

ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย

นางสาวอรรวดี ลีวรวัฒน์

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2554

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

บทคัดย่อและแฟ้มข้อมูลฉบับเต็มของวิทยานิพนธ์ตั้งแต่ปีการศึกษา 2554 ที่ให้บริการในคลังปัญญาจุฬาฯ (CUIR)

เป็นแฟ้มข้อมูลของนิสิตเจ้าของวิทยานิพนธ์ที่ส่งผ่านทางบัณฑิตวิทยาลัย

The abstract and full text of theses from the academic year 2011 in Chulalongkorn University Intellectual Repository(CUIR)

are the thesis authors' files submitted through the Graduate School.

PROBLEMS WITH RESPECT TO THE DEVELOPMENT OF IMMOVABLE PROPERTY
FOCUS ON A FOREIGN INVESTOR FOR THE PURPOSE OF RESIDENTIAL BUSINESS

Miss Onwadee Leevorawat

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements
for the Degree of Master of Laws Program in Laws

Faculty of Law

Chulalongkorn University

Academic Year 2011

Copyright of Chulalongkorn University

หัวข้อวิทยานิพนธ์

ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่าง
ด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย

โดย

นางสาวอรวิดี ลีวรรณวัฒน์

สาขาวิชา

นิติศาสตร์

อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วน
หนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโทมหาบัณฑิต

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์
(ศาสตราจารย์ ดร. ศักดา ธนิตกุล)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ
(อาจารย์ สุชาติ มงคลเลิศพล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์หลัก
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ชัยันติ ไกรกาญจน์)

..... กรรมการ
(รองศาสตราจารย์ สำเริง เมฆเกรียงไกร)

..... กรรมการภายนอกมหาวิทยาลัย
(อาจารย์ อมร อนุสุทธิกร)

อรวดี ลีวรวัฒน์ : ปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวใน
ธุรกิจที่พักอาศัย. (PROBLEMS WITH RESPECT TO THE DEVELOPMENT OF
IMMOVABLE PROPERTY FOCUS ON A FOREIGN INVESTOR FOR THE
PURPOSE OF RESIDENTIAL BUSINESS) อ.ที่ปริภาวิทยานิพนธ์หลัก:
ผศ. ชัยนติ ไกรกาญจน์, 391 หน้า.

การลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยเป็นที่น่าสนใจอย่างมากสำหรับนักลงทุนต่างด้าว เพราะประเทศไทยมีภูมิ
ประเทศและภูมิอากาศที่เหมาะสม ซึ่งเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่ดึงดูดคนต่างด้าวที่ต้องการหาที่พักอาศัยนอกประเทศของตนเป็นอย่างดี
ดี จึงเป็นผลให้นักลงทุนต่างด้าวที่ทราบความต้องการนั้น ดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัยในประเทศไทยเป็นจำนวนมาก ในขณะที่
กฎหมายไทยมีข้อจำกัดในการประกอบธุรกิจดังกล่าว จึงทำให้เกิดการดำเนินธุรกิจที่พักอาศัยโดยอาศัยช่องทางทางกฎหมายที่ไม่
สอดคล้องกับหลักการถือครองที่ดินตาม พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

ตาม พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 นักลงทุนต่างด้าวไม่อาจขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ดินเพื่อประกอบ
ธุรกิจที่พักอาศัย เว้นแต่ในกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนในธุรกิจโรงแรมและได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตาม พ.ร.บ.
ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นอกจากนี้ นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทอื่นๆ เช่น ธุรกิจเซอร์วิส
อพาร์ทเมนท์ ซึ่งไม่ใช่ธุรกิจที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนและไม่อาจขออนุญาตได้มาซึ่งที่ดินตาม พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.
2520 ก็อาศัยกฎหมายอื่นๆ ได้แก่ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตาม พ.ร.บ. การเช่า
อสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือการก่อตั้งทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
เพื่อประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

การเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นอยู่ตามกฎหมายปัจจุบันข้างต้น ไม่สอดคล้องและเหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจ
ที่พักอาศัยที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุน นักลงทุนต่างด้าวเหล่านี้ จึงหาวิธีการอื่นเพื่อเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อ
ประกอบธุรกิจที่พักอาศัย ซึ่งได้แก่ การจัดตั้งบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน และจำนวน
ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด เพื่อให้บริษัทดังกล่าวมีสัญชาติไทยตาม พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมาย
ที่ดิน พ.ศ. 2497 และสามารถรับโอนที่ดินได้ แต่นักลงทุนต่างด้าวจะเป็นผู้บริหารจัดการบริษัทตามกลไกที่กำหนดไว้ในข้อบังคับ
ของบริษัท และการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยมีลักษณะเป็นการถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างด้าว กรณีดังกล่าวตาม พ.ร.บ. ให้ใช้
ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจการบริหารจัดการของนิติบุคคล แต่พิจารณาเฉพาะเรื่องทุนและ
จำนวนผู้ถือหุ้นเท่านั้น ทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวข้างต้นไม่อาจควบคุมได้อย่างแท้จริง ส่งผลกระทบ
ต่อความมั่นคงของประเทศ

การพัฒนาธุรกิจที่พักอาศัยเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งของระบบเศรษฐกิจของประเทศไทย และในขณะเดียวกันจะต้องมี
การควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวด้วย ประเทศไทยยังมีความจำเป็นที่จะต้องพึ่งแหล่งเงินและ
ประสบการณ์ทางวิชาการการบริหารจัดการธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าว จากการศึกษาตามสภาวะการณ์เศรษฐกิจและสังคม ณ
ปัจจุบันพบว่า หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมประเภทกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตาม พ.ร.บ.ส่งเสริมการลงทุน พ.ศ.
2520 ให้รวมถึงธุรกิจที่พักอาศัยประเภทอื่นๆ แก้ไขให้สิทธิการเช่าตาม พ.ร.บ. การเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและ
อุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ให้มีลักษณะเป็นทรัพย์สินโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษและเพิ่มเติม
พื้นที่ที่สามารถขอจดทะเบียนการเช่าได้ รวมทั้งแก้ไขบทลงโทษแก่ผู้กระทำผิดตาม พ.ร.บ. ให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497
จะทำให้ให้นักลงทุนต่างด้าวเลือกที่จะเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องตามระบบของกฎหมายของประเทศไทย

สาขาวิชานิติศาสตร์..... ลายมือชื่อนิติ.....
ปีการศึกษา.....2554..... ลายมือชื่อ อ.ที่ปริภาวิทยานิพนธ์หลัก.....

5286043834 : MAJOR LAWS

KEYWORDS : DEVELOPMENT / IMMOVABLE PROPERTY / FOREIGN INVESTOR

ONWADEE LEEVORAWAT: PROBLEMS WITH RESPECT TO THE
DEVELOPMENT OF IMMOVABLE PROPERTY FOCUS ON A FOREIGN
INVESTOR FOR THE PURPOSE OF RESIDENTIAL BUSINESS. ADVISOR:
ASST. PROF. CHAYANTI GREIGARN., 391 pp.

Residential business investments in Thailand are of great interest to foreign investors because Thailand has ideal geographical and climatic features which are extremely attractive to foreigners who seek to own a residence abroad. Therefore, most foreign investors who understand the demands for property in Thailand, have elected to do a residential business in Thailand. Nevertheless, residential business transactions in Thailand have been subject to restrictions under Thai law, and are thereby strictly regulated. As a result, the conducting of such business that is not in accordance with the principle of the possession of land under the Promulgating Land Code Act, B.E. 2497 (the "Land Code").

According to the Land Code, foreign investors cannot acquire and own land for a residential business investment, unless they wish to invest in a hotel business that is promoted under the Board of Investment Act, B.E. 2520 (the "BOI Act"). Furthermore, foreign investors who wish to invest in other types of residential business, such as a serviced apartment business, which is not one of the types of promoted businesses listed under the BOI Act, and wherein they are not allowed to acquire ownership of the land, can process such immovable property for the purpose of carrying out a residential business, i.e. lease the immovable property according to Civil and Commercial Code ("CCC") and Lease of Real Estate for Commerce and Industry Act, B.E. 2542 (the "Lease Act"), and the creation of real rights under the CCC.

Further to the current laws, as mentioned above, the possession of immovable property is not appropriate, and indeed, unsuitable for the residential business investments sought by foreign investors. Thus, they have tried to find other ways to hold immovable property for residential business, i.e. to incorporate a Thai company. Such Thai company will be structured so that Thai shareholders hold 51 percent of the registered capital, and whereby the number of Thai shareholders totals more than half of all the shareholders, in order to be classified as a Thai company that is permitted to acquire land. However, the management of such company would be controlled by foreign investors according to its articles of association, and the holding of the Thai shareholders would thus be in the form of a nominee of said foreign investors. The Land Code does not regulate the management control and authority of the entity. Thus, the law only takes in consideration, the capital and the number of shareholders only. Consequently, the real estate holdings of foreign investors, in the manner described above, cannot truly be controlled, and thus they affect the stability of the country.

Development of real estate business is crucial for Thailand's economy. On one hand, the control of ownership of immovable property by foreigners is necessary. However, funding and business know-how, in regard to the foreigner, are equally needed. Through research conducted on the current economic and social climate, it has been found that amendments of the following laws will help to give rise to the legitimate ownership of immovable property; (i) list of business types which are eligible to gains benefits from the BOI Act, including real estate business; (ii) leasehold rights under the Lease Act to be considered as real rights, as modeled after English Law and, including the expansion of areas which can be applied to registration of rented property; and (iii) amendment of punishments under the Land Code.

Field of Study :Laws..... Student's Signature

Academic Year :2011..... Advisor's Signature

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์นี้สำเร็จลุล่วงเป็นอย่างดี เนื่องด้วยผู้ช่วยศาสตราจารย์ชยันติ ไกรกาญจน์ ที่ได้ให้ความกรุณารับเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านได้ให้คำปรึกษา คำแนะนำ ความรู้และโอกาสที่ดีต่างๆ มากมาย รวมถึงให้กำลังใจที่ดีแก่ผู้เขียนเสมอมา ยังมีรองศาสตราจารย์ ลำเรียง เมฆเกรียงไกร และอาจารย์ อมร อรุณทิกกร กรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ที่ได้ให้คำแนะนำ และแนวทางในการจัดทำวิทยานิพนธ์เล่มนี้ รวมถึงได้แนะนำแนวทางในการดำเนินชีวิตให้แก่ผู้เขียน ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อผู้เขียนเป็นอย่างมาก ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ยังมีท่านอาจารย์ สุชาติ มงคลเลิศพล ประธานสอบวิทยานิพนธ์ ที่คอยชี้แนะแนวทางในการทำวิจัย ให้คำปรึกษาในส่วนที่เกี่ยวข้อง ที่ไม่เพียงสละเวลาอันมีค่าของท่าน แต่ยังให้คำแนะนำอื่นๆ อันเป็นประโยชน์อย่างมาก ผู้เขียนจึงขอกราบขอบพระคุณอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูง

ในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ นอกจากท่านอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชา ผู้เขียนยังต้องขอบคุณเจ้าหน้าที่ของหลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต นายวิลเลียม ธารรัตน์ นพคุณ และนางสาวนฤมล ชิดะวงศ์ ที่ได้ให้ความช่วยเหลือด้านเนื้อหากฎหมายต่างประเทศเป็นอย่างดี นายพงศ์อิทธิ ภูษิตโกยโคย ผู้ช่วยผู้พิพากษา ที่ได้ให้ความช่วยเหลือด้านเนื้อหากฎหมายที่เกี่ยวข้อง และรวมถึงเพื่อนๆ ที่แม้จะไม่ได้กล่าวชื่อในที่นี้ ซึ่งให้ความช่วยเหลือในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำวิทยานิพนธ์ และเป็นกำลังใจเสมอมา

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอขอบคุณสำหรับกำลังใจที่ดีเสมอมาจากครอบครัว นายเอกศิษฐ์ ลีรววัฒน์ และนางสมกมล ภูริทิพย์ บิดามารดาผู้ให้อนาคตทางการศึกษา รวมถึงนางสาวณัฐธรา นางสาวสวรัทษ์ และนางสาวศศกร ลีรววัฒน์ พี่สาวและน้องสาวของผู้เขียน

อนึ่ง วิทยานิพนธ์ฉบับนี้หากมีข้อผิดพลาดประการใด ผู้เขียนขออภัยไว้แต่เพียงผู้เดียว แต่หากจะเป็นประโยชน์แก่ผู้อื่นอยู่บ้าง ผู้เขียนขอขอบคุณดีเหล่านั้นให้ท่านอาจารย์ และครอบครัวของผู้เขียน ด้วยความระลึกในพระคุณอย่างยิ่ง

สารบัญ

	หน้า
บทคัดย่อภาษาไทย	ง
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ
สารบัญ	ช
สารบัญตาราง.....	ฎ
บทที่ 1 บทนำ.....	1
1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา	1
1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย.....	3
1.3 ขอบเขตของการวิจัย	4
1.4 วิธีการวิจัย	5
1.5 สมมติฐานของการวิจัย.....	5
1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ.....	5
บทที่ 2 การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย.....	7
2.1 ความนำ	7
2.2 การประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่าง ด้าว.....	8
2.2.1 คนต่างด้าว	8
2.2.2 การจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว.....	9
2.2.3 บทกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว..	11
2.2.4 การประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย	12
2.3 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน	15
2.3.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุน	15

2.3.2	หลักประกันของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน	17
2.3.3	ประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน	17
2.3.4	หลักเกณฑ์การขอรับการส่งเสริมการลงทุน	18
2.3.5	หลักเกณฑ์การขอรับการอนุมัติโครงการ	19
2.3.6	หลักเกณฑ์การถือหุ้นของต่างชาติ	21
2.3.7	สิทธิประโยชน์จากการส่งเสริมการลงทุน	21
2.3.8	การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจที่พกอาศัยกับการส่งเสริมการลงทุน	26
2.4	การลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนในปัจจุบัน	27
บทที่ 3 หลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในต่างประเทศ		29
3.1	ความนำ	29
3.2	สหราชอาณาจักร (United Kingdom)	30
3.2.1	การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศอังกฤษ	30
3.2.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศอังกฤษ	30
3.3	สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic)	54
3.3.1	การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศส	54
3.3.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศส	55
3.4	ประเทศสหรัฐอเมริกา (United State of America)	69
3.4.1	การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา	70
3.4.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา	71
3.5	ประเทศไต้หวัน (Republic of China)	94
3.5.1	การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวัน	95
3.5.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวัน	96
บทที่ 4 หลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจที่พกอาศัยในประเทศไทยและเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ		120
4.1	ความนำ	120

4.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์	121
4.2.1	การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว.....	121
4.2.2	การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ของคนต่างด้าว	146
4.3	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยการมีบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินอื่นๆ เหนืออสังหาริมทรัพย์	156
4.3.1	การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าอสังหาริมทรัพย์	157
4.3.2	การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ ...	190
4.4	การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวผ่านกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์	223
4.4.1	ความหมายของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์	223
4.4.2	ประวัติความเป็นมาของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย	223
4.4.3	ประเภทของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์	224
4.4.4	กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน.....	228
4.4.5	นักลงทุนต่างด้าวและกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน.....	233
4.5	มาตรการควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายไทย.....	233
4.5.1	มาตรการควบคุมตามประมวลกฎหมายที่ดิน	234
4.5.2	มาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด	238
4.5.3	มาตรการควบคุมตามประมวลกฎหมายอาญา.....	239
4.5.4	มาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว	239
4.6	สภาพปัญหาการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวในปัจจุบัน	242
4.6.1	รูปแบบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในปัจจุบัน	244
4.6.2	รูปแบบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในปัจจุบัน.....	264

4.6.3	ผลของการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวในถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย.....	273
4.7	มาตรการและแนวทางแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายไทยและโดยเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ	288
4.7.1	มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางกฎหมาย	290
4.7.2	มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางปฏิบัติ.....	303
บทที่ 5 บทสรุปการวิจัยและข้อเสนอแนะ		309
5.1	บทสรุปการวิจัย	309
5.2	ข้อเสนอแนะ.....	314
5.2.1	มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางกฎหมาย	314
5.2.2	มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางปฏิบัติ.....	319
รายการอ้างอิง.....		323
ภาคผนวก.....		331
ภาคผนวก ก กฎหมายของประเทศอังกฤษ		332
ภาคผนวก ข กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส.....		349
ภาคผนวก ค กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา		360
ภาคผนวก ง กฎหมายของประเทศไต้หวัน		368
ภาคผนวก จ เอกสารที่ใช้ประกอบการจดทะเบียนการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและ อุตสาหกรรมตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและ อุตสาหกรรม พ.ศ. 2542.....		381
ภาคผนวก ฉ แบบฟอร์มกรมที่ดินบันทึกถ้อยคำผู้ถือหุ้น (บุคคลสัญชาติไทย).....		385
ภาคผนวก ช ตัวอย่างหนังสือมอบอำนาจ เรื่อง ให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการซื้อที่ดินของบริษัทที่มี คนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น		387

ภาคผนวก ซ แบบคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสวนสิทธิในที่ดิน	
ประเภท เช่า (มีเงื่อนไข)	389
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์	391

สารบัญตาราง

หน้า

ตารางที่ 1	เปรียบเทียบการมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศต่างๆ.....	119
ตารางที่ 2	การกำหนดประเภทที่ดินและการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายผังเมือง	186
ตารางที่ 3	เปรียบเทียบสัญญาเช่ากับทรัพย์สินประเภทต่างๆ.....	214

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

ปัจจุบันการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยมีการขยายตัวสูงขึ้นอย่างเห็นได้ชัด ทั้งนี้เป็นผลเนื่องมาจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีทรัพยากรธรรมชาติที่สมบูรณ์ มีภูมิประเทศและภูมิอากาศที่เหมาะสมซึ่งรวมถึงการเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่เป็นจุดหมายปลายทางของนักท่องเที่ยวทั่วโลก อีกทั้งประเทศไทยยังมีต้นทุนแรงงานที่ต่ำเมื่อเทียบกับหลายๆ ประเทศ มีมาตรการกระตุ้นเศรษฐกิจของภาครัฐโดยนโยบายส่งเสริมการลงทุนผ่านการให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ ของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน

การขยายตัวของการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าว ส่งผลให้นักลงทุนต่างด้าวและนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวมีการขยายตัวในการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ต่างๆ ในประเทศไทยมากขึ้นตามลำดับ ทั้งในรูปของการลงทุนเพื่อสร้างอาคารชุด (คอนโดมิเนียม) โรงแรม ธุรกิจที่พักอาศัย หรือใช้ในการประกอบธุรกิจอื่นๆ ซึ่งการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยทั้งในด้านเศรษฐกิจ การเมือง และสังคม โดยเฉพาะในภาคเศรษฐกิจ ทั้งนี้ เนื่องมาจากการให้สิทธิให้นักลงทุนต่างด้าวในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าในรูปแบบการให้กรรมสิทธิ์ หรือการให้สิทธิการใช้ในระยะยาวย่อมทำให้นักลงทุนต่างด้าวเกิดความมั่นใจในการลงทุน ส่งผลให้มีการนำเงินทุนเข้ามาหมุนเวียนให้แก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ ก่อให้เกิดการจ้างแรงงานในหลายระดับ ประกอบกับหลายกรณีของการลงทุนก็อาจมีการถ่ายทอดเทคโนโลยีหรือนวัตกรรมต่างๆ ซึ่งเป็นพื้นฐานสำคัญของศักยภาพการแข่งขันของประเทศไทยกับประเทศอื่นๆ ในภูมิภาคเอเชีย ในขณะที่เดียวกับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยทั้งในรูปแบบอาคารชุด วิลล่าตามสถานที่ท่องเที่ยวก็ได้ นำเอากำลังซื้อซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามาด้วย

แม้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวจะก่อให้เกิดผลดีทางเศรษฐกิจหลายด้าน แต่ถ้าขาดมาตรการของรัฐมาควบคุมการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวที่มีประสิทธิภาพเพียงพอ ก็อาจส่งผลกระทบต่อประเทศไทยทั้งในระยะสั้นและระยะยาว เช่น อาจเกิดการบุกรุกถือครองที่ดินของรัฐ เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เกิดการปั่นราคาที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ เกษตรกรขาดแคลนที่ดินทำกิน เป็นต้น

เมื่อพิจารณาถึงมาตรการของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น จะพบว่าโดยหลักแล้วนักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์บางประเภทได้โดยเสรี ได้แก่ ที่ดิน แต่อย่างไรก็ตามเพื่อเป็นการสร้างแรงจูงใจให้นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทย ในปัจจุบันกฎหมายจึงได้เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวเข้าถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นการอนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายพิเศษต่างๆ อาทิเช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม เป็นต้น หรือการมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดตามกฎหมายอาคารชุด โดยนักลงทุนต่างด้าวที่จะสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้ ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อการประกอบธุรกิจหรือการลงทุนที่สอดคล้องตามกฎหมาย ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่ามาตรการตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องวางเงื่อนไขและข้อกำหนดต่างๆ ที่เคร่งครัดมากกว่าการถือครองที่ดินโดยคนสัญชาติไทย ทั้งนี้ วัตถุประสงค์หลักของมาตรการดังกล่าวเป็นไปเพื่อควบคุมและจำกัดการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐ นอกจากนี้การอนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินข้างต้นแล้ว นักลงทุนต่างด้าวยังมีสามารถมีสิทธิในการถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์เหมือนคนชาติผ่านรูปแบบการถือครองในลักษณะต่างๆ เช่น การเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การเช่าตามกฎหมายการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรม รวมทั้งการถือครองผ่านการก่อตั้งทรัพย์สินในรูปแบบต่างๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อีกด้วย

แม้ประเทศไทยจะมีมาตรการตามกฎหมายที่อนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือมีสิทธิในการถือครองในรูปแบบการเช่าทรัพย์สินระยะยาว หรือในรูปแบบการก่อตั้งทรัพย์สิน แต่ให้นักลงทุนต่างด้าวจำนวนหนึ่งเห็นว่าสิทธิการถือครองอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไม่สอดคล้องและไม่เหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจของตน รวมทั้งธุรกิจบางประเภทที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุนซึ่งมีลักษณะไม่ตรงตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือไม่ตรงตามเงื่อนไขที่จะขอจดทะเบียนการเช่าระยะยาวตามกฎหมายได้ กรณีดังกล่าวจึงเป็นสาเหตุที่ทำให้ให้นักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย หาช่องทางเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการดำเนินธุรกิจรูปแบบต่างๆ นอกเหนือจากวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างไม่เหมาะสม เช่น การจัดตั้งบริษัทที่มีสัญชาติไทยเพื่อขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการจดทะเบียนการเช่าระยะยาวโดยหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า สิทธิในการเข้าถืออสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายที่นักลงทุนต่างด้าว อาจได้มาเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้น มีลักษณะที่ไม่ตรงกับความต้องการของนักลงทุน ต่างด้าว รวมทั้งมีลักษณะที่ไม่เหมาะสมต่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว เช่น ระยะเวลาการเช่า 30 ปี ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ย่อมไม่เหมาะสมต่อการพัฒนา อสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยที่มีการลงทุนด้วยเงินทุนจำนวนมาก เพราะระยะเวลาดังกล่าว ย่อมไม่เพียงพอที่จะทำให้การลงทุนถึงจุดคุ้มทุนและมีกำไรตามความตั้งใจของนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งส่งผลกระทบต่อที่สำคัญทำให้นักลงทุนต่างด้าวบางส่วนหาช่องทางเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะที่ดิน ซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญของประเทศ โดยวิธีการนอกเหนือจากที่ กฎหมายกำหนดอย่างไม่เหมาะสม เช่น การสมรสกับบุคคลผู้มีสัญชาติไทยและให้คู่สมรสถือ กรรมสิทธิ์ในที่ดินแทนตน หรือการให้บุคคลสัญชาติไทย รวมทั้งนิติบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อ ที่ดิน และมีการทำสัญญาเช่าที่ดินระยะยาวประกอบกับการทำสัญญาจำนองที่ดินแปลงดังกล่าว หรือนักลงทุนต่างด้าวอาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินผ่านนิติบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งมีบุคคลธรรมดา สัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างด้าว เป็นผลทำให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครอง อสังหาริมทรัพย์ได้โดยปราศจากการควบคุม และทำให้ภาครัฐไม่สามารถทราบจำนวนที่แน่นอน ของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวว่านักลงทุนต่างด้าวเข้ามามีอำนาจเหนือ ที่ดินในประเทศไทยมากแค่ไหน บริเวณใดบ้าง ซึ่งอาจมีผลกระทบที่ร้ายแรงตามมาในเรื่องความ มั่นคงของประเทศ รวมทั้งเรื่องการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมภายในประเทศ เกิดการ บั่นราคาอสังหาริมทรัพย์ และอาจกระทบต่อสิทธิเหนือพื้นที่เกษตรกรรมที่เป็นเศรษฐกิจหลักของ ประเทศไทย ด้วยเหตุนี้จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการพัฒนา อสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัยในปัจจุบันว่ามีรูปแบบการเข้าถือครอง อสังหาริมทรัพย์อย่างไรบ้างโดยพิจารณาข้อกฎหมายประกอบข้อเท็จจริง และเสนอมาตรการและ แนวทางแก้ไขเกี่ยวกับปัญหาดังกล่าวเพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องได้อย่างถูกต้อง มี ประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน

1.2 วัตถุประสงค์ของการวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มุ่งศึกษาแนวทาง วิธีการ และมาตรการที่จะควบคุมให้นักลงทุนต่าง ด้าวถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยโดยถูกต้องตามวิธีการที่กฎหมาย ไทยอย่างมีประสิทธิภาพ โดยได้มีการแบ่งแยกเนื้อหาที่จะวิเคราะห์ศึกษาดังต่อไปนี้

- (1) ศึกษาหลักการและกฎเกณฑ์การลงทุนและประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทย
- (2) ศึกษาวิเคราะห์รูปแบบ และหลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง โดยพิจารณาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะการมีทรัพย์สินและบุคคลสัญชาติ
- (3) ศึกษาวิเคราะห์แนวคิด รูปแบบ และหลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวตามหลักกฎหมายต่างประเทศ
- (4) ศึกษาวิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย โดยแบ่งแยกการวิเคราะห์ปัญหาตามประเภทของธุรกิจ รวมทั้งวิเคราะห์ลักษณะสิทธิการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายปัจจุบันนั้น มีความสอดคล้องต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าวมากน้อยประการใด และแนวทางแก้ไขปัญหาเพื่อจัดการใช้วิธีการนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดอย่างไม่เหมาะสมของนักลงทุนต่างด้าวในการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย และมาตรการที่ทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนดังกล่าวในประเทศไทยอยู่ในระบบที่ภาครัฐและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องสามารถควบคุมและตรวจสอบได้

1.3 ขอบเขตของการวิจัย

ในการศึกษาครั้งนี้จะพิจารณาถึงการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย โดยผ่านการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบต่างๆ ทั้งในรูปแบบทรัพย์สินและบุคคลสัญชาติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน รวมทั้งกฎหมายพิเศษต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัย โดยทรัพย์สินที่มุ่งศึกษาวิเคราะห์นั้นจะเป็นทรัพย์สินที่อาจเกี่ยวข้องกับการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวเท่านั้น ได้แก่ กรรมสิทธิ์ สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

ทั้งนี้ ให้คำว่า “การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าว” และ “การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย” มีความหมายดังต่อไปนี้

“การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าว” หมายถึง การถือครองอสังหาริมทรัพย์ประเภทต่างๆ ของนักลงทุนต่างด้าว ได้แก่ ที่ดิน และสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ ซึ่งรวมทั้ง

การถือครองโดยการมีกรรมสิทธิ์เหนืออสังหาริมทรัพย์ และการถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านสิทธิรูปแบบอื่นๆ เช่น สิทธิการเช่า ทรัพย์สินสิทธิอื่นๆ นอกเหนือจากกรรมสิทธิ์ ซึ่งได้แก่ สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน และภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

“การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย” หมายถึง การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจอาคารชุด (คอนโดมิเนียม) ธุรกิจบ้านจัดสรร ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ ธุรกิจบ้านพักตากอากาศหรือวิลล่า โดยพิจารณาเฉพาะการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในฐานะผู้พัฒนาโครงการเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม การศึกษาครั้งนี้จะไม่พิจารณาถึงการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยการก่อตั้งสิทธิตามข้อตกลงที่เป็นรายละเอียดและข้อยกเว้นของแต่ละประเทศ เช่น สิทธิในที่ดินของทูต เป็นต้น

1.4 วิธีการวิจัย

ใช้วิธีการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) เป็นหลัก โดยศึกษาค้นคว้าและรวบรวมข้อมูล วิเคราะห์มาตรการทางด้านกฎหมาย และเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งค้นคว้าและวิเคราะห์จากหนังสือ บทความ วารสาร จุลสาร รายงานการวิจัย และเอกสารเผยแพร่ของหน่วยงานรัฐบาลและเอกชนต่างๆ

1.5 สมมติฐานของการวิจัย

ในปัจจุบันคนต่างด้าวได้เข้ามาลงทุนและพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัย โดยหลีกเลี่ยงบทบัญญัติกฎหมายหลายเรื่อง ทำให้เกิดปัญหาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย ทั้งในปัจจุบัน และในภายหน้า จึงเห็นสมควรศึกษาประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกิดขึ้นดังกล่าว และเสนอแนวทางทางกฎหมาย เพื่อให้มีการบังคับใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

ผู้วิจัยคิดว่า ผลจากการศึกษาวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ทำให้เข้าใจข้อเท็จจริงของรูปแบบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในปัจจุบัน และลักษณะที่นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดนั้น ไม่เหมาะสมต่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวประการใด รวมทั้งธุรกิจบาง

ประเภทที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุนนั้นมีลักษณะไม่ตรงตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือไม่ตรงตามเงื่อนไขที่จะขอจดทะเบียนการเช่าระยะยาวตามกฎหมายได้ ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างด้าวใช้วิธีการหรือรูปแบบในการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพัฒนาและการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยอย่างไม่เหมาะสม ดังนั้น เมื่อมีความเข้าใจข้อเท็จจริงของปัญหาดังกล่าวอย่างถ่องแท้ก็จะทำให้สามารถวิเคราะห์มาตรการและแนวทางแก้ไข รวมทั้งแนวทางป้องกันปัญหาดังกล่าวอย่างยั่งยืนได้ ซึ่งจะทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการพัฒนาและการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัยเป็นไปอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมาย หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ผลการศึกษาครั้งนี้ จะทำให้ทราบถึงแนวทางแก้ไขและทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการพัฒนาและการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยอยู่ในระบบของกฎหมายซึ่งจะทำให้รัฐสามารถตรวจสอบสถานะและควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวได้อย่างถูกต้องและทั่วถึง โดยประโยชน์ดังกล่าวนอกจากจะเป็นประโยชน์แก่ความมั่นคงของชาติในการควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวแล้ว ยังเป็นการสงวนทรัพยากรที่ดินซึ่งเป็นทรัพยากรที่สำคัญของประเทศไว้ให้แก่ชนรุ่นหลังสืบไปอีกด้วย

บทที่ 2

การประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย

2.1 ความนำ

การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวถือว่ามีสำคัญอย่างมากต่อการเจริญเติบโตของเศรษฐกิจในประเทศไทย เนื่องจากการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวนั้นทำให้เกิดการไหลเวียนของเงินตราต่างประเทศจากประเทศผู้ลงทุนมาสู่ประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศผู้รับการลงทุน นอกจากการลงทุนดังกล่าวจะก่อให้เกิดรายได้เพิ่มขึ้นแก่นักลงทุนต่างด้าวผู้ลงทุนแล้ว ประเทศไทยผู้รับการลงทุนย่อมได้รับรายได้บางอย่างเพิ่มขึ้นจากการลงทุนของคนต่างด้าวดังกล่าวเช่นกัน อาทิเช่นค่าเช่าที่ดิน รายได้จากการขายทรัพย์สินของคนในประเทศไทย เป็นต้น นอกจากนี้ประเทศไทยจะได้รับรายได้เพิ่มขึ้นจากการลงทุนของคนต่างด้าวแล้ว การลงทุนของคนต่างด้าวย่อมก่อให้เกิดการจ้างงาน และทำให้ประเทศไทยได้รับการถ่ายทอดเทคโนโลยีต่างๆ จากนักลงทุนต่างด้าวอีกด้วย

ในปัจจุบันการเปิดเสรีทางการค้าและการลงทุนระหว่างประเทศภายใต้ยุคโลกาภิวัตน์ได้ดำเนินการไปอย่างต่อเนื่อง บริษัทข้ามชาติจึงมีบทบาทมากขึ้นในเศรษฐกิจโลกรวมถึงเศรษฐกิจไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ แม้ประเทศไทยจะมีนโยบายส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศ แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็มีนโยบายจำกัดสิทธิของนักลงทุนต่างด้าว หรือบริษัทต่างชาติในการเข้ามาประกอบกิจการบางประเภทที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงหรือความปลอดภัยของประเทศ ศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี หรือธุรกิจที่ต้องการให้การคุ้มครองผู้ประกอบการในประเทศที่ยังไม่พร้อมที่จะแข่งขันกับต่างชาติ นอกจากนี้ การจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวดังกล่าวยังเป็นไปเพื่อรักษาคุณลักษณะทางการค้าและเศรษฐกิจของประเทศไทย ตลอดจนเพื่อให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์เดียวกัน ส่งผลทำให้รัฐสามารถเข้าตรวจสอบและกำกับดูแลการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ ซึ่งการควบคุมการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น มีหลักการอยู่ว่า นักลงทุนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยเช่นเดียวกับคนในชาติ ยกเว้นธุรกิจบางประเภทที่กฎหมายกำหนดห้ามไว้ หรือถ้าจะทำการประกอบธุรกิจก็ต้องดำเนินการขออนุญาตก่อน¹ ทั้งนี้ การควบคุมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อสงวนธุรกิจหรือกิจการ

¹ ภัทรีรา จริยธรรมาสิทธิ์, "การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เปรียบเทียบกับประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 281," รพีพัฒนศักดิ์ 43: บทความวิชาการทางกฎหมายของนิติศาสตรบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (2543): 56-70.

บางประเภทไว้สำหรับคนไทยโดยเฉพาะ ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวหรือ การประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทยจึงมิได้เป็นไปอย่างเสรี

2.2 การประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ก่อนปี พ.ศ. 2515 ประเทศไทยไม่มีมาตรการกีดกันการลงทุนของคนต่างด้าว แต่เนื่องจาก คนต่างด้าวได้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากขึ้นตามลำดับ ดังนั้น ในปี พ.ศ. 2515 จึงได้มีการ ตรากฎหมายควบคุมการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวขึ้นมาใช้บังคับ ได้แก่ ประกาศของคณะ ปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 (ปว. 281) เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์การ ประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศไทย และเพื่อรักษาดุลอำนาจทางการค้าและ เศรษฐกิจของประเทศ ต่อมาได้มีการตราพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขขึ้นใหม่แทน ปว. 281 เพื่อให้มีความยืดหยุ่น สอดคล้องกับ สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจ การลงทุนและการค้าระหว่างประเทศในปัจจุบัน และส่งเสริมให้มีการ แข่งขันในการประกอบธุรกิจทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ

ภายใต้บังคับแห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 นั้น นัก ลงทุนต่างด้าวหรือคนต่างด้าวไม่สามารถประกอบธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนด เว้นแต่ได้รับ อนุญาตจากหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง หรืออาจกล่าวได้ว่า หากไม่มีกฎหมายกำหนดห้ามไว้เป็นการ เฉพาะแล้ว นักลงทุนต่างด้าวย่อมสามารถประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้นั้นเอง

2.2.1 คนต่างด้าว

คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หมายถึง²

2.2.1.1 บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

2.2.1.2 นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

2.2.1.3 นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีหุ้นกึ่งหนึ่ง ถือโดยบุคคลตาม 2.2.1.1 หรือ 2.2.1.2 หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม 2.2.1.1 หรือ 2.2.1.2 ลงทุนถึงกึ่งหนึ่งของทุน

² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

ทั้งหมด และในกรณีของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

2.2.1.4 นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีทุนเรือนหุ้นถึงกึ่งหนึ่ง ถือ โดยบุคคลตาม 2.2.1.1 หรือ 2.2.1.2 หรือ 2.2.1.3 หรือนิติบุคคลที่มีบุคคลตาม 2.2.1.1 หรือ 2.2.1.2 หรือ 2.2.1.3 ลงทุนถึงกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด

ความสำคัญในการพิจารณาสัญชาติของนิติบุคคลนั้นมักเกิดขึ้นในกรณีของบริษัทที่ (1) ประกอบธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาดำเนินการโดยมีข้อจำกัดเกี่ยวกับสัดส่วน หุ้นส่วนของคนต่างสัญชาติ และ (2) มีสัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวใกล้เคียงหรือเทียบเท่ากับอัตรา เพดานตามกฎหมาย ซึ่งในกรณีหลังนี้มีโอกาสเป็นไปได้สูงว่า บริษัทดังกล่าวเป็นบริษัทไทยโดยนิตินัย แต่เป็นบริษัทต่างสัญชาติโดยพฤตินัย กล่าวคือ นักลงทุนต่างด้าวเป็นผู้ควบคุมอำนาจบริหารจัดการบริษัทและเป็นผู้รับผลประโยชน์จากผลการดำเนินการ

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ออกคำสั่งให้ผู้ถือหุ้นไทยทุกคน แสดงหลักฐานที่มาของเงินลงทุนประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด โดยต้อง แสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่ลงทุนสำหรับบริษัทจำกัดที่มีหุ้นส่วนต่างสัญชาติตั้งแต่ ร้อยละ 40 แต่ไม่ถึงร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือเป็นบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่า ร้อยละ 40 แต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท ซึ่งหลักฐานดังกล่าวได้แก่ สำเนา สมุดเงินฝากธนาคารย้อนหลัง 6 เดือน หรือ เอกสารที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะ การเงิน หรือ สำเนาหลักฐานที่แสดงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาลงทุน³

2.2.2 การจำกัดการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นจะถูกจำกัดประเภทธุรกิจตามที่กำหนดไว้ใน กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยมีลักษณะการจำกัดประเภทธุรกิจเป็นบัญชี หนึ่ง ถึง บัญชีสามซึ่งแบ่งประเภทธุรกิจตามความเข้มงวดในการสงวนประเภทธุรกิจไว้สำหรับคน ไทย มีรายละเอียดดังนี้

³ คำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางที่ 102/2549 เรื่อง กำหนดเอกสารประกอบคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด.

2.2.2.1 บัญชีหนึ่ง

ธุรกิจที่ระบุไว้ในบัญชีหนึ่ง⁴ ได้แก่ ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ เช่น การทำกิจการหนังสือพิมพ์ การทำกิจการสถานีวิทยุกระจายเสียงหรือสถานีวิทยุโทรทัศน์ การทำนา ทำไร่ หรือทำสวน การเลี้ยงสัตว์ การสกัดสมุนไพรไทย การค้าที่ดิน เป็นต้น โดยธุรกิจตามบัญชีหนึ่งนั้น กฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจดังกล่าวโดยเด็ดขาด

2.2.2.2 บัญชีสอง

ธุรกิจตามบัญชีสองนั้น⁵ เป็นธุรกิจที่เกี่ยวกับความปลอดภัยหรือความมั่นคงของประเทศ หรือเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม ยกตัวอย่างเช่น การขนส่งทางบก ทางน้ำ ทางอากาศในประเทศ รวมถึงกิจการการบินในประเทศ การผลิตเครื่องบินคนไทย การผลิตน้ำตาลจากอ้อย การทำนาเกลือ การแปรรูปไม้เพื่อทำเครื่องเรือนและเครื่องใช้สอย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจอย่างเด็ดขาด กล่าวคือ คนต่างด้าวอาจประกอบธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสองได้หากได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี⁶ นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดเพิ่มเติมอีกว่า คนต่างด้าวที่จะประกอบธุรกิจตามบัญชีสองได้นั้น จะต้องเป็นคนไทยหรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวถือหุ้นอย่างน้อยร้อยละ 40 ของทุนจดทะเบียน เว้นแต่จะมีเหตุอันสมควร รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ โดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีอาจผ่อนผันสัดส่วนการถือหุ้นดังกล่าวให้น้อยลงได้ ทั้งนี้ ต้องไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของทุนจดทะเบียน และต้องมีกรรมการเป็นคนไทยอย่างน้อย 2 ใน 5 ของจำนวนกรรมการทั้งหมด⁷

⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (1).

⁵ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (2).

⁶ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

⁷ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 15.

2.2.2.3 บัญชีสาม

ประเภทธุรกิจที่ระบุไว้ในบัญชีสามนั้น⁸ เป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เนื่องจากคนไทยยังไม่มีศักยภาพและวิทยาการได้เท่าเทียมกับคนต่างด้าว เช่น การทำกิจการบริการทางกฎหมาย การทำกิจการบริการทางสถาปัตยกรรม การทำกิจการโฆษณา การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่ บริการจัดการโรงแรม การนำเที่ยว เป็นต้น ทั้งนี้ คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจตามบัญชีสามได้ หากคนต่างด้าวได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์⁹ โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว¹⁰

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็นหนังสือให้ประกอบอุตสาหกรรมหรือประกอบการค้าอื่นเพื่อส่งออกตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย คนต่างด้าวดังกล่าวก็สามารถประกอบธุรกิจตามประเภทที่ได้รับการส่งเสริม หรือได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย แม้การประกอบธุรกิจดังกล่าวจะเป็นประเภทธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชีสองหรือบัญชีสามก็ตาม โดยที่ไม่ต้องมีใบอนุญาตประกอบธุรกิจ

2.2.3 บทกำหนดโทษกรณีฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

คนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย และไม่ได้รับการส่งเสริมหรือได้รับการอนุญาตจากการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลมีอำนาจสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี และหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่¹¹

แม้กฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวฉบับนี้ไม่ได้เข้มงวดเรื่องการถือหุ้นทางอ้อม หรือการเข้ามาบริหารจัดการธุรกิจไทยของนักลงทุนต่างด้าว แต่การถือหุ้นแทนมีความผิดทางอาญาสำหรับผู้ถือหุ้นไทยที่เป็นนอมินี กล่าวคือในกรณีที่ผู้มีสัญชาติไทย หรือนิติ

⁸ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8 (3).

⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

¹⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 26.

¹¹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37.

บุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวที่ให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ที่เป็นธุรกิจที่ระบุไว้ในบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสามท้ายกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือร่วมประกอบธุรกิจโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตน หรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตในนิติบุคคลใดๆ บุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษเช่นเดียวกับคนต่างด้าวตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น¹² ทั้งนี้ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลที่รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด หรือไม่ได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิดก็ต้องระวางโทษด้วยเช่นกัน¹³

2.2.4 การประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น กฎหมายได้ห้ามคนต่างด้าวประกอบธุรกิจค้าที่ดินอย่างเด็ดขาดด้วยเหตุผลพิเศษ ดังนั้น เมื่อนักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถค้าที่ดินได้แล้ว จึงเป็นนัยที่แสดงให้เห็นว่านักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน หรือธุรกิจบ้านจัดสรรได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากธุรกิจดังกล่าวจะดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อผู้ประกอบการต้องมีความสามารถที่จะขายที่ดินได้

นอกจากนี้นักลงทุนต่างด้าวยังถูกห้ามไม่ให้ประกอบกิจการโรงแรม เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ

¹² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 บัญญัติว่า

“ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเล็งหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช่คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”

¹³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 41 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

อย่างไรก็ตาม หากนักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนในประเภทธุรกิจดังกล่าว ได้แก่ การประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน การประกอบธุรกิจหมู่บ้านจัดสรร หรือการประกอบธุรกิจโรงแรมนั้น คนต่างด้าวสามารถลงทุนร่วมกับบุคคลสัญชาติไทยได้ในรูปของการถือหุ้นในนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทย ทั้งนี้ ตามประมวลกฎหมายที่ดินประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว สัดส่วนการถือหุ้นของคนต่างด้าวในนิติบุคคลไทยดังกล่าวจะต้องไม่เกินร้อยละ 49 สำหรับการประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดินและการประกอบธุรกิจหมู่บ้านจัดสรร และจะต้องไม่เกินร้อยละ 50 สำหรับการประกอบธุรกิจโรงแรม (กรณีการเช่าที่ดินเพื่อพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจโรงแรม) ในปัจจุบันมีนิติบุคคลไทยจำนวนหนึ่งประกอบธุรกิจดังกล่าวในประเทศไทยโดยมีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวร่วมลงทุนอยู่ด้วย ซึ่งมีข้อสังเกตอยู่ว่าการร่วมลงทุนระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าวในการประกอบธุรกิจดังกล่าว ที่มีลักษณะเป็นโครงการที่มีขนาดใหญ่ มีเงินลงทุนจำนวนมากนั้น เป็นการร่วมลงทุนระหว่างคนไทยกับคนต่างด้าวโดยแท้จริงหรือไม่ หรือในความเป็นจริงแล้วเป็นคนต่างด้าวลงทุนทั้งหมด เพียงแต่หลักฐานทางทะเบียนนั้นมีคนไทยร่วมลงทุนอยู่ด้วย ซึ่งจะได้ทำการศึกษาและวิจัยต่อไป

นอกจากกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ได้กำหนดประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวห้ามประกอบไว้โดยชัดแจ้งแล้ว ในปัจจุบันยังมีหน่วยงานที่พิจารณาเรื่องการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว คือ สำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ให้ความเห็นหรือตอบข้อหารือว่า กิจการหรือธุรกิจประเภทรูปแบบต่างๆ นั้นจะต้องได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวหรือไม่ โดยสำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวได้ตอบข้อหารือเกี่ยวกับกรทำให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว ซึ่งสามารถสรุปใจความสำคัญของข้อหารือที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

2.2.4.1 แม้ว่านักลงทุนต่างด้าว (ในฐานะผู้พัฒนาโครงการ) จะมีสิทธิเช่าที่ดินเพื่อทำการปลูกสร้างอาคารที่พักอาศัย แต่นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวก็ไม่สามารถนำอาคารที่พักอาศัยดังกล่าวออกให้เช่าโดยได้รับรายได้ตอบแทน เนื่องจากการประกอบกิจการดังกล่าว เป็นการประกอบธุรกิจบริการตามบัญชี 3 (21) ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อนเช่นเดียวกัน¹⁴

¹⁴ หนังสือสำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ พณ 0810.02/1192 ลงวันที่ 19 มิถุนายน 2546.

2.2.4.2 คนต่างด้าวที่มีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุด หากต้องการนำห้องชุดของตนออกให้เช่าแก่บุคคลภายนอก หรือให้เช่ากลับไปยังผู้พัฒนาโครงการเพื่อประกอบธุรกิจโรงแรม ไม่ว่าจะคนต่างด้าวจะดำเนินการให้เช่าด้วยตนเอง หรือแต่งตั้งผู้อื่นเป็นผู้ดำเนินการให้ กรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการประกอบธุรกิจบริการตามบัญชี 3 (21) ทำายพระราชบัญญัติ ซึ่งต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน จึงจะประกอบธุรกิจได้¹⁵

อย่างไรก็ตาม กรมพัฒนาธุรกิจการค้าเคยตอบข้อหารือในกรณีดังกล่าวว่า หากคนต่างด้าวซื้อห้องชุด 1 ยูนิต เพื่อใช้ในการพักผ่อนในประเทศไทย และช่วงเวลาที่ไม่ได้มาพักผ่อนประสงค์จะนำห้องชุดดังกล่าวมาให้เช่าโดยผู้ประกอบการคนไทยเป็นผู้ดำเนินการให้ การดำเนินการดังกล่าวไม่ถือเป็นกิจการอันเป็นการค้า คนต่างด้าวสามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องขออนุญาต แต่หากคนต่างด้าวซื้ออาคารที่พักจำนวนหลายห้องและประสงค์นำมาให้เช่า ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน¹⁶

จะเห็นได้ว่า ประเด็นสำคัญในการพิจารณาว่าการที่คนต่างด้าวนำอสังหาริมทรัพย์ของตนออกให้เช่า นั้น จะถือเป็น การประกอบธุรกิจบริการตามบัญชี 3 (21) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 หรือไม่นั้น อยู่ที่การตีความของเจ้าหน้าที่ว่า กิจกรรมนั้นๆ เป็นกิจการอันเป็นการค้าหรือไม่ ซึ่งหากเจ้าหน้าที่ตีความว่าการนำอสังหาริมทรัพย์ออกให้เช่า นั้นเป็นกิจการอันเป็นการค้า คนต่างด้าวที่จะดำเนินการดังกล่าวได้ จะต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้าโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน จึงจะประกอบธุรกิจได้

เราอาจตั้งข้อสังเกตได้ว่า แม้ประเทศไทยไม่ได้มีนโยบายการลงทุนของคนต่างด้าวที่ชัดเจน ในด้านหนึ่งภาครัฐก็ได้มีมาตรการที่หลากหลายในการส่งเสริมการลงทุนเพื่อจะดึงดูดทุนต่างชาติ แต่ในขณะเดียวกัน ประเทศไทยก็มีกฎหมายที่กีดกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาประกอบธุรกิจบริการทุกประเภท โดยมีเหตุผลประการสำคัญว่าผู้ประกอบการคนไทยยังไม่มีความพร้อมในการ

¹⁵ สรุปรื้อข้อหารือประจำเดือนมิถุนายน 2550 สำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์; สรุปรื้อข้อหารือประจำเดือนกันยายน 2549 สำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์.

¹⁶ หนังสือสำนักเลขานุการคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่ พณ 0810.02/1192 ลงวันที่ 29 กันยายน 2546.

แข่งขัน ซึ่งข้อจำกัดแบบครอบจักรวาล¹⁷ ดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทยที่เป็นเศรษฐกิจเปิด โดยในปัจจุบันจะเห็นได้ว่า นักลงทุนต่างด้าวสามารถเข้ามาให้บริการธุรกิจต้องห้ามตามกฎหมายได้ในธุรกิจบริการหลายๆ ประเภทในทางปฏิบัติ ทั้งในลักษณะที่ถูกกฎหมายโดยการถือหุ้นในนิติบุคคลตามอัตราส่วนที่กฎหมายกำหนด และในลักษณะที่ผิดกฎหมายโดยการถือหุ้นผ่านนอมินี ซึ่งทำให้พิจารณาได้ว่า การมีกฎหมายที่เข้มงวดในขณะที่การบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวค่อนข้างหละหลวมนั้น แสดงถึงความไม่กล้าของภาครัฐที่จะเผชิญกับสภาพความเป็นจริงของเศรษฐกิจไทยที่ต้องพึ่งพูนของต่างชาติ เนื่องจากเกรงกลัวการต่อต้านจากกลุ่มที่มีแนวความคิดเชิงอนุรักษ์ ในขณะที่เดียวกันภาครัฐก็ยังมีความต้องการที่จะสงวนอำนาจในการกลั่นกรองการลงทุนของคนต่างด้าวมากที่สุด เมื่อใดที่การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวเริ่มมีปัญหา ภาครัฐก็จะบังคับใช้กฎหมายในลักษณะที่เข้มงวดมากขึ้น ทำให้เกิดความวุ่นวายในระบบเศรษฐกิจเป็นครั้งคราว แต่เมื่อปัญหาสงบลง การบังคับใช้กฎหมายก็กลับไปสู่ระบบเดิม จะเห็นได้ว่า วัฏจักรการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยนั้น ทำให้นโยบายการลงทุนของคนต่างด้าวขาดความชัดเจนและหลักเกณฑ์ที่แน่นอน และทำให้การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยไม่โปร่งใสตรงไปตรงมาสวนทางกับนโยบายของรัฐที่ต้องการยกระดับธรรมภิบาลในภาคธุรกิจไทย

2.3 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

การลงทุนนั้นมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาประเทศชาติ เนื่องจากการลงทุนเป็นแหล่งที่มาแห่งการผลิตสินค้าและบริการ ทำให้มีการจ้างแรงงาน ทำให้เกิดเทคโนโลยีในการผลิตและบริการ รวมถึงการทำให้เงินตราต่างประเทศไหลเข้ามาสู่ประเทศอีกด้วย ซึ่งประเทศไทยเองก็ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการลงทุนดังกล่าว จึงได้มีการตรากฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เพื่อเป็นการส่งเสริม สนับสนุนและทำให้มีการลงทุนเกิดขึ้นในประเทศเพิ่มมากขึ้น ทั้งที่เป็นการลงทุนโดยคนในประเทศเองและการลงทุนจากต่างประเทศ

2.3.1 นโยบายการส่งเสริมการลงทุน

ในปัจจุบันนโยบายการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เป็นไปเพื่อบรรเทาภาระด้านการคลังของรัฐบาล และเพื่อให้สอดคล้องกับภาวะเศรษฐกิจใน

¹⁷ เดือนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล, สฤณี อาชวานันทกุล, นอมินี, กรุงเทพมหานคร : openbooks, พ.ศ. 2549 หน้า 9.

ปัจจุบันและแนวโน้มในอนาคต คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจึงได้กำหนดนโยบายส่งเสริมการลงทุน¹⁸ ดังนี้

(ก) เพิ่มประสิทธิภาพและความคุ้มค่าในการใช้สิทธิและประโยชน์ภาษีอากร โดยให้สิทธิและประโยชน์แก่โครงการที่มีผลประโยชน์ต่อเศรษฐกิจอย่างแท้จริงใช้หลักการบริหารและการจัดการองค์การที่ดี (Good Governance) ในการให้สิทธิและประโยชน์ด้านภาษีอากรโดยกำหนดให้ผู้ได้รับการส่งเสริม ต้องรายงานผลการดำเนินงานของโครงการที่ได้รับการส่งเสริม เพื่อให้สำนักงานได้ตรวจสอบ ก่อนใช้สิทธิและประโยชน์ภาษีเงินได้นิติบุคคลในปีนั้นๆ

(ข) สนับสนุนให้อุตสาหกรรมพัฒนาระบบคุณภาพ และมาตรฐานการผลิตเพื่อแข่งขันในตลาดโลก โดยกำหนดให้ผู้ได้รับการส่งเสริมทุกรายที่มีโครงการลงทุนตั้งแต่ 10 ล้านบาทขึ้นไป (ไม่รวมค่าที่ดินหรือทุนหมุนเวียน) ต้องดำเนินการให้ได้รับใบรับรองระบบคุณภาพตามมาตรฐาน ISO 9000 หรือมาตรฐานสากลอื่นที่เทียบเท่า

(ค) ปรับมาตรการส่งเสริมการลงทุนให้สอดคล้องกับข้อตกลงด้านการค้า และการลงทุนระหว่างประเทศโดยการยกเลิกเงื่อนไขการส่งออกและการใช้ชิ้นส่วนในประเทศ

(ง) สนับสนุนการลงทุนเป็นพิเศษในภูมิภาค หรือท้องถิ่นที่มีรายได้ต่ำ และมีสิ่งเอื้ออำนวยต่อการลงทุนน้อย โดยให้สิทธิและประโยชน์ด้านภาษีอากรสูงสุด

(จ) ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมอุตสาหกรรมขนาดกลาง และขนาดย่อม โดยกำหนดเงื่อนไขเงินลงทุนขั้นต่ำของโครงการที่ได้รับการส่งเสริมเพียง 500,000 บาท (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) สำหรับกิจการตามประกาศคณะกรรมการที่ 1/2553 และไม่น้อยกว่า 1 ล้านบาท (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) สำหรับกิจการอื่น

(ฉ) ให้ความสำคัญแก่กิจการเกษตรกรรมและผลิตผลจากการเกษตร กิจการที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเทคโนโลยีและทรัพยากรมนุษย์ กิจการสาธารณสุขปโภค สาธารณูปการและบริการพื้นฐาน กิจการป้องกันและรักษาสิ่งแวดล้อมและอุตสาหกรรมเป้าหมาย

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, นโยบายส่งเสริมการลงทุน [ออนไลน์], 13 พฤศจิกายน 2553. แหล่งที่มา http://www.boei.go.th/thai/about/boei_policies.asp.

2.3.2 หลักประกันของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน¹⁹

- (ก) รัฐจะไม่โอนกิจการของผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนมาเป็นของรัฐ
- (ข) รัฐจะไม่ประกอบกิจการขึ้นใหม่แข่งขัน
- (ค) รัฐจะไม่ผูกขาดการจำหน่ายผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกันกับผู้ที่ได้รับการส่งเสริม
- (ง) รัฐจะไม่ควบคุมราคาผลิตภัณฑ์ของผู้ที่ได้รับการส่งเสริม
- (จ) รัฐจะอนุญาตให้ส่งออกเสมอไป
- (ฉ) รัฐจะไม่อนุญาตให้ส่วนราชการ องค์การของรัฐบาล หรือรัฐวิสาหกิจ นำผลิตภัณฑ์ชนิดเดียวกับที่ได้รับการส่งเสริมเข้ามาโดยได้รับยกเว้นอากรขาเข้า

2.3.3 ประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน

กิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้นจะต้องเป็นกิจการที่สำคัญ และเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง²⁰ ซึ่งในปัจจุบันคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้กำหนดประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน²¹ ดังนี้

หมวด 1 กิจการเกี่ยวกับเกษตรกรรมและผลิตผลจากการเกษตร เช่น กิจการเพาะขยายพันธุ์พืชและปรับปรุงพันธุ์พืช กิจการปลูกป่า กิจการอาหารสัตว์หรือส่วนผสมอาหารสัตว์ กิจการการบริหารจัดการฟาร์ม เป็นต้น

หมวด 2 กิจการเกี่ยวกับเหมืองแร่ เชรามิกซ์ และโลหะขั้นมูลฐาน เช่น กิจการสำรวจแร่ กิจการถลุงแร่ กิจการผลิตเชรามิกซ์ กิจการตัดและแปรรูปโลหะ เป็นต้น

¹⁹ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน กระทรวงอุตสาหกรรม, คู่มือการขอรับการส่งเสริมการลงทุน 2553, กรุงเทพมหานคร : สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, พ.ศ. 2553, หน้า 9.

²⁰ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 16.

²¹ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด เงื่อนไข และสิทธิประโยชน์ของแต่ละประเภทกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน.

หมวด 3 กิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมเบา เช่น กิจกรรมผลิตแผ่นซีเมนต์ กิจกรรมผลิตรองเท้าหรือชิ้นส่วน กิจกรรมผลิตกระเปาะหรือชิ้นส่วน กิจกรรมผลิตที่เกี่ยวกับอุตสาหกรรมอัญมณี และเครื่องประดับ เป็นต้น

หมวด 4 กิจกรรมเกี่ยวกับผลิตภัณฑ์โลหะ เครื่องจักร และอุปกรณ์ขนส่ง เช่น กิจกรรมผลิตเครื่องมือช่างและเครื่องมือวัด กิจกรรมผลิตผลิตภัณฑ์โลหะ รวมทั้งชิ้นส่วนโลหะ กิจกรรมต่อเรือหรือซ่อมเรือ กิจกรรมผลิตชิ้นส่วนยานพาหนะ เป็นต้น

หมวด 5 กิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมอิเล็กทรอนิกส์และเครื่องใช้ไฟฟ้า เช่น กิจกรรมผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้าสำหรับงานอุตสาหกรรม กิจกรรมผลิตเครื่องใช้ไฟฟ้า กิจกรรมผลิตผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์ กิจกรรมออกแบบทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น

หมวด 6 กิจกรรมเกี่ยวกับอุตสาหกรรมเคมีภัณฑ์ กระจกและพลาสติก เช่น กิจกรรมผลิตเคมีภัณฑ์ กิจกรรมผลิตยาและ/หรือสารออกฤทธิ์สำคัญในยา กิจกรรมผลิตปุ๋ยเคมี กิจกรรมผลิตสี เป็นต้น

หมวด 7 กิจกรรมเกี่ยวกับกิจการบริการและสาธารณูปโภคเช่น กิจการสาธารณูปโภคและบริการพื้นฐาน (เช่น กิจการสนามบินพาณิชย์ กิจการบริการโทรศัพท์) กิจการเพื่อสนับสนุนการท่องเที่ยว (เช่น กิจการโรงแรม กิจการศูนย์ฟื้นฟูสุขภาพ กิจการโรงพยาบาล) เป็นต้น

2.3.4 หลักเกณฑ์การขอรับการส่งเสริมการลงทุน

หากบุคคลใดต้องการเข้ารับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนนั้น ประการแรกบุคคลดังกล่าวจะต้องตรวจสอบก่อนว่ากิจการที่ต้องการขอรับการส่งเสริม นั้น เป็นกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนประกาศให้เป็นประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุนหรือไม่ หากเป็นกิจการที่ได้รับการส่งเสริมแล้ว ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่ากิจการดังกล่าวมีเงื่อนไขครบถ้วนตามที่คณะกรรมการกำหนดหรือไม่ ยกตัวอย่างเช่น

2.3.4.1 กิจการสวนสัตว์เปิดมีเงื่อนไขดังนี้

(1) จะต้องมีขนาดการลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท และมีที่ดินขนาดไม่น้อยกว่า 500 ไร่

(2) ส่วนประกอบของโครงการจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

(3) จะต้องจัดที่ดินร้อยละ 30 ของที่ดินทั้งหมดเป็นพื้นที่สีเขียวร้อยละ 15 และพื้นที่จอดรถร้อยละ 15

2.3.4.2 กิจกรรมหอประชุมขนาดใหญ่

(1) จะต้องมียุทธศาสตร์พื้นที่ส่วนที่ใช้เพื่อการประชุมไม่น้อยกว่า 4,000 ตารางเมตร โดยห้องประชุมขนาดใหญ่ที่สุดต้องมีพื้นที่ไม่น้อยกว่า 3,000 ตารางเมตร

(2) จะต้องมီးquipmentและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมกับโครงการ

(3) แบบแปลนแผนผังจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

2.3.4.3 กิจกรรมพัฒนาอาคารสำหรับโรงงานอุตสาหกรรม และ/หรือคลังสินค้า

(1) จะต้องสร้างอาคารโรงงาน และ/หรือคลังสินค้าภายในนิคมอุตสาหกรรม เขตอุตสาหกรรมที่ได้รับการส่งเสริม หรือเขตอุตสาหกรรมโลจิสติกส์ที่ได้รับการส่งเสริม

(2) แบบแปลนแผนผังจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

(3) การปลูกสร้างอาคารโรงงานจะต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยโรงงาน และกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้าง

(4) หากเป็นอาคารโรงงานหลายชั้น จะต้องสูงไม่เกิน 12 ชั้น เป็นต้น

เมื่อเป็นกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนและมีเงื่อนไขครบตามที่กำหนดแล้ว ผู้ประกอบกิจการสามารถยื่นคำขอรับการส่งเสริมต่อสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน²² พร้อมด้วยโครงการลงทุนที่ขอรับการส่งเสริม ทั้งนี้ ผู้ได้รับการส่งเสริมต้องเป็นบริษัท มูลนิธิ หรือ สหกรณ์ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยกรนั้น

2.3.5 หลักเกณฑ์การขอรับการอนุมัติโครงการ²³

ในการพิจารณาความเหมาะสมของโครงการที่ขอรับการส่งเสริมการลงทุน คณะกรรมการมีแนวทางการพิจารณา ดังนี้

²² พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 17.

²³ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, หลักเกณฑ์การอนุมัติโครงการ [ออนไลน์], 13 พฤศจิกายน 2553.

2.3.5.1 พิจารณานุมัติโครงการที่ขอรับการส่งเสริมจะพิจารณาจากหลักเกณฑ์ ดังนี้

- (1) จะต้องมีส่วนเพิ่มไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ของรายได้ ยกเว้นการผลิตผลิตภัณฑ์อิเล็กทรอนิกส์และชิ้นส่วน กิจกรรมเกษตรกรรมและผลิตผลจากการเกษตร และโครงการที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบเป็นกรณีพิเศษ
- (2) มีอัตราส่วนหนี้สินต่อทุนจดทะเบียนไม่เกิน 3 ต่อ 1 สำหรับโครงการริเริ่ม ส่วนโครงการขยายจะพิจารณาตามความเหมาะสมเป็นรายๆ ไป
- (3) ใช้กรรมวิธีการผลิตที่ทันสมัยและใช้เครื่องจักรใหม่ ในกรณีที่ใช้เครื่องจักรเก่าจะต้องให้สถาบันที่เชื่อถือได้รับรองประสิทธิภาพ และคณะกรรมการให้ความเห็นชอบเป็นกรณีพิเศษ
- (4) มีระบบป้องกันสภาพแวดล้อมเป็นพิษที่เพียงพอ โครงการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสภาพแวดล้อมคณะกรรมการจะพิจารณาเป็นพิเศษในเรื่องสถานที่ตั้งและวิธีการจัดการมลพิษ
- (5) โครงการที่มีเงินลงทุนมากกว่า 500 ล้านบาท (ไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน) จะต้องแนบรายงานศึกษาความเป็นไปได้ของโครงการตามที่คณะกรรมการกำหนด

2.3.5.2 สำหรับกิจการที่ได้รับสัมปทาน และกิจการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการจะใช้แนวทางการพิจารณาตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 25 พฤษภาคม พ.ศ. 2541 และวันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2547 ดังนี้

- (1) โครงการลงทุนของรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จะไม่อยู่ในข่ายที่จะได้รับการส่งเสริมโครงการที่ได้รับสัมปทานที่เอกชนดำเนินการ โดยจะต้องโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่รัฐ (Build Transfer Operate หรือ Build Operate Transfer) หน่วยงานของรัฐที่เป็นเจ้าของโครงการดังกล่าว ที่ประสงค์จะให้ผู้ได้รับสัมปทานได้รับสิทธิและประโยชน์ การส่งเสริมการลงทุนจะต้องเสนอโครงการ ให้คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาตั้งแต่เริ่มต้นโครงการ ก่อนออกประกาศเชิญชวนเอกชนเข้าร่วมประมูล และในขั้นการประมูลจะต้องมีประกาศระบุโดยชัดเจนว่า เอกชนจะได้รับสิทธิและประโยชน์ใดบ้าง ในหลักการ คณะกรรมการจะไม่ให้การส่งเสริมกรณีเอกชนต้องจ่ายผลตอบแทน ให้แก่รัฐในการรับสัมปทาน เว้นแต่เป็นผลตอบแทนที่สมเหตุสมผลกับการลงทุนที่รัฐใช้ไปในโครงการนั้น

(2) โครงการของรัฐที่ให้เอกชนลงทุน และเป็นเจ้าของ (Build Own Operate) รวมทั้งให้เอกชนเช่าหรือบริหารโดยจ่ายผลตอบแทนให้รัฐในลักษณะค่าเช่า คณะกรรมการจะพิจารณาให้การส่งเสริมตามหลักเกณฑ์ปกติ

(3) การแปรรูปรัฐวิสาหกิจ หากจำเป็นต้องได้รับการสนับสนุนจากรัฐควรพิจารณาตั้งงบประมาณที่เหมาะสมภายหลังจากการแปรรูปจากรัฐวิสาหกิจเป็นบริษัทจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 แล้ว หากต้องการขยายงาน จะขอรับการส่งเสริมได้เฉพาะส่วนที่ลงทุนเพิ่ม โดยจะได้รับสิทธิและประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ปกติ

2.3.6 หลักเกณฑ์การถือหุ้นของต่างชาติ²⁴

เพื่ออำนวยความสะดวกแก่นักลงทุนต่างชาติ ในการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรม คณะกรรมการจะผ่อนคลายมาตรการจำกัดถือหุ้นโดยใช้แนวทางการพิจารณา ดังนี้

2.3.6.1 โครงการลงทุนในกิจการเกษตรกรรม การเลี้ยงสัตว์ การประมง การสำรวจและการทำเหมืองแร่ และการให้บริการตามที่ปรากฏในบัญชีหนึ่งท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะต้องมีผู้มีส่วนถือหุ้นรวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน

2.3.6.2 โครงการลงทุนในกิจการอุตสาหกรรม อนุญาตให้ต่างชาติถือหุ้นข้างมากหรือทั้งสิ้นได้ไม่ว่าตั้งในเขตใด

2.3.6.3 เมื่อมีเหตุผลอันสมควร คณะกรรมการอาจกำหนดสัดส่วนการถือหุ้นของต่างชาติ เป็นการเฉพาะสำหรับกิจการที่ให้การส่งเสริมบางประเภท

2.3.7 สิทธิประโยชน์จากการส่งเสริมการลงทุน

ผู้ประกอบการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะได้รับสิทธิประโยชน์ดังต่อไปนี้

2.3.7.1 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตให้คนต่างด้าวเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อศึกษาสู่ทางการลงทุนหรือกระทำการอื่นใดที่จะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนได้

²⁴ สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน, หลักเกณฑ์การถือหุ้นของต่างชาติ [ออนไลน์], 13 พฤศจิกายน 2553. แหล่งที่มา http://www.boei.go.th/thai/about/boei_policies.asp.

ตามกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร

2.3.7.2 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้มีได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับอนุญาตนำคนต่างด้าวซึ่งเป็น

(1) ช่างฝีมือ

(2) ผู้ชำนาญการ

(3) คู่สมรสและบุคคลซึ่งอยู่ในอุปการะของบุคคลใน (1) และ (2) เข้ามาในราชอาณาจักรได้ตามจำนวนและกำหนดระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรเท่าที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินอัตราจำนวนหรือระยะเวลาให้อยู่ในราชอาณาจักรตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมืองเห็นสมควร

2.3.7.3 ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าวเพียงเท่าที่พระราชบัญญัตินี้ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาต และคนต่างด้าวซึ่งเป็นช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร ได้รับอนุญาตทำงานเฉพาะตำแหน่งหน้าที่การงานที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบตลอดระยะเวลาเท่าที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในราชอาณาจักร

2.3.7.4 ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น

2.3.7.5 ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับยกเว้นอากรขาเข้าสำหรับเครื่องจักรตามที่คณะกรรมการพิจารณาอนุมัติ แต่เครื่องจักรนั้นต้องไม่เป็นเครื่องจักรที่ผลิตหรือประกอบได้ในราชอาณาจักร ซึ่งมีคุณภาพใกล้เคียงกันกับชนิดที่ผลิตในต่างประเทศ และมีปริมาณเพียงพอที่จะจัดหามาใช้ได้

2.3.7.6 ในกรณีที่มีเหตุอันสมควร คณะกรรมการจะให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับลดหย่อนอากรขาเข้าไม่เกินร้อยละ 90 ของอัตราปกติ สำหรับวัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรเพื่อใช้ผลิต ผสมหรือประกอบในกิจการที่ได้รับการส่งเสริมมีกำหนดเวลาราวละไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่คณะกรรมการกำหนด แต่วัตถุดิบหรือวัสดุจำเป็นนั้นต้องไม่เป็นของที่ผลิต

หรือมีกำเนิดในราชอาณาจักรซึ่งมีคุณภาพใกล้เคียงกันกับชนิดที่จะนำเข้ามาในราชอาณาจักรและมีปริมาณเพียงพอที่จะจัดหามาใช้ได้

2.3.7.7 ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ทั้งนี้ ให้พิจารณากำหนดเป็นสัดส่วนของเงินลงทุนโดยไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียน ซึ่งต้องมีกำหนดเวลาไม่เกินแปดปีนับแต่วันที่เริ่มมีรายได้จากการประกอบกิจการนั้น

ในกรณีที่กิจการใดเป็นกิจการที่มีความสำคัญและเป็นประโยชน์ต่อประเทศเป็นพิเศษตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ให้ผู้ได้รับการส่งเสริมในกิจการดังกล่าวได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมมีกำหนดเวลาตามที่คณะกรรมการกำหนด ซึ่งต้องไม่เกินแปดปีนับแต่วันที่เริ่มมีรายได้จากการประกอบกิจการนั้น

ในกรณีที่ประกอบกิจการขาดทุนในระหว่างเวลาได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล แล้วแต่กรณี คณะกรรมการอาจอนุญาตให้ผู้ได้รับการส่งเสริมนำผลขาดทุนประจำปีที่เกิดขึ้นในระหว่างเวลานั้นไปหักออกจากกำไรสุทธิที่เกิดขึ้นภายหลังระยะเวลาได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลมีกำหนดเวลาไม่เกินห้าปีนับแต่วันพ้นกำหนดเวลานั้น โดยจะเลือกหักจากกำไรสุทธิของปีใดปีหนึ่งหรือหลายปีก็ได้

2.3.7.8 ค่าแห่งกู้ดวิลล์ ค่าแห่งลิขสิทธิ์ หรือสิทธิอย่างอื่นจากผู้ได้รับการส่งเสริมตามสัญญาที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้มีกำหนดระยะเวลาห้าปีนับแต่วันที่ผู้ได้รับการส่งเสริมเริ่มมีรายได้จากการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริม ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการกำหนด

2.3.7.9 เงินปันผลจากกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคล ให้ได้รับยกเว้นไม่ต้องรวมคำนวณเพื่อเสียภาษีเงินได้ตลอดระยะเวลาที่ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับยกเว้นภาษีเงินได้นิติบุคคลนั้น

2.3.7.10 เพื่อส่งเสริมการลงทุนในท้องที่หรือเขตพื้นที่ใด คณะกรรมการจะกำหนดท้องที่หรือเขตพื้นที่นั้นเป็นเขตส่งเสริมการลงทุนก็ได้โดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา

นอกจากสิทธิและประโยชน์ตามที่กำหนดในกฎหมายแล้ว คณะกรรมการมีอำนาจให้ ผู้ได้รับการส่งเสริมที่ประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมในท้องถิ่นหรือเขตพื้นที่ที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ได้รับสิทธิและประโยชน์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่างดังต่อไปนี้

(1) การลดหย่อนภาษีเงินได้นิติบุคคลสำหรับกำไรสุทธิที่ได้จากการลงทุน ในอัตราร้อยละห้าสิบของอัตรากฎหมายที่กำหนดเวลาไม่เกินห้าปี

(2) การอนุญาตให้หักค่าขนส่ง ค่าไฟฟ้า และค่าประปาสองเท่าของจำนวนเงินที่ผู้ได้รับการส่งเสริมได้เสียไปเป็นค่าใช้จ่ายในการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริม เพื่อประโยชน์ในการคำนวณภาษีเงินได้นิติบุคคล ทั้งนี้ ตามเงื่อนไข วิธีการ และระยะเวลาที่ คณะกรรมการกำหนด

(3) การอนุญาตให้หักเงินที่ผู้ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในการติดตั้งหรือ ก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกในการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามหลักเกณฑ์ที่ คณะกรรมการพิจารณากำหนดจากกำไรสุทธิรวมทั้งสิ้นไม่เกินร้อยละยี่สิบห้าของเงินที่ลงทุนแล้ว ในการนั้น โดยผู้ได้รับการส่งเสริมจะเลือกหักจากกำไรสุทธิของปีใดปีหนึ่งหรือหลายปีก็ได้ภายใน สิบปีนับแต่วันที่มีรายได้จากการลงทุน ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากการหักค่าเสื่อมราคาตามปกติ

2.3.7.11 เพื่อส่งเสริมการส่งออก คณะกรรมการอาจให้ผู้ได้รับการส่งเสริมได้รับ สิทธิและประโยชน์พิเศษอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) การยกเว้นอากรขาเข้า สำหรับวัตถุดิบและวัสดุจำเป็นที่ต้องนำเข้ามา จากต่างประเทศเพื่อใช้ ผลิต ผสม หรือประกอบผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์ เฉพาะที่ใช้ในการส่งออก

(2) การยกเว้นอากรขาเข้า สำหรับของที่ผู้ได้รับการส่งเสริม นำเข้ามาเพื่อ ส่งกลับออกไป

(3) การยกเว้นอากรขาออก สำหรับผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์ที่ผู้ได้รับการ ส่งเสริมผลิตหรือประกอบ

(4) การอนุญาตให้หักเงินได้พึงประเมินในการเสียภาษีเงินได้นิติบุคคลเป็น จำนวนเท่ากับร้อยละห้าของรายได้ที่เพิ่มขึ้นจากปีก่อน จากการส่งออกซึ่งผลิตภัณฑ์หรือผลิตภัณฑ์ ผู้ได้รับการส่งเสริมผลิตหรือประกอบ โดยไม่รวมค่าประกันภัยและค่าขนส่งนอกประเทศ

2.3.7.12 ผู้ได้รับการส่งเสริมหรือผู้ลงทุนในกิจการที่ได้รับการส่งเสริม ซึ่งมี ภูมิลำเนาออกนอกราชอาณาจักรจะได้รับอนุญาตให้นำหรือส่งเงินออกนอกราชอาณาจักรเป็นเงินตรา ต่างประเทศได้ เมื่อเงินนั้นเป็น

- (1) เงินทุนที่ผู้ได้รับการส่งเสริมนำเข้ามาในราชอาณาจักรและเงินปันผล หรือผลประโยชน์อื่นที่เกิดจากเงินทุนนั้น
- (2) เงินกู้ต่างประเทศที่ผู้ได้รับการส่งเสริมนำมาลงทุนในกิจการที่ได้รับการ ส่งเสริมตามสัญญาที่คณะกรรมการให้ความเห็นชอบ รวมทั้งดอกเบี้ยของเงินกู้ต่างประเทศนั้น
- (3) เงินที่ผู้ได้รับการส่งเสริมมีข้อผูกพันกับต่างประเทศตามสัญญาเกี่ยวกับการ ใช้สิทธิและบริการต่างๆ ในการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน และสัญญานั้น ได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ

ในกรณีที่ระยะเวลาใดดุลการชำระเงินต้องประสบความยุ่งยาก จำเป็นต้อง สงวนเงินตราต่างประเทศให้มีสำรองไว้ตามสมควร ธนาคารแห่งประเทศไทยจะจำกัดการนำหรือ ส่งเงินนั้นออกนอกราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราวเพื่อผลดังกล่าวนี้ก็ได้ แต่จะไม่จำกัดการส่ง เงินทุนที่นำเข้ามาในราชอาณาจักรต่ำกว่าร้อยละสิบต่อปีถ้าการส่งเงินนั้นกระทำภายหลังที่ นำเข้ามาแล้วเป็นเวลาสองปี และจะไม่จำกัดการส่งเงินปันผลต่ำกว่าร้อยละสิบห้าต่อปีของเงินทุน ที่นำเข้ามาในราชอาณาจักร

อย่างไรก็ตาม ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้น จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ คณะกรรมการกำหนดอย่างเคร่งครัด เช่น ในกรณีที่ได้รับสิทธิตามมาตรา 25 และ 26 จะต้องไม่ใช่ หรือยินยอมให้ช่างฝีมือหรือผู้ชำนาญการซึ่งเป็นคนต่างด้าวที่ผู้ได้รับส่งเสริมการลงทุนได้รับ อนุญาตให้นำเข้ามาในประเทศ เพื่อประโยชน์แก่กิจการที่ได้รับการส่งเสริมนั้นไปประกอบอาชีพ หรือปฏิบัติหน้าที่อื่นใดนอกเหนือจากขอบหน้าที่ของตำแหน่งที่ได้รับอนุมัติ และเมื่อช่างฝีมือหรือ ผู้ชำนาญการผู้ใดพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าว ต้องแจ้งให้สำนักงานทราบภายใน 15 วันนับแต่ วันที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง หรือกรณีที่ได้รับสิทธิตามมาตรา 27 จะต้องใช้ที่ดินที่ได้รับอนุญาตเพื่อ ประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมเท่านั้น เป็นต้น หากผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้นฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนด คณะกรรมการส่งเสริมการ ลงทุนมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิประโยชน์ที่ผู้ส่งเสริมการลงทุนได้รับไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน และจะกำหนดเวลาไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ หากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นว่าผู้ได้รับการ

ส่งเสริมการลงทุนไม่ได้ตั้งใจฝ่าฝืนหรือไม่ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนอาจมีคำสั่งให้ออกหนังสือเตือนแก่ผู้ที่ได้รับการส่งเสริมให้แก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขภายในกำหนดก่อนก็ได้²⁵

2.3.8 การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในธุรกิจที่พหุศาสตร์กับการส่งเสริมการลงทุน

เมื่อพิจารณาประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด เงื่อนไข และสิทธิประโยชน์ของแต่ละประเภทกิจการที่ได้การส่งเสริมการลงทุน ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้น จะเห็นได้ว่า มีกิจการจำนวนมากได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ซึ่งหากผู้ประกอบการได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนครบถ้วน คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนย่อมพิจารณาออกบัตรส่งเสริมให้แก่ผู้ประกอบการดังกล่าวไม่ว่าผู้ประกอบการนั้นจะเป็นคนไทยหรือคนต่างด้าว ทั้งนี้ หากผู้ประกอบการได้รับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ย่อมได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 2.3.7

ดังนั้น เมื่อพิจารณาในแง่ของผู้ประกอบการต่างด้าวนั้น สิทธิประโยชน์จากการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนที่สำคัญคือคนต่างด้าวจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามจำนวนที่คณะกรรมการเห็นสมควร เนื่องจากโดยทั่วไปแล้วกฎหมายไม่ได้อนุญาตให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ซึ่งถ้าคนต่างด้าวตามนัยของประมวลกฎหมายที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น คนต่างด้าวผู้ได้รับการส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ²⁶

²⁵ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 54 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่คณะกรรมการกำหนด ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิและประโยชน์ที่ได้ให้แก่ผู้ได้รับการส่งเสริมทั้งหมดหรือบางส่วนโดยจะกำหนดระยะเวลาไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้

ถ้าคณะกรรมการพิจารณาเห็นว่า การที่ผู้ได้รับการส่งเสริมฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขนั้นมีได้เป็นการกระทำโดยจงใจ จะสั่งให้สำนักงานเตือนเป็นหนังสือให้ผู้ได้รับการส่งเสริมแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามเงื่อนไขภายในเวลาที่กำหนดก่อนก็ได้ แต่เมื่อพ้นกำหนดเวลานั้นแล้วผู้ได้รับการส่งเสริมยังมีได้แก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องโดยไม่มีเหตุอันสมควรให้คณะกรรมการดำเนินการตามวรรคหนึ่ง”.

