



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

ปัญหาในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในประเทศไทย

The Problems Regarding the Land Ownership of the Foreigner for Investment in Thailand

ภิญญาพัชญ์ อรรคฮาตศรี (Phinyaphat Akkahatsri)¹ วราภรณ์ วนาพิทักษ์ (Varaporn Vanaphituk)²สรารุช ปิตยาศักดิ์ (Saravut Pityasak)³

บทคัดย่อ

บทความวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ (1) ศึกษาทฤษฎีและแนวคิดของการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อลงทุนประกอบกิจการในประเทศไทยและนิยามของนิติบุคคลคนต่างด้าว (2) ศึกษากฎหมาย กฎระเบียบ ข้อบังคับ หนังสือของหน่วยงานของรัฐที่ตรวจสอบคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินโดยฝ่าฝืนกฎหมาย และการครอบงำกิจการของนิติบุคคลไทยโดยคนต่างด้าว (3) ศึกษาแนวทางในการควบคุมการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อลงทุนของไทยและต่างประเทศ (4) วิเคราะห์ สรุป ปัญหาเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อลงทุน เพื่อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บทความวิชาการนี้เป็นงานวิจัยเชิงคุณภาพวิธีวิจัยเอกสารโดยศึกษาจากประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 รวมถึงกฎ ระเบียบ ข้อบังคับ หนังสือของหน่วยงานรัฐ บทความ วารสาร วิทยานิพนธ์ สารนิพนธ์ แนวทางการควบคุมการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวและการควบคุมการครอบงำกิจการของคนต่างด้าวของประเทศไทยและต่างประเทศ โดยการศึกษาครั้งนี้ผู้ศึกษาได้รวบรวมข้อมูลให้เป็นระบบ เพื่อผู้วิจัยจะทำการสังเคราะห์และวิเคราะห์ข้อมูลเชิงคุณภาพ โดยวิเคราะห์จากเนื้อหาที่ได้จากการวิจัยเอกสารและการทบทวนวรรณกรรม เพื่อนำมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดินและพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ต่อไป ผลการศึกษาพบว่า (1) การกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อลงทุนของคนต่างด้าวต้องมีมาตรการเพื่อป้องกันการผูกขาดการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในประเทศไทยของคนต่างด้าวอย่างถาวรและกำหนดสัดส่วนเนื้อที่ในการถือกรรมสิทธิ์ในแต่ละพื้นที่ (2) นำแนวทางในการป้องกันการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวโดยใช้ผู้อื่นถือครองที่ดินแทนในลักษณะของการครอบงำกิจการโดยนำกฎหมายของออสเตรเลียและบราซิลในการกำหนดให้นิยามคำว่านิติบุคคลต่างด้าวให้หมายความรวมถึงอำนาจในการบริหารจัดการ (3) จากการวิเคราะห์กฎหมายไทยกล่าวคือ ประมวลกฎหมายที่ดินไม่อาจป้องกันคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินโดยผูกขาดในที่ดิน และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวยังไม่อาจกำหนดนิยามของคนต่างด้าวให้ครอบคลุมถึงอำนาจในการบริหารจัดการได้ เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย และบราซิลที่ได้กำหนดเกี่ยวกับนิยามคนต่างด้าวโดยครอบคลุมถึงอำนาจในการบริหารจัดการ

คำสำคัญ คนต่างด้าว การถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน

¹ นักศึกษาหลักสูตรมหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช phinyaphat.bimz@gmail.com

² ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช varaporn@stou.ac.th

³ ศาสตราจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช spityas@hotmail.com



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

Abstract

This research aimed (1) to study theories and concepts of the land ownership of the foreigner for the business investment in Thailand and the definition of foreign juristic person, (2) to examine laws, rules, regulations, and notifications of the government's organization that monitoring the land ownership of the foreigner which is violate the laws and using concealed agent or controlling authority over the business entity, (3) to examine guidelines regarding the controlling of the land ownership of the foreigner for the investment of Thailand and another countries, (4) To analyze and summarize the problems regarding the land ownership of the foreigner for investment in order to propose the amendment of the Land Code and the Foreign Business Act B.E.2542. This research is qualitative research conducted by the documentary research method, studying, and collecting all related materials of the Land Code and the Foreign Business Act B.E.2542. The findings revealed that (1) the determination of conditions regarding to the land ownership of the foreigner for investment must have measures that prevent the permanent monopoly of land ownership in Thailand by foreigners and determine the proportion of ownership in each area, (2) It is appropriate to adopt the guidelines of Australia regarding the prevention of land ownership of foreigner who use a concealed agent or controlling authority over the business entity, and the guidelines of Brazil regarding the definition of foreigner to cover the administrative powers as well, (3) From the analysis of Thai law, The Land Code does not prevent foreigner from owning land by overly monopolizing the land, and the Foreign Business Act does not define the definition of foreigner to cover the administrative power, compared to the definition of foreigner of Australian and Brazilian law.

Keywords: Foreigner, Land ownership



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

บทนำ

ในปัจจุบันมีการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวมากขึ้น ซึ่งเป็นเพราะความต้องการลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศไทย พร้อมทั้งทางภาครัฐก็มีนโยบายกระตุ้นเศรษฐกิจ เพิ่มการลงทุนจากต่างประเทศ เพื่อเพิ่มรายได้ให้กับประเทศ จึงได้มีการทำความตกลงทางการค้าระหว่างประเทศมากมาย เช่น FTA โดยมีเป้าหมายเพื่อลดภาษีศุลกากรระหว่างกันภายในกลุ่ม หรือความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลียกำหนดให้ไทยและออสเตรเลียเริ่มเปิดเสรีการค้าทั้งในด้านสินค้า การบริการ และการลงทุน โดยมีการปรับลดภาษี หรือความตกลงด้านการลงทุน ACIA ที่กำหนดให้ความคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติได้รับความเป็นธรรมในการลงทุนในประเทศคู่ค้า มีการชดเชยค่าเสียหายกรณี ยึดทรัพย์ เว้นคืน นักลงทุนต้องสามารถ เคลื่อนย้ายเงินลงทุนได้โดยเสรี เป็นต้น รวมทั้งกฎหมายภายในประเทศไทยเองก็มีการบัญญัติกฎหมายเพื่อเป็นการดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ โดยให้สิทธิพิเศษด้านภาษี หรือให้สิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน เป็นต้น ซึ่งกฎหมายภายในที่กำหนดสิทธิประโยชน์ในการลงทุนในประเทศ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นต้น

