

กฎหมายธุรกิจ · กรกฎาคม 2569

ชาวต่างชาติตั้งบริษัทในไทย : ข้อจำกัด จริง และเส้นทางที่ทำได้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้ห้ามชาวต่างชาติทำธุรกิจในประเทศไทย แต่กำหนดว่าใครคือ “คนต่างด้าว” ธุรกิจใดอยู่ในบัญชีใด และต้องขออนุญาตจากใคร บทความนี้อธิบายเส้นแบ่งที่ “กึ่งหนึ่งของทุน” สามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ทุนขั้นต่ำตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 เส้นทางที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในอนุญาตประกอบธุรกิจ การส่งเสริมการลงทุน และสิทธิสัญญา พร้อมเหตุผลตามตัวบทและแนวคำพิพากษาว่าเหตุใดการให้คนไทยถือหุ้นแทนตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 จึงเป็นทางเลือกที่อาจทำให้เสียทั้งบริษัทและเงินลงทุน



นายเบ็นheng

Co Founder and Managing Partner

ใบอนุญาตทนายความเลขที่ 3540/2561

สารบัญ

1	คนต่างด้าวในสายตากฎหมายไทย (ไม่ได้ดูแลหนังสือเดินทาง)	4
2	ทำไมกฎหมายจึงแบ่งธุรกิจเป็นสามบัญชี	5
3	บัญชีหนึ่ง (ประตูที่ปิดตาย)	6
4	บัญชีสอง (เปิดได้ แต่ต้องถึงคณะรัฐมนตรี)	8
5	บัญชีสาม (บัญชีที่ธุรกิจส่วนใหญ่ไปติดอยู่)	9
6	บริษัทไทยข้างมาก 49 ต่อ 51 ทำได้จริงแค่ไหน	11
7	เส้นที่ห้ามข้าม (พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 และเหตุใด νομินีจึงเป็นความผิดพลาด)	12
8	โทษของฝ่ายต่างชาติเองตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37	14
9	สิ่งที่แพงกว่าค่าปรับ (สัญญาเป็นโมฆะ และเงินที่จ่ายไปเรียกคืนไม่ได้)	15
10	ศาลดูเงินจริง ไม่ได้ดูเพียงบัญชีผู้ถือหุ้น	16
11	ทางที่ถูก ทางที่หนึ่ง (ใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว)	17
12	ทางที่ถูก ทางที่สอง (การส่งเสริมการลงทุนและนิคมอุตสาหกรรม)	18
13	ทางที่ถูก ทางที่สาม (สนธิสัญญา รวมถึงสนธิสัญญาไมตรีกับสหรัฐอเมริกา)	19
14	ทุนขั้นต่ำที่ต้องมีจริง (พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14)	21
15	สำนักงานผู้แทน (ทางที่ไม่ต้องแข่ง แต่ก็ขายไม่ได้)	21
16	เปรียบเทียบห้าเส้นทางแบบเห็นภาพ	22
17	สามคำถามที่ควรตอบให้ได้ก่อนไปจดทะเบียน	23
18	ข้อควรระวังในทางปฏิบัติที่มักถูกมองข้าม	24
•	คำถามที่พบบ่อย	26
•	สรุป	29
•	สิ่งที่ควรทำต่อไป	30
•	อ้างอิงท้ายเล่ม	32
•	จดหมายจากผู้เขียน	34

ฉบับอิเล็กทรอนิกส์ของบทความบนเว็บไซต์ <https://dap-resolution.com/insights/foreign-company/>

ทุกคนรู้ไหมครับว่า สิ่งที่ทำให้บริษัทหนึ่งเป็น “คนต่างดาว” ในสายตากฎหมายไทย ไม่ใช่สัญชาติของกรรมการ ไม่ใช่ภาษาที่ใช้ในที่ประชุม และไม่ใช่แหล่งที่มาของลูกค้า แต่เป็นตัวเลขเพียงตัวเดียว คือสัดส่วนของทุนที่ถือโดยผู้ไม่มีสัญชาติไทย และเส้นแบ่งนั้นก็ได้อยู่ที่ 51 เปอร์เซ็นต์อย่างที่คนมักพูดกัน แต่อยู่ที่คำว่า “ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง”

นักลงทุนที่เข้าใจเรื่องนี้ก่อนจดทะเบียน จะเลือกโครงสร้างได้ตรงกับธุรกิจของตัวเอง เสียเวลาน้อยลง และไม่ต้องมาแก้โครงสร้างย้อนหลังตอนที่ธนาคารหรือคู่ค้ารายใหญ่เริ่มขอดูเอกสาร ส่วนคนที่เข้าใจผิดตั้งแต่วันแรก มักไม่รู้ตัวจนกระทั่งมีเรื่อง แล้วสิ่งที่เสียไปไม่ใช่แค่ค่าปรับ เพราะกฎหมายให้ศาลสั่งเลิกการถือหุ้นหรือเลิกกิจการได้ และแนวคำพิพากษายังวางไว้ว่าเงินที่จ่ายไปตามข้อตกลงที่ทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายนั้น เรียกคืนไม่ได้

ในบทความนี้ผมจะมาอธิบายให้ฟังแบบเข้าใจง่าย ๆ ว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างดาว พ.ศ. 2542 นิยาม “คนต่างดาว” ไว้อย่างไร บัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม ต่างกันตรงไหน ทุนขั้นต่ำต้องเท่าไร เส้นทางที่ชอบด้วยกฎหมายมีอะไรบ้าง และเหตุใดการให้คนไทยถือหุ้นแทนจึงเป็นทางที่ผมไม่แนะนำอย่างยิ่ง ไม่ใช่เพราะเป็นเรื่องเทคนิค แต่เพราะเป็นความผิดที่มีโทษจำคุกทั้งฝ่ายไทยและฝ่ายต่างชาติครับ

บทที่ 1

คนต่างด้าวในสายตากฎหมายไทย (ไม่ได้ดูแลหนังสือเดินทาง)

คนส่วนใหญ่เข้าใจว่า “คนต่างด้าว” หมายถึงคนที่ถือหนังสือเดินทางต่างประเทศ ซึ่งถูกเพียงส่วนเดียว เพราะกฎหมายฉบับนี้ขยายความไปถึงนิติบุคคลด้วย และขยายไปหลายชั้น บริษัทที่จดทะเบียนในไทย ใช้ชื่อไทย มีกรรมการไทย ก็ยังเป็นคนต่างด้าวได้ ถ้าทุนของบริษัทนั้นถูกถือโดยคนต่างชาติตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป¹

