

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจต่างด้าวของต่างประเทศ

ในบทนี้ ผู้วิจัยจะกล่าวถึงมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเกาหลีใต้ซึ่งเป็นกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว และประเทศฟิลิปปินส์ ประเทศมาเลเซียซึ่งเป็นกลุ่มประเทศกำลังพัฒนา เพื่อศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับปรุงกฎหมายไทยเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในส่วนของปัญหากฎหมายเกี่ยวกับผู้ถือหุ้นอำพรางต่อไป

1. มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศพัฒนาแล้ว (Developed Countries)

1.1 มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกา ยังรักษานโยบายเปิดเสรีการลงทุนทางตรง ทั้งนี้ การลงทุนทางตรงหมายความว่า เป็นการลงทุนโดยมีส่วนของทุน หรือมีส่วนของความเป็นเจ้าของในกิจการนั้นนับแต่ 10% หรือมากกว่านั้น ส่วนการลงทุนอย่างอื่นทุกประเภทจะจัดอยู่ในประเภทการลงทุนทางอ้อม หรือการลงทุนในหลักทรัพย์นั่นเอง โดยกฎหมายสหพันธรัฐ (Federal Law) มีข้อจำกัดด้านการลงทุนเพียงบางประการเท่านั้น¹ คือ การจำกัดการลงทุนของต่างชาติ หรือความเป็นเจ้าของกิจการในธุรกิจที่มีบทบาทสำคัญตามกฎหมายกำหนดไว้โดยเฉพาะด้วยเหตุผลว่ากิจการเช่นนั้นมีผลต่อความมั่นคงของชาติ² โดยบัญญัติใน The Exon-Florio Amendment to the 1950 Defense Production Act (Section 5021 of the 1988 Trade act) โดย Exon-Florio Act ฉบับนี้ได้แก้ไขโดยคณะกรรมการด้านการลงทุนจากต่างชาติแห่งสหรัฐอเมริกา (Committee on Foreign Investment in the United States (“CFIUS”)) ทั้งนี้ การแก้ไข The Exon-Florio Amendment to the 1950 Defense Production Act (Section 5021 of the 1988 Trade act) นี้ ส่งผลให้ประธานาธิบดีมีอำนาจขีดขวางการได้มาซึ่งกิจการของสหรัฐอเมริกาโดยบริษัทต่างชาติบนพื้นฐานเรื่องความมั่นคงของชาติเป็นหลักและเป็นกรณีที่

¹ Mark Uhrynuik and Stefan Sarles, “United States,” in Setting up a business in an international legal survey, Vincent Power(London: Sweet&Maxwell, 1995), p. 245.

² European Commission, “United States Barriers to trade and investment report for 2006, Belgium,” Report presented at the European Commission’s Directorate General for Trade, December 2006.

ไม่มีกฎหมายใด ๆ บัญญัติไว้โดยเฉพาะสำหรับเรื่องดังกล่าว ในขณะที่เดียวกันคณะกรรมการยังคงต้องรักษาไว้ซึ่งความน่าเชื่อถือด้านการเปิดเสรีด้านการลงทุนบนพื้นฐานของการใช้มาตรการตามหลักต่างตอบแทนต่อการจำกัดการลงทุนของคนต่างชาติซึ่งจะส่งผลต่อการลงทุนในต่างประเทศของสหรัฐอเมริกาอีกด้วย

สำหรับกฎหมายระดับมลรัฐ (State Law) เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในด้านการควบคุมการจัดตั้งนิติบุคคลของคนต่างด้าวนั้น ส่วนใหญ่แล้ว กฎหมายระดับมลรัฐมิได้จำกัดสิทธิการถือหุ้นข้างมาก การเป็นเจ้าของกิจการ หรือการเป็นกรรมการไว้แต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะมีกฎหมายระดับมลรัฐควบคุมไว้ แต่สนธิสัญญาไมตรีเพื่อการค้าและการเดินเรือ (Friendship, Commerce, and navigation: FCN) ที่สหรัฐอเมริกาทำไว้กับนานาประเทศก็มักมีข้อกำหนดให้กฎหมายระดับมลรัฐเหล่านั้น ไม่มีผลบังคับใช้แก่คนชาติของประเทศที่ทำสนธิสัญญาดังกล่าวแต่อย่างใด³

สนธิสัญญาดังกล่าว สามารถแบ่งได้เป็น 2 ช่วงระยะเวลา คือ สนธิสัญญาที่ทำก่อนช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 และสนธิสัญญาที่ทำหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดยสนธิสัญญาที่ทำหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 นี้ เนื้อหาสำคัญ คือ การตกลงเรื่องสิทธิการจัดตั้งและเป็นเจ้าของกิจการ (Right to Form and Own Corporations) โดยมีเนื้อหาการให้สิทธิ 2 ประการ คือ

1. การให้สิทธิการค้าเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกาแก่คนต่างด้าวของประเทศภาคีสันธิสัญญาเช่นเดียวกับการให้สิทธิการค้าเนินกิจการของคนสหรัฐอเมริกา หรือเรียกว่า หลักการไม่เลือกปฏิบัติ (National treatment)

2. สิทธิในการบริหารจัดการและการเป็นเจ้าของในองค์กรธุรกิจนั้น

ทั้งนี้ การให้สิทธิการค้าเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกาแก่คนต่างด้าวของประเทศภาคีสันธิสัญญาเช่นเดียวกับการให้สิทธิการค้าเนินกิจการของคนสหรัฐอเมริกา ยกตัวอย่างเช่น หากประเทศสหรัฐอเมริกาทำสนธิสัญญากับประเทศญี่ปุ่น หากมีการจำกัดสิทธิการก่อตั้งบริษัท หรือประกอบกิจการใด ๆ แก่คนญี่ปุ่นในการเข้าประกอบกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ต้องจำกัดสิทธิการก่อตั้งธุรกิจนั้นแก่คนสหรัฐอเมริกาเองด้วย มิเช่นนั้น จะถือว่าประเทศสหรัฐอเมริก ละเมิด

³ J. Eugene Marans, Peter C. Williams, Joseph P. Griffin and Joseph E. Pattison, editor, Manual of foreign investment in the United States, (Colorado: McGraw-Hill Book Company, 1984), p.161.

ข้อตกลงตามสนธิสัญญาดังกล่าว ทั้งนี้ ข้อตกลงในสนธิสัญญาส่วนใหญ่จะเป็นการตกลงให้สิทธิ เพื่อที่จะอนุญาตแก่คนต่างด้าวต่อข้อจำกัดที่เป็นการเลือกปฏิบัติ⁴

สำหรับสิทธิในการบริหารจัดการและการเป็นเจ้าของในองค์กรธุรกิจนั้น สิทธินี้ ถือเป็นข้อกำหนดที่ตามปกติจะต้องมีการตกลงกันไว้ในสนธิสัญญา ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว จะมีการยกเว้นไว้สำหรับธุรกิจในอุตสาหกรรมเฉพาะประเภทในกรณีที่ประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ประสงค์จะให้สิทธิการดำเนินกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกาแก่คนต่างด้าวของประเทศภาคีสถิตสนธิสัญญา เช่นเดียวกับการให้สิทธิการดำเนินกิจการของคนสหรัฐอเมริกาในภาคอุตสาหกรรมนั้น ๆ⁵

สรุปได้ว่า ภายใต้กฎหมายสหพันธรัฐ (Federal Law) และกฎหมายมลรัฐ (State Law) การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปแบบนิติบุคคลนั้น กฎหมายทั้งสองระดับมิได้มีบทบัญญัติควบคุมเป็นการทั่ว ๆ ไป เหมือนที่ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยหลักแล้ว คนต่างด้าวจะมีสิทธิจัดตั้งนิติบุคคลภายใต้กฎหมายสหรัฐอเมริกาและถือเป็นนิติบุคคลสัญชาติอเมริกาได้ในกิจการทั่ว ๆ ไป ที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติให้มีการควบคุมเฉพาะ เว้นแต่กรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้เพื่อควบคุมโดยเฉพาะ ซึ่งมักจะเป็นเหตุผลว่า กิจการเหล่านั้นเกี่ยวข้องกับความมั่นคงของชาติ (National Securities) ซึ่งจะถูกพิจารณาเป็นรายกิจการไป ทั้งนี้ ภายใต้กฎหมายดังกล่าว จะมีการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นในนิติบุคคลที่ห้ามคนต่างด้าวเข้าถือหุ้นในประเภทกิจการนั้น โดยกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกา ตามที่ผู้วิจัยได้ศึกษาค้นคว้า คือ กฎหมาย Exon-Florio และกฎหมาย The Communications Act of 1934 ดังนี้

1.1.1 กฎหมาย Exon-Florio

กฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยกฎหมาย Exon-Florio ที่ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือผู้ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีอำนาจสอบสวนผลกระทบด้านความมั่นคงของชาติที่เกิดจากการควบรวมกิจการ (Mergers) การซื้อกิจการ (Acquisitions) และการครอบงำกิจการ (Takeovers) โดยหรือกับคนต่างด้าวซึ่งส่งผลต่อการควบคุมกิจการ โดยคนต่างด้าวนั้น⁶

⁴ Ibid., p. 15-16.

⁵ Ibid., p. 18-19.

⁶ 50 U.S.C.A.App. s 2170(a).

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีนโยบายเปิดเสรีทางการลงทุน โดยให้การปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างด้าวเปรียบเสมือนนักลงทุนภายในประเทศและมีการควบคุมการลงทุนอย่างจำกัด ซึ่งในความเป็นจริงแล้วคนต่างด้าวที่เข้าไปลงทุนในสหรัฐอเมริกา ก็ไม่ได้รับการปฏิบัติด้วยมาตรฐานเดียวกับคนชาติของสหรัฐอเมริกา โดยปรากฏว่าทั้งกฎหมายของสหพันธรัฐ (Federal Law) และกฎหมายของมลรัฐ (State Law) มีกฎหมายออกมาสำหรับกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าว ทั้งด้านการควบคุมการเข้ามาลงทุนและรูปแบบของการขอเข้ามาลงทุน (Entry and Formation of an investment) และด้านการกำหนดข้อห้ามในรัฐธรรมนูญระหว่างมีการลงทุน เช่น การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นขั้นต่ำของคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุน หรือการใช้มาตรการทางด้านภาษี เป็นต้น⁷

ก่อนจะมีการควบคุมโดยกฎหมาย Exon-Florio การลงทุนของคนต่างด้าวจะได้รับการกำกับดูแลจากคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) โดยทำหน้าที่ตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับนโยบายการลงทุนที่เหมาะสม

ในปี 1987 ได้เกิดกรณีของบริษัท Fujitsu ประเทศญี่ปุ่น ได้พยายามเข้าซื้อหุ้นจำนวนร้อยละ 80 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทสหรัฐอเมริกา คือ Fairchild Semiconductor ซึ่งการเข้าซื้อหุ้นของ Fujitsu ถูกคัดค้านโดย Department of Justice ซึ่งอ้างเหตุถึงกฎหมายป้องกันการผูกขาดทางการค้า ซึ่งการซื้อหุ้นนี้อาจส่งผลให้ญี่ปุ่นควบคุมอำนาจตลาดผู้ผลิตชิปคอมพิวเตอร์สำหรับกองทัพและอาจก่อให้เกิดการกระจายเทคโนโลยีระดับสูงของสหรัฐอเมริกา ไปสู่ผู้ผลิตที่เป็นคนต่างด้าว ส่วน Department of Commerce and Defense คัดค้านโดยอ้างว่า หาก Fujitsu เข้าสู่ตลาด Semiconductor ของสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่นก็ควรจะต้องเปิดตลาดนี้ในประเทศญี่ปุ่นให้แก่สหรัฐอเมริกาด้วยเหมือนกัน ด้วยเหตุนี้ Fujitsu จึงถอนคำเสนอซื้อหุ้น ถึงแม้ว่า ในช่วงเวลาดังกล่าวคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) จะยังไม่มีอำนาจในการพิจารณาเพิกถอนการลงทุนของคนต่างด้าวเลยก็ตาม⁸ จากกรณีที่เกิดขึ้นทำให้ฝ่ายบริหารของรัฐบาลประธานาธิบดีเรแกน ได้สนับสนุนให้มีกฎหมายสำหรับการจำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวที่เสรีอย่างไร้ขอบเขตนี้เพื่อบังคับใช้กับการครอบงำกิจการในอุตสาหกรรมที่มีความอ่อนไหวต่อความมั่นคงของชาติ⁹

⁷ Ralph H. Folsom and Michael W. Gordon, *International Business Transactions*, (USA.: West Pub. Co., 1995), pp.831-845.

⁸ Ibid, pp. 831-845.

⁹ James K. Jackson, "The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS)," CRS Report for Congress, April 24, 2006.

ในปี 1988 สภาคองเกรสจึงได้ออกกฎหมาย Exon-Florio ซึ่งบัญญัติใน The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 อยู่ใน Section 5021¹⁰

มาตรา 5021 The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988 ได้แก้ไขมาตรา 721 แห่ง The Defense Production Act of 1950¹¹ มีเนื้อหาหลักเพื่อบัญญัติให้อำนาจแก่ประธานาธิบดีในการสั่งระงับหรือห้ามการควบรวมกิจการ, การได้มาซึ่งกิจการและการครอบงำกิจการในองค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกาโดยนักลงทุนต่างชาติโดยอาศัยเหตุผลแห่งการพิจารณาเช่นว่านั่นคือเรื่องความมั่นคงของชาติ (National Security) และเป็นกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายภายในใด ๆ ที่เหมาะสมแก่การนำมาปรับใช้แก่กรณี โดยภายใต้มาตรา 721 นี้ส่งผลให้ประธานาธิบดีมีอำนาจสั่งกักการได้มาซึ่งกิจการในสหรัฐอเมริกาของนักลงทุนต่างชาติ (หรือเรียกกันว่า “บทบัญญัติ Exon-Florio) หากประธานาธิบดีพบว่า

(1) มีหลักฐานอันเชื่อถือได้ว่าการครอบงำกิจการของต่างชาตินั้นอาจเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ และ

(2) เว้นแต่ The International Emergency Economic Powers Act กรณีที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่เหมาะสมและเพียงพอต่อกรณีที่จะปกป้องความมั่นคงของชาติได้

และเพื่อให้มีการพิจารณาเช่นว่านี้ หลัก Exon-Florio กำหนดให้องค์กรธุรกิจของสหรัฐอเมริกาที่มีการควบรวม, การได้มาและการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าวต้องรายงานไปยังประธานาธิบดีหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีอีกด้วย จากนั้น คณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) จะทำการตรวจสอบว่าการควบรวม, การได้มา และการครอบงำกิจการนั้นก่อให้เกิดการควบคุม (Control) โดยคนต่างด้าวและจะก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติของสหรัฐอเมริกาหรือไม่ (Threatens to impair the national security of the United States) ซึ่งการตรวจสอบตามปกติแล้วจะไม่เกิน 30 วันหลังจากได้รับการแจ้งเป็นหนังสือ หากคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) เห็นว่าการควบรวม, การได้มาและการครอบงำกิจการนั้นไม่เป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติแล้ว การพิจารณาก็เสร็จสิ้นไป แต่ถ้าคณะกรรมการคนใดคนหนึ่งเห็นว่าการควบรวม, การได้มา หรือการครอบงำกิจการนั้นมีองค์ประกอบการควบคุม โดยคนต่างด้าวและอาจเป็นภัยคุกคามต่อความ

¹⁰ P.L. 100-418.

¹¹ Section 5021 Authority to review certain mergers, acquisitions and takeovers. (P.L. 100-418 (HR 4848), title V, Subtitle A, Part II).

มั่นคงของชาติ คณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) จะต้องทำการสืบสวนให้เสร็จสิ้นภายใน 45 วัน เมื่อคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) ได้ข้อสรุปการสืบสวน หรือครบกำหนดสืบสวน 45 วัน แล้วแต่กำหนดใดจะถึงก่อน คณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) มีอำนาจตัดสินใจว่าจะเสนอให้ประธานาธิบดีสั่งระงับหรือสั่งห้ามการลงทุนนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ หากมีการเสนอต่อประธานาธิบดีพิจารณาสั่ง ประธานาธิบดีต้องพิจารณาให้เสร็จสิ้นภายใน 15 วัน โดยประธานาธิบดีไม่จำเป็นต้องผูกพันตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) ที่จะสั่งห้ามหรือระงับการลงทุนนั้น แต่การสั่งจะต้องปรากฏว่ามีหลักฐานอันเชื่อถือได้ (Credible evidence) ว่าการควบคุมของคนต่างด้าวนั้นอาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติซึ่งกฎหมายอื่น ๆ มิอาจให้ความคุ้มครองได้อย่างเพียงพอ¹²

บทบัญญัติ Exon-Florio กำหนดหลักเกณฑ์การพิจารณาองค์ประกอบข้อใดข้อหนึ่งอันส่งผลให้กิจการนั้น ๆ ถือว่าอาจเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติ ได้แก่

- (1) ภาคการผลิตภายในประเทศที่จำเป็นต้องอยู่ใน โครงการที่รัฐต้องให้การต่อต้าน
- (2) ปริมาณและความสามารถของภาคอุตสาหกรรมภายในประเทศที่จำเป็นต้องอยู่ใน โครงการที่รัฐต้องให้การต่อต้านรวมถึงความสามารถด้านทรัพยากรบุคคล, ผลิตภัณฑ์, เทคโนโลยี, ปัจจัยการผลิตและการจัดหาและให้บริการอื่นใด
- (3) การควบคุมพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมภายในประเทศโดยชาวต่างชาติอันส่งผลต่อขีดความสามารถและปริมาณดังกล่าวของสหรัฐอเมริกาอันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ
- (4) ผลกระทบใด ๆ ที่มีศักยภาพอันส่งผลต่อการจำหน่ายอาวุธยุทธโปกรณ์ หรือต่อเทคโนโลยีของประเทศที่ให้การสนับสนุนผู้ก่อการร้ายหรืออาวุธชีวภาพหรือเทคโนโลยีการเพิ่มปริมาณของจรวดนำวิถี
- (5) ผลกระทบใด ๆ ที่มีศักยภาพอันส่งผลต่อความเป็นผู้นำแห่งธุรกรรมด้านเทคโนโลยีที่มีผลต่อความมั่นคงของชาติ¹³

อย่างไรก็ดี มาตรา 721 นี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดย มาตรา 837(a) แห่ง The National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993 หรือที่เรียกว่า “Byrd Amendment” ซึ่งเพิ่มเติมให้การตรวจสอบนั้นกระทำได้ในกรณีที่

¹² James K. Jackson, “The Committee on Foreign Investment in the United States (CFIUS),” CRS Report for Congress, April 24, 2006.

¹³ Section 721 of Pub L. 100-418, 102 Stat. 1107 (50 U.S.C. App.2170).

- (1) การได้มาซึ่งกิจการนั้นถูกควบคุมหรือกระทำในนามของรัฐบาลต่างชาติ และ
- (2) การได้มานั้นอาจส่งผลกระทบต่ออำนาจการควบคุมบุคคลใด ๆ ที่ประกอบพาณิชย์กรรมระหว่างมลรัฐในสหรัฐอเมริกาอันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ¹⁴

ตามที่ผู้วิจัยได้กล่าวมาแล้วว่า กฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบไปด้วยกฎหมาย Exon-Florio ที่ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือผู้ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีอำนาจสอบสวนผลกระทบด้านความมั่นคงของชาติที่เกิดจากการควบรวมกิจการ (Mergers) การได้มาซึ่งกิจการ (Acquisitions) และการครอบงำกิจการ (Takeovers) โดยหรือกับคนต่างด้าวซึ่งส่งผลกระทบต่อควบคุมกิจการ โดยคนต่างด้าวนั้น¹⁵ ทั้งนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ คือ ความชัดเจนทั้งตัวข้อกำหนดของกฎหมาย Exon-Florio เองที่ไม่ได้มีข้อกำหนดว่า “การควบรวมกิจการ (Mergers) การซื้อกิจการ (Acquisitions) และการครอบครองกิจการ (Takeovers) โดยบริษัทต่างด้าว”¹⁶ ในลักษณะใดที่ควรมีการตรวจสอบ¹⁷ และความชัดเจนของเหตุผลในการระงับการลงทุนดังกล่าว เนื่องจากกฎหมายมิได้นิยามความหมายของคำว่า “ความมั่นคงของชาติ” (National Security) ไว้ว่า การลงทุนในกิจการประเภทใด การได้มาหรือการครอบงำธุรกิจใดในลักษณะใด จึงจะถือว่ามีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ซึ่งมีผลให้การตีความและขอบเขตการบังคับใช้นั้นกว้างขวางเกินไป และนิยามของคำว่า “การควบคุมกิจการ” (Control) ทำให้เกิดความเห็นแตกต่างกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้ต่าง ๆ ของรัฐบาล

¹⁴ Section 837 of the National Defense Authorization Act for Fiscal Year 1993, Pub. L. 102-484, 106 Stat. 2315, 2469.

¹⁵ 50 U.S.C.A.App. s 2170(a).

¹⁶ โดยปกติ หากบริษัทต่างด้าวที่ต้องการเข้าไปลงทุนทางตรงในประเทศสหรัฐอเมริกา อาจเลือกวิธีการเข้าไปลงทุนได้ระหว่างการเข้าไปตั้งบริษัทใหม่หรือการเข้าซื้อกิจการของบริษัทอเมริกาที่มีอยู่แล้ว โดยบริษัทต่างด้าวอาจเข้าไปลงทุนโดยลำพังหรือโดยการร่วมทุนกับคนอเมริกันก็ได้ ทั้งนี้ การลงทุนที่บริษัทต่างด้าวต้องเข้าไปเริ่มกิจการใหม่ทั้งหมด (Greenfield investment) ส่งผลกระทบต่อจำนวนเงินการลงทุนที่ต้องใช้มากกว่าการเข้าไปซื้อกิจการ หรือควบรวมกิจการกับบริษัทอเมริกัน จาก Norman J. Glickman and Douglas P. Woodward, “Inward Investment: The Essential Facts,” in *The New Competitors*, (New York: Basic Books, Inc., 1989), p.37.

¹⁷ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุณีพร ทวรรณกุล, “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย,” การสัมมนาวิชาการเรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบธรรมภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น” ณ โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ปาร์ค กรุงเทพฯ, 25 สิงหาคม 2549, หน้า 20.