ทั้งนี้ประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดหลักการเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าว ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยมีการกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว โดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์ในที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยไม่เกิน 1 ไร่ ประกอบกิจการทางพาณิชย์กรรมไม่เกิน 1 ไร่ อุตสาหกรรมไม่เกิน 10 ไร่ เกษตรกรรมครอบครัวไม่เกิน 10 ไร่ การสุสานตระกูลไม่เกิน ½ ไร่ การกุศลสาธารณะไม่เกิน 5 ไร่ หรือการศาสนาไม่เกิน 1 ไร่ ดังที่ปรากฏในประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 86 และ มาตรา 87 ทั้งนี้มาตรา 87 กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการกำหนดการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออุตสาหกรรมมากกว่าที่กำหนดไว้ดังที่กล่าวมาก็ได้ ทั้งนี้กฎหมายอื่นก็มีการบัญญัติไว้เช่นเดียวกัน เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ที่ให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนดการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวมากกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนดได้ ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27 และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 รวมถึงประมวลกฎหมายที่ดินได้กำหนดนิยามของคนต่างด้าวไว้ โดยกฎหมายทั้งสองฉบับต่างก็บัญญัติลักษณะของนิติบุคคลต่างด้าวโดยพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวเกินกึ่งหนึ่งในนิติบุคคลนั้นจึงจะถือว่าเป็นคนต่างด้าว โดยในการศึกษานี้จะเป็นการศึกษาในปัญหาของนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวอย่างไรก็ตามด้วยเหตุผลดังกล่าว รวมถึงประเทศไทยมีทรัพยากรอย่างอุดมสมบูรณ์ จึงเป็นเหตุให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศไทยมากขึ้น จึงส่งผลให้มีการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวตามมา ทำให้พบได้ว่าปัจจุบันมีคนต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในประเทศไทยทั้งที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น พื้นที่จังหวัดระยองมีการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อปลูกสร้างอาคาร โรงงาน และยังพบว่ามีการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในลักษณะจำนองคนไทย หรือในพื้นที่อำเภอหัวหิน จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ พบว่ามีการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อประกอบธุรกิจสังหาริมทรัพย์ โดยการสอบสวนของกรมสอบสวนพิเศษ พบว่ามีการตั้งนิติบุคคลไทยประกอบกิจการโครงการสนามกอล์ฟพร้อมบ้านพักตากอากาศและคอนโดมิเนียม บนพื้นที่ที่ซื้อมาจากบุคคลต่างจำนวน 6 แปลง เนื้อที่ประมาณ 448 ไร่ เป็นต้น นอกจากนี้ยังมีคนต่างด้าวจำนวนมากที่ถือครองที่ดินมากเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดในประเภทที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ เช่น การถือครองโดยแจ้งการถือครองในวัตถุประสงค์หนึ่งแต่กลับใช้ประโยชน์จริงในวัตถุประสงค์ไม่ตรงตามที่ขออนุญาต หรือเป็นการครอบครองตามกฎหมายอื่นซึ่งสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้มากกว่าประมวลกฎหมายที่ดินที่ไม่มีการกำหนดจำนวนเนื้อที่ขั้นสูงไว้ ซึ่งปัจจุบันหน่วยงานของรัฐก็มีมาตรการในการตรวจสอบกรณีดังกล่าวอยู่แต่ปัญหายังไม่หมดไป



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

จากหลักการดังกล่าวข้างต้นจึงเกิดประเด็นปัญหาสองประการ คือ ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว และปัญหาในการนิยามความหมายของคนต่างด้าว โดยพิจารณาได้ดังนี้

1. ปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว ตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 86 และ มาตรา 87 ได้กำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวไว้ แต่หลักเกณฑ์ดังกล่าวไม่ตายตัว เพราะมีบทบัญญัติประมวลกฎหมายที่ดิน รวมถึงกฎหมายพิเศษ เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน ที่มีการเปิดโอกาสให้รัฐอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินมากกว่าที่กฎหมายกำหนดได้ โดยพิจารณาถึงประโยชน์ทางด้านเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ซึ่งถือว่าเป็นเหตุผลที่เป็นประโยชน์ต่อประเทศ แต่อย่างไรก็ตามการกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างไม่มีกำหนดจำนวนเนื้อที่ขึ้นสูงสุดที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ รวมถึงหากไม่มีการกำหนดสัดส่วนในการถือกรรมสิทธิ์ในแต่ละเขตเทศบาล อาจทำให้คนต่างด้าวครอบงำการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศไทย ส่งผลให้มีอำนาจในการกำหนดราคาที่ดิน ทำให้ที่ดินมีราคาสูงขึ้น อาจทำให้พลเมืองชาวไทยยากต่อการมีที่อยู่อาศัย

2. ปัญหาอีกประการหนึ่งคือ การบัญญัตินิยามของคำว่า “คนต่างด้าว” โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีของนิติบุคคลต่างด้าวที่ไม่สะท้อนถึงความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวที่แท้จริง โดยในปัจจุบันมีกฎหมายที่กำหนดนิยามของนิติบุคคลต่างด้าวไว้คือ พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ที่กำหนดนิยามคนต่างด้าวโดยพิจารณาถึงสัญชาติของตัวบุคคล และสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทเป็นหลัก ซึ่งในปัจจุบันยังมีบริษัทมากมายที่ถือเป็นนิติบุคคลไทยตามกฎหมาย แต่มีการผูกขาดโดยมีอำนาจลงนามแทนเป็นคนต่างด้าว หรือมีคนต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิแต่มีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้มากกว่าคนไทยในนิติบุคคลนั้น อันเป็นช่องทางในการอาศัยหุ้นบุริมสิทธิที่กำหนดในข้อบังคับของบริษัท ซึ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บริษัทจำกัดสามารถกำหนดให้มีหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิได้ มาตรา 1108 กำหนดว่า “(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นในบริษัท” ดังนั้นจึงมีขอบเขตค่อนข้างกว้าง จึงเป็นเหตุให้คนต่างด้าวนี้อาศัยการครอบงำการบริหารจัดการของนิติบุคคลไทยโดยการกำหนดให้คนต่างด้าวมีสิทธิในการออกเสียงลงคะแนนมากกว่าคนไทย ซึ่งเมื่อพิจารณาสภาพความจริงแล้วคนที่มีอำนาจกำหนดทิศทางนิติบุคคลอย่างแท้จริง รวมถึงอำนาจในการบริหารจัดการเป็นของคนต่างด้าวอย่างแท้จริง จึงส่งผลให้คนต่างด้าวสามารถกระทำการใดๆ ได้เหมือนคนไทยทุกประการ เช่น การประกอบกิจการต้องห้ามตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศไทยได้เหมือนคนไทย

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อศึกษาแนวคิดของการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว และนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว
2. เพื่อศึกษาหลักกฎหมายเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว และการกำหนดลักษณะของคนต่างด้าวของกฎหมายไทยและต่างประเทศ
3. เพื่อศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวและการกำหนดลักษณะของคนต่างด้าวระหว่างประเทศไทยและต่างประเทศ
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวกับการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อลงทุน และการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

ระเบียบวิธีวิจัย

การศึกษาค้นคว้านี้ เป็นการวิจัยทางนิเทศศาสตร์ โดยการวิจัยเชิงคุณภาพ ด้วยการวิจัยเอกสาร จากการสืบค้นจากแหล่งปฐมภูมิและทุติยภูมิ เช่น หนังสือ ตำรา วารสาร บทความวิชาการ กฎ ระเบียบ หนังสือของหน่วยงานราชการ รวมถึงคำพิพากษาของศาล เอกสารอิเล็กทรอนิกส์และเอกสารอื่นๆที่เกี่ยวข้อง โดยนำมาวิเคราะห์ สังเคราะห์ เปรียบเทียบกฎหมายไทยและต่างประเทศ คือ ประเทศออสเตรเลีย และบราซิล เพื่อนำแนวทางที่เหมาะสมมาใช้ในการแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถแก้ไขปัญหาในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุน

ผลการวิจัย

ในส่วนของผลการวิจัยจะเป็นการพิจารณาเปรียบเทียบกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ และผลจากการศึกษาทั้งกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศในเรื่องของการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว และเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวดังนี้

1. หลักกฎหมายไทยในการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว และเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทย

