ายทรัพย์สินนี้ภายใน 5 ปี นับแต่วันที่พ้นกำหนดไถ่คืน กฎหมายฉบับนี้ก็มีจุดประสงค์เกี่ยวกับนิติบุคคลต่างด้าว แต่เป็นกรณีกรณีสหกรณ์หลักทรัพย์และเครดิตฟองซิเอร์เช่นเดียวกับ พ.ร.บ. การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505

5. พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2510 มาตรา 27 กำหนดให้บริษัทประกันชีวิตอาจซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ ถ้า

- ก. เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจ หรือสำหรับใช้เพื่อสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างของบริษัทตามสมควร หรือ
- ข. เป็นการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้กับบริษัทนั้น จากการขายทอดตลาดโดยคำสั่งของศาล
- ค. อสังหาริมทรัพย์นั้นตกเป็นของบริษัทเนื่องจากการชำระหนี้ หรือการประกันเงินที่จ่ายให้กู้ยืมไป

สำหรับอสังหาริมทรัพย์ตามข้อ ข และ ค ดังกล่าว บริษัทประกันชีวิตต้องจำหน่ายภายใน 9 ปี นับแต่วันที่ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของบริษัท หรือภายในกำหนดเวลากว่านั้น ตามที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจ หรือสำหรับใช้เพื่อสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างของบริษัทนั้น กฎหมายฉบับนี้ ก็มีจุดประสงค์เกี่ยวกับนิติบุคคลต่างด้าว แต่เป็นกรณีบริษัทประกันชีวิตต่างด้าวเช่นเดียวกับกฎหมายข้างต้น

6. พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. 2510 มาตรา 23 กำหนดให้บริษัทประกันวินาศภัยอาจซื้อหรือมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์ได้ ถ้า

- ก. เพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจ หรือสำหรับใช้เพื่อสวัสดิการของพนักงาน และลูกจ้างของบริษัทตามสมควร หรือ
- ข. เป็นการซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จำนองไว้กับบริษัทนั้น จากการขายทอดตลาดโดยคำสั่งของศาล
- ค. ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของบริษัท เนื่องจากการชำระหนี้ หรือการประกันเงินที่จ่ายให้กู้ยืมไป

อสังหาริมทรัพย์ตามในข้อ ข และ ค ดังกล่าวนั้น บริษัทประกันวินาศภัยจะต้องจำหน่ายใน 9 ปี นับแต่วันที่ทรัพย์สินนั้นตกเป็นของบริษัท หรือภายในกำหนดเวลากว่านั้น ตามที่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี ทั้งนี้ เว้นแต่รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ใช้เป็นสถานที่สำหรับประกอบธุรกิจ หรือสำหรับใช้เพื่อสวัสดิการของพนักงานและลูกจ้างของบริษัทนั้น

ถ้าพิจารณาตามวัตถุประสงค์ของกิจการของธนาคาร บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ และเครดิตฟองซิเอร์ ตลอดจนบริษัทประกันภัยทั้งที่รับประกันวินาศภัย และประกันชีวิตต่างก็มีวัตถุประสงค์ที่มีขอบเขตเพื่อการนั้น ๆ มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ ฉะนั้น การที่จะมีอสังหาริมทรัพย์ไว้ได้ จึงต้องเป็นกรณีที่มีความจำเป็นอันจะให้เป็นสถานที่ประกอบการ หรือเพื่อสวัสดิการของพนักงาน หรือกรณีกิจการเงินทุนเพื่อการเคหะมีไว้เพื่อประกอบธุรกิจนั้นเท่านั้น จะมีไว้ครอบครองเพื่อแสวงหากำไรหรือเก็งกำไรในอนาคตไม่ได้ ทั้งนี้มีหน่วยงานที่ควบคุมคือธนาคารแห่งประเทศไทย

ฉะนั้น นิติบุคคลทั้งนิติบุคคลไทยและนิติบุคคลต่างด้าว ถ้าจะประกอบกิจการประเภทธนาคาร บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ และเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทประกันวินาศภัย และประกันชีวิตย่อมจะถือครองที่ดินได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไขของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น

4.2.1.5 พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2534

กฎหมายฉบับนี้ มีความมุ่งหมายที่จะควบคุมอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม หรือสิ่งก่อสร้างใดที่มีความหมายของ "อาคารชุด" ตามมาตรา 4 แห่ง พ.ร.บ. อาคารชุด พ.ศ. 2532 และในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการได้กรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวนั้น ตามมาตรา 19, 19 ทวิ, 19 ตรี, 19 ทศ, 19 เอกเทศ, 19 ทวาทศ มีบัญญัติดังนี้

"มาตรา 19 คนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว อาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ ถ้าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

- (2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) นิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย
- (4) นิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อชำระค่าห้องชุด"

"มาตรา 19 ทวิ อาคารชุดแต่ละอาคารชุดจะมีคนต่างด้าว และหรือนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้เมื่อร่วมกันแล้ว ต้องไม่เกินอัตราร้อยละสี่สิบของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น ในขณะที่ขอจดทะเบียนอาคารชุดตามมาตรา 6"

"มาตรา 19 ทริ การโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุดให้แก่คนต่างด้าว หรือนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ให้ผู้ขอโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุดแจ้งรายชื่อคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 พร้อมทั้งอัตราส่วนเนื้อที่ของห้องชุดที่คนต่างด้าว หรือนิติบุคคลดังกล่าวถือกรรมสิทธิ์อยู่แล้วต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลผู้ขอรับโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุดแสดงหลักฐานดังต่อไปนี้ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย

- (1) สำหรับคนต่างด้าวตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (1) ต้องแสดงหลักฐานการเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (2) สำหรับคนต่างด้าวตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (2) ต้องแสดงหลักฐานการเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) สำหรับนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (3) ต้องแสดงหลักฐานการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย
- (4) สำหรับนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 (4) ต้องแสดงหลักฐานการเป็นผู้ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(5) สำหรับคนต่างด้าวและนิติบุคคลตามมาตรา 19 (5) ต้องแสดงหลักฐานการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อชำระค่าห้องชุดตามที่ตนมีสิทธิ์ที่จะซื้อได้ตามพระราชบัญญัตินี้

"มาตรา 19 ทค นิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยและมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดอยู่แล้ว ถ้าต่อมาสภาพของนิติบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไปเป็นนิติบุคคล ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว และมีใช้เป็นนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงและการที่ไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่อไปได้ ภายในกำหนดเวลาหกสิบวันนับแต่วันที่เปลี่ยนแปลงและต้องจำหน่ายห้องชุดที่มีกรรมสิทธิ์อยู่ทั้งหมด ภายในกำหนดเวลาไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่เปลี่ยนแปลง ถ้าไม่จำหน่ายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้นำความในมาตรา 19 เบญจวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

"มาตรา 19 เอกทค นิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทยและมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดอยู่แล้ว ถ้าต่อมาสภาพของนิติบุคคลนั้นเปลี่ยนแปลงไปเป็นนิติบุคคล ซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวและอาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ เพราะเป็นนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ถ้าประสงค์จะมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดต่อไป ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบถึงการเปลี่ยนแปลงและต้องนำหลักฐานว่าเป็นนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 มาแจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่เปลี่ยนแปลง แต่ถ้าการมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของนิติบุคคลนั้นเกินอัตราที่กำหนดตามมาตรา 19 ทวิ ต้องจำหน่ายห้องชุดที่เกินอัตราที่กำหนดภายในกำหนดเวลาไม่เกินหนึ่งปี นับแต่วันที่เปลี่ยนแปลง ถ้าไม่จำหน่ายภายในกำหนดเวลาดังกล่าวให้นำความในมาตรา 19 เบญจวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

"มาตรา 19 ทวาทค คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ซึ่งมีหน้าที่ต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบถึงการที่ต้องจำหน่ายห้องชุดตามมาตรา 19 เบญจ หรือการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดตามมาตรา 19 ลัตต หรือการเสียชีวิตสัญชาติไทยตามมาตรา 19 อัฐฐ และมาตรา 19 นว หรือการเปลี่ยนแปลงสภาพของนิติบุคคลตามมาตรา 19 ทค และมาตรา 19 เอกทค แล้วแต่กรณี ถ้าไม่แจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบภายในเวลาที่กำหนด มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินวันละห้าร้อยบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่"

หมายความว่า กฎหมายฉบับนี้คล้าย ๆ กับประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 โดยมีจุดประสงค์ที่ต้องการควบคุมนิติบุคคลต่างด้าว เกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ คืออาคารชุดนี้ เห็นได้ชัดเจนว่า ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลแต่อย่างใด

4.2.2 กฎหมายภายในของไทยที่เกี่ยวข้องกับสัญชาติ

มีอยู่เพียงฉบับเดียวที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 7 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

"ในกรณีที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล สัญชาติของบุคคลนั้นได้แก่ สัญชาติแห่งประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ถาวรหรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่"

จะเห็นได้ว่าตามมาตรา 7 นี้ เกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง แต่จะเฉพาะในกรณีที่มีการชดกันในเรื่องสัญชาติ ของนิติบุคคล ซึ่งสันนิษฐานว่านิติบุคคลที่เกี่ยวข้องนั้น ต้องมีสัญชาติอยู่แล้ว และมีมากกว่าหนึ่งชาติด้วย จึงต้องชี้ขาดลงไปให้แน่นอนว่าจะให้ถือสัญชาติอะไร ในกรณีที่มีข้อพิพาท ซึ่งหลักเกณฑ์ที่มาตรา 7 กำหนดไว้คือ "ประเทศซึ่งนิติบุคคลนั้นมีถิ่นที่สำนักงานแห่งใหม่หรือที่ตั้งทำการแห่งใหญ่" เป็นสำคัญ (Doctrine of the siege social) แต่อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติโดยทั่วไปนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ถือว่านิติบุคคล (ห้างหุ้นส่วนบริษัท) ที่จดทะเบียนแล้วในประเทศไทย ย่อมได้สัญชาติไทยโดยไม่คำนึงว่าผู้เป็นหุ้นส่วน และผู้ถือหุ้นนั้น จะมีสัญชาติใดก็ตาม³² กล่าวคือ ประเทศไทยคำนึงถึงสถานที่จดทะเบียน หรือ ก่อตั้งนิติบุคคลเป็นหลัก นิติบุคคลนั้นจดทะเบียนก่อตั้ง ณ ที่ใดก็ได้ สัญชาติของประเทศนั้น แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีนักกฎหมายที่มีความคิดเห็นขัดแย้งกันอยู่ในเรื่องหลักเกณฑ์การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลของกฎหมายไทยนี้ ซึ่งจะขอกล่าวโดยละเอียดในบทต่อไป

³² กมล สุนธิเกษตริน. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล, 2525 หน้า 132 และ หยุต แสงอุทัย. คำอธิบายกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคลว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมายสัญชาติ, 2516 หน้า 28.

ส่วนในพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2491 นี้ เป็นเพียงกฎหมายพิเศษเพื่อแก้ปัญหาเกี่ยวกับการใช้กฎหมาย ในกรณีที่มีการชดกันแห่งกฎหมาย หรือในปัญหาการเลือกระบบกฎหมายที่จะนำมาใช้ปรับกับกรณีเท่านั้น มิใช่เป็นตัวบทกฎหมายหลักในการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล หรือเป็นกฎหมายแม่บทในเรื่องสัญชาติแต่ประการใด แต่ก็ถือได้ว่าเป็นตัวบทกฎหมายฉบับเดียวที่บทบัญญัติเกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรง มีข้อสังเกตเกี่ยวกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 คือเป็นกฎหมายฉบับเดียวที่เกือบไม่มีนักกฎหมายไทยปัจจุบัน ได้พิจารณาศึกษาอย่างถ่องแท้ หรือได้นำมาใช้ในทางปฏิบัติศาลไทย^{๓๓} โดยที่พระราชบัญญัตินี้มิได้ตราขึ้นเพื่อช่วยแก้ไขปัญหา เรื่องการชดกันของกฎหมาย ตามที่ศาลไทยกำลังประสบอยู่ในขณะนั้น แต่ได้ตราขึ้นเพียงเพื่ออนุวัติการให้เป็นไปตามพันธะแห่งสนธิสัญญาที่ประเทศไทยต้องยอมเข้าเป็นภาคี เพราะแรงบีบบังคับจากมหาอำนาจในยุโรปตะวันตก ดังนี้จึงเป็นเรื่องการเมืองมากกว่าเรื่องของนิติศาสตร์หรือทฤษฎีนิติบัญญัติโดยแท้จริง

4.3. การจำแนกสัญชาตินิติบุคคลตามข้อตกลงระหว่างประเทศ

ปัจจุบันนี้การติดต่อเพื่อการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ได้เจริญก้าวหน้าเป็นอย่างมาก ประเทศทั้งหลายมักจะทำความตกลงกันในเรื่องเกี่ยวกับการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคล ต่างประเทศซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้น โดยชอบด้วยกฎหมายของอีกประเทศหนึ่ง เพื่อให้นิติบุคคลต่างประเทศนั้น ๆ สามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจและการพาณิชย์ในประเทศของตนได้ ซึ่งตนเองก็ได้รับการตอบแทนให้นิติบุคคลสัญชาติของตนไปดำเนินธุรกิจ และการพาณิชย์ในอีกประเทศหนึ่งนั้นได้เช่นกัน ความตกลงเช่นนี้มักกระทำในรูปของสนธิสัญญาสองฝ่าย หรือสนธิสัญญาหลายฝ่าย

^{๓๓} จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2357/2520 ในหมายเหตุท้ายฎีกา อาจารย์จิตติ คิงคัมภีร์ ยืนยันถึง พ.ร.บ. ว่าด้วยการชดกันแห่งกฎหมาย พ.ศ. 2481 มาตรา 7 ว่ามีผลต่อคำพิพากษาของศาลฎีกาคดีนี้.

4.3.1 การกำหนดสัญชาตินิติบุคคลโดยอนุสัญญาระหว่างประเทศ

หลักการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลในสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็น การยอมรับสภาพของนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญา โดยอาศัยผลของสนธิสัญญา ซึ่งการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลนี้ มิใช่ แปลว่า สนธิสัญญาเป็นผู้กำหนดสัญชาติให้ แต่ตามสนธิสัญญาเป็นการยอมรับสภาพของนิติบุคคล โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสะดวกต่อการจำแนกนิติบุคคลต่างประเทศ ซึ่งสนธิสัญญาระหว่างประเทศในส่วนที่เกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล มีดังต่อไปนี้

1) สนธิสัญญาทวิภาคีหรือสนธิสัญญาสองฝ่าย (Bilateral Treaty)

เป็นสนธิสัญญาที่ประเทศหนึ่งทำกับคู่สัญญาอีกประเทศหนึ่ง โดยยอมรับสถานะทางกฎหมายของนิติบุคคลของประเทศคู่สัญญา และวางหลักเรื่องสิทธิหน้าที่ ตลอดจนความสามารถของนิติบุคคลภายใต้กฎหมายของประเทศคู่สัญญา คือ ยินยอมให้นิติบุคคลที่มีสัญชาติของคู่สัญญาทั้งสองนั้นไปกระทำการพาณิชย์ในประเทศของคู่สัญญานั้นได้ เช่นเดียวกับนิติบุคคลนั้น ๆ มีความสามารถในการทำการพาณิชย์ในประเทศ ที่คนชาติถือสัญชาติอยู่ แต่สนธิสัญญาสองฝ่ายนี้มักจะไม่ว่าถึงนิติบุคคลที่มี "สัญชาติ" ของอีกฝ่ายหนึ่งโดยตรง แต่มักกล่าวในทำนองที่ว่า "นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นบนดินแดนของอีกฝ่ายหนึ่ง" สามารถมีสิทธิต่าง ๆ ตามที่ระบุไว้ในสนธิสัญญาได้ เหล่านี้เป็นเรื่องของสัญชาติของนิติบุคคล หรือความเกี่ยวพันที่นิติบุคคลนั้นมีอยู่กับประเทศนั่นเอง จึงอาจกล่าวโดยปริยายได้ว่า สนธิสัญญาสองฝ่าย ยอมรับว่านิติบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับประเทศหรือมีสัญชาติได้ ส่วนอย่างไรจึงจะถือว่านิติบุคคลใดเป็นของประเทศใดนั้น ดังกำหนดในสนธิสัญญาซึ่งแตกต่างกันอยู่ ซึ่งแล้วแต่ความตกลงของคู่สัญญา บางสนธิสัญญาก็ใช้หลักการก่อตั้ง (Incorporation) เป็นตัวกำหนดสัญชาติ บางสนธิสัญญาก็ใช้หลักถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่เป็นตัวกำหนดสัญชาติ และบางทีก็ใช้หลัก "การควบคุม" เป็นตัวกำหนดสัญชาติ³⁴ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญานั้นเองด้วย ตัวอย่างเช่น

³⁴ สุธาบัติ สัตตบุศย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, 2523 หน้า

