

บันทึก

เรื่อง การขอรับการส่งเสริมการลงทุนของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย
ของต่างประเทศ (ปัญหากฎหมายตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติ
ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐)

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีหนังสือ ด่วนมาก ที่ นร ๑๒๐๑/๗๐๓ ลงวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๑ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ความว่า ในขณะนี้ บริษัท Seagate Technology Inc. แห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีบริษัทในเครือที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทย และได้รับการส่งเสริมอยู่ ได้ขอทราบว่า ผู้ได้รับการส่งเสริมจะเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นในประเทศอื่นแล้วประกอบกิจการในประเทศไทยในลักษณะเป็นสาขาจะได้หรือไม่ ซึ่งหากเป็นไปได้ บริษัทจะสามารถลดภาระภาษีเงินได้ที่จะต้องชำระในสหรัฐอเมริกาได้ อันจะทำให้บริษัทฯ มีเงินใช้ในการลงทุนมากขึ้น การประกอบกิจการในลักษณะนี้จะไม่กระทบต่อรายได้ด้านภาษีอากรของประเทศไทยแต่อย่างใด

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้พิจารณาแล้วเห็นว่า มาตรา ๑๗ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ ได้บัญญัติว่า ผู้ได้รับการส่งเสริมจะต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยมีได้ระบุว่าเป็นกฎหมายไทยแต่อย่างใด จึงเห็นว่าน่าจะให้การส่งเสริมได้ แต่อย่างไรก็ดีโดยที่เรื่องนี้เป็นปัญหากฎหมาย สำนักงานฯ โดยได้รับมอบหมายจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกาได้พิจารณาให้ความเห็นต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๖) ได้พิจารณาปัญหาดังกล่าวโดยได้รับฟังคำชี้แจงจากผู้แทนสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน) ได้ความว่า บริษัท Seagate Technology Inc. เป็นบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาได้เข้ามาจัดตั้งบริษัทในเครือขึ้นในประเทศไทยเมื่อประมาณ พ.ศ. ๒๕๒๖ เพื่อดำเนินกิจการผลิตดิสก์ไดรฟ์สำหรับเครื่องคอมพิวเตอร์ ทั้งนี้ โดยบริษัทในเครือดังกล่าวได้จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายของประเทศไทยอย่างถูกต้อง กับได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนด้วยแล้ว ต่อมา บริษัท Seagate Technology Inc. แห่งสหรัฐอเมริกาได้จัดตั้งบริษัทในเครือขึ้นอีกโดยมีการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัท Seagate Technology International ตามกฎหมายที่หมู่เกาะเคย์แมน บริติชเวสต์ อินดิส และมีความประสงค์จะให้บริษัทในเครือซึ่งจัดตั้งขึ้นที่หมู่เกาะเคย์แมนนั้นเป็นผู้ได้รับการส่งเสริมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ โดยตรง โดยจะโอนกิจการของบริษัทในเครือที่จัดตั้งขึ้นในประเทศไทยไปเป็นกิจการของบริษัทในเครือที่หมู่เกาะเคย์แมน ส่วนการดำเนินกิจการในประเทศไทยจะเปลี่ยนจากบริษัทในเครือเป็นเพียงการดำเนิน

กิจการในรูปสาขาของบริษัทในเครือที่หมู่เกาะเคย์แมน และไม่จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายของประเทศไทยอีก ทั้งนี้ โดยบริษัทฯ ได้มีเหตุผลว่า เนื่องจากตามกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มีบทบัญญัติกำหนดให้รายได้ที่บริษัทฯ ที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับจากบริษัทในเครือที่จัดตั้งในต่างประเทศนั้น ถือเป็นรายได้ของบริษัทที่จะต้องนำไปคำนวณชำระภาษีด้วย ฉะนั้น เพื่อที่จะมิให้บริษัทฯ ต้องมีภาระภาษีสำหรับรายได้ที่ได้รับจากการดำเนินกิจการในประเทศไทย จึงต้องเปลี่ยนการประกอบกิจการในประเทศไทยเป็นการดำเนินการในรูปสาขาของบริษัทในเครือที่หมู่เกาะเคย์แมน ซึ่งการส่งเงินจากสาขาในประเทศไทยไปยังบริษัทในเครือที่หมู่เกาะเคย์แมนหรือบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น จะถือว่าเป็นการส่งเงินทุนคืน มิใช่เป็นรายได้ที่บริษัทในเครือที่หมู่เกาะเคย์แมนหรือบริษัทในประเทศสหรัฐอเมริกาได้รับ อันเป็นการนอกเหนือจากบทบัญญัติของกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา ดังกล่าว ซึ่งการดำเนินการเช่นนี้จะไม่มีผลกระทบกระเทือนต่อระบบการจัดเก็บภาษีตามกฎหมายของประเทศไทย แต่เนื่องจากมาตรา ๑๗^๑ วรคสอง ของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ ได้บัญญัติว่า ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น จึงมีปัญหาว่า ตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าว บริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศจะขอรับการส่งเสริมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ ในนามของบริษัทโดยตรง โดยไม่จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายของประเทศไทยอีก จะกระทำได้อหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๖) ได้พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นในประเทศไทยย่อมมุ่งหมายที่จะใช้บังคับกับกิจการหรือการกระทำภายในประเทศไทยเท่านั้น ในกรณีที่กฎหมายฉบับใดประสงค์จะยอมรับกิจการหรือการกระทำตามกฎหมายของต่างประเทศให้มีผลเช่นเดียวกับกิจการหรือการกระทำตามกฎหมายของประเทศไทย กฎหมายนั้นจะต้องมีบทบัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษเพื่อแสดงจุดมุ่งหมายเช่นนั้น ดังเช่นบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๑๐^๒ หรือพระราชบัญญัติ