ในการพิจารณานิยามของคนต่างด้าวมียกข้อยกเว้นที่ต้องนำมาพิจารณาคือ พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยในการศึกษานี้จะศึกษาเฉพาะประเด็นเรื่องนิยามของนิติบุคคลต่างด้าว เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 พบว่ามีการแบ่งคนต่างด้าวออกเป็น 2 ประเภทคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล บุคคลธรรมดาที่เป็นคนต่างด้าวคือบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย และนิติบุคคลที่เป็นต่างด้าวจะมีพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้นคือ หากมีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าอัตราร้อยละ 49 ถือว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าว อย่างไรก็ตามก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีการประกาศใช้ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มีการบัญญัตินิยามของ “คนต่างด้าว” ว่าหมายถึงทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล โดยนิติบุคคลนั้นแบ่งออกเป็นสองประเภทคือ นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายของต่างประเทศ และนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายไทย กรณีนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย โดยได้พิจารณาเกี่ยวกับ 1.ทุน 2.จำนวนผู้ถือหุ้นหรือหุ้นส่วน 3. สัญชาติของหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการ เฉพาะในห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียน ไม่รวมถึงบริษัทจำกัด ที่เป็นของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวด้วย ต่อมาเมื่อปี พ.ศ. 2540 ประเทศไทยประสบกับปัญหาทางเศรษฐกิจ ต้องพึ่งพาการกู้ยืมเงินจาก IMF เพื่อให้ประเทศไทยพลิกฟื้นภาวะทางเศรษฐกิจอีกครั้ง โดยประสงค์ให้มีการดึงดูดเงินจากต่างชาติมากขึ้น ประกอบกับกฎหมายที่ใช้ขณะนั้นคือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 มีหลักการบางอย่างไม่สอดคล้องกับเศรษฐกิจการลงทุน เพื่อเพิ่มรายได้ด้านการลงทุนจากต่างประเทศจึงยกเลิกประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 และตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ขึ้น แต่ทั้งนี้ในประมวลกฎหมายที่ดินก็ได้กล่าวถึงลักษณะของคนต่างด้าวเช่นกันในมาตรา 97 โดยพิจารณาถึงสัดส่วนการถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 49 ถือเป็นบุคคลตามมาตรา 97 และพิจารณาถึงจำนวนคนต่างด้าวที่ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นหากเกินกึ่งหนึ่งให้ถือเป็นคนต่างด้าว รวมถึงมีการเพิ่มเติมเรื่องการดำเนินกิจการ และวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการ แต่อย่างไรก็ตามบุคคลต่างด้าวทั้งที่บัญญัติทั้งสองพิจารณาความหมายของคนต่างด้าว โดยพิจารณาเพียงสัญชาติของบุคคลธรรมดา และสัดส่วนการถือหุ้นของนิติบุคคลเท่านั้น ซึ่งยังไม่สะท้อนความเป็นคนต่างด้าวอย่างแท้จริง ทั้งนี้ในปัจจุบัน



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

พบว่านิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวอยู่เบื้องหลัง มีอำนาจในการบริหารจัดการกำหนดทิศทางการดำเนินงานของนิติบุคคล เช่น การให้ผู้มีอำนาจลงนามแทนนิติบุคคลเป็นคนต่างด้าว หรือการใช้วิธีกำหนดในข้อบังคับของบริษัทว่า ให้ผู้ที่ถือหุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงลงคะแนนได้มากกว่าผู้ถือหุ้นสามัญ เช่น ในบริษัท A มีผู้ถือหุ้นทั้งหมด 10 คน มีคนไทยถือหุ้นสามัญ 6 คน และมีคนต่างด้าวถือหุ้นบุริมสิทธิ 4 คน แต่ผู้ที่ถือหุ้นสามัญหนึ่งคนมีสิทธิลงคะแนนเสียงได้ 1 เสียง และผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิหนึ่งคนออกเสียงได้ 2 เสียง กรณีนี้ถือว่าคนต่างด้าวมีอำนาจในการออกเสียงมากกว่า ทำให้อำนาจในการบริหารจัดการอยู่ที่คนต่างด้าว นอกจากนี้ในปัจจุบันมีการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยจำนวนมาก โดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้บริษัทจำกัดสามารถให้บริษัทกำหนดให้มีหุ้นบุริมสิทธิได้ โดยให้กำหนดไว้ในข้อบังคับของบริษัท ดังที่ปรากฏตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) กำหนดว่า “(4) วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ ทั้งกำหนดสภาพและบุริมสิทธิแห่งหุ้นนั้น ๆ ว่าเป็นสถานใดเพียงใด ถ้าหากจะมีหุ้นเช่นนั้นบริษัท” โดยคำว่า “สถานใดเพียงใด” นั้น ไม่มีการบ่งชี้เฉพาะว่าสามารถกำหนดขอบเขตได้แค่ไหนเพียงใด จึงสามารถกำหนดได้เท่าที่ไม่ขัดกับเจตนารมณ์ของหลักกฎหมายหุ้นส่วนบริษัท และความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน

กฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวก็คือ ประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดว่าคนต่างด้าวสามารถมีสิทธิในที่ดินสามารถใช้ประโยชน์ในที่ดินตามมาตรา 86 และมาตรา 87 เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยไม่เกิน 1 ไร่ ประกอบกิจการทางพาณิชย์กรรมไม่เกิน 1 ไร่ อุตสาหกรรมไม่เกิน 10 ไร่ เกษตรกรรมครอบครัวไม่เกิน 10 ไร่ การสุสานตระกูลไม่เกิน ½ ไร่ การกุศลสาธารณะไม่เกิน 5 ไร่ หรือการศาสนา ไม่เกิน 1 ไร่ แต่ทั้งนี้หากเป็นการได้สิทธิในที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมคณะรัฐมนตรีสามารถอนุญาตได้เกินกว่าจำนวนที่กำหนดก็ได้ นอกจากนี้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนอย่าง พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27 กำหนดว่าบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน คณะกรรมการสามารถกำหนดให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินมากกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนดก็ได้ จึงเห็นได้ว่าหลักเกณฑ์การกำหนดจำนวนเนื้อที่ในการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวนั้นไม่ตายตัว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อลงทุน อย่างเพื่อการอุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม ส่วนในกรณีที่ดินต่างด้าวนำเงินมาลงทุนในประเทศไทยนั้น ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96 ทวิ กำหนดให้สิทธิในคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยไม่เกิน 1 ไร่ หากนำเงินมาลงทุนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาท มีระยะเวลาในการลงทุนไม่น้อยกว่า 3 ปี มีการกำหนดบริเวณที่สามารถใช้ประโยชน์เป็นที่อยู่อาศัยได้คือ ในเขตกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา เขตเทศบาล หรืออยู่ในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยผังเมือง และธุรกิจที่การลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อประเทศ หรือเป็นกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนดให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ อย่างไรก็ตามประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินได้ในประเทศไทยได้ โดยใช้คำว่า “ได้มาซึ่งที่ดิน” ดังนั้นจึงหมายถึงทั้งสามารถได้ทั้งกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองอย่างการเช่าด้วย

มาตรการของหน่วยงานรัฐในการตรวจสอบการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าว หน่วยงานรัฐที่ควบคุมการตรวจสอบการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว และตรวจสอบการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทย คือกรมที่ดินและกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ โดยกรมที่ดินนั้นจะมีการตรวจสอบในเบื้องต้นกรณีที่มีนิติบุคคลต่างด้าวมาทำนิติกรรมซื้อที่ดิน โดยตรวจสอบว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลตามมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินหรือไม่ โดยนิติบุคคลนั้นจะต้องแสดงหลักฐานที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้ บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น หนังสือบริคณห์สนธิ วัตถุประสงค์ ข้อบังคับ หนังสือรับรองบริษัท รายงานการประชุม หนังสือรับรองจากตลาดหลักทรัพย์ว่าจะควบคุมอัตราส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวไม่เกินอัตราร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน หรือสอบสวนกรณีมีเหตุสงสัยว่ามีการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินไว้แทนคนต่างด้าว เช่น



