



รายงานการวิจัยฉบับสมบูรณ์

เรื่อง

ตัวแทนอำพราง

โดย

รองศาสตราจารย์ปิยะนุช โปตะวณิช

ลิขสิทธิ์ของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

พ.ศ. 2554

บทคัดย่อ

งานวิจัย เรื่อง “ตัวแทนอำพราง” นั้น ผู้วิจัยได้กำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของการศึกษาเกี่ยวกับเรื่อง ตัวแทนอำพราง ไว้ 4 ประการ คือ เพื่อศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน เพื่อศึกษาผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เพื่อศึกษากฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง และเพื่อให้ข้อเสนอแนะนำไปสู่การจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพราง

ผลการศึกษาทำให้พบข้อเท็จจริงว่าในประเทศไทยมีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาอยู่อาศัยในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าการลงทุนเพิ่มขึ้น เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านั้นมีองค์ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม รวมทั้งมีความได้เปรียบในค่าอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา และความพร้อมทางการเงินมากกว่าคนไทย เมื่อคนต่างด้าวเหล่านั้นเข้ามามากขึ้นย่อมทำให้คนไทยต้องเสียเปรียบในการแข่งขัน ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวและไม่ให้คนไทยเสียเปรียบมากนัก จึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อป้องกันและควบคุมการเข้ามาดังกล่าวจำนวนหลายฉบับ ซึ่งในขณะเดียวกันกฎหมายดังกล่าวกลับเป็นอุปสรรคต่อคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนและการแข่งขันทางการค้า จึงมีการใช้ช่องว่างทางกฎหมายและอาศัยคนไทยให้เป็นผู้ดำเนินการทำธุรกรรมแทนคนต่างด้าวในรูปแบบธุรกรรมอำพรางที่หลากหลายวิธี โดยจากการหาข้อมูลจากเอกสารพบว่ามีการทำธุรกรรมอำพราง 2 รูปแบบหลักที่สามารถพบเห็นและเป็นสาระสำคัญในปัจจุบัน ได้แก่

(1) การทำธุรกรรมอำพรางในการประกอบกิจการธุรกิจประเภทหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง การปันหุ้น การฟอกเงิน กิจการเป็นของผู้มีสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าวมียานาจดลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างด้าวถือบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีอาชีพที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจที่ลงทุน เป็นต้น

(2) การทำธุรกรรมอำพรางที่เป็นการถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น การใช้คนไทยถือครองแทนโดยผ่านความสัมพันธ์ทางครอบครัว (การสมรสกับคนไทยหรือการถือครองโดยบุตร) การเช่าหรือซื้อผ่านผู้สัญชาติไทย การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอนในภายหลัง การใช้นิติบุคคลซื้อที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สูงกว่าราคาทุนจดทะเบียน เป็นต้น

การทำธุรกรรมอำพรางทั้งสองรูปแบบดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศไทยเป็นอย่างมาก เช่น ในด้านเศรษฐกิจโดยหากกิจการทางธุรกิจมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นจำนวนมาก กิจการของคนไทยอาจถูกแทรกแซงหรือถูกครอบงำกิจการ การประกอบอาชีพบางประเภทซึ่งสงวนให้คนไทยต้องตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าว เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันทางธุรกิจ รวมทั้งการสูญเสียรายได้ทางภาษี เนื่องจากการทำธุรกรรมอำพรางดังกล่าวไม่สามารถตรวจสอบ

ที่มาของรายได้ที่แท้จริง นอกจากนี้ หากการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ย่อมมีผลให้จำนวนสัดส่วนการถือครองของคนไทยลดลงและสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ ด้านสังคมมีผลความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการได้แต่บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายเกิดความเสียเปรียบ ก่อให้เกิดช่องว่างให้มีการทุจริตคอร์รัปชันเพื่อให้หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบ และเกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้เข้ามาดำเนินธุรกรรมโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดการกระทำความผิดในลักษณะการก่ออาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การฟอกเงิน การแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และการใช้ความได้เปรียบทางการเงินยึดเอาดินแดนซึ่งเป็นของคนไทยโดยทางอ้อมได้

ประเทศไทยมีการตรากฎหมายขึ้นหลายฉบับเพื่อป้องกันและควบคุมคนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบกิจการและการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นข้อจำกัดของคนต่างด้าวในการเข้ามาประกอบธุรกิจ เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้น กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ และกฎหมายเกี่ยวกับอาคารชุด เป็นต้น ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีข้อจำกัดมาก ทำให้คนต่างด้าวส่วนหนึ่งได้รับการแนะนำให้อาศัยช่องว่างของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายในรูปแบบการทำธุรกรรมต่างๆ โดยมีผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ดำเนินการแทน ให้การสนับสนุนหรือชี้ช่องให้ดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือแสวงหาประโยชน์อันมิชอบหรือประโยชน์ที่มิควรได้โดยการทำธุรกรรมผ่านตัวแทนอำพราง

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางหรือนอมินี (Nominee) และตามข้อเสนอแนะของผู้ตอบแบบสอบถามและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งให้ความเห็น ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในเรื่องของการควบคุมการกระทำอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง ดังนี้

(1) การแก้ไขปัญหาในระยะเร่งด่วนหรือระยะสั้น เห็นควรให้มีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อตราระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการแก้ไขปัญหการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 1 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้มีการแก้ไขปัญหการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว

(2) การแก้ไขปัญหาในระยะยาว ควรมีการตรากฎหมายกลางเกี่ยวกับการป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมที่มีลักษณะการเป็นตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดกลไกและกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการที่ครอบคลุมการทำธุรกรรมทุกประเภท รวมทั้งแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมการทำธุรกรรมอำพราง เช่น แก้ไขบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยให้ครอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมีอำนาจบริหารหรือครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่คนต่างด้าวตั้งขึ้นมาโดยใช้คนไทยเป็นผู้อำพรางการทำธุรกรรม

(3) ข้อเสนอแนะอื่นๆ ควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาในเชิงการบริหารจัดการ เช่น การเร่งสร้างจิตสำนึกให้คนไทยให้เกิดความหวงแหนแผ่นดิน การให้การศึกษาแก่ประชาชนเพื่อให้มีความรู้

เกี่ยวกับวิธีการและรูปแบบการทำธุรกรรมอำพรางให้รู้เท่าทันคนต่างด้าว และตระหนักถึงผลเสียที่จะเกิดแก่สังคมไทยในด้านต่างๆ โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจที่จะมีมาในอนาคต

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมของคนต่างด้าวที่เข้าอยู่อาศัยหรือเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับ โดยแบ่งออกเป็นกลุ่มต่างๆ ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้น

การประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ แต่กฎหมายที่มีบทบัญญัติควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการกำหนดนิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนและกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว แต่ในข้อเท็จจริงกลับพบว่า คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าวมียานาจลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือคนต่างด้าวถือหุ้นบริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน เช่น นักบัญชี ทนายความ นายหน้า เป็นผู้ถือหุ้นแทน เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์

การถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แต่การอนุญาตให้ถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์นั้นมีหลักเกณฑ์ค่อนข้างมีเงื่อนไขและข้อจำกัดมาก ซึ่งสวนทางกับความต้องการในการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว ทำให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบต่างๆ โดยใช้บุคคลหรือนิติบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าว เช่น การให้คู่สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนแต่สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ยังเป็นของคนต่างด้าว การให้ผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินแต่คนต่างด้าวให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องทำสัญญากู้ยืม สัญญาจำนอง หรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าว การถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์โดยรูปแบบของนิติบุคคลไทยแต่อำนาจในการลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยไปเป็นของคนต่างด้าวในภายหลัง เป็นต้น

บทสรุปผู้บริหาร

งานวิจัย เรื่อง “ตัวแทนอำพราง” ที่สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินมอบหมายให้ผู้วิจัยเป็นผู้ศึกษาเกิดขึ้นเนื่องจากปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าวได้อาศัยช่องว่างของกฎหมายทำธุรกรรมโดยให้ผู้มีสัญชาติไทยเป็นตัวแทนในลักษณะอำพรางที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น มีความซับซ้อนและมีลักษณะยากต่อการแก้ไข จนเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศโดยรวม ดังนั้น เพื่อให้ทราบปัญหาและมีแนวทางการแก้ไขที่ถูกต้องอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลสูงสุด จึงได้ดำเนินการศึกษาวิจัย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การศึกษานี้ผู้วิจัยได้กำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของการศึกษาเกี่ยวกับเรื่องตัวแทนอำพราง ไว้ 4 ประการ ดังนี้

- (1) เพื่อศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน
- (2) เพื่อศึกษาผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง
- (3) เพื่อศึกษากฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง
- (4) เพื่อให้ข้อเสนอแนะที่นำไปสู่การจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพรางรวมถึงผู้สนับสนุนให้เกิดตัวแทนอำพราง

จากวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยมีความคาดหวังว่า ผลการศึกษาตามกรอบวัตถุประสงค์จะเป็นประโยชน์ต่อการค้นพบปัญหาที่แท้จริงและสามารถทำให้เข้าใจถึงลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ผลกระทบที่มีต่อการเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงต่อประเทศจากการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง และแนวทางในการจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพราง

ผลการศึกษาทำให้พบข้อเท็จจริงว่าในประเทศไทยมีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้าอยู่อาศัยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าการลงทุนเพิ่มขึ้น เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านั้นมีองค์ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม มีความได้เปรียบในค่าอัตราแลกเปลี่ยนเงินตรา และความพร้อมทางการเงินมากกว่าคนไทย เมื่อคนต่างด้าวเหล่านั้นเข้ามามากขึ้น ย่อมทำให้คนไทยต้องเสียเปรียบในการแข่งขัน ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อไม่ให้คนไทยเกิดความเสียเปรียบมากนัก จึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อป้องกันและควบคุมจำนวนหลายฉบับ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนและการแข่งขันทางการค้า คนต่างด้าวจึงมีการใช้ช่องว่างทางกฎหมายและอาศัยคนไทยให้เป็นผู้ดำเนินการทำธุรกรรมแทนในรูปแบบธุรกรรมอำพรางที่หลากหลายวิธี

โดยจากการหาข้อมูลจากเอกสารพบว่ามีในการทำธุรกรรมอำพราง 2 รูปแบบหลักที่สามารถพบเห็นและเป็นสาระสำคัญในปัจจุบัน ได้แก่

(1) การทำธุรกรรมอำพรางในการประกอบกิจการธุรกิจประเภทหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง การปันหุ้น การฟอกเงิน กิจการเป็นของผู้มีสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าว มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างด้าวถือบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทย ซึ่งมีอาชีพที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจที่ลงทุน เป็นต้น

(2) การทำธุรกรรมอำพรางที่เป็นการถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น การใช้คนไทยถือครองแทนโดยผ่านความสัมพันธ์ทางครอบครัว (การสมรสกับคนไทย หรือการถือครองโดยบุตร) การเช่าหรือซื้อผ่านผู้สัญชาติไทย การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอนในภายหลัง การใช้นิติบุคคลซื้อที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สูงกว่าราคาทุนจดทะเบียน เป็นต้น

การทำธุรกรรมอำพรางทั้งสองรูปแบบดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศเป็นอย่างมาก เช่น ในด้านเศรษฐกิจหากกิจการทางธุรกิจมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นจำนวนมาก กิจการของคนไทยอาจถูกแทรกแซงหรือถูกครอบงำกิจการ การประกอบอาชีพบางประเภทซึ่งสงวนให้คนไทยต้องตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าว เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันทางธุรกิจ รวมทั้งการสูญเสียรายได้ทางภาษี เนื่องจากการทำธุรกรรมอำพรางดังกล่าวไม่สามารถตรวจสอบที่มาของรายได้ที่แท้จริง นอกจากนี้ หากการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ย่อมมีผลให้จำนวนสัดส่วนการถือครองของคนไทยลดลงและสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ด้านสังคมมีผลความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการได้ แต่บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายเกิดความเสียเปรียบ ก่อให้เกิดช่องว่างให้มีการทุจริตคอร์รัปชันเพื่อให้หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบ และเกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้เข้ามาดำเนินธุรกรรมโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดการกระทำความผิดในลักษณะการก่ออาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การฟอกเงิน การแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และการใช้ความได้เปรียบทางการเงินยึดเอาดินแดนซึ่งเป็นของคนไทยโดยทางอ้อมได้

สำหรับข้อค้นพบในการศึกษากฎหมายของต่างประเทศ พบว่า มีบทบัญญัติของกฎหมายควบคุมและตรวจสอบเช่นเดียวกันที่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจกำหนดไว้เป็นหลักอย่างเช่นประเทศไทย โดยรายงานวิจัยชิ้นนี้ได้ศึกษากฎหมายของต่างประเทศไว้ 3 ประเทศ ได้แก่ ประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล สรุปได้ดังนี้

(1) ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียกำหนดมาตรการทางกฎหมายในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างชาติในประเทศออสเตรเลียไว้หลายฉบับโดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลีย (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้

คำปรึกษา โดยแบ่งประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียออกเป็นธุรกิจที่ไม่ต้องขอ อนุญาตจากรัฐบาลออสเตรเลีย และธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำเสนอขออนุญาตต่อรัฐบาล ออสเตรเลีย เช่น ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงชาติ (National Security) ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อ ผลประโยชน์ของชาติ (National Interest) เป็นต้น โดยอาศัยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายในการควบคุมและ ตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว รวมถึงตัวแทนอำนาจซึ่งจะพิจารณาถึงในกรณีทั้งก่อน การลงทุนและภายหลังจากที่ได้ลงทุน โดยเฉพาะภายหลังจากการลงทุนที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัท จำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างชาติ ค.ศ.1975 มากำหนดระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่างๆ เช่น การกำหนดอำนาจการ ควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในกรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท ผู้ได้รับผลประโยชน์จากหุ้น และบุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้น เป็นต้น

(2) ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศได้อย่างเสรี สำหรับธุรกิจที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติควบคุมไว้ ซึ่งแม้จะเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศ ได้อย่างเสรีแต่รัฐบาลแคนาดายังคงมีการตรวจสอบการลงทุนทั้งหลายที่สำคัญและหลักการควบคุม ที่เข้มงวดสูงในการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงเงินทุนที่เพิ่มขึ้นและประโยชน์ ทางเทคโนโลยีที่คนต่างด้าวนำมาซึ่งแคนาดา ทั้งนี้ แคนาดามีมาตรการควบคุมและตรวจสอบการประกอบ ธุรกิจของคนต่างด้าวโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายที่หลากหลาย

(3) สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศ โดยในแต่ละ รัฐมีเงื่อนไขพิเศษและสิทธิประโยชน์ให้กับนักลงทุนแตกต่างกันไปในแต่ละรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการ เกษตรกรรมในที่ดิน ทั้งนี้ สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลมีมาตรการทางกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ การกำหนด ข้อห้ามในการลงทุนของคนต่างด้าว กำหนดกฎหมายจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจการ ลงทุนของคนต่างด้าวที่เข้มงวดมากขึ้นภายหลังจากเกิดภาวะวิกฤติการขาดแคลนอาหารที่รุนแรงและราคา อาหารที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วในสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลในปี 2551 เช่น สัดส่วนการลงทุนในภาค การเงินของคนต่างด้าวที่เข้าซื้อกิจการของชาวบราซิลเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินการเกษตรของกิจการเหล่านั้น ซึ่งเป็นแหล่งผลิตอาหารสำหรับการบริโภคภายในประเทศ การใช้เกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมือง เป็นต้น

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ข้อมูลจากการตอบแบบสอบถาม การรับฟัง ความคิดเห็นและการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ อาจจะพออนุมานได้ว่าปัจจุบันคนไทยเป็นจำนวนมาก ยังไม่เข้าใจความหมายหรือรู้จักคำว่า “ตัวแทนอำนาจ” แต่คนไทยส่วนใหญ่จะเข้าใจคำว่า “νομินี (Nominee)” ซึ่งหมายถึงผู้ทำนิติกรรมแทนตัวการซึ่งไม่อาจกระทำนิติกรรมนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยอาจจะอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่น การให้คู่สมรสซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแทนหรือการจัดตั้งบริษัทเพื่อถือหุ้นแทน

คนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวดำรงสถานะอยู่อย่างคนไทย และอำนาจในการบริหารหรือครอบงำกิจการยังเป็นของคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพื่ออำพรางการดำเนินการหรือสถานะที่แท้จริง และผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการแก้ไขปัญหามาเพื่อปกป้องทรัพยากรและทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ควรเปิดโอกาสคนต่างด้าวเข้ามาครอบงำเศรษฐกิจของไทยมาก โดยส่วนใหญ่เห็นควรให้มีกฎหมายป้องกันคนต่างด้าวทำธุรกรรมโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายผ่านผู้มีสัญชาติไทย

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางหรือนอมินี (Nominee) และตามข้อเสนอแนะของผู้ตอบแบบสอบถามและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งให้ความเห็น ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในเรื่องของการควบคุมการกระทำอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง โดยแบ่งเป็นข้อเสนอแนะที่นำผลการศึกษาไปใช้ในระยะเร่งด่วนหรือระยะสั้น ข้อเสนอแนะในการตรากฎหมายเพื่อควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางซึ่งจะต้องใช้เวลาในการดำเนินการ และข้อเสนอแนะอื่นๆ ที่ได้รับจากการตอบแบบสอบถาม การรับฟังความคิดเห็นและการสัมภาษณ์ของผู้ทรงคุณวุฒิ ดังนี้

1) ข้อเสนอแนะการแก้ไขปัญหในระยะเร่งด่วนหรือระยะสั้น

สภาพปัญหาประการหนึ่งในการตรวจสอบและควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางของคนต่างด้าวเกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถบูรณาการและประสานข้อมูลระหว่างกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งขาดหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบในการติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาและประมวลผลการกระทำที่เข้าข่ายธุรกรรมอำพราง ซึ่งการแก้ไขปัญหาก็จะทำให้เกิดผลอย่างจริงจังและชัดเจนในระยะเร่งด่วนนี้ ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อตราระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการแก้ไขปัญหการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าวโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 1 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้มีการแก้ไขปัญหการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีสาระครอบคลุมในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) แต่งตั้งคณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง เพื่อให้มีบทบาทและหน้าที่เสนอมาตรการป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดองค์ความรู้และประสานงานข้อมูลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปฏิบัติ

(2) กำหนดให้มีหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบเพื่อทำหน้าที่บูรณาการข้อมูลและประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยในเบื้องต้นผู้วิจัยเห็นว่า กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งปัจจุบันมีภารกิจดูแลเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการดำเนินงานและทำหน้าที่สนับสนุนงานธุรการของคณะกรรมการและมีเจ้าหน้าที่ดำเนินการอย่างเพียงพอในการติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาวิจัยและประมวลผลการกระทำในรูปแบบต่างๆ ที่เข้าข่ายการทำธุรกรรมอำพราง

2) ข้อเสนอในการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหในระยะยาว

โดยที่กระบวนการตรากฎหมายมีขั้นตอนและระยะเวลานาน และการตรากฎหมายจะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นแก่การต้องบังคับกับประชาชนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น

การตรากฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยาก อย่างไรก็ตาม การแก้ไขกฎหมายที่ถาวรและสามารถบังคับใช้ได้ต้องมีประสิทธิภาพจะต้องบังคับโดยบทบัญญัติของกฎหมายและในบางกรณีอาจต้องมีบทกำหนดโทษไว้ด้วย ในการศึกษาวิจัยนี้ผู้วิจัยจึงเห็นควรเสนอในระยะยาวให้มีการตรากฎหมาย

จึงเห็นควรมีข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงกลไกและกระบวนการควบคุมการทำธุรกรรมอำพราง ดังนี้

(1) ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมการทำธุรกรรมอำพราง เช่น แก้ไขบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยให้ครอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมียานาจบริหารหรือครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่คนต่างด้าวตั้งขึ้นมา โดยใช้คนไทยเป็นผู้อำพรางการทำธุรกรรม

(2) ควรกำหนดให้การทำธุรกรรมแทนคนต่างด้าวที่มีลักษณะอำพรางเป็นความผิดฐานตัวแทนอำพราง เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับฐานความผิดตัวแทนอำพราง รวมทั้งกำหนดกรอบของการทำธุรกรรมบางประเภทที่เข้าข่ายเป็นการทำธุรกรรมอำพรางตามกฎหมาย

(3) ควรมีการจัดทำกฎหมายกลางเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่มีลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดกลไกและกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการที่ครอบคลุมการทำธุรกรรมทุกประเภท

(4) ควรมีการจัดตั้งหน่วยงานกลางซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่จะรับผิดชอบทำหน้าที่ประสานงานด้านข้อมูลในการตรวจสอบการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางก่อนรายงานให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามกฎหมาย

(5) ควรมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อใช้เป็นแหล่งเงินในการตรวจสอบและให้รางวัลสินบนแก่ผู้ชี้เบาะแสในการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง โดยนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้ไถ่มาจากการกระทำความผิดและศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาถึงที่สุดให้นำทรัพย์สินดังกล่าวขายทอดตลาดได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระงบประมาณของรัฐ

(6) ควรมีบทกำหนดโทษคนต่างด้าวที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายในความผิดฐานตัวแทนอำพราง รวมทั้งผู้มีสัญชาติไทยที่ให้การสนับสนุน โดยกำหนดบทลงโทษไว้เป็นแบบขั้นบันไดตามความหนักเบาแห่งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เว้นแต่คนต่างด้าวหรือผู้มีสัญชาติไทยนั้นจะได้แก้ไขให้ถูกต้องภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น หนึ่งปีนับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายบังคับ

สำหรับสาระสำคัญของกฎหมายที่จำเป็นต้องตราขึ้นใหม่นั้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) กำหนดหลักการให้มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อใช้เป็นกฎหมายกลางในความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(2) กำหนดนิยามคำว่า “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลและกิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใดๆ กับผู้อื่นทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าว

โดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การบริหารงาน การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นการทำธุรกรรมอำพราง

(3) กำหนดการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง เช่น การซื้อ ขาย เช่า ให้เช่า โอน รับโอน หรือครอบครองทรัพย์สินโดยเจตนาเป็นตัวแทนอำพราง หรือกระทำได้ด้วยประการใดๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางสิทธิที่แท้จริงการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ แทนคนต่างด้าว รวมทั้งการให้การสนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าวโดยเป็นตัวแทนอำพราง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความผิดนั้น

(4) กำหนดโครงสร้างการบริหารงานตามกฎหมาย ควรมีการกำหนดโครงสร้างการบริหารงานของกฎหมาย ดังนี้

(4.1) คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

- องค์ประกอบของคณะกรรมการ กำหนดให้มีนายกรัฐมนตรี หรือรองนายกรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นรองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กฎหมาย ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย อธิบดีกรมที่ดิน อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางเศรษฐศาสตร์ การเงิน การคลัง กฎหมายหรือสาขาใดสาขาหนึ่งที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้เป็นกรรมการ และผู้อำนวยการเป็นกรรมการและเลขานุการ

- กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง มีบทบาทและหน้าที่ในฐานะที่เป็นคณะกรรมการเสนอมาตรการป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพรางต่อคณะรัฐมนตรี ส่งเสริมความร่วมมือของประชาชนเกี่ยวกับการให้ข้อมูลข่าวสารเพื่อสอดส่องและป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง รวมทั้งตรวจสอบธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(4.2) หน่วยงานสนับสนุนงานของคณะกรรมการ

จัดตั้งสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพรางขึ้นเป็นส่วนราชการที่ไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระและเป็นกลาง มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการ จัดทำรายงานหรือข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพราง เก็บ รวบรวม ติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาวิจัย ประมวลผล และวิเคราะห์รายงาน และข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพราง และประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(5) กองทุนตัวแทนอำพราง

- กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนตัวแทนอำพราง เพื่อเป็นทุนใช้จ่ายในการดำเนินการตรวจสอบและการชี้เบาะแสการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง ประกอบด้วยทุนประเดิมที่รัฐบาลจัดสรรให้จากเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปี เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคหรือมอบให้ เงินอุดหนุนจากต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เงินและดอกผลที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่เกิดจากการกระทำความผิด เงินหรือทรัพย์สินที่ตกเป็นของกองทุนหรือที่กองทุนได้รับตามกฎหมายหรือโดยนิติกรรมอื่น และดอกผลที่เกิดจากเงินหรือทรัพย์สินของกองทุน ซึ่งเงินและดอกผลทั้งหมดไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

- กำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารกองทุนคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้อำนวยการสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพรางเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกรมบัญชีกลาง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งจำนวนห้าคน โดยในจำนวนนี้จะต้องเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญทางด้านการเงิน หลักทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ อย่างน้อยด้านละหนึ่งคน มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารกองทุนให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด พิจารณานุมัติการจ่ายเงินเกี่ยวกับการชี้เบาะแสการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง และรายงานสถานะการเงินและการบริหารกองทุนต่อคณะกรรมการที่กำหนดโทษ

(6) กำหนดบทลงโทษแก่การกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางเป็นแบบขั้นบันได โดยมีความหนักเบาแห่งข้อหาตามความรุนแรงหรือความเสียหายของการกระทำความผิด รวมทั้งกำหนดโทษสำหรับการดำเนินการใดๆ ที่เป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าพนักงานหรือฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการที่มีคำสั่งให้ผู้ใดมาให้อภัยค่าหรือส่งเอกสารหรือวัตถุใดๆ

3) ข้อเสนอแนะอื่นๆ

นอกจากข้อเสนอการแก้ไขปัญหการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางทั้งที่ได้เสนอกฎหมายในระยะเร่งด่วนและระยะยาวเพื่อให้การควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพดังที่ได้เสนอไปแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีข้อเสนอแนะอื่นๆ ที่ดำเนินการควบคู่ไปกับการแก้ไขปัญหาด้วยกฎหมาย คณะรัฐมนตรีควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหาในเชิงการบริหารจัดการ เช่น การเร่งสร้างจิตสำนึกให้คนไทยให้เกิดความหวงแหนแผ่นดิน การให้การศึกษาแก่ประชาชนให้มีความรู้เกี่ยวกับวิธีการและรูปแบบการทำธุรกรรมอำพรางให้รู้เท่าทันคนต่างด้าวและตระหนักถึงผลเสียที่จะเกิดแก่สังคมไทยในด้านต่างๆ โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจที่จะมีมาในอนาคต

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อ	
บทสรุปผู้บริหาร	
บทที่ 1 บทนำ	1
1. ความเป็นมาและความสำคัญของการวิจัย	1
2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย	3
3. สมมติฐานการวิจัย	3
4. ขอบเขตของการวิจัย	3
5. วิธีการวิจัย	4
6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ	6
7. นิยามศัพท์	6
บทที่ 2 การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง	8
1. ความหมายของตัวแทนอำพราง	8
2. ลักษณะและรูปแบบของการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยตัวแทนอำพราง	16
3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพรางในประเทศไทย	17
3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้น	17
3.2 กฎหมายเกี่ยวกับที่ดินและการเช่าสิ่งหาริมทรัพย์	23
3.3 การถือครองอาคารชุดของคนต่างด้าว	36
บทที่ 3 มาตรการทางกฎหมายต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง	38
1. ประเทศออสเตรเลีย	38
1.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย	39
1.2 ประเภทรูธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว	39
1.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรม การลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงตัวแทนอำพราง	42
2. ประเทศแคนาดา	47
2.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศแคนาดา	47
2.2 ประเภทรูธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว	48
2.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรม การลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงตัวแทนอำพราง	49
3. สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล	54
3.1 มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล	54
3.2 ประเภทรูธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว	54
3.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรม การลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงตัวแทนอำพราง	56

4. ตารางสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศ ออสเตรเลีย แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล	66
4.1 กฎหมายรวมถึงระเบียบข้อบังคับอื่นๆ ที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกับ การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศออสเตรเลีย แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล	66
4.2 หลักเกณฑ์กฎหมายรวมถึงระเบียบข้อบังคับอื่นๆ ที่น่าสนใจ และเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวของประเทศ ออสเตรเลีย แคนาดา และสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล	68
บทที่ 4 ผลการวิเคราะห์ข้อมูล	82
1. ข้อมูลผู้ตอบแบบสอบถามและสัมภาษณ์	82
2. ลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทย โดยอาศัยตัวแทนอำพราง.....	82
3. ผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทย จากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง.....	87
4. กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทย โดยอาศัยตัวแทนอำพราง.....	89
5. มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำพราง.....	97
บทที่ 5 อภิปรายผล	99
1. ลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมอำพรางในประเทศไทย	99
2. ผลกระทบจากการทำธุรกรรมของตัวแทนอำพรางที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคง	105
3. กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้อง	106
บทที่ 6 สรุปผลการวิจัย	108
ร่างระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการแก้ไขปัญหา การทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว พ.ศ. ...	116
บรรณานุกรม	121
ภาคผนวก	
ภาคผนวก ก สรุปผลการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่อง ตัวแทนอำพราง.....	142
ภาคผนวก ข แบบสอบถาม	145
ภาคผนวก ค สรุปผลจากการสัมภาษณ์	154
ประวัติผู้วิจัย	178

บทที่ 1

บทนำ

1. ความเป็นมาและความสำคัญของการวิจัย

ประเทศไทยมีระบบเศรษฐกิจการค้าเสรีเช่นเดียวกับนานาประเทศทั่วโลกที่รัฐเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินการกำกับดูแลกิจกรรมทางเศรษฐกิจบางประเภทที่สำคัญของประเทศโดยเฉพาะการประกอบธุรกิจหรือการดำเนินธุรกรรมที่มีผลเกี่ยวพันกับความมั่นคงของประเทศไม่ว่าจะเป็นด้านความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยรัฐจะควบคุมหรือแทรกแซงเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อสนับสนุนระบบการแข่งขันการค้าเสรีและอำนวยความสะดวกให้การประกอบธุรกิจดำเนินไปตามกลไกตลาด อันเป็นวิถีทางที่จะเอื้อให้ประโยชน์จากการแข่งขันทางการค้าและบริการตกแก่ประชาชนในอันที่จะได้อุปโภคบริโภคสินค้าที่มีราคาเหมาะสมปราศจากการผูกขาด นอกจากนี้ ยังให้โอกาสภาคเอกชนสามารถเข้าแข่งขันกันในด้านการค้าการผลิตและการให้บริการ รวมถึงกิจกรรมทางภาคเกษตรกรรม อุตสาหกรรม พาณิชยกรรม และการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นแหล่งรายได้ที่สำคัญของประเทศในปัจจุบัน

สำหรับการเปิดโอกาสให้มีการแข่งขันในระบบเศรษฐกิจการค้าเสรีนี้ ไม่จำกัดเฉพาะภาคเอกชนคนไทยเท่านั้น แต่รวมถึงการให้โอกาสกับคนต่างด้าวที่จะดำเนินกิจกรรมภายใต้เงื่อนไขและข้อจำกัดทั้งหลายของกฎหมายในแต่ละกรณี โดยคำนึงถึงประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับจากการระดมทุนของคนต่างด้าว การถ่ายทอดความรู้และวิทยาการที่ทันสมัยในการพัฒนาประเทศ อีกทั้ง เกิดการจ้างแรงงานในประเทศเพิ่มขึ้นซึ่งจะช่วยกระจายรายได้ออกสู่ประชาชน รวมถึงความสอดคล้องกับพันธกรณีที่มีกับนานาประเทศตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศซึ่งเป็นกลไกสำคัญของการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจและสังคมอีกทางหนึ่งด้วย

ผลจากการเปิดโอกาสให้มีการใช้ความรู้ความสามารถแข่งขันกันในการผลิตสินค้าและบริการภายใต้ระบบการค้าเสรีที่เพิ่มขึ้น ก่อให้เกิดการหลั่งไหลของคนต่างด้าวเข้ามาในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าการลงทุนเพิ่มขึ้นตามไปด้วย โดยปรากฏว่ามีคนต่างด้าวจำนวนมากที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยในลักษณะที่ปฏิบัติถูกต้องและไม่ถูกต้องตามกฎหมาย รวมถึงอาศัยช่องว่างหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายในรูปแบบต่างๆ เช่น การให้ผู้มีสัญชาติไทยดำเนินการแทน การสนับสนุนหรือซื้อชื่อให้ดำเนินการเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือแสวงหาประโยชน์อันมิชอบหรือประโยชน์ที่มิควรได้ที่ส่อไปในทางทุจริตเพื่อหลีกเลี่ยงภาษี ฟอกเงิน ถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินหรือที่ดิน การเป็นตัวแทนในหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

การทำธุรกรรมของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนในลักษณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือที่เข้าใจกันในสังคมไทยว่าการกระทำเป็นตัวแทนอำพราง หรือ นอมินี (Nominee) ซึ่งในวิจัยฉบับนี้หมายถึงบุคคลหรือนิติบุคคลใดเข้าทำนิติกรรมแทนตัวการซึ่งเป็นคนต่างด้าว โดยอำพรางการกระทำของตัวการซึ่งไม่อาจทำนิติกรรมนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ ตัวแทนอำพรางดังกล่าวอาจถูกกำหนดให้กระทำการ

แทนบุคคลอื่นในหลายรูปแบบ เช่น การสมรสกับผู้มีสัญชาติไทย การตั้งตัวแทนอำพรางซึ่งเป็นคนไทย เพื่อถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว การตั้งตัวแทนอำพรางเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทเพื่อเลี่ยงกฎหมาย การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือการตั้งตัวแทนอำพรางซึ่งเป็นคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นหรือถือครองทรัพย์สินของนักการเมืองเพื่อหลีกเลี่ยงการแจ้งบัญชีทรัพย์สินตามกฎหมาย เป็นต้น ซึ่งการทำธุรกรรมเหล่านี้มีลักษณะเป็นการอำพราง เจ้าของหรือผู้ที่มีอำนาจที่แท้จริง ซึ่งในปัจจุบันได้มีการใช้บังคับกฎหมายเพื่อควบคุมและป้องกันการทำธุรกรรมที่มีลักษณะอำพรางของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอยู่หลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 เป็นต้น ในขณะเดียวกันการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้อย่างเสรียิ่งมีกฎหมายที่ส่งเสริมอีกหลายฉบับเช่นกัน อาทิ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์พาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เป็นต้น อย่างไรก็ตามในข้อเท็จจริงยังปรากฏว่ามีคนต่างด้าวดำเนินการโดยให้ผู้มีสัญชาติไทยกระทำการเป็นตัวแทนอำพรางอยู่เป็นจำนวนมาก ซึ่งการตรวจสอบธุรกรรมต้องสงสัยและการดำเนินการต่อผู้กระทำความผิดเป็นเรื่องละเอียดอ่อน และมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติ รวมถึงไม่เอื้ออำนวยต่อการควบคุมและป้องกันการกระทำความผิดในทางปฏิบัติ เนื่องจากเป็นเรื่องซับซ้อนและมีลักษณะเฉพาะ ยากที่จะดำเนินการโดยการกำหนดมาตรการทั่วไปในการควบคุมการทำธุรกรรมผ่านตัวแทนอำพราง จึงกลายเป็นปัญหาพื้นฐานของประเทศในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงที่ยังไม่สามารถแก้ไขได้อย่างเป็นรูปธรรม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 ได้กำหนดว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนหาข้อเท็จจริงในเรื่องที่ได้มีการร้องเรียน เว้นแต่ในเรื่องใดที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการการส่วนท้องถิ่น ที่จะกระทบต่อความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการกระทำในลักษณะตัวแทนอำพรางโดยอาศัยผู้มีสัญชาติไทยนี้นับวันจะทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น ผู้ตรวจการแผ่นดินได้เล็งเห็นความสำคัญและคำนึงถึงแล้วว่าหากปล่อยปละละเลยไปเสียจะเป็นผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม จึงสมควรดำเนินการศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางและมาตรการป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน รวมทั้งศึกษาแนวทางเพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการจัดทำกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำลักษณะตัวแทนอำพรางต่อไป

2. วัตถุประสงค์ของการวิจัย

2.1 เพื่อศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน

2.2 เพื่อศึกษาผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

2.3 เพื่อศึกษากฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

2.4 เพื่อให้ข้อเสนอแนะที่นำไปสู่การจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพรารวมถึงผู้สนับสนุนให้เกิดตัวแทนอำพราง

3. สมมติฐานการวิจัย

การทำธุรกรรมของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนอำพรางในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์และให้ได้เปรียบในเชิงการแข่งขันทางการค้า รวมทั้งการเข้าครอบครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์โดยมิชอบเริ่มกลายเป็นปัญหาสำคัญและมีความซับซ้อนมากขึ้นจนนำไปสู่ผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศไทย จึงสมควรที่จะศึกษาเพื่อหาแนวทางในการควบคุมและป้องกันการทำธุรกรรมผ่านตัวแทนอำพรารดังกล่าวข้างต้น

4. ขอบเขตของการวิจัย

ในการดำเนินการศึกษาวิจัย เรื่อง ตัวแทนอำพราง นี้ มีขอบเขตของการวิจัยดังต่อไปนี้

4.1 ศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องในประเด็นต่อไปนี้

ก) การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 และพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์พาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ข) การถือครองที่ดินและอาคารชุด ภายใต้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

ค) สัดส่วนการถือหุ้นในบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัดภายใต้พระราชบัญญัติกำหนดความผิดเกี่ยวกับห้างหุ้นส่วน จดทะเบียน ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด สมาคม และมูลนิธิ พ.ศ. 2499 และพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

4.2 ศึกษากรณีตัวอย่างของการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในกรณีอื่นที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทย

4.3 ศึกษาประสิทธิภาพและประสิทธิผลในการบังคับใช้ของกฎหมายและมาตรการในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

4.4 จัดทำแบบสอบถามขึ้นเพื่อสำรวจข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเพื่อประโยชน์ในการวิจัย

5. วิธีการวิจัย

การศึกษานี้ ใช้วิธีการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เป็นหลัก โดยใช้การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) และการวิจัยภาคสนาม (Field Research) โดยใช้วิธีการศึกษาซึ่งแบ่งออกได้เป็น 4 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง

ขั้นตอนที่ 2 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

ขั้นตอนที่ 3 การเก็บรวบรวมข้อมูล

ขั้นตอนที่ 4 การวิเคราะห์ข้อมูล

5.1 ประชากรและกลุ่มตัวอย่าง

การวิจัยนี้จะทำการรวบรวมข้อมูลด้วยการสัมภาษณ์เจาะลึกบุคคลต่างๆ ซึ่งเป็นประชากรและกลุ่มตัวอย่างในการเก็บรวบรวมข้อมูล แบ่งเป็น 2 กลุ่ม ดังนี้

5.1.1 ประชากรและกลุ่มตัวอย่างสำหรับการวิจัยเชิงคุณภาพ โดยการใช้วิธีการสัมภาษณ์จำนวน 17 คน

- (1) เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง จำนวน 7 คน
- (2) ตัวแทนจากหน่วยงานภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง จำนวน 3 คน
- (3) ผู้ทรงคุณวุฒิหรือนักวิชาการในสาขาที่เกี่ยวข้อง จำนวน 4 คน
- (4) นักศึกษาและประชาชนที่สนใจ จำนวน 3 คน

โดยผู้วิจัยได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกกลุ่มตัวอย่างดังกล่าวจากหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ การเป็นบุคคลซึ่งมีความรู้ความเข้าใจในลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเป็นอย่างดีทั้งจากภาครัฐและภาคเอกชน และการเป็นบุคคลที่มีความเกี่ยวข้องหรือสัมพันธ์กับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

5.1.2 ประชากรและกลุ่มตัวอย่างสำหรับการวิจัยเชิงปริมาณ โดยการใช้วิธีการออกแบบสอบถาม

ประชากรที่ทำการศึกษาในครั้งนี้ ได้แก่ เจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานรัฐวิสาหกิจ นักธุรกิจ เอกชน โดยการสุ่มตัวอย่างแบบเจาะจง (Purposive sampling) และประชาชนโดยทั่วไป ด้วยวิธีการสุ่มแบบบังเอิญ (Accidental sampling) ซึ่งใช้กรุงเทพมหานครเป็นพื้นที่หลัก โดยส่งแบบสอบถามและขอความร่วมมือจากประชาชน และได้รับแบบสอบถามกลับ รวมจำนวน 319 คน

5.2 เครื่องมือที่ใช้ในการวิจัย

การวิจัยนี้ ผู้วิจัยจะใช้คำถามในการสัมภาษณ์เป็นเครื่องมือในการเก็บรวบรวมข้อมูล การสอบถามดังกล่าวสร้างขึ้นโดยกรอบแนวคิด ทฤษฎี และงานวิจัยที่เกี่ยวข้อง โดยจะทำการแบ่งคำถามออกเป็น 2 ขั้นตอน ดังนี้

ขั้นตอนที่ 1 เป็นคำถามเกี่ยวกับข้อมูลส่วนบุคคลของผู้ที่ตอบคำถาม

ขั้นตอนที่ 2 เป็นคำถามเกี่ยวกับความรู้และความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องตัวแทนอำนาจ โดยแบ่งรายละเอียดของความรู้ออกเป็นสองส่วน ได้แก่

ส่วนที่หนึ่ง เกี่ยวกับประสบการณ์ของผู้ตอบแบบสอบถามที่เกี่ยวข้องกับเรื่องตัวแทนอำนาจ รวมทั้งข้อคิดเห็นเกี่ยวกับมาตรการต่างๆ ที่ผู้วิจัยนำเสนอ และ

ส่วนที่สอง เป็นข้อคิดเห็นอื่นๆ ของผู้ตอบแบบสอบถามเรื่องตัวแทนอำนาจเกี่ยวกับข้อเสนอแนะถึงแนวทางการควบคุมและป้องกันการทำธุรกรรมผ่านตัวแทนในลักษณะอำนาจอย่างมีประสิทธิภาพและตอบสนองต่อความต้องการของชุมชนโดยเป็นคำถามลักษณะปลายเปิด

5.3 การเก็บรวบรวมข้อมูล

การศึกษาวิจัยนี้ เป็นการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) เป็นหลัก โดยใช้การวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) ตำรา วารสาร บทความ และรายงานการวิจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งในประเทศและต่างประเทศ รวมทั้งการเก็บรวบรวมข้อมูลภาคสนาม ในลักษณะการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) บุคคลและกลุ่มบุคคลที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งจัดรับฟังความคิดเห็นเพื่อทราบข้อเท็จจริงปัญหาอุปสรรคและข้อคิดเห็นของผู้เข้าร่วมสัมมนา

5.4 การวิเคราะห์ข้อมูล

กระบวนการในการวิเคราะห์ข้อมูลจากการศึกษาผู้วิจัยจะได้ดำเนินวิธีการวิเคราะห์และประมวลผลของข้อมูลต่างๆ ที่ได้เก็บรวบรวมตามแนวทางของการศึกษาวิจัยเชิงคุณภาพ (Qualitative Research) โดยวิธีการวิจัยเชิงเอกสาร (Documentary Research) รวมทั้งวิธีการเก็บรวบรวมข้อมูลการวิจัยภาคสนาม (Field Research) ในลักษณะการสัมภาษณ์เจาะลึก (In-depth Interview) หลังจากการเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวเรียบร้อยแล้ว จึงทำการวิเคราะห์ข้อมูลโดยนำมาเสนอในลักษณะเชิงพรรณนาความ (Thick Description) และใช้เทคนิคการวิเคราะห์เนื้อหา (Content Analysis) เพื่อสรุปผลการศึกษาวิจัยต่อไป

6. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

การวิจัยเรื่องนี้จะอำนวยประโยชน์ ดังนี้

6.1 ทำให้เข้าใจถึงลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน

6.2 ทำให้ทราบถึงผลกระทบที่มีต่อการเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

6.3 ทำให้ทราบถึงกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

6.4 สามารถจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพรารวมถึงผู้สนับสนุนให้เกิดตัวแทนอำพรารต่อไป

7. นิยามศัพท์

“ตัวแทนอำพราง” หรือ “นอมินี” (NOMINEE) หมายถึง บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลใดเข้าทำนิติกรรมแทนตัวการซึ่งเป็นคนต่างด้าว โดยอำพรางการกระทำของตัวการซึ่งไม่อาจทำนิติกรรมนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

“ธุรกรรมอำพราง” หมายความว่า กิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใดๆ กับผู้อื่น ทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ แทนคนต่างด้าวโดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริง ซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว

“คนต่างด้าว” หมายถึง บุคคล คณะบุคคลหรือนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทยและให้รวมตลอดถึง

(1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว

(2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่

(3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

“ประสิทธิภาพ” หมายถึง ความสามารถในการใช้ทรัพยากร อาทิ บุคลากร งบประมาณ เครื่องมืออุปกรณ์ เวลา สิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ประสิทธิภาพความรู้ ความสามารถของบุคคล โดยเปรียบเทียบกับผลลัพธ์หรือผลผลิตที่เกิดขึ้นจากกระบวนการดำเนินงานตามกฎหมายที่กำหนดไว้

“ประสิทธิผล” หมายถึง การประเมินความสำเร็จของการดำเนินงานหรือระดับของความมากหรือน้อยของการบรรลุเจตนารมณ์ หรือวัตถุประสงค์หรือเป้าหมายที่กำหนดไว้สำหรับการดำเนินงานนั้น

บทที่ 2

การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

1. ความหมายของตัวแทนอำพราง

คำว่า “ตัวแทนอำพราง” ไม่ปรากฏความหมายตามพจนานุกรมราชบัณฑิตยสถานหรือกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย มีเพียงคำว่า “ตัวแทน” ซึ่งตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน¹ หมายถึง บุคคลผู้มีอำนาจทำการแทนบุคคลอื่น สัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่า ตัวแทนมีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง² โดยบุคคลใดที่ถูกยกให้เป็นตัวแทนโดยชัดแจ้งและแสดงออกว่าเป็นตัวแทนว่าถูกเป็นตัวแทนกรณีดังกล่าวถือเป็นตัวแทนชัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้แต่งตั้งจะต้องรับผิดชอบบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน³

สฤณี อาชวานันทกุล ได้อธิบายการใช้นอมีนในตลาดหุ้นไทยว่า หมายถึง บุคคลหรือนิติบุคคลที่ถือหลักทรัพย์แทนบุคคลใดบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริงและเป็นผู้ได้รับประโยชน์แท้จริงจากหลักทรัพย์นั้น โดยวัตถุประสงค์ของการใช้นอมีนสามารถมองได้สองทางทั้งที่เป็นไปในทางสุจริตและทุจริต โดยการใช้นอมีนในทางสุจริตจะใช้เพื่อการดำเนินบางประการโดยไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น ความสะดวกในการซื้อขายหุ้นในครอบครัวเดียวกัน เพื่อรักษาความลับในการลงทุน โดยเฉพาะนักลงทุนชาวต่างชาติ เพื่อความสะดวกและคล่องตัวในการบริหารพอร์ตในการลงทุน การเป็นนอมีนโดยธรรมชาติของการลงทุนธุรกิจ เป็นต้น ส่วนการใช้นอมีนเพื่อการทุจริตเพื่อวัตถุประสงค์ในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลบเลี่ยงกฎหมาย การปันหุ้น การฟอกเงิน เป็นต้น⁴

ประสาธ บัญฑิตวิญญู อธิบายความหมายของ นอมีน ว่า หมายถึง การที่บุคคลใดถือหุ้นและดำเนินการแทนนิติบุคคล โดยกำหนดเงื่อนไขโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อนเพื่อนำไป

¹ พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, น. 452

² มาตรา 797 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่งเรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการดั่งนั้น”

³ มาตรา 821 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“บุคคลผู้ใดเชิดบุคคลอีกคนหนึ่งออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ถือว่ารู้แล้ว ยอมให้บุคคลอีกคนหนึ่งเชิดตัวเขาเองออกแสดงเป็นตัวแทนของตนก็ถือว่าบุคคลผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบต่อบุคคลภายนอกผู้สุจริตเสมือนว่าบุคคลอีกคนหนึ่งนั้นเป็นตัวแทนของตน”

⁴ สรุปรจากเอกสารประกอบการบรรยายของสฤณี อาชวานันทกุล เรื่อง การใช้นอมีนในตลาดหุ้นไทย: หลักฐานและผลกระทบต่อตลาดหุ้นไทย, 25 สิงหาคม 2549. สืบค้นจาก <http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2006q3/2006august22p02.htm>

สู่สัดส่วนการถือหุ้นที่มากกว่ากฎหมายกำหนด⁵

สำหรับในต่างประเทศคำว่าตัวแทนหรือตัวแทนชัดเป็นบทบัญญัติทั่วไป ที่มักจะสื่อความหมายในเชิงบวกที่บุคคลทั่วไปเข้าใจว่า หมายถึง ตัวแทนที่ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อย่อย่างใดก็ดี ถ้อยคำที่ใช้กับการดำเนินการที่มีลักษณะเป็นตัวแทนมีการใช้ถ้อยคำที่มีความหลากหลายแตกต่างกันไป เช่น Agent หรือ Nominee หรือ Straw Man⁶ หรือ Parking หรือ Pass-thru partner⁷ เป็นต้น

⁵ ประสาท บุญท้าว, “นอมินี (Nominee) ตัวดีหรือตัวร้าย,” ปีที่ 12 ฉบับที่ 133 วารสารรอบรู้มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ความรู้สู่โลกกว้าง (พฤศจิกายน 2549) น.16

⁶ straw man is defined by Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009). as

“1. A fictitious person, esp. one that is weak or flawed.

2. A tenuous and exaggerated counterargument that an advocate puts forward for the sole purpose of disproving it. – Also termed straw-man argument.

3. A third party used in some transactions as a temporary transferee to allow the principal parties to accomplish something that is otherwise impermissible. Cf. DUMMY.

4. A person hired to post a worthless bail bond for the release of an accused. – Also termed stramineus homo. Cf. DUMMY.”.

A straw man is also defined by West’s Encyclopedia of American Law as: An individual who acts as a front for others who actually incur the expense and obtain the profit of a transaction. In the terminology employed by real estate dealers, a straw man is an individual who acts as a conduit for convenience in holding and transferring title to the property involved. For example, such a person might act as an agent for another in order to take title to real property and execute whatever documents and instruments the principal directs with respect to the transaction.

⁷ TITLE 26 - INTERNAL REVENUE CODE, “ Subtitle F - Procedure and Administration, CHAPTER 63 – ASSESSMENT, Subchapter C - Tax Treatment of Partnership Items, Sec. 6231. Definitions and special rules

(a) Definitions

For purposes of this subchapter –

...

(9) Pass-thru partner

The term "pass-thru partner" means a partnership, estate, trust, S corporation, nominee, or other similar person through whom other persons hold an interest in the partnership with respect to which proceedings under this subchapter are conducted.

(10) Indirect partner

The term "indirect partner" means a person holding an interest in a partnership through 1 or more pass-thru partners.” สืบค้นจาก

http://www.taxalmanac.org/index.php/Internal_Revenue_Code:Sec._6231.Definitions_and_special_rules

คำว่า Nominee ในภาษาอังกฤษที่ได้กล่าวมาข้างต้นหรือที่มักเรียกทับศัพท์ว่า นอมินี ภายใต้ Black's Law Dictionary หรือพจนานุกรมกฎหมายของแบล็ก ซึ่งเป็นพจนานุกรมประเภทหนึ่ง จัดทำขึ้นเพื่อให้นิยามสำหรับบรรดาคำที่ใช้ในทางกฎหมายได้ให้คำนิยาม นอมินี ว่าหมายถึง บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการแทนบุคคลอื่นซึ่งโดยทั่วไปใช้ในกรณีเฉพาะ และอาจหมายถึง คู่สัญญาซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่สำคัญเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลอื่นหรือบุคคลซึ่งได้รับหรือจำหน่ายเงินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น⁸ หรือผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการเลือกตั้งหรือบุคคลที่มีชื่อในการลงทะเบียนเป็นเจ้าของหลักทรัพย์แทนบุคคลอื่นที่เป็นเจ้าของตัวจริงอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม การใช้คำว่า นอมินี ในภาษาอังกฤษนั้นมีความหลากหลายขึ้นอยู่กับบริบทที่ใช้ในแต่ละเรื่องซึ่งอาจนำมาใช้ได้ทั้งในเชิงบวกและในเชิงลบได้เช่นกัน ทั้งนี้ พบว่ามีการใช้นอมินีเพื่อเป็นเครื่องมือที่ส่อไปในทางทุจริตโดยเฉพาะการหลีกเลี่ยงการเสียภาษี การฟอกเงิน การถือครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน การเป็นตัวแทนถือหลักทรัพย์ในตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

สำหรับในกรณีของการเสียภาษีในสหรัฐอเมริกา มีการกล่าวถึง นอมินี ไว้อย่างชัดเจนในคู่มือการเสียภาษีของสรรพากร (Internal Revenue Manual) ซึ่งเป็นเอกสารที่สรรพากรจัดทำขึ้นเพื่ออธิบายระเบียบ หลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการเสียภาษี ที่สอดคล้องกับประมวลรัษฎากร (Internal Revenue Code 1986) ซึ่งเป็นกฎหมายหลักที่ใช้ในการบังคับจัดเก็บภาษีของอเมริกา โดยคู่มือดังกล่าวให้นิยามไว้ว่า นอมินี⁹

⁸ Nominee is defined by Black's Law Dictionary (9th ed. 2009). as

“ a person designated to act in place of another, usu. in a very limited way” and as “ a party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.” as well as a person who is proposed for an office, membership, award, or like title or status.”

⁹ “Part 5. 5.17.2.5.7.2 (12-14-2007) Nominee Liens, Part 5. Collecting Process, Chapter 17. Legal Reference Guide for Revenue Officers, Section 2. Federal Tax Liens, IRS Internal Revenue Manual,

1. “A "nominee" is someone designated to act for another. As used in the federal tax lien context, a nominee is generally a third party individual who holds legal title to property of a taxpayer while the taxpayer enjoys full use and benefit of that property. In other words, the federal tax lien extends to property "actually" owned by the taxpayer even though a third party holds "legal" title to the property as nominee. Generally speaking, the third party in a nominee situation will be either another individual or a trust.

2. A nominee situation generally involves a fraudulent conveyance or transfer of a taxpayer's property to avoid legal obligations. To establish a nominee lien situation, it must be shown that while a third party may have legal title to the property, it is really the taxpayer that owns the property and who enjoys its full use and benefit. No one factor determines whether a nominee situation is present, but a number of factors taken together may. The following list is neither exhaustive nor exclusive, but nominee situations typically involve one or more of the following:

คือ บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการเพื่อบุคคลอื่น ซึ่งหากใช้ในบริบทที่เกี่ยวกับภาษีของรัฐบาลกลางแล้ว โดยทั่วไปจะหมายถึงบุคคลธรรมดาภายนอกซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายในทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่เสียภาษี ในขณะที่ผู้มีหน้าที่เสียภาษีนั้นได้ใช้และได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่จากทรัพย์สินนั้น หรือกล่าวได้ว่า หมายความว่าความรวมถึงทรัพย์สินซึ่งผู้มีหน้าที่เสียภาษีเป็นเจ้าของโดยแท้จริง แม้ว่าบุคคลภายนอกดังเช่นนอมินี จะเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก็ตาม กล่าวโดยทั่วไปแล้ว บุคคลภายนอกซึ่งอยู่ในสถานการณ์ที่มีการใช้นอมินีจะเป็นบุคคลธรรมดาอื่นหรือทรัสต์นั่นเอง ซึ่งในสถานการณ์ที่มีการใช้นอมินีมักเกี่ยวข้องกับการฉ้อโกงในการโอนกรรมสิทธิ์หรือการโอนทรัพย์สินของผู้มีหน้าที่เสียภาษี เพื่อหลบเลี่ยงหน้าที่ต่างๆ ตามกฎหมาย

ในส่วนที่เกี่ยวกับการฟอกเงินนั้น ปัจจุบันมีองค์กรที่เรียกว่า Financial Action Task Force หรือ FATF เป็นองค์กรระดับรัฐบาลที่จัดตั้งโดยประเทศ G7 ในปี 1989 เพื่อกำหนดมาตรฐานและพัฒนาส่งเสริมนโยบายในการต่อสู้กับการฟอกเงินและการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้าย และใช้เป็นมาตรฐานระหว่างประเทศในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินอย่างเข้มงวด โดยกลุ่มประเทศที่เป็นสมาชิกของ FATF ล้วนเป็นกลุ่มประเทศแนวหน้าของโลกที่พัฒนาแล้วและได้รับการรับรองจากประเทศต่างๆ มากกว่า 130 ประเทศ ภารกิจของ FATF เกี่ยวพันกับการดำเนินธุรกิจที่อาศัยการใช้นอมินี ด้วย โดย FATF ได้กล่าวถึงประเภทของการใช้บัญชีนอมินีไว้ในเอกสารการฟอกเงินและการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายในภาคหลักทรัพย์¹⁰ ว่าหมายถึง บัญชีที่อยู่ในชื่อของบุคคลหนึ่งซึ่งเป็นนอมินี

A. The taxpayer previously owned the property.
 B. The nominee paid little or no consideration for the property.
 C. The taxpayer retains possession or control of the property.
 D. The taxpayer continues to use and enjoy the property conveyed just as the taxpayer had before such conveyance.

E. The taxpayer pays all or most of the expenses of the property.
 F. The conveyance was for tax avoidance purposes.

3. The Service's NFTL in a nominee situation is identical to the standard NFTL, except that the nominee is identified as the name of the taxpayer. For example, if the taxpayer is TP, and My Brother-In-Law or My Trust is TP's nominee, then the name of the taxpayer on the nominee NFTL would be "My Brother-In-Law or My Trust, Nominee of TP." Unlike the alter ego situation, nominee situations usually involve specific pieces of a taxpayer's property that were conveyed to the nominee. Since the federal tax lien only attaches to property actually "owned" by the taxpayer, it may not reach all property that is, in fact, actually owned by the nominee. Therefore, the NFTL in a nominee situation will usually contain a notation on its face that the lien is filed to attach specifically to certain identified property." สืบค้นจาก http://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-017-002.html

¹⁰ The Financial Action Task Force, "Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector, October 2009", p. 67. สืบค้นจาก www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/31/43948586.pdf

เพื่อบุคคลอื่น โดยได้กระทำการใดๆ ในนามของบุคคลอื่นและมักใช้เพื่อปกปิดการระบุดังกล่าวและยังได้กล่าวถึงการใช้อยู่นามอื่นไว้ในส่วนของจุดอ่อนในการพอกเงินและการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายในอุตสาหกรรมหลักทรัพย์ไว้ว่าบัญชีนอมินีแสดงถึงจุดอ่อนของการพอกเงินและการอุดหนุนทางการเงินแก่ผู้ก่อการร้ายที่แบ่งเป็นชั้นๆ รวมกันอยู่ โดยหากการตั้งบัญชีนอมินีไม่ได้กำหนดให้ต้องรวมข้อมูลของผู้รับผลประโยชน์แต่ละคนไว้มากก่อให้เกิดความเสี่ยงโดยเฉพาะเกี่ยวกับขอบเขตอำนาจที่ศาลและกฎหมายควบคุมไปถึงได้¹¹

ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจำนองในรัฐเวอร์มอนต์ สหรัฐอเมริกา Mortgage Elec. Registration Sys., Inc. (MERS) v. Johnston, No. 420-6-09 Rdcv (Cohen, J., Oct. 28, 2009) ศาลสูงของเวอร์มอนต์ได้กล่าวไว้ในคดีว่า เมื่อไม่ได้มีคำนิยามคำว่า “นอมินี” ไว้ในสัญญาจำนองรวมทั้งความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่อาจนำไปเป็นประโยชน์ในการนิยามคำว่า นอมินี ก็ไม่มีกับทั้งไม่มีการให้นิยามภายใต้กฎหมายแห่งเวอร์มอนต์ จึงต้องตีความข้อสัญญาบนความหมายตามธรรมดาอย่างตรงไปตรงมา โดยในคดีนี้ศาลยังอ้างถึงอีกคดีหนึ่งที่ศาลสูงกล่าวว่า ในกรณีที่ข้อสัญญาไม่ได้กำหนดนิยามของคำว่านอมินีไว้ คู่สัญญาย่อมปล่อยให้เป็นการตีความตามบทบัญญัติของกฎหมายซึ่งพจนานุกรมกฎหมายของแบล็ก หมายถึง บุคคลที่ถูกกำหนดให้กระทำการแทนบุคคลอื่นซึ่งโดยทั่วไปใช้ในกรณีเฉพาะและหมายถึงคู่สัญญาซึ่งถือกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายที่สำคัญเป็นพื้นฐานเพื่อประโยชน์สำหรับบุคคลอื่นหรือบุคคลซึ่งได้รับหรือจำหน่ายเงินเพื่อประโยชน์ของบุคคลอื่น¹²

¹¹ The Financial Action Task Force, “Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector, October 2009”, p. 38. สืบค้นจาก www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/31/43948586.pdf.

¹² ดู Mortgage Elec. Registration Sys., Inc. (MERS) v. Johnston, No. 420-6-09 Rdcv (Cohen, J., Oct. 28, 2009)

“The mortgage deed stated that MERS functions “solely as nominee” for the lender and lender’s successors and assigns. The word “nominee” is defined nowhere in the mortgage deed, and the functional relationship between MERS and the lender, WMC, is likewise not defined. See Kesler, 216 P.3d at 165 (analyzing similar language in mortgage deed). The Vermont Supreme Court has not yet defined the term “nominee,” nor has it addressed whether a “nominee” has standing to bring a foreclosure action. In the absence of a contractual definition of the term “nominee,” or a definition under Vermont law, the contractual term is to be interpreted based on its plain meaning. In re Cole, 2008 VT 58, 9, 184 Vt. 64; see also Kesler, 216 P.3d at 165 (stating “[i]n the absence of a contractual definition of the term “nominee,” the parties leave the definition to judicial interpretation.”). Black’s Law Dictionary defines nominee as “[a] person designated to act in place of another, usu. in a very limited way” and as “[a] party who holds bare legal title for the benefit of others or who receives and distributes funds for the benefit of others.” Black’s Law Dictionary (9th ed. 2009).”

