

บันทึก

เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัด ตามข้อ ๓ แห่งประกาศ
ของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๑๕
(กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท)

กรมทะเบียนการค้าได้มีหนังสือที่ พณ ๐๖๐๓/๑๓๕๙ ลงวันที่ ๑๑ เมษายน ๒๕๓๔ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ทหาหรือปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และการถือหุ้นของคนต่างด้าวตามข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๑๕ โดยมีข้อเท็จจริงว่า บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ได้ยื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทด้วยทุนจดทะเบียน ๖๐,๐๐๐,๐๐๐ บาท แบ่งออกเป็นหุ้นจำนวน ๖๐๐,๐๐๐ หุ้น มูลค่าหุ้นละ ๑๐๐ บาท ในจำนวนนี้เป็นหุ้นสามัญ ๒๙๔,๐๐๐ หุ้น คิดเป็น ๔๙% จากจำนวนหุ้นทั้งหมด ผู้ถือหุ้นสามัญทั้งหมดได้แก่ บริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่จดทะเบียนจัดตั้ง ณ ประเทศ สวิสเซอร์แลนด์ ส่วนผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้แก่บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย จำนวน ๗ คน ถือคนละ ๑ หุ้น และบริษัทเอเชียอาบราวน์โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่มีคนสัญชาติไทยถือหุ้นรวม ๕๑% และคนต่างด้าวถือหุ้นรวม ๔๙% เป็นผู้ถือหุ้นส่วนที่เหลือจำนวน ๓๐๕,๙๙๓ หุ้น โดยที่ข้อบังคับของบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ข้อ ๑๙^๑ ได้กำหนดไว้ว่า ในแต่ละปีปฏิทินที่บริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ ๕๐ สตางค์ ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลในปีปฏิทินใด ก็มิให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น ส่วนการ

^๑ข้อบังคับของบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด

ข้อ ๑๙ หุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ

หุ้นของบริษัทให้มีทั้งหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งเป็นหุ้นชนิดที่ระบุผู้ถือหุ้นทั้งสิ้น หุ้นจำนวน ๓๐๖๐๐๐ หุ้นได้แก่ หุ้นหมายเลข ๑ ถึงหมายเลข ๓๐๖๐๐๐ เป็นหุ้นบุริมสิทธิ สภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นบุริมสิทธินั้นให้เป็นไปตามต่อไปนี้

(ก) ในแต่ละปีปฏิทินที่บริษัทจ่ายเงินปันผล จะต้องจ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิปีละ ๕๐ สตางค์ (ห้าสิบสตางค์) ต่อหุ้น ก่อนหุ้นสามัญ เงินกำไรส่วนที่เหลือ (หากมี) อาจแบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กันระหว่างหุ้นสามัญ

(ข) ถ้ามิได้มีการจ่ายเงินปันผลในปีปฏิทินใด ก็มิให้จ่ายเงินปันผลแก่หุ้นบุริมสิทธิในปีนั้น เงินปันผลในหุ้นบุริมสิทธิให้จ่ายแก่ผู้ซึ่งถือหุ้นบุริมสิทธิ ณ วันที่ประกาศจ่ายเงินปันผล

ออกเสียงลงคะแนนนั้น ข้อบังคับของบริษัทฯ ข้อ ๔^๒ ให้ถือว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียง ๑ เสียงต่อหุ้น ๑ หุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น

เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าได้พิจารณาคำขอจดทะเบียนของบริษัทเอบีพี ดิสทริบิวชัน จำกัด แล้ว มีความเห็นแตกต่างกันและไม่อาจหาข้อยุติได้ในปัญหา ดังต่อไปนี้

๑. การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิของบริษัทเอบีพี ดิสทริบิวชัน จำกัด