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

มีผู้ร้องเรียนว่ามีการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินไว้แทนคนต่างด้าว หรือมีพฤติการณ์ที่น่าสงสัยกล่าวคือ มีการซื้อที่ดินจำนวนมาก หรือเมื่อรวมกับที่ดินเดิมแล้วเป็นที่ดินจำนวนมากจนผิดสังเกต หากรายใดมีเหตุผลหรือพฤติการณ์ที่พอจะเชื่อได้ว่าการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น จะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือจะซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์บุคคลต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 74 วรรคสอง จึงควรมีการตรวจสอบและพิจารณาต่อไป โดยกรมที่ดินมีมาตรการโดยได้ออกหนังสือที่ใช้บังคับกับพนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบ เมื่อพิจารณาได้ว่ามีมูลหรือมีพฤติการณ์ว่ามีความจริงด้าว ให้แจ้งต่อรัฐมนตรีเพื่อออกคำสั่งตามมาตรา 74 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และต้องจำหน่ายที่ดินนั้น ส่วนคนต่างด้าวก็ต้องรับโทษตามประมวลกฎหมายที่ดินรับผิดตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 111 ฐานได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ นิติบุคคลมีความผิดตามมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน สำหรับคนไทยมีความผิดตามมาตรา 113 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ฐานได้มาในที่ดินโดยเป็นตัวแทนคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลที่ถือเป็นคนต่างด้าว ฐานแจ้งข้อความเท็จต่อเจ้าพนักงานและฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จัดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการตาม มาตรา 137 และ 267 แห่งประมวลกฎหมายอาญา ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามหนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0515.2/ว 23613 ลงวันที่ 21 สิงหาคม พ.ศ. 2552 เรื่องมาตรการป้องกันการถือที่ดินแทนบุคคลต่างด้าว นอกจากนี้มีกรณีคนต่างด้าวตั้งบริษัทเพื่อโอนที่ดินแทน ตามที่กระทรวงมหาดไทยมีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ มท 0515/ว 1562 ลงวันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2549, ด่วนที่สุด ที่ มท 0515/ว 2430 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 และ ด่วนที่สุด ที่ มท 0515/ว 2227 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 โดยมีสาระสำคัญว่า การขออนุญาตให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินของนิติบุคคล ยกเว้นบริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น เช่น มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชน พ.ศ. 2522 หรือกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ธนาคารพาณิชย์ ธนาคารที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายไว้เฉพาะ บริษัทเงินทุน บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ บริษัทประกันชีวิต และบริษัทประกันวินาศภัย และมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยนิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นกรรมการนิติบุคคล หรือไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจ แต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เช่น มีคนต่างด้าวเป็นผู้ลงลายมือชื่อแทนบริษัท หรือคนต่างด้าวเป็นผู้เริ่มก่อการ หรือคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นบริมสิทธิออกเสียงมากกว่าคนไทยที่ถือหุ้นในนิติบุคคลนั้น หรือผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยมีอาชีพที่ไม่ใช่อาชีพที่เกี่ยวกับการลงทุน เช่น นายหน้า หรือนายความ กรณีดังกล่าวนี้พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องตรวจสอบรายได้ของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย ในนิติบุคคลสัญชาติไทย ยกเว้นบริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น โดยสอบสวนที่มาของรายได้ อาชีพใด รายได้เท่าไรต่อเดือน โดยแสดงหลักฐานประกอบด้วย ตรวจสอบที่มาของเงินที่นำมาซื้อหุ้น เป็นต้น ในส่วนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ จะมีการตรวจสอบการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทย โดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ได้ออกคำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางที่ 102/2549 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2549 เรื่อง กำหนดเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด กำหนดให้บริษัทจำกัดไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 40 แต่ไม่ถึงร้อยละ 50 ของหุ้นทั้งหมด หรือบริษัทจำกัดไทยที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 40 อาจเป็นร้อยละ 1 ก็ได้ โดยให้ผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยแสดงเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับการเงินโดยเอกสารที่ใช้ในการตรวจสอบมีดังต่อไปนี้ สำเนาสมุดเงินฝากธนาคารหรือสำเนาใบแจ้งยอดบัญชีธนาคารย้อนหลัง 6 เดือนหรือ เอกสารที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองฐานะการเงินของผู้ถือหุ้นหรือ สำเนาหลักฐานแสดง



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

แหล่งที่มาของเงินที่นำมาชำระค่าหุ้น กรณีที่กรรมการต่างชาติมีอำนาจลงนามในคำขอจดทะเบียนให้แนบสำเนาหนังสือเดินทางของกรรมการท่านนั้นมาเป็นเอกสารประกอบการจดทะเบียนด้วย

2. หลักกฎหมายต่างประเทศในการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว และเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวในต่างประเทศ

หลักกฎหมายของต่างประเทศที่จะนำมาศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของไทย จะมีการศึกษากฎหมายของประเทศออสเตรเลีย และบราซิล ในส่วนของการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว และเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวดังนี้

2.1 หลักกฎหมายของออสเตรเลีย

กฎหมายของออสเตรเลียที่กำหนดนิยามของคนต่างด้าวไว้คือ The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 ในส่วนที่ 2 คำจำกัดความ หมวด A , Sect 8 และ The Corporations Act 2001 โดยมีการแบ่งคนต่างด้าวออกเป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล บุคคลธรรมดาที่เป็นต่างด้าวคือ บุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย ส่วนนิติบุคคลต่างด้าวคือ นิติบุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย หรือมีคนต่างด้าวรวมถึงนิติบุคคลต่างด้าวถือหุ้นอยู่เกินกว่ากึ่งหนึ่งหรือทั้งหมดของจำนวนหุ้นทั้งหมด นอกจากนี้ในการพิจารณาความเป็นคนต่างด้าวกรณีนิติบุคคลนั้น ต้องพิจารณาถึงอำนาจในการบริหารจัดการด้วย กล่าวคือ ใน The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 แก้ไขปี ค.ศ. 2010 กำหนดว่าในการพิจารณาถึงนิติบุคคลต่างด้าวให้พิจารณาจากอำนาจในการออกเสียงในนิติบุคคลนั้น และพิจารณาถึงบุคคลที่มีความสนิทหรือคุ้นเคยกับคนต่างด้าวนั้นด้วย กรณีอำนาจในการลงคะแนนเสียงนั้น กรณีที่คนต่างด้าวมียอำนาจในการลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงทั้งหมด รวมถึงอำนาจในการควบคุมอำนาจในการลงคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของอำนาจการออกคะแนนเสียงทั้งหมดให้ถือว่านิติบุคคลนั้นมีสถานะเป็นคนต่างด้าว และให้พิจารณาถึงการมีผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนหุ้นที่จำหน่ายแล้ว และผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนหุ้นที่ออกในบริษัท รวมถึงมีการพิจารณาบุคคลที่มีความสนิทหรือคุ้นเคยกับคนต่างด้าวนั้นด้วย กล่าวคือ บุคคลที่ได้รับผลประโยชน์จากหุ้นนั้นมีความสนิทหรือคุ้นเคยกับคนต่างด้าว เช่น เป็นบุตร คู่สมรส ญาติ ลูกจ้างหรือนายจ้าง หรือบริษัทที่คนต่างด้าวเป็นผู้บริหารอยู่ เป็นต้น

กฎหมายในการกำหนดสิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวของออสเตรเลีย ปรากฏในบทบัญญัติ Foreign Ownership of Land Register Act 1988 และ The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 กำหนดให้สิทธิของคนต่างด้าวไว้ ในการถือกรรมสิทธิ์โดยในประเทศออสเตรเลีย กฎหมายดังกล่าวกำหนดสิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวไม่จำกัดสิทธิมากนัก เนื่องจากประเทศออสเตรเลียเป็นประเทศที่มีขนาดใหญ่อันดับหกของโลก จึงเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุน และถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เพื่อให้มีการกระตุ้นเศรษฐกิจ โดยสามารถถือกรรมสิทธิ์เพื่อการเกษตรกรรม เพื่อที่อยู่อาศัย อุตสาหกรรม หรือพาณิชย์กรรม ไม่จำกัดบริเวณการถือกรรมสิทธิ์ มีเพียงสถานที่บางแห่งที่ห้ามถือครองคือ สถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์ นอกจากนี้ในออสเตรเลียกำหนดว่ามีเพียงสถานที่บางแห่งเท่านั้นที่ให้สิทธิถือกรรมสิทธิ์ บางแห่งได้สิทธิเพียงการเช่า ที่ดินที่ได้สิทธิเพียงการเช่าเท่านั้น เช่น ที่ดินคราวน์ อันเป็นที่ดินที่เป็นกรรมสิทธิ์ของพระมหากษัตริย์ถูกควบคุมโดยกฎหมายของรัฐบาล อย่างไรก็ตามในบทบัญญัติ The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 Sect 26A คนต่างด้าวที่ต้องการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินต้องขออนุมัติจากรัฐบาล ผ่านคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Investment Review Board : FIRB) โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อเสนอของคนต่างด้าว และให้คำแนะนำแก่คณะรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง (Treasurer) โดยบุคคลดังกล่าวจะมีหน้าที่ในการตรวจสอบว่า



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

การถือครองนั้นขัดกับผลประโยชน์ของประเทศหรือไม่ คนต่างด้าวที่จะขออนุญาตถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ต้องบุคคลธรรมดาที่ไม่ได้เป็นพลเมืองของออสเตรเลีย หมายความว่าบุคคลที่อาศัยอยู่ในออสเตรเลียเป็นระยะเวลา 200 วันก่อนการแจ้งการถือกรรมสิทธิ์ 12 เดือน และต้องไม่ใช่บุคคลที่เข้าเมืองมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และนิติบุคคลต่างด้าวตามที่กล่าวมา

2.2 หลักกฎหมายของบราซิล

กฎหมายของบราซิลได้กำหนดนิยามของคนต่างด้าวไว้ 2 ประเภท คือ บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติบราซิล คือ บุคคลที่ไม่ได้เกิดในบราซิลหรือไม่ใช่บุคคลที่เกิดต่างประเทศแต่บิดามารดาเป็นบุคคลสัญชาติบราซิล ดังที่ปรากฏตาม Brazilian nationality law และนิติบุคคลต่างด้าว หมายถึงบุคคลต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากในนิติบุคคลนั้น ซึ่งมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัท และกำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของบริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว กล่าวคือ เป็นนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 รวมถึงนิติบุคคลที่จดทะเบียนในบราซิลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าว และพิจารณาถึงสิทธิในการออกเสียงในมติที่ประชุมใหญ่และอำนาจในการเลือกตั้ง โดยมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงเกินกว่ากึ่งหนึ่ง และสามารถใช้อำนาจของตนในการกำกับดูแลกิจกรรมขององค์กรและกำหนดแนวทางในทางบริหารขององค์กรด้วย ดังที่ปรากฏตาม Brazilian Corporate Act of 1976 Article 116

ในการให้สิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายของบราซิล มีกำหนดไว้ใน The Constitution of the Federative Republic of Brazil หรือรัฐธรรมนูญของบราซิล และ Law of no. 5709 of 1971 หรือพระราชบัญญัติฉบับที่ 5701 ปี ค.ศ. 1971 โดยรัฐธรรมนูญของบราซิล มาตรา 190 นั้นได้รับรองสิทธิและเสรีภาพ ความเสมอภาคของคนต่างด้าวและพลเมืองชาวบราซิล โดยกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถมีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบราซิลได้ แต่เพื่อประโยชน์บางประการจึงมีการกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อเป็นประโยชน์กับประเทศ โดยคนต่างด้าวที่ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีถิ่นพำนักในบราซิลและนิติบุคคลต่างด้าวที่มีสาขาในบราซิล ทั้งนี้รัฐธรรมนูญของบราซิลกำหนดให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และอสังหาริมทรัพย์เพื่อลงทุนได้ โดยจำกัดการครองกรรมสิทธิ์ที่ดินขนาดพื้นที่ไม่เกิน 30,000 ไร่ และไม่เกินร้อยละ 25 ในเขตเทศบาล แต่ต้องได้รับการอนุญาตจากกระทรวงเกษตรของบราซิลก่อนและต้องระบุการใช้ประโยชน์ว่าจะทำธุรกิจอะไรในคำขอการตั้งบริษัทด้วย แต่อย่างไรก็ตามบราซิลได้มีการกำหนดเกณฑ์การวัดพื้นที่เป็นหน่วย(MEI)⁴ มาเป็นเกณฑ์ในการวัดพื้นที่ในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะต้องมีการขออนุญาตก่อน กล่าวคือ คนต่างด้าวที่ต้องการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเกินกว่า 3 หน่วยจะต้องมีการขออนุญาตหน่วยงานปฏิบัติการเกษตร แต่จะถือกรรมสิทธิ์ที่มีพื้นที่รวมเกินกว่า 50 หน่วยไม่ได้ นอกจากนี้การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินชนบทดังกล่าวต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อเกษตรกรรม การปศุสัตว์ โครงการอุตสาหกรรม หรือการตั้งถิ่นฐาน และคนต่างด้าวตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปที่มีสัญชาติเดียวกันมีสิทธิเป็นเจ้าของที่ดินในเขต

⁴ Módulo de Exploração Indefinida (MEI) เป็นหน่วยวัดซึ่งแสดงเป็นเฮกตาร์จากแนวคิดของโมดูลชนบทสำหรับทรัพย์สินที่มีการแสวงหาผลประโยชน์ที่ไม่ได้กำหนดไว้ ใช้ในกระบวนการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อที่ดินโดยชาวต่างชาติ ขนาดของ MEI จะแตกต่างกันไประหว่าง 5 ถึง 100 เฮกตาร์ โดยเป็นแนวความคิดในเกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมืองเป็นหน่วย (Rural modules) มาใช้โดยจะดูจากขนาดของพื้นที่ขั้นต่ำสุดที่จำเป็นสำหรับครอบครัวในการดำรงชีวิต และความก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจ โดย ขนาดของที่ดินนั้นจะแตกต่างกันไปตามภูมิภาค



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

เทศบาลเดียวกัน แต่พื้นที่ดังกล่าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของพื้นที่ในเขตเทศบาลดังกล่าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐบาลบราซิล

อภิปรายผลการวิจัย

จากการวิจัยศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย กับกฎหมายของออสเตรเลียและบราซิล พบว่ากฎหมายไทยยังไม่มีกฏหรือนิยามศัพท์ของคนต่างด้าวไว้รัดกุม และชัดเจน โดยยังไม่ครอบคลุมถึงอำนาจในการบริหารจัดการ และไม่มีกฏการกำหนดเงื่อนไขการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวที่เป็นการป้องกันการผูกขาดการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยอย่างเพียงพอ โดยพิจารณา ดังนี้