อาจกล่าวโดยสรุปความหมายของตัวแทนอำพรจากพจนานุกรม บทบัญญัติกฎหมายทั้งประเทศไทยและต่างประเทศ รวมทั้งความเห็นของนักวิชาการที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพรได้ว่า การเป็นตัวแทนอำพรนั้นเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใดๆ กับผู้อื่นทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ แทนคนต่างด้าวโดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริง ซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว

สำหรับการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาเรื่องตัวแทนอำพรนั้น ผู้วิจัยได้ศึกษาวรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนงานวิจัยต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดกรอบแนวความคิดในการศึกษา ดังต่อไปนี้

สลิตตา โลกัตถกร สุนิตา วรวงศ์สุ และปองพิทย์ สามัตถิยากร ได้ดำเนินการศึกษาไว้ในโครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย เมื่อปี พ.ศ. 2550 ว่า จากความต้องการกระตุ้นการเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศได้มีการสนับสนุนให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทย จึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อสร้างแรงจูงใจให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้ แต่กฎหมายที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ยังมีเงื่อนไขและข้อจำกัดที่ต้องปฏิบัติตามอยู่เป็นจำนวนมาก จึงได้ศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย โดยดำเนินการศึกษาข้อมูล กฎหมาย และแนวนโยบายของรัฐที่เกี่ยวกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว รวมถึงผลดีผลเสียและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย ซึ่งผลการศึกษาพบว่าคนที่คนต่างด้าวเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยสิทธิของคนไทยมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากกระบวนการเหล่านั้นย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้โดยปราศจากมาตรการควบคุมและไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่าคนต่างด้าวมีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทยแค่ไหน อย่างไร และในบริเวณใดบ้าง ซึ่งอาจเป็นช่องทางที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาแทรกแซงทั้งทางเศรษฐกิจและสังคมภายในประเทศได้ อันจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในอนาคต ซึ่งปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวดังกล่าวเกิดจากการที่กระบวนการตรวจสอบไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ บทลงโทษไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง รวมถึงบุคคลดำเนินการให้คนต่างด้าว

สลิตตา โลกัตถกร และคณะ ได้เสนอแนะแนวทางแก้ไขการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยไว้หลายประการ ได้แก่

(1) การเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบ เช่น การตรวจสอบหลักฐานแหล่งที่มาของรายได้ต่อเจ้าพนักงานที่ดิน การตรวจสอบภายหลังกรณีที่สงสัยว่าเป็นการถือครองอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ต้องจัดระบบการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งการให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแจ้งเบาะแส

(2) การเพิ่มบทลงโทษ โดยเฉพาะการเพิ่มโทษตามประมวลกฎหมายที่ดินให้มีโทษปรับสูงสุดไม่เกินห้าแสนบาท และให้มีการบังคับใช้กับผู้กระทำความผิดและผู้สนับสนุน

(3) การสร้างจิตสำนึกคนไทยไม่ให้ช่วยเหลือคนต่างด้าวดำเนินการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยหลีกเลี่ยงกฎหมาย

ศิริพร สัจจนันท์ และคณะ ได้ดำเนินการศึกษาไว้ในโครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย เมื่อปี พ.ศ. 2552 โดยจำกัดพื้นที่การศึกษาโดยเลือกจังหวัดที่เป็นพื้นที่อุตสาหกรรม แหล่งท่องเที่ยว หรือเป็นจังหวัดที่มีข้อมูลการถือครองที่ดินในลักษณะดังกล่าว โดยสรุปข้อมูลเกี่ยวกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในแต่ละจังหวัด ดังนี้

พื้นที่จังหวัดเชียงใหม่ พบว่า การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในจังหวัดเชียงใหม่เป็นการถือครองที่อยู่ภายใต้กฎหมาย ส่วนใหญ่เป็นการซื้อหรือการเช่าอาคารชุด อย่างไรก็ตาม ยังมีการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทบุคคลและนิติบุคคล ผ่านช่องว่างทางกฎหมายที่สะท้อนออกมาในรูปแบบต่างๆ กล่าวคือ พบหลักฐานที่มีข้อน่าสงสัยว่า เป็นการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทบุคคลผ่านการอาศัยสถานภาพการสมรสเป็นช่องทางในการถือครอง ซึ่งคนต่างด้าวจะหลบเลี่ยงโดยการให้คู่สมรสที่มีสัญชาติไทยเข้ายื่นขอจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์แทน และเพื่อเป็นการยืนยันสิทธิในการใช้ประโยชน์ก็จะมีการยื่นขอจดทะเบียน “สิทธิอาศัยโดยไม่มีค่าตอบแทน” ของคนต่างด้าวหรือการยื่นขอจดทะเบียน “สิทธิเก็บกินโดยไม่มีค่าตอบแทน” เป็นต้น

นอกจากนี้ ยังพบหลักฐานที่มีข้อน่าสงสัยว่า เป็นการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทนิติบุคคลที่อาศัยสัดส่วนของการถือหุ้นเป็นช่องทางในการถือครอง โดยบุคคลต่างด้าวหรือกลุ่มบุคคลต่างด้าวบางส่วนจดทะเบียนนิติบุคคลโดยการจำกัดสัดส่วนการเข้าร่วมถือหุ้นของบุคคลต่างด้าวให้มีสัดส่วนไม่เกินร้อยละ 49 ของหุ้นส่วนทั้งหมด และให้คนไทยที่ได้ทำการตกลงกันไว้เป็นตัวแทนเข้าร่วมถือหุ้นในนิติบุคคลนั้นๆ เพื่อที่จะถือสิทธิของการเป็นนิติบุคคลไทย ซึ่งหมายรวมถึงความสามารถในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ด้วย

พื้นที่จังหวัดระยอง พบว่า การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในจังหวัดระยองเป็นการถือครองที่อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยการถือครองส่วนใหญ่เป็นการซื้อหรือการเช่าที่ดินเพื่อปลูกสร้างอาคาร โรงงาน และสถานประกอบการ อย่างไรก็ตาม ยังมีการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทบุคคลและนิติบุคคลผ่านช่องว่างทางกฎหมายที่สะท้อนออกมาในรูปแบบต่างๆ เช่น มีบุคคลต่างด้าวบางส่วนที่อาศัยสถานภาพการสมรสเป็นช่องทางการถือครอง และยังพบปัจจัยที่น่าสงสัยในการบริหารจัดการบริษัทอสังหาริมทรัพย์จำนวนไม่น้อยที่อาจมีลักษณะเป็นแบบตัวแทน (Nominee) ซึ่งบริษัทอสังหาริมทรัพย์เหล่านี้มักเป็นบริษัทในเครือต่างชาติที่เข้ามากว้านซื้อที่ดินในจังหวัดเพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่มีกลุ่มลูกค้าเป็นชาวต่างชาติ แต่เข้ามาจดทะเบียนในรูปแบบของนิติบุคคลไทย

การเช่าเพื่ออยู่อาศัยของคนต่างด้าวในพื้นที่จังหวัดระยอง มีลักษณะเป็นการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่ทำกันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากมีขั้นตอนไม่ซับซ้อน กระทำได้ง่าย โดยมีผู้ประกอบการและนายความคอยอำนวยความสะดวกให้อย่างเป็นระบบ โดยเฉพาะในกลุ่มนักท่องเที่ยวจากตะวันออกกลาง ยุโรป และกลุ่มประเทศสแกนดิเนเวีย โดยทำการเช่าที่ดินในระยะยาว เช่น จดทะเบียนการเช่าเป็นระยะเวลา 30 ปี และกำหนดว่าจะต่อสัญญาเมื่อสัญญาเช่าครบอายุ และทำการก่อสร้างอาคารบ้านเรือนบนที่ดินแปลงนั้น พร้อมทั้งยื่นขอจดทะเบียนอาคารในชื่อของบุคคล

ต่างดำนั้นๆ ทั้งนี้ บริษัทอสังหาริมทรัพย์ยักษ์ใหญ่หลายบริษัทได้ใช้ลักษณะการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวผ่านการเช่าเป็นช่องทางหลักในการดำเนินธุรกิจ

พื้นที่จังหวัดภูเก็ต พบว่า การถือครองอสังหาริมทรัพย์ในจังหวัดภูเก็ตที่เป็นการถือครองที่อยู่ภายใต้กฎหมาย โดยส่วนใหญ่เป็นการซื้อหรือการเช่าอาคารชุดที่อยู่ภายใต้กฎหมาย อย่างไรก็ตามได้มีการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทบุคคลและนิติบุคคลผ่านช่องว่างทางกฎหมายที่สะท้อนออกมาในรูปแบบต่างๆ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่คนต่างด้าวผ่านตัวแทนโดยได้รับความร่วมมือจากนักกฎหมายไทย และมีบางส่วนที่อาศัยสถานภาพการสมรสเป็นช่องทางในการถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) การซื้อขายโอนถ่ายหุ้นสามารถทำให้ผู้มีอำนาจสิทธิขาดในการบริหารจัดการกลายเป็นบุคคลต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว และผู้บริหารจัดการโดยบุคคลต่างด้าวได้ การขายและการให้เช่าสิทธิทำกินแก่บุคคลและนิติบุคคลต่างด้าวแบบขายลม เป็นการลักลอบขายสิทธิหรือให้เช่าสิทธิทำกินในพื้นที่ของรัฐ ซึ่งชาวบ้านได้รับการอุดหนุนจากภาครัฐเพื่อวัตถุประสงค์ในการสร้างอาชีพ และสร้างรายได้ให้แก่ชาวบ้านที่ยากจน โดยการขายและให้เช่าไม่มีการทำหลักฐานที่ถูกต้องแต่อย่างใด แต่กลับมีเครือข่ายขนาดยักษ์ร่วมเข้าซื้อและโอนสิทธิขายลมด้วย และต่างก็ประสบความสำเร็จในการดำเนินกิจการอย่างดีเยี่ยม นอกจากนี้ ยังมีปรากฏตัวของรูปแบบธุรกิจแนวใหม่ “ไทม์แชร์ริง” (Time sharing) ซึ่งได้รับความนิยมอย่างสูงในหมู่นักลงทุนอสังหาริมทรัพย์ต่างชาติและนักท่องเที่ยวต่างชาติ โดยเฉพาะนายทุนที่ต้องการเข้ามาลงทุนในธุรกิจรีสอร์ทในประเทศไทย เนื่องจาก “ไทม์แชร์ริง” (Time sharing) เป็นการลดข้อจำกัดในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวต่อการครอบครองอสังหาริมทรัพย์ แต่เปิดโอกาสให้นักลงทุนอสังหาริมทรัพย์ต่างชาติและนักท่องเที่ยวต่างชาติสามารถบริหารจัดการและหาผลประโยชน์ได้ โดยผ่านการเช่าคอนโดมิเนียมหรือขายห้องพักในโครงการของนิติบุคคลไทยและชำระค่าสมาชิกตามช่วงเวลาตามที่บริษัทกำหนด ในส่วนของธุรกิจ “ไทม์แชร์ริง” (Time sharing) ได้ส่งผลกระทบต่อส่วนรวมไม่แตกต่างไปจากการซื้อ และการเช่าอสังหาริมทรัพย์ผ่านระบบตัวแทน ถ้าหากบุคคลหรือนิติบุคคลต่างด้าวที่เข้ามาร่วมลงทุนมีอำนาจในการบริหารจัดการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนไป

ผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวมีทั้งในเชิงบวกและเชิงลบ สำหรับผลกระทบในเชิงบวก พบว่า การเข้ามาถือครองอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลต่างด้าวในลักษณะต่างๆ ทำให้เกิดการเติบโตทางเศรษฐกิจในพื้นที่ซึ่งเป็นช่องทางการใช้ประโยชน์จากที่ดินมากขึ้น ส่วนผลกระทบในเชิงลบ พบว่า ทำให้เกิดความยากลำบากแก่ภาครัฐในการบริหารควบคุมการดำเนินงานของธุรกิจที่คนต่างด้าวครอบครอง การสูญเสียรายได้ที่ท้องถิ่นควรจะได้รับ ปัญหาด้านสังคมและวัฒนธรรม รวมถึงปัญหาด้านสิ่งแวดล้อมและมลพิษ อันเกิดจากการเข้ามาดำเนินการทางเศรษฐกิจต่างๆ ของคนต่างด้าว ซึ่งสร้างภาระต้นทุนให้แก่ภาครัฐและท้องถิ่น ดังเช่น ปัญหาขยะ ปัญหาการขาดแคลนสาธารณูปโภคที่มีคนต่างด้าวเข้ามามาก

สำหรับข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการในการควบคุมดูแลและแก้ไขปัญหา ศิริพร สัจจามันท์และคณะ ได้เสนอออกเป็นสองด้าน ได้แก่ ด้านเศรษฐกิจและสังคม และด้านกฎหมาย ดังนี้

(1) ด้านเศรษฐกิจและสังคม เสนอให้มีการจัดการท้องถิ่นที่มีคนต่างด้าวมาอยู่อาศัยหรือทำธุรกิจมากให้เป็นเขตพิเศษ เพื่อให้ท้องถิ่นสามารถสอดส่องดูแลได้อย่างใกล้ชิด การนำเงื่อนไขในการดูแลสิ่งแวดล้อมและชุมชนที่ได้รับผลกระทบมาเป็นเงื่อนไขในการอนุญาตให้ลงทุนหรือส่งเสริมการลงทุนในภาคอุตสาหกรรมทั่วไปและอุตสาหกรรมการท่องเที่ยว

(2) ด้านกฎหมาย ได้แก่

- ควรเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบทั้งก่อนและหลังการจดทะเบียน
- ควรเพิ่มบทลงโทษ โดยเสนอให้มีการเพิ่มโทษปรับในประมวลกฎหมายที่ดินให้มีโทษปรับสูงสุดไม่เกินห้าแสนบาท โดยบังคับใช้ในส่วนของผู้กระทำความผิดและผู้สนับสนุน
- ควรจัดให้มีการประสานข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น
- ควรมีการบังคับใช้กฎหมายอย่างเคร่งครัด
- ควรมีการปลูกจิตสำนึกถึงการให้ความช่วยเหลือแก่คนต่างด้าวในการถือครองอสังหาริมทรัพย์

2. ลักษณะและรูปแบบของการทำธุรกรรมในประเทศไทย

จากการทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวได้เข้ามาทำธุรกรรมในลักษณะและรูปแบบต่างๆ ที่มีแนวโน้มเป็นการทำธุรกรรมอำพรางโดยผ่านตัวแทนซึ่งเป็นคนไทย เช่น การถือครองในลักษณะตัวแทน (Nominee) ประเภทบุคคลผ่านการอาศัยสถานภาพการสมรสเป็นช่องทางในการถือครอง ซึ่งคนต่างด้าวจะหลบเลี่ยงโดยการให้คู่สมรสที่มีสัญชาติไทยเข้ายื่นขอจดทะเบียนอสังหาริมทรัพย์แทนและเพื่อเป็นการยืนยันสิทธิในการใช้ประโยชน์ก็จะมีการยื่นขอจดทะเบียน “สิทธิอาศัยโดยไม่มีค่าตอบแทน” ของคนต่างด้าวหรือการยื่นขอจดทะเบียน “สิทธิเก็บกินโดยไม่มีค่าตอบแทน” การบริหารจัดการบริษัทอสังหาริมทรัพย์จำนวนไม่น้อยที่อาจมีลักษณะเป็นแบบตัวแทน (Nominee) ซึ่งบริษัทอสังหาริมทรัพย์เหล่านี้มักเป็นบริษัทในเครือต่างชาติที่เข้ามากว้านซื้อที่ดินในจังหวัดเพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่มีกลุ่มลูกค้าเป็นชาวต่างชาติ แต่เข้ามาจดทะเบียนในรูปแบบของนิติบุคคลไทย การเข้าเพื่ออยู่อาศัยที่มีลักษณะเป็นการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว โดยมีผู้ประกอบการและทนายความคอยอำนวยความสะดวกให้อย่างเป็นระบบ เป็นต้น ซึ่งการกระทำดังกล่าวมีผลในเชิงเศรษฐกิจและสังคมทั้งในเชิงบวกและเชิงลบ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีผลทั้งในเชิงบวกและเชิงลบ แต่การเข้ามาทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวไทยเป็นตัวแทน ย่อมมีความเสี่ยงที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ สังคม และวัฒนธรรม และมีผลกระทบต่อภาระงบประมาณของรัฐในในทางอ้อมอันเกิดจากการเข้ามาของคนต่างด้าว

3. กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอปรางในประเทศไทย

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยมีอยู่ด้วยกันหลายฉบับ เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นต้น อย่างไรก็ตาม กฎหมายดังกล่าวให้ถือว่า กิจกรรมที่มีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวมีหุ้นหรือถือบุริมสิทธิมากกว่าผู้มีสัญชาติไทย กิจกรรมนั้นเป็นกิจการของคนต่างด้าว ทำให้เกิดภาวะที่คนต่างด้าวไม่สามารถดำเนินกิจการบางประเภทได้อย่างสะดวก จึงเป็นที่มาและสาเหตุที่คนต่างด้าวดำเนินการทำธุรกรรมอปรางผ่านตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยหรือที่เรียกว่า “นอมินี” โดยในการศึกษาได้แบ่งกฎหมายเกี่ยวข้องกับตัวแทนอปรางเป็นกลุ่มต่างๆ ดังนี้

3.1 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้น

การจัดให้มีตัวแทนอปรางในการธุรกรรมทางกฎหมายอาจเกิดขึ้นได้หลายกรณีซึ่งเป็นที่พึงปรารถนาและไม่พึงปรารถนา การทำธุรกรรมโดยมีตัวแทนอปรางที่ผิดกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจที่สำคัญ ปรากฏตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เนื่องจากรัฐได้ควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยกิจการบางประเภทไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจได้ ไม่ว่าจะเป็นกรณีใดก็ตาม แต่บางกรณีอาจอนุโลมให้คนต่างด้าวสามารถขออนุญาตประกอบธุรกิจ แต่ต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น จึงเกิดกรณีที่คนต่างด้าวที่ไม่มีสิทธิได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการ หรือไม่ประสงค์ที่จะขออนุญาตตามกฎหมายไม่ว่าด้วยเหตุผลใดก็ตาม หาทางฝ่าฝืนกฎหมายเพื่อประกอบกิจการดังกล่าว โดยการจัดให้มีตัวแทนอปรางขึ้นเพื่อไม่ให้ตนอยู่ในสถานะของคนต่างด้าวตามกฎหมาย เช่น การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทในประเทศไทย โดยมีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ซึ่งเมื่อตรวจสอบหลักฐานเกี่ยวกับการถือหุ้นที่มีการแจ้งต่อหน่วยงานของรัฐ ก็จะไม่ทำให้บริษัทนั้นมีสถานะเป็นคนต่างด้าว แต่ในความเป็นจริงผู้ถือหุ้นในสัดส่วนของคนไทยนั้น เพียงถือหุ้นแทนบุคคลต่างด้าว โดยอำนาจในการบริหารจัดการ รวมถึงการรับผลประโยชน์จากการประกอบธุรกิจ ตกอยู่กับคนต่างด้าวการจัดการตั้งบริษัทโดยใช้ตัวแทนอปรางในกรณีเช่นนี้ จึงเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้นของคนต่างด้าว มีดังต่อไปนี้

(1) ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281¹³

โดยที่คณะปฏิวัติในขณะนั้น พิจารณาเห็นว่า มีคนต่างด้าวประกอบธุรกิจประเทศไทยจำนวนมากและขยายตัวขึ้น ประกอบกับประชาชนชาวไทยมีความสามารถทั้งในด้านวิทยาการและกำลังเงินที่จะประกอบธุรกิจสาขาต่างๆ ได้มากขึ้น จึงกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เพื่อรักษาผลประโยชน์ทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศ และเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นประโยชน์

¹³ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่ม 89 ตอนที่ 180 วันที่ 25 พฤศจิกายน 2515

ต่อประเทศเป็นการส่วนรวม จึงได้มีการออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 (ปว. 281) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังกล่าว

หลักการของการควบคุมการประกอบธุรกิจของ ปว. 281 มีการกำหนดธุรกิจเป็นสามบัญชี ได้แก่ บัญชี ก. บัญชี ข. และบัญชี ค. ในแต่ละบัญชีจะมีการกำหนดประเภทของธุรกิจออกเป็นหมวดย่อย เกี่ยวกับ ธุรกิจทางการเกษตร ธุรกิจทางพาณิชย์กรรม ธุรกิจบริการ ธุรกิจทางอุตสาหกรรมและหัตถกรรม และกลุ่มธุรกิจอื่นๆ ซึ่งตาม ปว. 281 ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ก. และบัญชี ข. เว้นแต่จะมีพระราชกฤษฎีกาอนุญาต ส่วนธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชี ค. นั้น จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า¹⁴ (เดิม)

“คนต่างด้าว” ตาม ปว. 281 หมายถึง “บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย และให้รวมตลอดถึง

- (1) นิติบุคคลซึ่งทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นเป็นของคนต่างด้าว
- (2) นิติบุคคลซึ่งมีคนต่างด้าวถือหุ้น เป็นหุ้นส่วน หรือเป็นสมาชิกตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้น ผู้เป็นหุ้นส่วน หรือผู้เป็นสมาชิก ไม่ว่าคนต่างด้าวนั้นจะลงทุนเท่าใดหรือไม่
- (3) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นคนต่างด้าว

เพื่อประโยชน์แห่งค่านิยามนี้ ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

“คนต่างด้าว” ที่อยู่ภายใต้การควบคุมตาม ปว. 281 จึงหมายถึงคนต่างด้าวที่เป็นบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายของต่างประเทศ สำหรับกรณีนิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย กฎหมายได้พิจารณาถึง ทุน จำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วน และหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการ (เฉพาะกรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ไม่รวมถึงบริษัทจำกัด) ที่เป็นของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวด้วย

กรณีคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม) ให้ประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชี ค. ของ ปว. 281 สามารถขอให้อธิบดีกรมทะเบียนการค้า ออกหนังสือรับรองให้เป็นหลักฐาน และให้บุคคลต่างด้าวนั้นประกอบธุรกิจที่ได้รับส่งเสริมได้¹⁵ โดยไม่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า (เดิม) อีกแต่อย่างใด

ส่วนคนต่างด้าวที่เป็นผู้มีสัญชาติของประเทศที่มีข้อตกลงเป็นกาลเฉพาะกับรัฐบาลไทย ไม่อยู่ภายใต้การควบคุม ตาม ปว. 281 แต่จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลง ซึ่งขณะที่ ปว. 281 บังคับใช้ รัฐบาลไทยได้ตกลงทำข้อตกลงกับรัฐบาลประเทศสหรัฐอเมริกา ตามสนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทาง

¹⁴ ภายหลังจากพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 มีผลบังคับใช้ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกาโอนกิจการบริหารและอำนาจหน้าที่ของกรมทะเบียนการค้า ไปยังกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

¹⁵ ข้อ 6 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

เศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511¹⁶ ดังนั้น นิติบุคคลที่จดทะเบียนจัดตั้งในประเทศไทย จึงอาจถือเป็น “คนต่างด้าว” ตาม ปว. 281 ซึ่งไม่สามารถประกอบธุรกิจตามที่กำหนดในบัญชี ก. บัญชี ข. และบัญชี ค. ตาม ปว. 281 เว้นแต่จะมีพระราชกฤษฎีกาอนุญาต หรือได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมทะเบียนการค้า (เดิม) เท่านั้น

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามบัญชี ก. และบัญชี ข. หรือประกอบธุรกิจตามบัญชี ค. โดยไม่ได้รับอนุญาต หรือคนต่างด้าวที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน ประกอบธุรกิจตามบัญชี ค. โดยไม่ขอหนังสือรับรองตามที่ ปว. 281 กำหนด ต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาท ถึงห้าแสนบาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจนั้น¹⁷

จากการพยายามควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตาม ปว. 281 ดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการตั้งตัวแทนอำพรางของคนต่างด้าว ของนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมาย ที่พยายามหาช่องทางอำพรางการถือหุ้น ไม่ให้สัดส่วนการลงทุน หรือจำนวนคนต่างด้าวที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท เกินกึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียนบริษัท และจำนวนผู้ถือหุ้นของบริษัท เพื่อจะไม่เข้าลักษณะที่ถือว่าเป็น “คนต่างด้าว” ตามกฎหมายดังกล่าว

กรณีที่ผู้มีส่วนได้เสียไทยถือหุ้นในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนเป็นนิติบุคคลหรือบริษัทจำกัด เพื่อให้นิติบุคคลนั้นประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืน ปว. 281 หรือคนต่างด้าวซึ่งให้ผู้มีส่วนได้เสียไทยกระทำการเป็นตัวแทนดังกล่าว บุคคลเหล่านั้นต้องระวางโทษปรับตั้งแต่สามหมื่นบาทถึงห้าแสนบาท และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ¹⁸ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการช่วยเหลือคนต่างด้าวโดยการเข้าเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวในการถือหุ้นของบริษัท หรือการเป็นตัวแทนในห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล จะผิดกฎหมายและมีโทษทางอาญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติก็ยังมีคนต่างด้าว และคนไทยยังคงฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว

ปว. 281 ได้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 26 พฤศจิกายน 2515 จนถึงวันที่ 2 มีนาคม 2543 และถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

(2) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542¹⁹

เนื่องจาก ปว. 281 ได้ประกาศและใช้บังคับมาเป็นเวลานานแล้ว และมีหลักการบางประการไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุนและการค้าระหว่างประเทศในขณะนั้น จึงมีการปรับปรุงกฎหมายดังกล่าวเสียใหม่ เพื่อส่งเสริมให้มีการแข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศและต่างประเทศ ซึ่งจะเป็นประโยชน์กับประเทศไทยโดยรวม ทั้งยังเป็นการดำเนินการให้สอดคล้องกับ

¹⁶ ปัจจุบันนอกจาก สนธิสัญญาทางไมตรีและความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจระหว่างราชอาณาจักรไทยกับสหรัฐอเมริกา พ.ศ. 2511 รัฐบาลไทยยังมีข้อตกลงในลักษณะเดียวกันกับรัฐบาลประเทศออสเตรเลีย ภายใต้ความตกลงการค้าเสรีไทย – ออสเตรเลีย และประเทศญี่ปุ่น ภายใต้ ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย – ญี่ปุ่น (JTEPA)

¹⁷ ข้อ 26 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

¹⁸ ข้อ 29 ของประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281

¹⁹ ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 123 ก หน้า 1 วันที่ 4 ธันวาคม 2542 มีผลบังคับเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

พันธกรณีตามสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แทน ปว. 281 ซึ่งมีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม 2543

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังคงมีแนวทางการควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเช่นเดียวกับ ปว. 281 แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้ปรับปรุงบทบัญญัติบางประการ เช่น นิยามของ “คนต่างด้าว” การกำหนดประเภทธุรกิจในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ และบทกำหนดโทษ เป็นต้น

นิยามของ “คนต่างด้าว”

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” ต่างจากนิยามที่กำหนดไว้ใน ปว. 281 โดยให้ความหมายถึง

“(1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย

(2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้

(ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น

(ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)

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

เพื่อประโยชน์แห่งคำนิยามนี้ให้ถือว่าหุ้นของบริษัทจำกัดที่มีใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือเป็นหุ้นของคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้มีกฎกระทรวงกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น”

นอกจากคำนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะได้กำหนดความหมายของนิติบุคคลต่างด้าว ว่าหมายถึงนิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย แล้ว ยังได้เปลี่ยนแปลงความหมายของนิติบุคคลที่เป็นบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยให้มีความหมายแคบจากเดิมที่กำหนดไว้ใน ปว. 281 โดยตัดเรื่องจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลต่างด้าวของบริษัทออก การพิจารณาว่านิติบุคคลที่เป็นบริษัทจำกัดที่จดทะเบียนในประเทศไทยจึงพิจารณาเฉพาะสัดส่วนการลงทุนของคนต่างด้าวในบริษัทเท่านั้น²⁰ หากบริษัทที่จดทะเบียนในประเทศไทยมีการลงทุนของคนต่างด้าวไม่ถึงกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด บริษัทดังกล่าวก็จะไม่ถือเป็น “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แต่อย่างใด ทั้งนี้ โดยไม่คำนึงถึงจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าว และอำนาจในการบริหารจัดการของบริษัทว่าเป็นของคนต่างด้าวหรือไม่

²⁰ “ทุน” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หมายถึง “ทุนจดทะเบียนของบริษัท หรือทุนชำระแล้วของบริษัทมหาชนจำกัด หรือเงินที่ผู้ถือหุ้นส่วนหรือสมาชิกนำมาลงทุนในห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลนั้น”

การกำหนดนิยามของ “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงเป็นการลดเงื่อนไขการพิจารณาความหมายของ “คนต่างด้าว” ตาม ปว. 281 ซึ่งมีผลให้นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย จะถูกพิจารณาว่าเป็นคนต่างด้าวได้ยากขึ้น และนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ที่อาจมีความหมายเป็นคนต่างด้าวที่ไม่สามารถประกอบธุรกิจควบคุมตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ลดลง

ประเภทของธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้จัดกลุ่มประเภทของธุรกิจที่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายใหม่ โดยแบ่งประเภทของธุรกิจออกเป็นสามบัญชี ได้แก่

บัญชีหนึ่ง เป็นธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา การเลี้ยงสัตว์ การทำป่าไม้ การทำการประมง การสกัดสมุนไพรไทย การค้าที่ดิน เป็นต้น

บัญชีสอง เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เช่น การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุงอาวุธยุทโธปกรณ์ การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก การเลี้ยงไหม การทอผ้าไหม การผลิตเครื่องดนตรีไทย การผลิตน้ำตาลจากอ้อย การทำนาเกลือ การทำเหมือง เป็นต้น

บัญชีสาม เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เช่น การสีข้าว และการผลิตแปรรูปจากข้าวและพืชไร่ การทำการประมง การบริการทางบัญชี การบริการทางกฎหมาย การบริการทางสถาปัตยกรรม การบริการทางวิศวกรรม การก่อสร้าง²¹ การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน²² การค้าปลีกสินค้า ที่มีทุนขั้นต่ำน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาทหรือมีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้า น้อยกว่ายี่สิบล้านบาท การค้าส่งสินค้า ที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้า น้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท การทำกิจการโฆษณา การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม การนำเที่ยว และการทำธุรกิจบริการอื่น เป็นต้น

กฎหมายห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่กำหนดในบัญชีหนึ่งไม่ว่ากรณีใด ส่วนธุรกิจที่กำหนดตามบัญชีสอง คนต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี แต่ทั้งนี้ จะต้องมิคนไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ

²¹ ยกเว้นการก่อสร้างซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขโรคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป หรือการก่อสร้างอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

²² ยกเว้นเกี่ยวกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์ หรือสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน หรือจัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในและต่างประเทศ ที่เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

สี่สิบของทุนของคนต่างด้าวที่เป็นนิติบุคคลนั้น หรือเข้าช้อยกเว้นอื่นตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 สำหรับธุรกิจที่กำหนดตามบัญชีสามนั้น คนต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

บทบัญญัติเกี่ยวกับการช่วยเหลือคนต่างด้าวปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมาย

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังกำหนดเพิ่มหลักเกณฑ์การช่วยเหลือคนต่างด้าวผู้ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายและเพิ่มโทษแก่ผู้ให้ความช่วยเหลือและคนต่างด้าว โดยกำหนดโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้นหรือการเป็นหุ้นส่วน และหากยังฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับอีกวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืน

ช้อยกเว้นของกฎหมายและยกเว้นการขออนุญาต

คนต่างด้าวที่มีสัญชาติของประเทศที่รัฐบาลไทยมีข้อผูกพันภายใต้สนธิสัญญาอาจได้รับยกเว้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ภายใต้เงื่อนไขของสนธิสัญญา ซึ่งอาจรวมถึงการให้สิทธิคนไทยและวิสาหกิจของคนไทยเข้าไปประกอบธุรกิจในประเทศสัญชาติของคนต่างด้าวนั้นเป็นการตอบแทนด้วย ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยได้มีข้อตกลงลักษณะดังกล่าวกับประเทศสหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย และประเทศญี่ปุ่น

สำหรับคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนหรือได้รับอนุญาตให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยหรือตามกฎหมายอื่น ซึ่งเป็นธุรกิจตามบัญชีสองหรือบัญชีสาม จะได้รับยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า แต่จะต้องขอหนังสือรับรอง ภายในสามสิบวัน ตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด

กรณีที่มีกฎหมายกำหนดเรื่องการถือหุ้น การเป็นหุ้นส่วนหรือการลงทุนของคนต่างด้าว การอนุญาตหรือการห้ามคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจบางประเภท หรือกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวไว้เป็นการเฉพาะ ก็ให้นำบทบัญญัติตามกฎหมายนั้นไปใช้บังคับในส่วนที่มีการกำหนดไว้เป็นเฉพาะ²³ เช่น พระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 กำหนดให้ผู้ขอรับอนุญาตบางประเภทต้องไม่ใช่คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว²⁴ เป็นต้น

²³ มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

²⁴ มาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544

(3) พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

กิจการที่อาจได้รับส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายเกี่ยวกับการส่งเสริมการลงทุน ต้องเป็นกิจการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ การผลิตเพื่อส่งออกไปจำหน่ายต่างประเทศ กิจการที่ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูงหรือกิจการที่ใช้ผลิตผลทางการเกษตรหรือทรัพยากรธรรมชาติเป็นวัตถุดิบ ซึ่งคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นว่ายังไม่มีในประเทศ หรือมีในประเทศแต่ยังไม่เพียงพอ หรือกรรมวิธีการผลิตยังไม่ทันสมัย

กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม จะได้รับสิทธิประโยชน์ตามที่กฎหมายกำหนด รวมถึงสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยการเข้าเมือง การทำงานของคนต่างด้าว การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินตามกฎหมายที่ดิน การยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรตามกฎหมายศุลกากร การยกเว้นภาษีเงินได้ตามประมวลรัษฎากร ทั้งนี้ ภายใต้เงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด นอกจากนี้ กรณีที่ผู้ขอรับส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้รับส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมาย ยังได้รับยกเว้นไม่ต้องขออนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวดังได้กล่าวไว้ข้างต้นด้วย เพียงแต่มีหน้าที่ขอหนังสือรับรองตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนด²⁵

3.2 กฎหมายเกี่ยวกับที่ดินและการเช่าอสังหาริมทรัพย์

ที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์เป็นปัจจัยสำคัญอย่างหนึ่งในการใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัย การประกอบธุรกิจ เกษตรกรรม อุตสาหกรรม และพาณิชยกรรม นอกจากนี้ ในทางธุรกิจที่ดินเป็นต้นทุนอย่างหนึ่งที่สามารถนำไปใช้เป็นหลักประกันในการประกอบธุรกิจการค้าได้ ทำให้มีการถือครองที่ดินกันไว้เป็นจำนวนมากจนเป็นปัญหาสำคัญในการถือครองที่ดินอย่างไม่เป็นธรรมและไม่ได้สัดส่วนที่เหมาะสม จึงมีความพยายามที่จะรักษาพื้นที่ให้เหมาะสมกับบริบทของสังคมไทยที่เป็นประเทศเกษตรกรรม

ในสมัยจอมพลแปลก พิบูลสงคราม เป็นนายกรัฐมนตรี เห็นว่าประเทศไทยมีจำนวนประชากรเพิ่มมากขึ้น ขณะที่ที่ดินซึ่งเป็นพื้นที่ใช้สอยมีขนาดเท่าเดิม รัฐจำเป็นต้องมีการสงวนที่ดินไว้ให้ประชากรของประเทศเพื่อให้สามารถกระจายการถือครองและใช้ที่ดินได้อย่างเหมาะสมและเป็นธรรม และเป็นเหตุให้มีการบัญญัติการจำกัดสิทธิของบุคคลในการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อการอยู่อาศัย เกษตรกรรม อุตสาหกรรม และพาณิชยกรรม ไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน โดยให้ถือได้เพียงจำนวนเนื้อที่ดินที่กำหนดไว้ ได้แก่ ที่ดินเพื่อเกษตรกรรมไม่เกิน 50 ไร่ ที่ดินเพื่ออุตสาหกรรมไม่เกิน 10 ไร่ ที่ดินเพื่อพาณิชยกรรมไม่เกิน 5 ไร่ และที่ดินเพื่ออยู่อาศัยไม่เกิน 5 ไร่ เพื่อกระจายการถือครองที่ดินให้เกิดความเป็นธรรมที่สุด

สำหรับการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น ต้องยอมรับว่าในโลกยุคโลกาภิวัตน์ที่มีการแข่งขันทางเศรษฐกิจการค้าสูง รัฐต้องให้ความสำคัญกับการแข่งขันทางเศรษฐกิจและมีความจำเป็นต้องมีการดึงดูดการลงทุนจากต่างประเทศเพื่อให้มาลงทุนเพื่อเพิ่มรายได้ให้กับประเทศ โดยเฉพาะในปี

²⁵ มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

พ.ศ. 2540 ประเทศไทยได้เกิดภาวะเศรษฐกิจตกต่ำอย่างมากจึงมีความจำเป็นที่ต้องเร่งให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในกิจการที่สำคัญและเป็นประโยชน์ในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ที่ดินเป็นปัจจัยหนึ่งที่เป็นเครื่องมือในการจูงใจให้นักลงทุนเกิดความมั่นใจที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยและมั่นใจได้ว่าที่ดินซึ่งรัฐอนุญาตให้ถือครองจะสามารถนำไปเป็นสินทรัพย์เพื่อเป็นหลักประกันในการประกอบธุรกิจการค้าได้ และเพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทย รวมทั้งเป็นปัจจัยเสริมในการตัดสินใจที่จะเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าว ตลอดจนเป็นการเพิ่มกำลังซื้อให้กับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของประเทศที่กำลังประสบปัญหาสภาวะซบเซา รัฐจึงได้อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้ตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด จะเป็นมาตรการหนึ่งในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม

การที่รัฐบาลมีนโยบายสนับสนุนให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้นนักลงทุนต่างด้าวมีความต้องการในด้านความมั่นคงในทรัพย์สินไม่ว่าจะเป็นสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ แต่การอนุญาตต้องมีการจำกัดการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว เนื่องจากหากมีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินในประเทศไทยมากเกินไปอาจมีปัญหาคือเป็นผลกระทบหลายด้าน เช่น ผลกระทบด้านเศรษฐกิจทำให้คนไทยผู้เป็นเจ้าของไม่สามารถถือครองที่ดินได้ อีกทั้ง ที่ดินมีราคาสูงขึ้นส่งผลกระทบต่อค่าครองชีพ การกว้านซื้อที่ดินเพื่อเก็งกำไร ความสามารถในการเข้าถึงที่ดินของคนไทยจะลดลงเนื่องจากการปล่อยให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินมากขึ้นสัดส่วนการถือครองที่ดินของคนไทยจะลดลงเกิดปัญหาด้านความมั่นคงทำให้มีการนำเงินผิดกฎหมายหรือการฟอกเงินมาซื้อและที่ดินบางส่วนเป็นบริเวณจุดยุทธศาสตร์หรือเป็นจุดต่อแหลมต่อความมั่นคง เป็นต้น ดังนั้น ประเทศไทยจึงมีกฎหมายที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้แต่ก็มีเงื่อนไขและข้อจำกัดที่ต้องปฏิบัติตามอยู่เป็นจำนวนมาก

การอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินแม้ว่าจะเป็นปัจจัยที่เป็นการส่งเสริมให้นักลงทุนต่างชาติเข้ามาลงทุนในประเทศไทยก็ตาม แต่การอนุญาตต้องเป็นไปอย่างจำกัดเพื่อสงวนที่ดินไว้ให้แก่คนไทย โดยการจำกัดการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวนั้น ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486²⁶ ซึ่งเป็นการกำหนดว่าคนต่างด้าวจะสามารถถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ก็แต่โดยอาศัยบทสนธิสัญญาที่ประเทศไทยได้ทำกับรัฐของเจ้าของสัญชาติคนต่างด้าวนั้น²⁷ โดยในการถือครองที่ดินให้ใช้เพื่อเป็นที่อยู่อาศัย ประกอบกิจการในทางพาณิชย์กรรม อุตสาหกรรม

²⁶ ประกาศราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 60 ตอนที่ 46 ลงวันที่ 7 กันยายน 2486

²⁷ มาตรา 5 พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486

“ยกเว้นที่ดินรกร้างว่างเปล่าอันเป็นสาธารณะ สมบัติของแผ่นดิน ซึ่งสงวนไว้ให้แก่คนไทยตามสนธิสัญญา คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินได้ก็ด้วยอาศัยบทสนธิสัญญา ซึ่งบัญญัติให้มีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ได้ แต่ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ ”

เกษตรกรรม การศาสนา การกุศล หรือใช้เป็นสุสานหรือ฼าปนสถาน และจำนวนที่ดินในแต่ละประเภท²⁸ ซึ่งมีการกำหนดเนื้อที่ให้คนต่างด้าวสามารถถือครองได้ในการใช้ประโยชน์ของแต่ละกิจการไว้ ได้แก่ ที่อยู่อาศัย ไม่เกิน 10 ไร่ พานิชยกรรมไม่เกิน 10 ไร่ อุตสาหกรรม ไม่เกิน 50 ไร่ และเกษตรกรรม ไม่เกิน 25 ไร่

ต่อมา เมื่อมีการยกเลิกพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 และมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดินได้มีการกำหนดหลักการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวมาบัญญัติไว้ด้วยโดยปรากฏในหมวด 8 การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวยังได้จำกัดการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวโดยคนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินต้องเป็นคนต่างด้าวในประเทศที่มีการทำสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์²⁹ ซึ่งเดิมประเทศไทยได้ทำสนธิสัญญาไว้หลายประเทศ เช่น อังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมนี เดนมาร์ก นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ อินเดีย เบลเยียม สวีเดน อิตาลี ญี่ปุ่น พม่า โปรตุเกส และปากีสถาน เป็นต้น แต่ปัจจุบันไม่มีสนธิสัญญาใดที่ผูกพันประเทศไทยอีกทำให้คนต่างด้าวไม่สามารถใช้สนธิสัญญาในการอ้างสิทธิถือครองได้อีกต่อไป ซึ่งการถือครองที่ดินสำหรับที่อยู่อาศัย ครอบครัพละไม่เกิน 1 ไร่ พานิชยกรรม ไม่เกิน 1 ไร่ อุตสาหกรรม ไม่เกิน 10 ไร่ เกษตรกรรม ครอบครัพละไม่เกิน 10 ไร่ การศาสนา ไม่เกิน 1 ไร่ การกุศลสาธารณะ ไม่เกิน 5 ไร่ และที่ใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน 1/2 ไร่ หากต้องใช้ที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมเกินกว่านี้ต้องได้รับอนุญาตจากคณะรัฐมนตรี³⁰ ซึ่งปัจจุบันประมวลกฎหมายที่ดินยังคงกำหนดการถือครองที่ดินในแต่ละประเภทไว้ดังเดิม

²⁸ “พายุได้บังคับมาตรา 5 คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่พักอาศัย ประกอบกิจการในทางพานิชยกรรม อุตสาหกรรม หรือเกษตรกรรม หรือเพื่อใช้ในการศาสนา การกุศล หรือใช้เป็นสุสาน หรือ฼าปนสถาน ได้ตามข้อกำหนด เงื่อนไขและปริมาณเนื้อที่ซึ่งกำหนดโดยพระราชบัญญัตินี้หรือโดยอาศัยอำนาจแห่งพระราชบัญญัตินี้ และต้องได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่”

²⁹ มาตรา 86 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินก็โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย

ภายใต้บังคับมาตรา 84 คนต่างด้าวดังกล่าวจะได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย ประกอบกิจการในทางพานิชยกรรม อุตสาหกรรม เกษตรกรรม การศาสนา การกุศลสาธารณะ หรือการศาสนา ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการซึ่งกำหนดโดยกฎกระทรวง และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี”

³⁰ มาตรา 87 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“จำนวนที่ดินที่จะพึงอนุญาตให้ตามความในมาตราก่อนมีกำหนดดังนี้

(1) ที่อยู่อาศัย ครอบครัพละไม่เกิน	1	ไร่
(2) ที่ใช้เพื่อพานิชยกรรม ไม่เกิน	1	ไร่
(3) ที่ใช้เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน	10	ไร่
(4) ที่ใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัพละไม่เกิน	10	ไร่
(5) ที่ใช้เพื่อการศาสนา ไม่เกิน	1	ไร่
(6) ที่ใช้เพื่อการกุศลสาธารณะ ไม่เกิน	5	ไร่
(7) ที่ใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน	1/2	ไร่

การจำกัดการถือครองที่ดินมีเงื่อนไขและข้อจำกัดมาก ทำให้คนต่างด้าวได้ใช้วิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายในรูปแบบต่างๆ มากมาย เช่น การสมรสกับคนไทยแล้วให้คู่สมรสถือครองที่ดินแทนตน หรือการให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญาจ้างหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าว หรือแม้แต่การถือครองที่ดินโดยรูปแบบของนิติบุคคลไทย โดยให้ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เป็นต้น ซึ่งเป็นการทำธุรกรรมในลักษณะของตัวแทนอำพราง และมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากกระบวนการเหล่านี้ย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินและมีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทย และมีโอกาสเข้ามาแทรกแซงทางเศรษฐกิจและสังคมภายในประเทศ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเรียบร้อยในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวและเพื่อเป็นการป้องกันการกระทำผิดในการหลีกเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าว จึงได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวไว้ ดังนี้

3.2.1 การถือครองเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย

คนต่างด้าวที่มีสิทธิได้มาซึ่งที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกินหนึ่งไร่ ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีและต้องนำเงินมาลงทุนไม่ต่ำกว่าสี่ล้านบาทเป็นเวลาไม่น้อยกว่าห้าปีในการลงทุนในธุรกิจหรือกิจการประเภทหนึ่งประเภทใดดังต่อไปนี้³¹

1. ชื่อพันธมิตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจหรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินหรือดอกเบี้ย
2. ลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์
3. ลงทุนในหุ้นเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
4. ลงทุนในกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

บริเวณที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินต้องอยู่ภายในเขตกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา หรือเขตเทศบาล หรืออยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วยผังเมือง และต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยเขตปลอดภัยในราชการทหาร

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 30 หน้า 25)

คนต่างด้าวผู้ใดต้องการมีสิทธิในที่ดินเพื่อการอุตสาหกรรมเกินกว่าที่บัญญัติไว้ใน (3) ถ้าเห็นเป็นการสมควร คณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ โดยกำหนดเงื่อนไขก็ได้ และให้นับบทบัญญัติมาตรา 48 มาใช้บังคับโดยอนุโลม”

³¹ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวพ.ศ. 2545 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนที่ 7 ก ลงวันที่ 18 มกราคม 2545

คนต่างด้าวผู้ได้รับอนุญาตต้องใช้ที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยสำหรับตนเองและครอบครัว โดยไม่ขัดต่อศีลธรรม จารีตประเพณี หรือวิถีชีวิตอันดีของชุมชนในท้องถิ่นนั้น

ถ้าคนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว กระทำผิดหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ จะต้องจำหน่ายที่ดินในส่วนที่ตนมีสิทธิภายในเวลาที่อธิบดีกำหนด ซึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งร้อยแปดสิบวันแต่ไม่เกินหนึ่งปี ถ้าพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้อธิบดีมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้น

3.2.2 การถือครองโดยการรับมรดก

คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมตามมาตรา 1629 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ (1) ผู้สืบสันดาน (2) บิดามารดา (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน (5) ปู่ ย่า ตา ยาย (6) ลุง ป้า น้า อา และ (7) คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่³² โดยการรับมรดกนั้นจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และสิทธิการรับมรดกเมื่อรวมกับที่ดินเดิมแล้วจะต้องไม่เกินสิทธิจะพึงมีได้ ดังนี้³³

(1) ที่อยู่อาศัย ครอบครัวละไม่เกิน	1	ไร่
(2) ที่ใช้เพื่อพาณิชยกรรม ไม่เกิน	1	ไร่
(3) ที่ใช้เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน	10	ไร่
(4) ที่ใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัวละไม่เกิน	10	ไร่
(5) ที่ใช้เพื่อการศาสนา ไม่เกิน	1	ไร่
(6) ที่ใช้เพื่อการกุศลสาธารณ ไม่เกิน	5	ไร่
(7) ที่ใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน	1/2	ไร่

³² มาตรา 1629 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“ ทายาทโดยธรรมมีหลักลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค 2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดังต่อไปนี้ คือ

- (1) ผู้สืบสันดาน
- (2) บิดามารดา
- (3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน
- (4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน
- (5) ปู่ ย่า ตา ยาย
- (6) ลุง ป้า น้า อา

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635 ”

³³ มาตรา 93 ประมวลกฎหมายที่ดิน “คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินนั้น แต่เมื่อรวมกับที่มีอยู่แล้วไม่เกินจำนวนที่จะพึงมีได้ ตามความในมาตรา 87 ก็ได้”

3.2.3 การถือครองเพราะการสมรส

การถือครองที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว มีหลักเกณฑ์และวิธีการแบ่งได้เป็นสองกรณี ดังนี้³⁴

3.2.3.1 การรับที่ดิน

กรณีการรับที่ดินซึ่งคนไทยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวยื่นคำขอการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในที่ดินที่ตนได้รับนั้น ต้องเป็นการรับที่ดินในฐานะสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทย (กรณีมีคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) กล่าวคือ เป็นการรับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม การรับมรดกตามพินัยกรรม การรับให้จากบิดามารดา หรือการรับให้อันมีลักษณะเป็นสินส่วนตัว ซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องดำเนินการสอบสวนเสียจนแน่ชัดว่าเป็นการรับในลักษณะดังกล่าว จึงจะทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้กับผู้ขอต่อไป

3.2.3.2 การซื้อที่ดิน

(1) กรณีคู่สมรสต่างด้าวอยู่ในประเทศไทย

(1.1) กรณีคนต่างด้าวเป็นคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีการซื้อที่ดินซึ่งคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวมีความต้องการซื้อที่ดิน ให้คนไทยและคู่สมรสต่างด้าวยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินนั้นเป็นสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทยแต่ฝ่ายเดียว มิใช่สินสมรสหรือทรัพย์สินที่หามาได้ร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หากพิสูจน์ได้ว่าการซื้อที่ดินนั้นมาในระหว่างอยู่กินฉันสามีภรรยากับคนต่างด้าวจะเป็นผลให้คนต่างด้าวมียสิทธิในที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินและจะถือว่าเป็นการซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว กรมที่ดินสามารถเสนอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ซื้อที่ดินได้ตามมาตรา 74 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

(1.2) กรณีคนต่างด้าวเป็นคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แม้จะมีได้ถือว่าเป็นสามีภรรยาที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีสินสมรส แต่ตราบใดที่ยังทำมาหากินร่วมกันฉันสามีภรรยา ทรัพย์สินที่ได้มาระหว่างอยู่ร่วมกันย่อมเป็นทรัพย์สินที่ได้มาโดยเป็นเจ้าของร่วมกัน สิทธิในทรัพย์สินนั้น ก็ย่อมเป็นของทั้งสองฝ่าย พนักงานเจ้าหน้าที่จึงจำเป็นต้องทำการสอบสวนเช่นกัน

กรณีคู่สมรสต่างด้าวอยู่ในประเทศไทย แต่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมคนต่างด้าวไม่สามารถไปยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกับคนไทยในหนังสือรับรองต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดิน ที่ทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ให้คนไทยและคู่สมรสต่างด้าวไปยื่นคำขอบันทึกถ้อยคำในหนังสือรับรองเพื่อยืนยันว่าเงินทั้งหมดที่คนไทยนำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัวหรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทยแต่เพียงฝ่ายเดียว มิใช่สินสมรสหรือทรัพย์สินที่หามาได้ร่วมกัน

³⁴ หนังสือกระทรวงมหาดไทย ส่วนที่ ๓๒๓ ที่ มท ๐๗๑๐/ว ๗๙๒ ลงวันที่ ๒๓ มีนาคม ๒๕๔๒

(2) กรณีคู่สมรสต่างด้าวอยู่ต่างประเทศ

กรณีคู่สมรสต่างด้าวอยู่ต่างประเทศและไม่สามารถไปบันทึกถ้อยคำในหนังสือรับรองได้ ให้คนต่างด้าวไปติดต่อเพื่อให้สถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุล หรือโนตารีพับลิก บันทึกถ้อยคำคู่สมรสต่างด้าวไว้ในหนังสือรับรองว่าเงินทั้งหมดที่คนไทยนำไปซื้อที่ดินนั้นเป็นสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทยมิใช่สินสมรสหรือทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน แล้วให้สถานเอกอัครราชทูต สถานกงสุล หรือโนตารีพับลิก แล้วแต่กรณี รับรองว่าบุคคลที่ทำหนังสือนั้นเป็นคู่สมรสหรืออยู่กินฉันสามีภรรยากับคนไทยจริง แล้วให้ผู้ซื้อที่ดินนำต้นฉบับหนังสือรับรองมามอบให้พนักงานเจ้าหน้าที่ซึ่งทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมต่อไป³⁵ สำหรับการบันทึกถ้อยคำพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่ต้องสอบสวนอาชีพ รายได้ผู้ขอ หรือที่มาของแหล่งเงิน³⁶

(3) กรณีคนไทยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาด

3.2.4 การถือครองของนิติบุคคลต่างด้าว

การขอให้ได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลต่างด้าวดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว³⁷

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่

³⁵ หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0505/ว 23245 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2546

³⁶ หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0710/ว 16051 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 2543

³⁷ มาตรา 97 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่”

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

ในกรณีที่นิติบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 97 เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้น แล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวในมาตรา 97 ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าวด้วย³⁸ ดังที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัยให้ความเห็นไว้ ได้แก่ เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด³⁹ เรื่อง ความหมายของคนต่างด้าว ตามประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัทไทยคิวพี จำกัด และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด)⁴⁰ และเรื่อง การมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าวตามมาตรา 97(1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด)⁴¹ นอกจากนี้ กรณีของโรงเรียนเอกชนนานาชาติที่มีการจัดตั้งโดยสมาคมที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งจำนวนไม่สามารถขอถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้ในการจัดตั้งโรงเรียนเอกชนได้อย่างคนไทย ดังนั้น การได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลตามมาตรา 97 จึงต้องอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่ต้องมีบทสนธิสัญญาให้คนต่างด้าวมียสิทธิในที่ดินได้ตามหลักเกณฑ์แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน⁴² แต่ปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้หมดไปแล้ว เนื่องจากโรงเรียนนานาชาติเป็นโรงเรียนในระบบตามพระราชบัญญัติโรงเรียนเอกชน พ.ศ. 2550

3.2.5 การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุน

การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อกิจการพาณิชยกรรม อุตสาหกรรม และเกษตรกรรม ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดให้กิจการดังกล่าวถือครองที่ดินได้อย่างจำกัด กล่าวคือ การถือครองที่ดินในกิจการพาณิชยกรรมได้ไม่เกิน 1 ไร่ อุตสาหกรรมได้ไม่เกิน 10 ไร่ และเกษตรกรรมได้ไม่เกิน 10

³⁸ มาตรา 98 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“ในกรณีที่นิติบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 97 เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้น แล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่นตามนัยที่กล่าวในมาตรา 97 ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าว”

³⁹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515(กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 465/2534)

⁴⁰ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความหมายของคนต่างด้าว ตามประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัทไทยคิวพี จำกัด และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัท เอบีบี ดิสทริบิวชั่น จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 332/2535)

⁴¹ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าวตามมาตรา 97(1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 475/2534)

⁴² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สิทธิในที่ดินของสมาคมที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่ง (เรื่องเสร็จที่ 484/2533)

ไว้ แต่พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 บัญญัติให้สิทธิคนต่างด้าวมีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน⁴³ เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนต่างชาติในการลงทุนในกิจการที่ส่งเสริมการลงทุน โดยที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน คณะกรรมการจะกำหนดให้มีที่ดินเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่นก็ได้⁴⁴ อย่างไรก็ตาม ในกิจการบางประเภทคนต่างด้าวจะไม่สามารถประกอบกิจการได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ได้กำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบกิจการไว้ ได้แก่ บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ⁴⁵ บัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม⁴⁶ และบัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มี ความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว⁴⁷

⁴³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทารื้อเกี่ยวกับมติที่ประชุมคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเกี่ยวกับปัญหาตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 (เรื่องเสร็จที่ 326/2541)

⁴⁴ มาตรา 27 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

“ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น

ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นตามประมวลกฎหมายที่ดิน”

⁴⁵ บัญชีหนึ่ง ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ

- (1) การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์
- (2) การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน
- (3) การเลี้ยงสัตว์
- (4) การทำป่าไม้และการแปรรูปไม้จากป่าธรรมชาติ
- (5) การทำการประมงเฉพาะการจับสัตว์น้ำในน่านน้ำไทยและในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศไทย
- (6) การสกัดสมุนไพรไทย
- (7) การค้าและการขายทอดตลาดโบราณวัตถุของไทยหรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ
- (8) การทำหรือหล่อพระพุทธรูป และการทำบาตร
- (9) การค้าที่ดิน

⁴⁶ บัญชีสอง ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศหรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้าน หรือทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม

หมวด 1 ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ

- (1) การผลิต การจำหน่าย และการซ่อมบำรุง
 - (ก) อาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน ดินปืน วัตถุระเบิด
 - (ข) ส่วนประกอบของอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด
 - (ค) อาวุธยุทโธปกรณ์ เรือ อากาศยาน หรือยานพาหนะทางการทหาร
 - (ง) อุปกรณ์หรือส่วนประกอบของอุปกรณ์สงครามทุกประเภท

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 46 หน้า 31)

- (2) การขนส่งทางบก ทางน้ำ หรือทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ หมวด 2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และหัตถกรรมพื้นบ้าน
- (1) การค้าของเก่า หรือศิลปวัตถุ ซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรมของไทย
- (2) การผลิตเครื่องไม้แกะสลัก
- (3) การเลี้ยงไหม การผลิตเส้นไหมไทย การทอผ้าไหมไทย หรือการพิมพ์ลวดลายผ้าไหมไทย
- (4) การผลิตเครื่องดนตรีไทย
- (5) การผลิตเครื่องทอง เครื่องเงิน เครื่องถม เครื่องทองลงหิน หรือเครื่องเงิน
- (6) การผลิตถ้วยชามหรือเครื่องปั้นดินเผาที่เป็นศิลปวัฒนธรรมไทย
- หมวด 3 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม

- (1) การผลิตน้ำตาลจากอ้อย
- (2) การทำนาเกลือ รวมทั้งการทำเกลือสินเธาว์
- (3) การทำเกลือหิน
- (4) การทำเหมือง รวมทั้งการระเบิดหรือย่อยหิน
- (5) การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย
- ⁴⁷ บัญชีสาม ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว
- (1) การสีข้าว และการผลิตแป้งจากข้าวและพืชไร่
- (2) การทำการประมง เฉพาะการเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ
- (3) การทำป่าไม้จากป่าปลูก
- (4) การผลิตไม้อัด แผ่นไม้วีเนียร์ ชิปบอร์ด หรือฮาร์ดบอร์ด
- (5) การผลิตปูนขาว
- (6) การทำกิจการบริการทางบัญชี
- (7) การทำกิจการบริการทางกฎหมาย
- (8) การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม
- (9) การทำกิจการบริการทางวิศวกรรม
- (10) การก่อสร้าง ยกเว้น

(ก) การก่อสร้างสิ่งซึ่งเป็นการให้บริการพื้นฐานแก่ประชาชนด้านการสาธารณสุขโรคหรือการคมนาคมที่ต้องใช้เครื่องมือ เครื่องจักร เทคโนโลยีหรือความชำนาญในการก่อสร้างเป็นพิเศษ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่ห้าร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ข) การก่อสร้างประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

- (11) การทำกิจการนายหน้าหรือตัวแทน ยกเว้น

(ก) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหลักทรัพย์หรือการบริการที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายล่วงหน้าซึ่งสินค้าเกษตรหรือตราสารทางการเงินหรือหลักทรัพย์

(ข) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขายหรือจัดหาสินค้าหรือบริการที่จำเป็นต่อการผลิตหรือการให้บริการของวิสาหกิจในเครือเดียวกัน

3.2.6 การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

การถือครองที่ดินโดยการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เป็นการถือครองที่ดินโดยไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เช่นเดียวกับการถือครองที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน เจตนารมณ์ของการเปิดโอกาสให้มีการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมในระยะยาว ซึ่งเป็นการยกเว้นหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ปกติสามารถเช่าที่ดินได้ไม่เกินสามสิบปี และเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงสามารถต่อสัญญาได้อีกไม่เกินสามสิบปี นับแต่วันต่อสัญญา⁴⁸ แต่การลงทุนเพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมบางประเภทมีความต้องการเวลาในการลงทุนเป็นระยะเวลายาวนาน เพื่อให้เกิดความมั่นคงในสิทธิตามสัญญาเช่า จึงได้มีการตรากฎหมายรองรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมขึ้น

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 47 หน้า 32)

(ค) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนซื้อขาย จัดซื้อหรือจัดจำหน่ายหรือจัดหาตลาดทั้งในประเทศและต่างประเทศเพื่อการจำหน่ายซึ่งสินค้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาจากต่างประเทศอันมีลักษณะ เป็นการประกอบธุรกิจระหว่างประเทศ โดยมีทุนขั้นต่ำของคนต่างด้าวตั้งแต่หนึ่งร้อยล้านบาทขึ้นไป

(ง) การเป็นนายหน้าหรือตัวแทนประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(12) การขายทอดตลาด ยกเว้น

(ก) การขายทอดตลาดที่มีลักษณะเป็นการประมูลซื้อขายระหว่างประเทศที่ไม่ใช่การประมูลซื้อขายของเก่า วัตถุโบราณ หรือศิลปวัตถุซึ่งเป็นงานศิลปกรรม หัตถกรรม หรือโบราณวัตถุของไทย หรือที่มีคุณค่าทางประวัติศาสตร์ของประเทศ

(ข) การขายทอดตลาดประเภทอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

(13) การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลผลิตทางการเกษตรพื้นเมืองที่ยังไม่มีกฎหมายห้ามไว้

(14) การค้าปลีกสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำรวมทั้งสิ้นน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท หรือที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่ายี่สิบล้านบาท

(15) การค้าส่งสินค้าทุกประเภทที่มีทุนขั้นต่ำของแต่ละร้านค้าน้อยกว่าหนึ่งร้อยล้านบาท

(16) การทำกิจการโฆษณา

(17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม

(18) การนำเที่ยว

(19) การขายอาหารหรือเครื่องดื่ม

(20) การทำกิจการเพาะขยายหรือปรับปรุงพันธุ์พืช

(21) การทำธุรกิจบริการอื่น ยกเว้นธุรกิจบริการที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁴⁸ มาตรา 540 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

“อันอสังหาริมทรัพย์ ท่านห้ามมิให้เช่ากันเป็นกำหนดเวลาเกินกว่าสามสิบปี ถ้าได้ทำสัญญากันไว้เป็นกำหนดเวลานานกว่านั้นท่านก็ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี

อนึ่ง กำหนดเวลาเช่าดังกล่าวมานี้ เมื่อสิ้นสุดแล้วจะต่อสัญญาอีกก็ได้ แต่ต้องอย่าให้เกินสามสิบปี นับแต่วันต่อสัญญา ”

โดยสามารถทำสัญญาเช่าได้ไม่เกินห้าสิบปี⁴⁹ และต่อสัญญาเช่าได้อีกไม่เกินห้าสิบปี⁵⁰ และยังสามารถโอนสิทธิการเช่าไปให้ทายาทโดยทางมรดก ให้เช่าช่วง และใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้

การเช่าที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมเป็นไปในหลักการเดียวกับคนไทย ซึ่งแม้ว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์จะไม่ทำให้คนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินก็ตาม แต่ผู้เช่าย่อมได้สิทธิครอบครองและสิทธิในการทำประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่า ดังนั้น การเช่าที่มีอายุสัญญานานถึงห้าสิบปีและสามารถต่อสัญญาได้อีกห้าสิบปี นั้น จึงไม่ต่างอะไรกับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า ซึ่งสามารถครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินนั้นได้ นอกจากนี้ ยังสามารถโอนสิทธิการเช่าไปให้ทายาทโดยทางมรดก ให้เช่าช่วง และใช้เป็นหลักประกันการชำระหนี้โดยการจำนองได้ จึงเป็นหลักประกันให้แก่นักลงทุนชาวต่างชาติที่จะเข้าลงทุนในประเทศไทย

3.2.7 การถือครองที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย

เขตพื้นที่นิคมอุตสาหกรรม (Industrial Estates) เป็นพื้นที่ที่รัฐจัดสรรไว้อย่างเหมาะสมสำหรับกิจการโรงงานอุตสาหกรรมที่เข้าไปอยู่รวมกันอย่างเป็นสัดส่วน อันประกอบด้วย พื้นที่อุตสาหกรรม สิ่งอำนวยความสะดวก สาธารณูปโภค และสาธารณูปการ เช่น ถนน ท่อระบายน้ำ โรงกำจัดน้ำเสีย ส่วนกลาง ระบบป้องกันน้ำท่วม ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ นอกจากนี้ ยังประกอบด้วยบริการอื่นๆ ที่จำเป็น เช่น ที่ทำการไปรษณีย์โทรเลข ธนาคาร ศูนย์การค้า ที่พักอาศัยสำหรับคนงาน เป็นต้น โดยมีการนิคมแห่งประเทศไทย (กนอ.) ซึ่งเป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจทำหน้าที่รับผิดชอบในการพัฒนาและจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรมโดยจัดพื้นที่สำหรับโรงงานอุตสาหกรรมให้เข้าไปอยู่รวมกันอย่างเป็นระเบียบ เพื่อเป็นกลไกของรัฐในการกระจายการพัฒนาอุตสาหกรรมออกสู่ภูมิภาคทั่วประเทศ

ปัจจุบันพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550 ได้แบ่งนิคมอุตสาหกรรมออกได้เป็นสองประเภท ได้แก่ เขตอุตสาหกรรมทั่วไปและเขตประกอบการเสรี⁵¹ โดยการถือครองที่ดิน

⁴⁹ มาตรา 3 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

“การเช่า หมายความว่า การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกินสามสิบปีแต่ไม่เกินห้าสิบปี”

⁵⁰ มาตรา 4 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

“การเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าแล้ว ผู้เช่าและผู้ให้เช่าอาจตกลงกันต่อระยะเวลาเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดไม่เกินห้าสิบปีนับแต่วันที่ตกลงกันและต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นเป็นโมฆะ”

⁵¹ มาตรา 4 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550

“ในพระราชบัญญัตินี้

“นิคมอุตสาหกรรม” หมายความว่า เขตอุตสาหกรรมทั่วไปหรือเขตประกอบการเสรี

“เขตอุตสาหกรรมทั่วไป” หมายความว่า เขตพื้นที่ที่กำหนดไว้สำหรับการประกอบอุตสาหกรรม การบริการ หรือกิจการอื่นที่เป็นประโยชน์หรือเกี่ยวเนื่องกับการประกอบอุตสาหกรรมหรือการบริการ

คนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรม อาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรมทั่วไปหรือในเขตประกอบการเสรี แล้วแต่กรณี เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น ดังนั้น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมจึงสามารถรับสิทธิประโยชน์ให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ อย่างไรก็ตาม ที่ดินตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ไม่รวมถึงอาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ซึ่งให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกินร้อยละ 49⁵² และอำนาจในการพิจารณาของคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยมีเพียงอำนาจในการพิจารณาเฉพาะในที่ดินเท่านั้น แต่ไม่รวมถึงการถือกรรมสิทธิ์ในเนื้อที่ของห้องชุดที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิคมอุตสาหกรรม⁵³ และในกรณีที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเลิกกิจการหรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์และส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือผู้รับโอนกิจการ แล้วแต่กรณี ภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน⁵⁴

“เขตประกอบการเสรี” หมายความว่า เขตพื้นที่ที่กำหนดไว้สำหรับการประกอบอุตสาหกรรมพาณิชยกรรม หรือกิจการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการประกอบอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจ การรักษาความมั่นคงของรัฐ สวัสดิภาพของประชาชน การจัดการด้านสิ่งแวดล้อม หรือความจำเป็นอื่นตามที่คณะกรรมการกำหนด โดยของที่นำเข้าไปในเขตดังกล่าวจะได้รับสิทธิประโยชน์ทางภาษี อากร และค่าธรรมเนียมเพิ่มขึ้นตามที่กฎหมายบัญญัติ”

⁵² บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทารื้อเกี่ยวกับมติที่ประชุมคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเกี่ยวกับปัญหาตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 (เรื่องเสร็จที่ 326/2541)

⁵³ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิคมอุตสาหกรรม (เรื่องเสร็จที่ 648/2554)

⁵⁴ มาตรา 44 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550

“ผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรม อาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมหรือในเขตประกอบการเสรี แล้วแต่กรณี เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ ที่คณะกรรมการเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น

ในกรณีที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเลิกกิจการหรือโอนกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์และส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ กนอ. หรือผู้รับโอนกิจการ แล้วแต่กรณีภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ กนอ. หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน”

3.3 การถือครองอาคารชุดของคนต่างด้าว

กฎหมายว่าด้วยอาคารชุดได้จัดระบบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของบุคคลที่อยู่อาศัยในอาคารเดียวกันโดยให้มีกรรมสิทธิ์ห้องชุดในอาคารแยกจากกันเป็นสัดส่วน เพื่อให้ผู้ที่อยู่ในอาคารเดียวกันสามารถถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดในอาคารส่วนที่เป็นของตนแยกจากกันเป็นสัดส่วนและสามารถจัดระบบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาอาคารร่วมกันได้ นอกจากนี้ ยังได้วางมาตรการควบคุมการจัดตั้งอาคารชุดให้เหมาะสมเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ที่จะมาซื้อห้องชุดเพื่ออยู่อาศัย

สำหรับการถือครองห้องชุดในอาคารของคนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวอาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ต้องเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยเท่านั้นจึงจะมีสิทธิยื่นคำร้องขอจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ห้องชุดได้⁵⁵ และรวมกันแล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละ 49 ของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้นในขณะที่ขอจดทะเบียนอาคารชุด⁵⁶ ถ้าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลดังต่อไปนี้⁵⁷

- (1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) นิติบุคคลตามที่กำหนดให้ถือเสมือนเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 97⁵⁸ และมาตรา 98⁵⁹ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย

⁵⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7500/2552

⁵⁶ มาตรา 19 ทวิ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

“อาคารชุดแต่ละอาคารชุดจะมีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลตามที่ระบุไว้ในมาตรา 19 ถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้เมื่อรวมกันแล้วต้องไม่เกินอัตราร้อยละสี่สิบเก้าของเนื้อที่ของห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้นในขณะที่ขอจดทะเบียนอาคารชุดตามมาตรา 6 ”

⁵⁷ มาตรา 19 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

“คนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว อาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ ถ้าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) นิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย

(4) นิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ”

⁵⁸ มาตรา 97 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

(4) นิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งหมายถึงคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 58 หน้า 36)

(1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่า ร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี

เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่า ใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่า เกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวน หรือดำเนินการ เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่”

⁵⁹ มาตรา 98 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“ในกรณีที่นิติบุคคลที่ระบุไว้ในมาตรา 97 เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้น แล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่น ตามนัยที่กล่าวในมาตรา 97 ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าว”

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมาย ในต่างประเทศเกี่ยวกับตัวแทนอำพราง

การวิจัยในบทนี้มุ่งเน้นศึกษากฎหมายของประเทศออสเตรเลีย แคนาดาและสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ที่สำคัญและเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนอำพราง เนื่องจากเป็นประเทศที่มีการหลั่งไหลเข้ามาประกอบธุรกิจการลงทุนในเชิงพาณิชย์ของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ในลักษณะที่อาศัยช่องว่างหรือหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามกฎหมายในรูปแบบต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในภาคเกษตรกรรมและการถือครองที่ดินโดยอาศัยการถือครองหุ้นผ่านตัวแทนอำพรางซึ่งมีความคล้ายคลึงกับสถานการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทยอยู่ในขณะนี้ อันเป็นมูลเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนอำพรางขึ้น โดยมาตรการดังกล่าวเป็นองค์ประกอบที่ช่วยสะท้อนจุดเด่นของกฎหมายที่ใช้บังคับควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว

ทั้งนี้ ผู้วิจัยได้อธิบายถึงประเภทของธุรกิจและมาตรการทางกฎหมายในลักษณะต่างๆ ซึ่งใช้ในการควบคุมและตรวจสอบการประกอบกิจการและการทำธุรกรรมของคนต่างด้าว โดยผู้วิจัยเชื่อว่า หากได้ศึกษามาตรการทางกฎหมาย ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวทั้งสามประเทศแล้วนำมาประกอบการพิจารณาศึกษาลักษณะและรูปแบบรวมถึงกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยผ่านตัวแทนอำพราง ตลอดจนผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบันแล้ว ย่อมก่อให้เกิดการสร้างองค์ความรู้ใหม่ที่มีลักษณะต่างจากองค์ความรู้เดิมที่มีอยู่ของประเทศไทย อันจะนำไปสู่ข้อสรุปเกี่ยวกับแนวทางหรือข้อเสนอแนะในการจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพรางรวมถึงผู้สนับสนุนให้เกิดตัวแทนอำพรางที่ชัดเจน มีความน่าเชื่อถือและเป็นประโยชน์ในการนำไปประยุกต์สำหรับการสร้างมาตรการในการตรวจสอบความถูกต้องเหมาะสม สนับสนุนหรือหักล้างแนวมาตรการต่างที่มีอยู่ในปัจจุบันของประเทศไทยต่อไป

1. ประเทศออสเตรเลีย

ประเทศออสเตรเลียจัดได้ว่าเป็นประเทศที่มีเศรษฐกิจที่แข็งแกร่งที่สุดแห่งหนึ่งของโลก โดยมีเศรษฐกิจระบบเปิดเสรีในการแข่งขันและพัฒนาอย่างไม่หยุดยั้งอันเป็นผลมาจากการบริหารจัดการอย่างมีประสิทธิภาพและการปฏิรูปโครงสร้างที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง รวมทั้งการมีภาคเอกชนที่พัฒนาพร้อมรับการแข่งขัน⁶⁰ และเพื่อเป็นการตอบรับเศรษฐกิจระบบเปิดเสรีดังกล่าว รัฐบาลออสเตรเลียได้วางแนวทางและกำหนดนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศมาโดยตลอด ประกอบกับได้บัญญัติ

⁶⁰ สำนักอเมริกาและแปซิฟิก กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ สืบค้นจาก <http://www.dtn.go.th>

มาตรการทางกฎหมายต่างๆ เพื่อใช้บังคับกับการเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย เช่น กฎหมายการจัดตั้งบริษัทและลงทุนในออสเตรเลีย กฎหมายภาษีอากร กฎหมายคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายคุ้มครองสิ่งแวดล้อม กฎหมายแรงงาน เป็นต้น

1.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

มาตรการทางกฎหมายที่สำคัญซึ่งใช้ในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้มีการปรับปรุงล่าสุดเมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2553

- นโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว (Foreign Investment Policy) และ

- ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1989 (Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989) เป็นต้น

การเข้ามาลงทุนของคนต่างด้าวนี้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงการคลัง (Australian Treasurer) โดยมีคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างด้าว (Foreign Investment Review Board หรือ FIRB) ของออสเตรเลีย ซึ่งแต่งตั้งขึ้นโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามกฎหมาย FATA คอยช่วยเหลือพร้อมทั้งให้คำปรึกษา

1.2 ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว

ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลียสามารถแบ่งได้ ดังนี้

1.2.1 ธุรกิจที่ไม่ต้องขออนุมัติจากรัฐบาลออสเตรเลีย

เนื่องจากรัฐบาลออสเตรเลียให้ความสำคัญพร้อมทั้งมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนในธุรกิจขนาดเล็กให้มีการเข้ามาประกอบกิจการในออสเตรเลีย ดังนั้น คนต่างด้าวจึงสามารถเข้ามาลงทุนสำหรับธุรกิจขนาดย่อมซึ่งมีมูลค่าการลงทุนน้อยกว่า 10 ล้านเหรียญออสเตรเลียได้โดยไม่ต้องขออนุญาตก่อน เว้นแต่กรณีที่คนต่างด้าวผู้เข้ามาลงทุนนั้นเป็นรัฐบาลต่างประเทศ จะต้องยื่นคำขออนุมัติต่อรัฐบาลออสเตรเลียเสียก่อน

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้เข้าทำความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand – Australia Free Trade Agreement หรือ TAFTA) ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 มกราคม 2548 โดยความตกลงดังกล่าวเป็นไปตามนโยบายสนับสนุนการลงทุนในออสเตรเลียและเปิดโอกาสให้คนสัญชาติไทยเข้าไปลงทุนอย่างเสรี⁶¹ แต่หากลงทุนเกิน 10 ล้านเหรียญออสเตรเลีย จะต้องขออนุมัติจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนของต่างด้าวก่อน

⁶¹ ภาคผนวกที่ 8 ของความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย โดยสามารถกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทธุรกิจที่เอื้อต่อคนไทยที่จะเข้าไปลงทุนตามความตกลงดังกล่าว ดังต่อไปนี้

1.2.2 ธุรกิจที่อยู่ภายใต้เงื่อนไขพิเศษและต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐบาลออสเตรเลีย

1.2.2.1 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ (national security)

1.2.2.2 ธุรกิจที่มีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของชาติ (national interest) ซึ่งโดยทั่วไป ได้แก่

● ธุรกิจที่มีความสำคัญสูง (Sensitive Sectors)⁶² ในแง่ที่เกี่ยวข้องหรือมีความสำคัญต่อชุมชน (Community Concern) เช่น

- ธุรกิจการสื่อสารมวลชน (Media) ซึ่งได้แก่ หนังสือพิมพ์รายวัน โทรทัศน์ วิทยุ รวมถึงอินเทอร์เน็ต ที่กระจาย ออกอากาศ หรือแสดงออกมาในรูปแบบเดียวกับการสื่อสารมวลชนไม่ว่าจะมีมูลค่าเท่าใด รวมถึงกรณีการลงทุนในตลาดหลักทรัพย์หรือที่เรียกว่า Portfolio investment ตั้งแต่ร้อยละ 5 ขึ้นไป

- ธุรกิจการโทรคมนาคม (Telecommunications)

- ธุรกิจการคมนาคม (Transport) ซึ่งรวมถึง ท่าอากาศยาน การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับท่าเรือหรือท่าอากาศยาน โครงสร้างพื้นฐานของรถไฟ การบิน ระหว่างประเทศและภายในประเทศ และการให้บริการขนส่งทางเรือต่างๆ ภายในประเทศ หรือ การให้บริการขนส่งทางเรือต่างๆ จากต่างประเทศมายังออสเตรเลีย หรือจากออสเตรเลียไปยังต่างประเทศ

- ธุรกิจจัดหาหรืออบรบบุคลากร การผลิตหรือจัดหาวัสดุหรืออุปกรณ์ หรือเทคโนโลยีทางการทหารแก่กองทัพออสเตรเลีย (Australian Defense Force) หรือกองทัพอทหารอื่น

- ธุรกิจการผลิตหรือจัดหาสินค้า อุปกรณ์ หรือเทคโนโลยีที่สามารถใช้ในวัตถุประสงค์ทางการทหาร

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 61 หน้า 39)

1) กลุ่มธุรกิจบริการวิชาชีพ เช่น บริการด้านภาษี บริการสถาปัตยกรรม บริการวิศวกรรม บริการออกแบบและตกแต่งภูมิทัศน์ บริการคอมพิวเตอร์ บริการค้นคว้าวิจัย บริการด้านอสังหาริมทรัพย์ บริการโฆษณา วิจัยตลาด บริการจัดการและให้คำปรึกษา บริการที่เกี่ยวข้องกับวิทยาศาสตร์และที่ปรึกษาเทคนิคบริการหอประชุม บริการถ่ายภาพ บริการถ่ายเอกสาร บริการแปลภาษาบริการ ออกแบบภายใน บริการซ่อมแซมยานพาหนะ

2) กลุ่มธุรกิจบริการด้านโทรคมนาคม เช่น บริการด้านจดหมายทางอิเล็กทรอนิกส์ บริการรอยส์เมล บริการให้ข้อมูลผ่านทางออนไลน์ บริการ EDI (Electronic Data Interchange)

3) กลุ่มธุรกิจด้านการก่อสร้าง และที่เกี่ยวข้องกับบริการวิศวกรรม ได้แก่ บริการที่ปรึกษาด้านการก่อสร้าง บริการสร้างอาคาร

4) กลุ่มธุรกิจบริการจัดจำหน่ายสินค้า ได้แก่ บริการตัวแทนจำหน่าย บริการค้าปลีก ค้าส่ง แฟรนไชส์

5) กลุ่มธุรกิจบริการด้านสิ่งแวดล้อม ได้แก่ บริการกำจัดน้ำเสีย บริการให้ความคุ้มครองความหลากหลายทางชีวภาพ

⁶² Australian Treasurer, "Prescribed Sensitive Sectors." สืบค้นจาก [www.firb.gov.au/.../Australias_Foreign_Investment_Policy_\(English\).pdf](http://www.firb.gov.au/.../Australias_Foreign_Investment_Policy_(English).pdf)

- การพัฒนา การผลิต การจัดหา หรือการให้บริการที่เกี่ยวข้องกับระบบเทคโนโลยีและการสื่อสารในด้านรหัสและความมั่นคง

- การสกัดรวมทั้งสิทธิในการสกัดแร่ยูเรเนียม พลูโตเนียม หรือการปฏิบัติการใดๆ เกี่ยวกับนิวเคลียร์

- ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

- การครอบครองผลประโยชน์บนที่ดินในตัวเมือง (urban land) รวมถึงผลประโยชน์ที่เกิดจากการจัดการให้เช่าทรัพย์สินแบบลีสซิ่ง (leasing) การจัดหาเงินทุน (financing) และการแบ่งปันผลกำไร (profit sharing) และการครอบครองผลประโยชน์ในที่ดินในเขตเมืองของบริษัทและทรัสต์ต่างๆ (urban land corporations and trusts)

- การครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัยที่พัฒนาแล้ว (developed non-residential commercial real estate) ในกรณีที่อยู่อาศัยอยู่ภายใต้ Heritage listing และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

- การครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพาณิชย์ที่ไม่ใช่ที่อยู่อาศัยที่พัฒนาแล้ว (developed non-residential commercial real estate) ในกรณีที่อยู่อาศัยไม่อยู่ภายใต้รายชื่อแหล่งมรดก (Heritage listing) และมีมูลค่าตั้งแต่ 5 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

- การครอบครองสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับที่พักอาศัย ที่ดินเปล่าในเมือง (vacant urban real estate) และที่ดินที่เป็นที่อยู่อาศัย (residential real estate) เป็นต้น

- การเข้าครอบครอง (takeover) กิจการต่างด้าว ซึ่งมีบริษัทลูกในออสเตรเลีย หรือมีทรัพย์สินรวมในออสเตรเลียสูงกว่า 200 ล้านเหรียญออสเตรเลียแต่น้อยกว่าร้อยละ 50 ของทรัพย์สินโดยรวมทั่วโลก

- การลงทุนโดยตรงโดยรัฐบาลหรือหน่วยงานราชการต่างด้าว (Foreign Government and their related entities)

- การลงทุนธุรกิจที่ให้บริการอยู่แล้วในประเทศออสเตรเลีย และมีมูลค่ามากกว่า 50 ล้านเหรียญออสเตรเลีย

- การลงทุนในธุรกิจใหม่โดยมีมูลค่าทั้งหมดตั้งแต่ 10 ล้านเหรียญออสเตรเลียขึ้นไป

1.2.2.3 ธุรกิจที่มีความสำคัญต่อประเทศออสเตรเลียซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจเข้าไปลงทุนได้อย่างเสรีโดยต้องยื่นขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณาการลงทุนต่างประเทศของออสเตรเลียก่อนหรือไม่อาจถือครองหุ้นเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ได้ ได้แก่

- ธุรกิจการธนาคาร โดยจะพิจารณาเป็นกรณีไปตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคาร (Banking Act 1959) และกฎหมายว่าด้วยภาคการเงิน (ผู้ถือหุ้น) (Financial Sector (Shareholdings) Act 1998)

- ธุรกิจการคมนาคม ได้แก่

- ธุรกิจสายการบิน กรณีสายการบินภายในประเทศอาจถือครองหุ้นได้ทั้งหมด ในขณะที่เป็นสายการบินระหว่างประเทศ ชาวต่างชาติสามารถถือครองได้ไม่เกินร้อยละ 49 ทั้งนี้ ไม่รวมถึงในกรณีของการลงทุนในสายการบินแควนตัส (Qantas Airways) ซึ่งมีข้อกำหนดแตกต่างออกไป กล่าวคือ เมื่อรวมจำนวนชาวต่างชาติทั้งหมดที่ถือครองหุ้นแล้วในส่วนของให้บริการเส้นทางการบินระหว่างประเทศแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 49 โดยชาวต่างชาติแต่ละรายซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาต้องไม่เกินร้อยละ 25 และสายการบินต่างชาติรวมแล้วต้องไม่เกินร้อยละ 35

- ธุรกิจท่าอากาศยาน โดยจะพิจารณาเป็นกรณีไป ทั้งนี้ ตามกฎหมายว่าด้วยท่าอากาศยาน (Airport Act 1996) กำหนดให้ชาวต่างชาติถือครองหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49

- ธุรกิจเรือส่งสินค้า กำหนดให้เรือที่จดทะเบียนในออสเตรเลีย ต้องมีผู้ถือหุ้นใหญ่เป็นชาวออสเตรเลีย ซึ่งอาจเป็นบุคคลทั่วไป หรือบริษัทที่จดทะเบียนภายใต้กฎหมายของประเทศออสเตรเลียก็ได้ ทั้งนี้ ต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนการขนส่งทางเรือ (Shipping Registration Act 1981) ด้วย

1.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวรวมถึงตัวแทนอำพราง

พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 ซึ่งกำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนจากต่างชาติในออสเตรเลียนกำหนดไว้ว่า รัฐบาลสามารถปฏิเสธคำขอลงทุนของคนต่างด้าวได้ หากการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest)⁶³ แต่อย่างไรก็ตาม หากรัฐบาลพิจารณาตรวจสอบคำขอลงทุนของคนต่างด้าวแล้วเห็นว่า การลงทุนของคนต่างด้าวนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ รัฐบาลจะไม่อนุมัติคำขอลงทุนของคนต่างด้าวซึ่งเป็นไปตามนโยบายว่าด้วยการลงทุนของต่างชาติ

ในการพิจารณาว่ากรณีการลงทุนใดขัดต่อผลประโยชน์ของชาตินั้น รัฐบาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับประโยชน์ที่จะได้รับการลงทุน โดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป รวมถึงพิจารณาขอบเขตปัจจัย ความสำคัญที่เกี่ยวข้องและหลากหลายขึ้นอยู่กับลักษณะของกิจการที่มุ่งหมาย การลงทุนต่างๆ ในกิจการทั้งหลายที่มีนายจ้างจำนวนมากหรือมีความสำคัญในด้านของตลาดหุ้น อาจถือว่ามีมีความสำคัญมากกว่าการลงทุนของกิจการขนาดเล็ก อย่างไรก็ตาม การลงทุนในกิจการขนาดเล็กที่มีทรัพย์สินพิเศษหรือมีความสำคัญทางอุตสาหกรรมอาจถือเป็นปัจจัยในการพิจารณาได้เช่นกัน

นอกจากนั้น ยังมีการนำผลกระทบที่ได้รับจากการลงทุนมาเป็นปัจจัยในการพิจารณาการลงทุนที่ช่วยเพิ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจ เช่น การพัฒนาความสามารถในการผลิตหรือเทคโนโลยีใหม่ๆ ให้เพิ่มขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะถือว่าขัดแย้งกับผลประโยชน์ของชาติ

⁶³ Australian Treasurer , “National Interest.” สืบค้นจาก www.firb.gov.au/.../ Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf

รัฐบาลจึงได้กำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการธุรกรรมของคนต่างด้าวซึ่งสามารถแบ่งได้เป็น 2 กรณี คือ ก่อนการลงทุนและภายหลังการลงทุน ดังนี้

● **กรณีก่อนการลงทุน** รัฐบาลจะพิจารณาและประเมินค่าการลงทุนของคนต่างด้าวก่อนการเริ่มต้นลงทุนโดยพิจารณาจากปัจจัยดังต่อไปนี้

1) ความมั่นคงของรัฐ (National Security)

รัฐบาลจะพิจารณาไปถึงการลงทุนที่ส่งผลกระทบต่อความสามารถของออสเตรเลียในการปกป้องผลประโยชน์ในทางยุทธศาสตร์และความมั่นคง โดยรัฐบาลจะอาศัยคำแนะนำจากหน่วยงานความมั่นคงแห่งชาติ ในการประเมินว่าการลงทุนนั้นก่อให้เกิดประเด็นในด้านความมั่นคงของชาติหรือไม่

2) การแข่งขัน (Competition)

แม้รัฐบาลออสเตรเลียสนับสนุนความหลากหลายของการเป็นเจ้าของธุรกิจในด้านอุตสาหกรรมและธุรกิจภาคต่างๆ ในออสเตรเลียเพื่อส่งเสริมการแข่งขันที่สมบูรณ์ แต่รัฐบาลจะพิจารณาด้วยเสมอว่า การเสนอลงทุนนั้นอาจเป็นผลให้ผู้ลงทุนเข้าควบคุมราคาตลาดหรือการผลิตสินค้าหรือการให้บริการในออสเตรเลียได้หรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น รัฐบาลจะพิจารณาอย่างรอบคอบว่าค่าลงทุนนั้นเกี่ยวกับการทำให้ลูกค้าของผลิตภัณฑ์นั้นๆ สามารถเข้าควบคุมผู้ผลิตผลิตภัณฑ์ชาวออสเตรเลียที่มีอยู่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวข้องกับผู้ผลิตรายสำคัญ

รัฐบาลอาจพิจารณาตลอดถึงผลกระทบจากธุรกิจการลงทุนที่ได้มีการยื่นเสนอมาในกรณีชดเชยหรือทดแทนกับอุตสาหกรรมทั่วโลกโดยรวม โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่าการลงทุนดังกล่าวอาจนำไปสู่การบิดเบือนผลลัพธ์ในการแข่งขันทางการตลาด ทั้งนี้ สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นพิเศษด้วย คือ การลงทุนนั้นอาจเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้เข้าลงทุนเข้าควบคุมการจัดหาผลิตภัณฑ์หรือการให้บริการโดยรวมทั่วโลกหรือไม่

นอกจากนั้น ยังมีหน่วยงานที่เรียกว่า คณะกรรมการการแข่งขันและการบริโภคแห่งออสเตรเลีย (The Australian Competition and Consumer Commission หรือ ACCC) ที่คอยตรวจสอบในประเด็นของการแข่งขันตามระบอบนโยบายการแข่งขันของออสเตรเลีย โดยการตรวจสอบนี้เป็นอิสระจากระบบการลงทุนของคนต่างด้าวในออสเตรเลีย

3) นโยบายอื่นของรัฐบาลออสเตรเลีย เช่น นโยบายด้านภาษีอากร (Other Australian Government Policies Including Tax)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของค่าการลงทุนของคนต่างด้าวที่มีต่อภาษีเงินได้ของออสเตรเลีย รวมถึงต้องสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของรัฐบาลในจุดที่สำคัญทั้งหลาย เช่น ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

4) ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน (Impact on the Economy and the Community)

รัฐบาลจะพิจารณาผลกระทบของการลงทุนที่มีต่อเศรษฐกิจทั่วไป โดยจะพิจารณาถึงผลกระทบของแผนการใดๆ ที่จะเปลี่ยนโครงสร้างของกิจการหากได้เข้ามาประกอบการลงทุนในออสเตรเลีย นอกจากนั้น ยังพิจารณาถึงลักษณะที่แท้จริงของเงินทุนของการเข้ามาประกอบการลงทุน และระดับการ

เข้าร่วมของชาวออสเตรเลียที่คงอยู่ในกิจการภายหลังจากที่มีการลงทุนของคนต่างด้าวเกิดขึ้น รวมตลอดถึงผลประโยชน์ของลูกจ้าง เจ้าหนี้ และผู้ที่มีผลประโยชน์ร่วมทั้งหลาย

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบาลยังพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะพัฒนาโครงการทำให้แน่ใจได้ว่าประชาชนชาวออสเตรเลียจะได้รับความเป็นธรรม นอกจากนี้ การลงทุนนั้นควรต้องสอดคล้องกับเป้าหมายของรัฐบาลที่จะแน่ใจได้ว่าออสเตรียยังคงมีผู้ขายหรือผู้จัดหาสินค้าหรือวัตถุดิบที่เชื่อถือได้ให้กับลูกค้าในอนาคตอีกด้วย

5) คุณลักษณะของผู้ลงทุน (Character of the Investor)

รัฐบาลพิจารณาด้วยว่าผู้ลงทุนจะต้องดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสในทางการค้า โดยต้องมีการดำเนินการที่เพียงพอและโปร่งใสตามระเบียบและการกำกับดูแล รัฐบาลต้องพิจารณาตลอดถึงการดำเนินการบริหารจัดการในทางปฏิบัติของผู้ลงทุนต่างด้าวด้วย ในกรณีที่ผู้ลงทุนซึ่งเป็นผู้จัดการกองทุน รวมถึงกองทุนความมั่งคั่งแห่งชาติ (Sovereign Wealth Funds)⁶⁴ รัฐบาลจะพิจารณาถึงนโยบายการลงทุนของกองทุนและการจัดการสิทธิในการออกเสียงที่เกี่ยวกับกิจการในออสเตรียที่ได้เสนอไว้ในส่วนของการได้รับผลประโยชน์

ค่าการลงทุนซึ่งมีเจ้าของเป็นคนต่างด้าวหรือควบคุมโดยผู้ลงทุนต่างด้าวที่ได้ดำเนินการอยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสและเป็นไปในทางการค้า ย่อมมีความเป็นไปได้น้อยที่จะก่อให้เกิดประเด็นในเรื่องผลประโยชน์ของชาติ หากเทียบกับค่าการลงทุนที่ไม่มีความโปร่งใส

● **กรณีภายหลังการลงทุน** พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทจำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 เน้นระเบียบการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในประเด็นต่างๆ โดยสามารถพิจารณาได้ดังนี้

1) กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท

ส่วนใหญ่แล้วคนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนเป็นรูปแบบธุรกิจที่มีขนาดเล็กมักนิยมจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัดโดยจำนวนหุ้น ทั้งนี้ อาจแยกได้เป็นประเด็นต่างๆ ดังนี้

- อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power)⁶⁵ และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ในเรื่องนี้พระราชบัญญัติว่าด้วย

⁶⁴ Sovereign wealth funds หรือที่เรียกว่า กองทุนบริหารเงินสำรองภาครัฐ หรือกองทุนความมั่งคั่งแห่งชาติ หรือกองทุนความมั่งคั่งแห่งชาติ เป็นกองทุนที่รัฐบาลจัดตั้งขึ้นโดยมีแหล่งที่มาของเงินทุนจากหนึ่งหรือหลายแห่งต่อไปนี้รวมกัน เช่น ส่วนเกินดุลที่กระทรวงการคลังสะสมได้จากการส่งออกสินค้า เม็ดเงินที่ได้จากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ หรือส่วนเกินดุลการชำระเงิน เป็นต้น เป็นกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการบริหารเงินทุนสำรองภาครัฐเพื่อให้เกิดผลตอบแทนสูงสุดในระยะยาว

⁶⁵ Section 8 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights”

บริษัทจำกัด (Corporations Act 2001) และพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดให้อำนาจการควบคุมจำนวนการออกเสียงในบริษัทหมายความว่า การควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม รวมถึงการควบคุมการดำเนินการซึ่งเป็นผลหรือมาจากการจัดการหรือการปฏิบัติไม่ว่าจะมีกฎหมายหรืออำนาจที่เท่าเทียมกันและไม่ว่าจะตั้งอยู่บนกฎหมายหรือสิทธิที่เท่าเทียมกันหรือไม่ก็ตาม

- จำนวนการออกเสียงในหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธินั้น⁶⁶

- การได้รับผลประโยชน์จากหุ้น ในกรณีนี้พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 กำหนดไว้ชัดเจนว่า บุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณาตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวด้วย⁶⁷ โดยบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวได้แก่

1. คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย (spouse) และคู่สมรสที่อยู่ด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย (de facto partner) ซึ่งอยู่ในความหมายตามที่พระราชบัญญัติการตีความ (Interpretation Act 1901) กำหนดไว้ รวมตลอดถึงบุพการี ญาติ บุตร พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบุคคลนั้น

2. บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลนั้น

3. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

4. ในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลนั้น ได้แก่ ผู้บริหารของบริษัท

5. ลูกจ้างหรือผู้ว่าจ้างของบุคคลนั้น

6. ผู้บริหารในบริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่

7. ลูกจ้างของบุคคลธรรมดาซึ่งบุคคลนั้นเป็นลูกจ้างอยู่

⁶⁶ Section 9(1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“For the purposes of this Act, a person is taken to hold a substantial interest in a corporation if the person, alone or together with any associate or associates of the person:

(a) is in a position to control not less than 15% of the voting power in the corporation; or

(b) is in a position to control not less than 15% of the potential voting power in the corporation; or

(c) holds interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation; or

(d) would hold interests in not less than 15% of the issued shares in the corporation, if shares in the corporation were issued as the result of the exercise of all rights of a kind mentioned in subsection 11(2A).”

⁶⁷ Section 6 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

8. บริษัทที่กรรมการของบริษัทนั้นมีความคุ้นเคยหรือมีหน้าที่กับบุคคลนั้น ไม่ว่าจะเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ ให้ต้องกระทำการตามแนวทางหรือตามคำสั่งหรือตามที่บุคคลนั้น ประสงค์ หรือในกรณีที่บุคคลนั้นเป็นบริษัทได้แก่ผู้ที่มีความคุ้นเคยกับกรรมการของบริษัท

9. บริษัทที่ได้ดำเนินการตามแนวทาง คำสั่ง หรือความประสงค์ของกรรมการ บริษัทที่บุคคลนั้นมีความคุ้นเคยหรืออยู่ภายใต้หน้าที่ที่ต้องดำเนินการไม่ว่าเป็นทางการหรือไม่เป็นทางการ

10. บริษัทซึ่งบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้อง (substantial interest) ทั้งนี้ กรณีที่จะถือว่าบุคคลนั้นถือผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัท คือ เมื่อบุคคลดังกล่าวคนเดียวหรือพร้อมกับ บุคคลอื่นที่มีความสัมพันธ์ไม่ว่าคนเดียวหรือหลายคน⁶⁸ หาก

- อยู่ในฐานะที่จะควบคุมจำนวนการออกเสียง (voting power)⁶⁹ ในบริษัท ได้ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของจำนวนการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท

- อยู่ในฐานะที่จะควบคุมสิทธิในการออกเสียง (potential voting power)⁷⁰ ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของสิทธิในการออกเสียงทั้งสิ้นในบริษัท

- ถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท ที่ออกจำหน่าย

- จะถือผลประโยชน์ไม่น้อยกว่าร้อยละ 15 ของหุ้นทั้งหมดของบริษัท ที่ออกจำหน่าย หากหุ้นในบริษัทเหล่านั้นได้ออกโดยผลจากการใช้สิทธิทั้งหลายที่ได้จากการเข้าทำสัญญา เพื่อซื้อหุ้น

11. เมื่อบุคคลนั้นเป็นบริษัท บุคคลที่มีความสัมพันธ์หมายถึงบุคคลที่ถือ ผลประโยชน์เกี่ยวข้องในบริษัทนั้น

12. บุคคลใดๆ ที่ถือว่าเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลซึ่งมีความสัมพันธ์กับ บุคคลนั้นๆ

2) กรณีการลงทุนในหุ้นในตลาดหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทฯ กำหนดให้บุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นสำคัญ (substantial holding) ของบริษัทซึ่งจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์มีหน้าที่เปิดเผยการถือครองหุ้นของตน (substantial

⁶⁸ Section 9(1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“Substantial and controlling interests in corporations.”

⁶⁹ Section 14(1) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“...voting power in a corporation is a reference to the maximum number of votes that might be cast at a general meeting of the corporation...”

⁷⁰ Section 14(2) of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“... potential voting power in a corporation is a reference to the voting power in the corporation, on the assumption that the votes that might be cast a general meeting of the corporation ...”

shareholdings disclosure) โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลีย (Australia Security Exchange หรือ ASX) ภายในเวลา 2 วันทำการ ถึงการได้มาซึ่งหุ้นสำคัญนั้น โดยหุ้นสำคัญนั้นต้องมีจำนวนร้อยละ 5 หรือมากกว่าของจำนวนหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงหรือผลประโยชน์ในบริษัทที่จดทะเบียนนั้น (และให้ับรวมผลประโยชน์ที่มีของบุคคลที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องด้วย) และเมื่อบุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นนั้นกลายเป็นผู้ถือหุ้นสำคัญ (Substantial holder) แล้ว บุคคลนั้นมีหน้าที่บอกกล่าวบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลียภายใน 2 วันทำงาน เมื่อมีการเคลื่อนไหวของหุ้นของตนเพียงแค่อ้อยละ 1 หรือมากกว่านั้น

2. ประเทศแคนาดา

ประเทศแคนาดาจัดเป็นหนึ่งในประเทศที่พัฒนาแล้วที่ยังคงต้องการเงินทุนจากต่างชาติ รัฐบาลแคนาดาจึงเปิดโอกาสให้กับคนต่างด้าวที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศได้อย่างเสรีสำหรับธุรกิจที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติควบคุมไว้ และเพื่อให้สอดคล้องกับการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจในแคนาดา รัฐบาลแคนาดาได้ปรับปรุงบรรยากาศการลงทุนให้มีความสะดวกและเอื้ออำนวยต่อการลงทุนของต่างชาติตลอดเวลา รวมถึงให้สิทธิประโยชน์เพื่อชักจูงการลงทุนจากต่างชาติโดยเฉพาะอย่างยิ่งการลงทุนในกิจการการวิจัยและพัฒนาซึ่งเป็นกิจการเป้าหมายของแคนาดา นอกจากนี้ แคนาดายังปรับปรุงโครงสร้างขั้นพื้นฐานและยกระดับเทคโนโลยีเพื่อรองรับความต้องการของต่างชาติในการเข้ามาลงทุน

อย่างไรก็ดี แม้จะได้เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศได้อย่างเสรี แต่รัฐบาลแคนาดายังคงมีการกำกับดูแลและตรวจสอบการลงทุนทั้งหลายที่สำคัญและหลักการควบคุมที่เข้มงวดสูงในการเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยคำนึงถึงเงินทุนที่เพิ่มขึ้นและประโยชน์ทางเทคโนโลยีที่คนต่างด้าวนำมาซึ่งแคนาดา รวมถึงความสำคัญที่จะปกป้องคุ้มครองความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการกระตุ้นการลงทุน ความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ และโอกาสในการจ้างงาน อีกทั้งเพื่อให้มีการตรวจสอบในการลงทุนที่อาจเป็นอันตรายร้ายแรงต่อความมั่นคงของแคนาดา⁷¹

2.1 มาตรการทางกฎหมายของประเทศแคนาดา

การเข้ามาลงทุนประกอบกิจการของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายหลายฉบับ ฉบับที่สำคัญซึ่งเป็นมาตรการในการกำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดา ได้แก่

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนแคนาดา ค.ศ. 1985 (Investment Canada Act R.S.C., 1985 (1st Supp.) หรือ ICA) ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของ

⁷¹ Section 2 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.)

คนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ของประเทศไทย โดยกฎหมายฉบับนี้กำหนดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาโดยใช้บังคับกับการตรวจสอบการลงทุนที่มีนัยสำคัญของคนต่างด้าวในแคนาดา เพื่อให้แน่ใจว่าการลงทุนนั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์กับแคนาดา

- กฎกระทรวงว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา (Regulations Respecting Investment in Canada) ซึ่งได้อธิบายข้อมูลทั้งหลายที่คนต่างด้าวต้องยื่นให้แก่รัฐตามที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดากำหนดไว้ และกำหนดไว้ว่ากรณีใดบ้างที่ต้องยื่น รวมตลอดถึงกำหนดค่านิยามเฉพาะที่เกี่ยวข้องไว้ด้วย

- กฎกระทรวงว่าด้วยการตรวจสอบความมั่นคงของรัฐในการลงทุน (National Security Review of Investments Regulations) กฎกระทรวงฉบับนี้ตราขึ้นเมื่อ 17 สิงหาคม ค.ศ. 2009 กำหนดระยะเวลาต่างๆ ที่รัฐมนตรีกระทรวงอุตสาหกรรมและ/หรือผู้ว่าการรัฐโดยคำแนะนำของสภาองคมนตรี (Governor-in-Council หรือ GIC) แล้วแต่กรณีที่ต้องดำเนินการเพื่อเป็นการกระตุ้นการตรวจสอบเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศในการประกอบกิจการของคนต่างด้าวและเพื่อออกมาตรการใดๆ เกี่ยวกับการลงทุนภายหลังจากการตรวจสอบแล้ว นอกจากนั้น กฎกระทรวงนี้ยังกำหนดรายชื่อหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยหน่วยงานเหล่านี้สามารถนำข้อมูลที่เป็นความลับต่างๆ มาใช้ร่วมกันหรือนำข้อมูลเหล่านั้นมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการสอบสวนของแต่ละหน่วยงานได้

- พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act R.S.C., 1985 หรือ TCA) ซึ่งพระราชบัญญัตินี้กำหนดขึ้นเพื่อรักษาการแข่งขันทางการค้าให้เป็นธรรมซึ่งจะทำให้ชาวแคนาดาได้รับประโยชน์จากราคาสินค้าที่ถูก การได้เลือกสินค้า และการได้รับบริการที่มีคุณภาพ

- นอกจากกฎหมายที่ใช้บังคับกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยทั่วไปข้างต้นแล้วยังมีกฎหมายเฉพาะอื่นๆ ที่บังคับใช้กับธุรกิจบางประเภทอีกด้วย เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา ค.ศ. 1996 (Canada Transportation Act R.S.C., 1996) พระราชบัญญัติว่าด้วยการโทรคมนาคม ค.ศ. 1993 (Telecommunication Act R.S.C., 1993) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1991 (Broadcasting Act R.S.C., 1991) เป็นต้น

2.2 ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจในแคนาดา (Canadian business)⁷² หมายถึง การประกอบธุรกิจในแคนาดาโดยมี

⁷² Section 3 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) last amended on 2009-03-12 defines “Canadian business” means a business carried on in Canada that has

(a) a place of business in Canada,

(b) an individual or individuals in Canada who are employed or self-employed in connection with the business, and

(c) assets in Canada used in carrying on the business.

- สถานประกอบการในแคนาดา
- บุคคลหนึ่งคนหรือหลายคนในแคนาดาซึ่งถูกจ้างหรือทำธุรกิจส่วนตัวซึ่งเกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ประกอบนั้น
- ทรัพย์สินในแคนาดาซึ่งใช้ในการประกอบกิจการ

2.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว รวมถึงตัวแทนอำพราง

การเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศแคนาดาอยู่ภายใต้บทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนในประเทศแคนาดา ซึ่งพระราชบัญญัติฉบับนี้มีหลายส่วนที่กำหนดไว้ โดยเอื้อประโยชน์ต่อการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กล่าวโดยสรุปได้ดังนี้

2.3.1 กำหนดนิยามคำว่า “บุคคลที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” (Non-Canadian) หรือที่เข้าใจว่าเป็น “คนต่างด้าว” โดยให้หมายถึงบุคคลธรรมดา รัฐบาลหรือหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา⁷³ (พลเมืองแคนาดา นิติบุคคลที่ควบคุมโดยแคนาดา รัฐบาลของแคนาดาในทุกระดับผู้มีถิ่นพำนักในแคนาดา) ซึ่งเป็นการกำหนดความหมายของคนต่างด้าวไว้ให้กว้างเพื่อให้ครอบคลุมคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจการลงทุนในแคนาดาในหลายลักษณะ

2.3.2 ในการกำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวในการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยไม่ระบุว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามคนต่างด้าวเข้าไปลงทุนในธุรกิจทุกประเภทที่มีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าพลเมืองของแคนาดา ซึ่งเป็นเนื้อหากฎหมายที่เรียกว่าไม่เปิดช่องสำหรับการลงทุนของคนต่างด้าวในเกือบทุกธุรกิจ

2.3.3 กำหนดห้ามหรือจำกัดคนต่างด้าวโดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ ได้แก่

- การประมง ซึ่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการประมง (Fisheries Act (R.S.C., 1985, c. F-14)) อนุญาตให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ในบริษัทแคนาดาที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการพาณิชย์การประมง ทั้งนี้ ไม่มีข้อห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของธุรกิจบริษัทแปรรูปปลาที่ไม่จำเป็นต้องได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการพาณิชย์การประมง

- การขนส่งทางอากาศ สำหรับการขนส่งทางอากาศอนุญาตเฉพาะคนท้องถิ่นเป็นเจ้าของในการประกอบธุรกิจและควบคุมสายการบินในการให้บริการภายในประเทศภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา ซึ่งอนุญาตให้ต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 25 ของตราสารทุนที่มีสิทธิออกเสียง

⁷³ Section 3 of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) last amended on 2009-03-12 defines “non-Canadian” means an individual, a government or an agency thereof or an entity that is not a Canadian.

- การผลิตและการจำหน่ายหนังสือ (Foreign Investment Policy in Book Publishing and Distribution)

- การแพร่ภาพกระจายเสียง อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ซึ่งจำกัดให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 46.7 โดยแบ่งเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 20 ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับใบอนุญาต และไม่เกินร้อยละ 33⅓ ของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (Holding company)

อย่างไรก็ดี ไม่มีข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจการแพร่ภาพกระจายเสียงสำหรับคนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นที่ไม่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัทที่ได้รับใบอนุญาตหรือบริษัทที่ประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นบริษัทอื่น (Holding company)

- การจัดจำหน่ายภาพยนตร์ (Film Distribution Investment Policy)
- การจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นนิตยสาร (Periodical Publishing Investment Policy) แคนาดาต้องห้ามคนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งบริษัทแคนาดาหรือเข้าควบคุมบริษัทแคนาดาที่ประกอบธุรกิจการจัดจำหน่ายสิ่งพิมพ์ที่ออกเป็นนิตยสาร

- บริการด้านการเงิน (มีข้อจำกัดด้านการถือหุ้นซึ่ง แตกต่างตามขนาดของสถาบันการเงิน และขึ้นอยู่กับแต่ละเมือง)

- กิจกรรมสื่อสารโทรคมนาคม อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยการโทรคมนาคม ซึ่งจำกัดการถือหุ้นของต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 20 โดยคนต่างด้าวไม่เกินร้อยละ 46.7 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงในองค์กรทางธุรกิจซึ่งได้รับอนุญาตให้ทำการถ่ายทอดสัญญาณการสื่อสารโทรคมนาคมให้แก่ลูกค้า ภายใต้การควบคุมของรัฐบาล โดยร้อยละ 46.7 นี้แบ่งเป็นคนต่างด้าวถือโดยตรงไม่เกินร้อยละ 20 และถือโดยอ้อมไม่เกินร้อยละ 33⅓ ในหุ้นซึ่งให้สิทธิออกเสียงของบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ (Holding Company) ในองค์กรทางธุรกิจนั้น

- กิจกรรมอื่นๆ เช่น เกษตรกรรม การจำหน่ายเครื่องดื่มน้ำมันแอลกอฮอล์พลังงานและ การทำเหมือง โดยเฉพาะเหมืองแร่ยูเรเนียม กิจกรรมน้ำมันและก๊าซ การวัดสายตา การขายยาและเภสัชกรรม ตัวแทนหลักทรัพย์ เครื่องกำเนิดและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้า เป็นต้น

2.3.4 การกำหนดเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าว

การเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่อนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาประกอบกิจการในแคนาดาอยู่ภายใต้เงื่อนไขตามแต่กรณีดังต่อไปนี้

2.3.4.1 การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้ง (Notifiable)

ผู้ที่ประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้งนี้ จะต้องมีหนังสือแจ้งในเวลาใดก็ได้ก่อนเสร็จสิ้นการลงทุน (Completion of the investment) หรือภายใน 30 วันหลังจากเสร็จสิ้นการลงทุน

2.3.4.2 การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบ (Reviewable)

ธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบนี้ จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อน หากเข้ากรณีใดใน 3 กรณีดังต่อไปนี้

(1) การลงทุนในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Non-cultural Canadian Business)

- ผู้ลงทุนเป็นประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลก World Trade Organization และได้ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยตรงซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 312 ล้านเหรียญแคนาดา (เฉพาะสำหรับปี 2011) ทั้งนี้ ข้อกำหนดเฉพาะในอัตราทรัพย์สินของประเทศสมาชิกองค์การการค้าโลกจะมีการปรับเปลี่ยนไปทุกวันที่ 1 มกราคมของทุกปี

- ผู้ลงทุนที่ไม่ใช่ประเทศสมาชิกขององค์การการค้าโลกและได้ลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยตรง ซึ่งมีทรัพย์สินมากกว่า 5 ล้านเหรียญแคนาดาหรือมากกว่านั้น (เฉพาะสำหรับปี 2011) และสำหรับการได้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและอำนาจควบคุมในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาโดยอ้อมต้องมีทรัพย์สินมากกว่า 50 ล้านเหรียญแคนาดา⁷⁴

สำหรับธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดาที่กล่าวมาข้างต้น อาจได้รับอนุมัติให้ประกอบกิจการได้หากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรมเห็นเป็นที่พอใจว่าการประกอบธุรกิจนั้นน่าจะเป็นประโยชน์สุทธิ (Net benefit) ต่อประเทศแคนาดา โดยพิจารณาจากปัจจัยต่อไปนี้

- ผลกระทบของการลงทุนนั้นๆ ต่อกิจกรรมทางเศรษฐกิจในแคนาดา
- ระดับความเข้มข้นของของชาวแคนาดาที่เข้าร่วมในธุรกิจที่ขออนุมัตินั้น
- ผลกระทบของการลงทุนต่อการแข่งขันในธุรกิจ
- การลงทุนไปด้วยกันได้กับอุตสาหกรรม เศรษฐกิจ และนโยบายทางวัฒนธรรมของประเทศ และ
- การทำให้แคนาดามีความสามารถในการแข่งขันได้กับทั่วโลก

(2) มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Cultural Canadian Business)⁷⁵ โดยตรง ซึ่งมีทรัพย์สิน 5 ล้านเหรียญแคนาดาหรือมากกว่า

⁷⁴ Section 14(3)-(4) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.)

⁷⁵ “Cultural Business” หมายถึง ธุรกิจต่างๆ ของแคนาดาที่ประกอบกิจการในกิจกรรมดังต่อไปนี้

(1) ตีพิมพ์ จำหน่าย หรือขายหนังสือ นิตยสาร วารสาร หรือหนังสือพิมพ์ที่พิมพ์หรืออยู่ในรูปของการใช้เครื่องที่อ่านได้ machine-readable

หรือเมื่อรัฐบาลแคนาดาพิจารณาแล้วว่าการลงทุนในธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมนั้น ควรต้องตรวจสอบเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ

(3) รัฐบาลแคนาดาพิจารณาว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายกาจต่อความมั่นคงของรัฐ อย่างไรก็ตาม ไม่มีการให้คำนิยามคำว่า “ความมั่นคงของรัฐ” ไว้ในพระราชบัญญัติการลงทุนของแคนาดาหรือในองค์ประกอบใดที่จะถือว่าเป็นอันตรายอย่างร้ายแรงต่อความมั่นคงของรัฐซึ่งเป็นการยืดหยุ่นให้กับรัฐบาลในการใช้ความเห็นพิจารณา

การลงทุนของคนต่างด้าวการกำหนดให้การลงทุนโดยบุคคลที่ไม่ใช่ชาวแคนาดาในธุรกิจต่อไปนี้จะต้องแจ้งรัฐให้ทราบก่อนการดำเนินธุรกิจ ได้แก่

- การลงทุนธุรกิจใหม่ ซึ่งไม่เคยมีการดำเนินการโดยชาวต่างชาติมาก่อนในแคนาดา และ
- การลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ ได้แก่ กิจกรรมเกี่ยวกับวัฒนธรรม การเงิน การขนส่ง และบริการด้านโทรคมนาคม

2.3.5 กำหนดเกี่ยวกับอำนาจควบคุมธุรกิจ

การกำหนดอำนาจควบคุมธุรกิจโดยที่กำหนดว่ากรณีใดที่ถือได้ว่าคนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมกิจการของหน่วยงาน⁷⁶ ดังนี้

2.3.5.1 เมื่อองค์กร (Entity) หนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกองค์กรหนึ่งให้ถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรอื่นหรือองค์กรอื่นๆ ทางอ้อม ซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรหนึ่งนั้น

2.3.5.2 กรณีที่หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจควบคุมหน่วยงานอื่นทางตรงเมื่อ

- หน่วยงานซึ่งควบคุมหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นเจ้าของในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากในอีกหน่วยงานหนึ่งนั้น
- หน่วยงานอื่นเป็นบริษัทและบริษัทที่มีอำนาจควบคุมเป็นเจ้าของข้างน้อยในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัท แต่ในความเป็นจริงมีอำนาจควบคุมบริษัทโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ที่มีจำนวน 1 ใน 3 หรือมากกว่าของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงได้

2.3.5.3 องค์กรทั้งหลายซึ่งอยู่ในอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยองค์กรเดียวกันให้ถือว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 75 หน้า 52)

(2) ผลิต จำหน่าย ขาย หรือจัดแสดงเครื่องบันทึกหรือวิดีโอผลิต จำหน่าย ขาย หรือจัดแสดงเครื่องบันทึกเสียงหรือวิดีโอเพลง

(3) ผลิต จำหน่าย หรือขายเพลงซึ่งอยู่ในรูปของการพิมพ์หรือเครื่องที่อ่านได้และ

(4) วิทยุสื่อสารซึ่งส่งผ่านหรือถ่ายทอดโดยตั้งใจให้โดยตรงโดยประชาชนทั่วไป วิทยุใดๆ ที่วี เคเบิลทีวี ที่ดำเนินการกระจายออกอากาศ รายการดาวเทียม และการให้บริการระบบเครือข่าย

⁷⁶ Section 28(1), (2) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) on Rules and Presumptions Respecting Control of Entities.

2.3.5.4 องค์การทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกันตามข้อ 2.3.5.3 ถือกรรมสิทธิ์ในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในองค์กรเดียวกัน องค์การที่เกี่ยวข้องกันนั้นอาจถือเป็นองค์กรหนึ่งสำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อมในการควบคุมองค์กรนั้นซึ่งองค์การทั้งหลายมีกรรมสิทธิ์ในประโยชน์ซึ่งให้สิทธิในการออกเสียง

2.3.6 การกำหนดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจ

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติดังกล่าวยังกำหนดด้วยว่ากรณีใดบ้างที่บุคคลต่างด้าวได้มาซึ่งอำนาจควบคุมในธุรกิจของแคนาดา⁷⁷

2.3.6.1 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (voting shares) ร้อยละ 50 หรือเกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบกิจการในแคนาดา หรือประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interest) ในหุ้นส่วนจำกัด หรือทรัสต์ เว้นแต่ในบางกรณีที่แม้จะได้ประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างต่ำกว่าร้อยละ 50 อาจถือว่าได้มาซึ่งอำนาจการควบคุม

2.3.6.2 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interests) ของหน่วยงาน

- ซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ
- มีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกกิจการหนึ่งซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา โดยไม่ได้มีอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นอีก

2.3.6.3 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญทั้งหมดของทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบกิจการในแคนาดา

2.3.6.4 เมื่อคนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในหน่วยซึ่งควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอีกหน่วยหนึ่งในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาในกรณีที่

- ไม่มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ
- มีการได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่น นอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา

2.3.7 การนำพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้ามาใช้บังคับ

การบังคับใช้ของพระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ค.ศ. 1985 (Competition Act R.S.C., 1985, c. C-34) ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านพฤติกรรมที่เป็นการแข่งขันที่ไม่เป็นธรรมอันเป็นการกีดกันหรือผูกขาดทางการค้า ซึ่งจะช่วยควบคุมและตรวจสอบการกระทำที่ตกล

⁷⁷ Section 28(1) of Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.) on Manner of acquiring control.

ร่วมกันระหว่างผู้ประกอบการตั้งแต่ 2 รายขึ้นไปที่อาจมีเหตุผลทางธุรกิจหรืออาจเป็นยุทธศาสตร์ที่จะผูกขาดตลาดได้เช่นเดียวกับในกรณีของการใช้อำนาจเหนือตลาดระหว่างผู้ประกอบการในตลาดสินค้าเดียวกัน

3. สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลมีนโยบายสนับสนุนการลงทุนจากต่างประเทศ โดยในแต่ละรัฐของบราซิลมีเงื่อนไขพิเศษและสิทธิประโยชน์ให้กับนักลงทุนแตกต่างกันไป⁷⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเกษตรกรรมในที่ดิน

3.1 มาตรการทางกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

3.1.1 รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ค.ศ. 1988 (Brazilian Federal Constitution of 1988) มาตรา 171 (Article 171)

3.1.2 ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2002 (Civil Code of 2002)

3.1.3 พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทบราซิล ค.ศ.1979 (Brazilian Corporate Act of 1979)

3.1.4 พระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 ค.ศ. 1971 (Law no. 5709 of 1971) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมือง (Rural Land Acquisitions Act no. 5709 of 1971) หรือ ซึ่งใช้บังคับกับการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองโดยคนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ถาวรในบราซิลรวมถึงองค์กรต่างด้าวตามกฎหมายซึ่งได้รับอนุมัติให้ประกอบกิจการได้ในบราซิล

3.1.5 กฎหมายสหพันธ์ฉบับที่ 6815 (Federal Law number 6815 of August 19, 1981) หรือ ซึ่งกำหนดเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยกำหนดด้วยว่ากิจการใดบ้างที่ต้องห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจในบราซิล

3.2 ประเภทธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าว

การเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบราซิลสามารถดำเนินการได้โดยผ่านบุคคลธรรมดาหรือการจัดตั้งองค์กรธุรกิจ ซึ่งในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจของคนต่างด้าวในบราซิลมีหลายประเภท บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวสามารถจัดตั้งองค์กรธุรกิจได้ทุกประเภทเช่นเดียวกับคนบราซิล ทั้งนี้ หากมีการจดทะเบียนจัดตั้งและมีสถานประกอบการบราซิลแล้ว ถือว่าองค์กรนั้นมีสัญชาติบราซิล ซึ่งกฎหมายบราซิลอนุญาตให้บุคคลต่างด้าวจัดตั้งองค์กรและสถานประกอบการเพื่อประกอบธุรกิจได้ทุกประเภทเช่นเดียวกับคนท้องถิ่น ทั้งนี้ ในบางกรณีคนต่างด้าวอาจเข้ามาประกอบธุรกิจในบราซิลได้โดยการ

⁷⁸ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “ข้อมูลด้านการลงทุนในประเทศ” สืบค้นจาก www.dep.thai.go.th/DEP/DOC/51/51014299.doc

แปลงหรือจัดตั้งเป็นนิติบุคคลท้องถิ่นแทนเพราะไม่ต้องรอรับความเห็นชอบในการประกอบกิจการจากรัฐบาลก่อน

สำหรับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นั้น ประมวลกฎหมายแพ่ง 2002⁷⁹ กำหนดให้นิติบุคคลเอกชน (private law legal persons) ได้แก่

- สมาคม (associations)
- บริษัท (companies)
- มูลนิธิหรือสถาบัน (foundations)
- องค์กรทางศาสนา (religious organizations) และ
- พรรคการเมือง (political parties)

ขณะเดียวกันได้บัญญัติเกี่ยวกับลักษณะขององค์กรธุรกิจ (Book II – The law of Enterprises) ไว้⁸⁰ ได้แก่

(1) องค์กรธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถลงทุนและขอจดทะเบียนธุรกิจได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐบาลกลางบราซิลซึ่งเป็นฝ่ายบริหารก่อน

(1.1) กิจการเจ้าของคนเดียว (Business Proprietors หรือ Do Empresário)

(1.2) บริษัท (Companies หรือ Da Sociedade) โดยสามารถแบ่งเป็นประเภทได้ ดังนี้

(1.2.1) ประเภทที่ 1 บริษัทที่ไม่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมาย (Companies without Legal Personality) โดยแบ่งเป็นรูปแบบต่างๆ ได้ดังนี้

(1.2.1.1) ห้างหุ้นส่วน (Partnership หรือ Da Sociedade em Comum)

(1.2.1.2) ห้างหุ้นส่วนไม่เปิดเผย (Undeclared Partnership หรือ Da Sociedade em Conta de Participação)

(1.2.2) ประเภทที่ 2 บริษัทที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลในทางกฎหมาย (Companies with Legal Personality)

(1.2.2.1) ห้างหุ้นส่วนสามัญ (General Partnership หรือ Da Sociedade Simples)

(1.2.2.2) ห้างหุ้นส่วนภายใต้ชื่อบริษัท (Partnership under a Firm Name หรือ Da Sociedade em Nome Coletivo)

(1.2.2.3) ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership หรือ Da Sociedade em Comandita Simples)

(1.2.2.4) ห้างหุ้นส่วนจำกัดความรับผิด (Limited Liability Partnership หรือ Da Sociedade limitada)

⁷⁹ Section 44 of Brazil's Civil Code of 2002

⁸⁰ Section 966-1195 of Brazil's Civil Code of 2002

(1.2.2.5) บริษัท (Corporations หรือ Da sociedade anônima)

(1.2.2.6) บริษัทร่วมทุน (Joint Stock Companies หรือ Da Sociedade em Comandita por Ações)

(1.2.2.7) สหกรณ์ (Cooperatives หรือ Da Sociedade Cooperativa)

(1.2.2.8) บริษัทที่เกี่ยวข้อง (Related Companies หรือ Das Sociedades Coligadas)

(2) องค์กรธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถลงทุนและจัดตั้งได้เมื่อได้รับอนุญาตจากรัฐบาลกลางบราซิลก่อน ซึ่งเป็นองค์กรที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลโดยสามารถแบ่งเป็นประเภทต่างๆ ได้ดังนี้

(2.1) บริษัทชาติ (National Companies หรือ Da Sociedade Nacional)

(2.2) บริษัทต่างด้าว (Foreign Companies หรือ Da Sociedade Estrangeira)

อย่างไรก็ดี แม้ว่ากฎหมายบราซิลจะอนุญาตให้บุคคลต่างด้าวสามารถจัดตั้งองค์กรธุรกิจได้ทุกประเภทเช่นเดียวกับคนท้องถิ่น แต่ในที่นี้จะกล่าวเฉพาะข้อกำหนดในการจัดตั้งองค์กรธุรกิจที่เกี่ยวข้องที่น่าสนใจที่คล้ายคลึงกับประเทศไทย คือ บริษัทจำกัด (Corporation S/A หรือ sociedade anônima) ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับบริษัทจำกัดในประเทศไทย เนื่องจากมีองค์การกำกับดูแลและมีการกำหนดวิธีการดำเนินการต่างๆ ตั้งแต่ขั้นขึ้นชื้อ วิธี การจัดตั้ง การเปิดเผยข้อมูล และมีข้อกำหนดเกี่ยวกับการเป็นรักษาทะเบียน รายงานการประชุมฯ การคุ้มครองสิทธิผู้ถือหุ้นฯ อนึ่ง การจะเป็นบริษัทมหาชนเปิด (Opened public) หรือปิด (Closed public) ขึ้นอยู่กับการนำหุ้นไปซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์หรือเป็นการซื้อขายนอกตลาดตามลำดับ ทั้งนี้ หากนิติบุคคลจะปรับเปลี่ยนเป็นเอกชนหรือมหาชนก็สามารถทำได้โดยง่าย ขึ้นอยู่กับมติเอกฉันท์ของผู้ถือหุ้นโดยกฎหมายคุ้มครองสิทธิของผู้ถือหุ้นข้างน้อยหรือไม่เห็นด้วย สามารถถอนหรือขายหุ้นคืนได้ในราคาตามมูลค่าทางบัญชีของกิจการ จึงทำให้การเปลี่ยนแปลงกิจการจากบริษัทเอกชนเป็นบริษัทมหาชนหรือในทางกลับกันทำได้ไม่ยาก ประกอบกับตลาดหลักทรัพย์ในบราซิลมีขนาดใหญ่ และพร้อมที่จะรับหุ้นของกิจการมหาชนต่าง ๆ เข้าซื้อขาย (ภายหลังจากปฏิบัติตามข้อกำหนดของหน่วยงานรับผิดชอบ) การจัดตั้งเป็นบริษัทเอกชนแล้วแปลงเป็นบริษัทมหาชนในภายหลังจึงเป็นที่นิยม⁸¹

3.3 หลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจการลงทุนโดยคนต่างด้าว รวมถึงตัวแทนอำพรางในบราซิล

สำหรับการลงทุนประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบราซิลโดยทั่วไปแล้ว รัฐบาลบราซิลให้การสนับสนุนการลงทุนจากต่างชาติอยู่อย่างชัดเจนตามที่มีกฎหมายบราซิลเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถประกอบกิจการลงทุนได้เช่นเดียวกับคนท้องถิ่น เว้นแต่ในกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือจำกัดไว้ เช่น กรณีธุรกรรมการลงทุนประกอบธุรกิจที่กระทบต่อความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม หรือการเมืองของ

⁸¹ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ กระทรวงพาณิชย์, “ข้อ 2.6 กฎระเบียบด้านการลงทุนในประเทศ” สืบค้นจาก www.depthai.go.th/DEP/DOC/51/51014299.doc

บราซิล อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบราซิลมีอยู่มากมายไม่อาจนำมาอธิบายได้หมด ในส่วนนี้จึงขอกล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์ควบคุมและตรวจสอบที่สำคัญเฉพาะในกรณีการประกอบธุรกิจที่สำคัญที่น่าสนใจและเป็นประเด็นปัญหาล้ำคลึงกับประเทศไทยในปัจจุบัน ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติห้ามหรือจำกัดไว้ ดังต่อไปนี้

3.3.1 กำหนดข้อห้ามในการลงทุนของคนต่างด้าว

กฎหมายสหพันธรัฐฯ ฉบับที่ 6815 ลงวันที่ 19 สิงหาคม ค.ศ. 1981 (พ.ศ. 2524) หรือที่รู้จักกันว่าเป็นกฎหมายว่าด้วยคนต่างด้าว มีข้อกำหนดในเรื่องเกี่ยวกับวิซ่าโดยห้ามผู้ถือวิซ่าประเภทผ่านแดนหรือท่องเที่ยวไม่ให้ประกอบธุรกิจในบราซิล ซึ่งเป็นหลักการปกติทั่วไป นอกจากนั้น ยังระบุถึงกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของหรือประกอบธุรกิจ⁸² เช่น

- กิจการสื่อมวลชนทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นในรูปแบบหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้น ผู้บริหารกิจการ
- สัมปทานชุดสำรวจหรือแร่ หรือการทำการวิจัยในเรื่องทรัพยากรนี้
- ธุรกิจอากาศยานบราซิล
- นายหน้าซื้อขายเรือหรืออากาศยานให้กับทางราชการ
- การมีส่วนร่วมในการบริหาร หรือเป็นตัวแทน หรือให้คำปรึกษาแก่สหภาพแรงงาน

หรืออาชีพ

- อาชีพนำร่องในอ่าว ตามแม่น้ำ หรือทะเลสาบต่าง ๆ
- กัปตัน ตันหน หรือกลาสีเรือ (ยกเว้นเรือประมง)
- ดำเนินการเกี่ยวกับสื่อกระจายเสียง (และภาพ) แม้จะเป็นงานอดิเรก เว้นแต่จะมี

ข้อตกลงเป็นอย่างอื่น (treatment safe reciprocity) และ

- ผู้สอนศาสนาในกองทัพและกิจการเกี่ยวเนื่อง

ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายสหพันธรัฐฯ ฉบับที่ 6815 ยังมีการกำหนดห้ามคนต่างด้าวเกี่ยวข้องกับกิจการการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้งห้ามรับเป็นผู้ดำเนินการในการประชาสัมพันธ์ เชิญชวน จัดการประชุมทางการเมือง⁸³ รวมถึงธุรกิจประเภทอื่นตามที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้อีกด้วย เช่น

- การพัฒนากิจกรรมทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับพลังงานนิวเคลียร์
- การให้บริการเกี่ยวกับสุขภาพ
- กิจการไปรษณีย์และการให้บริการโทรสารและ
- อุตสาหกรรมทางอวกาศ

⁸² Article 106 of Federal Law no. 6815 of August 19, 1981

⁸³ Article 107 of Federal Law no. 6815 of August 19, 1981

ดังนั้น บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลคนต่างด้าวไม่ว่าจะมีสัดส่วนการถือหุ้นข้างมากหรือมีอำนาจในการควบคุมบริษัทผ่านหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเพียงใดก็ตามก็ไม่อาจประกอบธุรกิจต้องห้ามที่กล่าวมาข้างต้นในบราซิลได้เลย

3.3.2 กรณีที่กฎหมายจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวไว้

นอกเหนือจากข้อห้ามสำหรับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจแล้ว ยังมีข้อจำกัดในการประกอบกิจการบางประเภทในทางเศรษฐกิจ โดยกฎหมายบราซิลที่เกี่ยวข้องได้กำหนดเป็นเงื่อนไขสำหรับการลงทุนของคนต่างด้าวบางประการในธุรกิจบางประเภทไว้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยเห็นว่าปัจจุบันมีธุรกิจที่น่าสนใจซึ่งเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ดังนี้

3.3.2.1 การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าว

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐบราซิล มาตรา 5 เรื่องความเสมอภาค⁸⁴ ได้รับรองสิทธิและความเสมอภาคของคนต่างด้าวเท่าเทียมกับคนท้องถิ่นซึ่งรวมถึงการได้มาซึ่งที่ดินโดยคนต่างด้าวด้วย⁸⁵ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 190 กำหนดให้กฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษรต้องกำหนดและจำกัดให้การซื้อและการเช่าอสังหาริมทรัพย์นอกเขตเมืองโดยบุคคลธรรมดาหรือองค์กรธุรกิจต่างด้าวถือเป็นกรณีเฉพาะที่จะต้องได้รับการอนุญาตจากสภาแห่งชาติ (National Congress) และสถาบันการปฏิรูปการเกษตรและการตั้งถิ่นฐานของชาวบราซิลแห่งชาติ (The National Institute for Colonization and Agrarian reform หรือ INCRA) แล้วแต่กรณีเสียก่อน

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญข้างต้นแสดงให้เห็นว่ากฎหมายของบราซิลไม่ได้กำหนดห้ามเด็ดขาดในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลหรือนิติบุคคลซึ่งตั้งขึ้น

⁸⁴ Article 5 Brazilian Federal Constitution of 1988

Title II Fundamental Rights and Guarantees, Chapter I Individual and Collective Rights and Duties, [Equality] “All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, and Brazilians and foreigners resident in Brazil are assured of inviolability of the right of life, liberty, equality, security, and property, on the following terms...”

⁸⁵ Article 5 Brazilian Federal Constitution of 1988

“All persons are equal before the law, without any distinction whatsoever, Brazilians and foreigners residing in the country being ensured of inviolability of the right to life, to liberty, to equality, to security and to property, on the following terms:...

XXXV - the law shall not exclude any injury or threat to a right from the consideration of the Judicial Power;...”

Article 95 of Federal Law no. 6815 of August 19, 1981 provides the following:

Article 95 “The foreigner resident in Brazil enjoy all rights enjoyed by Brazilians, under the terms of Constitution and laws.”