จุดที่ผมอยากให้สังเกตคืออนุมาตรา (๔) ซึ่งทำให้การถือหุ้นเป็นชั้น ๆ ไม่ช่วยอะไร ถ้าบริษัทไทยแห่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าวตาม (๓) แล้วบริษัทนั้นไปถือหุ้นในบริษัทไทยอีกแห่งตั้งแต่กึ่งหนึ่ง บริษัทลูกก็เป็นคนต่างด้าวไปด้วย ในทางปฏิบัติหมายความว่า การวางโครงสร้างซ้อนกันสองสามชั้นเพื่อ “เจือจาง” สัดส่วนต่างชาติ ไม่ได้ผลตามตัวบทครับ

¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติว่า

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้ “คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น
 - (ข) หักหุ้นส่วนจำกัดหรือหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)
- (๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุน มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีในหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

เพราะตัวบทใช้คำว่า “ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” การถือหุ้นของต่างชาติที่ 50 เปอร์เซ็นต์พอดี จึงทำให้บริษัทเป็นคนต่างด้าวแล้ว ไม่ใช่ต้องเกิน 50 การถือ 49 เปอร์เซ็นต์จึงเป็นตัวเลขที่ตกลงมาจากถ้อยคำของกฎหมาย ไม่ใช่ตัวเลขที่ใครคิดขึ้นเอง และนี่คือเหตุผลว่าทำไมโครงสร้าง 49 ต่อ 51 จึงกลายเป็นรูปแบบมาตรฐานของตลาด

แต่ตัวเลขบนบัญชีถือหุ้นไม่ใช่จุดสิ้นสุดของเรื่อง เพราะนิยามใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 พูดถึงทั้ง “หุ้นอันเป็นทุน” และ “การลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด” สองอย่างนี้ไม่เหมือนกัน อย่างแรกดูที่ทะเบียน อย่างที่สองดูที่เงินจริง และในคดีที่ขึ้นสู่ศาล สิ่งที่ถูกตรวจสอบมักเป็นอย่างที่สองครับ

unk 2

ถ้าไมกฎหมายจึงแบ่งธุรกิจเป็นสามบัญชี

พระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวทำธุรกิจทุกอย่าง แต่จัดกลุ่มธุรกิจไว้สามบัญชีตามระดับความอ่อนไหว แล้วกำหนดผู้มีอำนาจอนุญาตต่างกันไปในแต่ละบัญชี ธุรกิจที่ไม่อยู่ในบัญชีใดเลย คนต่างด้าวทำได้โดยไม่ต้องขอใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งเป็นจุดที่คนมักมองข้าม²

2. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 บัญญัติว่า

มาตรา ๘ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒

- (๑) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่มิอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง
- (๒) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี
- (๓) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

โครงของ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 อ่านได้ตรง ๆ ว่าบัญชีหนึ่งไม่มีทางเปิด บัญชีสองเปิดได้แต่ต้องถึงคณะรัฐมนตรี และบัญชีสามเปิดได้ที่ระดับอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ระดับของผู้อนุญาตนี้เองที่บอกเราว่าแต่ละบัญชี “ยาก” ต่างกันเพียงไรในทางปฏิบัติครับ

บทที่ 3

บัญชีหนึ่ง (ประตูที่ปิดตาย)

บัญชีหนึ่งคือกลุ่มที่ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (1) ห้ามไว้โดยไม่มีข้อยกเว้นให้ขออนุญาต ธุรกิจนี้ผูกกับที่ดิน ทรัพยากร สื่อ และสิ่งที่รัฐถือว่าเป็นเรื่องของคนไทยโดยเฉพาะ³

3. บัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (๑) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (๒) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (๓) การเลี้ยงสัตว์
- (๔) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (๕) การทำกำไรประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของ ประเทศไทย
- (๖) การสกัดสมุนไพรไทย
- (๗) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ของประเทศ
- (๘) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (๙) การค้าที่ดิน

รายการที่สร้างปัญหามากที่สุดในทางปฏิบัติคือข้อ (๙) การค้าที่ดิน เพราะนักลงทุนที่มาทำโครงการอสังหาริมทรัพย์มักคิดว่าเป็นเรื่องของกฎหมายที่ดินเท่านั้น แต่ในความจริงมันตกอยู่ในบัญชีหนึ่งของกฎหมายฉบับนี้ด้วย และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560⁴ ซึ่งวินิจฉัยว่าแม้บัญชีผู้ถือหุ้นจะแสดงว่าฝ่ายต่างชาติถือไม่ถึงกึ่งหนึ่ง แต่เมื่อเงินทุนที่แท้จริงเกินกึ่งหนึ่งเป็นของฝ่ายต่างชาติ ก็ถือว่าบริษัทนั้นและฝ่ายต่างชาติเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่ดินตามบัญชีหนึ่ง



⁴. คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560

บทที่ 4**บัญชีสอง (เปิดได้ แต่ต้องถึงคณะรัฐมนตรี)**

บัญชีสองเป็นกลุ่มที่กฎหมายเปิดช่องไว้ แต่ตั้งด่านสูงมาก เพราะผู้อนุญาตคือรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีในทางปฏิบัติจึงไม่ใช่เส้นทางที่ธุรกิจขนาดกลางจะเดินได้ในกรอบเวลาปกติ⁵

หมวด ๑ ข้อ (๒) การขนส่งในประเทศ เป็นรายการที่ผมเห็นสร้างความประหลาดใจบ่อยที่สุด เพราะธุรกิจโลจิสติกส์ที่นักลงทุนต่างชาติสนใจ มักมีส่วนของการขนส่งภายในประเทศปนอยู่ด้วย และเมื่อมีส่วนนั้น ก็ไม่ใช่เรื่องที่ยื่นขออนุญาตในระดับกรมได้อีกแล้วครับ

5. บัญชีสองท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

บัญชีสอง ธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนคติของประชาชน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม หมวด ๑ ธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(๑) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(๒) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมทั้งกิจการการบินในประเทศ หมวด ๒ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนคติของประชาชน (๑) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรมหัตถกรรมของไทย (๒) การผลิตเครื่องมือแกะสลัก

(๓) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลาย ผ้าไหมไทย

(๔) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(๕) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเขิน

(๖) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย หมวด ๓ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม (๑) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย (๒) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์ (๓) การทำเกลือหิน (๔) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน (๕) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บทที่ 5

บัญชีสาม (บัญชีที่ธุรกิจส่วนใหญ่ไปติดอยู่)

บัญชีสามเป็นบัญชีที่มีผลกระทบต่อต้นทุนมากที่สุด เพราะกวาดเอาภาคบริการเกือบทั้งหมดเข้ามา รวมถึงข้อสุดท้ายที่เขียนไว้กว้างกว่า “การทำธุรกิจบริการอื่น” ผลคือธุรกิจบริการที่ไม่มีชื่อระบุไว้ที่ไหน ก็ยังตกในบัญชีสาม