กระทรวงการคลัง มีความเห็นว่าควรที่จะจำกัดเฉพาะในกรณีที่ต่างชาติเข้ามามีหุ้นส่วน
เกินครึ่งหนึ่งของกิจการภายในประเทศ เนื่องจากทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการ
ในขณะที่รัฐสภาไม่เห็นด้วยเนื่องจากต้องการคงอำนาจในการตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าว
ในวงกว้าง¹⁸

อย่างไรก็ตาม ด้วยปัญหาความไม่ชัดเจนของนิยามคำว่า “การควบคุมกิจการ” (Control) อัน
เป็นกุญแจสำคัญในการตัดสินใจว่าธุรกรรมใดจะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย Exon-Florio ซึ่ง
กฎหมายมิได้กำหนดเพดานขั้นต่ำของสิทธิออกเสียงไว้หรือสัดส่วนความเป็นเจ้าของของคนต่าง
ด้าวเป็นสัดส่วนร้อยละเท่าใดเอาไว้ แต่การพิจารณาถึงการควบคุมกิจการ (Control) คณะกรรมการ
การลงทุน (CFIUS) จะใช้การพิจารณาจากอำนาจทางตรงหรือทางอ้อมในการตัดสินใจลงมติใด ๆ
เป็นหลักในการใช้อำนาจควบคุมกิจการซึ่งครอบคลุมถึงมติการทำธุรกรรมจำหน่ายจ่ายโอน
ทรัพย์สิน, การย้ายถิ่นฐานการวิจัยและการพัฒนา การยกเลิกหรือยอมรับสัญญาทางธุรกิจ และการมี
สิทธิแก้ไขข้อบังคับของบริษัทที่ให้อำนาจการจัดการเรื่องต่าง ๆ นอกจากนี้ เมื่อมีการตรวจสอบถึง
การควบคุมกิจการ (Control) หากมีคนต่างด้าวเข้ามาเกี่ยวข้องเกินกว่า 1 คน คณะกรรมการการ
ลงทุน (CFIUS) มักจะเห็นว่าคนต่างด้าวนั้นมีแนวโน้มที่จะเข้าควบคุมกิจการของบริษัท

ในทางกลับกัน สำหรับนิยามคำว่า “ความมั่นคงของชาติ” (National Security) กลับถูกละ
ไว้ไม่เหมือนกับพยายามในการนิยามคำว่า “การควบคุมกิจการ” (Control) ทั้ง ๆ ที่นิยามทั้ง
สองต่างต้องใช้เชื่อมโยงกัน แม้ว่าสาธารณชนจะพยายามแสดงความเห็นให้มีการกำหนดนิยามของ
คำว่า “ความมั่นคงของชาติ” (National Security) ก็ตาม แต่กระทรวงการคลังผู้ร่างกฎหมาย Exon-
Florio ก็ยังคงปล่อยให้การตัดสินใจและพิจารณาว่าการกระทำใดจะถือเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติ
(National Security) ให้ถือเป็นดุลพินิจของประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเท่านั้น ซึ่งปัจจุบัน ก็มี
ความเห็นที่ว่าฝ่ายรัฐสภานั้นตีความการกระทำที่อาจถือเป็นเรื่องความมั่นคงของชาติแคบเกินไป โดย
จำกัดเฉพาะด้านความมั่นคงทางการทหารเท่านั้น ซึ่ง The General Accounting Office (GAO)
วิพากษ์วิจารณ์ว่า การที่ CFIUS ไม่กำหนดให้พฤติกรรมกรเข้ามาผูกขาดของนิติบุคคลต่างด้าว ถือเป็น
เป็นการทำลายความมั่นคงของชาติด้วยเหมือนกัน

สรุปได้ว่า ฝ่ายบริหารยังคงต้องการให้คำว่า “ความมั่นคงของชาติ” (National Security)
ยังคงมีความหมายอย่างกว้างอยู่และไม่ควรเฉพาะเจาะจงลงไปในภาคอุตสาหกรรมใดอุตสาหกรรม
หนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว แต่ควรที่จะเฉพาะเจาะจงกรณีที่อุตสาหกรรมนั้นถือเป็นอุตสาหกรรมพื้นฐาน

¹⁸เรื่องเดียวกัน, หน้า 20.

ของสหรัฐอเมริกาที่ควรได้รับการคุ้มครอง เช่น กรณีที่บริษัทเป้าหมาย (Target Company) ที่จะถูกซื้อกิจการนั้น เป็นบริษัทผู้เชี่ยวชาญหรือผลิตภัณฑ์เกี่ยวกับเทคโนโลยี เป็นต้น ซึ่งส่งผลให้เกิดความไม่ชัดเจนต่อนักลงทุนต่างด้าวที่เข้าไปลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกาว่ากรณีใดบ้างที่ถือว่าการเข้าข่ายการเป็นภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติภายใต้กฎหมายดังกล่าว

สำหรับการพิจารณาการลงทุนภายใต้กฎหมาย Exon-Florio นี้ต้องพิจารณาภายใต้องค์ประกอบว่ามีการควบคุม (Control) โดยคนต่างด้าวหรือไม่ และการรวบรวมกิจการ การซื้อกิจการ หรือการครอบงำกิจการนั้นอาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติหรือไม่ ซึ่งแนวทางการพิจารณาด้านการควบคุม (Control) ของคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) ในปัจจุบันมิได้กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวว่าการถือหุ้นของคนต่างด้าวจำนวนเท่าใดจึงจะถือเป็นการควบคุมกิจการ (Control) ภายใต้กฎหมาย Exon-Florio เนื่องจากว่าแม้คนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยก็ตามแต่คนต่างด้าวก็ยังสามารถมีอำนาจควบคุมกิจการได้ภายใต้เงื่อนไขต่าง ๆ กัน เช่น การทำสัญญาผู้ถือหุ้น (Securities agreement) เป็นต้น แต่ได้นิยามความหมายอย่างกว้างของการควบคุมกิจการ (Control)¹⁹ ไว้ว่าให้หมายความถึงอำนาจทั้งโดยตรงและโดยอ้อมในการตัดสินใจในการดำเนินงานหลักของบริษัท ซึ่งคณะกรรมการการลงทุนจะตรวจสอบจากโครงสร้างของบริษัทในการลงทุนและกรอบอำนาจการตัดสินใจในบริษัทของคนต่างด้าว²⁰

จากการตรวจสอบของคณะกรรมการการลงทุน(CFIUS) ในกรณีของบริษัทอังกฤษบริษัทหนึ่งที่รายงานต่อคณะกรรมการการลงทุน(CFIUS)ถึงการถือหุ้นจำนวนร้อยละ 20 ของบริษัทอเมริกันบริษัทหนึ่ง ซึ่งบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่เข้าทำสัญญาระดับสูงกับรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในการให้บริการฉุกเฉินสำคัญต่าง ๆ ซึ่งการซื้อกิจการของบริษัทอังกฤษ ทางบริษัทจะมีสิทธิแต่งตั้งกรรมการบริหารฝ่ายคนจำนวน 3 คนจากกรรมการทั้งหมด 15 คนและได้รับสิทธิยินยอม (Consent rights) ที่จะให้บริษัทอังกฤษมีอำนาจสั่งระงับการดำเนินกิจการของบริษัทได้อย่างหลากหลาย ซึ่งสิทธิในการสั่งระงับนี้ (Veto Rights) เป็นเหตุผลที่ทำให้คณะกรรมการการลงทุน(CFIUS)ลงความเห็นว่าการซื้อกิจการดังกล่าวของบริษัทอังกฤษภายใต้เงื่อนไขดังกล่าวถือเป็นการควบคุม

¹⁹ 31 C.F.R. 800.

²⁰ Foreign Investment: Implementation of Exon-Florio and Related Amendments, Available from www.gao.gov.

กิจการ (Control)แล้ว²¹ หรืออีกกรณีหนึ่ง คือ กรณีของบริษัทเยอรมันที่รายงานต่อคณะกรรมการ การลงทุน (CFIUS) ถึงการซื้อหุ้นสามัญจำนวนร้อยละ 12.25 ในบริษัทอเมริกันบริษัทหนึ่งที่มี บริษัทแม่เป็นบริษัทอเมริกัน ถือหุ้นโดยคนอเมริกันจำนวนร้อยละ 51 ของหุ้นทั้งหมดและมีบริษัท ยุโรปจำนวน 3 บริษัทร่วมกันถือหุ้นร้อยละ 49 โดยคณะกรรมการการลงทุน (CFIUS) ได้พิจารณา และมีความเห็นว่าการซื้อหุ้นของบริษัทเยอรมันดังกล่าวถือว่าเป็นการควบคุมกิจการแล้วเนื่องจาก บริษัทเยอรมันดังกล่าวมีสิทธิระงับ (Veto Rights) การดำเนินกิจการของบริษัท เช่น การยอมรับ แผนกลยุทธ์การดำเนินงานของบริษัท การอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือการพัฒนา ผลิตภัณฑ์ใหม่ ๆ ของบริษัท ถึงแม้ว่าบริษัทดังกล่าวจะเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเป็นผู้ถือหุ้น ข้างน้อยก็ตาม²²

ส่วนการพิจารณาถึงกรณีความมั่นคงของชาติ (National Security) ตามความเห็นของ คณะกรรมการการลงทุนประสงค์จะให้การตีความถ้อยคำดังกล่าวนั้นเป็นไปโดยกว้างขวาง และ ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณี ซึ่งประเด็นปัญหาเรื่องการพิจารณาถึงว่ากรณีใดจึงจะถือเป็นกรณี ที่อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามต่อความมั่นคงของชาติก็ยังคงเป็นประเด็นปัญหาที่ยังไม่ยุติว่าการให้ อำนาจแก่ประธานาธิบดีอย่างกว้างขวางและไม่มีขอบเขตจำกัดเช่นนี้เป็นกฎหมายที่เหมาะสม สำหรับการบังคับใช้แก่การลงทุนของคนต่างด้าวในการเข้าควบคุมกิจการ การซื้อกิจการ การ ครอบงำกิจการในประเทศสหรัฐอเมริกาเพียงใด

1.1.2 กฎหมาย The Communications Act of 1934

ตามกฎหมายโทรคมนาคมได้บัญญัติถึงการควบคุมการถือหุ้น หรือการได้มา การครอบงำ หรือการควบคุมกิจการทั้งข้อกำหนดการห้ามคนต่างด้าวเข้าประกอบกิจการโทรคมนาคม โดย ทางตรงและทางอ้อม ซึ่งผู้ที่จะประกอบกิจการโทรคมนาคมในประเทศสหรัฐอเมริกาต้องอยู่ภายใต้ บทบัญญัติของกฎหมายที่ห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของโดยตรง 3 ประการ คือ ตามมาตรา 303 ที่ บัญญัติให้คณะกรรมการประกอบกิจการโทรคมนาคม (FCC) ออกใบอนุญาตได้เฉพาะบุคคล

²¹ Ibid.

²² Ibid.

สัญญาตืออเมริกันหรือบุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมสำหรับการจ้างงานในประเทศสหรัฐอเมริกา
 ประการที่ 2 คือ มาตรา 310(a) ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 310²³ The Communications Act of 1934 แห่ง
 พระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

มาตรา 310(a) รัฐบาลต่างประเทศหรือตัวแทนของรัฐบาลต่างประเทศ* จะไม่ได้รับ
 อนุญาตให้ได้รับหรือถือใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมและคณะกรรมการประกอบกิจการ
 โทรคมนาคม (FCC) จะไม่พิจารณาอนุญาตโดยชัดแจ้งในทุกกรณี เว้นแต่ กรณีที่เป็นการถือหุ้น
 ทางอ้อมของผู้รับใบอนุญาตโดยรัฐบาลต่างประเทศ ซึ่งอาจเข้าถือหุ้นเพื่อควบคุมกิจการในบริษัท
 ผู้รับใบอนุญาตสัญญาตืออเมริกันภายใต้มาตรา 310(b)(4) ให้สิทธิคณะกรรมการพิจารณาด้าน
 ผลประโยชน์สาธารณะว่าจะได้รับการส่งเสริมโดยการปฏิเสธหรือเพิกถอนใบอนุญาต

และประการสุดท้าย คือ มาตรา 310 (b)(1) และ (2) ที่ห้ามคนต่างด้าวอันหมายความว่า
 บุคคลธรรมดา และนิติบุคคลต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องของส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมดกับการถือ
 หรือได้รับอนุญาตให้ได้รับใบอนุญาตกิจการกระจายเสียง (Broadcast) กิจการที่เป็นหน่วยงาน

²³ Section 310 Limitation on Holding and Transfer of Licenses

(a) The station license required under this Act shall not be granted to or held by any foreign government or
 representative thereof.

(b) No broadcast or common carrier or aeronautical en route or aeronautical fixed radio station license shall be
 granted to or held by-

(1) any alien or the representative of any alien;

(2) any corporation organized under the laws of any foreign government;

(3) any corporation of which more than one-fifth of the capital stock is owned of record or voted by
 aliens or their representatives or by a foreign government or representative thereof or by any corporation
 organized under the laws of a foreign country;

(4) any corporation directly or indirectly controlled by any other corporation of which more than one-
 fourth of the capital stock is owned of record or voted by aliens, their representatives, or by a foreign
 government or representative thereof, Commission finds that the public interest will be served by the refusal or
 revocation of such license.

* ตัวแทนของรัฐบาลต่างประเทศ ตามวัตถุประสงค์ของมาตรา 310 (a) คือ บุคคลที่กระทำในนามของ
 หรือมีความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลต่างประเทศ

บริการโทรคมนาคมสาธารณะ (Common Carrier) กิจการสถานีวิทยุภาคพื้นดินและการแพร่สัญญาณวิทยุ (Aeronautical en route, Aeronautical fixed radio station)

มาตรา 310(b) กำหนดห้ามความเป็นเจ้าของใน 4 ประเภทกิจการ คือ กิจการกระจายเสียง (Broadcast) กิจการที่เป็นหน่วยงานบริการโทรคมนาคมสาธารณะ (Common Carrier) กิจการสถานีวิทยุภาคพื้นดินและการแพร่สัญญาณวิทยุ (Aeronautical en route, Aeronautical fixed radio station)

มาตรา 310(b)(1) ห้ามบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติอเมริกันประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมดังเช่นใน มาตรา 310(a)

มาตรา 310(b)(2) ห้ามนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมดังเช่นใน มาตรา 310(a)

นอกจากการห้ามคนต่างด้าวเข้าเป็นเจ้าของกิจการโทรคมนาคมทางตรง ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น The Communications Act of 1934 ยังกำหนดห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของกิจการโทรคมนาคมโดยอ้อมด้วย และในมาตรา 310 (b)(3) ที่ห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของกิจการโดยอ้อมหรือการเข้าควบคุมบริหารจัดการนิติบุคคลที่ถือใบอนุญาตไม่ว่าจะกระทำโดยคนต่างด้าวเอง โดยตัวแทน หรือโดยนิติบุคคลก็ตาม อย่างไรก็ตามก็มีข้อสังเกตบางประการคือ ใบคำขอเพื่อขอรับใบอนุญาตนั้น ไม่อาจใช้พิสูจน์ความเป็นเจ้าของที่แท้จริง อำนาจการควบคุมบริหารจัดการ หรือการเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวได้เลย

มาตรา 310(b)(3) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทุนทั้งหมด เพดานการถือหุ้นดังกล่าวบังคับใช้ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติถือหุ้นโดยผ่านบริษัท โฮลดิ้ง และในกรณีที่บริษัทต่างชาติไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย ตามมาตรานี้ คณะกรรมการประกอบกิจการโทรคมนาคมไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจอนุญาตให้ผู้ประกอบการต่างด้าวถือหุ้นได้เกินสัดส่วนที่กำหนด

นอกจากนี้ การเป็นเจ้าของทางอ้อมหรือการเข้าควบคุมบริหารจัดการบริษัทโดยอ้อมของผู้รับใบอนุญาตที่ออกให้กับผู้ประกอบกิจการในประเทศอยู่แล้ว โดยกระทำผ่านบริษัท โฮลดิ้งตามที่ มาตรา 310 (b) (4) บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 310(b)(4) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงทั้งหมดเกินร้อยละ 25 ของหุ้นทั้งหมด ในกรณีบริษัทดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตทั้งในทางตรงหรือทางอ้อม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี คนต่างด้าวอาจขออนุญาตเพื่อให้ถือหุ้นหรือการมีสิทธิออกเสียงได้เกินกว่าร้อยละ 25 ได้โดยการขออนุญาตจากคณะกรรมการโทรคมนาคมหรือ Federal Communications Commission (FCC) หาก FCC เห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าไม่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ กรณีเช่นนี้ คนต่างด้าวดังกล่าวก็อาจถือหุ้นหรือการมีสิทธิออกเสียงได้ถึง 100 % ได้หาก FCC เห็นว่าการถือหุ้นหรือการมีสิทธิออกเสียงดังกล่าวไม่ขัดต่อผลประโยชน์สาธารณะ²⁴

ทั้งนี้ ตามมาตรา 310 (b)(4) ที่บัญญัติไว้ชัดเจนกว่า มาตรา 310(b)(3) ทำให้มาตรา 310(b)(4) นำมาปรับใช้กับกรณีที่นิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นหรือมีสิทธิออกเสียงในบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ได้รับอนุญาต โดยการถือหุ้นผ่านบริษัทโฮลดิ้งทั้งทางตรงหรือทางอ้อมเพื่อควบคุมอำนาจบริหารจัดการในบริษัทผู้รับอนุญาตดังกล่าว

การควบคุมสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทโฮลดิ้ง กรณีเป็นบริษัทผู้รับใบอนุญาตทั้งทางตรงและทางอ้อม และการควบคุมการถือหุ้นของบริษัทที่มีอำนาจในการควบคุมบริษัทผู้รับใบอนุญาตอีกทอดหนึ่ง FCC ได้ออกแนวทางการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวเพื่อนำมาใช้ในทางปฏิบัติคือ Foreign Ownership Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio Licences เมื่อวันที่ 17 พฤศจิกายน 2547 มีหลักการคำนวณ ดังนี้

หลักที่ 1 การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณ (Multiplier Used) เป็นส่วนหนึ่งของการคำนวณประโยชน์จากความเป็นเจ้าของของบริษัทแม่สัญชาติอเมริกันที่เป็นผู้ขอรับใบอนุญาตหรือเป็นผู้ถือใบอนุญาต ซึ่งคณะกรรมการจะใช้ตัวคูณ (Multiplier) เพื่อหาประโยชน์ที่แน่นอนที่ผู้เป็นเจ้าของจะได้รับ กรณีที่นิติบุคคลนั้น ๆ ถูกถือโดยนิติบุคคลต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งนิติบุคคลหรือมากกว่านั้น ทั้งนี้ การคำนวณหาสัดส่วนการถือหุ้น หรือสิทธิออกเสียงของนักลงทุนต่างด้าวแต่ละรายนั้นต้องคำนวณสัดส่วนดังกล่าวแยกต่างหากจากกัน เพื่อหาสัดส่วนอย่างใดอย่างหนึ่งที่นักลงทุนนั้น ๆ ถือว่าเกินกว่าจำนวน 25% ดังระบุไว้ในมาตรา 310(b)(4) หรือไม่ รวมถึงกรณีของการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นและสิทธิออกเสียงตามมาตรา 310(b)(3) ด้วยโดยสามารถคำนวณได้ 2 รูปแบบ คือ

²⁴ International Bureau, "Foreign Ownership Guidelines For FCC Common Carrier and Aeronautical Radio Licenses," November 17, 2004.

ก) การคำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นทุน (Equity Holding)

การคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นทุน โดยใช้ตัวคูณ (Multiplier) คณะกรรมการจะใช้คำนวณกรณีของการถือหุ้นในบริษัทแม่ที่เป็นผู้ขอรับอนุญาตหรือเป็นผู้ถือใบอนุญาตถูกต้อง โดยนิติบุคคลอื่นอีกทอดหนึ่ง โดยตัวคูณนี้จะนำมาคำนวณตลอดสายของการถือหุ้นตามแนวดิ่ง ไม่ว่าจะบริษัทที่ถูกคำนวณตามแนวดิ่งนั้นจะถูกควบคุมในระดับที่ต่ำกว่าก็ตาม ยกตัวอย่างเช่น บริษัท A ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวร้อยละ 20 และบริษัท A เป็นผู้ถือหุ้นทุนในบริษัท B จำนวนร้อยละ 40 แต่บริษัท A มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติ (De facto Control) ในบริษัท B แม้ว่าบริษัท A จะถือหุ้นทุนเพียงร้อยละ 40 ในบริษัท B ก็ตาม ในกรณีเช่นนี้ การคำนวณสัดส่วนประโยชน์จากความเป็นเจ้าของของคนที่ต่างด้าวที่จัดสรรสู่คนต่างด้าวนั้นจะเท่ากับ 8% เพราะว่า จำนวนร้อยละของ 40% ของหุ้นทุนที่ถูกกระจายอย่างสมเหตุสมผลนั้นเป็นสัดส่วนของการจัดสรรให้แก่คนต่างด้าวในบริษัท A ด้วย ดังนี้ สัดส่วนประโยชน์จากความเป็นเจ้าของของบริษัท A ในบริษัท B ย่อมเท่ากับ 8% โดยนำ 40% ของบริษัท B คูณกับ 20% ของคนต่างด้าวที่ถือหุ้นทุนในบริษัท A ซึ่งการใช้ตัวคูณนี้จะเป็นการลดความเกี่ยวพันกันของสัดส่วนของคนต่างด้าวในบริษัท B ได้อย่างเหมาะสม (โปรดดูตาราง)

ข) การคำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแต่ไม่มีอำนาจการบริหารจัดการ (Non-controlling Voting Interests)

การคำนวณสิทธิออกเสียงของคนต่างด้าวในบริษัทแม่สัญชาติอเมริกันนี้ คณะกรรมการจะใช้ตัวคูณในทุกทอดของการถือหุ้นตามแนวดิ่งแก่หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแต่ไม่มีอำนาจการบริหารจัดการ ดังนั้น ผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแต่ไม่มีอำนาจจัดการอาจลดสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงโดยคนต่างด้าวในแต่ละทอดลงได้ ยกตัวอย่างเช่น หากผู้ถือหุ้นต่างด้าวหลายรายซึ่งไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการ (Non-controlling voting interests) ถือหุ้นในบริษัท A ร้อยละ 30 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท โดยที่บริษัท A ถือหุ้นโดยไม่มีอำนาจบริหารในบริษัท B ร้อยละ 40 สัดส่วนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของต่างชาติในบริษัท B ผู้ได้รับอนุญาตจะเท่ากับร้อยละ 12²⁵

²⁵ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และสุเมิพร ทวรรณกุล, “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย,” เอกสารการสัมมนาวิชาการเรื่องสู่ความชัดเจนในระยะเบียบขรรมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากกรณีการขายหุ้นชินคอร์ปอเรชั่น เสนอที่โรงแรมอิมพีเรียล ควีนส์ ปาร์ค วันที่ 25 สิงหาคม 2549.