1. ประเด็นเรื่องนิยามศัพท์ของนิติบุคคลต่างด้าว

จากที่กล่าวมาในการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวมิปรากฏในพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีการกำหนดหลักเกณฑ์ความเป็นคนต่างด้าวโดยพิจารณาจากสัญชาติกรณีที่เป็นบุคคลธรรมดา และสัดส่วนการถือหุ้นในกรณีที่เป็นนิติบุคคล แต่ทั้งนี้ประมวลกฎหมายที่ดินได้มีการบัญญัติขึ้นมาอีกว่า “ให้นิติบุคคลดังต่อไปนี้มีสิทธิในที่ดินเสมือนคนต่างด้าว...” โดยประมวลกฎหมายที่ดินนั้นกำหนดเพิ่มเติมลักษณะของคนต่างด้าวจากพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีการกำหนดจำนวนคนต่างด้าวที่ถือหุ้นในนิติบุคคลเกินกึ่งหนึ่ง กิจกรรมหรือวัตถุประสงค์ขององค์เป็นไปเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินเสมือนคนต่างด้าว ดังนั้นเห็นว่าการพิจารณานิติบุคคลต่างด้าวในเรื่องของการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินควรพิจารณาพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประกอบกับประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งการกำหนดลักษณะของคนต่างด้าวโดยพิจารณาจากสัดส่วนการถือหุ้น และจำนวนคนต่างด้าวที่ถือหุ้น ตามกฎหมายของไทยมีความคล้ายกับกฎหมายของออสเตรเลียดังที่ปรากฏใน The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 และกฎหมายของบราซิลที่ปรากฏใน Brazilian Corporate Act of 1976 แต่กฎหมายของออสเตรเลียและบราซิลมีการกำหนดลักษณะของคนต่างด้าวเพิ่มเติมมาในเรื่องของการบริหารจัดการองค์กรด้วยหรือที่เรียกว่า “การครอบงำองค์กร” โดย The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 ของออสเตรเลียกำหนดให้คนต่างด้าวให้รวมถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงและอำนาจในการควบคุมการลงคะแนนเสียงด้วย ซึ่งหากคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงหรืออำนาจในการควบคุมการลงคะแนนเสียงเกินกว่าร้อยละ 15 ให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าว รวมถึงมีการพิจารณาถึงบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคนต่างด้าวด้วย ส่วนกรณีของ Brazilian Corporate Act of 1976 ของบราซิลมีการกำหนดลักษณะของคนต่างด้าวให้รวมถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงและบุคคลที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดเช่นเดียวกับออสเตรเลีย แต่ต่างกันที่ Brazilian Corporate Act of 1976 ของบราซิลจะมีการกำหนดอำนาจในการลงคะแนนเสียงของคนต่างด้าวในนิติบุคคลนั้นอยู่ที่อัตราร้อยละ 50 กล่าวคือ ตามกฎหมายของบราซิลนั้น หากคนต่างด้าวมีอำนาจในการลงคะแนนเสียงเกินกว่าร้อยละ 50 ของอำนาจในการลงคะแนนเสียงของนิติบุคคลนั้น ให้ถือว่าเป็นนิติบุคคลดังกล่าวเป็นนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งแนวทางของกฎหมายบราซิลและออสเตรเลียในการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวเป็นแนวทางที่ชัดเจน และครอบคลุมถึงอำนาจในการบริหารจัดการของคนต่างด้าวด้วย อันถือเป็นการสะท้อนความเป็นนิติบุคคลต่างด้าวอย่างแท้จริง เพราะหากยังปล่อยให้คนต่างด้าวใช้ช่องทางนี้แฝงในรูปแบบของนิติบุคคลไทย จะเป็นเหตุให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศไทยผ่านนิติบุคคลไทย ทำให้ที่ดินจำนวนมากในประเทศไทยตกเป็นกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าว



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

ดังนั้นไทยควรนำแนวทางดังกล่าวมาปรับใช้ กล่าวคือควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97 และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ให้นิติบุคคลต่างด้าว หมายความว่ารวมถึง กรณีที่คนต่างด้าวมียานในการลงคะแนนเสียงในนิติบุคคลนั้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมด เพื่อให้สอดคล้องกับสัดส่วนการถือหุ้นที่แท้จริง โดยนำสัดส่วนการถือหุ้นและอำนาจในการลงคะแนนเสียงให้สอดคล้องกัน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97 และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4

2. ประเด็นเรื่องเงื่อนไขการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

ประมวลกฎหมายที่ดินได้มีการกำหนดเงื่อนไขในการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าว โดยกำหนดวัตถุประสงค์ในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินไว้หลายประเภทด้วยกัน เช่น เพื่อที่อยู่อาศัยไม่เกิน 1 ไร่ ประกอบกิจการทางพาณิชย์กรรมไม่เกิน 1 ไร่ อุตสาหกรรมไม่เกิน 10 ไร่ เกษตรกรรมครอบครัวไม่เกิน 10 ไร่ การสุสานตระกูลละไม่เกิน 1/2 ไร่ การกุศลสาธารณะไม่เกิน 5 ไร่ หรือการศาสนา ไม่เกิน 1 ไร่ ตามมาตรา 86 และ 87 แต่หากเป็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออุตสาหกรรม คณะรัฐมนตรีมีอำนาจอนุญาตการถือกรรมสิทธิ์ในจำนวนเนื้อที่มากกว่าที่กฎหมายที่ดินกำหนดได้ตามมาตรา 87 วรรคสอง นอกจากนี้หากเป็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนสามารถอนุญาตการถือกรรมสิทธิ์ในจำนวนเนื้อที่มากกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนดได้ ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27

โดยเมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศคือ ออสเตรเลีย และบราซิล ปรากฏว่าตามบทบัญญัติ Foreign Ownership of Land Register Act 1988 และ The Foreign Acquisitions and Takeover Act 1975 ของออสเตรเลียที่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวไว้ คนต่างด้าวสามารถใช้ประโยชน์ที่ดินโดยมีวัตถุประสงค์ในการใช้ประโยชน์เหมือนประมวลกฎหมายที่ดิน แต่ไม่มีการกำหนดจำนวนเนื้อที่ในการถือกรรมสิทธิ์เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่ในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของออสเตรเลีย คนต่างด้าวต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศ (Foreign Investment Review Board : FIRB) โดยคณะกรรมการดังกล่าวมีหน้าที่ในการตรวจสอบข้อเสนอของคนต่างด้าว และให้คำแนะนำแก่คณะรัฐมนตรีกระทรวงการคลัง (Treasurer) โดยบุคคลดังกล่าวจะมีการพิจารณาคำขอ มีการพิจารณาวัตถุประสงค์การถือกรรมสิทธิ์ เนื้อที่ในการถือกรรมสิทธิ์ โครงการที่ลงทุน ลักษณะเฉพาะตัวบุคคลเป็นรายๆไป นอกจากนี้กฎหมายดังกล่าวของออสเตรเลียมีการกำหนดการถือครองที่ดินบางพื้นที่ ว่าพื้นที่ใดสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ หรือพื้นที่ใดได้สิทธิเพียงการเช่าเท่านั้น เช่น ที่ดินของพระมหากษัตริย์ ไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ หรือสถานที่สำคัญทางประวัติศาสตร์คนต่างด้าวไม่สามารถถือครองที่ดินได้เลยไม่ว่าเป็นการซื้อขายหรือการเช่า ในส่วนกรณีของบราซิลนั้น บทบัญญัติ The Constitution of the Federative Republic of Brazil หรือรัฐธรรมนูญของบราซิล และ Law of no. 5709 of 1971 หรือพระราชบัญญัติฉบับที่ 5701 ปี ค.ศ. 1971 กำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้แต่ได้กำหนดเงื่อนไขบางประการคือ เนื้อที่วัตถุประสงค์การถือกรรมสิทธิ์ สถานที่ตั้งของที่ดิน รวมถึงมีการกำหนดสัดส่วนการถือกรรมสิทธิ์ในแต่ละเขต โดยคนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในเขตเทศบาลหนึ่งไม่เกินร้อยละ 25 ของพื้นที่ทั้งหมดในเขตเทศบาล และคนต่างด้าวที่มีสัญชาติเดียวกันตั้งแต่สองคนขึ้นไปสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของพื้นที่ทั้งหมดในเขตเทศบาล ซึ่งประมวลกฎหมายที่ดินของประเทศไทยมีความคล้ายกับออสเตรเลีย ตรงอำนาจในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวนเนื้อที่ แต่ออสเตรเลียไม่มีกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดจำนวนเนื้อที่ไว้ ทั้งที่ไทยมีประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดจำนวนเนื้อที่ไว้ แต่ประมวลกฎหมายที่ดินเองก็ให้อำนาจรัฐมนตรีในการกำหนดจำนวนเนื้อที่มากกว่ากำหนดไว้ในกิจการบางประเภทได้ รวมถึงกฎหมาย



