

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เรื่อง ทูลขึ้นทูลตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒

กระทรวงพาณิชย์ได้มีหนังสือ ที่ พณ ๐๘๐๓/๒๕๗๗ ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา สรุปความได้ว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้คนต่างด้าวต้องมีทุนขั้นต่ำที่ใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย และแนวทางปฏิบัติของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ จะพิจารณาทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตามนัยมาตรา ๔ และมาตรา ๑๔ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ว่าต้องเป็นทุนตามความเป็นจริงที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยซึ่งมีการเรียกชำระค่าหุ้นครบถ้วนแล้ว ในเรื่องนี้ บริษัท เคนวูด อิเล็กทรอนิกส์ (ไทยแลนด์) จำกัด ได้มีหนังสือลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๒๕๕๒ ได้แย้งความเห็นของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ และเห็นว่า มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้กำหนดนิยามคำว่า “ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และ “ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชน จำกัด ดังนั้น ในกรณีที่บริษัทเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดในประเทศไทยและประกอบธุรกิจค้าส่งโดยมีทุนจดทะเบียนหนึ่งร้อยล้านบาท เมื่อบริษัทเรียกชำระค่าหุ้นร้อยละสิบห้าเป็นทุนชำระแล้วยี่สิบห้าล้านบาท บริษัทจึงสามารถประกอบธุรกิจค้าส่งได้โดยไม่ต้องขออนุญาตและไม่ต้องเรียกชำระค่าหุ้นเพิ่มเติมให้ครบหนึ่งร้อยล้านบาทแต่อย่างใด และเนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายมหาชนจึงต้องตีความโดยเคร่งครัด ทุนขั้นต่ำของบริษัทจำกัดจึงหมายถึงทุนจดทะเบียนของบริษัทเท่านั้น จะตีความว่าเป็นทุนที่ได้ชำระค่าหุ้นแล้วไม่ได้ หากกฎหมายประสงค์ให้ทุนขั้นต่ำของบริษัทจำกัดหมายความว่ารวมถึงทุนที่ได้เรียกชำระจากผู้ถือหุ้นแล้ว พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ จะต้องบัญญัติคำนิยามคำว่า “ทุน” ของบริษัทจำกัด หมายความว่า ทุนชำระแล้วเช่นเดียวกับกรณีบริษัทมหาชนจำกัด

กระทรวงพาณิชย์เห็นว่า เจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่กำหนดให้คนต่างด้าวต้องมีทุนขั้นต่ำตามจำนวนที่กำหนดเพื่อใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยก็เพื่อคุ้มครองปกป้องประโยชน์ของคนไทยมิให้คนต่างด้าวเข้ามาแย่งประโยชน์จากการประกอบธุรกิจโดยที่ไม่มีการนำเงินเข้ามาลงทุนจริง ดังนั้น ทุนขั้นต่ำตาม

จำนวนที่กำหนดในกฎหมายจึงต้องเป็นทุนที่มีอยู่ตามความเป็นจริง ทั้งนี้ ตามนัยที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔ และมาตรา ๑๔ นอกจากนี้ การเรียกชำระค่าหุ้นบางส่วนซึ่งต้องไม่น้อยกว่าร้อยละสิบห้า นั้นเป็นเรื่องที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท) และเป็นความตกลงระหว่างเอกชนกับเอกชน ดังนั้น บริษัทจึงไม่สามารถนำวิธีการปฏิบัติในเรื่องดังกล่าวมาใช้โดยขัดกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนได้

กระทรวงพาณิชย์จึงขอหารือในประเด็นทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องมีเพื่อนำมาใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นเป็นบริษัทจำกัดซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย เพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นข้อกฎหมายและเป็นบรรทัดฐานในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ต่อไป

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) ได้พิจารณาข้อหารือของกระทรวงพาณิชย์ โดยมีผู้แทนกระทรวงพาณิชย์ (กรมพัฒนาธุรกิจการค้า) เป็นผู้ชี้แจงข้อเท็จจริง และปรากฏข้อเท็จจริงจากคำชี้แจงของผู้แทนกรมพัฒนาธุรกิจการค้าว่า เดิมกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้เคยมีหนังสือตอบหน่วยงานเอกชนในปี พ.ศ. ๒๕๔๕ เกี่ยวกับการพิจารณาทุนขั้นต่ำโดยใช้แนวทางตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ทุนขั้นต่ำของบริษัทจำกัดหมายถึงทุนจดทะเบียน ส่วนการชำระค่าหุ้นจะต้องเป็นจำนวนเท่าใดนั้น ให้เป็นไปตามที่กำหนดในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ต่อมาในปี พ.ศ. ๒๕๔๙ กรมพัฒนาธุรกิจการค้ามีความเห็นว่า แนวทางดังกล่าวไม่ถูกต้อง จึงเปลี่ยนแนววินิจฉัยใหม่ โดยตีความว่า ทุนขั้นต่ำนั้นต้องเป็นทุนที่ชำระแล้วเต็มมูลค่า ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับการพิจารณาบทนิยามคำว่า “ทุนขั้นต่ำ” กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจึงขอหารือเกี่ยวกับการพิจารณาทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวที่เป็นบริษัทจำกัดซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทยว่าจะพิจารณาจากทุนตามความเป็นจริงของคนต่างด้าวที่ใช้ในการประกอบธุรกิจหรือพิจารณาจากทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด โดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้มีหนังสือ ที่ พณ ๐๘๐๓/๓๐๔๓ ลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ๒๕๕๒ ถึงสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกาเพื่อขอยืนยันประเด็นที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าประสงค์ที่จะขอหารือดังกล่าวข้างต้นอีกครั้งหนึ่งเพื่อให้เกิดความชัดเจน

คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๖) พิจารณาแล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นกฎหมายที่ใช้ในการกำหนดเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยมีมาตรา ๑๔^๑ ประกอบกับมาตรา ๑๘ (๓)^๒ แห่ง

^๑ มาตรา ๑๔ ทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทยต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวงแต่ต้องไม่น้อยกว่าสองล้านบาท

ในกรณีการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในวรรคแรกเป็นธุรกิจที่ต้องได้รับอนุญาตตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ทุนขั้นต่ำที่กำหนดในกฎกระทรวงสำหรับแต่ละธุรกิจต้องไม่น้อยกว่าสามล้านบาท

กฎกระทรวงที่ออกตามบทบัญญัติมาตรานี้ อาจกำหนดระยะเวลาทุนขั้นต่ำที่ต้องนำหรือส่งเข้ามาในประเทศไทยไว้ด้วยก็ได้

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดจำนวนทุนขั้นต่ำที่คนต่างด้าวต้องมีเพื่อใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย และมาตรา ๑๘ (๑) ให้อำนาจรัฐมนตรีกำหนดอัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบกิจการที่ได้รับอนุญาต จึงเห็นได้ว่าการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยจำเป็นต้องพิจารณาทั้งในส่วนของทุนและทุนขั้นต่ำแยกจากกัน อีกทั้งเมื่อพิจารณาตรา ๔^๓ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กำหนดนิยามคำว่า “ทุน” และ “ทุนขั้นต่ำ” ไว้ต่างหากจากกัน ทุนและทุนขั้นต่ำจึงเป็นถ้อยคำที่มีความหมายต่างกันและเป็นคนละกรณีกัน

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถ้อยคำในบัญชีสามท้ายพระราชบัญญัติฯ เห็นว่าเป็นการกำหนดจำนวนทุนขั้นต่ำของการประกอบธุรกิจแต่ละประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง (๑๔) และ (๑๕)^๔ กำหนดจำนวนทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าไว้ ทุนขั้นต่ำจึงต้องเป็นเงินทุนจริง มิใช่ทุนจดทะเบียนของนิติบุคคล และเมื่อพิจารณาประกอบกับมาตรา ๑๔^๕ แห่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวที่

ความในมาตรานี้ไม่ใช่บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น

^๒ มาตรา ๑๘ รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนดเงื่อนไขหนึ่งเงื่อนไขใดให้คนต่างด้าวผู้รับใบอนุญาตต้องปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

- (๑) อัตราส่วนทุนกับเงินกู้ที่จะใช้ในการประกอบธุรกิจที่ได้รับอนุญาต
- (๒) จำนวนกรรมการที่เป็นคนต่างด้าวซึ่งจะต้องมีภูมิลำเนาหรือที่อยู่ในราชอาณาจักร
- (๓) จำนวนและระยะเวลาการดำรงไว้ซึ่งทุนขั้นต่ำภายในประเทศ

ฯลฯ

ฯลฯ

^๓ มาตรา ๔ ในพระราชบัญญัตินี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ทุน” หมายความว่า ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัด หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงหุ้นในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น

“ทุนขั้นต่ำ” หมายความว่า ทุนของคนต่างด้าวในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นนิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทยหรือเป็นบุคคลธรรมดาให้หมายถึงเงินตราต่างประเทศที่คนต่างด้าวนำมาใช้เมื่อเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย

ฯลฯ

ฯลฯ

^๔ บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

- (๑) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่

ฯลฯ

ฯลฯ

(๑๔) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

- (๑๕) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

ฯลฯ

ฯลฯ

^๕ โปรดดูเชิงอรรถที่ ๑, ข้างต้น

เป็นบทบังคับให้คนต่างด้าวต้องนำหรือส่งทุนขั้นต่ำเข้ามาในประเทศไทยเพื่อใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจของตนภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยการนำหรือส่งทุนขั้นต่ำดังกล่าวเข้ามาในประเทศไทยไม่ใช่บังคับกับกรณีที่คนต่างด้าวนำเงินหรือทรัพย์สินอันเกิดจากรายได้ที่ได้มาจากการประกอบธุรกิจเดิมที่เริ่มดำเนินการมาก่อนแล้วในประเทศไทยไปเริ่มประกอบธุรกิจรายอื่นหรือนำไปลงทุนหรือลงทุนในกิจการหรือในนิติบุคคลอื่น จึงเห็นว่า ทุนขั้นต่ำต้องเป็นเงินซึ่งคนต่างด้าวมียู่ตามความเป็นจริง และมีการนำหรือส่งเงินตราต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยจริง สำหรับใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น การพิจารณาทุนขั้นต่ำจึงต้องพิจารณาจากเงินทุนตามความเป็นจริงที่คนต่างด้าวนำหรือส่งเข้ามาเพื่อใช้ในการเริ่มต้นประกอบธุรกิจในประเทศไทย มิใช่ทุนจดทะเบียนของบริษัทจำกัดตามที่กำหนดในนิยามคำว่า “ทุน” แต่อย่างใด

(ลงชื่อ) พรทิพย์ จาละ

(คุณพรทิพย์ จาละ)

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