²⁶ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 27 บัญญัติว่า

“ผู้ได้รับการส่งเสริมจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการพิจารณาเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่นในกรณีที่ผู้ได้รับการส่งเสริมซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น ผู้ได้รับการส่งเสริมต้อง

ในปัจจุบันกิจกรรมที่พักรักษาตัวที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทยที่สำคัญและได้รับการส่งเสริมการลงทุน ได้แก่ ธุรกิจโรงแรม ซึ่งตามประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 นั้น กิจกรรมโรงแรมถูกจัดอยู่ในหมวดกิจการเกี่ยวกับกิจการบริการและสาธารณูปโภค ประเภทกิจการที่สนับสนุนการท่องเที่ยว ซึ่งกิจการโรงแรมนั้นจะได้รับการส่งเสริมการลงทุนก็ต่อเมื่อกิจการโรงแรมดังกล่าวจะต้องมีจำนวนห้องพักไม่น้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท²⁷

อย่างไรก็ตาม ประเภทธุรกิจอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการธุรกิจที่พักรักษาตัว เช่น ธุรกิจอาคารชุด (คอนโดมิเนียม) ธุรกิจหมู่บ้านจัดสรร เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ (เว้นแต่กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) ยังไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนในปัจจุบัน

2.4 การลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนในปัจจุบัน

ปัจจุบันนักลงทุนได้ให้ความสนใจในการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์* โดยมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ซึ่งจะเห็นได้จากสถิติของกลุ่มงานวิเคราะห์ข้อมูล ฝ่ายศึกษาข้อมูล และสถิติ ศูนย์เอกสารและข้อมูลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ จะพบว่าในปีหนึ่งๆ มีผู้จดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลโดยเฉลี่ยปีละ เกือบ 50,000 ราย* เช่น ในปี พ.ศ. 2552 ทั่วประเทศมีนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่จำนวน 41,243 ราย มูลค่าจดทะเบียนรวมทั้งสิ้น 219,134 ล้านบาท โดยมีนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จำนวน 2,193 ราย คิดเป็นร้อยละ 5.3 ของจำนวนนิติบุคคลที่จัดตั้งทั้งหมด (เป็นธุรกิจที่นักลงทุนให้ความสนใจมากเป็นอันดับสองรองจากธุรกิจก่อสร้าง)²⁸ และในปี พ.ศ. 2553 ทั่วประเทศมีนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นใหม่จำนวน 50,776 ราย มูลค่าจดทะเบียนรวมทั้งสิ้น 263,824 ล้านบาท (เป็นจำนวนจัดตั้งของนิติบุคคลสูงสุดในรอบ 99 ปีที่ผ่านมา) ซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จำนวน 2,650 ราย มูลค่าทุนจด

จำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นตามประมวลกฎหมายที่ดิน”.

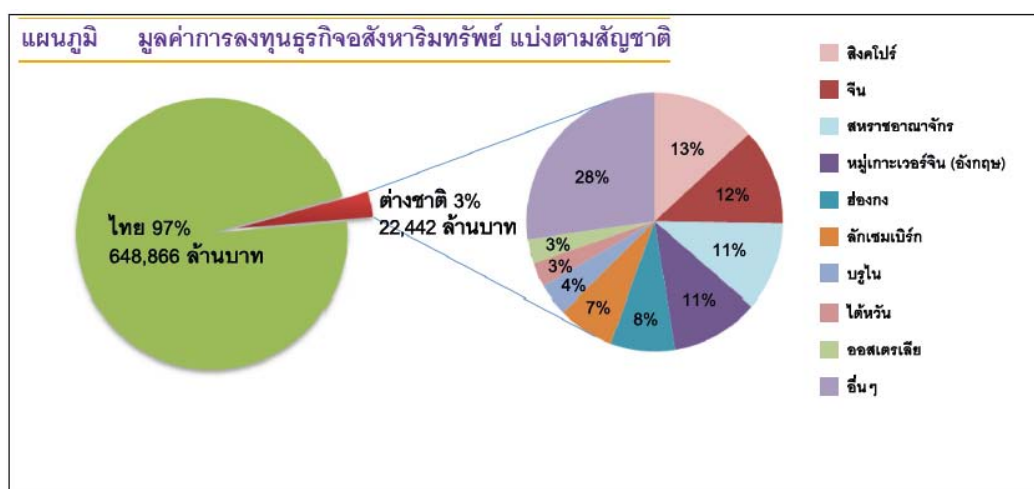
²⁷ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด เงื่อนไข และสิทธิประโยชน์ของแต่ละประเภทกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน.

* ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เป็นธุรกิจที่ประกอบกิจการเกี่ยวกับการให้เช่า การขายการซื้อ และดำเนินงาน ด้านอาคารที่อยู่อาศัยคอนโดมิเนียม การพัฒนาและการจัดสรรที่ดิน เป็นต้น.

* จำนวนนิติบุคคลจดทะเบียนจัดตั้ง ปี 2547-2552.

²⁸ กลุ่มวิเคราะห์ข้อมูลและสถิติ สำนักบริการข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, สถิติการจดทะเบียนนิติบุคคล, (กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2552), หน้า 7.

ทะเบียน 27,434 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 5 ของจำนวนนิติบุคคลที่จัดตั้งทั้งหมด (เป็นธุรกิจที่นักลงทุนให้ความสนใจมากเป็นอันดับสามรองจากธุรกิจบริการนันทนาการและธุรกิจก่อสร้างอาคารทั่วไป) และในปีเดียวกันนี้ธุรกิจที่มีมูลค่าเพิ่มทุนสูงที่สุดได้แก่ ธุรกิจก่อสร้างอาคารทั่วไป อสังหาริมทรัพย์ และโรงแรม โดยเพิ่มทุนทั้งสิ้น 192,289 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 31 ของมูลค่าทุนจดทะเบียนที่เพิ่มทั้งหมด²⁹ โดยเมื่อพิจารณามูลค่าการลงทุนตามสัญชาติของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ พบว่าเป็นสัญชาติไทย จำนวน 648,866 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 97 และต่างชาติ จำนวน 22,442 ล้านบาท คิดเป็นร้อยละ 3 โดยต่างชาติที่มีมูลค่าการลงทุนสูงสุด คือ สิงคโปร์ รองลงมา ได้แก่ จีน อังกฤษ ตามลำดับ³⁰



²⁹ กลุ่มวิเคราะห์ข้อมูลและสถิติ สำนักบริการข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, สถิติการจดทะเบียนนิติบุคคล, (กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2553), หน้า 12.

³⁰ กลุ่มวิเคราะห์ข้อมูลและสถิติ สำนักบริการข้อมูลธุรกิจ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, สถิติการจดทะเบียนนิติบุคคล, (กรุงเทพฯ: กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์, 2553), หน้า 39.

บทที่ 3

หลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในต่างประเทศ

3.1 ความนำ

ที่ดินนั้นเป็นทรัพยากรพื้นฐานของแต่ละประเทศ เนื่องจากที่ดินและอาณาเขตเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการเป็นรัฐ นอกจากนี้การอยู่อาศัย การทำเกษตรกรรม การเป็นแหล่งทรัพยากรธรรมชาติ และความมั่นคงของรัฐต่างๆ นั้น ขึ้นอยู่กับการจัดการและการใช้ประโยชน์ของที่ดิน

ตั้งแต่อดีตกาล บุคคลที่ไม่ใช่พลเมืองของรัฐ หรือของประเทศนั้นๆ ย่อมถูกจัดเป็นบุคคลประเภท “คนต่างด้าว” และโดยส่วนใหญ่คนต่างด้าวดังกล่าวย่อมได้รับสิทธิ การปฏิบัติ และมีข้อจำกัดแตกต่างจากพลเมืองของประเทศนั้นๆ ซึ่งรวมถึงสิทธิในการใช้ที่ดิน หรือสิทธิในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ อย่างไรก็ตามในปัจจุบันรัฐต่างๆ มีทัศนคติต่อคนต่างด้าวที่ต่างออกไป โดยผลของการสื่อสารคมนาคมที่ไร้พรมแดน ส่งผลให้มีการขยายตัวของการลงทุนของคนต่างด้าว และการเจริญเติบโตของการค้าระหว่างประเทศ ดังนั้น ประเทศหลายๆ ประเทศในปัจจุบันได้ยอมรับให้คนต่างด้าวได้รับสิทธิ และการปฏิบัติต่างๆ เช่นเดียวกับพลเมืองของตนเอง ซึ่งรวมถึงการกำหนดสิทธิคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินด้วย เช่น สหราชอาณาจักร (ประเทศอังกฤษ) สาธารณรัฐฝรั่งเศส (ประเทศฝรั่งเศส) ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศเยอรมัน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังมีอีกหลายๆ ประเทศที่ยังคงจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน รวมถึงสิทธิการใช้ที่ดิน เช่น ประเทศไต้หวัน ประเทศไทย ประเทศมาเลเซีย ประเทศเวียดนาม เป็นต้น

หลักเกณฑ์การให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในแต่ละประเทศ ย่อมแตกต่างกัน โดยขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายๆ ด้าน เช่น ระบบหลักกฎหมายที่แตกต่างกัน สภาพเศรษฐกิจ การเมือง การปกครอง รวมถึงนโยบายต่างๆ จากภาครัฐซึ่งเป็นเหตุผลนำไปสู่การกำหนดหลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่หลากหลาย และเข้มงวดแตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม จำนวนพื้นที่ซึ่งมีอย่างจำกัดสำหรับประเทศที่มีพื้นที่ขนาดเล็กแต่มีประชากรจำนวนมากก็เป็นอีกหนึ่งปัจจัยที่สำคัญ เนื่องจากประเทศนั้นๆ มีความจำเป็นต้องสงวนที่ดินไว้สำหรับพลเมืองของตนเองด้วย

3.2 สหราชอาณาจักร (United Kingdom)

สหราชอาณาจักร¹ หรือประเทศอังกฤษ มีพื้นที่ประมาณ 242,534 ตารางกิโลเมตร มีประชากรประมาณ 61.4 ล้านคน มีระบบการเมืองแบบประชาธิปไตย มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ และมีนายกรัฐมนตรีเป็นหัวหน้ารัฐบาล

ระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษนั้นเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Legal System) หรือเรียกกันว่า "ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร" หรือ "ระบบกฎหมายจารีตประเพณี" ซึ่งกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม กล่าวคือ เมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลได้วินิจฉัยไปแล้ว คำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อมา ซึ่งจะพิพากษาคดีที่มีประเด็นอย่างเดียวกันเหมือนๆ กัน เป็นกรณีที่พิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป

3.2.1 การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศอังกฤษ²

เมื่อพิจารณาในภาพรวมตามกฎหมายประเทศอังกฤษ การประกอบธุรกิจประเภทต่างๆ นั้น ไม่จำเป็นต้องขออนุญาต อย่างไรก็ตาม ประเทศอังกฤษมีกฎหมายและกฎระเบียบที่กำกับดูแลการใช้ชื่อธุรกิจ และบางสาขาธุรกิจอาจจำเป็นต้องขอใบอนุญาต (License) หรือขออนุญาตจากทางการ

ในส่วนของหน่วยงานภาครัฐ Companies House ซึ่งเป็นหน่วยงานในสังกัด BSI (Department for Business, Innovation, and Skills) จะเป็นผู้รับผิดชอบการจดทะเบียนบริษัทในประเทศอังกฤษตาม พ.ร.บ. บริษัท ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) โดยผู้ประกอบการสามารถจดทะเบียนด้วยตนเองทาง on-line กับ Companies House ได้ หรือ ว่าจ้าง solicitors, accountants หรือ company formation agents ดำเนินการให้

3.2.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศอังกฤษ

ในปัจจุบันประเทศอังกฤษไม่มีข้อจำกัดการได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว กล่าวคือ คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินในประเทศอังกฤษได้โดยไม่มีเงื่อนไขเมื่อเทียบกับการได้มาซึ่งที่ดินของบุคคลหรือนิติบุคคลสัญชาติ

¹ สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงลอนดอน กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, UK Country Profile [ออนไลน์], พฤษภาคม 2553. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.

² กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, ข้อมูลการลงทุนในต่างประเทศ ภูมิภาคยุโรป [ออนไลน์], กุมภาพันธ์ 2554. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.

อังกฤษ³ โดยไม่คำนึงว่าการถือครองนั้นจะเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการเช่าที่ดิน และโดยไม่คำนึงว่าการถือครองนั้นจะเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้า หรือเพื่อการอยู่อาศัย⁴

นอกจากนี้ รัฐบาลอังกฤษยังมีนโยบายการส่งเสริมให้มีการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศอังกฤษเป็นการทั่วไป และส่วนหนึ่งของนโยบายส่งเสริมการลงทุนรวมถึงการส่งเสริมให้มีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในบางพื้นที่ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากการที่คนต่างด้าวได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษนั้นย่อมส่งผลให้มีรายได้เข้าประเทศนั่นเอง⁵

3.2.2.1 ประเภทของสิทธิในที่ดิน (Type of estate)

ตามทฤษฎีของกฎหมายประเทศอังกฤษแล้ว กษัตริย์ (the Crown) เป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมดในประเทศอังกฤษและเวลส์ (England and Wales) ในขณะที่บุคคลอื่น ๆ เป็นได้เพียงเจ้าของสิทธิในที่ดินเหนือที่ดินดังกล่าว (own merely “estate in land” rather than the land itself) โดยสิทธิในที่ดิน (estate) หมายถึง สิทธิในการใช้และควบคุมดูแลที่ดิน ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว สิทธิดังกล่าวเทียบเท่าได้กับการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (being tantamount to ownership)⁶

ตามระบบกฎหมายของประเทศอังกฤษได้แบ่งสิทธิในที่ดินออกเป็น 4 ประเภท⁷ โดยสิทธิในที่ดินแต่ละประเภทนั้นจะแตกต่างกันที่ระยะเวลาใช้สิทธิในที่ดินของเจ้าของสิทธิ*

(ก) กรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (The fee simple หรือ freehold estate หรือ An estate in fee simple absolute in possession)⁸

³ Dennis Campbell, Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property (1980), at 63.

⁴ Clive Cook and Karen Guch, UK Investment Guide - Legal issues affecting overseas investors (Baker & McKenzie, 2004), at 32.

⁵ Dennis Campbell, Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property (1980), at 63.

⁶ Martin Dixon, Modern Land Law (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 6-7.

⁷ Martin Dixon, Modern Land Law (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 6-7.

* อาจกล่าวได้อีกนัยหนึ่งว่า สิทธิในที่ดิน (estate) มีค่าเท่าเทียมกับการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในช่วงระยะเวลาหนึ่ง (An estate in land is equivalent to ownership of the land for a ‘slice of time’.).

⁸ Martin Dixon, Modern Land Law (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 7.

A fee simple หรือการมีสิทธิในที่ดินแต่เพียงผู้เดียวโดยไม่มีระยะเวลาอันจำกัด (เทียบเท่าได้กับการมีกรรมสิทธิ์)* หมายถึง สิทธิในการใช้และมีสิทธิในที่ดินตลอดชีวิตของผู้รับสิทธิ (เจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน) ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะตกทอดไปยังทายาทตลอดจนผู้สืบมรดกของเจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน นอกจากนี้ เจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินยังสามารถโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นได้อย่างเสรีตลอดชีวิตของเจ้าของกรรมสิทธิ์ (ได้แก่ การให้ หรือการขาย) หรือเมื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ถึงแก่ความตาย (ได้แก่ พิณัยกรรม) และเจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินคนใหม่ยอมสิทธิใช้และมีสิทธิเหนือที่ดินตลอดชีวิต ซึ่งสิทธิดังกล่าวย่อมตกทอดไปยังทายาทตลอดจนผู้สืบมรดกของเจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินได้เช่นกัน

ในกรณีที่เจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินไม่โอนสิทธิของตนให้แก่บุคคลอื่นในระหว่างที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ยังมีชีวิตอยู่ และได้ถึงแก่ความตายโดยไม่มีพินัยกรรมหรือทายาท ตามกฎเรื่องการสืบทอดมรดกซึ่งปราศจากพินัยกรรม สิทธิในที่ดินและที่ดินดังกล่าวจะกลับมาเป็นของกษัตริย์

(ข) สิทธิการเช่า (The leasehold estate หรือ a term of year absolute)

สิทธิการเช่า หรือสิทธิในที่ดินแต่เพียงผู้เดียวโดยมีระยะเวลาอันจำกัด หมายถึง สิทธิในการใช้และมีสิทธิในที่ดินแต่เพียงผู้เดียวในช่วงระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวอาจเป็น 1 วัน หรือ 1 ปี หรือ 1 เดือน หรือ 99 ปี หรือระยะเวลาใดๆ ที่กำหนดไว้⁹ โดยสิทธิการเช่าเป็นสิทธิในที่ดิน (estate) ประเภทหนึ่ง ซึ่งเทียบเท่ากับสิทธิประเภทกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ต่างกันตรงที่มีช่วงระยะเวลาที่กำหนด โดยสิทธิการเช่าก่อให้เกิดสิทธิเหนือที่ดินแก่บุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไปในที่ดินแปลงเดียวกันและในระยะเวลาเดียวกัน กล่าวคือ ผู้ให้เช่าหรือเจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (freeholder) มีสิทธิได้รับค่าเช่าตอบแทน ในขณะที่ผู้เช่า (leaseholder) มีสิทธิประโยชน์เหนือที่ดินโดยการครอบครองทางกายภาพและการยึดถือทรัพย์สิน ทั้งนี้ ผู้ให้เช่าและผู้

* โดยทั่วไปแล้วเมื่อบุคคลกล่าวว่าเขาเป็นเจ้าของที่ดิน บุคคลดังกล่าวหมายความว่าเขาเป็นเจ้าของสิทธิของสิทธิในการใช้ที่ดิน (own estate in land) ซึ่งตามกฎหมายประเทศอังกฤษเรียกสิทธิประเภทนี้ว่า fee simple หรือ freehold estate หรือ free simple absolute in possession อย่างไรก็ตามเนื่องจากสิทธิดังกล่าวมีลักษณะเทียบเท่าได้กับการมีกรรมสิทธิ์ ดังนั้นผู้วิจัยขอเรียกสิทธิดังกล่าวในวิทยานิพนธ์เล่มนี้ว่า "กรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน".

⁹ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 7.

เช่าต่างมีทรัพย์สินสิทธิ (proprietary right) เหนือที่ดินที่เช่า คือ ผู้เช่าเป็นเจ้าของสิทธิการเช่า และผู้ให้เช่าเป็นเจ้าของสิทธิในการได้รับทรัพย์สินกลับคืนเมื่อสิ้นสุดสิทธิการเช่า¹⁰

(ค) The fee tail (ทรัพย์สินมรดกตกทอดในวงจำกัด)¹¹

The fee tail คือ ผลประโยชน์ที่อนุญาตให้ผู้ได้รับสิทธิได้ใช้ที่ดินตลอดระยะเวลาที่ผู้ได้รับสิทธิยังมีชีวิตอยู่ และสามารถตกทอดแก่ทายาทซึ่งเป็นผู้สืบสันดานโดยตรงเท่านั้น (Lineal descendants) * โดยเมื่อผู้สืบทอดมรดกคนสุดท้าย (the last lineal descendant) ซึ่งได้แก่ ผู้ทรงสิทธิ the fee tail ผู้ไม่มีบุตรชายหรือบุตรสาว) ถึงแก่ความตาย ที่ดินจะกลับมาเป็นของบุคคลซึ่งมีสิทธิในที่ดินหรือบุคคลซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (the estate in fee simple) หรือกลับมาเป็นของกษัตริย์ในกรณีที่ไม่มีบุคคลเช่นที่กล่าวมานั้น

อย่างไรก็ตาม ตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2540 กฎหมายกำหนดให้สิทธิในที่ดินประเภท the fee tail ไม่สามารถถูกก่อตั้งได้อีกต่อไป และกำหนดว่า the fee tail ที่ได้ก่อตั้งขึ้นมาก่อนหน้านั้นสามารถเปลี่ยนเป็นสิทธิในที่ดินประเภทที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินได้ และตามกฎหมายทรัพย์สินปัจจุบัน the fee tail เป็นเพียงผลประโยชน์ตามความยุติธรรม (an equitable interest)¹²

(ง) The life interest¹³

The life interest เป็นสิทธิในที่ดินที่ให้ผู้ถือสิทธิ (holder) มีสิทธิในการใช้ที่ดินตลอดชีวิตของผู้ถือสิทธิ และเมื่อผู้ถือสิทธิถึงแก่ความตาย สิทธิในที่ดินประเภท the life interest ก็สิ้นสุดลงและที่ดินจะกลับไปเป็นของผู้ให้สิทธิ (the superior estate owner) ซึ่งอาจเป็นเจ้าของสิทธิการเช่าระยะยาว (a long leaseholder) หรือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (fee simple owner) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันบุคคลไม่สามารถก่อตั้งสิทธิในที่ดินประเภท the life interest ได้อีกแล้ว ซึ่งสิทธิในที่ดินประเภท the life interest ที่ยังคงมีอยู่ในปัจจุบันนั้นจะต้องเป็นสิทธิที่ได้ก่อตั้งขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2469

¹⁰ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 241-242.

¹¹ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 8-9.

* A lineal descendant is a person who can show a parental, grandparental, great grandparental, and so on, link to the person who was originally granted the fee tail.

¹² Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 8-9.

¹³ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 9.

ทั้งนี้ ตามกฎหมายทรัพย์สินปัจจุบัน the life interest นั้นเป็นเพียงผลประโยชน์ตามความยุติธรรม (an equitable interest)

ดังนั้น ในปัจจุบันเราสามารถสรุปได้ว่า ตามพระราชบัญญัติกฎหมายทรัพย์สิน พ.ศ. 2468 (Law of Property Act 1925) สิทธิในที่ดินตามกฎหมาย (Legal estate) ที่สามารถมีอยู่ หรือโอนสิทธิ หรือก่อตั้งได้ตามกฎหมายนั้น ได้แก่ สิทธิในที่ดินประเภทกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (An estate in fee simple absolute in possession) และสิทธิการเช่าที่ดิน (A term of year absolute)¹⁴

3.2.2.2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่ดินหมายความรวมถึงอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินนั้นด้วย¹⁵

ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (Fee simple absolute in possession) หมายถึง ที่ดินซึ่งเจ้าของที่ดินมีอำนาจครอบครองที่ดินโดยเด็ดขาด (Absolute in possession) และเจ้าของที่ดินต้องสามารถครอบครองที่ดินได้โดยไม่มีเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเงื่อนไขดังกล่าวได้แก่

สิทธิประโยชน์ที่อาจสิ้นสุดลงได้ตามเงื่อนไข (The determinable fee) กล่าวคือ การครอบครองที่ดินจะหมดไปโดยอัตโนมัติเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่คู่สัญญากำหนดขึ้น หรือ

กรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยมีเงื่อนไข (A fee simple on condition subsequent) หมายถึง การครอบครองที่ดินจะถูกยกเลิกถ้ามีการฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งการยกเลิกสิทธิดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นโดยอัตโนมัติ กล่าวคือ ถ้าผู้ครอบครองที่ดินฝ่าฝืนเงื่อนไขที่กำหนด ผู้ให้สิทธิ (grantor) ย่อมมีสิทธิกลับเข้าไปครอบครองที่ดินโดยจะต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด หรือ

A fee simple on condition precedent กล่าวคือ การครอบครองที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเหตุการณ์บางอย่างที่กำหนดไว้ในสัญญาได้เกิดขึ้น¹⁶

¹⁴ Section 1(1) of Law of Property Act 1925; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 9.

¹⁵ Section 205(1)(ix) of Law of Property Act 1925; Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 4; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 2.

ดังนั้น หากบุคคลใดได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินโดยที่สิทธินั้นมีเงื่อนไขประเภทหนึ่ง ประเภทใดข้างต้น สิทธิในที่ดินนั้นจะไม่ใช่สิทธิในที่ดินประเภทกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน

(ก) แบบของสัญญาซื้อขายที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (Land Contract)

การทำสัญญาซื้อขายที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นการซื้อขายที่ดินดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ กล่าวคือ สัญญาซื้อขายที่ดินหรือสัญญาจำหน่ายประโยชน์เกี่ยวกับที่ดินจะต้องทำเป็นหนังสือ และมีเงื่อนไขและข้อตกลงที่คู่สัญญาตกลงกันโดยชัดแจ้งในเอกสารฉบับเดียวกัน และต้องลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย¹⁷

ตามกฎหมายอังกฤษนั้น การทำสัญญาซื้อขายที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน ผู้จะขายที่ดินต้องตกลงจะขายที่ดินและผู้จะซื้อที่ดินต้องตกลงจะซื้อที่ดิน และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องตกลงราคาซื้อขายที่ดินกันด้วย โดยสัญญาซื้อขายที่ดินจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อมีการแลกเปลี่ยนสัญญาซึ่งลงลายมือชื่อแล้วระหว่างคู่สัญญา (Exchange of contract) จึงจะทำให้คู่สัญญาต้องผูกพันตามสัญญาซื้อขายที่ดินและไม่สามารถเพิกถอนการแสดงเจตนาของตนจากสัญญาซื้อขายที่ดินได้อีกต่อไป เว้นแต่จะเพิกถอนการแสดงเจตนาของตนในกรณีที่มีการผิดสัญญา ซึ่งถ้าหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องต่อศาล ให้ศาลสั่งให้มีการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงได้ (Specific performance)¹⁸

แม้ว่าสัญญาซื้อขายที่ดินจะสมบูรณ์แล้วโดยมีการแลกเปลี่ยนสัญญากันแล้วก็ตาม แต่กรรมสิทธิ์ในที่ดินยังไม่โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อจนกว่าจะได้ดำเนินการยื่นเอกสารเพื่อขอจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดินเขต (District Land Registry) และในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้ดำเนินการจดทะเบียน ผู้ซื้อหรือผู้รับโอนตามสัญญาซื้อขายที่ดินจะได้รับโอนเพียงกรรมสิทธิ์ตามความยุติธรรม (Equitable ownership of land) แม้ว่าการซื้อขายที่ดินจะได้ทำ

¹⁶ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 23-24.

¹⁷ Section 2(1) of Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989; Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 27.

¹⁸ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 53.

สัญญาซื้อขายที่ดินหรือหนังสือสำคัญ (Deed) ตามที่กฎหมายกำหนดแล้วก็ตาม¹⁹ กล่าวคือ กรรมสิทธิ์ตามความยุติธรรม (Equitable ownership of land) ได้โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อแล้วตาม การตีความในเรื่องทรัสต์ ในคดีเรื่อง *Lysaght v. Edwards (1876)* ซึ่งวางหลักไว้ว่า เมื่อสัญญาซื้อขายที่ดินสมบูรณ์แล้ว ผู้ขายจะกลายเป็นทรัสต์ตามความยุติธรรมของผู้ซื้อในที่ดินที่มีการซื้อขายกัน ทั้งนี้ การที่ผู้ซื้อเข้าครอบครองที่ดินที่ซื้อขายนั้น ไม่ถือว่ามีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน²⁰

(ข) การจดทะเบียนการซื้อขายที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน

ในปัจจุบันที่ดินทั้งหมดในประเทศอังกฤษและเวลส์มากกว่าร้อยละ 85 ได้มีการจดทะเบียนแล้ว เนื่องจากนับแต่วันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2533 (ค.ศ. 1990) การทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดินในประเทศอังกฤษและเวลส์ (England and Wales) ทั้งหมดถูกบังคับให้มีการจดทะเบียนเมื่อได้มีการทำธุรกรรมเกี่ยวเนื่องกับที่ดินครั้งถัดไป²¹

ดังนั้น การโอนหรือการก่อตั้งสิทธิในที่ดินไม่ว่าจะเป็นสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาด (legal freehold) หรือสิทธิการเช่าตามกฎหมายซึ่งมีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 7 ปี (legal leasehold) จะต้องดำเนินการจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดินเขต (District Land Registry) เพื่อให้เป็นสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย (an legal estate) และในกรณีของที่ดินซึ่งยังไม่เคยได้รับการจดทะเบียน หากมีการโอนที่ดิน หรือจำหน่ายประโยชน์เกี่ยวกับที่ดิน ไม่ว่าจะมีความตอบแทน หรือเป็นการให้โดยเสนหา หรือโดยคำสั่งศาล กฎหมายบังคับให้การทำธุรกรรมเกี่ยวกับที่ดินดังกล่าวจะต้องมีการจดทะเบียนครั้งแรก (the first “qualifying conveyance”) ต่อนายทะเบียนที่ดิน (Land Registrar)²²

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น กรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ซื้อขายจะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดินเขต (District Land Registry) ซึ่งเราสามารถแยกพิจารณาการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินได้ ดังนี้

¹⁹ Sections 7 and 27(1) of Law Land Registration Act 2002; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 13.

²⁰ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 54.

²¹ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 36; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 33-34.

²² Section 4(1)(a) of Land Registration Act 2002.

(1) ที่ดินซึ่งยังไม่ได้จดทะเบียน (Unregistered land)*

ผู้ซื้อที่ดินจะต้องร้องขอให้ผู้ขายที่ดินพิสูจน์ประวัติและความ เป็นมาของที่ดิน (Root of title) ย้อนหลังไปอย่างน้อย 15 ปี กล่าวคือ ผู้ขายจะต้องแสดงหลักฐาน และพิสูจน์ให้ได้ว่า ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ต้องการจะขายต่อนายทะเบียนที่ดิน²³ และ ดำเนินการจดทะเบียนครั้งแรกเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อต่อ นายทะเบียนที่ดิน²⁴

(2) ที่ดินซึ่งจดทะเบียน (Registered land)

การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อจะสมบูรณ์ก็ ต่อเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดินเขต (District Land Registry)²⁵ โดยผู้ ซื้อยังสามารถตรวจสอบประวัติความเป็นมาของที่ดิน ณ สำนักงานที่ดินซึ่งเป็นศูนย์กลางของ ข้อมูลที่ดินและเปิดเผยต่อสาธารณะได้²⁶

ผู้ขาย²⁷ที่ดินจะต้องดำเนินการจดทะเบียนโอนที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ ภายใน 2 เดือน²⁸ นับแต่วันที่สัญญาซื้อขายที่ดินสมบูรณ์ ซึ่งนายทะเบียนที่ดินอาจขยายระยะเวลา 2 เดือนนี้ และกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดให้ใหม่ได้หากมีเหตุอันสมควร²⁹ เพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินมีฐานะเป็น ผู้มีกรรมสิทธิ์ซึ่งได้จดทะเบียน (Registered proprietor)

ในกรณีที่ผู้ขายที่ดินไม่ดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ใน ที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่ดินภายในกำหนดระยะเวลา 2 เดือน หรือภายในระยะเวลาที่นายทะเบียนที่ดิน

* ที่ดินซึ่งไม่ได้จดทะเบียน หมายถึง ที่ดินซึ่งยังไม่เคยได้รับการจดทะเบียนมาก่อนเลย เจ้าของที่ดินมีเพียง deeds of title ในการพิสูจน์กรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น.

²³ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 22.

²⁴ Section 4(1)(a) of Land Registration Act 2002.

²⁵ Section 4(1)(a) of Land Registration Act 2002.

²⁶ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 22.

²⁷ Section 6(1) of Land Registration Act 2002.

²⁸ Section 6(4) of Land Registration Act 2002.

²⁹ Section 6(5) of Land Registration Act 2002.

กำหนด การซื้อขายที่ดินระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ³⁰ และกฎหมายถือว่าผู้ขายที่ดินเป็นผู้ถือครองที่ดินในฐานะทรัพย์สินของผู้ซื้อที่ดินหรือผู้รับโอนที่ดิน³¹

(ค) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณากฎหมายประเทศอังกฤษแล้ว นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิที่จะได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินหรือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนโดยเสรี ซึ่งการได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว ย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ ได้ เช่น ธุรกิจอาคารชุด ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอวิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ทั้งนี้ การทำสัญญาซื้อขายที่ดิน จะต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนด และจะต้องดำเนินการจดทะเบียนต่อสำนักงานทะเบียนที่ดินเขต เพื่อให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ นอกจากนี้ รัฐบาลอังกฤษได้มีนโยบายการส่งเสริมให้มีการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในประเทศอังกฤษซึ่งรวมถึงส่งเสริมให้มีการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในบางพื้นที่ของประเทศอังกฤษ เนื่องจากคนที่คนต่างด้าวได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ในประเทศอังกฤษนั้นย่อมส่งผลให้มีรายได้เข้าประเทศนั่นเอง³²

อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี แต่การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก่อนการประกอบธุรกิจด้วย เช่น การจดทะเบียนบริษัทตาม พ.ร.บ. บริษัท ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมายผังเมือง เป็นต้น

3.2.2.3 การเช่าอสังหาริมทรัพย์

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายอังกฤษ สิทธิตามสัญญาเช่าเป็นเพียงบุคคลสิทธิ เนื่องจากการฟ้องคดีเกี่ยวกับหนี้บุคคล (a personal action) เพื่อดำเนินการขับไล่ สามารถทำได้โดยใช้สิทธิทางศาลเท่านั้น ดังนั้น สัญญาเช่าจึงเป็นเพียงความสัมพันธ์ตามสัญญา ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสิทธิในสังหาริมทรัพย์ (Chattels) อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันสัญญาเช่าถือเป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่ง (Property right or proprietary right) ซึ่งผู้เช่ามีสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย (Legal Estate)³³ โดยเป็นสิทธิในที่ดินประเภทสิทธิการเช่า (A term of year absolute/ leasehold

³⁰ Section 7(1) of Land Registration Act 2002.

³¹ Section 7(2)(a) of Land Registration Act 2002.

³² Dennis Campbell, *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property* (1980), at 63.

³³ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 2; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 242; ตามกฎหมายอังกฤษนั้น การเช่าที่ถูกต้องตามกฎหมาย

estate)³⁴ เนื่องจากสิทธิในที่ดิน (Estate) มีคุณค่าเทียบเท่ากับการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น โดยผู้เช่าจะเป็นผู้ที่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินแบบมีกำหนดระยะเวลา ตามที่ระบุไว้ในสัญญาเช่า

โดยการเช่าที่จะเป็นสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย (Legal estate) ได้นั้น จะต้องมีการกำหนดระยะเวลาการเช่าที่แน่นอน (A term of year absolute) และการเกิดขึ้นของสัญญาเช่านั้นจะต้องได้ปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนด³⁵ อย่างไรก็ตาม การเช่าตามกฎหมายไม่จำเป็นต้องมีการครอบครองสถานที่เช่าทันที โดยการครอบครองสถานที่เช่านั้นอาจเกิดขึ้นในอนาคตก็ได้ (Reversionary lease) ทั้งนี้ การเช่าครอบครองสถานที่เช่าจะต้องเกิดขึ้นภายใน 21 ปีนับแต่วันที่ทำสัญญาเช่า มิฉะนั้นสัญญาเช่าจะตกเป็นโมฆะ³⁶

ตามคำจำกัดความซึ่งปรากฏในพระราชบัญญัติกฎหมายทรัพย์สิน พ.ศ. 2468 (Law of Property Act 1925) กำหนดระยะเวลาเช่า (A term of year) รวมถึงการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาสั้นกว่า 3 ปีด้วย ดังนั้น ไม่ว่าสัญญาเช่าจะมีกำหนดระยะเวลาการเช่ากี่ปี หากทำตามแบบที่กฎหมายกำหนด สัญญาเช่านั้นย่อมก่อตั้งสิทธิในที่ดินตามกฎหมายได้ (Legal estate)³⁷

นอกจากนี้ สัญญาเช่าที่จะก่อตั้งสิทธิในที่ดินตามกฎหมายได้ (Legal estate) ผู้เช่าต้องครอบครองที่ดินแต่เพียงผู้เดียว (Exclusive possession) ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญที่แยกสิทธิตามสัญญาเช่าออกจากสิทธิตามการอนุญาต (License) กล่าวคือ สิทธิตามสัญญาเช่าก่อให้เกิดผู้เช่ามีสิทธิครอบครองที่ดินแต่เพียงผู้เดียว ได้แก่ สิทธิที่จะหวงกั้นและห้ามไม่ให้ผู้อื่นเข้ามาในที่ดินรวมทั้งเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นผู้ให้เช่าด้วย โดยผู้เช่ามีสิทธิปฏิเสธห้ามมิให้ผู้ให้เช่าเข้ามาในที่ดินโดยมิได้รับอนุญาต และหากผู้ให้เช่าฝ่าฝืนเข้ามาในที่ดิน ผู้ให้เช่าย่อมมีความผิดฐานบุกรุกและผู้เช่าสามารถเรียกร้องค่าเสียหายจากการบุกรุกของผู้ให้เช่าได้ตามความเหมาะสม

ในทางตรงกันข้าม ผู้ได้รับอนุญาต (Licensee) มีสิทธิครอบครองที่ดินเพื่อใช้ที่ดินที่ได้รับอนุญาต (Licensor) ตามข้อกำหนดของการอนุญาตเท่านั้น ผู้ได้รับอนุญาตไม่มีสิทธิ

ยอมทำให้ผู้เช่ามีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (leasehold estate) กล่าวคือผู้เช่ามีสิทธิในการใช้ที่ดินและมีสิทธิในที่ดินดังกล่าวแต่เพียงผู้เดียวในฐานะเจ้าของตามช่วงเวลาที่กำหนดในสัญญาเช่า (Modern Land Law, at 7).

³⁴ Section 1(1) of Law of Property Act 1925.

³⁵ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 50.

³⁶ Section 149(3) of Law of Property Act 1925; Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 26.

³⁷ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 66.

ปฏิเสธห้ามไม่ให้ผู้ให้อนุญาตเข้ามาในที่ดิน แม้ผู้ให้อนุญาตจะเข้าไปในที่ดินโดยที่ผู้ได้รับอนุญาตไม่ยินยอม ผู้ให้อนุญาตก็ไม่มี ความผิดฐานบุกรุก และผู้ได้รับอนุญาตก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการเข้ามาของผู้ให้อนุญาตนั้น ทั้งนี้ สิทธิตามการอนุญาตนั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิ ซึ่งแตกต่างจากสิทธิตามสัญญาเช่าซึ่งเป็นทรัพย์สิน (proprietary rights in land) ดังนั้น หากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (freehold) หรือผู้ให้อนุญาตโอนหรือขายที่ดินให้แก่บุคคลอื่น บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ผูกพันตามสัญญาการอนุญาตซึ่งได้ให้อนุญาตโดยเจ้าของที่ดินเดิม³⁸

(ก) แบบของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลาเช่าไม่เกิน 3 ปี คู่สัญญาสามารถตกลงกันด้วยวาจาได้³⁹

สัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลาเช่ามากกว่า 3 ปี จะสมบูรณ์ตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed)⁴⁰ เท่านั้น ซึ่งหนังสือสำคัญนั้นเป็นเอกสารที่เป็นแบบพิธีตามกฎหมาย แสดงออกโดยตัวของเอกสารนั้นเองว่าเป็นหนังสือสำคัญ และบุคคลซึ่งเป็นผู้ทำหนังสือสำคัญจะต้องลงลายมือชื่อต่อหน้าพยานเพื่อเป็นการยืนยันการลงลายมือชื่อของบุคคลผู้ออกหนังสือสำคัญดังกล่าว⁴¹ อนึ่ง หากสัญญาเช่าซึ่งมีระยะเวลาเช่ามากกว่า 3 ปี ไม่ได้ทำเป็นหนังสือสำคัญ สัญญาเช่านั้นจะกลายเป็นสัญญาเช่าตามความยุติธรรม (Equitable in nature) ใช้ยันได้เฉพาะคู่สัญญา แต่ไม่สามารถใช้ยันต่อบุคคลภายนอกได้⁴²

อย่างไรก็ตาม ศาลเคยตัดสินในคดี *Rochester Poster Services Ltd. v. Dartford Borough Council (1991)*⁴³ ว่าสัญญาเช่ามีกำหนดระยะเวลา 12 ปี และมีค่าเช่า 280 ปอนด์ต่อปี ซึ่งสัญญาเช่าดังกล่าวไม่ได้ทำเป็นหนังสือสำคัญ จึงไม่เกิดสัญญาเช่าตามกฎหมาย (legal lease) แต่สัญญาเช่าดังกล่าวก่อให้เกิดสัญญาเช่าตามความยุติธรรม (Equitable lease) ศาลสามารถสั่งให้คู่สัญญาชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาเช่าได้ (Specific

³⁸ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 66.

³⁹ Section 52(2)(d) and 54(2) of Law of Property Act 1925; John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 90.

⁴⁰ Section 52(1) of Law of Property Act 1925.

⁴¹ Section 1 of Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989.

⁴² Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 50.

⁴³ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 92.

performance) ซึ่งรวมถึงการสั่งให้คู่สัญญาจัดทำหนังสือสำคัญ (Deed) ด้วย⁴⁴ ดังนั้น *Rochester* จึงมีสิทธิได้รับค่าชดเชยจาก *Council* เมื่อ *Rochester* ถูกบังคับซื้อที่ดิน เพราะ *Rochester* เป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายภายใต้สัญญาเช่าตามความยุติธรรม (Equitable lease)

นอกจากนี้ สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 7 ปี ซึ่งได้ทำขึ้นโดยมีค่าตอบแทน หรือโดยการให้โดยเสน่หา หรือโดยคำสั่งศาล⁴⁵ ผู้ให้เช่า⁴⁶ ที่ดินจะต้องดำเนินการจดทะเบียนการเช่าที่ดินให้แก่ผู้เช่าต่อนายทะเบียนที่ดิน เพื่อให้ผู้เช่าที่ดินมีฐานะเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินหรือมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งได้จดทะเบียนแล้ว (Registered proprietor) ภายใน 2 เดือน⁴⁷ นับแต่วันที่สัญญาเช่าที่ดินสมบูรณ์ ซึ่งนายทะเบียนที่ดินอาจขยายระยะเวลา 2 เดือนนี้ และกำหนดระยะเวลาสิ้นสุดให้ใหม่ได้หากมีเหตุอันสมควร⁴⁸

(ข) ระยะเวลาของสัญญาเช่า

ภายใต้กฎหมายอังกฤษ สัญญาเช่าสามารถที่จะกำหนดระยะเวลาการเช่าเท่าไรก็ได้ ทั้งนี้ กำหนดระยะเวลาการเช่าดังกล่าวจะต้องเป็นกำหนดระยะเวลาการเช่าที่แน่นอน และก็ไม่ใช่เรื่องผิดปกติในประเทศอังกฤษที่สัญญาเช่าจะมีกำหนดระยะเวลาการเช่าถึง 999 ปี หรือมากกว่านั้น⁴⁹

(1) สัญญาเช่าที่มีข้อกำหนดให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าตลอดกาล⁵⁰

ภายใต้กฎหมายอังกฤษ การทำสัญญาเช่าตลอดกาล (A lease in perpetuity) ย่อมตกเป็นโมฆะ เนื่องจากสัญญาเช่าซึ่งเป็นสิทธิการเช่าตามกฎหมายได้นั้นจะต้องมีกำหนดระยะเวลาการเช่าที่แน่นอน (A term of year absolute)

อย่างไรก็ตาม คู่สัญญาสามารถตกลงให้สัญญาเช่ามีข้อกำหนดหรือข้อสัญญาให้ต่ออายุสัญญาเช่าตลอดกาลได้ (Perpetually renewable lease) โดยข้อกำหนดหรือข้อสัญญาเช่าดังกล่าวให้อำนาจคู่สัญญาตกลงต่ออายุสัญญาเช่าต่อไปได้บ่อยเท่าที่สัญญา

⁴⁴ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 56.

⁴⁵ Section 4(1)(c) and 27(2)(b) of Land Registration Act 2002.

⁴⁶ Section 6(1) of Land Registration Act 2002.

⁴⁷ Section 6(4) of Land Registration Act 2002.

⁴⁸ Section 6(5) of Land Registration Act 2002.

⁴⁹ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 65.

⁵⁰ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 51.

เช่าหมดอายุ ซึ่งตามพระราชบัญญัติกฎหมายทรัพย์สิน พ.ศ. 2465 (Law of Property Act 1922) กำหนดให้เปลี่ยนสัญญาเช่าดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่า 2,000 ปี ตัวอย่างสัญญาเช่าตลอดกาล ได้แก่ คดี *Caerphilly Concrete Products Ltd v. Owen (1972)* ซึ่งกำหนดให้ผู้เช่ามีสิทธิต่ออายุสัญญาเช่า “ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขเดิมซึ่งรวมถึงข้อสัญญาข้อนี้ด้วย” (The right to renew “on the same terms and conditions including this clause”)* และในคดี *Northchurch Estate v. Daniels (1947)* ซึ่งมีข้อกำหนดให้สิทธิในการต่ออายุสัญญาเช่า “โดยมีข้อกำหนดและเงื่อนไขแบบเดียวกัน” (By granting a renewal “on identical terms and conditions”) ทั้งนี้ ผู้เช่าแต่เพียงผู้เดียวที่มีสิทธิในการเลิกสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่า 2,000 ปี โดยผู้เช่าต้องยื่นหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้า 10 วัน เพื่อให้สัญญาเช่ามีผลสิ้นสุดลงในวันที่จะต้องทำการต่ออายุสัญญาเช่าใหม่ในงวดถัดไป

(2) สัญญาเช่ากำหนดตลอดอายุของผู้เช่า (Lease for life)⁵¹

ตามพระราชบัญญัติกฎหมายทรัพย์สิน พ.ศ. 2468 (Law of Property Act 1925) สัญญาเช่าซึ่งมีข้อสัญญากำหนดระยะเวลาการเช่าตลอดอายุของผู้เช่า หรือมีกำหนดระยะเวลาการเช่าจนกว่าผู้เช่าจะทำการสมรส กฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาการเช่าดังกล่าวถูกเปลี่ยนเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่า 90 ปี อย่างไรก็ตาม สัญญาเช่าจะไม่สิ้นสุดไปโดยอัตโนมัติด้วยความตายของผู้เช่า หรือการสมรสของผู้เช่า กล่าวคือ แม้ผู้เช่าตาย หรือผู้เช่าได้ทำการสมรส สัญญาเช่าก็ยังคงมีอยู่ต่อไปจนกว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (หรือทายาทของคู่สัญญา) จะส่งหนังสือบอกกล่าวการสิ้นสุดสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบล่วงหน้าอย่างน้อย 1 เดือนก่อนวันสิ้นสุดสัญญาเช่า⁵²

* ข้อสัญญาให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าตลอดกาล ซึ่งกำหนดให้ผู้เช่ามีสิทธิต่ออายุสัญญาเช่า “ตามข้อกำหนดและเงื่อนไขเดิมซึ่งรวมถึงข้อสัญญาข้อนี้ด้วย” หมายถึง เมื่อผู้เช่าแสดงเจตนาต่ออายุสัญญาเช่าแล้ว สัญญาเช่าที่ได้รับการต่ออายุก็จะมีข้อสัญญาซึ่งให้สิทธิผู้เช่าต่ออายุสัญญาเช่าด้วย ซึ่งทำให้ผู้เช่ามีสิทธิต่ออายุสัญญาเช่าได้ไม่มีที่สิ้นสุด.

⁵¹ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 51.

⁵² Section 146(6) of Law of Property Act 1925.

(3) สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์มักมีกำหนดระยะเวลาเช่าระหว่าง 20 ถึง 25 ปี อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันผู้ให้เช่านิยมให้เช่าสถานที่เช่าโดยมีกำหนดระยะเวลาเช่าที่สั้น เช่น 5, 10 หรือ 15 ปี⁵³

(ค) การต่ออายุสัญญาเช่า⁵⁴

ตามพระราชบัญญัติผู้ให้เช่าและผู้เช่า พ.ศ. 2497 (ค.ศ. 1954) ผู้เช่าซึ่งเช่าสถานที่ทำธุรกิจ มีสิทธิร้องขอต่ออายุสัญญาเช่า เมื่อสัญญาเช่าที่มีอยู่สิ้นสุดลง โดยสัญญาเช่าที่ผู้เช่าจะร้องขอให้ผู้ให้เช่าต่ออายุสัญญาเช่าได้นั้นจะต้องเป็นสัญญาเช่าที่มีระยะเวลาเช่าที่แน่นอนมากกว่า 1 ปี⁵⁵ และสัญญาเช่าใหม่จะมีเงื่อนไขคล้ายกับสัญญาเช่าเดิม และมีค่าเช่าตามราคาตลาด ณ ขณะนั้น อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถตกลงเงื่อนไขของสัญญาเช่าใหม่ได้ ศาลมีอำนาจสั่งให้สัญญาเช่าใหม่มีกำหนดระยะเวลาเช่าคราวละไม่เกิน 14 ปี⁵⁶

นอกจากนี้ ศาลยังมีอำนาจกำหนดอัตราค่าเช่าตามราคาตลาด ซึ่งศาลจะกำหนดอัตราค่าเช่าโดยพิจารณาจากเงื่อนไขของสัญญาเช่า โดยไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงว่าผู้เช่าได้ครอบครองสถานที่เช่าหรือไม่, ชื่อเสียงของธุรกิจของผู้เช่า, การปรับปรุงสถานที่เช่าโดยผู้เช่า และการได้รับใบอนุญาตซึ่งเกี่ยวกับสถานที่เช่า⁵⁷

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้เช่ามีสิทธิปฏิเสธการต่ออายุสัญญา ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้⁵⁸

(1) เมื่อผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามหน้าที่เกี่ยวกับการซ่อมแซมและดูแลรักษาสถานที่เช่า

(2) เมื่อผู้เช่าชำระค่าเช่าไม่ตรงตามกำหนดเวลา

⁵³ Clive Cook and Karen Guch, UK Investment Guide - Legal issues affecting overseas investors (Baker & McKenzie, 2004), at 32.

⁵⁴ Baker & McKenzie, Business Leases in England and Wales, (London: Baker & McKenzie LLP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 2.

⁵⁵ Section 26 (1) of Landlord and Tenant Act 1954.

⁵⁶ Section 33 of Landlord and Tenant Act 1954.

⁵⁷ Section 34 (1) of Landlord and Tenant Act 1954.

⁵⁸ Section 30 (1) of Landlord and Tenant Act 1954.

(3) เมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนข้อตกลงที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาเช่า หรือผู้เช่าใช้สถานที่เช่าหรือดูแลรักษาสถานที่เช่าไม่เหมาะสม

(4) เมื่อผู้ให้เช่าเสนอสถานที่เช่าใหม่ซึ่งตั้งอยู่ใกล้สถานที่เช่าเดิม มีเงื่อนไขต่าง ๆ เหมือนเดิม และไม่กระทบต่อประโยชน์ของผู้เช่า

(5) เมื่อผู้เช่าได้เช่าสถานที่เช่าเพียงบางส่วน ซึ่งถ้าผู้ให้เช่านำสถานที่เช่าทั้งหมดออกให้เช่าแก่ผู้เช่ารายเดียว ผู้ให้เช่าจะได้รับค่าเช่าสูงขึ้นเมื่อเทียบกับการให้เช่าสถานที่เช่าเพียงบางส่วน

(6) เมื่อผู้ให้เช่าต้องการพัฒนาหรือสร้างสถานที่เช่าใหม่

(7) เมื่อผู้ให้เช่าต้องการสถานที่เช่าเพื่อครอบครองและใช้ประโยชน์ของตนเอง

ทั้งนี้ หากผู้ให้เช่าปฏิเสธการต่ออายุสัญญาเช่าโดยอาศัยเหตุตาม (5) หรือ (7) ข้างต้น ผู้ให้เช่าต้องชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เช่า⁵⁹

นอกจากนี้ สัญญาเช่าซึ่งมีข้อสัญญากำหนดยกเว้นสิทธิของผู้เช่าในการร้องขอให้การต่ออายุสัญญาเช่า หรือกำหนดให้ผู้เช่าสละสิทธิในการร้องขอให้การต่ออายุสัญญาเช่า ข้อตกลงดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ⁶⁰

อนึ่ง ในการเจรจาตกลงเกี่ยวกับเรื่องสิทธิในการต่ออายุสัญญาเช่าเมื่อสัญญาเช่าเดิมสิ้นสุดลง คู่สัญญาจะต้องระวังไม่ให้ข้อกำหนดดังกล่าวมีลักษณะเป็นข้อกำหนดให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าตลอดกาล (Perpetually renewable lease) เพราะหากเป็นเช่นนั้น สัญญาเช่าดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาเช่า 2,000 ปี⁶¹

⁵⁹ Section 37(1) of Landlord and Tenant Act 1954.

⁶⁰ Section 38(1) of Landlord and Tenant Act 1954.

⁶¹ Baker & McKenzie, *Business Leases in England and Wales*, (London: Baker & McKenzie LLP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 2.

(ง) การทบทวนค่าเช่า (Rent Reviews)⁶²

โดยทั่วไปในทางปฏิบัติ สัญญาเช่าจะมีข้อกำหนดให้พิจารณาค่าเช่าใหม่ทุกๆ 5 ปี (บางสัญญาเช่ามีข้อกำหนดให้ทบทวนค่าเช่าทุกๆ 3 ปี) ทั้งนี้ การพิจารณาค่าเช่าใหม่มักอ้างอิงตามราคาตลาด ณ ขณะนั้น โดยไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงอัตราเงินเฟ้อที่สูงขึ้น และอาจคำนึงถึงความเชื่อมโยงของดัชนีค่าเช่า (มักพิจารณาถึงค่าครองชีพ) มูลค่าสัญญาเช่า และค่าเช่าที่ผู้เช่าได้รับในกรณีที่มีการเช่าช่วง

(จ) การโอนสิทธิการเช่าและการให้เช่าช่วงสถานที่เช่า

(1) หลักการทั่วไป⁶³

ผู้เช่าสามารถโอนสิทธิการเช่าหรือให้เช่าช่วงสถานที่เช่าได้ หากในสัญญาเช่าไม่ได้กำหนดห้ามโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงโดยชัดแจ้ง ซึ่งโดยทั่วไปข้อตกลงห้ามโอนสิทธิการเช่าหรือให้เช่าช่วงไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนของสถานที่เช่า ควรกำหนดไว้โดยชัดแจ้งในสัญญาเช่า

ข้อตกลงเกี่ยวกับการห้ามโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงดังกล่าวอาจเป็นข้อตกลงห้ามเด็ดขาด (Absolute) หรือข้อตกลงห้ามแบบมีเงื่อนไข (Qualified) ขึ้นอยู่กับเจตนาของผู้ให้เช่าว่าจะผ่อนปรนให้แก่ผู้เช่ามากน้อยเพียงใด โดยถ้าเป็นข้อตกลงห้ามเด็ดขาดจะมีผลใช้บังคับได้โดยตัวของข้อตกลงนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่สัญญาเช่ามีข้อกำหนดห้ามโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงแบบมีเงื่อนไข โดยกำหนดให้ผู้เช่าสามารถโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ถ้าผู้ให้เช่าจะไม่ให้ความยินยอมในการโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วง ผู้ให้เช่าต้องมีเหตุผลอันสมควร และผู้ให้เช่าต้องแจ้งการปฏิเสธพร้อมทั้งให้เหตุผลของการปฏิเสธต่อผู้เช่า ถ้าผู้ให้เช่าปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมโดยปราศจากเหตุผลอันสมควร ถือว่าผู้ให้เช่าทำละเมิดต่อผู้เช่า ผู้เช่ามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย⁶⁴

⁶² Baker & McKenzie, Business Leases in England and Wales, (London: Baker & McKenzie LLP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 3.

⁶³ Michael Haley, Nutshells Land Law (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 133-134.

⁶⁴ Section 19(1)(a) of Landlord and Tenant Act 1927.

นอกจากนี้ ตามพระราชบัญญัติผู้ให้เช่าและผู้เช่า (ข้อตกลง) พ.ศ. 2538 (Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995)⁶⁵ ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการโอนสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ กล่าวคือ ผู้ให้เช่าอาจปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมในการโอนสัญญาเช่าได้ (ไม่รวมถึงการให้เช่าช่วง) เมื่อเกิดเหตุใดเหตุหนึ่งในสัญญาซึ่งได้ตกลงกันไว้ โดยถือว่าเป็นการปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมแก่ผู้เช่าในการโอนสัญญาเช่าโดยมีเหตุผลอันสมควร ดังนั้น ผู้ให้เช่าสามารถกำหนดเหตุการณ์ล่วงหน้าในสัญญาเช่าได้ว่า ในกรณีใดบ้างที่ผู้ให้เช่ามีสิทธิปฏิเสธไม่ให้ความยินยอมในการโอนสัญญาเช่า

(2) ความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Privity of contract)⁶⁶

โดยทั่วไปแล้ว ข้อตกลงต่างๆ ในสัญญาเช่าย่อมมีผลผูกพันคู่สัญญาตลอดระยะเวลาการเช่า สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ของคู่สัญญายังคงมีอยู่จนกว่าสัญญาเช่าจะสิ้นสุดลง ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดย่อมมีสิทธิฟ้องร้องคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาได้

(2.1) สัญญาเช่าที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996)

หากมีการโอนสิทธิตามสัญญาเช่าซึ่งทำขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996) ผู้เช่าเดิมยังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบต่างๆ ที่กำหนดในสัญญาเช่า แม้ว่าผู้เช่าได้โอนสิทธิตามสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงสถานที่เช่าให้แก่บุคคลภายนอกแล้ว ดังนั้น ผู้เช่าเดิมอาจต้องรับผิดชอบตามสัญญาเช่าหากผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาเช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่า หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ให้เช่ามีสิทธิที่จะเลือกฟ้องผู้เช่าเดิม (ซึ่งเป็นไปตามหลัก Privity of contract) หรือเลือกฟ้องผู้เช่าซึ่งได้เช่าอยู่ ณ ขณะนั้น (ซึ่งเป็นไปตามหลัก Privity of estate) โดยกฎหมายถือว่าผู้เช่า ณ ขณะนั้นเป็นลูกหนี้ขั้นต้น และผู้เช่าเดิมเป็นผู้ค้ำประกัน

ในกรณีที่ผู้เช่าให้เช่าช่วงสถานที่เช่า ผู้เช่ายังคงต้องรับผิดชอบต่อการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่าหลัก (Main lease) แม้ว่าความผิดจะเกิดจากผู้เช่าช่วงก็ตาม เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์โดยตรงระหว่างผู้ให้เช่าและผู้เช่าช่วง ดังนั้น ผู้ให้เช่าและผู้เช่าช่วงไม่สามารถฟ้องร้องกันได้โดยตรง

⁶⁵ Section 22 of Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995.

⁶⁶ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 137, 140-141.

(2.2) สัญญาเช่าที่สร้างขึ้นตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539

(ค.ศ. 1996)

พระราชบัญญัติผู้ให้เช่าและผู้เช่า (ข้อตกลง) พ.ศ. 2538 (Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ที่สำคัญ ได้แก่ การโอนสิทธิตามสัญญาเช่าโดยชอบด้วยกฎหมาย (Assignment) จะส่งผลให้ผู้เช่าเดิมหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาเช่าที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต กล่าวคือ ผู้เช่าเดิมซึ่งโอนสิทธิตามสัญญาเช่าจะหลุดพ้นจากภาระของข้อตกลงตามสัญญาเช่า ทั้งนี้ หากมีการโอนสิทธิตามสัญญาเช่าของสถานที่เช่าบางส่วน ผู้เช่าจะหลุดพ้นจากภาระของข้อตกลงตามสัญญาเช่าเฉพาะส่วนของสถานที่เช่าที่ได้โอนนั้น

อนึ่ง พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับกับข้อตกลงตามสัญญาเช่าโดยไม่คำนึงว่าข้อตกลงนั้นเป็นข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน (Touch and concern the land) หรือไม่ และไม่คำนึงว่าข้อตกลงนั้นจะเป็นข้อตกลงโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย หรือเป็นข้อตกลงที่ถูกกำหนดโดยกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้เช่าเดิมจะไม่หลุดพ้นจากภาระหน้าที่ตามสัญญาเช่าเมื่อมีการโอนสิทธิตามสัญญาเช่า เฉพาะกรณีที่สัญญาเช่ามีข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่เฉพาะตัวของผู้เช่าเดิม

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าความรับผิดที่เกี่ยวข้องกับข้อตกลงตามสัญญาเช่าของผู้เช่านั้นจะสิ้นสุดลงเมื่อมีการโอนสิทธิตามสัญญาเช่า ผู้ให้เช่าอาจเรียกให้ผู้เช่าซึ่งต้องการโอนสิทธิตามสัญญาเช่าให้หลักประกัน เพื่อเป็นการประกันการปฏิบัติตามสัญญาของผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาเช่าโดยการเข้าทำสัญญา Authorized Guarantee Agreement ซึ่งส่งผลให้ผู้เช่าเดิมต้องรับประกันการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาเช่าของผู้รับโอนสิทธิตามสัญญาเช่า⁶⁷

(3) ข้อผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Privity of estate)⁶⁸

เพื่อความมีประสิทธิภาพของระบบสัญญาเช่า ข้อตกลงตามสัญญาเช่าจะผูกพันบุคคลภายนอก (Third party) ไม่ว่าจะเป็นผู้รับโอนสิทธิจากผู้ให้เช่าหรือผู้เช่า ข้อตกลงตามสัญญาเช่าจะตกติดไปกับอสังหาริมทรัพย์ และสามารถใช้บังคับกับผู้ให้เช่าคนปัจจุบันและผู้เช่าปัจจุบันได้เสมอ ทั้งนี้ปรากฏตามคดี *City of London Corporation v. Fell* (1994)

⁶⁷ Section 16 of Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995.

⁶⁸ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 138.

ข้อผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Privity of estate) มีอยู่อย่างอิสระ และคู่ขนานไปกับข้อตกลงตามสัญญาเช่า แม้ว่าผู้เช่าเดิมจะได้รับการปลดเปลื้องจากสิทธิและหน้าที่ใดๆ ตามสัญญาเช่า การปลดเปลื้องความรับผิดชอบของผู้เช่าดังกล่าวไม่มีผลต่อความรับผิดชอบของผู้เช่าคนปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม ผู้รับโอนสิทธิจากผู้ให้เช่าจะผูกพันตามข้อตกลงเฉพาะข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับที่ดินซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับบุคคล (Touch and concern the land)⁶⁹ ตัวอย่างข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับที่ดิน เช่น ข้อตกลงที่ผู้เช่าจะชำระค่าเช่า ข้อตกลงที่ผู้เช่าจะซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ข้อตกลงของผู้ให้เช่าที่จะต่ออายุสัญญาเช่าให้ เป็นต้น

(4) แบบของการโอนสิทธิตามสัญญาเช่า⁷⁰

การโอนสิทธิตามสัญญาเช่าต้องทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed) และตามบรรทัดฐานของคดี *Crago v. Julian (1992)* การโอนสิทธิตามสัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลาเช่าต่ำกว่า 3 ปี ก็ต้องทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed) เช่นเดียวกัน

(จ) การโอนสถานที่เช่า (Assignment of the reversion)

(1) สัญญาเช่าที่ทำขึ้นก่อนวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1996)⁷¹

เมื่อผู้ให้เช่าโอนสถานที่เช่าให้แก่บุคคลอื่น ผู้เช่ามีสิทธิที่จะเลือกฟ้องผู้ให้เช่าเดิมหรือผู้ให้เช่าใหม่ก็ได้เพื่อให้อำนาจตามสัญญาเช่า (Privity of estate) ในทางตรงกันข้าม ผู้ให้เช่าเดิมนำมาดลิตกที่ฟ้องร้องผู้เช่าอีกต่อไป กล่าวคือ สิทธิในการฟ้องร้องผู้เช่าเมื่อมีการฝ่าฝืนข้อตกลงในสัญญาเช่าจะโอนไปยังผู้ให้เช่าใหม่โดยอัตโนมัติ⁷² ผู้ให้เช่าเดิมไม่จำเป็นต้องแสดงเจตนาโอนผลประโยชน์ตามสัญญาเช่าโดยชัดแจ้ง และความสัมพันธ์เฉพาะตัวของคู่สัญญา (Privity of contract) ระหว่างผู้ให้เช่าใหม่และผู้เช่ายังคงมีอยู่

⁶⁹ Sections 141 and 142 of Law of Property Act 1925.

⁷⁰ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 56.

⁷¹ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 137.

⁷² Section 149 of Law of Property Act 1925.

(2) สัญญาเช่าที่สร้างขึ้นหลังตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 (ค.ศ. 1995)⁷³

พระราชบัญญัติผู้ให้เช่าและผู้เช่า (ข้อตกลง) พ.ศ. 2538 (Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995) มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2539 ซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนี้ที่สำคัญ ได้แก่ ผู้ให้เช่าเดิมหลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาเช่าที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเมื่อมีการโอนสถานที่เช่าโดยชอบด้วยกฎหมาย (Reversion)* อย่างไรก็ตาม การหลุดพ้นจากภาระตามข้อตกลงในสัญญาเช่าของผู้ให้เช่าเดิมนั้นไม่ได้เป็นไปโดยอัตโนมัติเมื่อมีการโอนสถานที่เช่า⁷⁴ กล่าวคือ ผู้ให้เช่าต้องส่งหนังสือบอกกล่าวไปยังผู้เช่าเพื่อแจ้งการโอนสถานที่เช่า และร้องขอให้ผู้เช่าปลดเปลื้องความรับผิดของผู้ให้เช่าเดิมจากข้อตกลงทั้งปวงในสัญญาเช่า ซึ่งผู้ให้เช่าเดิมจะหลุดพ้นจากความรับผิดของข้อตกลงตามสัญญาเช่า เมื่อผู้เช่าให้ความยินยอมในการปลดเปลื้องความรับผิดดังกล่าว หรือผู้เช่าไม่ตอบรับภายในระยะเวลาที่กำหนด ทั้งนี้ การร้องขอให้ปลดเปลื้องความรับผิดของผู้ให้เช่าเดิมนั้น ไม่รวมถึงข้อตกลงที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่เฉพาะตัวของผู้ให้เช่าเดิม

(ข) การสิ้นสุดสัญญาเช่า⁷⁵

สัญญาเช่าสามารถสิ้นสุดลงได้หลายกรณีไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันหรือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ได้แก่

(1) เมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่า (Effluxion of time)

ในกรณีที่สัญญาเช่ามีกำหนดระยะเวลาเช่า สัญญาเช่าย่อมสิ้นสุดลงโดยอัตโนมัติเมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าตามที่ได้กำหนดไว้⁷⁶

⁷³ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 141.

* การโอนสถานที่เช่า อาจเรียกได้ว่าเป็นการโอนสิทธิของผู้ให้เช่าซึ่งจะได้รับทรัพย์สินคืนเมื่อสัญญาเช่าหมดอายุ (right of reversion).

⁷⁴ Section 6 of Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995.

⁷⁵ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 59-60.

⁷⁶ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 308.

(2) เมื่อส่งหนังสือบอกกล่าวการสิ้นสุดของสัญญาเช่า⁷⁷

การสิ้นสุดสัญญาเช่าโดยวิธีการส่งหนังสือบอกกล่าวนั้น จะใช้ในกรณีที่สัญญาเช่าที่มีข้อกำหนดหยุดสัญญา (Break-clause) ซึ่งให้สิทธิผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าเลิกสัญญาเช่าก่อนครบกำหนดระยะเวลาการเช่าได้โดยการส่งหนังสือบอกกล่าวให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และการส่งหนังสือบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญาเช่าโดยผู้เช่านั้น ย่อมมีผลทำให้สัญญาเช่าช่วงที่มีอยู่สิ้นสุดลง ทั้งนี้ หนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าต้องมีความชัดเจน เนื่องจากหากหนังสือบอกกล่าวไม่ชัดเจนก่อให้เกิดความเข้าใจผิดแก่ผู้ให้เช่า หรือผู้เช่า หนังสือบอกกล่าวการสิ้นสุดสัญญาเช่านั้นย่อมไม่มีผลบังคับใช้

กรณีของสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancies) * ซึ่งจะมีผู้เช่าหลายคน การส่งหนังสือบอกกล่าวการสิ้นสุดสัญญาเช่าของผู้เช่าคนใดคนหนึ่ง มีผลทำให้สัญญาเช่าของผู้เช่าทุกคนสิ้นสุดลง ปรากฏตามคดี *Hammersmith & Fulham LBC v. Mork* (1992) ในทางตรงกันข้าม หากเป็นกรณีสัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลา (Fixed-term lease) ซึ่งมีผู้เช่าหลายคน การมีผลของการส่งหนังสือบอกกล่าวเพื่อเลิกสัญญาเช่านั้น จะต้องทำขึ้นโดยผู้เช่าร่วมกันทุกคน ปรากฏตามคดี *Crawley LBC v. Ure*

(3) การเปลี่ยนกัน (Merger)

การสิ้นสุดของสัญญาเช่าอาจเกิดขึ้นในกรณีที่ผู้เช่าและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (Freehold estate) ที่ให้เช่าเป็นคนๆ เดียวกัน สัญญาเช่าก็จะสิ้นสุดลงโดยปริยาย

(4) การสละสิทธิการเช่า (Surrender)

ผู้เช่ามีสิทธิสละสิทธิการเช่า หรือละทิ้งการเช่าได้ กล่าวคือผู้เช่าจะต้องแสดงเจตนาโดยชัดแจ้งด้วยการทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed) ทั้งนี้ การสละสิทธิการเช่า

⁷⁷ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 308-309.

* สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancies) ได้แก่ สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าตามข้อเท็จจริงของการจ่ายค่าเช่าโดยปริยาย เช่น หากมีการจ่ายค่าเช่ารายสัปดาห์ สัญญาเช่านั้นก็กำหนดระยะเวลาเช่าคราวละหนึ่งสัปดาห์ หรือหากมีการจ่ายค่าเช่ารายเดือน สัญญาเช่านั้นก็กำหนดระยะเวลาเช่าคราวละหนึ่งเดือน โดยศาลอังกฤษยอมรับว่าสัญญาเช่าดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลา เนื่องจากมีการต่อเนื่องในการครอบครองทรัพย์สินที่เช่า และสามารถรู้ได้ว่าสัญญาเช่าสิ้นสุดเมื่อใด แม้ว่าจะไม่มีทางรู้ระยะเวลาเช่าทั้งหมดล่วงหน้าก็ตาม กล่าวคือ เมื่อครบกำหนดหนึ่งเดือน ก็สามารถทราบโดยปริยายได้ว่าสัญญาเช่านั้นจะมีต่อไปอีกหนึ่งเดือน (Modern Land Law, at 251-252).

ดังกล่าวอาจเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายก็ได้ เช่น ผู้ให้เช่ายอมรับบุญแค้นจากผู้เช่า ปราบกฎหมายคดี *Chamberlaine v. Scally (1992)* อย่างไรก็ตาม การสละสิทธิดังกล่าวจะต้องเป็นไปด้วยความสมัครใจของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือผู้เช่าจะไม่ถูกบังคับให้สละสิทธิ และผู้ให้เช่าก็จะต้องไม่ถูกบังคับให้ยอมรับการสละสิทธิ

เมื่อผู้เช่าได้สละสิทธิตามสัญญาเช่าแล้ว ผู้เช่าจะหลุดพ้นจากภาระและความรับผิดชอบตามข้อตกลงใดๆ ตามสัญญาเช่าทั้งปวง เว้นแต่ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก่อนการสละสิทธิตามสัญญาเช่า

(5) การไม่ยอมรับสิทธิการเช่า (Disclaimer)

การไม่ยอมรับสิทธิการเช่า ได้แก่ กรณีมีผู้ใช้สิทธิในการปฏิเสธสัญญาเช่า เช่น ผู้ดูแลผลประโยชน์ในคดีล้มละลาย สามารถปฏิเสธสัญญาเช่าที่เป็นภาระได้ สัญญาเช่าย่อมสิ้นสุดลง

(6) การเสียหรือการถูกยึดสิทธิการเช่า (Forfeiture)

เมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนข้อตกลงตามสัญญาเช่า กฎหมายให้สิทธิผู้ให้เช่าในการเข้าไปในสถานที่เช่า และแจ้งการสิ้นสุดสัญญาเช่าก่อนครบกำหนดระยะเวลาเช่า ทั้งนี้ ในสัญญาเช่าจะต้องมีระบุถึงข้อสัญญาเรื่องดังกล่าวไว้ด้วย โดยการเสียสิทธิการเช่าหรือการถูกยึดสัญญาเช่าซึ่งก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ให้เช่าในการเลิกสัญญาเช่า สามารถแยกพิจารณาจากรูปแบบการผิดสัญญาเช่าได้ 2 กรณี

(6.1) การเลิกสัญญาเช่าเนื่องจากไม่ชำระค่าเช่า (Forfeiture for non-rent payment)⁷⁸

เมื่อผู้เช่าไม่ชำระค่าเช่า ผู้ให้เช่าจะเลิกสัญญาเช่าได้เมื่อผู้ให้เช่าได้แจ้งอย่างเป็นทางการไปยังผู้เช่าให้ชำระค่าเช่าที่ค้างเว้นแต่ข้อสัญญากำหนดไว้ว่าไม่ต้องแจ้งหรือเมื่อผู้เช่าได้ค้างชำระค่าเช่าตั้งแต่ 6 เดือนขึ้นไป อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้เช่าชำระค่าเช่าและค่าเสียหายที่เกิดจากการไม่ชำระค่าเช่าในเวลาที่เหมาะสม ผู้เช่าอาจได้รับการผ่อนปรนจากผู้ให้เช่า หรือโดยคำสั่งศาล

⁷⁸ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 298.

ทั้งนี้ หากเป็นสัญญาเช่าระยะยาวเพื่อการอยู่อาศัย ผู้ให้เช่าต้องแจ้งอย่างเป็นทางการไปยังผู้เช่า เพื่อให้ชำระค่าเช่าภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งตามกฎหมายปัจจุบัน ผู้ให้เช่าห้ามใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา เว้นแต่ผู้เช่าค้างชำระค่าเช่าตั้งแต่ 350 ปอนด์ หรือไม่ชำระค่าเช่าเป็นระยะเวลาเกิน 3 ปี

(6.2) การเลิกสัญญาเช่าเนื่องจากการผิดสัญญาอื่น ๆ นอกเหนือจากการไม่ชำระค่าเช่า (Forfeiture for breach of covenants other than to pay rent)⁷⁹

เมื่อผู้ให้เช่าทราบถึงการฝ่าฝืนสัญญาของผู้เช่า ผู้ให้เช่าจะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวถึงผู้เช่าเกี่ยวกับการผิดสัญญาของผู้เช่า ซึ่งหนังสือบอกกล่าวจะต้องทำตามกฎหมาย โดยระบุการฝ่าฝืนข้อตกลงของผู้เช่า, ระบุค่าสินไหมทดแทนสำหรับการฝ่าฝืนข้อตกลงดังกล่าว และเรียกร้องให้มีการเยียวยาแก้ไขการฝ่าฝืนข้อตกลงหากเป็นไปได้⁸⁰ และสิทธิของผู้ให้เช่าในการบอกเลิกสัญญานั้นขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงว่า ผู้เช่าสามารถเยียวยาแก้ไขการฝ่าฝืนข้อตกลงของตนได้หรือไม่ หากสามารถเยียวยาแก้ไขได้ ผู้ให้เช่าต้องกำหนดระยะเวลาอันสมควรให้ผู้เช่าดำเนินการแก้ไขก่อน หากผู้เช่าไม่เยียวยาแก้ไขภายในกำหนดระยะเวลา หรือในกรณีที่การฝ่าฝืนข้อตกลงของผู้เช่าไม่สามารถเยียวยาแก้ไขได้ ผู้ให้เช่าสามารถใช้สิทธิเลิกสัญญาเช่าได้โดยการกลับเข้าครอบครองสถานที่เช่าโดยอาศัยคำสั่งศาล หรือโดยการกลับเข้าครอบครองสถานที่เช่าทางกายภาพด้วยตนเองภายใต้วิธีการที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ ถ้าการเลิกสัญญาเช่าไม่ปฏิบัติตามกฎหมายข้างต้น การเลิกสัญญาเช่านั้นจะตกเป็นโมฆะ

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้เช่าอาจสละสิทธิ ไม่แจ้งการสิ้นสุดสัญญาเช่า ไม่ว่าจะโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ทั้งนี้ การสละสิทธิดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการสละสิทธิแจ้งการสิ้นสุดสัญญาเช่ากรณีอื่น ๆ ที่อาจเกิดขึ้นเนื่องจากผู้เช่าฝ่าฝืนข้อตกลงในอนาคต

(ข) การเช่าอสังหาริมทรัพย์กับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

การเช่าที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้น อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สำคัญของนักลงทุนต่างดาว นอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เนื่องจากตามกฎหมายประเทศอังกฤษนั้น การเช่าที่ดินนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเช่านานเท่าใดก็ได้

⁷⁹ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 301.

⁸⁰ Section 146(1) of Law of Property Act 1925.

ในกรณีที่นักลงทุนต้องการถือครองที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจที่พักอาศัย ในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น เช่น 50 ปี หรือ 90 ปี เป็นต้น การเข้าทำสัญญาเช่าที่ดินอาจเป็น ประโยชน์ต่อการลงทุนมากกว่า เนื่องจากการที่นักลงทุนต่างด้าวถือครองที่ดินโดยผ่านสัญญาเช่า ที่ดินที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ไม่ยาวจนเกินไป เพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัยย่อมมี ต้นทุนในการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยต่ำกว่าการถือครองที่ดินโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้อง พิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจด้วย เช่น การจดทะเบียนบริษัทตาม พ.ร.บ. บริษัท ค.ศ. 2006 (Companies Act 2006) กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมาย ผังเมือง เป็นต้น

3.2.2.4 การถือครองอสังหาริมทรัพย์รูปแบบอื่น

(ก) ผลประโยชน์ (Profit à prendre)⁸¹

ผลประโยชน์ (Profit à prendre) มีลักษณะคล้ายกับภาระจำยอม (Easement) กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิตามผลประโยชน์ มีสิทธิเหนือที่ดินของบุคคลอื่น ซึ่งผลประโยชน์ นั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง โดยผู้ถือผลประโยชน์มีสิทธิในการเข้าไปในที่ดินของผู้อื่น และหาประโยชน์จากที่ดินเพื่อประโยชน์ของตนเอง เช่น สิทธิในการจับปลาในที่ดินของผู้อื่น (Piscary) สิทธิใช้ไม้ในที่ดินของผู้อื่น (Estovers)

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามลักษณะผลประโยชน์ข้างต้นแล้ว จะ เห็นได้ว่า สิทธิการใช้อสังหาริมทรัพย์ตามผลประโยชน์ไม่เหมาะสมสำหรับการครอบครอง อสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยแต่อย่างใด

(ข) การอนุญาต (License)

การอนุญาตเป็นกรณีที่ผู้ได้รับอนุญาต (Licensee) ได้รับอนุญาตให้เข้าไป หรืออยู่ในที่ดินได้โดยไม่เป็นการบุกรุก ทั้งนี้ ผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถยกการอนุญาตขึ้นยันต่อ บุคคลภายนอกได้ และผู้ได้รับอนุญาตไม่สามารถโอนการอนุญาตให้แก่บุคคลอื่นได้⁸²

⁸¹ Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 363.

⁸² Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 115.

