

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ

ISSUES REGARDING THE ENFORCEMENTS OF LAW ON ALLIEN BUSINESS OPERATION: A CASESTUDY OF COMPANY WITH PREFERRED STOCK

พรทิพย์ สุวรรณ

นิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2554

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ

ISSUES REGARDING THE ENFORCEMENTS OF LAW ON ALLIEN BUSINESS OPERATION: A CASESTUDY OF COMPANY WITH PREFERRED STOCK

พรทิพย์ สุวรรณ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ

มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง
2554
©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ

ISSUES REGARDING THE ENFORCEMENTS OF LAW ON ALLIEN BUSINESS OPERATION: A CASESTUDY OF COMPANY WITH PREFERRED STOCK

พรทิพย์ สุวรรณ

วิทยานิพนธ์นี้ได้รับการพิจารณาอนุมัติให้นับเป็นส่วนหนึ่งของการศึกษา
ตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต
สาขาวิชากฎหมายธุรกิจ
2554

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

.....ประธาน
(รองศาสตราจารย์ สำเริง เมฆเกรียงไกร)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ เดชา ศิริเจริญ)

.....กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ สุเมธ จานประดับ)

.....กรรมการ
(ดร. กริชผกา บุญเฟื่อง)

©ลิขสิทธิ์ของมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จได้ด้วยความเสียสละและความอนุเคราะห์อย่างยิ่งจากท่าน รองศาสตราจารย์ สำเรียงเมฆเกรียงไกร รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล รองศาสตราจารย์ เดชา ศิริเดชา รองศาสตราจารย์ สุเมธ จานประดับ และอาจารย์ ดร. กริชผกา บุญเฟื่องกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ที่กรุณาให้คำแนะนำพร้อมทั้งตรวจทานแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ตลอดมา

คุณความดีที่พึงบังเกิดมีจากวิทยานิพนธ์เล่มนี้เป็นผลมาจากความเมตตา กรุณา ของบิดา มารดา และครูบาอาจารย์ที่ช่วยประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้คุณค่าและประโยชน์อันใดอันจะพึงมีขอมอบแด่บิดา มารดา ครอบครัว และครูบาอาจารย์ทุกท่านด้วยความเคารพอย่างยิ่ง

พรทิพย์ สุวรรณ

ชื่อเรื่องวิทยานิพนธ์ ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ

ชื่อผู้เขียน พรทิพย์ สุวรรณ

หลักสูตร นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายธุรกิจ)

อาจารย์ที่ปรึกษา รองศาสตราจารย์ ดร. ชลอ ว่องวัฒนาภิกุล
รองศาสตราจารย์ เดชา ศิริเจริญ
รองศาสตราจารย์ สุเมธ จานประดับ

บทคัดย่อ

การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวแต่เดิมมีจุดประสงค์หลัก คือ ปกป้องเอกราช ปกป้องดินแดนของคนไทย แต่ภายหลังการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวมีจุดประสงค์เป็นการปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของชาติ กฎหมายฉบับแรกที่บัญญัติเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวคือประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่แทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543 เป็นต้นมา

การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่สามารถบังคับได้อย่างจริงจังเนื่องจากมีการจัดโครงสร้างบริษัทที่หลีกเลี่ยงไม่ให้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542โครงสร้างดังกล่าวมักประกอบด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมาย ไทยขึ้นมาใหม่หนึ่งบริษัทโดยกำหนดประเภทของหุ้นในบริษัทใหม่เป็นสอง ประเภท ได้แก่ หุ้นสามัญ ซึ่งให้บริษัทต่างประเทศเป็นผู้ถือและมีสัดส่วน ไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนของบริษัท และหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมักให้บุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือและมีสัดส่วนไม่น้อยกว่า ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียนโดยมีสิทธิในการรับเงินปันผลที่จำกัดและมี อัตราต่ำและมักจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้น

บุริมสิทธิมีสิทธิในการจัดการบริษัทที่ด้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเป็นอย่างมาก เช่น ให้มีสิทธิออก เสียงเพียงหนึ่งในเก้าหรือหนึ่งในสิบของผู้ถือหุ้นสามัญจึงทำให้อำนาจการบริหารจัดการเป็นของคนต่างด้าว

โดยเจตนารมณ์ของการออกกฎหมายการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวแล้วมีความมุ่งหมายเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของคนในประเทศชาติ ซึ่งโดยลักษณะแล้วกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายมหาชนที่การใช้บังคับจะต้องคำนึงถึงสาธารณะประโยชน์เป็นหลัก ดังนั้นการจัดตั้งบริษัทที่เข้าข่ายต้องใช้ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บังคับ จึงต้องจัดตั้งโดยคำนึงถึงหลักสาธารณะประโยชน์ หาใช้หลักการแสดงเจตนาตามหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาจัดตั้งมิได้

คำสำคัญ: หุ้นบุริมสิทธิ/การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว/อำนาจควบคุม

Thesis Title	Issues Regarding the Enforcements of Law on Alien Business Operation: A Case Study of Company with Preferred Stock
Author	Porntip Suvarn
Degree	Master of Law (Business Law)
Supervisory Committee	Assoc. Prof. Dr. Chalaw Wongwatthanapikul Assoc. Prof. Sumet Janpradup Assoc. Prof. Decha Sirijarean

ABSTRACT

The key objective of the alien's right restriction was purposefully originated to protect the country's sovereignty and to defend the territory of the Thais but later on, the alien's right restriction was intended to protect the economic interests of the country. The first law legislated regarding the alien's right restriction was the proclamation of the Revolutionary Council Issue No. 281, endorsed on November 24, 1972. Subsequently, the Foreign Business Act B.E. 2542 had been promulgated as the law to command the businesses operated by aliens that had been rectified to supersede the proclamation of the Revolutionary Council Issue No. 281, endorsed on November 24, 1972. The Foreign Business Act B.E. 2542 has been effective on March 3, 2000 thenceforth.

The restriction of the alien in operating business according to the Foreign Business Act B.E. 2542 has not yet been able to enforce practically because of the company's structure has always sought the possible ways in avoiding the regulations of the Foreign Business Act B.E. 2542. Such company's structure always consists of the establishment of the company limited according to the Thai law, whereas the company's stock has always been distributed into 2 categories: a common stock held by a foreign company with a stock proportion not exceedingly

49% of overall authorized capital and a preferred stock which is always being held by an individual whose nationality is Thai with a stock proportion of not fewer than 51% of overall authorized capital, associated with rights in receiving a dividend payment limitedly and in lowly return fashion. The company often limits the right of the preferred stockholder in the company's management compared to the right of the common stockholder such as their voting right is merely stipulated by one-ninth or one-tenth of the common stockholder's, therefore, the managerial authority always belongs to the alien.

By promulgating the legislation to restrict the right of the alien, the intention is deliberately aimed to protect the interests of the people in the country. Generally, such legislation is determined that the enforced public law shall be considered for the public interests principally. Therefore, the company established by the alien shall have the Foreign Business Act B.E. 2542 enforced, not enforced by the intention of the Civil and Commercial Code.

Keywords: Preferred stock/Control/Business of the Alien

สารบัญ

	หน้า
กิตติกรรมประกาศ	**(3)**
บทคัดย่อภาษาไทย	**(4)**
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ	**(6)**
สารบัญตาราง	**(11)**
บทที่	
1 บทนำ	**1**
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
1.3 สมมติฐานของการวิจัย	4
1.4 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.5 วิธีดำเนินการวิจัย	4
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย	5
2 ประวัติ แนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	**6**
2.1 แนวคิดการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย	7
2.2 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	12
2.3 หลักกฎหมายมหาชน	26
2.4 ความเป็นมา และลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิ	32
2.5 กฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย	43

สารบัญ (ต่อ)

หน้า

บทที่

3 กฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิและกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ **59**

3.1 ประเทศอังกฤษ 60

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา 74

3.3 ประเทศญี่ปุ่น 82

3.4 กฎหมาย Exon-Florio สหรัฐอเมริกา 87

3.5 ประเทศแคนาดา 90

3.6 ประเทศออสเตรเลีย 98

4 วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ **106**

4.1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว 106

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจำกัด 135

5 บทสรุป และข้อเสนอแนะ **156**

5.1 สรุป 157

5.2 ข้อเสนอแนะ 165

รายการอ้างอิง **170**

สารบัญ (ต่อ)

	หน้า
ภาคผนวก	**175**
ภาคผนวก ก พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	176
ภาคผนวก ข บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา 1 บ.เอส บี บี ดิสทิบิวชั่น	197
ภาคผนวก ค ธนาคารนครหลวงไทย	208
ภาคผนวก ง การแปลงหุ้มบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ กรณีบริษัทโรงงานกระดาษสหไทย จำกัด	215
ประวัติผู้เขียน	**218**

สารบัญตาราง

ตาราง **หน้า**

4.1 Wilmar International Limited-proposed acquisition of Sucrogen Limited 125
4.2 โครงสร้างหุ้นของ TGL เดิม 128
4.3 ความแตกต่างและความเหมือนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัท และการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา 134

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

การประกอบธุรกิจในประเทศไทย ปัจจุบันมีเม็ดเงินลงทุนของต่างชาติไหลเข้ามาเป็นจำนวนมาก การลงทุนในโครงการที่ต้องใช้เงินลงทุนสูง นักลงทุนในประเทศยังไม่สามารถที่จะลงทุนได้ ด้วยความไม่พร้อมทั้งทางด้านการเงินและเทคโนโลยี ประเทศไทยจึงต้องดึงเงินลงทุนจากต่างชาติเข้ามา ประกอบกับวิกฤติเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2540 หรือที่เรียกกันว่าเศรษฐกิจฟองสบู่แตก ทำให้ภาวการณ์ลงทุนในประเทศหยุดชะงัก รัฐบาลจึงต้องมีนโยบายที่ให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ เพื่อกระตุ้นให้เศรษฐกิจไทยฟื้นตัว และในภาวะเศรษฐกิจที่ประเทศต่างๆ ทั่วโลกจำต้องพึ่งพากัน จึงทำให้ประเทศไทยจะต้องเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศมากขึ้น ประกอบกับการที่ประเทศไทยเข้าเป็นภาคีในองค์การการค้าโลก (WTO) ทำให้ประเทศไทยต้องมีนโยบายเปิดเสรีการลงทุนจากต่างประเทศในกิจการบางสาขา ซึ่งการลงทุนในธุรกิจขนาดใหญ่ที่จะต้องใช้วงเงินลงทุนและเทคโนโลยีสูง รัฐฯได้มีนโยบายที่ให้ชาวต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจได้ อีกทั้งการที่รัฐบาลมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างชาติออกมา เช่น สนธิสัญญาความร่วมมือทางไมตรีและเศรษฐกิจระหว่างสหรัฐอเมริกากับประเทศไทย การส่งเสริมการลงทุนจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน (BOI) หรือการออกกฎหมายการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ที่เป็นการส่งเสริมให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนนั้น ล้วนแต่เป็นสิ่งที่แสดงออกได้ว่าประเทศไทยมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนของต่างชาติอยู่ แต่ในกิจการบางอย่างประเทศไทยกลับต้องมีการจำกัดสิทธิการลงทุนของต่างชาติเอาไว้ เช่น กิจการที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงของประเทศชาติ กิจการที่เกี่ยวข้องกับศิลปะ จารีตประเพณี และกิจการที่ผู้ประกอบการในประเทศไทยยังไม่มีความสามารถในการแข่งขันกับต่างชาติ

ประเทศไทยเริ่มมีการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นการทั่วไปเมื่อปี พ.ศ. 2515 โดยออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ได้มีการแก้ไขปรับปรุงโดยออกเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ใช้บังคับแทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ซึ่งเป็นกฎหมายฉบับแรกที่ออกมาเพื่อกีดกันการลงทุนของต่างชาติ โดยที่รัฐบาลเล็งเห็นว่าการลงทุนของต่างชาติเริ่มมีมากขึ้น อันส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจของไทย กฎหมายฉบับดังกล่าวจึงต้องออกมากำหนดหลักเกณฑ์ในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย เพื่อรักษาอำนาจทางการค้าของประเทศเอาไว้ ซึ่งต่อมาได้มีการออกพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ขึ้นมาใช้แทนประกาศคณะปฏิวัติ เพื่อปรับปรุงให้มีความยืดหยุ่นและเหมาะสมกับการบังคับใช้ในสภาวะเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงมากยิ่งขึ้นและเพื่อรองรับการเปิดเสรีการค้าของไทยภายใต้กรอบขององค์การการค้าโลก (WTO) และเป็นเครื่องมือในการสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจในประเทศไทย โดยเฉพาะในช่วงหลังวิกฤตเศรษฐกิจปี พ.ศ. 2540 ซึ่งรัฐบาลไทยจำเป็นต้องขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) โดยที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2543

โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติดังกล่าว อาจแบ่งออกเป็น 2 ด้าน คือ ด้านที่เปิดให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้มากประเภทขึ้นเพื่อให้มีการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาลงทุน มีการจ้างแรงงานมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีและนำเครื่องจักรที่ทันสมัยมาใช้ส่วนอีกด้านหนึ่งกฎหมายใหม่มีมาตรการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเข้มงวดมากกว่าประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ในเกือบทุกด้านไม่ว่าจะเป็นการบังคับให้คนต่างด้าวต้องมีทุนขั้นต่ำและดำรงทุนขั้นต่ำไว้ในประเทศแม้แต่คนต่างด้าวที่เข้ามาใช้สิทธิตามสนธิสัญญาก็ยังต้องอยู่ภายใต้กฎหมายนี้

นอกจากนี้ยังกำหนดสัดส่วนจำนวนหุ้นสูงสุดที่คนต่างด้าวจะถือได้สำหรับธุรกิจบางประเภทและกำหนดมาตรการในการกำกับดูแลคนต่างด้าวให้ปฏิบัติตามกฎหมายรวมทั้งการเพิ่มโทษที่รุนแรงขึ้นโดยมีโทษปรับสูงขึ้นถึงหนึ่งล้านบาทรวมทั้งมีบทลงโทษถึงโทษจำคุกด้วย การแก้ไข ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 โดยออกเป็นพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่ได้ผูกมัดกับพันธกรณีหรือข้อตกลงระหว่างประเทศใด ๆ แต่ได้กระทำโดยคำนึงถึงประโยชน์ของประเทศและประชาชนไทย อย่างไรก็ดีในบางประเด็นของกฎหมายก็มีความสอดคล้องกับ WTO ที่มีแนวทางที่จะให้ประเทศสมาชิกลดข้อจำกัดการค้าจากต่างประเทศยิ่งขึ้น

แต่ในปัจจุบันได้เกิดแนวทางในการเข้ามาประกอบกิจการของคนต่างด้าวโดยการกำหนดโครงสร้างของบริษัทให้คนต่างด้าวถึงแม้จะถือหุ้นในบริษัทไม่เกินสัดส่วนตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดไว้ แต่มีอำนาจควบคุมการบริหารงานในบริษัทผ่านสิทธิออกเสียง ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) นั้น การประชุมจัดตั้งบริษัท เอกชนสามารถกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นว่าจะเป็นสถานใดเพียงใด โดยที่ไม่มีมาตราอื่นที่บัญญัติเกี่ยวกับสภาพและขอบเขตของหุ้นบุริมสิทธิ การที่กฎหมายเปิดกว้างเช่นนี้จึงปรากฏการกำหนดสภาพหุ้นที่เอื้อให้คนต่างชาติเข้ามาควบคุมอำนาจจัดการ ที่เป็นกรณีโด่งดังขึ้นคือกรณี บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัดที่มีกลุ่มคนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิถึงร้อยละ 51 การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียง 10 หุ้นเท่ากับ 1 เสียง มีสิทธิลงคะแนนเสียงทั้งสิ้นเท่ากับ 5.1/54.1 (ประมาณร้อยละ 9.43 ของคะแนนเสียงทั้งหมด) ส่วนหุ้นสามัญถือโดยบุคคลต่างด้าวร้อยละ 49 มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น 1 หุ้นต่อ 1 เสียง มีเสียงในการลงคะแนนทั้งสิ้นเท่ากับ 49/54.1 (ประมาณร้อยละ 91.57 ของคะแนนเสียงทั้งหมด) ดังนั้นกลุ่มคนต่างด้าวถึงแม้จะถือหุ้นไม่เกินสัดส่วนที่กฎหมายกำหนดแต่ก็มีอำนาจควบคุมจัดการบริษัทได้อย่างสิ้นเชิง ซึ่งเป็นแนวทางที่ขัดแย้งต่อเจตนารมณ์แห่งกฎหมายอย่างชัดเจน

เพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย เห็นควรว่าต้องมีการแก้ไขกฎหมายห้ามกำหนดข้อบังคับดังกล่าวนี้ในกรณีบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าว มิฉะนั้นจะทำให้คนต่างด้าวมีหุ้นน้อยกว่าแต่ครอบงำกิจการได้ซึ่งขัดแย้งกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังนั้นผู้วิจัยจึงได้หยิบยกมาเป็นประเด็นปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวศึกษาการจัดตั้งบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ มาทำการวิจัยเพื่อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1.2.1 เพื่อศึกษาถึงความเป็นมา และปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.2.2 เพื่อศึกษาถึงประวัติ แนวคิด ทฤษฎี การออกหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงความเกี่ยวข้องระหว่างหุ้นบุริมสิทธิกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.2.4 เพื่อศึกษาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

1.2.5 เพื่อศึกษาแนวทางและข้อเสนอแนะในการพัฒนาและปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.3 สมมติฐานของการวิจัย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ขาดการควบคุมการเข้าควบคุมกิจการโดยผ่านหุ้นบุริมสิทธิในบริษัท เนื่องจากในมาตรา 4 บัญญัติคำนิยามคนต่างด้าวโดยพิจารณาเพียงแค่จำนวนหุ้นที่เป็นทุนในบริษัทดังนั้น จึงควรแก้ไขโดยเพิ่มประเด็นการพิจารณาอำนาจควบคุมบริษัทโดยผ่านสิทธิออกเสียง วางหลักเกณฑ์และแนวทางการตรวจสอบที่ชัดเจน รวมถึงมีการกำหนดหน้าที่หน่วยงานในการตรวจสอบเพื่อให้เป็นไปเจตนารมณ์ของกฎหมาย

1.4 ขอบเขตของการวิจัย

ศึกษาถึงประวัติความเป็นมา เจตนารมณ์และการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และการควบคุมการประกอบกิจการของคนต่างด้าวในสหรัฐอเมริกา ประเทศแคนาดา และออสเตรเลีย ศึกษาถึงประวัติความเป็นมาและแนวคิดในการออกหุ้นบุริมสิทธิที่ปรากฏในกฎหมายไทย และกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ สหรัฐอเมริกา (มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐเดลาแวร์) อังกฤษ และญี่ปุ่น

1.5 วิธีดำเนินการวิจัย

การศึกษาวิจัยเรื่อง ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ศึกษาการจัดตั้งบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพ (qualitative research) ผู้วิจัยได้รวบรวมข้อมูลจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตำราทางวิชาการ วิทยานิพนธ์ งานวิจัยและบทความต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมตลอดถึงข้อมูลทางอิเล็กทรอนิกส์ที่ปรากฏบนเครือข่ายอินเทอร์เน็ตนำมาสรุปผลและเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงใช้ต่อไป

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการวิจัย

1.6.1 ทำให้ทราบความเป็นมา และปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.6.2 ทำให้ทราบถึงประวัติ แนวคิด ทฤษฎี การออกหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงความเกี่ยวข้องระหว่างหุ้นบุริมสิทธิกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

1.6.4 ทำให้ทราบถึงการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

1.6.5 ทำให้ทราบถึงแนวทางและข้อเสนอแนะในการพัฒนาและปรับปรุงพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บทที่ 2

ประวัติ แนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประเทศไทยมีกฎหมายจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมาช้านาน แต่ยังไม่สามารถใช้บังคับได้ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากยังปรากฏว่ามีบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายและกำหนดประเภทของหุ้นในบริษัทเป็นรสองประเภท ได้แก่หุ้นสามัญ ซึ่งให้บริษัทต่างประเทศเป็นผู้ถือและมีสัดส่วนไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนของบริษัทและหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมักให้บุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือและมีสัดส่วนไม่น้อยกว่า ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียนโดยมีสิทธิในการรับเงินปันผลที่จำกัดและมี อัตราต่ำและที่สำคัญคือ มักจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการ จัดการบริษัทที่ด้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเป็นอย่างมาก เช่น ให้มีสิทธิออก เสียงเพียงหนึ่งในเก้าหรือหนึ่งในสิบของผู้ถือหุ้นสามัญลักษณะโครงสร้างบริษัทเช่นนี้ปรากฏเป็นกรณีโด่งดังคือ บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ดังนั้นกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในประเทศไทยจึงยังไม่สามารถใช้บังคับได้จริง

บทที่ 2 นี้ จะได้ศึกษาถึงประวัติ ความเป็นมา เจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และประวัติความเป็นมา แนวคิด ทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับหุ้นบุริมสิทธิ โดยแบ่งประเด็นการศึกษาในบทนี้ ดังนี้

1. แนวคิดการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย
2. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
3. หลักกฎหมายมหาชน
4. ความเป็นมา ลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิ
5. กฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย

2.1 แนวคิดการจำกัดสิทธิการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

สิทธิในการประกอบกิจการค้าขายที่เป็นลายลักษณ์อักษรเริ่มมีปรากฏในศิลาจารึก พ่อขุนรามคำแหง ในสมัยกรุงสุโขทัยบัญญัติว่า "เมืองสุโขทัยนี้ดี ในน้ำมีปลา ในนามีข้าว เจ้าเมืองบ่เอาจกอบในไพร่ลู่ทาง เพื่อนจูงวัวไปค้า ขี่ม้าไปขาย ใครจักใคร่ค้าช้างค้า ใครจักใคร่ค้าม้าค้า ใครจักใคร่ค้าเงือนค้า ทองค้า"[1] ความตอนนี้จึงหมายความได้ว่า กรุงสุโขทัยมีความเจริญรุ่งเรือง พืชพันธุ์ธัญญาหารบริบูรณ์ ไม่มีการเก็บภาษีในระหว่างทาง หรืออีกนัยหนึ่งเป็นข้อห้ามไม่ให้เก็บภาษีด่านภายในประเทศและจังกอบซึ่งเป็นภาษีชักส่วนสินค้าและได้อนุญาตให้ราษฎรทำการค้าขายได้โดนเสรีไม่มีการผูกขาด ซึ่งแสดงว่าสมัยสุโขทัยให้เสรีภาพแก่การค้าอย่างเต็มที่ โดยพ่อขุนรามคำแหงได้ส่งเสริมการค้าขายระหว่างประเทศโดยการเลิกเก็บจกอบนี้เสียเป็นการเปิดโอกาสให้ทั้งพ่อค้าไทยและต่างด้าวนำสินค้าเข้ามาและออกจากสุโขทัยได้โดยไม่ต้องเสียภาษีอากรได้ ทั้งยังได้อนุญาตให้เดินทางไปมาโดยเสรีปราศจากข้อจำกัดด้วย

ในสมัยกรุงศรีอยุธยา นั้น ในยุคต้นไทยมีการติดต่อกับประเทศใกล้เคียงและมีการติดต่อกับเขมรมากว่าในสมัยกรุงสุโขทัย ความสัมพันธ์ด้านการค้าและวัฒนธรรมซึ่งมีในประเทศภาคพื้นเดียวกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับจีน อินเดีย และลังกา ก็คงดำเนินด้วยดีตลอดมา ความคล้ายคลึงกันในด้านผิวพรรณ ขนบธรรมเนียมประเพณี ประกอบการติดต่อดำเนินกันในลักษณะฉันท์มิตรทำให้ชนต่างชาติเหล่านี้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต่างไปจากคนไทยทั้งในทางสังคมและทางกฎหมาย ต่อมาในตอนกลางสมัยอยุธยาเริ่มมีชนชาติยุโรปตะวันตกเข้ามาและทวีความสำคัญมากขึ้นในตอนปลายของสมัยกรุงศรีอยุธยา คนต่างด้าวในประเภทนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคนไทยทั้งในรูปร่างลักษณะภายนอก ภาษาและวัฒนธรรม การทำความเข้าใจกันเป็นไปอย่างยากลำบาก จึงเป็นการยากที่ไทยจะให้ความไว้วางใจถึงกับให้สิทธิเท่าเทียมกับคนไทยในทำนองที่ได้ให้แก่คนผิวพรรณเดียวกัน ชนชาวยุโรปจึงได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากคนไทย[2]

การเข้ามาของชนชาติยุโรปมีจุดประสงค์ทั้งด้านการเมืองและด้านการค้า ซึ่งมีทั้งประเทศโปรตุเกส ประเทศอังกฤษ ประเทศฮอลันดาและประเทศฝรั่งเศส แต่สิทธิของชาวต่างด้าวที่เข้ามาหาได้เท่าเทียมกันในทุกชาติไม่ นอกจากความแตกต่างระหว่างชนชาติเอเชียและยุโรปแล้ว ชนชาติยุโรปด้วยกันเองก็ได้รับสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิตามสนธิสัญญาทั้งนี้ด้วยความ

---

[1] เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว., ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง, อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), 295.

[2] สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), 296.

แตกต่างทางอิทธิพลทางการเมืองและข้อเรียกร้องของชาติที่เกี่ยวข้องเองและราชนโยบายแห่งบรรพกษัตริย์ในการเลือกให้สิทธิทางสนธิสัญญาแก่คนต่างด้าว เพื่อการรักษาไว้ซึ่งดุลแห่งอำนาจของชาติที่มีอิทธิพลต่าง ๆ ที่อยู่ในประเทศไทย เป็นการดำรงไว้ซึ่งเอกราชของชาติไทย

ในสมัยรัตนโกสินทร์ตอนต้นนั้นนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2310 สถานการณ์บ้านเมืองยังไม่สงบเรียบร้อยมากนักจึงไม่ปรากฏว่ามีความสัมพันธ์กับประเทศใด ต่อมาในปี พ.ศ. 2316 รัชกาลพระบาทสมเด็จพระพุทธเลิศหล้านภาลัย ทูตโปรตุเกสได้เข้ามาขอทำการค้าขายโดยขอให้ได้รับความสะดวกดุจดังแต่ก่อน ซึ่งก็ได้รับอนุญาตให้ทำการค้าขายในเมืองไทยได้ ส่วนอังกฤษก็ได้ส่งทูตเข้ามาเจริญพระราชไมตรีเพื่อเจรจาขอแก้ไขการจัดเก็บภาษีและการค้าขายในสินค้าที่รัฐบาลผูกขาดอยู่แต่ไม่ประสบผลสำเร็จ ในแผ่นดินสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวประเทศไทยยังคงยึดนโยบายโดดเดี่ยวแบบเก่า พระองค์ยังไม่ทรงเห็นความจำเป็นที่จะต้องติดต่อสัมพันธ์กับชาติตะวันตก แต่เมื่ออังกฤษและสหรัฐอเมริกาได้ส่งทูตมาติดต่อกับประเทศไทยด้วยความจำเป็นบังคับจึงได้มีการทำสัญญาพาณิชย์กับอังกฤษและสหรัฐอเมริกา เพื่อรักษาความสงบสุขต่อท่าทีคุกคามของมหาอำนาจตะวันตก[3]

ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นโครงสร้างทางสังคมและการปกครองยังคงมีลักษณะทำนองเดียวกับกรุงศรีอยุธยา กฎหมายที่ใช้ในสมัยกรุงศรีอยุธยาก็ได้มีการรวบรวมชำระขึ้นใหม่ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศยังมีไม่มากนักพระมหากษัตริย์ยังคงยึดนโยบายโดดเดี่ยวแม้ว่าชนชาติยุโรปได้เรียกร้องอภิสิทธิ์บางประการแต่ไทยก็ไม่ยอมตกลงในกิจการที่จะเป็นการเสียเปรียบแก่คนต่างด้าวในประเทศไทย[4] ในสมัยกรุงรัตนโกสินทร์ตอนต้นจึงมีทำนองเดียวกันกับที่มีอยู่ในสมัยกรุงศรีอยุธยาฐานะคนต่างด้าวในประเทศไทยได้รับการเปลี่ยนแปลงอย่างมากตั้งแต่สมัยรัชกาลที่สี่ ซึ่งเป็นการเริ่มเข้าสู่สมัยสนธิสัญญาสภาพนอกอนาเขต

พระบาทสมเด็จพระนั่งเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงเป็นกษัตริย์ไทยพระองค์แรกที่ได้ศึกษาภาษาต่างประเทศจากหมอสอนศาสนาและได้ศึกษากิจการบ้านเมือง ได้ทรงตระหนักถึงอิทธิพลของการเผยแพร่จักรวรรดินิยมของยุโรปตะวันตกก่อนที่จะขึ้นครองราชย์ ครั้นเมื่อพระองค์เสด็จขึ้นครองราชย์สมบัติแล้ว พระองค์ทรงตระหนักว่าวิธีเดียวที่ประเทศเอเชียจะรักษาเอกราชไว้ได้คือการรับอิทธิพลเหล่านั้นและปรับปรุงประเทศของตนให้ทันสมัย[5] ไทยได้ทำสนธิสัญญากับอังกฤษในปี

---

[3] Wood, W.A.R, A history of Siam, (London: Fisher Unwin, 1924), อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), 316.

[4] สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**, 317.

[5] ทรงศรี อาจอรุณ, การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว, อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์, **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517), 318.

พ.ศ. 2398-2399 ข้อความต่าง ๆ ในสัญญาเฉพาะอย่างยิ่งที่เกี่ยวกับการศาลและการภาษีนั้น เป็นข้อสัญญาที่บังคับหรือผูกมัดฝ่ายไทยแต่ฝ่ายเดียวมิใช่เป็นสัญญาที่เป็นหลักถ้อยทีถ้อยปฏิบัติต่อกัน และเป็นข้อสัญญาที่ทำให้ฝ่ายไทยเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ข้อเสียเปรียบนี้ไทยได้ตระหนักดีในขณะทำสัญญาด้วยอิทธิพลของประเทศอังกฤษ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเล็งเห็นอยู่แล้วว่าอย่างไรเสียอังกฤษก็คงเข้ามาเมืองไทยจนได้ถ้าไม่ใช่โดยทางสัญญาทางพระราชไมตรีก็คงจะใช้กำลังเข้ามา ดังนั้นจึงให้อังกฤษเข้ามาโดยทางสนธิสัญญาทางพระราชไมตรีจะเหมาะกว่า เมื่อประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญากับประเทศอังกฤษแล้วต่อมาไทยได้ทำสนธิสัญญากับสหรัฐอเมริกา ฝรั่งเศส เดนมาร์ค โปรตุเกส เนเธอร์แลนด์ เยอรมัน สวีเดน นอร์เวย เบลเยียม อิตาลี ออสเตรเลีย-ฮังการี สเปน

ผลจากการทำสนธิสัญญาดังกล่าวทำให้ฐานะของคนต่างด้าวในประเทศไทยรับการคุ้มครองภายใต้สนธิสัญญา ในขณะเดียวกันพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงปรับปรุงแก้ไขเปลี่ยนแปลงกิจการด้านต่าง ๆ เอาแบบอย่างอารยะธรรมตะวันตกในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิและฐานะของคนต่างด้าวก็ทรงออกประกาศให้คนในชาติทราบถึงสิทธิของคนต่างด้าวตามสนธิสัญญาว่ามีอยู่อย่างไร และคนในชาติจะต้องประพฤติตนอย่างไรจึงจะสอดคล้องกับสิทธิของคนต่างด้าวอันพึงมีพึงได้สามสนธิสัญญา ประกาศอันมีลักษณะเป็นกฎหมายเหล่านี้ได้ตราขึ้นเพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขในสนธิสัญญาประกาศที่กล่าวพาดพิงถึงเรื่องนี้มีอยู่ไม่น้อยซึ่งได้ประกาศแก่ราษฎรถึงกรณีต่าง ๆ คือ ประกาศว่าด้วยเขตที่ซึ่งฝรั่งจะเช่าหรือซื้อได้ ประกาศว่าด้วยการประพฤติต่อฝรั่งเศส อังกฤษ และอเมริกาที่มาอยู่ในเมืองไทย ประกาศเรื่องค้าขายข้าวกับต่างประเทศ ประกาศให้คนไทยรับจ้างฝรั่งได้ ประกาศไม่ให้คนตื่นข่าวเรือรบไปมา ประกาศให้ใช้เงินตราต่างประเทศ และประกาศห้ามไม่ให้ช่วยคนในบังคับต่างประเทศยุโรปมาเป็นทาส

แม้ว่าตลอดรัชสมัยของพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวและล่วงมาถึงรัชสมัยของพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ประเทศไทยได้มีการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอย่างมากในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการพัฒนาประเทศให้รุดหน้ายิ่งขึ้น เพื่อความเสมอภาคกับนานาอารยประเทศ แต่เนื่องจากความผูกพันตามสนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต การแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิของคนต่างด้าวเพื่อให้สอดคล้องกับนโยบายรัฐศาสตร์และเศรษฐกิจของประเทศเป็นไปอย่างลำบาก ประเทศไทยจำต้องยกดินแดนบางส่วนให้แก่ประเทศมหาอำนาจเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจทางศาลบางประการเหนือคนต่างด้าวบางประเภท ตลอดรัชสมัยของพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวฐานะของคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงได้รับการเปลี่ยนแปลงไม่มากนักการเปลี่ยนแปลงฐานะของคนต่างด้าวอย่างแท้จริงได้เกิดขึ้นเมื่อไทยสามารถเจรจาทำสนธิสัญญาเสมอภาคกับนานาประเทศได้เป็นผลสำเร็จ อันเป็นการทำให้ประเทศไทยมีอำนาจอธิปไตย สามารถกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวให้สอดคล้องกับหลัก

ปฏิบัติและจารีตประเพณีระหว่างประเทศได้ แต่ก่อนที่ประเทศไทยจะได้มาซึ่งฐานะดังกล่าว ประเทศไทยต้องผ่านกระบวนการแก้ไขสนธิสัญญาสิทธิภาพนอกอาณาเขต ซึ่งเป็นการต่อสู้กับประเทศมหาอำนาจทั้งในทางรัฐศาสตร์และนิติศาสตร์เป็นระยะเวลาอันยาวนานการแก้ไขสนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขตนี้เริ่มต้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว โดยที่พระองค์ทรงได้รับการศึกษาในทวีปยุโรป จึงทรงมีพระปณิธานแน่วแน่ในอันที่จะสร้างสรรค์ความเจริญของประเทศให้เท่าเทียมนานาอารยประเทศตามที่สมเด็จพระบรมชนกนาถได้ดำเนินการค้างไว้ นับแต่ขึ้นครองราชย์ พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงสนพระทัยงานด้านนโยบายต่างประเทศมาก และการแก้ไขสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับมหาอำนาจยุโรปนับเป็นความต้องการสูงสุดของชาติ ทั้งนี้ เนื่องจากระบบสิทธิสภาพนอกอาณาเขตเป็นอุปสรรคประการสำคัญการพัฒนาประเทศทั้งในด้านการค้าและอุตสาหกรรม และยังก่อให้เกิดความยุ่งยากนานาประการ

ก่อนที่จะดำเนินการเจรจาขอแก้ไขสนธิสัญญา พระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงเร่งรัดปฏิรูปกิจการภายในประเทศด้วยการร่างกฎหมายไทยให้เป็นไปตามระบบกฎหมายสมัยใหม่ และปรับปรุงกิจการในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ

การติดต่อขอแก้ไขสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจประสบอุปสรรคนานาประการ ประเทศไทยตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบในสนธิสัญญาดังกล่าว จึงไม่มีประเทศใดยอมที่จะสละผลประโยชน์ซึ่งกำลังรับอยู่ ยิ่งไปกว่านั้นตามความแห่งสนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขตมิได้มีการกำหนดเรื่องการจำกัดเวลาอายุแห่งสัญญา ขอบเขตการบังคับและการแก้ไขสัญญาไว้ การที่จะได้สนธิสัญญาเสมอภาคเพื่อให้เกิดความยุติธรรมระว่างประเทศจึงยังดูมืดมนแต่สถานการณ์เนื่องจากเกิดสงครามโลกครั้งแรกในปี พ.ศ. 2457 ประกอบกับการตัดสินพระทัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวในการประกาศสงครามกับเยอรมันและออสเตรีย ฮังการี เข้าร่วมกับฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งนำโดยอิตาลี ญี่ปุ่น เบลเยียม ฯลฯ อังกฤษและฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460 ทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์ฐานะฝ่ายชนะสงครามและได้รอดพ้นจากการคุกคามของอังกฤษและฝรั่งเศสที่หมายจะยึดเอาประเทศไทยไว้เป็นรัฐในอารักขาโดยเด็ดขาด ทั้งยังเป็นการแผ้วถางทางในการแก้ไขสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ผูกมัดไทยให้หมดสิ้นไปด้วย การที่ประเทศไทยประกาศสงครามกับเยอรมนีและออสเตรีย ฮังการี คราวนี้มีผลทำให้อำนาจศาลกงสุลของประเทศเหล่านี้ในประเทศไทยสิ้นสุดลง ตามหนังสือสัญญาแวร์ซายส์ ลงวันที่ 28 มิถุนายน 1919 (2462) ฝ่ายเยอรมันยอมรับว่าหนังสือทางพระราชไมตรีอนุสัญญาและความตกลงต่าง ๆ ระหว่างเยอรมันนีกับสยาม ตลอดจนสิทธิและเอกสิทธิต่าง ๆ ตามสัญญาหรือความตกลงเหล่านี้ รวมทั้งสิทธิสภาพนอกอาณาเขตด้วยนั้น เป็นอันสิ้นสุดลงในวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1917 (พ.ศ.

2460) เป็นต้นไป ในสัญญาสันติภาพ (treaty of peace) กับออสเตรีย ลงวันที่ 10 กันยายน ค.ศ. 1919 (พ.ศ. 2462) ข้อ 110 และสัญญาสันติภาพกับฮังการีลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) ข้อ 94 ก็มีข้อความทำนองเดียวกันกับข้อ 135 แห่งสัญญาแวร์ซายส์

เมื่อสงครามสงบไทยได้เข้าร่วมประชุมโดยเสมอหน้ากับมหาประเทศในการทำสนธิสัญญาสันติภาพ ณ พระราชวังแวร์ซายส์ ผู้แทนไทยได้มีโอกาสแถลง ณ มหาสมาคมแห่งนี้ให้นานาชาติได้ทราบถึงความอยุติธรรมแห่งสนธิสัญญาสิทธิภาพนอกอาณาเขตที่ผูกมัดไทยอยู่ควรที่ไทยจะได้เป็นอิสระจากข้อสัญญาผูกมัดนี้ได้แล้ว ซึ่งเป็นผลให้ประเทศไทยได้รับคำมั่นจากประธานาธิบดี วู๊ดโรว์วิลสัน แห่งสหรัฐอเมริกาว่า จะให้สัญญาใหม่กับไทยเพื่อยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขต การประชุมของสันติสมาคม ณ แวร์ซายส์ จึงเปรียบเหมือนประตูที่เปิดกว้างออกเพื่อนำประเทศไทยไปสู่ยุคแห่งการเจรจาทำสัญญาเสมอภาคกับต่างประเทศ อาจกล่าวได้ว่า สงครามโลกกลายเป็นจุดเริ่มต้นใหม่ในความสัมพันธ์ระว่างประเทศไทย เพราะทำให้การบีบบังคับของลัทธิจักรวรรดิ์นิยมจากยุโรปสิ้นสุดลงและได้เป็นแนวทางสำคัญให้ไทยได้เป็นอิสรภาพจากสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและจากการควบคุมทางเศรษฐกิจของต่างประเทศ

ด้วยคำมั่นของประธานาธิบดีประเทศสหรัฐอเมริกา จึงเป็นประเทศแรกที่ยอมสละสิทธิสภาพนอกอาณาเขตตามสนธิสัญญาเดิมด้วยการทำสัญญากับไทยขึ้นใหม่เมื่อปี ค.ศ. 1920 สนธิสัญญานี้เป็นสนธิสัญญาซึ่งเปิดศักราชใหม่แห่งสิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทยที่มีอยู่ตามสนธิสัญญาเดิม ชาวอเมริกันทั้งปวงยอมอยู่ภายใต้อำนาจของศาลไทย แต่เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมแก่คนต่างด้าว ไทยได้ให้สิทธิแก่อเมริกาในการถอนคดีที่มีชาวอเมริกันเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่ว่าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาจากศาล ยกเว้นศาลฎีกาเพื่อให้กงสุลอเมริกันพิจารณาได้ แต่สิทธิการถอนคดีนี้ย่อมสิ้นสุดลง เมื่อครบกำหนดห้าปีนับแต่วันที่ไทยได้ประกาศให้ใช้ประมวลกฎหมายทั้งปวงแล้ว อย่างไรก็ดีในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่าสหรัฐอเมริกาได้ใช้สิทธินี้เลย ในเรื่องเกี่ยวกับภาษีอากร สหรัฐอเมริกาก็ได้ให้การรับรองอำนาจอธิปไตยของไทยในเรื่องนี้ โดยจะให้อำนาจแก่ไทยในการกำหนดอัตราภาษีอากรแก่สินค้าอเมริกันสูงกว่าร้อยละสามได้ทันทีที่ประเทศต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติทำนองเดียวกัน นอกจากนี้สนธิสัญญาใหม่ยังได้กำหนดเงื่อนเวลาในการบอกเลิกสัญญาไว้ด้วย ซึ่งไม่เคยมีในสัญญาชุดก่อนด้วย สนธิสัญญาระหว่างไทยกับสหรัฐอเมริกาฉบับนี้จึงเป็นแบบอย่างของสนธิสัญญาที่ใช้ขอเจรจากับประเทศมหาอำนาจ

การเจรจาแก้ไขสนธิสัญญายังคงประสบอุปสรรคต่าง ๆ นานา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแก้ไขสนธิสัญญากับอังกฤษซึ่งมีผลประโยชน์ในประเทศไทยอย่างมากในด้านการค้าระหว่างประเทศ ประเทศอังกฤษส่งสินค้าเข้าประเทศไทยประมาณร้อยละ 67 ของสินค้าเข้าทั้งหมดของไทย และเป็นผู้ซื้อสินค้าไทยประมาณร้อยละแปดสิบ นอกจากนี้ชนชาติพม่าและมลายูก็เป็นคนในบังคับ

อังกฤษ การเจรจากับอังกฤษจึงมีความยากลำบากเป็นพิเศษ แต่ในที่สุดก็สามารถกระทำได้สำเร็จในวันที่ 14 มิถุนายน ค.ศ. 1925 ก่อนหน้านั้นก็ได้มีการลงนามในสัญญาที่มีหลักการทำนองเดียวกับสัญญาที่ทำกับสหรัฐอเมริกากับประเทศญี่ปุ่นเมื่อปี ค.ศ. 1924 และกับฝรั่งเศสและฮอลันดาในปีเดียวกับอังกฤษ เมื่อสามารถตกลงกับอังกฤษได้แล้วต่อมาก็สามารถทำความตกลงกับประเทศสเปน เดนมาร์ก สวีเดน อิตาลี เบลเยียม และนอร์เว ความสำเร็จเป็นผลให้ไทยสามารถดำรงตนอยู่ในฐานะรัฐอธิปไตยได้อย่างเต็มภาคภูมิ แม้ว่าสนธิสัญญาชุดนี้จะยังไม่ให้สิทธิแก่ศาลไทยที่จะมีอำนาจเหนือคนต่างด้าวโดยสมบูรณ์ แต่โดยเงื่อนไขที่ว่าไทยจะมีเอกราชโดยสมบูรณ์ในเรื่องนี้ภายหลังห้าปีนับแต่วันที่ไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายครบถ้วนแล้วก็เป็นเงื่อนไขที่ยุติธรรม และเมื่อไทยสามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขนี้แล้ว การกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทยย่อมเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ

จะเห็นได้ว่าในประวัติศาสตร์ของประเทศไทยมีการเข้ามาค้าขายของชาวต่างประเทศมาช้านาน โดยในระยะเริ่มแรกเป็นชาวเอเชียซึ่งมีลักษณะผิวพรรณรูปร่างและขนบธรรมเนียมประเพณีและภาษาพูดที่คล้ายคลึงกันกับชาวไทยการปฏิบัติต่อกันจึงไม่มีจำกัดหรือกีดกัน แต่เมื่อต่อมาภายหลังชนชาติตะวันตกเริ่มเข้ามาติดต่อค้าขายและเผยแพร่ศาสนาในประเทศไทยมากขึ้น ซึ่งชนชาติตะวันตกมีรูปร่างลักษณะที่แตกต่างจากชาวเอเชียและมีภาษาขนบธรรมเนียมวัฒนธรรมที่แตกต่างออกไปจึงทำให้มีการเริ่มกำหนดสิทธิบางประการแก่คนต่างชาติแต่การกำหนดสิทธิมิได้กำหนดเท่าเทียมกันทุกชนชาติ ยังคงมีการกำหนดสิทธิแต่เพียงเฉพาะชนชาติตะวันตกเท่านั้น ภายหลังต่อมาจึงเริ่มมีการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศต่อกันขึ้นเพื่อรักษาเอกราชเอาไว้ ซึ่งสนธิสัญญาเหล่านั้นประเทศไทยไม่สามารถเรียกร้องสิทธิใด ๆ ได้จึงเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ภายหลังสงคามโลกครั้งที่หนึ่ง ห้าปีนับแต่วันที่ไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายครบถ้วนแล้วการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมาในปี พ.ศ. 2515 จึงมีการประกาศใช้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และต่อมาก็มีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บังคับแทนจนถึงปัจจุบัน

2.2 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมากมักจะได้รับการรับรองโดยสนธิสัญญา ซึ่งอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิที่จะทำการค้าและประกอบอุตสาหกรรมในประเทศไทยได้ แต่กรณีที่ไม่มีสนธิสัญญา ขอบเขตของสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจจึงจะต้องมีกฎหมายภายใน

ควบคุมไว้เพื่อปกป้องคนในชาติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ฉบับปี พ.ศ. 2542 และยังมีกฎหมายอื่น ๆ ที่กำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบอาชีพ ในการประกอบธุรกิจและในการลงทุนต่าง ๆ อีกมากมายหลายฉบับ อาทิเช่น

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2542 ที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวได้รับสิทธิเพิ่มขึ้นในการถือครองกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดได้

ประมวลกฎหมายที่ดิน กำหนดสิทธิของคนต่างด้าวที่มาลงทุนในประเทศไทยเพิ่มมากขึ้นในการถือ ครองกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่ออยู่อาศัย

พระราชบัญญัติการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2521

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติประกันชีวิต พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติประกันวนาศภัย พ.ศ. 2535

พระราชบัญญัติเรือไทย พ.ศ. 2481 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2540)

สนธิสัญญาไมตรีไทย-สหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2509

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติยา พ.ศ. 2510

2.2.1 หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยทั่วไป

สืบเนื่องมาจากการที่หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่ว ๆ ไป มิได้วางข้อกำหนดให้รัฐจะต้องบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับทางเศรษฐกิจบนรากฐานของหลักการ ซึ่งให้มีการประกอบธุรกิจของเอกชนโดยไม่จำกัด ทั้งยังมิได้กำหนดว่ารัฐต้องให้เสรีภาพในการจำหน่ายทรัพย์สินของเอกชน หากรัฐประสงค์ที่จะห้ามมิให้มีวิสาหกิจเอกชนภายในดินแดนของตน และสงวนกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกประเภทไว้แก่รัฐวิสาหกิจหรือให้องค์การของรัฐเป็นผู้ควบคุมกิจการทุกประเภท รัฐก็มีสิทธิที่จะกระทำได้ ในขณะเดียวกันรัฐก็อาจปฏิเสธการให้สิทธินี้แก่คนต่างด้าวในกิจกรรมทางเศรษฐกิจทุกประเภท ด้วยข้อสมมติฐานนี้ ในเรื่องการประกอบธุรกิจจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็น “สิทธิ” ของคนต่างด้าว แต่อย่างไรก็ดีสำหรับรัฐซึ่งมีโครงสร้างทางเศรษฐกิจยอมรับสถาบันทรัพย์สินของเอกชนคนต่างด้าวซึ่งได้ถูกรับเข้ามาในดินแดนแล้วมักจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจเพื่อหามาซึ่งปัจจัยการดำรงชีพได้ แต่กรณีจะเป็นอย่างไรก็ตามได้เป็นหลักที่ยอมรับกันแล้วว่ารัฐอาจกำจัดคนต่างด้าวออกเสียจากการประกอบอาชีพ วิชาชีพและธุรกิจบางประเภทเพื่อสงวนไว้แต่คนชาติของตนโดยเฉพาะได้

มีข้อพึงสังเกตประการหนึ่งเกี่ยวกับสิทธิของคนต่างด้าวที่จะมีส่วนร่วมในทางเศรษฐกิจนี้ก็คือ ไม่มีหลักทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศที่จะให้การรับรองสถานะทางเศรษฐกิจแก่คนต่างด้าว จึงเป็นการแน่ชัดโดยไม่ต้องสงสัยเลยว่าคนต่างด้าวไม่อาจจะเรียกร้องให้มีการปฏิบัติในเรื่องนี้เท่าเทียมกับชนชาติได้ หรืออีกนัยหนึ่ง การกำหนดสิทธิในเรื่องนี้ถือว่าเป็นอำนาจของรัฐผู้รับโดยแท้ ยิ่งไปกว่านั้นไม่เพียงแต่รัฐไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้ความเสมอภาคเท่านั้น แต่การที่คนต่างด้าวได้รับความเสมอภาคในกรณีเช่นนี้ย่อมถือได้ว่าเป็นสิทธิอันสูงสุดที่พึงคาดหมายได้[6]

2.2.2 แนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

แนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายไทยแบ่งเป็น 2 แนวทาง คือ

2.2.2.1 การควบคุมการเป็นเจ้าของ (ownership)

ตามพระพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติเกี่ยวกับนิติบุคคลที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว ตามมาตรา 4 ซึ่งสามารถได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ตามมาตรา 4(2) หรือนิติบุคคลไทยที่มีองค์ประกอบเป็นต่างด้าวอย่างเข้มข้นตามมาตรา 4(3) โดยที่นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยย่อมถือว่าคนต่างด้าวเป็นเจ้าของโดยตรง อยู่แล้ว ฉะนั้น การควบคุมความเป็นเจ้าของ ของนิติบุคคลต่างด้างประเภทนี้จึงไม่มีปัญหาในการควบคุมความเป็นเจ้าของ แต่สำหรับนิติบุคคลไทยมีองค์ประกอบต่างด้าวอย่างเข้มข้นตามมาตรา 4(3) และมาตรา 4(4) กำหนดจำนวนสัดส่วนการถือหุ้นของนิติบุคคลไว้เพื่อพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่

ทั้งสองมาตราใช้คำว่า “นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคล” โดยการพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นอันเป็นทุนข้างมากนี้ถือเป็นการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยมุ่งหมายที่จะห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามาเป็นเจ้าของ ของกิจการ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1096 ที่บัญญัติว่า “อันบริษัทจำกัดนั้น คือ บริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุน อันเป็นหุ้นอันมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยผู้ถือหุ้นต่างรับผิดรับจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าหุ้นที่ตนถือ” และมาตรา 1105 บัญญัติว่า “อันหุ้น นั้น ท่านห้ามมิให้ออกโดยราคาที่ต่ำไปกว่ามูลค่าของหุ้นที่ตั้งไว้” เมื่อพิจารณาทั้งสองมาตราประกอบกันแล้วให้คำจำกัดความได้ว่า “หุ้น คือ ทุนของบริษัทที่มีมูลค่าต่อหน่วยเท่ากันที่กำหนด ไว้เมื่อมีการจัดตั้งบริษัทและจะกำหนดราคาให้ต่ำกว่ามูลค่าที่กำหนดไว้ไม่ได้ ทั้งนี้ ผู้ถือหุ้น

---

[6] Freeman, A. V., **The international responsibility of states for denial of justice**, (New York: Kraus Reprint, 1970), 513-514.

จะต้องรับผิดเท่ากับส่วนของหุ้นที่ตนถือไว้เฉพาะค่าหุ้นหรือส่วนแห่งทุนที่ยังชำระไม่ครบเท่านั้น” ทั้งนี้ หุ้นอันเป็นทุนของบริษัทที่จะทำให้อำนาจออกเสียงได้นั้น ต้องเป็นหลักทรัพย์ประเภททุนอันเป็นหุ้นส่วนของกิจการ

ตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้กำหนดไว้ในมาตรา 15 ว่า “บริษัทมหาชนจำกัด คือ บริษัทซึ่งตั้งขึ้นด้วยความประสงค์ที่จะเสนอขายหุ้นต่อประชาชน โดยผู้ถือหุ้นมีความรับผิดจำนวนไม่เกินจำนวนมูลค่าหุ้นที่ต้องชำระและบริษัทดังกล่าว ได้ระบุความประสงค์เช่นนั้นไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ” และมาตรา 50 บัญญัติว่า “หุ้นของบริษัทแต่ละหุ้นต้องมีมูลค่าเท่ากัน”

สรุปได้ว่า หุ้นไม่ว่าจะเป็นหุ้นที่ออกโดยบริษัทจำกัด หรือหุ้นที่ออกโดยบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ถือเป็นสิ่งที่แสดงถึงการลงทุนของบริษัท โดยผู้ถือหุ้นถือเป็นผู้ลงทุนในบริษัทและมีความรับผิดชอบที่ต้องส่งใช้ค่าหุ้นเท่ากับจำนวนที่ตนถือไว้จนกว่าจะครบมูลค่าของหุ้น

เนื่องด้วยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้แบ่งแยกอำนาจบริหารจัดการ (control) ออกจากความเป็นเจ้าของ ดังเห็นได้จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นในการประชุมผู้ถือหุ้นที่กำหนดให้มติที่ประชุมผู้ถือหุ้นเป็นไปตามเสียงข้างมาก ดังนั้น การเป็นผู้ถือหุ้นข้างมากของบริษัทเป็นจำนวนมากจึงส่งผลต่ออำนาจในการควบคุมกิจการของบริษัทนั้นได้โดยอาศัยสิทธิออกเสียงในฐานะเป็นผู้ถือหุ้น[7] ซึ่งหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทที่จะทำให้มีอำนาจออกเสียงได้นั้น ต้องเป็นหลักทรัพย์ประเภททุนอันเป็นหุ้นส่วนของเจ้าของกิจการ

ในแง่ของการเป็นเจ้าของกิจการ ตามความเป็นจริงแล้วในทางกฎหมายมิได้ระบุว่าผู้ถือหุ้นคือเจ้าของบริษัท แต่ในการควบคุมอำนาจบริหารบริษัท อาจอยู่ในมือผู้ถือหุ้นได้ ดังบัญญัติไว้ในมาตรา 1144 ที่กำหนดให้อำนาจการจัดการบริษัทนั้นให้อยู่ภายใต้กรรมการของบริษัทตามที่ข้อบังคับของบริษัทกำหนดและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง นอกจากนี้ ในการเลือกกรรมการของบริษัทตามมาตรา 1150 และมาตรา 1151 ที่กำหนดให้การกำหนดจำนวนกรรมการ การตั้งหรือถอดถอนกรรมการให้แล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นกำหนด หากผู้ถือหุ้นรายนั้นเป็น ผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัท และมีอำนาจการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท ผ่านทางกรรมการ หรือผ่านทางมติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ก็อาจอนุโลมได้ว่าผู้ถือหุ้นนั้นเป็นเจ้าของบริษัทได้ ซึ่งกรณีเช่นว่านี้ มักเกิดขึ้นกับบริษัทยังไม่มีการแยกระหว่างผู้ลงทุนกับผู้บริหารออกจากกัน ทำให้ผู้ถือหุ้นมักกลายเป็นกรรมการบริหารบริษัทเอง นอกเหนือจากการเป็นผู้ร่วม

---

[7] สุกัญญา เทพหัสดิน ณ อยุธยา, **มาตรการควบคุมการเข้าซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศไทย**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), 58-59.

ลงทุนในฐานะผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียว[8] หุ้นจึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญยิ่งของบริษัทจำกัดเพราะนอกจากจะเป็นทุนของบริษัทแล้วหุ้นยังเป็นเครื่องแสดงถึง ความเป็นเจ้าของบริษัทของผู้ถือหุ้น การถือหุ้นมากหรือน้อยย่อมมีผลต่อนโยบายและการดำเนินงานของบริษัท[9]

สรุปได้ว่า หากคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลต่างด้าวเข้าถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยดังกล่าว เป็นผลให้นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยที่ถูกถือหุ้นโดยคนต่างด้าว เช่นว่านั้น มีสถานะเป็นคนต่างด้าวตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมาตรการทางกฎหมายในการควบคุมความเป็นเจ้าของซึ่งคนต่างด้าวเป็นสำคัญ เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดเงื่อนไขจำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าว ในนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยเป็นสำคัญโดยห้ามคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างมาก คือ ห้ามถือหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของหุ้นอันเป็นทุนทั้งหมดของบริษัท ซึ่งความเป็นจริงแล้วเนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเรื่องหุ้นส่วนบริษัท มิได้แบ่งแยกอำนาจบริหารจัดการ กับความเป็นเจ้าของ แยกออกจากกันส่งผลให้คนต่างด้าวซึ่งประสงค์จะประกอบธุรกิจที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อาจหลีกเลี่ยงการการแสดงออกถึงความเป็นเจ้าของโดยการ ถือหุ้นข้างมากในนิติบุคคล แล้วไปแสดงออกถึงอำนาจบริหารการกำหนดในข้อบังคับของบริษัทถึงสิทธิออกเสียงในหุ้นให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดได้

2.2.2.2 การควบคุมอำนาจบริหารจัดการ (control)

ดังที่กล่าวมาแล้วว่า อำนาจการบริหารการจัดการ ของนิติบุคคลมิได้แยกออกจากความเป็นเจ้าของ โดยอำนาจการการบริหารการจัดการขึ้นอยู่กับสิทธิออกเสียงในนิติบุคคลซึ่งสิทธิออกเสียงจะมิได้ในหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทเท่านั้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท บัญญัติไว้ถึงหุ้นอันเป็นทุนของบริษัทไว้ 2 ประเภท คือ หุ้นสามัญ (ordinary shares, common shares) หรือหุ้นบุริมสิทธิ (preferred shares) ตามมาตรา 1108

หุ้นสามัญ คือ หุ้นธรรมดา หรือที่วงการธุรกิจมักเรียกว่า “อีควิตี้” (equity) ซึ่งผู้ถือหุ้นสามัญมีสิทธิต่าง ๆ ในบริษัท ได้แก่

1. สิทธิจะได้รับเงินปันผลเมื่อบริษัทมีผลกำไรตามอัตราที่ประชุมใหญ่กำหนด

---

[8] โสภณ รัตนากร, **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท**, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2543), 294.

[9] พิเศษ เสตเสถียร, **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช, 2527), 141.

2. สิทธิในการออกเสียงและควบคุมการบริหารงานของ บริษัทตามส่วนของหุ้น
3. สิทธิที่ได้รับความคุ้มครองเกี่ยวกับผลประโยชน์ทั้งหลายในบริษัท[10]

ส่วนหุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิพิเศษกว่าหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผล หรือได้รับเงินค่าหุ้นเมื่อเลิกบริษัท โดยการกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้จะมีมากน้อยเพียงใดก็แล้วแต่จะกำหนดไว้ในหนังสือ บริคณห์สนธิ ข้อบังคับหรือ โดยอนุมัติของที่ประชุมใหญ่[11] แต่เนื่องจากการออกหุ้นบุริมสิทธิมีลักษณะให้สิทธิเป็น “ บุริมสิทธิ” หรือ “ดีกว่า” ในหลาย ๆ ประการ จึงมีข้อสังเกตว่ามีความพยายามที่จะทำการลดสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิลง 2 ประการ คือ การออกเสียงลงคะแนน และการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ[12] ทั้งนี้ตามมาตรา 1108(4) บัญญัติว่า “กิจการอันจะพึงทำในการประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ การวางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานที่ใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท” ด้วยเหตุนี้ การกำหนดสิทธิต่าง ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิจึงถูกนำมาใช้อย่างกว้างขวางโดยกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้ดีกว่าหรือด้อยกว่าหุ้นสามัญเพียงใดก็ได้ เนื่องจากในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เอง ได้กล่าวถึงหุ้นบุริมสิทธิไว้เพียง 4 มาตรา เท่านั้น คือ มาตรา 1108 ดังที่กล่าวไปแล้วนั้น มาตรา 1111 มาตรา 1142 ที่บัญญัติห้ามให้แก้ไขบุริมสิทธิของแต่ละหุ้นและมาตรา 1200 ซึ่งกล่าวถึงเงินปันผล

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่าพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวพ.ศ. 2542 ตามนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 นั้นมุ่งควบคุม ความเป็นเจ้าของในนิติบุคคลไทยของคนต่างด้าว โดยกำหนดเงื่อนไขไว้เฉพาะการห้ามคนต่างด้าวถือหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของบริษัท แต่มิได้มีถ้อยคำใด ๆ ที่มุ่งหมายจะให้ครอบคลุมไปถึงอำนาจบริหารการจัดการ ของคนต่างด้าวที่เข้าถือหุ้นในนิติบุคคลไทย ซึ่งจากบทบัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิที่เห็นได้ชัดเจนว่า การกำหนดสิทธิใด ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้นสามารถกำหนดได้อย่างกว้างขวาง โดยมีการบัญญัติถึงการกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นไปตามข้อบังคับของบริษัทตามแต่ที่ประชุมผู้ถือหุ้นกำหนดตามมาตรา 1108 เป็นเหตุให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการนำหุ้นบุริมสิทธิมากำหนดสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้ผู้ถือหุ้นคนไทย ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้น ที่เป็นคนต่างด้าว ประกอบกับการกำหนดข้อตกลงเกี่ยวกับสิทธิการได้รับเงินปันผลของผู้ถือหุ้นคนไทยที่กำหนดให้จำนวนเงินปันผลที่ได้รับตามหุ้นบุริมสิทธินั้นอยู่ในอัตราที่ต่ำกว่าหรือเทียบเท่ากับอัตราดอกเบี้ยเงินฝากธนาคาร

---

[10] พิเศษ เสตเสถียร, **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4**, 142

[11] เรื่องเดียวกัน, 142.

[12] นิทัศน์ วัฒนกุล, **หุ้นบุริมสิทธิ**, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, (กรุงเทพฯ: จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533), 14.

พาณิชย์ ในขณะที่มีการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งจำนวนผลตอบแทนที่ผู้ถือหุ้นคนไทยได้รับมีอัตราต่ำเมื่อเทียบกับการได้รับดอกเบี้ยจากการฝากกับธนาคารพาณิชย์

การกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิในข้อบังคับเป็นการกำหนดสิทธิแน่นอนระหว่างผู้ถือหุ้นไทย กับผู้ถือหุ้นต่างด้าว เช่น ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลแน่นอนเพียง 50 สตางค์ ก็ได้[13] และอาจออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดว่าหุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้นมีคะแนนเท่ากับหุ้นสามัญ 1 หุ้นก็ได้[14]

จะเห็นได้ว่า รูปแบบการควบคุมอำนาจบริหารจัดการ ยังไม่ปรากฏในรูปแบบการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยปัจจุบัน การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้นยังมุ่งควบคุมอำนาจความเป็นเจ้าของ แต่พียงประการเดียว เป็นเหตุให้การพิจารณาสิทธิการประกอบธุรกิจที่สงวนไว้ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้นมุ่งหมายพิจารณาว่าองค์กรธุรกิจเป็นของคนต่างด้าวหรือไม่ ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวมิอาจควบคุมถึงกรณีที่คนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อยตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งในสายตาของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ดังกล่าวย่อมมองว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลไทย ถึงแม้ว่าแท้จริงสิทธิขาดในการบริหารจัดการ ในนิติบุคคลแห่งนั้นจะตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว โดยเบ็ดเสร็จก็ตาม

2.2.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติที่ไทยประกาศใช้เพื่อจำกัดสิทธิการลงทุนของต่างชาติเป็นฉบับแรก ภายหลังจากที่ใช้ได้พิจารณายกร่างโดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นเวลาไม่น้อยกว่าสามปี โดยที่คณะปฏิวัติในสมัยนั้นได้เห็นว่าจำนวนการเข้ามาลงทุนของคนต่างชาติในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น และถ้าไม่มีการควบคุมการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว เศรษฐกิจของประเทศไทยอาจเสียดุลได้ อีกทั้งธุรกิจบางอย่างก็ไม่เป็นการสมควรที่จะให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน ทั้งเหตุผลในด้านความมั่นคงของชาติ การรักษาประเพณีวัฒนธรรมที่งดงามของชาติ และโดยเฉพาะธุรกิจที่คนไทยยังต้องการการพัฒนาทั้งทางด้านความรู้และเทคโนโลยีรวมถึงเงินลงทุนเพื่อที่จะแข่งขันกับชาวต่างชาติได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการปกป้องประเทศไทยทั้งในด้านเศรษฐกิจและผู้ประกอบการไทย

---

[13] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หนังสือที่ นร.0501/1804 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2538, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2538).

[14] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, หนังสือที่ นร.0601/867 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534, (กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ, 2534).

อีกทั้งเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยรวม จึงต้องมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวได้จำกัดสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวในธุรกิจซึ่งกำหนดไว้ในบัญชีแนบท้ายประกาศคณะปฏิวัติ ไว้ไม่เกินร้อยละ 49 รายละเอียดธุรกิจที่ปรากฏในบัญชีแนบท้ายประกาศฯนั้นปัจจุบันนี้ยังคงมีอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งบังคับใช้อยู่ในปัจจุบัน และในประกาศฯได้ระบุความหมายของคำว่า คนต่างด้าวไว้ใน ข้อ 3 ของประกาศฯ ไว้ดังนี้

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ข้อ 3

“คนต่างด้าว” หมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคล ซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์ของคำนิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดเป็นอย่างอื่น

จากการนิยามคำว่าคนต่างด้าว ตามประกาศคณะปฏิวัติดังกล่าวนั้น จะเห็นว่าในสมัยนั้นการจะพิจาณาว่ากรณีอย่างไรจึงจะเป็นคนต่างด้าวนั้น ดูที่ทุนประกอบการเท่านั้น เช่น บริษัทจำกัดมีหุ้นทั้งหมด 100 หุ้น 51 หุ้นเป็นของคนไทย และอีก 49 หุ้นเป็นของคนต่างด้าว บริษัทนี้ก็ไม่เป็นคนต่างด้าวตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับนี้ เหตุผลที่ประกาศของคณะปฏิวัติกำหนดเรื่องทุนมาเป็นข้อพิจารณาถึงความหมายคำว่า คนต่างด้าวนั้น ด้วยเหตุผลที่ว่า

“การที่ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ได้กำหนดความหมายของคนต่างด้าว โดยนำเอาเรื่อง ทุน หรือ จำนวนหุ้น ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาพิจารณาด้วยนั้นก็เนื่องจากการบริหารกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัท และอยู่ในความครอบงำในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ตาม มาตรา 1144 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากทุนหรือ จำนวนผู้ถือหุ้น ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำนิติบุคคลนั้นย่อมตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้”

2.2.4 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่แทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นไป เหตุผลและความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมีอยู่ 2 ประการ คือ

2.2.4.1 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นเวลานาน ไม่สอดคล้องกับแนวโน้มการค้าของโลกที่มีการผลักดันให้มีการเปิดเสรีการค้าและมีการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรง การเตรียมความพร้อมเพื่อรับกับสถานการณ์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง

2.2.4.2 ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มีจุดอ่อนที่จะต้องปรับปรุงหลายประการ เช่น ไม่มีกฎระเบียบบังคับให้คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจต้องนำเงินลงทุนมาจากต่างประเทศ กฎหมายไทยรับรองสิทธิให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับต่างประเทศฝ่ายเดียวแต่เมื่อคนไทยจะขอเข้าไปใช้สิทธิในต่างประเทศตามสนธิสัญญาดังกล่าวบ้างกลับทำไม่ได้ เนื่องจากประเทศนั้นยังไม่มีกฎหมายภายในรับรองสิทธินั้นอย่างสมบูรณ์ เป็นต้น

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีดังนี้

1. คำนิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” หมายความถึง

(1) บุคคลธรรมดา ซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคล ซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

(ก) จำนวนหุ้นหรือจำนวนทุน ตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไป ของนิติบุคคลเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทยตาม (1) และ/หรือนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยตาม (2)

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัด/ห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ซึ่งมีหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยหรือมี ผู้จัดการ เป็นบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือจำนวนหุ้นหรือจำนวนทุน ตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไปของนิติบุคคลเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ตาม (1) และ/หรือ นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ตาม (2) และ/หรือ นิติบุคคลไทยที่เข้าเกณฑ์เป็นคนต่างด้าว ตาม (3)

2. ประเภทธุรกิจสงวนพระราชบัญญัตินี้ได้กำหนดประเภทธุรกิจสงวนไว้ จำนวน 43 รายการ แบ่งออกเป็น 3 บัญชี ดังนี้

บัญชี 1 ประกอบด้วยธุรกิจสงวนจำนวน 9 รายการ เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างประกอบธุรกิจด้วยเหตุผลพิเศษได้แก่

1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำสถานีวิทยุกระจายเสียง หรือสถานีวิทยุโทรทัศน์

2) การทำนา ทำไร่ หรือ ทำสวน

3) การเลี้ยงสัตว์

4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

6) การสกัดสมุนไพรไทย

7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ ของประเทศ

8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

9) การค้าที่ดิน

บัญชี 2 ประกอบด้วยธุรกิจสงวน จำนวน 13 รายการ แบ่งออกเป็น

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ จำนวน 2 รายการ

(1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศรวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน จำนวน 6 รายการ

(1) การค้าของเก่าหรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย

(5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหินหรือเครื่องเขิน

(6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม จำนวน 5 รายการ

(1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย

(2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์

(3) การทำเกลือหิน

(4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน

(5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย

บัญชี 3 ประกอบด้วยธุรกิจสงวน จำนวน 21 รายการ เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบธุรกิจกับคนต่างด้าว

(1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

(4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด

(5) การผลิตปูนขาว

(6) การทำกิจการบริการทางบัญชี

(7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย

(8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม

(9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม

(10) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือเครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาท ขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่าย ซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศ อันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มิใช่การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

จากพระราชบัญญัติดังกล่าวมาข้างต้น จะเห็นว่าโดยหลักแล้วคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย หากประกอบกิจการในบัญชี 2 หรือ 3 ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 คนต่างด้าวจะต้องยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อคณะรัฐมนตรี

หรืออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าก่อนที่จะเริ่มดำเนินการแต่หากเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนแล้วคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวสามารถประกอบธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในประเทศได้แม้ว่าธุรกิจนั้นจะเป็นธุรกิจตามบัญชี 2 หรือ 3 ก็ตาม เนื่องจากตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ที่เป็นบทบัญญัติที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชี 2 และ 3 นั้น ได้กำหนดข้อยกเว้นมิให้ใช้บังคับกับมาตรา 12 คือคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ดังนั้นคนต่างด้าวที่รับการส่งเสริมการลงทุนย่อมสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องขออนุญาต คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพียงแต่แจ้งเจตนาต่ออธิบดีพัฒนาธุรกิจการค้าเพื่อขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจที่ตนได้รับการส่งเสริมการลงทุนโดยไม่จำต้องยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจการค้าของของคนต่างด้าวแต่อย่างใดและในการออกหนังสือแก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะพิจารณาถึงความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนเท่านั้นโดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงผลกระทบในด้านต่าง ๆ และคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็จะไม่ตกอยู่ภายใต้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ยกเว้นมาตรา 21 มาตรา 22 มาตรา 39 มาตรา 40 มาตรา 42)

จากบทบัญญัติของมาตรา 8 และ12 แห่ง พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่มิให้นำ พ.ร.บ.นี้มาใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตาม พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุนนั้นจึงเป็นที่เห็นได้ว่า พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปมิได้จำกัดเฉพาะบุคคล กล่าวคือเฉพาะกับคนต่างด้าวทั่วไปแต่หากเป็นคนต่างด้าวกรณีพิเศษคือคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแล้วจะต้องนำบทบัญญัติแห่งพ.ร.บ.การส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นกฎหมายพิเศษมาใช้บังคับกับบุคคลต่างด้าวดังกล่าวตามหลักที่ว่าหากมีบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายทั่วไปและบทบัญญัติที่เป็นกฎหมายพิเศษใช้บังคับอยู่ในเวลาเดียวกันต้องใช้กฎหมายพิเศษไม่ใช้กฎหมายทั่วไปเพราะถือว่ากฎหมายพิเศษต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไป

เงื่อนไขการขออนุญาต (ต้องมีทุนจดทะเบียนขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนด ม.14 กล่าวคือทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวเริ่มใช้ในการประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่า 2 ล้านบาทโดยมาตรา 14 วรรคท้าย กำหนดข้อยกเว้นไว้โดยไม่ให้นำเรื่องทุนขั้นต่ำมาใช้บังคับในกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจที่ได้ดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำ ไปลงหุ้นหรือลงทุนในกิจการหรือนิติบุคคลอื่นซึ่งเป็นการส่งเสริมให้มีการลงทุนภาย ในประเทศไทยต่อ ทั้งนี้ในการพิจารณาให้การส่งเสริมการลงทุนแก่นักลงทุนคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะไม่มีการแยกพิจารณาระหว่างนักลงทุนภายในประเทศและนักลงทุนต่างด้าวกลับทั้งยังปฏิบัติการอำนวยความสะดวกให้แก่นักลงทุนตางด้าวมากขึ้นด้วย โดยการผ่อนคลายมาตรการจำกัด

การถือหุ้นของนักลงทุนต่างด้าวแม้เป็นธุรกิจต้องห้ามตาม พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะอนุญาตให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมาก หรือถือหุ้นทั้งหมดไม่ว่าจะประกอบธุรกิจในประเทศใดก็ได้ แล้วจึงไปขอหนังสือรับรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวแต่หากประกอบธุรกิจในโครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์ การประมง เหมืองแร่และการให้บริการตามที่ปรากฏในบัญชี 1 ท้าย พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่า 51%ของทุนจดทะเบียนและเมื่อมีเหตุอันสมควรคณะกรรมการอาจกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติเป็นการเฉพาะสำหรับกิจการที่ให้การส่งเสริมบางประเภทก็ได้[15]

บัญชีท้าย พ.ร.บ.นี้มีการจำแนกประเภทธุรกิจที่นิติบุคคลต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้และไม่ได้ซึ่งธุรกิจการค้าและบริการทุกประเภทที่ประกอบได้ต้องมีการอนุญาต เว้นแต่ธุรกิจนั้นจะมีกฎหมายเฉพาะกำกับอยู่คือ คนต่างด้าวที่สามารถประกอบธุรกิจได้ในกรณีพิเศษ มีดังนี้

1. คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักรไทยแต่ไม่ได้รับสัญชาติไทย โดยต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดี

2. คนต่างด้าวที่ถอนสัญชาติโดยผลของกฎหมายว่าด้วยสัญชาติ

3. คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลไทยเป็นการเฉพาะปัจจุบันยังไม่มีผู้ได้รับสิทธินี้

4. คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่โดยสนธิสัญญาที่ไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณีให้ได้รับการยกเว้นจากการบังคับใช้ พ.ร.บ. นี้ เช่น สนธิสัญญาไมตรีไทย

5. สหรัฐอเมริกาแต่ต้องมีหนังสือแจ้งต่ออธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจให้ออกหนังสือรับรองและกำหนดทุนขั้นต่ำ 1 ล้านบาท

6. คนต่างด้าวที่ได้รับสิทธิภายใต้โครงการการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการสำนัก งานส่งเสริมการลงทุน โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่มาของหนังสือรับรองจากกรมพัฒนาธุรกิจคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจอุตสาหกรรมหรือการค้าเฉพาะธุรกิจตาม บัญชี 2, 3 ท้าย พ.ร.บ. นี้เพื่อการส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น โดยไม่ต้องขออนุญาต เพียงแต่มาขอหนังสือรับรองจากกรมธุรกิจการค้า

หลักเกณฑ์นี้ การอนุญาตให้มีการประกอบธุรกิจจะพิจารณาเป็นรายๆไปเช่นนิติบุคคลในต่างประเทศมาตั้งสำนักงานผู้แทนในประเทศไทยเพื่อรายงานความเคลื่อนไหวหรือแนะนำสินค้า

---

[15] หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 14, (กรุงเทพฯ: ประกายพรึก, 2542), 109-110.