ตามกฎหมายบราซิลโดยมีคนที่ต่างด้าวถือหุ้นเป็นเจ้าของ โดยการจะถือครองที่ดินดังกล่าวได้ต้องเป็นไปตามข้อจำกัดทางกฎหมายซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายที่ดินต้องดำเนินการต่อไป

ในอดีตกฎหมายบราซิลไม่ได้กำหนดจำกัดจำนวนที่ดินที่คนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลสามารถถือได้ไว้โดยชัดเจน จนกระทั่งในระหว่างปี ค.ศ. 1964-1985 (พ.ศ. 2507-2528) ซึ่งเป็นช่วงที่สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิลอยู่ภายใต้ระบอบเผด็จการทหาร รัฐบาลแห่งสหพันธ์รัฐได้ตราพระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 ขึ้นในปี ค.ศ. 1971⁸⁶ (พ.ศ. 2514) ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามความในประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code of 2002) กำหนดเกี่ยวกับการซื้อที่ดินที่อยู่นอกเขตเมืองโดยคนต่างด้าวที่อยู่อาศัยในประเทศหรือนิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในบราซิล รวมทั้งนิติบุคคลบราซิลที่มีบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลต่างด้าวต่างถือหุ้นข้างมากในบริษัทบราซิล โดยเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวที่กล่าวมาอาจได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองได้เช่นเดียวกับชาวบราซิล แต่จะต้องได้รับอนุญาตก่อน โดยจะพิจารณาจากปัจจัยต่างๆ ดังนี้

1. ขนาดของที่ดิน
2. ลักษณะของการใช้ที่ดินภายใต้กำหนดของโครงการ
3. สถานที่ซึ่งที่ดินตั้งอยู่

ยกตัวอย่างเช่น การทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดินนอกเขตเมืองที่ตั้งอยู่ในส่วนของบริเวณพรมแดนซึ่งอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่ต้องได้รับอนุญาตก่อนโดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ตั้งอยู่ติดชายฝั่งหรือในบริเวณเขตพรมแดนของบราซิลและบริเวณอื่นๆ ซึ่งถือเป็นบริเวณที่กำหนดไว้ในทางความมั่นคงของประเทศ⁸⁷ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ในความเป็นจริงกลับไม่เคยมีการนำข้อจำกัดภายใต้บทบัญญัติเหล่านี้ไปปฏิบัติอย่างจริงจังเนื่องจากขาดการกำกับดูแลและควบคุมการเข้าซื้อที่ดินที่ดี

ต่อมา ในปี ค.ศ. 1995 (พ.ศ. 2538) สภาแห่งชาติได้อนุมัติให้แก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับที่ 6 (Constitutional Amendment no. 06/95) โดยตัดบทบัญญัติมาตรา 171 ซึ่งกำหนดความแตกต่างระหว่างบริษัทบราซิลและบริษัทบราซิลที่กำหนดสัดส่วนหรือสิทธิออกเสียงควบคุมบริษัทโดยคนต่างด้าวออกจากรัฐธรรมนูญ ยิ่งไปกว่านั้น สำนักงานอัยการสูงสุด (Office of the Solicitor - General of the Union หรือ AGU) ในขณะนั้น ยังได้ให้ความเห็น (Informed Opinion GQ 181/1998) ในการตัดบทบัญญัติมาตรา 171 ออกไป โดยให้ความเห็นว่าการตัดบทบัญญัติมาตรา 171 ซึ่งได้บัญญัติแยกบริษัทบราซิลกับบริษัทบราซิลที่ถือหุ้นโดยคนต่างด้าวนี้ จะช่วยกำจัดกำแพงอันเป็นข้อจำกัดในขณะนั้นในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบกิจกรรมของบริษัทในเรื่องของตลาดที่ดินที่มีอยู่ในกฎหมายนั้นออกไป ซึ่งจะทำให้การเคลื่อนไหวทางเศรษฐกิจเป็นไปอย่างเสรีและแข็งแกร่งขึ้น เป็นเหตุให้นักลงทุนต่างด้าวที่สนใจลงทุน โดยเฉพาะในทรัพยากรที่มีอยู่มากมาย รวมถึงเทคโนโลยีในเชื้อเพลิงชีวภาพ (biofuels) ที่ก้าวหน้าและภาคการเกษตรกรรมในบราซิลมีจำนวนเพิ่มมากขึ้น

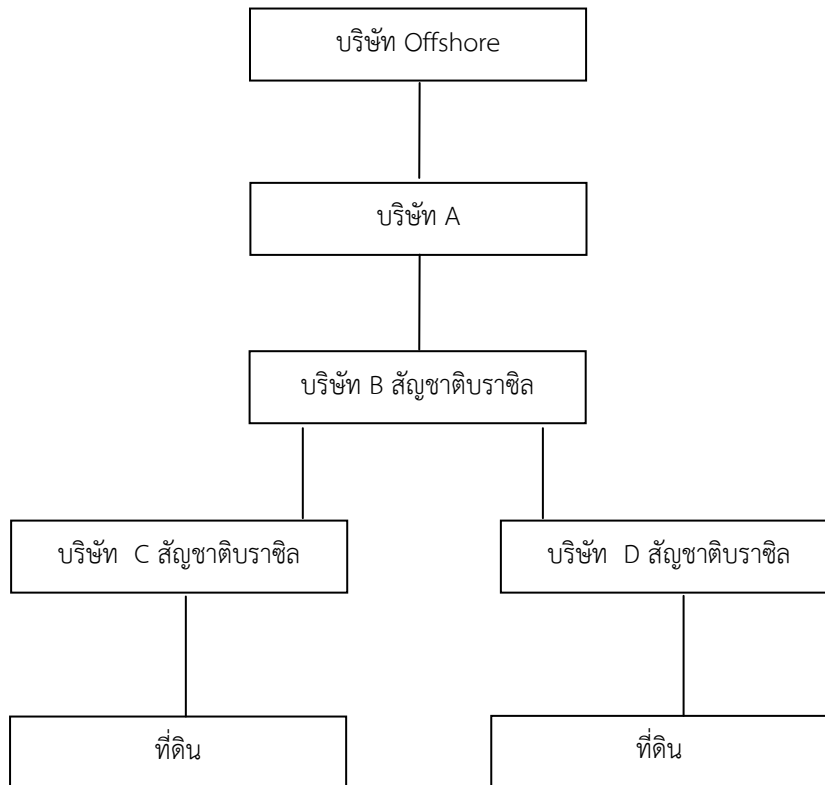
⁸⁶ Law no. 5709 of 1971, regulating

“...the purchase of rural property either by a foreign individual who lives in the country or a foreign legal entity with a license to operate in Brazil”

⁸⁷ Law no. 6634 of 1979

ถัดมาในปี พ.ศ. 2008 (พ.ศ. 2551) การลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ในบราซิลเป็นที่นิยมอย่างสูงโดยเฉพาะการลงทุนในที่ดินเกษตรกรรมผ่านทางโครงสร้างการตั้งบริษัทที่หลากหลาย ซึ่งโครงสร้างในภาพด้านล่างนี้ถูกเลือกให้เป็นโครงสร้างที่นำไปใช้สำหรับการลงทุนอยู่เสมอ

ผู้ถือหุ้นสุดท้ายทั้งหลาย



จากโครงสร้างของรูปข้างต้นแสดงการถือหุ้นโดยบริษัทอื่น โดยการจัดตั้งบริษัทขึ้นในดินแดนที่ให้ประโยชน์หรือสิทธิพิเศษทางภาษี เช่น หมู่เกาะบริติช เวอร์จิน ไอร์แลนด์ (British Virgin Islands) ในทะเลแคริบเบียนหรือเกาะเจอร์ซีย์ ซึ่งเป็นดินแดนของสหราชอาณาจักรเพื่อประกอบธุรกิจหลักโดยการถือหุ้นในบริษัทอื่น (Holding Company) ดังเช่น บริษัท Offshore โดยบริษัท Offshore ถือหุ้นในบริษัท A ซึ่งเป็นบริษัทจำกัด และส่งเงินปันผลให้กับผู้ถือหุ้นสุดท้ายทั้งหลาย โดยบริษัท A ถูกจัดให้อยู่ในบริษัทที่ถือหุ้นของบริษัท B ซึ่งเป็นบริษัทจำกัดสัญชาติบราซิลและเป็นองค์กรธุรกิจที่คอยให้บริการไหลผ่านจากบริษัท B โดยในทางกลับกัน บริษัท B คอยให้บริการเป็นเครื่องมือในการลงทุนและเจ้าของที่ดิน

การวางโครงสร้างการลงทุนนี้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในทางประโยชน์ทางภาษีและหลบหลีกข้อจำกัดการลงทุนเป็นเจ้าของในที่ดินของคนต่างด้าวโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเนื่องจากกฎหมายของบราซิลจำกัดการเป็นเจ้าของที่ดินโดยคนต่างด้าว แต่ไม่ได้จำกัดการเป็นเจ้าของที่ดิน

โดยบริษัทสัญญาติบราซิลที่เป็นเจ้าของหรือมีอำนาจควบคุมโดยคนต่างด้าว ดังนั้น การลงทุนผ่านบริษัท B จึงเป็นการหลบหลีกข้อจำกัดในเรื่องความเป็นเจ้าของที่ดิน⁸⁸

กระทั่งภายหลังจากเกิดภาวะวิกฤติการขาดแคลนอาหารที่รุนแรงและราคาอาหารที่เพิ่มสูงขึ้นอย่างรวดเร็วในบราซิลในปี พ.ศ. 2551 รวมถึงการที่ต้องจ่ายค่าชดเชยในจำนวนที่สูงมากสำหรับที่ดินที่รัฐบาลบราซิลต้องการได้จากคนต่างด้าวที่ซื้อไปเพื่อนำมาใช้ในการปฏิรูปการเกษตรของบราซิล และเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนืออาณาเขตของบราซิลเอง จึงทำให้เห็นได้ชัดว่าสถาบันการปฏิรูปการเกษตรและการตั้งถิ่นฐานของชาวบราซิลแห่งชาติไม่มีกลไกหรือวิธีการที่เป็นรูปธรรมในการใช้อำนาจควบคุมที่เพียงพอในการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าว

รัฐบาลบราซิลจึงหันกลับไปให้ความสนใจในสัดส่วนการลงทุนในภาคการเงินของคนต่างด้าวที่เข้าซื้อกิจการของชาวบราซิลเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินการเกษตรของกิจการเหล่านั้นซึ่งเป็นแหล่งผลิตอาหารสำหรับการบริโภคภายในประเทศ รวมทั้งยึดการตีความใหม่ตามพระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 ในเดือนสิงหาคม พ.ศ. 2553 ว่ากฎหมายอนุญาตให้เฉพาะกิจการของชาวบราซิลเท่านั้นที่สามารถจับจองที่ดินได้โดยไม่จำกัดจำนวน ทั้งนี้ คนต่างด้าวทำได้เพียงแค่ถือหุ้นในสัดส่วนที่น้อยกว่าเท่านั้น

ยิ่งไปกว่านั้น นายหลุยส์ อิกนาซิโอ อัดัมส์ (Luis Inácio Lucena Adams) อัยการสูงสุดได้ย้ำถึงการมีผลใช้บังคับของพระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 โดยดำเนินการจนกระทั่งทางสำนักงานอัยการสูงสุดได้ออกคำสั่งซึ่งมีผลบังคับแก่เจ้าหน้าที่รัฐทั้งหมดรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่ดินท้องถิ่นให้ต้องปฏิบัติตาม⁸⁹ ให้ปฏิเสธการซื้อหุ้นในสัดส่วนสูงโดยคนต่างด้าวในกิจการเกษตรกรรมของคนท้องถิ่นทั้งหมด เพื่อเป็นมาตรการควบคุมการถือครองที่ดินการเกษตรของคนต่างด้าวโดยไม่จำกัด โดยนายหลุยส์ อ้างว่าเป็นการยึดหลักตามกฎหมายที่ตราขึ้นในสมัยประธานาธิบดี ลูอิซ อิกนาซิโอ ลูลา ดาซิลวา ซึ่งอาจจะไม่ตรงกับนโยบายรัฐบาลชุดปัจจุบัน ทั้งนี้ คำสั่งดังกล่าวลงนามโดยประธานาธิบดีลูอิซ อีนาซิโอ ลูลา ดาซิลวา (Luiz Inácio Lula da Silva) อนุมัติคำสั่งของสำนักงานอัยการสูงสุดอย่างเป็นทางการ (Parecer CGU/AGU No. 01/2008) และตีพิมพ์ใน Diário Oficial da União⁹⁰ ฉบับที่ 161 เมื่อวันที่ 23 สิงหาคม พ.ศ. 2553 ซึ่งพอเทียบเคียงได้กับราชกิจจานุเบกษาของประเทศไทย และยังมีผลเป็นการยับยั้งการใช้บังคับของกฎหมายในปี ค.ศ. 1971 (พ.ศ. 2514) ซึ่งกำหนดจำกัดการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองโดยบริษัทบราซิล ถือหุ้นจำนวนมากหรือหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากโดยที่มีคนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัท คำสั่งดังกล่าวสร้างความเปลี่ยนแปลงที่สำคัญและมีผลกระทบต่อการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในบราซิลให้เป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ในเรื่องหลักอำนาจอธิปไตยเหนือพื้นดินและความมั่นคงของประเทศ โดยสามารถสรุปได้ดังนี้

⁸⁸ Clyde&Co, Clyde Corporate Focus September 2008 issue, “Investment in Brazilian real estate.” [www.clydeco.com/attachments/.../Corporate%20Focus%20\(Sep%2008\).pdf](http://www.clydeco.com/attachments/.../Corporate%20Focus%20(Sep%2008).pdf).

⁸⁹ Article 40 and 41 of Complementary Act No. 73/1993

⁹⁰ Federal Official Journal หรือ Brazilian Federal Gazette ซึ่งเทียบเคียงได้กับราชกิจจานุเบกษาของประเทศไทย

1. บุคคลธรรมดาต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในบราซิลและบริษัทต่างด้าวที่ขาดคุณสมบัติในการประกอบธุรกิจภายในบราซิลไม่สามารถได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมือง เว้นแต่บุคคลธรรมดาต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่และบริษัทต่างด้าวมีสาขาในบราซิลจึงจะสามารถได้มาซึ่งที่ดินในบราซิลได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ขนาดและสถานที่ตั้งของที่ดิน โครงการการใช้ที่ดิน เป็นต้น

2. คำสั่งดังกล่าวนำแนวความคิดในเกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมืองเป็นหน่วย (rural modules) มาใช้โดยจะดูจากขนาดของพื้นที่ขั้นต่ำสุดที่จำเป็นสำหรับครอบครัวในการดำรงชีวิตและความก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจ โดยขนาดของที่ดินนั้นจะแตกต่างกันไปตามภูมิภาคและสิ่งแวดล้อมของประเทศ ซึ่งสอดคล้องกับพระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 Article 1 S 1 ที่อนุญาตให้คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลสามารถได้มาซึ่งที่ดินไม่เกิน 3 หน่วย โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อน แต่หากต้องการได้มาซึ่งที่ดินมากกว่า 3 หน่วย แต่ไม่เกิน 50 หน่วย จะต้องได้รับอนุมัติการซื้อขายจากกระทรวงการพัฒนาการเกษตรกรรม (Ministry of Agricultural Development) เสียก่อน ซึ่งในการพิจารณาจะขึ้นอยู่กับข้อเสนอและวัตถุประสงค์การใช้ที่ดินเป็นรายกรณีไป อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินมากกว่า 50 หน่วย⁹¹ หากไม่ได้ดำเนินการกำหนดการใช้ที่ดินนั้น โดยพระราชบัญญัติฯ นี้ ใช้บังคับกับบริษัทสัญชาติบราซิลที่มีคนต่างด้าว ซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในบราซิลเป็นเจ้าของด้วย (เนื่องจากตั้งแต่ปี ค.ศ. 1994-1998 (พ.ศ. 2537-2541) สำนักงานอัยการสูงสุดได้กำหนดให้ข้อจำกัดของบริษัทสัญชาติบราซิลนี้ขัดรัฐธรรมนูญและทำให้บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในบราซิลและบริษัทซึ่งไม่มีสถานประกอบการในบราซิลเริ่มใช้วิธีการเข้าควบคุมบริษัทสัญชาติบราซิล เพื่อซื้อที่ดินนอกเขตเมืองและถือครองที่ดินเกินกว่า 50 หน่วย ซึ่งเป็นจำนวนเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด)

คำสั่งดังกล่าวไม่ได้กำหนดห้ามบริษัทต่างด้าวที่เป็นเจ้าของบริษัทบราซิลเป็นเจ้าของที่ดิน เพียงแต่ต้องได้รับอนุมัติจากเจ้าหน้าที่รัฐของบราซิล (Federal government agency) เสียก่อน เว้นแต่พื้นที่นอกเขตเมืองที่จะได้มานั้นน้อยกว่า 3 หน่วย ซึ่งในการอนุมัตินี้อาจมีค่าใช้จ่ายสูงเสียเวลามาก และแปรผันตามปัจจัยที่นอกเหนือการควบคุมของผู้จะซื้อที่ดินนั้น (Potential buyer) เช่น ถ้ามีคนต่างด้าวอื่นๆ ซื้อที่ดินในภูมิภาคนั้นไปมากมายแล้ว ย่อมตัดสิทธิการซื้อที่ดินของผู้จะซื้อไป เป็นต้น

สำหรับการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองโดยคนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลหรือโดยบริษัทต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการในบราซิลนี้อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับที่ 5709/72 ที่กำหนดให้บุคคลธรรมดาต่างด้าวที่มีถิ่นที่อยู่ในบราซิลไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองเกินกว่า 50 หน่วยของที่ดินนอกเขตเมืองในภูมิภาคซึ่งที่ดินตั้งอยู่ ซึ่งการกำหนดพื้นที่หน่วยนั้นพิจารณาจาก 1) ลักษณะเฉพาะทางเศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อมของแต่ละภูมิภาคและ 2) ประเภทของกิจกรรมการเกษตรที่จะพัฒนาในที่ดินนั้น⁹²

⁹¹ Article 3 of Law no. 5709 of 1971

⁹² "Acquisition Of Real Estate In Brazil"

3. คนต่างด้าวเมื่อรวมทั้งหมดในเขตเทศบาลไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่า ¼ ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล⁹³ และคนต่างด้าวสัญชาติเดียวกันไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าร้อยละ 10 ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล

4. เจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดินจะต้องยับยั้งหรือปฏิเสธหรือยกเลิกการจดทะเบียนหรือการบันทึกธุรกรรมการซื้อขายที่คู่สัญญาซื้อขายที่ดินไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การได้รับอนุญาตให้จากสถาบันการปฏิรูปการเกษตรและการตั้งถิ่นฐานของชาวบราซิลแห่งชาติเสียก่อน ตามที่พระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 Article 1 S 1 ผู้กีดกันเจ้าหน้าที่ทั้งหมดของบราซิลรวมทั้งเจ้าหน้าที่ที่ดินในพื้นที่นอกเขตเมืองให้ต้องปฏิบัติตาม

5. นานิยามคำว่า หุ่นที่มีเสียงข้างมาก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทมาใช้อีกครั้ง โดยให้คำจำกัดความของอำนาจควบคุมบริษัทภายใต้หลักการถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากในบริษัทว่าให้ถือว่าบุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัทและกำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของบริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว⁹⁴

6. บริษัทซึ่งจดทะเบียนในบราซิลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวและต้องยื่นขออนุมัติจากสถาบันการปฏิรูปการเกษตรและการตั้งถิ่นฐานของชาวบราซิลแห่งชาติ หรือจากสภาแห่งชาติก่อนในการประกอบธุรกิจแล้วแต่กรณีเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินนอกเมืองนั้น ภายใต้พระราชบัญญัติฉบับที่ 5709/72 บริษัทนิติบุคคลต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินในเขตนอกเมืองเมื่อมีวัตถุประสงค์หลักในการประกอบธุรกิจที่เป็นไปเพื่อดำเนินการตามโครงการการเกษตรกรรม การเลี้ยงปศุสัตว์ การอุตสาหกรรม หรือการตั้งถิ่นฐาน ซึ่งโครงการเหล่านี้ต้องสอดคล้องกับการประกอบกิจการของบริษัทและได้รับอนุมัติโดยกระทรวงการเกษตรแห่งบราซิล (Brazilian Agriculture Ministry) หรือกรมการค้าและอุตสาหกรรม (Department of Trade and Industry) แล้วแต่กรณีไป ทั้งนี้ประธานาธิบดีบราซิลอาจอนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองนอกเหนือจากที่กฎหมายปัจจุบันกำหนดไว้เมื่อมีการออกพระราชกฤษฎีกาพิเศษให้อำนาจไว้สำหรับกรณีที่ที่ดินนั้นเป็นโครงการพิเศษเกี่ยวกับแผนพัฒนาประเทศที่ต้องเร่งดำเนินการเป็นอันดับแรก

7. แม้คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลหรือมีองค์กรที่มีอำนาจดำเนินการทางกฎหมายเป็นคนต่างด้าวในบราซิลอาจได้มาซึ่งที่ดินในบราซิล แต่การได้มาซึ่งที่ดินการเกษตรนั้นต้องเป็นไปตามเงื่อนไขบางประการที่กฎหมายกำหนด เช่น ข้อจำกัดในการได้มาซึ่งที่ดินซึ่งอยู่ในบริเวณที่ใกล้กับชายแดนเพื่อเหตุผลในทางความมั่นคงของประเทศ โดยต้องได้รับการอนุญาตจาก สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ (General Office of the National Security Council) เสียก่อน

⁹³ Article 12 of Law no. 5709 of 1971

⁹⁴ Article 116 of Brazilian Corporate Act of 1976

3.3.3 การเช่าที่ดินในบราซิลของคนต่างด้าว

บทบัญญัติในพระราชบัญญัติฉบับที่ 8269 (Act 8269 of 1993 Article 23 S 1)⁹⁵ กำหนดข้อจำกัดในการให้บุคคลธรรมดาหรือบริษัทซึ่งเป็นต่างด้าว รวมถึงบริษัทบราซิลที่อยู่ในอำนาจการควบคุมของคนต่างด้าว อาจได้มาซึ่งการเช่าที่ดินการเกษตรโดยมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเช่นเดียวกับการได้มาซึ่งที่ดินที่กล่าวมาในข้อ 3.3.2.1

3.3.4 การพัฒนาการให้บริการทางอากาศแก่มวลชน

สำหรับการดำเนินการขนส่งในทางปกตินั้น คนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจนี้ได้โดยต้องได้รับการอนุมัติเสียก่อน รวมถึงต้องมีคนท้องถิ่นร่วมลงทุนในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงอย่างน้อยร้อยละ 80 ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การถือหุ้นโดยคนท้องถิ่นดังกล่าวนี้ให้ใช้ในกรณีที่ธุรกิจนี้มีการเพิ่มทุนด้วย

3.3.5 การลงทุนในกิจการหนังสือพิมพ์ นิตยสารและวารสารอื่นๆ

สำหรับการลงทุนของคนต่างด้าวในกิจการหนังสือพิมพ์ นิตยสารและวารสารอื่นๆ รวมถึงระบบเครือข่ายวิทยุและโทรทัศน์ มีบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องนั้นๆ ควบคุมไว้ ดังนี้

- หนังสือพิมพ์ นิตยสาร และวารสารอื่นๆ ให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินกว่าร้อยละ 30 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง⁹⁶
- วิทยุ ทีวี ระบบเครือข่ายทั้งหลายให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินกว่าร้อยละ 30 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียง⁹⁷
- สำหรับเคเบิลทีวี ให้คนต่างด้าวถือหุ้นได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงตาม⁹⁸
- โทรศัพท์ ไม่จำกัดการถือหุ้นของคนต่างด้าวไว้

3.3.6 การลงทุนในกิจการเหมืองแร่

บริษัทบราซิลต่างๆ แม้กระทั่งเมื่ออยู่ภายใต้อำนาจควบคุมของคนต่างด้าว อาจขอและรับการอนุญาตให้ประกอบกิจการเหมืองแร่ได้

3.3.7 การธนาคาร

ในทางทฤษฎีแล้ว รัฐธรรมนูญแห่งบราซิล 1988 ห้ามคนต่างด้าวลงทุนใหม่หรือขยายกิจการในภาคการธนาคาร แต่ในทางปฏิบัติ การขอประกอบธุรกิจการธนาคารใหม่หรือการขยายกิจการธนาคารโดยอาศัยเสียงข้างมากของคนต่างด้าวนี้นี้จะพิจารณาอนุมัติเป็นรายกรณีไป⁹⁹

⁹⁵ Law no. 8629 of 1993 article 23 section 1 determined restriction to the lease hold of land to foreigners.

⁹⁶ Law No. 19610 of 2002

⁹⁷ Law No. 19610 of 2002

⁹⁸ Law No. 8977 of 1995

⁹⁹ Banking: Brazil's banking sector includes significant foreign investment and representation. While the Constitution of 1988 technically forbids new or expanded foreign investment

จากการศึกษาบทบัญญัติกฎหมายของต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเป็นประเทศที่มีอาณาเขตพื้นที่และมีนโยบายในการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าว จะเห็นได้ว่าการตรากฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ รวมถึงหลักเกณฑ์ในการกำกับและควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวที่สำคัญ ซึ่งสามารถสรุปแสดงไว้ในตารางได้ดังต่อไปนี้

(ต่อจากเชิงอรรถที่ 99 หน้า 64)

in the banking sector, the vast majority of requests for entry or expansion have been approved on a case-by-case basis. Recent Brazilian Central Bank figures report that in September 2010 foreign banks comprised 19 of the top 50 Brazilian banks in terms of total assets, representing 18.3 percent of total financial assets less brokerage. สืบค้นจาก <http://www.state.gov/e/eeb/rls/othr/ics/2011/157245.htm>

4. ตารางสรุปสาระสำคัญเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศออสเตรเลีย แคนาดา สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล

4.1 กฎหมายรวมถึงระเบียบข้อบังคับอื่นๆที่น่าสนใจและเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว		
ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศแคนาดา	สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล
มีการบัญญัติกฎหมายรวมถึงแนวปฏิบัติและระเบียบข้อบังคับที่สำคัญขึ้นเพื่อใช้ในการกำกับและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าว เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975 หรือ FATA) แนวปฏิบัติที่เป็นนโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว (Foreign Investment Policy Guidelines)	มีการบัญญัติกฎหมายหลายฉบับเพื่อใช้กำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวโดยฉบับที่สำคัญ เช่น พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงทุนแคนาดา ค.ศ. 1985 (Investment Canada Act R.S.C., 1985 (1st Supp.) หรือ ICA) กฎกระทรวงว่าด้วยการลงทุนในแคนาดา (Regulations Respecting Investment in Canada)	มีการบัญญัติกฎหมายหลายฉบับเพื่อใช้กำกับดูแลและควบคุมเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าวโดยฉบับที่สำคัญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล ค.ศ. 1988 (Brazilian Federal Constitution of 1988) มาตรา 171 (Article 171) ประมวลกฎหมายแพ่ง ค.ศ. 2002 (Civil Code of 2002)

ระเบียบข้อบังคับเกี่ยวกับการได้มาและการยึดครองของคนต่างด้าว ค.ศ. 1989 (Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989) เป็นต้น	กฎกระทรวงว่าด้วยการตรวจสอบความมั่นคงของรัฐในการลงทุน (National Security Review of Investments Regulations) พระราชบัญญัติว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (The Competition Act R.S.C., 1985 หรือ TCA) พระราชบัญญัติว่าด้วยการขนส่งแคนาดา ค.ศ. 1996 (Canada Transportation Act R.S.C., 1996) พระราชบัญญัติว่าด้วยการโทรคมนาคม ค.ศ. 1993 (Telecommunication Act R.S.C., 1993) พระราชบัญญัติว่าด้วยการแพร่ภาพกระจายเสียง ค.ศ. 1991 (Broadcasting Act (R.S.C., 1991) เป็นต้น	พระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทบราซิล ค.ศ. 1979 (Brazilian Corporate Act of 1979) พระราชบัญญัติฉบับที่ 5709 ค.ศ. 1971 (Law no. 5709 of 1971) หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมือง (Rural Land Acquisitions Act no. 5709 of 1971) กฎหมายสหพันธรัฐฉบับที่ 6815 (Federal Law number 6815 of August 19, 1981) เป็นต้น
--	--	--

4.2 หลักเกณฑ์ในการควบคุมการลงทุนของคนต่างด้าวผ่านตัวแทนอำพราง

4.2.1 กำหนดข้อห้ามในการประกอบธุรกิจและการลงทุน

ประเทศออสเตรเลีย	ประเทศแคนาดา	สหพันธ์สาธารณรัฐบราซิล
- กฎหมายกำหนดให้รัฐบาลสามารถปฏิเสธคำขอลงทุนของคนต่างด้าวได้ในกรณีที่การเข้ามาลงทุนประกอบธุรกิจนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest)¹⁰⁰ อย่างไรก็ตาม ภายใต้นโยบายว่าด้วยการลงทุนของคนต่างด้าว รัฐบาลจะไม่อนุมัติคำขอลงทุนของคนต่างด้าวหากเห็นว่าการลงทุนนั้นขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ	- กำหนดห้ามคนต่างด้าวโดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ - กำหนดสัดส่วนของคนต่างด้าวในการลงทุนที่ทำให้มีอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยไม่ระบุว่าเป็นธุรกิจประเภทใดนั้น เท่ากับเป็นการห้ามคนต่างด้าวเข้าไปลงทุนในธุรกิจทุกประเภทที่มีโอกาสจะแข่งขันได้ดีกว่าพลเมืองของแคนาดา	- กำหนดข้อห้ามในการลงทุนของคนต่างด้าว เช่น ห้ามผู้ถือวีซ่าประเภทผ่านแดนหรือท่องเที่ยวไม่ให้ประกอบธุรกิจในบราซิล - ระบุกิจการที่ห้ามคนต่างด้าวเป็นเจ้าของหรือประกอบธุรกิจ - กำหนดห้ามคนต่างด้าวเกี่ยวข้องกับกิจการการเมืองทั้งทางตรงและทางอ้อม รวมทั้ง

¹⁰⁰ Australian Treasurer , “National Interest.” www.firb.gov.au/.../Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf

		ห้ามรับเป็นผู้ดำเนินการในการประชาสัมพันธ์เชิญชวน จัดการชุมนุมทางการเมือง¹⁰¹ และธุรกิจประเภทอื่นตามที่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้ ดังนั้น บุคคลธรรมดาและนิติบุคคลคนต่างด้าวไม่ว่าจะมีสัดส่วนการถือหุ้นข้างมากหรือมีอำนาจในการควบคุมบริษัทผ่านหุ้นที่มีสิทธิออกเสียงเพียงใดก็ตาม ก็ไม่อาจประกอบธุรกิจต้องห้ามที่กล่าวมาข้างต้นในบราซิลได้
4.2.2 กำหนดข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจและการลงทุน		
รัฐบาลกำหนดแนวทางและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบธุรกรรมของคนต่างด้าว โดยแบ่งเป็น ● กรณีก่อนการลงทุน โดยพิจารณา - ความมั่นคงของรัฐ - การแข่งขันในตลาด - นโยบายอื่นของรัฐบาล เช่น นโยบายด้านภาษี เป็นต้น	กำหนดจำกัดคนต่างด้าวโดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ ● กำหนดเงื่อนไขการลงทุนของคนต่างด้าวในประเภทต่างๆ โดยแบ่งเป็น - การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องแจ้ง (Notifiable)	กำหนดข้อจำกัดหรือกำหนดเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจการลงทุนของคนต่างด้าวในธุรกิจบางประเภทไว้ เช่น ● การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าว - บุคคลธรรมดาต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในบราซิลและบริษัทต่างด้าวที่ขาดคุณสมบัติในการประกอบธุรกิจในบราซิลไม่สามารถ

¹⁰¹ Article 107 Of Federal Law no. 6815 of August 19, 1981

- ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน - คุณลักษณะของผู้ลงทุน ● กรณีภายหลังการลงทุน - มีการกำกับดูแลการลงทุนของคนต่างด้าวในกรณีดังนี้ 1) กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท มีการกำหนด 1.1) ควบคุมการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power)¹⁰² ไว้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม 1.2) ควบคุมสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธิ	- การลงทุนประกอบกิจการในธุรกิจประเภทที่ต้องตรวจสอบ (Reviewable) ซึ่งหากเข้ากรณีใดต่อไปนี้จะต้องได้รับอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อน 1) การลงทุนในธุรกิจที่ไม่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Non-cultural Canadian Business) 2) การลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับวัฒนธรรมของแคนาดา (Cultural Canadian Business) โดยตรง 3) หากรัฐบาลแคนาดาเห็นว่าการลงทุนนั้นอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายกาจต่อความมั่นคงของรัฐ	ได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมือง เว้นแต่บุคคลธรรมดาต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่และบริษัทต่างด้าวมียาสาขาในบราซิลจึงจะสามารถได้มาซึ่งที่ดินในบราซิลได้ตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น ขนาดและสถานที่ตั้งของที่ดิน โครงการการใช้ที่ดิน เป็นต้น - นำแนวความคิดในเกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมืองเป็นหน่วย (Rural modules) มาใช้โดยจะดูจากขนาดของพื้นที่ขั้นต่ำสุดที่จำเป็นสำหรับครอบครัวในการดำรงชีวิตและความก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจ โดยขนาดของที่ดินนั้นจะแตกต่างกันไปตามภูมิภาคและสิ่งแวดล้อมของประเทศ - กำหนดพื้นที่ทั้งหมดในเขตเทศบาลซึ่งคนต่างด้าวไม่อาจจะได้มา โดยกำหนดให้คน
--	---	---

¹⁰² Section 8 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights”

1.3) การรับผลประโยชน์จากหุ้น ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่จะถือว่ามีสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ตนถือในบริษัทนั้น ให้พิจารณาตลอดถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวด้วย 2) กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ บุคคลที่ได้มาซึ่งหุ้นสำคัญ (substantial holding) ของบริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์ มีหน้าที่เปิดเผยการถือครองหุ้นของตน (substantial shareholdings disclosure) โดยต้องมีหนังสือบอกกล่าวแจ้งบริษัทและตลาดหลักทรัพย์แห่งออสเตรเลียภายในกำหนดเวลาที่กฎหมายกำหนด		ต่างด้าวเมื่อรวมทั้งหมดในเขตเทศบาลไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่า ¼ ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล¹⁰³ และคนต่างด้าวสัญชาติเดียวกันไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าร้อยละ 10 ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล - เจ้าหน้าที่สำนักงานที่ดินมีหน้าที่ยับยั้งหรือปฏิเสธหรือยกเลิกการจดทะเบียนหรือการบันทึกธุรกรรมการซื้อขายที่คู่สัญญาซื้อขายไม่ได้ดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด - จำกัดความของอำนาจควบคุมบริษัทภายใต้หลักการถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากในบริษัทว่าให้ถือว่าบุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการใน
--	--	--

¹⁰³ Article 12 of Law no. 5709 of 1971

		คณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจ ครอบงำกิจกรรมของบริษัทและกำหนด เป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของ บริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว¹⁰⁴ - บริษัทซึ่งจดทะเบียนในบราซิลที่มี คนต่างด้าวถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ถือเป็นนิติบุคคลต่างด้าวและต้องยื่นขอ อนุมัติจากสถาบันการปฏิรูปการเกษตร และการตั้งถิ่นฐานของชาวบราซิลแห่งชาติ หรือจากสภาแห่งชาติก่อนในการประกอบ ธุรกิจแล้วแต่กรณีเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดิน - แม้คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลหรือมี องค์กรที่มีอำนาจดำเนินการทางกฎหมาย เป็นคนต่างด้าวในบราซิลอาจได้มาซึ่ง ที่ดินในบราซิล แต่การได้มาซึ่งที่ดิน การเกษตรนั้น ต้องเป็นไปตามเงื่อนไข บางประการที่กฎหมายกำหนด เช่น
--	--	--

¹⁰⁴ Article 116 of Brazilian Corporate Act of 1976

		ข้อจำกัดในการได้มาซึ่งที่ดินซึ่งอยู่ในบริเวณที่ใกล้กับชายแดนเพื่อเหตุผลในทางความมั่นคงของประเทศ โดยต้องได้รับการอนุญาตจาก สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ (หรือ General Office of the National Security Council) เสียก่อน ● การเช่าที่ดินในบราซิลของคนต่างด้าว ซึ่งกฎหมายกำหนดข้อจำกัดในการให้บุคคลธรรมดาหรือบริษัทซึ่งเป็นต่างด้าว รวมถึงบริษัทบราซิลที่อยู่ในอำนาจการควบคุมของคนต่างด้าว อาจได้มาซึ่งการเช่าที่ดินการเกษตรโดยมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเช่นเดียวกับการได้มาซึ่งที่ดินที่กล่าวมาข้างต้น ● การพัฒนาการให้บริการ ทางอากาศแก่มวลชน โดยคนต่างด้าวจะประกอบธุรกิจนี้ได้โดยต้องได้รับการอนุมัติเสียก่อน รวมถึงต้องมีคนท้องถิ่นร่วมลงทุนในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงอย่างน้อยร้อยละ 80
--	--	--

		● การลงทุนของคนต่างด้าวในกิจการหนังสือพิมพ์ นิตยสารและวารสารอื่นๆ รวมถึงระบบ เครือข่ายวิทยุและโทรทัศน์ มีบทบาทสำคัญของ กฎหมายในเรื่องนั้นๆ ควบคุมไว้
4.2.3 การกำหนดนิยามคนต่างด้าว		
- มีการกำหนดนิยามของคนต่างด้าวให้หมายถึง บุคคลธรรมดาที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลีย หรือบริษัท (นอกเหนือจากบริษัทต่างด้าว) ซึ่งบุคคลธรรมดาไม่มี ถิ่นที่อยู่ในออสเตรเลียหรือบริษัทต่างด้าวถือหุ้น ทั้งหมดหรือส่วนมากอยู่ รวมถึงบริษัท (นอกเหนือจาก บริษัทต่างด้าว) ที่มีบุคคล 2 คนหรือมากกว่า โดย คนใดคนหนึ่งเป็นบุคคลธรรมดาไม่มีถิ่นที่อยู่ใน ออสเตรเลียหรือบริษัทต่างด้าวที่ถือหุ้นโดยรวมทั้งหมด หรือส่วนมากอยู่¹⁰⁵	- มีการกำหนดความหมายของคนต่างด้าวไว้ให้กว้างเพื่อให้ ครอบคลุมถึงคนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบธุรกิจการ ลงทุนในแคนาดาในหลายลักษณะ โดยกำหนดนิยามคำ ว่า “บุคคลธรรมดาที่ไม่ใช่ชาวแคนาดา” หรือที่เข้าใจว่า คือ คนต่างด้าว โดยให้หมายถึงบุคคลธรรมดา รัฐบาล หรือหน่วยงานราชการ หรือหน่วยงานที่ไม่ใช่ชาว แคนาดา (พลเมืองแคนาดา นิติบุคคลที่ควบคุมโดย แคนาดา รัฐบาลของแคนาดาในทุกระดับ ผู้มีถิ่นพำนัก ในแคนาดา)	- บุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้าง มากเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีอำนาจครอบงำและ ควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิ เลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัทและ กำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลัก ของบริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว¹⁰⁶ - บริษัทซึ่งจดทะเบียนในบราซิลที่มีคนต่างด้าว ถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ถือเป็นนิติบุคคล ต่างด้าว ทั้งนี้ ต้องยื่นขออนุมัติจากสถาบัน การปฏิรูปการเกษตรและการตั้งถิ่นฐานของ

¹⁰⁵ พระราชบัญญัติว่าด้วยการได้มาและการยึดครองของคนต่างชาติ ค.ศ. 1975 (Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975)

¹⁰⁶ Article 116 of Brazilian Corporate Act of 1976

		ชาวบราซิลแห่งชาติ หรือจากสภาแห่งชาติ ก่อนในการประกอบธุรกิจแล้วแต่กรณีเพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดิน
4.2.4 กำหนดอำนาจควบคุมธุรกิจ		
กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท มีการกำหนดควบคุมการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) ¹⁰⁷ ไว้ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม	● กำหนดเกี่ยวกับอำนาจควบคุมธุรกิจในกรณีต่างๆ ดังนี้ - เมื่อองค์กร (Entity) หนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกองค์กรหนึ่งให้ถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรอื่นหรือองค์กรอื่นๆ ทางอ้อม - หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจควบคุมหน่วยงานอื่นทางตรงเมื่อ ■ หน่วยงานซึ่งควบคุมหน่วยงานอีกหน่วยงานหนึ่งเป็นเจ้าของในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากในอีกหน่วยงานหนึ่งนั้น	- จำกัดอำนาจควบคุมบริษัทภายใต้หลักการถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากในบริษัท ว่าให้ถือว่าบุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัทและกำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของบริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว¹⁰⁸

¹⁰⁷ Section 8 of Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975

“Control of voting power in a corporation is reference to control that is direct or indirect including control that is exercisable as a result or by means of arrangements or practices, whether or not having legal or equitable force, and whether or not based on legal or equitable rights”

¹⁰⁸ Article 116 of Brazilian Corporate Act of 1976

	■ หน่วยงานอื่นเป็นบริษัทและบริษัทที่มีอำนาจควบคุมเป็นเจ้าของข้างน้อยในหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงในบริษัท แต่ในความเป็นจริงมีอำนาจควบคุมบริษัทโดยอาศัยกรรมสิทธิ์ที่มีจำนวน 1 ใน 3 หรือมากกว่าของหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงได้ - องค์กรทั้งหลายซึ่งอยู่ในอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยองค์กรเดียวกันให้ถือว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน - องค์กรทั้งหลายซึ่งเกี่ยวข้องกัน อยู่ในอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมโดยองค์กรเดียวกันให้ถือว่ามีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องซึ่งกันและกัน ถือกรรมสิทธิ์ในประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในองค์กรเดียวกัน องค์กรที่เกี่ยวข้องกันนั้นอาจถือเป็นองค์กรหนึ่งสำหรับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไม่ว่าโดยทางตรงหรือโดยอ้อมในการควบคุมองค์กรนั้นซึ่งองค์กรทั้งหลายมีกรรมสิทธิ์ในประโยชน์ซึ่งให้สิทธิในการออกเสียง	
--	---	--

4.2.5 กำหนดการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจ

กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในรูปแบบบริษัท มีการกำหนดควบคุมสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ไม่เกินร้อยละ 15 ของอำนาจการออกเสียงสำหรับหุ้นสามัญและต้องไม่เกินร้อยละ 15 ของสิทธิที่มีในหุ้นสำหรับหุ้นบุริมสิทธิ	บุคคลต่างด้าวได้มาซึ่งอำนาจควบคุมธุรกิจของแคนาดาในกรณีต่อไปนี้ ● คนต่างด้าวได้มาซึ่งหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (voting shares) ร้อยละ 50 หรือเกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบกิจการในแคนาดา หรือประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interest) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือทรัสต์ เว้นแต่ในบางกรณี ● คนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interests) ของหน่วยงาน - ซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ - มีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในอีกกิจการหนึ่งซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา โดยไม่ได้มีอำนาจควบคุมในบริษัทอื่นอีก ● คนต่างด้าวได้มาซึ่งทรัพย์สินทั้งหมดหรือส่วนที่สำคัญทั้งหมดของทรัพย์สินซึ่งใช้ในการประกอบกิจการในแคนาดา	บุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากเป็นคนต่างด้าวย่อมมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัทและกำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของบริษัท
---	---	--

	● คนต่างด้าวได้มาซึ่งประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียงในหน่วยซึ่งควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมอีกหน่วยหนึ่งในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดาในกรณีที่ - ไม่มีการได้มาซึ่งอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา หรือ - มีการได้มาซึ่งอำนาจการควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในบริษัทซึ่งจดทะเบียนที่อื่นนอกเหนือจากแคนาดาซึ่งมีอำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในหน่วยในแคนาดาซึ่งประกอบกิจการในแคนาดา	
--	---	--

จากการศึกษาข้างต้น สามารถสรุปจุดเด่นที่มีเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายและหลักเกณฑ์ในการควบคุมและตรวจสอบการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าวโดยอาศัยตัวแทนอำพรางของประเทศออสเตรเลีย แคนาดาและบราซิลได้ ดังนี้

1. การพิจารณาคำขอลงทุนของคนต่างด้าว

ในการควบคุมการทำธุรกรรมการลงทุนของคนต่างด้าว ประเทศออสเตรเลียได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคำขอลงทุนของคนต่างด้าวไว้ โดยให้เจ้าหน้าที่พิจารณาจากคำขอลงทุนของคนต่างด้าวว่า ต้องไม่ขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ (National Interest) ซึ่งจะชั่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบสำคัญต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นต่อออสเตรเลียกับประโยชน์ที่ออสเตรเลียจะได้รับจากการลงทุนจากคนต่างด้าว เช่น

- ความมั่นคงของรัฐ
- การแข่งขันทางธุรกิจ
- นโยบายอื่นของรัฐบาล เช่น ภาษีเงินได้ของออสเตรเลีย
- ผลกระทบต่อเศรษฐกิจและชุมชน
- คุณลักษณะของผู้ลงทุนที่อยู่บนพื้นฐานของความโปร่งใสในทางการค้า เป็นต้น

2. อำนาจการควบคุมการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power)

ออสเตรเลียกำหนดให้อำนาจการควบคุมการออกเสียงในบริษัท (Control of voting power) และสิทธิการออกเสียงในหุ้น (Control of potential voting power) ให้ความหมายถึงการควบคุมไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ทั้งยังพิจารณารวมถึงบุคคลที่เกี่ยวข้องหรือมีความสัมพันธ์กับผู้ที่มีสิทธิออกเสียงในบริษัทหรือผู้ถือหุ้นอีกด้วย

ในขณะที่แคนาดากำหนดห้ามหรือจำกัดคนต่างด้าวโดยเฉพาะการลงทุนในธุรกิจบางประเภทที่มีความสำคัญต่อประเทศ โดยกำหนดถึงอัตราการถือหุ้นโดยอ้อมในหุ้นซึ่งให้สิทธิออกเสียงของบริษัทที่ถือหุ้นอยู่ไว้ด้วย รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขการลงทุนในธุรกิจประเภทต่างๆ

สำหรับบราซิลได้นำนิยามคำว่า หุ้นที่มีเสียงข้างมาก ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยบริษัทมาใช้อีกครั้ง รวมถึงการกำหนดให้ถือว่าบุคคลหรือบริษัทที่มีสิทธิในหุ้นที่มีเสียงข้างมากเป็นคนต่างด้าว ซึ่งมีอำนาจครอบงำและควบคุมการตัดสินใจของบริษัท หรือมีสิทธิเลือกผู้เป็นกรรมการในคณะกรรมการบริษัท หรือมีอำนาจครอบงำกิจกรรมของบริษัทและกำหนดเป้าหมายการดำเนินการของส่วนหลักของบริษัท ถือเป็นคนต่างด้าว¹⁰⁹ ภายใต้หลักการถือหุ้นที่มีเสียงข้างมากในบริษัท

¹⁰⁹ Article 116 of Brazilian Corporate Act of 1976

3. การกำหนดประเภทธุรกิจการลงทุน

แคนาดาได้กำหนดลักษณะและประเภทของธุรกิจที่คนต่างด้าวจะเข้ามาลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์และอำนาจควบคุมในธุรกิจ โดยหากเข้าประเภทและลักษณะที่กำหนดไว้จะต้องดำเนินการตรวจสอบและได้รับอนุมัติจากรัฐบาลกลางก่อนประกอบธุรกิจนั้น เช่น ธุรกิจที่ไม่เกี่ยวกับวัฒนธรรมของแคนาดาที่มีทรัพย์สินอยู่เป็นจำนวนมากหรือธุรกิจที่รัฐบาลแคนาดาเห็นว่าอาจเป็นอันตรายอย่างร้ายกาจต่อความมั่นคงของรัฐอีกด้วย

สำหรับบราซิล บริษัทนิติบุคคลต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินในเขตนอกเมือง เมื่อมีวัตถุประสงค์หลักในการประกอบธุรกิจที่เป็นไปเพื่อดำเนินการตามโครงการการเกษตรกรรม การเลี้ยงปศุสัตว์ การอุตสาหกรรม หรือการตั้งถิ่นฐานนั้น ซึ่งทางรัฐบาลกำหนดให้โครงการเหล่านี้ต้องสอดคล้องกับการประกอบกิจการของบริษัทและได้รับอนุมัติโดยกระทรวงการเกษตรแห่งบราซิลหรือกรมการค้าและอุตสาหกรรมแล้วแต่กรณีไป

4. อำนาจการควบคุมธุรกิจ

แคนาดาได้กำหนดไว้โดยชัดเจนในกรณีที่ถือว่าคนต่างด้าวมียอำนาจควบคุมกิจการของหน่วยงานซึ่งรวมถึงการควบคุมโดยทางอ้อม เช่น เมื่อองค์กรหนึ่งมีอำนาจควบคุมอีกองค์กรหนึ่งให้ถือว่าเป็นการควบคุมองค์กรอื่นหรือองค์กรอื่นๆ ทางอ้อมที่อยู่ภายใต้อำนาจควบคุมไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมขององค์กรหนึ่งนั้น รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวได้มาซึ่งหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียง (Voting shares) ร้อยละ 50 หรือเกินกว่าในบริษัทซึ่งจดทะเบียนและประกอบกิจการในแคนาดา หรือประโยชน์ที่ให้สิทธิออกเสียง (voting interest) ในห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือทรัสต์ เป็นต้น

5. สิทธิในผลประโยชน์จากหุ้น

ออสเตรเลียได้กำหนดเกี่ยวกับสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นที่ถืออยู่ โดยให้พิจารณารวมถึงสิทธิในผลประโยชน์จากหุ้นของบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับบุคคลดังกล่าวด้วย เช่น คู่สมรสที่ถูกต้องตามกฎหมาย คู่สมรสที่อยู่ด้วยกันโดยไม่ได้จดทะเบียนตามกฎหมาย รวมตลอดถึงบุพการี ญาติ บุตร พี่ชายหรือน้องชาย พี่สาวหรือน้องสาวของบุคคลนั้น บุคคลซึ่งเป็นหุ้นส่วนกับบุคคลนั้น บริษัทซึ่งบุคคลนั้นเป็นผู้บริหารอยู่ ฯลฯ เป็นต้น

6. สัดส่วนการลงทุน

บราซิลให้ความสนใจในสัดส่วนการลงทุนในภาคการเงินของคนต่างด้าวที่เข้าซื้อกิจการของชาวบราซิล เพื่อให้ได้มาซึ่งที่ดินการเกษตรของกิจการอันเป็นแหล่งผลิตอาหารสำหรับการบริโภคภายในประเทศ ซึ่งแสดงถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐที่มีอยู่เหนือที่ดินซึ่งเป็นอาณาเขตของบราซิลเอง จึงอนุญาตให้เฉพาะกิจการของชาวบราซิลเท่านั้น ที่สามารถจับจองที่ดินได้โดยไม่จำกัดจำนวน ทั้งนี้คนต่างด้าวทำได้เพียงแค่ถือหุ้นในสัดส่วนที่น้อยกว่าเท่านั้น

นอกจากนั้น เจ้าหน้าที่รัฐทั้งหมดรวมถึงเจ้าหน้าที่ที่ดินท้องถิ่นต้องยับยั้งหรือปฏิเสธคนต่างด้าวในการเข้าซื้อหุ้นในสัดส่วนสูงในกิจการเกษตรกรรมของคนท้องถิ่นทั้งหมดตามมาตราการควบคุมการถือครองที่ดินการเกษตรของคนต่างด้าวโดยไม่จำกัด ยิ่งไปกว่านั้น ยังกำหนดจำกัดการได้มาซึ่งที่ดินนอกเขตเมืองโดยบริษัทบราซิลถือหุ้นจำนวนมากหรือหุ้นที่ให้สิทธิออกเสียงข้างมากโดยที่มีคนต่างด้าวทั้งที่เป็นบุคคลธรรมดาหรือบริษัทอีกด้วย

7. เกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมืองเป็นหน่วย

บราซิลนำแนวความคิดในเกณฑ์การวัดพื้นที่นอกเขตเมืองเป็นหน่วย (Rural modules) มาใช้ในการอนุญาตให้คนต่างด้าว ซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในบราซิลสามารถได้มาซึ่งที่ดินโดยจะดูจากขนาดของพื้นที่ขั้นต่ำสุดที่จำเป็นสำหรับครอบครัวในการดำรงชีวิตและความก้าวหน้าในทางเศรษฐกิจ โดยขนาดของที่ดินนั้นจะแตกต่างกันไปตามภูมิภาคและสิ่งแวดล้อมของประเทศ ทั้งนี้ หากไม่เกิน 3 หน่วย ไม่จำเป็นต้องขออนุญาตก่อน แต่หากต้องการได้มาซึ่งที่ดินมากกว่า 3 หน่วย แต่ไม่เกิน 50 หน่วย จะต้องได้รับอนุมัติการซื้อขายจากกระทรวงการพัฒนาการเกษตรกรรมเสียก่อน ซึ่งในการพิจารณาจะขึ้นอยู่กับข้อเสนอและวัตถุประสงค์การใช้ที่ดินเป็นรายกรณีไป

8. กำหนดตัวแปรของการได้มาซึ่งที่ดิน

สำหรับบราซิล การอนุมัติการได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวแปรผันตามปัจจัยที่นอกเหนือการควบคุมของผู้จะซื้อที่ดินด้วย เช่น ถ้ามีคนต่างด้าวอื่นซื้อที่ดินไปเป็นจำนวนมากในภูมินั้นแล้ว ผู้จะซื้อที่ดินอาจถูกตัดสิทธิการซื้อที่ดินได้ หรือกรณีคนต่างด้าวสัญชาติเดียวกันไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าร้อยละ 10 ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล และเมื่อรวมคนต่างด้าวทั้งหมดในเขตเทศบาลแล้ว ไม่อาจได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่า ¼ ของที่ดินในแต่ละเขตเทศบาล¹¹⁰ เป็นต้น

จากการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายในต่างประเทศเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า แต่ละประเทศมีมาตรการทางกฎหมายแตกต่างกันขึ้นอยู่กับว่าประเทศนั้นมีสภาพเศรษฐกิจและนโยบายของแต่ละประเทศอย่างไร แต่มีวัตถุประสงค์ที่เหมือนกันคือ ทุกประเทศนั้นวางแผนในด้านเศรษฐกิจ ธุรกิจและการถือครองที่ดิน เพื่อให้คนของตนได้เป็นผู้ได้รับประโยชน์สูงสุดเป็นส่วนใหญ่ การให้คนต่างด้าวเข้ามาทำธุรกิจในรูปแบบต่างๆ ในแต่ละประเทศจึงกำหนดเงื่อนไขไว้แตกต่างกัน

สำหรับประเทศไทยก็เช่นกัน ย่อมต้องการปกป้องประเทศทั้งในด้านเศรษฐกิจ ธุรกิจและการถือครองที่ดินเพื่อให้คนไทยได้ประโยชน์สูงสุด โดยประเทศไทยได้กำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ ธุรกิจและการถือครองที่ดินให้เหมาะสมกับประเทศไทย จึงไม่สามารถที่จะลอกเลียนกฎหมายของประเทศใดประเทศหนึ่งมาใช้ได้ทั้งหมด แต่ได้ศึกษาหลักการโดยรวมเพื่อนำมาปรับใช้ให้เป็นประโยชน์กับประเทศของเราให้มากที่สุด

¹¹⁰ Article 12 of Law no. 5709 of 1971

บทที่ 4

ผลการวิเคราะห์ข้อมูล

จากการศึกษาเรื่อง การทำธุรกรรมโดยอาศัยบุคคลหรือนิติบุคคลกระทำการในฐานะเป็นตัวแทนให้กับตัวการซึ่งไม่เปิดเผยชื่อหรือ “ตัวแทนอำพราง” โดยการเก็บรวบรวมข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิในเรื่องดังกล่าว จำนวน 17 ท่าน และจากแบบสอบถามเจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานรัฐวิสาหกิจ ธุรกิจเอกชน รวมถึงผู้เข้าร่วมสัมมนา เรื่อง การถือครองที่ดินและหน่วยงานของรัฐและรัฐวิสาหกิจต่างๆ และประชาชนทั่วไป โดยส่งแบบสอบถามออกไปจำนวน 500 ชุด ได้รับกลับคืนมา จำนวน 319 คน คิดเป็นร้อยละ 63.80 และมีผลการวิเคราะห์ข้อมูลดังต่อไปนี้

1. ข้อมูลผู้ตอบแบบสอบถามและสัมภาษณ์

1.1 ข้อมูลจากผู้ตอบแบบสอบถาม ประกอบด้วย

- (1) เจ้าหน้าที่ของรัฐและพนักงานรัฐวิสาหกิจ
- (2) กลุ่มธุรกิจเอกชน
- (3) ประชาชนทั่วไป

1.2 ข้อมูลจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิและประชาชนเพื่อประกอบโครงการวิจัย เรื่อง ตัวแทนอำพราง การสัมภาษณ์ทั้งสิ้น 17 ราย ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นนักวิชาการ ตัวแทนภาคเอกชน ตัวแทนหน่วยงานภาครัฐและภาคประชาชน รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก ค โดยในการสัมภาษณ์มีการสอบถามความคิดเห็นเกี่ยวกับเรื่องของตัวแทนอำพรางในแง่มุมต่างๆ ทั้งในเรื่องของผลกระทบที่มีต่อประเทศไทย มาตรการที่เหมาะสมในการจัดการปัญหาและแนวโน้มของตัวแทนอำพรางในประเทศไทย เป็นต้น

2. ลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

จากการที่ผู้วิจัยได้เชิญบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องพร้อมทั้งตัวแทนจากหน่วยงานภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการในสาขาที่เกี่ยวข้อง นักศึกษาและประชาชนที่สนใจ ในการเข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็นในการจัดทำประชาพิจารณ์ สามารถสรุปผลการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่องตัวแทนอำพรางจากแนวความคิดของผู้เข้าร่วมจัดทำประชาพิจารณ์ที่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นประโยชน์ประกอบการจัดทำวิจัยได้ ดังนี้

1. การเข้าครอบงำกิจการในประเทศไทยด้วย เช่น การนำธุรกิจแฟรนไชส์จากต่างประเทศเข้ามาประกอบในประเทศไทยซึ่งการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของบริษัทแม่ในต่างประเทศ

2. กรณีคนต่างด้าวอาศัยการถือหุ้นในบริษัทไทยซึ่งขณะจดทะเบียนบริษัทในประเทศไทยจะกำหนดตัวคนต่างด้าวให้ถือหุ้นในบริษัทไม่เกินกี่หนึ่งทำให้ถือเป็นนิติบุคคลไทย โดยต่อมาอาจมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในจำนวนหุ้นของคนต่างด้าว หรือเปลี่ยนตัวกรรมการให้เป็นคนต่างด้าวนั้น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ตั้งข้อกำหนดเพื่อช่วยในการตรวจสอบเพื่อไม่ให้มีการฝ่าฝืนหรือเลี่ยงกฎหมายในกรณีที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยกรมที่ดินร่วมกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าตกลงกันกำหนดให้กรมที่ดินส่งรายชื่อบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่และถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าในเดือนมิถุนายนของทุกปี เพื่อตรวจสอบว่ามีการเพิ่มทุนโดยคนต่างด้าวในบริษัทนั้นๆ หรือไม่ และเมื่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ตรวจสอบแล้วจะส่งผลการตรวจสอบให้กรมที่ดิน ทั้งนี้ หากกรมธุรกิจการค้าตรวจสอบแล้วพบว่า มีการเพิ่มทุนของบริษัทของคนต่างด้าวเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด กรมที่ดินจะดำเนินการยึดที่ดินนั้นเพื่อจำหน่ายตามกฎหมายต่อไป

3. การถือครองที่ดินในประเทศไทยเพื่อประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดินโดยเฉพาะอย่างยิ่งในพื้นที่ท่องเที่ยวทั้งที่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ โดยมีบริษัทที่ปรึกษากฎหมายให้คำปรึกษาแนะนำในการเข้ามาประกอบธุรกิจการจัดสรรที่ดินตามวัตถุประสงค์และประโยชน์ในการพอกเงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย ทั้งนี้ อาศัยวิธีการต่างๆ เพื่อให้สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น แฉงการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ถือหุ้นกับกรมที่ดินภายหลังจดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าหรือการติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ดำเนินการในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทยในส่วนของ การจัดเก็บภาษีซึ่งเป็นรายได้ของรัฐอีกด้วย ทั้งนี้ แม้จะมีกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวมามากมายแต่การได้หลักฐานในการพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าวนั้นเป็นไปได้ยาก นอกจากนั้น ต้องพิจารณาว่าธุรกิจที่คนต่างด้าวต้องการประกอบนั้นเป็นธุรกิจต้องห้ามหรือไม่ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มีสัญญาระหว่างคู่สัญญากันจริงโดยโอนชำระเงินซื้อขายในประเทศหรือไม่ และมักพบว่าคนที่เป็นตัวแทนอำพรางเป็นลูกจ้างในบริษัทเพียงเพื่อรับรองให้บริษัทเท่านั้น รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวฉ้อโกงคนต่างด้าวด้วยกันเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในจังหวัดทางภาคใต้ เช่น การจัดทำโครงการและเสนอขายโครงการบ้านจัดสรรในจังหวัดภูเก็ตทางอินเทอร์เน็ตให้กับคนทั่วโลก เมื่อขายได้ก็ปิดเว็บไซต์แล้วเอาธุรกรรมที่ดินนั้นไปขายฝาก ดังนั้น จึงเห็นว่า ควรมีมาตรการที่รัดกุมในเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมากกว่านี้ เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายได้ผล รวมทั้งใช้มาตรการทางภาษีทั้งหลายเข้ามาช่วยอีกทางหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เห็นว่าหากหน่วยงานที่เกี่ยวข้องช่วยกันตรวจสอบจากพฤติการณ์ในเชิงลึกให้ชัดเจน รวมทั้งมีองค์กรที่ทำหน้าที่ประสานข้อมูลระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อติดตามตรวจสอบแล้ว ย่อมจะช่วยแก้ไขเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นของตัวแทนอำพรางในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ โดยส่งเรื่องไปยังกรมสอบสวนคดีพิเศษให้เป็นผู้รับผิดชอบและดูแลตรวจสอบตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

สำหรับในส่วนของการเก็บข้อมูลจากการตอบแบบสอบถามพบว่า

2.1 ลักษณะการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

1) ลักษณะของผู้มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำธุรกรรมโดยอาศัยการเป็นตัวแทนอำพรางจากการศึกษาข้อมูลที่ได้รับจากแบบสอบถาม ดังตารางที่ 1

ตารางที่ 1 ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ลำดับที่	ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	คนต่างด้าว	211	66.14
2	ผู้ถือหุ้นคนไทย	155	48.59
3	บริษัทที่ปรึกษา	144	45.14
4	นายหน้าค้าที่ดิน	138	43.26
5	เจ้าของที่ดิน	117	36.68
5	หุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วน	117	36.68
7	เจ้าหน้าที่ของรัฐ	115	36.05
8	กฎหมาย	114	35.74
9	บุคคลในครอบครัว	103	32.29
10	คู่สมรส	94	29.47
11	ผู้ให้คำปรึกษา	91	28.53
12	กรรมการบริษัท	90	28.21
13	ลูกจ้างในบริษัท	86	26.96
14	เครือข่าย	72	22.57
15	แม่บ้าน	71	22.26
16	คนขับรถ	6	1.88

จากตารางที่ 1 พบว่า ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางมากที่สุดคือคนต่างด้าว ซึ่งมีมากถึงร้อยละ 66.14 รองลงมาคือผู้ถือหุ้นที่เป็นคนไทยร้อยละ 48.59 บริษัทที่ปรึกษาร้อยละ 45.14 นายหน้าค้าที่ดินร้อยละ 43.26 เจ้าของที่ดินและหุ้นส่วนของห้างหุ้นส่วนร้อยละ 36.68 ตามลำดับ

ในขณะที่ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นว่า คู่สมรสของคนต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเพียงร้อยละ 29.47

ทั้งนี้ แม้ผู้ตอบแบบสอบถามจะเห็นว่าคู่สมรสเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เป็นจำนวนเพียงร้อยละ 29.47 ก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วอาจถือได้ว่าคู่สมรสเป็นผู้ที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิดกับคนต่างด้าวและมีโอกาสเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางได้ในเกือบทุกธุรกรรม เช่น การเป็นผู้ถือหุ้น หรือนายหน้าซื้อขายที่ดิน เป็นต้น

2) วิธีการดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบันมีวิธีการต่างๆ ดังตารางที่ 2

ตารางที่ 2 วิธีดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ลำดับที่	วิธีดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	การให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นในบริษัทแทนตน	209	65.51
2	การให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นตัวแทนในการดำเนินการทางธุรกรรม	206	64.58
3	การใช้ชื่อของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยในการทำธุรกรรม	199	62.38
4	การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นให้คนต่างด้าวถือหุ้นในอัตราที่กฎหมายกำหนด (น้อยกว่าอัตราร้อยละ 49) แต่ให้การออกเสียงในหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทมากกว่าบุคคลสัญชาติไทย	155	48.59
5	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	2	0.63

จากตารางที่ 2 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า วิธีดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง คือ การให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นในบริษัทแทนตัวการต่างชาติ (คนต่างด้าว) มีมากที่สุด ร้อยละ 65.51 รองลงมา คือ การให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นตัวแทนในการดำเนินการทางธุรกรรม ร้อยละ 64.58 และการใช้ชื่อของคู่สมรส (ที่เป็นผู้มีสัญชาติไทย) เป็นผู้ทำธุรกรรมแทนมีมากเป็นอันดับ 3 คือ ร้อยละ 62.38 และกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นให้คนต่างด้าวถือหุ้นในอัตราที่กฎหมายกำหนด (น้อยกว่าอัตราร้อยละ 49) แต่ให้การออกเสียงในหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทมากกว่าบุคคลสัญชาติไทย นั้น มีถึงร้อยละ 48.59 ซึ่งแสดงได้ถึงกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นโดยให้ผู้มีสัญชาติไทยถือครองแทนคนต่างชาติ เพื่อให้คงอัตราส่วนหุ้นส่วนคนไทยถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งของหุ้นทั้งหมดในบริษัท

2.2 การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

จากการศึกษาและการเก็บรวบรวมข้อมูลจากการตอบแบบสอบถาม พบว่ารูปแบบการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง จะมีรูปแบบดังตารางที่ 3

ตารางที่ 3 รูปแบบการดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ลำดับที่	รูปแบบการดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	การเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือเข้าครอบครอง ใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่า หรือการได้สิทธิอื่นๆ ในที่ดิน	222	69.59
2	การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ เช่น การค้า การให้เช่าที่ดิน และ/หรือ อาคารชุด	179	56.11
3	การเป็นนายหน้าค้าที่ดิน การให้เช่าที่ดิน และ/หรือ อาคารชุด	150	47.02
4	การให้บริการต่างๆ เช่น บัญชี กฎหมาย วิศวกรรม ก่อสร้าง นำ เที่ยว นายหน้าหรือตัวแทน	124	38.87
5	การขายส่ง/ขายปลีกสินค้าทุกประเภท	72	22.57
6	การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตร พื้นเมือง	71	22.26
7	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	2	0.63

จากตารางที่ 3 พบว่า รูปแบบการดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ที่พบมากที่สุดเป็นอันดับแรก คือ การเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือเข้าครอบครอง ใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่า หรือการได้สิทธิอื่นๆ ในที่ดิน โดยมีถึงร้อยละ 69.59 รองลงมา คือ การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ เช่น การค้า การให้เช่าที่ดิน และ/หรือ อาคารชุดจากการศึกษาพบร้อยละ 56.11 อันดับสาม คือ การเป็นนายหน้าค้าที่ดิน ให้เช่าที่ดิน และ/หรืออาคารชุด จากการศึกษพบร้อยละ 47.02 และอันดับสี่ คือ การให้บริการด้านวิชาชีพที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจ (เช่น บัญชี กฎหมาย วิศวกรรม ก่อสร้าง นำเที่ยว เป็นต้น) คิดเป็นร้อยละ 38.87

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิพบว่า การกระทำที่มีลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” ของ สังคมไทยในปัจจุบันเห็นว่า การกระทำลักษณะนี้มีมานานแล้วตั้งแต่อดีตโดยเป็นเรื่องปกติของระบบทุนนิยม แต่ปัจจุบันมีการทำความผิดในลักษณะนี้เพิ่มมากขึ้น โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย อันเนื่องมาจากการ บังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ รวมทั้งการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่มีการทำ ความผิดอย่างแจ้งชัด แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เกี่ยวข้องกลับร่วมมือให้เกิดการทำความผิดตาม กฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการถือครองที่ดิน การกำกับดูแลและอำนาจของการบริหารในนิติบุคคล การจัด โครงสร้างการถือหุ้น และ/หรือ การบริหารงานบริษัท โดยให้คนต่างชาติสามารถครอบงำการบริหารงาน ของบริษัท หรือการได้รับปันผลมากกว่าผู้ถือหุ้นไทย การควบคุมทางการเงินและการร่วมทุนระหว่างบริษัท จากต่างประเทศกับบริษัทของคนไทย เป็นต้น นอกจากนี้ อาจจะเป็นในรูปของการสมรสกับบุคคลที่มี สัญชาติไทย และให้คู่สมรสเข้าซื้อที่ดินหรือหุ้นในบริษัทแทนตนเอง การว่าจ้างให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยเป็น ผู้ดำเนินการซื้อที่ดินและให้ทำสัญญากู้ยืมหรือสัญญาจำนองไว้กับตนเองเพื่อเป็นประกัน นอกจากนี้

ตัวแทนอำนาจของสังคมไทยในปัจจุบันเกิดขึ้นทั้งในระบบการเมืองและระบบเศรษฐกิจ เป็นตัวปัญหาของการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลหรือนิติบุคคลและเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น กรณีผู้ถูกเพิกถอนสิทธิทางการเมือง บุคคลเหล่านี้ก็เป็นตัวแทนอำนาจดำเนินธุรกรรมทางการเมืองต่างๆ ที่ตนเองถูกเพิกถอนสิทธิ

3. ผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทย โดยอาศัยตัวแทนอำนาจ

จากการเก็บรวบรวมข้อมูลจากการเก็บแบบสอบถามและสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ พบว่าการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจส่งผลร้ายต่อประเทศไทย ดังตารางที่ 4

ตารางที่ 4 การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจส่งผลร้ายต่อประเทศไทยในด้านต่างๆ

ลำดับที่	การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจส่งผลร้ายต่อประเทศไทย (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	คนต่างด้าวเข้าครอบงำเศรษฐกิจไทยและคนไทยสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดิน	209	65.52
2	ทรัพยากรของประเทศอยู่ในความครอบครองของคนต่างด้าว	187	58.62
3	พื้นที่เกษตรกรรม รวมถึงสถานที่ท่องเที่ยวเปลี่ยนมือจากคนไทยไปเป็นของคนต่างด้าว	168	52.66
4	คนไทยสูญเสียโอกาสการเป็นเจ้าของกิจการอย่างแท้จริง	151	47.33
5	เงินตราไหลออกนอกประเทศ	108	33.85
6	สูญเสียผลประโยชน์จากการลงทุนของคนต่างด้าวในตลาดหลักทรัพย์	95	29.78
7	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	3	0.94

จากตารางที่ 4 พบว่า การทำธุรกรรมอำนาจมีผลร้ายต่อประเทศไทย โดยผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่ เห็นว่าการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจเป็นการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้าครอบงำเศรษฐกิจไทยและคนไทยสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดิน เป็นร้อยละ 65.52 และเห็นว่า ทำให้ทรัพยากรของประเทศอยู่ในความครอบครองของคนต่างด้าว เป็นร้อยละ 58.62 และผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า เป็นการทำให้พื้นที่เกษตรกรรม รวมทั้งสถานที่ท่องเที่ยวเปลี่ยนมือจากคนไทยไปเป็นของคนต่างด้าว เป็นร้อยละ 52.66