- (1) สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา มีใจความตอนหนึ่งในข้อ 2 ของสนธิสัญญานี้ว่า

"บริษัทที่ตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายและข้อบังคับที่ใช้อยู่ของภาคีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ให้ถือว่ามี "สัญชาติ" ของภาคีนั้นและให้สถานภาพทางกฎหมายของบริษัทดังกล่าว ได้รับการยอมรับนับถือภายในอาณาเขตของภาคีอีกฝ่ายหนึ่งตามที่ใช้ในสัญญานี้ คำว่า "บริษัท" มีความหมายดังนี้

- ก. เมื่อกล่าวถึงบริษัทไทย ได้แก่ นิติบุคคลภายใต้กฎหมายไทย ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดชอบหรือไม่ และไม่ว่าเพื่อผลกำไรเป็นเงินหรือไม่
- ข. เมื่อกล่าวถึงบริษัทสหรัฐ ได้แก่ บริษัท ห้างหุ้นส่วน บริษัทและสมาคมอื่น ๆ ไม่ว่าจะจำกัดความรับผิดชอบหรือไม่ และไม่ว่าเพื่อผลกำไรเป็นเงินหรือไม่

ข้อความของสนธิสัญญาสองฝ่ายข้างต้น แสดงให้เห็นว่า มีการกำหนดการยอมรับสัญชาติของนิติบุคคลของแต่ละประเทศ โดยถือหลักที่ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในของประเทศคู่สัญญานั้น จึงเป็นที่น่าสังเกตว่าในกรณีของไทยก็อาจใช้หลักการก่อตั้ง (Incorporation) กับหลักถิ่นที่ตั้งของสำนักงานใหญ่ (Siege Social) ประกอบกัน ส่วนสหรัฐอเมริกาถือหลักการก่อตั้ง (Incorporation) ทางอ้อมอย่างเดียว และสนธิสัญญานี้ยังแสดงให้เห็นถึง การยอมรับรองสถานภาพของนิติบุคคลระหว่างรัฐบาลไทยกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกา ซึ่งเท่ากับว่ารัฐบาลไทยยอมรับรองสถานภาพของนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของสหรัฐอเมริกา และในทางตรงข้าม รัฐบาลสหรัฐอเมริกาก็ยอมรับรองสถานภาพของนิติบุคคลไทยที่ได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายไทยด้วยเช่นกัน

- (2) สนธิสัญญาทางไมตรี พาณิชย์ และการเดินเรือระหว่างประเทศไทยกับฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ. 2480 ³⁵

³⁵ Article 5 Les ressortissants de chacune des Hautes Parties Contractantes auront libre acces aux Cours de Justice de l'autre pour la poursuite et la defense de leurs droits; ils seront libres, au meme titre que les nationaux de l'Etat de residence et les ressortissants de la nation la plus favorisee, dans le choix et l'emploi d'hommes de loi, avocats et mandataires charges de poursuivre et defendre leurs droits devant ces Cours.

Aucune condition ni obligation ne seront imposees aux ressortissants de l'une des Hautes Parties Contractantes en ce qui concerne cet acces aux Cours de Justice de l'autre, qui ne s'appliqueraient pas aux nationaux de l'Etat de residence ou aux ressortissants de la nation la plus favorisee.

Article 6 Les societes de caractere economique de toute nature, civiles, commerciales, industrielles, financieres et d'assurances, constituees conformement a la legislation de l'une des Hautes Parties Contractantes, sont reconnues par l'autre comme existant regulierement, sous reserve que rien dans leur constitution ou leur objet ne soit contraire a l'ordre public sur le territoire de cette derniere Partie.

Article 7 Les ressortissants de chacune des Hautes Parties Contractantes jouiront, dans les territoires de l'autre, d'une parfaite egalite de traitement avec les nationaux de l'Etat de residence et avec les ressortissants de la nation la plus favorisee, en tout ce qui concerne les taxes de transit, l'entreposage, les facilites, l'examen et l'evaluation des marchandises et des drawbacks.

สนธิสัญญาฉบับนี้มีบทบัญญัติกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดา ที่เป็นคนชาติไว้ต่างหากในข้อ 5 และข้อ 7 ซึ่งคลุมถึงเฉพาะคนชาติ (resortissants) คือบุคคลธรรมดาที่ถือสัญชาติของประเทศคู่ภาคี ส่วนในข้อ 6 กล่าวถึง "นิติบุคคล" ที่ดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจทางแพ่ง ทางธุรกิจการค้า การอุตสาหกรรม การคลัง และการประกันภัย ซึ่งก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศคู่สัญญาทั้งสอง โดยคู่สัญญาทั้งสองจะได้รับการยอมรับนับถือวิงกันและกันว่า มีสภาพนิติบุคคล โดยมีเงื่อนไขสองประการไว้เพียงว่า จะต้องไม่มีสิ่งใดในการก่อตั้งและไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในอาณาเขตของประเทศคู่สัญญา นิติบุคคลดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ประกอบ อุตสาหกรรมและใช้สิทธิที่พึงปรารถนาที่ยอมรับนับถือแก่บุคคลธรรมดา ตามบทแห่งสนธิสัญญานี้ ซึ่งก็มีผลเท่ากับว่านิติบุคคลที่เป็นคนชาติ หรือถือสัญชาติของประเทศภาคีจะได้รับผลปฏิบัติเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา ที่เป็นคนชาติของประเทศนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทางแพ่ง ทางธุรกิจการค้า การคลัง การอุตสาหกรรม และการประกันภัย

2. สนธิสัญญาพหุภาคีหรือสนธิสัญญาหลายฝ่าย (Multilateral Treaty) ได้แก่

(1) สนธิสัญญาในข่าวประชาคมและเศรษฐกิจแห่งยุโรป (EEC Convention)

ซึ่งเรียกว่า สนธิสัญญาว่าด้วยการยอมรับรองสภาพของบริษัทและนิติบุคคลต่างประเทศ (Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate 1968)^{๓๕} ประกอบขึ้นด้วยผลของสนธิสัญญาหลักสองฉบับ คือ สนธิสัญญาแห่งกรุงโรม ค.ศ. 1957 (Traite de Rome) และสนธิสัญญากรุงบรัสเซล ค.ศ. 1968 (Brussel Convention) โดยที่สนธิสัญญากรุงโรมเป็นเรื่องที่จะยอมรับว่านิติบุคคลใดจะได้รับสิทธิในการที่จะประกอบวิชาชีพอย่างเสรีใน EEC^{๓๖} ได้แต่สนธิสัญญากรุงบรัสเซลเป็นเรื่องการยอมรับรองนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในรัฐหนึ่งเสมือนเช่นนิติบุคคล ที่ตั้งขึ้นในรัฐที่ทำกรรับรองนั้น ๆ จะกล่าวโดยละเอียดคือ

^{๓๕} ตูภาคผนวก ก. ประเทศสมาชิก EEC ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี เบลเยียม ลักแซมเบิร์ก เนเธอร์แลนด์ เดนมาร์ก ไอร์แลนด์ อังกฤษ กรีซ สเปน และโปรตุเกส.

ก. สนธิสัญญาแห่งกรุงโรม ค.ศ. 1957 (The Treaty of Rome of 1957)³⁷ ได้วางหลักเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลในรูปของความเกี่ยวพันระหว่างนิติบุคคลกับประเทศสมาชิก ซึ่งจะมีสิทธิได้รับประโยชน์จากการให้ประกอบอาชีพได้โดยเสรี โดยได้อนุญาตไว้ในมาตรา 58 วรรค 1 ซึ่งกำหนดให้นิติบุคคลดังต่อไปนี้สามารถมีสิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาที่สังกัดรัฐสมาชิก คือ

- 1) นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง
- 2) นิติบุคคลนั้นจะต้องมีที่ตั้งสำนักงานตามหนังสือบริคณห์สนธิ (Siege statutoire) หรือมีศูนย์การบริหาร (administration centrale) หรือมีที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่ (principal etablissement) อยู่บนดินแดนแห่งรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง

สนธิสัญญาแห่งกรุงโรมนี้ก็หลีกเลี่ยงที่จะใช้ถ้อยคำว่า "สัญชาติของนิติบุคคล" แต่ก็เป็นการวางหลักเกณฑ์เพื่อให้เห็นว่า นิติบุคคลใดมีความผูกพันกับรัฐสมาชิกเพียงพอก็จะได้รับประโยชน์จากหลักเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ดังนั้น ก็คล้ายคลึงกับการวางหลักเกณฑ์เพื่อให้ทราบว่านิติบุคคลใดเป็นนิติบุคคลสัญชาติของรัฐสมาชิกนั่นเอง

หลักเกณฑ์ที่สนธิสัญญาแห่งกรุงโรมวางไว้นี้ หากพิจารณาแล้วจะเห็นว่า เป็นหลักเกณฑ์ที่วางไว้ค่อนข้างกว้าง ๆ เปิดโอกาสให้แก่นิติบุคคลต่าง ๆ สามารถอ้างเอาประโยชน์จากสนธิสัญญาได้ง่าย เพราะการที่นิติบุคคลใดจะอ้างเอาประโยชน์จากสนธิสัญญาก็เพียงแต่แสดงว่า

³⁷ เป็นสนธิสัญญาที่ก่อตั้ง EEC (European Economic Community) ขึ้นเมื่อวันที่ 25 มีนาคม ค.ศ. 1957 และมีผลบังคับใช้วันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1958.

เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง และมีที่ตั้งสำนักงานตามที่หนังสือ
บริษัทที่สนธิแจ้งไว้ว่าอยู่ในรัฐใดรัฐหนึ่งก็พอแล้ว ไม่ว่าจะถือหุ้นข้างมาก ใคร
เป็นคนควบคุมจะมีที่ตั้งสำนักงานที่แท้จริงอยู่ที่ไหนก็ตาม นิติบุคคลนั้นก็อาจอ้างสิทธิเพื่อเรียก
เอาประโยชน์จากสนธิสัญญาได้แล้ว

ด้วยเหตุนี้ จึงมีบางคนคัดค้านว่าหลักเกณฑ์ที่วางไว้นั้น "ใจดี" เกินไป เพราะทำให้
นิติบุคคลซึ่งไม่ได้มีความผูกพันแท้จริงกับ EEC เลย แต่ทำตนให้ต้องตามที่กฎหมายกำหนดไว้ก็
สามารถได้รับประโยชน์ซึ่งรัฐสมาชิกให้แก่ผู้ที่สังกัดรัฐสมาชิกอื่น ๆ ซึ่งตามข้อเท็จจริงแล้ว
ประโยชน์นั้นควรอยู่แต่เฉพาะผู้ที่มีความผูกพันกับรัฐสมาชิกจริง ๆ เท่านั้น ยกตัวอย่างเช่น
นิติบุคคลซึ่งถูกควบคุมทั้งหมดโดยชาวญี่ปุ่น หรืออเมริกันก็ได้ มีที่ตั้งสำนักงานที่แท้จริง คือมีศูนย์
การสั่งงาน อยู่ที่โตเกียวหรือที่นิวยอร์ก แต่หากนิติบุคคลนั้นมาก่อตั้ง ณ ประเทศเนเธอร์แลนด์
และกำหนดที่ตั้งสำนักงานในหนังสือบริษัทที่สนธิว่าอยู่ที่ Amsterdam ดังนี้ นิติบุคคลที่ตั้งขึ้นนั้นก็
ได้รับสิทธิต่าง ๆ ที่ควรตกอยู่แต่เฉพาะนิติบุคคลของรัฐสมาชิกที่แท้จริงเท่านั้น ซึ่งไม่ควรยินยอม
เช่นนั้น

ข. อนุสัญญากรุงบรัสเซล (Brussels Convention of 1968) อนุสัญญากรุง
บรัสเซลนี้ เป็นอนุสัญญาที่เกี่ยวกับการยอมรับรองบริษัท จำกัด (สนธิสัญญากรุงโรมเป็นเรื่องที่จะ
ยอมรับว่านิติบุคคลใด จะได้รับสิทธิในการที่จะประกอบวิชาชีพอย่างเสรีใน EEC ได้ แต่อนุสัญญา
บรัสเซลเป็นเรื่องการยอมรับรองนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในรัฐหนึ่ง เสมือนเช่นนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นในรัฐที่ทำกา
รรับรองนั้น ^{๓๘}

^{๓๘} R. Pennington, Companies in the Common Market, (2d. ed.,
1970): 102.

ในอนุสัญญากรุงบรัสเซลนี้ แบ่งแยกปัญหาเรื่องความผูกพันระหว่างนิติบุคคลกับรัฐ ออกจากปัญหาว่าจะใช้กฎหมายใดบังคับแก่นิติบุคคลนั้น ที่เป็นเช่นนี้ก็เพราะบรรดา 6 ประเทศ ที่ลงนามในอนุสัญญานั้นยังมีความเห็นขัดแย้งกันอยู่ในแง่ที่ว่า จะให้หลักอะไรเป็นตัวกำหนดว่า นิติบุคคลใดผูกพันกับรัฐใด กล่าวคือ เนเธอร์แลนด์ เห็นว่าใช้ incorporation เป็นตัว กำหนดก็เพียงพอแล้ว ดังนั้น ในสายตามของเนเธอร์แลนด์ นิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมาย เนเธอร์แลนด์และมีที่ตั้งสำนักงานตามหนังสือบริคณห์สนธิ ณ เนเธอร์แลนด์ก็เป็นนิติบุคคล แม้ว่า ที่ตั้งสำนักงานที่แท้จริงจะอยู่ที่ไหนก็ตาม แต่ในสายตาของอีก 5 ประเทศที่เหลือนั้นยึดมั่นอยู่กับที่ตั้งสำนักงานที่แท้จริง³⁹

ในอนุสัญญานี้จึงบัญญัติถึงนิติบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นในบรรดารัฐสมาชิกรัฐใดรัฐหนึ่ง แต่มีที่ตั้ง สำนักงานที่แท้จริงอยู่ที่อื่น ที่มีได้อยู่ในรัฐสมาชิกนั้น ในกรณีเช่นนี้ อนุสัญญาได้ปฏิเสธไม่ยอมรับรองแต่กำหนดให้รัฐสมาชิกที่ลงนามสามารถที่จะใช้กฎหมายของรัฐสมาชิกนั้น ๆ โดยเฉพาะ กฎหมายที่รัฐสมาชิกนั้น ๆ ถือว่ามีสภาพบังคับ⁴⁰ ยกตัวอย่างเช่น บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นที่เนเธอร์แลนด์ มีที่ตั้งสำนักงานตามหนังสือบริคณห์สนธิ ณ เนเธอร์แลนด์ แต่มีที่ตั้งสำนักงานที่แท้จริงอยู่ที่ฝรั่งเศส ก่อนที่จะมีอนุสัญญานี้ ฝรั่งเศสจะไม่ยอมรับรองบริษัทนี้ว่าเป็นบริษัทเนเธอร์แลนด์ แต่เมื่อมี อนุสัญญานี้ใช้บังคับฝรั่งเศส ต้องยอมรับรองว่าเป็นบริษัทเนเธอร์แลนด์ แต่ฝรั่งเศสอาจใช้ กฎหมายของฝรั่งเศสเกี่ยวกับบริษัทบังคับกับบริษัทเนเธอร์แลนด์นี้ได้

อย่างไรก็ตาม สนธิสัญญาว่าด้วยการยอมรับรองสภาพบุคคลของบริษัทและนิติบุคคลซึ่ง กันและกัน (The Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate of 1968) นี้ยังไม่มีผลใช้บังคับ เพราะตามมาตรา 15 แห่งสนธิสัญญา ฉบับนี้ ได้กล่าวถึงการมีผลใช้บังคับของสนธิสัญญาว่า สนธิสัญญาจะมีผลใช้บังคับเป็นเวลา 3 เดือน หลังจากประเทศที่ลงนามสุดท้ายได้ให้สัตยาบันสนธิสัญญานี้แล้ว เนื่องจากในปัจจุบันนี้ยังไม่ มีการให้สัตยาบันตามข้อ 15 นี้แต่อย่างใด

³⁹ มาตรา (1) ของ EEC Convention of 1968 (ภาคผนวก ก.)

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน.

จะเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์ที่กล่าวทั้งหมดนี้ เป็นปัญหาที่เกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลทั้งสิ้น แม้จะมีได้กล่าวออกมาอย่างแจ่มชัดว่าเป็นเรื่องสัญชาติของนิติบุคคล แต่กล่าวว่าเป็นเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความผูกพันของนิติบุคคลกับรัฐ แต่ก็น่าจะถือโดยปริยายได้ว่าเป็นเรื่องเกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลได้เช่นกัน

(2) อนุสัญญาเกี่ยวกับความตกลงในชายของธนาคารโลก

ธนาคารโลก (BIRD) ได้จัดทำอนุสัญญาขึ้นฉบับหนึ่ง เมื่อวันที่ 18 มีนาคม 1965 เพื่อที่จะวางหลักเกณฑ์ใช้บังคับในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับการลงทุน ระหว่างรัฐกับบุคคลในสังกัดของรัฐอื่น ๆ อนุสัญญานี้ได้รับการลงนามจากประเทศต่าง ๆ แล้วประมาณ 60 ประเทศ

หลักเกณฑ์ที่ปรากฏในอนุสัญญานี้มุ่งจะใช้บังคับแก่ข้อพิพาท ซึ่งอาจเกิดขึ้นเมื่อมีบุคคลใด ๆ ซึ่งเป็นคนในสังกัดรัฐหนึ่ง กระทำการลงทุนในอีกรัฐหนึ่งแล้วเกิดข้อโต้แย้งกันขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ อันสืบเนื่องมาจากการลงทุนนั้น ๆ ในทางปฏิบัติแล้ว มักจะเกี่ยวข้องกับปัญหาของผู้ลงทุนที่เป็นบุคคล ในสังกัดของประเทศอุตสาหกรรมซึ่งไปทำการลงทุนในประเทศด้อยพัฒนา แล้วเกรงว่าจะถูกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากประเทศด้อยพัฒนาผู้รับการลงทุนนั้น ๆ

ธนาคารโลกได้จัดตั้งศูนย์ระหว่างประเทศ (Centre international) ขึ้นเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาข้อพิพาทนั้น ๆ โดยวิธีการทำให้ประนีประนอมกัน (conciliation) และในกรณีที่ใช้วิธีนั้นแล้วล้มเหลว ก็จะใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการต่อไป อำนาจหน้าที่ของศูนย์ระหว่างประเทศนั้นถูกกำหนดไว้ในมาตรา 25 ซึ่งกำหนดว่าศูนย์จะมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาปัญหาข้อพิพาททางกฎหมายระหว่างรัฐภาคีกับบุคคลในสังกัดของรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่ง ดังนั้นจึงจำเป็นต้องให้คำนิยามไว้ด้วยว่า บุคคลในสังกัดของอีกรัฐหนึ่งนั้น หมายถึงอะไรกันแน่ เพราะคำว่า "บุคคลในสังกัด" (ressortissant) นี้ เป็นตัวกำหนดอำนาจของศูนย์ ถ้าเกี่ยวกับบุคคลในสังกัดศูนย์ก็มีอำนาจ ถ้าไม่ใช่ศูนย์ก็ไม่มีอำนาจ

สำหรับบุคคลธรรมดาที่ง่าย ไม่มีปัญหาที่หมายถึง บุคคลที่มีสัญชาติของรัฐภาคี แต่นิติบุคคลนั้น การที่จะพิจารณาว่านิติบุคคลใด สังกัดรัฐภาคีหรือไม่นั้น มาตรา 25 วรรค 2 (b) กำหนดให้สิ่งต่อไปนี้ เป็นบุคคลในสังกัดรัฐภาคี คือ

"นิติบุคคลทั้งหมดที่มีสัญชาติของภูมิลำเนาอื่นซึ่งมิใช่รัฐชาติที่เป็นคู่พิพาทในคดีนั้น รวมทั้งนิติบุคคลทั้งหมดที่มีสัญชาติของภูมิลำเนาอื่นซึ่งเป็นคู่พิพาทในคดีนั้น หากคู่พิพาทได้ทำการตกลงกันได้ให้ถือเอาเป็นบุคคลในสังกัดของภูมิลำเนาอื่น ๆ โดยเหตุที่นิติบุคคลนั้นถูกควบคุมโดยผลประโยชน์ของต่างประเทศ ทั้งนี้ เพื่อให้ตกอยู่ในบังคับแห่งอนุสัญญา"

บทบัญญัติตามมาตรา 25 วรรค 2 (b) ของ B.I.R.D. นี้มีความสำคัญในแง่ที่แสดงให้เห็นถึงการยอมรับคำว่า "สัญชาติ" ของนิติบุคคลโดยแจ้งชัด นอกจากนี้ยังมีความสำคัญในแง่ตัวกำหนด สัญชาติของนิติบุคคลด้วย ตามอนุสัญญานี้ยึดเอาการควบคุม (control) เป็นตัวกำหนด (criteria) ในการค้นหาสัญชาติของนิติบุคคลนั้น ๆ แทนที่จะยึดถือการจัดตั้ง หรือที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่เหมือนเช่นเดิม

อนุสัญญานี้ เป็นการตกลงระหว่างประเทศที่ใหม่ และแสดงให้เห็นการยอมรับใช้คำว่า "สัญชาติ" กับนิติบุคคลโดยแจ้งชัด

(3) ประมวลกฎหมายขัดกันของบุสตาเมเนต (Code Bustamente) ⁴¹

เป็นอนุสัญญาที่ 15 ประเทศภาคีให้สัตยาบันแล้ว เมื่อวันที่ 20 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1928 มีข้อบทเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติ และการแปลงชาติ ดังในข้อ 16 - 21 เกี่ยวกับเรื่องนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- ข้อ 16. สัญชาติดั้งเดิมของบริษัทและมูลนิธิ ให้เป็นไปตามกฎหมายของรัฐที่ให้อำนาจ และให้ความเห็นชอบในการก่อตั้ง
- ข้อ 17. สัญชาติดั้งเดิมของสมาคม ได้แก่ สัญชาติของประเทศที่สมาคมนั้นก่อตั้งขึ้น และได้รับการจดทะเบียนบันทึกไว้ในสารบบตามความต้องการของกฎหมายของแต่ละท้องถิ่น

⁴¹ N.A. Maryan Green, International Law, Law of Peace (London: Macdonald and evans, 1982), p. 77 - 86.

- ข้อ 18. หุ่นส่วนหรือบริษัทที่มีได้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลในทางแพ่ง หรือการค้า หรือการอุตสาหกรรมจะมีสัญชาติตามที่กำหนดไว้ในตราสารที่ก่อตั้งหรือ ในกรณีที่ใช้ได้ ก็ให้ได้รับสัญชาติของประเทศที่มีที่ทำการใหญ่ หรือองค์การบริหารที่ตั้งอยู่เป็นปกติ
- ข้อ 19. สำหรับบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นสต็อกนั้น สัญชาติของบริษัทจะกำหนดไว้ในข้อบัญญัติของตราสารก่อตั้งบริษัท หรือในกรณีที่ใช้ได้ก็ให้เป็นไปตามกฎหมายของประเทศที่ตามปกติมีกาประชุมใหญ่ของผู้ถือหุ้นเป็นการทั่วไป มิฉะนั้นก็ให้ถือตามกฎหมายของประเทศที่คณะกรรมการกลางหรือคณะกรรมการบริหารที่ตั้งอยู่
- ข้อ 20. การเปลี่ยนแปลงสัญชาติของบริษัท มูลนิธิ สมาคมและหุ้นส่วน เว้นแต่ในกรณี การโอนอริปไตยแห่งดินแดน จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายของรัฐที่ถือสัญชาติดั้งเดิมและรัฐที่จะได้รับสัญชาติใหม่ทั้งสองแห่ง
- ข้อ 21. ข้อบัญญัติแห่งข้อ 9. ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติบุคคล และข้อ 16 และ 20 จะไม่ใช่บังคับกับรัฐคู่ภาคีที่มีได้กำหนดให้นิติบุคคลมีสัญชาติ"
- ส่วนในข้อ 9. ซึ่งเป็นข้อบัญญัติหลักทั่วไปใช้กับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ในกรณีที่มีการขัดกันหรือมีข้อขัดแย้ง ดังนี้

"ประเทศภาคีสัญญาจะใช้กฎหมายของตนเองในการวินิจฉัย เรื่องสัญชาติดั้งเดิมของ เอกชนหรือนิติบุคคล และการได้รับสัญชาติ เสียสัญชาติ ตลอดจนการได้รับสัญชาติกลับคืนในภายหลัง ทั้งภายในและภายนอกอาณาเขต ในทุกกรณีสัญชาติที่ได้แข่งกันนั้น มีสัญชาติหนึ่งที่เป็นของรัฐภาคีดังกล่าว ในกรณีอื่น ๆ ทั้งหมดให้ใช้ข้อบทบัญญัติอื่น ๆ ในประมวลกฎหมายนี้บังคับ"

บทบัญญัติเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลในประมวลกฎหมายบุสตาเมนเด เป็นเพียงแนวทางปฏิบัติหรือเป็นหลักฐานแสดงว่าในภูมิภาคอเมริกาใต้ นั้น ได้มีหลักปฏิบัติที่ตกลงกันได้แล้วว่า ในกรณีใดจะใช้กฎหมายของประเทศใดเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยชี้ขาดสัญชาติของนิติบุคคล

ตัวอย่างเช่น หากปัญหาที่นิพาทเป็นเรื่องสัญชาติของประเทศเปรู ต้องใช้กฎหมายเปรู เรื่องสัญชาติมาเป็นบรรทัดฐานเป็นอันดับแรก หากกฎหมายเปรูถือว่าไม่ใช่สัญชาติเปรู เพราะไม่มีเรื่องการให้สัญชาติแก่นิติบุคคลหรือเพราะนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องมิได้ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของเปรู ก็ต้องพิจารณากันต่อไปว่า นิติบุคคลนั้นขอตั้งขึ้นโดยอำนาจกฎหมายของประเทศใด โดยใช้หลักการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลอันดับรองไป เช่น หลักการจดทะเบียน หรือหลักที่ตั้งสำนักงานแห่งใหญ่หรือหลักอื่น ๆ เช่น ที่ตั้งของคณะกรรมการบริหารหรือกรรมการอำนวยการ หรือสถานที่ที่มีการประชุมใหญ่สำหรับผู้ถือหุ้น

(4) **อนุสัญญากรุงเฮกว่าด้วยการยอมรับรองสภาพของบริษัทต่างประเทศ**

(Hague Convention Concerning Recognition of the Legal Personality of Foreign Companies)⁴²

อนุสัญญากรุงเฮกฉบับนี้ ร่างขึ้นจากการประชุม ณ กรุงเฮก เมื่อปี ค.ศ. 1956 โดยมีสาระสำคัญคือ ได้มีการปรับใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Incorporation Theory) กับกฎหมายฉบับนี้ แต่ได้จำกัดทฤษฎีนี้ โดยกำหนดไว้ว่าถ้าบริษัทได้ก่อตั้งหรือจดทะเบียนในรัฐหนึ่ง แต่ไปประกอบกิจการอยู่กรัฐหนึ่งนั้น จะให้รัฐนั้น ๆ ยอมรับรองสภาพของบริษัทต่างประเทศนี้ได้เฉพาะว่ารัฐนั้น ได้ยอมรับทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนด้วยเท่านั้น (ตามมาตรา 27 จึงเห็นได้ว่า อนุสัญญาฉบับนี้ เกี่ยวข้องกับการยอมรับรองสภาพของบริษัทต่างประเทศ และเป็นปัญหาเกี่ยวข้องกับนิติบุคคลด้วย แม้จะมีได้กล่าวออกมาโดยตรงว่า เป็น

⁴² Document, "Draft Convention Concerning Recognition of the Legal Personality of Foreign Companies (Societes), Associations, and Foundations", American Journal of Comparative Law, 1 (1952): 277. (ภาคผนวก ข.)

เรื่องสัญชาติของนิติบุคคล อย่างไรก็ตามอนุสัญญานี้ไม่ได้มีผลบังคับไว้ เนื่องจากไม่มีการลงนามกันครบทุกประเทศ โดยมีสมาชิกทั้งหมด 13 ประเทศ แต่อนุสัญญานี้ก็แสดงให้เห็นถึงการวิวัฒนาการเปลี่ยนแปลงจากการปรับใช้ทฤษฎีหลักสำนักงานที่ตั้งแห่งใหญ่ (Siege Social) มาเป็นทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Incorporation Theory)

กฎหมายฉบับนี้ นับเป็นกฎหมายสำคัญอีกอันหนึ่ง ดังแสดงถึงความเกี่ยวข้องกับการกำหนดสัญชาติของนิติบุคคล อันเป็นแนวทางที่อาจนำไปปรับใช้ได้ในอนาคต

(5) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับสัญชาติของนิติบุคคลของสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ
(The Institute of International Law's Rules)⁴³

สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (I.I.L.) ได้มีการประชุมกันหลายครั้ง เช่น ที่ Ham Hurg (1989) และ New York (1929) แต่ในที่สุดจากผลของการประชุม ณ กรุง Hague โดยสมาคมกฎหมายระหว่างประเทศ (I.L.A.)

เมื่อวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1965 สถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ (The Institute of International Law) ก็ได้กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับสถาบันกฎหมายระหว่างประเทศ โดยมีหลักการในการแก้ปัญหาการขัดกันของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐเกี่ยวกับเรื่องการก่อตั้งบริษัท เพื่อให้มีการรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศซึ่งกันและกัน โดยมีหลักเกณฑ์ใหญ่ ๆ 3 ประเด็นดังนี้

⁴³ Druker, Thomas C., "Companies in Private International Law", The International and Comparative Law Quarterly. 17 (1968): 28. (ภาคผนวก ค.)

1. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "กฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริษัท" (Rules on the law governing the company)
2. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "การรับรองบริษัท" (Rules on recognition)
3. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "สถานที่ประกอบธุรกิจ" (Rules on places of business)

ก. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "กฎหมายที่ใช้บังคับแก่บริษัท"

ตามมาตรา 1 ได้กำหนดให้มีการปรับใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Incorporation Theory)⁴⁴ ส่วนมาตรา 7 และมาตรา 8 เป็นการกำหนดวิธีการปรับใช้ของทฤษฎีนี้ อย่างไรก็ตามจากการพิจารณาถึงวัตถุประสงค์และคำนำเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ของนักเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนี้ แสดงให้เห็นว่ากฎเกณฑ์นี้มีความประสงค์ที่จะปรับใช้กับ "บริษัท" ที่ก่อตั้งโดยกฎหมายภายในของรัฐ (Municipal Law) เท่านั้น ไม่รวมไปถึงบริษัทต่างประเทศ (international companies) จึงสามารถพิจารณาได้ดังนี้

- (1) ไม่มีคำจำกัดความขอคำว่า "company" ในกฎเกณฑ์นี้
- (2) ไม่มีการกำหนดว่าจะใช้กฎหมายระบบไหน เพื่อจะพิจารณาว่านิติบุคคลเป็น "company" ตามกฎเกณฑ์นี้

ซึ่งจากการกำหนดให้มีการปรับใช้ทฤษฎี หลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียนกับบริษัทตามกฎเกณฑ์นี้ แสดงให้เห็นข้อดี 3 ประการคือ

⁴⁴ First Article; A company is governed by the law under which it has been incorporated.

- (1) เป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลที่ระบบของกฎหมายควรจะเป็นกฎหมายที่ก่อตั้งบริษัทนั้นขึ้นมา
- (2) ระบบกฎหมายภายใต้กฎหมายที่บริษัทก่อตั้งขึ้น สามารถปรับใช้ได้จริง ๆ ในแง่การปฏิบัติไม่ต้องมีข้อโต้แย้งว่าเป็นเรื่องของทฤษฎีเท่านั้น คือประเทศนั้น ๆ ย่อมรู้จักระบบกฎหมายของตนเองได้ดีที่สุด
- (3) เป็นทฤษฎีที่ยอมรับกันมากที่สุดในระบบกฎหมายแองโกล-อเมริกัน (Anglo-American systems of Law)

ข. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "การรับรองบริษัท" ⁴⁵

ปรากฏตามมาตรา 2 ซึ่งแสดงถึงหลักเกณฑ์ทั่วไปของการรับรองบริษัท ส่วนมาตรา 6 กล่าวถึงสิทธิของบริษัทเมื่อได้รับการรับรองเป็นนิติบุคคลแล้ว มาตรา 2 บัญญัติว่า "บริษัทใดที่ก่อตั้งภายใต้มาตรา 1 จะได้รับการรับรองในบรรดารัฐสมาชิกว่ามีสภาพเป็นนิติบุคคล" ซึ่งมีหลักเกณฑ์คล้าย ๆ กับมาตรา 57 ของสนธิสัญญาของกรุงโรม (Treaty of Rome) ที่ว่า "บรรดารัฐสมาชิกจะไม่คัดค้านนิติบุคคลที่ก่อตั้งโดยกฎหมายของรัฐสมาชิกในประเทศสมาชิก"

ส่วนในมาตรา 5 เป็นเรื่องสถานที่ตั้งจริงของบริษัท (The actual seat of a company) มาตรา 5 บัญญัติว่า "สถานที่ตั้งจริงของบริษัทคือสถานที่บริษัทได้มีศูนย์กลางการควบคุมและจัดการ ถึงแม้ว่าการตัดสินใจในเรื่องการบริหารบริษัทจะมาจากผู้ถือหุ้นที่อยู่ ณ สถานที่อื่น" ซึ่งในความหมายนี้หมายถึง สถานที่ที่ผู้อำนวยการบริหารของบริษัทมาประชุมปรึกษากันบ่อย ๆ และได้มีการตัดสินใจที่มีผลกระทบต่อนโยบายของบริษัท

⁴⁵ Druker, Thomas C. The International and Comparative Law Quarterly, 17 (1968): 33-44.