คู่สัญญา หน่วยงานภาครัฐและรัฐวิสาหกิจและการให้บริการทางวิศวกรรมบางส่วนโดยไม่ได้ทำการค้าที่ก่อให้เกิดรายได้ เป็นต้น

ดังนั้น ในการเข้าสู่ตลาดการลงทุนในประเทศไทยของคนต่างด้าว หากธุรกิจที่คนต่างด้าวจะดำเนินการในประเทศไทยเป็นประเภทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนคนต่างด้าวมักจะดำเนินการขอส่งเสริมการลงทุนก่อนขออนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าว เนื่องจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีนโยบายที่จะให้การส่งเสริมการลงทุน ซึ่งแตกต่างจากการขออนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าวที่มีนโยบายที่จะควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจคนต่างด้าว

2.3 หลักกฎหมายมหาชน

ในระบบประมวลกฎหมายหรือ ระบบ Civil Law นั้นได้บัญญัติ กฎหมายเพื่อนำมาใช้บังคับหลายประเภทให้เหมาะสมกับปัญหาที่เกิดขึ้น ในสังคม จึงต้องมีการแบ่งประเภทของกฎหมาย ซึ่งการแบ่งประเภทของ กฎหมายนี้ด้วยเจตนาที่จะใช้แก้ไขปัญหาที่มีความแตกต่างกัน คือ กฎหมายประเภทหนึ่งก็จะใช้แก้ไขปัญหาอย่างหนึ่ง กฎหมายอีกประเภทหนึ่งก็จะใช้แก้ปัญหาอีกอย่างหนึ่ง ทั้งนี้การที่จะใช้กฎหมายประเภทใดใน การบังคับนั้น ขึ้นอยู่กับสภาพของปัญหาและลักษณะของกรณีพิพาท เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์และความยุติธรรมสูงสุดแก่ทุกคนในสังคม และจากความหมายของกฎหมายมหาชนที่ว่า กฎหมายมหาชนคือ กฎหมาย ที่บัญญัติเกี่ยวกับการให้อำนาจ และหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และ แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารประเทศและการบริการสาธารณะ เพื่อ ประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่ รวมทั้งจะต้องมีกระบวนการ องค์กร และวิธีการในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวด้วยดังนั้นกฎหมายมหาชนจึงเป็นกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่บัญญัติ ขึ้นมาเพื่อใช้ในการแก้ไขปัญหาอันเนื่องจากความอยุติธรรมในการปกครองของผู้ปกครอง ไม่ว่าจะเป็นรัฐ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐ ที่มีต่อประชาชน

2.3.1 ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีลักษณะแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น ๆ เพราะจุดประสงค์เพื่อที่จะใช้แก้ปัญหาการใช้อำนาจใน ทางปกครองระหว่างผู้ปกครองกับประชาชนเป็นสำคัญ ฉะนั้นจึงสรุป ลักษณะเฉพาะที่สำคัญของกฎหมายมหาชนได้เป็น 3 ประการดังนี้คือ

2.3.1.1 การบังคับใช้กฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนถือกำเนิดมาจากปัญหาการใช้อำนาจการปกครองและการบริหารประเทศของผู้ปกครอง ฉะนั้นกฎหมายมหาชนจึงเป็น กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการใช้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารการปกครองและการบริการสาธารณะเป็นสำคัญกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐในการบริหารปกครองประเทศ รวมทั้งกฎหมายอื่นเช่น กฎ ระเบียบข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่น ประกาศ หรอคำสั่งมีลักษณะเป็นกฎหมาย มหาชนได้ จะต้องมีบทบัญญัติซึ่งให้อำนาจและหน้าที่แก่รัฐเกี่ยวข้องกับ การปกครองบริหารประเทศ หรอที่เกี่ยวข้องกับการบริการสาธารณะ

2.3.1.2 กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายเพื่อสาธารณประโยชน์

นอกจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรี ภาพของเอกชนแล้วยังเป็นกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วยกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติท้องถิ่น ประกาศ หรอ คำสั่งต่าง ๆ นั้น ก็ล้วนแล้วแต่บัญญัติขึ้นเพื่อสาธารณชนและสาธารณประโยชน์ทั้งสิ้น แต่หากพิจารณากันอย่างลึกซึ้งจะพบว่ากฎหมายแต่ละชนิด แต่ละประเภทนั้น ต่างมีวัตถุประสงค์และมีเป้าหมายในการแก้ไข ปัญหาที่แตกต่างกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบประมวลกฎหมาย (civil law) ทั้งนี้เพราะกระบวนการในการนำกฎหมายมาใช้จะแตกต่างกัน อย่างสิ้นเชิงในข้อพิพาทที่แตกต่างกัน กฎหมายแพ่งหรือกฎหมายเอกชน นั้นเป็นเรื่องเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นเช่น เรื่องซื้อขาย เป็นเรื่องของผู้ซื้อและผู้ขายสองฝ่ายเท่านั้น ไม่เกี่ยวข้องกับ บุคคลอื่นหรือเช่นเรื่องมรดก ก็เป็นเรื่องของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับมรดก ไม่ได้เกี่ยวข้องกับบุคคลอื่นหรือสาธารณชนอย่างใด ดังนั้นกฎหมายแพ่ง หรือกฎหมายเอกชนจึงไม่มีลักษณะของกฎหมายมหาชน คือไม่เป็น กฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่าบทบัญญัติบางประเภทเท่านั้นที่จะมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งลักษณะที่สำคัญอย่างหนึ่งของกฎหมาย มหาชนคือ บทบัญญัตินั้นจะต้องมีการบัญญัติถึงการมอบอำนาจหน้าที่ เพื่อการปกครองและการบริการสาธารณะ

ลักษณะเฉพาะของกฎหมายจะเห็นได้ชัดเจนจากบทบัญญัติใน รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2540 มาตรา 70 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “บุคคลผู้เป็นข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมอำนวยความสะดวก และให้บริการประชาชน”

2.3.1.3 กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้รัฐ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจที่เหนือกว่า

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีความไม่เท่าเทียมกันของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายทั้งนี้เพราะกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจและหน้าที่ แก่รัฐ แก่หน่วยงานของรัฐ และแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารประเทศหรือในการบริการสาธารณะ ซึ่งอาจจะอยู่ในลักษณะ ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ ก็ได้ อาทิ เช่น กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ ข้อบัญญัติทั่วไป ประกาศ คำสั่ง ฯลฯ ดังเช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 เป็นตัวอย่างของกฎหมายที่บัญญัติ ให้อำนาจและหน้าที่แก่หน่วยงานของรัฐ แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการบริหารประเทศ และในการบริการสาธารณะ ซึ่งจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวจะพบว่า เป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่มากกว่าและพิเศษไปกว่าประชาชนโดยทั่วไป เหตุที่เป็นเช่นนี้ก็เพื่อให้การบริหาร ประเทศและการบริการสาธารณะที่กระทำเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนโดย รวมนั้น บรรลุผลและเป็นไปตามเป้าประสงค์ตามความต้องการของ ประชาชนส่วนใหญ่เป็นสำคัญ ซึ่งมีความแตกต่างจากกฎหมายเอกชน โดยสิ้นเชิง เพราะกฎหมายเอกชนมุ่งบัญญัติให้ทุกฝ่ายมีความเท่าเทียม กันทางกฎหมาย ไม่มีฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดมีสิทธิเหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด[16]

2.3.2 การใช้อำนาจหน้าที่ตามหลักกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจ และหน้าที่แก่รัฐ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการปกครองบริหารประเทศและการบริการสาธารณะ ฉะนั้นการใช้อำนาจตาม กฎหมายของผู้ปกครองไม่ว่าจะเป็นรัฐ หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ล้วนแล้วแต่มีผลกระทบโดยตรงต่อประชาชน ซึ่งหากผู้มีอำนาจและหน้าที่มากกว่าและพิเศษกว่าประชาชนโดยทั่วไปตามกฎหมายนั้น ได้เบี่ยงเบนในการใช้อำนาจและหน้าที่ที่ตนมี จะทำให้เกิดผลเสียหายต่อประชาชน ดังนั้นการใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานและหลักการที่เหมาะสม

2.3.2.1 หลักการใช้อำนาจ

1. การใช้อำนาจเพื่อให้บรรลุผลตามเป้าประสงค์ของ กฎหมายเท่านั้น

การปกครองในระบอบประชาธิปไตยเป็นการปกครองโดย กฎหมายหรือที่เรียกว่าการปกครองโดยใช้หลักนิติรัฐ ซึ่งผู้ที่จะมีอำนาจและหน้าที่ในการปกครองและบริหารประเทศจะต้องมี กฎหมายให้อำนาจและหน้าที่ไว้และกฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่ บัญญัติโดยประชาชนหรือโดยตัวแทนของประชาชนในการให้อำนาจและ หน้าที่ดังกล่าว เพื่อให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นในการทำหน้า ที่ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของประชาชนที่บัญญัติไว้ในกฎหมายเท่านั้น ตัวอย่างเช่น ตามบทบัญญัติของฉบับปัจจุบันกฎหมายรัฐธรรมนูญ มาตรา 72 ซึ่ง

[16] วิชัย สังข์ประไพ, **หลักกฎหมายมหาชน**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2542), 67-70.

บัญญัติไว้ความว่า “รัฐต้องจัดให้มีกำลัง ทหารไว้เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคง ของรัฐ พระมหากษัตริย์ผล ประโยชน์แห่งชาติ และการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเพื่อพัฒนาประเทศ” จากบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายไม่ได้บัญญัติไว้ถึงปริมาณหรือ แสนยานุภาพของกำลังทหารว่าต้องมีมากน้อยเพียงใด เพียงแต่บัญญัติว่า ให้รัฐเป็นผู้จัดสรรให้มีกำลังทหารไว้เพื่อพิทักษ์รักษาเอกราช ความมั่นคงของรัฐ และของสถาบันต่าง ๆ ดังกล่าว ซึ่งเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้รัฐพิจารณาจัดให้มีกำลังทหารให้มีความเหมาะสมกับกิจการดังกล่าว หากรัฐทุ่มเทในการสร้างกำลังทหารมากจนเกินความจำเป็น หรอมิได้จัด ให้มีกำลังทหารในปริมาณที่เหมาะสม หรอไม่มีแสนยานุภาพที่เพียงพอใน การกระทำการตามที่บัญญัติไวในรัฐธรรมนูญแล้วนั้น ถือได้ว่าลักษณะ ของการบริหารประเทศตามความในมาตรานี้ ไม่เป็นการบริหารและปก ครองประเทศตามอำนาจและหน้าที่ ที่มีอยู่ให้บรรลุผลได้ตามที่กฎหมาย ได้ตั้งเป้าประสงค์ไว้หรือตัวอย่างหนึ่งเช่น พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการ แผ่นดิน พ.ศ. 2534 มาตรา 11 ได้บัญญัติไว้ถึงการให้อำนาจและหน้าที่ ของนายกรัฐมนตรีไว้ โดยเจตนาของกฎหมายต้องการให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปด้วยความเรียบร้อย โดยมีนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลเป็นผู้มีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติ ฉะนั้นการใช้ อำนาจและหน้าที่ของนายกรัฐมนตรีนั้น จะต้องทำให้บรรลุผลและเป็นไป ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย คือต้องบริหารราชการแผ่นดินให้ตรงตาม เป้าประสงค์ที่กฎหมายต้องการหรือในกรณีอื่น ๆ ที่เป็นเรื่องของการมอบหมายอำนาจและหน้าที่ก็ต้องยึดหลักดังกล่าวนี้เช่นเดียวกัน ทั้งนี้เนื่องจากกฎหมายมหาชนนั้นเป็นเรื่องของการที่ใช้อำนาจและหน้าที่ตามกฎหมาย ฉะนั้นการที่จะใช้อำนาจและหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัตินั้น จึงต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์และตามความต้องการของกฎหมายเท่านั้น หากการใช้อำนาจและหน้าที่ตามหลักกฎหมายมหาชนของผู้ปกครอง ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้วกฎหมายมหาชนก็ยังมีบทบัญญัติถึงกระบวนการควบคุมการใช้อำนาจนั้นด้วยดังนั้น ในการใช้อำนาจและหน้าที่ของรัฐของหน่วยงานของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น จะต้องเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายและเพื่อประโยชน์และเป็นไปตามความต้องการของประชาชนส่วนใหญ่ เป็นสำคัญ ซึ่งหลักการดังกล่าวคือหลักการของระบอบประชาธิปไตย หรือหลักนิติรัฐดังที่เคยกล่าวมาแล้ว

1) การใช้อำนาจต้องกระทำด้วยความเหมาะสมและตามสมควร

การพิจารณาถึงเกณฑ์ของความเหมาะสมและความสมควรในการใช้อำนาจตามกฎหมายของรัฐ ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือของหน่วยงานของรัฐนั้น เป็นเรื่องที่หาข้อยุติได้ยาก ทั้งนี้เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์ อันใดที่จะใช้เป็นเกณฑ์ได้อย่างเที่ยงตรง เพราะในเรื่องของการใช้อำนาจ ดังกล่าวนั้น เป็นเรื่องของการใช้ดุลยพินิจ และการใช้ดุลยพินิจนี้มีองค์ ประกอบและเงื่อนไข

หลายประการในแต่ละบุคคล แต่ละสถานการณ์ และในแต่ละสิ่งแวดล้อม ฯลฯ ซึ่งสิ่งเหล่านี้ล้วนแล้วแต่มีผลต่อการตัดสิน ใจของผู้มีอำนาจและหน้าที่ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดีการพิจารณาในเรื่องของความเหมาะสมและสมควรในการใช้อำนาจและหน้าที่นั้น จะต้อง พิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจและหน้าที่นั้นว่า มีความเหมาะสมและสมควรกับประโยชน์ของสาธารณะชนหรือของประชาชน โดยรวมหรือไม่เพราะการที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจและหน้าที่แก่ผู้ ปกครองและผู้ที่บริหารประเทศไว้นั้น มีจุดมุ่งหมายเพื่อการบริการแก่ สาธารณชน และเพื่อการปกครองที่กระทำเพื่อประโยชน์ของคนส่วนใหญ่ดังนั้นหากการกระทำตามอำนาจและหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประชาชนส่วนรวมเป็นไปเพื่อสาธารณะและประโยชน์ของคนโดยส่วนรวมแล้ว ถือได้ว่าเป็นการกระทำที่สมควรและเหมาะสม อาทิเช่น การเวนคืน ที่ดิน เพื่อทำถนนสาธารณะ ดังนี้ถือว่าเป็นการใช้อำนาจและหน้าที่ที่มี ความเหมาะสมและสมควร แต่หากการเวนคืนที่ดินดังกล่าวเพื่อที่จะนำ มาสร้างสนามกอล์ฟ ถือว่าการใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวไม่สมควรและ ไม่เหมาะสมเพราะการสร้างสนามกอล์ฟไม่เป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างไรก็ตามการพิจารณาว่าการกระทำตามอำนาจและหน้าที่ใดจะเป็นการสมควรหรือมีความเหมาะสมหรือไม่อย่างไรนั้น ก็ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบขณะนั้นเป็นสำคัญด้วย เพราะหลักการและเหตุผลในการใช้ดุลยพินิจในยุคหนึ่งสมัยหนึ่งอาจมีความเหมาะสมและเป็นการสมควร หรือไม่มีความเหมาะสมและเป็นการไม่สมควรก็ตามแต่ใน อีกยุคหนึ่งสมัยหนึ่งอาจจะเป็นในทางตรงกันข้ามก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับ องค์ประกอบสิ่งแวดล้อม และปัจจัยต่าง ๆ หลายอย่าง สำหรับกาล สมัยนั้นๆดังเช่นในสมัยหนึ่ง การบัญญัติกฎหมายจำกัดการประกอบอาชีพ ของชาวต่างชาติในประเทศเพื่อเป็นการสงวนอาชีพไว้สำหรับคนไทยนั้น เป็นสิ่งที่สมควรและมีความเหมาะสมแต่เมื่อสถานการณ์แปรเปลี่ยนไป ได้มีการอนุญาตให้ชาวต่างชาติสามารถประกอบอาชีพที่เคยต้องห้ามนั้น ในประเทศไทยได้ดังนี้แสดงให้เห็นว่าการใช้อำนาจและหน้าที่ในการ ปกครองบริหารประเทศก็อาจจะมีการตัดสินใจหรอใช้ดุลยพินิจที่แตกต่างกันแม้จะเป็นเรื่องหรอข้อปัญหาอันเดียวกันก็ตามแต่อย่างไรก็ดี แม้กาลสมัยและสถานการณ์ในขณะนั้นจะเป็นตัว แปรหรือเป็นเงื่อนไขอันหนึ่งก็ตาม แต่ความเหมาะสมและความสมควรใน การใช้อำนาจและหน้าที่ในการตัดสินใจในการบริหารประเทศของรัฐ ของ หน่วยงานของรัฐ และของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็มิได้พ้นไปจากหลักการที่ว่าจะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของสาธารณะชนหรอของประชาชนคนส่วนใหญ่แต่อย่างใดเลย

2) การใช้อำนาจต้องไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนจน เกินควร

เนื่องจากกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจและหน้าที่แก่ รัฐ แก่หน่วยงานของรัฐ และแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐ ในการบริหารประเทศและในการบริการสาธารณะและเนื่องจากการที่ผู้ปกครองมีอำนาจและ หน้าที่ที่มากกว่าและเกินกว่าที่ประชาชนมี หรือที่เรียกกันว่า

มีความไม่ เสมอภาคกันในฐานะหรอสถานภาพนี่เอง จึงอาจทำให้สิทธิและประโยชน์บางประการของประชาชน บางคนบางส่วน หรอบางกลุ่มต้องสูญเสียไป หรือเรียกได้ว่าเกิดภาระขึ้น ฉะนั้นจึงเป็นเรื่องปกติธรรมดาที่ว่า ประชาชน อาจจะต้องเกิดภาระขึ้นบ้างจากการใช้อำนาจและหน้าที่เพื่อให้บรรลุเป้า หมายในการปกครองและบริหารประเทศของผู้ปกครอง แต่อย่างไรก็ดีการ ใช้อำนาจและหน้าที่ดังกล่าวนั้นในการบริหารและการปกครอง จะต้องไม่มีผลกระทบหรือสร้างภาระแก่ประชาชนมากจนเกินควร เพราะมิฉะนั้นแล้วจะเป็นการขัดต่อหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญซึ่งเน้นและยึด หลักในเรื่องของความสุขสงบและความเป็นธรรมของคนในสังคมตัวอย่างเช่น รัฐหรือคณะรัฐบาลซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารและปก ครองประเทศตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและตามกฎหมายอื่น เพื่อให้บรรลุตามแนวนโยบายและตามเจตนารมณ์ เป้าประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ แต่หากการใช้อำนาจตามหน้าที่ของรัฐบาลดังกล่าวมีผลทำให้ เศรษฐกิจตกต่ำ เกิดปัญหาคนว่างงาน เกิดภาวะเงินเฟือ ฯลฯ ซึ่งสิ่ง ต่าง ๆ เหล่านั้นได้ส่งผลกระทบไปยังประชาชนส่วนใหญ่ทั้งทางตรงและ ทางอ้อมลักษณะของผลกระทบดังกล่าวถือได้ว่าเป็นการสร้างภาระแก่ ประชาชน และเมื่อเศรษฐกิจตกต่ำแล้ว รัฐบาลได้แก้ปัญหาโดยการออก กฎหมายเพิ่มอัตราภาษีที่สูงเกินไปกับประชาชน ลักษณะเช่นนี้ถือได้ว่า เป็นการใช้อำนาจและหน้าที่ซึ่งมีผลในการสร้างภาระให้แก่ประชาชนมาก เกินสมควร[17]

2.4 ความเป็นมา และลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิ

2.4.1 ความเป็นมา

กล่าวกันว่ามนุษย์เรารู้จักรวมตัวกันทำการค้าในรูปของสมาคม หรือองค์กรนิติบุคคลโดยมีกฎหมายรับรองมานานแล้ว ในประมวลกฎหมายของฮัมมูราบีได้กล่าวถึงสมาคม (societies) ในสมัยรีพลับบลิคกฎหมายโรมันได้ยอมรับองค์กรนิติบุคคล เช่น องค์กรทางศาสนา ซึ่งเรียกว่า Solicitas มหาวิทยาลัย และคณะบุคคลที่เรียกว่า Coilegium ซึ่งตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์บางอย่างร่วมกัน นอกจากนั้นยังมีองค์กรทางปกครองซึ่งเรียกว่า municlplum และสมาคมทางการค้า (solietas) อีกด้วย พระเจ้าจักรพรรดิในสมัยโรมันได้ใช้อำนาจทางปกครองจัดตั้งองค์กรนิติบุคคลขึ้นและเมื่อการค้าเจริญมากขึ้น ประเพณีต่าง ๆ ของพ่อค้าก็ได้รับการยอมรับจากศาลเสมือนกฎหมาย จนกลายเป็นกฎหมายพาณิชย์ขึ้นในระยะต่อมา ซึ่งก็มีเรื่องห้างหุ้นส่วนและบริษัทรวมอยู่ด้วย อังกฤษก็รับเอากฎหมายพาณิชย์นี้เข้ามาอยู่ในคอมมอนลอว์ของตน สำหรับประเทศในระบบซีวิลลอว์ได้พัฒนารูปแบบของ

[17] วิชัย สังข์ประไพ, **หลักกฎหมายมหาชน**, 87-92.

ห้างหุ้นส่วนและบริษัทมาจากหลักกฎหมายเรื่องสัญญาและตัวแทน โดยไม่ต้องอาศัยการอนุญาตให้จัดตั้งขึ้นโดยผู้ปกครองประเทศ ระบบซีวิลลอว์ จึงถือว่าห้างหุ้นส่วนและบริษัทเป็นรูปแบบหนึ่งของสมาคม ซึ่งในฝรั่งเศสยังคงเรียกห้างหุ้นส่วนและบริษัทว่า Sociétiés รวมกัน ในเยอรมนีก็เรียกทั้งห้างหุ้นส่วนและบริษัทว่า Gesellschaften เพียงแต่มีคำประกอบเพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นห้างหุ้นส่วน หรือบริษัทประเภทไหน[18]

ในสมัยโรมันถือว่า Societas เป็นสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป ตกลงเข้าหุ้นกันโดยออกเงินหรือออกแรงเพื่อทำกิจการร่วมกัน ซึ่งมักจะเป็นการร่วมกันเพื่อกิจการค้า ในตอนแรกเกิดขึ้นในรูปของ Consotium ซึ่งเป็นเรื่องที่ทายาทหลายคนได้รับมรดกร่วมกัน ตกลงไม่แบ่งมรดกโดยจะจัดการทรัพย์มรดกร่วมกัน ต่อมาได้เกิดหุ้นส่วนในรูปแบบต่าง ๆ ขึ้น เช่น

1. Ommiumbonorum ซึ่งหุ้นส่วนตกลงเอาทรัพย์สินทั้งหมดไม่ว่าที่มีอยู่เดิมหรือที่จะได้มาใหม่รวมกันเป็นกรรมสิทธิ์รวม หนี้เงินของหุ้นส่วนแต่ละคนถือว่าเป็นหนี้ของห้างหุ้นส่วน ซึ่งต้องบังคับเอาจากทรัพย์สินของห้างด้วย แต่หนี้ค่าเสียหายทางละเมิดของหุ้นส่วนจะบังคับเอาจากทรัพย์สินของห้างได้เพียงเท่าที่ห้างได้ทรัพย์จากการละเมิดนั้น

2. Omniumbonorumguae ex guaestuveniumt เป็นห้างหุ้นส่วนชนิดที่หุ้นส่วนเอาทรัพย์สินมารวมกันเพื่อการค้า เป็นหุ้นส่วนทางการค้า ทรัพย์สินของห้างมีอยู่เท่าที่หุ้นส่วนได้ได้มาจากการค้า หุ้นส่วนแต่ละคนจึงอาจมีทรัพย์สินและหนี้สินส่วนตัวของตนแยกจากห้างหุ้นส่วน

3. Alicuius negotiations เป็นหุ้นส่วนในการค้าเฉพาะอย่าง เช่น การค้าทาส การผูกขาดในการเก็บภาษี

4. Uniusrei เป็นห้างหุ้นส่วนซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะประการเดียว เช่น การเข้าหุ้นกันซื้อที่ดินไว้มิให้คนอื่นนำไปใช้ในกิจการค้า[19]

กฎหมายลักษณะหุ้นส่วนและบริษัทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ปัจจุบันนี้เป็นกฎหมายซึ่งเราเอาอย่างมาจากประเทศเยอรมนี ฝรั่งเศส สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น และอังกฤษ กฎหมายของไทยเราแต่เดิมที่เกี่ยวกับบริษัทไม่เคยมีปรากฏมาก่อน เพราะบริษัทเป็นแนวความคิดทางกฎหมายของชาวตะวันตกโดยแท้ แต่แนวความคิดเกี่ยวกับหุ้นส่วนนั้นมีอยู่ในกฎหมายของไทยเรามาช้านานแล้ว ดังที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายตราสามดวง พระอายการเบดเสรจ บทที่ 101-102

---

[18] Henn, H. G., **Handbook of the law of corporations and other business enterprises**, 2nd ed., (St. Paul: West, 1970), 14-17.

[19] Leage, R. W., **Leage's roman private law, founded on the institutes of gaius and justinian**, 3rd ed., (London: Macmillan, 1961), 364-365.

สำหรับบริษัทนั้นเราเริ่มรู้จักเมื่อได้มีฝรั่งชาวตะวันตกเข้ามาติดต่อค้าขายในเมืองไทยและได้มีผู้เริ่มก่อตั้งบริษัทกันขึ้นในรัชกาลของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งได้พระราชทานพระบรมราชานุญาตให้ตั้งขึ้นเป็นรายๆ ตามที่มีผู้กราบบังคมทูลขึ้นมา กฎหมายฉบับแรกที่กล่าวถึงบริษัทก็คือ พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมลักษณะกู้หนี้ยืมสิน ร.ศ. 110 ซึ่งใน มาตรา 2 บัญญัติว่า “บุคคลหลายคนเข้าหุ้นส่วนหัน มีชื่อเป็นบริษัทอันหนึ่ง ซึ่งคิดทำการค้าขายอันได้เปิดเผย ประกาศโฆษณาให้คนรู้ทั่วไปแล้วว่า มีกำหนดหุ้นส่วนราคาเท่านั้นวางเงินไว้เป็นกลาง เป็นทุนทำการบริษัทนั้น และมีราคาหุ้นส่วนซื้อขายกันได้ต่อไป ฉะนั้น ผู้ถือหุ้นส่วนนั้นไม่ต้องใช้หนี้ของบริษัทเช่นนี้อีกนอกจากจำนวนเงินหุ้นส่วนที่ต้องวางไว้เป็นทุนของบริษัทนั้น” และในมาตรา 3 ก็ได้กล่าวว่า “บริษัทเช่นกล่าวนี้ก็ดี หรือบุคคลผู้เป็นลูกหนี้ก็ดี ถ้าหนี้สินล้นพ้นตัว หรือทำการไปไม่มีกำไรก็ดี จะต้องขอต่อศาลให้ตั้งเจ้าพนักงานไปตรวจจัดการ เพื่อที่จะให้บริษัทหรือบุคคลไม่เปิดเผย (stille gesellschaft) ส่วนบริษัทล้วนเป็นบริษัททางพาณิชย์ ได้แก่ บริษัทเอกชน (gesellschaft mit beschränkter haftung) บริษัทมหาชน (aktiengesellschaft) และบริษัทผสม (kommanditgesellschaft auf aktien)[20]

ในญี่ปุ่น ห้างหุ้นส่วนถือเสมือนเป็นสมาคมเรียกว่า กูมิไอ (Kumi-ai or Gomei) เช่นกัน ห้างหุ้นส่วนในญี่ปุ่นคงมีแต่ที่เรียกว่าห้างหุ้นส่วนสามัญ ส่วนห้างหุ้นส่วนจำกัดและห้างหุ้นส่วนที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลถือว่าเป็นบริษัทชนิดหนึ่ง ในญี่ปุ่นมีบริษัท 4 ชนิด คือ (1) บริษัทหุ้นส่วน (Gomei Kaishs) (2) บริษัทหุ้นส่วนจำกัด (Goshi Kaisha) (3) บริษัทเอกชน (Yugen Kaisha) และ (4) บริษัทมหาชน (Kabusiki Kaisha)

จากการศึกษาดังกล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับเรื่องหุ้นนั้นเริ่มมีมาตั้งแต่สมัยอาณาจักรโรมัน มีหลักฐานทางประวัติศาสตร์แสดงเจ้าหน้าที่ของราชอาณาจักรโรมันได้มีการแจกสันปันส่วนของหุ้นให้กับกลุ่มเอกชนในการรับผิดชอบโครงการจากทางรัฐ ในช่วงยุคกลางของยุโรป บริษัทดัชอินเดีย เป็นบริษัทแรกที่มีการแจกหุ้นเหมือนอย่างในปัจจุบัน

ในกฎหมายไทยอันว่าด้วยบริษัทนั้นไม่ปรากฏเลยนับแต่โบราณกาล บริษัทเป็นองค์การของชาวตะวันตกได้คิดขึ้นสำหรับปฏิบัติการใหญ่ๆ เมื่อพ่อค้าต่างด้าวเข้ามาค้าขายในประเทศไทยก็คิดตั้งบริษัทขึ้นบ้าง ในครั้งแรกการตั้งบริษัทต้องกราบทูลพระราชทานพระบรมราชานุญาตต่อพระเจ้าแผ่นดิน เมื่อได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาตแล้วก็ชอบที่จะจัดตั้งบริษัทขึ้น เมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ของบริษัทไว้โดยเฉพาะ หนังสือพระราชทานพระบรมราชานุญาตตั้งบริษัทฉบับหนึ่งๆ จึงต้องมีข้อความกำหนดอำนาจและหน้าที่ของบริษัทเป็นราย ๆ ไป[21]

---

[20] Horn, N., **German private and commercial law: an introduction**, (Oxford: Clarendon Press), 239-240.

[21] หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก, **คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2503), 6.

ต่อมาเมื่อมีพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 ใช้บังคับ (ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2454) จึงมีการจัดตั้งห้างหุ้นส่วนจำกัดขึ้น ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้แบ่งห้างหุ้นส่วนบริษัทออกเป็น 3 ประเภท คือห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัดสินใช้และบริษัทจำกัดสินใช้ เห็นได้ว่ากฎหมายห้างหุ้นส่วนบริษัทในประเทศไทยได้พัฒนาขึ้นตามลำดับ โดยมีห้างหุ้นส่วนสามัญก่อนแล้วมามีบริษัทจำกัด (โดยพระบรมราชานุญาต) และห้างหุ้นส่วนจำกัดมีขึ้นในภายหลัง ต่อมามีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ยังคงเป็นห้างหุ้นส่วนสามัญ ห้างหุ้นส่วนจำกัด และบริษัทจำกัดและพัฒนามาจนมีบริษัทมหาชนจำกัด ตั้งแต่ พ.ศ. 2521

ในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 ได้บัญญัติเกี่ยวกับเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไว้ด้วยควบคู่กับหุ้นสามัญ แต่สมัยนั้นไม่เรียกว่าหุ้นบุริมสิทธิแต่เรียกว่า “หุ้นพิเศษ” บ้าง “หุ้นวิเศษ” บ้าง แม้ในบทบัญญัติเดียวกัน เช่นในหลักมาตรา 106 บัญญัติว่า “การขอจดฐเบียรนั้น ท่านให้ระบุกะทงความตามที่ได้วินิจฉัยตกลงแล้ว ณ ที่ประชุมตั้งบริษัทว่า

2) จำนวนหุ้นทั้งสิ้นซึ่งได้มีผู้จองแลจับจองให้แก่กันแล้ว เป็นชนิดหุ้นสามัญเท่าใด หุ้นวิเศษเท่าใด ให้แจ้งให้ชัด

3) จำนวนหุ้นสามัญ ฤาหุ้นพิเศษที่จัดเป็นหุ้นสามัญ เป็นหุ้นสำเร็จไม่ต้องออกเงินเลยก็ดี ต้องออกเงินออกทรัพย์แต่บางส่วนก็ดี (ถ้ามีแต่ชนิดหลังนี้) ว่าจำนวนเงินที่ต้องให้ออกเท่าใดด้วย

4) .....”

พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหุ้นพิเศษไว้ คือ หลักมาตรา 96 อนุมาตรา 6, 4 บัญญัติว่า “ในคำพรรณนาประกาศป่าวร้องฤาคำชักชวนโดยประการอื่นๆ ทุกๆ ฉบับให้ลงกะทงความแสดงไว้ดังนี้คือ

1) .....

2) .....

3) จำนวนหุ้นพิเศษ (ถ้าจัดให้มี) มากน้อยเป็นมูลค่ารวมกันเท่าใดหุ้นเช่นนี้จักได้มีกรรมสิทธิ์พิเศษกว่าหุ้นสามัญโดยสถานใด เพียงใด แลเพราะเหตุใดจึงได้คิดจัดให้มีได้

4) จำนวนหุ้นสามัญฤาหุ้นพิเศษมากน้อย (ถ้าจัดให้มี) เป็นมูลค่ารวมกันเท่าใดซึ่งจัดเป็นหุ้นสำเร็จไม่ต้องออกเงินเลยก็ต้องออกเงินออกทรัพย์แต่บางส่วนก็ดี แลหุ้นเหล่านี้ได้จัดให้เป็นหุ้นสำเร็จเพราะเหตุใด เพื่อได้ใช้แรงงานแทนคุณแทนทรัพย์อย่างใดให้แก่ใคร

5) .....

6) .....

7) .....” [22]

---

[22] **กฎหมายประจำศก ร.ศ. 130**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ม.ป.ป.), 234.

แต่ในหลักมาตรา 101 บัญญัติว่า “การงานอันจะพึงจัดพึงทำ ณ ที่ประชุมตั้งบริษัทนั้นคือ

1) .....

2) .....

3) .....

4) วางกำหนดจำนวนหุ้นพิเศษ (ถ้าจะพึงมี) ที่จัดตั้งไว้แลกำหนดประเภทกรรมสิทธิ์วิเศษเป็นสถานใด เพียงใด

5) วางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญฤาหุ้นวิเศษนี้จัดเป็นหุ้นสำเร็จไม่ต้องออกเงินเลยก็ดี ต้องออกเงินออกทรัพย์แต่บางส่วนก็ดี (ถ้าพึงมี) แลกำหนดจำนวนเงินซึ่งจะต้องให้ออกนั้นว่าเพียงเท่าใด ให้หยิบยกเอาเหตุที่จัดหุ้นสามัญ หุ้นวิเศษ เหล่านี้เป็นหุ้นสำเร็จขึ้นปฤกษาหาฤาในที่ประชุมโดยแจ้งชัด

6) .....”

หลักมาตรา 196 บัญญัติว่า “ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นวิเศษ แลกำหนดเขตกรรมสิทธิ์วิเศษสำหรับหุ้นนั้น ๆ ไว้อย่างใดเพียงใดนั้น ท่านห้ามมิให้ดัดแปลงแก้ไขได้เลย”

มาตรา 202 บัญญัติว่า “การเฉลี่ยเงินปันผลฤาส่งดอกนั้น ให้เอาจำนวนที่ได้ใช้ค่าหุ้นเข้าเทียบคำนวณขึ้นลงเป็นประมาณ เว้นไว้แต่เฉพาะหุ้นวิเศษที่ได้จัดไว้เป็นสถานอื่น”

พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 ใช้บังคับเป็นกฎหมายตั้งแต่วันที่ 27 กันยายน พ.ศ. 2454 ถือเป็นกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิไว้ชัดเจนเป็นฉบับแรก

จะเห็นได้ว่าในพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 ใช้คำว่า “หุ้นวิเศษ” กับ “หุ้นพิเศษ” ถ้าพิจารณาความหมายของทั้งสองคำนี้ตามพจนานุกรม จะเห็นว่ามีความแตกต่างกัน กล่าวคือคำว่า “วิเศษ” หมายความว่า ยอดเยี่ยม เลิศลอย แต่คำว่า “พิเศษ” หมายความว่ายิ่งกว่าปรกติ แปลกจากสามัญ ไม่ใช่ทั่วไปเป็นส่วนหนึ่งต่างหาก มีลักษณะที่ทำให้ต่างกัน[23] พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวใช้คำว่า “หุ้นวิเศษ” กับ “หุ้นพิเศษ” ปะปนกันแม้ในบทบัญญัติเดียวกัน จากการค้นคว้า ไม่พบเหตุผลว่าทำไมจึงมีการบัญญัติกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ แต่เมื่ออ่านจากเนื้อหาข้อความของตัวบทกฎหมายในแต่ละมาตราที่บัญญัติ จึงเข้าใจว่าผู้ร่างคงให้ใช้ในความหมายเดียวกัน กล่าวคือเป็นหุ้นชนิดหนึ่งที่ไม่ใช่หุ้นสามัญนั่นเอง

ตั้งแต่ 1 มกราคม พ.ศ. 2468 พระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ.130 ได้ถูกยกเลิกโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2468 และบังคับใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2468 แทน ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ฉบับปี พ.ศ. 2468 บรรพ 3 มีบทบัญญัติว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทซึ่งเมื่อศึกษาแล้วจะพบว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ

[23] **พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525**, (กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์, 2525), 547, 747.

3 ได้ลอกบทบัญญัติต่าง ๆ จากพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 เกือบทั้งหมด เพียงแต่ตัดคำว่า “สินใช้” ท้ายคำ “ห้างหุ้นส่วนจำกัดสินใช้” และ “บริษัทจำกัดสินใช้” ออกเสีย เรียกว่า “ห้างหุ้นส่วนจำกัด” และ “บริษัทจำกัด” และในส่วนของหุ้นวิเศษหรือหุ้นพิเศษก็ได้เปลี่ยนชื่อมาเป็น “หุ้นบุริมะสิทธิ”

เดิมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 จะแบ่งบท บัญญัติออกเป็นหลักมาตราและมาตราธรรมดา เพื่อให้รู้ว่าบทบัญญัติใดยกเวนเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมได้ บทบัญญัติใดยกเว้นเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้กล่าวคือ ถ้าเป็นบทบัญญัติที่เรียกว่าหลักมาตราเอกชนกำหนดเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างออกไปไม่ได้ ส่วนบทบัญญัติที่เรียกว่ามาตราเอกชนจะสามารถตกลงกันเองเพื่อเปลี่ยนแปลงได้[24] แต่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 มิได้แบ่งบทบัญญัติออกเป็นหลักมาตราและมาตราดังเช่นพระราชบัญญัติลักษณะเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 มิได้แบ่งบทบัญญัติออกเป็นหลักมาตราและมาตราเช่นพระราช บัญญัติลักษณะ เข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 เพราะก่อนจะมีบทมาตราต่าง ๆ ว่าด้วยกฎหมายลักษณะหุ้นส่วนบริษัทในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ดังกล่าวออกใช้นั้น ได้มีการตราบมาตรา 114 ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 1-2 ออกใช้ก่อนแล้ว (1 มกราคม พ.ศ. 2468) มาตรานี้บัญญัติว่า “การใดผิดแผกแตกต่างกับบทบัญญัติของกฎหมายใด ถ้ามิได้เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้ว เพียงแต่เหตุเท่านั้นท่านว่าการนั้นหาเป็นโมฆะไม่” ปล่อยให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องวินิจฉัยเอาเองว่าเรื่องที่ยกเว้นเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมนั้น เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ถ้าเกี่ยวก็ยกเว้นเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมไม่ได้ถ้าไม่เกี่ยวก็ยกเว้นแก้ไขเพิ่มเติมได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้บังคับต่อมาจนถึงปัจจุบัน

ต่อมาวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2471 ได้มีการตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ออกใหม่ยกเลิกประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ปี พ.ศ. 2471 ในส่วนที่เกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิได้บัญญัติไว้ในลักษณะเดิม

สำหรับการหาเจตนารมณ์ของการบัญญัติหุ้นบุริมสิทธิขึ้นใช้ควบคู่กับหุ้นสามัญนั้น เดิมพระราชบัญญัติเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ฉบับปี พ.ศ. 2468 และฉบับปี พงศ. 2471 ว่าด้วยเรื่องการนำข้อความในหนังสือชี้ชวนและหนังสือบอกกล่าวป่าวร้องให้เข้าชื่อหุ้นไปจดทะเบียนนั้นจะต้องระบุเหตุผลในการกำหนดให้มีหุ้นบุริมสิทธิด้วย เช่น

---

[24] หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก, **คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**, 8.

หลักในมาตรา 96 อนุมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติเข้าหุ้นส่วนแลบริษัท ร.ศ. 130 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2471 มาตรา 1103 อนุมาตรา 3 แต่เดิมการออกหุ้นบุริมสิทธิมักจะออกเพื่อเป็นรางวัลแก่ผู้ที่มีพระคุณต่อบริษัท ด้วยเหตุผลนี้ความหมายในหุ้นบุริมสิทธิในสมัยนั้นจึงน่าจะมีความหมายถึงหุ้นที่มีสิทธิดีกว่ามากกว่า หรือเหนือกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งหลวงปรีชาธรรมปาฐกก็ได้ให้ความหมายหุ้นบุริมสิทธิไว้ว่า “คือหุ้นพิเศษมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งมากกว่าหุ้นสามัญ บุริมสิทธินั้นอาจเป็นประโยชน์อะไรก็ได้ เช่น บุริมสิทธิได้รับทุนคืนก่อนพวกหุ้นสามัญ หรือบุริมสิทธิแบ่งกำไรก่อนพวกหุ้นสามัญ”

ต่อมา มาตรา 1103 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2471 ถูกยกเลิกทั้งมาตราโดย มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2521 เนื่องจากมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 เป็นบริษัทอีกประเภทหนึ่งและให้บริษัทจำกัดเป็นบริษัทเอกชนเสนอขายหุ้นต่อประชาชนไม่ได้ จึงตัดมาตรา 1103 ซึ่งเป็นเรื่องหนังสือชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้นออกทั้งมาตรา โดยมิได้ไปแก้ไขส่วนอื่น ๆ ของบทบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัดด้วย ทำให้บทมาตราหลัง ๆ ที่เกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิไม่มีข้อความใดให้แสดงเหตุที่คิดจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิเช่นนั้นไว้ด้วย

อย่างไรก็ตามวัตถุประสงค์ในการออกหุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนไปจากเดิม การออกหุ้นบุริมสิทธิในปัจจุบันอาจออกเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ เช่น มีการออกหุ้นบุริมสิทธิเพื่อระดมทุนโดยใช้บุริมสิทธิจูงใจผู้ลงทุนมิใช่เป็นเพียงเพื่อเป็นรางวัลแก่ผู้มีบุญคุณต่อบริษัทเท่านั้น จึงมีการพัฒนาหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดบุริมสิทธิแห่งหุ้นแตกต่างออกไปจากที่เคยกำหนดแต่เดิม ๆ เช่น มีการออกหุ้นบุริมสิทธิที่จำกัดสิทธิในการออกเสียงแต่ให้บุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลที่ดีกว่าหุ้นสามัญ เนื่องจากบริษัทต้อง การระดมทุนแต่ผู้บริหารบริษัทไม่ต้องการให้ผู้ถือหุ้นรายใหม่เข้ามาแย่งอำนาจในการบริหารของบริษัทไปจากตนเป็นต้นต่อมามีการแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท คณะกรรมการดังกล่าวพยายามร่างบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับบริษัทมหาชน ซึ่งเดิมจะบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในที่สุดได้แยกบทบัญญัติในเรื่องบริษัทมหาชนออกเป็นพระราชบัญญัติต่างหาก[25]

[25] สมภพ โหตระกิตย์, **รายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ครั้งที่ 1/2516 ถึงครั้งที่ 70/2518**, 3 เล่ม, (กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2518).

2.4.2 ความหมายและลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิ

2.4.2.1 ความหมาย

หุ้นบุริมสิทธิ (preferred stock) เป็นหุ้นที่มีลักษณะกึ่งเจ้าของ (ส่วนของผู้ถือหุ้น) และกึ่งเจ้าหนี้ (หนี้สิน) จึงไม่มีสิทธิออกเสียง ในที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่มีสิทธิเหนือผู้ถือหุ้นสามัญในการรับเงินปันผลที่ระบุไว้เมื่อกิจการจ่ายจากผลกำไรของบริษัทผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลในอัตราคงที่ตามที่ระบุไว้ในการจดหุ้นบุริมสิทธิไว้ซึ่งอาจจะมากหรือน้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญก็ได้แต่ถ้าหากกิจการนั้นต้องเลิกดำเนินงานและมีการชำระบัญชีโดยการขายทรัพย์สินผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับคืนทุนจากทรัพย์สินของบริษัทเมื่อเลิกกิจการก่อนผู้ถือหุ้นสามัญทั้งสองอย่างเป็นหุ้นพื้นฐานที่บริษัทจะต้องมีเมื่อก่อตั้งบริษัท[26]

หุ้นบุริมสิทธิคือ ตราสารสิทธิที่แสดงความเป็นเจ้าของกิจการที่มีการจดบุริมสิทธิไว้อย่างชัดเจนไม่สามารถยกเลิกได้เมื่อกิจการมีกำไรจากการดำเนินงาน ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับผลตอบ แทนในรูปของเงินปันผลในอัตราคงที่ตามที่จดบุริมสิทธิไว้อาจจะมากหรือน้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญก็ได้แต่หากกิจการนั้นต้องเลิกดำเนินการและมีการชำระบัญชีโดยการขายทรัพย์สินผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินคืนทุนก่อนผู้ถือหุ้นสามัญแต่หลังเจ้าหนี้

ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้ให้คำนิยาม “หุ้นบุริมสิทธิ” ไว้ทั้งไม่ปรากฏในกฎหมายอื่นใด คงมีแต่ในทางตำราซึ่งผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความหมายไว้ ดังนี้

(1) หุ้นบุริมสิทธิ คือหุ้นที่ผู้ถือมีสิทธิพิเศษกว่าผู้ถือหุ้นธรรราดาเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลหรือได้รับเงินค่าหุ้นเมื่อเลิกบริษัท หุ้นบุริมสิทธิอาจแบ่งออกเป็นหลายชนิดมีสิทธิแตกต่างกันออกไปอีกก็ได้ สิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้จะมีมากน้อยเพียงใดก็แล้วแต่ จะได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ หรือโดยอนุมัติของที่ประชุมใหญ่ โดยปกติผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลในอัตราตายตัวทุกปี ถ้าปีไหนไม่มีการจ่ายเงินปันผล เพราะบริษัทไม่ได้กำไรเงินปันผลนี้ก็อาจจะสมทบไปจ่ายรวมในปีถัดไป (cumulative dividend) และปกติเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิต้องจ่ายให้ก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ แต่สิทธิในเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอาจ

---

[26] พรอนงค์ บุษราตระกูล, **การตรวจสอบภายในและบรรษัทภิบาลสำหรับธุรกิจ**, (กรุงเทพฯ: สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย, 2552).

กำหนดให้จ่ายเป็นปี ๆ เฉพาะปีที่มีกำไร ไม่มีการสมทบไปก็ได้ นอกจากนั้น หุ้นบุริมสิทธิบางชนิดยังได้รับปันผลเพิ่มเติมจากอัตราที่กำหนดอีกด้วย (participating preference shares)[27]

(2) หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่มีสิทธิพิเศษดีกว่าผู้ถือหุ้นธรรมดา เกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลหรือได้รับเงินค่าหุ้นคืนก่อนหุ้นสามัญเมื่อบริษัทเลิกกัน หุ้นบุริมสิทธิอาจจะแบ่งออกเป็นหลายชนิด มีสิทธิแตกต่างกันไปอีกก็ได้ สิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้ จะมีมากน้อยเพียงใดก็แล้วแต่จะได้กำหนดไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ หรือโดยอนุมัติที่ประชุมใหญ่ โดยปกติผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลในอัตราตายตัวทุกปี[28]

(3) หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นพิเศษมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งมากกว่าหุ้นสามัญ บุริมสิทธินั้นอาจเป็นประโยชน์อะไรก็ได้ เช่น บุริมสิทธิได้รับทุนคืนก่อนพวกหุ้นสามัญหรือบุริมสิทธิแบ่งกำไรก่อนพวกหุ้นสามัญ[29]

(4) หุ้นบุริมสิทธิ หมายถึง หุ้นที่มีสิทธิเหนือกว่าหุ้นธรรมดา จะเป็นด้วยประการใดๆ ก็เรียกว่าหุ้นบุริมสิทธิ เช่น เงินปันผลสูงกว่าหุ้นอื่น ๆ หรือการได้รับคืนทุนก่อนหุ้นอื่น[30]

(5) หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นอันมีบุริมสิทธิโดยมักจะหมายความถึงบุริมสิทธิของผู้ถือหุ้น เกี่ยวกับสิทธิเหนือหุ้นสามัญที่จะได้รับเงินปันผลและได้รับคืนเงินทุนเมื่อเลิกบริษัท แต่ผู้ถือบุริมสิทธิอาจจะไม่มีสิทธิออกเสียง[31]

(6) หุ้นที่มีสิทธิเหนือกว่าหุ้นอื่น ๆ คือหุ้นบุริมสิทธิ โดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิที่เหนือกว่าคือ สิทธิในเงินปันผล และสิทธิในทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท[32]

---

[27] โสภณ รัตนากร, **คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ, 2548), 271.

[28] ธีระ สิงหพันธุ์, **คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท**, (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2531), 124.

[29] หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก, **คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**, 168-169.

[30] ทวี เจริญพิทักษ์, **คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท**, พิมพ์ครั้งที่ 4, (พระนคร: รัตนพฤกษ์, 2504), 251.

[31] "Preferred stock is with preferences. Usually, this means that holders of preferred stock have priority over holders of common stock as to dividends and to payment on dissolution of the corporation. Preferred stockholders may or may not have the right to vote (the trend is toward giving preferred stockholder the right to vote)."

[32] "Any stock that a preference over another class of stock is call preferred stock. Usually, preferred shareholders have preference as to dividends and the distribution of assets when the corporation is dissolved."

นอกจากความหมายในทางตำราแล้ว คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยตีความเกี่ยว กับหุ้นบุริมสิทธิในทำนองที่หุ้นบุริมสิทธิสามารถกำหนดสิทธิที่เกี่ยวกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้น อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิประโยชน์ในหุ้นนั้น แตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ[33]

จากการรวบรวมความหมายของหุ้นบุริมสิทธิมานั้น อาจพอสรุปได้ว่า หุ้นบุริมสิทธิโดยมากแล้วจะมีสิทธิที่ดีกว่า เหนือกว่าหุ้นสามัญในด้านสิทธิที่เป็นตัวเงิน คือ สิทธิในเงินปันผลและสิทธิในทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท แต่ทั้งนี้แล้วสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิจะดีกว่าเพียงใดย่อมจะต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับและหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทนั้น ๆ จะได้กำหนดไว้

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติมีการใช้และตีความหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะความหมายตามแนวที่หนึ่ง คือหุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิแตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ซึ่งจะแตกต่างในลักษณะดีกว่าหรือด้อยกว่าก็ได้ ซึ่งความเห็นนี้เป็นความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาด้วย

คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นกรณีธนาคารนครหลวงไทย จำกัด ขอจดทะเบียนออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ โดยให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ออกใหม่มีสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารอาจจะนำมาจ่ายเพิ่มเติม ในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นสิทธิที่ด้อยไปกว่าหุ้นสามัญที่มีสิทธิซื้อหุ้นสามัญที่ออกใหม่หนึ่งหุ้นสามัญต่อหนึ่งหุ้นสามัญ และคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่าการกำหนดเช่นนี้ ทำได้เพราะเห็นว่าเป็นการกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิแตกต่างไปจากสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ของผู้ถือหุ้นสามัญ[34]

สำหรับในต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น ไม่ค่อยมีปัญหาในเรื่องความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ เนื่องจากการแบ่งประเภทของหุ้นของบริษัทและระบบหุ้นของกฎหมายบริษัทในต่างประเทศแตกต่างจากของไทย เอกชนอาจกำหนดสิทธิในหุ้นแต่ละประเภท (classes) แตกต่างกันไปได้ ตัวบทกฎหมายของประเทศเหล่านั้นก็ไม่ได้บัญญัติโดยใช้คำว่าหุ้นบุริมสิทธิโดยตรง แต่ได้มีคำอธิบายเกี่ยวกับประเภทของหุ้นโดยพิจารณาจากสิทธิต่าง ๆ ที่มีอยู่ของผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทแล้วจัดแบ่งกลุ่มอธิบายพอสรุปได้ ดังนี้

1. ในประเทศอังกฤษจะกำหนดสิทธิในหุ้นเป็นประเภทให้มีสิทธิแตกต่างกัน โดยหลักแล้วแบ่งเป็น ประเภทหุ้นบุริมสิทธิ (preference shares) หุ้นสามัญ (ordinary shares) และหุ้นด้อยสิทธิ (deferred shares)

---

[33] บันทึกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222) เดือนตุลาคม 2528 (เกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2528.

[34] เรื่องเดียวกัน.

2. ประเทศสหรัฐอเมริกา มลรัฐเดลาแวร์ กฎหมายบริษัทบัญญัติให้บริษัทมีสิทธิออกหุ้นเป็นประเภท ๆ และแต่ละประเภทมีสิทธิแตกต่างกัน เช่น สิทธิออกเสียงเงินปันผล บุริมสิทธิหรือสิทธิพิเศษอื่น ๆ ตลอดจนข้อจำกัดสิทธิ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือในส่วนที่บังคับที่แก้ไข[35]

3. ประเทศญี่ปุ่น มีการแบ่งหุ้นออกเป็นประเภท ๆ ไม่ได้แบ่งแยกหุ้นออกมาเป็นหุ้นสามัญและหุ้มบุริมสิทธิเช่นประเทศไทย แต่กฎหมายประเทศญี่ปุ่นกำหนดให้เอกชน สามารถกำหนดสิทธิในหุ้นให้แตกต่างกันไปเป็นประเภท ๆ แต่ละประเภทอาจจะแตกต่างกันในเรื่องการแบ่งกำไรผลประโยชน์หรือทรัพย์สินส่วนที่เหลือ นอกจากนี้อาจกำหนดให้มีหุ้นในการแบ่งปันกำไรได้ด้วย[36]

4. ลักษณะ

5. กำหนดราคาไว้ตามมูลค่า (par value)

6. อัตราเงินปันผลแน่นอน

7. กำหนดให้สะสมเงินปันผลได้

8. ปกติไม่มีสิทธิออกเสียงแต่ถ้าไม่จ่ายเงินปันผลหลายงวดติดต่อกัน ให้สิทธิผู้ถือหุ้นเลือกกรรมการเสียงข้างน้อยได้

หุ้นบุริมสิทธิมี 4 ชนิดคือ

1. หุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสมหมายถึงหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิสะสมเงินปันผลไว้ในปีต่อไปในกรณีที่ไม่มีกำไรพอที่จะปันผลในปีนั้น

2. หุ้นบุริมสิทธิชนิดไม่สะสมหมายถึงหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิในการสะสมไปจ่ายในปีต่อไป

3. หุ้นบุริมสิทธิชนิดรวมรับหมายถึงหุ้นบุริมสิทธิที่ได้รับการปันผลแล้วสามารถรับเงินปันผลพร้อมหุ้นสามัญอีกได้

4. หุ้นบุริมสิทธิชนิดอื่น ๆ (other types of preferred stock) ปัจจุบันได้พัฒนาหุ้นบุริมสิทธิรูปแบบใหม่ คือ

1) Adjustable Rate Preferred Stock (ARPs) หุ้นบุริมสิทธิชนิดนี้ไม่ได้กำหนดอัตราเงินปันผลไว้แน่นอนแต่อัตราเงินปันผลจะลอยตัว (floating rate) ขึ้นอยู่กับอัตราผลตอบแทนของหลักทรัพย์รัฐบาล (treasury securities)

---

[35] Folk, E. L., The delaware general corporation law: A commentary and analysis, (Boston: Corporation Service Company, 1972), 105-106.

[36] The Commercial Code Article, 222.

2) Market Auction (money market) Preferred Stock หุ้นบุริมสิทธิชนิดนี้ตัวแทนจำหน่ายหลักทรัพย์จะจัดให้มีการประมูลทุก 7 สัปดาห์ (เพื่อให้ได้ประโยชน์จากการที่ไม่ต้องเสียภาษีจากเงินปันผล 70 เปอร์เซ็นต์ แต่ผู้ซื้อหุ้นบุริมสิทธินี้ต้องถือหุ้นไว้อย่างต่ำ 46 วัน) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ต้องการขายหุ้นจะเสนอให้ประมูลในราคาตามมูลค่าได้ ผู้ซื้อจะเสนอซื้อในราคาที่จะได้รับอัตราผลตอบแทนตามที่ต้องการในระยะเวลา 7 สัปดาห์ข้างหน้า ด้านผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิชนิดนี้มีความเสี่ยงต่ำได้รับการยกเว้นภาษีและอายุ 7 สัปดาห์ก็ขายได้ในราคาตามมูลค่าในวันที่ประมูล

2.4.2.2 ข้อดีข้อเสียของหุ้นบุริมสิทธิ (advantages and disadvantages of preferred stock)

1. ข้อดีของหุ้นบุริมสิทธิ

1) แม้ว่ากิจการจะไม่จ่ายเงินปันผลผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็ไม่สามารถฟ้องให้บริษัทล้มละลายได้

2) การออกหุ้นบุริมสิทธิจำหน่ายไม่ทำให้สิทธิส่วนได้เสียของผู้ถือหุ้นสามัญลดลง

3) หุ้นบุริมสิทธิส่วนใหญ่ไม่มีวันครบกำหนดไถ่ถอนและถ้ามีเงินทุนเพื่อการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิก็จะกระจายในช่วงเวลานานจึงไม่คำนึงถึงกระแสเงินสดจ่ายจำนวนมากเช่นเดียวกับการไถ่ถอนคืนพันธบัตร

2. ข้อเสียของหุ้นบุริมสิทธิ

1) เงินปันผลจ่ายแก่หุ้นบุริมสิทธิไม่สามารถนำมาเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อทำให้เสียภาษีน้อยลงได้ต้นทุนของหุ้นบุริมสิทธิหลังภาษีจึงสูงกว่าต้นทุนของหนี้สินหลังภาษีอย่างไรก็ตามหุ้นบุริมสิทธิก็ยังมีข้อดีในด้านเงินปันผลที่เสียภาษีในอัตราต่ำ

2) แม้ว่าหุ้นบุริมสิทธิจะไม่มีข้อกำหนดให้จ่ายเงินปันผลทุกปีแต่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็หวังว่าจะได้รับเงินปันผลในภายหลังการระดมทุนจากหุ้นบุริมสิทธิจึงเปรียบเสมือนการระดมทุนจากหนี้สินทำให้ความเสี่ยงทางการเงินสูงขึ้น

หุ้นบุริมสิทธิต่างกับหุ้นสามัญและหลักทรัพย์ประเภทหนี้สิน

1. เงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิคงที่แต่ถ้าไม่จ่ายเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิก็ไม่ทำให้กิจการถูกฟ้องล้มละลายได้

2. การไม่จ่ายเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิจะจ่ายเงินปันผลหุ้นสามัญไม่ได้

3. สามารถกำหนดเงื่อนไขในการสะสมเงินปันผลได้

ข้อแตกต่างของหุ้นบุริมสิทธิกับหุ้นสามัญ

หุ้นบุริมสิทธิ คือ ตราสารสิทธิที่แสดงความเป็นเจ้าของกิจการที่มีการ จดบุริมสิทธิไว้อย่างชัดเจนไม่สามารถยกเลิกได้ โดยผู้ถือหุ้นไม่มีสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น แต่มี

สิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนที่ระบุไว้เมื่อกิจการมีกำไรจากการดำเนินงาน ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลในอัตราคงที่ตามที่จดบุริมสิทธิไว้ อาจจะมากหรือน้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญก็ได้ แต่หากกิจการนั้นต้องเลิกดำเนินการและมีการชำระบัญชีโดยการขายทรัพย์สิน ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินคืนทุนก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ

ส่วนหุ้นสามัญ เป็นตราสารทุนที่บ่งชี้ถึงการมีส่วนในการเป็นเจ้าของกิจการนั้น ๆ การถือหุ้นสามัญเป็นการมีส่วนร่วมเป็นเจ้าของบริษัท มีสิทธิในการออกเสียงในที่ประชุม มีสิทธิในการได้รับเงินปันผล หรือประโยชน์ในรูปแบบอื่น ๆ ตามที่ประชุมของผู้ถือหุ้นอนุมัติ อย่างไรก็ตาม ในทางทฤษฎี ผู้ถือหุ้นสามัญจะเป็นผู้มีสิทธิ์ในลำดับสุดท้าย ในการได้รับส่วนที่เหลือจากการลงทุนหากบริษัทล้มละลายหรือเลิกกิจการ

2.5 กฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย

2.5.1 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติถึงหุ้นบุริมสิทธิไว้โดยตรงเพียง 4 มาตรา คือ มาตรา 1108, 1111, 1142 และ 1200 นอกจาก 4 มาตรานี้แล้วหุ้นบุริมสิทธิซึ่งมีลักษณะเป็นหุ้นทุนเช่นเดียวกันกับหุ้นสามัญ ซึ่งต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติอื่น ๆ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับหุ้นสามัญในเรื่องเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิ ผู้ศึกษาจะแยกศึกษาเป็นหัวข้อดังนี้

2.5.1.1 การกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิไว้ใน มาตรา 1108 ซึ่งบัญญัติว่า “กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(1) .....

(2) .....

(3) .....

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ว่าเป็นสถานใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

(5) วางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญ หรือหุ้นบุริมสิทธิซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วหรือใช้ได้แต่บางส่วนแล้ว เพราะใช้ให้ด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงิน และกำหนดว่าเพียงใด ซึ่งจะถือเอาเป็นว่าได้ใช้เงินแล้ว ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัทให้แถลงในที่ประชุมโดยเฉพาะว่า ซึ่งจะออกหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เงินแล้วเช่นนั้น เพื่อแทนคุณแรงงานหรือตอบแทนทรัพย์สินอย่างใดให้พรรณนาจงชัดเจนทุกประการ

(6) .....

โดยที่ มาตรา 1108 ได้บัญญัติถึงเรื่องหุ้นบุริมสิทธิที่บริษัทจำกัดใดอยากจะกำหนดให้มีขึ้น ต้องกำหนดในที่ประชุมจัดตั้งบริษัท และกำหนดไว้เพียงว่า “วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้น ในบริษัท” นอกจากมาตรานี้แล้วก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่บัญญัติเกี่ยวกับสภาพของขอบเขตของบุริมสิทธิแห่งหุ้นอีก การที่กฎหมายบัญญัติไว้กว้างเช่นนี้ จึงปรากฏว่า การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ต้องกำหนดอย่างไร การกำหนดไว้โดยไม่ได้ระบุให้ชัดเจนถึงสิทธิหรือประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับ จะถือว่าเป็นการกำหนดสภาพบุริมสิทธิที่ถูกต้องหรือไม่ เช่น กำหนดว่า “ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิรับเงินปันผลในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประจำของธนาคารพาณิชย์” นายทะเบียนเคยปฏิเสธคำขอของบริษัทที่ยื่นขอจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าการกำหนดในเรื่องเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นสถานใด เพียงใดนั้นจะต้องมีความแน่นอน แต่ในที่สุดคำขอนั้นก็ได้รับการอนุมัติ โดยถือว่าอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประจำของธนาคารนั้นมีอัตราที่แน่นอน ณ วันที่ประกาศจ่ายเงินปันผล ซึ่งก็ถือว่าเป็นอัตราแน่นอนตามที่ธนาคารแห่งประเทศกำหนดแล้ว[37] ต่อมาได้มีบริษัทเลขทะเบียนที่ 1215/2528 ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิ โดยขอกำหนดเรื่องเงินปันผลว่า “ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลมากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ” ในเรื่องนี้นายทะเบียนไม่รับจดทะเบียนโดยให้เหตุผลว่ามิได้กำหนดว่าเป็นสถานใด เพียงใด ซึ่งสถานใด เพียงใด ตามความหมายของนายทะเบียนก็คือต้องมีความแน่นอน ในเรื่องนี้เป็นที่น่าสังเกตว่านายทะเบียนต้องการความแน่นอนของการกำหนดเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิ อาจเป็นเพราะไม่ต้องการให้บริษัทนำความไม่แน่นอนไปตีความเพื่อการเอาเปรียบผู้ถือหุ้น และเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิด้วย

การออกหุ้นบุริมสิทธินั้น นอกจากจะออกหุ้นตอนจัดตั้งบริษัท ยังอาจออกหลังจากตั้งบริษัทแล้วก็ได้ โดยการเพิ่มทุนและออกหุ้นใหม่เป็นหุ้นบุริมสิทธิซึ่งต้องอาศัยมติพิเศษและอาจต้องมีการแก้ไขข้อบังคับถ้าข้อบังคับยังไม่ได้กำหนดให้ออกหุ้นบุริมสิทธิได้ ซึ่งการออกหุ้นบุริมสิทธิ กรณีนี้ยังคงต้องใช้ มาตรา 1108 เป็นบทเทียบเคียงในการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิโดยอนุโลม

2.5.1.2 การเปลี่ยนแปลงสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ

การเปลี่ยนแปลงสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142 บัญญัติว่า “ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้วได้กำหนดไว้ว่า บุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ

[37] นิทัศน์ วัฒนกุล, **หุ้นบุริมสิทธิ**, 97.

เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย” จากบทบัญญัติมาตรานี้จึงทำให้การเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิทำไม่ได้

จากการค้นคว้าที่มาของมาตรา 1142 ณ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ไม่ปรากฏเหตุผลประกอบร่าง แต่ได้พบว่ามีความพยายามแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1142 นี้ ซึ่งมีคณะกรรมการบางคณะของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้กล่าวถึงหลักแห่งมาตรา 1142 ไว้บ้าง เช่น ในการประชุมครั้งที่ 39/16/19 สิงหาคม พ.ศ. 2517 เกี่ยวกับการพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งขณะนั้นยังไม่แยกพิจารณาร่างกฎหมายบริษัทมหาชนออกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มีการลงมติเกี่ยวกับการร่างมาตรา 1144[38] ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่อง “บุริมสิทธิในหุ้นซึ่งออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกมิได้” ในรายงานการประชุมได้กล่าวถึงเหตุผลในเรื่องดังกล่าวไว้อย่างน่าสนใจว่า “บริษัทจะเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นได้รับสิทธิหรือประโยชน์มากขึ้น หรือน้อยลงไม่ได้ เช่น เดิมเคยกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลมากกว่า หุ้นสามัญร้อยละ 20 จะเปลี่ยนแปลงโดยการเพิ่มให้รับเงินปันผลให้สูงขึ้นเป็นร้อยละ 30 หรือลดลงเหลือเพียงร้อยละ 10 ซึ่งไม่ควรให้กระทำได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ถือหุ้นสามัญส่วนใหญ่ต้องเสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโดยการเพิ่ม หรือเจ้าหนี้เสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโดยการลด”[39]

ในเรื่องการห้ามเปลี่ยนแปลงสภาพ และขอบเขตแห่งบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่มิให้เสียเปรียบกรณีถ้ามีการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิ โดยการให้สิทธิเพิ่มขึ้น เมื่อผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับผลประโยชน์มากขึ้น ผู้ถือหุ้นอื่นก็อาจจะได้รับผลประโยชน์ลดลง และในอีกด้านหนึ่งเป็นการคุ้มครองเจ้าหนี้จำนำกรณีถ้ามีการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิ โดยการให้สิทธิลดลงเพราะถ้าเจ้าหนี้รับจำนำหุ้นบุริมสิทธิไว้ต่อมาก็มีการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิ โดยการลดสิทธิลงเจ้าหนี้ย่อมเสียเปรียบเพราะหลักประกันนั้นมีค่าลดลง นอกจากนั้นก็เป็นการคุ้มครองตัวผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเองด้วย ที่จะได้รับสิทธิจากบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไว้นั้นตลอดไป ผู้ถือหุ้นคนอื่นๆ ไม่อาจใช้มติที่ประชุมซึ่งเป็นเสียงส่วนใหญ่บีบบังคับให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิน้อยลงหรือเปลี่ยนแปลงไปได้ หลักการคุ้มครองผู้ถือหุ้นส่วนใหญ่ และคุ้มครองเจ้าหนี้ผู้รับจำนำหุ้น รวม

---

[38] ร่างมาตรา 1144 ต่อมาได้บัญญัติเป็นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.2521 มาตรา 78 ซึ่งมาตรา 78 บัญญัติว่า “บุริมสิทธิในหุ้นซึ้งได้ออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงมิได้ การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญจะกระทำมิได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในการนี้ให้ทำได้โดยผู้ถือหุ้นยื่นคำขอแปลงหุ้นต่อบริษัทพร้อมทั้งส่งมอบใบหุ้นคืน

การแปลงหุ้นตามวรรคสองให้มีผลนับแต่วันยื่นคำขอ ในการนี้ให้บริษัทออกใบหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ขอภายในสิบสี่วันนับแต่วันได้รับคำขอ”.

[39] บันทึกรายงานการประชุมพิจารณาร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 39/16/19 สิงหาคม 2517 คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท เล่ม 2,41/6.

ทั้งตัวผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเอง จึงน่าจะเป็นหลักอยู่เบื้องหลัง มาตรา 1142 ที่ห้ามมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิแห่งหุ้น

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ กรมทะเบียนการค้าเคยมีหนังสือหารือถึงคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากกรมทะเบียนการค้าไม่สามารถหาข้อยุติในปัญหากฎหมายได้ กล่าวคือ ธนาคารศรีนคร จำกัด มีหุ้นสิบล้านหุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท ประกอบด้วยหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ผู้ถือหุ้นทั้งสองประเภทมีสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกันทุกประการ เว้นแต่สิทธิในการรับเงินปันผล หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญในจำนวนหุ้นละ 300 บาทต่อปีตลอดไป ธนาคารศรีนคร จำกัด ต้องการดำเนินการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นทั้งสองประเภทจากเดิมมูลค่าหุ้นละ 100 บาท เป็นมูลค่าหุ้นละ 10 บาท โดยธนาคารจะเพิ่มจำนวนหุ้นให้สูงขึ้นในสัดส่วนเดียวกันเพื่อรักษาจำนวนทุนจดทะเบียนให้เท่ากับจำนวนทุนเดิม แต่ในการยื่นคำขอจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นต่อกรมทะเบียนการค้า มีปัญหาว่า ในส่วนของหุ้นบุริมสิทธิซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นนั้น ธนาคารจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลในสัดส่วนเดียวกันได้หรือไม่ คือ การที่ธนาคารเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นบุริมสิทธิให้ลดลง 10 บาทเท่านั้น ธนาคารจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลให้ลดลงเป็นสัดส่วนเดียวกันได้หรือไม่ ในเรื่องนี้กรมทะเบียนการค้ามีความเห็นเป็นสองฝ่าย คือ

ฝ่ายแรก เห็นว่ากระทำได้เพราะการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นบุริมสิทธิจากเดิม 100 บาทเป็น 10 บาท พร้อมการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลให้ลดลงในสัดส่วนเดียว กันนั้น ผลรวมของมูลค่าและสภาพแห่งบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิที่มีอยู่เดิมย่อมไม่ถูกเปลี่ยนแปลงไป จึงไม่มีผลเป็นการแก้ไขบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142

ฝ่ายที่สอง เห็นว่ากระทำไม่ได้เพราะการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลก็คือ การแก้ไขบุริมสิทธิตามนับ มาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่า กรณีเช่นนี้ไม่ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ[40] ปัญหาว่า อย่างไรจะเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสภาพตามความหมายแห่งมาตรา 1142 การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ จะถือเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพตามมาตรา 1142 หรือไม่ ซึ่งผู้ศึกษาจะได้ศึกษาต่อในบทต่อไป

---

[40] บันทึกคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิ (กรณีบริษัทธนาคารศรีนคร จำกัด จะเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลให้ลดลงเป็นสัดส่วนเดียวกันกับการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้น) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ตุลาคม 2534.

2.5.1.3 การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

ในต่างประเทศการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ ก็คือการที่บริษัทซื้อหุ้นบุริมสิทธิที่ไถ่ถอนได้คืนจากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเพื่อปลดภาระจากบุริมสิทธิในหุ้น[41]เนื่องจากว่าเมื่อบริษัทออกหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทก็จะมีภาระที่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบุริมสิทธิที่ได้ให้ไว้เป็นพิเศษนั้น เช่น เงินปันผลที่บริษัทต้องจ่ายให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นอัตราที่แน่นอนก่อนจ่ายให้ผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นต้น ซึ่งเป็นภาระของบริษัทที่ต้องรับผิดชอบมากกว่าความรับผิดชอบที่บริษัทมีต่อผู้ถือหุ้นสามัญ หากบริษัทสามารถไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิได้ก็จะเป็นประโยชน์ต่อบริษัทที่ไม่ต้องรับ ภาระเหล่านั้นไว้ตลอดไป แต่หลักการดังกล่าวเป็นการมองในแง่ประโยชน์ของบริษัท หากมองในแง่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การให้ไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิได้อาจยังไม่เป็นธรรมก็ได้ และมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่าการไถ่ถอนเพื่อปลดภาระบุริมสิทธิเช่นนี้จะเป็นการต้องห้าม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142 หรือไม่ นอกจากนั้นยังพิจารณาว่าวิธีการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิแบบที่ทำกันในต่างประเทศนั้น จะทำได้หรือไม่ในประเทศไทย เพราะประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย มาตรา 1143 บัญญัติว่า “ห้ามมิให้บริษัทจำกัดเป็นเจ้าของถือหุ้นของตนเองหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง” การเข้าไถ่ถอนหุ้นจะถือเป็นการที่บริษัทซื้อหุ้นของตนเองและเข้าเป็นเจ้าของถือหุ้นของตนเองหรือไม่ การไถ่ถอนหุ้นด้วยการซื้อหุ้นตนเองเป็นการทำให้ทุนของบริษัทลดลงจะเป็นการขัดต่อหลักการธำรงไว้ซึ่งทุนของบริษัท (maintenance of capital) ย่อมทำให้มีผลกระทบต่อความมั่นคงของบริษัท และเป็นการทำให้เจ้าหนี้ของบริษัทเสียเปรียบเช่นนี้จะทำได้หรือไม่เพียงใด อย่างไรก็ดีถ้าบริษัทจะนำกำไรในส่วนที่เหลือจากการสำรองตามกฎหมายไว้แล้วมาไถ่ถอนหุ้นโดยความยินยอมของเจ้าหนี้ทุกคนจะทำได้หรือไม่ เพราะการใช้เงินกำไรมาไถ่ถอนไม่น่าจะทำให้ทุนของบริษัทลดลง

2.5.2 สิทธิของผู้ถือหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

2.5.2.1 สิทธิของผู้ถือหุ้น

1. สิทธิที่จะได้รับใบหุ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1127 วรรคแรก “ให้บริษัททำใบหุ้นคือใบสำคัญสำหรับหุ้นใบหนึ่งหรือหลายใบมอบให้เป็นคู่มือแก่ผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน” ใบหุ้นนี้ถือว่ามีความสำคัญสำหรับผู้ถือหุ้นมากเพราะมีค่ามากเหมือนเป็นหลักทรัพย์ของผู้ถือหุ้นใช้เป็นหลักทรัพย์ค้ำประกันในการทำนิติกรรมต่าง ๆ ได้ เวลาจะโอนหุ้น ขายหุ้นหรือยกให้ใครก็ต้องมีใบหุ้นนี้เป็นหลักฐานยืนยันกับบุคคลอื่นได้ ผู้ถือหุ้นจึงมีสิทธิที่จะได้รับใบหุ้นจากบริษัท

---

[41] Mores, G., **Charles worth’s company law**, 13th ed., (London: Stevens & Sons, 1987), 219.

