

ประเด็นทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์  
ของนักลงทุนต่างชาติ



วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตร

นิติศาสตรมหาบัณฑิต

คณะนิติศาสตร์

สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

2567

ประเด็นทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอาหาริมทรัพย์  
ของนักลงทุนต่างชาติ  
ประภาณิชา เงินกลมธนดล  
คณะนิติศาสตร์

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก  
(ดร.ประพิน นุชเปี่ยม)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ได้พิจารณาแล้วเห็นสมควรอนุมัติให้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

ศาสตราจารย์.....ประธานกรรมการ  
(ดร.ศักดิ์ดา ธนิตกุล)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ  
(ดร.เกียรติพร อำไพ)

ผู้ช่วยศาสตราจารย์.....กรรมการ  
(ดร.ประพิน นุชเปี่ยม)

## บทคัดย่อ

ชื่อวิทยานิพนธ์	ประเด็นทางกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของ นักลงทุนต่างชาติ
ชื่อผู้เขียน	นางสาวประภาณีชา เงินกลมธนดล
ชื่อปริญญา	นิติศาสตรมหาบัณฑิต
ปีการศึกษา	2567

ประเทศไทยเป็นประเทศที่กำลังพัฒนา จึงยังคงต้องมีมาตรการ และข้อจำกัดเรื่องสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์แก่คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติไว้ด้วยเหตุผลทางด้านความมั่นคงของประเทศ และยังคงไว้ซึ่งการกำหนดประเภทกิจกรรมต้องห้ามสำหรับนักลงทุนต่างชาติในกิจการที่คนไทยยังไม่พร้อมแข่งขัน แต่กระนั้นเอง ประเทศไทยกลับมีกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิในที่ดินได้อย่างมีเงื่อนไข ด้วยว่าเป็นประเทศกำลังพัฒนาจึงยังมีความจำเป็นที่ต้องอาศัยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เพื่อพัฒนาเศรษฐกิจ และสร้างรายได้ให้กับประเทศ

สิทธิในที่ดินว่าด้วยสิทธิการเช่าเป็นทางเลือกหนึ่งในการให้สิทธิในที่ดินแก่นักลงทุนต่างชาติเพื่อให้เกิดแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการลงทุนประเภทการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment) กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของประเทศไทยหลายฉบับที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเช่าที่ดินในระยะยาวได้ แต่จะเป็นการอนุญาตให้ภายในเฉพาะพื้นที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้นๆ เช่นเฉพาะพื้นที่ในบางจังหวัดที่กฎหมายกำหนด พื้นที่ในเขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ พื้นที่ในนิคมอุตสาหกรรม ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้ถือเป็นข้อจำกัดที่ไม่ตรงต่อความต้องการของคนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการสิทธิในที่ดินว่าด้วยสิทธิการเช่าเพื่ออยู่อาศัยในพื้นที่ที่เหมาะสมแก่การพักผ่อน และเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนต่อกฎหมายแม่บท หรือกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนที่มีอยู่เดิมแล้ว วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงเสนอให้มีกฎหมาย หรือกำหนดเป็นมาตรการขึ้นมาใหม่โดยบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะสำหรับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment Law) เพื่อเป็นแนวทาง หรือวิธีแก้ปัญหา และข้อจำกัดอย่างเฉพาะเจาะจงให้แก่คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้ โดยไม่กระทบหรือ

สร้างความสัมพันธ์อกกฎหมายอื่นที่มีอยู่ และเป็นการบริหารจัดการทรัพยากรที่ดินในประเทศอย่าง  
บูรณาการ ทั้งยังช่วยส่งเสริมศักยภาพของประเทศไทยให้เท่าเทียมกับหลายๆ ประเทศอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม กฎหมายหรือมาตรการดังกล่าวนี้ควรประกอบไปด้วย หลักความมั่นคงของ  
ชาติ หลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน หลักการดูแลและคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของนัก  
ลงทุน หลักความเสมอภาค หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) หลักประเพณีการค้าระหว่างประเทศ  
โดยคำนึงถึงบริบทของประเทศ วิถีชุมชนและสิ่งแวดล้อม วัฒนธรรมของแต่ละพื้นที่ที่จะให้สิทธิใน  
ที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าระยะยาวนี้แก่นักลงทุนต่างชาติด้วย

**คำสำคัญ:** สิทธิในที่ดิน, สิทธิการเช่า, นักลงทุนต่างชาติ



## ABSTRACT

<b>Title of Thesis</b>	Legal Issues on Land and Property Rights for Foreign Investors
<b>Author</b>	Miss Prabhanicha Ngerklomthanadol
<b>Degree</b>	Master of Laws
<b>Year</b>	2024

---

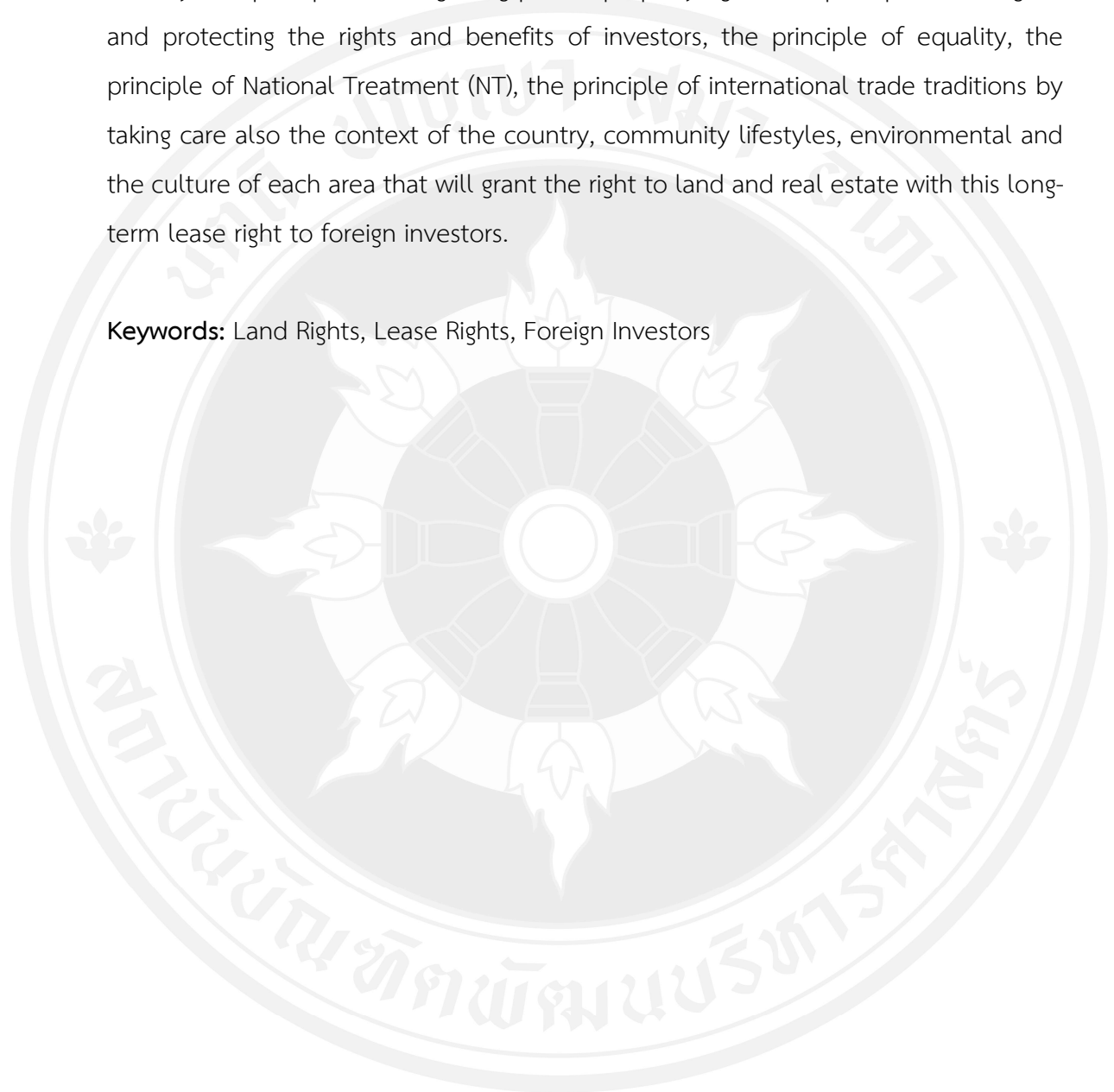
Thailand is a developing country, there still needs to have measures and regulations subject to legal issues on land and property right for foreign investors regarding to National Security, and remaining the type of prohibited activities for foreign investors as such activities are not ready to competition for Thai people. Whereof, Thailand has many laws that allow the foreigners can access to ownership conditionally, as a developing country there is still need to rely on foreign direct investment to develop its economy and generate income for the country.

Land rights on leasehold rights is one of alternative to granting land rights to foreign investors, to create legal guidelines or measures for Housing Investment. Several of Thai investment laws allow foreigners to lease land in the long term, but there are only permitted within the areas in accordance with the intention of that law, such as areas in some provinces specified by the law, areas in special economic development zones and areas in industrial estates. These conditions are considered limitations that do not meet the needs of foreigners or foreign investors who want land rights on leasehold rights to reside in areas suitable for living. In order to avoid any confusion with the parent law or existing investment laws, this Thesis proposes to establish a new law or measure specifically stipulating for land and real estate rights of foreigners on investment in leasehold rights for housing (Housing Investment Law) as a guideline or solution to specific problems and limitations for this group of foreigners or foreign investors without affecting or creating confusion with other existing

laws and as an integrated management of land resources in the country, and also helps promote Thailand's potential to be equal to many other countries.

However, such laws or measures should consist of the principle of national security, the principle of recognizing private property rights, the principle of caring for and protecting the rights and benefits of investors, the principle of equality, the principle of National Treatment (NT), the principle of international trade traditions by taking care also the context of the country, community lifestyles, environmental and the culture of each area that will grant the right to land and real estate with this long-term lease right to foreign investors.

**Keywords:** Land Rights, Lease Rights, Foreign Investors



## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นเรื่องที่น่าสนใจและบอบบางในความรู้สึกของคนไทยเป็นอย่างมากใน การที่จะทำวิจัยเพื่อให้คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติเข้ามามีสิทธิในที่ดินของประเทศไทย หากแต่ ผู้เขียนมีความตั้งใจอย่างแน่วแน่ตั้งแต่เข้าศึกษาแล้วว่า จะทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ เนื่องจากผู้เขียนเป็น นักกฎหมาย และอาศัยอยู่ในพื้นที่ที่มีคนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติพักอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ทำให้เห็นถึงสภาพปัญหาทางกฎหมายที่เกิดขึ้น และในขณะเดียวกันก็เข้าใจถึงนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจ ภายในประเทศ จึงเกิดความคิดในการหาจุดสมดุลระหว่างการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัยของนักลงทุน ต่างชาติกับการกำกับ ควบคุมดูแลโดยรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมาย ไม่จำเป็นต้องหลีกเลี่ยงกฎหมายอีกต่อไป

ผู้เขียนขอกราบขอบคุณผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.ประพิน นุชเปี่ยม อาจารย์ที่ปรึกษา วิทยานิพนธ์หลัก ที่เข้าใจในเรื่องที่ผู้เขียนตั้งปณิธานไว้ ทั้งยังให้คำปรึกษา คำชี้แนะ และได้สละเวลา อันมีค่าให้ความช่วยเหลือ แนะนำ ตรวจสอบงานของผู้เขียนอย่างละเอียด ผู้เขียนขอกราบขอบคุณ ท่านศาสตราจารย์ ดร.ศักดา ธนิตกุล ที่กรุณาให้เกียรติเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ทั้ง ยังให้คำแนะนำในข้อกฎหมาย และประเด็นต่าง ๆ ที่ควรนำมาวิจัยเพื่อให้วิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้ขยาย ความถึงสิทธิในที่ดินว่าด้วยสิทธิการเช่าให้ชัดเจนมากยิ่งขึ้น อีกทั้งผู้เขียนขอกราบขอบคุณท่านผู้ช่วย ศาสตราจารย์ ดร.เกียรติพร อำไพ กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ที่ชี้ตลกเอาประเด็นต่าง ๆ ใน วิทยานิพนธ์เล่มนี้ด้วยความเมตตา เพื่อให้เกิดความชัดเจน และเกิดความสับสนในข้อกฎหมายให้น้อย ที่สุด ตลอดจนแสดงความคิดเห็นที่มีประโยชน์อย่างยิ่งอันทำให้ผู้เขียนสามารถพัฒนาวิทยานิพนธ์ ฉบับนี้ได้อย่างสมบูรณ์ ผู้เขียนตระหนักถึงความตั้งใจจริงและความทุ่มเทของท่าน อาจารย์ทุกท่าน และขอกราบขอบพระคุณไว้ ณ โอกาสนี้

นอกจากนี้ ผู้เขียนอยากขอบคุณความมุนานะ ความไม่ย่อท้อของตัวผู้เขียนเอง หลายครั้งที่ ผู้เขียนคิดอยากเปลี่ยนเรื่องวิจัยเพื่อให้สำเร็จการศึกษาได้ง่ายขึ้น ทั้งนี้ต้องขอขอบคุณครอบครัว พี่น้อง และเพื่อนร่วมรุ่นของสถาบันแห่งนี้ ที่คอยให้กำลังใจและผลักดันให้ผู้เขียนไม่เปลี่ยนเรื่องวิจัย จนทำการวิจัยแล้วเสร็จออกมาเป็นวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้เขียนหวังว่าในอนาคต ประเทศไทยจะมี กฎหมายหรือมาตรการรองรับคนต่างด้าวหรือนักลงทุนกลุ่มนี้อย่างแท้จริง เมื่อนั้นผู้เขียนจะนับได้ว่าเป็นนักพัฒนากฎหมายอย่างแท้จริงเช่นกัน แต่หากวิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียน ขออ้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

ประภาณิชา เงินกลมธนดล

ธันวาคม 2567

# สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	ค
ABSTRACT	จ
กิตติกรรมประกาศ	ช
สารบัญ	ซ
สารบัญตาราง	ฎ
สารบัญภาพ	ฐ
<b>บทที่ 1 บทนำ</b>	<b>1</b>
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย	12
1.3 ขอบเขตการวิจัย	12
1.4 วิธีการศึกษาวิจัย	13
1.5 สมมุติฐานการศึกษาค้นคว้าวิจัย	13
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	14
<b>บทที่ 2 แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิการเช่าที่ดิน ของนักลงทุนต่างชาติ</b>	<b>15</b>
2.1 แนวคิดว่าด้วยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกับสิทธิในที่ดิน	15
2.2 กรอบทางกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและสิทธิในที่ดิน	17
2.2.1 กฎหมายภายในประเทศ (Domestic Law)	18
2.2.2 แนวคิดการให้สิทธิการเช่าที่ดินแก่คนต่างด้าว	20
2.2.3 แนวคิดหลักการทางการปกครอง	22
2.2.4 แนวคิดความมั่นคงของชาติ	23
2.2.5 แนวคิดเรื่องการครอบงำของคนต่างด้าว	24
2.2.6 แนวคิดการกำหนดความเป็น “คนต่างด้าว”	25

2.3	แนวคิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านการลงทุน (International Investment Treaty)	27
2.3.1	ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน (International Investment Agreements)	29
2.3.2	กรอบความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน	33
2.4	แนวคิดทฤษฎีสากลเรื่องสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว	35
2.5	แนวคิดทฤษฎีสหิทธิการเช่าที่ดินของต่างประเทศ	36
2.5.1	แนวคิดทฤษฎีการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเฉพาะสิทธิเช่าที่ดิน	40
2.5.2	แนวคิดทฤษฎีการให้สิทธิการเช่าที่ดินในสากล	44
2.6	ความสำคัญของการเช่าระยะยาวต่อการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศในประเทศไทย และการแข่งขันในกลุ่มอาเซียน	50
2.7	แนวคิดทฤษฎีการให้สิทธิการเช่าที่ดินทางเศรษฐศาสตร์	57

**บทที่ 3 การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของ**

	<b>คนต่างด้าวของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สหราชอาณาจักร และประเทศไทย</b>	<b>59</b>
3.1	กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม	59
3.1.1	กฎหมายว่าด้วยการลงทุน (Law on Investment No. 61/2020/QH14)	59
3.1.2	กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการใช้ที่ดิน (Land Use Rights)	76
3.2	กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน และอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในสหราชอาณาจักร	78
3.2.1	กรรมสิทธิ์และสิทธิการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว	78
3.2.2	พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022))	81
3.2.3	พระราชบัญญัติความมั่นคงและการลงทุนแห่งชาติ ค.ศ. 2021 (National Security and Investment Act (NSI) 2021)	92
3.3	กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวของประเทศไทย	94
3.3.1	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542	95
3.3.2	พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522	99
3.3.3	ประมวลกฎหมายที่ดิน	100

3.3.4	พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520	102
3.3.5	พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522	102
3.3.6	ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์	103
3.3.7	พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561	104
3.3.8	พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและ อุตสาหกรรม พ.ศ. 2542	105
3.4	ตารางเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของ คนต่างด้าวของประเทศเวียดนาม สหราชอาณาจักร และประเทศไทย	107
3.4.1	ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการเข้าเมืองเพื่อการลงทุน	107
3.4.2	ประเด็นประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติ ต้องขออนุญาต	107
3.4.3	ประเด็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว	108
3.4.4	ประเด็นการเช่าที่ดินของคนต่างชาติ	110
3.4.5	ประเด็นการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าว	111
<b>บทที่ 4 บทวิเคราะห์เรื่องการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ของคนต่างชาติ ในประเทศไทย</b>		<b>113</b>
4.1	ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการควบคุมการเข้าเมือง	115
4.2	ประเด็นการกำหนดประเภทกิจการสำหรับคนต่างด้าว	119
4.3	ประเด็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว	122
4.4	ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว	126
4.5	มาตรการตรวจสอบและบทลงโทษเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินและ อสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอย่างผิดกฎหมาย	129
<b>บทที่ 5 บทสรุปและข้อเสนอแนะ</b>		<b>131</b>
5.1	บทสรุป	131
5.2	ข้อเสนอแนะ	138
5.2.1	ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการควบคุมการเข้าเมือง	139
5.2.2	ประเด็นการกำหนดประเภทกิจการสำหรับคนต่างด้าว	140
5.2.3	ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว	141
5.2.4	มาตรการตรวจสอบและเพิกถอนการถือสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ ของคนต่างด้าว	141

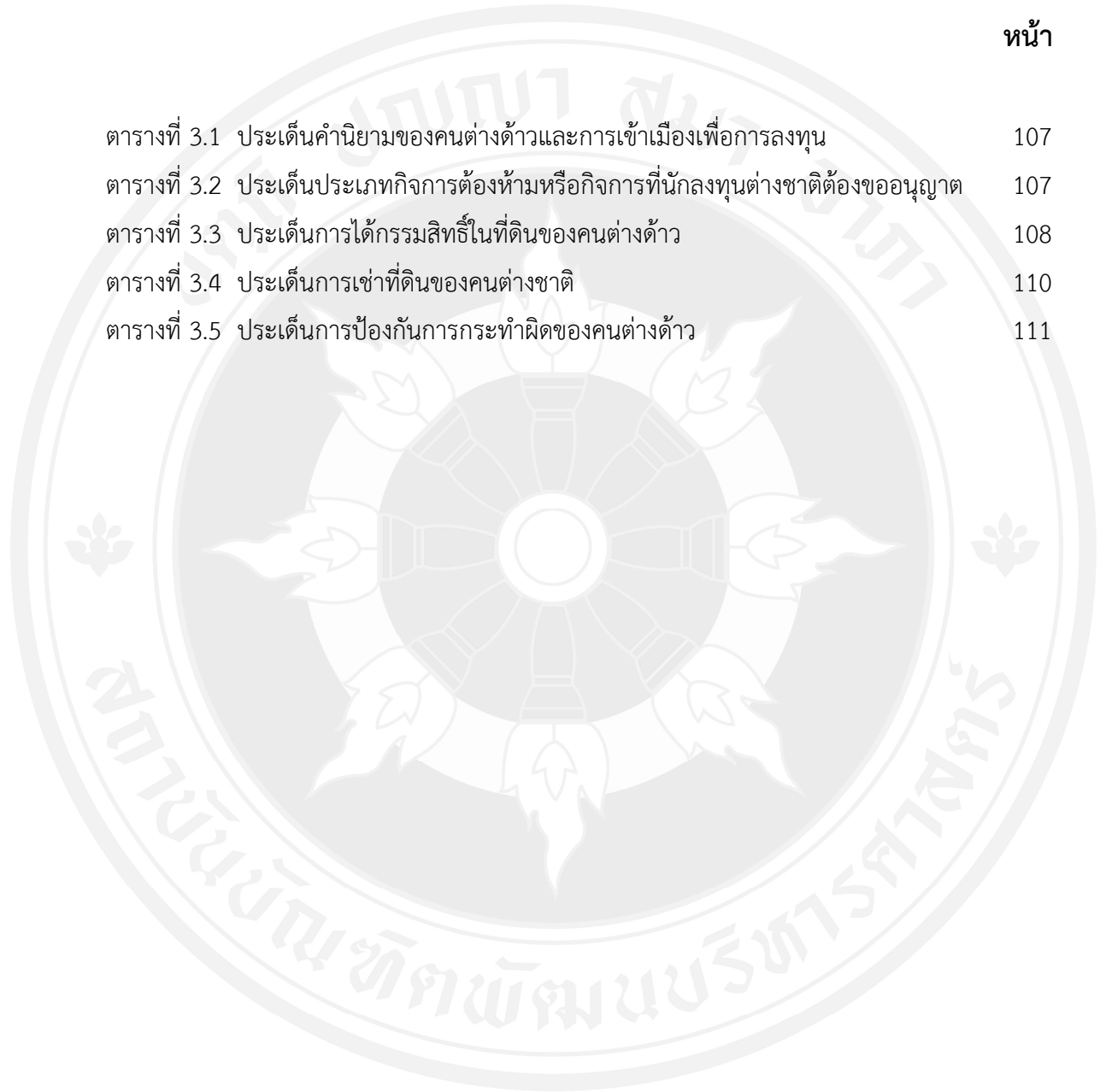
บรรณานุกรม  
ประวัติผู้เขียน

143  
151



## สารบัญตาราง

	หน้า
ตารางที่ 3.1 ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการเข้าเมืองเพื่อการลงทุน	107
ตารางที่ 3.2 ประเด็นประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติต้องขออนุญาต	107
ตารางที่ 3.3 ประเด็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว	108
ตารางที่ 3.4 ประเด็นการเช่าที่ดินของคนต่างชาติ	110
ตารางที่ 3.5 ประเด็นการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าว	111



## สารบัญภาพ

หน้า

ภาพที่ 1.1 มูลค่าการส่งออกของเวียดนามที่เพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วง ค.ศ. 2000-2020

8



# บทที่ 1

## บทนำ

### 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

“สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว” เป็นสิทธิที่มีความเปราะบาง และมีอำนาจในคราวเดียวกัน การทักท้วงสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวเป็นเรื่องละเอียดอ่อน ด้วยว่าเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตย และความมั่นคงของชาติที่หลาย ๆ ประเทศมักกังวลไว้เพื่อคนชาติเท่านั้น สิทธิในที่ดินนี้ได้มีพัฒนาการมาจากหลักกรรมสิทธิ์ (Absolute Ownership) ในสมัยกฎหมายโรมัน ซึ่งการกำหนดหลักกรรมสิทธิ์ในที่ดินของชาวโรมันนี้ทำให้รัฐเข้ามาเป็นผู้ควบคุมดูแลที่ดิน และทั่วโลกต่างก็ใช้หลักนี้ในการกำหนดสิทธิในที่ดินภายในประเทศตน ดังนั้น จึงได้มีการกฎหมายเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในที่ดิน ออกมากำกับดูแลด้วยกันหลายฉบับโดยเฉพาะสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว เนื่องจากหากมีการอนุญาตให้คนต่างด้าวมียสิทธิในที่ดินเฉกเช่นคนชาติ หรือไม่มีการควบคุมสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว จะเป็นเรื่องที่น่ากังวลและมีนัยยะที่สำคัญเป็นอย่างมากเกี่ยวกับเรื่องของอำนาจอธิปไตย และความมั่นคงของชาติได้

สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์นั้นมีหลายประเภท เช่น สิทธิครอบครอง สิทธิการเช่า สิทธิเก็บกิน สิทธิอาศัย จนถึงกรรมสิทธิ์ซึ่งเป็นการแสดงสิทธิความเป็นเจ้าของในทรัพย์สินทั้งหลาย กฎหมายไทยอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถที่จะได้มาซึ่งสิทธิเหล่านี้ได้ แต่จะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดและข้อห้ามตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนดไว้ เช่น กฎหมายที่ดินห้ามไม่ให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินในประเทศไทย ยกเว้นกรณีมีการลงทุนในประเทศตามมูลค่าและระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น มาตรา 96 ทวิ แห่ง “ประมวลกฎหมายที่ดิน” อนุญาตให้คนต่างด้าวที่นำเงินมาลงทุนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาทต่อปี เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และธุรกิจที่ลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย หรือเป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ สามารถที่จะยื่นขออนุญาตจากรัฐมนตรีเพื่อซื้อที่ดินสำหรับใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่

นอกจากข้อจำกัดตามประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว ยังมีข้อจำกัดอื่นหลายประการ และเอกสารหลักฐานที่จะใช้ยื่นขออนุญาตก็มีความยุ่งยาก เช่น ข้อ 1 แห่ง “กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545”

กำหนดว่า เงินทุนที่นำมาลงทุนจะต้องเข้าเงื่อนไขประเภทของธุรกิจ ดังนี้ (1) เป็นการลงทุนเพื่อซื้อ พันธบัตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจ หรือพันธบัตรที่ กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินหรือดอกเบี้ย (2) เป็นการลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหา ในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (3) เป็นการ ลงทุนในหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือ (4) เป็นการลงทุนในกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ ซึ่งจะต้องนำเอกสารหลักฐานมา แสดงให้เห็นถึงธุรกิจหรือกิจการที่ลงทุนอย่างชัดเจน นอกจากนี้ เมื่อเข้าเงื่อนไขเกี่ยวกับประเภทของ ธุรกิจหรือกิจการที่ได้รับอนุญาตแล้ว ที่ดินที่จะได้มาจะต้องอยู่ในกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา หรือเขตเทศบาล หรืออยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง และจะต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหารด้วย

จะเห็นได้ว่า หากคนต่างด้าวต้องการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทย จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดหลายประการ กล่าวโดยสรุปคือ คนต่างด้าวนั้นจะต้องเข้ามาในฐานะ “นักลงทุน” ซึ่งหมายถึง การจะต้องนำ “เงินลงทุน” เข้ามาในประเทศไทยตามมูลค่าและระยะเวลาที่ กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ กฎหมายยังควบคุม “ประเภทของธุรกิจ” “ขนาดของที่ดิน” วัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดิน ซึ่งต้องใช้สำหรับ “การอยู่อาศัย” เท่านั้น รวมถึงที่ดินจะต้องอยู่ใน จังหวัดหรือเขตปกครองพิเศษตามที่กฎหมายกำหนด ในทางปฏิบัติคนต่างด้าวส่วนใหญ่จะไม่ซื้อที่ดิน ตามกฎหมายที่ดินเพราะมีข้อจำกัดมาก โดยกลุ่มคนต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนแบบการลงทุนโดยตรง (Foreign Direct Investments: FDIs) มักจะขอรับการสนับสนุนภายใต้กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริม การลงทุนที่ให้สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและทรัพย์สิน เช่น มาตรา 27 วรรคหนึ่ง แห่ง “พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน” อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถถือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการได้ตามที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าเงื่อนไขที่กฎหมายอื่นกำหนดก็ตาม

อย่างไรก็ดี คนต่างด้าวนั้นมีหลายประเภท เช่น กลุ่มนักลงทุนจากประเทศจีนบางกลุ่ม พยายามหาทางเลี่ยงกฎหมายโดยใช้วิธีการจัดตั้งนิติบุคคลเป็นสัญชาติไทยเพื่อจะสามารถซื้อที่ดินและ อสังหาริมทรัพย์ได้เช่นเดียวกับคนไทย แต่แท้จริงแล้วกลับใช้ “นอมินี” (Nominee) คนไทยถือหุ้น แทนในสัดส่วนไม่น้อยกว่าร้อยละ 51<sup>1</sup> ตามที่กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

<sup>1</sup> ฐานเศรษฐกิจ, "กรรมที่ดิน" ล้างบาง"นอมินี"ถือครองที่ดินแทนคนต่างชาติ, คำนวนที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://www.thansettakij.com/real-estate/549672>

กำหนดไว้<sup>2</sup> โดยวิธีดังกล่าวทำให้คนต่างด้าวไม่ต้องปฏิบัติตามข้อจำกัดเกี่ยวกับจำนวนเงินลงทุน ประเภทธุรกิจ ขนาดที่ดิน หรือวัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดินตามที่กฎหมายกำหนด

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการชี้ให้เห็นว่า กฎหมายไทยในปัจจุบันอาจจะมีข้อจำกัดมากเกินไปในเรื่องการได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวซึ่งอาจจะไม่สะท้อนสภาพสังคมและเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป แน่แน่นอนว่ากฎหมายจำเป็นต้องเข้มงวดในเรื่องนี้เนื่องจากเป็นเรื่องละเอียดอ่อนและอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ แต่ขณะเดียวกันข้อจำกัดที่เข้มงวดของกฎหมายกลับไม่ได้สามารถป้องกันปัญหาการเข้าถือครองที่ดินของคนต่างด้าวที่ไม่สุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการปล่อยให้ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้น ไม่เพียงผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ แต่ยังเป็นข้อจำกัดกับนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยอย่างสุจริตด้วย ดังนั้น วิทยานิพนธ์นี้มีจุดมุ่งหมายที่จะหาแนวทางที่จะป้องกันการได้สิทธิในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยไม่ชอบ และขณะเดียวกันก็ยังสามารถดึงดูดนักลงทุนต่างชาติให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะนักลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการพักอาศัยในประเทศระยะยาวของคนต่างด้าว เช่น ธุรกิจบ้านพักตากอากาศสำหรับผู้เกษียณอายุ บ้านพักตากอากาศแบบ Timeshare หรือผู้ที่จำเป็นต้องพักพำนักระยะยาวจากการรักษาพยาบาล เป็นต้น

เหตุผลที่ผู้เขียนต้องการศึกษาเรื่องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยระยะยาวเนื่องจากการลงทุนประเภทนี้กำลังได้รับความสนใจอย่างมากในปัจจุบัน ทั้งยังมีความเกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอย่างมาก กล่าวคือ คนต่างด้าวจะมองว่าการเข้ามาในประเทศไทยเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว เป็นการพักอาศัยระยะยาวซึ่งแตกต่างจากการท่องเที่ยวระยะสั้นทั่วไป จึงต้องการได้ที่พักอาศัยที่สะดวกสบายเช่นเดียวกับบ้านของตนเอง ทำให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้ยินดีที่จะจ่ายเงินหลายสิบล้านบาทเพื่อที่จะได้ที่พักอาศัยที่เหมือนเป็นบ้านไม่ใช่โรงแรม อสังหาริมทรัพย์เหล่านี้ส่วนใหญ่จะมีมูลค่าสูงมาก ทำให้คนต่างด้าวมองว่า พวกเขาเข้ามาในฐานะนักลงทุน ซึ่งควรจะได้สิทธิประโยชน์บางอย่างด้วย แต่กฎหมายไทยจะให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนเป็นสำคัญ เพราะเป็นการลงทุนในลักษณะที่เป็นการลงทุนโดยตรงที่มักจะเกี่ยวข้องกับการก่อสร้างโรงงานและการจ้างงานเป็นส่วนใหญ่

ยกตัวอย่างเช่น คนต่างด้าวคนหนึ่ง มีอาชีพเป็น Youtuber ทำงานออนไลน์ ต้องการเข้ามาพักอาศัยในประเทศไทยอย่างน้อย 3 เดือนต่อปี ต้องการที่พักอาศัยที่เหมือนบ้านซึ่งมีความเป็นส่วนตัว เช่น มีห้องครัว ห้องรับแขก และห้องทำงานที่มีอุปกรณ์สำหรับการถ่ายวิดีโอ อยู่ในจังหวัดที่มี

<sup>2</sup> มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

ชายทะเลสวยงาม และมีกำลังซื้อได้มากกว่า 10 ล้านบาท หากพิจารณาตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง จะมีประเด็นพิจารณาหลายประการ ดังนี้

#### 1. ประเด็นการเข้าเมือง

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองให้คนต่างด้าวที่จะเข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราว จะเข้ามาได้ด้วยวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น เช่น เพื่อการท่องเที่ยว การเล่นกีฬา ธุรกิจ การลงทุน การศึกษาหรือดูงาน การเผยแพร่ศาสนา หรือการค้นคว้าทางวิทยาศาสตร์<sup>3</sup> เป็นต้น โดยวัตถุประสงค์แต่ละประเภทจะได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยแตกต่างกันไปตั้งแต่ไม่เกิน 30 วัน 90 วัน 1 ปี 2 ปี หรือตามความจำเป็น และตามที่เห็นสมควร<sup>4</sup> หากพิจารณากรณีของคนต่างด้าวตามตัวอย่าง น่าจะต้องเข้ามาในฐานะนักท่องเที่ยวซึ่งจะสามารถอยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 30 วันเท่านั้น

ในกรณีการขอมิถินที่อยู่ในประเทศไทย จะต้องเข้ามาด้วยวัตถุประสงค์ 5 ประการ ได้แก่ (1) เพื่อการลงทุน (2) เพื่อทำงาน (3) เพื่อเหตุผลทางมนุษยธรรม ซึ่งจะเกี่ยวกับการมีคู่สมรสหรือบุตรที่มีสัญชาติไทย (4) เพื่อเข้ามาเป็นผู้เชี่ยวชาญ และ (5) กรณีพิเศษเฉพาะราย<sup>5</sup> หากพิจารณาเฉพาะหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการลงทุน คนต่างด้าวจะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด กล่าวคือ เงินลงทุนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาทและได้ออนเข้ามาในประเทศไทยแล้ว การลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจไทย โดยเป็นการลงทุนในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือลงทุนซื้อพันธบัตรรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจ หรือลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ เช่น หุ้นสามัญ หุ้นกู้<sup>6</sup>

จะเห็นได้ว่า คนต่างด้าวตามตัวอย่างจะมีข้อจำกัดในเรื่องในการเข้ามาอยู่อาศัยในประเทศไทยระยะยาวอย่างมาก และหากจะเข้ามาในฐานะนักลงทุน ประเภทของการลงทุนก็ยังไม่เปิดกว้างอย่างใดก็ดี ผู้เขียนไม่ได้มุ่งเน้นศึกษากฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเป็นสำคัญ แต่ต้องการสะท้อนให้เห็นว่าการลงทุนนั้น มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนี้ด้วย เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของสหราชอาณาจักรจะพบว่า แม้ว่าสหราชอาณาจักรจะไม่มีข้อห้ามคนต่างด้าวซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ แต่

<sup>3</sup> มาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

<sup>4</sup> มาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

<sup>5</sup> ข้อ 2 แห่งประกาศคณะกรรมการพิจารณาคคนเข้าเมือง เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ประกาศ ณ วันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2546

<sup>6</sup> ข้อ 3 แห่งประกาศคณะกรรมการพิจารณาคคนเข้าเมือง เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ประกาศ ณ วันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2546

ไม่ได้หมายความว่าคนต่างด้าวนั้นจะกลายเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ เพราะสหราชอาณาจักรมองเรื่องที่ดินเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจ ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองซึ่งมีความเข้มงวดมาก เป็นเครื่องมือที่ใช้กำกับดูแลเรื่องความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศ

## 2. ประเด็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ประมวลกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายหลักที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว ประเด็นเรื่องกรรมสิทธิ์ได้กล่าวถึงไปข้างต้นแล้ว โดยสรุปคือ แม้คนต่างด้าวจะมีเงินลงทุน 40 ล้านบาทตามที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด แต่เงินดังกล่าวต้องใช้ในประเภทธุรกิจที่กำหนดเท่านั้น หรือเป็นไปตามกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก หรือกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ในกรณีของคนต่างด้าวตามตัวอย่างนั้น กฎหมายไม่เปิดช่องให้สามารถนำเงินลงทุนไปซื้อที่ดินเพื่อสร้างที่พักอาศัยเพียงอย่างเดียวได้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์รายละเอียดในบทที่ 4 ต่อไป

## 3. ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์

กฎหมายไทยไม่ได้กำหนดเรื่องการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้เช่าเป็นคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ แต่จะกำหนดในเรื่องระยะเวลาของสัญญาเช่าแทน เพราะหากระยะเวลาของสัญญาเช่าที่ยาวนานมาก ๆ ในทางปฏิบัติอาจมองได้ว่าไม่แตกต่างจากกรรมสิทธิ์ ซึ่งหากกฎหมายอนุญาตให้กำหนดระยะเวลาได้อย่างไม่จำกัด ก็อาจเปิดช่องให้คนต่างด้าวใช้เป็นช่องทางในการเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้อีกทางหนึ่ง ดังนั้น ระยะเวลาเช่าจึงถือเป็นสาระสำคัญของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าที่ดิน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 ห้ามไม่ให้กำหนดสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เกิน 30 ปี แม้กฎหมายจะอนุญาตให้ขยายระยะเวลาของสัญญาเช่าต่อไปได้อีก 30 ปี แต่ก็ไม่สามารถต่อสัญญาได้โดยอัตโนมัติ จำเป็นจะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลงก่อน และเจ้าพนักงานที่ดินยังอาจใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ต่อสัญญาได้เช่นกัน

นอกจากนี้ “พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542” แม้จะกำหนดระยะเวลาเช่าเกิน 30 ปีขึ้นไปแต่ไม่เกิน 50 ปี และต่อสัญญาได้อีกไม่เกิน 50 ปี ซึ่งระยะเวลาเช่าโดยรวมทั้งหมดจะเป็น 99 ปีก็ตาม แต่สำหรับการเช่าโดยคนต่างด้าว จะต้องเป็นไปเพื่อการพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเสียก่อน และจะต้องมีเงินลงทุนไม่น้อยกว่า 100 ล้านบาทโดยไม่รวมกับเงินค่าเช่า สำหรับ “พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561” อนุญาตให้คนต่างด้าวเช่าอสังหาริมทรัพย์เฉพาะในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (โดยปัจจุบันมีพื้นที่อยู่ในจังหวัดฉะเชิงเทรา ชลบุรี และระยอง แต่อาจกำหนดเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาได้อีกหากแต่ต้องเป็นพื้นที่ภายในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเท่านั้น) โดยมีระยะเวลาเช่าได้ถึง 99 ปี ระยะเวลาแรกอนุญาตให้มีระยะเวลา

การเช่าไม่เกิน 50 ปี และในระยะเวลาที่สองสามารถต่ออายุการเช่าได้อีกไม่เกิน 49 ปี เมื่อรวมกัน 2 ระยะเวลาแล้วไม่เกิน 99 ปี

จะเห็นได้ว่า กฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม และกฎหมายเขตพัฒนาพิเศษฯ ต้องการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุน FDI ที่มีมูลค่าการลงทุนหลายร้อยล้านบาท เพราะรัฐบาลต้องการผลักดันการลงทุนขนาดใหญ่ใน “โครงการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจภาคตะวันออก” (Eastern Economic Corridor Development: EEC) ที่มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจให้คนต่างด้าวนำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อส่งเสริมการเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ดังนั้น ในกรณีของคนต่างด้าวตามตัวอย่างย่อมสามารถเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้เพียง 30 ปี ตาม ป.พ.พ. เนื่องจากเป็นการเช่าเพื่ออยู่อาศัย

ในสหราชอาณาจักรนั้น กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถได้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เหมือนกับคนในประเทศ โดยมีระยะเวลาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว (Leasehold) ตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือแม้แต่ 999 ปี และไม่จำเป็นต้องเช่าเพื่อการลงทุนหรือประกอบธุรกิจเท่านั้น สามารถเช่าเพื่ออยู่อาศัยได้ นอกจากนี้ ประเทศอื่น ๆ ในกลุ่มอาเซียนก็มีความยืดหยุ่นในเรื่องสิทธิการเช่า เช่น สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกสามารถกำหนดระยะเวลาได้ถึง 50 ปี และยังมีความชัดเจนในเรื่องของการต่อสัญญาด้วย<sup>7</sup>

#### 4. ประเด็นการซื้ออาคารชุด

แม้ว่ากฎหมายไทยจะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวซื้อที่ดินหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวเพื่ออยู่อาศัย แต่คนต่างด้าวก็ยังสามารถเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ตาม “พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522” โดยมาตรา 19 กำหนดประเภทของคนต่างด้าวที่สามารถถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ และมาตรา 19 ทวิ กำหนดเงื่อนไขว่า ในแต่ละอาคารชุด จะมีคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดรวมกันแล้วไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น แน่แน่นอนว่าการซื้อห้องชุดก็เป็นทางเลือกหนึ่งให้กับคนต่างด้าวที่ต้องการถือครองสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย แต่การซื้อห้องชุดแม้ว่าจะมีมูลค่าหลายร้อยล้านบาท ก็ยังไม่ถือเป็นการลงทุนที่จะได้รับสิทธิประโยชน์ในฐานะนักลงทุน ดังนั้น หากคนต่างด้าวตามตัวอย่างซื้อห้องชุด ก็ยังต้องเข้าประเทศมาในฐานะนักท่องเที่ยวซึ่งจะสามารถอยู่ในราชอาณาจักรได้ไม่เกิน 30 วัน หรือขอวีซ่าประเภทอื่นเพื่อให้สามารถอยู่ในราชอาณาจักรได้นานขึ้น

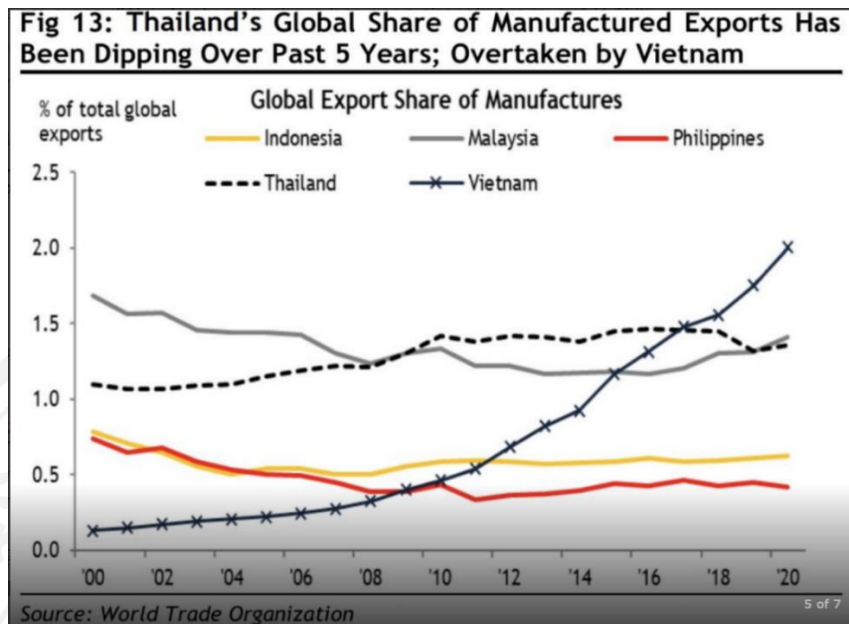
<sup>7</sup> Alexander Chipman Koty, **Industry Spotlight: Identifying opportunities in ASEAN Real Estate**, Retrieved September 16, 2016 from <https://www.asean.briefing.com/news/asean-real-estate/>

โดยสรุปแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดที่ค่อนข้างเข้มงวดในกรณีของคนต่างด้าวที่ต้องการถือครองสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย โดยกฎหมายมีจุดมุ่งหมายหลักที่จะให้สิทธิประโยชน์กับกลุ่มคนต่างด้าวที่เป็นนักลงทุนในกิจการขนาดใหญ่เป็นสำคัญ ทำให้ยังอาจไม่ครอบคลุมธุรกิจบางประเภทที่กำลังเป็นที่สนใจในปัจจุบัน เช่น การลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นที่พักอาศัยระยะยาวสำหรับผู้เกษียณอายุ ผู้ป่วยพักฟื้น หรือคนทำงานไร้ออฟฟิศ (Digital Nomad) ในขณะที่ข้อยกเว้นข้อจำกัดที่เข้มงวดก็อาจไม่สามารถที่จะแก้ปัญหาการใช้นอมนี้อย่างมีประสิทธิภาพ ในต่างประเทศมีแนวทางในเรื่องการถือครองสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่หลากหลายแตกต่างกันไป ผู้เขียนเห็นว่า การศึกษากฎหมายของต่างประเทศจะเป็นแนวทางในการปรับปรุงพัฒนากฎหมายไทยได้ ซึ่งจะเป็นประโยชน์ทั้งต่อเศรษฐกิจของประเทศและป้องกันปัญหาการทำผิดกฎหมายด้วย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศเวียดนามและสหราชอาณาจักร เหตุผลที่เลือกประเทศเวียดนามเนื่องจากในช่วงไม่กี่ปีที่ผ่านมา โดยเฉพาะผลกระทบจากสถานการณ์แพร่ระบาดของโควิด-19 อัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจมีการชะลอตัวลงทั่วโลก รวมถึงประเทศไทย แต่มูลค่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศของประเทศเวียดนามกลับมีการเติบโตอย่างก้าวกระโดด (ภาพที่ 1.1)<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Thanaphum Charoensombatpanich, **Thailand Losing its ASEAN FDI Crown as Investors OPT for ‘More’ Attractive Vietnam and Indonesia**. Thai Enquirer, Retrieved October 6, 2022 from <https://www.thaienquirer.com/44961/thailand-losing-its-asean-fdi-crown-as-investors-opt-for-more-attractive-vietnam-and-indonesia/>



ภาพที่ 1.1 มูลค่าการส่งออกของเวียดนามที่เพิ่มขึ้นอย่างมากในช่วง ค.ศ. 2000-2020<sup>9</sup>

ตัวเลขการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในกลุ่มอาเซียนในช่วง 3 ปีที่ผ่านมาพบว่า เวียดนามมีมูลค่าการลงทุนจากต่างประเทศมากกว่าประเทศไทยถึงสามเท่าตัว โดยจุดแข็งหลักของเวียดนามเป็นเรื่องของแรงงานจำนวนมากและค่าแรงที่ต่ำกว่าไทย และค่าที่ดินที่ถูกกว่า ทำให้มีการลงทุนในกลุ่มธุรกิจที่ใช้เงินลงทุนสูง แรงงานเข้มข้น ทำให้เวียดนามสามารถแข่งขันในเรื่องต้นทุนได้ โดยเฉพาะธุรกิจอสังหาริมทรัพย์<sup>10</sup> สำหรับเป้าหมายของการลงทุนจากต่างประเทศในประเทศไทยนั้น ภาคการผลิตมีส่วนการลงทุนที่ใหญ่ที่สุดโดยมีส่วนมากกว่าร้อยละ 40 ของการลงทุนจากต่างประเทศทั้งหมด ตามมาด้วยภาคธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่มีสัดส่วนที่ประมาณร้อยละ 19

แน่นอนว่าอัตราการเติบโตอย่างมากของประเทศเวียดนามนั้น เกิดจากเหตุผลหลากหลายประการ แต่เหตุผลสำคัญประการหนึ่ง คือ การปรับปรุงแก้ไขโครงสร้างทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ สมัชชาแห่งชาติเวียดนามได้อนุมัติเห็นชอบการแก้ไขปรับปรุง “กฎหมายว่าด้วยการลงทุน” (Law on Investment 2020 –

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> ข่าวหุ้นธุรกิจออนไลน์, “บีไอไอ” ย้ำไทยมีศักยภาพ “ฐานลงทุนต่างชาติ” ไม่แพ้เวียดนาม, คำนวณวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://www.kaohoon.com/news/585086>

LOI) และ “กฎหมายองค์กรธุรกิจ” (Law on Enterprises 2020: LOE) โดยกฎหมายทั้งสองฉบับนี้จะมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2563 มีรายละเอียดโดยสรุป<sup>11</sup> ดังนี้

กฎหมาย LOI ที่แก้ไขปรับปรุงนั้น ได้มีการเพิ่มเติมประเภทกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุน โดยเฉพาะกลุ่มสตาร์ทอัพ (Startups) ที่มีแนวคิดสร้างสรรค์ใหม่ ๆ การวิจัยและพัฒนา (R&D) การผลิตอุปกรณ์และเครื่องมือทางการแพทย์ และการส่งเสริมกลุ่ม SMEs โดยสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ การยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคล การยกเว้นเงื่อนไขบางประการเกี่ยวกับการต้องมีมัดจำหรือการันตีจากธนาคารของโครงการลงทุนที่ต้องมีการใช้ที่ดิน เช่น หากได้รับการโอนที่ดินมาจากโครงการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ก็จะได้รับยกเว้นไม่ต้องมีมัดจำ เป็นต้น นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจกับหน่วยงานที่กำกับดูแลและออกใบอนุญาตให้กับนักลงทุน ที่จะสามารถยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วนของโครงการลงทุนที่เป็นการหลอกลวงหรือฉ้อฉล (sham) เช่น การตั้งนอมินี ประเทศไทยเองก็ประสบปัญหาคนไทยที่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (นอมินี) หรือมีการสนับสนุนให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีักพบในกลุ่มธุรกิจหลัก 3 ประเภท ได้แก่ ธุรกิจท่องเที่ยว ธุรกิจเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ และธุรกิจบริการ<sup>12</sup>

ในส่วนของกฎหมาย LOE นั้น ก็มีการปรับแก้กฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับผู้ประกอบการและนักลงทุนมากขึ้น เช่น การใช้ลายเซ็นอิเล็กทรอนิกส์ การยกเลิกคณะกรรมการตรวจสอบ (Board of Inspection) ในบริษัทที่มีผู้ถือหุ้นหลายคน และบริษัทผู้ถือหุ้นคนเดียว หรือการกำหนดประเภทของหุ้นให้มีความหลากหลายมากขึ้น (Non-voting Depository Receipts) เพื่อช่วยเหลือผู้ประกอบการด้านการระดมทุน สำหรับประเทศไทยนั้น ก็ได้มีการแก้ไขกฎหมายบริษัทเพื่ออำนวยความสะดวกแก่การจัดตั้งบริษัทมากขึ้น เช่น การกำหนดให้มีผู้ถือหุ้น 2 คน จากเดิม 3 คน เป็นต้น

<sup>11</sup> Vy Thao Tran Do, Kim Thi Anh Nguyen and Trung Duc Nguyen, **Vietnam’s Updated Law on Investment and Law on Enterprises: Impact on Foreign Investors.** Tilleke & Gibbins, Retrieved September 1, 2020 from <https://www.tilleke.com/insights/vietnams-updated-law-investment-and-law-enterprises-impact-foreign-investors/>

<sup>12</sup> กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กองธรรมาภิบาลธุรกิจ, **รมช.สินิตย์ เข้ม!! สั่งการ ‘ตรวจนอมินี’ ทั้งก่อนและหลังจัดตั้งนิติบุคคลปี ’64 - ’65 พบนิติบุคคลที่อาจกระทำผิดในลักษณะนอมินี 148 ราย** ส่ง DSI สืบสวนสอบสวนเชิงลึก..ดำเนินคดีให้ถึงที่สุด, คำนวนที่ 22 พฤศจิกายน 2565 จาก [https://www.dbd.go.th/news\\_view.php?nid=469423193](https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469423193)

นอกจากนี้ ในส่วนกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะนั้น ประเทศเวียดนามได้มีการแก้ไขปรับปรุง “กฎหมายว่าด้วยที่พักอาศัย” (Housing Law) และ “กฎหมายว่าด้วยธุรกิจอสังหาริมทรัพย์” (Law of Real Estate Business) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2015 โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถซื้ออสังหาริมทรัพย์ในเวียดนามได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายเวียดนามอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้มากกว่าประเทศไทยเนื่องจากกฎหมายถือว่ารัฐบาลเวียดนามเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดในประเทศ ทำให้แม้แต่ชาวเวียดนามเองก็ต้องขออนุญาตเช่นเดียวกับคนต่างด้าว

อย่างไรก็ดี การศึกษากฎหมายของเวียดนามสะท้อนให้เห็นถึงความจำเป็นในการปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องอย่างเป็นระบบและทันต่อสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ การควบคุมการใช้ที่ดินโดยรัฐบาลเวียดนามก็อาจสามารถนำมาปรับใช้กับประเทศไทยได้ในบางกรณี เช่น ในกรณีที่ดินของรัฐ หรือที่ดินที่ค้างจากการขายทอดตลาดเกิน 10 ปี โดยรัฐอาจเข้ามาควบคุมเองและให้คนต่างด้าวเช่าในระยะยาวได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีภูมิศาสตร์ตั้งอยู่ใจกลางคาบสมุทรอินโดจีนในเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ และส่วนหนึ่งตั้งอยู่ในภูมิภาคของอินโดแปซิฟิก ทำให้ทางตอนใต้ของประเทศไทยฝั่งหนึ่งติดกับทะเล “อ่าวไทย” และอีกฝั่งหนึ่งติดกับทะเล “อันดามัน” ซึ่งทั้งสองฝั่งนี้ต่างก็มีเมืองชายฝั่งทะเลหลายเมืองและมีเสน่ห์และเป็นจุดหมายของคนต่างด้าวที่ต้องการจะมีสิทธิในที่ดิน แต่ปัจจุบันประเทศไทยยังไม่สามารถพัฒนาศักยภาพของตนในภาคธุรกิจนี้ได้เต็มที่และมีประสิทธิภาพ

กฎหมายเวียดนามอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้เป็นระยะเวลาสูงสุด 50 ปี และยังสามารถขยายเวลาออกไปได้อีก 50 ปี โดยจะต้องยื่นขอ “หนังสือรับรองการใช้สิทธิในที่ดิน” (Land Use Right Certificate: LURC) การแก้ไขระยะเวลาดังกล่าว ทำให้เวียดนามกลายเป็นเป้าหมายที่ดึงดูดนักลงทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างมาก จากการสำรวจของ Urban Land Institute และ PwC พบว่า เมืองโฮจิมินห์เป็นเมืองอันดับ 5 ในภูมิภาคเอเชียแปซิฟิกที่นักลงทุนต้องการเข้าไปลงทุนด้านอสังหาริมทรัพย์ ตามหลังเมืองโตเกียว ชิดนีย์ เมลเบิร์น และโอซาก้า เท่านั้น<sup>13</sup>

การได้สิทธิเช่าที่ดินในเวียดนามนั้นมีได้หลายวิธี เช่น การขอ LURC หรือการทำสัญญาเช่ากับผู้ที่ได้รับใบอนุญาต LURC แต่จะเป็นการเช่าในพื้นที่ที่กำหนดเท่านั้น เช่น ในเขตนิคมอุตสาหกรรม หรือในเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น นอกจากนี้ หน่วยงานภาครัฐจะเป็นผู้ควบคุมราคาเช่าโดยดูจากราคาตลาดเป็นสำคัญ เพื่อป้องกันการเก็งกำไรที่ดิน ดังนั้น ราคาเช่าที่ดินจะไม่สูง

<sup>13</sup> Alexander Chipman Koty, *op. cit.*

เกินร้อยละ 20 ของราคาตลาด บริษัทจะสามารถเช่าที่ดินได้ด้วยวิธีการจัดสรรเท่านั้น ปัจจุบันตลาดธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในเวียดนามกำลังเติบโตและเป็นที่ยอมรับของนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก โดยถือเป็นภาคธุรกิจที่ใหญ่เป็นอันดับสามที่ได้รับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และมีมูลค่าถึง 1.1 พันล้านดอลลาร์สหรัฐ นอกจากนี้ นักลงทุนยังมีความเชื่อมั่นว่ารัฐบาลเวียดนามจะมีการแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินเพื่ออำนวยความสะดวกและดึงดูดนักลงทุนต่างชาติมากขึ้นในอนาคตอันใกล้<sup>14</sup>

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ยังศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายที่เกี่ยวข้องของสหราชอาณาจักร โดยเฉพาะแนวทางการป้องกันปัญหาการเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวเพื่อให้สามารถถือครองสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ เพราะแน่นอนว่าการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อเปิดช่องให้คนต่างด้าวมีสิทธิต่าง ๆ ในที่ดินมากขึ้นไม่ใช่เรื่องง่ายนักด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงและปลอดภัยของประเทศ แม้ปัจจุบันกฎหมายไทยจะมีความเข้มงวดในเรื่องดังกล่าว ก็ยังมีการกระทำผิดต่าง ๆ เกิดขึ้น เช่น ปัญหาการมีส่วนร่วมขององค์กรอาชญากรรมข้ามชาติของนักลงทุนต่างชาติชาวจีนที่มีการซื้ออสังหาริมทรัพย์มากมายในประเทศไทย<sup>15</sup>

กฎหมายของสหราชอาณาจักรอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถซื้อและเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้เช่นเดียวกับคนในประเทศด้วยเหตุผลทางเศรษฐกิจ และตลาดอสังหาริมทรัพย์มีการเติบโตสูงมาก รวมถึงราคาที่สูงมากเช่นกัน ทำให้ไม่ใช่คนต่างด้าวทุกคนจะมีกำลังซื้อได้ เหตุผลหนึ่งที่รัฐบาลของสหราชอาณาจักรสามารถเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวได้เช่นนี้ เนื่องจากมีกฎหมายอื่นที่ควบคุมกำกับอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง แม้คนต่างด้าวจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ก็ได้ก่อให้เกิดสิทธิแก่เจ้าของที่ดินในฐานะผู้มีถิ่นที่อยู่ (Resident) ที่มีสิทธิเข้ามาอยู่อาศัยและทำงานในสหราชอาณาจักรได้

นอกจากนี้ รัฐบาลยังได้มีการออกกฎหมายใหม่ เรียกว่า “พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022” (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022)) เพื่อแก้ปัญหาการฟอกเงินและการกระทำผิดโดยผ่านการถือครองที่ดิน

<sup>14</sup> Dezan Shira & Associates, **Land Rights in Vietnam – What They Are and How You Can Acquire Land**, Retrieved March 30, 2024 from <https://www.aseanbriefing.com/news/land-rights-in-vietnam-what-they-are-and-how-you-can-acquire-land/>

<sup>15</sup> BBC News, **ทุนจีนสีเทา: ดีเอสไอรับเป็นคดีพิเศษ เป้าหมายยึดทรัพย์ 4,400 ล้านบาท ขบวนการตู้เหวอ, คำนวนที่ 16 สิงหาคม 2567** จาก <https://www.bbc.com/thai/articles/crgj7z316w0o>

และอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว โดยจะต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ การศึกษากฎหมายดังกล่าวของสหราชอาณาจักรจะเป็นแนวทางในการปรับปรุงการกำกับดูแลสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยได้

โดยสรุปแล้ว ผู้เขียนต้องการจะศึกษาแนวทางการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อพักอาศัยระยะยาวของคนต่างด้าว รวมถึงการหาแนวทางป้องกันการใช้นอมนิเพื่อเลี่ยงกฎหมายด้วย โดยมีประเด็นที่จะวิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประเภทของกิจการที่ถือเป็นการลงทุนของคนต่างด้าว กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว สิทธิในการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวของคนต่างด้าว และการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์

## 1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

1. เพื่อศึกษาความสำคัญของการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ และแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการลงทุน โดยเฉพาะสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยการเช่าที่ดินระยะยาวเพื่ออยู่อาศัยของคนต่างด้าว
2. เพื่อศึกษาเปรียบเทียบมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของชาวต่างชาติของประเทศไทยและประเทศเวียดนาม และสหราชอาณาจักร
3. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายไทยที่เป็นข้อจำกัดต่อการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศว่าด้วยการลงทุนเพื่อการอยู่อาศัย และข้อจำกัดเกี่ยวกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินระยะยาวของคนต่างด้าว
4. เพื่อเสนอแนะแนวทางปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการลงทุนเพื่อการอยู่อาศัย ของประเทศไทย เพื่อให้สามารถแข่งขันกับประเทศในกลุ่มอาเซียน และดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ

## 1.3 ขอบเขตการวิจัย

เนื่องจากประเทศไทยไม่อนุญาตให้คนต่างด้าว หรือคนต่างชาติมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินภายในประเทศโดยเด็ดขาด ตามบัญชีหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่ประเทศไทยมีกฎหมายอื่นที่ยืดหยุ่นการเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว หากแต่ข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ เหล่านั้น ล้วนเป็นข้อจำกัด และไม่สอดคล้องการการลงทุนเพื่อที่

อยู่อาศัยของคนต่างด้าวประเภทหนึ่ง ดังนั้นตัวเลือกอันดับแรกสำหรับการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว จึงเป็นสิทธิการเช่าที่ดินระยะยาว ที่ประเทศไทยมีกฎหมายที่ให้สิทธิการเช่าที่ดินของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับอยู่แล้ว เพียงแต่กฎหมายแต่ละฉบับจะมีข้อบ่งชี้เฉพาะและเงื่อนไขที่แตกต่างกัน ซึ่งการให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยแก่นักลงทุนต่างชาติที่ผู้เขียนได้ศึกษาและทำการวิจัยนี้ มิได้สอดคล้องกับกฎหมายใดที่ประเทศมีอยู่ เนื่องจากกฎหมายมิได้มองว่านักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้เป็นนักลงทุน หรือการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัยมิได้เป็นการลงทุนนั่นเอง ซึ่งผู้เขียนมองว่าการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวนั้นเป็นเรื่องของ “การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI)” เช่นกัน เพียงแต่อยู่ในรูปแบบของการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Law) และปัจจุบันประเทศไทยยังมิได้มีกฎหมายหรือมาตรการใดที่รองรับกับความต้องการจากนักลงทุนต่างชาติที่ถาโถมเข้ามา และประเด็นระยะเวลาการเช่าที่ดินในประเทศไทยที่มีระยะเวลาการเช่าที่น้อยกว่าประเทศอื่นๆ หรือปัญหาที่เกิดจากการหลีกเลี่ยงกฎหมาย นอกจากประเทศไทยไม่มีกฎหมายเพื่อสนับสนุนหรือส่งเสริมการลงทุนกลุ่มนี้แล้ว กลับมีแต่เพียงบทลงโทษที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าเป็นความผิด ซึ่งมีได้เป็นการแก้ไขปัญหาอย่างบูรณาการ ขอบเขตการทำวิจัยนี้จึงเป็นเพียงการวิเคราะห์จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้น และข้อคิดเห็นในทางกฎหมายเพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

#### 1.4 วิธีการศึกษาวิจัย

รายงานวิจัยฉบับนี้จะศึกษาจากประเด็นปัญหาสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยของนักลงทุนต่างชาติที่เกิดขึ้นจริง และก่อให้เกิดเป็นปัญหา และที่มาของการทำนิติกรรมอำพรางในพื้นที่ที่มีจำนวนของคนต่างชาติพักอาศัยอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งคนต่างชาติกลุ่มนี้ประสงค์จะได้รับการส่งเสริมให้มีสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัย การกำหนดประเภทกิจการการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัยที่อยู่ในรูปแบบของการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Law) เฉกเช่นประเทศอื่น ๆ ที่รัฐเปิดโอกาส สนับสนุน ส่งเสริม และกำกับดูแลเป็นการเฉพาะ

#### 1.5 สมมุติฐานการศึกษาวิจัย

รายงานวิจัยฉบับนี้ตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่า หากการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว (Housing Law) เป็นการลงทุนรูปแบบหนึ่ง และเป็นหนึ่ง

ในประเภทกิจการที่กำหนดให้คนต่างด้าวสามารถทำได้ คนต่างด้าวกลุ่มนี้จะได้รับการสนับสนุนในการให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัย และจะถูกรับรองว่านักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้เป็นนักลงทุนประเภทหนึ่ง ซึ่งจะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ โดยสิทธิพิเศษที่คนต่างด้าวกลุ่มนี้จะได้รับก็เพียงพอ ที่จะการทำนิติกรรมอำพราง หรือตั้งนอมินีถือแทนไม่มีความจำเป็นอีกต่อไป แต่สามารถเข้าครองครองหรือถือสิทธิการเช่าพิเศษนี้เองได้เลย และแน่นอนว่าคนต่างด้าวกลุ่มนี้ต้องแลกมากับการถูกรัฐควบคุมดูแล และจัดเก็บภาษีในรูปแบบอื่นตามที่รัฐจะกำหนด ให้สอดคล้องกันกับกฎหมายว่าด้วยการลงทุนอื่น ๆ อันจะสร้างเม็ดเงินหมุนเวียนภายในประเทศได้อีกช่องทาง ทั้งยังเป็นการปิดกวนตนิติกรรมอำพราง และปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวให้หมดไปในอนาคต

## 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1. สามารถวิเคราะห์หลักการและความสำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และแนวคิดทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการลงทุน โดยเฉพาะสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยของนักลงทุนต่างชาติ
2. เกิดแนวทางในการปรับปรุงมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ประเภทการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment)
3. สร้างมาตรการ หรือแนวทางแก้ไขปัญหาของกฎหมายไทยที่เป็นข้อจำกัดต่อการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และข้อจำกัดเกี่ยวกับการให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยแก่นักลงทุนต่างชาติ
4. เพิ่มศักยภาพการแข่งขันกับประเทศในกลุ่มอาเซียน และดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ

## บทที่ 2

### แนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิการเช่าที่ดิน ของนักลงทุนต่างชาติ

#### 2.1 แนวคิดว่าด้วยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกับสิทธิในที่ดิน

แนวความคิดนี้เกิดขึ้นมาจากความต้องการของที่ดินมีเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ในสังคมปัจจุบัน เนื่องจากการเติบโตของสังคมเมือง ความต้องการอาหาร สภาพอากาศและสิ่งแวดล้อมที่เปลี่ยนแปลงไปทำให้ปริมาณที่ดินสำหรับการเพาะปลูกลดน้อยลง รวมถึงภาคอุตสาหกรรมเองก็ต้องการที่ดินสำหรับการก่อสร้างโรงงานขนาดใหญ่เพื่อรองรับความต้องการของประชาชนในด้านต่าง ๆ เมื่อความต้องการใช้ที่ดินเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ จึงก่อให้เกิดการแย่งชิงที่ดิน (Land Grabbing) กันขึ้นด้วยวิธีการต่าง ๆ กล่าวคือ รัฐบาลจากนานาประเทศ และนักลงทุนจากประเทศพัฒนาแล้วต่างพยายามหาทางเข้าครอบครองพื้นที่เกษตรกรรมในประเทศกำลังพัฒนาด้วยการเช่าระยะยาว หรือการเข้าถือกรรมสิทธิ์ถ้ากฎหมายเปิดช่อง การเข้าแย่งชิงที่ดินของต่างชาติในประเทศกำลังพัฒนานี้ อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในแง่ของอำนาจต่อรอง เพราะบางครั้งประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้มีทางเลือกมากนักระหว่างการสร้างรายได้ให้กับประเทศจากนักลงทุนและการยอมให้ต่างชาติเข้าครอบครองที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในระยะยาว โดยเฉพาะประโยชน์ที่ได้จากที่ดินดังกล่าวมักจะส่งต่อไปยังคนของประเทศที่เข้ามาลงทุนเป็นหลัก ประเทศที่ได้รับผลกระทบอย่างมากมักเป็นประเทศที่ยากจน มีค่าครองชีพและค่าแรงต่ำ รวมถึงไม่ได้มีกฎหมายและระบบการกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพรองรับการเข้ามาลงทุนของต่างชาติ จากการสำรวจพบว่าประเทศที่ได้รับผลกระทบทางลบจากการเข้ามาครอบครองที่ดินของต่างชาติอย่างมาก ได้แก่ อันโกลา เอธิโอเปีย อินโดนีเซีย กัมพูชา เคนยา ลาว และฟิลิปปินส์<sup>16</sup> เป็นต้น จะเห็นว่ามีถึง 4 ประเทศอยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เช่นเดียวกับประเทศไทย ซึ่งไทยเองก็ได้รับผลกระทบดังกล่าวเช่นกัน

---

<sup>16</sup> Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ), Development Policy Stance on the Topic of Land Grabbing – the Purchase and Leasing of Large Areas of Land in Developing Countries (Berlin: BMZ, 2009), p. 4.

ปัจจุบันนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการเข้ามาแสวงหาประโยชน์ในที่ดินของประเทศกำลังพัฒนา แบ่งออกเป็น 3 กลุ่มหลัก ได้แก่ (1) กลุ่มประเทศจากเอเชียตะวันออก โดยเฉพาะจีน เกาหลีใต้ และ ญี่ปุ่น ซึ่งเป็นประเทศที่ประชาชนมีความต้องการทรัพยากรต่าง ๆ สูงมาก (2) กลุ่มประเทศที่มีการนำเข้าอาหารสูงเนื่องจากข้อจำกัดทางภูมิประเทศและต้องการที่จะลดการนำเข้าลง โดยเฉพาะกลุ่มประเทศอาหรับ เช่น บาห์เรน ลิเบีย คูเวต กาตาร์ ซาอุดีอาระเบีย เป็นต้น (3) กลุ่มประเทศอุตสาหกรรมซึ่งต้องการวัตถุดิบสำหรับการผลิต เช่น ประเทศในยุโรปและอเมริกาเหนือ และนักลงทุนส่วนใหญ่จะมาจากภาคเอกชน

การมีมาตรการด้านต่าง ๆ เกี่ยวกับการลงทุนในที่ดิน (FDI in Land) จึงมีความสำคัญมาก เช่น การวางนโยบายที่จะสามารถส่งเสริมการลงทุนอย่างยั่งยืน แต่ขณะเดียวกันก็ต้องมีนโยบายที่เข้าพัฒนาและบริหารที่ดินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะการคุ้มครองสิทธิในที่ดินที่จะต้องไม่กระทบกับความมั่นคงของประเทศด้วย โดยปกติแล้วการลงทุนทางตรงในที่ดินจะเกิดขึ้นโดยภาคเอกชนเป็นส่วนใหญ่ จึงทำให้บริษัทขนาดใหญ่ที่เข้ามาลงทุนทางตรงในประเทศกำลังพัฒนาต่าง ๆ มีบทบาทและอิทธิพลอย่างมากต่อการพัฒนาและกำหนดยุทธศาสตร์ของประเทศเหล่านั้น บางครั้งประเทศกำลังพัฒนาจะต้องแข่งขันกันเพื่อดึงดูดนักลงทุนอีกด้วย การให้สิทธิในที่ดิน เช่น สิทธิการเช่าระยะยาว หรือแม้แต่การให้กรรมสิทธิ์ ต่างเป็นวิธีการที่จะดึงดูดนักลงทุนรูปแบบหนึ่งที่มีความนิยมอย่างมาก เนื่องจากความต้องการใช้ที่ดินของนักลงทุนมีในปริมาณมาก การลงทุนในที่ดิน หรือ FDI in Land จึงเป็นรูปแบบพิเศษอย่างหนึ่งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI)

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศเป็นประเภทของการลงทุนข้ามพรมแดนอย่างหนึ่ง กล่าวคือ นักลงทุนที่อาศัยในประเทศหนึ่ง ได้สร้างผลประโยชน์ให้เกิดขึ้นในระยะยาวในประเทศนั้น แล้วต่อมาได้เข้าไปมีอิทธิพลในกิจการซึ่งตั้งอยู่อีกประเทศหนึ่ง โดยนักลงทุนดังกล่าวจะต้องการถือหุ้น และมีอำนาจลงคะแนน (Voting Power) มากกว่าร้อยละ 10 ในกิจการนั้น การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศนั้น เป็นกุญแจสำคัญของการสร้างความร่วมมือทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ เพราะเป็นการสร้างความเชื่อมโยงระหว่างเศรษฐกิจของระหว่างประเทศในลักษณะมั่นคงถาวร และยั่งยืนระยะยาว นอกจากนี้ การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศยังเป็นช่องทางสำคัญในการส่งต่อเทคโนโลยีระหว่างกัน ส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศผ่านการเข้าสู่ตลาดต่างประเทศ และยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ<sup>17</sup> ผลกระทบของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศโดยทั่วไปจะส่งผลกระทบต่อประเทศที่เป็นเป้าหมายของนักลงทุน เพราะมีการนำเงินลงทุนเข้าประเทศ สามารถสร้าง

<sup>17</sup> OECD Library, **Foreign Direct Investment (FDI)**, Retrieved May 22, 2024 from [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english\\_9a523b18-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english_9a523b18-en)

รายได้จากการจัดเก็บภาษี มีการเรียนรู้เทคโนโลยีที่ทันสมัยที่จะช่วยพัฒนาประเทศ เกิดการสร้างอาชีพให้กับคนในประเทศ รวมถึงการได้รับค่าแรงเพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม ยังไม่มีคำจำกัดความเฉพาะของการลงทุนโดยตรงในที่ดิน (FDI in Land) แต่โดยความเข้าใจทั่วไป หมายถึง บริษัทต่างชาติหรือรัฐต่างชาติเข้าไปมีอำนาจควบคุมการใช้สิทธิต่าง ๆ ในที่ดินเพื่อผลหวังผลประโยชน์ในระยะยาว สิทธิดังกล่าวรวมถึงสิทธิในการใช้ที่ดิน ซึ่งมักจะมีการกำหนดระยะเวลาแต่ก็สามารถขยายเวลาได้ เช่น สิทธิการเช่าที่ดิน หรือสิทธิในการเป็นเจ้าของ<sup>18</sup>

การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในที่ดินคาดว่าจะก่อให้เกิดผลกระทบในระยะยาวด้านต่าง ๆ เช่น ราคาของสินค้าเกษตรจะเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ เนื่องจากมีการผลิตลดลงในขณะที่ความต้องการมีมากขึ้น ซึ่งอาจส่งผลให้เกิดปัญหาการขาดแคลนอาหารในอนาคตได้ การลงทุนในที่ดินจึงเป็นที่ดึงดูดมากขึ้นเพราะย่อมหมายถึงราคาที่ดินเพิ่มขึ้น หรือรายได้จากการให้เช่าที่ดินเพิ่มขึ้น

## 2.2 กรอบทางกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศและสิทธิในที่ดิน

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของต่างชาติ โดยเฉพาะสิทธิในที่ดินต่าง ๆ ตั้งแต่การใช้สิทธิในที่ดิน การเช่าที่ดิน หรือการเป็นเจ้าของที่ดินก็ตาม มีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎหมายต่าง ๆ จำนวนมาก ทั้งที่เป็นกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายในประเทศ กฎหมายมหาชนและกฎหมายเอกชน รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงและกฎเกณฑ์ทางการค้า (Trade Rules) ต่าง ๆ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินโดยเฉพาะ และเงื่อนไขต่าง ๆ ที่ใช้ควบคุมการใช้ที่ดินของนักลงทุนต่างชาติอีกด้วย การลงทุนจากต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการใช้ที่ดินและผืนน้ำที่เพิ่มขึ้นอย่างมากส่งผลทำให้เกิดการส่งต่อสิทธิต่าง ๆ ที่เคยเป็นของคนชาติมายังคนต่างชาติที่เข้ามามีบทบาทมากขึ้นเรื่อย ๆ ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดการส่งต่อสิทธิดังกล่าวนี้ เกิดขึ้นเนื่องจากกฎหมายทั้งในประเทศและระหว่างประเทศมีข้อจำกัดหรือช่องโหว่ โดยเฉพาะกฎหมายของประเทศผู้รับการลงทุน (Host Country) ซึ่งส่วนใหญ่เป็นประเทศกำลังพัฒนา ยังไม่มี ไม่เพียงพอหรือไม่ชัดเจน ในเรื่องสิทธิในที่ดิน สิทธิในผืนน้ำ การควบคุมมลภาวะต่าง ๆ จากการลงทุนด้าน

---

<sup>18</sup> GTZ on behalf of the Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, **Foreign Direct Investment (FDI) in Land in Developing Countries** (Eschborn: GTZ, 2009), p. 9.

สาธารณสุข การคุ้มครองแรงงาน เป็นต้น ในขณะที่กรอบของกฎหมายระหว่างประเทศค่อนข้างที่จะคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติค่อนข้างมาก ประเด็นทางกฎหมายและแนวคิดที่เกี่ยวข้องมีดังนี้<sup>19</sup>

### 2.2.1 กฎหมายภายในประเทศ (Domestic Law)

ในรัชกาลที่ 5 ก่อนการปฏิรูประบบกฎหมายนั้นกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะเป็นของพระมหากษัตริย์ แม้จะได้พระราชทานให้ราษฎรไปแล้ว แต่หากมีความจำเป็นหรือพระประสงค์พระมหากษัตริย์ก็สามารถเรียกคืนได้ แต่จะทรงเวนคืนก็ต่อเมื่อจะนำที่ดินมาใช้เพื่อประโยชน์ส่วนรวมเสียมาก<sup>6</sup> ต่อมาเมื่อประเทศมหาอำนาจทางตะวันตกได้ขยายอิทธิพลมาสู่ภูมิภาคเอเชีย โดยการที่อังกฤษได้ยึดตอนใต้ของพม่า ฝรั่งเศสพยายามขยายอิทธิพลในอินโดจีน เป็นเหตุให้ประเทศไทยต้องดำเนินนโยบายทางการเมืองด้วยความระมัดระวัง และต่อมาอังกฤษได้มีสัมพันธไมตรีกับประเทศไทย และได้ทำสนธิสัญญาต่อกัน เมื่อวันที่ 18 เมษายน 2398 (ค.ศ. 1855) ที่รู้จักกันในนาม “สนธิสัญญาเบาริง” ซึ่งสนธิสัญญาดังกล่าวนี้มีข้อกำหนดทางด้านเศรษฐกิจเป็นสิ่งสำคัญ ซึ่งสัญญาดังกล่าวมีผลทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจของไทยเป็นอย่างมาก เช่น การเก็บภาษีในอัตราร้อยละ 3 หรือการให้สิทธิในการทำการค้าโดยตรงกับราษฎร ทำให้อาชีพเกษตรกรรวมจากที่เป็นเพียงเพื่อการแลกเปลี่ยนสินค้า และเพื่อยังชีพ ต้องเปลี่ยนเป็นการผลิตเพื่อส่งไปขายยังต่างประเทศ เช่น ข้าว ที่แต่เดิมข้าวถือเป็นสินค้าสำคัญที่ไม่อนุญาตให้ค้าขายกับประเทศเพื่อนบ้าน เนื่องจากข้าวเป็นปัจจัยในการกำหนดแนวทางการแพ้ชนะในยามสงคราม การขายข้าวให้ประเทศเพื่อนบ้านอาจนำภัยมาสู่ประเทศได้ แต่สนธิสัญญาเบาริงได้อนุญาตให้ขายข้าวนอกราชอาณาจักรได้ เมื่อข้าวกลายเป็นสินค้าส่งออกที่สำคัญทำให้ราษฎรหันมาปลูกข้าวกันมากขึ้น และทำให้มีการขยายพื้นที่การเพาะปลูก และทำเกษตรกรรมมากขึ้น รัฐจึงมีนโยบายที่จะจัดสรรที่ดินโดยให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแก่เอกชนไปเลย<sup>20</sup>

การจัดให้เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เริ่มจากที่รัฐอนุญาตให้ราษฎรเข้าจับจองที่ดินทำกิน โดยกำหนดเงื่อนไขให้ไปแจ้งต่อเจ้าหน้าที่เพื่อไปตรวจสอบพื้นที่ และออกเอกสารรับรองสิทธิในที่ดินของราษฎรโดยวางหลักเกณฑ์ไว้ในข้อบังคับการหวงห้ามที่ดินศก 117 (พ.ศ. 2442) ว่าด้วยการอนุญาตให้ราษฎรเข้าจับจองที่ดิน หากผู้ใดจะจับจองที่ดินรกร้างว่างเปล่าก็ให้ไปแจ้งแก่นายอำเภอท้องที่ นายอำเภอต้องแต่งตั้งกรรมการอำเภอ กำหนดท้องที่ ออกไปรังวัดตรวจสอบ หากไม่ใช่ที่หวงห้าม ที่สาธารณประโยชน์ หรือมีผู้อื่นเป็นเจ้าของโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ให้นายอำเภอออกใบเทียบยื่น

<sup>19</sup> Carin Smaller and Howard Mann, **A Thirst for Distant Land: Foreign Investment in Agricultural Land and Water**, pp. 8-13, Retrieved October 15, 2024 from [http://www.IISD.org/pdf/2009/thirst\\_for\\_distant\\_lands.pdf](http://www.IISD.org/pdf/2009/thirst_for_distant_lands.pdf)

<sup>20</sup> ชูศักดิ์ สนิทจาโร, “พระราชโองบายของรัชกาลที่ 5 เกี่ยวกับการที่ดิน,” **วารสารที่ดิน** 27, 5.

ให้เสร็จ แล้วรายงานผู้ว่าราชการเมืองเพื่อประกาศให้ผู้อื่นทราบ ใบเหยียบย่ำที่ออกให้ต้องขอต่ออายุ ทั่วรอบ 12 เดือน ใบเหยียบย่ำนี้โอนกันได้โดยสลักหลังผู้ถือใบเหยียบย่ำจะเวนคืนที่ดินให้รัฐก็ได้ หากผู้ถือใบเหยียบย่ำทอดทิ้งที่ดิน หรือไม่ได้ชำระเงินอากรค่าที่ดินครบ 2 ปี ก็ให้ที่ดินดังกล่าวตกเป็นของรัฐ<sup>21</sup> การที่รัฐอนุญาตให้ราษฎรจับจองที่ดินโดยออกใบเหยียบย่ำไว้เป็นหลักฐานนั้น ใบเหยียบย่ำนี้จะมีอายุเพียง 1 ปี เท่านั้น เมื่อขาดต่ออายุก็หมดสิทธิทำกินในที่ดินต่อไป ทำให้ราษฎรจำนวนหนึ่งถือครองที่ดินโดยมีใบเหยียบย่ำที่ดินที่ขาดอายุแล้ว ไม่อาจใช้อ้างเป็นหลักฐานได้ จึงเกิดกรณีพิพาทเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินอยู่บ่อยครั้ง จากปัญหากรณีพิพาทกรรมสิทธิ์ในที่ดินนี้ พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวทรงมีพระราชดำริว่า “ที่ดินมีราคามากขึ้น เป็นเหตุให้ราษฎรมีคดีพิพาทด้วยเรื่องที่ดินมากขึ้น สมควรที่จะจัดระเบียบสิ่งสำคัญอันเป็นหลักฐานสำหรับที่ดิน จัดให้มีสิ่งหมายเขตสำหรับที่ดินให้มั่นคงตามกาลสมัย” จากพระราชดำริดังกล่าว เพื่อให้การถือครองที่ดินของประชาชนมีความมั่นคง และเป็นการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างสมบูรณ์ จึงได้มีการนำระบบแผนที่ และระบบเอกสารทางทะเบียนที่เป็นเอกสารรับรองสิทธิ์ในที่ดินของประชาชนมาใช้บังคับ ด้วยแนวคิดทางกฎหมายนี้ จึงทำให้เกิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดให้เอกชนมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน<sup>22</sup> ดังนี้

1. ประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120

ประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 (พ.ศ. 2444) ได้ใช้วิธีการนำหลักฐานทางแผนที่ในการออกโฉนดที่ดินให้กรรมสิทธิ์กับผู้ถือครองที่ดิน และมีการจัดทำทะเบียนที่ดินเพื่อความสะดวกในการตรวจสอบ และได้นำหลักการประทับตราตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวม 3 ตำแหน่ง จึงจะถือว่าเป็นโฉนดที่ชอบด้วยกฎหมาย

2. พระราชบัญญัติออกตราจองที่ดินชั่วคราว ร.ศ. 121

การออกโฉนดตามประกาศออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 120 นี้ จะต้องใช้เวลานานจึงจะออกได้ แต่ประชาชนต้องการเอกสารแสดงถึงสิทธิ์ในที่ดินเพื่อเป็นหลักประกันในการถือครองที่ดิน และเพื่อป้องกันการพิพาทเรื่องที่ดินของราษฎร จึงทรงตราพระราชบัญญัติออกตราจองที่ดินชั่วคราว ร.ศ. 121 เพื่อออกตราจองในท้องที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยังเดินสำรวจไม่ถึง ให้แก่ราษฎรที่ได้เข้าทำประโยชน์ใน

<sup>21</sup> ร. แสงกาต์, **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย** (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.).

<sup>22</sup> เทียมทัน อุณหะสุวรรณ, **การควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เกษตรกรได้รับกรรมสิทธิ์จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม** (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538).

ที่ดิน เพื่อเป็นหลักฐานที่ทางราชการรับรองชั้นหนึ่งก่อน เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐสำรวจเสร็จแล้ว ถึงจะออกโฉนดให้แก่ราษฎรต่อไป<sup>23</sup>

### 3. พระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451)

เนื่องจากกฎหมาย และประกาศเกี่ยวกับที่ดินมีหลายฉบับ และกระจัดกระจาย มีข้อความก้ำก่ากัน จึงทรงให้รวบรวม และประกาศเป็น พระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะเปลี่ยนหนังสือสำคัญสำหรับที่ดินแต่เดิมให้เป็นโฉนดแผนที่ทั้งหมด และการรังวัดที่ดินจะมีการปักหลักเขตโดยเจ้าหน้าที่ออกไปทำการสำรวจ เจ้าของที่ดินจะทำหน้าที่นำเจ้าหน้าที่ชี้แนวเขตและทำการปักหลักเขตให้เป็นการแน่นอน เจ้าของที่ดินหน้าที่ดูแลรักษาหลักเขตที่ปักไว้ไม่ให้สูญหาย หรือถูกทำลายไป ซึ่งต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติเกี่ยวกับที่ดินแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 อีกหลายครั้ง ที่สำคัญได้แก่พระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 โดย กำหนดให้การจับจองที่ดินต้องขออนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้

### 4. พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลที่ดิน และประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

ด้วยเหตุว่า กฎหมายว่าด้วยที่ดิน ณ ขณะนั้นมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ จึงได้นำกฎหมายที่มีอยู่นั้นมาประมวลไว้ในที่เดียวกัน โดยการนำกฎหมายที่ดินที่เคยประกาศใช้มาแล้วก่อนปี พ.ศ. 2497 มาปรับปรุงใหม่ให้ทันสมัยในรูปของประมวลกฎหมาย โดยกำหนดหลักเกณฑ์การได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของเอกชนไว้ว่า “บุคคลจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ต้องเป็นไปตามกฎหมายก่อนที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ หรือได้โฉนดที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ หรือกฎหมายอื่น ดังนั้นตามแนวคิดของเจ้าหน้าที่รัฐจึงถือว่า ผู้ที่มีสิทธิในที่ดินจะต้องมีเอกสารแสดงถึงสิทธิที่ทางราชการเป็นผู้ออกให้เป็นสำคัญ<sup>24</sup>

## 2.2.2 แนวคิดการให้สิทธิการเช่าที่ดินแก่คนต่างด้าว

ในรัชสมัยรัชกาลที่ 8 ในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ. 2486 ถึงปี พ.ศ. 2496 ในรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดลรัชกาลที่ 8 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวที่มี

<sup>23</sup> ปรีชา พรหมเพชร, *มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการถือครองที่ดิน* (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541).

<sup>24</sup> สุนทรี อาสะโวทย์, *การพัฒนาที่ดินและผลกระทบต่อสังคม* (กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530).

ความสำคัญมาก โดยในกฎหมายฉบับนี้มีหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิในที่ดินดังต่อไปนี้<sup>25</sup>

1) การออกพระราชบัญญัตินี้ให้มีผลเป็นการยกเลิกประกาศกำหนดที่ให้ขาย ให้เช่าแก่คนนอกประเทศ จ.ศ. 1218

2) ในกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความหมายคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้ในมาตรา 4 วรรค 3 โดยหมายความว่า บุคคลซึ่งมิได้มีสัญชาติไทยตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการครอบคลุมถึงคนต่างด้าวทุกประเทศ ซึ่งต่างไปจากกฎหมายฉบับเก่าที่มีได้บัญญัติอย่างครอบคลุมในทุกประเทศ

3) คนต่างด้าวที่จะเข้ามาถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ก็แต่โดยอาศัยบทสนธิสัญญา ซึ่งประเทศไทยได้ทำกับรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวนั้น และสนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องกำหนดให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้

4) การเปลี่ยนแปลงประเภทการใช้จะต้องแจ้งและขออนุญาตใหม่ ส่วนกรณีเลิกใช้ก็ต้องแจ้งและจำหน่ายที่ดินภายในกำหนดระยะเวลาที่เจ้าหน้าที่กำหนดแต่น้อยกว่า 180 วัน

5) คนต่างด้าวที่มีที่ดินอยู่ก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับต้องแสดงหลักฐานแห่งสิทธิและจดทะเบียนสิทธิภายในกำหนด จึงจะมีสิทธิในที่ดินนั้นและใช้ประโยชน์ในกิจการของตนต่อไป

กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดประเภทการถือครองที่ดินและจำนวนที่ดินที่จะถือได้ในแต่ละประเภท ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงมหาดไทยที่ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486

แต่อย่างไรก็ตาม บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวดังกล่าวนั้น ใช้บังคับเฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลด้วย จึงทำให้คนต่างด้าวหันมาใช้วิธีจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อถือครองที่ดินด้วย ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการตราพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2493<sup>26</sup>

ต่อมาในช่วงตั้งแต่ปี พ.ศ. 2497 จึงเกิดแนวความคิดการให้สิทธิเช่าที่ดินจนถึงปัจจุบัน การกำหนดสิทธิของคนต่างด้าวเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ที่กรมที่ดินเป็นผู้ได้ยกร่างขึ้น เพื่อเป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเดิมให้ทันสมัย และเป็นการรวบรวมกฎหมายที่ดินไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว ซึ่งโดยหลักแล้วคนต่างด้าวจะไม่สามารถได้มาซึ่งที่ดินในประเทศไทยได้ แต่มีข้อยกเว้นที่คน

<sup>25</sup> กรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, หนังสือ ที่ 8549/2495, เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติกำหนดการครอบครองและถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน, 5 กรกฎาคม 2495.

<sup>26</sup> จเร จารุวังสันติ, การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551).

ต่างด้าวสามารถมีสิทธิในที่ดินได้ การเข้ามามีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวนอกจากจะเข้ามาถือครองแบบกรรมสิทธิ์ตามข้อยกเว้นของกฎหมายแล้ว คนต่างด้าวยังสามารถเข้ามามีสิทธิในที่ดินโดยอาศัยสิทธิอื่น<sup>27</sup> เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิการเช่า เพื่อหาประโยชน์เอาจากที่ดินได้ โดยที่คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของ หรือมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ที่ปัจจุบันถือเป็นสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยการเช่าทรัพย์ บรรพ 4 มาตรา 588 ที่ได้กำหนดไว้ว่า “การเช่าอสังหาริมทรัพย์เกินกว่า 3 ปี จนถึง 30 ปี หรือกำหนดตลอดอายุของผู้เช่า หรือผู้ให้เช่า...” หรือในกรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์กรรม หรืออุตสาหกรรมตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ประกอบการพาณิชย์กรรมที่มีการลงทุนไม่ต่ำกว่า 20 ล้านบาท หรือประกอบการอุตสาหกรรมประเภทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการลงทุน จะสามารถเช่าที่ดินเพื่อการพาณิชย์กรรม หรืออุตสาหกรรมนั้นได้เป็นเวลาไม่เกิน 50 ปี<sup>15</sup> ในคราวแรก และสามารถต่อระยะเวลาการเช่าได้อีกไม่เกิน 50 ปี 16 ในคราวที่สอง หลังจากทีระยะเวลาการเช่าในคราวแรกสิ้นสุดลง<sup>28</sup>

### 2.2.3 แนวคิดหลักการทางการปกครอง

ที่ดินถือเป็นขอบเขตดินแดนอธิปไตยของแต่ละประเทศมีสิทธิสมบูรณ์ในการที่จะหวงกันห้ามมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินในประเทศของตนได้<sup>29</sup> ดังนั้นการที่คนต่างด้าวจะมีสิทธิในที่ดินอย่างไร ก็เป็นสิทธิของแต่ละประเทศที่จะสามารถกำหนดได้ตามความเหมาะสม แนวคิดของรัฐในการสงวนที่ดินไว้ หรือจำกัดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว เป็นไปเพื่อการคงไว้ซึ่งเอกราช และอำนาจอธิปไตยของประเทศ การสงวนหวงห้ามแต่ละยุคแต่ละสมัยแตกต่างกัน เช่นการออกพระราชบัญญัติหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่าอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน พ.ศ. 2478 ที่ได้มีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1304 ว่า “สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดิน ซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน” จึงสังเกตได้ว่าการที่ที่ดินจะตกเป็นสมบัติของแผ่นดินได้นั้น หากเป็นของเอกชนก็จะไม่ใช่สาธารณสมบัติของแผ่นดิน เว้นแต่เอกชนจะยกให้แก่รัฐ<sup>30</sup>

<sup>27</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2493

<sup>28</sup> สมคิด บางโม, *กฎหมายธุรกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพฯ: เอส เค บুক, 2561).

<sup>29</sup> มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

<sup>30</sup> มาตรา 4 วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

#### 2.2.4 แนวคิดความมั่นคงของชาติ

ด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของชาติเป็นเหตุผลที่สำคัญที่สุดในหลักกฎหมายของนานาประเทศในการที่จะปกป้องรักษาซึ่งดินแดนของตน ไม่ให้ตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นทางตรง หรือทางอ้อม เนื่องจากว่าหากปล่อยให้ต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินอย่างไม่มีข้อจำกัดแล้ว ประเทศนั้นก็จะต้องตกอยู่ในความควบคุมของคนต่างด้าว ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมือง การค้า ธุรกิจ และด้านอื่น ๆ มากมาย ดังนั้นแล้วจากเหตุผลของความมั่นคงของชาติดังกล่าวนี้ จึงถือเป็นเหตุสำคัญที่สุดในการควบคุมการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว เพราะอนาคตอาจนำพามาซึ่งปัญหาคุกคามประเทศ หรือรัฐได้

ดินแดนอันเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของรัฐเพราะใช้เป็นเขตแดนที่กำหนดขอบเขตพื้นที่ของการใช้อำนาจต่าง ๆ ของรัฐ ดินแดนนั้นมีได้มีแต่เพียงภาคพื้นดินเท่านั้น แต่ยังคงคลุมไปถึงดินแดนทางทะเลซึ่งนับจากชายฝั่งทะเลออกไปในทะเลเป็นระยะทางมากน้อยแล้วแต่รัฐ รัฐส่วนใหญ่จะกำหนดบริเวณ “ทะเลอาณาเขต” (Territorial Sea) ไว้ที่ 12 ไมล์ทะเล (ประมาณ 22 กิโลเมตร) นับจากชายฝั่งทะเลออกไปในทะเล บางรัฐที่มีแหล่งทรัพยากรธรรมชาติใต้พื้นทะเล ก็จะประกาศส่วนที่ขยายออกไปจากทะเลอาณาเขตอีกรวมเป็น 200 ไมล์ทะเล (370 กิโลเมตร) ให้เป็น “เขตเศรษฐกิจจำเพาะ” (Economic Exclusive Zone) โดยรัฐนั้นสงวนสิทธิในการแสวงหาผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากบริเวณดังกล่าว นอกจากนี้ดินแดนยังคลุมไปถึงพื้นอากาศที่อยู่เหนือพื้นดินขึ้นไปอีกด้วย ซึ่งพื้นอากาศนี้จะเป็นส่วนที่อยู่เหนือพื้นดินและพื้นทะเลขึ้นไปเฉพาะส่วนที่มีอากาศอยู่เท่านั้น โดยไม่คลุมไปถึงส่วนที่ไม่มีอากาศที่อยู่เหนือขึ้นไปด้วย<sup>31</sup>

ความสำคัญของดินแดนทำให้จำเป็นต้องมีการกำหนดขอบเขตที่ชัดเจนของดินแดน ซึ่งเขตแดนถือเป็นการกำหนดขอบเขตของดินแดนที่สำคัญยิ่ง โดยกฎหมายของระหว่างประเทศกำหนดเทคนิคและวิธีการกำหนดเขตแดนไว้หลากหลาย แต่เมื่อนำเทคนิคและวิธีการกำหนดเขตแดนไปบังคับใช้จริง ก็จะทำให้เกิดผลกระทบต่อผลประโยชน์ และความต้องการของแต่ละรัฐที่ไม่ตรงกันและนำไปสู่ข้อพิพาททางกฎหมาย และการเมืองระหว่างรัฐต่าง ๆ ซึ่งรัฐที่มีมานานแล้วไม่ค่อยประสบปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดเขตแดนเท่าใดนัก เพราะได้อาศัยกาลเวลาและการทำสงครามกันจนมีข้อยุติในเรื่องเขตแดนแล้ว แต่รัฐที่เกิดใหม่จากการประกาศเอกราชของอดีตอาณานิคมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในทวีปแอฟริกาได้รับมรดกของการแบ่งปันเขตแดนที่มีได้กระทำให้ขึ้นโดยคำนึงถึงความเป็นจริงทางประวัติศาสตร์ เชื้อชาติ และเผ่าพันธุ์ของประชากรที่อาศัยอยู่ในอดีตอาณานิคม ซึ่งส่งผลให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างรัฐเกิดใหม่ดังกล่าว บางรัฐตลอดมาจนถึงทุกวันนี้ นอกจากนี้ การกำหนดเขต

<sup>31</sup> Philippe Georges et Guy Siat, **Droit public** 14<sup>th</sup> ed. (Paris: Sirey, 2004), pp. 12-15.

แดนทางทะเลไม่ว่าจะเป็นทะเลอาณาเขตทะเลหลวง เขตเศรษฐกิจจำเพาะ เขตไหล่ทวีป ฯลฯ ก็นำไปสู่ปัญหาข้อพิพาทระหว่างประเทศต่างๆจนกระทั่งกฎบัตรสหประชาชาติต้องวางหลักไว้ว่าประเทศสมาชิกของสหประชาชาติต้องเคารพในบูรณภาพแห่งดินแดนของแต่ละประเทศ

ในแง่ของกฎหมายแล้ว ขนาดของดินแดนมิใช่สิ่งสำคัญในอันที่จะกำหนดว่าประเทศที่จะเป็นรัฐได้นั้นจะต้องมีดินแดนขนาดเท่าใด ดังนั้น รัฐที่มีขนาดของดินแดนมากหรือน้อย รัฐที่มีดินแดนเป็นผืนแผ่นดินเดียวกันหรือรัฐที่มีดินแดนเป็นหมู่เกาะที่กระจัดกระจายกันอยู่ ก็ถือว่ามิดินแดนของตนที่ทำให้มีองค์ประกอบแรกของการเป็นรัฐได้ (ศาสตราจารย์ ชาร์ล กาดู)

ดินแดนช่วยกำหนดประชากรและส่งเสริมแนวความคิดของความเป็นชาติ ภายในเขตแดนที่ชัดเจน ประชากรมีความรู้สึกผูกพันกับดินแดนได้ดีกว่าแนวคิดเรื่องชาติ และบ้านเกิดเมืองนอนแยกไม่ได้จากเขตแดน บทบาทที่สำคัญของดินแดนในแง่ของกฎหมายก็คือการกำหนดขอบเขตการใช้อำนาจของรัฐ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐหนึ่งรัฐโดยอ้อมมีอำนาจอย่างเต็มที่ภายในดินแดนของตนอำนาจอธิปไตยต่าง ๆ ของรัฐ ไม่ว่าจะเป็อำนาจในการตรากฎหมาย ในการบังคับใช้กฎหมายและในการพิจารณาพิพากษาคดีสิ้นสุดลงที่เขตแดนของรัฐนั้น<sup>32</sup>

### 2.2.5 แนวคิดเรื่องการครอบงำของคนต่างด้าว

การไม่จำกัดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวนั้น ย่อมเป็นที่ต้องการของคนต่างด้าวทำให้จำนวนการหลั่งไหลของคนต่างด้าวที่ต้องการกอบโกย หรือมองเห็นการใช้ประโยชน์ในที่ดินมีจำนวนมากอย่างไม่จำกัดเช่นกัน ผลจากการที่จำนวนคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนมากนี้จะทำให้การเคลื่อนไหวของภาคธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ไม่อาจควบคุม และไม่อาจกำหนดทิศทางระบบเศรษฐกิจภายในประเทศได้ เมื่อรัฐไม่สามารถกำหนดทิศทางของระบบเศรษฐกิจได้เอง นั่นก็หมายถึงว่าประเทศจำต้องพึ่งพาการลงทุน และการควบคุมราคา ทิศทาง ขั้นตอน การยกเว้นต่างๆ เพื่อเอื้อประโยชน์ให้แก่คนต่างด้าวแทน<sup>33</sup> หากปล่อยให้เป็นอย่างนั้นแล้วรัฐนั้น หรือประเทศนั้นก็เท่ากับว่าได้สูญเสียอำนาจอธิปไตย กลาย ๆ ไปแล้วนั่นเอง

<sup>32</sup> ชาญชัย แสงวงศ์ศักดิ์, กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศ และในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563), หน้า 193-194.

<sup>33</sup> Stephen Hodgson, Cormac Cullinan and Karen Campbell, *Land Ownership and Foreigners: A Comparative Analysis of Regulatory Approaches to the Acquisition and Use of Land by Foreigners* (New York, NY: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 1999).

การเข้ามามีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ที่ทุก ๆ ประเทศต้องตระหนักและให้ความสำคัญในการที่จะให้หรือไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินในประเทศนั้น ๆ สืบเนื่องมาจาก ที่ดินในทางเศรษฐศาสตร์นั้นเป็นทรัพยากรที่มีบทบาทสำคัญ ที่เกี่ยวข้องถึงความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม ของคนในชาติ ถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์ที่ได้จากการทำนิติกรรมจะไม่สามารถจับต้องหรือเห็นได้ แต่สิทธินั้นก็ทำให้ได้มาซึ่งสิทธิการครอบครอง กรรมสิทธิ์ในที่อยู่อาศัย ซึ่งตอบสนองต่อความต้องการของนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้ สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายที่ทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะมีสิทธิไม่เหมือนกับคนในชาติ โดยมีสาเหตุที่สำคัญหลายประการ เหตุผลที่สำคัญที่มักมีการถูกกล่าวถึงอยู่เสมอ ก็คือเรื่องของความมั่นคงภายในประเทศ ส่วนคนต่างด้าวจะมีสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินในแต่ละประเทศเพียงใด ก็ต้องพิจารณาจากขอบเขตของการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวของแต่ละประเทศไป<sup>34</sup>

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ในปัจจุบัน การเข้ามามีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในแต่ละประเทศมีการเจริญเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว เนื่องจากการเติบโตของธุรกิจภาคอสังหาริมทรัพย์และการลงทุนเป็นอย่างมาก ทั้งที่เกิดจากความต้องการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ภายในประเทศนั่นเอง และเกิดจากความต้องการลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อประเทศต่าง ๆ จนมีอาจกล่าวได้ว่าการมีกฎหมายกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวนั้นเป็นการออกกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์หรือเพื่อความมั่นคงของรัฐเพียงอย่างเดียว แต่การออกกฎหมายเพื่อกำหนดสิทธิดังกล่าวนี้ต้องคำนึงถึงภาวะเศรษฐกิจ การลงทุนตามกระแสของเสรีนิยมในปัจจุบันด้วย ในด้านของนักลงทุนต่างชาติต่างก็ได้ให้ความสำคัญในเรื่องของการกำหนดสิทธินี้ด้วย โดยใช้เป็นปัจจัยหลักส่วนหนึ่งในการที่จะตัดสินใจที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศนั้น ๆ หรือไม่

### 2.2.6 แนวคิดการกำหนดความเป็น “คนต่างด้าว”

บุคคลแต่ละคนที่ถือกำเนิดขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่งจะมีสัญชาติประจำตัวอย่างน้อยหนึ่งสัญชาติ (Nationality) โดยสัญชาติจะเป็นสิ่งที่ระบุว่าบุคคลจะมีสิทธิและหน้าที่ภายใต้อำนาจของประเทศใด การถือสัญชาติของประเทศใดประเทศหนึ่งมีผลทำให้บุคคลนั้นสามารถมีสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ในฐานะประชาชนของประเทศนั้น ซึ่งจะถูกกำหนดไว้แตกต่างไปจากบุคคลที่ไม่ได้ถือสัญชาติของประเทศดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “คนต่างด้าว” โดยสิทธิและหน้าที่ของคนต่างด้าวจะถูกกำหนดไว้ต่ำกว่าคนในสัญชาติตน

<sup>34</sup> สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย, *โครงการศึกษากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว* (กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2560).

การกำหนดความเป็น “คนต่างด้าว” เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของประเทศ และเป็นกระบวนการเริ่มแรกในการจำแนกบุคคลภายใต้บังคับประเทศตนกับบุคคลภายใต้บังคับประเทศอื่น หรือเป็นเครื่องมือที่จะกำหนดสิทธิให้ความเป็น “คนต่างด้าว” เข้าถึงสิทธิบางสิทธิเทียบเท่ากับคนในสัญชาติได้ แต่สิทธิบางอย่างจะยังคงถูกจำกัดไว้ เช่นสิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน เป็นต้น การกำหนดความเป็นคนต่างด้าวไม่ได้มีกฎเกณฑ์ที่นิ่งตายตัว โดยแต่ละประเทศจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎเกณฑ์ข้อกำหนดตามเงื่อนไขของสังคม และเศรษฐกิจภายในประเทศในแต่ละช่วงเวลา การกำหนดความเป็นคนต่างด้าวนั้นแบ่งเป็นสองรูปแบบหลัก คือรูปแบบบุคคลธรรมดา และรูปแบบนิติบุคคล

#### 1) คนต่างด้าวในรูปแบบบุคคลธรรมดา

คนต่างด้าวในรูปแบบบุคคลธรรมดานั้นสามารถแบ่งแยกได้อย่างชัดเจน โดยการพิสูจน์ และการพิจารณาจากสัญชาติของบุคคลธรรมดานั้น โดยบุคคลธรรมดาจะไม่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวเมื่อได้ถือสัญชาติของชาตินั้น นั่นหมายถึงว่าหากมีการเปลี่ยนสัญชาติตามหลักปฏิบัติของชาติใด บุคคลธรรมดานั้นก็ไม่เป็นคนต่างด้าว

#### 2) คนต่างด้าวในรูปแบบบุคคลธรรมดาของไทย

ตามพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ได้ระบุไว้ว่า “คนต่างด้าว หมายความว่า ผู้ซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย”<sup>35</sup>

#### 3) คนต่างด้าวในรูปแบบนิติบุคคล

การกำหนดสัญชาติของนิติบุคคลมิได้ปรากฏเป็นกฎหมายเฉพาะ แต่ตามแนวคิดด้านกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ถือว่านิติบุคคลย่อมต้องมีสัญชาติเสมอ มิฉะนั้นแล้วจะส่งผลกระทบต่อรัฐอธิปไตย การเรียกเก็บภาษี การให้ความคุ้มครองทางการทูต การเรียกร้องค่าเสียหายระหว่างประเทศ การใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาคดี เขตอำนาจศาล เป็นต้น โดยทั่วไปแล้วสัญชาติของนิติบุคคลจะถูกกำหนดจากกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวข้อง โดยมากจะดูจากถิ่นที่สำนักงานใหญ่ของนิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรือดูจากผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (Benefit Owner) หรือเจ้าของทุนอื่น ๆ

#### 4) ที่มาคนต่างด้าวในรูปแบบนิติบุคคลไทย

คนต่างด้าวในรูปแบบนิติบุคคล หรือ “นิติบุคคลต่างด้าว” เกิดขึ้นในรัชสมัยรัชกาลที่ 8 จากการที่คนต่างด้าวในสมัยก่อนมิได้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลต่างด้าวไว้ ทำให้บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวในสมัยนั้น ใช้บังคับได้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาที่เป็นต่างด้าวเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลด้วย จึงทำให้คนต่างด้าวหันมาใช้วิธีจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อถือ

<sup>35</sup> เตือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณิพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล, **เบื้องหลังกลเกมทางธุรกิจของพ่อค้ายุคโลกาภิวัตน์** (กรุงเทพฯ: Openbooks, 2549).

ครองที่ดินแทน จึงเป็นสาเหตุให้มีการตราพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลขึ้น (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2493

ดังนั้นกฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุน จึงเป็นกฎหมายหลักที่ต้องนำมาใช้กำกับดูแลการลงทุนจากต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ การให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติ การจัดเก็บภาษีอากรกฎหมายที่ดิน รวมถึงกฎหมายที่มากำกับดูแลผลกระทบจากการลงทุน เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสาธารณสุข กฎหมายแรงงาน เป็นต้น กฎหมายเหล่านี้จำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อรองรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ เมื่อโครงสร้างของกฎหมายภายในประเทศมีความเข้มแข็งและบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ย่อมส่งผลให้เกิดการลงทุนที่สร้างผลกระทบทางบวกและทำหน้าที่ป้องกันผลกระทบทางลบได้ เช่น การกำหนดสิทธิในที่ดินจะช่วยให้ขอบเขตการใช้ที่ดินของต่างชาติมีความชัดเจน หรือการกำหนดสิทธิในผืนน้ำจะช่วยให้การมีเข้าถึงแหล่งน้ำอย่างเท่าเทียมและเป็นธรรม สิ่งแวดล้อมจะได้รับการคุ้มครองและดูแลจากการใช้ยาฆ่าแมลงหรือปุ๋ย แรงงานจะได้รับการคุ้มครองสิทธิในด้านต่าง ๆ เช่น ค่าแรงและสวัสดิการที่เป็นธรรม และได้รับความปลอดภัยจากการทำงาน แต่ในขณะเดียวกัน ประเทศผู้รับการลงทุนก็จำเป็นต้องพัฒนากฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนต่างชาติให้เป็นไปตามหลักการสากลด้วยเพื่อดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศ ความท้าทายของการพัฒนากฎหมายภายในประเทศด้านการลงทุนจึงเป็นเรื่องของการสร้างสมดุลระหว่างการคุ้มครองสิทธิของคนชาติและสิทธิของนักลงทุนต่างชาตินั่นเอง

### 2.3 แนวคิดสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านการลงทุน (International Investment Treaty)

สนธิสัญญาในยุคก่อนมักจะใช้คำว่า “ธุรกิจ” ต่อมานิยมใช้คำว่า “ลงทุน” เนื่องจากประเทศต่างๆ เริ่มเห็นความสำคัญของการลงทุนจากต่างประเทศที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจ และทำการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศด้วย คำว่าธุรกิจและคำว่าลงทุนจึงหมายถึงเรื่องเดียวกันเพราะการทำธุรกิจทุกอย่างต้องลงทุนทั้งสิ้น<sup>36</sup>

ในด้านประเทศที่กำลังพัฒนาจะมีการแสวงธุรกิจบางประเภทไว้สำหรับคนชาติของตน เช่น ธุรกิจการเงิน การธนาคาร ประกันภัย นายหน้า หนายความ และการลงทุนบางอย่างที่เป็นการแข่งขัน

<sup>36</sup> สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร, กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน (กรุงเทพฯ: บรรณกิจ, 2549), หน้า 22.

กับคนชาติที่ไม่มีกำลังแข่งขันเพราะมีทุนน้อยกว่า หากจะยอมเปิดให้ทำธุรกิจเช่นว่านั้นก็ต้องทำความตกลงกันระหว่างประเทศ หรือมีการปรับเปลี่ยนกฎหมายภายในประเทศเพื่อให้สอดคล้องกับธุรกิจดังกล่าว

สนธิสัญญา หรือความตกลงระหว่างประเทศ หรือการปรับเปลี่ยนตัวบทกฎหมาย หรือเพิ่มประเภทการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศให้มากขึ้น เพื่อให้สอดคล้องกับธุรกิจดังกล่าวจะเปิดโอกาสให้มีการเปลี่ยนแปลงผลประโยชน์มากมาย โดยการระบупระเภทการลงทุน ทุน สิทธิประโยชน์ ivo อย่างชัดเจน จึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศตระหนักถึง และให้ความสำคัญเป็นอย่างมาก

การทำสัญญาระหว่างประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะที่เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินนั้น มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากสัญญาดังกล่าวไม่เพียงระบุถึงราคา ขอบเขตที่ดิน หรือระยะเวลาในการใช้ที่ดินเท่านั้น แต่ยังเกี่ยวข้องกับเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น ภาษีที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง สิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวกับที่ดินที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน สิทธิในการส่งออกผลผลิต สิทธิในการนำเข้า อุปกรณ์หรือบุคลากร การขนส่ง เป็นต้น นอกจากนี้ ในสัญญายังมักจะระบุถึงเรื่องการจัดการด้านสิ่งแวดล้อม โดยอาจกำหนดรายละเอียดเฉพาะหรือใช้หลักการทั่วไปมาควบคุมกำกับ และเรื่องแรงงานก็มักมีการกำหนดรายละเอียดไว้เช่นเดียวกัน จะเห็นได้ว่า สัญญาด้านการลงทุนนี้เป็นกุญแจสำคัญในการต่อรองเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุน แต่ขณะเดียวกันก็ควรต้องมีการระบุถึงองค์ประกอบที่สำคัญต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วย โดยเฉพาะเรื่องสิ่งแวดล้อม สังคม และสิทธิมนุษยชน

ความสำคัญและบทบาทของสัญญาระหว่างประเทศด้านการลงทุนที่เพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ทำให้กลายมาเป็นกฎเกณฑ์ด้านการลงทุนที่นำมาใช้ทั่วไป ในประเทศกำลังพัฒนามีการนำข้อสัญญามาเป็นส่วนหนึ่งของตัวบทกฎหมาย เช่น การกำหนดเรื่องการชดเชยค่าเสียหายจากการลงทุนในกรณีที่มีการเปลี่ยนกฎระเบียบภายในประเทศ ซึ่งแต่เดิมมีการระบุในสัญญาโดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนา เพราะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายค่อนข้างบ่อย แต่ปัจจุบันกลายมาเป็นกฎเกณฑ์ทางการค้าที่ต้องปฏิบัติตามและมีสภาพบังคับเป็นกฎหมาย แม้จะไม่ได้มีการระบุไว้ในสัญญาก็ตาม บทบาทที่สำคัญอีกประการของสัญญาระหว่างประเทศด้านการลงทุนคือ การรับรู้ว่าจะนำกฎหมายของประเทศใดมาบังคับใช้ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นภายใต้สัญญา รวมถึงการระบุเขตอำนาจศาล โดยปกติจะมีทางเลือกที่กำหนดในสัญญาไว้ 3 ประการคือ (1) ให้อยู่ในเขตอำนาจศาลของประเทศที่เข้ามาลงทุน (Home Country) (2) การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในประเทศที่เข้ามาลงทุนโดยใช้กฎหมายภายใน หรือ (3) เข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทระหว่างประเทศ<sup>37</sup>

<sup>37</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

### 2.3.1 ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน (International Investment Agreements)

กฎหมายในระดับระหว่างประเทศมักจะกำหนดขึ้นเป็นข้อตกลงทางการค้าแบบพหุภาคี (Multilateral Agreements) โดยองค์การการค้าโลก (WTO) ได้กำหนดข้อตกลงทางการค้าที่เกี่ยวข้องกับ FDI's เช่น ความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า (Agreement on Trade Related Aspects of Investment Measures: TRIMS) เป็นความตกลงที่มีผลบังคับใช้เฉพาะกับมาตรการการลงทุนที่มีผลกระทบต่อการค้าสินค้านั้น เนื่องจากมาตรการการลงทุนภายในประเทศอาจส่งผลกระทบที่เป็นการกีดกัน และเบี่ยงเบนทางการค้าได้ ดังนั้น TRIMS จึงห้ามไม่ให้ประเทศสมาชิก WTO ใช้มาตรการการลงทุนที่ถือเป็นมาตรการต้องห้ามตามบทบัญญัติของความตกลงทั่วไปว่าด้วยภาษีศุลกากรและการค้า (General Agreement on Tariffs and Trade: GATT) ในข้อ 3 เรื่องการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) และข้อ 11 เรื่องการห้ามไม่ให้มีข้อจำกัดด้านปริมาณ (Prohibition of Quantitative Restrictions)<sup>38</sup>

ข้อตกลงระหว่างประเทศอีกฉบับที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของต่างประเทศ ได้แก่ ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (General Agreement on Trade in Services: GATS) ซึ่งได้ผนวกแนวคิดที่สำคัญเกี่ยวกับการลงทุนโดยตรงของต่างประเทศเข้าไปด้วย ประกอบด้วย (1) การปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (Most-Favoured Nation Treatment: MFN) (2) ความโปร่งใส กล่าวคือ หากสมาชิกจะออกกฎหมายหรือมาตรการใด ๆ ที่จะส่งผลกระทบต่อการค้าบริการ จะต้องตีพิมพ์เผยแพร่ล่วงหน้า และแจ้งให้ WTO ทราบ รวมถึงการจัดให้มีจุดการตอบข้อซักถามอย่างน้อย 1 แห่ง (3) การออกกฎเกณฑ์และระเบียบทางการค้าด้านบริการภายในประเทศที่มีเหตุมีผล เป็นระบบ ไม่ลำเอียง เลือปฏิบัติ หรือมีสองมาตรฐานระหว่างคนชาติและคนต่างชาติ และไม่เป็นอุปสรรคต่อการค้าบริการโดยไม่จำเป็น และ (4) การเปิดเสรีแบบก้าวหน้า (Progressive Liberalization) โดยการที่สมาชิก WTO จะต้องลดหรือยกเลิกข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคต่อการค้าบริการ<sup>39</sup>

<sup>38</sup> กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า, **สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า** (กรุงเทพฯ: สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2555).

<sup>39</sup> สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, **ในกรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการด้านการเงินภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกนั้น มีสาระสำคัญ ความคืบหน้าของการดำเนินงาน และประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับคืออะไร**, ค้นวันที่ 16 กันยายน 2567 จาก <https://www.fpo.go.th/main/General-information-public-service/FAQ/2406/2413.aspx>

นอกจากความตกลงระดับพหุภาคีแล้ว ยังมีความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties: BITs) ซึ่งมีจำนวนความตกลงเพิ่มขึ้นอย่างมาก บางครั้งมีการตกลงกันที่ไม่อยู่ในกรอบขององค์การการค้าโลก โดย BITs ที่มีความสำคัญต่อการลงทุนจากต่างประเทศและการใช้สิทธิในที่ดินจะเกี่ยวข้องกับหลักการสากล<sup>40</sup> ดังนี้

1) เงื่อนไขของการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) เป็นสิ่งที่นักลงทุนต่างชาติคาดหวังว่าจะได้รับการคุ้มครองในเรื่องนี้จากประเทศผู้รับการลงทุน โดยมีการปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติที่อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน (in like circumstances) อย่างเท่าเทียมและไม่แตกต่างจากนักลงทุนในประเทศ สิ่งสำคัญคือ การพิจารณาว่าในสถานการณ์เดียวกันเป็นเช่นไร เช่น กรณีนักลงทุนขนาดใหญ่ กับกลุ่มผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อม (SMEs) จะต้องได้รับการปฏิบัติด้วยมาตรฐานเดียวกัน แต่บางครั้งปัญหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้น ก็ได้เป็นเรื่องง่าย เช่น การกำหนดกฎเกณฑ์ด้านสิ่งแวดล้อมที่เป็นการเพิ่มค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบการ กลุ่ม SMEs อาจไม่สามารถแบกรับภาระค่าใช้จ่ายได้ หากภาครัฐจะเข้ามาให้ความช่วยเหลือจะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือไม่

2) หลักการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) เป็นองค์ประกอบที่สำคัญของข้อตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศ หมายถึง ประเทศผู้รับการลงทุนปฏิบัติต่อนักลงทุนจากประเทศหนึ่งไม่ต่างจากนักลงทุนอีกประเทศหนึ่ง เป็นการรับประกันว่าจากประเทศผู้รับการลงทุนว่าจะไม่มีการเลือกปฏิบัติ และส่งเสริมให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมระหว่างนักลงทุนจากประเทศต่าง ๆ หลักการดังกล่าวมีการนำไปใช้อย่างแพร่หลายในข้อตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน<sup>41</sup>

3) หลักการปฏิบัติอย่างเป็นธรรมและเท่าเทียม (Fair and Equitable Treatment: FET) หมายถึง ประเทศผู้รับการลงทุนได้รับการคาดหมาย (Legitimate Expectation) ที่จะให้การคุ้มครองและปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติจากประเทศหนึ่ง ไม่น้อยไปกว่านักลงทุนในประเทศ หรือนักลงทุนจากประเทศที่สาม ความคาดหมายดังกล่าวอาจเกิดขึ้นจากการกำหนดไว้ในสัญญาการลงทุน หรือคำมั่นสัญญารูปแบบต่าง ๆ ที่ได้จากภาครัฐ นอกจากนี้ โดยปกติจะมีการ

<sup>40</sup> Carin Smaller and Howard Mann, *op. cit.*

<sup>41</sup> UNCTAD, **Most-Favoured-Nation Treatment** (New York and Geneva: UN, 1999).

คุ้มครองการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) และการปฏิบัติเยี่ยงชาติที่ได้รับความอนุเคราะห์ยิ่ง (MFN) ควบคู่ไปกับหลักปฏิบัติที่เป็นธรรมและเท่าเทียมด้วย<sup>42</sup>

4) การห้ามเวนคืนทรัพย์สินของการลงทุนโดยไม่มีค่าชดเชยความเสียหาย เป็นองค์ประกอบที่ขาดไม่ได้ประการหนึ่งของความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน โดยหลักการแล้ว การเวนคืนสามารถทำได้ แต่จะต้องมีการจ่ายค่าชดเชยที่เหมาะสมและสมเหตุสมผล

5) สิทธิในการส่งออกสินค้าที่ผลิต เป็นข้อกำหนดสากลขององค์การการค้าโลกที่ห้ามประเทศผู้รับการลงทุนจำกัดหรือขัดขวางการส่งออกสินค้าที่ผลิตโดยนักลงทุนต่างชาติ

6) กฎเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนเงินทุน โดยทั่วไปแล้วความตกลงด้านการลงทุนระหว่างประเทศจะมีการอนุญาตให้ประเทศผู้รับการลงทุนสามารถจำกัดการโอนเงินออกนอกประเทศโดยนักลงทุนต่างชาติในกรณีที่มีวิกฤตทางเศรษฐกิจหรือการเงินได้

7) BITs เกือบทุกฉบับมีข้อตกลงซึ่งอนุญาตให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้หากเป็นเหตุผลด้านความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ ข้อยกเว้นดังกล่าวมักเกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยของประเทศโดยตำรวจและทหาร

8) การระงับข้อพิพาทภายใต้ BITs นั้น จะมีกระบวนการเป็นพิเศษ เรียกว่า กระบวนการอนุญาโตตุลาการระหว่างนักลงทุนและรัฐผู้รับการลงทุน ซึ่งกระบวนการดังกล่าวอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเป็นผู้ขอเริ่มกระบวนการได้เพื่อพิจารณาว่ารัฐมีการละเมิดข้อตกลงหรือไม่ แตกต่างจากกระบวนการระงับข้อพิพาทภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศรูปแบบอื่น ๆ ที่ต้องเริ่มด้วยฝ่ายรัฐเท่านั้น โดยจะมีการพิจารณาจากข้อตกลงเป็นสำคัญ ในกรณีที่ข้อตกลงขัดกับกฎหมายภายในประเทศ ให้ถือว่าข้อตกลงมีผลบังคับใช้เหนือกฎหมายภายในประเทศ เช่น กฎหมายภายในกำหนดว่าสินค้าบางประเภทจะต้องมีการขายในประเทศไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ซึ่งเป็นการขัดกับ BITs ที่กำหนดห้ามไม่ให้ประเทศผู้รับการลงทุนจำกัดการส่งออกของนักลงทุนต่างชาติ ในกรณีดังกล่าว หากมีการนำข้อพิพาทเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการด้านการลงทุนโดยเฉพาะ ก็จะเป็นประโยชน์ต่อนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก

นอกจากนี้ ยังมีการกำหนดสิทธิของนักลงทุนต่างชาติภายใต้ BITs ก่อนจะเข้ามาลงทุน (Pre-Establishment Right) ซึ่งหมายถึง นักลงทุนต่างชาติจะได้รับสิทธิเช่นเดียวกับนักลงทุนในประเทศ เป็นสิทธิที่เพิ่มเติมจากสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) แต่ NT นั้นจะเกิดขึ้น

<sup>42</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, **ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs): ความรู้เบื้องต้น**, ค้นวันที่ 16 กันยายน 2567 จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsitedata/outside21/file/Bilateral.pdf>

หลังจากเกิดการลงทุนแล้ว เช่น มีการจัดตั้งบริษัท หรือมีการควบรวมกิจการในประเทศผู้รับการลงทุนแล้ว แต่ Pre-Establishment Right จะคุ้มครองนักลงทุนต่างชาติก่อนที่จะเข้ามาลงทุน<sup>43</sup>

ประเด็นด้านกฎหมายที่สำคัญ เช่น นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิที่จะซื้อสิทธิในที่ดินและผืนน้ำของประเทศผู้รับการลงทุนหรือไม่ โดยหลักการของกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ไม่ได้ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างชาติที่จะลงทุนในที่ดินและผืนน้ำในอีกประเทศหนึ่ง ดังนั้น จึงเป็นเรื่องของกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเป็นหลักว่าจะอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถซื้อที่ดินได้หรือไม่ เช่น ในประเทศไทย อาจต้องดูว่า มีกฎหมายภายในฉบับใดกล่าวถึงเรื่องสิทธิในที่ดินของนักลงทุนต่างชาติ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น จะเห็นได้ว่าเป็นเรื่องของกฎหมายภายในเป็นสำคัญ ดังนั้น ประเทศผู้รับการลงทุนจึงควรมีกฎหมายภายในที่เหมาะสมที่จะรองรับความต้องการของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งหากรัฐบาลเห็นว่าไม่ควรอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิในที่ดินเลย ก็สามารถออกกฎหมายที่จะห้ามให้มีสิทธิดังกล่าวได้ แต่ในทางปฏิบัติย่อมไม่เป็นผลดีกับประเทศที่ต้องการรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ดังนั้น การกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ ที่เหมาะสมกับบริบทของแต่ละประเทศจึงเป็นสิ่งสำคัญอย่างยิ่ง การกำหนดเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของนักลงทุนต่างชาติมักจะไม่ทำในลักษณะค้ำประกันสัญญาระหว่างประเทศ เนื่องจากจะทำให้เกิดความยากลำบากในกรณีที่ต้องการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือในกรณีฉุกเฉินที่อาจเกิดขึ้น เพราะมีลักษณะที่เป็นการผูกมัดในระดับนโยบายระหว่างประเทศ<sup>44</sup>

ประเด็นที่สำคัญต่อมาคือ สิทธิอะไรบ้างที่นักลงทุนต่างชาติควรได้รับหากมีการลงทุนเกิดขึ้นในกรณีที่ไม่มีการทำสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ นักลงทุนต่างชาติดังกล่าวย่อมได้รับการปฏิบัติไม่แตกต่างจากนักลงทุนภายในประเทศ และต้องอยู่ภายใต้กำกับของกฎหมายภายในประเทศเป็นหลัก แต่ในกรณีที่มีการทำสัญญาระหว่างรัฐกับนักลงทุนต่างชาติขึ้น นักลงทุนอาจสามารถได้รับสิทธิต่าง ๆ ตามข้อสัญญาที่กำหนดขึ้นแม้ว่ากฎหมายภายในประเทศจะไม่เปิดช่องหรือไม่ได้ระบุไว้ก็ตาม เช่น สิทธิในการใช้ที่ดินและผืนน้ำ สิทธิในการส่งออกสินค้าที่ผลิตจากการเข้ามาลงทุน เป็นต้น นอกจากนี้ นักลงทุนต่างชาติยังอาจได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี หรือสิทธิประโยชน์ทางเศรษฐกิจอื่น ๆ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการทำความตกลงระหว่างรัฐ นักลงทุนต่างชาติก็อาจได้รับสิทธิเพิ่มเติมแม้จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาระหว่างประเทศ โดยทั่วไปจะเป็นสิทธิที่สากลให้การยอมรับในเรื่องการลงทุนระหว่างประเทศตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติได้รับสิทธิที่จะใช้ที่ดินและผืนน้ำไม่ว่าจะด้วยกรอบของกฎหมายภายในประเทศ สัญญาระหว่างประเทศ หรือความตกลงระหว่างประเทศก็ตาม จะส่งผลกระทบต่อผู้ที่

<sup>43</sup> Carin Smaller and Howard Mann, *op. cit.*, p. 13.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 14.

เคยได้รับสิทธิดังกล่าวมาก่อนหรือไม่ หากพิจารณาจากกฎหมายในประเทศ จะเห็นว่าหากสิทธิต่าง ๆ นั้นเป็นสิทธิส่วนบุคคลอย่างชัดเจน เช่น การมีเอกสารสิทธิ์ต่าง ๆ ย่อมทำให้บุคคลผู้ถือสิทธิดังกล่าว มีสิทธิที่จะดำเนินการใด ๆ กับสิทธิของตนเองได้ เช่น การอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้าถึงสิทธิแทน แต่หากรัฐบาลเห็นว่าควรให้มีการลงทุนเกิดขึ้นแม้ว่าจะเป็นการขัดแย้งกับสิทธิของเจ้าของก็ตาม ก็อาจมีการเวนคืนสิทธิและมีการชดเชยค่าเสียหายได้ กรณีที่สิทธิไม่ชัดเจน ก็อาจเกิดข้อพิพาทขึ้นได้ ในกรณีที่เกิดข้อพิพาททบทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศจะมีส่วนสำคัญมาก เพราะจะคุ้มครองสิทธิของนักลงทุนได้

นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงและแก้ไขกฎหมาย ซึ่งอาจส่งผลต่อการลงทุนได้ เช่น การออกกฎหมายสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการใช้ยาฆ่าแมลงและปุ๋ย การห้ามใช้สารเคมีบางชนิด การขึ้นค่าแรงขั้นต่ำ หรือการเพิ่มสิทธิของลูกจ้าง การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอาจขัดแย้งกับสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศได้ และทำให้จำเป็นต้องเข้าสู่กระบวนการระงับข้อพิพาทขึ้น ในประเทศไทยเอง ก็มีข้อพิพาทเกิดขึ้นหลายครั้ง เช่น ปัญหาการประเมินภาษีของสรรพากรกับบริษัท เอ็นเอ็นบี มินิแบไทย จำกัด ซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน<sup>45</sup> หรือคดีพิพาทระหว่างบริษัท โตโยต้า มอเตอร์ ประเทศไทย จำกัด กับกรมศุลกากรและกรมสรรพากร กรณีการนำเข้าชิ้นส่วนอะไหล่รถยนต์ ซึ่งได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษีภายใต้ข้อตกลงระหว่างประเทศ JTEPA<sup>46</sup> ซึ่งไม่ว่าผลลัพธ์ของข้อพิพาทจะเป็นเช่นไร ย่อมไม่เกิดผลดีกับทั้งนักลงทุนต่างชาติและประเทศผู้รับการลงทุน ความไม่แน่นอนที่เกิดขึ้นย่อมเป็นปัจจัยประการสำคัญต่อการตัดสินใจของนักลงทุน ดังนั้น กฎหมายจึงเป็นองค์ประกอบสำคัญอย่างมากต่อการจัดการเรื่องสิทธิในที่ดินของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ

### 2.3.2 กรอบความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุน

การจัดทำกรอบความตกลงระหว่างประเทศ เป็นเรื่องที่ต้องนำกฎหมายระหว่างประเทศ (International Economic Law) ว่าด้วยเรื่องการควบคุมเศรษฐกิจระหว่างประเทศโดยรัฐเป็น Public Control of International Economic Activities คือการที่รัฐมาทำความตกลงกันในเรื่องการค้า / การเงิน และหรือ การลงทุน ว่าจะมีกฎเกณฑ์เป็นอย่างไร<sup>47</sup> ซึ่งเมื่อตกลงกันเป็นกฎเกณฑ์ใน

<sup>45</sup> คำพิพากษาฎีกาที่ 15345/2558

<sup>46</sup> สำนักข่าวอิสรา, ศาลฎีกาฯ พิพากษา โตโยต้าแพ็คดีภาษีพริอูสมิน ล. ชี้ขึ้นส่วนนำเข้าไม่เป็นไปตาม JTEPA, คำนวนที่ 16 กุมภาพันธ์ 2567 จาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/112051-TYTtt.html>

<sup>47</sup> สุรเกียรติ์ เสถียรไทย, บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2553), หน้า 12.