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

อื่นกำหนดให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดจำนวนเนื้อที่มากกว่ากำหนดไว้ในกฎหมายที่ดินได้ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นต้น

และกรณีของกฎหมายบราซิลก็คล้ายกับประมวลกฎหมายที่ดินของไทยตรงที่ต่างก็กำหนดวัตถุประสงค์ในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นเดียวกัน แต่ลักษณะของวัตถุประสงค์ต่างกัน กล่าวคือ ประมวลกฎหมายที่ดินมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินไว้คือ เพื่อที่อยู่อาศัย ประกอบกิจการทางพาณิชยกรรม อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การสุสาน การกุศลสาธารณะ หรือการศาสนา ส่วนกฎหมายของบราซิล กำหนดให้สามารถถือกรรมสิทธิ์ได้โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเกษตรกรรม การปศุสัตว์ โครงการอุตสาหกรรม หรือการตั้งถิ่นฐาน แต่ของบราซิลต่างจากประมวลกฎหมายที่ดินตรงที่บราซิลมีการกำหนดจำนวนเนื้อที่มากที่สุดที่สามารถถือครองได้ คือ ไม่เกิน 30,000 ไร่ โดยรัฐจะอนุญาตมากกว่านี้ไม่ได้ และมีการกำหนดสัดส่วนการถือกรรมสิทธิ์ในแต่ละเขตเทศบาลไม่เกินร้อยละ 25 ของหนึ่งเขต รวมถึงกำหนดสัญชาติของคนต่างด้าวด้วย โดยกำหนดว่า คนต่างด้าวสัญชาติเดียวกันถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในเขตเทศบาลหนึ่งไม่เกินร้อยละ 10 จึงเห็นได้ว่ากฎหมายของบราซิลมีแนวทางในการป้องกันการผูกขาดการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวในประเทศได้อย่างดี ดังนั้นไทยควรนำแนวทางของออสเตรเลียในเรื่องการกำหนดพื้นที่ในการถือครองที่ดินว่า พื้นที่ใดสามารถซื้อขายได้ และพื้นที่ใดได้ซื้อขายไม่ได้ทำได้เพียงสิทธิการเช่า โดยกำหนดเขตเฉพาะบางพื้นที่ที่สงวนไว้ให้คนไทย และนำแนวทางในเรื่องการกำหนดเนื้อที่มากที่สุดที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ รัฐไม่อาจใช้ดุลพินิจกำหนดจำนวนเนื้อที่มากขึ้น โดยกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายที่ดินอันเป็นกฎหมายหลักในเรื่องการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว และมีการกำหนดสัดส่วนการถือกรรมสิทธิ์ของคนต่างด้าวในแต่ละจังหวัดหรือเขตเทศบาลมาใช้บังคับ โดยนำหลักการของบราซิลมาใช้คือ ในแต่ละเขตเทศบาลกำหนดให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของพื้นที่ทั้งหมด เพราะหากในอนาคตประเทศไทยมีการเปิดเสรีทางการค้ากับต่างประเทศมากขึ้น และเมื่อนักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและส่งผลกระทบต่อกลุ่มทุนต่างชาติมีการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินจำนวนมาก อันเป็นแนวทางเพื่อป้องกันไม่ให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในประเทศไทยอย่างผูกขาดจนไม่เหลือที่ทำกินและที่อยู่อาศัยให้กับพลเมืองชาวไทยทั้งนี้การปล่อยให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินมากเกินไปทำให้คนต่างด้าวมียอำนาจในการกำหนดราคาที่ดิน ย่อมทำให้ที่ดินมีมูลค่าสูงขึ้น ทำให้ประชาชนคนไทยมีที่อยู่อาศัยได้ยากขึ้น ดังที่เกิดขึ้นกับประเทศอังกฤษที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนและให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินจำนวนมาก ทำให้ราคาที่ดินสูงขึ้น จนทำให้พลเมืองชาวอังกฤษนั้นเป็นการยากที่จะมีบ้านสักหลัง

ข้อเสนอแนะ

จากปัญหาดังกล่าวกำหนดไว้ 2 ประเด็น คือปัญหาในการนิยามศัพท์ของคนต่างด้าว และปัญหาเกี่ยวกับเงื่อนไขในการถือครองที่ดิน ตามที่ได้ศึกษาประมวลกฎหมายที่ดิน และพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2520 รวมถึงกฎหมายของประเทศออสเตรเลียและบราซิล จึงเห็นควรว่า ควรมีการนำแนวทางของกฎหมายต่างประเทศมาปรับใช้แก้ไขปัญหาดังกล่าวดังนี้

1. เพื่อแก้ไขปัญหานิยามคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และประมวลกฎหมายที่ดิน ที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นคนต่างด้าวที่แท้จริง และเป็นการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวอาศัยช่องทางในการอยู่เบื้องหลังนิติบุคคลไทย ซึ่งคนต่างด้าวมียอำนาจในการบริหารจัดการและกำหนดทิศทางของนิติบุคคลที่แท้จริง โดยควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมดังนี้



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11
The 11th STOU National Research Conference

1.1 พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4 แก้ไขเป็น

“คนต่างด้าว หมายความว่า

(๑) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(๒) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(๓) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคล ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น และหมายความถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น โดยบุคคลตาม (๑) หรือ (๒) มีอำนาจลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (๑) และหมายความรวมถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน โดยบุคคลตาม (๑) มีอำนาจลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนนั้น

(๔) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น และหมายความถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น โดยบุคคลตาม (๑) (๒) หรือ (๓) มีอำนาจลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น

เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

1.2 ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97 แก้ไขเป็น

“นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(๑) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี นั้น และหมายความถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด โดยคนต่างด้าวมีอำนาจลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(๒) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงทุนมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วนแล้วแต่กรณี และหมายความรวมถึงอำนาจในการลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน โดยบุคคลต่างด้าวมีอำนาจลงคะแนนเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของอำนาจในการลงคะแนนเสียงทั้งหมดของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนนั้น



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

(๓) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าว เกินกว่ากึ่งจำนวนหรือดำเนินการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(๔) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(๕) (ถูกยกเลิกทั้งหมด)”