2. สิทธิขอเปลี่ยนใบหุ้นผู้ถือหุ้นจะขอเปลี่ยนใบหุ้นจากหุ้นชนิดระบุชื่อเป็นใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือหรือเปลี่ยนใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นชนิดระบุชื่อได้ตามมาตรา 1134, 1136

3. สิทธิที่จะโอนหุ้นหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือย่อมโอนกันได้ โดยไม่ต้องได้ รับความยินยอมจากบริษัท เว้นแต่หุ้นชนิดระบุชื่อจะโอนกันได้ต้องมีข้อบังคับของบริษัทจำกัดสิทธิในการโอนได้ตามมาตรา 1129วรรคแรก

4. สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลเมื่อบริษัทดำเนินกิจการมีกำไรและที่ประชุมใหญ่อนุมัติให้จ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นได้ เมื่อสิ้นรอบปีบัญชี ผู้ถือหุ้นก็มีสิทธิที่จะได้รับเงินปันผลนั้นได้ตามข้อบังคับและชนิดของหุ้นตามมาตรา 1200, 1201

5. สิทธิในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัท

1) การประชุมผู้ถือหุ้นทุกครั้งไม่ว่าจะเป็นการประชุมสามัญหรือการประชุมวิสามัญบริษัทต้องเชิญผู้ถือหุ้นเข้าประชุมทุกครั้ง ผู้ถือหุ้นจึงเข้าร่วมประชุมและออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ได้ ตามมาตรา 1176

2) การประชุมทุกครั้งผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องต่างๆ ที่บริษัทขออำนาจจากผู้ถือหุ้นที่เข้าร่วมประชุมทุกคน ไม่ว่าจะเป็นเรื่องใด ๆ เช่น การแต่งตั้ง ถอดถอนกรรมการ การกำหนดอำนาจผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท การเพิ่มทุนลดทุน การจ่ายเงินปันผลการตั้งผู้ชำระบัญชี การจ่ายเงินบำเหน็จตอบแทนให้กรรมการของบริษัทจนถึงการเลิกกิจการของบริษัท

6. สิทธิที่จะตรวจดูรายงานการประชุมกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้น กรณีนี้เป็นการควบคุมการงานของบริษัท โดยที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ดังนั้นการที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธินี้ได้อย่างสมบูรณ์และมีประสิทธิภาพ ผู้ถือหุ้นจะต้องทราบข้อมูลเกี่ยวกับการดำเนินงานของบริษัท โดยการตรวจดูรายงานการประชุมกรรมการและรายงานการประชุมผู้ถือหุ้นทุกครั้งก่อน เพื่อนำมาสอบถามกรรมการในที่ประชุมใหญ่ของบริษัทในคราวต่อไปจะได้ตัดสินใจได้อย่างเหมาะสมว่าสมควรจะลงคะแนนเสียงในทางใด ตามมาตรา 1207

7. สิทธิในการฟ้องขอให้เพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่กรณีที่การประชุมใหญ่นั้นได้นัดเรียกหรือได้ประชุมกัน หรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายหรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัท ซึ่งถือว่าที่ประชุมใหญ่นั้นได้ลงมติโดยผิดระเบียบ ผู้ถือหุ้นร้องขอให้ศาลเพิกถอนมตินั้นได้ โดยร้องขอภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันที่ลงมตินั้น ตามมาตรา 1195

8. สิทธิในการฟ้องกรรมการเมื่อกรรมการของบริษัทปฏิบัติงานของบริษัทให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท แต่บริษัทมิได้ดำเนินการฟ้องกรรมการนั้น ถ้ากรรมการทำให้ผู้ถือหุ้นได้รับ

ความเสียหายเป็นส่วนตัวด้วยแล้ว ผู้ถือหุ้นก็อาจฟ้องกรรมการนั้นในนามตนเองได้ ตามมาตรา 1169

9. สิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นหรือใช้เป็นหลักประกันหนี้การที่หุ้นสามารถจำหน่ายจ่ายโอนได้ ซึ่งถือว่าเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งจึงสามารถโอนกันได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากบริษัทก่อน เว้นแต่จะเป็นหุ้นระบุชื่อซึ่งมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ให้โอนได้ ตามมาตรา 1129

10. สิทธิที่จะได้ซื้อหุ้นออกใหม่ของบริษัทตามส่วนของการถือหุ้นเดิมการออกหุ้นใหม่ขายให้กับบุคคลภายนอกอาจกระทบกระเทือนถึงสัดส่วนความเป็นเจ้าของของบริษัทของผู้ถือหุ้นเดิม กฎหมายจึงบัญญัติให้บริษัทขายหุ้นออกใหม่แก่ผู้ถือหุ้นเดิมก่อน ตามสัดส่วนของหุ้นเดิมที่ถืออยู่ตามมาตรา 1222

11. สิทธิที่จะได้รับเงินค่าหุ้นและส่วนแบ่งในทรัพย์สินของบริษัทหลังจากมีการเลิกบริษัทและชำระบัญชีแล้ว เมื่อบริษัทดำเนินงานแล้วขาดทุนจนต้องเลิกกิจการและได้มีการชำระบัญชีใช้หนี้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทและหักค่าใช้จ่ายต่าง ๆ แล้ว หากมีเงินเหลือต้องนำมาแบ่งคืนแก่ผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนต่อไป ตามมาตรา 1269

12. สิทธิอื่น ๆ เช่น สิทธิที่จะเป็นผู้สอบบัญชี สิทธิที่จะตรวจทะเบียนผู้ถือหุ้นสิทธิในการเรียกให้บริษัทส่งสำเนาทะเบียนหุ้น สิทธิในการเรียกประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิมอบฉันทะให้ผู้อื่นเข้าประชุมแทน สิทธิในการฟ้องให้เลิกบริษัทและสิทธิในการร้องต่อศาลเพื่อสั่งให้บริษัทฟื้นคืนสู่ทะเบียน

2.5.2.2 ผู้ถือหุ้น

ผู้ถือหุ้นมีความสำคัญต่อองค์กรทางธุรกิจเป็นอย่างยิ่ง เพราะผู้ถือหุ้นเป็นเจ้า ของธุรกิจที่ถูกต้องตามกฎหมายตามสัดส่วนของจำนวนหรือมูลค่าของหุ้นเช่น นาย กถือหุ้นบริษัท ร้อยละ 51 ของมูลค่าหุ้นทั้งหมด หมายความว่า นาย ก เป็นเจ้าของบริษัทร้อยละ 51 ซึ่งแม้จะถือหุ้นเพียง 1 หุ้นก็ถือได้ว่าเป็นเจ้าของบริษัทเช่นกัน

ผู้ถือหุ้น (stockholder) หมายถึงผู้ถือหุ้นอยู่ในธุรกิจหรือเจ้าของกิจการที่ถูกต้องตามกฎหมายเช่น ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทเอกชนจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด และผู้ถือหุ้นเป็นผู้ได้ประโยชน์ (stakeholder) ที่สำคัญที่สุดของธุรกิจเป็นผู้ได้ประโยชน์ชั้นสุดของธุรกิจ ซึ่งมีอิทธิพลต่อการเจริญ เติบโตหรือการอยู่รอดของธุรกิจมากที่สุดการบริหารธุรกิจจึงต้องให้ความสำคัญและให้ผู้ถือหุ้นได้ประโยชน์จากธุรกิจอย่างยุติธรรมหรือมีจริยธรรมทางธุรกิจ แต่อย่างไรก็ตามในปัจจุบันผู้ถือหุ้นไม่เพียงแต่หวังผลกำไรเพียงอย่างเดียวแต่ต้องรับผิดชอบต่อสังคม และสิ่งแวดล้อมอีกด้วย อย่างไรก็ตามโดยทั่วไปผู้ถือหุ้นมีจุดมุ่งหมายการถือหุ้น 3 ประการ คือ

1. จุดมุ่งหมายทางเศรษฐกิจผู้ถือหุ้นต้องการผลกำไรและมูลค่าทางเศรษฐกิจอื่นๆ เช่น ได้รับสิทธิพิเศษในการลงทุนได้รับการลดหย่อนดอกเบี้ยและเงื่อนไขบางประการทางการเงิน หรือมีความมั่นคงในการลงทุน เหล่านี้เป็นต้น

2. จุดมุ่งหมายทางด้านสังคมผู้ถือหุ้นต้องการการยอมรับทางสังคมโดย เฉพาะได้ถือหุ้นในบริษัทที่มีเกียรติและมีชื่อเสียงในฐานะที่มีความรับผิดชอบต่อสังคมมีจริยธรรม มีคุณธรรม และมีบรรษัทภิบาล

3. จุดมุ่งหมายในการจะควบคุมกิจการของธุรกิจผู้ถือหุ้นต้องการที่จะมีอำนาจเหนือผู้ถือหุ้นอื่น ๆ เพื่อใช้อำนาจนั้นในการควบคุมกิจการของบริษัท หรือเพื่อใช้ในการเปลี่ยนแปลงกิจการของบริษัท

บริษัทเอกชนจำกัด (Company Limited, Ltd.) หรือบริษัทจำกัดที่ตั้งขึ้นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1096 กำหนดให้มีหุ้นทุน 2 ประเภท คือ

1. หุ้นสามัญซึ่งเป็นหลักทรัพย์ที่แสดงความเป็นเจ้าของเต็มที่ บริษัทเอกชนจำกัดมีสิทธิ์ได้ส่วนแบ่งจากผลกำไรของบริษัทรูปของเงินปันผลหลังจากที่บริษัทจ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแล้วและกรณีที่บริษัทล้มละลายมีการชำระบัญชี กฎหมายระบุให้สิทธิ์เรียกคืนทุนจากทรัพย์สินของบริษัทได้แต่ต้องหลังจากชำระคืนให้แก่เจ้าหนี้ต่างๆ และผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเต็มมูลค่าแล้วเท่านั้นและมีสิทธิ์ออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นประจำปีตามจำนวนหุ้นที่ถืออยู่ (1 หุ้น : 1 เสียง)

2. หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่มีลักษณะกึ่งเจ้าของและกึ่งเจ้าหนี้จึงไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นแต่มีสิทธิเหนือผู้ถือหุ้นสามัญในการรับเงินปันผลที่จ่ายจากผลกำไรของบริษัทและรับคืนทุนจากทรัพย์สินของบริษัท (เมื่อเลิกกิจการ) ก่อนผู้ถือหุ้นสามัญหุ้นบุริมสิทธิมี 3 ชนิด คือ

1) หุ้นบุริมสิทธิชนิดสะสมหมายถึงหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิ์สะสมเงินปันผลไว้ในปีต่อไปในกรณีที่ไม่มีกำไรพอที่จะปันผลในปีนั้น

2) หุ้นบุริมสิทธิชนิดไม่สะสมหมายถึงหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิ์ในการสะสมไปจ่ายในปีต่อไป

3) หุ้นบุริมสิทธิชนิดรวมรับหมายถึง หุ้นบุริมสิทธิที่ได้รับการปันผลแล้วสามารถรับเงินปันผลพร้อมหุ้นสามัญอีกได้

2.5.2.3 สิทธิของผู้ถือหุ้นในการกำกับดูแลกิจการในบริษัท

ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 22 หุ้นส่วนบริษัท ตามบทวิเคราะห์ศัพท์ในมาตรา 1012 “อันว่าสัญญาจัดตั้งห้างหุ้นส่วนหรือนั้น คือสัญญาซึ่งบุคคลตั้งแต่สองคนขึ้นไปตกลงเข้ากันเพื่อกระทำกิจการร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้แต่กิจการที่ทำนั้น”

การก่อตั้งบริษัทจำกัดนั้นเป็นเอกเทศสัญญา โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการแบ่งปันกำไรจากกิจการ และตามหมวด 4 มาตรา 1096 “อันว่าบริษัทจำกัดนั้น คือบริษัทประเภทซึ่งตั้งขึ้นด้วยแบ่งทุนเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน โดยมีผู้ถือหุ้นต่างรับผิดจำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินที่ตนยังส่งใช้ไม่ครบมูลค่าของหุ้นที่ตนถือ”

ในกรณีบริษัทจำกัด ผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงในอัตราส่วนต่อไปนี้ มีสิทธิอะไรบ้างต่อบริษัท

1) ถือหุ้นในอัตราร้อยละ 21
2) ถือหุ้นในอัตราร้อยละ 26
3) ถือหุ้นในอัตราร้อยละ 51
4) ถือหุ้นในอัตราร้อยละ 76

ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้ต้องมีการจดทะเบียนและกำหนดให้บริษัทจำกัดเป็นนิติบุคคล แต่การเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายนั้น ก็เป็นเพียงบุคคลที่มีการอุปโลกน์หรือสมมติขึ้นมาเท่านั้น หาได้มีตัวตน หรือความสามารถที่จะดำเนินการต่างๆ ดังเช่นบุคคลธรรมดาไม่

2.5.2.4 สิทธิโดยทั่วไปของผู้ถือหุ้นต่อบริษัทไม่ว่าจะมีจำนวนหุ้นที่ถืออยู่จำนวนเท่าใดก็ตาม

1. สิทธิในการเข้าที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น

มาตรา 1176 “ผู้ถือหุ้นทั่วทุกคนมีสิทธิจะเข้าประชุมในที่ประชุมใหญ่ได้เสมอไม่ว่าจะเป็นประชุมชนิดใดคราวใด”

ตามบทบัญญัติข้างต้น เนื่องจากผู้ถือหุ้นไม่อาจที่จะเข้าไปดำเนินกิจการของบริษัทได้โดยตรง เพราะถ้าหากผู้ถือหุ้นทุกคนเข้ามาบริหารกิจการของบริษัท ทำให้กิจการงานของบริษัทเกิดความล่าช้า ไม่เกิดผลดีต่อบริษัท ในเรื่องการบริหารงานภายในบริษัทในหลายเรื่องต้องการความรวดเร็วในการตัดสินใจหากการตัดสินของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นการบริหารงานของบริษัทจะไม่เกิดความคล่องตัว

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นคือผู้ลงทุน โดยการนำเอาเงินหรือทรัพย์สินเข้ามาลงทุนในกิจการของบริษัท เพื่อการประกอบกิจการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท ซึ่งต้องคุ้มครองสิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นในการควบคุมการดำเนินงานของบริษัทบ้าง

ดังนั้นการที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เพื่อให้ผู้ถือหุ้น แสดงความคิดเห็นหรือได้แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ รวมทั้งการสอบถามเกี่ยวกับกิจการงานทั้งปวงของบริษัทจากกรรมการ กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นได้เสมอ ตามมาตรา 1176

2. สิทธิในการลงคะแนนเสียง

มาตรา 1144 “บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท อยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง”

สิทธิในการออกเสียงเป็นคะแนน เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของผู้ถือหุ้นในที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นมีสิทธิลงคะแนนในเรื่องสำคัญๆ เกี่ยวกับกิจการทั้งหลายในบริษัท ตามที่กฎหมายและข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้ อาทิเช่น การลงคะแนนรับรองงบดุลของบริษัท การแต่งตั้งผู้สอบบัญชี การแต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ การอนุมัติการจ่ายเงินปันผล การอนุมัติให้จ่ายบำเหน็จแก่กรรมการ ซึ่งการทั้งหลายเหล่านี้จำต้องขอคะแนนเสียงสนับสนุนจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นเสมอ โดยการลงมติเสียงข้างธรรมดาหรือมติธรรมดา ส่วนในเรื่องสำคัญนั้นจะต้องใช้มติพิเศษ เช่น การควบเข้ากันของบริษัทจำกัด การเลิกบริษัทจำกัด เป็นต้นว่าการลงมติหรือการลงเสียงเป็นคะแนนดังกล่าว ถือว่าการทำบริหารงานของกรรมการนั้น อยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้น

3. สิทธิในการรับทราบข้อมูลของบริษัท

ในการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นไม่ว่าการประชุมครั้งใด จะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าแจ้งให้ผู้ถือหุ้นได้ทราบถึงสถานที่ วัน เวลา และสภาพแห่งกิจการที่จะได้ประชุมปรึกษาหารือกัน ตามมาตรา 1175 เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้เตรียมตัวสอบถามถึงการบริหารงานหรือได้แสดงความคิดเห็นต่อที่ประชุมใหญ่หรือการพิจารณารับรองรายงานของคณะกรรมการ หรือการอื่นใดที่จำต้องขออนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้เพื่อการที่จะให้มีผลเป็นการบังคับใช้อย่างจริงจัง มติที่ประชุมใหญ่ใดหรือบทบัญญัติของกฎหมาย หากผู้ถือหุ้นร้องขอศาลมีอำนาจที่จะเพิกถอนได้ อันถือว่าเป็นมติการประชุมที่ผิดระเบียบ ตามมาตรา 1195

มาตรา 1195 “การประชุมใหญ่นั้นถ้าได้นัดเรียกหรือได้ประชุมกัน หรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติในลักษณะนี้ก็ดี หรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทก็ดี เมื่อกรรมการหรือผู้ถือหุ้นคน

หนึ่งคนใดร้องขึ้นแล้ว ให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นเสีย แต่ต้องร้องขอภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันลงมตินั้น”

4. สิทธิในการตรวจรายงานที่ประชุมใหญ่

ตามมาตรา 1207 “กรรมการต้องจัดให้จดบันทึกรายงานการประชุมและข้อมติทั้งหมดของที่ประชุมผู้ถือหุ้นและของที่ประชุมกรรมการลงไว้ในสมุดโดยถูกต้อง สมุดนี้ให้เก็บรักษาไว้ ณ สำนักงานที่ได้จดทะเบียนของบริษัทบันทึกเช่นนั้นอย่างหนึ่งอย่างใด เมื่อได้ลงลายมือชื่อของผู้เป็นประธานแห่งการประชุมซึ่งได้ลงมติ หรือซึ่งได้ดำเนินการงานประชุมก็ดี หรือได้ลงลายมือชื่อของผู้เป็นประธานแห่งการประชุมถัดจากครั้งนั้นมาก็ดี ท่านให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นหลักฐานอันเป็นข้อความที่ได้จดบันทึกลงในสมุดนั้นๆ และให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าการลงมติและการดำเนินของที่ประชุมอันได้จดบันทึกไว้นั้นได้เป็นไปโดยชอบ ผู้ถือหุ้นได้ตรวจเอกสารดังกล่าวมาข้างต้นในเวลาใดเวลาหนึ่งระหว่างเวลาทำการงานก็ได้”

เนื่องมาจากกฎหมายมีเจตนารมณ์ต้องการให้รายงานการประชุมหรือมติของที่ประชุมของบริษัทเป็นหลักฐานสำหรับการประพฤติปฏิบัติ อันใช้ยันระหว่างผู้ถือหุ้นกับบริษัท จึงต้องกำหนดให้กรรมการจะต้องรายงานการประชุมของกรรมการลงในสมุดโดยถูกต้อง และเก็บรักษารายงานรวมทั้งมตินั้นไว้ ณ สำนักงานที่ได้จดทะเบียนบริษัท

5. สิทธิในการที่จะได้รับเงินปันผล

การที่ผู้ถือหุ้นได้ลงทุนด้วยเงินหรือด้วยทรัพย์สินกับบริษัทนั้น สิ่งหนึ่งที่ผู้ถือหุ้นต้องการก็คือ เงินปันผลจากกำไร ซึ่งเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นทุกคนมีสิทธิที่จะได้รับ แม้ตนจะมีหุ้นในบริษัทมากน้อยเพียงใดก็ตาม

แต่อย่างไรก็ตามผู้ถือหุ้นจะได้รับเงินปันผลหรือไม่นั้น จะต้องเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด หรือที่มติที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นว่าจะอนุมัติให้มีการจ่ายเงินปันผลหรือไม่อย่างไร แม้ว่าทางบริษัทจะมีกำไรก็ตามที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นอาไม่อนุมัติก็ได้

มาตรา 1200 “การแจกเงินปันผลนั้น ต้องคิดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินแล้วในหุ้นหนึ่ง ๆ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ”

มาตรา 1201 “ห้ามมิให้ประกาศอนุญาตเงินปันผล นอกจากโดยมติของที่ประชุมใหญ่กรรมการอาจจ่ายเงินปันผลระหว่างกาลแก่ผู้ถือหุ้นได้เป็นครั้งเป็นคราวเมื่อปรากฏ แก่กรรมการว่าบริษัทมีกำไรสมควรพอที่จะทำเช่นนั้น ห้ามมิให้จ่ายเงินปันผลจากเงินประเภทอื่นนอกจากเงินกำไร ถ้าหากบริษัทขาดทุนห้ามมิให้จ่ายเงินปันผลจนกว่าจะได้แก้ไขให้หายขาดทุนเช่นนั้น”

6. สิทธิในการฟ้องคดี

การประกอบกิจการค้าขาย ซึ่งตามปกติแล้วอาจมีกำไรหรือขาดทุนบ้างเป็นเรื่องธรรมดา หากว่ากรรมการผู้ทำหน้าที่บริหารกิจการงานของบริษัทเป็นอย่างดีตามหลักวิชาชีพ ตามการค้าขายโดยปกติแล้วย่อมไม่ต้องรับผิดชอบต่อบริษัทหรือผู้ถือหุ้นแต่ประการใด

อย่างไรก็ตาม มาตรา 1169 บัญญัติว่า “ถ้ากรรมการทำให้เกิดเสียหายแก่บริษัท บริษัทจะฟ้องร้องเรียกเอาสินไหมทดแทนแก่กรรมการก็ได้ หรือในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้อง ผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดจะเอาคดีนั้นขึ้นว่าก็ได้

อนึ่ง การเรียกร้องเช่นนี้ เจ้าหนี้ของบริษัทจะเป็นผู้เรียกบังคับก็ได้เท่าที่เจ้าหนี้ยังคงมีสิทธิเรียกร้องแก่บริษัทอยู่”

จะเห็นได้ว่าตามบทบัญญัติดังกล่าวผู้ถือหุ้นมีสิทธิฟ้องร้องเอากับกรรมการได้ ที่ก่อให้เกิดความเสียหายกับบริษัท

ในส่วนที่กล่าวมาข้างต้นนั้น เป็นสิทธิทั่ว ๆ ไปของผู้ถือหุ้นไม่ว่าจะถือหุ้นจำนวนเท่าใดก็ตาม ในส่วนที่ผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนถือหุ้นในอัตราทั้งหมดของจำนวนหุ้นในบริษัทจำกัดได้รวมกลุ่มกัน ในการออกเสียงใช้สิทธิลงคะแนนเป็นมติที่ประชุมใหญ่ หรือการออกเสียงในการใช้สิทธิตามกฎหมายบริษัทต่อกรรมการ ดังต่อไปนี้

1) มติที่ประชุม

มติที่ประชุมใหญ่มี 2 ประเภท กล่าวคือ มติธรรมดา กับมติพิเศษ

ก. มติธรรมดา

ก) รับรองงบดุล

ข) แต่งตั้งผู้สอบบัญชี

ค) แต่งตั้งและถอดถอนกรรมการ

ง) อนุมัติการจ่ายเงินบำเหน็จกรรมการ

จ) อนุมัติการจ่ายเงินปันผล

ข. มติพิเศษ

ก) แก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ

ข) แก้ไขข้อบังคับของบริษัท

ค) เพิ่ม/ลดทุนบริษัท

ง) ควบรวมบริษัท

จ) เลิกบริษัท

สิทธิผู้ถือหุ้น ในการกำกับดูแลกิจการงาน การจัดการของกรรมการบริษัท โดยทั่วไปแล้ว ผู้ถือหุ้นทุกๆ คน มีสิทธิเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะมีหุ้นของบริษัทจำนวนเท่าใดก็ตาม แต่ในการลงมติเป็นคะแนนเสียงนั้น อย่างน้อยต้องอาศัยมติเสียงข้างมากเป็นประมาณ มิฉะนั้นแล้วมติที่ประชุมใหญ่อันเป็นการผิดระเบียบ อาจเพิกถอนในภายหลังได้

ตามมาตรา 1195 “การประชุมใหญ่นั้นถ้าได้นัดเรียกหรือได้ประชุมกัน หรือได้ลงมติฝ่าฝืนบทบัญญัติในลักษณะนี้ก็ดี หรือฝ่าฝืนข้อบังคับของบริษัทก็ดี เมื่อกรรมการหรือผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดร้องขึ้นแล้ว ให้ศาลเพิกถอนมติของที่ประชุมใหญ่อันผิดระเบียบนั้นเสีย แต่ต้องร้องขอภายในกำหนดเดือนหนึ่งนับแต่วันลงมตินั้น”

อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ถือหุ้นจะใช้สิทธิในการลงคะแนนเสียงในมติที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เป็นไปตามความประสงค์ของตน จำต้องมีคะแนนเสียงสนับสนุนเกินกว่ากึ่งหนึ่ง เนื่องจากมติใดๆ ต้องได้รับอนุมัติจากที่ประชุมใหญ่ และการที่เป็นผู้ถือหุ้นหรืออยู่ในกลุ่มผู้ถือหุ้นที่มีคะแนนเสียงในอัตราร้อยละ 76 ซึ่งมากพอที่สามารถลงคะแนนเสียงเป็นมติพิเศษเลิกบริษัทได้ กรณีเช่นนี้ จำนวนหุ้นที่ผู้ถือหุ้นถืออยู่ จึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อสิทธิของตนในการกำกับ ดูแล การบริหารกิจการของบริษัทจำกัด

2.5.3 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535

แนวความคิดในเรื่องบริษัทมหาชนนั้นเป็นวิวัฒนาการจากบริษัทจำกัด แต่เดิมจะบัญญัติบริษัทมหาชนไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่หลังจากร่างกฎหมายฉบับนี้เสร็จจึงได้แยกกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ออกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งว่าด้วยบริษัทจำกัด พระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ประกาศใช้เป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 18 ธันวาคม พ.ศ. 2521 ต่อมาพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกทั้งฉบับโดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งใช้บังคับจนปัจจุบัน พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิดังนี้

2.5.3.1 การกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ

หากบริษัทมหาชนใดต้องการมีหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทมหาชนนั้นต้องกำหนดสภาพและจำนวนของหุ้นบุริมสิทธิไว้ในข้อบังคับ รายละเอียดในข้อบังคับ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 บัญญัติไว้ ดังนี้

มาตรา 30 บัญญัติว่า “ข้อบังคับของบริษัทมหาชนต้องไม่ขัด หรือแย้งกับหนังสือบริคณห์สนธิและพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และอย่างน้อยต้องกำหนดเรื่องดังต่อไปนี้

(1) การออกหุ้นและการโอนหุ้น

(2) การประชุมผู้ถือหุ้น

(3) .....

(4) .....

(5) การออกหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี)

(6) การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ (ถ้ามี)

หากกำหนดเรื่องการออกหุ้นบุริมสิทธิและจำนวนหุ้นบุริมสิทธิไว้ในข้อบังคับแล้ว

ถ้าเป็นกรณีออกหุ้นบุริมสิทธิพร้อมการตั้งบริษัท พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 35 บัญญัติให้ต้องทำในที่ประชุมตั้งบริษัท

มาตรา 35 “กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัท คือ

(1) .....

(2) .....

(3) .....

(4) กำหนดลักษณะแห่งหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี)

(5) กำหนดจำนวนหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิที่จะออกให้แก่บุคคลใดเสมือนว่าได้รับชำระค่าหุ้นเต็มมูลค่าแล้ว เพราะบุคคลนั้นเป็นผู้ให้ทรัพย์สินอื่นนอกจากตัวเงิน หรือให้ใช้สิทธิในงานวรรณกรรม ศิลปะ หรือวิทยาศาสตร์ สิทธิบัตร เครื่องหมายการค้า แบบหรือหุ่นจำลอง แผนผังสูตร หรือกรรมวิธีลับใด ๆ หรือให้ข้อสนเทศเกี่ยวกับประสบการณ์ทางอุตสาหกรรม การพาณิชย์ หรือวิทยาศาสตร์

(6) .....

(7) .....

เมื่อประชุมจัดตั้งบริษัทเรียบร้อยแล้วต้องขอจดทะเบียนบริษัทภายใน 3 เดือน นับแต่วันประชุมตั้งบริษัทพร้อมระบุจำนวนหุ้นที่จำหน่ายได้ทั้งหมดโดยแยกออกเป็น

(ก) หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นเป็นตัวเงิน

(ข) หุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นด้วยทรัพย์สินอื่นนอกจากตัวเงินและแสดงเกณฑ์ในการตีราคาทรัพย์สินนั้นด้วย

(ค) หุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ (ถ้ามี) ที่ชำระค่าหุ้นด้วยวิธีการตาม มาตรา 35(5) และแสดงรายการโดยสังเขปไว้ด้วย

การจดทะเบียนดังกล่าว คณะกรรมการต้องส่งข้อบังคับบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นโดยระบุชื่อ สัญชาติ ที่อยู่ จำนวนหุ้นที่ถือและเลขที่ใบหุ้นกับรายงานการประชุมจัดตั้งบริษัทไปพร้อม

กันเมื่อตั้งบริษัทแล้วต้องจัดทำใบหุ้นตาม มาตรา 55 “บริษัทต้องจัดทำใบหุ้นมอบให้แก่ผู้ซื้อภายในสองเดือนนับแต่วันที่นายทะเบียนรับจดทะเบียน หรือนับแต่วันที่ได้รับชำระเงินค่าหุ้นครบถ้วนในกรณีที่บริษัทจำหน่ายหุ้นที่เหลือ หรือจำหน่ายหุ้นที่ออกใหม่ภายหลังการจดทะเบียนบริษัทห้ามมิให้ออกใบหุ้นแก่บุคคลใดจนกว่าจะมีการจดทะเบียนบริษัท หรือจดทะเบียนเพิ่มทุน และบุคคลนั้นได้ชำระเงินค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว” หุ้นที่ออกฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าวเป็นโมฆะ นอกจากนี้การฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 55 มีความผิดตาม มาตรา 191 มีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท และมาตรา 198 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี และปรับไม่เกินสองแสนบาท

กรณีออกหุ้นบุริมสิทธิเมื่อมีการจดทะเบียนตั้งบริษัทแล้ว กรณีนี้บริษัทจะต้องมีการจดทะเบียนเพิ่มทุนและออกหุ้นใหม่โดยกำหนดให้หุ้นใหม่เป็นหุ้นบุริมสิทธิ แต่หากข้อบังคับของบริษัทมิได้มีการกำหนดเรื่องจำนวนและ สภาพหุ้นบุริมสิทธิไว้ บริษัทจะต้องแก้ไขข้อบังคับของบริษัทเสียก่อน จึงมีการเพิ่มทุนออกหุ้นบุริมสิทธิได้

ในเรื่องเกี่ยวกับสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ใช้คำว่า “ลักษณะแห่งบุริมสิทธิ” ซึ่งหมายรวมทั้งสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิแห่งหุ้นเช่นเดียวกับที่ใช้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 นี้ ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิไว้ชัดเจน ซึ่งต่างจากพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ฉบับปี พ.ศ. 2521 ระบุไว้ค่อนข้างชัดเจนในมาตรา 43 วรรคท้ายว่า “บุริมสิทธิในหุ้นจะมีได้ใน 3 เรื่องคือ การรับเงินปันผล การคืนเงินค่าหุ้น และส่วนแบ่งทรัพย์ที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อมีการเลิกบริษัท” ไม่มีบทบัญญัติกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิไว้โดยแจ้งชัด ฉะนั้นการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิจะทำได้อย่างไร และมีขอบเขตแห่งบุริมสิทธิเพียงใดจึงยังเป็นปัญหาที่ต้องศึกษาต่อไป

2.5.3.2 การเปลี่ยนแปลงสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ

พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทมหาชนจำกัด ไว้ในมาตรา 65 ดังนี้คือ

มาตรา 65 “บุริมสิทธิในหุ้นซึ่งได้ออกให้แล้วจะเปลี่ยนแปลงมิได้

การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญจะกระทำมิได้ เว้นแต่บริษัทจะมีข้อบังคับกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในการนี้ให้ทำได้โดยผู้ถือหุ้นยื่นคำขอแปลงหุ้นต่อบริษัทพร้อมกับส่งมอบใบหุ้นคืน

การแปลงหุ้นตามวรรคสองให้มีผลนับแต่วันยื่นคำขอ ในการนี้ให้บริษัทออกใบหุ้นใหม่ให้แก่ผู้ขอภายในสิบสี่วันนับแต่วันได้รับคำขอ”

จากบทบัญญัติดังกล่าว สภาพของบุริมสิทธิแห่งหุ้นในบริษัทมหาชนโดยหลักจึงไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้เช่นเดียวกับในบริษัทจำกัด แต่เนื่องจากวัตถุประสงค์ของบริษัทมหาชนคือการเสนอขายหุ้นต่อประชาชน กฎหมายจึงกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิสามารถแปลงเป็นหุ้นสามัญได้ถ้าข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้ทำได้ เพื่อเป็นการส่งเสริมให้หุ้นบุริมสิทธิเป็นที่สนใจเป็นการจูงใจประชาชนให้ซื้อหุ้นนั่นเอง เพราะในบางกรณีบริษัทอาจมีกำไรดีเงินปันผลที่จ่ายให้กับผู้ถือหุ้นสามัญอาจมากกว่าเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดเป็นอัตราที่แน่นอนตายตัวต่อปี หรือในกรณีหุ้นสามัญที่ซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์จะซื้อขายง่ายกว่าหุ้นบุริมสิทธิให้ผลตอบแทนสูงและคงที่ ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมักไม่นำออกขาย และหุ้นบุริมสิทธิก็ไม่ค่อยเป็นที่นิยมของนักลงทุนที่มุ่งหวังเก็งกำไรเพราะราคาไม่ค่อยเปลี่ยนแปลง ด้วยเหตุดังกล่าวการยอมให้หุ้นบุริมสิทธิสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้จึงเป็นการเพิ่มทางเลือกให้แก่ผู้ถือหุ้นที่จะพิจารณาว่าจะคงถือหุ้นบุริมสิทธิต่อไป หรือจะเปลี่ยนแปลงเป็นหุ้นสามัญ ดังนั้นหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพได้จึงน่าจะให้ประโยชน์ และตอบสนองความต้องการของผู้ถือหุ้นได้มากกว่าหุ้นบุริมสิทธิธรรมดา

การจะกำหนดหุ้นบุริมสิทธิให้แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ต้องระบุไว้ในข้อบังคับของบริษัทในเรื่องนี้ เป็นที่น่าสังเกตว่าการแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดได้บัญญัติอนุญาตให้ทำได้ถ้าข้อบังคับกำหนดไว้ แต่สำหรับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้ระบุถึงเรื่องการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญเลย แต่มีข้อห้ามเปลี่ยนแปลงสภาพบุริมสิทธิเท่านั้น ฉะนั้น จึงอาจมีปัญหาว่าบริษัทจำกัดจะออกข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญจะทำได้หรือไม่

2.5.3.3 การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิคือ การที่บริษัทเข้าซื้อหุ้นหรือถือหุ้นของตนเองเพื่อปลดภาระที่มีในหุ้นบุริมสิทธิ ในเรื่องนี้จะทำได้หรือไม่ในประเทศไทยนั้น พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 และประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติในลักษณะเดียวกันคือห้ามบริษัทเป็นเจ้าของหุ้นของตนเอง โดยบัญญัติไว้ใน มาตรา 66 ว่า “บริษัทจะเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเองมิได้” ซึ่งปัญหาที่จะศึกษาก็จะเป็นปัญหาเช่นเดียวกับที่กล่าวไว้ในกรณีของบริษัทจำกัดข้างต้น

บทที่ 3

กฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิและกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

ในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา มีการยอมรับและนำเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไปใช้เพื่อประโยชน์ทางธุรกิจเป็นที่แพร่หลายมากกว่าในประเทศไทย ในทางปฏิบัติปรากฏมีคดีพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลสูงของทั้งสองประเทศดังกล่าว เช่น ข้อพิพาทในเรื่องเงินปันผล[42] การแบ่งกำไรส่วนที่เหลือ แต่ในประเทศไทยไม่ปรากฏมีข้อพิพาทเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกาไทยเลย อย่างไรก็ตามการที่ไม่มีข้อพิพาทขึ้นสู่การพิจารณาของศาลฎีกานั้น ไม่ได้หมายความว่าบทบัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิของประเทศไทยจะสมบูรณ์ชัดเจนแล้ว แต่อาจเป็นเพราะยังไม่มีการโต้แย้งในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิจนกระทั่งถึงขั้นนำคดีขึ้นว่ากล่าวกันในศาลและไปยุติกันถึงชั้นศาลฎีกา ปัญหาในทางปฏิบัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธินี้เกิดขึ้นตั้งแต่ขั้นตอนออกหุ้นบุริมสิทธิ เช่น ปัญหาเรื่อง การกำหนดสภาพบุริมสิทธิ ซึ่งบริษัทกำหนดแล้วกระทรวงพาณิชย์ไม่รับจดทะเบียนให้ โดยเหตุที่ว่าการกำหนดสภาพบุริมสิทธินั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย[43] และปัญหาอื่น ๆ ในลักษณะทำนองเดียวกัน ปัญหาเรื่องบางเรื่องได้นำเข้าสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา จะเห็นได้ว่า เป็นข้อโต้แย้งระหว่างเอกชนกับทางราชการ มิใช่ปัญหาที่เกิดจากการนำหุ้นบุริมสิทธิไปใช้ในทางธุรกิจซึ่งเป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชน

การศึกษาในบทนี้ มีวัตถุประสงค์ เพื่อพิจารณาหลักกฎหมาย และบทบัญญัติว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิในกฎหมายบริษัทของต่างประเทศ เปรียบเทียบกับหลักกฎหมายและบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องหุ้น

---

[42] Pennington, R. R., **Penningtons company law**, 6th ed., (London: Butterwerths, 1990), 206-209.

[43] หนังสือสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2532 ตอบหนังสืออุทธรณ์ของบริษัททะเบียนเลขที่ 1215/2528 เรื่องการขอแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิ.

บุริมสิทธิในกฎหมายบริษัทของประเทศไทย ซึ่งได้รับอิทธิพลและอาศัยเป็นต้นแบบนำมาปรับปรุงกฎหมายไทย[44] ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศญี่ปุ่น และประเทศอินเดีย และกฎหมายในต่างประเทศที่เกี่ยวกับการจำกัดการลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งพบว่าในต่างประเทศไม่มีกฎหมายแม่บทที่จะจำกัดส่วนการลงทุนของต่างชาติเอาไว้ คงมีเพียงกฎหมายเฉพาะบางรายสาขาที่เป็นธุรกิจเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศเท่านั้นที่จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับคำนิยามและข้อจำกัดการถือหุ้นของคนต่างชาติ เอาไว้จึงผู้ศึกษาจึงขอนำกฎหมาย Exon-Florio ของสหรัฐอเมริกา Investment Canada Act 1985 และกฎหมายโทรคมนาคมของออสเตรเลีย

ซึ่งจะศึกษาในแง่ของการจำกัดการลงทุนและการพิจารณาสัญชาติของผู้ถือหุ้น เพื่อจะนำมาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย

3.1 ประเทศอังกฤษ

กฎหมายบริษัทฉบับใหม่ของอังกฤษ (Companies Act 2006) มุ่งหมายจะให้เป็นกรอบกฎหมายที่ง่าย มีประสิทธิภาพและเสียค่าใช้จ่ายน้อยกว่ากฎหมายฉบับเดิม และควรมีบทบัญญัติที่จะลดความขัดแย้งในองค์กรระหว่างผู้มีส่วนได้เสียฝ่ายต่างๆ เช่น ระหว่างฝ่ายจัดการกับผู้ถือหุ้น ผู้ถือหุ้นด้วยกันเอง และผู้ถือหุ้นกับผู้มีส่วนได้เสียของบริษัทกลุ่มอื่น ๆ เป็นต้น[45]

ตามหลักกฎหมายบริษัทใหม่ของประเทศอังกฤษ ยังคงเนื้อหาเดิมอยู่เป็นส่วนใหญ่ ในปัจจุบันกฎหมายจะไม่ได้กำหนดมูลค่าขั้นต่ำของหุ้นไว้ บริษัทจึงอาจตั้งไว้ต่ำเท่าไรก็ได้แต่ยังต้องมีมูลค่ากำหนด ดังนั้นบริษัทมหาชนจึงอาจออกหุ้นประเภทราคาพาร์ต่ำ (low par) ได้แต่ จะออกหุ้นประเภทไม่มีราคาพาร์ (no par) ไม่ได้มูลค่ากำหนด หรือราคาพาร์นั้น มีความหมายอย่างง่ายๆ ว่าเป็นมูลค่าที่สมมติขึ้นให้ติดกับตัวหุ้น ซึ่งเป็นราคาที่เท่ากันทุกหุ้น (par แปลว่า เท่ากัน) และระบุมูลค่าสมมตินั้นลงไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัท ผู้ถือหุ้นจะต้องจ่ายค่าหุ้นจนเต็มมูลค่าให้ได้

---

[44] สมภพ โหตระกิตย์, **รายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ครั้งที่ 1/2516 ถึงครั้งที่ 70/2518**, เล่ม 2, 31/1-40/8.

[45] Companies Act 2006 ของอังกฤษ (ซึ่งได้ลงพระปรมาภิไธย เมื่อวันที่ 8 พฤศจิกายน 2006) ที่ออกมาแทนที่ Companies Act 1985 เกือบทั้งหมด ได้บัญญัติกฎหมายตามคำแนะนำของ Company Law Review Steering Group ว่า "...it should be as simple and as accessible as possible for smaller firms and their advisers and should avoid imposing unnecessary burden on the ways companies operate."

ราคาพาร์ยังจะเป็นหลักประกันให้บรรดาเจ้าหนี้ทั้งหลายวางใจได้ว่า พวกเขาจะมีเงินทุนของบริษัทซึ่งมีมูลค่าเท่ากับราคาพาร์ของหุ้น คูณด้วยจำนวนหุ้นที่บริษัทออกซึ่งเรียกว่าทุนจดทะเบียน (stated capital) อยู่เป็นหลักประกันการชำระหนี้ของพวกเขาตามหลัก “Trust fund” theory ซึ่งถือว่าสินทรัพย์ของบริษัทที่เป็นทุนจดทะเบียนและเงินค่าหุ้นที่ยังค้างชำระนั้นเป็นกองทุนเพื่อการชำระหนี้ของบริษัท กฎหมายถือว่ามีสัญญาโดยปริยายเกิดขึ้นกับผู้จองหุ้นเริ่มก่อตั้งบริษัทที่บังไม่ได้ชำระค่าหุ้นเป็นเงินหรือทรัพย์สินให้ต้องชำระเมื่อถูกเจ้าหนี้เรียกเก็บ และเป็นสัญญาระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันเองและบริษัทว่า การตกลงออกหุ้นที่ถือว่าได้ชำระค่าหุ้นด้วยกันและกับบริษัทเท่านั้นสำหรับเจ้าหนี้แล้วถือว่าข้อตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ ไม่อาจใช้บังคับกับเจ้าหนี้ได้ ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษในเรื่องการรักษาทุนของบริษัท (the maintenance of capital) ที่กฎหมายไทยนำมาใช้ด้วยในหลายเรื่อง เช่นจะหายหุ้นต่ำกว่าราคาพาร์ไม่ได้ การเรียกเก็บเงินค่าหุ้นต้องเก็บให้เต็มจำนวน ต้องชำระค่าหุ้นด้วยเงิน จะหักกลบลบหนี้กับบริษัทไม่ได้

ในปัจจุบัน หลายประเทศโดยเฉพาะสหรัฐอเมริกา[46]และในแคนาดาไม่ได้บังคับให้บริษัทต้องออกหุ้นที่มีราคาพาร์แล้ว เพราะเห็นว่ามูลค่าหุ้นที่จดทะเบียนไว้หรือราคาพาร์ไม่ได้แสดงมูลค่าที่แท้จริงของหุ้น เพราะราคาหุ้นโดยเฉพาะหุ้นในบริษัทมหาชนจะเปลี่ยนแปลงขึ้นลงตามอำนาจในตลาด ดังนั้นบริษัทจึงอาจออกหุ้นที่มีราคาพาร์หรือไม่มีราคาพาร์ประเภทใดประเภทหนึ่ง หรือจะออกหุ้นทั้งสองประเภทก็ได้ แต่ตามกฎหมายใหม่ของอังกฤษยังให้ออกหุ้นที่มีราคาพาร์อยู่[47]

วัตถุประสงค์เพื่อแสวงหากำไร วัตถุประสงค์ในการรวมเข้ากันในระหว่างผู้ถือหุ้นทั้งหลายแต่ตามกฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษและสหรัฐ[48]บริษัทอาจมีวัตถุประสงค์ที่ไม่เห็นแก่ตัว (unselfish objectives) หรือไม่ใช่เพื่อการหากำไรให้แก่ผู้ถือหุ้นแต่เพียงอย่างเดียวก็ได้ ดังนั้นในการส่งเสริมความสำเร็จของบริษัท บริษัทอาจดำเนินการบางอย่างเพื่อความรับผิดชอบทางสังคมของบริษัท

กฎหมายบริษัทของอังกฤษบัญญัติบังคับว่าบริษัทจะต้องออกหุ้นทั้งหมดให้มีสิทธิเท่าเทียมกัน บริษัทอาจกำหนดในข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิให้สิทธิในหุ้นแต่ละประเภทแตกต่างกันได้ เช่น หุ้นอาจถูกกำหนดให้เป็นหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ชื่อที่เรียกหุ้นในแต่ละประเภทมักจะบอกให้รู้ถึงสิทธิที่หุ้นนั้นมีอยู่ ซึ่งเป็นเรื่องของแต่ละบริษัทโดยเฉพาะ ดังนั้นการจะให้รู้แน่ว่าหุ้นนั้นมีสิทธิเพียงใดต้องดูจากข้อบังคับ (the articles) หรือเงื่อนไขในการออกหุ้น (the terms of

---

[46] Revised Model Business Corporation Act 1984 (ซึ่งต่อไปจะเรียกว่า RMBCA 1984) s.6.21.

[47] Companies Act 2006, s.10 Statement of capital and initial shareholder.

[48] Companies Act 2006, s.172, RNBCA 1984 s.3.02 (12) (13) (14) (15).

issue of the shares)[49] และหุ้นประเภทหนึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่งซึ่งมีสิทธิที่แตกต่างกันได้ ในกรณีที่สิทธิที่มีในหุ้นแต่ละประเภทต่างจากที่กำหนดไว้ในบริคณห์สนธิของบริษัท (the company's memorandum) และข้องบังคับของบริษัทไม่ได้ระบุในเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิต่าง ๆ ของหุ้นดังกล่าวไว้ สิทธิต่างๆ เหล่านั้นสามารถเปลี่ยนแปลงได้ถ้ารับการยินยอมจากผู้ถือหุ้นนั้น ตามวิธีการและเงื่อนไขที่กฎหมายเดิมกำหนด[50] บทบัญญัติดังกล่าวบัญญัติไว้ใน The Company Act 1985 มาตรา 12(1), (2) ถ้าดูจาก The Company Act 1985 คือตามกฎหมายเดิมของอังกฤษ จะไม่พบบทบัญญัติเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิโดยตรง แต่หุ้นที่มีบุริมสิทธิจะเป็นหุ้นประเภทหนึ่งที่ถูกกำหนดขึ้นโดยบริษัทภายใต้บทบัญญัติกฎหมายที่อนุญาตให้บริษัทสามารถกำหนดสิทธิในหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันได้ ถ้าบริษัทกำหนดสิทธิในหุ้นประเภทที่มีสิทธิเหนือกว่าหุ้นสามัญ ในคำอธิบายในทางตำราของประเทศอังกฤษจะเรียกหุ้นประเภทนี้ว่าหุ้นบุริมสิทธิ (preference share) และให้ความหมายของ "หุ้นบุริมสิทธิ" ว่า

"หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นซึ่งกำหนดโดยหนังสือบริคณห์สนธิ หรือข้อบังคับให้มีและได้รับสิทธิบางประการก่อนเหนือหุ้นอื่นในบริษัท โดยปกติหุ้นบุริมสิทธิจะมีบุริมสิทธิในเรื่องการจ่ายเงินปันผล (ถ้ามีการประกาศจ่ายเงินปันผล) ในอัตราแน่นอนตายตัว (fixed rate) และสิทธิในการได้รับการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท หุ้นบุริมสิทธิอาจถูกแบ่งเป็นหลายประเภท (classes) แต่ละประเภทอาจมีบุริมสิทธิมากน้อยแตกต่างกัน"[51]

เป็นที่น่าสนใจว่า กฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ[52] แม้จะยังให้ความสำคัญกับหนังสือบริคณห์สนธิอยู่ แต่ได้จำกัดกรอบลงให้เป็นเพียงหลักฐานการแสดงเจตนาของผู้เข้าชื่อซื้อหุ้นในการที่จะจัดตั้งบริษัท การจัดตั้งบริษัทและจะกลายมาเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัทเมื่อบริษัทจัดตั้งขึ้นเท่านั้น และในกรณีบริษัทจำกัดโดยหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิจะเป็นหลักฐานแสดงว่าสมาชิกได้ตกลงที่จะถือหุ้นอย่างน้อยคนละหนึ่งหุ้นในบริษัท การเปลี่ยนแปลงในเรื่องนี้เนื่องมาจากข้อเสนอแนะของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายของบริษัทของอังกฤษที่เห็นว่า บริษัทควรมีธรรมนูญสูงสุดฉบับเดียว (there should be a singleconstitution) เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเสนอแนะนี้ ดังนั้นในอนาคตข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับการจัดสรรอำนาจภายในบริษัทระหว่างกรรมการด้วยกันและระหว่างผู้ถือหุ้นจะกำหนดไว้ในที่เดียวกันคือ ในข้อบังคับของบริษัท[53](the articles of association)

---

[49] Mores, G., **Charles worth's company law**, 265.

[50] Walmsley, K., **Butterworths company law handbook**, 8th ed., (London: Butterworths & Co, 1991), 88.

[51] Ibid., 265.

[52] Companies Act 2006, s.8.

[53] Companies Act 2006, s.28.

การเขียนวัตถุประสงค์ไว้อย่างกว้าง ๆ ว่า “เพื่อดำเนินธุรกิจทุกอย่างที่ชอบด้วยกฎหมาย” ในประเทศอังกฤษ ถือว่าบริษัทที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายใหม่[54] สามารถดำเนินกิจการได้โดยไม่มีข้อจำกัด (a company may have unrestricted object) หากจะมีข้อจำกัดจะต้องระบุไว้ในวัตถุประสงค์นั้น

ตามกฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ หนังสือบริคณห์สำหรับบริษัทจำกัดประเภทมีทุนเป็นหุ้น ไม่ต้องแสดงรายการทุนจดทะเบียนที่บริษัทขอออกหุ้นหรือ authorized share capital อีกต่อไป เพียงแต่ทุนและการถือครองหุ้นเริ่มก่อตั้งบริษัท (the statement of capital and initial shareholdings) เท่านั้น[55] เพื่อให้ภาพของทุนของบริษัทในขณะจดทะเบียนบริษัท หากบริษัทต้องการจะเพิ่มทุนในภายหลังก็สามารถทำได้โดยใช้มติธรรมดาเท่านั้นเอง

3.1.1 คุณสมบัติของผู้ที่จะเป็นกรรมการบริษัท

โดยลักษณะงานของกรรมการนั้น แม้จะสามารถตั้งนิติบุคคลมาเป็นกรรมการได้ ก็ต้องตั้งบุคคลธรรมดามากระทำการแทนนิติบุคคลอีกชั้นหนึ่ง กฎหมายอนุญาตให้นิติบุคคลทำหน้าที่เป็นกรรมการบริษัทได้ ก็มีบทบัญญัติให้นิติบุคคลนั้นต้องแต่งตั้งบุคคลธรรมดามาทำหน้าที่เป็นผู้แทนถาวรแทนนิติบุคคลอีกชั้นหนึ่งและบุคคลผู้นี้จะมีหน้าที่และความรับผิดประหนึ่งเป็นกรรมการบริษัทเสียเอง และนิติบุคคลดังกล่าวก็จะต้องร่วมรับผิดกับผู้แทนของตนในการกระทำใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากความประพฤติผิดและความประมาทของผู้แทนถาวรของตนด้วย ซึ่งตามกฎหมายใหม่ของอังกฤษ[56] ได้กำหนดว่า บริษัททุกบริษัทจะต้องมีบุคคลธรรมดาอย่างน้อยหนึ่งคนเป็นกรรมการ หมายความว่า หากบริษัทมีกรรมการอยู่ทั้งหมด 10 คน อย่างน้อย 1 คน ต้องเป็นบุคคลธรรมดา นอกจากนั้นจะเป็นนิติบุคคลทั้งหมดก็ได้

ในการกำหนดให้กรรมการที่เป็นบุคคลธรรมดาตามกฎหมายฉบับใหม่ของอังกฤษนั้น ต้องมีอายุอย่างต่ำที่สุดคือ 16 ปี แต่จะตั้งผู้เยาว์ที่มีอายุน้อยกว่านี้ก็ได้ แต่จะมีผลเป็นกรรมการสมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต่อเมื่ออายุครบ 16 ปี ในระหว่างที่อายุยังไม่ครบก็ถือว่าเป็นกรรมการตามจริง (a de factor director)[57] สำหรับอายุสูงสุดเคยกำหนดไว้ 70 ปี แต่กฎหมายใหม่ไม่กำหนดอายุสูงสุด

---

[54] Companies Act 2006, s.39.

[55] Companies Act 2006, s.9.10.

[56] Companies Act 2006, s.155.

[57] Companies Act 2006, s.157.

หน้าที่ของกรรมการตามกฎหมายบริษัทฉบับใหม่ของอังกฤษ[58]

3.1.1.1 ในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายบริษัทครั้งนี้ ส่วนที่ได้รับการแก้ไขมากที่สุดส่วนหนึ่งก็คืออำนาจหน้าที่ของกรรมการ เนื่องจากหน้าที่ของกรรมการที่เกิดจากหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ (equity) และกฎหมายคอมมอนลอว์อย่างเช่น หน้าที่หลักในเรื่อง Fiduciary duties และ Duty of care and skill ยังไม่ได้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายบริษัทจึงแนะนำว่าควรมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหน้าที่ทั่วไปของกรรมการและมีหน้าที่อื่นๆ เพื่อให้เกิดความชัดเจนว่า กรรมการต้องทำอะไร และทำให้กฎหมายสามารถเข้าถึงได้ง่ายขึ้น และต้องการตอบโจทก์สำคัญคือ บริษัทต้องดำเนินการเพื่อประโยชน์ของใครบ้างในสภาพความต้องการของธุรกิจสมัยใหม่และความคาดหวังที่กว้างขึ้น ต่อความรับผิดชอบทางสังคมของธุรกิจ

อย่างไรก็ตามในการกำหนดหน้าที่ทั่วไปของกรรมการนั้น คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายบริษัทได้คำนึงถึงความเป็นไปได้สองประการคือ กรรมการอาจวางผลประโยชน์ส่วนตนหรือคนอื่นไว้เหนือผลประโยชน์ของบริษัท และกรรมการอาจประมาทเลินเล่อได้ ดังนั้นในบางเรื่อง อย่างเช่น การที่กรรมการทำธุรกรรมหรือข้อตกลง (transactions or arrangements) กับบริษัท กฎหมายใหม่จึงไม่ได้กำหนดให้ต้องได้รับการอนุมัติจากผู้ถือหุ้นหรือกรรมการคนอื่น เพียงแต่กรรมการต้องเปิดเผยข้อมูลในเรื่องนั้นไว้ในข้อเสนอที่ทำกับบริษัท[59] เป็นต้น

3.1.1.2 หน้าที่ทั่วไปของกรรมการมีดังต่อไปนี้

1. มีหน้าที่กระทำการภายในอำนาจ[60] ซึ่งหมายถึงต้องการกระทำตามข้อบังคับของบริษัทและใช้อำนาจตามวัตถุประสงค์ที่ให้ไว้

2. มีหน้าที่ส่งเสริมความสำเร็จของบริษัท[61] โดยกรรมการจะต้องกระทำการโดยสุจริตที่จะส่งเสริมความสำเร็จของบริษัทเพื่อประโยชน์ของสมาชิกทั้งปวง หน้าที่นี้บัญญัติขึ้นแทนหน้าที่กระทำการโดยซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ของบริษัทในการตัดสินใจว่าจะส่งเสริมความสำเร็จของบริษัทอย่างไรนั้น กฎหมายให้กรรมการจะต้องนำปัจจัยต่าง ๆ ต่อไปนี้เข้ามาประกอบการพิจารณาด้วย

1) ผลระยะยาวที่จะตามมาจากการตัดสินใจดังกล่าว

2) ผลประโยชน์ของลูกจ้างของบริษัท

---

[58] Companies Act 2006, s.171-177.

[59] Companies Act 2006, s.177.

[60] Companies Act 2006, s.171.

[61] Companies Act 2006, s.172.

3) ความต้องการในการดูแลความสัมพันธ์ทางธุรกิจระหว่างผู้จัดส่งสินค้า ลูกค้าและคนอื่น ๆ

4) ผลกระทบของการดำเนินการของบริษัทกับชุมชนและสิ่งแวดล้อม

5) ความปรารถนาที่จะรักษาชื่อเสียงในการดำเนินธุรกิจอย่างมีจริยธรรมระดับสูงเอาไว้

6) ความต้องการที่จะกระทำการให้เป็นธรรมที่สุดกับสมาชิกทุนคน

ซึ่งทั้งหมดนี้ก็เปรียบเหมือนคู่มือในการปฏิบัติงานที่ดี (good practice) หรือประมวลจริยธรรมของกรรมการนั่นเอง

3. มีหน้าที่ตัดสินใจโดยอิสระ[62] แต่ไม่ได้ห้ามกรรมการตัดสินใจจากข้อมูลที่ได้รับจากผู้เชี่ยวชาญในเรื่องนั้นๆ หรือไม่สามารถมอบอำนาจให้อนุกรรมการทำได้ แต่หมายความว่ากรรมการต้องตัดสินใจด้วยตนเองว่าจะเชื่อในคำแนะนำหรือยอมรับการตัดสินใจของคนอื่นหรือไม่

4. กรรมการที่หน้าที่ใช้ความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญและความขยันหมั่นเพียร[63] เป็นการนำหน้าที่กระทำการด้วยความระมัดระวัง ความเชี่ยวชาญและความขยันหมั่นเพียรตามคอมมอนลอว์ มาบัญญัติให้เป็นกฎหมาย โดยปกติแล้วศาลไม่ได้กำหนดให้กรรมการต้องใช้ความเชี่ยวชาญในระดับที่สูงไปกว่าที่จะคาดหมายได้จากความรู้และประสบการณ์ที่เขามีอยู่ซึ่งเป็นเกณฑ์ทางอัตวิสัย (a subjective test)

แต่มาตรานี้กำหนดให้กรรมการมีหน้าที่ต้องใช้ความระมัดระวังความชำนาญและความขยันในระดับเดียวกับบุคคลที่มีความขยันหมั่นเพียรตามสมควร ที่มีความรู้ทั่วไป ความรู้ความเชี่ยวชาญที่จะคาดหมายได้จากบุคคลที่ทำหน้าที่อย่างเดียวกันในฐานะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับบริษัทนั้นจะถึงกระทำ ซึ่งเป็นเกณฑ์ทางภาวะวิสัย (an objective test) และต้องมีความรู้ทั่วไป ความชำนาญและประสบการณ์ที่กรรมการคนนั้นมีอยู่ด้วย

5. กรรมการมีหน้าที่หลีกเลี่ยงการมีผลประโยชน์ขัดกันกับบริษัท[64] ผลประโยชน์ขัดกันนี้หมายรวมถึงการที่กรรมการใช้ข้อมูล ทรัพย์สิน หรือโอกาสของบริษัทเป็นการส่วนตัวโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือการที่กรรมการเข้าเป็นคู่สัญญากับบริษัท หรือการที่กรรมการทำกำไรได้จากการเป็นกรรมการ โดยที่บริษัทไม่รู้และไม่ได้ให้ความยินยอม

---

[62] Companies Act 2006, s.173.

[63] Companies Act 2006, s.174.

[64] Companies Act 2006, s.175.

หน้าที่นี้ครอบคลุมผลประโยชน์ขัดกันระหว่างกรรมการแบะบริษัททุกประเภทไม่ว่าเกิดขึ้นแล้วหรืออาจจะเกิดขึ้น รวมทั้งการแสวงหาประโยชน์จากทรัพย์สิน ข้อมูลและโอกาสของบริษัทเพื่อประโยชน์ส่วนตน ยกเว้นผลประโยชน์ขัดกันในธุรกรรมหรือข้อตกลงที่จะทำกับบริษัทซึ่งอยู่ในบังคับของมาตรา 177 และธุรกรรมหรือข้อตกลงที่ได้ทำไปแล้วตามมาตรา 182

6. กรรมการมีหน้าที่ไม่รับผลประโยชน์จากบุคคลที่สาม[65] ยกเว้นมีเหตุผลสมควรเชื่อได้ว่าการรับผลประโยชน์ดังกล่าวจะไม่ก่อให้เกิดผลประโยชน์ขัดกับเป็นการห้ามกรรมการใช้ตำแหน่งของตนเองแสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ

7. หน้าที่ต้องเปิดเผยผลประโยชน์ในธุรกรรมหรือข้อตกลงที่เสนอต่อบริษัท[66] ไม่ว่ากรรมการจะเป็นคู่สัญญาเองหรือบุคคลอื่นที่มีผลประโยชน์ในทางตรงหรือทางอ้อมกับกรรมการเป็นคู่สัญญา แต่ในเรื่องกรรมการเพียงแต่ต้องเปิดเผยข้อมูล แต่ไม่ต้องขออนุมัติ

3.1.1.3 ตามกฎหมายบริษัทใหม่ หน้าที่ทั่วไปนี้เป็นหน้าที่ที่กรรมการมีต่อบริษัทดังนั้นบริษัทเท่านั้นที่จะบังคับใช้หน้าที่นี้ได้

3.1.1.4 การกระทำผิดหน้าที่ทั่วไปและหน้าที่อื่น ๆ กรรมการอาจต้องรับผิดชดใช้ค่าเสีย หายหรือค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่บริษัทได้รับความเสียหาย หรืออาจต้องใช้คืนทรัพย์สินให้บริษัท หรือต้องคืนกำไรที่ทำได้ให้บริษัท หรืออาจถูกบอกเลิกสัญญาหากกรรมการไม่ได้เปิดเผยข้อมูลเรื่องผลประโยชน์ขัดกัน

3.1.2 การฟ้องคดีกรรมการที่ละเมิดหน้าที่โดยผู้ถือหุ้นขอบริษัทตามหลักกฎหมายอังกฤษ

เนื่องจากกฎหมายบริษัทอังกฤษ มาตรา 170 บัญญัติว่า กรรมการมีหน้าที่ทั่วไปต่อบริษัทไม่ใช่ต่อผู้ถือหุ้นหรือบุคคลที่สามอย่างลูกจ้างหรือกลุ่มพลังกดดัน (pressure groups) กลุ่มอื่น ๆ จึงมีผลทำให้บริษัทเท่านั้นที่จะบังคับกรรมการให้ปฏิบัติการตามหน้าที่ได้

โดยปกตินั้น บริษัทสามารถดำเนินคดีกับกรรมการ (หรืออดีตกรรมการ) ที่ละเมิดต่อหน้าที่ได้ 3 วิธีด้วยกันคือ

3.1.2.1 โดยคณะกรรมการเอง

3.1.2.2 โดยผู้ชำระบัญชีหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ในกรณีล้มละลาย

3.1.2.3 โดยผู้ถือหุ้น เพื่อบังคับใช้สิทธิที่ไม่ใช่ของตนแต่เป็นของบริษัท ซึ่งเป็นหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ที่เรียกว่า Derivative claims

---

[65] Companies Act 2006, s.176.

[66] Companies Act 2006, s.177.

เดิมกฎหมายบริษัทที่เกี่ยวกับความสามารถที่ผู้ถือหุ้นจะฟ้องคดีแทนบริษัทได้นั้นไม่ได้เขียนไว้เป็นลายลักษณ์อักษร มีแต่หลักทั่วไปที่มาจากคดีเรื่อง Foss v Harbottle ที่ศาลวางหลักว่าบริษัทจะต้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเองเมื่อมีการกระทำผิดต่อบริษัท แต่ถ้ามีพฤติกรรมที่เป็นการฉ้อฉลต่อผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย (fraud on the minority) ก็อาจเป็นข้อยกเว้นให้ผู้ถือหุ้นสามารถนำคดีขึ้นบังคับตามสิทธิของบริษัทได้อย่างเช่นการที่กรรมการยักยอกทรัพย์ของบริษัทหรือกระทำการที่ไม่ซื่อสัตย์ แต่บริษัทไม่อาจฟ้องคดีได้ เพราะกรรมการเป็นผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างมากที่เป็นผู้กระทำความผิดเสียเอง แต่การที่ผู้ถือหุ้นจะฟ้องคดีแทนบริษัทได้นั้น ก็จะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่เคร่งครัดมาก

กฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษได้นำหลักเรื่องการฟ้องคดีของผู้ถือหุ้นแทนบริษัทมาบัญญัติไว้ในมาตรา 260 โดยนิยาม derivative claims ให้หมายถึง “การฟ้องคดีโดยผู้ถือหุ้น จากมูลฟ้องของบริษัท เพื่อให้มีการเยียวยาแทนบริษัท” กฎหมายบริษัทใหม่ได้ขยายสิทธิ์ของผู้ถือหุ้นให้สามารถฟ้องกรรมการบริษัทในนามของบริษัทได้กว้างกว่าสิทธิที่มีอยู่เดิมตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ถือว่าสิทธิในการฟ้องคดีเป็นของบริษัทไม่ใช่ของผู้ถือหุ้น ตามกฎหมายใหม่ นอกจากผู้ถือหุ้นจะสามารถฟ้องกรรมการในนามของบริษัท ในฐานที่กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ งดเว้นไม่ปฏิบัติการตามหน้าที่ละเมิดหน้าที่หรือความไว้วางใจได้แล้ว ยังสามารถฟ้องบุคคลภายนอกได้อีกด้วย หากความเสียหายที่เกิดขึ้นกับบริษัท เป็นผลมาจากการที่กรรมการละเมิดหน้าที่

นอกจากนั้นกฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ ยังอนุญาตให้ผู้ถือหุ้นที่เข้ามาใหม่สามารถฟ้องคดีที่เกิดขึ้นก่อนตนเข้ามาได้อีกด้วย

แต่ในการที่จะฟ้องคดีแทนบริษัทได้นั้น ผู้ถือหุ้นจะต้องดำเนินการสามขั้นตอนคือ ขั้นตอนแรกผู้ถือหุ้นต้องยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อแสดงให้ศาลเห็นว่าคดีของตนมีมูล (prima facie case) เพื่อขออนุญาตดำเนินคดีต่อไป[67] หากศาลเห็นว่าคดีมีมูลก็จะอนุญาตให้ดำเนินการต่อไป ในขั้นตอนที่สองศาลจะเรียกคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาให้ข้อเท็จจริงเพื่อให้พิจารณาข้อมูลจากทั้งสองฝ่ายว่าสมควรจะให้ดำเนินคดีต่อไปหรือไม่[68] หากเห็นว่าสมควรให้ดำเนินคดีต่อไป จึงจะมีการพิจารณาคดีอย่างเต็มรูปแบบต่อไปเป็นขั้นตอนที่สาม

สำหรับหลักกฎหมายบริษัทของอังกฤษ การลงมติของผู้ถือหุ้นในการให้สัตยาบันการกระทำของกรรมการ (ratification of act of directors) ที่กระทำการโดยประมาทเลินเล่อ ไม่กระทำตามหน้าที่ ละเมิดหน้าที่หรือความไว้วางใจที่เกี่ยวกับบริษัทนั้น[69] จะต้องกระทำโดยผู้ถือหุ้นเท่านั้น

---

[67] Companies Act 2006, s.261.

[68] Companies Act 2006, s.262, 263.

[69] Companies Act 2006, s.239.

โดยไม่ขึ้นกับคะแนนเสียงของกรรมการหรือผู้ที่เกี่ยวโยงกับกรรมการ (connected persons)[70] คือ ไม่ให้นำเสียงของกรรมการและผู้ที่เกี่ยวโยง รวมทั้งเพื่อนกรรมการด้วยกัน (fellow directors) มานับรวมเป็นคะแนนเสียงในการให้สัตยาบันด้วย แต่สามารถนำมานับเป็นองค์ประชุมได้ ถ้าเป็นการให้สัตยาบันด้วยจดหมายเวียน (written resolution) ก็ไม่ต้องส่งจดหมายเวียนให้กรรมการหรือผู้ที่เกี่ยวโยงกับกรรมการเพื่อการลงมติ

ในเรื่องอำนาจของผู้ถือหุ้นในการร้องขอให้มีกรรมการเรียกประชุมวิสามัญนั้น กฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ[71] กำหนดให้ผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นรวมกันเพียง 10% ของหุ้นทั้งหมดที่ชำระค่าหุ้นแล้วและมีสิทธิออกเสียงสามารถร้องขอได้ และหากเป็นบริษัทเอกชนซึ่งไม่ได้มีการเรียกประชุมมา 12 เดือนแล้วนับแต่การประชุมครั้งสุดท้าย และเป็นการเรียกประชุมตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นรวมกันเพียง 5% ก็มีสิทธิร้องขอให้กรรมการเรียกประชุมได้ ซึ่งการร้องขอนั้นก็ต้องระบุเรื่องที่จะขอให้เรียกประชุมและหากจะมีการลงมติก็ต้องส่งข้อความที่เสนอให้ลงมติ (text of a resolution) และหนังสือบอกกล่าวการลงมติ (notice of the resolution) แนบไปด้วยตามกฎหมายอังกฤษ คำร้องขอให้มีการเรียกประชุมวิสามัญนั้นอาจทำเป็นหนังสือหรือทำผ่าน E-mail ก็ได้ แต่ต้องลงชื่อรับรองความถูกต้องโดยผู้ร้องขอ

กฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ กำหนดให้กรรมการต้องเรียกประชุมภายใน 21 วันนับจากวันที่ได้รับคำร้องขอจากผู้ถือหุ้นที่ถือหุ้นรวมกันไม่ต่ำกว่า 10% หรือ 5% แล้วแต่กรณี และต้องไม่เกิน 28 วันนับแต่วันเรียกประชุม[72]

หากกรรมการไม่เรียกประชุมภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด ผู้ถือหุ้นที่ร้องขอให้เรียกประชุม (the members who requested the meeting) หรือผู้ถือหุ้นอื่น ๆ (or any of them) ซึ่งมีสิทธิออกเสียงรวมกันไม่น้อยกว่าครึ่งหนึ่งของเสียงทั้งหมด สามารถเรียกประชุมเองได้[73]

การเรียกประชุมต้องกระทำภายในสามเดือนนับแต่วันที่กรรมการต้องเรียกประชุม ค่าใช้จ่ายอันสมควรที่เกิดขึ้นจากการประชุมที่ผู้ถือหุ้นได้ออกไป บริษัทจะต้องจ่ายคืนให้กับผู้ถือหุ้น[74]

---

[70] คำจำกัดความของผู้เกี่ยวโยงกับกรรมการอยู่ใน Companies Act 2006, s.252.

[71] Companies Act 2006, sect.303, Members' power to require directors to call general meeting.

[72] Companies Act 2006, sect.304(1).

[73] Companies Act 2006, 305(1).

[74] Companies Act 2006, 305(6).

3.1.3 หุ้นบุริมสิทธิในประเทศอังกฤษ

สิทธิในหุ้นบุริมสิทธิของอังกฤษอาจมีการกำหนดสิทธิต่าง ๆ ได้ดังต่อไปนี้

3.1.3.1 สิทธิทางด้านทรัพย์สิน

การกำหนดสิทธิทางด้านทรัพย์สินในประเทศอังกฤษ อาจแบ่งออกได้ ดังนี้

1. ในเรื่องเงินปันผล เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลดีกว่าหุ้นอื่น ได้แก่บริษัทอาจกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลในอัตราที่คงที่เป็นจำนวนที่แน่นอน (fixed amount) เช่น กำหนดเป็นเปอร์เซ็นต์จากมูลค่าของหุ้น โดยกำหนดให้จ่ายเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ[75] เป็นต้น

เงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าว โดยทั่วไปมักจะถูกกำหนดให้สะสมได้ (cumulative preference dividends) โดยข้อบังคับหรือเงื่อนไขการออกหุ้นของบริษัท กล่าวคือหากกำไรของบริษัทที่สามารถจ่ายเป็นเงินปันผลได้ในปีหนึ่งนั้น บริษัทไม่สามารถจ่ายได้เต็มจำนวนเงินปันผล จำนวนที่ยังไม่ได้จ่ายสามารถสะสมไปจ่ายในปีถัดไปได้ หมายความว่าในปีต่อไปถ้าบริษัทประกาศจ่ายเงินปันผลบริษัทต้องจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ค้างในปีก่อน ๆ ให้ครบเสีย ก่อนจึงสามารถนำกำไรไปจ่ายเงินปันผลของหุ้นสามัญ หรือหุ้นประเภทอื่นที่ไม่ใช่หุ้นบุริมสิทธิในเงื่อนไขในการออกหุ้นบุริมสิทธิอาจระบุให้บุริมสิทธิไม่สะสมเงินปันผลก็ได้ (non-cumulative preference dividends) (แต่เกิดขึ้นยากในทางปฏิบัติ) ถ้าเงินปันผลเป็นประเภทไม่สะสมก็ไม่สามารถนำเงินปันผลที่ยังไม่ได้จ่ายสมทบไปจ่ายในปีถัดไปได้ เท่ากับหมดสิทธิเงินปันผลในปีนั้น

สิทธิการร่วมรับกำไรที่เหลือ (participation in residual profits) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้นโดยปกติจะไม่มีสิทธิร่วมรับในกำไรส่วนที่เหลือ เนื่องจากกฎหมายสันนิษฐานไว้ว่าผู้ถือหุ้นทุกคนในแต่ละประเภทของหุ้นจะมีสิทธิเท่าเทียมกัน เว้นแต่จะได้มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ถ้าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสิทธิอย่างชัดแจ้งในส่วนแบ่งจากกำไรส่วนที่เหลือ หรือกำไรส่วนเกินหลังจากการจ่ายเงินปันผลบุริมสิทธิแล้วหุ้นเหล่านี้จะเรียกว่าหุ้นบุริมสิทธิร่วมรับ (participation preference shares)

2. การคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท

ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์ของอังกฤษ การคืนทุนของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้นย่อมกระทบกับหลักเรื่องการรักษาทุนของบริษัท ที่ควบคุมให้มีการเรียกเก็บเงินค่าหุ้นให้ถูกต้อง

---

[75] Pennington, R. R., **Penningtons company law,** 206.

ครบถ้วนและมิให้เงินทุนของบริษัทคืนกลับไปยังผู้ถือหุ้นโดยไม่ผ่านขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด ตามที่ได้กล่าวถึงมาบ้างแล้วในมาตรา 1143 ซึ่งหลักนี้ได้นำมาใช้ในประเทศไทยด้วย

บริษัทอาจกำหนดสิทธิให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับคืนทุนก่อนหุ้นสามัญเมื่อเลิกบริษัทในข้อบังคับของบริษัทได้ ถ้าข้อบังคับไม่ได้ระบุไว้เช่นนั้นหุ้นบุริมสิทธิไม่มีสิทธิได้รับคืนทุนก่อนหุ้นสามัญเมื่อเลิกบริษัท ในกรณีหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิได้รับคืนทุนก่อนนั้น เมื่อหนี้และความรับผิดใด ๆ ของบริษัทและเงินปันผลค้างจ่ายได้ถูกชำระเรียบร้อยแล้ว จะต้องจัดสรรคืนทุนให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิได้รับคืนทุนเต็มจำนวนก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ[76] ส่วนที่เหลือจึงนำไปแบ่งคืนให้กับผู้ถือหุ้นสามัญ

สำหรับสิทธิในทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทหากได้ชำระหนี้สินของบริษัทและคืนทุนแก่ผู้ถือหุ้นเรียบร้อยแล้ว ยังมีทรัพย์สินเหลืออยู่ก็จะต้องแบ่งปันกันระหว่างผู้ถือหุ้นทุกประเภท แต่ถ้าข้อบังคับกำหนดไว้ว่าหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับคืนทุนก่อนเท่านั้น ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะไม่มีสิทธิในทรัพย์สินที่เหลือก่อนหุ้นประเภทอื่น แต่ถ้าข้อบังคับกำหนดไว้ชัดว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในทรัพย์สินที่เหลือดังกล่าวอย่างไรก็เป็นไปตามนั้น

3.1.3.2 สิทธิออกเสียงในที่ประชุม

ถ้าข้อบังคับของบริษัทไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในการออกเสียง (voting) ในที่ประชุมโดยทั่วไปจะเหมือนกับหุ้นประเภทอื่น ๆ แต่ในทางปฏิบัติข้อบังคับของบริษัทจะจำกัดสิทธิในการออกเสียงของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นหุ้นบุริมสิทธิจะกลับมีสิทธิออกเสียงอย่างสมบูรณ์เช่นเดียวกับผู้ถือหุ้นสามัญ ถ้าจะมีการลงคะแนนเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ หรือการไม่จ่ายเงินปันผล

เนื่องจากกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ ได้ให้สิทธิเอกชนที่จะกำหนดสิทธิในหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันได้และให้สิทธิในการเปลี่ยนแปลงสิทธิในหุ้นแต่ละประเภท ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวย่อมรวมไปถึงสิทธิออกเสียงลงคะแนนด้วย ฉะนั้นสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นในหุ้นแต่ละประเภทของประเทศอังกฤษอาจมีสิทธิออกเสียงแตกต่างกัน ด้วยเหตุดังกล่าวเรื่องสิทธิออกเสียงของผู้ถือหุ้นในกฎหมายประเทศอังกฤษจะถือว่าเป็นสิทธิประเภทหนึ่งที่แยกต่างหากจากบุริมสิทธิ ทั้งหุ้นบุริมสิทธิและหุ้นสามัญก็อาจถูกจำกัดเรื่องสิทธิออกเสียงได้ และบริษัทอาจออกหุ้นสามัญที่ไม่มีสิทธิออกเสียงได้ด้วย ทั้งนี้เพื่อการระดมทุนของบริษัท โดยที่ยังคงเสียงข้างมากของผู้บริหารเดิมไว้

---

[76] Mores, G., **Charles worth's company law**, 268.

3.1.3.3 การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ

ตามหลักกฎหมายบริษัทใหม่ของอังกฤษ[77] ยังคงเนื้อหาของมาตรา 36(c) ของกฎหมายบริษัทปี ค.ศ. 1985 เอาไว้ ได้กำหนดว่า บริษัทไม่ผูกพันโดยสัญญาที่อ้างว่าทำแทนบริษัทก่อนบริษัทเกิดขึ้น ยกเว้นจะได้มีการแปลงหนี้ใหม่ ดังนั้นต้องมีการทำสัญญาใหม่หลังจากที่บริษัทได้จัดตั้งขึ้น ด้วยข้อความตามสัญญาเดิม แต่การแปลงหนี้ใหม่นั้นอาจทำโดยตรงหรือโดยปริยายก็ได้

เนื่องจากประเทศอังกฤษยอมให้บริษัทออกหุ้นให้มีสิทธิแตกต่างกันเป็นประเภท ๆ ไป หุ้นประเภทที่มีสิทธิพิเศษเหนือกว่าหุ้นอื่น ก็เป็นหุ้นประเภทหนึ่งที่บริษัทสามารถกำหนดขึ้นได้ หุ้นประเภทหนึ่งอาจเปลี่ยนแปลงไปเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่งได้ตามที่ข้อบังคับหรือหนังสือบริคณห์สนธิ กำหนดเรื่องการเปลี่ยนแปลงสิทธิในหุ้นแต่ละประเภทไว้ ถ้าข้อบังคับกำหนดให้สิทธิในหุ้นแต่ละประเภทมีสภาพเปลี่ยนแปลงได้ สิทธิในหุ้นแต่ละประเภทนั้นโดยทั่วไปก็จะเปลี่ยนแปลงได้โดยมติพิเศษของที่ประชุมของบริษัทโดยได้รับความยินยอมจากผู้ถือหุ้นในประเภทที่จะเปลี่ยนแปลงนั้นด้วย[78] แม้ว่ากฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษจะยอมให้หุ้นประเภทหนึ่งแปลงเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่งได้ แต่ในกรณีหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่ได้เป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนได้จะไม่สามารถแปลงเป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดไถ่ถอนได้ ถ้ายังไม่อยู่ในเงื่อนไขของ มาตรา 159[79]ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการออกหุ้นชนิดที่ไถ่ถอนได้[80]

3.1.3.4 การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษมีบทบัญญัติที่อนุญาตให้บริษัทออกหุ้นชนิดที่ไถ่ถอนได้ ซึ่งหุ้นนั้นอาจเป็นหุ้นประเภทใด ๆ รวมถึงหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิด้วย

---

[77] Companies Act 2006, s.51, A company is not bound by a contract purportedly made on it behalf before it come into existence unless the obligations are novated.

[78] Mores, G., **Charles worth's company law**, 271-273.

[79] The Company Act 1985, section 159.

"(1) Subject to the provisions of this Chapter, a company limited by shares or limited by guarantee and having a share capital may, if authorized to do so by its articles, issue shares which are to be redeemed or are liable to be redeemed at the option of the company or the shareholder.

(2) No redeemable shares may be issued at a time when there are no issued shares of the company which are not redeemable.

(3) Redeemable shares nay not be redeemed unless they are fully paid; and the terms of redemption must provide for payment on redemption.

[80] Keenan, D., **Smith and Keenan's company law**, 6th ed., (London: Pitman, 1986), 92.