ลักษณะต่างๆ แล้ว รัฐและเอกชนในประเทศที่เข้าร่วมตกลงกันก็พึงจะถือเป็นกติกาที่ต้องปฏิบัติในเรื่องนั้นๆ ตลอดจนแนวคิดของประเทศที่กำลังพัฒนากรอบกฎหมายเศรษฐกิจของตนว่าควรบริหารจัดการอย่างไรให้เกิดการใช้ทรัพยากรที่มีอยู่ภายในประเทศอย่างชาญฉลาด และให้เกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติ

กฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศว่าด้วยการลงทุน เป็นเครื่องมือในการจัดกรอบหรือระเบียบความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนต่าง ๆ ทั้งระดับพหุภาคี ระดับภูมิภาค และระดับทวิภาคี บทบาทของหน่วยงานที่มุ่งสนับสนุนการเงินเพื่อการลงทุนในต่างประเทศ หน่วยงานส่งเสริมการลงทุนที่ให้สิทธิพิเศษต่าง ๆ แก่นักลงทุนทางตรง หรือทางอ้อม รวมถึงการคุ้มครองนักลงทุนเหล่านี้ และการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับปัญหาการลงทุนภายใต้กรอบความร่วมมือ หรือความตกลงนี้ ได้รับสิทธิในการจัดตั้งธุรกิจ และการได้มาซึ่งธุรกิจที่ดินแดนของภาคีอีกฝ่ายหนึ่ง เท่ากับผู้ลงทุนของฝ่ายนั้น เช่น คนออสเตรเลีย หรือบริษัทออสเตรเลียมีสิทธิเข้ามาจดทะเบียนตั้งบริษัทในประเทศไทย หรือซื้อหุ้นของบริษัทที่ตั้งอยู่ในประเทศไทยแล้วเช่นเดียวกับคนไทยหรือบริษัทไทย<sup>48</sup>

ตัวอย่างของประเทศที่สงวนธุรกิจบางประเภทที่อาจส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ และความมั่นคงของประเทศไว้สำหรับคนชาติของตน เช่น ในประเทศญี่ปุ่นที่มีการสงวนกิจการประเภทเกษตร ประมง ป่าไม้ เหมืองแร่ และน้ำมัน ด้วยเหตุผลด้านเศรษฐกิจเป็นหลัก เนื่องจากเป็นการเข้ามาใช้ทรัพยากรของประเทศ หรือการจำกัดสิทธิการลงทุนในบางอุตสาหกรรม เช่น อุตสาหกรรมอากาศยาน อุตสาหกรรมระเบิด อุตสาหกรรมอวกาศ กิจการเกี่ยวกับโทรคมนาคม ด้วยเหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงภายในประเทศ ซึ่งต่างชาติสามารถเข้าไปลงทุนได้แต่ต้องแจ้งให้หน่วยงานที่กำกับดูแลธุรกิจนั้นพิจารณา และกลั่นกรองทั้งสัดส่วนการลงทุน และผลกระทบที่ประเทศอาจได้รับ ในขณะที่ประเทศสิงคโปร์เป็นประเทศที่เปิดเสรีด้านการลงทุนด้วยนโยบายส่งเสริมการลงทุน โดยไม่มีเงื่อนไขเกี่ยวกับสัดส่วนการลงทุนของต่างชาติ ซึ่งถือว่าอำนวยความสะดวกด้านการลงทุนให้กับต่างชาติเป็นอย่างมาก แต่ก็ยกเว้นไว้เพียง 4 สาขาธุรกิจเท่านั้น คือ สื่อสารมวลชน โทรคมนาคม การเงินการธนาคาร และบริการด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของประเทศ ด้วยเหตุผลที่อาจกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ส่วนประเทศสหราชอาณาจักรกลับไม่ได้มีการสงวนหรือจำกัดการลงทุนจากต่างชาติในกิจการใดเลย ยกเว้นแต่เพียงการเข้าควบคุมกิจการของนักลงทุนต่างชาติ ที่อาจจะส่งผลกระทบต่อการศึกษาภายในประเทศ ซึ่งก็จะมีการกลั่นกรองเป็นรายกรณีไป

ประเทศไทยถือได้ว่าเป็นประเทศกำลังพัฒนาที่ยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมากกว่า เนื่องจากต้องการรักษาให้ธุรกิจในประเทศไม่ตกไปอยู่ในมือของนักลงทุนต่างชาติ ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่จึงกำหนดประเภทธุรกิจที่สงวนไว้ และเปิดเสรีให้นักลงทุนต่างชาติเข้า

<sup>48</sup> ความตกลงการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลีย, ข้อ 904

มาประกอบธุรกิจเพียงไม่กี่สาขาในธุรกิจที่ประเทศคิดว่าจะมีความพร้อมในการแข่งขันตามวิธีการกำหนดประเภทธุรกิจแบบ Positive List ซึ่งประเทศไทยได้ใช้พระราชบัญญัติ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาเป็นกลไกในการกั้นกรองการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กำหนดประเภทกิจการที่ห้ามไม่ให้คนต่างชาติดำเนินการ หรือต้องได้รับอนุญาตเสียก่อนตามบัญชีแนบท้ายพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งเป็นวิธีการกำหนดประเภทธุรกิจแบบ Negative List

ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญชีหนึ่ง อันเป็นบัญชีที่ระบุถึงธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ กำหนดให้การค้าที่ดินตาม บัญชีหนึ่ง (9) เป็นกิจการที่สงวนห้ามคนต่างด้าวทำการซื้อขาย ด้วยเหตุผลอันเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ ด้วยเหตุนี้ สิทธิการเช่าที่ดินระยะยาวจึงเป็นเพียงทางเลือกเดียวของนักลงทุนคนต่างด้าวซึ่งเป็นการลงทุนที่ไม่คุ้มค่านักในสายตาของนักลงทุน

## 2.4 แนวคิดทฤษฎีสากลเรื่องสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว

สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวถ้ากล่าวถึงในทางด้านกฎหมาย ได้มีพัฒนาการมาจากหลักกรรมสิทธิ์ (Absolute Ownership)<sup>49</sup> ในที่ดินในสมัยกฎหมายโรมัน โดยการกำหนดหลักกรรมสิทธิ์ของชาวโรมันนั้น ทำให้มีการพัฒนาการควบคุมที่ดินโดยรัฐ และพัฒนาไปจนถึงการจำกัดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว โดยตามกฎหมายโรมัน คนต่างด้าวจะไม่มีสิทธิอะไรเลยตามกฎหมาย และมีผลเป็นการบังคับใช้หรือให้เอกสิทธิ์แก่ชนชาวโรมันเป็นการเฉพาะ คนอื่นที่มีเชื้อชาวโรมันจะขอความคุ้มครองป้องกันจากกฎหมายนี้ไม่ได้ ส่งผลให้คนต่างด้าวไม่สามารถเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ตามกฎหมายโรมัน ซึ่งสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวนี้ได้มีการพัฒนาอย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

การพัฒนาสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในปัจจุบันมีการพัฒนารูปแบบแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ อันเนื่องมาจากระบบสิทธิในที่ดินในแต่ละประเทศมีความแตกต่างกัน<sup>50</sup> ซึ่งส่งผลให้การได้มา

<sup>49</sup> Richard K. Bullard, **Land Ownership and Sustainable Development**, Retrieved October 13, 2024 from [https://www.fig.net/resources/proceedings/fig\\_proceedings/fig\\_2002/Ts7-6/TS7\\_6\\_bullard.pdf](https://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/fig_2002/Ts7-6/TS7_6_bullard.pdf)

<sup>50</sup> ประเทศในระบบ Common Law จะมีหลักในเรื่องที่ดินคือ หลักในเรื่องของ Real Property (Land And Land Right) กับ Personal Property ส่วนประเทศในระบบ Civil Law จะมีหลักในเรื่องที่ดินอยู่ 2 ส่วน คือหลักในเรื่องของทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ไม่ได้ (Immovable Things) กับทรัพย์สินที่เคลื่อนที่ได้ (Movables) และหลักในเรื่องของผลบังคับใช้ (Right Enforceable) ที่มีผลเฉพาะกับคู่สัญญาที่มีต่อบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามด้วย

ซึ่งสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวแตกต่างกันไปด้วย สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ที่ทุก ๆ ประเทศต้องตระหนักและให้ความสำคัญในการที่จะให้หรือไม่ให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินในประเทศนั้น ๆ อันเนื่องมาจาก และที่ดินในทางเศรษฐศาสตร์นั้นเป็นทรัพยากรที่มีบทบาทสำคัญ ที่เกี่ยวข้องถึงความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม ของคนในชาติ ถึงแม้ว่ากรรมสิทธิที่ได้จากการทำนิติกรรมจะไม่สามารถจับต้องหรือเห็นได้ แต่สิทธินั้นก็ทำให้ได้มาซึ่งสิทธิการครอบครองกรรมสิทธิในที่อยู่อาศัย ซึ่งตอบสนองต่อความต้องการที่จะมีบ้านพักตากอากาศเพื่อพักผ่อน ซึ่งคือจุดหมายปลายทางของคนต่างด้าวที่ต้องการให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดิน สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายที่ทำให้คนต่างด้าวมีสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิในที่ดินจะมีสิทธิไม่เหมือนกับคนในชาติ โดยมีสาเหตุที่สำคัญหลายประการ เหตุผลที่สำคัญที่มักมีการถูกกล่าวถึงอยู่เสมอ ก็คือเรื่องของความมั่นคงภายในประเทศ ส่วนคนต่างด้าวจะมีสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิในที่ดินในแต่ละประเทศเพียงใด ก็ต้องพิจารณาจากขอบเขตของการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวของแต่ละประเทศไป

เมื่อพิจารณาถึงสถานการณ์ในปัจจุบัน การเข้ามามีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในแต่ละประเทศมีการเจริญเติบโตขึ้นอย่างรวดเร็ว เนื่องจากการเติบโตของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์และการลงทุนเป็นอย่างมาก ทั้งที่เกิดจากความต้องการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในประเทศนั่นเอง และเกิดจากการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศต่างๆ จนมีอาจากกล่าวได้ว่าการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว นั้นเป็นการออกกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อรักษาผลประโยชน์ หรือเพื่อความมั่นคงของรัฐเพียงอย่างเดียว แต่การกำหนดสิทธิดังกล่าวนี้ต้องคำนึงถึงภาวะเศรษฐกิจ การลงทุนตามกระแสของเสรีนิยมในปัจจุบันด้วย ในด้านของคนต่างด้าวเองก็ได้ให้ความสำคัญในเรื่องของการกำหนดสิทธินี้ด้วย โดยใช้เป็นปัจจัยหลักส่วนหนึ่งในการที่จะตัดสินใจที่จะเข้าไปลงทุนในประเทศนั้นๆ หรือไม่

อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีเหตุผลทางด้านการลงทุนหรือด้านอื่นๆ ที่สำคัญที่ทำให้ต้องมีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินได้ตามสภาพการณ์ ในส่วนของการควบคุมก็ยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อเป็นการจัดการให้มีการใช้ทรัพยากรที่ดินให้ก่อประโยชน์สูงสุด และเป็นการป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินมากเกินไป เพราะการปล่อยให้คนต่างด้าวเข้ามามีสิทธิในที่ดินได้โดยไม่กำหนดไว้จะทำให้เกิดภัยอันตรายต่อประเทศนั้นได้ในอนาคต ดังนั้นจากสาเหตุเบื้องต้นจึงส่งผลให้คนต่างด้าวมีข้อจำกัดในการเข้าไปมีสิทธิในที่ดินในประเทศต่าง ๆ หรือถูกบังคับให้อยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่เข้มงวดกว่าพลเมืองชาตินั้น ๆ

## 2.5 แนวคิดทฤษฎีสิทธิการเข้าที่ดินของต่างประเทศ

ในประเทศที่พัฒนาแล้วการเข้าถึงกรรมสิทธิ์ที่ดินโดยทั่วไปจะมีลักษณะที่เปิดเสรีให้คนต่างด้าวสามารถเข้าไปถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินได้อย่างเสรี โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในส่วนของการถือครอง

กรรมสิทธิ์ หรือการเช่าที่ดิน เนื่องจากว่าประเทศที่พัฒนาแล้ว เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส หรือสหราชอาณาจักร เป็นต้น มองว่าการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเป็นผลดีต่อเศรษฐกิจ สร้างการหมุนเวียนการเงินในระบบเศรษฐกิจ แต่กระนั้นเอง ประเทศที่พัฒนาแล้วก็ยังตระหนักถึงความปลอดภัยและความมั่นคงของประเทศ ดังนั้นจึงมีการจัดตั้งหน่วยงาน หรือมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาควบคุม กำกับดูแลการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวกลุ่มนี้เป็นการเฉพาะด้วยเช่นกัน เหตุเพราะปัจจัยสำคัญของการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินจะเกี่ยวข้องกับอำนาจควบคุมเหนือสิทธิในทรัพย์สิน (Property Rights) สิทธิในทรัพย์สินจะเป็นสิ่งตัดสินความสัมพันธ์ทั้งทางสังคมและนิติสัมพันธ์ของบุคคลที่มีต่อทรัพย์สินหรือที่ดินนั้น เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแบบถาวรผ่านการซื้อขาย หรือการตกทอดทางมรดก เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ของที่ดินนั้นไปยังบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล ซึ่งจะได้รับสิทธิในทรัพย์สินอย่างเต็มที่ นั่นหมายถึง สิทธิที่จะกระทำการหรือไม่กระทำการใด ๆ บนที่ดินที่เป็นถือกรรมสิทธิ์จะตกอยู่ภายใต้อำนาจของผู้เป็นเจ้าของ ซึ่งหากเป็นการโอนสิทธิอื่นในที่ดินแบบชั่วคราว เช่น สิทธิการเช่า สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน เช่นนี้ ก็จะได้รับสิทธิในทรัพย์สินเพียงบางส่วนเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินผ่านการซื้อขายในสากลนั้นมีข้อจำกัดหลายประการ ขึ้นอยู่กับนโยบายหรือข้อกำหนดของแต่ละประเทศ เช่น ราคาซื้อขายที่สูง ภาษีและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ และขั้นตอนที่ยุ่งยากในการดำเนินการตามกฎหมาย เช่น การจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จึงส่งผลให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินตกเป็นของคนเพียงไม่กี่กลุ่มในสังคม และส่วนใหญ่จะทำการซื้อขายที่ดินเพื่อเก็งกำไร ดังนั้น การเช่าที่ดินจึงกลายเป็นทางเลือกสำคัญแทนการซื้อขายในปัจจุบัน ทั้งยังเข้าไปมีบทบาทในหลายภาคส่วนตั้งแต่การเกษตรกรรม อุตสาหกรรม การบริการ รวมถึงการลงทุนโดยตรงของต่างประเทศด้วย การพัฒนากฎหมายว่าด้วยการเช่าที่ดินระยะยาวจึงมีความสำคัญอย่างมากในการรองรับความต้องการสิทธิในที่ดินในปัจจุบัน

การเช่า (Lease) หมายถึง การโอนสิทธิการครอบครองและใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินตามระยะเวลาที่กำหนด การเช่าเป็นเครื่องมือสำคัญทางเศรษฐกิจที่ช่วยให้บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถได้สิทธิในทรัพย์สินในราคาที่ต่ำกว่าราคาซื้อขายเพื่อเป็นเจ้าของ โดยผู้ให้เช่าจะได้รับสิทธิครอบครองกลับคืนมาเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่า และผู้เช่ามีหน้าที่หลักที่จะต้องจ่ายค่าเช่า สัญญาเช่าที่ดินจะกำหนดหน้าที่และความรับผิดชอบของผู้เช่าและผู้ให้เช่าตามระยะเวลาเช่าที่ตกลงกันโดยได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย โดยปกติกฎหมายมักจะกำหนดองค์ประกอบของสัญญาเช่าไว้เฉพาะที่จำเป็นเท่านั้น เพื่อช่วยให้คู่สัญญาได้รับความยืดหยุ่นในการกำหนดนิติสัมพันธ์ระหว่างกันให้ตรงตามความต้องการและความเหมาะสมของทั้งสองฝ่ายมากที่สุดภายใต้แนวคิดเรื่องเสรีภาพในการทำสัญญาของเอกชน โดยทั่วไปคู่สัญญาจะได้รับความคุ้มครองเป็นระดับ ซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็น 3 กลุ่ม ได้แก่

สิทธิของผู้ใช้ (User Rights) สิทธิของผู้อาศัย (Occupancy Rights) และสิทธิของเจ้าของ (Owner Rights)<sup>51</sup>

การเช่าที่ดินเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และปัจจุบันก็มีการเช่าที่ดินเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ เพราะประโยชน์หลากหลายประการ เช่น การช่วยเพิ่มสภาพคล่องให้กับธุรกิจ และเปิดโอกาสในทางธุรกิจให้กับประชาชนมากขึ้น ทั้งยังช่วยลดความเสี่ยงจากการต้องลงทุนซื้อที่ดินได้ ในขณะที่เดียวกันผู้ให้เช่าก็สามารถสร้างรายได้และมีการนำที่ดินไปใช้เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด การเช่าที่ดินเป็นการลดความเสี่ยงของการเป็นเจ้าของที่ดิน โดยมีการโอนสิทธิที่เหลืออยู่ (Residual Rights) จากเจ้าของไปยังผู้เช่าภายใต้ระยะเวลาที่เช่า เปิดโอกาสให้ผู้เช่าสามารถลงใช้ที่ดินโดยไม่ต้องสร้างหนี้สินระยะยาวจากการกู้เงิน จะเห็นว่า การเช่าที่ดินช่วยลดความเสี่ยงทั้งของผู้เช่าและผู้ให้เช่า และยังส่งเสริมเศรษฐกิจและสังคมได้

ระยะเวลาของสัญญาเช่าที่ดินถือเป็นองค์ประกอบที่สำคัญมากของโครงสร้างการเช่าที่ดิน และเป็นปัจจัยหลักที่จะใช้ตัดสินใจการเข้ามาลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งส่วนใหญ่จะเป็นการลงทุนในระยะยาวและมีการใช้ทุนจำนวนมาก รวมถึงการเคลื่อนย้ายเครื่องจักรหรืออุปกรณ์ต่าง ๆ ซึ่งจะเป็นค่าใช้จ่ายจำนวนมาก แต่การเช่าที่ดินระยะสั้นก็ได้รับความนิยมเช่นเดียวกันเนื่องจากมีความยืดหยุ่นในเรื่องของการต่อหรือยกเลิกสัญญากรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกิดขึ้น หรือในกลุ่มนักลงทุนที่ต้องการเข้ามาสำรวจตลาดและพื้นที่ที่จะลงทุน เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การเช่าที่ดินระยะยาวยังเป็นสิ่งที่จำเป็นและเป็นที่ต้องการสำหรับการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศอย่างมาก ภาครัฐจึงควรมีการส่งเสริมให้มีการเช่าที่ดินระยะยาวโดยมีนโยบายและกฎหมายที่มีประสิทธิภาพรองรับการเติบโตของการลงทุนจากต่างประเทศ

การเช่าที่ดินระยะยาวนั้นมีประโยชน์ต่อการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศหลายประการ กล่าวคือ การสามารถได้รับสิทธิเช่าที่ดินระยะยาวจะช่วยสร้างเสถียรภาพของการลงทุนในด้านการสร้างรายได้และกำไร การลดค่าใช้จ่าย เช่น จากการขึ้นค่าเช่าหรือการต่อรองต่าง ๆ รวมถึงการเข้าถึงแหล่งเงินทุน นอกจากนี้ การได้รับสิทธิเช่าที่ดินระยะยาวยังช่วยเรื่องประสิทธิภาพการใช้ การผลิต และการจัดสรรทรัพยากรต่าง ๆ ซึ่งย่อมส่งผลต่อการเติบโต ความหลากหลาย และการกระจายรายได้ของภาคเศรษฐกิจ

เมื่อระดับความมั่นคงเกี่ยวกับสิทธิในการใช้ที่ดินเพิ่มขึ้น ย่อมดึงดูดการลงทุนระยะยาวมากขึ้น และนักลงทุนมีความมั่นใจที่จะขยายการลงทุนหรือกำลังผลิตให้มากขึ้น ความเจริญด้านต่าง ๆ

---

<sup>51</sup> Adewale Henry Adenuga, Claire Jack and Ronan McCarry, “The Case for Long-Term Land Leasing: A Review of the Empirical Literature,” *Land* 10, 3 (March 2021): 241.

ยอมเกิดขึ้นในพื้นที่ที่ได้รับการลงทุนตั้งแต่การสร้างสาธารณูปโภคที่สำคัญต่าง ๆ ที่จะสนับสนุนการเติบโตของการลงทุน จากการศึกษาพบว่า หากนักลงทุนมีสิทธิในที่ดินได้มากเท่าใด จะส่งผลกระทบต่อทางบวกต่อประเทศที่ได้รับการลงทุนมากขึ้น โดยเฉพาะในเรื่องผลกระทบต่อด้านปริมาณผลผลิต<sup>52</sup> นอกจากนี้ การเช่าที่ดินระยะยาวยังช่วยส่งเสริมให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ เนื่องจากนักลงทุนจะช่วยดูแลและพัฒนาปรับปรุงที่ดินให้อยู่ในสภาพที่ดีเสมอเหมือนหนึ่งเป็นเจ้าของที่ดิน การเช่าที่ดินระยะยาวจะทำให้ผู้เช่าเกิดความผูกพันกับที่ดินและจะบริหารจัดการเพื่อประโยชน์ใช้สอยระยะยาว ซึ่งแม้จะเป็นการลงทุนที่มีค่าใช้จ่ายสูงในช่วงแรกแต่จะส่งผลต่อการพัฒนาอย่างยั่งยืนได้ในระยะยาว จากการศึกษาในประเทศจีนพบว่า ระยะเวลาของสัญญาเช่าที่ดินที่เพิ่มขึ้นจากหนึ่งปีเป็นมากกว่าสามปี ส่งผลให้เกิดการปลูกต้นไม้เพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 80<sup>53</sup>

ประโยชน์อีกประการของการเช่าที่ดินระยะยาว ได้แก่ การเปิดโอกาสให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในเชิงโครงสร้าง (Structural Change) โดยการนำแนวคิด ความชำนาญ และนวัตกรรมใหม่ ๆ ในการเข้ามาลงทุน ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้คนรุ่นใหม่หรือบริษัทรูปแบบใหม่เกิดขึ้นเพราะไม่ต้องกังวลกับความไม่แน่นอนและความไม่มั่นคงจากการลงทุน และไม่จำเป็นต้องเสียค่าใช้จ่ายจำนวนมากเพื่อซื้อที่ดินที่จะลงทุน นอกจากนี้ ความมั่นคงที่สำคัญอย่างมากที่มาพร้อมกับการเช่าที่ดินระยะยาว คือ การเปิดโอกาสให้เข้าถึงแหล่งเงินทุนมากขึ้น โดยเฉพาะธนาคารพาณิชย์ที่ให้อุปยืมเงิน เนื่องจากสัญญาเช่าที่ดินระยะยาวสามารถใช้เป็นหลักประกันค้ำประกันการกู้ยืมเงินได้<sup>54</sup>

อย่างไรก็ตาม แม้การเช่าที่ดินระยะยาวจะเป็นปัจจัยสำคัญประการหนึ่งต่อการตัดสินใจลงทุนจากต่างประเทศ แต่ก็ยังมีความยากลำบากบางประการต่อการส่งเสริมให้มีการเช่าระยะยาว กล่าวคือ เจ้าของที่ดินรู้สึกถูกตัดขาดจากที่ดินของตนทำให้ไม่ต้องการให้เช่าที่ดินในระยะยาว และมีความกังวลในเรื่องของการสูญเสียสิทธิในที่ดินไปหากไม่ได้มีการเข้าไปจัดการเป็นเวลายาวนาน นอกจากนี้ ความไม่เสถียรของนโยบายของรัฐบาลก็ทำให้นักลงทุนเกิดความไม่มั่นใจที่จะเช่าที่ดินในระยะยาว นโยบายของรัฐบาลส่วนใหญ่จะเน้นที่การให้สิทธิประโยชน์หรือการอุดหนุนผู้เช่าที่ดินมากกว่าเจ้าของที่ดิน ยิ่งทำให้เจ้าของที่ดินต้องการความยืดหยุ่นของสัญญาเช่าที่ดินมากยิ่งขึ้นเพื่อให้แน่ใจว่าตนเองยังมีสิทธิควบคุมที่ดินอยู่เช่นเดิม เคยมีกรณีการปฏิรูปที่ดินในประเทศนิการากัวซึ่งรัฐบาลได้

<sup>52</sup> Klaus Deininger and Songqing Jin, “Tenure Security and Land-related Investment: Evidence from Ethiopia,” *European Economic Review* 50, 5 (2006): 1245–1277.

<sup>53</sup> Oriana Bandiera, “Land Tenure, Investment Incentives, and the Choice of Techniques: Evidence from Nicaragua,” *World Bank Economic Review* 21, 3 (2007): 487–508.

<sup>54</sup> Adewale Henry Adenuga and other, *op. cit.*, p. 246.

เวนคืนที่ดินจากเจ้าของที่ดินที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ และได้จัดสรรที่ดินนั้นให้กับผู้เช่าเดิมและผู้ที่ไม่มิตินทำกิน<sup>55</sup> ความไม่มั่นคงในด้านนโยบายนี้เองที่เป็นเหตุผลสำคัญส่วนหนึ่งที่ทำให้เจ้าของที่ดินไม่ต้องการทำสัญญาเช่าที่ดินระยะยาว

กฎหมายจึงเป็นเครื่องมือสำคัญที่จะช่วยส่งเสริมการเช่าที่ดินระยะยาวและสร้างความมั่นใจให้กับทั้งเจ้าของที่ดินและนักลงทุนที่เช่าที่ดิน และกฎหมายยังช่วยกำหนดทิศทางการลงทุนได้อีกด้วย เช่น การกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ดินที่จะทำให้นักลงทุนได้รับสิทธิประโยชน์จากการลงทุน หรือการให้สิทธิพิเศษกับนักลงทุนที่ทำสัญญาเช่าที่ดินระยะยาวไม่น้อยกว่า 10 ปีขึ้นไป นอกจากนี้ กฎหมายควรต้องคุ้มครองสิทธิของผู้เช่าบางประการ เช่น สิทธิที่จะได้เช่าซื้อที่ดินก่อน (Pre-emption Rights) สิทธิที่จะได้รับการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติสำหรับผู้เช่าบางประเภท การคุ้มครองระยะเวลาเช่าขั้นต่ำและสิทธิที่จะต่อสัญญาเช่าได้อีก เช่น ระยะเวลาเช่าที่ดินขั้นต่ำที่ 10 ปี และสามารถขยายเวลาเช่าต่อไปเป็น 20 ปีได้ หรือการโอนสิทธิเช่าที่ดินไปยังทายาทได้ เป็นต้น นอกจากนี้ ยังควรมีการให้สิทธิประโยชน์บางประการเพื่อส่งเสริมให้นักลงทุนเช่าที่ดินระยะยาว และเจ้าของที่ดินยินดีที่จะให้เช่าที่ดินระยะยาวด้วยเช่นกัน สิทธิประโยชน์ที่ภาครัฐให้ส่วนใหญ่จะเป็นสิทธิประโยชน์ทางภาษี (Tax Incentives) และการอุดหนุนหรือประกันราคาโดยรัฐ (Subsidies) เป็นต้น<sup>56</sup>

### 2.5.1 แนวคิดทฤษฎีการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเฉพาะสิทธิเช่าที่ดิน<sup>57</sup>

การรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนเฉพาะสิทธิเช่าที่ดินนั้นมีได้ในประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม หรือระบอบการปกครองแบบกษัตริย์ ที่ระบอบการปกครองได้เข้ามามีอิทธิพลต่อการกำหนดนโยบาย การควบคุมการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวอย่างเด็ดขาด โดยห้ามมิให้คนต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และจะมีแนวคิดที่ว่าที่ดินนั้นเป็นของประชาชนโดยส่วนรวมมิใช่ของคนใดคนหนึ่ง หรือเป็นของผู้ปกครองประเทศ<sup>58</sup> เช่น สาธารณรัฐประชาชนจีน หรือสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม เป็นต้น

สาธารณรัฐประชาชนจีน หรือประเทศจีนจะไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เลย แต่จะใช้วิธีส่งเสริมให้คนต่างด้าวเข้ามาถือครองที่ดินโดยการเช่า หรือการใช้ที่ดินโดยมี

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 247.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 248.

<sup>57</sup> Chang Chun Feng and Stanley Chi Wai Yeung, **Real Estate Markets in Mainland China: International Real Estate an Institutional Approach** (London: Blackwell, n.d.), p. 342.

<sup>58</sup> เตือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ, *เรื่องเดิม*.

ค่าตอบแทน สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในยุคหลังเกิดขึ้นจากที่ประเทศจีนได้เปลี่ยนการปกครองมาสู่ระบบสังคมนิยม โดยจากประวัติศาสตร์นั้นเมื่อก่อตั้งสาธารณรัฐประชาชนจีนเมื่อปี พ.ศ. 2492 ประเทศจีนได้อยู่ภายใต้การปกครองของพรรคคอมมิวนิสต์จีน<sup>59</sup> ซึ่งในสมัยนั้นที่ดินทั้งหมดของประเทศจีนจะไม่สามารถโอนกันได้ โดยถือว่าที่ดินทั้งหมดนั้นเป็นของส่วนรวม จนกระทั่งปี พ.ศ. 2523<sup>60</sup> ได้เกิดการเปลี่ยนแปลงแนวคิดเรื่องของการไม่อนุญาตให้ถือครองที่ดินทั้งของคนชาติ และคนต่างด้าว อันเป็นผลสืบเนื่องมาจากแนวคิดภายใต้นโยบายการปฏิรูป และการเปิดประเทศที่ได้ดำเนินมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2521 โดยได้ยอมรับให้ที่ดินที่เป็นของส่วนรวม หรือของคนทั้งชาติบางส่วนแปรสภาพมาเป็นที่ดินที่รัฐบาลสามารถดำเนินการหาประโยชน์ และดำเนินการให้ผู้อยู่อาศัยสามารถเช่าที่ดินจากรัฐได้ ต่อมาในปี พ.ศ. 2525 รัฐบาลจีนได้พัฒนาเมืองเซินเจิ้น (Shenzhen) ให้มีรูปแบบการจัดการบริหารที่ดินครบวงจร พร้อมทั้งมีการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในลักษณะตายตัว โดยรัฐบาลท้องถิ่นจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมตั้งแต่ 1 หยวนไปจนถึง 21 หยวน ต่อหนึ่งตารางเมตร โดยมีหลักเกณฑ์การเรียกเก็บที่ผันแปรไปตามปัจจัยหลาย ๆ ด้าน รวมไปถึงที่ตั้งของที่ดินด้วย ภายหลังจากที่ประสบความสำเร็จที่เมืองเซินเจิ้น รัฐบาลจีนได้พัฒนาระบบการให้เช่าที่ดิน หรือระบบการอนุญาตให้ใช้สิทธิในที่ดินโดยจ่ายค่าธรรมเนียมนี้ไปยังมณฑลอื่น ๆ ในประเทศ เช่นมณฑลเหลียวหนิว เมืองกวางเจา เป็นต้น ระบบการเช่าที่ดินหรือการให้ใช้สิทธิในที่ดินโดยต้องจ่ายค่าตอบแทนการถือครองกรรมสิทธิ์ได้พัฒนาจนสมบูรณ์ในปี พ.ศ. 2530 จนในที่สุดเมื่อปี พ.ศ. 2531 รัฐบาลจีนได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขในปี 2531 โดยได้กำหนดให้มีการถือครองที่ดินได้โดยการอยู่ภายใต้กฎหมาย และระเบียบซึ่งประกอบไปด้วยกฎหมายแพ่งปี 1986 (The Civil Law 1986) กฎหมายที่ดินปี 1986 (The Administration Law 1986) และกฎหมายที่อยู่อาศัย (The Principle Real Estate Laws in China)<sup>61</sup> ซึ่งกฎหมายเหล่านี้จะเป็นตัวกำหนดการถือครองที่ดิน โดยผู้ที่จะเป็นเจ้าของได้ต้อง ถือครองที่ดินผ่านการเช่าโดยตรงจากหน่วยงานรัฐของประเทศจีน และการให้เช่านี้ รัฐบาลจีนจะได้ภาษีตอบแทน

การถือครองที่ดินโดยการเช่าของคนต่างด้าวในประเทศจีน จะถือครองได้เฉพาะแต่ที่ประเทศจีนกำหนดไว้เท่านั้น โดยแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภท<sup>62</sup> หลัก ๆ คือ 1) ที่ดินที่ได้รับการควบคุมจากรัฐ

<sup>59</sup> หลวงประดิษฐมนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), **เค้าโครงเศรษฐกิจ** (กรุงเทพฯ: ประจักษ์การพิมพ์, 2517).

<sup>60</sup> ต่อไปในรายงานวิจัย เรียกว่า ประเทศจีน แทน สาธารณรัฐประชาชนจีน

<sup>61</sup> Michael Hickmand and John Cole, China, In **The International Comparative Legal Guide to Real Estate 2006** (N.p.: n.p., 2006).

<sup>62</sup> Chang Chun Feng and Stanley Chi Wai Yeung, *op. cit.*, p. 342.

(Allocated LURs) คือที่ดินประเภทที่ได้รับการควบคุมจากรัฐนั้น เป็นประเภทที่ดินที่จะกันไว้สำหรับให้รัฐในแต่ละท้องถิ่นใช้ที่ดินเพื่อการสร้างกิจการที่เป็นของรัฐ หรือเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ เช่น พื้นที่ทางการทหาร โรงเรียน และอื่น ๆ ตามที่รัฐของท้องถิ่นนั้นเห็นชอบ ซึ่งที่ดินประเภทนี้จะไม่ได้รับอนุญาตให้มีการโอนกันได้ ซึ่งถึงแม้จะไม่มีการใช้ หรือมีการยกเลิกการใช้จากรัฐก็ตาม เอกชนหรือคนต่างด้าวก็ไม่มีสิทธิเข้าไปถือครองที่ดินในประเภทนี้ได้ 2) ที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้มีการใช้ได้โดยไม่มี การควบคุม (Granted LURs) คือที่ดินประเภทนี้รัฐท้องถิ่นจะเป็นผู้ที่เป็นเจ้าของเหมือนกับที่ดินที่ได้รับการควบคุมจากรัฐ แต่จะแตกต่างกันที่ เป็นที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้มีการเช่าจากรัฐได้ และอนุญาตให้ มีการโอนเปลี่ยนมือ ระยะเวลาที่มีการใช้ประโยชน์ของส่วนรวม หรือของรัฐเอง โดยรัฐจะทำการเวนคืน หรือยกเลิกการใช้ ซึ่งรัฐจะมีการจ่ายเงินชดเชยให้กับผู้ถือครองที่ดินโดยการเช่าในขณะนั้น ด้วยนอกจากนี้ รัฐยังสามารถเข้าไปเวนคืน หรือเข้าไปควบคุมที่ดินประเภทที่มีการปล่อยให้รกร้างว่างเปล่าโดยไม่ได้ใช้ประโยชน์ภายใน 2 ปีอีกด้วย

ประเทศจีนได้แบ่งประเภทของคนต่างด้าวที่เข้ามาถือครองที่ดินในลักษณะนี้ด้วยโดยกำหนด มาตรการกำหนดเงื่อนไขประเภทของคนต่างด้าวที่เข้าถือครอง ซึ่งสามารถแบ่งประเภทคนต่างด้าวที่ จะเข้าถือครองที่ดินได้ผ่านเงื่อนไขที่ประเทศจีนกำหนดได้ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) คนต่างด้าวที่มีวัตถุประสงค์ในการถือครองที่ดินเพื่อประโยชน์ของตนเอง

โดยการถือครองที่ดินประเภทนี้ ประเทศจีนอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครอง ได้ต้องมีเงื่อนไขดังต่อไปนี้

(1) ในกรณีที่คนต่างด้าวนั้นเป็นนิติบุคคล คนต่างด้าวนั้นต้องได้รับอนุญาตเข้า มาประกอบกิจการในประเทศจีนในรูปแบบของสำนักงานสาขา หรือสำนักงานตัวแทน หรือรูปแบบ อื่นตามที่ภาครัฐกำหนดในภายหลัง

(2) ในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นบุคคลธรรมดา คนต่างด้าวต้องทำงานในประเทศ จีน หรือศึกษาในสถานบันการศึกษาในประเทศจีนเป็นเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี นับแต่วันขออนุญาต

(3) ในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นคนจีน คนฮ่องกง หรือมีถิ่นที่อยู่ใน มาเก๊า และ ไต้หวัน จะสามารถถือครองที่ดินได้ตามสมควร โดยไม่มีเงื่อนไขประการอื่นเพิ่มเติม

(4) คนต่างด้าวที่มีวัตถุประสงค์ในการถือครองที่ดินเพื่อการจำหน่ายต่อ

การถือครองที่ดินในลักษณะนี้คนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลนั้น จะต้องเข้ามาประกอบกิจการ และตั้งเป็นสำนักงานในประเทศจีน โดยกิจการที่ตั้งนั้น จะเป็นกิจการ ของต่างชาติทั้งหมด หรือเป็นคนจีนทั้งหมด หรือร่วมทุนกับคนชาติของประเทศจีนก็ได้ โดยการ ประกอบกิจการเพื่อดำเนินธุรกิจที่ดินในประเทศจีนนี้ กิจการจะต้องมีเงินทุนในบัญชีมากกว่า 10 ล้าน เหรียญสหรัฐ และเงินทุนที่จดทะเบียนต่อรัฐบาลจีนต้องมีมูลค่าไม่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของการลงทุน ทั้งหมด

2) กรณีคนต่างด้าวถือครองที่ดินผ่านนิติบุคคลจีน หรือประเภทร่วมทุน

กรณีนี้เป็นกรณีที่บริษัทของประเทศซึ่งได้รับอนุญาตให้ถือครองที่ดินในประเทศจีน ได้ง่ายกว่าคนต่างด้าวที่กฎหมายของประเทศจีนอนุญาตแค่เพียงให้คนต่างด้าวถือหุ้นในบริษัทที่ถือครองที่ดินได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของหุ้นในบริษัททั้งหมด

สาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (The Socialist Re-public of Vietnam) หรือประเทศเวียดนามจะมีรูปแบบการปกครองในระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ โดยมีพรรคคอมมิวนิสต์เวียดนามปกครองในรูปแบบพรรคการเมืองเดียว มีการจัดการแบบประชาธิปไตยส่วนกลาง (Democratic Centralism) โดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของเวียดนามและกฎหมายภายในของเวียดนาม และฉันทมติของประชาชนภายในประเทศ ประชาธิปไตยในเวียดนามตั้งอยู่บนพื้นฐานดั้งเดิมแห่งแนวคิดแบบคติประชาธิปไตยรวมศูนย์จากบนลงล่าง ซึ่งเป็นหลักการจัดระเบียบขั้นพื้นฐานของพรรคคอมมิวนิสต์ อันผสมผสานกลมกลืนกันและใกล้ชิดระหว่างระบบศูนย์รวมอำนาจปกครอง (Centralism) กับระบอบประชาธิปไตยในความสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบเป็นระเบียบและการโต้แย้งด้วยเหตุผล ที่ดินในประเทศเวียดนามตามหลักการแล้ว ถือว่าเป็นของประชาชนทุกคน ทำให้ประชาชนมีสิทธิในการใช้ที่ดิน ซึ่งมีการบริหารจัดการโดยรัฐบาล ดังนั้น เจ้าของที่ดินจะไม่สามารถได้สิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินได้อย่างเต็มที่ สิทธิดังกล่าวจะถูกจำกัดอยู่เท่าที่กำหนดในสิทธิการใช้ที่ดินตามกฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สิทธิในการใช้ที่ดิน (Land Use Right) ของประเทศเวียดนาม สามารถเทียบเคียงได้กับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (Land Ownership) แม้จะไม่ได้มีสิทธิในฐานะเจ้าของอย่างสมบูรณ์ก็ตาม โดยรัฐจะเป็นผู้ออกหนังสือรับรองสิทธิการใช้ที่ดิน (Land Use Right Certificate: LURC) ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้กับโฉนดที่ดิน (Title Deed) หนังสือรับรองสิทธิในที่ดิน (LURC) จะกำหนดเรื่องของระยะเวลาและวัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดิน หากมีการนำที่ดินไปใช้นอกขอบวัตถุประสงค์ รัฐมีอำนาจเพิกถอน LURC ได้ และ เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่นักลงทุน กฎหมายว่าด้วยการลงทุน (Law of Investment) ของเวียดนามยังมีการการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน โดยเป็นการให้หลักประกันในเรื่องสำคัญต่าง ๆ โดยเฉพาะหลักประกันสิทธิในทรัพย์สินทั้งหลายของนักลงทุน หรือหลักประกันในประเภทธุรกิจที่ดำเนินการลงทุน นอกจากนี้ ยังมีการให้หลักประกันกับนักลงทุนในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น มาตรา 12 หลักประกันการย้ายทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปต่างประเทศ หรือมาตรา 13 หลักประกันในกรณีมีการแก้ไขกฎหมาย และในมาตรา 14 มีการกำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ไว้ โดยใช้หลักการของการเจรจาต่อรอง (Negotiation) และการประนีประนอมยอมความกันก่อน (Conciliation) หากยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ ก็ให้ดำเนินการต่อ เช่น การขึ้นศาล การอนุญาโตตุลาการในประเทศ หรือการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นต้น

ในประเทศที่มีระบอบการปกครองแบบสังคมนิยม หรือคอมมิวนิสต์ ยังได้ใช้มาตรการกำหนดระยะเวลาที่จะให้คนต่างด้าวจะถือครองที่ดินได้ โดยการกำหนดดังกล่าวจะมีความหลากหลาย

ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ที่คนต่างด้าวจะถือครองได้ โดยระยะเวลาในการได้รับสิทธิในการใช้ที่ดินนี้เป็นเงื่อนไขของการใช้ที่ดิน ดังนั้นถ้าผู้ที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ที่ดินต้องการเปลี่ยนแปลงวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินแล้ว รัฐจะดำเนินการพิจารณาระยะเวลาการใช้ที่ดินใหม่โดยอาจจะนับเวลาจากระยะเวลาเดิมหรือเริ่มต้นกระบวนการพิจารณาและนับใหม่เวลาใหม่เลยก็ได้ และการพิจารณาใหม่หรือนับระยะเวลาใหม่นั้น ก็ไม่ผูกพันรัฐท้องถิ่นที่จะต้องให้มีการอนุญาตให้ใช้ที่ดินต่อไปก็ได้ ซึ่งภายหลังจากครบกำหนดการใช้ตามข้างต้น คนต่างด้าวที่ถือครองที่ดินนั้นอยู่สามารถต่ออายุการใช้ต่อไปได้ ซึ่งการต่ออายุอนุญาตให้ใช้นั้นเป็นดุลพินิจของภาครัฐ ซึ่งจะต่อหรือไม่ก็ได้ ส่วนระยะเวลาการได้รับอนุญาตนั้น ถ้าคนต่างด้าวถือครองที่ดินเพื่อใช้เอง จะได้รับใบอนุญาตทันทีนับแต่มีการอนุมัติ ส่วนในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาถือครองที่ดินเพื่อการค้า หรือการประกอบกิจการด้านที่ดินนั้นทางรัฐบาลจะออกใบอนุญาตให้เป็นการชั่วคราว และหลังจากที่บริษัทได้ดำเนินการจ่ายค่าธรรมเนียมที่ดิน จดครบและได้รับที่ดินมาถูกต้องตามการอนุญาต คนต่างด้าวจึงจะสามารถนำใบอนุญาตนั้นไปเปลี่ยนเป็นฉบับถาวรได้ซึ่งการให้การรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนนี้มีประเด็นที่น่าสนใจ และอาจนำมาปรับใช้กับการกำหนดมาตรการ หรือหาแนวทางของกฎหมายในประเทศไทยเพื่อการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยของนักลงทุนต่างชาติเป็นอย่างมาก และจะได้นำมาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในบทที่ 3 ต่อไป

### 2.5.2 แนวคิดทฤษฎีการให้สิทธิการเช่าที่ดินในสากล

ประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นประเทศที่มีระบบในการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว ในลักษณะที่เปิดเสรีให้คนต่างด้าวสามารถเข้าไปถือครองที่ดินได้อย่างเสรี โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในส่วนของการถือครองกรรมสิทธิ์ และการเช่าที่ดิน เช่นสหราชอาณาจักร (ประเทศอังกฤษ) ประเทศฝรั่งเศส หรือประเทศสหรัฐอเมริกาที่มองว่าการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวที่เป็นผลดีต่อเศรษฐกิจ โดยจะคำนึงถึงภาวะสภาพเศรษฐกิจในแต่ละท้องถิ่นด้วย<sup>63</sup>

อย่างไรก็ตาม ประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านี้ต่างก็ตระหนักถึงปัญหาในเรื่องของการเช่าถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเช่นเดียวกับประเทศกำลังพัฒนาด้วยเช่นกัน กล่าวคือ ภายหลังจากสงครามโลกครั้งที่ 2 ได้มีนิติบุคคลต่างด้าว และบุคคลธรรมดาได้เข้าไปถือครองที่ดินในประเทศที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเช่าถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นจำนวนมาก ซึ่งเกิดจากการที่เศรษฐกิจในภาคพื้นยุโรป และภูมิภาคเอเชียได้มีการชะลอตัว ทำให้นักลงทุนต่างด้าวสนใจที่จะเข้าไหลลงทุนในประเทศเหล่านั้นเพิ่มมากขึ้น

<sup>63</sup> New Restrictions on Foreign Investment in Real Estate in China, Retrieved May 22, 2024 from [http://www.scchk.com.hk/announ/New\\_Restrictions\\_On\\_Foreign\\_Invest.pdf](http://www.scchk.com.hk/announ/New_Restrictions_On_Foreign_Invest.pdf)

โดยเฉพาะนักลงทุนจากแถบประเทศยุโรป ญี่ปุ่นและตะวันออกกลาง จนมีการขยายการลงทุนในประเทศแถบยุโรปอย่างรวดเร็ว ทำให้หลายๆ ประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านี้ได้ตระหนักถึงการเข้าครอบงำทางที่ดิน และเศรษฐกิจจากคนต่างด้าว ส่งผลให้ทางภาครัฐได้พยายามออกมาควบคุมการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว โดยการประกาศใช้มาตรการทางกฎหมายหลายมาตรการด้วยกัน<sup>64</sup> เช่น กฎหมายป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ มาตรการการลงโทษทางการเงิน และกฎหมายคนเข้าเมืองของประเทศอังกฤษ การตั้งหน่วยงานควบคุมทรัพย์สินของคนต่างด้าวของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือการกำหนดมาตรการการเก็บภาษีที่สูง และการเปิดเผยธุรกรรม การเปิดเผยที่มาของแหล่งเงินทุนที่นำเข้ามาลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น

แม้กระนั้นเอง ประเทศที่พัฒนาแล้วเช่นประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ยังเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้โดยเสรี เพราะสหรัฐอเมริกามีแนวคิดที่ว่า<sup>65</sup> การลงทุนของคนต่างด้าวนั้นจะช่วยการสร้างงานในประเทศ และเงินของคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนนี้จะเป็นการหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนโดยคนต่างด้าวเป็นส่วนที่สำคัญของภาคธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>66</sup> อย่างไรก็ตามสิทธิของคนต่างด้าวที่จะเข้ามามีสิทธิในที่ดินนั้นจะถูกจำกัดเงื่อนไข และการควบคุมจากรัฐในบางกรณี โดยในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ได้จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาหลายหน่วยงานที่เกี่ยวข้องขึ้นมาควบคุมดูแลการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว ประกอบกับระบบการปกครองของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ปกครองแบบสหพันธรัฐ ทำให้รัฐแต่ละรัฐสามารถปกครองตนเองได้ โดยมีรัฐบาลกลางควบคุมการบริหารประเทศในภาพรวม ซึ่งหลักการนี้ได้ส่งผลถึงหลักการควบคุมการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวจะเป็นหน้าที่ของแต่ละรัฐที่มีหน้าที่ในการควบคุม โดยรัฐบาลกลางจะควบคุมการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในลักษณะจำกัด และเฉพาะเรื่องที่สำคัญ ซึ่งผ่านทางการควบคุมในเรื่องหลักใหญ่ ๆ เช่น เรื่องสิ่งแวดล้อม การล้มละลาย ความมั่นคง รวมไปถึงทางด้านภาษีด้วย โดยได้มีการตั้งหน่วยงานควบคุมทรัพย์สินของคนต่างด้าว (Office of Foreign Assets Control)<sup>67</sup> ของกระทรวงการคลัง ที่ทำหน้าที่คอยกำกับ กำหนดนโยบาย ควบคุม

<sup>64</sup> การกำหนดเงินทุนที่จดทะเบียนของประเทศจีนเพิ่งถูกเพิ่มขึ้นใหม่ในภายหลัง

<sup>65</sup> The National Association of Realtors, **Alien Land Ownership Guide: State laws Relating to Ownership of U.S. Land by Aliens and Business Entities** (New York, NY: The National Association of Realtors, 2006).

<sup>66</sup> The National Association of Realtors, **Foreign investment in U.S. Real Estate: Current Trends and Historical Perspective** (New York, NY: The National Association of Realtors, 2003).

<sup>67</sup> *Ibid.*, pp. 1-23.

ทรัพย์สินของคนต่างด้าวโดยมีอำนาจที่ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี ส่วนในแต่ละรัฐนั้นจะสามารถกำหนดการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวได้ด้วยตัวเอง ดังนั้นจึงสามารถแบ่งมาตรการการควบคุมการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกาได้เป็นการควบคุมจากส่วนกลาง และการควบคุมจากส่วนมลรัฐด้วย ซึ่งสาระสำคัญของแนวคิดที่ประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ในการจำกัดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวมุ่งดังนี้

1) แนวคิดการกำหนดประเภทคนต่างด้าว

ถึงแม้ว่าในการเข้าถือครองที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะเป็นการเข้าถือครองโดยกรรมสิทธิ์ หรือโดยการเช่านั้นจะเป็นไปอย่างเสรีก็ตาม แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจแก่รัฐบาลท้องถิ่นแต่ละมลรัฐในการกำหนดประเภทของคนต่างด้าวโดยจะอนุญาตให้เข้ามาถือครองกรรมสิทธิ์ หรือถือครองที่ดินที่แตกต่างกัน ยกตัวอย่างเช่น

(1) มลรัฐมิสซิสซิปปี (Mississippi) ที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นคนบุคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐมิสซิสซิปปีเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้<sup>68</sup>

(2) มลรัฐเพนซิลวาเนีย (Pennsylvania) คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาจะสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ไม่เกิน 5,000 เอเคอร์ ส่วนนิติบุคคลไม่มีการกำหนดห้ามไว้<sup>69</sup>

(3) มลรัฐโอกาโฮมา (Oklahoma) นิติบุคคลที่จะเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินในมลรัฐได้ต้องประกอบธุรกิจในมลรัฐ และได้รับใบอนุญาตจากมลรัฐด้วย<sup>70</sup>

(4) มลรัฐนิวยอร์ก (New York) ไม่มีข้อกำหนดห้าม โดยคนต่างด้าวไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อย่างคนในชาติ<sup>71</sup>

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ออกกฎหมายที่กำหนดให้คนต่างด้าวต้องเปิดเผยการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับที่ดินกสิกรรม (Agricultural Lands)<sup>72</sup>ไม่ว่าจะเป็นการถือครอง ขาย หรือกระทำการอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับที่ดินกสิกรรม ต้องทำการเปิดเผยการทำธุรกรรม หรือการถือครองต่อคณะกรรมการ

<sup>68</sup> Jeremy D. Smith, **Foreign Investment in United States Real Estate** (New York, NY: John Willey & Sons, 1991).

<sup>69</sup> Office of Foreign Assets Control (OFAC), **Mission**, Retrieved May 22, 2024 from <http://www.treas.gov/ofac>

<sup>70</sup> Miss. Code Ann. Section 89-1-23 (1972).

<sup>71</sup> Pa. Stat Ann. tit. 68, section 32 (Purdon 1965 & Supp. 1986), Pa. Stat Ann. tit. 15, section 2010 (Purdon 1967).

<sup>72</sup> Okla. Stat. Ann. tit. 18, section 1.199 (West 1951), Okla. Stat. Ann. tit. 18, section 1.2 (3) (West Supp. 1985).

ที่ดินกสิกรรม โดยคนต่างด้าวนั้นมีหน้าที่ที่ต้องรายงานการถือครองที่ดินภายใน 90 วันนับแต่การถือครองหรือมีการทำธุรกรรม ที่เกี่ยวกับที่ดินกสิกรรมตามที่กฎหมายกำหนด<sup>73</sup> โดยรวมถึงบุคคลต่างด้าวที่ไม่มีที่ดินที่เกี่ยวกับกสิกรรมแต่ได้ที่ดินที่เกี่ยวกับกสิกรรมมาภายหลังด้วย และถ้าไม่มีการรายงานจะต้องเสียค่าปรับเป็นอัตราส่วนเท่ากับ 1 ส่วน 10 ของร้อยละ 1 ของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้อง ตามราคาตลาดต่อสัปดาห์ที่ไม่มีภาระจำนองนั้น แต่ไม่มากกว่าร้อยละ 25 ของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องตามราคาตลาด แต่ถ้าเป็นการแจ้งความเท็จก็จะโดยโทษปรับเท่ากับร้อยละ 25 ของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องตามราคาตลาด ทั้งนี้ บทลงโทษจะขึ้นอยู่กับหลายปัจจัยเป็นองค์ประกอบด้วย เช่น จำนวนครั้งที่มีการกระทำความผิด หรือระยะเวลาที่กระทำความผิด เป็นต้น การรายงานการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในที่ดินที่เกี่ยวกับกสิกรรมนี้โดยหลักเป็นเรื่องของคนต่างด้าวกับรัฐบาลกลาง หากแต่ในบางรัฐก็ได้กำหนดให้มีการรายงานในประเด็นนี้ต่อรัฐนั้น ๆ ด้วย โดยใช้วิธีการ และมีบทลงโทษในลักษณะเดียวกัน<sup>74</sup>

โดยหลักการถือครองที่ดินนี้จะยกเว้นสำหรับการถือครองที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นที่ดินเพื่อใช้สำหรับเป็นที่อยู่อาศัย หรือเพื่อการอื่น ๆ ที่มีมูลค่าต่ำกว่า 1 ล้านดอลลาร์สหรัฐ และขนาดพื้นที่ที่ดินต่ำกว่า 200 เอเคอร์ ซึ่งสำนักงานวิเคราะห์เศรษฐกิจ กระทรวงพาณิชย์ มีอำนาจในการที่จะกำหนดอัตราขั้นต่ำสำหรับราคาที่ดิน และขนาดพื้นที่ของที่ดิน<sup>75</sup>

ประเทศฝรั่งเศส ก็เป็นประเทศที่พัฒนาแล้วอีกประเทศหนึ่งที่มีแนวคิดในการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้าไปมีสิทธิในที่ดินได้อย่างเสรี<sup>76</sup> โดยไม่มีการจำกัดสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์และการเช่าที่ดิน แต่จากสถิติ ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นประเทศหนึ่งที่คนต่างด้าวเข้าไปมีสิทธิในที่ดินที่ยากเป็นอันดับต้น ๆ<sup>77</sup> อันเนื่องมาจากแนวคิดมาตรการการเก็บภาษีที่สูงเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศอื่น ทำให้ราคาที่ดินในประเทศฝรั่งเศสที่มีราคาสูง และมีแนวโน้มว่าจะสูงเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ

<sup>73</sup> Y. Real Prop. Law section 10 (2) (Mckinney 1986), N.Y. Real Prop. Law section 15 (Mckinney 1986), N.Y. Bus. Corp. Law section 1304(b) (Mckinney 1986), N.Y. Bus. Corp. Law section 202(a) (4), (5) (Mckinney 1986).

<sup>74</sup> The Agricultural Foreign Investment Disclosure Act (AFIDA).

<sup>75</sup> The U.S. Secretary of Agriculture.

<sup>76</sup> กฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้กำหนดให้ข้อมูลที่คนต่างด้าวรายงานมานั้นเป็นความลับ ซึ่งทำให้หน่วยงานอื่นสามารถเข้าถึงข้อมูลในส่วนนี้ได้ด้วย แต่กฎหมายฉบับนี้จะไม่มีส่วนในการกำหนดให้มีการเปิดเผยสถานะที่แท้จริง หรือผู้ที่ได้รับผลประโยชน์จากการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเหมือนกับกฎหมาย IISA (International Investment Survey Act of 1976).

<sup>77</sup> The U.S. Department of Commerce, Bureau of Economic Analysis (BEA).

จากแนวคิดของประเทศฝรั่งเศสทำให้มีการกำหนดมาตรการที่ส่งผลต่อการเข้ามามีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว อันมีสาระสำคัญดังนี้

1) แนวคิดการกำหนดกระบวนการอนุญาต

แม้ว่าคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศสจะสามารถมีสิทธิในที่ดินได้โดยเสรีก็ตาม แต่คนต่างด้าวนั้นก็ยังต้องได้รับการจดทะเบียนจากหน่วยงานของกรมที่ดิน หน่วยงานท้องถิ่น และหน่วยงานอื่น ๆ ทุกคน และหากว่าการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจไว้ว่าอย่างใดก็ตามต้องเปิดเผยต่อหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง เช่น Banque de France and/or the Direction du Tresor ก่อนการประกอบธุรกิจนั้น ๆ ด้วย<sup>78</sup>

2) แนวคิดการรายงานการทำธุรกรรมของคนต่างด้าว

ประเทศฝรั่งเศสได้มีแนวคิดเรื่องของการเปิดเผยธุรกรรมที่คนต่างด้าวมียหน้าที่ต้องแจ้งรายละเอียดของการเข้ามาถือครองในกรรมสิทธิ์ที่ดิน รวมถึงต้องเปิดเผยแหล่งที่มาของเงินที่นำเข้ามาลงทุนในธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์ด้วย

นอกจากนี้ คนต่างด้าวที่จะเข้ามาถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศฝรั่งเศสต้องชำระภาษีที่มีอัตราค่อนข้างสูง คนต่างด้าวที่ไม่ยอมเปิดเผยธุรกรรม บิดเบือน ปกปิด หรือหลีกเลี่ยงไม่ชำระภาษีจะถูกกลงโทษที่รุนแรงมากเมื่อเทียบกับประเทศอื่น ๆ<sup>79</sup>

แนวคิดที่น่าสนใจในการศึกษาวิจัยอีกประเทศหนึ่ง คือสหราชอาณาจักร หรือประเทศอังกฤษที่ไม่กำหนดสาขาธุรกิจที่จำกัดการลงทุนของคนต่างด้าว อีกทั้งกฎหมายของสหราชอาณาจักรไม่มีข้อห้ามในการที่คนต่างด้าวจะซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ และยังสามารถได้รับกรรมสิทธิ์ (Freehold Ownership) ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อนั้นด้วย และในเรื่องของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรนั้น คนต่างด้าวก็มีสิทธิเหมือนกับคนอังกฤษทุกประการ สัญญาเช่า (Leasehold Contract) ของสหราชอาณาจักรจะมีระยะเวลาตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือยาวนานถึง 999 ปี โดยเจ้าของจะเป็นผู้เริ่มสัญญาเช่าและจะต่อเนื่องไปเรื่อย ๆ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนผู้เช่า แต่ระยะเวลา ก็จะลดลงเรื่อย ๆ สัญญาเช่าสามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันเพื่อขอจำนอง (Mortgage) อสังหาริมทรัพย์นั้นได้ นอกจากนี้ผู้เช่าสามารถจะขอขยายระยะเวลาเช่าได้แต่จะต้องเสียค่าธรรมเนียมที่สูง และด้วยระยะเวลาเช่าที่ยาวนานมากๆ ทำให้สิทธิดังกล่าวแทบไม่แตกต่างจากกรรมสิทธิ์ เหตุผลหนึ่งที่ทำให้กฎหมายกำหนดให้มีระยะเวลาเช่าที่ยาวเนื่องจากการเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (Freehold

<sup>78</sup> Standard Bank Group Economics, Summary of Global restrictions on Foreigners Property Ownership.

<sup>79</sup> Philippe None and Sophie Gargaro, France: Real Estate 2007, (www.ICLG.CO.UK.).