การอนุญาตนั้นแตกต่างจากสัญญาเช่า เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาต (Licensee) ไม่มีสิทธิครอบครองที่ดินแต่เพียงผู้เดียวเช่นเดียวกับผู้เช่า กล่าวคือ ผู้ได้รับอนุญาตมีเพียงสิทธิในการใช้ที่ดินของผู้ให้อุญาต (Licensor) ตามข้อกำหนดของการอนุญาตเท่านั้น ผู้ได้รับอนุญาตไม่มีสิทธิปฏิเสธห้ามไม่ให้ผู้ให้อุญาตเข้ามาในที่ดิน แม้ผู้ให้อุญาตจะเข้าไปในที่ดินโดยที่ผู้ได้รับอนุญาตไม่ยินยอม ผู้ให้อุญาตก็ไม่มี ความผิดฐานบุกรุก และผู้ได้รับอนุญาตก็ไม่มีสิทธิเรียกร้องการเข้ามาของผู้ให้อุญาตนั้น ทั้งนี้ สิทธิตามการอนุญาตนั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิ ซึ่งต่างจากสิทธิตามสัญญาเช่าซึ่งเป็นทรัพย์สิน (proprietary rights in land) ดังนั้น หากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือผู้ให้อุญาตโอนหรือขายที่ดินให้แก่บุคคลอื่น บุคคลดังกล่าวย่อมไม่ถูกผูกพันตามสัญญาการอนุญาตซึ่งได้ให้อุญาตโดยเจ้าของที่ดินเดิม⁸³ อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามลักษณะการอนุญาตข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า สิทธิการใช้อสังหาริมทรัพย์ตามการอนุญาตไม่เหมาะสมสำหรับการครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยแต่อย่างใด

3.3 สาธารณรัฐฝรั่งเศส (French Republic)

สาธารณรัฐฝรั่งเศส⁸⁴ หรือประเทศฝรั่งเศส มีพื้นที่ประมาณ 211,152 ตารางไมล์ หรือ 657,417 ตารางกิโลเมตร (รวมดินแดนโพ้นทะเล) มีประชากรประมาณ 63.7 ล้านคน มีระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา ประกอบด้วยสภาแห่งชาติและวุฒิสภา

ระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้นเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Legal System) หรือเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ประมวลกฎหมายหลักๆ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) ประมวลกฎหมายพาณิชย์ (Commercial Code) ประมวลกฎหมายอาญา (Penal Code) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Code of Criminal Procedure) ประมวลกฎหมายผู้บริโภค (Consumer Code) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Code of Civil Procedure)

3.3.1 การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศส

โดยทั่วไปแล้ว คนต่างด้าวสามารถลงทุนประกอบธุรกิจในประเทศฝรั่งเศสได้อย่างเสรี เนื่องจากประเทศฝรั่งเศสไม่มีข้อจำกัดทางปกครองเกี่ยวกับการลงทุนของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม

⁸³ John Stevens & Robert A. Pearce, *Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 1998), at 66.

⁸⁴ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, France Country Profile [ออนไลน์], สิงหาคม 2550. แหล่งที่มา www.dephtai.go.th.

ก็ตาม การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศสอาจจะต้องมีการประกาศตามกฎหมาย (Declarations) หรือต้องขออนุญาต (Permits) ในบางกรณี⁸⁵

3.3.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศฝรั่งเศส

คนต่างด้าวสามารถซื้อและถือครองอสังหาริมทรัพย์รวมทั้งที่ดินในประเทศฝรั่งเศสได้อย่างไม่มีข้อจำกัด โดยขอบเขตที่คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นค่อนข้างกว้าง กล่าวคือ คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง พื้นที่ป่าหรือพื้นที่เกษตรกรรม หรือ อาคาร ซึ่งอาคารดังกล่าวสามารถใช้เพื่อการอุตสาหกรรม เพื่อการพาณิชย์กรรม หรือเพื่อการอยู่อาศัยก็ได้ ทั้งนี้ การลงทุนของคนต่างด้าวที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสนั้น สามารถลงทุนได้โดยบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล⁸⁶

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิทธิต่างๆ และการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ ซึ่งสามารถพิจารณาตามประเภทของสิทธิที่อาจเกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ดังนี้

3.3.2.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

เมื่อพิจารณาตามมาตรา 1583 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง การซื้อขายสิ่งของหรือทรัพย์สิน (*chose or thing*) จะสมบูรณ์ทันทีเมื่อคู่สัญญาสามารถตกลงในตัวทรัพย์สินและราคาซื้อขายได้ แม้ว่าผู้ซื้อจะยังไม่ได้ชำระราคาซื้อขายหรือผู้ขายยังไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายก็ตาม⁸⁷ ซึ่งการที่มาตรา 1583 ใช้คำว่าสิ่งของหรือทรัพย์สิน ย่อมหมายความว่า มาตรานี้สามารถใช้บังคับได้ทั้งกรณีการซื้ออสังหาริมทรัพย์และการซื้ออสังหาริมทรัพย์ และโดยไม่คำนึงว่าการซื้อขายดังกล่าวจะทำด้วยวาจา หรือทำเป็นหนังสือ⁸⁸ ดังนั้น แม้ว่าผู้ซื้อที่ดินยังไม่ได้ชำระราคาซื้อ

⁸⁵ Invest In France Agency, *Doing Business in France 2010 Edition* [Online], May 2010. Available from: <http://www.invest-in-france.org>.

⁸⁶ Dennis Campbell, *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property* (1980). at 91.

⁸⁷ Article 1583 of Civil Code.

⁸⁸ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 25.

ขาย กรรมสิทธิ์ในที่ดินยอมโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อทันทีหากคู่สัญญาสามารถตกลงในตัวทรัพย์สินและราคาซื้อขายได้⁸⁹

อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาเป็นหนังสือเป็นสิ่งที่จำเป็นเพื่อใช้เป็นหลักฐานการพิสูจน์ แต่การทำเป็นหนังสือดังกล่าวไม่ส่งผลต่อความสมบูรณ์ของสัญญา ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่าการทำสัญญาเป็นหนังสือนั้นเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการพิสูจน์การมีอยู่ของสัญญา⁹⁰

อนึ่ง กฎหมายกำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับที่ดิน ซึ่งได้แก่การโอนที่ดิน โดยการให้โดยเสนหา โดยการแลกเปลี่ยน หรือโดยมีค่าตอบแทนซึ่งค่าตอบแทนนั้นรวมถึงการตอบแทนโดยการให้หุ้นของบริษัทนั้น จะต้องมีการจดทะเบียนกับหน่วยงานของกรมที่ดิน (Land Registry) หน่วยงานท้องถิ่น (Local authority) และหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องเพื่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญาและเพื่อใช้ยืนยันบุคคลภายนอกได้⁹¹ หากการโอนที่ดินดังกล่าวไม่ได้จดทะเบียน การดำเนินการนั้นย่อมไม่สามารถใช้บังคับกับบุคคลภายนอกได้⁹²

นอกจากนี้ หากการได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวขึ้นเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจ คนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องแจ้งการประกอบธุรกิจต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้แก่ *Banque de France* และ/หรือ *Direction du Trésor* ก่อนการประกอบธุรกิจนั้นๆ ด้วย⁹³

ดังนั้น เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสแล้ว นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิที่จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนโดยเสรี ซึ่งการได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว ย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจที่พหุภาคีประเภทต่างๆ ได้ เช่น ธุรกิจอาคารชุด ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอวิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ทั้งนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จะต้องดำเนินการจดทะเบียน

⁸⁹ Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011, at 133. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

⁹⁰ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 26.

⁹¹ Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011, at 132. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

⁹² Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 21.

⁹³ Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011, at 132. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

ต่อหน่วยงานของกรมที่ดิน (Land Registry) เพื่อให้เกิดความผูกพันระหว่างคู่สัญญาและเพื่อใช้ยืนยันบุคคลภายนอกได้

อย่างไรก็ตาม แมื่อนักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี แต่การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก่อนการประกอบธุรกิจด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมายผังเมือง เป็นต้น

3.3.2.2 การเช่าอสังหาริมทรัพย์

เมื่อพิจารณาตามหลักทั่วไปแล้วสิทธิตามสัญญาเช่าไม่ก่อให้เกิดทรัพย์สิน (Droits réél / rights in rem) อย่างไรก็ตามสัญญาเช่าระยะยาวบางประเภทสามารถก่อให้เกิดทรัพย์สินได้ โดยถือว่าเป็นข้อยกเว้นของกฎหมายทั่วไป โดยข้อยกเว้นดังกล่าวไม่ได้เกิดจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายแต่เกิดจากคำพิพากษาของศาล สัญญาเช่าระยะยาวดังกล่าว ได้แก่⁹⁴

- สัญญาเช่าระยะยาวประเภท *bail emphytéotique*

สัญญาเช่าระยะยาวประเภทนี้มีลักษณะคล้ายสัญญาเช่าระยะยาวของประเทศอังกฤษ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการพัฒนาที่ดินเพื่อเกษตรกรรม

- สัญญาเช่าระยะยาวประเภท *bail à construction*

สัญญาเช่าระยะยาวประเภทนี้เป็นสัญญาเช่าที่ดินเพื่อการปลูกสร้างอาคารตามวัตถุประสงค์ที่ได้รับอนุญาตเท่านั้น

ทั้งนี้ สัญญาเช่าระยะยาวทั้งสองประเภทข้างต้นต้องมีกำหนดระยะเวลาเช่าไม่น้อยกว่า 18 ปี และต้องไม่เกิน 99 ปี ดังนั้น สัญญาเช่าระยะยาวซึ่งเป็นข้อยกเว้นนี้จึงเป็นที่น่าสนใจของผู้เช่ามากกว่าสัญญาเช่าตามปกติซึ่งมีค่าเช่าที่แพงเกินไป⁹⁵ นอกจากนี้ สัญญาเช่าระยะยาวดังกล่าวยังสามารถโอนได้ ตกทอดทางมรดกได้ และจำนองได้⁹⁶

⁹⁴ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 17.

⁹⁵ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 17.

⁹⁶ European Real Estate & Construction Practice Group, *The Fundamental of Real Estate Law In Europe* (Baker & McKenzie, 2000), at 53.

ในกรณีของการเช่าทรัพย์สินต่างๆ ไปซึ่งรวมถึงการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะต้องพิจารณาบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่ง เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งนั้นจะกำหนดสิทธิและหน้าที่โดยทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาเช่าทรัพย์สิน และกำหนดสิทธิและหน้าที่เฉพาะในเรื่องการเช่าบ้านเพื่ออยู่อาศัย การเช่าทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการเกษตรกรรม และการเช่าทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการปลูสดัตว์

ถ้าเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจหรือเพื่อการพาณิชย์ในประเทศฝรั่งเศสนั้น จะต้องพิจารณาประมวลกฎหมายพาณิชย์ หมวดการเช่าเพื่อการพาณิชย์ (Commercial lease) ประกอบประมวลกฎหมายแพ่งด้วย เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่สำคัญในการคุ้มครองผู้เช่าอสังหาริมทรัพย์ในเรื่องการต่ออายุสัญญาเช่า เพื่อให้ผู้เช่าสามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง รวมถึงเป็นการรักษาชื่อเสียง (Goodwill) ในธุรกิจของผู้เช่า⁹⁷

ตามประมวลกฎหมายพาณิชย์นั้น การเช่าเพื่อการพาณิชย์ (Commercial lease) ได้แก่ การเช่าอสังหาริมทรัพย์หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง (รวมเรียกว่า “สถานที่เช่า”) เพื่อการดำเนินการ หรือการประกอบการเกี่ยวกับการพาณิชย์ ซึ่งสามารถดำเนินการได้ทั้งบุคคลธรรมดา และนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนกับสำนักทะเบียนพาณิชย์ (Commercial Registry)⁹⁸ และหากเป็นการเช่าสถานที่เช่าเพื่อการพาณิชย์แล้ว คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายพาณิชย์⁹⁹ เว้นแต่การเช่าสถานที่เช่าดังกล่าวมีระยะเวลาเช่าไม่เกิน 2 ปี คู่สัญญาอาจตกลงไม่ใช้กฎหมายหมวดการเช่าเพื่อการพาณิชย์ก็ได้¹⁰⁰ โดยการเช่าสถานที่เช่าเพื่อการประกอบธุรกิจหรือเพื่อการพาณิชย์ในประเทศฝรั่งเศสสามารถสรุปสาระสำคัญได้ดังต่อไปนี้

(ก) แบบของสัญญาเช่า

ประมวลกฎหมายพาณิชย์ฝรั่งเศสไม่ได้กำหนดแบบของสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ ดังนั้น สัญญาเช่าจึงอาจทำเป็นหนังสือหรือทำด้วยวาจาก็ได้¹⁰¹ อย่างไรก็ตาม สัญญาเช่าที่ดินที่มีกำหนดระยะเวลาตั้งแต่ 12 ปีขึ้นไปจะต้องจดทะเบียนที่สำนักงานที่ดินซึ่งที่ดินนั้น

⁹⁷ Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

⁹⁸ Baker & McKenzie, *Business Leases in France*, (Paris: Baker & McKenzie SCP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 1.

⁹⁹ Article L.145-1 of Commercial Code.

¹⁰⁰ Article L.145-5 of Commercial Code.

¹⁰¹ Article 1714 of Civil Code.

ตั้งอยู่ หากการเช่าที่ดินดังกล่าวไม่ได้จดทะเบียน การเช่านั้นย่อมไม่สามารถใช้บังคับกับบุคคลภายนอกได้¹⁰² อนึ่ง คู่สัญญาตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่มักให้ความสำคัญในการทำสัญญาเช่าเป็นหนังสือ และจดทะเบียนสัญญาเช่าเพื่อการบันทึกที่ถูกต้องและเป็นหลักฐานเกี่ยวกับเงื่อนไขของสัญญาเช่า¹⁰³

(ข) ระยะเวลาของสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

ภายใต้กฎหมายฝรั่งเศส การทำสัญญาเช่าตลอดกาล (Perpetual lease agreement) ย่อมตกเป็นโมฆะ และระยะเวลาสูงสุดของสัญญาเช่าตามกฎหมายฝรั่งเศสจะต้องไม่เกิน 99 ปี¹⁰⁴

ระยะเวลาของสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์นั้น จะต้องไม่น้อยกว่า 9 ปี¹⁰⁵ และตามประมวลกฎหมายพาณิชย์กำหนดให้ผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าดังกล่าวได้เมื่อครบกำหนดทุก 3 ปี (triennial period) โดยต้องบอกกล่าวเป็นหนังสือตามแบบ extra-judicial means ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือน¹⁰⁶

(ค) การต่ออายุสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

ข้อกำหนดเรื่องการต่ออายุสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์นั้นเป็นบทบัญญัติที่เป็นวัตถุประสงค์สำคัญของประมวลกฎหมายพาณิชย์ หมวดการเช่าเพื่อการพาณิชย์ เนื่องจากกฎหมายต้องการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้เช่า และคุ้มครองให้ผู้เช่าไม่ถูกผู้ให้เช่าเอาเปรียบอย่างไม่เหมาะสม¹⁰⁷

¹⁰² Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 21; Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011, at 132. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

¹⁰³ European Real Estate & Construction Practice Group, *The Fundamental of Real Estate Law In Europe* (Baker & McKenzie, 2000), at 58.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ Article L.145-4 of Commercial Code.

¹⁰⁶ Article L.145-9 of Commercial Code.

¹⁰⁷ Philippe None and Sophie Gargaro, *The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010* [Online], 29 March 2011, at 136. Available from: <http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf>.

(1) สิทธิของผู้เช่าในการต่อสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

ผู้เช่าซึ่งเป็นผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในสถานที่เช่า มีสิทธิร้องขอให้ผู้ให้เช่าต่ออายุสัญญาเช่าได้ โดยผู้เช่าซึ่งประสงค์จะต่ออายุสัญญาเช่าจะต้องแจ้งการต่ออายุสัญญาเช่าเป็นหนังสือตามแบบ Extra-judicial means ไปยังผู้ให้เช่าล่วงหน้าเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 เดือนก่อนหมดระยะเวลาสัญญาเช่าเดิม และผู้ให้เช่าจะต้องแสดงเจตนาตอบรับหรือปฏิเสธการต่อสัญญาเช่าให้ผู้เช่าทราบโดยตอบรับในหนังสือฉบับเดียวกันกับผู้เช่าส่งมาภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้รับการร้องขอการต่ออายุสัญญาเช่าจากผู้เช่า และถ้าหากผู้ให้เช่าปฏิเสธการให้ต่ออายุสัญญาเช่า ผู้ให้เช่าจะต้องระบุเหตุผลของการปฏิเสธ และระบุสิทธิของผู้เช่าด้วยว่าผู้เช่ามีสิทธิโต้แย้งการปฏิเสธไม่ต่ออายุสัญญาเช่า หรือมีสิทธิเรียกร้องค่าชดเชยจากการขับไล่ (*indemnité d' éviction / Compensation for eviction*) ภายในกำหนดเวลา 2 ปี นับแต่วันที่ได้รับการปฏิเสธลงในหนังสือดังกล่าวด้วย อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้เช่าละเลยไม่แสดงเจตนาตอบรับคำร้องขอการต่ออายุสัญญาเช่าของผู้ให้เช่าภายในกำหนดเวลาดังกล่าว กฎหมายให้ถือว่าผู้ให้เช่าตกลงให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าโดยปริยาย¹⁰⁸ ในกรณีที่ผู้ให้เช่าแสดงเจตนาให้ต่อสัญญาเช่าและต้องการปรับหรือเปลี่ยนแปลงค่าเช่า ผู้ให้เช่าจะต้องเสนอและระบุอัตราค่าเช่าใหม่ในหนังสือแสดงการตอบรับไปยังผู้เช่าด้วย¹⁰⁹ อนึ่ง หากคู่สัญญาไม่สามารถตกลงอัตราค่าเช่าใหม่ได้ คู่สัญญาอาจร้องขอให้ศาล (*Tribunal de grande instance*) เป็นผู้กำหนดอัตราค่าเช่าได้

หากคู่สัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาการเช่าของการต่ออายุสัญญาเช่าฉบับใหม่ ระยะเวลาการเช่าของสัญญาเช่าฉบับใหม่ซึ่งได้มีการต่ออายุจะมีระยะเวลา 9 ปี และสัญญาเช่าฉบับใหม่จะมีผลเมื่อสัญญาเช่าเดิมครบกำหนดระยะเวลา¹¹⁰ ในกรณีที่สัญญาเช่าครบกำหนดระยะเวลา 9 ปีแล้ว และไม่มีคู่สัญญาฝ่ายใดแสดงเจตนาเกี่ยวกับการต่ออายุสัญญาเช่า สัญญาเช่าดังกล่าวจะกลายเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา¹¹¹ และผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าในเวลาใดๆ ก็ได้โดยกำหนดเวลาเลิกสัญญาเช่าให้ผู้เช่าล่วงหน้า¹¹² และต้อง

¹⁰⁸ Article L.145-10 of Commercial Code.

¹⁰⁹ Article L.145-11 of Commercial Code.

¹¹⁰ Article L.145-12 of Commercial Code.

¹¹¹ Article 1738 of Civil Code.

¹¹² Article 1736 of Civil Code.

จ่ายค่าชดเชยการขับไล่ ในขณะที่เดียวกันผู้เช่าก็มีสิทธิที่จะขอต่ออายุสัญญาเช่าในเวลาใดๆ ก่อนผู้ให้เช่าใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าก็ได้เช่นกัน¹¹³

(2) สิทธิของผู้ให้เช่าในการปฏิเสธการไม่ต่ออายุสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

ผู้ให้เช่ามีสิทธิปฏิเสธการไม่ต่ออายุสัญญาเช่า โดยผู้เช่าจะต้องจ่ายค่าชดเชยการขับไล่ (*indemnité d' éviction / Compensation for eviction*) ให้แก่ผู้เช่า โดยค่าชดเชยดังกล่าวจะพิจารณาจากราคาตลาดของธุรกิจซึ่งดำเนินการอยู่ในสถานที่เช่า ณ วันที่สัญญาเช่าสิ้นสุด ค่าใช้จ่ายในการย้ายออกจากสถานที่เช่า ค่าใช้จ่ายในการย้ายเข้าสถานที่เช่าแห่งใหม่ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการตั้งธุรกิจใหม่¹¹⁴ ทั้งนี้ ผู้เช่าไม่จำเป็นต้องออกจากสถานที่เช่าจนกว่าจะได้รับชำระค่าชดเชยการขับไล่จากผู้ให้เช่า และในกรณีที่ผู้ให้เช่าขายสถานที่เช่าให้กับผู้ซื้อ สิทธิของผู้เช่าในการอยู่ในสถานที่เช่าสามารถใช้บังคับกับผู้ซื้อสถานที่เช่าจากผู้ให้เช่าได้ด้วย (*Droit de miantien*)¹¹⁵ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้เช่าไม่ต้องจ่ายค่าชดเชยการขับไล่ให้แก่ผู้เช่าเนื่องจากการไม่ต่ออายุสัญญาเช่าด้วยเหตุดังต่อไปนี้¹¹⁶

(2.1) ผู้ให้เช่าสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้เช่าไม่ต่ออายุสัญญาเช่าให้ผู้เช่า เนื่องจากผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่า หรือผิดสัญญาเช่า และผู้เช่าไม่ยอมแก้ไขการผิดสัญญาภายใน 1 เดือนนับแต่วันที่ผู้ให้เช่าบอกกล่าวการผิดสัญญาซึ่งเป็นเหตุของการไม่ต่ออายุสัญญาเช่าไปยังผู้เช่า¹¹⁷

(2.2) ผู้ให้เช่าสามารถพิสูจน์ได้ว่าผู้ให้เช่าไม่ต่ออายุสัญญาเช่าให้เนื่องจากสถานที่เช่าต้องถูกรื้อถอนทั้งหมดหรือแต่บางส่วนโดยคำสั่งตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ปกครอง

¹¹³ Baker & McKenzie, Business Leases in France, (Paris: Baker & McKenzie SCP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 3.

¹¹⁴ Article L.145-14 of Commercial Code; Henry Denry, French Property and Inheritance Law – Principles and Practice (Great Britain: Oxford University, 2003), at 182.

¹¹⁵ Henry Dyson, French Property and Inheritance Law – Principles and Practice (Great Britain: Oxford University, 2003), at 183.

¹¹⁶ Article L.145-17 of Commercial Code.

¹¹⁷ Henry Dyson, French Property and Inheritance Law – Principles and Practice (Great Britain: Oxford University, 2003), at 181.

(3) เหตุอื่นๆ ของการปฏิเสธการต่ออายุสัญญาเช่า¹¹⁸

(3.1) ในกรณีที่ผู้ให้เช่าต้องการการครอบครองสถานที่เช่าคืนเพื่อรื้อถอน และสร้างสถานที่เช่าใหม่ ผู้ให้เช่ามีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เช่า เว้นแต่ ในกรณีที่ผู้ให้เช่าเสนอสถานที่เช่าใหม่ที่เหมาะสมให้แก่ผู้เช่า ซึ่งมีลักษณะเทียบเท่าได้กับสถานที่เช่าเดิม และตรงกับความต้องการของผู้เช่า ผู้ให้เช่าไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เช่า อย่างไรก็ตาม ผู้เช่ามีสิทธิได้รับค่าชดเชยสำหรับการไม่มีสถานที่เช่าชั่วคราว ค่าเสียหายจากการเสื่อมเสียชื่อเสียงของธุรกิจ และค่าใช้จ่ายในการย้ายสถานที่เช่า และถ้าหากผู้ให้เช่าต้องการได้การครอบครองคืนเพราะต้องการเพิ่มความสูงของอาคาร ผู้ให้เช่าต้องจ่ายค่าชดเชยให้แก่ผู้เช่าไม่เกินค่าเช่าจำนวน 3 ปี

(3.2) ในกรณีที่ผู้ให้เช่าต้องการได้การครอบครองคืนเนื่องจากต้องการสร้างสถานที่เช่าใหม่ ผู้เช่ามีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ให้เช่าทำสัญญาเช่าสถานที่เช่าใหม่กับผู้เช่าเมื่อสถานที่เช่าใหม่นั้นสร้างเสร็จแล้ว¹¹⁹ และสัญญาเช่าดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อการพาณิชย์ ทั้งนี้ ผู้ให้เช่าต้องแจ้งผู้เช่าว่าการปรับปรุงสถานที่เช่าจะสร้างเสร็จเมื่อใด และผู้เช่าจะต้องตอบรับหรือปฏิเสธคำเสนอของผู้ให้เช่าภายใน 3 เดือน อนึ่ง หากผู้ให้เช่าและผู้เช่าไม่สามารถตกลงเงื่อนไขของสัญญาเช่าใหม่ได้ ศาลจะเป็นผู้กำหนดเงื่อนไขดังกล่าว

(3.3) ผู้ให้เช่าอาจปฏิเสธการต่ออายุสัญญาเช่าซึ่งบางส่วนของสถานที่เช่าใช้เป็นที่อยู่อาศัย โดยแจ้งให้ผู้เช่าทราบว่าผู้ให้เช่าต้องการสถานที่เช่าเพื่อการประกอบอาชีพของตนเอง หรือเป็นการใช้สถานที่เช่าโดยของสมาชิกในครอบครัวหรือญาติสนิทของคู่สมรสของผู้ให้เช่า ทั้งนี้ สิทธิในการปฏิเสธไม่ต่ออายุสัญญาเช่านี้ ผู้ให้เช่าสามารถใช้ได้เฉพาะกรณีที่ผู้ให้เช่าไม่ได้มีที่อยู่อาศัยที่อื่น ๆ สำหรับตัวเองหรือครอบครัวของผู้ให้เช่า อนึ่ง ศาลจะเป็นผู้พิจารณาความจำเป็นของผู้ให้เช่าในเรื่องนี้ โดยจะพิจารณาถึงหลายๆ ปัจจัย อย่างไรก็ตาม ผู้ให้เช่าไม่มีสิทธิปฏิเสธการต่ออายุสัญญาเช่า หากผู้ให้เช่าได้ซื้อสถานที่เช่าโดยมีค่าตอบแทนมาไม่ถึง 6 ปีก่อนการใช้สิทธิปฏิเสธการต่ออายุสัญญาเช่า และเมื่อผู้ให้เช่าใช้สิทธิปฏิเสธไม่ต่ออายุสัญญาเช่าแล้ว ผู้ให้เช่าต้องเข้าครอบครองสถานที่เช่าภายใน 6 เดือน และต้องใช้สถานที่เช่าดังกล่าวเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 6 ปี ซึ่งถ้าหากผู้ให้เช่าไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว ผู้เช่ามีสิทธิเรียกค่าชดเชยในจำนวนที่เหมาะสม

¹¹⁸ Ibid, at 181-182.

¹¹⁹ Article L.145-17 of Commercial Code.

(ง) การทบทวนค่าเช่า (Rent Reviews)

คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตามสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์อาจเรียกร้องให้มีการทบทวนค่าเช่าเมื่อมีการต่อสัญญาเช่า หรือเมื่อครบระยะเวลาเช่าทุกๆ 3 ปี¹²⁰ ซึ่งโดยหลักการแล้ว การทบทวนค่าเช่าจะต้องสอดคล้องอัตราค่าเช่าตามราคาตลาดที่เป็นธรรมโดยพิจารณาจากลักษณะเฉพาะของสถานที่เช่า, ลักษณะการใช้สถานที่เช่า, หน้าที่ของคู่สัญญาแต่ละฝ่าย, ปัจจัยการค้ำท้องถิ่น และอัตราค่าเช่าทั่วไปของสถานที่เช่าใกล้เคียง¹²¹

อย่างไรก็ตาม อัตราค่าเช่าใหม่จะต้องไม่เกินอัตราค่าเช่าที่กำหนดโดย *Institut national de la statistique and des études économiques* เว้นแต่ปัจจัยทางการตลาดส่งผลต่อการเปลี่ยนแปลงอัตราค่าเช่าตามราคาตลาดมากกว่าร้อยละ 10 เมื่อเทียบกับอัตราค่าเช่าที่ถูกกำหนดล่าสุด¹²²

ในกรณีที่ผู้เช่าและผู้ให้เช่าไม่สามารถตกลงอัตราค่าเช่าใหม่ได้ ผู้เช่าและผู้ให้เช่าสามารถร้องขอให้ศาลเป็นผู้กำหนดได้¹²³ อนึ่ง กฎหมายเกี่ยวกับการทบทวนค่าเช่าเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบของประชาชน (*d'ordre public*) ดังนั้น คู่สัญญาตามสัญญาเช่านั้น จะตกลงให้มีการทบทวนค่าเช่าทุก 2 ปี หรือตกลงให้ไม่มีการทบทวนค่าเช่าไม่ได้¹²⁴

(จ) การโอนสิทธิการเช่าและการให้เช่าช่วงสถานที่เช่า

ผู้เช่ามีสิทธิตามกฎหมายในการโอนสิทธิการเช่าให้แก่ลูกค้านในธุรกิจของผู้เช่าโดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ถ้าสัญญาเช่ามีข้อสัญญาห้ามผู้เช่าโอนสิทธิการเช่าให้แก่ลูกค้านในธุรกิจของผู้เช่า ข้อสัญญานั้นไม่มีผลตามกฎหมาย¹²⁵ ในทางตรงกันข้าม หากผู้เช่าต้องการโอนสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าให้แก่บุคคลอื่นซึ่งไม่ใช่ลูกค้านในธุรกิจของ

¹²⁰ Article L.145-38 of Commercial Code.

¹²¹ Article L.145-33 of Commercial Code.

¹²² Baker & McKenzie, *Business Leases in France*, (Paris: Baker & McKenzie SCP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 3.

¹²³ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 175.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Article L.145-16 of Commercial Code.

ตน การโอนสิทธิการเช่าดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าก่อน และผู้เช่ายังคงมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามสัญญาเช่าซึ่งได้โอนให้แก่ผู้เช่าใหม่¹²⁶

อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดห้ามไม่ให้ผู้เช่า ให้นำบุคคลอื่นเช่าช่วงไม่ว่าทั้งหมด หรือบางส่วนของทรัพย์สินที่เช่า เว้นแต่มีการระบุเป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า¹²⁷ และในกรณีที่สัญญาเช่ามีข้อกำหนดให้มีการเช่าช่วงได้ ผู้ให้เช่าเดิม (The head lessor) มีสิทธิเพิ่มอัตราค่าเช่าหากค่าเช่าในสัญญาเช่าช่วงสูงกว่าสัญญาเช่าเดิม (The head lease)¹²⁸

(จ) การโอนสถานที่เช่า

ในกรณีที่ผู้ให้เช่าขายสถานที่เช่าให้แก่บุคคลภายนอก การขายสถานที่เช่าดังกล่าวไม่กระทบต่อสัญญาเช่าและผู้เช่า กล่าวคือผู้เช่ายังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าต่อผู้ซื้อสถานที่เช่าซึ่งเป็นผู้ให้เช่าใหม่¹²⁹

(ข) การสิ้นสุดสัญญาเช่า

สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์จะสิ้นสุดเมื่อมีการบอกกล่าวเป็นหนังสือตามแบบ extra-judicial means ล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือน¹³⁰ โดย

(1) ผู้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่าดังกล่าวได้เมื่อครบกำหนดทุก 3 ปี (triennial period) ได้แก่เมื่อครบกำหนดระยะเวลา 3 ปี หรือ 6 ปี¹³¹ ทั้งนี้ ผู้เช่าอาจจะต้องชำระค่าชดเชยเพื่อความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการเลิกสัญญาเช่าก่อนครบกำหนดระยะเวลาให้แก่ผู้ให้เช่า¹³²

¹²⁶ Baker & McKenzie, *Business Leases in France*, (Paris: Baker & McKenzie SCP, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), at 4.

¹²⁷ Article L.145-31 of Commercial Code.

¹²⁸ Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 177.

¹²⁹ Article 1743 of Civil Code.

¹³⁰ Article L.145-9 of Commercial Code.

¹³¹ Article L.145-4 of Commercial Code.

¹³² Henry Dyson, *French Property and Inheritance Law – Principles and Practice* (Great Britain: Oxford University, 2003), at 174.

(2) ผู้ให้เช่ามีสิทธิไม่ต่อสัญญาเช่าได้ โดยต้องจ่ายค่าชดเชยการขับไล่ให้แก่ผู้เช่า¹³³ ตามที่ได้อธิบายไปข้างต้นในข้อย่อ (ค) (3)

(ข) การเช่าอสังหาริมทรัพย์กับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

การเช่าที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้น อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สำคัญของนักลงทุนต่างดาวนอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เนื่องจากตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น การเช่าที่ดินนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเช่าได้นานถึง 99 ปี ซึ่งน่าจะเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเพียงพอแก่ผลตอบแทนที่คุ้มค่างับมูลค่าการลงทุนที่ได้ลงทุนไป นอกจากนี้ การเช่าทำสัญญาเช่าที่ดินอาจเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนมากกว่า เนื่องจากการที่นักลงทุนต่างดาวถือครองที่ดินโดยผ่านสัญญาเช่าที่ดิน (โดยมีกำหนดระยะเวลาเช่าที่ไม่ยาวนานเกินไป) เพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัย ย่อมมีต้นทุนในการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยต่ำกว่าการถือครองที่ดินโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก่อนการประกอบธุรกิจด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมายผังเมือง เป็นต้น

3.3.2.3 การถือครองอสังหาริมทรัพย์รูปแบบอื่น

เมื่อพิจารณาตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส สิทธิในการครอบครองที่ดินซึ่งอาจเกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น ได้แก่ สิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์

สิทธิเก็บกิน¹³⁴ (Usufruct) ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ได้แก่ สิทธิที่จะได้ใช้ทรัพย์สินของผู้อื่นในลักษณะเช่นเดียวกับสิทธิของเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งรวมถึงการมีสิทธิใช้ภาระจำยอม หรือสิทธิอื่นๆ ซึ่งเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิใช้ดอกผลไม่ว่าจะเป็นดอกผลธรรมชาติหรือวัฒนธรรม (either natural or cultural) หรือมีสิทธิได้รับรายได้ เช่น ค่าเช่าบ้าน จากทรัพย์สินซึ่งได้มีการก่อตั้งสิทธิเก็บกิน ทั้งนี้ จะต้องสงวนแก่นสารหรือสาระสำคัญของทรัพย์สินนั้น (on condition that their substance be preserved)¹³⁵

¹³³ Article L.145-14 of Commercial Code.

¹³⁴ Article 578 of Civil Code.

¹³⁵ Articles 582 and 597 of Civil Code.

(ก) การก่อตั้งสิทธิเก็บกิน

สิทธิเก็บกินสามารถก่อตั้งขึ้นโดยกฎหมาย หรือโดยความประสงค์ของคู่สัญญา¹³⁶ สามารถก่อตั้งให้สมบูรณ์ (Outright) มีกำหนดเวลาแน่นอน (at a certain date) หรือมีเงื่อนไข (conditionally)¹³⁷ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาของการก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลจะต้องไม่เกิน 30 ปี¹³⁸ นอกจากนี้ สิทธิเก็บกินสามารถตั้งเหนือทรัพย์สินใดๆ ก็ได้ทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์¹³⁹ ทั้งนี้ หากเป็นการก่อตั้งสิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น ตามประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสนั้น ถือว่าสิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์เป็นอสังหาริมทรัพย์อย่างหนึ่ง¹⁴⁰

(ข) สิทธิและหน้าที่ของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

(1) สิทธิของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธินำทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งสิทธิเก็บกินออกให้เช่า หรือสามารถโอนสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลภายนอกได้ ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินนำทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งสิทธิเก็บกินออกให้เช่า หากระยะเวลาการเช่าเกินกว่า 9 ปี สัญญาเช่าดังกล่าวจะผูกพันเจ้าของทรัพย์สินตลอดไปจนกว่าจะสิ้นสุดสิทธิเก็บกิน โดยให้นับระยะเวลาเช่าเป็นช่วง ช่วงละ 9 ปี ซึ่งหมายความว่า ถ้าสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลงในช่วง 9 ปีแรก สัญญาเช่าจะผูกพันเจ้าของทรัพย์สินไปจนกว่าจะครบระยะเวลา 9 ปีนั้น และถ้าสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลงในช่วง 9 ปีที่สอง สัญญาเช่าจะมีผลผูกพันเจ้าของทรัพย์สินไปจนกว่าจะครบระยะเวลา 9 ปีนั้น และให้พิจารณาความผูกพันของสัญญาเช่าต่อเจ้าของทรัพย์สินทุกช่วงระยะเวลา 9 ปี

อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิเก็บกินห้ามนำทรัพย์สินออกให้เช่าเพื่อการพาณิชย์ การอุตสาหกรรม หรือเพื่องานฝีมือ เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากเจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งหากเจ้าของทรัพย์สินไม่ให้ความยินยอม ผู้ทรงสิทธิเก็บกินอาจร้องขอให้ศาลสั่งให้ทำสัญญาเช่าได้¹⁴¹

¹³⁶ Article 579 of Civil Code.

¹³⁷ Article 580 of Civil Code.

¹³⁸ Article 619 of Civil Code.

¹³⁹ Article 581 of Civil Code.

¹⁴⁰ Article 526 of Civil Code.

¹⁴¹ Article 595 of Civil Code.

(2) หน้าที่ของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิเหนือทรัพย์สินตามสภาพของทรัพย์สิน ขณะที่ก่อตั้งสิทธิเก็บกิน อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิเก็บกินจะมีสิทธิใช้ทรัพย์สินก็ต่อเมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินทำรายการทรัพย์สินทั้งสังหาริมทรัพย์และอสังหาริมทรัพย์ โดยที่เจ้าของทรัพย์สินต้องอยู่ขณะที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินทำรายการดังกล่าวด้วย¹⁴²

นอกจากนี้ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินจะต้องให้หลักประกันในฐานะที่เป็นผู้จัดการการใช้สิทธิเก็บกิน เพื่อให้มีการใช้สิทธิอย่างระมัดระวัง เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น ทั้งนี้ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่มีหน้าที่ต้องให้หลักประกันแก่เจ้าของทรัพย์สิน ในกรณีที่บิดาหรือมารดาเป็นผู้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่ผู้ทรงสิทธิซึ่งเป็นบุตร หรือในกรณีที่ผู้ชายหรือผู้ให้ทรัพย์สินเป็นผู้สงวนไว้ซึ่งสิทธิเก็บกิน (เช่น นาย เอ ผู้เป็นเจ้าของที่ดินขายหรือให้ที่ดินของตนแก่นาย บี และนาย เอ สงวนไว้ซึ่งสิทธิเก็บกินในที่ดินดังกล่าว ในกรณีนาย เอ ไม่มีหน้าที่ต้องให้หลักประกันแก่เจ้าของทรัพย์สิน)¹⁴³

(ค) การสิ้นสุดของสิทธิเก็บกิน¹⁴⁴

สิทธิเก็บกินอาจถูกยกเลิกเมื่อ

- (1) ผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย
- (2) ครบกำหนดระยะเวลาของสิทธิเก็บกิน
- (3) เมื่อเจ้าของทรัพย์สินและผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็นบุคคลเดียวกัน
- (4) เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่ได้ใช้สิทธิของตนตลอดระยะเวลา 30 ปี
- (5) ทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งสิทธิเก็บกินสูญสลายไปทั้งหมด

นอกจากนี้ สิทธิเก็บกินอาจถูกยกเลิกเนื่องจากการที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินใช้สิทธิในทางที่ไม่ถูกต้องไม่ว่าจะเป็นกรณีของการชำระหนี้โดยการแบ่งเช่า หรือการเสื่อมสภาพเนื่องจากการละเลยไม่ดูแลรักษาทรัพย์สินตามสมควร และในกรณีที่มีพฤติการณ์ที่ร้ายแรง ศาลมี

¹⁴² Article 600 of Civil Code.

¹⁴³ Article 601 of Civil Code.

¹⁴⁴ Article 617 of Civil Code.

อำนาจสั่งยกเลิกสิทธิเก็บกินทั้งหมด หรือสั่งให้เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิเข้าใช้ทรัพย์สินซึ่งได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินนั้น โดยที่เจ้าของทรัพย์สินจะต้องจ่ายเงินรายปีให้แก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน หรือผู้รับโอนสิทธิเก็บกินจนถึงเวลาสิ้นสุดของสิทธิเก็บกิน¹⁴⁵

หากทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งสิทธิเก็บกินสูญสลายไปบางส่วน สิทธิเก็บกินยังคงมีอยู่สำหรับทรัพย์สินส่วนที่ยังคงเหลืออยู่¹⁴⁶ ทั้งนี้ เมื่อสิทธิเก็บกินถูกยกเลิก ผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนใดๆ สำหรับการปรับปรุงทรัพย์สินให้ดีขึ้นแม้ว่าการปรับปรุงดังกล่าวจะทำให้ทรัพย์สินมีมูลค่าเพิ่มขึ้นก็ตาม¹⁴⁷ นอกจากนี้ หากสิทธิเก็บกินมีกำหนดระยะเวลาโดยขึ้นอยู่กับอายุของบุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกจะถึงแก่ความตายก่อนถึงอายุที่กำหนดสิทธิเก็บกินก็ยังคงมีต่อไปจนกว่าจะครบกำหนดอายุของบุคคลภายนอกที่ได้ตกลงไว้¹⁴⁸

อย่างไรก็ตาม สิทธิเก็บกินไม่สิ้นสุดหรือถูกยกเลิกไป แม้ว่าเจ้าของทรัพย์สินซึ่งก่อตั้งสิทธิเก็บกินขายทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ทรงสิทธิเก็บกินยังคงมีสิทธิเก็บกินเหนือทรัพย์สินต่อไปได้¹⁴⁹ ในกรณีที่สิทธิเก็บกินก่อตั้งขึ้นเหนืออาคารเท่านั้น และอาคารดังกล่าวถูกทำลายเนื่องจากอัคคีภัย หรืออุบัติเหตุอื่น หรือพังทลายเนื่องจากการเสื่อมสภาพ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่มีสิทธิใช้พื้นดินหรือวัตถุ ในทางตรงกันข้าม หากสิทธิเก็บกินก่อตั้งเหนือพื้นที่ซึ่งมีอาคารเป็นส่วนหนึ่งของพื้นที่และอาคารถูกทำลายเนื่องจากเหตุการณ์ดังกล่าว ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิใช้พื้นดินและวัตถุ¹⁵⁰

(ง) การก่อตั้งสิทธิเก็บกินกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส นักลงทุนต่างด้าวอาจถือครองที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยได้โดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เนื่องจากคนต่างด้าวสามารถซื้อและถือครองอสังหาริมทรัพย์รวมทั้งที่ดินในประเทศฝรั่งเศสได้อย่างไม่มีข้อจำกัด หรือนักลงทุนต่างด้าวอาจเลือกการถือครองที่ดินโดยการเช่าที่ดินก็ได้ เนื่องจากระยะเวลาการเช่าตามกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสนั้น คู่สัญญาสามารถตกลงให้มีระยะเวลาการ

¹⁴⁵ Article 618 of Civil Code.

¹⁴⁶ Article 623 of Civil Code.

¹⁴⁷ Article 599 of Civil Code.

¹⁴⁸ Article 620 of Civil Code.

¹⁴⁹ Article 621 of Civil Code.

¹⁵⁰ Article 624 of Civil Code.

เช่าได้ยาวนานถึง 99 ปี ซึ่งอาจเป็นกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวไม่ต้องการให้เงินทุนจมอยู่กับที่ดินมากเกินไป

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าสิทธิเก็บกินตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศฝรั่งเศส สามารถเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการถือครองที่ดินของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ แต่นักลงทุนต่างด้าวก็ไม่มี ความจำเป็นที่จะต้องถือครองที่ดินเพื่อการลงทุน โดยการก่อตั้งสิทธิเก็บกิน เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวมีทางเลือกในการถือครองที่ดินที่สอดคล้องกับการลงทุนมากกว่าการถือครองที่ดินโดยการก่อตั้งสิทธิเก็บกินเหนือที่ดินอยู่แล้ว ไม่ว่าจะเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการเช่าที่ดิน นอกจากนี้ การก่อตั้งสิทธิเก็บกินยังมีข้อกำหนดในเรื่องระยะเวลา กล่าวคือ ระยะเวลาของการก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลจะต้องไม่เกิน 30 ปี¹⁵¹ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่านักลงทุนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยผ่านการก่อตั้งสิทธิเก็บกินเหนือที่ดิน เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวมีทางเลือกในการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนที่สะดวก และสอดคล้องกับการลงทุนมากกว่า

3.4 ประเทศสหรัฐอเมริกา (United State of America)

ประเทศสหรัฐอเมริกา มีพื้นที่ประมาณ 3.8 ล้านตารางไมล์ หรือ 9.8 ล้านตารางกิโลเมตร มีประชากรประมาณ 300 ล้านคน มีระบบการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยมีประธานาธิบดีเป็นประมุข ทั้งนี้ ระบบการปกครองเป็นแบบกระจายอำนาจ มลรัฐและเมืองต่างๆ มีกฎหมายของตนเองที่อยู่บนพื้นฐานและหลักการของกฎหมายรัฐบาลกลาง แต่อาจจะมีรายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างออกไปจากกฎหมายรัฐบาลกลาง¹⁵²

ระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นระบบคอมมอนลอว์ (Common Law Legal System) หรือเรียกกันว่า "ระบบกฎหมายไม่เป็นลายลักษณ์อักษร" หรือ "ระบบกฎหมายจารีตประเพณี" ซึ่งกฎหมายมาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรม กล่าวคือเมื่อมีคดีเกิดขึ้นและศาลได้วินิจฉัยไปแล้ว คำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานของศาลต่อๆมา ซึ่งจะพิพากษาคดีที่มีประเด็นอย่างเดียวกันเหมือนๆ กัน เป็นกรณีที่พิจารณาจากเรื่องเฉพาะเรื่องมาสู่หลักเกณฑ์ทั่วไป

¹⁵¹ Article 619 of Civil Code.

¹⁵² สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, USA Country Profile [ออนไลน์], มกราคม 2550. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.

3.4.1 การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵³

ประเทศสหรัฐอเมริกามีนโยบายเปิดเสรีการลงทุนของคนต่างด้าว จึงไม่มีการกำหนดวงเงินขั้นต่ำของการลงทุน และการลงทุนในประเทศสหรัฐอเมริกาของนักลงทุนต่างด้าวนั้นไม่จำเป็นต้องมีการยื่นจดใบอนุญาตประกอบการ (Licensing) เว้นแต่บางประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาถือว่าเป็นศัตรูตามกฎหมาย Foreign Assets Control Regulations (Trading with the Enemy Act) ซึ่งในปัจจุบันได้แก่ ประเทศคิวบา ประเทศอิรัก ประเทศลิเบีย ประเทศเกาหลีเหนือ และประเทศซูดาน โดยประเทศดังกล่าวจะต้องขอและได้รับใบอนุญาตการลงทุนจาก U.S. Treasury Department

นักลงทุนต่างด้าวจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบเดียวกับพลเมืองประเทศสหรัฐอเมริกา เช่น การจัดตั้งบริษัทสามารถกระทำได้โดยไม่ต้องได้รับการอนุมัติจากผู้มีอำนาจทางการเงิน ไม่มีการควบคุมในเรื่องการแลกเปลี่ยนเงินตรา สามารถตั้งอัตราดอกเบี้ยหรือค่าธรรมเนียม (Royalty fee) ที่เก็บจากบริษัทประเทศสหรัฐอเมริกาได้อย่างอิสระ (รายได้ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้กฎระเบียบการเสียภาษีของประเทศสหรัฐอเมริกา) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวจะต้องทำรายงานการสำรวจการลงทุนต่างด้าวด้วย ซึ่งได้แก่ Direct Investment, Survey report, Portfolio Investment, Agricultural Land Investment และในกรณีที่เป็นการลงทุนขนาดใหญ่ในประเทศสหรัฐอเมริกา และถ่ายโอนเงินข้ามประเทศจำนวนมาก นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องรายงานให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเป็นประจำทุกปี

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายในระดับรัฐบาลกลางและรัฐบาลมลรัฐที่มีข้อห้าม การจำกัดสัดส่วนของการลงทุน หรือชนิดของการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว ทั้งนี้ด้วยเหตุผลเรื่องความมั่นคง ความปลอดภัย และการปกป้องทรัพยากรธรรมชาติของประเทศ รัฐบาลกลางของประเทศสหรัฐอเมริกาจึงควบคุมการลงทุนของต่างด้าวในภาคธุรกิจดังต่อไปนี้ คือ

- (ก) อุตสาหกรรมด้านการคมนาคมสื่อสารทุกชนิด
- (ข) อุตสาหกรรมด้านการบิน/การขนส่งทางอากาศ

¹⁵³ กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, ข้อมูลการลงทุนในต่างประเทศ ภูมิภาคอเมริกา [ออนไลน์], กุมภาพันธ์ 2554. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.; สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการค้าส่งออก, USA Country Profile [ออนไลน์], มกราคม 2550. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.

- (ค) อุตสาหกรรมด้านการเดินเรือ/การประมง
- (ง) อุตสาหกรรมด้านพลังงาน
- (จ) อุตสาหกรรมด้านการเข้าสิทธิทำเหมืองแร่
- (ฉ) อุตสาหกรรมธนาคาร
- (ช) อุตสาหกรรมอสังหาริมทรัพย์

โดยทั่วไปแล้วประเทศสหรัฐอเมริกาจะไม่เข้มงวดในเรื่องการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว ทั้งนี้มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่จะมีกฎหมายและกฎระเบียบเพิ่มเติมที่เข้มงวดขึ้น คือ

- (1) ผู้ลงทุนที่เป็นคนในสังกัดของประเทศที่อยู่ในระหว่างการทำสงครามกับประเทศสหรัฐอเมริกาหรือประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดให้มีการควบคุมการเดินทางเข้าประเทศสหรัฐอเมริกา และการค้ากับประเทศสหรัฐอเมริกา
- (2) การลงทุนที่จะต้องมีการถือครองพื้นที่ทางการเกษตร รัฐบาลท้องถิ่นจะมีกฎหมายควบคุมการลงทุนของคนต่างชาติที่เป็นของตนแยกออกไปต่างหากจากกฎหมายรัฐบาลกลางและจะแตกต่างกันในแต่ละมลรัฐ

3.4.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในปัจจุบันคนต่างด้าวจะถือครองที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกาได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าที่ดินที่คนต่างด้าวต้องการถือครองนั้นตั้งอยู่ในอาณาเขตของมลรัฐไหนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลายมลรัฐที่ให้สิทธิคนต่างด้าวเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกาในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในขณะที่บางมลรัฐมีกฎหมายจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือมีข้อกำหนดให้ต้องรายงานต่อเจ้าหน้าที่รัฐเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และมีมลรัฐส่วนน้อยที่ห้ามคนต่างด้าวถือครองที่ดินอย่างเด็ดขาด ทั้งนี้เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกาได้ให้อำนาจแก่รัฐบาลท้องถิ่นแต่ละมลรัฐในการกำหนดประเภทคนต่างด้าวซึ่งอาจได้รับอนุญาตให้ถือครองที่ดิน ดังนั้น หลักเกณฑ์การถือครองที่ดินในแต่ละมลรัฐจึงแตกต่างกัน

3.4.2.1 หลักเกณฑ์การถือครองที่ดินในแต่ละมลรัฐ

(ก) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

คนต่างด้าว (Noncitizens) มีสิทธิเกี่ยวกับทรัพย์สินเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกา หรืออาจกล่าวได้ว่าบุคคลใดๆ ไม่ว่าจะพลเมืองสหรัฐอเมริกาหรือคนต่างด้าว อาจได้มา ถือครอง และจำหน่ายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งตั้งอยู่ในมลรัฐได้¹⁵⁴

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่จะซื้อทะเลสาบน้ำจืด พื้นที่พรุ และที่ดินที่น้ำท่วมถึงได้นั้น จะต้องเป็นพลเมืองสหรัฐอเมริกา หรือบุคคลที่ต้องการจะเป็นพลเมืองสหรัฐอเมริกา และต้องที่ถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁵⁵

ในกรณีของนิติบุคคลต่างด้าว (Foreign business entity) นั้น เมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคลถูกต้องตามกฎหมาย นิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวย่อมมีสิทธิและประโยชน์ต่างๆ เฉกเช่นเดียวกับนิติบุคคลภายในประเทศ (Domestic entity) กล่าวคือ ตามกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นิติบุคคลต่างด้าวไม่ถูกจำกัดสิทธิใดๆ เกี่ยวกับการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่เป็นการจำกัดสิทธิตามข้อบังคับของนิติบุคคล หรือตามข้อกำหนด หรือข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้น¹⁵⁶

(ข) มลรัฐโคโลราโด (Colorado)

คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ ไม่ว่าจะเป็นการได้มาโดยนิติกรรม โดยทางมรดก หรือโดยผลของกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่าคนต่างด้าวมีสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ คนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องเป็นบุคคลซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐโคโลราโดโดยชอบด้วยกฎหมาย (Bona fide resident alien)¹⁵⁷

นอกจากนี้ นิติบุคคลต่างด้าวซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกามีสิทธิเช่นเดียวกับนิติบุคคลภายในประเทศ (Domestic entity) ทั้งนี้ การดำเนินการต่างๆ ของนิติบุคคลต่างด้าวจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย ข้อบังคับนิติบุคคล และข้อตกลงระหว่าง

¹⁵⁴ CA Const. Art. I § 20 and Cal.Civ.Code § 671.

¹⁵⁵ Cal.Pub.Res.Code §7601.

¹⁵⁶ Cal.Corp.Code §1701(q), (r) and Cal.Corp.Code §§ 17452, 15693.

¹⁵⁷ CO Const. Art. 2 §27.

ผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าว¹⁵⁸ ดังนั้น นิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวจึงอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเช่นเดียวกับนิติบุคคลที่มีสัญชาติอเมริกัน (Domestic entity)

(ค) มลรัฐลุยเซียนา (Louisiana)

บุคคลใดๆ มีสิทธิเป็นเจ้าของทรัพย์สิน กล่าวคือ คนต่างด้าวทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในมลรัฐได้ โดยมีสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกา¹⁵⁹

(ง) มลรัฐมิสซิสซิปปี (Mississippi)

คนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐมิสซิสซิปปีสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐมิสซิสซิปปีมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ไม่เกิน 230 เอเคอร์ โดยการได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อการพัฒนาอุตสาหกรรม¹⁶⁰

(จ) มลรัฐนิวยอร์ก (New York)

คนต่างด้าวทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในมลรัฐได้ โดยมีสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกา¹⁶¹

(ฉ) มลรัฐโอกาโฮมา (Oklahoma)

คนต่างด้าวไม่สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในมลรัฐโอกาโฮมาได้ เว้นแต่คนต่างด้าวดังกล่าวเป็นคนต่างด้าวซึ่งมีถิ่นที่อยู่ในมลรัฐโอกาโฮมา (Bona fide resident alien)¹⁶²

ในกรณีของนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา นั้นอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในมลรัฐโอกาโฮมา โดยที่ดินดังกล่าวจะต้องตั้งอยู่ในเมืองที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ หรืออาจกล่าวได้ว่านิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

¹⁵⁸ Colo. Rev. Stat. 7-90-805(2).

¹⁵⁹ La. Const. Article 1 §4(A).

¹⁶⁰ Ms St. §89-1-23 and Ms St. §29-1-75.

¹⁶¹ NY Real Prop. Law Article 2 §10(2).

¹⁶² Okla. Const. art. XXII §1.

นอกเมืองที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ เว้นแต่การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนอกเมืองที่นิติบุคคลนั้นตั้งอยู่ นั้นจำเป็นต่อการประกอบธุรกิจ¹⁶³

(ข) มลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin)

คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการรับมรดกหรือโดยนิติกรรม หรือโดยผลแห่งกฎหมายได้เช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกา¹⁶⁴ อย่างไรก็ตาม กฎหมายกำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยชอบด้วยกฎหมาย มีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ไม่เกิน 640 เอเคอร์¹⁶⁵

ในกรณีนิติบุคคลต่างด้าวซึ่งไม่ได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา หรือนิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาและมีคนต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกามีหุ้นเกินกว่าร้อยละ 20 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ไม่เกิน 640 เอเคอร์ ซึ่งหากนิติบุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าว มลรัฐมีสิทธิยึดที่ดินเป็นของมลรัฐ¹⁶⁶

3.4.2.2 การตรวจสอบการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว

รัฐบาลกลางมีอำนาจในการระงับธุรกรรมทางทรัพย์สินของคนต่างด้าวซึ่งอยู่ภายในประเทศ กล่าวคือในกรณีที่มีการประกาศภาวะสงคราม ตามกฎหมาย Enemy Act 1970 ให้อำนาจรัฐบาลในการควบคุมทรัพย์สินของคนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลในสังกัดของประเทศที่ประเทศสหรัฐอเมริกาประกาศสงครามด้วยตลอดระยะเวลาที่ประกาศสงคราม¹⁶⁷

นอกจากนี้ ประเทศสหรัฐอเมริกายังมีมาตรการในการตรวจสอบการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว โดยรัฐสภาได้ออกกฎหมายเพื่อเก็บข้อมูลเกี่ยวกับคนต่างด้าวเพื่ออาจใช้เป็นพื้นฐานในการออกกฎหมายจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวในอนาคต ได้แก่

¹⁶³ Okla. St. title 18 §1020.

¹⁶⁴ Wis. Const. Art. 15 §23.

¹⁶⁵ Wis. Stat. §710.02(1)(a) and Wis. Stat. §710.02(6).

¹⁶⁶ Wis. Stat. §710.02(1)(b) and Wis. Stat. §710.02(6); Wis. Stat. §710.02(1)(c) and Wis. Stat. §710.02(6).

¹⁶⁷ Dennis Campbell, *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property* (1980), at 155.

(ก) The International Investment Survey Act 1976¹⁶⁸

กฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจประธานาธิบดีในการจัดเก็บและวิเคราะห์ข้อมูลเกี่ยวกับการลงทุนระหว่างประเทศ โดยมีมาตรฐานในการสำรวจข้อมูลดังกล่าวทุกๆ 5 ปี เพื่อวิเคราะห์ข้อมูลการลงทุนของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเทศอื่น และการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา โดยกฎหมายฉบับนี้จะระบุไว้อย่างชัดเจนว่าการเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวไม่ได้เป็นไปเพื่อยับยั้งหรือขัดขวางการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งในปัจจุบันประธานาธิบดีได้มอบอำนาจการดำเนินการเก็บรวบรวมข้อมูลดังกล่าวให้แก่สำนักวิเคราะห์เศรษฐกิจ กระทรวงพาณิชย์

บุคคลซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้แก่ นักลงทุนต่างด้าวซึ่งได้ลงทุนโดยตรง บุคคลสัญชาติอเมริกันซึ่งเกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรงของคนต่างด้าว คนกลางที่เกี่ยวข้อง และบุคคลสัญชาติอเมริกันซึ่งให้ความช่วยเหลือในการซื้อหรือขายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนโดยตรง เช่น นายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ นายหน้าค้าบ้านจะต้องยื่นรายงานและเอกสารที่เกี่ยวข้องต่อสำนักวิเคราะห์เศรษฐกิจ ทั้งนี้ การลงทุนโดยตรง หมายถึง การถือกรรมสิทธิ์ในหุ้นซึ่งมีสิทธิออกเสียงของบริษัท หรือถือผลประโยชน์ในลักษณะเดียวกันขององค์กรธุรกิจตั้งแต่ร้อยละ 10 ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยทางอ้อม อย่างไรก็ตาม หากผู้มีหน้าที่ต้องยื่นรายงานไม่ปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ บุคคลดังกล่าวมีความรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและอาญา อนึ่ง หากการถือครองอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็นการใช้เพื่อประโยชน์ส่วนบุคคล และไม่มีลักษณะหากำไร บุคคลซึ่งถือครองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้รับการยกเว้นไม่ต้องยื่นรายงานต่อสำนักวิเคราะห์เศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตาม ข้อมูลต่างๆ ที่ได้รวบรวมตามกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำสถิติเท่านั้น ข้อมูลดังกล่าวจึงถือว่าเป็นข้อมูลที่เป็นความลับ ไม่สามารถนำไปเชื่อมโยงกับหน่วยงานอื่นๆ หรือนำไปเป็นประโยชน์ต่อการเก็บภาษีได้ โดยข้อมูลเหล่านี้ถือเป็นหลักฐานเฉพาะของคนต่างด้าวซึ่งบุคคลอื่นไม่สามารถเข้าถึงได้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการให้ความมั่นใจแก่คนต่างด้าวในการให้ข้อมูลและเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการลงทุนของตน และหากมีการเปิดเผยข้อมูลเหล่านี้ผู้เปิดเผยข้อมูลมีความรับผิดชอบทางอาญา

¹⁶⁸ Dennis Campbell, *Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property* (1980), at 155-156.

(ข) The Agricultural and Foreign Investment Disclosure 1978¹⁶⁹

ตามกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งถือครอง หรือได้มา หรือ โอนที่ดินเกษตรกรรม (“ธุรกิจ”) ต้องเปิดเผยข้อมูลเกี่ยวกับการทำธุรกิจดังกล่าวต่อ คณะกรรมการที่ดินเกษตรกรรม โดยคนต่างด้าวมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลและรายงานข้อมูล ภายใน 90 วันนับแต่วันที่ได้มีการทำธุรกิจที่เกี่ยวกับที่ดินเกษตรกรรม ซึ่งที่ดินเกษตรกรรม หมายถึง ที่ดินที่ได้มีการใช้ เพื่อการทำไร่ นา ปศุสัตว์ ป่าไม้ หรือผลิตภัณฑ์จากป่าไม้

กฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีการเปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับ การทำธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งเกี่ยวข้องกับที่ดินเป็นหลัก ไม่ได้มีข้อห้ามคนต่างด้าวในการ ประกอบธุรกิจแต่อย่างใด หากคนต่างด้าวซึ่งได้ทำธุรกิจที่เกี่ยวกับที่ดินเกษตรกรรมไม่ ปฏิบัติตามกฎหมาย กล่าวคือ ไม่เปิดเผยข้อมูลและรายงานต่อคณะกรรมการที่ดินเกษตรกรรม ภายในระยะเวลาที่กำหนด คนต่างด้าวดังกล่าวจะต้องเสียค่าปรับในอัตราส่วนเท่ากับ 1 ส่วน 10 ของร้อยละ 1 ของมูลค่าอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องตามราคาตลาดต่อสัปดาห์ตลอดระยะเวลาที่ เลยกำหนดการรายงานนั้น โดยจำนวนค่าปรับทั้งหมดจะต้องไม่เกินร้อยละ 25 ของมูลค่า อสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวข้องตามราคาตลาด

3.4.2.3 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ตามหลักทั่วไปแล้ว อาคารนั้นถือเป็นส่วนควบ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของที่ดินเสมอ ดังนั้น หนังสือสำคัญของที่ดิน (Deed) จะให้กรรมสิทธิ์ของอาคารซึ่งตั้งอยู่บนที่ดินแก่ผู้ซื้อโดย อัตโนมัติโดยที่ไม่จำเป็นต้องมีการระบุถึงอาคารเป็นหนังสือสำคัญ¹⁷⁰

(ก) ประเภทของที่ดิน (Estate)¹⁷¹

ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกาแบ่งที่ดิน (Estate) ออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ (Freehold estate) และ ที่ดินซึ่งมีสิทธิการเช่า (Leasehold estate) โดยที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ยังแบ่งออกเป็นอีก 4 ประเภท ได้แก่

¹⁶⁹ Dennis Campbell, Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property (1980), at 157-158.

¹⁷⁰ Raymond J. Werner and Robert Kratovil, Real Estate Law (United State of America: Prentice Hall, 1993), at 55.

¹⁷¹ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 126.

(1) ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (Fee simple absolute)

เจ้าของที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน จะมีอำนาจเหนือที่ดิน และควบคุมการใช้ที่ดินได้โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้กฎหมายของรัฐ และผู้รับโอนที่ดินดังกล่าวจะมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดินอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือมีสิทธิใช้ที่ดิน และครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย

ตามกฎหมายของรัฐจอร์เจีย (Georgia) ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในที่ดิน (Fee simple absolute) หมายถึง สิทธิเหนือที่ดินที่เจ้าของที่ดินมีสิทธิอย่างสมบูรณ์โดยไม่มีเงื่อนไข เจ้าของที่ดินย่อมมีอำนาจจำหน่ายที่ดินในขณะที่ยังมีชีวิต และที่ดินดังกล่าวสามารถตกทอดไปยังทายาทของเจ้าของที่ดินได้เมื่อเจ้าของที่ดินถึงแก่ความตาย

(2) ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และอาจถูกเพิกถอนได้ (Fee simple defeasible)

ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และอาจถูกเพิกถอนได้ หมายถึง ที่ดินซึ่งเจ้าของจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่กรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวอาจสิ้นสุดลงได้เมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างที่กำหนดไว้ ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และอาจถูกเพิกถอนได้นั้นมีหลายรูปแบบ ดังนี้

(2.1) Fee simple determinable

ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจสิ้นสุดลง หากเจ้าของที่ดินใช้ประโยชน์ในที่ดินแตกต่างไปจากข้อกำหนดของผู้ให้สิทธิหรือผู้ขายที่ดิน (Grantor) เช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (Conveyance) จะสมบูรณ์ตราบเท่าที่ที่ดินดังกล่าวยังใช้เป็นที่ตั้งของอาคารเรียน ดังนั้น หากที่ดินดังกล่าวไม่ได้ใช้เพื่อเป็นที่ตั้งของอาคารเรียนแล้ว กรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจะถูกยกเลิก หรือสิ้นสุดไปโดยอัตโนมัติ โดยที่ผู้ให้สิทธิไม่ต้องดำเนินการใดๆ อีก

ประโยชน์ที่ผู้ให้สิทธิหรือผู้ขายที่ดิน (Grantor) จะได้รับเมื่อผู้รับสิทธิ (Grantee) หรือเจ้าของที่ดินฝ่าฝืนข้อกำหนดนั้น เรียกว่า Possibility of reverter ซึ่งเป็นประโยชน์ในอนาคตประเภทหนึ่ง (Future Interest)

(2.2) Fee simple subject to an executory limitation

ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจสิ้นสุดลง หากผู้รับสิทธิหรือเจ้าของที่ดิน (Grantee) ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนด และผู้รับประโยชน์จากการไม่ปฏิบัติตาม

ข้อกำหนดดังกล่าวจะเป็นบุคคลภายนอกที่ได้กำหนดไว้ ซึ่งต่างจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งมีเงื่อนไขตามข้อ (2.1) ซึ่งผู้รับประโยชน์ได้แก่ ผู้ให้สิทธิหรือผู้ขายที่ดิน (Grantor) เช่น ผู้ให้สิทธิโอนที่ดินให้แก่นายแดง เพื่อให้เป็นที่ตั้งของอาคารเรียน แต่ถ้านายแดงไม่ใช้ที่ดินดังกล่าวเพื่อเป็นที่ตั้งของอาคารเรียน กรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจะตกเป็นของนายดำ

ประโยชน์ที่บุคคลภายนอกจะได้รับเมื่อผู้รับสิทธิ (Grantee) หรือเจ้าของที่ดินฝ่าฝืนข้อกำหนดนั้น เรียกว่า Executory interest ซึ่งเป็นประโยชน์ในอนาคตประเภทหนึ่ง (Future Interest)

(2.3) Fee simple subject to a condition subsequent

ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินอาจสิ้นสุดลง หากเจ้าของที่ดินใช้ประโยชน์ในที่ดินแตกต่างไปจากข้อกำหนดของผู้ให้สิทธิ (Grantor) ซึ่งส่งผลให้ผู้ให้สิทธิมีสิทธิเข้าครอบครองและยึดที่ดินกลับคืน เช่น นายแดงโอนที่ดินให้นายดำ และมีข้อกำหนดว่าให้ใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์ใดๆ ก็ได้ เว้นแต่การตั้งสถานบันเทิง หากนายดำฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าว นายแดงซึ่งเป็นผู้ให้สิทธิย่อมมีสิทธิกลับเข้าไปครอบครองและยึดที่ดินดังกล่าวจากนายดำได้ ประโยชน์ที่นายแดงได้รับนี้เรียกว่า Right of entry ซึ่งเป็นประโยชน์ในอนาคตประเภทหนึ่ง (Future Interest)

อย่างไรก็ตาม ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และอาจถูกเพิกถอนได้ (Fee simple defeasible) นี้ ไม่ค่อยพบในธุรกรรมการโอนกรรมสิทธิ์ที่เกี่ยวข้องกับการพาณิชย์ แต่อาจพบกรรมสิทธิ์ในที่ดินประเภทนี้ได้ ในธุรกรรมการโอนกรรมสิทธิ์ซึ่งเกี่ยวข้องกับองค์การการกุศล การศึกษา การศาสนา และองค์กรที่ไม่แสวงหากำไร เป็นต้น

(3) ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดก (Fee tail)

ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดก (Fee tail) จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ให้สิทธิ (Grantor) โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้ผู้รับสิทธิ (Grantee) และทายาทของผู้รับสิทธิ เช่น นายแดงโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่นายดำ โดยให้นายดำมีสิทธิใช้ที่ดินตลอดชีวิตของนายดำ ทั้งนี้ นายดำไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวให้แก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่เป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่บุคคลในครอบครัว ดังนั้น หากนายดำถึงแก่ความตาย ที่ดินดังกล่าวจะโอนไปยังบุตรของนายดำ หรือหลานของนายดำ อย่างไรก็ตาม หากนายดำไม่มีทายาท ผู้ให้สิทธิหรือทายาทของผู้ให้สิทธิจะกลายมาเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวแทน

ในปัจจุบันมลรัฐส่วนใหญ่ห้ามก่อตั้งสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดก (Fee tail) แต่ในบางมลรัฐนั้น เพียงจำกัดผลของการก่อตั้งสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดก เช่น นายแดงทำพินัยกรรมยกที่ดินให้ภรรยา โดยให้ภรรยามีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตลอดชีวิตของภรรยา (Life estate) และก่อตั้งสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดกให้แก่บุตรของตน ในกรณีนี้ตามกฎหมายของมลรัฐ Arkansas การก่อตั้งสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และถูกจำกัดการตกทอดทางมรดกให้แก่บุตรดังกล่าวจะถูกเปลี่ยนเป็น Life estate กล่าวคือบุตรมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตลอดชีวิตของบุตร

(4) ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตลอดชีวิต (Conventional life estates)

ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินตลอดชีวิต (Life estates) คือ ที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์และมีกำหนดระยะเวลาโดยชีวิตของบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ซึ่งสามารถก่อตั้งได้โดยทำเป็นหนังสือสำคัญ (Deed) และการกำหนดระยะเวลาของการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นอาจกำหนดโดยชีวิตของผู้รับสิทธิ หรือบุคคลภายนอกก็ได้ ทั้งนี้ สิทธิของเจ้าของที่ดินประเภทนี้จะสิ้นสุดเมื่อเจ้าของที่ดินซึ่งเป็นผู้รับสิทธิ หรือบุคคลภายนอกที่กำหนดไว้ถึงแก่ความตาย และผู้ให้สิทธิจะได้รับกรรมสิทธิ์ในที่ดินคืน ซึ่งประโยชน์ที่ผู้ให้สิทธิได้รับคืนเมื่อผู้รับสิทธิหรือบุคคลภายนอกถึงแก่ความตาย เรียกว่า Reversion หรือ Type of remainder interest ซึ่งเป็นประโยชน์ในอนาคตประเภทหนึ่ง (Future Interest)

เจ้าของที่ดินหรือผู้รับสิทธิในที่ดินประเภทนี้ อาจขายที่ดินดังกล่าวให้แก่บุคคลภายนอกได้ อย่างไรก็ตาม บุคคลภายนอกจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่าที่เจ้าของที่ดินหรือผู้รับสิทธิเดิม หรือบุคคลภายนอกที่กำหนดยังมีชีวิตอยู่เท่านั้น

(ข) แบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (Real estate contract)

เดิมนั้นการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์สามารถสมบูรณ์ได้ด้วยวาจาโดยมีพยานให้การยืนยันการทำสัญญานั้น แต่ต่อมามีการข้อถกกันระหว่างคู่สัญญา กล่าวคือ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์อาจจ่ายเงินจำนองมายืนยันว่าผู้ขายซึ่งเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ตกลงขายที่ดินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ซึ่งในความเป็นจริงไม่มีการตกลงทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กันแต่อย่างใด ดังนั้น ในปีคริสต์ศักราช 1677 จึงมีการออกกฎหมาย Statute of Frauds เพื่อป้องกันการข้อถกกันระหว่างคู่สัญญา โดยกฎหมายกำหนดให้สัญญาหลายๆ

ประเภทต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนด ซึ่งรวมทั้งการทำสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ด้วย และมลรัฐทุกรัฐได้นำกฎหมายดังกล่าวมาบังคับใช้ภายในมลรัฐของตนด้วย ทั้งนี้ ตามกฎหมาย Statute of Frauds สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจสมบูรณ์ได้แม้ไม่ได้ทำ เป็นหนังสือ หากคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งได้ทำขึ้นด้วยวาจา (Part Performance) เช่น มีการโอนผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ หรือผู้ซื้อได้พัฒนา อสังหาริมทรัพย์ที่มีมูลค่าโดยความยินยอมของผู้ขาย หรือผู้ซื้อได้เข้าครอบครองที่ดิน และมีการ ชำระราคาค่าซื้อขายไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนให้แก่ผู้ขาย เป็นต้น ในกรณีเหล่านี้คู่สัญญาฝ่าย หนึ่งฝ่ายใดอาจฟ้องร้องให้มีชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจงตามสัญญาได้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม แก่คู่สัญญา¹⁷²

ตามกฎหมาย Statute of Frauds นั้น สัญญาซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษร หรือเป็นหนังสือนั้น มีองค์ประกอบสำคัญ 4 ประการ ได้แก่

- (1) ชื่อผู้ซื้อและผู้ขาย ทั้งนี้ไม่จำเป็นต้องระบุชื่อเต็มของคู่สัญญา
- (2) รายละเอียดของอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้ศาลรู้ว่าเป็น อสังหาริมทรัพย์ประเภทไหน ตั้งอยู่ที่ใด
- (3) ราคา (Consideration) ซึ่งกฎหมายไม่สนใจมูลค่าของราคา ว่า จะต้องเป็นราคาตามตลาดหรือไม่ แม้ระบุราคาซื้อขายในสัญญาเพียงเล็กน้อย สัญญาก็สมบูรณ์
- (4) ลายมือชื่อของคู่สัญญา โดยทั่วไปแล้วสัญญาซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ควรลงลายมือชื่อของคู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่าย แต่อย่างไรก็ตาม การลงลายมือชื่อของ คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบต่อการฟ้องร้องคดีแล้ว เช่น นายดำซื้อที่ดินจากนายแดง และ ได้ทำสัญญาซื้อขายที่ดินเป็นหนังสือโดยลงลายมือชื่อนายแดงผู้ขายฝ่ายเดียว กรณีนี้หากนายแดง ไม่ปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย นายดำย่อมสามารถฟ้องร้องให้นายแดงปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย ที่ดินได้ ในทางตรงกันข้าม หากนายดำผู้ซื้อผิดสัญญาซื้อขายที่ดิน นายแดงไม่สามารถฟ้องร้องให้ นายดำปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายที่ดินได้ เนื่องจากนายดำไม่ได้ลงลายมือชื่อในสัญญาซื้อขาย ที่ดิน

¹⁷² George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 211.

ทั้งนี้ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องทำเป็นหนังสือนั้น ไม่จำเป็นต้องเป็นทางการ (Informal) กล่าวคือ สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องทำเป็นหนังสือ อาจเป็นเพียงใบเสร็จรับเงิน การเขียนลงในเศษกระดาษ และศาลไม่พิจารณาถึงความยาวของเนื้อหาของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ตราบเท่าที่มีสาระสำคัญของสัญญาซื้อขายครบถ้วน¹⁷³

(ค) การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ (Conveyance)

หนังสือสำคัญ (Deed) เป็นปัจจัยที่สำคัญในการโอนกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ หรืออาจกล่าวได้ว่าหนังสือสำคัญเป็นเอกสารสิทธิที่แท้จริงในการโอนกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะโอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ก็ต่อเมื่อผู้ขายได้ส่งมอบหนังสือสำคัญให้แก่ผู้ซื้อ

ตามหลัก Merger Rule เมื่อมีการทำหนังสือสำคัญ (Deed) ขึ้นมาแล้ว สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะไม่มีผลอีกต่อไปและถูกรวมเป็นส่วนหนึ่งของหนังสือสำคัญ ดังนั้น ข้อสัญญาที่ระบุไว้ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แต่ไม่ได้ระบุไว้ในหนังสือสำคัญย่อมไม่สามารถใช้บังคับได้อีกต่อไป เว้นแต่สัญญาซื้อขายมีข้อสัญญาระบุว่าให้ข้อสัญญาข้อใดบ้างที่มีผลภายหลังจากสัญญาซื้อขายถูกรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของหนังสือสำคัญ¹⁷⁴

โดยทั่วไปแล้ว หนังสือสำคัญที่ใช้ในการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์นั้นมี 2 ประเภทที่สำคัญ ได้แก่ หนังสือสำคัญแบบรับประกัน (Warranty deed) และหนังสือสำคัญแบบสละสิทธิข้อเรียกร้อง (Quitclaim deed) ซึ่งสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มักระบุประเภทของหนังสือสำคัญที่ผู้ขายจะส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อ และในกรณีที่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ระบุประเภทของหนังสือสำคัญ ผู้ขายจะส่งมอบหนังสือสำคัญแบบสละสิทธิข้อเรียกร้อง (Quitclaim deed) ให้แก่ผู้ซื้อ โดยหนังสือสำคัญทุกประเภทจะต้องมีรายละเอียดตามกฎหมายซึ่งได้แก่ ชื่อผู้ให้สิทธิ (Grantor with legal capacity) ลายมือชื่อของผู้ให้สิทธิ (Signature of the grantor) ชื่อผู้รับสิทธิ (Grantee named with reasonable certainty) คำตอบแทน (Recital of consideration) ข้อความแสดงการโอนกรรมสิทธิ์ (Word of conveyance) ประเภทของผลประโยชน์ที่โอน (Type of interest conveyed) คำอธิบายของที่ดินที่มีการโอนกรรมสิทธิ์

¹⁷³ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 214-215.

¹⁷⁴ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 343.

(Description of land conveyed) การรับรอง (Acknowledgement) การส่งมอบ (Delivery) และการตอบรับ (Acceptance)¹⁷⁵

(1) หนังสือสำคัญแบบรับประกัน (Warranty deed)¹⁷⁶

(1.1) หนังสือสำคัญแบบรับประกันทั่วไป (General warranty deed) หนังสือสำคัญประเภทนี้ ผู้ขายจะรับประกันต่อผู้ซื้อ 3 เรื่อง ได้แก่ ผู้ขายรับประกันว่าผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อย่างสมบูรณ์และมีสิทธิตามกฎหมายในการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ, ผู้ขายรับประกันว่ากรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไม่มีภาระผูกพันใดๆ เช่น การถูกยึดทรัพย์เพื่อใช้ในการชำระหนี้ การเช่า ภาระจำยอม เว้นแต่ในหนังสือสำคัญระบุไว้เป็นอย่างอื่น และผู้ขายรับประกันว่าอสังหาริมทรัพย์จะไม่ถูกแทรกแซงโดยบุคคลใดๆ ซึ่งมีสิทธิดีกว่า ทั้งนี้ หากผู้ขายผิดการรับประกัน ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ

(1.2) หนังสือสำคัญแบบรับประกันพิเศษ (Special warranty deed) หนังสือสำคัญประเภทนี้ ผู้ขายจะรับประกันเฉพาะข้อเรียกร้องที่เกิดจากการดำเนินการของผู้ขายเท่านั้น และไม่รับประกันความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิใดๆ ซึ่งสิทธิเกิดขึ้นก่อนที่ผู้ขายได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

(2) หนังสือสำคัญแบบสละสิทธิข้อเรียกร้อง (Quitclaim deed)

หนังสือสำคัญประเภทนี้ ผู้ขายจะไม่รับประกันใดๆ เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ผู้ขายเพียงโอนกรรมสิทธิ์หรือประโยชน์ที่มีให้แก่ผู้ซื้อเท่านั้น¹⁷⁷ หรืออาจกล่าวได้ว่าในกรณีที่ผู้ขายไม่แน่ใจกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ตนถืออยู่ ผู้ขายมักส่งมอบหนังสือสำคัญประเภทนี้ให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อเป็นการป้องกันให้ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อหากเกิดความชำรุดบกพร่องหรือการรอนสิทธิใดๆ¹⁷⁸

¹⁷⁵ Marianne M. Jennings, Real Estate Law (United State of America: West Group, 2002), at 290.

¹⁷⁶ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 344-345.

¹⁷⁷ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 345.

¹⁷⁸ Raymond J. Werner and Robert Kratovil, Real Estate Law (United State of America: Prentice Hall, 1993), at 63.