นอกจากนั้น ผู้ตอบแบบสอบถามยังเห็นอีกด้วยว่า กรณีการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจ ทำให้คนไทยสูญเสียโอกาสการเป็นเจ้าของกิจการ มีร้อยละ 47.33 และยังมีส่วนทำให้เงินตราไหลออกนอกประเทศ เป็นร้อยละ 33.85 และอาจจะสูญเสียผลประโยชน์จากการลงทุนของคนต่างด้าวในตลาดหลักทรัพย์ เป็นร้อยละ 29.78

ผู้ตอบแบบสอบถามมีทัศนคติทั้งยอมรับและไม่ยอมรับการมีตัวแทนอำพรางโดยให้เหตุผลดังตารางที่ 5

ตารางที่ 5 ความคิดเห็นต่อการมีตัวแทนอำพราง

ความคิดเห็นที่ยอมรับไม่ได้กับตัวแทนอำพราง (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)			ความคิดเห็นในการที่ยอมรับการที่ให้มี ตัวแทนอำพรางได้ (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)		
ประเด็น	จำนวน	ร้อยละ	ประเด็น	จำนวน	ร้อยละ
เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย	145	45.45	กฎหมายที่ใช้อยู่มี ช่องว่างเอื้อให้ สามารถกระทำได้	49	15.36
เป็นภัยต่อความมั่นคง ของประเทศไทย	134	42.00	เป็นเรื่องปกติ ในสังคมไทย	24	7.52
ทำให้ที่ดินตกอยู่ในมือ ของคนต่างด้าว	132	41.38	เป็นประโยชน์แก่ ประเทศในการนำ เงินตราต่างประเทศ เข้ามาในประเทศไทย	18	5.64
เป็นการเอาเปรียบผู้ที่ดำเนินการ ถูกต้องตามกฎหมาย	121	37.93	เป็นเรื่องต่างตอบแทน ในระหว่างประเทศ ที่มีความสัมพันธ์กัน	14	4.39
เป็นเรื่องเฉพาะกลุ่มคนที่มีอำนาจ	95	29.78	เป็นเรื่องไกลตัวและ ไม่เกี่ยวข้องกับผู้ตอบ แบบสอบถาม	8	2.51
			ผู้ที่เป็นตัวแทนอำพราง ได้ประโยชน์	8	2.51

จากตารางที่ 5 แสดงให้เห็นว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่มีความคิดเห็นว่า ยอมรับไม่ได้กับการมีตัวแทนอำพรางในสังคมไทย โดยมีเหตุผล คือ เป็นการเลี่ยงกฎหมาย ร้อยละ 45.45 เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศไทย ร้อยละ 42.00 และทำให้ที่ดินตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว ร้อยละ 41.38 เป็นการเอาเปรียบผู้ที่ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมาย ร้อยละ 37.93 เรื่องตัวแทนอำพรางเป็นเรื่องที่เกิดขึ้นเฉพาะกลุ่มคนที่มีอำนาจร้อยละ 29.78 ตามลำดับ

นอกจากนี้ มีผู้ตอบแบบสอบถามบางส่วนที่ยอมรับการมีตัวแทนอำพรางเกิดขึ้นได้ก็เพราะกฎหมายที่มีอยู่มีช่องว่างเอื้อให้สามารถกระทำได้มากถึงร้อยละ 15.36 และมีผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่าเป็น

เรื่องปกติของสังคมไทยร้อยละ 7.52 และเห็นว่าเป็นประโยชน์แก่ประเทศในการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทยร้อยละ 5.64 นอกจากนี้ เรื่องของการเอื้อประโยชน์กันในระหว่างประเทศที่มีความสัมพันธ์กันที่จะกระทำการในทางต่างตอบแทนซึ่งกันและกัน เพื่อให้ต่างฝ่ายต่างได้ประโยชน์ด้วยกัน ซึ่งมีผู้ตอบแบบสอบถามยอมรับกับเรื่องนี้ร้อยละ 4.39 ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า เป็นเรื่องไกลตัวและไม่เกี่ยวข้องกับผู้ตอบแบบสอบถามร้อยละ 2.51 และผู้ที่เป็นตัวแทนอำพรอาจได้ประโยชน์จากการกระทำของตนร้อยละ 2.51

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิให้ความเห็นเกี่ยวกับ เรื่อง “ตัวแทนอำพร” ตรงกันว่า เป็นเรื่องที่กำลังเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่งในปัจจุบัน และยังส่งผลกระทบอันก่อให้เกิดปัญหาต่อประเทศชาติในหลายๆ ด้าน ไม่ว่าจะเป็นความเสียหายที่มีต่อเศรษฐกิจของประเทศไทย ความเสียหายทางด้านความมั่นคงและความเสียหายของทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น โดยลักษณะและธรรมชาติของตัวแทนอำพรที่เกี่ยวพันกับคนต่างด้าว ยังคงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและมักจะมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด เพื่อป้องกันหรือปราบปรามนั้น เนื่องจากผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเองที่มีส่วนอย่างมากในการหาช่องทางหลีกเลี่ยงข้อบังคับและกฎเกณฑ์ต่างๆ ทั้งที่บุคคลผู้ให้คำปรึกษาด้านกฎหมายหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเหล่านั้น โดยมากจะเป็นคนไทยแต่กลับเห็นแก่ประโยชน์เพียงเล็กน้อยมากกว่าความเสียหายที่จะเกิดต่อประเทศชาติ ดังนั้น ผู้ที่ให้สัมภาษณ์เกือบทั้งหมดจึงเห็นวามมาตรการที่จะมีผลอย่างยั่งยืนสำหรับการแก้ไขปัญหาและความเสียหายอันเกิดจากตัวแทนอำพรนอกจากมาตรการทางกฎหมายที่เข้มแข็งแล้ว การปลูกฝังจิตสำนึกและการให้การศึกษาแก่เยาวชนและเผยแพร่ปัญหาเรื่องตัวแทนอำพรให้แก่สังคมได้รับรู้ผ่านทางสื่อมวลชนก็จะเป็นทางออกของการแก้ปัญหาที่ควรเร่งดำเนินการโดยเร็ว

นอกจากนี้ ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นตรงกันว่า การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรส่งผลร้ายต่อประเทศในด้านความมั่นคง เศรษฐกิจและสังคม การผูกขาดทางการค้า การทุจริตของข้าราชการ ความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการหรือทำธุรกิจได้ แม้ว่ากฎหมายห้าม จึงเกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้คนเสื่อมศรัทธาต่อการบังคับใช้กฎหมายของประเทศ ก่อให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน เพราะผู้กระทำความผิดวังแต่นำไปพ้นจากความรับผิดชอบ ในทางเดียวกันผู้ให้สัมภาษณ์บางรายตั้งข้อสังเกตว่าผลร้ายที่เกิดแก่ทรัพยากรธรรมชาติ เช่น ที่ดินและแหล่งท่องเที่ยวทางธรรมชาติ เช่น ภูเขา ชายหาด เกาะ เป็นต้น กำลังทวีความรุนแรงมากขึ้น แต่ประชาชนทั่วไปยังไม่ทราบถึงความรุนแรงดังกล่าว เพราะมักจะมีลักษณะค่อยเป็นค่อยไปและไม่ค่อยเปลี่ยนแปลงสภาพข้อเท็จจริงในการใช้ที่ดิน

4. กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพร

4.1 ประสิทธิภาพของกฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้อง

จากการศึกษาประสิทธิภาพของการใช้กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันจะป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพร พบข้อมูลดังตารางที่ 6

ตารางที่ 6 ประสิทธิภาพของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง

ลำดับที่	ประสิทธิภาพของกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	มีกฎหมายแต่ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงจังในทางปฏิบัติ	148	46.40
2	เจ้าหน้าที่รับเงินเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การทำธุรกรรม	95	29.80
3	บทกำหนดโทษไม่รุนแรงพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมาย	87	27.30
3	บทบัญญัติของกฎหมายที่มีในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงเรื่องตัวแทนอำพราง	87	27.30
5	กฎหมายล้าหลังไม่ทันสมัย	69	21.60
6	ไม่ทราบ	59	18.50
7	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	1	0.31

จากตารางที่ 6 พบว่าในเรื่องกฎหมายไม่สามารถบังคับได้อย่างจริงจังในทางปฏิบัติ ร้อยละ 46.40 และในส่วนของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางนั้น ส่วนหนึ่งรับเงินสินบน (เงินใต้โต๊ะ) เพื่ออำนวยความสะดวกแก่การทำธุรกรรมในขั้นตอนต่างๆ มีมากถึงร้อยละ 29.80 บทบัญญัติของกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงเรื่องตัวแทนอำพราง และบทกำหนดโทษในกฎหมายที่มีอยู่ไม่รุนแรงพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมาย และบทบัญญัติของกฎหมายที่มีในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงพบร้อยละ 27.30 ส่วนกฎหมายที่มีอยู่ล้าหลังตามไม่ทันเหตุการณ์ ร้อยละ 21.60

จากการศึกษามาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นต่อมาตรการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวดำเนินการในประเทศไทย ดังตารางที่ 7

ตารางที่ 7 มาตรการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวดำเนินการในประเทศไทย

ลำดับที่	มาตรการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	สร้างมาตรการและกลไกในการใช้กฎหมายอย่างเข้มงวด	171	53.60
2	เพิ่มบทลงโทษกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด	142	44.51
3	มาตรการทางกฎหมายที่มีโทษทางอาญานักขึ้น	139	43.57

ลำดับที่	มาตรการควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
4	กำหนดเขตที่ดินที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าครอบครองให้ชัดเจน เช่น พื้นที่สีเขียวเพื่อใช้เกษตรกรรม	130	40.75
5	ตั้งองค์กรเพื่อคอยติดตามควบคุมและตรวจสอบเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจโดยเฉพาะ	119	37.30
6	กำหนดจำนวนที่ดินหรือสัดส่วนที่ดินที่แน่นอนสำหรับคนต่างด้าวในการเข้าครอบครองใช้ประโยชน์ เช่น ไม่เกินร้อยละสิบของที่ดินทั่วประเทศ	97	30.41
7	กำหนดกระบวนการอนุญาตเช่าและการซื้อขายทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจให้มีขั้นตอนที่มากยิ่งขึ้น	96	30.10
8	กำหนดเงินรางวัลให้เจ้าหน้าที่ที่เข้าจับกุม และกำหนดเงินสินบนให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสการกระทำความผิด	64	20.06
9	กำหนดจำนวน/สัดส่วนของคนต่างด้าวต่อคนไทยที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น คนต่างด้าว 1 คน ต่อคนไทย 10 คน	45	14.11

จากตารางที่ 7 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า รัฐควรสร้างมาตรการและกลไกในการใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดเพื่อมิให้เกิดการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจซึ่งมีผู้เห็นด้วยกับการสร้างมาตรการและกลไกในการใช้กฎหมายอย่างเข้มงวดมากเป็นอันดับแรกถึงร้อยละ 53.60 ส่วนการให้มีการเพิ่มทลงโฆษกรณิเจ้าพนักงานของรัฐมีส่วนร่วมในการกระทำความผิดมีมากถึงร้อยละ 44.51 และเพิ่มมาตรการทางกฎหมายที่มีโทษทางอาญานักขึ้นแก่ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจมากถึงร้อยละ 43.57 รวมทั้งเห็นด้วยกับมาตรการที่จะกำหนดเขตที่ดินที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวครอบครองให้ชัดเจน เช่น พื้นที่สีเขียวที่จะอนุรักษ์ไว้เพื่อใช้ในเกษตรกรรมเป็นร้อยละ 40.75 และเห็นควรที่จะให้มีการจัดตั้งองค์กรเพื่อคอยติดตามควบคุมและตรวจสอบเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจโดยเฉพาะเป็นร้อยละ 37.30

นอกจากนี้ ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการกำหนดจำนวนที่ดินหรือสัดส่วนจำนวนที่ดินที่แน่นอน สำหรับคนต่างด้าวในการเข้าครอบครองใช้ประโยชน์ (ทั้งที่ถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครอง เช่น การเช่า) ไม่เกินจำนวนที่กำหนด เช่น ร้อยละ 10 ของที่ดินทั่วประเทศ ซึ่งกรณีดังกล่าวมีผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วย ร้อยละ 30.41 ในขณะที่การกำหนดจำนวน/สัดส่วนของคนต่างด้าวต่อคนไทยที่จะสามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ (เช่น คนต่างด้าว 1 คนต่อคนไทย 10 คน) ซึ่งก็มีผู้เห็นด้วยในมาตรการนี้ ร้อยละ 14.11

4.2 การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาด่วนเฉพาะ

จากการศึกษาพบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามมีทั้งเห็นว่าการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่สามารถแก้ไขปัญหาด่วนเฉพาะได้และไม่สามารถแก้ไขปัญหาด่วนเฉพาะ ดังตารางที่ 8 ต่อไปนี้

ตารางที่ 8 การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาด่วนเฉพาะ

การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อใช้บังคับกับด่วนเฉพาะโดยเฉพาะ			การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ แก้ไขปัญหาด่วนเฉพาะไม่ได้		
	จำนวน	ร้อยละ		จำนวน	ร้อยละ
กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ย่อมมีความทันสมัยและเป็นเครื่องมือในการป้องกันการกระทำความผิด	109	34.17	ยังคงมีการหาช่องทางกระทำผิดในทางอื่นต่อไป	97	30.41
กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น	87	27.27	เชื่อว่ากฎหมายใหม่ยังคงไม่มีความชัดเจนเพียงพอ	36	11.28
กฎหมายคือมาตรการที่ดีที่สุดในการควบคุมการดำเนินการโดยอาศัยด่วนเฉพาะ	84	26.33	น่าจะมีมาตรการอื่นที่ดีกว่านี้	26	8.15

จากตารางที่ 8 พบว่ามีผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า การบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่เพื่อใช้บังคับกับด่วนเฉพาะโดยเฉพาะย่อมช่วยแก้ปัญหาด่วนเฉพาะได้ เพราะกฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ย่อมมีความทันสมัยและเป็นเครื่องมือในการป้องกันการกระทำผิดเป็นร้อยละ 34.17 กฎหมายใหม่ย่อมมีความชัดเจนมากขึ้นเป็นร้อยละ 27.27 และผู้ตอบแบบสอบถามที่เห็นว่า กฎหมายคือมาตรการที่ดีที่สุดในการควบคุมเรื่องด่วนเฉพาะมีถึงร้อยละ 26.33

ในขณะที่ผู้ตอบแบบสอบถามบางส่วนเห็นว่า แม้จะมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่ก็ยังคงมีการหลีกเลี่ยงหาช่องทางกระทำผิดในส่วนที่เกี่ยวข้องกับด่วนเฉพาะในทางอื่นได้อีก เป็นร้อยละ 30.41 และผู้ตอบแบบสอบถามอีกจำนวนหนึ่ง ร้อยละ 11.28 เชื่อว่าแม้มีกฎหมายใหม่บัญญัติขึ้นมาก็ยังคงไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ผู้ตอบแบบสอบถามอีกร้อยละ 8.15 เห็นว่า น่าจะมีมาตรการอื่นที่ดีกว่านี้

4.3 การกำหนดบทลงโทษที่เกี่ยวข้องกับด่วนเฉพาะ

จากการศึกษาเกี่ยวกับการกำหนดบทลงโทษแก่ด่วนเฉพาะและผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องจากการศึกษาพบว่า ถ้ามีการกำหนดบทลงโทษหนักขึ้น ผู้ตอบแบบสอบถามมีความเห็นดังตารางที่ 9

ตารางที่ 9 การกำหนดบทลงโทษแก่ตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องให้หนักขึ้น

ลำดับที่	การกำหนดบทลงโทษ (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	มีการกระทำความผิดน้อยลง	163	51.10
2	ก่อให้เกิดรูปแบบการกระทำความผิดซับซ้อนมากยิ่งขึ้น	154	48.28
3	ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงใดเลย	33	10.34
4	ไม่มีการกระทำความผิดอีกเลย	9	2.82

จากตารางที่ 9 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า การกำหนดบทลงโทษหนักขึ้นน่าจะมีการกระทำความผิดน้อยลงเป็นร้อยละ 51.10 อีกส่วนหนึ่งของผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า จะก่อให้เกิดรูปแบบการกระทำความผิดซับซ้อนมากยิ่งขึ้นเป็นร้อยละ 48.28

ส่วนผู้ตอบแบบสอบถามที่เห็นว่า ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงได้เลยเป็นร้อยละ 10.34 และที่ผู้ตอบแบบสอบถามว่า ไม่มีการกระทำความผิดอีกเลยเป็นร้อยละ 2.82 ซึ่งเป็นตัวเลขจำนวนร้อยละที่น้อยมาก

อนึ่ง จากการศึกษาพบว่า หากเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ควรจะมีการกำหนด ดังตารางที่ 10

ตารางที่ 10 การเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ลำดับที่	การเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษ (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	กำหนดให้มีโทษอาญา (จำคุกและ/หรือปรับ) ในทุกฐานความผิด	159	49.80
2	กำหนดให้ผู้สนับสนุนหรือผู้ให้คำปรึกษาหรือบุคคลใด ซึ่งอำนวยความสะดวกต้องรับโทษเท่ากับตัวแทนอำพราง	149	46.70
3	กรณีผู้มีส่วนกระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ ให้กำหนดโทษทางวินัยร้ายแรง	146	45.80
4	กำหนดจำนวนปีที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นตัวการ	88	27.60
5	กำหนดโทษขั้นสูงให้เนรเทศคนต่างด้าว	74	23.20
6	เพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นอีก 2 เท่าตัว	66	20.70
7	เพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นอีก 1 เท่าตัว	24	7.52
8	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	2	0.63

จากตารางที่ 10 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า ควรกำหนดให้มีโทษอาญาในทุกฐานความผิด เป็นร้อยละ 49.80 กำหนดให้ผู้สนับสนุนหรือผู้ให้คำปรึกษาหรือบุคคลใดซึ่งอำนวยความสะดวกต้องรับโทษ เท่ากับตัวแทนอำพรางคิดเป็นร้อยละ 46.70 หากผู้กระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐให้มีการกำหนดโทษ ทางวินัยร้ายแรงเป็นร้อยละ 45.80 และเห็นว่าควรกำหนดจำนวนปี (ระยะเวลา) ที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาใน ราชอาณาจักรอีกเป็นร้อยละ 27.60 นอกจากนี้ การกำหนดโทษขั้นสูงที่จะลงแก่คนต่างด้าวที่เป็นตัวการถึง ขั้นเนรเทศมีผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยเป็นร้อยละ 23.20 และการเพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นอีกสอง เท่าตัวและหนึ่งเท่าตัวจากฐานความผิดเดิมนั้นผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยคิดเป็นร้อยละ 20.70 และ 7.52 ตามลำดับ

ส่วนการผ่อนผันเพื่อช่วยผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง ผู้ตอบแบบสอบถามมีทั้งเห็น ด้วยและไม่เห็นด้วย ดังตารางที่ 11

ตารางที่ 11 การผ่อนผันเพื่อช่วยผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง

การเห็นด้วยกับการผ่อนผันเพื่อช่วย ผู้กระทำผิดที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)			การไม่เห็นด้วยกับการผ่อนผันเพื่อช่วยผู้กระทำผิด ที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)		
ประเด็น	จำนวน	ร้อยละ	ประเด็น	จำนวน	ร้อยละ
เป็นการจูงใจให้แก้ไขการ กระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถูกต้องตามกฎหมาย	89	27.90	ไม่ควรให้โอกาสผู้กระทำ ความผิดไม่ต้องรับโทษ	88	27.57
เป็นการผ่อนปรนเพื่อไม่ให้เกิด ผลกระทบหรือมีผลกระทบน้อย ที่สุดต่อความสัมพันธ์ระหว่าง ประเทศและประเทศอื่น	82	25.70	ผู้กระทำความผิดจะไม่ ยอมกลับใจแก้ไข	54	16.93
ช่วยลดการต่อต้านกฎหมาย ดังกล่าว	61	19.12			
อื่นๆ (ไม่ระบุ)	3	0.94	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	4	1.25

จากตารางที่ 11 พบว่า มีผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นด้วยกับการผ่อนผันเพื่อช่วยผู้กระทำผิด ที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง โดยผู้ตอบแบบสอบถามเห็นด้วยกับการผ่อนผัน เพื่อเป็นการจูงใจให้แก้ไข การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ถูกต้องตามกฎหมายซึ่งเป็นร้อยละ 27.90 และเห็นว่าเป็นการผ่อนปรน เพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบหรือมีผลกระทบน้อยที่สุดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและประเทศอื่น

เป็นร้อยละ 25.70 ส่วนผู้ตอบแบบสอบถามที่เห็นว่า การผ่อนผันจะเป็นการช่วยลดการต่อต้านกฎหมาย ควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเป็นร้อยละ 19.12

ส่วนผู้ตอบแบบสอบถามที่ไม่เห็นด้วย พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามเห็นว่า ไม่ควรให้โอกาส ผู้กระทำความผิดที่จะไม่ต้องรับโทษร้อยละ 27.57 และเห็นว่าผู้กระทำความผิดจะไม่ยอมกลับใจแก้ไขเป็นร้อยละ 16.93

ผลจากสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิมีความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันว่ามีประสิทธิภาพที่จะป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางหรือไม่นั้น กลุ่มของผู้ทรงคุณวุฒิที่ให้สัมภาษณ์ดังกล่าวมีความเห็นแบ่งออกเป็นสองฝ่าย ฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพเพียงพอสามารถจะเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดได้ แต่ปัญหาใหญ่อยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย ในขณะที่กลุ่มของผู้ทรงคุณวุฒิอีกฝ่ายหนึ่งกลับมีความเห็นว่า กฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันไม่มีประสิทธิภาพที่ดีพอ จึงควรมีการแก้ไขกฎหมายหรือจัดทำกฎหมายใหม่ให้ชัดเจนและเหมาะสมกับสถานการณ์มากขึ้น เช่น พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่มีความชัดเจนว่าในเรื่องของลักษณะความผิด จึงเห็นสมควรที่จะแก้ไขกฎหมายให้มีบทบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า นิติบุคคลลักษณะใด เป็นนิติบุคคลที่เป็นตัวแทนอำพรางของคนต่างชาติ รวมทั้งควรจะต้องจัดตั้งคณะกรรมการแก้ไขข้อกฎหมายขึ้นมาหนึ่งชุดเพื่อเข้าทำหน้าที่ดูแลและแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันนี้ นอกจากนี้ ยังเห็นสมควรที่จะให้มีกฎหมายโดยเฉพาะที่กำหนดโทษของการเป็นตัวแทนอำพรางให้ชัดเจนและให้มีบทลงโทษสถานหนัก นอกจากนี้ ในปัจจุบันนี้ยังไม่มีกฎหมายโดยตรงที่จะใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิดที่เป็นตัวแทนอำพราง

ส่วนของมาตรการที่จะช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบในประเทศไทย ผู้ทรงคุณวุฒิทั้งหมดเห็นพ้องกันว่า มาตรการทางกฎหมาย เป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นกว่ามาตรการอื่นๆ เพราะกฎหมายสามารถใช้บังคับและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกระทำความผิดที่จะช่วยควบคุม แต่ปัจจุบันไม่มีการใช้บังคับอย่างจริงจัง ซึ่งมาตรการทางภาษีก็เป็นอีกมาตรการที่ผู้ทรงคุณวุฒิหลายท่านได้ให้ความเห็นว่าน่าจะมีผลในการปฏิบัติที่เป็นรูปธรรม หรือการกำหนดให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าออกมาตรการที่เหมาะสมในการควบคุมและตรวจสอบ การกำหนดให้กรมที่ดินต้องดำเนินการตรวจสอบอย่างรัดกุมก่อนจดทะเบียนสิทธิในที่ดิน และกว่าร้อยละแปดสิบเห็นว่าถึงเวลาที่หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมที่ดิน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย ต้องจัดระบบข้อมูลภายในของแต่ละหน่วยงานให้มีประสิทธิภาพมากที่สุดและสามารถเชื่อมโยงข้อมูลกันได้ พร้อมทั้งมีการอบรมบุคลากร เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความสามารถในการตรวจสอบ กำหนดให้มีการจัดทำรายงานการตรวจสอบและให้รายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ/หรือ หน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และมีการทำความตกลงร่วมมือกันในการเข้าถึงฐานข้อมูลที่เกี่ยวข้องซึ่งกันและกันเพื่อให้ข้อมูลของแต่ละหน่วยงานสามารถส่งเสริมและสนับสนุนอย่างเป็นระบบและเกิดประโยชน์สูงสุด พร้อมกัน

นั้นควรที่จะให้ประชาชนมีส่วนร่วมให้มากที่สุดในการบวนการแก้ไขปัญหายุ่งยากขึ้นตอน เช่น ให้รางวัลสำหรับประชาชนผู้แจ้งเบาะแสว่ามีนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง

ผู้ทรงคุณวุฒิประมาณสองในสาม เห็นว่า ควรกำหนดเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เช่น เพิ่มโทษเป็นสองเท่าจากกฎหมายที่กำหนดโทษในปัจจุบัน รวมถึงต้องปรับเปลี่ยนหรือเพิ่มวิธีการลงโทษอื่นให้หนักกว่าที่มีอยู่ในปัจจุบัน เช่น แต่เดิมมีเพียงโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 1 แสน ถึง 1 ล้านบาท ซึ่งเห็นว่าควรที่จะกำหนดบทลงโทษให้รุนแรงมากยิ่งขึ้น เช่น นอกจากจะริบอสังหาริมทรัพย์เป็นของแผ่นดินแล้ว หรือในบางกรณีอาจจะนำออกขายทอดตลาด โทษปรับก็ให้ยึดราคาของอสังหาริมทรัพย์ที่ประเมินได้อยู่ในขณะนั้น เป็นค่าปรับ ส่วนอัตราโทษจำคุกก็กำหนดให้เป็น 5 ปี รวมทั้งให้ปิดนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นมาโดยอาศัยตัวแทนอำพรางโดยทันทีจึงจะสามารถแก้ปัญหาได้

ส่วนกลุ่มที่เหลืกลับมีความเห็นว่า การเพิ่มโทษไม่มีผลต่อผู้กระทำความผิดกลุ่มนี้ เพราะผู้ที่กระทำความผิดจะไม่คำนึงถึงบทลงโทษเพราะเมื่อเปรียบเทียบกับแล้ว ผลประโยชน์ที่จะได้รับสูงมาก ส่วนเรื่องของการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางไม่ต้องรับโทษหากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกต้องกฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (GRACE PERIOD) เช่น 1 ปี หรือจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอกภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนด ผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนใหญ่เห็นด้วยเพราะเป็นเรื่องที่กฎหมายทั่วไปก็มักจะมีช่วงเวลาดังกล่าวเช่นกันกับกรณีอาชญากรรมที่เปิดโอกาสให้ผู้กลับตัวแสดงเจตนาดังกล่าวแล้วไม่ต้องรับโทษ ซึ่งกรณีนี้ก็จะสอดคล้องกับการกำหนดโทษที่สูงมากได้โดยในเบื้องต้นก็สมควรที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวหรือแก้ไขให้ถูกต้องก่อน แต่หากเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้ให้ไว้แล้วยังไม่แก้ไขให้ถูกต้องก็จะต้องได้รับโทษในอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่มีการผ่อนผันใดๆ มีเพียงความเห็นของผู้ให้สัมภาษณ์ส่วนน้อย เห็นว่าผู้ที่กระทำความผิดทราบอยู่ตลอดมาว่ากระทำความผิดจึงไม่ควรจะมีช่วงเวลาดังกล่าว อีกทั้ง การกำหนดช่วงเวลาลักษณะดังกล่าวจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่พยายามแก้ไขสิ่งที่ไม่ถูกต้องเพราะอาจคาดเดาว่า ช่วงเวลาดังกล่าวจะเกิดขึ้นอีกในอนาคตจึงยังไม่มี ความจำเป็นในปัจจุบัน

ผู้ให้สัมภาษณ์หลายท่าน ได้ให้ข้อเสนอแนะที่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอำพราง เพื่อให้สามารถบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพว่า ควรจะตรากฎหมายเฉพาะออกมาใช้บังคับ มีวิธีการติดตามและตรวจสอบที่จริงจัง เพื่อให้เกิดการบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพพร้อมกับทบทวนกฎหมายที่มีอยู่เพื่อเพิ่มผลในการบังคับใช้ เพราะมักจะมีช่องโหว่ในส่วนของการบังคับใช้อย่างไม่จริงจัง รวมไปถึงภาครัฐต้องให้การสนับสนุนงบประมาณและบุคลากร รมรณรงค์ประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนโดยทั่วไปได้รับทราบเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางว่า มีผลเสียอย่างใดกับประเทศชาติ พร้อมกับให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหา เช่น แจ้งเบาะแสดของนิติบุคคลที่มีลักษณะตัวแทนอำพราง และมีการย้ำหลายครั้งที่ให้ความเห็นที่ตรงกันว่า มาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอำพราง จะเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บุคคล

ไม่กล้ากระทำความผิด หากมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวมีความชัดเจน รวดเร็วและมีมาตรการที่มีการลงโทษอย่างเด็ดขาด

5. มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจ

จากการศึกษาพบว่า มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจ มีดังตารางที่ 12

ตารางที่ 12 มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจ

ลำดับที่	มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิด (เลือกได้มากกว่า 1 ข้อ)	จำนวน	ร้อยละ
1	ให้การศึกษาและปลูกฝังจิตสำนึกให้ทงแผนผลประโยชน์ของประเทศไทย	189	59.28
2	หน่วยงานที่รับผิดชอบและเกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามที่อย่างตรงไปตรงมา	181	56.73
3	ให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการอย่างจริงจังเพื่อให้ประชาชนทราบถึงบทลงโทษที่หนักขึ้น	163	51.10
4	เผยแพร่ประชาสัมพันธ์ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดให้มากที่สุด	141	44.20
5	อื่นๆ (ไม่ระบุ)	7	2.19

จากตารางที่ 12 พบว่า ผู้ตอบแบบสอบถามส่วนใหญ่เห็นว่า มาตรการที่จะปลูกจิตสำนึกเพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจ ได้แก่ การให้การศึกษาและปลูกฝังจิตสำนึกให้คนไทยทงแผนผลประโยชน์ของประเทศไทยมากที่สุดร้อยละ 59.28 รองลงมาคือ หน่วยงานที่รับผิดชอบและเกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามที่อย่างตรงไปตรงมา ร้อยละ 56.73 หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการอย่างจริงจังเพื่อให้ประชาชนทราบถึงบทลงโทษที่หนักขึ้น ร้อยละ 51.10 และเผยแพร่ประชาสัมพันธ์ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดให้มากที่สุด ร้อยละ 44.20 ตามลำดับ

ผลจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ พบว่า มาตรการที่สามารถ “ปลูกจิตสำนึกการทงแผนดินแดนและการรักษาผลประโยชน์ของชาติ” จะเป็นมาตรการที่ควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจได้อีกช่องทางหนึ่ง ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นตรงกันว่านอกจากการดำเนินการทางกฎหมาย โดยอาจจะแทรกเรื่องดังกล่าวไว้ในวิชาสังคมศึกษา เพื่อให้นักเรียน นักศึกษา เยาวชนได้รับทราบเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่กำลังเกิดขึ้นและที่อาจเกิดมีขึ้นต่อไปในภายหน้า โดยระบุไว้ในหลักสูตรการศึกษาว่า การกระทำที่มีลักษณะตัวแทนอำนาจเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เป็นการทำให้คนไทยต้องเสียหายจากการสูญเสียที่อยู่อาศัย สูญเสียที่ทำมาหากิน อันนำไปสู่การทำให้ประเทศไทยต้องเสียหาย เท่ากับว่าให้เป็นการปลูกจิตสำนึกตั้งแต่วัยเรียน เมื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่จะได้มีจิตสำนึกที่ดี คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศไทยเป็นหลัก นอกจากนี้ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย เช่น กรมที่ดิน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า ควรจะดำเนินการโฆษณาประชาสัมพันธ์ทั้งทางสื่อวิทยุ

โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ เพื่อให้ประชาชนคนไทยได้รับทราบอย่างทั่วถึงว่า ขณะนี้กำลังเกิดการทำธุรกรรมที่ใช้ตัวแทนอำพรางมากขึ้น โดยแจกแจงผลเสียที่เกิดขึ้นให้ประชาชนและเยาวชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหา และได้ทราบถึงพิษภัยของการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางว่ามีผลร้ายต่อประเทศชาติอย่างไร และต้องช่วยกันรณรงค์ให้หน่วยราชการที่เกี่ยวข้องร่วมมือกันตรวจสอบ และป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำธุรกรรมของตัวแทนอำพราง โดยจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายที่เป็นมาตรการในการลงโทษ แก่ผู้กระทำและผู้สนับสนุนให้มีการกระทำอย่างเด็ดขาด

บทที่ 5

อภิปรายผล

การทำธุรกรรมอำพรางของคนต่างด้าวโดยอาศัยผู้มีสัญชาติไทยในประเทศไทยเพิ่มขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้เกิดผลกระทบทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ทั้งนี้ ในการดำเนินการตรวจสอบการทำธุรกรรม รัฐได้มีมาตรการในการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงินโดยการตราพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 กำหนดให้การทำธุรกรรมทางการเงินต้องมีการรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยแบ่งระดับของการทำธุรกรรมออกเป็นสามประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ ประเภทแรก คือ การทำธุรกรรมที่ต้องรายงานต่อสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เช่น 1) สถาบันการเงิน 2) สำนักงานที่ดิน 3) ผู้ประกอบอาชีพตามมาตรา 13 (ธุรกรรมที่ใช้เงินสดและธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย) ประเภทที่สอง คือ ธุรกรรมที่ได้รับการยกเว้นที่ไม่ต้องรายงาน ได้แก่ ธุรกรรมที่เข้าหลักเกณฑ์ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2543) แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 13 (พ.ศ. 2554) เช่น การทำธุรกรรมเกี่ยวกับการโอนเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ การชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์และการบริการชำระเงิน และประเภทที่สาม คือ ธุรกรรมที่ไม่ต้องรายงาน เช่น การทำธุรกรรมเกี่ยวกับกองทุนสำรองเลี้ยงชีพ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม แม้จะได้มีการออกมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวเพื่อดำเนินการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงินแล้วก็ตาม แต่การกระทำที่เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายในรูปแบบธุรกรรมอำพรางกลับยังมีจำนวนมากขึ้น ดังนั้น เพื่อให้การศึกษาปรากฏผลอย่างถูกต้องตามข้อเท็จจริงมากที่สุดแม้จะไม่สามารถปรากฏหลักฐานทางเอกสารในการศึกษาค้นคว้าข้อมูล ผู้วิจัยจึงได้ดำเนินการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิและจัดทำแบบสอบถามไปยังบุคคลต่างๆ เช่น เจ้าหน้าที่ของรัฐ พนักงานรัฐวิสาหกิจ กลุ่มธุรกิจเอกชน และประชาชนทั่วไป ซึ่งสามารถสรุปและอภิปรายผลได้ ดังนี้

1. ลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมอำพรางในประเทศไทย

การทำธุรกรรมในลักษณะตัวแทนอำพรางในประเทศไทย มีหลากหลายรูปแบบ จำแนกประเภทไปตามเฉพาะเรื่อง จากการศึกษาข้อมูลทางเอกสารประกอบกับการสำรวจข้อมูลจากแบบสอบถาม พบว่ามี 2 รูปแบบหลักที่สามารถพบเห็นและเป็นสาระสำคัญในปัจจุบัน ได้แก่ 1) การทำธุรกรรมอำพรางในการประกอบกิจการธุรกิจ ประเภทหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ และ 2) การทำธุรกรรมอำพรางที่เป็นการถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้

1.1) การประกอบกิจการธุรกิจประเภทหุ้นในตลาดหลักทรัพย์

ข้อมูลการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือหุ้น จากการรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางพบว่า การทำธุรกรรมที่มีการจัดตั้งตัวแทนอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยง

กฎหมาย ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญทั่วไป โดยเฉพาะการทำรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว มีการทำรัฐธรรมนูญที่ตั้งตัวแทนอำนาจเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้น เช่น การตั้งตัวแทนมา อำนาจผู้ถือหุ้นที่แท้จริง การปันหุ้น การฟอกเงิน กิจการเป็นของผู้มีสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าวมียานาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างด้าวถือบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีอาชีพที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจที่ลงทุนมาถือหุ้นแล้วใช้สิทธิออกเสียงตามที่คนต่างด้าวต้องการ เป็นต้น

ผลจากการวิเคราะห์ในบทที่ 4 จากทั้งแบบสอบถามและการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ แม้ว่าปัจจุบันมีกฎหมายควบคุมและห้ามบุคคลทำธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายอยู่แล้วก็ตาม แต่ผลการเก็บรวบรวมข้อมูลพบว่า กฎหมายที่ควบคุมธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจยังไม่สามารถบังคับใช้ได้ทางปฏิบัติ เนื่องจากบทบัญญัติของกฎหมายยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับลักษณะหรือพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นธุรกรรมเกี่ยวกับตัวแทนอำนาจไว้อย่างชัดเจน ประกอบกับ กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจยังเกี่ยวข้องกับหน่วยงานของรัฐหลายหน่วยงาน ซึ่งยังไม่มี ความชัดเจนเกี่ยวกับการประสานงานด้านข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมที่เป็นความผิด รวมทั้งยังไม่มีหน่วยงานที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะทางที่จะพิจารณาเกี่ยวกับธุรกรรมที่อาศัยตัวแทนอำนาจเพื่อเลี่ยงกฎหมาย และพิจารณาทำธุรกรรมที่มีความชัดเจนเพียงพอ

นอกจากนี้ บทกำหนดโทษของกฎหมายเท่าที่บังคับใช้อยู่ปัจจุบันไม่รุนแรงเพียงพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมาย

1.2) การถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์

การเก็บรวบรวมข้อมูลเกี่ยวกับการถือครองที่ดินและสังหาริมทรัพย์ได้ดำเนินการวิเคราะห์เกี่ยวกับการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายประการหนึ่งเกิดจากการที่รัฐจำกัดการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์มีเงื่อนไขและข้อจำกัดมาก ซึ่งสวนทางกับความจำเป็นในการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นต้นทุนสำคัญอย่างหนึ่งที่สร้างความมั่นคงให้การประกอบธุรกิจ นอกจากนี้ ในภาวะที่โลกเกิดการขาดแคลนอาหารสภาพอากาศแปรปรวนเนื่องจากโลกร้อนขึ้นส่งผลต่อการทำการเกษตรในหลายพื้นที่ในโลกทำให้คนต่างชาติมีเป้าหมายหาพื้นที่เพื่อผลิตอาหารหรือวัตถุดิบป้อนกลับไปยังประเทศของตนหรือเพื่อส่งไปขายยังประเทศที่สาม ซึ่งประเทศไทยเป็นหนึ่งในเป้าหมายของคนต่างด้าวในการหาพื้นที่เพื่อทำการเกษตรกรรม เช่น การทำนา ทำไร่ ทำสวน แต่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษไว้ในบัญชีที่หนึ่ง ทำให้คนต่างด้าวได้ใช้วิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยใช้บุคคลดำเนินการแทนในลักษณะของตัวแทนอำนาจในรูปแบบต่างๆ เช่น การสมรสกับคนไทย การเช่าหรือซื้อผ่านผู้มีสัญชาติไทย การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอนในภายหลัง การใช้นิติบุคคลซื้อที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์สูงกว่าราคาทุนจดทะเบียน เป็นต้น

นอกจากนี้ ผลการศึกษาปัญหาอีกประการหนึ่ง คือ การขาดการประสานงานหน่วยงานที่เกี่ยวข้องที่สำคัญ ได้แก่ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย กับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ในการ

ร่วมกันตรวจสอบการทำนิติกรรมที่มีลักษณะเข้าข่ายการทำธุรกรรมอำพราง เช่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะได้มีการตรวจสอบการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลสัญชาติไทยในกลุ่มต่างๆ เช่น กลุ่มธุรกิจการค้าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ กลุ่มธุรกิจการเกษตร กลุ่มธุรกิจที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นเกินร้อยละ 49 และกลุ่มพิเศษอื่นๆ¹¹¹ พบว่านิติบุคคลมีการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือมีการเพิ่มทุนจนมีสภาพที่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวแต่เคยรับโอนที่ดินในขณะที่เป็นนิติบุคคลไทย¹¹² แต่ไม่ได้มีการรายงานไปให้กรมที่ดินทราบเพื่อดำเนินการสั่งจำหน่ายที่ดิน หรือการใช้คนไทยถือครองหุ้นโดยผ่านความสัมพันธ์ทางครอบครัว เช่น การสมรส การถือครองโดยบุตร เป็นต้น การขาดการประสานงานหรือข้อมูลระหว่างหน่วยงานดังกล่าว จึงเป็นปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถตรวจสอบคนต่างด้าวที่อาศัยช่องว่างในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ โดยมีวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายโดยใช้บุคคลหรือนิติบุคคลผู้มีสัญชาติไทยดำเนินการแทนในลักษณะของตัวแทนอำพรางและ ในการเก็บรวบรวมข้อมูลการกระทำอันมีลักษณะตัวแทนอำพรางที่เกี่ยวกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สามารถพบการกระทำในรูปแบบต่างๆ ดังนี้

(1) การสมรสกับคนไทยแล้วให้คู่สมรสผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนตน แต่สิทธิในการใช้ประโยชน์ที่ดินต่างๆ นั้นยังคงเป็นของคนต่างด้าว ซึ่งการใช้ช่องทางนี้ในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าวในลักษณะตัวแทนอำพรางได้ปรากฏปัญหาที่มีการฟ้องร้องกันอยู่หลายกรณีในชั้นศาล เช่น การซื้อขายที่ดินและบ้าน¹¹³ ตึกแถว¹¹⁴ แทนสามีซึ่งเป็นคนต่างด้าว เป็นต้น แม้กรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมจะได้มีมาตรการป้องกันโดยให้คนไทยและคู่สมรสต่างด้าวยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกันต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมว่าเงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินนั้นเป็นสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทยแต่ฝ่ายเดียว มิใช่สินสมรสหรือทรัพย์สินที่หามาได้ร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หากพิสูจน์ได้ว่าการซื้อขายที่ดินนั้นมาในระหว่างอยู่กินฉันสามีภรรยา กับคนต่างด้าวจะเป็นผลให้คนต่างด้าวมีสิทธิในที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินและจะถือว่าการซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว แต่มาตรการดังกล่าวก็ยังไม่ประสบผล

¹¹¹ คำสั่งกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง โครงการตรวจสอบการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลสัญชาติไทย (นอมินี).

¹¹² สืบค้นจาก <http://www.ftawatch.org/all.news/18607>.

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 6136/2537

“ช. สามีของจำเลยเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินและบ้านพิพาทจาก อ. แต่ให้ ส. เป็นผู้ซื้อถือกรรมสิทธิ์แทน นิติกรรมการซื้อขายที่ดินและบ้านพิพาทระหว่าง ช. กับ อ. และนิติกรรมการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินและบ้านพิพาทของ ส. แทน ช. จึงมีวัตถุประสงค์ต้องห้ามขัดแย้งตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 และมาตรา 113 ตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3602/2536

“ว. ได้มาซึ่งที่ดินและตึกแถวพิพาทหลังจากที่ ว. และจำเลยเป็นสามีภริยาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ที่ดินและตึกแถวพิพาทย่อมตกเป็นสินสมรสของ ว. และจำเลย เมื่อ ว. เป็นคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินมิได้ เพราะเป็นการไม่ชอบด้วยประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 ที่ดินและตึกแถวพิพาทจึงเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลยซึ่งมีสัญชาติไทยแต่เพียงผู้เดียว”

อย่างที่ต้องการมากนัก แม้กรณีที่ดินจะได้ออกมาตราการป้องกันการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว¹¹⁵ เนื่องจากคนต่างด้าวยังคงต้องการหลักประกันในทรัพย์สินที่ตนได้ออกเงินหาซื้อ มา จึงยังคงมีการหลีกเลี่ยงให้เห็นในหลายพื้นที่ตามที่เป็นข่าวอยู่ในหน้าหนังสือพิมพ์อยู่เป็นระยะๆ เช่น ข่าวจากหนังสือพิมพ์โพสต์ทูเดย์ เรื่อง ชาวยุโรป เอเชีย ที่เข้ามาตั้งรกรากในประเทศไทยมีการใช้ผู้หญิงไทยเป็นตัวแทนอำพรางซื้อบ้านและที่ดินจำนวนมาก ซึ่งเป็นการทำผิดกฎหมาย เนื่องจากคนต่างด้าวไม่สามารถซื้อที่ดินได้ แม้ว่าจะนำสินสมรสมาซื้อก็ตาม¹¹⁶ ,

(2) การให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญากู้ยืม จำนองหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าวเพื่อเป็นหลักประกันในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ที่คนต่างด้าวเป็นผู้ออกเงินซึ่งเป็นการยากที่จะตรวจสอบ เช่น ข่าวคุณหาสน์ของเดวิด เบคแฮม นักฟุตบอลชื่อดังของประเทศอังกฤษมีที่ดินมากกว่าเจ็ดไร่¹¹⁷ ซึ่งในบทบัญญัติกฎหมายไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยได้ครบครัวละไม่เกินหนึ่งไร่ ดังนั้น กรณีมีบ้านอยู่บนเกาะสมุยที่มีเนื้อที่มากกว่าเจ็ดไร่จึงเป็นการถือครองที่มีลักษณะของตัวแทนอำพรางอย่างแนบเนียน นอกจากนี้ การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมายทำให้เกิดการฟ้องร้องกันในภายหลังอยู่หลายกรณีซึ่งพอจะยกตัวอย่างพอสังเขปตามคำพิพากษาศาลฎีกา ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2690 – 2691/2538 การที่โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวให้จำเลยที่ 1 ลงชื่อถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินพิพาทแทน การกระทำความผิดกล่าวแม้จะตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 แต่มาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวก็บัญญัติให้คนต่างด้าวจัดการจำหน่ายที่ดินภายในเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนด ฉะนั้น การได้มาซึ่งที่ดินของโจทก์จึงไม่เสียเปล่าทั้งหมดดังมีผลตามกฎหมายอยู่ จำเลยที่ 3 รับโอนที่ดินพิพาทจากจำเลยที่ 2 โดยสุจริตเสียค่าตอบแทนและจดทะเบียนโดยสุจริต การที่โจทก์มอบให้จำเลยที่ 1 เป็นตัวแทนลงชื่อถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินพิพาทแทนตนเป็นเวลานานจนจำเลยที่ 1 ไปขอออกใบแทนโฉนดแล้วโอนกรรมสิทธิ์ให้จำเลยที่ 2 และจำเลยที่ 2 นำที่ดินพิพาทไปจดทะเบียนจำนองประกันหนี้ต่อธนาคารจนธนาคารเร่งรัดหนี้ และต่อมาจำเลยที่ 2 ได้โอนที่ดินพิพาทให้จำเลยที่ 3 การกระทำของโจทก์ดังกล่าวเป็นเรื่องตัวการไม่เปิดเผยซื้อขายยอมให้จำเลยที่ 1 ผู้เป็นตัวแทนทำการออกหน้าเป็นตัวการว่าเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาท โจทก์จึงหาอาจทำให้เสื่อมเสียสิทธิของจำเลยที่ 3 ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มีต่อจำเลยที่ 1 และที่ 2 ซึ่งเสมือนเป็นตัวแทนของโจทก์และได้ชวนขายได้สิทธิมาก่อนที่จะรู้ว่าจำเลยที่ 1 และที่ 2 เป็นตัวแทนของโจทก์ได้ไม่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 806

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5059/2538 จำเลยที่ 3 รับโอนที่ดินพิพาทซึ่งเป็นที่ดินที่จำเลยที่ 2 มีชื่อเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นคนต่างด้าวโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริตเป็นเรื่องที่จำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นตัวการไม่เปิดเผยซื้อขายยอมให้จำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนทำการออกหน้าเป็นตัวการจำเลยที่ 1

¹¹⁵ หนังสือกรมที่ดิน ด่วนที่สุด ที่ มท 0515.2/23613 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2552 เรื่อง มาตราการป้องกันการถือที่ดินแทนคนต่างด้าว.

¹¹⁶ สืบค้นจาก <http://www.prakard.com/default.aspx?g=posts&m=1517829>.

¹¹⁷ สืบค้นจาก <http://www.oknation.net/blog/print.php?id=70046>

หาอาจทำให้เสื่อมเสียสิทธิของจำเลยที่ 3 ที่มีต่อจำเลยที่ 2 และชวนขายได้สิทธิมาก่อนที่จะรู้ว่าจำเลยที่ 2 เป็นตัวแทนโจทก์ซึ่งเป็นเพียงผู้ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินพิพาทกับจำเลยที่ 1 จึงขอให้เพิกถอนการโอนขายที่ดินระหว่างจำเลยที่ 2 และที่ 3 และบังคับให้จำเลยที่ 1 และที่ 2 ร่วมกันโอนที่ดินพิพาทให้แก่โจทก์ไม่ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2178/2548 โจทก์ให้จำเลยรับจำนองที่ดินโดยโจทก์เป็นผู้เก็บรักษาหนังสือจำนองไว้ และจำเลยลงลายมือชื่อในหนังสือมอบอำนาจที่ยังไม่ได้กรอกข้อความให้ไว้ต่อโจทก์เพื่อให้โจทก์สามารถไถ่ถอนจำนองได้เองแสดงให้เห็นว่าจำเลยรับจำนองที่ดินในฐานะตัวแทนของโจทก์ เมื่อโจทก์ฟ้องบังคับให้จำเลยเปลี่ยนชื่อผู้รับจำนองมาเป็นของโจทก์อันเป็นเรื่องตัวการฟ้องเรียกทรัพย์สินจากจำเลยซึ่งเป็นตัวแทนตาม ป.พ.พ. มาตรา 810 แม้ไม่มีหลักฐานเป็นหนังสือก็ฟ้องร้องให้บังคับคดีกันได้โดยไม่ขัดต่อ ป.พ.พ. มาตรา 798

(3) การถือครองที่ดินโดยรูปแบบของนิติบุคคลไทย โดยให้ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวแต่อำนาจครอบงำกิจการยังเป็นของคนต่างด้าว การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอนในภายหลัง การเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือมีการเพิ่มทุนจนมีสภาพที่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวแต่เคยรับโอนที่ดินในขณะที่เป็นนิติบุคคลไทย เช่น กรณีที่บริษัท สมุยพร็อพเพอร์ตี้โฮลดิ้ง จำกัด ได้ประกาศขายที่ดินในหนังสือ “สมุย-พังน” เรียลเอสเตท ฉบับประจำเดือน มิถุนายน-กรกฎาคม 2549 และในอินเทอร์เน็ตได้ประกาศขายที่ดินบริเวณเขาต่างตรงข้ามแหลมไม้แก่น ถนนบ่อผุด-พระใหญ่ หมู่ 1 ตำบลบ่อผุด อำเภอเกาะสมุย จังหวัดสุราษฎร์ธานี ในโครงการเดอะพิก เนื่อที่ 415 ไร่ ราคาไร่ละ 8 ล้าน รวมมูลค่าทั้งสิ้น 4,112 ล้านบาท¹¹⁸ เป็นต้น กระทรวงมหาดไทยจึงได้ออกมาตรการในการตรวจสอบและป้องกันการได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นโดยให้มีการสอบสวนและลงไปตรวจสอบในพื้นที่ตรวจสอบ ดังนี้¹¹⁹

1. กรณีบริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้วขอรับโอนที่ดินโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจสงฆ์หรือสงฆ์ถ้ามีคนที่คนต่างด้าวถือหุ้นหรือเป็นกรรมการให้สอบสวนที่มาซึ่งเงินของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนำมาซื้อหุ้น

2. กรณีบริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้วขอรับโอนที่ดินโดยไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจสงฆ์หรือสงฆ์ถ้ามี แต่มีเหตุอันควรเชื่อว่าเป็นคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เช่น คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างชาติเป็นผู้เริ่มก่อตั้งบริษัท คนต่างด้าวผู้ถือหุ้นมีสิทธิออกเสียงมากกว่า ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยรายใหญ่มีอาชีพซึ่งไม่ใช่เป็นอาชีพการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจโดยตรง เช่น อาชีพทนายความหรือนายหน้า ให้สอบสวนที่มาซึ่งเงินของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนำมาซื้อหุ้น

¹¹⁸ สืบค้นจาก <http://www.dolsongkhla.go.th/inde.php?cmd=news&mode=detail&id=14>

¹¹⁹ หนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนที่สุด ที่ มท 0515/ว2227 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2551 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น

3. กรณีนิติบุคคลซื้อที่ดินในราคาสูงกว่าทุนที่จดทะเบียน โดยไม่มีการจำหน่ายที่ดินให้สอบสวนโดยละเอียดถึงที่มาของเงินที่นิติบุคคลนำมาซื้อที่ดิน

4. การรับโอนที่ดินของบริษัทมหาชนจำกัดหรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม แห่งประเทศไทยไม่ต้องดำเนินการสอบสวน

5. กรณีนิติบุคคลต่างด้าวเช่าที่ดินหรือถือสิทธิประเภทอื่นในระยะยาวให้สอบสวนว่ามีวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการใด เป็นการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวหรือขัดต่อพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือไม่

นอกจากนี้ การมีบทกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์โดยตัวแทนอำพรางที่ต่ำเกินไปและไม่เหมาะสมกับผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวเสี่ยงภัยโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมาย กล่าวคือ แม้จะได้แก้ไขเพิ่มเติมโทษในประมวลกฎหมายที่ดินเมื่อปี พ.ศ. 2551 แต่บางมาตรากำหนดโทษมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นเวลาเกือบสี่สิบปี เมื่อเทียบกับมูลค่าของที่ดินและการนำที่ดินไปหาประโยชน์ โทษสำหรับความผิดที่มีการฝ่าฝืนหรือการถือครองที่ดินอย่างผิดกฎหมายแต่ละประเภทยังมีบทกำหนดโทษที่ต่ำเกินไป เช่น คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้ถือครองที่ดินแตกต่างไปจากที่ได้รับอนุญาตมีโทษปรับเพียงไม่เกินสามพันบาทหรือจำคุกไม่เกินหกเดือน¹²⁰ ใช้ที่ดินผิดเงื่อนไขไปจากที่ได้รับอนุญาตมีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ¹²¹ กรณีนิติบุคคลที่ได้ที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ใช้ที่ดินเพื่อกิจการอื่นแตกต่างไปจากที่ได้รับอนุญาตหรือได้ที่ดินเกินกว่าที่ได้รับอนุญาต มีโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท¹²² และการได้ที่ดินมาแทนคนต่างด้าวหรือที่เข้าใจว่าเป็นการกระทำการในลักษณะตัวแทนอำพรางนั้น มีโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ¹²³

¹²⁰ มาตรา 110 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“ผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 89 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามพันบาท หรือจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือทั้งปรับทั้งจำ”

¹²¹ มาตรา 111 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“ผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 86 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ”

¹²² มาตรา 112 ประมวลกฎหมายที่ดิน

“นิติบุคคลใด

(1) ได้มาซึ่งที่ดินเป็นการฝ่าฝืนบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

(2) ใช้ที่ดินนั้นเพื่อกิจการอื่นนอกจากที่ได้รับอนุญาต

(3) ใช้ที่ดินผิดเงื่อนไขที่คณะรัฐมนตรีกำหนดตามความในมาตรา 99 ประกอบด้วยมาตรา 87

วรรคสอง

(4) ไม่แจ้งการไม่ใช้ที่ดินตามความในมาตรา 99 ประกอบด้วยมาตรา 89 หรือ

มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท”

¹²³ มาตรา 113 ประมวลกฎหมายที่ดิน

2. ผลกระทบจากการทำธุรกรรมของตัวแทนอำพรางที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคง

ผลกระทบที่มีต่อประเทศไทยในทางสังคม พบว่า ลักษณะและธุรกรรมของตัวแทนอำพรางที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวยังคงเป็นเรื่องที่ซับซ้อนและมักจะมีการเปลี่ยนแปลงวิธีการไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดและลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” ของสังคมไทยในปัจจุบัน โดยหากมีคนต่างด้าวเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยในจำนวนมาก กิจการของคนไทยอาจถูกแทรกแซงหรือถูกครอบงำกิจการ การประกอบอาชีพบางประเภทซึ่งสงวนให้คนไทยต้องตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าว เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันทางธุรกิจ รวมทั้งการสูญเสียรายได้ทางภาษี เนื่องจากการทำธุรกรรมอำพรางดังกล่าวไม่สามารถตรวจสอบที่มาของรายได้ที่แท้จริง นอกจากนี้ หากการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ย่อมมีผลให้จำนวนสัดส่วนการถือครองของคนไทยลดลงและสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ด้านสังคมมีผลความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการได้ แต่บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายเกิดความเสียเปรียบก่อให้เกิดช่องว่างให้มีการทุจริตคอร์รัปชัน เพื่อให้หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบ และเกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้เข้ามาดำเนินธุรกรรมโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดการกระทำความผิดในลักษณะการก่ออาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การฟอกเงิน การแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และการใช้ความได้เปรียบทางการเงินยึดเอาดินแดนซึ่งเป็นของคนไทยโดยทางอ้อมได้ ซึ่งสอดคล้องกับการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิที่มีความเห็นว่า การกระทำลักษณะนี้มีมานานแล้วตั้งแต่อดีตโดยเป็นเรื่องปกติของระบบทุนนิยม แต่ปัจจุบันมีการกระทำความผิดในลักษณะนี้เพิ่มมากขึ้นโดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย อันเนื่องมาจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอรวมทั้งการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมายทั้งที่มีการกระทำความผิดอย่างแจ้งชัด แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เกี่ยวข้องกลับร่วมมือให้เกิดการกระทำความผิดตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการถือครองที่ดิน การได้รับปันผลมากกว่าผู้ถือหุ้นไทย การควบคุมทางการเงินและการร่วมทุนระหว่างบริษัทจากต่างประเทศกับบริษัทของคนไทย การกำกับดูแล การครอบงำและอำนาจการบริหารงานในนิติบุคคล การจัดโครงสร้างการถือหุ้นและ/หรือ การบริหารงานบริษัท การคอร์รัปชัน เป็นต้น ซึ่งเป็นผลกระทบต่อความมั่นคง รวมถึงการก่อให้เกิดผลกระทบในทางเศรษฐกิจอีกด้วย นอกจากนี้ อาจจะเป็นในรูปของการสมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติไทย และให้คู่สมรสเข้าซื้อที่ดินหรือหุ้นในบริษัทตนเอง การว่าจ้างให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ดำเนินการซื้อที่ดินและให้ทำสัญญากู้ยืมหรือสัญญาจ้างงานไว้กับตนเองเพื่อเป็นประกัน

นอกจากนี้ ตัวแทนอำพรางของสังคมไทยในปัจจุบันเกิดขึ้นทั้งในระบบการเมืองและระบบเศรษฐกิจ เป็นตัวปัญหาของการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลหรือนิติบุคคลและเป็นการต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น กรณีผู้ถูกเพิกถอนสิทธิทางการเมือง บุคคลเหล่านี้ก็เป็นตัวแทนอำพรางดำเนินธุรกรรมทางการเมืองต่างๆ ที่ตนเองถูกเพิกถอนสิทธิ

3. กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้อง

ในกรณีที่มีการตรากฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” แล้ว ส่วนใหญ่มีความเห็นว่าสมควรที่จะตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้นมาทำหน้าที่นี้โดยตรงแต่ต้องให้มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง หรืออาจเพิ่ม “หน่วยงานย่อย” ขึ้นในหน่วยงานของรัฐเดิมที่มีอยู่ ซึ่งหน่วยงานเดิมที่มีอยู่ที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” มากที่สุดเป็นอันดับแรกน่าจะเป็นกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เพราะนอกจากจะต้องตรวจสอบการจัดตั้งนิติบุคคลที่มีชาวต่างชาติเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นอย่างละเอียดแล้ว ยังต้องตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของเงินลงทุนด้วยว่าเป็นแหล่งเงินทุนในไทย หรือจากต่างประเทศโอนเข้ามา โดยจะต้องประสานงานหรือขอความร่วมมือจากธนาคารแห่งประเทศไทยอย่างเคร่งครัด ดังนั้น กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะมีผลกระทบมากที่สุด ส่วนกรมที่ดินจะเป็นหน่วยงานลำดับต่อไปที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าว เพราะจะต้องพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยอย่างแท้จริง ไม่ใช่นิติบุคคลที่อาศัยตัวแทนอำพราง และสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมีหน้าที่โดยตรงที่จะตรวจสอบเส้นทางของแหล่งเงิน แต่ทั้งนี้ การตรวจสอบดังกล่าวทำได้ยากนัก คงตรวจสอบได้เพียงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาซื้อสังหาริมทรัพย์นั้นๆ เท่านั้นว่าได้แหล่งเงินมาจากที่ใด ส่วนหน่วยงานที่ได้รับผลกระทบให้ต้องมีการะงานเพิ่มขึ้น นอกจาก กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรมที่ดิน แล้วยังมีหน่วยงานอื่นๆ เช่น กรมสรรพากร ด้านการเมือง เช่น รัฐสภา เป็นต้น

ความเห็นที่เกี่ยวกับการแก้กฎหมายแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมของตัวแทนอำพรางให้ครอบคลุมหรือตรากฎหมายฉบับใหม่ เพื่อเป็นกฎหมายกลางที่ใช้ร่วมกันกับกฎหมายฉบับอื่นที่มีอยู่แล้วนั้น มีน้ำหนักใกล้เคียงกัน โดยฝ่ายที่เห็นว่าควรปรับแก้กฎหมายที่มีอยู่แล้ว เนื่องจากโดยมากกฎหมายแต่ละฉบับมีการให้อำนาจรัฐมนตรีไว้ค่อนข้างมากแล้วอาจจะออกเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติกำหนดวิธีการ ในขณะที่อีกฝ่ายมีความเห็นว่าควรที่จะตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ เพื่อไว้ใช้ตรวจสอบ ควบคุมดูแล และกำหนดโทษการทำธุรกรรมตัวแทนอำพรางให้ชัดเจนโดยเฉพาะจะดีกว่ามาปรับแก้กฎหมายแต่ละฉบับ แต่ทั้งนี้ การจะบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมานั้นก็ต้องให้สอดคล้องกันกับกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมด้วย หากบทบัญญัติของกฎหมายใหม่ไปขัดแย้งกับกฎหมายเดิม อาจจะทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายได้ แต่บางความเห็นได้พิจารณาถึงความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ควรที่จะต้องใช้กฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมบังคับใช้ไปก่อน และถ้าหากกฎหมายใหม่ออกมาบังคับใช้แล้ว ก็ควรที่จะบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องตัวแทนอำพรางทั้งหมด ควบคู่กันไป และบังคับใช้อย่างเคร่งครัดด้วย

ข้อเสนอที่ควรพิจารณาเป็นกรณีพิเศษเพื่อบัญญัติไว้ในกฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” คือ การกำหนดให้มีการเชื่อมโยงข้อมูลและร่วมมือกันระหว่างหน่วยงานต่างๆ ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกันโดยตรงและโดยอ้อม เกี่ยวกับการกระทำความผิดที่เข้าลักษณะตัวแทนอำพราง และมีการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนในการแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว รวมถึง

ประเด็นเกี่ยวกับ “ข้อสันนิษฐาน” ตามกฎหมาย ว่าลักษณะหรือการกระทำใดของนิติบุคคล หรือบุคคลเป็นตัวแทนอำพราง

ประเด็นเกี่ยวกับ “บทลงโทษ” จะต้องชัดเจน และเป็นโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่ง ในสถานหนัก เช่น นอกจากริบอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว โทษปรับต้องกำหนดไว้ในอัตราสูงให้เท่ากับมูลค่าของอสังหาริมทรัพย์นั้น และให้มีโทษจำคุกรวมอยู่ด้วย

ประเด็นเกี่ยวกับ “ความชัดเจนและความกระจ่าง” ในตัวบทกฎหมาย ในกฎหมายนั้น จะต้องระบุให้ชัดเจนว่า การกระทำในรูปแบบใดบ้างที่เข้าลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการตีความกฎหมายผิดเพี้ยนไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย

นอกจากประเด็นที่กล่าวข้างต้น กฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” ควรกำหนดให้สิทธิตัวแทนอำพรางในการถือเอาทรัพย์สินที่อยู่ในชื่อตน ให้เป็นกรรมสิทธิของตนเอง โดยถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนทั้งหมดไม่มีผลบังคับและไม่ต้องมีการคืนทรัพย์สินหรือกลับคืนสู่สถานะเดิม

ส่วนการที่จะนำเกณฑ์ใดมาพิจารณาและถือว่าเป็นการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางต้องพิจารณาเป็นกรณีไป ข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีอาจจะไม่เหมือนกัน ทั้งนี้ ในการพิจารณาต้องอาศัยข้อมูลที่ได้จากหลายหน่วยงานมาประกอบกัน เพื่อดูแนวทางการดำเนินธุรกรรมประกอบกับเส้นทางการไหลของตัวเงิน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับแหล่งที่มาของเงิน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจในการบริหารจัดการ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดแบ่งผลประโยชน์หรือกำไรที่เกิดขึ้น การกำหนดหลักเกณฑ์ที่จะใช้พิจารณาไว้ในกฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยากและละเอียดอ่อนเป็นอย่างยิ่ง ต้องมีการพิจารณาอย่างรอบคอบ เพราะจะเกี่ยวพันกับประเทศรอบด้าน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะประสานประโยชน์ของสองสิ่งที่สวนทางกันให้เกิดจุดดุลยภาพ คือ ความต้องการเงินทุนของต่างชาติให้นำเงินมาลงทุนในประเทศไทยกับการจำกัดการถือครองและเข้ามาเป็นเจ้าของที่ดินในประเทศไทยได้อย่างไร เพราะธรรมชาติของการค้าการลงทุน ผู้เป็นเจ้าของกิจการหรือเจ้าของเงินเมื่อลงทุนไปแล้วก็ต้องการความมั่นใจต้องการเป็นเจ้าของที่ดินและอื่นๆ การที่จะให้ต่างด้าวนำเงินมาลงทุนพัฒนาในประเทศไทยแต่จะไม่ให้เป็นเจ้าของที่ดินเลยคงเป็นไปได้ หากแต่หลักเกณฑ์ที่เหมาะสมหรือเงื่อนไขเช่นไรจึงเหมาะสมที่สุดต่างหาก คือ การแก้ไขปัญหานี้ที่สาเหตุ รวมไปถึงพิจารณาแนวทางที่จะจำแนกเรื่องตัวแทนอำพรางว่า จะมีส่วนใดที่สามารถทำให้ถูกต้องได้ (บนดิน) เพื่อจะได้ตรวจสอบง่ายและเป็นระบบมากกว่าที่จะให้เป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย (ใต้ดิน) ทั้งหมด

บทที่ 6

สรุปผลการวิจัย

งานวิจัย เรื่อง “ตัวแทนอำพราง” ที่สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินมอบหมายให้ผู้วิจัยเป็นผู้ศึกษาเกิดขึ้น จากปัจจุบันมีปัญหาเกี่ยวกับกรณีคนต่างด้าวได้อาศัยช่องว่างของกฎหมายทำธุรกรรม โดยให้ผู้มีสัญชาติไทยเป็นตัวแทนในลักษณะอำพรางที่นับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น มีความซับซ้อนและมีลักษณะยากต่อการแก้ไข จนเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศโดยรวม ดังนั้น เพื่อให้ทราบปัญหาและมีแนวทางการแก้ไขที่ถูกต้องอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลสูงสุด จึงได้ดำเนินการศึกษาวิจัย ซึ่งจะได้กล่าวต่อไป