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า ไม่อาจทำได้ เพราะตามสัดส่วนของการถือหุ้นในบริษัท การจ่ายเงินปันผลจะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อผู้ถือหุ้นสามัญ (๕๑%) ต้องลงมติเห็นชอบร่วมด้วยเสมอไป เนื่องจากตามข้อบังคับข้อ ๔ การอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อย ๕๕% ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท หากฝ่ายหุ้นสามัญเห็นว่าตนจะได้รับเงินปันผลไม่คุ้มประโยชน์หรือน้อยกว่าหุ้นบุริมสิทธิแล้ว ก็จะไม่ร่วมลงมติเห็นชอบด้วย การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิในลักษณะดังกล่าวจึงขัดกับสภาพแห่งความเป็นจริง นอกจากนี้ การกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเพียง ๕๐ สตางค์ ต่อหุ้น กรณีเป็นที่เห็นได้ว่าไม่คุ้มกับการลงทุนเมื่อเปรียบเทียบกับ การนำทุนจำนวนเดียวกันนี้ไปฝากธนาคารหรือสถาบันการเงินอื่น ๆ เพื่อหาดอกเบี้ย ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวน่าจะมีเจตนาอื่นแฝงอยู่กับการเข้าร่วมทุนประกอบกิจการในลักษณะนี้

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า กระทำได้ เพราะเป็นเรื่องการกำหนดสิทธิให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลก่อนหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์การกำหนดสภาพแห่งบุริมสิทธิทั่ว ๆ ไป และสอดคล้องกับบทบัญญัติของมาตรา ๑๒๐๐^๓ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่อนุญาตให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ ส่วนการนำกำไรที่เหลือ(ถ้ามี)มาแบ่งเฉลี่ยกันระหว่างหุ้นสามัญนั้นก็ไม่ว่าผู้ถือหุ้นสามัญจะได้รับเงินปันผลมากหรือน้อยกว่าผู้

^๒ข้อบังคับของบริษัท เอบีพี ดิสทริบิวชัน จำกัด

ข้อ ๔ การออกเสียงลงคะแนน

ในการประชุมใหญ่ใด ๆ ผู้ถือหุ้นทุกคนมีคะแนนเสียงหนึ่ง (๑) เสียงต่อหุ้นหนึ่งหุ้นที่ตนได้จดทะเบียนว่าเป็นผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการลงคะแนนเสียงโดยวิธีชูมือหรือโดยลงคะแนนลับก็ตาม การออกเสียงลงมติใด ๆ นอกจากมติพิเศษหรือการอนุมัติกิจการใด ๆ ในที่ประชุมใหญ่ (รวมทั้งการเลือกตั้งและถอดถอนกรรมการ) จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละห้าสิบห้า (๕๕%) ของจำนวนหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัท มติพิเศษจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบอย่างน้อยร้อยละเจ็ดสิบห้า (๗๕%) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ครั้งแรกที่พิจารณามตินั้นและจะต้องได้รับการยืนยันโดยคะแนนเสียงเห็นชอบ อย่างน้อยร้อยละหกสิบหกเศษสองส่วนสาม (๖๖ ๒/๓%) ของหุ้นที่ออกจำหน่ายแล้วทั้งหมดของบริษัทในที่ประชุมใหญ่ครั้งที่สองที่พิจารณามติพิเศษ

^๓ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๒๐๐ การจ่ายเงินปันผลนั้น ต้องคิดตามส่วนจำนวนซึ่งผู้ถือหุ้นได้ส่งเงินแล้วในหุ้นหนึ่ง ๆ เว้นแต่จะตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ

ถือหุ้นบุริมสิทธิ นอกจากนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกายังได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า “สภาพของหุ้นบุริมสิทธิย่อมมีสิทธิหรือประโยชน์ในหุ้นแตกต่างไปจากสิทธิของผู้ถือหุ้นสามัญ ซึ่งสามารถนำมาเทียบเคียงกับกรณีนี้ได้

๒. ปัญหาที่ว่าบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามความหมายของข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ฯ หรือไม่