(ง) การบันทึกการซื้อขายที่ดิน (Recording statutes)¹⁷⁹

แม้ว่าการซื้อขายที่ดินจะสมบูรณ์เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบหนังสือสำคัญ (Deed) ให้แก่ผู้ซื้อ แต่การซื้อขายที่ดินดังกล่าวจะใช้ยืนยันต่อบุคคลภายนอกไม่ได้ หากไม่ได้ดำเนินการบันทึกหนังสือสำคัญนั้นต่อเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานของรัฐในท้องถิ่น เพื่อเป็นการบันทึกสาธารณะ (Public record) โดยการบันทึกสาธารณะ (Public record) จะส่งผลให้การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวให้แก่เจ้าของที่ดินคนใหม่หรือผู้ซื้อนั้นใช้ยืนยันต่อบุคคลภายนอกได้ ทั้งนี้ หนังสือสำคัญที่ไม่ได้รับการบันทึกนั้นยังคงมีผลผูกพันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย และการบันทึกหนังสือสำคัญจะสมบูรณ์ได้ หนังสือสำคัญนั้นก็ต้องถูกต้องและสมบูรณ์ตามกฎหมายด้วย

นอกจากนี้ ในหลายๆ มลรัฐยังมีข้อกำหนดพิเศษเกี่ยวกับการบันทึกหนังสือสำคัญเพื่อให้การบันทึกสาธารณะเป็นไปอย่างมีเอกภาพ ได้แก่ ผู้ให้สิทธิ (Grantor) จะต้องรับรองเอกสารสิทธิต่อหน้าเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น โนตารี พับลิก (Notary public) และคู่สัญญาต้องจ่ายภาษีที่เกี่ยวข้องทั้งหมดก่อนมีการบันทึก เป็นต้น

(จ) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณากฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว การที่นักลงทุนต่างด้าวจะมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนได้หรือไม่ ขึ้นอยู่กับว่าที่ดินที่คนต่างด้าวต้องการถือครองตั้งอยู่ในอาณาเขตของมลรัฐไหนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีหลายมลรัฐที่ให้สิทธิคนต่างด้าวเช่นเดียวกับพลเมืองสหรัฐอเมริกาในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในขณะที่บางมลรัฐมีกฎหมายจำกัดสิทธิของคนต่างด้าวซึ่งไม่มีถิ่นที่อยู่ในสหรัฐอเมริกาในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งการได้มาซึ่งที่ดินดังกล่าว ย่อมทำให้คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ ได้ เช่น ธุรกิจอาคารชุด ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ทั้งนี้ การทำสัญญาซื้อขายที่ดิน จะต้องทำเป็นหนังสือตามแบบที่กฎหมายกำหนด ทำหนังสือสำคัญ (Deed) และต้องดำเนินการบันทึกหนังสือสำคัญนั้นต่อเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานของรัฐในท้องถิ่น เพื่อให้การโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อที่ดินนั้นสามารถยืนยันต่อบุคคลภายนอกได้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่านักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี แต่การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่

¹⁷⁹ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 251-252.

เกี่ยวข้องก่อนการประกอบธุรกิจด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมายผังเมือง กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

3.4.2.4 การเช่าอสังหาริมทรัพย์ (Leasehold estate)

ตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เป็นประโยชน์อย่างหนึ่งในที่ดินซึ่งเป็นบุคคลสิทธิ (Chattel real and personal property) ซึ่งแม้ผู้เช่าจะไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ผู้เช่าก็มีสิทธิครอบครองทรัพย์สินตามระยะเวลาที่กำหนด และเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงหรือเมื่อครบอายุสัญญาเช่า สิทธิครอบครองทรัพย์สินก็จะกลับคืนมายังเจ้าของที่ดินหรือผู้ให้เช่า ซึ่งผลประโยชน์ที่ผู้ให้เช่ามีเหนือทรัพย์สินซึ่งให้เช่าในระหว่างอายุสัญญาเช่าเรียกว่า Reversionary interest¹⁸⁰ จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญาเช่านั้นไม่ได้เป็นเพียงสัญญาเท่านั้น แต่เป็นวิธีการโอนผลประโยชน์ในทรัพย์สิน (Convey a property interest) ซึ่งได้แก่ สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ (Leasehold estate) ในเวลาเดียวกันด้วย¹⁸¹

(ก) ประเภทของสัญญาเช่าที่ดิน¹⁸²

ตามระบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาเช่าแบ่งออกเป็น 4 ประเภท ได้แก่

(1) สัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลา (Estate for years)

สัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลาเป็นสัญญาเช่าที่ให้สิทธิในที่ดินแก่ผู้เช่าโดยมีระยะเวลาเริ่มต้นและระยะเวลาสิ้นสุดที่แน่นอน และเป็นประเภทสัญญาเช่าที่ดินที่พบมากที่สุด โดยระยะเวลาการเช่านั้นอาจมีได้ตั้งแต่ 1 วัน จนถึง 10,000 ปีก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐ สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (เช่น Massachusetts สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 100 ปี) สัญญาเช่าดังกล่าวจะถูกถือว่าเป็นสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เด็ดขาดโดยผลของกฎหมาย ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าคู่สัญญาสามารถตกลงกำหนดระยะเวลาการเช่าได้ยาวเท่าที่กฎหมายของแต่ละมลรัฐกำหนดไว้

¹⁸⁰ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 389.

¹⁸¹ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 397.

¹⁸² George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 390-393.

สัญญาเช่าประเภทนี้จะสิ้นสุดเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่า โดยที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด เว้นแต่สัญญาเช่าสิ้นสุดก่อนครบกำหนดระยะเวลาการเช่าตามข้อสัญญาเฉพาะอื่นๆ ตามสัญญาเช่า

(2) สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy)

สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) หรือบางครั้งอาจเรียกว่าสัญญาเช่าปีต่อปี (an estate from year to year) เป็นสัญญาเช่าที่มีการต่ออายุสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติจนกว่าผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าจะส่งหนังสือบอกกล่าวเลิกสัญญาเช่าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง (เป็นการเช่าปีต่อปี และจ่ายค่าเช่าเป็นรายปี หรือจะกำหนดเป็นระยะเวลาอื่นก็ได้ โดยพิจารณาจากระยะเวลาการชำระค่าเช่า) สัญญาเช่าประเภทนี้สามารถอาจเกิดขึ้นได้โดยการที่คู่สัญญาตกลงโดยชัดแจ้ง หรืออาจเกิดขึ้นโดยปริยายก็ได้ เช่น ในกรณีที่ผู้ให้เช่าและผู้เช่าตกลงเช่าทำสัญญาเช่าซึ่งไม่มีข้อสัญญากล่าวถึงระยะเวลาการเช่า กฎหมายให้ถือว่าสัญญาเช่าที่เกิดขึ้นดังกล่าว เป็นสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) โดยปริยาย

สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) มักเกิดขึ้นในกรณีที่สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาได้ครบกำหนดระยะเวลาแล้ว และผู้เช่ายังคงครอบครองทรัพย์สินที่เช่าต่อไป ซึ่งในทางกฎหมายถือว่าการครอบครองทรัพย์สินต่อไปของผู้เช่านั้น เป็นการทำคำเสนอของสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) และถ้าผู้ให้เช่าตกลงรับคำเสนอดังกล่าว (ได้แก่ การไม่ได้แย้งการครอบครองทรัพย์สินของผู้เช่าภายหลังสิ้นสุดสัญญาเช่า) กฎหมายให้ถือว่าค่าเช่าและกำหนดระยะเวลาการเช่าจะเป็นไปตามสัญญาเช่าฉบับเดิม และถือว่าการต่ออายุสัญญาเช่าโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ หากสัญญาเช่าฉบับเดิมมีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 1 ปี สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) ที่เกิดขึ้นใหม่นั้น จะถูกถือว่าเป็นสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาตามข้อ (ก) (1) ที่ได้กล่าวไปข้างต้น

สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) จะสิ้นสุดเมื่อผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา การบอกเลิกสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลาที่มีลักษณะปีต่อปีนั้น คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการเลิกสัญญาเช่า จะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือน และในกรณีที่สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลาที่มีระยษะเวลาน้อยกว่าปีต่อปี การส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าจะเป็นไปตามช่วงระยะเวลาการเช่า เช่น สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลามีลักษณะเป็นเดือนต่อเดือน คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องการบอก

เลิกสัญญาเช่า จะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งล่วงหน้า ไม่น้อยกว่า 1 เดือน ทั้งนี้ ระยะเวลาการส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อบอกเลิกสัญญาเช่านั้น จะต้องพิจารณากฎหมายของแต่ละมลรัฐประกอบด้วย นอกจากนี้ แม้ว่ากฎหมายจะไม่ได้กำหนดแบบของหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่า หนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่านั้น จะต้องแสดงการเลิกสัญญาเช่าโดยชัดแจ้งและไม่กำกวม

(3) สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีกำหนดเวลา (Tenancy at will)

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาเช่าอาจเกิดขึ้นโดยการตกลงของคู่สัญญาหรืออาจเกิดขึ้นโดยปริยายก็ได้ โดยสัญญาเช่าประเภทนี้อาจถูกบอกเลิกสัญญาเช่าในเวลาใดๆ ก็ได้ โดยผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าบอกกล่าวล่วงหน้าการเลิกสัญญาเช่าอย่างเหมาะสมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และตามกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ ผู้เช่ามีสิทธิอยู่ในสถานที่เช่าตามระยะเวลาที่กำหนด เช่น มีสิทธิอยู่ในสถานที่เช่า 30 วันนับแต่วันที่ผู้เช่าได้รับหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าจากผู้ให้เช่า

(4) การถือครองอสังหาริมทรัพย์หลังสัญญาเช่าสิ้นสุด (Tenancy at sufferance)

การถือครองอสังหาริมทรัพย์หลังสัญญาเช่าสิ้นสุดเกิดขึ้นเมื่อผู้เช่าเดิมซึ่งครอบครองทรัพย์สินที่ให้เช่าปฏิเสธไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าภายหลังจากที่สัญญาเช่าได้สิ้นสุดลงแล้ว กรณีดังกล่าวจึงเกิดเป็นสัญญาเช่าประเภทการถือครองอสังหาริมทรัพย์หลังสัญญาเช่าสิ้นสุด ซึ่งในทางกฎหมายแล้วผู้เช่าเดิมไม่มีสิทธิหรือได้รับอนุญาตให้มีสิทธิอยู่ในสถานที่เช่าอีกต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม การครอบครองสถานที่เช่าของผู้เช่าเดิมไม่ถือว่าเป็นการบุกรุก เนื่องจากผู้เช่าเดิมได้เข้าครอบครองสถานที่เช่าโดยถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งนี้เมื่อสัญญาเช่าดังกล่าวเกิดขึ้นแล้ว ผู้เช่ามีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเสียหายให้แก่ผู้ให้เช่าโดยคิดจากค่าเช่าที่เหมาะสมของทรัพย์สินนั้น

ในบางมลรัฐ เช่น มลรัฐฟลอริดา (Florida) ออกกฎหมายกำหนดว่า หากผู้เช่าไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุด ผู้เช่าต้องจ่ายค่าเช่าให้แก่ผู้ให้เช่า 2 เท่าจนกว่าผู้เช่าจะออกจากสถานที่เช่า ทั้งนี้ เพื่อเป็นการปรามไม่ให้ผู้เช่าทั้งในกรณีของผู้เช่าเพื่อการอยู่อาศัย และผู้เช่าเพื่อการพาณิชย์ครอบครองสถานที่เช่าภายหลังจากสัญญาเช่าสิ้นสุด

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้เช่าไม่ยอมออกจากสถานที่เช่าภายหลังจากสัญญาเช่าสิ้นสุด ผู้ให้เช่าอาจถือว่าการครอบครองสถานที่เช่าต่อมาของผู้เช่าเป็นสัญญาเช่าแบบสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy) ก็ได้

(ข) สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ (Commercial lease)

สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ (Commercial lease) อาจมีได้ทั้งการเช่าอาคาร และการเช่าที่ดิน (Ground lease) โดยหากเป็นการเช่าที่ดินเพื่อการพาณิชย์นั้นอาจมีข้อตกลงให้ผู้เช่าเป็นผู้สร้างอาคารบนที่ดิน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากการพัฒนากฎหมายในปัจจุบันเกี่ยวกับการรับประกันสถานที่เช่าว่าจะต้องมีสภาพอยู่อาศัยได้ตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด หรือการเยียวยาผู้เช่าโดยให้สิทธิผู้เช่าหักค่าเช่าที่ต้องจ่ายให้แก่ผู้ให้เช่ากับค่าเสียหายที่ผู้เช่าได้รับ จะเห็นได้ว่าศาลได้ปรับใช้กับการเช่าเพื่อการอยู่อาศัย (Residential lease) เท่านั้น จึงเห็นได้ว่าศาลยังไม่ประสงค์ที่จะเข้ามาตีความหรือปฏิรูปกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์

การพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยนั้นได้รับความสนใจและถูกให้ความสำคัญมากกว่าการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ อย่างไรก็ตาม ผู้เช่าตามสัญญาเพื่อการพาณิชย์มักตกลงกับผู้เช่ามากกว่าประโยชน์เหนือทรัพย์สินที่เช่าเช่นเดียวกับผู้เช่าตามสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัย (หมายถึง คู่สัญญาตกลงกันในเรื่องอื่นๆ ด้วยนอกเหนือจากการตกลงให้ใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน) เช่น นอกจากผู้ให้เช่าจะต้องส่งมอบสถานที่เช่าแล้ว สถานที่เช่าจะต้องมีอุปกรณ์พื้นฐานที่จำเป็นต่อการประกอบธุรกิจด้วย (เช่น ระบบอุณหภูมิที่เหมาะสม แสงไฟ ระบบระบายอากาศ หน้าต่างและประตูที่ปลอดภัย รวมทั้งการดูแลอุปกรณ์ดังกล่าวอย่างเหมาะสม) นอกจากนี้ ผู้เช่าส่วนใหญ่ตามสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ยังมีข้อตกลงให้ผู้เช่าจัดหาระบบการเดินสายพื้นฐาน (เช่น สายไฟฟ้า สายโทรศัพท์) อีกด้วย ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันแนวความคิดของสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์มีการพัฒนาตามแนวความคิดของกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยที่มีความทันสมัย¹⁸³

¹⁸³ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 397.

(ค) แบบของสัญญาเช่า (Writing requirements)¹⁸⁴

สัญญาเช่าไม่ว่าจะเป็นสัญญาเช่าเพื่อการอยู่อาศัยหรือสัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์ควรจะเป็นหนังสือเพื่อป้องกันข้อโต้แย้งเกี่ยวกับข้อกำหนดและเงื่อนไขของสัญญาเช่า เนื่องจากตามกฎหมายของหลายๆ มลรัฐ สัญญาเช่าที่กำหนดระยะเวลาสั้นกว่า 1 ปี ไม่ต้องทำเป็นหนังสือ

มลรัฐส่วนใหญ่ได้กำหนดให้สัญญาเช่าต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Statute of Fraud โดยกำหนดให้สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 1 ปีจะต้องทำเป็นหนังสือ ซึ่งจะต้องมีข้อสัญญาที่สำคัญ 4 ประการดังต่อไปนี้เพื่อให้มีผลผูกพันระหว่างผู้ให้เช่าและผู้เช่า ได้แก่ ชื่อ และลายมือชื่อของคู่สัญญา, รายละเอียดของทรัพย์สินที่เช่า, ระยะเวลาการเช่า และอัตราค่าเช่า

นอกจากนี้ มลรัฐส่วนใหญ่ออกกฎหมายกำหนดให้สัญญาเช่าต้องมีการบันทึก (Record) ซึ่งสัญญาเช่าที่บันทึกกับเจ้าหน้าที่ได้ สัญญาเช่านั้นจะต้องมีพยาน และการลงลายมือชื่อของผู้ให้เช่าและผู้เช่าจะต้องได้รับการรับรองจากโนตารี พับลิค (Notary public) เช่น มลรัฐวิสคอนซิน (Wisconsin) กำหนดให้สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 1 ปี จะต้องมีการบันทึกเพื่อใช้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้ต่อผู้ซื้อทรัพย์สินที่ให้เช่าได้อย่างสมบูรณ์

หากสัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่ามากกว่า 1 ปี ไม่ได้ทำเป็นหนังสือ หรือขาดข้อสัญญาที่สำคัญตามที่กล่าวไปข้างต้น สัญญาเช่าดังกล่าวจะไม่สมบูรณ์ (Invalid) อย่างไรก็ตาม หากผู้เช่าได้เช่าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าภายใต้สัญญาเช่าที่ไม่สมบูรณ์ กฎหมายถือว่า กรณีดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีกำหนดเวลา (Tenancy at will) และหากผู้เช่าได้เช่าครอบครองทรัพย์สินที่เช่าและชำระค่าเช่าภายใต้สัญญาเช่าที่ไม่สมบูรณ์ กฎหมายถือว่ากรณีดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy)

¹⁸⁴ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 398.

(ง) ระยะเวลาของสัญญาเช่า¹⁸⁵

ตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา สัญญาเช่าจะมีกำหนดระยะเวลา ยาวนานเท่าใดก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐ สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าเกินกว่า ระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (เช่น Massachusetts สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่า มากกว่า 100 ปี) สัญญาเช่าดังกล่าวจะถูกถือว่าเป็นสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เด็ดขาดโดยผล ของกฎหมาย อนึ่ง สัญญาเช่าควรกำหนดระยะเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของสัญญาเช่าที่แน่นอนและ ชัดเจน อย่างไรก็ตาม หากสัญญาเช่าไม่ได้ระบุหรือกำหนดระยะเวลาการเช่า ศาลจะถือว่า สัญญา เช่าดังกล่าวเป็นสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy)

(จ) ค่าเช่า (Rent)¹⁸⁶

สัญญาเช่าจะต้องกำหนดอัตราค่าเช่า (Consideration) ซึ่งผู้เช่าจะต้อง ชำระให้แก่ผู้ให้เช่า เพื่อตอบแทนการครอบครองทรัพย์สินที่เช่า หากสัญญาเช่าไม่ได้กำหนดค่าเช่า กฎหมายถือว่าผู้ให้เช่าให้สิทธิการเช่าแก่ผู้เช่า หรือผู้เช่ามีหน้าที่ต้องจ่ายค่าตอบแทนการ ครอบครองทรัพย์สินที่เช่าอย่างเหมาะสม

สัญญาเช่าเพื่อการพาณิชย์นั้น มักกำหนดค่าเช่าโดยนำค่าใช้จ่ายอื่นๆ รวมเข้าเป็นค่าเช่าด้วย เช่น ภาษี เบี้ยประกันภัย ค่าดูแลรักษา เป็นต้น

(ฉ) การโอนสัญญาเช่า (Assignment)¹⁸⁷

ผู้ให้เช่าและผู้เช่าสามารถโอนผลประโยชน์ตามสัญญาเช่าทั้งหมดให้แก่ บุคคลภายนอกได้ (Assignment) โดยผู้รับโอน (Assignee) จะได้รับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ตาม สัญญาเช่าทั้งหมดจากผู้โอน (Assignor) อย่างไรก็ตาม ผู้โอนสัญญาเช่า (ไม่ว่าจะเป็นกรณีผู้ให้ เช่าหรือผู้เช่าเป็นผู้โอน) ยังต้องรับผิดชอบผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าแล้วแต่กรณี หากผู้รับโอนสัญญาเช่าไม่ ปฏิบัติตามสัญญาเช่า เช่น หากผู้รับโอนสิทธิการเช่าจากผู้เช่าไม่จ่ายค่าเช่า ผู้ให้เช่าสามารถ เรียกหรือค่าเช่าจากผู้โอนสิทธิการเช่า (ผู้เช่าเดิม) ได้ เว้นแต่ ผู้ให้เช่าได้ปลดเปลื้องผู้รับโอน (ผู้เช่า

¹⁸⁵ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 399.

¹⁸⁶ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 399.

¹⁸⁷ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 407-408.

ใหม่) ให้หลุดพ้นจากความรับผิดตามสัญญาเช่า (Novation) และเมื่อมีการโอนสัญญาเช่า ผู้โอนสัญญาเช่าจะต้องรับผิดตามสัญญาเช่าเท่านั้น และไม่ต้องรับผิดในหน้าที่ตามกฎหมาย เช่น หากสัญญาเช่าไม่ได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ผู้ให้เช่าย่อมมีหน้าที่ตามกฎหมายในการดูแลทรัพย์สินที่เช่าให้อยู่ในสภาพที่เหมาะสม ดังนี้ หากผู้ให้เช่าโอนสัญญาเช่าให้แก่บุคคลภายนอก ผู้ให้เช่าย่อมหลุดพ้นจากหน้าที่ดูแลทรัพย์สินที่เช่าให้อยู่ในสภาพที่เหมาะสมซึ่งเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย

(ฉ) การให้เช่าช่วง (Sublease)¹⁸⁸

การให้เช่าช่วงนั้นแตกต่างจากการโอนสัญญาเช่า เนื่องจากการโอนสัญญาเช่านั้น เป็นการโอนผลประโยชน์ตามสัญญาเช่าทั้งหมดให้แก่บุคคลภายนอก ในขณะที่การให้เช่าช่วงนั้น ผู้เช่าโอนผลประโยชน์ตามสัญญาเช่าเพียงบางส่วนให้แก่บุคคลภายนอกเท่านั้น สิทธิและหน้าที่ของผู้ให้เช่าช่วงจะเป็นไปตามสัญญาระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่าช่วง และผู้เช่ายังคงมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าเดิมต่อผู้ให้เช่า

อย่างไรก็ตาม ผู้ให้เช่าส่วนใหญ่มีภาระในสัญญาเช่าห้ามผู้เช่าโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงทรัพย์สินที่เช่า เว้นแต่ได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่า ซึ่งข้อสัญญาดังกล่าวสมบูรณ์และใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ศาลจะตีความข้อสัญญาเกี่ยวกับการห้ามโอนสัญญาเช่าหรือให้เช่าช่วงทรัพย์สินที่เช่าโดยเคร่งครัด เนื่องจากกฎหมายสนับสนุนให้มีการโอนทรัพย์สินได้อย่างเสรี ซึ่งทรัพย์สินในที่นี้ได้แก่ สิทธิการเช่า เช่น หากข้อสัญญาระบุว่า ห้ามผู้เช่าให้เช่าช่วงทรัพย์สินที่เช่า ข้อสัญญาดังกล่าวจะไม่ถูกตีความว่าห้ามผู้เช่าโอนสัญญาเช่า เป็นต้น นอกจากนี้ ศาลได้วางหลักไว้ว่า หากผู้ให้เช่าปฏิเสธ หรือไม่ยินยอมให้มีการโอนสัญญาเช่า หรือให้เช่าช่วงทรัพย์สินที่เช่า การปฏิเสธหรือการไม่ให้ความยินยอมดังกล่าวจะต้องมีเหตุผลที่สมควรด้วย

(ช) การสิ้นสุดสัญญาเช่า

สัญญาเช่าสามารถสิ้นสุดลงได้หลายกรณีไม่ว่าจะเป็นการตกลงกันหรือการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ได้แก่

¹⁸⁸ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 408-409.

(1) สัญญาเช่าซึ่งมีกำหนดระยะเวลา (Estate for years)¹⁸⁹

สัญญาเช่าประเภทนี้จะสิ้นสุดเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่า โดยที่คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องส่งหนังสือบอกกล่าวแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งแต่อย่างใด เว้นแต่สัญญาเช่าสิ้นสุดก่อนครบกำหนดระยะเวลาการเช่าตามข้อสัญญาเฉพาะอื่นๆ ตามสัญญาเช่า

(2) สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลา (Periodic tenancy)¹⁹⁰

สัญญาเช่าประเภทนี้จะสิ้นสุดเมื่อผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งตามกฎหมายคอมมอนลอว์ การบอกเลิกสัญญาเช่าเป็นช่วงเวลาที่มีลักษณะปีต่อปีนั้น จะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 6 เดือน และในกรณีที่สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลาที่มีระยเวลาน้อยกว่าปีต่อปี การส่งหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาเช่าจะเป็นไปตามช่วงระยะเวลาการเช่า เช่น สัญญาเช่าเป็นช่วงเวลาที่มีลักษณะเป็นเดือนต่อเดือน การบอกเลิกสัญญาเช่าจะต้องส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 1 เดือน ทั้งนี้ ระยะเวลาการส่งหนังสือบอกกล่าวล่วงหน้าเพื่อบอกเลิกสัญญาเช่านั้นจะเป็นไปตามกฎหมายแต่ละมลรัฐ

(3) สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยไม่มีกำหนดเวลา (Tenancy at will)¹⁹¹

สัญญาเช่าประเภทนี้อาจถูกบอกเลิกสัญญาเช่าในเวลาใดๆ ก็ได้ โดยผู้ให้เช่าหรือผู้เช่าบอกกล่าวล่วงหน้าการเลิกสัญญาเช่าอย่างเหมาะสมแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง และตามกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ ผู้เช่ามีสิทธิอยู่ในสถานที่เช่าตามระยะเวลาที่กำหนด เช่น มีสิทธิอยู่ในสถานที่เช่า 30 วันนับแต่วันที่ผู้เช่าได้รับหนังสือบอกกล่าวการเลิกสัญญาจากผู้ให้เช่า

¹⁸⁹ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 390-393.

¹⁹⁰ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 390-393.

¹⁹¹ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 390-393.

(4) เมื่อผู้เช่าถูกแทรกแซงสิทธิการเช่า¹⁹²

เมื่อผู้เช่าถูกแทรกแซงสิทธิการเช่าโดยความผิดของผู้ให้เช่า ผู้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าโดยการออกจากสถานที่เช่า (Vacating the premises) และผู้เช่าไม่มีหน้าที่ต้องจ่ายค่าเช่าอีกต่อไป

นอกจากนี้ ผู้เช่ายังมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าแม้ว่าผู้ให้เช่าไม่ได้ผิดสัญญาเช่า เช่น สถานที่เช่าถูกทำลายโดยภัยธรรมชาติ เป็นต้น

(5) เมื่อผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่า¹⁹³

ผู้ให้เช่ามีสิทธิเลิกสัญญาเช่า เมื่อผู้เช่าฝ่าฝืนข้อตกลงตามสัญญาเช่า เช่น ผู้เช่าไม่จ่ายค่าเช่า ไม่ดูแลรักษาสถานที่เช่า เป็นต้น โดยผู้ให้เช่ามีสิทธิเยียวยาการผิดสัญญาของผู้เช่าด้วยตนเอง (Self-help) เช่น ขับไล่ผู้เช่าออกจากสถานที่เช่า หรือยึดและขายสถานที่เช่า อย่างไรก็ตาม มลรัฐส่วนใหญ่ได้จำกัดสิทธิการเยียวยาของผู้ให้เช่าดังกล่าว โดยกฎหมายถือว่าผู้ให้เช่าซึ่งเข้าไปในสถานที่เช่าและขับไล่ผู้เช่าออกจากสถานที่เช่ามีความรับผิดชอบอาญา และผู้ให้เช่าอาจต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายให้แก่ผู้เช่าหากผู้ให้เช่าได้ทำละเมิดต่อผู้เช่าโดยเจตนา เช่น การทำร้ายร่างกาย ทั้งนี้ มลรัฐส่วนใหญ่ให้สิทธิผู้ให้เช่าในการฟ้องร้องการผิดสัญญาเช่าของผู้เช่าต่อศาล เพื่อให้ศาลขับไล่ผู้เช่าออกจากสถานที่เช่า

(ข) การเช่าอสังหาริมทรัพย์กับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

การเช่าที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้น อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งที่สำคัญของนักลงทุนต่างด้าว นอกเหนือจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เนื่องจากตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา การเช่าที่ดินนั้นจะมีกำหนดระยะเวลาเช่านานเท่าใดก็ได้* ดังนั้น ในกรณีที่นักลงทุนต้องการถือครองที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในช่วงระยะเวลาหนึ่งเท่านั้น การเช่าทำสัญญาเช่าที่ดินอาจเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนมากกว่า เนื่องจากการที่นัก

¹⁹² George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 410.

¹⁹³ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, Real Estate Law (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 412-413.

* อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐ สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาเช่าเกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด (เช่น Massachusetts สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาเช่ามากกว่า 100 ปี) สัญญาเช่าดังกล่าวจะถูกถือว่าเป็นสิทธิในที่ดินซึ่งมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เด็ดขาดโดยผลของกฎหมาย.

ลงทุนต่างด้าวถือครองที่ดินโดยผ่านสัญญาเช่าที่ดิน (โดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ไม่ยาวจนเกินไป) เพื่อประกอบธุรกิจเกี่ยวกับที่พักอาศัย ย่อมมีต้นทุนในการประกอบธุรกิจที่ต่ำกว่าการถือครองที่ดินโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

อย่างไรก็ตาม การประกอบธุรกิจที่พักอาศัยประเภทต่างๆ นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายเรื่องอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องก่อนการประกอบธุรกิจด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคาร กฎหมายผังเมือง กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

3.4.2.5 การถือครองอสังหาริมทรัพย์รูปแบบอื่น

(ก) ผลประโยชน์ (Profit à prendre)¹⁹⁴

ผลประโยชน์ (Profit à prendre หรือ Profit) เป็นประเภทหนึ่งของภาระจำยอม (Easement) ซึ่งให้สิทธิผู้ถือประโยชน์ในการเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นเพื่อหาประโยชน์หรือผลผลิตจากที่ดิน ซึ่งอาจรวมถึงสิทธิในการขุดดินหรือกรวด สิทธิในการล่าสัตว์ สิทธิในการทำป่าไม้ สิทธิในการเก็บเกี่ยวผลผลิตในที่ดิน หรือสิทธิในการขุดแร่ธาตุ เป็นต้น ทั้งนี้ ในอดีตได้มีความพยายามในการแบ่งแยกระหว่างผลประโยชน์กับภาระจำยอม แต่ในปัจจุบันได้เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปแล้วว่าผลประโยชน์เป็นประเภทหนึ่งของภาระจำยอม (Modern view treats the profit as an easement)

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาตามลักษณะผลประโยชน์ข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า สิทธิการใช้อสังหาริมทรัพย์ตามผลประโยชน์ไม่เหมาะสมสำหรับการครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยแต่อย่างใด

(ข) การอนุญาต (License)¹⁹⁵

ผู้ที่ได้รับอนุญาต (Licensee) จากผู้ให้อุญาต (Licensor) มีสิทธิในการเข้าไปในอสังหาริมทรัพย์ของผู้ให้อุญาต อย่างไรก็ตาม สิทธิตามการอนุญาตนั้นเป็นบุคคลสิทธิ สามารถถูกเพิกถอนได้ และผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่สามารถโอนการอนุญาตให้แก่บุคคลอื่นได้ ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่าการอนุญาตต่างจากภาระจำยอม เนื่องจากภาระจำยอมเป็นผลประโยชน์ในที่ดิน

¹⁹⁴ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 109.

¹⁹⁵ George J. Siedel and Robert J. Aalberts, *Real Estate Law* (United State of America: Thomson/South-Western, 2006), at 110.

ประเภทหนึ่งซึ่งการก่อตั้งภาระจำยอมจะต้องทำเป็นหนังสือ ในขณะที่การอนุญาต (License) นั้นไม่มีลักษณะเป็นผลประโยชน์ในที่ดินและการให้อุญาตไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แต่สามารถการอนุญาตสามารถทำได้วิธีใดๆ ซึ่งแสดงถึงความยินยอมหรือการให้อุญาตของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็ได้

นอกจากนี้ การอนุญาต (License) ยังแตกต่างจากสัญญาเช่า เนื่องจากผู้ได้รับอนุญาตไม่ได้มีสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว (ในขณะที่ผู้เช่ามีสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์แต่เพียงผู้เดียว) และการอนุญาตจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ อนึ่ง การอนุญาตจะถูกเพิกถอนทันที เมื่อผู้ให้อุญาตโอนอสังหาริมทรัพย์ ตาย หรือแสดงเจตนาเพิกถอนการอนุญาตโดยชัดแจ้ง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าสิทธิการใช้อสังหาริมทรัพย์ตามการอนุญาต (License) ไม่เหมาะสมสำหรับการครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยแต่อย่างใด เนื่องจากการอนุญาตนั้นมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ และผู้ได้รับอนุญาตอาจถูกเพิกถอนการอนุญาตเมื่อใดก็ได้ นอกจากนี้ ผู้ที่ได้รับอนุญาตไม่สามารถโอนการอนุญาตให้แก่บุคคลอื่นได้ ซึ่งไม่สอดคล้องกับการประกอบธุรกิจที่ทรัพย์สินในการประกอบธุรกิจ (ซึ่งได้แก่การอนุญาต) ควรโอนเปลี่ยนมือได้โดยสะดวก

3.5 ประเทศไต้หวัน (Republic of China)

ประเทศไต้หวัน¹⁹⁶ มีชื่อเรียกอย่างเป็นทางการว่า Republic of China มีพื้นที่ประมาณ 36,000 ตารางกิโลเมตร โดยสองในสามของเนื้อที่ดังกล่าวเป็นภูเขา และร้อยละ 60 ของเนื้อที่ทั้งหมดเป็นพื้นที่ป่า และมีประชากรมากกว่า 23 ล้านคน ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว ประเทศไต้หวันมีพื้นที่เล็กกว่าประเทศไทยประมาณ 4 เท่า และมีประชากรน้อยกว่าประเทศไทยประมาณ 3 เท่า ซึ่งประเทศไต้หวันมีการปกครองแบบประชาธิปไตยโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด (Constitutional Democracy) โครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดินประกอบด้วย 5 สภาคือ สภาบริหาร (Executive Yuan) สภานิติบัญญัติ (Legislative Yuan) สภาตุลาการ (Judicial Yuan) สภาสอบคัดเลือก (Examination Yuan) และสภาควบคุม (Control Yuan)

¹⁹⁶ Murray S. Bowler, Thomas E. Hand and Michael S. Wong, *Taiwan: Legal Brief* (Republic of China: Baker & McKenzie, 2008), at 1-5.

ระบบกฎหมายของประเทศไต้หวันนั้นเป็นระบบซีวิลลอว์ (Civil Law Legal System) หรือเป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ซึ่งประมวลกฎหมายหลักๆ ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่ง (Civil Code) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Civil Procedure Code) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Code)

3.5.1 การลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวัน

คนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในประเทศ ไต้หวันจะต้องขออนุมัติการลงทุนต่อสำนักงานพิจารณาการลงทุน (The Investment Commission) กระทรวงเศรษฐกิจ (Ministry of Economic Affairs: MOEA) โดยคนต่างด้าวจะต้องยื่นคำขอต่อสำนักงานพิจารณาการลงทุน พร้อมด้วยแผนการลงทุนและเอกสารที่เกี่ยวข้อง การอนุมัติของสำนักงานพิจารณาการลงทุนนั้นจะขึ้นอยู่กับประเภทการลงทุน คุณสมบัติของผู้ลงทุน และปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องตามเงื่อนไขและข้อจำกัดของกฎหมาย

นอกจากนี้หากการลงทุนของคนต่างด้าวเป็นรูปแบบของบริษัท การจัดตั้งบริษัทจะต้องเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยบริษัท (Company law) ซึ่งมีหลักการว่าหุ้นที่ออกให้แก่ผู้เริ่มก่อการบริษัทนั้นจะโอนให้แก่บุคคลอื่นได้เมื่อครบ 1 ปีหลังจากวันที่จัดตั้งบริษัท¹⁹⁷ ซึ่งการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่ลงทุนโดยคนต่างชาติจะต้องขออนุมัติต่อสำนักงานพิจารณาการลงทุน กระทรวงเศรษฐกิจ เมื่อผ่านการอนุมัติจากสำนักงานพิจารณาการลงทุนแล้ว จึงไปดำเนินการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทกับ Department of Business Management ซึ่งประจำอยู่ที่ทำการเขตในเมืองต่างๆ ในท้องที่ซึ่งบริษัทตั้งอยู่¹⁹⁸ อย่างไรก็ตาม ธุรกิจที่คนต่างด้าวจะดำเนินการได้นั้น จะต้องเป็นประเภทธุรกิจที่ไม่ได้อยู่ในบัญชีรายชื่อธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างชาติ (Negative List for Investment by Overseas Chinese and Foreign Nationals)¹⁹⁹ ซึ่งแบ่งประเภทธุรกิจที่ต้องห้ามออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ ธุรกิจที่ต้องห้ามโดยเด็ดขาด (Prohibited Industries) เช่น การทำป่าไม้ การขนส่งทางบก เป็นต้น และธุรกิจที่ถูกจำกัดการถือหุ้น (Restricted Industries) เช่น การทำเกษตรกรรม การประมง การผลิตยาสูบ เป็นต้น อาจกล่าวได้ว่าหากคนต่างด้าวต้องการประกอบ

¹⁹⁷ Murray S. Bowler, Thomas E. Hand and Michael S. Wong, *Taiwan: Legal Brief*, at 31.

¹⁹⁸ สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงมะนิลา (ส่วนที่ 2) กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, Taiwan Country Profile [ออนไลน์], มิถุนายน 2552. แหล่งที่มา www.depthai.go.th.

¹⁹⁹ Investment Commission, MOEA, Negative List for Investment by Overseas Chinese and Foreign Nationals [Online], 16 March 2011. Available from: http://www.moeaic.gov.tw/system_external/ctrl?PRO=LawsLoad&lang=1&id=32.

ธุรกิจอื่นๆ ที่ไม่ได้ถูกระบุอยู่ในบัญชีรายชื่อธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างชาติ มักได้รับการอนุมัติจากสำนักงานพิจารณาการลงทุน กระทรวงเศรษฐกิจ

โดยทั่วไปแล้วบริษัทที่ก่อตั้งขึ้นในประเทศไต้หวัน คนต่างด้าวคนเดียวหรือหลายคนสามารถถือหุ้นในบริษัทดังกล่าวได้มากถึงร้อยละ 100 เว้นแต่ บริษัทดังกล่าวประกอบธุรกิจที่อยู่ในบัญชีรายชื่อธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างชาติ

เมื่อพิจารณาในบัญชีรายชื่อธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างชาติ ไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวต้องห้ามประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับที่พักอาศัย หรือมีข้อจำกัดในการถือหุ้นในบริษัทต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจที่พักอาศัย อย่างไรก็ตาม การพิจารณาว่าคนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไต้หวันได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณากฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งจะได้พิจารณาในหัวข้อถัดไป

3.5.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวัน

โดยทั่วไปแล้วสิทธิต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไต้หวันนั้น จะเป็นไปตามประมวลกฎหมายแพ่ง และกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น กฎหมายที่ดิน การก่อตั้งสิทธิประเภทต่างๆ เหนืออสังหาริมทรัพย์ และการโอนอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไต้หวันต้องทำเป็นหนังสือ และจะสมบูรณ์เมื่อจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ โดยการโอนสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้นไม่จำเป็นต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐบาล เว้นแต่เป็นการโอนสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่คนต่างด้าว การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวันสามารถแยกพิจารณาตามกฎหมายที่กำหนดสิทธิได้ ดังนี้

3.5.2.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายที่ดิน (The Land Act)

(ก) การปฏิรูปที่ดินในประเทศไต้หวัน²⁰⁰

ประเทศไต้หวันมีการปฏิรูปที่ดิน (Land reform) หลายครั้งในอดีต โดยในช่วงก่อนคริสต์ศักราชที่ 25 ถึง 906 ได้ปฏิรูปที่ดินเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดิน (Land distribution) และในช่วงก่อนคริสต์ศักราชที่ 140 ถึง 88 และคริสต์ศักราชที่ 25 ถึง 1086 ได้ปฏิรูปที่ดินโดยพยายามแก้ไขปัญหาเรื่องการเช่าที่ดิน อย่างไรก็ตาม มาตราการปฏิรูปดังกล่าวได้ถูกนำปฏิบัติเพียงช่วงระยะเวลาสั้นๆ เท่านั้น

²⁰⁰ Chen Cheng, Land Reform in Taiwan (Taiwan: China Publishing Company, 1962), at ix-xiii and 1-17.

ปัญหาที่ดินในประเทศไทยได้หวั่นนั้น เกิดขึ้นเนื่องจากจำนวนประชากรในประเทศเพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วในขณะที่พื้นที่ในประเทศไทยมีขนาดคงที่ จึงทำให้ประเทศไทยได้หวั่นมีความหนาแน่นประชากรค่อนข้างสูง (300 คนต่อตารางกิโลเมตร เมื่อปีคริสต์ศักราชที่ 1958 และในปัจจุบัน 636 คนต่อตารางกิโลเมตร²⁰¹) ซึ่งปัญหาที่ดินที่สำคัญได้แก่ การขาดแคลนที่ดินทำกิน กล่าวคือ ในปีคริสต์ศักราชที่ 1949 นั้น ชาวนาแต่ละคนมีพื้นที่เพาะปลูกเพียง 0.5203 เอเคอร์ หรือ 3.0351 เอเคอร์ต่อครอบครัวชาวนา

ในปีคริสต์ศักราชที่ 1959 ประเทศไทยได้หวั่นมีที่นาเพียงร้อยละ 23 ของพื้นที่ทั้งหมดในประเทศ และ 9 ใน 10 ของพื้นที่ที่เหลือ (ร้อยละ 77 ของพื้นที่ทั้งหมดในประเทศ) เป็นพื้นที่ภูเขาและป่า

ปัญหาการขาดแคลนที่ดินทำกินในประเทศไทยได้หวั่นถือเป็นปัญหาที่สำคัญ ณ ขณะนั้น เนื่องจากส่งผลทำให้ประชากรมีคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ที่ย่ำแย่และมีความอดอยาก สาเหตุที่สำคัญของปัญหาได้แก่ การเช่าที่นาและการใช้ประโยชน์ที่ดินอย่างไม่เหมาะสม กล่าวคือ

(1) ประชากรที่ทำนาส่วนใหญ่ไม่มีที่นาเป็นของตัวเอง ในขณะที่ประชากรที่เป็นเจ้าของที่นานั้นเป็นเจ้าของที่นาจำนวนเยอะ ซึ่งไม่ทำนาเอง และนำที่นาของตนส่วนน้อยให้เช่าเพื่อทำนา จึงเห็นได้ว่า การกระจายที่ดินเป็นไปอย่างไม่สมดุล ส่งผลให้คนรวยยิ่งรวยขึ้นและคนจนยิ่งจนลง เนื่องจากค่าเช่าที่นานั้นสูงมาก ได้แก่ ร้อยละ 50 ของผลผลิตที่เก็บเกี่ยวได้ และสูงถึงร้อยละ 70 ของผลผลิตที่เก็บเกี่ยวได้ในพื้นที่บริเวณที่มีความสมบูรณ์

(2) ชาวนาถูกเรียกเงินมัดจำ เงินประกัน และค่าเช่าล่วงหน้า ซึ่งยิ่งทำให้ชาวنالำบากมากขึ้น และการทำสัญญาเช่าดังกล่าวส่วนใหญ่ไม่มีกำหนดระยะเวลาและไม่ได้ทำเป็นลายลักษณ์อักษร ส่งผลทำให้ผู้เช่าถูกขับไล่ออกจากที่นาเมื่อใดก็ได้

²⁰¹ วิกิพีเดีย, รายชื่อประเทศเรียงตามความหนาแน่นประชากร [ออนไลน์], 18 เมษายน 2554. แหล่งที่มา <http://th.wikipedia.org/wiki/%E0%B8%A3%E0%B8%B2%E0%B8%A2%E0%B8%8A%E0%B8%B7%E0%B9%88%E0%B8%AD%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B9%80%E0%B8%97%E0%B8%A8%E0%B9%80%E0%B8%A3%E0%B8%B5%E0%B8%A2%E0%B8%87%E0%B8%95%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%84%E0%B8%A7%E0%B8%B2%E0%B8%A1%E0%B8%AB%E0%B8%99%E0%B8%B2%E0%B9%81%E0%B8%99%E0%B9%88%E0%B8%99%E0%B8%9B%E0%B8%A3%E0%B8%B0%E0%B8%8A%E0%B8%B2%E0%B8%81%E0%B8%A3>.

(3) การที่ชาวนาไม่ใช่เจ้าของที่ดิน ชาวนาก็ไม่มีความเอาใจใส่ในที่ดิน และไม่มีแรงจูงใจในการเพิ่มผลผลิต

จะเห็นได้ว่า สาเหตุดังกล่าวทำให้เกิดสถานการณ์ที่ไม่ยุติธรรม กล่าวคือ ชาวนายากลำบากมากในการทำนา แต่เจ้าของที่ดินใช้ชีวิตอย่างสุขสบายโดยไม่ต้องทำงาน ดังนั้น จึงก่อให้เกิดการปฏิรูปที่ดินในประเทศไต้หวัน

การปฏิรูปที่ดินในประเทศไต้หวันนั้น มีรากฐานมาจากความคิดของดอกเตอร์ ซุนยัตเซ็น (Dr. Sun Yat-Sen) ตามนโยบาย “Equalization of land rights” กล่าวคือ พลเมืองทุกคนควรมีส่วนร่วมในผลประโยชน์ของชาติอย่างเท่าเทียมกัน ซึ่งโดยพื้นฐานของนโยบายดังกล่าว ดอกเตอร์ ซุนยัตเซ็น เห็นว่าโดยหลักการของนโยบายที่ดินใหม่แล้ว ที่ดินควรเป็นของรัฐ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ รัฐไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด รัฐจะเป็นเจ้าของที่ดินเฉพาะส่วนที่จำเป็นต่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ดังนั้น เอกชนจึงมีสิทธิเป็นเจ้าของที่ดินที่เหลือได้ ทั้งนี้ หากที่ดินที่เอกชนเป็นเจ้าของนั้นมีมูลค่าเพิ่มขึ้นเนื่องจากการเจริญเติบโตของสังคมและการเมือง จึงถือเป็นกรณีที่ดินมีราคาสูงขึ้นตามธรรมชาติ (ที่ดินมีราคาสูงขึ้นเพราะการพัฒนาของสังคม โดยที่เจ้าของที่ดินไม่ได้ดำเนินการอะไร) มูลค่าที่เพิ่มขึ้นดังกล่าวควรตกเป็นผลประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนทั้งประเทศ

ตามแนวคิดของดอกเตอร์ ซุนยัตเซ็น ข้างต้น รัฐบาลของประเทศไต้หวัน จึงริเริ่มการปฏิรูปที่ดินอีกครั้งหนึ่ง มีเป้าหมายเพื่อให้เกิดผลประโยชน์แก่ประชาชน โดยกฎหมายและระเบียบต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิรูปนั้น ได้ผ่านการกลั่นกรองและอนุมัติโดยตัวแทนของประชาชนจากหลายๆ อาชีพก่อนมีการบังคับใช้กฎหมายและระเบียบดังกล่าว ซึ่งโครงสร้างหลักของการปฏิรูปที่ดินได้แก่ คณะกรรมการผู้เช่าที่นา (Farm Tenancy Committee) ทั้งนี้ การส่งเสริมของรัฐบาลเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของประชาชน กล่าวคือ ผลผลิตทั้งหมดที่เก็บเกี่ยวได้ภายหลังจากหักภาษี ค่าน้ำ และค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว จะตกเป็นสิทธิของชาวนา

การปฏิรูปที่ดินตามการส่งเสริมของรัฐบาลนั้นไม่ได้เป็นไปอย่างเร่งรัด เนื่องจากสถานการณ์ในประเทศไต้หวัน ณ ขณะนั้นไม่มั่นคง การปฏิรูปที่ดินจึงดำเนินการไปที่ละขั้นตอน กล่าวคือ

ขั้นตอนที่ 1 นโยบายการลดค่าเช่าที่นา (Rent reduction program)

ค่าเช่าที่นาถูกจำกัดอยู่ที่ร้อยละ 37.5 ของผลผลิตที่เก็บเกี่ยวได้ ซึ่งเมื่อขั้นตอนนี้สำเร็จจะส่งผลดีคือ

- เมื่อค่าเช่าที่นาถูกกำหนดอัตราอย่างสมเหตุสมผล ย่อมทำให้ชาวนาซึ่งเป็นผู้เช่ามีรายได้เพิ่มมากขึ้น และอัตราค่าเช่าดังกล่าวไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ให้เช่ามากนัก
- ทำให้มีการแบ่งประเภทของที่ดิน และมีการใช้ที่ดินแต่ละประเภทอย่างเหมาะสม ซึ่งทำให้เกิดผลผลิตจากการเพาะปลูกอย่างมีประสิทธิภาพ
- ทำให้ชาวนามีแรงจูงใจในการเพาะปลูก ส่งผลทำให้มีผลผลิตเพิ่มขึ้น

ขั้นตอนที่ 2 นโยบายที่ดินสำหรับชาวนา (A land-to-the-tiller policy)

ปีคริสต์ศักราชที่ 1953 นโยบายการลดค่าเช่าที่นาได้เป็นที่ยอมรับกว้างขวาง และเกิดผลลัพธ์อย่างดีเยี่ยม รัฐบาลจึงตัดสินใจดำเนินการขั้นต่อไป โดยการเสนอนโยบายที่ดินสำหรับชาวนา ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกระบบการเช่าที่นา เพื่อส่งเสริมการพัฒนาของอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม และให้มีการปฏิรูปโครงสร้างเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ โดยมีการปรับใช้หลักการดังนี้

- มีการปรับใช้นโยบายอย่างค่อยเป็นค่อยไปด้วยวิธีการที่สงบ โดยเจ้าของที่ดินจะได้รับอนุญาตให้เป็นเจ้าของที่ดินที่ให้เช่าในจำนวนที่เหมาะสม และรัฐบาลจะบังคับซื้อที่ดินจากเจ้าของที่ดินสำหรับที่ดินส่วนเกิน (ถ้ามี) ในราคาที่เป็นธรรม และรัฐบาลจะนำที่ดินดังกล่าวมาขายให้แก่ชาวนา
- รัฐบาลจะเป็นผู้ดำเนินการบังคับซื้อที่ดิน และขายที่ดินให้แก่ชาวนาผู้เช่าที่ดินโดยตรง ทั้งนี้ จะไม่มีสัญญาโดยตรงระหว่างเจ้าของที่ดินและผู้เช่าที่ดิน เพื่อป้องกันการหลอกลวงและการมีข้อโต้แย้ง
- รัฐบาลเป็นผู้ดูแลให้ผู้ซื้อที่ดินจะต้องเป็นผู้เพาะปลูกนา/เป็นชาวนาคนเดิมที่ได้ทำนาในที่ดินดังกล่าว ซึ่งทำให้ไม่ต้องมีการเปลี่ยนแปลงการดำเนินการในที่นา

- ที่ดินซึ่งเป็นของรัฐวิสาหกิจได้รับการยกเว้นตามนโยบายที่ดินสำหรับชาวนา

- เพื่อเป็นการป้องกันให้กับเจ้าของที่ดินเกษตรกรรม ห้ามมิให้มีการโอน หรือการเช่าที่นาที่ซื้อขายได้นโยบายที่ดินสำหรับชาวนา จนกว่าเจ้าของที่ดินจะชำระราคาซื้อขายครบถ้วน

จะเห็นได้ว่า การปฏิรูปที่ดินทำให้คุณภาพชีวิตของประชากรดีขึ้น ในขณะเดียวกันก็เป็นการส่งเสริมความมั่นคงของสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองของประเทศ และการปฏิรูปที่ดินยังเป็นแรงกระตุ้นให้มีการพัฒนาเศรษฐกิจ และอุตสาหกรรมในอนาคตต่อไปอีกด้วย นอกจากนี้ ความพยายามในการปฏิรูปที่ดิน ทำให้ไปถึงเป้าหมายโดยตรงหลายประการ กล่าวคือ ในด้านหนึ่งได้คุ้มครองและปกป้องผลประโยชน์ของชาวนา และในอีกด้านหนึ่งก็ทำให้มีการใช้ประโยชน์จากที่ดินอย่างมีประสิทธิภาพ และใช้ประโยชน์จากมูลค่าทางเศรษฐกิจของที่ดินอย่างเต็มที่ เพื่อทำให้เกิดความอุดมสมบูรณ์แก่ทั้งปัจเจกชน และประชากรทั้งประเทศโดยภาพรวม

(ข) บททั่วไปตามกฎหมายที่ดิน

ตามกฎหมายที่ดินปัจจุบันของประเทศไต้หวัน (The Land Act) นั้น ที่ดินถูกแบ่งออกเป็น 4 ประเภท²⁰² ได้แก่

ประเภทที่ 1 ที่ดินสำหรับการก่อสร้าง เช่น ที่ดินสำหรับบ้านเพื่ออยู่อาศัย สถาบันราชการ อาคารของรัฐ โรงเรียน โรงงาน คลังสินค้า สวนสาธารณะ สถาบันเทวสถาน พิพิธภัณฑสถาน วัด โบสถ์ กำแพงเมือง ค่ายทหาร ป้อมปราการ ท่าเรือ ท่าเทียบเรือ ฐานทัพอากาศ สุสานและฌาปนสถาน ฯลฯ

ประเภทที่ 2 ที่ดินสำหรับการผลิตโดยตรง เช่น ที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม ที่ดินเพื่อการทำป่าไม้ การประมง หุ่นเลี้ยงสัตว์ สนามล่าสัตว์ ที่ดินที่เป็นแหล่งแร่ ธาตุสะสม นาเกลือ แหล่งกำเนิดน้ำ บ่อน้ำ ฯลฯ

ประเภทที่ 3 ที่ดินสำหรับการคมนาคมและการชลประทาน เช่น ทางหลวงและถนน คลอง คูน้ำ ทางน้ำ ทะเลสาบ ท่าเรือ ชายฝั่ง อ่าว เขื่อน ทำนบน้ำ ฯลฯ

ประเภทที่ 4 ที่ดินอื่นๆ เช่น ทะเลทราย ภูเขาที่ปกคลุมด้วยหิมะ ฯลฯ

²⁰² Article 2 of The Land Act amended on 14 June 2006.

โดยที่ดินทั้งหมดที่อยู่ในเขตแดนของประเทศไต้หวันนั้นเป็นของพลเมืองร่วมกันทั้งหมด ทั้งนี้ หากบุคคลใดได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย ที่ดินนั้นก็จะเป็นที่ดินของเอกชน อย่างไรก็ตาม เอกชนไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังต่อไปนี้

- (1) ที่ดินตามแนวชายฝั่งทะเล
 - (2) ทะเลสาบธรรมชาติสำหรับสาธารณะใช้ร่วมกัน และที่ดินติดแนวชายฝั่งของทะเลสาบดังกล่าว
 - (3) ทางน้ำสำหรับการเดินเรือ และที่ดินติดแนวชายฝั่งของทางน้ำดังกล่าว
 - (4) ทางน้ำและทะเลสาบภายในเขตเมืองและเขตชุมชน และที่ดินติดแนวชายฝั่งของทางน้ำดังกล่าว
 - (5) ทางสัญจรหลวง ทางหลวง
 - (6) ที่ดินเป็นทางผ่านน้ำตก
 - (7) แหล่งน้ำธรรมชาติสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน
 - (8) โบราณสถาน
 - (9) ที่ดินอื่นๆ ที่ถูกห้ามเป็นที่เอกชนโดยกฎหมายที่ดิน
- (ค) สิทธิของคนต่างด้าวเกี่ยวกับที่ดินในประเทศไต้หวัน²⁰³

เพื่อเป็นการปรับตัวให้ทันกับการเปิดโลกเสรีทางเศรษฐกิจระหว่างประเทศ การเพิ่มประสิทธิภาพในการลงทุนของคนต่างด้าวในประเทศไต้หวัน และเป็นการส่งเสริมการแสวงหาประโยชน์สูงสุดจากการใช้ทรัพยากรที่ดินโดยมีความรู้ความชำนาญของคนต่างด้าวและรวมถึงหลักความสัมพันธ์แบบถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวอาจได้รับอนุญาตในการซื้อที่ดินหรือก่อตั้งสิทธิต่างๆ เหนือที่ดินในประเทศไต้หวัน ทั้งนี้ ที่ดินดังกล่าวจะต้อง

²⁰³ Department of Land Administration, M.O.I., Guide to Foreign Investment in Real Estate in Taiwan, ROC [Online], 22 March 2011. แหล่งที่มา <http://www.land.moi.gov.tw/onlinebill/608-n1.pdf>

ไม่ใช่ที่ดินป่าไม้ ที่ดินเพื่อการประมง สนามล่าสัตว์ นาเกลือ ที่ดินที่เป็นแหล่งแร่ธาตุสะสม แหล่งกำเนิดน้ำ และที่ดินที่อยู่ภายในเขตทหาร และที่ดินที่ติดต่อกับแนวเขตชายแดน²⁰⁴

นอกจากนี้ คนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวยังสามารถลงทุนในธุรกิจ อสังหาริมทรัพย์ และอุตสาหกรรมอื่นๆ ในประเทศได้ทุกวัน ถ้าการลงทุนนั้นเป็นประโยชน์ต่อ โครงการเกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เศรษฐกิจโดยรวม หรือเป็นประโยชน์ต่อการ เกษตรกรรม อุตสาหกรรม การเลี้ยงสัตว์ ซึ่งเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายที่ดินกำหนด

ทั้งนี้ การได้มา การก่อตั้งสิทธิ การโอน การเปลี่ยนแปลง หรือการบอก ล้างนิติกรรมซึ่งเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน (Land Rights) ซึ่งสิทธิในที่ดินดังกล่าว ได้แก่ กรรมสิทธิ์ (Ownership) สิทธิเหนือพื้นดิน (Superficies) สัญญาเช่าระยะยาวที่ทำขึ้นก่อน 3 สิงหาคม 2553 (Permanent lease established prior to 3 August 2010) ภาระจำยอม (Real estate easement) สิทธิเก็บกิน (Dien) จำนอง (Mortgage) สิทธิสำหรับการเพาะปลูก (Cultivation) การ แสวงหาประโยชน์เกี่ยวกับการเกษตร (Agriculture exploitation) และสิทธิในทรัพย์สินที่ก่อตั้ง ตามประเพณี (Right in Rem created by custom) จะมีผลตามกฎหมายก็ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ทำ เป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งมีอำนาจ²⁰⁵ และการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ดังกล่าวจะสมบูรณ์ก็ต่อเมื่อสิทธิดังกล่าวได้บันทึกลงในสารบบการจดทะเบียนอย่างเป็นทางการ ได้รับการตรวจสอบ และได้ประทับตราของเจ้าหน้าที่รับจดทะเบียนผู้มีอำนาจ²⁰⁶

หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งที่ดิน หรือการก่อตั้งทรัพย์สินต่างๆ เหนือที่ดิน (Rights In Rem) ในประเทศได้ทุกวันสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) หลักความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Nations)²⁰⁷

ตามกฎหมายที่ดิน คนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งที่ดิน หรือก่อตั้ง ทรัพย์สินต่างๆ เหนือที่ดินในประเทศได้ทุกวัน หากคนต่างด้าวนั้นถือสัญชาติของประเทศที่มี

²⁰⁴ Article 17 of The Land Act amended on 14 June 2006.

²⁰⁵ Article 4 of The Land Registration Regulation, amended and promulgated on 23 June 2010 pursuant to the Ministry of the Interior's Nei-Shou-Jhong-Ban-Di-Zih Order No. 0990724793, enforced 3 August 2010.

²⁰⁶ Article 6 of The Land Registration Regulation, amended and promulgated on 23 June 2010 pursuant to the Ministry of the Interior's Nei-Shou-Jhong-Ban-Di-Zih Order No. 0990724793, enforced 3 August 2010.

²⁰⁷ Article 18 of The Land Act amended on 14 June 2006.

ความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไต้หวัน และต้องได้รับอนุญาตตามสนธิสัญญา หรือกฎระเบียบของเทศบาล กล่าวคือ ถ้าประเทศที่คนต่างด้าวถือสัญชาตินั้น ให้สิทธิคนต่างด้าวในการได้มาซึ่งที่ดิน หรือก่อตั้งสิทธิต่างๆ เหนือที่ดินในประเทศนั้นๆ คนต่างด้าวดังกล่าวย่อมมีสิทธิได้มาซึ่งที่ดิน หรือก่อตั้งทรัพย์สินต่างๆ เหนือที่ดินในประเทศไต้หวันได้

เมื่อพิจารณาตามบัญชีรายชื่อประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศไต้หวัน ซึ่งบุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศดังกล่าวอาจได้มาซึ่งที่ดินหรือก่อตั้งทรัพย์สินเหนือที่ดินในประเทศไต้หวันนั้น เราสามารถแยกพิจารณาลักษณะการให้สิทธิคนต่างด้าวได้เป็นสองกลุ่ม²⁰⁸ ได้แก่

(1.1) ประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ (Fully Reciprocal Nations)

บุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ มีสิทธิได้มาซึ่งที่ดินในประเทศไต้หวัน โดยการแสดงเอกสารที่แสดงถึงความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Documents) ซึ่งเป็นเอกสารที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจของประเทศของผู้ยื่นคำร้องขอ แสดงให้เห็นว่า บุคคลซึ่งถือสัญชาติไต้หวันสามารถมีสิทธิและประโยชน์เกี่ยวกับที่ดินในประเทศของผู้ยื่นคำร้องขอเช่นเดียวกัน และเอกสารที่แสดงถึงความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Documents) จะต้องได้รับการรับรองจากสถานทูตและสถานกงสุลของประเทศไต้หวันด้วย อย่างไรก็ตาม บุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ อาจได้รับการยกเว้นการแสดงผลเอกสาร

ปัจจุบันประเทศที่อยู่ในกลุ่มนี้มีทั้งหมด 33 ประเทศ เช่น ประเทศเกาหลี ประเทศญี่ปุ่น ประเทศบราซิล ประเทศเปรู ประเทศอุรุกวัย บางรัฐของประเทศออสเตรเลีย บางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศฝรั่งเศส ประเทศแคนาดา และประเทศมาเลเซีย เป็นต้น นอกจากนี้ รัฐบาลของประเทศไต้หวันยังอนุญาตให้บุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศ

²⁰⁸ List of Reciprocal Nations for Foreigners Acquiring Land in Taiwan, Roc, of Tai-Nei-Tzu-Ti no. 0980174868 promulgated on 16 September 2009 [Online], 16 March 2011. Available from: <http://www.tcjs-land.gov.tw/chlas/chlalist/htmledit/uploadfile/20081116042850241.pdf>

อินเดีย²⁰⁹ มลรัฐแอริโซนา และหลุยเซียนา ประเทศสหรัฐอเมริกา²¹⁰ และประเทศนอร์เวย์²¹¹ มีสิทธิได้มาซึ่งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (Land Rights)

(1.2) ประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศได้หวั่นอย่างมีเงื่อนไข (Conditionally Reciprocal Nations)

บุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติกับประเทศได้หวั่นอย่างมีเงื่อนไข (Conditionally Reciprocal Nations) อาจได้มาซึ่งที่ดิน หรือทรัพย์สินสิทธิต่างๆ (Rights In Rem) เหนือที่ดินในประเทศได้หวั่น ถ้าคนต่างด้าวดังกล่าวมีลักษณะตามเงื่อนไขที่กระทรวงมหาดไทยกำหนด ซึ่งในปัจจุบันประเทศที่อยู่ในกลุ่มนี้มีทั้งหมด 10 ประเทศ ยกตัวอย่างเช่น

ประเทศไทย (Thailand)

ในกรณีที่ธนาคารสัญชาติไทยได้รับใบอนุญาตพาณิชย์ (Commercial Licenses) ถูกต้องตามกฎหมายธนาคารของประเทศได้หวั่น ถ้ากิจการทางธุรกิจของธนาคารรวมถึงการให้เงินทุนเพื่อการค้าประกัน ธนาคารดังกล่าวมีสิทธิก่อตั้งสิทธิจำนองเหนือที่ดินในประเทศได้หวั่น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 18 กฎหมายที่ดิน²¹²

เนื่องจากรัฐบาลไทยได้ประกาศแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96 ทวิ เมื่อวันที่ 19 มกราคม 2545 อนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินในประเทศไทยเพื่อการอยู่อาศัย ดังนั้น รัฐบาลได้หวั่นจึงอนุญาตให้บุคคลสัญชาติไทยได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินในประเทศได้หวั่น เพื่อการอยู่อาศัย หรือเพื่อการลงทุน ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 18 กฎหมายที่ดิน²¹³

ตามมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินของประเทศไทย กระทรวงมหาดไทยมีอำนาจให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะทายาทโดยธรรม ซึ่งจะต้องไม่เกินสิทธิที่จะพึงมีได้ตามมาตรา 87 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ดังนั้น รัฐบาลได้หวั่น

²⁰⁹ Order No. 0970042025 dated 21 March 2008 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹⁰ Order No. 0970057557 dated 15 April 2008 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹¹ Order No. 09702095952 dated 25 December 2008 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹² Communique No. 8702266 dated 22 January 1998 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹³ Communique No. 0920011585 dated 8 August 2003 by Ministry of the Interior (MOI).

จึงอนุญาตให้บุคคลสัญชาติไทยได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินในประเทศได้หวั่นโดยการรับมรดก เพื่อการอยู่อาศัยหรือเพื่อการลงทุน ทั้งนี้ไม่มีข้อจำกัดในเรื่องของจำนวนพื้นที่²¹⁴

ประเทศฟีจี (Fiji)

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางอสังหาริมทรัพย์ในประเทศฟีจี มีลักษณะที่ไม่เลือกปฏิบัติ กล่าวคือ บุคคลซึ่งถือสัญชาติได้หวั่น ย่อมได้รับสิทธิเช่นเดียวกับพลเมืองสัญชาติอื่นๆ แม้ว่าจะไม่ได้อยู่ในฐานะผู้มีถิ่นที่อยู่ถาวรในประเทศฟีจีก็ตาม โดยคนต่างด้าวในประเทศฟีจีมีสิทธิเสรีภาพในการดำเนินการทางอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีพื้นที่ไม่เกิน 1 เอเคอร์ และการดำเนินการทางอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีเนื้อที่เกิน 1 เอเคอร์ จะต้องยื่นคำร้องต่อและได้รับอนุมัติล่วงหน้าจากผู้มีอำนาจท้องถิ่น อย่างไรก็ตาม ที่ดินที่ถูกประกาศให้เป็นที่ดินของคนชาติ (Nation Owned) สามารถขอเช่าจากรัฐบาลได้เท่านั้น โดยระยะเวลาเช่าสูงสุด 90 ปี นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญของประเทศฟีจี ได้กำหนดห้ามทำการค้าบนที่ดิน หรือห้ามบุคคลเป็นเจ้าของที่ดิน ซึ่งถูกประกาศให้เป็นเขตสงวนพื้นเมืองดั้งเดิม (Aboriginal Reservation) ดังนั้น บุคคลซึ่งถือสัญชาติของประเทศฟีจี ย่อมมีสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในประเทศได้หวั่นเช่นเดียวกับคนต่างด้าวในประเทศฟีจี ทั้งนี้เป็นตามมาตรา 18 แห่งกฎหมายที่ดินของประเทศได้หวั่น²¹⁵

ประเทศเดนมาร์ก (Denmark)

ตามหนังสือรับรองออกโดยกระทรวงยุติธรรมของประเทศเดนมาร์ก ลงวันที่ 12 มกราคม 2541 (เลขที่อ้างอิง : 1998-8620078) แสดงให้เห็นว่าสำนักงานสาขาของบริษัทสัญชาติได้หวั่น อาจได้มาซึ่งที่ดิน หรือทรัพย์สินซึ่งมีพื้นฐานเป็นหลักทรัพย์ประกัน กล่าวคือ ผู้ถือหลักทรัพย์ประกันใดๆ จะได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายเดนมาร์ก โดยไม่คำนึงถึงสัญชาติผู้ถือหลักทรัพย์ประกัน อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหลักทรัพย์ประกันดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามระบบกฎหมายเดนมาร์ก และวิธีการดำเนินการเกี่ยวกับการยึดทรัพย์สินที่จำนองเป็นหลักประกัน และการขายทอดตลาด ดังนั้น ตามหลักการของมาตรา 18 แห่งกฎหมายที่ดินของประเทศได้หวั่น บุคคลซึ่งถือสัญชาติเดนมาร์ก ย่อมได้รับการปฏิบัติอย่างมีอัธยาศัยเช่นเดียวกันในประเทศได้หวั่น กล่าวคือ บุคคลสัญชาติเดนมาร์กย่อมมีสิทธิก่อตั้งสิทธิจำนองเหนือที่ดินในประเทศได้หวั่น โดยไม่ต้องแสดงเอกสารที่แสดงถึงความสัมพันธ์แบบถ้อยที่ถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Documents) อย่างไรก็ตาม หากผู้ถือหลักประกันซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติเดนมาร์ก ต้องการบังคับจำนองและเอา

²¹⁴ Communique No. 0920016705 dated 15 December 2003 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹⁵ Communique No. 8204467 dated 8 April 1993 by Ministry of the Interior (MOI).

ทรัพย์สินจํานองหลุดเป็นสิทธิของตน จะต้องปฏิบัติตามข้อ 1 ของคำสั่งเชิงปฏิบัติการสำหรับคนต่างด้าวในการได้มาซึ่งสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในประเทศไต้หวัน (Operational Directions for Foreigners to Acquire Land Rights in Taiwan) โดยจะต้องแสดงเอกสารที่แสดงถึงความสัมพันธ์แบบถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Documents) ซึ่งออกโดยผู้มีอำนาจของประเทศเดนมาร์ก²¹⁶

มลรัฐเซาท์แคโรไลนา ประเทศสหรัฐอเมริกา (The State of South Carolina, U.S.A.)

รัฐบาลไต้หวันอนุญาตให้คนต่างด้าวที่มาจากมลรัฐเซาท์แคโรไลนา ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มาซึ่งที่ดินในประเทศไต้หวัน โดยมีพื้นที่ไม่เกิน 500,000 เอเคอร์²¹⁷

(2) ประเภทของที่ดินที่คนต่างด้าวไม่สามารถได้มาหรือก่อตั้งภาวะติดพันใดๆ²¹⁸

กฎหมายที่ดินกำหนดข้อจำกัดการได้มาหรือก่อตั้งภาวะติดพันใดๆเหนือที่ดินของคนต่างด้าว ซึ่งประเภทที่ดินที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าว ได้แก่ ที่ดินป่าไม้ ที่ดินเพื่อการประมง สนามล่าสัตว์ นาเกลือ ที่ดินที่เป็นแหล่งแร่ธาตุสะสม แหล่งกำเนิดน้ำ และที่ดินที่อยู่ภายในเขตทหาร และที่ดินที่ติดต่อกับแนวเขตชายแดน โดยกฎหมายที่ดินกำหนดห้ามโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินประเภทดังกล่าวให้แก่คนต่างด้าว หรือห้ามนำที่ดินดังกล่าวออกให้เช่าแก่คนต่างด้าว หรือห้ามก่อตั้งภาวะติดพันใดๆเหนือที่ดินดังกล่าวเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว

(3) การจำกัดการใช้ที่ดินของคนต่างด้าว²¹⁹

การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าว หรือการก่อตั้งทรัพย์สินใดๆเหนือที่ดินในประเทศไต้หวันของคนต่างด้าวนั้น จะต้องการใช้ที่ดินโดยมีวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดต่อไปนี้

(3.1) ที่อยู่อาศัย

(3.2) สถานประกอบธุรกิจ อาคารสำนักงาน ร้านค้า และโรงงาน

²¹⁶ Communique No. 8706334 dated 15 June 1998 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹⁷ Communique No. 0930015751 dated 18 November 2004 by Ministry of the Interior (MOI).

²¹⁸ Article 17 of The Land Act amended on 14 June 2006.

²¹⁹ Article 19 of The Land Act amended on 14 June 2006.

(3.3) โบสถ์

(3.4) โรงพยาบาล

(3.5) โรงเรียนสำหรับนักเรียนนานาชาติ

(3.6) สถานทูตและสถานกงสุล และอาคารสำนักงานสำหรับองค์กรเพื่อส่งเสริมสวัสดิการสาธารณะ

(3.7) ฌาปนกิจสถาน

(3.8) การลงทุนซึ่งเป็นการช่วยเหลือการก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในประเทศ การพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวม การเกษตร และการปศุสัตว์ ซึ่งจะต้องได้รับอนุมัติจากหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบ

ทั้งนี้ จำนวนเนื้อที่ และที่ตั้งของที่ดินดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้ข้อกำหนดของเทศบาลที่มีอำนาจ หรือของเขตการปกครองที่มีอำนาจ

(4) ขั้นตอนการขออนุญาต²²⁰

(4.1) คนต่างด้าวที่ต้องการได้มาซึ่งที่ดิน โดยมีวัตถุประสงค์ตามข้อ (3) ข้างต้น จะต้องยื่นคำร้องขอเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกับเจ้าของที่ดินต่อเทศบาลที่มีอำนาจหรือเขตการปกครองที่มีอำนาจ ได้แก่ สำนักงานจดทะเบียนที่ดินซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ เพื่อให้เจ้าหน้าที่ตรวจสอบและอนุมัติการเช่าหรือการซื้อที่ดินของคนต่างด้าวดังกล่าว โดยเจ้าหน้าที่จะต้องดำเนินการตรวจสอบและแจ้งผลการอนุมัติภายใน 14 วันนับแต่วันที่รับคำร้องขอนอกจากนี้ ภายหลังจากอนุมัติดังกล่าว เทศบาลที่มีอำนาจหรือเขตการปกครองที่มีอำนาจจะต้องแจ้งเรื่องดังกล่าวแก่ฝ่ายบริหารที่ดินส่วนกลาง (Center Land Administration) เพื่อการตรวจสอบอีกชั้นหนึ่ง

(4.2) คนต่างด้าวที่ต้องการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการลงทุนซึ่งเป็นการช่วยเหลือการก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในประเทศ พัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยรวม การเกษตร และการปศุสัตว์ โดยได้รับอนุมัติจากหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบล่วงหน้า

²²⁰ Article 20 of The Land Act amended on 14 June 2006.

ยกตัวอย่างเช่น หน่วยงานส่วนกลางที่มีอำนาจสำหรับธุรกิจโรงแรมเพื่อนักท่องเที่ยว ได้แก่ สำนักการท่องเที่ยว กระทรวงคมนาคมและการสื่อสาร ทั้งนี้ การลงทุนแต่ละประเภทหมายถึง²²¹

(4.2.1) การลงทุนซึ่งมีลักษณะเป็นการช่วยเหลือการก่อสร้างสาธารณูปโภคพื้นฐานที่สำคัญในประเทศ หมายความว่า โครงการลงทุนซึ่งได้รับการอนุญาตจากหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจ หรือได้รายงานต่อสภาผู้บริหาร (Executive Yuan) เพื่อการอนุมัติ

(4.2.2) การลงทุนเพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยภาพรวม ได้แก่ การพัฒนาโรงแรมเพื่อนักท่องเที่ยว สถานบันเทิง และสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับนักท่องเที่ยว ศูนย์รวมกีฬา หรือ สนามกีฬา, อาคารเพื่อการอยู่อาศัย, โรงงานอุตสาหกรรม หรือโรงงาน, การพัฒนาเขตอุตสาหกรรม โครงการธุรกิจและอุตสาหกรรม ศูนย์วิทยาศาสตร์เทคโนโลยีขั้นสูง และเขตพิเศษอื่นๆ, ที่ดินที่เกี่ยวข้องกับน้ำขึ้นน้ำลง, การก่อสร้างโครงสร้างพื้นฐานสาธารณะ, การพัฒนาเมืองใหม่ และสังคมใหม่ หรือการปรับปรุงเมือง, และการลงทุนอื่นๆ ซึ่งถูกประกาศโดยหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบ

(4.2.3) การลงทุนเพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยภาพรวม ได้แก่ การลงทุนเพื่อการเกษตร และการปศุสัตว์ หมายความว่า การลงทุนที่ต้องสอดคล้องกับประเภทและหลักเกณฑ์ของเทคโนโลยีขั้นสูงและการเกษตรกรรมหลักขั้นสูง ซึ่งจะถูกระบุโดยคณะกรรมการการเกษตรกรรม (Council of Agriculture of Agriculture: COA) สภาบริหาร

(ง) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่ดินของประเทศไต้หวันแล้ว จะเห็นได้ว่าคนต่างด้าวไม่สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไต้หวันอย่างเสรี กล่าวคือ คนต่างด้าวอาจมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไต้หวัน เฉพาะในกรณีที่คนต่างด้าวดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์กับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ (Fully Reciprocal Nations) หรือหากคนต่างด้าวที่ไม่มีความสัมพันธ์กับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ คนต่างด้าวก็อาจมีสิทธิได้มาซึ่ง

²²¹ Article 2 of Regulations Governing Land Acquisition by Foreigners for Investments in Major National Infrastructure Projects, Overall Economic Development, or Agricultural and Animal Husbandry Industries, Promulgated on 27 February 2002.

กรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศได้วันเช่นเดียวกัน ถ้าคนต่างด้าวดังกล่าวมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนด

แม้ว่าคนต่างด้าวอาจมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น แต่กฎหมายที่ดินได้จำกัดสิทธิการใช้ที่ดินของคนต่างด้าว กล่าวคือ การใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นจะต้องเป็นการใช้ตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่ดินแล้ว²²² ปรากฏว่าคนต่างด้าวมีสิทธิขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในกิจการที่พักอาศัยประเภทการลงทุนพัฒนาโรงแรมสำหรับนักท่องเที่ยว หรือการลงทุนพัฒนาอาคารเพื่ออยู่อาศัยได้ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้กิจการดังกล่าวเป็นการลงทุนเพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยภาพรวม อนึ่ง การขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจะต้องได้รับอนุมัติจากหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบด้วย (Competent central government authorities) โดยกฎหมายกำหนดให้กิจการดังกล่าว เป็นการลงทุนเพื่อพัฒนาระบบเศรษฐกิจโดยภาพรวม²²³

3.5.2.2 การเช่าอสังหาริมทรัพย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งนั้น การเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศได้วันไม่ก่อให้เกิดสิทธิตามกฎหมายในอสังหาริมทรัพย์ บุคคลใดๆ รวมทั้งคนต่างด้าวสามารถเข้าทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ในประเทศได้วันเพื่อการค้า หรือเพื่ออยู่อาศัยได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากเจ้าหน้าที่รัฐ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ควรทำเป็นหนังสือและได้รับการรับรอง (Notarizing) แต่ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ

(ก) แบบของสัญญาเช่า

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีระยะเวลาเช่าเกินกว่า 1 ปีนั้น จะต้องทำเป็นหนังสือ หากไม่ทำเป็นหนังสือสัญญาเช่าดังกล่าวจะถูกถือเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา²²⁴ ทั้งนี้ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ควรทำเป็นหนังสือและได้รับการรับรอง (Notarizing) แต่ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่รัฐ

²²² Article 19 (viii) of The Land Act amended on 14 June 2006.

²²³ Article 2 of Regulations Governing Land Acquisition by Foreigners for Investments in Major National Infrastructure Projects, Overall Economic Development, or Agricultural and Animal Husbandry Industries, Promulgated on 27 February 2002.

²²⁴ Article 422 of Civil Code.

นอกจากนี้ สัญญาเช่าที่ดินเพื่อการก่อสร้างบ้านนั้น กฎหมายให้สิทธิผู้เช่าร้องขอผู้เช่าที่ดินจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินได้ (Superficies)²²⁵

(ข) ระยะเวลาของสัญญาเช่า

ผู้ให้เช่าและผู้เช่าตกลงให้สัญญาเช่ามีระยะเวลาการเช่าสูงสุดได้ เป็นระยะเวลา 20 ปี หากคู่สัญญาตกลงระยะเวลาการเช่ามากกว่า 20 ปี กฎหมายให้ลดระยะเวลาลงเหลือ 20 ปี ทั้งนี้ คู่สัญญาสามารถตกลงต่อสัญญาเช่าอีกได้ อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาการเช่า 20 ปีดังกล่าวไม่ใช่บังคับกับการเช่าที่ดินเพื่อการก่อสร้างบ้าน²²⁶

(ค) การโอนสิทธิการเช่าและการให้เช่าช่วงสถานที่เช่า

ผู้เช่าอาจนำทรัพย์สินออกให้เช่าช่วงได้ หากได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่า อย่างไรก็ตาม หากทรัพย์สินซึ่งเช่านั้นเป็นบ้าน ผู้เช่าอาจนำบางส่วนของบ้านออกให้เช่าได้ เว้นแต่ผู้เช่าและผู้ให้เช่าได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น หากผู้เช่านำทรัพย์สินออกให้เช่าช่วงโดยไม่ได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่ามีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่า ในกรณีที่ผู้เช่าได้นำทรัพย์สินออกให้เช่าช่วงโดยได้รับอนุญาตจากผู้ให้เช่า สัญญาเช่าระหว่างผู้เช่าและผู้ให้เช่ายังคงมีอยู่ต่อไป และผู้เช่ามีความผูกพันที่ต้องชดเชยค่าเสียหาย (ถ้ามี) ซึ่งเกิดขึ้นต่อทรัพย์สินที่เช่าโดยความผิดของผู้เช่าช่วง²²⁷

(ง) การโอนสถานที่เช่า

สัญญาเช่าไม่ระงับสิ้นไป แม้ผู้ให้เช่าโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าให้แก่บุคคลภายนอกภายหลังจากที่ผู้ให้เช่าได้ส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินที่เช่าให้แก่ผู้เช่าและผู้เช่าได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นแล้ว ทั้งนี้ สัญญาเช่าที่ไม่ได้ทำการรับรอง (Notarizing) สัญญาที่มีระยะเวลาเกิน 5 ปี หรือสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา จะระงับไปด้วยการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่า²²⁸

การเช่าที่ดินเพื่อการก่อสร้างบ้าน หากผู้เช่าโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านให้แก่บุคคลภายนอก สัญญาเช่าที่ดินยังคงมีต่อไปและผูกพันบุคคลภายนอกผู้รับโอนบ้าน²²⁹

²²⁵ Article 422-1 of Civil Code.