^๑ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐

มาตรา ๑๗ ผู้ใดประสงค์จะเป็นผู้ได้รับการส่งเสริม ต้องยื่นคำขอรับการส่งเสริมต่อสำนักงานตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และแบบที่เลขาธิการกำหนด พร้อมด้วยโครงการลงทุนที่ขอรับการส่งเสริม ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

การขอรับการส่งเสริมก่อนจัดตั้งเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ตามวรรคสอง ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และแบบที่เลขาธิการกำหนด

^๒ พระราชบัญญัติประกันวินาศภัย พ.ศ. ๒๕๑๐

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

“บริษัท”

“ล”

“บริษัท” หมายความว่า บริษัทจำกัดที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย และหมายความรวมถึงสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยในราชอาณาจักร

การธนาคารพาณิชย์การธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕^๓ แต่สำหรับพระราชบัญญัติส่งเสริมการ

ฯล

ฯล

มาตรา ๖ ภายใต้บังคับมาตรา ๗ การประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยจะกระทำได้อีกเมื่อได้จัดตั้งขึ้นในรูปบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี

คำขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยต้องมีรายการตามที่รัฐมนตรีกำหนด และจะดำเนินการเพื่อจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี ในการนี้รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขก็ได้

การควบบริษัทเข้ากันให้ถือว่าเป็นการจัดตั้งบริษัทจำกัด

เมื่อได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดแล้วได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา ๑๓ กับทั้งได้ดำรงไว้ซึ่งเงินทุนตามมาตรา ๑๙ แล้ว ให้แจ้งต่อรัฐมนตรีเพื่อขอรับใบอนุญาต

ใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยให้ทำตามแบบที่กำหนดในกฎกระทรวง

มาตรา ๗ การประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยโดยตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการนี้รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้

หลักเกณฑ์และวิธีการในการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

สาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยต้องดำรงทรัพย์สินไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิด วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา จำนวนทรัพย์สินที่รัฐมนตรีกำหนดต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินกองทุนที่บริษัทต้องดำรงตามมาตรา ๑๙

ในการปฏิบัติตามมาตรา ๑๙ และมาตรา ๒๓ (๑) ให้ถือว่าทรัพย์สินตามวรรคสาม เท่านั้นเป็นเงินกองทุน

รัฐมนตรีจะออกใบอนุญาตตามความในวรรคหนึ่งก็ต่อเมื่อบริษัทได้วางหลักทรัพย์ประกันตามมาตรา ๑๓ และดำรงไว้ซึ่งทรัพย์สินในประเทศไทยตามวรรคสามแล้ว

^๓ พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕

มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯล

ฯล

“ธนาคารพาณิชย์” หมายความว่า ธนาคารที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธนาคารพาณิชย์ และหมายความรวมถึงสาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธนาคารพาณิชย์ด้วย

ฯล

ฯล

มาตรา ๕ ภายใต้บังคับมาตรา ๖ ธนาคารพาณิชย์จะตั้งขึ้นได้ก็แต่ในรูปบริษัทจำกัด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโดยได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี

คำขออนุญาตต้องมีรายการตามที่รัฐมนตรีกำหนด และจำดำเนินการเพื่อจัดตั้งบริษัทจำกัดได้ก็ต่อเมื่อได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี ในการนี้รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขตามที่เห็นสมควรก็ได้

เมื่อได้จดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดแล้ว ให้แจ้งการจดทะเบียนต่อรัฐมนตรีเพื่อขอรับใบอนุญาต

มาตรา ๖ การประกอบธนาคารพาณิชย์โดยตั้งเป็นสาขาของธนาคารที่ตั้งอยู่ในต่างประเทศจะกระทำได้อีกเมื่อได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี ในการนี้รัฐมนตรีจะอนุญาตโดยมีเงื่อนไขก็ได้

สาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธนาคารพาณิชย์ต้องดำรงสินทรัพย์ไว้ในประเทศไทยตามจำนวน ชนิด วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา

ลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ นั้นมาตรา ๑๗^๔ วรรคสอง ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้ได้รับการส่งเสริมไว้แต่เพียงว่า ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น โดยมีได้มีบทบัญญัติใดบัญญัติไว้เป็นพิเศษยอมรับให้บริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศเป็นผู้ที่มีสิทธิได้รับการส่งเสริมได้เช่นเดียวกันด้วย ทั้งยังปรากฏว่าการใช้ถ้อยคำที่กล่าวถึงผู้ได้รับการส่งเสริมในพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ ได้มีการบัญญัติไว้แตกต่างจากประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๗ ลงวันที่ ๑๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๕ (กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนฉบับเดิมซึ่งถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐) อีกด้วย กล่าวคือ มิได้มีบทบัญญัติใดใช้ถ้อยคำที่แสดงให้เห็นถึงความมุ่งหมายของกฎหมายให้เข้าใจได้ว่าประสงค์จะให้บริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศสามารถได้รับการส่งเสริมโดยตรงได้ดังเช่นที่กำหนดไว้ในข้อ ๑๒^๕ ประกอบกับข้อ ๒๐^๖ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับดังกล่าว

โดยเหตุนี้ ข้อความที่ว่า “กฎหมายว่าด้วยการนั้น” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๗ วรรคสองของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ จึงต้องเข้าใจว่าหมายถึงกฎหมายของประเทศไทยที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินการจัดตั้งบริษัท มูลนิธิ

ในการปฏิบัติตามมาตรา ๑๐ และมาตรา ๑๓ ให้ถือว่าสินทรัพย์ตามวรรคสอง เป็นเงินกองทุน

^๔ โปรดดูเชิงอรรถที่ (๑)

^๕ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๗ ลงวันที่ ๑๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๕

ข้อ ๑๒ ผู้ใดประสงค์จะเป็นผู้ได้รับการส่งเสริมให้ยื่นคำขอรับการส่งเสริมต่อสำนักงาน พร้อมทั้งเสนอโครงการของการลงทุนที่ขอรับการส่งเสริม ทั้งนี้ ตามแบบ วิธีการ และเงื่อนไขที่เลขาธิการกำหนด ผู้ได้รับการส่งเสริมจะต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือสหกรณ์

การขอรับการส่งเสริมก่อนจัดตั้งเป็นบริษัทจำกัดหรือสหกรณ์ให้กระทำได้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่เลขาธิการกำหนด

^๖ ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๒๗ ลงวันที่ ๑๘ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๑๕

ข้อ ๒๐ ภายใต้งบข้อ ๒๖ ให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งต้องไม่น้อยกว่าสามปีแต่ไม่เกินแปดปีนับแต่วันที่มีรายได้จากการประกอบกิจการนั้น

รายได้ที่ต้องนำมาคำนวณกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการตามวรรคหนึ่ง ให้รวมถึงรายได้จากการจำหน่ายผลพลอยได้และรายได้จากการจำหน่ายสินค้าสำเร็จรูปตามที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร

ในกรณีที่บริษัทจดทะเบียนในต่างประเทศ จะได้รับยกเว้นไม่ต้องเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลเฉพาะเมื่อประเทศที่เป็นที่ตั้งสำนักงานใหญ่ของบริษัทนั้นไม่เก็บภาษีเงินได้นิติบุคคลจากการลงทุนในกิจการที่บริษัทนั้นประกอบในประเทศไทยหรือยอมให้นำเอาภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ยกเว้นให้ตามวรรคหนึ่งเป็นเครดิตหักออกจากภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ต้องเสียในประเทศนั้น เสมือนหนึ่งว่าภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ยกเว้นให้เป็นภาษีที่เสียในประเทศไทยแล้ว

ภาษีเงินได้นิติบุคคลที่ยกเว้นให้แก่ผู้ได้รับการส่งเสริมตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงภาษีเงินได้ตามมาตรา ๗๐ ทวิ แห่งประมวลรัษฎากร

หรือสหกรณ์ ให้มีผลสมบูรณ์ตามกฎหมาย ซึ่งได้แก่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. ๒๕๒๑ หรือพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. ๒๕๑๑ โดยไม่รวมถึงบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศด้วย เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัตินี้ที่จะสนับสนุนให้เข้าใจในทางขยายความเช่นนั้นได้ ฉะนั้น กรณีที่บริษัท Seagate Technology International ซึ่งตั้งอยู่ที่หมู่เกาะเคย์แมนและเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศ ประสงค์จะขอรับการส่งเสริมการลงทุนในนานของบริษัทที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายของต่างประเทศนั้นโดยตรง และในการประกอบกิจการในประเทศไทยต่อไปจะไม่จดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทตามกฎหมายของประเทศไทยอีกเช่นนี้ ย่อมไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๗ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐ จึงไม่อาจได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

(ลงชื่อ) วัฒนา รัตนวิจิตร

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

รองเลขาธิการ ฯ

รักษาราชการแทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

พฤษภาคม ๒๕๓๑