การไถ่ถอนหุ้นคือ การที่บริษัทเข้าซื้อหุ้นของตนเอง การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ อาจไถ่ถอนเพื่อปลดภาระของบริษัทที่มีต่อหุ้นบุริมสิทธิ เพราะโดยปกติหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิมักจะเป็นภาระแก่บริษัทมากกว่าหุ้นสามัญ ในเรื่องนี้กฎหมายบริษัทในประเทศอังกฤษ มีหลักพื้นฐานในเรื่องการธำรงไว้ซึ่งทุนของบริษัท (maintenance of shares capital) กล่าวว่าเงินทุนของบริษัททั้งหมดต้องคงอยู่ไว้เว้นแต่จะถูกทำให้ลดน้อยลงด้วยค่าใช้จ่ายอันเกิดจากการดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของบริษัท การที่ต้องให้เงินทุนของบริษัทคงอยู่ก็เพื่อเป็นประกันความรับผิดที่ทุนของบริษัทอาจสูญเสียไปเนื่องจากการดำเนินธุรกิจ ซึ่งการดำเนินธุรกิจตามปกติย่อมต้องมีความเสี่ยงอยู่ด้วย นอกจากนี้ทุนของบริษัทจะต้องคงอยู่เพื่อเป็นหลักประกันแก่เจ้าหนี้ของบริษัท ทุนของบริษัทจะคืนแก่ผู้ถือหุ้นต่อเมื่อมีการชำระบัญชี และหลังจากได้ชำระหนี้สินให้เจ้าหนี้ของบริษัทแล้ว ฉะนั้นการซื้อหุ้นหรือไถ่ถอนหุ้นคืนโดยบริษัท ซึ่งจะทำให้บริษัทเป็นผู้ถือหุ้นของตนเอง จึงมีผลประทบโดยตรงต่อหลักการธำรงไว้ซึ่งทุน

จากหลักการธำรงไว้ซึ่งทุนก่อให้เกิดผล ดังนี้

(1) โดยทั่วไปบริษัทจะต้องไม่ซื้อหุ้นของตนเองคือ ไม่ถือหุ้นของตนเอง

(2) บริษัทสาขาจะต้องไม่เป็นผู้ถือหุ้นหนึ่งในบริษัทนั้น และการแจกหรือการโอนหุ้นแก่บริษัทสาขาจะทำไม่ได้

(3) เป็นการผิดกฎหมายถ้าบริษัทให้ความช่วยเหลือด้านการเงินเพื่อการเข้าถือสิทธิในหุ้นของตนเอง หรือถือสิทธิในหุ้นของบริษัทที่ตั้งขึ้นมาเพื่อถือหุ้นของตนเอง

(4) เงินปันผลต้องไม่จ่ายให้ผู้ถือหุ้น เว้นแต่จะจ่ายเงินปันผลจากกำไรของบริษัท

(5) ในบริษัทมหาชน ถ้าทุนของบริษัทลดลงจนถึงขั้นวิกฤต เช่น ลดลงมากกว่าครึ่งหนึ่งของทุนของบริษัท บริษัทจะต้องเรียกประชุมเพื่อปรึกษาในเรื่องนี้

หลักการธำรงไว้ซึ่งทุนมีข้อยกเว้น คือ

(1) บริษัทอาจลดทุนเรือนหุ้นลงโดยความยินยอมจากศาล

(2) บริษัทอาจซื้อหรือเข้าถือหุ้นของตนเองได้ภายใต้กฎหมายที่จะให้ทำได้

(3) บริษัทอาจซื้อหุ้นของตนเองภายใต้คำสั่งศาล หรือแก้ไขความไม่เป็นธรรมที่จะเกิดแก่ผู้ถือหุ้นข้างน้อย หรือเพื่อช่วยเหลือผู้ถือหุ้นข้างน้อยกรณีที่บริษัทมหาชนแปรสภาพเป็นบริษัทจำกัด

(4) ทุนอาจจะคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นในกรณีเลิกบริษัท เมื่อได้ชำระหนี้ให้กับเจ้าหนี้ของบริษัทครบถ้วนแล้ว

อย่างไรก็ดี กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ[81] ได้อนุญาตให้บริษัทออกหุ้นชนิดที่ไถ่ถอนได้ภายใต้หลักเกณฑ์ ดังนี้คือ

(1) ภายใต้บทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องการไถ่ถอนหุ้นถ้าข้อบังคับให้อำนาจไว้บริษัทจำกัดโดยหุ้น หรือจำกัดโดยการประกันและมีทุนเรือนหุ้น อาจออกหุ้นที่ไถ่ถอนได้หรือออกหุ้นที่สามารถไถ่ถอนได้โดยความต้องการของบริษัทหรือผู้ถือหุ้น

(2) หุ้นที่ไถ่ถอนได้จะออกไม่ได้ถ้าบริษัทไม่มีการออกหุ้นที่ไถ่ถอนไม่ได้

(3) หุ้นที่ไถ่ถอนได้อาจไม่ได้ไถ่ถอน ถ้ายังไม่มีการชำระค่าไถ่ถอนจนเต็มจำนวนและเงื่อนไขการไถ่ถอนต้องมีกำหนดในเรื่องการจ่ายเงินเพื่อการไถ่ถอนแล้วด้วย[82]

ฉะนั้น การออกหุ้นที่ไถ่ถอนได้นี้ บริษัทจะต้องได้รับอำนาจให้ทำได้จากข้อบังคับ หุ้นที่ออกภายใต้ section 159 อาจถูกไถ่ถอน ณ วันที่กำหนด หรือเมื่อมีเหตุการณ์ที่กำหนดไว้หรือสามารถไถ่ถอนได้ตามที่บริษัทหรือผู้ถือหุ้นต้องการ โดยปกติหุ้นที่ไถ่ถอนต้องชำระมูลค่าเต็มจำนวนแล้ว ณ วันไถ่ถอนโดยไม่มีการลดทุนและเงื่อนไขการไถ่ถอนต้องระบุในเรื่องการจ่ายเงินเพื่อการไถ่ถอนไว้ด้วย ฉะนั้นเงื่อนไขการไถ่ถอนอาจถูกกำหนดไว้เป็นพิเศษ โดยข้อบังคับของบริษัทเมื่อหุ้นที่ไถ่ถอนได้ถูกไถ่ถอน หุ้นเหล่านั้นจะถูกถือว่าได้ยกเลิกไปเนื่องจากการไถ่ถอนและจำนวนทุนของบริษัทที่กำหนดไว้เพื่อการไถ่ถอน จะถูกทำให้ลดลงในจำนวนที่น้อยที่สุดตามมูลค่าหุ้นที่ถูกไถ่ถอนดังกล่าว[83] เนื่องจากบริษัทไม่สามารถถือหุ้นของตนเองได้ บริษัทจึงต้องจำหน่ายหุ้นที่ออกไว้ทดแทนหุ้นที่ไถ่ถอนภายในเวลาอันจำกัด และการออกหุ้นเพื่อทดแทนจะต้องทำไว้ก่อนมีการไถ่ถอน โดยต้องไม่ให้ตัวเลขทุนเรือนหุ้นที่ออกไว้เพิ่มขึ้น[84]

จากบทบัญญัติกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษจะเห็นได้ว่า กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษจะห้ามบริษัทถือหุ้นตนเองเว้นแต่จะมีการออกหุ้นที่ไถ่ถอนได้ ซึ่งการออกหุ้นที่ไถ่ถอนได้ก็ดี ขั้นตอนการไถ่ถอนก็ดีจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายและไม่ทำให้ทุนของบริษัทลดลง อันจะเป็นการขัดต่อหลักการธำรงไว้ซึ่งทุนของบริษัท โดยสรุป หุ้นบุริมสิทธิของประเทศอังกฤษจะมีบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในทางทรัพย์สิน และอาจมีสิทธิประการอื่นๆ แตกต่างกันในหุ้นแต่ละประเภทได้เช่น สิทธิออกเสียง การแปลงหุ้นแต่ละประเภทเป็นต้น สิทธิเหล่านี้ไม่ถือเป็นบุริมสิทธิ

---

[81] The Company Act 1985, section 159.

[82] Walmsley, K., **Butterworths company law handbook**, 108.

[83] The Company Act 1985, section 160(3), (4).

[84] Mores, G., **Charles worth's company law,** 218-219.

3.2 ประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนของกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิมีกฎหมายบริษัทแยกเป็นมลรัฐ ดังต่อไปนี้ มลรัฐนิวยอร์คและมลรัฐเดเลแวร์

3.2.1 มลรัฐนิวยอร์ค

กฎหมายบริษัทแห่งมลรัฐนิวยอร์ค เป็นกฎหมายที่มีความยืดหยุ่นและมีรายละเอียดในเรื่องต่างๆ เป็นอย่างมากหุ้นบุริมสิทธิที่ปรากฏในกฎหมายบริษัทแห่งมลรัฐนิวยอร์ค มีดังนี้

กฎหมายบริษัทแห่งมลรัฐนิวยอร์คบัญญัติให้บริษัทออกหุ้นโดยแบ่งเป็นประเภท และหุ้นแต่ละประเภทสามารถกำหนดเรื่องสิทธิต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องบุริมสิทธิไว้เป็นประเภทของหุ้นก็ได้[85] กล่าวคือ การออกหุ้นของบริษัทสามารถทำได้ ดังนี้

(a) บริษัทสามารถกำหนดและออกหุ้นตามจำนวนที่ระบุไว้ในตราสารจัดตั้งบริษัท หุ้นดังกล่าวอาจออกเป็นประเภทเดียว หรือแบ่งออกเป็นสองหรือมากกว่าสองประเภทก็ได้ ในแต่ละประเภทอาจประกอบด้วยหุ้นซึ่งมีการกำหนดมูลค่าของหุ้นไว้ และหุ้นซึ่งไม่มีการกำหนดมูลค่าของหุ้นไว้ ตลอดจนกำหนดสิทธิให้ไว้ เช่น สิทธิออเสียง เงินปันผล การชำระบัญชี และสิทธิอื่น ๆ โดยให้มีบุริมสิทธิต่าง ๆ ได้ การกำหนดดังกล่าวจะต้องแถลงไว้ในตราสารจัดตั้งบริษัท

(b) หุ้นที่แบ่งออกเป็นสองหรือมากกว่าสองประเภทนั้น แต่ละประเภทจะต้องกำหนดสิทธิให้แตกต่างจากหุ้นประเภทอื่น หุ้นซึ่งได้รับบุริมสิทธิในการแบ่งเงินปันผล หรือแบ่งทรัพย์สินจะต้องไม่กำหนดไว้ในลักษณะหุ้นสามัญ หุ้นซึ่งไม่มีบุริมสิทธิในการแบ่งเงินปันผลหรือแบ่ง

---

[85] Business Corporation Law of New York, section 501

"Authorized Shares

(a) Every corporation shall have power to create and issue the number of shares stated in its certificate of incorporation. Such shares may be all of one class or may be devided into two or more classes. Each class shall consist of either shares with par value or share without par value, having such designation and such relative voting, dividend, liquidation and other rights, preferences and limitations, consistent with this chapter, as shall be stated in the certificate of incorporation.

(b) If the shares are divided into two or more classes, the shares of each class shall be designated to distinguish them from the shares of all other classes. Shares which are entitled to preference in the distribution of dividends of assets shall not be designated as common shares. Shares which are not entitled to preference in the distribution of dividends or assets shall be common shares, even if identifies by or other designation, and shall not be designated as preferred shares.

(c) Subject to the designations, relative right, preferences and limitations applicable to separate series, c\each share shall be equal to every other share of the same class".

ทรัพย์สินจะต้องเป็นหุ้นสามัญ หากว่าได้กำหนดหุ้นไว้เป็นประเภทหรือมีการกำหนดสิทธิอย่างอื่นไว้จะต้องไม่กำหนดสิทธิลักษณะเดียวกับหุ้นบุริมสิทธิ

(c) ภายใต้การกำหนดหุ้นให้มีสิทธิต่าง ๆ รวมถึงความสัมพันธ์ของสิทธิ บุริมสิทธิ และข้อจำกัดอาจกำหนดได้ในหุ้นเป็นชุด (separate series) และหุ้นแต่ละหุ้นในประเภทเดียวกันย่อมมีสิทธิเท่าเทียมกัน

จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้เห็นว่า หากบริษัทต้องการออกหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทสามารถออกหุ้นได้โดยใช้วิธีแบ่งหุ้นออกเป็นประเภท โดยกำหนดให้หุ้นประเภทหนึ่งมีบุริมสิทธิแตกต่างจากหุ้นประเภทอื่น อย่างไรก็ดี ตามมาตรา 501(b) หุ้นมีสิทธิดีกว่าในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุนจะกำหนดไว้เป็นหุ้นสามัญไม่ได้ หุ้นซึ่งมีสิทธิดีกว่าในสองเรื่องดังกล่าวถือว่าเป็นหุ้นบุริมสิทธิกฎหมายจึงได้กันให้แยกจากหุ้นสามัญ

อย่างไรก็ดีกฎหมายบริษัทของมลรัฐนิวยอร์ค ยังได้มีบทบัญญัติให้บริษัทแบ่งย่อยประเภทของหุ้นซึ่งมีสิทธิต่าง ๆ กันออกเป็นชุด กล่าวคือ ถ้าตราสารจัดตั้งของบริษัทกำหนดไว้บริษัทอาจออกหุ้นประเภทมีบุริมสิทธิเป็นชุด หุ้นในแต่ละชุดจะถูกกำหนดให้แตกต่างไปจากชุดอื่น ๆ ทั้งหมดก็ได้[86]

นอกจากนี้ การกำหนดบุริมสิทธิเป็นชุดต่างๆ นั้น สามารถกำหนดได้โดยที่ประชุมกรรมการหากตราสารจัดตั้งได้ระบุไว้ให้ทำได้กล่าวคือ ถ้าตราสารจัดตั้งมิได้กำหนดเกี่ยวกับจำนวนหุ้น หรือการกำหนดให้สิทธิใด ๆ หรือสิทธิอื่นที่จะมีบุริมสิทธิ หรือขัดจำกัดสิทธิของหุ้นในชุดต่างๆ เรื่องต่างๆ เหล่านั้นอาจถูกกำหนดโดยคณะกรรมการของบริษัทได้ เมื่อตราสารจัดตั้งของบริษัทได้ให้อำนาจไว้[87]

จากบทบัญญัติที่กล่าวมาข้างต้นสรุปได้ว่า กฎหมายบริษัทของมลรัฐนิวยอร์คให้สิทธิเอกชนที่จะกำหนด หรือออกหุ้นให้มีสิทธิแตกต่างกันเป็นประเภทโดยแต่ละประเภทที่มีสิทธิต่างกันนั้น อาจเป็นหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิเหนือหุ้นอื่น หุ้นสามัญหรือด้อยสิทธิได้ สำหรับหุ้นบุริมสิทธิในมลรัฐนิวยอร์กมีการกำหนดสิทธิในเรื่องต่อไปนี้

---

[86] Business Corporation Law of New York, section 502(a)

"Issue of class of preferred shares in series

(a) If the certificate of incorporation so provides, a corporation may issue any class of preferred shares in series. Shares of each such series when issued, shall be designated to distinguish them from shares of all others."

[87] Business Corporation Law of New York, section 502(c)

"(c) If any such number of shares or any such designation, relative right, preference or limitation of the shares of any series is not fixed in the certificate of incorporation, it may be fixed by the board, to the extent authorized by the certificate of incorporation."

1. สิทธิในทางทรัพย์สิน

สิทธิในทางทรัพย์สินอาจแบ่งออกได้ ดังนี้

1) ในเรื่องเงินปันผลบริษัทสามารถกำหนดให้หุ้นประเภทหนึ่งมีสิทธิได้รับเงินปันผลในลักษณะที่ดีกว่าหุ้นประเภทอื่นๆ เช่น เงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิอาจถูกกำหนดให้เป็นจำนวนเงินต่อหุ้นที่แน่นอน ถ้ากำหนดว่าบุริมสิทธิในเงินปันผลเท่ากับ 3.2 เหรียญสหรัฐ ก็จะเรียกบุริมสิทธิเช่นนี้ว่า “the $3.2 preferred” หรือกำหนดเป็นเปอร์เซ็นต์ของมูลค่าหุ้นเช่น 5 เปอร์เซ็นต์ก็เรียกบุริมสิทธินั้นว่า “five percent preferred”[88] เป็นต้น

บุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลนี้อาจเป็นแบบสะสมได้ หรือไม่สะสมก็ได้ หรืออาจเป็นประเภทสะสมบางส่วนก็ได้ถ้าเป็นเงินปันผลแบบสะสม ในปีที่ไม่มีการจ่ายเงินปันผล เงินปันผลนี้จะสะสมไว้จ่ายในปีถัดไปที่มีกำไร และมีการประกาศจ่ายเงินปันผล โดยเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิจะต้องถูกจ่ายเต็มจำนวนก่อนเงินผันผลของหุ้นสามัญ ส่วนเงินปันผลประเภทไม่สะสมโดยปกติแล้วการสะสมเช่นนี้จะขึ้นอยู่กับรูปแบบของเงินที่จะได้รับมา “The cumulative to the extent of earning type” เพื่อว่าหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ยังมีสิทธิเรียกร้องเงินจำนวนที่ควรได้รับจริงถ้าไม่มีการจ่ายรายรับนั้นออกมาเป็นเงินปันผล เงินปันผลที่บริษัทยังไม่ได้จ่ายไม่ถือเป็นหนี้ของบริษัทแต่เป็นสิทธิเรียกร้องที่ยังคงมีอยู่เพื่อการเรียกร้องก่อนในการแบ่งปันกำไรในอนาคต

นอกจากนี้หุ้นบุริมสิทธิอาจมีสิทธิร่วมรับเงินปันผล หรือมีบุริมสิทธิแบบไม่ร่วมรับเงินปันผลหุ้นบุริมสิทธิร่วมรับ หมายถึง หุ้นที่มีสิทธิได้รับเงินปันผลโดยไม่ต้องคำนึงถึงเงินที่บริษัทจะได้มา หุ้นบุริมสิทธิร่วมรับมีสิทธิได้รับเงินปันผลตามสิทธิเดิมแล้ว และหลังจากหุ้นสามัญได้รับเงินปันผลจำนวนแน่นอนแล้ว หุ้นบุริมสิทธิชนิดนี้อาจได้รับส่วนบางร่วมกับหุ้นสามัญในจำนนเงินที่มีการแจกจ่ายเพิ่ม ส่วนหุ้นบุริมสิทธิไม่ร่วมรับ หมายถึง หุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นพิเศษตามบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ก่อนจะจ่ายให้หุ้นสามัญแต่ไม่มากกว่านั้น

2) การคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท หุ้นบุริมสิทธิอาจมีบุริมสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์ สินของบริษัท เมื่อมีการชำระบัญชี (เลิกบริษัท) ไม่ว่าการชำระบัญชี (เลิกบริษัท) จะเป็นไปโดยสมัครใจหรือไม่สมัครใจก็ตาม เมื่อมีการแบ่งปันทรัพย์สินของบริษัทที่เหลือ โดยมากแล้วหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิในการได้รับคืนทุนก่อนหุ้นอื่นเมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท

3) สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมส่วนมากตราสารจัดตั้งของบริษัทอาจจำกัดหรือปฏิเสธสิทธิออกเสียงในหุ้นหลาย ๆ ประเภทได้ โดยปกติแล้วหุ้นบุริมสิทธิจะเป็นหุ้นที่จะไม่มี

---

[88] Hamilton, R. W., **The law of corporations in a nutshell**, 2nd ed., (St. Paul, MN: West Pub., 1987), 128.

สิทธิออกเสียง (non-voting shares) แต่สิทธิพิเศษนี้อาจขยายไปใช้กับหุ้นอื่นไม่ว่าเป็นหุ้นสามัญหรือหุ้นในประเภทย่อยได้

4) การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิกฎหมายบริษัทแห่งมลรัฐนิวยอร์คได้บัญญัติในเรื่องการแปลงสภาพหุ้น กล่าวคือ หุ้นแปลงสภาพและหุ้นกู้ถ้าได้กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งของบริษัท และภายใต้บังคับของข้อจำกัดตามกฎหมายบริษัทอาจออกหุ้นให้แปลงสภาพได้โดยการเลือกของผู้ถือหุ้นเท่านั้น โดยแปลงสภาพจากหุ้นประเภทหนึ่งไปเป็นอีกประเภทหนึ่ง หรือลำดับหนึ่งในหุ้นแต่ละประเภท นอกจากนี้อาจจะแปลงสภาพไปเป็นหุ้นประเภทที่มีสิทธิ หรือบุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลหรือการคืนทุน[89]

ในเรื่องตราสารจัดตั้งบริษัทอาจให้อำนาจหุ้นบุริมสิทธิที่จะถูกแยกออกเป็นชุดได้ ตราสารจัดตั้งมีผลในการกำหนดให้มีหุ้นประเภทหนึ่งขึ้นมาโดยปราศจากการกำหนดสาระสำคัญไว้ แต่ได้ให้อำนาจคณะกรรมการที่จะกำหนดหุ้นเป็นชุดภายในระยะเวลาหนึ่ง และให้อาจเปลี่ยนแปลงสิทธิที่เป็นสาระสำคัญในหุ้นชุดหนึ่งจากหุ้นสำคัญอื่น ๆ ได้ จากอำนาจในการเปลี่ยนแปลงสิทธิเช่นนี้ คณะกรรมการของบริษัทสามารถดำเนินการขายหุ้นบุริมสิทธิเป็นจำนวนมากได้เพื่อการระดมทุน อันเป็นประโยชน์ในการแก้ไขปัญหาทางการเงินของบริษัท เพราะบุริมสิทธิต่างๆ ที่อาจกำหนดให้มีการเปลี่ยนแปลงได้คือเรื่องบุริมสิทธิ สิทธิออกเสียงและสิทธิที่เป็นสาระสำคัญอื่น ๆ ในแต่ละชุดทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขที่ต้องการในตลาดปัจจุบัน[90] ฉะนั้นบุริมสิทธิต่าง ๆ อาจเปลี่ยนแปลงได้ถ้ามีการให้อำนาจในตราสารจัดตั้งบริษัท

2. การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

ถ้าตราสารจัดตั้งบริษัทให้อำนาจไว้บริษัทอาจออกหุ้นที่สามารถไถ่ถอนได้โดยปกติหุ้นบุริมสิทธิจะเป็นประเภทที่สะสมเงินปันผลและสามารถไถ่ถอนได้ หุ้นที่ไถ่ถอนได้ส่วนมากจะเป็นหุ้นที่ให้ทางเลือกแก่บริษัทที่จะไถ่ถอน แต่บางครั้งหุ้นที่ไถ่ถอนได้พบว่าเป็นทางเลือกของผู้ถือหุ้นที่จะเป็นผู้เลือกไถ่ถอนสำหรับธุรกิจการเงินสมัยใหม่

นอกจากนี้กฎหมายบริษัทในมลรัฐนิวยอร์กยังได้ให้อำนาจคณะกรรมการของบริษัทที่จะออกหุ้นสามัญเป็นประเภทซึ่งมีลักษณะคล้ายหุ้นบุริมสิทธิคือ แต่ละประเภทมีสิทธิแตกต่างกันหรือเป็นสิทธิพิเศษดีกว่ากัน การบางประเภทต่าง ๆ เหล่านั้น โดยปกติกำหนดโดยใช้ตัวอักษรเป็นเครื่องหมายเช่นหุ้นสามัญประเภท A “Class A common” หุ้นสามัญประเภท B “Class B common” หรืออื่น ๆ

---

[89] Business Corporation Law of New York, section 519.

[90] Hamilton, R. W., **The law of corporations in a nutshell,** 128.

ในบริษัทปิด การแบ่งประเภทหุ้นสามัญในเบื้องต้นเคยใช้ควบคุมเกี่ยวกับการใช้สิทธิออกเสียงหรือการจัดการการเงินอย่างได้ผล การแบ่งประเภทของหุ้นสามัญที่มีความหลากหลายและยืดหยุ่น เช่น

1. หุ้นสามัญประเภท A อาจกำหนดให้ได้รับเงินปันผลต่อหุ้นเป็นสองเท่าของหุ้นสามัญประเภท B แต่ในส่วนอื่น ๆ ในหุ้นทั้งสองประเภทเหมือนกัน

2. หุ้นสามัญประเภท A อาจถูกกำหนดให้มีสิทธิออกเสียงสองเสียงต่อหนึ่งหุ้น ในขณะที่หุ้นสามัญประเภท B มีสิทธิออกเสียงหนึ่งเสียงต่อหนึ่งหุ้น (ในกฎหมายของบางรัฐไม่อนุญาตให้กำหนดเช่นนี้ได้ยังคงยึดหลักหนึ่งหุ้นสามัญเป็นหนึ่งเสียง)

3. หุ้นสามัญประเภท A อาจถูกกำหนดให้มีอำนาจเลือกกรรมการไดสองคน หุ้นสามัญประเภท B อาจมีอำนาจเลือกกรรมการได้หนึ่งคน สองคนหรือมากกว่า โดยไม่คำนึงถึงจำนวนหุ้นในแต่ละประเภทว่ามีจำนวนเท่าใด เป็นสัดส่วนกับจำนวนกรรมการที่มีสิทธิเลือกหรือไม่

4. อาจถูกกำหนดให้ประธานกรรมการบริษัทจะต้องเป็นผู้ถือหุ้นประเภท A รองประธานและเหรัญญิกเป็นผู้ถือหุ้นประเภท B เป็นต้น

การแบ่งประเภทของหุ้นสามัญเช่นนี้มีลักษณะคล้ายกับว่า หุ้นสามัญประเภทหนึ่งมีสิทธิเหนือหุ้นสามัญอีกประเภทหนึ่ง แต่กฎหมายของสหรัฐไม่ถือว่าหุ้นสามัญประเภทที่มีสิทธิเหนือหุ้นสามัญอีกประเภทหนึ่งเป็นหุ้นบุริมสิทธิ เพราะเป็นการแบ่งภายในประเภทของหุ้นสามัญด้วยกันเองโดยอำนาจของกฎหมายแห่งรัฐให้ทำได้ กรณีเช่นนี้มีลักษณะคล้ายกับการแบ่งหุ้นสามัญเป็นลำดับย่อยของไทยซึ่งอาจแบ่งให้มีความแตกต่างกันในสิทธิบางประการได้

3.2.2 มลรัฐเดเลแวร์

กฎหมายของมลรัฐเดเลแวร์ (The General Corporation Law of the State of Delawar) ได้บัญญัติเกี่ยวกับการออกหุ้นไว้ว่า บริษัททุกบริษัทอาจออกหุ้นเป็นหนึ่งประเภทหรือมากกว่า หรือหนึ่งชุดหรือมากกว่าภายในหุ้นแต่ละประเภทเหล่านั้น หุ้นต่าง ๆ เหล่านั้นอาจเป็นหุ้นที่มีมูลค่าหุ้นกำหนดไว้หรือไม่มีมูลค่าหุ้นกำหนดไว้ก็ได้ และหุ้นแต่ละประเภทหรือชุดนั้นอาจมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนเต็มที่ หรือถูกจำกัด หรือไม่มีสิทธิออกเสียงเลย และรวมถึงการกำหนดในเรื่องบุริมสิทธิและสิทธิอื่น ๆ เกี่ยวกับบุริมสิทธิ การร่วมรับ การใช้สิทธิเลือกหรือสิทธิพิเศษอื่น ๆ และรายละเอียดลักษณะขอบเขตจำกัด และข้อจำกัดต่าง ๆ ของสิทธิเหล่านั้นจะถูกระบุและแสดงไว้ในตราสารจัดตั้งของบริษัทหรือส่วนที่แก้ไขของตราสารจัดตั้ง หรือมติของที่ประชุมคณะกรรมการที่ให้ออกหุ้นนั้น ซึ่งได้รับอำนาจจากตราสารจัดตั้งของบริษัทอย่างชัดแจ้งแล้ว อำนาจในการเพิ่มหรือ

ลด หรือปรับปรุงหุ้นทุนตามที่กำหนดไว้ ในลักษณะนี้อนุโลมไปใช้กับหุ้นทุกประเภทหรือหุ้นบางประเภทด้วย[91]

กฎหมายแห่งมลรัฐเดเลแวร์ ได้บัญญัติเกี่ยวกับการออกหุ้นเป็นประเภทต่าง ๆ ไว้ รวมทั้งกำหนดรายละเอียดด้วยว่าจะกำหนดสิทธิอะไรได้บ้างไว้อย่างชัดแจ้ง หุ้นบุริมสิทธิก็เป็นหุ้นประเภทหนึ่งที่บริษัทกำหนดออกได้ภายใต้บทบัญญัติดังกล่าว

เมื่อหุ้นบุริมสิทธิได้กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้งบริษัทแล้ว การแปลความต้องแปลอย่างเคร่งครัดตามหลักการเท่าเทียมกันของหุ้น “rule of equality of shares”[92] จากหลักความเท่าเทียมกันขอหุ้นเป็นผลให้สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไม่สามารถถูกทำให้เพิ่มขึ้นหรือลดน้อยลง หรือเปลี่ยนแปลงโดยข้อบังคับของบริษัท (the corporate by laws) ซึ่งหลักนี้เป็นบรรทัดฐานจากคดี Gaskill v. Gladys Belle Oil Co., 16 Del. Ch. 289, 291 – 292, 146 A. 337, 339 (Ch. 1929) หรือสัญญาระหว่างบริษัทกับผู้ถือหุ้นเป็นหลักของคดี Hodgman v. Atlantic Refining Co.,2F. 2d 893, 894 (D. Del. 1924)[93]

---

[91] Folk, E. L., III, **The Delaware general corporation law**, (Delaware: Corporation Service Company, 1972), 105-106.

The General Corporation of the State of Delaware Section 151, Classes and series of stock; right, etc.

(a) Every corporation may issue 1 or more classes of stock or 1 or more series of stock within any class thereof, any or all of which classes may be of stock with par value or stock without par value and which classes or series may have such voting powers, full or limited, or no voting powers, and such designations, preferences and relative, participating, optional or other special rights, and qualifications, limitations or restrictions thereof, as shall be stated and expressed in the certificate of incorporation or of any amendment thereto, or in the resolution or resolutions providing for the issue of such stock adopted by the board of directors pursuant to authority expressly vested in it by the provisions of its certificate of incorporation. The power to increase or decrease or otherwise adjust the capital stock as provided in this chapter shall apply to all or any such classes of stock.”

[92] Folk, E. L., III, **The Delaware general corporation law**, 112.

[93] “จากบรรทัดฐานดังกล่าวในวรรคก่อนมีลักษณะคล้ายกับ มาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่บัญญัติว่าถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิแล้วกำหนดว่าบุริมสิทธิมีสภาพอย่างไรแล้วห้าม มิให้แก้ไขอีก ซึ่งหลักการนี้ไม่ปรากฏอยู่ในกฎหมายบริษัทของมลรัฐเดเลแวร์ แต่ปรากฏอยู่ในบรรทัดฐานของคำพิพากษาแทน”.

หุ้นบุริมสิทธิภายใต้กฎหมายบริษัทแห่งมลรัฐเดเลแวร์ กำหนดสิทธิต่าง ๆ ไว้ดังนี้

1. สิทธิในทางทรัพย์สิน

สิทธิในทางทรัพย์สินอาจแบ่งได้ ดังนี้

1) สิทธิในเรื่องเงินปันผล บุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ การกำหนดจำนวนเงินปันผลอาจกำหนดเป็นเปอร์เซ็นต์ตายตัว หรือเป็นจำนวนที่แน่นอนก็ได้ การจ่ายเงินปันผลจะจ่ายต่อเมื่อบริษัทมีการประกาศจ่ายเงินปันผลเท่านั้น บริษัทอาจออกหุ้นบุริมสิทธิที่สะสมเงินปันผลก็ได้ซึ่งมาตรา 151(c)[94] ได้ตัดปัญหาต่างๆ เกี่ยวกับเงินปันผลที่ยังไม่ได้จ่ายในหุ้นบุริมสิทธิ กล่าวคือเงินปันผลจะสะสมได้ตามความต้องการ ถ้าได้กำหนดและแสดงไว้ในตราสารจัดตั้งของบริษัทอย่างชัดแจ้ง[95]

2) สิทธิการได้รับทุนคืนเมื่อเลิกบริษัทหุ้นบุริมสิทธิตามกฎหมายบริษัทของมลรัฐเดเลแวร์สามารถกำหนดในเรื่องการคืนทุนก่อนหุ้นสามัญเมื่อเลิกบริษัทได้ แต่ต้องกำหนดไว้อย่างชัดเจนในตราสารจัดตั้งบริษัท ถ้าไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งในตราสารจัดตั้งจะต้องแปลความอย่างเคร่งครัด เพราะการกำหนดเช่นนี้กระทบกระเทือนต่อหลักความเท่าเทียมกันของหุ้น

3) สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงเช่นเดียวกับหุ้นสามัญ ถ้าตราสารจัดตั้งของบริษัทไม่ได้กำหนดไว้โดยเฉพาะว่าหุ้นบุริมสิทธิไม่มีสิทธิออกเสียง ดังนั้นถ้าตราสารจัดตั้งกำหนดไว้ว่าหุ้นบุริมสิทธิไม่มีสิทธิออกเสียงผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็จะไม่มีสิทธิออกเสียง แต่อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะเป็นหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมโดยทั่วไป แต่ถ้าที่ประชุมจะลงมติเกี่ยวกับเรื่องที่บริษัทจะร้องต่อศาลขอให้สั่งว่าบริษัทล้มละลายโดยสมัครใจ หรือเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลค้างจ่ายซึ่งบริษัทสามารถจ่ายได้แต่บริษัทไม่จ่ายเช่นนี้ ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่มีสิทธิออกเสียงจะกลับมามีสิทธิออกเสียงในเรื่องเหล่านี้เพื่อเข้าแทรกแซง หรือคัดค้าน หรือขอที่ประชุมกลับมติดังกล่าวได้ หลักดังกล่าวนี้เป็นผลจากแนวบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลเช่น

---

[94] The General Corporation Law of the State of Delaware

Section 151 (c) “The holders of preferred or special stock of any class or of any series thereof shall be entitled to receive dividends at such rates on such conditions and at such times as shall be stated in the certificate of corporation or in the resolution or resolutions providing for the issue of such stock adopted by the board of directors as hereinabove provided, payable in preference to, or in such relation to, the dividends payable on any other class or classes or of any other series of stock, and cumulative or non-cumulative as shall be so stated and expressed. When dividends upon the preferred and special stocks, if any, to the extent of the preference to which such stocks are entitled, shall have been paid or declared and set apart for payment, a dividend on the remaining class or classes or series of stock may then be paid out of the remaining assets of the corporation available for dividends as elsewhere in this chapter provided.

[95] Folk, E. L., III, **The Delaware general corporation law**, 113.

ในคดี Vogtman v. Merchants Mortgage & Credit Co., 20 Del.Ch. 364, 368, 178 A. 99, 101 (Ch. 1935) และคดีMacht v. Merchants Mortgage & Credit Co., 22 Del. Dh. 70, 72, 194 A. 19, 21 (Ch. 1937)[96] สิทธิออกเสียงที่กล่าวถึงดังกล่าวมิใช่บุริมสิทธิ แต่เป็นสิทธิทั่วไปที่อาจกำหนดให้แตกต่างหรือให้ไม่มีสิทธิออกเสียงในหุ้นแต่ละประเภทได้ ไม่เฉพาะแต่ที่จะกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิ

2. การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ

ในเรื่องการเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิ กฎหมายของมลรัฐเดเลแวร์กล่าวว่าหุ้นประเภทหรือชุดอาจถูกทำให้แปลงสภาพได้ หรือแลกเปลี่ยนได้ โดยทางเลือกของผู้ถือหุ้นหรือบริษัทเพิ่มขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะ ในราคาที่กำหนด หรือราคาต่าง ๆ ตามอัตราที่กำหนด หรือตามอัตราแลกเปลี่ยนตามที่กำหนดในตราสารจัดตั้งของบริษัท หรือโดยมติที่ประชุม หรือมติเพื่อการออกหุ้นที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการแล้ว[97]

จากการที่กฎหมายบัญญัติไว้ดังกล่าว ถ้าตราสารจัดตั้งให้อำนาจหุ้นต่างๆ ที่จะแปลงสภาพได้ การกำหนดการเปลี่ยนแปลงในหุ้นแต่ละประเภทจะเป็นอำนาจของกรรมการบริษัท เป็นที่น่าสังเกตว่าสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับความคุ้มครองที่ไม่อาจทำให้เพิ่มขึ้น หรือลดลง หรือเปลี่ยนแปลงโดยตราสารจัดตั้งหรือโดยสัญญาระหว่างบริษัทและผู้ถือหุ้น แต่ในเรื่องการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นประเภทอื่นกลับสามารถทำได้ถ้าได้กำหนดไว้ในตราสารจัดตั้ง ฉะนั้นการเปลี่ยนแปลงสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิกับการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิจึงต่างกันในความหมายของกฎหมายมลรัฐเดเลแวร์

---

[96] Folk, E. L., III, **The Delaware general corporation law**, 112, 398-399.

[97] Section 151 (e) “Any stock of any class or series thereof may be made convertible into, or exchangeable for, at the option of either the holder or the corporation or upon the happening of a specified event, shares of any other class or classes or any other series of the same or any other class or classes of stock of the corporation, at such price or at such rate or rates of exchange and with such adjustments as shall be stated in the certificate of incorporation or in the resolution or resolutions providing for the issue of such stock adopted by the board of directors.

3. การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

ในเรื่องนี้กฎหมายบริษัทของมลรัฐเดเลแวร์ บัญญัติว่าหุ้นบุริมสิทธิหรือหุ้นพิเศษอาจถูกทำให้เป็นหุ้นที่สามารถไถ่ถอนได้ด้วยเงินสด ด้วยทรัพย์สินหรือสิทธิ รวมถึงหลักทรัพย์ของบริษัทอื่นโดยทางเลือกของผู้ถือหุ้น หรือบริษัท หรือขึ้นกับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะ ณ เวลา ราคา หรืออัตราที่กำหนดซึ่งระบุไว้ในข้อบังคับที่จัดตั้งบริษัท หรือมติที่ประชุมหรือมติออกหุ้นที่ได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการแล้ว[98]

บทบัญญัติกฎหมายบริษัทของมลรัฐเดเลแวร์จะมีความชัดเจนเกี่ยวกับการให้สิทธิบริษัทที่จะกำหนดสิทธิต่าง ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิได้อย่างกว้างขวาง โดยให้ระบุไว้ในตราสารจัด ตั้งบริษัทและกรรมการจะเป็นผู้กำหนดสิทธิในรายละเอียดอีกครั้ง

3.3 ประเทศญี่ปุ่น

การออกหุ้นในกฎหมายบริษัทของประเทศญี่ปุ่น ให้อำนาจบริษัทที่จะออกหุ้นเป็นประเภทซึ่งมีสิทธิแตกต่างกันคือ บริษัทอาจออกหุ้นหลายประเภทให้แตกต่างกันในสาระที่เกี่ยวกับการแบ่งกำไร ดอกเบี้ย หรือทรัพย์สินส่วนเกินหรือการทำให้หุ้นสิ้นสภาพโดยกำไร[99] สาระสำคัญของหุ้นและจำนวนหุ้นแต่ละประเภทจะถูกกำหนดโดยตราสารจัดตั้งของบริษัทการกำหนดในตราสารจัดตั้งนั้นจะต้องเพียงพอที่จะกำหนดจำนวนเงินที่จะแบ่งในฐานะบุริมสิทธิในหุ้นประเภทที่มี

---

[98] The General Corporation of the State of Delaware, section 151(b) “Any preferred or special stock may be made redeemable for cash, property or rights, including securities of any other corporation, at the option of either the holder or the corporation or upon the happening of a specified event, at such time or times such price or prices, or such rate or rates, and with such adjustments, as shall be stated in the certificate of incorporation or in the resolution or resolutions providing for the issue of such stock adopted by the board of directors as hereinabove provided.

[99] The Commercial Code Article 222.

“The company may issue several classes of shares which differ in their contents as to the distribution of profit, interest, or surplus assets, or the retirement of shares by profits.

2. In the case under the preceding paragraph, contents and number of each of shares shall be stipulated by the articles of incorporation. Provided that, it is sufficient to set a ceiling on the amount to bedistributed preferentially in the contents of a class of shares containing preference as to the distribution of profits.

3. In the case under paragraph 1, even if there is no stipulation in the articles of incorporation, special stipulations may be made according to each class of shares in regard to subscription of new shares allotment of shares arising from consolidation, split or retirement of shares, amalgamation, or subscription of convertible debentures or debentures with pre-emptive rights.” : คำแปลภาษาอังกฤษจาก EHS Law Bulletin Series Japan, Volume II (Tokyo : Eibun – Horei – Sha, Inc. ; 1992), p. II (ja 58).

บุริมสิทธิเกี่ยวกับการแบ่งกำไรได้และแม้ว่าถ้าไม่มีการกำหนดในตราสารจัดตั้งของบริษัท การกำหนดเป็นพิเศษจากถูกกำหนดในหุ้นแต่ละประเภทเกี่ยวกับการเข้าชื่อถือหุ้นใหม่ การแบ่งหุ้นที่เพิ่มขึ้นจากการรวมบริษัทการแยก หรือการทำให้หุ้นหมดสภาพ การควบคุมบริษัท หรือการเข้าชื่อถือหุ้นกู้ แปลงสภาพ หรือหุ้นกู้ซึ่งมีสิทธิในการเลือกซื้อก่อนคนอื่น

จากบทบัญญัติดังกล่าว บริษัทในประเทศญี่ปุ่นอาจออกหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิ (หรือด้อยสิทธิ) ให้มีความสัมพันธ์กับหุ้นสามัญได้ในเรื่องเงินปันผล หรือทรัพย์สินเมื่อมีการชำระบัญชี[100] หุ้นบุริมสิทธิอาจกำหนดให้มีสิทธิต่าง ๆ ได้ดังนี้

1. สิทธิในทางทรัพย์สิน

สิทธิในทรัพย์สินอาจแบ่งได้ ดังนี้

1) สิทธิในเงินปันผลหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิอาจถูกกำหนดให้มีบุริม สิทธิในเรื่องเงินปันผล หรือมีความด้อยสิทธิในเรื่องเงินปันผลก็ดี ซึ่งบุริมสิทธิในเงินปันผลนี้อาจสะสมหรือไม่สะสม อาจมีสิทธิร่วมรับหรือไม่มีสิทธิร่วมรับก็ได้

2) สิทธิได้รับทุนคืนเมื่อเลิกบริษัทหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิอาจถูกกำหนดให้มีบุริมสิทธิในเรื่องการคืนทุนเมื่อมีการชำระบัญชีบริษัทเมื่อเลิกบริษัทได้ รวมทั้งสิทธิในส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุน สิทธิประเภทนี้สามารถกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิได้ ถือเป็นสิทธิในทางทรัพย์สินเมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท

---

[100] Oghigan, H., The law of commerce in Japan, (Tokyo: Prentice Hall, 1993), 32.

2. สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุม

หุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิอาจถูกกำหนดสิทธิให้มีสิทธิออกเสียง หรือไม่มีสิทธิออกเสียง (มีได้กรณีที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิเท่านั้น) ก็ได้ แต่สำหรับหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงประมวลกฎหมายพาณิชย์ของญี่ปุ่นกำหนดให้มีได้ไม่เกินหนึ่ง ในสามของหุ้นทั้งหมดที่ออกเท่านั้น ในส่วนนี้ได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 242[101]

3. การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ

ในเรื่องนี้ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 222-4[102] บัญญัติถึงกรณีที่กล่าวไว้ใน มาตรา 222-2 วรรคแรก ในเรื่องการแปลงสภาพหุ้นประเภทหนึ่งไปเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่งที่มีสิทธิแตกต่างกัน รายละเอียดต่อไปนี้อาจถูกกำหนดไว้ในเอกสารการออกหุ้น หรือหนังสือแสดงสิทธิในการซื้อหุ้นก่อนได้ คือ

(1) หุ้นในประเทศหนึ่งอาจถูกแปลงเป็นหุ้นประเภทอื่น

(2) เงื่อนไขในการแปลงสภาพ

(3) รายละเอียดเกี่ยวกับหุ้นที่ออกอันเป็นผลเนื่องมาจากการแปลงสภาพ

(4) กำหนดช่วงเวลาสำหรับการขอแปลงสภาพ

---

[101] The commercial Code Article 242

"In cases where a company issues two or more classes of shares, it may be stipulated by the articles of incorporation that with respect to a class of shares containing preference regarding the distribution of profits, a shareholder shall not be entitled to vote; however, such shareholder shall be entitled to vote from the time off the ordinary general meeting if the agenda item to the effect that he shall receive a preferred dividend has not been submitted at the meeting and from the time of the close of the ordinary general meeting if the agenda item has been rejected at the meeting, to the time when a resolution to the effect that he shall receive a preferred dividend has been adopted.

2. The provision of the proviso to the preceding paragraph shall not preclude the articles of incorporation from stipulating that the said shareholder shall have the right to vote from the time of the ordinary general meeting of shareholders if an agenda item is not submitted to the effect that he shall receive a preferred dividend from the said ordinary general meeting of shareholders following the present meeting where a resolution to the effect that a preferred dividend shall not be received in regard of the share under the said paragraph has been adopted for the dividend to be accumulated, and from the close of the said ordinary general meeting of shareholders if such agenda item is rejected."

[102] The Commercial Code Article 222-4

"In the case mentioned in Article 222-2 paragraph 1, the following particulars shall be stated in the application form for shares or the pre-emptive right certificates:

(1) That a share of one class may be converted into a share of another class;

(2) Conditions of conversion;

(3) The particulars as to the shares to be issued in consequence of the conversion;

(4) The period within which a demand for conversion may be made."

ในการขอแปลงสภาพ ผู้ถือหุ้นต้องยื่นหนังสือแปลงสภาพพร้อมกับใบหุ้นต่อบริษัท และหนังสือขอแปลงสภาพจะต้องระบุจำนวนหุ้นที่จะถูกแปลง และวันที่ต้องการแปลงสภาพพร้อมลงชื่ออย่างถูกต้อง การขอแปลงสภาพหุ้นจะยังไม่เป็นผลในการแปลงสภาพในช่วงเวลาที่บริษัทกำหนดเพื่อหยุดเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนผู้ถือหุ้นก่อนมีการประชุมผู้ถือหุ้นเพื่อให้รู้แน่ว่าใครเป็นผู้มีสิทธิเข้าประชุมและมีสิทธิออกเสียง ระยะเวลาดังกล่าวจะไม่เกิน 3 เดือนก่อนมีการใช้สิทธิออกเสียง[103] ฉะนั้น จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นว่า กฎหมายบริษัทของประเทศญี่ปุ่นยอมรับให้มีการแปลงสภาพหุ้นได้ และได้บัญญัติถึงขั้นตอนรายละเอียดในการแปลงสภาพได้อย่างชัดเจน

4. การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ของประเทศญี่ปุ่น มาตรา 210[104] ได้บัญญัติไว้ในลักษณะว่า บริษัทไม่สามารถเข้าถือหุ้นของตนเอง หรือรับจำนำหุ้นของตนเองเกินหนึ่งในยี่สิบส่วนของหุ้นทั้งหมด เว้นแต่ในกรณีต่อไปนี้ คือ

(1) หุ้นถูกทำให้สิ้นสภาพโดยกำไร

(2) บริษัทควบกันหรือการโอนกิจการของบริษัท

(3) เมื่อมีความจำเป็นที่บริษัทต้องใช้สิทธิและเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของบริษัทนั้น

---

[103] The Commercial Code Article 224-3

In order to determine the person who exercises the right of voting, receives dividends or exercises other tights as a shareholder or a pledge, the company may stop to alter any entry in the register of shareholders for a specific period or it may deem any shareholder or pledge whose name appears in the register of shareholders on a specified date to be the shareholder or the pledge who is entitled to exercise the rights.

2. The period mentioned in the preceding paragraph shall not exceed three months.

3. The date mentioned in paragraph 1 shall be determined within three months prior to the date on which the person may exercise the rights as a shareholder or a pledge.

4. The company shall give public notice of the period or date mentioned in paragraph 1 two weeks in advance; however, this shall not apply in cases where such period or date has been designated by the articles of incorporation.

[104] The Commercial Code Article 210

“A company cannot acquire its own shares or take in pledge its own shares of the number exceeding one-twentieth of the whole number of issued shares except in the following cases;

(1) Where the shares are to be retired;

(2) Where companies are amalgamated or the in tire business of another company is acquired by transfer;

(3) Where in the course of the exercise of the rights of the company it is necessary to do so for achieving such object;

(4) หุ้นของบริษัทอาจถูกซื้อตามบทบัญญัติของ มาตรา 230-8-2 วรรคสอง มาตรา 245-2, มาตรา 349 วรรคแรกหรือ 408-3 แห่งกฎหมายฉบับนี้หรือ มาตรา 64-2 วรรคแรกแห่งกฎหมายว่าด้วยบริษัทเอกชน

จากบทบัญญัติดังกล่าว โดยหลักกฎหมายบริษัทของประเทศญี่ปุ่นห้ามบริษัทถือหุ้นตนเองและห้ามรับจำนำหุ้นของตนเองเกินหนึ่งในยี่สิบส่วนของจำนวนหุ้นทั้งหมด เว้นแต่มีกรณีเข้าข้อยกเว้น 4 ประการดังกล่าว ด้วยเหตุที่มีกฎหมายกำหนดเช่นนี้ จึงทำให้บริษัทอาจไถ่ถอนหุ้นได้แต่ไถ่ถอนได้เฉพาะกรณีที่กฎหมายเปิดช่องให้เท่านั้น

บทบัญญัติต่าง ๆ ที่กล่าวไว้ในกฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษ มลรัฐนิวยอร์ก มลรัฐเดเลแวร์ในประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่น มีลักษณะใกล้เคียงกันคือยอมให้บริษัทสามารถกำหนดหรือออกหุ้นเป็นประเภทให้มีสิทธิแตกต่างกันไปในเรื่องต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นสิทธิในลักษณะบุริมสิทธิ ด้อยสิทธิ รวมทั้งสิทธิอื่น ๆ ที่โดยสภาพแล้วไม่ใช่เรื่องบุริมสิทธิด้วย การกำหนดสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิในเรื่องต่าง ๆ ก็มีลักษณะเดียวกัน เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายบริษัทของไทยแล้ว การบางประเภทหุ้นและการกำหนดสิทธิต่าง ๆ ยังมีความแตกต่างในหลาย ๆ ประการ เช่น ในเรื่องการออกหุ้น ประเทศไทยแยกเป็น 2 ประเภทคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ขณะที่ต่างประเทศบริษัท ออกหุ้นเป็นประเภท ๆ โดยมีสิทธิแตกต่างกันได้ แต่ละประเภทอาจแบ่งย่อยออกเป็นชุดได้อีก

จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิและสิทธิของผู้ถือหุ้นในต่างประเทศ จะพบว่า หุ้นบุริมสิทธิมักจะกำหนดบุริมสิทธิในเรื่องเกี่ยวกับสิทธิในทางทรัพย์สิน เช่น สิทธิในการรับเงินปันผล ได้แก่ หุ้นบุริมสิทธิมีบุริมสิทธิในการรับปันผลก่อนหุ้นอื่น จำนวนเงินปันผลอาจกำหนดเป็นจำนวนแน่นอนเช่นเป็นเปอร์เซ็นต์ และเงินปันผลเหล่านี้อาจสะสมได้ในปีที่บริษัทไม่จ่ายเงินปันผล สิทธิในการคืนทุนได้แก่ ได้รับคืนทุนจนเต็มจำนวนก่อน หรือได้รับส่วนแบ่งในทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุน โดยอาจได้รับตามอัตราของเงินปันผลก็ได้ สำหรับสิทธิในประการอื่น ๆ เช่น สิทธิในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุม สิทธิในการแปลงสภาพหุ้น สิทธิในการไถ่ถอนหุ้นไม้ถือเป็นบุริมสิทธิแต่จะเป็นสิทธิทั่วไปที่สามารถกำหนดให้แตกต่างกันในหุ้นแต่ละประเภทได้ รวมทั้งหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิด้วย

หุ้นบุริมสิทธิมิใช่หุ้นประเภทหนึ่งที่บัญญัติขึ้นโดยกฎหมายบริษัทของประเทศเหล่านั้น แต่บุริมสิทธิเป็นสิทธิชนิดที่ดีกว่า เกี่ยวกับสิทธิทางทรัพย์สินที่อาจกำหนดในหุ้นแต่ละประเภทได้ ซึ่งเมื่อกำหนดแล้วหุ้นประเภทนั้นก็จะเป็นหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิ และหุ้นประเภทนี้มักพบในคำอธิบายทางตำราซึ่งใช้คำเรียกว่าหุ้นบุริมสิทธิ “preference share” หุ้นบุริมสิทธินี้อาจถูกจำกัดสิทธิในเรื่องอื่น ๆ เช่น สิทธิออกเสียง หรืออาจไม่ให้มีสิทธิออกเสียงเลยก็ได้ ซึ่งจะเห็นว่าหุ้น

บุริมสิทธิในต่างประเทศจะมีสภาพแตกต่างจากประเทศไทย เพราะประเทศไทยโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกำหนดหุ้นชนิดที่เรียกว่าหุ้นบุริมสิทธิขึ้นมาคู่กับหุ้นสามัญ และได้บัญญัติถึงสิทธิพื้นฐานของหุ้นสามัญไว้โดยที่มิได้บัญญัติความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ หรือสภาพของบุริมสิทธิให้ชัดเจนว่าเป็นอย่างไร จากการที่หุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทยถือเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่ง หรือชนิดหนึ่งต่างจากหุ้นสามัญ ประกอบกับบทบัญญัติในเรื่องการกำหนดสภาพบุริมสิทธิมีความไม่ชัดเจน จึงทำให้เกิดปัญหาในการกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิว่าจะกำหนดได้อย่างไรบ้าง และจะกำหนดให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดไว้ได้หรือไม่ ซึ่งปัญหานี้จะได้ศึกษาวิเคราะห์ในบทต่อไป

3.4 กฎหมาย Exon-Florio สหรัฐอเมริกา

กฎหมาย Exon-Florio เป็นกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา ที่ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีอำนาจสอบสวนผลกระทบด้านความมั่นคงของชาติที่เกิดจากการควบรวมกิจการ การซื้อกิจการ และการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว หรือกับคนต่างด้าว

กฎหมาย Exon-Florio ไม่มีความชัดเจนในเรื่องของวิธีการพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัทต่างด้าว แต่กฎหมายในรายสาขา เช่น กฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมกลับมีรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการในการพิจารณาสัญชาติของบริษัทที่ชัดเจนมากกว่า

มาตรา 310 ของ The Communications Act of 1934 ได้กำหนดข้อจำกัดสำหรับการออกใบอนุญาตสำหรับผู้ที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและสถานีวิทยุ ดังนี้

Section310(a) ห้ามรัฐบาลของต่างประเทศหรือผู้แทนเป็นผู้ถือใบอนุญาตฯ แต่กฎหมายไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมโดยผ่านบริษัทโฮลดิ้ง ในกรณีหลังนี้สงวนสิทธิที่จะให้หรือไม่ให้ใบอนุญาตได้ ขึ้นอยู่กับว่าการครอบครองของรัฐบาลต่างชาติมีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะหรือไม่

Section 310(b)(1) ห้ามบุคคลธรรมดาที่มิได้มีสัญชาติอเมริกันประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางอ้อมดังเช่นใน Section 310(a)

Section 310(b)(2) ห้ามนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างประเทศประกอบกิจการโทรคมนาคม แต่ไม่ได้ห้ามการถือหุ้นทางออ้มดังเช่นใน Section 310(a)

Section 310(b)(3) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นทางตรงในผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมเกินกว่าร้อยละ 20 ของหุ้นทุนทั้งหมด เพดานการถือหุ้น

ดังกล่าวบังคับใช้ในกรณีที่ผู้ลงทุนต่างชาติถือหุ้นโดยผ่านบริษัทโฮลดิ้ง และในกรณีที่บริษัทต่างชาติไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการนิติบุคคลที่เป็นผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย

Section 310(b)(4) ห้ามบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลต่างชาติถือหุ้นเกินร้อยละ 25 ของหุ้นทุนทั้งหมดในกรณีบริษัทดังกล่าวมีอำนาจในการควบคุมผู้รับใบอนุญาตทั้งในทางตรงหรือทางอ้อม ยกเว้นคณะกรรมการโทรคมนาคมหรือ Federel Communications Commission (FCC) เห็นว่าการถือหุ้นในสัดส่วนที่สูงกว่าไม่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์สาธารณะ

สืบเนื่องจากที่ข้อกำหนดเกี่ยวกับเพดานการถือหุ้นของคนต่างด้าวโดยเฉพาะ Section 310(b)(3) และ Section 310(b)(4) ยังไม่มีความชัดเจนในทางปฏิบัติ ส่งผลให้มีปัญหาในการบังคับใช้ FCC จึงได้ออกคู่มือวิธีการในการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติที่เรียกว่า Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio Licenses เมื่อวันที่ 17 เดือน พฤศจิกายน พ.ศ. 2547

เอกสารดังกล่าวได้กำหนดแนวทางในการคำนวณสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติในนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตการประกอบกิจการโทรคมนาคมและวิทยุ ซึ่งมีหลักการคำนวณใน 2 ลักษณะ คือ การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณจากสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้นของการถือหุ้นและการคำนวณโดยไม่ใช้ตัวคูณในกรณีที่การถือหุ้นของต่างชาติในบางลำดับชั้นโยงกับอำนาจในการควบคุมและการบริหารจัดการของนิติบุคคลที่ขอรับใบอนุญาตในการประกอบกิจการโทรคมนาคมด้วย

การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยใช้ตัวคูณจากสัดส่วนการถือหุ้นในแต่ละลำดับชั้นมี 2 กรณี คือ

1. คำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นทุน หากต่างชาติที่ถือหุ้นเป็นหุ้นทุนร้อยละ 20 ในบริษัท A โดยบริษัท A ถือหุ้นที่เป็นทุนร้อยละ 40 ในบริษัท B และมีอำนาจควบคุมบริษัท B ในทางปฏิบัติ สัดส่วนของต่างชาติที่ถือในบริษัท B ซึ่งเป็นผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการจะเท่ากับร้อยละ 8

2. คำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงแต่ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการ หากผู้ถือหุ้นต่างชาติหลายรายซึ่งไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการถือหุ้นในบริษัท A ร้อยละ 30 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของบริษัท โดยที่บริษัท A ถือหุ้นโดยไม่มีอำนาจบริหารในบริษัท B ร้อยละ 40 สัดส่วนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของต่างชาติในบริษัท B ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการเท่ากับร้อยละ 12

การคำนวณการถือหุ้นทางอ้อมของชาวต่างชาติโดยไม่ใช้ตัวคูณจากสัดส่วนการถือหุ้นในหลายระดับ

คำนวณจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงและมีอำนาจในการบริหารจัดการ หากต่างชาติถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท A ร้อยละ 25 แต่ไม่มีอำนาจในการบริหารจัดการบริษัท A และบริษัท A ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัท B ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคมในสัดส่วนร้อยละ 40 โดยบริษัท A มีอำนาจในการควบคุมบริษัทB ในทางปฏิบัติจะถือได้ว่าบริษัท B มีหุ้นส่วนต่างชาติที่มีสิทธิออกเสียงร้อยละ 25 ซึ่งเกินเพดานสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัทต่างชาติตามมาตรา 310(b)(3) ของ Communications Act ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

อำนาจการควบคุมซึ่งเป็นตัวแปรสำคัญในการกำหนดสูตรในการคำนวณหุ้นส่วนต่างชาตินั้น แบ่งออกเป็น 2 ประเภท คือ อำนาจการควบคุมในทางกฎหมายซึ่งจะพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงว่าเกินกึ่งหนึ่งหรือไม่ และอำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติซึ่งจะพิจารณาจากตัวแปรที่สามารถบ่งชี้ว่าผู้ใดมีอำนาจควบคุมบริษัทในทางปฏิบัติ ดังนี้

1. สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการในแต่ละวัน
2. สัญชาติของผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายการจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาต
3. สัญชาติของผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้าง ค่าการจัดการ และการยกเลิกการจ้างพนักงาน
4. สัญชาติของผู้จ่ายเงินสำหรับข้อผูกพันทางการเงินรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆที่นอกเหนือจากค่าดำเนินการ
5. สัญชาติของผู้ได้รับเงินและผลกำไรจากการดำเนินงาน
6. สัญชาติของผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัท

โดยจะพิจารณาผู้มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติจากปัจจัยต่างๆ ข้างต้นเป็นรายกรณีไป และจะคิดสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงของผู้มีอำนาจควบคุมในทางปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการคำนวณหุ้นส่วนต่างชาติดังที่กล่าวมาแล้ว

โดยสรุปแล้ววิธีการพิจารณาสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติตามกฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมของสหรัฐอเมริกามีความละเอียดอย่างมากโดยมีการนำตัวแปรของอำนาจในการบริหารจัดการเข้ามาประกอบในการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติในเชิงปริมาณด้วยแต่ที่น่าสังเกตก็คือ กฎหมายได้ให้อำนาจดุลยพินิจแก่ FCC ในการอนุญาตให้นิติบุคคลที่มีหุ้นส่วนต่างชาติเกินกว่าเกณฑ์ที่กำหนดไว้ประกอบกิจการโทรคมนาคมได้หากเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน แสดงให้เห็นว่าแม้สหรัฐอเมริกามีนโยบายที่จะจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจโทรคมนาคมแต่ก็มีการผ่อนปรนหากการลงทุนของต่างชาติเอื้อต่อประโยชน์ส่วนรวม

3.5 ประเทศแคนาดา

การเข้ามาลงทุนประกอบกิจการของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้ บังคับของกฎหมายหลายฉบับ ฉบับที่สำคัญซึ่งเป็นมาตรการในการกำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับ การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดา ได้แก่ Investment Canada Act R.S.C, 1985, c. 28 (1st Supp.) หรือ ICA หรือที่เรียกว่าพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนแคนาดา ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดเกี่ยวกับ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาโดยใช้บังคับกับการตรวจสอบการลงทุนที่มีนัยสำคัญของคนต่างด้าวในแคนาดา เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุนนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์กับแคนาดา[105]

3.5.1 ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจในแคนาดา (Canadian business)[106] หมายถึงการประกอบธุรกิจในแคนาดาโดยมี

1. สถานประกอบการในแคนาดา
2. บุคคลหนึ่งคนหรือหลายคนในแคนาดาซึ่งถูกจ้างหรือทำธุรกิจส่วนตัวซึ่ง เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ประกอบนั้น
3. ทรัพยสินในแคนาดาซึ่งใช้ในการประกอบกิจการ

ประเทศแคนาดาก็มีกำหนดห้ามหรือจำกัดคนต่างด้าวโดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ ได้แก่

1. การประมง ซึ่ง Fisheries Act 1985อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ในบริษัทแคนาดาที่ได้รับใบอนุญาต ให้ประกอบกิจการพาณิชย์การประมง ทั้งนี้ ไม่มีข้อห้ามคน

---

[105] Purpose of Act

Recognizing that increased capital and technology benefits Canada, and recognizing the importance of protecting national security, the purposes of this Act are to provide for the review of significant investments in Canada by non-Canadians in a manner that encourages investment, economic growth and employment opportunities in Canada and to provide for the review of investments in Canada by non-Canadians that could be injurious to national security.

[106] Section 3 “Canadian business” means a business carried on in Canada that has

(a) a place of business in Canada,

(b) an individual or individuals in Canada who are employed or self-employed in connection with the business, and

(c) assets in Canada used in carrying on the business.

ต่างด้าวเป็นเจ้าของธุรกิจบริษัทแปรรูปปลา ที่ไม่จำต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพาณิชย์การประมง

2. การขนส่งทางอากาศ สำหรับการขนส่งทางอากาศอนุญาตเฉพาะคนท้องถิ่น เป็นเจ้าของในการประกอบธุรกิจและควบคุมสายการบินในการให้บริการภายในประเทศภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา ซึ่งอนุญาตให้ต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของตราสารทุนที่มีสิทธิออกเสียง

3. การผลิตและการจำหน่ายหนังสือ (Foreign Investment Policy in Book Publishing and Distribution)

4. การแพร่ภาพกระจายเสียง อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพ กระจายเสียง ซึ่งจำกัดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 46.7 โดยแบ่งเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นได้ ไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับใบอนุญาต และไม่เกินร้อยละ 33 1/3 ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (holding company) อย่างไรก็ดี ไม่มีข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจการแพร่ภาพกระจายเสียง สำหรับคนต่างด้าวที่ถือหุ้นที่ไม่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตหรือบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (holding company)

5. การจัดจำหน่ายภาพยนตร์ (film distribution investment policy)

6. การจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นวาระ (periodical publishing investment policy) แคนาดาต้องห้ามคนต่างด้าวได้มาซึ่งบริษัทแคนาดาหรือเข้าควบคุมบริษัทแคนาดา ซึ่งประกอบธุรกิจการจัดจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นวาระ

7. บริการด้านการเงิน (มีข้อจำกัดด้านการถือหุ้นซึ่ง แตกต่างตามขนาดของ สถาบันการเงิน และขึ้นอยู่กับแต่ละเมือง)

8. กิจการสื่อสารโทรคมนาคม อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการ โทรคมนาคม ซึ่งจำกัดการถือหุ้นของต่างชาติไม่เกินร้อยละ 20 โดยคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 46.7 ของ หุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในองค์กรทางธุรกิจซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการถ่ายทอดสัญญาณการสื่อสาร โทรคมนาคมให้แก่ลูกค้าภายใต้การควบคุมของรัฐบาล โดย 46.7 นี้เป็นเป็นคนต่างด้าวถือโดยตรง ไม่เกินร้อยละ 20 และถือโดยอ้อมไม่เกินร้อยละ 33 1/3 ในหุ้นซึ่งให้สิทธิออกเสียงของบริษัทที่ถือ หุ้นอยู่ (holding company) ในองค์กรทางธุรกิจนั้น

9. กิจการอื่น ๆ เช่น เกษตรกรรม การจำหน่ายเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ พลังงานและการทำเหมืองโดยเฉพาะเหมืองแร่ยูเรเนียม กิจการน้ำมันและก๊าซ การวัดสายตา การขา ยาและเภสัชกรรม ตัวแทนหลักทรัพย์ เครื่องกำเนิดและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า เป็นต้น

ประเทศแคนาดายังมีการการกำหนดเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าว ซึ่งการเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบกิจการใน แคนาดาอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

1. การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้ง (notifiable) ผู้ที่จะประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้งนี้ จะต้องมีหนังสือแจ้งในเวลา ใดก็ได้ก่อนเสร็จสินการลงทุน (completion of the investment) หรือภายใน 30 วันหลังจากเสร็จสิน การลงทุน

2. การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบ (reviewable) ธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบนี้ จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อนหากเข้า กรณีใดใน 3 กรณีดังต่อไปนี้

1) การลงทุนในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (non-cultural Canadian business)[107]

2) ผู้ลงทุนเป็นประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก World Trade Organization และได้ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยตรงซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 312 ล้านเหรียญแคนาดา (เฉพาะสำหรับ ปี 2011) ทั้งนี้ ข้อกำหนดเฉพาะในอัตราทรัพย์สินของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลก จะเปลี่ยนไปทุกวันที่ 1 มกราคมของทุกปี

3) ผู้ลงทุนที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกและได้ ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดา โดยตรงซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 5 ล้านเหรียญแคนาดาหรือมากกว่านั้น (เฉพาะสำหรับปี 2011) และ สำหรับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดา โดยอ้อมต้องมีทรัพย์สินมากกว่า 50 ล้านเหรียญแคนาดาสำหรับธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาที่กล่าวมา ข้างต้นอาจได้รับอนุมัติให้ประกอบกิจการได้หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวง

---

[107] Investment Canada Act 1985 Sect.14

Limits

(3) An investment described in paragraph (1)(a), (b) or (c) is reviewable under this Part where the value, calculated in the manner prescribed, of

(a) the assets acquired, in the case where control of a Canadian business is acquired in the manner described in paragraph 28(1)(c), or

(b) the assets of the entity carrying on the Canadian business, and of all other entities in Canada, the control of which is acquired, directly or indirectly, in the case where control of a Canadian business is acquired in the manner described in paragraph 28(1)(a), (b) or (d), is five million dollars or more.

Limits

(4) An investment described in paragraph (1)(d) is reviewable under this Part where the value, calculated in the manner prescribed, of the assets of the entity carrying on the Canadian business, and of all other entities in Canada, the control of which is acquired, directly or indirectly, is fifty million dollars or more.

อุตสาหกรรมเห็นเป็นที่ พอใจว่า การประกอบธุรกิจนั้นน่าจะเป็นประโยชน์สุทธิ (net benefit) ต่อประเทศแคนาดา โดย พิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้

ก. ผลกระทบของการลงทุนนั้น ๆ ต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในแคนาดา

ข. ระดับความเข้มข้นของของชาวแคนาดาที่เข้าร่วมในธุรกิจที่ขออนุมัตินั้น

ค. ผลกระทบของการลงทุนต่อการแข่งขันในธุรกิจ

ง. การลงทุนไปด้วยกันได้กับอุตสาหกรรม เศรษฐกิจ และนโยบายทางวัฒนธรรมของประเทศ และ

จ. การทำให้แคนาดามีความสามารถในการแข่งขันได้กับทั่วโลก

3. มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดา (cultural Canadian business) โดยตรง ซึ่งมีทรัพย์สิน 5 ล้านเหรียญแคนาดาหรือ มากกว่า หรือเมื่อรัฐบาลแคนาดาพิจารณาแล้วว่าการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมนั้นควร ต้องตรวจสอบเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

4. รัฐบาลแคนาดาพิจารณาว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายกาจ ต่อความมั่นคงของรัฐ อย่างไรก็ดี ไม่มีการให้คำนิยามคำว่า “ความมั่นคงของรัฐ” ไว้ใน พระราชบัญญัติการลงทุนของแคนาดาหรือในองค์ประกอบใดที่จะถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อ ความมั่นคงของรัฐ ซึ่งเป็นการยืดหยุ่นให้กับรัฐบาลในการใช้ความเห็นพิจารณา

การลงทุนของคนต่างด้าวการกำหนดให้การลงทุนโดยบุคคลที่ไม่ใช่ชาว แคนาดาในธุรกิจต่อไปนี้ต้องแจ้งรัฐให้ทราบก่อนการดำเนินธุรกิจ ได้แก่

1. การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยมีการดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และ

2. การลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับ วัฒนธรรม การเงิน การขนส่ง และบริการด้านโทรคมนาคม

3.5.2 คำนิยามของคนต่างด้าว

ในมาตรา 3 ว่า ผู้ที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา หมายถึง บุคคล รัฐบาล หน่วยงาน หรือนิติบุคคล ที่มิใช่ชาวแคนาดา[108]

ซึ่งในการพิจารณาว่าเช่นไรจึงจะไม่ใช่ชาวแคนาดาจะต้องดูในคำนิยามของ ชาวแคนาดาว่าหมายถึง

(a) พลเมืองแคนาดา

---

[108] non-Canadian means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian.

(b) ผู้ที่มีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างถาวรในประเทศแคนาดาภายใต้ขอบเขตความหมายตามพระราชบัญญัติการอพยพเข้าเมือง ผูมีถิ่นที่อยู่อาศัยอย่างเป็นปกติในประเทศแคนาดาเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี นับจากวันที่เข้าผู้นันได้รับสิทธิร้องขอเป็นพลเมืองของประเทศแคนาดา

(c) รัฐบาลของประเทศแคนาดาไม่ว่าจะเป็นในระดับสหพันธรัฐ ระดับเมือง ระดับท้องถิ่นหรือหน่วยงานใด ๆ ก็ตาม

(d) นิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาตามที่ได้กำหนดไว้ในมาตรา 26(1) หรือ (2) และตามข้อกำหนดไม่มีการประกาศตามมาตรา26 (2.1) หรือ (2.11) หรือการประกาศตามมาตรา 26 (2.2)[109]

เห็นได้ว่าการกำหนดคำนิยามของคำว่าชาวแคนาดา มีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของการควบคุมนิติบุคคลกำหนดไว้ในคำนิยามด้วย นิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติแคนาเดียน และถ้านิติบุคคลใดไม่ได้ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดา นิติบุคคลนั้นจะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

3.5.3 การกำหนดเกี่ยวกับอำนาจควบคุม

ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วว่าการพิจารณาถึงความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวใน lnvestment Canada Act 1985 นั้นจะนำเรื่องการควบคุมนิติบุคคลมาพิจารณาด้วย โดยการควบคุมนิติบุคคลตามกฎหมายฉบับนี้จะดูจากความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน Voting interest และ Voting share ในมาตรา 3 ของกฎหมายฉบับนี้ได้ให้คำนิยามVoting interest และ Voting share ไว้ดังนี้

Voting interest มีลักษณะดังนี้

(ก) บริษัท ที่มีหุ้นทุนหมายถึงหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงได้

(ข) บริษัท ที่ไม่มีหุ้นทุนของบริษัท หมายถึง การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลประโยชน์ซึ่งให้สิทธิเจ้าของเสมือนเป็นผู้ถือหุ้นที่มีสิทธิลงคะแนนเสียง (voting shareholders) และ

---

[109] Canadian means

(a) a Canadian citizen,

(b) a permanent resident within the meaning of subsection 2(1) of the the Immigration and Refugee Protection Act who has been ordinarily resident in Canada for not more than one year after the time at which he or she first became eligible to apply for Canadian citizenship,

(c) a Canadian government, whether federal, provincial or local, or an agency thereof, or

(d) an entity that is Canadian-controlled, as determined under subsection 26(1) or (2) and in respect of which there has been no determination made under subsection 26(2.1) or (2.11) or declaration made under subsection 26(2.2).

(ค) สำหรับกรณีของหน่วยงานที่ไม่ใช่บริษัท อันได้แก่ ห้างหุ้นส่วนจำกัด ทรัสต์ และกิจการร่วมค้า Voting interest จะหมายถึง การเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินซึ่งให้ผู้เป็นเจ้าของได้รับส่วนแบ่งในผลกำไรและส่วนแบ่งในทรัพย์สินเมื่อเวลาเลิกกิจการและ[110]

Voting share

หมายความว่าหุ้นที่เป็นทุนของบริษัท ที่มีสิทธิออกเสียงและมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งในผลกำไร หรือส่วนแบ่งในทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท หรือมีสิทธิได้รับทั้งกำไรและส่วนแบ่งในทรัพย์สินด้วยทั้งสองอย่าง[111]

นอกจากนี้ในมาตรา 3 ยังกำหนดคำนิยามของคำว่า Voting group ดังนี้

Voting group หมายความว่าสองคนหรือมากกว่าที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวกับการใช้สิทธิที่แนบมากับ Voting interest ในนิติบุคคลโดยสัญญามีการควบคุมร่วมกันผ่านความเป็นเจ้าของ Voting interest ผลประโยชน์ของการออกเสียงลงคะแนนหรือมิฉะนั้นใน หรือรูปแบบอื่นในลักษณะที่ว่าพวกเขาจะกระทำร่วมกันบนสิทธิพื้นฐานอย่างต่อเนื่องในส่วนที่เกี่ยวกับใช้สิทธิเหล่านั้น[112]

---

[110] lnvestment Canada Act 1985 Sect.3

(a) a corporation with share capital, means a voting share,

(b) a corporation without share capital, means an ownership interest in the assets thereof that entitles the owner to rights similar to those enjoyed by the owner of a voting share, and

(c) a partnership, trust or joint venture, means an ownership interest in the assets thereof that entitles the owner to receive a share of the profits and to share in the assets on dissolution.

[111] lnvestment Canada Act 1985 Sect.3Voting sharemeans a share in the capital of a corporation to which is attached a voting right ordinarily exercisable at meetings of shareholders of the corporation and to which is ordinarily attached a right to receive a share of the profits, or to share in the assets of the corporation on dissolution, or both.

[112] lnvestment Canada Act 1985 Sect.3 "voting group" means two or more persons who are associated with respect to the exercise of rights attached to voting interests in an entity by contract, business arrangement, personal relationship, common control in fact through the ownership of voting interests, or otherwise, in such a manner that they would ordinarily be expected to act together on a continuing basis with respect to the exercise of those rights.

ในมาตรา 28 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกรณีที่ถือได้ว่าคนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมกิจการ[113] ดังนี้

3.5.3.1 เมื่อองค์กร (entity) หนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกองค์กรหนึ่งให้ถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรอื่นหรือองค์กรอื่น ๆ ทางอ้อม ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรหนึ่งนั้น

3.5.3.2 กรณีที่หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจควบคุมหน่วยงานอื่นทางตรงเมื่อ

1. หน่วยงานซึ่งควบคุมหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นเจ้าของในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากในอีกหน่วยงานหนึ่งนั้น

2. หน่วยงานอื่นเป็นบริษัทและบริษัทที่มีอำนาจควบคุมเป็นเจ้าของข้างน้อยในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัท แต่ในความเป็นจริงมีอำนาจควบคุมบริษัทโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ที่มีจำนวน 1 ใน 3 หรือมากกว่าของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงได้

3.5.3.3 องค์กรทั้งหลายซึ่งอยู่ในอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยองค์กรเดียวกันให้ถือว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน

3.5.3.4 องค์กรทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกันตามข้อ 3.5.2.3 ถือกรรมสิทธิ์ในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในองค์กรเดียวกัน องค์กรที่เกี่ยวข้องกันนั้นอาจถือเป็นองค์กรหนึ่งสำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อมในการควบคุมองค์กรนั้นซึ่งองค์กรทั้งหลายมี กรรมสิทธิ์ในประโยชน์ซึ่งให้สิทธิในการออกเสียง

---

[113] lnvestment Canada Act 1985 Sect.28Rules and presumptions respecting control of entities

(2) Subject to subsections (4) to (5), for the purposes of this Act,

(a) where one entity controls another entity, it is deemed to control indirectly any entity or entities controlled directly or indirectly by that other entity;

(b) an entity controls another entity directly

(i) where the controlling entity owns a majority of the voting interests of the other entity, or

(ii) where the other entity is a corporation and the controlling entity owns less than a majority of the voting shares of the corporation but controls the corporation in fact through the ownership of one-third or more of its voting shares;

(c) entities that are controlled, directly or indirectly, by the same entity are deemed to be associated with each other, with any other entities controlled by any one or combination of them and with the entity or entities that control them; and

(d) where entities that are associated pursuant to paragraph (c) own voting interests of the same entity, the associated entities may be treated as one entity for the purposes of establishing direct or indirect control of the entity in which they own voting interests.

3.5.4 การกำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอำนาจควบคุม[114]

3.5.4.1 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (voting shares) ร้อยละ 50 หรือเกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบกิจการในแคนาดา หรือประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interest) ในห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือทรัสต์ เว้นแต่ในบางกรณีที่แม้จะได้ประโยชน์ที่ให้สิทธิออก เสียงข้างต่ำกว่าร้อยละ 50 อาจถือว่าได้มาซึ่งอำนาจการควบคุม

3.5.4.2 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interests) ของหน่วยงาน

1. ซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ

2. มีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกกิจการหนึ่งซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาโดยไม่ได้มีอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นอีก

3.5.4.3 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญทั้งหมดของทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบกิจการในแคนาดา

3.5.4.4 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในหน่วยซึ่งควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอีกหน่วยหนึ่งในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาในกรณีที่

1. ไม่มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ

2. มีการได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจด

---

[114] lnvestment Canada Act 1985, Sect.28

(1) For the purposes of this Act, a non-Canadian acquires control of a Canadian business only by

(a) the acquisition of voting shares of a corporation incorporated in Canada carrying on the Canadian business;

(b) the acquisition of voting interests of an entity that

(i) is carrying on the Canadian business, or

(ii) controls, directly or indirectly, another entity carrying on the Canadian business, where there is no acquisition of control of any corporation;

(c) the acquisition of all or substantially all of the assets used in carrying on the Canadian business; or

(d) the acquisition of voting interests of an entity that controls, directly or indirectly, an entity in Canada carrying on the Canadian business, where

(i) there is no acquisition of control, directly or indirectly, of a corporation incorporated elsewhere than in Canada that controls, directly or indirectly, an entity in Canada carrying on the Canadian business, or

(ii) there is an acquisition of control described in subparagraph (i).

ทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา

3.6 ประเทศออสเตรเลีย

มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งใช้ในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการ ลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่

Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA โดยพระราชบัญญัติ ฉบับนี้มีการปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2553 Foreign Investment Policy Guidelines และ Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989 เป็นต้น

เข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวนี้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวง การคลัง (Australian Treasurer) โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลีย Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา

เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียให้ความสำคัญพร้อมทั้งมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจขนาดเล็กให้มีการเข้ามาประกอบกิจการในออสเตรเลีย ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถ เข้ามาลงทุนสำหรับธุรกิจขนาดย่อมซึ่งมีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า 10 ล้านเหรียญออสเตรเลียได้โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อน

Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 ได้กำหนดคำนิยามคนต่างด้าวไว้ใน มาตรา 3 คนต่างด้าวหมายถึง

(ก) บุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศออสเตรเลีย

(ข) บริษัท ที่เป็นบุคคลธรรมดาไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียหรือมีบริษัทต่างด้าวควบคุม หรือ

(ค) บริษัท ซึ่งมีบุคคลสองคนหรือมากกวาไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียหรือมีบริษัทต่างประเทศควบคุม[115]

3.6.1 การควบคุมและตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าว

Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 กำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างชาติในออสเตรเลียโดยให้อำนาจรัฐบาลในการ พิเคราะห์ตรวจสอบคำเสนอขอลงทุนของคนต่างด้าวไว้ ซึ่งหากพิจารณาตรวจสอบแล้วเห็นว่าการเข้า มาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (national interest)[116] รัฐบาลสามารถปฏิเสธคำ เสนอขอลงทุนของคนต่างด้าวได้

ในการพิจารณาว่ากรณีการขอลงทุนใดขัดต่อผลประโยชน์ของชาตินั้นรัฐบาลจะ ชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุน โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป รวมถึงพิจารณาขอบเขตปัจจัยและความสำคัญที่เกี่ยวข้องที่หลากหลายขึ้นอยู่ กับลักษณะของกิจการที่มุ่งหมาย การลงทุนต่าง ๆ ในกิจการทั้งหลายที่มีนายจ้างจำนวนมากหรือมี ความสำคัญในด้านของตลาดหุ้นอาจถือว่ามีความสำคัญมากกว่าการลงทุนของกิจการขนาดเล็ก อย่างไรก็ดี การลงทุนในกิจการขนาดเล็กที่มีทรัพย์สินพิเศษหรือมีความสำคัญทางอุตสาหกรรมอาจถือ เป็นปัจจัยในการพิจารณาได้เช่นกัน

นอกจากนั้น ยังมีการนำผลกระทบที่ได้รับจากการลงทุนมาเป็นปัจจัยในการ พิจารณาการลงทุนที่ช่วยเพิ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การพัฒนาความสามารถในการผลิตหรือ เทคโนโลยีใหม่ ๆ ให้เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะถือว่าขัดแย้งกับ ผลประโยชน์ของชาติ

รัฐบาลจึงได้กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการธุลงทุนของคนต่างด้าวซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ ก่อนการลงทุนและภายหลังการลงทุน ดังนี้

---

[115] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975Sect.3 "foreign person" means-

(a) a natural person not ordinarily resident in Australia;

(b) a corporation in which a natural person not ordinarily resident inAustralia or a foreign corporation holds a controlling interest; or

(c) a corporation in which 2 or more persons, each of whom is either anatural person not ordinarily resident in Australia or a foreign corporation,hold an aggregate controlling interest.

[116] **Foreign investment policy**, Retrieved November 9, 2010, from http://www.firb.gov.au/content/_downloads /Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf

3.6.1.1 กรณีก่อนการลงทุน

รัฐบาลจะพิจารณาและประเมินคำเสนอขอ ลงทุนของต่างชาติก่อนการเริ่มต้นลงทุน โดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

3. ความมั่นคงของรัฐ (national security)

รัฐบาลจะพิจารณาไปถึงการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถ ของออสเตรเลียในการปกป้องผลประโยชน์ในทางยุทธศาสตร์และความมั่นคง โดยรัฐบาลจะอาศัยคำแนะนำจากหน่วยงานความมั่นคงแห่งชาติ ในการประเมินว่าการลงทุนนั้นก่อให้เกิดประเด็นในด้าน ความมั่นคงของชาติหรือไม่

4. การแข่งขัน (competition)

แม้รัฐบาลออสเตรเลียสนับสนุนความหลากหลายของการเป็น เจ้าของธุรกิจในด้านอุตสาหกรรมและธุรกิจภาคต่าง ๆ ในออสเตรเลียเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่ สมบูรณ์ แต่รัฐบาลจะพิจารณาด้วยเสมอว่าการเสนอขอลงทุนนั้นอาจเป็นผลให้ผู้ลงทุนเข้าควบคุม ราคาตลาดหรือการผลิตสินค้าหรือการให้บริการในออสเตรเลียได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น รัฐบาลจะพิจารณาอย่างรอบคอบว่าคำเสนอขอลงทุนนั้นเกี่ยวกับการทำให้ลูกค้าของผลิตภัณฑ์นั้น ๆ สามารถเข้า ควบคุมผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ชาวออสเตรเลียที่มีอยู่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวข้องกับผู้ผลิตรายสำคัญ

รัฐบาลอาจพิจารณาตลอดถึงผลกระทบจากธุรกิจการลงทุนที่ได้มี การยื่นเสนอมาในกรณีชดเชยหรือทดแทนกับอุตสาหกรรมทั่วโลกโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อ พิจารณาแล้วเห็นว่าการลงทุนดังกล่าวอาจนำไปสู่การบิดเบือนผลลัพธ์ในการแข่งขันทางการตลาด ทั้งนี้ ลิงที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษด้วย คือ การลงทุนนั้นอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เข้าลงทุนเข้า ควบคุมการจัดหาผลิตกัณฑ์หรือการให้บริการโดยรวมทั่วโลกหรือไม่

นอกจากนั้น ยังมีหน่วยงานที่เรียกว่า คณะกรรมการการแข่งขันและการบริโภคแห่งออสเตรเลีย (The Australian Competition and Consumer Commission หรือ ACCC) ที่คอยตรวจสอบในประเด็นของการแข่งขันตามระบอบนโยบายการแข่งขันของออสเตรเลีย โดยการตรวจสอบนี้เป็นอิสระจากระบบการลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย

5. นโยบายอื่นของรัฐบาลออสเตรเลีย เช่น นโยบายด้านภาษี อากร (other Australian government policies including tax)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของคำเสนอขอลงทุนของคนต่างด้าว ที่มีต่อภาษีเงินได้ของออสเตรเลีย รวมถึงต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาลในจุดที่สำคัญ ทั้งหลาย เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

6. ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน (impact on the economyand the community)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของการลงทุนที่มีต่อเศรษฐกิจทั่วไป โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบของแผนการใด ๆ ที่จะเปลี่ยนโครงสร้างของกิจการหากได้เข้ามา ประกอบการลงทุนในออสเตรเลีย นอกจากนั้น ยังพิจารณาถึงลักษณะที่แท้จริงของเงินทุนของการ เข้ามาประกอบการลงทุน และระดับการเข้าร่วมของชาวออสเตรเลียที่คงอยู่ในกิจการภายหลังจากที่มี การลงทุนของคนต่างด้าวเกิดขึ้น รวมตลอดถึงผลประโยชน์ของลูกจ้าง เจ้าหนี้ และผู้ที่มีผลประโยชน์ ร่วมทั้งหลาย

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบาลยังพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะพัฒนาโครงการ ทำให้แน่ใจได้ว่าประชาชนชาวออสเตรเลียจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนั้น การลงทุนนั้นควรต้อง สอดคล้องกับเป้าหมายของรัฐบาลที่จะแน่ใจได้ว่าออสเตรเลียยังคงมีผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าหรือ วัตถุดิบที่เชื่อถือได้ให้กับลูกค้าในอนาคตอีกด้วย

7. คุณลักษณะของผู้ลงทุน (character of the investor)

รัฐบาลพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะต้องดำเนินการอยู่บนพื้นฐาน ของความโปร่งใสในทางการค้าโดยต้องมีการดำเนินการที่เพียงพอและโปร่งใสตามระเบียบและการ กำกับดูแล รัฐบาลต้องพิจารณาตลอดถึงการดำเนินการบริหารจัดการในทางปฏิบัติของผู้ลงทุนต่าง ค้าวด้วย ในกรณีที่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้จัดการกองทุน รวมถึงกองทุนความมั่นคงแห่งชาติรัฐบาลจะพิจารณาถึงนโยบายการลงทุนของกองทุนและการจัดการสิทธิในการออก เสียงที่เกี่ยวกับกิจการในออสเตรเลียที่ได้เสนอไวในส่วนของการได้รับผลประโยชน์

คำเสนอขอลงทุนซึ่งมีเจ้าของเป็นโดยคนต่างด้าวหรือควบคุมโดย ผู้ลงทุนต่างด้าวที่ได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสและเป็นไปในทางการค้า ย่อมมีความ เป็นไปได้น้อยที่จะก่อให้เกิดประเด็นในเรื่องผลประโยชน์ของชาติหากเทียบกับคำเสนอขอลงทุนที่ไม่มี ความโปร่งใส

3.6.1.2 กรณีภายหลังการลงทุน

Corporations Act2001และ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 เน้นระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่าง ๆ โดยสามารถพิจารณา ได้ดังนี้

1. กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท ส่วนใหญ่แล้วคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนเป็นรูปแบบธุรกิจที่มีขนาด เล็กมักนิยมจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดโดยจำนวนหุ้น ทั้งนี้อาจแยกได้เป็นประเด็นต่าง ๆ ดังนี้

1) อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (control of voting power)[117] และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (control of potential voting power) ในเรื่องนี้ Corporations Act 2001 และ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 กำหนดให้อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท หมายความถึงการควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการควบคุมการดำเนินการซึ่งเป็นผล หรือมาจากการจัดการหรือการปฏิบัติไม่ว่าจะมีกฎหมายหรืออำนาจที่เท่าเทียมกันและไม่ว่าจะตั้งอยู่ บนกฎหมายหรือสิทธิที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม

2) จำนวนการออกเสียงในหุ้นส่วนสามัญและหุ้นบุริมสิทธิต้อง ไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีใน หุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธินั้น[118]

---

[117] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Sect. 8

"Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights"

[118] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Sect. 9(1)

"For the purposes of this Act, a person is taken to hold a substantial interest in a corporation if the person, alone or together with any associate or associates of the person:

(a) is in a position to control not less than 15% of the voting power in the corporation; or

(b) is in a position to control not less than 15% of the potential voting power in the corporation;or

(c) holds interests in not less than 15%) of the issued shares in the corporation; or

(d) would hold interests in not less than 15%) of the issued shares in the corporation, if shares in the corporation were issued as the result of the exercise of all rights of a kind mentioned in subsection 11(2A)."

3) การได้รับผลประโยชน์จากหุ้น ในกรณีนี้ Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 กำหนดไว้ชัดเจนว่าบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิ ในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณารวมตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของ บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคลดังกล่าวด้วย[119] โดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าว ได้แก่

ก. คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย (spouse) และคู่สมรสที่ อยู่ด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย (de factor partner) ซึ่งอยู่ในความหมายตามที่ พระราชบัญญัติการตีความ (Interpretation Act 1901) กำหนดไว้ รวมตลอดถึงบุพการี ญาติ บุตร พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบุคคลนั้น

ข. บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลนั้น

ค. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

ง. ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ได้แก่ ผู้บริหารของบริษัท

จ. ลูกจ้างหรือผู้ว่าจ้างของบุคคลนั้น

ฉ. ผู้บริหารในบริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

ช. ลูกจ้างของบุคคลธรรมดาซึ่งบุคคลนั้นเป็นลูกจ้างอยู่

---

[119] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Sect.6

For the purposes of this Act, the following persons are associates of aperson:-

(a) the person's spouse or a parent or remoter lineal ancestor, son, daughter or remoter issue, brother or sister of the person;

(b) any partner of the person;

(c) any corporation of which the person is an officer;

(d) where the person is a corporation-any officer of the corporation;

(e) any employee or employer of the person;

(f) any officer of any corporation of which the person is an officer;

(g) any employee of a natural person of whom the person is an employee;

(h) any corporation whose directors are accustomed or under an obligation, whether formal or informal, to act in accordance with the directions,instructions or wishes of the person or, where the person is a corporation, ofthe directors of the person;

(i) any corporation in accordance with the directions, instructions orwishes of which, or of the directors of which, the person is accustomed orunder an obligation, whether formal or informal, to act;

(j) any corporation in which the person holds a substantial interest;

(k) where the person is a corporation-a person who holds a substantialinterest in the corporation;

(l) any person who is, by virtue of this section, an associate of anyother person who is an associate of the person (including a person who is anassociate of the person by another application or other applications of thisparagraph).

ซ. บริษัทที่กรรมการของบริษัทนั้นมีความคุ้นเคยหรือ มีหน้าที่กับบุคคลนั้นไม่ว่าเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ให้ต้องกระทำการตามแนวทางหรือตาม คำสั่งหรือตามที่บุคคลนั้นประสงค์ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัทได้แก่ผู้ที่มีความคุ้นเคยกับ กรรมการของบริษัท

ฌ. บริษัทที่ได้ดำเนินการตามแนวทาง คำสั่ง หรือความ ประสงค์ของกรรมการบริษัทที่บุคคลนั้นมีความคุ้นเคยหรืออยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องดำเนินการไม่ว่าเป็น ทางการหรือไม่เป็นทางการ

ญ. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (substantial interest) ทั้งนี้ กรณีที่จะถือว่าบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัท คือ เมื่อบุคคล ดังกล่าวคนเดียวหรือพร้อมกับบุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์1ม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน[120] หาก

ก) อยู่ในฐานะที่จะควบคุมจำนวนการออกเสียง (voting power[121]) ในบริษัทไดไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนการออกเสียงทั้งสินในบริษัท

ข) อยู่ในฐานที่จะควบคุมสิทธิในการออกเสียง (potential voting power[122]) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งสินในบริษัท

ค) ถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ออกจำหน่าย

ง) จะถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้น ทั้งหมดของบริษัทที่ออกจำหน่าย หากหุ้นในบริษัทเหล่านั้นได้ออกโดยผลจากการใช้สิทธิทั้งหลายที่ได้ จากการเข้าทำสัญญาเพื่อซื้อหุ้น

ฎ. เมื่อบุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์ หมายถึงบุคคลที่ถือผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัทนั้น

ฏ. บุคคลใด ๆ ที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ๆ

---

[120] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 Sect.9(1) “Substantial and controlling interests in corporations.”

[121] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 Sect.14(1) “...voting power in a corporation is a reference to the maximum number of votes that might be cast at a general meeting of the corporation...”

[122] Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Sect.14(2) “...potential voting power in a corporation is a reference to the voting power in the corporation, on the assumption that the votes that might be cast a general meeting of the corporation...”

4) กรณีการลงทุนในหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทฯ กำหนดให้บุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นสำคัญ (substantial holding) ของบริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มีหน้าที่เปิดเผยการถือครองหุ้นของ ตน (substantial shareholdings disclosure) โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งบริษัทและตลาดหลักทรัพย์ แห่งออสเตรเลีย (Australia Security Exchange หรือ ASX) ภายในเวลา 2 วันทำการ ถึงการได้มาซึ่ง หุ้นสำคัญนั้น โดยหุ้นสำคัญนั้นต้องมีจำนวนร้อยละ 5 หรือมากกว่าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง หรือผลประโยชน์ในบริษัทที่จดทะเบียนนั้น (และให้นับรวมผลประโยชน์ที่มีของบุคคลที่มี ความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วย) และเมื่อบุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นนั้น

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิ

4.1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

4.1.1 เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การค้าขายในสมัยสุโขทัยกระทำได้โดยอิสระให้เสรีภาพแก่การค้าอย่างเต็มที่ โดยพ่อขุนรามคำแหงได้ส่งเสริมการค้าขายระหว่างประเทศโดยการเลิกเก็บจกอบเปิดโอกาสให้ทั้งพ่อค้าไทยและต่างด้าวนำสินค้าเข้ามาและออกจากสุโขทัยโดยไม่ต้องเสียภาษีอากรได้ ทั้งยังได้อนุญาตให้เดินทางไปมาโดยเสรีปราศจากข้อจำกัดด้วย

ต่อมาในสมัยกรุงศรีอยุธยา ในยุคต้นไทยมีการติดต่อกับประเทศใกล้เคียง ความสัมพันธ์ด้านการค้าและวัฒนธรรมซึ่งมีในประเทศภาคพื้นเดียวกันโดยเฉพาะอย่างยิ่งกับจีน อินเดีย และลังกา ก็คงดำเนินด้วยดีตลอดมา ความคล้ายคลึงกันในด้านผิวพรรณ ขนบธรรมเนียมประเพณีประกอบการติดต่อดำเนินกันในลักษณะฉันท์มิตรทำให้ชนต่างชาติเหล่านี้ได้รับการปฏิบัติที่ไม่ต่างไปจากคนไทยทั้งในทางสังคมและทางกฎหมาย ต่อมาในตอนกลางสมัยอยุธยาเริ่มมีชนชาติยุโรปตะวันตกเข้ามาและทวีความสำคัญมากขึ้นจนถึงตอนปลายของสมัยกรุงศรีอยุธยา คนต่างด้าวในประเภทนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคนไทยทั้งในรูปร่างลักษณะภายนอก ภาษาและวัฒนธรรม การทำความเข้าใจกันเป็นไปอย่างยากลำบาก จึงเป็นการยากที่ไทยจะให้ความไว้วางใจ ดังนั้นชนชาวยุโรปจึงได้รับการปฏิบัติที่แตกต่างจากคนไทยและชาวเอเชียด้วยกันการเข้ามาของชนชาติยุโรปในสมัยนั้นมีจุดประสงค์ทั้งด้านการเมืองและด้านการค้า ชนชาติยุโรปด้วยกันเองหาได้รับสิทธิที่เท่าเทียมกันไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิตามสนธิสัญญาทั้งนี้ด้วยความแตกต่างทางอิทธิพลทางการเมืองและข้อเรียกร้องของชาติที่เกี่ยวข้องเองและราชนโยบายแห่งบรรพกษัตริย์ในการเลือกให้สิทธิทางสนธิสัญญาแก่คนต่างด้าว เพื่อการรักษาไว้ซึ่งดุลแห่งอำนาจของชาติที่มีอิทธิพลต่าง ๆ ที่อยู่ในประเทศไทย เป็นการดำรงไว้ซึ่งเอกราชของชาติไทย

เห็นได้ว่าจุดเริ่มตนแห่งการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวมาจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ ภาษา และวัฒนธรรมซึ่งทำให้เกิดความไม่เข้าใจในการติดต่อสื่อสารและด้วยขนบธรรมเนียมที่ไม่คุ้นเคยจึงทำให้ชนชาติยุโรปไม่ได้รับความไว้วางใจเท่ากับชนชาติเอเชียเหมือนกัน อีกทั้งเหตุผลที่ปกป้องไว้ซึ่งเอกราชจึงทำให้เกิดการทำสนธิสัญญากับแต่ละประเทศไป โดยในแต่ละประเทศก็จะได้รับสิทธิที่ไม่เท่าเทียมกัน

จนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้ทรงเร่งรัดปฏิรูปกิจการภายในประเทศด้วยการร่างกฎหมายไทยให้เป็นไปตามระบบกฎหมายสมัยใหม่ และปรับปรุงกิจการในด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศได้มีการขอแก้ไขสนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจแต่ก็ประสบอุปสรรคนานาประการ แต่การตัดสินพระทัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวในการประกาศสงครามกับเยอรมันและออสเตรีย ฮังการี เข้าร่วมกับฝ่ายสัมพันธมิตรซึ่งนำโดยอิตาลี ญี่ปุ่น เบลเยียม ฯลฯ อังกฤษและฝรั่งเศส เมื่อวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460 ทำให้ประเทศไทยได้รับประโยชน์ฐานะฝ่ายชนะสงครามและได้รอดพ้นจากการคุกคามของอังกฤษและฝรั่งเศสและยังเป็นการแผ้วถางทางในการแก้ไขสนธิสัญญาต่าง ๆ ที่ผูกมัดไทยให้หมดสิ้นไปด้วย อาจกล่าวได้ว่า สงครามโลกกลายเป็นจุดเริ่มต้นใหม่ในความสัมพันธ์ระว่างประเทศไทย เพราะทำให้การบีบบังคับของลัทธิจักรวรรดิ์นิยมจากยุโรปสิ้นสุดลงและได้เป็นแนวทางสำคัญให้ไทยได้เป็นอิสรภาพจากสิทธิสภาพนอกอาณาเขตและจากการควบคุมทางเศรษฐกิจของต่างประเทศ

ภายหลังสงคามโลกครั้งที่ 1 ห้าปีนับแต่วันที่ไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายครบถ้วนแล้วการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมาในปี พ.ศ. 2515 จึงมีการประกาศใช้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 และต่อมาก็มีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บังคับแทนจนถึงปัจจุบัน

แต่เดิมการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าว มีจุดประสงค์หลัก คือ ปกป้องเอกราช ปกป้องดินแดนของคนไทย แต่ภายหลังเมื่อสิ้นยุคจักรวรรดิ์นิยมแล้วการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวจึงกลายเป็นการปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของชาติ โดยเห็นได้จากเหตุผลในการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติที่ไทยประกาศใช้เพื่อจำกัดสิทธิการลงทุนของต่างชาติเป็นฉบับแรก

โดยที่คณะปฏิวัติในสมัยนั้นได้เห็นว่าจำนวนการเข้ามาลงทุนของคนต่างชาติในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น และถ้าไม่มีการควบคุมการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว เศรษฐกิจของประเทศไทยอาจเสียดุลได้ อีกทั้งธุรกิจบางอย่างก็ไม่เป็นการสมควรที่จะให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน ทั้ง

เหตุผลในด้านความมั่นคงของชาติ การรักษาประเพณีวัฒนธรรมที่งดงามของชาติ และโดยเฉพาะธุรกิจที่คนไทยยังต้องการการพัฒนาทั้งทางด้านความรู้และเทคโนโลยีรวมถึงเงินลงทุนเพื่อที่จะแข่งขันกับชาวต่างชาติได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการปกป้องประเทศไทยทั้งในด้านเศรษฐกิจและผู้ประกอบการไทย อีกทั้งเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติโดยรวม จึงต้องมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่แทนประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543 เป็นต้นไปเหตุผลและความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมีอยู่ 2 ประการ คือ

1. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นเวลานานไม่สอดคล้องกับแนวโน้มการค้าของโลกที่มีการผลักดันให้มีการเปิดเสรีการค้าและมีการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรง การเตรียมความพร้อมเพื่อรับกับสถานการณ์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง

2. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มีจุดอ่อนที่จะต้องปรับปรุงหลายประการ เช่น ไม่มีกฎระเบียบบังคับให้คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจต้องนำเงินลงทุนมาจากต่างประเทศ กฎหมายไทยรับรองสิทธิให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับต่างประเทศฝ่ายเดียวแต่เมื่อคนไทยจะขอเข้าไปใช้สิทธิในต่างประเทศตามสนธิสัญญาดังกล่าวบ้างกลับทำไม่ได้ เนื่องจากประเทศนั้นยังไม่มีกฎหมายภายในรับรองสิทธินั้นอย่างสมบูรณ์ เป็นต้น

พิจารณาจากประวัติความเป็นมาและเหตุผลในการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติ ของประชาชนในประเทศ หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ดังนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงถือเป็นกฎหมายมหาชน ดังนั้นการบังคับใช้จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณเป็นที่ตั้ง เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์และความยุติธรรมสูงสุดแก่ทุกคนในสังคม

4.1.2 การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวอาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันยังไม่สามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้จริงเนื่องจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฉบับนี้ไม่ได้บทบัญญัติเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทไว้โดยเฉพาะ ดังนั้นในเรื่องของการจัดตั้งบริษัทจึงต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แต่โดยหลักการแล้วกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตั้งอยู่บนหลักการ “เสรีภาพในการแสดง เจตนา” มิใช่ประเด็นกฎหมายการประกอบธุรกิจของคน

ต่างด้าวซึ่งเป็น กฎหมายมหาชนที่ตั้งอยู่บนหลักการ “ประโยชน์สาธารณะ” ดังนั้นการแสดงเจตนาบางอย่างหากมีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะย่อมกระทำไม่ได้อย่างในกรณีของการนำบันทึกความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จ ที่ 0426/2528 เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) มาตรา 1183 และ มาตรา 1222) ที่ให้ไว้เมื่อเดือนตุลาคม 2528 ซึ่งบันทึกดังกล่าวนั้น ธนาคารนครหลวงไทยได้หารือคณะกรรมการ กฤษฎีกาในประเด็นการออกหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารว่า หากธนาคารจะออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดสิทธิให้ผู้ถือหุ้นได้รับเงินปันผลคงที่ในอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปีและสะสมได้ และให้สิทธิออกสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นโดยให้นับห้าสิบหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียงนั้นจะกระทำได้หรือไม่ ซึ่งคณะกรรม การกฤษฎีกาได้ให้ความเห็นทางกฎหมายว่า ธนาคารสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวได้โดยไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต่อมาที่ปรึกษากฎหมายและที่ปรึกษาทางการเงินนำความเห็นนี้ไปใช้ในการจัดโครงสร้างผู้ถือหุ้นเพื่อมิให้บริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตกเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

โครงสร้างดังกล่าวมักประกอบด้วยการจัดตั้งบริษัทจำกัดตามกฎหมาย ไทยขึ้นมาใหม่หนึ่งบริษัทโดยกำหนดประเภทของหุ้นในบริษัทใหม่เป็นสอง ประเภท ได้แก่ หุ้นสามัญ ซึ่งให้บริษัทต่างประเทศเป็นผู้ถือและมีสัดส่วน ไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนของบริษัท และหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมักให้บุคคลธรรมดาผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือและมีสัดส่วนไม่น้อยกว่า ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียนโดยมีสิทธิในการรับเงินปันผลที่จำกัดและมี อัตราต่ำและที่สำคัญคือ มักจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการจัดการบริษัทที่ด้อยกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเป็นอย่างมาก เช่น ให้มีสิทธิออกเสียงเพียงหนึ่งในเก้าหรือหนึ่งในสิบของผู้ถือหุ้นสามัญ หรือในบางกรณีผู้ ถือหุ้นบุริมสิทธิที่เป็นผู้มีสัญชาติไทยก็ไม่ใช่ผู้ออกเงินซื้อหุ้นบุริมสิทธิกังกล่าว จริงแต่อย่างใด เพราะการจดทะเบียนบริษัทไม่จำเป็นต้องมีหลักฐานการชำระเงิน ค่าหุ้นประกอบเพียงแค่มีคำรับรองของกรรมการว่ามีการจ่ายเงินค่าหุ้นแล้ว ก็พอแล้ว ซึ่งในบางกรณีบริษัทต่างประเทศอาจจะเป็นผู้ออกเงินค่าหุ้นให้โดย ทำสัญญาเสมือนว่าเป็นการที่บริษัทต่างประเทศให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิกู้ยืมเงิน หรือให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไปกู้เงินจากธนาคารหรือสถาบันการเงินแล้วบริษัท ต่างประเทศให้การค้ำประกันการกู้ยืมเงินนั้น ในกรณีเช่นนี้ มักจะมีข้อ กำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิทำการ โอนลอยหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวให้แก่บริษัท ต่างประเทศถือไว้ตัวอย่างการจัดโครงสร้างเพื่อมิให้บริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตกเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เป็นกรณีโด่งดัง คือ คือกรณี บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด

สัดส่วนหุ้นบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัดในเบื้องต้นนั้นกลุ่มนายพงส์ สารสิน และนายศุภเดช พูนพิพัฒน์ เป็นผู้ถือหุ้นรวมกันร้อยละ 51 บริษัท ไซเพลสโฮลดิ้งส์ ของสิงคโปร์ ถือหุ้นร้อยละ 49 บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด มีข้อบังคับของบริษัท ที่คนไทย 2 คน ถือหุ้นข้างมากจำนวนร้อยละ 51 ของกุหลาบแก้วนั้น แท้จริงแล้วเป็นการถือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งข้อบังคับข้อ 20 ของบริษัทกุหลาบแก้ว กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิดังกล่าว 10 หุ้น ออกเสียงได้เพียง 1 เสียง ดังนั้น คนไทยจะออกเสียงรวมกันได้ไม่ถึง 10 เปอร์เซ็นต์ ในขณะที่ ไซเพลสโฮลดิ้งส์ ซึ่งเป็นคนต่างด้าวจะออกเสียงได้ถึง 90.59 เปอร์เซ็นต์ ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 บัญญัติคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ไว้ ซึ่งหากพิจารณาเฉพาะบทบัญญัติมาตรา 4 อาจจะสรุปได้ในเบื้องต้นว่า บริษัทกุหลาบแก้ว จำกัด ไม่ใช่คนต่างด้าวเนื่องจากเป็นบริษัทจดทะเบียนตามกฎหมายไทยและมีหุ้นอันเป็นทุนเกินกว่ากึ่งหนึ่งถือโดยบุคคลที่มีสัญชาติไทย กล่าวคือมีผู้มีสัญชาติไทยถือหุ้นบุริมสิทธิรวมกันแล้วเกินกว่าร้อยละ 80 อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่า บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด เป็นคนต่างด้าวหรือไม่อาจมิใช่พิจารณาเฉพาะบทบัญญัติในมาตรา 4 เท่านั้น แต่ต้องพิจารณามาตรา 36 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ที่บัญญัติว่า

“ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มิใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้. . . ร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้. . . ”

กล่าวคือ กรณีนี้ต้องพิจารณาการถือหุ้นบุริมสิทธิของผู้มีสัญชาติไทยเป็นการถือหุ้นเพื่อประโยชน์ส่วนตนจริง หรือเป็นการถือหุ้นเพื่อประโยชน์ของกองทุนเทมาเส็กหรือบริษัทเกี่ยวเนื่องกันแน่ ซึ่งหากพิจารณาข้อเท็จจริงแวดล้อมจากเอกสารที่เกี่ยวข้อง จากดุลพินิจของวิญญูชนทั่วไปและจากข้อกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับการใช้สิทธิโดยสุจริต ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อนำไปสู่ข้อสรุปที่เป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับพยานหลักฐานว่า “กรรมเป็นเครื่องชี้เจตนา” เพราะกรณีคงไม่มีใครเบิกความหรือสารภาพกับเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องว่าตนถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

จากการวิเคราะห์โครงสร้าง บริษัทกุหลาบแก้ว จำกัด สรุปได้ดังนี้

1. ประเภทของหุ้นที่แบ่งเป็น 2 ประเภทคือ

1) หุ้นบุริมสิทธิที่ถือโดยบุคคลสัญชาติไทย 2 คน เท่ากับร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน

2) หุ้นสามัญซึ่งถือโดย ไซเพรส เค.โฮลดิ้งส์ เท่ากับร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน

2. สิทธิและข้อจำกัดของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ

1) ได้รับเงินปันผลอัตราคงที่ร้อยละ 3 โดยปีใดบริษัทขาดทุนและไม่ได้จ่ายปันผล เงินปันผลดังกล่าวให้สะสมไปจ่ายในปีที่มีกำไรพอจะจ่ายได้

2) หุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวขายไม่ได้ โอนไม่ได้ จำนำไม่ได้ หรือจำหน่ายด้วยวิธีใด ๆ ก็ไม่ได้ และจะก่อภาระผูกพันในหุ้นดังกล่าวก็ไม่ได้ เว้นแต่กรรมการของกุหลาบแก้วจะเห็นชอบ

3) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพียง 1 เสียง สำหรับสิบหุ้นหรือเท่ากับร้อยละ 5.1 ของทุนจดทะเบียนทั้งที่ลงทุนร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน

4) เมื่อเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับคืนเงินไม่เกินสัดส่วนการลงทุนในหุ้นที่ได้ลงทุนไว้

3. สิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ

1) มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น 1 หุ้นต่อ 1 เสียง หรือเท่ากับร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน

2) ได้รับเงินปันผลหลังผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ แต่ไม่ถูกจำกัดอัตราเงินปันผล

3) เมื่อเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นสามัญจะได้รับเงินคืนทุนอย่างไม่จำกัดเพียงแต่ต้องคืนให้เท่าเทียมกันระหว่างผู้ถือหุ้นสามัญด้วยกันเอง ซึ่งไม่มีปัญหาเพราะกุหลาบแก้วมีผู้ถือหุ้นสามัญเพียงรายเดียวเท่านั้น คือ บริษัท ไซเพรส ต่างจากสิทธิผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิข้างต้น

4. การนับคะแนนเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ซึ่งแตกต่างกันระหว่างผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิและผู้ถือหุ้นสามัญ โดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิลงคะแนนทั้งสิ้น 5.1/54.1 (ประมาณร้อยละ 9.43 ของคะแนนเสียงทั้งหมด) ส่วนผู้ถือหุ้นสามัญ (ไซเพรส) มีเสียง 49/54.1 ประมาณร้อยละ 91.57 ของคะแนนเสียงทั้งหมด

5. การแต่งตั้งและประชุมกรรมการ

1) จากสัดส่วนคะแนนเสียงข้างต้น ทำให้ผู้ถือหุ้นสามัญ (ไซเพรส) มีสิทธิขาดในการกำหนดจำนวนและให้ความเห็นชอบแต่งตั้งกรรมการ แม้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิเสนอกรรมการในส่วนของตนก็ตาม

2) ในการประชุมกรรมการบริษัท องค์ประชุมต้องมีกรรมการไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมทั้งหมด โดยต้องมีกรรมการที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิร่วมประชุมด้วย

6. การประชุมผู้ถือหุ้น

1) ในการประชุมผู้ถือหุ้น ต้องมีผู้ถือหุ้นเข้าร่วมประชุมไม่น้อยกว่า 51% จึงจะครบองค์ประชุม ดูประหนึ่งว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้เกิดการประชุมผู้ถือหุ้นได้หรือไม่เพราะผู้ถือหุ้นสามัญถือหุ้นรวมกันไม่ถึง 51% ของทุนจดทะเบียนอย่างไรก็ดีกลไกที่กำหนด

ไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิหน่วงการประชุมผู้ถือหุ้นด้วยการไม่เข้าประชุมได้เพียงครั้งเดียว ตาม ม.1179 แห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการประชุมครั้งที่สองกฎหมายไม่บังคับว่าต้องครบองค์ประชุม

2) การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ข้อบังคับกำหนดให้ลงมติโดยใช้เสียงข้างมาก ทำให้ผู้ถือหุ้นสามัญเป็นผู้กำหนดมติที่ประชุมโดยปริยาย

7. ข้อเท็จจริงเพิ่มเติม

1) จากการพิจารณาอัตราดอกเบี้ย โดยเฉพาะดอกเบี้ยตั๋วเงินคลังและพันธบัตรรัฐบาลตั้งแต่ต้นปี 2549 เป็นต้นมา มีอัตราสูงกว่าร้อยละ3 (ประมาณร้อยละ 3.7-5.75 แล้วแต่ระยะเวลาที่ถือ) ซึ่งสูงกว่าอัตราเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิของ บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด

2) เมื่อเทียบความเสี่ยงแล้ว เป็นที่แน่ชัดว่าหุ้นบุริมสิทธิมีความเสี่ยงสูงกว่าตั๋วเงินคลังหรือพันธบัตรรัฐบาล การลงทุนหุ้นบุริมสิทธิจึงควรได้ผลตอบแทนสูงกว่า

เห็นได้ว่าการนำความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกากรณีของธนาคารนครหลวงไทยไม่อาจนำมาเป็นแบบโครงสร้างบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ได้เนื่องจากกรณีของธนาคารนครหลวงไทยเป็นกรณีที่มิได้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ หรือแหล่งเงินทุนที่ผู้ถือหุ้นใช้เพื่อซื้อหุ้นบุริมสิทธิ และที่สำคัญไม่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งอาจจะมีผลทำให้ธนาคารเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ดังนั้นโดยหลักการจึงไม่อาจนำความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นความเห็นใน กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปใช้อ้างในการการจัดโครงสร้างการถือหุ้นของบริษัทเพื่อเลี่ยงข้อจำกัดตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่ง เป็นกฎหมายมหาชนและไม่อาจนำมาอ้างเพื่อสนับสนุนว่ากุหลาบแก้วมิใช่คนต่างด้าวได้

และจากกรณีบริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ยังแสดงให้เห็นได้อีกว่าการพิจารณาเพียงแค่สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทไม่เพียงพอที่จะควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ เพราะไม่สามารถสะท้อนถึงอำนาจการควบคุมและอำนาจในการบริหารกิจการที่แท้จริงได้

นอกจากปัญหาในกรณีดังกล่าวแล้ว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวยังมีปัญหาจากการบังคับใช้ด้านเศรษฐกิจที่ทำให้จำนวนธุรกิจบริการตามบัญชีแนบท้ายบัญชี 3 (ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว) ที่ได้รับอนุญาตมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นเช่น ธุรกิจบริการให้กู้ยืมเงิน ธุรกิจบริการให้เช่า ธุรกิจบริหารให้คำ ปรึกษาและธุรกิจบริการจัดหา ติดตั้งและทดสอบอุปกรณ์สื่อสัญญาณ เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังมีปัญหาผลประโยชน์จากการรับการถ่ายทอดเทคโนโลยีไม่ชัดเจน เจอภาวะแข่งขันได้ยากขึ้นจากระดับเทคโนโลยีที่สูงกว่า ขนาดกิจการที่ใหญ่กว่าทำให้ธุรกิจต่างด้าว มีต้นทุน

ต่ำกว่า สินค้ามีคุณภาพดีกว่าและให้บริการได้หลากหลายกว่า รวมทั้งยังมีอำนาจต่อรองในซัพพลายเออร์ในธุรกิจต่อเนื่อง

สำหรับปัญหาทางกฎหมาย คือ มีการตีคำนิยม “คนต่างด้าว ทุน ทุนขั้นต่ำ” ว่า ที่เหมาะสมควรอยู่ตรงใด ปัญหาเกณฑ์ในการแบ่งแยกประเภทคนต่างด้าว วิธีการขอใบอนุญาตและหนังสือรับรอง ปัญหาพันธมิตรที่ไทยมีระดับระหว่างประเทศ กับปัญหาสิทธิตามสนธิสัญญาที่ไทยทำกับสหรัฐ ซึ่งต่างชาติมองว่าไทยควรให้อย่างเดียวกันกับทุกประเทศที่เป็นสมาชิกองค์การการค้าโลก (WTO) รวมถึงปัญหาเงื่อนไขที่คนต่างด้าวต้องปฏิบัติ การควบคุมการประกอบการ และบทกำหนดโทษ

นอกจากนี้ การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศกับพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทยยังพบว่ามีความแตกต่างกันพอสมควรและข้อกฎหมายที่รัดกุมกว่ากฎหมายไทย โดยเฉพาะ 6 ประเด็นสำคัญ ได้แก่

1. คำนิยามคนต่างด้าว สำหรับไทยกับสหรัฐ เหมือนกันที่ถือหลักสัญชาติ แต่ออสเตรเลีย เยอรมนี ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น ใช้หลักภูมิลำเนา และทุกประเทศยกเว้นไทย จะถือหลักการควบคุม

2. หลักเกณฑ์ในการถือหุ้นของคนต่างด้าว โดยส่วนใหญ่ประเทศไทยยังระบุให้ต่างด้าวถือหุ้นไม่เกิน 50% แต่มีข้อยกเว้นให้ถือหุ้น 100% หากได้รับการเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี (ครม.) ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไม่มีกฎหมายบังคับเป็นการทั่วไปอย่างประเทศไทย แต่มีกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในอเมริกาคือกฎหมาย Exon-Florio เป็นกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ให้อำนาจประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาหรือผู้ที่ได้รับมอบหมายจากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกามีอำนาจสอบสวนผลกระทบด้านความมั่นคงของชาติที่เกิดจากการควบรวมกิจการ การซื้อกิจการและการครอบงำกิจการโดยคนต่างด้าว หรือกับคนต่างด้าวของสหรัฐอเมริกากฎหมาย Exon-Florio ไม่มีความชัดเจนในเรื่องของวิธีการพิจารณาอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัทต่างด้าว แต่กฎหมายในรายสาขา เช่น กฎหมายว่าด้วยกิจการโทรคมนาคมกลับมีรายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการในการพิจารณาสัญชาติของบริษัทที่ชัดเจนมากกว่า และอเมริกาได้มีคู่มือวิธีการในการคำนวณสัดส่วนหุ้นส่วนต่างชาติที่เรียกว่า Guidelines for FCC Common Carrier and Aeronautical Radio Licenses ซึ่งโดยหลักแล้วจุดูจากอำนาจการควบคุมในทางกฎหมายซึ่งจะพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงว่าเกินกึ่งหนึ่งหรือไม่ และอำนาจการควบคุมในทางปฏิบัติซึ่งจะพิจารณาจากตัวแปรที่สามารถบ่งชี้ว่าผู้ใดมีอำนาจควบคุมบริษัทในทางปฏิบัติโดยดูจากสัญชาติของผู้มีอำนาจในการปฏิบัติงานจริง

แคนาดามีกฎหมายที่คล้ายคลึงกับกฎหมาย Exon-Florio ของสหรัฐอเมริกาที่มีชื่อว่า lnvestment Canada Act 1985 ซึ่งกำหนดให้การเข้ามาซื้อกิจการภายในประเทศของคนต่างชาติที่มีมูลค่า ไม่ต่ำกว่า 223 ล้านเหรียญแคนาดา (ประมาณ 6,690 ล้านบาท) ต้องได้รับการอนุมัติจากกระทรวงอุตสาหกรรมในกรณีของการควบรวมหรือซื้อธุรกิจที่มีผลในเชิงเศรษฐกิจหรือกระทรวงวัฒนธรรมในกรณีของการซื้อกิจการที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมท้องถิ่น

กฎหมาย โทรคมนาคมของออสเตรเลียกำหนดคำนิยามของคนต่างด้าวว่า คือบริษัทที่คนต่างด้าวมีอำนาจในการบริหารจัดการ ซึ่งหมายถึง

1. บริษัทที่บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือหุ้นทุนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 15

2. บริษัทที่นักลงทุนต่างชาติรายย่อยหลายราย ซึ่งรวมกันแล้วมีหุ้นส่วนไม่ต่ำกว่าร้อยละ 40 ในหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือหุ้นทุน

3. การจดทะเบียนประกอบธุรกิจในประเทศไทย เยอรมนี ฝรั่งเศส และญี่ปุ่น จะขอจดทะเบียนประกอบธุรกิจได้ง่าย แต่มีเพียงประเทศไทยที่ขาดระบบตรวจสอบ ภายหลังการเปิดดำเนินการที่รัดกุม ขณะที่ประเทศอื่น ๆ จะมีกฎหมายลูกหรือมาตรการควบคุมอีกมาก และเข้มงวดในการจดทะเบียน โดยเฉพาะประเทศสหรัฐอเมริกาและออสเตรเลีย

4. ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ หลายประเทศจะเหมือนกันคือไม่มีกำหนดอายุสิ้นสุด แต่บางประเทศ เช่น สหรัฐฯ จะใช้กฎหมายในการติดตามและประเมินผลทั้งก่อนและหลังดำเนินการ

5. การถ่ายทอดเทคโนโลยี และการจ้างแรงงานท้องถิ่น ในประเทศไทยนั้นมีข้อกำหนดในทางทฤษฎีเป็นกฎกระทรวง แต่ยังขาดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ ในขณะที่ประเทศอื่น ๆ นั้นไม่มีข้อบังคับไว้ ยกเว้นในสหรัฐฯ ที่ประธานาธิบดี สามารถยกเลิกได้หากเห็นว่าเป็นเทคโนโลยีอันตราย

6. บทกำหนดโทษ ในส่วนของประเทศไทยนั้นมีน้อยมาก เป็นเพียงโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 1 แสนบาท -1 ล้านบาท และยังขาดประสิทธิภาพในการควบคุม ขณะที่ทุกประเทศกำหนดบทลงโทษที่รุนแรง บางประเทศหากมีการตรวจพบการทำผิดต่อกฎหมายธุรกิจต่างด้าวแล้ว ก็จะบังคับให้ชดเชยในวงเงินที่สูง เพื่อสังคมที่ได้รับความเสียหายกลับสู่สภาพเดิม รวมถึงการเพิกถอนใบอนุญาต

4.1.3 การยกร่างพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. . . .

ในการแก้ไขกฎหมายและสาระสำคัญของร่างกฎหมายที่แก้ไขต่อไปว่า เนื่องจาก ที่ผ่านมาได้มีคนต่างด้าวหลีกเลี่ยงเข้ามาประกอบธุรกิจที่สงวนโดยอาศัยช่องวาง กฎหมายโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิให้คนต่างด้าวที่ลงทุนน้อยกว่าคนไทยแต่มีสิทธิ ออกเสียงมากกว่า และหรือให้คนไทยถือหุ้นแทน ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้อง แก้ไขพระราชบัญญัติดังกล่าว เพื่อให้สามารถกำกับดูแล

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้อย่างเหมาะสม ในขณะเดียวกันไม่เป็นอุปสรรคต่อการส่งเสริม การลงทุนจากต่างประเทศ

จากการวิเคราะห์ร่างแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกที่จัดทำโดยกระทรวงพาณิชย์ที่ได้มีการแสดงนานาทัศนะไว้ มีสาระสำคัญคือ การกำหนดว่าจะดูว่าบริษัทใดเป็น “คนต่างด้าว” หรือไม่ นอกจากจะดูจำนวนหุ้นแล้วว่าคนต่างด้าวถือหุ้นมากกว่ากึ่งหนึ่งหรือไม่ ให้ดูสิทธิในการออกเสียงด้วย แม้คนต่างด้าวจะถือหุ้นน้อยกว่าแต่ถ้ามีสิทธิออกเสียงมากกว่าก็ให้ถือว่าบริษัทนั้นเป็นคนต่างด้าวด้วย ได้มีการหยิบยกปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากร่าง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับแรกนี้คือ ผลกระทบที่อาจเกิดกับกิจการร่วมทุนที่มีอยู่มากพอสมควรในประเทศไทย ในกรณีที่มีการร่วมทุนหรือ Joint Venture ระหว่างบริษัทต่างประเทศและบริษัทไทย โดยทั่ว ๆ ไปแล้ว นอกจากเงินทุนที่นักลงทุนต่างประเทศจะนำเข้ามาลงทุนในประเทศไทยแล้ว เทคโนโลยี โนว์ฮาว สูตรการผลิต หรือแม้แต่เครื่องหมายการค้าก็เป็นทรัพย์สินที่นักลงทุนต่างประเทศนำมา “ลงทุน” ในประเทศไทยด้วย

ในด้านการลงทุน แม้นักลงทุนฝ่ายไทยจะลงทุนด้วยเม็ดเงินที่เท่ากันหรือมากกว่า แต่เป็นเรื่องธรรมดาที่เจ้าของเทคโนโลยีหรือเจ้าของเครื่องหมายการค้าก็ต้องการที่จะควบคุมหรือมีสิทธิขาดในการผลิต การตลาด หรือการบริหารงานของบริษัทร่วมทุนนั้นจึงไม่ใช่เรื่องแปลก ถ้าสัญญาร่วมทุนจะมีเงื่อนไขระบุว่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งจะมีสิทธิคัดค้านหรือ “วีโต้” ในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือหลายๆ เรื่องที่มีความสำคัญ หรือมีเงื่อนไขในสัญญาว่า แม้นักลงทุนต่างชาติจะมีจำนวน “หุ้น” ที่น้อยกว่าแต่ก็มีสิทธิที่จะตั้งกรรมการฝ่ายของตนเป็นกรรมการผู้จัดการ หรือประธานกรรมการหรือแม้แต่มีสิทธิตั้งผู้บริหารในระดับ “ผู้จัดการโรงงาน” ก็ได้และที่มีของเงื่อนไขเหล่านี้ก็ไม่ใช่เพราะการเจตนาเอาเปรียบนักลงทุนคนไทยหรือเลี่ยงกฎหมายแต่อย่างใด เป็นเรื่องปกติทางการค้าของการร่วมทุนที่ต้องแบ่งแยกหน้าที่กันชัดเจน และพยายามนำจุดเด่นของคู่ค้ามาใช้

สำหรับสาระสำคัญของร่างที่แก้ไขมี 3 ประเด็นหลัก ดังนี้

1. แก้ไขคำนิยาม “คนต่างด้าว” ซึ่งเดิมพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวจากสัดส่วนการถือหุ้น/ลงทุนของคนต่างด้าวเท่านั้น ได้แก้ไขโดยให้พิจารณาจากสิทธิออกเสียงด้วย คือหากคนต่างด้าวมีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งขึ้นไปของ นิติบุคคล นั้นให้ถือว่านิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพื่อป้องกันไม่ให้มีการออกหุ้นบุริมสิทธิให้คนต่างด้าวที่ลงทุนน้อยกว่าคนไทยมีสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทย สำหรับผู้ที่ประกอบธุรกิจอยู่แล้วและได้รับผลกระทบจากการแก้ไขคำนิยามดังกล่าวทำให้กลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าว จะได้รับผ่อนปรนให้สามารถประกอบ ธุรกิจนั้นต่อไปได้ดังนี้

(1) ธุรกิจตามบัญชีสาม ซึ่งส่วนใหญ่เป็นธุรกิจบริการสามารถ ประกอบธุรกิจได้ต่อไปจนกว่าจะเลิก

(2) ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งและบัญชีสอง ซึ่งเป็นธุรกิจที่กระทบต่อความมั่นคง ทรัพยากร ธรรมชาติสิ่งแวดล้อม และวัฒนธรรม สามารถประกอบธุรกิจต่อไปได้อีก 2 ปี เพื่อให้มีเวลาปรับตัว ซึ่งจะไม่ส่งผลกระทบต่อการลงทุนทันที

2. แก้ไขบทกำหนดโทษ กรณีที่ประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือถือหุ้น แทน ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย ให้เพิ่มโทษปรับและปรับรายวันให้สูงขึ้นห้าเท่า จากเดิมปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท เป็นห้าแสนบาทถึงห้าล้านบาทและเพิ่มโทษปรับรายวันจากวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาท เป็นปรับวันละ ห้าหมื่นบาทถึงสองแสนห้าหมื่นบาท ส่วนโทษจำคุกให้เป็นไปตามเดิม เมื่อเพิ่ม โทษปรับแล้ว จะมีการผ่อนปรนโดยให้ผู้กระทำความผิดก่อนหน้านี้มีระยะเวลา ปรับตัวเพื่อปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย โดยให้แจ้งต่อทางราชการภายใน เก้าสิบวัน และให้ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องภายใน 1 ปี เพื่อจูงใจให้คนต่างด้าว ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย

3. ปรับปรุงบัญชีธุรกิจที่ควบคุม

(1) ยกเลิกธุรกิจที่มีกฎหมายหรือมีหน่วยงานอื่นดูแลอยู่แล้ว และหน่วยงานดังกล่าวได้ขอให้กระทรวงพาณิชย์ยกเลิกการควบคุมธุรกิจนั้น ได้แก่ ธุรกิจนำเที่ยว ซื้อขายสินค้าเกษตรล่วงหน้าเฉพาะที่ไม่มีการส่งมอบสินค้าและธุรกิจบริการที่เกี่ยวเนื่อง ธุรกิจหลักทรัพย์ อนุพันธ์ และธุรกิจที่เกี่ยวเนื่อง ธุรกิจธนาคารพาณิชย์ ธุรกิจเงินทุน เครดิตฟองซิเอร์

(2) ให้ธุรกิจค้าส่งค้าปลีก ทั้งขนาดเล็กและขนาดใหญ่เป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาต อนึ่ง การปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในครั้งนี้จะไม่มีผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เป็นประเภทอุตสาหกรรม ธุรกิจส่งออก และธุรกิจที่ได้รับการ ส่งเสริมการลงทุนแต่ประการใด

ที่ผ่านมาที่ประชุมคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการแก้ไข พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ตามที่กระทรวงพาณิชย์เสนอโดยมอบหมายให้คณะกรรมการกฤษฎีกาไปพิจารณาในแง่กฎหมายให้มีความรัดกุมมากขึ้นในลำดับต่อไป ทั้งนี้ประเด็นสำคัญของการแก้ไข พ.ร.บ. ดังกล่าวมีอยู่ 3 ประเด็นด้วยกัน ประเด็นแรก ได้แก่ การแก้ไขคำนิยามของคนต่างด้าวโดยให้เพิ่มเติมประเด็นสิทธิในการออกเสียงด้วย จากเดิมที่จะดูเพียงแต่สัดส่วนการถือหุ้นให้ไม่เกินกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด ประเด็นที่สอง ได้แก่ให้มีการแก้ไขบทลงโทษกรณีการประกอบธุรกิจโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือถือหุ้นแทน โดยให้เพิ่มโทษปรับเพิ่มขึ้น ประเด็นที่สาม ได้แก่ ให้มีการปรับปรุงบัญชีแนบท้ายในส่วนของบัญชีที่ 3 (ธุรกิจที่คนไทยยังไม่พร้อมแข่งขัน เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการประกอบธุรกิจของคนต่าง

ด้าว) โดยผ่อนผันให้ธุรกิจที่มีกฎหมายเฉพาะอยู่แล้ว (เช่น ธุรกิจท่องเที่ยว การเงิน หลักทรัพย์ เป็นต้น) ได้รับการยกเว้นออกจากบัญชีที่ 3

ในส่วนของผู้ประกอบธุรกิจรายเดิมที่มีอยู่แล้ว ในร่าง พ.ร.บ.ฉบับใหม่ได้ให้ระยะเวลาในการปรับตัวโดยกำหนดให้ผู้ประกอบธุรกิจในบัญชีที่ 1 (ธุรกิจไม่อนุญาตให้ต่างชาติประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ เช่น กิจการหนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุโทรทัศน์ การค้าที่ดิน) บัญชี 2 (ธุรกิจเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศหรือกระทบต่อศิลปวัฒนธรรมเช่น การผลิตอาวุธยุทโธปกรณ์ การค้าของเก่าหรือศิลปวัตถุ เป็นต้น) ซึ่งเป็นคนต่างชาติที่ประกอบธุรกิจโดย ไม่ได้รับอนุญาตตาม พ.ร.บ. ฉบับเดิมและผู้ที่มีการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวจะต้องแจ้งกระทรวงพาณิชย์ภายใน 90 วัน รวมถึงต้องแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่กำหนดภายในเวลา 1 ปี สำหรับบริษัทต่างชาติที่ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 50 แต่มีสิทธิออกเสียง (voting right) เกินครึ่งหนึ่งจะต้องแจ้งกระทรวงพาณิชย์ภายใน 1 ปีและแก้ไขสิทธิในการออกเสียงให้ไม่เกินร้อยละ 50 ภายใน 2 ปี หลังจากที่กฎหมายมีผลบังคับใช้ ส่วนธุรกิจในบัญชีที่ 3 ต้องแจ้งสัดส่วนการถือหุ้นและแจ้งสิทธิในการออกเสียงของต่างชาติกับกระทรวงพาณิชย์ภายใน 90 วัน และ 1 ปี ตามลำดับ สามารถดำเนินการต่อไปได้โดยไม่ต้องลดสัดส่วน เนื่องจากเป็นธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับความมั่นคงหรือธุรกิจที่สงวนให้กับคนไทย ส่วนในกรณีที่เป็นธุรกิจที่เข้ามาใหม่หรือภายหลังกฎหมายอนุมัติจะต้องทำตามที่กฎหมายกำหนด แต่การแก้ไข พ.ร.บ. ครั้งนี้ไม่มีผลต่อธุรกิจประเภทอุตสาหกรรม ธุรกิจส่งออกและธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการบีโอไอ ทำให้การลงทุนโดยตรง (FDI) ในอุตสาหกรรมหลักเช่น ยานยนต์ อิเล็กทรอนิกส์ ไม่น่าจะได้รับผลกระทบ ส่วนผลกระทบต่อตลาดหุ้นนั้น กลุ่มอุตสาหกรรมที่นักลงทุนต่างชาติถือหุ้นในสัดส่วนที่ค่อนข้างสูงและอาจจะได้รับผลกระทบจากร่าง พ.ร.บ.ดังกล่าว ได้แก่ กลุ่มโทรคมนาคมและอสังหาริมทรัพย์ อย่างไรก็ตาม จำนวนบริษัทที่เข้าข่ายต้องปรับตัวอาจจะมีอยู่ไม่มากนัก โดยทางตลาดหลักทรัพย์ประเมินในเบื้องต้นว่าจะมีบริษัทจดทะเบียนไม่เกิน 15 รายได้รับผลกระทบจากการแก้ไขเพิ่มเติม พ.ร.บ. ฉบับนี้ จึงคาดว่าส่วนใหญ่แล้วจะอยู่ในหุ้นกลุ่มสื่อสาร ถึงแม้ว่าการแก้ไข พ.ร.บ.ดังกล่าวอาจจะส่งผลกระทบต่อนักลงทุนรายเดิมไม่มากนัก แต่ในระยะยาวอาจกระทบต่อภาพรวมการลงทุนในมุมมองของผู้ลงทุนต่างชาติและบรรยากาศในการลงทุน และทำให้ต่างชาติลดความเชื่อมั่นที่มีต่อนโยบายเศรษฐกิจของรัฐบาล ตลอดจน สร้างแรงกดดันให้นักลงทุนรายเดิมที่เข้าข่ายต้องปรับโครงสร้างใหม่ให้ต้องมีการลดสัดส่วนหุ้นที่ถือให้กับคนไทย

ปัญหาการแก้ไขกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้กลายเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันอย่างหนักแม้ว่าจะมีความพยายามชี้แจงจากผู้รับผิดชอบแต่เป็นที่คาดหมายได้ว่าประเด็นนี้จะเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อย่างต่อเนื่องทั้งในและต่างประเทศ ซึ่งต้องยอมรับข้อเท็จจริงก่อนว่า

เศรษฐกิจไทยจำเป็นที่จะต้องใช้ประโยชน์จากทุนต่างชาติ ทั้งทุนระยะสั้นและระยะยาว เพื่อหล่อเลี้ยงเศรษฐกิจ การสร้างงานและการยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน ขณะเดียวกันเพื่อประโยชน์ในการปกป้องผลประโยชน์ของชาติทั้งในเรื่องความมั่นคง การดูแลผลกระทบที่อาจมีต่อศิลปวัฒนธรรม หรือการคุ้มครองธุรกิจไทยที่ยังไม่พร้อมในการแข่งขัน การลงทุนหรือการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ต้องมีกติกากำกับดูแลหรือควบคุมที่ดี

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่กำหนดกติกาโดยมีหลักการที่ดี แต่ความจำเป็นในการแก้ไขก็มีอยู่เป็นปกติของกฎหมายที่ต้องมีการใช้ไปประเมินไป เพื่อปรับปรุงแก้ไขอย่างไรก็ตามผู้วิจัยเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. . . . ยังมีปัญหา คือ การแก้ไขคำนิยามคนต่างด้าวให้ครอบคลุมสิทธิออกเสียงเพียงอย่างเดียวยังไม่เพียงพอที่จะแก้ไขปัญหาการเข้าครอบงำกิจการโดยกรรมการบริหารดังนั้นการการแก้ไขจึงควรเพิ่มประเด็นการควบคุมการตั้งคณะกรรมการคนต่างด้าว และควรตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการตั้งแต่ขั้นตอนการยื่นขอจัดตั้งบริษัท การซื้อขายหุ้น การจัดตั้งกรรมการบริหารงานและรวมถึงกรณีที่มีการร้องเรียนเกี่ยวกับการกระทำผิดตามร่างพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. . . .

4.1.4 การควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

4.1.4.1 ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศสำหรับธุรกิจที่ไม่มีกฎหมายควบคุมไว้ แต่อีกด้านหนึ่งรัฐบาลแคนาดาก็ยังคงมีการตรวจสอบการลงทุนทั้งหลายที่สำคัญและมีหลักการควบคุมที่เข้มงวดสูงในการเข้ามาลงทุนประกอบกิจการของคนต่างด้าว โดยมีการคำนึงถึงเงินทุนที่เพิ่มขึ้นและประโยชน์ทางเทคโนโลยีที่คนต่างด้าวนำเข้ามายังแคนาดา และมีมาตรการตรวจสอบควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมาย

1. การกำหนดห้ามหรือจำกัดคนต่างด้าวลงทุนในกิจการที่มีความสำคัญต่อประเทศ

1) การประมง ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49

2) การขนส่งทางอากาศ ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของตราสารทุนที่มีสิทธิออกเสียง

3) การผลิตและจำหน่ายหนังสือ

4) การแพร่ภาพกระจายเสียง ถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 46.7 โดยแบ่งเป็น

ก. ไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับอนุญาต และ

ข. ไม่เกินร้อยละ 33 1/3 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่นแต่ไม่มีข้อจำกัดการที่คนต่างด้าวถือหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง

2. การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าว โดยแบ่งเป็น

1) การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้งจะต้องมีหนังสือแจ้งในเวลา ใดก็ได้ก่อนเสร็จสินการลงทุนหรือภายใน 30 วันหลังจากเสร็จสิน การลงทุน

2) การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบต้องได้รับอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อน ธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวกับวัฒนธรรม และในธุรกิจที่รัฐบาลแคนาดาพิจารณาว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายกาจ ต่อความมั่นคงของรัฐ แคนาดา สำหรับธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาที่กล่าวมา ข้างต้นอาจได้รับอนุมัติให้ประกอบกิจการได้หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเห็นเป็นที่ พอใจว่า การประกอบธุรกิจนั้นน่าจะเป็นประโยชน์สุทธิ (net benefit) ต่อประเทศแคนาดา

3) การลงทุนของคนต่างด้าวการกำหนดให้การลงทุนโดยบุคคลที่ไม่ใช่ชาวแคนาดาในธุรกิจต่อไปนี้ต้องแจ้งรัฐให้ทราบก่อนการดำเนินธุรกิจ ได้แก่การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยมีการดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ ได้แก่ กิจการที่เกี่ยวกับ วัฒนธรรม การเงิน การขนส่ง และบริการด้านโทรคมนาคม

3. การกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวในการลงทุน

การกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวในการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจโดยไม่ระบุว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามคนต่างด้าวเข้าไปลงทุนในธุรกิจทุกประเภท ที่มีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าพลเมืองของแคนาดา ซึ่งเป็นเนื้อหากฎหมายที่เรียกได้ว่าไม่เปิดช่อง สำหรับการลงทุนของต่างด้าวในเกือบทุกธุรกิจ

4. กำหนดคำนิยามของคนต่างด้าว

มีการนำหลักเกณฑ์ในเรื่องของการควบคุมนิติบุคคลกำหนดไว้ในคำนิยามด้วย นิติบุคคลที่ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดาถือว่าเป็นนิติบุคคลสัญชาติแคนาเดียน และถ้านิติบุคคลใดไม่ได้ถูกควบคุมโดยชาวแคนาดา นิติบุคคลนั้นจะถือว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าว

5. กำหนดอำนาจการควบคุมโดยกำหนดไปถึงอำนาจการควบคุมการดำเนินงานในบริษัททั้งทางตรงและทางอ้อม

6. การกำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่ง

1) หุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (voting shares) ร้อยละ 50 หรือ เกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบกิจการในแคนาดา

2) เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interests) ของหน่วยงานซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกกิจการหนึ่งซึ่งประกอบ กิจการในแคนาดาโดยไม่ได้มีอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นอีก

3) ได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญทั้งหมดของ ทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบกิจการในแคนาดา

4) ได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในหน่วยซึ่งควบคุมไม่ ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอีกหน่วยหนึ่งในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาในกรณีที่

ก. ไม่มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยใน แคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ

ข. มีการได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจด ทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา

7. Net Benefit

ในกรณีที่ธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาอาจได้รับการอนุมัติให้ลงทุนได้หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเห็นเป็นที่ พอใจว่า การประกอบธุรกิจนั้นน่าจะเป็นประโยชน์สุทธิ (net benefit) เงื่อนไขข้อนี้เป็นเรื่องที่น่าสนใจมากเนื่องจากมีกรณีที่เกิดขึ้นรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมไม่อนุมัติให้ BHP Billiton Limited (BHP) เข้าซื้อกิจการ Saskatchewan Inc. (Potash Corp) เนื่องจากพิจารณาว่าการเสนอเข้าซื้อกิจการดังกล่าวไม่เป็นผลประโยชน์สุทธิต่อประเทศแคนาดา[123] ภายใต้ Investment Canada Act 1985 ในกรณีนี้เป็นการพิจารณาก่อนจะมีการลงทุนในกิจการ

---

[123] **Canadian Government Rejects BHP's proposed acquisition of Potash Corporation under the Investment Canada Act-Is Canada Still Open for Business?**, Retrieved November 9, 2010, from http://www.osler.com/NewsResources/Details.aspx?id=2958

ซึ่งในกรณีที่การเข้าลงทุนในกิจการใดได้รับการอนุมัติแล้วแต่หากมีการประกอบกิจการที่ล้มเหลว[124] ก็จะมีบทลงโทษ[125] เช่นในกรณีของUnited States Steel Corporation[126] ที่ได้รับ

---

[124] Investment Canada Act 1985, Sect. 39

(1) Where the Minister believes that a non-Canadian, contrary to this Act,

(a) has failed to give a notice under section 12 or file an application under section 17,

(a.1) has failed to provide any prescribed information or any information that has been requested by the Minister or Director,

(b) has implemented an investment the implementation of which is prohibited by section 16, 24, 25.2 or 25.3,

(c) has implemented an investment on terms and conditions that vary materially from those contained in an application filed under section 17 or from any information or evidence provided under this Act in relation to the investment,

(d) has failed to divest himself of control of a Canadian business as required by section 24,

(d.1) has failed to comply with an undertaking given to Her Majesty in right of Canada in accordance with an order made under section 25.4,

(d.2) has failed to comply with an order made under section 25.4,

(e) has failed to comply with a written undertaking given to Her Majesty in right of Canada relating to an investment that the Minister is satisfied or is deemed to be satisfied is likely to be of net benefit to Canada,

(f) has failed to comply with any other provision of this Act or with the regulations, or

(g) has entered into any transaction or arrangement primarily for a purpose related to this Act,

the Minister may send a demand to the non-Canadian, requiring the non-Canadian, forthwith or within such period as is specified in the demand, to cease the contravention, to remedy the default, to show cause why there is no contravention of the Act or regulations or, in the case of undertakings, to justify any non-compliance therewith.

Ministerial demand

(2) If the Minister believes that a person or an entity has, contrary to this Act, failed to comply with a requirement to provide information under subsection 25.2(3) or 25.3(5) or failed to comply with subsection 25.4(3), the Minister may send a demand to the person or entity requiring that they immediately, or within any period that may be specified in the demand, cease the contravention, remedy the default or show cause why there is no contravention of the Act.

Contents of demand

(3) A demand under subsection (1) or (2) shall indicate the nature of the proceedings that may be taken under this Act against the non-Canadian or other person or entity to which it is sent in the event that the non-Canadian, person or entity fails to comply with the demand.

39.1 If the Minister believes that a non-Canadian has failed to comply with a written undertaking given to Her Majesty in right of Canada relating to an investment that the Minister is satisfied or is deemed to be satisfied is likely to be of net benefit to Canada, the Minister may, after the investment has been implemented, accept a new undertaking from the non-Canadian.

[125] Investment Canada Act 1985, Sect. 40

(1) If a non-Canadian or any other person or entity fails to comply with a demand under section 39, an application on behalf of the Minister may be made to a superior court for an order under subsection (2) or (2.1)

Court orders

(2) If, at the conclusion of the hearing on an application referred to in subsection (1), the superior court decides that the Minister was justified in sending a demand to the non-Canadian or other person or entity under section 39 and that the non-Canadian or other person or entity has failed to comply with the demand, the court may make any order or orders as, in its opinion, the circumstances require, including, without limiting the generality of the foregoing, an order

(a) directing the non-Canadian to divest themselves of control of the Canadian business, or to divest themselves of their investment in the entity, on any terms and conditions that the court considers just and reasonable;

(b) enjoining the non-Canadian from taking any action specified in the order in relation to the investment that might prejudice the ability of a superior court, on a subsequent application for an order under paragraph (a), to effectively accomplish the end of such an order;

(c) directing the non-Canadian to comply with a written undertaking given to Her Majesty in right of Canada in relation to an investment that the Minister is satisfied or is deemed to be satisfied is likely to be of net benefit to Canada;

(c.1)directing the non-Canadian to comply with a written undertaking given to Her Majesty in right of Canada in accordance with an order made under section 25.4;

(d) against the non-Canadian imposing a penalty not exceeding ten thousand dollars for each day the non-Canadian is in contravention of this Act or any provision thereof;

(e) directing the revocation, or suspension for any period specified in the order, of any rights attached to any voting interests acquired by the non-Canadian or of any right to control any such rights;

(f) directing the disposition by any non-Canadian of any voting interests acquired by the non-Canadian or of any assets acquired by the non-Canadian that are or were used in carrying on a Canadian business; or

(g) directing the non-Canadian or other person or entity to provide information requested by the Minister or Director.

Court orders — person or entity

(2.1) If, at the conclusion of the hearing on an application referred to in subsection (1), the superior court decides that the Minister was justified in sending a demand to a person or an entity under section 39 and that the person or entity has failed to comply with it, the court may make any order or orders that, in its opinion, the circumstances require, including, without limiting the generality of the foregoing, an order against the person or entity imposing a penalty not exceeding $10,000 for each day on which the person or entity is in contravention of this Act or any of its provisions.

Penalties recoverable as debts

(3) A penalty imposed by an order made under paragraph (2)(d) or subsection (2.1) is a debt due to Her Majesty in right of Canada and is recoverable as such in a superior court.

Contempt of court

(4) Everyone who fails or refuses to comply with an order made by a superior court under subsection (2) or (2.1) that is directed to them may be cited and punished by the court that made the order, as for other contempts of that court.

Rights of appeal

(5) For greater certainty, all rights of appeal provided by law apply in the case of any decision or order made by a superior court under this section, as in the case of other decisions or orders made by that court.

Definition of "superior court"

อนุญาตให้ประกอบการในแคนาดาได้แต่ภายหลังได้รับผลกระทบจากวิกฤติเศรษฐกิจในอเมริกาจึงทำให้ผลประกอบการล้มเหลวจึงต้องถูกบังคับตาม มาตรา 39 และ 40 ของInvestment Canada Act 1985 ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการพิจารณาถึงผลประโยชน์สุทธิของแคนาดานั้นไม่ได้พิจารณาแต่ในขั้นตอนของการขอเข้าประกอบกิจการเท่านั้นแต่หากภายหลังการประกอบการที่อนุมัติไปแล้วการประกอบกิจการเกิดล้มเหลวและเห็นว่าไม่เกิดประโยชน์สุทธิต่อแคนาคาก็จะมีบทลงโทษ ซึ่งในกรณีเช่นนี้ยังเป็นที่ถกเถียงกันว่าประเทศแคนาดามีนโยบายที่เปิดกว้างหรือคับแคบต่อนักลงทุนต่างประเทศ

Net Benefit หรือผลประโยชน์สุทธิของแคนาดานั้นจะมีการตรวจสอบอย่างเข้มข้นโดยCSIS (Canadian Security Intelligence Service) หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเห็นว่าการลงทุนนั้นมีผลประโยชน์ต่อแคนาดาก็อาจอนุมัติให้ลงทุนได้ Net Benefit หรือผลประโยชน์สุทธิของแคนาดาอาจอธิบายได้ดังนี้

1) ระดับผลกระทบจากการลงทุนและลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจในประเทศแคนาดารวมทั้งการจ้างงานการประมวลผลทรัพยากรการใช้ประโยชน์จากส่วนประกอบชิ้นส่วนและบริการที่ผลิตในประเทศแคนาดาและส่งออกจากแคนาดา

2) ระดับและความสำคัญของการมีส่วนร่วมโดยชาวแคนาดาทั้งในธุรกิจของแคนาดาในอุตสาหกรรมใดหรืออุตสาหกรรมในองค์กรธุรกิจแคนาดาหรือจะเป็นส่วนหนึ่ง

3) ผลกระทบของการลงทุนในการผลิตที่มีประสิทธิภาพในภาคอุตสาหกรรมการพัฒนาเทคโนโลยีนวัตกรรมผลิตภัณฑ์และความหลากหลายของผลิตภัณฑ์ในประเทศแคนาดา

4) ผลกระทบของการลงทุนที่เกี่ยวกับการแข่งขันในประเทศแคนาดา

5) เข้ากันได้กับประเทศอุตสาหกรรม, นโยบายเศรษฐกิจและวัฒนธรรม

6) การลงทุนมีส่วนสนับสนุนความสามารถของแคนาดาในการแข่งขันในตลาดโลก[127]

---

(6) In this section, “superior court” has the same meaning as in subsection 35(1) of the Interpretation Act but does not include the Supreme Court of Canada, the Federal Court of Appeal or the Tax Court of Canada.

[126] **Recent decisions-investment Canada act**, Retrieved November 9, 2010, from www.lawsonlundell.com/RecentDecisions-InvestmentCanadaAct.pdf

[127] Ibid.

4.1.4.2 ออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับและควบคุม เกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างชาติในประเทศออสเตรเลียไว้หลายฉบับโดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลีย (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดย รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา

โดยแบ่ง ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียออกเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลออสเตรเลีย และธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำเสนอขออนุญาตต่อรัฐบาล ออสเตรเลีย เช่น ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงชาติ (national security) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อ ผลประโยชน์ของชาติ (national interest)

Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 เป็นกฎหมายที่กำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียซึ่งแบ่งการตรวจสอบออกเป็นการตรวจสอบก่อนการลงทุนและกรณีภายหลังการลงทุน

1. การตรวจสอบก่อนการลงทุนเป็นการให้อำนาจรัฐบาลในการพิจารณาตรวจสอบคำเสนอขอลงทุนของคนต่างด้าวไว้ หากพิจารณาตรวจสอบแล้วเห็นว่าการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติซึ่งรัฐบาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับจากการลงทุน โดย พิจารณาเป็นรายกรณีไปหากการลงทุนนั้น ขัดกับผลประโยชน์ของชาติรัฐบาลสามารถปฏิเสธคำเสนอขอลงทุนของคนต่างด้าวได้โดยได้มีกรณีของ Wilmar International Limited-Acquisition of Sucrogen from CSR Limited ซึ่งFIRB ได้พิจารณาลงมติวันที่ 20 กรกฎาคม 2553[128] อนุมัติให้ Wilmar International Limited เสนอซื้อ Sucrogen จาก CSR จำกัดได้

โดยที่ Wilmar International Limited ได้แจ้งยัง FIRB จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญใด ๆ ต่อการดำเนินงาน Sucrogen และการจัดการโดยจะยังคงเงื่อนไขการจ้างงานในปัจจุบันไว้ไม่เปลี่ยนแปลงและคาดว่าการเจริญเติบโตและความสำเร็จของผลประกอบการจะส่งผลต่อการขยายงานและการขยายตัวของอุตสาหกรรมการผลิตน้ำตาลของออสเตรเลียและจากการตรวจสอบของ ACCC ให้ความเห็นว่าการเสนอซื้อ Sucrogen ของ Wilmar International Limited ไม่ทำให้เกิดผลกระทบต่อการแข่งขันทางตลาด

---

[128] **Foreign investment review board meeting**, Retrieved November 9, 2010, from http://www.treasury.gov.au/documents/1992/PDF/FIRB_Meeting_20100930.pdf

ตารางที่ 4.1 Wilmar International Limited-proposed acquisition of Sucrogen Limited

Type of assessment	**Informal Review**	
Reference	42800	
Acquirer(s)	Wilmar International Ltd	
Target(s)	Sucrogen Limited	
Industry	Sugar	
Outcome of assessment	Not opposed	
Total review days *	11	
Commenced public review	11th October 2010	
Date completed	25th October 2010	
Market definition	The ACCC considered the competition effects of the proposed acquisition in the context of: i) the market for the acquisition of cane and supply of milling services to growers; ii) the market for the acquisition of sugar export and marketing services; and iii) the market for the acquisition of bulk storage and handling services for raw sugar. However, for the purposes of the competition analysis, the ACCC did not consider it necessary to form a definitive view regarding market definition.	
Competition analysis	Given the limited competitive overlap between Wilmar and Sucrogen, the ACCC formed the view that the proposed acquisition was unlikely to result in a change in the structure of the relevant markets. The ACCC's analysis took into account the likely counterfactual and, in particular, whether Sucrogen under the ownership of Wilmar was likely to have different incentives compared to Sucrogen's current owners and whether this would be likely to affect competition in the relevant markets. The ACCC concluded that Sucrogen was unlikely to have different incentives under the ownership of Wilmar and that the proposed acquisition was unlikely to result in a substantial lessening of competition.	
Review timeline	**Date**	**Event**
	11th October 2010	ACCC commenced review under the Merger Review Process Guidelines.
	22nd October 2010	Closing date for submissions from interested parties.
	25th October 2010	ACCC announced it would not oppose the proposed acquisition.