ฝ่ายที่หนึ่ง เห็นว่า ไม่มีฐานะดังกล่าว เพราะบริษัทเอเชียอาบราวน์โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ที่เข้าถือหุ้นในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีสัดส่วนการถือหุ้นโดยทุนเป็นของคนไทย ๕๑% และของคนต่างด้าว ๔๙% และจำนวนผู้ถือหุ้นก็มีคนไทยมากกว่า จึงถือได้ว่าเป็นนิติบุคคลไทย ดังนั้น การเข้าถือหุ้นในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงมีสภาพเหมือนคนไทยเข้าถือหุ้น และมีผลทำให้สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีอัตราส่วนคนไทย ๕๑% และคนต่างด้าว ๔๙% บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงไม่อยู่ในข่ายต้องปฏิบัติตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ฯ

ฝ่ายที่สอง เห็นว่า มีฐานะเป็นคนต่างด้าว เพราะสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด สามารถจำแนกออกเป็นลำดับได้ ดังนี้ คือ ในจำนวนหุ้น ๕๑% ที่ถือโดยคนไทยนั้นมีบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ถือร่วมอยู่ด้วยจำนวน ๓๐๕,๙๙๓ หุ้น คิดเป็น ๙๙.๙๙% ในส่วนที่ถือโดยคนไทย ซึ่งเมื่อคำนึงถึงสัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ซึ่งมีคนไทยถือหุ้น ๕๑% และคนต่างด้าวถือหุ้น ๔๙% แล้ว จะเห็นได้ว่า ในสัดส่วนการถือหุ้นของคนไทย ๕๑% ในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ด้วย ดังนั้น จำนวนหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ทั้งหมดจึงมีมากกว่า ๕๐% 'กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีทุนเป็นของคนต่างด้าวมากกว่าส่วนทุนที่เป็นของคนไทย จึงควรถือว่าบริษัทนี้เป็นคนต่างด้าวตามนัยข้อ ๓ (๑) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ฯ และเมื่อพิจารณาประกอบกับลักษณะการกำหนดข้อบังคับต่าง ๆ โดยเฉพาะอำนาจการจัดการที่คนต่างด้าวอยู่ในฐานะได้เปรียบ ก็จะทำให้การถือหุ้นในบริษัทลักษณะนี้น่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่ออำพรางฐานะคนต่างด้าวเพื่อให้บริษัทหลุดพ้นจากการควบคุมโดยกฎหมาย

“บันทึก เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๑๐๘ (๔) มาตรา ๑๑๘๓ และมาตรา ๑๒๒๒) ส่งพร้อมหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร ๐๕๐๑/๑๘๐๓ ลงวันที่ ๒๑ ตุลาคม ๒๕๒๘ (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๖/๒๕๒๘)

“ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ฯ

ข้อ ๓ ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับนี้

“คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

(๑) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(๒) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑) ได้พิจารณาข้อหาหรือดังกล่าวโดยได้ฟังคำชี้แจงข้อเท็จจริงจากผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมทะเบียนการค้า) แล้ว ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ในปัจจุบันได้มีการขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นเป็นคนสัญชาติไทย ๕๑% และคนต่างด้าว ๔๙% ในลักษณะที่เป็นการอำพรางฐานะของคนต่างด้าวเพื่อให้หลุดพ้นจากการถูกควบคุมโดยประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๔๑^๖ เป็นจำนวนมาก โดยในการจัดตั้งบริษัทดังกล่าวบางกรณีจะมีการกำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัทให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวมียกเว้นบางประการที่เป็นพิเศษหรือดีกว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นคนสัญชาติไทย เช่น สิทธิในการออกเสียงเลือกตั้งกรรมการบริษัทหรือสิทธิในการได้รับเงินปันผล ทั้งนี้ เพื่อให้อำนาจในการบริหารที่แท้จริงและผลประโยชน์ของบริษัทตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว ดังเช่นในกรณีที่หาหรือมานี้ ข้อบังคับของบริษัทเอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ที่ยื่นเพื่อขอจดทะเบียนนั้น ในข้อ ๑๒^๖ กำหนดให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกิน ๓ คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ (ซึ่งได้แก่บุคคลธรรมดาสัญชาติไทย รวม ๗ คน และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด) แต่ให้เลือกตั้งกรรมการอื่นอีกจำนวนไม่เกิน ๔ คน จากบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นสามัญ (ซึ่งได้แก่บริษัทเอบีพี เอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย สวิสเซอร์แลนด์) นอกจากนี้ ยังได้กำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเพียงปีละ ๕๐ สตางค์ต่อหุ้น ส่วนเงินกำไรที่เหลือ (หากมี) ก็ให้แบ่งเฉลี่ยเท่า ๆ กันระหว่างหุ้นสามัญเท่านั้น