Property) โดยเฉพาะในกรุงลอนดอน มีราคาและค่าใช้จ่ายที่สูงมาก สิทธิการเช่าในประเทศอังกฤษ จึงเป็นสิทธิที่สำคัญในอันดับต้นๆ ของการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

อีกเหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายของสหราชอาณาจักรอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถซื้ออสังหาริมทรัพย์หรือเช่าที่ดินได้เช่นเดียวกับคนอังกฤษ เนื่องจากแม้คนต่างด้าวจะถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือถือสิทธิการเช่าระยะยาว แต่จะไม่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้มีถิ่นฐาน (Residence Permit) หรือได้รับวีซ่าถาวร (Permanent Visa) ให้พำนักอาศัยในประเทศอังกฤษได้เฉกเช่นพลเมืองอังกฤษแต่อย่างใด อีกนัยหนึ่งคือ แม้จะเป็นเจ้าของบ้านและที่ดินหรือมีที่พักอาศัยระยะยาว แต่ก็ไม่สามารถเดินทางเข้า-ออกประเทศอังกฤษได้อย่างปกติ ไม่สามารถทำงานได้ ยังคงต้องทำการขออนุญาตพำนักอาศัยภายในสหราชอาณาจักรทุกครั้ง จะเห็นได้ว่าสหราชอาณาจักรหรือประเทศอังกฤษให้ความสำคัญกับกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Law) อย่างมาก เนื่องจากมีคนจำนวนมากที่ต้องการอพยพเข้ามาพำนักอาศัยในประเทศอังกฤษจากทั่วโลก อย่างไรก็ตาม จากสถิติพบว่า อสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรมากกว่า 2 ใน 3 มีผู้ซื้อเป็นคนต่างด้าว และผู้ซื้อส่วนใหญ่มาจากฮ่องกง ใน ค.ศ. 2022 พบว่า ร้อยละ 57 ของการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ในกรุงลอนดอนนั้น เป็นนักลงทุนต่างชาติ และมีการคาดการณ์ว่า ราคาบ้านเฉลี่ยทั่วประเทศจะสูงถึง 419,000 ปอนด์ (ประมาณ 18 ล้านบาท) ในอีก 2 ปีข้างหน้า ซึ่งเป็นราคาที่เพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 50 แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มการลงทุนของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในกลุ่มนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก

แต่ถึงแม้ว่าประเทศอังกฤษจะเปิดกว้างให้คนต่างด้าวสามารถเข้าเป็นเจ้าของหรือเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ในระยะเวลายาวนานมาก รัฐบาลก็ยังคงให้ความสำคัญของปัญหาเรื่องความโปร่งใสและความไว้วางใจของประชาชนต่อนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้าซื้อทรัพย์สินในประเทศ ที่อาจใช้เป็นเครื่องมือในการฟอกเงินหรือการถ่ายโอนเงินทุนที่ได้จากการกระทำผิดกฎหมาย รัฐบาลได้มีการบังคับใช้กฎหมายใหม่เมื่อ ค.ศ. 2022 ซึ่งกำหนดให้นิติบุคคลต่างด้าวที่ซื้อหรือให้เช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในอังกฤษและเวลส์ในช่วง 20 ปีที่แล้วจนถึงปัจจุบัน จะต้องจดทะเบียนกับ Companies House เพื่อเปิดเผยข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (beneficial owners) ซึ่งจะ เป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับผลประโยชน์จากนิติบุคคลดังกล่าว กฎหมายดังกล่าว เรียกว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022)) ซึ่งจะนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศไทยที่กำลังประสบปัญหานักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะนักลงทุนชาวจีน ที่เข้ามาซื้ออสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยเพื่อฟอกเงินที่ได้จากการกระทำผิด

จากการศึกษาแนวคิดทฤษฎีของทั้งสามประเทศแล้วพบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีความหลากหลายในด้านเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ และการปกครองแบบรวมรัฐ เป็นสหพันธ์สาธารณรัฐซึ่งตั้งอยู่ในทวีปอเมริกาเหนือ ประกอบด้วยรัฐ 50 รัฐ เขตปกครองกลาง 1 เขต ดินแดนปกครองตนเองสำคัญ 5

ดินแดน รวมทั้งเขตสงวนอินเดีย 326 เขต และเกาะเล็กรอบนอกประเทศอีก 11 เกาะ<sup>80</sup> และประเทศฝรั่งเศสที่มุ่งตรงไปยังการจัดเก็บภาษีที่ดินกับคนต่างด้าวที่เข้าไปถือครองกรรมสิทธิในที่ดินที่มีอัตราสูงมากถึงมากที่สุด จึงอาจไม่เหมาะกับการศึกษาเปรียบเทียบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทย หากแต่ประเทศอังกฤษที่ถือว่าเป็นต้นกำเนิดของการเป็นแม่แบบของการปกครองในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเป็นประเทศที่เปิดโอกาสอย่างไม่จำกัดให้คนต่างด้าวเข้าถือกรรมสิทธิในที่ดินอย่างไม่เกรงว่าจะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องด้วยประเทศอังกฤษได้ใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการควบคุม กำกับดูแล แทรกแซง และลงโทษการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพเมื่อศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติเข้าถือครองกรรมสิทธิอย่างเสรี จึงพบว่ามีประเด็นทางกฎหมายที่น่าวิเคราะห์อยู่หลายประเด็น ไม่ว่าจะเป็นประเด็นการกำหนดนิยามของคนต่างด้าว ประเด็นการให้ความสำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ประเด็นการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิด ประเด็นการส่งเสริมการลงทุนภายในประเทศ ซึ่งจะได้นำมาศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในบทที่ 3 ต่อไป

## 2.6 ความสำคัญของการเข้าระยะยาวต่อการลงทุนโดยตรงระหว่างประเทศในประเทศไทยและการแข่งขันในกลุ่มอาเซียน

สถานการณ์แพร่ระบาดของโควิด-19 ที่ผ่านมา ส่งผลให้จำนวนการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ในกลุ่มประเทศกำลังพัฒนาในภูมิภาคเอเชีย รวมถึงกลุ่มประเทศอาเซียน คาดว่าจะลดลงประมาณร้อยละ 30-40 และรายได้จากการจัดเก็บภาษีก็ลดลงอย่างมากเช่นกัน จากการศึกษาล่าสุดของ Oxfam พบว่า การจะดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศให้กลับมาเช่นเดิมนั้น รัฐบาลของประเทศในอาเซียนจะต้องหยุดการให้สิทธิประโยชน์ต่าง ๆ มากมาย แต่ควรให้ความสำคัญกับการสร้างสภาพแวดล้อมที่ดีให้กับภาคธุรกิจเพื่อส่งเสริมการลงทุนระยะยาวอย่างยั่งยืน มากกว่าแค่

<sup>80</sup> วิกีพีเดีย สารานุกรมเสรี, สหรัฐอเมริกา, ค้นวันที่ 13 ตุลาคม 2567 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/สหรัฐอเมริกา>

การดึงดูดด้วยสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เช่น ประโยชน์ด้านภาษี ซึ่งมีกำหนดขึ้นเป็นครั้งคราวและเพื่อวัตถุประสงค์ระยะสั้นเท่านั้น ทั้งยังเป็นการแข่งขันกันเองในกลุ่มอาเซียนอีกด้วย<sup>81</sup>

นอกจากนี้ ยังพบว่าการลดอัตราภาษีเงินได้นิติบุคคลในกลุ่มอาเซียนจากประมาณร้อยละ 25 ในปี ค.ศ. 2010 มาเป็นร้อยละ 21.7 ในปี ค.ศ. 2020 รวมถึงสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ทำให้รายได้ของประเทศกัมพูชาลดลงถึงร้อยละ 6 ของ GDP และลดลงประมาณร้อยละ 1 ของ GDP ในประเทศเวียดนามและฟิลิปปินส์<sup>82</sup> นอกจากนี้สิทธิประโยชน์ทางการเงินแล้ว ประเทศในกลุ่มอาเซียนยังนิยมให้สิทธิประโยชน์ด้านอื่นด้วย โดยเฉพาะสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน การให้สิทธิเช่าที่ดินในระยะยาวเป็นสิทธิประโยชน์ที่กลุ่มอาเซียนทุกประเทศนำมาใช้เพื่อดึงดูดนักลงทุน ประเทศไทยและเวียดนามยังอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิเป็นเจ้าของที่ดินได้ในกรณีเฉพาะที่เช่าเงื่อนไขด้วย บางครั้งก็มีการลดหรือไม่เก็บค่าเช่าที่ดินเลยในพื้นที่ที่ต้องการให้เกิดการลงทุนอีกด้วย เช่น ในลาวและเวียดนาม การให้สิทธิประโยชน์ในที่ดินยังเปิดช่องให้เกิดการคอร์รัปชันและความไม่เป็นธรรมในสังคมขึ้นได้

ประเทศไทยเป็นเป้าหมายที่สำคัญของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับที่ดินก็เป็นที่ต้องการอย่างมาก เนื่องจากสภาพอากาศของเขตร้อนตลอดทั้งปี ภูมิประเทศที่สวยงาม ความเป็นมิตรและการมีใจบริการของคนไทย นอกจากนี้ ค่าครองชีพและค่าแรงที่ค่อนข้างต่ำ จึงทำให้ประเทศไทยเป็นจุดหมายที่น่าดึงดูดสำหรับทั้งนักลงทุนและผู้บริโภคอย่างมาก จากสถิติพบว่า มีชาวต่างชาติจำนวนประมาณ 30,000 คนจากประเทศกลุ่มสแกนดิเนเวีย สหราชอาณาจักร และเยอรมนี ที่เข้ามาซื้อบ้านหลังที่สองในประเทศไทย ซึ่งทำให้เกิดการสร้างรายได้กว่า 75 พันล้านบาท และมีความเป็นไปได้สูงที่จำนวนจะเพิ่มขึ้นถึง 90,000 ภายใน 3-5 ปี ซึ่งจะสร้างรายได้ถึง 150 พันล้านบาท<sup>83</sup> การเติบโตดังกล่าวไม่เพียงแต่สร้างรายได้ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น แต่ยังส่งผลต่อการเติบโตของเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศไทยอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่นักลงทุนต่างชาติดังกล่าวมองว่ายังเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย คือ ระยะเวลาของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดสูงสุดไม่เกิน 30 ปีนั้น ยังคงค่อนข้าง

<sup>81</sup> Vietnam Investment Review (VIR), **Improved Business Environment is the Key to FDI Not Tax and Land Incentives**, Retrieved November 21, 2020 from <https://vir.com.vn/improved-business-environment-is-the-key-to-fdi-not-tax-and-land-incentives-80735.html>

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> Joint Foreign Chamber of Commerce in Thailand, **Proposal for Leasehold Extension** (Bangkok: Joint Foreign Chamber of Commerce in Thailand, 2011), p. 3.

สั้น ทำให้ไม่คุ้มค่าต่อการลงทุนระยะยาว ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยจะอนุญาตให้มีการต่อสัญญาเช่าได้อีก 30 ปีก็ตาม แต่เจ้าพนักงานที่ดินสามารถใช้ดุลยพินิจไม่อนุญาตได้เช่นกัน จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนอนได้ นอกจากนี้ หากต้องการต่อสัญญาจะต้องรอนกว่าสัญญาเช่าเดิมสิ้นสุดลงก่อน และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังสามารถปฏิเสธการต่อสัญญาได้เช่นกัน และในกรณีผู้ให้เช่าเสียชีวิตก่อนการต่อสัญญา ทายาทไม่จำเป็นต้องผูกพันและขยายระยะเวลาเช่าให้กับผู้เช่าอีก 30 ปีก็ยอมได้ ด้วยข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาเช่าที่ค่อนข้างสั้น และความไม่แน่นอนในเรื่องการขยายระยะเวลาเช่านั้น ทำให้นักลงทุนต่างชาติเลือกที่จะไปลงทุนในประเทศเพื่อนบ้านที่กฎหมายอำนวยความสะดวกมากกว่า ผลการวิจัยบ่งชี้ว่าระยะเวลาของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาวที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์ไม่ควรน้อยกว่า 90 ปี<sup>84</sup> เช่น ประเทศสิงคโปร์อนุญาตให้ชาวต่างชาติเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัยเป็นระยะเวลาถึง 99 ปี หรือระยะเวลาเช่า 50-70 ปีในประเทศเวียดนาม หรือ 60-90 ปี (รวมการขยายเวลา) ในประเทศอินโดนีเซีย หรือระยะเวลา 75 ปีในประเทศฟิลิปปินส์ เป็นต้น<sup>85</sup>

มีการเรียกร้องให้แก้กฎหมายว่าด้วยสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยอย่างมากช่วงหลังวิกฤตการเงิน เพราะนักลงทุนทั้งในประเทศและจากต่างประเทศต่างประสบปัญหาการเงินมากมาย ทำให้การเช่าเป็นทางเลือกสำคัญที่จะช่วยแก้ปัญหาเกี่ยวกับข้อจำกัดของรายได้อย่างมาก เช่น การออกพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการอำนวยความสะดวกและส่งเสริมการลงทุนเพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมบางประเภทที่ต้องมีการลงทุนในระยะยาว และต้องการความมั่นคงของสิทธิตามสัญญาเช่า โดยให้สิทธิการเช่าสามารถโอนสิทธิตกทอดทางมรดก ให้เช่าช่วง และใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ ซึ่งบทบัญญัติว่าด้วยการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ยังไม่สอดคล้องเหมาะสมกับสถานะเศรษฐกิจและการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไป พระราชบัญญัติดังกล่าวอนุญาตให้นักลงทุนสามารถเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้ในระยะเวลา 50 ปี ซึ่งมากกว่าระยะเวลาเช่า 30 ปีที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม การเช่าอสังหาริมทรัพย์ภายใต้พระราชบัญญัติกลับไม่ได้รับความนิยมจากนักลงทุน จากสถิติพบว่าตั้งแต่มีการประกาศใช้

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, **การเช่าที่ดินและระยะเวลาการเช่ากรณีของไทยและประเทศเพื่อนบ้าน**, ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก [https://www.nesdc.go.th/download/article/article\\_20160513155025.pdf](https://www.nesdc.go.th/download/article/article_20160513155025.pdf)

พระราชบัญญัตินี้ มีจำนวนผู้ยื่นขอรับสิทธิเพียง 7 รายเท่านั้น เหตุผลประการหนึ่งเนื่องจากเงื่อนไขที่กำหนดค่อนข้างยุ่งยากและเป็นภาระต่อนักลงทุน<sup>86</sup>

ในปี พ.ศ. 2561 ประเทศไทยได้มีการออกพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวเฉพาะในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก (โดยปัจจุบันมีพื้นที่อยู่ในจังหวัดฉะเชิงเทรา ชลบุรี และระยอง แต่อาจกำหนดเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาได้อีกหากแต่ต้องเป็นพื้นที่ภายในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเท่านั้น) มีสิทธิการเช่าที่ดินได้ถึง 99 ปี โดยการเช่าที่ดินในระยะแรกอนุญาตให้มีระยะเวลาการเช่าไม่เกิน 50 ปี และในระยะที่สองสามารถต่ออายุการเช่าได้อีกไม่เกิน 49 ปี เมื่อรวมกัน 2 ระยะแล้วไม่เกิน 99 ปี<sup>87</sup> เมื่อศึกษาตุ๊กที่จะพบว่า เจตนารมณ์การเช่าที่ดินของคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นเป็นการให้สิทธิการเช่าโดยทั่วไปแก่คนต่างด้าวที่มีข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาการเช่าได้เพียง 30 ปี โดยกฎหมายมองว่าการเช่าที่ดินของคนต่างด้าวในบริบทนี้เป็นการเช่าเพื่ออยู่อาศัย มิได้เป็นมองว่าการเช่าที่ดินนี้เป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreigner Direct Investment: FDI) และเนื่องด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายกับสภาพสังคมในขณะนั้นต้องระวังเรื่องการเข้ามาที่มีสิทธิครอบครองในที่ดินของคนต่างด้าวมากเป็นพิเศษนับแต่มีการล่าอาณานิคม ต่างจากเจตนารมณ์ในพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 ที่ให้สิทธิประโยชน์ และสิทธิการเช่าที่ดินแก่คนต่างด้าวได้มากถึง 99 ปี อันเป็นผลมาจากการผลักดันการลงทุนขนาดใหญ่ใน “โครงการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจภาคตะวันออก” (Eastern Economic Corridor Development: EEC) ที่มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจให้คนต่างด้าวนำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และกฎหมายมองว่าเป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreigner Direct Investment: FDI) อันถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จะเป็นตัวนำนักลงทุนต่างด้าวเข้ามาพัฒนาและยกระดับคุณภาพชีวิต หรือระบบเศรษฐกิจในพื้นที่ และผลพวงถึงเศรษฐกิจของประเทศ จึงให้สิทธิพิเศษโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อเกิดผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

สิทธิการเช่าที่ดินตามพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 เป็นกฎหมายใหม่ที่ถูกขับเคลื่อนให้สอดคล้องกันกับสภาวะการณระบบเศรษฐกิจโลกที่อิงกับการลงทุนของคนต่างด้าวมากขึ้น ในขณะที่สิทธิการเช่าที่ดินของคนต่างด้าวที่ไม่ได้อยู่ในพื้นที่เขตพัฒนาพิเศษหรือภายใต้กฎหมายส่งเสริมการลงทุนฉบับอื่นใด ยังคงต้องอาศัยสิทธิการเช่าที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์ มาตรา 540 เป็นการทั่วไป ที่ไม่ได้ให้สิทธิประโยชน์ใด

<sup>86</sup> วาซิณี ยศปัญญา, “การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม,” **วารสารรามคำแหงฉบับนิติศาสตร์**, 10, 1 (2564): 39-160.

<sup>87</sup> พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561

ไปมากกว่าการเช่าที่ดินในระยะเวลาไม่เกิน 30 ปี และไม่ได้รับสิทธิพิเศษหรือการส่งเสริมการลงทุนใด เนื่องจากถูกมองว่าไม่เป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ซึ่งไม่สอดคล้องกับพฤติกรรม หรือ ลักษณะการจัดการทรัพยากรที่ดิน หรือระบบจัดเก็บภาษีของชาติ และอุปสงค์ของคนต่างด้าวที่ เปลี่ยนไป กล่าวคือคนต่างด้าวทั่วไปที่ใช้สิทธิการเช่าที่ดินโดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี ตามประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์ มาตรา 540 โดยข้อเท็จจริงพบว่าคนต่างด้าวกลุ่มนี้มี วัตถุประสงค์เช่าที่ดินระยะยาวเพื่อการสร้างบ้านพักตากอากาศ ไว้เป็นสถานที่พักผ่อนหย่อนใจใน ประเทศไทยซึ่งเป็นที่ยอมรับในหมู่คนต่างชาติ การสร้างบ้านพักตากอากาศของคนต่างด้าวกลุ่มนี้จะนิยม สร้างในพื้นที่ที่มีภูมิศาสตร์สวยงาม สามารถชื่นชมทัศนียภาพทะเล ป่าเขา หรือแม้แต่ในตัวเมืองหลัก ของแต่ละจังหวัด อาคารบ้านพักตากอากาศของคนต่างด้าวกลุ่มนี้มักจะสร้างขึ้นโดยใช้วัสดุในการ ก่อสร้าง เครื่องมือ วัสดุอุปกรณ์อย่างดี คุณภาพสูง และตกแต่งอย่างหรูหรา รวมถึงระบบ สาธารณูปโภคโดยรอบ ทำให้การก่อสร้างบ้านพักตากอากาศของคนต่างด้าวกลุ่มนี้มักจะมีต้นทุนที่สูง มากเมื่อเทียบกับนักลงทุนรายย่อยภายในประเทศ และหากนำต้นทุนที่คนต่างด้าวกลุ่มนี้ลงทุนไป คำนวณกับสิทธิการเช่าที่ดิน อันมีระยะเวลาเพียง 30 ปี ตามที่กฎหมายกำหนดสำหรับคนต่างด้าว ทั่วไป คนต่างด้าวกลุ่มนี้ส่วนใหญ่คิดว่าไม่คุ้มค่าต่อการลงทุน ระยะเวลา 30 ปี สั้นไปสำหรับการใช้ ประโยชน์จากบ้านพักตากอากาศของตนบนที่ดินที่ได้สิทธิมาจากการเช่า จึงเป็นที่มาของการแสวงหา ประโยชน์ หรือรายได้ในระหว่างระยะเวลาการเช่าเพื่อให้ได้ผลตอบแทนให้คุ้มค่าที่สุด เป็นต้นตอของ ปัญหานิติกรรมอำพราง เช่นทำสัญญาเช่าที่ดินระยะยาว 30 ปี แต่จะต่ออายุสัญญาเช่าที่ดินทุก 30 ปี โดยปราศจากค่าเช่า หรือการจัดตั้งบริษัท Nominee เพื่อถือที่ดินแทนบุคคลต่างด้าว โดยอาศัย ช่องว่างของกฎหมายที่พิจารณาเพียงแต่ว่าบริษัทใดจะเป็นบริษัทไทยหรือบริษัทต่างด้าวนั้น ให้ พิจารณาเพียงสัดส่วนของการถือหุ้นเท่านั้น เป็นต้น หรือไม่ว่าจะเป็นการนำบ้านพักตากอากาศออก ให้เช่าเป็นการส่วนตัว ผ่านทางเอเยนต์ เว็บไซต์ หรือแพลตฟอร์มต่าง ๆ บนอินเทอร์เน็ต และชำระค่า เช่า ณ ต่างประเทศ ทำให้ไม่สามารถรับรู้รายได้ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย อันจะนำมาเป็นฐานภาษีใดๆ ได้ ซึ่งหากมองในมุมมองของคนต่างด้าว คนต่างด้าวกลุ่มนี้มองว่าการกระทำลักษณะนี้เป็นการลงทุน ประเภทหนึ่งที่สามารถแสวงหาประโยชน์ได้ ในขณะที่กฎหมายของประเทศไทยมองการกระทำใน ลักษณะนี้ว่าเป็นเพียงการเช่าที่ดินธรรมดา เป็นเพียงสัญญาต่างตอบแทน หรือสัญญาต่างตอบแทน พิเศษยิ่งกว่าสัญญาเช่าธรรมดาเท่านั้น

และเมื่อปี พ.ศ. 2564 กรมที่ดินเสนอปรับปรุงแก้ไขพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ในประเด็นสำคัญ เช่น (1) การแก้ไขระยะเวลาเช่าเกิน กว่า 30 ปีแต่ต้องไม่เกิน 50 ปี (2) เมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่าแล้ว อาจมีการขอย้ายระยะเวลาเช่าออกไป ได้อีกแต่ไม่เกิน 50 ปี (3) การแก้ไขข้อกำหนดในเรื่องการขออนุมัติจากกรมที่ดินหากเป็นการเช่าที่ดิน เนื้อที่เกิน 100 ไร่ เพื่อลดภาระให้กับนักลงทุน (4) การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถใช้สิทธิการเช่า

เพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองเพื่อให้สามารถบังคับใช้ได้จริง (5) การแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถใช้ประโยชน์จากสิทธิเช่าตกทอดแก่ทายาท และผู้เช่าจะให้เช่าช่วง หรือโอนสิทธิเช่าทั้งหมดหรือบางส่วนแก่บุคคลภายนอกได้อย่างมีประสิทธิภาพ (6) เรื่องการกำหนดทุนทรัพย์ลงทุนขั้นต่ำสำหรับพาณิชย์กรรมต้องไม่น้อยกว่า 20 ล้านบาท (7) การแก้ไขข้อบังคับที่กำหนดให้ต้องได้รับการส่งเสริมการลงทุน (BOI) ใบบรรองรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) และใบอนุญาตก่อสร้างก่อนที่จะทำสัญญาเช่าได้ และ (8) แก้ไขกฎหมายเพื่อให้ครอบคลุมการเช่าเพื่ออยู่อาศัยทั้งเช่าแนวราบและคอนโดมิเนียม ซึ่งจะช่วยให้ขยายระยะเวลาเช่าได้ถึง 90 ปี<sup>88</sup>

นอกจากนี้ ช่วงปี พ.ศ. 2560 กระทรวงการคลังมีการพิจารณาแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์ โดยเพิ่มระยะเวลาเช่าจาก 30 ปี เป็น 50 ปี เพื่อดึงดูดการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ รวมถึงการส่งเสริมการเติบโตของภาคธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งส่งผลอย่างมากต่อการเติบโตของเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ นอกจากนี้จะเป็นการสร้างรายได้ให้กับเจ้าของอสังหาริมทรัพย์แล้ว ยังเป็นการนำที่ดินมาใช้ให้เกิดประโยชน์สูงสุดด้วย เนื่องจากปัจจุบันรัฐบาลมีที่ดินจำนวนมากที่ต้องการปล่อยเช่าระยะยาว แต่กลับไม่มีนักลงทุนสนใจเท่าที่ควรเพราะระยะเวลาเช่าได้สูงสุดเพียง 30 ปีเท่านั้น และการขยายระยะเวลาเช่าก็ไม่มีความแน่นอนว่าจะสามารถทำได้ เพราะจำเป็นต้องให้เจ้าพนักงานที่ดินพิจารณาด้วย<sup>89</sup>

หากพิจารณาตามกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนของกลุ่มประเทศอาเซียนซึ่งเป็นเพื่อนบ้านของประเทศไทย จะพบว่า ประเทศส่วนใหญ่มีการกำหนดระยะเวลาเช่าอสังหาริมทรัพย์มากกว่า 30 ปี และยังมีมีการปรับแก้ไขกฎหมายเพื่อส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศด้วย เช่น ประเทศสิงคโปร์อนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเช่าที่ดินเพื่อการพาณิชย์จากรัฐบาลสิงคโปร์ได้เป็นระยะเวลา 30 ปี และสามารถขยายได้สูงสุด 60 ปี หากเป็นสำนักงานจะสามารถเช่าได้สูงสุดถึง 99 ปี<sup>90</sup> ประเทศเวียดนามอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเช่าที่ดินเป็นระยะเวลา 50 ปี โยมี

<sup>88</sup> ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, **รื้อกฎหมายเช่าอสังหาริมทรัพย์ต่างชาติ คอนโดล้นขยายสัญญา 99 ปี**, ค้นวันที่ 8 กรกฎาคม 2564 จาก <https://www.prachachat.net/property/news-707534>

<sup>89</sup> Wichit Chantanusornsiri and Kanana Katharangsiporn, “50-Year Foreign Lease Mullied,” **Bangkok Post** (25 March 2017), Retrieved August 12, 2024 from <https://www.bangkokpost.com/business/1220906/50-year-foreign-lease-mulled>

<sup>90</sup> Singapore Land Authority, **Lease Policy – Press Release Issued by Ministry of Law on Waiver of Building Premium**, Retrieved May 12, 2024 from <https://www.sla.gov.sg/state-land-n-property/land-sales-and-lease-anagement/lease-management/lease-policy>

ช้อยกเว้นกรณีโครงการลงทุนขนาดใหญ่ หรือโครงการที่ลงทุนในพื้นที่ทุรกันดารจะสามารถเช่าที่ดินได้สูงสุด 70 ปี และเมื่อ พ.ศ. 2563 รัฐบาลเวียดนามได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการลงทุน (Law No. 61/2020/QH14 – Law on Investment โดยรายละเอียดจะศึกษาต่อไปในบทที่ 3) เพื่อดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาติมากขึ้น ซึ่งจากการสำรวจพบว่ามูลค่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศของเวียดนามในปี พ.ศ. 2565 มีมูลค่าเกือบ 9 แสนล้านบาท และเป็นการลงทุนใหม่มากกว่า 2,000 โครงการ โดยเฉพาะในอุตสาหกรรมการผลิต อสังหาริมทรัพย์ โรงงานผลิตไฟฟ้า วิทยาศาสตร์ และธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง มากกว่าประเทศไทยถึง 3 เท่า<sup>91</sup>

นอกจากนี้ ประเทศอินโดนีเซียมีการให้สิทธิในที่ดินแก่นักลงทุนต่างชาติในหลายด้าน เช่น สิทธิในการเพาะปลูกเพื่อการเกษตร ประมง และปศุสัตว์ เป็นระยะเวลารวมการขยายสูงสุด 95 ปี สิทธิในการสร้างสิ่งปลูกสร้างในที่ดินสูงสุด 50 ปี สิทธิในการใช้ประโยชน์บนที่ดินสูงสุด 70 ปี สำหรับประเทศมาเลเซียอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเช่าที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมเป็นระยะเวลาตั้งแต่ 30-99 ปี ประเทศเมียนมาอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิเช่าที่ดินเป็นระยะเวลา 50 ปี และสามารถขยายเวลาได้ครั้งละ 10 ปี 2 ครั้ง ประเทศลาวก็มีการกำหนดระยะเวลาเช่าที่ดินที่แตกต่างกันไปตามวัตถุประสงค์ เช่น การเช่าจากเอกชนระยะเวลาไม่เกิน 30 ปี เช่าจากภาครัฐในรูปแบบสัมปทานระยะเวลาไม่เกิน 50 ปี และไม่เกิน 75 ปีในเขตเศรษฐกิจพิเศษ ประเทศกัมพูชาก็ให้สิทธิเช่าที่ดินสูงสุด 50 ปี และขยายระยะเวลาได้ไม่เกิน 50 ปี และประเทศฟิลิปปินส์อนุญาตให้เช่าที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมได้สูงสุด 50 ปี และสามารถขอต่ออายุได้ไม่เกิน 25 ปี<sup>92</sup>

จะเห็นได้ว่า ประเทศส่วนใหญ่ในกลุ่มอาเซียนมีการกำหนดระยะเวลาและการขยายเวลาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นจำนวนมากกว่า 30 ปี ซึ่งมากกว่าประเทศไทย แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายเฉพาะที่ให้สิทธิเช่าสูงสุดถึง 50 ปี แต่กลับไม่ได้รับความนิยมจากนักลงทุนต่างชาติ นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายอื่น ๆ อีกที่ระบุในเรื่องของสิทธิการเช่าและระยะเวลาเช่า เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561<sup>93</sup>

<sup>91</sup> ประชาชาติธุรกิจออนไลน์, **ไทยตกขบวน ทูตต่างชาติไหลเข้าเวียดนาม 2 พันโปรเจกต์**, ค้นวันที่ 28 มกราคม 2566 จาก <https://www.prachachat.net/economy/news-1189072>

<sup>92</sup> สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ, *เรื่องเดิม*.

<sup>93</sup> Electricity & Industry Magazine, **เลขาธิการอีอีซีย้ำ ร่าง พ.ร.บ. อีอีซี ไม่มีการเช่าที่ดิน 99 ปี**, ค้นวันที่ 16 พฤษภาคม 2567 จาก <https://www.electricityandindustry.com/eec-ไม่มีเช่าที่ดิน-99ปี/>

## 2.7 แนวคิดทฤษฎีการให้สิทธิการเช่าที่ดินทางเศรษฐศาสตร์

ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ได้ถูกนำมาใช้แก่นักกฎหมายและศาลซึ่งมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายที่แสดงพฤติกรรมมนุษย์ สำหรับการศึกษากฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์โดยนักเศรษฐศาสตร์นั้นถือว่าเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างมาก เนื่องจากการสร้างแบบจำลองที่เข้าใจของข้อเท็จจริงในการดำรงชีวิต การลดข้อจำกัดของทรัพยากรที่เหลืออยู่ และการแก้ไขปัญหาอย่างรอบด้าน ทฤษฎีเศรษฐศาสตร์มักจะเป็นการศึกษากฎหมายในฐานะเป็นกรรมสิทธิ์ และสัญญา ซึ่งจะส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพทางเศรษฐกิจ ในขณะที่เดียวกันกับประสบการณ์นั้นได้แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของตลาดสำหรับประเทศไทย นำมาซึ่งความล้มเหลวของตลาด เนื่องจากการใช้เศรษฐกิจทรัพย์โดยขาดการพิจารณา และขาดวิสัยทัศน์ของการใช้วิชากฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์ต่อการกำกับการใช้เศรษฐกิจทรัพย์ในสังคม ส่งผลให้เกิดความไร้จัดตั้งการผลิตและไร้บรรยากาศในการลงทุน และนำมาซึ่งความเลื่อมล้ำทางสังคมมากยิ่งขึ้น จึงเป็นที่ยืนยันได้ว่าทฤษฎีทางเศรษฐศาสตร์นั้นเป็นเครื่องมือที่มีพลังในการวิเคราะห์ปัญหาของกฎหมายอย่างกว้าง การใช้เครื่องมือด้านเศรษฐศาสตร์ทำให้เกิดความเข้าใจระบบกฎหมายที่ดีขึ้น และจะสร้างคุณูปการในอนาคตอย่างมากมาย<sup>94</sup>

ทฤษฎีกฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์นั้นเกิดขึ้นในปี 1950 เนื่องจากกฎหมายถูกมองว่าเป็นเสมือนปัจจัยหนึ่งที่มีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจ และการวิเคราะห์กฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์จะเป็นการสร้างความสำเร็จให้เกิดขึ้นในระบบเศรษฐกิจของศตวรรษที่ 20<sup>95</sup> การวิเคราะห์กฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์ คือการศึกษาปฏิกริยาของผู้คนภายใต้ข้อจำกัดด้านกฎหมาย และการค้นหาตัวกำกับบรรทัดฐานทางกฎหมาย ความต้องการซึ่งประกอบด้วยข้อเรียกร้องสถานการณ์ที่ปรากฏเป็นความเหมาะสมของสังคม ความต้องการกำกับบรรทัดฐานทางกฎหมาย มีความต้องการในการอธิบายโดยใช้วิธีวิทยาแบบปัจเจกนิยม นั่นคือการสะท้อนในชีวิตความเป็นอยู่ของบุคคลให้สอดคล้องกับขนาดการประกันที่เหมาะสม การร่างกฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์เกิดมาจากข้อเสนอเกี่ยวกับมนุษย์ได้ปฏิบัติตนเองในฐานะเจ้าภาพทางเศรษฐกิจที่มีเหตุผล (Homoeconomicus) ที่มีความมุ่งมั่นในระดับการตอบสนองที่มากที่สุดในการบริโภค นั่นหมายถึงประโยชน์ส่วนตัวมากที่สุด เป็นความเชื่อว่ามนุษย์เราควรมีปฏิกริยาในการกระตุ้นหรืออีกในความหมายอย่างหนึ่งว่า ถ้าราคาของเศรษฐกิจทรัพย์บางอย่างเติบโต แต่ราคาเศรษฐกิจทรัพย์ตัวอื่นๆ ไม่เปลี่ยนแปลง เมื่อนั้นมนุษย์เราจะได้สินค้าในปริมาณน้อย การ

<sup>94</sup> Douglas G. Baird, “The Future of Law and Economics: Looking Forward,” *The University of Chicago Law Review* 64, 4 (Fall 1997): 1129-1165.

<sup>95</sup> ชินสัคค สุวรรณอัจฉริย, *กฎหมายแนวเศรษฐศาสตร์* (สงขลา: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยทักษิณ, 2554).

ให้ความสัมพันธ์ระหว่างราคาในเศรษฐกิจและอุปสงค์ในเศรษฐกิจอย่างแพร่หลายในการพยากรณ์ของทฤษฎีเศรษฐศาสตร์ แนวทางที่เป็นรูปธรรมต่อกฎหมายในเชิงเศรษฐศาสตร์ ที่ส่งเสริมและสอดคล้องต่อสภาพเศรษฐกิจ หรือระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย ภายใต้การแนวทางที่ดีที่สุดของทรัพยากรที่มีอยู่ จากความสัมพันธ์ตรงนี้จึงนำมาสู่การวิเคราะห์ เปรียบเทียบ

โดยในบทที่ 3 จะเป็นการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยแก่นักลงทุนต่างชาติของประเทศไทย โดยจะศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยการลงทุนและการให้สิทธิการเช่าของประเทศเวียดนาม ซึ่งเป็นประเทศในกลุ่มอาเซียนที่ได้รับมูลค่าการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศสูงสุดในขณะนี้ โดยการปรับปรุงกฎหมายเพื่อส่งเสริมการลงทุนภายในประเทศ การกำหนดประเภทกิจการของคนต่างด้าว เป็นต้น และสหราชอาณาจักรที่มีกฎหมายและมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดในหลายมิติ การจำกัดวีซ่า หรือการอนุญาตให้พำนักอาศัยในประเทศ เป็นต้น เพื่อเป็นประโยชน์ต่อการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายของประเทศไทยให้เหมาะสมและมีประสิทธิภาพต่อไป

## บทที่ 3

### การศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของ คนต่างด้าวของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สหราชอาณาจักร และประเทศไทย

#### 3.1 กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐ สังคมนิยมเวียดนาม

ในบรรดาระบบรัฐสมาชิกอาเซียนทั้ง 10 ประเทศ เวียดนามเป็นหนึ่งในสองประเทศที่มีระบอบการปกครองสังคมนิยม (Socialist) คอมมิวนิสต์ (Communism) โดยได้รับอิทธิพลมาจากประเทศจีน ในช่วงภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ปัจจุบันเวียดนามมีการปกครองในรูปแบบพรรคการเมืองเดียว เวียดนาม หรือสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม (The Socialist Re-public of Vietnam) มีรูปแบบการปกครองในระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ โดยมีพรรคคอมมิวนิสต์แห่งเวียดนาม (Communist Party of Vietnam) เพียงพรรคเดียวเป็นผู้บริหารจัดการประเทศ มีประธานาธิบดีเป็นประมุขของประเทศ ขณะที่นายกรัฐมนตรีเป็นประมุขของฝ่ายบริหาร อำนาจอธิปไตยขึ้นอยู่กับสภาแห่งชาติของเวียดนาม และอำนาจในการพิจารณาพรรคคดีเป็นของตุลาการทั้งปวง

พรรคคอมมิวนิสต์เวียดนามมีการจัดการแบบประชาธิปไตยส่วนกลาง (Democratic Centralism) โดยอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของเวียดนามและกฎหมายภายในของเวียดนาม และฉันทมติของประชาชนภายในประเทศ ประชาธิปไตยในเวียดนามตั้งอยู่บนพื้นฐานดั้งเดิมแห่งแนวคิดแบบคติประชาธิปไตยรวมศูนย์จากบนลงล่าง ซึ่งเป็นหลักการจัดระเบียบขั้นพื้นฐานของพรรคคอมมิวนิสต์ อันผสมผสานกลมกลืนกันและใกล้ชิดระหว่างระบบศูนย์รวมอำนาจปกครอง (Centralism) กับระบอบประชาธิปไตยในความสัมพันธ์ที่มีองค์ประกอบเป็นระเบียบและการโต้แย้งด้วยเหตุผล

##### 3.1.1 กฎหมายว่าด้วยการลงทุน (Law on Investment No. 61/2020/QH14)

กฎหมายลงทุนฉบับแก้ไขของเวียดนาม (Law No. 61/2020/QH14) (“LOI 2020”) มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2021 สมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) ซึ่งหมายถึง สภา

ผู้แทนราษฎร ได้ให้ความเห็นชอบ LOI 2020 เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2020 กฎหมายฉบับนี้จะใช้แทนกฎหมายฉบับเดิม (Law No. 67/2014/QH13) (“LOI 2014”) ซึ่งใช้มาตั้งแต่ ค.ศ. 2014 บทบัญญัติเด่น ๆ ของ LOI 2020 สำหรับนักลงทุนต่างชาติในเวียดนาม ได้แก่ การนำ “บัญชีรายการข้อห้าม” (Negative List) มาใช้สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามนักลงทุนต่างชาติประกอบการ ข้อดีของ Negative List คือ ประเภทธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการ นักลงทุนต่างชาติจึงย่อมลงทุนได้ทั้งสิ้น ในขณะที่กฎหมายเดิมนั้น เป็นการกำหนด “บัญชีรายการที่ได้รับอนุญาต” (Positive List) ซึ่งเป็นการระบุประเภทธุรกิจที่นักลงทุนต่างชาติสามารถประกอบการได้ ข้อเสียของ Positive List คือ รายการบัญชีดังกล่าวไม่สามารถครอบคลุมประเภทธุรกิจได้อย่างกว้างขวางและหลากหลาย ธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการจำเป็นต้องมีการขออนุญาตเป็นรายกรณีไป และยังคงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ นอกจากนี้ การเพิ่มรายการบัญชี Positive List ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างง่ายดายและบ่อยครั้ง

ดังนั้น การแก้ไขกฎหมายให้มีการนำแนวทางของ negative list มาใช้นี้ เป็นการสะท้อนให้เห็นว่ารัฐบาลเวียดนามให้การสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศอย่างไม่แบ่งแยก แต่ขณะเดียวกันยังสามารถปกป้องและคุ้มครองประเภทธุรกิจที่อาจเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและมั่นคงของประเทศได้ด้วย เป็นการสร้างสมดุลระหว่างการส่งเสริมการลงทุนและการปกป้องความมั่นคงของประเทศไปพร้อมกัน<sup>96</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายยังมีการเปลี่ยนแปลงเกี่ยวกับการเพิ่มเพดานการเป็นเจ้าของ (Ownership Threshold) สำหรับการได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติในฐานะผู้ลงทุน (National Investor) บทบัญญัติว่าด้วย “ความมั่นคงแห่งชาติ” แรงจูงใจใหม่ในการลงทุน และมาตรการเพิ่มเติมเพื่อปรับปรุงประสิทธิภาพของระเบียบขั้นตอนการลงทุน รวมถึงสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เพื่อส่งเสริมการลงทุน โดยเฉพาะในกลุ่มบริษัท startups บริษัท SMEs และอุตสาหกรรมที่ดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม โดยรายละเอียดสำคัญของ LOI 2020 ได้มีการนิยามที่ความหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติไว้อย่างมีรายละเอียดที่ครอบคลุมกว้างขวางมาก เช่น นิยาม

---

<sup>96</sup> Rodl & Partner, **Client Alert Vietnam Managing Change – New Law on Investment**, p. 3, Retrieved September 22, 2024 from <https://www.roedl.com/en-gb/de/media/publications/newsletters/newsletter-vietnam/documents/client-alert-vietnam-2020-09.pdf>

ความหมายคำว่าขอบเขต<sup>97</sup> หน่วยองค์การที่มีการกำกับดูแล<sup>98</sup> ความเห็นชอบแนวทางการลงทุน<sup>99</sup> เจ้าหน้าที่จดทะเบียนการลงทุน<sup>100</sup> ฐานข้อมูลการลงทุนแห่งชาติ<sup>101</sup> โครงการลงทุน<sup>102</sup>

<sup>97</sup> LOI 2020, Article 1. Scope This Law provides for business investment activities in Vietnam and outward business investment activities - มาตรา 1 กฎหมายฉบับนี้จัดให้มีกิจกรรมการลงทุนด้านธุรกิจในประเทศไทยและกิจกรรมการลงทุนภายนอกประเทศ.

<sup>98</sup> LOI 2020, Article 2. Regulated entities This Law applies to investors, and agencies, organizations and individuals (hereinafter referred to as “entities”) involved in business investment activities - มาตรา 2 หน่วยองค์การที่มีการกำกับดูแลกฎหมายฉบับนี้ใช้กับนักลงทุน และหน่วยงาน องค์กร และบุคคลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจ.

<sup>99</sup> LOI 2020, Article 3(1) “approval for investment guidelines” means a competent authority approving the objectives, location, scale, schedule and duration of a project; investor or form of selection of investor and special mechanisms or special policies (if any) to execute an investment project - มาตรา 3(1) “ความเห็นชอบแนวทางการลงทุน” หมายถึง เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจให้ความเห็นชอบวัตถุประสงค์ ที่ตั้ง ขนาด กำหนดเวลา และช่วงระยะเวลาของโครงการ ผู้ลงทุนหรือรูปแบบการเลือกผู้ลงทุนและกลไกพิเศษหรือนโยบายพิเศษ (ถ้ามี) ในการดำเนินโครงการลงทุน.

<sup>100</sup> LOI 2020, Article 3(2) “investment registration authority” means a regulatory agency that issues, adjusts and revokes investment registration certificates - มาตรา 3(2) “เจ้าหน้าที่จดทะเบียนการลงทุน” หมายถึง หน่วยงานกำกับดูแลที่ออก ปรับแก้ และยกเลิกใบรับรองการจดทะเบียนการลงทุน.

<sup>101</sup> LOI 2020, Article 3(3) “national investment database” means a collection of data on investment projects nationwide that is connected to databases of relevant agencies - มาตรา 3(3) “ฐานข้อมูลการลงทุนแห่งชาติ” หมายถึง การประมวลข้อมูลด้านโครงการลงทุนทั่วประเทศ ซึ่งเชื่อมโยงกับฐานข้อมูลของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ.

<sup>102</sup> LOI 2020, Article 3(4) “investment project” means a collection of proposals for the expenditure of mid-term or long-term capital to carry out investment activities in a particular administrative division over a certain period of time - มาตรา 3(4) “โครงการลงทุน” หมายถึง ประมวลข้อเสนอต่าง ๆ เพื่อใช้เงินลงทุนระยะกลางหรือระยะยาวเพื่อดำเนินกิจกรรมการลงทุนในเขตปกครองเฉพาะในช่วงระยะเวลาหนึ่ง.

โครงการที่มีการขยายออก<sup>103</sup> โครงการลงทุนใหม่<sup>104</sup> โครงการสตาร์ทอัพ<sup>105</sup> เงื่อนไขการเข้าถึงตลาดที่ใช้กับนักลงทุนต่างชาติ<sup>106</sup> กิจกรรมการลงทุนนอกประเทศ<sup>107</sup>

<sup>103</sup> LOI 2020, Article 3(5) “expansion project” means an investment project on development of a running project by expanding the scale, improving the capacity, applying new technologies, reducing pollution or improving the environment - มาตรา 3(5) “โครงการที่มีการขยายออกไป” หมายถึง โครงการลงทุนในการพัฒนาโครงการที่กำลังดำเนินการอยู่ โดยการขยายขนาด ปรับปรุงระดับความสามารถ ใช้เทคโนโลยีใหม่ ลดมลภาวะ หรือปรับปรุงสิ่งแวดล้อม.

<sup>104</sup> LOI 2020, Article 3(6) “new investment project” means a project that is executed for the first time or a project independent from any other running project - มาตรา 3(6) “โครงการลงทุนใหม่” หมายถึง โครงการที่มีการดำเนินการเป็นครั้งแรกหรือโครงการที่แยกต่างหากโดยไม่เกี่ยวข้องกับโครงการอื่นใดที่กำลังดำเนินการอยู่.

<sup>105</sup> LOI 2020, Article 3(7) “start-up project” means an investment project that implement ideas on the basis of exploiting intellectual property, technologies and new business models and is able to grow quickly – มาตรา 3(7) “โครงการสตาร์ทอัพ” หมายถึง โครงการลงทุนที่ใช้ความคิดบนพื้นฐานของการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินทางปัญญา เทคโนโลยีและตัวแบบทางธุรกิจต่าง ๆ และสามารถเติบโตได้อย่างรวดเร็ว.

<sup>106</sup> LOI 2020, Article 3(10) “market access conditions applied to foreign investors” mean those that must be satisfied by foreign investors to make investment in the business lines on the List of business lines restricted to foreign investors specified in Clause 2 Article 9 of this Law – มาตรา 3(10) เงื่อนไขการเข้าถึงตลาดที่ใช้กับนักลงทุนต่างชาติ” หมายถึง “เงื่อนไขที่จะต้องดำเนินการให้สอดคล้องโดยนักลงทุนต่างชาติ” เมื่อลงทุนในสายธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายการสายธุรกิจที่มีข้อจำกัดสำหรับนักลงทุนต่างชาติซึ่งระบุไว้ในวรรค 2 มาตรา 9 ของกฎหมายฉบับนี้.

<sup>107</sup> LOI 2020, Article 3(13) “outward investment activity” means an investor transferring investment capital from Vietnam to a foreign country and using profit obtained from such investment capital to carry out outward investment activities in the foreign country - มาตรา 3(13) “กิจกรรมการลงทุนนอกประเทศ” หมายถึง การที่นักลงทุนถ่ายโอนเงินในการลงทุนจากเวียดนามไปยังต่างประเทศและใช้ผลกำไรที่ได้จากการลงทุนนั้นดำเนินการกิจกรรมการลงทุนในประเทศนั้น.

นักลงทุน<sup>108</sup> นักลงทุนต่างชาติ<sup>109</sup> นักลงทุนในประเทศ<sup>110</sup> หน่วย/องค์กรทางธุรกิจ<sup>111</sup>หน่วย/  
องค์กรทางธุรกิจที่ลงทุนโดยต่างชาติ<sup>112</sup>

จะเห็นได้ว่าการกำหนดคำนิยามของกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนามฉบับนี้มี  
รายละเอียดที่ครอบคลุมกว้างขวางเกี่ยวกับเรื่องของการลงทุนในธุรกิจทั้งของคนชาวเวียดนามและคน  
ต่างชาติไว้ ทั้งยังกำหนดคำนิยามของนักลงทุนทั่วไปชาวเวียดนามและ นักลงทุนต่างชาติไว้ด้วย อีกทั้ง  
ยังได้ครอบคลุมไปถึงการกำหนด เขตเศรษฐกิจ (Economic Zone) ที่มีการกำหนดเขตที่ตั้งทาง

<sup>108</sup> LOI 2020, Article 3(18) “investor” means an organization or individual that  
carries out business investment activities. Investors include domestic investors, foreign  
investors and foreign-invested business entities - มาตรา 3(18) “นักลงทุน” หมายถึง องค์กร  
หรือบุคคลซึ่งดำเนินกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจ นักลงทุนรวมไปถึงนักลงทุนในประเทศ นักลงทุน  
ต่างชาติ และหน่วย/องค์กรทางธุรกิจที่ลงทุนโดยต่างประเทศ.

<sup>109</sup> LOI 2020, Article 3(19) “foreign investor” means an individual holding a  
foreign nationality or an organization established under foreign laws and carrying out  
business investment activities in Vietnam - มาตรา 3(19) “นักลงทุนต่างชาติ” หมายถึง บุคคล  
ที่ถือสัญชาติต่างประเทศ หรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายต่างประเทศและดำเนินกิจกรรมการ  
ลงทุนทางธุรกิจในเวียดนาม.

<sup>110</sup> LOI 2020, Article 3(20) “domestic investor” means an individual holding  
Vietnamese nationality or a business entity whose members or shareholders are not  
foreign investors – มาตรา 3(20) “นักลงทุนในประเทศ” หมายถึง บุคคลที่ถือสัญชาติเวียดนามหรือ  
หน่วย/องค์กรทางธุรกิจซึ่งมีสมาชิกและผู้ถือหุ้นที่มีใช้นักลงทุนต่างชาติ.

<sup>111</sup> LOI 2020, Article 3(21) “business entity” means an entity established and  
operating in accordance with Vietnam’s laws. Business entities include enterprises,  
cooperatives, cooperative unions and other entities that carry out business investment  
activities - มาตรา 3(21) “หน่วย/องค์กรทางธุรกิจ” หมายถึง หน่วย/องค์กรที่จัดตั้งขึ้นและดำเนิน  
กิจการที่สอดคล้องกับกฎหมายของเวียดนาม หน่วย/องค์กรทางธุรกิจรวมไปถึงวิสาหกิจ  
(Enterprises) สหกรณ์ (Cooperatives) สหภาพความร่วมมือ (Cooperative Unions) และหน่วย/  
องค์กรอื่น ๆ ซึ่งดำเนินกิจกรรมการลงทุน.

<sup>112</sup> LOI 2020, Article 3(22) “foreign-invested business entity” means an entity  
whose members or shareholders are foreign investors - มาตรา 3(22) “หน่วย/องค์กรทาง  
ธุรกิจที่ลงทุนโดยต่างชาติ” หมายถึง หน่วย/องค์กรซึ่งมีสมาชิกและผู้ถือหุ้นที่เป็นนักลงทุนต่างชาติ.

ภูมิศาสตร์ ซึ่งประกอบด้วยเขตพื้นที่ที่กำหนดไว้เฉพาะต่าง ๆ และมุ่งหมายจะให้บรรลุเป้าหมายในการดึงดูดการลงทุน การพัฒนาทางสังคม-เศรษฐกิจ และการปกป้องการป้องกันประเทศและความมั่นคงแห่งชาติอีกด้วย

ในขณะที่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของประเทศไทยนั้น มีการกำหนดคำนิยามไว้มาตรา 4 แต่รายละเอียดของคำนิยามมีจำกัดอยู่เพียงไม่กี่เรื่อง เช่น คำนิยามของ “ผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุน” “ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน” หรือ “ผู้สามารถได้รับการส่งเสริมการลงทุน” “เครื่องจักร” และ “คณะกรรมการ” เป็นต้น โดยพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนจะมุ่งเน้นไปที่รายละเอียดอันเกี่ยวกับการให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนเป็นสำคัญ ส่วนคำนิยามอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจะปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับอื่น ๆ เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นระบุเพียงแต่ “ผู้เช่า” และ “ผู้ให้เช่า” เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม และพระราชบัญญัติเขตพัฒนาเศรษฐกิจภาคตะวันออก ให้นิยามไว้เพียงแต่ “ผู้ประกอบการกิจการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษ” เท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้ให้ความหมายคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เพียงแต่ในฐานะบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลเท่านั้น ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะกำหนดรายการบัญชีธุรกิจต้องห้ามไว้อย่างชัดเจนสำหรับกรณีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามบัญชีทั้งสามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ ซึ่งบัญชีสอง และบัญชีสามเป็นการห้ามที่ไม่เด็ดขาดกล่าวคืออาจขออนุญาตจากรัฐมนตรี หรืออธิบดีได้ แต่ในเรื่องของการค้าที่ดิน เป็นธุรกิจต้องห้ามโดยเด็ดขาดตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติฯ ซึ่งมีลักษณะ Negative List และ Positive List ผสมกันคล้ายของประเทศเวียดนามเพียงแต่ธุรกิจตามบัญชี Negative List ของประเทศเวียดนามไม่ได้บังคับเฉพาะนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่เป็นการบังคับใช้กับนักลงทุนทุกคน ทุกประเภท รายการธุรกิจที่อยู่ในบัญชีต้องห้ามของประเทศเวียดนามเป็นรายการธุรกิจที่เป็นสิ่งผิดกฎหมายอยู่แล้วในตัวเอง ซึ่งหมายความว่าแม้จะเป็นนักลงทุนชาวเวียดนามเอง หากประกอบธุรกิจตามบัญชีต้องห้าม ก็ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายของประเทศด้วยเช่นกัน นอกจากนี้ จากการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนาม ยังได้สะท้อนนโยบายของการไม่แบ่งแยก (Discrimination) ด้านการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในชาติ เห็นถึงความพยายามที่จะให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกันภายใต้หลักแนวคิดสากลของการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเห็นได้จากการกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนามในมาตรา 4<sup>113</sup> ดังนี้

<sup>113</sup> LOI 2020, Article 4. Application of the Law on Investment and relevant laws

(1) กิจกรรมการลงทุนที่ดำเนินการภายในดินแดนเวียดนามจะต้องเป็นไปตามกฎหมายนี้และกฎหมายอื่น ๆ<sup>114</sup>

(2) ในกรณีที่ข้อบังคับในกฎหมายนี้และกฎหมายอื่น ๆ เกี่ยวกับประเภทธุรกิจที่ห้ามมิให้มีการลงทุน หรือประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข ไม่สอดคล้องกัน ข้อบังคับของกฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับ

ข้อบังคับว่าด้วยชื่อของประเภทธุรกิจที่ห้ามมิให้มีการลงทุนและประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไขในกฎหมายอื่น ๆ จะต้องสอดคล้องกับชื่อที่ระบุไว้ในมาตรา 6 และภาคผนวกของกฎหมายว่าด้วยการลงทุน<sup>115</sup>

(3) ในกรณีที่ข้อบังคับว่าด้วยระเบียบขั้นตอนสำหรับการลงทุนทางธุรกิจ หรือว่าด้วยการประกันการลงทุนในกฎหมายนี้และกฎหมายอื่น ๆ ไม่สอดคล้องกัน และได้รับการบัญญัติออกมาก่อนวันที่กฎหมายนี้มีผลบังคับใช้ ข้อบังคับของกฎหมายฉบับนี้จะใช้บังคับ ยกเว้นกรณีดังต่อไปนี้<sup>116</sup>

<sup>114</sup> LOI 2020, Article 4(1) Business investment activities made within Vietnam's territory must comply with this Law and relevant laws.

<sup>115</sup> LOI 2020, Article 4(2) Where regulations on banned business lines or conditional business lines in this Law and other laws are inconsistent, regulations of this Law shall apply.

Regulations on names of banned business lines and conditional business lines in other laws must be consistent with those set out in Article 6 and Appendices to the Law on Investment.

<sup>116</sup> LOI 2020, Article 4(3) Where regulations on procedures for making business investment or on investment assurance in this Law and other laws are inconsistent and have been promulgated before the effective date of this Law, regulations of this Law shall apply, except for the following cases:

(a) Investment in, management and use of state capital invested in enterprises, which are prescribed in the Law on Management and Use of State Capital Invested in Manufacturing and Business Activities of Enterprises;

(b) Power and procedures for making public investment and management and use of public investment capital, which are prescribed in the Law on Public Investment;

a) การลงทุน การจัดการ และใช้เงินทุนรัฐลงทุนในวิสาหกิจ ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการจัดการและการใช้เงินทุนรัฐลงทุนในกิจกรรมการผลิตและกิจกรรมทางธุรกิจของวิสาหกิจ (Law on Management and Use of State Capital Invested in Manufacturing and Business Activities of Enterprise)

b) อำนาจและระเบียบขั้นตอนสำหรับการลงทุนสาธารณะและการจัดการและการใช้เงินลงทุนสาธารณะ ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุนสาธารณะ (Law on Public Investment)

c) อำนาจและระเบียบขั้นตอนสำหรับการลงทุนและการดำเนินโครงการ กฎหมายที่กำกับดูแลสัญญาโครงการ การประกันการลงทุน กลไกสำหรับการจัดการเงินทุนรัฐที่ใช้กับโครงการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (PPP projects) ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่ารูปแบบการร่วมลงทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Law on Public Private Partnership Investment Form)

d) การดำเนินงานโครงการก่อสร้าง การเคหะ และเขตเมืองที่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการก่อสร้าง กฎหมายว่าด้วยการเคหะ (Law on Housing) และกฎหมายว่าด้วยธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (Law on Real Estate Business) หลังจากเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจได้ให้ความเห็นชอบแนวทางการลงทุน หรือได้ปรับแก้แนวทางลงทุนแล้ว โดยให้เป็นไปตามข้อบังคับของกฎหมายว่าด้วยการลงทุน

(c) Power and procedures for making investment and executing projects; law governing project contracts; investment assurance, mechanisms for management of state capital applied to PPP projects, which are prescribed in the Law on Public Private Partnership Investment Form;

(d) Execution of construction, housing and urban area projects in compliance with the Law on Construction, Law on Housing and Law on Real Estate Business after a competent authority grants approval for investment guidelines or adjusted investment guidelines in accordance with regulations of the Law on Investment;

(dd) Power, procedures and conditions for making business investment, which are prescribed in the Law on Credit Institutions, Law on Insurance Business and Law on Petroleum;

(e) Power, procedures and conditions for making business investment, carrying out securities activities and operating in the securities market of Vietnam, which are prescribed in the Law on Securities.

dd) อำนาจ ระเบียบขั้นตอนและเงื่อนไขสำหรับการลงทุนทางธุรกิจ ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยสถาบันที่ให้สินเชื่อ (Law on Credit Institutions) กฎหมายว่าด้วยธุรกิจการประกัน (Law on Insurance Business) และกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม (Law on Petroleum)

e) อำนาจ ระเบียบขั้นตอน และเงื่อนไขสำหรับการลงทุนทางธุรกิจ การดำเนินการด้านหลักทรัพย์ และดำเนินกิจการตลาดหลักทรัพย์ในเวียดนาม ซึ่งกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์ (Law on Securities)

(4) ในกรณีของกฎหมายที่บัญญัติออกมาหลังจากวันที่กฎหมายฉบับนี้มีผลบังคับใช้ มีบทบัญญัติข้อบังคับเกี่ยวกับการการลงทุนซึ่งขัดกับข้อบังคับของกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายฉบับนี้ที่กล่าวข้างต้นจะต้องระบุกรณีที่ข้อบังคับของกฎหมายนั้นบังคับใช้ และกรณีซึ่งกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ

(5) ในส่วนที่เกี่ยวกับสัญญาซึ่งคู่สัญญาอย่างน้อยรายหนึ่งเป็นนักลงทุนต่างชาติ หรือหน่วย/องค์กรทางธุรกิจที่นิยามไว้ในวรรคแรก มาตรา 23 ของกฎหมายฉบับนี้ คู่สัญญาอาจตกลงกันในเรื่องที่ว่า จะใช้กฎหมายต่างประเทศหรือวิถีปฏิบัติของนานาชาติหรือไม่ หากความตกลงนั้นไม่ขัดกับกฎหมายของเวียดนาม

เนื่องจากประเภทของการลงทุนในภาคธุรกิจของประเทศเวียดนามนั้นมีความหลากหลายมาก ทำให้ต้องเกี่ยวข้องและคำนึงถึงกฎหมายหลายฉบับ กฎหมายว่าด้วยการลงทุน (LOI 2020) จึงจำเป็นต้องมีการระบุอำนาจการบังคับใช้กฎหมายให้ชัดเจนเพื่อป้องกันปัญหาการขัดกันของกฎหมาย ดังเห็นได้จาก มาตรา 5 ว่าด้วยนโยบายเรื่องการลงทุนทางธุรกิจ ดังนี้

(1) นักลงทุนมีสิทธิที่จะดำเนินกิจการการลงทุนทางธุรกิจในสายธุรกิจซึ่งมิได้ห้ามไว้ในกฎหมายฉบับนี้ ในเรื่องของสายธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข นักลงทุนจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการลงทุนทางธุรกิจที่บัญญัติไว้โดยกฎหมาย<sup>117</sup>

(2) นักลงทุนอาจตัดสินใจเรื่องกิจกรรมการลงทุนของตนได้ด้วยตนเอง และรับผิดชอบตามกฎหมายฉบับนี้และกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ อาจเข้าถึงและใช้เงินกู้เพื่อการลงทุน กองทุนช่วยเหลือที่ดิน และทรัพยากรอื่น ๆ ตามที่บัญญัติไว้โดยกฎหมาย<sup>118</sup>

<sup>117</sup> LOI 2020, Article 5(1) Investors are entitled to carry out business investment activities in the business lines that are not banned by this Law. Regarding conditional business lines, investors must satisfy business investment conditions as prescribed by law.

<sup>118</sup> LOI 2020, Article 5(2) Investors may decide their business investment activities on their own and take responsibility therefor in accordance with this law and

(3) กิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจใดก็ตามของนักลงทุนจะถูกระงับ หยุดดำเนินการ หรือยุติลง หากกิจกรรมนั้น ๆ เป็นผลร้าย หรือมีศักยภาพที่จะเป็นผลร้าย ต่อการป้องกันประเทศและความมั่นคงแห่งชาติ<sup>119</sup>

(4) การเป็นเจ้าของทรัพย์สิน เงินทุน รายได้ และสิทธิและผลประโยชน์โดยชอบด้วยกฎหมายอื่น ๆ ของนักลงทุนได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐ<sup>120</sup>

(5) รัฐจะปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเท่าเทียม จะใช้นโยบายเพื่อกระตุ้นและส่งเสริมให้นักลงทุนสามารถดำเนินกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจ และเพื่อเป็นหลักประกันการพัฒนาอย่างยั่งยืนของภาคต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจ<sup>121</sup>

(6) ความตกลงระหว่างประเทศด้านการลงทุนซึ่งสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามได้ร่วมลงนามจะได้รับการจรรโลงและนำไปปฏิบัติโดยรัฐ<sup>122</sup>

มาตรา 5 ดังกล่าวนี มีความสำคัญอย่างมากเพราะเป็นการยืนยันอย่างเป็นทางการเป็นลายลักษณ์อักษรต่อนักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศว่า รัฐบาลเวียดนามจะปฏิบัติต่อนักลงทุนอย่างเท่าเทียมในด้านการดำเนินธุรกิจ และให้การคุ้มครองสิทธิและทรัพย์สินของนักลงทุนทั้งหมด ซึ่งเป็นไปตามแนวคิดสากลในด้านการลงทุนระหว่างประเทศ โดยเฉพาะ มาตรา 5(5) ที่ไม่เพียงยืนยันหลัก Fair and Equitable Treatment แต่ยังให้ความสำคัญกับการพัฒนาอย่างยั่งยืนด้วย แต่ขณะเดียวกันนักลงทุนเองก็ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเคร่งครัดด้วย และไม่กระทำการใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือส่งผลกระทบต่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศที่เข้าไปลงทุน สำหรับประเทศไทยเองก็ปฏิบัติตามหลักการสากลเช่นกัน เพียงแต่ไม่ได้มีการระบุชัดเจนไว้ในกฎหมาย เช่น การขอรับการ

---

relevant laws; may access and make use of loan capital, assistance funds, land, and other resources as prescribed by law.

<sup>119</sup> LOI 2020, Article 5(3) Any business investment activity of an investor shall be suspended, stopped or terminated if such activity harms or potentially harms national defense and security.

<sup>120</sup> LOI 2020, Article 5(4) The ownership of assets, capital, income, another the lawful rights and interests of investors are recognized and protected by the State.

<sup>121</sup> LOI 2020, Article 5(5) The State shall treat investors equitably; introduce policies to encourage and enable investors to carry out business investment activities and to ensure sustainable development of economic sectors.

<sup>122</sup> LOI 2020, Article 5(6) International agreements on investment to which Socialist Republic of Vietnam is a signatory are upheld and implemented by the State.

ส่งเสริมการลงทุนนั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่การไม่มีคำนิยามของ “นักลงทุน” ไว้โดยเฉพาะ โดยกฎหมายไทยจะใช้คำว่า “คนต่างด้าว” ซึ่งครอบคลุมถึงชาวต่างชาติเท่านั้น หรือ “ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน” แทน อาจทำให้เกิดภาพสะท้อนของการแบ่งแยกระหว่างนักลงทุนในประเทศและต่างประเทศได้ ในขณะที่กฎหมายไทยไม่ได้มีการระบุอำนาจการบังคับใช้กฎหมายไว้อย่างชัดเจน จึงเป็นหน้าที่ของนักลงทุนที่จะต้องตรวจสอบเองทั้งหมดว่ามีกฎหมายใดบ้างที่เกี่ยวข้อง ซึ่งบางครั้งการต้องปฏิบัติตามกฎหมายหลายฉบับอาจทำให้เกิดความสับสนและเป็นภาระกับนักลงทุนได้

สำหรับการกำหนดประเภทธุรกิจตามบัญชี Negative List ของประเทศไทยตามที่ได้บังคับเฉพาะนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่เป็นการบังคับใช้กับนักลงทุนทุกคน รายการธุรกิจที่อยู่ในบัญชีต้องห้ามของประเทศไทยเป็นรายการธุรกิจที่เป็นสิ่งผิดกฎหมายอยู่แล้วในตัวเอง ซึ่งหมายความว่าแม้จะเป็นนักลงทุนชาวเวียดนามเอง หากประกอบธุรกิจตามบัญชีต้องห้าม ก็ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายของประเทศด้วยเช่นกัน โดยได้กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุน (LOI 2020) มาตรา 6 ประเภทธุรกิจที่ห้ามการลงทุน<sup>123</sup>

(1) กิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจที่ระบุไว้ข้างล่างนี้ห้ามมิให้มีการลงทุน

- (a) การค้าสารเสพติด (narcotic substances) ที่ระบุไว้ในภาคผนวก I ของกฎหมายฉบับนี้
- (b) การค้าสารเคมีและแร่ธาตุที่ระบุไว้ในภาคผนวก II ของเอกสารฉบับนี้
- (c) การค้าตัวอย่างของพันธุ์พืชพันธุ์สัตว์ที่มีถิ่นกำเนิดดั้งเดิมในประเทศ (Flora and Fauna) ที่ระบุไว้ในภาคผนวก 1 ของอนุสัญญาว่าด้วยการค้าระหว่างประเทศซึ่งชนิดสัตว์ป่าและพืชป่าที่ใกล้สูญพันธุ์ (Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora: CITES)
- (d) การค้าประเวณี
- (dd) การค้ามนุษย์ การค้าเนื้อเยื่อมนุษย์ (human tissues) อวัยวะมนุษย์ และทารกมนุษย์ในครรภ์
- (e) กิจกรรมทางธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการสืบพันธุ์มนุษย์แบบไม่อาศัยเพศ (asexual human reproduction)
- (g) การค้าประทัด
- (H) การจัดหาบริการทวงหนี้ (Debt Collection Services)

<sup>123</sup> LOI 2020, Article 6 Banned business lines

จะเห็นว่าการกำหนดบัญชีรายการธุรกิจต้องห้ามนี้ เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่แล้วในประเทศเวียดนาม เช่น เรื่องของยาเสพติด หรือการค้ามนุษย์ แม้จะไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมายนี้โดยเฉพาะ ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายอยู่แล้ว หากพิจารณาจะเห็นว่ารายการบัญชีต้องห้ามนี้มีกำหนดอย่างกว้าง ๆ ซึ่งเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างหลากหลายในเวียดนาม ในขณะที่ประเทศไทยนั้น มีการกำหนดธุรกิจที่มิอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ อยู่ในบัญชีหนึ่งของบัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยมีประเภทธุรกิจต้องห้ามทั้งหมด 9 ประเภท ซึ่งเป็นธุรกิจที่สงวนไว้ให้กับคนไทยหรือรัฐบาลไทยเท่านั้น เป็นการกำหนดที่แตกต่างจากรายการบัญชีต้องห้ามของเวียดนาม เพราะประเภทธุรกิจในบัญชีหนึ่งไม่ใช่สิ่งที่ผิดกฎหมาย แต่จะผิดกฎหมายหากเป็นการดำเนินการโดยชาวต่างชาติเท่านั้น ลักษณะการกำหนดบัญชีต้องห้ามดังกล่าวนี้ แม้จะไม่ได้เป็นเรื่องใหม่ แต่เนื้อหาของกฎหมายไทย อาจทำให้เกิดการตีความว่าเป็นการกีดกันและแบ่งแยกระหว่างนักลงทุนในประเทศและนักลงทุนต่างชาติได้

ข้อดีของ Negative List คือ ประเภทธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการ นักลงทุนต่างชาติย่อมลงทุนได้ทั้งสิ้น ในขณะที่ “บัญชีรายการที่ได้รับอนุญาต” (Positive List) ซึ่งเป็นการระบุประเภทธุรกิจที่นักลงทุนต่างชาติสามารถประกอบการได้ ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 7 ประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข อันได้แก่ 1) การลงทุนด้านธุรกิจที่จะต้องสอดคล้องกับเงื่อนไขบางประการด้วยเหตุผลด้านการป้องกันและความมั่นคงแห่งชาติ ความเป็นระเบียบและความมั่นคงทางสังคม จริยธรรมทางสังคม หรือสาธารณสุข<sup>124</sup>

(2) รายการบัญชีของประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข จะกำหนดไว้ในภาคผนวก iv ของกฎหมายฉบับนี้ ในปัจจุบันมีการกำหนดประเภทธุรกิจที่เป็นการลงทุนอย่างมีเงื่อนไขไว้ทั้งหมด 229 ประเภท ซึ่งหากเข้าตามประเภทใดประเภทหนึ่ง จะต้องมีการขออนุญาตจากรัฐในรูปแบบใดรูปแบบ

<sup>124</sup> LOI 2020, Article 7 Conditional business lines

(1) Conditional business lines are the business lines in which the business investment must satisfy certain conditions for reasons of national defense and security, social order and security, social ethics, or public health.

หนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาต (Permit/License) ประกาศนียบัตร (Certificate) หนังสือรับรอง (Credential) หรือการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Endorsement or Approval) เป็นต้น<sup>125</sup>

หากแต่การประกอบธุรกิจตามบัญชีธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข นี้จะต้องมีการจัดทำขึ้นอย่างเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ต้องเปิดเผยต่อสาธารณะ โปร่งใส ตรงตามวัตถุประสงค์ และไม่เป็นภาระกับนักลงทุนทั้งในด้านเวลาและค่าใช้จ่าย<sup>126</sup> และจะต้องมีการเผยแพร่ลงระบบการจดทะเบียนทางธุรกิจแห่งชาติ (National Business Registration Portal)<sup>127</sup> จะเห็นว่ารายการบัญชีธุรกิจที่มีเงื่อนไขของเวียดนามนั้น มีประเภทของธุรกิจที่หลากหลายมาก และการขออนุญาตก็แตกต่างกันไป แต่สิ่งที่น่าสนใจคือ ทางรัฐบาลเวียดนามให้ความสำคัญกับขั้นตอนการขออนุญาตที่ต้องโปร่งใส เปิดเผยต่อสาธารณะ ไม่เป็นภาระกับนักลงทุน และใช้บังคับกับนักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศ

ข้อเสียของ Positive List คือ รายการบัญชีดังกล่าวไม่สามารถครอบคลุมประเภทธุรกิจได้อย่างกว้างขวางและหลากหลาย ธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการจำเป็นต้องมีการขออนุญาตเป็นรายกรณีไป

สำหรับประเทศไทยนั้น มีการกำหนดประเภทธุรกิจที่นักลงทุนต่างชาติจะต้องขออนุญาตไว้ในบัญชีสองและบัญชีสาม กล่าวคือ บัญชีสองจะต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี เนื่องจากเป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อ ศิลปะ วัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น การผลิต จำหน่าย และซ่อมบำรุงอาวุธปืน กระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด หรือธุรกิจการผลิตเครื่องดื่มไทย การผลิตน้ำตาลจากอ้อย เป็นต้น ส่วนบัญชีสามนั้น เป็นธุรกิจที่คนไทยไม่พร้อมจะแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติ เช่น การทำประมง การทำป่าไม้ การบริการทางบัญชีและกฎหมาย เป็นต้น จึงจำเป็นต้องขออนุญาตจากอธิบดี โดยความเห็นชอบจากคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่าง

<sup>125</sup> Duong Chau Thanh, “229 Conditional Business Lines are Listed in 2020 Investment Law,” *Thu Vien Phap Luat* (December 17, 2022), Retrieved May 22, 2024 from <https://thuvienphapluat.vn/news/headlines/30089/227-conditional-business-ines-are-listed-in-2020-investment-law>

<sup>126</sup> LOI 2020, Article 7(4) Conditions for making business investment must be appropriate for the reasons in Clause 1 of this Article and be public, transparent, objective and economic in terms of time and costs of compliance by investors.

<sup>127</sup> LOI 2020, Article 7(7) The conditional business lines and the corresponding conditions shall be posted on the National Business Registration Portal.

ด้วย จะเห็นว่า ลักษณะการกำหนดของกฎหมายไทยนั้น เป็นการจำกัดสิทธิของนักลงทุนต่างชาติ อย่างชัดเจน และในธุรกิจบางประเภท เช่น ที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม ควรจะมีการขออนุญาตทั้งนัก ลงทุนในประเทศและต่างประเทศ ไม่ควรมีการแบ่งแยกในเรื่องดังกล่าวแล้ว บัญชีทั้งสามของประเทศ ไทยนั้น ควรมีการปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับสภาพการลงทุนที่เปลี่ยนแปลงไปในปัจจุบัน

ประเทศเวียดนาม ได้มีการตราไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุนอีกด้วยสำหรับการปรับปรุง แก้ไขบัญชีรายการประเภทธุรกิจที่ห้ามลงทุน บัญชีรายการประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข และ เงื่อนไขการลงทุนทางธุรกิจ<sup>128</sup> ที่อาจเกิดขึ้นได้จากการพัฒนา และเติบโตในธุรกิจภาคอสังหาริมทรัพย์ ในอนาคต เช่น

(1) รัฐบาลจะทบทวนประเภทธุรกิจที่ห้ามลงทุน บัญชีรายการประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้โดยมี เงื่อนไข และเสนอรายการเปลี่ยนแปลงแก้ไขในมาตรา 6 มาตรา 7 และภาคผนวกที่แนบมากับ กฎหมายฉบับนี้ต่อสมาชิกแห่งชาติตามระเบียบขั้นตอนที่ปรับให้ง่ายลงแล้ว ทั้งนี้ โดยขึ้นอยู่กับสภาพ สังคม เศรษฐกิจ และความจำเป็นด้านการบริหารจัดการของรัฐในแต่ละช่วงสมัย

(2) การเปลี่ยนแปลงแก้ไขประเภทธุรกิจที่ลงทุนได้อย่างมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขการลงทุนทาง ธุรกิจจะต้องเป็นไปตามกฎหมายฉบับนี้

จะเห็นว่า การแก้ไขปรับปรุงรายการบัญชีประเภทธุรกิจเป็นเรื่องที่ควรต้องพิจารณาให้ เหมาะสมกับบริบทที่มีการเปลี่ยนแปลงเพื่อประโยชน์ทั้งกับประเทศผู้รับการลงทุนและนักลงทุน ทั้งหลาย การกำหนดเรื่องการแก้ไขปรับปรุงรายการบัญชีอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในกฎหมายนั้น นอกจากจะช่วยสะท้อนนโยบายการส่งเสริมการลงทุนของรัฐแล้ว ยังทำให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจ ด้วย

นอกจากนี้แล้วประเทศเวียดนามที่แม้จะมีรูปแบบการปกครองในระบอบสังคมนิยม คอมมิวนิสต์ มีพรรคคอมมิวนิสต์เวียดนามปกครองในรูปแบบพรรคการเมืองเดียว มีการจัดการแบบ

<sup>128</sup> LOI 2020, Article 8 Amendments to the Lists of banned business lines, the List of conditional business lines and the business investment conditions

(1) Depending on the socio-economic conditions and state management requirements in each period, the Government shall review the banned business lines, the List of conditional business lines and submit amendments to Article 6, Article 7 and Appendices attached hereto to the National Assembly in accordance with the simplified procedures.

(2) The amendments to conditional business lines or investment business conditions must comply with Clauses 1, 3, 4, 5 and 6 Article 7 of this Law.

ประชาธิปไตยส่วนกลาง (Democratic Centralism) และโดยหลักการแล้วที่ดินในประเทศเวียดนามถือว่าเป็นของประชาชนทุกคน ทำให้ประชาชนมีสิทธิในการใช้ที่ดิน โดยการบริหารจัดการโดยรัฐบาล ดังนั้น เจ้าของที่ดินจะไม่สามารถได้สิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินได้อย่างเต็มที่ สิทธิดังกล่าวจะถูกจำกัดอยู่เท่าที่กำหนดในสิทธิการใช้ที่ดินตามกฎหมายเท่านั้น แต่สำหรับนักลงทุนต่างชาติ ประเทศเวียดนามได้ให้การรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนโดยเฉพาะสิทธิเช่าที่ดิน ดังปรากฏอยู่ในมาตรา 10 ว่าด้วยหลักประกันความเป็นเจ้าของทรัพย์สิน<sup>129</sup> และมาตรา 11 หลักประกันกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจ<sup>130</sup> แห่งกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนาม (LOI 2020) ดังนี้

(1) ทรัพย์สินที่ถูกต้องตามกฎหมายจะไม่ถูกโอนเป็นของรัฐหรือถูกยึดโดยมาตรการทางการบริหาร

(2) กรณีที่ทรัพย์สินถูกซื้อหรือถูกสั่งให้ยึด (Requisition) โดยรัฐโดยเหตุผลด้านการป้องกันและความมั่นคงแห่งชาติ ผลประโยชน์แห่งชาติ การจัดการภาวะฉุกเฉินหรือภัยพิบัติทางธรรมชาติ นักลงทุนจะได้รับการชำระเงินคืน (Reimbursed) หรือได้รับการชดเชย (Compensated) ตามข้อบังคับของกฎหมายว่าด้วยการยึดทรัพย์สิน (Law on Asset Requisition) และข้อบังคับของกฎหมายที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ

(3) นักลงทุนมิได้ถูกกำหนดโดยรัฐให้ต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดดังต่อไปนี้

(a) ให้ความสำคัญลำดับแรกแก่การซื้อหรือใช้สินค้า/บริการภายในประเทศ หรือซื้อหรือใช้สินค้า/บริการที่จัดหาโดยผู้จัดหาสินค้า/บริการภายในประเทศเท่านั้น

(b) บรรลุเป้าหมายด้านการส่งออกในระดับใดระดับหนึ่ง จำกัดปริมาณ มูลค่า ประเภทของสินค้า/บริการที่ส่งออกหรือผลิตและจัดหาขึ้นภายในประเทศ

(c) นำเข้าสินค้าในปริมาณ/มูลค่าที่เท่าเทียมกับปริมาณ/มูลค่าสินค้าที่ส่งออก หรือทำให้เงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการส่งออกสมดุลเพื่อสนองตอบอุปสงค์ด้านการนำเข้า

(d) บรรลุถึงอัตราการระดับใดระดับหนึ่งของการทำแทนการนำเข้า

<sup>129</sup> LOI 2020, Article 10 Guarantees for asset ownership

(1) Lawful assets of investors shall not be nationalized or confiscated by administrative measures.

(2) Where an asset is bought or requisitioned by the State for reasons of national defense and security, national interests, state of emergency or natural disaster management, the investor shall be reimbursed or compensated in accordance with regulations of law on asset requisition and relevant regulations of law.

<sup>130</sup> LOI 2020, Article 11 Guarantees for business investment activities

- (dd) บรรลุถึงระดับ/มูลค่าขั้นต่ำหนึ่งของการวิจัยและพัฒนาภายในประเทศ
  - (e) จัดหาสินค้า/บริการ ณ ท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งในเวียดนามหรือต่างประเทศ
  - (g) มีสำนักงานใหญ่ตั้งอยู่ ณ ท้องถิ่นแห่งใดแห่งหนึ่งที่ร้องขอโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ
- (4) โดยพิจารณาสภาพเงื่อนไขทางสังคม เศรษฐกิจและความต้องการสร้างแรงจูงใจในการลงทุนในแต่ละช่วงเวลา นายกรัฐมนตรีจะตัดสินใจใช้รูปแบบของการให้หลักประกันของรัฐเพื่อดำเนินโครงการลงทุนโดยขึ้นอยู่กับความเห็นชอบแนวทางการลงทุนของโครงการเหล่านี้โดยสมาชิกแห่งชาติ นายกรัฐมนตรี และโครงการลงทุนสำคัญอื่น ๆ ในด้านการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐาน

เพื่อสร้างความมั่นใจแก่นักลงทุน กฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนามยังมีการให้การรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนโดยเฉพาะสิทธิเช่าที่ดิน และให้หลักประกันในเรื่องสำคัญต่าง ๆ โดยเฉพาะหลักประกันสิทธิในทรัพย์สินทั้งหลายของนักลงทุน หรือหลักประกันในประเภทธุรกิจที่ดำเนินการลงทุน นอกจากนี้ ยังมีการให้หลักประกันกับนักลงทุนในเรื่องอื่น ๆ อีก เช่น มาตรา 12 หลักประกันการย้ายทรัพย์สินของนักลงทุนต่างชาติไปต่างประเทศ หรือมาตรา 13 หลักประกันในกรณีมีการแก้ไขกฎหมาย และในมาตรา 14 มีการกำหนดแนวทางในการระงับข้อพิพาทต่าง ๆ ไว้โดยใช้หลักการของการเจรจาต่อรอง (Negotiation) และการประนีประนอมยอมความกันก่อน (Conciliation) หากยังไม่สามารถแก้ปัญหาได้ ก็ให้ดำเนินการต่อ เช่น การขึ้นศาล การอนุญาโตตุลาการในประเทศ หรือการอนุญาโตตุลาการต่างประเทศ เป็นต้น

โดยสรุปแล้ว ผลลัพธ์ที่คาดว่าจะเกิดขึ้นสำหรับนักลงทุนต่างชาติในกฎหมายลงทุนฉบับใหม่ของเวียดนาม<sup>131</sup> มีดังนี้

LOI 2020 นำ “บัญชีรายการต้องห้าม” ด้านการเข้าถึงตลาด (market access “negative list”) มาใช้ในเวียดนามเป็นครั้งแรก หมายความว่า การลงทุนจากต่างประเทศจะได้รับการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (national treatment) ในเรื่องการลงทุน ยกเว้นในภาคที่กำหนดไว้โดยชัดเจนในบัญชีรายการประกอบซึ่งระบุภาคธุรกิจที่ได้รับการจำกัดไว้ (List of Restricted Sectors) แนวทางดังกล่าว ถือว่าเป็นวิธีการที่เปิดกว้างให้มากกว่าที่ระบุไว้ในระเบียบข้อบังคับด้านการลงทุนของเวียดนามก่อนหน้านี้ ซึ่งใช้ “บัญชีรายการบวก” (positive list) ซึ่งปิดกั้นการเข้าถึงตลาดยกเว้นภาคที่มีการขึ้นบัญชีไว้แล้วเท่านั้น

---

<sup>131</sup> Samuel Scoles and Matt Solomon, **Key Outcomes for Foreign Investors in Vietnam’s New Law on Investment**, Retrieved May 25, 2024 from <https://www.whitecase.com/insight-alert/key-outcomes-foreign-investors-vietnams-new-law-investment>

ภายใต้ LOI 2020 การลงทุนในบางภาคอาจถูกห้ามโดยสิ้นเชิง หรือขึ้นอยู่กับข้อจำกัดหรือเงื่อนไขบางประการ การลงทุนทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนจากต่างประเทศหรือจากภายในประเทศ ถูกห้ามใน 8 ภาคธุรกิจที่มีการระบุไว้ (รวมถึงการค้าสารเคมีบางอย่างและยาเสพติดที่มีการระบุไว้) การติดตามทวงหนี้ (Debt Collection) เพิ่งจะถูกเพิ่มเข้ามาใหม่ในบัญชีรายการภาคต่าง ๆ ที่ถูกจำกัดนี้

การลงทุนในบางภาคถือว่าต้องมีเงื่อนไข (Conditional) สำหรับผู้ลงทุนทั้งหมด ไม่ว่าจะเป็นนักลงทุนต่างชาติหรือนักลงทุนในประเทศ และอาจจำเป็นต้องได้รับความเห็นชอบอย่างเป็นทางการในรูปแบบของใบอนุญาตประกอบธุรกิจ (Business Licenses) หรือใบรับรอง (Certifications) อื่น ๆ ภาคที่ต้องมีเงื่อนไขเหล่านี้จะต้อง “เข้ากับเงื่อนไขจำเป็นต่าง ๆ โดยเหตุผลด้านการป้องกันประเทศ ความมั่นคงหรือความเป็นระเบียบ ความปลอดภัยทางสังคม ศีลธรรมอันดีทางสังคม และสุขภาพของชุมชน” ภาคธุรกิจต่าง ๆ เหล่านี้มีการขึ้นบัญชีไว้ในภาคผนวก IV (“บัญชีรายการการลงทุนและธุรกิจที่มีเงื่อนไข”) คาดกันว่ารัฐบาลเวียดนามจะเผยแพร่ระเบียบข้อบังคับว่าด้วยการนำกฎหมายฉบับนี้ไปปฏิบัติ ซึ่งจะให้รายละเอียดด้านกฎระเบียบและระเบียบขั้นต้นว่าด้วยการลงทุนอย่างมีเงื่อนไขออกมา

ระเบียบว่าด้วยการลงทุนได้โดยมีเงื่อนไขใช้กับนักลงทุนต่างประเทศ โดยอาจมีข้อจำกัดเพิ่มเติมเช่น การลดเพดาน “ผู้ลงทุนต่างประเทศ” จากร้อยละ 51 ลงเหลือร้อยละ 50 ภายใต้ LOI 2014 การประกอบการซึ่งมีต่างชาติเป็นเจ้าของร้อยละ 51 จะได้รับการปฏิบัติเยี่ยง “ผู้ลงทุนต่างประเทศ” เพื่อจุดประสงค์ของกิจกรรมการลงทุน ดังนั้น บริษัทซึ่งมีกิจการต่างประเทศเป็นเจ้าของมากกว่าร้อยละ 50 ยังคงอาจได้รับผลประโยชน์อย่างที่ให้แก่การประกอบการภายในประเทศ LOI 2020 เปลี่ยนข้อกำหนดนี้ด้วยการลดเพดาน “นักลงทุนต่างประเทศ” ลงเหลือร้อยละ 50<sup>132</sup>

ข้อจำกัดเกี่ยวกับธุรกรรม “ปลอม” ผ่านนอมินี LOI 2020 ปรับกฎระเบียบว่าด้วยการใช้นอมินีชาวเวียดนามให้รัดกุมยิ่งขึ้น เพื่อที่นักลงทุนต่างประเทศจะเข้าถึงภาคที่มีข้อจำกัดได้ การลงทุนที่ดำเนินการ “โดยพื้นฐานของธุรกรรมทางแพ่งปลอม (Counterfeit Civil Transaction)” – ซึ่งแปลว่าธุรกรรมปลอม (Sham) หรือธุรกรรมบังหน้า (Façade) ด้วย – สามารถจะถูกยุติได้โดยรัฐบาล มาตรการด้านความมั่นคงแห่งชาติ LOI 2020 ระบุว่า การลงทุนจะถูกระงับหรือยุติไปเลยหากกิจกรรมเช่นนั้น “เป็นอันตราย หรือเสี่ยงจะก่อให้เกิดอันตรายต่อการป้องกันประเทศหรือความมั่นคง”<sup>133</sup> ที่น่าสังเกตคือ คำ “การป้องกันประเทศ” (National Defense) และ “ความมั่นคง” (Security) มิได้ให้นิยามไว้ ทำให้รัฐบาลเวียดนามมีเสรีภาพในการตีความเมื่อใช้บทบัญญัตินี้

<sup>132</sup> มาตรา 23 ว่าด้วยการดำเนินกิจกรรมการลงทุนโดยองค์กรที่ลงทุนโดยต่างประเทศ

<sup>133</sup> มาตรา 5 นโยบายด้านการลงทุนทางธุรกิจ

ยิ่งไปกว่านั้น LOI 2020 ยังให้แรงจูงใจด้านการลงทุนใน “ด้านที่มีความยากลำบากทางสังคม-เศรษฐกิจ” และเขตอุตสาหกรรม แรงจูงใจเช่นนี้ ได้แก่ แรงจูงใจด้านภาษี การเข้าถึงสินเชื่อ การสนับสนุนด้านการวิจัยและพัฒนา และมาตรการอื่น ๆ

ขณะที่ LOI 2020 ดูจะเปิดกว้างในทางโครงสร้างสำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ แต่อุปสรรคบางประการด้านการบริหารก็ยังคงมีอยู่ เช่น ข้อกำหนดที่ว่า นักลงทุนจะต้องได้รับใบรับรองการจดทะเบียนการลงทุนที่เกี่ยวข้องเฉพาะกับโครงการ (project-specific Investment Registration Certificates) และการอนุมัติในระดับสูงสำหรับการลงทุนบางประเภท นอกจากนี้ ปัญหาความไม่แน่นอนก็ยังคงมีอยู่เกี่ยวกับเงื่อนไขเฉพาะสำหรับการลงทุนในภาค “ที่ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข” ตลอดจนความเป็นไปได้ที่จะใช้บทบัญญัติด้านความมั่นคงแห่งชาติแบบครอบคลุม

แม้ว่าจะยังมีข้อพิจารณาด้านการบริหารและการเมืองเหล่านี้ แต่การลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศในเวียดนามก็ยังคงเพิ่มขึ้นอย่างสม่ำเสมอ โดยมีมูลค่าถึง 38 พันล้านดอลลาร์สหรัฐใน ค.ศ. 2019 เพิ่มขึ้นร้อยละ 7.2 จากปีก่อนหน้านั้น และก็ยังมึ่ลู่ทางที่จะขยายตัวต่อไปอีก เวียดนามได้ให้สัตยาบันแก่ความตกลงเขตการค้าเสรีสหภาพยุโรป-เวียดนาม (EU-Vietnam Free Trade Agreement: EVFTA) และข้อตกลงความครอบคลุมและความก้าวหน้าเพื่อหุ้นส่วนทางการค้าภาคพื้นเอเชียแปซิฟิก (Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership: CPTPP) ในเดือนสิงหาคม 2020 และมกราคม 2019 ตามลำดับ และยังสนับสนุนพันธกิจของรัฐบาลเวียดนามที่จะให้ความแน่นอนและโอกาสแก่นักลงทุนต่างประเทศ

ยังมีกฎหมายอีก 2 ฉบับซึ่งจะเป็นที่สนใจของนักลงทุนต่างประเทศที่มีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2021 กฎหมายว่าด้วยการร่วมทุนระหว่างภาครัฐและเอกชน (Law on Public-Private Partnership – PPP) (Law No. 64/2020/QH14) ที่ช่วยเสริมสร้างความแข็งแกร่งและจัดระบบให้แก่บทบัญญัติเกี่ยวกับโครงการ PPP ในระดับกฎหมาย ซึ่งมีศักยภาพที่จะลดความไม่แน่นอนและความคลุมเครือไม่ชัดเจนของกรอบทางกฎหมายที่ใช้กับโครงการโครงสร้างพื้นฐานเฉพาะต่าง ๆ ขณะเดียวกัน กฎหมายว่าด้วยการประกอบการ (Enterprise Law) (Law No. 59/2020/QH14) ที่มีการปรับปรุงแก้ไขใหม่ได้ช่วยปรับปรุงข้อบังคับว่าด้วยการจัดตั้ง ดำเนินการ และกำกับดูแลบริษัทต่าง ๆ ในเวียดนามให้คล่องตัวมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น รวมทั้งเสริมสร้างการคุ้มครองผู้ถือหุ้นรายย่อย (Minority Shareholders) นอกเหนือไปจากข้อบัญญัติอื่น ๆ

### 3.1.2 กฎหมายว่าด้วยสิทธิในการใช้ที่ดิน (Land Use Rights)

ที่ดินในประเทศเวียดนามตามหลักการแล้ว ถือเป็นของประชาชนทุกคน ทำให้ประชาชนมีสิทธิในการใช้ที่ดิน ซึ่งมีการบริหารจัดการโดยรัฐบาล ดังนั้น เจ้าของที่ดินจะไม่สามารถได้สิทธิความเป็นเจ้าของที่ดินได้อย่างเต็มที่ สิทธิดังกล่าวจะถูกจำกัดอยู่เท่าที่กำหนดในสิทธิการใช้ที่ดินตาม

กฎหมายเท่านั้น อย่างไรก็ตาม สิทธิในการใช้ที่ดิน (Land Use Right) ของประเทศเวียดนาม สามารถเทียบเคียงได้กับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (Land Ownership) แม้จะไม่ได้มีสิทธิในฐานะเจ้าของอย่างสมบูรณ์ก็ตาม โดยรัฐจะเป็นผู้ออกหนังสือรับรองสิทธิการใช้ที่ดิน (Land Use Right Certificate: LURC) ซึ่งสามารถเปรียบเทียบได้กับโฉนดที่ดิน (Title Deed) หนังสือรับรองสิทธิในที่ดิน (LURC) จะกำหนดเรื่องของระยะเวลาและวัตถุประสงค์ของการใช้ที่ดิน หากมีการนำที่ดินไปใช้นอกขอบวัตถุประสงค์ รัฐมีอำนาจเพิกถอน LURC ได้

โดยทั่วไปแล้ว LURC สำหรับนักลงทุนต่างชาติ จะมีกำหนดระยะเวลาไว้ 50 ปี แต่สามารถขยายออกไปได้ถึง 70 ปี<sup>134</sup> สำหรับที่ดินที่ใช้เพื่ออยู่อาศัย หรือเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษ เช่น การใช้เพื่อเกษตรกรรม หรือการท่องเที่ยว หากเป็นนักลงทุนเวียดนาม จะมีสิทธิในการใช้ที่ดินได้ตลอดไป อาจจะดูเหมือนว่านักลงทุนต่างชาติถูกจำกัดสิทธิในการใช้ที่ดินดังกล่าวอยู่ แต่จริง ๆ แล้ว การเช่าที่ดินภายใต้กฎหมายว่าด้วยที่อยู่อาศัย (Housing Law No. 65/2014/QH13) มีการให้สิทธิในการใช้ที่ดินกับชาวต่างชาติแทบไม่ต่างจากสิทธิที่ชาวเวียดนามได้รับ<sup>135</sup>

มีรูปแบบของสิทธิการใช้ที่ดินอยู่ 6 ประเภท ได้แก่

- (1) การจัดสรรที่ดินที่มีการจ่ายค่าสิทธิในการใช้ที่ดินซึ่งไม่ได้มาจากงบประมาณของรัฐ
- (2) การจัดสรรที่ดินที่มีการจ่ายค่าสิทธิในการใช้ที่ดินซึ่งมาจากงบประมาณรัฐ
- (3) การจัดสรรที่ดินที่ไม่ต้องเสียค่าสิทธิในการใช้ที่ดิน
- (4) การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าเป็นรายปี
- (5) การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าที่ครอบคลุมระยะเวลาเช่าทั้งหมด
- (6) การเช่าที่ดินระยะเวลา 70 ปี โดยจะมีการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติออกไปอีก 70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าทั้งหมดครอบคลุมระยะเวลาเช่า การเช่าลักษณะนี้จะใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยเท่านั้น

<sup>134</sup> Housing Law 2014, Article 161(2)(c) Foreign individuals may only own houses as agreed in house purchase and sale or rent-purchase contracts or donation or inheritance transactions for no more than 50 years from the date they are granted the certificates and may enjoy extensions under regulations of the Government if they so wish. The house ownership duration shall be clearly stated in the certificates.

A foreign individual who is married to a Vietnamese citizen or an overseas Vietnamese is entitled to own houses in a stable and long-term manner and have the rights of a house owner like Vietnamese citizens;

<sup>135</sup> Dezan Shira & Associates, *op. cit.*.

รูปแบบการใช้ที่ดินแต่ละประเภทย่อมมาพร้อมกับสิทธิและหน้าที่ที่แตกต่างกันไป เช่น รูปแบบการใช้ที่ดินข้อ (1) (5) และ (6) เท่านั้น ที่สามารถนำไปจำหน่ายได้ ค่าธรรมเนียมการใช้สิทธิในที่ดินสามารถเปรียบเทียบได้กับราคาตลาดของที่ดิน ส่วนค่าเช่าที่ดินมักจะใช้อัตราที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้กำหนด หากมีการกำหนดค่าเช่าที่ต่ำกว่าราคาตลาดมากเกินไป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ดุลยพินิจในการปรับราคาเช่าที่เหมาะสมได้

นักลงทุนต่างชาติที่ต้องการถือครองที่ดินในเวียดนามนั้น สามารถได้สิทธิการใช้ที่ดินใน 4 แนวทางหลัก คือ (1) การเช่าโดยตรงกับรัฐ โดยจ่ายค่าเช่ารายปีหรือจ่ายค่าเช่าทั้งหมดตลาดระยะเวลาเช่า โครงการที่ได้รับอนุญาตมักเกี่ยวกับการสร้างบ้านพักอาศัย หรือสาธารณูปโภคต่าง ๆ (2) ได้รับสิทธิการใช้ที่ดินจากการถ่ายโอนโครงการลงทุน (Project Transfer) ซึ่งได้รับอนุญาตให้พัฒนาที่ดิน (3) การเช่าที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรม เขตพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูง หรือเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น และ (4) โดยการจัดตั้งบริษัทกิจการร่วมค้า (Joint Venture Company) กับบริษัทเวียดนาม โดยปกตินักลงทุนต่างชาติจะไม่สามารถซื้อที่ดินโดยตรงจากบริษัทเวียดนามได้ การจัดตั้งบริษัทกิจการร่วมค้ากับบริษัทเวียดนามเป็นแนวทางที่นักลงทุนต่างชาติเลือกใช้อย่างมาก เนื่องจากเกี่ยวข้องกับการใช้ดุลยพินิจของภาครัฐค่อนข้างน้อย แต่จะต้องมีบริษัทจดทะเบียนเป็นกิจการร่วมค้าเกิดขึ้นก่อนจึงจะสามารถได้สิทธิการใช้ที่ดินได้ โดยปกติถ้าเป็นโครงการขายที่พักอาศัย ระยะเวลาการใช้สิทธิจะไม่มีกำหนด (indefinite) แต่หากเป็นโครงการพัฒนาที่ดินเพื่อใช้เป็นสำนักงานหรือสำหรับการเช่า มักจะกำหนดระยะเวลาการใช้สิทธิในที่ดินที่ 50 ปี<sup>136</sup>

## 3.2 กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน และอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในสหราชอาณาจักร

### 3.2.1 กรรมสิทธิ์และสิทธิการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

กฎหมายของสหราชอาณาจักรไม่ได้มีข้อห้ามในการที่คนต่างด้าวจะซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ และยังสามารถได้รับกรรมสิทธิ์ (Freehold Ownership) ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อนั้นด้วย นอกจากนี้ ขั้นตอนการซื้อขายก็ไม่ยุ่งยาก และไม่จำเป็นต้องทำสัญญาที่ซับซ้อน เช่น ไม่ต้องจัดตั้งเป็นบริษัท หรือการกำหนดสัดส่วนของคนอังกฤษ ดังนั้น ผู้ที่จะซื้อหรือเป็นเจ้าของที่ดินใน

<sup>136</sup> Michael K. Lee and Nguyen Quoc Vinh, “An Overview of Foreign Land Acquisition in Vietnam,” *Informed Counsel Tilleke & Gibbins* 1, 4 (2010): 1-2.

สหราชอาณาจักรไม่จำเป็นต้องมีสัญชาติอังกฤษ และประเภทของอสังหาริมทรัพย์ก็ได้จำกัดเพียง คอนโดมิเนียมเป็นหลักด้วย

อย่างไรก็ตาม ราคาบ้านและที่ดินในสหราชอาณาจักร โดยเฉพาะเมืองใหญ่ เช่น ลอนดอน มีราคาที่สูงมาก ดังนั้น สิ่งที่ต้องคำนึงถึงอย่างแรกในการซื้ออสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรกลับเป็นเรื่องของงบประมาณที่สามารถจ่ายราคาได้ ซึ่งเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ธุรกิจให้เช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นที่นิยมอย่างมาก การซื้อบ้านและที่ดินควรจะต้องติดต่อผ่านตัวแทนที่ได้รับอนุญาตจากสมาคมตัวแทนอสังหาริมทรัพย์แห่งชาติ (National Association of Estate Agents) ไม่แนะนำให้มีการติดต่อโดยตรงกับเจ้าของบ้านเพราะจะไม่สามารถตรวจสอบรายละเอียดได้เต็มที่ เช่น เหตุผลที่ต้องการขาย ภูมิหลังของผู้ขาย แต่ส่วนใหญ่เจ้าของทรัพย์สินเองก็ดำเนินการเสนอขายผ่านตัวแทนเช่นกัน หลังจากนั้น ผู้ซื้อจะต้องทำคำเสนอราคาและรายละเอียดของการชำระเงิน เช่น ซื้อด้วยเงินสดหรือจำนอง โดยปกติแล้ว หลังจากที่ผู้ขายตอบรับราคาที่เสนอ ควรจะต้องมีการสำรวจอสังหาริมทรัพย์ว่าเป็นไปตามรายละเอียดที่ขายหรือไม่ เช่น เรื่องความเสียหายหรือภาระติดพันต่าง ๆ หลังจากนั้น ผู้ขายจะเป็นผู้เตรียมสัญญาซื้อขายเพื่อทำการโอนกรรมสิทธิ์ โดยปกติทั้งฝั่งผู้ซื้อและผู้ขายจะมีทนายเป็นตัวแทนเจรจาและตรวจสอบรายละเอียดต่าง ๆ ของสัญญาดังกล่าว และต้องมีการเสียภาษีที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ภาษีที่ดิน (Stamp Duty Land Tax) และภาษีจากกำไรจากการขายทรัพย์สิน (Capital Gains Tax)

เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายของสหราชอาณาจักรอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถซื้ออสังหาริมทรัพย์ได้เช่นเดียวกับคนอังกฤษ เนื่องจากแม้คนต่างด้าวจะถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ แต่จะไม่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้มีถิ่นฐาน (residence permit) หรือจะไม่ได้รับวีซ่าถาวร (permanent visa) ในอีกนัยหนึ่งคือ แม้จะเป็นเจ้าของบ้านและที่ดิน แต่ก็ไม่สามารถเข้ามาพักอาศัยได้ตามปกติ ไม่สามารถทำงานได้ และอาจต้องมีการขอวีซ่าเพื่อเข้ามาในประเทศ หากต้องการจะขอวีซ่านักลงทุน (Investor Visa) จะต้องมีการลงทุนที่มีมูลค่าอย่างน้อย 2 ล้านปอนด์ (ประมาณเกือบ 90 ล้านบาท)<sup>137</sup> จะเห็นว่าสหราชอาณาจักรให้ความสำคัญกับกฎหมายตรวจคนเข้าเมือง (Immigration Law) อย่างมากเนื่องจากมีคนที่ต้องการอพยพเข้ามาอาศัยในประเทศจากทั่วโลก ในขณะที่จำนวนคนต่างด้าวที่สามารถซื้ออสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรได้มีไม่มากนักเพราะราคาที่แพงมาก

อย่างไรก็ตาม จากสถิติพบว่า อสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรมากกว่า 2 ใน 3 มีผู้ซื้อเป็นคนต่างด้าว และผู้ซื้อส่วนใหญ่มาจากฮ่องกง ใน ค.ศ. 2022 พบว่า ร้อยละ 57 ของการลงทุนใน

<sup>137</sup> Imperial and Legal, **Benefits of Investing in UK Properties: How Much Money do I Need?**, Retrieved May 20, 2024 from <https://imperiallegal.com/media/articles/benefits-of-investing-in-uk-properties-how-much-money-do-i-need/>

อสังหาริมทรัพย์ในกรุงลอนดอนนั้น เป็นนักลงทุนต่างชาติ และมีการคาดการณ์ว่า ราคาบ้านเฉลี่ยทั่วประเทศจะสูงถึง 419,000 ปอนด์ (ประมาณ 18 ล้านบาท) ในอีก 2 ปีข้างหน้า ซึ่งเป็นราคาที่เพิ่มขึ้นถึงร้อยละ 50 แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มการลงทุนของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในกลุ่มนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก<sup>138</sup>

ในเรื่องของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรนั้น คนต่างด้าวก็มีสิทธิเหมือนกับคนอังกฤษทุกประการ สัญญาเช่า (Leasehold Contract) ของสหราชอาณาจักรจะมีระยะเวลาตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือยาวนานถึง 999 ปี โดยเจ้าของจะเป็นผู้เริ่มสัญญาเช่าและจะต่อเนืองไปเรื่อย ๆ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนผู้เช่า แต่ระยะเวลาก็จะลดลงเรื่อย ๆ สัญญาเช่าสามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันเพื่อขอจำนอง (Mortgage) อสังหาริมทรัพย์นั้นได้ แต่โดยปกติธนาคารจะให้จำนองเมื่อมีระยะเวลาของสัญญาไม่น้อยกว่า 80 ปี อย่างไรก็ตาม ผู้เช่าสามารถจะขอขยายระยะเวลาเช่าได้แต่ต้องเสียค่าธรรมเนียมที่สูง ด้วยระยะเวลาเช่าที่ยาวนานมาก ทำให้สิทธิดังกล่าวแทบไม่แตกต่างจากกรรมสิทธิ์เหตุผลหนึ่งที่ทำให้กฎหมายกำหนดให้มีระยะเวลาเช่าที่ยาวเนื่องจากการเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ (Freehold Property) โดยเฉพาะในกรุงลอนดอน มีราคาและค่าใช้จ่ายที่สูงมาก การเช่าจึงกลายเป็นสิทธิที่สำคัญมาก<sup>139</sup>

เนื่องจากการเปิดกว้างให้คนต่างด้าวสามารถเช่าเป็นเจ้าของหรือเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ในระยะเวลายาวนานมาก สหราชอาณาจักรจึงประสบปัญหาเรื่องความโปร่งใสและความไว้วางใจของประชาชนต่อนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้าซื้อทรัพย์สินในประเทศเพื่อเป็นช่องทางในการฟอกเงินหรือการถ่ายโอนเงินทุนที่ได้จากการกระทำผิดกฎหมาย รัฐบาลได้มีการบังคับใช้กฎหมายใหม่เมื่อ ค.ศ. 2022 ซึ่งกำหนดให้นิติบุคคลต่างด้าวที่ซื้อหรือให้เช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในอังกฤษและเวลส์ ในช่วง 20 ปีที่แล้วจนถึงปัจจุบัน จะต้องจดทะเบียนกับ Companies House<sup>140</sup> เพื่อเปิดเผยข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (Beneficial Owners) ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับผลประโยชน์

<sup>138</sup> Buy Association, **Investing in UK Property: A Guide for Non-UK Residents**, Retrieved May 20, 2024 from <https://www.buyassociationgroup.com/en-gb/a-guide-for-non-uk-residents/>

<sup>139</sup> GOV.UK, **Guidance Buying or Owning a Leasehold Home**, Retrieved May 20, 2024 from <https://www.gov.uk/government/publications/buying-or-owning-a-leasehold-property/buying-or-owning-a-leasehold-home>

<sup>140</sup> Companies House คือหน่วยงานที่รับจดทะเบียนและเก็บรักษาทะเบียนบริษัททั้งหมดในสหราชอาณาจักร เทียบได้กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าของไทย

จากนิติบุคคลดังกล่าว<sup>141</sup> กฎหมายดังกล่าว เรียกว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022)) ซึ่งจะนำมาศึกษาเพื่อเป็นแนวทางสำหรับประเทศไทยที่กำลังประสบปัญหานักลงทุนต่างชาติ โดยเฉพาะนักลงทุนชาวจีน ที่เข้ามาซื้ออสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยเพื่อฟอกเงินที่ได้จากการกระทำผิด เช่น การค้ายาเสพติด หรือการพนัน เป็นต้น

### 3.2.2 พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022))

จากปัญหาเรื่องความโปร่งใสและความไว้วางใจของประชาชนที่มีต่อนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้าซื้อทรัพย์สินในประเทศ เพื่อใช้เป็นช่องทางในการฟอกเงินหรือการถ่ายโอนเงินทุนที่ได้จากการกระทำผิดกฎหมาย รัฐบาลอังกฤษจึงได้มีวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการ<sup>142</sup> เพื่อเป็นการกำจัดและกำกัควบคุมอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ดังนี้

1) ป้องกันและปราบปรามการใช้ที่ดินในสหราชอาณาจักรเพื่อเป้าหมายของการฟอกเงินด้วยการเพิ่มความโปร่งใสของข้อมูลเกี่ยวกับผู้ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง<sup>143</sup> ที่เกี่ยวข้องกับบริษัทหรือกิจการต่างประเทศซึ่งถือครองที่ดินในสหราชอาณาจักร (เฉพาะอังกฤษและเวลส์) พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงกำหนดให้มีการลงทะเบียนบุคคลที่ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงของบริษัทหรือกิจการเหล่านั้น ทะเบียนดังกล่าวจะเก็บรักษาไว้ที่ Companies House และเปิดเผยต่อสาธารณะ

2) ปฏิรูประบบคำสั่งความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (Unexplained Wealth Order: UWO) เพื่อให้ฝ่ายบังคับใช้กฎหมายสามารถเข้าไปตรวจสอบที่มาของทรัพย์สินเพื่อนำผลประโยชน์ที่ได้รับจากอาชญากรรมกลับคืนมา มาตรการในพระราชบัญญัตินี้มุ่งที่จะเสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่การต่อสู้ของสหราชอาณาจักรกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจร้ายแรง สร้างความชัดเจน

<sup>141</sup> Clifford and Chance, **New Disclosure Rules for Foreign Owners of UK Land** (N.p.: n.p., 2022).

<sup>142</sup> Norton Rose Fulbright, **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022**, Retrieved May 20, 2024 from <https://nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/19dd871c/economic-crime-transparency-and-enforcement-act-2022>

<sup>143</sup> ผู้ที่ได้รับประโยชน์จากการเป็นเจ้าของทรัพย์สินแม้ว่าจริง ๆ แล้วอาจจะไม่ใช่เจ้าของตามกฎหมายก็ตาม

ด้านขอบเขตของอำนาจของ UWO และเพิ่มและเสริมสร้างความเชื่อมั่นด้านปฏิบัติการที่เกี่ยวกับอำนาจของ UWO

3) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทางกฎหมายว่าด้วยการลงโทษ รวมทั้งการทดสอบทางกฎหมายว่าด้วยการลงโทษทางการเงิน (monetary penalty legal test) และอำนาจในการแบ่งปันข้อมูลเพื่อช่วยป้องปรามและป้องกันการหลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางการเงิน

4) แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติทางกฎหมายว่าด้วยการลงโทษ เพื่อให้รัฐมนตรีสามารถใช้มาตรการลงโทษได้รวดเร็วขึ้นและอย่างประสานสอดคล้องกัน มาตรการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติเป็นการปฏิรูปว่าจะดำเนินการลงโทษอย่างไร จะทบทวนการลงโทษอย่างไร และจะจัดการต่อการต่อต้านทำทลายการลงโทษอย่างไร

โดยวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการ เพื่อเป็นการกำจัดและกำกับดูแลอาชญากรรมทางเศรษฐกิจดังกล่าว มีภูมิหลังด้านนโยบาย (Policy Background) ดังนี้

1) การจดทะเบียนนิติบุคคลต่างชาติ<sup>144</sup> (Registration of Overseas Entities) ความกังวลเกี่ยวกับการขาดความโปร่งใสเกี่ยวกับเรื่องที่ว่า ท้ายที่สุดแล้วใครคือเจ้าของที่ดินที่แท้จริงในสหราชอาณาจักร ในกรณีที่ที่ดินนั้นมีเจ้าของที่จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลต่างประเทศ ข้อมูลในขณะนี้ที่มีอยู่เกี่ยวกับเจ้าของที่ดินที่เป็นชาวต่างชาติ หรือผู้เช่าที่ได้รับการจดทะเบียน (Registered Leaseholder) อย่างดีที่สุดก็จำกัดอยู่เพียงชื่อของบริษัทและดินแดนที่จดทะเบียนจัดตั้งเท่านั้น จึงไม่เป็นที่ชัดเจนว่า ใครเป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมกิจการนั้น ๆ อย่างแท้จริง รวมไปถึงว่าใครคือผู้ครอบครองที่ดินนั้น หลักฐานจากฝ่ายบังคับใช้กฎหมายและฝ่ายที่รณรงค์เพื่อให้มีความโปร่งใสแสดงให้เห็นว่า บริษัทหรือกิจการต่างประเทศมักถูกใช้โดยองค์กรอาชญากรรมและบุคคลทุจริตเป็นช่องทางในการซุกซ่อนหรือพอกผลประโยชน์จากการติดสินบน คอร์รัปชัน และองค์กรอาชญากรรมตลาดซื้อขายทรัพย์สินในสหราชอาณาจักรจึงเป็นที่ดึงดูดอย่างมาก เพราะสหราชอาณาจักรมีสภาพแวดล้อมทางการเมืองและธุรกิจที่เปิดเสรีและมีเสถียรภาพ การสืบสวนสอบสวนโดยฝ่ายบังคับใช้กฎหมาย รวมทั้งฝ่ายที่มุ่งไปที่ผลประโยชน์จากการฉ้อราษฎร์บังหลวง มักประสบอุปสรรคจากการไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลเกี่ยวกับบุคคล ซึ่งจริง ๆ แล้วเป็นเจ้าของหรือควบคุมบริษัทหรือกิจการต่างประเทศที่ถูกใช้เพื่อปิดบังผลประโยชน์จากอาชญากรรมหรือการคอร์รัปชัน

ในทางตรงกันข้าม ตั้งแต่มีการให้การจดทะเบียนบุคคลผู้มีอำนาจควบคุมสำคัญ (People with Significant Control: PSC) ใน ค.ศ. 2016 บริษัทและกิจการของสหราชอาณาจักรส่วนใหญ่ถูกกำหนดให้แสดงข้อมูลเกี่ยวกับผู้เป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมที่แท้จริงต่อนายทะเบียนบริษัท

<sup>144</sup> Ali Shalchi and Steve Browning, **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022** (London: House of Commons Library, 2022), p. 11.

(Companies House) ซึ่งจะได้รับการเก็บรักษาไว้ในทะเบียนบริษัทซึ่งสาธารณชนเข้าถึงได้ ใน ค.ศ. 2016 ที่ประชุมสุดยอดเรื่องการต่อต้านคอร์รัปชัน (Anti-Corruption Summit) ซึ่งจัดขึ้นที่กรุงลอนดอน มีการกำหนดพันธกิจที่จะจัดทำทะเบียนสาธารณะของบุคคลที่ได้รับประโยชน์ของบริษัทหรือกิจการที่มีใช้เป็นที่ดินในสหราชอาณาจักร ซึ่งถือครองหรือซื้อที่ดินในสหราชอาณาจักร มีการออกข้อเรียกร้องให้มีหลักฐานใน ค.ศ. 2017 และ ค.ศ. 2018 รัฐบาลตีพิมพ์การตอบสนองต่อเรื่องนี้ ซึ่งตามมาด้วยร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งได้รับการตรวจพิจารณาโดยคณะกรรมการร่วมของรัฐสภาใน ค.ศ. 2019

การจดทะเบียนมีวัตถุประสงค์หลัก 2 ประการ คือ (1) เพื่อป้องกันและปราบปรามการใช้ที่ดินในสหราชอาณาจักรโดยบริษัทหรือกิจการต่างประเทศเพื่อเป็นวิธีการในการฟอกเงินหรือลงทุนด้วยเงินทุนที่ผิดกฎหมาย และ (2) เพื่อเพิ่มความโปร่งใสและความเชื่อมั่นของสาธารณชนต่อบริษัทหรือกิจการต่างประเทศที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการถือครองที่ดินในสหราชอาณาจักร

ผลที่พึงประสงค์ของพระราชบัญญัตินี้คือ ความโปร่งใสเกี่ยวกับว่า ใครเป็นเจ้าของหรือผู้ควบคุมที่แท้จริงของบริษัทหรือกิจการต่างประเทศซึ่งถือครองที่ดินในสหราชอาณาจักร พระราชบัญญัติมุ่งหมายให้มีผลป้องกันผู้ที่ต้องการซุกซ่อนหรือฟอกผลประโยชน์จากการตัดสินใจบนคอร์รัปชัน และอาชญากรรม ไว้ในรูปแบบที่ดินในสหราชอาณาจักร ผลระดับกว้างรวมถึงการยกระดับความมั่นใจและความไว้วางใจของสาธารณชนทั่วไปและนักลงทุนที่มีความชอบธรรมในแง่ที่ว่าใครคือผู้ที่เขาทำธุรกิจด้วยเกี่ยวกับที่ดิน

พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 จะกำหนดให้บริษัทหรือกิจการต่างประเทศที่ปรารถนาจะถือครองที่ดินในสหราชอาณาจักรต้องดำเนินการมาตรการระบุตัวตนของบุคคลผู้รับประโยชน์ต้องจดทะเบียนคนเหล่านี้ นอกจากนี้พระราชบัญญัติฉบับนี้ยังกำหนดให้บริษัทหรือกิจการต่างประเทศมีหน้าที่ปรับข้อมูลที่ให้ไว้แก่ฝ่ายทะเบียนให้ทันสมัยทุกปี หากไม่ปรับปรุงข้อมูลให้ทันสมัยจะมีความผิด เช่นเดียวกับการให้ (หรือเป็นสาเหตุให้มีการให้) ข้อมูลที่สร้างความเข้าใจผิด เป็นเท็จ หรือหลอกลวง

เพื่อที่จะจดทะเบียนการมีสิทธิถือครองที่ดิน บริษัทหรือกิจการต่างประเทศจะต้องจดทะเบียนกับ Companies House และดำเนินการตามหน้าที่ที่จะต้องปรับข้อมูลให้ทันสมัยดังกล่าว หากมิได้จดทะเบียนหรือไม่ทำตามหน้าที่นั้น ในกรณีส่วนมากจะมีผลต่อความสามารถของบริษัทหรือกิจการนั้นๆ ที่จะได้รับสิทธิครอบครองที่ดินตามกฎหมาย ทั้งนี้เพราะบริษัทหรือกิจการนั้นๆ จะไม่สามารถจดทะเบียนในฐานะเจ้าของ (Proprietor) หรือผู้ถือครอง (Owner) (แล้วแต่กรณี) ที่ดินในสหราชอาณาจักรกับสำนักงานทะเบียนที่ดิน (Land Registries) ในแคว้นอิงแลนด์และแคว้นเวลส์ สกอตแลนด์ และไอร์แลนด์เหนือ และขายหรือให้เช่า (Lease) ที่ดิน หรือกำหนดภาระติดพันที่ดิน

(Charge Over the Land)<sup>145</sup> เพราะผู้ซื้อ ผู้เช่า หรือผู้รับจำนอง (Mortgagee) จะไม่สามารถจดทะเบียนการจำหน่ายจ่ายโอน (disposition: ขาย ให้เช่า หรือกำหนดภาระติดพันที่ดิน) กับสำนักงานจดทะเบียนที่ดินที่เกี่ยวข้องในเมืองใด ๆ ของสหราชอาณาจักร

2) คำสั่งความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (UWO)<sup>146</sup> สหราชอาณาจักรมีระบบเศรษฐกิจที่ใหญ่ที่สุดและเปิดมากที่สุดในโลก และกรุงลอนดอนก็เป็นจุดหมายปลายทางที่ดึงดูดนักลงทุนมากที่สุดแห่งหนึ่งในโลก ปัจจัยเหล่านี้ทำให้สหราชอาณาจักรเป็นที่ดึงดูดธุรกิจที่ชอบธรรม และก็ทำให้ประเทศเปิดสู่ความเสี่ยงเรื่องการฟอกเงินจากบุคคลผู้มีสถานภาพทางการเมือง (Politically Exposed Persons: PEPs) ตามนิยามในมาตรา 362B ของพระราชบัญญัติว่าด้วยผลประโยชน์ของอาชญากรรม ค.ศ. 2002 (Proceeds of Crime Act 2002) ตั้งระบุมไว้ในการประเมินความเสี่ยงแห่งชาติร่วมกันโดยกระทรวงมหาดไทยและกระทรวงการคลัง (Home Office and HM Treasury National Risk Assessment) ในเรื่องการฟอกเงินและการจัดหาเงินทุนให้แก่ขบวนการก่อการร้าย ค.ศ. 2020 ทรัพย์สินในสหราชอาณาจักรเป็นที่ดึงดูดต่ออาชญากรทั้งต่างชาติและในชาติที่ต้องการซุกซ่อนเงินผิดกฎหมายจำนวนมากของตน ปิดบังความเป็นผู้ครอบครองเงินเหล่านั้น และได้รับประโยชน์จากกิจกรรมนอกกฎหมายของตน

สหราชอาณาจักรได้รับการยอมรับจากนานาชาติว่ามีระบบการควบคุมที่เข้มแข็งที่สุดในโลกในเรื่องการจัดการกับการฟอกเงินและดำเนินคดีกับผู้ที่ต้องการใช้หรือซุกซ่อนผลประโยชน์จากอาชญากรรม เพื่อที่จะยังคงให้รัฐบาลดำเนินการตามวาระอาชญากรรมทางเศรษฐกิจต่อไปและมุ่งเป้าไปที่ผู้นำที่ทุจริตฉ้อฉลและชนชั้นนำที่คอร์รัปชัน หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายจะต้องมีอำนาจที่เหมาะสมในการสืบสวนเกี่ยวกับเรื่องนี้

UWO กำหนดให้บุคคลผู้เป็น PEP หรือต้องสงสัยอย่างมีเหตุผลว่า เข้าไปมีส่วนหรือเกี่ยวข้องกับอาชญากรรมร้ายแรงต้องอธิบายที่มาของทรัพย์สิน (มูลค่ารวมกันต่ำสุด 50,000 ปอนด์) ซึ่งดูแล้วไม่ได้สัดส่วนกับรายได้ที่ได้ที่ปรากฏว่าได้มาอย่างถูกต้องตามกฎหมาย UWO มีใช้อำนาจ (ในตัวของมันเอง) ที่จะนำทรัพย์สินกลับคืนมา อย่างไรก็ตาม ผลจาก UWO สามารถนำไปใช้ในกระบวนการไต่สวนพิจารณาในทางแพ่งเพื่อนำผลประโยชน์จากอาชญากรรมกลับคืนมา (civil recovery proceedings)<sup>147</sup> ในภายหลัง การปฏิรูปในด้านนิติบัญญัติจึงจำเป็นในการเสริมสร้างความ

<sup>145</sup> Land Charge หมายถึงถึง ผลประโยชน์ในที่ดินซึ่งมิได้จดทะเบียน (Unregistered Land) ซึ่งกำหนดภาระผูกพัน (Obligation) ต่อผู้ครอบครองที่ดินที่เอื้อต่อบุคคลอื่น ผู้รับภาระผู้พัน (chargee)

<sup>146</sup> Ali Shalchi and Steve Browning, *op. cit.*, p. 15.

<sup>147</sup> เป็นการดำเนินการแทน หรือเพิ่มเติมจากกระบวนการไต่สวนพิจารณาโดยศาลอาญา

เข้มแข็งให้แก่ระบบ UWO เพื่อเป็นหลักประกันว่า สามารถใช้อำนาจได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อเป็นหลักประกันว่า ทรัพย์สินที่มีการถือครองโดยโครงสร้างการถือครองหรือทรัสต์<sup>148</sup> ที่ซับซ้อนอยู่ในกรอบการดำเนินงานของระบบนี้ การปฏิรูปยังมุ่งหมายที่จะลดความเสี่ยงสำคัญในการปฏิบัติการของหน่วยงานที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมาย ผลที่มุ่งประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมเหล่านี้คือ เสริมสร้างความเข้มแข็งให้แก่ระบบ UWO เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้นในการจัดกับพวกผู้นำทุจริตฉ้อฉลและอาชญากรร้ายแรงและที่ดำเนินการในลักษณะเป็นองค์การ ซึ่งเข้ามาพอกเงินในสหราชอาณาจักร และทำให้มีช่องทางดีขึ้นในการนำทรัพย์สินที่ถูกซื้อด้วยเงินจากผลประโยชน์จากอาชญากรรมดังกล่าวนี้ โดยเฉพาะจากการคอร์รัปชัน กลับคืนมา สำหรับการแก้ไขเพิ่มเติม UWO มีวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการ และมีความมุ่งหมายทั้งขยายและทำความเข้าใจแก่ขอบเขตของอำนาจด้วยการ

(1) ต่อด้านความไม่สามารถหรือความไม่เต็มใจของรัฐต่างชาติที่ทุจริตฉ้อฉลที่จะให้การสนับสนุนอย่างไว้วางใจได้แก่การสืบสวนของเจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมาย

(2) ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้บังคับใช้กฎหมายสามารถที่จะดำเนินการตามมาตรฐานด้านพยานหลักฐานได้อย่างเต็มกำลังมากขึ้นตั้งแต่เริ่มการสืบสวน อันเป็นการทำให้อำนาจที่จะใช้ในเรื่องนี้มีประสิทธิภาพสูงสุดในขอบเขตที่กว้างที่สุดของกรณีที่เหมาะสม

(3) ช่วยให้มีการสืบสวนได้อย่างครบถ้วนสมบูรณ์ยิ่งขึ้นด้วยการขยายเวลาให้มากที่สุดที่ศาลสามารถจะอนุญาตให้ทรัพย์สินถูกอายัดไว้ที่เกี่ยวข้องกับ UWO

(4) ขจัดอุปสรรคที่มีต่อการใช้ UWO อันจะช่วยให้ค่าใช้จ่ายทางกฎหมายของเจ้าหน้าที่บังคับใช้กฎหมายจำกัดลง เว้นเสียแต่จะใช้อำนาจอย่างไม่มีเหตุผล ไม่เหมาะสม หรืออย่างไม่สุจริต ซึ่งจะเพิ่มค่าความเสี่ยงโดยรวมที่องค์กรยินดีจะยอมรับเพื่อให้องค์กรบรรลุเป้าหมาย (Risk Appetite) และความเชื่อมั่นในการปฏิบัติการ

3) การบังคับใช้มาตรการลงโทษ<sup>149</sup> (Sanctions Enforcement) มาตรการลงโทษ (Sanctions) เป็นเครื่องมือสำคัญด้านนโยบายต่างประเทศและความมั่นคงแห่งชาติ มาตรการเช่นนี้เป็นมาตรการปิดกั้นจำกัด (Restrictive Measures) ซึ่งมุ่งหมายจะใช้เป็นการชั่วคราว และสามารถนำมาใช้เพื่อกระตุ้นให้เกิดการเปลี่ยนแปลงพฤติกรรม จำกัดพฤติกรรม หรือสื่อสารทางการเมืองไปยังประเทศหรือบุคคลอื่น ๆ ปัจจุบันสหราชอาณาจักรนำมาตรการลงโทษเช่นนี้มาใช้กว่า 35 รายการ

<sup>148</sup> ทรัสต์ (Trust) ในความหมายของรูปแบบการดำเนินงานที่บุคคลผู้หนึ่งผู้ใด (Trustee) ถือครองทรัพย์สินในฐานะผู้ถือครองแต่ในนามของทรัพย์สินนั้นแทนผู้ประโยชน์ของบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือหลายคน

<sup>149</sup> Ali Shalchi and Steve Browning, *op. cit.* p. 18.

ประกอบด้วยระบบที่เกี่ยวข้องกับบางประเทศเป็นการเฉพาะ เช่น รัสเซีย เกาหลีเหนือ และอิหร่าน ตลอดจนมาตรการที่มุ่งไปที่กลุ่มก่อการร้าย เช่น Da'esh, Al Qaida เป็นต้น สหราชอาณาจักรก็เช่นเดียวกับประเทศอื่น ๆ ในสหประชาชาติที่มีภาระผูกพันภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศในการใช้มาตรการลงโทษโดยสหประชาชาติ ปัจจุบันสหราชอาณาจักรใช้มาตรการลงโทษครอบคลุมบุคคล บริษัทหรือกิจการ และเรียกว่า 2,000 กรณี

สำนักงานดำเนินมาตรการลงโทษด้านการเงิน (Office of Financial Sanctions Implementation: OFSI) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกระทรวงการคลัง เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจด้านการลงโทษทางการเงิน และปฏิบัติหน้าที่ของกระทรวงการคลังที่เกี่ยวกับการนำมาตรการลงโทษทางการเงินมาใช้ปฏิบัติ ซึ่งรวมไปถึงการออกใบอนุญาต (licenses)<sup>150</sup> ออกมาตรการลงโทษทางการเงินในกรณีละเมิดมาตรการลงโทษเหล่านี้ ออกแนวปฏิบัติและเชื่อมสัมพันธ์กับผู้มีส่วนได้ส่วนเสียต่าง ๆ เพื่อให้เข้ามาเกี่ยวข้องในการดำเนินมาตรการ อำนาจในปัจจุบันของ OFSI ปรากฏอยู่ในที่ต่างๆ มาตรการลงโทษทางการเงินเป็นการเฉพาะอยู่ในข้อบังคับที่จัดทำขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติลงโทษและต่อต้านการฟอกเงิน (Sanctions and Anti-Money Laundering Act) ค.ศ. 2018 หรือ “Sanctions Act” ข้อบังคับเหล่านี้บรรจุภาระผูกพัน (Obligations) และข้อห้าม (Prohibitions) ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะกับระบบการใช้มาตรการลงโทษ ความสามารถของ OFSI ที่จะใช้มาตรการลงโทษทางการเงินในกรณีการละเมิดข้อห้ามบรรจุอยู่ในพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรม (Policing and Crime Act) ค.ศ. 2017

มาตรการลงโทษจะเสริมสร้างการบังคับใช้กฎหมายด้วยการจัดให้มี

- (1) การทดสอบทางกฎหมาย (Legal Test) ที่เข้มแข็งขึ้นซึ่งจะสนับสนุนการปฏิบัติตามและช่วย OFSI ใช้การลงโทษทางการเงิน (Financial Penalties) ในกรณีละเมิดมาตรการลงโทษทางการเงิน (Financial Sanctions)
- (2) ความยืดหยุ่นมากขึ้นในเรื่องที่ว่ากระทรวงการคลังจะดำเนินกระบวนการทบทวนการลงโทษทางการเงิน (Monetary Penalties) อย่างไร
- (3) อำนาจที่เข้มแข็งขึ้นในการแบ่งปันข่าวกรองและข่าวสารเพื่อให้ OFSI มีเครื่องมือที่ดีขึ้นในการดำเนินการบังคับด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารจากหน่วยงานอื่นๆ ได้มากขึ้น
- (4) อำนาจทางกฎหมายที่จะติดยุติอย่างเป็นทางการต่อกรณีไม่ยอมปฏิบัติตามมาตรการลงโทษทางการเงิน (Financial Measures) แม้ว่าจะได้มีมติไปแล้วว่าจะไม่มีการลงโทษทางการเงิน (Financial Penalty) ต่อกรณีล่วงละเมิดมาตรการลงโทษ (Financial Measures)

<sup>150</sup> ใบอนุญาตดำเนินกิจการซึ่งต้องห้ามตามมาตรการลงโทษทางการเงิน

4) มาตรการลงโทษ (Sanctions Measures) ปัจจุบันสหราชอาณาจักรใช้มาตรการลงโทษกว่า 35 กรณีโดยอาศัยข้อบังคับภายใต้ Sanctions Act บุคคลและบริษัทหรือกิจการต่างๆ อาจถูกกำหนดหรือระบุ (Designation) ให้อยู่ภายใต้ข้อบังคับเหล่านี้เพื่อเป้าหมายของการอายัดทรัพย์สิน การห้ามเดินทาง หรือมาตรการอื่น ๆ

การระบุดังกล่าวเป็นกระบวนการทางการบริหาร การแก้ไขเพิ่มเติมครั้งนั้นๆ จะช่วยให้การระบุเช่นนั้นกระทำได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้นและเพิ่มการประสานงานกับชาติพันธมิตรของสหราชอาณาจักร การแก้ไขเพิ่มเติมจะไม่ให้มีการทดสอบทางกฎหมาย (Statutory Test) ว่าด้วย “ความเหมาะสม” (Appropriateness) ของการระบุบุคคลและบริษัทหรือกิจการให้อยู่ใต้ข้อบังคับที่กล่าวข้างต้น ความมุ่งหมายก็เพื่อให้การระบุเช่นนี้สามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็วขึ้น การแก้ไขเพิ่มเติมจะไม่ให้มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการระบุโดยการพรรณนา (Designation By Description)<sup>151</sup> ซึ่งมุ่งหมายที่จะให้หลักประกันว่ารัฐบาลสามารถระบุกลุ่มบุคคลได้อย่างรวดเร็วยิ่งขึ้น ด้วยการช่วยให้รัฐบาลมีความยืดหยุ่นสูงสุด นอกจากนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมยังมุ่งหมายจะให้หลักประกันว่า สหราชอาณาจักรสามารถตรวจสอบการขึ้นบัญชีที่จัดทำไว้แล้วโดยชาติพันธมิตรโดยอาศัยแนววิธีการระบุอย่างเร่งด่วนดังกล่าว ซึ่งจะช่วยให้รัฐมนตรีระบุบุคคล บริษัทหรือกิจการ และประเภทของบุคคลที่ได้มีการระบุไว้แล้วโดยหุ้นส่วนระหว่างประเทศของสหราชอาณาจักร

การแก้ไขเพิ่มเติมเพียงแต่อนุญาตให้มีการจ่ายเงินชดเชยค่าเสียหายเกี่ยวกับการระบุในกรณีที่เป็นการพฤติกรรมมิชอบเท่านั้น โดยไม่ให้เป็นไปได้ของการชดเชยค่าเสียหายกรณีประมาทเลินเล่อ พระราชบัญญัติฉบับนี้ [พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ] ยังให้อำนาจที่จะกำหนดเพดานค่าเสียหายที่จะจ่ายภายใต้ Sanctions Act บทบัญญัติเหล่านี้ที่เกี่ยวกับการจ่ายค่าเสียหายจะใช้กับกระบวนการพิจารณา (Proceedings) หลังวันที่ 4 มีนาคม เมื่อมีการยื่นการแก้ไขเพิ่มเติม แม้ว่ากระบวนการพิจารณาเหล่านี้จะเกี่ยวกับกรณีการระบุที่ดำเนินการก่อนหน้านั้นก็ตาม

แนวทางการระบุและข้อบังคับเกี่ยวกับการลงโทษจะมีการปฏิรูป ข้อผูกมัดเกี่ยวกับการรายงานจะไม่มีแล้วเพื่อเปิดโอกาสให้รัฐมนตรีและเจ้าหน้าที่มุ่งความพยายามไปในการเล็งเป้าหมายไปที่บุคคลหรือองค์กรที่สามารถสร้างความเสียหายแก่ผลประโยชน์แห่งชาติ

<sup>151</sup> ในสหราชอาณาจักรการกำหนดหรือระบุ (Designation) มีทั้งการกำหนดแบบมาตรฐาน (Standard Designation) และการกำหนดโดยการพรรณนา (Designation by Description) ตามขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะ

ในวัตถุประสงค์หลัก 4 ประการของสหราชอาณาจักรดังกล่าว นอกจากจะมีภูมิหลังด้านนโยบายเพื่อให้เกิดมาตรการกำจัดและกำกับดูแลอาชญากรรมทางเศรษฐกิจแล้ว สหราชอาณาจักรยังมีภูมิหลังทางกฎหมาย<sup>152</sup> ด้วย ดังนี้

1) การจดทะเบียนนิติบุคคลต่างชาติ (Registration of Overseas Entities) มิติ ด้านข้อมูลข่าวสารของการมีทะเบียนบริษัทหรือกิจการแสดงให้เห็นระบบ PSC ที่มีอยู่ในสหราชอาณาจักรขณะนี้สำหรับบริษัทหรือกิจการในประเทศที่ขึ้นอยู่กับระบบนี้<sup>153</sup> แม้ว่าจะมีความแตกต่างในการบังคับใช้ระบบเนื่องจากกลไกการบังคับใช้ PSC บางอย่างไม่สามารถใช้กับบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ (นอกเหนือไปจากการแจ้งข้อกล่าวหาที่เป็นความผิดทางอาญา)

ระบบ PSC เริ่มมาจากพระราชบัญญัติธุรกิจขนาดย่อม วิสาหกิจ และการจ้างงาน (Small Business, Enterprise and Employment Act) ค.ศ. 2015 กล่าวโดยสรุปบริษัทจดทะเบียนของสหราชอาณาจักรทั้งหมด (ยกเว้นกรณีที่มีการระบุไว้เป็นการเฉพาะ) จะต้องมีทะเบียน “บุคคลผู้มีอำนาจควบคุมสำคัญ” (People With Significant Control) เหนือบริษัท และเปิดเผยข้อมูลนี้แก่ฝ่ายทะเบียนสาธารณะซึ่งตั้งอยู่ที่ Companies House อย่างไรก็ตาม บริษัทหรือกิจการต่างประเทศไม่ถูกกำหนดให้ต้องมีทะเบียนดังกล่าวเช่นในกรณีบริษัทหรือกิจการของสหราชอาณาจักร แต่บริษัทหรือกิจการต่างประเทศจะต้องส่งข้อมูลให้แก่ฝ่ายทะเบียน (Registrar) โดยตรงเมื่อยื่นขอบัตรการเป็นบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ (Overseas Identity ID)

ความมุ่งหมายของการมีระบบ PSC คือระบุตัวตนของบุคคลที่มี “อิทธิพลหรืออำนาจควบคุมสำคัญ” (Significant Influence and Control) เหนือบริษัท กล่าวคือ เหนืออำนาจควบคุมซึ่งเข้าใจกันโดยทั่วไปว่าใช้โดยกรรมการบริษัทหรือผู้ถือหุ้น (แม้ว่าการมีสถานะเช่นนี้จะมีได้หมายความว่าไม่มี PSC ไปพร้อมกันด้วย) มีการระบุเงื่อนไขไว้ในการกำหนดว่าบุคคลผู้หนึ่งผู้ใดเป็น PSC หรือไม่ เงื่อนไขเหล่านี้อาศัยนิยามของ “เจ้าของหรือผู้ถือครองที่ได้รับผลประโยชน์” (Beneficial Ownership) อันเป็นแนวคิดที่เป็นส่วนหนึ่งของข้อบังคับว่าด้วยการฟอกเงิน (Money Laundering Regulation) ค.ศ. 2007 และซึ่งใช้ในบทบัญญัติทางกฎหมายของสหภาพยุโรป รวมทั้งคำสั่งเรื่องการต่อต้านการฟอกเงิน (Anti-Money Laundering Directives)

<sup>152</sup> Gov.UK, **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022** (Norwich: TSO (The Stationary Office), 2022), pp. 8-10.