²²⁶ Article 449 of Civil Code.

²²⁷ Article 443-444 of Civil Code.

²²⁸ Article 425 of Civil Code.

²²⁹ Article 426-1 of Civil Code.

สัญญาเช่าที่ดินเพื่อการก่อสร้างบ้าน ถ้าผู้ให้เช่าต้องการขายที่ดิน ผู้เช่ามีสิทธิเข้าซื้อที่ดินดังกล่าวก่อนบุคคลภายนอกภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน ในทางกลับกัน หากผู้เช่าต้องการขายบ้าน ผู้ให้เช่าซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินมีสิทธิซื้อบ้านก่อนบุคคลภายนอกภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน ทั้งนี้ ผู้ขายที่ดิน หรือขายบ้าน (แล้วแต่กรณี) จะต้องแจ้งการขายเป็นหนังสือแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และหากผู้ที่มีสิทธิซื้อก่อนไม่แสดงเจตนาเข้าซื้อที่ดินหรือบ้านดังกล่าวภายใน 10 วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้ง ถือว่าผู้ที่มีสิทธิซื้อดังกล่าวสละสิทธิการมีสิทธิซื้อที่ดินหรือบ้านก่อน อย่างไรก็ตาม หากผู้ขายที่ดิน หรือบ้านไม่แจ้งแก่อีกฝ่ายหนึ่ง และจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือบ้าน ผู้ขายไม่มีสิทธิยกข้ออ้างต่อผู้ที่มีสิทธิก่อน²³⁰

(จ) การสิ้นสุดสัญญาเช่า

สัญญาเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาจะถูกเลิกเมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาตามสัญญาเช่า ถ้าไม่มีระยะเวลาดังกล่าวกำหนดไว้เพื่อการเลิกสัญญาเช่า คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจะบอกเลิกสัญญาในเวลาใดๆ ก็ได้²³¹

เมื่อสิ้นสุดกำหนดระยะเวลาการเช่า ผู้เช่ายังคงใช้หรือหาประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าอย่างต่อเนื่องโดยที่ผู้ให้เช่าไม่ได้ทักท้วงแต่อย่างใด ให้ถือว่าสัญญาเช่าดังกล่าวกลายเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลา²³²

สัญญาเช่าไม่ระงับสิ้นไปด้วยความตายของผู้ให้เช่า ทั้งนี้ ทายาทของผู้เช่าอาจบอกเลิกสัญญาเช่าได้ แม้ว่าสัญญาเช่านั้นจะเป็นสัญญาเช่าที่ไม่มีกำหนดระยะเวลาก็ตาม โดยต้องบอกกล่าวผู้ให้เช่าล่วงหน้า²³³

(ข) การเช่าอสังหาริมทรัพย์กับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวนั้นไม่ได้เป็นไปอย่างเสรี กล่าวคือ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยของคนต่างด้าวขึ้นอยู่กับคนต่างด้าวดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีความสัมพันธ์แบบถ้อยทีถ้อยปฏิบัติกับประเทศใดวันอย่างสมบูรณ์ (Fully Reciprocal Nations) หรือไม่ หรือในกรณีที่คนต่าง

²³⁰ Article 426-2 of Civil Code.

²³¹ Article 450 of Civil Code.

²³² Article 451 of Civil Code.

²³³ Article 452 of Civil Code.

ตัวคนต่างด้าวที่ไม่มีความสัมพันธ์ดังกล่าวกับประเทศไต้หวันอย่างสมบูรณ์ ก็ต้องพิจารณาว่าคนต่างด้าวนั้น มีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดการหรือไม่ นอกจากนี้ การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนพัฒนาโรงแรมสำหรับนักท่องเที่ยว หรือการลงทุนพัฒนาอาคารเพื่ออยู่อาศัยได้ ขึ้นอยู่กับการอนุมัติของหน่วยงานส่วนกลางผู้รับผิดชอบด้วย (Competent central government authorities) อีกด้วย ดังนั้น การเช่าที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้น อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งของนักลงทุนต่างด้าวนอกเหนือไปจากการขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

เมื่อพิจารณาหลักเกณฑ์การเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไต้หวันนั้น ไม่ปรากฏว่าคนต่างด้าวถูกจำกัดสิทธิในการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น คนต่างด้าวมียุทธสิทธิในการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไต้หวันได้อย่างเสรี ทั้งนี้ เพื่อความมั่นคงแห่งสิทธิของคนต่างด้าวที่ต้องการเช่าที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ในประเทศไต้หวัน สัญญาเช่าควรทำเป็นหนังสือและมีการรับรอง (Notarizing) ตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งกำหนดระยะเวลาการเช่าสูงสุดเพียง 20 ปีเท่านั้น ซึ่งระยะเวลา 20 ปี อาจสั้นเกินไปสำหรับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไต้หวัน แม้ว่ากฎหมายจะอนุญาตให้มีการต่อสัญญาเช่าได้ก็ตาม เนื่องจากสิทธิการเช่าดังกล่าวยังขาดความมั่นคงแห่งสิทธิ เช่น ความไม่แน่นอนว่าผู้ให้เช่าจะต่ออายุสัญญาเช่าให้หรือไม่

3.5.2.3 การถือครองอสังหาริมทรัพย์รูปแบบอื่น

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายที่ดิน และประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไต้หวัน คนต่างด้าวอาจการก่อตั้งทรัพย์สินใดๆ เหนือที่ดินในประเทศไต้หวันได้ หากคนต่างด้าวนั้นถือสัญชาติของประเทศที่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไต้หวัน และต้องได้รับอนุญาตตามสนธิสัญญา หรือกฎระเบียบของเทศบาล ตามที่ได้อธิบายไปข้างต้นในข้อ 3.5.2.1

ตามประมวลกฎหมายแพ่ง ทรัพย์สิน (Rights in rem) ก่อตั้งขึ้นได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรือตามประเพณีเท่านั้น และการได้มา การก่อตั้ง การยกเลิก และการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ใดๆ จะมีผลก็ต่อเมื่อได้ทำเป็นหนังสือและมีการบันทึก (Recordation)²³⁴

²³⁴ Article 757-758 of Civil Code.

ทรัพย์สินที่ตามมาประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศไต้หวัน ที่อาจเกี่ยวข้องกับกรถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุน ได้แก่

(ก) สิทธิเหนือพื้นดิน (Superficies)

สิทธิเหนือพื้นดิน (Superficies) หมายถึง สิทธิที่จะใช้ที่ดินของผู้อื่นสำหรับการก่อสร้างอาคาร หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ เหนือพื้นดินหรือใต้พื้นดินนั้น²³⁵ ซึ่งสาระสำคัญของสิทธิเหนือพื้นดินสามารถสรุปได้ดังนี้

(1) ในกรณีที่สิทธิเหนือพื้นดินที่ไม่ได้กำหนดระยะเวลาได้เกิดขึ้นมาแล้วเกิน 20 ปี หรือเหตุในการก่อให้เกิดสิทธินั้นหายไป คู่สัญญาอาจขอให้ศาลกำหนดระยะเวลาของสิทธิ หรือยกเลิกสิทธินั้นก็ได้ โดยศาลจะคำนึงถึงเหตุในการก่อตั้งสิทธิ รูปแบบการใช้สิทธิ และสภาพการใช้อาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง²³⁶

(2) ถ้าการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีค่าเช่า ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน (Superficiary) อาจบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินในเวลาใดๆ ก็ได้²³⁷

(3) ถ้าการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินมีค่าเช่า และมีกำหนดระยะเวลา ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน (Superficiary) จะบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินได้ก็ต่อเมื่อจ่ายค่าเช่าให้เจ้าของที่ดินสำหรับ 3 ปีข้างหน้า ในกรณีที่การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินมีค่าเช่า และไม่มีกำหนดระยะเวลา หากผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินต้องการบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดิน ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะต้องบอกกล่าวการเลิกสิทธิเหนือพื้นดินล่วงหน้า 1 ปี หรือจ่ายค่าเช่าแทนการบอกกล่าวล่วงหน้า 1 ปี²³⁸

(4) ถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจ่ายค่าเช่าล่าช้ารวมเป็นจำนวน 2 ปี เจ้าของที่ดินมีสิทธิกำหนดเวลาให้ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินชำระค่าเช่า และถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่ชำระค่าเช่าภายในระยะเวลาที่กำหนด เจ้าของที่ดินมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อตั้งสิทธิ

²³⁵ Article 832 of Civil Code.

²³⁶ Article 833-1 of Civil Code.

²³⁷ Article 834 of Civil Code.

²³⁸ Article 835 of Civil Code.

เหนือพื้นดิน นอกจากนี้ หากสัญญาเช่าเข้าได้จดทะเบียน และมีการสิทธิเหนือพื้นดิน ผู้รับโอนสิทธิเหนือพื้นดินรับผิดชอบร่วมกับผู้โอนสิทธิเหนือพื้นดินสำหรับค่าเช่าที่ค้าง²³⁹

(5) ถ้ามีการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การชำระค่าเช่าล่วงหน้าสำหรับสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ได้จดทะเบียนสัญญาเช่า²⁴⁰

(6) ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะต้องใช้และหาประโยชน์จากที่ดินตามวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินและวิธีการที่ได้ตกลงกัน ถ้าคู่สัญญาไม่ได้ตกลงวิธีการใช้สิทธิเหนือพื้นดิน วิธีการใช้ที่ดินให้เป็นไปตามธรรมชาติปกติของการใช้ที่ดิน ทั้งนี้ ข้อตกลงการใช้สิทธิเหนือพื้นดินไม่ผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ข้อตกลงดังกล่าวได้จดทะเบียนอย่างไรก็ตาม หากผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่ใช้ที่ดินตามวัตถุประสงค์ในการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินและวิธีการที่ได้ตกลงกัน เจ้าของที่ดินมีสิทธิบอกเลิกสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน²⁴¹

(7) ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีสิทธิโอนสิทธิเหนือพื้นดินให้แก่บุคคลภายนอก หรือมีสิทธินำสิทธิเหนือพื้นดินไปจำนอง เว้นแต่คู่สัญญาได้ตกลงเป็นอย่างอื่น ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวไม่มีผลผูกพันบุคคลภายนอก เว้นแต่ได้จดทะเบียน อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่อาจโอนสิทธิเหนือพื้นดิน แยกจากอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างได้²⁴²

(8) ในกรณีที่สิทธิเหนือพื้นดินถูกยกเลิก ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีสิทธิรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดิน โดยผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะต้องแจ้งเจ้าของที่ดินก่อนการรื้อถอนดังกล่าว และผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะต้องทำให้ที่ดินกลับคืนสู่สภาพเดิม ทั้งนี้ หากผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินภายในหนึ่งเดือนนับจากวันที่สิทธิเหนือพื้นดินถูกยกเลิก อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวจะตกเป็นของเจ้าของที่ดิน และถ้าอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเป็นอุปสรรคต่อการใช้ที่ดิน เจ้าของที่ดินมีสิทธิทำให้ที่กลับคืนสู่สภาพเดิม นอกจากนี้ หากเจ้าของที่ดินต้องการซื้อที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างในราคาตลาด ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีสิทธิปฏิเสธโดยไม่มีเหตุอันสมควร²⁴³

²³⁹ Article 836 of Civil Code.

²⁴⁰ Article 836-1 of Civil Code.

²⁴¹ Article 836-2 and 836-3 of Civil Code.

²⁴² Article 838 of Civil Code.

²⁴³ Article 839 of Civil Code.

(9) ถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินได้ก่อสร้างอาคารบนที่ดิน เมื่อสิทธิเหนือพื้นดินถูกยกเลิก เนื่องจากหมดอายุตามสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีสิทธิกำหนดเวลามากกว่าหนึ่งเดือนก่อนวันหมดอายุดังกล่าว และร้องขอให้เจ้าของที่ดินชดใช้ราคาอาคารตามราคาตลาด เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่น อย่างไรก็ตาม หากเจ้าของที่ดินปฏิเสธชดใช้ราคาอาคาร หรือไม่ตอบรับภายในกำหนดเวลา ให้ถือว่ามีการขยายระยะเวลาของสิทธิเหนือพื้นดิน ทั้งนี้ ถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินปฏิเสธไม่ให้มีการขยายระยะเวลาของสิทธิเหนือพื้นดิน ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีสิทธิเรียกให้เจ้าของที่ดินชดใช้ราคาอาคาร²⁴⁴

(10) สิทธิเหนือพื้นดินไม่สิ้นไป แม้ว่าอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างจะสูญหายหรือถูกทำลาย²⁴⁵

(ข) สิทธิเก็บกิน (Dian)

สิทธิเก็บกิน (Dian) หมายถึง สิทธิในการใช้และการหาผลประโยชน์จากทรัพย์สินของผู้อื่น และผู้ทรงสิทธิอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินนั้น หากเจ้าของทรัพย์สินปฏิเสธที่จะไถ่ถอนทรัพย์สินดังกล่าวคืน²⁴⁶

เมื่อพิจารณากฎหมายตามหมวดที่ 8 เกี่ยวกับเรื่องสิทธิเก็บกิน แห่งประมวลกฎหมายแพ่งของประเทศได้หวน สามารถสรุปสาระสำคัญของสิทธิเก็บกินได้ดังนี้

(1) สิทธิเก็บกินสามารถก่อตั้งขึ้นได้โดยมีกำหนดระยะเวลาสูงสุด 30 ปี ถ้าคู่สัญญาตกลงกันให้สิทธิเก็บกินมีระยะเวลามากกว่า 30 ปี ให้ลดระยะเวลาดังกล่าวลงเหลือ 30 ปี²⁴⁷

(2) ถ้ากำหนดระยะเวลาของสัญญาก่อตั้งสิทธิเก็บกินน้อยกว่า 15 ปี ห้ามมิให้มีข้อสัญญาว่า “หากเจ้าของทรัพย์สินไม่ไถ่ถอนทรัพย์สินคืนในวันที่ระยะเวลาของสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลง ให้ถือว่าทรัพย์สินนั้นถูกขายโดยที่เจ้าของไม่มีสิทธิไถ่ถอนคืน” ในกรณีที่ มีข้อตกลง “หากเจ้าของทรัพย์สินไม่ไถ่ถอนทรัพย์สินคืนในวันที่ระยะเวลาของสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลง ให้ถือว่าทรัพย์สินนั้นถูกขายโดยที่เจ้าของไม่มีสิทธิไถ่ถอนคืน” ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน (Dian-Holder)

²⁴⁴ Article 840 of Civil Code.

²⁴⁵ Article 841 of Civil Code.

²⁴⁶ Article 911 of Civil Code.

²⁴⁷ Article 912 of Civil Code.

จะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ถ้าผู้ให้สิทธิเก็บกิน (Dian-Maker) ปฏิเสธไถ่ถอนทรัพย์สินคืนในราคาเดิมของสิทธิเก็บกินเมื่อสิทธิดังกล่าวสิ้นสุดลง ทั้งนี้ ข้อตกลงดังกล่าวไม่สามารถยกขึ้นต่อสู้กับบุคคลภายนอกได้หากไม่ได้จดทะเบียน²⁴⁸

(3) ในระหว่างอายุของสิทธิเก็บกิน ผู้ทรงสิทธิเก็บกินสามารถให้สิทธิเก็บกินช่วง (Sub-dian) หรือให้เช่าทรัพย์สินแก่บุคคลอื่นได้ เว้นแต่ข้อสัญญาตกลงไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งหากสิทธิเก็บกินมีกำหนดระยะเวลา ระยะเวลาของการให้สิทธิเก็บกินช่วง หรือการให้เช่านั้น ต้องไม่เกินระยะเวลาของสิทธิเก็บกิน ในทางตรงกันข้าม หากสิทธิเก็บกินไม่มีกำหนดระยะเวลา การให้สิทธิเก็บกินช่วง หรือการให้เช่าก็ไม่จำเป็นต้องมีกำหนดระยะเวลาเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ ค่าตอบแทนสิทธิเก็บกินช่วงต้องไม่สูงกว่าค่าตอบแทนของสิทธิเก็บกิน ทั้งนี้ หากทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกิน (Property dianed) ได้แก่ ที่ดินและสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินเป็นของบุคคลคนเดียว และมีการก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ห้ามบุคคลดังกล่าว (ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน) ให้สิทธิเก็บกินช่วง หรือจำหน่ายทรัพย์สินดังกล่าวแยกจากกัน²⁴⁹

(4) ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีหน้าที่ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายใดๆ ที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกิน (Property dianed) เนื่องจากกรให้สิทธิเก็บกินช่วง หรือให้เช่าทรัพย์สินดังกล่าว²⁵⁰

(5) ผู้ทรงสิทธิเก็บกินสามารถโอนสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลอื่นหรือสามารถนำสิทธิเก็บกินไปจำนองได้ ทั้งนี้ หากทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินได้แก่ที่ดิน และผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็นเจ้าของสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินดังกล่าว ห้ามโอน หรือจำหน่ายทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินแยกจากสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว²⁵¹

(6) ภายหลังจากการก่อตั้งสิทธิเก็บกิน ผู้ให้สิทธิเก็บกินสามารถโอนทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินได้ อย่างไรก็ตาม การโอนดังกล่าวไม่กระทบต่อสิทธิของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน²⁵²

²⁴⁸ Article 913 of Civil Code.

²⁴⁹ Article 915 of Civil Code.

²⁵⁰ Article 916 of Civil Code.

²⁵¹ Article 917 of Civil Code.

²⁵² Article 918 of Civil Code.

(7) หากผู้ให้สิทธิเก็บกินต้องการขายทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิที่จะซื้อทรัพย์สินดังกล่าวก่อนภายใต้ข้อกำหนดและเงื่อนไขอย่างเดียวกัน โดยผู้ให้สิทธิเก็บกินจะต้องแจ้งเป็นหนังสือแก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินเกี่ยวกับการขายทรัพย์สิน และถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินไม่แสดงเจตนาเป็นหนังสือตอบรับการขายทรัพย์สินดังกล่าวภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งจากผู้ให้สิทธิเก็บกิน ถือว่าผู้ทรงสิทธิเก็บกินสละสิทธิการมีสิทธิซื้อทรัพย์สินก่อน อย่างไรก็ตาม หากผู้ให้สิทธิเก็บกินไม่แจ้งแก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินให้แก่บุคคลอื่น การโอนดังกล่าวไม่มีผลกระทบต่อผู้ทรงสิทธิเก็บกิน²⁵³

(8) ในระหว่างอายุของสิทธิเก็บกิน หากทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินถูกทำลายไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดย

เหตุสุดวิสัย – สิทธิเก็บกินและสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินคือนถูกยกเลิกในส่วนของทรัพย์สินที่ถูกทำลาย ในกรณีนี้ หากผู้ให้สิทธิเก็บกินใช้สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินส่วนที่เหลืออยู่ ผู้ให้สิทธิเก็บกินมีสิทธิชดใช้ค่าไถ่ถอนตามส่วนของทรัพย์สินที่ยังคงเหลืออยู่²⁵⁴ ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินอาจซ่อมแซมทรัพย์สินส่วนที่ถูกทำลายตามมูลค่าของทรัพย์สินส่วนที่ถูกทำลายขณะก่อตั้งสิทธิเก็บกิน ให้สิทธิเก็บกินกลับคืนมีขึ้นใหม่ในส่วนที่ได้มีการซ่อมแซมนั้น เว้นแต่มีข้อตกลงเป็นอย่างอื่นโดยผู้ให้สิทธิเก็บกิน²⁵⁵

ความผิดของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน – ผู้ทรงสิทธิเก็บกินต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายไม่เกินค่าตอบแทนของสิทธิเก็บกิน ทั้งนี้ หากการทำลายทรัพย์สินที่ได้ก่อตั้งสิทธิเก็บกินดังกล่าว เกิดจากความจงใจ หรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ผู้ทรงสิทธิเก็บกินจะต้องชดใช้ค่าเสียหายอื่นๆ ที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากการชดใช้ราคาข้างต้น²⁵⁶ ทั้งนี้ การซ่อมแซมทรัพย์สินส่วนที่ถูกทำลายโดยค่าเสียหายที่ได้รับจากผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ให้ถือว่าสิทธิเก็บกินกลับคืนมีขึ้นใหม่ในส่วนที่ได้มีการซ่อมแซมนั้น²⁵⁷

²⁵³ Article 919 of Civil Code.

²⁵⁴ Article 920 of Civil Code.

²⁵⁵ Article 921 of Civil Code.

²⁵⁶ Article 922 of Civil Code.

²⁵⁷ Article 922 -1 of Civil Code.

(9) ในกรณีที่มีการกำหนดระยะเวลาของสิทธิเก็บกิน ผู้ให้สิทธิเก็บกินมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินในราคาเดิมของสิทธิเก็บกินเมื่อสิทธิดังกล่าวสิ้นสุดลง อย่างไรก็ตาม ผู้ให้สิทธิเก็บกินจะต้องใช้สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินภายใน 2 ปี นับแต่วันที่สิทธิเก็บกินได้สิ้นสุดลง หากผู้ให้สิทธิเก็บกินไม่ไถ่ถอนทรัพย์สินภายในกำหนดเวลาดังกล่าว กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน²⁵⁸

(10) ในกรณีที่ไม่ได้มีการกำหนดระยะเวลาของสิทธิเก็บกิน ผู้ให้สิทธิเก็บกินมีสิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินในราคาเดิมของสิทธิเก็บกินในเวลาใดๆ ก็ได้ ทั้งนี้ หากผู้ให้สิทธิเก็บกินไม่ใช้สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินดังกล่าวภายใน 30 ปี นับแต่วันที่ก่อตั้งสิทธิเก็บกิน กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะตกเป็นของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน²⁵⁹

(11) ผู้ให้สิทธิเก็บกินต้องแจ้งการใช้สิทธิไถ่ถอนทรัพย์สินแก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินล่วงหน้า 6 เดือน²⁶⁰

(ค) การก่อตั้งทรัพย์สินเหนือที่ดินกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

แม้ว่าการก่อตั้งสิทธิเหนือที่ดิน หรือการก่อตั้งสิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์อาจเป็นทางเลือกหนึ่งในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ แต่การที่คนต่างด้าวที่จะเป็นผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดิน หรือผู้ทรงสิทธิเก็บกินได้นั้น จะต้องเป็นคนต่างด้าวที่ถือสัญชาติของประเทศที่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศไทย และต้องได้รับอนุญาตตามสนธิสัญญาหรือกฎระเบียบของเทศบาล ตามที่ได้อธิบายไปข้างต้นในข้อ 3.5.2.1 ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า เมื่อเงื่อนไขการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวมีลักษณะเช่นเดียวกับเงื่อนไขการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว คนต่างด้าวจึงไม่มีความจำเป็นที่จะก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์เพื่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์สำหรับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

²⁵⁸ Article 923 of Civil Code.

²⁵⁹ Article 924 of Civil Code.

²⁶⁰ Article 925 of Civil Code.

ตารางที่ 1 เปรียบเทียบการมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศต่างๆ

เรื่อง	ประเทศ	อังกฤษ	ฝรั่งเศส	สหรัฐอเมริกา	ไต้หวัน
การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน		ไม่มีข้อจำกัด	ไม่มีข้อจำกัด	ไม่มีข้อจำกัด*	ตามหลักทั่วไป คนต่างด้าวไม่มีสิทธิได้มาซึ่งที่ดิน เว้นแต่ คนต่างด้าวนั้น มีความสัมพันธ์แบบถ้อยทีถ้อยปฏิบัติ (Reciprocal Nations) กับประเทศไต้หวัน
ระยะเวลาการเช่าที่ดิน		ไม่จำกัดระยะเวลา	99 ปี	ไม่จำกัดระยะเวลา	20 ปี

* ทั้งนี้ การถือครองที่ดินในแต่ละมลรัฐ มีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกัน.

บทที่ 4

หลักเกณฑ์การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุน เกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยและเทียบเคียงกับกฎหมายต่างประเทศ

4.1 ความนำ

ตามกฎหมายในปัจจุบัน ประเทศไทยไม่ได้ให้สิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์แก่คนต่างด้าวโดยอิสระเสรี การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวรวมทั้งนักลงทุนต่างด้าวนั้น จะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดและเงื่อนไขต่างๆ ของกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งมีเงื่อนไขแตกต่างกันไปโดยขึ้นอยู่กับประเภทของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจแบ่งเป็นการถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้สองประเภท คือ

4.1.1 ทรัพย์สิน¹ คือสิทธิที่มีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นทรัพย์สิน หรือสิทธิที่มีอยู่เหนือทรัพย์สิน เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวทรัพย์สินโดยตรง เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน สิทธิเหนือพื้นดิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ เป็นต้น ทรัพย์สินที่ย่อมไ้ใช้ยันกับบุคคลทั่วไป ซึ่งทรัพย์สินนั้นจะก่อตั้งขึ้นได้ก็ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายอื่นเท่านั้น² จะก่อตั้งเองโดยนิติกรรมโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจไว้ไม่ได้ ทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์³ ได้แก่ ทรัพย์สินเกี่ยวกับที่ดิน ทรัพย์สินเกี่ยวกับทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดิน และทรัพย์สินเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดิน

ทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญต่อการลงทุนของคนต่างด้าวนั้น ได้แก่ การมีทรัพย์สินเหนือที่ดิน หรืออสังหาริมทรัพย์อื่นๆ เช่น อาคารชุด วิลล่า อาคารโรงแรม เป็นต้น ซึ่งมีกฎหมายหลายฉบับที่เกี่ยวข้องในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการได้มาซึ่งทรัพย์สินของคนต่างด้าวเหล่านั้น เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายที่ดิน กฎหมายอาคารชุด กฎหมายจัดสรรที่ดิน กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น

¹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์ พลสยาม พรินต์ติ้ง (ประเทศไทย), 2553), หน้า 60.

² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1298 บัญญัติว่า

“ทรัพย์สินทั้งหลายนั้น ท่านว่าจะก่อตั้งขึ้นได้แต่ด้วยอาศัยอำนาจในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น”

³ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 17.

4.1.2 บุคคลสิทธิ⁴ คือสิทธิที่มีวัตถุประสงค์แห่งเป็นการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งในลักษณะนี้เรียกว่าสิทธิเรียกร้อง เป็นสิทธิที่มีอยู่เหนือบุคคล และบังคับเอาแก่ตัวบุคคลให้กระทำหรือมิให้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง เช่น สิทธิตามสัญญาเช่า เป็นต้น ทั้งนี้ บุคคลสิทธิเป็นสิทธิที่บังคับเอาแก่ตัวลูกหนี้เท่านั้น จะบังคับเอาจากตัวทรัพย์สินไม่ได้ กล่าวคือ ถ้าลูกหนี้ไม่ปฏิบัติตามสิทธินั้นๆ เจ้าหนี้ต้องฟ้องร้องบังคับสิทธิต่อศาล จะบังคับเอาแก่ลูกหนี้โดยพลการไม่ได้ นอกจากนี้ บุคคลสิทธิยังไม่อาจใช้อ้างยันต่อบุคคลได้ทั่วไป จะบังคับได้เฉพาะคู่สัญญา หรือลูกหนี้ที่เกี่ยวข้องเท่านั้น

บุคคลสิทธิที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจที่פקอาศัยของคนต่างด้าวที่สำคัญได้แก่ สิทธิตามสัญญาเช่า เนื่องจากการลงทุนในการประกอบกิจการของคนต่างด้าวนั้นไม่จำเป็นต้องถือกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เสมอไปก็สามารถประกอบธุรกิจได้ ซึ่งการลงทุนโดยการมีสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านสัญญาเช่าทรัพย์สินนั้น จะช่วยให้เงินทุนในการดำเนินกิจการไม่จมอยู่ที่ทรัพย์สินอย่างถาวรมากเกินไปจนอาจทำให้ธุรกิจขาดสภาพคล่องทางการเงิน ดังนั้น การเช่าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับการลงทุนของคนต่างด้าว ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

4.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์

เราสามารถแยกการพิจารณาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่กฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวมียกรรมสิทธิ์ได้เป็นสองประเภทใหญ่ๆ ได้แก่ ที่ดิน และอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ อันมิใช่ที่ดิน ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.2.1 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าว

ปัจจุบันการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวนั้น กฎหมายหลักที่บังคับใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไข รวมทั้งวิธีการพิจารณาและผู้มีอำนาจในการอนุญาตเกี่ยวกับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวได้แก่ พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 (“ประมวลกฎหมายที่ดิน”) ซึ่งนอกเหนือจากประมวลกฎหมายที่ดินแล้ว นักลงทุนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในประเทศอาจได้รับสิทธิในการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายพิเศษ

⁴ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 60.

หากมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กฎหมายพิเศษกำหนดซึ่งจะได้กล่าวต่อไป ดังนั้น การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวสามารถแยกพิจารณาตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังต่อไปนี้

4.2.1.1 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

(ก) ประวัติการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทย⁵

แต่เดิมที่ดินในประเทศไทยนั้น ถือว่าเป็นของพระเจ้าแผ่นดินทั้งสิ้น ดังนั้นคนต่างด้าวที่เข้ามาพึ่งบรมโพธิสมภารเป็นข้าฯ แผ่นดินนั้นก็ได้รับพระราชทานที่ดินตามศักดินาที่ได้รับ ส่วนคนต่างด้าวที่อพยพเข้ามาตั้งรกรากทำกินหรือเข้ามาค้าขายก็จะเข้ามาซื้อหรือจับจองที่ดินทำกินกันได้อย่างอิสระ ซึ่งส่วนมากจะเป็นพวกประเทศเพื่อนบ้าน และประเทศจีน ต่อมาได้มีพวกชาวยุโรปได้เดินทางเข้ามาขอเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศไทยซึ่งถือได้ว่าเป็นการเข้ามามีอิทธิพลของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรก⁶ จนส่งผลให้มีการออกกฎหมายที่กำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวตั้งแต่นั้น จนถึงปัจจุบัน โดยจากการศึกษาประเทศไทยมีประวัติการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวที่ชัดเจนด้วยกัน 4 ช่วงด้วยกันคือ ดังต่อไปนี้

(1) ระหว่างปี พ.ศ. 2399 จนถึง พ.ศ. 2475

ปี พ.ศ. 2399 ได้มีการประกาศกำหนดที่ให้ขาย ให้เช่า แก่คนนอกประเทศ จ.ศ. 1218 (พ.ศ. 2399) (ปีมะโรง นักขัตตรัฐศก)⁷ และประกาศฝรั่งทำหนังสือสัญญา (ปีมะโรง นักขัตตรัฐศก) เป็นกฎหมายที่ใช้กำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวอย่างเป็นทางการฉบับแรก โดยประกาศฉบับนี้ได้ตราขึ้นในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 4 แห่งราชวงศ์จักรี โดยเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทยที่ได้มีการบัญญัติถึงการให้สิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว ซึ่งมีประวัติความเป็นมาดังนี้ กล่าวคือ ช่วงระหว่าง พ.ศ. 2394 จนถึง พ.ศ. 2411 ประเทศไทยได้มีการทำการค้ากับชาวต่างประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งชาวตะวันตก ในระหว่างนั้นชาติตะวันตกได้พยายามที่จะเข้ามาสร้างอาณานิคมในทวีปเอเชียด้วยการแทรกแซงทางการเมืองโดยการอาศัยการเจริญสัมพันธไมตรีทางการค้าและการเผยแพร่ศาสนามาเป็น

⁵ จเร จารุวงศ์สันติ, "การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 73-80.

⁶ จเร จารุวงศ์สันติ, "การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว," (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต สาขานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 73.

⁷ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน (พระนคร: โรงพิมพ์สหกรณ์ขายส่งแห่งประเทศไทย, 2511), หน้า 8-10.

ข้ออ้าง จนเป็นเหตุให้ประเทศเพื่อนบ้านของไทยหลายประเทศต้องสูญเสียเอกราช ทำให้เป็นเหตุผลที่ประเทศไทยต้องจำยอมตกลงทำหนังสือสัญญาทางไมตรีกับประเทศอังกฤษ เมื่อวันที่ 9 เมษายน พ.ศ. 2398 ซึ่งรู้จักในนามว่า “สนธิสัญญาบาวริง”^๑ ซึ่งเป็นสนธิสัญญา และเป็นเอกสารฉบับแรกที่กล่าวถึงการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวที่ชัดเจนและเป็นลายลักษณ์อักษร ดังนั้นทำให้สนธิสัญญาบาวริงนี้เป็นสนธิสัญญาที่ทำให้การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้นเปลี่ยนแปลงไปสู่การเข้ามาถือครองที่ดินของคนต่างด้าวโดยมีสนธิสัญญาต่างๆ รองรับสิทธิของคนต่างด้าว และในปีต่อมาประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา ได้ขอเจริญสัมพันธไมตรีกับประเทศไทยในลักษณะเดียวกันกับประเทศอังกฤษจนกระทั่งในปี พ.ศ. 2399 พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวจึงทรงอนุวัติการสิทธิตามสนธิสัญญาเหล่านี้ให้มีผลบังคับเป็นกฎหมายภายในโดยประกาศกำหนดที่ให้ขาย ให้เช่า แก่คนนอกประเทศ จ.ศ. 1218 (พ.ศ. 2399) ซึ่งประกาศฉบับนี้มิได้ให้เหตุผล หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายไว้แต่อย่างใด โดยประกาศฉบับนี้ได้แบ่งแยกสิทธิของคนต่างด้าวที่จะสามารถถือครองที่ดินได้โดยมีหลักสำคัญหลายประการ ดังต่อไปนี้

(1.1) เขตที่ดินต่างด้าวสามารถซื้อที่ดินได้โดยอยู่ภายใต้เงื่อนไข กล่าวคือ ภายในเขตพระนครและในเขตห่างจากกำแพงพระนครออกไปไม่เกิน 200 เส้น เอกชนต่างด้าวจะซื้อที่ดินได้ต่อเมื่อได้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรแล้วไม่ต่ำกว่า 10 ปี หากยังเข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรไม่ถึง 10 ปี เอกชนต่างด้าวจะมีได้ก็แต่เพียงสิทธิการเช่าที่ดินเท่านั้น ซึ่งต้องทำต่อหน้ารั้วแขวง

(1.2) เขตที่ดินต่างด้าวสามารถซื้อหรือเช่าได้โดยไม่มีเงื่อนไข คือเขตซึ่งห่างจากกำแพงพระนครออกไป 200 เส้น จนถึงเขตที่เรือพายเรือแจวไปถึงได้ภายใน 24 ชั่วโมง ซึ่งระยะทางดังกล่าวได้กำหนดร่วมกันระหว่างเสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการและทูตอังกฤษ โดยเขตดังกล่าวได้แก่

ทิศเหนือ กำหนดถึงปากน้ำบางพุทราที่ร่วมกับแม่น้ำเจ้าพระยาต่อไปจนถึงกำแพงเมืองลพบุรี เลยตรงไปถึงท่าพระงามแม่น้ำสระบุรี

ทิศตะวันออก กำหนดตั้งแต่ท่าพระงามถึงบางกนก ปลายคลองขุดที่ออกแม่น้ำบางปะกง ตรงต่อไปถึงปากน้ำบางปะกง ต่อไปจนถึงเกาะศรีมหาราชา

^๑ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี ประเทศอังกฤษและประเทศสยาม ทำ ณ กรุงเทพมหานคร เมื่อวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1855 (พ.ศ. 2398).

ทิศใต้ ตั้งแต่เกาะศรีมหาราชาไปจนถึงกำแพงเมือง เพ็ชรบุรี

ทิศตะวันตก ตั้งแต่ฝั่งอ่าวทะเลเมืองเพชรบุรี ไปถึงปากน้ำ เมืองสมุทรสงคราม เลี้ยวไปตามลำแม่น้ำจนถึงกำแพงเมืองราชบุรี ต่อไปจนถึงเมืองสุพรรณ ไปถึง ปากน้ำบางพุทราประจบที่เก่า⁹ และ

(1.3) เขตที่ห้ามคนต่างด้าวซื้อหรือเช่าที่ดินเด็ดขาด คือเขตที่ ห่างไกลออกไปเกินกว่าพื้นที่ซึ่งเรือพายเรือแจวสามารถไปถึงได้ภายใน 24 ชั่วโมง กระนั้นก็ดี กฎหมายก็ยังให้สิทธิแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาเมืองมา โดยมีหนังสือเดินทางซึ่งไม่ได้เป็นคนหลบหนีเข้า เมืองสามารถทำสัญญาจะซื้อจะขายหรือเช่าเป็นที่พักอาศัยอยู่จนกว่าจะกลับออกไป ทั้งนี้ ที่ดินใน เขตนี้จะให้เช่าอยู่และขายขาดไม่ได้

ต่อมาหลังจากที่มีการประกาศกำหนดให้ขาย ให้เช่าที่แก่คนนอก ประเทศได้ 2 สัปดาห์ พระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าอยู่ได้ทรงตรงกฎหมายที่มีบทบัญญัติเกี่ยว ด้วยสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวขึ้นมาอีกฉบับหนึ่ง ชื่อว่า “ประกาศฝรั่งทำหนังสือสัญญา” (ปี มะโรง นักษัตริย์ศก)¹⁰ ซึ่งได้กล่าวเพิ่มเติมถึงการอ้างถึงที่มาของการประกาศ โดยมีการกล่าวถึง ประโยชน์ที่ประเทศไทยจะได้รับเมื่อยอมให้คนฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน เข้ามาซื้อสิทธิซื้อที่ดินใน ประเทศไทย ซึ่งพิจารณาได้จากถ้อยคำแห่งประกาศที่ว่า

“...แลคนชาติฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน ก็มีวิชาฉลาดในการงาน ต่าง ๆ เมื่อได้เข้ามาตั้งบ้านเรือนอยู่ในพระราชอาณาเขร เห็นจะมาประกอบกิจการช่างทำสิ่งทำ สิ่งของเครื่องใช้สอยต่างๆ ปลูกดักว่าสิ่งของที่เคยทำได้ในกรุง ซึ่งมีมาแต่ก่อนบ้าง แล้วจะเอา ออกจำหน่ายซื้อขายแก่ราษฎร ราคาของที่ทำเมื่อนี้จะถูกกว่าของที่ลูกค้านำมาขายแต่เมืองอื่น ช่างชาวพระนครนี้เมื่อเห็นเป็นดีก็ จะร่ำเรียนเลียนทำตามอย่างการช่างทั้งปวง ก็จำเรอูติขึ้นกว่า แต่ก่อน อนึ่งการเพราะปลูกสิ่งของที่มีผลประโยชน์ในแผ่นดิน คนฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน มัก เข้าใจวิธีเพาะปลูกมีตำหรับตำรา ถ้าเข้ามาเมื่ออุตสาหกรรม มีเพียงพยายามทำไร่นาเรือกสวนได้มากใน ที่เป็นป่าแลท้องทุ่ง ที่รกร้างว่างเปล่าอยู่ก็จะให้จำเรอูติ สมพัทษรอากาศมีมากขึ้นแก่แผ่นดินโดย ลำดับเวลาไปภายหน้า เมื่อพวกฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน เอาเงินทองมาแต่ต่างประเทศ ลงทุนซื้อที่ แลจ้างลูกจ้าง ใช้เงินทองเมืองอื่นก็จะได้ตกอยู่ในแผ่นดิน จำเรอูติแก่ราษฎรชาวพระนครนี้ ราษฎรที่

⁹ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 9-10.

¹⁰ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 11-19.

ยากจนจะได้รับค่าจ้างเลี้ยงชีวิต ดีกว่าขายตัวเป็นทาสให้ผู้อื่นใช้ ด้วยเห็นประโยชน์อย่างนี้แลอย่างอื่น ๆ ก็ควรจะยอมให้คนฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน เข้ามาอาศัยอยู่ในพระราชอาณาจักรตามสบาย...”¹¹

จากเหตุผลดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงพระราชวินิจฉัยแยบยลของพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ที่ได้ทรงคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศที่จะได้รับจากการที่คนต่างด้าวเข้ามาถือครองที่ดินในประเทศไทย อันเป็นการแลกเปลี่ยนเพื่อผลประโยชน์ของประเทศเป็นที่ตั้ง และแสดงให้เห็นถึงการยอมรับและเล็งเห็นถึงผลประโยชน์ของการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเป็นครั้งแรกของประเทศไทย ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นแนวความคิดที่มีลักษณะส่งเสริมการลงทุนเป็นครั้งแรกในประเทศไทยเช่นเดียวกัน

นอกจากนี้ ประกาศฝรั่งทำหนังสือสัญญาดังกล่าว ยังกล่าวถึงเหตุผลในการกำหนดเขตที่ดินที่สามารถซื้อขายให้แก่คนต่างด้าวได้ ซึ่งตามประกาศได้บัญญัติเหตุผลในการกำหนดเขตที่ดินไว้ว่า

“...คนชาติฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน รูปร่าง เพศ ภาษา แปลกตา จริตกริยา อย่างธรรมเนียมก็ผิดกับคนชาวประเทศนี้นัก ครั้นจะยอมให้ไปอยู่ไกลห่างพระนครไปนักกลัวคนที่ไกลๆ ไม่เคยพบเห็นฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน จะสำคัญผิดว่าเป็นคนแปลกมาจะพากันข่มเหงต่างๆ เมื่อเดินทางไกลๆ หรืออยู่ในที่เปลี่ยว คนใจร้ายใจพาลเมื่อเห็นเป็นคนต่างเมืองต่างภาษาก็จะเข้าปล้นชิงตีรันฟันฆ่า เมื่อความเช่นนี้มีขึ้นจะได้ถามพยานสื่อเอาการเป็นจริงก็จะยากไป เพราะพวกฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน ไม่รู้จักใครในที่ไกลที่เปลี่ยวจะได้รับความลำบากนัก อนึ่งจะให้พวกฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน ซื้อที่ขาดเป็นของฝรั่งเศส อังกฤษ อเมริกัน อยู่ในภายในฤกษ์ที่ใกล้พระนคร แต่แรกมาใหม่ๆ ยังไม่กว้างขวางรู้จักใครมาก เมื่อบ้านเรือนเบียดเสียดแทรกแซงกัน จะมีความเฉลเอาวิวาท ชาวพระนครนี้เห็นว่าไม่รู้จักใคร ก็จะกลุ่มรวมข่มเหงต่างๆ ด้วยยังไม่คุ้นเคย...”¹²

ตามเหตุผลเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงกุสโลบายอันแยบยลในการที่จะให้เหตุผลเพื่อกำหนดเขตให้คนต่างด้าวมิสิทธิ์ซื้อที่ดินในประเทศไทย และเป็นเหตุที่ชาติตะวันตกมิอาจปฏิเสธได้ ซึ่งเหตุผลที่แท้จริงแล้ว การกำหนดเช่นนี้เป็นไปเพื่อประโยชน์ทางด้านความมั่นคง

¹¹ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 12.

¹² กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 13.

ของประเทศไทยเองเพราะถ้ายอมให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินในเขตพระนครนั้นก็จะเป็นภัยต่อความมั่นคง แต่ถ้ายอมให้ซื้อในที่ที่ห่างไกลก็ไม่สามารถดูแลได้อย่างทั่วถึง

ภายหลังจากที่ประเทศไทยได้ทำหนังสือสัญญาทางไมตรีกับทั้งสามประเทศนี้แล้ว ก็ยังได้มีการทำหนังสือสัญญาทางไมตรีในลักษณะเช่นเดียวกันนี้กับประเทศอื่น ๆ อีกหลายประเทศได้แก่ เดนมาร์ก เยอรมนี โปรตุเกส นิวซีแลนด์ เนเธอร์แลนด์ สวีเดน เบลเยียม อิตาลี ออสเตรเลีย เป็นต้น แต่มีข้อน่าสังเกตประการหนึ่งคือ สนธิสัญญาที่ไทยทำกับประเทศต่าง ๆ ภายหลังไม่มีกฎหมายภายในรองรับ เหมือนกับที่ไทยกับฝรั่งเศส อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ที่มีประกาศฝรั่งทำหนังสือสัญญาที่เป็นกฎหมายภายในรองรับอยู่ ซึ่งส่งผลให้ประเทศอื่นๆ นอกจากประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกานั้น ถ้าประเทศใดที่มีสนธิสัญญากับประเทศไทย และต้องการซื้อที่ดินภายในประเทศไทยก็ต้องทำการขออนุญาตเป็นรายๆ ไป

อย่างไรก็ตามก็ได้เกิดข้อยกเว้นที่ไม่สามารถบังคับใช้ประกาศกำหนดที่ให้ขาย ให้เช่าแก่คนนอกประเทศ จ.ศ. 1218 และประกาศฝรั่งทำหนังสือสัญญาได้อีก โดยเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม ร.ศ. 126 (พ.ศ. 2450) ประเทศฝรั่งเศสได้เจรจาขอแก้ไขสนธิสัญญาที่ได้ทำไว้โดยยินยอมให้คนฝรั่งเศสและคนในบังคับฝรั่งเศสมาขึ้นศาลไทย* เพื่อแลกกับการได้รับสิทธิในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ที่ดินเช่นเดียวกับคนไทยทุกประการ ทั้งนี้เป็นไปตามประกาศเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ดินว่าด้วยคนชาวเอเชียในบังคับฝรั่งเศสขอถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน¹³ และในเวลาต่อมาประเทศอังกฤษก็ได้เจรจาแก้ไขสนธิสัญญาในลักษณะเดียวกันในปี พ.ศ. 2452 ตามประกาศเพิ่มเติมพระราชบัญญัติที่ดินว่าด้วยคนในบังคับอังกฤษขอถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน¹⁴

ในปี ร.ศ. 128 (พ.ศ. 2452) ประเทศไทยได้ออกกฎหมาย “พระราชบัญญัติว่าด้วยลักษณะฐานะของวัดบาทหลวงโรมันคาทอลิกในกรุงสยามตามกฎหมาย ร.ศ. 128” เพื่ออนุญาตให้มิชซังโรมันคาทอลิกสามารถถือครองที่ดินในประเทศไทย เพื่อประโยชน์ในการสร้างวัด โรงอยู่ โรงสอนหนังสือ หรือโรงรักษาคนไข้ และให้อยู่ในบังคับและอำนาจของศาลไทย โดยห้ามมิให้บาทหลวงเป็นผู้ถือครองที่ดินในชื่อตนเอง ทั้งนี้มาจากการพยายาม

* ในสมัยประเทศไทยได้เริ่มมีสัมพันธไมตรีกับชาวตะวันตกนั้น ประเทศไทยได้เสียสิทธิภาพนอกอาณาเขตแก่ชาวตะวันตก โดยไม่ยอมให้คนของตนขึ้นศาลไทย โดยอ้างว่ากฎหมายของประเทศไทยนั้นป่าเถื่อนล้าหลัง และได้มีการกำหนดไว้ในสนธิสัญญาที่ไทยทำกับประเทศต่างๆ.

¹³ กรมที่ดิน, *รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน*, หน้า 76.

¹⁴ กรมที่ดิน, *รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน*, หน้า 104.

เผยแพร่ว่าศาสนาคริสต์ในประเทศของชาวตะวันตก และพยายามใช้สิทธิพลเพื่อขอให้มีการถือครองที่ดินได้ในสมัยนั้น¹⁵

(2) ระหว่างปี พ.ศ. 2476 จนถึง พ.ศ. 2485

ในปี พ.ศ. 2475 ได้เกิดสงครามครั้งที่ 1 โดยตรงกับรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว รัชกาลที่ 6 โดยในสงครามครั้งนี้ในช่วงแรกประเทศไทยได้ประกาศเป็นกลาง จนกระทั่งวันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ. 2460 ประเทศไทยได้เข้าร่วมฝ่ายสัมพันธมิตร โดยประกาศสงครามเป็นทางการกับฝ่ายเยอรมัน ออสเตรียและฮังการี และเมื่อสงครามสิ้นสุดลงด้วยความพ่ายแพ้ของฝ่ายพันธมิตร ซึ่งส่งผลให้เมื่อภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 1 สิ้นสุดลง นานาประเทศที่มีสนธิสัญญากับประเทศไทยต่างยินยอมให้มีการแก้ไขสนธิสัญญากับประเทศไทยโดยยอมให้คนของเขาทั้งหมดขึ้นศาลไทย ทั้งนี้ไทยต้องมีการปรับปรุงระบบกฎหมายเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของนานาประเทศ* ในขณะเดียวกันก็ได้มีการเจรจาเพื่อขอให้คนในชาติของตนได้มีสิทธิถือครองที่ดินเท่าเทียมกับคนไทยทุกประการ โดยประเทศที่ประเทศไทยได้ดำเนินการแก้ไขสนธิสัญญาและให้สิทธิดังกล่าว ได้แก่ ประเทศญี่ปุ่น¹⁶ ประเทศฝรั่งเศส¹⁷ ประเทศเนเธอร์แลนด์¹⁸ ประเทศอังกฤษ¹⁹ ประเทศสเปน²⁰ ประเทศโปรตุเกส²¹ ประเทศเบลเยียม²² ประเทศ

¹⁵ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 105-106.

* ได้มีการจัดทำและประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพหนึ่งและบรรพสองว่าด้วยนิติกรรมและหนี้ ในปี พ.ศ. 2466 และบรรพสามในปี พ.ศ. 2467.

¹⁶ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับญี่ปุ่น ลงนาม ณ กรุงเทพมหานคร วันที่ 10 มีนาคม พ.ศ. 2466.

¹⁷ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับฝรั่งเศส ลงนาม ณ กรุงปารีส วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2467.

¹⁸ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับเนเธอร์แลนด์ ลงนาม ณ กรุงเฮก วันที่ 8 มิถุนายน พ.ศ. 2468.

¹⁹ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับกรุงอังกฤษ ลงนาม ณ กรุงลอนดอน วันที่ 14 กรกฎาคม พ.ศ. 2468.

²⁰ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างพระราชอาณาจักรสยามกับพระราชอาณาจักรสเปน ลงนาม ณ กรุงมาดริด วันที่ 3 สิงหาคม พ.ศ. 2468.

²¹ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับโปรตุเกส ลงนาม ณ กรุงลิสบอน วันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2468.

²² หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับเดนมาร์ก ลงนาม ณ กรุงเทพมหานคร วันที่ 13 กรกฎาคม 2469.

เดนมาร์ก²³ ประเทศสวีเดน²⁴ ประเทศนอร์เวย์²⁵ และประเทศอิตาลี²⁶ ส่วนประเทศสหรัฐอเมริกา²⁷ นั้นมีสนธิสัญญาแต่เพียงให้เช่าที่ดินได้ และประเทศเยอรมันได้กำหนดให้มณฑลใดห้ามคนไทยซื้อที่ดิน คนมณฑลนั้นก็ซื้อที่ดินในเมืองไทยไม่ได้²⁷

จากการที่ประเทศไทยได้ยอมให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้นั้น ได้ส่งผลให้มีการถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวเป็นจำนวนมากขึ้น โดยในช่วงรัชกาลที่ 7 ประมาณปี 2470²⁸ ได้เกิดภาวะเหตุการณ์ที่เป็นภัยอันตรายต่อความมั่นคง กล่าวคือมีผู้ขอตั้งบริษัทซื้อขายที่ดิน โดยอาศัยเงินทุนจากคนต่างด้าว โดยกระทำในรูปแบบเครดิตฟองซิเอร์ โดยมีหลักการให้กู้เงินไปปรับปรุงที่ดินโดยยึดที่ดินเป็นหลักประกันไว้ แต่ในทางปฏิบัติไม่ปรากฏว่าได้มีการนำเงินเหล่านั้นไปปรับปรุงที่ดินแต่อย่างใด ประกอบกับกับคนต่างด้าวได้แสดงความสนใจในการที่จะเข้ามาถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นจำนวนมาก ทำให้ ณ ขณะนั้น พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้ทรงตระหนักถึงพฤติการณ์อันไม่พึงประสงค์ และเป็นภัยต่อความมั่นคงของชาติในระยะยาว จึงได้ทรงพระราชทานกระแสพระราชปรารภมายังเจ้าพระยาพลเทพฯ เสนาบดีกระทรวงเกษตราธิการ ผู้บัญชางานที่ดินอยู่ในเวลานั้นตามลายพระหัตถ์เลขที่ 2/147 ลงวันที่ 14 มิถุนายน พ.ศ. 2470 ว่าถึงเวลาที่ควรจัดการแก้ไข โดยได้ทรงคำนึงถึงรัฐประศาสน์นโยบายในเรื่องที่ดิน จึงได้ทรงโปรดเกล้าฯ ให้ตั้งกรรมการพิจารณาวางโครงการในเรื่องที่ดินของประเทศขึ้น โดยให้คณะกรรมการในชุดนี้ได้วางโครงการเรื่องที่ดินในรูปของพระราชบัญญัติ เฉพาะควบคุมวิธีการให้จับจองที่รกร้างว่างเปล่าโดยมีหลักสำคัญข้อหนึ่งว่าจะไม่ให้ที่ดินตกเป็นของชาว

²³ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับเดนมาร์ก ลงนาม ณ กรุงโคเปนเฮเกน วันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2468.

²⁴ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับสวีเดน ลงนาม ณ กรุงสตอกโฮล์ม วันที่ 19 ธันวาคม พ.ศ. 2468.

²⁵ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับนอร์เวย์ ลงนาม ณ กรุงออสโล วันที่ 16 กรกฎาคม พ.ศ. 2469.

²⁶ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับอิตาลี ลงนาม ณ กรุงโรม วันที่ 9 พฤษภาคม พ.ศ. 2469.

²⁷ หนังสือสัญญาทางพระราชไมตรี การค้าขาย และการเดินเรือระหว่างกรุงสยามกับเยอรมัน ลงนาม ณ กรุงเทพฯ วันที่ 7 เมษายน 2471.

²⁸ “การที่ดินกับความมั่นคงของชาติ”, *คุณพาส* เล่มที่ 6 ปีที่ (11 มิถุนายน 2507); ศักดิ์ ไทยวัฒน์, *บทความกฎหมายที่ดิน* เกี่ยวกับ การปกครอง, กรุงเทพมหานคร: ไม่ปรากฏสำนักพิมพ์, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์; กระทรวงเกษตราธิการ, หนังสือลับเฉพาะที่ 466/2481 เรื่องคนต่างประเทศจับจองที่ดิน (15 เมษายน 2481).

ต่างประเทศโดยระมัดระวังป้องกันการจับจองที่ดินของชาวต่างประเทศยิ่งขึ้น สงวนที่ดินไว้สำหรับคนไทยให้มากที่สุด ข้อความตอนหนึ่งในลายพระหัตถ์เลขานั้นมีใจความว่า

“...ประเทศที่ไม่จำกัดการถือครองที่ดินและพลเมืองน้อยแต่อยากจะเป็นพลเมืองที่มีมากขึ้นในเวลาอันรวดเร็วแล้ว ควรเปิดโอกาสให้ทุกประเทศทุกชาติเข้าถือที่ดินได้โดยไม่จำกัดจำนวนนั้นเป็นอุบายที่แยบคาย แต่อุบายเช่นนี้ไม่พึงประสงค์ให้มีต่อในประเทศไทย ในปัจจุบันนี้คนต่างด้าว เช่น จีนเป็นอาทิ มีจำนวนมากหลายที่ก่อให้เกิดปัญหายุ่งยากอยู่ได้แล้ว อุบายที่ดินจะป้องกันเรื่องเช่นนี้ได้ดีแก่ประเทศก็คือ บรรดาทำเลที่ยังประโยชน์ในทางกลีกรกรรมควรตกอยู่แก่พลเมืองแห่งประเทศและไม่ควรให้ประเทศได้รับความเจริญโดยเร็วเกินไป ถ้าหากความเจริญเช่นนี้ยังต้องการให้คนต่างด้าวเข้าเมืองโดยไม่หยุดหย่อน...”

จากเนื้อความดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวได้เป็นอย่างดี ที่ทรงตระหนักถึงความสำคัญของการจำกัดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวและสงวนที่ดินไว้ให้คนไทยทำกิจกรรม ในสมัยนั้นได้อย่างชัดเจน

ภายหลังจากปี พ.ศ. 2475 ได้มีการออกพระราชบัญญัติว่าด้วยการหวงห้ามที่ดินรกร้างว่างเปล่าอันเป็นสาธารณประโยชน์ของแผ่นดิน พ.ศ. 2478 และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 ขึ้น โดยกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวได้มีเจตนารมณ์ในการที่จะเป็นการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวด้วยตามที่ปรากฏตามแนวนโยบายของกระทรวงเกษตรราธิการว่า

“ที่ดินรกร้างว่างเปล่า ซึ่งในที่นี้หมายถึงนอกจากที่เป็นประโยชน์อย่างอื่น เช่น ป่าไม้มีค่า ที่เหมืองแร่ และที่ๆ ต้องสงวนไว้เพื่อประโยชน์ทางอ้อมแก่การเพาะปลูก ฯลฯ เป็นต้น ที่เหมาะสำหรับทำการเพาะปลูกนั้น เมื่อได้สอบดูโดยถ่องแท้แล้วไม่มากเหลือเพื่ออย่างอื่นที่เข้าใจกันเลย ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงต้องมีนโยบายอันจะรักษาที่ดินดังกล่าวไว้ให้เข้าคนไทยที่จะเกิดมาในกาลข้างหน้าให้มีที่อยู่ที่ทำกิน โดยวิธีหนักแน่นที่สุดที่จะพึงกระทำได้มีกันไม่ให้จองไปมากเกินกำลังสามารถที่กระทำได้กันมิให้จองกักไว้ทำกำไร อุดหนุนให้มีการจองที่แปลงเล็กๆ ทำตามสมควรแก่คุณานุรูป เพื่อตั้งถิ่นฐานประกอบการทำงานหาเลี้ยงชีพ เป็นหลักแหล่งมั่นคงเหล่านี้เป็นตัวอย่าง เมื่อได้ตั้งว่านี้แล้ว ก็ต้องระวังอีกทางหนึ่งก็คือไม่ให้คนต่างด้าวมาจับจองที่บางประเภทด้วย เพราะถ้าให้จองแล้วและมีจำนวนมากเข้าก็เป็นการแย่งคนไทยสำหรับทำการเพาะปลูก เพราะถ้าที่หลุดมือไปเป็นส่วนมากโดยจำนวนก็มักจะเป็นชนิดนี้ เราเห็นว่าการที่เจริญรอยตามโดยฝ่ายเรามีเหตุผลอันสมควรที่จะแสดงได้ก็เป็นการเดินทางที่ชอบด้วยเหตุผล

ในสิทธิสัญญา จึงมีกำหนดไว้ว่าคนต่างประเทศจะเช่าที่ดินได้ ก็แต่ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ นอกจากนี้เรายังมีคนต่างประเทศที่ไม่สนธิสัญญากับเราอยู่อีก เช่น จีน เป็นต้น ซึ่งเชื่อว่าถึงจำนวนและประกอบอาชีพ แล้วก็ยังเป็นพวกที่แย่งอาชีพของพลเมืองอยู่มากกว่าชาติอื่นๆ ถ้าเราไม่ระวังไม่ปล่อยให้คนเราก็คจะเป็นที่ยาก...ต่อไปถ้ามีเรื่องคนต่างประเทศจับจองที่ดินให้ระวังพินิจพิเคราะห์เหตุผลและกรณีแวดล้อมให้ละเอียดถี่ถ้วน ถ้าคิดว่าการอนุญาตจะเป็นการเสียหายแก่คนไทยโดยส่วนรวมหรืออีกนัยหนึ่งขัดต่อประโยชน์สาธารณะแล้วก็ไม่ควรอนุญาต...”²⁹

โดยจากแนวนโยบายดังกล่าวจะเห็นแนวคิด ที่จะป้องกันมิให้คนต่างด้าวเข้ามาถือครองที่ดินในประเทศโดยออกมาเป็นกฎหมายสองฉบับข้างต้น แต่อย่างไรก็ตามคนต่างด้าวก็ได้พยายามหลีกเลี่ยงกฎหมาย โดยใช้วิธีการเข้าไปซื้อที่ดินจากราษฎรโดยตรง หรือให้คนไทยเป็นผู้จัดการซื้อและเช่าครอบครองหักล้างแทนคนต่างด้าว จนเจ้าหน้าที่ภาครัฐไม่สามารถทราบเขตที่ดินได้ และไม่สามารถควบคุมการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวได้ ประกอบกับการที่คนต่างด้าวมักกำลังเงินในการที่จะซื้อที่ดินอย่างไม่จำกัด จนนำมาซึ่งการออกพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนของคนต่างด้าวเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวในเวลาต่อมา

(3) ระหว่างปี พ.ศ. 2486 จนถึง พ.ศ. 2496

ปี พ.ศ. 2486 ในรัชสมัยของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล รัชกาลที่ 8 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 ซึ่งถือเป็นกฎหมายที่วางหลักเกณฑ์ในการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวที่มีความสำคัญมาก โดยในกฎหมายฉบับนี้มีสาระสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสิทธิในที่ดินดังต่อไปนี้

(3.1) การออกพระราชบัญญัตินี้ได้มีผลเป็นการยกเลิกประกาศกำหนดที่ให้ชาย ให้เช่าแก่คนนอกประเทศ จ.ศ. 1218

(3.2) ในกฎหมายฉบับนี้ได้ให้ความหมายของคำว่า คนต่างด้าวไว้ในมาตรา 4 วรรค 3 “คนต่างด้าว” หมายความว่าบุคคลซึ่งมิได้มีสัญชาติเป็นไทยตามกฎหมาย ซึ่งเป็นการครอบคลุมถึงคนต่างด้าวทุกประเทศ ซึ่งต่างจากกฎหมายที่มีการให้สิทธิในที่ดินแก่คนต่างด้าวฉบับเก่าๆ ที่มีได้บัญญัติอย่างครอบคลุมในทุกประเทศ

²⁹ กระทรวงเกษตรราธิการ, หนังสือลับเฉพาะที่ 466/2481 เรื่องคนต่างประเทศจับจองที่ดิน (15 เมษายน 2481).

(3.3) คนต่างด้าวที่จะเข้ามาถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ก็แต่โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งประเทศไทยได้ทำกับรัฐเจ้าของสัญชาติของคนต่างด้าวนั้น และสนธิสัญญาดังกล่าวจะต้องกำหนดให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้³⁰

(3.4) การอนุญาตให้คนต่างด้าวถือครองที่ดินนั้น อาจกำหนดให้แต่ละบุคคลเป็นจำนวนเนื้อที่รวมเพื่อประโยชน์กิจการแต่ละอย่าง ทั้งนี้ ต้องไม่เกินอัตราขั้นสูงที่กฎหมายกำหนด³¹

(3.5) เมื่อได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประโยชน์หรือกิจการใด ผู้รับอนุญาตต้องใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์กิจการนั้น และจะใช้เพื่อประโยชน์กิจการอื่นไม่ได้ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ และถ้าจะเลิกไม่ใช้ที่ดิน จะต้องแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบภายใน 30 วันนับแต่วันเลิกไม่ใช้ที่ดินนั้น³²

(3.6) คนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้มีและใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์กิจการใด ถ้าเลิกไม่ใช้ที่ดินนั้นต่อไป หรือได้ใช้ที่ดินเพื่อประโยชน์กิจการอื่นโดยไม่ได้รับอนุญาต หรือถ้าได้รับอนุญาตใหม่และจำนวนที่ดินที่ได้รับอนุญาตเพื่อกิจการใหม่มีเนื้อที่ลดลง ให้จำหน่ายที่ดินซึ่งไม่ได้ใช้นั้นภายในระยะเวลาที่เจ้าพนักงานกำหนดทั้งนี้ระยะเวลาดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 180 วัน³³

(3.7) คนต่างด้าวที่มีที่ดินอยู่ก่อนที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ต้องแสดงหลักฐานแห่งสิทธิและจดทะเบียนสิทธิภายในกำหนด จึงจะมีสิทธิในที่ดินนั้นและใช้ประโยชน์ในกิจการของตนต่อไป³⁴

(3.8) กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดประเภทการถือครองที่ดินและจำนวนที่ดินที่จะถือได้ในแต่ละประเภท ซึ่งบัญญัติไว้ในกฎกระทรวงมหาดไทยที่ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 นี้ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้³⁵

สำหรับที่อยู่อาศัย ไม่เกิน 10 ไร่, สำหรับพานิชยกรรม ไม่เกิน 10 ไร่, สำหรับอุตสาหกรรม ไม่เกิน

³⁰ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 5.

³¹ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 7.

³² พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 8.

³³ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 9.

³⁴ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 10.

³⁵ กฎกระทรวงมหาดไทย ออกตามความในพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486.

25 ไร่, สำหรับเกษตรกรรม ไม่เกิน 25 ไร่, สำหรับการศึกษา การกุศล ไม่เกิน 5 ไร่, สำหรับสุสาน โดยมีฉาปนสถานหรือไม่มี ไม่เกิน 10 ไร่, สำหรับฉาปนสถานแต่อย่างใด ไม่เกิน 2 ไร่

(3.9) บทกำหนดโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้ ซึ่งมีโทษจำและโทษปรับ³⁶ แต่อย่างไรก็ตาม บทกำหนดโทษตามพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวดังกล่าวนี้ใช้บังคับเฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น มิได้ครอบคลุมถึงนิติบุคคลด้วย จึงทำให้คนต่างด้าวหันมาใช้วิธีจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อถือครองที่ดินด้วย ซึ่งเป็นสาเหตุให้มีการตราพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2493³⁷ เพื่อกำหนดว่านิติบุคคลประเภทใดบ้างที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว และมีสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับคนต่างด้าว³⁸ กล่าวคือ นิติบุคคลซึ่งเข้าลักษณะตามที่กฎหมายกำหนด และกฎหมายถือว่านิติบุคคลดังกล่าวเสมือนคนต่างด้าว จะได้มาซึ่งที่ดินก็ต้องมีการพิจารณาดำเนินการอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดด้วย แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนถึงที่ดินที่นิติบุคคลนั้นๆ มีอยู่ก่อนโดยชอบด้วยกฎหมายและได้แสดงหลักฐานแห่งสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่และขอจดทะเบียนสิทธิภายใน 90 วัน นับแต่วันใช้พระราชบัญญัตินี้

(4) ระหว่างปี พ.ศ. 2497 จนถึงปัจจุบัน

ในปี พ.ศ. 2497 กรมที่ดินได้ยกร่างประมวลกฎหมายที่ดินขึ้นเพื่อเป็นการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายเดิมให้ทันสมัย และเป็นการรวบรวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดินไว้เป็นกฎหมายฉบับเดียว ซึ่งรวมถึงการกำหนดส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวไว้ในหมวดที่ 8 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยได้มีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดินตั้งแต่วันที่ 30 พฤศจิกายน พ.ศ. 2497 และมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 ดังนั้น การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวของประเทศในปัจจุบันจึงเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งโดยหลักแล้ว คนต่างด้าวจะไม่สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิในที่ดินในประเทศไทยได้ แต่มีข้อยกเว้นที่คนต่างด้าวสามารถมีสิทธิในที่ดินได้ซึ่งจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

³⁶ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว พ.ศ. 2486 มาตรา 13.

³⁷ กรมที่ดิน, รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน, หน้า 282-283.

³⁸ พระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2493 มาตรา 3.

(ข) การถือครองที่ดินโดยอาศัยบทบัญญัติในสนธิสัญญา

ในอดีตคนต่างด้าวสามารถถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้ โดยอาศัยบทสนธิสัญญาตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน โดยบทสนธิสัญญา หมายถึง บทสนธิสัญญาที่ได้กระทำขึ้นระหว่างประเทศไทยกับประเทศเจ้าของสัญชาติคนต่างด้าวนั้น ซึ่งมีผลให้คนต่างด้าวนั้นมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยได้ และคนไทยก็มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศคู่สนธิสัญญาได้เช่นกัน³⁹ ซึ่งประเทศไทยได้มีการทำสนธิสัญญาในลักษณะนี้ด้วยกันทั้งหมด 16 ประเทศ⁴⁰ ได้แก่ อังกฤษ ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา สวิตเซอร์แลนด์ เยอรมันนี เดนมาร์ก นอร์เวย์ เนเธอร์แลนด์ อินเดีย เบลเยียม สวีเดน อิตาลี ญี่ปุ่น พม่า โปรตุเกส และปากีสถาน

แต่อย่างไรก็ตาม การถือสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวในกรณีนี้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขและวิธีการที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายที่ดินและกฎกระทรวงฉบับที่ 8⁴¹ (พ.ศ. 2497) เช่น

(1) คนต่างด้าวดังกล่าวต้องยื่นคำขออนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 71 เพื่อเป็นที่อยู่อาศัย, ประกอบกิจการในทางพาณิชย์กรรม, ประกอบกิจการอุตสาหกรรม, ประกอบกิจการเกษตรกรรม, การสุสาน, การกุศลสาธารณะ หรือ การศาสนา

(2) พนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนคำขอดังกล่าวแล้วเสนอต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยพิจารณา⁴²

³⁹ วรุฒิ เทพทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน (กรุงเทพ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2550), หน้า 279.

⁴⁰ ศิริ เกวลินสฤษดิ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน (กรุงเทพ : บริษัท พินิจการพิมพ์ จำกัด, 2531), หน้า 261.

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 981/2524 คนต่างด้าวอาจมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ หากได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี การที่จำเลย ซึ่งเป็นคนต่างด้าวทำสัญญาจองซื้อที่ดินและบ้านพิพาทโดยยังมิได้รับอนุญาต ไม่ทำให้สัญญานี้เป็นโมฆะ ส่วนจำเลยจะได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือไม่ จำเลยจะต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 86 วรรคสอง ต่อไป; คำพิพากษาฎีกาที่ 6056/2539 โจทก์ที่ 2 ซึ่งเป็นคนต่างด้าวมีสิทธิทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินจากจำเลยได้เพราะกฎหมายมิได้ห้ามขาดมิให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน โดยคนต่างด้าวอาจขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยถือกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ สัญญาจะซื้อที่ดินจึงไม่เป็นโมฆะหรือโมฆียะ เมื่อสัญญามีผลบังคับและยังไม่ระงับ โจทก์ที่ 2 ย่อมฟ้องขอบังคับให้จำเลยปฏิบัติตามสัญญาได้ แต่ศาลจะบังคับให้เมื่อโจทก์ที่ 2 ได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ในการถือกรรมสิทธิ์ก่อน เมื่อโจทก์ที่ 2 ฟ้องคดีโดยยังมีได้ปฏิบัติให้ครบหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ต้องยกฟ้องโจทก์ และวางเงื่อนไขให้โจทก์ที่ 2 ฟ้องใหม่ได้ภายในอายุความ.

⁴² กฎกระทรวงฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 2 และ ข้อ 3.

(3) จำนวนที่ดินที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะพึงอนุญาตได้ มีกำหนดจำนวนดังนี้ คือ

(3.1) ที่อยู่อาศัย ครอบครัวยุติไม่เกิน 1 ไร่

(3.2) ที่ดินใช้เพื่อพาณิชยกรรม ไม่เกิน 1 ไร่

(3.3) ที่ดินใช้เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน 10 ไร่

(3.4) ที่ดินใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัวยุติไม่เกิน 10 ไร่

(3.5) ที่ดินใช้เพื่อการศาสนา ไม่เกิน 1 ไร่

(3.6) ที่ดินใช้เพื่อการกุศลสาธารณะ ไม่เกิน 5 ไร่

(3.7) ที่ดินใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน 0.5 ไร่

ในปัจจุบันคนต่างด้าวไม่สามารถได้มาซึ่งที่ดินโดยบทสนธิสัญญาตามมาตรา 86 ดังกล่าวอีกต่อไป เนื่องจากประเทศไทยได้ยกเลิกบทสนธิสัญญาเกี่ยวกับการถือสิทธิในที่ดินกับต่างประเทศหมดแล้ว ตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2514 ดังนั้นจึงไม่มีบทบัญญัติสนธิสัญญาระหว่างประเทศไทยกับนานาประเทศที่ระบุให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองในประเทศไทยอีกต่อไป⁴³

(ค) การถือกรรมสิทธิ์ที่ดินโดยการรับมรดกฐานะทายาทโดยธรรมตามมาตรา 93⁴⁴ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

คนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม ทั้งนี้จะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งสามารถสรุปสาระสำคัญของการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมได้ดังนี้⁴⁵

⁴³ วรุดดี เทพทอง, คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน, หน้า 284.

⁴⁴ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 93 บัญญัติว่า

“คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม รัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินนั้น แต่เมื่อรวมกับที่มีอยู่แล้วไม่เกินจำนวนที่จะพึงมีได้ตามความมาตรา 87 ก็ได้”.

⁴⁵ หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท 0515/ว21667 ลงวันที่ 15 กรกฎาคม 2548 เรื่อง การขอได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวโดยได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรมตามมาตรา 93 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน.

(1) เป็นทายาทโดยธรรมของเจ้าของมรดกเท่านั้น ซึ่งไม่รวมทายาทประเภทผู้รับพินัยกรรม โดย “ทายาทโดยธรรม” ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หมายถึง ทายาทที่กฎหมายบัญญัติให้เป็นผู้มีสิทธิได้รับมรดก เมื่อเจ้ามรดกตาย⁴⁶ ได้แก่ ทายาทโดยธรรมที่เป็นญาติสืบสายโลหิต และทายาทโดยธรรมที่เป็นคู่สมรส

(2) ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งปัจจุบันรัฐมนตรีได้มอบอำนาจให้อธิบดีกรมที่ดินเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทน สำหรับการขออนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวในเขตกรุงเทพมหานคร และผู้ให้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทน สำหรับการขออนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวในเขตจังหวัดนั้น⁴⁷ กรณีที่เห็นว่าไม่ควรอนุญาต ให้เสนอรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเพื่อพิจารณาสั่งการ

(3) ที่ดินที่ขอรับมรดกเมื่อรวมกับที่ดินซึ่งมีอยู่เดิม (ถ้ามี) จะต้องไม่เกินสิทธิที่จะพึงมีได้ตามที่กฎหมายกำหนด⁴⁸ ได้แก่

(3.1) ที่อยู่อาศัย ครอบครัพละไม่เกิน 1 ไร่

(3.2) ที่ใช้เพื่อพาณิชยกรรม ไม่เกิน 1 ไร่

(3.3) ที่ใช้เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน 10 ไร่

(3.4) ที่ดินใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัพละไม่เกิน 10 ไร่

(3.5) ที่ใช้เพื่อการศาสนา ไม่เกิน 1 ไร่

(3.6) ที่ใช้เพื่อการกุศลสาธารณะ ไม่เกิน 5 ไร่

(3.7) ที่ใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน 0.5 ไร่

ทั้งนี้ หากการรับมรดกของคนต่างด้าวทำให้ถือครองที่ดินทั้งหมดเกินจากที่กฎหมายกำหนด ส่วนที่เกินกฎหมายกำหนดจะต้องจำหน่าย

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1629.

⁴⁷ คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 152/2546 ลงวันที่ 21 เมษายน 2546 เรื่อง การมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้อธิบดีกรมที่ดินและผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติงานแทน.

⁴⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 87.

(4) คนต่างด้าวที่ได้รับมรดกไม่ต้องจำหน่ายที่ดินที่รับมรดก ยังคงมีสิทธิถือที่ดินต่อไปถ้าเนื้อที่ไม่เกินสิทธิที่คนต่างด้าวจะพึงมีได้ตามที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด เช่น มีที่นาอยู่แล้ว 5 ไร่ ที่อยู่อาศัยอีก 1 ไร่ รับมรดกเป็นที่นาอีก 5 ไร่ กรณีนี้ไม่เกินสิทธิตามที่กฎหมายกำหนด (ที่ใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัวยุติไม่เกิน 10 ไร่) คนต่างด้าวย่อมได้รับอนุญาตให้ถือที่ดินได้ทั้งหมด แต่ถ้าการรับมรดกนั้นเป็นการรับที่ดินที่อยู่อาศัยอีก 1 ไร่ ดังนั้น เมื่อรวมกับที่ดินเดิมที่มีอยู่และจะมีที่อยู่อาศัยรวม 2 ไร่ คนต่างด้าวดังกล่าวจึงถือที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยเกินสิทธิที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนด (ที่อยู่อาศัย ครอบครัวยุติไม่เกิน 1 ไร่) จึงต้องจำหน่ายส่วนที่เกิน 1 ไร่นั้นเสีย ในทางปฏิบัติก็จะให้คนต่างด้าวจดทะเบียนรับโอนที่ดินไปทั้งหมดก่อน แล้วจึงให้จำหน่ายส่วนที่เกินไปในคราวเดียวกัน

(5) เมื่อคนต่างด้าวรับมรดกแล้ว หากจะจำหน่ายที่ดินจะต้องดำเนินการขออนุญาตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยก่อน (รัฐมนตรีมอบอำนาจให้อธิบดีกรมที่ดิน และผู้ว่าราชการจังหวัดเป็นผู้ปฏิบัติราชการแทน)

(ง) การถือครองเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยกรณีมีการนำเงินมาลงทุนตามมาตรา 96 ทวิ⁴⁹

คนต่างด้าวสามารถซื้อที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยในประเทศไทยได้ไม่เกิน 1 ไร่ ในกรณีที่มีการนำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งสามารถสรุปหลักเกณฑ์การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว ตามมาตรา 96 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน⁵⁰ ได้ดังนี้

⁴⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 มาตรา 96 ทวิ บัญญัติว่า

“บทบัญญัติว่าด้วยคนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินโดยอาศัยบทสนธิสัญญาตามมาตรา 86 วรรคหนึ่ง มิให้ใช้บังคับกับคนต่างด้าวซึ่งได้นำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสี่สิบล้านบาท โดยให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกินหนึ่งไร่ และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี

การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง...”

⁵⁰ หนังสือกระทรวงมหาดไทยที่ มท 0515/ว09862 ลงวันที่ 28 มีนาคม 2548 เรื่อง การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าวตามมาตรา 96 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน.

(1) เป็นคนต่างด้าวซึ่งได้นำเงินมาลงทุนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาทในธุรกิจหรือกิจการประเภทหนึ่ง ประเภทใดดังต่อไปนี้⁵¹

(1.1) ชื่อพันธบัตรรัฐบาลไทย, พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย หรือพันธบัตรรัฐวิสาหกิจหรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้าประกันต้นเงิน หรือดอกเบี้ย

(1.2) ลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย ว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

(1.3) ลงทุนในหุ้นเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(1.4) ลงทุนในกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(2) ชื่อที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยสำหรับตนเองและครอบครัว โดยไม่ขัดต่อศีลธรรม จารีตประเพณี หรือวิถีชีวิตอันดีของชุมชนในท้องถิ่นนั้น⁵²

(3) ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ปัจจุบันรัฐมนตรีได้มอบอำนาจการสั่งอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าว ตามมาตรา 96 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน⁵³

(4) ต้องดำรงการลงทุนไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี⁵⁴

⁵¹ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ข้อ 1.

⁵² กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ข้อ 6.

⁵³ คำสั่งกระทรวงมหาดไทยที่ 152/2546 ลงวันที่ 21 เมษายน 2546 เรื่อง การมอบอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยให้อธิบดีกรมที่ดินและผู้ว่าราชการจังหวัดปฏิบัติงานแทน.

⁵⁴ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ข้อ 9.

(5) ที่ดินต้องอยู่ภายในเขตกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา เขตเทศบาล หรือเขตที่อยู่อาศัย ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง และอยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหาร⁵⁵

(6) หลักฐานที่ใช้ประกอบการยื่นคำขอ การขออนุญาตซื้อที่ดินตามมาตรา 96 ทวิ ให้ยื่นคำขอตามแบบ ต. 4⁵⁶ ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมทั้งแสดงเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้อง เช่น หลักฐานเกี่ยวกับคนต่างด้าว หลักฐานเกี่ยวกับการลงทุน หลักฐานการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักร⁵⁷ เป็นต้น

มาตรา 96 ทวิ ถูกแก้ไขเพิ่มเติมเมื่อปี 2542 ซึ่งเป็นหนึ่งในนโยบายการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมที่กำลังประสบปัญหาอยู่ขณะนั้น ดังนั้น เพื่อเป็นประโยชน์ในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจ และสังคมของประเทศ และเป็นการอำนวยความสะดวกแก่คนต่างด้าวที่เข้ามาประกอบกิจการในราชอาณาจักรในกิจการที่สำคัญ รวมทั้งเป็นปัจจัยเสริมในการตัดสินใจในการลงทุนของคนต่างด้าว ตลอดจนเป็นการเพิ่มกำลังซื้อให้กับธุรกิจสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยที่กำลังประสบปัญหาสภาวะซบเซา จึงได้มีการแก้ไขให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้ตามหลักเกณฑ์ข้างต้น

(จ) สิทธิตามประมวลกฎหมายที่ดินและการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว

ในปัจจุบันการอนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จะเป็นที่ดินของการได้มาเนื่องจากการรับมรดก หรือเพื่อการอยู่อาศัยในประเทศไทยเท่านั้น หรืออาจกล่าวได้ว่า ประมวลกฎหมายที่ดินในปัจจุบันยังไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี รวมทั้งยังไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยอีกด้วย ซึ่งเมื่อคนต่างด้าวไม่สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามประมวลกฎหมายได้ คนต่างด้าวจึงไม่สามารถลงทุนในธุรกิจอาคารชุดหรือธุรกิจบ้านจัดสรรได้โดยปริยาย เนื่องจาก

⁵⁵ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ข้อ 2.