หลักที่ 2 การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยไม่ใช้ตัวคูณ
(Multiplier not used) ดังนี้

การคำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและมีอำนาจในการบริหารจัดการ
(Controlling Voting Interests)

การคำนวณหาสัดส่วนของการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและมีอำนาจในการบริหารจัดการ
นั้น คณะกรรมการจะไม่คำนวณโดยใช้ตัวคูณในทุกลำดับชั้นของการถือหุ้นตามแนวดิ่ง เป็นผลให้ผู้
ถือหุ้นต่างด้าวที่ถือหุ้นที่มีอำนาจบริหารจัดการนี้ถือว่าเป็นผู้ถือหุ้นทั้งหมดของการถือหุ้นในระดับ
ต่ำลงไป ยกตัวอย่างเช่น หากบริษัท A ถือหุ้นที่ไม่มีอำนาจบริหารจัดการโดยคนต่างด้าวจำนวน
20% และถือหุ้นที่มีอำนาจบริหารจัดการในทางปฏิบัติจำนวน 40% ในบริษัท B การคำนวณสัดส่วน
การถือหุ้นที่มีสิทธิการบริหารจัดการของบริษัท A ในบริษัท B จะเท่ากับสัดส่วนการถือหุ้นของคน
ต่างด้าวในบริษัท A จำนวน 20% เพราะถือว่ากรณีเช่นนี้ การถือหุ้นของบริษัท A ในบริษัท B จะ
เท่ากับ 100% สัดส่วนการถือหุ้นที่มีอำนาจบริหารจัดการของบริษัท A ในบริษัท B จึงเท่ากับ 20%
คูณกับ 100%

นอกจากนี้ ตาม Foreign Ownership Guidelines for FCC Common Carrier and
Aeronautical Radio Licences มิได้พิจารณาเฉพาะความเป็นเจ้าของจากสัดส่วนการถือหุ้นทุน
ประกอบกับสิทธิออกเสียงแต่เพียงอย่างเดียว หากยังพิจารณาถึงอำนาจควบคุมของนักลงทุนต่าง
ชาวนั้น ๆ ในการประกอบกิจการด้วยว่า คนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมเหนือบริษัทสัญชาติอเมริกัน
อย่างไร ซึ่งนิยามคำว่า “อำนาจการควบคุม” (Control) ตาม The Communications Act of 1934
หมายความรวมถึงอำนาจการควบคุมทุกรูปแบบ ทั้งอำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติ, ทางกฎหมาย
ทางตรงหรือทางอ้อม โดยแบ่งเป็น

- อำนาจการควบคุมในทางกฎหมาย (De Jure Control)

อำนาจการควบคุมในทางกฎหมาย (De Jure Control) จะพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มี
สิทธิออกเสียงของคนต่างชาตินั้นว่าเกินกว่าร้อยละ 50 หรือไม่

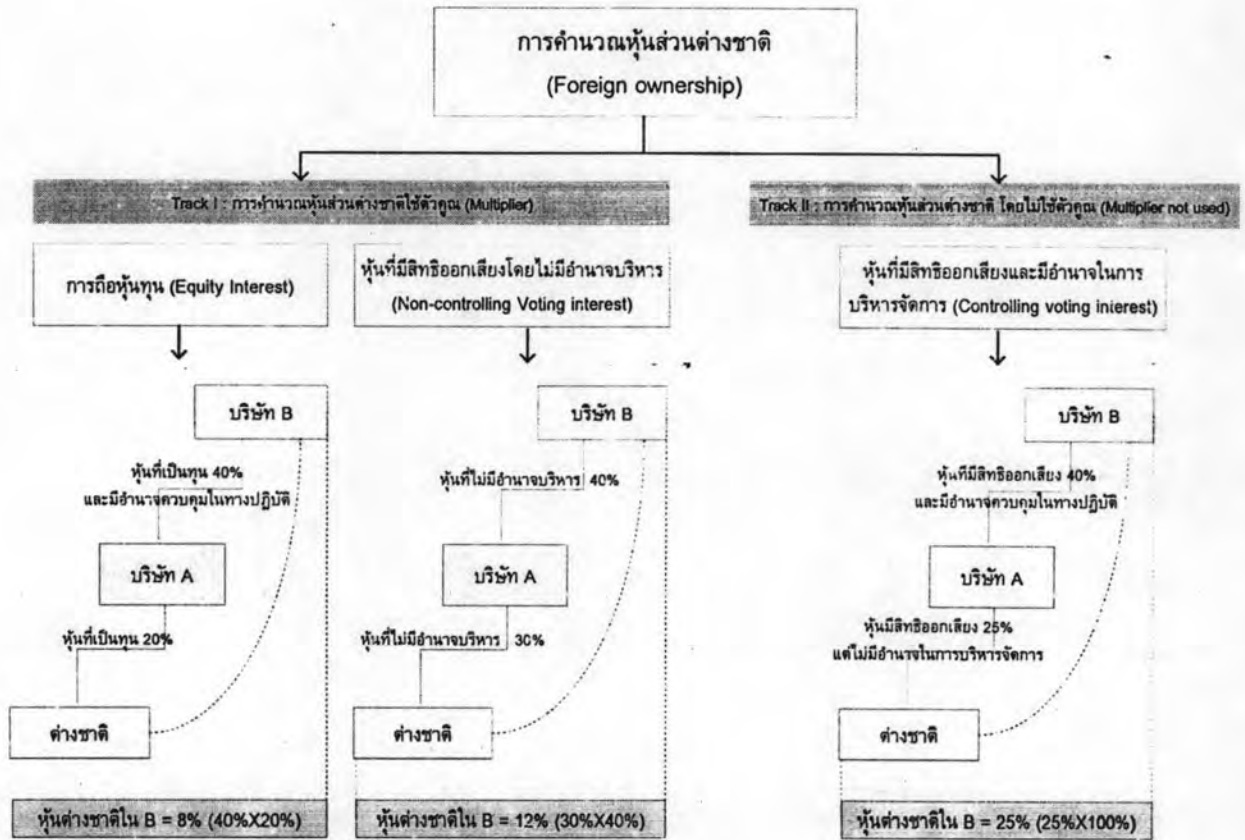
- อำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติ (De facto control)

อำนาจควบคุมในทางปฏิบัติ (De Facto Control) นั้น ข้อมต้องเกี่ยวข้องกับข้อเท็จจริงที่
ปรากฏเป็นสำคัญ การพิจารณาอำนาจควบคุมในกรณีนี้ จึงค่อนข้างสลับซับซ้อนมากกว่ากรณีของ

อำนาจควบคุมในทางกฎหมาย ดังนี้ การพิจารณาดังกล่าวจึงต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ทั้งนี้⁸²
องค์ประกอบที่นำมาใช้พิจารณาอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติ 6 ประการ คือ

- สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการในแต่ละวัน
- สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบาย การจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาต
- สัญชาติของผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้าง ค่าการจัดการ และการยกเลิกการจ้างพนักงาน
- สัญชาติของผู้จ่ายเงินสำหรับข้อผูกพันทางการเงิน รวมถึงค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่นอกเหนือจากค่าดำเนินการ
- สัญชาติของผู้ได้รับเงินและผลกำไรจากการดำเนินงาน
- สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท

แนวทางการคำนวณการถือหุ้นของต่างชาติของผู้ให้บริการกิจการโทรคมนาคม
ตาม Communications Act of 1934 ของสหรัฐอเมริกา



ที่มา เอกสารการสัมมนาวิชาการเรื่อง “สู่ความชัดเจนในระเบียบขรรมาภิบาล: ประเด็นสืบเนื่องจากการขายหุ้นชิน คอร์ปอเรชั่น” ในหัวข้อ “การประกอบกิจการของบริษัทต่างชาติในประเทศไทย”

จากบทบัญญัติที่กล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกา มิได้บัญญัติถึงความผิดกรณีการเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางไว้ ทว่า การนิยามความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ใน The Communications Act of 1934 ได้บัญญัติไว้ชัดเจนถึงการห้ามตัวแทนของคนต่างด้าว รวมทั้งนิติบุคคลต่างด้าวและตัวแทนของรัฐบาลต่างด้าวให้หมายความรวมถึงคนต่างด้าวด้วย ตามมาตรา 310 (b) (1) (2) (3) ซึ่งกำหนดไว้ชัดเจนว่าห้ามการถือหรือเป็นเจ้าของ หรือเข้าควบคุมจัดการตามใบอนุญาต โดยตัวแทนของคนต่างด้าว โดยระบุห้ามการกระทำโดยอ้อมไม่ว่าจะเป็นการถือหุ้น การใช้อำนาจบริหารจัดการ ทั้งที่กระทำผ่านตัวแทนหรือกระทำผ่านนิติบุคคล ซึ่งทำให้การกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในกิจการโทรคมนาคมมีความชัดเจน อันแตกต่างกับกรณีตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทยที่ปรากฏปัญหาในปัจจุบัน คือ ปัญหาการตีความคำว่า “คนต่างด้าว” ว่าจะ

หมายความรวมถึงคนต่างด้าวที่ถือหุ้นทางอ้อมในนิติบุคคลไทยเพื่อประกอบกิจการที่ต้องห้าม ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวหรือไม่ ทั้งนี้ ปัญหาการตีความเช่นว่านั้น มีความเกี่ยวข้องกับความคิดริเริ่มเป็นผู้ถือหุ้นอำพรางด้วย เพราะหาก การถือหุ้นทางอ้อมไม่รวมถึงการเป็นคนต่างด้าวแล้ว การกระทำลักษณะดังกล่าวก็จะไม่ถูกตีความ ว่าเป็นการถือหุ้นอำพราง อันเกิดเป็นปัญหาในการบังคับใช้ความผิดฐานการเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง หรือกลับกันที่จะเอาผิดกับคนต่างด้าวที่เป็นผู้ใช้ให้คนไทยทำการถือหุ้นแทน ตามมาตรา 36 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อีกด้วย

1.1.3 กรณีของ Enron

Enron เป็นบริษัทค้าพลังงานที่ก่อตั้งในประเทศสหรัฐอเมริกา และเป็นบริษัทสัญชาติอเมริกันที่ดำเนินกิจการเกี่ยวกับก๊าซธรรมชาติและน้ำมันเป็นหลัก โดยเริ่มต้นธุรกิจจากการเป็นบริษัทผู้ขุดเจาะน้ำมัน ในลักษณะของการเป็นเจ้าของกิจการและดำเนินการขุดเจาะน้ำมัน และดำเนินธุรกิจด้านซื้อขายแก๊สและน้ำมันขายให้โรงไฟฟ้าโดยการทำสัญญาซื้อขายระยะยาว เช่น 10–30 ปี รายได้ส่วนใหญ่มาจากธุรกิจสำรวจและผลิตในต่างประเทศ ส่วนผลประกอบการในประเทศ ติดลบเพราะราคาน้ำมันและก๊าซที่ขึ้นลงอย่างรวดเร็ว²⁶

ตั้งแต่ปี 1983 ตลาดซื้อขายสินค้าล่วงหน้า (Commodity market) ของนิวยอร์กเริ่มยอมให้ค้าน้ำมันล่วงหน้า ซึ่งในช่วงแรกยังต้องมีการส่งมอบ คือต้องมีสินค้าจริงอยู่ในมือเพื่อการส่งมอบได้ เมื่อถึงวันครบสัญญา แต่ต่อมาได้พัฒนาเป็นเรื่องการซื้อขายสัญญาที่สามารถต่ออายุครบกำหนดของตราสารอนุพันธ์ได้เมื่อครบวัน (Option) หรือสามารถซื้อประกันความเสี่ยงพร้อม ๆ กันไปในตัว โดยการทำสัญญาทั้งซื้อและขายพร้อม ๆ กันเพื่อประกันความเสี่ยงและลดขนาดทุนให้อยู่ในเพดานที่รับได้ ด้วยเหตุนี้ Enron จึงได้เปลี่ยนยุทธศาสตร์ในการทำธุรกิจจากการขายก๊าซให้โรงไฟฟ้าที่ถูกควบคุมราคาโดยรัฐ แต่มาจับตลาดซื้อขายล่วงหน้าโดยการเป็นคนกลางเสียเอง ด้วยการตั้งธนาคารแก๊ส (Gas Bank) ขึ้นมาในปี 1989 และเปลี่ยนธุรกิจของตนมาเป็นเหมือนกับธนาคารเพื่อการลงทุนหรือบริษัทหลักทรัพย์ เพราะทำรายได้มากกว่าและเร็วกว่า²⁷

²⁶ กมล กมลตระกูล, บริษัทช้อลกลโกงข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ขอคิด ด้วยคน, 2548), หน้า54.

²⁷ กมล กมลตระกูล, บริษัทช้อลกลโกงข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ขอคิด ด้วยคน, 2548), หน้า55.

โดยสรุป คือ Enron ได้เปลี่ยนประเภทธุรกิจหลักจากบริษัทเจ้าของบ่อน้ำมัน และเจ้าของ ก๊าซ รวมถึงท่อส่งก๊าซ มาเป็นธุรกิจการเป็นนายหน้าหรือคนกลางและการเป็นเจ้าของสิทธิใน สัญญาซื้อขาย และส่งมอบล่วงหน้าด้วยการทำธุรกรรมในผลิตภัณฑ์ทางการเงินกว่า 1,800 ผลิตภัณฑ์หรือกว่า 1,800 สัญญาในประเภทผลิตภัณฑ์ต่าง ๆ กัน และเป็นการทำธุรกรรมผ่าน เงินตราต่างประเทศถึง 13 สกุล²⁸

ด้วยเหตุนี้ Enron จึงจำเป็นต้องเพิ่มความเข้มแข็งทางการบัญชีในการขยายธุรกรรม ต่าง ๆ รวมไปถึงการใช้ยุทธวิธีทางการบัญชีเพื่อสร้างอันดับความน่าเชื่อถือ (Credit rating) เพราะอันดับความน่าเชื่อถือนี้ จะเป็นตัวบ่งชี้ถึงต้นทุนทางการเงินของ Enron และส่งผลกระทบต่อ การตัดสินใจของนักลงทุนในที่สุด ซึ่งตัวเลขรายรับระดับสูง รวมถึงการหลีกเลี่ยงกระบวนการทาง บัญชีในงบการเงินของ Enron นั้นมีที่มาจากระบบบริหารจัดการที่มุ่งต่อการรักษาอันดับความ น่าเชื่อถือ (Credit rating) ขององค์กรไว้²⁹

อย่างไรก็ตาม Enron ได้ใช้กลยุทธ์การตั้งบริษัทหุ้นส่วน บริษัทเพื่อกิจการพิเศษ (Special Purpose Entities: SPEs) และบริษัทหุ้นส่วนร่วมทุน (Joint Ventures) ซึ่งโครงสร้างของแหล่ง เงินทุนของ SPEs จะมาจากการกู้ยืมจำนวน 97% และมีสัดส่วนของหุ้นอันเป็นทุนจำนวน 3% โดย กลยุทธ์ดังกล่าวนี้ Enron จะเป็นผู้ให้กู้ยืมแก่ SPEs ในการตั้ง SPEs ขึ้นมาเป็นจำนวนประมาณ 97% ของเงินทุนทั้งหมดของบริษัท ส่วนอีก 3% จะเป็นของผู้ถือหุ้นอื่น ๆ และเมื่อ Enron ให้ SPEs กู้ยืม เงินไปแล้ว แทนที่จะเป็นการออกสัญญากู้และลงรายการทางบัญชีว่าเป็นการกู้ยืมเงิน แต่ Enron นำ ธุรกรรมดังกล่าวมาออกเป็นตราสารอนุพันธ์ (Total Return Swap)* แล้วให้ SPEs ซื้อตราสาร อนุพันธ์นี้ไป ซึ่งทำให้ Enron ยังคงไว้ซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินไว้ได้อย่างสูงที่สุด เพราะการ ลงรายการทางบัญชีของ Enron จะเป็นการลงรายการ “ขาย” ไม่ใช่ค่าใช้จ่ายหรือหนี้จากการให้

²⁸ Andrew Cornford, “Enron and Internationally Agreed Principles for Corporate Governance and the Financial Sector,” *G-24 Discussion Paper Series No.30* (June 2004): p.1-2, Available from: http://www.unctad.org/en/docs/gdsmdpbg2420046_en.pdf.

²⁹ Andrew Cornford, “Enron and Internationally Agreed Principles for Corporate Governance and the Financial Sector,” *G-24 Discussion Paper Series No.30* (June 2004): p.1-2, Available from: http://www.unctad.org/en/docs/gdsmdpbg2420046_en.pdf.

* Total Return Swap เป็นตราสารอนุพันธ์ชนิดหนึ่ง ซึ่งเจ้าหนี้ผู้ถือตราสารออกให้แก่ บุคคลอื่น โดยผู้ ออกสัญญาว่าจะทำการส่งมอบผลตอบแทนอันเกิดจากมูลหนี้ซึ่งผูกพันอยู่กับตราสารนี้ทั้งหมด (เงินต้น ดอกเบี้ย กำไร/ขาดทุน จากราคาที่เปลี่ยนของเงินกู้ และอื่นๆ) ให้แก่ผู้ถือตราสารนี้ โดยผู้ถือตราสารสัญญาว่าจะจ่าย ผลตอบแทนให้แก่ ผู้ถือตราสารนี้เป็นจำนวน X% ของมูลค่าหนี้ที่ผูกพันอยู่กับตราสารนี้

SPEs กู้ยืมไป ในขณะที่ความเสี่ยงจากการเป็นเจ้าของสินทรัพย์และความผูกพันในหนี้ของสินทรัพย์ดังกล่าวถูกคำนวณเป็นต้นทุนทางการเงินของ SPEs ในรูปของตราสารอนุพันธ์ดังกล่าวด้วยเหตุนี้ ธุรกรรมดังกล่าวส่งผลให้การลงมูลค่าทางบัญชีของ Enron ในการให้ SPEs กู้ยืมเงิน จึงกลายเป็นรายรับในการขายตราสารอนุพันธ์แทน³⁰

ยกตัวอย่างเช่น กรณี Whitewing คือ Enron จะกู้เงินจากเครื่องซีดีกรุป เป็นเงิน 579 ล้านดอลลาร์ และใช้ Whitewing ระดมทุนจากบริษัทในเครือของตน และลูกค้าของซีดีกรุปอีกจำนวน 500 ล้านดอลลาร์ เมื่อกู้มาได้แล้ว ก็จะทำให้ Whitewing นำเงินจำนวนดังกล่าวจำนวน 1 พันล้านไปซื้อหุ้นบุริมสิทธิของ Enron เป็นการรับประกันเงินกู้ด้วยหุ้นนี้ และอีกจำนวน 79 ล้านดอลลาร์จะใช้เป็นเงินทุนสำรองสำหรับการจ่ายค่าดอกเบี้ย ค่าป่วยการ และผลตอบแทนให้แก่ผู้ให้กู้ โดยวิธีการดังกล่าว บัญชีของ Enron จะแสดงตัวเลข 500 ล้านดอลลาร์ เป็นทรัพย์สินที่ลงทุนในบริษัทร่วมทุน มิใช่หนี้สินอย่างที่ควรจะเป็น ส่วนเงินที่เหลือ 500 ล้านดอลลาร์ Whitewing ก็จะนำเงินมาซื้อทรัพย์สิน หรือกิจการสาขาต่าง ๆ ของ Enron ทำให้รายได้ในบัญชีของ Enron เพิ่มขึ้นจากการขายสินทรัพย์อีก³¹

Enron ได้ใช้วิธีการเดียวกันนี้ ซ้ำแล้วซ้ำอีกในชื่อต่าง ๆ วนเวียนสร้างตัวเลขแบบนี้ เช่น โครงการ Osprey, Rawhide, Choctaw และ Zephyrus เป็นต้น³²

กลยุทธ์ดังกล่าว เป็นการใช้บริษัทในเครือ บริษัทย่อย ที่มีอยู่เป็นจำนวนมากของ Enron ในการสร้างรายได้ทางบัญชี ทั้งที่ความเป็นจริงแล้ว สิ่งที่เกิดขึ้น คือ การก่อหนี้ของ Enron และถือเป็นหนี้สินของ Enron กลยุทธ์ดังกล่าว ส่งผลให้ Enron เป็นบริษัทที่มีผลประกอบการดีมาก มีสัดส่วนหนี้สินเป็นจำนวนน้อย แต่ทำกำไรได้มาก ทำให้ Enron ได้รับการจัดอันดับความน่าเชื่อถือ (Credit

³⁰The staff of the joint committee of taxation, "Report of investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues, and policy recommendations volume 1: report," (February 2003), Available from <http://www.gpo.gov/congress/joint/jcs-3-03/vol1/070-087.pdf>

³¹ The staff of the joint committee of taxation, "Report of investigation of Enron Corporation and related entities regarding federal tax and compensation issues, and policy recommendations volume 1: report," (February 2003), Available from: <http://www.gpo.gov/congress/joint/jcs-3-03/vol1/index.html>.

³² กมล กมลตระกูล, บริษัทช้อฉลกโกงข้ามชาติ, พิมพ์ครั้งที่ 1(กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ขอคิด ด้วยคน, 2548), หน้า65.

Rating) ในลำดับสูงส่งผลให้นักลงทุนตัดสินใจเข้าลงทุนใน Enron อันเป็นการกระทำที่จ้องใจ แสดงข้อมูลอันเป็นเท็จให้นักลงทุนทราบ

สรุป คือ Enron ใช้วิธีการให้บริษัทในเครือ หรือบริษัทย่อยของตน หรือที่เรียกว่า บริษัทที่จัดเพื่อกิจการพิเศษ (Special Purpose Entities: SPEs) ทำธุรกรรมในการก่อกำหนดหนี้สินแทนตน โดยใช้หลักการบัญชี ด้วยการให้บริษัทในเครือกู้ยืมเงินเพื่อไปซื้อตราสารอนุพันธ์ของ Enron เอง ส่งผลให้เงินกู้ที่ Enron ไปกู้ยืมมาจากกลุ่มธนาคารนั้น ถูกลงบัญชีในรูปของรายได้ มิใช่หนี้สิน ทั้งที่ความเป็นจริงแล้ว เงินจำนวนดังกล่าว ก็ถูกถ่ายเทไปยังบริษัทในเครือของ Enron เช่นกรณีของ Whitewing ซึ่งวัตถุประสงค์ของการกระทำดังกล่าวของ Enron ก็เพื่อให้บริษัทมีผลประกอบการที่ดี เมื่อส่วนที่ควรจะเป็นหนี้สินหรือต้นทุนค่าใช้จ่ายกลับกลายเป็นรายได้ และธุรกรรมที่ Enron ทำส่วนใหญ่ก็อยู่ในลักษณะดังกล่าว ส่งผลให้บริษัท Enron มีรายได้มาก แต่มีหนี้สินน้อย ผลประกอบการจึงอยู่ในเกณฑ์ที่ดีมาก ส่งผลต่อราคาหลักทรัพย์ของ Enron ในตลาดหลักทรัพย์ และทำให้มีผู้ลงทุนจำนวนมากเข้าซื้อหลักทรัพย์ของ Enron

กล่าวได้ว่า Enron ได้ใช้บริษัทในเครือของตน ทำการถือหุ้นแทนตน เพื่อวัตถุประสงค์ในการตกแต่งบัญชีของบริษัท โดยใช้บริษัทในเครือเหล่านั้น เป็นผู้ถือส่วนที่เป็นหนี้สินที่แท้จริงของ Enron เอง ด้วยการใช้ประโยชน์จากหลักความเป็นนิติบุคคล ซึ่งกรณีของ Enron นี้ อาจเทียบเคียงกับปัญหาเรื่องการถือหุ้นอำพรางได้ว่า SPEs ที่ทำการถือตราสารอนุพันธ์ที่เป็นการขายสินทรัพย์ของ Enron ให้ SPEs ถือไว้แล้วทำธุรกรรมผ่านตราสารอนุพันธ์ในลักษณะดังกล่าวว่าเป็นการถือหุ้นอำพรางให้แก่ Enron แต่การถือหุ้นอำพรางนี้ ไม่ใช่การถือหุ้นอำพรางในบริบทเดียวกับกรณีที่ผู้วิจัยได้มุ่งจะศึกษา กล่าวคือ การถือหุ้นอำพรางในกรณีของ Enron มีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกับกรณีการถือหุ้นอำพรางที่ปรากฏในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของซินคอร์ป ซึ่งเป็นการถือหุ้นอำพรางโดยมีวัตถุประสงค์ให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ โดยมีได้มุ่งหมายจะฉ้อฉลผู้ถือหุ้นเพื่อสร้างมูลค่าทางบัญชีที่เกินจริง โดยตัวผู้บริหารมุ่งหวังจะกอบโกยผลประโยชน์จากการทำธุรกรรมต่าง ๆ ของบริษัทหรือเพื่อสร้างให้บริษัทมีความน่าเชื่อถือเพื่อดึงดูดนักลงทุนให้เข้ามาลงทุน ในขณะที่บริษัทก็ให้ข้อมูลที่ผิดจากความเป็นจริงอันเป็นเหตุให้นักลงทุนที่เข้าถือหุ้นจำนวนมากของ Enron ต้องเสียหายเหมือนเช่นกรณีของ Enron แต่การถือหุ้นอำพรางที่ปรากฏในประเทศไทย เป็นลักษณะของการช่วยเหลือหรือให้การสนับสนุนหรือกระทำการแทนคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจโดยตรง วัตถุประสงค์ในผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวมุ่งประสงค์จะได้รับจากการถือหุ้นอำพราง ก็คือประโยชน์โดยตรงในการประกอบธุรกิจซึ่งแตกต่างกันกับกรณีของ Enron

1.2 มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศเกาหลีใต้

ตามกฎหมายของประเทศเกาหลีใต้ ส่วนที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของต่างชาติประกอบไปด้วยกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ได้แก่

- The Foreign Investment Promotion Act (FIPA)
- The Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act
- The Enforcement Regulations of the Foreign Investment Promotion Act
- Regulations on Foreign Investment and Technology Inducement
- Regulations on Tax Reductions or Exemptions for Foreign Investors
- Special Tax Treatment Control Act (Chapter V)³³