สำหรับปัญหาเรื่องฐานะของบริษัทเอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด นั้น ปรากฏข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า หุ้นบุริมสิทธิจำนวน ๕๑% ที่ถือโดยคนไทย ๗ คน และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด นั้น ในส่วนของบริษัทเอเชียอาบราวน์โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด แบ่งออกเป็นหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าว ๔๙% และหุ้นที่ถือโดยคนไทย ๕๑% ซึ่งในส่วนของหุ้นที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าหุ้นที่ถือโดยคนไทย ๕๑% จำนวน ๕๑๐ หุ้นนั้น มีบริษัทเค้นท์มีเตอร์ส จำกัด ถือรวมอยู่ด้วยจำนวนถึง ๕๐๖ หุ้น หรือคิดเป็น ๙๙% ของจำนวนหุ้นที่กรมทะเบียนการค้าเห็นว่าเป็น หุ้นที่ถือโดยคนไทยและในบริษัทเค้นท์มีเตอร์ส จำกัด เอง ก็มีบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัดซึ่งเป็นบริษัทจดทะเบียนในประเทศไทยถือหุ้นอยู่ด้วยจำนวนถึง ๒๘,๓๖๔ หุ้น จากจำนวนหุ้นทั้งหมด ๒๘,๓๗๐ หุ้น หรือคิดเป็น ๙๙% จากจำนวนหุ้นทั้งหมด ส่วนหุ้นที่เหลือ

^๖ข้อบังคับของบริษัท เอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด

ข้อ ๑๒

ฯลฯ

ฯลฯ

คณะกรรมการให้ประกอบด้วยกรรมการจำนวนไม่เกินเจ็ด (๗) คนให้เลือกตั้งคณะกรรมการตามจำนวนวิธีการดังต่อไปนี้ ให้ที่ประชุมใหญ่เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสาม (๓) คน จากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (๕๑%) ของหุ้นกลุ่ม ก. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ก.) และให้เลือกตั้งกรรมการจำนวนไม่เกินสี่ (๔) คนจากจำนวนบุคคลที่เสนอชื่อโดยผู้ถือหุ้นคนเดียวหรือหลายคนซึ่งในขณะนั้นถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ด (๕๑%) ของหุ้นกลุ่ม ข. (ให้เรียกว่ากรรมการกลุ่ม ข.) โดยตลอดเวลาบริษัทจะต้องมีกรรมการกลุ่ม ข. จำนวนมากกว่าจำนวนทั้งหมดของกรรมการกลุ่ม ก. อย่างน้อยหนึ่ง (๑) คน กรรมการไม่จำเป็นต้องถือหุ้นเพื่อมีคุณสมบัติเป็นกรรมการ

จำนวน ๖ หุ้น ในบริษัทเค้นท์ มิเตอร์ส จำกัด นั้น มีบุคคลธรรมดาสามัญชาติสวีเดน ๓ คน ถือหุ้นคนละ ๑ หุ้น บริษัทจดทะเบียนในประเทศไทย ๒ บริษัท (บริษัท เอเชีย อา จำกัด และบริษัท เอพี เอช ไทย จำกัด) ถือหุ้นบริษัทละ ๑ หุ้น และบุคคลธรรมดาสามัญชาติไทย ๑ คน ถือหุ้น ๑ หุ้น^๗