การศึกษาวิจัยในครั้งนี้ผู้วิจัยได้กำหนดกรอบวัตถุประสงค์ของการศึกษาเกี่ยวกับเรื่อง ตัวแทนอำพรางไว้ 4 ประการ ดังต่อไปนี้

- (1) เพื่อศึกษาลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในปัจจุบัน
- (2) เพื่อศึกษาผลกระทบที่มีต่อเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงของประเทศไทยจากการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง
- (3) เพื่อศึกษากฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง
- (4) เพื่อให้ข้อเสนอแนะที่นำไปสู่การจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพรางรวมถึงผู้สนับสนุนให้เกิดตัวแทนอำพราง

จากวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยทั้ง 4 ประการดังกล่าวข้างต้น ผู้วิจัยมีความคาดหวังว่า ผลการศึกษาตามกรอบวัตถุประสงค์จะเป็นประโยชน์ต่อการค้นพบปัญหาที่แท้จริงและสามารถทำให้เข้าใจถึงลักษณะและรูปแบบการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ผลกระทบที่มีต่อการเศรษฐกิจ สังคมและความมั่นคงต่อประเทศจากการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง กฎหมายและมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมในประเทศไทยโดยอาศัยตัวแทนอำพราง และแนวทางในการจัดทำกฎหมายเฉพาะในเรื่องตัวแทนอำพราง

ผลการศึกษาพบว่าในข้อเท็จจริงในประเทศไทยมีการเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวเข้าอยู่อาศัยในประเทศไทยเพื่อแสวงหาประโยชน์จากการค้าการลงทุนเพิ่มขึ้น เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านั้นมีองค์ความรู้ทางด้านวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและนวัตกรรม มีความได้เปรียบในค่าอัตราแลกเปลี่ยนเงินตราและความพร้อมทางการเงินมากกว่าคนไทย เมื่อคนต่างด้าวเหล่านั้นเข้ามา มากขึ้นย่อมทำให้คนไทยต้องเสียเปรียบในการแข่งขัน ดังนั้น เพื่อเป็นการป้องกันและควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเพื่อไม่ให้คนไทยเกิดความเสียเปรียบมากนัก จึงได้มีการตรากฎหมายขึ้นเพื่อป้องกันและควบคุม

จำนวนหลายฉบับ ซึ่งเป็นอุปสรรคต่อคนต่างด้าวในการเข้ามาลงทุนและการแข่งขันทางการค้า คนต่างด้าวจึงมีการใช้ช่องว่างทางกฎหมายและอาศัยคนไทยให้เป็นผู้ดำเนินการทำธุรกรรมแทนในรูปแบบธุรกรรมอำพรางที่หลากหลายวิธี โดยจากการหาข้อมูลจากเอกสารพบว่ามีการทำธุรกรรมอำพราง 2 รูปแบบ ได้แก่

(1) การทำธุรกรรมอำพรางในการประกอบกิจการธุรกิจประเภทหุ้นในตลาดหลักทรัพย์ เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริง การปั่นหุ้น การฟอกเงิน กิจการเป็นของผู้มีสัญชาติไทยแต่คนต่างด้าวมีย่านาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างด้าวถือบุริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยซึ่งมีอาชีพที่ไม่เกี่ยวกับธุรกิจที่ลงทุน เป็นต้น

(2) การทำธุรกรรมอำพรางที่เป็นการถือกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ เช่น การใช้คนไทยถือครองแทนโดยผ่านความสัมพันธ์ทางครอบครัว (การสมรสกับคนไทยหรือการถือครองโดยบุตร) การเช่าหรือซื้อผ่านผู้สัญชาติไทย การตั้งเป็นนิติบุคคลไทยแล้วถ่ายโอนในภายหลัง การใช้นิติบุคคลซื้อที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์สูงกว่าราคาทุนจดทะเบียน เป็นต้น

การธุรกรรมอำพรางทั้งสองลักษณะดังกล่าวได้ก่อให้เกิดผลกระทบทั้งด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศเป็นอย่างมาก เช่น ในด้านเศรษฐกิจหากกิจการทางธุรกิจมีคนต่างด้าวเข้ามาเป็นจำนวนมาก กิจการของคนไทยอาจถูกแทรกแซงหรือถูกครอบงำกิจการ การประกอบอาชีพบางประเภทซึ่งสงวนให้คนไทยต้องตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าว เกิดความเสียเปรียบในการแข่งขันทางธุรกิจ รวมทั้งการสูญเสียรายได้ทางภาษี เนื่องจากการทำธุรกรรมอำพรางดังกล่าวไม่สามารถตรวจสอบที่มาของรายได้ที่แท้จริง นอกจากนี้ หากการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ตกไปอยู่ในมือของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมาก ย่อมมีผลให้จำนวนสัดส่วนการถือครองของคนไทยลดลงและสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ ด้านสังคมมีผลความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการได้แต่บุคคลอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายเกิดความเสียเปรียบ ก่อให้เกิดช่องว่างให้มีการทุจริตคอร์รัปชันเพื่อให้หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือเพื่อให้พ้นจากความรับผิดชอบ และเกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เนื่องจากคนต่างด้าวเหล่านี้เข้ามาดำเนินการธุรกรรมโดยไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นผลให้เกิดการกระทำความผิดในลักษณะการก่ออาชญากรรมข้ามชาติ เช่น การฟอกเงิน การแทรกแซงทางเศรษฐกิจและการใช้ความได้เปรียบทางการเงินยึดเอาดินแดนซึ่งเป็นของคนไทยโดยทางอ้อมได้

สำหรับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมของคนต่างด้าวที่เข้าอยู่อาศัยหรือเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับ โดยแบ่งออกเป็นกลุ่มต่างๆ ดังนี้

กลุ่มที่ 1 กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้น

การประกอบธุรกิจและการถือครองหุ้นมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ แต่กฎหมายที่มีบทบัญญัติควบคุมการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งมีการกำหนดนิยามความหมายของคนต่างด้าวไว้อย่างชัดเจนและกำหนดห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัติ 3 กลุ่ม

โดยเฉพาะกลุ่มแรกเป็นกลุ่มที่มีปัญหามากเพราะเป็นกลุ่มธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ อันได้แก่ ธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือมีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี ทัศนกรรมพื้นบ้านหรือทรัพยากรธรรมชาติ และธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมจะแข่งขันกับคนต่างด้าว แต่ในข้อเท็จจริงกลับพบว่า คนต่างด้าวได้อาศัยตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยอำพรางเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่างๆ เพื่อเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทย เช่น การอำพรางผู้ถือหุ้นที่แท้จริงเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การให้ผู้มีสัญชาติไทยจัดตั้งบริษัทแต่คนต่างด้าวมียานาจลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือคนต่างด้าวถือหุ้นบริมสิทธิมีสิทธิออกเสียงมากกว่าหรือการใช้ผู้มีสัญชาติไทยที่ไม่มีอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจที่ลงทุนเป็นตัวแทน เช่น นักบัญชี ทนายความ นายหน้า เป็นผู้ถือหุ้นแทน เป็นต้น

กลุ่มที่ 2 กฎหมายเกี่ยวกับการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์

การถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์มีกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แต่การอนุญาตให้ถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์นั้นมีหลักเกณฑ์ค่อนข้างมีเงื่อนไขและข้อจำกัดมาก ซึ่งสวนทางกับความต้องการในการถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว ทำให้มีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบต่างๆ โดยใช้บุคคลหรือนิติบุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์แทนคนต่างด้าว เช่น การให้คู่สมรสกับผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนแต่สิทธิในการใช้ประโยชน์ในที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์ยังเป็นของคนต่างด้าว การให้ผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินแต่คนต่างด้าวให้ผู้มีสัญชาติไทยต้องทำสัญญาถ่วงมือ สัญญาจำนองหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าว การถือครองที่ดินหรือสังหาริมทรัพย์โดยรูปแบบของนิติบุคคลไทยแต่อำนาจในการลงลายมือชื่อแทนบริษัทหรือการเปลี่ยนแปลงสัดส่วนการถือหุ้นจากนิติบุคคลไทยไปเป็นของคนต่างด้าวในภายหลัง เป็นต้น

ในการศึกษาวิจัยครั้งนี้ ผู้วิจัยได้ข้อมูลจากการตอบแบบสอบถาม การรับฟังความคิดเห็น และการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ แล้วจึงอนุมานได้ว่าปัจจุบันคนไทยเป็นจำนวนมากยังไม่เข้าใจความหมายหรือรู้จักคำว่า “ตัวแทนอำพราง” แต่คนไทยส่วนใหญ่จะเข้าใจคำว่า “นอมินี” (Nominee) ซึ่งหมายถึงผู้ทำนิติกรรมแทนตัวการซึ่งไม่อาจกระทำนิติกรรมนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยอาจจะอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่น การให้คู่สมรสซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินแทนหรือการจัดตั้งบริษัทเพื่อถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้คนต่างด้าวดำรงสถานะอยู่อย่างคนไทย และอำนาจในการบริหารหรือครอบงำกิจการยังเป็นของคนต่างด้าว ทั้งนี้ เพื่ออำพรางการดำเนินการหรือสถานะที่แท้จริง และผู้ให้ข้อมูลส่วนใหญ่เห็นว่าควรมีการแก้ไขปัญหานี้เพื่อปกป้องทรัพยากรและทรัพย์สินของแผ่นดิน ไม่ควรเปิดโอกาสคนต่างด้าวเข้ามาครอบงำเศรษฐกิจของไทยมาก โดยส่วนใหญ่เห็นควรให้มีกฎหมายป้องกันคนต่างด้าวทำธุรกรรมโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายผ่านผู้มีสัญชาติไทย

เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัยเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางหรือนอมินี (Nominee) และตามข้อเสนอแนะของผู้ตอบแบบสอบถามและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งให้ความเห็น ในการศึกษาครั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะในเรื่องของการควบคุมการกระทำอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง โดยแบ่งเป็นข้อเสนอแนะที่นำผลการศึกษาไปใช้ในระยะเร่งด่วนหรือระยะสั้น ข้อเสนอแนะในการตรากฎหมายเพื่อควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางซึ่งจะต้องใช้เวลาในการดำเนินการ และข้อเสนอแนะอื่นๆ ที่ได้รับการตอบแบบสอบถาม การรับฟังความคิดเห็นและการสัมภาษณ์ของผู้ทรงคุณวุฒิ ดังนี้

1) ข้อเสนอแนะการแก้ไขปัญหาในระยะเร่งด่วนหรือระยะสั้น

สภาพปัญหาประการหนึ่งในการตรวจสอบและควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางของคนต่างด้าวเกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องไม่สามารถบูรณาการและประสานข้อมูลระหว่างกันได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งขาดหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบในการติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาและประมวลผลการกระทำที่เข้าข่ายธุรกรรมอำพราง ซึ่งการแก้ไขปัญหาที่จะให้เกิดผลอย่างจริงจังและชัดเจนในระยะเร่งด่วนนี้ ผู้วิจัยเห็นควรให้มีการเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อตราระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการแก้ไขปัญหาการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าวโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 กำหนดให้มีการแก้ไขปัญหาการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว โดยระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีสาระครอบคลุมในเรื่องดังต่อไปนี้

(1) แต่งตั้งคณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง เพื่อให้มีบทบาทและหน้าที่เสนอมาตรการป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดองค์ความรู้และประสานงานข้อมูลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องนำไปปฏิบัติ

(2) กำหนดให้มีหน่วยงานหลักที่รับผิดชอบเพื่อทำหน้าที่บูรณาการข้อมูลและประสานงานระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง โดยในเบื้องต้นผู้วิจัยเห็นว่า กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งปัจจุบันมีภารกิจดูแลเกี่ยวกับการควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเป็นหน่วยงานที่เหมาะสมในการดำเนินงานและทำหน้าที่สนับสนุนงานธุรการของคณะกรรมการและมีเจ้าหน้าที่ดำเนินการอย่างเพียงพอในการติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาวิจัยและประมวลผลการกระทำในรูปแบบต่างๆ ที่เข้าข่ายการทำธุรกรรมอำพราง

2) ข้อเสนอแนะในการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาในระยะยาว

โดยที่กระบวนการตรากฎหมายมีขั้นตอนและระยะเวลานาน และการตรากฎหมายจะต้องเป็นไปเท่าที่จำเป็นแก่การต้องบังคับกับประชาชนหรือจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น การตรากฎหมายจึงเป็นเรื่องที่ค่อนข้างยาก อย่างไรก็ตาม การแก้ไขปัญหาที่ถาวรและสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพจะต้องบังคับโดยบทบัญญัติของกฎหมายและในบางกรณีอาจต้องมีบทกำหนดโทษไว้ด้วยในการศึกษาวิจัยนี้ผู้วิจัยจึงขอเสนอให้มีการตรากฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาในระยะยาวและมีข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงกลไกและกระบวนการควบคุมการทำธุรกรรมอำพราง ดังนี้

(1) ควรมีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อให้ครอบคลุมการทำธุรกรรมอำพราง เช่น แก้ไขบทนิยามคำว่า “คนต่างด้าว” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยให้ครอบคลุมถึงการที่คนต่างด้าวมียานาจบริหารหรือครอบงำกิจการของนิติบุคคลที่คนต่างด้าวตั้งขึ้นมา โดยใช้คนไทยเป็นผู้อำพรางการทำธุรกรรม

(2) ควรกำหนดให้การทำธุรกรรมแทนคนต่างด้าวที่มีลักษณะอำพรางเป็นความผิดฐานตัวแทนอำพราง เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับฐานความผิดตัวแทนอำพราง รวมทั้งกำหนดกรอบของการทำธุรกรรมบางประเภทที่เข้าข่ายเป็นการทำธุรกรรมอำพรางตามกฎหมาย

(3) ควรมีการจัดทำกฎหมายกลางเกี่ยวกับการทำธุรกรรมที่มีลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อกำหนดกลไกและกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการที่ครอบคลุมการทำธุรกรรมทุกประเภท

(4) ควรมีการจัดตั้งหน่วยงานกลางซึ่งเป็นหน่วยงานหลักที่จะรับผิดชอบทำหน้าที่ประสานงานด้านข้อมูลในการตรวจสอบการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางก่อนรายงานให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามกฎหมาย

(5) ควรมีการจัดตั้งกองทุนเพื่อใช้เป็นแหล่งเงินในการตรวจสอบและให้รางวัลสินบนแก่ผู้ชี้เบาะแสในการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง โดยนำเงินที่ได้จากการขายทอดตลาดทรัพย์สินที่ได้ไถ่ยึดมาจากการกระทำความผิดและศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาถึงที่สุดให้นำทรัพย์สินดังกล่าวขายทอดตลาดได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการลดภาระงบประมาณของรัฐ

(6) ควรมีบทกำหนดโทษคนต่างด้าวที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงกฎหมายในความผิดฐานตัวแทนอำพราง รวมทั้งผู้มีสัญชาติไทยที่ให้การสนับสนุน โดยกำหนดบทลงโทษไว้เป็นแบบขั้นบันไดตามความหนักเบาแห่งความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากการกระทำความผิด เว้นแต่คนต่างด้าวหรือผู้มีสัญชาติไทยนั้นจะได้แก้ไขให้ถูกต้องภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น หนึ่งปีนับแต่วันที่ประกาศใช้กฎหมายบังคับ

สำหรับสาระสำคัญของกฎหมายที่จำเป็นต้องตราขึ้นใหม่นั้น อาจสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) กำหนดหลักการให้มีกฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดลักษณะตัวแทนอำพรางเพื่อใช้เป็นกฎหมายกลางในความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(2) กำหนดนิยามคำว่า “ตัวแทนอำพราง” และ “ธุรกรรมอำพราง” เพื่อให้เกิดความชัดเจนเกี่ยวกับบุคคลและกิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใดๆ กับผู้อื่นทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ หรือสิทธิในทรัพย์สินนั้นแทนคนต่างด้าว โดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การบริหารงาน การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว ให้ถือว่าเป็นการทำธุรกรรมอำพราง

(3) กำหนดการกระทำที่เข้าข่ายลักษณะการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง เช่น การซื้อ ขาย เช่า ให้เช่า โอน รับโอน หรือครอบครองทรัพย์สินโดยเจตนาเป็นตัวแทนอำพราง

หรือ กระทำด้วยประการใดๆ เพื่อปกปิดหรืออำพรางสิทธิที่แท้จริงการได้มาซึ่งทรัพย์สินหรือสิทธิใดๆ แทนคนต่างด้าว รวมทั้งการให้การสนับสนุนหรือให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าวโดยเป็นตัวแทนอำพราง ต้องระวางโทษเช่นเดียวกับตัวการในความผิดนั้น

(4) กำหนดโครงสร้างการบริหารงานตามกฎหมาย ควรมีการกำหนดโครงสร้างการบริหารงานของกฎหมาย ดังนี้

(4.1) คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

- องค์ประกอบของคณะกรรมการ กำหนดให้มีนายกรัฐมนตรี หรือ รองนายกรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายเป็นประธานกรรมการ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็น รองประธานกรรมการ ปลัดกระทรวงมหาดไทย ปลัดกระทรวงพาณิชย์ อัยการสูงสุด ผู้บัญชาการ ตำรวจแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า อธิบดีกรมที่ดิน อธิบดีกรมสนธิสัญญาและ กฎหมาย เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ และผู้ทรงคุณวุฒิจำนวน เก้าคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางเศรษฐศาสตร์ การเงิน การคลัง กฎหมายหรือสาขาใดสาขาหนึ่งที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้เป็นกรรมการ และ ผู้อำนวยการเป็นกรรมการและเลขานุการ

- กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง มีบทบาทและหน้าที่ในฐานะที่เป็นคณะกรรมการเสนอมาตรการป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทน อำพรางต่อคณะรัฐมนตรี ส่งเสริมความร่วมมือของประชาชนเกี่ยวกับการให้ข้อมูลข่าวสารเพื่อสอดส่อง และป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง รวมทั้งตรวจสอบธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการ กระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(4.2) หน่วยงานสนับสนุนงานของคณะกรรมการ

- จัดตั้งสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพรางขึ้นเป็น ส่วนราชการที่ไม่สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี กระทรวง หรือทบวง ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระและเป็นกลาง มีอำนาจหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการ จัดทำรายงานหรือข้อมูลเกี่ยวกับการ ทำธุรกรรมอำพราง เก็บ รวบรวม ติดตาม ตรวจสอบ ศึกษาวิจัย ประมวลผล และวิเคราะห์รายงาน และข้อมูลต่างๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพราง และประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบ การกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(5) กองทุนตัวแทนอำพราง

- กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนตัวแทนอำพราง เพื่อเป็นทุนใช้จ่ายใน การดำเนินการตรวจสอบและการชี้เบาะแสการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง ประกอบด้วยทุน ประเดิมที่รัฐบาลจัดสรรให้จากเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปี เงินหรือทรัพย์สินที่มีผู้บริจาคหรือมอบให้ เงินอุดหนุนจากต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ เงินและดอกผลที่ได้จากการขายทอดตลาด ทรัพย์สินที่เกิดจากการกระทำความผิด เงินหรือทรัพย์สินที่ตกเป็นของกองทุนหรือที่กองทุนได้รับ

ตามกฎหมายหรือโดยนิติกรรมอื่น และดอกผลที่เกิดจากเงินหรือทรัพย์สินของกองทุน ซึ่งเงินและดอกผลทั้งหมดไม่ต้องนำส่งกระทรวงการคลังเป็นรายได้แผ่นดิน

- กำหนดให้มีคณะกรรมการบริหารกองทุนคณะหนึ่ง ประกอบด้วย ผู้อำนวยการสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพรางเป็นประธานกรรมการ ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกรมบัญชีกลาง และผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งจำนวนห้าคน โดยในจำนวนนี้จะต้องเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญทางด้านการเงิน หลักทรัพย์ และอสังหาริมทรัพย์ อย่างน้อยด้านละหนึ่งคน มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารกองทุนให้เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด พิจารณออนุมัติการจ่ายเงินเกี่ยวกับการชี้เบาะแสการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง และรายงานสถานะการเงินและการบริหารกองทุนต่อคณะกรรมการ

(6) กำหนดบทลงโทษแก่การกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพรางเป็นแบบขั้นบันได โดยมีความหนักเบาแห่งข้อหาตามความรุนแรงหรือความเสียหายของการกระทำความผิด รวมทั้งกำหนดโทษสำหรับการดำเนินการใดๆ ที่เป็นการขัดขวางการดำเนินการของเจ้าพนักงานหรือฝ่าฝืนคำสั่งของคณะกรรมการหรือคณะอนุกรรมการที่มีคำสั่งให้ผู้ใดมาให้อภัยคำหรือส่งเอกสารหรือวัตถุใดๆ

3) ข้อเสนอแนะอื่นๆ

นอกจากข้อเสนอการแก้ไขปัญหาการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางทั้งที่ได้เสนอกฎหมายในระยะเร่งด่วนและระยะยาวเพื่อให้การควบคุมการทำธุรกรรมอำพรางเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพดังที่ได้เสนอไปแล้วนั้น ผู้วิจัยเห็นว่าควรมีข้อเสนอแนะอื่นๆ ที่ดำเนินการควบคู่ไปกับการแก้ไขปัญหาดังกล่าวด้วย ดังนี้

1. การแก้ไขปัญหในเชิงบริหารจัดการ

คณะรัฐมนตรีควรให้ความสำคัญกับการแก้ไขปัญหในเชิงการบริหารจัดการ เช่น การเร่งสร้างจิตสำนึกให้คนไทยให้เกิดความหวงแหนแผ่นดิน การให้การศึกษาแก่ประชาชนให้มีความรู้เกี่ยวกับวิธีการและรูปแบบการทำธุรกรรมอำพรางให้รู้เท่าทันคนต่างด้าวและตระหนักถึงผลเสียที่จะเกิดแก่สังคมไทยในด้านต่างๆ โดยเฉพาะในด้านเศรษฐกิจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

2. การเสริมสร้างค่านิยมซื่อสัตย์สุจริตและปลูกฝังให้คนไทยต่อต้านการทุจริต

จากความเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็วของระบบเศรษฐกิจในด้านทุนนิยม ซึ่งมีอิทธิพลต่อสภาพสังคมในปัจจุบันทำให้การศึกษาในเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตและการต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน ในสถานศึกษาไม่เพียงพอ จึงเห็นควรรณรงค์เสริมสร้างทัศนคติค่านิยมแห่งความซื่อสัตย์สุจริต รวมถึงปลูกจิตสำนึกและปลูกฝังให้คนไทยทั่วไปในทุกสาขาอาชีพร่วมกันต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชันของข้าราชการ โดยเริ่มจากในครอบครัวตลอดจนกำหนดไว้ในหลักสูตรการเรียนการสอนของสถาบันการศึกษา

3. การมีส่วนร่วมของประชาชน

รัฐบาลจึงควรให้การส่งเสริมแก่ประชาชนในการแจ้งเบาะแสของการทำธุรกรรมอำพรางโดยอาศัยความช่วยเหลือของหน่วยงานส่วนปกครองที่เกี่ยวข้อง รวมถึงสร้างระบบที่สามารถบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เพื่อช่วยสกัดกั้นการเปิดช่องว่างให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการในประเทศไทยได้โดยง่าย รวมถึงเพื่อช่วยรวบรวมพยานหลักฐานที่จะทำให้ทราบว่ากรณีใดบ้างที่เป็นการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี
ว่าด้วยการแก้ไขปัญหาการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว

พ.ศ.

โดยที่ปัจจุบันปรากฏว่าคนต่างด้าวได้มีการทำธุรกรรมโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อประโยชน์ในการครอบครองที่ดินหรือเพื่อให้ได้เปรียบในการแข่งขันทางการค้าผ่านผู้มีสัญชาติไทย ซึ่งนับวันจะทวีความรุนแรงมากขึ้น มีความซับซ้อนและมีลักษณะยากต่อการแก้ไขจนเกิดผลกระทบต่อเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ แต่กฎหมายที่บังคับใช้อยู่ยังไม่เอื้ออำนวยต่อการควบคุมและป้องกันการกระทำความผิดดังกล่าว ดังนั้น เพื่อให้มีการประสานงานข้อมูลและแก้ไขปัญหาการกระทำลักษณะตัวแทนอำพรางแทนคนต่างด้าวที่เกิดผลในทางปฏิบัติต่อการตรวจสอบ ควบคุมและป้องกันคนต่างด้าวอาศัยช่องว่างของกฎหมายทำธุรกรรมอำพรางผ่านตัวแทนผู้มีสัญชาติไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลสูงสุดอย่างยั่งยืนต่อไป

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 (8) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 นายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจึงวางระเบียบไว้ ดังต่อไปนี้

ข้อ 1 ระเบียบนี้ เรียกว่า “ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยการแก้ไขปัญหาการทำธุรกรรมอำพรางแทนคนต่างด้าว พ.ศ.”

ข้อ 2 ให้ใช้ระเบียบนี้ตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

ข้อ 3 ในระเบียบนี้

“ตัวแทนอำพราง” หรือ นอมินี (NOMINEE) หมายถึง บุคคลหรือนิติบุคคลใดเข้าทำนิติกรรมแทนตัวการซึ่งเป็นคนต่างด้าว โดยอำพรางการกระทำของตัวการซึ่งไม่อาจทำนิติกรรมนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

“ธุรกรรมอำพราง” หมายความว่า กิจกรรมที่เกี่ยวกับการทำนิติกรรม สัญญาหรือการดำเนินการใดๆ กับผู้อื่น ทางการเงิน ทางธุรกิจ หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินใดๆ แทนคนต่างด้าว โดยปกปิดชื่อเจ้าของที่แท้จริงซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือกระทำการภายใต้การควบคุมหรือครอบงำของคนต่างด้าว

“คนต่างด้าว” หมายความว่า คนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

“คณะกรรมการ” หมายความว่า คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

“กรรมการ” หมายความว่า กรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

“ผู้อำนวยความสะดวก” หมายความว่า ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

“สำนักงาน” หมายความว่า สำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง

ข้อ 4 ให้มีคณะกรรมการคณะหนึ่ง เรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง” ประกอบด้วย

(1) นายกรัฐมนตรีหรือรองนายกรัฐมนตรีที่ได้รับมอบหมายเป็นประธานกรรมการ

(2) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ เป็นรองประธานกรรมการ

(3) กรรมการโดยตำแหน่ง ได้แก่ อัยการสูงสุด ปลัดกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ปลัดกระทรวงพาณิชย์ ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ อธิบดีกรมสอบสวนคดีพิเศษ ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กฎหมาย ผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทย อธิบดีกรมที่ดิน อธิบดีกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(4) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนเก้าคน ซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งจากบุคคลซึ่งมีความเชี่ยวชาญในทางเศรษฐศาสตร์ การเงิน การคลัง กฎหมายหรือสาขาใดสาขาหนึ่งที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามพระราชบัญญัตินี้

ให้ผู้อำนวยความสะดวกเป็นกรรมการและเลขานุการ

ให้อธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าแต่งตั้งข้าราชการในกรมพัฒนาธุรกิจการค้าจำนวนไม่เกินสองคนเป็นผู้ช่วยเลขานุการ

ในกรณีประธานกรรมการหรือกรรมการโดยตำแหน่งตามวรรคหนึ่งมีความจำเป็นไม่อาจมาประชุมกรรมการครั้งใด จะมอบหมายให้ผู้ดำรงตำแหน่งรองที่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ในคณะกรรมการมาประชุมแทนเฉพาะครั้งนั้นก็ได้

ข้อ 5 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งมีวาระการดำรงตำแหน่งสี่ปีนับแต่วันแต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

ข้อ 6 นอกจากการพ้นจากตำแหน่งตามวาระตามข้อ 5 กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งคณะรัฐมนตรีแต่งตั้งพ้นจากตำแหน่งเมื่อ

(1) ตาย

(2) ลาออก

(3) คณะรัฐมนตรีให้ออก เพราะมีความประพฤติเสื่อมเสีย บกพร่องต่อหน้าที่หรือหย่อนความสามารถ

(4) เป็นบุคคลล้มละลาย

(5) เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(6) ได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก

ข้อ 7 ในกรณีที่มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในระหว่างที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งแต่งตั้งไว้แล้วยังมีวาระอยู่ในตำแหน่งไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้งเพิ่มขึ้นหรือแต่งตั้งซ่อม ให้ผู้ได้รับแต่งตั้งนั้นอยู่ในตำแหน่งเท่ากับวาระที่เหลืออยู่ของกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งแต่งตั้งไว้แล้ว

ข้อ 8 ในกรณีที่กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิดำรงตำแหน่งครบวาระแล้วแต่ยังมิได้มีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่ ให้กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระปฏิบัติหน้าที่ไปพลางก่อนจนกว่าจะมีการแต่งตั้งกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิขึ้นใหม่

ข้อ 9 การประชุมของคณะกรรมการ ต้องมีกรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

ให้ประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม ในกรณีที่ประธานกรรมการไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้รองประธานกรรมการเป็นประธานในที่ประชุม หากรองประธานไม่มาประชุมหรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้กรรมการซึ่งมาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุม

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่งในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากัน ให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

ข้อ 10 คณะกรรมการจะแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อพิจารณาและเสนอความเห็นในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือปฏิบัติการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนคณะกรรมการก็ได้และให้นำข้อ 9 มาใช้บังคับกับการประชุมของคณะอนุกรรมการโดยอนุโลม

ข้อ 11 เพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติการตามระเบียบนี้ ให้คณะกรรมการจัดทำรายงานสรุปการดำเนินการตามหมวดนี้ต่อคณะรัฐมนตรีทุกสี่เดือน

รายงานตามวรรคหนึ่งอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- (1) รายชื่อบุคคลผู้ถูกตรวจสอบที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นการทำธุรกรรมอำพราง
- (2) พยานหลักฐานที่ใช้ดำเนินการต่อบุคคลตาม (1)
- (3) รายละเอียดของบุคคลที่ดำเนินการ ผู้ใช้หรือสั่งการให้มีการดำเนินการ
- (4) ผลการดำเนินการ

ข้อ 12 คณะกรรมการอาจแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญคนหนึ่งให้ตรวจสอบรายงานดังกล่าวว่าการดำเนินการที่รายงานชอบด้วยระเบียบนี้หรือไม่ เพื่อเสนอต่อคณะกรรมการ

ข้อ 13 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

- (1) เสนอมาตรการป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพรางต่อคณะรัฐมนตรี

(2) ตรวจสอบธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดฐานตัวแทนอำพราง

(3) ส่งเสริมความร่วมมือของประชาชนเกี่ยวกับการให้ข้อมูลข่าวสารเพื่อสอดส่องและป้องกันการทำธุรกรรมอันมีลักษณะตัวแทนอำพราง

(4) ออกหลักเกณฑ์และวิธีการติดตามและการชี้เบาะแสดการทำธุรกรรมอำพราง

(5) ติดตามและประเมินผลการปฏิบัติตามระเบียบนี้

(6) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะรัฐมนตรีมอบหมาย

ข้อ 14 ให้จัดตั้งสำนักงานควบคุมการทำธุรกรรมลักษณะตัวแทนอำพราง เรียกโดยย่อว่า “สำนักงาน ค.ต.อ.” ขึ้นเป็นหน่วยงานภายในกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ทำหน้าที่เป็นสำนักงานเลขานุการ ค.ต.อ. โดยให้มีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินการให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการและปฏิบัติงานธุรการอื่น

(2) จัดทำรายงานหรือข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพราง

(3) เก็บ รวบรวม ติดตาม ตรวจสอบ ศึกษา ประมวลผล และวิเคราะห์รายงานและข้อมูลต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพราง

(4) เก็บรวบรวมพยานหลักฐานเพื่อดำเนินคดีกับผู้ทำธุรกรรมอำพราง

(5) ประสานงานกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อตรวจสอบการทำธุรกรรมอำพราง

(6) จัดให้มีโครงการที่เกี่ยวกับการเผยแพร่ความรู้ การให้การศึกษา และฝึกอบรมในด้านต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการทำธุรกรรมอำพรางหรือช่วยเหลือหรือสนับสนุนทั้งภาครัฐและภาคเอกชนให้มีการจัดโครงการดังกล่าว

(7) ปฏิบัติการอื่นตามที่คณะกรรมการมีมติมอบหมาย

ข้อ 15 ให้เจ้าหน้าที่กรมพัฒนาธุรกิจการค้าซึ่งอธิบดีมอบหมายเป็นผู้อำนวยการมีหน้าที่ควบคุมดูแลโดยทั่วไปซึ่งราชการของสำนักงาน และเป็นผู้บังคับบัญชาข้าราชการในสำนักงาน

ข้อ 16 ให้สำนักงานจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีเสนอต่อคณะรัฐมนตรี รายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีอย่างน้อยให้มีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) รายงานผลการดำเนินการตรวจสอบการทำธุรกรรมอำพรางและปริมาณคดีที่ดำเนินการในแต่ละปี

(2) ปัญหาและอุปสรรคจากการปฏิบัติงาน

(3) รายงานข้อเท็จจริงหรือข้อสังเกตจากการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่พร้อมทั้งความเห็นและข้อเสนอแนะ

ให้คณะรัฐมนตรีเสนอรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีตามวรรคหนึ่งพร้อมด้วยข้อสังเกต
ของคณะรัฐมนตรีต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อทราบ

ข้อ 17 ให้นายกรัฐมนตรีรักษาการตามระเบียบนี้

ประกาศ ณ วันที่

พ.ศ.

นายกรัฐมนตรี

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552.

ประมวลกฎหมายที่ดิน.

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์.

ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281.

พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. 2505.

พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522.

พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520.

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522.

กฎกระทรวง (พ.ศ. 2525) ออกตามความในพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
พ.ศ. 2522.

กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรม
และอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542.

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2539) ออกตามความในพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
พ.ศ. 2522.

กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อ
พาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว
พ.ศ. 2545.

กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการจัดตั้งนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2548.

กฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497.

กฎกระทรวงฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497.

กฎกระทรวงฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินหรือห้องชุดของคนสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง ตั้งบริษัทจำกัดขึ้นรับโอนที่ดินไว้เพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง บุคคลสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว ทั้งที่ชอบและมีชอบด้วยกฎหมาย ขอได้มาซึ่งที่ดินหรือกรรมสิทธิ์ในห้องชุด.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง หลักฐานที่คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวต้องนำมาแสดง เพื่อขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุด.

ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์.

ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง บุคคลสัญชาติไทยที่มีหรือเคยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวและบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวที่มีสัญชาติไทย ขอได้มาซึ่งที่ดิน.

ระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของคนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว พ.ศ. 2547.

ระเบียบสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ฉบับที่ 20/2535 ว่าด้วยการประสานงานกับกรมที่ดินเพื่ออนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดและผู้ได้รับการส่งเสริมนิติบุคคลไทยโอนที่ดิน.

คำสั่งกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง โครงการตรวจสอบการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลสัญชาติไทย (นอมินี).

คำสั่งกรมพัฒนาธุรกิจการค้า เรื่อง โครงการตรวจสอบการถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในนิติบุคคลสัญชาติไทย (นอมินี).

คำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลาง ที่ 102/2549 เรื่อง กำหนดเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด.

หนังสือ

จุมพต สายสุนทร. คำแปลความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2537.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และ สุณิ อาชวานันทกุล. นอมินี. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ openbooks, 2549.

บรรยง วิทยวิโรตติ. กลไกการเงิน. พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพมหานคร: บริษัทเนชั่น มัลติมีเดีย กรุ๊ป จำกัด (มหาชน), 2546.

ประสิทธิ์ เอกบุตร. กฎหมายระหว่างประเทศ สนธิสัญญา เล่ม 1. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2544.

พรเทพ เบญญาอภิกุล. GATS ความตกลงว่าด้วยการค้าบริการ. โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

มานอกและเด็กนอกกรอบ. 25 คำถาม SHIN เบื้องหลังดีลเทคโนโลยีเวอร์ชันคอร์ป. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ openbooks, 2549.

วันรักษ์ มิ่งมณีนาคน. สารานุกรมเศรษฐกิจจีน. (ฉบับปรับปรุงเพิ่มเติม). พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นำอักษรการพิมพ์กรุงเทพ, 2548.

ศิริ เกวลินสฤตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน, กรุงเทพมหานคร: บริษัท พณิชการพิมพ์ จำกัด, 2531.

สกล หาญสุทธีวรินทร์. คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ซี.พี.บุ๊ค สแตนดาร์ด, 2548.

ส่วนการตลาดและการลงทุนจีน ฝ่ายธุรกิจสัมพันธ์ ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน). คู่มือการลงทุนในจีน, 2538

สิทธิกร นิพพะยะ. การเจรจาการค้าพหุภาคีรอบอุรุกวัย. โครงการ WTO Watch (จับกระแสองค์การการค้าโลก) พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

สุดใจ ขาญชาตริรัตน์, ดิษณีย์ นาคเจริญ, นภาพร พิพัฒน์, วิไล อักษรระสมชีพ, ชีรเดช เอี่ยมสำราญ และ ประสงค์ เลิศรัตนวิสุทธิ์, อัครดีล ซินคอร์ป 7 หมื่นล้านชุกหั้น โคตรรานวัตร. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มติชน, 2549.

อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์ และคณะ. การจัดการที่ดินระดับท้องถิ่น. กรุงเทพมหานคร. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549.

บทความในวารสาร

กมลินทร์ พินิจภูวดล. “การเปิดเสรีการค้าบริการสาธารณสุขภายใต้ WTO: ข้อสังเกตเกี่ยวกับกฎหมายและข้อผูกพันของประเทศไทย”. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 19, 3 (กันยายน 2542): 51-86.

กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. “กฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว: พื้นฟูเศรษฐกิจได้จริงหรือ”. วารสารการเงินธนาคาร 18, 212 (ธันวาคม 2542): 121-123.

กิตติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. “กฎหมายการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว: พื้นฟูเศรษฐกิจได้จริงหรือ ตอนที่ 3”. วารสารการเงินธนาคาร 19, 214 (กุมภาพันธ์ 2543): 122-124.

โกศล ฉันทิกุล. “หลักการและประเด็นในการเจรจาความตกลงพหุภาคีเกี่ยวกับการลงทุนในกรอบองค์การการค้าโลก (WTO)”, วารสารกฎหมายธุรกิจบัณฑิต 2, 2 (กรกฎาคม-ธันวาคม 2545): 67-88.

ชุมพร ปัจจุสานนท์. “การค้าบริการภายใต้ข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ”. วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์ 15, 1 (ธันวาคม 2537): 79-99.

เชษฐ สุขสังข์. “ประเด็นน่ารู้เกี่ยวกับการแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542”. วารสารการค้าโลก 5, 1 (ตุลาคม-ธันวาคม 2549): 10-11.

ดุสิต อุซุงค์อมร. “การแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”. วารสารสหภาพความคิด 15, 92 (มีนาคม 2550): 39-43.

ไตรทิพย์ ศิวะกฤษณ์กุล. “กุหลาบแก้วบริษัทสัญชาติไทย เชื่อชาติสิงคโปร์”. วารสารการเงินการธนาคาร 25, 294 (ตุลาคม 2549): 199-201.

ธรรมบุญ อานันท์ไทย. “แก้กฎหมายประกอบธุรกิจคนต่างด้าว กระทบกับใครบ้าง?”. วารสาร ส.อ.ท. 16, 91 (มีนาคม-เมษายน 2550): 26-28.

“บทสรุป “พ.ร.บ.ต่างด้าว” ก้าวแรก...อุดช่องโหว่นอมนิ”. วารสารการเงินธนาคาร ฉบับที่ 298 (กุมภาพันธ์ 2550): 166-169.

ประนอมศรี โสมขันเงิน. “การเปิดเสรีการค้าบริการ: ไทยพร้อมหรือยัง”. วารสารสุโขทัยธรรมาธิราช 7, 3 (กันยายน-ธันวาคม 2537): 74-78.

ประสาธศิลป์ บุญท้าว. “นอมินี (Nominee) ตัวดีหรือตัวร้าย”. วารสารรอบรู้มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย ความรู้สู่โลกกว้าง 12, 133 (พฤศจิกายน 2549): 16-17.

“ร่าง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ฉบับใหม่”. วารสารกฎหมายใหม่ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร 4, 80 (กุมภาพันธ์ 2550): 24-33.

วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์. “ทุนและทุนชั้นต่ำตามกฎหมายธุรกิจของคนต่างด้าว”. Tax & Bussiness Law Magazine 11, 126 (มีนาคม 2548): 58-61.

วรนิต ชุตินวงศ์. “ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคนต่างด้าวถือครองที่ดินในประเทศไทย”. วารสารนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. 13, 1 (พฤศจิกายน 2532) : 30-42.

วารุณี สิทธิถาวร. “การแก้ไข พ.ร.บ. ธุรกิจต่างด้าว ต้องชัดเจนในกติกาและมีช่วงเวลาที่เหมาะสม”. เศรษฐกิจทัศน์ 21, 1 (มกราคม-มีนาคม 2550): 5-13.

วิชัย ตันติกุลนันท์. “คนต่างด้าวกับการได้มาซึ่งที่ดิน”. สุภาพ 31, 6 (ธันวาคม 2527): 14-40.

“วิพากษ์ร่าง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว”. วารสารข่าว กฎหมายใหม่ 4, 81 (มีนาคม 2550): 20-24.

ศิริพงษ์ ศุภกิจจานุสรณ์. “ผู้ถือหุ้นข้างน้อยควบคุมบริษัทได้อย่างไร”. บทบัญญัติ 46, 4 (ธันวาคม 2533): 69-74.

ศุภศักดิ์ จิรเสวีประพันธ์. “กฎหมายประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ตอน 3)”. Make money 1, 6 (มีนาคม 2543): 165-168.

“สรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542”. ข่าววิชาชีพบัญชี 23, 7 (กรกฎาคม 2543): 6-12.

สุภาพ วงศ์เกียรติขจร. “กฎหมายกับการเปิดเสรีธุรกิจโทรคมนาคมในประเทศไทย”. วารสารนิติศาสตร์ 29, 2 (มิถุนายน 2542): 237-250.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย และ ทักษิณ ชินวัตร. “หลักกฎหมายของข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ”. รฟีสสาร, 37.

สุรินทร์ อุปพัทกุล. “ผมไม่ใช่ นอมินี”. การเงินธนาคาร ฉบับที่ 294 (ตุลาคม 2549): 67-72.

สุวิทย์ สุวรรณ. “กฎหมายไทยกับการถือหุ้นแทนกัน”. วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 4, 71 พฤษภาคม 2549): 47-51.

อรรถ อัสวานันท์. “กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับนักกฎหมายต่างด้าว”. วารสารข่าวกฎหมายใหม่ 5, 82 (เมษายน 2550): 40-43.

อรรถ อัสวานันท์. “กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวกับประเทศไทย”. วารสารข่าวกฎหมายใหม่. 5, 83 (พฤษภาคม 2550): 42-45.

อภิชาติ จาติเกตุ และ วรรณชนิต สงวนวงศ์. “การตั้ง Nominee เลี่ยงกฎหมาย เพื่อทำธุรกิจบางประเภท เช่น บริษัท กุหลาบแก้ว จำกัด ชาติได้ประโยชน์จริงหรือ” วารสารกฎหมายใหม่ 4, 76 (ตุลาคม 2549): 19.

อรุณ ภาณุพงศ์. “จาก GATT สู่ WTO”. วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 25, 3 (กันยายน 2538): 433-444.

วิทยานิพนธ์

จิตติศักดิ์ โคตรมานนท์. “การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาโทรคมนาคมพื้นฐานของไทยภายใต้ความตกลงทั่วไปด้วยการค้าบริการ (GATS) วิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ”. วิทยานิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548

ชลิตา โตสิตระกุล. “สิทธิในการทำงานของคนต่างด้าวในประเทศไทย: ศึกษากระบวนการในการเข้าสู่สิทธิในการทำงานในประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

นิทัศน์ วัฒนกุล. “หุ้นบุริมสิทธิ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2533.

บุษภา เจริญพงศ์. “การเปิดเสรีการประกอบธุรกิจค้าปลีกของคนต่างด้าวในประเทศไทย: วิเคราะห์ในกรอบของกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2544.

ประไพ อภิชาติสกุล. “การศึกษาเพื่อปรับปรุงแก้ไข ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ภายใต้ความตกลงทั่วไปด้วยการค้าบริการ (GATS)”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2542.

พรประภา ชีวดีโสภณ. “การเปิดเสรีการค้าบริการสาขาท่องเที่ยวภายใต้กฎเกณฑ์ WTO กับประเทศไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

- ภัทรวรรณ ศรีสุข. “การถือหุ้นไขว้ ศึกษาเฉพาะกรณีผลกระทบทางกฎหมายและการควบคุม” วิทยานิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- มนตรี ยะรังสี. “การเปิดเสรีการค้าบริการของไทยสาขาค้าปลีกภายใต้กฎเกณฑ์ของ WTO”. สารนิพนธ์
มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- วรรณ บุญศรีเมือง. “การเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) สาขา
วิชาชีพบัญชี วิเคราะห์ในเชิงกฎหมายเศรษฐกิจระหว่างประเทศ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2547.
- วันทิพย์ จันทกิจ. “การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน”.
สารนิพนธ์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- สุญาณี คัยนันท์. “การเปิดเสรีทางการเงินสาขาธนาคารพาณิชย์ต่างประเทศในประเทศไทยภายใต้ GATS”.
วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.
- อภิวรรณ โพธิ์บุญ อักษรสุวรรณ. “ความผิดที่กระทำโดยนิติบุคคลศึกษาโทษที่จะลงแก่นิติบุคคล”
วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- อัญชลี วิโรจน์ระชัย. “ผลกระทบทางกฎหมายของความตกลง GATS ต่อการเปิดเสรีการค้าบริการสาขา
ก่อสร้างของไทย”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.
- อำนาจ บุบผามาศ. “ปัญหาทางกฎหมายว่าด้วยหุ้นบุริมสิทธิ”. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- กรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศ. ความตกลงการค้าเสรีไทย-ออสเตรเลีย (Thailand - Australia Free
Trade Agreement: TAFTA). สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2554, จาก
<http://www.thaifta.com/thaifta/Home/FTAbCountry/tabid/53/ctl/detail/id/21/mid/480/usemastercontainer/true/Default.aspx>
- กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์. ข้อมูลด้านการลงทุนในประเทศ. สืบค้นเมื่อวันที่ 29 มิถุนายน
2554, จาก <http://www.dephtai.go.th/DEP/DOC/51/51014299.doc>
- กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์, “ข้อ 2.6 กฎระเบียบด้านการลงทุนในประเทศ” สืบค้นเมื่อวันที่
29 มิถุนายน 2554, จาก www.dephtai.go.th/DEP/DOC/51/51014299.doc

กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์. ข้อมูลทั่วไปประเทศแคนาดา. สืบค้นเมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2554, จาก <http://www.depthai.go.th/go/content/download/attach?contentId=14609>

นวลรัชนี เสถียรมา. กรมส่งเสริมการส่งออก กระทรวงพาณิชย์. ข้อมูลประเทศสหรัฐอเมริกา.

สืบค้นเมื่อวันที่ 16 มิถุนายน 2554, จาก

<http://www.depthai.go.th/go/content/download/attach?contentId=15378>

มติชนรายวัน. กฎหมายธุรกิจต่างด้าว ช่องโหว่ที่รอรัฐแก้ไข. สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2554, จาก

<http://www.nidambe11.net/ekonomiz/2005q4/article2005oct28p3.htm>

สำนักงานที่ดิน จังหวัดสงขลา. ธุรกิจอสังหาฯ สมุทรหลังเกิดเหตุชาวที่ดินฉาว. สืบค้นเมื่อวันที่ 18

มิถุนายน 2554, จาก สืบค้นจาก [www.dolsongkhla.go.th/inde.php?cmd=](http://www.dolsongkhla.go.th/inde.php?cmd=news&mode=detail&id=14)

[news&mode=detail&id=14](http://www.dolsongkhla.go.th/inde.php?cmd=news&mode=detail&id=14)

สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครซิดนีย์. โอกาสและเส้นทางทางธุรกิจในออสเตรเลีย ข้อมูล

เกี่ยวกับนโยบายทางการค้า บริการ และการลงทุนของรัฐบาลออสเตรเลีย.

สืบค้นเมื่อวันที่ 15 มิถุนายน 2554, จาก

www.thaiconsulatesydney.org/BIC/inside_04opportunity.html

ศูนย์บริการข้อมูลธุรกิจ สถานกงสุลใหญ่ ณ นครลอสแอนเจลิส. อัปเดตการค้าและการลงทุน.

สืบค้นเมื่อวันที่ 19 มิถุนายน 2554, จาก

http://www.thaiconsulatela.org/bic/article_detail.aspx?article_id=24

โพสต์ทูเดย์. แกะรอยนอมินีที่นา ‘ทุนต่างชาติ-ทุนไทย’ ไล่ฮุบฐานรากเกษตรกรรม. สืบค้นเมื่อวันที่ 16

มิถุนายน 2554, จาก

http://www.tja.or.th/index.php?option=com_content&view=article&id=2074:2010-02-20-07-53-07&catid=51:2009-09-10-04-33-27&Itemid=30

Oknation.net. ค้นหาสนับคนแบบบนเกาะสมุย...ตัวอย่างการยึดครองที่ดินของต่างชาติ. สืบค้นเมื่อวันที่ 19

มิถุนายน 2554, จาก www.oknation.net/blog/print.php?id=70046

เอกสารอื่นๆ

กฤต ไกรจิตติ (ผู้แทนกรมสนธิสัญญาและกฎหมาย). “บันทึกรายงานการประชุมคณะกรรมการกฤษฎีกา

(คณะพิเศษ) เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับ...) พ.ศ.

ครั้งที่ 2/2550”. วันที่ 13 กุมภาพันธ์ 2550.

กฤตยา อาชวนิจกุล. “สถานการณ์ 'คนข้ามชาติ' ของประเทศไทย: นโยบาย และทิศทางการวิจัย”. เอกสารสรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง สถานการณ์ 'คนข้ามชาติ' ของประเทศไทย: นโยบายและทิศทางการวิจัย, สถาบันวิจัยประชากรและสังคม มหาวิทยาลัยมหิดล, 2537.

โกศล ฉันทิกุล และ ชุติมา เปื่องการ. “รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง โครงการศึกษาผลกระทบของการจัดทำข้อตกลงระหว่างประเทศต่อการลงทุนจากต่างประเทศ”. กองการต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, 2543.

คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย. เอกสารสรุปการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง “พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542: ใครได้-ใครเสีย”, 2543.

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 6136/2537.

คำพิพากษาศาลฎีกา ที่ 7500/2552.

ชยันต์ ตันติวัสดาการ, วัชรียา โตสงวน และ เฟลินพิศ สัตย์สงวน. รายงานวิจัย เรื่อง “โครงการศึกษาศักยภาพการแข่งขันการค้าบริการของไทย” เล่มที่ 1. ศูนย์บริการวิชาการเศรษฐศาสตร์ คณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2539.

เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และ วีรวัลย์ ไพบุลย์จิตต์อารี. รายงานฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “โครงการจัดทำยุทธศาสตร์และแนวทางในการเตรียมความพร้อมของภาคอุตสาหกรรมไทย อันเนื่องมาจากการเจรจา WTO รอบใหม่ที่กรุงโตเกียว ภาคการค้าบริการ”. สถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย, 2547.

บันทึกข้อหารือของกระทรวงพาณิชย์ เรื่อง “ปัญหาข้อหารือกรณีสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิและสัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท เอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด ลงวันที่ 11 เมษายน 2534” .

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การกำหนดสภาพแห่งหุ้นบุริมสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และการถือหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทจำกัดตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัท เอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 465/2534).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การมีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าวตามมาตรา 97(1) แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัท ไทยคิวพี จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 475/2534).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การถือกรรมสิทธิในห้องชุดของผู้ประกอบการอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบการพาณิชย์กรรมซึ่งเป็นคนต่างด้าวในนิคมอุตสาหกรรม (เรื่องเสร็จที่ 648/2554).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความหมายของคนต่างด้าว ตามประมวลกฎหมายที่ดิน (กรณีบริษัทไทยคิวพี จำกัด และตามข้อ 3 แห่งประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 (กรณีบริษัท เอบีพี ดิสทริบิวชั่น จำกัด) (เรื่องเสร็จที่ 332/2535).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง สิทธิในที่ดินของสมาคมที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่า กึ่งหนึ่ง (เรื่องเสร็จที่ 484/2533).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ทารอเกี่ยวกับมติที่ประชุมคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เกี่ยวกับปัญหาตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 (เรื่องเสร็จที่ 326/2541).

บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ปัญหาข้อหารือเกี่ยวกับสภาพของหุ้นบุริมสิทธิ (ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) มาตรา 1183 และมาตรา 1222) (เรื่องเสร็จที่ 426/2528).

ประสิทธิ์ เอกบุตร. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542”. สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2548.

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542.

พินัย ไชยแสงสุขกุล. “กฎหมายการลงทุนศึกษาเปรียบเทียบสาธารณรัฐประชาชนจีน สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) และประเทศไทย”. โครงการวิจัยเสริมหลักสูตร คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2529.

ภูวดล ทรงประเสริฐ. เอกสารวิชาการของสถาบันเอเชียศึกษา อันดับที่ 23 เรื่อง “สู่ทางการลงทุนร่วมระหว่าง ไทยกับจีน”. โครงการจีนศึกษา สถาบันเอเชียศึกษา จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2528.

ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่....) พ.ศ. ที่ผ่านความเห็นชอบจาก คณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550.

ศิริพร สัจจามันท์ และคณะ. รายงานการศึกษาโครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย ระยะที่ 2. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). 2550.

สฤณี อาชวานันทกุล. เอกสารประกอบการบรรยาย เรื่อง “การใช้โฉนดที่ดินในตลาดหุ้นไทย: หลักฐานและผลกระทบต่อตลาดหุ้นไทย” (25 สิงหาคม 2549).

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักนายกรัฐมนตรี. “คู่มือการลงทุนในจีน”. 2538.

สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์. เอกสารประกอบการสัมมนา เรื่อง “การเจรจา

เปิดเสรีการค้าบริการภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO): การเจรจาการค้ารอบใหม่”, 2542.

สุรเกียรติ์ เสถียรไทย. รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์ เรื่อง “ผลกระทบต่อการค้าบริการจากการเปิดเสรีภายหลังการเจรจาการค้าหลายฝ่ายรอบอุรุกวัย สาขาค้าปลีก”. 2537.

สุรัตน์ ศรีสุวรรณผไท. เอกสารวิชาการ “ความตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าบริการ (GATS) และข้อผูกพันเปิดเสรีการค้าบริการภายใต้องค์การการค้าโลก (WTO)”. สำนักเจรจาการค้าพหุภาคี กรมเศรษฐกิจการพาณิชย์.

สลิตตา โลกัตถกร สุณิศา วรวงษ์สุ และปองทิพย์ สามัตถิยากร. รายงานการศึกษาโครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.). 2552.

หนังสือกรมที่ดิน ด่วนที่สุด ที่ มท 0515.2/23613 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2552 เรื่อง มาตรการป้องกันการถือที่ดินแทนคนต่างด้าว.

หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0505/ว 23245 ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2546.

หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0710/ว 16051 ลงวันที่ 25 พฤษภาคม 2543.

หนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนที่สุด ที่ มท 0515/ว2227 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2551 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น.

หนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนที่สุด ที่ มท 0710/ว 792 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2542 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีหรือเคยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว และบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวที่มีสัญชาติไทยขอได้มาซึ่งที่ดิน.

อิทธิพล ศรีเสาวลักษณ์ และคณะ. “โครงการศึกษาวิจัยและยกร่างกฎหมายว่าด้วยการกำหนดมาตรฐานการออกเอกสารสิทธิในที่ดินของรัฐ”. กรุงเทพฯ: สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี, 2549.

เอกสารประกอบการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. (คณะรัฐมนตรี เป็นผู้เสนอ) บรรจุระเบียบวาระการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติในคราวประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ครั้งที่ 21/2550 วันพุธที่ 25 เมษายน 2550.

ภาษาต่างประเทศ

Act no. 5709 of 1971, Brazil

Black's Law Dictionary (9th ed. 2009)

Brazil's Civil Code of 2002

Brazilian Corporate Act of 1979

Brazilian Federal Constitution of 1988 Article 171

Canada Transportation Act (S.C. 1996, c. 10), Canada

Civil Code of 2002, Brazil

Clyde&Co, Clyde Corporate Focus September 2008 issue. Investment in
Brazilian real estate. Retrieved July 10, 2011, from
[http://www.clydeco.com/uploads/Files/Publications/2008/Corporate%20Focus
%20 \(Sep%2008\).pdf](http://www.clydeco.com/uploads/Files/Publications/2008/Corporate%20Focus%20(Sep%2008).pdf)

Complementary Act No. 73/1993, Brazil

Corporation Act, Australia

Federal Law number 6,815, of August 19, 1981, Brazil

Federal Official Journal หรือ Brazilian Federal Gazette

Foreign Acquisitions and Takeovers Act 1975, Australia

Foreign Acquisition and Takeover Regulations 1989, Australia

Foreign Investment Policy Guidelines, Australia

Foreign Investment Policy, Australian Treasurer, January 2011, Annex-Definitions,
Prescribed Sensitive Sectors.

Investment Canada Act R.S.C., 1985, c. 28 (1st Supp.)

National Security Review of Investments Regulations

Regulations Respecting Investment in Canada

Rural Land Acquisitions Act, Brazil

The Competition Act, Canada

The Financial Action Task Force. Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector, October 2009. Annex A Glossary of Terms, page 67. Retrieved July 6, 2011, from <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/32/31/43948586.pdf>

เอกสารอิเล็กทรอนิกส์

Aaron Singer. **Rules Governing Foreign Investment in Canada**. Retrieved June 22, 2011, from <http://www.cwilson.com/resource/newsletters/article/338-rules-governing-foreign-investment-in-canada.html>

Access Economics Pty Limited. **ASX-SGX: why the combination is in Australia's national interest**. Retrieved July 2, 2011, from http://www.asxgroup.com.au/media/.../20101206_ASX_SGX__Access_Report.pdf

Alberto Murray Neto, Fabrício Polido and Tatiana Erhardt. **Acquisition of Rural Lands in Brazil by Foreigners**. Retrieved July 10, 2011, from <http://www.prmurray.com.br/en/informativo/acquisition-of-rural-lands-in-brazil-by-foreigners>

Alan Oxley. The Australian July 02, 2011. **Foreigners have always owned the farm**. Retrieved June 27, 2011, from <http://www.itsglobal.net/node/162>

Antoine Martin and Mulugeta M Ayalew. **Acquiring Land Abroad for Agricultural Purposes: 'Land Grab' or Agri-FDI? Report of the Surrey International Law Center and Environmental Regulatory Research Group**. Retrieved June 27, 2011, from <http://www.ssrn.com/abstract=1788948>

ASA Consultants Pty Ltd. **Foreign Investors - Buying property as a foreigner or Temporary Resident in Australia (2011 August)**. Retrieved June 27, 2011, from http://www.australiamigration.com/page/Foreign_Investors_Buying_property_as_a_foreigner_or_Temporary_Resident_in_Australia/178

Australian Government Foreign Investment Review Board. **How to Apply-Business Proposals**. Retrieved June 30, 2011, from <http://www.firb.gov.au/content/policy.asp>

Australian Government Response to the Senate Economics References Committee Report.

Foreign Investment by State-Owned Entities. Retrieved June 26, 2011, from http://www.aph.gov.au/senate/committee/economics_ctte/firb_09/govt_response/firb_govt_response.pdf

Australian Government. **Foreign Acquisitions and Takeovers Amendment Act 2010 No.**

1. Retrieved June 26, 2011, from <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2010A00001>

Australian Government. **Regulation of foreign investment in Australia.** Retrieved June 26, 2011, from

<http://www.austrade.gov.au/.../Regulation-of-Foreign-Investment-Guide.pdf.aspx>

Australian Institute of Criminology. **Money Laundering and Terrorist Financing**

Typologies and Trends in Canadian Banking. Retrieved June 30, 2011, from <http://www.aic.gov.au/documents/A/A/2/%7BAA236B7C-0159-4A84-8F90-C74158D97540%7Dt24.pdf>

Australian Treasurer. **National Interest.** Retrieved June 22, 2551, from

http://www.firb.gov.au/.../Australia's_Foreign_Investment_Policy_Jan_2011.rtf

Australian Treasurer. **Prescribed Sensitive Sectors.** Retrieved June 22, 2551, from

[http://www.firb.gov.au/.../Australias_Foreign_Investment_Policy_\(English\).pdf](http://www.firb.gov.au/.../Australias_Foreign_Investment_Policy_(English).pdf)

Blake, Cassels and Graydon LLP. **Doing Business in Canada Guide.** Retrieved June 26, 2011, from

http://www.blakes.com/DBIC/guide/PDF/Doing_Business_in_Canada.pdf

Business Council of Australia. **Foreign Attraction (2010 April).** Retrieved June 29, 2011, from <http://www.bca.com.au/Content/101677.aspx>

Business Council of Australia. **How can we continue to meet our foreign investment needs?.** Retrieved September 7, 2011 from

<http://www.bca.com.au/Content/100837.aspx>

Clyde&Co, Clyde Corporate Focus September 2008 issue. **Investment in Brazilian real estate.** Retrived July 20, 2011, from [http://www.clydeco.com/attachments/.../Corporate%20Focus%20\(Sep%2008\).pdf](http://www.clydeco.com/attachments/.../Corporate%20Focus%20(Sep%2008).pdf).