อยู่ดี เว้นแต่จะมีกฎกระทรวงยกเว้นไว้⁶

6. บัญชีสามฝ่ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า

บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- (๑) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (๒) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (๓) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (๔) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชีปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (๕) การผลิตปูนขาว
- (๖) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (๗) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (๘) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (๙) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (๑๐) การก่อสร้าง ยกเว้น
 - (ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณูปโภค หรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญ ในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาท ขึ้นไป
 - (ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (๑๑) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น
 - (ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการ ซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือ ตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์
 - (ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อ การผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจ ในเครือเดียวกัน
 - (ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่าย หรือจัดหาตลาด ทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการ จำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือ นำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป
 - (ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (๑๒) การขายทอดตลาด ยกเว้น
 - (ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่ไม่ใช่ การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของ ประเทศ
 - (ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง
- (๑๓) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้ ยกเว้นการซื้อขายสินค้า เกษตรล่วงหน้าในตลาดสินค้าเกษตรล่วงหน้าแห่งประเทศไทย โดยไม่มีการส่งมอบหรือรับมอบสินค้าเกษตรภายใน ประเทศ
- (๑๔) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้า น้อยกว่ายี่สิบล้านบาท
- (๑๕) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้า น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท
- (๑๖) การทำกิจการโฆษณา

สิ่งที่ผมอยากให้อ่านอย่างช้า ๆ คือข้อ (๑๔) และ (๑๕) ซึ่งบอกว่าการค้าปลีกและค้าส่งจะพ้นจากบัญชีสามได้ถ้ามีทุนถึงเกณฑ์ที่กำหนด นี่คือตัวอย่างชัดที่สุดว่ากฎหมายไม่ได้ห้ามด้วยประเภทกิจการเท่านั้น แต่ห้ามด้วยขนาดของทุนด้วย ธุรกิจเดียวกันที่ทุนหนึ่งร้อยล้านบาทกับที่ทุนสิบล้านบาท อยู่ในสถานะทางกฎหมายที่ต่างกันโดยสิ้นเชิง

อีกจุดคือข้อ (๑๑) (ข) และ (ค) ซึ่งยกเว้นการเป็นนายหน้าหรือตัวแทนภายในเครือเดียวกัน และการค้าระหว่างประเทศที่มีทุนตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป โครงสร้างที่ออกแบบให้ตรงกับข้อยกเว้นเหล่านี้ตั้งแต่ต้น ประหยัดทั้งเวลาและความเสี่ยงกว่าการขอใบอนุญาตทีหลังมากครับ

บทที่ 6

บริษัทไทยช่างมาก 49 ต่อ 51 ทำได้จริงแค่ไหน

โครงสร้างที่ฝ่ายต่างชาติถือ 49 เปอร์เซ็นต์ และฝ่ายไทยถือ 51 เปอร์เซ็นต์ เป็นโครงสร้างที่ชอบด้วยกฎหมายทุกประการ ถ้าฝ่ายไทยเป็นผู้ถือหุ้นจริง คือ ลงเงินของตัวเอง รับผิดชอบต่อตัวเอง มีสิทธิออกเสียงของตัวเอง และได้เงินปันผลของตัวเอง เมื่อเป็นเช่นนั้น บริษัทไม่ใช่คนต่างด้าวตามมาตรา 4 และไม่ต้องขอใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้เลย

(๑๗) การทำการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(๑๘) การนำเข้าเที่ยว

(๑๙) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(๒๐) การทำการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(๒๑) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ปัญหาไม่ได้อยู่ที่ตัวเลข แต่อยู่ที่ความจริงเบื้องหลังตัวเลข ในทางปฏิบัติผมเห็นสองสถานการณ์ที่ต่างกันโดยสิ้นเชิง สถานการณ์แรกคือมีหุ้นส่วนไทยที่มีเงินทุนและมีบทบาททางธุรกิจจริง ซึ่งเป็นเรื่องปกติของการร่วมทุน สถานการณ์ที่สองคือฝ่ายต่างชาติออกเงินทั้งหมด แล้วหาคนไทยมาลงชื่อในบัญชีถือหุ้น พร้อมทำหนังสือมอบอำนาจ ไปโอนหุ้นลอย หรือสัญญาไว้เพื่อควบคุมหุ้นนั้นกลับ สองสถานการณ์นี้ดูเหมือนกันบนหนังสือรับรอง แต่ในทางกฎหมายอยู่คนละฝั่งของเส้นความผิดอาญาครับ

บทที่ 7

เส้นที่ห้ามข้าม (พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 และเหตุโดนอิมินีจึงเป็นความผิดอาญา)

นี่คือมาตราที่ผมถือว่าสำคัญที่สุดในกฎหมายฉบับนี้สำหรับนักลงทุน เพราะเป็นมาตราที่เอาผิด “ทั้งสองฝ่าย” ไม่ใช่เฉพาะฝ่ายต่างชาติ คนไทยที่ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน ร่วมประกอบธุรกิจ หรือถือหุ้นแทน ก็เป็นผู้กระทำความผิดเช่นกัน และฝ่ายต่างชาติที่ยินยอมให้ทำก็เป็นผู้กระทำความผิดด้วย⁷

7. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 บัญญัติว่า

มาตรา ๓๖ ผู้มีสัญชาติไทยหรือมีบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแบบคนต่างด้าวในหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือมีบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเสียงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือมีบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

ขอให้สังเกตสามชั้นในมาตรานี้ ชั้นแรกคือโทษอาญา จำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ชั้นที่สองคือคำสั่งศาลให้เลิกการถือหุ้นหรือเลิกการร่วมประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นการรื้อโครงสร้างที่นักลงทุนสร้างมาทั้งหมด และชั้นที่สามคือค่าปรับรายวันหนึ่งหมื่นถึงห้าหมื่นบาท ตลอดเวลาที่ยังไม่ปฏิบัติตามคำสั่ง ชั้นที่สามนี้คือชั้นที่ทำให้การ “ดื้อไว้ก่อน” ไม่ใช่ทางเลือกครับ

ข้อสังเกต

จุดที่มักถูกเข้าใจผิด คือความผิดตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 ไม่ได้เกิดขึ้นเพราะสัดส่วนหุ้นผิด แต่เกิดขึ้นเพราะ “การถือหุ้นแทน” หรือการแสดงออกว่าธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว ตัวเลขจึงไม่ใช่สิ่งที่ทำให้พ้นความผิด ความ เป็นเจ้าของที่แท้จริงคือสิ่งที่ทำให้พ้น

บทที่ 8

โทษของฝ่ายต่างชาติเองตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37

ถ้าคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบัญชีใดบัญชีหนึ่งโดยไม่ได้รับอนุญาต ความผิดอยู่ที่ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37 ซึ่งมีระดับโทษเดียวกับมาตรา 36 และให้ศาลสั่งเลิกกิจการหรือเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นได้เช่นกัน⁸

ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3618/2566⁹ ปรากฏว่าศาลชั้นต้นลงโทษจำเลยกลุ่มหนึ่งตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (3) และมาตรา 37 และลงโทษจำเลยอีกกลุ่มหนึ่งตามมาตรา 36 ในคดีเดียวกัน ซึ่งสะท้อนโครงของกฎหมายได้ตรงมาก คือฝ่ายต่างชาติถูกฟ้องฐานประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาต และฝ่ายที่ช่วยถือหุ้นถูกฟ้องฐานสนับสนุนหรือถือหุ้นแทน อีกคดีหนึ่งคือคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2949/2563¹⁰ ซึ่งมีการฟ้องทั้ง พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 มาตรา 8 มาตรา 36 และมาตรา 37 ควบกับความผิดฐานฟอกเงินและความผิดเกี่ยวกับเอกสาร

8. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37 บัญญัติว่า

มาตรา ๓๗ คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา ๖ มาตรา ๗ หรือมาตรา ๘ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

^{9.} คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 3618/2566

^{10.} คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 2949/2563

ข้อสังเกต

ข้อกล่าวหาตามพระราชบัญญัตินี้มักไม่มาลำพัง แต่มาพร้อมข้อหาอื่นที่เกิดจากเอกสารและการเงินที่ใช้ประกอบโครงสร้างนั้น

บทที่ 9

สิ่งที่แพงกว่าค่าปรับ (สัญญาเป็นโมฆะ และเงินที่จ่ายไปเรียกคืนไม่ได้)

ถ้ามีข้อเดียวในบทความนี้ที่ผมอยากให้จำ ผมขอให้จำข้อนี้ครับ เพราะความเสียหายที่หนักที่สุดของโครงสร้างνομินีไม่ใช่โทษอาญา แต่เป็นผลในทางแพ่ง ข้อตกลงที่ทำขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย จึงตกเป็นโมฆะ และเงินที่จ่ายไปตามข้อตกลงนั้นเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ซึ่งเรียกคืนไม่ได้¹¹

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560¹² เป็นตัวอย่างที่ตรงประเด็นที่สุดเรื่องนี้ คดีนั้นฝ่ายต่างชาติฟ้องเรียกเงินคืนโดยอ้างว่าเป็นสัญญากู้ยืมเงิน แต่ข้อเท็จจริงฟังได้ว่าเป็นนิติกรรมอำพรางสัญญาซื้อขายกิจการ ซึ่งทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ด้วยการให้ผู้มีสัญชาติไทยมีชื่อถือหุ้นแต่เพียงในนาม ศาลวินิจฉัยว่า

¹¹. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 411 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๕๐ การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เป็นการพนันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็นโมฆะ

มาตรา ๔๑๑ บุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้ เป็นการอันฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่านว่าบุคคลนั้นหาอาจจะเรียกร้องคืนทรัพย์ได้ไม่

¹². คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560

สัญญาดังกล่าวตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และเงินที่อ้างว่าให้กู้ยืมนั้นแท้จริงเป็นเงินที่ชำระตามสัญญาซื้อกิจการ ย่อมเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายและไม่สามารถเรียกคืนได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 411

ผลของแนวนี้นั้นตรงไปตรงมามาก คือฝ่ายต่างชาติที่ลงเงินไปทั้งหมดแล้วให้คนไทยถือหุ้นแทน อาจไม่มีทั้งหุ้นและเงิน เพราะหุ้นอยู่ในชื่อคนอื่น และสัญญาที่จะใช้เรียกเอาคืนก็เป็นโมฆะ ผมเรียกสิ่งนี้ว่าทางลัดที่มีราคาเท่ากับบริษัททั้งบริษัทครับ

บทที่ 10

ศาลดูเงินจริง ไม่ได้ดูเพียงบัญชีผู้ถือหุ้น

หลายคนวางใจว่าถ้าบัญชีผู้ถือหุ้นแสดง 49 ต่อ 51 แล้วเรื่องก็จบ แต่คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560 แสดงให้เห็นว่าไม่ใช่ ในคดีนั้นฝ่ายต่างชาติถือหุ้นไม่ถึงกึ่งหนึ่งตามบัญชีผู้ถือหุ้น แต่เงินทุนที่แท้จริงในบริษัทเกินกึ่งหนึ่งเป็นของฝ่ายต่างชาติ ซึ่งไม่เป็นไปตามทุนที่จดทะเบียน ศาลจึงถือว่าบริษัทนั้นและฝ่ายต่างชาติเป็นผู้ประกอบธุรกิจการค้าที่ผิดตามบัญชีหนึ่ง

ผลที่ตามมาในคดีนั้นก็ควรกล่าวถึง เพราะเมื่อฝ่ายต่างชาติเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่ต้องห้าม ศาลวินิจฉัยว่าเขามีผู้เสียหายโดยนิตินัยในความผิดที่ฟ้องมา ซึ่งเป็นความผิดที่สืบเนื่องจากการประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามนั่นเอง กล่าวอีกอย่างคือ โครงสร้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายยังทำให้การใช้ศาลเป็นที่พึ่งเมื่อถูกโกงยากขึ้นด้วยครับ

บทที่ 11

ทางที่ถูก ทางที่หนึ่ง (ใบอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว)

สำหรับธุรกิจในปีฐานสาม เส้นทางตรงที่สุดคือขอใบอนุญาตประกอบธุรกิจต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ซึ่งพิจารณาโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ข้อดีคือบริษัทถือหุ้นต่างชาติได้ถึงร้อยเปอร์เซ็นต์ ไม่ต้องพึ่งพาผู้ถือหุ้นไทย ข้อจำกัดคือกรอบเวลาและดุลพินิจ

กฎหมายวางกรอบเวลาไว้ใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 17 ว่าจะให้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันยื่นคำขอสำหรับปีฐานสาม และให้ออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่อธิบดีอนุญาต ส่วนหลักเกณฑ์ที่ใช้ซึ่งน้ำหนักอยู่ใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5¹³

อ่าน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5 แล้วจะเห็นว่าเรื่องการจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการวิจัยพัฒนา เป็นปัจจัยที่กฎหมายให้น้ำหนัก ดังนั้นคำขอที่อธิบายได้ชัดว่าธุรกิจจะจ้างคนไทยเท่าไร นำความรู้อะไรเข้ามา และไม่ได้เข้ามาแข่งกับผู้ประกอบการรายย่อยในประเทศ ย่อมอธิบายตัวเองได้ดีกว่าคำขอที่บอกเพียงว่าต้องการทำธุรกิจ