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑ และคณะที่ ๗) มีความเห็นดังต่อไปนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เกี่ยวกับการกำหนดสภาพหุ้นบุริมสิทธิของบริษัท เอบีบีดีสทรี บิวชั่น จำกัด นั้น คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมายคณะที่ ๑ และคณะที่ ๗) เห็นว่า มาตรา ๑๑๐๘^๘ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติให้การวางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใดเพียงใด หากจะมีหุ้นเช่นนั้นบริษัท เป็นกิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัท ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำตอนต้นของมาตรา ๑๑๐๘ ที่ใช้คำว่า “จะพึงทำ” ก็ดี หรือถ้อยคำในมาตรา ๑๑๐๘ (๔) ที่ใช้คำว่า “ถ้าหากจะมี” ก็ดี จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติมาตรานี้มิได้เป็นบทบังคับให้ต้องกระทำ หรือได้กำหนดเงื่อนไขว่าจะต้องกระทำโดยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดอันใด นอกจากนั้น หากนำบทบัญญัติดังกล่าวนี้ไปเทียบเคียงกับบทบัญญัติมาตราอื่นที่เกี่ยวกับเรื่องหุ้นบุริมสิทธิ เช่น มาตรา ๑๑๑๑ (๒)^๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติให้ต้องจดทะเบียนหุ้นบุริมสิทธิ หรือมาตรา ๑๑๔๒^{๑๐} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ห้ามมิให้แก้ไขบุริมสิทธิแห่งหุ้นที่ได้กำหนดไปแล้ว ก็จะได้เห็นว่ามาตรา ๑๑๐๘ ได้ให้อำนาจแก่ที่ประชุมตั้งบริษัทที่จะตกลงกันเองว่าจะให้มีหุ้นบุริมสิทธิหรือไม่ และถ้ามีหุ้นบุริมสิทธิแล้วจะให้หุ้นบุริมสิทธินั้นมีสภาพและบุริมสิทธิ

^๗โปรดดูเอกสารแนบท้าย หมายเลข ๑

^๘ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๑๐๘ กิจการอันจะพึงทำในที่ประชุมตั้งบริษัทนั้น คือ

๑.ล๑

๑.ล๑

(๔) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสภาพใด เพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นบริษัท

๑.ล๑

๑.ล๑

^๙มาตรา ๑๑๑๑ เมื่อจำนวนเงินซึ่งว่าไว้ในมาตรา ๑๑๑๐ ได้ใช้เสร็จแล้วกรรมการต้องไปขอจดทะเบียนบริษัทนั้น

คำขอและข้อความที่ลงในทะเบียนนั้นให้ระบุรายการตามที่ได้ตกลงกันในที่ประชุมตั้งบริษัทดังต่อไปนี้ คือ

๑.ล๑

๑.ล๑

(๒) จำนวนหุ้นสามัญหรือหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งออกให้เหมือนหนึ่งว่าได้ใช้เต็มค่าแล้วหรือได้ใช้แต่บางส่วนแล้ว นอกจากที่ใช้เป็นตัวเงิน และหุ้นที่ได้ใช้แต่บางส่วนนั้น ให้บอกว่าได้ใช้แล้วเพียงใด

๑.ล๑

๑.ล๑

^{๑๐}ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๑๔๒ ถ้าบริษัทได้ออกหุ้นบุริมสิทธิไปแล้ว ได้กำหนดไว้ว่าบุริมสิทธิจะมีแก่หุ้นนั้น ๆ เป็นอย่างไร ท่านห้ามมิให้แก้ไขอีกเลย