Clyde & Co LLP. **Regulatory ban on short selling**. Retrieved July 19, 2011, from [http://www.clydeco.com/attachments/published/2768/Corporate%20Focus%20\(Sep%2008\).pdf](http://www.clydeco.com/attachments/published/2768/Corporate%20Focus%20(Sep%2008).pdf)

Corrs Chambers Westgarth. **Doing Business in Australia**. Retrieved June 25, 2011, from <http://www.corrs.com.au>

Farmlandgrab.org. **Food Crisis and the Global Land Grab**. Retrieved June 26, 2011, from <http://farmlandgrab.org/post/view/19055>

Financial Action Task Force. **Money Laundering and Terrorist Financing in the Securities Sector**. Retrieved June 30, 2011, from <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/16/8/35003256.pdf>

Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada. **Money Laundering and Terrorist Financing Typologies and Trends in Canadian Casinos (2009 November)**. Retrieved June 30, 2011, from <http://www.fintrac.gc.ca/publications/typologies/2009-11-01-eng.asp>

Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada. **Money Laundering and Terrorist Financing (ML/TF) Typologies and Trends for Canadian Money Services Businesses (MSBs)**. Retrieved June 29, 2011 from <http://www.fintrac.gc.ca/publications/typologies/2010-07-eng.asp>

Financial Transactions and Reports Analysis Centre of Canada. **Trends in Canadian Suspicious Transaction Reporting (STR) (2011 April)**. Retrieved July 19, 2011, from <http://www.fintrac.gc.ca/publications/typologies/2011-03-eng.asp>

Food and Agriculture Organization of the United Nations. **Land ownership and foreigners: a comparative analysis of regulatory approaches to the acquisition and use of land by foreigners**. Retrieved June 29, 2011 from <http://www.fao.org/legal/prs-ol/lpo6.pdf>

Cimara Pearce. The Weekly Times March 23, 2011. **Foreign land buys go unchecked in Australia**. Retrieved June 22, 2011, from <http://www.news.com.au/breaking-news/foreign-land-buys-go-unchecked-in-australia/story-e6frfku0-1226026504869>

- Gary Best and Clayton Utz. **Australia**. Retrieved June 22, 2011, from http://www.claytonutz.com.au/area_of_law/real_estate/docs/PLCCorporateRealEstateHandbook_AustChapter.pdf
- Government of Canada. **Invest in Canada: We Take Care of Business**. Retrieved June 16, 2011, from <http://investincanada.gc.ca/eng/publications/we-take-care-of-business.aspx>
- Government of Canada. **Investment Regulation in Canada**. Retrieved June 16, 2011, from http://www.investincanada.gc.ca/en826/Investment_Regulation_in_Canada.html
- Government of Canada. **Other Restrictions on Foreign Ownership**. Retrieved July 15, 2011, from <http://investincanada.gc.ca/eng/establish-a-business/start-business-anada/foreign-ownership-restrictions.aspx>
- Government of Canada. **Welcome to Canada: We Take Care of Business - September 2011**. Retrieved July 20, 2011, from <http://investincanada.gc.ca/eng/publications/taking-care-business-presentation/text-version.aspx>
- Government of Canada. **What are the laws regulation foreign investment in Canada**. Retrieved July 13, 2011, from <http://www.investincanada.gc.ca/Director.aspx?tabid=1004&faq=article&faqid=21>
- Internal Revenue Code: Sec. 6231. **Definitions and special rule**. Retrieved July 4, 2011, from <http://www.taxalmanac.org/index.php/>
- International Business Times. **Brazil moves to restrict foreign land ownership**. Retrieved July 23, 2011 from <http://au.ibtimes.com/articles/125360/20110322/brazil-moves-to-restrict-foreign-land-ownership.htm>
- IRS. **Legal Reference Guide for Revenue Officers (IRS Internal Revenue Manual)**. Retrieved July 20, 2011, from http://www.irs.gov/irm/part5/irm_05-017-002.html 5.17.2.5.7.2(12-14-2007)
- Jose Gualberto. **Brazil Real Estate Investments**. Retrieved August 2, 2011, from http://brazilrealinvestment.blogspot.com/2010_06_01_archive.html

LaShandra P. Sullivan. **The Space to Be Ourselves': Ethanol-Fuel Production and Land Conflict on a Brazilian 'Frontier'**. Retrieved August 2, 2011, from <http://www.iss.nl/Menupages/Research-Networks/The-Land-Deal-Politics-Initiative-LDPI/April-2011-IDS-Sussex2/LDPI-Conference-Papers/The-Space-to-Be-Ourselves-Ethanol-Fuel-Production-and-Land-Conflict-on-a-Brazilian-Frontier>

Margaret McKenzie. **Should foreign investment rules be reviewed? (2011 July)**. Retrieved August 12, 2011, from <http://theconversation.edu.au/should-foreign-investment-rules-be-reviewed-2109>

Mark Thirlwell. **Dealing with the Dragon: Australia and Chinese Inward Investment (2010 April)**. Retrieved June 29, 2011, from www.clingendael.nl/publications/2010/20100401_cas_artikel_mthirlwell.pdfFile

Mark Thirlwell. **Is the Foreign Investment Review Board acting fairly?** Retrieved June 26, 2011, from http://www.ipa.org.au/library/publication/1229471411_document_thirlwell_updated.pdf

Nevett Ford Lawyers. **Summary of Foreign Investment Review Board Policy Changes (2010 June)**. Retrieved August 3, 2011, from www.nevettford.com.au/.../1288826861:5893:3791:5710343.html

Nick Sherry and Tony Burke. **Coalition chaos on Foreign Investment (2010 July)**. Retrieved July 14, 2011, from <http://www.alp.org.au/federal-government/news/coalition-chaos-on-foreign-investment/>

NuWire Investor. **Brazil moves to restrict foreign land ownership**. Retrieved August 1, 2011, from <http://brazil.themovechannel.com/news/4f69d78d-3d57/>

OECD Organisation for Economic Co-operation and Development. **Money Laundering Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors**. Retrieved July 23, 2011, from <http://www.oecd.org/dataoecd/61/17/43841099.pdf>

Ontario Media Development Corporation. **Investing the Future of Canadian Books: Review of the Revised Foreign Investment Policy in Book Publishing and Distribution**. Retrieved June 16, 2011, from <http://www.omdc.on.ca/AssetFactory.aspx?did=7045>

Organisation for Economic Co-operation and Development. **Identification of foreign investors: A fact finding survey of investment review procedures (2010 May)**. Retrieved June 15, 2011, from <http://www.oecd.org/dataoecd/4/3/45425060.pdf>

Parliament of Australia Senate. **Indigenous Art - Securing the Future Australia's Indigenous visual arts and craft sector**. Retrieved June 30, 2011, from www.aph.gov.au/senate/committee/ecita_ctte/...07/.../c01.htm

Parliament of Canada. **Foreign Investment in Canada: The Net Benefit Test**. Retrieved June 15, 2011, from www.parl.gc.ca/Content/LOP/ResearchPublications/cei-22-e.htm

Paul Kalfadellis, Gray Judy and Freeman Susan. **The 'National Interest' and the Screening of Foreign Direct Investment in Australia (2006 June)**. Retrieved June 17, 2011, from <http://www.buseco.monash.edu.au/mgt/research/working-papers/2006/wp14-06.pdf>

Rio Grande Do Sul State – RS, Brazil. **Benefits of Locating Your Business in the South of Brazil**. Retrieved July 22, 2011, from <http://www.slideshare.net/ikapp/benefits-of-locating-and-trade-in-south-region-of-rs-brazil-3554000>

Rio Tinto. **Foreign Investment: a Foundation for Australia's Prosperity**. Retrieved July 24, 2011, from http://www.aph.gov.au/senate/committee/economics_ctte/firb_09/submissions/sub47.pdf 2009 April

Rio Tinto. **Submission: Inquiry into foreign investment by state-owned entities**. Retrieved June 16, 2011, from www.aph.gov.au/senate/committee/economics.../submissions/sub47.pdf

Sérgio Sauer and Sergio Pereira Leite. **Agrarian structure, foreign land ownership, and land value in Brazil**. Retrieved July 12, 2011, from www.future-agricultures.org/index.php

Sharon G. Druker. **Doing business in Canada: A practical guide to cross-border trade and investment what you need to know about the Canadian legal regime.**

Retrieved July 1, 2011, from http://www.iln.com/articles/pub_216.doc

Sofazenda. **Acquisition of real estate in Brazil.** Retrieved July 24, 2011, from http://www.sofazenda.com.br/outros_paises/eua/guide_investor/acquisition.php

Steve Lewis and Nic Christensen. **Farmland buy-out sparks register move (2010 November).** Retrieved June 18, 2011, from <http://www.couriermail.com.au/ipad/farmland-buy-out-sparks-register-move/story-fn6ck45n-1225953726027>

Stikeman Elliott. **Canadian Competition Bureau introduces new standard language for "no action" letters.** Retrieved June 15, 2011, from <http://www.thecompetitor.ca/2011/08/articles/competition/competition-bureau/canadian-competition-bureau-introduces-new-standard-language-for-no-action-letters/>

Stikeman Elliott. **Canadian ownership "restored".** Retrieved June 15, 2011, from www.stikeman.com/cps/rde/xchg/se-en/hs.xsl/15276.htm

The Australian National University. **Chinese foreign direct investment in the Australian.** Retrieved June 19, 2011, from http://epress.anu.edu.au/china_new_place/pdf/ch16.pdf

The Foreign Investment Review Board (the FIRB). **Foreign investment policy (2011 January).** Retrieved June 18, 2011, from [http://www.firb.gov.au/content/_downloads/Australias_Foreign_Investment_Policy_\(English\).pdf](http://www.firb.gov.au/content/_downloads/Australias_Foreign_Investment_Policy_(English).pdf)

The General Council of the Bar. **Money Laundering Regulations - Guidance for the Bar.** Retrieved June 28, 2011, from <http://www.barcouncil.org.uk/guidance/moneylaunderingregulations-guidanceforthebar/>

The International Bank for Reconstruction and Development. **Doing Business 2010 Brazil.**

Retrieved July 22, 2011, from http://www.doingbusiness.org/Reports/SubnationalReports/~/_media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Profiles/CountryOLD/DB10/BRA.pdf

The Interpreter Lowy Institute for International Policy. **Chinese investment: FIRB debacle? (2009 October).** Retrieved July 16, 2011, from

www.lowyinterpreter.org/.../Chinese-investment-FIRB-debacle.aspx

The Progressive Farmer. **Little Threat in Brazil's Curbs to Foreign Ownership.** Retrieved July 1, 2011, from

<http://www.dtnprogressivefarmer.com/dtnag/common/link.do;jsessionid=4F988F0CB61536630CDF84D3A358119B.agfreejvm2?symbolicName=/ag/blogs/template1&blogHandle=southamerica&blogEntryId=8a82c0bc2a8c8730012bd137f0890f90>

The Rio Times By Michael Royster. **Brazil's Land Protected From Foreigners.** Retrieved July 12, 2011, from

<http://riotimesonline.com/brazil-news/rio-business/brazil%E2%80%99s-land-protected-from-foreigners/>

The Senate Parliament House. **Foreign investment by state-owned entities (September 2009).** Retrieved June 17, 2011, from

http://www.aph.gov.au/senate/committee/economics_ctte/firb_09/report/report.pdf

The Supervisory Authority for Money Laundering, O.N.D.C.P. Headquarters. **Money**

laundering guidelines for financial institutions (2002 September). Retrieved June 24, 2011, from http://www.antigua-barbuda.com/finance_investment/MoneyLaunderingGuidelines9-9-02.pdf

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก

ภาคผนวก ก

สรุปผลการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่องตัวแทนอำพราง

จากการที่ผู้วิจัยได้เชิญบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องพร้อมทั้งตัวแทนจากหน่วยงานภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนผู้ทรงคุณวุฒิ นักวิชาการในสาขาที่เกี่ยวข้อง นักศึกษา และประชาชนที่สนใจ รวมจำนวนทั้งสิ้นกว่า 100 คนในการเข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็น ในการจัดทำประชาพิจารณ์เมื่อวันที่ 29 สิงหาคม 2554 ณ ห้องประชุม 902 สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถสรุปผลการจัดทำประชาพิจารณ์เรื่องตัวแทนอำพรางจากแนวความคิดของผู้เข้าร่วมจัดทำประชาพิจารณ์ที่ผู้วิจัยเห็นว่าเป็นประโยชน์ต่อการวิจัยได้ดังนี้

1. บทลงโทษของกฎหมายแต่ละฉบับที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพราง เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กำหนดอัตราโทษสำหรับตัวแทนอำพรางไว้ไม่เหมาะสมโดยเห็นว่าเป็นอัตราโทษที่ต่ำเกินไปหากเทียบกับความร้ายแรง ความเสียหาย รวมถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นกับประเทศไทยจากการประกอบธุรกิจโดยอาศัยธุรกรรมอำพราง โดยเห็นควรกำหนดไว้ในกฎหมายให้การพิจารณาในการกำหนดบทลงโทษและความรุนแรงของอัตราโทษในการกระทำความผิดของตัวแทนอำพรางทำได้โดยคำนวณจากอัตราเงินการทำธุรกรรมที่ทำให้เกิดความเสียหาย เช่น 1-5 ล้านบาท หรือ 5-10 ล้านบาท เป็นต้น

2. ในการพิจารณาอนุญาตให้ประกอบธุรกิจในประเทศไทยของคนต่างด้าวบางประเภท ควรต้องคำนึงถึงการปกป้องผลประโยชน์ของประเทศไทยจากการเข้าครอบงำกิจการในประเทศไทย ด้วย เช่น การนำธุรกิจแฟรนไชส์จากต่างประเทศเข้ามาประกอบในประเทศไทยซึ่งการบริหารจัดการธุรกิจแฟรนไชส์ในประเทศไทยอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของบริษัทแม่ในต่างประเทศ

3. สำหรับการกำหนดสิทธิในที่ดินของกรรมที่ดินนั้นที่อนุญาตให้คนต่างด้าวซื้อที่ดินเพื่ออยู่อาศัยได้ 1 ไร่ ตามประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 96 ทวิ นั้น พบว่าจากรายงานของกรรมที่ดินนับแต่อดีตถึงปัจจุบันมีคนต่างด้าวที่ได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยเพื่ออยู่อาศัยตามมาตรา 96 ทวิ ในกรุงเทพมหานครและปริมณฑลจำนวนทั้งสิ้นเพียง 9 ราย ซึ่งเป็นจำนวนที่น้อยมากโดยอาจมาจากการที่กฎหมายของไทยกำหนดหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยไว้มากมาย เช่น การนำเงินเข้ามาลงทุนในประเทศไทยจำนวน 40 ล้านบาท การดำรงเงินไว้ในประเทศไทยเป็นเวลา 5 ปี

4. กรณีคนต่างด้าวเข้ามาซื้อที่ดินในประเทศไทยโดยอาศัยการถือหุ้นในบริษัทไทย ซึ่งขณะจดทะเบียนบริษัทในประเทศไทยจะกำหนดตัวคนต่างด้าวให้ถือหุ้นในบริษัทไม่เกินกึ่งหนึ่งทำให้ถือเป็นคนไทย โดยต่อมามีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าในจำนวนหุ้นของคนต่างด้าว หรือเปลี่ยนตัวกรรมการให้เป็นคนต่างด้าวนั้น หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ตั้งข้อกำหนดเพื่อช่วยในการตรวจสอบเพื่อไม่ให้มีการฝ่าฝืนหรือเลี่ยงกฎหมายในกรณีที่คนต่างด้าวประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามตามกฎหมายเช่น การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด โดยกรรมที่ดินร่วมกับ

กรมพัฒนาธุรกิจการค้าตกลงกันกำหนดให้ให้กรมที่ดินส่งรายชื่อบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นอยู่และถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยให้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าในเดือนมิถุนายนของทุกปีเพื่อตรวจสอบว่ามี การเพิ่มทุนโดยคนต่างด้าวในบริษัทนั้นๆ หรือไม่ และเมื่อกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ตรวจสอบแล้วจะส่งผลการตรวจสอบให้กรมที่ดิน ทั้งนี้ หากกรมธุรกิจการค้าตรวจสอบแล้วพบว่าการเพิ่มทุนของบริษัทของคนต่างด้าวเกินกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนด กรมที่ดินจะดำเนินการยึดที่ดินนั้นเพื่อจำหน่ายตามกฎหมายต่อไป

5. ปัจจุบันพบว่ามีคนต่างด้าวถือครองที่ดินในประเทศไทยเพื่อประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในพื้นที่ท่องเที่ยวทั้งที่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้ โดยมีบริษัทที่ปรึกษากฎหมายให้คำปรึกษาแนะนำในการเข้ามาประกอบธุรกิจการจัดสรรที่ดินตามวัตถุประสงค์และประโยชน์ในการพอกเงินที่ได้มาโดยผิดกฎหมาย ทั้งนี้ อาศัยวิธีการต่างๆ เพื่อให้สามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น แฉ่งการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ถือหุ้นกับกรมที่ดินภายหลังจดทะเบียนกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้าหรือการติดสินบนเจ้าหน้าที่ของรัฐให้ดำเนินการในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศไทย ในส่วนของการจัดเก็บภาษีซึ่งเป็นรายได้ของรัฐอีกด้วย ทั้งนี้ แม้จะมีกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับคนต่างด้าวมากมายแต่การได้หลักฐานในการพิสูจน์ว่าบุคคลนั้นเป็นคนต่างด้าวนั้นเป็นไปได้ยาก นอกจากนั้น ต้องพิจารณาว่าธุรกิจที่คนต่างด้าวต้องการประกอบนั้นเป็นธุรกิจต้องห้ามหรือไม่ เช่น การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ มีสัญญาระหว่างคู่สัญญากันจริงโดยโอนชำระเงินซื้อขายในประเทศหรือไม่ และมักพบว่า คนที่เป็นตัวแทนอำพรางเป็นลูกจ้างในบริษัทเพียงเพื่อรับรองให้บริษัทเท่านั้น รวมถึงกรณีที่คนต่างด้าวฉ้อโกงคนต่างด้าวด้วยกันเองโดยเฉพาะอย่างยิ่งในจังหวัดทางภาคใต้ เช่น การจัดทำโครงการและเสนอขายโครงการบ้านจัดสรรในจังหวัดภูเก็ตทางอินเทอร์เน็ตให้กับคนทั่วโลก เมื่อขายได้ก็ปิดเว็บไซต์แล้วเอาธุรกรรมที่ดินนั้นไปขายฝาก ดังนั้น จึงเห็นว่าควรมีมาตรการที่รัดกุมในเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมากกว่านี้ เพื่อให้การใช้บังคับกฎหมายได้ผล นอกจากนั้น ควรใช้มาตรการทางภาษีเข้ามาช่วยอีกทางหนึ่งด้วย ทั้งนี้ เห็นว่าทางแก้ในส่วนที่เกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนี้ หากข้าราชการร่วมมือกับหน่วยงานที่เกี่ยวข้องมาร่วมกันตรวจสอบโดยดูจากพฤติการณ์ที่ชัดเจนและตรวจสอบได้ โดยกรมสอบสวนคดีพิเศษจะรับผิดชอบและดูแลเรื่องขององค์กรอาชญากรรมเป็นหลัก แต่ถ้าเป็นบุคคลธรรมดา นั้นจะไม่ค่อยได้ไปตรวจสอบ ทั้งนี้ เห็นว่าควรจะมีองค์กรที่คอยประสานระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเพื่อติดตามตรวจสอบ

6. ควรมีการปลูกฝังในเรื่องความซื่อสัตย์สุจริตและต่อต้านการคอร์รัปชันของข้าราชการที่เกี่ยวข้องโดยให้จัดไว้ในหลักสูตรการศึกษา ทั้งนี้ เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนไปในปัจจุบันอาจทำให้การศึกษาในเรื่องดังกล่าวในสถานศึกษาไม่เพียงพอ จึงควรต้องเริ่มปลูกฝังตั้งแต่จากที่บ้าน

7. หากมีการร่างกฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับกับตัวแทนอำพรางโดยเฉพาะควรต้องระบุในกฎหมายให้ละเอียดว่าการกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายตัวแทนอำพราง โดยการให้นิยามคำว่าตัวแทนอำพรางไม่สำคัญเท่ากับการกำหนดระบุให้ชัดเจนว่าการกระทำใดบ้างที่เข้าข่ายการเป็นตัวแทนอำพราง เช่น องค์ประกอบของการกระทำ เพื่อช่วยในการตีความตามกฎหมายที่จะร่างขึ้นมา อย่างไรก็ตาม เป็นที่เข้าใจกัน

โดยทั่วไปว่ากฎหมายแต่ละฉบับอาจใช้เวลานานในการตราขึ้นใช้บังคับ ซึ่งแม้จะมีการร่างกฎหมายฉบับนั้นเสร็จเรียบร้อยแล้วก็ตาม แต่กว่ากฎหมายนั้นจะถูกตราขึ้นและมีผลใช้บังคับอาจใช้ระยะเวลาหลายปี ดังนั้นจึงควรมีการเสนอทางเลือกอื่นเพื่อควบคุม ตรวจสอบ แก้ไขและป้องกันการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำนาจในระหว่างนั้น โดยกรณีที่ยังไม่มีการตรากฎหมายขึ้นมาจะดำเนินการอย่างไรเพื่อไม่ให้มีพฤติกรรมการใช้ตัวแทนอำนาจในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว เช่น จัดตั้งสมาคมบ้านจัดสรรเพื่อเป็นองค์กรที่คอยตรวจสอบหรือกำหนดเงื่อนไขในการจดทะเบียนซื้อขายบ้านจัดสรร หรือในกรณีของการดำเนินคดีสิ่งแวดล้อมให้มีอัยการ หรือเจ้าหน้าที่ควบคุมมลพิษหรือสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ อาจกำหนดไว้ในระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการรายงานผลการตรวจสอบเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจที่อาศัยตัวแทนอำนาจมายังสำนักนายกรัฐมนตรีโดยเร็ว ซึ่งวิธีนี้จะช่วยควบคุมให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องต้องดำเนินการตรวจสอบและจัดทำรายงานขึ้นก่อนที่จะมีการออกกฎหมายรวมถึงช่วยให้ทราบถึงประเด็นที่ต้องเติมเต็มหรือข้อบกพร่องซึ่งต้องปรับแก้ก่อนการบังคับใช้กฎหมายซึ่งจะช่วยแก้ไขปัญหประสิทธิภาพการใช้บังคับกฎหมายที่เป็นช่องโหว่ต่อไป

8. สำหรับการจัดตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อดูแลการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำนาจเห็นว่าปัจจุบันมีองค์กรที่ดูแลเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในแต่ละกรณีอยู่แล้วและหากมีการตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาจะทำให้เกิดการทำงานซ้ำซ้อนกันขององค์กรเหล่านั้น รวมถึงสิ้นเปลืองงบประมาณ และอาจทำให้เกิดการเกี่ยงงานกันขึ้นระหว่างองค์กรเหล่านั้น จึงไม่มีความจำเป็นต้องตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาในการกำกับดูแลในเรื่องตัวแทนอำนาจนี้ ซึ่งทางผู้วิจัยเห็นด้วยว่าไม่ควรตั้งองค์กรใหม่ แต่อาจตั้งเป็นสำนักหนึ่งขึ้นมาในหน่วยงานที่เกี่ยวข้องหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่งเท่านั้น

9. สำหรับในเรื่องภาษีอากรเป็นเรื่องที่มีความละเอียดอ่อนโดยเฉพาะอย่างยิ่งที่จะใช้บังคับกับลักษณะของการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวควรให้มีการเสียภาษีอย่างครบถ้วนถูกต้องที่เห็นในปัจจุบันยังพบว่าการดำเนินการหลายรูปแบบเพื่อประโยชน์ในการหลีกเลี่ยงการเสียภาษีที่ถูกต้อง เช่น มีการจดทะเบียนอาคารชุดแต่นำอาคารดังกล่าวมาใช้ประกอบธุรกิจโรงแรม 24 ชั่วโมง ซึ่งอัตราภาษีที่ต้องเสียตามลักษณะของการประกอบธุรกิจแตกต่างกัน ซึ่งกระทบต่อการจัดเก็บรายได้ของประเทศ เห็นควรให้ผู้วิจัยศึกษาและหาทางแก้ไขได้ด้วย

10. มีการตั้งข้อสังเกตในนามผู้ปฏิบัติว่ากฎหมายที่ใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำนาจเป็นการควบคุมจากภายนอกไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอเนื่องจากทำได้เพียงกำหนดควบคุมสัดส่วนคนต่างด้าว แต่ไม่ได้ควบคุมอำนาจบริหารของกรรมการที่เป็นคนต่างด้าว อันเป็นการเปิดช่องว่างให้คนต่างด้าวเข้ามาครอบงำกิจการในประเทศไทยได้โดยง่าย รวมถึงไม่มีการกำหนดในเรื่องการหาพยานหลักฐานที่จะทำให้ทราบว่ากรณีใดบ้างที่เป็นการประกอบธุรกิจโดยอาศัยตัวแทนอำนาจโดยมีคนต่างด้าวเป็นผู้กระทำความผิด

ทั้งนี้ อาจอาศัยการมีส่วนร่วมของประชาชนในการแจ้งเบาะแสโดยให้หน่วยงานส่วนปกครองท้องถิ่นช่วยเหลือเพราะหน่วยงานเหล่านั้นทราบดีว่ามีการเสียภาษีหรือไม่อย่างไร และต้องสร้างระบบที่สามารถบังคับให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องรายงานเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจโดยอาศัย

ตัวแทนอำพรมาโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพื่อให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจตามช่องทางที่ถูกต้องตามกฎหมาย ซึ่งจะช่วยแก้ไขปัญหการดำเนินธุรกิจผ่านตัวแทนอำพราง ทั้งนี้ จะทำได้หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาในทางนโยบายของรัฐต่อไป

11. ควรมีการแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายโดยเฉพาะในเรื่องโครงสร้างการถือหุ้น (shareholding structure) อำนาจการบริหาร (management control) ให้ชัดเจนขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องกำหนดความเข้มงวดให้เท่ากันในแต่ละเรื่อง โดยดูตัวอย่างจากกฎหมายต่างประเทศ เช่น ประเทศออสเตรเลีย เป็นต้น รวมถึงแก้ไขชื่อของพระราชบัญญัติว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่อาจสื่อให้คนทั่วไปเข้าใจผิดเพราะแท้จริงแล้วเป็นกฎหมายที่กำหนดห้ามหรือกำหนดเงื่อนไขสำหรับคนต่างด้าวประกอบธุรกิจบางประเภทในประเทศไทย รวมถึงควรปรับปรุงบัญญัติแนบท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้ทันสมัยด้วย

ภาคผนวก ข

ภาคผนวก ข

แบบสอบถาม

คำชี้แจง แบบสอบถามฉบับนี้ทำขึ้นเพื่อสำรวจข้อมูลเรื่องการทำธุรกรรมโดยอาศัยบุคคลหรือนิติบุคคล กระทำการในฐานะเป็นตัวแทนให้กับตัวการซึ่งไม่เปิดเผยชื่อหรือ “ตัวแทนอำพราง” โดยแบบสอบถามฉบับนี้มีสองตอน ตอนที่หนึ่งเป็นข้อมูลพื้นฐานเกี่ยวกับผู้ตอบ ตอนที่สองเป็นข้อมูลเกี่ยวกับตัวแทนอำพราง ผู้วิจัยขอความร่วมมือให้ท่านให้ข้อมูลที่ตรงตามความจริง คณะผู้วิจัยจะใช้ข้อมูลดังกล่าวเพื่อประโยชน์ทางวิชาการเท่านั้น การตอบแบบสอบถามครั้งนี้จะใช้เวลาเพียง 10-15 นาที

กรุณาส่งแบบสอบถามนี้ลงกล่องหน้าโต๊ะลงทะเบียนในช่วงพักรับประทานอาหารว่าง

ตอนที่ 1 โปรดให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวท่าน

1. ชื่อ-สกุล (หากท่านไม่ประสงค์จะปกปิด).....
2. อาชีพของท่าน

☐ ค้าขาย/ทำธุรกิจส่วนตัว	☐ รับราชการ	☐ บริษัทเอกชน	☐ รัฐวิสาหกิจ
☐ รับจ้างทั่วไป	☐ นักเรียน นักศึกษา	☐ ประชาชน	☐ อื่นๆ.....
3. ตำแหน่งของท่าน (ถ้ามี)
4. ท่านมีความรู้และประสบการณ์เรื่องตัวแทนอำพรางมาเป็นเวลา โปรดระบุ.....ปี

ตอนที่ 2 ข้อมูลในเรื่องตัวแทนอำพราง

ข้อคำถาม

2.1 ใครเป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางบ้าง (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)

- | | | |
|--|--|---|
| ☐ คนต่างด้าว | ☐ ผู้ให้คำปรึกษา | ☐ เครือญาติ |
| ☐ ผู้ถือหุ้นคนไทย | ☐ บริษัทที่ปรึกษากฎหมาย | ☐ แม่บ้าน |
| ☐ นายหน้าค้าที่ดิน | ☐ กรรมการบริษัท | ☐ คนขับรถ |
| ☐ เจ้าของที่ดิน | ☐ หุ่นส่วนของห้างหุ้นส่วน | ☐ อื่นๆ โปรดระบุ |
| ☐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ | ☐ คู่สมรส | |
| ☐ ลูกจ้างในบริษัท | ☐ บุคคลในครอบครัว | |

2.2 การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางทำได้อย่างไรบ้าง (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)

- ☐ การเข้าถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือเข้าครอบครองใช้ประโยชน์ตามสัญญาเช่า หรือการได้สิทธิอื่นๆ ในที่ดิน
- ☐ การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เช่น การค้า การให้เช่าที่ดินและ/หรืออาคารชุด
- ☐ การเป็นนายหน้าค้าที่ดิน การให้เช่าที่ดินและ/หรืออาคารชุด
- ☐ การขายส่ง/ขายปลีกสินค้าทุกประเภท
- ☐ การค้าภายในเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์หรือผลิตผลทางการเกษตรพื้นเมือง
- ☐ การให้บริการต่างๆ เช่น บัญชี กฎหมาย วิศวกรรม ก่อสร้าง นำเที่ยว นายหน้าหรือตัวแทน
- ☐ อื่นๆ โปรดระบุ

2.3 การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางมีวิธีการใดบ้างที่ท่านทราบ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)

- ☐ การให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นตัวแทนในการดำเนินการทางธุรกรรม
- ☐ การให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นในบริษัทแทนตน
- ☐ การกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นให้คนต่างด้าวถือหุ้นในอัตราที่กฎหมายกำหนด (น้อยกว่าอัตราร้อยละ 49) แต่ให้การออกเสียงในหุ้นของคนต่างด้าวในบริษัทมากกว่าบุคคลสัญชาติไทย
- ☐ การใช้ชื่อของคู่สมรสซึ่งเป็นผู้มีสัญชาติไทยในการทำธุรกรรม
- ☐ อื่นๆ โปรดระบุ

2.4 ท่านคิดอย่างไรต่อการมีตัวแทนอำพรางในสังคมไทย

ข้อคำถาม	
☐ ยอมรับได้ เนื่องจาก (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ เป็นเรื่องปกติในสังคมไทย ☐ กฎหมายที่ใช้อยู่มีช่องว่างเอื้อให้สามารถกระทำได้ ☐ ผู้ที่เป็นตัวแทนอำพรางได้ประโยชน์ ☐ เป็นประโยชน์แก่ประเทศในการนำเงินตรา ต่างประเทศเข้ามาในประเทศไทย ☐ เป็นเรื่องต่างตอบแทนในระหว่างประเทศที่มี ความสัมพันธ์กัน ☐ เป็นเรื่องไกลตัวและไม่เกี่ยวข้องกับผู้อตอบ แบบสอบถาม	☐ ยอมรับไม่ได้ เนื่องจาก (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ เป็นการหลีกเลียงกฎหมาย ☐ เป็นการเอาเปรียบผู้ที่ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมาย ☐ เป็นภัยต่อความมั่นคงของประเทศไทย ☐ เป็นเรื่องเฉพาะกลุ่มคนที่มีอำนาจ ☐ ทำให้ที่ดินตกอยู่ในมือของคนต่างด้าว
2.5 กฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพที่จะป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางหรือไม่ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ ไม่ทราบ (ให้ข้ามไปตอบข้อ 2.6) ☐ บทบัญญัติของกฎหมายที่มีในปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึง ☐ มีกฎหมายแต่ไม่สามารถใช้บังคับได้จริงจังในทางปฏิบัติ ☐ กฎหมายล้าหลังไม่ทันสมัย ☐ เจ้าหน้าที่รับเงินเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การทำธุรกรรม ☐ บทกำหนดโทษไม่รุนแรงพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อการบังคับใช้กฎหมาย ☐ อื่นๆ โปรดระบุ	
2.6 มาตรการใดบ้างที่จะช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบในประเทศไทย (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ กำหนดเงินรางวัลให้เจ้าหน้าที่ที่เข้าจับกุม และกำหนดเงินสินบนให้แก่ผู้แจ้งเบาะแสการกระทำความผิด ☐ สร้างมาตรการและกลไกในการใช้กฎหมายอย่างเข้มงวด ☐ ตั้งองค์กรเพื่อคอยติดตามควบคุมและตรวจสอบเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางโดยเฉพาะ ☐ มาตรการทางกฎหมายที่มีโทษทางอาญานักขึ้น ☐ เพิ่มบทลงโทษกรณีที่เจ้าพนักงานของรัฐมีส่วนร่วมในการกระทำความผิด ☐ กำหนดจำนวนที่ดินหรือสัดส่วนที่ดินที่แน่นอนสำหรับคนต่างด้าวในการเข้าครอบครองใช้ประโยชน์ เช่น ไม่เกินร้อยละสิบของที่ดิน ทั่วประเทศ	

ข้อคำถาม	
☐ กำหนดจำนวน/สัดส่วนของคนต่างด้าวต่อคนไทยที่สามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น คนต่างด้าว 1 คน ต่อคนไทย 10 คน ☐ กำหนดเขตที่ดินที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้าครอบครองให้ชัดเจน เช่น พื้นที่สีเขียวเพื่อใช้เกษตรกรรม ☐ กำหนดกระบวนการอนุญาตเช่าและการซื้อขายทรัพย์สินที่มีความสำคัญต่อเศรษฐกิจให้มีขั้นตอนที่มากยิ่งขึ้น	
2.7 หากมีการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นใช้บังคับเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางโดยเฉพาะ ท่านเห็นว่าสามารถแก้ไขปัญหตัวแทนอำพรางได้เพียงใด	
☐ คิดว่าแก้ไขปัญหได้ เนื่องจาก (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ กฎหมายที่บัญญัติขึ้นใหม่ย่อมมีความทันสมัยและเป็นเครื่องมือในการป้องกันการกระทำความผิด ☐ กฎหมายคือมาตรการที่ดีที่สุดในการควบคุมในการอำพรางดังกล่าวนี้ ☐ กฎหมายมีความชัดเจนมากขึ้น	☐ คิดว่าแก้ไขปัญหไม่ได้ เนื่องจาก (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ ยังคงมีการหาช่องทางกระทำความผิดในทางอื่นต่อไป ☐ น่าจะมีมาตรการอื่นที่ดีกว่านี้ ☐ เชื่อว่ากฎหมายใหม่ยังคงไม่มีความชัดเจนเพียงพอ
2.8 ท่านเห็นว่าการกำหนดบทลงโทษแก่ตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องให้หนักขึ้นจะก่อให้เกิดผลเช่นไร (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)	
☐ ไม่มีผลเปลี่ยนแปลงใดเลย ☐ ไม่มีการกระทำความผิดอีกเลย ☐ มีการกระทำความผิดน้อยลง ☐ ก่อให้รูปแบบการกระทำความผิดซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ☐ อื่นๆ โปรดระบุ	
2.9 ควรกำหนดเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเพียงใด (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ)	
☐ เพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นอีก 1 เท่าตัว ☐ เพิ่มอัตราโทษปรับให้สูงขึ้นอีก 2 เท่าตัว	

ข้อคำถาม	
☐ กำหนดให้มีโทษอาญา (จำคุกและ/หรือปรับ) ในทุกฐานความผิด ☐ กำหนดให้ผู้สนับสนุนหรือผู้ให้คำปรึกษาหรือบุคคลใดซึ่งอำนวยความสะดวกต้องรับโทษเท่ากับตัวแทนอำนาจ กำหนดโทษขั้นสูงให้เนรเทศคนต่างด้าว ☐ กำหนดจำนวนปีที่ห้ามคนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นตัวการ ☐ กรณีผู้มีส่วนกระทำความผิดเป็นเจ้าหน้าที่รัฐให้กำหนดโทษทางวินัยร้ายแรง ☐ อื่นๆ โปรดระบุ	
2.10 ท่านเห็นด้วยหรือไม่หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำนาจไม่ต้องรับโทษ หากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกกฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (GRACE PERIOD) เช่น 1 ปี	
☐ เห็นด้วย เพราะ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ เป็นการผ่อนปรนเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบหรือมีผลกระทบน้อยที่สุดต่อความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและประเทศอื่น ☐ เป็นการจูงใจให้แก้ไขการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ถูกต้องตามกฎหมาย ☐ ช่วยลดการต่อต้านกฎหมายดังกล่าว ☐ อื่นๆ โปรดระบุ	☐ ไม่เห็นด้วย เพราะ (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ ไม่ควรให้โอกาสผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษ ☐ ผู้กระทำความผิดจะไม่ยอมกลับใจแก้ไข ☐ อื่นๆ โปรดระบุ
2.11 การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำนาจส่งผลร้ายต่อประเทศในด้านใดบ้าง (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ คนต่างด้าวเข้าครอบครองจำเศรษฐกิจไทยและคนไทยสูญเสียโอกาสในการถือครองที่ดิน ☐ คนไทยสูญเสียโอกาสการเป็นเจ้าของกิจการอย่างแท้จริง ☐ พื้นที่เกษตรกรรม รวมถึงสถานที่ท่องเที่ยวเปลี่ยนมือจากคนไทยไปเป็นของคนต่างด้าว ☐ ทรัพยากรของประเทศอยู่ในความครอบครองของคนต่างด้าว ☐ สูญเสียผลประโยชน์จากการลงทุนของคนต่างด้าวในตลาดหลักทรัพ์ ☐ เงินตราไหลออกนอกประเทศ ☐ อื่นๆ โปรดระบุ	
2.12 ท่านคิดว่ามาตรการใดต่อไปนี้จะสามารถ “ปลูกจิตสำนึกคุณธรรมจริยธรรม” เพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำนาจ อีกช่องทางหนึ่งนอกจากการดำเนินการทางกฎหมาย (ตอบได้มากกว่า 1 ข้อ) ☐ ให้การศึกษาและปลูกฝังจิตสำนึกให้หน่วยงานผลประโยชน์ของประเทศชาติ ☐ เผยแพร่ประชาสัมพันธ์ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการกระทำผิดให้มากที่สุด	

ข้อคำถาม
☐ ให้งานที่เกยวข้องดำนงการอย่างจรงจ้งเพื่อให้ประชชนทราบถึงบหลงโทษที่หนักข้้น ☐ หน่วยงานที่รบัผดชอบและเกยวข้องต้องปฏบัตหน้าทอย่างตรงไปตรงมา ☐ อื่นๆ โปรดระบุ
2.13 หากท่านมีข้อเสนอแนะอื่นๆ เกยวกับมาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอำพราง โปรดระบุ

คณะผู้วิจัยขอขอบพระคุณที่ท่านกรุณาเสียสละเวลาอันมีค่าของท่านในการตอบแบบสอบถามครั้งนี้

ภาคผนวก ค

ภาคผนวก ค สรุปลงจากการสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิ

1. การสัมภาษณ์เจ้าหน้าที่จากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง (7 ราย)
2. การสัมภาษณ์ตัวแทนจากหน่วยงานภาคเอกชนที่เกี่ยวข้อง (3 ราย)
3. การสัมภาษณ์ผู้ทรงคุณวุฒิหรือนักวิชาการในสาขาที่เกี่ยวข้อง (4 ราย)
4. การสัมภาษณ์นักศึกษาและประชาชนที่สนใจ (3 ราย)

สรุปบางประเด็นจากการสัมภาษณ์รายบุคคลโดยไม่เรียงลำดับรายชื่อตามตาราง ภาคผนวก ค ทั้งนี้
ผู้วิจัยไม่ได้รับอนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลบางส่วนที่สัมภาษณ์

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 1

มีความเห็นว่า ตัวแทนอำพราง (นอมินี) ของสังคมไทยในปัจจุบันเกิดขึ้นทั้งในระบบการเมืองและระบบเศรษฐกิจ เป็นสิ่งที่สร้างปัญหาในการหลีกเลี่ยงกฎหมายที่ใช้บังคับกับบุคคลหรือนิติบุคคลและต้องห้ามตามกฎหมาย เช่น กรณีผู้ถูกเพิกถอนสิทธิทางการเมือง บุคคลเหล่านี้ก็เป็นตัวแทนอำพรางดำเนินธุรกรรมทางการเมืองทั้งที่ตนเองถูกเพิกถอนสิทธิในระบบเศรษฐกิจตามพระราชบัญญัติประกอบธุรกิจคนต่างด้าวในมาตรา 7 มาตรา 8 และมาตราอื่นๆ ก็ใช้ตัวแทนอำพรางเข้ามาดำเนินงานธุรกิจ และใช้สิทธิของตนเองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เช่น การจัดตั้งบริษัทโดยให้บุคคลที่มีสัญชาติไทยถือหุ้นแทน เช่น กรณีบริษัทที่ประกอบกิจการสายการบินแห่งหนึ่งที่มีหุ้นของบริษัทถือโดยผู้ถือหุ้นซึ่งแท้จริงเป็นของคนต่างด้าวและต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าวและพระราชบัญญัติเดินอากาศไทย

การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางมีหลายวิธีการ เช่น การเป็นตัวแทนเชิดในทางการเมือง โดยใช้บุคคลที่ไม่ได้มีความรู้ความสามารถโดยตรง แต่เป็นคนที่ได้รับความไว้วางใจให้เป็นผู้ทำหน้าที่ทางการเมืองในกรณีของธุรกิจตามประมวลกฎหมายที่ดิน บุคคลต่างด้าวกลุ่มนี้ก็จะอาศัยเงื่อนไขทางกฎหมายเช่น การสมรสกับหญิงไทย การใช้ผู้อื่นครอบครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินทางธุรกิจก็จะจัดตั้งบริษัทและให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนในส่วนตามที่กฎหมายกำหนด แต่ในทางปฏิบัติอำนาจและสิทธิขาดต่างๆจะตกอยู่กับบุคคลต่างด้าว ถือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย และเกิดผลเสียต่อประโยชน์ของประเทศชาติ

นอกจากนั้น ยังเห็นว่าการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ส่งผลร้ายต่อประเทศทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม การเมืองในด้านเศรษฐกิจ ผลประโยชน์ที่ได้จากการทำธุรกรรม ก็จะถูกส่งออกไปนอกประเทศในด้านสังคม กระทบต่อรายได้และอาชีพที่สงวนไว้เพื่อคนไทย ตลอดจนทรัพยากรธรรมชาติ โดยเฉพาะที่ดินที่อาจตกอยู่ในมือของคนต่างชาติ และภัยจากปัญหามลพิษในสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะการขาดจิตสำนึกในด้านปกป้องคุ้มครองทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในด้านทางการเมือง ซึ่งจะก่อให้เกิดความวุ่นวายขัดกันซึ่งผลประโยชน์ทางการเมือง ก่อให้เกิดความไม่สงบในบ้านเมือง

มาตรการที่จะช่วยปลูกจิตสำนึกการหวงแหนดินแดนและการรักษาผลประโยชน์ของชาติ เพื่อควบคุมการกระทำความผิดโดยตัวแทนอำพราง ส่วนสำคัญคือการให้ประชาชนและเยาวชนได้ทราบถึง พิษภัยของการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางว่ามีผลร้ายต่อประเทศชาติอย่างไร และต้องช่วยกันรณรงค์ให้ หน่วยราชการที่เกี่ยวข้องร่วมมือกันตรวจสอบ และอย่าให้มีการกระทำความผิดของตัวแทนอำพราง โดย จะต้องมียกเว้นของกฎหมายที่เป็นมาตรการในการลงโทษ แก่ผู้กระทำและผู้สนับสนุนให้มีการ กระทำอย่างเด็ดขาด

ในปัจจุบันนี้ กฎหมายที่ใช้ควบคุมการป้องกันหรือควบคุมธุรกรรมที่เกี่ยวกับตัวแทนอำพรางยังไม่มี บัญญัติเป็นกฎหมายโดยตรงที่จะใช้บังคับแก่ผู้กระทำความผิด เช่น คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ การเลือกตั้งที่กล่าวหาอดีตนายกรัฐมนตรี เป็นตัวแทนอำพรางของพรรคการเมืองหนึ่ง แต่ก็ไม่มีกฎหมายใด มาใช้บังคับในการลงโทษได้ เป็นต้น

ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่สำคัญและจำเป็นกว่ามาตรการอื่นๆ เพราะกฎหมาย สามารถใช้บังคับและลงโทษผู้ฝ่าฝืนกระทำความผิดที่จะช่วยควบคุม และเห็นว่า ควรเพิ่มบทลงโทษ สำหรับตัวแทนอำพราง และผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เนื่องจาก อาจถือว่าบุคคลเหล่านี้เป็นอันตรายบ่อนทำลายความสงบสุขของสังคม โดยอาจใช้มาตรการการลงโทษ ในทางเศรษฐกิจ เช่น การริบทรัพย์สิน

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้สัมภาษณ์ไม่เห็นด้วยหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการ ทำธุรกรรมอำพราง โดยตัวแทนอำพรางไม่ต้องรับโทษเมื่อได้รับแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกต้องกฎหมาย ในช่วงระยะเวลาที่กำหนดเพราะการกระทำของบุคคลเหล่านี้ ก่อให้เกิดความเสียหาย ทำลายเศรษฐกิจ สังคมและการเมือง โดยเฉพาะเป็นการเปิดโอกาสหรือช่องทางให้บุคคลอื่นสามารถกระทำการเลียนแบบ ต่อไป

มาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอำพราง ย่อมจะเป็นมาตรการที่สามารถทำให้บุคคล ไม่กล้ากระทำความผิด โดยหากมาตรการทางกฎหมายนี้มีความชัดเจน รวดเร็ว และมีมาตรการที่มีการ ลงโทษอย่างเด็ดขาด รวมทั้งมีวิธีติดตามการบังคับใช้กฎหมายที่เฉียบพลันและเด็ดขาดแล้ว ประกอบกับภาย หลังจากที่ตรากฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” แล้ว เห็นว่าจะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในการควบคุม ให้บุคคลที่กระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกรรมอำพรางเกิดความเกรงกลัว

ทั้งนี้ ควรมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับตัวแทนอำพราง ซึ่งเป็นกฎหมายกลาง โดยให้มีการแก้ไข กฎหมายทุกฉบับที่เกี่ยวข้องให้มีความสอดคล้องกับบทกฎหมายที่ตราขึ้นใหม่เพื่อกำจัดช่องว่างทางกฎหมาย ทั้งนี้ ควรพิจารณาเป็นกรณีพิเศษเพื่อบัญญัติในกฎหมายตัวแทนอำพรางประเด็นเกี่ยวกับตัวการและ ผู้สนับสนุน โดยเฉพาะประเด็นที่ส่งผลกระทบต่อเศรษฐกิจและทางการเมือง

อย่างไรก็ตาม เกณฑ์การพิจารณาและถือว่าเป็นตัวแทนอำพรานั้นขึ้นอยู่กับจิตสำนึก จริยธรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนที่ต้องมีส่วนร่วมในการตรวจสอบและดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ปัจจุบันการบังคับใช้กฎหมายยังขาดประสิทธิภาพ ขาดความรวดเร็ว และความเด็ดขาดในการพิจารณาและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องยังขาดจิตสำนึกว่าการกระทำความผิดก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศชาติ สังคม เศรษฐกิจการเมือง และสิ่งแวดล้อมอย่างใหญ่หลวงปัญหาทางการบังคับใช้กฎหมายขาดจากการเอาใจใส่ของเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง ขาดความรู้ ความเข้าใจปัญหาทางด้านการเมือง นักการเมืองกลุ่มผลประโยชน์ ก็ขาดจิตสำนึกและจริยธรรมที่จะปกป้องทรัพยากรสิ่งแวดล้อมของประเทศ มุ่งแต่จะกอบโกยผลประโยชน์ให้ตนเองและพวกพ้องฝ่ายการเมืองเองในฐานะที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติก็ไม่มีแนวคิดที่จะบัญญัติกฎหมายมาบังคับใช้แนวทางแก้ไข ต้องสร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนให้เห็นถึงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และให้การศึกษาแก่เยาวชนเข้าใจถึงการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่จะเกิดขึ้นจากการทำธุรกรรมอำพรในด้านการบังคับใช้กฎหมาย ต้องดำเนินการใช้มาตรการบังคับทั้งทางกานลงโทษ ทางเศรษฐกิจและสังคม

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 2

Nominee หรือ “ตัวแทนอำพร” คือ ลักษณะของตัวแทนที่ได้ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตัวการ ซึ่งมีทั้งกรณีที่ถูกต้องตามกฎหมายและผิดกฎหมาย กรณีที่ถูกต้องตามกฎหมาย เช่น คนไทยหรือคนต่างชาตินั้นไม่ประสงค์ที่จะเปิดเผยตนเองเพื่อวัตถุประสงค์บางประการ แต่การกระทำความผิดกล่าว ไม่ขัดต่อกฎหมายไทย ส่วนในกรณีที่ผิดกฎหมายนั้น เป็นกรณีที่ตัวการไม่มีคุณสมบัติที่จะทำนิติกรรม หรือดำเนินธุรกรรมใดๆ ในประเทศไทย อันเนื่องมาจากข้อจำกัดของกฎหมายไทย เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน, พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน, พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542, พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520, พระราชบัญญัตินิคมอุตสาหกรรมฯ พ.ศ. 2522 เป็นต้น ซึ่งห้ามคนต่างชาติดำเนินธุรกรรมใดๆ หรือทำนิติกรรมใดๆ หรือมีสิทธิใดๆ เหมือนคนไทย หรือเป็นการหลีกเลี่ยงข้อจำกัดของกฎหมายเกี่ยวกับการจดทะเบียนนิติบุคคลต่างด้าว ซึ่งจะต้องมีทุนจดทะเบียนในจำนวนสูงมากกว่านิติบุคคลสัญชาติไทยเพื่อประกอบธุรกิจบางประเภท เป็นต้น

ดังนั้น คนต่างชาติเหล่านั้นจึงได้มีความพยายามที่จะหลีกเลี่ยงกฎหมายต่างๆ ข้างต้น โดยจัดตั้งตัวแทนอำพรเข้ามาทำหน้าที่แทนตน โดยอาจจะจัดตั้งอยู่ในรูปแบบของบริษัทและให้คนไทยเป็นผู้เริ่มก่อนการ เป็นผู้ถือหุ้นรายใหญ่ โดยคนต่างชาติเหล่านั้นอาจจะเข้าถือหุ้นในสัดส่วนที่กฎหมายไทยต่างๆ ให้สิทธิไว้ ภายหลังจากที่คนต่างชาติจัดตั้งบริษัทโดยตัวแทนอำพรที่เป็นคนไทยแล้วก็จะสามารถที่จะดำเนินธุรกรรมใดๆ หรือมีสิทธิเช่นเดียวกันกับนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยได้

ผู้ให้สัมภาษณ์จะขอมุ่งเน้นเฉพาะตัวแทนอำพรที่ผิดกฎหมาย (Illegal Nominee) และขออธิบายในกรณีที่เกี่ยวข้องดังนี้

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน

(1) มีชาวต่างชาติเข้ามาถือครองที่ดินโดยอาศัยตัวแทนอำพราง ทั้งอยู่ในรูปของบุคคลธรรมดา และนิติบุคคล ที่มีสัญชาติไทย เป็นจำนวนมาก

(2) ชาวต่างชาตินั้นจัดตั้งตัวแทนอำพรางขึ้นมาเพื่อจัดตั้งนิติบุคคลสัญชาติไทยในการประกอบธุรกิจ ที่ต้องห้ามสำหรับชาวต่างชาติ (ประเภทธุรกิจที่ต้องห้ามจะกำหนดอยู่ใน พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542)

(3) ชาวต่างชาตินั้นจัดตั้งตัวแทนอำพรางขึ้นมาเพื่อจัดตั้งนิติบุคคลสัญชาติไทย เพื่อหลีกเลี่ยงข้อกำหนดบางประการที่กำหนดให้ชาวต่างชาติต้องดำเนินการ เช่น จำนวนทุนจดทะเบียนขั้นต่ำ การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจคนต่างด้าว เป็นต้น

(4) สภาพปัญหามีการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมาย หรือการบังคับใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพ

มีความเห็นเกี่ยวกับการกระทำที่มีลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” ของสังคมไทยในปัจจุบันว่า มีการกระทำความผิดในลักษณะนี้เพิ่มมากขึ้น โดยไม่เกรงกลัวต่อกฎหมาย อันเนื่องมาจากการบังคับใช้กฎหมายที่มีอยู่ยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ รวมทั้งการละเลยไม่บังคับใช้กฎหมายต่างๆ ที่มีการทำความผิดอย่างแจ้งชัด แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐและผู้เกี่ยวข้องกลับร่วมมือให้เกิดการกระทำความผิดตามกฎหมาย

การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางมีวิธีการหลายรูปแบบ เช่น

- 1) สมรสกับบุคคลที่มีสัญชาติไทย และให้คู่สมรสเข้าซื้อที่ดินหรือหุ้นในบริษัทแทนตนเอง
- 2) ว่าจ้างให้บุคคลที่มีสัญชาติไทย เป็นผู้ดำเนินการซื้อที่ดิน และให้ทำสัญญากู้ยืม หรือ สัญญาจำนองไว้กับตนเอง
- 3) ว่าจ้าง หรือให้เงินทุนแก่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นในบริษัทที่จะจัดตั้งขึ้นมาใหม่ เพื่อให้เป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย
- 4) การจัดโครงสร้างการถือหุ้น และ/หรือ การบริหารงานบริษัท โดยให้คนต่างชาติสามารถครอบงำการบริหารงานของบริษัท หรือการได้รับปันผลมากกว่าผู้ถือหุ้นไทย

การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางส่งผลร้ายต่อประเทศ

- 1) ก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางสังคม เพราะมีบุคคลกลุ่มหนึ่งที่สามารถกระทำการหรือทำธุรกิจได้ แม้ว่ากฎหมายห้ามไว้
- 2) ก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมาย ทำให้คนเสื่อมศรัทธาต่อการบังคับใช้กฎหมายของประเทศ
- 3) ก่อให้เกิดการทุจริตคอร์รัปชัน เพราะผู้กระทำความผิดวังแต่นำไปพ้นจากความรับผิดชอบ
- 4) ทำให้การวางแผนทรัพยากร เช่น ที่ดินและอาชีพ หรือธุรกิจบางประเภทเพื่อคนไทยหรือเพื่อความมั่นคงของประเทศไม่เป็นผล

นอกจากที่จะดำเนินการมาตรการทางกฎหมายให้เข้มข้นมากขึ้นแล้วควรดำเนินการมาตรการอื่นๆ ควบคู่กันไป เช่น

1) มาตรการทางการศึกษา โดยอาจจะบูรณาไว้ในภาควิชาสังคมศึกษา เพื่อให้นักเรียน นักศึกษาได้รับทราบเกี่ยวกับสภาพปัญหาที่กำลังเกิดขึ้น และที่อาจเกิดมีขึ้นต่อไปในภายหน้า โดยระบุไว้ในหลักสูตร การศึกษาการกระทำที่มีลักษณะตัวแทนอำพรางเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายเป็นการทำให้คนไทยต้องเสียหายจากการสูญเสียที่อยู่อาศัย สูญเสียที่ทำมาหากิน อันนำไปสู่การทำให้ประเทศชาติต้องเสียหาย เท่ากับว่าเป็นการปลูกจิตสำนึกตั้งแต่วัยเรียนเมื่อเติบโตเป็นผู้ใหญ่จะได้มีสำนึกที่ดี คำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติเป็นหลัก

2) การสื่อสารโฆษณาประชาสัมพันธ์โดยหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทั้งหลาย เช่น สำนักงานที่ดินกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ควรที่โฆษณาประชาสัมพันธ์ทั้งทางสื่อวิทยุ โทรทัศน์ หนังสือพิมพ์ เพื่อประชาชนคนไทยได้รับทราบกันให้ทั่ว ๆ กันว่า ขณะนี้กำลังเกิดการทำธุรกรรมที่ใช้ตัวแทนอำพรางมากขึ้น โดยแจกแจงผลเสียที่เกิดขึ้นในตอนนี้ว่าประเทศชาติกำลังสูญเสียดินแดนไปโดยไม่รู้ตัวทุกขณะ และต่อไปในภายหน้าอาจจะทำให้ประเทศชาติต้องกลายเป็นเมืองขึ้นทางเศรษฐกิจของชาวต่างชาติก็เป็นได้

3) ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหา โดยเปิดศูนย์รับแจ้งเรื่องราวเกี่ยวกับนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง และหน่วยงานที่ทำการตรวจสอบจะต้องกระทำด้วยความรอบคอบและระมัดระวัง ทั้งนี้ อาจเกิดการกลั่นแกล้งจากผู้ไม่ประสงค์ดีต่อนิติบุคคลดังกล่าวด้วย ดังนั้นการตรวจสอบจะต้องไม่เป็นการไปรบกวนการทำธุรกรรมโดยปกติของนิติบุคคลที่ถูกตรวจสอบด้วย

4) ปลูกจิตสำนึก ให้การศึกษา เทคนิคในการป้องกันการกระทำความผิดให้กับเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่กระจายอยู่ตามหน่วยงานต่าง ๆ ที่มีความรับผิดชอบหรือมีหน้าที่ในการบังคับใช้กฎหมาย โดยจัดให้มีการอบรมสัมมนาเป็นประจำ

กฎหมายปัจจุบันสามารถจะเอาผิดและลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ปัญหาใหญ่อยู่ที่การบังคับใช้กฎหมาย อย่างไรก็ดี การแก้ไขกฎหมายหรือจัดทำกฎหมายใหม่ให้ชัดเจนและเหมาะสมกับสถานการณ์มากขึ้น ย่อมเป็นประโยชน์และเกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น เช่น พระราชบัญญัติประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่มีความชัดเจนว่าในเรื่องของความผิด จึงเห็นสมควรที่จะแก้ไขกฎหมายให้มีบทบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า นิติบุคคลลักษณะใด เป็นนิติบุคคลที่เป็นตัวแทนอำพรางของคนต่างชาติ รวมทั้งควรจัดตั้ง คณะกรรมาธิการแก้ไขกฎหมายขึ้นมาหนึ่งชุดเพื่อเข้าทำหน้าที่ดูแลและแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับสถานการณ์ในปัจจุบันนี้ นอกจากนี้ แล้วยังเห็นสมควรที่จะให้มีกฎหมาย โดยเฉพาะที่กำหนดโทษของการเป็นตัวแทนอำพรางให้ชัดเจนและให้มีบทลงโทษสถานหนัก

มาตรการใดบ้างที่จะช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างชาติประกอบในประเทศไทยจะต้อง

1) หน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้อง เช่น กรมที่ดิน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน สำนักงานตรวจคนเข้าเมือง และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย ต้องจัดระบบข้อมูลภายในของแต่ละหน่วยงานให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด พร้อมทั้งมีการอบรมบุคลากร เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพและความสามารถในการตรวจสอบ กำหนดให้มีการจัดทำรายงานการตรวจสอบและให้รายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ/หรือ หน่วยงานอื่นๆที่เกี่ยวข้อง

2) จัดตั้งหน่วยงานขึ้นมาเฉพาะเพื่อทำหน้าที่คอยติดตามและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างชาติ และหากพบเห็นความผิดปกติใดๆ ก็ต้องรับรายงานความผิดปกติให้แก่อันตักตราบเพื่อเรียกคนต่างชาตินั้นๆ และผู้ที่เกี่ยวข้อง โดยเน้นตรวจประเภทธุรกิจหรือลักษณะของนิติบุคคลที่คาดว่าจะมีการกระทำความผิด เช่น บริษัทที่ตั้งขึ้นมาเพื่อถือครองบ้านพักที่อยู่ในบริเวณเหมาะกับการท่องเที่ยวหรือการพักผ่อนโดยไม่มีการประกอบธุรกิจอื่นใด เป็นต้น มาทำการสอบสวนให้ได้ความจริง

3) การประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนรับทราบถึงผลเสียต่างๆ อันอาจเกิดขึ้นจากการที่คนต่างชาติประกอบธุรกิจในลักษณะแอบแฝง คือ ใช้ตัวแทนอำพราง พร้อมกันนั้นควรที่จะให้ประชาชนมีส่วนร่วมให้มากที่สุดในกระบวนการแก้ไขปัญหาทุกขั้นตอน เช่น ให้รางวัลสำหรับประชาชนผู้แจ้งเบาะแสว่า มีนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นตัวแทนอำพราง

เห็นว่าควรกำหนดเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง โดยบทกำหนดโทษของไทยต้องถือว่าเป็นบทลงโทษที่เบาและน้อยประการ กล่าวคือ มีเพียงโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน 1 แสน ถึง 1 ล้านบาท ซึ่งข้าพเจ้าเห็นว่าควรที่จะกำหนดบทลงโทษให้รุนแรงมากยิ่งขึ้น เช่น นอกจากจะริบอสังหาริมทรัพย์เป็นของแผ่นดินแล้ว โทษปรับก็ให้ยึดราคาของอสังหาริมทรัพย์ที่ประเมินได้อยู่ในขณะนั้น เป็นค่าปรับ ส่วนอัตราโทษจำคุกก็กำหนดให้เป็น 5 ปี รวมทั้งให้ปิดนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นมาโดยอาศัยตัวแทนอำพรางโดยทันที

หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางไม่ต้องรับโทษหากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกกฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (GRACE PERIOD) เช่น 1 ปี หรือจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอกภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนด นั้นเห็นด้วยในเบื้องต้นก็สมควรที่จะให้ผู้กระทำความผิดกลับตัวหรือแก้ไขให้ถูกต้องก่อน แต่หากเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาที่ได้ให้ไว้แล้วยังไม่แก้ไขให้ถูกต้องก็จะต้องได้รับโทษในอัตราสูงสุดที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยไม่มีการผ่อนผันใดๆ อีก โดยต่อไปจะต้องมีการบังคับใช้กฎหมายให้เข้มงวดมากยิ่งขึ้นไปอีก เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องต่าง ๆ จะต้องไม่เพิกเฉยหรือปล่อยปละละเลยเพียงเพราะหวังผลประโยชน์ส่วนตนเองอีกต่อไป

มีข้อเสนอแนะอื่นใดที่เกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอำพราง เพื่อให้สามารถบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ

1) รมรณรงค์ประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนโดยทั่วไปได้รับทราบเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางว่ามีผลเสียอย่างใดกับประเทศชาติ พร้อมกับให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแก้ไขปัญหา เช่น แจกเบาะแสของนิติบุคคลที่มีลักษณะตัวแทนอำพรางให้ศูนย์รับแจ้งเฉพาะกิจ

2) รมรณรงค์จับกุมและปราบปรามผู้กระทำความผิด โดยเริ่มจากกรณีที่ชัดเจนและสามารถดำเนินการได้ทันที โดยอาจจะตั้งคณะกรรมการหรือหน่วยงานเฉพาะมาดำเนินการ เช่น การตั้งบริษัทขึ้นมาเพื่อถือครองบ้านและ/หรือที่ดินโดยไม่ชอบ หากมีการตรวจบัญชีบริษัท ถ้าไม่มีการดำเนินธุรกิจอื่นเลย คงมีแต่การถือครองบ้าน และ/หรือ ที่ดินในแหล่งที่ชาวต่างชาตินิยม หากสืบสวนและสอบสวนก็สามารถพิสูจน์ว่ากระทำความผิดได้ไม่ยาก เป็นต้น กิจกรรมที่ห้ามคนต่างชาติดำเนินการ หากมีการตรวจสอบบริษัทที่ทำธุรกิจเหล่านี้ย่อมสามารถที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดได้ เป็นต้น

คาดว่าทิศทางการควบคุมตัวแทนอำพราง จะรัดกุม และมีประสิทธิภาพมากขึ้น แต่ทั้งนี้ก็ต้องให้หลายหน่วยงานช่วยกันติดตามและตรวจสอบ นิติบุคคลต่างๆ ที่จัดตั้งขึ้นมาโดยมีชาวต่างชาติเข้ามาถือหุ้นอยู่ด้วยอย่างเคร่งครัด เช่น สำนักงานที่ดินทั้งหลาย องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ ที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่ และกรมพัฒนาธุรกิจการค้า หรือ กรมสรรพากร ให้คอยติดตามความเคลื่อนไหวทางการทำธุรกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ที่นิติบุคคลนั้นๆ ถือครองกรรมสิทธิ์อยู่ รวมทั้งตรวจสอบถึงผลประโยชน์ของการของนิติบุคคลนั้นๆ ว่า ได้นำเงินหรือผลกำไรที่เกิดขึ้นต่างๆ นั้น ผ่องถ่าย หรือ โอนออกนอกประเทศไปด้วยสาเหตุใด โอนไปมากน้อยเพียงใด โดยอาจใช้วิธีการให้นิติบุคคลดังกล่าวต้องรายงานให้กรมสรรพากรหรือธนาคารแห่งประเทศไทยให้ทราบอย่างชัดเจนด้วย นอกจากหน่วยงานดังกล่าวข้างต้นจะทำการตรวจสอบนิติบุคคลที่จัดตั้งหรือมีผู้ถือหุ้นเป็นตัวแทนอำพรางแล้ว หน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการปราบปรามและป้องกันการทุจริต เช่น สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตในภาครัฐ สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หรือ สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จะต้องทำการตรวจสอบเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งนิติบุคคลเหล่านั้นด้วย หากพบว่ามีส่วนร่วมในการกระทำความผิดจะต้องบังคับใช้กฎหมายกับเจ้าหน้าที่เหล่านั้นอย่างเข้มงวด

หน่วยงานที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” มากที่สุด คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า เป็นหน่วยงานแรกที่ได้รับผลกระทบก่อนเป็นอันดับแรก เพราะจะต้องตรวจสอบการจัดตั้งนิติบุคคลที่มีชาวต่างชาติเข้ามาเป็นผู้ถือหุ้นอย่างละเอียดแล้ว ยังต้องตรวจสอบถึงแหล่งที่มาของเงินลงทุนด้วยว่าเป็นแหล่งเงินทุนในไทย หรือจากต่างประเทศโอนเข้ามาโดยจะต้องประสานงานหรือขอความร่วมมือจากธนาคารแห่งประเทศไทยอย่างเคร่งครัด ดังนั้น กรมพัฒนาธุรกิจการค้าจะมีผลกระทบมากที่สุด ส่วนกรมที่ดินจะเป็นหน่วยงานลำดับต่อไปที่ได้รับผลกระทบจากกฎหมายดังกล่าว เพราะจะต้องพิจารณาว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยอย่างแท้จริง ไม่ใช่นิติบุคคลที่อาศัยตัวแทนอำพราง แต่ทั้งนี้

การตรวจสอบดังกล่าวทำไมได้ยากนัก คงตรวจสอบได้เพียงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาซื้อสังหาริมทรัพย์นั้นๆ เท่านั้น ว่าได้แหล่งเงินมาจากที่ใด

เห็นว่าควรที่จะตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ เพื่อไว้ใช้ตรวจสอบ ควบคุมดูแล และกำหนดโทษ การทำธุรกรรมตัวแทนอำพรางให้ชัดเจนโดยเฉพาะจะดีกว่ามาปรับแก้กฎหมายแต่ละฉบับ แต่ทั้งนี้ การจะบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมานั้นก็ต้องให้สอดคล้องกันกับกฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมด้วย หากบทบัญญัติ ของกฎหมายใหม่ไปขัดแย้งกับกฎหมายเดิม อาจจะทำให้เกิดความสับสนในการบังคับใช้กฎหมายได้ แต่ทั้งนี้ มิใช่หมายความว่า จะต้องรอใช้แต่บทบัญญัติของกฎหมายใหม่เพียงอย่างเดียว เห็นสมควรที่จะต้องใช้ กฎหมายที่มีอยู่แต่เดิมบังคับใช้ไปก่อน และถ้าหากกฎหมายใหม่ออกมาบังคับใช้แล้ว ก็ควรที่จะบังคับใช้ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องตัวแทนอำพรางทั้งหมด ควบคู่กันไป และบังคับใช้อย่างเคร่งครัด ด้วย

ประเด็นใดที่ควรพิจารณาเป็นกรณีพิเศษเพื่อบัญญัติไว้ในกฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” คือประเด็น เกี่ยวกับ “ข้อสันนิษฐาน” ตามกฎหมาย ว่าลักษณะหรือการกระทำของนิติบุคคล หรือบุคคลเป็น ตัวแทน อำพราง ประเด็นเกี่ยวกับ “บทลงโทษ” จะต้องชัดเจน และเป็นโทษทั้งทางอาญาและทางแพ่งในสถานหนัก เช่น นอกจากริบอสังหาริมทรัพย์นั้นแล้ว โทษปรับต้องกำหนดไว้ในอัตราสูงให้เท่ากับมูลค่าของ อสังหาริมทรัพย์นั้น และให้มีโทษจำคุกรวมอยู่ด้วย ประเด็นเกี่ยวกับ “ความชัดเจนและความกระจ่าง” ในตัวบทกฎหมาย ในกฎหมายนั้นจะต้องระบุให้ชัดเจนว่าการกระทำในรูปแบบใดบ้างที่เข้าลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” เพื่อป้องกันมิให้เกิดกรณีการตีความกฎหมายผิดพลาดไปจากเจตนารมณ์ที่แท้จริงของ กฎหมาย นอกจากประเด็นที่กล่าวข้างต้น กฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” ควรกำหนดให้สิทธิตัวแทนอำพราง ในการถือเอาทรัพย์สินที่อยู่ในชื่อตน ให้เป็นกรรมสิทธิของตนเอง โดยถือว่าสัญญาที่เกี่ยวข้องกับตัวแทน ทั้งหมดไม่มีผลบังคับและไม่ต้องมีการคืนทรัพย์สินหรือกลับคืนสู่สถานะเดิม

นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับแหล่งที่มาของเงิน หลักเกณฑ์เกี่ยวกับอำนาจในการบริหารจัดการ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการจัดแบ่งผลประโยชน์หรือกำไรที่เกิดขึ้นใดมาพิจารณาและถือว่าเป็นการ ทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ควบคุมมิให้ชาวต่างชาติเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย นั้น มีดังนี้

- 1) ผู้บังคับใช้กฎหมายหย่อนยานหรือหวังผลประโยชน์ส่วนตนมากเกินไปขาดจิตสำนึกที่ดี
- 2) บทบัญญัติของกฎหมายที่ตราไว้แต่เดิม ไม่เหมาะสมเพียงพอกับสภาพการณ์ในปัจจุบันที่พัฒนา ไปมากกว่าแต่ก่อน
- 3) บทลงโทษที่กำหนดไว้แต่เดิม เช่น ลงโทษจำคุก 1 ถึง 3 ปี ปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท ถือว่าเป็นอัตราโทษสถานเบาเท่านั้น ทำให้ไม่เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดต่อกฎหมาย เนื่องด้วยเพราะมีเงินทุนของชาวต่างชาติให้การสนับสนุนอยู่เรื่อยๆ

4) ปัญหาระหว่างหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ต่างก็ทำหน้าที่โดยขาดการควบคุมและตรวจสอบอย่างเข้มงวด ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายในที่สุด

5) ปัญหาจากผู้บังคับใช้กฎหมายที่ไม่มีประสิทธิภาพ มีการทุจริต คอรัปชั่น ปลอมแปลงลายให้เกิดนิติบุคคลตัวแทนอำพรางเป็นจำนวนมาก

วิธีการแก้ไข

(1) เห็นสมควรตรากฎหมายขึ้นมาใหม่ โดยให้มีบทบัญญัติที่ชัดเจนเกี่ยวกับ ความเป็นตัวแทนอำพราง ว่า ลักษณะใดบ้างถือว่าเป็นตัวแทนอำพราง หรือเข้าข้อสันนิษฐานว่า ลักษณะ หรือการกระทำใดเป็นลักษณะของตัวแทนอำพราง พร้อมกับกำหนดบทลงโทษในสถานหนักเพื่อให้เกิดความเกรงกลัวต่อการกระทำความผิดดังกล่าว

(2) ให้นำหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เช่น องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่างๆ กรมที่ดิน กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรมสรรพากร กระทรวงมหาดไทย และกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนได้รับรู้ถึงผลเสียหายของประเทศชาติ อย่างต่อเนื่อง จนกว่าจะเข้าไปฝังอยู่ในจิตสำนึกของคนไทย ตั้งแต่ระดับเด็กจนเติบโตเป็นผู้ใหญ่