ในมาตรา 3 เป็นเรื่องการที่มีสถานที่ตั้งจริง (actual seat) อยู่นอกอาณาเขตของรัฐที่ได้มีการใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน และมีการประกอบกิจการส่วนใหญ่ของบริษัท อยู่นอกอาณาเขตด้วย จะมีผลทำให้ไม่มีการยอมรับรองบริษัทได้ (principal business)

และในมาตรา 4 ก็คล้าย ๆ กับมาตรา 3 คือทำให้มีการปฏิเสธเรื่องการยอมรับรองบริษัทได้ ถ้าบริษัทนั้นไม่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับรัฐนั้น ๆ (no real connection) ซึ่งเรื่องปัญหาความสัมพันธ์จะต้องเป็นเรื่องข้อเท็จจริง (facts) ไม่ใช่ดู ณ. สถานที่จดทะเบียนบริษัทอย่างเดียว ตัวอย่างเรื่องข้อเท็จจริงที่แสดงถึงความไม่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริง เช่น สถานที่ประกอบธุรกิจจุดกำเนิดของทุนบริษัท สัญชาติของผู้ถือหุ้นหรือผู้ควบคุมบริษัท เหล่านี้ล้วนเป็นเครื่องบ่งชี้ให้เห็นว่าบริษัทนั้นจะมีความสัมพันธ์ที่แท้จริงกับรัฐนั้น ๆ หรือไม่ ประการใด

ค. หลักเกณฑ์ว่าด้วย "สถานที่ประกอบธุรกิจ" ⁴⁶

ปรากฏในมาตรา 9 ของกฎเกณฑ์ที่นี้มีใจความว่า "ถ้าบริษัทมีสถานที่ประกอบธุรกิจ นอกเหนือจากรัฐที่บริษัทก่อตั้งหรือจดทะเบียนขึ้นมา รัฐที่มีสถานที่ประกอบธุรกิจของบริษัทนั้น สามารถเรียกร้องในหนี้ (obligation) ต่าง ๆ ของบริษัทได้ เช่น การชำระบัญชี ค่าธรรมเนียมต่าง ๆ เกี่ยวกับตัวแทนของบริษัท ฯลฯ"

⁴⁶ Druker, Thomas C., The International and Comparative Law Quarterly 17 (1968): 44-50.

มาตรา 9 "If a company has a place of business in a State other than the State of its incorporation, the State in which that place of business is situated may impose upon the company obligations with regard to:

- (a) the publication or the registration of its constitution, its annual accounts, and the powers conferred upon its organs;
- (b) the appointment of a representative in charge of the management of the place of business and, if required, the application to this representative of the local laws concerning the powers and duties of members of organs of management;
- (c) the application of the local provisions concerning the representation of the employees within the enterprise, but only of those which operate at the level of the plant or place of business;
- (d) the protection of creditors through the creation of financial securities".

สรุปแล้ว กฎหมายฉบับนี้ก็เป็นแนวคิดที่ต้องการจะประสานกฎหมายว่าด้วยบริษัทและนิติบุคคลในประเทศต่าง ๆ และประสานผลประโยชน์ร่วมกันทุกประเทศ เพื่อให้ความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐลดน้อยลง เพื่อลดความแตกต่างของกฎหมายภายในของแต่ละรัฐได้แล้ว ในที่สุดก็จะนำไปสู่การแก้ปัญหาเรื่องการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคล และสัญชาติของนิติบุคคลต่อไป

4.3.2 ปัญหาเรื่องการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลโดยอาศัยคำนิยามภาษาของศาล

4.3.2.1. คดี Barcelona Traction, light, and Power Co., Ltd. (Belgium V. Spain)⁴⁷

ข้อเท็จจริง Barcelona traction Light and Power Comapny เป็นบริษัท โฮลดิ้ง (societe holding) กล่าวคือ เป็นบริษัทที่ทำการถือหุ้นในบริษัทการเงิน หรือบริษัทที่ทำการผลิตอื่น ๆ โดยที่บริษัทผู้ถือหุ้นมิได้ลงมือปฏิบัติงานด้วยตนเองแต่อย่างใด บริษัทนี้ถูกจัดตั้งขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1911 ที่ Toronto (Canada) ซึ่งเป็นสถานที่ ๆ บริษัทนี้มีถิ่นที่ตั้งสำนักงานอยู่ตลอดมา วัตถุประสงค์ของบริษัทนี้เพื่อที่จะสร้างและพัฒนาสายงานการผลิต และการจำหน่าย กระแสไฟฟ้าใน Catalogne (ภูมิภาคตะวันออกเฉียงเหนือของสเปน ประกอบไปด้วย Barcelona, Gerone, Lerida และ Tarrogone) เพื่อการนี้บริษัทนี้ได้ก่อตั้งบริษัทย่อย ๆ อีกหลายบริษัทเป็นบริษัทสาขาของตน บริษัทสาขานี้ 3 บริษัทได้ถูกตั้งขึ้นตามกฎหมายแคนาดา ตั้งสำนักงานและมีที่ตั้งสำนักงาน บริษัทอยู่ที่แคนาดา แต่มีอีกหลายบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายสเปนและมีที่ในสเปน บริษัทสำนักงานใหญ่นี้ได้ถือหุ้นกู้โดยกำหนดเงินเป็นเงินสเปนบ้าง เป็นปอนด์สเตอร์ลิงบ้าง

ต่อมาในสเปนมีสงครามกลางเมือง ซึ่งทำให้การออกหุ้นกู้ที่บริษัทนี้ได้รับหยุดชะงักลง ต่อมาในปี ค.ศ. 1940 ถึงได้มีการใช้หุ้นกู้ใหม่ แต่รัฐบาลยอมให้ใช้เฉพาะหุ้นกู้ที่กำหนดเป็นเงินสเปน ไม่ยอมรับหุ้นกู้ที่กำหนดไว้เป็นเงินปอนด์ ต่อมาในปี ค.ศ. 1945 บริษัท Barcelona Traction ต้องการที่จะใช้หุ้นกู้ที่เป็นเงินปอนด์นี้ จึงมีความประสงค์ที่จะโอนเงินปอนด์นี้ออกไป

⁴⁷ Briggs. (H.W.) "Barcelona Traction: The Jus Standi of Belgium", American Journal of International Law (A.J.I.L.), 65 (1971) 327-345.

นอกประเทศ แต่ต้องขออนุญาตรัฐสเปน แต่ปรากฏว่ารัฐสเปนปฏิเสธไม่อนุญาต ต่อมาในปี ค.ศ. 1948 ผู้ถือหุ้นชาวสเปน ซึ่งถือหุ้นใหญ่ 3 คน ก็ฟ้องให้บริษัทนี้ล้มละลาย ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นของเมือง Reus ก็พิพากษาให้บริษัทนี้ล้มละลายไป เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 1948 เมื่อล้มละลายเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ก็เข้าไปยึดอายัดหุ้นของบริษัทที่อยู่ในสายงานของบริษัทนี้ทั้งหมด แม้ว่าหุ้นนี้หลายหุ้นจะอยู่ที่แคนาดา แต่ศาลสเปนก็ออกคำสั่งยึด แม้จะมีได้มีการยึดตัวหุ้นโดยพฤตินัยก็ตาม แต่ก็ประกาศว่าหุ้นนี้ถูกยึดแล้วโดยนิตินัย แล้วก็นำหุ้นนี้ไปออกขายทอดตลาดในสเปน ตามหมายเลขหุ้นที่ถูกยึดแก่กลุ่มที่ล้มบริษัทนี้ ในราคาถูกลงมาก (prix derisoire)

หลังจากนั้น ก็เป็นข้อพิพาทระหว่างประเทศที่ดำเนินมานานโดยพลสรุปได้ดังนี้ ในตอนแรก รัฐบาลแคนาดาตกใจ และพยายามที่จะคุ้มครองผลประโยชน์แก่บริษัทที่ก่อตั้งและมีสำนักงานในประเทศแคนาดา แต่ต่อมารัฐบาลแคนาดาก็ไม่สนใจจะให้ความคุ้มครองผลประโยชน์ เพราะเห็นว่ามิใช่บริษัทแคนาดาที่แท้จริงภายหลัง รัฐบาลอังกฤษก็เข้ามาเกี่ยวข้องบ้างเพราะมีคนอังกฤษถือหุ้นใหญ่เอาไว้ไม่น้อย แต่ก็ถอนตัวออกไป ในที่สุดรัฐบาลที่เดือดร้อนมากที่สุดก็คือ รัฐบาลเบลเยียมที่ต้องการจะให้มีการชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ถือหุ้น เพราะผู้ถือหุ้นในบริษัท Barcelona Traction นั้น 88 % ตกอยู่ในมือของบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลเบลเยียม⁴⁸ รัฐบาลเบลเยียมจึงต้องการที่จะใช้ diplomatic protection เพื่อบริษัทนี้ แต่ต่อมาเปลี่ยนเป็นจะใช้ diplomatic protection เพื่อผู้ถือหุ้น (share holder) และเรียกร้องค่าเสียหาย 88 % สำหรับค่าเสียหายที่ต้องชดใช้แก่บริษัททั้งหมดและนำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลฯ

ในชั้นต้นนั้น รัฐบาลสเปนได้คัดค้านอำนาจศาลเป็นการเบื้องต้นไว้ 4 ข้อ ส่วนข้อที่ 3 อันเป็นประเด็นที่สำคัญที่สุดคือ เรื่องสิทธิฟ้องร้องของเบลเยียม (Jus standi) ซึ่งไม่มี เพราะบริษัทผู้เสียหายเป็นบริษัทแคนาดา ไม่ใช่สัญชาติเบลเยียม หลังจากพิจารณาคดีเป็นเวลา นานถึง 7 ปี ในที่สุดศาลยุติธรรมระหว่างประเทศจึงมีคำพิพากษาชี้ขาดอย่างชัดเจนว่า โจทก์

⁴⁸ Briggs (H.W.), A.J.I.L. (1971): 328.

ไม่มีสิทธิฟ้องร้อง เพราะขาดสิทธิในการฟ้องร้อง (Jus standi) ศาลไม่รับฟังข้ออ้างค้ำของเบลเยียม โดยเหตุผล 2 ประการคือ

1. ผู้ถือหุ้นมิได้มีส่วนได้เสียแยกต่างหากจากบริษัท เมื่อประเด็นที่พิพาทเป็นเรื่องความเสียหายที่บริษัทได้รับ มิใช่ความเสียหายของผู้ถือหุ้นเป็นรายบุคคลไป เมื่อผู้ถือหุ้นมิได้มีส่วนได้เสียเป็นพิเศษเป็นรายบุคคลแยกต่างหากจากบริษัท ดังนั้นก็เฉพาะบริษัทหรือรัฐเจ้าของสัญชาติของบริษัทนั้นเท่านั้น ที่จะสามารถฟ้องศาลได้ (Jus standi) รัฐบาลเบลเยียมจึงไม่มีสิทธินำคดีขึ้นฟ้องเพื่อเป็นการใช้ diplomatic protection แต่อย่างใด

2. ศาลอ้างด้วยว่า รัฐบาลเบลเยียมมิได้พิสูจน์ให้เห็นว่า บริษัทนั้นเลิกไปแล้ว ซึ่งจะทำให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิแยกออกต่างหากจากบริษัทได้ ตามส่วนของตน นอกจากนี้ไม่มีการพิสูจน์ด้วยว่าการใช้ diplomatic protection นั้นเป็นสิ่งที่ไม่อาจจะเป็นไปได้ คือประเทศเจ้าของสัญชาติ บริษัทไม่สามารถใช้ diplomatic protection แล้ว ซึ่งหากพิสูจน์ได้ว่ารัฐเจ้าของสัญชาติไม่สามารถใช้ diplomatic protection ได้ ศาลจะยอมรับการที่รัฐเจ้าของสัญชาติของผู้ถือหุ้นให้ diplomatic protection ได้ โดยแยกเป็นส่วนของผู้ถือหุ้นนั้น ๆ⁴⁹

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยคะแนนเสียง 15 ต่อ 1 พิพากษาไม่รับคำฟ้องของเบลเยียม ซึ่งเรียกร้องสิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติเบลเยียม ผู้ถือหุ้นในบริษัทแคนาดา โดยยืนยันว่ากฎหมายระหว่างประเทศยังไม่ยอมรับหลักการว่ารัฐมีสิทธิให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่คนชาติที่ถือหุ้นในบริษัทต่างดาว คำพิพากษาของศาลเป็นการปฏิเสธว่าไม่มีหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศ หรือเหตุการณ์พิเศษหรือข้อพิจารณาตามหลักยุติธรรมที่จะให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่รัฐ ในกรณีที่เอกชนผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างดาว คำพิพากษาของศาลเป็นการปฏิเสธว่า ไม่มีหลักทั่วไปในกฎหมายระหว่างประเทศหรือเหตุการณ์พิเศษ

⁴⁹ Briggs W. Herber, "Barcelona Traction: The Jus Standi of Belgium", A.J.I.L. 65, (1971): 335.

หรือข้อพิจารณาตามหลักยุติธรรม ที่จะให้สิทธิในการให้ความคุ้มครองทางการทูตแก่รัฐในกรณีที่ เอกชนผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติ ได้รับผลเสียหายอันสืบเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของ รัฐที่สามที่กระทำต่อบริษัทต่างด้าวนั้น โดยเฉพาะมิใช่เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิ หรือเลือก ปฏิบัติอันเป็นผลเสียหายต่อสิทธิตามกฎหมายของผู้ถือหุ้น ที่เป็นคนชาติโจทก์⁵⁰

ข้อวิเคราะห์และข้อวิจารณ์

ในคดี Barcelona Traction, light Power Co. นี้ ศาลฯ ไม่ได้ชี้ชัดไปว่าจะ ให้ทฤษฎีอะไรในการกำหนดสัญชาติของบริษัทนี้ สำหรับเรื่องการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต (Diplomatic Protection) และความเห็นส่วนใหญ่ (majority opinion) ของศาลฯ ได้ ปฏิเสธที่จะใช้หลักเรื่อง "ความสัมพันธ์อันแท้จริง" (genuine link) หรือทฤษฎีของคดี นาย Nettlebohm (The theory of the Nottebohm Case)⁵¹ และมีแนวโน้มที่จะเน้นหนัก ไปทางทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation)⁵² อย่างไรก็ตาม ศาลฯ ไม่ได้ปรับใช้ทฤษฎีหลักการก่อตั้งหรือจดทะเบียน (Place of Incorporation) เพียง ทฤษฎีเดียวในการกำหนดสัญชาติของบริษัทนี้ แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงอยู่ว่า พิจารณาพบว่า มีความสัมพันธ์หลายอย่างระหว่างรัฐผู้รับจดทะเบียนคือประเทศแคนาดา กับบริษัทนั้น และที่

⁵⁰ F.A. Mann, "The Protection of Shareholders' Interests in The light of The Barcelona Traction Case". A.J.I.L. 67, (1973): 259.

⁵¹ The Barcelona Traction, Light & Power Co., Case, International Court of Justice (1970): 4.

⁵² Ibid, p. 42.

ประเทศแคนาดานี้ ยังเป็นสถานที่ที่บริษัทนี้ได้มีการชำระบัญชี และได้เก็บหนังสือรายชื่อของผู้ถือหุ้นทั้งหมดไว้ด้วย รวมทั้งเป็นสถานที่ที่ผู้บริหารและผู้อำนวยการของบริษัทได้พบปะประชุมกันด้วย ทั้งนี้โดยศาลฯ ได้ให้เหตุผลในเรื่องดังกล่าวนี้ว่า ศาลรู้สึกว่าการได้แก่กันโต้แย้งในเรื่องสัญชาติแคนาดาเดียวของบริษัทนี้คือความทั้งสองไม่ได้กำหนดไว้เป็นประเด็นขึ้น จึงไม่เป็นสาระสำคัญของคดีนี้⁵⁴ เพราะประเด็นสำคัญอยู่ที่ว่า เบลเยี่ยมจะมีสิทธิฟ้องร้องคดี (Jus standi) หรือไม่ จึงเป็นสิ่งที่น่าเสียดายเป็นอย่างยิ่ง มิฉะนั้น ผลการตัดสินคดีสุดท้ายอาจจะมีการให้ปรับใช้กฎหมายการกำหนดสัญชาตินิติบุคคลอย่างหนึ่งอย่างใดขึ้นก็ได้

ในการตัดสินให้ยกฟ้องประเทศเบลเยี่ยม โดยคะแนนเสียง 15 : 1 เสียงนั้น มีความเห็นของผู้พิพากษาทั้งหมด โดยสรุปดังต่อไปนี้

- มีผู้พิพากษา ad hoc Riphggen ซึ่งเสนอโดยประเทศเบลเยี่ยมและเป็นคนชาติเนเธอร์แลนด์ เป็นผู้พิพากษาคณะเดียวที่มีความเห็นคัดค้านคำตัดสินนี้
- ผู้พิพากษา Tanaka, Jessup และ Gros ได้เห็นด้วยกับคำตัดสินนี้ แต่ไม่เห็นด้วยที่ว่าเบลเยี่ยมไม่มีผลประโยชน์ในบริษัทนี้โดยแท้จริง (not clearly established)
- ผู้พิพากษา Bustamante Y. Rivero, Fitzmaurice, Movelli, Padilla Nervo และ Amoun เห็นด้วยในคำตัดสินทั้งหมด
- ส่วนผู้พิพากษา Petren, Onyeama และ Lachs ได้มีความเห็นไปในอีกแนวหนึ่งคือเห็นว่ายกฟ้อง เพราะคำฟ้องของเบลเยี่ยมรับฟังไม่ได้ (inadmissible) แต่ก็มีผลคำตัดสินในคดีนี้เช่นเดียวกัน

⁵³ The Barcelona Traction, Light & Power Co. Case, International Court of Justice, (1970): 34 (ความเห็นของศาลฯ) p. 52 (ความเห็นของผู้พิพากษา Petren และ ผู้พิพากษา Onveam J.), p. 83-84 (ความเห็นโดยสรุปของผู้พิพากษา Fitzmaurice J.)