กฎหมายที่เป็นบทหลักเกี่ยวกับการควบคุมการลงทุนของต่างชาติ คือ The Foreign Investment Promotion Act 1998 (FIPA) ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมในปี 2005 เป็นฉบับล่าสุด จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้วิจัยพบว่า FIPA รวมถึงกฎหมายที่เป็นบทบัญญัติเพิ่มเติมเกี่ยวกับรายละเอียดของ FIPA เพื่อประโยชน์การบังคับใช้ คือ The Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act โดยบทบัญญัติเพิ่มเติมดังกล่าวก็ได้บัญญัติห้ามการถือหุ้นอำพราง (Nominee) ไว้แต่อย่างใด

1.2.1 การลงทุนภายใต้กฎหมาย FIPA

กฎหมาย FIPA ใช้บังคับเฉพาะการลงทุนของคนต่างด้าวที่เป็นการลงทุนทางตรง (FDI) เท่านั้น โดยคนต่างด้าวตามมาตรา 2.1.1³⁴ ได้แก่

- บุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติเกาหลี
- นิติบุคคลต่างด้าวที่จัดตั้งภายใต้กฎหมายอื่น
- องค์การความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ ได้แก่
 - ตัวแทนด้านความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศเพื่อรัฐบาลต่างประเทศ

³³ A guide to foreign direct investment in Korea (2006 edition), Available from: www.mocie.go.kr

³⁴ Article 2.1.1 of FIPA

- องค์กรหรือตัวแทนที่ให้บริการด้านการเงินเพื่อการพัฒนา เช่น International Bank for Reconstruction and Development (IBRD), the International Finance Corporation (IFC), the Asian Development Bank (ADB) เป็นต้น³⁵

วิธีการสำหรับการลงทุนทางตรงภายใต้กฎหมาย FIPA ตามมาตรา 2.1.4.1 และมาตรา 2.1.4.2 มีดังนี้ คือ

(1) การซื้อหุ้นหรือการลงทุนในนิติบุคคลเกาหลี โดยคนต่างด้าวที่เข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานด้วย หรือบริษัทที่ดำเนินงานโดยคนเกาหลีเพื่อการดำเนินงานระยะยาว โดยคนต่างด้าวที่เข้ามามีส่วนร่วมในการบริหารงานด้วย (Acquisition of Stocks or Equity of Domestic Companies)³⁶ และประกอบด้วยองค์ประกอบ ดังต่อไปนี้

- จำนวนเงินที่คนต่างด้าวจะต้องลงทุนขั้นต่ำคือ 50 ล้านวอน หรือกรณีที่คนต่างด้าวตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไปเข้าร่วมลงทุน แต่ละฝ่ายจะต้องลงเงินลงทุนเป็นจำนวนฝ่ายละไม่ต่ำกว่า 50 ล้านวอน³⁷
- คนต่างด้าวเข้าเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่ออกโดยนิติบุคคลเกาหลีหรือบริษัทที่ดำเนินงาน โดยคนเกาหลีเพื่อการดำเนินงานระยะยาวเป็นสัดส่วนร้อยละ 10 หรือมากกว่านั้น หรือเป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดเป็นสัดส่วนร้อยละ 10 ของหุ้นทั้งหมดในนิติบุคคลเกาหลี หรือบริษัทที่ดำเนินงาน โดยคนเกาหลี³⁸ หรือ
- กรณีที่คนต่างด้าวเข้าเป็นเจ้าของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงที่ออกโดยนิติบุคคลเกาหลีหรือบริษัทที่ดำเนินงาน โดยคนเกาหลีเพื่อการดำเนินงานระยะยาวเป็นสัดส่วนต่ำกว่าร้อยละ 10 หรือเป็นเจ้าของหุ้นทั้งหมดเป็นสัดส่วนต่ำกว่าร้อยละ 10 ของหุ้นทั้งหมดในนิติบุคคลเกาหลี หรือบริษัทที่ดำเนินงาน โดยคนเกาหลี แต่ได้มีการทำสัญญา ดังต่อไปนี้
 - สัญญาเกี่ยวกับการแต่งตั้งหรือถอดถอนเจ้าหน้าที่ของบริษัท ซึ่งเจ้าหน้าที่ตามกรณีนี้หมายถึงเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่อันสำคัญเกี่ยวกับการบริหารงานของบริษัท การมีอำนาจตัดสินใจในกระบวนการดำเนินงานของบริษัท

³⁵ Economic laws on Foreign Investment in Korea (2006 edition) Vol. I, (Seoul: Ministry of Government Legislation, 2006), p.138-139.

³⁶ Article 2.1.4.1 of FIPA

³⁷ Article 2.2 of FIPA

³⁸ Article 2.2.1 of the Enforcement Decree

เช่น กรรมการบริหาร, ผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคล, หุ้นส่วนที่ไม่จำกัดความรับผิด หรือตำแหน่งที่มีหน้าที่เทียบเท่ากันนี้

- สัญญาที่มีข้อกำหนดหรือข้อตกลงด้านการแนะนำเทคโนโลยีหรือการให้ความร่วมมือด้านการวิจัยและพัฒนาเทคโนโลยี
- สัญญาที่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดหาหรือจัดซื้อผลิตภัณฑ์หรือวัตถุดิบเพื่อการผลิตที่มีอายุสัญญามากกว่า 1 ปีขึ้นไป

(2) การให้กู้ยืมเงินระยะยาว (Long-Term Loans)³⁹ ซึ่งเป็นกรณีที่มีการทำสัญญาให้กู้ยืมเงินที่มีกำหนดเวลาใช้คืน 5 ปีหรือมากกว่านั้นแก่บริษัทเกาหลีที่เป็นผู้รับการลงทุนจากคนต่างด้าว (Foreign-invested Company) โดยเงินที่ให้กู้ยืมนั้นได้รับมาจากบริษัทแม่ที่อยู่ในต่างประเทศหรือโดยบริษัทที่ได้รับการสนับสนุนเงินลงทุนจากบริษัทแม่ในต่างประเทศ⁴⁰

บริษัทใดก็ตามที่มีความสัมพันธ์ด้านการเงินกับบริษัทแม่ที่ลงทุนในบริษัทรับการลงทุนสัญชาติเกาหลี หมายถึง (1) บริษัทที่มีบริษัทแม่ในต่างประเทศถือหุ้นหรือส่วนของทุนตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไปของหุ้นหรือทุนทั้งหมดของบริษัท หรือ (2) บริษัทเกาหลีที่รับการลงทุนนั้นถือหุ้นโดยบริษัทโฮลดิ้งในต่างประเทศตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป และบริษัทนั้นถือหุ้นหรือทุนในบริษัทโฮลดิ้งนั้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 10 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดของบริษัทโฮลดิ้งนั้น และหรือบริษัทนั้นถือหุ้นหรือทุนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 50 ขึ้นไปโดยบริษัทโฮลดิ้งในต่างประเทศอีกทอดหนึ่ง (Article 2(3), Enforcement Decree of the Foreign Investment Promotion Act)

ดังได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าวิธีการการลงทุนทางตรง (FDI) ในประเทศเกาหลีได้นั้น ตามนิยามใน Article 2.1.4.1 เป็นการลงทุน โดยการเข้าซื้อหุ้นในนิติบุคคลเกาหลี ซึ่งตามกฎหมาย FIPA นั้นยังได้แบ่งวิธีการซื้อหุ้นออกเป็น

(1) การซื้อหุ้นที่ออกใหม่ (FDI through Acquisition of Newly Issued Stocks)⁴¹ ซึ่งเป็นกรณีที่การเข้ามาลงทุนนั้นทำโดยการก่อตั้งบริษัทใหม่ขึ้นมา โดยเป็นบริษัทสาขาหรือเป็นกิจการร่วมค้ากับนิติบุคคลเกาหลีหรือการซื้อหุ้นเพิ่มทุนของนิติบุคคลเกาหลี

คนต่างด้าวที่ประสงค์จะซื้อหุ้นที่ออกใหม่นี้ ต้องแจ้งเป็นรายงานต่อกระทรวงพาณิชย์อุตสาหกรรมและพลังงาน (MOCIE: Ministry Of Commerce, Industry and Energy) ล่วงหน้าก่อน

³⁹ Article 2.1.4.2 of FIPA

⁴⁰ Article 2.3 of the FIPA Enforcement Decree

⁴¹ Article 5 of the FIPA

ทำการซื้อ รวมถึงในกรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ ของข้อมูลที่แจ้งไว้ในรายงาน และ ข้อมูลเกี่ยวกับจำนวนเงินลงทุนและสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว เมื่อรายงานไปยัง MOCIE แล้ว ทาง MOCIE จะต้องออกใบรับรองว่าได้มีการแจ้งรายงานการลงทุนแล้ว (A certificate of completion of report) โดยเร็ว

(2) การซื้อหุ้นที่ออกไว้อยู่แล้ว (Foreign Investment by Means of Purchasing Existing Stocks)⁴² โดยนักลงทุนต่างด้าวรวมถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องพันเป็นพิเศษกับคนต่างด้าวในนิติบุคคล เภทลที่ดำเนินธุรกิจผ่านตลาดภายในประเทศ โดยการลงทุนในลักษณะนี้เป็นการทำธุรกรรม โดยตรงระหว่างนักลงทุนต่างด้าวและผู้ถือหุ้นภายในประเทศจะทำการซื้อหุ้นที่มีอยู่ในตลาด หลักทรัพย์เป็นสัดส่วนร้อยละ 10 หรือมากกว่านั้น

คนต่างด้าวที่ประสงค์จะซื้อหุ้นที่ออกไว้อยู่แล้วนี้จะต้องแจ้งเป็นรายงานไปยังกระทรวง พาณิชย ์ อุตสาหกรรมและพลังงาน (MOCIE: Ministry Of Commerce, Industry and Energy) ล่วงหน้าก่อนทำการซื้อ ในกรณีที่มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงใด ๆ อันเกี่ยวกับการลงทุนประเภทนี้ นัก ลงทุนต่างด้าวจะต้องแจ้งรายงานถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงนั้นไปยัง MOCIE ด้วย เช่น การ เปลี่ยนแปลงสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว

อย่างไรก็ดี หากเป็นการเข้าซื้อหุ้นในอุตสาหกรรมที่สงวนไว้ (Defense Industry) คนต่าง ด้าวนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจาก MOCIE ก่อนทำการเข้าซื้อหุ้นที่ออกไว้อยู่แล้วนั้น ซึ่งเมื่อได้รับคำ ขอบจากคนต่างด้าวแล้ว ทาง MOCIE จะต้องพิจารณาคำขอมว่าจะอนุญาตหรือไม่และแจ้งผลการ พิจารณาภายในเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ การอนุญาตนั้น ทาง MOCIE จะกำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในการ อนุญาตนั้นก็ได้ ในกรณีที่บุคคลใดซื้อหุ้นที่ออกอยู่แล้วนั้นในประเภทอุตสาหกรรมที่สงวนไว้ (Defense Industry) (โปรดดูตารางประเภทธุรกิจที่ถือเป็น Defense Industry) โดยฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ บุคคลดังกล่าวจะไม่มีสิทธิถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในหุ้นที่ออกอยู่แล้วนั้น ทั้งนี้รัฐมนตรีมีอำนาจ และอาจสั่งให้บุคคลเช่นว่านั้นให้โอนหุ้นที่มีอยู่ให้แก่บุคคลที่สามตามที่รัฐมนตรีกำหนด

⁴² Article 7 of the Enforcement Decree of FIPA

Companies in defense industry of Korea

Classifications	Companies
Companies producing special defense materials *1 (58)	Kangnam Inc., Kumho Tire, WIA Corporation, Kukje Electronics, Raycom Korea Co., Ltd., Korean Air Lines, Tongyang Steel, Daeyang Electrics, Daeyoung Electronics, Daewoo Electronics, Daewoo Precision Industry, Daewoo Heavy Industry, Daewoo Telecom, Tongmyung Heavy Industry, Doowon Heavy Industry, Doorae Air Metal, V.E.S.K., Seoul Engineering, Samgong Products, Seoul Chassis, Samsung Electronics, Samsung Air, Samyang Chemistry, Ssangyong Heavy Industry, Saetbang High-Tech, Unsong Inc., KIA Motors, Yumhap Precision, Oriental Industry, E.T.I. Korea Co., Ltd., LG Wire, LG Precision, Jeil Precision, Jinyang Industry, Changwon Steel, Chouji Industry, Techraf Inc., Taesan Precision, Tongil Heavy Industry, POSCO, Pyongwha Industry, Pungsan Inc., Hankook Fiber, Hanjin Heavy Industry, Hanwha Inc., Hamwha Machinery, Hankook Optics, Hankook Heavy Industry, Hankook Communications, Hanil Iron, Hyupjin Precision, Hyundai Space and Aviation, Hyundai Precision, Hyundai Heavy Industry, Korea Takoma, Korea Aerospace Industries, Ltd., Samsung-Thomson CSF, Korea DTS, Mando Corporation
Companies producing general defense materials *2 (25)	Kia Precision, Kwanglim, Kookje Machinery, National Plastics, Nowoo Electronics, Daemyung Inc., Tongjin Electrics, Daedong Gear, Daeshin Metal, Daewon Steel, Daehung Machinery, Tongyang Lining, Samjung Turbine, Suwon Pipe Inc., Samwoo Metal, Shinil Metal, Ssangyong Motors, Ilshin Communications, Jinyoung Precision, Halla Heavy Industry, Hanbell Helicopter, Hankook Heat-treat, Hankook Special Pack, Hyundai Electronics, Korea Lost-Wax
Total	83

*1 Companies that produce fire equipment; guided weapons; military planes and war vessels; ammunition; tanks and other military vehicles; air fighters; radar and identification equipment; electronic and telecommunications equipment; night vision scopes and other optical equipment; demolition engineering equipment for military use; and other goods designated by the Minister of National Defense.

*2 Companies that manufacture defense machinery and equipment other than those mentioned above.

ที่มา: Introduction to Foreign Direct Investment system in Korea

ทั้งนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า กรณีที่เป็นการซื้อหุ้นที่มีอยู่แล้ว คนต่างด้าว นั้น จะถูกตีความรวมไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกันเป็นพิเศษกับคนต่างด้าวที่เข้าซื้อหุ้น ในบริษัทเกาหลีนั้น ด้วยซึ่งการบัญญัติในลักษณะนี้ ย่อมส่งผลให้การบังคับใช้ FIPA ในการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าว นั้น มิได้พิจารณาเพียงแต่การเป็นคนต่างด้าวหรือไม่โดยพิจารณาจากลำดับการถือหุ้นเพียง

ทอดเดี่ยว หากยังพิจารณาไปถึงการลงทุนที่แท้จริงโดยบริษัทหรือคนต่างด้าวอื่นที่ถือหุ้นในบริษัทที่เข้าลงทุนในองค์กรธุรกิจเกาหลีได้อีกทอดหนึ่ง ดังปรากฏใน Article 7 Enforcement decree of the foreign investment promotion act ซึ่งนิยามถึงบุคคลที่ถือว่ามีความเกี่ยวพันกันเป็นพิเศษ (Persons of special relationship) อันได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้

- คู่สมรสและผู้สืบสันดานรวมถึงทายาททั้งชั้นขึ้นไปและลงมารวมทั้งคู่สมรสของผู้สืบสันดาน หรือทายาทเช่นว่านั้นด้วย
- นิติบุคคลต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวหรือบุคคลที่เป็นคู่สมรสหรือสืบสันดานหรือทายาทของคนต่างด้าวดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือถือส่วนของทุนไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือถูกควบคุมในทางปฏิบัติโดยคนต่างด้าวที่มีความเกี่ยวพันกันหรือบุคคลดังกล่าวมาแล้ว
- ลูกจ้างของนิติบุคคลต่างด้าวหรือบุคคลต่างด้าวที่มีความเกี่ยวพันกัน หรือลูกจ้างของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับคนต่างด้าวเช่นว่านั้นถือหุ้นหรือถือส่วนของทุนร่วมอยู่ด้วยในนิติบุคคลดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมด

นิติบุคคลต่างด้าวที่ถือหุ้นหรือส่วนของทุน โดยนิติบุคคลต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวหรือบุคคลที่เป็นคู่สมรสหรือสืบสันดานหรือทายาทของคนต่างด้าวดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือถือส่วนของทุนไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 หรือถูกควบคุมในทางปฏิบัติโดยคนต่างด้าวที่มีความเกี่ยวพันกันหรือบุคคลดังกล่าวมาแล้ว หรือถือโดยลูกจ้างของนิติบุคคลต่างด้าวหรือบุคคลต่างด้าวที่มีความเกี่ยวพันกัน หรือลูกจ้างของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวหรือบุคคลที่มีความเกี่ยวพันกับคนต่างด้าวเช่นว่านั้นถือหุ้นหรือถือส่วนของทุนร่วมอยู่ด้วยในนิติบุคคลดังกล่าวไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นหรือทุนทั้งหมดไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของหุ้นหรือของทุนทั้งหมดของบริษัท

1.2.2 ข้อจำกัดด้านการลงทุน

ตามปกติ คนต่างด้าวมิเสรีในการลงทุนในบริษัทเกาหลี เว้นแต่

- (1) การลงทุนนั้นมีผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศเกาหลีได้
- (2) การลงทุนนั้นเป็นภัยคุกคามต่อความปลอดภัยและชีวนามัยหรือสิ่งแวดล้อมของประเทศเกาหลีได้ หรือนโยบายสาธารณะของสังคมในประเทศเกาหลีได้
- (3) การลงทุนนั้นฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายใด ๆ ของประเทศเกาหลีได้⁴³

⁴³ Article 4.2 of FIPA

นอกจากข้อจำกัดด้านการลงทุนที่บัญญัติไว้อย่างกว้างแล้ว ตามกฎหมาย FIPA ยังได้กำหนดประเภทธุรกิจที่จำกัดมิให้คนต่างด้าวทำ โดยอาจเป็นการห้ามโดยเด็ดขาด หรือการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในประเภทธุรกิจนั้น ๆ ซึ่งเป็นการห้ามเพียงบางส่วน ซึ่งในปัจจุบัน มี 63 ภาคธุรกิจที่ประเทศเกาหลีใต้ยังมีได้อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบการได้โดยเสรี ทั้งนี้ จากข้อมูล ณ เดือนพฤษภาคม ปี 2005 ปรากฏว่า ประเทศเกาหลีใต้ได้เปิดเสรีให้กับ 1,030 ภาคธุรกิจ, เปิดเสรีเพียงบางส่วนจำนวน 26 ภาคธุรกิจ (โปรดดูตาราง) และประเภทธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าประกอบการจำนวน 2 ภาคธุรกิจ คือ กิจการวิทย์ และกิจการ โทรทัศน์

Business Sector (K* code)	Criteria for Permission
Electric power generation (40110)	FDI in electric power generation related to the operation of nuclear power plants is not allowed. Foreigners cannot purchase power generation facilities from Korea Electric Power Corporation (KEPCO) or more than 30% of the total power generation facilities of the nation.
Electric power transmission (40121)	Allowed if all of the following conditions are met: - FDI ratio less than 50%. - The number of voting shares owned by foreign investors must be lower than that of the largest Korean shareholder.
Other transmission & distribution of electric power (40122)	Same as above
Wholesale of meat (51312)	FDI ratio less than 50%
Coastal water passenger transport (61121)	Allowed if all of the following conditions are met: 1. Scope of permission: transportation between North and South Korea; 2. Must be joint ventures with domestic shipping companies; 3. FDI ratio less than 50%.
Coastal water freight transportation (61122)	Same as above;
Scheduled air transport (62100)	FDI ratio less than 50%;
Non-scheduled air transport (62200)	FDI ratio less than 50%;
Leased line services (64211)	FDI in core telecommunication businesses is subject to domestic law. Foreign governments, foreign nationals and Korean corporations* may own 49% or less of the total number of stocks or equity with voting rights. However, a foreign investor in Korea Telecom can be a majority owner only when the FDI ratio is 5 % or less.



Business (K* code)	Criteria for Permission ¹
Wired telephone and other wired telecommunications (64219)	Same as above
Mobile telephone services (64221)	Same as above
Cellular telephone services (64229)	Same as above
Other unclassified telecommunications (64299)	Same as above
Domestic commercial banking (65121)	Allowed only for commercial banks
Radio broadcasting (87211)	NOT PERMITTED
Television broadcasting (87212)	NOT PERMITTED
Cable networks (87221)	- FDI ratio of 33% or less - FDI in businesses supplying news programs not allowed
Cable and other program distribution (87222)	- FDI ratio in comprehensive cable broadcasting business of 33% or less - FDI in relay cable broadcasting businesses not allowed
Satellite broadcasting (87223)	FDI ratio of 33% or less
News agency activities (88100)	FDI ratio of less than 25%
Radioactive waste disposal (90230)	Allowed excluding those nuclear waste management businesses pursuant to Article 82 of the Electrical Construction Business Act

* Korea Standard Industrial Classification (KSIC)

¹ FDI in the businesses listed in the table permitted if the criteria for permission are satisfied

ที่มา: A guide to Foreign Direct Investment in Korea (2006 edition)

2. มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศกำลังพัฒนา (Developing Countries)

2.1 มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศฟิลิปปินส์

นโยบายและกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในฟิลิปปินส์ ภายใต้กฎหมายหลักที่ใช้บังคับกับการลงทุนทางตรงของคนต่างด้าว คือ Foreign Investments Act of 1991 ซึ่งเป็นนโยบายที่เปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุน โดยคนต่างด้าวทั้งบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถถือหุ้นในบริษัทหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์ได้เต็มร้อยละร้อย เว้นแต่ จะเป็นการประกอบกิจการประเภทที่กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการไว้ตาม Foreign Investment Negative List (FINL)⁴⁴ ซึ่งบัญญัติภายใต้กฎหมาย Foreign Investments Act of 1991 โดยคนต่างด้าวจะถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินสัดส่วนที่กำหนดไว้ตามแต่ละประเภทกิจการ จึงจะเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ได้และสามารถลงทุนในธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออื่น ๆ ได้

การประกอบกิจการประเภทที่กำหนดเงื่อนไขการประกอบกิจการไว้ตาม Foreign Investment Negative List (FINL) ซึ่งคนต่างด้าวจะถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้ไม่เกินร้อยละ 40 จึงจะเป็นผู้ประกอบการสัญชาติฟิลิปปินส์ได้และสามารถลงทุนในธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่ออื่น ๆ ได้ โดย Section 3a. ของ Foreign Investments Act of 1991 [Republic Act No. 7042] ได้นิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” (Philippine national) ว่าหมายถึง

- (1) บุคคลธรรมดาสัญชาติฟิลิปปินส์
- (2) ห้างหุ้นส่วน หรือสมาคมที่พลเมืองฟิลิปปินส์เป็นเจ้าของทั้งหมด
- (3) บริษัทที่จัดตั้งในต่างประเทศแต่จดทะเบียนเข้าทำธุรกิจในประเทศฟิลิปปินส์ภายใต้ The Corporation Code ซึ่งเงินทุน 100% เป็นของคนฟิลิปปินส์และคนฟิลิปปินส์มีสิทธิออกเสียง
- (4) บริษัทซึ่งก่อตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายฟิลิปปินส์โดยมีคนฟิลิปปินส์ถือหุ้นอย่างน้อย 60% และมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท
- (5) บริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ต้องถือหุ้นโดยคนฟิลิปปินส์อย่างน้อย 60% ของหุ้นที่จำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ทั้งหมดและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในบริษัท และกรรมการของบริษัทต้องเป็นคนฟิลิปปินส์อย่างน้อย 60%⁴⁵

⁴⁴ Seventh Regular Foreign Investment Negative List, (2008).