¹³. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5 บัญญัติว่า

มาตรา ๕ การอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พิจารณาโดยคำนึงถึงผลดีและผลเสียต่อความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ การพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณีของประเทศ การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ การพลังงานและการรักษาสิ่งแวดล้อม การคุ้มครองผู้บริโภค ขนาดของกิจการ การจ้างแรงงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี การวิจัยและพัฒนา

อีกจุดที่ควรทราบล่วงหน้าคือใบอนุญาตมาพร้อมเงื่อนไข ซึ่งกฎกระทรวงที่ออกตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 18 กำหนดกรอบไว้¹⁴

บทที่ 12

ทางที่ถูก ทางที่สอง (การส่งเสริมการลงทุนและนิคมอุตสาหกรรม)

สำหรับกิจการที่เข้าข่ายได้รับการส่งเสริมการลงทุน เส้นทางนี้มักเป็นทางที่สะดวกที่สุด เพราะไม่ต้องเข้ากระบวนการขอใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ แต่เปลี่ยนเป็นการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง แล้วได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ตลอดระยะเวลาที่ได้รับการส่งเสริม¹⁵

14. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 18 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

- (๑) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (๒) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีคุณสมบัติหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร
- (๓) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ
- (๔) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน
- (๕) เชื้อเพลิงอื่นที่จำเป็น

15. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๒ ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา ๒๑ มาตรา ๒๒ มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๒ ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด

ผมอยากให้สังเกตคำว่า “ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุน” เพราะการยกเว้นนี้ผูกกับสถานะการได้รับส่งเสริม ไม่ใช่ผูกกับตัวบริษัทอย่างถาวร ถ้าสิทธิประโยชน์สิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอน สถานะทางกฎหมายของบริษัทก็ต้องกลับมาพิจารณาใหม่ตามพระราชบัญญัตินี้ นี่คือการเตือนที่ควรวางแผนไว้ตั้งแต่ต้น ไม่ใช่ค่อยคิดตอนใกล้หมดอายุครับ

บทที่ 13

ทางที่ถูก ทางที่สาม (สนธิสัญญา รวมถึงสนธิสัญญาไมตรีกับสหรัฐอเมริกา)

กฎหมายฉบับนี้เปิดช่องไว้ให้คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจโดยอาศัยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ได้รับยกเว้นการบังคับใช้บทบัญญัติสำคัญหลายมาตรา ในทางปฏิบัติ ช่องนี้คือฐานทางกฎหมายของสิ่งที่คนเรียกกันว่าบริษัทตามสนธิสัญญาไมตรี¹⁶

ข้อสำคัญคือการยกเว้นตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 ไม่ใช่การยกเว้นแบบไม่มีเงื่อนไข เพราะตัวบทเขียนไว้ชัดว่า “ให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น” หมายความว่าขอบเขตของสิทธิถูกกำหนดโดยสนธิสัญญาเอง ไม่ใช่โดยพระราชบัญญัติ ธุรกิจที่สนธิสัญญานั้นสงวนไว้ ก็ยังทำไม่ได้อยู่ดี

¹⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๐ บทบัญญัติมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสมาชิกของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

ในทางปฏิบัติ ผู้ที่จะใช้สิทธิตามสนธิสัญญาต้องไปขอหนังสือรับรองตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11 ซึ่งกำหนดว่า หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย¹⁷

ข้อสังเกต

เส้นทางสนธิสัญญาผูกกับสัญชาติของผู้ลงทุน จึงใช้ได้เฉพาะผู้ที่มีคุณสมบัติตามสนธิสัญญานั้น และขอบเขตธุรกิจที่ทำได้ก็ขึ้นอยู่กับที่สนธิสัญญากำหนด ไม่ใช่ทุกประเภทธุรกิจ ก่อนวางโครงสร้างพื้นฐานนี้ ควรตรวจทั้งคุณสมบัติด้านสัญชาติและรายการธุรกิจที่สนธิสัญญาสงวนไว้

17. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๑ คนต่างด้าวตามมาตรา ๑๐ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้แจ้งต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวงเพื่อขอหนังสือรับรองและให้อธิบดีออกหนังสือรับรองให้คนต่างด้าวนั้นโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว เว้นแต่อธิบดีเห็นว่าการแจ้งมิได้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง หรือกรณีไม่เป็นไปตามมาตรา ๑๐ ให้อธิบดีแจ้งแก่คนต่างด้าวนั้นทราบโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากคนต่างด้าว หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย

unk 14

ทุนขั้นต่ำที่ต้องมีจริง (พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14)

เรื่องทุนขั้นต่ำเป็นจุดที่นักลงทุนมักได้ตัวเลขมาแบบไม่ครบ เพราะกฎหมายวางไว้สองระดับ ระดับทั่วไปกับระดับของธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ¹⁸

สองประโยคท้ายของมาตรานี้มีความหมายมากในทางปฏิบัติ ประโยคหนึ่งบอกว่ากฎกระทรวงกำหนดกำหนดเวลานำทุนเข้ามาได้ ซึ่งแปลว่าทุนขั้นต่ำไม่ใช่เพียงตัวเลขบนหนังสือรับรอง แต่เป็นเงินที่ต้องนำเข้ามาจริงตามกำหนด อีกประโยคหนึ่งยกเว้นกรณีนำกำไรจากธุรกิจเดิมในไทยไปลงทุนต่อ ซึ่งเป็นข้อยกเว้นที่ธุรกิจที่ตั้งมานานแล้วควรทราบครับ

unk 15

สำนักงานผู้แทน (ทางที่ไม่ต้องแข่ง แต่ก็ขายไม่ได้)

สำหรับบริษัทต่างชาติที่ยังไม่พร้อมตั้งนิติบุคคลเต็มรูปแบบ สำนักงานผู้แทนเป็นทางเลือกที่มีบทบาทจำกัดชัดเจน คือทำหน้าที่ประสานงาน หาข้อมูล ตรวจสอบคุณภาพสินค้า หรือรายงานกลับสำนักงานใหญ่ โดยไม่มีรายได้จากการค้าในประเทศ และไม่รับคำสั่งซื้อหรือเจรจาราคาแทนสำนักงานใหญ่

¹⁸. พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 บัญญัติว่า

มาตรา ๑๔ กฎขึ้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายพระราชบัญญัตินี้ กฎขึ้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท ก่อเกิดตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาขึ้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้ ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น

ข้อจำกัดนี้เป็นทั้งจุดแข็งและจุดอ่อน จุดแข็งคือกิจกรรมที่ไม่ใช่การค้าทำให้โครงสร้างเรียบง่ายกว่ามาก จุดอ่อนคือถ้าธุรกิจของคุณต้องออกใบแจ้งหนี้ให้ลูกค้าในไทย หรือต้องรับเงินจากลูกค้าในไทย สำนักงานผู้แทนตอบโต้ไม่ได้เลย และการผันใช้โครงสร้างนี้ทำกิจกรรมที่มีรายได้ ก็คือการประกอบธุรกิจที่ต้องขออนุญาตโดยไม่ได้ขออนุญาตนั่นเองครับ