- ผู้พิพากษา Tanaka มีความเห็นต่อไปอีกว่า ข้อกล่าวหา (allegation) ของเบลเยียมที่มีต่อความรับผิดชอบของรัฐบาลสเปน ในเรื่องการปฏิเสธความยุติธรรม (denied of justice) โดยเจ้าหน้าที่สเปนนั้น ไม่มีหลักฐาน (lacked foundation)

- ผู้พิพากษา Jessup มีความเห็นว่า สิทธิของผู้ถือหุ้นสัญชาติเบลเยียมในบริษัทนี้ เมื่อเกิดการละเมิดกฎหมายนั้น ยังไม่เกิดขึ้นในขณะนั้นคือเกิดขึ้นภายหลังจากการที่มีการยึดทรัพย์สินของบริษัทขายทอดตลาดแล้ว

- ผู้พิพากษา Gros มีความเห็นว่า การพิสูจน์ว่าความสัมพันธ์ระหว่างบริษัทนี้กับผลประโยชน์ด้านเศรษฐกิจของเบลเยียมยังไม่เกิดขึ้น⁵⁴

ซึ่งจากคำตัดสินในคดีนี้ นักนิติศาสตร์หลายท่าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่เป็นแหล่งเงินทุนได้เริ่มตั้งข้อวิจารณ์บ้างแล้ว และได้มีการถกเถียงกันมาก เพราะเป็นระยะเวลาที่ประเทศกำลังพัฒนาต้องการเงินลงทุนจากต่างประเทศ และการลงทุนก็จะเป็นไปในรูปของการถือหุ้นในบริษัทโดยไม่ได้คำนึงถึงสัญชาติของบริษัท ซึ่งส่วนมากจะเป็นบริษัทข้ามชาติ ดังนั้นจึงมีความประสงค์จะให้มีการคุ้มครองการลงทุน และพยายามหยิบยกข้อกฎหมายมาอ้างอิง เพื่อให้รัฐที่บริษัทนั้นสังกัดอยู่ มีสิทธิให้ความคุ้มครองแก่ผู้ถือหุ้นในบริษัทต่างชาติด้วย

การที่ศาลฯ พิพากษาชี้ขาดว่ากฎหมายระหว่างประเทศไม่ได้รับรองสิทธิของรัฐที่จะให้ความคุ้มครองแก่การลงทุนของคนชาติ ในลักษณะการถือหุ้นในบริษัทต่างดาว นักนิติศาสตร์หลายท่านมีความเห็นว่า การคุ้มครองดังกล่าวอาจจะมีได้โดยการใช้สนธิสัญญาสองฝ่ายหรือความตกลงพิเศษระหว่างรัฐต่อรัฐด้วยกันเท่านั้น

ส่วนการที่คนชาติไปลงทุนโดยถือหุ้นในบริษัทต่างประเทศ และไม่มีสนธิสัญญาคุ้มครองการลงทุนนั้น คนชาติหรือเอกชนนั้นย่อมกระทำการโดยเสี่ยงภัยและด้วยความรับผิดชอบของตนเอง

⁵⁴ Bishop, William. International Law Case and study, 3rd ed., (1971) p. 841.

มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับคดีนี้คือ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ศาลฯ ในคดีนี้พยายามที่จะหาจุดเกาะเกี่ยว (The contact theory) ในแง่ของการขัดกันแห่งกฎหมาย (conflict of laws) เพื่อที่จะหาว่าน้ำหนักว่าอยู่ที่ไหน (center of gravity) ⁵⁵ ระหว่างประเทศแคนาดากับประเทศเบลเยียม ในเรื่องการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต ซึ่งจากข้อเท็จจริงในคดีจะเห็นได้ว่า ศาลมีน้ำหนักเอนเอียงไปทางประเทศแคนาดา เพราะว่าที่ประเทศแคนาดานั้น บริษัท Barcelona Traction นี้ มีทั้งสำนักงานใหญ่อยู่ที่ Toronto และเป็นที่ประชุมของกรรมการบริหารในการกำหนดนโยบายของบริษัท ดังนั้น ศาลฯ จึงตัดสินว่าเฉพาะประเทศแคนาดาเท่านั้นที่มีสิทธิในการคุ้มครองทางการทูตกับบริษัทนี้ ในเมื่อประเทศแคนาดาไม่ได้สูญเสียสิทธิคุ้มครองนี้ ประเทศเบลเยียมจึงไม่มีสิทธิในการคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริษัทนี้ เพราะถือว่าผู้ถือหุ้นกับบริษัทถือเป็นส่วนเดียวกัน ไม่ได้แยกจากกันตราบดีที่บริษัทยังมีสถานภาพทางกฎหมายอยู่ ผู้ถือหุ้นย่อมไม่มีสิทธิแยกต่างหากจากบริษัท

อีกประการหนึ่ง มีข้อเท็จจริงที่น่าสนใจว่า บริษัท Barcelona Traction นี้จัดว่าเป็นบริษัทโฮลดิ้ง (Holding) ที่จดทะเบียนในประเทศแคนาดา โดยมีบริษัทใหญ่เป็นบริษัท Sidero อยู่ในประเทศเบลเยียม ข้อเท็จจริงนี้อาจจะกล่าวได้ว่า เป็นบริษัท "Tax heaven Company" ได้ เพราะเหตุว่า ไม่ได้ประกอบกิจการจริง ๆ ในประเทศแคนาดา ดังนั้นจะนำเรื่อง "Tax heaven" ⁵⁶ มาพิจารณาด้วย ซึ่งเปรียบเทียบแล้วคล้าย ๆ กรณีที่บริษัทหลาย ๆ บริษัทเลี้ยงภาษีและพากันไปจดทะเบียน ที่รัฐ Delaware ประเทศสหรัฐอเมริกา

⁵⁵ Standley D. Metzger, "Nationality of Corporate Investment under Investment Guarantee Schemes - The Relevance of Barcelona Traction," A.J.I.L. 615 (1971): 532-543.

⁵⁶ ดูรายละเอียดเรื่อง "Tax heaven" หน้า 24-25.

ดังนั้นสิ่งที่ศาลควรจะพิจารณาและน่าจะคำนึงถึงในคดีนี้เพิ่มเติมมีดังต่อไปนี้

- (1) ผลกระทบของคำตัดสินของศาลฯ ต่อระบบเศรษฐกิจระหว่างประเทศของโลก
- (2) ความพอใจของสังคมระหว่างประเทศ
- (3) ผลประโยชน์ของคนชาติในการที่รัฐจะใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต
- (4) ข้อดีหรือข้อเสียเกี่ยวกับการปรับใช้ทฤษฎีหลักการจดทะเบียน หรือก่อตั้ง (Incorporation) หรือทฤษฎีอื่น ๆ ในแง่การตัดสินสัญชาติของบริษัท เพื่อการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต

4.3.2.2 คดี Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)⁵⁷

(United states of America V. Italy 20 July 1989, I.C.J.)

คดีนี้มีข้อเท็จจริงอยู่ว่า ในปี ค.ศ. 1955 บริษัท

Raytheon Manufacturing ได้ซื้อหุ้นในบริษัท Elettronica Sicula S.P.A. จำนวน 14 % ของหุ้นทั้งหมด และต่อมาในปี ค.ศ. 1956-1967 บริษัท Raytheon นี้ซึ่งเป็นบริษัทอยู่ใน U.S.A. ได้เพิ่มการซื้อหุ้นขึ้นอีกเป็น 99.16 % ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท Elettronica นี้ ในเดือนเมษายน ปี ค.ศ. 1963 ได้มีการเปลี่ยนชื่อจากบริษัท Elettronica เป็นบริษัท "Raytheon-Elsi S.P.A." หรือเรียกต่อมาภายหลังว่า บริษัท "ELSI" และหุ้นที่เหลือ 0.84 % นั้น ได้มีบริษัท Machlett ของอเมริกามาซื้อไป ทำให้หุ้นทั้งหมดของบริษัท ELSI เป็นของบริษัทสหรัฐอเมริกาทั้งสองบริษัท คือบริษัท Raytheon และ บริษัท Machlott

บริษัท ELSI ได้ก่อตั้งขึ้นที่ Palermo, Sicily ซึ่งมีกิจการเกี่ยวกับการผลิตชิ้นส่วนคอมพิวเตอร์ ในปี ค.ศ. 1967 มีแรงงานทั้งหมดประมาณ 900 คน ซึ่งผลิตภัณฑ์สำคัญของบริษัทก็คือ ชิ้นส่วนไมโครเวฟ ท่อ cathode แผ่น semiconductor ท่อ X-ray ฯลฯ

⁵⁷

Case concerning Elettronica sicula S.P.A. (ELSI)
International Law Material 28, (1989): 1112-1161.

ต่อมา บริษัท ELSI นี้ประสบปัญหาขาดทุนและถูกฟ้องล้มละลาย เมื่อวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1973 และถูกยึดทรัพย์สินในบรรดาทรัพย์สินทั้งหลายของบริษัทที่ยังคงมีเหลืออยู่ประมาณมูลค่า 10,840 ล้านลิรา จำนวน 6,080 ล้านลิรา จ่ายแก่เจ้าหนี้ทั้งหลาย เช่น ธนาคาร คนงาน ฯลฯ ส่วนที่เหลือเป็นค่าธรรมเนียมของคดีล้มละลาย บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายของบริษัทที่อยู่ในอิตาลีได้รับการชำระหนี้เต็มจำนวน และไม่มีเงินเหลือคืนแก่ผู้ถือหุ้น คือบริษัท Raytheon และบริษัท Machlett อีกทั้ง บริษัท Raytheon ยังถูกฟ้องในฐานะค้ำประกันให้บริษัท ELSI อีก 5,787.6 ล้านลิรา โดยธนาคารต่าง ๆ ในอิตาลี 5 ธนาคาร

วันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1974 ประเทศสหรัฐอเมริกาได้นำคดีขึ้นฟ้องต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยอ้างว่าประเทศอิตาลีได้ทำการละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างอเมริกากับอิตาลี (the F.C.N. Treaty of 1948) และต้องการใช้สิทธิในการคุ้มครองทางการทูตแก่บริษัทอเมริกาทั้งสองบริษัท เนื่องจาก "หมดหนทางที่จะแก้ไขโดยวิธีการธรรมดาได้" (exhaustion of local remedies) และฟ้องเรียกค่าชดเชยค่าเสียหายจากอิตาลีจำนวน 12,679,000 ดอลลาร์

ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้มีคำตัดสินดังต่อไปนี้

- (1) เห็นด้วยเป็นเอกฉันท์กับคำร้องเรียนของ U.S.A. ลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ 1987
- (2) โดยคะแนนเสียง 4 ต่อ 1 เสียง เห็นว่าประเทศอิตาลีไม่ได้ละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรีระหว่างอเมริกากับอิตาลี (F.C.N. Treaty) และไม่ต้องชดเชยค่าเสียหาย

จากข้อเท็จจริงในคดีนี้ ศาลฯ เห็นด้วยกับคำร้องเรียนของ U.S.A. (Application) แสดงว่าศาลยอมรับว่า U.S.A. สามารถใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูต (diplomatic protection) แก่ผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นบริษัทอเมริกาสองบริษัทในบริษัท ELSI ได้เพราะว่ามีสนธิสัญญาทางไมตรี (F.C.N.) ที่คุ้มครองคนชาติอเมริกันอยู่ แต่เนื่องจากประเทศอิตาลีไม่ได้ทำการละเมิดสนธิสัญญาทางไมตรี (F.C.N.) นี้ ดังนั้นจึงไม่ต้องชดเชยค่าเสียหายแก่ประเทศสหรัฐอเมริกา

จะเห็นได้ว่ามีความแตกต่างระหว่างคดี Barcelona Traction กับคดี ELSI อยู่หลายประเภท เช่น

- คดี Barcelona Traction ไม่มีสนธิสัญญาทางไมตรี (F.C.N.)
- คดี Barcelona Traction ผู้ถือหุ้นไม่ได้ถือหุ้นทั้งหมด 100 % ในบริษัทต่างด้าว
- คดี ELSI ศาลฯ ไม่ได้กล่าวถึงประเด็นอื่นอันอาจเกี่ยวข้องกับเรื่องสัญชาติของบริษัทเลย

โดยสรุป คดี ELSI นี้ เป็นประเด็นพิพาทในเรื่องการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูตของผู้ถือหุ้น 100 % ในบริษัทต่างด้าว โดยมีสนธิสัญญาทางไมตรี (F.C.N.) คุ้มครองการลงทุนอยู่และมีคณาพิพาทในคดีแค่ 2 ประเทศ ทำให้ไม่มีข้อยุ่งยากเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของบริษัท และไม่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับกรณีเรื่องปัญหาสัญชาติของนิติบุคคลโดยตรงเท่าใด แต่มีข้อสังเกตว่า ศาลได้พยายามใช้หลัก Genviene link กับคดีนี้คือ ในการใช้สิทธิคุ้มครองทางการทูตนั้น ศาลตัดสินว่าสหรัฐอเมริกาสามารถใช้ D.P. ในการคุ้มครองคนชาติของตนคือบริษัทนี้ได้โดยอาศัยสนธิสัญญาทางไมตรี (F.C.N.) ซึ่งบริษัท ELSI นี้ แสดงว่าศาลเห็นว่าเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันอย่างแน่นอน ซึ่งในการตัดสินว่าบริษัทนี้เป็นสัญชาติประเทศสหรัฐอเมริกาเมื่อมองเห็นได้ว่า ศาลอาจใช้หลักการควบคุม (Control System) มาใช้ในการวินิจฉัย เพราะบริษัท ELSI นี้มีผู้ถือหุ้นคนชาติอเมริกัน 100 %

4.3.2.3 คดี In. Re. Mexico Platagen G.M.B.H. ระหว่าง ประเทศเยอรมันและเม็กซิโก ^{๕๑}

คดีนี้ซึ่งเป็นอิทธิพลของหลักเกณฑ์ในกฎหมายระหว่างประเทศ อันมีผลต่อการยอมรับของศาล โดยเฉพาะหลักเกณฑ์เรื่องการให้ความคุ้มครองแก่บริษัทโดยรัฐของตน (Protection by States of their Corporations) ซึ่งมีคดีตัวอย่างที่น่าสนใจเกิดขึ้นระหว่างบริษัทจำกัด ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายของประเทศเยอรมัน ซึ่งมีสำนักงานแห่งใหญ่อยู่ที่เมืองแอมเบอร์ก แต่ประกอบธุรกิจในเม็กซิโก ฝ่ายหนึ่งกับตัวแทนฝ่ายประเทศเม็กซิโก อีกฝ่ายหนึ่ง

เนื่องจากประเทศเยอรมันและประเทศเม็กซิโกมีอนุสัญญาต่อกันเรียกว่า อนุสัญญาว่าด้วยการวินิจฉัยข้อเรียกร้องระหว่างเยอรมันกับเม็กซิโก ซึ่งตามอนุสัญญาดังกล่าวให้อำนาจแก่คณะกรรมการคณะหนึ่ง เป็นผู้วินิจฉัยข้อเรียกร้องอันเกิดจากการสูญหาย หรือเสียหาย ซึ่งบริษัทหรือนิติบุคคลเยอรมันได้รับ เรียกว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อเรียกร้อง ข้อนิพพานในกรณีนี้จึงเป็นคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ หากใช้คำพิพากษาของศาลสูงไม่

คดีนี้ บริษัทจำกัดตามกฎหมายของประเทศเยอรมันเป็นฝ่ายเรียกร้องค่าเสียหาย ส่วนตัวแทนฝ่ายประเทศเม็กซิโกได้ยกข้อต่อสู้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยข้อเรียกร้องมีเขตอำนาจเหนือบุคคลธรรมดาสัญชาติเยอรมันเท่านั้น ส่วนในกรณีนี้เป็นบริษัทจำกัดซึ่งจะต้องถือว่ามีสัญชาติเม็กซิกัน เพราะประกอบธุรกิจในประเทศเม็กซิโก ดังนั้น บริษัทดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิที่จะเป็นผู้เรียกร้อง เพราะไม่ได้ทำงบบลตามกฎหมายเม็กซิกัน

^{๕๑} ไชยวัฒน์ บุนนาค, "การให้ความคุ้มครองแก่บริษัทโดยรัฐ" (Protections by States of their Corporations), เอกสารประกอบการบรรยายวิชาการบัณฑิตสัมพันธ์ Law 782 (ชั้นปริญญาโท), (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2525), หน้า 3.