2. เพื่อแก้ไขปัญหาในการป้องกันการผูกขาดการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทย และกำหนดราคาที่ดิน เห็นควรว่าควรมีการเพิ่มเติม มาตรา 96 ทวิ/1 ในประมวลกฎหมายที่ดิน โดยกำหนดเฉพาะถือกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อลงทุนเท่านั้น คือ อุตสาหกรรม และพาณิชยกรรม โดยควรมีการเพิ่มเติมดังนี้

มาตรา 96ทวิ/1 “ภายใต้เงื่อนไขการลงทุนตามมาตรา 96 ทวิ/1 โดยคนต่างด้าวในหนึ่งเขตเทศบาลได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประกอบกิจการทางพาณิชยกรรมไม่เกินอัตราร้อยละ 5 ของเขตเทศบาล อุตสาหกรรมไม่เกินอัตราร้อยละ 10 ของเขตเทศบาล หรือเกษตรกรรมไม่เกินอัตราร้อยละ 10 ของเขตเทศบาล โดยคนต่างด้าวรายหนึ่งได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประกอบกิจการทางพาณิชยกรรม อุตสาหกรรม หรือเกษตรกรรม เป็นไปตามมาตรา 87

กรณีมีเหตุสมควรเพื่อประโยชน์ต่อเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ หรือเป็นกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน คณะรัฐมนตรีอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าที่กำหนดในมาตรา 87 โดยกำหนดเงื่อนไขก็ได้ แต่จะอนุญาตเกินกว่าที่กำหนดในวรรคหนึ่งไม่ได้

คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามวรรคหนึ่ง หากได้กระทำการผิดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขนี้ ให้จำหน่ายที่ดินในส่วนที่ดินถือครองเกินที่วรรคหนึ่งกำหนดไว้ ไม่น้อยกว่า 180 วัน และให้อำนาจเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบและสอบสวนการใช้ประโยชน์ในที่ดินทุกสามเดือน”

เอกสารอ้างอิง

- วรวิทย์ เทพทอง. (2562). คำอธิบายกฎหมายที่ดิน. (พิมพ์ครั้งที่ 8). กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม.
- สมจิตร ทองประดับ.(2551). คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน.กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ.
- สหธน รัตนไพจิตร.(2562). กฎหมายลักษณะห้างหุ้นส่วนบริษัท. (พิมพ์ครั้งที่ 5). กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน.
- สุนทร มณีสวัสดิ์. (2536). นิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายอาคารชุด. วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 23 (ฉบับที่ 4), หน้า 708-718
- มาลินี คงริน.(2559). ปัญหาการถือครองของชาวต่างชาติในประเทศไทย. รายการร้อยเรื่องเมืองไทย, ตุลาคม 2559
- อารุณ วงศ์แก้ว, ประเสริฐ ตัณศิริ, สุจิต จงประเสริฐ และ วัลลภา นาคบัว. (2563). การจำกัดสิทธิการถือครองที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน: ศึกษาขอบเขต และมาตรการทางกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. วารสารดุขฎิบัณฑิตทางสังคมศาสตร์, ปีที่ 10 (ฉบับที่ 3).
- วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์.(2556). การเช่าหรือถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของกิจการที่ได้รับส่งเสริมจากบีโอไอ. วารสารส่งเสริมการลงทุนเดือนกรกฎาคม 2556. ปีที่ 24 (ฉบับที่ 7).
- ศรพร สัจจามันท์ และคณะ. (2552). โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือ ครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย ระยะที่ 2 เมื่อปี พ.ศ 2552. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). กรุงเทพมหานคร



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

-
- อิสร์กุล อุณหเกตุ. (2556). รายงานสรุปและวิเคราะห์พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542: โครงการวิเคราะห์ และติดตามร่างกฎหมายภายใต้ความร่วมมือระหว่างสถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย (ทีดีอาร์ ไอ) และสถาบันพระปกเกล้า. สถาบันพระปกเกล้า. กรุงเทพมหานคร
- นันทา โสมส์วิสต์. (2558). การแสวงหาประโยชน์จากช่องว่างของกฎหมายเพื่อการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในจังหวัดภูเก็ต. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร
- วันทิพย์ จันทกิจ. (2551). การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน. (สารนิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร
- อำนาจ บุญพามาต. (2505). ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิ. (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร
- กระทรวงพาณิชย์. (2563). รายงานประจำปี พ.ศ. 2563 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ภายใต้ พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. นนทบุรี: กระทรวงพาณิชย์.
- สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. (2560). รายงานฉบับสมบูรณ์ โครงการศึกษากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และธุรกิจบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เสนอ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์. กรุงเทพมหานคร
- Stephen Hodgson Cormac Cullinan and Karen Campbell. (1999) Land Ownership and Foreigners: A Comparative Analysis of Regulatory Approaches to The Acquisition and Use of Land by Foreigners. Fao Legal Papers Online #6. December.
- William C. Brown, (1989). "The Foreign Takeovers Amendment Bill 1988", Law Institute Journal, Vol. 63 (No. 7), Page Range 596-597
- Australia Government: Australia Trade and Investment Commission. (13 กรกฎาคม 2564). Land tenure. 13 กรกฎาคม 2564. จาก <https://www.austrade.gov.au/land-tenure/land-tenure/about-land-tenure>
- Portal Gov.br Ministry of Agriculture, Livestock and Supply. (2564). Indefinite Exploration Module. (25 สิงหาคม 2564). จาก <https://www.gov.br/incra/pt-br/assuntos/governanca-fundiar/modulo-exploracao-indefinida&prev=search&pto=aue>
- Mondaq Connecting Knowledge & People. (2564). Brazil: Major Liberalization of Brazilian Law: Use of Agricultural Land As Security Interest For Financial, Other Transactions. (25 สิงหาคม 2564). จาก <https://www.mondaq.com/brazil/real-estate/930278/major-liberalization-of-brazilian-law-use-of-agricultural-land-as-security-interest-for-financial-other-transactions>
- กรมศุลกากร. ความสำคัญและความเป็นมาของ FTA. (25 สิงหาคม 2564). จาก https://www.customs.go.th/content_with_menu1_group_link.php?ini_content=fta_and_wto_1_60809_01&ini_menu=menu_interest_and_law_160421_01&ini_content_group=usage_fta_and_wto_01&lang=th&top_menu=menu_homepage&left_menu=menu_fta_and_wto



การประชุมเสนอผลงานวิจัยระดับชาติ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ครั้งที่ 11

The 11th STOU National Research Conference

กรมการค้าระหว่างประเทศ. ความตกลงเขตการค้าเสรี ไทย – ออสเตรเลีย (Thailand – Australia Free Trade

Agreement : TAFTA). (25 สิงหาคม 2564). จาก <https://www.dft.go.th/th-th/DFT-Service/ServiceData-Information/dft-service-data-privilege/Detail-dft-service-data-privilege/ArticleId/5054/th-aus-trade>

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ความตกลงด้านการลงทุนอาเซียน (ACIA). (25 สิงหาคม 2564).

จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/lawforasean/file/Acia.pdf>

มนตรี บุญยโยธิน. มาตรการการดำเนินคดีการกระทำความผิด การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว: กรณีศึกษาการทำธุรกิจซื้อ

ขายที่ดิน.(25 สิงหาคม 2564). จาก <https://image.mfa.go.th/mfa/0/yZ0EO327fd/nbt/nbt5/IS/IS5063.pdf>

กรมที่ดิน. ข้อมูลที่ดินสำหรับคนต่างด้าว. (25 สิงหาคม 2564). จาก <https://www.dol.go.th/Pages/home.aspx>