ข้อสังเกต

ธุรกิจบริการที่ต้องขออนุญาตหรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับบัญชีสามข้อ (๒๑) ซึ่งเขียนว่า “การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง” รายการที่ได้รับยกเว้นจึงอยู่ในกฎกระทรวงและอาจเปลี่ยนแปลงได้ ควรตรวจสอบบัญชีบังคับอยู่ในขณะที่จะยื่นเรื่องทุกครั้ง

บทที่ 16

เปรียบเทียบห้าเส้นทางแบบเห็นภาพ

ผมสรุปเป็นตารางโดยเน้นสามคำถามที่นักลงทุนถามบ่อยที่สุด คือถือหุ้นได้เท่าไร ใครเป็นผู้อนุญาต และมีรายได้ในไทยได้หรือไม่ครับ

เส้นทาง	สัดส่วนต่างชาติ	ผู้อนุญาตหรือฐานทางกฎหมาย	มีรายได้ในไทย	เหมาะกับ
บริษัทไทยข้างมาก	ต่ำกว่ากึ่งหนึ่งของทุน	ไม่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ ถ้าผู้ถือหุ้นไทยเป็นเจ้าของจริง	ได้	ธุรกิจที่มีหุ้นส่วนไทยที่ลงทุนจริงและมีบทบาททางธุรกิจ
ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ	ถือได้ทั้งร้อยเปอร์เซ็นต์	อธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการสำหรับบัญชีสาม ตามมาตรา 8 (3) และมาตรา 17	ได้	ธุรกิจบริการที่ไม่เข้าเกณฑ์ส่งเสริมการลงทุน และไม่มีหุ้นส่วนไทย
บัญชีสอง	ถือได้ทั้งร้อยเปอร์เซ็นต์	รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี ตามมาตรา 8 (2)	ได้	โครงการขนาดใหญ่ที่ยอมรับกรอบเวลาระดับนโยบายได้
การส่งเสริมการลงทุน	ถือได้ทั้งร้อยเปอร์เซ็นต์	บัตรส่งเสริมแล้วขอหนังสือรับรองตามมาตรา 12	ได้	การผลิต เทคโนโลยี และกิจการที่อยู่ในข่ายได้รับส่งเสริม
สนธิสัญญา	ตามที่สนธิสัญญากำหนด	มาตรา 10 วรรคสอง และหนังสือรับรองตามมาตรา 11	ได้ ตามขอบเขตของสนธิสัญญา	นักลงทุนที่มีสัญชาติเข้าเกณฑ์ตามสนธิสัญญา
สำนักงานผู้แทน	เป็นสำนักงานของนิติบุคคลต่างประเทศ	ขึ้นอยู่กับบัญชีสามข้อ (๒๑) และกฎกระทรวงที่ใช้บังคับ	ไม่ได้	การสำรวจตลาด ประสานงาน และตรวจคุณภาพก่อนลงทุนจริง

บทที่ 17

สามคำถามที่ควรตอบให้ได้ก่อนไปจดทะเบียน

คำถามแรก ธุรกิจที่จะทำอยู่ในบัญชีใด และอยู่ทั้งหมดหรืออยู่บางส่วน ข้อนี้สำคัญเพราะธุรกิจจริงมักผสมกัน เช่นบริษัทที่ขายสินค้าและมีบริการหลังการขายด้วย สองส่วนนี้อาจอยู่ในสถานะทางกฎหมายที่ต่างกัน และการเขียน

วัตถุประสงค์ของบริษัทให้ครอบคลุมทุกอย่างไว้ก่อน อาจทำให้ต้องขออนุญาตในเรื่องที่ยังไม่ได้ทำ

คำถามที่สอง เงินที่ใช้ตั้งบริษัทมาจากใครจริง ๆ ตอนนี้ผมถามลูกค้าความทุกรายก่อนพูดถึงโครงสร้าง เพราะถ้าคำตอบคือเงินทั้งหมดมาจากฝ่ายต่างชาติ โครงสร้างที่เหมาะสมจะเปลี่ยนไปทันที และการจะให้คนไทยถือหุ้นข้างมากในกรณีนั้น ก็ต้องมีการลงทุนจริงของฝ่ายไทยรองรับ ไม่ใช่แค่ซื้อในทะเบียน

คำถามที่สาม ธุรกิจนี้ต้องออกไปแข่งหน้าและรับเงินจากลูกค้าในไทยหรือไม่ ถ้าคำตอบคือใช่ สำนักงานผู้แทนตกไป และถ้าธุรกิจนั้นเป็นบริการที่อยู่ในบัญชีสาม เรื่องก็มาลงที่การเลือกกระหว่างหุ้นส่วนไทยที่แท้จริง ใบอนุญาตหรือการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งเป็นสามทางที่ต่างกันทั้งต้นทุน เวลา และความยืดหยุ่นในอนาคตครับ

บทที่ 18

ข้อควรระวังในทางปฏิบัติที่มักถูกมองข้าม

ประการแรก การเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นภายหลังอาจทำให้สถานะของบริษัทเปลี่ยน บริษัทที่เริ่มต้นเป็นบริษัทไทยข้างมาก แล้วต่อมามีการโอนหุ้นทำให้สัดส่วนต่างชาติถึงกึ่งหนึ่ง กลายเป็นคนต่างด้าวตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ทันที และถ้ากิจการนั้นอยู่ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ ก็กลายเป็นการประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตในวันเดียวกันนั้น

ประการที่สอง เอกสารภายในที่ทำได้เพื่อกำหนดอำนาจระหว่างผู้ถือหุ้น เช่น สัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หนังสือมอบอำนาจ หรือข้อตกลงเรื่องการออกเสียง ต้องสอดคล้องกับความเป็นเจ้าของที่แสดงต่อทางการ ถ้าเอกสารเหล่านั้น ทำให้เห็นว่าผู้ถือหุ้นไทยไม่มีอำนาจตัดสินใจและไม่มีความเสี่ยงทางเศรษฐกิจเลย เอกสารนั้นก็อธิบายตัวเองว่าคืออะไร

ประการที่สาม ที่มาของเงินลงทุนควรมีร่องรอยตรวจสอบได้ ทั้งการโอนเงินเข้าประเทศและการชำระค่าหุ้นของแต่ละฝ่าย เพราะในคดีที่มีข้อพิพาท สิ่งที่ชี้ขาดมักไม่ใช่คำอธิบายในภายหลัง แต่เป็นเส้นทางของเงินตั้งแต่ต้นครับ