<sup>153</sup> PSC (Person with Significant Control) หรือบางครั้งก็เรียกว่า “Beneficial Owner” ที่กล่าวถึงแล้ว PSC คือเจ้าของหรือผู้ควบคุมกิจการบริษัท ซึ่งจะต้องมีการระบุตัวตน และแจ้งแก่ทางการว่าเป็นใคร ซึ่งอาจเป็นผู้แจ้งเองหรือบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับบริษัท

เงื่อนไขเหล่านี้ทำให้สามารถระบุบุคคลซึ่งเป็นเจ้าของหุ้นในจำนวนสำคัญในทุนเรือนหุ้น (Share Capital) ของบริษัท ผู้ซึ่งมีสิทธิ์ควบคุมอย่างสำคัญโดยอาศัยสิทธิ์ในการออกเสียง ซึ่งอาจจะเกี่ยวข้องโดยตรงหรือไม่เกี่ยวข้องโดยตรงกับจำนวนหุ้นที่ถือครอง และผู้ซึ่งควบคุมบริษัทด้วยวิธีการอื่น รวมไปถึงการควบคุมฝ่ายบริหาร

บริษัทที่จดทะเบียนในสหราชอาณาจักรถูกกำหนดให้ต้องดำเนินการที่จะยืนยันได้ว่ามีบุคคลหรือนิติบุคคลที่จดทะเบียนที่มีลักษณะเป็น PSC ได้หรือไม่ และหากมีบุคคลหรือนิติบุคคลเช่นนั้น ก็จะต้องระบุให้ชัดเจน การดำเนินการเช่นนี้รวมถึงการส่งหนังสือแจ้งบุคคลใดก็ตามที่บริษัทมีเหตุผลที่จะถือได้ว่า เป็นบุคคลที่สามารถจดทะเบียนได้ (Registrable Person) หรือมีหนังสือแจ้งไปยังบุคคลใดก็ตามที่บริษัทคิดว่าอาจจะรู้อัตลักษณ์หรือตัวตนของบุคคลที่สามารถจดทะเบียนได้ ข้อกำหนดเหล่านี้ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับนี้

ปัจจุบันมีระบบคุ้มครองสำหรับบุคคลซึ่งอาจจะอยู่ในภาวะเสี่ยงจากการถูกเปิดเผยตัวตนในทะเบียนสาธารณะ ระบบแบบเดียวกันนี้จะทำให้มีสำหรับบริษัทหรือกิจการต่างประเทศด้วย กฎหมายบริษัทกำหนดให้บริษัทที่จดทะเบียนในสหราชอาณาจักรต้องตรวจสอบและยืนยันว่า ข้อมูลที่เก็บไว้ในทะเบียนยังคงถูกต้อง ข้อกำหนดแบบเดียวกันนี้จะใช้กับบริษัทหรือกิจการต่างประเทศตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น ทะเบียนบริษัทหรือกิจการต่างประเทศจัดเก็บไว้ที่สำนักงานทะเบียนบริษัท (Registrar of Companies) ซึ่งข้อมูลส่วนใหญ่เกี่ยวกับบริษัทหรือกิจการเหล่านี้สามารถเข้าถึงได้โดยสาธารณชน อำนาจหน้าที่ส่วนมากของสำนักงานทะเบียนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติบริษัท (Companies Act) ค.ศ. 2006 ในส่วนที่เกี่ยวกับทะเบียนที่เก็บไว้สำหรับบริษัทที่จดทะเบียนในสหราชอาณาจักรจะต้องนำมาบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ [พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ] ด้วย ข้อมูลซึ่งบริษัทหรือกิจการต่างประเทศจะต้องแสดงในการจดทะเบียน และรายละเอียดเกี่ยวกับว่าใครคือบุคคลผู้ได้รับประโยชน์ (beneficial owner) ของบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ อาศัยแบบอย่างของระบบ PSC สำหรับบริษัทที่จดทะเบียนในสหราชอาณาจักร (อยู่ใน Schedules 1 & 2 ของพระราชบัญญัติ ตามลำดับ)

เพื่อให้บรรลุเป้าหมายทางนโยบาย จะต้องมีการกำหนดกลไกการบังคับใช้โดย (1) ในเบื้องต้นข้อกำหนดใหม่ว่าด้วยการจดทะเบียนที่ดิน (Novel Land Registration Requirements) ในแคว้นอิงแลนด์และเวลส์ สกอตแลนด์และไอร์แลนด์เหนือ (โดยคำนึงถึงความแตกต่างด้านกฎหมายการจดทะเบียนที่ดิน (2) การลงโทษทางเงินในความแพ่ง (Civil Financial Penalties) ซึ่งสามารถจะใช้บังคับกับกรณีที่ดินซึ่งอยู่ในความครอบครองของบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ และ (3) การลงโทษทางอาญา (Criminal Sanctions) ดังได้กล่าวแล้วข้างต้น พระราชบัญญัติฉบับนี้แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน (Land Registration Act) ค.ศ.

2002 พระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน ฯลฯ [Land Registration Act etc. (Scotland)] ค.ศ. 2002 และพระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน (ไอร์แลนด์เหนือ) [Land Registration Act (Northern Ireland)] ค.ศ. 1970

บทบัญญัติบางประการของพระราชบัญญัติจะใช้กับผู้เป็นเจ้าของ (proprietors) ที่ดินในอิงแลนด์และเวลส์และในสกอตแลนด์ ณ ช่วงเวลาเริ่มต้นนี้ (commencement date) วรรค 3 ของ Schedule 3 ของพระราชบัญญัติผนวก Schedule ใหม่ คือ Schedule 4A เข้าไว้ในพระราชบัญญัติจดทะเบียนที่ดิน ค.ศ. 2002 (LRA 2002) วรรค 3(1) ของ Schedule 4A กำหนดให้สำนักงานทะเบียนที่ดิน (HM Land Registry: HMLR) กำหนดข้อจำกัด (Restriction) ในทะเบียนทรัพย์สิน (Title Register) ที่เป็น “Qualifying Estate” ในอิงแลนด์และเวลส์ ในกรณีซึ่งเป็นที่พอใจว่า เจ้าของที่ดินจดทะเบียนเป็นบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ และบริษัทหรือกิจการนั้นจดทะเบียนเมื่อหรือหลังจากวันที่ 1 มกราคม 1999

ผลในทางปฏิบัติของข้อจำกัดนี้คือ ในกรณีที่บริษัทหรือกิจการต่างประเทศดำเนินการจำหน่ายถ่ายโอน ณ ช่วงเวลาซึ่งมิได้จดทะเบียนเป็นบริษัทหรือกิจการต่างประเทศ บริษัทหรือกิจการนั้นไม่ได้รับการยกเว้นและไม่มีข้อยกเว้นใดๆ การจำหน่ายถ่ายโอนนั้นๆ ไม่สามารถดำเนินการได้เสร็จสิ้นสมบูรณ์ด้วยการจดทะเบียน อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับบริษัทหรือกิจการต่างประเทศซึ่งจดทะเบียนเป็นเจ้าของกิจการ (Registered Proprietor) ก่อนเวลาเริ่มต้น (และจดทะเบียนเมื่อหรือหลังจากวันที่ 1 มกราคม 1999) ข้อจำกัดดังกล่าวจะไม่มีผลจนกระทั่งหลังจาก 6 เดือนหลังจากวันเริ่มต้น มีบทบัญญัติเฉพาะกาลแบบเดียวกันนี้เกี่ยวกับผู้เป็นเจ้าของบริษัทหรือกิจการต่างประเทศซึ่งครอบครองที่ดินในสกอตแลนด์ ซึ่งเป็นเจ้าของเมื่อหรือหลังจากวันที่ 8 ธันวาคม 2014 ด้วยเหตุที่คำที่เทียบเคียงได้กับ “ข้อจำกัด” (Restriction) (หรือ “Inhibition” ในกรณีของไอร์แลนด์เหนือ) ไม่มีอยู่ในกฎหมายจดทะเบียนที่ดินสำหรับสกอตแลนด์ จึงไม่รายการหรือหัวข้อ (Entry) ที่จะใช้ในทะเบียนที่ดินที่ถือครองโดยบริษัทหรือกิจการต่างประเทศในสกอตแลนด์ แต่ช่วงเวลาเปลี่ยนผ่าน 6 เดือนจะนำมาใช้ในกรณีนี้ ในไอร์แลนด์เหนือ พระราชบัญญัติฉบับนี้จะใช้เฉพาะกับการจดทะเบียนใหม่ที่เกิดขึ้นหลังจากวันเริ่มต้นเท่านั้น

2) คำสั่งความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (Unexplained Wealth Order) ใน ค.ศ. 2002 รัฐสภาผ่านพระราชบัญญัติผลประโยชน์จากอาชญากรรม (Proceeds of Crime Act: POCA) ค.ศ. 2002 ซึ่งมีบทบัญญัติที่อนุญาตให้มีการสืบสวนและนำทรัพย์สินใด ๆ ก็ตามที่มาจากการดำเนินงานที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือที่ตั้งใจจะนำไปใช้เพื่อการดำเนินงานที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายกลับคืนมา เพื่อจะให้มีการออกคำสั่งภายใต้หมวด 5 ของ POCA (Civil Recovery) จะต้องมียุทธศาสตร์เพียงพอที่จะระบุโดยกระบวนการทางตุลาการว่า เมื่อชั่งน้ำหนักความเป็นไปได้แล้ว ทรัพย์สินดังกล่าวเกี่ยวข้องกับกิจกรรมที่ไม่ถูกกฎหมาย

หมวด 8 ของ POCA (การสืบสวน) ให้อำนาจหลากหลายสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายบังคับใช้กฎหมายในการสืบสวนทรัพย์สินต่างๆ อำนาจดังกล่าวรวมไปถึงคำสั่งที่เรียกว่า Production Order<sup>154</sup> หมายค้นและยึด (Search And Seizure Warrants) คำสั่งให้เปิดเผย (Disclosure Order) คำสั่งเรื่องข้อมูลลูกค้า (Customer Information Order) และคำสั่งติดตามตรวจสอบบัญชี (Account Monitoring Order)

พระราชบัญญัติการเงินที่เกี่ยวกับอาชญากรรม (Criminal Finances Act) ค.ศ. 2017 ได้แทรกมาตรา 362A และ 362I เข้าไปในส่วน 2 (Chapter 2) ของหมวด 8 ของ POCA ซึ่งกำหนดบทบัญญัติให้ศาลสูง (High Court) ออกคำสั่งเปิดเผยแหล่งที่มาของความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (UWO) ในแคว้นอิงแลนด์ เวลส์ และไอร์แลนด์เหนือ นอกจากนี้ ยังแทรกมาตรา 396A ถึง 396U เข้าไปในส่วน 3 ของหมวดนั้นด้วย เพื่อให้ศาลแพ่งสูงสุดของสกอตแลนด์ (Court of Session) ออกคำสั่งเปิดเผยแหล่งที่มาของความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ในสกอตแลนด์

3) การบังคับใช้การลงโทษ (Sanctions Enforcement) มาตรการลงโทษในสหราชอาณาจักรมีรากฐานอยู่ที่ข้อบังคับที่กำหนดขึ้นภายใต้ Sanctions Act ข้อบังคับเหล่านี้ประกอบกันเป็นเค้าโครงของภาระผูกพันและข้อห้าม (Obligations and Prohibitions) ของระบบการลงโทษเฉพาะด้านต่าง ๆ และกำหนดโทษอาญาสำหรับการละเมิดมาตรการเหล่านี้ มาตรา 16 ของ Sanctions Act กำหนดบทบัญญัติสำหรับการแบ่งปันข้อมูลและการเก็บรักษาบันทึกข้อมูลต่าง ๆ

อำนาจในการลงโทษทางการเงิน (Monetary Penalties) สำหรับการละเมิดมาตรการลงโทษทางการเงิน (Financial Sanctions) กำหนดไว้ในมาตรา 146 ของพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรม การลงโทษดังกล่าวสามารถสูงถึงร้อยละ 50 ของมูลค่าที่ละเมิดหรือ 1 ล้านปอนด์ แล้วแต่ว่ามูลค่าไหนจะสูงกว่ากัน การจะลงโทษได้นั้น บุคคลที่ต้องสงสัยว่าละเมิดมาตรการลงโทษ (Sanctions) จะต้อง “รู้หรือมีสาเหตุอย่างมีเหตุผลให้สงสัยว่า” ตนละเมิดภาระผูกพันหรือข้อห้ามที่กำหนดโดยบทบัญญัติว่าด้วยการลงโทษทางการเงิน มาตรา 149 ของพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรมกำหนดหน้าที่ที่จะต้องเผยแพร่ข้อมูลเกี่ยวกับการลงโทษ (Penalties) ดังกล่าว

เมื่อฝ่ายเกี่ยวข้องได้รับการแจ้งแล้วว่า OFSI ตั้งใจจะออกสั่งลงโทษทางการเงิน (Monetary Penalty) ฝ่ายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวมีสิทธิ์ตามกฎหมายที่กำหนดไว้ในมาตรา 147 ของพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรม ที่จะให้มีการทบทวนคดีของตนโดยรัฐมนตรีอาจจะยื่นยันการตัดสินใจลงโทษดังกล่าวและจำนวนเงินที่กำหนด เปลี่ยนจำนวนนี้เป็นจำนวนที่ต่างออกไป

<sup>154</sup> Production Order (PO) คือคำสั่งให้ผู้ครอบครองเอกสารแสดงหรือส่งเอกสารเหล่านั้นแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายบังคับใช้กฎหมายภายในระยะเวลาที่กำหนด

หรือให้ยกเลิกการตัดสินใจลงโทษนั้นโดยสิ้นเชิง ปัจจุบันมาตรา 147 ของพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรมกำหนดว่า การทบทวนการลงโทษทางการเงิน (Monetary Penalty) ดังกล่าวจะต้องดำเนินงานในลักษณะที่เป็นการวินิจฉัยเองเป็นการ “ส่วนตัว” (Personally) โดยรัฐมนตรี

พระราชบัญญัติฉบับนี้ แก้ไขเพิ่มเติมทั้งพระราชบัญญัติกิจการตำรวจและอาชญากรรม และพระราชบัญญัติการลงโทษและต่อต้านการฟอกเงิน ค.ศ. 2018

4) มาตรการลงโทษ (Sanctions Measures) Sanctions Act กำหนดกรอบทางกฎหมายสำหรับให้สหราชอาณาจักรออกมาตรการลงโทษ ปรับมาตรการลงโทษให้ทันสมัย และยกเลิกมาตรการเหล่านี้ ทั้งที่เป็นการดำเนินการโดยสหราชอาณาจักรเองโดยเอกเทศ และให้เป็นไปตามภาระผูกพันที่มีอยู่กับสหประชาชาติ Sanctions Act ให้อำนาจแก่รัฐมนตรีในการกำหนดข้อบังคับว่าด้วยมาตรการลงโทษโดยอาศัยเครื่องมือทางกฎหมาย และโดยอาศัยข้อบังคับเหล่านี้ บทบัญญัติเฉพาะต่าง ๆ สามารถจะใช้กับบุคคลที่เป็นหมายได้

บุคคลที่ถูกระบุตัวตน (Designated Persons) อาจจะเป็นตัวบุคคลหรือบริษัทหรือกิจการก็ได้ บุคคลอาจถูกระบุโดยสหราชอาณาจักรซึ่งดำเนินการโดยเอกเทศหรือเพื่อเป็นการดำเนินงานตามการระบุบุคคลโดยองค์การสหประชาชาติ

อำนาจในการกำหนดข้อบังคับใช้มาตรการลงโทษระบุไว้ในมาตรา 1 ของ Sanctions Act มาตรา 11 และ 12 ระบุบทบัญญัติซึ่งต้องผนวกไว้ในข้อบังคับ ซึ่งให้อำนาจในการระบุบุคคล (Designate) Sanctions Act ยังกำหนดกระบวนการรายงานและทบทวน รวมทั้งกระบวนการสำหรับให้บุคคลที่ถูกระบุตัวตนคัดค้านการถูกระบุตัวตนของตนดังกล่าว

### 3.2.3 พระราชบัญญัติความมั่นคงและการลงทุนแห่งชาติ ค.ศ. 2021 (National Security and Investment Act (NSI) 2021)

หน่วยงานที่กำกับดูแลการค้าและการลงทุนภายในของสหราชอาณาจักร คือ สำนักงานการค้าระหว่างประเทศ (Department for International Trade: DIT) โดยมีหน้าที่หลักในการพัฒนานโยบายทางการค้าและพิจารณาสัญญาทางการค้าระหว่างประเทศเพื่อช่วยให้ธุรกิจของประเทศสามารถแข่งขันในตลาดโลกได้ นอกจากนี้ DIT ยังต้องอำนวยความสะดวกให้กับนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศด้วย

การลงทุนของต่างชาติในสหราชอาณาจักรนั้นมีลักษณะที่ยืดหยุ่นและมีการควบคุมกำกับด้วยกฎหมายน้อยมาก กฎหมายอังกฤษจะปฏิบัติต่อการลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับธุรกิจของคนอังกฤษ กฎหมายไม่มีการจำกัดประเภทของกิจการสำหรับคนอังกฤษเท่านั้น บริษัทต่างชาติที่มีการตั้งบริษัทลูกในสหราชอาณาจักรไม่ถูกจำกัดในเรื่องสัดส่วนของผู้ถือหุ้นหรือกรรมการที่เป็นคนอังกฤษ แต่อย่าง

นัยกรรมการ 1 คนจะต้องเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ (ordinary residence) ในสหราชอาณาจักร แต่จะเป็นคนสัญชาติใดก็ได้ นอกจากนี้ ขั้นตอนการจัดตั้งและจัดการธุรกิจสามารถทำเสร็จสิ้นได้ภายใน 5 วัน โดยมีขั้นตอนหลัก<sup>155</sup> ได้แก่

- 1) ตรวจสอบชื่อบริษัท
- 2) จัดเตรียมหนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับบริษัท
- 3) จัดทะเบียนกับ Companies House
- 4) ติดต่อกับสรรพากร (HMRC) และจดทะเบียนภาษีมูลค่าเพิ่ม (VAT)
- 5) ติดต่อกับสรรพากรและจดทะเบียน Pay-As-You-Earn Tax (PAYE)
- 6) จัดการเกี่ยวกับประกันภัยสำหรับความรับผิดของนายจ้าง

จะเห็นได้ว่า การเข้ามาลงทุนในสหราชอาณาจักรเปิดกว้างสำหรับคนต่างด้าวอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สหราชอาณาจักรจะให้ความสำคัญกับการดำเนินธุรกิจบางประเภทที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและการลงทุนในประเทศ จึงเป็นที่มาของกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงและการลงทุนแห่งชาติ (NSI) โดยกฎหมายให้อำนาจรัฐบาลในการเข้าตรวจสอบและขัดขวางแทรกแซงกิจกรรมทางธุรกิจบางประเภทด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศ เช่น การควบรวมกิจการ โดยกฎหมายให้อำนาจกับ Investment Security Unit ในการสังเกตการณ์ ตรวจสอบ บันทึก เก็บรวบรวม และเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางธุรกิจที่ต้องมีการกำกับเป็นพิเศษ กล่าวคือ บริษัทจะต้องเปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจที่กฎหมายกำหนดให้แก่ Investment Security Unit ซึ่งมีทั้งการเปิดเผยแบบภาคบังคับและภาคสมัครใจ<sup>156</sup>

The National Security and Investment Act 2021 (Notifiable Acquisition) (Specification of Qualifying Entities) Regulations 2021 No. 1264 ซึ่งขณะนี้เป็นฉบับร่างได้กำหนดประเภทของธุรกิจที่จะเปิดเผยข้อมูลให้กับ Investment Security Unit ไว้ 17 ประเภท<sup>157</sup> ดังนี้

<sup>155</sup> Quinn Emanuel, **In Brief: Regulation of Inbound Foreign Investment in United Kingdom**, Retrieved May 20, 2024 from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ffd09b5-6748-4b38-af7d-6f9e37ee17f5>

<sup>156</sup> GOV.UK, **National Security and Investment Act 2021**, Retrieved May 20, 2024 <https://www.gov.uk/government/collections/national-security-and-investment-act>

<sup>157</sup> LEGISLATION.GOV.UK, **The National Security and Investment Act 2021**, Retrieved May 20, 2024 from <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2021/9780348226935/contents>

- 1) วัสดุขั้นสูง (Advanced Materials)
- 2) หุ่นยนต์ขั้นสูง (Advanced Robotics)
- 3) ปัญญาประดิษฐ์ (Artificial Intelligence)
- 4) นิวเคลียร์ที่เกี่ยวกับพลเมือง (Civil Nuclear)
- 5) การสื่อสาร (Communications)
- 6) ชิ้นส่วนระบบคอมพิวเตอร์ (Computing Hardware)
- 7) ผู้จัดหาวัสดุอุปกรณ์สำคัญแก่รัฐบาล (Critical Suppliers to Government)
- 8) การยืนยันตัวตนผ่านระบบคริปโตกราฟฟิก (Cryptographic Authentication)
- 9) ระบบโครงสร้างข้อมูล (Data Infrastructure)
- 10) การป้องกันประเทศ (Defence)
- 11) พลังงาน (Energy)
- 12) สินค้าที่เกี่ยวกับการทหารและพลเรือน (Military and Dual-Use)
- 13) เทคโนโลยีควอนตัม (Quantum Technologies)
- 14) เทคโนโลยีดาวเทียมและอวกาศ (Satellite and Space Technology)
- 15) ผู้จัดหาสินค้าด้านการบริการฉุกเฉิน (Suppliers to The Emergency Services)
- 16) ชีววิทยาสังเคราะห์ (Synthetic Biology)
- 17) การคมนาคมขนส่ง (Transport)

จะเห็นว่ากิจการทั้ง 17 ประเภทเป็นธุรกิจที่รัฐบาลอังกฤษมองว่าหากไม่มีการควบคุมกำกับเป็นพิเศษอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและการลงทุนของประเทศได้ อย่างไรก็ตาม กิจการที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ หรือการค้าที่ดินไม่อยู่ในประเภทที่ต้องมีการกำกับดูแลเป็นพิเศษดังกล่าว และถึงแม้ว่ากิจการเหล่านี้จะโดนจับตาเป็นพิเศษ แต่กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจ เนื่องจากรัฐบาลอังกฤษมีอำนาจที่จะควบคุมจัดการได้เต็มที่ในกรณีที่เห็นว่าเป็นอันตรายต่อความมั่นคงและการลงทุน

### 3.3 กฎหมายเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวของประเทศไทย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีภูมิศาสตร์ที่เป็นประตูสู่ใจกลางเอเชีย เป็นประเทศที่มีเส้นทางการค้าขายที่เชื่อมต่อติดกับหลาย ๆ ประเทศในอาเซียน และยังเป็นประเทศที่มีพรมแดนติดทะเลทั้งฝั่งอันดามัน และอ่าวไทย มีทัศนียภาพและภูมิที่ตั้งให้ดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาตินำเงินเข้ามาลงทุนเป็นอย่างมาก ผลตอบแทนที่ประเทศไทยได้รับจากการที่นักลงทุนเข้ามาลงทุน หรืออยู่อาศัย คือ เทคโนโลยี ภาษา การจ้างงาน ความรู้ กระแสเงินสด เป็นต้น การลงทุนของนักลงทุนต่างชาติใน

ประเทศไทยนั้น มีได้สองรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรง Foreign Direct Investment (FDI) หรือการลงทุนโดยอ้อม (Indirect Investment) แต่เมื่อเทียบขนาดเศรษฐกิจของประเทศไทยกับประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยยังมีขนาดเศรษฐกิจที่เล็กมาก หากไม่มีการควบคุมดูแลการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เศรษฐกิจในประเทศไทยก็อาจจะถูกผูกขาดจากชาวต่างชาติได้ เพราะหลาย ๆ ธุรกิจเป็นธุรกิจที่คนชาติไม่มีศักยภาพเพียงพอที่จะทำการแข่งขันกับนักลงทุนต่างชาติได้ การจัดระเบียบ และการออกกฎหมายภายในประเทศที่เกี่ยวกับการลงทุน หรือการทำงานของคนต่างชาติ หรือต่างด้าว จึงเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องคำนึงถึงความมั่นคงของประเทศ แต่อย่างไรก็ตาม ในทางสิทธิมนุษยชนหลักการในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ คือการรับรองสิทธิและอิสระเสรีของบุคคลในการประกอบธุรกิจและการทำงานไว้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 50

บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศการคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบ การประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

(รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้ในระหว่างที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ถูกประกาศใช้)

ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาหาผลประโยชน์เกินควร และเอารัดเอาเปรียบ โดยใช้อำนาจเงินความรู้ ความชำนาญ และความพร้อมที่เหนือกว่า รัฐบาลจึงต้องมีมาตรการการจำกัดเสรีภาพในการทำงาน และการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิในที่ดินแก่ชาวต่างชาติ โดยเฉพาะนักลงทุนต่างชาติ ดังต่อไปนี้

### 3.3.1 พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายหลักในการกำกับดูแลนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย โดยมีมาตรา 4 ที่กำหนดค่านิยามตามกฎหมายของ “คนต่างด้าว” ไว้ 4 ประการ ได้แก่

(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเนื่องจาก 1) มีบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือมีนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมด หรือการลงทุนซึ่งมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด (กรณีห้างหุ้นส่วน) หรือ 2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

ดังนั้น เมื่อผู้ที่เข้ามาประกอบธุรกิจเป็น “คนต่างด้าว” ตามที่มาตรา 4 กำหนด ก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายนี้กำหนด กล่าวคือ มาตรา 6 ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจใด ๆ ในประเทศไทย หากคนต่างด้าวนั้นเป็นผู้ที่ถูกเนรเทศหรือรอการเนรเทศ หรือเป็นผู้ที่เข้ามาในประเทศไทยโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองหรือกฎหมายอื่น ๆ ย่อมหมายถึง คนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจในประเทศไทยจะต้องได้รับอนุญาตก่อนเสมอ จึงจะสามารถพิจารณาเรื่องสิทธิอื่น ๆ ที่ตามมาได้ เช่น สิทธิในอสังหาริมทรัพย์

อย่างไรก็ตาม แม้คนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ แต่ไม่ได้หมายถึงกิจการทุกประเภท กฎหมายได้กำหนด Negative List เช่นเดียวกับเวียดนาม กล่าวคือ มาตรา 8(1) ได้ระบุการประกอบกิจการที่คนต่างด้าวห้ามทำไว้ในบัญชีหนึ่ง (ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ) ได้แก่ (1) กิจการหนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน (3) การเลี้ยงสัตว์ (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ (5) การประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (6) การสกัดสมุนไพรไทย (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร และ (9) การค้าที่ดิน

จะเห็นว่า ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยตรงตามบัญชีหนึ่ง คือ “การค้าที่ดิน” ซึ่งต่างชาติห้ามประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติต้องการเข้าประกอบธุรกิจนี้ โดยปกติจะต้องจดทะเบียนนิติบุคคลในประเทศไทยและถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมดเท่านั้น หากนักลงทุนถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป นิติบุคคลดังกล่าวจะถือเป็น “คนต่างด้าว” อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างชาติส่วนใหญ่ไม่ต้องการเสียอำนาจควบคุมนิติบุคคลไป บางครั้งจึงเลือกใช้วิธีการตั้งนอมินีที่เป็นคนไทยมาถือหุ้นแทน หรือตั้งโครงสร้างบริษัทที่มีความซับซ้อน เช่น การถือหุ้น

ไขว้ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วผู้ที่ได้รับประโยชน์ที่แท้จริงคือคนต่างชาติ ด้วยเหตุนี้ สิทธิการเช่าที่ดินจึงเป็นทางเลือกที่ได้รับความนิยมมากในการเข้าครอบครองที่ดินในประเทศไทย

นอกจากบัญชีหนึ่งซึ่งห้ามประกอบกิจการโดยต่างชาติอย่างสิ้นเชิงแล้ว กฎหมายยังได้กำหนด Negative List ในบัญชีอื่น ๆ ด้วย กล่าวคือ มาตรา 8(2) ได้กำหนดบัญชีสอง ซึ่งจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีก่อน จึงจะประกอบกิจการได้ แต่ในทางปฏิบัติยังขออนุญาตค่อนข้างยาก บัญชีสองแบ่งธุรกิจเป็น 3 หมวด ได้แก่

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือมั่นคงของประเทศ เช่น ธุรกิจเกี่ยวกับอาวุธปืน อาวุธยุทโธปกรณ์ ยานพาหนะทางทหาร และธุรกิจการขนส่งทางบก น้ำ หรืออากาศ

หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และทัศนกรรมพื้นบ้าน เช่น การค้าของเก่า การเลี้ยงไหม การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก การผลิตเครื่องทองเครื่องเงิน เป็นต้น

หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม เช่น การผลิตน้ำตาลจากอ้อย การทำนาเกลือ การทำเหมือง เป็นต้น

มาตรา 8(3) กำหนดธุรกิจตามบัญชีสาม โดยห้ามมิให้คนต่างชาติประกอบธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขัน เว้นแต่จะได้รับการอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ เช่น ธุรกิจโรงสีข้าว ทำประมง บัญชี กฎหมาย สถาปัตยกรรม วิศวกรรม การก่อสร้างยกเว้นที่เป็นการให้บริการพื้นฐานด้านสาธารณูปโภคหรือคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องจักร เทคโนโลยี หรือความชำนาญเป็นพิเศษ โดยบริษัทต่างชาติต้องมีทุนขั้นต่ำ 500 ล้านบาทขึ้นไป เป็นต้น การขออนุญาตตามบัญชีสามอาจจะยุ่งยากน้อยกว่าบัญชีสอง เพราะเป็นการขออนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

อย่างไรก็ตาม มาตรา 9 กำหนดว่า การปรับปรุงหรือแก้ไขประเภทธุรกิจตามบัญชีทำยนั้น ให้ทำเป็นพระราชกฤษฎีกา ยกเว้นแต่ธุรกิจตามบัญชีหนึ่งหรือตามบัญชีสอง หมวด 1 ธุรกิจเกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ โดยจะต้องทำเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งแน่นอนว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงย่อมต้องมีเหตุผลที่จำเป็นอย่างยิ่งและใช้เวลานาน

โดยปกติแล้วการทำธุรกิจใด ๆ ก็ตามย่อมเกี่ยวข้องกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ทางใดทางหนึ่ง เช่น ธุรกิจผลิตแบตเตอรี่ยานยนต์ไฟฟ้าก็จำเป็นต้องมีที่ตั้งโรงงาน ซึ่งแม้ว่านักลงทุนต่างชาติจะได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้ก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถซื้อที่ดินเพื่อตั้งโรงงานได้ ทำให้นักลงทุนต้องหาทางเลือกอื่น ๆ เช่น การขอสิทธิประโยชน์จากการลงทุน การใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ การตั้งโรงงานในนิคมอุตสาหกรรม หรือการเช่าที่ดินระยะยาวแทน เป็นต้น ดังนั้น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงไม่ใช่กฎหมายหลักที่กำหนดเรื่องสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ แต่ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวว่า ประเภทของธุรกิจใดบ้างที่ห้ามประกอบกิจการเลย หรือธุรกิจใดบ้างที่ต้องขออนุญาต

อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันมีชาวต่างชาตินำเงินมาลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดิน โดยเฉพาะที่ดินตามเมืองชายทะเล เพื่อสร้างบ้านพักตากอากาศสำหรับพักผ่อนในวันหยุด หรือในวัยเกษียณ หรือเพื่อเปิดให้นักท่องเที่ยวทั้งชาวไทยและต่างชาติเช่าอาศัย เหล่านี้ก็ย่อมถือได้ว่าเป็นการลงทุนอย่างหนึ่ง เพียงแต่รัฐบาลไม่ได้มองว่าเป็นการลงทุนนั่นเอง

ตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานให้ความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ไว้ว่าคือ “การงานประจำเกี่ยวกับอาชีพค้าขาย หรือกิจการอย่างอื่นที่สำคัญและไม่ใช่ว่าราชการ” แต่ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้ให้นิยามความหมายของคำว่า “ธุรกิจ” ไว้อย่างเฉพาะเจาะจงกว่าความหมายทั่วไป ดังตามมาตรา 4 “ธุรกิจ” หมายความว่า การประกอบกิจการในทางเกษตรกรรม อุตสาหกรรม หัตถกรรม พาณิชยกรรม การบริการ หรือกิจการอย่างอื่น อันเป็นการค้า กล่าวคือ นิยามของธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ “กิจการอันเป็นการค้า” แต่ “อันเป็นการค้า” กฎหมายก็ได้กำหนดนิยามไว้แต่อย่างใดว่า “อันเป็นการค้า” หรือ “ทางการค้า” แต่โดยทางกฎหมายได้ให้แนวทางในการพิจารณากิจการใดจะถือได้ว่าได้ทำเป็นการค้าหรือไม่นั้น ให้พิจารณาภาพรวมของการดำเนินธุรกิจนั้นในประเด็นของการแสวงหากำไร หรือรายได้จากการดำเนินกิจการ หรือการบริการนั้นเป็นไปในลักษณะอันเป็นการค้า ดังนั้น การลงทุนในลักษณะการเช่าที่ดินเพื่อสร้างบ้านพักตากอากาศหรือสำหรับผู้เกษียณอายุ จึงไม่ถือได้ว่าเป็นการประกอบธุรกิจตามกฎหมาย เห็นได้ว่าการมาซื้อบ้าน และที่ดินของชาวต่างชาติกลุ่มนี้ (เพื่ออยู่อาศัย) เป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (FDI) ที่ควรอนุญาตให้มีสิทธิพิเศษได้ ไม่ต้องห้ามหรือถูกจำกัด เฉกเช่นการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่ต้องห้าม ตาม พรบ. ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ บัญชีที่หนึ่ง (9) (การค้าที่ดิน) ซึ่งการมีกฎหมายตัวนี้ บทบัญญัติแบบนี้ นั้นจึงเป็นที่มาของนิติกรรมอำพราง หลบเลี่ยงกฎหมาย สุดท้ายแล้วรัฐไม่ได้อะไรจากการบัญญัติไว้แบบนี้เลย เป็นที่ทราบกันดีว่าเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ มีขึ้นเพื่อสงวนที่ดินไว้ ไม่ให้ต่างด้าวมีอำนาจเหนือคนชาติ ไม่ให้มีการครอบงำจากคนต่างด้าว ที่หากปล่อยให้คนต่างด้าวซื้อที่ดินไปหมด คนชาติจะไม่มีที่ดินอยู่อาศัย ซึ่งหากเป็นเรื่องของความมั่นคงของชาติ แล้วก็ไม่อาจมีเหตุผลหักล้างได้เลย เพียงแต่ต้องการให้รัฐรับเอาคนต่างด้าวกลุ่มนี้ ที่ประสงค์ซื้อบ้าน/ที่ดิน เพียงเพื่ออยู่อาศัยเองในวัยเกษียณ หรือเป็นบ้านหลังที่สองไว้พิจารณา และให้ทางเลือกแก่คนต่างด้าวกลุ่มนี้ในฐานะนักลงทุนต่างประเทศ และลด ความตึงเครียดในประเด็นเรื่องการค้าที่ดินตาม Negative List บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว บัญชีที่หนึ่ง (9) ออกไป แล้วอาจนำการให้สิทธิการเช่าที่ดิน ระยะเวลา 99 ปี ที่อาจแบ่งเป็น 50+49 หรืออย่างใดอย่างอื่น เฉกเช่นการให้สิทธิเช่าที่ดินตามพระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 มาพิจารณาบังคับใช้กับนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้เนื่องจากปัจจุบันสิทธิการเช่าที่ดินสำหรับนัก ลงทุนกลุ่มนี้สามารถทำได้ สูงสุดเพียงแค่ 30 ปี เท่านั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะ เห็นว่า กฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับ

สถานการณ์ปัจจุบัน ล้าหลังและไม่เปิด โอกาสให้คนต่างด้าวกลุ่มนี้ หรือนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้ ปฏิบัติตัวหรือทำให้ถูกกฎหมายของประเทศไทยได้เลย

### 3.3.2 พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522

กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองจะใช้บังคับกับคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา โดยมาตรา 4 ได้กำหนดคำนิยามของ “คนต่างด้าว” หมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และกฎหมายยังกำหนดประเภทของการเข้าเมืองว่ามี 2 ประเภท ได้แก่ การเข้าเมืองชั่วคราว และการมีถิ่นที่อยู่ การเข้าเมืองแบบชั่วคราวของคนต่างด้าวนั้น จะได้รับอนุญาตตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด โดยมาตรา 34 กำหนดวัตถุประสงค์ของการเข้ามาในราชอาณาจักรไว้ 15 ประเภท เช่น มาตรา 34(3) เพื่อการท่องเที่ยว มาตรา 34(4) เพื่อการเล่นกีฬา มาตรา 34(5) เพื่อธุรกิจ มาตรา 34(6) เพื่อการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง หรือมาตรา 34(7) เพื่อการลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น

เหตุผลที่กฎหมายกำหนดวัตถุประสงค์ของการเข้าเมืองที่แตกต่างกันเป็นไปเพื่อกำหนดระยะเวลาในการอยู่ในประเทศไทยที่แตกต่างกัน กล่าวคือ มาตรา 35 จะกำหนดระยะเวลาที่จะอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักรให้กำหนดดังนี้

- (1) ไม่เกินสามสิบวัน สำหรับกรณีตามมาตรา 34 (4) (8) และ (9)
- (2) ไม่เกินเก้าสิบวัน สำหรับกรณีตามมาตรา 34 (3)
- (3) ไม่เกินหนึ่งปี สำหรับกรณีตามมาตรา 34 (5) (10) (11) (12) (13) (14) และ (15)
- (4) ไม่เกินสองปี สำหรับกรณีตามมาตรา 34 (6)
- (5) ตามกำหนดระยะเวลาตามความจำเป็น สำหรับกรณีตามมาตรา 34 (1) และ (2)
- (6) ตามกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควรสำหรับกรณีตามมาตรา 34 (7)

ในกรณีที่คนต่างด้าวมียุติเหตุจำเป็นจะต้องอยู่ในราชอาณาจักรเกินระยะเวลาที่กำหนดใน (1) (2) (3) และ (4) ให้อธิบดีเป็นผู้พิจารณาอนุญาตให้อยู่ต่อไปได้ครั้งละไม่เกินหนึ่งปี และเมื่อได้อนุญาตแล้วให้รายงานต่อคณะกรรมการเพื่อทราบพร้อมด้วยเหตุผลภายในเจ็ดวันนับแต่วันอนุญาต

ในกรณีของการเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรนั้น มาตรา 40 จะกำหนดจำนวนคนต่างด้าวซึ่งจะมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเป็นรายปี แต่มิให้เกินประเทศละหนึ่ง 100 คนต่อปี และสำหรับคนไร้สัญชาติมิให้เกิน 50 คนต่อปี นอกจากนี้ มาตรา 41 กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งขอเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรโดยค้ำประกันถึงรายได้ สินทรัพย์ ความรู้ ความสามารถในด้านวิชาชีพ และฐานะในครอบครัวของคนต่างด้าวดังกล่าวกับบุคคลซึ่งมีสัญชาติไทย เงื่อนไขเกี่ยวกับ

ความมั่นคงของชาติ หรือเงื่อนไขอื่นตามความเหมาะสม เพื่อใช้เป็นหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร

การพิจารณาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของคนต่างด้าวในการขอเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยนั้น ปรากฏใน “ประกาศคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร” ประกาศ ณ วันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2546 โดยข้อ 2 ของประกาศฯ กำหนดประเภทการยื่นคำขอไว้ 5 ประเภท ได้แก่ (1) ประเภทเข้ามาเพื่อการลงทุน (2) ประเภทเข้าเพื่อทำงาน (3) ประเภทเข้ามาเพื่อเหตุผลทางมนุษยธรรม แบ่งเป็น 6 กรณี เช่น กรณีคู่สมรสผู้มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยเพื่อให้ความอุปการะ หรืออยู่ในความอุปการะของคู่สมรสผู้มีสัญชาติไทย หรือกรณีบุตรของมีถิ่นที่อยู่เพื่อให้ความอุปการะ หรืออยู่ในอุปการะของบิดาหรือมารดาผู้มีสัญชาติไทย เป็นต้น (4) ประเภทเข้ามาเป็นผู้เชี่ยวชาญ และ (5) ประเภทกรณีพิเศษเฉพาะราย

ข้อ 3 ของประกาศฯ กำหนดคุณสมบัติของการยื่นคำขอแต่ละประเภท ข้อ 3.1 คุณสมบัติของการยื่นคำขอประเภทเข้ามาเพื่อการลงทุนไว้ 2 ประการหลักคือ เงินลงทุน และประเภทของการลงทุน กล่าวคือ ข้อ 3.1.1 จะต้องนำเงินเข้ามาลงทุนจำนวนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาทพร้อมหลักฐานการโอนเงินจากต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย และข้อ 3.1.2 กำหนดว่าการลงทุนจะต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ (1) การลงทุนในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือ (2) การซื้อพันธบัตรรัฐบาลหรือรัฐวิสาหกิจพร้อมหลักฐานการเป็นเจ้าของ หรือ (3) การลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ เช่น การซื้อหุ้นสามัญ หุ้นกู้ หรือหน่วยลงทุนพร้อมหลักฐาน

### 3.3.3 ประมวลกฎหมายที่ดิน

ประมวลกฎหมายที่ดินเป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวจะปรากฏในหมวด 8 (ตั้งแต่มาตรา 86 ถึงมาตรา 96 ตรี) และการกำหนดสิทธิในที่ดินของนิติบุคคลต่างด้าวจะปรากฏในหมวด 9 (ตั้งแต่มาตรา 97 ถึงมาตรา 100)

การได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน สามารถทำได้โดยอาศัยบทสนธิสัญญาเท่านั้น ตามมาตรา 86 และมาตรา 87 ได้กำหนดจำนวนที่ดินที่ชาวต่างชาติสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ เช่น เพื่ออยู่อาศัย ครอบครองรั้วละไม่เกิน 1 ไร่ เพื่อพาณิชย์กรรม ไม่เกิน 1 ไร่ เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน 10 ไร่ เพื่อเกษตรกรรม ครอบครองรั้วละไม่เกิน 10 ไร่ เป็นต้น และหากคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ไม่ใช่ที่ดินนั้นต่อไป หรือใช้เพื่อกิจการอื่นโดยไม่ได้รับ

อนุญาตใหม่ จะต้องจำหน่ายที่ดินภายในระยะเวลาที่อธิบดีกำหนด หากพ้นระยะเวลา อธิบดีมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นตามมาตรา 90

อย่างไรก็ตาม มาตรา 96 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน อนุญาตให้ชาวต่างชาติที่นำเงินมาลงทุนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาทต่อปี เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และธุรกิจที่ลงทุนต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทย หรือเป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ สามารถที่จะยื่นขออนุญาตจากรัฐมนตรีเพื่อซื้อที่ดินสำหรับใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่

แม้ประมวลกฎหมายที่ดินจะเปิดช่องให้ชาวต่างชาติสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัตินั้น ยังมีข้อจำกัดหลายประการ และเอกสารหลักฐานที่จะใช้ยื่นขออนุญาตก็มีความยุ่งยากตามที่กำหนดไว้ใน “กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545” เช่น ข้อ 1 ของกฎกระทรวงฯ กำหนดว่า เงินทุนที่นำมาลงทุนจะต้องเข้าเงื่อนไขประเภทของธุรกิจ ดังนี้

- (1) เป็นการลงทุนเพื่อซื้อพันธบัตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจ หรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินหรือดอกเบี้ย
- (2) เป็นการลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
- (3) เป็นการลงทุนในหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือ
- (4) เป็นการลงทุนในกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ ซึ่งจะต้องนำเอกสารหลักฐานมาแสดงให้เห็นถึงธุรกิจหรือกิจการที่ลงทุนอย่างชัดเจน นอกจากนี้ เมื่อเข้าเงื่อนไขเกี่ยวกับประเภทของธุรกิจหรือกิจการที่ได้รับอนุญาตแล้ว ที่ดินที่จะได้มาจะต้องอยู่ในภายในกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา หรือเขตเทศบาล หรืออยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง และจะต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหารด้วย

ด้วยเหตุผลของเงื่อนไขที่เข้มงวดและขั้นตอนการขออนุญาตที่ยุ่งยาก ทำให้กระทรวงมหาดไทยได้ขอเสนอแก้ไขปรับปรุงกฎกระทรวงฯ ให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้นและสามารถดึงดูดชาวต่างชาติที่มีศักยภาพสูงเข้ามาลงทุนในประเทศไทย เพื่อช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจและการลงทุนที่ชะลอตัวอย่างรุนแรงอันเนื่องมาจากสถานการณ์แพร่ระบาดของโควิด-19 และภาวะเศรษฐกิจโลก

ตกต่ำ เช่น การลดเงื่อนไขของระยะเวลาการลงทุนจาก 5 ปี เป็น 3 ปี เป็นต้น<sup>158</sup> อย่างไรก็ตาม ร่างกฎกระทรวงฉบับดังกล่าวถูกโจมตีอย่างมากจากประชาชน ทำให้กระทรวงมหาดไทยตัดสินใจถอนร่างกฎกระทรวงเพื่อนำไปรับฟังความคิดเห็นและวิเคราะห์ผลกระทบ รวมถึงการศึกษาเพิ่มเติมอย่างถี่ถ้วนรอบคอบมากกว่านี้ โดยเฉพาะประโยชน์และผลเสียที่อาจเกิดขึ้นต่อเศรษฐกิจและสังคม ดังนั้นเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ยังคงบังคับใช้ตามกฎกระทรวงฯ พ.ศ. 2545 เช่นเดิมต่อไป<sup>159</sup>

### 3.3.4 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 อนุญาตให้ผู้ได้รับการส่งเสริมภายใต้พระราชบัญญัตินี้ สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมได้ตามจำนวนที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นเหมาะสม แม้ว่าจะเกินกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนด เช่น ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดจำนวนไม่เกิน 10 ไร่ สำหรับการใช้เพื่ออุตสาหกรรม แต่คณะกรรมการอาจกำหนดจำนวนเกินกว่า 10 ไร่ก็ได้ อย่างไรก็ตาม กรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมเลิกกิจการ หรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น จะต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์นั้นภายใน 1 ปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ จะเห็นว่า แม้กฎหมายจะเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างชาติที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ซึ่งกรรมสิทธิ์ย่อมถือว่าดีกว่าสิทธิการเช่า แต่ก็จำกัดให้เฉพาะนักลงทุนที่เป็นนิติบุคคลเท่านั้น ไม่อนุญาตให้นักลงทุนที่เป็นบุคคลธรรมดาถือกรรมสิทธิ์ได้ และยังมีเงื่อนไขในเรื่องของประเภทและวัตถุประสงค์ของกิจการด้วย กฎหมายเน้นที่การให้สิทธิประโยชน์ทางด้านภาษีเป็นสำคัญ และไม่ได้พูดถึงสิทธิการเช่าที่ดินไว้

### 3.3.5 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522

กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว นั้น ไม่ได้แตกต่างจากพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนมากนัก กล่าวคือ มาตรา 44 กำหนดว่า ผู้ประกอบอุตสาหกรรม อาจขออนุญาตถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมได้ ตามจำนวนที่ดินที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเห็นสมควร ซึ่งสามารถกำหนดเกินกว่าที่กฎหมาย

<sup>158</sup> Thaipublica, กรม. ดึงต่างชาติลงทุนไทย 40 ล้าน 3 ปี แลกถือครองที่ดิน 1 ไร่, ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://thaipublica.org/2022/10/attract-foreigners-invest-thailand/>

<sup>159</sup> รัฐบาลไทย, อนุเมติ มท. ถอนร่างกฎกระทรวงการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวตามมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจและการลงทุนโดยการดึงดูดคนต่างด้าวที่มีศักยภาพสูง, ค้นวันที่ 28 พฤศจิกายน 2565 จาก <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/61390>

อื่นกำหนดได้ เช่น เกินกว่าที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนดสิทธิการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ไว้ เพราะจุดมุ่งหมายหลักของกฎหมายเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลภายในนิคมอุตสาหกรรม เช่น การตั้งโรงงาน การจัดการด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น กล่าวอีกนัยคือ หากนักลงทุนต่างชาติต้องการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินภายใต้กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายนี้กำหนด แต่หากนักลงทุนต้องการยื่นขอสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมายอื่น เช่น กฎหมายที่ดิน (จะโดนจำกัดจำนวนที่ดินที่ถือกรรมสิทธิ์ได้) หรือกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (กำหนดประเภทของกิจการที่จะได้รับการส่งเสริม) ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้งหลายที่กฎหมายเหล่านั้นกำหนดไว้โดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น มีข้อจำกัดมาก จึงทำให้การเช่าเป็นทางเลือกที่มีความสำคัญกับนักลงทุนอย่างมาก

### 3.3.6 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์

กฎหมายหลักที่กำหนดเรื่องระยะเวลาของสัญญาเช่าทรัพย์ คือ มาตรา 537 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดว่า การเช่าทรัพย์จะต้องมีการกำหนดระยะเวลา จะให้เช่าทรัพย์ตลอดไปไม่ได้ และ มาตรา 540 กำหนดว่า ระยะเวลาของสัญญาเช่านั้น จะต้องไม่เกินกว่า 30 ปี หากในสัญญากำหนดระยะเวลาไว้เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ก็จะต้องลดลงมาเหลือ 30 ปีเท่านั้น และหากต้องการจะต่อสัญญาก็สามารถทำได้ แต่ต้องไม่เกิน 30 ปีเช่นกัน ซึ่งสัญญาเช่าทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้ บังคับใช้กับบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลทั้งที่มีสัญชาติไทยและต่างชาติ ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของสัญญาเช่าทรัพย์ เหตุผลที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ 30 ปี เนื่องจากกฎหมายมองว่าเป็นการเช่าเพื่ออยู่อาศัย มิได้เป็นการเช่าทรัพย์ที่เป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และเนื่องด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายกับสภาพสังคมในขณะนั้น ต้องระวังเรื่องการเข้ามามีสิทธิครอบครองในที่ดินของคนต่างด้าวมากเป็นพิเศษนับแต่มีการล่าอาณานิคม<sup>160</sup>

หากนักลงทุนต่างชาติต้องการเช่าที่ดินเพื่อสร้างโรงงานตามประมวลแพ่งและพาณิชย์นี้ ย่อมสามารถทำได้ และแม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้ขยายระยะเวลาของสัญญาเช่าที่ดินต่อไปได้อีก 30 ปี แต่ก็ไม่สามารถต่อสัญญาได้โดยอัตโนมัติ จำเป็นจะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลงก่อน และเจ้าพนักงานที่ดินยังอาจใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ต่อสัญญาได้เช่นกัน ในขณะที่กฎหมายของประเทศอื่น ๆ ในกลุ่มอาเซียนมีความยืดหยุ่นกว่ามาก เช่น สัญญาเช่าที่ดินฉบับแรกสามารถกำหนดระยะเวลาได้ถึง 50 ปี และยังมีชัดเจนในเรื่องของการต่อสัญญาด้วย<sup>161</sup> ในทางปฏิบัติ เมื่อมีการลงทุนเงินจำนวนมากเพื่อสร้างโรงงานหรือการลงทุนแบบ FDIs เป็นการลงทุนที่ไม่ได้เข้ามาเพียงชั่วคราว แต่มีแผนที่จะ

<sup>160</sup> กระทรวงเกษตรราธิการ, หนังสือลับเฉพาะที่ 446/2481 เรื่องคนต่างด้าวจับจองที่ดิน.

<sup>161</sup> Alexander Chipman Koty, *op. cit.*

ดำเนินกิจการในระยะยาวหรือตลอดไป นักลงทุนย่อมต้องการความแน่นอนในการประกอบธุรกิจ ทำให้ระยะเวลาของสัญญา 30 ปีอาจไม่เพียงพอ และไม่มีความแน่นอนว่าผู้ให้เช่าจะต่อสัญญาให้เสมอไป จึงทำให้นักลงทุนหาทางเลือกอื่น ๆ ที่จะมาประกันความเสี่ยงในเรื่องดังกล่าว

### 3.3.7 พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561

พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 มีวัตถุประสงค์หลักที่ต้องการให้มีการใช้ที่ดินในภาคตะวันออกเป็นไปอย่างเหมาะสมกับสภาพและศักยภาพของพื้นที่อย่างแท้จริงทั้งต่อการอยู่อาศัยและการประกอบกิจการ อีกทั้งเพื่อเป็นการส่งเสริมให้มีการประกอบธุรกิจการค้าที่มีการใช้เทคโนโลยีขั้นสูง ทันสมัย สร้างนวัตกรรม และเป็นมิตรต่อสิ่งแวดล้อมและการเกษตรกรรมดั้งเดิม โดยอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการเฉพาะในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก ซึ่งปัจจุบันมีพื้นที่อยู่ในจังหวัดฉะเชิงเทรา ชลบุรี และระยอง แต่อาจกำหนดเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกาได้อีก หากแต่ต้องเป็นพื้นที่ภายในเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกเท่านั้น

มาตรา 39 กำหนดเงื่อนไขของผู้ประกอบการที่จะขอสิทธิประโยชน์ในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษ จะต้องประกอบกิจการที่กฎหมายกำหนดเป็น “อุตสาหกรรมเป้าหมายพิเศษ” 10 ประเภท ได้แก่ (1) ยานยนต์สมัยใหม่ (2) อิเล็กทรอนิกส์อัจฉริยะ (3) การท่องเที่ยวกลุ่มรายได้ดีและการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (4) การเกษตรและเทคโนโลยีชีวภาพ (5) การแปรรูปอาหาร (6) หุ่นยนต์ (7) การบินและโลจิสติกส์ (8) เชื้อเพลิงชีวภาพและเคมีชีวภาพ (9) ดิจิทัล และ (10) การแพทย์และสุขภาพครบวงจร

มาตรา 48 กำหนดให้ผู้ประกอบการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษอาจได้รับสิทธิประโยชน์อย่างใดอย่างหนึ่ง หรือหลายอย่าง ดังนี้

- (1) สิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการหรือห้องชุดเพื่อประกอบกิจการหรือการอยู่อาศัย
- (2) สิทธิในการนำคนต่างด้าวเข้ามาและอยู่ในราชอาณาจักร
- (3) สิทธิในการที่จะได้รับยกเว้นหรือลดหย่อนภาษีอากร
- (4) สิทธิในการทำธุรกรรมทางการเงิน
- (5) สิทธิประโยชน์อื่นตามมาตรา 59 เช่น กรณีการอนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบวิชาชีพในเขตเศรษฐกิจพิเศษได้

ประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอยู่ในมาตรา 48(1) ว่าด้วยเรื่องการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน กล่าวคือ ผู้ประกอบการในเขตเศรษฐกิจพิเศษ ซึ่งเป็นนิติบุคคลและเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน มีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินภายในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง และยังมีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุด โดยได้รับการยกเว้นการจำกัดสิทธิ

ของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดตามมาตรา 49 วรรคสอง โดยจำนวนที่ดินหรือห้องชุดจะต้องไม่เกินที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่นักลงทุนต่างชาติที่ได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายนี้ ไม่ประกอบกิจการภายใน 3 ปี หรือหยุดประกอบกิจการในที่ดินดังกล่าว มาตรา 50 กำหนดให้ผู้ประกอบการจะต้องทำการจำหน่ายที่ดินภายใน 1 ปี นับแต่วันที่สำนักงานคณะกรรมการนโยบายเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออกแจ้งให้ทราบ

นอกจากการได้สิทธิเป็นเจ้าของที่ดินแล้ว มาตรา 52 ของกฎหมายฉบับนี้ ยังให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติเกี่ยวกับการเช่าที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ลักษณะพิเศษ ที่ยกเว้นไม่ต้องนำมาตรา 540 แห่งประมวลแพ่งและพาณิชย์ และมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับ กล่าวคือ นักลงทุนมีสิทธิเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ถึง 99 ปี โดยการเช่าที่ดินในระยะแรกอนุญาตให้มีระยะเวลาการเช่าไม่เกิน 50 ปี และในระยะที่สองสามารถต่ออายุการเช่าได้อีกไม่เกิน 49 ปี เมื่อรวมกัน 2 ระยะแล้วไม่เกิน 99 ปี

การให้สิทธิการเช่าที่ดินแก่คนต่างด้าวได้มากถึง 99 ปีนั้น เป็นผลมาจากการผลักดันการลงทุนขนาดใหญ่ใน “โครงการพัฒนาระเบียงเศรษฐกิจภาคตะวันออก” (Eastern Economic Corridor Development: EEC) ที่มีเจตนารมณ์เพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจให้คนต่างด้าวนำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และกฎหมายมองว่าเป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ อันถือเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่จะเป็นตัวนำนักลงทุนต่างด้าวเข้ามาพัฒนาและยกระดับคุณภาพชีวิต หรือระบบเศรษฐกิจในพื้นที่ และผลพวงถึงเศรษฐกิจของประเทศ จึงให้สิทธิพิเศษโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติขึ้นเพื่อเกิดผลบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

### 3.3.8 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

กฎหมายอีกฉบับหนึ่งที่ให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนทั้งในประเทศและจากต่างประเทศ คือพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ซึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการอำนวยความสะดวกและส่งเสริมการลงทุนเพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมบางประเภทที่ต้องมีการลงทุนในระยะยาว และต้องการความมั่นคงของสิทธิตามสัญญาเช่า โดยให้สิทธิการเช่าสามารถโอนสิทธิคดทอดทางมรดก ให้เช่าช่วง และใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้

มาตรา 3 ได้กำหนดคำนิยามของ “การเช่า” หมายความว่า “การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี” ในการต่อสัญญาเช่านั้น มาตรา 4 ให้คู่สัญญาตกลงกันต่อเพื่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้ แต่มีกำหนดไม่เกิน 50 ปี

ปี นับแต่วันที่ตกลงกันและต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ จะเห็นว่า เป็นระยะเวลาเช่าที่มากกว่า ระยะเวลาเช่า 30 ปี ตามที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ภายใต้พระราชบัญญัติดังกล่าว กลับไม่ได้รับความนิยมนักลงทุน จากสถิติพบว่าตั้งแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ มีจำนวนผู้ยื่นขอรับสิทธิเพียง 7 รายเท่านั้น เหตุผลประการหนึ่งเนื่องจากเงื่อนไขที่กำหนดค่อนข้างยุ่งยากและเป็นภาระต่อนักลงทุน<sup>162</sup>

กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ได้กำหนดเอกสารที่ต้องใช้สำหรับการขอจดทะเบียน ดังนี้ (1) แผนงานโครงการเกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม โดยอย่างน้อยต้องมีรายละเอียดเกี่ยวกับแผนการใช้ที่ดิน แหล่งที่มาและจำนวนของเงินทุน ระยะเวลาดำเนินการของกิจการ และรายละเอียดการจ้างแรงงาน (2) รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (3) หนังสือรับรองจากผังเมืองจังหวัดหรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยว่าที่ดินที่จะขอเช่าอยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม (4) หลักฐานการยื่นคำขอหรือการได้รับอนุญาตหรือได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐหรือองค์การของรัฐที่เกี่ยวข้อง และ (5) หลักฐานการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย หรือหลักฐานบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ หรือหลักฐานบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศในกรณีผู้จดทะเบียนเป็นคนต่างด้าว

นอกเหนือจากเงื่อนไขตามที่กำหนดข้างต้นแล้ว ในกรณีที่เป็นการเช่าที่ดินเพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่มีเนื้อที่มากกว่า 100 ไร่ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เพิ่มเติมตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2543) กล่าวคือ (1) เป็นการประกอบกิจการที่เพิ่มมูลค่าการส่งออกหรือสนับสนุนการจ้างแรงงานในประเทศ หรือ (2) เป็นการประกอบกิจการที่ยังไม่มีในประเทศไทย หรือมีแต่ไม่เพียงพอ หรือ (3) เป็นการประกอบกิจการที่มีกรรมวิธีการผลิตที่ทันสมัยหรือเป็นการพัฒนาด้านเทคโนโลยี หรือ (4) เป็นการประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงสุด หลักเกณฑ์ต่าง ๆ เหล่านี้เป็นข้อจำกัดอย่างยิ่งต่อการลงทุนไม่เพียงแต่นักลงทุนต่างด้าว แต่ยังเป็นอุปสรรคต่อนักลงทุนคนไทยอีกด้วย จึงทำให้กฎหมายฉบับนี้แทบไม่มีการนำมาใช้เลย

<sup>162</sup> วาซิณี ยศปัญญา, *เรื่องเดิม*, หน้า 139-160.