หมายเหตุ. * Total Review days = Total business days less public holidays and time during which the review was suspended.[129]

[129] **Wilmar International Limited-proposed acquisition of Sucrogen Limited**, Retrieved November 9, 2010, from http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/953180/fromItemId/751043

2. การตรวจสอบภายหลังการลงทุนจะพิจารณาถึง

1) อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท และสิทธิการออกเสียงในหุ้น อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัทหมายถึงการควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการควบคุมการดำเนินการซึ่งเป็นผล หรือมาจากการจัดการหรือการปฏิบัติไม่ว่าจะมีกฎหมายหรืออำนาจที่เท่าเทียมกันและไม่ว่าจะตั้งอยู่ บนกฎหมายหรือสิทธิที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม

2) จำนวนการออกเสียงในหุ้นส่วนสามัญและหุ้นบุริมสิทธิต้อง ไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธินั้น

3) การได้รับผลประโยชน์จากหุ้นเป็นที่น่าสังเกตว่า Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 กำหนดไว้ชัดเจนว่าบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณารวมตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคลดังกล่าวด้วย โดยกฎหมายได้ระบุชัดเจนลงไปอีกว่าบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวได้แก่ใครบ้าง

จากการศึกษากฎหมาย Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 และCorporations Act 2001เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย ผู้ศึกษาพบว่ากฎหมาย Corporations Act 2001 วางหลักเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัทโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย คือ บริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิได้แต่ Corporations Act 2001จะกำหนดสิทธิที่สามารถกำหนดเป็นสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิได้ ดังนี้

(ก) การจ่ายชำระคืนทุน

(ข) การมีส่วนร่วมในสินทรัพย์และผลกำไรส่วนเกิน

(ค) เงินปันผลสะสมและไม่สะสม

(ง) การออกเสียงลงคะแนน [130]

แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของประเทศไทยไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับสิทธิที่จะสามารถกำหนดเป็นสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิเอาไว้ ซึ่งแนวทางปฏิบัติที่เอกชนกำหนดกันโดยทั่วไปก็คล้ายกันกับสิทธิที่ Corporations Act 2001 กำหนดไว้

สิทธิออกเสียงเป็นสิทธิหนึ่งที่เอกชนสามารถตกลงกำหนดกันได้เองว่าจะให้เป็นอย่างไร และกฎหมายก็มิได้บัญญัติขอบเขตไว้แต่อย่างใด แต่สิทธิออกเสียงที่มีมากมีผลต่อการควบคุมบริษัทและประเทศออสเตรเลียก็ให้ความสำคัญกับสิทธิออกเสียงที่จะสามารถควบคุมบริษัทได้ โดยเฉพาะในบริษัทที่จะต้องควบคุมระดับความเป็นเจ้าของของคนต่างด้าว ดังนั้นในกฎหมาย Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 จึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงบังคับไว้โดยเฉพาะ ดังจะเห็นได้จาก Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 Sect. 8 ที่บัญญัติว่า “Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights” ซึ่งเป็นการวางหลักพิจารณาการควบคุมของอำนาจของบริษัทไว้โดยเฉพาะ และก็ไม่ปรากฏว่ากฎหมายฉบับนี้

---

[130] Corporations Act 2001 Chapter 2H—Shares

Part 2H.1—Issuing and converting shares

254A Power to issue bonus, partly-paid, preference and redeemable preference shares

(1) A company’s power under section 124 to issue shares includes the power to issue:

(a) bonus shares (shares for whose issue no consideration is payable to the issuing company); and

(b) preference shares (including redeemable preference shares);and

(c) partly-paid shares (whether or not on the same terms for the amount of calls to be paid or the time for paying calls).

Note 1: Subsections 246C(5) and (6) provide that in certain circumstances the issue of preference shares is taken to be a variation of class rights.

Note 2: Partly-paid shares are dealt with in sections 254M-254N.

Note 3: On the issue of a bonus share there need not be any increase in thecompany’s share capital.

(2) A company can issue preference shares only if the rights attachedto the preference shares with respect to the following matters areset out in the company’s constitution (if any) or have beenotherwise approved by special resolution of the company:

(a) repayment of capital;

(b) participation in surplus assets and profits;

(c) cumulative and non-cumulative dividends;

(d) voting;

(e) priority of payment of capital and dividends in relation toother shares or classes of preference shares.

ห้ามบริษัทต่างด้าวออกหุ้นบุริมสิทธิแต่อย่างใดดังนั้น บริษัทต่างด้าวในออสเตรเลียจึงสามารถที่จะมีหุ้นบุริมสิทธิได้และสามารถกำหนดสิทธิต่าง ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิได้ตามกฎหมาย Corporations Act 2001 แต่สิทธิออกเสียงที่ถือเป็นการควบคุมบริษัทนั้นจะมีบทบัญญัติของกฎหมาย Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 วางหลักควบคุมไว้อีกขั้นตอนหนึ่ง

ในกรณีที่ตรวจสอบแล้วเห็นว่าบริษัทมีการถูกควบคุมโดยบุคคลต่างด้าวก็จะมีคำสั่งให้จำหน่ายหุ้นภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น กรณีของ Canwest Global Communications Corporation v the Treasurer of the Commonwealth of Australia; Donholken Pty Ltd v the Treasurer of the Commonwealth of Australia; Selli Pty Ltd v the Treasurer of the Commonwealth of Australia (1997) FCA 730 (8 August 1997)

มีประเด็นคือ The Ten Group Limited (TGL) เป็นบริษัทที่ได้รับอนุญาตประกอบกิจการโทรทัศน์ ซึ่งในกฎหมาย Broadcasting Services Act 1992 ซึ่งได้จำกัดการลงทุนของคนต่างด้าวในกิจการโทรทัศน์ไม่เกิน 15% แต่ในปี ค.ศ. 1992 TGL ประสบปัญหาทางด้านการเงินขึ้นบรรดาผู้ถือหุ้นที่มีส่วนร่วมในปฏิบัติการการช่วยเหลือบริษัทได้มีการตกลงกันระหว่างบรรดาผู้ถือหุ้นในการที่จะมอบอำนาจสิทธิในการจองหุ้นที่จะออกใหม่ให้กับบรรดาผู้ถือหุ้นเองในกรณีที่ผู้ถือหุ้นหรือผู้ถือหุ้นคนอื่นๆต้องการที่จะขายหุ้นออกไป ระยะเวลาของสิทธิการจองหุ้น คือ 30 วัน โดยกรณีที่มีผู้ประสงค์จะขายหุ้นซึ่งสามารถทำได้ตามความประสงค์

ตารางที่ 4.2 โครงสร้างหุ้นของ TGL เดิม

Name of ultimate holder	No of shares	Percentage interest (rounded)
Leibler Media Holdings	2,275,000	5.0
Copplemere	500,000	1.1
TNQ Television Ltd (TNQ)	18,200,000	40.4
Corom Pty Limited (Corom)	4,550,000	10.1
Belshaw Pty Limited (Belshaw)	4,550,001	10.1
Audant Communications Pty Limited (Audant)	6,824,999	15.1
Winston Capital Inc (Winston Capital)	1,401,379	3.1

มันมีการเปลี่ยนแปลงที่สำคัญเกี่ยวกับฐานะทางการเงินของบริษัท TGL ในปี ค.ศ. 1996 โดยในเดือนตุลาคมของปีนี้ Belshaw Pty Limited (Belshaw) ซึ่งเป็นบริษัทที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับคุณ Singleton ได้ยื่นโนติสโดยระบุว่าบริษัทมีความประสงค์ที่จะขายหุ้นที่ถืออยู่ออกไป บริษัท CanWest ซึ่งเป็นบริษัทของประเทศแคนาดามีหุ้นอยู่ใน TGL 15% อ้างว่าบริษัทได้พยายามติดต่อกับสถานบันการเงินของออสเตรเลียแห่งหนึ่งให้ทำการซื้อหุ้นที่เสนอขายโดย Belshaw แต่ก็ไม่ประสบผลสำเร็จ จากนั้นบริษัท CanWest ได้มีการพูดถึงการรวมกิจการกับคุณ Messrs Skala และคุณ Liebler ผู้ซึ่งเป็นผู้อำนวยการของ TGL และบรรดาผู้มีอำนาจซึ่งอยู่เบื้องหลังบริษัท Leiber Media Holdings และบริษัท Copplemere ตามลำดับ โดยเอกสารที่เป็นทางการได้มีการเซ็นต์สัญญากันในวันที่ 8 พฤศจิกายน ปี ค.ศ. 1996 ในวันนั้น Selli ซึ่งเป็นบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นเพื่อจะอำพรางการปรับโครงสร้างหุ้นของ TGL ซึ่งกลุ่มผู้ถือหุ้นคือ Leiber Media Holdings และบริษัท Copplemere ในฐานะที่เป็นบริษัทที่ได้รับการแต่งตั้งโดยบริษัท CanWest ภายใต้เงื่อนไขข้อตกลงในเรื่องของสิทธิการจองซื้อหุ้นได้ทำการโอนหุ้นของบริษัท Belshaw จำนวน 4,360,418 หุ้น โดยมีราคาหุ้นคำนวณไว้ที่ 13 เหรียญต่อหุ้น นอกจากนี้ Belshaw ยังได้โอนหุ้นโดยตรงจำนวน 189,583 หุ้นให้กับ Leiber Media Holdings ในราคาต่อหุ้นเท่ากันที่ 13 เหรียญต่อหุ้น หลังจากนั้นโดยทันที Leiber Media Holdingw ได้โอนหุ้นของ TGL จำนวน 375,000 หุ้นให้กับ Turnand และ Copplemere ได้ขายหุ้นที่บริษัทถืออยู่ใน TGL จำนวน 75 เปอร์เซ็นต์ให้กับบริษัท Numeration จากนั้น Messrs Leibler และ Skala จึงได้เป็นบอร์ดของบริษัท Selli บริษัท Numeration และ Turnand โดยสิทธิการโหวตในบริษัท Turnand อยู่ในมือของ Leiber Media Holdings และสิทธิการโหวตในบริษัท Numeration อยู่ในมือของ Copplemere

ในวันที่ 27 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 บริษัท Winston Capital ได้ขายหุ้นจำนวน 732,501 หุ้นที่ถืออยู่ในบริษัท TGL ให้กับ Selli ซึ่งดูเหมือนว่าจะไม่มีธุรกรรมอันใดที่เกี่ยวข้องกับบริษัท Belshaw เลยในการที่จะจัดหาเงินทุนให้กับธุรกรรมที่เกิดขึ้นเหล่านี้ Drie Sterren Kapitaal (Netherlands) BV หรือที่เรียกกันโดยย่อว่า “DSK” ซึ่งเป็นบริษัทลูกของ CanWest ได้ทดลองจ่ายเงินจำนวน 103,831,051 เหรียญฯ โดยการออกหุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิและหุ้นกู้แปลงสภาพโครงสร้างของบริษัท โดยในลำดับต่อมาในวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1996 มีผู้ถือหุ้นในบริษัท TGL 2 รายได้ยื่นโนติสภายใต้ข้อตกลงในเรื่องของสิทธิในการจองหุ้น ผู้ถือหุ้นทั้ง 2 ก็คือ คุณ Audant และคุณ Corom โดยที่ทั้งคู่ถือหุ้นบริษัทอยู่จำนวน 4,574,999 หุ้นและ 4,550,000 หุ้นตามลำดับ จากนั้น CanWest ได้ใช้ Selli เป็นตัวแทนของบริษัทอีกครั้งหนึ่ง โดยทาง TNQ ได้อ้างเกี่ยวกับการผิดสัญญาตามข้อตกลงและขู่ที่จะทำการฟ้องร้องถ้าหุ้นที่จะขายโดยผู้ถือหุ้นทั้งสองท่านมีการโอนให้กับบริษัท Selli โดยข้อตกลงในการขายได้มีการบรรลุข้อตกลงกันกับทางบริษัท Selli เรียบร้อยแล้ว แต่ก็มีการยกเลิกข้อตกลง และบริษัท Selli ได้เข้ามาแทนที่ Donholken ในฐานะที่เป็น

ผู้รับโอนหุ้นที่ได้รับการเสนอชื่อ ตามรายงานบันทึกการประชุมของ FIRB ความเกี่ยวข้องของ Donholken มีส่วนเกี่ยวพันกับขั้นตอนดังต่อไปนี้

คุณ Skala ได้แนะนำให้บริษัท CanWest ติดต่อกับคุณ Melda Donnelly ดูว่าคุณ Donnelly สนใจในการความรวมกิจการของ Donholken หรือไม่

คุณ David Asper ลูกชายของคุณ Israel Asper ได้แนะนำให้ CanWest ทำการติดต่อคุณ Richard Kennett โดยดูว่าคุณ Kennett สนใจในธุรกรรมของ Donholken หรือไม่

คุณ Anthony Hollis ได้รับการติดต่อจาก CanWest โดยตรง โดยดูว่าคุณ Hollis สนใจในธุรกรรมของ Donholken หรือไม่ โดยคุณ Hollis เคยเป็นพนักงานและบอร์ดของบริษัทสาขาของ CanWest ในประเทศออสเตรเลีย ซึ่งก็คือ บริษัท CanWest Pacific Communications Pty Limited คุณ Hollis ได้ลาออกจากการเป็นพนักงานบริษัทในเดือนกันยายน ปี ค.ศ. 1996 และได้ลาออกจากการเป็นบอร์ดของบริษัทในวันที่ 9 มกราคม ปี ค.ศ. 1997[131]

โครงสร้างของ Selli

หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของ Selli อนุมัติการจัดสรรหุ้นเพิ่มทุนห้าประเภท

Class A คือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงถือโดย Leibler Media Holdings และ Copplemere ผู้ถือหุ้นเหล่านี้จะไม่ได้รับเงินปันผลใด ๆ แต่พวกเขามีสิทธิออกเสียงลงคะแนน

Class B คือหุ้นที่จำกัดการออกเสียงลงคะแนน มีผู้ถือหุ้นเพียงสองรายที่เป็นประเด็นคือ Leibler Media Holdings และ Copplemere ผู้ถือหุ้นใน Class B จะได้รับสิทธิออกเสียงลงคะแนนในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหุ้นใน Class B แต่จะได้รับสิทธิในการจ่ายเงินปันผลพิเศษจำนวน $ 300,000 และร้อยละ 5 ของรายได้สุทธิของ Selli

Class C มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนเต็ม มีจำนวน 200 ล้านหุ้น

Class D ถูกจำกัดสิทธิการออกเสียงลงคะแนน มีจำนวน 200 ล้านหุ้น

---

[131] According to the FIRB Minute the involvement of Donholken involved the following steps:

* Mr Skala suggested that CanWest contact Ms Melda Donnelly to see if she was interested in what became the Donholken acquisition.

* Mr David Asper, son of Mr Israel Asper, suggested that CanWest contact Mr Richard Kennett to see if he was interested in what became the Donholken transaction.

* Mr Anthony Hollis was approached by CanWest directly to see if he was interested in what became the Donholken transaction.

Mr Hollis was a previous employee and director of an Australian CanWest subsidiary, CanWest Pacific Communications Pty Limited. Mr Hollis ceased working as an employee in September 1996 and resigned as a director on 9 January 1997. http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1997/730.html

Class E คือหุ้นไม่มีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน ถือโดย Leibler Media Holdings และ Copplemere โดยมีรายละเอียดคือจำนวนเงินที่ซื้อหุ้นแต่ละ $ 1.00 จะต้องบวกเพิ่มเงินพิเศษจำนวน $ 24,999.00 แต่ละหุ้น หุ้นเหล่านี้มีการแลกและการไถ่ถอน

ประเด็นที่สำคัญอยู่ที่ Turnand ซึ่งมี Leibler Media Holdings ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง Selli ถือหุ้น Class B ที่ไม่มีสิทธิออกเสียง จำนวน 32,247,825 หุ้น โครงสร้างของ Numeration mirrors ของ Turnand คือ Copplemere ถือหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง Class A และ Selli ถือ 4,904,534 หุ้น เป็นหุ้น Class B ไม่มีสิทธิออกเสียง ในแต่ละบริษัทหุ้น Class B จะเป็นหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง หุ้น Class C จะเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง

เงินทุนของ Turnand และ Numeration mirrors เป็นผลมาจากก Salli ยืมมาจาก DSK เข้าซื้อหุ้นใน Class B ในทางกลับกัน เงินที่ได้จากการขายหุ้นนั้น Numeration และ Turnand ก็นำไปซื้อหุ้น TGL

หุ้น Class B ที่ถือโดย Salli ใน Numeration และ Turnand ถูกแปลงสภาพเป็นหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงใน Class C ซึ่งการแปลงหุ้นดังกล่าวทำให้ Selli สามารถควบคุมเสียงส่วนใหญ่ของ Numeration และ Turnand ได้ ซึ่งจุดประสงค์หลักก็เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย Broadcasting Services Act

Donholken ได้มีการก่อตั้งเป็นบริษัทถูกต้องตามกฎหมาย ณ วันที่ 9 มกราคม ปี ค.ศ. 1997 และได้ซื้อหุ้นทั้งหมดจากคุณ Audant และคุณ Corom ที่ถือในบริษัท TGL ทั้งหมดในวันที่ 10 มกราคมปีเดียวกัน คุณ Israel Asper คือ ประธานและประธานเจ้าหน้าที่บริหารของบริษัท CanWest เงินทุนในการดำเนินธุรกรรมทั้งหมดของบริษัท Donholken ได้รับการสนับสนุนจาก DSK จำนวน 137,726,235 เหรียญฯ จากการออกหุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิและหุ้นกู้แปลงสภาพ โดยที่ราคาซื้อหุ้น อยู่ที่ 15 เหรียญฯ ต่อหุ้น

ผลที่ได้รับจากการรวมกันทำธุรกรรมของ Selli และ Donholken คือ ผลประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจของ CanWest จากการที่ถือหุ้นใน TGL ซึ่งเพิ่มขึ้นจาก 57.5 เปอร์เซ็นต์เป็น 76 เปอร์เซ็นต์

โครงสร้างของบริษัท Donholken

1. สิทธิการโหวตในคลาสเอจำนวน 100 สิทธิ โดยหุ้นด้อยสิทธิคำนวณที่ราคา 1 เหรียญฯต่อหุ้น โดยที่ 17 เสียงของสิทธิการโหวตถูกถือโดย Murdon Business Pty Ltd หรือที่รู้จักกันในนามของ “Murdon” และ Jacomo Pty Ltd หรือที่รู้จักกันในนามของ “Jacomo” และ Rusalka Pty Ltd หรือที่รู้จักกันในนามของ “Rusalka” โดยที่บริษัททั้งสามแห่งนี้ถูกควบคุมและสั่งการโดยคุณ Donnelly คุณ Kennett และคุณ Hollis ตามลำดับ

2. สิทธิการโหวตในคลาสบี 1 ที่ถูกจำกัดจำนวน 51 สิทธิ โดยหุ้นด้อยสิทธิคำนวณที่ราคา 1 เหรียญฯต่อหุ้น โดยที่ 17 เสียงของสิทธิการโหวตถูกถือโดย Murdon, Jacomo และ Rusalka

3. สิทธิการโหวตในคลาสบี 2 ที่ถูกจำกัดจำนวน 49 สิทธิ โดยหุ้นด้อยสิทธิคำนวณที่ราคา 1 เหรียญฯต่อหุ้น หุ้นจำนวนนี้ทั้งหมดไม่ได้มีการเจาะจงว่าถือโดยใครแต่อย่างใด

4. หุ้นการโหวตคลาสซีจำนวน 200,000,000 หุ้นคำนวณราคาที่ 1 เหรียญต่อหุ้น หุ้นจำนวนนี้ทั้งหมดไม่ได้มีการเจาะจงว่าถือโดยใครแต่อย่างใด

5. หุ้นด้อยสิทธิ และไม่มีสิทธิในการโหวตในคลาสอีจำนวน 1 หุ้น คำนวณราคาที่ 1 เหรียญต่อหุ้น ถือโดย Murdon

ผู้ถือหุ้นในคลาสเอจะไม่มีสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล ผู้ที่ถือหุ้นในคลาสบีมีสิทธิที่จะโหวตในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับผู้ที่ถือหุ้นในคลาสบี 1 เท่านั้น ในส่วนที่จะได้รับการปันผล ผู้ที่ถือหุ้นในคลาสบี 1 จะได้รับการจ่ายปันผลเป็นส่วน ๆ จากจำนวนเงินทั้งสิ้น 300,000 เหรียญฯ และการจ่ายค่าตอบแทนที่แท้จริงแล้วมีการจ่ายให้กับบอร์ดในคลาสนี้โดย Donholken นี่เป็นสิ่งที่ทำให้แน่ใจได้ว่าคุณ Donnelly คุณ Kennett และคุณ Hollis ได้รับเงินปันผลคนละ 100,000 เหรียญฯ และถ้าหุ้นในคลาสบี 1 สามารถเปลี่ยนเป็นเงินได้ ผู้ที่ถือหุ้นอยู่จะกลายเป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นส่วน ๆ โดยประมาณก็เท่ากับ 5 เปอร์เซ็นต์ของมูลค่าทรัพย์สินสุทธิของบริษัท Donholken เลยทีเดียว

มีหุ้นกู้ 2 ประเภทที่ออกโดย Donholken ที่ออกให้กับ DSK ในการสนับสนุนเรื่องเงินทุนในการได้มาซึ่งหุ้นของบริษัท TGL ซึ่งก็คือ หุ้นกู้แปลงสภาพและหุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิ หุ้นกู้แปลงสภาพจะจ่ายเงินคืนแค่ 1 เปอร์เซ็นต์และให้ดอกเบี้ยที่ 10 เปอร์เซ็นต์ต่อปี หุ้นกู้ประเภทนี้สามารถที่จะแปลงเป็นหุ้นในคลาสซี หรือคลาสดีที่จะจ่ายเงินเต็มจำนวนได้ในบริษัท Donholken ดังที่ได้ระบุไว้ก่อนหน้านี้ ผู้ที่ถือหุ้นในคลาสซีมีสิทธิในการโหวต ส่วนผู้ที่ถือหุ้นในคลาสดีมีสิทธิในการโหวตเฉพาะเรื่องการลงมติในเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิพิเศษและเงื่อนไขที่มีข้อผูกพันกับหุ้นในคลาสดี อย่างไรก็ดี สิทธิของการเปลี่ยนแปลงจะขึ้นอยู่กับองค์คุณในวรรคที่มีคุณสมบัติที่กล่าวไว้ว่าผลลัพธ์ที่ได้มาจะต้องไม่ล่วงละเมิดข้อกำหนดของพระราชบัญญัติว่าด้วยความเป็นเจ้าของและการควบคุมบริษัทต่างด้าว หรือข้อบังคับใด ๆ ที่ได้มีการกำหนดเอาไว้แล้วเสร็จ

ส่วนหุ้นกู้ไม่ด้อยสิทธิจะมีการจ่ายเต็มจำนวนที่ 1 เหรียญฯ และมีการจ่ายดอกเบี้ยน้อยกว่า 15 เปอร์เซ็นต์ หรือในจำนวนเงินปันผลของ TGL ที่น้อยกว่าค่าใช้จ่าย และหลังจากเงินค่าตอบแทนจำนวน 300,000 เหรียญที่มอบให้แก่บอร์ดบริหารทั้งสามท่าน หรือเงินปันผลที่จะต้องมีการจ่ายให้กับบอร์ดบริหารทั้งสามท่าน หรือบริษัทของบอร์ดบริหารทั้งสาม

การไถ่ถอนตั๋วสัญญาใช้เงินจะเกิดขึ้นถ้าเกิดการผิดสัญญาขึ้น ถ้าหุ้นกู้แปลงสภาพถูกแปลงสภาพ เมื่อการหักลบกลบหนี้เกิดขึ้น หรือในระยะเวลา 75 ปีหลังจากที่ได้ออกหุ้นกู้แปลงสภาพ

ข้อแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างโครงสร้างของบริษัท Selli และโครงสร้างของบริษัท Donholken คือที่ว่าโครงสร้างของบริษัท Donholken ไม่มีทางเลือกในเรื่องของสิทธิการโหวตในหุ้นที่มีสิทธิโหวต อย่างไรก็ดีทางเลือกสิทธิการโหวตในบริษัทย่อยของ CanWest ต่อหุ้นในคลาสอีได้ถูกถือโดย Murdon เมื่อหุ้นในคลาสอีไม่ใช่ทั้งหุ้นที่มีการโหวตและหุ้นไม่ด้อยสิทธิ มันจึงยากที่จะเห็นถึงส่วนของทางเลือกในเรื่องของสิทธิการโหวตแสดงอยู่ในโครงสร้างของบริษัท ผลลัพธ์ที่มีส่วนสำคัญที่เหมือนกันนี้เกิดขึ้นมาจากความสามารถของ DSK ในการที่แปลงหุ้นกู้ให้เป็นหุ้นที่มีสิทธิในการโหวต ในสาระสำคัญซึ่งถือเป็นทางเลือกต่อหุ้นที่มีสิทธิในการโหวตที่ไม่ได้มีการออกหุ้นจริงออกมา

จากโครงสร้างบริษัท Selli คณะกรรมการ FIBR มีความเห็นว่าบริษัท Selli เป็นบริษัทต่างด้าว ซึ่งเมื่อถือหุ้นของ TGL เกิน 15 % จึงทำให้ TGL เป็นบริษัทที่ถูกควบคุมโดยคนต่างด้าว ตามมาตรา 18(4) ของ Foreing Acquisitions and Takeovers Act 1975[132] โดยการบังคับของ มาตรา 18 กรรมการมีอำนาจที่สั่งให้มีการจำหน่ายหุ้นออกไปภายในกำหนดระยะเวลา[133]

กรณีตัวอย่างนี้โครงสร้างของบริษัท Selli ได้กำหนดหุ้นออกเป็นประเภทซึ่ง แต่ละประเภทก็จะมีการกำหนดเรื่องสิทธิออกเสียง แต่ไม่มีหุ้นบุริมสิทธิ จุดประสงค์ในการกำหนดหุ้นออกเป็นประเภทแต่ละประเภทจะมีสิทธิทางทรัพย์สินและสิทธิออกเสียงที่ไม่เท่ากันก็เพื่อจะวางโครงสร้างหุ้นให้ซับซ้อน ยากต่อการตรวจสอบถึงฐานอำนาจที่แท้จริงและปกปิดอำนาจการควบคุมของคนต่างด้าว เมื่อนำมาเปรียบเทียบของประเทศไทยก็จะเหมือนการออกหุ้นบุริมสิทธิที่จำกัดสิทธิออก

---

[132] (A) Selli Pty Limited ACN 076 163 703 (`Selli') is a foreign person and The Ten Group Limited ACN 057 564 708 (`TGL') is a corporation for the purposes of section 18 of the Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 (`the Act');

(B) Selli has acquired shares in TGL as described in the Schedule (`the Shares'); , http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/1997/730.html

[133] Sec.18 Foreing Acquisitions and Takeovers Act 1975

(4) Where a person has acquired shares in a corporation, and the Treasurer is satisfied that:

(a) the acquisition has had the result that:

(i) in the case of a corporation that, before the acquisition, was not controlled by foreign persons—the corporation is controlled by foreign persons; or

(ii) in the case of a corporation that, before the acquisition, was controlled by foreign persons—the corporation continues to be controlled by foreign persons, but those persons include a person who is not, or do not include a person who is, one of the foreign persons first referred to in this subparagraph; and

(b) that result is contrary to the national interest; the Treasurer may make an order directing the person who acquired the shares to dispose of those shares within a specified time to any person or persons approved in writing by the Treasurer.

เสียงและให้คนไทยถือ ส่วนหุ้นสามัญที่มีสิทธิออกเสียงก็ให้คนต่างด้าวถือเพื่อจะได้เข้าควบคุมบริษัทได้โดยผ่านสิทธิออกเสียง

ความแตกต่างและความเหมือนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัทและการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดาจึงสามารถสรุปได้ดังนี้

ตารางที่ 4.3 ความแตกต่างและความเหมือนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งบริษัทและการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวของประเทศไทย ประเทศออสเตรเลีย และประเทศแคนาดา

ประเทศไทย	ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศแคนาดา
หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่มีได้ในบริษัทและเอกชนสามารถกำหนดสิทธิต่างในหุ้นได้รวมถึงสิทธิออกเสียง	บริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิได้และสามารถกำหนดสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิได้ดังนี้ 1. การจ่ายชำระคืนทุน 2. การมีส่วนร่วมในสินทรัพย์และผลกำไรส่วนเกิน 3. เงินปันผลสะสมและไม่สะสม 4. การออกเสียงลงคะแนน	บริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิได้ซึ่งมีสิทธิในการรับเงินปันผลหรือการชำระคืนของเงินทุนในกรณีที่บริษัทเลิกกิจการดีกว่าหุ้นสามัญ และบริษัทสามารถออกหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียงได้
มีการแยกประเภทธุรกิจที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวไว้เป็นประเภท	คนต่างด้าวสามารถลงทุนในธุรกิจได้ทุกประเภทที่ไม่มีกฎหมายห้ามไว้โดยเฉพาะแต่จะต้องแสดงให้เห็นว่าการลงทุนนั้นจะเกิดประโยชน์กับประเทศออสเตรเลียและไม่กระทบต่อผู้ลงทุนภายในประเทศ	คนต่างด้าวลงทุนในธุรกิจได้ทุกประเภทที่ไม่มีกฎหมายเฉพาะห้ามไว้แต่จะต้องเป็นไปตามหลัก Net Benefit
ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการหุ้นบุริมสิทธิหรือการพิจารณาถึงอำนาจควบคุมในบริษัทของคนต่างด้าว	วางหลักพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงที่เป็นการควบคุมของอำนาจของบริษัทไว้โดยเฉพาะกำหนดจำนวนการออกเสียงในหุ้นส่วนสามัญและหุ้นบุริมสิทธิต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีใน หุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธิ มีการตรวจสอบการลงทุนของคนต่างด้าวโดยแบ่งการตรวจสอบออกเป็นการตรวจสอบก่อนการลงทุนและกรณีภายหลังการลงทุน	นำเรื่องการควบคุมนิติบุคคลกำหนดไว้ในคำนิยามคนต่างด้าวด้วย และกำหนดถึงอำนาจการควบคุมการดำเนินงานในบริษัททั้งทางตรงและทางอ้อม

ดังนั้นบริษัทต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจทั้งในประเทศไทย ประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดา จึงสามารถมีหุ้นบุริมสิทธิได้และสามารถกำหนดสิทธิออกเสียงได้ แต่ประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะวางหลักเรื่องการพิจารณาความเป็นต่างด้าวเรื่องอำนาจอำนาจควบคุมไว้อีกชั้นหนึ่ง ส่วนประเทศออสเตรเลียและประเทศแคนาดาสามารถควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยผ่านสิทธิออกเสียงได้เนื่องจากมีกฎหมายบัญญัติเรื่องการควบคุมบริษัทโดยผ่านสิทธิออกเสียงไว้อย่างชัดเจนและมีการตรวจสอบการลงทุนอย่างจริงจังและมีหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรง

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจำกัด

ปัญหาในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิส่วนใหญ่จะเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิได้กำหนดไว้ไม่ชัดเจนเพราะบัญญัติไว้อย่างกว้าง ๆ แม้ในเรื่องของการให้ความหมายของ “หุ้นบุริมสิทธิ” ก็ไม่มีความชัดเจน สำหรับการกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิตลอดจนขอบเขตของบุริมสิทธิแห่งหุ้นจะมีปัญหาในลักษณะที่ว่า การกำหนดบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นจะกำหนดเรื่องใดได้บ้าง และเรื่องที่สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิได้นั้นจะมีสภาพและขอบเขตอย่างไร โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติ เช่น เกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจึงเป็นปัญหาที่มีผลกระทบต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะว่าการกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นจะทำให้มีผลเป็นการหลีกเลี่ยงหรือขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายดังกล่าวนี้หรือไม่ ในปัญหาต่าง ๆ เหล่านี้ผู้ศึกษาจะได้ศึกษาในรายละเอียดเป็นลำดับต่อไปดังนี้

4.2.1 ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ

จากการศึกษาตำราที่ผู้ทรงคุณวุฒิได้ให้ความหมายและจากการตีความของคณะกรรมการกฤษฎีกา พอสรุปได้ว่ามีผู้ให้ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิแยกไว้เป็น 2 แนวคือ

แนวที่หนึ่ง หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิแตกต่างไปจากหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผล หรือได้รับเงินค่าหุ้นคืนก่อนหุ้นสามัญเมื่อเลิกบริษัท เป็นต้น ทั้งนี้ไม่คำนึงว่าสิทธิที่แตกต่างนั้นจะแตกต่างในลักษณะดีกว่าหรือด้อยกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นในลักษณะเดียวกันนี้

แนวที่สอง หุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นที่ผู้ถือมีสิทธิแตกต่างและดีกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลหรือได้รับเงินค่าหุ้นคืนก่อนหุ้นสามัญเมื่อเลิกบริษัท เป็นต้น ซึ่งสิทธิที่กำหนดให้

แตกต่างจากหุ้นสามัญนั้นต้องกำหนดให้มีลักษณะดีกว่าหุ้นสามัญเท่านั้นจะกำหนดให้มีสิทธิด้อยกว่าไม่ได้

ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา หรือประเทศญี่ปุ่นแล้ว จะเห็นว่าประเทศเหล่านั้นไม่มีปัญหาในเรื่องความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ เพราะกฎหมายบริษัทในประเทศเหล่านั้นให้อำนาจบริษัทที่จะกำหนดสิทธิในหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันได้ หุ้นที่บริษัทออกอาจเป็นหุ้นบุริมสิทธิ หุ้นสามัญ หรือหุ้นด้อยสิทธิก็ได้ แม้หุ้นในประเภทที่มีบุริมสิทธิก็อาจจะแบ่งย่อยออกเป็นหุ้นลำดับย่อยโดยมีสิทธิแตกต่างกันบางประการได้อีก หุ้นบุริมสิทธิในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ มักให้สิทธิในเรื่องการรับเงินปันผล การได้รับทุนคืนเมื่อเลิกบริษัทก่อนหุ้นสามัญ และมีการกำหนดจำนวนเงินปันผลหรือคืนทุนเป็นจำนวนที่แน่นอน แต่หุ้นบุริมสิทธิก็อาจถูกกำหนดให้ไม่มีสิทธิออกเสียงหรือถูกจำกัดสิทธิออกเสียงได้ การกำหนดสิทธิออกเสียงให้แตกต่างกันนี้มิใช่กำหนดเฉพาะกรณีของหุ้นบุริมสิทธิ แต่เป็นผลมาจากการที่กฎหมายบริษัทของประเทศอังกฤษกำหนดให้บริษัทสามารถออกหุ้นให้มีสิทธิแตกต่างกันได้ ซึ่งรวมถึงสิทธิในการออกเสียงด้วย แต่ในทางปฏิบัติหุ้นบุริมสิทธิมักถูกจำกัดเรื่องสิทธิออกเสียง ฉะนั้นแนวโน้มการกำหนดสภาพบุริมสิทธิของหุ้นต่างประเทศจึงมีลักษณะที่ดีกว่าหุ้นสามัญในบางประการและอาจกำหนดสิทธิบางประการให้ด้อยกว่าหุ้นสามัญได้ด้วย

สำหรับความหมายของหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะมีความหมายอย่างไรนั้นอาจกล่าวได้ว่า หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีบุริมสิทธิซึ่งแตกต่างจากหุ้นสามัญ ส่วนที่ว่าบุริมสิทธินั้นเป็นสิทธิเกี่ยวกับเรื่องใด มีสภาพและขอบเขตแค่ไหน ผู้ศึกษาเห็นว่าในทางปฏิบัติแล้ว หุ้นบุริมสิทธิถูกกำหนดให้มีสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลในลักษณะที่ดีกว่าหุ้นสามัญ โดยได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนที่แน่นอนหรือได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ ตามข้อบังคับของบริษัทและในขณะเดียวกันเมื่อมีการกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนร้อยละ 0.5 ของมูลค่าหุ้น ซึ่งเป็นจำนวนที่น้อยและต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝาก ซึ่งกระทรวงพาณิชย์โดยคำปรึกษาของคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ยอมรับจดทะเบียนให้ หรือหุ้นบุริมสิทธิถูกจำกัดในเรื่องสิทธิออกเสียงโดยกำหนดให้นับหุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้น เป็นหนึ่งเสียง เป็นต้น จึงเท่ากับว่าในทางปฏิบัติหุ้นบุริมสิทธิหมายถึงหุ้นที่มีสิทธิแตกต่างจากหุ้นสามัญ

จากความหมายของหุ้นบุริมสิทธิในต่างประเทศก็ดี หรือประเทศไทยก็ดีที่ให้ความหมายไปในทำนองว่าหุ้นบุริมสิทธิหมายถึง หุ้นที่มีสิทธิพิเศษแตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ถ้าเช่นนั้นก็น่าจะเรียกหุ้นบุริมสิทธิว่าเป็น “หุ้นพิเศษ” หรือ “หุ้นวิสามัญ” ก็จะตรงความหมายในทางปฏิบัติมากกว่า แต่ก็มิได้ใช้คำนี้ จากการศึกษาวิวัฒนาการของหุ้นบุริมสิทธิ พบว่า แต่เดิมการออกหุ้นบุริมสิทธิก็เพื่อจูงใจนักลงทุนให้เข้ามาซื้อหุ้น ต่อมาเจตนารมณ์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงไปเป็น

เพื่อการระดมทุนด้วย เจตนารมณ์ทั้งสองประการล้วนต้องการให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับประโยชน์จากบุริมสิทธิโดยตรง การจะให้รางวัลแก่ผู้มีคุณต่อบริษัทก็คงต้องให้ในสิ่งที่ดีกว่าธรรมดา หรือการจะจูงใจนักลงทุนก็คงต้องใช้สิ่งที่ดีกว่าที่มีอยู่มาจูงใจ ฉะนั้นบุริมสิทธิในหุ้นจะต้องมีสิทธิดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วยเสมอ

แนวทางในการพิจารณาค้นหาความหมายที่แท้จริงของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น อาจพิจารณาถึงสภาวการณ์ที่เกี่ยวข้องที่เป็นอยู่ในปัจจุบันประกอบด้วย และเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นก็อาจจะแปรผันไปตามสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลง เพราะบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติมาครั้งหนึ่งในอดีตยังคงดำรงตนมีความเป็นอยู่ของมันอยู่เรื่อยไป แยกตัวเป็นอิสระและเป็นเอกเทศจากผู้บัญญัติกฎหมาย ความหมายและเหตุผลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็จะมีความเป็นอยู่แยกจากสิ่งที่เป็นอยู่แต่เดิม กฎหมายจึงสามารถมีความหมาย ความมุ่งหมาย และเหตุผลเป็นอิสระในตัวของมันและปรับตัวให้เข้ากับสภาวการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไปได้ ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิเมื่อพิจารณาถึงสภาวการณ์ในปัจจุบันแล้ว จึงควรหมายถึงหุ้นที่มีสิทธิพิเศษแตกต่างจากหุ้นสามัญ และเมื่อพิจารณาประกอบกับวัตถุประสงค์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิแล้วเห็นได้ว่า หุ้นบุริมสิทธิต้องมีสิทธิที่มีลักษณะดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วยเสมอ ฉะนั้นผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า หุ้นบุริมสิทธิมีความหมายทั้งสองนัยดังกล่าวประกอบกัน คือ หมายถึงหุ้นบุริมสิทธิแตกต่างจากหุ้นสามัญและจะต้องมีสิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วย แต่จะมีสิทธิที่ด้อยกว่าอยู่ด้วยหรือไม่ก็ได้ เพื่อทำความเข้าใจในการแปลความกฎหมายโดยดูเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ผู้ศึกษาขอยกทฤษฎี Subjective Theory และ Objective Theory มาวิเคราะห์เพื่อประกอบการอธิบายความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ ดังนี้

ทฤษฎี Subjective Theory เป็นการหาเจตนารมณ์ของกฎหมายโดยตีความตามเจตนารมณ์ของผู้ร่าง เพราะผู้ร่างกฎหมายย่อมจะต้องรู้ว่ากฎหมายที่ร่างขึ้นมานั้นต้องการให้มีความหมายว่าอย่างไรอาจดูได้จาก

1. รายงานการประชุมร่างกฎหมาย ซึ่งจากการค้นคว้าของผู้ศึกษาในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไม่ปรากฏเอกสารการร่างกฎหมายในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิแต่อย่างใด และไม่ปรากฏว่าบทบัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิของไทยได้นำมาจากบทบัญญัติในต่างประเทศอย่างไร

2. จากข้อความในตัวบทกฎหมายโดยทั่ว ๆ ไป ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ผู้ร่างกฎหมายกล่าวถึงหุ้นในบริษัทจำกัดไว้สองชนิดเท่านั้น คือหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ และเมื่อพิจารณาถึงวิวัฒนาการของหุ้นบุริมสิทธิในกฎหมายไทยแล้ว ในครั้งแรกกฎหมายใช้คำว่า “หุ้นวิเศษ” และ “หุ้นพิเศษ” ต่อมาจึงเปลี่ยนมาใช้คำว่า “หุ้นบุริมะสิทธิ” เมื่อ พ.ศ. 2468 เป็นไปได้ว่าผู้ร่างต้องการเรียก “หุ้นวิเศษ” หรือ “หุ้นพิเศษ” ให้สอดคล้องกับประเทศตะวันตก ซึ่งใช้คำว่า

“preferred share” ซึ่งหมายถึง หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่มีสิทธิดีกว่าหุ้นสามัญในเรื่องเงินปันผล การคืนทุนฯ ซึ่งอาจไม่ตรงกับความหมายของหุ้นวิเศษหรือหุ้นพิเศษของไทยในขณะนั้นก็ได้ ฉะนั้นการตีความโดยการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย โดยดูจากข้อความในประมวลกฎหมาย จึงไม่อาจสรุปให้ชัดเจนได้ในกรณีนี้ เนื่องจากไม่พบเหตุผลในการเปลี่ยนแปลงตอนร่างกฎหมายทั้ง “หุ้นวิเศษ” หรือ “หุ้นพิเศษ” ก็อาจมีความหมายถึงหุ้นที่พิเศษแตกต่างจากหุ้นสามัญ หรือหุ้นพิเศษดีกว่าหุ้นสามัญ ส่วนบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทย ที่บัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิโดยตรงก็มีเพียง 4 มาตราเท่านั้น เมื่ออ่านข้อความแล้วก็ยังไม่อาจทราบเจตนารมณ์ของกฎหมายได้

สำหรับทฤษฎี Objective Theory เป็นการค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมาย ในขณะที่ตีความนั้นเอง โดยไม่ต้องดูเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย แต่จะดูเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ ว่ามุ่งหมายอย่างไรแล้วตีความให้เหมาะสมกับสถานการณ์บ้านเมือง และเศรษฐกิจในขณะนั้น เพราะสถานการณ์บ้านเมืองหรือเศรษฐกิจสามารถเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลา เจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายในสถานการณ์หนึ่ง จึงไม่อาจนำไปใช้ในอีกสถานการณ์หนึ่งได้ ดังนั้นจึงต้องตีความกฎหมายนั้น ๆ ให้เหมาะสมกับสถานการณ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเท่าที่ถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่องไว้

เมื่อพิจารณาตามความแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) ซึ่งบัญญัติไว้ว่า กิจการอันพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทคือ “วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่า เป็นสถานใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท”

ข้อความที่ขีดเส้นใต้ไว้นั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายเปิดช่องให้เอกชนตกลงกันเองในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ และไม่ปรากฏขอบเขตในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไว้ว่าจะกำหนดได้มากน้อยเพียงใดหรือกำหนดได้ในเรื่องใดบ้าง แม้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) จะให้เอกชนตกลงเกี่ยวกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นว่าเป็นสถานใด เพียงใดได้โดยมิได้จำกัดขอบเขตไว้ แต่การจะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิได้เพียงใดนั้น จะต้องพิจารณาด้วยว่าบุริมสิทธิที่กำหนดให้เป็นบุริมสิทธินั้นต้องไม่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือมีกฎหมายห้ามไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องไม่ขัดต่อหลักพื้นฐานสำคัญของกฎหมายหุ้นส่วนบริษัทด้วย

อย่างไรก็ดี การตีความจะต้องไม่เกินขอบเขตแห่งถ้อยคำของกฎหมายจะเปิดช่อง เมื่อพิจารณาความหมายคำว่า “บุริมสิทธิ” ในหุ้นบุริมสิทธิแล้ว ย่อมไม่อาจตีความให้หมายถึงหุ้นที่มีแต่ความด้อยสิทธิเพียงอย่างเดียวได้ ในเรื่องนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าหุ้นบุริมสิทธิอย่างน้อยจะต้องมีความเป็นบุริมสิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วย แต่อาจกำหนดสิทธิอื่น ๆ ให้แตกต่างจากสิทธิที่มีในหุ้นสามัญได้ด้วย ดังนั้นในแง่นี้หุ้นบุริมสิทธิจึงหมายถึงหุ้นที่มีสิทธิแตกต่างจากหุ้นสามัญในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

โดยจะต้องมีสิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วยอย่างน้อยประการหนึ่ง เมื่อเป็นเช่นนี้สำหรับปัญหาที่ว่าหุ้นบุริมสิทธิในทางด้อยสิทธิแต่ประการเดียว จะถือเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ ผู้ศึกษาเห็นว่าหุ้นที่มีแต่ความด้อยสิทธิประการเดียวย่อมไม่ใช่หุ้นบุริมสิทธิ ดังเหตุผลที่ผู้ศึกษาได้กล่าวมาแล้วในตอนต้น

นอกจากนี้ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ได้มีการประชุมลงมติเกี่ยวกับเรื่องหุ้นที่มีสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญไว้ เมื่อวันที่ 19 สิงหาคม 2517 ซึ่งต่อมาได้บัญญัติเป็นพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2535) สรุปความได้ว่าให้บริษัทออกหุ้นบุริมสิทธิได้ แต่ไม่ยอมให้ออกหุ้นที่มีสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ

มติที่ประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมายดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าคณะกรรมการไม่ประสงค์ให้มีการออกหุ้นด้อยสิทธิซึ่งมีสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ แม้มติที่ประชุมดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายและมีขึ้นภายหลังบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ แต่ความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าวแสดงให้เห็นแนวทางเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย เกี่ยวกับกฎหมายบริษัทมหาชนฉบับแรก ที่ไม่ต้องการให้มีการออกหุ้นด้อยสิทธิ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นแนวทางการตีความ

จากเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ไม่ประสงค์ให้มีหุ้นที่มีสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ จึงเป็นการสนับสนุนความเห็นของผู้ศึกษาว่าหุ้นบุริมสิทธิจะไม่รวมถึงหุ้นที่มีแต่ความด้อยสิทธิเพียงประการเดียว (มีสิทธิน้อยกว่าหุ้นสามัญ)

4.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งหุ้นบุริมสิทธิ

การกำหนดบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิเป็นที่ยอมรับกันทั้งนานาประเทศ และประเทศไทยว่ากำหนดเกี่ยวกับเรื่องเงินปันผล การคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทและสิทธิในทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทได้ แต่ในการกำหนดสิทธิประเภทอื่น ๆ เช่น สิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ หรือสิทธิอื่น ๆ ที่มีในหุ้นสามัญ ปัญหาว่าจะสามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นได้หรือไม่เพียงใด การกำหนดให้หุ้นใดมีสิทธิในเรื่องเหล่านี้ดีกว่าหุ้นสามัญจะทำให้หุ้นนั้นกลายสภาพเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิไว้ใน มาตรา 1108(4) เพียงแห่งเดียว โดยบัญญัติว่า “กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

จากบทบัญญัติดังกล่าวจึงมีปัญหาว่าอะไรคือสิทธิที่จะสามารถนำมากำหนดเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากสิทธิของหุ้นสามัญได้ และจะกำหนดขอบเขตไว้เช่นใด

ปัญหาการกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธินั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ในทางปฏิบัติมีการกำหนดบุริมสิทธิในเรื่องสิทธิในทรัพย์สิน สิทธิออกเสียง แม้กระทั่งสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ ซึ่งยังเป็นปัญหาที่ถกเถียงกันและจำเป็นต้องศึกษาให้ชัดเจนว่า สิทธิสองประการหลังนี้สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิได้หรือไม่

ในสมัยที่เริ่มมีกฎหมายเกี่ยวกับบริษัทของไทยไม่ได้ชี้ชัดว่าอะไรคือสภาพแห่งบุริมสิทธิที่จะนำมากำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิได้ จนในปี พ.ศ. 2521 พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 มาตรา 43 วรรคท้าย บัญญัติไว้ว่า “บุริมสิทธิที่จะพึงให้แก่ผู้ถือหุ้นมีได้เฉพาะในเรื่องการรับเงินปันผล การคืนเงินค่าหุ้น และส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อมีการเลิกบริษัท” กฎหมายฉบับดังกล่าวเป็นฉบับเดียวที่กำหนดในเรื่องบุริมสิทธิแห่งหุ้นไว้อย่างชัดแจ้งและจากถ้อยคำในตัวบทกฎหมายก็ชี้ให้เห็นชัดว่า เฉพาะมติในเรื่อง 3 เรื่องดังกล่าวนี้เท่านั้นที่สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นได้ เรื่องอื่น ๆ ไม่สามารถนำมากำหนดได้เลย ต่อมาพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ซึ่งในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้จำกัดการกำหนดบุริมสิทธิไว้เพียงแต่ 3 เรื่องดังเช่นที่กำหนดไว้ในมาตรา 43 แห่งพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 แต่กลับบัญญัติเปิดกว้างไว้โดยไม่ได้เขียนข้อความใด ๆ เลยว่าจะมีได้ในเรื่องใดบ้างในลักษณะทำนองเดียวกับที่บัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยในการแก้ไขดังกล่าว คณะกรรมการร่างกฎหมายให้เหตุผลในการแก้ไขไว้เพียงว่า “เพื่อให้สอดคล้องกับประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ไม่จำกัดว่าบุริมสิทธิที่จะมีให้ผู้ถือหุ้นมีได้เฉพาะเรื่องรับเงินปันผล การคืนเงินค่าหุ้นและส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อมีการเลิกบริษัท” จึงเป็นการยืนยันอีกชั้นหนึ่งว่า บุริมสิทธิในหุ้นมิได้มีเพียงสามประการดังที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521

คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยให้ความเห็นตอบข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ ได้ข้อสรุปโดยความเห็นของคณะกรรมการส่วนใหญ่ว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) มิได้บัญญัติในทางที่ให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่า ถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพอย่างไรและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นจะเป็นสถานใดเพียงใดก็ได้ ในกรณีปกติที่ประชุมบริษัทก็มักจะมีการตกลงกันเกี่ยวกับสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน แต่เมื่อ มาตรา 1108(4) ใช้ถ้อยคำว่า “ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด” เช่นนี้แล้วที่ประชุมบริษัทจึงอาจตกลงกันในเรื่องอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งหุ้นนั้นได้ด้วย การตกลงกัน

เกี่ยวกับสิทธิในการออกคะแนนเสียง และการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่นั้นเห็นว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้นที่ประชุมบริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในสองประการดังกล่าวนี้"

การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิ จากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว ดูเหมือนว่าจะกำหนดในเรื่องใด อย่างไรก็ได้ที่จะให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งผู้ศึกษามีความเห็นว่า การกำหนดสิทธิให้แตกต่างไปจากหุ้นสามัญหรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากสิทธิพื้นฐานตามที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดไว้แก่หุ้นสามัญนั้น ไม่สามารถกำหนดให้แตกต่างได้ในทุกเรื่อง เช่น สิทธิตามมาตรา 1169 เป็นเรื่องที่กรรมการบริษัททำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัทในกรณีที่บริษัทไม่ยอมฟ้องร้องผู้ถือหุ้นคนหนึ่งจะเอาคดีขึ้นว่าก็ได้ ในเรื่องนี้ถ้ามีการตกลงกันให้แตกต่างไปจาก มาตรา 1169 ที่กำหนดไว้ เช่นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่จะเอาคดีขึ้นว่ากล่าวได้จะต้องมีจำนวนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเข้าชื่อกันอย่างน้อย 2 คน จะเห็นได้ว่าในเรื่องนี้ที่ประชุมบริษัทจะกำหนดให้แตกต่าง ไปจากที่กฎหมายกำหนดไม่ได้ เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือสิทธิในการใช้สิทธิร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นเปิดประชุมวิสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1173, 1174 สิทธิในเรื่องที่ยกตัวอย่างมานี้บางอย่างข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้ แต่ข้อบังคับนั้นจะกำหนดถึงขนาดให้สิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิแตกต่างกันไม่ได้ ถ้ากำหนดสิทธิในเรื่องนี้ให้แก่หุ้นสามัญอย่างไรก็ต้องใช้บังคับกับผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะเดียวกัน เพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายต้องการให้ผู้ถือหุ้นได้มีโอกาสระมัดระวังป้องกันผลประโยชน์ของบริษัท และของตนมิให้ต้องเสียหาย ดังนั้นจึงมีปัญหาว่าสิทธิอะไรบ้างที่สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นได้ และโดยอาศัยหลักเกณฑ์อะไร

สำหรับบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิจะมีลักษณะเฉพาะอย่างไรนั้น จากการศึกษาวิวัฒนาการของหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวมาข้างต้น พบว่าเดิมมีการออกหุ้นบุริมสิทธิเพื่อเป็นรางวัลแก่ผู้มีคุณต่อบริษัท ต่อมาได้พัฒนาวัตถุประสงค์ในการออกเพื่อระดมทุนด้วย จะเห็นได้ว่าวัตถุประสงค์ในการออกหุ้นทั้งสองประการ ประโยชน์จากบุริมสิทธิจะตกแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะ ดังนั้นโดยเจตนารมณ์ของหุ้นบุริมสิทธิจึงน่าจะเป็นเรื่องของการมุ่งที่จะให้บุริมสิทธิเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะ สิทธิที่จะเป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นโดยเฉพาะที่เห็นได้ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับกันแล้วนั้นได้แก่ สิทธิในเรื่องเกี่ยวกับทรัพย์สิน เช่น สิทธิในการรับเงินปันผล สิทธิในการคืนทุน หรือส่วนแบ่งในทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท เป็นต้น ส่วนสิทธิอื่น ๆ ที่

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้หุ้นสามัญที่มีลักษณะเช่นนี้ก็น่าจะกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้ในทำนองเดียวกัน

ผู้ศึกษามีความเห็นว่า หากศึกษาในเรื่องสิทธิพื้นฐานต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นสามัญตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่ามีอะไรบ้าง แล้วจึงวิเคราะห์ในรายละเอียดเพื่อทำความเข้าใจว่าสิทธิใดสามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิได้ และด้วยเหตุผลใดจะทำให้การศึกษานี้ชัดเจนยิ่งขึ้น ดังนั้นผู้ศึกษาจึงได้แบ่งสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นสามัญโดยอาศัยประโยชน์ หรือวัตถุประสงค์ของการใช้สิทธิของผู้ถือหุ้นเป็นเกณฑ์ออกเป็นสามประการ คือ

1. สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้ได้เองและใช้เพื่อตนเองโดยเฉพาะ เช่น สิทธิในการได้รับเงินปันผลสิทธิได้รับคืนเงินค่าหุ้นและส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือเมื่อเลิกบริษัท

2. สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้ได้เองและใช้เพื่อผู้ถือหุ้นทุกคน เช่น สิทธิของผู้ถือหุ้นคนหนึ่งคนใดที่จะฟ้องกรรมการในกรณีที่กรรมการทำให้เกิดความเสียหายแก่บริษัท และบริษัทไม่ยอมฟ้องกรรมการคนนั้น

3. สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้กับร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นและใช้เพื่อผู้ถือหุ้นทั้งมวล เช่น สิทธิที่ผู้ถือหุ้นเข้าชื่อร่วมกันขอเปิดประชุมวิสามัญ หรือการใช้สิทธิในการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้นในการเลือกตั้งกรรมการ หรือในที่ประชุมอื่นใดเพื่อประโยชน์ในการครอบงำบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แยกไว้ 3 ประการดังกล่าว จะเห็นว่าสิทธิประการที่หนึ่ง เป็นเรื่องของผู้ถือหุ้นโดยตรง การจะกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิแตกต่างไปจากหุ้นสามัญประการใดย่อมไม่กระทบต่อผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ สำหรับสิทธิประการที่สอง เช่น สิทธิในการฟ้องกรรมกรที่ทำให้บริษัทเสียหายแทนบริษัท หรือผู้ถือหุ้นอื่นในกรณีที่บริษัทไม่ฟ้อง ผู้ศึกษาเห็นว่าสิทธิดังกล่าวนี้เป็นสิทธิที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีงามของประชาชน จึงไม่ควรให้กำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นได้ ส่วนสิทธิพื้นฐานประการสุดท้าย เช่น สิทธิในการร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นยื่นคำขอเปิดประชุมวิสามัญเพื่อปรึกษาในกิจการใดกิจการหนึ่ง สิทธิประการนี้ย่อมเห็นได้ชัดว่าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริษัทและผู้ถือหุ้นทั้งหมดโดยตรง การที่กฎหมายให้ผู้ถือหุ้นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าขอเปิดประชุมวิสามัญได้ ก็เพื่อให้ผู้ถือหุ้นได้มีส่วนในการดูแลครอบงำการบริหารกิจการบริษัทมิให้มีการละเลยเพิกเฉย หรือกระทำการใด ๆ โดยผู้บริหารบริษัทที่อาจก่อความเสียหายแก่บริษัทได้ ไม่ว่าโดยเจตนาหรือประมาทอันจะเป็นความเสียหายที่เกิดต่อผู้ถือหุ้นทั้งมวล ตลอดจนเจ้าหนี้ของบริษัท แม้บริษัทอาจกำหนดเรื่องการเรียกประชุมวิสามัญให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้ แต่สิทธิที่ผู้ถือหุ้นแต่ละคนมีในเรื่องนี้ต้องเท่ากันไม่ใช่แตกต่างกันในระหว่างหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ด้วยเหตุดังกล่าวผู้ศึกษาจึงเห็นว่าสิทธิพื้นฐานประการที่สามนี้ บริษัทไม่ควรกำหนดให้เรื่องนี้เป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้

นอกจากเหตุผลดังกล่าวข้างต้นแล้ว การศึกษาเรื่องเจตนารมณ์ในการออกหุ้นบุริมสิทธินั้น จะเห็นได้ว่าบุริมสิทธิที่มีในหุ้นบุริมสิทธิเป็นสิทธิที่ให้ประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยตรงทั้งสิ้น สิทธิพื้นที่ประการที่สองและสามจึงไม่ตรงต่อเจตนารมณ์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิ เพราะมิใช่สิทธิที่เกี่ยวกับประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะ ผู้ศึกษาเห็นว่าสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิควรมีได้เฉพาะในสิทธิพื้นฐานประการที่หนึ่ง คือสิทธิที่เป็นผลประโยชน์โดยตรงอันเกิดแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะเท่านั้น

สำหรับปัญหาเกี่ยวกับสิทธิในการควบคุมการจัดการบริษัท ได้แก่ สิทธิออกเสียงนั้นสามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้หรือไม่นั้น ปัญหานี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่า สิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิที่สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้ เพราะสิทธิในการควบคุมการจัดการบริษัทไม่ใช่สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้ได้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเอง แต่เป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้ร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นและใช้เพื่อผู้ถือหุ้นทั้งมวล

กล่าวโดยสรุปแล้วสิทธิที่จะกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้ในความเห็นของผู้ศึกษา จึงหมายถึง สิทธิที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิสามารถใช้สิทธินั้นเพื่อวัตถุประสงค์และประโยชน์ของตัวผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเองโดยเฉพาะเท่านั้น เช่น สิทธิในทางทรัพย์สิน ได้แก่สิทธิเกี่ยวกับการรับเงินปันผล สิทธิได้รับทุนคืน และสิทธิในทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท สิทธิในการซื้อหุ้นออกใหม่ เป็นต้น

จากการศึกษาปัญหาของการกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิในข้อ 4.3.2 นั้น ผู้ศึกษาสรุปได้ว่าสภาพแห่งบุริมสิทธิมีความหมายถึง สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิเพื่อวัตถุประสงค์และประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเองเท่านั้น ปัญหาต่อไปจึงมีว่าสิทธิที่อำนาจกำหนดเป็นบุริมสิทธิได้นั้นสามารถกำหนดโดยมีขอบเขตหรือข้อจำกัดแห่งสิทธิเพียงใดหรือไม่นั้น ผู้ศึกษาจะหยิบยกปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติของหุ้นบุริมสิทธิเท่าที่ปรากฏขึ้นมาวิเคราะห์เป็นเรื่อง ๆ ไปเพื่อหาขอบเขตในการกำหนดสภาพบุริมสิทธิในเรื่องต่างๆ นั้นว่าควรมีสถานใดเพียงใด

4.2.2.1 ปัญหาการกำหนดสิทธิรับเงินปันผล

สิทธิที่จะได้รับเงินปันผลเป็นสิทธิที่เป็นประโยชน์ต่อผู้ถือหุ้นแต่ละคนทุกคน และหากกำหนดให้มีสิทธิได้รับเงินปันผลที่แตกต่างออกไปจากหุ้นสามัญ ก็เป็นบุริมสิทธิอันจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะ เงินปันผลเป็นประโยชน์ที่ผู้ถือหุ้นจะได้รับเป็นการตอบแทนจากการลงทุนในบริษัท

ตัวอย่างในการกำหนดขอบเขตแห่งสภาพบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลมีดังนี้

1. บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ซิตี้คอร์ป (ประเทศไทย) จำกัด กำหนดไว้ดังนี้

“หุ้นบุริมสิทธิแต่ละหุ้นมีสิทธิได้รับเงินปันผลบุริมสิทธิสะสมประจำปี ในอัตราร้อยละ 6 โดยคำนวณจากมูลค่าที่ได้ชำระแล้วของหุ้นบุริมสิทธิและให้อยู่ในลำดับก่อนหน้าหุ้นอื่น ๆ ทั้งหมดที่เป็นหุ้นสามัญในส่วนที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลและการคืนเงินทุน แต่จะไม่มีสิทธิอื่นใดในการรับผลกำไรหรือทรัพย์สินอย่างอื่น นอกเหนือจากเงินสะสมที่กำหนดไว้ในข้อบังคับและในจำนวนเงินทุนที่ได้ชำระแล้วของแต่ละหุ้น

หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิเท่ากับหุ้นสามัญในการออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้นของบริษัท”

2. บริษัทธนาคารศรีนคร จำกัด (บริษัทจดทะเบียน) กำหนดไว้ดังนี้

“ในการจ่ายเงินปันผลให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญในจำนวนหุ้นละ 300 บาท ต่อไปตลอดไป”

3. ธนาคารมหานคร จำกัด กำหนดไว้ดังนี้

“หุ้นของบริษัทเป็นหุ้นที่ต้องลงเงินเต็มมูลค่าทั้งสิ้น และจัดเป็นสองชนิดคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ

หุ้นบุริมสิทธิได้แก่หุ้นที่ออกในการเพิ่มทุนตามมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่ และให้สิทธิได้รับเงินปันผลในอัตราหุ้นละ 10 บาทต่อปี หุ้นของบริษัทนอกจากที่กำหนดให้เป็นหุ้นบุริมสิทธิตามความข้อนี้แล้วย่อมเป็นหุ้นสามัญทั้งสิ้นเว้นแต่สิทธิในการรับเงินปันผลดังได้ระบุไว้ข้างต้นแล้ว ผู้ถือหุ้นสามัญและผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิและหน้าที่เท่าเทียมกันทุกประการ”

4. บริษัทโรงพยาบาลบำรุงราษฎร์จำกัด (มหาชน) กำหนดไว้ ดังนี้

“ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเท่าเทียมกับหุ้นสามัญยกเว้นสิทธิในการรับเงินปันผลก่อน ในอัตราร้อยละ 15 ของทุนที่เป็นหุ้นบุริมสิทธิ แล้วกำไรส่วนที่เหลือจะแจกให้แก่ผู้ถือหุ้นสามัญเป็นจำนวนเท่าใดก็ได้ ตามมติที่ประชุมใหญ่

ถ้าปีใดบริษัทสามารถแจกเงินปันผลได้เกินกว่าร้อยละ 15 ของทุนของบริษัทให้กับผู้ถือหุ้นทั้งสองชนิดได้รับแจกเงินปันผลเท่ากัน”

5. บริษัท ชิโน-ไทย เอ็นจิเนียริ่งแอนด์ คอนสตรัคชั่น จำกัด กำหนดไว้ดังนี้

“ให้หุ้นบุริมสิทธิของบริษัทนั้นมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ

1) ถ้ากำไรสุทธิของบริษัทในรอบปีบัญชีใดก็ตามมีจำนวนน้อยกว่า หรือเท่าอัตราร้อยละ 9 ของมูลค่าต่อหุ้นบุริมสิทธิที่ได้ชำระแล้วทั้งหมด ให้ถือว่าสิทธิในเงินปันผลของรอบปีบัญชีดังกล่าวเป็นของหุ้นบุริมสิทธิทั้งหมด และสิทธิในเงินปันผลจำนวนนี้ไม่มีการนับต่อเนื่องในปีถัดไป ในกรณีเช่นนี้ผู้ถือหุ้นสามัญจะไม่ได้รับเงินปันผล

2) ถ้ากำไรสุทธิของบริษัทในรอบปีบัญชีใดมีจำนวนสูงกว่าอัตราร้อยละ 9 ของมูลค่าหุ้นบุริมสิทธิที่ได้ชำระแล้วทั้งหมด ให้ประกาศจ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิตามข้อ 1) ก่อน ส่วนที่เกินกว่าอัตราร้อยละ 9 ของมูลค่าหุ้นบุริมสิทธิที่ได้ชำระแล้วทั้งหมดนั้นให้ประกาศจ่ายเป็นเงินปันผลแก่หุ้นสามัญในอัตราไม่เกินร้อยละ 9 ของมูลค่าหุ้นสามัญที่ชำระแล้วทั้งหมด

3) ถ้ากำไรสุทธิของบริษัทในรอบปีบัญชีใดมีจำนวนสูงกว่าอัตราที่กำหนดไว้ในข้อ 2) ให้ประกาศจัดสรรเงินกำไรของส่วนที่เหลือจากข้อ 2) เป็นเงินปันผลให้แก่หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิตามสัดส่วนของหุ้นตามปกติ"

6. บริษัทฟินิคซพัลพแอนด์ เพเพอร์ จำกัด กำหนดไว้ดังนี้

"ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิของบริษัทมีสิทธิได้รับเงินปันผลและสิทธิในการออกเสียงดังนี้

1) ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการออกเสียงเท่าเทียมกับผู้ถือหุ้นสามัญทุกประการ

2) ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสะสมร้อยละ 10 ต่อปีก่อนผู้ถือหุ้นสามัญและมีสิทธิได้รับเงินปันผลที่ประกาศจ่ายให้กับผู้ถือหุ้นสามัญ"

7. บริษัทจุฑานาวี จำกัด กำหนดไว้ ดังนี้

"ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิเท่าเทียมกับหุ้นสามัญ ยกเว้นสิทธิเหนือกว่าหุ้นสามัญในการรับเงินปันผลสะสมในอัตราร้อยละ 10"

จากตัวอย่างของบริษัทต่างด้าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า การกำหนดขอบเขตบุริมสิทธิแห่งหุ้นของทั้ง 7 บริษัท เกี่ยวกับเงินปันผลนั้นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลดีกว่าเงินปันผลของผู้ถือหุ้นสามัญปัญหาเกิดขึ้นว่า การจะกำหนดเงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้ได้รับน้อยกว่าหุ้นสามัญหรือมีลักษณะเสียเปรียบผู้ถือหุ้นสามัญได้หรือไม่

ในเรื่องนี้กระทรวงพาณิชย์เคยมีหนังสือที่ พณ.0606/1359 ลงวันที่ 11 เมษายน 2534 ข้อหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกากรณีบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสภาพดังนี้

1. ในแต่ละปีปฏิทิน ซึ่งที่บริษัทจ่ายเงินปันผลจะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์ (ห้าสิบสตางค์) ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ เงินกำไรที่เหลือ(หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่าๆ กันระหว่างหุ้นสามัญ

2. ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลปีปฏิทินใด ก็มิให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น เงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้จ่ายแก่ผู้ซึ่งถือหุ้นบุริมสิทธิ ณ วันที่ประกาศจ่ายเงินปันผล

3. ในกรณีที่บริษัทเลิกล้มกิจการก็ดีหรือชำระบัญชีก็ดี ค่าหุ้นบุริมสิทธิซึ่งได้จ่ายแล้วนั้นจะต้องจ่ายคืนให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยครบถ้วน

ถ้าและในกรณีที่มีการจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีปฏิทินใด ถ้ากำไรของบริษัทอำนวยให้ทำได้จะจ่ายเงินปันผลสำหรับปีปฏิทินนั้นให้แก่หุ้นสามัญของบริษัทก็ได้ ในกรณีเลิกล้มกิจการหรือชำระบัญชีถ้าหลังจากได้จ่ายคืนค่าหุ้นบุริมสิทธิให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแล้วบริษัทยังมีทรัพย์สินเหลืออยู่ทรัพย์สินดังกล่าวนั้นทั้งหมดให้แบ่งปันในระหว่างผู้ถือหุ้นสามัญ

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น มีปัญหาว่า การจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์ต่อหุ้น เป็นกรณีเห็นได้ว่าไม่คุ้มกับการลงทุน เมื่อเปรียบเทียบกับการนำทุนจำนวนเดียวกันนี้ ไปฝากธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่นเพื่อหาดอกเบี้ยจึงขัดต่อความเป็นจริงในการลงทุนเพราะอัตราเงินปันผลน้อยเกินไป ในเรื่องนี้เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้ามีความเห็นแตกต่างกันไม่เป็นที่ยุติว่าจะรับคำขอจดทะเบียนหรือไม่ มีความเห็นว่าไม่อาจทำได้ เพราะการกำหนดเงินปันผลบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าวน้อยเกินไปไม่คุ้มกับการลงทุน และผู้ถือหุ้นน่าจะมีเจตนาอื่นแฝงอยู่ อีกความเห็นหนึ่งเห็นว่าทำได้เพราะเป็นการกำหนดสภาพบุริมสิทธิทั่วไป และสอดคล้องกับมาตรา 1200 ที่ยอมให้การกำหนดเงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้ ในปัญหานี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ 1 และคณะที่ 7) มีความเห็นดังต่อไปนี้

เกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด นั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่ามาตรา 1108 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้กำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใดหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท เป็นกิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตอนต้นของ มาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า “จะพึงทำ” ก็ดี หรือถ้อยคำในมาตรา 1108(4) ที่ใช้คำว่า “ถ้าหากจะมี” ก็ดีจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้ต้องกระทำหรือได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอันใด นอกจากนั้นหากนำบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตราอื่นที่เกี่ยวกับเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ เช่น มาตรา 1111(2) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติให้ต้องจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิ หรือมาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า มาตรา 1108 ได้ให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ และถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้น “สถานใด” หรือ “เพียงใด” ก็ได้ ส่วนในเรื่องการแจกเงินปันผลนั้น มาตรา 1200 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้เปิดช่องให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ การที่บริษัทจะตกลงกันไว้ใน

ข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้การแจกเงินปันผลในส่วนของหุ้นบุริมสิทธิเป็นอย่างไร จึงเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้นการที่บริษัทเอบีบี ดิสทรีบัวชั่น จำกัด กำหนดไว้ในข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนในอัตรา 50 สตางค์ต่อหุ้น จึงเป็นเรื่องที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมายและการขอจดทะเบียนในครั้งนี้มิได้เข้าเงื่อนไขตาม มาตรา 1019 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนได้

ในกรณีนี้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยในผลของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่เห็นว่าในส่วนเหตุผลที่คณะกรรมการกฤษฎีกาให้ โดยให้เหตุผลว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ 1108 ได้ให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ และถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้น “สถานใด” หรือ “เพียงใด” ก็ได้นั้นเป็นการตีความที่กว้างเกินไปจนไม่มีหลักเกณฑ์หรือขอบเขตที่จะถือเป็นแนวทางหรือยึดถือได้ แต่การกำหนดสิทธิใด ๆ ก็ได้ให้เป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นอาจไปกระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นคนอื่น ๆ หรือบุคคลภายนอกได้ ปัญหานี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่า สภาพแห่งบุริมสิทธินั้นที่จะให้มีในหุ้นบุริมสิทธินั้นจะต้องเป็นสิทธิที่เกี่ยวกับผลประโยชน์โดยตรงต่อผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเท่านั้น และการกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิจะต้องดูภาพรวมของบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆ ด้วยคือบุริมสิทธิที่หุ้นบุริมสิทธิมีจะต้องมีสิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญอย่างน้อยประการหนึ่ง ในกรณีตัวอย่างข้างต้นจะเห็นได้ว่า แม้หุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิในเงินปันผลเพียงร้อยละ 50 สตางค์ ซึ่งนับว่าน้อยมาก แต่จะเห็นว่าหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ และเงินกำไรส่วนที่เหลืออาจแบ่งเฉลี่ยเท่าๆ กันระหว่างหุ้นสามัญ ฉะนั้น หุ้นบุริมสิทธิจึงมีสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลเหนือหุ้นสามัญแล้ว แม้จำนวนที่กำหนดร้อยละ 50 สตางค์ ในบางครั้งอาจจะน้อยกว่าหุ้นสามัญก็ตาม

โดยสรุปแล้ว หากบริษัทจะกำหนดสภาพบุริมสิทธิต้องกำหนดให้มีสิทธิที่เหนือกว่าหุ้นสามัญอย่างน้อยประการหนึ่ง ฉะนั้น ที่คณะกรรมการวินิจฉัยว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (มาตรา 1108(4), 1111(2), หรือ 1142) ไม่ได้บังคับว่าจะต้องกำหนดสภาพอย่างไร เห็นว่ากฎหมายให้อำนาจที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองเหมือนรับว่าบริษัทตกลงอย่างไรก็ได้ไม่มีขอบเขตจำกัดนั้น แต่ความจริงแล้วคำว่า “หุ้นบุริมสิทธิ” ยังคงมีความหมายในตัวเอง การกำหนดสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้นจึงมีขอบเขตจำกัดด้วย ไม่ใช่กำหนดอย่างไรก็ได้ให้แตกต่างจากหุ้นสามัญ

อย่างไรก็ดี การกำหนดจำนวนเงินปันผลที่จะแจกให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิต้องกำหนดให้มีความชัดเจนแน่นอนสามารถคำนวณได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใด เคยมีบริษัทเลขทะเบียน 1215/2528 ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนเพิ่มทุนแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับของบริษัท ซึ่งได้ขอแก้ไขข้อบังคับของบริษัทดังนี้

“หุ้นบุริมสิทธิของบริษัทจะมีสิทธิและสภาพดังนี้ สิทธิได้รับเงินปันผลในจำนวนสูงกว่าเงินปันผลที่จ่ายให้แก่ผู้ถือหุ้นสามัญ” คำขอแก้ไขข้อบังคับดังกล่าวนายทะเบียนไม่รับจดทะเบียนโดยให้เหตุผลว่าเป็นการจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิเป็นจำนวนที่ไม่แน่นอน ไม่เป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4)

บริษัทได้ยื่นเรื่องอุทธรณ์คำสั่งให้เหตุผลโดยสรุปว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีบทบัญญัติที่กำหนดว่าจำนวนเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิจะต้องมีการกำหนดเป็นจำนวนชัดเจนแน่นอน คงมีแต่บทบัญญัติที่กำหนดว่าบุริมสิทธิจะมีอยู่อย่างไรก็ให้ที่ประชุมตั้งบริษัทกำหนด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1108(4) ว่า “. . . วางกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด. . . ” นอกจากบทบัญญัตินี้แล้วก็หาได้มีบทบัญญัติอื่นใดที่กำหนดถึงสภาพบุริมสิทธิไว้อีกเลย มีเพียงมาตรา 1142 ที่บัญญัติว่า “เมื่อออกหุ้นบุริมสิทธิแล้วห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย” ซึ่งก็ไม่ได้กำหนดเกี่ยวกับสภาพแห่งบุริมสิทธิว่าต้องเป็นอย่างไร ฯลฯ

เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2532 สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ได้มีหนังสือตอบบริษัทพอสรุปได้ว่า นายทะเบียนเห็นว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) กำหนดให้ต้องแสดงจำนวนบุริมสิทธิและกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นว่าเป็นสถานใดเพียงใด ดังนั้นการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นก็ต้องกำหนดให้ชัดเจน การกำหนดสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้นของบริษัทดังกล่าวยังไม่ถือได้ว่ามีการกำหนดตามที่กฎหมายต้องการ

ความเห็นของผู้ศึกษาเห็นว่า การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญก็เป็นการให้สิทธิที่ดีกว่า ซึ่งเป็นไปตามความหมายของหุ้นบุริมสิทธิ แต่มาตรา 1108(4) มีเจตนารมณ์แห่งกฎหมายเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก และผู้ถือหุ้นด้วยกันเองเนื่องจาก มาตรา 1111 บังคับให้บริษัทส่งสำเนารายงานการประชุมตั้งบริษัทให้หอทะเบียนด้วย ดังนั้นหากได้กำหนดสภาพบุริมสิทธิให้ชัดเจนเพียงใด ก็จะเป็นประโยชน์แก่บุคคลภายนอกและผู้ถือหุ้นทุกคนเท่านั้น การกำหนดสภาพบุริมสิทธิไว้เพียงว่าให้จ่ายเงินปันผลแก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิสูงกว่าผู้ถือหุ้นสามัญนอกจากเป็นจำนวนที่ไม่แน่นอนแล้วยังเป็นการกำหนดขอบเขตแห่งบุริมสิทธิไว้ไม่ชัดเจนเพียงพอ กล่าวคือไม่สามารถคำนวณได้ว่าเป็นจำนวนเท่าใดแน่ และถ้าพิจารณาอัตราขั้นสูงแล้วเห็นว่าไม่มีขีดจำกัดว่าจะสูงเท่าไรหากที่ประชุมจ่ายเงินปันผลกำหนดจ่ายปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหุ้นละ 10,000 บาท ในขณะที่หุ้นสามัญจะได้รับตามส่วนแบ่งปันผลที่เหลือก็ทำได้ และแนวโน้มการกำหนดเช่นนี้จะนำไปสู่การกำหนดเงินปันผลที่ไม่เหมาะสม ไม่ยุติธรรมได้

และที่ว่าต้องกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งบุริมสิทธิให้ชัดเจนแน่นอนขึ้น แม้จะยังไม่ชัดเจนแน่นอนในเวลานี้ แต่สามารถคำนวณได้แน่นอนเมื่อต้องการ ก็ถือได้ว่าเป็นการกำหนดสภาพบุริมสิทธิชัดเจนที่นายทะเบียนควรรับจดทะเบียนได้

สรุปได้ว่าการกำหนดขอบเขตแห่งบุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลกำหนดได้ดังนี้