⁵⁶ กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 ข้อ 3.

⁵⁷ ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว ข้อ 1.

ธุรกิจดังกล่าวผู้ยื่นคำขออนุญาตจัดสรรที่ดินหรือผู้ขอจดทะเบียนอาคารชุด (ผู้พัฒนาโครงการ) จะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของโครงการ⁵⁸

4.2.1.2 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

(ก) บททั่วไป

กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนนั้นมีขึ้นเพื่อตอบสนองความต้องการของประเทศในด้านการเร่งรัดการลงทุน เพื่อประโยชน์ในการสร้างงาน การเพิ่มรายได้ และการกระจายรายได้ให้แก่ประชาชน รวมทั้งเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ลงทุน โดยการกำหนดระบบการให้สิทธิประโยชน์ที่เหมาะสมสำหรับการจูงใจให้มีการลงทุนในกิจการที่รัฐให้ความสำคัญ และประสงค์จะส่งเสริมให้มีการคุ้มครองกิจการที่รัฐให้การส่งเสริมที่ทันต่อเหตุการณ์และให้มีการบริหารงานส่งเสริมการลงทุนของรัฐที่สามารถอำนวยความสะดวกและจัดอุปสรรคในการลงทุน ซึ่งปัจจุบันแนวนโยบายการส่งเสริมการลงทุนของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเป็นไปตามกรอบนโยบายที่ได้กล่าวไปในบทที่สอง

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น การที่นักลงทุนต่างด้าวจะเข้ามาประกอบกิจการในประเทศไทยได้หรือไม่จำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวซึ่งขึ้นอยู่กับประเภทธุรกิจของคนต่างด้าวที่จะเข้ามาประกอบกิจการ ในส่วนของการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่เกี่ยวกับที่พักอาศัยนั้น คนต่างด้าวถูกห้ามประกอบกิจการค้าที่ดินโดยเด็ดขาดด้วยเหตุผลพิเศษ⁵⁹ ตามบัญชีหนึ่ง⁶⁰ ส่งผลให้คนต่างด้าวไม่สามารถประกอบธุรกิจบ้านจัดสรรได้ นอกจากนี้คนต่างด้าวยังถูกห้ามไม่ให้ประกอบกิจการโรงแรม⁶¹ เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว

⁵⁸ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23 และ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 6.

⁵⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8.

⁶⁰ บัญชีหนึ่ง บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ธุรกิจที่ไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวประกอบกิจการด้วยเหตุผลพิเศษ ... (9) การค้าที่ดิน”.

⁶¹ บัญชีสาม บัญชีท้ายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า “ธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว ... (17) การทำกิจการโรงแรม เว้นแต่บริการจัดการโรงแรม...”.

เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน⁶²

อย่างไรก็ตาม หากธุรกิจของคนต่างด้าวได้รับการส่งเสริมการลงทุน ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน และธุรกิจนั้นเป็นธุรกิจที่มีผลกระทบต่อศิลปวัฒนธรรม จารีตประเพณี และहितถาวรณพินบ้านหรือธุรกิจที่มีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม (บัญชีสอง) หรือธุรกิจประเภทที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว (บัญชีสาม) นักลงทุนต่างด้าวย่อมประกอบธุรกิจดังกล่าวได้และไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว โดยคนต่างด้าวดังกล่าวสามารถแจ้งต่ออธิบดีเพื่อขอหนังสือรับรอง⁶³

ทั้งนี้ กิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้นจะต้องเป็นกิจการที่สำคัญ และเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ใช้นวัตกรรมหรือบริการในอัตราสูง⁶⁴ และบุคคลที่จะขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้นจำกัดไว้เฉพาะบริษัท มูลนิธิ หรือสหกรณ์เท่านั้น⁶⁵ ดังนั้น คนต่างด้าวซึ่งเป็นบุคคลธรรมดาจึงไม่มีสิทธิขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายนี้

(ข) การส่งเสริมการลงทุนและการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว

หากคนต่างด้าวได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน คนต่างด้าวดังกล่าวจะได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน⁶⁶ ซึ่งเป็นสิทธิประโยชน์อย่างหนึ่งที่กฎหมายส่งเสริมการลงทุนกำหนดให้แก่ผู้ที่ได้รับส่งเสริมการลงทุน เพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมตามจำนวนที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควร ซึ่งจะต้องระบุสิทธิประโยชน์ดังกล่าวไว้ชัดแจ้งในบัตรส่งเสริมการลงทุน โดยหากคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนดังกล่าวจะขออนุญาตถือกรรมสิทธิ์ที่ดิน ต้องยื่นขออนุญาตโดยยื่นคำขอ

⁶² กฎกระทรวงฉบับที่ 8 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 1.

⁶³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 12.

⁶⁴ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 16.

⁶⁵ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 17 วรรค 2.

⁶⁶ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27.

อนุญาตถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและใช้สิทธิและประโยชน์ที่ดิน ตามมาตรา 27 (F LD LO 02) พร้อมแนบเอกสาร⁶⁷ ดังต่อไปนี้

- (1) สำเนาหนังสือสำนักงานที่อนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินตามมาตรา 27 ทั้งหมด (กรณีขอถือกรรมสิทธิ์เพิ่มเติม)
- (2) แผนที่โดยสังเขป
- (3) แผนผังการใช้ที่ดินทั้งหมด (รวมการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในแปลงที่ขออนุญาต)
- (4) สำเนาเอกสารสิทธิที่ดิน (เช่น โฉนดที่ดิน น.ส. 3 เป็นต้น) ทั้งด้านหน้าและด้านหลัง และแผนที่ระวางโฉนด
- (5) สำเนาบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น
- (6) สำเนาบัตรส่งเสริมฉบับหลักทุกโครงการที่ระบุสิทธิประโยชน์ตามมาตรา 27

เพื่อขออนุมัติถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินต่อสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน เพื่อพิจารณาถึงจำนวนที่ดินและความเหมาะสมที่จะอนุมัติ และถ้าได้มีการอนุมัติแล้ว สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนจะมีหนังสือแจ้งไปยังคนต่างด้าวผู้ยื่นคำขอ และกรมที่ดิน กรณีที่ดินตั้งอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร หรือผู้ว่าราชการจังหวัดในกรณีที่ดินตั้งอยู่นอกเขตกรุงเทพมหานคร เพื่อให้คนต่างด้าวดังกล่าวไปดำเนินการขอถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และจดทะเบียนสิทธินิติกรรม ณ สำนักงานที่ดิน ที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่ในเขต โดยคนต่างด้าวผู้ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนจะต้องนำบัตรส่งเสริมมาแสดงต่อเจ้าพนักงานที่ดินด้วย และที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือครองนั้นจะต้องใช้เพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมเท่านั้น

ทั้งนี้ คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนดังกล่าว จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนโดยเคร่งครัด เนื่องจากหากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นว่าคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนไม่ปฏิบัติตาม หรือเพิกเฉยต่อเงื่อนไขที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนกำหนดไว้ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนอาจพิจารณา

⁶⁷ แบบแสดงรายการเอกสารที่ต้องยื่นในกรณีต่างๆ ของงานที่ดิน (F LD LO 01-01) ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2552.

สั่งเพิกถอนสิทธิประโยชน์ที่ผู้ส่งเสริมการลงทุนได้รับไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน⁶⁸ โดยสิทธิประโยชน์ที่สำคัญสำหรับคนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้น ได้แก่ การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ดังนั้น หากคนต่างด้าวดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขดังกล่าว คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนย่อมมีสิทธิที่จะเพิกถอนสิทธิประโยชน์คนต่างด้าวในการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้โดยทันที

ในปัจจุบัน นิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนอาจขอรับสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นที่ตั้งสำนักงานหรือที่พักอาศัย เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกแก่นิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนได้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินสำหรับเป็นที่ตั้งสำนักงานและที่พักอาศัย คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้กำหนดหลักเกณฑ์⁶⁹ โดยมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

- (1) ที่ดินสำหรับเป็นที่ตั้งสำนักงานของกิจการที่ได้รับการส่งเสริมให้ถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกิน 5 ไร่
- (2) ที่ดินสำหรับเป็นที่พักอาศัยของผู้บริหารหรือผู้ชำนาญการให้ถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกิน 10 ไร่
- (3) ที่ดินสำหรับเป็นที่พักอาศัยของคนงานให้ถือกรรมสิทธิ์ได้ไม่เกิน 20 ไร่
- (4) ที่ดินสำหรับเป็นที่ตั้งสำนักงานและที่พักอาศัยจะอยู่ในบริเวณเดียวกันกับที่ดินอันเป็นที่ตั้งสถานประกอบการหรือไม่ก็ได้ ทั้งนี้ ในกรณีมีเหตุผลและความจำเป็นพิเศษ สำนักงานจะพิจารณาอนุญาตตามความเหมาะสมเป็นกรณีไป
- (5) หลักเกณฑ์นี้ให้ใช้บังคับสำหรับคำขออนุญาตที่ยื่นภายในวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2555

ทั้งนี้ ถ้าคนต่างด้าวตามนัยของประมวลกฎหมายที่ดินเลิกกิจการที่ได้รับการส่งเสริมหรือโอนกิจการนั้นให้แก่ผู้อื่น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือเมื่อหมดสภาพการเป็นผู้ได้รับการส่งเสริม คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ภายใน 1 ปีนับแต่วันที่เลิกหรือโอนกิจการ⁷⁰ อย่างไรก็ตาม หากคนต่างด้าวโอนกิจการที่ได้รับการ

⁶⁸ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 54.

⁶⁹ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 1/2551 เรื่อง หลักเกณฑ์การอนุญาตให้นิติบุคคลต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนถือกรรมสิทธิ์ที่ดินสำหรับเป็นที่ตั้งสำนักงานและที่พักอาศัย.

⁷⁰ พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 มาตรา 27.

ส่งเสริมให้แก่บุคคลอื่น หากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นว่าไม่ควรให้การส่งเสริมแก่กิจการดังกล่าวอีกต่อไป คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีสิทธิเพิกถอนสิทธิประโยชน์ทั้งหมดก็ได้ หรือหากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควรให้การส่งเสริมแก่ผู้รับโอนที่ได้ยื่นคำขอรับการส่งเสริมภายใน 3 เดือนนับแต่วันที่ได้รับโอนกิจการ คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนมีอำนาจออกบัตรส่งเสริมโดยให้ผู้รับโอนกิจการได้รับสิทธิและประโยชน์ตามกฎหมายส่งเสริมการลงทุนเท่าที่ผู้ได้รับการส่งเสริมเดิมยังคงเหลือสิทธิอยู่⁷¹

(ค) การส่งเสริมการลงทุนและการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อเราพิจารณาในบริบทของการลงทุนของคนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย จะเห็นได้ว่า ในปัจจุบันธุรกิจที่พักอาศัยซึ่งอาจยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้นมีเฉพาะกิจการโรงแรม และกิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง โดยมีหลักเกณฑ์ดังนี้⁷²

(1) กิจการโรงแรมที่อาจได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้น จะต้องมียอดห้องพักไม่น้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท (โดยตั้งตั้งแต่ปี พ.ศ. 2513 ถึงปัจจุบันคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ให้การส่งเสริมการลงทุนแก่นักลงทุนต่างด้าวในการประกอบกิจการโรงแรมตามแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพียง 68 ราย⁷³) ดังนั้น จะเห็นได้ว่า กิจการโรงแรมขนาดเล็ก* และธุรกิจที่พักอาศัยประเภทอื่นๆ เช่น อาคารชุด บ้านจัดสรร เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ย่อมไม่อยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้

(2) กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง จะต้องจัดที่อยู่อาศัยไม่น้อยกว่า 50 หน่วย สำหรับทุกเขต โดยโครงการที่ตั้งในเขต 1⁷⁴ กรณีการก่อสร้างอาคารชุดจะต้องมีพื้นที่ใช้สอยต่อหน่วยไม่น้อยกว่า 28 ตารางเมตร และต้องจำหน่ายในราคา

⁷¹ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 56.

⁷² ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด เงื่อนไข และสิทธิประโยชน์ของแต่ละประเภทกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน.

⁷³ International Affairs Bureau., BOI, FDI PROJECTS APPROVED BY BOI IN 1970-2011 (Act.7.4.3 Hotels), as of June 2, 2011.

* กิจการโรงแรมขนาดเล็กได้แก่ โรงแรมมีจำนวนห้องพักน้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนน้อยกว่า 500 ล้านบาท.

⁷⁴ เขต 1 ประกอบด้วย 6 จังหวัดในส่วกลาง ได้แก่ กรุงเทพมหานคร นครปฐม นนทบุรี ปทุมธานี สมุทรปราการ และ สมุทรสาคร.

หน่วยละไม่เกิน 1,000,000 บาท (รวมค่าที่ดิน) กรณีการก่อสร้างบ้านแถวหรือบ้านเดี่ยวต้องมีพื้นที่ใช้สอยต่อหน่วยไม่น้อยกว่า 70 ตารางเมตร และต้องจำหน่ายในราคาหน่วยละไม่เกินหนึ่งล้านสองแสนบาท (รวมค่าที่ดิน) และโครงการที่ตั้งในเขต 2⁷⁵ และเขต 3⁷⁶ จะต้องมีพื้นที่ใช้สอยต่อหน่วยไม่น้อยกว่า 31 ตารางเมตร และต้องจำหน่ายในราคาหน่วยละไม่เกิน 600,000 บาท (รวมค่าที่ดิน) ทั้งนี้ กิจกรรมที่อยู่อาศัยประเภทดังกล่าว น่าจะไม่ใช่เป้าหมายของนักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าธุรกิจที่พักอาศัยประเภทอื่นๆ นอกจากกิจการโรงแรมและกิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลางข้างต้น ไม่อาจขอรับการส่งเสริมการลงทุน ส่งผลให้นักลงทุนต่างด้าวไม่มีสิทธิได้รับประโยชน์ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (ได้แก่ การขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน) แต่นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยก็ยังมีทางเลือกในการเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายอื่นๆ ได้แก่ การถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 การเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ การเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยวิธีการดังกล่าว นั้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมไม่สามารถลงทุนในธุรกิจอาคารชุดหรือบ้านจัดสรรได้(นอกเหนือจากกิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) เนื่องจากการเข้าถือครองดังกล่าวไม่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน⁷⁷ ซึ่งอาจเป็นสาเหตุทำให้นักลงทุนต่างด้าวบางกลุ่มเลือกที่จะเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสม เช่น การเข้าถือสิทธิในที่ดินของนักลงทุนต่างด้าวโดยตัวแทนอำพราง เป็นต้น

⁷⁵ เขต 2 ประกอบด้วย 12 จังหวัด ได้แก่ กาญจนบุรี ฉะเชิงเทรา ชลบุรี นครนายก พระนครศรีอยุธยา ภูเก็ต ระยองราชบุรี สมุทรสงคราม สระบุรี สุพรรณบุรี และอ่างทอง.

⁷⁶ เขต 3 ประกอบด้วย 58 จังหวัด แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ 36 จังหวัด และ 22 จังหวัดรายได้ต่ำ ดังนี้

36 จังหวัด ได้แก่ กระบี่ กำแพงเพชร ขอนแก่น จันทบุรี ชัยนาท ชุมพร เชียงราย เชียงใหม่ ตรัง ตราด ตาก นครราชสีมา นครศรีธรรมราช นครสวรรค์ ประจวบคีรีขันธ์ ปราจีนบุรี พังงา พัทลุง พิจิตร พิษณุโลก เพชรบุรี เพชรบูรณ์ มุกดาหาร แม่ฮ่องสอน ระนอง ลพบุรี ลำปาง ลำพูน เลย สงขลา สระแก้ว สิงห์บุรี สุโขทัย สุราษฎร์ธานี อุตรดิตถ์ อุทัยธานี

22 จังหวัด ได้แก่ กาฬสินธุ์ นครพนม นราธิวาส น่านบุรีรัมย์ บัตตานี พะเยาแพร่ มหาสารคาม ยโสธร ยะลา ร้อยเอ็ด ศรีสะเกษ สกลนคร สตูล สุรินทร์หนองบัวลำภู ชัยภูมิ หนองคาย อุบลราชธานี อุตรดิตถ์ และอำนาจเจริญ.

⁷⁷ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23 และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 6.

4.2.1.3 พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 2.2.2 เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว นั้น หากคนต่างด้าวได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ว่าการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ให้เป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมในเขตนิคมอุตสาหกรรม คนต่างด้าวดังกล่าวอาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรม เพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนที่คณะกรรมการเห็นสมควร⁷⁸ ซึ่งเมื่อคนต่างด้าวได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมในเขตนิคมอุตสาหกรรม คนต่างด้าวดังกล่าวย่อมประกอบธุรกิจในประเทศไทยได้โดยไม่ต้องห้ามตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวเช่นเดียวกับคนต่างด้าวที่ได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุน

ทั้งนี้ หากคนต่างด้าวผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมเล็กกิจการหรืออินกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมนั้นจะต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์พร้อมส่วนควบของที่ดินนั้นให้แก่การนิคมอุตสาหกรรม หรือผู้รับอินกิจการ แล้วแต่กรณีภายใน 30 วันนับแต่วันที่เลิกหรืออินกิจการ ถ้าคนต่างด้าวไม่ดำเนินการดังกล่าวภายในกำหนดเวลา อธิบดีกรมที่ดินมีสิทธิจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่การนิคมอุตสาหกรรม หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน⁷⁹

4.2.1.4 พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514

หากนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว⁸⁰ นั้นมีทุน เครื่องจักร อุปกรณ์ และผู้เชี่ยวชาญเพียงพอที่จะสำรวจ ผลิต ขยาย และจำหน่ายปิโตรเลียม นิติบุคคลดังกล่าวย่อมมีสิทธิที่จะขอสัมปทาน⁸¹ ประกอบกิจการปิโตรเลียม ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยปิโตรเลียม

⁷⁸ พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 44 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า

“ผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมอาจได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมหรือในเขตประกอบการเสรีแล้วแต่กรณีเพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการเห็นสมควรแม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น”.

⁷⁹ พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรม พ.ศ. 2522 มาตรา 44 วรรคสอง บัญญัติว่า

“ในกรณีที่ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรม ซึ่งเป็นคนต่างด้าวเลิกกิจการหรืออินกิจการให้แก่ผู้อื่น ผู้ประกอบอุตสาหกรรมหรือผู้ประกอบพาณิชยกรรมต้องจำหน่ายที่ดินที่ได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์และส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ ก.น.อ. หรือผู้รับอินกิจการ แล้วแต่กรณีภายในเวลาสามปีนับแต่วันที่เลิกหรืออินกิจการ มิฉะนั้นให้อธิบดีกรมที่ดินจำหน่ายที่ดินและส่วนควบกับที่ดินนั้นให้แก่ ก.น.อ. หรือบุคคลอื่นตามประมวลกฎหมายที่ดิน”.

⁸⁰ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 4.

⁸¹ พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 24.

คณะกรรมการปิโตรเลียมมีอำนาจอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้เท่าที่จำเป็น⁸² ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการดำเนินกิจการปิโตรเลียมซึ่งจะต้องมีการสำรวจพื้นที่ ชุดเจาะ และ ดำเนินการอื่นๆ ที่มีความเกี่ยวข้องกับที่ดินโดยตรง จึงมีความจำเป็นที่ผู้รับสัมปทานจะต้องมี กรรมสิทธิ์ในที่ดิน

4.2.2 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ของคนต่างด้าว

นอกจากคนต่างด้าวจะถูกจำกัดสิทธิในการถือครองที่ดินโดยเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน ที่ดินตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น คนต่างด้าวอาจถูกจำกัดสิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ อื่นๆ ตามกฎหมายเฉพาะอีกด้วย ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย ได้แก่ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติ โรงแรม พ.ศ. 2547 โดยกฎหมายเฉพาะเหล่านี้ มีกฎเกณฑ์การอนุญาตหรือการให้สิทธิคนต่างด้าว ในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ที่เข้มงวดแตกต่างกัน

4.2.2.1 บ้านจัดสรรตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

(ก) บททั่วไป

ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินนั้น การจัดสรรที่ดิน หมายถึง การ จำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดิน แปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็น ค่าตอบแทน ทั้งนี้ การจัดสรรที่ดินยังหมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดิน เป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึง 10 แปลงและต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายใน 3 ปีเมื่อรวมกัน แล้วมีจำนวนตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไปด้วย⁸³ ซึ่งตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินนั้น กำหนดให้ บุคคลที่ประสงค์จะดำเนินการจัดสรรที่ดินจะต้องได้รับใบอนุญาตการจัดสรรที่ดินจากการ คณะกรรมการจัดสรรที่ดินก่อน⁸⁴

⁸² พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. 2514 มาตรา 65 บัญญัติว่า

“เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ให้คณะกรรมการมีอำนาจอนุญาตให้ผู้รับสัมปทานถือกรรมสิทธิ์ ในที่ดินได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ แม้ว่าจะเกินกำหนดที่พึงจะมีได้ตามกฎหมายอื่น ผู้รับสัมปทานโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ได้มาตาม วรคหนึ่งได้เมื่อได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการอนุญาตของคณะกรรมการตามมาตรานี้ให้อธิบดีแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้รับ สัมปทานทราบ”.

⁸³ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 4.

⁸⁴ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 21.

ทั้งนี้ หากบุคคลใดที่ขอแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไป และสามารถแสดงให้เห็นพนักงานเจ้าหน้าที่เชื่อได้ว่าการแบ่งแยกที่ดินดังกล่าวไม่ใช่การจัดสรรที่ดิน พนักงานเจ้าหน้าที่ก็อาจพิจารณาให้มีการแบ่งแยกที่ดินตามคำขอได้⁸⁵

จากหลักกฎหมายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การจัดสรรที่ดินนั้นคำนึงถึงจำนวนแปลงที่ดินเป็นประการสำคัญ ส่วนเนื้อหาของแปลงที่ดินจะมีจำนวนมากน้อยเท่าใดก็ตาม ถ้ามีจำนวนแปลงย่อยตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไปก็จะเข้าอยู่ในนิยามการจัดสรรที่ดินนี้แล้ว สำหรับวัตถุประสงค์ในการจำหน่ายที่ดินนั้น ไม่ว่าจะได้แบ่งที่ดินย่อยเพื่อจำหน่ายในลักษณะเป็นที่อยู่อาศัย ที่ดินใช้เพื่อประกอบพาณิชย์กรรม ที่ดินใช้เพื่อประกอบอุตสาหกรรม หรือเพื่อเกษตรกรรมก็ตาม ถ้าได้ทำเพื่อการค้าตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไปก็จะอยู่ในลักษณะของค่านิยามการจัดสรรที่ดินทั้งสิ้น

การกำหนดระยะเวลาในการแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยภายในเวลา 3 ปีนั้น เป็นการกำหนดเวลาไว้ตามบทบัญญัติเกี่ยวกับการขออนุญาตค้าที่ดินตามมาตรา 102* แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยครั้งละ 9 แปลง หลายครั้งเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย การใส่ชื่อบุคคลหลายคนเป็นเจ้าของร่วมในที่ดินแปลงเดียวกันแล้วแบ่งเป็นแปลงย่อยเกินกว่า 10 แปลงเพื่อแยกกรรมสิทธิ์กัน ถ้าพิสูจน์ได้ว่าเป็นการจำหน่ายที่ดินก็เข้าข่ายการจัดสรรที่ดินทั้งสิ้น⁸⁶

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยเพื่อให้เช่าไม่เข้าลักษณะของการจัดสรรที่ดิน เพราะว่าไม่มีองค์ประกอบเรื่องการค้าจำหน่ายที่ดิน⁸⁷

⁸⁵ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 22.

* ปัจจุบันมาตรา 102 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้ถูกยกเลิกแล้วโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับ 12) พ.ศ. 2551 เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อยกเว้นการค้าที่ดินจำนวนการถือครองที่ดินและป้องกันการหลีกเลี่ยงการค้าที่ดินในที่ดิน และโดยที่บทบัญญัติในเรื่องการค้าที่ดินจำนวนการถือครองที่ดินนั้นได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49 ลงวันที่ 13 มกราคม พ.ศ. 2502 แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องเนื่องกันยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกัน ประกอบกับการค้าที่ดินได้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินควบคุมอยู่แล้ว สมควรยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดิน.

⁸⁶ ไพโรจน์ อัจริยชา, คำอธิบายกฎหมายการจัดสรรที่ดิน (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2549), หน้า 29.

⁸⁷ ไพโรจน์ อัจริยชา, คำอธิบายกฎหมายการจัดสรรที่ดิน, หน้า 30.

(ข) การประกอบธุรกิจบ้านจัดสรรของนักลงทุนต่างด้าว

นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถลงทุนในธุรกิจจัดสรรที่ดินได้ เนื่องจากคนต่างด้าวไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้อย่างเสรีตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในประมวลกฎหมายที่ดินตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 4.2.1.1 ซึ่งการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นเป็นองค์ประกอบที่สำคัญในการยื่นคำขอจัดสรรที่ดิน⁸⁸ ดังนั้น เมื่อคนต่างด้าวไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ คนต่างด้าวย่อมไม่สามารถประกอบธุรกิจบ้านจัดสรรได้โดยปริยาย และธุรกิจจัดสรรที่ดินก็ไม่ได้เป็นกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน นอกจากนี้แล้วหากพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ธุรกิจค้าที่ดิน* เป็นธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวอีกด้วยตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น

ทั้งนี้ มีข้อน่าสังเกตว่า แม้คนต่างด้าวจะไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน แต่ก็มีโครงการหมู่บ้านจัดสรรบางโครงการที่เบื้องหลังของการลงทุนนั้น ดำเนินธุรกิจในรูปแบบของนิติบุคคลในลักษณะการลงทุนร่วมกับบุคคลสัญชาติไทย โดยบุคคลสัญชาติไทยจะถือหุ้นร้อยละ 51 และนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นร้อยละ 49 ซึ่งหากไล่ดูสายการถือหุ้นแล้ว เราอาจพบได้ว่าคนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นที่มีอำนาจบริหารจัดการ ไม่ว่าจะเป็นการตั้งบริษัทในรูปแบบของการมีหุ้นบุริมสิทธิ หรือมีการแบ่งกลุ่มหุ้นโดยกำหนดให้การบริหารจัดการของบริษัทเป็นไปตามนโยบายของผู้ถือหุ้นที่เป็นต่างด้าว โดยกำหนดเงื่อนไขการบริหารไว้ในข้อบังคับของบริษัทเพื่อให้คนต่างด้าวสามารถควบคุมและครอบงำบริษัทได้ ซึ่งจะได้อธิบายถึงปัญหาต่อไป

⁸⁸ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23.

* อย่างไรก็ตาม “การค้าที่ดิน” ได้ถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 12) พ.ศ. 2552 (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 125/ตอนที่ 33 ก/หน้า 74/13 กุมภาพันธ์ 2551) เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อยกเว้นการจำกัดจำนวนการถือครองที่ดินและป้องกันการหลีกเลี่ยงการกำหนดสิทธิในที่ดิน และโดยที่บทบัญญัติในเรื่องการจำกัดจำนวนการถือครองที่ดินนั้นได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49 ลงวันที่ 13 มกราคม พ.ศ. 2502 แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกันยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกัน ประกอบกับการค้าที่ดินได้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินควบคุมอยู่แล้ว สมควรยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดิน ดังนั้น จากการสอบถามเจ้าหน้าที่กรมที่ดิน การค้าที่ดินตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจต่างด้าว พ.ศ. 2542 จึงน่าจะหมายความรวมถึงการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ด้วย.

4.2.2.2 อาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

(ก) การประกอบธุรกิจอาคารชุดของนักลงทุนต่างด้าว

ตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดนั้นได้กำหนดนิยามอาคารชุดว่า หมายถึง อาคารที่บุคคลสามารถแยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วนๆ โดยแต่ละส่วนประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลและกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินส่วนกลาง⁸⁹ โดยบุคคลที่ประสงค์จะยื่นคำขอจดทะเบียนอาคารชุดนั้น จะต้องเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เป็นที่ตั้งของอาคารชุด⁹⁰

เพราะฉะนั้นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว จึงไม่สามารถลงทุนในธุรกิจอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมได้ เนื่องจากคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวไม่สามารถถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 4.2.1.1 รวมทั้งในปัจจุบันธุรกิจอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมยังไม่ใช้กิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนแต่อย่างใด ดังนั้น จึงมีประเด็นน่าพิจารณาต่อไปว่าประเทศไทยควรเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวลงทุนได้หรือไม่ เนื่องจากแม้กฎหมายว่าด้วยอาคารชุดไม่เปิดช่องหรือเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวลงทุนได้ แต่ในทางความเป็นจริง คนต่างด้าวก็ยังเป็นผู้ลงทุนธุรกิจคอนโดมิเนียมอยู่เบื้องหลังในหลายๆ โครงการ ซึ่งรูปแบบการลงทุนที่พบเห็นได้เป็นการทั่วไปในลักษณะของการลงทุนโดยนิติบุคคลสัญชาติไทย มีโครงสร้างการถือหุ้นโดยผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยร้อยละ 51 และผู้ถือหุ้นต่างด้าวย่อละ 49 ซึ่งแม้ในทางทะเบียน นิติบุคคลดังกล่าวจะมีสัญชาติไทย แต่ก็มีรูปแบบและกลไกที่สามารถทำให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวเป็นผู้ครอบงำกิจการ และเป็นผู้ได้รับเงินปันผล เช่น การมีหุ้นบุริมสิทธิ การกำหนดเรื่ององค์ประชุม และเรื่องการลงคะแนนเสียงในลักษณะที่เป็นประโยชน์แก่คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวไว้ในข้อบังคับบริษัท เป็นต้น ซึ่งจะได้วิเคราะห์ปัญหาต่อไป

(ข) การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของคนต่างด้าว

ในอดีตระหว่างวันที่ 27 เมษายน 2542 (วันที่พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ) ถึงวันที่ 28 เมษายน 2547 (วันที่ครบกำหนดเวลาห้าปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ใช้บังคับ) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าว จะ

⁸⁹ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 4.

⁹⁰ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 6.

ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารนั้น ในขณะที่จดทะเบียนอาคารชุด โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ที่ตั้งอาคารชุดต้องอยู่ในเขตกรุงเทพมหานคร เขตเทศบาล หรือเขตราชการส่วนท้องถิ่นอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง ต้องมีห้องชุดไม่น้อยกว่า 40 ห้องชุด เป็นต้น⁹¹

เนื่องจากมาตรา 19 ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2542 ซึ่งเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้เกินกว่าอัตราร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารนั้น ในขณะที่จดทะเบียนอาคารชุด ได้สิ้นสุดไปแล้วตั้งแต่วันที่ 28 เมษายน 2547 เนื่องจากครบกำหนด 5 ปีตามที่กฎหมายกำหนด ดังนั้น ปัจจุบันคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวจึงสามารถถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ในอัตราไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารนั้น ในขณะที่จดทะเบียนอาคารชุด สำหรับคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวที่ถือกรรมสิทธิ์ห้องชุดเกินกว่าอัตราร้อยละ 49 มาก่อนแล้ว หรือคนต่างด้าวและนิติบุคคลต่างด้าวที่ระบุไว้ในมาตรา 19⁹² ซึ่งรับโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดต่อเนื่องจากคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าว คงถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดนั้นต่อไปได้⁹³

⁹¹ สำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, คำอธิบายกฎหมายอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 (กรุงเทพมหานคร: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน, 2553), หน้า 70-71.

⁹² พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 19 บัญญัติว่า

“คนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว อาจถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ ถ้าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง
- (2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (3) นิติบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙๗ และมาตรา ๙๘ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย
- (4) นิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 281 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน
- (5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ต่างประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ”.

⁹³ สำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, คำอธิบายกฎหมายอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551, หน้า 71-72.

ตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดในปัจจุบัน คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวดังกล่าว จะสามารถซื้อห้องชุดได้หากเข้าหลักเกณฑ์ใดหลักเกณฑ์หนึ่งดังต่อไปนี้⁹⁴

(1) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง โดยต้องแสดงหลักฐานหนังสือเดินทางแสดงสัญชาติของคนต่างด้าวและใบสำคัญถิ่นที่อยู่ ซึ่งออกให้โดยกองตรวจคนเข้าเมือง สำนักงานตำรวจแห่งชาติ หรือสำหรับคนต่างด้าวที่มีใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าวซึ่งออกให้โดยสถานีตำรวจที่คนต่างด้าวมียุติอำนาจอยู่สามารถใช้เป็นหลักฐานในการขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดในกรณีนี้ได้ โดยไม่ต้องนำหนังสือเดินทางมาแสดงหรือใบสำคัญถิ่นที่อยู่อีก

(2) คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้เข้ามาในราชอาณาจักรตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน โดยแสดงหลักฐานหนังสือเดินทางแสดงสัญชาติของคนต่างด้าว และหนังสือที่สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนรับรองว่าเป็นคนต่างด้าวที่ได้รับอนุญาตให้อยู่ในประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(3) นิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 97 และมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย โดยแสดงหลักฐานการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย เช่น บริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ต้องแสดงหลักฐานหนังสือรับรองของนายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ เป็นต้น

(4) นิติบุคคลซึ่งเป็นคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และได้รับบัตรส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน โดยแสดงหลักฐานหนังสือสำนักงานคณะกรรมการว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนที่รับรองว่าเป็นผู้ที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(5) คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวซึ่งนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นอยู่นอกประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ ต้องแสดงหลักฐานการนำเงินตรา

⁹⁴ ระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของคนต่างด้าวและนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว พ.ศ. 2547 ข้อ 5.

ต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรหรือหลักฐานการถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศในจำนวนไม่น้อยกว่าค่าห้องชุดที่จะซื้อ แล้วแต่กรณี

4.2.2.3 สิ่งปลูกสร้างอื่นๆ รวมทั้งโรงแรมตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547

(ก) สิ่งปลูกสร้างอื่นๆ

นอกจากที่ดิน อาคารชุด และบ้านจัดสรรแล้ว คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ ซึ่งได้แก่ อาคาร ได้ตามหลักกฎหมายทั่วไป ประกอบกับในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายจำกัดสิทธิคนต่างด้าวในการถือกรรมสิทธิ์ในตัวอาคาร กล่าวคือ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น อาคารเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภทหนึ่ง⁹⁵ ซึ่งหากการซื้อขายอาคารนั้นได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ คนต่างด้าวย่อมได้รับกรรมสิทธิ์ในตัวอาคารไปอย่างถูกต้องตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์⁹⁶

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าคนต่างด้าวจะมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่คนต่างด้าวก็ไม่สามารถเข้าใช้หรือถือครองสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวได้หากคนต่างด้าวไม่มีสิทธิถือครองที่ดิน เพราะตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้วสิ่งปลูกสร้างย่อมเป็นส่วนควบของที่ดิน⁹⁷ ดังนั้น หากคนต่างด้าวปลูกสร้างอาคารโดยไม่มีสิทธิใช้ที่ดิน อาคารดังกล่าวย่อมตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามหลักส่วนควบ⁹⁸

ดังนั้น ตามหลักกฎหมายที่ได้กล่าวไปข้างต้น เราจึงอาจสรุปได้ว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในสิ่งปลูกสร้างของคนต่างด้าวจะเป็นประโยชน์ต่อการลงทุนของคนต่างด้าวก็ต่อเมื่อคนต่างด้าวดังกล่าวได้รับสิทธิในการใช้ที่ดินไม่ว่าโดยการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการถือครองที่ดินโดยมีทรัพย์สินเหนือที่ดิน หรือการมีสิทธิถือครองที่ดินตามสัญญาเช่าทรัพย์สิน

⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 139.

⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 456.

⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 144.

⁹⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2577/2551 จำเลยปลูกสร้างบ้านคอนกรีต 2 ชั้น บนที่ดินที่โจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมโดยได้รับอนุญาตจากโจทก์ บ้านหรือโรงเรือนที่จำเลยปลูกสร้างขึ้น แม้ใช้บันไดเพื่อขึ้นชั้นที่ 2 ของอาคารด้วยบันไดเดียวกัน ย่อมไม่ใช่ส่วนควบของที่ดินที่โจทก์มีกรรมสิทธิ์รวมตาม ป.พ.พ. มาตรา 144 โจทก์จึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในบ้านที่จำเลยสร้างขึ้นใหม่ บ้านดังกล่าวยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของจำเลย.

นั่นเอง ซึ่งจะได้วิเคราะห์รูปแบบการถือครองที่ดินของคนต่างด้าวนอกเหนือจากการถือครองที่ดิน โดยได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในหัวข้อถัดไป

(ข) โรงแรม

ปัจจุบันมีการประกอบธุรกิจการให้บริการที่พักในรูปแบบและลักษณะต่างๆ มากมายและมีแนวโน้มที่จะมีการขยายตัวมากยิ่งขึ้นเพื่อรองรับการเจริญเติบโตทางภาคธุรกิจการท่องเที่ยว ซึ่งรูปแบบการให้บริการด้านที่พักแรมในปัจจุบันมีชื่อเรียกที่หลากหลายและรูปแบบที่พักที่แตกต่างกัน เช่น Resorts, Service Apartment, Mansion, Inn, Motel, Guesthouse, Home stay, แพนพัค, เรือสำราญ, กระจอม หรือเต็นท์ และอื่นๆ อีกมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งสถานที่พักของทางราชการที่มีการให้ประชาชนทั่วไปเช่าพักได้ เช่น ที่พักของมหาวิทยาลัยต่างๆ ทำให้เกิดความสับสนว่ากิจการที่พักแรมประเภทใดบ้างที่เป็นโรงแรมหรือไม่ เป็นโรงแรมตามกฎหมาย⁹⁹

(1) ความหมายของโรงแรม

พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของคำว่า “โรงแรม” ไว้ให้หมายถึง สถานที่พักที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการธุรกิจเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราว สำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน และได้ยกเว้นสถานที่พักไม่เป็นโรงแรมไว้ 3 ลักษณะ คือ

(1.1) สถานที่พักของส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจองค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือเพื่อการกุศล หรือการศึกษา ที่มีใช่เป็นการหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกัน

อย่างไรก็ตาม สถานที่พักตามข้อ (1.1) นี้ หากพบว่ามีการนำรายได้หรือกำไรมาแบ่งปันกันเมื่อไหร่ก็ถือว่าเป็นโรงแรม¹⁰⁰

⁹⁹ รณภพ เวียงสิมมา, เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายโรงแรม (กรุงเทพมหานคร: สำนักการสอบสวนและนิติการ กรมการปกครอง, ไม่ปรากฏปีที่พิมพ์), หน้า 1.

¹⁰⁰ รณภพ เวียงสิมมา, เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายโรงแรม, หน้า 1.

(1.2) สถานที่พักที่คิดค่าบริการเป็นรายเดือนขึ้นไป

การยกเว้นตามข้อ (1.2) นี้ พิจารณาจากการคิดค่าบริการให้เช่าที่พักของผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรม กล่าวคือ หากคิดค่าบริการเป็นรายเดือนขึ้นไป เช่น ค่าบริการรายเดือน ค่าบริการราย 3 เดือน ค่าบริการรายปี ก็ไม่เข้าลักษณะการเป็นโรงแรม อย่างไรก็ตาม หากผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมคิดค่าบริการต่ำกว่ารายเดือนลงมา เช่น รายสัปดาห์ รายวัน รายชั่วโมง หรือคิดค่าบริการปนกันทั้งรายเดือนและต่ำกว่ารายเดือน ก็เข้าลักษณะการเป็นโรงแรม และต้องขออนุญาตผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมตามกฎหมาย

(1.3) สถานที่พักอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

กฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีที่จะกำหนดยกเว้นสถานที่พักประเภทใดบ้างไม่ให้เป็นโรงแรมตามกฎหมาย โดยจะต้องออกเป็นกฎกระทรวงเท่านั้น ซึ่งปัจจุบันได้มีการออกกฎกระทรวง¹⁰¹ กำหนดยกเว้นสถานที่พักดังต่อไปนี้ไม่เป็นโรงแรม กล่าวคือ สถานที่พักที่มีจำนวนห้องพักในอาคารเดียวกันหรือหลายอาคารรวมกันไม่เกิน 4 ห้องและมีจำนวนผู้พักรวมกันทั้งหมดไม่เกิน 20 คน ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อให้บริการที่พักชั่วคราวสำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใดโดยมีค่าตอบแทน อันมีลักษณะเป็นการประกอบกิจการเพื่อหารายได้เสริมและได้แจ้งให้นายทะเบียนทราบตามแบบที่รัฐมนตรีกำหนด ไม่เป็นโรงแรมตาม (3) ของบทนิยามคำว่า “โรงแรม” ในมาตรา 4

ดังนั้น เราสามารถสรุปองค์ประกอบของโรงแรมได้ ดังนี้ (1) เป็นสถานที่พัก (2) มีวัตถุประสงค์ในทางธุรกิจ (3) สำหรับคนเดินทางหรือบุคคลอื่นใด และ (4) เรียกเก็บค่าที่พักต่ำกว่าเดือน หากครบองค์ประกอบทั้ง 4 ประการ จึงถือเป็นโรงแรมและต้องยื่นขออนุญาตผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรมตามพระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ.2547

(2) การขออนุญาตผู้ประกอบการธุรกิจโรงแรม

การประกอบการธุรกิจให้บริการที่พักหากเข้าข่ายเป็นโรงแรมตามนิยามของกฎหมายแล้ว ต้องขออนุญาตและได้รับอนุญาตจากนายทะเบียนก่อนจึงจะประกอบกิจการได้¹⁰² มิฉะนั้นจะมีความผิดตามกฎหมาย ซึ่งมีโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน

¹⁰¹ กฎกระทรวง กำหนดประเภทและหลักเกณฑ์การประกอบการธุรกิจโรงแรม พ.ศ. 2551.

¹⁰² พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 15.

20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และมีโทษปรับรายวันอีกวันละไม่เกิน 10,000 บาท ตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่¹⁰³

(3) คุณสมบัติผู้ขออนุญาต

ผู้ขอรับใบอนุญาต ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 16 ดังต่อไปนี้

(3.1) มีอายุไม่ต่ำกว่า 20 ปีบริบูรณ์

(3.2) มีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย

(3.3) ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย

(3.4) ไม่เป็นคนไร้ความสามารถหรือคนเสมือนไร้ความสามารถ

(3.5) ไม่เคยได้รับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(3.6) ไม่เคยต้องคำพิพากษาถึงที่สุดว่าเป็นผู้กระทำผิดในความผิดเกี่ยวกับเพศตามประมวลกฎหมายอาญา ความผิดตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการค้าหญิงและเด็ก หรือความผิดตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการค้าประเวณี

(3.7) ไม่เป็นผู้อยู่ในระหว่างถูกสั่งพักใช้ใบอนุญาต

(3.8) ไม่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตหรือเคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตโดยเหตุอื่นที่มีสาเหตุตาม (3.6) แต่เวลาได้ล่วงพ้นมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

ถ้าผู้ขอรับใบอนุญาตเป็นห้างหุ้นส่วนหรือนิติบุคคลผู้เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคล ต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวข้างต้น และต้องไม่เคยเป็นหุ้นส่วนผู้จัดการ ผู้จัดการหรือผู้แทนของนิติบุคคลที่เคยถูกเพิกถอนใบอนุญาตตาม (3.8)

¹⁰³ พระราชบัญญัติโรงแรม พ.ศ. 2547 มาตรา 59.

(4) การประกอบธุรกิจโรงแรมของนักลงทุนต่างด้าว

กฎหมายว่าด้วยโรงแรมนั้น ไม่ได้กำหนดว่าผู้ประกอบกิจการโรงแรม จะต้องเป็นเจ้าของและมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เป็นที่ตั้งโรงแรม และอาคารโรงแรมนั้น ดังนั้น แม้นักลงทุนต่างด้าวจะไม่ได้เป็นเจ้าของและมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่เป็นที่ตั้งโรงแรม และอาคารโรงแรม หากนักลงทุนต่างด้าวมียุทธวิธีเข้าใช้ที่ดินและอาคารโรงแรมแล้ว และมีคุณสมบัติผู้ขอใบอนุญาตโรงแรมครบตามข้อ (3.1) ถึง (3.8) นักลงทุนต่างด้าวย่อมมีสิทธิยื่นขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการโรงแรมได้

อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถประกอบกิจการโรงแรม เนื่องจากเป็นธุรกิจที่คนไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันในการประกอบกิจการกับคนต่างด้าว เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากอธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนตามที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 2

4.3 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวโดยการมีบุคคลสิทธิหรือทรัพย์สินอื่นๆ เหนืออสังหาริมทรัพย์

หากพิจารณาอีกด้านหนึ่ง คนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในประเทศไทยอาจไม่จำเป็นต้องถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเสมอไป แม้การมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นเป็นหลักประกันที่มั่นคงให้แก่การลงทุนจะสามารถใช้ที่ดินของตนในการประกอบกิจการไปได้ตลอดรอดฝั่ง และสามารถคืนเงินลงทุนให้แก่คนต่างด้าวได้ แต่เนื่องจากประเทศไทยมีข้อจำกัดไม่ให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วยเหตุผลหลายประการ อาทิเช่น เหตุผลเรื่องความมั่นคงของประเทศ หรือไม่ต้องการให้มีการปั่นราคาที่ดินจนคนไทยที่เป็นเจ้าของประเทศไม่มีความสามารถถือกรรมสิทธิ์ได้ เป็นต้น หากพิจารณาตามกฎหมายที่ไทยที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน กฎหมายเปิดโอกาสให้บุคคลมีสิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในหลายรูปแบบ ไม่ว่าจะเป็นการมีสิทธิการเช่าเหนืออสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ การมีสิทธิการเช่าเหนืออสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือมีทรัพย์สินประเภทต่างๆ เหนืออสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.3.1 การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าอสังหาริมทรัพย์

สัญญาเช่าทรัพย์สินเป็นทางเลือกสำคัญประการหนึ่งในการถือครองอสังหาริมทรัพย์สำหรับการลงทุนในธุรกิจที่พหุภาคีโดยไม่มีกรรมสิทธิ์ และคนต่างด้าวสามารถทำได้โดยไม่มีข้อจำกัดซึ่งต่างจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นี้เป็นบทบัญญัติกฎหมายที่ให้สิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้โดยทั่วไป และคนต่างด้าวไม่ถูกจำกัดสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด ซึ่งประเด็นสำคัญที่เกี่ยวข้องกับสัญญาเช่าทรัพย์สิน มีดังต่อไปนี้

4.3.1.1 การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(ก) ลักษณะสำคัญของสัญญาเช่าทรัพย์สิน¹⁰⁴

(1) เป็นสัญญาประเภทหนึ่ง ดังนั้น ในกรณีที่ไม่เป็นหลักเกณฑ์เรื่องเช่ากำหนดไว้โดยเฉพาะ ก็ต้องนำหลักกฎหมายในเรื่องของนิติกรรมสัญญาซึ่งเป็นหลักทั่วไปมาใช้ ซึ่งสัญญาเช่าจะต้องมีคู่สัญญาตั้งแต่ 2 ฝ่ายขึ้นไป ได้แก่ ผู้ให้เช่า และผู้เช่า ซึ่งโดยหลักการแล้วผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ เพราะผู้ให้เช่าไม่จำเป็นต้องโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ใคร¹⁰⁵

¹⁰⁴ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, พ.ศ. 2551), หน้า 20-32.

¹⁰⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 107/2534 แม้ทรัพย์สินที่ให้เช่าจะมีทรัพย์สินของโจทก์ แต่เมื่อจำเลยยอมทำสัญญาเช่ากับโจทก์แล้ว ทั้งสองฝ่ายย่อมต้องผูกพันตามสัญญา เมื่อจำเลยผิดสัญญา โจทก์จึงมีอำนาจฟ้องจำเลย การที่กรรมการบริษัท พ. จะมีมติให้โจทก์นำทรัพย์สินของบริษัทออกให้เช่าหรือไม่และนางสาวโจทก์ซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินที่เช่าจะให้อำนาจโจทก์นำทรัพย์สินออกให้เช่าช่วงได้หรือไม่ มิใช่ข้อสำคัญเพราะกรณีเป็นข้อพิพาทระหว่างโจทก์จำเลยซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาเช่ามิใช่เป็นเรื่องการพิพาทกันระหว่างเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่ากับจำเลยซึ่งเป็นผู้เช่าและเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าก็ได้โต้แย้งอำนาจของโจทก์ในการนำทรัพย์สินดังกล่าวออกให้เช่าแต่ประการใด ข้อต่อสู้ที่ว่าจำเลยทำสัญญาเช่าในฐานะตัวแทนของบริษัท อ. นั้น มิได้มีอยู่ในคำให้การของจำเลย ทั้งประเด็นดังกล่าวมิใช่เป็นส่วนหนึ่งของข้อต่อสู้เรื่องอำนาจฟ้อง จึงเป็นข้อที่มีได้ยกขึ้นว่ากล่าวกันมาแล้วในศาลชั้นต้น ปัญหาตามฎีกาของจำเลยที่ว่า ภายหลังศาลชั้นต้นมีคำพิพากษาแล้วจำเลยได้ส่งมอบทรัพย์สินอันเป็นวัตถุแห่งหนี้ตามสัญญาเช่าบางส่วนคืนแก่โจทก์แล้ว ซึ่งโจทก์ก็ฎีกากว่าไม่เคยได้รับมอบทรัพย์สินดังกล่าวคืนจากจำเลย เป็นเรื่องอันเกี่ยวกับการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่ง ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลที่ได้พิจารณาและชี้ขาดตัดสินคดีในชั้นต้นที่จะทำควินิจฉัยชี้ขาด ตาม ป.วิ.พ.มาตรา 302 วรรคแรก เมื่อศาลชั้นต้นอันเป็นศาลที่ได้พิจารณาชี้ขาดคดีในชั้นต้นยังมีได้วินิจฉัยชี้ขาดในปัญหาดังกล่าวจำเลยจะฎีกาข้ามชั้นขึ้นมาหาได้ไม่.

(2) เป็นสัญญาต่างตอบแทน เพราะทั้งผู้เช่าและผู้ให้เช่าต่างก็เป็นเจ้าหนี้และลูกหนี้ซึ่งกันและกัน ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสัญญาเช่าทรัพย์สิน¹⁰⁶ กล่าวคือ ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินอย่างใดอย่างหนึ่ง โดยผู้เช่าต้องให้ค่าเช่าเป็นการตอบแทนจากการผู้ให้เช่าให้ใช้ทรัพย์สิน

(3) เป็นสัญญาที่สมบูรณ์ด้วยเจตนายินยอมเช่าทำสัญญา กล่าวคือ ต้องมีการแสดงเจตนาเสนอ สนองต้องตรงกันระหว่างผู้ให้เช่ากับผู้เช่า ซึ่งการแสดงเจตนาของทั้งสองฝ่ายนั้นจะต้องไม่มีความบกพร่องทางกฎหมาย เช่น ต้องไม่มีความสำคัญผิด หรือถูกข่มขู่ หรือเป็นการแสดงเจตนาหลง และเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างแสดงเจตนายินยอมเช่าทำสัญญาเช่าทรัพย์สิน สัญญาเช่าทรัพย์สินดังกล่าวก็สมบูรณ์โดยไม่ต้องมีการส่งมอบทรัพย์สิน หรือไม่ต้องทำตามแบบใดๆ

(4) เป็นสัญญาที่ก่อให้เกิดความผูกพัน กล่าวคือ ผู้ให้เช่ามีความผูกพันที่จะต้องให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินตลอดระยะเวลาที่ได้ตกลงกัน และผู้เช่าผูกพันที่จะต้องให้ค่าเช่าเป็นการตอบแทน

(5) เป็นสัญญาที่ไม่มีแบบบังคับ เนื่องจากกฎหมายไม่ได้บังคับไว้ว่า สัญญาเช่าจะต้องทำตามแบบ ดังนั้น สัญญาเช่าทรัพย์สินจึงสามารถทำได้ด้วยวิธีการใดๆ ก็ได้

อย่างไรก็ตาม กรณีการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นมีการกำหนดระยะเวลาการเช่าเกินกว่า 3 ปี หรือเป็นการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าตลอดอายุของผู้เช่า หรือผู้ให้เช่านั้น จะต้องทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นหนังสือ และต้องนำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวนี้ไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น หากคู่สัญญาทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นหนังสือเกินกว่า 3 ปี แต่ไม่ได้นำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไม่ได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด เพียงแต่คู่สัญญาจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาเช่าเต็มตามระยะเวลาที่ตกลงกัน

(6) เป็นสัญญาที่มีระยะเวลาอันจำกัด กล่าวคือ สัญญาเช่าทรัพย์สินนั้น จะต้องเป็นการให้ผู้เช่าได้ใช้ หรือได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินชั่วระยะเวลาอันมีจำกัด ซึ่งอาจจำกัดด้วยระยะเวลา กำหนดด้วยอายุ (กำหนดให้เป็นการเช่าตลอดอายุผู้เช่าหรือผู้ให้เช่าก็ได้)¹⁰⁷

¹⁰⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537.

¹⁰⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 541.

หรือ จำกัดด้วยเจตนา และผู้เช่าจะต้องคืนทรัพย์สินให้แก่ผู้ให้เช่าเมื่อพ้นการจำกัดนั้น นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดไว้อีกด้วยว่า หากเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายได้กำหนดกรอบระยะเวลาไว้ว่าต้องไม่เกิน 30 ปี ถ้าตกลงเช่ากันเกิน 30 ปี จะต้องลดลงมาเหลือเพียง 30 ปีเท่านั้น¹⁰⁸

(7) เป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ให้เช่าต้องพิจารณาแล้วว่า ผู้เช่ามีคุณสมบัติที่จะรักษาทรัพย์สินของผู้ให้เช่าได้หรือไม่ ดังนั้น เมื่อผู้ให้เช่าได้ให้ความไว้วางใจแก่ผู้เช่า ในการให้เช่าทรัพย์สินนั้นๆ แล้ว จึงหมายความว่าความไว้วางใจนั้นผู้ให้เช่ามิให้เฉพาะผู้เช่าเท่านั้น เพราะฉะนั้น ผู้เช่าจึงต้องใช้ทรัพย์สินเองและเมื่อผู้เช่าตาย สัญญาเช่าย่อมระงับสิ้นไป¹⁰⁹

(ข) คำมั่นจะให้เช่าทรัพย์สิน¹¹⁰

ในเรื่องการทำคำมั่นว่าจะให้เช่าทรัพย์สินนี้ว่าจะทำได้หรือไม่นั้น เนื่องจากมิได้มีกฎหมายกำหนดเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจน แต่ตามหลักอิสระในทางแพ่งตามมาตรา 151 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา ย่อมแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า การทำคำมั่นไว้ก่อนว่าจะให้เช่าทรัพย์สินนั้นสามารถทำได้ หากไม่มีเนื้อหาที่ต้องห้ามตามกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาหลายเรื่องแสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าการให้คำมั่นว่าจะให้เช่าสามารถกระทำได้¹¹¹

¹⁰⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540.

¹⁰⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 100/2531 ในสัญญาเช่าไม่มีข้อตกลงให้ผู้ให้เช่าโอนสิทธิการเช่าให้บุคคลอื่นในกรณีผู้เช่าตาย เมื่อผู้เช่าตาย สิทธิการเช่าอันเป็นสิทธิเฉพาะตัวของผู้เช่าซึ่งมีอยู่ชั่วคราวขณะอันมีจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 537 ก็ระงับไป ไม่เป็นทรัพย์สินที่ตกทอดกันทางมรดก ผู้เป็นเจ้าของตึกแถวพิพาทย่อมมีสิทธิที่จะใช้ดุลพินิจให้ผู้เช่าต่อไป; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 383/2540 การเช่าทรัพย์สินนั้นปกติฝ่ายผู้ให้เช่าย่อมพึงเล็งถึงคุณสมบัติของผู้เช่าว่าจะสมควรได้รับความไว้วางใจในการใช้ทรัพย์สินที่เช่าและในการดูแลทรัพย์สินที่เช่าหรือไม่ ฉะนั้น สิทธิของผู้เช่าจึงมีสภาพเป็นการเฉพาะตัวเมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าเป็นอันระงับไปไม่ตกทอดไปถึงทายาท ที่สัญญาเช่า ข้อ 4 ระบุว่าในระหว่างสัญญาเช่ายังไม่ครบกำหนดอายุสัญญาผู้เช่ามีสิทธิที่จะโอนการเช่าให้แก่ผู้อื่นได้แต่ต้องจ่ายค่าตอบแทนเป็นเงินให้แก่ผู้ให้เช่านั้น เป็นข้อตกลงเกี่ยวกับการโอนการเช่าในระหว่างที่ผู้ให้เช่าและผู้เช่ายังมีชีวิตอยู่ซึ่งอาจทำได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 544 และเป็นเพียงบุคคลสิทธิผูกพันเฉพาะคู่สัญญาหาได้ตกทอดมายังจำเลยแต่อย่างใดไม่.

¹¹⁰ ศนันท์กรณ โสติพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 40.

¹¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1062/2539 ในชั้นชี้ตั้งสถานจำเลยยื่นคำแถลงขอให้ศาลชั้นต้นกำหนดประเด็นข้อพิพาท 2 ประเด็นคือ 1. โจทก์ให้คำมั่นจะให้จำเลยเช่าที่ดินพิพาทต่อไปอีก 6 ปี หรือไม่ และ 2. โจทก์มีหนังสือบอกเลิกสัญญาแก่จำเลยหรือไม่แต่ศาลชั้นต้นได้กำหนดประเด็นพิพาทว่าจำเลยมีสิทธิอยู่ในที่ดินที่เช่าอีกต่อไปหรือไม่ ประเด็นดังกล่าวนี้ได้ครอบคลุม

ทั้งนี้ ได้มีการให้คำอธิบายเกี่ยวกับคำมั่นจะให้เช่าไว้ว่า “คำมั่นจะให้เช่า นั้น เป็นคำมั่นของผู้ให้เช่าฝ่ายเดียวที่จะยอมให้เช่าต่อไป คือมีลักษณะเป็นการยอมให้ผู้เช่าเลือกปฏิบัติบังคับฝ่ายผู้ให้เช่าว่าจะให้ทำสัญญาอีกสัญญาหนึ่งหรือไม่เท่านั้น โดยจะยังไม่เกิดผลเป็นสัญญาอีกฉบับหนึ่งจนกว่าผู้ให้เช่าจะได้แสดงความจำนงขอเช่าต่อไป”¹¹²

(1) ลักษณะคำมั่นจะให้เช่าทรัพย์สิน

(1.1) คำมั่นจะให้เช่าเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว แสดงเจตนาโดยผู้ให้เช่าว่า ผู้ให้เช่ายินยอมที่จะผูกพันตัวเองว่าจะทำสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่า

(1.2) คำมั่นจะให้เช่าทรัพย์สินนี้ อาจมีลักษณะเป็นคำมั่นโดยลำพัง เช่น นายแดง ให้คำมั่นต่อนายดำว่าจะให้นายดำเช่าบ้านของตน โดยมีค่าเช่าเดือนละ 10,000 บาท หรืออาจเป็นคำมั่นในสัญญาเช่าก็ได้ เช่น มีข้อสัญญาระบุว่า เมื่อครบกำหนดสัญญาเช่าบ้านของนายแดง นายแดงผู้ให้เช่าตกลงที่จะให้นายดำเช่าต่อได้อีก 3 ปี โดยนายดำต้องแสดงเจตนาต่อสัญญาเช่าล่วงหน้า 1 เดือนก่อนวันหมดอายุสัญญาเช่า เป็นต้น ซึ่งตามตัวอย่างทั้ง 2 กรณีดังกล่าว เมื่อนายแดงได้แสดงเจตนาให้คำมั่นต่อนายดำแล้ว คำมั่นย่อมก่อให้เกิดความผูกพันแก่นายแดงผู้ให้เช่าฝ่ายเดียว

(1.3) คำมั่นจะให้เช่าต้องมีลักษณะชัดเจนแน่นอนผูกพันผู้ให้เช่า คำมั่น กล่าวคือ คำมั่นก็มีลักษณะเป็นคำเสนอด้วย คำมั่นจึงต้องไม่มีลักษณะเป็นเพียงการให้โอกาสแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเท่านั้น แต่ต้องมีการตกลงถึงสาระสำคัญทุกอย่างให้ครบถ้วนเพียงพอที่เมื่อมีการสนองรับตามคำมั่นแล้วเกิดเป็นสัญญาได้ทันที โดยเฉพาะการตกลงในเรื่องค่าเช่า หากมีการตกลงว่าจะให้มีการต่อรองค่าเช่ากันอีกครั้งหนึ่งก่อน หรือเป็นเพียงการให้โอกาสผู้เช่าได้มีการต่อสัญญาแล้ว ถือว่าไม่ใช่การให้คำมั่นว่าจะต่ออายุการเช่า หรือคำมั่นว่าจะให้เช่าแต่

รวมถึงประเด็นที่จำเลยประสงค์ให้กำหนดไว้แล้วทั้งสองประเด็นทั้งศาลชั้นต้นก็ได้วินิจฉัยปัญหาทั้งสองประเด็นนี้ไว้แล้วจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดประเด็นพิพาทเพิ่มเติมอีก คำมั่นจะให้เช่าที่ดินพิพาทต่อของโจทก์เป็นเพียงคำมั่นด้วยวาจาซึ่งอยู่นอกเหนือจากข้อตกลงตามสัญญาเช่าเดิม แม้จำเลยจะสนองรับคำมั่นนั้นก่อนครบกำหนดสัญญาเช่าเดิมและเกิดสัญญาเช่าขึ้นใหม่ก็ตาม แต่ตราบไต่ที่โจทก์ยังมีได้ทำหลักฐานการเช่าที่ดินพิพาทใหม่เป็นหนังสือลงลายมือชื่อโจทก์ผู้รับผิดชอบสำคัญจำเลยยอมไม่อาจขอบังคับให้โจทก์ต้องยอมให้จำเลยเช่าที่ดินพิพาทต่อไปได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538.

¹¹² อำนวย คัลยสังข์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์สิน-เช่าซื้อ (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 30.

อย่างไร¹¹³ หรือหากมีลักษณะที่ทำให้เป็นดุลพินิจของผู้ให้เข้าที่จะต่อสัญญาหรือไม่ก็ได้ ก็ไม่มีลักษณะเป็นการให้คำมั่นจะให้เข้า¹¹⁴

(2) คำมั่นว่าจะให้เข้ากฎหมายไม่ได้กำหนดให้ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ¹¹⁵

(3) หากเป็นคำมั่นในสัญญาเช่า ผู้เช่าจำต้องแสดงความจำนงขอปฏิบัติตามคำมั่นในสัญญาเสียก่อนครบกำหนดอายุสัญญาเช่า มิฉะนั้นจะไม่มีผลบังคับ¹¹⁶ ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า หากเป็นกรณีที่เป็นคำมั่นที่อยู่ในสัญญาเช่า แม้คำมั่นว่าจะให้เข้านั้นจะมีได้กำหนดเวลาก็ตาม แต่ก็ยังคงเป็นคำมั่นที่มีกำหนดเวลา เนื่องจากคำมั่นถือเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง

¹¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 661-662/2511 ทำสัญญาเช่ามีข้อสัญญาว่าเมื่อหมดอายุสัญญาเช่าแล้วผู้เช่ามีสิทธิต่ออายุสัญญาเช่าได้อีก ส่วนค่าเช่าตกลงกันใหม่ เป็นเพียงข้อตกลงที่ให้โอกาสผู้เช่าที่จะต่อสัญญาได้ โดยมีเงื่อนไขว่า จะต้องมีการตกลงค่าเช่ากัน เมื่อตามสัญญาไม่ได้กำหนดไว้ว่าจะพึงเรียกร้องกันเพียงใดยอมเป็นสิทธิของผู้ให้เข้าที่จะเสนอราคา หากผู้เช่าไม่สนองรับสัญญาเช่าซึ่งสิ้นสุดลงตามกำหนดเวลายอมเป็นอันระงับ; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 294/2515 สัญญาเช่าซึ่งระบุว่าเมื่อครบกำหนดเวลาตามสัญญาเช่าแล้วหากผู้เช่าประสงค์จะเช่าต่อไป ผู้ให้เช่ายินยอมให้ผู้เช่าเช่าต่อไปอีก และค่าเช่าจะได้ตกลงกันภายหลังนั้น เป็นเพียงผู้ให้เช่าให้โอกาสผู้เช่าที่จะต่อสัญญาเช่าได้อีก ในเมื่อตกลงค่าเช่ากันเรียบร้อยแล้ว และไม่มีพันธะผูกพันผู้ให้เช่าว่าจะเรียกร้องค่าเช่ามากน้อยเพียงใด เมื่อผู้ให้เช่ากำหนดอัตราค่าเช่าแล้ว ผู้เช่าไม่สนองรับ ก็เป็นอันตกลงค่าเช่ากันไม่ได้ สัญญาเช่าต่อไปยอมไม่เกิด เมื่อครบกำหนดเวลาเช่าตามสัญญาเช่าแล้ว และสัญญาเช่าต่อไปไม่เกิด เพราะตกลงอัตราค่าเช่ากันไม่ได้ ผู้ให้เช่ายอมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่ากับผู้เช่าได้ และถือไม่ได้ว่าผู้ให้เช่าใช้สิทธิโดยไม่สุจริต.

¹¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3263/2535 หนังสือสัญญาเช่าสถานที่ระบุว่า ถ้าผู้รับมอบหรือผู้เช่ามิได้ประพฤติผิดสัญญาผู้มอบหรือผู้ให้เช่าจะได้พิจารณาต่ออายุสัญญาให้อีกคราวหนึ่ง เป็นการแสดงความประสงค์ของผู้สัญญาว่า เมื่อสัญญาสิ้นสุดลงผู้ให้เช่าจะใช้ดุลพินิจต่อสัญญาให้แก่ผู้เช่าอีกคราวหนึ่งในเมื่อผู้เช่าไม่ได้กระทำผิดสัญญาอย่างใดก็ดี แม้ผู้เช่าจะไม่กระทำผิดสัญญาก็ตามการจะต่ออายุสัญญาให้อีกหรือไม่ยอมเป็นดุลพินิจของผู้ให้เช่า สัญญาดังกล่าวจึงมีคำมั่นจะให้เข้า.

¹¹⁵ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์, หน้า 48; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 7386/2548 คำมั่นที่โจทก์จะให้จำเลยเช่าตึกแถวพิพาทภายหลังสัญญาเช่าครบกำหนดเวลาแล้ว เป็นเพียงคำมั่นด้วยวาจาและอยู่นอกเหนือจากข้อตกลงตามสัญญาเช่าเดิมซึ่งโจทก์รับโอนกรรมสิทธิ์ในตึกแถวพิพาทอันเป็นทรัพย์สินที่เช่ามาจากมารดาโจทก์ ซึ่งเป็นผู้ให้เช่า แม้จำเลยจะสนองรับคำมั่นนั้นก่อนครบกำหนดสัญญาเช่าเดิมและเกิดเป็นสัญญาเช่าใหม่ แต่ตราบดที่โจทก์ยังมีได้ทำหลักฐานการเช่าตึกแถวพิพาทใหม่เป็นหนังสือลงลายมือชื่อโจทก์ผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญ จำเลยยอมไม่อาจขอให้บังคับโจทก์ต้องยอมให้จำเลยเช่าตึกแถวพิพาทต่อไปได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538 โจทก์จึงมีสิทธิฟ้องขับไล่จำเลยเมื่อสัญญาเช่าครบกำหนดเวลาเช่า และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1062/2539.

¹¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1170/2506 คำมั่นที่ผู้ให้เช่าตกลงว่า เมื่อสัญญาเช่าครบกำหนดแล้วยินยอมจะให้ต่ออายุสัญญาเช่าต่อไปอีกได้นั้น ผู้เช่าต้องแสดงความจำนงขอปฏิบัติตามคำมั่นเสียก่อนครบกำหนดอายุสัญญาเช่า มิฉะนั้น หากมีผลที่จะบังคับกันได้ไม่ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1553/2504, 1051/2514.

หากสัญญาสิ้นสุดลงเพราะหมดเวลาหรือเพราะเหตุอื่นใดก็ดี คำมั่นนั้นย่อมสิ้นสุดลงด้วยเมื่อสัญญาเข้าสิ้นสุดลง¹¹⁷

(4) เมื่อผู้เช่าสนองรับคำมั่น แล้วเกิดสัญญาเช่าขึ้นทันที โดยไม่ต้องทำสัญญาเช่ากันใหม่¹¹⁸ อย่างไรก็ตาม เมื่อก่อให้เกิดสัญญาเช่าขึ้นแล้ว สัญญาเช่าดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 538 กล่าวคือ จะต้องมีส่วนฐานในการฟ้องร้อง ซึ่งได้แก่หลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ หรือจะฟ้องร้องบังคับคดีได้เต็มตามระยะเวลาการเช่าที่ได้ตกลงกันไว้เมื่อได้ทำสัญญาเช่าเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่¹¹⁹

(5) ลักษณะและวิธีการทำสัญญาเช่าทรัพย์สินโดยมีคำมั่นจะให้เช่าอยู่ในสัญญา

ในปัจจุบันการทำสัญญาเช่าทรัพย์สิน โดยเฉพาะการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นสัญญาที่ให้สิทธิแก่คนต่างด้าวผู้เข้ามาลงทุนถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้นั้น มักมีข้อสัญญาว่าผู้ให้เช่า (ส่วนมากเป็นคนไทย หรือนิติบุคคลสัญชาติไทย) ให้คำมั่นจะให้เช่าแก่ผู้เช่าว่าจะให้ผู้เช่าเช่าอสังหาริมทรัพย์ต่อไปได้อีกภายหลังจากสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลง โดยคำมั่นจะให้เช่านี้ไม่จำเป็นต้องให้ขณะทำสัญญาเช่าก็ได้ กล่าวคือ ผู้ให้เช่าอาจให้คำมั่นจะให้เช่าในภายหลังก็ได้ อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัตินั้น มักจะอนุการให้คำมั่นจะให้เช่าของผู้ให้เช่าไว้ในสัญญาเช่าเลย ซึ่งกรณีนี้แม้ไม่ได้กำหนดระยะเวลาให้ผู้รับคำมั่นสนองคำมั่น แต่ก็ยังคงเป็นคำมั่นจะให้เช่าที่มีกำหนดระยะเวลาอยู่ดี กล่าวคือ เป็นคำมั่นจะให้เช่าโดยมีกำหนดเวลาตามระยะเวลาเช่าของสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั่นเอง เนื่องจากกรณีของคำมั่นในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นี้ถือเป็นข้อสัญญาข้อหนึ่ง ซึ่งเมื่อสัญญาเช่าดังกล่าวสิ้นสุดลง เพราะครบกำหนดระยะเวลาตามสัญญาหรือเพราะเหตุอื่นใด คำมั่นว่าจะให้เช่าก็ย่อมสิ้นสุดลงตามการสิ้นสุดของ

¹¹⁷ ศนันทกรณ ใสตถิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 46.

¹¹⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 316/2530 สัญญาเช่าตึกแถวพิพาทข้อ 10 กำหนดว่า “เมื่อครบกำหนดอายุสัญญา และผู้เช่าประสงค์จะเช่าต่อไป ผู้เช่าจะได้เสนอขอต่อสัญญาเช่าต่อผู้ให้เช่าภายในกำหนด 60 วัน หากมิได้ขอต่อสัญญาภายในกำหนดนี้ให้ถือว่าผู้เช่าสละสิทธิการเช่า...” และมีหมายเหตุต่อท้ายสัญญาดังกล่าวไว้ว่า “สัญญานี้มีอายุ 15 ปี ต่ออายุสัญญา 3 ปี ต่อ 1 ครั้ง ทุกครั้งที่ต่ออายุสัญญาผู้เช่าต้องนำเงินมาบำรุงวัดเป็นจำนวน 6,000 บาท” ดังนี้ เมื่อสัญญาเช่าครบกำหนดจำเลยผู้เช่าได้มีหนังสือแสดงความจำนงขอเช่าต่อโจทก์ที่ 1 ผู้ให้เช่าภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้ในสัญญา เท่ากับผู้เช่าสนองรับคำเสนอของผู้ให้เช่าแล้วถือได้ว่าสัญญาเช่าเกิดขึ้นใหม่ทันทีตามเงื่อนไขและวิธีการที่ระบุไว้ในสัญญาเช่าฉบับเดิมโดยไม่ต้องทำสัญญาเช่ากันใหม่อีก จำเลยอยู่ในตึกแถวพิพาทต่อมา จึงไม่เป็นละเมิด.

¹¹⁹ คำพิพากษาฎีกาที่ 1062/2539.

สัญญาเช่าด้วย นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า การทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์พร้อมกับมีข้อสัญญาเกี่ยวกับทำให้ค้ำประกันจะทำให้เช่าของผู้ให้เช่านั้น ไม่เป็นการหลีกเลี่ยงการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เพราะตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น ค้ำประกันเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งไม่ได้ผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายดังเช่นสัญญาเช่า โดยจะยังไม่เกิดเป็นสัญญาขึ้นอีกหนึ่งฉบับ จนกว่าผู้เช่าจะได้แสดงความจำนงสนองรับค้ำประกันต่อสัญญาเช่าต่อไป ซึ่งเป็นเรื่องอนาคตที่ผู้เช่าอาจไม่สนองรับค้ำประกันก็ได้ ดังนั้น ข้อสัญญาเกี่ยวกับค้ำประกันจะทำให้เช่าดังกล่าวจึงไม่ใช่สัญญาเช่า

(6) ความไม่แน่นอนแห่งสิทธิของผู้เช่าในการเช่าทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยมีค้ำประกันจะทำให้เช่า

(6.1) การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่า

ตามมาตรา 569 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ นั้น กำหนดให้ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้โอนอสังหาริมทรัพย์ มีประเด็นปัญหาว่า ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจะต้องรับผลของค้ำประกันจะทำให้เช่าไปด้วยหรือไม่

กรณีที่มีการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปยังบุคคลภายนอกนั้น ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ไม่จำเป็นต้องผูกพันที่จะต้องให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไปตามค้ำประกัน เนื่องจากกฎหมายบังคับให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ต้องไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวกับสิทธิการเช่าเท่านั้น¹²⁰

ถ้าหากในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีข้อสัญญาว่า ให้ค้ำประกันให้เช่านั้น ผูกพันถึงบุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าด้วย เช่นนี้ ต่อมาหากมีการโอนทรัพย์สินนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ผู้รับโอนไม่ต้องผูกพันตามค้ำประกันนั้นเพราะสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นเพียงบุคคลสิทธิ สามารถใช้ยกขึ้นต่อสู้ได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น กรณีจึงแตกต่างจากทรัพย์สินที่จะตกติดไปกับตัวทรัพย์สินเสมอ ดังนั้น

¹²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5558/2533 จำเลยเช่าที่ดินของ ห. มีกำหนด 10 ปี โดยทำสัญญาเป็นหนังสือแต่ไม่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จึงมีผลบังคับกันได้เพียง 3 ปี ที่จำเลยให้การว่ากำหนดเวลาเช่าที่เกินกว่า 3 ปีเป็นค้ำประกันซึ่งมีผลบังคับ ห.ได้จึงมีผลบังคับ พ. ผู้รับโอนที่ดินจาก ห. ด้วยนั้น ไม่มีบทกฎหมายรับรองสิทธิให้บังคับตามที่จำเลยให้การ ศาลขอที่จะพิพากษาคดีได้โดยไม่จำเป็นต้องสืบพยาน.

แม้ว่าจะมีข้อความเช่นนั้นก็เป็นเรื่องของผู้ให้เช่ากับผู้เช่า บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ที่เช่า ไม่ต้องผูกพันตามข้อสัญญาดังกล่าวด้วย¹²¹

ยิ่งกว่านั้น แม้สัญญาเช่าที่ดินซึ่งมีข้อสัญญาในมีลักษณะเป็น คำมั่นที่ผู้ให้เช่าให้โอกาสแก่ผู้เช่าในอันที่จะต่อสัญญาเช่าได้อีก จะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วก็ตาม ข้อตกลงดังกล่าวยังคงเป็นเพียงข้อตกลงที่แยกต่างหาก ออกจากสัญญาเช่าได้ และเมื่อไม่มีกฎหมายกำหนดว่าคำมั่นจะให้เช่าจะต้องจดทะเบียนต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่ การที่คู่สัญญาตกลงยกเลิกคำมั่นจะให้เช่าก็ไม่จำเป็นต้องจดทะเบียนต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่เช่นกัน¹²²

(6.2) กรณีผู้ให้เช่าคำมั่นจะให้เช่าตายก่อนผู้เช่าสนองรับคำมั่น

ในกรณีที่ผู้ให้เช่าคำมั่นตายเสียก่อนผู้เช่าสนองรับคำมั่น ศาลฎีกาได้ ปรับใช้บทบัญญัติในมาตรา 360 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ คำมั่นของผู้ให้เช่าว่า จะให้เช่าต่อนั้น เมื่อผู้ให้เช่าตายและผู้เช่าก็รู้ถึงความตายก่อนสนองรับคำมั่นแล้ว คำมั่นนั้น ตกไปตามมาตรา 360 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ไม่ผูกพันให้ทายาทต้องปฏิบัติตาม

¹²¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 6491/2539 สัญญาเช่าระหว่างผู้ให้เช่าเดิมกับจำเลยระบุว่าผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าต่อ ระยะเวลาการเช่าไปอีกหลังจากที่สัญญาเช่าสิ้นสุดลงแล้วเป็นเพียงข้อตกลงต่างหากนอกเหนือจากสัญญาเช่าซึ่งเป็นบุคคล สิทธิไม่ใช่เป็นทรัพย์สินที่จะได้เช่าต่อไปคงผูกพันเฉพาะคู่สัญญาคือผู้ให้เช่าห้องพิพาทเดิมกับจำเลยเท่านั้น ไม่มีผลผูกพัน โจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ห้องพิพาทซึ่งมิได้ตกลงกับจำเลยในข้อตกลงดังกล่าว จำเลยจึงไม่มีสิทธิที่จะ ขอให้โจทก์ต่อสัญญาเช่าให้อีกเมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงแล้วโจทก์ไม่ประสงค์ให้จำเลยอยู่ในห้องพิพาทต่อไปจำเลยก็ต้อง ออกไปจากห้องพิพาทนั้น.

¹²² คำพิพากษาฎีกาที่ 3078-3079/2552 แม้คำมั่นจะให้เช่าจะผูกพันผู้ให้เช่าในอันที่ต้องยอมให้ผู้เช่าได้เช่า ทรัพย์สินต่อไปอีก และผู้ให้เช่าไม่อาจถอนคำมั่นนั้นได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ก็ตาม แต่ก็มิได้ห้ามคู่สัญญาในอันที่จะตกลงกันยกเลิกคำมั่นนั้นเสียได้ ดังนั้นเมื่อข้อเท็จจริงฟังได้ว่า โจทก์กับจำเลยตกลงยกเลิกข้อความในสัญญาเช่าต่างตอบแทน เกี่ยวกับคำมั่นนั้นเสียแล้ว คำมั่นดังกล่าวย่อมสิ้นผลไป โจทก์ยอมไม่อาจบังคับให้จำเลยทำสัญญาเช่าต่อไปภายหลังครบ กำหนดเวลาเช่าได้อีก อีกทั้งการตกลงกันยกเลิกคำมั่นดังกล่าวก็หาใช่การที่จำเลยถอนคำมั่นเพียงฝ่ายเดียว อันจะเป็นการ ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายและเป็นโมฆะกรรมดังที่โจทก์กล่าวอ้างในฎีกาไม่ แม้สัญญาเช่าที่ดินพิพาทจะได้ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วก็ตาม แต่ข้อความในสัญญาเช่าต่างตอบแทน ข้อ 3 ท้ายสัญญาเช่าเป็นคำมั่นที่ จำเลยให้โอกาสแก่โจทก์ในอันที่จะต่อสัญญาเช่าได้อีกเท่านั้น จึงเป็นเพียงข้อตกลงที่แยกต่างหากนอกเหนือจากสัญญาเช่าได้ และคำมั่นจะให้เช่านั้นก็ไม่มีบทบัญญัติกฎหมายใดที่ระบุให้ต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย เพียงแต่มีหลักฐาน เป็นหนังสืออย่างใดอย่างหนึ่งลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบเป็นสำคัญก็มีผลใช้บังคับได้แล้ว ดังนั้นเมื่อคำมั่นจะให้เช่าไม่ จำต้องจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นกัน บันทึกข้อตกลงดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันโจทก์.