แห่งหุ้น “สภาพใด” หรือ “เพียงใด” ก็ได้ ส่วนในเรื่องการแจกเงินปันผลนั้น มาตรา ๑๒๐๐^{๑๑} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ก็ได้เปิดช่องให้อาจมีการตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในเรื่องหุ้นบุริมสิทธิได้ การที่บริษัทจะตกลงกันไว้ในข้อบังคับของบริษัทกำหนดให้การแจกเงินปันผลในส่วน of หุ้นบุริมสิทธิเป็นอย่างไร จึงเป็นเรื่องที่สามารถกระทำได้โดยไม่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น การที่บริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด กำหนดไว้ในข้อบังคับ ให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนเงินที่แน่นอนในอัตรา ๕๐ สตางค์ต่อหุ้น จึงเป็นเรื่องที่ที่ประชุมจัดตั้งบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด สามารถกระทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่กรมทะเบียนการค้าไม่อาจยกเอาข้อบังคับของบริษัทฯ ข้อ ๑๙ มาเป็นเหตุในการไม่ยอมรับจดทะเบียนได้ เพราะการขอจดทะเบียนในครั้งนี้มิได้เข้าเงื่อนไขตามมาตรา ๑๐๑๙^{๑๒} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนได้

ประเด็นที่สอง ที่ว่า บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีฐานะเป็น “คนต่างด้าว” ตามนัยข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑^๑ หรือไม่ นั้นคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑ และคณะที่ ๗) เห็นว่า การพิจารณาข้อหาหรือในประเด็นนี้ จำต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” ตามข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ๑ ว่ามีความหมายเพียงใด มิใช่พิจารณาแต่เพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือไม่เท่านั้น เพราะการที่นิติบุคคลใดจดทะเบียนในประเทศไทย มีความหมายเพียงว่านิติบุคคลนั้นได้จดทะเบียนก่อตั้งขึ้นในประเทศไทยเท่านั้น มิได้มีความหมายไปถึงว่านิติบุคคลนั้นมี “คนต่างด้าว” ตามข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑^๑ แต่อย่างใด เพราะการที่นิติบุคคลใดจะมีสถานะเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ ย่อมต้องขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า นิติบุคคลนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขของข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ๑ หรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ข้อ ๓^{๑๓} แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ ๑ ได้ให้ความหมายของคำว่า “คนต่างด้าว” (พิจารณาเฉพาะกรณีของบริษัทจำกัด) แยกออกได้เป็น ๓ กรณี คือ

- (๑) บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (๒) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว หรือ
- (๓) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใด หรือไม่

^{๑๑}โปรดดูเชิงอรรถ (๓)

^{๑๒}ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา ๑๐๑๙ ถ้าคำขอจดทะเบียนหรือเอกสารซึ่งต้องจดทะเบียนไม่มีรายการบริบูรณ์ตามที่บังคับไว้ในลักษณะนี้ว่าได้จดทะเบียนแล้วหรือถ้ารายการอันใดซึ่งกำหนดไว้ว่าให้ส่งด้วยกับคำขอจดทะเบียนยังขาดอยู่มิได้ส่งให้ครบก็ตี หรือถ้าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้ออื่นซึ่งกฎหมายบังคับไว้ก็ดี นายทะเบียนจะไม่ยอมรับจดทะเบียนก็ได้ จนกว่าคำขอจดทะเบียนหรือเอกสารนั้นจะได้ทำให้บริบูรณ์หรือแก้ไขให้ถูกต้อง หรือได้ส่งเอกสารซึ่งกำหนดไว้ครบทุกสิ่งอัน หรือได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขข้อนั้นแล้ว

^{๑๓}โปรดดูเชิงอรรถ (๕)

สำหรับกรณีตาม (๑) เรื่องของสัญญาตินั้น เนื่องจากขณะนี้ยังไม่มีกฎหมายใดบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องสัญญาติของนิติบุคคลไทยไว้อย่างชัดเจน การจะพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ จึงจำต้องพิจารณาตามหลักเกณฑ์ตาม (๒) หรือ (๓) อันเป็นเรื่องเกี่ยวกับ “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคล (ที่เป็นบริษัท) ที่กำหนดว่ามีอยู่ “ตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” นั้น มีความหมายเพียงใด ซึ่งในประเด็นนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมกรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ ๑ และคณะที่ ๗) เห็นว่า การที่ข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ๑ ได้กำหนดความหมายของ “คนต่างด้าว” โดยนำเอาเรื่อง “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลมาพิจารณาด้วยนั้น ก็เนื่องจากการบริหารกิจการของนิติบุคคลเป็นอำนาจของกรรมการบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๑๔๔^{๑๔} แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หาก “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวในนิติบุคคลใดมีอยู่ตั้งแต่กึ่งหนึ่งแล้ว อำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำนินิติบุคคลนั้นย่อมอาจตกอยู่ในมือของคนต่างด้าวได้