1. เงินปันผลต้องมีจำนวนที่แน่นอนชัดเจน อย่างน้อยต้องสามารถคำนวณได้ในวันที่จะต้องประกาศเงินปันผลว่าเป็นจำนวนเท่าไร

2. การกำหนดเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในลักษณะด้อยกว่าหุ้นสามัญ จะต้องดูภาพรวมของหุ้นบุริมสิทธินั้น ว่ามีสภาพแห่งบุริมสิทธิในลักษณะที่ดีกว่าหุ้นสามัญอยู่ด้วยหรือไม่ ถ้ามีแต่ด้อยสิทธิประการเดียวจะกำหนดไม่ได้

4.2.2.2 ปัญหาสิทธิที่จะได้รับคืนทุนเมื่อเลิกบริษัท

สิทธิที่จะได้รับทุนคืนเมื่อเลิกบริษัทถือเป็นสภาพบุริมสิทธิอย่างหนึ่งที่บริษัทสามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้เพราะเป็นสิทธิที่เป็นประโยชน์ต่อตัวผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยตรงไม่เกี่ยวกับบุคคลอื่น

เมื่อบริษัทเลิกกันก็ต้องมีการคืนทุนตามจำนวนที่ลงทุนภายหลังจากชำระหนี้แก่เจ้าหนี้ของบริษัทเสร็จสิ้น และโดยหลักแล้วลงทุนเท่าใดก็ควรได้รับทุนคืนเท่านั้นไม่ควรมีการค้ากำไรจากการคืนทุน ดังนั้นสิทธิในการคืนทุนของหุ้นบุริมสิทธิ จึงควรมีเพียงการได้รับการคืนทุนก่อนหุ้นสามัญเท่านั้น ไม่ควรให้มีการกำหนดอัตราการคืนทุนให้แตกต่างไปจากจำนวนเงินที่ลงทุนจริง เพราะจะเป็นการค้ากำไรจากทุนอันไม่เป็นการสมควร ส่วนการจะได้รับส่วนแบ่งทรัพย์ สินที่เหลือจากการคืนทุนอย่างไร เป็นสิทธิอีกประการหนึ่งแยกต่างหากจากการคืนทุน

โดยสรุปขอบเขตการกำหนดสภาพบุริมสิทธิในเรื่องการคืนทุนคือ กำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับคืนทุนก่อนหุ้นสามัญ

4.2.2.3 ปัญหาสิทธิในส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุน

หลังจากบริษัทเลิกกันแล้วจัดการใช้หนี้เจ้าหนี้และคืนทุนจนครบแล้วหากยังมีทรัพย์สินเหลืออยู่อีกเรียกว่าบริษัทเลิกกันโดยมีกำไร ปัญหาว่าจะแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนนี้อย่างไร

จากปัญหานี้ผู้ศึกษาเห็นว่า การแบ่งทรัพย์สินที่เหลือนี้ถ้าข้อบังคับมิได้กล่าวไว้ให้จัดการเป็นอย่างไรจะต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกับการแบ่งกำไรหรือหลักเกณฑ์เดียวกับการแบ่งเงินปันผลมาจัดแบ่งทรัพย์สินที่เหลือ เพราะเงินปันผลก็คือส่วนของกำไรของบริษัทซึ่งจ่ายแบ่งเป็นรายปีให้แก่ผู้ถือหุ้นนั่นเอง ดังนั้นกรณีของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ หากมีข้อกำหนดเป็นพิเศษในเรื่องการจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิเป็นอย่างไร บริษัทก็ต้องใช้หลักเกณฑ์เดียวกันนั้นทำการแบ่งทรัพย์สินที่เหลือตามข้อกำหนดนั้น แต่ในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทระบุไว้ชัดเจนว่า ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิหรือไม่มีสิทธิในทรัพย์สินส่วนที่เหลือ หลังจากการคืนทุนนี้อย่างไรก็ต้องให้เป็นไปตามนั้น เช่น ได้รับส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเป็นอัตราเท่าใดก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ เป็นต้น

โดยสรุป สิทธิในส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนนี้ บริษัทสามารถกำหนดให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเป็นพิเศษแตกต่างจากผู้ถือหุ้นสามัญได้หรือในกรณีไม่ได้กำหนดเป็นพิเศษในเรื่องนี้ แต่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับเงินปันผลก็ให้ใช้หลักเกณฑ์เดียวกันกับเงินปันผล

4.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิประการอื่น ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิ

4.2.3.1 ปัญหาการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142 ได้บัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิ คือ บัญญัติว่า “ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้วได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้นๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย”

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ชัดเจนว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ห้ามเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิที่ได้ออกแล้วไม่ว่าจะเปลี่ยนไปในทางที่ให้สิทธิมากขึ้น หรือในทางที่ให้สิทธิน้อยลง ในเรื่องนี้การประชุมของกรรมการร่างกฎหมายที่พิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ครั้งที่ 39/16/19 สิงหาคม 2517 ซึ่งเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติในกฎหมายบริษัทมหาชน ซึ่งในขณะพิจารณานั้นยังไม่ได้แยกร่างกฎหมายบริษัทมหาชนออกจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในการประชุมดังกล่าวมีการลงมติเกี่ยวกับร่าง มาตรา 1144 ซึ่งเป็นบทบัญญัติในลักษณะเดียวกับ มาตรา 1142 มีความเห็นของกรรมการชุดดังกล่าวที่น่าสนใจคือ “การห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธินั้น ควรกำหนดให้ชัดเจนว่าบริษัทจะเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นได้รับสิทธิ หรือประโยชน์มากขึ้น หรือน้อยลงไม่ได้ เช่น เดิมให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลมากกว่าหุ้นสามัญร้อยละ 20 จะเปลี่ยนแปลงโดยการเพิ่มให้รับเงินปันผลให้สูงขึ้นเป็นร้อยละ 30 หรือลดลงเหลือเพียงร้อยละ 10 ซึ่งไม่ควรให้กระทำได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองมิให้ผู้ถือหุ้นสามัญส่วนใหญ่ต้องเสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโดยการเพิ่ม หรือเจ้าหนี้เสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงโดยการลด” คำว่าเจ้าหนี้ดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าน่าจะเป็นเจ้าหนี้ผู้รับจำนำหุ้นนั้นมากกว่าเจ้าหนี้ของบริษัท

ผู้ศึกษาเห็นว่าเหตุที่กฎหมายห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธินอกจากที่กล่าวมาแล้ว ยังเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเองด้วย ที่จะมีความมั่นใจได้ว่าบุริมสิทธิในหุ้นที่ตนถืออยู่จะไม่ถูกเปลี่ยนแปลง เป็นการสร้างความเชื่อถือให้มีต่อนักลงทุนที่ต้องการจะเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิ

หลักในเรื่องห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นนี้ ปรากฏอยู่ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 หลักการนี้ห้ามเปลี่ยนแปลงเฉพาะสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิเท่านั้น ส่วนสิทธิประการอื่นที่ไม่ใช่บุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิจะไม่ถูกกระทบกระเทือน อาจเปลี่ยนแปลงได้ตามวิธีการของกฎหมายเพราะไม่มีกฎหมายห้ามไว้

อย่างไรก็ดี พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 65 วรรคสอง ให้อำนาจบริษัทมหาชนที่จะกำหนดในข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ เนื่องจากการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญจะมีผลทำให้บุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธินั้นหมดไป ฉะนั้นบทบัญญัติของพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด 2535 มาตรา 65 วรรคสอง จึงเป็นบทยกเว้นหลักการห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิ

เมื่อปี พ.ศ. 2521 ได้มีปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาว่าบริษัทจำกัดจะขอเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญได้หรือไม่ กล่าวคือ เปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิจากที่มีอยู่เป็นไม่มีเลย ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าจะทำการเปลี่ยนแปลงในลักษณะดังกล่าวไม่ได้เพราะขัดต่อ มาตรา 1142 อย่างไรก็ดี คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นว่า หากบริษัทประสงค์จะทำการเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นหุ้นสามัญจะมีวิธีเดียวที่กระทำได้คือโดยวิธีการลดทุนและเพิ่มทุน กล่าวคือลดทุนหุ้นบุริมสิทธิลง และเพิ่มทุนโดยการออกหุ้นสามัญใหม่ เหตุผลอีกประการหนึ่งที่คณะกรรมการกฤษฎีกายกขึ้นมาอ้างคือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แบ่งหุ้นออกเป็น 2 ชนิด คือหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ สภาพหุ้นแต่ละชนิดแยกจากกันโดยเด็ดขาด และยังคงอยู่ตลอดไปนับแต่เริ่มจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทเป็นต้นมา การยกเลิกสภาพบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิไม่อาจทำให้หุ้นบุริมสิทธิ เปลี่ยนแปลงมาเป็นหุ้นสามัญได้ ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวที่ว่า จะแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญในบริษัทจำกัดนั้นทำไม่ได้ เพราะขัดต่อมาตรา 1142 และไม่มีบทกฎหมายยกเว้นหรือให้อำนาจในการกำหนดหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพได้ไว้ต่างจากบริษัทมหาชนที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้อย่างชัดเจน

นอกจากนี้เมื่อ พ.ศ. 2534 มีปัญหาขึ้นสู่การพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกาในปัญหาเกี่ยวกับ มาตรา 1142 เช่นกัน กล่าวคือกรมทะเบียนการค้าได้มีหนังสือที่ พณ 0606/3512 ลงวันที่ 21 มิถุนายน 2534 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หารือเกี่ยวกับธนาคารศรีนคร จำกัด ขอดำเนินการเปลี่ยนแปลงมูลค่าหุ้นในบริษัททั้งหมดซึ่งมีหุ้น 2 ชนิดคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิจากเดิมมูลค่าหุ้นละ 100 บาท เหลือหุ้นละ 10 บาท โดยธนาคารจะเพิ่มจำนวนหุ้นให้มากขึ้นเป็นสัดส่วนเดียวกัน เพื่อรักษาทุนจดทะเบียนให้เท่าเดิม สำหรับในส่วนหุ้นบุริมสิทธิซึ่งตามข้อบังคับกำหนดบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิไว้ว่า ให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นสามัญในจำนวนหุ้นละ 300 บาท มีปัญหาว่าธนาคารจะดำเนินการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล ดังที่กำหนดไว้ดังกล่าวในสัดส่วนเดียวกันได้หรือไม่ คือเมื่อธนาคารลดมูลค่าหุ้นลงสิบเท่า ธนาคารก็จะลดบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผลของแต่ละหุ้นลงสิบเท่าด้วย ซึ่งเทียบอัตราส่วนแล้ว ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิก็ยังได้รับเงินปันผลในอัตราเดิม ในเรื่องนี้

คณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็นว่าทำได้ เพราะการปรับสัดส่วนบุริมสิทธิเกี่ยวกับการจ่ายเงินปันผล สำหรับหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นสัดส่วนเดียวกันกับมูลค่าหุ้นที่ลดลงมิใช่เป็นการแก้ไขบุริมสิทธิตามมาตรา 1142 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะเป็นคนละเรื่องกัน

ปัญหาเรื่องนี้ผู้ศึกษาเห็นด้วยกับคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องจากการพิจารณาว่าบุริมสิทธิมีการเปลี่ยนแปลงหรือไม่นั้นต้องดูตัวสิทธิที่เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิ ตามปัญหาเป็นเรื่องสภาพบุริมสิทธิเกี่ยวกับเงินปันผลที่ถูกเปลี่ยนไปตามมูลค่าหุ้นที่ลดลงเป็นสัดส่วน เนื่องจากการกระจายหุ้นโดยไม่ทำให้สัดส่วนเงินปันผลที่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับตามปกติเปลี่ยนแปลงไป ย่อมถือไม่ได้ว่ามีการเปลี่ยนแปลงสภาพแห่งบุริมสิทธิ ตรงกันข้ามหากยังคงให้ใช้ข้อความเดิมที่ให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผล มากกว่าหุ้นสามัญในจำนวนหุ้นละ 300 บาท โดยไม่ได้เปลี่ยนแปลงเป็นสัดส่วนแล้ว ผลจะทำให้สิทธิตามบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นมีเพิ่มขึ้นจากเดิม เพราะหนึ่งหุ้มเดิมเป็น 10 หุ้นใหม่ และได้หุ้นละ 300 บาท จะกลายเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิไปในทางความเป็นจริง

สำหรับสิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญในบริษัทมหาชนนั้น ถ้าได้กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิว่าสามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้แล้ว ต่อมาภายหลังจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงเป็นหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพไม่ได้ ได้หรือไม่ สิทธิในการแปลงสภาพหนี้เป็นสิทธิอีกชนิดหนึ่งที่อาจกำหนดไว้ในหุ้นบุริมสิทธิ ทำให้หุ้นบุริมสิทธิอาจแยกได้เป็นสองชนิดคือ หุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ กับหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญไม่ได้ สิทธิในการแปลงสภาพนี้ได้ผนวกอยู่กับหุ้นบุริมสิทธิ เมื่อได้มีการใช้สิทธิแปลงสภาพจะมีผลทำให้บุริมสิทธิในหุ้นหมดไป สิทธิในการแปลงสภาพจึงไม่อาจแยกออกมาพิจารณาว่าเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ แต่อาจพิจารณาได้ว่า สิทธิในการแปลงสภาพนี้ไม่ใช่เรื่องการแปลงสภาพแห่งบุริมสิทธิ แต่เป็นการแปลงสภาพหุ้นจากหุ้นบุริมสิทธิกลายเป็นหุ้นสามัญ เหมือนสิทธิในการแปลงสภาพของหุ้นกู้แปลงสภาพ ที่เมื่อแปลงแล้วจะทำให้ผู้ถือหุ้นกู้กลายเป็นผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้นสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิแปลงสภาพจะมีสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิเช่นสิทธิในเงินปันผล บวกกับสิทธิในการแปลงสภาพซึ่งถือเป็นสิทธิควบคู่กัน เมื่อกำหนดแล้วจึงจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้เพราะกระทบต่อสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น

4.2.3.2 ปัญหาการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ

สิทธิในการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิ เป็นสิทธิของบริษัทซึ่งหากมองในด้านประโยชน์ของบริษัทหุ้นบุริมสิทธิมักเป็นหุ้นที่เป็นภาระของบริษัทมากกว่าหุ้นประเภทอื่น เพราะบริษัทมักจะออกเพื่อตอบแทนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิในเหตุการณ์ที่บริษัทประสงค์จะได้การร่วมลงทันจากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น เช่น บริษัทอยู่ในสถานการณ์ที่ขาดเงินหมุนเวียน ไม่สามารถหาเงินจากที่อื่นได้จึง

ระดมทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิ แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนแปลงไปแล้วและบริษัทมีความพร้อม บริษัทประสงค์จะไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิเพื่อลดภาระของบริษัทจะทำได้หรือไม่

ถ้ามองในด้านของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ การยอมให้บริษัทไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิได้จะทำให้สิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงไป ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอาจต้องสูญเสียประโยชน์ที่จะได้จากหุ้นบุริมสิทธิ ถ้าเป็นเช่นนี้การระดมทุนโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิก็อาจไม่ได้รับความนิยม เนื่องจากมีความไม่แน่นอน เว้นแต่จะมีการกำหนดเงื่อนไขการไถ่ถอนไว้เป็นอย่างดีแล้ว

หากเปรียบกับกฎหมายบริษัทในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษบัญญัติไว้ใน The Company Act 1985 section 159 อนุญาตให้บริษัทออกหุ้นชนิดที่ไถ่ถอนได้ (re-deemable share) โดยต้องกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทและต้องมีการกำหนดเงื่อนไขการไถ่ถอนไว้แล้ว และต้องมีการจ่ายค่าไถ่ถอนเต็มจำนวนแล้วถึงจะมีผลเป็นการไถ่ถอน

กฎหมายบริษัทของมลรัฐเดเลแวร์ ประเทศสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติเรื่องนี้ไว้ใน Section 151(b) ว่าหุ้นบุริมสิทธิหรือหุ้นพิเศษอาจถูกไถ่ถอนได้ด้วยเงินสด ทรัพย์สินหลักทรัพย์อื่นของบริษัทโดยให้เป็นทางเลือกของผู้ถือหุ้นหรือบริษัท ขึ้นอยู่กับเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นโดยเฉพาะเกี่ยวกับเวลา ราคาหรืออัตราที่เป็นอยู่ ซึ่งข้อจำกัดดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทหรือที่ประชุมหรือมติที่ออกหุ้นซึ่งคณะกรรมการได้อนุมัติตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น

นอกจากนี้กฎหมายบริษัทในประเทศญี่ปุ่นโดยหลักแล้ว ประมวลกฎหมายพาณิชย์ห้ามบริษัทเข้าถือหุ้นตนเอง หรือห้ามบริษัทรับจำนำหุ้นของตนเองเกินหนึ่งในยี่สิบส่วน เว้นแต่บางกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งกรณีหนึ่งที่มีลักษณะคล้ายการไถ่ถอนหุ้นคือการที่บริษัทใช้กำไรซื้อหรือทำให้หุ้นหมดสภาพได้ โดยที่หุ้นนั้นไม่จำเป็นต้องเป็นหุ้นที่ไถ่ถอนได้

สำหรับประเทศไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1143 ห้ามบริษัทถือหุ้นของตนเองเพราะจะทำให้ทุนของบริษัทลดลง ขัดต่อหลักการธำรงไว้ซึ่งทุน การไถ่ถอนหุ้นก็เป็นการที่บริษัทจะเข้าเงินกันถือหุ้นของตนเอง การไถ่ถอนหุ้นในบริษัทจำกัดจึงทำไม่ได้และในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 66 ห้ามบริษัทเป็นเจ้าของหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง ดังนั้น ก็ไม่สามารถไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิได้เช่นกัน

4.2.3.3 ปัญหาสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่

หลักพื้นฐานในเรื่องสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่นี้อยู่ที่ว่า ผู้ถือหุ้นทุกคนในบริษัทจำกัด มีสิทธิที่จะรักษาอัตราส่วนทุนของตนเองในบริษัทหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ การรักษาผลประโยชน์ของตนในบริษัทไม่ให้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมในกรณีที่บริษัทออกหุ้นใหม่ ดังนั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1222 จึงบัญญัติว่า “บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้นต้องเสนอให้แก่ผู้ถือ

หุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนที่เขาถืออยู่ หากผู้ถือหุ้นปฏิเสธกรรมการบริษัทก็อาจซื้อไว้เองหรือนำออกขายผู้ถือหุ้นคนอื่นได้

ปัญหาว่าการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างไปจาก มาตรา 1222 จะทำได้หรือไม่ การกำหนดให้แตกต่างนี้จะทำให้หุ้นนั้นเป็นหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ กล่าวคือ จะถือว่าสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่นี้สามารถกำหนดให้เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิประการหนึ่งได้หรือไม่ นอกจากนี้ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า การกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ในหุ้นบุริมสิทธิ (ซึ่งมีบุริมสิทธิอย่างอื่นดีกว่าหุ้นสามัญอยู่แล้ว เช่น สิทธิในเรื่องเงินปันผล) ให้แตกต่างจากหุ้นสามัญแล้ว ต่อมาจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่นี้ได้หรือไม่ ในเรื่องนี้เคยมีปัญหาขึ้นสู่การวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนตุลาคม 2528

ธนาคารนครหลวงไทย จำกัด มีความประสงค์จะเพิ่มทุนเรือนหุ้นโยการออกหุ้นบุริมสิทธิโดยธนาคารกำหนดสภาพหุ้นไว้ประการหนึ่งว่า “ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารอาจจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ” กรมทะเบียนการค้าได้รับแจ้งจากธนาคารนครหลวงไทย จำกัด แล้วไม่สามารถหาข้อยุติได้ในปัญหาข้อกฎหมายจึงได้ส่งเรื่องขอหารือต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาเกี่ยวกับเรื่องการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิว่า ในการกำหนดสภาพและหุ้นบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น นอกจากจะกำหนดในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน ยังอาจกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง และสิทธิในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ให้แตกต่างจากสิทธิในหุ้นสามัญได้ กรณีตามปัญหานี้จึงเห็นว่าธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิ เพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นสามัญได้ ส่วนข้อที่เกรงว่าจะขัดต่อมาตรา 1222 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2521 นั้นเห็นว่าตามที่มีการแก้ไขนั้น ความมุ่งหมายในการแก้ไขก็เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ซึ่งต้องการแก้ไขว่า เมื่อมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 แล้วก็ให้ยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเสียด้วย ดังนั้นจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 1102 โดยห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้นทั้งนี้เพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด เท่านั้น นอกจากนั้นยังได้ยกเลิกมาตรา 1103 และแก้ไขมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 1222 เพื่อให้สอดคล้องกัน ฉะนั้น การเสนอขายหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันที่มิใช่เสนอขายต่อประชาชนยังกระทำได้อยู่ ดังนั้น ตามความมุ่งหมายที่แก้ไข มาตรา 1222 นี้ จึงมิได้มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้บริษัทวางข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้น

ใหม่ให้เป็นอัตราแตกต่างกัน บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นได้

จากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าว ผู้ศึกษาเห็นว่าเป็นการชี้ประเด็นเพียงว่าในข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 1222 ได้เท่านั้น ไม่ได้วินิจฉัยลงไปถึงขนาดที่ว่าสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่นี้เป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นในทำนองเดียวกันกับสิทธิที่จะได้รับเงินปันผล เป็นเพราะเรื่องที่หารือการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างจากฎหมายนั้นมากำหนดให้แตกต่างในระหว่างผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ และหุ้นสามัญด้วย ซึ่งก็สามารถทำได้เท่านั้น

ในปัญหาที่ว่าการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ เป็นการกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ ในเรื่องนี้ผู้ศึกษามีความเห็นว่า สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่เป็นสิทธิที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ของตัวผู้ถือหุ้นโดยตรง ฉะนั้น จึงเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิที่สามารถกำหนดให้แตกต่างจากหุ้นสามัญได้และเมื่อเป็นเช่นนี้ หากกำหนดแล้วจะเปลี่ยนแปลงภายหลังไม่ได้

บทที่ 5

สรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกรณีบริษัทที่มีหุ้นบุริมสิทธิแล้วเห็นว่ากฎหมายการประกอบธุรกิจขอคนต่างด้าวยังไม่สามารถใช้บังคับได้จริงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เนื่องจากการกำหนดโครงสร้างบริษัทยังเปิดช่องให้คนต่างด้าวเข้าควบคุมบริหารงานบริษัทได้โดยผ่านสิทธิออกเสียง ซึ่งสิทธิออกเสียงเป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นแต่จะมีมากน้อยเท่าไหร่กฎหมายเปิดให้เอกชนสามารถตกลงกันได้ในที่ประชุมตั้งบริษัทและกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท และอีกทั้งยังเขียนไว้ชัดเจนว่า ให้วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ กำหนดสภาพ และบุริมสิทธิ แห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใด เพียงใด กรณีจึงเกิดปัญหาเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีการได้เคยให้ความเห็นทางกฎหมายไว้ว่าสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดสิทธิให้ผู้ถือหุ้นได้รับเงินปันผลคงที่ในอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปี และเงินปันผลสามารถสะสมได้ ให้มีสิทธิลงคะแนนเสียงในการปะชุมผู้ถือหุ้น โดยให้นับ 50 หุ้นบุริมสิทธิเป็น 1 เสียงได้ ไม่ถือว่าขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่กรณีดังกล่าวเป็นการพิจารณาการถือหุ้นของบริษัทของคนไทย มิได้มีประเด็นปัญหาการถือหุ้นของคนต่างด้าวเข้ามาเกี่ยวข้องด้วยแต่เมื่อเป็นที่ชัดเจนว่าโครงสร้างหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังนั้นจึงนำลักษณะการกำหนดโครงสร้างหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวมากำหนดเป็นโครงสร้างในบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือคนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ถึงแม้จะเป็นประเภทธุรกิจที่ถูกควบคุมหรือต้องห้ามก็ตาม

5.1 สรุป

การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวเริ่มปรากฏในสมัยอยุธยาตอนกลางเมื่อมีชนชาติยุโรปตะวันตกเข้ามาและทวีความสำคัญมากขึ้นจนถึงตอนปลายของสมัยกรุงศรีอยุธยา คนต่างด้าวในประเภทนี้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากคนไทยทั้งในรูปร่างลักษณะภายนอก ภาษาและวัฒนธรรม การทำความเข้าใจกันเป็นไปอย่างยากลำบาก จึงเป็นการยากที่ไทยจะให้ความไว้วางใจเช่นเดียวกันกับชนชาติเอเชียด้วยกัน การจำกัดสิทธิในสมัยนั้นอยู่ในรูปของสนธิสัญญาโดยที่สนธิสัญญาแต่ละฉบับก็จะให้สิทธิแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศและสิทธิที่ให้นั้นแต่ละประเทศก็ได้ไม่เท่าเทียมกันทั้งนี้ด้วยความแตกต่างทางอิทธิพลทางการเมืองและข้อเรียกร้องของชาติที่เกี่ยวข้องเองและราชนโยบายแห่งบรรพกษัตริย์ในการเลือกให้สิทธิทางสนธิสัญญาแก่คนต่างด้าว เพื่อการรักษาไว้ซึ่งดุลแห่งอำนาจของชาติที่มีอิทธิพลต่าง ๆ ที่อยู่ในประเทศไทย เป็นการดำรงไว้ซึ่งเอกราชของชาติไทย

จนกระทั่งในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 ห้าปีนับแต่วันที่ไทยประกาศใช้ประมวลกฎหมายครบถ้วนแล้วการกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงเป็นอำนาจอธิปไตยของรัฐตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศ และต่อมาในปี พ.ศ. 2515 จึงมีการประกาศใช้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และต่อมาก็มีการยกเลิกและประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บังคับแทนจนถึงปัจจุบัน

แต่เดิมการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าว มีจุดประสงค์หลัก คือ ปกป้องเอกราช ปกป้องดินแดนของคนไทย แต่ภายหลังเมื่อสิ้นยุคจักรวรรดิ์นิยมแล้วการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวจึงกลายเป็นการปกป้องผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของชาติ โดยเห็นได้จากเหตุผลในการออกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติที่ไทยประกาศใช้เพื่อจำกัดสิทธิการลงทุนของต่างชาติเป็นฉบับแรก

โดยที่คณะปฏิวัติในสมัยนั้นได้เห็นว่าจำนวนการเข้ามาลงทุนของคนต่างชาติในประเทศไทยมีจำนวนเพิ่มสูงขึ้น และถ้าไม่มีการควบคุมการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว เศรษฐกิจของประเทศไทยอาจเสียดุลได้ อีกทั้งธุรกิจบางอย่างก็ไม่เป็นการสมควรที่จะให้ต่างชาติเข้ามาลงทุน ทั้งเหตุผลในด้านความมั่นคงของชาติ การรักษาประเพณีวัฒนธรรมที่งดงามของชาติ และโดยเฉพาะธุรกิจที่คนไทยยังต้องการการพัฒนาทั้งทางด้านความรู้และเทคโนโลยีรวมถึงเงินลงทุนเพื่อที่จะแข่งขันกับชาวต่างชาติได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการปกป้องประเทศไทยทั้งในด้านเศรษฐกิจและผู้ประกอบการไทย อีกทั้งเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติ

โดยรวม จึงต้องมีการออกกฎหมายเพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวคือประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายควบคุมการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่แทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 โดยมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2543 เป็นต้นไปเหตุผลและความจำเป็นในการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายมีอยู่ 2 ประการ คือ

1. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เป็นกฎหมายที่บังคับใช้มาเป็นเวลานาน ไม่สอดคล้องกับแนวโน้มการค้าของโลกที่มีการผลักดันให้มีการเปิดเสรีการค้าและมีการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรง การเตรียมความพร้อมเพื่อรับกับสถานการณ์ดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่จำเป็นอย่างยิ่ง

2. ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มีจุดอ่อนที่จะต้องปรับปรุงหลายประการ เช่น ไม่มีกฎระเบียบบังคับให้คนต่างชาติที่เข้ามาประกอบธุรกิจต้องนำเงินลงทุนมาจากต่างประเทศ กฎหมายไทยรับรองสิทธิให้คนต่างชาติเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำไว้กับต่างประเทศฝ่ายเดียวแต่เมื่อคนไทยจะขอเข้าไปใช้สิทธิในต่างประเทศตามสนธิสัญญาดังกล่าวบ้างกลับทำไม่ได้ เนื่องจากประเทศนั้นยังไม่มีกฎหมายภายในรับรองสิทธินั้นอย่างสมบูรณ์ เป็นต้น

พิจารณาจากประวัติความเป็นมาและเหตุผลในการจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวอาจกล่าวได้ว่าเป็นไปเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของชาติ ของประชาชนในประเทศ หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ดังนั้น ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 และพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงถือเป็นกฎหมายมหาชน ดังนั้นการบังคับใช้จึงต้องคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะเป็นที่ตั้ง เพื่อก่อให้เกิดประโยชน์และความยุติธรรมสูงสุดแก่ทุกคนในสังคมซึ่งจากการศึกษาถึงกฎหมายที่ควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาและออสเตรเลีย ทั้งสองประเทศมีการบัญญัติกฎหมายควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวเพื่อจุดประสงค์ที่เหมือนกันคือปกป้องผลประโยชน์และความมั่นคงของชาติซึ่งก็มีจุดประสงค์ที่ไม่แตกต่างไปจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศไทย แต่ความแตกต่างอยู่ที่วิธีการและการบังคับใช้กฎหมายที่เข้มงวดและมีวิธีการที่เป็นขั้นตอนรัดกุมมีหน่วยงานที่มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบอย่างชัดเจนโดยที่ทั้งสองประเทศคำนึงถึงผลประโยชน์ของคนชาติเป็นหลักหากการกระทำใดที่กระทำขึ้นและมีการตรวจสอบแล้วว่าไม่เป็นประโยชนต่อชาติอย่างแท้จริงการกระทำนั้นจะถูกปฏิเสธหรือเพิกถอนอย่างทันที

แต่ในปัจจุบันพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังมีช่องโหว่ที่ปรึกษากฎหมายส่วนใหญ่แนะนำ ให้บริษัทต่างประเทศที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยดำเนินการเพื่อไม่ให้ตกอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โครงสร้างดังกล่าวที่ปรากฏเห็นเด่นชัดคือกรณี บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ที่กำหนดข้อบังคับของบริษัทไว้ ดังนี้

หุ้นบุริมสิทธิ	หุ้นสามัญ
1. ถือโดยบุคคลสัญชาติไทย 2 คน เท่ากับร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน	1. ถือโดย ไซเพรส เค.โฮลดิ้งส์ เท่ากับร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน
2. ได้รับเงินปันผลอัตราคงที่ร้อยละ 3 โดยปีใดบริษัทขาดทุนและไม่ได้จ่ายปันผล เงินปันผลดังกล่าวให้สะสมไปจ่ายในปีที่มีกำไรพอจะจ่ายได้	2. ได้รับเงินปันผลหลังผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ แต่ไม่ถูกจำกัดอัตราเงินปันผล
3. หุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวขายไม่ได้ โอนไม่ได้ จำนำไม่ได้ หรือจำหน่ายด้วยวิธีใด ๆ ก็ไม่ได้ และจะก่อภาระผูกพันในหุ้นดังกล่าวก็ไม่ได้ เว้นแต่กรรมการของกุหลาบแก้วจะเห็นชอบ	3. เมื่อเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นสามัญจะได้รับเงินคืนทุนอย่างไม่จำกัดเพียงแต่ต้องคืนให้เท่าเทียมกันระหว่างผู้ถือหุ้นสามัญด้วยกันเอง ซึ่งไม่มีปัญหาเพราะกุหลาบแก้วมีผู้ถือหุ้นสามัญเพียงรายเดียวเท่านั้น คือ บริษัท ไซเพรส ต่างจากสิทธิผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิข้างต้น
4. ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น เพียง 1 เสียง สำหรับสิบหุ้นหรือเท่ากับร้อยละ 5.1 ของทุนจดทะเบียนทั้งที่ลงทุนร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน	4. มีสิทธิออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น 1 หุ้นต่อ 1 เสียง หรือเท่ากับร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน
5. เมื่อเลิกบริษัท ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับคืนเงินไม่เกินสัดส่วนการลงทุนในหุ้นที่ได้ลงทุนไว้	5. จากสัดส่วนคะแนนเสียงข้างต้น ทำให้ผู้ถือหุ้นสามัญ (ไซเพรส) มีสิทธิขาดในการกำหนดจำนวนและให้ความเห็นชอบแต่งตั้งกรรมการ แม้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิเสนอกรรมการในส่วนของตนก็ตาม

6. ในการประชุมผู้ถือหุ้น ต้องมีผู้ถือหุ้นเข้าร่วมประชุมไม่น้อยกว่า 51% จึงจะครบองค์ประชุม ดูประหนึ่งว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเป็นส่วนสำคัญที่จะทำให้เกิดการประชุมผู้ถือหุ้นได้หรือไม่เพราะผู้ถือหุ้นสามัญถือหุ้นรวมกันไม่ถึง 51% ของทุนจดทะเบียนอย่างไรก็ดี กลไกที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะหุ้นส่วนบริษัท ทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิหน่วงการประชุมผู้ถือหุ้นด้วยการไม่เข้าประชุมได้เพียงครั้งเดียว ตาม ม.1179 แห่งกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยการประชุมครั้งที่สอง กฎหมายไม่บังคับว่าต้องครบองค์ประชุม	6. การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมผู้ถือหุ้น ข้อบังคับกำหนดให้ลงมติโดยใช้เสียงข้างมาก ทำให้ผู้ถือหุ้นสามัญเป็นผู้กำหนดมติที่ประชุมโดยปริยาย

เห็นได้ชัดเจนว่าการที่มีคนไทยถือหุ้นบุริมสิทธิอยู่ร้อยละ 51 ไม่ได้ทำให้คนไทยมีอำนาจครอบงำการบริหารกิจการได้ แต่กลับเป็นคนต่างด้าวที่ถือหุ้นเพียงร้อยละ 49 ที่มีอำนาจครอบงำการบริหารบริษัททั้งหมด การเลี่ยงข้อจำกัดตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ด้วยการจัดโครงสร้างการถือหุ้นบุริมสิทธินั้น สืบเนื่องจากบันทึกความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จ ที่ 0426/2528 เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108(4) มาตรา 1183 และ มาตรา 1222) โดยคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ความเห็นว่าธนาคารนครหลวงไทยสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดสิทธิให้ผู้ถือหุ้นได้รับเงินปันผลคงที่ในอัตราร้อยละ 12.5 ต่อปีและสะสมได้ และให้สิทธิออกเสียงลงคะแนนในการประชุมผู้ถือหุ้นโดยให้นับห้าสิบหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียงได้ไม่เป็นการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และด้วยบันทึกนี้เองที่ทำให้ที่ปรึกษากฎหมายและที่ปรึกษาทางการเงินนำไปใช้ในการจัดโครงสร้างผู้ถือหุ้นเพื่อมิให้บริษัทจำกัดที่จัดตั้งขึ้นตกเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ประเด็นการหารือเป็นการหารือเกี่ยวกับกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิใช่ประเด็นเกี่ยวกับกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเป็นกฎหมาย มหาชน และเป็นการให้ความเห็นเพื่อตอบข้อหารือเกี่ยวกับการออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดสิทธิให้ผู้ถือหุ้นว่าจะขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ซึ่งคำตอบก็เป็นไปตามที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นว่าบริษัทสามารถออกหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิในลักษณะดังกล่าวได้โดยมิได้วินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับสัญชาติของธนาคาร

นครหลวงไทย ซึ่งหากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิถือหุ้นดังกล่าว โดยเป็นเจ้าของหุ้นด้วยตนเองโดยสุจริต มิได้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ธนาคารนครหลวงไทยย่อมไม่เป็นคนต่างด้าวตาม พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด

ที่สำคัญความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกามิได้มีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับสัญชาติของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ไม่มีประเด็นวินิจฉัยเกี่ยวกับการออกหุ้นบุริมสิทธิซึ่งอาจจะมีผลทำให้ธนาคารเป็นคนต่างด้าวตามกฎหมาย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวแต่อย่างใด ดังนั้น โดยหลักการจึงไม่อาจนำความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาซึ่งเป็นความเห็นในกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปใช้อ้างในการการจัดโครงสร้างการถือหุ้นของ บริษัทเพื่อเลี่ยงข้อจำกัดตามกฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่ง เป็นกฎหมายมหาชน

จากที่กล่าวมาเห็นได้ว่าการกำหนดสิทธิและสภาพของหุ้นบุริมสิทธิมีผลกระทบต่อกฎหมายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สืบเนื่องจากความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่มีความเห็นว่าสิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้นเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิที่สามารถกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างจากที่กฎหมายกำหนดได้ ทำให้เอกชนกำหนดสภาพบุริมสิทธิในลักษณะที่ทำให้หุ้นชนิดหนึ่งมีสิทธิในการออกเสียงมากกว่าหุ้นอีกชนิดหนึ่ง กำหนดให้หุ้นแต่ละกลุ่มมีสิทธิออกเสียงแตกต่างกันก็สามารถกำหนดได้โดยอาศัยหลักเรื่องเสรีภาพในการแสดงเจตนา ในปัจจุบันหุ้นบุริมสิทธิในประเทศไทยได้มีบทบาทในทางธุรกิจมาก ในหลายบริษัทได้พัฒนาหุ้นบุริมสิทธิและนำมาใช้ให้เป็นประโยชน์ในการดำเนินธุรกิจในรูปบริษัทของตนเมื่อเปรียบเทียบหุ้นบุริมสิทธิกับต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศญี่ปุ่นแล้ว ฐานะและสภาพของหุ้นบุริมสิทธิมีความแตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายของต่างประเทศดังกล่าวไม่ได้บัญญัติถึงหุ้นบุริมสิทธิโดยตรง คำว่า “หุ้นบุริมสิทธิ” ปรากฏแต่ในทางตำราที่ได้อธิบายสถานะของหุ้นที่แตกต่างกัน โดยดูประโยชน์หรือสิทธิที่ผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทได้รับ กฎหมายของประเทศเหล่านั้นให้อำนาจเอกชนที่จะตกลงกันในเรื่องสิทธิต่าง ๆ ของหุ้นให้แตกต่างกันได้ ซึ่งอาจเป็นหุ้นประเภทที่มีบุริมสิทธิ หุ้นประเภทหุ้นสามัญหรือหุ้นประเภทหุ้นด้อยสิทธิ นอกจากนั้น หุ้นประเภทเดียวกันยังถูกกำหนดให้เป็นหุ้นลำดับย่อย ที่มีสิทธิแตกต่างกันในหุ้นประเภทนั้นได้อีก และหุ้นประเภทหนึ่งอาจแปลงสภาพไปเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่งได้ จึงทำให้มีความหลากหลาย ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับข้อกำหนดของแต่ละบริษัทซึ่งเป็นการใช้สิทธิตามบทบัญญัติของกฎหมายที่ยอมให้บริษัทออกหุ้นมีสิทธิแตกต่างกันเป็นประเภทได้

ในกฎหมายบริษัทของประเทศไทย ได้บัญญัติให้มีหุ้น 2 ประเภทคือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิเท่านั้น ไม่มีหุ้นด้อยสิทธิเช่นในต่างประเทศ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ปรากฏบทบัญญัติให้มีการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้เป็นหุ้นสามัญได้ แต่พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน

จำกัด พ.ศ. 2535 มีบทบัญญัติให้หุ้นบุริมสิทธิในบริษัทมหาชน จำกัด สามารถแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญได้ โดยสรุปแล้ว จะเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายบริษัทของต่างประเทศในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิจะมีความยืดหยุ่นและหลากหลายมากกว่ากฎหมายบริษัทของประเทศไทย และมีความแตกต่างจากของไทยอย่างเห็นได้ชัด ดังนั้นจึงมีผู้ให้ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิไว้แตกต่างกันไปเป็น 2 ประการคือ ประการแรก เห็นว่าหุ้นบุริมสิทธิ หมายถึง หุ้นที่มีสิทธิแตกต่างในลักษณะที่มีสิทธิดีกว่าหุ้นสามัญ ประการที่สอง หุ้นบุริมสิทธิ หมายถึง หุ้นที่มีสิทธิแตกต่างจากหุ้นสามัญซึ่งอาจจะแตกต่างไปในลักษณะดีกว่าหรือด้อยกว่าก็ได้ ซึ่งในความหมายดังกล่าว ผู้ศึกษามีความเห็นว่า หุ้นบุริมสิทธิหมายถึง หุ้นที่มีสิทธิแตกต่างจากหุ้นสามัญ และต้องมีสิทธิดีกว่าหุ้นสามัญอย่างน้อยประการหนึ่งและโดยความหมายของถ้อยคำและเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว หุ้นบุริมสิทธิไม่อาจรวมไปถึงหุ้นที่แตกต่างจากหุ้นสามัญ ในลักษณะที่มีแต่ความด้อยสิทธิเพียงประการเดียวได้

จากการแยกสิทธิพื้นฐานของผู้ถือหุ้นสามัญออกเป็น 3 ประการ โดยอาศัยวัตถุประสงค์แห่งการใช้สิทธิเป็นเกณฑ์เพื่อใช้วิเคราะห์สภาพแห่งบุริมสิทธิ คือประการแรก สิทธิต่าง ๆ ของผู้ถือหุ้นที่ผู้ถือหุ้นใช้ได้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเองโดยเฉพาะ เช่นสิทธิในการรับเงินปันผล สิทธิที่ได้รับคืนทุน หรือส่วนแบ่งทรัพย์สินเมื่อเลิกบริษัท ประการที่สอง สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งมวล เช่น สิทธิในการฟ้องกรรมการเมื่อกรรมการทำความเสียหายให้เกิดแก่บริษัทและบริษัทไม่ฟ้องกรรมการคนนั้น ประการที่สาม สิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้ร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นเพื่อประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นทั้งมวล เช่น สิทธิที่จะเข้าชื่อกันขอเปิดประชุมวิสามัญ สิทธิในการออกเสียง เป็นต้น

ผู้ศึกษามีความเห็นว่า สิทธิพื้นฐานประการแรกเท่านั้นที่จะกำหนดเป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้ ทั้งนี้เพราะจากการศึกษาวิวัฒนาการของหุ้นบุริมสิทธิของไทยแล้วพบว่า เจตนารมณ์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิในระยะแรก ๆ เพื่อเป็นรางวัลแก่ผู้มีคุณต่อบริษัท แต่ต่อมาได้พัฒนาไปเป็นการออกหุ้นบุริมสิทธิเพื่อการระดมทุนโดยอาศัยความเป็นหุ้นบุริมสิทธิจูงใจนักลงทุน จากเจตนารมณ์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวจะเห็นว่า บุริมสิทธิที่มีในหุ้นบุริมสิทธิจึงเป็นสิทธิที่มุ่งให้ประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นโดยตรง สิทธิประการที่สองและสิทธิประการที่สามไม่สอดคล้องต่อเจตนารมณ์ของหุ้นบุริมสิทธิ เพราะไม่ใช่สิทธิที่เกี่ยวกับประโยชน์ของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิโดยเฉพาะ ไม่มีเหตุผลสมควรที่จะให้บุริมสิทธิรวมไปถึงสิทธิที่ใช้เพื่อผู้ถือหุ้นทั้งมวล หรือสิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้สิทธิร่วมกับผู้ถือหุ้นอื่นเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นทั้งมวลหรือเพื่อบริษัทด้วย เพราะประโยชน์จากการใช้สิทธิอันเป็นบุริมสิทธิจะเกิดต่อผู้ถือหุ้นทั้งมวลซึ่งไม่ตรงต่อเจตนารมณ์ของการออกหุ้นบุริมสิทธิ

สิทธิต่าง ๆ ที่เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิเมื่อกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะเปลี่ยนแปลงไม่ได้ตามข้อห้ามของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชน

จำกัด พ.ศ. 2535 มาตรา 65 แต่ถ้าไม่ใช่สิทธิที่เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิ บริษัทอาจเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลัง สำหรับสิทธิอื่น ๆ ที่ไม่ใช่สภาพแห่งบุริมสิทธิ เอกชนอาจตกลงให้มีการกำหนดในหุ้นให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้ ถ้าการกำหนดเช่นนี้ไม่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเป็นการขัดกับหลักพื้นฐานในเรื่องบริษัท และหากได้กำหนดไว้อย่างไรในหุ้นแล้วก็อาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ในภายหลัง สิทธิประเภทนี้จะแยกกันอยู่กับสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิ

สำหรับสิทธิอื่น ๆ ที่อาจมีการกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิอาจมีได้คือ

1. สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด ต่างมีบทบัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิที่ออกแล้วในหุ้นบุริมสิทธิ จากการศึกษาพบว่า สาเหตุที่กฎหมายบัญญัติเช่นนี้เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองมิให้ถือหุ้นสามัญส่วนใหญ่ต้องเสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิโดยการเพิ่ม หรือเจ้าหนี้รับจำนำหุ้นต้องเสียเปรียบในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิโดยการลด ผู้ศึกษามีความเห็นว่า นอกจากกฎหมายต้องการคุ้มครองผู้ถือหุ้นสามัญส่วนใหญ่และเจ้าหนี้ผู้รับจำนำหุ้นแล้ว ยังมุ่งคุ้มครองผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิเองอีกด้วย เนื่องจากเมื่อนักลงทุนต้องการเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ เพราะต้องการประโยชน์จากสภาพบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ถ้ายอมให้มีการเปลี่ยนแปลงได้ภายหลังจากที่บริษัทออกหุ้นบุริมสิทธิ บริษัทอาจเปลี่ยนแปลงโดยลดบุริมสิทธิแห่งหุ้นลงประโยชน์ที่นักลงทุนหวังว่าจะได้รับจากการเข้าถือหุ้นบุริมสิทธิก็จะถูกลิดรอน และสิทธิที่จะเป็นบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิจะมีความไม่แน่นอน ไม่น่าเชื่อถือ ซึ่งจะมีผลทำให้ความนิยมหรือคุณค่าในตัวหุ้นบุริมสิทธิลดลง

การที่บทบัญญัติห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิที่ออกแล้วในหุ้นบุริมสิทธิ เป็นบทบัญญัติเฉพาะกฎหมายไทย จากการศึกษาไม่ปรากฏในกฎหมายต่างประเทศ แต่ในกฎหมายของประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา และญี่ปุ่น จะมีบทบัญญัติในการแปลงหุ้นประเภทหนึ่งเป็นหุ้นอีกประเภทหนึ่ง เมื่อเปรียบเทียบกับบทบัญญัติในเรื่องการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญตามพระราชบัญญัติ บริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 สิทธิในเรื่องการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญที่ปรากฏในพระราชบัญญัติมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535 แตกต่างจากการเปลี่ยนแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิ เพราะสิทธิในการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญเป็นการแปลงประเภทของหุ้นจากประเภทหนึ่งเป็นอีกประเภทหนึ่ง ในขณะที่การเปลี่ยนแปลงสภาพบุริมสิทธิเป็นเรื่องของบุริมสิทธิแต่การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญย่อมทำให้บุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิหมดไปเลยด้วย ฉะนั้น หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ทำการออกหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพได้ การออกหุ้นเช่นนี้ย่อม

ทำไม่ได้ เพราะขัดต่อบทบัญญัติที่ว่าด้วยการห้ามเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1142

จากการศึกษาวิเคราะห์สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ ถือเป็นบุริมสิทธิในหุ้นหรือไม่ พบว่าสิทธิในการแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญโดยลำพังตัวมันเองแล้วไม่ใช่บุริมสิทธิ เป็นสิทธิอีกชนิดหนึ่งที่อาจทำให้มีการแบ่งแยกหุ้นบุริมสิทธิออกเป็นหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพได้กับหุ้นบุริมสิทธิที่แปลงสภาพไม่ได้ สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญเป็นสิทธิที่ต้องผนวกหรือมีอยู่กับสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิ สิทธิชนิดนี้ไม่อาจอยู่ได้ลอย ๆ โดยลำพังตัวเองได้ แต่หากได้ผนวกสิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญไว้กับสภาพแห่งบุริมสิทธิแล้วจะพบว่า สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญถือเป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเองโดยเฉพาะ ดังนั้นผู้ศึกษาจึงมีความเห็นว่า สิทธิในการแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งแห่งบุริมสิทธิในหุ้นนั้น ซึ่งหากได้กำหนดในหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ กล่าวคือจะแก้ไขจากหุ้นบุริมสิทธิแปลงสภาพให้กลาย เป็นหุ้นบุริมสิทธิที่ไม่อาจแปลงสภาพได้ไม่ได้ การจะให้เป็นหุ้นบุริมสิทธิชนิดแปลงสภาพได้หรือแปลงสภาพไม่ได้ต้องเป็นไปตามที่ได้จดทะเบียนไว้ในตอนตั้งบริษัทหรือตอนเพิ่มทุน และออกหุ้นใหม่ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้จะต่างจากสิทธิในการแปลงสภาพเป็นหุ้นสามัญของหุ้นกู้แปลงสภาพ สิทธิในการแปลงสภาพในหุ้นกู้แปลงสภาพไม่ใช่เป็นสิทธิที่เป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิ เพราะไม่ได้ผนวกอยู่กับสิทธิที่เป็นบุริมสิทธิในหุ้น แต่ในทำนองเดียวกันสิทธิในการแปลงสภาพหุ้นกู้ถือว่าเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการออกหุ้นกู้นั้นด้วย

2. สิทธิในการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธินั้นเป็นเรื่องที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมายต่างประเทศบางประเทศ เช่น สหรัฐอเมริกา ที่กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิสามารถถูกไถ่ถอนได้โดยบริษัท แต่ในกฎหมายไทยมีบทบัญญัติห้ามไม่ให้บริษัทถือหุ้นหรือรับจำนำหุ้นของตนเอง การไถ่ถอนหุ้นจึงทำไม่ได้ในประเทศไทยเพราะขัดกับหลักดังกล่าว การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิเป็นลักษณะของหุ้นบุริมสิทธิที่มีในต่างประเทศประการหนึ่ง

3. สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ เป็นสิทธิของผู้ถือหุ้นเดิมจะได้ซื้อหุ้นที่บริษัทออกจำหน่ายใหม่ในเรื่องนี้เห็นว่า เดิมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1222 บัญญัติไว้ชัดเจนว่าที่ประชุมใหญ่ของบริษัทสามารถกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนดได้ แต่ได้มีการแก้ไขและตัดข้อความดังกล่าว ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2521 ออกไป ต่อมาในปี พ.ศ. 2528 คณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีความเห็นเป็นบันทึกคำวินิจฉัยตอบข้อหารือของกรมทะเบียนการค้าว่า สามารถกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นออกใหม่ในหุ้นบุริมสิทธิให้แตกต่างไปจากที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดได้ เพราะการที่แก้ไขประมวลกฎหมาย

แพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2521 ก็เพื่อให้สอดคล้องกับการออกใช้บังคับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2521 ที่ต้องการแยกการเสนอขายหุ้นต่อสาธารณชนไว้ในพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดเท่านั้น มิได้ห้ามกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้แตกต่างไปจากที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้ศึกษาเห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา และมีความเห็นเพิ่มเติมว่า สิทธิในการซื้อหุ้นออกใหม่เป็นสิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเองโดยเฉพาะ เพื่อเพิ่มจำนวนหุ้นของตนหรือรักษาสัดส่วนจำนวนหุ้นของตนไว้ ฉะนั้นสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่จึงเป็นสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่สามารถกำหนดในหุ้นบุริมสิทธิได้ แต่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 มีบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้เอกชนตกลงกันในเรื่องสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นได้ และเมื่ออาศัยหลักเกณฑ์ในการกำหนดสิทธิพื้นฐานที่จะกำหนดเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิของผู้ศึกษา กล่าวคือ เฉพาะสิทธิที่ผู้ถือหุ้นใช้เองและใช้เพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเท่านั้น ที่จะเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิได้แล้วพบว่า สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่น่าจะเป็นสภาพแห่งบุริมสิทธิที่สามารถกำหนดเป็นบุริมสิทธิในหุ้นได้ และเมื่อกำหนดเป็นประการใดแล้ว จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงอีกไม่ได้

5.2 ข้อเสนอแนะ

การทราบถึงปัญหาของการปรับใช้กฎหมายทำให้มองเห็นถึงสภาพของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ว่าควรจะประแก้ไขเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการบังคับใช้ การแก้ไขจำต้องพิจารณาถึงความต้องการพื้นฐานของสังคมนั้นโดยถือว่ากฎหมายเป็นส่วนสะท้อนของสังคม การแก้ไขกฎหมายจำต้องคำนึงถึงแนวปฏิบัติของนานอารยประเทศเพื่อจะได้ยกระดับมาตรฐานของกฎหมายไทย โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานของผลประโยชน์ของชาติเป็นสำคัญ การที่จะให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศก็จะต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจของประเทศชาติโดยรวมด้วย

5.2.1 ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

5.2.1.1 ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องบังคับใช้ให้ถึงตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเนื่องจากกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายมหาชน ดังนั้นการใช้และการตีความกฎหมายฉบับนี้จึงควรตั้งอยู่บนหลักการสาธารณะประโยชน์ รวมตลอดถึงการใช้บังคับก็จะต้องนำหลักการใช้บังคับกฎหมายมหาชนมาใช้ ซึ่งรัฐในฐานะผู้บังคับใช้จะต้องมีหน้าที่ในการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อย่างเคร่งครัดโดยต้องคำนึงถึงผลประโยชน์ของชาติเป็นหลักทั้งในด้าน

ความมั่นคงของประเทศและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ โดยรัฐจะต้องสร้างจิตสำนึกของประชาชนให้หวงแหนแผ่นดินถิ่นเกิด มีการปลูกฝังเยาวชนให้เกิดความรัก ความภูมิใจในชาติ เพื่อก่อให้เกิดการดูแลรักษาประเทศชาติร่วมกัน

5.2.1.2 การบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ในปัจจุบันยังขาดวิธีการตรวจสอบและควบคุมที่ชัดเจน ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเสนอให้มีการกำหนดถึงขั้นตอนการตรวจสอบการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวไว้ให้ชัดเจนโดยให้มีการตรวจสอบทั้งก่อนและหลังการประกอบกิจการ ควรเน้นถึงวิธีการตรวจสอบก่อนที่จะมีการอนุญาตเพื่อเป็นการสร้างมาตรการป้องกันการเกิดปัญหา ตรวจสอบวิธีการได้มาซึ่งหุ้นและผลประโยชน์อันจะตกได้แก่บุคคลใดจากการประกอบการของบริษัทรวมไปถึงการกำหนดคำนิยามของคนต่างด้าวที่จะต้องนำเรื่องการกำหนดสิทธิออกเสียงในหุ้นเข้ามาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติของคนต่างด้าว เพื่อป้องกันการตีความที่ใช่ช่องว่างของกฎหมายอีก โดยกำหนดให้ชัดเจนว่าหุ้นในบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือนั้นจะต้องกำหนดให้ทั้งหุ้นบุริมสิทธิและหุ้นสามัญมีสิทธิที่เท่าเทียมกันคือทั้งหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ 1 หุ้น จะต้องมีสิทธิออกเสียง 1 เสียง เท่านั้น

ผู้ศึกษาเห็นว่าในกรณีบริษัทที่อาศัยแบบอย่างการตีความจัดตั้งบริษัทเพื่อหลีกเลี่ยงการเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องกลายเป็นคนต่างด้าวซึ่งโดยหลักแล้วจะต้องห้ามประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่หากจะบังคับใช้ตามบทบัญญัติกฎหมายอย่างเคร่งครัดโดยทันทีประเทศคงจะต้องเผชิญกับปัญหาเศรษฐกิจครั้งยิ่งใหญ่ ดังนั้นควรมีบทบัญญัติผ่อนปรนให้คนต่างด้าวดังกล่าวประกอบธุรกิจต่อไปซึ่งอาจจะจำกัดระยะเวลาที่ยินยอมให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจต่อไปได้แต่ต้องมีระยะเวลาเพียงพอที่จะให้คนต่างด้าวได้รับคืนทุนพร้อมกำไรตามสมควรจากนั้นอาจกำหนดให้คนต่างด้าวดังกล่าวต้องกระจายส่วนความเป็นเจ้าของให้คนไทยมีส่วนร่วมด้วย

และผู้ศึกษาเห็นว่าควรเพิ่มหลักการพิจารณาอำนาจควบคุมในบริษัทเพื่อให้การพิจารณาอนุญาตและตลอดจนการควบคุมดูแลสอดส่องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพเห็นควรนำหลักการพิจารณาอำนาจควบคุมในบริษัทในทางปฏิบัติมาใช้กับประเภทธุรกิจสงวน จำนวน 43 รายการ ซึ่งแบ่งออกเป็น 3 บัญชี ดังนี้

1. สำนักงานใหญ่ต้องตั้งอยู่ในราชอาณาจักร
2. ผู้บริหารจำนวนสองในสามจะต้องมีสัญชาติไทย
3. ผู้ที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินกิจการในแต่ละวันต้องมีสัญชาติไทย
4. ผู้ที่มีอำนาจในการตัดสินใจเกี่ยวกับนโยบายการจัดเตรียมและจัดทำเอกสารเพื่อยื่นคำขอใบอนุญาตต้องมีสัญชาติไทย

5. ผู้รับผิดชอบในการจ่ายค่าจ้าง ค่าการจัดการ และการยกเลิกการจ้างพนักงานต้องมีสัญชาติไทย

6. ผู้จ่ายเงินสำหรับข้อผูกพันทางการเงินรวมถึงค่าใช้จ่ายอื่นๆที่นอกเหนือจากค่าดำเนินการต้องมีสัญชาติไทย

7. ผู้ที่มีสิทธิลงนามแทนบริษัทต้องมีสัญชาติไทย

5.2.1.3 การยกร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. . . . ผู้วิจัยเห็นว่าควรเพิ่มในส่วนของการกำหนดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตรวจสอบและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้โดยเฉพาะรวมถึงให้มีอำนาจในการเข้าถึงข้อมูลและธุรกรรมส่วนบุคคลในเชิงลึกได้หากได้กระทำไปเพื่อการควบคุมและตรวจสอบตามอำนาจหน้าที่ และเนื่องจากสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของประเทศยังต้องการเงินลงทุนและ เทคโนโลยีจากต่างชาติดังนั้นรัฐบาลควรทบทวนนโยบายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเด็นต่อไปนี้

(ก) ปรับปรุงรายการประเภทธุรกิจที่ควรควบคุมกำกับทั้งสามบัญชี โดยรายการประเภทธุรกิจต้องห้ามสำหรับการลงทุนของคนต่างดาวนั้นควรจะจำกัดเฉพาะประเภทธุรกิจที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม การใช้ทรัพยากรธรรมชาติ ความปลอดภัยและมั่นคงของประเทศ ศิลปวัฒนธรรมและจารีตประเพณี

(ข) ในกรณีที่หากให้สิทธิแก่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเภทธุรกิจที่สงวนจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชนและประเทศชาติโดยรวม รัฐจะต้องกำหนดเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนในการพิจารณาอนุญาตให้ต่างชาติเข้ามาลงทุนโดยพิจารณาจาก

1. การจ้างงานการแปรรูปวัตถุดิบภายในประเทศและการส่งออก

2. การมีส่วนร่วมของนักธุรกิจในประเทศในธุรกิจที่ต่างชาติต้องการเข้ามาลงทุนและบทบาทของผู้ประกอบการท้องถิ่นในอุตสาหกรรมโดยรวม

3. ผลกระทบต่อประสิทธิภาพการพัฒนาทางเทคโนโลยีนวัตกรรมและความหลากหลายของสินค้า

4. ผลกระทบต่อการแข่งขันในตลาดในประเทศและต่างประเทศ

5. ความสอดคล้องของการลงทุนกับนโยบายเศรษฐกิจและอุตสาหกรรมของประเทศ

(ค) การยินยอมให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจเพิ่มขึ้นได้หลายประเภทย่อมเป็นผลดีต่อผู้บริโภคอย่างไรก็ดี ในด้านลบของการลงทุนของธุรกิจคนต่างด้าวก็มีไม่น้อย เช่นส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการท้องถิ่นเพราะไม่สามารถแข่งขันได้เนื่องจากผู้ประกอบการท้องถิ่นขาดทักษะเงินทุนและมีอำนาจต่อรองที่ด้อยกว่าผู้ประกอบการต่างด้าวดังเช่นที่เกิดขึ้นกับธุรกิจค้าปลีกท้องถิ่น

ในปัจจุบันเป็นต้น ในกรณีเช่นนี้กฎหมายควรมีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานที่กำกับดูแลออกมาตรการเพื่อคุ้มครองหรือช่วยเหลือผู้ประกอบการท้องถิ่นได้

(ง) รัฐบาลควรสร้างแรงจูงใจและมั่นใจต่อการลงทุนในไทยด้วยการเข้าเป็นสมาชิกตามอนุสัญญาศูนย์กลางข้อพิพาททุนซึ่งหากประเทศใดมีการยึดธุรกิจต่างชาติโดยไม่เป็นธรรมก็จะได้รับการชดเชยตามอนุสัญญาดังกล่าว

5.2.1.4 การควบคุมการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในต่างประเทศ

จากที่ได้ศึกษาการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในต่างประเทศผู้ศึกษาพบว่าการบังคับใช้กฎหมายมีความเคร่งครัดและรัดกุมมากกว่าของประเทศไทยและมีการวางหลักเกณฑ์และแนวทางการตรวจสอบที่ชัดเจน รวมถึงมีการกำหนดหน้าที่หน่วยงานในการตรวจสอบเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมายทั้งมีการตรวจสอบก่อนที่จะมีการลงทุนและภายหลังการลงทุน ดังนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าควรนำหลักการการตรวจสอบของต่างประเทศมาใช้ดังนี้

1. เห็นควรกำหนดให้มีการตรวจสอบการยื่นขอจัดตั้งบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่โดยให้บริษัทที่ยื่นขอจัดตั้งทำคำเสนอมาโดยจะต้องระบุถึงโครงสร้างของบริษัทอย่างละเอียดและผู้มีหน้าที่จะต้องมีการตรวจสอบถึงข้อมูลนั้นก่อนที่จะมีการอนุญาตจัดตั้งอย่างจริงจัง หากเห็นว่าอาจมีข้อมูลใดที่ไม่เป็นจริงจะต้องให้ผู้ยื่นขอชี้แจงและหากมีหลักฐานอันเชื่อได้ว่ามีการปกปิดบิดเบือนข้อมูลก็จะต้องมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ประกอบกิจการนั้นในราชอาณาจักรไทย

2. ตรวจสอบการดำเนินการของบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ทุกบริษัทโดยต้องกำหนดเวลาในการตรวจสอบเป็นระยะ โดยเฉพาะบริษัทที่มีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นและกรรมการบริหารบริษัท หากเห็นว่ามีข้อสงสัยใดที่อาจไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องให้บริษัทเข้าชี้แจง หากเห็นว่ามีการกระทำที่ไม่ถูกต้องจะต้องมีกระบวนการที่ให้บริษัทปรับแก้ไขเพื่อให้ถูกต้องตามกฎหมายโดยจะต้องกำหนดระยะเวลาในการแก้ไข แต่หากบริษัทไม่ดำเนินการตามระยะเวลาก็จะต้องมีคำสั่งเพิกถอนการประกอบกิจการนั้น ๆ และบังคับตามบทลงโทษ ทั้งนี้ผู้ศึกษาเห็นว่าการให้ระยะเวลาในการปรับแก้ไขแก่บริษัทตามที่ผู้ศึกษาเสนอเป็นผลดีต่อภาวะการลงทุนและเป็นการบังคับใช้กฎหมายอย่างยืดหยุ่น

ตามที่ผู้ศึกษาได้เสนอให้มีขั้นตอนการตรวจสอบนั้นผู้ศึกษาเห็นว่าในทุกขั้นตอนการตรวจสอบผู้ตรวจสอบจะต้องดำเนินการอย่างเคร่งครัดโดยตั้งอยู่บนผลประโยชน์ของประเทศชาติและความมั่นคงของราชอาณาจักร

5.2.2 หุ้นบุริมสิทธิในบริษัทจำกัด

แนวทางในการนำมาใช้ในปัจจุบันถือเป็นหุ้นที่มีสิทธิพิเศษกว่าหุ้นสามัญในด้านของสิทธิในทางทรัพย์ แต่เดิมการออกหุ้นบุริมสิทธิเป็นการออกเพื่อตอบแทนคุณแก่ผู้มีพระคุณต่อบริษัทแต่

ในปัจจุบันการนำมาใช้เปลี่ยนไปเป็นในด้านการระดมทุนโดยใช้สิทธิทางทรัพย์สินจูงใจนักลงทุนให้มาซื้อหุ้นแต่ไม่ให้สิทธิในการควบคุมบริหารบริษัท หุ้นบุริมสิทธิในปัจจุบันจึงมักเป็นหุ้นที่ไม่มีสิทธิออกเสียง ซึ่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ไม่ได้มีบทบัญญัติบังคับไว้ว่าหุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิเป็นเช่นใดและเพียงใด รวมถึงจะดีกว่าหุ้นสามัญหรือไม่ ด้านใดกฎหมายก็มิได้กำหนดไว้ ดั้งนั้นการแสดงเจตนาในที่ประชุมตั้งบริษัทเพื่อกำหนดสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งพาณิชย์ มาตรา 1108(4) ก็ยังถือเป็นหัวใจของหุ้นบุริมสิทธิ ที่เอกชนจะตกลงอย่างไรก็ได้ไม่มีขอบเขต ดังนั้นเพื่อให้เป็นการกำหนดแนวทางในการกำหนดสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิควรต้องแก้ไขประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น โดยปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท

5.2.2.1 ความหมายของหุ้นบุริมสิทธิผู้ศึกษาเห็นว่าควรการกำหนดคำนิยามหุ้นบุริมสิทธิ คือ หุ้นซึ่งกำหนดโดยที่ประชุมจัดตั้งบริษัทให้มี ทั้งกำหนดสิทธิและสภาพแห่งบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นๆว่าเป็นสถานใดเพียงใด แต่หุ้นบุริมสิทธิจะมีสิทธิในทางทรัพย์สินด้อยกว่าหุ้นสามัญไม่ได้

5.2.2.2 การกำหนดสภาพและขอบเขตแห่งหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นทุนที่มีสิทธิในทางทรัพย์สินดีกว่าหุ้นสามัญในเรื่องดังต่อไปนี้

1. สิทธิรับเงินปันผลจะต้องเป็นจำนวนที่แน่นอนและในอัตรามากกว่าหุ้นสามัญ

2. สิทธิที่จะได้รับคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทหุ้นบุริมสิทธิจะต้องมีสิทธิได้รับคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทก่อนหุ้นสามัญ

3. สิทธิในส่วนแบ่งทรัพย์สินที่เหลือจากการคืนทุนเมื่อเลิกบริษัทจะต้องกำหนดให้เป็นจำนวนที่สามารถคำนวณได้แน่นอนและจะต้องได้รับก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ

5.2.2.3 สิทธิประการอื่น ๆ ในหุ้นบุริมสิทธิ

1. การแปลงสภาพหุ้นบุริมสิทธิหากการแปลงสภาพของหุ้นบุริมสิทธิมิได้แปลงในส่วนที่เป็นบุริมสิทธิแห่งหุ้นผู้ศึกษาเห็นว่าสามารถทำได้เนื่องจากประโยชน์ในทางทรัพย์สินที่เป็นส่วนสำคัญของหุ้นมิได้เปลี่ยนแปลงไป

2. การไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิผู้ศึกษาเห็นว่าการไถ่ถอนหุ้นบุริมสิทธิจะกระทำไม่ได้เนื่องจากอาจทำให้ทุนของบริษัทลดลงซึ่งขัดกับหลักการธำรงไว้ซึ่งทุนของบริษัท

3. สิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ผู้ศึกษาเห็นว่าสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่เป็นสิทธิที่ที่กฎหมายบัญญัติรองรับไว้อยู่แล้วแต่หากจะมีการกำหนดเพิ่มเข้าไปอีกก็จะเป็นผลประโยชน์ของผู้ถือหุ้นเองแต่อย่างไรก็ดีหากกำหนดไว้เป็นบิมสิทธิแล้วจะเปลี่ยนแปลงแก้ไขไม่ได้

รายการอ้างอิง

รายการอ้างอิง

กฎหมายประจำศก ร.ศ. 130. **(**ม.ป.ป.). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ทรงศรี อาจอรุณ. (2502). การแก้ไขสนธิสัญญาว่าด้วยสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศมหาอำนาจในสมัยพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

ทวี เจริญพิทักษ์. (2504). **คำอธิบายโดยพิสดารกฎหมายหุ้นส่วนและบริษัท** (พิมพ์ครั้งที่ 4). พระนคร: รัตนพฤกษ์.

ธีระ สิงหพันธุ์. (2531). **คำอธิบายเรียงมาตรา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัท**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

นิทัศน์ วัฒนกุล. (2533). **หุ้นบุริมสิทธิ**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525. (2525). กรุงเทพฯ: อักษรเจริญทัศน์.

พรอนงค์ บุษราตระกูล. (2552). **การตรวจสอบภายในและบรรษัทภิบาลสำหรับธุรกิจ**. กรุงเทพฯ: สมาคมผู้ตรวจสอบภายในแห่งประเทศไทย.

พิเศษ เสตเสถียร. (2527). **เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 4**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมมาธิราช.

วิชัย สังข์ประไพ. (2542). **หลักกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง.

สมภพ โหตระกิตย์. (2518). **รายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ครั้งที่ 1/2516 ถึงครั้งที่ 70/2518** (3 เล่ม). กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2534). **หนังสือที่ นร.0601/867 ลงวันที่ 2 สิงหาคม 2534**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2538). **หนังสือที่ นร.0501/1804 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2538**. กรุงเทพฯ: สำนักงานฯ.

สุกัญญา เทพหัสดิน ณ อยุธยา. (2545). **มาตรการควบคุมการเข้าซื้อหุ้นเพื่อครอบงำกิจการ: กรณีศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกากับประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ.

สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

เสนีย์ ปราโมช, ม.ร.ว. (ม.ป.ป.). ศิลาจารึกพ่อขุนรามคำแหง. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

โสภณ รัตนากร. (2543). **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท** (พิมพ์ครั้งที่ 7). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

โสภณ รัตนากร. (2548). **คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหนี้: บทเบ็ดเสร็จทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพฯ: นิติบรรณการ.

หยุด แสงอุทัย. (2542). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 14). กรุงเทพฯ: ประกายพรึก.

หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก. (2503). **คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หลวงศรีปรีชาธรรมปาฐก. (2503). **คำสอนชั้นปริญญาตรี พุทธศักราช 2503 กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยห้างหุ้นส่วนบริษัทและสมาคม**. ม.ป.ท.: ม.ป.พ.

Canadian Government Rejects BHP's proposed acquisition of Potash Corporation under the Investment Canada Act-Is Canada Still Open for Business?, Retrieved November 9, 2010, from http://www.osler.com/ NewsResources/ Details.aspx?id=2958

Folk, E. L. (1972). **The delaware general corporation law: A commentary and analysis**. Boston: Corporation Service Company.

Folk, E. L., III. (1972). **The Delaware general corporation law**. Delaware: Corporation Service Company.

Foreign investment policy, Retrieved November 9, 2010, from http://www.firb.gov.au/content/_ downloads/Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf

Foreign investment review board meeting, Retrieved November 9, 2010, from http://www.treasury.gov. au/documents/1992/PDF/FIRB_Meeting_20100930.pdf

Freeman, A. V. (1970). **The international responsibility of states for denial of justice**. New York: Kraus Reprint.

Hamilton, R. W. (1987). **The law of corporations in a nutshell** (2nd ed.). St. Paul, MN: West Pub.

Henn, H. G. (1970). **Handbook of the law of corporations and other business enterprises** (2nd ed.). St. Paul: West.

Horn, N. (1982). **German private and commercial law: an introduction**. Oxford: Clarendon Press.

Keenan, D. (1986). **Smith and Keenan's company law** (6th ed.). London: Pitman.

Leage, R. W. (1961). **Leage's roman private law, founded on the institutes of gaius and justinian** (3rd ed.). London: Macmillan.

Mores, G. (1987). **Charles worth's company law** (13th ed.). London: Stevens & Sons.

Oghigan, H. (1993). The law of commerce in Japan. Tokyo: Prentice Hall.

Pennington, R. R. (1990). **Penningtons company law** (6th ed.). London: Butterwerths.

Recent decisions-investment Canada act, Retrieved November 9, 2010, from www.lawsonlundell.com/ RecentDecisions-InvestmentCanadaAct.pdf

Walmsley, K. (1991). **Butterworths company law handbook** (8th ed.). London: Butterworths.