⁴⁵ Section 3a of The Foreign Investment Act of 1991:

นอกจากนี้ ตามกฎหมาย Corporation Code of the Philippines [Batas Pambansa Blg.68] ได้ให้นิยามไว้ว่า “บริษัทต่างชาติ” หมายถึง องค์การธุรกิจหนึ่งที่ตั้ง, จัดตั้งหรือมีตัวตนอยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ นอกเหนือจากกฎหมายฟิลิปปินส์และเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตให้พลเมืองและบริษัทฟิลิปปินส์เข้าไปทำธุรกิจในประเทศนั้นได้ บริษัทต่างชาติมีสิทธิประกอบธุรกิจในประเทศฟิลิปปินส์หลังจากได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้และมีหนังสือรับรองอำนาจจากหน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง⁴⁶

การลงทุนตามนิยามภายใต้ Section 3c ของ The Foreign Investments Act of 1991⁴⁷ นั้น หมายความว่า การเข้ามาถือหุ้นในรูปแบบการโอนเงินของต่างชาติเข้ามาลงทุน หรือการโอนสินทรัพย์มาให้แก่คนฟิลิปปินส์ซึ่งได้จดทะเบียนไว้ที่ธนาคารกลางเพื่อประเมินราคาทรัพย์สิน นอกเหนือไปจากการ โอนเงินตราต่างประเทศ⁴⁸ โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะถือหุ้นเกินกว่าที่

a. The term “Philippine national” shall mean a citizen of the Philippines; of a domestic partnership or association wholly owned by citizens of the Philippines; or a corporation organized under the laws of the Philippines of which at least sixty percent (60%) of the capital stock outstanding and entitled to vote is owned and held by citizens of the Philippines; or a corporation organized abroad and registered as doing business in the Philippines under the Corporation Code of which one hundred percent (100%) of the capital stock outstanding and entitled to vote is wholly owned by Filipinos or a trustee of funds for pension or other employee retirement or separation benefits, where the trustee is a Philippine national and at least sixty percent (60%) of the fund will accrue to the benefit of Philippine nationals: Provided, That own stocks in a Securities and Exchange Commission (SEC) registered enterprise, at least sixty percent (60%) of the capital stock outstanding and entitled to vote of each of both corporations must be owned and held by citizens of the Philippines and at least sixty percent (60%) of the members of the Board of Directors of each of both corporations must be corporation, shall be considered a “Philippine national.”

⁴⁶ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศอาเซียนเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1,

⁴⁷ Section 3c of The Foreign Investment Act of 1991 :

c. The term “foreign investment” shall mean an equity investment made by non-Philippine national in the form of foreign exchange and/or other assets actually transferred to the Philippines and duly registered with the Central Bank which shall assess and appraise the value of such assets other than foreign exchange.

⁴⁸ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศอาเซียนเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1,

กำหนดไว้ใน Section 3a เพื่อประกอบกิจการดังระบุไว้ใน List B ตาม The Foreign Investments Act of 1991 ต้องได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนตามที่ The Foreign Investments Act of 1991 หรือกฎหมายสำหรับกิจการนั้น ๆ กำหนด

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของ The Foreign Investments Act of 1991 แม้ไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง (Nominee) ไว้โดยตรง แต่ก็ได้มีการบัญญัติให้การกระทำใด ๆ ก็ตามที่ฝ่าฝืน The Foreign Investments Act of 1991 ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของคนชาติฟิลิปปินส์เอง หรือเป็นการกระทำของคนต่างด้าวรวมไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้น ๆ ด้วย ซึ่งการบัญญัติตาม The Foreign Investments Act of 1991 นั้นเป็นการบัญญัติความผิดไว้อย่างกว้างและเมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” ประกอบด้วยแล้ว ย่อมวิเคราะห์ได้ว่า ในการควบคุมการประกอบธุรกิจ โดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวก็ตาม ในองค์กรธุรกิจหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์นั้น มิได้มุ่งกำกับและจำกัดเพียงแต่ความเป็นเจ้าของในรูปของการถือหุ้น (Equity) เท่านั้น หากยังครอบคลุมไปถึงการมีอำนาจบริหารจัดการและควบคุมบริษัท องค์กรธุรกิจ หรือนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วยดังเห็นได้จาก Section 3a ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอันเป็นผลให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายฟิลิปปินส์นั้น สามารถควบคุมได้ทั้งการถือหุ้นทางตรงและการถือหุ้นทางอ้อม อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี จากการศึกษากฎหมายทั้งสามฉบับของประเทศฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจต่างด้าวแล้ว ผู้วิจัยไม่พบว่ากฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติแนวทางการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ดังเช่นกฎหมาย The Communications Act of 1934 ของประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

กิจการบางประเภทจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกฎหมายเฉพาะ คือ กิจการธนาคาร หรือ กิจการประกันภัยที่ไม่อยู่ภายใต้กฎหมาย Foreign Investment Act of 1991 โดยกิจการประกันภัยไม่ได้จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวเอาไว้ แต่กำหนดถึงจำนวนเงินลงทุนขั้นต่ำ โดยกำหนดว่า กรณีคนต่างด้าวถือหุ้นจำนวนร้อยละ 60 ขึ้นไป จำนวนเงินลงทุนต้องไม่น้อยกว่า 250 ล้านดอลลาร์และต้องมีทุนสำรองไม่ต่ำกว่า 50 ล้านดอลลาร์ ยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายอื่นนอกเหนือจากรายประเภทกิจการ กฎหมายที่มีการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลก็คือกฎหมายที่ดินของประเทศฟิลิปปินส์ที่สงวนไว้สำหรับการถือครองที่ดินของคนชาติฟิลิปปินส์และนิติบุคคลฟิลิปปินส์ โดยผู้ถือครองที่ดินกรณีเป็นนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลดังกล่าวต้องถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 60 ทั้งนี้ หากคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุน ตามกฎหมาย Investors' Lease Act of 1993 อนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวทำได้เฉพาะการเช่าที่ดินระยะยาว 50 ปี และสามารถต่ออายุสัญญาเช่าได้ครั้งละ 25 ปี

ประเภทกิจการที่กำหนดไว้ตาม Foreign Investment Negative List (FINL) ซึ่งฉบับปัจจุบัน คือ The Seventh Regular Foreign Investment Negative List ซึ่งมีผลนับแต่วันที่ 8 มกราคม 2005 โดยประเภทกิจการนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วว่าจะไม่รวมถึงกิจการธนาคาร หรือกิจการประกันภัยตาม FINL กำหนดประเภทกิจการที่สงวนไว้เป็น 2 ประเภท คือ List A และ List B โดยกำหนดเหตุผลไว้แตกต่างกัน ซึ่งกิจการที่ระบุไว้ใน List A เป็นกิจการที่สงวนไว้ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะ โดยแบ่งเป็นกิจการที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเลข เช่น กิจการสื่อสารมวลชน กิจการประเภทวิชาชีพต่าง ๆ ยกตัวอย่างเช่น การประกอบวิชาชีพวิศวกรรม วิชาชีพแพทย์ บัญชี สถาปัตยกรรม กฎหมาย ประมง การค้าปลีกที่มีเงินลงทุนต่ำกว่า 2,500,000 ล้านดอลลาร์สหรัฐ การทำเหมืองแร่ขนาดเล็ก เป็นต้น และกิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการได้โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในลำดับต่าง ๆ กันนับแต่ไม่เกินร้อยละ 20 คือ กิจการสื่อสารผ่านเครือข่ายวิทยุ กิจการที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 25 ได้แก่ กิจการจัดหางานเอกชนเพื่อจัดหางานภายในประเทศและต่างประเทศ กิจการพัฒนาสาธารณูปโภคต่าง ๆ เป็นต้น กิจการที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 30 คือ กิจการโฆษณา กิจการที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 40 เช่น กิจการสำรวจ พัฒนาและสรรหาทรัพยากรธรรมชาติ การถือครองที่ดิน กิจการสถาบันการศึกษา กิจการประมงน้ำลึก กิจการจัดหาสินค้าและวัตถุดิบให้กับหน่วยงานรัฐหรือรัฐวิสาหกิจ เป็นต้น และกิจการที่กำหนดสัดส่วนการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 60 คือ กิจการสถาบันการเงินภายใต้การกำกับดูแลของ the Securities and Exchange Commission (SEC) และกิจการกองทุนภายใต้การกำกับดูแลของ the Securities and Exchange Commission (SEC)

สำหรับกิจการใน List B เป็นกิจการที่สงวนไว้สำหรับคนฟิลิปปินส์ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคง ความปลอดภัยด้านศีลธรรม ชื่ออนามัย และการคุ้มครองกิจการขนาดกลางและขนาดเล็ก โดยกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้เพียงอัตราเดียว คือ คนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 ในทุกรายกิจการที่ระบุไว้ใน List B เช่น กิจการผลิต ซ่อมบำรุง จัดจำหน่ายผลิตภัณฑ์แก่กรมตำรวจแห่งชาติฟิลิปปินส์ ยกตัวอย่างเช่น ปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน ระเบิด อุปกรณ์และสารเคมีสำหรับการทำระเบิด กิจการผลิตและจัดจำหน่ายยาอันตราย กิจการสปา กิจการการพนันทุกประเภท กิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่มีทุนขั้นต่ำน้อยกว่าหรือเท่ากับ 200,000 เหรียญสหรัฐ และกิจการสำหรับตลาดภายในประเทศที่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีระดับสูงหรือมีการจ้างพนักงานประจำอย่างน้อย 50 คน และมีทุนขั้นต่ำน้อยกว่าหรือเท่ากับ 100,000 เหรียญสหรัฐ เป็นต้น⁴⁹

⁴⁹ โปรดดูในภาคผนวก ข

สรุปได้ว่า คนต่างด้าวที่จะตกอยู่ภายใต้กฎหมาย Foreign Investments Act of 1991 นั้น คือ คนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบกิจการภายใต้ List A หรือ List B ตาม FINL ซึ่งสัดส่วนการลงทุนของแต่ละประเภทกิจการนั้นจะแตกต่างกันไป ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ทั้งนี้ การจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายฟิลิปปินส์ตกอยู่ภายใต้กฎหมาย Corporation Code ซึ่งเฉพาะนิติบุคคลประเภทบริษัทเท่านั้นที่จะประกอบกิจการที่อยู่ภายใต้ List A หรือ List B ตาม FINL ได้ การก่อตั้งสภาพนิติบุคคลนั้นย่อมเป็นไปตามกฎหมาย the Corporation Code ของประเทศฟิลิปปินส์ ซึ่งนิติบุคคลจะเป็นสัญชาติฟิลิปปินส์ตามกฎหมาย Corporation Code จะต้องมีการหรือผู้ก่อการบริษัทฝ่ายข้างมากเป็นคนฟิลิปปินส์ โดยในกฎหมาย the Corporation Code [Batas Pambansa Blg.68] ได้กำหนดนิยามของคำว่า “บริษัทต่างชาติ” ไว้แต่เพียงว่า “บริษัทต่างชาติ” หมายถึง องค์กรธุรกิจหนึ่งที่ตั้ง, จัดตั้งหรือมีตัวตนอยู่ภายใต้กฎหมายใด ๆ นอกเหนือจากกฎหมายฟิลิปปินส์และเป็นกฎหมายของประเทศที่อนุญาตให้พลเมืองและบริษัทฟิลิปปินส์เข้าไปทำธุรกิจในประเทศนั้นได้ บริษัทต่างชาติมีสิทธิประกอบธุรกิจในประเทศฟิลิปปินส์หลังจากได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายนี้ และมีหนังสือรับรองอำนาจจากหน่วยงานรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง⁵⁰

หากคนต่างด้าวประสงค์จะลงทุนในรูปแบบบริษัท กฎหมายที่จะต้องนำมาพิจารณาคือ The Foreign Investments Act of 1991 ที่กำหนดสัดส่วนความเป็นเจ้าของในแต่ละประเภทกิจการไว้แล้ว ตาม Section 3a. ของ Foreign Investments Act of 1991 [Republic Act No. 7042] ได้นิยามคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” (Philippine national) ไว้แล้ว ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

การลงทุนตามนิยามภายใต้ Section 3c ของ The Foreign Investments Act of 1991⁵¹ นั้น หมายความว่า การเข้ามาถือหุ้นในรูปแบบการ โอนเงินของต่างชาติเข้ามาลงทุน หรือการ โอนสินทรัพย์มาให้แก่คนฟิลิปปินส์ซึ่ง ได้จดทะเบียนไว้ที่ธนาคารกลางเพื่อประเมินราคาทรัพย์สิน

⁵⁰ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศอาเซียนเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1,

⁵¹ Section 3c of The Foreign Investment Act of 1991 :

c. The term “foreign investment” shall mean an equity investment made by non-Philippine national in the form of foreign exchange and/or other assets actually transferred to the Philippines and duly registered with the Central Bank which shall assess and appraise the value of such assets other than foreign exchange.

นอกเหนือไปจากการ โอนเงินตราต่างประเทศ⁵² โดยคนต่างด้าวที่ประสงค์จะถือหุ้นเกินกว่าที่กำหนดไว้ใน Section 3a เพื่อประกอบกิจการดังระบุไว้ใน List B ตาม The Foreign Investments Act of 1991 ต้องได้รับอนุญาตหรือจดทะเบียนตามที่ The Foreign Investments Act of 1991 หรือกฎหมายสำหรับกิจการนั้น ๆ กำหนด

ตาม The Foreign Investments Act of 1991 Section 8⁵³ ได้กำหนดรายการประเภทอาชีพที่ สงวนไว้สำหรับคนชาติฟิลิปปินส์ โดยแบ่งเป็น List A ซึ่งห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นโดยเด็ดขาด, กิจการที่คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 30 คือ กิจการ โฆษณา และกิจการตาม List A ที่ กำหนดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 40 ส่วน List B มิได้ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบ กิจการโดยเด็ดขาด แต่จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ในประเภทกิจการ โดยแบ่งเป็น ประเภทกิจการที่ถูกจำกัดการถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 40 และประเภทกิจการที่ถูกจำกัดการถือหุ้นไม่

⁵² สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการ ปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการ เปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1,

⁵³ Section 8 a, b of the Foreign Investment Act of 1991:

List of Investment Areas Reserved to Philippine Nationals [Foreign Investment Negative List].-The Foreign Investment Negative List shall have two [2] component lists: A and B:

a. List A shall enumerate the areas of activities reserved to Philippine nationals by mandate of the constitution and specific laws.

b. List B shall contain the areas of activities and enterprises regulated pursuant to law:

1. which are defense-related activities, requiring prior clearance and authorization from the Department of National Defense [DND] to engage in such activity, such as the manufacture, repair, storage and/or distribution of firearms, ammunition, lethal weapons, military ordnance, explosives, pyrotechnics and similar materials; unless such manufacturing or repair activity is specifically authorized, with a substantial export component, to a non-Philippine national by the Secretary of National Defense; or

2. which have implications on public health and morals, such as the manufacture and distribution of dangerous drugs; all forms of gambling; nightclubs, bars, beer houses, dance halls, sauna and steam bathhouses and massage clinics.

Small and medium-sized domestic market enterprises with paid-in equity capital less than the equivalent of Two hundred thousand US dollars [US\$200,000.00], [1] they involve advanced technology as determined by the Department of Science and Technology; or [2] minimum paid-in capital of One hundred thousand US dollars [US\$100,000.00] shall be allowed to non-Philippine nationals.

เกินร้อยละ 60 ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคง, การป้องกันประเทศ, สุขภาพและศีลธรรมและการคุ้มครองกิจการขนาดกลางและขนาดย่อม ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ในกรณีที่บุคคลใดก็ตามซึ่งรวมถึงคนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนบทบัญญัติ The Foreign Investments Act of 1991 หรือเงื่อนไข ข้อกำหนดเรื่องการจดทะเบียน หรือกฎระเบียบใด ๆ อันเกี่ยวข้องกับ The Foreign Investments Act of 1991 นี้ หรือช่วยเหลือ สนับสนุนในการกระทำได้ ๆ อันฝ่าฝืน The Foreign Investments Act of 1991 นี้จะต้องโทษปรับไม่เกิน 100,000 เปโซ หากผู้กระทำความผิดดังกล่าวเป็นนิติบุคคล นิติบุคคลนั้นจักต้องโทษปรับไม่เกินกึ่งหนึ่งของ 1% ของทุนทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น แต่ไม่เกินกว่า 5,000,000 เปโซ นอกจากนี้ ประธานบริษัท และ/หรือ พนักงานเจ้าหน้าที่อันต้องรับผิดชอบเพื่อการกระทำความผิดดังกล่าวจะต้องโทษปรับไม่เกินกว่า 200,000 เปโซ และบุคคล, นิติบุคคล หรือองค์กรใด ๆ ก็ตามที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดเช่นนี้จะถูก เพิกถอนสิทธิประโยชน์ใด ๆ ที่เคยได้รับตามพระราชบัญญัตินี้ อีกทั้ง คณะกรรมการกำกับดูแลตลาดหลักทรัพย์ (SEC) ยังมีอำนาจบังคับ (Administrative sanction) ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ หรือตามกฎระเบียบ กฎเกณฑ์ใด ๆ ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้⁵⁴

จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของ The Foreign Investments Act of 1991 แม้ไม่ได้บัญญัติความผิดเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือหุ้นอำพราง (Nominee) ไว้โดยตรง แต่ก็ได้มีการบัญญัติให้การกระทำได้ ๆ ก็ตามที่ฝ่าฝืน The Foreign Investments Act of 1991 ไม่ว่าจะเป็นการกระทำของคนชาติฟิลิปปินส์เอง หรือเป็นการกระทำของคนต่างด้าวรวมไปถึงบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำผิดนั้น ๆ ด้วย ซึ่งการบัญญัติตาม The Foreign Investments Act of 1991 นั้นเป็นการบัญญัติความผิดไว้อย่างกว้างและเมื่อพิจารณาจากนิยามของคำว่า “คนชาติฟิลิปปินส์” ประกอบด้วยแล้ว ย่อม

⁵⁴ Section 14 of the Foreign Investment Act of 1991:

Administrative Sanctions.- A person who violates any provision of this Act or of the terms and conditions of registration or of the rules and regulations issued pursuant thereto, or aids or abets in any manner any violation shall be subject to a fine not exceeding One hundred thousand pesos [P 100,000]

If the offense is committed by a juridical entity, it shall be subject to a fine in an amount not exceeding ½ of 1% of total paid-in capital but not more than Five million pesos [P5,000,000]. The president and/or officials responsible therefore shall also be subject to a fine not exceeding Two hundred thousand pesos [P200,000].

In addition to the foregoing, any person, firm or juridical entity involved shall be subject to forfeiture of all benefits granted under this Act.

SEC shall have the power to impose administrative sanctions as provided herein for any violation of this Act or its implementing rules and regulations.

วิเคราะห์ได้ว่าในการควบคุมการประกอบธุรกิจโดยบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวก็ตาม ในองค์กรธุรกิจหรือนิติบุคคลสัญชาติฟิลิปปินส์นั้น มิได้มุ่งกำกับและจำกัดเพียงแต่ความเป็นเจ้าของในรูปของการถือหุ้นทุน (Equity) เท่านั้น หากยังครอบคลุมไปถึงการมีอำนาจบริหารจัดการ และควบคุมบริษัท องค์กรธุรกิจ หรือนิติบุคคลนั้น ๆ ด้วยดังเห็นได้จาก Section 3a ที่กล่าวมาแล้วข้างต้นอันเป็นผลให้การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายฟิลิปปินส์นั้น สามารถควบคุมได้ทั้งการถือหุ้นทางตรงและการถือหุ้นทางอ้อม อย่างไรก็ตาม จากการศึกษากฎหมายทั้งสามฉบับของประเทศฟิลิปปินส์ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจต่างด้าวแล้ว ผู้วิจัยไม่พบว่ากฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติแนวทางการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้ดังเช่นกฎหมาย The Communications Act of 1934 ของสหรัฐอเมริกา

2.2 มาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศมาเลเซีย

การจัดการด้านการลงทุนของประเทศมาเลเซียนั้นประกอบด้วยการจัดการด้านกฎหมาย และการจัดการด้านนโยบาย ทั้งนี้ กฎหมายหลักที่วางกฎเกณฑ์การลงทุนของต่างชาติ ได้แก่

- Promotion of Investment Act 1986
- The Companies Act 1965
- Industrial Coordination Act 1975
- Free Zones Act 1990

โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลโดยตรง คือ กระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (MITI) และหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นศูนย์กลางดูแลการลงทุน คือ The Malaysia Industrial Development Authority (MIDA) เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน อีกทั้ง ดำเนินกระบวนการและพิจารณาตัดสินใจประเด็นที่เกี่ยวข้องกับโครงการการผลิต รวมถึงเรื่องภาษี สิ่งจูงใจการสนับสนุนการลงทุน การยกเว้นภาษีนำเข้าและศุลกากร เป็นต้น⁵⁵

ทั้งนี้ ประเทศมาเลเซียได้มีการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่แตกต่างไปจากประเทศไทย โดยการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวจะไม่มีข้อจำกัดด้านการลงทุนหรือสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาเลเซีย หากการเข้าไปลงทุนนั้นเป็นการลงทุนเพื่อการผลิต (Manufacturing) หรือเพื่อการส่งออก (Exporting) โดยหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลการ

⁵⁵ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศอาเซียนเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1, (2543), หน้า 121-122.