คณะกรรมการวินิจฉัยข้อเรียกร้อง ได้วินิจฉัยว่าให้รับข้อเรียกร้องนี้ไว้พิจารณา บริษัทอาจจะมีสัญชาติได้และสัญชาติของบริษัทก็คือ สัญชาติของรัฐที่บริษัทนั้นได้จดทะเบียนตั้งขึ้น ตามกฎหมายเม็กซิกันการไม่ทำงบดุล ไม่ทำให้บริษัทต่างด้าวต้องเสียสภาพนิติบุคคลแต่อาจจะก่อให้เกิดความรับผิดชอบทางอาญา

ประธานของคณะกรรมการได้ให้ความเห็นว่า :

"ไม่มีเหตุผลอันใดที่จะจำกัดสัญชาติให้มีอยู่แต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น บริษัทเป็นบุคคลซึ่งเกิดขึ้นตามกฎหมายและดำรงอยู่ภายใต้สัญญาซึ่งทำขึ้นตามแบบที่กำหนด โดยกฎหมายของประเทศที่บริษัทนั้นตั้งขึ้น ทำให้มีความสามารถที่จะมีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุคคลธรรมดา การที่บุคคลธรรมดาต้องผูกพันอยู่กับรัฐ โดยสัญชาติซึ่งได้มาจากการเกิด หรือการแปลงชาติอันเป็นที่มาของสิทธิและหน้าที่ของบุคคลธรรมดานั้นอันใด บริษัทก็มีความผูกพันต่อรัฐเจ้าของดินแดนที่ตนได้ตั้งขึ้น และได้รับสิทธิและหน้าที่ที่ฉนั้น"

นอกจากนี้ ประธานของคณะกรรมการยังได้พิจารณาถึงวิธีการทดสอบสัญชาติของบริษัทจำกัดดังต่อไปนี้

(ก) บริษัทมีสัญชาติตามผู้ถือหุ้นของตน วิธีนี้เป็นวิธีที่ไม่ชอบด้วยเหตุผล เพราะ บริษัทเป็นบุคคลต่างหากจากผู้ถือหุ้น และอีกทั้งผู้ถือหุ้นในบริษัท ๑ แห่งอาจมีหลายสัญชาติต่างกัน และเป็นการผันวิสัยที่จะหยั่งทราบสัญชาติของผู้ถือหุ้นในบริษัทจำนวนมากมาย ซึ่งถือไปหุ้นประเภทที่ออกให้แก่ผู้ถือ

(ข) บริษัทควรมีสัญชาติตามสถานที่ที่ตนได้ตั้งขึ้น ทฤษฎีนี้ดูชอบจะมีเหตุผลที่สุดเพราะว่ากฎหมายแห่งประเทศที่บริษัทนั้นตั้งขึ้น จะต้องได้รับการเคารพนับถือในการจัดตั้งบริษัทนั้น หากกฎหมายดังกล่าวถูกฝ่าฝืน บริษัทก็จะเป็นโมฆะ ไม่มีสภาพเป็นบุคคล ดังนั้นจึงไม่สามารถที่จะมีสัญชาติได้

(ค) บริษัทควรมีสัญชาติตามสถานที่ที่ตนมีภูมิลำเนาหรือมีสำนักงานใหญ่ (Sieve Social) ระบบนี้ดูไม่ค่อยเหมาะสม เพราะว่าสำนักงานใหญ่ในการประกอบธุรกิจของบริษัทนั้นอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความต้องการและความสะดวกของบริษัท และบ่อยครั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทนั้นมิได้เป็นศูนย์กลางทางธุรกิจอันแท้จริงของบริษัทนั้น

จากผลของคำวินิจฉัยในคดีที่พิพาทนี้ สรุปได้ว่า บริษัทอาจมีสัญชาติได้และสัญชาติของบริษัทก็คือ สัญชาติของรัฐที่บริษัทได้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้น ตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ เมื่อบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายของประเทศใด ก็ได้สัญชาติของประเทศนั้น ทำให้สามารถมีสภาพบุคคลตามกฎหมายของประเทศนั้น ๆ และสามารถมีสิทธิและหน้าที่ได้เช่นเดียวกับนิติบุคคลอื่น ๆ ที่มีสัญชาติของประเทศนั้นด้วย

4.4. การยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศกับสัญชาตินิติบุคคล

ดังที่กล่าวมาแล้วในตอนต้น ๆ ว่า "สถานภาพ" กับ "สัญชาติ" ของบุคคลนั้นมีความหมายแตกต่างกันและเป็นคนละเรื่องกัน แต่มีความสัมพันธ์กันได้ เพราะว่าสถานภาพของบุคคลนั้นเกิดขึ้นโดยการการก่อตั้งของกฎหมายภายใน ส่วนสัญชาติเป็นเครื่องมือของรัฐในการจำแนกเอกชนระหว่างประเทศ ดังนั้นบุคคลเมื่อถือกำเนิดขึ้นในประเทศใดย่อมมีต้องสงสัยเลยว่าบุคคลนั้นจะมีสภาพหรือสถานการเป็นบุคคลในประเทศนั้น ๆ แต่บุคคลนั้นจะได้สัญชาติของประเทศนั้น ๆ หรือไม่นั้นเป็นอีกเรื่องหนึ่ง ซึ่งก็แล้วแต่เงื่อนไขหรือวัตถุประสงค์ในเรื่องกฎหมายภายในเกี่ยวกับสัญชาติของประเทศนั้น ส่วนกรณีของนิติบุคคลนั้น การยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศกับสัญชาตินิติบุคคลก็ย่อมเปรียบเทียบกันได้คล้ายในเบื้องต้น คือมีจุดมุ่งหมายคนละอย่างกัน การยอมรับสภาพบุคคลนั้นต้องดูที่กฎหมายก่อตั้งนั้น ส่วนสัญชาติของนิติบุคคลนั้นเป็นจุดเกาะเกี่ยวที่จะชี้ให้เห็นกฎหมายที่จะบังคับใช้คือ สถานภาพและความสามารถของนิติบุคคลนั้น ๆ

ดังนั้น ถึงแม้ว่าสถานภาพและสัญชาติจะเป็นคนละเรื่องกัน และมีจุดมุ่งหมายที่แตกต่างกัน แต่ก็มีความสัมพันธ์กัน ดังนั้นจึงควรที่จะศึกษาถึงการยอมรับรองสภาพของนิติบุคคลต่างประเทศโดยสังเขปต่อไป

4.4.1 การยอมรับรองสภาพของนิติบุคคลต่างประเทศโดยศึกษาเปรียบเทียบ จากประเทศต่าง ๆ

การยอมรับรองสภาพของนิติบุคคลต่างประเทศ ในทางปฏิบัติอาจพบได้จากรูปแบบซึ่งรัฐต่าง ๆ ปฏิบัติต่อกัน เช่น ความตกลงระหว่างประเทศ สนธิสัญญาระหว่างประเทศหลักถ้อยที่ถ้อยอาศัยและกฎหมายภายในของประเทศนั้น ๆ ซึ่งในที่นี้จะกล่าวถึงดังต่อไปนี้

1. ประเทศอังกฤษ กฎหมายอังกฤษถือว่า นิติบุคคลที่ถูกก่อตั้งขึ้นมาโดยกฎหมายต่างประเทศ ย่อมเป็นนิติบุคคลต่างชาติ เพราะอังกฤษพิจารณานิติบุคคลโดยอาศัยหลักสถานที่ก่อตั้งและจดทะเบียน (The place of incorporation)⁵⁹ โดยหลักนี้ทำให้ทราบถึงฐานะทางกฎหมายของนิติบุคคล กล่าวคือ นิติบุคคลใดที่ถูกก่อตั้งขึ้นถูกต้องตามกฎหมายของประเทศใดก็ใช้กฎหมายของประเทศนั้นบังคับ และอังกฤษก็ยึดถือหลักนี้โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติของนิติบุคคลมากนัก ซึ่งต่างกับกฎหมายของประเทศทางยุโรปอื่น ๆ เช่น กฎหมายของประเทศเยอรมัน และกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ที่พิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลเป็นเกณฑ์ในการกำหนดฐานะทางกฎหมายของนิติบุคคล⁶⁰

อย่างไรก็ตาม นิติบุคคลต่างประเทศนี้จะเป็นที่ยอมรับรองอย่างไรในเรื่องการมีสภาพนิติบุคคลในประเทศนั้น ๆ จะต้องพิจารณาถึงปัจจัยอื่น ๆ ด้วย เช่น กฎหมายต่าง ๆ ของประเทศที่ให้การรับรองกับประเทศที่นิติบุคคลเข้าไปดำเนินธุรกิจหรือเข้าไปลงทุนเกี่ยวข้องด้วย

⁵⁹ Martin Wolff, Private International Law, 2nd., ed., (Darmstadt; Fotokop Wilhelm Wethert, 1977), p. 299.

⁶⁰ สุรชาติ สัตตบศุขย์, กฎหมายเกี่ยวกับการค้าระหว่างประเทศ, 2523 หน้า 111-113.

ปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทอังกฤษนั้น ได้มีการศึกษากันอย่างจริงจัง จะเห็นได้ว่า ปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้มีมากกว่าหนึ่งปัญหา เพราะเป็นปัญหาที่ยังมีการถกเถียงกันอยู่ในระหว่างนักกฎหมายและยังไม่เป็นที่ยุติ อย่างไรก็ตามก็เกี่ยวกับเรื่องนี้กฎหมายอังกฤษยอมรับว่า การก่อตั้งบริษัท ความมีตัวตนอยู่ และการเลิกบริษัทของบริษัทต่างประเทย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่บริษัทนั้น ๆ ถูกก่อตั้งขึ้นมา หรืออีกนัยหนึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่บริษัทนั้น ๆ มีภูมิลำเนาอยู่ ซึ่งเรื่องนี้ ศ. Cheshire ได้กล่าวว่า เป็นปัญหาเกี่ยวกับสภาพบุคคลตามกฎหมาย จึงต้องอยู่ในบังคับของกฎหมาย ที่นิติบุคคลนั้น ๆ ถูกก่อตั้งขึ้นมา (the law of the domicile)⁶¹ คงจะเห็นได้จากคดีพิพาทระหว่าง Risdon Iron and Locomotive Works V. Furness⁶² ซึ่งชี้ให้เห็นว่าการก่อตั้งนิติบุคคลย่อมอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่นิติบุคคลนั้น ๆ ถูกก่อตั้งขึ้นมา

มักจะพบเสมอที่นิติบุคคลมักจะถูกก่อตั้งขึ้นในรัฐหนึ่ง (รัฐ X) แต่ผู้เริ่มก่อการหรือผู้ก่อตั้งรวมทั้งศูนย์กลางการประกอบธุรกิจของนิติบุคคลนั้น กลับอยู่ในอีกรัฐหนึ่ง (รัฐ Y) ที่เป็นเช่นนี้ อาจเป็นเพราะกฎหมายของรัฐนั้นอาจเข้มงวดเกินไป เกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบ ผู้ถือหุ้น ฯลฯ จึงไปก่อตั้งนิติบุคคลในรัฐอื่น ในกรณีนี้กฎหมายที่จะใช้บังคับแก่การมีสภาพบุคคลของนิติบุคคลก็คือกฎหมายของรัฐ X อันเป็นกฎหมายของรัฐที่นิติบุคคลนั้นถูกก่อตั้งขึ้นมา⁶³

ส่วนปัญหาเรื่องความสามารถของนิติบุคคลต่างประเทศ ซึ่งเป็นปัญหาเกี่ยวโยงถึงการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศนั้น ในเรื่องนี้จำเป็นจะต้องพิจารณาในรายละเอียดเกี่ยวกับการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลและเรื่องตัวการตัวแทนด้วย

⁶¹ Cheshire, G.C. and P.M. North, Cheshires private International Law, 8th., ed. (London : Butterworth, 1970), p. 190.

⁶² See. Risdon Iron and Locomotive Works V.F. ness (1906) 1 K.B. 50. cited by D.J. Harris. Cases and Material on International Law. London: Sweet and Maxwell Co., 1983.

⁶³ Martin Wolff, Private International Law, 1977, p. 300.

เกี่ยวกับเรื่องการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น กฎหมายอังกฤษยอมรับว่าการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลควรตกอยู่ในระดับของกฎหมาย ซึ่งนิติบุคคลต่างประเทศนั้น ๆ ถูกก่อตั้งขึ้นมา^{๕๓} กล่าวคือ หากกฎหมายที่นิติบุคคลต่างประเทศถูกก่อตั้งขึ้นมานั้นบัญญัติ ห้ามนิติบุคคลกระทำการอันใดอันหนึ่ง เพราะถือว่าเป็นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลแล้ว ดังนั้น นิติบุคคลต่างประเทศนั้นก็ควรจะได้อำนาจซึ่งสิทธิในการประกอบธุรกิจในประเทศอื่น ในกิจการอันเดียวกันนั้นบัญญัติว่าหากมีการทำสัญญาในประเทศอังกฤษซ้ำ ให้นิติบุคคลต่างประเทศดังกล่าวประกอบธุรกิจนั้น ๆ ได้ ดังนั้นจะถือว่ากฎหมายอังกฤษอนุญาตให้กระทำได้ในฐานะเป็นกฎหมายที่เหมาะสมกับสัญญาได้หรือไม่ เกี่ยวกับเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ Gower ได้กล่าวว่า ศาลอังกฤษอาจจะไม่ผลักดันเรื่องการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลต่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎหมายภายในของบริษัทต่างประเทศ ให้มีผลต่อกฎหมายอังกฤษในลักษณะอันอาจทำให้นิติบุคคลต่างประเทศ อาจหลบเลี่ยงความรับผิดชอบโดยอ้างหลักการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์มาเป็นข้อแก้ตัว^{๕๕} จึงกล่าวได้ว่า ศาลอังกฤษจะไม่อนุญาตให้นิติบุคคลต่างประเทศอ้างเอาสัญญา มาเป็นข้อยกเว้นหลักเรื่องการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์

กฎหมายอังกฤษไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างชัดแจ้ง แต่ที่มีบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ได้แก่ The Company Act 1948 ซึ่งบัญญัติในเรื่องนี้ว่า บริษัทซึ่งก่อตั้งขึ้นภายนอกอังกฤษและสก็อตแลนด์

^{๕๔} Martin Wolff, Private International Law, 1977, p. 197.

^{๕๕} Gower, Modern Company Law, 3rd., ed., (London: The Loureate Press; 1969), pp. 670-671.

แต่ประกอบธุรกิจภายในสหราชอาณาจักรจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายว่าด้วยบริษัท (The Company Act, 1948) ในหมวดที่ 10⁶⁶ ซึ่งกล่าวถึงบริษัทต่างชาติโดยเฉพาะ และเป็นกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน แต่ The Company Act, 1948 Part x ก็ไม่ได้บัญญัติถึงหลักเกณฑ์ในการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศไว้อย่างชัดเจน⁶⁷

ได้กล่าวแล้วว่า ปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศมีมากกว่าหนึ่งปัญหา และแต่ละปัญหายังเป็นที่ถกเถียงกันอยู่ในระหว่างนักกฎหมาย อย่างไรก็ตามบางปัญหาก็ได้ข้อสรุปเป็นที่ยอมรับกัน เช่น ปัญหาเกี่ยวกับสถานภาพบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการมีสภาพบุคคล หรือการเลิกนิติบุคคล กฎหมายอังกฤษเห็นว่าต้องนำ The law of the domicile มาใช้บังคับ ส่วนกรณีที่เกี่ยวข้องกับความสามารถ (Capacity) ของนิติบุคคลก็ต้องพิจารณาถึงข้อบังคับของนิติบุคคลนั้น ๆ ประกอบด้วยว่า เป็นการกระทำนอกขอบวัตถุประสงค์ (Ultra Vires) หรือไม่ เพราะการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศ ประการหนึ่งก็คือการยอมรับว่า นิติบุคคลต่างประเทศจะมีความสามารถในรัฐ ผู้รับรองได้เพียงใดหรือไม่ ซึ่งอาจต้องพิจารณาถึงเรื่องตัวการตัวแทน และเรื่องอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย การยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศไม่ใช่เป็นการเปลี่ยนแปลงรูปแบบของนิติบุคคลต่างประเทศให้มาเป็นนิติบุคคลในแบบของประเทศที่รับรอง หากแต่เป็นการรับรองในการมีสภาพเป็นนิติบุคคลในรัฐที่ให้การรับรองเท่านั้น

จากประสบการณ์ประจำวันในการพาณิชย์ระหว่างประเทศ ที่บริษัทต่างประเทศสามารถมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน สามารถมีสิทธิในสิทธิบัตรได้รับการคุ้มครองในเครื่องหมายการค้า และเครื่องหมายห้างร้านของตน รวมทั้งสามารถประกอบธุรกิจในประเทศอังกฤษได้เป็นเงื่อนไข

⁶⁶ See. the Company Act 1948, Part X.