Wilmar International Limited-proposed acquisition of Sucrogen Limited, Retrieved November 9, 2010, from http://www.accc.gov.au/content/index. phtml/itemId/953180/ fromItemId/751043

Wood, W.A.R. (1924). A history of Siam. London: Fisher Unwin. อ้างถึงใน สุจินต์ ชัยมังคลานนท์. (2517). **สิทธิของคนต่างด้าวในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

พระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว
พ.ศ. ๒๕๔๒

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.
ให้ไว้ ณ วันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๒
เป็นปีที่ ๕๔ ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา ๒๙ ประกอบกับมาตรา ๓๕ และมาตรา ๕๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้โดยคำแนะนำและยินยอมของรัฐสภา ดังต่อไปนี้

มาตรา ๑ พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า "พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒"

มาตรา ๒[๑] พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา ๓ ให้ยกเลิก

(๑) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕

(๒) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ พ.ศ. ๒๕๒๑

(๓) พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

---

[๑] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม ๑๑๖/ตอนที่ ๑๒๓ ก/หน้า ๑/๔ ธันวาคม ๒๕๔๒

"คนต่างด้าว" หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑)

(๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

"ทุน" หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้เป็นหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

"ทุนขั้นต่ำ" หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

"ธุรกิจ" หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า

"ใบอนุญาต" หมายความว่า ใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

"ผู้รับใบอนุญาต" หมายความว่า คนต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาต

"หนังสือรับรอง" หมายความว่า หนังสือรับรองการประกอบธุรกิจ

"ผู้รับหนังสือรับรอง" หมายความว่า คนต่างด้าวที่ได้รับหนังสือรับรอง

"คณะกรรมการ" หมายความว่า คณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

"พนักงานเจ้าหน้าที่" หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

"นายทะเบียน" หมายความว่า ผู้ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งให้เป็นนายทะเบียนการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

"อธิบดี" หมายความว่า อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า*

"รัฐมนตรี" หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

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

มาตรา ๖ คนต่างด้าวต่อไปนี้ ห้ามประกอบธุรกิจในราชอาณาจักร

(๑) คนต่างด้าวที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศตามกฎหมาย

(๒) คนต่างด้าวที่เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น

มาตรา ๗ คนต่างด้าวต่อไปนี้ จะประกอบธุรกิจได้เมื่อได้รับใบอนุญาตจากอธิบดี และจะประกอบธุรกิจได้เฉพาะประเภทธุรกิจและในท้องที่ที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในประกาศดังกล่าวรัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดไว้ก็ได้ตามที่เห็นสมควร

(๑) คนต่างด้าวที่เกิดในราชอาณาจักร แต่ไม่ได้รับสัญชาติไทยตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

(๒) คนต่างด้าวโดยผลของการถูกถอนสัญชาติตามกฎหมายว่าด้วยสัญชาติหรือตามกฎหมายอื่น

การขอรับใบอนุญาต การออกใบอนุญาต และระยะเวลาการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวตามวรรคหนึ่งประกอบธุรกิจ คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๘ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ มาตรา ๗ มาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๒

(๑) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง

(๒) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน หรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสอง เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี

(๓) ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสาม เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

มาตรา ๙ การปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา เว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสอง หมวด ๑ ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติ

ให้คณะกรรมการพิจารณาทบทวนประเภทธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อย่างน้อยครั้งหนึ่งในทุกรอบระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับแล้วทำความเห็นเสนอรัฐมนตรี

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่มิได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่ก่อนการปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามวรรคหนึ่ง หากต่อมาธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่ต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้และคนต่างด้าวนั้นประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา ๑๑

ในระหว่างระยะเวลาที่ปฏิบัติตามวรรคสามและยังไม่ได้รับหนังสือรับรอง มิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๑๐ บทบัญญัติมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๕ มาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ไม่ใช้บังคับแก่คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเป็นการเฉพาะกาล

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้โดยสนธิสัญญาที่ประเทศไทยเป็นภาคีหรือมีความผูกพันตามพันธกรณี ให้ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งมาตราต่าง ๆ ตามที่กำหนดไว้ในวรรคหนึ่ง และให้เป็นไปตามบทบัญญัติและเงื่อนไขของสนธิสัญญานั้น ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการต่างตอบแทนด้วย

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

หนังสือรับรองต้องระบุเงื่อนไขตามที่รัฐบาลกำหนดหรือตามที่กำหนดในสนธิสัญญาด้วย

มาตรา ๑๒ ในกรณีที่ธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตาม

กฎหมายอื่น เป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัตินี้ ให้คนต่างด้าวดังกล่าวแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง เมื่ออธิบดีหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตรวจสอบความถูกต้องของบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาตดังกล่าวแล้ว ให้อธิบดีออกหนังสือรับรองโดยเร็ว แต่ต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งการได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนหรือหนังสืออนุญาต แล้วแต่กรณี ในกรณีนี้ให้คนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ได้รับยกเว้นจากการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่มาตรา ๒๑ มาตรา ๒๒ มาตรา ๓๙ มาตรา ๔๐ และมาตรา ๔๒ ตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออก แล้วแต่กรณี

การออกหนังสือรับรองตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด

มาตรา ๑๓ ในกรณีที่มีกฎหมายอื่นกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภทหรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นประการใด ให้ใช้บังคับตามกฎหมายดังกล่าวและมิให้นำความในพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับในส่วนที่มีกฎหมายอื่นกำหนดไว้เป็นการเฉพาะแล้ว

มาตรา ๑๔ ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

ความในมาตรานี้ไม่ใช้บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงหุ้นหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น

มาตรา ๑๕ คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้จะต้องมีคนไทยหรือนิติบุคคลที่มิใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ถือหุ้นอยู่ไม่น้อยกว่าร้อยละสี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น เว้นแต่จะมีเหตุสมควร รัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนในเรื่องดังกล่าวให้น้อยลงได้ แต่ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละยี่สิบห้า และต้องมีกรรมการที่เป็นคนไทยไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนกรรมการทั้งหมด

มาตรา ๑๖ คนต่างด้าวซึ่งจะขอรับใบอนุญาตได้ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม ดังต่อไปนี้

(๑) มีอายุไม่ต่ำกว่ายี่สิบปีบริบูรณ์

(๒) มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรหรือได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง

(๓) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(๔) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(๕) ไม่เคยต้องโทษตามคำพิพากษาหรือถูกเปรียบเทียบปรับในความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(๖) ไม่เคยต้องโทษจำคุกตามคำพิพากษาในความผิดฐานฉ้อโกง โกงเจ้าหนี้ ยักยอก ความผิดเกี่ยวกับการค้าตามประมวลกฎหมายอาญาหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกู้ยืมเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชนหรือในความผิดตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง เว้นแต่พ้นโทษมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

(๗) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ หรือตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ในระยะเวลาห้าปีก่อนวันขอรับใบอนุญาต

ในกรณีนิติบุคคลเป็นผู้ขอรับใบอนุญาต กรรมการ ผู้จัดการ หรือผู้รับผิดชอบในการดำเนินการของนิติบุคคลนั้นที่เป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวในวรรคหนึ่งด้วย

มาตรา ๑๗ ในการขออนุญาตประกอบธุรกิจ ให้คนต่างด้าวยื่นคำขออนุญาตประกอบธุรกิจต่อรัฐมนตรีหรืออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้คณะรัฐมนตรีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีในกรณีธุรกิจตามบัญชีสามพิจารณาอนุมัติหรืออนุญาต แล้วแต่กรณี ให้แล้วเสร็จภายในกำหนดหกสิบวันนับแต่วันที่ยื่นคำขอ ในกรณีการพิจารณาอนุมัติของคณะรัฐมนตรีมีเหตุจำเป็น ซึ่งคณะรัฐมนตรีไม่อาจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าวได้ ให้ขยายระยะเวลาการพิจารณาออกไปอีกได้ตามความจำเป็น แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันครบกำหนดเวลาดังกล่าว

เมื่อคณะรัฐมนตรีให้การอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รัฐมนตรีหรืออธิบดีออกใบอนุญาตภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรืออธิบดีอนุญาต

ในการอนุญาต รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสอง หรืออธิบดีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา ๑๘ สำหรับกรณีธุรกิจตามบัญชีสาม ก็ได้

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสอง ให้รัฐมนตรีแจ้งการไม่อนุมัติให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสามสิบวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุมัตินั้นไว้โดยชัดแจ้ง

ในกรณีที่อธิบดีไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีสาม ให้อธิบดีแจ้งการไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวนั้นทราบเป็นหนังสือภายในสิบห้าวัน และให้ระบุเหตุที่ไม่ให้การอนุญาตนั้นไว้โดยชัดแจ้ง คนต่างด้าวนั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตต่อรัฐมนตรีได้ และให้นำความในมาตรา ๒๐ มาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

(๑) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต

(๒) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร

(๓) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ

(๔) เทคโนโลยีหรือทรัพย์สิน

(๕) เงื่อนไขอื่นที่จำเป็น

มาตรา ๑๙ เมื่อปรากฏว่าผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองผู้ใด

(๑) ฝ่าฝืนเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง

(๒) ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดตามมาตรา ๑๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๑๗ วรรคสาม

(๓) ฝ่าฝืนมาตรา ๑๕

(๔) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๑๖

(๕) กระทำความผิดตามมาตรา ๓๕

ในกรณีตาม (๑) (๒) และ (๓) ให้อธิบดีมีหนังสือแจ้งให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองปฏิบัติตามเงื่อนไขตามมาตรา ๗ วรรคหนึ่ง มาตรา ๑๑ วรรคสอง หรือมาตรา ๑๗ วรรคสาม หรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา ๑๕ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาที่อธิบดีเห็นสมควร ถ้าผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองไม่ปฏิบัติตามที่อธิบดีมีหนังสือแจ้งดังกล่าวโดยไม่มีเหตุสมควร ให้อธิบดีมีอำนาจสั่งพักการใช้ใบอนุญาตชั่วคราวหรือสั่งระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราวได้ในระยะเวลาที่เห็นสมควร แต่ต้องไม่เกินหกสิบวันนับแต่วันมีคำสั่ง เมื่อครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวแล้วคนต่างด้าวยังมิได้ดำเนินการให้ถูกต้องครบถ้วน ให้อธิบดีพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวหรือเสนอรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตแล้วแต่กรณี

ในกรณีตาม (๔) และ (๕) ให้อธิบดีพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือเสนอรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาสั่งเพิกถอนใบอนุญาต แล้วแต่กรณี

มาตรา ๒๐ ในกรณีที่อธิบดีสั่งพักการใช้ใบอนุญาตชั่วคราวหรือสั่งระงับการประกอบธุรกิจชั่วคราว หรือสั่งเพิกถอนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรอง ตามมาตรา ๑๙ วรรคสอง

ให้ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองมีสิทธิอุทธรณ์โดยทำเป็นหนังสือยื่นต่อรัฐมนตรีภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง

การอุทธรณ์ไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งอธิบดี เว้นแต่รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการจะสั่งทุเลาให้

รัฐมนตรีต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ยื่นอุทธรณ์ คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้เป็นที่สุด

มาตรา ๒๑ ภายใต้บังคับมาตรา ๗ มาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๐ ใบอนุญาตให้ใช้ได้ตลอดไปจนกว่าผู้รับใบอนุญาตจะเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต สำหรับหนังสือรับรองให้ใช้ได้เท่าระยะเวลาที่ได้รับอนุญาตจากรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยหรือตามที่สนธิสัญญากำหนดให้ประกอบธุรกิจนั้นหรือตลอดระยะเวลาที่ธุรกิจนั้นได้รับการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อการส่งออก แล้วแต่กรณี เว้นแต่ผู้ได้รับหนังสือรับรองเลิกประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาตก่อนครบกำหนดระยะเวลาดังกล่าวก็ให้หนังสือรับรองใช้ได้เพียงนั้น

ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้รับหนังสือรับรองต้องแสดงใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองดังกล่าวไว้ ณ สถานที่ประกอบธุรกิจของตนในที่เปิดเผย

ถ้าใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองชำรุดหรือสูญหาย ให้ยื่นคำขอรับใบแทนต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ทราบการชำรุดหรือสูญหาย

การขอและการออกใบแทนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองให้เป็นไปตามแบบและวิธีการที่รัฐมนตรีกำหนด แต่ระยะเวลาในการออกใบแทนต้องไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำขอ และให้ถือว่าใบแทนนั้นเป็นเอกสารที่ใช้แทนใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองได้จนกว่าจะได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองใหม่

มาตรา ๒๒ เมื่อผู้รับใบอนุญาต ผู้รับหนังสือรับรอง เลิกประกอบธุรกิจ หรือย้ายสำนักงานหรือสถานที่ประกอบธุรกิจ ให้แจ้งการเลิกหรือย้ายต่อนายทะเบียนภายในสิบห้าวันนับแต่วันเลิกหรือวันย้ายนั้นตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๒๓ ให้มีคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ เป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้แทนกระทรวงกลาโหม ผู้แทนกระทรวงการคลัง ผู้แทนกระทรวงการต่างประเทศ ผู้แทนกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้แทนกระทรวงคมนาคม ผู้แทนกระทรวงมหาดไทย ผู้แทนกระทรวงแรงงาน* ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี* ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม ผู้แทนกระทรวงศึกษาธิการ ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้แทนสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

ผู้แทนสมาคมธนาคารไทยและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ และให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า* เป็นกรรมการและเลขานุการ

ผู้ทรงคุณวุฒิต้องเป็นผู้มีความรู้ความชำนาญในด้านเศรษฐศาสตร์ นิติศาสตร์ พาณิชยศาสตร์ วิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี สิ่งแวดล้อม การค้า การลงทุน การบริหารธุรกิจ หรือการอุตสาหกรรม และต้องไม่เป็นที่ปรึกษาพรรคการเมืองหรือดำรงตำแหน่งทางการเมือง

ผู้แทนตามวรรคหนึ่ง ในกรณีที่เป็นผู้แทนของส่วนราชการ ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอธิบดีหรือเทียบเท่า และในกรณีที่เป็นผู้แทนของสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย ผู้แทนของสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือผู้แทนของสมาคมธนาคารไทย ผู้แทนนั้นจะต้องมีตำแหน่งไม่ต่ำกว่ากรรมการของสภาหรือสมาคมนั้น

มาตรา ๒๔ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิมีวาระอยู่ในตำแหน่งคราวละสองปี

ในกรณีที่กรรมการพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ หรือในกรณีที่รัฐมนตรีแต่งตั้งกรรมการเพิ่มขึ้นในระหว่างที่กรรมการซึ่งแต่งตั้งไว้แล้วยังมีวาระอยู่ในตำแหน่ง ให้ผู้ได้รับแต่งตั้งดำรงตำแหน่งแทนหรือเป็นกรรมการเพิ่มขึ้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการซึ่งได้แต่งตั้งไว้แล้ว

กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งอาจได้รับการแต่งตั้งอีกได้ แต่จะดำรงตำแหน่งติดต่อกันเกินสองวาระไม่ได้

มาตรา ๒๕ นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระตามมาตรา ๒๔ กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่ง เมื่อ

(๑) ตาย

(๒) ลาออก

(๓) รัฐมนตรีให้ออกเพราะมีความประพฤติเสื่อมเสีย ไม่สุจริตหรือบกพร่องต่อหน้าที่ หรือหย่อนความสามารถ

(๔) เป็นบุคคลล้มละลาย

(๕) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(๖) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(๗) ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา ๒๓ วรรคสอง

มาตรา ๒๖ คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และให้มีหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(๑) ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องการตราพระราชกฤษฎีกาและการออกกฎกระทรวงตามพระราชบัญญัตินี้หรือการกำหนดประเภทธุรกิจและท้องที่ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามมาตรา ๗ หรือการขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีตามมาตรา ๘ (๒)

(๒) ศึกษา รวบรวม และจัดทำรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในราชอาณาจักรรวมถึงผลกระทบและความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวเสนอต่อรัฐมนตรีเป็นครั้งคราว แต่ต้องไม่น้อยกว่าปีละหนึ่งครั้ง

(๓) ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นแก่รัฐมนตรีในเรื่องอื่น ๆ ตามที่รัฐมนตรีมอบหมาย

มาตรา ๒๗ การประชุมของคณะกรรมการต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม ถ้าประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกหนึ่งเสียงเป็นเสียงชี้ขาด

มาตรา ๒๘ ให้คณะกรรมการมีอำนาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมาย และให้นำมาตรา ๒๗ มาใช้บังคับแก่การประชุมของคณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

มาตรา ๒๙ ให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้า* กระทรวงพาณิชย์ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการของคณะกรรมการ โดยให้มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(๑) ปฏิบัติงานตามมติของคณะกรรมการหรือตามที่คณะกรรมการมอบหมาย

(๒) พิจารณาเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในราชอาณาจักร เพื่อประโยชน์ในการศึกษา รวบรวมข้อมูลและจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐมนตรี

(๓) ปฏิบัติงานธุรการทั่วไปของคณะกรรมการ

มาตรา ๓๐ ให้นายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจ

(๑) มีหนังสือสอบถามหรือเรียกบุคคลใดมาชี้แจงข้อเท็จจริง รวมทั้งให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่มีความจำเป็นต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริง

(๒) เข้าไปในสถานที่ที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในระหว่างเวลาทำการเพื่อตรวจสอบให้การเป็นไปตามพระราชบัญญัตินี้โดยต้องได้รับความเห็นชอบเป็นหนังสือจากอธิบดีก่อน เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง ในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว ให้มีอำนาจสอบถามข้อเท็จจริงหรือเรียกตรวจสอบเอกสารหรือหลักฐานใด ๆ ที่จำเป็นอย่างยิ่งต่อการตรวจสอบข้อเท็จจริงจากบุคคลที่อยู่ในสถานที่ดังกล่าวได้

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (๒) ให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่อำนวยความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามสมควร นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่

ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่หรือเป็นการตรวจค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และต้องมีหนังสือบอกกล่าวแก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ล่วงหน้าไม่น้อยกว่าสามวันทำการ เว้นแต่กรณีมีเหตุฉุกเฉินจำเป็นอย่างยิ่ง และเมื่อเสร็จสิ้นการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ให้รายงานรัฐมนตรีทราบผลการปฏิบัติหน้าที่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยเร็ว

มาตรา ๓๑ ผู้ใดขอตรวจหรือขอคัดสำเนาเอกสารหรือขอให้นายทะเบียนคัดสำเนาหรือถ่ายเอกสารพร้อมทั้งคำรับรองหรือขอให้ออกหนังสือรับรองข้อความที่นายทะเบียนเก็บรักษาไว้ ให้นายทะเบียนดำเนินการอนุญาตโดยเร็ว เว้นแต่เอกสารนั้นมีลักษณะต้องห้ามมิให้เปิดเผยตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการหรือกฎหมายอื่น โดยผู้ขอต้องเสียค่าธรรมเนียมตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๓๒ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องมีบัตรประจำตัวตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวงในการปฏิบัติการตามหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลซึ่งเกี่ยวข้อง

มาตรา ๓๓ ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการ อธิบดี นายทะเบียน และพนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

มาตรา ๓๔ คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองผู้ใดถูกสั่งพักใช้หรือถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือถูกสั่งระงับการประกอบธุรกิจตามหนังสือรับรองและหมดสิทธิอุทธรณ์ หรือรัฐมนตรีมีคำวินิจฉัยเป็นที่สุดให้พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตหรือให้ระงับการประกอบธุรกิจแล้ว แต่คนต่างด้าวนั้นยังคงประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๕ คนต่างด้าวซึ่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจใดตามพระราชบัญญัตินี้ หากร่วมทำธุรกิจอันเป็นของคนต่างด้าวรายอื่นซึ่งมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัตินี้ หรือประกอบธุรกิจที่คนต่างด้าวรายอื่นนั้นเป็นเจ้าของร่วมโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวเพื่อให้คนต่างด้าวรายอื่นนั้นหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจนั้นเสีย หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๖ ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มิใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือ

ร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใด ๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มิใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

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

มาตรา ๓๘ คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนตามมาตรา ๑๔ หรือฝ่าฝืนเงื่อนไขตามมาตรา ๑๘ (๓) ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาทและปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่

มาตรา ๓๙ ผู้รับใบอนุญาตหรือหนังสือรับรองผู้ใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๑ วรรคสองหรือวรรคสาม หรือฝ่าฝืนมาตรา ๒๒ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

มาตรา ๔๐ ผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหนังสือสอบถามหรือหนังสือเรียกของนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่ยอมให้ข้อเท็จจริง หรือไม่ส่งเอกสารหรือหลักฐาน เมื่อนายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่สอบถามหรือเรียกตรวจสอบหรือไม่ให้ความสะดวกแก่นายทะเบียนหรือพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๓๐ โดยไม่มีเหตุอันสมควร ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท

มาตรา ๔๑ ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๓๔ มาตรา ๓๕ มาตรา ๓๖ หรือมาตรา ๓๗ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา ๔๒ ในกรณีความผิดตามมาตรา ๓๙ และมาตรา ๔๐ ให้อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายมีอำนาจเปรียบเทียบปรับได้ เมื่อผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามจำนวนที่อธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมายได้เปรียบเทียบภายในสามสิบวันนับแต่วันเปรียบเทียบให้คดีนั้นเป็นอันเลิกกัน

มาตรา ๔๓ บรรดาพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ และคำสั่งซึ่งใช้บังคับอยู่ในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้ได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้จนกว่าจะได้มีพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศและคำสั่งที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ

มาตรา ๔๔ คนต่างด้าวซึ่งได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ให้ได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตในการประกอบธุรกิจนั้นต่อไปตามเงื่อนไขและระยะเวลาของการได้รับสิทธิหรือได้รับอนุญาตดังกล่าว

มาตรา ๔๕ คนต่างด้าวซึ่งประกอบธุรกิจประเภทที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้อยู่แล้วในวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวเป็นธุรกิจที่ไม่ได้กำหนดไว้ในบัญชีท้ายประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ หากประสงค์จะประกอบธุรกิจนั้นต่อไป ให้ดำเนินการแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในมาตรา ๑๑ ทั้งนี้ ภายในกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ และในระหว่างที่ยังไม่ได้รับหนังสือรับรองมิให้ถือว่าคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ประกอบธุรกิจโดยมิได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา ๔๖ ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และให้มีอำนาจแต่งตั้งนายทะเบียนและพนักงานเจ้าหน้าที่ กับออกกฎกระทรวงกำหนดค่าธรรมเนียมไม่เกินอัตราท้ายพระราชบัญญัตินี้ ตลอดจนยกเว้นค่าธรรมเนียมและกำหนดกิจการอื่นเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

กฎกระทรวงนั้น เมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

ชวน หลีกภัย

นายกรัฐมนตรี

อัตราค่าธรรมเนียม

๑. คำขอใบอนุญาต	
(ก) คำขอใบอนุญาตตามมาตรา ๗	๑,๐๐๐ บาท
(ข) คำขอใบอนุญาตตามมาตรา ๑๗	๒,๐๐๐ บาท
(ค) คำขอหนังสือรับรองตามมาตรา ๑๑ หรือมาตรา ๑๒	๒,๐๐๐ บาท
๒. ใบอนุญาต	
(ก) ใบอนุญาตตามมาตรา ๗	๕,๐๐๐ บาท
(ข) ใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสอง	
(๑) บุคคลธรรมดา	๔๐,๐๐๐ บาท
(๒) นิติบุคคล	พันละสิบบาทของทุนจดทะเบียนทั้งนี้ไม่ต่ำกว่า ๔๐,๐๐๐ บาท และไม่เกิน ๕๐๐,๐๐๐ บาท เศษของพันบาทให้คิดเท่ากับหนึ่งพันบาท
(ค) ใบอนุญาตสำหรับธุรกิจบัญชีสาม	
(๑) บุคคลธรรมดา	๒๐,๐๐๐ บาท
(๒) นิติบุคคล	พันละห้าบาทของทุนจดทะเบียนทั้งนี้ไม่ต่ำกว่า ๒๐,๐๐๐ บาท และไม่เกิน ๒๕๐,๐๐๐ บาท เศษของพันบาทให้คิดเท่ากับหนึ่งพันบาท
๓. หนังสือรับรอง	๒๐,๐๐๐ บาท
๔. ใบแทนใบอนุญาต หรือใบแทนหนังสือรับรอง	๕,๐๐๐ บาท
๕. อุทธรณ์	
(ก) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา ๗	๑,๐๐๐ บาท
(ข) อุทธรณ์คำสั่งไม่อนุญาตตามมาตรา ๑๗	๒,๐๐๐ บาท
(ค) อุทธรณ์คำสั่งพักหรือเพิกถอนใบอนุญาต หรือหนังสือรับรอง ตามมาตรา ๒๐	๒,๐๐๐ บาท
๖. การแจ้งเลิก หรือย้ายสำนักงานหรือสถานที่ประกอบธุรกิจ	๑,๐๐๐ บาท
๗. การขอแก้ไขรายการทะเบียน ใบอนุญาต หรือหนังสือรับรอง	๑,๐๐๐ บาท
๘. การตรวจหรือคัดสำเนาเอกสาร	รายละ ๒๐๐ บาท
๙. การขอให้คัดสำเนาหรือขอให้ถ่ายเอกสาร	

พร้อมทั้งคำรับรอง หน้าละ ๑๐๐ บาท

๑๐. การออกหนังสือรับรองข้อความในทะเบียน เรื่องละ ๑๐๐ บาท

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

(๑) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์

(๒) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน

(๓) การเลี้ยงสัตว์

(๔) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ

(๕) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย

(๖) การสกัดสมุนไพรไทย

(๗) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทยหรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(๘) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร

(๙) การค้าที่ดิน

บัญชีสอง

ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หัตถกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด ๑ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

(๑) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง

(ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด

(ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด

(ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร

(ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(๒) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ

หมวด ๒ ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน

(๑) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย

(๒) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก

(๓) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย

(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

บัญชีสาม

ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

(๑) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

(๒) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ

(๓) การทำป่าไม้จากป่าปลูก

(๔) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด

(๕) การผลิตปูนขาว

(๖) การทำกิจการบริการทางบัญชี

(๗) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย

(๘) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม

(๙) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม

(๑๐) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณูปโภคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๑) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๒) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่มิใช่การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(๑๓) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(๑๔) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(๑๕) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(๑๖) การทำกิจการโฆษณา

(๑๗) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรมแรม

(๑๘) การนำเที่ยว

(๑๙) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(๒๐) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(๒๑) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ โดยที่ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๑๕ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันได้ออกใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาวการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุน และการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน สมควรปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยส่วนรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้วย จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

สุนันทา/นวพร จัดทำ
๒๑ พฤษภาคม ๒๕๔๖

*พระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ พ.ศ. ๒๕๔๕

มาตรา ๒๓ ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ให้แก้ไขคำว่า “กรมทะเบียนการค้า” เป็น “กรมพัฒนาธุรกิจการค้า” คำว่า “อธิบดีกรมทะเบียนการค้า” เป็น “อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า” คำว่า “ผู้แทนกระทรวงแรงงานและสวัสดิการสังคม” เป็น “ผู้แทนกระทรวงแรงงาน” และคำว่า “ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม” เป็น “ผู้แทนกระทรวงวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี”

หมายเหตุ :- เหตุผลในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือ โดยที่พระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ ได้บัญญัติให้จัดตั้งส่วนราชการขึ้นใหม่โดยมีภารกิจใหม่ ซึ่งได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม นั้นแล้ว และเนื่องจากพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้โอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ รัฐมนตรีผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในส่วนราชการเดิมมาเป็นของส่วนราชการใหม่ โดยให้มีการแก้ไขบทบัญญัติต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ที่โอนไปด้วย ฉะนั้น เพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามหลักการที่ปรากฏในพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงสมควรแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้สอดคล้องกับการโอนส่วนราชการ เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องมีความชัดเจนในการใช้กฎหมายโดยไม่ต้องไปค้นหาในกฎหมายโอนอำนาจหน้าที่ว่าตามกฎหมายใดได้มีการโอนภารกิจของส่วนราชการหรือผู้รับผิดชอบตามกฎหมายนั้นไปเป็นของหน่วยงานใดหรือผู้ใดแล้ว โดยแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้มีการเปลี่ยนชื่อส่วนราชการ รัฐมนตรี ผู้ดำรงตำแหน่งหรือผู้ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการให้ตรงกับการโอนอำนาจหน้าที่ และเพิ่มผู้แทนส่วนราชการในคณะกรรมการให้ตรงตามภารกิจที่มีการตัดโอนจากส่วนราชการเดิมมาเป็นของส่วนราชการใหม่รวมทั้งตัดส่วนราชการเดิมที่มีการยุบเลิกแล้ว ซึ่งเป็นการแก้ไขให้ตรงตามพระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงจำเป็นต้องตราพระราชกฤษฎีกานี้

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สุนันทา/นวพร/พัลลภ จัดทำ
๒๓ กรกฎาคม ๒๕๔๖

วาทินี/ปรับปรุง
๒๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙

วศิน/แก้ไข
๒๓ เมษายน ๒๕๕๒

ภาคผนวก ข

บันทึกความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา 1 บ.เอส บี บี ดิสทิบิวชั่น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เลขเสร็จ
465/2534
เรื่อง

บันทึก

เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัด ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท)

เนื้อหา

กรมทะเบียนการค้าได้มีหนังสือที่ พณ 0603/1359 ลงวันที่ 11 เมษายน 2534 ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หารือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการถือหุ้นของคนต่างด้าว ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 โดยมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทด้วยทุนจดทะเบียน 60,000,000 บาท แบ่งออกเป็นหุ้นจำนวน 600,000 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท ในจำนวนนี้เป็นหุ้นสามัญ 294,000 หุ้น คิดเป็น 49% จากจำนวนหุ้นทั้งหมด ผู้ถือหุ้นสามัญทั้งหมดได้แก่บริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้ง ณ ประเทศสวิสเซอร์แลนด์ ส่วนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้แก่ บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย จำนวน 7 คน ถือคนละ 1 หุ้น และบริษัทเอเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่มีคนสัญชาติไทยถือหุ้นรวม 51% และคนต่างด้าวถือหุ้นรวม 49% เป็นผู้ถือหุ้นส่วนที่เหลือจำนวน 305,993 หุ้น โดยที่ข้อบังคับของบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ข้อ 19*(1) ได้กำหนดไว้ว่า ในแต่ละปีปฏิทินที่บริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์ ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ

---

*(1) _ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด_

ข้อ 19 หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ

หุ้นของบริษัทให้มีทั้งหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นหุ้นชนิดที่ระบุผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น หุ้นจำนวน 306000 หุ้นได้แก่ หุ้นหมายเลข 1 ถึงหมายเลข 306000 เป็นหุ้นบุริมสิทธิ สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธินั้นให้เป็นไปดังต่อไปนี้

[มีต่อหน้าถัดไป]

ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลในปีปฏิทินใด ก็มิให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น ส่วนการออกเสียงลงคะแนนนั้น ข้อบังคับของบริษัทฯ ข้อ 4*(2) ให้ถือว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียง 1 เสียงต่อหุ้น 1 หุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น

เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าได้พิจารณาคำขอจดทะเบียนของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด แล้ว มีความเห็นแตกต่างกันและไม่อาจหาข้อยุติได้ในปัญหาดังต่อไปนี้

[ต่อจากเชิงอรรถ (1)]

(ก) ในแต่ละปีปฏิทินที่บริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ 50 สตางค์(ห้าสิบสตางค์) ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ เงินกำไรส่วนที่เหลือ (หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กันระหว่างหุ้นสามัญ

(ข) ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลในปีปฏิทินใด ก็มิให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น เงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้จ่ายแก่ผู้ซึ่งถือหุ้นบุริมสิทธิ ณ วันที่ประกาศจ่ายเงินปันผล

ฯลฯ ฯลฯ

*(2) _ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด_

ข้อ 4 การออกเสียงลงคะแนน

ในการประชุมใหญ่ใด ๆ ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียงหนึ่ง (1) เสียงต่อหุ้นหนึ่งหุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการลงคะแนนเสียงโดยวิธีชูมือหรือโดยลงคะแนนลับก็ตาม การออกเสียงลงมติใด ๆ นอกจากมติพิเศษหรือการอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่ (รวมทั้งการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการ) จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละห้าสิบห้า (55%) ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท มติพิเศษจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละเจ็ดสิบห้า (75%) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ครั้งแรกที่พิจารณามตินั้นและจะต้องได้รับการยืนยันโดยคะแนนเสียงเห็นชอบ อย่างน้อยร้อยละหกสิบหกเศษสองส่วนสาม (66 2/3%) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ครั้งที่สองที่พิจารณามติพิเศษ

1. การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิของบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า ไม่อาจทำได้ เพราะตามสัดส่วนของการถือหุ้นในบริษัท

การจ่ายเงินปันผลจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นสามัญ (51%) ต้องลงมติเห็นชอบร่วมด้วยเสมอไป เนื่องจากตามข้อบังคับข้อ 4 การอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อย 55% ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท หากฝ่ายหุ้นสามัญเห็นว่าตนจะได้รับเงินปันผลไม่คุ้มประโยชน์หรือน้อยกว่าหุ้นบุริมสิทธิแล้วก็จะไม่ร่วมลงมติเห็นชอบด้วย การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าวจึงขัดกับสภาพแห่งความเป็นจริง นอกจากนี้ การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเพียง 50 สตางค์ ต่อหุ้น กรณีเป็นที่เห็นได้ว่าไม่คุ้มกับการลงทุนเมื่อเปรียบเทียบกับการนำทุนจำนวนเดียวกันนี้ไปฝากธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่น ๆ เพื่อหาดอกเบี้ย ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวน่าจะมีเจตนาอื่นแฝงอยู่กับการเข้าร่วมทุนประกอบกิจการในลักษณะนี้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำได้ เพราะเป็นเรื่องการกำหนดสิทธิให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิทั่ว ๆ ไป และสอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา 1200*(3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่อนุญาตให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ ส่วนการนำกำไรที่เหลือ(ถ้ามี)มาแบ่งเฉลี่ยกันระหว่างหุ้นสามัญนั้นก็ไม่แน่ว่าผู้ถือหุ้นสามัญจะได้รับเงินปันผลมากหรือน้อยกว่าผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกายังได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า*(4) สภาพของหุ้นบุริมสิทธิย่อมมีสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีนี้ได้

---

*(3) _ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์_

มาตรา 1200 การแจกเงินปันผลนั้น ต้องคิดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินแล้วในหุ้นหนึ่ง ๆ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

*(4) บันทึก เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร0501/1803 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2528 (เรื่องเสร็จที่ 426/2528)

2. ปัญหาที่ว่าบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น "คนต่างด้าว" ตามความหมายของข้อ 3*(5) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ หรือไม่

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า ไม่มีฐานะดังกล่าว เพราะบริษัทอาเซียอาบราวน์โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด ที่เข้าถือหุ้นในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีสัดส่วนการถือหุ้นโดยทุนเป็นของคนไทย 51% และของคนต่างด้าว 49% และจำนวนผู้ถือหุ้นก็มีคนไทยมากกว่า จึงถือได้ว่าเป็นนิติบุคคลไทย ดังนั้น การเข้าถือหุ้นในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด จึงมีสภาพเหมือนคนไทยเข้าถือหุ้น และมีผลทำให้สัดส่วนการถือหุ้น

ในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีอัตราส่วนคนไทย 51% และคนต่างด้าว 49% บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด จึงไม่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า มีฐานะเป็นคนต่างด้าว เพราะสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด สามารถจำแนกออกเป็นลำดับได้ ดังนี้ คือ ในจำนวนหุ้น 51% ที่ถือโดยคนไทยนั้นมีบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด ถือร่วมอยู่ด้วยจำนวน 305,993 หุ้น คิดเป็น 99.99% ในส่วนที่ถือโดยคนไทย ซึ่งเมื่อคำนึงถึงสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด ซึ่งมีคนไทยถือหุ้น 51% และคนต่างด้าวถือหุ้น 49% แล้ว จะเห็นได้ว่า ในสัดส่วนการถือหุ้นของคนไทย 51% ในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ด้วย ดังนั้น จำนวนหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ทั้งหมดจึงมีมากกว่า 50% ' กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีทุนเป็นของคนต่างด้าวมากกว่า

---

*(5) _ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ_

ข้อ 3 ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

"คนต่างด้าว" หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

ฯลฯ ฯลฯ

ส่วนทุนที่เป็นของคนไทย จึงควรถือว่าบริษัทนี้เป็นคนต่างด้าวตามนัยข้อ 3 (1) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ และเมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะการกำหนดข้อบังคับต่าง ๆ โดยเฉพาะอำนาจการจัดการที่คนต่างด้าวอยู่ในฐานะได้เปรียบ ก็จะเห็นได้ว่าการถือหุ้นในบริษัทลักษณะนี้น่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่ออำพรางฐานะคนต่างด้าว เพื่อให้บริษัทหลุดพ้นจากการควบคุมโดยกฎหมาย

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1) ได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าวโดยได้ฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) แล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ในปัจจุบันได้มีการขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนสัญชาติไทย 51% และคนต่างด้าว 49% ในลักษณะที่เป็นการอำพรางฐานะของคนต่างด้าวเพื่อให้หลุดพ้นจากการถูกควบคุมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ เป็นจำนวนมาก โดยในการจัดตั้งบริษัทดังกล่าวบางกรณีจะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวมีสิทธิบางประการที่เป็นพิเศษหรือ

ดีกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนสัญชาติไทย เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งกรรมการบริษัท หรือสิทธิในการได้รับเงินปันผล ทั้งนี้ เพื่อให้อำนาจในการบริหารที่แท้จริงและผลประโยชน์ของบริษัทตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว ดังเช่นในกรณีที่หารือมานี้ ข้อบังคับของบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ที่ยื่นเพื่อขอจดทะเบียนนั้น ในข้อ 12*(6)

---

*(6) _ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด_

ข้อ 12 ฯลฯ ฯลฯ

คณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการจำนวนไม่เกินเจ็ด (7) คน ให้เลือกตั้งคณะกรรมการตามจำนวนวิธีการดังต่อไปนี้ ให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสาม (3) คน จากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (51%) ของหุ้นกลุ่ม ก. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ก.) และให้เลือกกรรมการจำนวนไม่เกินสี่ (4) คนจากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด(51%)ของหุ้นกลุ่ม ข. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ข.) โดยตลอดเวลาบริษัทจะต้องมีกรรมการกลุ่ม ข. จำนวนมากกว่าจำนวนทั้งหมดของกรรมการกลุ่ม ก. อย่างน้อยหนึ่ง (1) คน กรรมการไม่จำต้องถือหุ้นเพื่อมีคุณสมบัติเป็นกรรมการ

ได้กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกิน 3 คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ (ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย รวม 7 คน และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด) แต่ให้เลือกตั้งกรรมการอื่นอีกจำนวนไม่เกิน 4 คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นสามัญ (ซึ่งได้แก่บริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ จำกัด จดทะเบียนในประเทศสวิสเซอร์แลนด์) นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเพียงปีละ 50 สตางค์ ต่อหุ้น ส่วนเงินกำไรที่เหลือ (หากมี) ก็ให้แบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กันระหว่างหุ้นสามัญเท่านั้น

สำหรับปัญหาเรื่องฐานะของบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด นั้น ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า หุ้นบุริมสิทธิจำนวน 51% ที่ถือโดยคนไทย 7 คน และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด นั้น ในส่วนของบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด แบ่งออกเป็นหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าว 49% และหุ้นที่ถือโดยคนไทย 51% ซึ่งในส่วนของหุ้นที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าเป็นหุ้นที่ถือโดยคนไทย 51% จำนวน 510 หุ้นนั้น มีบริษัทเค้นท์มิเตอร์ส จำกัด ถือร่วมอยู่ด้วยจำนวนถึง 506 หุ้น หรือคิดเป็น 99% ของจำนวนหุ้นที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าเป็น หุ้นที่ถือโดยคนไทย และในบริษัทเค้นท์มิเตอร์ส จำกัด เอง ก็มีบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอรี่ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นอยู่ด้วยจำนวนถึง 28,364 หุ้น จากจำนวนหุ้นทั้งหมด 28,370 หุ้น หรือคิดเป็น 99% จากจำนวนหุ้นทั้งหมด ส่วนหุ้นที่เหลือจำนวน

6 หุ้น ในบริษัทเค้นท์ มิเตอร์ส จำกัด นั้น มีบุคคลธรรมดาสัญชาติสวีเดน 3 คน ถือหุ้นคนละ 1 หุ้น บริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย 2 บริษัท (บริษัท เอเซีย อา จำกัด และบริษัท เอ พี เอช ไทย จำกัด) ถือหุ้นบริษัทละ 1 หุ้น และบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย 1 คน ถือหุ้น 1 หุ้น*(7)

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) มีความเห็นดังต่อไปนี้

---

*(7) โปรดดูเอกสารแนบท้าย หมายเลข 1

ประเด็นที่หนึ่ง เกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท เอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) เห็นว่า มาตรา 1108*(8) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้การวางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใด เพียงใด หากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท เป็นกิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตอนต้นของมาตรา 1108 ที่ใช้คำว่า "จะพึงทำ" ก็ดี หรือถ้อยคำในมาตรา 1108 (4) ที่ใช้คำว่า "ถ้าหากจะมี" ก็ดี จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้ต้องกระทำ หรือได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอันใด นอกจากนั้น หากนำบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตราอื่นที่เกี่ยวกับเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ เช่น มาตรา 1111 (2)*(9) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติให้ต้องจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิ

---

*(8) _ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์_

มาตรา 1108 กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

ฯลฯ ฯลฯ

(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

ฯลฯ ฯลฯ

*(9) มาตรา 1111 เมื่อจำนวนเงินซึ่งว่าไว้ในมาตรา 1110 ได้ใช้เสร็จแล้ว กรรมการต้องไปขอจดทะเบียนบริษัทนั้น

คำขอและข้อความที่ลงในทะเบียนนั้นให้ระบุรายการตามที่ได้ตกลงกัน

ในที่ประชุมตั้งบริษัท ดังต่อไปนี้ คือ

ฯลฯ ฯลฯ

(2) จำนวนหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วหรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว นอกจากที่ใช้เป็นตัวเงิน และหุ้นที่ได้ใช้แต่บางส่วนนั้น ให้บอกว่าได้ใช้แล้วเพียงใด

ฯลฯ ฯลฯ

หรือมาตรา 1142*(10) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ก็จะเห็นได้ว่ามาตรา 1108 ได้ให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ และถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้น "สภาพใด" หรือ "เพียงใด" ก็ได้ ส่วนในเรื่องการแจกเงินปันผลนั้น มาตรา 1200*(11) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ได้เปิดช่องให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ การที่บริษัทจะตกลงกันไว้ในข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้การแจกเงินปันผลในส่วนของหุ้นบุริมสิทธิเป็นอย่างไร จึงเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การที่บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด กำหนดไว้ในข้อบังคับ ให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนในอัตรา 50 สตางค์ต่อหุ้น จึงเป็นเรื่องที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าไม่อาจยกเอาข้อบังคับของบริษัทฯ ข้อ 19 มาเป็นเหตุในการไม่ยอมรับจดทะเบียนได้ เพราะการขอจดทะเบียนในครั้งนี้มิได้เข้าเงื่อนไขตามมาตรา 1019*(12) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนได้

---

*(10) _ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์_

มาตรา 1442 ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

*(11) โปรดดูเชิงอรรถ (3)

*(12) _ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์_

มาตรา 1019 ถ้าคำขอจดทะเบียนหรือเอกสารซึ่งต้องจดทะเบียนไม่มีรายการบริบูรณ์ตามที่บังคับไว้ในลักษณะนี้ว่าได้จดแจ้งก็ดี หรือถ้ารายการอันใดซึ่งกำหนดไว้ว่าให้ส่งด้วยกันกับคำขอจดทะเบียนยังขาดอยู่มิได้ส่งให้ครบก็ดี หรือถ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้ออื่นซึ่งกฎหมายบังคับไว้ก็ดี นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนก็ได้ จนกว่าคำขอจดทะเบียนหรือเอกสารนั้นจะได้ทำให้บริบูรณ์หรือแก้ไข

ให้ถูกต้อง หรือได้ส่งเอกสารซึ่งกำหนดไว้นั้นครบทุกสิ่งอัน หรือได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อนั้นแล้ว

ประเด็นที่สอง ที่ว่า บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น "คนต่างด้าว"ตามนัยข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ หรือไม่ นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) เห็นว่า การพิจารณาข้อหารือในประเด็นนี้ จำต้องพิจารณาความหมายของคำว่า "คนต่างด้าว" ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ว่ามีความหมายเพียงใด มิใช่พิจารณาแต่เพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือไม่เท่านั้น เพราะการที่นิติบุคคลใดจดทะเบียนในประเทศไทย มีความหมายเพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น มิได้มีความหมายไปถึงว่านิติบุคคลนั้นมิใช่"คนต่างด้าว" ตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ แต่อย่างใด เพราะการที่นิติบุคคลใดจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ย่อมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า นิติบุคคลนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ข้อ 3*(13) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ได้ให้ความหมายของคำว่า "คนต่างด้าว" (พิจารณาเฉพาะกรณีของบริษัทจำกัด) แยกออกได้เป็น 3 กรณี คือ

(1) บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว หรือ

(3) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด หรือไม่

สำหรับกรณีตาม (1) เรื่องของสัญชาตินั้น เนื่องจากขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญชาติของนิติบุคคลไทยไว้อย่างชัดเจน การจะพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ จึงจำต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตาม (2) หรือ (3) อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับ"ทุน"หรือ"จำนวนผู้ถือหุ้น"ของคนต่างด้าวในนิติบุคคล (ที่เป็นบริษัท) ที่กำหนดว่ามีอยู่ "ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง" นั้น มีความหมายเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 1 และคณะที่ 7) เห็นว่า การที่ข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ได้กำหนดความหมายของ "คนต่างด้าว"

---

*(13) โปรดดูเชิงอรรถ (5)

โดยนำเอาเรื่อง "ทุน" หรือ "จำนวนผู้ถือหุ้น" ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาพิจารณาด้วยนั้น ก็เนื่องจากการบริหารกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัทและอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ตามมาตรา 1144*(14) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาก"ทุน"หรือ"จำนวนผู้ถือหุ้น"ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำนิติบุคคลนั้นย่อมอาจตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้

สำหรับการที่จะพิจารณาว่านิติบุคคลใดที่มี"ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว" หรือนิติบุคคลใดมี "จำนวนผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวตั้งแต่กึ่งหนึ่ง"นั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณีคือ ในแง่ของผู้ถือหุ้นและในแง่ของทุน สำหรับการพิจารณาในแง่ของผู้ถือหุ้น การเข้าถือหุ้นอาจมีได้ทั้งการถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดากับการถือหุ้นโดยนิติบุคคลอื่น ซึ่งการที่นิติบุคคลอื่น (บริษัทอื่น) เข้ามาถือหุ้นในบริษัทใดนั้น ย่อมเป็นการถือหุ้นของนิติบุคคลซึ่งมีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การนับจำนวนผู้ถือหุ้นจึงต้องนับบริษัทอื่นที่เข้ามาถือหุ้นนั้นเป็น 1 หน่วยด้วย โดยไม่นำเอาจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นมานับรวมเป็นจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่นั้น ดังนั้น ในแง่นี้จึงเป็นการพิจารณาเฉพาะตัวบริษัทผู้ถือหุ้นโดยตรง ส่วนการพิจารณาอีกกรณีหนึ่งคือพิจารณาในแง่ของทุนของคนต่างด้าวนั้น เนื่องจากความในข้อ 3 (1) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ได้ใช้คำว่า"ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่ง....เป็นของคนต่างด้าว" การพิจารณาทุนของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดจึงอาจมีความหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นโดยตรง หรืออาจจะหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นตามความเป็นจริงก็ได้ เมื่อความในส่วนนี้ได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่อาจมีความหมายได้หลายนัย การที่จะเลือกพิจารณาว่าความหมายตามนัยใดจะเป็นความหมายที่ถูกต้องจึงจำต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นเองว่าต้องการให้มีความหมายไปในทางใด ซึ่งในเรื่องนี้มีข้อที่ควรพิจารณาว่า การที่ได้มีการตราประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ฯ ขึ้น ก็โดยมีเจตนารมณ์ที่ไม่ต้องการให้นิติบุคคลที่เป็น "คนต่างด้าว"

---

*(14) มาตรา 1144 บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง

มาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนด แข่งขันกับคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำอยู่ในมือของคนไทย ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งในคำปรารภ*(15) ของประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวที่ว่า "... สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจ

ของประเทศ ..." เมื่อเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ เป็นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ การพิจารณาเรื่อง "ทุน" หรือ "จำนวนผู้ถือหุ้น" ของคนต่างด้าวตามข้อ 3 จึงจำต้องพิจารณาจาก "ทุน" หรือ "จำนวนผู้ถือหุ้น"ของคนต่างด้าวตามความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของทุนนั้นจำต้องพิจารณาลงไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวย่อมต้องถือว่านำมาร่วมลงทุนในบริษัทแม่และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่นั่นเอง การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้นหรือมีการแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดอันจะมีผลทำให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่ง สามารถเข้ามาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ฯ ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น

---

*(15) โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม หัวหน้าคณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

สำหรับปัญหาที่หารือมานี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า*(16) บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่จะขอจดทะเบียนใหม่ มีบริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์โบเวอรี่ จำกัด ซึ่งเป็นคนต่างด้าว ถือหุ้นอยู่ 49% ในอีก 51% เป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย 7 คน ถือหุ้นคนละ 1 หุ้น และบริษัทเอเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นในส่วนที่เหลือ กรณีนี้จึงต้องพิจารณาถึงสถานะหรือสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในบริษัทเอเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด ด้วย ซึ่งปรากฏว่า ในบริษัทเอเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ โฮลดิ้ง จำกัด นี้มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ 49% ซึ่งได้แก่คนต่างด้าว 1 คน และบริษัท เอเซียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์ ส่วนอีก 51% เป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย

4 คน ถือหุ้นคนละ 1 หุ้น และบริษัทเค้นท์มิเตอร์ส (ประเทศไทย) จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นในส่วนที่เหลือในช่วงนี้หากพิจารณาถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวโดยการนำทุนของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว ซึ่งได้แก่ บริษัทเอบีบีอาเซียอาบราวน์ โบเวอรี่ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสวิสเซอร์แลนด์ มารวมกับทุนของคนต่างด้าว 1 คน และบริษัทเอเซียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์มาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกันแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า ทุนของคนต่างด้าวที่จะมีอยู่ในบริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด มีอยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งแล้ว บริษัทเอบีบี ดิสทรีบิวชั่น จำกัด จึงเป็น"คนต่างด้าว"ตามนัยข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ฯ

(ลงชื่อ) วัฒนา รัตนวิจิตร

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

รองเลขาธิการฯ

ปฏิบัติราชการแทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สิงหาคม 2534

---

*(16) โปรดดูเอกสารแนบท้าย หมายเลข 2.

ไพบูลย์ฯ - คัด/ทาน

ภาคผนวก ค

ธนาคารนครหลวงไทย

เรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๒๘

บันทึก

เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๐๘ (๔) มาตรา ๑๑๘๓ และมาตรา ๑๒๒๒)

กรมทะเบียนการค้าได้มีหนังสือที่ พณ ๐๕๐๔/๒๖๘๐ ลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๒๘ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า กรมทะเบียนการค้ามีปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสภาพของหุ้นบุริมสิทธิของธนาคารนครหลวงไทย จำกัด โดยมีข้อเท็จจริงว่า ธนาคารนครหลวงไทย จำกัด โดยนายดิลก มหาดำรงค์กุล กรรมการผู้จัดการใหญ่ ได้มีหนังสือ ที่ สก.๕๒/๒๕๒๘ ลงวันที่ ๒๓ มิถุนายน ๒๕๒๘ แจ้งให้ทราบว่า ธนาคารประสงค์จะเพิ่มทุนเรือนหุ้นโดยการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่จำนวนห้าล้านหุ้น มูลค่าหุ้นละหนึ่งร้อยบาท หุ้นดังกล่าวเป็นหุ้นที่ต้องชำระเงินจนเต็มมูลค่าในการออกหุ้นบุริมสิทธิใหม่ครั้งนี้ธนาคารจะได้กำหนดสภาพของหุ้นไว้ ดังนี้

(๑) หุ้นบุริมสิทธิมีอัตราเงินปันผลร้อยละ ๑๒.๕ ต่อปี ในกรณีที่ปีใดธนาคารมีกำไรไม่เพียงพอจัดสรรจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ ก็ให้สะสมค้างเงินปันผลนั้นไว้จ่ายในปีที่ธนาคารมีกำไรเพียงพอเฉลี่ยจนครบอัตราตามที่กำหนดไว้ข้างต้น

(๒) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้รับส่วนแบ่งทรัพย์สินคืนทุนก่อนหุ้นสามัญ เมื่อมีการชำระบัญชีเลิกบริษัท

(๓) การออกเสียงลงคะแนนนั้น ให้นับห้าสิบหุ้นบุริมสิทธิเป็นหนึ่งเสียง

(๔) ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิที่จะซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารอาจจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ

เจ้าหน้าที่ของกรมทะเบียนการค้าได้พิจารณาแล้ว เห็นว่า การกำหนดสภาพบุริมสิทธิตาม (๑) และ (๒) นั้น เป็นการกำหนดบุริมสิทธิแห่งหุ้นโดยทั่ว ๆ ไปซึ่งธนาคารย่อมกระทำได้ แต่สำหรับการกำหนดสภาพบุริมสิทธิตาม (๓) และ (๔)เจ้าหน้าที่มีความเห็นเป็นสองฝ่าย ดังนี้

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในการออกเสียงลงคะแนน

ฝ่ายแรก เห็นว่า กระทำได้ เพราะ

๑. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติเรื่องหุ้นบุริมสิทธิไว้เพียง ๓ มาตรา คือ มาตรา ๑๑๐๘ (๔) บัญญัติให้ที่ประชุมตั้งบริษัทวางกำหนดสภาพและบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิ มาตรา ๑๑๑๑ (๒) บัญญัติให้จดทะเบียนจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ และมาตรา ๑๑๔๒ บัญญัติห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวทั้งสามมาตราและบทบัญญัติในมาตราอื่นมิได้บัญญัติบังคับไว้เด็ดขาดว่า สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธิจะต้องเป็นอย่างไรไว้ ดังนั้น หุ้นบุริมสิทธิจะมีสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างไรนั้น ย่อมสุดแล้วแต่ที่ประชุมใหญ่ของบริษัทจะได้กำหนดและหรือจดแจ้งไว้ในข้อบังคับตามมาตรา ๑๑๐๘

(๔)

๒. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๘๓ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ได้รับรองให้บริษัทที่ก่อตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้สามารถที่จะวางข้อบังคับเพื่อกำหนดว่าผู้ถือหุ้นจะต้องถือหุ้นถึงจำนวนเท่าใดจึงจะมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ จากบทบัญญัติดังล่าวนั้นเองมิได้บังคับว่าบริษัทจะต้องกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้ หรือมีบทบัญญัติบังคับว่าข้อบังคับที่บริษัทจะกำหนดนั้นจะต้องใช้บังคับแก่หุ้นทุกหุ้นและทุกประเภทหรือผู้ถือหุ้นทุกคนโดยเสมอภาคกันแต่อย่างใด สำหรับบทบัญญัติตามมาตรา ๑๑๘๒ ซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงในการลงมติโดยวิธีเปิดเผยและลับ ก็เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา ๑๑๗๗ บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับวิธีการนับคะแนนเสียงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของมาตราดังกล่าวนี้ได้เช่นเดียวกัน

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำไม่ได้ เพราะ

๑. มาตรา ๑๑๘๓ ได้บัญญัติรับรองให้บริษัทสามารถที่จะวางข้อบังคับเพื่อกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงว่า ผู้ถือหุ้นต้องมีหุ้นจำนวนเท่าใดจึงจะออกเสียงลงคะแนนได้นั้น กฎหมายมิได้บัญญัติเฉพาะเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดไว้หุ้นตามบทบัญญัติดังกล่าวจึงต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทที่มีอยู่ในบริษัท ดังนั้น ข้อบังคับของบริษัทเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนหุ้นในการออกเสียงลงคะแนนจึงต้องบังคับแก่หุ้นทุกประเภทเสมอกัน บริษัทจะกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้

๒. เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทก็เพื่อที่จะคุ้มครองผู้ถือหุ้นในบริษัทไม่ให้ถูกเอารัดเอาเปรียบ หากกรณีให้บริษัทสามารถที่จะกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของผู้ถือหุ้นให้แตกต่างกันได้แล้ว ย่อมไม่ต้องด้วยเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายในลักษณะนี้

ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา ๑๒๒๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ฝ่ายแรก เห็นว่า กระทำได้ เพราะบทบัญญัติมาตรา ๑๒๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยมาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์(ฉบับที่ ๙) พ.ศ. ๒๕๒๑ มีเจตนารมณ์ที่จะมิให้บริษัทกระทำการชี้ชวนเพื่อขายหุ้นให้แก่ประชาชนโดยทั่วไปเพื่อให้สอดคล้องกับการบังคับใช้พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัดพ.ศ.๒๕๒๑ เท่านั้น มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะบัญญัติบังคับให้บริษัทต้องเสนอขายหุ้นให้แก่ผู้ถือหุ้นตามส่วนที่บุคคลเหล่านั้นถืออยู่แต่เพียงอย่างเดียว บริษัทย่อมจะวางกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่เป็นอัตราอย่างไรไว้ก็ได้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำไม่ได้ เพราะบทบัญญัติตามมาตรา ๑๒๒๒ นี้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดขึ้นเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นทุกคนที่จะซื้อหุ้นใหม่ของบริษัทตามส่วนของหุ้นที่ตนถืออยู่เดิม การกำหนดข้อบังคับใด ๆ อันเป็นการตัดรอนสิทธิดังกล่าว จึงไม่อาจกระทำได้ เพราะหากยินยอมให้บริษัทวางข้อบังคับกำหนดอัตราในการซื้อหุ้นใหม่ให้แก่หุ้นบางประเภทได้เป็นการเฉพาะได้แล้ว อาจทำให้มีการกำหนดข้อบังคับเพื่อเอาเปรียบแก่ผู้ถือหุ้นบางส่วนได้ จึง

เห็นว่ามาตรานี้เป็นมาตราที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน บริษัทจึงไม่อาจกำหนดข้อบังคับให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของกฎหมายมาตรานี้ได้

กรมทะเบียนการค้าจึงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า

๑. ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงโดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิห้าสิบหุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงแตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญสิบหุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้หนึ่งเสียงได้หรือไม่

๒. ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นแตกต่างไปจากบทบัญญัติมาตรา ๑๒๒๒ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติให้บรรดาหุ้นที่ออกใหม่ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นที่เขาถืออยู่ได้หรือไม่

ทั้งนี้ เพื่อจะได้ยึดถือเป็นแนวทางในการปฏิบัติงานต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ได้พิจารณาข้อหารือดังกล่าว ประกอบกับได้ฟังคำชี้แจงของผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) แล้ว เห็นว่า การที่ธนาคารนครหลวงไทย จำกัด จะเพิ่มทุนของธนาคารโดยออกหุ้นบุริมสิทธิในครั้งนี้ ปัญหาที่ว่าธนาคารจะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นตามที่หารือมา ๒ ข้อนี้ได้สถานใดเพียงใด นั้น เมื่อพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัท ส่วนที่ ๖ เรื่องการเพิ่มทุนและลดทุนแล้ว จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๒๒๐ ถึงมาตรา ๑๒๒๓ อันเป็นมาตราเกี่ยวกับการเพิ่มทุนนั้น มิได้มีมาตราใดบัญญัติไว้ว่าบริษัทจะพึงกำหนดสิทธิและสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิที่จะออกใหม่เพื่อเป็นการเพิ่มทุนของบริษัทได้เพียงใด ปัญหาดังกล่าวนี้จึงต้องพิจารณาจากมาตรา ๑๑๐๘ (๔) อันเป็นบทบัญญัติที่พอจะนำมาประกอบการพิจารณาปัญหานี้ได้

มาตรา ๑๑๐๘ (๔)[๑] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า"

---

[๑]มาตรา ๑๑๐๘ กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

(๑) ทำความตกลงตั้งข้อบังคับต่าง ๆ ของบริษัท

(๒) ให้สัตยาบันแก่บรรดาสัญญาซึ่งผู้เริ่มก่อการได้ทำไว้ และค่าใช้จ่ายอย่างหนึ่งอย่างใดซึ่งเขาต้องออกไปในการเริ่มก่อบริษัท

(๓) วางกำหนดจำนวนเงินซึ่งจะให้แก่ผู้เริ่มก่อการ ถ้าหากมีเจตนาว่าจะให้

(๔) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

(๕) วางกำหนดจำนวนหุ้นสามัญ หรือหุ้นบุริมสิทธิซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้ว หรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว เพราะใช้ให้ด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงิน และกำหนดว่าเพียงใดซึ่งจะถือเอาเป็นว่าได้ใช้เงินแล้ว ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท

ให้แถลงในที่ประชุมโดยเฉพาะว่า ซึ่งจะออกหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เงินแล้วเช่นนั้น เพื่อแทนคุณแรงงานหรือตอบแทนทรัพย์สินอย่างใด ให้พรรณาจงชัดเจนทุกประการ

๔

กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ ฯลฯ (๔) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัทฯ" จะเห็นได้ว่า ถ้อยคำในตอนต้นของมาตรา ๑๑๐๘ ที่ใช้คำว่า "จะพึงทำ" ก็ดี หรือถ้อยคำในอนุมาตรา (๔) ทั้งอนุมาตราก็ดี กฎหมายมาตรานี้มิได้บัญญัติในทางที่จะให้เป็นบทบังคับ แต่ในทางตรงกันข้ามกลับให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัท ที่จะตกลงกันเองว่า ถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพอย่างไรและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้นจะเป็นสถานใดเพียงใดก็ได้ ในกรณีปกตินั้นที่ประชุมบริษัทก็มักจะมีการตกลงกันเกี่ยวกับสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน แต่เมื่อมาตรา ๑๑๐๘ (๔)ใช้ถ้อยคำว่า "ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด" เช่นนี้แล้ว ที่ประชุมบริษัทจึงอาจตกลงกันในเรื่องอื่น ๆ อันเกี่ยวข้องกับสิทธิแห่งหุ้นนั้นได้ด้วย การตกลงกันเกี่ยวกับสิทธิในการออกคะแนนเสียงและการตกลงกันเกี่ยวกับอัตราส่วนในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่นั้น เห็นว่า ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นอย่างหนึ่ง อันทำให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นนั้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ดังนั้น ที่ประชุมบริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นในสองประการดังกล่าวนี้ได้

ฉะนั้น ข้อหารือประการแรกของกรมทะเบียนการค้าที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง โดยกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิ ๕๐ หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ ๑ เสียง แตกต่างจากสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นสามัญที่กำหนดให้หุ้นสามัญ ๑๐ หุ้นมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้ ๑ เสียง นั้น เห็นว่า ธนาคารจะกำหนดมีสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิเช่นนี้ได้

สำหรับความเห็นของฝ่ายที่ว่าธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียงให้แตกต่างจากหุ้นสามัญไม่ได้ เพราะมาตรา ๑๑๘๓[๒]มิได้บัญญัติเจาะจงว่าเป็นหุ้นประเภทหนึ่งประเภทใดเอาไว้ ดังนั้น หุ้นตามมาตรานี้จึงต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทที่มีอยู่ในบริษัท บริษัทจึงกำหนดสิทธิในการลงคะแนนเสียงของหุ้นแต่ละประเภทให้แตกต่างกันไม่ได้นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) เห็นด้วยว่า คำว่า "หุ้น" ตามมาตรา ๑๑๘๓ นี้ต้องหมายถึงหุ้นทุกประเภทในบริษัท แต่ความในมาตรา ๑๑๘๓ นี้เอง ก็มิได้มีความตอนหนึ่งตอนใดจำกัดไว้ว่า ถ้าบริษัทมีหุ้นหลายประเภทแล้ว บริษัทจะกำหนดในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นแต่ละประเภทมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแตกต่างกันมิได้ มาตรา ๑๑๘๓ นี้เป็นแต่เพียงให้สิทธิแก่ผู้ถือหุ้นที่มีหุ้นไม่ถึงจำนวนที่จะใช้สิทธิออกเสียงตามข้อบังคับให้มีการรวมกันเพื่อให้มีหุ้นถึงจำนวนที่จะออกเสียงได้เท่านั้น การกำหนดให้หุ้นต่างประเภทกันมีสิทธิใน

---

(๖) เลือกตั้งกรรมการและพนักงานสอบบัญชีอันเป็นชุดแรกของบริษัท และวางกำหนดอำนาจของคนเหล่านี้ด้วย

[๒]มาตรา ๑๑๘๓ ถ้ามีข้อบังคับของบริษัทวางเป็นกำหนดไว้ว่าต่อเมื่อผู้ถือหุ้นเป็นผู้มีหุ้นแต่จำนวนเท่าใดขึ้นไปจึงจะให้ออกเสียงเป็นคะแนนได้ไซร้ ท่านว่าผู้ถือหุ้นทั้งหลายซึ่งไม่มีหุ้นถึงจำนวนเท่านั้น

๕

การลงคะแนนเสียงได้แตกต่างกันดังกล่าวนี้ ก็มิได้เป็นกรณีที่จะให้มีการเอารัดเอาเปรียบกันแต่อย่างใด เพราะกฎหมายว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทเป็นกฎหมายในจำพวกกฎหมายเอกชนในทางพาณิชย์ ซึ่งได้คำนึงถึงเจตนาของเอกชนเป็นสำคัญหากมิใช่ข้อที่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแล้วผู้ถือหุ้นในการประชุมใหญ่ย่อมทำความตกลงตั้งข้อบังคับของบริษัทในเรื่องเช่นนี้ได้มาตรา ๑๑๘๓ นี้มิใช่เป็นบทบังคับ เพราะมาตรา ๑๑๘๓ เป็นบทบัญญัติที่อยู่ภายใต้บังคับของมาตรา ๑๑๗๗[๓] ซึ่งให้อำนาจบริษัทที่จะตกลงกันให้เป็นข้อความขัดกันได้ การตกลงกันเกี่ยวกับการลงคะแนนเสียงให้แตกต่างจากกฎหมายนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๓) ก็เคยให้ความเห็นเป็นแนวทางไว้แล้วในเรื่องการออกเสียงลงคะแนนมติพิเศษของที่ประชุมใหญ่[๔] และการตกลงกันให้หุ้นบุริมสิทธิในการออกคะแนนเสียงแตกต่างไปจากหุ้นสามัญ ก็มิได้เป็นความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วนจดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด ฯ แต่อย่างใด นอกจากนี้ การที่บริษัท (ธนาคารนครหลวงไทย จำกัด) จะกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการลงคะแนนเสียงแตกต่างจากหุ้นสามัญนี้ ก็มิใช่ว่าจะทำได้ตามใจชอบ การตกลงกันดังกล่าวจะต้องมีขึ้นโดยมติของที่ประชุมผู้ถือหุ้น และต่อจากนั้นยังต้องนำไปจดทะเบียนตามมาตรา ๑๑๔๖[๕] อีกด้วย และในที่สุดเมื่อเสนอขายหุ้นบุริมสิทธิต่อผู้ถือหุ้น หากผู้ซื้อเห็นว่าจะได้สิทธิหรือประโยชน์จากสภาพของบุริมสิทธิที่มีอยู่ไม่สมควรแก่ประโยชน์ของเขาอย่างไร ผู้ซื้อก็มีสิทธิที่จะตัดสินใจไม่ซื้อหุ้นดังกล่าวได้อยู่แล้ว ถ้าผู้ซื้อตกลงซื้อหุ้นบุริมสิทธินั้น ก็ย่อมต้องผูกพันตามเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาพแห่งบุริมสิทธิที่กำหนดไว้ ดังนั้น จึงมิใช่เป็นการเอาเปรียบกัน แต่เป็นการผูกพันตามคำเสนอและคำสนองแห่งการแสดงเจตนาเพื่อร่วมกันเพิ่มทุนบริษัทจำกัดเท่านั้น

สำหรับปัญหาประการที่สองที่ว่า ธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่ธนาคารจะนำออกจำหน่ายเพิ่มเติมในอัตราห้าหุ้นบุริมสิทธิต่อหนึ่งหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นการกำหนดสิทธิในการซื้อหุ้นแตกต่างไปจากมาตรา ๑๒๒๒[๖]

---

[๓]มาตรา ๑๑๗๗ วิธีดั่งบัญญัติไว้ในมาตราต่อ ๆ ไปนี้ ท่านให้ใช้บังคับแก่การประชุมใหญ่ เว้นแต่จะมีข้อบังคับของบริษัทกำหนดไว้เป็นข้อความขัดกัน

[๔]บันทึก เรื่อง การจดทะเบียนบริษัทจำกัด (บริษัทจำกัดจะกำหนดข้อบังคับเกี่ยวกับมติพิเศษให้มติของที่ประชุมทั้งสองคราวมีคะแนนเสียงสูงกว่าที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๙๔ กำหนดได้หรือไม่) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๕๐๑/๕๓๓ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๕๒๗

[๕]มาตรา ๑๑๔๖ บรรดาข้อบังคับอันได้ตั้งขึ้นใหม่ หรือได้เพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงนั้น เป็นหน้าที่ของบริษัทที่จะจัดให้ไปจดทะเบียนภายในกำหนดสิบสี่วันนับแต่วันที่ได้มีการลงมติพิเศษ

[๖]มาตรา ๑๒๒๒ บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้น ต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นซึ่งเขาถืออยู่

คำเสนอเช่นนี้ ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน ระบุจำนวนหุ้นให้ทราบว่าผู้นั้นชอบที่จะซื้อได้กี่หุ้น และให้กำหนดวันว่าถ้าพ้นวันนั้นไปมิได้มีคำสนองมาแล้วจะถือว่าเป็นอันไม่รับซื้อ

เมื่อวันที่กำหนดล่วงไปแล้วก็ดี หรือผู้ถือหุ้นได้บอกมาว่าไม่รับซื้อหุ้นนั้นก็ดี กรรมการจะเอาหุ้นเช่นนั้นขายให้แก่ผู้ถือหุ้นคนอื่นหรือจะรับซื้อไว้เองก็ได้

แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้หรือไม่ นั้น เห็นว่าเมื่อได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าในการกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น นอกจากจะกำหนดในเรื่องเงินปันผลและการคืนทุน ยังอาจกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นเกี่ยวกับสิทธิในการลงคะแนนเสียง และสิทธิในการซื้อหุ้นที่จะออกใหม่ให้แตกต่างจากสิทธิในหุ้นสามัญได้ กรณีตามปัญหาประการที่สองนี้จึงเห็นว่าธนาคารจะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิเพื่อให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิในการซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นสามัญได้ ส่วนข้อที่เกรงว่าจะขัดต่อมาตรา ๑๒๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ฉบับที่ ๙) พ.ศ.๒๕๒๑ นั้น เห็นว่า ตามที่มีการแก้ไขมาตรา ๑๒๒๒ กฎหมายเดิม[๗] โดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ฯลฯ พ.ศ.๒๕๒๑ นั้น ความมุ่งหมายในการแก้ไขก็เพื่อให้สอดคล้องกับพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.๒๕๒๑ ซึ่งต้องการแก้ไขว่า เมื่อมีพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ.๒๕๒๑ แล้วก็ให้ยกเลิกบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะหุ้นส่วนและบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับการเสนอขายหุ้นต่อประชาชนเสียด้วย ดังนั้น จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๐๐๒[๘] โดยห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้น ทั้งนี้เพื่อแยกให้เห็นความแตกต่างระหว่างบริษัทธรรมดาและบริษัทมหาชนเท่านั้น นอกจากนั้นยังได้ยกเลิกมาตรา ๑๐๐๓ และแก้ไขมาตราอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา ๑๒๒๒ และมาตรา ๑๒๒๓ เพื่อให้สอดคล้องกัน ฉะนั้น การเสนอขายหุ้นในระหว่างผู้ถือหุ้นด้วยกันที่มิใช่เสนอขายต่อประชาชนยังกระทำได้อยู่[๙] ดังนั้น ตามความมุ่งหมายที่แก้ไขมาตรา ๑๒๒๒ นี้ จึงมิได้มุ่งหมายที่จะห้ามมิให้บริษัทวางข้อบังคับเกี่ยวกับสิทธิในการซื้อหุ้นใหม่ให้เป็นอัตราแตกต่างกัน บริษัทจึงชอบที่จะกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิห้าหุ้นมีสิทธิซื้อหุ้นสามัญที่จะออกใหม่ต่อหนึ่งหุ้นได้

(ลงชื่อ) วัฒนา รัตนวิจิตร
(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)
รองเลขาธิการฯ

---

[๗] มาตรา ๑๒๒๒ กฎหมายเดิมมีข้อความดังนี้

"มาตรา ๑๒๒๒ ถ้าหากว่าที่ประชุมใหญ่มิได้วินิจฉัยไว้เป็นสถานอื่นไซร้บรรดาหุ้นที่ออกใหม่นั้นต้องเสนอให้แก่ผู้ถือหุ้นทั้งหลายตามส่วนจำนวนหุ้นซึ่งเขาถืออยู่

คำเสนอเช่นนี้ต้องทำเป็นหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้ถือหุ้นทุก ๆ คน ระบุจำนวนหุ้นให้ทราบว่าผู้นั้นชอบที่จะซื้อหุ้นได้กี่หุ้น และให้กำหนดวันว่าถ้าพ้นวันนั้นไป มิได้มีคำสนองมาแล้ว จะถือว่าเป็นอันไม่รับซื้อ

เมื่อวันที่กำหนดล่วงพ้นไปแล้วก็ดี หรือผู้ถือหุ้นได้บอกมาว่าไม่รับซื้อหุ้นนั้นก็ดีกรรมการจะเอาหุ้นเช่นนั้นออกเสนอให้บุคคลภายนอกเข้าชื่อซื้อก็ได้"

[๘] มาตรา ๑๐๐๒ ห้ามมิให้ชี้ชวนประชาชนให้ซื้อหุ้น

[๙] รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท ครั้งที่ ๑๐๖/๒๑/๒๕๑๙ วันพฤหัสบดี ที่ ๒๖ สิงหาคม ๒๕๑๙ ณ ห้องประชุมสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเรื่องเสร็จของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ ๙๓-๙๔/๒๕๒๑

๗

รักษาการแทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ตุลาคม ๒๕๒๘

ภาคผนวก ง

การแปลงหุ้นบุริมสุทธิเป็นหุ้นสามัญ กรณีบริษัทโรงงานกระดาษสหไทย จำกัด

เรื่องเสร็จที่ ๓๖๕/๒๕๒๑

บันทึก

เรื่อง ปัญหากฎหมายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท (การแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ กรณีบริษัทโรงงานกระดาษสหไทย จำกัด)

กระทรวงพาณิชย์ได้มีหนังสือที่ พณ. ๐๕๐๒/๓๐๕๐ ลงวันที่ ๒๖ มิถุนายน ๒๕๒๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาขอให้พิจารณาให้ความเห็นในปัญหาข้อกฎหมายตามที่กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ หารือเกี่ยวกับการจดทะเบียนบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๓ ลักษณะ ๒๒ โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ดังนี้ บริษัทโรงงานกระดาษสหไทย จำกัด ได้มีมติพิเศษของที่ประชุมผู้ถือหุ้นให้เปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิจำนวน ๒๕๐,๐๐๐ หุ้น มาเป็นหุ้นสามัญ และได้มาขอให้สำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกรุงเทพมหานคร กรมทะเบียนการค้าจดทะเบียนยกเลิกบุริมสิทธิให้ กรมทะเบียนการค้าพิจารณาแล้วเห็นว่า การยกเลิกเฉพาะสภาพบุริมสิทธิโดยไม่ยกเลิกหมดทั้งหุ้น อาจเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย จึงสั่งไม่รับจดทะเบียนและแนะนำให้บริษัทไปดำเนินการแปลงหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นสามัญ ด้วยการลดทุนของบริษัทเฉพาะหุ้นบุริมสิทธิและเพิ่มทุนใหม่เป็นหุ้นสามัญ แต่บริษัทได้โต้แย้งว่าการดำเนินการตามมติพิเศษดังกล่าวเป็นเจตนาของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิทั้งยังไม่มีผู้ใดคัดค้านและกรณีไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัทแต่อย่างใด กระทรวงพาณิชย์จึงใคร่ขอให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาพิจารณาให้ความเห็นชี้ขาดว่าการยกเลิกสภาพบุริมสิทธิและจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงเป็นหุ้นสามัญจะกระทำได้หรือไม่อย่างไร

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ ๖) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวนี้แล้วเห็นว่า ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แบ่งหุ้นออกเป็นสองประเภท คือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ มาตรา ๑๑๐๓* บัญญัติว่า ในการที่บริษัทจะมีหุ้น

---

* มาตรา ๑๑๐๓ บรรดาหนังสือชี้ชวนและหนังสือบอกกล่าวป่าวร้อง หรือหนังสืออย่างอื่นในการชี้ชวนให้เข้าซื้อซื้อหุ้นทุก ๆ ฉบับต้องลงวันและลายมือชื่อของบรรดาผู้เริ่มก่อการบริษัทและต้องนำไปจดทะเบียนก่อนแล้วจึงโฆษณา

ในหนังสือเช่นกล่าวมานั้น ต้องแถลงความเหล่านี้ คือ

(๑) ข้อความในหนังสือบริคณห์สนธิ

(๒) จำนวนเงินที่จะต้องใช้ในหุ้นหนึ่ง ๆ ก่อนบริษัทจดทะเบียน

(๓) จำนวนและมูลค่าแห่งหุ้นบุริมสิทธิ ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัทให้บอกสภาพและบุริมสิทธิซึ่งจะพึงได้แก่หุ้นนั้นสถานใดเพียงใด และเพราะเหตุใด จึงได้คิดจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิเช่นนั้น

(๔) จำนวนและมูลค่าแห่งหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิซึ่งจะออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วหรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว เพราะใช้ให้ด้วยอย่างอื่นนอกจากตัวเงินแล้ว ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัทไซร้ให้แถลงว่าจะถือเอาเป็นอันได้ใช้เงินแล้วเพียงใด และคิดจะออกหุ้นเช่นนั้นให้เพื่อแทนคุณแรงงานหรือตอบ

๒

บุริมสิทธิให้แจ้งจำนวนและมูลค่าแห่งหุ้นบุริมสิทธิ รวมทั้งสภาพและบุริมสิทธิซึ่งจะพึงให้แก่หุ้นนั้นด้วยว่ามีเพียงใด และให้บุริมสิทธิเพราะเหตุใด ไว้ในหนังสือชี้ชวนหนังสือบอกกล่าวป่าวร้องหรือหนังสืออย่างอื่นใดในการชวนให้เข้าซื้อซื้อหุ้นนั้นด้วย ทั้งนี้ เพราะหุ้นบุริมสิทธิเป็นหุ้นที่ทำให้ผู้ถือมีสิทธิเหนือกว่าหุ้นสามัญ เช่นได้รับเงินปันผลสูงกว่าหุ้นอื่น หรือเป็นหุ้นที่ออกให้แก่ผู้ถือในลักษณะที่จะต้องได้ทุนคืนก่อนผู้ถือหุ้นสามัญจะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องพิเศษ และเมื่อตอนก่อตั้งบริษัทขึ้นมานั้น จะต้องระบุลงไปให้แน่ชัดเลยว่าบริษัทจะมีหุ้นประเภทใดบ้าง ประเภทละเท่าไร ตามมาตรา ๑๑๔๒[๒] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เมื่อบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้วได้กำหนดไว้แล้วว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เพียงใดท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย การขอยกเลิกบุริมสิทธินี้ เมื่อตีความดูแล้วก็เข้าอยู่ในมาตรา ๑๑๔๒ คือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงบุริมสิทธิเป็นการกระทำที่ขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมาย

หุ้นบุริมสิทธิและหุ้นสามัญเมื่อระบุเอาไว้เท่าใดเมื่อตอนก่อตั้งบริษัท ก็จะต้องคงเอาไว้เท่านั้น ยกเว้นแต่จะได้มีการแก้ไขหนังสือบริคณห์สนธิของบริษัทโดยมติพิเศษตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๑๑๔๕[๓] แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงจำนวนของหุ้นประเภทต่าง ๆ จะทำได้ก็แต่โดยวิธีการลดทุนและเพิ่มทุนเท่านั้น จะทำโดยวิธีอื่นหาได้ไม่ ในกรณีนี้สมมุติว่า การยกเลิกบุริมสิทธิโดยมติพิเศษนั้นสามารถกระทำได้ แต่เมื่อยกเลิกบุริมสิทธิไปแล้วหุ้นนั้นก็จะไม่กลายเป็นหุ้นสามัญ แต่จะยังคงเป็นหุ้นบุริมสิทธิอยู่ เพียงแต่ว่าไม่มีบุริมสิทธิใด ๆ ต่อไปเท่านั้น

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย กองที่ ๖) มีความเห็นว่าถ้าบริษัทโรงงานกระดาษสหไทย จำกัด ประสงค์จะทำการเปลี่ยนแปลงหุ้นบุริมสิทธิ ๒๕๐,๐๐๐ หุ้น ให้เป็นหุ้นสามัญ วิธีเดียวที่จะกระทำได้ก็คือโดยวิธีการลดทุนและเพิ่มทุนเท่านั้น การที่จะยกเลิกสภาพบุริมสิทธิของหุ้นบุริมสิทธิแล้วขอจดทะเบียนเป็นหุ้นสามัญนั้นกระทำไม่ได้ โดยเหตุผล ๒ ประการ คือ (๑) เป็นการแก้ไขบุริมสิทธิตามนัยมาตรา ๑๑๔๒ ซึ่งไม่อาจกระทำได้แม้ว่าจะมีมติพิเศษของที่ประชุมผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิอนุมัติให้ทำได้ก็ตามเพราะเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย (๒) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้แบ่งหุ้นออกเป็นสองชนิด คือ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ สภาพของหุ้นแต่ละชนิดแยกออกจากกันโดยเด็ดขาด และยังคงอยู่ตลอดไปนับแต่เริ่มจดทะเบียนก่อตั้งบริษัทเป็นต้นมา การยกเลิกสภาพบุริมสิทธิในหุ้นบุริมสิทธิไม่อาจทำให้หุ้นบุริมสิทธิเปลี่ยนแปลงมาเป็นหุ้นสามัญได้

แทนทรัพย์สินอย่างใด

ฯลฯ ฯลฯ

[๒] มาตรา ๑๑๔๒ ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

[๓] มาตรา ๑๑๔๕ จำเดิมแต่ได้จดทะเบียนบริษัทแล้ว ท่านห้ามมิให้ตั้งข้อบังคับขึ้นใหม่ หรือเพิ่มเติมเปลี่ยนแปลงข้อบังคับหรือข้อความในหนังสือบริคณห์สนธิแต่อย่างหนึ่งอย่างใดเว้นแต่จะได้มีการลงมติพิเศษ

๓

(ลงชื่อ) อมร จันทรสมบูรณ์

(นายอมร จันทรสมบูรณ์)

รองเลขาธิการฯ

ปฏิบัติราชการแทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กันยายน ๒๕๒๑



ประวัติผู้เขียน

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ	นางพรทิพย์ สุวรรณ
วัน เดือน ปีเกิด	27 ตุลาคม 2524
สถานที่อยู่ปัจจุบัน	18 หมู่ 5 ตำบลบ้านดู่ อำเภอเมือง จังหวัดเชียงราย 57100
ประวัติการศึกษา	
2548	ปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง
ประวัติการทำงาน	
2554-ปัจจุบัน	ธุรกิจส่วนตัว
2550-2554	นิติกร ที่ทำการปกครองจังหวัดเชียงราย กรมการปกครอง