ลงทุนโดยตรง คือ กระทรวงการค้าระหว่างประเทศและอุตสาหกรรม (Ministry of Trade and Industry: MITI) และหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นศูนย์กลางดูแลการลงทุน คือ The Malaysia Industrial Development Authority (MIDA) เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุน อีกทั้ง ดำเนินกระบวนการและพิจารณาตัดสินใจประเด็นที่เกี่ยวกับโครงการการผลิต รวมถึงเรื่องภาษี สิ่งจูงใจการสนับสนุนการลงทุน การยกเว้นภาษีนำเข้าและศุลกากร เป็นต้น⁵⁶

อย่างไรก็ตาม ประเทศมาเลเซียยังคงควบคุมการประกอบกิจการของคนต่างด้าวอยู่ในส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวแต่การควบคุมดังกล่าวก็มีใช้การควบคุมโดยกฎหมาย หากเป็นการควบคุมโดยใช้แนวทางการถือหุ้นของคนต่างด้าว (Guidelines on Foreign Equity) ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่รัฐบาลมีอำนาจเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยตรง ซึ่งคนต่างด้าวจะมีสัดส่วนการลงทุนได้มากน้อยเพียงใดนั้น จะขึ้นอยู่กับปริมาณการส่งออกของธุรกิจนั้น ดังนี้

- การลงทุนทางตรงที่มีการส่งออกไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 จะไม่ถูกจำกัดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าว

- การลงทุนทางตรงที่มีการส่งออกนับแต่ร้อยละ 51 ถึงร้อยละ 79 ของยอดการผลิตทั้งหมด คนต่างด้าวจะถือสัดส่วนทุนหรือความเป็นเจ้าของได้ไม่เกินร้อยละ 79 ของทุนทั้งหมดซึ่งขึ้นอยู่กับระดับของเทคโนโลยี ขนาดและที่ตั้งของการลงทุนและขอบเขตของการผลิตว่าสามารถยกระดับมูลค่าของผลิตภัณฑ์ท้องถิ่นได้หรือไม่

- การลงทุนทางตรงที่มีการส่งออกนับแต่ร้อยละ 20 ถึงร้อยละ 50 ของการผลิตทั้งหมด โดยคนต่างด้าวสามารถถือหุ้นหรือความเป็นเจ้าของได้เป็นสัดส่วนร้อยละ 30 ถึงร้อยละ 51 ซึ่งขึ้นอยู่กับระดับของเทคโนโลยี ขนาดและที่ตั้งของการลงทุนและขอบเขตของการผลิตว่าสามารถยกระดับมูลค่าของผลิตภัณฑ์ท้องถิ่นได้หรือไม่

- การลงทุนทางตรงที่มีการส่งออกน้อยกว่าร้อยละ 20 ของการผลิตทั้งหมด จะมีคนต่างด้าวลงทุนหรือเป็นเจ้าของได้เป็นสัดส่วนไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนทั้งหมด แต่ถ้าหากบริษัทนั้น ๆ มีการผลิตผลิตภัณฑ์ที่ต้องใช้เทคโนโลยีการผลิตระดับสูง สัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตให้ลงทุนได้เต็มสัดส่วน 100%⁵⁷

⁵⁶ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่อง การปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศอาเซียนเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1,

⁵⁷ Armugam Rajenthran, "Malaysia: An Overview of the Legal Framework for Foreign Direct Investment," p.9. from <http://www.iseas.edu.sg/ef52002.pdf>

ทั้งนี้ ด้วยนโยบายทางสังคมของมาเลเซียที่มีมายาวนานเพื่อจุดประสงค์ด้านการกระจายความมั่งคั่งให้แก่กลุ่มชนชาติพื้นเมืองชาวมาเลเซียและกลุ่มบุคคลเรียกว่า “Bumiputras” ที่กำหนดโดยนโยบายการพัฒนาแห่งชาติ (National Development Policy) โดยกำหนดให้การถือหุ้นในนิติบุคคลที่เป็นการลงทุนของต่างชาติต้องสำรองการถือหุ้นโดยกลุ่ม Bumiputras ไม่ต่ำกว่าร้อยละ 30 เว้นแต่ กรณีที่กลุ่ม Bumiputras ไม่ประสงค์จะเข้าถือหุ้นจำนวนดังกล่าว ผู้ถือหุ้นอื่น ๆ ที่มีใช้กลุ่ม Bumiputras จึงจะมีสิทธิเข้าถือหุ้นที่สำรองไว้ตามสัดส่วนดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่า นโยบายดังกล่าวขัดกับหลักการไม่แบ่งแยกตามหลักการขององค์การการค้าโลก (WTO) และสนธิสัญญาทั้งระดับทวิภาคีและระดับภูมิภาคอันเกี่ยวกับการลงทุนทั้งหลาย ทว่า ด้วยปัจจัยการดึงดูดการลงทุนของประเทศมาเลเซียเองที่เปิดกว้างในการรับการลงทุนของคนต่างด้าว การมีสาธารณูปโภคขั้นพื้นฐานระดับสากลทำให้ประเทศมาเลเซียมั่นใจว่า ปัจจัยลบที่เกิดจากการยังคงไว้ซึ่งนโยบาย Bumiputras นั้นไม่อาจส่งผลกระทบต่อปัจจัยการดึงดูดการลงทุนจากต่างชาติได้⁵⁸

ตาม The Industrial Coordination Act 1975 บัญญัติให้กิจกรรมการผลิตที่มีทุนน้อยกว่า 2.5 ล้านริงกิตและจ้างพนักงานเต็มเวลาน้อยกว่า 75 คนจะต้องขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการ อีกทั้งต้องมีข้อตกลงเกี่ยวกับการนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้ การจัดการ สิทธิในทรัพย์สินทางปัญญาเพื่อประกอบการพิจารณาของ MITI ด้วย นอกจากนี้ ยังกำหนดให้กิจการที่มีใช้กิจกรรมการผลิตที่ได้รับอนุญาตหรือกิจการปีโตรเลียม นักลงทุนต่างด้าวต้องขอความเห็นชอบเรื่องโครงสร้างการถือหุ้นของคนต่างด้าวก่อนเริ่มประกอบกิจการต่อ The Foreign Investment Committee (FIC) ก่อนโดยต้องแสดงรายละเอียดของ

- การได้มาซึ่งผลประโยชน์ของต่างชาติในสินทรัพย์คงที่ใด ๆ ในมาเลเซีย
- การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือผลประโยชน์, การควบรวมหรือการเข้าครอบงำกิจการบริษัทและธุรกิจในมาเลเซียโดยวิธีใด ๆ ก็ตามซึ่งเป็นผลให้ความเป็นเจ้าของหรือการควบคุมกิจการต่อไปอยู่กับต่างชาติ
- การได้มาซึ่งอำนาจการออกเสียงลงคะแนนมากกว่า 15% โดยบุคคลหรือกลุ่มต่างชาติใดหรือ โดยการออกเสียงลงคะแนนโดยรวมของต่างชาติ 30% ขึ้นไปในบริษัทและธุรกิจมาเลเซีย
- การควบคุมบริษัทและธุรกิจมาเลเซียผ่านข้อตกลงกิจการรวมค้า, ข้อตกลงการจัดการและความช่วยเหลือทางเทคนิค รวมถึงข้อตกลงรูปแบบอื่น ๆ

⁵⁸ Investment regime: Malaysia Available from:

- การควบรวมหรือการเข้าครอบงำกิจการบริษัทและธุรกิจใดในมาเลเซียไม่ว่าจะโดยกิจการมาเลเซียหรือกิจการของต่างชาติ
- การได้มาซึ่งสินทรัพย์หรือผลประโยชน์ที่มีมูลค่ามากกว่า 5 ล้านริงกิตไม่ว่าจะโดยกิจการมาเลเซียหรือกิจการของต่างชาติ⁵⁹

ทว่า นับแต่วันที่ 31 กรกฎาคม 1998 นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุนในนิติบุคคลได้เต็มสัดส่วน 100% โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงจำนวนร้อยละของการส่งออก ซึ่งรัฐบาลมาเลเซีย (GOM) ได้ผ่อนคลายนโยบายการจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวกับจำนวนร้อยละของการส่งออกโดยผ่อนคลายเป็นให้การลงทุนเฉพาะการลงทุนที่ยื่นคำขอก่อนวันที่ 31 ธันวาคม 2003 แต่ไม่รวมถึงกิจการด้านการผลิต ดังต่อไปนี้

- กิจการบดอัดโลหะ (Metal stamping)
- กิจการประกอบโลหะ (Metal fabrication)
- กิจการเกี่ยวกับการสื่อสาร (Wire harness)
- กิจการสิ่งพิมพ์ (Printing paper)
- กิจการบรรจุภัณฑ์พลาสติก (Plastic packing)
- กิจการฉีดขึ้นรูปชิ้นส่วนพลาสติก (Plastic injection molded components)
- กิจการศูนย์กลางบริการเกี่ยวกับเหล็ก (Steel service centers)⁶⁰

นอกจากสิทธิได้รับอนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือหุ้นได้เต็ม 100% โดยไม่ต้องคำนึงถึงระดับของการส่งออกแล้ว หากพ้นระยะเวลาผ่อนปรนดังกล่าว โครงการทั้งหมดที่ได้รับอนุญาตภายใต้นโยบายนี้ก็จำเป็นต้องปรับโครงสร้างผู้ถือหุ้นภายหลังจากระยะเวลาดังกล่าว และเพื่อส่งเสริมบรรยากาศการลงทุนให้เป็นไปอย่างต่อเนื่อง นับแต่วันที่ 17 มิถุนายน 2003 นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุน โดยสามารถถือหุ้นทุนได้สัดส่วนเต็มจำนวน 100% ในการลงทุนเพื่อการผลิตทุกประเภททั้งที่ก่อตั้งขึ้นใหม่และการขยายหรือลดขนาดการลงทุนในบริษัทที่ตั้งอยู่แล้ว โดยไม่ต้องพิจารณาถึงระดับของการส่งออกและไม่จำกัดประเภทกิจการที่ได้รับการยกเว้นจากการเปิดเสรีนี้ แม้แต่ประเภทกิจการเดียว

⁵⁹ สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทยและจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, รายงานฉบับสมบูรณ์เรื่องการปรับปรุงและพัฒนากฎหมายภายในของประเทศไทยเพื่อส่งเสริมความร่วมมือทางเศรษฐกิจและรองรับการเปิดเสรีทางการค้าและเศรษฐกิจของอาเซียน: ภาคการค้าบริการและภาคการลงทุนเล่ม 1, หน้า 120-121.

⁶⁰ Available from: www.mida.gov.my/beta/print.php?cat=3&scat=5&pg=118

สรุปได้ว่า ทั้งกฎหมายและนโยบายการลงทุนของรัฐบาลมาเลเซีย (GOM) นั้น จะเห็นได้ว่าการจำกัดการลงทุนนั้นเป็นไปโดยเปิดเผยถึงการคุ้มครองประโยชน์ของกลุ่ม Bumiputras ซึ่งประเด็นที่สำคัญที่สุดคือการจำกัดสัดส่วนการลงทุนในนิติบุคคลที่ทำให้การกระจายความมั่งคั่งในนิติบุคคลอย่างน้อยร้อยละ 30 จะต้องถือโดยกลุ่ม Bumiputras⁶¹ นอกจากนี้ ด้วยแนวนโยบายของ FIC (FIC Guidelines) ก็จำกัดด้านการได้มาซึ่งหุ้น ทรัพย์สิน หรือการควบรวม การได้มาซึ่งกิจการในนิติบุคคลมาเลเซีย เพื่อที่จะต่อต้านการเข้าควบคุมบริหารจัดการ หรือเข้าเป็นเจ้าของในนิติบุคคลมาเลเซียไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมด้วยการได้มาซึ่งกิจการที่ส่งผลต่อการเข้ามีส่วนร่วมในการบริหารจัดการหรือความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลมาเลเซียอย่างสมดุล หรือเพื่อที่จะควบคุมการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือประโยชน์ในนิติบุคคลโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะได้รับประโยชน์ทางเศรษฐกิจของชาติไม่ว่าจะด้วยทางตรงหรือทางอ้อมในกิจการด้วยการได้มา การควบรวมกิจการหรือการครอบงำกิจการอันส่งผลต่อการเป็นเจ้าของกิจการ การควบคุมบริหารกิจการ การกระจายรายได้ การจ้างงาน การพัฒนาคุณภาพผลิตภัณฑ์ การส่งออก การพัฒนาวัตถุดิบ การฝึกอบรม การวิจัยและพัฒนาอย่างสมดุลกับกลุ่มเจ้าของกิจการที่เป็นกลุ่ม Bumiputras นอกจากนี้ FIC Guidelines ยังมุ่งคุ้มครองถึงกิจการที่อาจมีผลต่อนโยบายสาธารณะของประเทศอีกด้วย

ในสาขาธุรกิจบริการนั้น ประเทศมาเลเซียก็ยังมิได้เปิดเสรีให้กับการลงทุนของต่างชาติโดยมีเงื่อนไขกำหนดสำหรับการประกอบกิจการในแต่ละสาขาธุรกิจบริการ เช่น บริการธุรกิจค้าส่งและค้าปลีก จำกัดให้ผู้ให้บริการที่เป็นนิติบุคคลจะต้องจัดตั้งในประเทศมาเลเซียเท่านั้นและจำกัดสัดส่วนการถือหุ้นโดยคนต่างด้าวจะถือหุ้นได้ไม่เกินกว่าร้อยละ 30 ของทุนทั้งหมดอีกทั้งยังจำกัดทุนขั้นต่ำโดยกิจการ supermarket ต้องมีทุนขั้นต่ำ 5 ล้านริงกิตมาเลเซียและกิจการ department stores/hypermarkets ต้องมีทุนขั้นต่ำ 10 ล้านริงกิตมาเลเซีย หรือบริการด้านโทรคมนาคมก็จำกัดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคล โดยห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นรวมในนิติบุคคลที่ประกอบกิจการ โทรคมนาคมไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนทั้งหมด เว้นแต่ กิจการแพร่เสียงแพร่ภาพวิทยุโทรทัศน์ที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวทั้งนิติบุคคลและบุคคลธรรมดาเข้าประกอบกิจการประเภทดังกล่าวเลย ทั้งนี้ สำหรับธุรกิจบริการที่เป็นงานวิชาชีพ เช่น งานบริการด้านกฎหมาย เป็นต้น ไม่ว่าจะขนาดเล็กหรือขนาดใหญ่ ธุรกิจบริการดังกล่าวก็ไม่เปิดให้คนต่างด้าวสามารถเข้าประกอบกิจการได้

⁶¹Armugam Rajenthiran, "Malaysia: An Overview of the Legal Framework for Foreign Direct Investment," p.7. from <http://www.iseas.edu.sg/ef52002.pdf>

อย่างไรก็ดี ด้วยการเจรจาความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และกรอบความตกลงด้านการบริการในอาเซียน (AFAS) ได้ก่อให้เกิดแนวทางใหม่ในการเปิดเสรีธุรกิจบริการในประเทศมาเลเซียมากขึ้น ด้วยการเป็นหุ้นส่วนกันระหว่าง ท่าเรือของ Tanjung Pelepas กับบริษัทขนส่งต่างประเทศ เช่น Maersk และ Evergreen ในการให้บริการด้านการขนส่งในประเทศมาเลเซีย เป็นต้น

3. การนำหลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3.1 ที่มาของหลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล

ทฤษฎีและแนวความคิดเกี่ยวกับสภาพบุคคลของนิติบุคคล โดยเฉพาะนิติบุคคลในรูปบริษัทจำกัดมีชื่อเรียกว่า “หลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท หรือหลักตัวตนของบริษัท (Corporate Entity)” โดยถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นแนวความคิดประการหนึ่งในการจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น โดยถือว่าบริษัทมีสิทธิหน้าที่ และความรับผิดชอบของตนเอง บริษัทสามารถครอบครองทรัพย์สิน ติดต่อธุรกิจ ทำสัญญากับบุคคลภายนอกและกับผู้ถือหุ้นของบริษัทเอง มีสิทธิฟ้องคดีหรืออาจถูกฟ้องคดีและดำรงสภาพนิติบุคคลได้เสมอแม้ว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ถือหุ้นก็ตาม⁶²

ตามกฎหมายไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เรื่องหุ้นส่วนบริษัท ก็ถือว่านิติบุคคลมีตัวตนแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น มีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของตนเอง โดยสังเกตได้จาก มาตรา 1015 ที่บัญญัติว่า “ห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท เมื่อได้จดทะเบียนตามบทบัญญัติแห่งลักษณะนี้แล้ว ท่านจัดว่าเป็นนิติบุคคลต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งรวมเข้ากันเป็นห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทนั้น” ซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นกับบริษัทมีความรับผิดชอบและความรับผิดชอบแตกต่างหากจากกัน หนี้ของบริษัทก็ไม่สามารถบังคับชำระหนี้เอาจากผู้ถือหุ้นได้ เว้นแต่ ผู้ถือหุ้นนั้นยังส่งชำระค่าหุ้นไม่ครบ ตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 บัญญัติว่า “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งเป็นหุ้นมีมูลค่าหุ้นเท่า ๆ กัน...และผู้ถือหุ้นดังกล่าวต่างรับผิดชอบจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ” โดยความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นคงมีเฉพาะต่อบริษัทหาได้มีต่อเจ้าหนี้ของบริษัทโดยตรงไม่ และความรับผิดชอบนี้มีอยู่เพียงเท่า

⁶² นิเวศรุชชัย สำเนาพันธ์, “ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 4.

จำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือเท่านั้น ซึ่งฐานะผู้ถือหุ้นของบริษัทนั้น ถือเป็นผู้ลงทุน โดยมีผลตอบแทนในรูปของเงินปันผล โดยจะมีความรับผิดชอบตามจำนวนที่ตนสัญญาว่าจะลงทุนในบริษัทเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งก็มีบุคคลบางจำพวกก็นำหลักความเป็นนิติบุคคลของบริษัทไปใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์อันมิชอบ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายและความรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น การใช้บริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบตามกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมสัญญา ละเมิด แรงงาน ภาษีอากร เป็นต้น หรือใช้ฐานะความเป็นนิติบุคคลของบริษัทเพื่อมารับผิดแทนตน เนื่องจากบริษัทบางบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นนั้นมิได้มีวัตถุประสงค์จะดำเนินธุรกิจอย่างแท้จริง หรือแม้บริษัทนั้นจะจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินธุรกิจ แต่ผู้ก่อตั้งมีความมุ่งหมายที่จะหลีกเลี่ยงความรับผิดหรือภาระตามกฎหมายที่จะเกิดขึ้นในอนาคตโดยใช้บริษัทบังหน้า อันเป็นการแสวงหาประโยชน์จากหลักกฎหมายโดยไม่สุจริต อันก่อให้เกิดความเสียหายหรือเสียประโยชน์ต่อบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่สามผู้เข้ามามีนิติสัมพันธ์กับบริษัทนั้น หรือต่อบุคคลอื่นที่ต้องเข้ามาผูกพันเกี่ยวข้องกับบริษัทนั้น รวมทั้งทำให้รัฐต้องเสียผลประโยชน์บางประการ เป็นต้น ดังนั้นในบางกรณีจึงมีความจำเป็นต้องนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้บังคับ⁶³

3.2 ความหมายของหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท

หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท มีชื่อเรียกว่า Lifting or Piercing the Corporate Veil ซึ่งหมายถึง การยกหรือเจาะม่านหรือเปิดฉากของบริษัทซึ่งมีสภาพเป็นนิติบุคคลออกไป เพื่อพิจารณาไปถึงบุคคลที่อยู่เบื้องหลังบริษัทและใช้บริษัทเป็นเครื่องบังหน้า หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า Disregarding the Corporate Entity ซึ่งหมายถึงการไม่คำนึงถึงสภาพความเป็นตัวตนของบริษัท นั่นคือ ไม่ถือว่าบริษัทมีตัวตนหรือมีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น⁶⁴

โดยผลของกฎหมายเมื่อมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้คือ การผ่อนคลายหรือยกเว้นหลักเรื่องสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยเคร่งครัดที่ว่า ผู้ถือหุ้นและบริษัทมีหน้าที่

⁶³ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์, “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท,” แหล่งที่มา: www.lawonline.co.th/document/acharnpitikul16.doc

⁶⁴นิเวศฐชัย สำเนาพันธ์, “ความรับผิดของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 11.

และความรับผิดชอบแตกต่างกันและผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบโดยจำกัดจำนวนตามหุ้นที่ถือไม่
ต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท เป็นผลให้บริษัทเป็นบุคคลคนเดียวเท่ากับผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้น
(Alter ego) ของผู้ถือหุ้น คือถือว่าบริษัทกับผู้ถือหุ้นมิได้มีสภาพบุคคลแตกต่างกันโดย
เด็ดขาดอีกต่อไป⁶⁵ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอก หรือบุคคลที่
สามเสมือนว่ากิจการของบริษัทเป็นกิจการส่วนตัวของผู้ถือหุ้นเอง ด้วยเหตุนี้ หากผู้ถือหุ้นใช้บริษัท
เพื่อเป็นเครื่องกำบังความรับผิดชอบของคนที่มิใช่บุคคลภายนอกตามกฎหมาย หรือเพื่อกระทำการใด
อันเป็นประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่สุจริต โดยฉ้อฉล หรือเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายที่
ตนเองควรจะเป็นผู้มีหน้าที่รับผิดชอบหรือความรับผิดชอบนั้น หรือใช้บริษัทเพื่อกระทำการ โดยมี
วัตถุประสงค์ที่มิชอบใด ๆ ก็ตาม ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้สินหรือความรับผิดใด ๆ
ของบริษัทที่ตนได้ก่อตั้งด้วย

การใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลนี้ ไม่ได้เป็นการยกเลิกเพิกถอนสภาพนิติบุคคล
ของบริษัทแต่อย่างใด เพียงแต่เป็นการผ่อนคลายนิติบุคคลโดยเคร่งครัดเท่านั้น ซึ่งการ
พิจารณาความรับผิดจะพิจารณาไปถึงผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินของ
บริษัท หรือบริษัทแม่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ในกรณีต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท
ในกรณีอันเป็นบุคคลที่อยู่เบื้องหลังและเป็นบุคคลที่ควรจะต้องรับผิดชอบร่วมกับบริษัทต่อ
บุคคลภายนอกอย่างแท้จริง

อนึ่ง การใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมีวัตถุประสงค์ 3 ประการ
ใหญ่ ๆ คือ

1. ใช้ในการพิจารณาถึงฐานะหรือลักษณะของบริษัท
2. ใช้ประกอบการตีความเกี่ยวกับความรับผิดหรือหนี้ตามกฎหมาย รวมทั้งการดำเนิน
ธุรกิจเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของผู้ถือหุ้นที่ไม่สุจริต โดยใช้บริษัทเป็นเครื่องกำบังจากความรับผิดที่
จะพึงมีต่อเจ้าหนี้หรือบุคคลภายนอกที่ได้รับความเสียหายจากบริษัท
3. ใช้ในกรณีที่มีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อฉ้อฉล หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับ
ผิดด้านภาษีอากรและอื่น ๆ⁶⁶

จะเห็นได้ว่า หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนี้ สามารถให้ความคุ้มครอง
บุคคลภายนอก หรือรัฐจากการดำเนินการ โดยไม่สุจริตของผู้ก่อตั้งบริษัท ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการ

⁶⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

⁶⁶ เรื่องเดียวกัน, หน้า 12.