(3) จัดตั้งให้มืองค์กรขึ้นมามหึ่งองค์กรเพื่อทำหน้าที่ ควบคุม ดูแล และตรวจสอบ อย่างเข้มงวด โดยเริ่มตั้งแต่การจัดตั้งนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นชาวต่างชาติ หรือ แหล่งเงินทุนมาจากต่างประเทศที่นำเข้ามาลงทุนในไทย แต่ทั้งนี้ต้องกระทำด้วยความระมัดระวัง มิให้ไปกระทบกระเทือนถึง การนำเงินเข้ามาลงทุนของชาวต่างชาติอย่างถูกวิธี และย้งต้องคอยตรวจสอบตลอดไปทั้งในเรื่องของการนำเงินหรือผลกำไรออกนอกประเทศอย่างใกล้ชิดอีกด้วย

(4) กำหนดบทลงโทษในสถานหนัก หากมีผู้ใดฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นมาใหม่นี้

(5) ต้องมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอย่างเคร่งครัด และบังคับใช้ให้ออกมาเป็นรูปธรรมให้มากที่สุด เมื่อมีผู้กระทำความผิดจะต้องนำตัวมาลงโทษให้ได้

(6) มีข้อกฎหมายให้สิทธิตัวแทนอำพรางปฏิเสธการปฏิบัติตามสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการตั้งตัวแทนอำพรางและถือเอาประโยชน์ที่อยู่ในชื่อตนได้เสมือนกับเป็นเจ้าของที่แท้จริง

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 3

การที่คนต่างด้าวเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยอาศัยสิทธิของคนไทย ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ ทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม เนื่องจากกระบวนการเหล่านั้นย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้โดยปราศจากมาตรการควบคุม และไม่อาจทราบได้แน่ชัดว่าคนต่างด้าวเข้ามามีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทยแค่ไหน อย่างไร และในบริเวณใดบ้าง ซึ่งอาจเป็นช่องทางที่ทำให้คนต่างด้าวสามารถเข้ามาแทรกแซงทั้งทางเศรษฐกิจ และสังคมภายในประเทศได้ อันจะส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศไทยในอนาคต

การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เช่น การเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยโดยใช้วิธีหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น

- การสมรสกับบุคคลผู้มีสัญชาติไทย แล้วให้คู่สมรสถือครองอสังหาริมทรัพย์แทนตน
- การให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญาจำนองหรือสัญญาเช่าไว้กับคนต่างด้าว
- การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยอยู่ในรูปแบบของนิติบุคคลไทย โดยให้ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว
- ตั้งบริษัทเพื่อรับโอนที่ดิน

การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางส่งผลร้ายต่อประเทศ ดังนี้ทำให้ผู้ได้รับผลประโยชน์ที่แท้จริงมิใช่คนไทย แต่เป็นนักลงทุนต่างด้าวที่เข้ามาเก็งกำไรอสังหาริมทรัพย์

- เมื่อคนต่างด้าวสามารถหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายทำให้การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นทำได้โดยง่าย ส่งผลให้มีการกว้านซื้อที่ดินเพื่อบริหารจัดสรร หรือขายต่อเพื่อเก็งกำไร ทำให้ที่ดินมีราคาสูง พื้นที่ประกอบการเกษตรลดลง เกษตรกรไม่มีที่ดินทำกิน ส่งผลกระทบต่อการดำรงชีพ เกิดเป็นปัญหาสังคม
- ที่ดินบางแห่งกลายเป็นแหล่งฟอกเงินของพวกมาเฟียข้ามชาติ โดยกระทำการผ่านการประกอบธุรกิจค้าที่ดินในประเทศไทย เช่น การนำเงินที่ผิดกฎหมายเข้ามาซื้อที่ดินในประเทศไทยและจำหน่ายต่อไป หรือทำการจัดสรรที่ดินก่อน เช่น การทำโครงการบ้านจัดสรรและทำการจำหน่ายต่อไป

มาตรการใดที่สามารถ “ปลุกจิตสำนึกการหวงแหนดินแดนและการรักษาผลประโยชน์ของชาติ” เพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำพรางอีกช่องทางหนึ่งนอกจากการดำเนินการทางกฎหมาย นั้น โดยส่วนใหญ่ผู้ที่ให้ความช่วยเหลือคนต่างด้าวกระทำความผิดมักเป็นคนไทย อาจเป็นชาวบ้านกรณีการถือครองที่ดินแทนหรือการทำตนเป็นนอมินี ชาวบ้านส่วนใหญ่โดยเฉพาะต่างจังหวัด อาจไม่รู้ว่าการให้ความช่วยเหลือของตนเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ดังนั้น การให้ความรู้ความเข้าใจ ปลุกจิตสำนึก รวมถึงการแสดงให้เห็นถึงความเสียหายที่ประเทศชาติจะได้รับจากการที่ให้คนต่างด้าวเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์อย่างผิดกฎหมาย จะเป็นส่วนช่วยในการหยุดยั้งการให้ความช่วยเหลือดังกล่าวได้ ส่งผลให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยอย่างผิดกฎหมายลดลงได้ และเห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันไม่มีประสิทธิภาพที่จะป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพราง

มาตรการที่จะช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบในประเทศไทย เช่น

1. ให้ผู้ขอได้มาซึ่งที่ดินแสดงหลักฐาน โดยแสดงแหล่งที่มาของรายได้ที่นำมาซื้อที่ดินต่อเจ้าพนักงานที่ดินก่อนทำการจดทะเบียน เป็นการป้องกันมิให้มีการถือครองที่ดินแทนอีกทางหนึ่ง
2. การตรวจสอบภายหลังการจดทะเบียน หากเป็นที่สงสัยได้ว่าที่ดินได้มีการถือครองโดยคนต่างด้าวอย่างไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ให้เจ้าพนักงานที่ดินมีอำนาจในการตรวจสอบพื้นที่ดังกล่าว

3. มีการประสานงานระหว่างหน่วยงานของรัฐในการตรวจสอบการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว แหล่งที่มาของเงินทุนที่จะนำมาใช้ในการซื้อที่ดินเป็นสิ่งสำคัญที่จะบ่งชี้ว่าใครคือผู้ถือครองที่ดินที่แท้จริง เนื่องจากบุคคลผู้เข้าทำสัญญาซื้อขายอาจมิใช่ผู้ที่จะครอบครองที่ดินที่แท้จริง บุคคลดังกล่าวมิได้มีเจตนาที่จะถือครองที่ดินและมีได้มีเงินทุนหรืออาจมีเงินทุนไม่เพียงพอที่จะซื้อที่ดินแต่ต้องอาศัยเงินทุนของบุคคลต่างด้าวผู้ที่ต้องการจะถือครองที่ดินในประเทศไทยมาใช้ในการซื้อที่ดิน ดังนั้น การตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินทุนจึงเป็นหนึ่งในวิธีการที่มีประสิทธิภาพในการควบคุมการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทย

นอกจากนั้น เห็นควรกำหนดเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอภปรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอภปรางเพียงใด เช่น เพิ่มโทษเป็นสองเท่าจากกฎหมายที่กำหนดโทษในปัจจุบัน รวมถึงต้องปรับเปลี่ยนหรือเพิ่มวิธีการลงโทษอื่นได้อีกหรือไม่ เช่น การริบทรัพย์สิน

เห็นสมควรให้มีการเพิ่มบทโทษปรับ ในประมวลกฎหมายที่ดินในกรณีมีการถือครองที่ดินอย่างผิดกฎหมาย เป็นโทษปรับ 500,000 บาท - 1,000,000 บาท และให้บังคับใช้ในส่วนผู้สนับสนุนด้วย และมีข้อเสนอแนะอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางกฎหมายในเรื่องตัวแทนอภปราง เพื่อให้สามารถบังคับใช้อย่างมีประสิทธิภาพ คือ การเพิ่มระบบตรวจสอบก่อนการจดทะเบียนและภายหลังจากการจดทะเบียนกรณีการได้มาซึ่งที่ดินที่อาจสงสัยว่าเพื่อประโยชน์การถือครองแก่คนต่างด้าว อาจทำให้การถือครองโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายเป็นไปโดยยากมากยิ่งขึ้น

อนึ่ง เนื่องจากกฎหมายในเรื่องการถือหุ้น การครองหุ้นและการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ที่มีอยู่ค่อนข้างซับซ้อนและยุ่งยากในทางปฏิบัติ และไม่มีกฎหมายที่เป็นเครื่องมือให้อำนาจต่อการลงโทษผู้กระทำไม่ถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้ง บทกำหนดโทษที่เบาบาง การชี้มูลความผิดยังไม่เพียงพอเพราะพิสูจน์ได้ยากเพราะมีกลุ่มผู้ถือหุ้นเป็นกลุ่มบริษัท กลุ่มบุคคล และกลุ่มนิติบุคคลที่มีการถือหุ้นกันเป็นทอดๆ ในบริษัท แหล่งที่มาของเงินลงทุนและหลักฐานการชำระเงินค่าหุ้น นอกจากนี้ พระราชบัญญัติบริษัทมหาชน จำกัด พ.ศ. 2535 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์การควบคุมสัดส่วนผู้ถือหุ้นแทนในบริษัทมหาชน และขาดทิศทางการตรวจสอบกรณีคนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 4

ในกรณีของตัวแทนอภปรางนี้อาจเห็นได้ว่าเป็นการกระทำการแทนบางสิ่งบางอย่าง ซึ่งล่อแหลมกับการกระทำความผิด ซึ่งผู้เป็นตัวการที่แท้จริงหรือนายทุนจริงจะไม่ดำเนินการด้วยตนเอง เช่น การประกอบธุรกิจตุ้มเกมก็จะมีตัวแทนดำเนินการ ซึ่งเรื่องนี้ก็ไม่ว่ากันที่จะค้นหาตัวแทนที่แท้จริง เมื่อมีคดีเกิดขึ้นมาก็จะเห็นว่าไม่ว่าคดีตุ้มเกมหรือคดีความผิดต่างๆ จะใช้ตัวแทนอภปรางทั้งสิ้น แต่เมื่อดำเนินคดีกับตัวแทนอภปรางแล้วก็จะเห็นตัวการที่แท้จริงได้ชัดเจน เช่น ผู้ประกอบธุรกิจขนาดใหญ่แต่เมื่อโดนจับกลับมีบุคคลที่ไม่คิดว่าน่าจะเป็นผู้ประกอบการขนาดใหญ่ได้ แต่กรณีปัญหาตัวแทนอภปรางที่เกิดขึ้นมาในประเทศไทยและดำเนินการตรวจสอบได้ยาก คือ การประกอบธุรกิจให้เฉพาะคนไทย ซึ่งในที่นี่ไม่ได้หมายถึงเฉพาะคนไทยธรรมดาเท่านั้น แต่หมายถึงนิติบุคคลด้วย ยกตัวอย่าง ในกรณีของธุรกิจที่มีการลงทุนขนาดใหญ่จำนวนหนึ่งล้านขึ้นไปซึ่งโดยส่วนมากจะเป็นการลงทุนจากต่างประเทศ และการที่ประเทศไทยสร้างความสนใจรวมถึงดึงดูดชาวต่างประเทศเข้ามาลงทุนโดยกำหนดในกฎหมายห้ามไว้ว่าการประกอบธุรกิจ

ต่างๆ ต้องเป็นไปตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการยึดถือที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินจะถือกำหนดให้เฉพาะคนไทยที่จะถือที่ดินได้นั้น ในส่วนนี้ การที่คนต่างด้าวจะเข้ามาทำธุรกิจย่อมพิจารณาและต้องการให้มีหลักประกันการลงทุนดังกล่าว จึงเกิดการตั้งตัวแทนอำพรางขึ้นมาเพื่อให้ดำเนินการดังกล่าวได้ เช่น การถือหุ้นไขว้กันในบริษัทต่างๆ

ในกรณีดังกล่าวนี้การจะพิสูจน์และดำเนินคดีกับบริษัทที่ใช้นอมินี เป็นไปได้ยากเพราะในกรณีที่คนไปดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นผู้ที่มีเงินประกอบการลงทุนไม่ใช่เป็นคนยากจนและสามารถดำเนินการประกอบธุรกิจเลี้ยงกฎหมายได้ง่าย ซึ่งสิ่งสำคัญที่สุดที่มักจะมีการหลีกเลี่ยงมากที่สุดคือภาษีอากรเพราะเมื่อบริษัทลูกได้ผลประโยชน์ขึ้นมาก็จะส่งบริษัทแม่เพื่อเป็นการเลี่ยงภาษีอันเป็นจุดอ่อนของประเทศไทย เพราะมั่นใจในผู้ประกอบธุรกิจว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ อย่างไรก็ตาม การทำงานของส่วนราชการจะดำเนินการสืบสวนไปจนกระทั่งเป็นที่ชัดเจนว่ามีการใช้นอมินีหรือไม่นั้นเป็นการยาก การประกอบธุรกิจและการดำเนินคดีในการปราบปรามธุรกิจประเภทนอมินีได้ต้องมีการออกกฎหมายพระราชบัญญัติผู้กระทำความผิดทางนอมินี

กล่าวโดยสรุป นิติกรรมอำพรางเป็นเรื่องของคนต่างด้าวที่ไม่ได้เข้ามาดำเนินการในเรื่องของนอมินีในฐานะบุคคลธรรมดา แต่มักใช้บริษัทลูกซึ่งมีเครือข่ายเป็นจำนวนมากโดยส่วนใหญ่บริษัทแม่ที่แท้จริงอยู่ในต่างประเทศ และในกรณีตัวแทนอำพรางซึ่งเป็นการแฝงตัวของบุคคลต่างด้าวซึ่งเข้ามาหาผลประโยชน์ในประเทศไทยโดยเฉพาะอย่างยิ่งด้านการประกอบธุรกิจอีกด้านหนึ่งก็คือเกี่ยวกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ การบัญญัติให้มีกฎหมายเฉพาะขึ้นมาจึงเป็นสิ่งจำเป็น

ประการแรกในการป้องกันเกี่ยวกับนอมินีสามารถทำได้โดยการปลูกจิตสำนึกให้แก่ประชาชนให้รักและหวงแหนประเทศชาติ รวมถึงออกกฎหมายดำเนินคดีเกี่ยวกับนอมินีโดยเฉพาะเจาะจง ประการที่สองกรณีการออกกฎหมายต้องคำนึงถึงประโยชน์ว่าจะกลับมาประเทศไทยอย่างไร คือสามารถที่จะตรวจสอบกันโดยไม่มีหมายได้ซึ่งในกรณีจะสามารถดำเนินคดีไปต่างประเทศได้ กฎหมายมีอยู่แล้วแต่อยากให้เขียนให้ชัดเจนไปว่านอมินีควรมีหลักเกณฑ์พิเศษเพราะในกรณีเรื่องดังกล่าวนี้จะเป็นเรื่องที่ยากสลับซับซ้อนและต้องมีวิธีพิจารณาคดีเป็นพิเศษโดยเริ่มตั้งแต่วิธีการสอบสวน

การรัฐจะดำเนินคดีกับนอมินีหรือตัวแทนอำพรางที่เป็นต่างด้าวนั้นมีอยู่น้อยมาก ส่วนใหญ่ผู้ที่เสียประโยชน์จะเป็นคนซึ่งขอให้ทำก็จะมีวิธีการกัณพยานอย่างหนึ่งแต่ก็อาจเป็นไปได้ยากเพราะผู้ที่ทำความผิดด้วยเช่นนายทุนอาจจะเข้ามาช่วยเหลือ อย่างไรก็ตาม ยังมีวิธีการดำเนินการโดยการให้สินบนซึ่งควรระวังเพราะอาจทำให้เกิดการเบี่ยงเบนในการดำเนินคดี อีกประการหนึ่งการเขียนกฎหมายควรไม่จำเป็นต้องมีหน่วยงานโดยเฉพาะเพียงแค่เพิ่มศักยภาพในหน่วยงาน ส่วนงานที่จะสร้างใหม่นั้นควรเป็นหน่วยงานย่อยที่จะสร้างในหน่วยงานเดิมซึ่งจะมีกลไกในการทำงานอยู่แล้วเพียงแต่ว่าจะทำงานอย่างจริงจังหรือไม่ ทั้งนี้ เป็นกรณีที่จะเริ่มทำในเรื่องนั้นอย่างจริงจังแม้กระทั่งเรื่องของภาษีเป็นสำคัญ

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 5

ตัวแทนทำนิติกรรมอำพราง โดยตัวแทนไม่ใช่คู่สัญญาที่แท้จริง การแสดงตนเป็นตัวการในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในปัจจุบันมีบัญญัติอยู่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาว่าบางครั้งกระทำได้บางครั้งกระทำไม่ได้ อยู่ที่เรื่องของ “ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของบ้านเมือง” ตัวอย่าง พอให้ลูกถือที่ดินแทน จะเป็นปัญหาหรือไม่ หรือแตกต่าง อย่างไร เพราะมีทั้งสังคมเข้ามาเกี่ยว

ประชาชนยังไม่เคยพบคดีที่ต้องมีวินิจฉัยว่าเจ้าหน้าที่รัฐกระทำผิดหรือไม่ การหลบเลี่ยงกฎหมายประชาชนจะเห็นได้ยาก เว้นแต่เมื่อปรากฏภาพความเสียหายแล้วจึงจะทราบ แต่ประเด็นของกฎหมายเฉพาะเป็นประเด็นที่น่าจับตาเป็นพิเศษ การที่จะออกกฎหมายใหม่ก็เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาอย่างมากแต่ต้องไม่ใช่ออกมาเพื่อบางกรณีใดกรณีหนึ่ง เพราะจะเกิดผลกระทบอีกมากมายโดยที่เราไม่อาจทราบ ว่ากฎหมายแต่ละฉบับมีเจตนารมณ์ต่างกันอย่างไร อย่างไรก็ดี เห็นว่าไม่ควรถูกต้องตั้งหน่วยงานใหม่

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 6

ทางแก้ในขั้นต้นสำหรับปัญหาตัวแทนอำพรางนั้น ควรศึกษาหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นต้นทางของการเข้ามาของการดำเนินการโดยอาศัยตัวแทนอำพราง เช่น ที่กรมพัฒนาธุรกิจทางการค้า เป็นต้น ทั้งนี้สำหรับหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นหน่วยงานปลายทางไม่อาจตรวจสอบถึงกรรมสิทธิ์หรือย้อนไปตรวจสอบข้อมูลต่างๆ ที่เป็นที่มาของตัวแทนอำพรางได้เนื่องจากทางหน่วยงานของรัฐทั้งสองไม่ได้มีการประสานข้อมูลร่วมกัน ซึ่งจะต้องมีการพิจารณาหลายชั้น เช่น สิทธิการถือหุ้นจำนวน 51% ที่จะต้องแสดงรายละเอียด รวมทั้งแจ้งการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียน ซึ่งเมื่อใช้คำว่าหุ้น จึงทำให้ไม่มีการพิจารณาไปถึงอำนาจการออกเสียง โดยมากจะเป็นบริษัทเข้ามาถือหุ้นในบริษัทใหม่ ต้องเป็นเสียงฝ่ายคนไทยข้างมากที่จะมีสิทธิ กฎหมายต้องเขียนให้ชัดเจนและสามารถตรวจสอบได้ทุกครั้งที่มีการเปลี่ยนแปลงรวมทั้งที่ดิน ทั้งนี้ มี 2 กรณี คือ กรณีที่บุคคลธรรมดาเป็นเรื่องที่คู่สมรสทำเป็นเพียงน้อย ส่วนเรื่องมาตรการอื่น เช่น การจำนองหุ้นเป็นครั้งคราวไป และเป็นบริษัทที่ปรึกษาต้องมุ่งไปที่ตัวคนแต่ในทางกฎหมายพยายามให้เข้าใจสภาพความเป็นจริงว่าประสิทธิภาพในการควบคุม การสนับสนุน กับเรื่องของการอ้างสิทธิ หรืออ้างช่องว่างของกฎหมายก็ยังเป็นเรื่องที่ถกเถียงกันอยู่มาก

สำหรับโทษปรับของการกระทำความผิดมีจำนวนเพียงไม่กี่หมื่นบาท จึงไม่เพียงพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวต่อบทลงโทษทั้งนี้ การถือหุ้นหรือการออกเสียงที่จะเป็นลักษณะตัวแทนอำพรางนั้นโดยมากผู้ที่เข้าขายและอยากทำให้ถูกต้องตามกฎหมายจะติดต่อหาวิธีทำให้ถูกต้อง ในขณะที่ ผู้ที่กระทำความผิดใหญ่ไม่ได้เกรงกลัวกฎหมายจึงไม่สนใจจะทำให้ถูกต้อง ไม่เกรงกลัวกฎหมาย และเห็นว่าการตรวจสอบย้อนกลับไปดูนั้นเป็นไปได้ยาก บทกำหนดโทษไม่สูงมากพอที่จะทำให้เกิดความเกรงกลัวเพราะไม่ได้ส่วนกับผลประโยชน์ที่จะได้หากฝ่าฝืน คือ ผู้กระทำความผิดยินยอมให้ปรับเพราะคุ้มค่าในการฝ่าฝืนต่อไป

ปัญหาที่มี คือ คำว่า คนต่างด้าว และคำว่า หุ่น ของแต่ละหน่วยงานแต่ละกฎหมายไม่ตรงกัน ซึ่งจะเป็นปัญหาอย่างมาก หรือการตีความว่าจะถือว่าเป็นการถือหุ้นร้อยละ 50 หรือ 51 ตามที่กฎหมายกำหนดนั้นกรณีที่มีรายละเอียดซับซ้อนจะพิจารณาว่าที่ถูกต้อง คือ อย่างไร หรือว่าทางออกในภาพรวม คือ ตรากฎหมายและกำหนดนิยามให้ทุกกฎหมายที่มาอยู่และเป็นปัญหาใช้กฎหมายกลางให้เหมือนกัน หรือว่าจะให้แก้ไขแต่ละกฎหมายให้มันสอดคล้อง ก็อาจเป็นไปได้ทั้งสองวิธี ทั้งนี้ กระทรวงพาณิชย์ก็อาจจะได้รับผลกระทบในบางเรื่อง กรณีเรื่องเช่าที่ดินไม่ได้กำหนดห้ามต่างด้าวเพราะเรื่องเช่าผู้ใดก็สามารถเช่าได้ ให้ทำอุตสาหกรรม 50 ปี ให้เช่าอีก 50 ปี รวมกันเป็น 100 ปี

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 7

บุคคลต่างด้าวเข้ามาแอบแฝงเข้ามาทำธุรกรรมตัวแทนอำพรางมาภายในประเทศไทย ซึ่งต้องมีหน่วยงานของรัฐเข้ามาดูแลทั้งหมดโดยต้องดูให้ชัดว่าเป็นคนต่างด้าวหรือไม่ จึงควรตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงทุกครั้ง การพิจารณาว่ากรณีการถือหุ้นบริษัทใดโดยต่างด้าวต้องดูลงไปถึงบริษัทที่เข้ามาถือหุ้นร่วมด้วยในบริษัทนั้นโดยมีเสียงข้างมาก มินิติบุคคล เชิงลึกว่าเป็นต่างด้าว โดยระบุให้ถือว่าเป็นนิติบุคคล ต่างด้าวด้วยหรือไม่ ต้องมีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคล ให้ชัดเจนไม่ให้หลบได้

ทั้งนี้ เห็นว่ากฎหมายที่มีอยู่ ไม่มีประสิทธิภาพพอ อย่างไรก็ดี ควรเพิ่มการบังคับใช้กฎหมายที่มีและดำเนินการเพิ่มโทษสำหรับนิติบุคคล ทั้งนี้การแก้กฎหมายการประกอบธุรกิจที่ดิน ต้องให้กรมที่ดินตรวจสอบผู้มาซื้อที่ดินเสียก่อน โดยให้เหมือนกับกรมพัฒนาธุรกิจต้องทำให้ชัดเจน ถ้าเป็นข้อเท็จจริงต้องถือว่าได้จริงต้องมีการลงโทษจริง รวมถึงเห็นด้วยกับการกำหนดระยะเวลากลับตัวแก้ไขสิ่งที่ผิดพลาดให้ถูกต้องในช่วงเวลาที่จำกัดเหมือนกับกรณีอาชญากรรม

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 8

การใช้ตัวแทนอำพรางในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวมีหลายวิธีการโดยผ่านทางบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล เช่น การจดทะเบียนสมรส การวางนโยบายกำกับการเงินและการบริหารในบริษัทโดยให้อำนาจสั่งการของกรรมการคนต่างด้าว ซึ่งจากการใช้ตัวแทนอำพรางดังกล่าวก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศในทุกด้านไม่ว่าจะเป็นการทุจริต คอร์รัปชัน เศรษฐกิจ การเมือง ทั้งนี้ ควรมีการปลูกจิตสำนึกการหวงแหนดินแดนและการรักษาผลประโยชน์ของชาติรวมทั้งนำหลักธรรมาภิบาล (good governance) ความโปร่งใส (transparency) จิตสำนึกของความรับผิดชอบ (accountability) รวมการมีส่วนร่วมของประชาชน มาประยุกต์ใช้กับการบริหารหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง ซึ่งเมื่อพิจารณาในทางรัฐศาสตร์แล้วในการดำเนินการใดที่มีผลกระทบต่อประชาชนจะต้องสอบถามประชาชนเสียก่อน

สำหรับมาตรการการตรวจสอบการเข้ามาประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยอาศัยตัวแทนอำพรางนั้น ปัจจุบันมีกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเรื่องต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำพรางอยู่แล้ว เช่น ประมวลกฎหมายที่ดินที่ให้อำนาจรัฐมนตรีที่จะรักษากฎหมาย ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายที่มีใช้บังคับอยู่ในเรื่องตัวแทนอำพรางนี้ดีอยู่แล้ว แต่ผู้ที่มีอำนาจไม่นำมาบังคับใช้ให้ตีพอ ไม่เต็มที่ หรือใช้ผิดวัตถุประสงค์ ตัวอย่าง

กรณีที่คนต่างด้าวเข้ามาซื้อที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ใต้บังคับของกฎหมายให้จำหน่ายภายใน 180 วัน หรือกรณีเฉพาะเรื่อง เช่น การคุ้มครองที่นาหรือการเกษตรกรรม เป็นต้น

นอกจากด้านกฎหมายแล้วควรต้องมีมาตรการด้านอื่นอีกในการดำเนินการกับธุรกรรมที่อาศัยตัวแทนอำพราง เช่น มาตรการทางภาษี เป็นต้น

สำหรับกรณีการเพิ่มบทลงโทษในการใช้ตัวแทนอำพรางในการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดบทลงโทษและอัตราโทษไว้แล้ว แต่การกระทำการฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวยังคงปรากฏอยู่ จึงเห็นว่าผู้ที่เจตนากระทำความผิดไม่เกรงกลัวต่อบทลงโทษตามกฎหมายไม่ว่าจะเป็นอัตราโทษปกติ หรือจะเพิ่มโทษให้หนักขึ้น แต่ควรต้องมีมาตรการทางกฎหมายอื่นมากำกับโดยเฉพาะมาตรการทางภาษีอากร และควรตระหนักด้วยว่า **“กฎหมายเป็นเครื่องมือของรัฐ แต่ไม่ใช่การแก้ปัญหาของรัฐ”**

ทั้งนี้ หากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพราง อาจก่อให้เกิดผลดีคล้ายกับการนิรโทษกรรมซึ่งเป็นมาตรการที่ใช้ทั่วไปโดยเป็นการหาทางผ่อนผันรวมทั้งวางเงื่อนไขเพื่อทำให้สิ่งที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมายกลายเป็นสิ่งที่ถูกต้องขึ้นมา ซึ่งควรต้องอาศัยหลักเศรษฐศาสตร์ประกอบการพิจารณาควบคู่ไปด้วย

อย่างไรก็ตาม การออกกฎหมายเฉพาะเรื่องรวมถึงวิธีการติดตามให้มีการใช้บังคับกฎหมายอย่างจริงจังน่าจะเหมาะสม เพื่อกำกับควบคุมตรวจสอบและการติดตามประเมินผลการกระทำที่เกี่ยวกับธุรกรรมอำพรางและแก้ไขการดำเนินการตามมาตรการตรวจสอบที่ไม่มีประสิทธิภาพในปัจจุบัน เช่น การขาดการประสานงานที่ดี การขาดความร่วมมือจากชาวบ้าน งบประมาณ เทคโนโลยีและวิธีการที่เพียงพอที่จะทำให้มาตรการต่างๆ ถูกนำมาใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งสามารถตั้งหน่วยงานขึ้นมาเพื่อรับผิดชอบเฉพาะในกรณีของตัวแทนอำพรางได้แต่ต้องดำเนินการให้มีประสิทธิภาพ ไม่ใช่เพียงแค่ตั้งมาเป็นพิธีการเท่านั้น ดังเช่น สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ที่ได้ตั้งมาตั้งแต่ในปี 2522

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 9

การกระทำของตัวแทนอำพรางที่ส่งต่อประเทศไทยนั้นมานานแล้ว แต่รูปแบบมีการพัฒนาขึ้นจากอดีต การกระทำความผิดที่ผ่านมาล้วนต้องอาศัยปัจจัยหลายอย่างประกอบกัน ไม่ว่าจะเป็นการใช้เงินทุน การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องช่วยเหลือ หรือการใช้อิทธิพลเข้ามาร่วมด้วย ทั้งนี้ หน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลและควบคุมในแต่ละเรื่องต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเคร่งครัดเพียงเท่านั้นก็จะช่วยลดปัญหาลงไปได้มาก

มีความเห็นว่ากฎหมายและหน่วยงานในปัจจุบันที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้มีมากพอแล้ว ทางออกแบบเร่งด่วนน่าจะเป็นการหาวิธีให้กฎหมายที่มีอยู่ได้รับการปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพความจริงในปัจจุบัน และการพิจารณาไปแล้วหรือในอนาคตอันใกล้เห็นว่าปัญหานี้ทวีความรุนแรงหรือกฎหมายที่มีอยู่ไม่สามารถรองรับได้แล้ว ก็อาจจะให้มีการตรากฎหมายออกมาใช้บังคับใหม่เพิ่มเติมหรือกำหนดหน่วยงานขึ้นใหม่มาดูแลโดยเฉพาะก็ได้ หรือแม้แต่ว่าจะกำหนดงานส่วนนี้ขึ้นแล้วไปขยายอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานที่เห็นว่าเหมาะสมให้ขยายงานขึ้นก็ได้เช่นกัน

ทั้งนี้ หากกฎหมายที่ให้อำนาจหน้าที่ขององค์กรตรวจสอบว่าให้สามารถดำเนินการตรวจสอบการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่ปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติแล้ว องค์กรตรวจสอบเหล่านั้นต้องดำเนินการอย่างตรงไปตรงมาในการพิจารณาเพราะเจ้าหน้าที่รัฐในส่วนงานที่เกี่ยวข้องกับตัวแทนอำนาจก็เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการกระทำความผิดของตัวแทนอำนาจมีอยู่อย่างมากมายในปัจจุบัน

ดังนั้น หากทุกฝ่ายร่วมมือกันทำหน้าที่ของตนปัญหาตัวแทนอำนาจก็จะลดลงเองอย่างแน่นอน อย่างไรก็ตาม ในหน่วยงานหลายหน่วยงานก็มักจะรู้แต่เฉพาะเรื่องของตนจะไม่สามารถทราบเรื่องที่อยู่นอกเหนือการปฏิบัติหน้าที่ปกติของตนได้ จึงอาจยังไม่ทราบว่าการทำงานเฉพาะส่วนของตนจะส่งผลร้ายต่อไปอย่างไร จึงอาจจะจัดให้มีการให้ความรู้แก่เจ้าหน้าที่รัฐด้วยอย่างเป็นระยะเพื่อให้ทราบถึงความสำคัญของหน้าที่ของตนว่าส่งผลต่อประเทศชาติได้เพียงใด

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 10

หน่วยงานต้นทาง คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้าซึ่งมีหน้าที่ในการตรวจสอบคุณสมบัติ พิจารณารับจดทะเบียนต่างๆ ในขณะที่หน่วยงานสุดท้าย คือ กรมที่ดิน ซึ่งมีหน้าที่รับจดทะเบียนสิทธิ การทำงานของหน่วยงานแต่ละแห่งจะมีหน้าที่ที่แตกต่างกัน และได้มีความพยายามที่จะประสานงานกันของแต่ละหน่วยงานเพื่อช่วยแก้ปัญหาอย่างเป็นระบบ รวมถึงจะเป็นการใช้ข้อมูลของแต่ละหน่วยงานให้เกิดประโยชน์สูงสุดเพื่อจะนำไปแก้ไขปัญหาและป้องกันอย่างเป็นระบบกับกรณีที่มีกลุ่มบุคคลพยายามหาช่องว่างของกฎหมายเพื่อประกอบธุรกรรมบางประเภทที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้โดยเหตุผลหลายประการ

รวมถึงการอาศัยช่องว่างของหน่วยงานของรัฐที่แยกกันดูแลในแต่ละหน่วยงาน กล่าวคือ การที่ข้อมูลยังไม่สามารถใช้ร่วมกันได้แบบปัจจุบัน จึงเกิดช่องว่างของการตรวจสอบการจดทะเบียนในตอนยื่นเป็นแบบถูกต้อง ต่อมาก็ได้ไปจดทะเบียนเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนอีกหลายครั้ง ซึ่งข้อมูลของการเปลี่ยนแปลงนั้นหน่วยงานอื่นอาจจะยังไม่ทราบหรือทราบไม่ทันต่อการกระทำของผู้ที่มีเจตนาไม่สุจริต อย่างไรก็ตามหน่วยงานของรัฐแต่ละแห่งก็ได้พยายามพัฒนาการประสานงานและประสานข้อมูลกันอย่างต่อเนื่อง

นอกจากนี้ การทำงานของหน่วยงานรัฐอยากได้ความชัดเจนจากนโยบายของรัฐบาลเพื่อจะได้เกิดการทำงานและประสานงานในหน่วยงานและระหว่างหน่วยงานเป็นไปในทางเดียวกัน อีกทั้ง หลายๆ หน่วยงานก็ได้จัดทำคู่มือและการถามตอบปัญหาเกี่ยวกับการจดทะเบียนเพื่อให้ประชาชนทราบ เข้าใจและปฏิบัติได้ถูกต้อง เพราะเคยปรากฏบางกรณีบุคคลนั้นๆ ไม่ได้อยากกระทำผิดกฎหมายหรืออาศัยช่องว่างทางกฎหมายแต่เพราะความไม่รู้หรือการบอกต่อกันมาอย่างผิดๆ ให้ดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่รู้ตัว การประชาสัมพันธ์ให้ความรู้แก่ประชาชนทั่วไปก็จะเป็นอีกทางหนึ่งที่จะลดปัญหาการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายลงได้อีกทางหนึ่ง

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 11

การกระทำความผิดในเรื่องของการเอาเปรียบประเทศชาตินั้นเป็นเรื่องใหญ่ที่ต้องให้ความสนใจและทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องต้องช่วยกันแก้ไข ตัวอย่างของการกระทำผิดที่ทราบ เช่น การถือหุ้นที่ผิดกฎหมาย การเข้ามาทำธุรกิจของคนต่างชาติในการเข้ามาซื้อกิจการที่คนไทยประกอบมาก่อน โดยอาศัยความพร้อมทางการเงินที่มีมากกว่าคนไทย เป็นต้น

ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่าหากปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่แล้วก็ไม่ต้องตรากฎหมายใหม่ แต่ถ้ากฎหมายในเรื่องดังกล่าวยังไม่มีการดำเนินการตรากฎหมายอย่างรวดเร็ว เพราะความเสียหายเกิดขึ้นทุกวันการละเลยไม่ดำเนินการก็เท่ากับความเสียหายเพิ่มขึ้นตามความล่าช้า ส่วนประเด็นของการเพิ่มโทษให้หนักขึ้นนั้น ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่า กำหนดตามที่เห็นสมควรไปเลยแต่การจะลงโทษจะต้องลงโทษผู้กระทำความผิดที่แท้จริงไม่ใช่ลงโทษคนไทยที่เป็นแค่ลูกจ้างส่วนผู้กระทำความผิดที่แท้จริงไม่ต้องรับโทษและกระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยต้องพิจารณาอย่างรวดเร็ว

การปลูกจิตสำนึกเป็นเรื่องที่ต้องทำอยู่แล้วทั้งในโรงเรียน มหาวิทยาลัย และบุคคลในสังคมต้องเป็นตัวอย่างที่ดีแก่เด็กและเยาวชน การสร้างจิตสำนึกในด้านที่งาม การปฏิบัติต่อทุกคนในสังคมที่มีความเกี่ยวข้องกับกฎหมายต้องมีความเสมอภาคกันและให้มีมาตรฐานเดียวและเป็นมาตรฐานที่ถูกต้องด้วย จึงจะทำให้คุณภาพของประชาชนดีขึ้น เมื่อประชาชนมีคุณภาพและมีจิตสำนึกที่ดีปัญหาต่างๆ ไม่ใช่แค่ปัญหาตัวแทนอำพราก็จะลดลงในที่สุด

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 12

ในภาพรวมความเสียหายจากเรื่องดังกล่าวที่มีต่อประเทศไทยในด้านต่างๆ เป็นภัยที่มองไม่เห็น แต่ก็คงเป็นที่ทราบของประชาชนทั่วไปอยู่แล้วเพราะการเปิดเผยข้อมูลที่มากขึ้นกว่าในอดีต เมื่อพิจารณาถึงมาตรการที่น่าจะช่วยเหลือปัญหาดังกล่าวได้คิดว่าเป็น มาตรการทางกฎหมาย แต่จะต้องเป็นกฎหมายที่มีคุณภาพมีประสิทธิภาพและสามารถนำไปใช้ได้จริงในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ การทำงานของเจ้าหน้าที่ภาครัฐที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจะต้องเป็นไปอย่างเข้มแข็งมีประสิทธิภาพ เพราะไม่ว่ากฎหมายจะดีเพียงไร แต่หากผู้ใช้กฎหมายไม่มีประสิทธิภาพผลที่จะได้รับก็อาจจะไม่สมเจตนารมณ์แห่งกฎหมายนั้นๆ

มาตรการทางภาษีก็เป็นอีกมาตรการที่น่าจะได้ผลในการควบคุมได้เป็นอย่างดี อาจเป็นการกำหนดการเรียกเก็บภาษีย้อนหลังในอัตราที่สูง

เมื่อกฎหมายใหม่ออกมาบังคับใช้แล้วไม่เห็นด้วยที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรไม่ต้องรับโทษหากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกกฎหมายในช่วงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น ภายในหกเดือน เพราะจะกลายเป็นช่องว่างให้ผู้กระทำความผิดและผู้ขาดวินัย อาจส่งผลต่อการบังคับใช้กฎหมายได้

อย่างไรก็ตาม เพื่อให้สอดคล้องกับกลไกของตลาดเมื่อมีผู้มาลงทุนต้องการความมั่นใจเลยอยากเป็นเจ้าของที่ดินแต่ก็ไม่อยากถือครองที่ดินแบบเสี่ยงกฎหมายด้วย ทางออก คือ การกำหนดให้เกิดการเช่าที่ดินระยะยาว เช่น 50 ปี หรือ 100 ปี จะได้เป็นจุดดุลยภาพของการประสานความต้องการของผู้ลงทุนต่างประเทศกับการรักษาความมั่นคงของประเทศ ให้สามารถไปด้วยกันได้

หน่วยงานที่จะดูแลเรื่องของตัวเองแทนอำนาจควรจะเป็นหน่วยงานที่ตั้งใหม่ เพื่อให้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะมีความอิสระ และต้องกำหนดให้หน่วยงานใหม่นี้มีการเชื่อมโยงข้อมูลกับหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องอีกด้วย

เรื่องของจิตสำนึกนั้นในแต่ละบุคคลย่อมต้องมีอยู่แล้ว แต่จะเพิ่มหรือส่งเสริมให้ความรู้ก็เป็นเรื่องที่ถูกต้องและน่าจะเร่งกระทำอาจจะเป็นไปในรูปแบบของการให้การศึกษา กำหนดไว้ในหลักสูตรของการเรียนตั้งแต่ระดับเด็กขึ้นมาเลยก็จะดีมาก

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 13

การกระทำความผิดแบบตัวแทนอำนาจเพิ่มความซับซ้อนขึ้นมากทุกวันในสังคมไทย น่าจะเกิดจากความเห็นแก่ตัวของบุคคลนั้นๆ เองเลย เจ้าหน้าที่รัฐที่มีหน้าที่เกี่ยวข้อง นักกฎหมายเอกชน หรือแม้แต่เพื่อนฝูงและญาติที่เป็นผู้แนะนำและชี้ช่องทางกระทำความผิดหรือช่องทางในการหลบหลีกข้อกฎหมายที่กำหนดห้ามไว้ ส่วนประเด็นล่าสุดที่พบ คือ พฤติกรรมเลียนแบบ เช่น การบุกรุกที่สาธารณะหรือการอยากเป็นเจ้าของที่ดินที่ต้องห้าม เช่น ริมทะเล หน้าผา มาสร้างบ้านพักตากอากาศหรือสร้างรีสอร์ทตามที่เห็นข่าวในปัจจุบันของกลุ่มผู้ที่มีความสามารถหรือมีเงินทุน

การแก้ปัญหาที่เห็นว่าจะสามารถได้ผลในเวลาอันสั้น คือ มาตรการทางกฎหมาย แต่การแก้ไขอย่างยั่งยืนระยะยาวคือการให้การศึกษาและการปลูกจิตสำนึกต่างหาก เพราะกฎหมายเมื่อออกมาใช้บังคับก็就会有ช่องว่างของกฎหมายหรือกฎหมายอาจมีการเปลี่ยนแปลงได้ แต่จิตสำนึกหากเป็นจิตสำนึกด้านดี ด้านหวงแหนแผ่นดิน รักบ้านเกิดแล้วอย่างไรเสียก็ไม่มีความเปลี่ยนแปลง

กฎหมายที่ออกมาใหม่เลยสำหรับเรื่องตัวแทนอำนาจก็น่าจะเหมาะสมแต่จะต้องมีการกำหนดโทษที่มากพอให้เกิดความเกรงกลัวไม่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ถ้ามีโทษที่สูงจริงแต่ไม่มีการบังคับใช้กฎหมายก็ไม่มีประโยชน์ ไม่ว่าโทษจะสูงขึ้นแค่ไหนก็ตาม เมื่อกฎหมายใหม่ออกมาบังคับใช้แล้วไม่เห็นด้วยที่จะกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับธุรกรรมโดยตัวแทนอำนาจไม่ต้องรับโทษหากมีการรับแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกกฎหมายในช่วงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด เช่น ภายในหกเดือนหรือหนึ่งปีก็ตาม

การกำหนดหน่วยงานให้เป็นผู้ดูแลเรื่องหรือปัญหาควรจะต้องกำหนดหน่วยงานให้เหมาะสม ชัดเจน ไม่ให้เกิดการทับซ้อนของอำนาจหน้าที่ของแต่ละหน่วยงาน รวมไปถึงระบบตำรวจ ระบบตรวจสอบที่ล้มเหลว ระบบอุปถัมภ์ที่รุนแรง ล้วนแต่เป็นเหตุที่ทำให้ปัญหาแก้ไขยาก หรือเกิดผลที่เป็นรูปธรรมได้ยากในสังคมไทยในระยะเวลาอันใกล้ แต่อย่างไรก็ดี ก็ต้องหาวิธีที่เหมาะสมกับสังคมขึ้นมาใช้บังคับเพื่อให้เกิดการพัฒนาต่อไปจะเร็วหรือช้าก็ยังดีกว่าการไม่ดำเนินการอะไรเลย

อนึ่ง การกำหนดนิยามเป็นเรื่องที่สำคัญมากเพราะความเข้าใจที่ไม่ตรงกันอาจจะเกิดความเข้าใจผิดและไม่เกิดผลในทางปฏิบัติตามที่คาดหวัง และนิยามจะต้องครอบคลุมความหมายให้ชัดเจนและถูกต้องมากที่สุด และควรจะมีการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทราบเพื่อความเข้าใจที่ถูกต้องตรงกันด้วย และจะต้องไปพิจารณากฎหมายที่มีอยู่แล้วที่ฉบับ เพื่อนำมาการกำหนดนิยามในเรื่องหรือคำๆ เดียวกันให้เหมือนกันอีกด้วย

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 14

มีความเห็นว่าการกระทำที่มีลักษณะ “ตัวแทนอำพราง” ของสังคมไทยในปัจจุบันมีมากขึ้นทุกวัน อาจเป็นเพราะกลไกตลาดและระบบทุนนิยมที่มีการแข่งขันและครอบครอง “ทุน” ให้มากที่สุด

การดำเนินการทางธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางมีวิธีการมากมาย เช่น การสมรสแต่น่าจะเป็นสัดส่วนที่น้อย การถือหุ้นและการกำหนดอำนาจสั่งการในบริษัทหรือบริษัทมหาชนน่าจะมากที่สุด ทั้งบริษัทของไทยหรือบริษัทข้ามชาติก็ตาม ซึ่งการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางส่งผลร้ายต่อประเทศในด้านความมั่นคงทางดินแดน ความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ความเป็นชาติ และความมั่นคงในชีวิตความเป็นอยู่ เป็นต้นจึงเห็นว่าจะมีมาตรการทางการศึกษาและการใช้สถาบันครอบครัวเป็นการช่วย “ปลูกจิตสำนึก การหวงแหนดินแดนและการรักษาผลประโยชน์ของชาติ เพื่อควบคุมการกระทำผิดโดยตัวแทนอำพรางอีกช่องทางหนึ่ง

นอกจากนั้น เห็นว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันมีประสิทธิภาพที่จะป้องกันหรือควบคุมการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางไม่เพียงพอ เพราะขาดการพิจารณาปรับปรุงให้เหมาะกับยุคสมัยและความเปลี่ยนแปลงของโลกปัจจุบัน ทั้งนี้ สาเหตุหนึ่งที่กฎหมายไม่มีผลบังคับเท่าที่ควร คือ ระดับการศึกษาเฉลี่ยของคนในชาติที่ค่อนข้างน้อยและวัฒนธรรมที่เลวร้ายของคนไทย คือ ระบบอุปถัมภ์การช่วยเหลือพวกพ้องหรือการเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตัวมากกว่าส่วนรวม เป็นต้น

มาตรการที่จะช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบในประเทศไทย เช่น การตรวจสอบอย่างเป็นระบบเป็นระยะของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า และส่งต่อข้อมูลไปหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้อง และมาตรการการลงโทษที่สูงมากและกำหนดไม่ให้มีการลดโทษ

ผู้ให้สัมภาษณ์ยังมีความเห็นว่า ควรกำหนดเพิ่มอัตราโทษหรือบทลงโทษสำหรับตัวแทนอำพรางและผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางเพียงใดให้โทษสูงมากให้เป็นลักษณะการกำหนดเชิงลงโทษแบบเดียวกันกับ “การกำหนด ค่าเสียหายเชิงลงโทษ ตามแบบของประเทศตะวันตก” หรือ การริบทรัพย์สินให้เป็นของแผ่นดิน

ผู้ให้สัมภาษณ์เห็นด้วยหากมีการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางไม่ต้องรับโทษหากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้ถูกกฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (GRACE PERIOD) ประมาณหนึ่งปี โดยกำหนดผ่อนผันให้สามารถจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินนั้นไปยังบุคคลภายนอกภายในช่วงระยะเวลาที่กำหนดเพราะปัญหานี้มีมานานแล้วการกำหนดผ่อนผันน่าจะเป็นการช่วยเหลือให้ทำตามกฎหมายมากขึ้นเพราะการดำเนินการต้องใช้เวลา ในขณะที่บางรายอยากจะทำให้ถูกกฎหมายแต่ทำไม่ทันจึงปล่อยเลยตามเลยให้ผิดกฎหมายต่อไปก็ได้

ภายหลังจากที่ตรากฎหมาย “ตัวแทนอำพราง” แล้วท่านคิดว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงไปในทางที่ดี อาจจะทำให้เกิดกระแสรักชาติหรือเกิดกระแสตื่นตัวขึ้นในประเทศไทย โดยอาศัยสื่อมวลชนหรือการประชาสัมพันธ์เชิงรุกก็น่าจะช่วยให้ได้อีกทางหนึ่ง

และเห็นว่าการกำหนดให้เรื่องหรือกรณีใดสามารถกระทำให้อีกกฎหมายได้ก็ควรแยกส่วนออกมา ไม่ใช่รวมทุกสิ่งที่เกี่ยวข้องว่าเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายไปเสียทั้งหมด เพราะบางกรณีต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่าข้อเท็จจริงกับเจตนาก็ย่อมแตกต่างกันออกไป ความยากจึงอยู่ที่การตรากฎหมายมาใช้บังคับ แต่ในส่วนที่ผิดกฎหมายแน่ชัดก็ลงโทษสถานหนักเพื่อลดปริมาณการฝ่าฝืนกฎหมายก็น่าจะเหมาะสม

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 15

ข้อมูลเกี่ยวกับอนินิที่ทราบมาคือ การถือครองทรัพย์สินหรือการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย และผู้ที่กระทำนั้นเป็นผู้ใกล้ชิดที่จะได้ผลประโยชน์จากการกระทำดังกล่าว และการกระทำนั้นก็มักจะส่งผลเสียต่อประเทศไทย แต่ไม่แน่ใจว่าการกระทำนั้นก็สามารถกระทำให้อีกกฎหมายได้แต่ขั้นตอนทางกฎหมายอาจยุ่งยากจึงเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย

ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่า เรื่องนี้เป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่และลักษณะการกระทำผิดมีความซับซ้อน และไม่แน่ใจว่าหากมีการปรับปรุงกฎหมายที่มีใช้อยู่แล้วในปัจจุบันจะเป็นผลดีต่อการควบคุมและปราบปรามการกระทำผิดแค่ไหนจึงเห็นว่าน่าจะตรากฎหมายใหม่ออกมาใช้บังคับ โดยเฉพาะน่าจะเหมาะสมที่สุด ส่วนการกำหนดโทษนั้นต้องไปพิจารณาว่า โทษลักษณะใดถึงจะทำให้ผู้กระทำความผิดไม่กล้าฝ่าฝืนกฎหมาย เช่น หากผู้กระทำความผิดกลัวโทษที่เกี่ยวข้องกับการเงินก็อาจจะกำหนดโทษที่เกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินให้มีการปรับจำนวนที่สูงมากหรือปรับแบบขั้นบันไดตามระยะเวลาการกระทำผิดหรือตามจำนวนของความเสียหาย

ในประเด็นของการกำหนดหลักเกณฑ์ผ่อนผันให้ผู้กระทำผิดเกี่ยวกับการทำธุรกรรมโดยตัวแทน อำนาจไม่ต้องรับโทษหากรีบแก้ไขการกระทำที่ผิดให้อีกกฎหมายในช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนด (GRACE PERIOD) ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่าน่าจะกำหนดไว้สำหรับคนที่อยากแก้ไขสิ่งที่ผิดไม่ต้องให้อีกกฎหมายแต่จะประชาสัมพันธ์อย่างไรให้ผู้กระทำความผิดทราบและรีบแก้ไขความผิดดังกล่าว

ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่า การจะแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมไทยน่าจะพิจารณาให้รอบด้านและเพิ่มเติมในหลักสูตรการเรียนการสอนตั้งแต่ระดับประถมเพื่อส่งเสริมจิตสำนึกให้เคารพกฎหมายและเห็นแก่ประโยชน์ส่วนรวมให้มาก เพื่อที่เมื่อโตขึ้นมาจะได้ไม่ละเมิดกฎหมายไม่ใช่เฉพาะเรื่องของตัวแทนอำนาจแต่ยังหมายรวมถึงกฎหมายอื่นๆ อีกด้วย

ส่วนเรื่องของหลักเกณฑ์การพิจารณาว่า การกระทำให้เป็นความผิดนั้น คงจะเป็นหน้าที่ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องทุกหน่วยงานเป็นผู้ดำเนินการร่วมกัน เพื่อหาหลักเกณฑ์และวิธีการที่เหมาะสมโดยนำเอาความรู้และข้อมูลของแต่ละแห่งมาพิจารณาร่วมกัน

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 16

ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่าการกระทำความผิดของตัวแทนอำพรางเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมและประเทศชาติ โดยที่ผลเสียหายอาจจะยังไม่เห็นในปัจจุบันแต่จะไปเกิดขึ้นในอนาคต และคนไทยก็มักจะเสียใจต่อสิ่งที่เกิดขึ้นและจะพยายามการแก้ไขซึ่งจะไม่ทันต่อความเสียหายที่ประเทศได้รับเหมือนดังกรณีอื่นๆ ที่ผ่านมา ทั้งๆ ที่สามารถหามาตรการป้องกันไว้ได้แต่คนไทยมักจะไม่ได้ดำเนินการต้องรอให้เกิดความเสียหายไปแล้วจึงค่อยตระหนักถึงเรื่องๆ นั้น

ในส่วนของการละเอียดเรื่องตัวแทนอำพรางนั้น ผู้ให้สัมภาษณ์มีความเห็นว่า ประชาชนทั่วไปก็ไม่ทราบข้อมูลที่แน่ชัดเนื่องจากเป็นเรื่องที่มีความเฉพาะด้านมาก การจะให้ประชาชนทั่วไปทราบถึงความถูกต้องนั้นก็อยู่ที่การนำเสนอข่าวสารต่อสาธารณะให้ชัดเจนมากกว่าที่เป็นอยู่

การตรากฎหมายออกมาใช้บังคับและการกำหนดโทษนั้นเป็นหน้าที่ของรัฐบาลที่จะเป็นผู้พิจารณาถึงความเหมาะสม แต่อย่างไรก็ตาม วิธีการที่จะใช้บังคับกฎหมายต่อทุกคนอย่างเสมอภาคเป็นสิ่งที่ต้องกระทำให้เห็นในสังคมไทย ซึ่งเรื่องของการเคารพกฎหมายน่าจะปลูกฝังเยาวชนของประเทศไปพร้อมๆ กับการให้ความรู้ของกฎหมายพื้นฐานเข้าไปในระบบของการศึกษาทุกระดับชั้นโดยแบ่งเนื้อหาให้เหมาะกับช่วงอายุและระดับชั้นการศึกษา

ผลการสัมภาษณ์คนที่ 17

ตัวแทนอำพราง เป็นศัพท์ที่เราเรียกกันขึ้นมาเองซึ่งแท้ที่จริงแล้วคือ การที่บุคคลผู้เป็นเจ้าของที่แท้จริงหรือบุคคลที่เป็นผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงที่มีอำนาจครอบงำในการทำงานกิจการโดยบุคคลนั้นใช้คนอื่นเข้ามาเป็นตัวแทนโดยนิตินัยให้กับตนเอง

การดำเนินการโดยอาศัยตัวแทนอำพรางในความเป็นจริงไม่ได้มีเฉพาะในเรื่องของที่ดินเพียงอย่างเดียวแต่มีหลายเรื่อง เช่น การทำธุรกรรมทางการเงินแทนกัน การประกอบกิจการบริษัทต่างๆ ซึ่งไม่ได้มีกฎบังคับว่าจะต้องถือหุ้นโดยนิติบุคคลต่างด้าวดังเช่นในกรณีของดีแทคซึ่งเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์อยู่ขณะนี้ เป็นต้น ไม่จำเป็นต้องเป็นกรณีที่บริษัทหรือบุคคลนั้นๆ ถูกขู่กฎหมายบังคับในเรื่องของคนไทยทำไม่ได้ แต่ในบางกรณีแม้แต่คนไทยด้วยกันก็ยังมีกรณีของการใช้ตัวแทนอำพรางทำนิติกรรมแทนกันในทางนิตินัย เช่น กรณีของตลาดหลักทรัพย์ เป็นต้น

การทำธุรกรรมโดยอาศัยตัวแทนอำพรางนี้มีผลร้ายต่อประเทศ คือ ทำให้ไม่ทราบสถานภาพที่แท้จริงของการทำกิจกรรมและจะทำให้เกิดการลักลอบหรือการส่งเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดนั้นๆ ไปอยู่ในมือของผู้ที่มีอำนาจครอบงำบริษัทที่อยู่เบื้องหลังวิธีการชักใยหรือเป็นผู้รับประโยชน์ทอดสุดท้ายในกิจกรรมนั้นๆ เป็นต้น

มาตรการที่สามารถปลูกจิตสำนึกได้นั้น ไม่ใช่เรื่องของการระมัดระวังเรื่องที่ดินหรือเรื่องของผลประโยชน์ของชาติในเรื่องของการถือครองที่ดิน แต่เป็นเรื่องของการที่จะเข้ามาปลูกจิตสำนึกของคนไทยขึ้นมาไม่ให้เป็นเครื่องมือของการกระทำความผิดหรือในการทำธุรกรรมแทนคนอื่น การยอมให้คนอื่นใช้ชื่อของตนเองในทางธุรกรรมต่างๆ ในส่วนที่ผิดกฎหมาย เช่น การกระบาดของแก๊งคอลเซ็นเตอร์

ที่มีการดำเนินการใช้ชื่อตัวแทนอำพรางในการเปิดบัญชีธนาคารแล้วจึงหลอกให้เหยื่อโอนเงินเข้าบัญชีธนาคาร จากนั้นตัวแทนอำพรางก็นำบัตรเอทีเอ็มไปให้คนร้ายและคนร้ายก็นำบัตรเอทีเอ็มไปใช้กดเงินสด และได้เงินของผู้เสียหายไป ซึ่งจะเห็นได้ว่าในกรณีดังกล่าวเป็นลักษณะหนึ่งของตัวแทนอำพราง และจะเห็นได้ว่าการดำเนินธุรกรรมโดยตัวแทนอำพรางไม่ใช่เฉพาะเรื่องของการถือครองที่ดินเท่านั้นเสมอไป

กฎหมายที่ใช้อยู่ปัจจุบันไม่น่าจะมีประสิทธิภาพเพียงพอ มิฉะนั้นคงไม่เกิดกรณีของตัวแทนอำพรางขึ้นดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งทางหน่วยงานของรัฐซึ่งเป็นองค์กรอิสระแห่งหนึ่งก็ได้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อรองรับปัญหาการใช้ตัวแทนอำพรางอยู่แล้ว โดยนำมาตราฐานสากลในด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมาใช้ในการดำเนินการกับตัวแทนอำพรางหรือที่เข้าใจว่าเป็น legal arrangement และ ultimate beneficiary หรือผู้รับประโยชน์ทอดสุดท้าย ซึ่งผู้รับประโยชน์ทอดสุดท้ายนี้อาจเป็นผู้ที่มีชื่อหรือไม่มีชื่อในนิติกรรมนั้นก็ได้ แต่เป็นผู้ที่ได้รับผลประโยชน์จากการดำเนินการหรือควบคุมกิจการสั่งการให้ผู้ถือหุ้นหรือบริษัทดำเนินการใดก็ได้ที่ตนต้องการ

มาตรการในส่วนที่ช่วยควบคุมและตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบในประเทศไทยนั้น พบว่ามีมาตรการอยู่แล้วในขณะนี้ในเรื่องของการแสดงตนและการแสดงข้อมูลที่แท้จริงเกี่ยวกับลูกค้าหรือที่ภาษาอังกฤษเรียกว่า customer identification และ customer verification คือการพิสูจน์ทราบตัวตนลูกค้า และสุดท้ายคือเรื่องของการใช้มาตรการที่เป็น International Standard หรือมาตรฐานสากลที่เรียกว่า KYC-CDD (Know Your Customer และ Customer Due Diligence การที่ต้องมาช่วยในการแก้ไขปัญหาสถาบันการเงินหรือผู้ประกอบการอาชีพที่เกี่ยวข้องอาจนำเอากฎหมายการฟอกเงินไปช่วย โดยอาจมีการออกกฎหมายกำหนดให้นายหน้าตัวแทนซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีหน้าที่ต้องรายงานธุรกรรม แต่ปัจจุบันไม่ครอบคลุมถึงขนาดที่นายหน้าตัวแทนซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องใช้มาตรการ KYC-CDD ซึ่ง KYC-CDD จะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบความถูกต้องแท้จริงและใครก็ตามที่เป็นผู้ครอบงำเป็นเจ้าของที่แท้จริงของบริษัท แม้จะไม่มีชื่อปรากฏอยู่ในบริษัทก็ตาม ทั้งนี้ อาจออกหลักเกณฑ์เพื่อรองรับ KYC-CDD โดยมีหน่วยงานขณะนี้อยู่ในระหว่างยกร่างกฎกระทรวง และน่าจะเสร็จสิ้นในชั้นกฤษฎีกาโดยไม่ช้าเพื่อให้นายกรัฐมนตรีลงนามประกาศเป็นกฎกระทรวงต่อไป

ในส่วนของการเพิ่มบทลงโทษแก่ตัวแทนอำพราง ตามกฎหมายการฟอกเงินในส่วนของการยึดทรัพย์ หากตัวแทนอำพรางมาเกี่ยวข้องในเรื่องของการฟอกเงินนั้นมีโทษถึงริบทรัพย์อยู่แล้ว หรือได้เงินมาจากการกระทำความผิดก็มีโทษยึดทรัพย์อยู่แล้ว แต่ขณะเดียวกันโทษตามกฎหมายฟอกเงินก็จะมีโทษปรับ หมายความว่าถ้าสถาบันการเงินหรือการธนาคารไม่ทำ KYC-CDD จะมีโทษปรับครั้งละไม่เกิน 500,000 บาท และอีกวันละไม่เกิน 5,000 บาท จนกว่าจะปฏิบัติตามกฎหมายให้ถูกต้อง ซึ่งเรียกได้ว่าเป็นอัตราโทษที่พอสมควร คือสามารถใช้กฎหมายฟอกเงินในส่วนนี้มาช่วยในเรื่องของการดำเนินการเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางได้

สำหรับในเรื่องของการออกกฎหมายมาใช้บังคับกับตัวแทนอำพรางโดยเฉพาะนั้น ในแง่หนึ่งจะเห็นว่ากฎหมายที่ออกมาจะมีผลกระทบต่อการลงทุนหรือความน่าเชื่อถือ และผู้ที่มาลงทุนในประเทศคงต้องใช้เวลาพอสมควรในการตัดสินใจ แต่หากมองในอีกแง่หนึ่งหากไม่มีการดำเนินการใดๆ ย่อมทำให้ผู้ที่ได้เงินมาจากการกระทำความผิดมาพอกเงินในประเทศไทยหรือมีการโอน ยักย้ายถ่ายเท หรือแปรสภาพทรัพย์สินไปได้

ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายที่จะช่วยในเรื่องตัวแทนอำพรางนั้น เห็นว่าวิธีการ KYC-CDD น่าจะช่วยได้มาก แต่สิ่งสำคัญที่จะช่วยให้มีประสิทธิภาพต่อไป คือ ต้องขยายการใช้มาตรการ KYC-CDD นี้ไปยังผู้ประกอบการอาชีพอสังหาริมทรัพย์หรือค้าที่ดินด้วย ซึ่งในต่างประเทศใช้มาตรการนี้กันอยู่ใน real estate agent ผู้เป็นตัวแทนนายหน้าหรือผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จะต้องทำ KYC-CDD ลูกค้าด้วย โดยปัจจุบันใช้มาตรการ KYC-CDD นี้กับผู้ประกอบกิจการสถาบันการเงินและผู้ประกอบอาชีพที่เป็นที่ปรึกษาทางการเงิน และผู้ประกอบการที่ทำธุรกิจการบริการชำระเงินทางอิเล็กทรอนิกส์ ไม่ได้ครอบคลุมทุกกลุ่มธุรกิจ ซึ่งอาจจะแก้ไขกฎกระทรวงเพื่อให้ขยายไปให้กลุ่มผู้ประกอบการให้มากขึ้นได้ ยกตัวอย่างเช่นการถือหุ้นของบริษัทซึ่งจะมีผู้ถือหุ้นหลายชั้นทำให้ไม่อาจทราบได้ว่าใครเป็นผู้รับผลประโยชน์สุดท้าย ปัจจุบันทางหน่วยงานของรัฐได้ให้สถาบันการเงินเป็นผู้มีหน้าที่ตรวจสอบ เพื่อทราบว่าผู้ใดเป็นผู้รับประโยชน์ทอดสุดท้าย ซึ่งเป็นการ block ไปยัง gateway เพราะเมื่อบริษัทจะเข้ามาประกอบธุรกิจในประเทศไทยอย่างไรก็ตามต้องเปิดบัญชีธนาคารมิฉะนั้นจะประกอบธุรกิจไม่ได้

อย่างไรก็ดี ไม่มีความจำเป็นถึงขนาดที่จะต้องไปตั้งหน่วยงานใหม่เพราะจะทำให้คนต่างชาติดักและไม่นักล่ามลงทุน ทั้งนี้ หากจะดำเนินการตั้งหน่วยงานใหม่จริงจะต้องมีกฎหมายและระบุให้ชัดเจนว่าธุรกิจประเภทใดบ้างที่ให้คนต่างด้าวสามารถประกอบได้ นอกจากนั้น ในปัจจุบันมีกฎหมายบัญญัติเกี่ยวกับตัวแทนอำพรางอยู่แล้วแต่ไม่มีการใช้บังคับที่ดีและบทลงโทษไม่รุนแรง แต่ในขณะเดียวกันก็ยังไม่มีการรองรับผลกระทบต่อการค้าการลงทุนหากจะดำเนินการแก้ไขหรือบัญญัติกฎหมายเพิ่มเติม

ประวัติผู้วิจัย

ชื่อ – นามสกุล	นางสาวปิยะนุช โปตะวณิช
วันเดือนปีเกิด	27 มกราคม 2494
ตำแหน่งทางวิชาการ	รองศาสตราจารย์ ระดับ 9
ตำแหน่งทางบริหาร	-
หน่วยงานที่สังกัด	สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช ถนนแจ้งวัฒนะ ตำบลบางพูด อำเภอปากเกร็ด จังหวัดนนทบุรี 11120 โทรศัพท์ 0 2503 3602 มือถือ 08 1441 6503
ที่อยู่ติดต่อได้	442/1 หมู่ 8 ซอยสุขสวัสดิ์ 22 ถนนสุขสวัสดิ์ แขวงบางปะกอก เขตราชบุรีบูรณะ กรุงเทพฯ 10140 โทรศัพท์ 0 2427 2979
คุณวุฒิ	น.บ. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ LL.M. TEMPLE U. U.S.A. Cert. of Attendant Temple U. U.S.A. Dip. International Law ISS (Hague)

ประวัติและประสบการณ์การทำงาน

- อาจารย์ประจำสาขาวิชานิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช (พ.ศ. 2523 – ปัจจุบัน)
- อนุกรรมการฝ่ายวิชาการในคณะกรรมการรณรงค์เพื่อการปฏิรูป
ทางการเมือง (ครก.) (พ.ศ. 2540)
- อนุกรรมการในคณะกรรมการยุติธรรมและสิทธิมนุษยชน
ของวุฒิสภา
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอก มหาวิทยาลัยศรีโสมณ

- อนุกรรมการฝ่ายกฎหมาย บริษัทขนส่งจำกัด
- อนุญาโตตุลาการสหราชอาณาจักร
- อนุกรรมการกฎหมาย สำนักงาน ปปช.
- ประธานกรรมการชุดวิชากฎหมายแพ่ง 2
- ประธานคณะกรรมการบริหารชุดวิชากฎหมายแพ่ง 2
- คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชาความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป
- คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชากฎหมายแพ่ง 1
- คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชากฎหมายแพ่ง 3
- คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชากฎหมายพาณิชย์ 3
- คณะกรรมการกลุ่มผลิตชุดวิชาการบัญชีกฎหมายธุรกิจและการวางแผนภาษีอากรเพื่อการจัดการ (ระดับปริญญาโท)

ประสบการณ์การสอน

- ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป
- กฎหมายแพ่ง 1
- กฎหมายแพ่ง 2
- กฎหมายแพ่ง 3
- กฎหมายพาณิชย์ 3
- กฎหมายธุรกิจ
- กฎหมายแพ่งลักษณะสัญญา และลักษณะละเมิด และหลักกฎหมายเปรียบเทียบชั้นสูง (ระดับปริญญาโท)