สำหรับการที่จะพิจารณาว่านิติบุคคลใดที่มี “ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว” หรือนิติบุคคลใดมี “จำนวนผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวตั้งแต่กึ่งหนึ่ง” นั้น อาจแยกพิจารณาได้เป็น ๒ กรณีคือ ในแง่ของผู้ถือหุ้นและในแง่ของทุน สำหรับการพิจารณาในแง่ของผู้ถือหุ้น การเข้าถือหุ้นอาจมิได้ทั้งการถือหุ้นโดยบุคคลธรรมดากับการถือหุ้นโดยนิติบุคคลอื่น ซึ่งการที่นิติบุคคลอื่น (บริษัทอื่น) เข้ามาถือหุ้นในบริษัทใดนั้น ย่อมเป็นการถือหุ้นของนิติบุคคลซึ่งมีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นคนหนึ่งเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา การนับจำนวนผู้ถือหุ้นจึงต้องนับบริษัทอื่นที่เข้ามาถือหุ้นนั้นเป็น ๑ หน่วยด้วย โดยไม่นำเอาจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทอื่นมานับรวมเป็นจำนวนผู้ถือหุ้นในบริษัทใหม่นั้น ดังนั้น ในแง่นี้จึงเป็นการพิจารณาเฉพาะตัวบริษัทผู้ถือหุ้นโดยตรง ส่วนการพิจารณาอีกกรณีหนึ่งคือพิจารณาในแง่ของทุนของคนต่างด้าวนั้น เนื่องจากความในข้อ ๓ (๑) แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๘๑ ๑ ได้ใช้คำว่า “ทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่ง...เป็นของคนต่างด้าว” การพิจารณาทุนของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดจึงอาจมีความหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นโดยตรง หรืออาจจะหมายถึงทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทนั้นตามความเป็นจริงก็ได้ เมื่อความในส่วนนี้ได้บัญญัติไว้ในลักษณะที่อาจมีความหมายได้หลายนัย การที่จะเลือกพิจารณาว่าความหมายตามนัยใดจะเป็นความหมายที่ถูกต้องจึงจำต้องพิจารณาจากเจตนารมณ์ของบทบัญญัตินั้นเองว่าต้องการให้มีความหมายไปในทางใด ซึ่งในเรื่องนี้มีข้อที่ควรพิจารณาว่า การที่ได้มีการตราประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ ๒๘๑ ๑ ขึ้น ก็โดยมีเจตนารมณ์ที่ไม่ต้องการให้นิติบุคคลที่เป็น “คนต่างด้าว” มาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนด แข่งขันกับคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีอำนาจในการบริหารกิจการและการครอบงำอยู่ในมือของคนไทย ดังจะเห็นได้จากความตอนหนึ่งในคำปรารภ^{๑๕} ของประกาศของคณะปฏิวัตินี้ดังกล่าวที่ว่า “...สมควรกำหนดหลักเกณฑ์

^{๑๔}มาตรา ๑๑๔๔ บรรดาบริษัทจำกัด ให้มีกรรมการคนหนึ่งหรือหลายคนด้วยกันจัดการตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ในความครอบงำของที่ประชุมใหญ่แห่งผู้ถือหุ้นทั้งปวง

^{๑๕}โดยที่คณะปฏิวัติพิจารณาเห็นว่า ในปัจจุบันนี้ได้มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอยู่ในราชอาณาจักรเป็นจำนวนมากและทวีขึ้นเป็นลำดับ ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้าน