มาตรา 569¹²³ หรืออาจกล่าวได้ว่าความผูกพันของค้ำประกันของผู้ให้เช่านั้น จะต้องพิจารณาว่าขณะแสดงเจตนาตอบรับค้ำประกันของผู้เช่า ว่าผู้เช่าได้ทราบถึงความตายของผู้ให้เช่าหรือไม่

ดังนี้ เมื่อพิจารณาตามการปรับใช้กฎหมายของศาลฎีกาดังกล่าวข้างต้นจึงสามารถสรุปได้ว่า หากผู้ให้เช่าตายก่อนผู้เช่าได้สนองรับค้ำประกัน ถ้าขณะสนองรับค้ำประกันผู้เช่าไม่ทราบถึงความตายของผู้ให้เช่า ก็ต้องถือว่าสัญญาเช่าเกิดและทายาทต้องผูกพันตามค้ำประกันนั้น จะฟ้องขับไล่ไม่ได้ ในทางตรงกันข้าม ในกรณีที่ผู้เช่าได้ทราบถึงความตายของผู้ให้เช่าก่อนสนองรับค้ำประกัน กรณีนี้ค้ำประกันของผู้ให้เช่าไม่มีผลผูกพันทายาทของผู้ให้เช่า และทายาทมีสิทธิฟ้องขับไล่ผู้เช่าได้

(ค) สัญญาจะให้เช่าทรัพย์สิน¹²⁴

แม้ตามบทบัญญัติของกฎหมายไทยจะไม่ได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า สัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินทำได้หรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาหลักเสรีภาพในการทำสัญญาและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาตามหลักสำคัญของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่มีกฎหมายหรือข้อกำหนดอันใดห้ามกระทำการดังกล่าว ซึ่งเมื่อได้ทำสัญญาจะให้เช่าแล้ว สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่างๆ ของคู่สัญญาอันเกิดสัญญาจะให้เช่าจึงเกิดขึ้น ดังนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดผิดสัญญาจะให้เช่า ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นก็จะเป็นไปตามหลักความรับผิดชอบตามสัญญา มิใช่ความรับผิดชอบดังเช่นค้ำประกันในกรณีก่อนหน้าซึ่งเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียว โดยตัวอย่างความ

¹²³ คำพิพากษาฎีกาที่ 1213/2517 หนังสือสัญญาเช่าระหว่างโจทก์กับนาย จ. ข้อ 5 ที่มีข้อความว่า เมื่อครบอายุสัญญาเช่าแล้ว ผู้ให้เช่ายินยอมจดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่าอีกสิบปีตามสัญญาเดิม เป็นแต่เพียงค้ำประกันของนาย จ. ว่าจะให้โจทก์เช่าต่อไปเท่านั้น ยังมีได้ก่อให้เกิดสัญญา แม้สัญญาเช่าเดิมจะได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนไว้ ค้ำประกันนี้ก็ไม่ผลผูกพันนาย จ. เพราะโจทก์ไม่ได้สนองรับก่อนนาย จ. ตาย และเมื่อโจทก์ได้รู้อยู่แล้วว่านาย จ. ตายก่อนสัญญาเช่าจะครบกำหนดสิบปี กรณีต้องบังคับตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 360 ซึ่งบัญญัติมิให้นำบทบัญญัติมาตรา 130 วรรคสอง มาใช้บังคับ ค้ำประกันของนาย จ. ย่อมไม่มีผลบังคับ ไม่ผูกพันจำเลยทั้งสี่ซึ่งเป็นทายาทผู้รับมรดกที่ดินส่วนที่โจทก์เช่าให้ต้องปฏิบัติตาม โจทก์จะฟ้องขอให้บังคับจำเลยทั้งสี่จดทะเบียนต่ออายุสัญญาเช่าให้โจทก์อีกสิบปีไม่ได้; คำพิพากษาฎีกาที่ 1602/2548 สัญญาเช่ามีข้อความว่า เมื่อครบกำหนดอายุสัญญาเช่าแล้วผู้ให้เช่าต้องให้ผู้เช่าเช่าอยู่ต่อไป โดยผู้ให้เช่าจะต่ออายุสัญญาเช่าให้ทุก ๆ 3 ปี ข้อสัญญาดังกล่าวเป็นค้ำประกันของ ป. ผู้ให้เช่า ไม่ปรากฏว่าจำเลยได้ทราบก่อนจะสนองรับว่า ป. ถึงแก่กรรมไปก่อนแล้ว กรณีจึงไม่ตกอยู่ในบังคับแห่ง ป.พ.พ. มาตรา 360 ต้องนำบทบัญญัติแห่ง ป.พ.พ. มาตรา 169 วรรคสอง มาใช้บังคับ ค้ำประกันจึงไม่เสื่อมเสียไป มีผลผูกพันโจทก์ผู้รับโอนซึ่งเป็นทายาทให้ต้องปฏิบัติตาม โดยให้จำเลยเช่าตึกแถวพิพาทต่อไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาเดิม โจทก์ต้องยินยอมให้จำเลยเช่าตึกแถวพิพาทต่อไปนับแต่วันที่ 1 มกราคม 2536 ถึงวันที่ 31 ธันวาคม 2538 ส่วนการต่ออายุสัญญาเช่าในระยะ 3 ปีถัดมานับแต่วันที่ 1 มกราคม 2539 เป็นต้นไป ต้องแยกพิจารณาต่างหากอีกกรณีหนึ่ง หากไม่มีผลผูกพันตลอดไปไม่

¹²⁴ ศนันทกรรม โสถพิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 49.

รับผิดชอบในที่นี้ เช่น ความรับผิดชอบหรือความผูกพันที่คู่สัญญาจะต้องมาทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกันอีกครั้งหนึ่งในอนาคตอันเป็นสัญญาเช่าทรัพย์สินเสร็จเด็ดขาดซึ่งมีลักษณะเป็นหนี้กระทำกร¹²⁵ เป็นต้น

(1) ลักษณะของสัญญาจะให้เช่าทรัพย์สิน

(1.1) ตกอยู่ภายใต้หลักทั่วไปของนิติกรรมสัญญา เนื่องจากมิได้มีบทบัญญัติถึงสัญญาจะเช่าทรัพย์สินไว้โดยตรง ซึ่งสัญญาลักษณะนี้เป็นสัญญาไม่มีชื่ออย่างหนึ่งอันเกิดจากหลักเสรีภาพในการทำสัญญานั้นเอง

(1.2) เป็นสัญญาหรือนิติกรรมสองฝ่าย ซึ่งมีผลเป็นอันผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย อันเป็นลักษณะที่แตกต่างจากค้ำประกันสัญญาที่ผูกพันแต่ผู้ให้ค้ำประกันแต่เพียงฝ่ายเดียว

(1.3) เป็นผลผูกพันเพียงว่าจะมาทำสัญญาเช่าทรัพย์สินในอนาคต กล่าวคือ เป็นเพียงการก่อกั้นกระทำกรเท่านั้น ได้แก่การก่อกั้นให้มาทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกันอีกครั้งหนึ่งเท่านั้น

(1.4) การทำสัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินนี้ ไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 538 กล่าวคือ ไม่ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือ¹²⁶

(2) การทำสัญญาให้เช่าทรัพย์สินพร้อมกับสัญญาจะให้เช่า

กล่าวคือ คู่สัญญาทั้งสอง ฝ่ายต่างทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกันอยู่ก่อนแล้วหนึ่งฉบับ และทั้งสองฝ่ายก็ตกลงกันที่จะทำสัญญาเช่าทรัพย์สินกันอีกในอนาคต ซึ่งข้อสัญญาอาจเป็นเพียงข้อสัญญาข้อหนึ่งในสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาด หรืออาจเป็นสัญญาจะให้เช่าฉบับใหม่เลยก็ย่อมทำได้ โดยสัญญาดังกล่าวนั้นเรียกว่า สัญญาจะให้เช่าทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะมีข้อความและข้อตกลงดังเช่นสัญญาเสร็จเด็ดขาดเดิม หรืออาจจะมีข้อสัญญาที่แตกต่างจากเดิมออกไปก็ได้ตามแต่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตกลงกันเมื่อเข้าทำสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดฉบับใหม่ ซึ่งผลที่เหมือนกันก็คือ สัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินนี้จะมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้มาทำสัญญาเช่าทรัพย์สินเสร็จเด็ดขาดกันอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้ สัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้

¹²⁵ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 50.

¹²⁶ ศนันทกรณ โสติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 50.

บังคับของมาตรา 538 กล่าวคือ จะต้องมีหลักฐานในการฟ้องร้อง ซึ่งได้แก่ หลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อฝ่ายผู้ต้องรับผิดชอบจึงจะสามารถฟ้องร้องบังคับคดีได้ หรือจะฟ้องร้องบังคับคดีได้เต็มตามระยะเวลาการเช่าที่ได้ตกลงกันไว้เมื่อได้ทำสัญญาเช่าเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(3) ผลของการทำสัญญาให้เช่าทรัพย์สินพร้อมกับสัญญาจะให้เช่า

ข้อสัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินในสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดนั้น เป็นเพียงสัญญาที่ก่อให้เกิดผลผูกพันแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย(ต่างจากคำมั่นซึ่งผูกพันฝ่ายเดียว) ว่าจะต้องมาทำสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดกันในอนาคตตามที่ตกลงกัน โดยอาจกำหนดให้มาทำสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดเป็นหนังสือกันในอนาคตในกรณีที่สัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดนั้นมีระยะเวลาการเช่าไม่เกิน 3 ปี หรือกำหนดให้ทำสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดเป็นหนังสือและจะจดทะเบียนกันในอนาคตในกรณีที่สัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดนั้นมีระยะเวลาการเช่าเกิน 3 ปีก็ย่อมทำได้ ทั้งนี้ ก็แล้วแต่ความประสงค์ของคู่สัญญา

ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่าหากคู่สัญญาได้ทำสัญญาเช่าโดยมีข้อสัญญาข้อหนึ่งว่า คู่สัญญาทั้งสองตกลงจะไปทำสัญญาเช่าเป็นหนังสือและจดทะเบียนการเช่าต่อไปนั้น ผู้เช่าจะอาศัยหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้ให้เช่าฟ้องผู้ให้เช่าให้จดทะเบียนได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับการพิจารณาลักษณะของสัญญาว่าสัญญาฉบับแรกเป็นสัญญาอะไร หากสัญญาฉบับแรกเป็นเพียงสัญญาเบื้องต้นหรือสัญญาจะให้เช่า ส่วนสัญญาเช่าจะได้ไปทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีกคราวหนึ่ง ในกรณีนี้ก็ยังสามารถทำได้ เพราะถือว่าสัญญาฉบับแรกที่เป็นสัญญาเบื้องต้นนั้นเป็นสัญญาที่ไม่มีชื่อ คู่สัญญาย่อมอาศัยหลักเสรีภาพกำหนดให้ข้อสัญญาเป็นอย่างไรก็ได้ ในทางตรงกันข้าม หากสัญญาเช่าฉบับแรกเป็นสัญญาเช่าที่เสร็จเด็ดขาดแล้ว ก็ควรอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 538 เมื่อไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็จะฟ้องร้องบังคับตามสัญญาเช่าให้เต็มตามเวลาที่ตกลงเช่าไม่ได้¹²⁷

นอกจากนี้ ประเด็นปัญหาที่น่าพิจารณาอีกกรณีหนึ่งก็คือ หากมีการทำสัญญาจะให้เช่าไว้ในสัญญาเช่าแล้ว และระยะเวลาครบถ้วนตามสัญญาเช่าและสัญญาจะให้เช่าเกินกว่า 3 ปี โดยคู่สัญญาไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ จะถือ

¹²⁷ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 51.

ว่าเป็นการเลียงมาตรา 538 หรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้ ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในคำพิพากษาฎีกาที่ 146/2495 ว่ามีผลเป็นการทำสัญญาเช่าเกินกว่า 3 ปี อย่างไรก็ตาม แม้นในสัญญาเบื้องต้นจะเป็นข้อสัญญาแล้วก็ตาม แต่สัญญานี้ก็ยังมีได้ก่อให้เกิดผลขั้นสุดท้ายของสัญญาเช่าทรัพย์สินจนกว่าจะมีการทำสัญญาเช่าทรัพย์สินที่เสร็จเด็ดขาดกันอีกฉบับหนึ่งแล้วเท่านั้น และแม้ความผูกพันตามสัญญาเบื้องต้นนี้อาจก่อให้เกิดสัญญาเสร็จเด็ดขาดได้เมื่อคู่สัญญาในสัญญาเบื้องต้นมาทำสัญญาเสร็จเด็ดขาดอีกฉบับหนึ่งในอนาคตก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าผลของสัญญาเสร็จเด็ดขาดจะเกิดขึ้นดังนั้นเสมอไป เพราะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจไม่ปฏิบัติตามสัญญาเบื้องต้นก็ได้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจเลือกหนทางเยียวยาเฉพาะกรณีของการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นก็ได้ โดยไม่ต้องการให้มีการบังคับชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง หรือไม่ต้องขอคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดก็ได้¹²⁸

(4) ความไม่แน่นอนแห่งสิทธิของผู้เช่าในการเช่าทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยมีสัญญาจะให้เช่า

ผู้เช่าย่อมได้รับหลักประกันแห่งสิทธิว่าจะได้ใช้ทรัพย์สินที่เช่าต่อไปได้ภายหลังหมดอายุสัญญาเช่าฉบับแรก เนื่องจากการตกลงระหว่างคู่สัญญาไว้อีกชั้นหนึ่งแล้วว่า จะเช่าทำสัญญาเช่าทรัพย์สินเสร็จเด็ดขาดอีกฉบับหนึ่งในอนาคต ซึ่งหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา อีกฝ่ายหนึ่งย่อมเรียกให้รับผิดตามสัญญาจะให้เช่าได้

อย่างไรก็ตาม การทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยมีข้อสัญญาจะให้เช่าภายหลังสัญญาฉบับแรกสิ้นอายุนั้น ยังไม่ปรากฏแนวคำพิพากษาฎีกาที่วางบรรทัดฐานไว้ว่าสามารถทำได้ เนื่องจากหากสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกและสัญญาจะให้เช่าเองนั้นมีระยะเวลารวมกันเกิน 30 ปี ศาลอาจจะตีความว่า การทำสัญญาในลักษณะนี้เป็นการหลีกเลี่ยงข้อกฎหมายที่ระบุห้ามเช่าอสังหาริมทรัพย์เกิน 30 ปี ซึ่งขัดต่อเจตนารมณ์ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540

สำหรับตัวผู้วินิจฉัยนั้น มีความคิดเห็นว่าจะทำได้ ดังเช่นเดียวกับกรณีคำมั่นจะให้เช่า ทั้งนี้ อาจพิจารณาได้ว่ากรณีคำมั่นจะให้เช่าที่ศาลมีแนวคำพิพากษาว่า คำมั่นในสัญญาเช่านั้นมิได้ อาจเป็นเพราะศาลมีความเห็นว่า คำมั่นจะให้เช่าที่ได้ให้ไว้ต่อผู้เช่านั้นมีความไม่แน่นอนว่าจะมีสัญญาเช่าอีกฉบับเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ซึ่งหากเหตุผลเบื้องหลังเป็นเช่นนั้น

¹²⁸ ศนันทกรณ โสทธิพันธุ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ, หน้า 52.

จริง การทำสัญญาจะเช่าอสังหาริมทรัพย์ก็น่าจะไม่แตกต่างออกไปจากการให้คำมั่นจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ (นอกจากเรื่องความผูกพันที่สัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย) เพราะแม้จะมีผู้อ้างว่าคำมั่นจะให้เช่านั้น ยังมิได้เป็นสัญญาทำให้ไม่มีความแน่นอนว่าจะมีสัญญาเกิดขึ้นหรือไม่ แต่สัญญาจะให้เช่านั้น มีลักษณะเป็นสัญญาแล้วก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า ในความเป็นจริงแล้ว แม้ว่าสัญญาจะให้เช่านั้นเป็นสัญญาแล้ว แต่สัญญาจะให้เช่านี้ก็ยังไม่ได้ก่อให้เกิดผลสุดท้ายคือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เสร็จเด็ดขาด เพียงแต่คู่สัญญาตามสัญญาจะให้เช่านั้น มีความผูกพันตามสัญญาเบื้องต้นเท่านั้นที่จะไปทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เด็ดขาดในอนาคตตามกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขที่ได้ตกลงกัน ซึ่งหากเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์เกิน 3 ปี ก็ต้องนำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เสร็จเด็ดขาดดังกล่าวไปจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ใหม่อยู่ดี นอกจากนี้ การทำสัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ได้หมายความว่าสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดจะเกิดขึ้นจริง เพราะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจไม่ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจเลือกหนทางเยียวยาเฉพาะกรณีของการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นก็ได้โดยไม่ต้องทำให้มีการบังคับชำระหนี้เป็นอย่างเฉพาะเจาะจง หรือไม่ต้องขอคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดก็ได้ ดังนั้น หากพิจารณาเหตุผลดังกล่าวแล้ว การทำสัญญาจะเช่าอสังหาริมทรัพย์โดยมีข้อสัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินนั้น ก็น่าจะสามารถทำได้

(ง) สัญญาเช่าทรัพย์สิน 2 ฉบับ โดยมีเงื่อนไขเริ่มต้น

กล่าวคือ มีการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรก และมีการทำสัญญาเช่า 2 ฉบับโดยกำหนดเงื่อนไขเริ่มต้นไว้สำหรับสัญญาเช่าฉบับที่ 2 โดยกำหนดให้สัญญาเช่าฉบับแรกมีผลไปก่อน แต่สัญญาเช่าฉบับที่ 2 ยังไม่มีผลจนกระทั่งถึงกำหนดเวลาที่แน่นอนในอนาคต (เงื่อนไข) ซึ่งหากต้องการให้สัญญาเช่าฉบับที่ 2 มีผลต่อเนื้อหลังสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นผลแล้วทันที ก็ต้องกำหนดเงื่อนไขของสัญญาเช่าฉบับที่ 2 ให้สัญญาเช่าฉบับที่ 2 มีผลในวันที่สัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลง

ตัวอย่างเช่น สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกมีผลตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2554 มีระยะเวลาเช่า 30 ปี ดังนั้นสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกจะสิ้นสุดในวันที่ 31 ธันวาคม 2583 หากต้องการให้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 มีผลต่อเนื้อทันทีที่สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกสิ้นสุดลง อาจกำหนดเงื่อนไขสำหรับสัญญาเช่า

อสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 ไว้ว่า ให้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 มีผลนับตั้งแต่วันที่ 1 มกราคม 2584 ไปอีกเป็นระยะเวลา 30 ปี เป็นต้น

ผลของการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ 2 ฉบับ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นสำหรับสัญญาฉบับที่ 2 ก็คือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกจะเริ่มมีผลในทันที ส่วนสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 ยังไม่มีผล จนกว่าจะถึงวันที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไขเวลา สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 จึงจะมีผลและบังคับได้ ดังที่ มาตรา 191 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นกำหนดไว้ ห้ามมิให้ทวงถามให้ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นก่อนถึงเวลาที่กำหนด” ซึ่งหมายความว่านิติกรรมใดที่มีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น นิติกรรมนั้นจะยังไม่มีผลจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดไว้ ดังนั้น จากตัวอย่างที่กล่าวไปข้างต้น เมื่อถึงวันที่ 1 มกราคม 2584 สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 จึงจะมีผลบังคับ

ในปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกาตัดสินเกี่ยวกับเรื่องการทำสัญญาเช่าโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้นสามารถกระทำได้ แต่หากพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้เช่าทำสัญญาเช่าโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น และในทางปฏิบัติ นั้นสำนักงานที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ได้มีคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสวนสิทธิในที่ดิน ประเภทการเช่า (แบบมีเงื่อนไข) รองรับด้วยแต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีนี้เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายตามมาตรา 540 กล่าวคือ เนื่องจากสัญญาเช่าฉบับที่ 2 เกิดขึ้นและมีผลผูกพันระหว่างผู้ให้เช่าและผู้เช่าแล้ว เพียงแต่ผลของสัญญาจะเกิดขึ้นอย่างแน่นอนเมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้ (คืออีก 30 ปีข้างหน้า) ดังนั้น ระยะเวลาการเช่าทั้งหมดที่ผู้เช่ามีสิทธิได้ใช้ทรัพย์สินคือ 60 ปี ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้

(จ) สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กับการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย

โดยที่นักลงทุนต่างด้าวไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อนำมาลงทุนในกิจการต่างๆ การเช่าที่ดินจึงเป็นทางเลือกสำคัญของนักลงทุนต่างด้าวในการถือครองที่ดินเพื่อประกอบกิจการของตน ซึ่งนักลงทุนต่างด้าวสามารถเช่าที่ดินได้โดยไม่มีข้อจำกัดไม่ว่าจะเป็นการเช่าที่ดินเปล่า หรือการเช่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง โดยกฎหมายพื้นฐานที่กำหนดสิทธิและหน้าที่เกี่ยวกับสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดหลักเกณฑ์ที่สำคัญต่อการตัดสินใจเช่าลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวประการหนึ่ง คือ กฎหมายกำหนดให้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีระยะเวลาการเช่าได้สูงสุด 30 ปี และถ้าคู่สัญญาตกลงให้

สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาเกินกว่า 30 ปี ก็ให้ลดระยะเวลาการเช่าลงมาเหลือ 30 ปี¹²⁹

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่านักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเช่าถือครองที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในประเภทธุรกิจที่ไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ซึ่งนักลงทุนต่างด้าวสามารถขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินต่อกรมที่ดินได้โดยมีสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย กล่าวคือ นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เหมือนกับบุคคลสัญชาติไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทุกประการ ยกเว้นขั้นตอนการขอจดทะเบียนการเช่าที่นักลงทุนต่างด้าวอาจถูกสอบสวนว่าการจดทะเบียนการเช่าที่ดินซึ่งมีระยะเวลาการเช่าที่ยาวนานนั้นเป็นการทำนิติกรรมอำพรางการซื้อขายที่ดินหรือไม่ ซึ่งหากพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินดำเนินการสอบสวนตามระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2551 แล้วไม่พบว่าเป็นการขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินเป็นไปเพื่ออำพรางนิติกรรมซื้อขายที่ดิน พนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะดำเนินการจดทะเบียนการเช่าที่ดินให้แก่นักลงทุนต่างด้าว ซึ่งกรณีดังกล่าวทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเข้าครอบครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจเป็นระยะเวลา 30 ปี

เมื่อพิจารณาถึงประเภทของการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยที่ไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือที่ดินนั้น ได้แก่ ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ ธุรกิจโฮมสเตย์ ซึ่งธุรกิจดังกล่าวให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้โดยผ่านสัญญาเช่าที่ดิน และการเช่าที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจนั้น อาจเป็นการเช่าที่ดินเปล่าเพื่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเอง หรือการเช่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างก็ได้ อย่างไรก็ตาม การเช่าทำสัญญาเช่าที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจที่พักอาศัยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น อาจมีข้อจำกัดบางประการที่ไม่สอดคล้องและไม่เหมาะสมต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างด้าวบางส่วนไม่นิยมเช่าถือครองที่ดินเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยผ่านการเช่าที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทั้งนี้ จากการศึกษา สามารถสรุปได้ว่า ข้อขัดข้องที่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เหมาะสมต่อการลงทุนมีดังต่อไปนี้

¹²⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540.

(1) ระยะเวลาการเช่า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์มีได้ไม่เกิน 30 ปี และคู่สัญญาไม่สามารถต่ออายุสัญญาเช่าได้ก่อนระยะเวลาการเช่าเดิมสิ้นสุดลง ดังนั้น หากนักลงทุนต่างด้าวเลือกเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านการเช่าดังกล่าว นักลงทุนต่างด้าวจะมีความแน่นอนในการครอบครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินที่เช่าเป็นระยะเวลา 30 ปี ซึ่งระยะเวลาการเช่าดังกล่าวยังยาวไม่เพียงพอต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าว¹³⁰ เนื่องจากนักลงทุนเล็งเห็นว่าระยะเวลาการเช่า 30 ปีที่นักลงทุนต่างด้าวจะมีสิทธิครอบครองและเช่าใช้ประโยชน์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น ยังไม่อาจทำให้การลงทุนได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่างับมูลค่าการลงทุนที่ได้ลงทุนไป แม้ว่าในทางปฏิบัตินั้นผู้ให้เช่าซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินจะมีข้อสัญญาให้คำมั่นต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ นักลงทุนต่างด้าวอีก 30 ปีก็ตาม แต่คำมั่นดังกล่าวก็ยังไม่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีความมั่นใจว่าการต่อสัญญาเช่าที่ดินภายหลังสัญญาฉบับแรกสิ้นสุดลงนั้นจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในกิจการบางประเภทนั้น ต้องใช้เงินลงทุนเป็นจำนวนมาก หากนักลงทุนต่างด้าวเช่าที่ดินเพื่อปลูกสร้างอาคารซึ่งเป็นทรัพย์สินถาวร นักลงทุนย่อมคาดหวังว่าจะได้ใช้อาคารเพื่อการประกอบธุรกิจมากกว่า 30 ปี ประกอบกับหากนักลงทุนต้องย้ายสถานประกอบกิจการของตนเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ดินตามกฎหมาย การย้ายสถานประกอบดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดต้นทุนเกินความจำเป็น หรืออาจจะต้องมีการลงทุนสร้างอาคารใหม่อีกด้วย

(2) ความมั่นคงแห่งสิทธิการเช่า

ในทางปฏิบัติผู้ให้เช่าที่ดินส่วนใหญ่มักตกลงให้มีข้อสัญญาให้คำมั่นต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่าในสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น “ผู้ให้เช่าตกลงให้คำมั่นอย่างเพิกถอนไม่ได้แก่ผู้เช่าว่า ผู้ให้เช่าจะต่อสัญญาเช่าทรัพย์สินให้อีกเป็นเวลา 30 ปีนับแต่วันถัดจากวันสิ้นสุดระยะเวลาการเช่า โดยมีข้อกำหนดและเงื่อนไขเช่นเดิมตามสัญญาฉบับนี้ ทั้งนี้ผู้เช่าต้องยื่นหนังสือแสดงความประสงค์ที่จะต่อสัญญาตามคำมั่นของผู้ให้เช่าให้แก่ผู้เช่าล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 1 เดือนก่อนสิ้นสุดระยะเวลาการเช่า”^{*} แต่คำมั่นดังกล่าวก็ไม่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีความมั่นใจและความเชื่อมั่นว่าตนจะมีสิทธิในการใช้อสังหาริมทรัพย์ได้ภายหลังจากครบกำหนดระยะเวลา

¹³⁰ Kanana Katharangsiporn, “THE BIG STORY OWING A PIECE OF THAILAND”, Bangkok Post (4 September 2010): 6-7.

* ตัดตอนมาจากข้อสัญญาเช่าที่ได้มีการจดทะเบียนต่อกรมที่ดินจริงเมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2552.

การเช่า 30 ปีแรก เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิ สามารถใช้ยกขึ้นต่อสู้ได้เฉพาะคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น หากผู้ให้เช่าโอนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลภายนอก แม้ว่าบุคคลภายนอกจะต้องรับโอนไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้ให้เช่าซึ่งมีต่อผู้เช่าตามที่กฎหมายกำหนด¹³¹ แต่บุคคลภายนอกซึ่งเป็นผู้รับโอนสิทธิการเช่าไม่ต้องผูกพันตามคำมั่นของผู้ให้เช่าเดิมที่จะต้องให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไป เนื่องจากกฎหมายบังคับให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ที่เกี่ยวกับสิทธิการเช่าเท่านั้น¹³²

(3) ความคล่องตัวในการโอนเปลี่ยนมือ

สัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ เนื่องจากผู้ให้เช่าต้องพิจารณาแล้วว่าผู้เช่านั้น มีคุณสมบัติที่จะรักษาทรัพย์สินของผู้ให้เช่าได้หรือไม่ ดังนั้น เมื่อผู้ให้เช่าได้ให้ความไว้วางใจแก่ผู้เช่าในการให้เช่าทรัพย์สินนั้นๆ แล้ว จึงหมายความว่าความไว้วางใจนั้น ผู้ให้เช่ามิให้เฉพาะผู้เช่าเท่านั้น เพราะฉะนั้นผู้เช่าจึงต้องใช้ทรัพย์สินเอง

เมื่อสัญญาเช่าเป็นสัญญาที่ถือคุณสมบัติของผู้เช่าเป็นสาระสำคัญ ส่งผลทางกฎหมายที่สำคัญ คือ ผู้เช่าจะให้เช่าช่วงทรัพย์สินหรือโอนสิทธิของผู้เช่าตามสัญญาให้แก่บุคคลภายนอกไม่ได้ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน เว้นแต่สัญญาเช่าจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งหากผู้เช่าฝ่าฝืนกระทำการดังกล่าว ผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาเช่า¹³³ ดังนั้น สิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งถือเป็นสิทธิอย่างหนึ่งของนักลงทุนจึงไม่สามารถโอนเปลี่ยนมือได้โดยสะดวก เนื่องจากผู้เช่ามักกำหนดว่าการให้เช่าช่วงและการโอนสิทธิการเช่าของผู้เช่านั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ให้เช่าล่วงหน้า (เป็นข้อสัญญาที่ปรากฏในทางปฏิบัติโดยทั่วไป) ซึ่งหากผู้เช่าฝ่าฝืนข้อสัญญาดังกล่าว ผู้ให้เช่าอาจบอกเลิกสัญญาเช่าได้

¹³¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 569.

¹³² คำพิพากษาฎีกาที่ 6491/2539 สัญญาเช่าระหว่างผู้ให้เช่าเดิมกับจำเลยระบุว่า ผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าต่อระยะเวลาการเช่าไปอีกหลังจากที่สัญญาเช่าสิ้นสุดลงแล้ว เป็นเพียงข้อตกลงต่างหากนอกเหนือจากสัญญาเช่าซึ่งเป็นบุคคลสิทธิไม่ใช่เป็นทรัพย์สินที่จะได้เช่าต่อไปผูกพันเฉพาะคู่สัญญาคือผู้ให้เช่าห้องพิพาทเดิมกับจำเลยเท่านั้น ไม่มีผลผูกพันโจทก์ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ห้องพิพาทซึ่งมิได้ตกลงกับจำเลยในข้อตกลงดังกล่าว จำเลยจึงไม่มีสิทธิที่จะขอให้โจทก์ต่อสัญญาเช่าให้อีก เมื่อสัญญาเช่าสิ้นสุดลงแล้วโจทก์ไม่ประสงค์ให้จำเลยอยู่ในห้องพิพาทต่อไปจำเลยก็ต้องออกไปจากห้องพิพาทนั้น.

¹³³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 544.

ดังนี้ อาจกล่าวได้ว่าความไม่สะดวกในการโอนเปลี่ยนมือของสิทธิการเช่าซึ่งเป็นสินทรัพย์ที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ อาจเป็นอีกเหตุผลหนึ่งที่ทำให้นักลงทุนต่างต่างเห็นว่า การถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่เหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจของตน

(4) การจดทะเบียนสิทธิการเช่า

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่มีระยะเวลาการเช่าเกินกว่า 3 ปี หรือเป็นการเช่าที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่าตลอดอายุของผู้เช่า หรือผู้ให้เช่า จะต้องทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นหนังสือ และต้องนำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นแล้วคู่สัญญาจะไม่สามารถฟ้องร้องบังคับคดีตามสัญญาเช่าครบตามระยะเวลาที่ตกลงกัน¹³⁴

ในปัจจุบันการจดทะเบียนการเช่าที่ดินนั้น จะต้องอยู่ภายใต้ระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งระเบียบดังกล่าวได้ให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนในกรณีและผู้เช่าเป็นคนต่างต่างหรือนิติบุคคลต่างต่างขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินในระยะยาว โดยให้สอบสวนข้อเท็จจริงให้เป็นที่น่าเชื่อถือว่าการขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวดังกล่าวไม่ใช้การทำสัญญาเช่าเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างต่าง และถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการเช่าเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างต่างแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หากพิจารณาเรื่องหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องนิติกรรมอำพรางแล้ว จะเห็นได้ว่า หากมีการแสดงเจตนาโดยสมรู้ร่วมคิดกับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งในการทำสัญญาเช่าที่ดิน เพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดิน ตามมาตรา 155 วรรค 2 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์กำหนดให้นับบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพรางมาใช้บังคับ และนิติกรรมที่ถูกอำพรางนี้จะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อนิติกรรมนั้นได้ทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้นๆ ดังนั้น การที่พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาว่าการเช่าที่ดินระยะยาวของคนต่างต่าง หรือนิติบุคคลต่างต่างนั้น เป็นนิติกรรมอำพรางนิติกรรมซื้อขายที่ดิน ก็ต้องบังคับตามกฎหมายเกี่ยวกับการซื้อขายที่ดิน ซึ่งนิติกรรมซื้อขายที่ดินของคนต่างต่างนั้นไม่สามารถเกิดขึ้นได้

¹³⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 538.

แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรมดังกล่าวย่อมขัดต่อกฎหมาย ได้แก่ ประมวลกฎหมายที่ดินโดยชัดแจ้ง และแม้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการจดทะเบียนการเช่าที่ดินให้แก่คนต่างด้าว การจดทะเบียนการเช่าดังกล่าวก็ไม่ทำให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ผู้วิจัยจึงเห็นว่า การสอบสวนข้อเท็จจริงของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามระเบียบดังกล่าวไม่สมเหตุสมผลด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(4.1) แม้ว่าเจตนาที่แท้จริงของคนต่างด้าวซึ่งขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวจะเป็นไปเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดิน แต่คนต่างด้าวก็ไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เนื่องจากนิติกรรมการซื้อขายที่ดินที่คนต่างด้าวทำนั้นย่อมตกเป็นโมฆะตามกฎหมาย เพราะวัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรมขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินโดยชัดแจ้ง*

(4.2) แม้ว่าคนต่างด้าวจะขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวและมีสิทธิครอบครองที่ดินตามสัญญาเช่า คนต่างด้าวก็ไม่มีสิทธิหรือมีโอกาสได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากสิทธิครอบครองการเช่าตามสัญญาเช่าและกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นเป็นสิทธิคนละประเภท กล่าวคือ สิทธิครอบครองตามสัญญาเช่านั้นเป็นเพียงบุคคลสิทธิ และคนต่างด้าวผู้เช่ามีสิทธิและหน้าที่ของผู้เช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งหากผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ของผู้เช่าแล้ว ย่อมก่อให้เกิดสิทธิแก่ผู้ให้เช่าในการบอกเลิกสัญญาเช่า ในขณะที่การถือครองที่ดินโดยมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สินสิทธิ ภายใต้บังคับแห่งกฎหมาย ผู้เป็นเจ้าของที่ดินย่อมไม่ถูกจำกัดการใช้ทรัพย์สินของตนเอง ดังนั้น ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า การให้คนต่างด้าวสามารถครอบครองที่ดินเพื่อการลงทุนได้ในระยะยาว ได้แก่ การจดทะเบียนสิทธิการเช่า โดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี ไม่อาจเป็นการทำให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

ด้วยเหตุผลดังกล่าว ระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2551 ซึ่งให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่รับจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวของคน

* เมื่อพิจารณาตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนิติกรรมอำพราง จะเห็นได้ว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นจะต้องทำตามแบบที่กฎหมายกำหนดด้วย ซึ่งเราอาจเทียบเคียงได้ว่า แม้คนต่างด้าวจะจดทะเบียนการเช่าระยะยาวเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินจริง นอกจากนิติกรรมการซื้อขายที่ดินจะตกเป็นโมฆะเนื่องจากวัตถุประสงค์ของนิติกรรมขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินโดยชัดแจ้งแล้ว นิติกรรมการซื้อขายที่ดินก็ยังคงตกเป็นโมฆะ เนื่องจากการซื้อขายที่ดินนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ซึ่งเมื่อไม่ดำเนินการดังกล่าวนิติกรรมการซื้อขายที่ดินย่อมตกเป็นโมฆะเพราะไม่ทำตามแบบ ตามมาตรา 152 อีกด้วย (โปรดดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1016/2538, 2711/2544).

ต่างดาว เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่มีดุลยพินิจเห็นว่า การจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวของคนต่างดาวเป็นไปเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดิน จึงเป็นขั้นตอนที่ไม่สมเหตุสมผลและเกินความจำเป็น ซึ่งส่งผลให้ภาครัฐเสียเวลาและสิ้นเปลืองงบประมาณในการตรวจสอบโดยไม่จำเป็น

ในทางปฏิบัติ เมื่อนักลงทุนต่างดาวขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาว จะต้องเตรียมหลักฐานแสดงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาชำระค่าเช่าในวันจดทะเบียนการเช่าด้วย และมีการตรวจสอบเอกสารคล้ายๆ กับการจดทะเบียนการซื้อขายที่ดินของนิติบุคคลสัญชาติไทย ซึ่งมีคนต่างดาวเป็นผู้มีส่วนได้เสีย ซึ่งจะต้องแสดงเอกสารจำนวนมากเพื่อป้องกันการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์แทนคนต่างดาว ดังนั้น เมื่อมีความยุ่งยากไม่ต่างกันมากนัก แต่กรณีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของนิติบุคคลสัญชาติไทยซึ่งมีคนต่างดาวเป็นผู้มีส่วนได้เสียก่อให้เกิดความแน่นอนแก่นักลงทุนต่างดาวในการครอบครองที่ดินมากกว่าการจดทะเบียนการเช่าที่ดิน กรณีนี้จึงอาจเป็นอีกสาเหตุหนึ่งที่คนต่างดาวไม่นิยมถือครองที่ดินผ่านการเช่า แต่เลือกที่จะถือครองที่ดินโดยการใช้ช่องทางการจัดตั้งนิติบุคคลไทยเพื่อขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

แม้ว่าการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของนักลงทุนต่างดาวสำหรับการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยเนื่องจากมีระยะเวลาการเช่าที่จำกัดก็ตาม แต่นักลงทุนต่างดาวที่ต้องการเช่าที่ดินและถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนโดยมีระยะเวลาการเช่ามากกว่า 30 ปีนั้น ก็ยังมีทางเลือกโดยการยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ได้ดังที่จะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

4.3.1.2 การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น นักลงทุนต่างดาวไม่มีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อนำมาลงทุนในกิจการต่างๆ ทำให้การเช่าที่ดินเป็นทางเลือกสำคัญของนักลงทุนต่างดาวในการถือครองที่ดินเพื่อประกอบกิจการของตน อย่างไรก็ตาม การลงทุนเพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมบางประเภทนั้น มีความต้องการระยะเวลาในการลงทุนเป็นเวลานาน กล่าวคือ ต้องมีระยะเวลาการลงทุนที่ยาวนานเพื่อให้คุ้มค่ากับมูลค่าการลงทุนที่ได้ลงทุนไป ดังนั้น ความมั่นคงและความแน่นอนแห่งสิทธิในการที่จะได้ใช้เช่าอสังหาริมทรัพย์ในการประกอบธุรกิจจึงเป็นปัจจัยสำคัญของนักลงทุนต่างดาวในการตัดสินใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทย และโดยที่การเช่าตามหลักทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายกำหนดให้มีกำหนดระยะเวลาการเช่า

ได้ไม่เกิน 30 ปี ทำให้นักลงทุนต่างด้าวบางกลุ่มเล็งเห็นว่าระยะเวลาการเช่าดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไปและไม่เหมาะสมต่อการลงทุนในกิจการบางประเภทที่ต้องการระยะเวลาการลงทุนที่ยาวนานและต้องการความมั่นคงของสิทธิตามสัญญาเช่าเพื่อให้คุ้มค่าแก่มูลค่าเงินทุนที่ได้ลงทุนไป

โดยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 นั้น กฎหมายฉบับนี้มีขึ้นเพื่อรองรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาว และทำให้การครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามสิทธิการเช่ามีความมั่นคงและสอดคล้องต่อการลงทุนมากยิ่งขึ้น ได้แก่ กำหนดให้มีการโอนสิทธิการเช่าได้ และให้สิทธิการเช่าสามารถตกทอดทางมรดกได้ รวมทั้งสามารถนำสิทธิการเช่าระยะยาวตามกฎหมายฉบับนี้ไปเป็นหลักประกันเพื่อการชำระหนี้ได้ ซึ่งจะช่วยส่งเสริมให้เกิดการเช่าระยะยาวที่มีความเหมาะสมต่อสภาพการลงทุนในปัจจุบันมากยิ่งขึ้น ดังนี้ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 จึงมีเพื่อขจัดข้อจำกัดบางประการของการเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นบทบัญญัติที่เอื้อต่อนักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น สอดคล้องกับสภาวะเศรษฐกิจและการลงทุนในปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาถึงการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น จะเห็นได้ว่า แม้ว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว จะไม่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวได้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ก็ตาม แต่ตามหลักการของกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม ให้สิทธิแก่ผู้เช่าที่จะเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้นานถึง 50 ปี และอาจต่ออายุสัญญาเช่าดังกล่าวออกไปได้อีก 50 ปี ซึ่งทำให้ผู้เช่าได้สิทธิครอบครอง และสิทธิในการทำประโยชน์จากทรัพย์สินที่เช่าได้ยาวนานขึ้น ดังนั้น การที่นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ที่ยาวนาน และมีกฎหมายบัญญัติรองรับสิทธิโดยชัดแจ้งนั้นย่อมเป็นปัจจัยที่สำคัญที่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีความมั่นใจในการที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

(ก) กรณีการเช่าที่ดินไม่เกิน 100 ไร่

(1) ระยะเวลาในการเช่า

การเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ต้องเป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่กำหนดเวลาเช่าไว้เกิน 30 ปี แต่ไม่เกิน 50 ปี เพราะฉะนั้นหากเป็นการเช่า 30 ปีหรือต่ำกว่านั้นหรือกำหนดระยะเวลาเช่าในรูปแบบอื่นก็ไม่อาจใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้¹³⁵

(2) วัตถุประสงค์ในการเช่า¹³⁶

ต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม กล่าวคือจะต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(2.1) พาณิชยกรรมที่มีเงินทุนไม่ต่ำกว่า 20 ล้านบาท

(2.2) อุตสาหกรรมที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

(2.3) ประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

ทั้งนี้ ประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมที่ให้คนต่างด้าวจดทะเบียนการเช่าได้ต้องเป็นประเภทธุรกิจที่คนต่างด้าวสามารถประกอบธุรกิจได้ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวด้วย¹³⁷

(3) แบบของสัญญาเช่า

ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กำหนดให้การเช่าต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิเช่นนั้นจะตกเป็นโมฆะ กรณีดังกล่าวจึงต่างกับการเช่าทรัพย์ตามประมวล

¹³⁵ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 3.

¹³⁶ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 5.

¹³⁷ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 6.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ การเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้สัญญาเช่าที่เกินกว่า 3 ปี ต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เท่านั้น ซึ่งหากคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามก็มีผลเพียงทำให้คู่สัญญาไม่สามารถฟ้องร้องบังคับตามสัญญาเช่าทรัพย์สินในส่วนที่เกิน 3 ปีได้ แต่กรณีดังกล่าวไม่ได้ทำให้สัญญาเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด

นอกจากนี้ ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะแก้ไขรายการที่จดทะเบียนการเช่า การให้เช่าช่วง การนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกัน การโอนสิทธิการเช่า หรือการตกทอดทางมรดกนั้น กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาต้องยื่นคำขอจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เช่นกัน อย่างไรก็ตาม การไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีดังกล่าวนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดให้การกระทำดังกล่าวตกโมฆะ เพียงแต่คู่สัญญาไม่อาจยกการกระทำดังกล่าวขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้¹³⁸

อนึ่ง การจดทะเบียนการเช่าตามกฎหมายฉบับนี้ คู่สัญญาจะต้องจัดทำหรือจัดให้มีเอกสารตามที่กฎหมายกำหนด รายละเอียดปรากฏตามภาคผนวก จ เพื่อใช้ประกอบการจดทะเบียนการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม

(4) เขตพื้นที่เช่า

อสังหาริมทรัพย์ที่จะจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องอยู่ภายในบริเวณที่กำหนดให้เป็นที่ดินประเภทพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมนั้น¹³⁹

(5) ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน

บทบัญญัติเรื่องเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่ได้กำหนดว่าผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของทรัพย์สิน ดังนั้น การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ผู้ให้เช่าจึงไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน

¹³⁸ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 2.

¹³⁹ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 4.

อสังหาริมทรัพย์ก็ได้ ในขณะที่การเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 นั้น ผู้ให้เช่าต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

(ข) กรณีการเช่าที่ดินเกิน 100 ไร่¹⁴⁰

ในกรณีที่เป็นการเช่าที่ดินมีเนื้อที่เกินกว่า 100 ไร่ นั้น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์เช่นเดียวกับการเช่าที่ดินไม่เกิน 100 ไร่ ที่ได้กล่าวไปข้างต้นแล้ว การเช่าที่ดินที่มีเนื้อที่เกิน 100 ไร่ จะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ด้วย

(1) เป็นการประกอบกิจการที่เพิ่มมูลค่าการส่งออกหรือสนับสนุนการจ้างแรงงานในประเทศ หรือ

(2) เป็นการประกอบกิจการที่ยังไม่มีในราชอาณาจักรหรือมีแต่ไม่เพียงพอ หรือ

(3) เป็นการประกอบกิจการที่มีกรรมวิธีการผลิตที่ทันสมัยหรือเป็นการพัฒนาด้านเทคโนโลยี หรือ

(4) เป็นการประกอบกิจการที่เป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจและสังคมของประเทศอย่างสูงตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี หรือ

(5) ในกรณีที่คนต่างด้าวเป็นผู้เช่า ผู้เช่าช่วง หรือผู้รับโอนสิทธิการเช่า การประกอบกิจการพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมนั้นจะต้องมีการลงทุนไม่น้อยกว่า 100 ล้านบาท โดยไม่รวมถึงจำนวนเงินค่าเช่า และต้องนำเงินตราต่างประเทศหรือถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ หรือถอนเงินจากเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศตามจำนวนเงินลงทุนทั้งหมด

(ค) ผลของสัญญาเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

เมื่อสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะตามที่กฎหมายดังกล่าวก็จะเกิดผลดังต่อไปนี้

¹⁴⁰ กฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542.

(1) ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินที่เช่าได้ตามเวลาในสัญญาซึ่งมากกว่า 30 ปี แต่ไม่เกิน 50 ปี และเมื่อครบกำหนดตามสัญญาแล้วก็สามารถตกลงต่อกันได้ไม่เกิน 50 ปี

(2) ผู้เช่าสามารถใช้ทรัพย์สินที่เช่าได้ตามประเภทของพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่กำหนดในสัญญาเช่าอันได้จดทะเบียนไว้แล้วเท่านั้น ไม่อาจใช้เพื่อประโยชน์ประการอื่นหรือเพื่อพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมประเภทอื่นได้

(3) ผู้เช่าสามารถให้เช่าช่วงหรือโอนสิทธิการเช่าไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนได้เว้นแต่จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาเช่า การที่กฎหมายวางหลักเช่นนี้ก็มีจุดประสงค์เพื่อเอื้ออำนวยให้มีการซื้อขายทรัพย์สินที่เช่าได้อย่างเต็มที่มากกว่าที่จะคำนึงถึงตัวบุคคลผู้เช่าว่าเป็นที่ไว้วางใจของผู้ให้เช่าหรือไม่ อย่างไรก็ตาม การให้เช่าช่วงและการโอนสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดเช่นกัน ทั้งในเรื่องการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้สามารถยกขึ้นต่อสู้บุคคลภายนอกได้ พร้อมทั้งต้องแสดงหลักฐานตามที่กฎหมายกำหนด¹⁴¹ ซึ่งต่างจากหลักเกณฑ์การโอนสิทธิการเช่าหรือการให้เช่าช่วงตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

(4) สิทธิการเช่าตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมนั้น สามารถตกทอดทางมรดกแก่ทายาทได้ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าการเช่าตามกฎหมายฉบับนี้ กฎหมายได้ยกเว้นหลักทั่วไปของการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักไว้ตลอดมาว่า เมื่อผู้เช่าตายสัญญาเช่าเป็นอันระงับ¹⁴² กล่าวคือ สิทธิการเช่าตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมนั้น

¹⁴¹ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 2.

¹⁴² คำพิพากษาฎีกาที่ 9201/2551 สิทธิการเช่าเป็นสิทธิเรียกร้องอย่างหนึ่งที่เกิดขึ้นโดยสัญญา ซึ่งผู้ให้เช่าตกลงให้ผู้เช่าได้ใช้หรือได้รับประโยชน์ในทรัพย์สิน อันเป็นหนี้เหนือบุคคล หากเป็นสิทธิเหนือทรัพย์สินหรือเป็นทรัพย์สินที่ไม่และการเช่าทรัพย์สินนั้น ปกติผู้ให้เช่าย่อมพึงเล็งถึงคุณสมบัติของผู้เช่าว่าสมควรได้รับความไว้วางใจในการใช้และดูแลทรัพย์สินที่เช่าหรือไม่ สิทธิของผู้เช่าจึงมีสภาพเป็นการเฉพาะตัว เมื่อผู้เช่าตายสิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าก็เป็นอันระงับสิ้นสุดลง และไม่ เป็นมรดกตกทอดไปถึงทายาททั้งนี้โดยไม่ต้องคำนึงว่ามีข้อตกลงให้ผู้เช่าโอนสิทธิการเช่าหรือไม่ เพราะหากมีข้อตกลงก็เป็นเรื่องให้ผู้เช่ายอมให้ผู้เช่าโอนสิทธิการเช่าแก่บุคคลภายนอกในระหว่างที่ผู้เช่ามีชีวิตอยู่ ซึ่งอาจทำได้ตาม ป.พ.พ. มาตรา 544 เท่านั้น ดังนั้น พินัยกรรมของ ท. ที่ยกสิทธิการเช่าที่ดินให้แก่โจทก์จึงไม่ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องใด ๆ แก่โจทก์เกี่ยวกับที่ดินที่เช่า และไม่ผูกพันจำเลยที่ 1 จะต้องให้โจทก์เป็นผู้เช่าต่อไป จำเลยที่ 1 ย่อมพิจารณาให้จำเลยที่ 2 และให้จำเลยที่ 3 และที่ 4 เป็นผู้เช่าที่ดินแต่ละแปลงต่อไปได้.

ไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวผู้เช่าอีกต่อไป ซึ่งส่งผลดีต่อการประกอบธุรกิจที่ต้องการความคล่องตัวในการโอนเปลี่ยนมือสิทธิการเช่าที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ

(5) สิทธิการเช่าตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมนี้ สามารถนำไปเป็นหลักประกันหนี้ได้โดยการจำนอง และให้นำบทบัญญัติเรื่องจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม แนวคิดเรื่องการนำสิทธิการเช่าไปเป็นหลักประกันนี้มีปรากฏในตัวบทกฎหมายเป็นครั้งแรก แต่ในความจริงแล้วการนำสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปเป็นหลักประกันการชำระหนี้ก็เป็นที่ยอมรับและปฏิบัติกันมานานแล้ว เพียงแต่ว่าสิทธิการเช่าดังกล่าวเป็นหลักประกันในรูปแบบอื่นนอกเหนือไปจากที่มีในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่การที่กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องจำนองมาใช้ส่งผลให้สิทธิการเช่าตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมนั้น เป็นหลักประกันที่มีกฎหมายรองรับสิทธิ ซึ่งต่างจากการนำสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไปเป็นหลักประกันหนี้

(6) ประเด็นอื่นๆ ที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมซึ่งไม่ได้กล่าวถึงในพระราชบัญญัติฉบับนี้ กฎหมายกำหนดให้นำบทบัญญัติเรื่องเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับโดยอนุโลม¹⁴³ โดยบทบัญญัติตามเรื่องเช่าทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ดังกล่าวก็เป็นเรื่องที่คุณสัญญาสามารถตกลงเปลี่ยนแปลงไปจากบทบัญญัติได้ เช่น บทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้เช่าและผู้ให้เช่า เป็นต้น

(ง) การเช่าตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พิกัดอาศัย

หากนักลงทุนต่างด้าวสามารถจดทะเบียนสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมได้นั้น จะเห็นได้ว่านักลงทุนต่างด้าวจะได้รับสิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้ยาวนานมากขึ้นกว่าการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ สามารถกำหนดระยะเวลาการเช่าได้นานถึง 50 ปี นอกจากนี้ คนต่างด้าวยังสามารถนำสิทธิการเช่าไปจำนองเป็นหลักประกันหนี้ นำออกให้เช่าช่วง

¹⁴³ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 9.

การโอนสิทธิการเช่า รวมถึงสิทธิการเช่าดังกล่าวสามารถตกทอดทางมรดกได้ เว้นแต่จะได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญา ดังนั้น สัญญาเช่าตามกฎหมายฉบับนี้จึงเหมาะสมกับสภาพการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว และเป็นการส่งเสริมความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจ

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ได้ประกาศและมีผลบังคับใช้มาเป็นระยะเวลากว่า 12 ปี แต่ปรากฏว่าในปัจจุบันมีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เพียง 6 ราย¹⁴⁴ จึงเป็นที่น่าสังเกตว่า การที่จำนวนการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฉบับนี้มีจำนวนน้อยนั้น มีสาเหตุเนื่องมาจากข้อจำกัดประการใด ซึ่งจากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่า นักลงทุนต่างด้าวอาจพิจารณาในประเด็นดังต่อไปนี้และเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่เหมาะสมกับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย และไม่สอดคล้องต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าว

(1) ระยะเวลาการเช่า

ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กฎหมายเปิดโอกาสให้คู่สัญญาสามารถตกลงระยะเวลาการเช่าได้นานถึง 50 ปี และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าแล้ว ผู้เช่าและผู้ให้เช่าอาจตกลงกันต่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 50 ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมาย อาจเห็นว่ากฎหมายฉบับนี้ให้สิทธิผู้เช่าสามารถเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้ยาวนานถึง 100 ปี แต่ในความเป็นจริงแล้ว การต่ออายุสัญญาเช่าอีก 50 ปีนั้น จะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกครบกำหนดระยะเวลาการเช่าก่อน จึงทำให้เกิดความไม่แน่นอนแก่ผู้เช่าว่าจะได้รับการต่อสัญญาเช่าฉบับที่สองหรือไม่ ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวบางรายที่ต้องการระยะเวลาการเช่ามากกว่า 50 ปี เพื่อให้คุ้มค่าต่อมูลค่าที่ได้ลงทุนไปจึงอาจเห็นว่า การเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่เหมาะสมกับลักษณะของธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุน

¹⁴⁴ รายงานการจดทะเบียนการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อื่นตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542; แบบรายงานการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542, สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร สาขาบางขุนเทียน ข้อมูล ณ วันที่ 21 เมษายน พ.ศ. 2553.

ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับเรื่อง การต่ออายุสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 4 วรรค 2 จะเห็นได้ว่า กฎหมายไม่จำเป็นต้อง บัญญัติไว้ก็ได้ เนื่องจากการต่ออายุสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ก็เป็นการทำสัญญาเช่ากันใหม่ อย่างหนึ่ง ซึ่งต้องอยู่ในหลักของมาตรา 4 วรรคแรกอยู่แล้ว¹⁴⁵

(2) การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไป ประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง

แม้ว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้จะบัญญัติรับรองไว้โดยชัดแจ้งให้ สิทธิการเช่าที่ได้จดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้สามารถนำไปใช้เป็นหลักประกัน การชำระหนี้ได้โดยการจำนองและให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการจำนองอสังหาริมทรัพย์มาใช้บังคับ โดยอนุโลม¹⁴⁶ แต่โดยสภาพของสิทธิการเช่าที่แตกต่างจากสภาพของทรัพย์สินที่จำนอง ดังนั้น การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง ย่อมทำให้เกิดปัญหาบางประการดังต่อไปนี้

(2.1) การคุ้มครองสิทธิของคู่กรณี

โดยทั่วไปแล้วผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้หากผู้เช่าไม่ ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญาเช่า ดังนั้น ในกรณีที่ผู้เช่าได้นำสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัติ ฉบับนี้ไปจำนองไว้เป็นการประกันการชำระหนี้ของตนไว้กับเจ้าหนี้รายหนึ่ง และภายหลังจากนั้น ผู้ให้เช่าได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าเนื่องจากผู้เช่าผิดสัญญา กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อ เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง กล่าวคือ เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาจำนองสูญสิ้นไป (สัญญาเช่า ระงับสิ้นไป) สิทธิจำนองย่อมระงับสิ้นไปเพราะเหตุที่ไม่มีวัตถุแห่งสัญญาให้สิทธิจำนองเกาะเกี่ยว อีกต่อไป ซึ่งย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง

(2.2) การบังคับสิทธิการเช่าในฐานะที่เป็นหลักประกัน

เมื่อผู้เช่าได้นำสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่า อสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ไปจำนองเพื่อเป็นการประกันการ ชำระหนี้ ถ้าลูกหนี้ (ผู้เช่า) ผิดนัด และจะต้องมีการบังคับจำนองสิทธิการเช่า การบังคับจำนอง

¹⁴⁵ ส้ำเรียง เมฆเกรียงไกร, คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์ (กรุงเทพฯ: คณะ นิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523), หน้า 39.

¹⁴⁶ พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มาตรา 6.

จะต้องดำเนินการตามกระบวนการบังคับคดีทางแพ่งซึ่งเป็นกระบวนการที่มีความล่าช้าพอสมควร จึงอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนอง เพราะว่าตามลักษณะของสิทธิการเช่านั้น ยิ่งระยะเวลาผ่านไปนานเท่าใด มูลค่าของสิทธิการเช่าย่อมลดลง หรืออาจกล่าวได้ว่ามูลค่าของสิทธิการเช่าจะลดลงโดยมีลักษณะแปรผันตรงตามระยะเวลาเช่าที่ลดลง

(3) กฎกระทรวงที่ออกตามความพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ภายหลังจากที่ได้มีประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ในปีถัดมาได้มีการประกาศกฎกระทรวงเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเช่าตามพระราชบัญญัติ 2 ฉบับ ได้แก่ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 และกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2543) ออกตามความพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 โดยกฎกระทรวงดังกล่าวมีข้อสังเกตบางประการดังต่อไปนี้

(3.1) การกำหนดเขตพื้นที่เช่า

เขตพื้นที่เช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ จะต้องอยู่ภายในบริเวณเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมนั้น ก็ไม่น่าจะมีประโยชน์ประการใดต่อการดึงดูดนักลงทุนต่างด้าวให้มายื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ เนื่องจากตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม นักลงทุนต่างด้าวย่อมมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรม ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวซึ่งประสงค์ที่จะลงทุนในเขตนิคมอุตสาหกรรมจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้แต่อย่างใด

อนึ่ง อสังหาริมทรัพย์ที่จะเช่ากันตามพระราชบัญญัตินี้ถูกจำกัดให้เช่าได้เฉพาะที่ดินในบริเวณที่กำหนดให้เป็นที่ดินประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือมิฉะนั้นก็ต้องเป็นที่ดินในเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม¹⁴⁷ จึงทำให้อสังหาริมทรัพย์ที่ตั้งอยู่ในเขตอยู่อาศัย หรือเขตอยู่อาศัย

¹⁴⁷ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2552 ข้อ 4.

หนาแน่นน้อย ซึ่งสามารถใช้ประโยชน์ที่ดินเกี่ยวกับที่พักอาศัยได้ เช่น เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ หรือ โรงแรม เป็นต้น ไม่สามารถยื่นคำขอจดทะเบียนการเช่าตามกฎหมายฉบับนี้ได้ ทั้งนี้ ที่ธุรกิจดังกล่าวก็เข้าลักษณะพาณิชย์กรรม เช่น หากที่ดินซึ่งจะเป็นที่ตั้งโครงการเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ หรือโรงแรมเป็นที่ดินในบริเวณที่ถูกกำหนดให้เป็นที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย (สีเหลือง) โดยให้ใช้ประโยชน์ที่ดินดังกล่าวเพื่อการอยู่อาศัย สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเป็นส่วนใหญ่ สำหรับการให้ประโยชน์ที่ดิน เพื่อกิจการอื่นให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของที่ดินประเภทนี้ในแต่ละบริเวณ ดังนี้ หากที่ดินซึ่งจะเป็นที่ตั้งโครงการโรงแรมดังกล่าว ยังอยู่ในโควตาของการประกอบกิจการอื่น* นักลงทุนต่างด้าวย่อมไม่สามารถขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ เพราะที่ดินที่ต้องการขอจดทะเบียนเช่านั้นไม่อยู่ในเขตตามที่กฎหมายกำหนด กรณีจึงเป็นเรื่องที่น่าเสียดายอย่างยิ่ง เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้ให้ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้นานถึง 50 ปี ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างด้าวผู้เข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น มีความมั่นคงและแน่นอนของสิทธิการเช่ามากกว่าสิทธิการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตารางที่ 2 การกำหนดประเภทที่ดินและการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎหมายผังเมือง¹⁴⁸

ประเภทที่ดิน	สีที่แทนประเภทที่ดิน	การใช้ประโยชน์ที่ดิน
ที่ดินประเภทที่อยู่อาศัย หนาแน่นน้อย	สีเหลือง	เพื่อการอยู่อาศัยสถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเป็นส่วนใหญ่ สำหรับการให้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่นให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของที่ดินประเภทนี้ในแต่ละบริเวณ
ที่ดินประเภทที่อยู่อาศัย หนาแน่นปานกลาง	สีส้ม	เพื่อการอยู่อาศัย สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเป็นส่วนใหญ่ สำหรับการให้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่น ให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละ

* ในปัจจุบันยังมีข้อถกเถียงในทางปฏิบัติว่ากิจการโรงแรมนั้นเป็นการใช้ที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยหรือไม่.

¹⁴⁸ กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมชุมชน กม. 5 จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ พ.ศ. 2554 ทั้งนี้ กฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมในแต่ละพื้นที่อาจกำหนดประเภทที่ดินและการใช้ประโยชน์ที่ดินแตกต่างกัน.

ประเภทที่ดิน	สีที่ใช้แทนประเภทที่ดิน	การใช้ประโยชน์ที่ดิน
		ละ 15 ของที่ดินประเภทนี้ในแต่ละบริเวณ
ที่ดินประเภทพาณิชยกรรม และที่อยู่อาศัยหนาแน่นมาก	สีแดง	เพื่อพาณิชยกรรม การอยู่อาศัย สถาบันราชการ การสาธารณูปโภค และสาธารณูปการเป็นส่วนใหญ่ สำหรับการให้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่น ให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของที่ดินประเภทนี้ในแต่ละบริเวณ
ที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรม	สีเขียว	เพื่อเกษตรกรรมหรือเกี่ยวข้องกับเกษตรกรรม สถาบันราชการ การสาธารณูปโภคและสาธารณูปการเป็นส่วนใหญ่ สำหรับการให้ประโยชน์ที่ดินเพื่อกิจการอื่น ให้ใช้ได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของที่ดินประเภทนี้ในแต่ละบริเวณ
ที่ดินประเภทที่โล่งเพื่อนันทนาการและการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม	สีเขียวอ่อน	เพื่อนันทนาการหรือเกี่ยวข้องกับนันทนาการ การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมหรือสาธารณประโยชน์เท่านั้น
ที่ดินประเภทอนุรักษ์ป่าไม้	สีเขียวอ่อนมีเส้นทแยงขาว	เพื่อการสงวนและคุ้มครองดูแลรักษาหรือบำรุงป่าไม้ สัตว์ป่า ต้นน้ำลำธาร และทรัพยากรธรรมชาติอื่นๆ ตามมติคณะรัฐมนตรีและกฎหมายที่เกี่ยวกับการป่าไม้ การสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า และการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ
ที่ดินประเภทสถาบันการศึกษา	สีเขียวมะกอก	เพื่อการศึกษาหรือเกี่ยวข้องกับการศึกษา สถาบันราชการ หรือ

ประเภทที่ดิน	สีที่ใช้แทนประเภทที่ดิน	การใช้ประโยชน์ที่ดิน
		สาธารณประโยชน์เท่านั้น
ที่ดินประเภทที่โล่งเพื่อการ รักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม	สีฟ้า	เพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ การประมง ชายฝั่ง หรือสาธารณประโยชน์ เท่านั้น
ที่ดินประเภทสถาบัน ศาสนา	สีเทาอ่อน	เพื่อการศึกษาหรือเกี่ยวข้องกับการ ศาสนา การศึกษา สถาบันราชการ หรือสาธารณประโยชน์เท่านั้น
ที่ดินประเภทสถาบัน ราชการ การสาธารณูปโภค และสาธารณูปการ	สีน้ำเงิน	เพื่อกิจการของรัฐ กิจการเกี่ยวกับการ สาธารณูปโภคและสาธารณูปการหรือ สาธารณประโยชน์เท่านั้น

(3.2) ประเภทของพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม

ในกรณีของหลักเกณฑ์การขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินเกินกว่า 100 ไร่ จะเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์ตามกฎหมายที่กำหนดประเภทของพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมนั้น มีลักษณะกว้างๆ และยังไม่มีความชัดเจน เช่น ขอบเขตหรือความหมายของกิจการที่เพิ่มมูลค่าการส่งออกหรือสนับสนุนการจ้างแรงงานในประเทศ กิจการที่มีกรรมวิธีการผลิตที่ทันสมัยหรือเป็นการพัฒนาด้านเทคโนโลยี เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เป็นบทบัญญัติที่เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านการเช่าโดยมีระยะเวลาการเช่าที่ยาวถึง 50 ปี มากกว่าการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อีกทั้งการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ยังมีลักษณะพิเศษเพื่อให้สอดคล้องต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวยิ่งขึ้นตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น อย่างไรก็ตาม การที่ผู้ขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้มีจำนวนน้อยในปัจจุบันนั้น อาจเป็นเพราะว่า นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้ยังไม่เหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจของตน หรือพื้นที่ตั้งของธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่อยู่ในพื้นที่พาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรม ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง จึงทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่อาจยื่นคำขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวบางกลุ่มที่เล็งเห็นว่าสิทธิการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ยังไม่เหมาะสมหรือตรงต่อความต้องการของธุรกิจที่พักอาศัย หรือพื้นที่ที่ต้องการประกอบธุรกิจไม่อาจยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ได้ จึงพยายามหาช่องว่างทางกฎหมาย เพื่อเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์สำหรับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยด้วยวิธีอื่นต่อไป เช่น การจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อรับโอนที่ดิน การจดทะเบียนการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ติดต่อกันสองฉบับ หรืออาจก่อตั้งทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพื่อให้เกิดความสะดวกและเกิดประโยชน์สูงสุดในการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย

4.3.2 การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์

นอกจากการครอบครองอสังหาริมทรัพย์โดยมีกรรมสิทธิ์ และการครอบครองที่ดินโดยมีสิทธิตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์แล้ว การมีทรัพย์สินอื่นๆ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับคนต่างด้าวในการที่จะถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย เนื่องจากในปัจจุบันกฎหมายไม่ได้ห้ามเจ้าของกรรมสิทธิ์ใน

อสังหาริมทรัพย์จดทะเบียนการมีทรัพย์สินเห็นอสังหาริมทรัพย์ของตนให้แก่คนต่างด้าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ การถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวโดยการมีทรัพย์สินเห็นอสังหาริมทรัพย์นั้น น่าจะมีความมั่นคงแห่งสิทธิหรือความแน่นอนแห่งสิทธิในการถือครองและใช้อสังหาริมทรัพย์มากกว่าการถือครองและใช้อสังหาริมทรัพย์ตามสิทธิการเช่า เนื่องจากทรัพย์สินนั้นเป็นสิทธิเห็นทรัพย์สินซึ่งสามารถใช้อ้างยันต่อบุคคลภายนอกได้เสมอ ในขณะที่สิทธิการเช่าไม่ว่าจะเป็นการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นเพียงบุคคลสิทธิและสามารถใช้อ้างยันได้ระหว่างคู่สัญญาเท่านั้น

ดังนั้น ผู้วิจัยจึงได้ศึกษาและวิเคราะห์ว่าทรัพย์สินประเภทใดบ้างที่เหมาะสมและสามารถปรับใช้ต่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

4.3.2.1 สิทธิอาศัย

(ก) ลักษณะสิทธิอาศัย¹⁴⁹

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์¹⁵⁰ สิทธิอาศัยเป็นทรัพย์สินประเภทหนึ่ง ที่ผู้ทรงสิทธิมีสิทธิที่จะอยู่ในโรงเรือนของผู้อื่นโดยไม่ต้องเสียค่าเช่า หรือผลประโยชน์อื่นใดตอบแทน ซึ่งการที่จะเป็นสิทธิอาศัยได้นั้น จะต้องเป็นการอยู่อาศัยโดยต้องใช้โรงเรือนนั้นเป็นที่กินอยู่หลับนอน แต่จะใช้โรงเรือนนั้นเพื่อทำการค้าหรือธุรกิจอย่างอื่นไม่ได้ ทั้งนี้ สิทธิอาศัยนั้นจะต้องเป็นการอยู่อาศัยในโรงเรือนของผู้อื่นเท่านั้น นอกจากนี้สิทธิอาศัยนั้นจะก่อตั้งได้เฉพาะสิทธิอาศัยในโรงเรือนเท่านั้น ไม่สามารถก่อตั้งสิทธิอาศัยเหนือที่ดินได้

สิทธิอาศัยนั้นจะเกิดขึ้นได้แต่โดยนิติกรรมเท่านั้น และเมื่อสิทธิอาศัยเกิดขึ้นแล้ว ผู้ทรงสิทธิอาศัยจะโอนสิทธิอาศัยให้แก่ผู้ใดไม่ได้เลย ไม่ว่าจะเป็นการโอนโดยนิติกรรมพินัยกรรม หรือโอนทางมรดกก็ตาม เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้สิทธิอาศัยนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัว¹⁵¹

¹⁴⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 339.

¹⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1402.

¹⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1404.

ในเรื่องกำหนดเวลาของสิทธิอาศัยนั้น หากการก่อตั้งสิทธิอาศัยนั้น ได้มีกำหนดเวลา กำหนดเวลาดังกล่าวจะเกิน 30 ปีไม่ได้ หากคู่สัญญาตกลงกำหนดเวลาเกินกว่า 30 ปี ก็ให้ลดลงมาเหลือ 30 ปี อย่างไรก็ตาม เมื่อครบกำหนด 30 ปีแล้ว อาจจะทำอายุสิทธิอาศัยอีกก็ได้ แต่ต้องไม่เกินคราวละ 30 ปี¹⁵²

(ข) สิทธิอาศัยกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุน

เมื่อพิจารณาลักษณะของสิทธิอาศัยแล้ว จะเห็นได้ว่ากฎหมายกำหนดให้ก่อตั้งสิทธิอาศัยได้เพื่อการอยู่อาศัยเท่านั้น ไม่สามารถใช้สิทธิอาศัยเพื่อการทำธุรกิจหรือการค้าได้ ดังนั้น จึงสามารถสรุปได้ว่า แม้การก่อตั้งสิทธิอาศัยจะทำให้นักลงทุนต่างด้าวได้ครอบครองอสังหาริมทรัพย์ได้นานถึง 30 ปี แต่นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้

4.3.2.2 สิทธิเหนือพื้นดิน

(ก) ลักษณะสิทธิเหนือพื้นดิน¹⁵³

เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งซึ่งเป็นสิทธิที่บุคคลหนึ่งได้เป็นเจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้างหรือสิ่งเพาะปลูกบนดิน หรือที่ดินของผู้อื่นโดยจะเสียค่าเช่า ค่าตอบแทนให้เจ้าของที่ดินด้วยหรือไม่ก็ได้¹⁵⁴ โดยสิทธิเหนือพื้นดินนั้น จะก่อให้เกิดขึ้นได้เฉพาะแต่ที่ดินเท่านั้น กล่าวคือ จะนำอสังหาริมทรัพย์อื่นๆ มาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินไม่ได้เลย และผู้ที่อนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธิเหนือพื้นดินจะต้องเป็นเจ้าของที่ดินเท่านั้น

อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าของที่ดินจะได้อนุญาตให้ผู้อื่นมีสิทธิเหนือพื้นดินของตนแล้วก็ตาม เจ้าของที่ดินยังคงมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินจะมีกรรมสิทธิ์ในโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกที่อยู่บนที่ดินหรืออยู่ใต้ดินนั้นเท่านั้น และการมีกรรมสิทธิ์

¹⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1403 บัญญัติว่า

“สิทธิอาศัยนั้น ท่านว่าจะก่อให้เกิดโดยมีกำหนดเวลาหรือตลอดชีวิตของผู้อาศัยก็ได้

ถ้าไม่มีกำหนดเวลา ท่านว่าสิทธินั้นจะเลิกเสียในเวลาใดๆ ก็ได้แต่ต้องบอกล่วงหน้าแก่ผู้อาศัยตามสมควร

ถ้าให้สิทธิอาศัยโดยมีกำหนดเวลา กำหนดนั้นท่านมิให้เกินสามสิบปีถ้ากำหนดไว้ยาวนานกว่านั้น ให้ลดลงมาเป็นสามสิบปี การให้สิทธิอาศัยจะทำต่ออายุก็ได้ แต่ต้องกำหนดเวลาไม่เกินสามสิบปีนับแต่วันทำต่อ”.

¹⁵³ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 347.

¹⁵⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1410.

ในทรัพย์สินดังกล่าวอาจเกิดจากกรณีที่เจ้าของที่ดินยอมให้ผู้อื่นเข้ามาปลูกสร้างและเป็นเจ้าของสิ่งเหล่านั้น หรือเจ้าของที่ดินได้ปลูกสร้างสิ่งเหล่านั้นเองและยอมให้ผู้อื่นเข้ามาเป็นเจ้าของสิ่งเหล่านั้นก็ได้ ซึ่งการมีสิทธิเหนือพื้นดินในโรงเรือนสิ่งปลูกสร้างในที่ดินของผู้อื่นนั้นย่อมจะทำให้โรงเรือนและสิ่งปลูกสร้างไม่เป็นส่วนควบของที่ดิน¹⁵⁵

ดังนี้ จึงมีข้อสังเกตว่า สิทธิเหนือพื้นดินนั้น มีลักษณะคล้ายกับการให้เช่าที่ดินเพื่อปลูกโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูก ข้อแตกต่างอยู่ที่ถ้าเป็นการเช่าที่ดินจะต้องเสียค่าเช่า แต่ถ้าเป็นสิทธิเหนือพื้นดินจะเสียค่าเช่า ค่าตอบแทนอย่างอื่นหรือไม่ก็ได้ นอกจากนี้ หากการเช่าที่ดินไม่เกิน 3 ปี ก็ไม่ต้องจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามสิทธิเหนือพื้นดินนั้น ไม่ว่าจะมียุทธศาสตร์เท่าใดก็ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เสมอ

(ข) การได้มาซึ่งสิทธิเหนือพื้นดิน

สิทธิเหนือพื้นดินจะได้มาโดยทางนิติกรรมเท่านั้น ซึ่งการได้มาโดยนิติกรรมนั้นต้องเป็นไปตามมาตรา 1299 วรรคแรก กล่าวคือ จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน และสามารถใช้บังคับได้ระหว่างคู่กรณีเท่านั้น¹⁵⁶

(ค) ลักษณะของผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน

สิทธิเหนือพื้นดินไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัว เว้นแต่จะตกลงไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมก่อตั้ง ดังนั้น สิทธิเหนือพื้นดินจึงอาจโอนกันต่อไปได้ หรืออาจรับมรดกกันได้เมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินถึงแก่ความตาย¹⁵⁷ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีสิทธิที่จะจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ซึ่งตั้งอยู่บนที่ดินนั้นได้ บุคคลใดมารับโอนทรัพย์สินเหล่านั้นไป

¹⁵⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 146.

¹⁵⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6653/2542 โจทก์และจำเลยที่ 1 ได้ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินพิพาทกัน โดยมีข้อตกลงว่า จำเลยที่ 1 ยอมให้โจทก์ใช้ที่ดินพิพาทเป็นทางออกสู่ทางหลวงได้ตลอดไปแต่ไม่มีภาระจดทะเบียนข้อตกลงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ เป็นการที่โจทก์ได้มาโดยนิติกรรมซึ่งทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่ไม่บริบูรณ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคแรก เมื่อจำเลยที่ 2 ซื้อที่ดินพิพาทจากจำเลยที่ 1 และได้มีการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ไม่ว่าจำเลยที่ 2 จะรู้ถึงข้อตกลงระหว่างโจทก์กับจำเลยที่ 1 หรือไม่ก็ตาม จำเลยที่ 2 ก็ย่อมได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินพิพาทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 โจทก์จึงไม่มีอำนาจฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมการซื้อขายที่ดินพิพาทระหว่างจำเลยที่ 1 กับจำเลยที่ 2.

¹⁵⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1411.

จะสามารถใช้สอยทรัพย์สินเหล่านั้นได้เต็มที่ ก็ต่อเมื่อมีสิทธิเหนือที่ดินที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ด้วย ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงกำหนดให้สิทธิเหนือที่ดินโอนกันได้เพื่อให้เจ้าของโรงเรือน สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งเพาะปลูกที่ต้องการขายทรัพย์สินนั้นๆ ให้คนอื่น สามารถโอนสิทธิเหนือที่ดินไปให้บุคคลอื่นพร้อมกันด้วย

(ง) ผลของการก่อตั้งสิทธิเหนือที่ดิน¹⁵⁸

ตามหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ผู้ใดปลูกสร้างโรงเรือนบนที่ดินของผู้อื่น โดยมีสิทธิใน โรงเรือนดังกล่าวย่อมไม่เป็นส่วนควบของที่ดินนั้น ในทางตรงกันข้ามหากผู้ใดปลูกสร้างโรงเรือนบนที่ดินของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิใน เจ้าของที่ดินย่อมมีสิทธิขัดขวางการปลูกสร้างและติดตามเอาที่ดินของตนคืนได้ กล่าวคือ เจ้าของที่ดินย่อมสามารถฟ้องร้องให้เจ้าของโรงเรือนดังกล่าวรื้อถอนโรงเรือนออกไปได้ตามมาตรา 1336 ดังนั้น กฎหมายจึงกำหนดไว้โดยชัดเจนว่า เมื่อสิทธิเหนือที่ดินสิ้นไป ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินมีหน้าที่ต้องรื้อถอนโรงเรือน และต้องทำให้ที่ดินเป็นตามเดิม¹⁵⁹

อย่างไรก็ตาม การรื้อถอนโรงเรือนออกจากที่ดินมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายและความสูญเสียเปล่าทางเศรษฐกิจ ฉะนั้น กฎหมายจึงเปิดโอกาสให้เจ้าของที่ดินแสดงเจตนาซื้อโรงเรือนตามราคาท้องตลาดได้ และหากเจ้าของที่ดินแสดงเจตนาซื้อโรงเรือนดังกล่าวแล้ว ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินจะปฏิเสธไม่ยอมขายไม่ได้ เว้นแต่มีเหตุผลอันสมควร

นอกจากสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายแล้ว ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินและเจ้าของที่ดินจะตกลงกันให้ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินและเจ้าของที่ดินมีสิทธิหน้าที่อื่นๆ เพิ่มเติมอีกก็ได้โดยต้องตกลงร่วมกันในสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือที่ดิน ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวจะต้องไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเหนือที่ดินและเจ้าของที่ดินต้องการเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือที่ดิน การเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต้องไม่มีวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมาย และจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย เนื่องจากหากการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิทธิและหน้าที่ไม่ได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน การแก้ไขดังกล่าวย่อมมีผลไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย เช่น ผู้ทรงสิทธิและเจ้าของที่ดินได้ตกลงเปลี่ยนแปลงด้วยวาจา ให้สิทธิเหนือที่ดินระงับเมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือ

¹⁵⁸ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน (กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2547), หน้า 343.

¹⁵⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1416.