คำถามที่พบบ่อย

ถาม ถือหุ้น 49 เปอร์เซนต์แล้วปลอดภัยแน่นอนใช่ไหม

ตอบ ตัวเลข 49 เปอร์เซนต์ทำให้บริษัทไม่เข้านิยาม “คนต่างด้าว” ตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 เฉพาะเมื่อผู้ถือหุ้นไทยเป็นเจ้าของหุ้นนั้นจริง เพราะมาตรา 4 พูดถึงทั้งหุ้นที่ถือตามทะเบียน และการลงทุนที่มีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2252/2560 วินิจฉัยว่าแม้บัญชีผู้ถือหุ้นแสดงว่าฝ่ายต่างชาติถือไม่ถึงกึ่งหนึ่ง แต่เมื่อเงินทุนที่แท้จริงเกินกึ่งหนึ่งเป็นของฝ่ายต่างชาติ ก็ถือว่าเป็นผู้ประกอบธุรกิจตามบัญชีหนึ่ง ดังนั้นสิ่งที่ทำให้ปลอดภัยคือความเป็นเจ้าของที่แท้จริง ไม่ใช่ตัวเลขครับ

ถาม ถ้าให้คนไทยถือหุ้นแทนแล้วทำสัญญาไว้ให้รัดกุม จะควบคุมบริษัทได้จริงหรือไม่

ตอบ ในทางกฎหมายไม่ได้ครับ และผลอาจแย่กว่าไม่ทำสัญญาเลย เพราะข้อตกลงที่สร้างขึ้นเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย จึงตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5457/2560 วินิจฉัยไว้ว่าเงินที่จ่ายไปตามข้อตกลงลักษณะนั้นเป็นการชำระหนี้ที่ฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย จึงเรียกคืนไม่ได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 411 นอกจากนั้นทั้งสองฝ่ายยังมีความรับผิดชอบทางอาญาตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 ด้วย

ถาม ธุรกิจของผมเป็นบริการที่ไม่มีชื่ออยู่ในบัญชีสาม แปลว่าทำได้เลยหรือไม่

ตอบ ต้องดูข้อสุดท้ายของบัญชีสามก่อนครับ เพราะข้อ (๒๑) เขียนว่า “การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง” หมายความว่าธุรกิจบริการที่ไม่มีชื่อระบุไว้ ยังตกในบัญชีสามอยู่ เว้นแต่จะมีกฎกระทรวงยกเว้นไว้ ดังนั้นคำถามที่ถูกต้องไม่ใช่ว่าธุรกิจของคุณมีชื่ออยู่ในบัญชีหรือไม่ แต่เป็นว่ามีกฎกระทรวงยกเว้นไว้หรือไม่ และรายการนั้นเปลี่ยนแปลงได้ ควรตรวจสอบที่ใช้บังคับในขณะที่ยื่นเรื่อง

ถาม พุนขึ้นต่ำสองล้านบาทหรือสามล้านบาท ตกลงต้องเท่าไร

ตอบ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 วางไว้สองระดับครับ ระดับทั่วไปคือไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท ส่วนกรณีที่เป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ พุนขึ้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท และตัวบทยังเปิดให้กฎกระทรวงกำหนดระยะเวลาที่ต้องนำพุนเข้ามาในประเทศไทยได้ด้วย จึงต้องตรวจกฎกระทรวงที่ใช้บังคับประกอบทุกครั้ง อย่าดูเฉพาะตัวเลขในตัวพระราชบัญญัติ

สรุป

ผมได้พาไปดูตั้งแต่ नियาม “คนต่างด้าว” ตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ที่ใช้เส้นแบ่งว่า “ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” ของทุน ผ่านโครงสร้างมาตรา 8 ที่แยกธุรกิจเป็นบัญชีหนึ่งซึ่งปิดตาย บัญชีสองซึ่งต้องถึงคณะกรรมการ และบัญชีสามซึ่งกวาดภาคบริการเกือบทั้งหมดไว้ รวมถึงทุนขั้นต่ำตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 เส้นทางที่ชอบด้วยกฎหมายทั้งใบอนุญาตประกอบธุรกิจ การส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 12 และสิทธิตามสนธิสัญญาตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 กับมาตรา 11 บทบาทที่จำกัดของสำนักงานผู้แทน และที่สำคัญที่สุดคือมาตรา 36 ซึ่งเอาผิดทั้งคนไทยที่ถือหุ้นแทนและคนต่างด้าวที่ยินยอม พร้อมผลทางแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 411 ที่ทำให้ข้อตกลงเป็นโมฆะและเงินที่จ่ายไปเรียกคืนไม่ได้

นักลงทุนที่เข้าใจเรื่องนี้จะเลือกเส้นทางได้ตรงกับธุรกิจของตัวเอง ตั้งแต่วันแรก จะรู้ว่าต้องเตรียมทุนเท่าไร ต้องคุยกับหน่วยงานใด และจะไม่เสียเวลาไปกับโครงสร้างที่ต้องรื้อทีหลัง สุดท้ายผมขอฝากประโยคหนึ่งไว้ครับ การตั้งบริษัทในไทยของชาวต่างชาติไม่ได้ตัดสินกันที่ว่า “ถือหุ้นกี่เปอร์เซ็นต์” แต่ตัดสินกันที่ว่า “ใครเป็นเจ้าของจริง” เพราะเปอร์เซ็นต์แก้ไขได้ด้วยการวางโครงสร้าง แต่ความเป็นเจ้าของที่ไม่จริง แก้ไม่ได้ด้วยเอกสารใดๆ

สิ่งที่ควรทำต่อไป

- 1 เขียนรายการกิจกรรมที่จะทำจริงออกมาก่อน แล้วนำไปเทียบกับบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติ ที่ละรายการ ไม่ใช่เทียบเป็นภาพรวม
- 2 ตรวจสอบว่ากิจกรรมของคุณเข้าข่ายยกเว้นในบัญชีสามข้อใดหรือไม่ เช่น เกณฑ์ทุนของการค้าปลีกค้าส่ง หรือข้อยกเว้นเรื่องนายหน้าตัวแทนภายในเครือเดียวกัน เพราะการออกแบบให้เข้าข้อยกเว้นตั้งแต่ต้นง่ายกว่าการขออนุญาตทีหลัง
- 3 ถ้าจะใช้โครงสร้างที่มีผู้ถือหุ้นไทยข้างมาก ให้ยืนยันให้ชัดว่าฝ่ายไทยลงทุนด้วยเงินของตัวเอง มีสิทธิออกเสียงของตัวเอง และรับความเสี่ยงของตัวเอง และเก็บหลักฐานการชำระค่าหุ้นไว้
- 4 ตรวจสอบว่าเข้าข่ายได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือใช้สิทธิตามสนธิสัญญาได้หรือไม่ ก่อนตัดสินใจยื่นขอใบอนุญาต เพราะสองเส้นทางนั้นอาจใช้เวลาน้อยกว่าและให้ความยืดหยุ่นด้านการถือหุ้นมากกว่า
- 5 ตรวจสอบกฎกระทรวงที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่จะยื่นเรื่อง ทั้งเรื่องทุนขั้นต่ำ และรายการธุรกิจบริการที่ได้รับยกเว้น เพราะรายการเหล่านี้เปลี่ยนแปลงได้