ของบริษัทที่ใช้ประโยชน์จากหลักสภาพนิติบุคคล โดยเคร่งครัดด้วยการใช้บริษัทเป็นเครื่องมือ ในการกำบังตนเองจากหน้าที่และความรับผิดชอบที่ตนมีต่อบุคคลภายนอกหรือรัฐอย่างแท้จริง ซึ่งการ เชิดบริษัทออกกระทำการแทนคนนั้น จะมีผลทำให้ผู้ที่มีเจตนาไม่สุจริต แสวงหาประโยชน์ใส่ตน ได้โดยมิชอบ หรือเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย การนำหลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมา ใช้จึงทำให้บุคคลดังกล่าวที่มีเจตนาไม่สุจริตไม่สามารถหลีกเลี่ยงความรับผิดทางแพ่งส่วนตัวด้วยการ ให้บริษัทซึ่งตนเชิดขึ้นมานั้นรับผิดชอบแทนได้ นอกจากนี้ การนำหลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล มาใช้ในลักษณะเช่นนี้จะก่อให้เกิดความสับสนในการปรับใช้โดยมิต้องพิจารณาแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเป็นรายฉบับ อันก่อให้เกิดความยุ่งยาก เสียเวลา การใช้ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นเช่นนี้ จะ ทำให้นำมาใช้แก้ไขปัญหเกี่ยวกับบริษัทได้ทุกรูปแบบไม่ว่าจะเป็นบริษัทขนาดเล็กหรือขนาดใหญ่ และไม่ว่าบริษัทนั้นจะประกอบธุรกิจภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายใดก็ตาม

3.3 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลที่ปรากฏในต่างประเทศ

3.3.1 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของประเทศคอมมอนลอว์

3.3.1.1 หลักของประเทศอังกฤษ

ประเทศอังกฤษได้ยอมรับหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัทอย่างเคร่งครัดมาใช้ แต่เมื่อมีผู้ เริ่มมองเห็นช่องว่างของหลักกฎหมายดังกล่าว เช่นในคดีของ Salomon V. Salomon & Co.Ltd.⁶⁷ ซึ่ง พ่อค้าคนหนึ่งตั้งบริษัทขึ้นรับซื้อกิจการค้าของตนเอง โดยให้บริษัทชำระราคาด้วยการออกหุ้นกู้ ชนิดที่มีทรัพย์สินทั้งหมดของบริษัทเป็นประกัน ต่อมาบริษัทล้มละลาย แต่พ่อค้าผู้นั้นได้รับชำระ หนี้แต่ผู้เดียวเพราะเป็นเจ้าของหนี้มีประกัน ส่วนเจ้าหนี้อื่นของบริษัทหาได้รับชำระหนี้ไม่ ทั้งไม่อาจ บังคับชำระหนี้จากพ่อค้าผู้นั้นด้วย ทั้งที่เขาเป็นผู้ควบคุมกิจการนั้น ทั้งนี้เพราะทรัพย์สินและหนี้สิน ของบริษัทและผู้ถือหุ้นย่อมแยกจากกัน จะเห็นได้ว่า การกระทำของพ่อค้านี้ ถือเป็นการฉ้อฉล เจ้าหนี้ของบริษัท เพราะตัวพ่อค้าเองย่อมเล็งเห็นและมีเจตนามาแต่ต้นแล้วว่า จะไม่ใช้บริษัทที่ตั้งขึ้น เพื่อประกอบธุรกิจอย่างแท้จริง

ด้วยเหตุนี้ เมื่อมีการใช้ช่องว่างของหลักเรื่องสภาพนิติบุคคลอย่างเคร่งครัดมากขึ้น จึงเริ่มมี ความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงความรับผิดต่าง ๆ โดยวิธีการจัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อบังหน้า หรือใช้บริษัท

⁶⁷ปีติกุล จิระมงคลพาณิชย์, “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท,” แหล่งที่มา: www.lawonline.co.th/document/acharnpiitikul16.doc

ที่มีอยู่แล้วเพื่อแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยไม่สุจริต ดังนั้น ในประเทศอังกฤษจึงเริ่มนำหลักเรื่องการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้บังคับ โดยเริ่มจากการบัญญัติไว้ในกฎหมาย คือ Trading With the Enemy Act 1915 โดยใช้กับนิติบุคคลซึ่งประกอบกิจการ โดยถูกควบคุมจากบุคคลซึ่งเป็นชนชาติศัตรูกับประเทศอังกฤษด้วย ซึ่งในคดี Daimler Co.Ltd. V. Continental Tyre and Rubber Co.(Great Britain).Ltd.(1916)2A.C.307 บริษัทเอกชนบริษัทหนึ่งจดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศอังกฤษ บริษัทนี้มีผู้ถือหุ้นเป็นบริษัทซึ่งตั้งขึ้นในประเทศเยอรมนีและเป็นบุคคลธรรมดา 5 คน บุคคล 4 คนมีสัญชาติเยอรมนี มีผู้ถือหุ้นเป็นคนสัญชาติอังกฤษเพียงคนเดียวและถือหุ้นเพียง 1 หุ้น ในจำนวนหุ้นทั้งหมด 25,000 หุ้น ดังนี้ ศาลอังกฤษตัดสินว่าบริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทที่เป็นชนชาติศัตรูตามบทบัญญัติซึ่งห้ามค้าขายกับชนชาติศัตรู แม้ว่าบริษัทนี้จะจดทะเบียนจัดตั้งและมีสถานประกอบการหรือสำนักงานใหญ่อยู่ในประเทศอังกฤษ ซึ่งโดยปกติแล้วจะถือว่าเป็นบริษัทที่มีสัญชาติและภูมิลำเนาอยู่ในประเทศที่จดทะเบียนจัดตั้งก็ตาม⁶⁸

การนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในประเทศอังกฤษนั้น มีทั้งการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของกฎหมาย คือ the Company Act และที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาล ซึ่งจากแนวคำพิพากษาของศาล มีข้อสังเกตประการหนึ่งก็คือ การนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้โดยคำพิพากษาของศาลนั้น เป็นการปรับใช้อย่างกว้าง คือ จากแนวคำพิพากษาของศาลพบว่า ศาลในประเทศอังกฤษได้นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้กับบริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทคนเดียว (One-man Company) เช่น

ในคดี Southern V. Watson (1940) 2All E.R. 439⁶⁹ เจ้าของกิจการหนึ่งได้ขายกิจการของตนให้แก่บริษัทซึ่งคนจัดตั้งขึ้นและเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยมีข้อตกลงกับบริษัทนั้นว่าบริษัทจะทำธุรกิจการค้ากับตนหรือตามที่ตนเห็นชอบก่อนบุคคลอื่น ดังนั้น ศาลตัดสินว่าผู้ถือหุ้นผู้นี้จะต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ของบริษัท เพราะเจ้าของกิจการผู้นั้นเป็นผู้ประกอบกิจการค้าขายด้วยตนเองผ่านทางบริษัทซึ่งเปรียบเสมือนเป็นหุ้นเชิดของเขา

⁶⁸ นิวิฐรัช สำเนาพันธ์, “ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 15-16.

⁶⁹ ปิติกุล จิระมงคลพาณิชย์, “การไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท,” แหล่งที่มา: www.lawonline.co.th/document/acharpitikul16.doc

ในคดี Jones V. Lipman (1962) 1 W.L.R.832⁷⁰ จำเลยซึ่งเป็นผู้จะขายที่ดินให้แก่โจทก์ พยายามหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญาโดยการขายที่ดินให้กับบริษัทซึ่งจำเลยได้จัดตั้งขึ้น บริษัทนี้มีจำเลยเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่และเป็นกรรมการของบริษัทด้วย และหุ้นที่เหลือทั้งหมด จำเลยได้ให้ผู้อื่นถือไว้แทนตน ดังนั้น ศาลตัดสินให้จำเลยและบริษัทของจำเลยต้องร่วมกันรับผิดชอบตามสัญญาต่อโจทก์ โดยจำเลยต้องรับผิดชอบในฐานะที่เป็นคู่สัญญาต่อโจทก์ ส่วนบริษัทของจำเลยแม้จะไม่ได้เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับโจทก์ก็ต้องรับผิดชอบโอนที่ดินที่บริษัทรับโอนไปคืนมาให้โจทก์โดยถือว่าบริษัทถือที่ดินไว้แทนจำเลย เพราะการจัดตั้งบริษัทและการโอนที่ดินให้บริษัทเป็นเพียงการที่จำเลยใช้บริษัทเป็นหุ่นเชิดหรือเกราะกำบัง หรือเป็นสิ่งหลอกลวงในการหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามสัญญา

นอกจากนี้ ศาลอังกฤษยังใช้หลักดังกล่าวกับบริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทแม่และบริษัทในเครือ (Holding-Subsidiary Company) ด้วย โดยถือว่าแม้บริษัทในเครือจะถือเป็นนิติบุคคลอีกแห่งหนึ่งแยกต่างหากและประกอบธุรกิจด้วยตนเองแต่ก็อาจถือว่าเป็นกิจการของบริษัทแม่ซึ่งประกอบกิจการผ่านทางบริษัทในเครือ นั่นคือ ถือว่าบริษัทในเครือเป็นเสมือนหุ่นเชิดของบริษัทแม่ ทั้งนี้ ในคดี Smith, Stone & Knight Ltd. V. Birmingham Corporation (1939) 4 All E.R. 116 โดยผู้พิพากษา Atkinson J. ได้ให้ความเห็นในคดีนี้ว่า การจะพิจารณาว่าบริษัทใดเป็นบริษัทในเครือหรือไม่ ต้องพิจารณาว่าบริษัทแม่เข้าเกี่ยวข้องกับผลกำไร หรือมีบุคคลจากบริษัทแม่ได้รับการแต่งตั้งให้เข้าบริหารงานในบริษัทในเครือหรือไม่ การที่บริษัทแม่มีส่วนร่วมเสี่ยงภัยและตัดสินใจในธุรกิจ และการที่บริษัทแม่เข้าควบคุมบริษัทในเครืออย่างมั่นคงเพียงพอ ซึ่งในคดีนี้ ศาลถือว่าบริษัทในเครือซึ่งถูกบริษัทแม่ควบคุมการบริหารกิจการจะถือเป็นเสมือนเป็นหุ่นเชิดของบริษัทแม่ และบริษัทแม่ต้องร่วมรับผิดชอบหนี้สินของบริษัทในเครือ สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่จะต้องนำมาพิจารณาร่วมด้วย นอกเหนือจากสถานะความเป็นบริษัทในเครือหรือไม่ ก็คือ การพิจารณาถึงอำนาจควบคุมบริหารของบริษัทแม่ที่มีในบริษัทในเครือ หรือในส่วนของทุนดำเนินการของบริษัทในเครือว่าบริษัทในเครือมีทุนดำเนินการอย่างเป็นเอกเทศแยกต่างหากจากบริษัทแม่หรือไม่ หากไม่แล้ว ก็ถือว่าบริษัทในเครือนั้น เป็นเพียงหุ่นเชิดของบริษัทแม่ เนื่องจากบริษัทในเครือนั้นไม่สามารถดำเนินธุรกิจได้อย่างเป็นอิสระ ซึ่งส่งผลให้บริษัทแม่ต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทในเครือ ตามหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล

3.3.1.2 หลักของประเทศสหรัฐอเมริกา

⁷⁰ เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

หลักกฎหมายบริษัทของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือหลักสภาพนิติบุคคล โดยเคร่งครัด ซึ่งการนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับเอาแนวความคิดเกี่ยวกับหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาจากประเทศอังกฤษซึ่งคดีสำคัญที่ชี้ให้เห็นว่า สหรัฐอเมริกาก็ยอมรับหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท คือ คดี United States V. Milwaukee Refrigerator Transit Co. (1905) 142 Fed. 247⁷¹ ซึ่งบริษัทขนส่งสินค้าโดยรถไฟ ไม่อาจรับเงินส่วนลดค่าธรรมเนียมค่าใช้จ่ายจากบริษัทรถไฟได้โดยชอบด้วยกฎหมาย บริษัทดังกล่าวจึงตั้งบริษัทขึ้นอีกบริษัทหนึ่งมีลักษณะเป็นบริษัทในเครือเพื่อรับเงินดังกล่าวแทนคน บริษัทที่ตั้งขึ้นนี้ และบริษัทแรกมีเจ้าของ ผู้ถือหุ้น และถูกควบคุมโดยบุคคลคนเดียวกัน ดังนี้ ศาลจะใช้หลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยพิจารณาไปถึงเบื้องหลังบริษัทผ่าน ไปยังผู้ถือหุ้นในบริษัทนั้น และพิจารณาผ่านผู้ถือหุ้นในบริษัทหลัง ไปยังบริษัทแรกที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังและถือว่าการจ่ายเงินคืนให้บริษัทหลังก็ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกันเสมือนกับการจ่ายเงินให้กับบริษัทแรก โดยผู้พิพากษา Sanborn J. ของศาลสหรัฐ (Federal Court) ได้ตัดสินคดีนี้ โดยให้เหตุผลว่า "...แต่ถ้าเมื่อใดมีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยเจตนาที่จะต่อต้านประโยชน์สาธารณะ ก่อความอยุติธรรม กระทำการฉ้อโกง ฉ้อฉล กฎหมายจะถือว่าบริษัทเป็นเพียงการรวมกันของกลุ่มคน (Association of person) นั่นคือ ศาลจะไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท เมื่อมีการใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเป็นเครื่องกำบังสำหรับการฉ้อโกง ฉ้อฉล หรือการกระทำที่ไม่ถูกต้องอื่นใด"

การนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้น มีทั้งโดยบทบัญญัติของกฎหมาย คือ American trading with-the-enemy Act 1917 ซึ่งมีข้อจำกัดการประกอบธุรกิจของคนที่เป็นชนชาติศัตรูซึ่งรวมถึงนิติบุคคลที่มีคนที่เป็นชนชาติศัตรูถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วนอยู่ด้วย และโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งจะนำมาใช้เมื่อมีการจัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อฉ้อฉลเข้าห็นี่ของบริษัทและบุคคลภายนอก หรือเพื่อหลีกเลี่ยงความรับผิดชอบบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งมีข้อสังเกตกรณีการนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้โดยคำพิพากษาของศาล โดยที่ศาลมักจะใช้หลักการดังกล่าวหากเห็นว่ามีการใช้นิติบุคคลเพื่อละเมิดต่อสาธารณะประโยชน์ การกระทำผิดกฎหมาย การกระทำที่ไม่สุจริต การกระทำฉ้อฉล เป็นต้น ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะกระทำโดยบุคคลธรรมดา บริษัทที่ดำเนินงานโดยบุคคลคนเดียว หรือบริษัทแม่และบริษัทในเครือก็ตาม

⁷¹ นิชฐชัย ตำนานพันธ์, "ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด," (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 36-37.

ในกรณีที่บริษัทแม่และบริษัทในเครือ ศาลมักจะตัดสินให้บริษัทแม่ต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้สินตามสัญญาต่อบริษัทในเครือต่อเจ้าหนี้ของบริษัท หากพบว่าบริษัทแม่ใช้บริษัทในเครือเป็นหุ่นหรือเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์เพื่อบริษัทแม่ หรือบริษัทแม่และบริษัทในเครือมีการประกอบกิจการหรือทรัพย์สินปะปนกันเสมือนเป็นบริษัทเดียวกันหรือเป็นหน่วยการค้าเดียวกัน หรือบริษัทแม่ได้ข้าย้ายถ่ายทรัพย์สินของบริษัทในเครือมาสู่บริษัทของตน เป็นต้น เช่น

ในคดี *Zaist V. Olsen*, 154 Conn. 563m 227 A.2d 552 (1967)⁷² จำเลยคือ Martin Olson ได้จัดตั้งและควบคุมบริษัท 4 บริษัท คือ The East Haven Homes, Inc., Martin Olson, Inc., New London Shopping Center Inc. และ Viking Inc. โดยบริษัท East Haven Homes ได้กู้ยืมเงินไปจากโจทก์แล้วไม่ชำระคืน ต่อมาก็ประสบภาวะขาดทุนจนถูกฟ้องล้มละลาย ศาลตัดสินว่าบริษัท East Haven Homes เป็นหุ่นของจำเลย Martin Olson และของบริษัท Martin Olson Inc. ซึ่งทั้งสองจะต้องร่วมรับผิดชอบเป็นส่วนตัวกับบริษัท East Haven Homes ด้วย ทั้งนี้ ศาลจะไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทที่แตกต่างหากจากกัน เมื่อบริษัทเปรียบเสมือนเครื่องมือหรือหุ่นของบริษัทอื่น หรือของผู้ถือหุ้นซึ่งโดยส่วนตัวเป็นเจ้าของกิจการ โดยถือหุ้นส่วนใหญ่หรือทั้งหมด หรือเมื่อบริษัทถูกผู้ถือหุ้นหรือบริษัทอื่น ใช้เป็นเสมือนหุ่นเชิดหรือเป็นเครื่องมือเพื่อฉ้อฉลผู้อื่น ศาลจะใช้หลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทและกำหนดให้ผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยแท้จริงต้องรับผิดชอบ

3.3.2 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของประเทศซวีดลอร์

3.3.2.1 หลักของประเทศเยอรมนี

กฎหมายเกี่ยวกับบริษัทของเยอรมนี ก็ยึดถือหลักสภาพนิติบุคคลโดยเคร่งครัด โดยถือว่าบริษัทมีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น รวมทั้งมีสิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น มีสิทธิในทรัพย์สิน อีกทั้งมีสิทธิฟ้องคดีและถูกฟ้องคดีในนามของบริษัทเอง ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้นจะต้องรับผิดชอบเพียงเท่ามูลค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น

ในการนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทมาใช้ของประเทศเยอรมนี มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกา โดยนำมาใช้ในกรณีที่มีการใช้สภาพนิติบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ที่ผิดกฎหมาย หรือใช้สภาพนิติบุคคลเพื่อปิดบังบุคคลที่แท้จริงซึ่งซ่อนอยู่เบื้องหลัง ทั้งนี้ การใช้หลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลตามกฎหมายประเทศเยอรมนีทั้งโดย

⁷² เรื่องเดียวกัน, หน้า 45.

บทบัญญัติของกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมนี มาตรา 226 บัญญัติว่า “การใช้สิทธิเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าเป็นการมุ่งหมายแต่จะให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น” และโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งศาลจะนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลนี้มาใช้โดยอาศัยหลักสุจริต (Good Faith) จะเห็นได้ว่า ทั้งการนำมาใช้ตามบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำพิพากษาของศาล การนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ของประเทศเยอรมนีจะอาศัยหลักสุจริต (Good Faith) มาเป็นเหตุผลในการบังคับใช้หลักดังกล่าวแก่กรณีต่าง ๆ เป็นสำคัญ เช่น

- ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นรายใหญ่เพียงผู้เดียวหรือผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจครอบงำบริษัท ซึ่งไม่สามารถแบ่งแยกระหว่างทรัพย์สินและธุรกิจของบริษัทออกจากทรัพย์สินและธุรกิจส่วนตัว และได้รับประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว จะต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวสำหรับหนี้สินของบริษัท แต่การใช้หลักนี้จะต้องนำมาใช้โดยเคร่งครัด เฉพาะกรณีที่ทรัพย์สินส่วนตัวของผู้ถือหุ้นแยกออกจากทรัพย์สินของบริษัทมิได้ โดยมีเจตนาจะไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ของเจ้าหน้าที่ของบริษัท
- ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นเป็นผู้ควบคุมกิจการของบริษัท โดยลำพังจะต้องรับผิดชอบในหนี้สินของบริษัท กรณีที่บริษัทนั้นมีทุนจดทะเบียนต่ำเกินสมควรจนน่าสงสัยว่าจะเป็นเหตุให้บริษัทไม่สามารถดำเนินงานไปได้ เช่น บริษัทมีทุนจดทะเบียนด้วยเงินจำนวนน้อย เพื่อวัตถุประสงค์ในการดำเนินธุรกิจขนาดใหญ่ เป็นต้น
- หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท จะนำมาใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์ของบุคคลภายนอกผู้สุจริต หรือเจ้าหน้าที่ของบริษัทผู้สุจริต เช่น ในการตีความตามสัญญา หากนาย ก. มีข้อสัญญาที่จะไม่ทำการค้าขายแข่งกับนาย ข. แล้วต่อมา นาย ก. ได้จัดตั้งบริษัทขึ้น โดยเป็นผู้ถือหุ้นใหญ่และควบคุมบริษัทเพียงลำพังและบริษัทนี้ได้ทำการค้าขายแข่งขันกับนาย ข. ซึ่งเป็นการกระทำที่ไม่สุจริต โดยใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยมิชอบ ดังนั้น นาย ก. และบริษัทจะต้องผูกพันตามสัญญานั้นต่อนาย ข. ด้วย

จะเห็นได้ว่า การนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ ไม่ว่าจะโดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือโดยคำพิพากษาของศาลของประเทศเยอรมนี ล้วนแต่อาศัยหลักสุจริต (Good Faith) เป็นองค์ประกอบหลักในการวินิจฉัยประกอบกับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้บังคับ

3.3.2.2 หลักของประเทศสวิตเซอร์แลนด์

ตามกฎหมายบริษัทของประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ก็ยึดถือหลักสภาพนิติบุคคลโดยเคร่งครัด เช่นเดียวกับในประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศอังกฤษ และประเทศเยอรมนี ดังได้กล่าวมาแล้ว

ข้างต้น ซึ่งทำให้สิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบของบริษัทจำกัด และผู้ถือหุ้นนั้นแตกต่างกัน โดยผู้ถือหุ้นไม่ต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวในหนี้ของบริษัท อีกทั้งไม่ต้องรับผิดชอบต่อจำนวนมูลค่าหุ้นที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบ

ในการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ของประเทศสวิตเซอร์แลนด์นั้น เป็นการนำมาใช้ทั้งโดยบทบัญญัติของกฎหมาย และโดยคำพิพากษาของศาล ซึ่งตามบทบัญญัติของกฎหมายนั้น เป็นไปตามหลักทั่วไป คือ มาตรา 2 ตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิส ซึ่งบัญญัติว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การใช้สิทธิในลักษณะเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเป็นไปในทางมิชอบ ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครองโดยกฎหมาย” จะเห็นได้ว่า หลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งสวิสนี้เปิดช่องให้ศาลสามารถนำไปใช้ได้อย่างกว้างขวาง ขึ้นอยู่กับเหตุผลและกรณีของเรื่องนั้น ๆ⁷³

การนำมาใช้โดยคำพิพากษาของศาล จะต้องตีความโดยนำหลักสุจริตมาเป็นหลักประกอบในการวินิจฉัยกับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลด้วยเสมอ เช่น กรณีที่มีการใช้บริษัทเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงข้อห้ามการค้าขายแข่งขันกัน หรือการใช้บริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือข้อตกลงกฎหมาย โดยพิจารณาถึงอำนาจควบคุมในการประกอบธุรกิจที่แท้จริงของผู้ถือหุ้นบริษัทและบุคคลภายนอก ในกรณีที่บริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทคนเดียว หรือการพิจารณาถึงอำนาจควบคุมของบริษัทแม่ต่อบริษัทในเครือว่ามีอิสระในการประกอบธุรกิจอย่างแท้จริงตามที่ได้จัดตั้งขึ้นมาหรือไม่ เป็นสำคัญประกอบกับหลักสุจริต หากผู้ถือหุ้นหรือการควบคุมนั้นเป็นไปโดยไม่สุจริต ย่อมส่งผลให้ความรับผิดชอบของบุคคลที่อยู่เบื้องหลังนั้นต้องรับผิดชอบเสมือนหนึ่งว่ามีบริษัทนั้นขึ้นมาเลยตามหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทนั่นเอง

3.4 หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลที่ปรากฏในประเทศไทย

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทของไทย ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1015 และมาตรา 1096 ถึงหลักสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยถือว่าบริษัทมีสภาพนิติบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้น และความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นจะจำกัดเพียงมูลค่าหุ้นที่ตนถือเท่าจำนวนค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบเท่านั้น ทำให้ผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบเป็นส่วนตัวกับบริษัท อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีที่บุคคลใดใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทโดยไม่สุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมาย หรือเพื่อกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ในประเทศไทยเองก็มีการนำ

⁷³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 67.

หลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้อยู่บ้าง ทั้งตามบทบัญญัติของกฎหมาย และที่ปรากฏ
ในคำพิพากษาของศาล ดังนี้

3.4.1 บทบัญญัติของกฎหมาย

การนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในประเทศไทยนั้น ส่วนใหญ่แล้วจะเป็น
การบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมายลายลักษณ์อักษรทำให้เห็นได้ว่า การนำหลักการ ไม่คำนึงถึง
สภาพนิติบุคคลมาใช้ในประเทศไทยนั้น เป็นไปอย่างเคร่งครัด และใช้ในลักษณะที่เป็นข้อยกเว้นไว้
ในกฎหมายเฉพาะตามที่ได้บัญญัติไว้

ดังนั้น ถ้ามีบุคคลใดใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ หรือ
โดยไม่สุจริต โดยอาศัยประโยชน์จากกฎหมายดังกล่าว เช่น จัดตั้งบริษัทขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย
ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นพิเศษเฉพาะเรื่องนั้น ๆ และไม่นำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพ
นิติบุคคลของบริษัทมาใช้โดยคำพิพากษาของศาลแล้ว ย่อมเป็นการยากที่จะเรียกร้องให้บุคคลนั้น
รับผิดชอบใช้ความเสียหายที่ได้ก่อขึ้น เพราะเมื่อถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้ถือหุ้น
หรือบริษัทแม่อย่างเด็ดขาดแล้ว การที่จะฟ้องร้องบังคับต่อผู้ถือหุ้นหรือบริษัทแม่ย่อม ไม่อาจกระทำ
ได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดสนับสนุนให้กระทำเช่นนั้นได้⁷⁴ ซึ่งบทบัญญัติของ
กฎหมายที่ได้บัญญัติหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลไว้ เช่น

1) พระราชบัญญัติห้ามการค้าขายกับชนชาติศัตรู พ.ศ. 2460 ซึ่งถือเป็นกฎหมายฉบับ
แรกที่ปรากฏการนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ โดยที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ มีหลัก
คือ การห้ามคนไทยและบุคคลชาติอื่นที่อยู่ในประเทศไทยเข้าทำสัญญาหรือตกลงทางการค้ากับคน
ที่อยู่ในบังคับ หรืออยู่ในความคุ้มครองของประเทศเยอรมนี ออสเตรีย ฮังการี ที่เป็นคู่สงครามกับ
ไทย ไม่ว่าจะเป็นการค้าขายกันทางตรงหรือทางอ้อมหรือใช้คนอื่นเป็นคนกลาง ถ้าฝ่าฝืนสัญญาจะ
เป็นโมฆะ

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้อยู่ใน มาตรา 8 ซึ่งให้อำนาจรัฐมนตรีออกและสั่งให้เลิก
กิจการได้ในกรณีที่บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทประกอบกิจการค้าในลักษณะที่พึง
กำหนดได้ว่าทำการค้า เพื่อประโยชน์แก่ชนชาติศัตรู หรือแต่โดยส่วนมาก หรือทำการค้าอยู่ภายใต้

⁷⁴ ภาสกร ชุมเหตุไร, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร:
สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 500.