### 3.4 ตารางเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่าง ด้าวของประเทศเวียดนาม สหราชอาณาจักร และประเทศไทย

#### 3.4.1 ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการเข้าเมืองเพื่อการลงทุน

ตารางที่ 3.1 ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการเข้าเมืองเพื่อการลงทุน

ประเทศ	ค่านิยม
ประเทศไทย	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด ความหมายหลักของคนต่างด้าว คือ 1) บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย 2) นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย 3) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย แต่มีหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ถือโดย คนต่างด้าว
ประเทศเวียดนาม	Law on Investment No. 61/2020/QH14 ได้กำหนดความหมายของ “นักลงทุนต่างชาติ” หมายถึง บุคคลที่ถือสัญชาติต่างประเทศ หรือองค์กรที่ จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายต่างประเทศและดำเนินกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจ ในเวียดนาม “หน่วย/องค์กรทางธุรกิจที่ลงทุนโดยต่างชาติ” หมายถึง หน่วย/องค์กรซึ่งมี สมาชิกและผู้ถือหุ้นที่เป็นนักลงทุนต่างชาติ
สหราชอาณาจักร	ไม่มีค่านิยมตามกฎหมาย คนต่างด้าวได้รับสิทธิต่าง ๆ เหมือนกับคนอังกฤษ

#### 3.4.2 ประเด็นประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติต้องขออนุญาต

ตารางที่ 3.2 ประเด็นประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติต้องขออนุญาต

ประเทศ	ประเด็น
ประเทศไทย	พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นหลัก ทั่วไปที่กำหนดว่า “การค้าที่ดิน” (ตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง) เป็นกิจการ ต้องห้ามของคนต่างด้าว หมายถึง คนต่างด้าวไม่สามารถทำการซื้อขายที่ดิน

ประเทศ	ประเด็น
	หรือเป็นเจ้าของที่ดินได้ ส่วนบัญชีสองและสามไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับเรื่องสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์
ประเทศเวียดนาม	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Law on Investment No. 61/2020/QH14 กำหนดรายการของกิจการที่อยู่ในบัญชีต้องห้ามนั้น เป็นกิจการที่ผิดกฎหมายในตัวเอง เช่น ค้ายาเสพติด ค้าประเวณี หรือการค้ามนุษย์</li> <li>- ส่วนรายการบัญชีของประเภทกิจการที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข ปัจจุบันมีทั้งหมด 229 ประเภท ซึ่งหากเข้าตามประเภทใดประเภทหนึ่ง จะต้องมีการขออนุญาตจากรัฐในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาต (Permit/License) ประกาศนียบัตร (Certificate) หนังสือรับรอง (Credential) หรือการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Endorsement or Approval)</li> <li>- ในรายการ 229 ประเภทกิจการนั้น ไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับการซื้อขายที่ดินเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มีการกำหนดว่ากิจการเกี่ยวกับการประมูลที่ดิน (property auction) จะต้องมีการขออนุญาต</li> <li>- กฎหมายใช้บังคับกับทั้งนักลงทุนในประเทศและต่างชาติ</li> <li>- เงื่อนไขที่ใช้ควบคุมนักลงทุนต่างชาติจะเกี่ยวกับการกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างชาติร้อยละ 50 ในขณะที่ของประเทศไทยกำหนดที่ร้อยละ 49 และเน้นการป้องกันการใช้นอมนิ หรือธุรกรรมปลอมต่าง ๆ</li> </ul>
สหราชอาณาจักร	คนต่างด้าวสามารถซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักร เช่นเดียวกับคนอังกฤษ ไม่มีข้อจำกัดใด ๆ

### 3.4.3 ประเด็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

ตารางที่ 3.3 ประเด็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

ประเทศ	ประเด็น
ประเทศไทย	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>ประมวลกฎหมายที่ดิน</u>อนุญาตให้ต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ในกรณีอยู่ภายใต้สนธิสัญญา และลงทุนขั้นต่ำ 40 ล้านบาท เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และต้องเป็นกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคม หรือกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ แต่จำนวนที่ดินจะจำกัด เช่น ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออุตสาหกรรมได้ไม่เกิน 10 ไร่</li> </ul>

ประเทศ	ประเด็น
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 อนุญาตให้ต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ และคณะกรรมการฯ สามารถกำหนดจำนวนที่ดินได้ตามที่เห็นเหมาะสมแม้จะเกินกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนด แต่จะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายระบุไว้ เช่น รายละเอียดของประเภทกิจการ</li> <li>- พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 อนุญาตให้ต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ และคณะกรรมการฯ สามารถกำหนดจำนวนที่ดินได้ตามที่เห็นเหมาะสมแม้จะเกินกว่าที่กฎหมายอื่นกำหนด แต่จะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายระบุไว้ เช่น ใบอนุญาตโรงงาน การจัดการด้านสิ่งแวดล้อม</li> <li>- พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 ผู้ประกอบกิจการซึ่งเป็นนิติบุคคลและเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน มีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินและห้องชุดภายในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษได้ โดยได้ยกเว้นการจำกัดสิทธิของจำนวนตามประมวลกฎหมายที่ดิน และกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด แต่ต้องไม่เกินที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย</li> </ul>
ประเทศเวียดนาม	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Land Use Right Certificate (LURC) เทียบเคียงได้กับเอกสารสิทธิในที่ดินประเภทกรรมสิทธิ์ แต่หากนำที่ดินไปใช้ผิดกฎหมาย รัฐสามารถเพิกถอนสิทธิในที่ดินนั้นได้</li> <li>- นักลงทุนต่างชาติก็สามารถได้รับสิทธิตาม LURC ได้ แต่จะแตกต่างจากคนเวียดนามคือ คนเวียดนามจะมีสิทธิใช้ที่ดินได้ตลอดไป ในขณะที่ชาวต่างชาติจะมีกำหนดระยะเวลา 50 ปี และขอขยายได้ถึง 70 ปี</li> </ul>
สหราชอาณาจักร	<ul style="list-style-type: none"> <li>- ชาวต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ (Freehold Property)</li> </ul>

### 3.4.4 ประเด็นการเช่าที่ดินของคนต่างชาติ

ตารางที่ 3.4 ประเด็นการเช่าที่ดินของคนต่างชาติ

ประเทศ	ประเด็น
ประเทศไทย	<ul style="list-style-type: none"> <li>- <u>ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์</u> กำหนดให้มีระยะเวลาของสัญญาเช่าได้ไม่เกิน 30 ปี หากจะต่อสัญญาก็ต้องไม่เกิน 30 ปี</li> <li>- <u>พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561</u> กำหนดให้นักลงทุนต่างชาติมีสิทธิเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ถึง 99 ปี โดยการเช่าที่ดินในระยะแรกไม่เกิน 50 ปี และในระยะที่สองสามารถต่ออายุการเช่าได้อีกไม่เกิน 49 ปี เมื่อรวมกัน 2 ระยะแล้วไม่เกิน 99 ปี</li> <li>- <u>พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542</u> กำหนดว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมสามารถกำหนดระยะเวลาเช่าไว้เกิน 30 ปีได้ แต่ต้องไม่เกิน 50 ปี การต่อสัญญาเช่ามีกำหนดไม่เกิน 50 ปี</li> </ul>
ประเทศเวียดนาม	<p>Housing Law No. 65/2014/QH13</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าเป็นรายปี</li> <li>- การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าที่ครอบคลุมระยะเวลาเช่าทั้งหมด</li> <li>- การเช่าที่ดินระยะเวลา 70 ปี โดยจะมีการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติออกไปอีก 70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าทั้งหมดครอบคลุมระยะเวลาเช่า การเช่าลักษณะนี้จะใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยเท่านั้น</li> <li>- ค่าเช่าที่ดินมักจะใช้อัตราที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้กำหนด หากมีการกำหนดค่าเช่าที่ต่ำกว่าราคาตลาดมากเกินไป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ดุลยพินิจในการปรับราคาเช่าที่เหมาะสมได้</li> </ul> <p>วิธีการเช่าที่ดิน</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>(1) การเช่าโดยตรงกับรัฐ โดยจ่ายค่าเช่ารายปีหรือจ่ายค่าเช่าทั้งหมดตลาดระยะเวลาเช่า โครงการที่ได้รับอนุญาตมักเกี่ยวกับการสร้างบ้านพักอาศัยหรือสาธารณูปโภคต่าง ๆ</li> <li>(2) ได้รับสิทธิการใช้ที่ดินจากการถ่ายโอนโครงการลงทุน (project transfer) ซึ่งได้รับอนุญาตให้พัฒนาที่ดิน</li> </ol>

ประเทศ	ประเด็น
	(3) การเช่าที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรม เขตพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูง หรือเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น และ (4) โดยการจัดตั้งบริษัทกิจการร่วมค้า (joint venture company) กับบริษัทเวียดนาม
สหราชอาณาจักร	- คนต่างด้าวสามารถเช่าที่ดินระยะยาวได้เช่นเดียวกับคนอังกฤษ (Leasehold) ระยะเวลาเช่ามีตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือ 999 ปี

### 3.4.5 ประเด็นการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าว

ตารางที่ 3.5 ประเด็นการป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าว

ประเทศ	ประเด็น
ประเทศไทย	- มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.2542 กำหนดเป็นความผิดและมีโทษทางอาญาทั้งผู้ถือหุ้นแทนและบริษัทที่ให้นอมินีถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ - ยังไม่มีแนวทางในการตรวจสอบผู้ที่เป็นนอมินีอย่างชัดเจน
ประเทศเวียดนาม	- ยังไม่มีแนวทางที่ชัดเจน แต่โดยหลักรัฐบาลเวียดนามมีอำนาจอย่างกว้างขวางที่จะเข้าดำเนินการหรือยุติการประกอบธุรกิจได้
สหราชอาณาจักร	Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022 - นิติบุคคลต่างชาติ (Overseas Entities) ที่ซื้อที่ดินในสหราชอาณาจักร จะต้องจดทะเบียนเพื่อเปิดเผยข้อมูลให้กับ Companies House เพื่อระบุตัวตนของผู้มีอำนาจควบคุมนิติบุคคลที่แท้จริง หรือผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง เพื่อป้องกันการฟอกเงิน ข้อมูลที่เปิดเผยนี้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้ - มีการให้อำนาจรัฐในการออกคำสั่งเพื่อตรวจสอบความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (Unexplained Wealth Order) - มีการกำหนดบทลงโทษทางอาญา National Security and Investment Act 2021 - มีการให้อำนาจรัฐบาลในการควบคุมและแทรกแซงประเภทของกิจกรรมทางธุรกิจที่อาจกระทบต่อความมั่นคงและการลงทุนของประเทศ

ประเทศ	ประเด็น
	<ul style="list-style-type: none"> <li>- กิจกรรมทางธุรกิจที่อยู่ในการจับตาเป็นพิเศษมี 17 ประเภท เช่น ธุรกิจเกี่ยวกับนิวเคลียร์ พลังงาน คริปโตกราฟฟิก หุ่นยนต์ ปัญญาประดิษฐ์ เป็นต้น โดยจะต้องมีการส่งข้อมูล โดยเฉพาะกรณีที่มีการควบรวมกิจการ ให้กับ Investment Security Unit</li> <li>- การเปิดเผยข้อมูลมีทั้งลักษณะภาคบังคับและสมัครใจ</li> </ul>



## บทที่ 4

### บทวิเคราะห์เรื่องการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ของคนต่างชาติ ในประเทศไทย

ประเทศกำลังพัฒนาส่วนใหญ่รวมถึงประเทศไทยมีการพึ่งพาเงินลงทุนจากต่างประเทศซึ่งเป็นแหล่งรายได้สำคัญประการหนึ่งของประเทศ เนื่องจากการลงทุนจากต่างประเทศจะช่วยให้เกิดการส่งต่อเทคโนโลยีระหว่างกัน ส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศผ่านการเข้าสู่ตลาดต่างประเทศ การจ้างงาน และยังเป็นเครื่องมือสำคัญในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ การลงทุนจากต่างประเทศส่วนใหญ่มาจากกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว ซึ่งต้องการแสวงหาแหล่งผลิตสินค้าและบริการที่สามารถลดต้นทุนและค่าใช้จ่าย เช่น ค่าแรงงาน รวมถึงการได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ โดยเฉพาะสิทธิประโยชน์ทางภาษี และสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ เพราะการลงทุนที่จะต้องมีการใช้เนื้อที่ปริมาณมากหรือการสร้างโรงงานขนาดใหญ่ในประเทศพัฒนาแล้วจะมีค่าใช้จ่ายที่สูงมาก รวมถึงอัตราภาษีที่โดยปกติจะสูงกว่าประเทศกำลังพัฒนา จึงนำไปสู่การแสวงหาแหล่งการลงทุนในต่างประเทศ เพราะทั้งประเทศกำลังพัฒนาและประเทศพัฒนาแล้วต่างก็ได้รับผลประโยชน์ร่วมกัน

อย่างไรก็ตาม การเข้าแย่งชิงที่ดินของนักลงทุนต่างชาติในประเทศกำลังพัฒนานี้ อาจก่อให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันในแง่ของอำนาจต่อรอง เพราะบางครั้งประเทศกำลังพัฒนาไม่ได้มีทางเลือกมากนักระหว่างการสร้างรายได้ให้กับประเทศจากนักลงทุนเพื่อแลกเปลี่ยนกับการต้องยอมให้ต่างชาติเข้าครอบครองที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในระยะยาว ดังนั้น จึงทำให้ประเทศที่ได้รับผลกระทบอย่างมากมักเป็นประเทศที่ยากจน มีค่าครองชีพและค่าแรงต่ำ รวมถึงโครงสร้างกฎหมายและระบบการกำกับดูแลที่ยังไม่มีประสิทธิภาพดีพอที่จะรองรับการเข้ามาของนักลงทุนต่างชาติ ตามที่กล่าวแล้วในบทที่ 1 ประเทศที่ได้รับผลกระทบทางลบจากการเข้ามาครอบครองที่ดินของนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก ได้แก่ อันโกลา เอธิโอเปีย อินโดนีเซีย กัมพูชา เคนยา ลาว และฟิลิปปินส์ ซึ่งมีถึง 4 ประเทศที่อยู่ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้เช่นเดียวกับประเทศไทย

ประเทศกำลังพัฒนาที่ต้องพึ่งพาเงินลงทุนจากต่างประเทศจึงจำเป็นต้องมีมาตรการที่หลากหลายเกี่ยวกับการลงทุนที่ต้องมีการใช้ประโยชน์ในที่ดินของประเทศตน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการทางกฎหมาย โดยมาตรการดังกล่าวควรจะต้องมุ่งเน้นการส่งเสริมการลงทุนอย่างยั่งยืน

กล่าวคือ จะต้องสามารถสร้างสมดุลระหว่างการสร้างรายได้ให้กับประเทศและการคุ้มครองสิทธิในที่ดินที่จะต้องไม่กระทบกับความมั่นคงของประเทศด้วย

ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีภูมิศาสตร์ที่เป็นประตูสู่ใจกลางเอเชีย เป็นประเทศที่มีเส้นทางการค้าขายที่เชื่อมต่อติดกับหลาย ๆ ประเทศในอาเซียน และยังเป็นประเทศที่มีพรมแดนติดทะเลทั้งฝั่งอันดามัน และอ่าวไทย มีทัศนียภาพและภูมิที่ตั้งให้ดึงดูดนักลงทุนจากต่างชาตินำเงินเข้ามาลงทุนเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ Foreign Direct Investment (FDI) หรือการลงทุนโดยอ้อม (Indirect Investment) แต่เมื่อเทียบขนาดเศรษฐกิจของประเทศไทยกับประเทศที่พัฒนาแล้ว ประเทศไทยยังมีขนาดเศรษฐกิจที่เล็กมาก หากไม่มีการควบคุมดูแลการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติ เศรษฐกิจในประเทศไทยก็อาจจะถูกผูกขาดจากชาวต่างชาติได้ ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันคนต่างด้าวเข้ามาหาผลประโยชน์เกินควร และเอาไรต์เอาเปรียบโดยใช้อำนาจเงินความรู้ ความชำนาญ และความพร้อมที่เหนือกว่า รัฐบาลจึงต้องมีมาตรการการจำกัดเสรีภาพในการทำงาน และการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว จึงมีกฎหมายที่กำกับ ควบคุมดูแลเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายในประเทศไทย คือ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการกำกับดูแลการประกอบกิจการของคนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติในประเทศไทย

หากแต่กฎหมายดังกล่าวได้กำหนดประเภทกิจการต้องห้ามที่คนต่างด้าวไม่สามารถประกอบกิจการได้โดยเด็ดขาด เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง (Negative list) ตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติฯ และได้กำหนดประเภทกิจการต้องห้ามที่คนต่างด้าวไม่สามารถประกอบกิจการได้เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีฯ หรืออธิบดีฯ (Negative & Positive list) ตามบัญชีสองและสามท้ายพระราชบัญญัติฯ

จากการศึกษาพบว่า ตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดประเภทกิจการต้องห้าม การค้าที่ดิน ไร่ใน (9) ด้วยเหตุผลทางความมั่นคงของประเทศอันมีอาจก้าวล่วงได้ เช่นนี้แล้ว สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติว่าด้วยสิทธิการเช่าเพื่อที่อยู่อาศัย จึงเป็นประเด็นในการศึกษาวิจัย เพื่อให้เกิดมาตรการ หรือการปรับกฎหมายให้สอดคล้องต่อสถานการณ์ของประเทศในปัจจุบัน เนื่องจากสิทธิการเช่าที่ดินระยะยาวของประเทศไทย กำหนดให้เพียงแค่ 30 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาที่น้อยมากหากเปรียบเทียบกับประเทศอื่นในกลุ่มประเทศอาเซียน หรือยุโรป ซึ่งเป็นสิ่งที่นักลงทุนต่างชาติมองว่าเป็นอุปสรรคสำคัญต่อการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ไม่คุ้มค่าต่อการลงทุนระยะยาว ถึงแม้ว่ากฎหมายไทยจะอนุญาตให้มีการต่อสัญญาเช่าได้อีก 30 ปีก็ตาม แต่เจ้าพนักงานที่ดินสามารถใช้ดุลยพินิจไม่อนุญาตได้เช่นกัน จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนได้ นอกจากนี้ หากต้องการต่อสัญญาจะต้องรอนกว่าสัญญาเช่าเดิมสิ้นสุดลงก่อน และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ยังสามารถปฏิเสธการต่อสัญญาได้เช่นกัน

และในกรณีผู้ให้เช่าเสียชีวิตก่อนการต่อสัญญา ทายาทไม่จำเป็นต้องผูกพันและขยายระยะเวลาเช่าให้กับผู้เช่าอีก 30 ปีก็ยอมได้ ด้วยข้อจำกัดเรื่องระยะเวลาเช่าที่ค่อนข้างสั้น และความไม่แน่นอนในเรื่องการขยายระยะเวลาเช่านั้น ทำให้นักลงทุนต่างชาติเลือกที่จะไปลงทุนในประเทศเพื่อนบ้านที่กฎหมายอำนวยความสะดวกมากกว่า

อีกทั้งตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และกฎหมายเกี่ยวกับการลงทุนที่เกี่ยวข้อง ยังได้นิยามความหมายของคำว่าคนต่างด้าวไว้แต่เพียงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลเท่านั้น ซึ่งทำให้เข้าใจได้ว่า คนต่างด้าว ตามกฎหมายนั้นหมายถึงคนต่างด้าวทุกคน ซึ่งโดยหลักแล้วกฎหมายห้ามบุคคลที่เป็นคนต่างด้าวประกอบธุรกิจตามบัญชีต้องห้ามทั้งสามบัญชี เว้นแต่เป็นบุคคลต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายอื่น ซึ่งคนต่างด้าวที่เข้ามาเพื่อลงทุนในที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัยกลุ่มนี้ไม่มีข้อยกเว้น ดังนั้นการยกระดับคนต่างด้าวกลุ่มนี้ให้มียามความหมายว่าเป็นนักลงทุนประเภทหนึ่ง (ประเภทเพื่ออยู่อาศัย) จึงมีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่ง หากรัฐจะออกกฎหมาย หรือมาตรการใดมาตรการหนึ่งมากำกับ ควบคุมดูแล คนต่างด้าวกลุ่มดังกล่าวนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนทั้งในการส่งเสริม การให้สิทธิพิเศษ การจัดเก็บภาษี หรือการลงโทษใดๆ เฉกเช่นเดียวกันกับ การนิยามความหมายคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนว่าเป็น “ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน” หรือตามพระราชบัญญัติเขตพัฒนาเศรษฐกิจภาคตะวันออก ที่นิยามคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตว่าเป็น “ผู้ประกอบการกิจการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษ” เป็นต้น

ดังนั้น ในบทที่ 4 นี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์ประเด็นทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยของนักลงทุนต่างชาติ ได้แก่ คำนิยามของคนต่างด้าว ประเภทของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์หรือที่ดินระยะยาวของคนต่างด้าว การป้องกันการกระทำผิดของคนต่างด้าวเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ และมาตรการการลงโทษ โดยจะวิเคราะห์เปรียบเทียบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนามและสหราชอาณาจักร เพื่อที่จะหาแนวทางการพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยอย่างเหมาะสมต่อไป

#### 4.1 ประเด็นคำนิยามของคนต่างด้าวและการควบคุมการเข้าเมือง

การกำหนดความเป็น “คนต่างด้าว” เป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของประเทศ และเป็นกระบวนการเริ่มแรกในการจำแนกบุคคลภายใต้บังคับประเทศตนกับบุคคลภายใต้บังคับประเทศอื่น หรือเป็นเครื่องมือที่จะกำหนดสิทธิให้ความเป็น “คนต่างด้าว” เข้าถึงสิทธิบางสิทธิเทียบเท่ากับคนในประเทศได้ แต่สิทธิบางอย่างจะยังคงถูกจำกัดไว้ เช่น สิทธิในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน การกำหนดความ

เป็นคนต่างด้าวมิได้มีภูมิลำเนาที่ตายตัว โดยแต่ละประเทศจะมีการเปลี่ยนแปลงกฎหมายข้อกำหนดตามเงื่อนไขของสังคมและเศรษฐกิจภายในประเทศในแต่ละช่วงเวลา การกำหนดความเป็นคนต่างด้าวนั้น จะมีสองรูปแบบหลักคือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล

การกำกับดูแลเรื่องการลงทุนในประเทศนั้น เงื่อนไขแรกที่จะต้องพิจารณาคือ ผู้ที่จะมาลงทุนเพื่อได้รับสิทธิประโยชน์บางอย่างในฐานะนักลงทุนนั้น มีสถานะทางกฎหมายเป็นเช่นไร กล่าวคือ เป็นนักลงทุนสัญชาติไทย หรือเป็นนักลงทุนต่างด้าว กฎหมายภายในประเทศของประเทศผู้รับการลงทุนจึงเป็นกฎหมายหลักที่ต้องนำมาใช้กำกับดูแลการลงทุนจากต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการอนุญาตให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศ การให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติ การจัดเก็บภาษีอากร กฎหมายที่ดิน รวมถึงกฎหมายที่มากำกับดูแลผลกระทบจากการลงทุน เช่น กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายสาธารณสุข กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดค่านิยามตามกฎหมายของ “คนต่างด้าว” ไว้ 4 ประการ ได้แก่

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย แต่ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวเนื่องจาก 1) มีบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย หรือมีนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย ถือหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมด หรือการลงทุนซึ่งมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด (กรณีห้างหุ้นส่วน) หรือ 2) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (4) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นตั้งแต่กึ่งหนึ่งถือโดยบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) (2) หรือ (3) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

กฎหมายไทยประเภทของคนต่างด้าวไว้ 2 ประเภทคือ บุคคลธรรมดาซึ่งจะเกณฑ์สัญชาติเป็นสำคัญ และนิติบุคคลจะใช้เกณฑ์สัดส่วนของผู้ถือหุ้น ดังนั้น เมื่อผู้ที่เข้ามาประกอบธุรกิจเป็น “คนต่างด้าว” ตามที่มาตรา 4 กำหนด ก็ต้องปฏิบัติตามที่กฎหมายนี้กำหนด กล่าวคือ มาตรา 6 ห้ามมิให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจใด ๆ ในประเทศไทย หากคนต่างด้าวต้องการจะประกอบธุรกิจในประเทศไทย จะต้องได้รับอนุญาตก่อนเสมอ โดยจะต้องพิจารณาจากประเภทของกิจการที่จะดำเนินการให้ประเทศไทยว่าอยู่ในกิจการต้องห้ามหรือไม่

เหตุผลที่ผู้เขียนต้องการวิเคราะห์ค่านิยามของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากมาตรา 4 กำหนดค่านิยามของคนต่างด้าวไว้ แต่ไม่ได้กำหนดสถานะของคนต่างด้าวนั้นว่าเป็นนักลงทุนหรือไม่ เพราะสถานะของนักลงทุนตามกฎหมายจะกำหนดไว้ใน

กฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เมื่อพิจารณาสมมติฐานในบทที่ 1 ซึ่งต้องการหาแนวทางการส่งเสริมการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัยระยะยาวสำหรับคนต่างด้าว จะพิจารณาในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นผู้ต้องการเข้ามาลงทุนในธุรกิจดังกล่าวในประเทศไทยเท่านั้น

หากคนต่างด้าวเป็นบุคคลธรรมดา กฎหมายฉบับแรกที่จะต้องพิจารณาคือ กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 กำหนดว่า “คนต่างด้าวหมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย” นอกจากนี้ การเข้าเมืองมี 2 ประเภท ได้แก่ การเข้าเมืองเป็นการชั่วคราวตามมาตรา 34 และการมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยตามมาตรา 41 คนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาสามารถเข้ามาในประเทศไทยเป็นการชั่วคราวด้วยวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน มาตรา 34(6) คนต่างด้าวสามารถเข้ามาด้วยการลงทุนที่ได้รับความเห็นชอบจากกระทรวงทบวงกรมที่เกี่ยวข้อง โดยจะสามารถอยู่ในประเทศไทยได้ไม่เกิน 2 ปีตามที่กำหนดในมาตรา 35(4) หรือ หากเข้ามาในประเทศไทยเพื่อการลงทุนหรือการอื่นที่เกี่ยวกับการลงทุนภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามมาตรา 34(7) ก็จะสามารถอยู่ได้ตามกำหนดระยะเวลาที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควรตามมาตรา 35(6) การขออนุญาตเข้าเมืองเป็นการชั่วคราว แม้จะเป็นไปเพื่อการลงทุน ก็อาจยังไม่ตรงกับความต้องการของคนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาพักอาศัยระยะยาว และยังต้องพิจารณาประเภทของการลงทุนอีกด้วย

หากคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาต้องการมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย มาตรา 41 กำหนดให้มีหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของคนต่างด้าวซึ่งขอเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรโดยคำนึงถึงรายได้ สิทธิพล ทรัพย์สิน ความรู้ ความสามารถในด้านวิชาชีพ และฐานะในครอบครัวของคนต่างด้าวดังกล่าวกับบุคคลที่มีสัญชาติไทย เงื่อนไขเกี่ยวกับความมั่นคงของชาติ หรือเงื่อนไขอื่นตามความเหมาะสม กล่าวคือ ข้อ 2 ของประกาศคณะกรรมการพิจารณาคนเข้าเมือง เรื่องหลักเกณฑ์และเงื่อนไขประกอบการพิจารณาอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร ได้กำหนดประเภทของการยื่นคำขอ โดยข้อ 2.1 เป็นประเภทเข้ามาเพื่อการลงทุน และข้อ 3 (3.1) ได้กำหนดคุณสมบัติของการยื่นคำขอประเภทเข้ามาเพื่อการลงทุน ดังนี้

(1) ต้องมีเงินลงทุนไม่น้อยกว่า 10 ล้านบาท พร้อมหลักฐานการโอนเงินจากต่างประเทศ หากพิจารณาเงื่อนไข อสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัยในราคาตั้งแต่ 10 ล้านบาทขึ้นไป เป็นราคาปกติทั่วไปสำหรับบ้านพักอาศัยในจังหวัดชายทะเล หรือในจังหวัดที่มีคนต่างด้าวอยู่จำนวนมาก เช่น เชียงใหม่

(2) การลงทุนจะต้องเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศตามที่กฎหมายกำหนดอย่างน้อยหนึ่งประการ ได้แก่ การลงทุนในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด หรือ การซื้อพันธบัตรรัฐบาล หรือพันธบัตรรัฐวิสาหกิจ หรือการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์ เช่น หุ้นสามัญ หุ้นกู้ หรือหน่วยลงทุน จะ

เห็นว่า เงื่อนไขดังกล่าวมีข้อจำกัดประเภทของการลงทุนอย่างมาก ซึ่งคนต่างด้าวไม่สามารถที่จะลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัยโดยตรงได้

จากข้อจำกัดของกฎหมายดังกล่าว จึงทำให้คนต่างด้าวบุคคลธรรมดา มักเลือกที่จะเลี่ยงกฎหมายว่าการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยจัดตั้งนิติบุคคลสัญชาติไทย และให้มีนอมินีคนไทย ถือหุ้นในสัดส่วนไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 มีทุนจดทะเบียนไม่ต่ำกว่า 10 ล้านบาท เพื่อให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาในประเทศไทยในฐานะนักลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง และให้นิติบุคคลดังกล่าว เข้าซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา และหลายครั้งที่นิติบุคคลที่ตั้งขึ้น โดยนอมินีไม่ได้มีการประกอบกิจการที่แท้จริง ดังนั้น กฎหมายคนเข้าเมืองจึงควรทบทวนข้อจำกัดในเรื่องคุณสมบัติของนักลงทุนเพื่อเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาพักอาศัยระยะยาวในฐานะนักลงทุนประเภทหนึ่ง เพื่อป้องกันปัญหาการใช้นอมินี โดยควรจะต้องเพิ่มมาตรการตรวจสอบข้อมูลของคนต่างด้าวเพิ่ม ซึ่งผู้เขียนจะศึกษาแนวทางที่ใช้ในสหราชอาณาจักรในการวิเคราะห์ต่อไป

หากพิจารณาคำนิยามของกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนาม (Law on Investment No. 61/2020/QH14) มาตรา 3(19) ได้นิยามคำว่า “นักลงทุนต่างชาติ” (Foreign Investor) ไว้อย่างกว้าง ๆ ว่าหมายถึง บุคคลที่ถือสัญชาติต่างประเทศ หรือองค์กรที่จัดตั้งขึ้นภายใต้กฎหมายต่างประเทศและดำเนินกิจกรรมการลงทุนทางธุรกิจในเวียดนาม และมาตรา 3(22) กำหนดคำนิยามของ “หน่วย/องค์กรทางธุรกิจที่ลงทุนโดยต่างชาติ” (foreign-invested business entity) หมายถึง หน่วย/องค์กรซึ่งมีสมาชิกและผู้ถือหุ้นที่เป็นนักลงทุนต่างชาติ

จะเห็นได้ว่า คำนิยามที่กำหนดไว้ใน LOI 2020 นี้ มีรายละเอียดที่ครอบคลุมกว้างขวางเกี่ยวกับเรื่องของการลงทุน ทั้งยังกำหนดคำนิยามของนักลงทุน นักลงทุนต่างชาติ และนักลงทุนในประเทศไว้ด้วย ในขณะที่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของประเทศไทยนั้น มีการกำหนดคำนิยามไว้มาตรา 4 แต่รายละเอียดของคำนิยามมีจำกัดอยู่เพียงไม่กี่เรื่อง เช่น คำนิยามของ “ผู้ขอรับการส่งเสริม” “ผู้ได้รับการส่งเสริม” “เครื่องจักร” และ “คณะกรรมการ” เป็นต้น คำนิยามอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนจะปรากฏอยู่ในกฎหมายฉบับอื่น ๆ เช่น คำนิยามของนักลงทุนต่างชาติสามารถเทียบเคียงได้กับคำนิยามของ คำว่า “คนต่างด้าว” ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนจะมีรายละเอียดเกี่ยวกับการให้สิทธิประโยชน์แก่การลงทุนเป็นสำคัญ ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะกำหนดรายการบัญชีธุรกิจต้องห้ามหรือที่ต้องได้รับอนุญาตสำหรับนักลงทุนต่างชาติ ซึ่งมีลักษณะคล้าย Negative List ของประเทศเวียดนาม อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งสองฉบับอาจสร้างความสับสนและเป็นภาระกับนักลงทุนต่างชาติค่อนข้างมาก นอกจากนี้ ยังสะท้อนนโยบายของการแบ่งแยก (Discrimination) ด้านการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนชาวไทย ในขณะที่ประเทศ

เวียดนามมีความพยายามที่จะให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกันภายใต้หลักแนวคิดสากลของการลงทุนระหว่างประเทศ

สำหรับกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของสหราชอาณาจักรนั้น มีลักษณะที่เปิดกว้างกับนักลงทุนต่างชาติอย่างมาก กฎหมายอังกฤษจะปฏิบัติต่อนักลงทุนต่างชาติแทบจะไม่แตกต่างจากนักลงทุนคนชาติเลย ไม่มีการกำหนดค่านิยมของนักลงทุนต่างชาติ ทั้งยังไม่มีข้อจำกัดใด ๆ เกี่ยวกับสัดส่วนการถือหุ้นหรือการระบุสัญชาติ กฎหมายเพียงกำหนดว่ากรรมการอย่างน้อย 1 คนในบริษัทจำกัดจะต้องเป็นผู้ที่มีถิ่นที่อยู่ในสหราชอาณาจักรเท่านั้น สาเหตุที่รัฐบาลอังกฤษไม่ได้มีข้อจำกัดต่อนักลงทุนต่างชาติประการหนึ่งคือ การมีกฎหมายควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวดแทน เช่น พระราชบัญญัติความมั่นคงแห่งชาติและการลงทุน ค.ศ. 2021 ซึ่งให้อำนาจแก่รัฐบาลในการตรวจสอบและขัดขวางการดำเนินธุรกิจด้วยเหตุของความมั่นคงปลอดภัยในประเทศ เช่น การควบรวมกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อผูกขาดตลาด นอกจากนี้ แผนกความมั่นคงด้านการลงทุน (Investment Security Unit) ที่มีหน้าที่ควบคุม จับตา บันทึกรักษา และเผยแพร่ข้อมูลด้านการลงทุนให้กับสาธารณะ กฎหมายของสหราชอาณาจักรจะไม่ได้มีการควบคุมแบบหว่านแห่โดยบังคับให้กิจการทุกประเภทจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนี้ แต่จะให้ความสำคัญกับกิจการบางประเภทที่อาจเกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศได้

นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรยังมีมาตรการควบคุมการเข้าประเทศที่เข้มงวด แม้นักลงทุนต่างชาติจะสามารถยื่นขอวีซ่านักลงทุนได้ (Investor Visa) แต่เงื่อนไขของวีซ่ากำหนดให้ต้องมีการนำเงินลงทุนเข้าประเทศไม่น้อยกว่า 2 ล้านปอนด์ หรือประมาณ 90 ล้านบาท ซึ่งมากกว่าประเทศไทยที่กำหนดเงินลงทุนที่ 10 ล้านบาทตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพื่อการลงทุน ทำให้เมื่อนักลงทุนต่างชาติจะสามารถซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรได้โดยไม่มีข้อจำกัด แต่ก็ไม่ได้สามารถเข้ามาอาศัยอยู่ในประเทศได้โดยอัตโนมัติ กลุ่มนักลงทุนต่างชาติที่จะสามารถมีกำลังซื้ออสังหาริมทรัพย์และมีเงินลงทุนมูลค่ามหาศาลเช่นนั้น มีจำนวนไม่มากนัก ซึ่งทำให้รัฐบาลสามารถใช้มาตรการควบคุมได้ทั่วถึง ในขณะที่ประเทศไทยเหมือนว่าจะควบคุมเข้มงวดกว่าทั้งเรื่องของการให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์และการเข้าเมือง แต่กลับเกิดการเลี่ยงกฎหมายมากกว่า และยังนำไปสู่ปัญหาด้านความมั่นคง โดยเฉพาะปัญหาการฟอกเงิน

#### 4.2 ประเด็นการกำหนดประเภทกิจการสำหรับคนต่างด้าว

คนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทย จะต้องยื่นขออนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ซึ่งกฎหมายได้มีการกำหนดประเภทของกิจการ และเงื่อนไขที่เกี่ยวข้อง กฎหมายไทยได้กำหนด Negative List เช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการลงทุน

ของประเทศเวียดนาม กล่าวคือ มาตรา 8(1) ได้ระบุการประกอบกิจการที่คนต่างด้าวห้ามทำไว้ใน บัญชีหนึ่ง (ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ) ได้แก่ (1) กิจการ หนังสือพิมพ์ สถานีวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน (3) การเลี้ยง สัตว์ (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ (5) การประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำใน น่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะ (6) การสกัดสมุนไพรไทย (7) การค้าและการขายทอดตลาด โบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร และ (9) การค้าที่ดิน การกำหนดประเภทของกิจการต้องห้ามเนื่องด้วยเหตุผลของ ความมั่นคงในประเทศ เพราะตามที่ได้อธิบายไว้แล้วในบทที่ 2 เรื่องของสิทธิในที่ดิน มักจะเกี่ยวโยง กับการมีอธิปไตยของประเทศใดประเทศหนึ่ง ทำให้แต่ละประเทศย่อมหวงแหนดินแดนของตน

หากวิเคราะห์กับสมมติฐานของงานวิจัยนี้ จะเห็นว่า หากคนต่างด้าวบุคคลธรรมดาต้องการ เข้ามาในประเทศไทยเพื่อซื้อที่ดินและสร้างที่อยู่อาศัยระยะยาว ย่อมไม่สามารถทำได้เพราะถือเป็น ธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยตรงตามบัญชีหนึ่ง คือ “การค้าที่ดิน” ซึ่งคนต่าง ด้าวห้ามประกอบธุรกิจโดยเด็ดขาด นอกจากนี้ มาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ได้กำหนดว่า คนต่างด้าวจะได้สิทธิในที่ดินก็ด้วยเหตุตามที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายหรือสนธิสัญญาที่เกี่ยวข้อง เท่านั้น นอกจากนี้ แม้กฎหมายจะอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่ อาศัยได้ แต่ก็ยังต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการลงทุนตามมาตรา 96 ทวิ เช่น ต้องมีเงินลงทุนไม่น้อย กว่า 40 ล้านบาท สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ไม่เกิน 1 ไร่ ประเภทธุรกิจต้องเป็นประโยชน์ต่อ เศรษฐกิจหรือสังคม หรือได้รับการส่งเสริมการลงทุน ระยะเวลาการลงทุนต้องไม่น้อยกว่า 3 ปี และ ที่ดินจะต้องตั้งอยู่ในเขตที่กำหนดเท่านั้น

จะเห็นได้ว่า การจะประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยระยะยาว หรือการ ซื้ออสังหาริมทรัพย์ลักษณะดังกล่าวในประเทศไทย สำหรับคนต่างด้าวแล้วจะไม่สามารถทำได้เลย ดังนั้น จึงทำให้มีคนต่างด้าวบางกลุ่มเลี่ยงกฎหมาย โดยใช้วิธีการจดทะเบียนนิติบุคคลสัญชาติไทยและ ถือหุ้นไม่เกินกึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมด เพราะหากคนต่างด้าวถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 50 ขึ้นไป นิติบุคคล ดังกล่าวจะถือเป็น “คนต่างด้าว” อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวไปแล้ว คนต่างด้าวย่อมไม่ต้องการเสีย อำนาจควบคุมนิติบุคคลไปเพราะมูลค่าเงินลงทุนที่สูง ทำให้มีการใช้วิธีการตั้งนอมินีที่เป็นคนไทยมา ถือหุ้นแทน หรือตั้งโครงสร้างบริษัทที่มีความซับซ้อน เช่น การถือหุ้นไขว้ ซึ่งท้ายที่สุดแล้วผู้ที่ได้รับ ประโยชน์ที่แท้จริงคือ คนต่างด้าว

หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเวียดนาม คนต่างด้าวก็ไม่สามารถซื้อที่ดินใน เวียดนามได้เช่นเดียวกับประเทศไทย แม้ชาวเวียดนามจะเป็นเจ้าของที่ดิน แต่รัฐบาลเวียดนามจะเป็น ผู้ควบคุมการซื้อขายรวมถึงราคาทั้งหมด และสามารถเข้าแทรกแซงได้ ซึ่งทำให้กฎหมายเวียดนามมี ความยืดหยุ่นให้การอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้มากกว่าของไทยเพราะ

รัฐบาลที่การควบคุมที่เข้มงวด อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญที่แตกต่างจากกฎหมายไทยคือ กฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนาม (Law on Investment No. 61/2020/QH14) เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ได้ ไม่ได้ถูกกำหนดเป็นธุรกิจต้องห้ามเหมือนกับกฎหมายไทยที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง กิจกรรมที่ต้องห้ามของเวียดนามจะเป็นธุรกิจที่ผิดกฎหมายชัดเจนในตัวเอง เช่น การค้ายาเสพติด การค้าประเวณี หรือการค้ามนุษย์ เป็นต้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นคนเวียดนามหรือคนต่างด้าวก็ห้ามกระทำผิด

หากธุรกิจที่คนต่างด้าวทำไม่อยู่ในรายการต้องห้ามย่อมสามารถทำได้ แต่อาจมีธุรกิจบางประเภทที่อยู่ในรายการบัญชีของประเภทกิจการที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไข ซึ่งปัจจุบันมีทั้งหมด 229 ประเภท หากเข้าตามประเภทใดประเภทหนึ่ง จะต้องมีการขออนุญาตจากรัฐในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่ง ได้แก่ ใบอนุญาต (Permit/License) ประกาศนียบัตร (Certificate) หนังสือรับรอง (Credential) หรือการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Endorsement or Approval) ในรายการ 229 ประเภทกิจการนั้น ไม่มีข้อกำหนดเกี่ยวกับการซื้อขายที่ดินเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่มีการกำหนดว่ากิจการเกี่ยวกับการประมูลที่ดิน (Property Auction) จะต้องมีการขออนุญาตเท่านั้น จะเห็นว่า คนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในเวียดนามนั้น ไม่จำเป็นต้องเสียกฎหมายเพื่อตั้งนอมินีเลย และกฎหมายเวียดนามยังเข้มงวดมากในเรื่องการตั้งนอมินีด้วย ย่อมทำให้คนเวียดนามไม่กล้าที่จะกระทำผิดกฎหมายเพื่อเป็นนอมินีให้กับคนต่างด้าว

แน่นอนว่ากฎหมายไทยไม่สามารถที่จะแก้ไขให้เป็นแบบเดียวกับประเทศเวียดนาม และผู้เขียนก็ไม่เห็นด้วยกับลักษณะการควบคุมเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยรัฐ อย่างไรก็ตาม กฎหมายการลงทุนของเวียดนามช่วยสะท้อนให้เห็นว่า หากประเทศไทยมีระบบควบคุมตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ ก็จะสามารถที่จะขยายประเภทของกิจการได้มากขึ้น และให้รวมถึงธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ด้วย ซึ่งการอนุญาตให้ประกอบกิจการเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ได้ทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้าเป็นเจ้าของที่ดินได้ แต่เป็นการให้สิทธิในที่ดินระยะยาว เมื่อคนต่างด้าวสามารถเข้าแข่งขันในตลาดได้ ก็เกิดการแข่งขันทางราคาและผู้บริโภคสามารถมีตัวเลือกมากขึ้น แต่ปัจจุบันธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยยังค่อนข้างถูกผูกขาดกับนายทุนบางกลุ่มเท่านั้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงแห่งชาติและการลงทุนของสหราชอาณาจักร จะพบว่า กฎหมายดังกล่าวไม่มีการกำหนด negative list เอาไว้เลย ซึ่งหมายถึง คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างอิสระเช่นเดียวกับคนในประเทศ แต่กฎหมายจะกำหนดประเภทของกิจการในกรณีที่มีการควบรวมกิจการ (Notifiable Acquisitions) จะต้องมีการส่งข้อมูลให้กับภาครัฐทั้งแบบภาคบังคับและสมัครใจ รายการกิจการดังกล่าวมีทั้งหมด 17 ประเภท และส่วนใหญ่เกี่ยวข้องกับเทคโนโลยีและพลังงาน เช่น หุ่นยนต์ขั้นสูง ปัญญาประดิษฐ์ คริปโตกราฟฟิค พลังงาน การป้องกันประเทศ เทคโนโลยีเกี่ยวกับอวกาศ เป็นต้น ซึ่งเป็นกิจการที่รัฐบาลอังกฤษเห็นว่าหากไม่มี

การควบคุมกำกับก็อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศได้ จะเห็นได้ว่า กิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับ อสังหาริมทรัพย์ไม่อยู่ในประเภทที่ต้องมีการกำกับดูแลเป็นพิเศษ และแม้กิจการเหล่านี้จะโดนจับตาเป็นพิเศษ แต่กฎหมายก็ไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเนื่องด้วยรัฐบาลอังกฤษมีอำนาจที่จะควบคุมจัดการได้เต็มที่ในกรณีที่เห็นว่าเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศและการลงทุน แม้ว่าประเทศไทยจะไม่สามารถเปิดให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้อย่างอิสระเช่นเดียวกับสหราชอาณาจักรด้วยบริบททางเศรษฐกิจและสังคมที่แตกต่างกันค่อนข้างมาก แต่ลักษณะการกำกับดูแลนักลงทุนต่างชาติของสหราชอาณาจักรสะท้อนให้เห็นว่า การห้ามโดยเข้มงวดไม่ใช่การแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพมากนักพิจารณาจากการเล็งกฎหมายโดยใช้นอมนีที่ยังมีอยู่จำนวนมาก แต่การมีกฎหมายที่สามารถควบคุมตรวจสอบการอนุญาตดังกล่าวอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นสิ่งสำคัญมากเช่นเดียวกัน

ปัจจุบันประเทศไทยมีการควบคุมคนต่างด้าวค่อนข้างเข้มงวดตั้งแต่กฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือกฎหมายที่ดิน แต่เหตุใดยังมีการเล็งกฎหมายเกิดขึ้นบ่อยครั้ง สร้างความเสียหายทั้งในเรื่องความมั่นคงของประเทศและความเชื่อมั่นของนักลงทุนต่างชาติด้วย ผู้เขียนเห็นว่า รัฐบาลไทยควรต้องพิจารณาปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องและหาทางเพิ่มประสิทธิภาพการตรวจสอบและบังคับใช้กฎหมาย เช่น อาจพิจารณาเพิ่มประเภทของกิจการที่อนุญาตให้คนต่างด้าวทำได้โดยมีเงื่อนไขให้มีความหลากหลายมากขึ้นเช่นเดียวกับของเวียดนาม อาจอนุญาตให้คนต่างด้าวลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยสำหรับผู้สูงอายุหรือผู้มีรายได้น้อย เพื่อเป็นทางแก้ปัญหาสังคมประการหนึ่ง และนำแนวทางการตรวจสอบควบคุมของสหราชอาณาจักรมาปรับใช้ด้วย

#### 4.3 ประเด็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว เป็นสิทธิอย่างหนึ่งที่อาจมีได้ในที่ดิน ดังนั้นการมีสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวจึงเป็นเรื่องที่แต่ละประเทศให้ความสำคัญ และมีกฎหมายภายในใช้บังคับกับคนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติเป็นเรื่อง ๆ ไป อันเนื่องมาจากเหตุผลหลักในเรื่องของความมั่นคงภายในประเทศ และเรื่องของดินแดนที่ถือเป็นขอบเขตอธิปไตยของชาติ แต่ละประเทศจึงมีมาตรการและข้อหนดในเรื่องของการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่เหมือนกัน

สำหรับประเทศไทย กฎหมายไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้ เพราะ การค้าที่ดิน เป็นประเภทกิจการต้องห้ามอย่างเด็ดขาด ตามบัญชีหนึ่ง (9) บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยกเว้นได้รับอนุญาตตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. ประมวลกฎหมายที่ดิน อนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ในกรณีอยู่ภายใต้ สนิธิสัญญาและนำเงินลงทุนเข้ามาในประเทศไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท เป็นเวลาไม่น้อยกว่า 5 ปี และ ต้องเป็นกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคม หรือกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการ ลงทุนได้ แต่จำนวนที่ดินจะจำกัด เช่น จะถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่ หรือไม่เกิน 10 ไร่ สำหรับการประกอบอุตสาหกรรม และจะต้องอยู่ภายในจังหวัดหรือพื้นที่ที่กำหนดเท่านั้น เช่น กรุงเทพมหานคร หรือเมืองพัทยา จะเห็นว่า เงื่อนไขของการได้รับสิทธิตามกฎหมายที่ดินนั้น ไม่เป็นที่ ดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ เพราะมีข้อจำกัดค่อนข้างมากทั้งเรื่องเงินลงทุน ประเภทกิจการ และจำนวน ที่ดินที่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์ และกรรมสิทธิ์ดังกล่าวจะคงอยู่ตราบเท่าที่มีการประกอบกิจการ เท่านั้น

2. พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน อนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ และ คณะกรรมการฯ สามารถกำหนดจำนวนที่ดินได้ตามที่เห็นเหมาะสมแม้จะเกินกว่าที่กฎหมายอื่น กำหนด เช่น อาจพิจารณาให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่ออุตสาหกรรมเกินกว่า 10 ไร่ตามที่ กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายที่ดินได้ แต่ก็ยังต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ระบุไว้ โดยปกติแล้วกฎหมายดังกล่าวจะกำหนดประเภทของกิจการที่สมควรได้รับการส่งเสริม ไม่ สามารถให้การส่งเสริมทุกประเภทกิจการได้ หรือจะกำหนดเงื่อนไขของทุนจดทะเบียน เช่น จะต้อง มี อัตราส่วนหนี้สินต่อทุนจดทะเบียนไม่เกิน 3:1 สำหรับโครงการริเริ่ม ซึ่งเป็นบริษัทที่ยังไม่มีรายได้จาก การประกอบธุรกิจ เช่น ถ้าบริษัทมีทุนจดทะเบียน 8 ล้านบาท จะสามารถมีเงินกู้ได้ 24 ล้านบาท รวม ขนาดการลงทุนที่ขอรับการส่งเสริมได้ไม่เกิน  $8+24 = 32$  ล้านบาท เป็นต้น ปัจจุบันนักลงทุนต่างชาติ ส่วนใหญ่จะขอรับการส่งเสริมการลงทุน และสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ก็เป็นสิทธิประโยชน์ ประการสำคัญสำหรับธุรกิจที่เกี่ยวกับการผลิตในอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ แต่ก็ยังมีสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น สิทธิประโยชน์ทางภาษี และสิทธิประโยชน์ในเรื่องการนำเข้าส่งออก เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กิติ คนต่างด้าวไม่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ได้ เพราะเป็น ธุรกิจต้องห้ามตามบัญชีหนึ่งของกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

3. พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย อนุญาตให้ต่างชาติถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินได้ และคณะกรรมการฯ สามารถกำหนดจำนวนที่ดินได้ตามที่เห็นเหมาะสมแม้จะเกินกว่าที่ กฎหมายอื่นกำหนด แต่จะต้องเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายระบุไว้ เช่น ใบอนุญาตโรงงาน การจัดการด้าน สิ่งแวดล้อม กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของคนต่าง ด้าวนั้น ไม่ได้แตกต่างจากกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนมากนัก กล่าวคือ มาตรา 44 กำหนด ว่า ผู้ประกอบอุตสาหกรรมอาจขออนุญาตถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมได้ ตามจำนวน ที่ดินที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเห็นสมควร ซึ่งสามารถกำหนดเกินกว่าที่ กฎหมายอื่นกำหนดได้ เช่น เกินกว่าที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด กฎหมายดังกล่าวไม่ได้กำหนด

สิทธิการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ไว้ เพราะจุดมุ่งหมายหลักของกฎหมายเกี่ยวข้องกับการกำกับดูแลภายในนิคมอุตสาหกรรม เช่น การตั้งโรงงาน การจัดการด้านสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

หากคนต่างด้าวต้องการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินภายใต้กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม ก็จำเป็นต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายนี้กำหนด แต่หากนักลงทุนต้องการยื่นขอสิทธิประโยชน์ภายใต้กฎหมายอื่น เช่น กฎหมายที่ดิน (จะโดนจำกัดจำนวนที่ดินที่ถือกรรมสิทธิ์ได้) หรือกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (กำหนดประเภทของกิจการที่จะได้รับการส่งเสริม) ก็จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขทั้งหลายที่กฎหมายเหล่านั้นกำหนดไว้โดยเฉพาะ จะเห็นได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ก็ยังมีข้อจำกัดมาก

แน่นอนว่าธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัยอาจไม่เหมาะกับการสร้างในนิคมอุตสาหกรรม ปัจจุบันนิคมอุตสาหกรรมมีทั้งที่ดำเนินการโดยภาครัฐและภาคเอกชน และส่วนใหญ่จะตั้งอยู่ในไม่กี่จังหวัดในประเทศไทย เช่น ชลบุรี ระยอง สมุทรปราการ กรุงเทพฯ เป็นต้น การศึกษากฎหมายฉบับนี้ ผู้เขียนเพียงต้องการให้เห็นภาพรวมของการให้สิทธิในที่ดินที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับ แต่สำหรับบางประเภทธุรกิจก็ไม่ได้สามารถใช้สิทธิตามกฎหมายได้

4. พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะในเรื่องการส่งเสริมเขตเศรษฐกิจพิเศษภาคตะวันออก แม้กฎหมายจะอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสสิทธิต่อกรรมสิทธิ์ในที่ดินและห้องชุดภายในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษได้ โดยได้ยกเว้นการจำกัดสิทธิของจำนวนตามประมวลกฎหมายที่ดิน และกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด แต่จะต้องไม่เกินที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนและการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แต่กฎหมายจะกำหนดเงื่อนไขสำคัญในเรื่องของประเภทกิจการ และจังหวัดที่สามารถเข้าไปลงทุน กล่าวคือ กิจการจะต้องเป็น “อุตสาหกรรมเป้าหมายพิเศษ” 10 ประเภทเท่านั้น ประกอบด้วย (1) ยานยนต์สมัยใหม่ (2) อิเล็กทรอนิกส์อัจฉริยะ (3) การท่องเที่ยวกลุ่มรายได้ดีและการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพ (4) การเกษตรและเทคโนโลยีชีวภาพ (5) การแปรรูปอาหาร (6) หุ่นยนต์ (7) การบินและโลจิสติกส์ (8) เชื้อเพลิงชีวภาพและเคมีชีวภาพ (9) ดิจิทัล และ (10) การแพทย์และสุขภาพครบวงจร จะเห็นว่า ธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ไม่อยู่ภายใต้กฎหมายดังกล่าว แม้จะมีการตีความให้เข้ากับการท่องเที่ยวเชิงสุขภาพก็ยังไม่ชัดเจนนัก นอกจากนี้ การลงทุนจะต้องอยู่ในเขตจังหวัดฉะเชิงเทรา ชลบุรี และระยองเท่านั้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศเวียดนาม จะเห็นว่า กฎหมายเวียดนามก็ไม่ได้อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เช่นเดียวกับกฎหมายไทย และดูเหมือนจะเข้มงวดกว่ากฎหมายไทยเสียอีก เพราะกฎหมายไทยยังมีข้อยกเว้นให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้โดยมีเงื่อนไข แต่เวียดนามไม่สามารถทำได้เลย กระนั้นก็ตาม รัฐบาลเวียดนามมีการออกเอกสารสิทธิที่อาจเทียบเคียงได้กับกรรมสิทธิ์ เรียกว่า Land Use Right Certificate (LURC) ทั้งชาว

เวียดนามและคนต่างด้าวจะต้องขออนุญาตมีสิทธิใช้ที่ดินจากรัฐ เพราะรัฐเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดในประเทศ ความแตกต่างระหว่างสิทธิของคนชาติกับสิทธิของคนต่างด้าวในการถือ LURC คือ ชาวเวียดนามจะมีสิทธิใช้ที่ดินได้ตลอดไปเหมือนกับการมีกรรมสิทธิ์ ในขณะที่คนต่างด้าวจะมีกำหนดระยะเวลา 50 ปี และขอขยายได้ถึง 70 ปี โดยคนต่างด้าวจะสามารถขอใช้สิทธิจากรัฐได้โดยตรง เหตุที่สิทธินี้อาจเทียบเท่ากับกรรมสิทธิ์เนื่องจากคนต่างด้าวสามารถกระทำการใด ๆ ในที่ดินได้เหมือนเจ้าของทุกประการ รวมถึงการนำที่ดินไปใช้เพื่อประกอบธุรกิจ ซึ่งรวมถึงธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ด้วย อย่างไรก็ตาม หากชาวเวียดนามและคนต่างด้าวที่ถือ LURC มีการนำที่ดินไปใช้ผิดอย่างกฎหมาย รัฐบาลสามารถเพิกถอนสิทธิในที่ดินนั้นได้ตลอดเวลา

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้น คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เช่นเดียวกับคนในประเทศ แต่การมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในสหราชอาณาจักรนั้น ไม่ได้รวมถึงการได้รับอนุญาตให้พำนักอาศัยในสหราชอาณาจักรเช่นพลเมืองอังกฤษ (Resident Visa) หรือได้รับอนุญาตให้พำนักอาศัยภายในประเทศได้มากไปกว่า วีซ่านักท่องเที่ยว (Tourist Visa) แต่อย่างไรก็ตาม สหราชอาณาจักรสงวนสิทธิการพำนักอาศัยภายในประเทศออกจากการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างสิ้นเชิง ไม่ได้ให้สิทธิคนต่างด้าวนั้นเข้า-ออกประเทศได้อย่างอิสระ รวมถึงไม่สามารถประกอบกิจการ อาชีพ หรือทำงานโดยไม่ได้รับอนุญาตได้

จึงวิเคราะห์ได้ว่า ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อย่างมีเงื่อนไข แต่การจะได้สิทธินั้นจะต้องปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมายนั้นๆ อยู่หลายประการตามเจตนารมณ์ของกฎหมายแต่ละฉบับ จากการศึกษาวิเคราะห์พบว่ากฎหมายที่อนุญาตให้คนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติสามารถเข้าถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อย่างมีเงื่อนไขนั้น จะเป็นการอนุญาตให้ภายในเฉพาะพื้นที่เมือง พื้นที่เศรษฐกิจ พื้นที่นิคมอุตสาหกรรม ซึ่งไม่ตรงต่อความต้องการของคนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการสิทธิในที่ดินเพื่อการอยู่อาศัย และตามประมวลกฎหมายที่ดิน ที่มีได้กำหนดพื้นที่ไว้ แต่จะมีเงื่อนไขในส่วนของมูลค่าการลงทุน ประเภทของกิจการ รวมถึงขนาดของที่ดิน และต้องขออนุญาตจากรัฐมนตรี ทำให้เกิดข้อจำกัดในเรื่องสิทธิในที่ดินว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และแน่นอนว่ากฎหมายไทยไม่สามารถให้สิทธิคนต่างด้าวได้แบบกฎหมายของสหราชอาณาจักรเพราะบริบทที่แตกต่างกัน และโดยเฉพาะประเทศเวียดนามที่ไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างสิ้นเชิง อย่างไม่มีข้อยกเว้น

จากการศึกษาวิเคราะห์ดังกล่าว พบว่าสิทธิในที่ดินว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นเรื่องที่มีอาจกระทำ หรือก้าวล่วงได้ ด้วยบริบทของประเทศไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา จำต้องมีข้อจำกัดเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินไว้เพื่อไม่ให้ประเทศตกไปอยู่ในมือของนักลงทุนต่างชาติทั้งหมด และเป็นกิจการที่คนไทยยังไม่พร้อมแข่งขัน แต่เนื่องจากสิทธิในที่ดินนอกจากกรรมสิทธิ์แล้วสิทธิในที่ดินยังได้หมายรวมถึงสิทธิครอบครองอีกด้วย และการที่จะได้รับรองสิทธิครอบครองจากรัฐนั้น จะต้องเป็นสิทธิ

ครอบครองที่ปฏิบัติได้ตามกฎหมาย เช่นสิทธิการเช่า ดังนั้นแล้วจึงเป็นประเด็นให้ผู้เขียนได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงสิทธิการเช่าที่ดินเป็นประเด็นต่อไป

#### 4.4 ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

เพื่อให้ประเทศไทยได้รับการพัฒนาด้านเศรษฐกิจ และเพิ่มศักยภาพการแข่งขันกับประเทศเพื่อนบ้าน หรือประเทศในกลุ่มอาเซียน การจัดเก็บภาษีรายได้ รวมถึงการสร้างบรรยากาศการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติเพื่อที่อยู่อาศัยให้มีเสถียรภาพมากขึ้น การเช่าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นสิทธิในที่ดินอย่างหนึ่งที่คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติให้ความสนใจเป็นอย่างมาก เนื่องจากข้อห้ามในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของประเทศไทย ดังนั้นการลงทุนที่มีมูลค่าสูง และระยะเวลาประกอบกิจการที่ยาว ระยะเวลาของสัญญาเช่าจึงเป็นสิ่งที่นักลงทุนให้ความสำคัญอย่างมาก แน่นนอนว่านักลงทุนย่อมต้องการสัญญาเช่าที่มีระยะเวลานานที่อาจเทียบเคียงกับการเป็นเจ้าของได้เลยเพื่อป้องกันความเสี่ยงจากการลงทุน กฎหมายไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว มีดังนี้

1. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์ กำหนดให้มีระยะเวลาของสัญญาเช่าได้ไม่เกิน 30 ปี หากจะต่อสัญญาก็ต้องไม่เกิน 30 ปี หากในสัญญากำหนดระยะเวลาไว้เกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ก็จะต้องลดลงมาเหลือ 30 ปีเท่านั้น จะให้เช่าทรัพย์ตลอดไปไม่ได้ ซึ่งใช้บังคับกับทั้งคนไทยและคนต่างด้าว เหตุผลที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้ 30 ปี เนื่องจากกฎหมายมองว่าเป็นการเช่าเพื่ออยู่อาศัย มิได้เป็นการเช่าทรัพย์ที่เป็นส่วนหนึ่งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และเนื่องด้วยเจตนารมณ์ของกฎหมายกับสภาพสังคมในขณะนั้น ต้องระวังเรื่องการเข้ามามีสิทธิครอบครองในที่ดินของคนต่างด้าวมากเป็นพิเศษนับแต่มีการล่าอาณานิคม

สัญญาเช่าตาม ป.พ.พ. อาจไม่เหมาะกับการลงทุนระยะยาว แม้ว่ากฎหมายจะเปิดช่องให้ขยายระยะเวลาของสัญญาเช่าที่ดินต่อไปได้อีก 30 ปี แต่ก็ไม่สามารถต่อสัญญาได้โดยอัตโนมัติ จำเป็นจะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลงก่อน ซึ่งความไม่แน่นอนของการต่อสัญญาถือเป็นความเสี่ยงอย่างหนึ่งของการลงทุน นอกจากนี้ เจ้าพนักงานที่ดินยังอาจใช้ดุลยพินิจที่จะไม่ต่อสัญญาได้เช่นกัน นักลงทุนย่อมต้องการความแน่นอนในการประกอบธุรกิจ ทำให้ระยะเวลาของสัญญา 30 ปีอาจไม่เพียงพอ และไม่มี ความแน่นอนว่าผู้ให้เช่าจะต่อสัญญาให้เสมอไป จึงทำให้นักลงทุนหาทางเลือกอื่น ๆ ที่จะมาประกันความเสี่ยงในเรื่องดังกล่าวนี้

เนื่องจาก ป.พ.พ. เป็นกฎหมายที่เป็นหลักทั่วไป ไม่ได้มีจุดมุ่งหมายในเรื่องการลงทุนเป็นการเฉพาะ ดังนั้น การจะแก้ไขกฎหมายเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ักลงทุนต่างชาติโดยเฉพาะย่อมไม่

เหมาะสม ผู้เขียนไม่ได้ต้องการจะแก้ไขกฎหมายแม่บทนี้ แต่ต้องการวิเคราะห์ภาพรวมของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิการเช่าที่คนต่างด้าวสามารถใช้สิทธิได้

2. พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก อนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้ถึง 99 ปี โดยการเช่าที่ดินในระยะแรกไม่เกิน 50 ปี และในระยะที่สองสามารถต่ออายุการเช่าได้อีกไม่เกิน 49 ปี เมื่อรวมกัน 2 ระยะแล้วไม่เกิน 99 ปี แต่ตามที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ 4.3 กฎหมายตราขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เฉพาะ ทำให้มีเงื่อนไขหลายประการ คนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จึงไม่สามารถขอใช้สิทธิได้ตามกฎหมายนี้ แต่จะเห็นว่า ระยะเวลาเช่า 99 ปีนั้น เป็นระยะเวลาที่นักลงทุนคาดหวังเพราะเหมาะสมกับการลงทุนในระยะยาว

3. พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม อนุญาตให้ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมเกิน 30 ปีได้ แต่ต้องไม่เกิน 50 ปี การต่อสัญญาเช่ามีกำหนดไม่เกิน 50 ปี โดยรวมแล้วทั้งหมด 99 ปีเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก อย่างไรก็ตาม สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ภายใต้กฎหมายดังกล่าว กลับไม่ได้รับความนิยมนักลงทุนเหตุผลประการหนึ่งเนื่องจากเงื่อนไขที่กำหนดค่อนข้างยุ่งยากและเป็นภาระต่อนักลงทุน เช่น แผนงานโครงการเกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพาณิชยกรรม หรืออุตสาหกรรมที่จะทำการเช่าโดยอย่างน้อยต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับแผนการใช้ที่ดิน แหล่งที่มาและจำนวนของเงินทุน ระยะเวลาดำเนินการตามขั้นตอนของการประกอบกิจการ และรายละเอียดของการจ้างแรงงาน นอกจากนี้ ยังต้องมีการยื่นรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม รวมถึงหนังสือรับรองจากผังเมืองจังหวัดหรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยว่าที่ดินที่จะขอเช่าอยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม เป็นต้น

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายว่าด้วยที่พักอาศัยของประเทศเวียดนาม (Housing Law No. 65/2014/QH13) มีการกำหนดรายละเอียดของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไว้ค่อนข้างหลากหลาย กล่าวคือ (1) การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าเป็นรายปี (2) การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าที่ครอบคลุมระยะเวลาเช่าทั้งหมด และ (3) การเช่าที่ดินระยะเวลา 70 ปี โดยจะมีการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติออกไปอีก 70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าทั้งหมดครอบคลุมระยะเวลาเช่า การเช่าลักษณะนี้จะใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยเท่านั้น นอกจากนี้ ค่าเช่าที่ดินมักจะใช้อัตราที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้กำหนด หากมีการกำหนดค่าเช่าที่ต่ำกว่าราคาตลาดมากเกินไป องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ดุลยพินิจในการปรับราคาเช่าที่เหมาะสมได้ จะเห็นว่า ระยะเวลาการเช่าตามกฎหมายเวียดนามมีความหลากหลายมากกว่าประเทศไทยเพื่อเป็นทางเลือกให้กับนักลงทุน เช่น หากนักลงทุนต่างชาติต้องการเช่าที่ดินในระยะเวลาเกินกว่า 100 ปี ก็ต้องมีการชำระค่าเช่าทั้งหมดและจะใช้เพื่อการอยู่อาศัยเท่านั้น ซึ่งการเช่าลักษณะนี้เหมาะกับธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เพื่อการอยู่อาศัยระยะยาวตามวัตถุประสงค์ของวิทยานิพนธ์นี้อย่างมาก

นอกจากนี้ กฎหมายยังให้อำนาจรัฐในการเข้าควบคุมตรวจสอบ เช่น การกำหนดค่าเช่า และวิธีการเช่าที่ดิน ทั้งนี้เพื่อป้องกันปัญหา เช่น ประเด็นที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือการผูกขาดตลาดการลงทุน เช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงและการลงทุนของสหราชอาณาจักร คนต่างด้าวสามารถเช่าอสังหาริมทรัพย์ในเวียดนามได้หลายวิธี ได้แก่