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ ...” เมื่อเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ฯ เป็นดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ การพิจารณาเรื่อง “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวตามข้อ ๓ จึงจำเป็นต้องพิจารณาจาก “ทุน” หรือ “จำนวนผู้ถือหุ้น” ของคนต่างด้าวตามความเป็นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของทุนนั้นจำเป็นต้องพิจารณาลงไปถึงทุนของคนต่างด้าวในนิติบุคคลอื่นที่เข้ามาร่วมลงทุนในบริษัทนั้นด้วย โดยการพิจารณาลงไปถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในแต่ละนิติบุคคล แล้วนำมาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกัน เพราะทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวย่อมต้องถือว่ามีส่วนร่วมลงทุนในบริษัทแม่ และเป็นส่วนหนึ่งของทุนของบริษัทแม่นั่นเอง การพิจารณาความหมายของบทบัญญัติในเรื่องนี้โดยพิจารณาเฉพาะทุนของคนต่างด้าวที่นำมาลงในบริษัทแม่โดยตรงเท่านั้น ย่อมเป็นหนทางให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีการอำพรางสถานะที่แท้จริงของนิติบุคคลนั้น หรือมีการแอบแฝงเพื่อเข้ามาใช้สิทธิประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดอันจะมีผลทำให้บริษัทที่มีทุนของคนต่างด้าวตามความเป็นจริงตั้งแต่กึ่งหนึ่ง สามารถเข้ามาประกอบกิจการตามประเภทที่กำหนดไว้ในประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ฯ ได้ โดยอาศัยสิทธิในนามของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย อันเป็นการขัดกับเจตนารมณ์ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ได้ตราขึ้นโดยมีเจตนารมณ์ที่เป็นพิเศษแตกต่างไปจากกฎหมายอื่น

สำหรับปัญหาที่หารือมานี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า^{๑๖} บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่จะขอจดทะเบียนใหม่ มีบริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด ซึ่งเป็นคนต่างด้าว ถือหุ้นอยู่ ๔๙% ในอีก ๕๑% เป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย ๗ คน ถือหุ้นคนละ ๑ หุ้น และบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นในส่วนที่เหลือ กรณีนี้จึงต้องพิจารณาถึงสถานะหรือสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าวในบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด ด้วย ซึ่งปรากฏว่า ในบริษัทเอเชียอาบราวน์ โบเวอร์ โฮลดิ้ง จำกัด นี้มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่ ๔๙% ซึ่งได้แก่คนต่างด้าว ๑ คน และบริษัท เอเชียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์ ส่วนอีก ๕๑% เป็นบุคคลธรรมดาสัญชาติไทย ๔ คน ถือหุ้นคนละ ๑ หุ้น และบริษัทเค้นท์มีเตอร์ส (ประเทศไทย) จำกัด จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นในส่วนที่เหลือในช่วงนี้หากพิจารณาถึงสัดส่วนของทุนของคนต่างด้าว โดยการนำทุนของบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่เป็นคนต่างด้าว ซึ่งได้แก่ บริษัทเอบีบี อาเซียอาบราวน์ โบเวอร์ จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสวิตเซอร์แลนด์ มารวมกับทุนของคนต่างด้าว ๑ คน และบริษัทเอเชียแปซิฟิก โฮลดิ้ง พี ที อี จำกัด ซึ่งจดทะเบียนในประเทศสิงคโปร์มาคิดรวมในอัตราที่เป็นสัดส่วนกันแล้ว ก็จะเห็นได้ว่า ทุนของคนต่างด้าวที่จะมีอยู่ในบริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด มีอยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งแล้ว บริษัทเอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด จึงเป็น “คนต่างด้าว” ตามนัยข้อ ๓ แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ ๒๔๑ฯ

วิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่าง ๆ ได้มากขึ้น สมควรกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติเป็นส่วนรวม หัวหน้าคณะปฏิวัติจึงมีคำสั่งดังต่อไปนี้

^{๑๖}โปรดดูเอกสารแนบท้าย หมายเลข ๒

(ลงชื่อ) วัฒนา รัตนวิจิตร

(นายวัฒนา รัตนวิจิตร)

รองเลขาธิการฯ

ปฏิบัติราชการแทน เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

สิงหาคม ๒๕๓๔