การครอบงำของชนชาติศัตรู ซึ่งชนชาติศัตรูนี้มีความหมายถึง บุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน หรือบริษัท หรือสมาชิกทุกคน หรือบางคนในห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทเป็นกรณีสัญชาติของชนชาติศัตรู ในกรณีที่บริษัทแม้จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย แต่ถ้ามีสมาชิกหรือผู้ถือหุ้น เป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติของศัตรู ก็ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นบริษัทของชนชาติศัตรูด้วย ซึ่งแสดงให้เห็นว่ากฎหมายมิได้คำนึงว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลมีสภาพบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นอย่างเด็ดขาด⁷⁵

2) พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัว และการควบคุมจัดกิจการ หรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พุทธศักราช 2488⁷⁶ มีสาระสำคัญอยู่ใน มาตรา 3 ซึ่งหากบุคคลใดคิดต่อหรือทำนิติกรรมใดกับบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ โดยมีได้รับความยินยอมจากเจ้าหน้าที่นิติกรรมนั้นจะเป็นโมฆะ โดยกำหนดว่าบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติให้หมายความถึงบุคคลธรรมดา บริษัทจำกัด มูลนิธิ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนและมีได้จดทะเบียน หรือองค์การในลักษณะอื่น ๆ แม้จะมีได้เป็นนิติบุคคลหรือเป็นนิติบุคคลจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ได้กระทำการเพื่อประโยชน์แก่บุคคลเหล่านั้น หรือที่บุคคลเหล่านั้นมีประโยชน์อยู่ ซึ่งแสดงว่ากฎหมายมิได้คำนึงถึงว่า บริษัทเป็นนิติบุคคลแตกต่างหากจากผู้ถือหุ้นโดยเด็ดขาด เพราะแม้เป็นบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้น และจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ถ้ามีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลเป็นผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นบุคคลที่ศัตรู หรือถ้าได้กระทำการ เพื่อประโยชน์ของบุคคลที่เป็นศัตรูแล้วให้ถือว่า บริษัทนั้นเป็นบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติด้วยเช่นกัน ซึ่ง มาตรา 7 แห่ง พระราชบัญญัติว่าด้วยการกักคุมตัว และการควบคุมจัดกิจการ หรือทรัพย์สินของบุคคลที่เป็นศัตรูต่อสหประชาชาติ พุทธศักราช 2488 ยังให้อำนาจรัฐในการเข้าดำเนินกิจการเข้าครอบครองทรัพย์สินแทนศัตรูเหมือนได้รับโอนเข้ามาเป็นของตนเอง รวมทั้งมีอำนาจสั่งยึดอายัดทรัพย์สินสั่งให้หยุดดำเนินกิจการ หรือเลิกกิจการ เพื่อชำระบัญชีหรือจำหน่ายทรัพย์สิน⁷⁷

⁷⁵ ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 501.

⁷⁶ ลงวันที่ 13 กันยายน พุทธศักราช 2488, (62 ร.จ. 520 ตอนที่ 50 ลงวันที่ 16 กันยายน พุทธศักราช 2488)

⁷⁷ ภาสกร ชุณหะวัณ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 502.

3) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 25 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม กฎหมายฉบับนี้จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวอันเป็นผลกระทบกระเทือนต่อโครงสร้างของการถือหุ้น หรือการเป็นเจ้าของธุรกิจนั้น

ตามประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 3 ได้นิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ให้หมายความถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้นเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 นี้มีลักษณะเป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล โดยให้ถือว่ามีนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ซึ่งมีลักษณะดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นนิติบุคคลของไทย แต่อาจถือว่าเป็นกิจการของคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลที่ซ่อนอยู่เบื้องหลังเพราะถือหุ้นและควบคุมกิจการส่วนใหญ่ของบริษัทจนทำให้บริษัทเปรียบเสมือนเป็นบุคคลคนเดียวกับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลต่างด้าว⁷⁸

ทั้งนี้ ในปัจจุบัน ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังคงไว้ซึ่งหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล ดังปรากฏในนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 ดังนี้

⁷⁸ ภาสกร ชุมhuri, คำอธิบายกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2539), หน้า 503.

มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
 - (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
 - (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยและมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)
 - (ค) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
- เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นี้มีลักษณะเป็นการใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล โดยให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งขึ้นในประเทศไทย ซึ่งมีลักษณะดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นนิติบุคคลของไทย แต่อาจถือว่าเป็นกิจการของคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลซึ่งเป็นบุคคลที่ซ่อนอยู่เบื้องหลัง เพราะถือหุ้นและควบคุมกิจการส่วนใหญ่ของบริษัทจนทำให้บริษัทเปรียบเสมือนเป็นบุคคลคนเดียวกับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลต่างด้าวเช่นเดียวกับหลักการที่ปรากฏในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

4) ประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดสิทธิในที่ดินของนิติบุคคลต่างด้าว และบุคคลต่างด้าว ซึ่งมีบทบัญญัติในหลายมาตราพอจะแยกพิจารณาได้ดังนี้

มาตรา 97 บัญญัติว่า “นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(1) บริษัทจำกัดที่มีทุนของคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้า หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดใดออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ”

มาตรา 98 บัญญัติว่า “ในกรณีที่นิติบุคคลตามที่ระบุไว้ใน มาตรา 97 เข้าเป็นเจ้าของทุน หรือผู้ถือหุ้น หรือเป็นส่วน แล้วแต่กรณีในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวในมาตราก่อนให้ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวนี้เป็นคนต่างด้าว”

มาตรา 86 วรรคสอง บัญญัติว่า “คนต่างด้าวดังกล่าวจะได้มาซึ่งที่ดิน เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยประกอบกิจการในทางพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การสุสาน การกุศล สาธารณะ หรือการศาสนา ก็คงเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวง และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี”

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นคนต่างด้าวจะมีสิทธิในที่ดินอย่างจำกัด ซึ่งต่างกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย จึงอาจมีการเลี่ยงกฎหมายโดยจัดตั้งเป็นบริษัทขึ้นถือครองที่ดินแทนตน แต่กฎหมายก็ใช้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท โดยให้ถือว่าบริษัทซึ่งมีลักษณะดังกล่าวมีสภาพเป็นเสมือนบุคคลต่างด้าว อันมีบุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวซ่อนอยู่เบื้องหลัง เพราะถือหุ้นและควบคุมกิจการส่วนใหญ่ของบริษัทจนทำให้บริษัทเปรียบเสมือนเป็นบุคคลเดียวกับผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลต่างด้าวนั่นเอง

นอกจากนี้ ในศาลไทย ก็ได้มีการนำหลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในการตัดสินคดีเช่นกัน ดังนี้

3.4.2 แนวคำพิพากษาศาลฎีกา

นอกจากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมาแล้วข้างต้น การนำหลักไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้โดยศาลไทยนั้น ยังไม่ชัดเจน โดยในคำพิพากษาดังกล่าวถึงแม้จะมีการพิพากษาให้ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัทที่กระทำการโดยจงใจฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงบทบัญญัติของกฎหมายให้ไม่ได้รับประโยชน์จากการกระทำเช่นนั้นก็ตาม แต่ในคำพิพากษาก็ไม่ได้นำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาบังคับใช้โดยตรง เช่น กรณีที่โจทก์เป็นผู้ประกอบธุรกิจบริษัทเงินทุนและธุรกิจหลักทรัพย์ แต่ได้ออกเงินทรองการซื้อหลักทรัพย์ไปแทนลูกค้าแล้วให้ลูกค้าทำสัญญาจำหน่ายหลักทรัพย์ไว้กับโจทก์เพื่อเป็นประกัน ถือเป็นการให้ลูกค้ากู้ยืมเงินบริษัท ไปเพื่อซื้อหลักทรัพย์ของบริษัท โจทก์เอง ถือเป็นการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถือเป็นกรณีที่บริษัทรับจำหน่ายหุ้นของตนเอง อันเป็นการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้ง โดยกฎหมาย

กรณีนี้ ศาลได้วินิจฉัยในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3119/2526 ไว้ว่า โจทก์เป็นตัวแทนของ ลูกค้าในการซื้อหรือขายหลักทรัพย์โดย โจทก์ติดต่อกับบริษัทหลักทรัพย์ที่เป็นสมาชิกตลาดหลักทรัพย์ให้ดำเนินการแทน โจทก์ในตลาดหลักทรัพย์ ดังนั้นการดำเนินงานของ โจทก์ไม่เป็นการ ประกอบกิจการตลาดหลักทรัพย์ หรือกิจการที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน

โจทก์เป็นบริษัทจำกัดมีวัตถุประสงค์ประกอบธุรกิจเงินทุนธุรกิจหลักทรัพย์ โจทก์ได้รับ จัดการซื้อหุ้นของบริษัท โจทก์ในตลาดหลักทรัพย์ตามคำสั่งของจำเลย โดยทศรองจ่ายเงินค่าหุ้น แทนจำเลยไปแล้วให้จำเลยลูกค้ากู้ยืมเงินจากบริษัทในเครือของ โจทก์มาใช้หนี้ โดยจำนำหุ้นนั้น เป็นประกันให้ โจทก์ยึดถือไว้ เท่ากับว่า โจทก์รับเอาหุ้นของบริษัท โจทก์ไว้เป็นประกัน อันเป็นการ ต้องห้ามอย่างชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1143 และ พระราชบัญญัติการ ประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 20 (3) ชัดขวางต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน จึงตกเป็น โทษตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและ พหณชย์ มาตรา 113 โจทก์จะอ้างเป็นผลเรียกร้องให้จำเลยชดใช้เงินที่ โจทก์ทศรองจ่ายซื้อหุ้นแทน จำเลยมิได้

ด้วยเหตุนี้ ต่อมา โจทก์ได้ตั้งบริษัทในเครือขึ้น จากนั้น โจทก์ให้บริษัทในเครือทศรองออก ค่าหุ้นแทนลูกค้า จากนั้นให้ลูกค้าจำนำหุ้นไว้กับบริษัทในเครือ โดย โจทก์เป็นผู้ออกเงินให้ในการให้ ลูกค้ากู้ยืมเงิน และ โจทก์เป็นผู้ถือหลักทรัพย์ที่ลูกค้านำมาจำนำไว้กับบริษัทในเครือเอง เมื่อบริษัท ในเครือไม่ใช้เงินค่าหุ้นที่ โจทก์ทศรองจ่ายไป โจทก์จึงนำมูลเหตุดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกร้อง เงินทศรองจ่ายจำนวนดังกล่าว

กรณีดังกล่าว ศาลได้วินิจฉัยไว้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1560/2527 ไว้ดังนี้ การที่ โจทก์ให้ จำเลยกู้เงินไปเพื่อซื้อหุ้นของบริษัท โจทก์เอง โดย โจทก์ยึดถือหุ้นนั้นไว้เป็นจำนำ หรือเป็นประกัน เงินที่ โจทก์ทศรองจ่ายซื้อหุ้น หรือ โจทก์ให้จำเลยกู้เงินจากบริษัทในเครือของ โจทก์ โดยเงินที่กู้ เป็นเงินของ โจทก์ให้บริษัทในเครือไปให้จำเลยกู้ยืมต่อหนึ่ง ทั้งหุ้นที่จำเลยจำนำแก่บริษัทในเครือ โจทก์เป็นผู้ยึดถือไว้เอง ดังนี้ถือได้ว่า โจทก์เป็นผู้ให้จำเลยกู้ยืมเงินไปซื้อหุ้นของบริษัท โจทก์ และ โจทก์รับจำนำหุ้นของตนเองเป็นประกันเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พหณชย์มาตรา 1143 ทั้งต่อมา พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ และธุรกิจ เครดิตฟองซิเอร์ พ.ศ. 2522 มาตรา 20 (3) บัญญัติห้ามมิให้บริษัทเงินทุนรับหุ้นของบริษัทเงินทุน นั้นเองเป็นประกัน หรือรับหุ้นของบริษัทเงินทุนจากบริษัทเงินทุนอื่นเป็นประกันอีกด้วย การ



กระทำของโจทก์จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 113 ไม่มีผลบังคับ โจทก์จะอ้างเป็นมูลเรียกร้องให้จำเลยชดใช้เงินที่โจทก์ฟ้องมิได้

จะเห็นได้ว่า คำพิพากษานี้ เป็นการแก้ไขปัญหากรณีที่บริษัทจำกัดดำเนินงานโดยจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต คำวินิจฉัยของศาลฎีกานี้ เท่ากับถือว่าถือว่าการกระทำของบริษัทในเครือคือจำเลย ก็ถือเป็นการกระทำของบริษัทแม่ตนเอง โดยถือเอาการรับจำนำหุ้นของบริษัทในเครือจากลูกค้าผู้ซื้อหลักทรัพย์ไว้นั้น ถือเป็นการรับจำนำโดยตัวโจทก์หรือบริษัทแม่เอง ซึ่งเป็นการพิจารณาโดยไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทในเครือเลย โดยถือว่าบริษัทในเครือและบริษัทแม่เป็นเสมือนบุคคลเดียวกัน หรือโจทก์ไม่อาจอ้างว่าบริษัทโจทก์และบริษัทในเครือมีความเป็นนิติบุคคลแยกจากกันนั่นเอง” อย่างไรก็ตาม คำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าวได้วินิจฉัยโดยใช้หลักการกระทำอันเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย

ในคำพิพากษากฎีกาอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องนั้น⁸⁰ เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1143-1144/2527 ซึ่งเป็นเรื่องการโอนสิทธิตามเครื่องหมายการค้า โดยโจทก์และ ส.ต่างเป็นหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลคั้นน้ำเต้าทอง ซึ่งเป็นเจ้าของเครื่องหมายการค้ารูปน้ำเต้าคู่ ต่อมาโจทก์และ ส. ได้ทำสัญญาแบ่งทรัพย์สิน โดย ส. ในฐานะแทนห้างหุ้นส่วนฯ ยินยอมให้โจทก์ขอยจดทะเบียนเครื่องหมายการค้าได้ แต่ในระหว่างที่โจทก์ดำเนินการจดทะเบียนอยู่นั้น ส. ได้โอนสิทธิในเครื่องหมายการค้าให้แก่บริษัทจำเลยซึ่งมี ส. เป็นกรรมการ แล้วบริษัทจำเลยได้คัดค้านการจดทะเบียนเครื่องหมายการค้า ซึ่งโจทก์ได้ฎีกาถึงประเด็นเรื่องการใช้สิทธิโดยไม่สุจริตของผู้รับโอนไว้ด้วย แต่ศาลมิได้วินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าว หากวินิจฉัยแต่เพียงเรื่องความเหมือนหรือคล้ายของเครื่องหมายการค้าเท่านั้น

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 5 ซึ่งบัญญัติไว้ถึงหลักสุจริตไว้ว่า “การใช้สิทธิแห่งตนเองก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต” ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับประมวลกฎหมายแพ่งสวีตมาตรา 2 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งสวีตได้นำหลักสุจริตตามมาตรา 2 มาปรับใช้กับหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลโดยคำพิพากษาของศาล แต่หลักสุจริตนั้นเป็นหลักที่กว้างขวางไม่มีขอบเขตแน่นอน ซึ่งขึ้นอยู่กับ

⁷⁹ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หุ้นส่วนบริษัท พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 261.

⁸⁰ โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1560/2527 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1143-1144/2527 ประกอบ

คุณพินิจของผู้พิพากษาในการปรับใช้กับแต่ละกรณีโดยไม่มีหลักหรือขอบเขตบังคับที่แน่นอนว่าจะต้องนำหลักสุจริตมาใช้อย่างไร

ยิ่งไปกว่านั้น ในศาลของประเทศอังกฤษ, ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศเยอรมนี และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ ก็ยังนำหลักสุจริตมาปรับใช้กับการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในขอบเขตจำกัด โดยหลักแล้วศาลของประเทศอังกฤษ, ประเทศสหรัฐอเมริกา, ประเทศเยอรมนี และประเทศสวิตเซอร์แลนด์ จะใช้เมื่อมีการใช้สภาพนิติบุคคลเพื่อการหลอกลวง ฉ้อฉล หลีกเลี่ยง หน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายหรือบทบัญญัติของกฎหมาย มีการกระทำที่มีขอบข่ายกฎหมายหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ ซึ่งสรุปรวมได้ดังนี้ต่อไปนี้

- ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการของบริษัท จัดตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อเป็นหุ่นเชิดของตน
- ผู้ถือหุ้น ได้ใช้ทรัพย์สินส่วนตัวปะปนกับทรัพย์สินของบริษัท
- ผู้ถือหุ้นหรือกรรมการใช้บริษัทแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบมากกว่าแสวงหาประโยชน์เพื่อบริษัทหรือยกย้ายถ่ายเทเงินของบริษัทเพื่อประโยชน์ของตนเอง
- ดำเนินกิจการของบริษัทเสมือนเป็นกิจการส่วนตัว หรือแสดงออกต่อสาธารณชนเสมือนกับว่าการประกอบธุรกิจของบริษัทมิได้แยกออกจากธุรกิจส่วนตัว
- มีการทุจริต ฉ้อฉล หรือกระทำการอันไม่ชอบธรรม หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น ตั้งบริษัทเพื่อรับโอนทรัพย์สิน โดยฉ้อฉล
- เมื่อใช้บริษัท โดยมิชอบ เพื่อหลีกเลียงบทบัญญัติของกฎหมาย หรือหลีกเลียงหนี้และความรับผิดชอบตามกฎหมาย เช่น ตั้งบริษัทเพื่อหลีกเลียงความรับผิดชอบหรือหนี้ หรือข้อจำกัดตามสัญญาซึ่งผู้ถือหุ้น ในฐานะที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทแม่จะต้องรับผิดชอบ
- บริษัทมีทุนดำเนินการต่ำเกินสมควร ไม่เพียงพอต่อความรับผิดชอบที่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้าว่าจะเกิดขึ้นได้จากการประกอบธุรกิจประเภทนั้น ทั้งนี้เพื่อหลีกเลียงความรับผิดชอบของตน⁸¹

จากลักษณะของการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ในกรณีดังกล่าวข้างต้น จึงสรุปได้ว่า ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบเมื่อมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ ได้แก่

⁸¹ นิเวศรุชย์ สำเนาพันธ์, “ความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้นและกรรมการของบริษัทภายใต้หลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัทจำกัด,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529), หน้า 50-51.

1. ผู้ถือหุ้นของบริษัท ได้แก่ ผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลธรรมดาในบริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทคนเดียวหรือบริษัทครอบครัว คือบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นจำนวนน้อยรายหรือผู้ถือหุ้นมีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกันในลักษณะเป็นบุคคลในครอบครัวเดียวกัน หรือเป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ที่มีอำนาจควบคุมรอบังการกิจการในบริษัท และได้รับผลประโยชน์ตอบแทนเพียงผู้เดียว ดังนี้ ถ้าบริษัทในลักษณะดังกล่าวจะต้องรับผิดชอบแล้ว ผู้ถือหุ้นรายใหญ่ซึ่งเป็นบุคคลธรรมดานี้ก็อาจต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลด้วย และรวมทั้งผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลในบริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทแม่หรือบริษัทที่ประกอบกิจการร่วมกันคือ บริษัทที่มีลักษณะเป็นบริษัทแม่ เข้าถือหุ้นเกินร้อยละ 50 และมีอำนาจควบคุมจัดการอย่างเด็ดขาดในบริษัทในเครือที่ตนได้จัดตั้งขึ้น ดังนี้ ถ้าบริษัทในเครือจะต้องรับผิดชอบแล้ว บริษัทแม่ซึ่งเป็นนิติบุคคลก็อาจต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทในเครือด้วย ในฐานะที่บริษัทแม่ซึ่งเป็นนิติบุคคลนั้นเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทในเครือนั่นเอง
2. กรรมการของบริษัท จะต้องร่วมรับผิดชอบกับบริษัทต่อเมื่อกรรมการซึ่งเป็นผู้แสดงเจตนาแทนบริษัทมีส่วนร่วมรู้เห็นหรือได้ใช้สภาพนิติบุคคลของบริษัทเพื่อเป็นเครื่องกำบังความรับผิดชอบของตนโดยไม่สุจริต โดยการฉ้อฉลหรือแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวโดยมิชอบ หรือกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายอื่นใด ไม่ว่ากรรมการนั้นจะเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทด้วยหรือไม่ก็ตาม
3. บริษัท ซึ่งเป็นบริษัทที่ถูกจัดตั้งขึ้นมีลักษณะเป็นตัวแทนของผู้ถือหุ้นหรือเพื่อหลีกเลี่ยงจำกัดความรับผิดชอบของผู้ถือหุ้น เช่น บริษัท ก พยายามปกปิดการกระทำอันเป็นการฉ้อฉลหรือผิดกฎหมายของตน โดยใช้บริษัท ข เป็นตัวแทน ทั้งนี้ บริษัท ข ก็มีผู้ถือหุ้นเป็นบุคคลกลุ่มเดียวกับผู้ถือหุ้นของบริษัท ก ดังนี้ศาลจะถือว่าการกระทำของบริษัท ข แท้ที่จริงแล้วเป็นการกระทำของผู้ถือหุ้นของบริษัท ข นั่นคือ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลของบริษัท ข ในชั้นต่อมา ศาลจะวินิจฉัยว่า การกระทำของผู้ถือหุ้นในบริษัท ข นั้น ตามความเป็นจริงแล้วเป็นการกระทำของบริษัท ก หรือของผู้ถือหุ้นในบริษัท ก ดังนั้น ถ้าบริษัท ข ต้องรับผิดชอบแล้ว ผู้ถือหุ้นของบริษัท ข บริษัท ก และผู้ถือหุ้นของบริษัท ก ต้องร่วมรับผิดชอบด้วย

เมื่อพิจารณาจากบุคคลที่ต้องรับผิดชอบเมื่อมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้แล้ว ผู้วิจัยเห็นว่า หลักการ ไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลนี้มุ่งคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น ๆ คือ บุคคลภายนอก หรือกรณีที่มีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้เนื่องจากบริษัทได้ถูกตั้งขึ้นเพื่อฝ่าฝืน หรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย ก็เป็นการให้ความคุ้มครองแก่รัฐ รวมทั้งบุคคลภายนอกที่อาจต้องเสียหายจากการกระทำนั้นด้วย ซึ่งการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้ ไม่จำกัดเฉพาะความรับผิดทางแพ่งเท่านั้น เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามมาตรา 4 ที่กำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” โดยไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคล ด้วยการพิจารณาไปถึงผู้ถือหุ้นในนิติบุคคล หากเป็นบุคคลธรรมดาต่างด้าว หรือนิติบุคคลต่างด้าวเข้าถือหุ้น

ในนิติบุคคลนับแต่ร้อยละ 50 ของหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนทั้งหมดแล้ว ก็ให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลนั้น เป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทำให้นิติบุคคลนั้น ต้องถูกจำกัดการประกอบธุรกิจภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

จะเห็นได้ว่า หากมีการนำหลักการไม่คำนึงถึงสภาพนิติบุคคลมาใช้แล้ว ส่วนใหญ่ ผู้ถือหุ้นของบริษัท และกรรมการของบริษัทจะไม่ได้รับประโยชน์หรือความคุ้มครองใด ๆ จากการนำหลักการนี้มาใช้.