- 1) การเช่าโดยตรงกับรัฐ โดยจ่ายค่าเช่ารายปีหรือจ่ายค่าเช่าทั้งหมดตลาดระยะเวลาเช่า โครงการที่ได้รับอนุญาตมักเกี่ยวกับการสร้างบ้านพักอาศัย หรือสาธารณูปโภคต่าง ๆ
- 2) ได้รับสิทธิการใช้ที่ดินจากการถ่ายโอนโครงการลงทุน (Project Transfer) ซึ่งได้รับอนุญาตให้พัฒนาที่ดิน
- 3) การเช่าที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรม เขตพัฒนาเทคโนโลยีขั้นสูง หรือเขตเศรษฐกิจพิเศษ เป็นต้น และ
- 4) โดยการจัดตั้งบริษัทกิจการร่วมค้า (Joint Venture Company) กับบริษัทเวียดนาม

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้น ไม่มีกฎหมายห้ามเกี่ยวกับสิทธิการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว เพราะคนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในสหราชอาณาจักรได้ อย่างไรก็ตาม สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ (Leasehold) ของสหราชอาณาจักรนั้น สามารถกำหนดระยะเวลาเช่าที่ยาวนานมากถึง 999 ปีได้ ซึ่งทำให้สิทธิของผู้เช่าแทบไม่แตกต่างจากเจ้าของเลย นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรยังมีสมาคมตัวแทนอสังหาริมทรัพย์แห่งชาติ (National Association of Estate Agents) ที่ทำหน้าที่ช่วยเหลือและกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการซื้อขายและการเช่าอสังหาริมทรัพย์

จะเห็นว่า สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์มีความสำคัญต่อการลงทุนอย่างมาก และเป็นทางเลือกที่เหมาะสมกับประเทศที่ไม่ต้องการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินกับคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม กฎหมายไทยยังมีข้อจำกัดอยู่มากในเรื่องนี้ เนื่องจาก ป.พ.พ. เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับการลงทุนหรือการประกอบธุรกิจโดยเฉพาะ ในขณะที่กฎหมายอื่น ๆ ที่ศึกษาก็มีวัตถุประสงค์ที่เฉพาะเจาะจงมากจนอาจทำให้เกิดข้อจำกัดได้ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิการเช่าเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยระยะยาวเป็นการเฉพาะตามแนวทางของประเทศเวียดนาม โดยอาจตั้งหน่วยงานเฉพาะเพื่อกำกับดูแลมาตรฐานในเรื่องการเช่าเช่นเดียวกับแนวทางของสหราชอาณาจักร

#### 4.5 มาตรการตรวจสอบและบทลงโทษเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอย่างผิดกฎหมาย

ปัญหาหลักของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวคือการใช้นอมินีคนไทยเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลมากกว่าร้อยละ 50 เพื่อให้นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติไทยและสามารถใช้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้เหมือนคนไทยทุกประการ เช่น การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกิจการต้องห้ามของคนต่างด้าว

กฎหมายไทยไม่ได้มีแนวทางการป้องกันปัญหาดังกล่าวอย่างชัดเจน และยังไม่มีแนวทางในการตรวจสอบบริษัทที่ใช้นอมินีคนไทยแทนคนต่างด้าว มีเพียงมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่กำหนดบทลงโทษทางอาญากับผู้ที่เป็นนอมินีและนิติบุคคลที่จ้างคนไทยเพื่อเป็นนอมินีถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ หากเปรียบเทียบกับกฎหมายของเวียดนาม ก็ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ชัดเจนเช่นเดียวกัน และการใช้นอมินีก็ถือเป็นเรื่องปกติสำหรับการลงทุนในประเทศเวียดนาม แต่ปัญหาการกระทำผิดของเวียดนามอาจไม่เด่นชัดเท่าของไทย เนื่องจากรัฐบาลเวียดนามสามารถใช้อำนาจได้อย่างค่อนข้างกว้างขวางในการเข้าควบคุมการกระทำต่าง ๆ ของคนต่างด้าว ในขณะที่ประเทศไทยมักเป็นการแก้ปัญหาเมื่อเกิดความเสียหายแล้วมากกว่าการป้องกัน เพราะไทยยังขาดมาตรการที่จะตรวจสอบการดำเนินงานของคนต่างด้าวอย่างมีประสิทธิภาพ และการกำหนดเพียงบทลงโทษทางอาญาไม่ใช่ทางแก้ปัญหาเพียงวิธีเดียว แต่ควรต้องใช้แนวทางที่หลากหลายเพื่อให้สามารถป้องกันและลงโทษได้อย่างเหมาะสม

สหราชอาณาจักรได้ออกกฎหมาย Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022 เพื่อตรวจสอบและควบคุมปัญหาการถือสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ความโดดเด่นของกฎหมายฉบับนี้ ไม่ได้อยู่ที่การกำหนดบทลงโทษที่รุนแรงเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำผิด แต่กฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวนิติบุคคล (Overseas Entities) ที่ซื้อที่ดินในสหราชอาณาจักร จะต้องจดทะเบียนเพื่อเปิดเผยข้อมูลให้กับ Companies House (เทียบได้กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าของประเทศไทย) เพื่อระบุตัวตนของผู้มีอำนาจควบคุมนิติบุคคลที่แท้จริง หรือผู้ที่ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง เพื่อป้องกันการฟอกเงิน โดยข้อมูลของนิติบุคคลเหล่านี้จะเปิดเผยต่อสาธารณะให้ประชาชนสามารถเข้าถึงได้

ในกรณีที่นิติบุคคลต่างด้าวไม่ปฏิบัติตาม หรือให้ข้อมูลที่เป็นเท็จ หรือในกรณีที่มีข้อสงสัยกฎหมายได้ให้อำนาจรัฐในการออกคำสั่งเพื่อตรวจสอบความมั่งคั่งที่ไม่สามารถอธิบายได้ (Unexplained Wealth Order) และหากพบว่ามีการกระทำผิดจริง นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องรับโทษ

ทางอาญา จะเห็นว่า ระบบการตรวจสอบและควบคุมของสหราชอาณาจักรนั้น ใช้มาตรการเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลก่อนในเบื้องต้น และยังให้ภาคประชาชนสามารถที่จะเข้าถึงข้อมูลและมีส่วนร่วมในการตรวจสอบด้วย ข้อมูลยังเข้าสู่ระบบทะเบียนที่ช่วยให้รัฐสามารถตรวจสอบได้ ในขณะเดียวกันเมื่อเกิดกรณีที่เป็นปัญหา รัฐจะต้องมีอำนาจเพียงพอและเหมาะสมที่จะจัดการกับนิติบุคคลที่ต้องสงสัยหรือกระทำผิดได้อย่างทันท่วงทีด้วย ซึ่งต้องมีหน่วยงานเฉพาะที่ทำหน้าที่ ไม่ควรให้หน่วยงานที่ดูแลทางทะเบียนมาตรวจสอบและควบคุมไปพร้อมกับการเก็บข้อมูลทางทะเบียนเพราะจะทำให้มีภาระหน้าที่มากเกินไป และอาจทำให้ไม่สามารถตรวจสอบได้อย่างมีประสิทธิภาพ

จะเห็นได้ว่า หากประเทศไทยสามารถพัฒนาระบบและหน่วยงานตรวจสอบและควบคุมการถือสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็จะสามารถเปิดโอกาสให้มีการลงทุนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ได้เพิ่มขึ้น และอาจช่วยลดการใช้นอมนินี้ได้อีกด้วย



## บทที่ 5

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

#### 5.1 บทสรุป

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความมุ่งหมายที่จะศึกษาเรื่องของ “สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว” เนื่องจากประเทศไทยเป็นดินแดนที่เป็นเป้าหมายของการลงทุนจากต่างประเทศ ด้วยทรัพยากรธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ แรงงานที่มีจำนวนมาก สภาพภูมิประเทศและภูมิอากาศที่เอื้ออำนวยต่อการลงทุน ระบบกฎหมายที่มีความทันสมัย รวมถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีและความมั่นคงปลอดภัยภายในประเทศ เมื่อมีการลงทุนโดยตรงจากนักลงทุนต่างประเทศ ย่อมเกิดการลงทุนในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ เช่น การสร้างโรงงานหรือคลังสินค้าขนาดใหญ่ แน่นนอนว่ากรรมสิทธิ์ หรือความเป็นเจ้าของในที่ดินที่ลงทุนย่อมเป็นสิ่งที่นักลงทุนต้องการเพื่อสร้างความมั่นคงให้กับกิจการของตน อย่างไรก็ตาม ความเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศไทยยังเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตย และความมั่นคงของชาติที่หลายประเทศมักจะสงวนไว้เพื่อคนชาติเท่านั้น ซึ่งประเทศไทยก็เป็นหนึ่งในประเทศที่มีกฎหมายห้ามคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ขณะเดียวกันประเทศไทยก็ต้องการการเติบโตทางเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นจากการลงทุนจากต่างประเทศ จึงทำให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนต้องพัฒนาให้สามารถควบคุมการถือครองของที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว แต่ขณะเดียวกันก็ต้องสามารถดึงดูดให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยด้วย

รายงานวิจัยฉบับนี้ตั้งอยู่บนสมมุติฐานว่า หากการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าที่ดินเพื่ออยู่อาศัยระยะยาวของคนต่างด้าว จะถูกมองว่าเป็นการลงทุนประเภทหนึ่งของการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ (Foreign Direct Investment: FDI) คนต่างด้าวกลุ่มนี้จะได้รับ การสนับสนุนให้เกิดสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัย และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ โดยสิทธิพิเศษที่คนต่างชาติกลุ่มนี้จะได้รับนั้นควรสมเหตุสมผล และสอดคล้องกันกับสิ่งที่ประเทศไทย จะได้รับเช่นกัน เมื่อมีมาตรการหรือกฎหมายที่อนุญาตให้คนต่างด้าว หรือนักลงทุนกลุ่มนี้สามารถ เข้าที่ดินได้มากกว่า 30 ปี ไปแล้ว คนต่างด้าวหรือนักลงทุนกลุ่มนี้เลือกที่จะไม่ทำนิติกรรมอำพรางหรือ ตั้งนอมินีถือแทนเนื่องจากคนต่างด้าวหรือนักลงทุนกลุ่มนี้สามารถเข้าถือสิทธิครอบครองหรือสิทธิการ เช่าระยะยาวได้เอง ไม่จำเป็นจะต้องอาศัยผู้ถือแทนหรือนอมินีให้เกิดความเสี่ยงต่อธุรกิจของตน และ

หากคนต่างด้าวหรือนักลงทุนกลุ่มนี้เห็นว่าภายใต้ระยะเวลาการเช่าที่มากขึ้นนั้นคุ้มค่าแก่การลงทุนแล้วยังได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายหากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น แต่แน่นอนว่าเพื่อให้สอดคล้องกันกับผลประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับ คนต่างด้าวหรือนักลงทุนกลุ่มนี้ต้องได้รับการกำกับ ควบคุมดูแล และจัดเก็บภาษีในรูปแบบพิเศษตามที่รัฐจะกำหนดด้วยเช่นกัน

บทที่ 1 ของวิทยานิพนธ์ได้กล่าวถึงภาพรวมของสภาพปัญหาในเรื่องสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว ซึ่งสิทธิดังกล่าวมีหลากหลายประเภทตั้งแต่กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง สิทธิการเช่า และสิทธิอยู่อาศัย เป็นต้น และยังเกี่ยวข้องกับกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ “ประมวลกฎหมายที่ดิน” ซึ่งอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถซื้อที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้โดยมีเงื่อนไขเกี่ยวกับมูลค่าเงินลงทุน ระยะเวลาลงทุน และประเภทของกิจการ เป็นต้น “พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน” ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนสามารถได้รับสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ เช่น การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการได้ แต่ยังคงต้องเป็นไปตามระเบียบต่าง ๆ ด้วย นอกจากนี้ “พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542” และ “พระราชบัญญัติเขตพัฒนาพิเศษภาคตะวันออก พ.ศ. 2561” อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถได้สิทธิเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาวได้ถึง 99 ปี แต่ก็ยังมีข้อจำกัดต่าง ๆ สำหรับการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติหลายประการ เช่น มูลค่าการลงทุนไม่น้อยกว่า 100 ล้านบาท หรือการจำกัดพื้นที่การลงทุน ซึ่งทำให้สิทธิการเช่าดังกล่าวยังไม่สามารถดึงดูดนักลงทุนต่างชาติได้มากนัก และยังเป็นกรกีดกันนักลงทุนต่างชาติอื่น ๆ ที่อาจมีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า หรือกิจการที่ไม่เข้าตามเงื่อนไข เช่น การลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เพื่อเป็นที่พักอาศัยระยะยาวสำหรับผู้เกษียณอายุ ผู้ป่วยพักฟื้น หรือคนทำงานไร้ออฟฟิศ (digital nomad) เป็นต้น

บทที่ 1 ยังกล่าวถึงเหตุผลของการเลือกศึกษาเปรียบเทียบสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศเวียดนามและสหราชอาณาจักร เนื่องจากประเทศเวียดนามมีอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจจากการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศอย่างก้าวกระโดดหลังจากการแพร่กระจายของโควิด-19 มากกว่าประเทศไทยถึงสามเท่าตัว เหตุผลประการหนึ่งของการเติบโตอย่างก้าวกระโดดคือ การปรับปรุงแก้ไขโครงสร้างทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมการลงทุนและธุรกิจ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Law on Investment 2020 (LOI) และ Law on Enterprises 2020 (LOE) จะเห็นว่ามีการปรับปรุงแก้ไขในช่วงที่เกิดโควิด-19 นอกจากนี้ ยังมีกฎหมายว่าด้วยที่พักอาศัย (Housing Law) และกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (Law of Real Estate Business) ที่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินในเวียดนามได้ อย่างไรก็ตาม เหตุผลที่เวียดนามสามารถให้สิทธิประโยชน์ในที่ดินมากกว่าประเทศไทยเนื่องจากโดยหลักการแล้ว รัฐบาลเวียดนามเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศทั้งหมด แม้แต่ชาวเวียดนามเองก็ไม่ใช่ว่าเป็นเจ้าของที่แท้จริง ซึ่งหมายถึงหากรัฐบาลเวียดนาม

ต้องการจะเอาที่ดินคืนก็ย่อมทำได้ แต่ในทางปฏิบัติ ก็ยังหมายถึงการที่นักลงทุนต่างชาติสามารถเป็นเจ้าของที่ดินได้ หากไม่ได้กระทำผิดกฎหมายหรือมีเหตุจำเป็น รัฐบาลย่อมไม่ยึดที่ดินกลับคืนนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนไม่ได้ต้องการให้ประเทศไทยมีระบบกฎหมายเช่นเดียวกับเวียดนาม แต่การศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและสิทธิในที่ดินของเวียดนามสะท้อนให้เห็นความสำคัญของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายอย่างเป็นระบบและทันต่อสถานการณ์โลกที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว และอาจสามารถนำมาตราการทางกฎหมายของเวียดนามมาปรับใช้กับบริบทในประเทศไทยต่อไป

นอกจากการศึกษากฎหมายที่เกี่ยวข้องของประเทศเวียดนามแล้ว ยังมีการศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักร โดยเฉพาะแนวทางการป้องกันปัญหาการเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวเพื่อให้สามารถถือครองที่ดินได้ เช่น ปัญหาการใช้นอมนิ สหราชอาณาจักรไม่มีกฎหมายที่จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นเดียวกับประเทศไทย แต่จะนำกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวมาควบคุมแทน โดยเฉพาะกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กล่าวคือ แม้คนต่างด้าวจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในสหราชอาณาจักรได้ ก็มีได้ทำให้คนต่างด้าวนั้นสามารถอาศัยหรือทำงานในประเทศได้ในฐานะผู้มีถิ่นที่อยู่ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022) กำหนดให้เจ้าของที่ดินที่เป็นคนต่างด้าวจะต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงเพื่อป้องกันการฟอกเงินและการกระทำความผิดโดยผ่านการถือครองที่ดิน

ดังนั้น บทที่ 1 จึงได้วางกรอบการศึกษาปัญหาไว้ 4 ประเด็น ได้แก่ (1) ประเด็นคำนิยามของคนต่างด้าวและการควบคุมการเข้าเมือง (2) ประเด็นการกำหนดประเภทกิจการสำหรับคนต่างด้าว (3) ประเด็นการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว และ (4) ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

บทที่ 2 ได้ศึกษาแนวคิดและทฤษฎีที่เกี่ยวข้องกับประเด็นต่าง ๆ ที่กำหนดไว้ในบทที่ 1 กล่าวคือ แนวคิดว่าด้วยการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศกับการให้สิทธิประโยชน์ในที่ดินแก่คนต่างด้าว รวมถึงที่มาของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไทย เพื่อศึกษาถึงความสำคัญของการที่กฎหมายให้สิทธิประเภทต่าง ๆ ในที่ดินแก่นักลงทุนเพื่อดึงดูดเงินลงทุนเข้ามาในประเทศ ซึ่งเป็นการสร้างการเติบโตทางเศรษฐกิจที่จำเป็นต่อการพัฒนาประเทศอย่างมาก แต่ในขณะเดียวกันก็จำเป็นต้องควบคุมกำกับการเข้ามาของนักลงทุนโดยไม่ให้กระทบต่อนักลงทุนภายในประเทศและความมั่นคงของประเทศด้วย จึงเกิดเป็นมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ ที่จะส่งเสริมและกำกับดูแลคู่ขนานกันอย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ บทที่ 2 ยังพูดถึงแนวคิดเกี่ยวกับการเช่าที่ดินระยะยาว เนื่องจากการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแก่คนต่างด้าวย่อมมีข้อจำกัดมาก กฎหมายจึงต้อง

เสนอทางเลือกให้กับนักลงทุนต่างชาติคือ การให้สิทธิการเช่าระยะยาวสำหรับการลงทุนที่จะเกิดประโยชน์ต่อประเทศในด้านต่าง ๆ จากการศึกษาแนวคิดต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับทำให้พบว่า บทบาทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนและสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว นั้น จำเป็นต้องสร้างสมดุลระหว่างการให้สิทธิประโยชน์แก่นักลงทุนต่างชาติเพื่อดึงดูดเงินลงทุนเข้ามาในประเทศ แต่ขณะเดียวกันกฎหมายจะต้องมีระบบกำกับดูแลที่มีประสิทธิภาพที่จะสามารถป้องกันการเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวด้วย

บทที่ 3 เป็นการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายว่าด้วยสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวของสาธารณรัฐสังคมนิยมเวียดนาม สหราชอาณาจักร และประเทศไทย แล้ว มีบทสรุปได้ว่า ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนามสำหรับนักลงทุนต่างชาติได้มีการ “บัญชีรายการข้อห้าม” (Negative List) มาใช้สำหรับการลงทุนจากต่างประเทศ ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทของธุรกิจที่ห้ามให้นักลงทุนต่างชาติประกอบการ ข้อดีของ Negative List คือ ประเภทธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการ นักลงทุนต่างชาติจึงยอมลงทุนได้ทั้งสิ้น ในขณะที่กฎหมายเดิมนั้นเป็นการกำหนด “บัญชีรายการที่ได้รับอนุญาต” (Positive List) ซึ่งเป็นการกำหนดประเภทธุรกิจที่ให้นักลงทุนต่างชาติสามารถประกอบการได้ ข้อเสียของ Positive List คือ รายการบัญชีดังกล่าวไม่สามารถครอบคลุมประเภทธุรกิจได้อย่างกว้างขวางและหลากหลาย ธุรกิจใดก็ตามที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายการจำเป็นต้องมีการขออนุญาตเป็นรายกรณีไป และยิ่งขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐ นอกจากนี้ การเพิ่มรายการบัญชี Positive List ไม่ได้เกิดขึ้นอย่างง่ายดายและบ่อยครั้ง ดังนั้น ประเทศเวียดนามจึงได้แก้ไขกฎหมายให้มีการนำแนวทางของ negative list มาใช้ อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่ารัฐบาลเวียดนามไม่ให้การสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศอย่างไม่แบ่งแยก แต่ขณะเดียวกันยังสามารถปกป้องและคุ้มครองประเภทธุรกิจที่อาจเกี่ยวข้องกับความปลอดภัยและมั่นคงของประเทศได้ด้วย เป็นการสร้างสมดุลระหว่างการส่งเสริมการลงทุนและการปกป้องความมั่นคงของประเทศไปพร้อมกัน

นอกจากนี้ จากการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนาม ยังได้สะท้อนนโยบายของการไม่แบ่งแยก (Discrimination) ด้านการลงทุนระหว่างนักลงทุนต่างชาติและนักลงทุนในชาติ เห็นถึงความพยายามที่จะให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่แตกต่างกันภายใต้หลักแนวคิดสากลของการลงทุนระหว่างประเทศ

ส่วนในการนิยามความหมายที่เกี่ยวกับการลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างชาติ กฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนามได้มีการนิยามรายละเอียดไว้อย่างครอบคลุมกว้างขวาง ในเรื่องเกี่ยวกับธุรกิจการลงทุนทั้งของคนชาวเวียดนามและคนต่างชาติไว้ โดยกำหนดคานิยามของนักลงทุนทั่วไปชาวเวียดนาม และนักลงทุนต่างชาติไว้อย่างชัดเจน

ในขณะที่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุนของประเทศไทยนั้น มีการกำหนดคำนิยามไว้แต่รายละเอียดของคำนิยามมีจำกัดเพียงเฉพาะตัวของกฎหมายนั้นๆ เช่น คำนิยามของ “ผู้ขอรับการส่งเสริมการลงทุน” “ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุน” หรือ “ผู้สามารถได้รับการส่งเสริมการลงทุน” เท่านั้น ส่วนประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้นระบุเพียงแต่ “ผู้เช่า” และ “ผู้ให้เช่า” เช่นเดียวกันกับพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม และพระราชบัญญัติเขตพัฒนาเศรษฐกิจภาคตะวันออก ให้นิยามไว้เพียงแต่ “ผู้ประกอบการกิจการในเขตส่งเสริมเศรษฐกิจพิเศษ” เท่านั้น ส่วนพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ได้ให้ความหมายคำว่า “คนต่างด้าว” ไว้เพียงแต่ในฐานะบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลเท่านั้น

ในขณะที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวจะกำหนดรายการบัญชีธุรกิจต้องห้ามไว้อย่างชัดเจนสำหรับกรณีคนต่างด้าวห้ามประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามบัญชีทั้งสามบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งบัญชีสอง และบัญชีสามเป็นการห้ามที่ไม่เด็ดขาดกล่าวคืออาจขออนุญาตจากรัฐมนตรี หรืออธิบดีได้ แต่ในเรื่องของการค้าที่ดิน เป็นธุรกิจต้องห้ามโดยเด็ดขาดตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีลักษณะ Negative List และ Positive List ผสมกันคล้ายของประเทศเวียดนามเพียงแต่ธุรกิจตามบัญชี Negative List ของประเทศเวียดนามไม่ได้บังคับเฉพาะนักลงทุนต่างชาติเท่านั้น แต่เป็นการบังคับใช้กับนักลงทุนทุกคน ทุกประเภท รายการธุรกิจที่อยู่ในบัญชีต้องห้ามของประเทศเวียดนามเป็นรายการธุรกิจที่เป็นสิ่งผิดกฎหมายอยู่แล้วในตัวเอง ซึ่งหมายความว่าแม้จะเป็นนักลงทุนชาวเวียดนามเอง หากประกอบธุรกิจตามบัญชีต้องห้าม ก็ถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจที่ผิดกฎหมายของประเทศด้วยเช่นกัน

กฎหมายของสหราชอาณาจักรไม่ได้มีข้อห้ามในการที่คนต่างด้าวจะซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ และยังสามารถได้รับกรรมสิทธิ์ (Freehold Ownership) ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขึ้นด้วย เหตุผลสำคัญประการหนึ่งที่กฎหมายของสหราชอาณาจักรอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถซื้ออสังหาริมทรัพย์ได้เช่นเดียวกับคนอังกฤษ เนื่องจากแม้คนต่างด้าวจะถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์แต่จะไม่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นผู้มีถิ่นฐาน (Residence Permit) หรือจะไม่ได้รับวีซ่าถาวร (Permanent Visa) ในอีกนัยหนึ่งคือ แม้จะเป็นเจ้าของบ้านและที่ดิน แต่ก็ไม่สามารถเข้ามาพักอาศัยได้ตามปกติ ไม่สามารถทำงานได้ และอาจต้องมีการขอวีซ่าเพื่อเข้ามาในประเทศ

ในเรื่องของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในสหราชอาณาจักรนั้น คนต่างด้าวก็มีสิทธิเหมือนกับคนอังกฤษทุกประการ สัญญาเช่า (Leasehold Contract) ของสหราชอาณาจักรจะมีระยะเวลาตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือยาวนานถึง 999 ปี โดยเจ้าของจะเป็นผู้เริ่มสัญญาเช่าและจะต่อเนื่องไปเรื่อย ๆ แม้ว่าจะมีการเปลี่ยนผู้เช่า แต่ระยะเวลาที่จะลดลงเรื่อย ๆ สัญญาเช่าสามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันเพื่อขอกำนอง (Mortgage) อสังหาริมทรัพย์นั้นได้ และหากผู้เช่าเป็นนิติบุคคล ทางรัฐบาลอังกฤษได้มี

การบังคับใช้กฎหมายใหม่เมื่อ ค.ศ. 2022 กฎหมายดังกล่าว เรียกว่า พระราชบัญญัติอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (ความโปร่งใสและการบังคับใช้) ค.ศ. 2022 (Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022)) ซึ่งกำหนดให้นิติบุคคลต่างด้าวที่ซื้อหรือให้เช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในอังกฤษและเวลส์ในช่วง 20 ปีที่แล้วจนถึงปัจจุบัน จะต้องจดทะเบียนกับ Companies House เพื่อเปิดเผยข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์ที่แท้จริง (Beneficial Owners) ซึ่งจะเป็นบุคคลธรรมดาที่ได้รับผลประโยชน์จากนิติบุคคลดังกล่าว โดยกฎหมายให้อำนาจรัฐบาลในการเข้าตรวจสอบและขัดขวางแทรกแซงกิจกรรมทางธุรกิจบางประเภทด้วยเหตุผลด้านความมั่นคงของประเทศ เช่น การคว่ำบวมกิจการ โดยกฎหมายให้อำนาจกับ Investment Security Unit ในการสังเกตการณ์ ตรวจสอบ บันทึกลงทะเบียน และเผยแพร่ข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางธุรกิจที่ต้องมีการกำกับเป็นพิเศษ กล่าวคือ บริษัทจะต้องเปิดเผยข้อมูลและรายละเอียดเกี่ยวกับกิจกรรมทางธุรกิจที่กฎหมายกำหนดให้แก่ Investment Security Unit ซึ่งมีทั้งการเปิดเผยแบบภาคบังคับและภาคสมัครใจ

บทที่ 4 เป็นการวิเคราะห์ปัญหาทั้ง 4 ประเด็นถึงความเป็นไปได้ที่จะพัฒนาปรับปรุงกฎหมายของประเทศไทยได้ ดังนี้

#### 1. ประเด็นค่านิยมของคนต่างด้าวและการเข้าเมืองเพื่อการลงทุน

ประเทศไทยได้ให้นิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 โดยมีการให้ค่านิยมแยกเป็นเพียงบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลเท่านั้น มิได้มีการให้นิยามความหมายคนต่างด้าวในแง่ของนักลงทุนแต่อย่างใด แม้จะเป็นในกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนก็ตาม ต่างกับกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของเวียดนามที่ให้นิยามความหมายของคำว่า “นักลงทุน” เป็นการเฉพาะ และยังได้เจาะจงไปถึง “นักลงทุนต่างชาติ” อีกด้วย จึงทำให้คนต่างด้าวที่เข้าเงื่อนไขของกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนาม จะถูกมองว่าเป็นนักลงทุนต่างชาติที่ได้รับสิทธิประโยชน์และได้รับการคุ้มครองการลงทุนภายใต้กฎหมาย ต่างจากคนต่างด้าวทั่วไปที่จะไม่ได้รับสิทธิประโยชน์ใด ๆ จากทางรัฐบาล และไม่อยู่ภายใต้กฎหมายว่าด้วยการลงทุน

และจากการศึกษากฎหมายของสหราชอาณาจักรในเชิงเปรียบเทียบ พบว่าสหราชอาณาจักรหรือประเทศอังกฤษ ไม่ได้ให้คำจำกัดความ หรือนิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายว่าด้วยการลงทุนแต่อย่างใด เนื่องจากประเทศอังกฤษไม่จำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการเข้าถือกรรมสิทธิ์หรือมีสิทธิในที่ดินว่าด้วยสิทธิการเช่าแต่อย่างใด จึงไม่จำเป็นต้องนิยามความหมายของคำว่าคนต่างด้าวไว้ในกฎหมายเพื่อการลงทุน หากจะมีก็แต่ในกฎหมายคนเข้าเมืองเพื่อการขออนุญาตพำนักอาศัยในสหราชอาณาจักรเท่านั้น

## 2. ประเด็นประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติต้องขออนุญาต

ประเทศไทยได้กำหนดประเภทกิจการต้องห้ามหรือกิจการที่นักลงทุนต่างชาติต้องขออนุญาตไว้ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เพียงกฎหมายเดียว ซึ่งเป็นกฎหมายแม่บทที่ตราขึ้นมาบังคับใช้แทนประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยแบ่งกลุ่มประเภทของธุรกิจที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาลงทุนเป็น 3 บัญชี โดยในบัญชีหนึ่งเป็นกิจการที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการโดยเด็ดขาด บัญชีสองเป็นกิจการที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีฯ ส่วนบัญชีที่สามเป็นกิจการที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการเว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีฯ ดังนี้ กิจการใดที่เกี่ยวข้องกับ “การค้าที่ดิน” ซึ่งเป็นกิจการต้องห้ามตามบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติฯ เป็นกิจการต้องห้ามของคนต่างด้าว หมายถึง คนต่างด้าวไม่สามารถทำการซื้อขายที่ดินหรือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ในขณะที่ประเทศเวียดนามได้กำหนดประเภทกิจการที่อยู่ในบัญชีต้องห้ามนั้นเป็นกิจการที่ผิดกฎหมายในตัวเอง เช่น ค้ายาเสพติด ค้าประเวณี หรือการค้ามนุษย์ ที่แม้จะเป็นนักลงทุนชาวเวียดนามเองประกอบกิจการ ก็ถือว่าเป็นการประกอบกิจการอันต้องห้ามตามกฎหมาย ส่วนการกำหนดประเภทกิจการที่ลงทุนได้โดยมีเงื่อนไขทั้ง 229 ประเภทนั้น จะต้องมีการขออนุญาตจากรัฐในรูปแบบของ ใบอนุญาต (Permit/License) ประกาศนียบัตร (Certificate) หนังสือรับรอง (Credential) หรือการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Endorsement or Approval) ซึ่งในประเภทกิจการทั้ง 229 ประเภทนั้น ไม่มีการกำหนดกิจการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินเฉกเช่นประเทศไทย เพียงแต่กำหนดว่ากิจการเกี่ยวกับการประมูลที่ดิน (Property Auction) จะต้องมีการขออนุญาตเท่านั้น

สำหรับสหราชอาณาจักรนั้นการกำหนดประเภทกิจการจะอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติความมั่นคงและการลงทุนแห่งชาติ ค.ศ. 2021 (National Security and Investment Act (NSI) ซึ่งกฎหมายของประเทศอังกฤษจะปฏิบัติต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างชาติเช่นเดียวกับการประกอบธุรกิจของคนอังกฤษ ไม่มีการจำกัดประเภทของกิจการแต่เพียงคนอังกฤษเท่านั้น หากแต่นักลงทุนต่างชาติก็ไม่ถูกจำกัดเช่นกัน จะเห็นได้ว่า การลงทุนในสหราชอาณาจักรเปิดกว้างสำหรับคนต่างด้าวอย่างมาก เพียงแต่จะให้ความสำคัญกับการดำเนินธุรกิจบางประเภทที่อาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและการลงทุนในประเทศ เช่น การควบรวมกิจการ และยังได้กำหนดประเภทของธุรกิจที่ไม่ต้องห้ามแต่ต้องเปิดเผยข้อมูลให้กับ Investment Security Unit ไว้ 17 ประเภท โดยทั้ง 17 ประเภทเป็นธุรกิจที่รัฐบาลอังกฤษมองว่าหากไม่มีการควบคุมกำกับเป็นพิเศษอาจส่งผลกระทบต่อความมั่นคงและการลงทุนของประเทศได้ อย่างไรก็ตาม กิจการที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ หรือการค้าที่ดินไม่อยู่ในประเภทที่ต้องมีการกำกับดูแลเป็นพิเศษดังกล่าว

### 3. ประเด็นการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อย่างมีเงื่อนไข ซึ่งถือเป็นข้อจำกัดในเรื่องสิทธิในที่ดินว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จากการศึกษาพบว่าสิทธิในที่ดินว่าด้วยกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นเรื่องที่มีอวจรกระทำ หรือก้าวล่วงได้ ด้วยบริบทของประเทศไทยที่เป็นประเทศกำลังพัฒนา จำต้องมีข้อจำกัดเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินไว้เพื่อไม่ให้ประเทศตกไปอยู่ในมือของนักลงทุนต่างชาติทั้งหมด และเป็นกิจการที่คนไทยยังไม่พร้อมแข่งขัน ดังนั้นแล้วผู้เขียนจึงได้ศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นสิทธิการเช่าที่ดินของนักลงทุนต่างชาติเพื่อให้เกิดแนวทางหรือมาตรการทางกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน ประเภทการลงทุนเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment) หรือการแก้ไขปัญหาของกฎหมายไทยที่เป็นข้อจำกัดต่อการส่งเสริมการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ และข้อจำกัดเกี่ยวกับการให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่อยู่อาศัยแก่นักลงทุนต่างชาติ และเพื่อเพิ่มศักยภาพการแข่งขันกับประเทศในกลุ่มอาเซียน และดึงดูดนักลงทุนต่างชาติ

### 4. ประเด็นการเช่าที่ดินของคนต่างชาติ

กฎหมายของประเทศไทยหลายฉบับที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเช่าที่ดินในระยะยาวได้ แต่จะเป็นการอนุญาตให้ภายในเฉพาะพื้นที่ที่ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ เช่น เฉพาะพื้นที่ในจังหวัดที่กำหนด พื้นที่เขตพัฒนาเศรษฐกิจพิเศษ พื้นที่นิคมอุตสาหกรรม ซึ่งเงื่อนไขเหล่านี้ถือเป็นข้อจำกัดที่ไม่ตรงต่อความต้องการของคนต่างด้าว หรือนักลงทุนต่างชาติที่ต้องการสิทธิในที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยในพื้นที่ที่เหมาะสมแก่การพักผ่อน หรือหลังวัยเกษียณ ในขณะที่สหราชอาณาจักรเปิดโอกาสในคนต่างด้าวสามารถมีสิทธิการเช่าได้เช่นเดียวกับคนอังกฤษ ระยะเวลาเช่ามีตั้งแต่ 99 ปี 125 ปี หรือ 999 ปี และประเทศเวียดนามอนุญาตให้คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติมีสิทธิการเช่าที่ดินระยะเวลายาวเพื่อที่อยู่อาศัยถึง 50-70 ปี หรืออาจจะมีการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติออกไปอีก 70 ปี หากมีการจ่ายค่าเช่าทั้งหมดครอบคลุมระยะเวลาเช่า การเช่า

## 5.2 ข้อเสนอแนะ

จากบทสรุปดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าเพื่อไม่ให้เกิดความสับสนต่อกฎหมายแม่บท เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการเช่าทรัพย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน หรือพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะสำหรับธุรกิจการลงทุน เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือพระราชบัญญัติเขตพัฒนาเศรษฐกิจภาคตะวันออก พ.ศ. 2561 เป็นต้น เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศไทยดังกล่าวต่างมีเจตนารมณ์และวัตถุประสงค์จำกัดเฉพาะการณ อื่นทั้งสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่าง

คำว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย นี้ไม่ได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายใดเป็นการเฉพาะ จึงเสนอให้มีการร่างกฎหมาย หรือมีมาตรการขึ้นมาใหม่โดยบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะสำหรับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment Law) เพื่อเป็นแนวทาง วิธีแก้ปัญหา และข้อจำกัดอย่างเฉพาะเจาะจงของคนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้ โดยไม่กระทบ หรือสร้างความสับสนต่อกฎหมายอื่นที่มีอยู่ และเป็นการบริหารจัดการทรัพย์สินที่ดินอย่างบูรณาการ อีกทั้งยังช่วยส่งเสริมศักยภาพของประเทศไทยให้เท่าเทียมกับหลาย ๆ ประเทศ โดยผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

### 5.2.1 ประเด็นคำนิยามของคนต่างด้าวและการควบคุมการเข้าเมือง

คนต่างด้าวที่เข้ามาในประเทศไทยนั้น มาด้วยวัตถุประสงค์ที่หลากหลายแตกต่างกันไป กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองกำหนดคำนิยาม “คนต่างด้าว” ว่าหมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย และกฎหมายยังได้กำหนดเงื่อนไขของการเป็นนักลงทุนคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดาไว้ ในขณะเดียวกันพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ก็ได้บัญญัติคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ว่าหมายถึงบุคคลธรรมดาและนิติบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย แต่ไม่มีการระบุนักลงทุนประเภทนักลงทุนไว้เป็นการเฉพาะ เพราะกฎหมายน่าจะตีความได้ว่า คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจในประเทศไทยย่อมถือเป็นนักลงทุน ในขณะที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนใช้คำว่า “ผู้ขอรับการส่งเสริม” ซึ่งย่อมหมายถึง นักลงทุนสัญชาติไทยและต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลประเภทบริษัท มูลนิธิหรือสหกรณ์เท่านั้น จะเห็นว่า คำนิยามตามกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวแท้จริงแล้วจะปรากฏในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง ซึ่งหมายถึงบุคคลธรรมดาเท่านั้น การกำหนดคำนิยามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับอาจสร้างความสับสนแก่นักลงทุนต่างด้าวได้

ผู้เขียนเสนอว่า ควรมีการให้คำนิยามของคำว่า คนต่างด้าว โดยให้มีการแยกประเภทของคนต่างด้าวในกลุ่มของ “นักลงทุนต่างชาติ” เป็นการเฉพาะเช่นเดียวกับกฎหมายว่าด้วยการลงทุนของประเทศเวียดนาม เพื่อให้เหมาะสมกับบริบทของประเทศไทย ผู้เขียนเสนอให้มีการนำเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองมาประกอบด้วย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่เหมาะสมที่จะนำแนวทางของสหราชอาณาจักรมาใช้ กล่าวคือ ไม่มีการกำหนดความเป็นนักลงทุนต่างชาติไว้เลย เนื่องจากบริบทของประเทศไทยเป็นลักษณะการพึ่งพิงการลงทุนโดยตรงจากต่างประเทศ ในขณะที่สหราชอาณาจักรเป็นประเทศพัฒนาแล้วที่มุ่งออกไปลงทุนในประเทศกำลังพัฒนา ทำให้อาจไม่สามารถใช้แนวทางของสหราชอาณาจักรได้

### 5.2.2 ประเด็นการกำหนดประเภทกิจการสำหรับคนต่างด้าว

กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีการกำหนดรายการบัญชีกิจการประเภทต่าง ๆ สำหรับคนต่างด้าว กล่าวคือ บัญชีต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจเลย บัญชีประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการ และบัญชีประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวต้องขออนุญาตจากกระทรวงพาณิชย์ ซึ่งแม้คนต่างด้าวจะสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจบางประเภทได้ แต่ขั้นตอนการขออนุญาตก็มีความยุ่งยากซับซ้อน และอาจมีการใช้ดุลยพินิจของเจ้าพนักงานค่อนข้างมาก ทำให้ระบบอาจไม่ได้มาตรฐานเดียวกัน และประเภทของธุรกิจในบัญชีท้ายค่อนข้างจำกัดและไม่ได้มีการปรับเปลี่ยนให้ทันต่อสภาพเศรษฐกิจและสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป เช่น ธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เพื่อพักอาศัยระยะยาว หากพิจารณาตามกฎหมายจะถือว่าเป็นธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าว

ผู้เขียนเสนอว่า ควรมีการพัฒนาและปรับปรุงประเภทของกิจการสำหรับคนต่างด้าวให้มีความยืดหยุ่นมากขึ้น โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ เช่นเดียวกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศเวียดนาม ซึ่งห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการที่เป็นการทำธุรกิจอย่างชัดเจน เช่น ค้ามนุษย์ การค้ายาเสพติด เป็นต้น กฎหมายเวียดนามมีความยืดหยุ่นในการอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้มากกว่าของไทยด้วยการใช้มาตรการตรวจสอบที่เข้มงวดและการให้อำนาจรัฐบาลในการแทรกแซงกิจการที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศ

ผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการแก้ไขกฎหมายไทยในการเพิ่มรูปแบบใบอนุญาตเช่นเดียวกับของเวียดนาม ได้แก่ ใบอนุญาต (Permit/License) ประกาศนียบัตร (Certificate) หนังสือรับรอง (Credential) หรือการอนุมัติเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Endorsement or Approval) หากกฎหมายไทยเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้มากขึ้น ก็จะช่วยป้องกันการเลี่ยงกฎหมายโดยใช้นอมนีได้ แต่ในขณะเดียวกันก็ต้องเพิ่มมาตรการตรวจสอบที่เข้มงวดมากขึ้น เช่น กฎหมายของสหราชอาณาจักรจะกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องมีการส่งข้อมูลให้กับภาครัฐในกิจการบางประเภทที่อาจเกิดความเสี่ยงต่อความมั่นคงและการลงทุนของประเทศได้ แม้สหราชอาณาจักรจะไม่ได้กำหนดให้กิจการที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ต้องถูกควบคุมจับตาเป็นพิเศษ หรือการกำหนดให้นิติบุคคลที่จะเข้ามาลงทุนในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยต้องเปิดเผยข้อมูลของผู้รับประโยชน์ของนิติบุคคล หรือผู้มีอำนาจควบคุมที่แท้จริง รวมถึงการเปิดเผยข้อมูลทำธุรกรรมการเงินเข้าและออกระหว่างประเทศอันเกี่ยวกับการลงทุนนี้ รวมถึงกำหนดโทษของการไม่เปิดเผย หรือการปกปิดข้อมูลเหล่านี้ด้วย ประเทศไทยสามารถใช้แนวทางดังกล่าวกับบริบทของไทยที่มีคนต่างด้าวเลี่ยงกฎหมายเพื่อซื้อที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้พอกเงินได้

### 5.2.3 ประเด็นสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

ผู้เขียนเข้าใจว่า สำหรับประเทศไทยนั้นการจะแก้กฎหมายเพื่อจะให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์กับคนต่างด้าวเป็นเรื่องที่ทำได้ยากในปัจจุบัน ดังนั้นการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นสิทธิที่สำคัญอย่างมากสำหรับคนต่างด้าวที่มาลงทุนในประเทศไทย โดยเฉพาะการลงทุนที่มีมูลค่าสูงและระยะเวลาประกอบกิจการระยะยาว ระยะเวลาของสัญญาเช่าจึงเป็นสิ่งที่นักลงทุนให้ความสำคัญอย่างมาก อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยยังถือว่าค่อนข้างสั้นมาก เช่น ระยะเวลาเช่าเพียง 30 ปีตาม ป.พ.พ. แม้จะขยายได้อีกไม่เกิน 30 ปี แต่ก็ไม่มีหลักประกันที่แน่นอนว่าจะได้รับการต่อสัญญาเช่านั้นเสมอไป แม้จะมีกฎหมายพิเศษอื่น ๆ ที่อนุญาตให้เช่าได้เกิน 30 ปี แต่ก็มีข้อจำกัดและเงื่อนไขต่าง ๆ มากมายตามที่ได้วิเคราะห์ไปแล้วในบทที่ 4

ผู้เขียนเสนอให้มีการนำมาตรการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของประเทศเวียดนามมาใช้ กล่าวคือ มีการกำหนดรายละเอียดของการเช่าอสังหาริมทรัพย์ไว้ค่อนข้างหลากหลาย เช่น การเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าเป็นรายปี หรือการเช่าที่ดินระยะเวลา 50-70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าที่ครอบคลุมระยะเวลาเช่าทั้งหมด หรือการเช่าที่ดินระยะเวลา 70 ปี โดยจะมีการต่อสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติออกไปอีก 70 ปี โดยมีการจ่ายค่าเช่าทั้งหมดครอบคลุมระยะเวลาเช่า การเช่าลักษณะนี้จะใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยเท่านั้น และให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้กำหนดค่าเช่าที่ดินที่เหมาะสม และมีอำนาจในการเข้าแทรกแซงการประกอบกิจการในกรณีที่เป็นอันตรายต่อความมั่นคงของประเทศได้

ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เพื่ออยู่อาศัย ให้มีระยะยาวมากกว่า 30 ปี ตามแนวทางของประเทศเวียดนาม และควรมีมาตรการป้องกันการถอนทุนของนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้อย่างมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือต้องกำหนดระยะเวลา และจำนวนในการถอนทุนอันถือเป็นเงื่อนไขของการลงทุนเพื่ออยู่อาศัยนี้ด้วย

### 5.2.4 มาตรการตรวจสอบและเพิกถอนการถือสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว

ปัญหาหลักของประเทศไทยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวคือการใช้นอมนิคนไทยเข้าถือหุ้นในนิติบุคคลมากกว่าร้อยละ 50 เพื่อทำให้นิติบุคคลนั้นมีสัญชาติไทยและสามารถใช้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ได้เหมือนคนไทยทุกประการ เช่น การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกิจการต้องห้ามของคนต่างด้าว กฎหมายไทยในปัจจุบันไม่ได้มีแนวทางการป้องกันปัญหาดังกล่าวอย่างชัดเจน และยังไม่มีแนวทางในการตรวจสอบบริษัทที่ใช้นอมนิคนไทยแทนคนต่างด้าว มีเพียงมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการ

ประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่กำหนดบทลงโทษทางอาญากับผู้ที่เป็นนอมินีและนิติบุคคลที่จ้างคนไทยเพื่อเป็นนอมินีถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

ผู้เขียนเสนอให้มีการนำแนวทางการตรวจสอบและควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในลักษณะคล้ายกับกฎหมายของสหราชอาณาจักร คือ Economic Crime (Transparency and Enforcement Act 2022 เพื่อตรวจสอบและควบคุมปัญหาการถือสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกฎหมายอาจกำหนดให้นิติบุคคลไทยที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นในสัดส่วนที่สูง เช่น มีผู้ถือหุ้นแค่ 2 คนในบริษัท คือ คนไทยถือหุ้นร้อยละ 51 และคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 ซึ่งหากเป็นการลงทุนจริงมักจะไม่เป็นการจัดตั้งองค์กรในลักษณะนี้ ในกรณีดังกล่าวบริษัทจะต้องเปิดเผยข้อมูลของคนต่างด้าวและคนไทยนั้น ที่มาของเงินลงทุน และรายละเอียดของการประกอบการ หรืออาจรวมถึงการให้เซ็นยินยอมว่าไม่ใช่ นอมินี เป็นต้น โดยอาจส่งข้อมูลดังกล่าวแก่กรมพัฒนาธุรกิจการค้า และให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลได้ และมีหน่วยงานเฉพาะเพื่อกำกับดูแล ควบคุม แทรกแซงกิจการที่เป็นภัย หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเช่นเดียวกับแนวทางของสหราชอาณาจักร

ทั้งนี้ หลักการพื้นฐานของกฎหมายนี้ควรประกอบไปด้วย หลักความมั่นคงของชาติ หลักการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชน หลักการดูแลและคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของนักลงทุน หลักความเสมอภาค หลักการปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (NT) หลักประเพณีการค้าระหว่างประเทศ ตามบริบทของประเทศโดยต้องไม่ลืมนำถึงวิถีชุมชน และสิ่งแวดล้อมความเป็นอยู่ และวัฒนธรรมของแต่ละพื้นที่ที่ให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ว่าด้วยสิทธิการเช่าระยะยาวนี้แก่นักลงทุนต่างชาติ

นอกเหนือไปจากการส่งเสริม หรือการออกมาตรการสำหรับสิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัย (Housing Investment Law) นี้แล้ว ผู้เขียนขอเสนอให้สิทธิในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวว่าด้วยการลงทุนในสิทธิการเช่าที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยนี้ มีการสงวนไว้ซึ่งพื้นที่ชายฝั่งทะเลในระยะ 10 เมตร หรือพื้นที่ที่เป็นเขตเกษตรกรรม หรือพื้นที่ทางทหาร หรือที่ตั้งของหน่วยงานราชการ เพื่อป้องกันการปิดกั้นพื้นที่อันเป็นทางเข้า-ออก พื้นที่สาธารณะ และเพื่อความปลอดภัยต่อความมั่นคงของประเทศ หรือหากไม่สามารถสงวนไว้ได้ รัฐควรมีข้อกำหนด หรือข้อห้ามในพื้นที่เหล่านี้เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาจากนักลงทุนต่างชาติกลุ่มนี้ในภายหลัง

## บรรณานุกรม

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า. **สาระสำคัญของความตกลงว่าด้วยมาตรการการลงทุนที่เกี่ยวข้องกับการค้า**. กรุงเทพฯ: สำนักยุทธศาสตร์การเจรจาการค้า กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ, 2555.
- กรมพัฒนาธุรกิจการค้า, กองธรรมาภิบาลธุรกิจ. **รมช.สินิตย์ เข้ม!! สั่งการ ‘ตรวจนอมินี’ ทั้งก่อนและหลังจัดตั้งนิติบุคคลปี ’64 – ’65 พบนิติบุคคลที่อาจกระทำผิดในลักษณะนอมินี 148 ราย ส่ง DSI สืบสวนสอบสวนเชิงลึก..ดำเนินคดีให้ถึงที่สุด**. ค้นวันที่ 22 พฤศจิกายน 2565 จาก [https://www.dbd.go.th/news\\_view.php?nid=469423193](https://www.dbd.go.th/news_view.php?nid=469423193)
- กรมเลขาธิการคณะรัฐมนตรี. หนังสือ ที่ 8549/2495. **เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติกำหนดการครอบครองและถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน**. 5 กรกฎาคม 2495.
- กระทรวงเกษตรและสหกรณ์. หนังสือลับเฉพาะที่ 446/2481. **เรื่อง คนต่างด้าวจับจองที่ดิน**. กิตติ ปิลันธนิลลิก. **รวมกฎหมายที่ดินของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน**. กรุงเทพฯ: ซีเอ็ดดูเคชั่น, 2547.
- ข่าวหุ้นธุรกิจออนไลน์. **บีไอไอ” ย้ำไทยมีศักยภาพ “ฐานลงทุนต่างชาติ” ไม่แพ้เวียดนาม**. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://www.kaohoon.com/news/585086>
- จเร จารุวงศ์สันติ. **การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.
- ชาญชัย แสวงศักดิ์. **กฎหมายมหาชน: วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย**. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2563.
- ชินสัคค สุวรรณอัจฉริย. **กฎหมายแนวเศรษฐกิจศาสตร์**. สงขลา: ศูนย์หนังสือมหาวิทยาลัยทักษิณ, 2554.
- ชูศักดิ์ สนิทจาโร. **พระราชบัญญัติของรัชกาลที่ 5 เกี่ยวกับการที่ดิน**. **วารสารที่ดิน**. 27, 5.
- ฐานเศรษฐกิจ. **“กรมที่ดิน” ล้างบาง “นอมินี” ถือครองที่ดินแทนคนต่างชาติ**. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://www.thansettakij.com/real-estate/549672>
- เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และสุณี อาชวานันทกุล. **เบื้องหลังกลเกมทางธุรกิจของพ่อค้ายุคโลกาภิวัตน์**. กรุงเทพฯ: Openbooks, 2549.

เทียมทัน อุณหะสุวรรณ. **การควบคุมการใช้ประโยชน์ที่ดินที่เกษตรกรได้รับกรรมสิทธิ์จากการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

ประชาชาติธุรกิจออนไลน์. **ไทยตกขบวน ทุนต่างชาติไหลเข้าเวียดนาม 2 พันโปรเจกต์.** ค้นวันที่ 28 มกราคม 2566 จาก <https://www.prachachat.net/economy/news-1189072>

ประชาชาติธุรกิจออนไลน์. **รื้อกฎหมายเช่าอสังหาต่างชาติ คอนโดลุ่นขยายสัญญา 99 ปี.** ค้นวันที่ 8 กรกฎาคม 2564 จาก <https://www.prachachat.net/property/news-707534>

ประดิษฐ์มนูธรรม (ปรีดี พนมยงค์), หลวง. **เค้าโครงเศรษฐกิจ.** กรุงเทพฯ: ประจักษ์การพิมพ์, 2517.  
ปรีชา พรหมเพชร. **มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการถือครองที่ดิน.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541.

ร. แสงกาด. **ประวัติศาสตร์กฎหมายไทย.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ม.ป.ป.

รัฐบาลไทย. **อนุมัติ มท. ถอนร่างกฎกระทรวงการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวตามมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจและการลงทุนโดยการดึงดูดคนต่างด้าวที่มีศักยภาพสูง.** ค้นวันที่ 28 พฤศจิกายน 2565 จาก <https://www.thaigov.go.th/news/contents/details/61390>

วาชิณี ยศปัญญา. **การพัฒนาระบบเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม. วารสารรามคำแหง ฉบับนิติศาสตร์.** 10, 1 (2564): 39-160.

วิกิพีเดียสารานุกรมเสรี. **สหรัฐอเมริกา.** ค้นวันที่ 13 ตุลาคม 2567 จาก <https://th.wikipedia.org/wiki/สหรัฐอเมริกา>

สถาบันวิจัยเพื่อการพัฒนาประเทศไทย. **โครงการศึกษากฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.** กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2560.

สมคิด บางโม. **กฎหมายธุรกิจ.** พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพฯ: เอส เค บู้ค, 2561.

สมบูรณ์ เสี่ยมบุตร. **กฎหมายระหว่างประเทศเกี่ยวกับการค้าและการลงทุน.** กรุงเทพฯ: บรรณกิจ, 2549.

สำนักข่าวอิสรา. **ศาลฎีกา พิพากษา โตโยต้าแพ้คดีภาษีพริอุสหมิ่น ล. ซีซันส่วนนำเข้าไม่เป็นไปตาม JTEPA,** ค้นวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2567 จาก <https://www.isranews.org/article/isranews-news/112051-TYTtt.html>

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. **ความตกลงทวิภาคีด้านการลงทุน (Bilateral Investment Treaties – BITs): ความรู้เบื้องต้น.** ค้นวันที่ 16 กันยายน 2567 จาก <http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside21/file/Bilateral.pdf>

สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ. **การเช่าที่ดินและระยะเวลาการเช่ากรณีของไทยและประเทศเพื่อนบ้าน.** ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก [https://www.nesdc.go.th/download/article/article\\_20160513155025.pdf](https://www.nesdc.go.th/download/article/article_20160513155025.pdf)

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. **ในรอบความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการด้านการเงิน ภายใต้กรอบองค์การการค้าโลกนั้น มีสาระสำคัญ ความคืบหน้าของการดำเนินงาน และประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับคืออะไร.** ค้นวันที่ 16 กันยายน 2567 จาก <https://www.fpo.go.th/main/General-information-public-service/FAQ/2406/2413.aspx>

สุนทรีย์ อาสะวีย์. **การพัฒนาที่ดินและผลกระทบต่อสังคม.** กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2530.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. **บทบาทของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ.** กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2553.

Adenuga, Adewale Henry; Jack, Claire and McCarry, Ronan. **The Case for Long-Term Land Leasing: A Review of the Empirical Literature.** *Land* 10, 3 (March 2021): 241.

Baird, Douglas G. **The Future of Law and Economics: Looking Forward.** *The University of Chicago Law Review.* 64, 4 (Fall 1997): 1129-1165.

Bandiera, Oriana. **Land Tenure, Investment Incentives, and the Choice of Techniques: Evidence from Nicaragua.** *World Bank Economic Review.* 21, 3 (2007): 487–508.

BBC News. **ทุนจีนสีเทา: ดีเอสไอรับเป็นคดีพิเศษ เป้าหมายยึดทรัพย์ 4,400 ล้าน ขบวนการตู้ห่าว.** ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://www.bbc.com/thai/articles/crgj7z316w0o>

Bullard, Richard K. **Land Ownership and Sustainable Development.** Retrieved October 13, 2024 from [https://www.fig.net/resources/proceedings/fig\\_proceedings/fig\\_2002/Ts7-6/TS7\\_6\\_bullard.pdf](https://www.fig.net/resources/proceedings/fig_proceedings/fig_2002/Ts7-6/TS7_6_bullard.pdf)

- BuyAssociation. **Investing in UK Property: A Guide for Non-UK Residents.**  
Retrieved May 20, 2024 from <https://www.buyassociationgroup.com/en-gb/a-guide-for-non-uk-residents/>
- Clifford and Chance. **New Disclosure Rules for Foreign Owners of UK Land.** N.p.: n.p., 2022.
- Deininger, Klaus and Jin, Songqing. Tenure Security and Land-related Investment: Evidence from Ethiopia. **European Economic Review.** 50, 5 (2006): 1245–1277.
- Dezan Shira & Associates. **Land Rights in Vietnam – What They Are and How You Can Acquire Land.** Retrieved March 30, 2024 from <https://www.aseanbriefing.com/news/land-rights-in-vietnam-what-they-are-and-how-you-can-acquire-land/>
- Do, Vy Thao Tran; Nguyen, Kim Thi Anh and Nguyen, Trung Duc. **Vietnam’s Updated Law on Investment and Law on Enterprises: Impact on Foreign Investors.** Tilleke & Gibbins. Retrieved September 1, 2020 from <https://www.tilleke.com/insights/vietnams-updated-law-investment-and-law-enterprises-impact-foreign-investors/>
- Electricity & Industry Magazine. **เลขาริการอีอีซีย้า ร้าง พ.ร.บ. อีอีซี ไม่มีการเช่าที่ดิน 99 ปี.** ค้นวันที่ 16 พฤษภาคม 2567 จาก <https://www.electricityandindustry.com/eec-ไม่มีเช่าที่ดิน-99ปี/>
- Emanuel, Quinn. **In Brief: Regulation of Inbound Foreign Investment in United Kingdom.** Retrieved May 20, 2024 from <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=3ffd09b5-6748-4b38-af7d-6f9e37ee17f5>
- Federal Ministry for Economic Cooperation and Development (BMZ). **Development Policy Stance on the Topic of Land Grabbing – the Purchase and Leasing of Large Areas of Land in Developing Countries.** Berlin: BMZ, 2009.
- Feng, Chang Chun and Yeung, Stanley Chi Wai. **Real Estate Markets in Mainland China: International Real Estate an Institutional Approach.** London: Blackwell, n.d.
- Georges, Philippe et Siat, Guy. **Droit public.** 14<sup>th</sup> ed. Paris: Sirey, 2004.

- Gov.UK. **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022**. Norwich: TSO (The Stationary Office), 2022.
- GOV.UK. **Guidance Buying or Owning a Leasehold Home**. Retrieved May 20, 2024 from <https://www.gov.uk/government/publications/buying-or-owning-a-leasehold-property/buying-or-owning-a-leasehold-home>
- GOV.UK. **National Security and Investment Act 2021**. Retrieved May 20, 2024 <https://www.gov.uk/government/collections/national-security-and-investment-act>
- GTZ on behalf of the Federal Ministry for Economic Cooperation and Development. **Foreign Direct Investment (FDI) in Land in Developing Countries**. Eschborn: GTZ, 2009.
- Hickmand, Michael and Cole, John. China. In **The International Comparative Legal Guide to Real Estate 2006**. N.p.: n.p., 2006.
- Hodgson, Stephen; Cullinan, Cormac and Campbell, Karen. **Land Ownership and Foreigners: A Comparative Analysis of Regulatory Approaches to the Acquisition and Use of Land By Foreigners**. New York, NY: Food and Agriculture Organization of the United Nations, 1999.
- Imperial and Legal. **Benefits of Investing in UK Properties: How Much Money do I Need?**. Retrieved May 20, 2024 from <https://imperiallegal.com/media/articles/benefits-of-investing-in-uk-properties-how-much-money-do-i-need/>
- Joint Foreign Chamber of Commerce in Thailand. **Proposal for Leasehold Extension**. Bangkok: Joint Foreign Chamber of Commerce in Thailand. 2011.
- Koty, Alexander Chipman. **Industry Spotlight: Identifying opportunities in ASEAN Real Estate**. Retrieved September 16, 2016 from <https://www.aseanbriefing.com/news/asean-real-estate/>
- Lee, Michael K. and Vinh, Nguyen Quoc. An Overview of Foreign Land Acquisition in Vietnam. **Informed Counsel Tilleke & Gibbins**. 1, 4 (2010): 1-2.

LEGISLATION.GOV.UK. **The National Security and Investment Act 2021.** Retrieved May 20, 2024 from <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2021/9780348226935/contents>

The National Association of Realtors. **Alien Land Ownership Guide: State laws Relating to Ownership of U.S. Land by Aliens and Business Entities.** New York, NY: The National Association of Realtors, 2006.

The National Association of Realtors. **Foreign investment in U.S. Real Estate: Current Trends and Historical Perspective.** New York, NY: The National Association of Realtors, 2003.

**New Restrictions on Foreign Investment in Real Estate in China.** Retrieved May 22, 2024 from [http://www.scchk.com.hk/announ/New\\_Restrictions\\_On\\_Foreign\\_Invest.pdf](http://www.scchk.com.hk/announ/New_Restrictions_On_Foreign_Invest.pdf)

Norton Rose Fulbright. **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022.** Retrieved May 20, 2024 from <https://nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/19dd871c/economic-crime-transparency-and-enforcement-act-2022>

OECD Library. **Foreign Direct Investment (FDI).** Retrieved May 22, 2024 from [https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english\\_9a523b18-en](https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/foreign-direct-investment-fdi/indicator-group/english_9a523b18-en)

Office of Foreign Assets Control (OFAC). **Mission.** Retrieved May 22, 2024 from <http://www.treas.gov/ofac>

Rodl & Partner. **Client Alert Vietnam Managing Change – New Law on Investment.** Retrieved September 22, 2024 from <https://www.roedl.com/en-gb/de/media/publications/newsletters/newsletter-vietnam/documents/client-alert-vietnam-2020-09.pdf>

Scoles, Samuel and Solomon, Matt. **Key Outcomes for Foreign Investors in Vietnam's New Law on Investment.** Retrieved May 25, 2024 from <https://www.whitecase.com/insight-alert/key-outcomes-foreign-investors-vietnams-new-law-investment>

- Shalchi, Ali and Browning, Steve. **Economic Crime (Transparency and Enforcement) Act 2022**. London: House of Commons Library, 2022.
- Singapore Land Authority. **Lease Policy – Press Release Issued by Ministry of Law on Waiver of Building Premium**. Retrieved May 12, 2024 from <https://www.sla.gov.sg/state-land-n-property/land-sales-and-lease-management/lease-management/lease-policy>
- Smaller, Carin and Mann, Howard. **A Thirst for Distant Land: Foreign Investment in Agricultural Land and Water**. Retrieved October 15, 2024 from [http://www.IISD.org/pdf/2009/thirst\\_for\\_distant\\_lands.pdf](http://www.IISD.org/pdf/2009/thirst_for_distant_lands.pdf)
- Smith, Jeremy D. **Foreign Investment in United States Real Estate**. New York, NY: John Willey & Sons, 1991.
- Thaipublica. **กรม. ดึงต่างชาติลงทุนไทย 40 ล้าน 3 ปี แลกถือครองที่ดิน 1 ไร่**. ค้นวันที่ 16 สิงหาคม 2567 จาก <https://thaipublica.org/2022/10/attract-foreigners-invest-thailand/>
- Thanaphum Charoensombatpanich. **Thailand Losing its ASEAN FDI Crown as Investors OPT for ‘More’ Attractive Vietnam and Indonesia**. **Thai Enquirer**. Retrieved October 6, 2022 from <https://www.thaienquirer.com/44961/thailand-losing-its-asean-fdi-crown-as-investors-opt-for-more-attractive-vietnam-and-indonesia/>
- Thanh, Duong Chau. 229 Conditional Business Lines are Listed in 2020 Investment Law. **Thu Vien Phap Luat** (December 17, 2022). Retrieved May 22, 2024 from <https://thuvienphapluat.vn/news/headlines/30089/227-conditional-business-ines-are-listed-in-2020-investment-law>
- UNCTAD. **Most-Favoured-Nation Treatment**. New York and Geneva: UN, 1999.
- Vietnam Investment Review (VIR). **Improved Business Environment is the Key to FDI Not Tax and Land Incentives**. Retrieved November 21, 2020 from <https://vir.com.vn/improved-business-environment-is-the-key-to-fdi-not-tax-and-land-incentives-80735.html>

Wichit Chantanusornsiri and Kanana Katharangsiporn. 50-Year Foreign Lease Mulled.

**Bangkok Post** (25 March 2017). Retrieved August 12, 2024 from <https://www.bangkokpost.com/business/1220906/50-year-foreign-lease-mulled>



## ประวัติผู้เขียน

ชื่อ ชื่อสกุล

นางสาวประภาณีชา เงินกลมชนิดล

ประวัติการศึกษา

นิติศาสตรบัณฑิต

มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

ปีที่สำเร็จการศึกษา พ.ศ. 2562

ประสบการณ์ทำงาน

พ.ศ. 2559 – 2564

เสมียนทนายความ

บริษัท สยามเอทีอาร์ จำกัด

พ.ศ. 2564 – 2565

ทนายความ

บริษัท บริษัท ลีกลอนเทลลิเจนซ์ จำกัด

พ.ศ. 2565 – ปัจจุบัน

ทนายความ

สำนักงานกฎหมายประภาณีชา และเพื่อน

อำเภอเกาะสมุย จังหวัดสุราษฎร์ธานี