⁶⁷ Schmitthoff, LM. The English Conflict of Law, (London: Stevens & Sons, 1954), pp. 386-389.

อย่างหนึ่งที่ทำให้ทราบว่า อังกฤษยอมรับรองสภาพของบริษัทต่างประเทศเพียงใด ซึ่งอาจพบได้จากสนธิสัญญาที่สหราชอาณาจักรลงนามกับประเทศอื่น ๆ เพื่อการอนุญาตร่วมกันที่จะให้บริษัทพาณิชย์ของตนมีสิทธิและสภาพบุคคลได้ในรัฐคู่สัญญา เช่น Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate สนธิสัญญานี้ลงนามเมื่อวันที่ 29 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1968 ในระหว่างประเทศสมาชิก EEC และอังกฤษ แต่ยังไม่มียกใช้บังคับจนปัจจุบัน เพราะประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศสมาชิกใหม่อีก 3 ประเทศไม่ได้ให้สัตยาบัน ⁶⁸

นอกจากนี้ อาจจะได้เห็นจากคำพิพากษาของศาลอังกฤษที่กล่าวถึง การยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศ ดังนั้น คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล จึงเป็นวิถีทางหนึ่งแห่งการได้มาซึ่งสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศ จากแนวทางของกฎหมายอังกฤษประกอบคำพิพากษาของศาลอังกฤษ ทำให้ทราบว่า นิติบุคคลต่างชาติจะเป็นที่ยอมรับรองในการมีสภาพนิติบุคคลได้ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายพิเศษ เพื่อการรับรองเช่นนั้น ศาลอังกฤษก็ยอมรับถึงการมีสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างชาติ หากนิติบุคคลต่างชาตินั้นก่อตั้งขึ้นโดยถูกต้องตามกฎหมายของต่างประเทศ ⁶⁹ ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เด่นชัดอันจะแสดงให้เห็นถึงการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างชาติในคำพิพากษาของศาลอังกฤษอยู่บ้าง แต่ก็มีอยู่ไม่มากอย่างใดก็ดี ในทางปฏิบัติศาลอังกฤษก็ยอมรับรองนิติบุคคลต่างประเทศ ทั้งโดยนิตินัยและโดยพฤตินัย ดังนั้น จึงอาจเรียกได้ว่าเป็นการยอมรับรองโดยอัตโนมัติ ⁷⁰

⁶⁸ Lasok, D., and J.W. Bridge, "Company Law", The Law of the Economy in the European Communities, (Butterworth & Co., 1980) p. 402.

⁶⁹ Martin Wolff, Private International Law, 1977, p. 301.

⁷⁰ Thomas C. Drucker, The International and Comparative Law Quarterly. I (1968) pp. 41 - 42.

2. ประเทศในแถบภาคพื้นยุโรป

ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เบลเยียม หรือประเทศอื่นใดในยุโรปที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายต่างประเทศ ก็ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติถึงการยอมรับรองสภาพและความสามารถของบริษัทต่างประเทศอย่างเด่นชัด แต่หากจะพิจารณาจากกฎหมายพิเศษที่อนุญาตให้บริษัทต่างประเทศ เข้ามาลงทุนในประเทศของตน ประกอบกับการกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ให้บริษัทต่างประเทศปฏิบัติแล้ว จะเห็นว่าเท่ากับเป็นการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศโดยปริยาย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน แต่ในทางปฏิบัติ การปฏิเสธสภาพและความสามารถของนิติบุคคลต่างชาติเป็นสิ่งที่ไม่สามารถกระทำได้ ดังนั้น ประเทศสมาชิกในภาคพื้นยุโรป ซึ่งได้รวมตัวกันทางการค้าการพาณิชย์ และทางเศรษฐกิจ เรียกตัวเองว่า ประเทศในกลุ่มประชาคมเศรษฐกิจยุโรป หรือ EEC (European Economic Community) จึงได้ทำสนธิสัญญาร่วมกันเพื่อการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลซึ่งกันและกันในประเทศสมาชิกกลุ่ม EEC เรียกว่า Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate⁷¹

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศในกลุ่ม EEC ทำการค้าและการพาณิชย์ติดต่อกับประเทศอังกฤษมาก สนธิสัญญานี้จึงมีผลขยายไปถึงอังกฤษด้วย โดยอังกฤษได้เข้าร่วมเป็นภาคีสมาชิกแห่งสนธิสัญญา (The Convention of 1968) นี้ด้วย

แนวความคิดของประเทศแถบภาคพื้นยุโรปเกี่ยวกับการยอมรับรองสภาพของบริษัทต่างประเทศ

พื้นฐานเกี่ยวกับการยอมรับรองสภาพบุคคลของบริษัทต่างประเทศ ในกลุ่มประเทศสมาชิก EEC คือ แนวความคิดที่ว่าบริษัทต่างประเทศไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย ซึ่งบริษัทถูกก่อตั้ง

⁷¹ The Convention of 1968 ในภาคผนวก ก.

ขึ้นมาเท่านั้น หากแต่ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของประเทศซึ่งบริษัทนั้น ๆ มีสถานประกอบการตั้งอยู่ด้วย กล่าวคือ บริษัทต่างประเทศหากถูกก่อตั้งขึ้น โดยกฎหมายของประเทศ (รัฐ X) ย่อมตกอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่บริษัทนั้นถูกก่อตั้งขึ้นมา และหากบริษัทต่างประเทศนั้นไปประกอบธุรกิจในประเทศอื่น (รัฐ Z) โดยมีคณะกรรมการและสถานประกอบการตั้งอยู่ในประเทศอื่น (รัฐ Z) ดังนี้จะต้องถือว่า บริษัทต่างประเทศนี้อยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายของรัฐ Z ด้วย ยิ่งกว่านั้นหากบริษัทต่างประเทศนี้ไปประกอบธุรกิจในอีกประเทศหนึ่ง (รัฐ Y) รัฐ Y นี้ก็จะต้องยอมรับว่า บริษัทนี้อยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายของประเทศที่บริษัทมีคณะกรรมการและสถานประกอบการตั้งอยู่ด้วย (รัฐ Z)

แม้ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจะยอมรับและปฏิบัติต่อกันดังเช่นว่ามานี้ แต่ปัญหาและความยุ่งยากก็ยังคงมีอยู่ เพราะปัญหาอาจจะเกิดขึ้นซับซ้อนกว่านี้ เช่น คณะกรรมการของบริษัทอาจมีถิ่นที่อยู่ในรัฐหนึ่ง ส่วนการประกอบธุรกิจได้กระทำในอีกรัฐหนึ่งแยกต่างหากจากกัน กรณีนี้จะถือว่าสถานประกอบการของบริษัทอยู่ในรัฐใด ดังได้กล่าวแล้วว่า บริษัทต่างประเทศนอกจากจะอยู่ใต้บังคับกฎหมายของรัฐที่บริษัทถูกก่อตั้งขึ้นมาแล้ว ยังจะต้องอยู่ใต้บังคับของกฎหมายที่บริษัทมีสถานประกอบการตั้งอยู่ด้วย ดังนั้น จึงจำเป็นต้องรู้ว่าสถานประกอบการของบริษัทในกรณีนี้อยู่ ณ รัฐใด นอกจากนี้ กฎหมายของรัฐที่บริษัทถูกก่อตั้งขึ้นอาจแตกต่างกับกฎหมายของรัฐที่บริษัทมีสถานประกอบการตั้งอยู่อีกด้วย กล่าวคือ บริษัทต่างประเทศอาจมีสถานภาพถูกต้องตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทถูกก่อตั้งขึ้นมา แต่บริษัทนี้ก็อาจจะไม่เป็นนิติบุคคลที่ถูกต้องตามกฎหมายของรัฐที่บริษัทมีสถานประกอบการตั้งอยู่ก็เป็นได้ เช่น ตามกฎหมายของรัฐ X (รัฐที่บริษัทต่างประเทศถูกก่อตั้งขึ้นมา) บัญญัติว่า บริษัทจำกัดสามารถก่อตั้งขึ้นได้โดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป มาลงทุนร่วมกัน แต่ตามกฎหมายของรัฐ Z (รัฐที่บริษัทต่างประเทศมีสถานประกอบการตั้งอยู่) อาจบัญญัติแตกต่างไปว่าบุคคลที่จะมาร่วมกันลงทุนก่อตั้งเป็นบริษัทจำกัดได้นั้น จะต้องมิจำนวนตั้งแต่ 7 คนขึ้นไป ดังนี้ จะถือว่าบริษัทซึ่งก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายของรัฐ X เป็นนิติบุคคลโดยถูกต้องตามกฎหมายของรัฐ Z ได้หรือไม่ เหล่านี้ล้วนเป็นปัญหาเกี่ยวกับการยอมรับสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศทั้งสิ้น

อย่างไรก็ดี เพื่อที่จะผ่อนคลายนโยบายดังกล่าว และเพื่อให้บริษัทต่างชาติมีความสามารถที่จะดำเนินธุรกิจในประเทศต่างแดนได้ และเพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจการพาณิชย์ร่วมกัน ประเทศต่าง ๆ ในยุโรปจึงได้พยายามหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยอาศัยความร่วมมือซึ่งกันและกัน จึงได้ร่างสนธิสัญญาร่วมกันขึ้นมาฉบับหนึ่ง ในปี ค.ศ. 1968 เรียกว่า Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate⁷² ซึ่งลักษณะของสนธิสัญญานี้เป็นการประนีประนอมระหว่างผลประโยชน์ทางธุรกิจของประเทศสมาชิกแถบยุโรป และเพื่อรับรองความมีอยู่ของนิติบุคคลซึ่งกันและกัน แต่ในปัจจุบัน เนื่องจากประเทศแถบยุโรปต้องร่วมเป็นตลาดร่วมเดียวกัน ดังนั้น จึงมีกฎหมาย Company Law ของ E.E.C. ออกมาบังคับใช้กับภาคีสมาชิกโดยเฉพาะ

สาระสำคัญของสนธิสัญญานี้ได้แก่ การบัญญัติว่าบริษัทที่ถูกก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายของรัฐสมาชิกรัฐหนึ่งรัฐใด ย่อมจะต้องได้รับการรับรองจากรัฐสมาชิกอื่น ๆ⁷³ เนื่องจากกฎหมายยุโรปส่วนใหญ่ต้องการให้มีการจดทะเบียนสำหรับรูปแบบของการประกอบธุรกิจทุกอย่าง ดังนั้นตามนัยแห่งสนธิสัญญานี้ บริษัทที่ถูกก่อตั้งขึ้นโดยถูกต้องในรัฐสมาชิกจึงหมายถึงการจดทะเบียนที่ถูกต้องในรัฐสมาชิกด้วย นอกจากนี้ แม้บริษัทต่างชาติจะได้ก่อตั้งขึ้นโดยถูกต้องในรัฐสมาชิก แต่ถ้าสถานประกอบการของบริษัท หรือสถานที่ตั้งที่แท้จริง (real seat) ของบริษัทอยู่นอกกลุ่มประเทศสมาชิก และบริษัทไม่มีความสัมพันธ์อย่างแท้จริงกับรัฐสมาชิก บริษัทนั้นก็ไม่ได้ได้รับการรับรอง⁷⁴ ยิ่งกว่านั้นถ้าสถานประกอบการของบริษัทตั้งอยู่ (Incorporation) ในประเทศซึ่งให้การรับรองแล้ว ประเทศนี้อาจนำกฎหมายท้องถิ่นภายในของตนมาปรับใช้กับบริษัทต่างชาตินั้น ๆ ได้⁷⁵

⁷² ดูภาคผนวก ก. The Convention of 1968.

⁷³ See Convention on the Mutual Recognition of Companies and Bodies Corporate 1968 Article 1 and Article 2.

⁷⁴ Ibid, Article 3.

⁷⁵ Ibid, Article 4.

นอกจากนี้ สนธิสัญญาฉบับนี้ (The Convention of 1968) ยังได้บัญญัติเกี่ยวกับ สิทธิ หน้าที่ และความสามารถของบริษัทต่างประเทศไว้ในข้ออื่น ๆ อีก ⁷⁶

การที่สนธิสัญญาฉบับนี้ได้แก้ปัญหาด่าง ๆ ในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการยอมรับสภาพ บุคคลของบริษัทต่างประเทศในกลุ่มประเทศสมาชิก EEC ย่อมแสดงให้เห็นว่า เป็นวิถีทางหนึ่ง แห่งการยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศ แม้จะได้กระทำกันในระหว่างประเทศ สมาชิกก็ตาม

4.4.2 การยอมรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคลต่างประเทศในประเทศไทย

ในปัจจุบัน การพาณิชย์ระหว่างประเทศได้เจริญก้าวหน้าขึ้น การติดต่อ ค้าขายระหว่างประเทศก็มีมากขึ้นพร้อม ๆ กับความเจริญนี้ได้มีนิติบุคคลซึ่งมีสัญชาติอื่น เข้ามา ประกอบกิจการในประเทศไทยมากมาย ปัญหาที่ตามมาก็คือเมื่อกฎหมายภายในของไทยยอมรับรอง คักยภาพของนิติบุคคลสัญชาติไทยแล้ว กฎหมายภายในของไทยจะรับรองสภาพบุคคลของนิติบุคคล ที่มีสัญชาติอื่นหรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ ศาลไทยได้ยอมรับรองสภาพของนิติบุคคลต่างประเทศเสมอโดย ปริยาย ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาฎีกาที่ 2716/2519 มีข้อเท็จจริงว่า "นิติบุคคลตามกฎหมาย ต่างประเทศฟ้องคดีในศาลไทยได้ ผู้รับมอบอำนาจเบิกความยืนยันสภาพถ่ายเอกสาร ซึ่งปรากฏ คำรับรองของโนตารีพับลิกเป็นพยานหลักฐานเพียงพอว่าเป็นนิติบุคคล โยมมอบอำนาจไม่จำเป็นต้องติด มากับฟ้องจำเลยให้การเถียงว่า ผู้มอบอำนาจมีอำนาจหรือไม่เท่านั้น เป็นการยอมรับว่ามี การมอบอำนาจเป็นหนังสือ ศาลไม่สงสัยจึงไม่ต้องส่งต้นฉบับโยมอบอำนาจปิดอาการแสดมภ์ และ คำพิพากษาฎีกาที่ 2855/2523 ซึ่งวินิจฉัยว่า "เอกอัครราชทูตโปแลนด์ประจำประเทศไทยได้ รับรองว่าโจทก์เป็นนิติบุคคลและได้จดทะเบียนเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้าแอนโดเรียสำหรับ เครื่องยนต์ดีเซล เป็นลายมือชื่อของหัวหน้ากองกฎหมายแห่งประเทศโปแลนด์จริง โจทก์จึงมี อำนาจฟ้อง และมีคำพิพากษาฎีกาอื่น ๆ ทำนองนี้อีกมาก" ⁷⁷ จะเห็นว่านิติบุคคลต่างประเทศมีความ

⁷⁶ Ibid, Article 6 and Article 7.