- 6** ถ้ามีโครงสร้างที่ตั้งไว้แล้วและไม่แน่ใจว่าอยู่ในกรอบหรือไม่ ให้รวบรวมเอกสารการถือหุ้นและเส้นทางการเงินให้ครบก่อนขอความเห็น เพราะการประเมินโดยไม่เห็นเอกสารจริงมักคลาดเคลื่อน
-



อ้างอิงท้ายเล่ม

รายการกฎหมายและคำพิพากษาที่อ้างในเล่มนี้ พร้อมบทและเลขเชิงอรรถ

กฎหมายที่อ้างถึง

1	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4	บทที่ 1 · เชิงอรรถ 1
2	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8	บทที่ 2 · เชิงอรรถ 2
3	บัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	บทที่ 3 · เชิงอรรถ 3
4	บัญชีสองท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	บทที่ 4 · เชิงอรรถ 5
5	บัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	บทที่ 5 · เชิงอรรถ 6
6	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36	บทที่ 7 · เชิงอรรถ 7
7	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37	บทที่ 8 · เชิงอรรถ 8
8	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 และมาตรา 411	บทที่ 9 · เชิงอรรถ 11
9	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5	บทที่ 11 · เชิงอรรถ 13
10	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 18	บทที่ 11 · เชิงอรรถ 14
11	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12	บทที่ 12 · เชิงอรรถ 15
12	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10	บทที่ 13 · เชิงอรรถ 16
13	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 11	บทที่ 13 · เชิงอรรถ 17
14	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14	บทที่ 14 · เชิงอรรถ 18

คำพิพากษาศาลฎีกาที่อ้างถึง

1	คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 2252/2560	บทที่ 3 · เซิงอรรถ 4
2	คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 3618/2566	บทที่ 8 · เซิงอรรถ 9
3	คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 2949/2563	บทที่ 8 · เซิงอรรถ 10
4	คำพิพากษาศาลฎีกาเลขที่ 5457/2560	บทที่ 9 · เซิงอรรถ 12

ฉบับเว็บไซต์: <https://dap-resolution.com/insights/foreign-company/> · เผยแพร่ กรกฎาคม 2569

คำพิพากษาศาลฎีกาสืบค้นฉบับเต็มได้จากระบบสืบค้นคำพิพากษาของศาลฎีกา
(deka.supremecourt.or.th)



จากผู้เขียน

หากคุณกำลังประสบปัญหาเรื่องนี้

ถ้าคุณกำลังเจอเรื่องแบบนี้อยู่ หรือไม่แน่ใจว่าหลักฐานที่มีในมือเพียงพอหรือไม่ สอบถามเข้ามาได้ครับ เราจะช่วยดูว่าเอกสารและข้อความที่คุณเก็บไว้บอกอะไรได้บ้างในทางกฎหมาย และมีทางเลือกอะไรอยู่ข้างหน้า

หลักฐานที่ควรเตรียมไว้ก่อนปรึกษา

- ☐ รายละเอียดกิจกรรมที่จะทำจริงทั้งหมด แยกเป็นรายการ เช่นขายสินค้าอะไร ให้บริการอะไร มีการติดตั้งหรือบำรุงรักษาหรือไม่ เพราะแต่ละกิจกรรมอาจอยู่ต่างบัญชีกัน
- ☐ ผังโครงสร้างผู้ถือหุ้นที่ตั้งใจจะใช้ รวมถึงบริษัทแม่และผู้ถือหุ้นในต่างประเทศทุกชั้น เพราะนิยามใน พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 (4) มองทะลุการถือหุ้นเป็นชั้น ๆ
- ☐ แหล่งเงินทุนและแผนการนำเงินเข้าประเทศ พร้อมเอกสารธนาคารที่เกี่ยวข้อง เพราะทุนชั้นต่ำตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 14 อาจมีกำหนดเวลานำเงินเข้าตามกฎหมายกระทรวง

- ☐ ร่างสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้น หนังสือมอบอำนาจ หรือข้อตกลงเรื่องการออกเสียงทุกฉบับที่มีอยู่หรือคิดจะทำ เพื่อตรวจว่าสอดคล้องกับความเป็นเจ้าของที่จะแสดงต่อทางการหรือไม่
- ☐ ข้อมูลสัญญาของผู้ลงทุนและนิติบุคคลผู้ลงทุน เพื่อตรวจว่าเข้าเกณฑ์ใช้สิทธิตามสนธิสัญญาตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 10 วรรคสองได้หรือไม่
- ☐ ข้อมูลด้านการจ้างงาน การถ่ายทอดเทคโนโลยี และแผนการวิจัยพัฒนา ถ้ามี เพราะเป็นปัจจัยที่ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 5 ให้น้ำหนักในการพิจารณาอนุญาต
- ☐ บัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม ถ้ามีอยู่แล้ว เพราะเป็นฐานของการขอหนังสือรับรองตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12

1

เล่าเรื่องและแจ้งกำหนดเวลา

2

ประเมินขอบเขตและค่าใช้จ่าย

3

ดำเนินงานและรายงานผล

ปรึกษาเบื้องต้นไม่มีข้อผูกมัด และทุกเรื่องที่ปรึกษาเป็นความลับตามจรรยาบรรณวิชาชีพ โทร 065-145-5546 หรือติดต่อผ่านช่องทางใดก็ได้ที่สะดวก

ทนายเป็นหนึ่ง

Co Founder and Managing Partner, DAP Solicitors & Resolution

บทความนี้เป็นความรู้ทั่วไป มิใช่คำปรึกษาทางกฎหมายเฉพาะกรณี ข้อเท็จจริงที่ต่างกันเพียงเล็กน้อยอาจเปลี่ยนผลทางกฎหมายทั้งหมด และตัวบทความอาจมีการแก้ไข โปรดปรึกษาก่อนความก่อนดำเนินการใด ๆ





DAP Solicitors & Resolution Co., Ltd.

580/44 ซอยลาดพร้าว 87 เขตวังทองหลาง กรุงเทพฯ 10310

โทร 065-145-5546 · LINE @046pihak · info@dapresolution.com

จันทร์-ศุกร์ 09:00-18:00 น.

dap-resolution.com