⁷⁷ เช่นคำพิพากษาฎีกาที่ 2357/2520

สามารถในการฟ้องร้องต่อศาลไทยในประเทศไทยได้ แต่ในทางกลับกัน ถ้านิติบุคคลไทยหรือ
 แม้คนไทย จะฟ้องนิติบุคคลต่างประเทศได้หรือไม่ ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ
 แพ่ง ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา
 ความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2534 ไม่ให้สิทธิแก่โจทก์ฟ้องคดีบังคับแก่จำเลยที่ไม่มีภูมิลำเนาอยู่
 ในราชอาณาจักร ซึ่งคงจะมีเหตุผลว่า จำเลยไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลของไทย เว้นแต่
 เป็นการฟ้องคดีระหว่างคนสัญชาติไทยต่อคนสัญชาติไทย ที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร
 ก็อาจถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลชั้นต้นในเขตกรุงเทพมหานครได้ หรือเป็นคดีที่เรียกว่า "หนี้เหนือ
 บุคคล" ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาตรา 4 (3) เดิม ซึ่งมีเงื่อนไข
 ว่า โจทก์จะต้องมีภูมิลำเนาในประเทศไทยและจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร กรณีหนี้
 เหนือบุคคลเช่นนี้ ถ้าจำเลยเดินทางเข้ามาในประเทศไทย และได้ส่งมอบเรียกให้แก่คดีแก่จำเลย
 ในประเทศไทยแล้ว จึงจะดำเนินคดีต่อไปได้

หลักเกณฑ์ข้างต้นนี้ได้ถูกเปลี่ยนแปลงไปเป็นว่า แม้จะไม่ใช่คดีหนี้เหนือบุคคลและ
 จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรก็อาจถูกฟ้องคดีต่อศาลในประเทศไทยบางกรณีได้ ทั้งนี้
 โดยผลของพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ฉบับที่ 12) พ.ศ.
 2534

ภูมิลำเนาของจำเลยตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่แก้ไขใหม่อาจพิจารณา
ได้ดังนี้

- (1) จำเลยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร
 ภูมิลำเนาของจำเลยอาจแยกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ จำเลยเป็น
 บุคคลธรรมดาหรือจำเลยเป็นนิติบุคคล

ในกรณีที่ เป็นบุคคลธรรมดาก็ต้องถือเอาถิ่นที่จำเลยมีสถานที่อยู่เป็นสำคัญ ซึ่งบุคคล
 ธรรมดานั้นอาจมีที่อยู่หลายแห่งก็ได้ หรือในกรณีที่ เป็นข้าราชการก็ต้องถือว่าถิ่นที่ทำการตาม
 ตำแหน่งหน้าที่ที่เป็นการประจำเป็นภูมิลำเนา หลักฐานที่แสดงว่าจำเลยมีภูมิลำเนาแห่งใดโดย
 ชัดแจ้ง ศาลมักจะรับฟังจากเอกสารของทางราชการ โดยเฉพาะสำเนาทะเบียนบ้าน หรือ

หลักฐานรายการบุคคลที่ได้มาจากการตรวจสอบรายการทะเบียนประชาชนของสำนักกลางทะเบียนราษฎร กระทรวงมหาดไทย อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าจำเลยมีภูมิลำเนาแห่งใดนั้น ในบางกรณีอาจจะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 2 ส่วนที่ 3 เรื่องภูมิลำเนาประกอบด้วย

กรณีของนิติบุคคล ย่อมเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 68 และ มาตรา 69 ซึ่งบัญญัติว่า ทบวงการเมือง วัดวาอาราม ห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนแล้ว บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิที่ได้รับอำนาจแล้วเป็นนิติบุคคลและภูมิลำเนาของนิติบุคคลได้แก่

- (ก) ถิ่นที่สำนักงานแห่งใหญ่ตั้งอยู่
- (ข) ถิ่นที่ตั้งทำการ
- (ค) ถิ่นที่เป็นภูมิลำเนาเฉพาะการตามข้อบังคับหรือตราสารจัดตั้ง
- (ง) ถิ่นที่มีสาขาสำนักงาน ในส่วนกิจการอันทำ ณ ถิ่นที่นั้น

อย่างไรก็ตาม ข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับภูมิลำเนาของจำเลยในราชอาณาจักร ไม่มีข้อยุ่งยากใด เป็นเพียงแต่การอ้างถึงเพื่อนำไปเปรียบเทียบกับภูมิลำเนาของจำเลยในกรณีอื่น หรือ จำเลยไม่มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรเท่านั้น

(2) ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร

ในบางกรณีแม้ว่าจำเลยจะไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะที่โจทก์ยื่นฟ้อง จำเลยเป็นคดีให้รับผิดชอบในทางแพ่งก็ตาม แต่มาตรา 3 (1) และ (2) ที่แก้ไขใหม่ก็ได้วางหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่ว่า ให้ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรซึ่งจำเลยจะถูกดำเนินคดีในศาลไทยได้ ประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 3 ที่แก้ไขใหม่ ได้ให้รายละเอียดไว้ดังนี้

(2).1 มูลคดีเกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอกราชอาณาจักร
 ที่ว่ามูลคดีเกิดขึ้นนั้น ในหลักการของมาตรานี้ให้ความสำคัญโดยเฉพาะ
 เจาะจงแก่เรื่องมูลคดีเท่านั้น ไม่คำนึงว่าโจทก์หรือจำเลยจะเป็นคนสัญชาติไทยหรือไม่ และใน
 กรณีที่เป็นคนสัญชาติอื่นก็ไม่คำนึงว่าคู่ความฝ่ายนั้นจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ หรือ
 กล่าวให้ เข้าใจได้ง่าย คนสัญชาติอื่นที่มีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร ถ้าเกิดมีการฉ้อโกงหรือ
 โต้แย้งสิทธิในทางแพ่งเป็นมูลคดีเกิดขึ้น ในเรือไทยหรืออากาศยานไทยแล้ว คู่ความฝ่ายนั้นมีสิทธิ
 ที่จะฟ้องคดี หรือถูกฟ้องคดีอันสืบเนื่องมาจากมูลคดีดังกล่าวได้ โดยยื่นฟ้องต่อศาลแพ่ง ซึ่งถือว่าเป็น
 เป็นศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดี

(2).2 จำเลยประกอบกิจการในราชอาณาจักรหรือเคยมีภูมิลำเนา หรือเคย
ประกอบกิจการอยู่ในราชอาณาจักรก่อนเสนอคำฟ้อง 2 ปี
 หลักเกณฑ์ข้อนี้ มีความหมายว่า แม้ในขณะที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยให้
 รับผิดชอบในทางแพ่งและในขณะนั้นจำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรก็ตาม ถ้าปรากฏว่า
 จำเลยได้ประกอบกิจการอยู่ในราชอาณาจักร หรือจำเลยเคยมีภูมิลำเนา หรือเคยประกอบ
 กิจการโดยตนเองหรือตัวแทน หรือมีบุคคลอื่นเป็นผู้ติดต่อในการประกอบกิจการอยู่ในราชอาณาจักร
 ภายในกำหนดเวลา 2 ปี ก่อนโจทก์ฟ้องคดี ก็ให้ถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร
 จำเลยอาจถูกฟ้องคดีต่อศาลไทยได้ตามหลักเกณฑ์ในการยื่นคำฟ้องที่แก้ไขใหม่

ภูมิลำเนาของจำเลยตามมาตรา 3 (2) มีรายละเอียด ดังนี้

1. จำเลยเคยมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร

ก่อนที่โจทก์ยื่นฟ้องคดีภายในกำหนดเวลา 2 ปี นับแต่วันฟ้องย้อนหลังขึ้นไป
 จำเลยเคยมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรมาก่อน ในกรณีนี้ไม่ว่าจำเลยจะเป็นบุคคลธรรมดา
 หรือนิติบุคคล ย่อมอยู่ในบังคับของมาตรา 3 (2) (ก) เสมอ แม้ว่าในกรณีของนิติบุคคลจะ
 เกิดขึ้นได้ยาก เพราะในทางปฏิบัติ การมีภูมิลำเนาของนิติบุคคลในประเทศไทยนั้น มักจะ
 เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายของประเทศไทย การย้ายภูมิลำเนาไปอยู่ต่างประเทศ จึงเกิดขึ้นยาก
 ฉะนั้น บทบัญญัติของอนุมาตรานี้ จึงมุ่งจะใช้บังคับแก่กรณีของบุคคลธรรมดามากกว่า

2. จำเลยประกอบกิจการในราชอาณาจักร

กรณีนี้เป็นที่เข้าใจได้ว่า จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร แต่ได้เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย เพราะเหตุนี้จึงต้องถือว่าจำเลยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักรอาจถูกฟ้องคดีได้ตามหลักเกณฑ์ในการเสนอคำฟ้อง บทบัญญัติเช่นนี้ เป็นการแก้ไขปัญหาที่มีบุคคลต่างชาตินั้นไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ที่เข้ามาดำเนินกิจการในประเทศ แต่ในกรณีที่จะต้องรับผิดชอบผู้ที่เกี่ยวข้องทางธุรกิจ บุคคลผู้เสียหายหรือต้องเสียหาย กลับมีความยุ่งยากในการดำเนินคดี เพราะไม่สามารถที่จะฟ้องต่อศาลไทยได้ ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่บุคคลต่างชาตินั้นมีภูมิลำเนา ทำให้ยุ่งยากและเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมาก

การประกอบกิจการตามมาตรา 3 (2) (ข) เป็นการประกอบกิจการซึ่งต้องมีผลทางกฎหมายที่จะฟ้องร้องบังคับระหว่างกันได้ หรือกล่าวได้ว่าการประกอบกิจการเช่นว่านั้น ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล และการประกอบกิจการดังกล่าว ต้องเป็นการกระทำอยู่ในขณะปัจจุบัน หรือเป็นกิจการที่ทำอยู่ในขณะถูกฟ้องเป็นจำเลย ไม่ใช่เป็นการประกอบกิจการที่ได้เคยกระทำมาแล้ว ซึ่งแยกเป็นข้อพิจารณาในประการต่อไป เป็นอีกส่วนหนึ่ง ฉะนั้น กำหนดเวลาในการประกอบกิจการเป็นกำหนดเวลาเช่นใด จึงไม่เป็นข้อสาระสำคัญ

การประกอบกิจการตามอนุमतรานี้ ไม่จำเป็นจะต้องประกอบกิจการทั้งหมดตามวัตถุประสงค์ของตน อาจเป็นการประกอบกิจการบางส่วนก็ได้ เช่น จำเลยเป็นบริษัทต่างประเทศ จำหน่ายเครื่องจักรกลหนักทั่วโลก อาจจะมาประกอบกิจการเพียงจำหน่ายชิ้นส่วนอะไหล่ในประเทศก็ได้ หรือจำเลยมีกิจการขนส่งทางทะเลในย่านทวีปเอเชียและยุโรป อาจมาตั้งสำนักงานของตน เพื่อรับทำการขนส่งช่วงท่าเรือกรุงเทพฯ และประเทศสิงคโปร์ก็ได้

อนึ่ง ในการประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ดังได้กล่าวแล้ว จำเลยไม่จำเป็นต้องกระทำในนามของตนโดยเฉพาะเท่านั้น แต่อาจกระทำโดย

- (ก) ตัวแทน หรือ
- (ข) มีบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ติดต่อในการประกอบกิจการในราชอาณาจักร

ในกรณีของการประกอบกิจการตาม (ก) และ (ข) นี้ มาตรา 3 (2) (ข) บัญญัติไว้ว่าในลักษณะว่า การประกอบกิจการเช่นนี้เป็นการประกอบกิจการของจำเลยด้วย และให้ถือเอา (1) สถานที่ใช้ประกอบกิจการของจำเลย หรือ (2) สถานที่อันเป็นที่อยู่ของตัวแทน หรือ (3) สถานที่ของผู้ติดต่อ เป็นภูมิลำเนาของจำเลย

3. จำเลยเคยประกอบกิจการในราชอาณาจักร

หลักเกณฑ์ในข้อนี้ คงมีข้อพิจารณาทำนองเดียวกับเรื่องจำเลยเคยมีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร เป็นกรณีที่จำเลยซึ่งไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรในขณะฟ้องคดี แต่จำเลยได้เคยเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และได้เลิกหรือยุติการประกอบกิจการในประเทศไทยไปแล้ว แต่การเลิกกิจการของจำเลย เมื่อนับเวลาถึงวันที่โจทก์ฟ้องคดี ยังไม่เกินกำหนดสองปี

ตัวอย่าง

บริษัท เอ. จำกัด เป็นบริษัทต่างประเทศรับจ้างทำการก่อสร้าง ได้เข้ามาตั้งสำนักงานในเขตจังหวัดชลบุรี เพื่อรับทำการก่อสร้างโรงงานเปโตรเคมีคอลให้แก่บริษัท ก. จำกัด ที่แหลมฉบัง โดยเริ่มทำการก่อสร้างตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2530 จนถึงเดือนพฤศจิกายน 2533 การก่อสร้างจึงแล้วเสร็จ บริษัท เอ. จำกัด จึงย้ายสำนักงานกลับไปต่างประเทศแล้ว ต่อมา มีความชำรุดบกพร่องเกี่ยวกับสิ่งก่อสร้างที่ก่อสร้างไม่ถูกต้องตามสัญญาเกิดขึ้น บริษัท ก. จำกัด จะฟ้องให้บริษัท เอ. จำกัด รับผิดชอบโดยยื่นฟ้องในวันที่ 1 มกราคม 2534 ซึ่งเป็นระยะเวลาภายในกำหนด 2 ปี ที่จำเลยได้เคยประกอบกิจการในราชอาณาจักรก่อนเสนอคำฟ้องได้ กรณีนี้ถือว่า สถานที่ที่เคยใช้ประกอบกิจการคือจังหวัดชลบุรี เป็นภูมิลำเนาของบริษัท เอ. จำกัด

การที่จำเลยเคยประกอบกิจการในราชอาณาจักรนี้ มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการประกอบกิจการของจำเลยในขณะฟ้องคดี กล่าวคือไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และไม่ว่าจะเป็นการประกอบกิจการด้วยตนเอง หรือตัวแทนรวมทั้งการประกอบกิจการที่จำเลยมีบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นผู้ติดต่อการประกอบกิจการในราชอาณาจักร

(3) จำเลยไม่มีภูมิลำเนาในราชอาณาจักร

ในกรณีที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่นอกราชอาณาจักร ตามประมวลกฎหมาย วิธีพิจารณาความแพ่งเดิม จำเลยเช่นนี้อาจถูกฟ้องต่อศาลไทยตามมาตรา 3 เดิม และมาตรา 4 (3) เดิม ซึ่งถือว่ากรณีตามมาตรา 3 เดิม เป็นการฟ้องระหว่างคนสัญชาติไทยต่อคนสัญชาติไทย และกรณีตามมาตรา 4 (3) เดิมเป็นการฟ้องเกี่ยวกับหนี้เหินบุคคล แต่เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ในปี พ.ศ. 2534 แล้ว จำเลยที่มีภูมิลำเนานอกราชอาณาจักร อาจถูกฟ้องคดีได้มากกว่าบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเดิม ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติใหม่ในมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 4 ทวิ และมาตรา 4 ตรี

มาตรา 3 ให้ยกเลิกความในมาตรา 3 และมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา 3 เพื่อประโยชน์ในการเสนอคำฟ้อง

(1) ในกรณีที่มูลคดีเกิดขึ้นในเรือไทยหรืออากาศยานไทยที่อยู่นอกอาณาจักรให้ศาลแพ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ

(2) ในกรณีที่จำเลยไม่มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร

(ก) ถ้าจำเลยเคยมีภูมิลำเนาอยู่ ณ ที่ใดในราชอาณาจักรภายในกำหนดสองปีก่อนวันที่มีการเสนอคำฟ้อง ให้ถือว่าที่นั้นเป็นภูมิลำเนาของจำเลย

(ข) ถ้าจำเลยประกอบหรือเคยประกอบกิจการทั้งหมด หรือแต่บางส่วน ในราชอาณาจักรไม่ว่าโดยตนเองหรือตัวแทน หรือโดยมีบุคคลหนึ่งบุคคลใดเป็นผู้ติดต่อ ในการประกอบกิจการนั้นในราชอาณาจักร ให้ถือว่าสถานที่ที่ใช้หรือเคยใช้ประกอบกิจการ หรือติดต่อดังกล่าว หรือสถานที่อันเป็นที่อยู่ของตัวแทน หรือของผู้ติดต่อในวันที่มีการเสนอคำฟ้องหรือภายในกำหนดสองปีก่อนนั้น เป็นภูมิลำเนาของจำเลย

มาตรา 4 เว้นแต่จะมีบทบัญญัติเป็นอย่างอื่น

- (1) คำฟ้อง ให้เสนอต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล หรือต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาลไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่
- (2) คำร้องขอ ให้เสนอต่อศาลที่มูลคดีเกิดขึ้นในเขตศาล หรือต่อศาลที่ผู้ร้องมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

มาตรา 4 ให้เพิ่มความต่อไปนี้เป็นมาตรา 4 ทวิ มาตรา 4 ตริ มาตรา 4 จัตวา มาตรา 4 เบญจ และมาตรา 4 ฉ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 4 ทวิ คำฟ้องเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือสิทธิหรือประโยชน์อันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ให้เสนอต่อศาลที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ในเขตศาล ไม่ว่าจำเลยจะมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรหรือไม่ หรือต่อศาลที่จำเลยมีภูมิลำเนาอยู่ในเขตศาล

มาตรา 4 ตริ คำฟ้องอื่นนอกจากที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ทวิ ซึ่งจำเลยมิได้มีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักรและมูลคดีมิได้เกิดขึ้นในราชอาณาจักร ถ้าโจทก์เป็นผู้มีสัญชาติไทย หรือมีภูมิลำเนาอยู่ในราชอาณาจักร ให้เสนอต่อศาลแพ่งหรือต่อศาลที่โจทก์มีภูมิลำเนาอยู่เขตศาล

คำฟ้องตามวรรคหนึ่ง ถ้าจำเลยมีทรัพย์สินที่อาจถูกบังคับคดีได้อยู่ในราชอาณาจักรไม่ว่าจะเป็นการชั่วคราวหรือถาวร โจทก์จะเสนอคำฟ้องต่อศาลที่ทรัพย์สินนั้นอยู่ในเขตศาลก็ได้