พื้นดินถึงแก่ความตาย ข้อตกลงนี้จะใช้ได้ระหว่างผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินและเจ้าของที่ดินเท่านั้น หากต่อมาผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินได้ออนสิทธิเหนือพื้นดินไปยังบุคคลภายนอก และผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินคนใหม่ถึงแก่ความตาย เจ้าของที่ดินยังมีหน้าที่ต้องให้ทายาทผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินคนใหม่ มีสิทธิเหนือพื้นดินต่อไปตามมาตรา 1411¹⁶⁰

(จ) ระยะเวลาการถือครองสิทธิ

(1) สิทธิเหนือพื้นดินนั้นจะก่อตั้งขึ้นโดยมีระยะเวลาหรือไม่ก็ได้ เช่นเดียวกับสิทธิอาศัย¹⁶¹

(2) สิทธิเหนือพื้นดินจะกำหนดตลอดชีวิตของเจ้าของที่ดินหรือตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินก็ได้

(3) สิทธิเหนือพื้นดินสามารถกำหนดระยะเวลาได้แต่มิให้เกิน 30 ปี ถ้ากำหนดไว้นานกว่านั้น กฎหมายกำหนดให้ลดลงมาเป็น 30 ปี และจะต่ออายุได้คราวละไม่เกิน 30 ปี

(4) หากสิทธิเหนือพื้นดินก่อตั้งขึ้นโดยไม่มีกำหนดเวลา และไม่มีค่าตอบแทนให้แก่เจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินมีสิทธิบอกเลิกในเวลาใดก็ได้ ทั้งนี้ ต้องให้เวลาแก่ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินพอควร แต่ถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินมีค่าตอบแทนเป็นคราวๆ ไปให้แก่เจ้าของที่ดิน เจ้าของที่ดินต้องบอกเล็กล่วงหน้า 1 ปี¹⁶²

(5) ในกรณีที่ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินละเลยไม่ชำระค่าเช่าในกรณีที่มีค่าเช่า 2 ปีติดๆ กัน เจ้าของที่ดินจะบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินทันทีเลยก็ได้¹⁶³

(ฉ) การระงับสิ้นไปของสิทธิเหนือพื้นดิน¹⁶⁴

(1) เมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลา สิทธิที่ได้มาโดยนิติกรรมและมีกำหนดระยะเวลาไว้เมื่อครบกำหนดสิทธิเหนือพื้นดินก็ระงับไปเอง โดยไม่ต้องจดทะเบียนระงับอีก

¹⁶⁰ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 344.

¹⁶¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1412.

¹⁶² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1413.

¹⁶³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1414.

¹⁶⁴ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วย ทรัพย์สิน, หน้า 345-348.

(2) เมื่อเงื่อนไขที่กำหนดให้สิทธิเหนือพื้นระงับได้เกิดขึ้น ซึ่งเป็นไปตามหลักทั่วไป เรื่องนิติกรรมสัญญาว่าด้วยเงื่อนไขบังคับหลังตามมาตรา 183 วรรค 2 หากในสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินมีข้อกำหนดว่า “ถ้าเจ้าของที่ดินโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่น ให้สิทธิเหนือพื้นดินระงับ” ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่เจ้าของที่ดินโอนทรัพย์สินให้แก่ผู้อื่น สิทธิเหนือพื้นดินก็ต้องระงับไปตามข้อกำหนดดังกล่าว โดยการระงับนี้ไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนอีก หรือในกรณีที่กำหนดให้สิทธิเหนือพื้นดินมีอยู่ตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินหรือตลอดชีวิตของเจ้าของที่ดิน เมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินหรือเจ้าของที่ดินถึงแก่ความตาย สิทธิเหนือพื้นดินระงับเสมอโดยไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่อีก

(3) เมื่อบอกเลิกในกรณีที่ไม่มีกำหนดเวลาตามมาตรา 1413

ถ้าสิทธิเหนือพื้นดินไม่มีกำหนดเวลาและเป็นกรณีไม่มีค่าเช่า คู่กรณีฝ่ายใดจะบอกเลิกเสียในเวลาในก็ได้ แต่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าต่ออีกฝ่ายหนึ่งตามสมควร แต่ถ้าเป็นกรณีที่มีค่าเช่าให้แก่เจ้าของที่ดิน การบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินโดยเจ้าของที่ดินต้องบอกกล่าวล่วงหน้าหนึ่งปีหรือให้ค่าเช่าหนึ่งปี เช่น ในกรณีที่เจ้าของที่ดินต้องการบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดิน และต้องการให้เอาที่ดินมาใช้ประโยชน์ทันที ก็อาจเลือกใช้วิธีให้ค่าเช่าปีหนึ่งแก่ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินแทน¹⁶⁵

(4) เมื่อบอกเลิกในกรณีผิดสัญญาก่อตั้งตามมาตรา 1414¹⁶⁶

หากผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินหรือผู้รับโอนสิทธิเหนือพื้นดิน ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินนั้น กฎหมายให้สิทธิเจ้าของที่ดินที่จะบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินก็ได้

มาตรานี้ใช้บังคับได้ทั้งกรณีก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินโดยมีกำหนดเวลาและไม่มีกำหนดเวลา และเป็นกรบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินได้ทันทีโดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้าตามสมควร

¹⁶⁵ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 346.

¹⁶⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1414 บัญญัติว่า

“ถ้าผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินละเลยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขอันเป็นสาระสำคัญ ซึ่งระบุไว้ในนิติกรรมก่อก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินนั้นก็ดี หรือถ้ามีค่าเช่าซึ่งจะต้องให้แก่กัน แต่ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินละเลยไม่ชำระถึงสองปีติดๆ กันก็ดี ท่านว่าคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินก็ได้”.

(5) เมื่อมีการตกลงทำนิติกรรมใหม่

การเลิกสิทธิเหนือพื้นดินโดยการตกลงทำนิติกรรมใหม่ต้องเกิดจากความเห็นชอบทั้งจากผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินและเจ้าของที่ดิน ซึ่งเป็นกรณีที่แตกต่างไปจากการบอกเลิกสิทธิเหนือพื้นดินตามนิติกรรมก่อตั้งหรือนิติกรรมเดิม กล่าวคือ การเลิกสิทธิเหนือพื้นดินตามนิติกรรมก่อตั้งนั้น เมื่อคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งมีสิทธิบอกเลิกฝ่ายเดียวได้แสดงเจตนาการเลิกสิทธิเหนือพื้นดิน การเลิกสิทธิเหนือพื้นดินดังกล่าวก็มีผลแล้วโดยไม่ต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบด้วย ทั้งนี้ การตกลงทำนิติกรรมใหม่เพื่อให้สิทธิเหนือพื้นดินระงับสิ้นไป จะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะไม่บริบูรณ์ตามกฎหมายและไม่สามารถใช้บังคับบุคคลภายนอกได้¹⁶⁷

(6) เมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินและเจ้าของที่ดินเป็นคนๆ เดียวกัน สิทธิเหนือพื้นดินย่อมระงับสิ้นไปเพราะสิทธิเหนือพื้นดินจะมีได้แต่ในที่ดินของผู้อื่นเท่านั้น

(ข) ประเภทการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินตามระเบียบกรมที่ดิน¹⁶⁸

(1) การจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดิน หมายถึง กรณีเจ้าของที่ดินก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินในที่ดินของตนเองทั้งหมด

(2) การจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินเฉพาะส่วน หมายถึง กรณีเจ้าของรวมคนใดคนหนึ่งหรือหลายคนในที่ดิน แต่ไม่ใช่ทุกคน ก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินในที่ดินเฉพาะส่วนของตน

(3) การจดทะเบียนแบ่งก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน หมายถึง กรณีเจ้าของที่ดินก่อให้เกิดสิทธิเหนือพื้นดินบางส่วนไม่เต็มแปลง

(4) การจดทะเบียนปลดสิทธิเหนือพื้นดิน หมายถึง กรณีได้จดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินไว้แล้ว ต่อมามีการแบ่งแยกที่ดินดังกล่าว และคู่กรณีตกลงกันให้ที่ดินแปลงที่แบ่งแยกออกไปหรือที่ดินแปลงคงเหลือไม่มีสิทธิเหนือพื้นดินต่อไป

¹⁶⁷ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 347-348.

¹⁶⁸ สำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน, คู่มือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น, (กรุงเทพมหานคร: กองการพิมพ์ กรมที่ดิน, พ.ศ. 2548), หน้า 472.

(5) การจดทะเบียนโอนมรดกสิทธิเหนือพื้นดิน หมายถึง กรณีได้จดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินไว้แล้ว ต่อมาผู้ทรงสิทธิตาย ทายาทผู้ทรงสิทธิมาขอรับมรดกสิทธิเหนือพื้นดินที่ได้จดทะเบียนไว้

(6) การจดทะเบียนเลิกสิทธิเหนือพื้นดิน หมายถึง กรณีได้จดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินไว้แล้ว ต่อมาเจ้าของที่ดินและผู้ทรงสิทธิตกลงกันให้เลิกสิทธิเหนือพื้นดิน

เมื่อพิจารณาจากระเบียบของกรมที่ดินเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีข้อจำกัดการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินให้แก่คนต่างด้าว รวมทั้งไม่มีข้อห้ามการจดทะเบียนสิทธิเหนือพื้นดินเพื่อการประกอบธุรกิจแต่อย่างใด

(๗) สิทธิเหนือพื้นดินกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุน

นักลงทุนต่างด้าวอาจมีสิทธิเข้าถือครองที่ดินผ่านการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน ซึ่งผู้ทรงสิทธิสิทธิเหนือพื้นดินย่อมเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่ตั้งอยู่บนที่ดินแปลงนั้น ซึ่งรวมถึงการมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นด้วย และเนื่องจากสิทธิเหนือพื้นดินนั้นมีลักษณะเป็นทรัพย์สิน จึงมีความมั่นคงแห่งสิทธิมากกว่าสิทธิการเช่าซึ่งเป็นเพียงบุคคลสิทธิตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินย่อมอ้างสิทธิของตนยันต่อบุคคลภายนอกได้เสมอ และโดยลักษณะของสิทธิเหนือพื้นดินนั้น กฎหมายกำหนดให้สิทธิเหนือพื้นดินไม่ระงับไป แม้ว่าหากโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างพังทลาย (แม้ว่าโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างจะสลายไป แต่หากยังอยู่ในกำหนดระยะเวลาของสิทธิเหนือพื้นดิน ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินย่อมมีสิทธิที่จะปลูกสร้างโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างที่สลายไป)¹⁶⁹ ในขณะที่หากโรงเรือนหรือสิ่งปลูกสร้างที่เช่าพังทลาย สัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมระงับเพราะเหตุที่ทรัพย์สินที่เช่าสลายไป

นอกจากนี้ สิทธิเหนือพื้นดินยังมีความคล่องตัวในการโอนเปลี่ยนมือซึ่งสอดคล้องกับการประกอบธุรกิจ กล่าวคือ หากนักลงทุนต่างด้าวต้องการขายธุรกิจของตนให้แก่ผู้อื่น นักลงทุนต่างด้าวก็สามารถที่จะโอนทรัพย์สินในธุรกิจดังกล่าว พร้อมกับการโอนสิทธิเหนือพื้นดิน เพื่อให้ผู้รับโอนสามารถประกอบธุรกิจและมีสิทธิใช้ที่ดินโดยผ่านสิทธิเหนือพื้นดินได้

¹⁶⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1415.

ต่อไป¹⁷⁰ ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่า ผู้เช่าไม่สามารถโอนสิทธิการเช่าให้ผู้อื่นได้อย่างเสรี แต่ถูกจำกัดเสรีภาพในการโอนสิทธิการเช่าไว้กับความยินยอมของผู้ให้เช่า ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินย่อมอาศัยสิทธิดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยซึ่งลักษณะของธุรกิจไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดินได้ เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจอพาร์ทเมนท์ โฮมสเตย์ เป็นต้น

ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวอาจถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจอพาร์ทเมนท์ โฮมสเตย์ โดยการถือครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินได้ เนื่องจากธุรกิจดังกล่าว นักลงทุนต่างด้าวสามารถลงทุนได้โดยไม่ต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

4.3.2.3 สิทธิเก็บกิน

(ก) ลักษณะสิทธิเก็บกิน¹⁷¹

สิทธิเก็บกินเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่ง ซึ่งหมายถึงสิทธิที่จะเข้าครอบครองใช้และถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยจะเสียค่าเช่าหรือผลประโยชน์ตอบแทนหรือไม่ก็ได้¹⁷²

สิทธิเก็บกินนั้น เป็นทรัพย์สินที่ตัดรอนอำนาจกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มากกว่าทรัพย์สินชนิดอื่นๆ ดังนี้¹⁷³

สิทธิครอบครอง กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งทำให้ผู้ทรงสิทธิเก็บกินได้ประโยชน์ต่างๆ จากอสังหาริมทรัพย์นั้น

สิทธิใช้สอย เป็นสิทธิที่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินได้รับประโยชน์จากทรัพย์สินตามสภาพที่เป็นอยู่เพื่อประโยชน์สิทธิเก็บกิน ดังนั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีสิทธิใช้สอยทรัพย์สินของตนอย่างไร ผู้ทรงสิทธิเก็บกินก็มีสิทธิใช้สอยดังกล่าวเช่นเดียวกัน

¹⁷⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1411.

¹⁷¹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 354.

¹⁷² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1417.

¹⁷³ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2546), หน้า 432-433.

สิทธิถือเอาประโยชน์ เป็นสิทธิที่จะเก็บดอกผลและแสวงหาประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์

สิทธิจัดการ เป็นสิทธิสนับสนุนที่กฎหมายให้แก่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินเพื่อสนับสนุนสิทธิที่จะใช้ประโยชน์จากทรัพย์สิน โดยการจัดการนั้นจะต้องไม่ทำให้ทรัพย์สินนั้นเปลี่ยนแปลงไปในสาระสำคัญ (ตามมาตรา 1417 วรรคสอง)

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าผลทางกฎหมายของการก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินนี้ ทำให้เกิดการโอนสิทธิดังกล่าวจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ไปให้ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน¹⁷⁴ กล่าวคือ สิทธิของเจ้าของทรัพย์สินตามมาตรา 1336 โอนมาเป็นของผู้ทรงสิทธิเก็บกินเกือบทั้งหมด คงเหลือเพียงสิทธิที่จะจำหน่ายทรัพย์สินเท่านั้นที่ยังคงอยู่กับเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์¹⁷⁵

สิทธิเก็บกินนั้นจะก่อให้เกิดขึ้นเหนืออสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งหมายรวมทั้งที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อื่นด้วย เช่น โรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างอย่างอื่น แต่จะก่อสิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์ไม่ได้

สิทธิเก็บกินจะเสียค่าเช่าหรือผลประโยชน์อย่างใดหรือไม่ก็ได้ ซึ่งต่างกับเช่าทรัพย์สินเพราะเช่าทรัพย์สินต้องเสียค่าเช่าเสมอ และสิทธิเก็บกินเป็นทรัพย์สินสิทธิ คือ เป็นสิทธิเหนือทรัพย์สิน แต่สิทธิตามสัญญาเช่าเป็นบุคคลสิทธิ คือ เป็นสิทธิที่จะบังคับเอาแก่ตัวบุคคลตามสัญญา

สิทธิเก็บกินต้องเป็นการใช้หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นโดยมิได้ระบุนหรือจำกัดการใช้หรือประโยชน์เฉพาะอย่างไว้ กล่าวคือ เป็นการใช้หรือถือเอาประโยชน์โดยไม่มีข้อจำกัด ซึ่งต่างจากภาระติดพันเพราะภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ต้องเป็น

¹⁷⁴ ประมุข สุวรรณศรี, *คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน* (กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2550) หน้า 338.

¹⁷⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 4470/2528 โจทก์เป็นเจ้าของตึกแถวได้จดทะเบียนให้ ส. เป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ส. มีสิทธิครอบครองใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์จากตึกแถว แต่กรรมสิทธิ์ในตึกแถวยังเป็นของโจทก์ ด้วยอำนาจการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โจทก์ยอมมีอำนาจฟ้องผู้ทาละเมิดทำให้ตึกแถวเสียหายได้ การที่จำเลยที่ 2 เป็นผู้จัดการของห้างหุ้นส่วนจำกัดจำเลยที่ 1 จำเลยที่ 2 จึงเป็นหุ้นส่วนจำพวกไม่จำกัดความรับผิด ต้องร่วมรับผิดในบรรดาหนี้ของห้างโดยไม่จำกัดแม้หนี้ดังกล่าวจะเกิดจากมูลละเมิด โจทก์ฟ้องเรียกค่าเสียหายที่จำเลยที่ 1 ทาละเมิดต่อตึกแถวของโจทก์ จึงมีอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่โจทก์รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องชำระค่าสินไหมทดแทนเมื่อโจทก์ฟ้องคดียังไม่เกินหนึ่งปีนับแต่วันที่โจทก์รู้ว่าจำเลยที่ 1 เป็นผู้ทาละเมิดคดีโจทก์จึงไม่ขาดอายุความ.

การได้ใช้หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์เฉพาะอย่าง ตามที่ระบุไว้ในนิติกรรมก่อตั้งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น

อาจกล่าวได้ว่า เมื่อเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้มอบสิทธิเก็บกินเหนืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ใดไปแล้ว เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ก็จะมีอำนาจจัดการ ใช้สอย ถือเอาประโยชน์ หรือครอบครองอสังหาริมทรัพย์นั้นอีกต่อไป¹⁷⁶

(ข) การได้มาซึ่งสิทธิเก็บกิน

สิทธิเก็บกินจะได้มาแต่โดยทางนิติกรรมเท่านั้น ไม่สามารถได้มาโดยอายุความ และการได้มาซึ่งสิทธิเก็บกินนั้นจะต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน หากได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้วย่อมบริบูรณ์เป็นทรัพย์สินตามมาตรา 1299 วรรคแรก อย่างไรก็ตาม แม้การไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินดังกล่าวจะใช้ยื่นบุคคลภายนอกไม่ได้โดยไม่คำนึงว่าบุคคลภายนอกจะรู้ถึงข้อสัญญามาก่อนหรือไม่ก็ตาม แต่ก็สามารถใช้บังคับในฐานะบุคคลสิทธิระหว่างคู่สัญญาได้¹⁷⁷ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินที่ยังไม่จดทะเบียนนั้น มีสิทธิฟ้องบังคับเจ้าของที่ดินให้จดทะเบียนสิทธิเก็บกินตามสัญญาได้¹⁷⁸

¹⁷⁶ คำพิพากษาฎีกาที่ 807/2503 การที่โจทก์ยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินและตึกที่จำเลยเช่าให้แก่บุตรในภายหลังโดยโจทก์ยังสงวนสิทธิเก็บกินไว้ต่อไปจนตลอดชีวิต ผู้ทรงสิทธิเก็บกินเช่นโจทก์นี้ ตามกฎหมายย่อมมีสิทธิครอบครองใช้และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งที่ดินและตึกนั้นได้แต่ผู้เดียวเจ้าของกรรมสิทธิ์หาสิทธิเช่นว่านี้ด้วยไม่ในระหว่างที่สิทธิเก็บกินยังไม่สิ้นไป โจทก์จึงมีสิทธิจะจัดให้เช่าตึกหลังนี้เพื่อเก็บเอาประโยชน์จากการเช่าได้.

¹⁷⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 6872/2539 ถ. เจ้าของที่ดินพิพาททำสัญญาให้จำเลยที่ 3 มีสิทธิเก็บกินในที่ดินพิพาทตลอดชีวิตของจำเลยที่ 3 เป็นการก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินโดยทางนิติกรรม เมื่อยังมีได้จดทะเบียนสิทธิต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ การได้มาจึงไม่บริบูรณ์ คงใช้บังคับกันได้ในฐานะบุคคลสิทธิระหว่างคู่กรณี แต่จะใช้ยื่นโจทก์ทั้งสองซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไม่ได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าโจทก์ทั้งสองจะรู้ถึงข้อสัญญาระหว่าง ถ. กับจำเลยที่ 3 มาก่อนหรือไม่ก็ตาม (สงเสริมฯ) และคำพิพากษาฎีกาที่ 4446/2543.

¹⁷⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2380/2542 โจทก์จำเลยตกลงกันด้วยวาจาให้โจทก์มีสิทธิเก็บกิน ในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตลอดชีวิตของโจทก์ เพื่อเป็นการตอบแทน ในการที่โจทก์ยกที่ดินและสิ่งปลูกสร้างนั้นให้แก่จำเลย ซึ่งเป็นบุตรของโจทก์ จำเลยจะมีผลประโยชน์จากสิ่งปลูกสร้างโดยได้เงินกินเปล่าจากผู้เช่า ส่วนโจทก์มีรายได้เฉพาะการเก็บค่าเช่าเท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงพิเศษอย่างสัญญาต่างตอบแทน ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิแก่โจทก์ ในอันที่จะเรียกร้องให้จำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินนั้น ทราบไคที่จำเลยผู้เป็นเจ้าของที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ยังมีได้โอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างนั้นให้แก่บุคคลอื่น โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องขอให้บังคับจำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินได้.

เมื่อสิทธิเก็บกินทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนเรียบร้อยแล้ว สิทธิเก็บกินนั้นย่อมบริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน แม้สิทธิเก็บกินที่มีกำหนดระยะเวลาจะได้มาโดยไม่เสียค่าตอบแทน สิทธิเก็บกินนั้นจะบอกเลิกก่อนกำหนดเวลาไม่ได้และสามารถยืนยันต่อบุคคลภายนอกได้ เจ้าของที่ดินและผู้รับโอนที่ดินไปย่อมต้องมีสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิเก็บกิน และตามที่กำหนดไว้ในสัญญาก่อตั้งสิทธิเก็บกินนั้น¹⁷⁹

(ค) ลักษณะสิทธิของผู้ทรงสิทธิเก็บกิน

สิทธิเก็บกินนั้นมีลักษณะเป็นสิทธิเฉพาะตัวเด็ดขาด คู่สัญญาไม่สามารถตกลงเป็นอย่างอื่น ดังนั้น สิทธิเก็บกินจึงไม่อาจตกทอดเป็นมรดกหรือโอนสิทธิเก็บกินให้แก่ผู้อื่นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ทรงสิทธิเก็บกินสามารถโอนการใช้สิทธิของตนให้แก่บุคคลภายนอกได้

(1) กรณีผู้ทรงสิทธิโอนการใช้สิทธิ

สิทธิเก็บกินนั้นไม่สามารถโอนกันได้ แต่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินอาจโอนเฉพาะการใช้สิทธิของตนให้ผู้อื่นได้¹⁸⁰ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บกินยังเป็นผู้ทรงสิทธิเก็บกิน มีหน้าที่และความรับผิดชอบต่อเจ้าของทรัพย์สินตามที่กฎหมายกำหนดทุกประการ บุคคลภายนอก (ผู้รับโอนการใช้สิทธิ) เพียงแต่เข้ามาครอบครอง ใช้ ถือเอาประโยชน์และจัดการทรัพย์สินในนามผู้ทรงสิทธิเก็บกินเท่านั้น ดังนั้น หากมีความเสียหายเกิดขึ้นกับตัวทรัพย์สิน ผู้ทรงสิทธิเก็บกิน (ผู้โอนการใช้สิทธิ) ยังคงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของทรัพย์สินอยู่ ทั้งนี้ ไม่ตัดสิทธิเจ้าของทรัพย์สินที่จะฟ้องร้องผู้รับโอนการใช้สิทธิโดยตรงในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นกับตัวทรัพย์สิน เช่น ผู้ทรงสิทธิเก็บกินมีสิทธิเก็บกินในบ้านเป็นระยะเวลา 20 ปี ผู้ทรงสิทธิเก็บกินนำบ้านออกให้เช่า ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการโอนสิทธิการใช้บางส่วน หากผู้เช่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านที่เช่า ผู้เป็นเจ้าของบ้านอาจฟ้องให้ผู้เช่ารับผิดชอบโดยตรงได้¹⁸¹

การโอนสิทธิเก็บกินดังกล่าวไม่ใช่การก่อตั้งทรัพย์สินตามกฎหมาย จึงไม่ต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และแม้ว่าผู้รับโอนตาย สิทธิเก็บกินก็ไม่ระงับ เนื่องจากผู้รับโอนไม่ใช่ผู้ทรงสิทธิเก็บกินนั่นเอง

¹⁷⁹ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 352.

¹⁸⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1422.

¹⁸¹ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 437.

(2) กรณีผู้ทรงสิทธิเก็บกินตาย

ถ้าผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตาย สิทธิเก็บกินย่อมระงับ

เสมอ¹⁸²

(ง) ระยะเวลาการถือครองสิทธิ

การก่อตั้งสิทธิเก็บกินจะกำหนดเวลาไว้หรือไม่ก็ได้ ถ้ากำหนดเวลาไว้จะต้องไม่เกิน 30 ปี ถ้าเกิน 30 ปี กฎหมายให้ลดลงเหลือ 30 ปี และเมื่อครบกำหนดแล้วย่อมต่ออายุออกไปได้อีกครั้งละไม่เกิน 30 ปี ในกรณีที่การก่อตั้งสิทธิเก็บกินไม่ได้กำหนดเวลาไว้กฎหมายให้สันนิษฐานว่ามีอยู่ตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิ¹⁸³

(จ) การระงับสิ้นไปของสิทธิเก็บกิน¹⁸⁴

(1) เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามนิติกรรมก่อตั้งสิทธิเก็บกินซึ่งจะระงับไปเองโดยไม่ต้องจดทะเบียนระงับอีก

(2) เมื่อเงื่อนไขให้สิทธิเก็บกินระงับเกิดขึ้น เป็นไปตามหลักทั่วไปของเงื่อนไขนิติกรรมสัญญาว่าด้วยเงื่อนไขบังคับหลัง

การกำหนดให้สิทธิเก็บกินมีอยู่ตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิหรือตลอดชีวิตของเจ้าของทรัพย์สิน ย่อมถือเป็นกรณีที่มีเงื่อนไขบังคับหลังเช่นกัน ดังนั้น เมื่อผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย สิทธิเก็บกินย่อมระงับแล้วแต่กรณีโดยไม่ต้องไปทำเป็นหนังสือจดทะเบียนอีก

(3) เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินหรือเจ้าของทรัพย์สินทำผิดสัญญาก่อตั้งในข้อที่เป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิบอกเลิกสัญญาตามหลักของการบอกเลิกสัญญาทั่วไปได้ซึ่งการบอกเลิกสิทธิเก็บกินเป็นการระงับสิ้นไปโดยนิติกรรม จึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย มิฉะนั้นจะไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย

¹⁸² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418 วรรคท้าย.

¹⁸³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1418.

¹⁸⁴ วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 362-365.

(4) เมื่อมีการตกลงทำนิติกรรมใหม่

นิติกรรมใหม่ที่ทำให้ระงับไปซึ่งสิทธิเก็บกินต้องทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย และไม่สามารถใช้ยื่นบุคคลภายนอกได้ ซึ่งการเลิกสิทธิเก็บกินโดยนิติกรรมใหม่ต้องเกิดจากความเห็นชอบทั้งจากเจ้าของทรัพย์สินและผู้ทรงสิทธิเก็บกิน ซึ่งต่างจากการบอกเลิกสิทธิเก็บกินตามนิติกรรมก่อตั้งหรือนิติกรรมเดิมซึ่งเพียงแต่ฝ่ายผู้มีสิทธิบอกเลิกฝ่ายเดียวแสดงเจตนาที่มีผลแล้วไม่ต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบด้วย

(5) เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินสูญหายไปทั้งหมดและเป็น การพันวิสัยที่จะให้กลับคืนดี

(6) เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง เนื่องจากสิทธิเก็บกินจะมีได้แต่ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่นเท่านั้น

(7) เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตายสิทธิเก็บกินเป็นอันระงับ เสมอ

(ฉ) ประเภทการจดทะเบียนสิทธิเก็บกินตามระเบียบกรมที่ดิน¹⁸⁵

(1) การจดทะเบียนสิทธิเก็บกิน หมายถึง กรณีที่อสังหาริมทรัพย์หนึ่ง ต้องตกอยู่ในบังคับสิทธิเก็บกินทั้งหมด

(2) การจดทะเบียนสิทธิเก็บกินเฉพาะส่วน หมายถึง กรณีที่เจ้าของ รวมคนใดคนหนึ่ง ในอสังหาริมทรัพย์แต่ไม่ใช่ทุกคน ก่อให้เกิดสิทธิเก็บกินในอสังหาริมทรัพย์ ดังกล่าวเฉพาะส่วนของตนทั้งหมด

(3) การจดทะเบียนปลอดสิทธิเก็บกิน หมายถึง กรณีที่ที่ดินได้จดทะเบียนสิทธิเก็บกินไว้แล้ว ต่อมามีการแบ่งแยกที่ดินบางส่วนออกไป และคู่กรณีตกลงร่วมกันให้ที่ดินแปลงที่แยกออกไปหรือที่ดินแปลงคงเหลือนั้น ไม่มีสิทธิเก็บกินติดไปด้วย

¹⁸⁵ สำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน, คู่มือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น, หน้า 464.

(4) การจดทะเบียนครอบสิทธิ์เก็บกิน หมายถึง กรณีที่ดินได้จดทะเบียนสิทธิ์เก็บกินไว้แล้ว ต่อมามีการแบ่งแยกออกไป และคู่กรณีตกลงกันให้ที่ดินแปลงที่แยกออกไปยังคงมีสิทธิ์เก็บกินต่อไปด้วย

(5) การจดทะเบียนเลิกสิทธิ์เก็บกิน หมายถึง กรณีที่ได้จดทะเบียนสิทธิ์เก็บกินไว้แล้ว ต่อมาคู่กรณีประสงค์จะเลิกสิทธิ์เก็บกินต่อกัน หรือผู้ทรงสิทธิ์เก็บกินถึงแก่ความตาย และเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มาขอจดทะเบียนเลิกสิทธิ์เก็บกินตามผลของกฎหมาย

(๖) สิทธิ์เก็บกินกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุน

นักลงทุนต่างด้าวอาจถือครองที่ดินผ่านการก่อตั้งสิทธิ์เก็บกินเหนือที่ดินซึ่งตามกฎหมายนั้น ผู้ทรงสิทธิ์เก็บกินมีสิทธิ์ครอบครองใช้และถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น ได้แก่ มีสิทธิ์เก็บเกี่ยวเอาดอกผลที่ออกงอกจากทรัพย์นั้นหรือประโยชน์อื่นที่ไม่ใช่ดอกผล และมีอำนาจจัดการทรัพย์สินเช่นเดียวกับเจ้าของกรรมสิทธิ์เว้นแต่การขายทรัพย์สิน อาจกล่าวได้ว่า เมื่อนักลงทุนต่างด้าวเป็นผู้ทรงสิทธิ์เก็บกิน นักลงทุนต่างด้าวย่อมมีสิทธิ์ครอบครอง ใช้ และถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้น อีกทั้งยังสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวออกหาประโยชน์ โดยการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นและไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์¹⁸⁶ จึงมีลักษณะเป็นการอำนวยความสะดวกประการหนึ่งให้แก่ นักลงทุนต่างด้าวมากกว่าการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสามารถสรุปลักษณะของสิทธิ์เก็บกินที่เป็นประโยชน์ต่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ดังนี้

(1) นักลงทุนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิ์เก็บกิน ย่อมสามารถนำอสังหาริมทรัพย์ที่ตนมีสิทธิ์เก็บกินออกหาผลประโยชน์ได้ โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะทำให้นักลงทุนมีความคล่องตัวในการประกอบธุรกิจ เช่น การทำธุรกิจเซอริวิสอพาร์ทเมนท์ หรือธุรกิจโรงแรม (ในกรณีที่ก่อตั้งสิทธิ์เก็บกินเหนือที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง) ซึ่งแตกต่างกับการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้เช่าถูกจำกัดการใช้สอย

¹⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 807/2503 การที่โจทก์ยกกรรมสิทธิ์ในที่ดินและตึกที่จำเลยเช่าให้แก่บุตร โดยยังสงวนสิทธิ์เก็บกินไว้ต่อไปตลอดชีวิต โจทก์ย่อมมีสิทธิ์ครอบครอง ใช้ และถือเอาซึ่งประโยชน์แห่งที่ดินและตึกนั้นได้แต่เพียงผู้เดียว เจ้าของกรรมสิทธิ์ห้ามสิทธิ์เช่นว่านี้ไม่ ในระหว่างที่สิทธิ์เก็บกินยังไม่สิ้นไป โจทก์จึงมีสิทธิ์จะจัดให้เช่าตึกพิพาทเพื่อเก็บเอาผลประโยชน์จากการเช่าได้.

โดยผู้ให้เช่า กล่าวคือ ผู้เช่าจะเอาทรัพย์สินออกให้เช่าช่วงได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับความยินยอมของผู้ให้เช่า (ในกรณีที่เช่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง)

(2) หากอสังหาริมทรัพย์ (ที่ไม่ใช่ที่ดิน) ที่อยู่ภายใต้สิทธิเก็บบินนั้น สลายไป โดยที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับค่าทดแทนการสูญสลายดังกล่าวมานั้น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์หรือผู้ทรงสิทธิเก็บบินซึ่งเป็นผู้ได้รับค่าทดแทน จะต้องทำให้อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวกลับคืนตามจำนวนค่าทดแทนที่ได้รับ และสิทธิเก็บบินก็จะกลับมีขึ้นเพียงเท่าที่ทรัพย์สินนั้นกลับคืนดี หากการสูญสลายของอสังหาริมทรัพย์เป็นพันวิสัย กฎหมายกำหนดให้เจ้าของที่อสังหาริมทรัพย์และผู้ทรงสิทธิเก็บบินแบ่งค่าทดแทนที่ได้รับมาตามส่วนแห่งความเสียหายของตน เช่น ได้รับค่าทดแทนมา 1 ล้านบาท สิทธิเก็บบินในโรงเรือนเหลืออยู่ 10 ปี คิดเป็นความเสียหาย 4 ล้านบาท โรงเรือนถูกไฟไหม้และมีกฎหมายห้ามก่อสร้างโรงเรือนใหม่ เจ้าของโรงเรือนเสียหาย 6 ล้านบาท ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิเก็บบินมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากค่าทดแทนเป็นจำนวน 400,000 บาท และเจ้าของโรงเรือนมีสิทธิได้รับส่วนแบ่งจากค่าทดแทนนั้นเป็นจำนวน 600,000 บาท¹⁸⁷

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าในกรณีของสิทธิเก็บบินนั้น แม้วัตถุแห่งสิทธิได้แก่ อสังหาริมทรัพย์ จะสลายไป แต่สิทธิเก็บบินไม่ได้ระงับสิ้นไปเสมอ หรือแม้ว่าสิทธิเก็บบินจะระงับสิ้นไป ผู้ทรงสิทธิเก็บบินก็ยังมีโอกาสได้รับค่าทดแทน ซึ่งแตกต่างกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หากโรงเรือน หรือสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นวัตถุแห่งสัญญาเช่าพังทลายไป สัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ย่อมระงับเพราะเหตุที่ทรัพย์สินที่เช่าสลายไปเสมอ

(3) สิทธิเก็บบินมีความคล่องตัวในการโอนเปลี่ยนมือ กล่าวคือ ผู้ทรงสิทธิเก็บบินสามารถโอนสิทธิการใช้สิทธิเก็บบินของตนให้แก่ผู้อื่นได้ไม่ว่าจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็ได้ ซึ่งผู้รับโอนสิทธิการใช้สิทธิเก็บบินนั้น ย่อมมีสิทธิในการใช้อสังหาริมทรัพย์ไม่ต่างจากผู้ทรงสิทธิเก็บบิน ดังนั้น หากนักลงทุนต่างด้าวต้องการขายธุรกิจหรือโอนธุรกิจของตนให้แก่ผู้อื่น นักลงทุนต่างด้าวสามารถโอนสิทธิการใช้สิทธิเก็บบินเหนืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลภายนอกได้¹⁸⁸ ซึ่งแตกต่างกับการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ผู้เช่าถูกผูกมัดเสรีภาพในการโอนสิทธิการใช้สิทธิเช่าไว้กับความยินยอมของผู้ให้เช่า อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวผู้ทรงสิทธิเก็บบิน ยังคงต้องรับผิดชอบตามสัญญาก่อตั้งสิทธิเก็บบิน ซึ่งแตกต่างจากกรณีของการโอนสิทธิเหนือพื้นดิน

¹⁸⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1419.

¹⁸⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1422.

ดังนั้น สิทธิเก็บกินอาจเป็นทางเลือกหนึ่งสำหรับนักลงทุนต่างด้าวในการเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอวิสอพาร์ทเมนท์ โฮมสเตย์ เนื่องจากธุรกิจเหล่านี้คนต่างด้าวไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

4.3.2.4 ภาวะติดพันเหนืออสังหาริมทรัพย์

(ก) ลักษณะภาวะติดพันเหนืออสังหาริมทรัพย์¹⁸⁹

ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งซึ่งเจ้าของอสังหาริมทรัพย์มีความผูกพันที่จะต้องชำระหนี้จากอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นคราวๆ ให้แก่บุคคลอื่น เรียกว่า ผู้รับประโยชน์ หรือต้องยอมให้ผู้อื่นได้ใช้หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้น¹⁹⁰ โดยภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้นจะต้องเป็นภาวะที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยตรง ไม่ใช่ภาวะที่เกี่ยวกับบุคคล หนี้ที่จะต้องชำระให้แก่อุ้รับประโยชน์เป็นคราวๆ ก็ต้องเอาจากตัวทรัพย์สิน¹⁹¹

ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์คล้ายกับภาวะจำยอมและสิทธิเก็บกินมาก ซึ่งต่างกันเพียงว่าภาวะจำยอมจะต้องเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น แต่ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์แก่บุคคลใดก็ได้โดยผู้นั้นไม่จำเป็นต้องเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ และแตกต่างกับสิทธิเก็บกินตรงที่ว่าผู้ทรงสิทธิเก็บกินนั้น ได้ครอบครองทรัพย์สินและมีสิทธิได้ใช้และถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินโดยไม่จำกัดการใช้ มีลักษณะเป็นการทั่วไป และสามารถถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินได้โดยไม่จำกัดการใช้และการถือเอาประโยชน์ ในขณะที่ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้รับประโยชน์ไม่ได้สิทธิครอบครอง เพียงแต่มีสิทธิได้รับชำระหนี้จากทรัพย์สินนั้นเป็นครั้งคราว หรือได้ใช้หรือถือเอาประโยชน์จากทรัพย์สินสิทธิตามเฉพาะที่ตกลงกันเท่านั้น ทั้งนี้ผู้รับประโยชน์ตามภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่จำเป็นต้องมีสิทธิครอบครองเหมือนสิทธิเก็บกิน เนื่องจากเป็นการถือเอาประโยชน์เฉพาะอย่างซึ่งไม่จำเป็นต้องเข้าไปครอบครองทรัพย์สินก็

¹⁸⁹ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์สิน, หน้า 369-370.

¹⁹⁰ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1429.

¹⁹¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 87/2532 การที่โจทก์ยกที่ดินให้จำเลยผู้เป็นบุตรโดยมีเงื่อนไขว่า จำเลยต้องส่งข้าวเปลือกให้โจทก์ปีละ 10 ถังนั้น ยังถือไม่ได้ว่าเป็นการให้ทรัพย์สินโดยมีค่าภาวะติดพันตามป.พ.พ.มาตรา 528 แต่เป็นการยกให้โดยเสนาเพราะค่าภาวะติดพันในที่ดินหรือทรัพย์สินต้องเป็นภาวะติดพันเกี่ยวกับตัวที่ดินหรือทรัพย์สินนั่นเองโดยตรงไม่ใช่ภาวะติดพันนอกตัวทรัพย์สิน (เป็นคำพิพากษาศาลฎีกาที่แสดงให้เห็นว่า ภาวะติดพันเหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น จะต้องเป็นภาวะที่เกี่ยวกับตัวทรัพย์สินโดยตรง ไม่ใช่ภาวะที่เกี่ยวกับตัวบุคคล).

ได้ และประโยชน์เฉพาะที่ถือเอาได้นี้ไม่ถูกจำกัดว่าจะไปทำให้ทรัพย์สินเปลี่ยนแปลงในสาระสำคัญหรือไม่¹⁹²

ดังนั้น เราอาจสรุปอำนาจของภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ได้ 2 กรณี¹⁹³

(1) อำนาจในการชำระหนี้เป็นคราวๆ จากอสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ (จะต้องชำระเป็นครั้งคราว ถ้าชำระเป็นก้อนครั้งเดียวคราวเดียวแล้วไม่ต้องชำระอีก ไม่ใช่ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์) เช่น นาย ก. กำหนดให้นาย ข. ได้รับเงินจากผลประโยชน์ที่นาย ก. เก็บได้จากที่ดินของนาย ก. ปีละ 1 ล้านบาท เป็นระยะเวลา 30 ปี ในกรณีนี้ นาย ข. มีสิทธิเรียกร้องเอาเงินเป็นรายปีจากนาย ก.

(2) อำนาจในการเข้าไปใช้และถือเอาประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์ตามที่ระบุไว้ เช่น นายเอ มีบ้านพักอยู่ที่ระยอง ได้ตกลงให้นายบีมีสิทธิที่จะไปอยู่บ้านพักของนายเอได้ทุกเดือนมีนาคมของแต่ละปี เป็นระยะเวลา 30 ปี

(ข) การได้มาซึ่งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะได้มาโดยนิติกรรมเท่านั้น และการได้มานี้จะบริบูรณ์ต่อเมื่อทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1299 แล้ว

(ค) ลักษณะของผู้รับประโยชน์ตามภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์

ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นสิทธิเฉพาะตัว เนื่องจากกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้นจะโอนไม่ได้แม้ทางมรดก อย่างไรก็ตามกฎหมายยอมให้คู่สัญญาตกลงเป็นอย่างอื่นได้ แต่ต้องกำหนดไว้ในนิติกรรมที่ก่อตั้งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์แตกต่างไปจากสิทธิอาศัยและสิทธิเก็บกินที่กฎหมายกำหนดให้เป็นสิทธิเฉพาะตัว แต่ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะคล้ายคลึงกับ

¹⁹² วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 368.

¹⁹³ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 441.

สิทธิเหนือพื้นดินตรงที่คู่สัญญาจะให้ทรัพย์สินเป็นสิทธิเฉพาะตัวหรือไม่ก็ได้ ขึ้นอยู่กับการตกลงกันระหว่างคู่สัญญา¹⁹⁴

(1) กรณีผู้ทรงสิทธิโอนสิทธิ¹⁹⁵

โดยหลักภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะโอนกันไม่ได้แต่สามารถกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมก่อตั้งได้

(2) กรณีผู้ทรงสิทธิตาย

โดยหลักภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะโอนกันไม่ได้แม้โดยทางมรดก แต่สามารถกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในนิติกรรมก่อตั้งได้

(ง) ผลของการก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์

(1) เจ้าของทรัพย์สินและผู้รับประโยชน์มีสิทธิและหน้าที่ในทำนองเดียวกับเจ้าของสามมทรัพย์และเจ้าของภวทรัพย์โดยอนุโลมตามมาตรา 1434 เช่น เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ไม่มีสิทธิทำการเปลี่ยนแปลงทรัพย์สินอันทำให้ผู้รับประโยชน์เสียสิทธิ (มาตรา 1388 และ 1390) หรือในกรณีที่มีการแบ่งแยกทรัพย์สิน ภาวะติดพันยังคงมีอยู่ทุกส่วนที่แบ่งแยกออกนั้น (มาตรา 1394)

(2) ในกรณีที่เจ้าของทรัพย์สินมิได้ชำระหนี้ตามภาวะติดพัน ผู้รับประโยชน์มีสิทธิขอให้ศาลตั้งผู้รักษาทรัพย์หรือสั่งให้เอาทรัพย์สินออกขายทอดตลาด¹⁹⁶

ทั้งนี้ ในสัญญาก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ผู้รับประโยชน์และเจ้าของทรัพย์สินจะตกลงให้ผู้รับประโยชน์ หรือเจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิหน้าที่เพิ่มเติมนอกเหนือจากที่กฎหมายกำหนดไว้ก็ได้ เพียงแต่ข้อตกลงนั้นห้ามขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน มิฉะนั้นจะเป็นโมฆะ

¹⁹⁴ มานิตย์ จุมปา, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน, หน้า 369.

¹⁹⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1431.

¹⁹⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1433.

(จ) ระยะเวลาการถือครองสิทธิ¹⁹⁷

(1) นิติกรรมก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์จะกำหนดเวลาหรือไม่กำหนดเวลาก็ได้

(2) ถ้ากำหนดเวลาไว้ในนิติกรรมก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ จะกำหนดระยะเวลาตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์ก็ได้

(3) หากกำหนดระยะเวลาในนิติกรรมก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ไว้ต่างจากข้อ (2) กำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะต้องไม่เกิน 30 ปี ถ้ากำหนดไว้มากกว่านั้น กฎหมายกำหนดให้ลดลงมาเหลือ 30 ปี และเมื่อครบกำหนดแล้วสามารถต่อไปอีกได้ครั้งละไม่เกิน 30 ปี

(4) ถ้าไม่มีกำหนดเวลาไว้ในนิติกรรมก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีอยู่ตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์

(ฉ) การระงับสิ้นไปแห่งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์¹⁹⁸

(1) เมื่อครบกำหนดระยะเวลาตามนิติกรรมก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะระงับไปเองโดยไม่ต้องจดทะเบียนระงับอีก

(2) เมื่อเงื่อนไขให้ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ระงับเกิดขึ้น เป็นไปตามหลักทั่วไปของเรื่องนิติกรรมสัญญาว่าด้วยเงื่อนไขบังคับหลัง

การกำหนดให้ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์มีอยู่ตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิหรือตลอดชีวิตของเจ้าของทรัพย์สิน หรือกรณีไม่มีกำหนดเวลา กฎหมายให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่ามีอยู่ตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์ ย่อมถือเป็นกรณีที่มีเงื่อนไขบังคับหลังเช่นกัน ดังนั้น เมื่อผู้ทรงสิทธิหรือเจ้าของทรัพย์สินถึงแก่ความตาย ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ย่อมระงับแล้วแต่กรณีโดยไม่ต้องไปทำเป็นหนังสือจดทะเบียนอีก

(3) เมื่อผู้รับประโยชน์ทำผิดสัญญาก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ในข้อที่เป็นสาระสำคัญ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งย่อมมีสิทธิบอกเลิกสิทธิของผู้รับ

¹⁹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1430.

¹⁹⁸ บัญญัติ สุชีวะ, คำอธิบายกฎหมายลักษณะทรัพย์, หน้า 374-375.

ประโยชน์ได้ ซึ่งการบอกเลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นการระงับสิ้นไปโดยนิติกรรมจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วย มิฉะนั้นจะไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย¹⁹⁹

(4) เมื่อมีการตกลงทำนิติกรรมใหม่

การเลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์โดยการตกลงทำนิติกรรมใหม่ต้องเกิดจากความเห็นชอบทั้งจากเจ้าของทรัพย์สินและผู้รับประโยชน์ และต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนกับพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นจะไม่บริบูรณ์ตามกฎหมาย และไม่สามารถใช้ยับยั้งบุคคลภายนอกได้ ซึ่งแตกต่างจากการบอกเลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามนิติกรรมก่อตั้งหรือนิติกรรมเดิม ซึ่งเพียงแต่คู่สัญญาฝ่ายผู้มีสิทธิบอกเลิกฝ่ายเดียวแสดงเจตนาการเลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ก็มีผลโดยไม่ต้องให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเห็นชอบด้วย

(5) เมื่อผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตาย ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นอันระงับ เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น

(6) เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิสลายไปทั้งหมด และเป็น การพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนดี

(7) เมื่อผู้รับประโยชน์เป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง

(8) เมื่อผู้รับประโยชน์ไม่ได้ใช้และถือเอาประโยชน์ติดต่อกันเป็นเวลา 10 ปี

(9) เมื่อทรัพย์สินหมดประโยชน์แก่ผู้รับประโยชน์

(ข) ประเภทการจดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ตามระเบียบกรมที่ดิน²⁰⁰

(1) การจดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หมายถึง กรณีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ก่อให้เกิดภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ของตนทั้งหมด

¹⁹⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1432.

²⁰⁰ สำนักมาตรฐานการทะเบียนที่ดิน กรมที่ดิน, คู่มือการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อย่างอื่น, หน้า 480.

(2) การจดทะเบียนแบ่งก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หมายถึง กรณีเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ก่อให้เกิดภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ของตนบางส่วน

(3) การจดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เฉพาะส่วน หมายถึง กรณีเจ้าของรวมคนใดคนหนึ่ง ในอสังหาริมทรัพย์แต่ไม่ใช่ทุกคน ก่อให้เกิดภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เฉพาะส่วนของตน

(4) การจดทะเบียนปลดภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เฉพาะส่วน หมายถึง กรณีที่ได้จดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ไว้แล้ว ต่อมา มีการแบ่งแยกที่ดินที่ได้จดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว และคู่กรณีตกลงกันให้ที่ดินแปลงที่แบ่งแยกออกไป หรือที่ดินแปลงคงเหลือไม่มีภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ติดไปด้วย

(5) การจดทะเบียนเลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์เฉพาะส่วน หมายถึง กรณีที่ได้จดทะเบียนภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ไว้แล้ว คู่กรณีตกลงกันให้เลิกภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ต่อกัน

(ข) ภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์กับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุน

เมื่อพิจารณาตามลักษณะของภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ จะเห็นได้ว่าผู้รับประโยชน์มีสิทธิได้รับชำระหนี้เป็นคราวๆ จากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ หรือมีสิทธิได้ใช้ หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้น หากนักลงทุนต่างด้าวเป็นผู้รับประโยชน์ตามสัญญาก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะที่มีสิทธิได้ใช้ หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้น ย่อมทำให้นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวมีสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้ ทั้งนี้ ลักษณะการมีสิทธิได้ใช้ หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจะต้องไม่เข้าลักษณะของทรัพย์สินประเภทอื่นๆ ที่กล่าวไปแล้วข้างต้น เนื่องจากหากการมีสิทธิได้ใช้ หรือถือเอาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นมีลักษณะของทรัพย์สินประเภทอื่นๆ การก่อตั้งทรัพย์สินก็จะต้องจดทะเบียนให้ตรงตามประเภทลักษณะของทรัพย์สินนั้นๆ

อย่างไรก็ตาม ลักษณะสิทธิของการก่อตั้งภาวะติดพันในอสังหาริมทรัพย์อาจไม่เหมาะสมกับการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจอพาร์ทเมนท์ โฮมสเตย์ เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวสามารถ

ถือครองที่ดินผ่านสิทธิการเช่า หรือการก่อตั้งทรัพย์สินประเภทอื่นๆ ที่มีลักษณะสอดคล้องกับความต้องการของธุรกิจโดยตรงอยู่แล้ว เช่น สิทธิเหนือพื้นดิน หรือสิทธิเก็บกิน

4.3.2.5 การก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว

ทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์อาจเป็นอีกทางเลือกหนึ่งในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย โดยเมื่อพิจารณาตามประเภทและลักษณะของทรัพย์สินแล้ว จะเห็นได้ว่า นักลงทุนต่างด้าวอาจถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกิน เพราะทรัพย์สินดังกล่าวมีลักษณะของสิทธิที่มีความมั่นคงต่อการลงทุนมากกว่าการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม แม้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการมีทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ได้ก็ตาม แต่กฎหมายก็กำหนดให้การก่อตั้งทรัพย์สินข้างต้นมีกำหนดระยะเวลาได้ไม่เกิน 30 ปี ซึ่งในกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยขนาดใหญ่ที่ต้องการลงทุนในระยะยาวเพื่อให้คุ้มแก่มูลค่าของการลงทุน นักลงทุนดังกล่าวอาจเห็นว่าระยะเวลา 30 ปีที่มีสิทธิครอบครองและเข้าใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ยาวนานไม่เพียงพอที่จะทำให้คุ้มค่าต่อการลงทุน กรณีจึงทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น พยายามช่องทางในการเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์นอกเหนือจากช่องทางที่กฎหมายกำหนดในรูปแบบอื่นๆ ต่อไป เพื่อให้การลงทุนได้รับประโยชน์จากการลงทุนสูงสุด ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อถัดไปว่ารูปแบบการเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมในปัจจุบันมีรูปแบบใดบ้าง และก่อให้เกิดผลเสียต่อประเทศไทยอย่างไร

ตารางที่ 3 เปรียบเทียบสัญญาเช่ากับทรัพย์สินประเภทต่างๆ

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
ลักษณะ ของสิทธิ	สิทธิที่จะได้ใช้ หรือได้รับ ประโยชน์ใน ทรัพย์สินของ ผู้ให้เช่า โดยที่ผู้ เช่าให้ ค่าตอบแทนผู้ให้ เช่าสำหรับการ ได้ใช้หรือได้รับ ประโยชน์ใน ทรัพย์สินนั้น	สิทธิที่จะอยู่ใน โรงเรียนของผู้อื่น โดยไม่ต้องเสีย ค่าเช่า หรือ ผลประโยชน์อื่น ใดตอบแทน ซึ่ง จะเป็นสิทธิ อาศัยได้นั้น จะต้องใช้ โรงเรียนนั้นเป็นที่ กินอยู่หลับนอน แต่จะใช้โรงเรียน นั้นเพื่อทำการค้า หรือธุรกิจอย่าง อื่นไม่ได้	สิทธิได้เป็น เจ้าของโรงเรียน สิ่งปลูกสร้างหรือ สิ่งเพาะปลูกบน ดิน หรือได้ดิน ของผู้อื่นโดยจะ เสียค่าเช่า ค่าตอบแทนให้ เจ้าของที่ดินด้วย หรือไม่ก็ได้	สิทธิที่จะเช่า ครอบครอง ใช้ และถือเอา ประโยชน์จาก อสังหาริมทรัพย์ ของผู้อื่นโดยจะ เสียค่าเช่าหรือ ผลประโยชน์ ตอบแทนหรือไม่ ก็ได้	สิทธิที่จะได้รับ ชำระหนี้จาก อสังหาริมทรัพย์ นั้นเป็นคราวๆ หรือได้ใช้หรือ ถือเอาประโยชน์ จาก อสังหาริมทรัพย์ นั้น
ประเภท ของสิทธิ	บุคคลสิทธิ	ทรัพย์สินสิทธิ	ทรัพย์สินสิทธิ	ทรัพย์สินสิทธิ	ทรัพย์สินสิทธิ
การ ได้มา	คำเสนอคำสนอง ตรงกันระหว่างผู้ เช่าและผู้ให้เช่า	นิติกรรมเท่านั้น	นิติกรรมเท่านั้น	นิติกรรมเท่านั้น	นิติกรรมเท่านั้น

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
ลักษณะ ของผู้ ทรงสิทธิ	เป็นสิทธิ เฉพาะตัวของผู้ เช่า ไม่ตกทอด ทางมรดก และ ไม่สามารถโอน สิทธิการเช่าได้ เว้นแต่ ได้รับ ความยินยอม จากผู้ให้เช่า	เป็นสิทธิ เฉพาะตัว ดังนั้น ผู้ทรงสิทธิอาศัย จะโอนสิทธิ อาศัยให้แก่ผู้ใด ไม่ได้เลย ไม่ว่า จะเป็นการโอน โดยนิติกรรม พินัยกรรม หรือ โอนทางมรดกก็ ตาม	ไม่ใช่สิทธิ เฉพาะตัว เว้นแต่ จะตกลงไว้เป็น อย่างอื่นในนิติ กรรมก่อตั้ง ดังนั้น สิทธิเหนือ พื้นดินจึงอาจ โอนกันต่อไปได้ หรืออาจรับมรดก กันได้	เป็นสิทธิ เฉพาะตัว ไม่อาจ ตกทอดเป็น มรดกหรือโอน ให้แก่ผู้อื่นได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ ทรงสิทธิสามารถ โอนการใช้สิทธิ ของตนให้แก่ บุคคลภายนอก ได้	เป็นสิทธิ เฉพาะตัว เว้นแต่ กำหนดไว้เป็น อย่างอื่นได้ ใน นิติกรรมที่ก่อตั้ง ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
การจดทะเบียน	สัญญาเช่าที่มี ระยะเวลาการ เช่าเกิน 3 ปี จะต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่ เพื่อให้ เป็นหลักฐานใน การฟ้องร้อง บังคับคดี	ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่ เพื่อให้ บริบูรณ์เป็น ทรัพย์สินสิทธิ และ สามารถใช้อย่าง บุคคลภายนอก ได้	ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่ บริบูรณ์เป็น ทรัพย์สินสิทธิ หาก ไม่จดทะเบียนก็ สมบูรณ์เป็น เพียงบุคคลสิทธิ และไม่สามารถ ใช้อย่าง บุคคลภายนอก ได้	ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่ บริบูรณ์เป็น ทรัพย์สินสิทธิและ ไม่สามารถใช้อย่าง บุคคลภายนอก ได้	ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่ บริบูรณ์เป็น ทรัพย์สินสิทธิและ ไม่สามารถใช้อย่าง บุคคลภายนอก ได้

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
ระยะเวลาการ ถือครอง สิทธิ	<p>1. ต้องไม่เกิน 30 ปี เมื่อสิ้นสุดสัญญาเช่าแล้ว คู่สัญญาสามารถต่อสัญญาเช่าได้ แต่ต้องไม่เกิน 30 ปี</p> <p>2. ตลอดอายุของผู้เช่าหรือผู้ให้เช่า</p> <p>3. กรณีที่ไม่ปรากฏระยะเวลาการเช่าหรือไม่สามารถสันนิษฐานได้ คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะบอกเลิกสัญญาเช่าเมื่อไหร่ก็ได้ตามมาตรา 566</p>	<p>1. ในกรณีที่มีกำหนดระยะเวลาต้องไม่เกิน 30 ปี และจะต่ออายุก็ได้ แต่ต้องไม่เกิน 30 ปี นับแต่วันต่อ</p> <p>2. กำหนดตลอดอายุของผู้อาศัย</p>	<p>1. มีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ได้และในกรณีที่มีกำหนดระยะเวลาต้องไม่เกิน 30 ปี และจะต่ออายุได้ คราวละไม่เกิน 30 ปี</p> <p>2. กำหนดตลอดชีวิตของเจ้าของที่ดินหรือตลอดชีวิตของผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินก็ได้</p>	<p>1. มีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ได้และในกรณีที่มีกำหนดระยะเวลาต้องไม่เกิน 30 ปี และจะต่ออายุได้ คราวละไม่เกิน 30 ปี</p> <p>2. กรณีที่การก่อตั้งสิทธิเก็บกินไม่ได้ กำหนดเวลาไว้ให้สันนิษฐานว่ามีอยู่ตลอดชีวิตผู้ทรงสิทธิ</p>	<p>1. มีกำหนดระยะเวลาหรือไม่ก็ได้และในกรณีที่มีกำหนดเวลาต้องไม่เกิน 30 ปี และจะต่ออายุได้ คราวละไม่เกิน 30 ปี</p> <p>2. กำหนดตลอดชีวิตของผู้รับประโยชน์ได้</p> <p>3. ถ้าไม่มีกำหนดเวลาไว้ในนิติกรรมก่อตั้งให้สันนิษฐานว่าก่อนว่ามีอยู่ตลอดชีวิตผู้รับประโยชน์</p>

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
การโอน อสังหา ริมทรัพย์ อันเป็น วัตถุแห่ง สิทธิ	ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ จะต้องรับโอนไป ทั้งสิทธิและ หน้าที่ตาม สัญญาเช่า อย่างไรก็ตาม ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ ไม่ต้องผูกพัน ตามข้อสัญญา ในสัญญาเช่า หากข้อสัญญา เช่าดังกล่าวไม่ เกี่ยวข้องกับสิทธิ และหน้าที่ตาม สัญญาเช่า เช่น ค้ำประกันจะให้เช่า	ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ ต้องผูกพันตาม สัญญาที่ก่อตั้ง สิทธิอาศัย เนื่องจากสิทธิ ดังกล่าวมี ลักษณะเป็น ทรัพย์สินสิทธิ และ สามารถใช้อ้าง ยันต่อ บุคคลภายนอก ได้โดยทั่วไป	ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ ต้องผูกพันตาม สัญญาที่ก่อตั้ง สิทธิเหนือพื้นดิน เนื่องจากสิทธิ ดังกล่าวมี ลักษณะเป็น ทรัพย์สินสิทธิ และ สามารถใช้อ้าง ยันต่อ บุคคลภายนอก ได้โดยทั่วไป	ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ ต้องผูกพันตาม สัญญาที่ก่อตั้ง สิทธิเก็บกิน เนื่องจากสิทธิ ดังกล่าวมี ลักษณะเป็น ทรัพย์สินสิทธิ และ สามารถใช้อ้าง ยันต่อ บุคคลภายนอก ได้โดยทั่วไป	ผู้รับโอน อสังหาริมทรัพย์ ต้องผูกพันตาม สัญญาที่ก่อตั้ง ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากสิทธิ ดังกล่าวมี ลักษณะเป็น ทรัพย์สินสิทธิ และ สามารถใช้อ้าง ยันต่อ บุคคลภายนอก ได้โดยทั่วไป

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
การ ระงับ แห่งสิทธิ	1. โดยข้อสัญญา (กำหนดในข้อ สัญญาเดิม หรือ ทำสัญญาใหม่ เพื่อระงับสัญญา เดิม)	1. โดยข้อสัญญา ซึ่งได้กำหนดใน ข้อสัญญาเดิม หรือ ทำสัญญา ใหม่เพื่อระงับ สัญญาเดิม (นิติ กรรมที่ทำให้ ระงับไปซึ่งสิทธิ อาศัยใหม่นี้ ต้อง ทำเป็นหนังสือ และจดทะเบียน ต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่)	1. โดยข้อสัญญา ซึ่งได้กำหนดใน ข้อสัญญาเดิม หรือ ทำสัญญา ใหม่เพื่อระงับ สัญญาเดิม (นิติ กรรมที่ทำให้ ระงับไปซึ่งสิทธิ เหนือพื้นดินใหม่ นี้ ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่)	1. โดยข้อสัญญา ซึ่งได้กำหนดใน ข้อสัญญาเดิม หรือ ทำสัญญา ใหม่เพื่อระงับ สัญญาเดิม (นิติ กรรมที่ทำให้ ระงับไปซึ่งสิทธิ เก็บกินใหม่นี้ ต้องทำเป็น หนังสือและจด ทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่)	1. โดยข้อสัญญา ซึ่งได้กำหนดใน ข้อสัญญาเดิม หรือ ทำสัญญา ใหม่เพื่อระงับ สัญญาเดิม (นิติ กรรมที่ทำให้ ระงับไปซึ่งภาระ ติดพันใน อสังหาริมทรัพย์ ใหม่นี้ ต้องทำ เป็นหนังสือและ จดทะเบียนต่อ พนักงาน เจ้าหน้าที่)

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
การ ระงับ แห่งสิทธิ (ต่อ)	2. โดยข้อ กฎหมาย ดังนี้ เหตุแห่งเวลา, เหตุแห่งตัวทรัพย์สิน เช่น ทรัพย์สินที่เช่า สูญหาย, เหตุ แห่งตัวบุคคล ได้แก่ ผู้เช่าถึงแก่ ความตาย, เหตุ แห่งตัวหนี้ คือ การที่คู่สัญญาไม่ ชำระหนี้ตามที่ กฎหมายกำหนด และกฎหมาย กำหนดให้ คู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่งมีสิทธิที่จะ บอกเลิกสัญญา, และเหตุอิสระ ตามมาตรา 566	2. ถ้าไม่มี กำหนดเวลา สิทธิอาศัยจะเลิก เวลาใดๆ ก็ได้ แต่ต้องบอก กล่าวล่วงหน้าผู้ อาศัยตาม สมควร	2. ถ้าสิทธิเหนือ พื้นดินไม่มี กำหนดเวลาและ เป็นกรณีไม่มีค่า เช่า คู่กรณีฝ่าย ใดจะบอกเลิก เสียในเวลาในก็ ได้ แต่ต้องบอก กล่าวล่วงหน้าแก่ อีกฝ่ายหนึ่งตาม สมควร แต่ถ้า เป็นกรณีที่มีค่า เช่า ให้แก่เจ้าของ ที่ดิน การบอก เลิกสิทธิเหนือ พื้นดินโดย เจ้าของที่ดินต้อง บอกกล่าว ล่วงหน้าหนึ่งปี หรือให้ค่าเช่า หนึ่งปี	2. เมื่อครบ กำหนด ระยะเวลาตาม นิติกรรมก่อตั้ง สิทธิเก็บกิน ซึ่ง สิทธิเก็บกินจะ ระงับไปเองโดย ไม่ต้องจด ทะเบียนระงับอีก	2. เมื่อครบ กำหนด ระยะเวลาตาม นิติกรรมก่อตั้ง ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะระงับไปเอง โดยไม่ต้องจด ทะเบียนระงับอีก

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
การ ระงับ แห่งสิทธิ (ต่อ)		<p>3. เมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาตามสัญญาก่อตั้งสิทธิอาศัย โดยไม่ต้องจดทะเบียนระงับอีก</p> <p>4. เมื่อผู้ทรงสิทธิอาศัยถึงแก่ความตายสิทธิอาศัยเป็นอันระงับเสมอ</p>	<p>3. เมื่อสิ้นกำหนดระยะเวลาตามสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน โดยไม่ต้องจดทะเบียนระงับอีก</p> <p>4. เมื่อผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดินและเจ้าของที่ดินเป็น คนๆ เดียวกัน</p>	<p>3. เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิสลายไปทั้งหมด และเป็น การพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนดี</p> <p>4. เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินเป็นเจ้าของของทรัพย์สินเอง</p> <p>5. เมื่อผู้ทรงสิทธิเก็บกินถึงแก่ความตายสิทธิเก็บกินเป็นอันระงับเสมอ</p>	<p>3. เมื่อผู้รับประโยชน์ถึงแก่ความตาย ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์เป็นอันระงับ เว้นแต่คู่กรณีตกลงเป็นอย่างอื่น</p> <p>4. เมื่อทรัพย์สินซึ่งเป็นวัตถุแห่งทรัพย์สินสิทธิสลายไปทั้งหมด และเป็น การพ้นวิสัยที่จะให้กลับคืนดี</p> <p>5. เมื่อผู้รับประโยชน์เป็นเจ้าของทรัพย์สินเอง</p> <p>6. เมื่อผู้รับประโยชน์ไม่ได้ใช้และถือเอาประโยชน์ติดต่อกันเป็นเวลา 10 ปี</p>

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
					7. เมื่อทรัพย์สิน หมดประโยชน์ แก่ผู้รับประโยชน์
ความ เหมาะ สมของ สิทธิ สำหรับ การถือ ครอง อสังหา ริมทรัพย์ เพื่อการ ลงทุนใน ธุรกิจที่ พักอาศัย	ในปัจจุบัน สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์ เป็นทางเลือกที่ สำคัญสำหรับคน ต่างด้าวในการ ถือครอง อสังหาริมทรัพย์ เพื่อการลงทุนใน ธุรกิจที่พักอาศัย	กฎหมาย กำหนดให้ก่อตั้ง สิทธิอาศัยได้เพื่อ การอยู่อาศัย เท่านั้น ดังนั้น แม้สิทธิอาศัยจะ ทำให้คนต่างด้าว ได้ครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ ได้นานถึง 30 ปี แต่อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวไม่ สามารถถือ ครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ เพื่อการทำธุรกิจ ที่พักอาศัยได้	ผู้ทรงสิทธิเหนือ พื้นดินนั้น จะ เป็นเจ้าของ กรรมสิทธิ์ใน โรงเรือน หรือสิ่ง ปลูกสร้างที่ ตั้งอยู่บนที่ดิน แปลงนั้น ซึ่ง รวมถึงการมีสิทธิ เข้าใช้ที่ดินนั้น ด้วย ดังนั้น สิทธิ เหนือพื้นดินนั้น อาจเป็นอีก ทางเลือกหนึ่งที่ คนต่างด้าวจะ ถือครอง อสังหาริมทรัพย์ เพื่อการลงทุนได้	สิทธิเก็บกิน น่าจะเป็น ทางเลือกหนึ่งที่ นักลงทุนต่าง ด้าวจะสามารถ ถือครอง อสังหาริมทรัพย์ เพื่อการลงทุนได้ เนื่องจากผู้ทรง สิทธิเก็บกิน สามารถมีและใช้ สิทธิเหนือ อสังหาริมทรัพย์ ได้เหมือนกับ เจ้าของ กรรมสิทธิ์ เว้น แต่การโอน กรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สิน	นักลงทุนต่าง ด้าวอาจก่อตั้ง ทรัพย์สิน ประเภทนี้ให้แก่ ลูกค้าของตนได้ สำหรับการ ประกอบธุรกิจ Time Sharing อย่างไรก็ตาม ลักษณะสิทธิ ดังกล่าวอาจไม่ เหมาะสมกับการ ถือครองที่ดินเพื่อ การลงทุนใน ธุรกิจที่พักอาศัย รูปแบบอื่นๆ เช่น ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจโฮมสเตย์ อพาร์ทเมนท์

เรื่อง	สัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์	สิทธิอาศัย	สิทธิเหนือพื้นดิน	สิทธิเก็บกิน	ภาระติดพันใน อสังหาริมทรัพย์
<p>ความ เหมาะ สมของ สิทธิ สำหรับ การถือ ครอง อสังหา ริมทรัพย์ เพื่อการ ลงทุนใน ธุรกิจที่ พักอาศัย (ต่อ)</p>			<p>และน่าจะสร้าง ความแน่นอน ของสิทธิในการ เข้าถือครอง อสังหาริมทรัพย์ ให้แก่คนต่างด้าว ได้มากกว่าสิทธิ การเช่าตาม ประมวล กฎหมายแพ่ง เนื่องจากมี ลักษณะเป็น ทรัพย์สินสิทธิ นอกจากนี้สิทธิ เหนือพื้นดินยัง สามารถโอน เปลี่ยนมือได้ หรือตกทอดทาง มรดกได้</p>	<p>นอกจากนี้ นัก ลงทุนต่างด้าวซึ่ง เป็นผู้ทรงสิทธิ เก็บกิน สามารถ นำ อสังหาริมทรัพย์ ดังกล่าวออกหา ประโยชน์โดย การให้เช่า อสังหาริมทรัพย์ นั้นได้โดยไม่ต้อง ขอความยินยอม จากเจ้าของ อสังหาริมทรัพย์</p>	<p>เนื่องจากนัก ลงทุนต่างด้าว สามารถถือครอง ที่ดินผ่านสิทธิ การเช่าหรือการ ก่อตั้งทรัพย์สินสิทธิ ประเภทอื่นๆ ที่มี ลักษณะ สอดคล้องกับ ความต้องการ ของธุรกิจ โดยตรงอยู่แล้ว เช่น สิทธิเหนือ พื้นดินหรือสิทธิ เก็บกิน</p>

4.4 การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวผ่านกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์

4.4.1 ความหมายของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ หมายถึง กองทุนที่จัดตั้งขึ้นโดยบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน ในลักษณะของการแบ่งเงินทุน หรือกองทุนออกเป็นหน่วยลงทุนย่อยๆ เพื่อเปิดขายให้กับนักลงทุนรายย่อยทั่วไป เมื่อรวบรวมเงินจากการขายหน่วยลงทุนได้มากเพียงพอแล้ว ก็จะนำเงินก้อนใหญ่นี้ไปลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจเป็นอาคารให้เช่า ศูนย์การค้า คอนโดมิเนียม หรืออพาร์ทเมนต์ก็ได้ เพื่อหารายได้ให้กับกองทุน เมื่อกองทุนมีกำไรก็จะนำกำไรที่เกิดขึ้นนั้นมาเฉลี่ยกลับคืนให้กับผู้ถือหน่วยลงทุนรายย่อยให้ที่สุด²⁰¹

ในอีกนัยหนึ่ง กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เป็นกองทุนรูปแบบใหม่ที่มีวัตถุประสงค์หลักเพื่อนำเงินที่ได้จากการจำหน่ายหน่วยลงทุนไปซื้อหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ และจัดหาผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยการนำไปให้เช่า โดยอสังหาริมทรัพย์ที่ลงทุนอาจเป็นสำนักงาน ที่พักอาศัย ศูนย์การค้า โรงแรม โรงงาน โกดังเก็บสินค้า ฯลฯ ทั้งนี้ จะมีการระบุไว้ในนโยบายการลงทุนของแต่ละกองทุน โดยเสนอขายหน่วยลงทุนในช่วงแรกให้กับประชาชนและผู้ลงทุนทั่วไป (Public Offering) และจะนำหน่วยลงทุนไปจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย เพื่อเพิ่มสภาพคล่องให้กับผู้ลงทุน²⁰²

4.4.2 ประวัติความเป็นมาของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

การลงทุนในรูปแบบกองทุนรวมนั้นเกิดขึ้นในประเทศไทยมาเป็นเวลานานแล้ว แต่ส่วนใหญ่มักเป็นกองทุนหุ้นและตราสารหนี้ สำหรับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เริ่มจากการที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างหลักเกณฑ์การจัดตั้งและจัดกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ขึ้นในปี 2537 โดยได้มีการพิจารณาแล้วเสร็จเพื่อประกาศใช้ในช่วงต้นปี 2540 แต่ในขณะนั้นยังไม่มีบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุนรวมรายใดยื่นขอจัดตั้ง เนื่องด้วยเงื่อนไขในการจัดตั้งที่ค่อนข้างเข้มงวด และหลักเกณฑ์ต่างยังไม่มีความชัดเจน เพราะเป็นเรื่องใหม่สำหรับนักลงทุน

²⁰¹ อนุชา กุลวิสุทธิ, ลงทุนในอสังหาริมทรัพย์แบบมืออาชีพ (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โฮมบายเออร์การ์ด, 2547), หน้า 199-200.

²⁰² อนุชา กุลวิสุทธิ, ลงทุนในอสังหาริมทรัพย์แบบมืออาชีพ, หน้า 205.

อนึ่ง เมื่อประเทศไทยเกิดวิกฤติธุรกิจอสังหาริมทรัพย์และวิกฤติเศรษฐกิจในปี 2540 ทำให้บริษัทเงินทุนหลักทรัพย์หลายแห่งต้องปิดกิจการ และเกิดปัญหาสินทรัพย์ที่ไม่ก่อให้เกิดรายได้ (NPA) จากอสังหาริมทรัพย์ที่ยังสร้างไม่เสร็จ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์จึงได้ผ่อนคลายนโยบายและข้อบังคับในการจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ พร้อมทั้งได้ผ่อนผันให้นักลงทุนต่างชาติสามารถเข้ามาซื้ออสังหาริมทรัพย์ในประเทศผ่านการซื้อหน่วยลงทุนได้ เพื่อให้เป็นเครื่องมือในการช่วยแก้ไขปัญหาหนี้สินของสถาบันการเงินและธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยได้ออกประกาศเรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข วิธีการจัดตั้ง และจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน (กอง 2)

นอกจากนี้ มีประกาศเรื่องกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน (กอง 3) ในปี 2541 และประกาศเรื่องกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์และสิทธิเรียกร้อง (กอง 4) ในปี 2543 ทั้งนี้ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ทั้ง 3 กองทุนดังกล่าว เป็นกองทุนที่เสนอขายหน่วยลงทุนให้กับนักลงทุนสถาบันเพียงอย่างเดียว สำหรับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (กอง 1) ที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์เปิดโอกาสให้นักลงทุนทั่วไปสามารถซื้อหน่วยลงทุนได้นั้น ได้รับอนุมัติในครั้งแรกเมื่อปี 2545

4.4.3 ประเภทของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์

ถ้าแบ่งประเภทของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ตามประกาศของคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ สามารถแบ่งออกเป็น 4 ประเภท คือ

4.4.3.1 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (Property Fund Public Offering: PR)

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อนำเงินที่ได้จากการขายหน่วยลงทุนไปซื้อหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ และบริหารจัดการผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว หรือที่เรียกว่า “กอง 1” โดยมุ่งเน้นเพื่อให้ได้รับผลตอบแทนหรือรายได้ โดยรายได้ที่ได้รับจากการบริหารอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจะถูกนำไปแบ่งให้ผู้ถือหน่วยลงทุนในรูปแบบเงินปันผลต่อไป ทั้งนี้ ผู้ถือหน่วยลงทุนไม่จำเป็นต้องเป็นนักลงทุนสถาบัน โดยนักลงทุนทั่วไปสามารถถือซื้อหน่วยลงทุนได้

4.4.3.2 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน (Property Fund for Resolving Financial Institution Problems: PR2)

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจำหน่ายหน่วยลงทุนแก่นักลงทุนทุกสถาบัน โดยมีวัตถุประสงค์นำเงินที่ได้ไปซื้อ หรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือลงทุนในสิทธิเรียกร้องที่

เกิดจากการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกัน (ไม่ว่าสินเชื่อนั้นจะเป็นหนี้ที่ก่อให้เกิดรายได้หรือไม่) โดยลงทุนไม่ต่ำกว่า 75% ของมูลค่าสินทรัพย์สุทธิของกองทุน หรือที่เรียกว่า “กอง 2” โดยกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทนี้เป็นกองทุนปิดที่กำหนดอายุโครงการหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตาม การยื่นคำขออนุมัติจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมประเภทนี้จะต้องยื่นคำขอภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ. 2541²⁰³ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่สามารถจัดตั้งกองทุนประเภทนี้ได้แล้ว

นอกจากนี้ อายุโครงการของกองทุนรวมประเภทนี้ต้องมีระยะเวลาสิ้นสุดไม่เกินวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2558 เว้นแต่ได้รับการผ่อนผันจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด²⁰⁴

4.4.3.3 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน (PR3)

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อลงทุนในสิทธิเรียกร้องที่เกิดจากการประกอบธุรกิจของสถาบันการเงินทั้งที่มีและไม่มีหลักประกันเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน โดยห้ามลงทุนในอสังหาริมทรัพย์เว้นแต่ได้มาจากหลักประกัน หรือที่เรียกว่า “กอง 3” ทั้งนี้กองทุนรวมประเภทนี้จำหน่ายหน่วยลงทุนแก่นักลงทุนสถาบันเท่านั้น และเป็นกองทุนปิดใน 3 ปีแรก หลังจากนั้นสามารถขอแก้ไขเป็นกองทุนเปิดได้

อย่างไรก็ตาม การยื่นคำขออนุมัติจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมประเภทนี้จะต้องยื่นคำขอภายใน 6 เดือน นับแต่วันที่ 26 พฤษภาคม พ.ศ. 2541²⁰⁵ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่สามารถจัดตั้งกองทุนประเภทนี้ได้แล้ว

²⁰³ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กน. 15/2541 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ข้อ 2.

²⁰⁴ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 21/2552 เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ข้อ 7.

²⁰⁵ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กน. 16/2541 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ข้อ 2.

นอกจากนี้ อายุโครงการของกองทุนรวมประเภทนี้ต้องมีระยะเวลาสิ้นสุดไม่เกินวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2558²⁰⁶

4.4.3.4 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์และสิทธิเรียกร้อง (Property and Loan Fund: PR4)

กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจำหน่ายหน่วยลงทุนให้แก่นักลงทุนทุกสถาบัน โดยมีวัตถุประสงค์นำเงินที่ได้ไปซื้อหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือลงทุนในสิทธิเรียกร้องหรือในทรัพย์สินอื่น เพื่อแก้ปัญหาในระบบสถาบันการเงิน โดยลงทุนไม่ต่ำกว่า 75% ของมูลค่าทรัพย์สินสุทธิของกองทุน หรืออาจเรียกว่า “กอง 4” ซึ่งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทนี้เป็นกองทุนปิด มีลักษณะคล้ายกอง 2 แต่แตกต่างกันที่มีอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันหรือไม่ก็ได้

อย่างไรก็ตาม การยื่นคำขออนุมัติจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมประเภทนี้จะต้องยื่นคำขอภายใน 2 ปี นับแต่วันที่ 7 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543²⁰⁷ ดังนั้น ในปัจจุบันจึงไม่สามารถจัดตั้งกองทุนประเภทนี้ได้แล้ว

อนึ่ง อายุโครงการของกองทุนรวมประเภทนี้ต้องมีระยะเวลาสิ้นสุดไม่เกินวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2558 เว้นแต่ได้รับการผ่อนผันจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด²⁰⁸

นอกจากนี้ ประเภทของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์อาจแบ่งตามการลงทุนได้เป็น 2 ประเภท²⁰⁹ คือ

²⁰⁶ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 22/2552 เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ข้อ 7.

²⁰⁷ ประกาศคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ กน. 54/2543 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์และสิทธิเรียกร้อง ข้อ 2.

²⁰⁸ ประกาศคณะกรรมการกำกับตลาดทุน ที่ ทน. 23/2552 เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์และสิทธิเรียกร้อง ข้อ 8.

²⁰⁹ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ฝ่ายกำกับธุรกิจจัดการลงทุน, “ทางเลือกใหม่ของการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์กับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์,” วารสารธนาคารอาคารสงเคราะห์, 13 (มกราคม-มีนาคม, 2550): 53.

(ก) การลงทุนในอสังหาริมทรัพย์แบบ Freehold

กองทุนรวมที่ระดมเงินมาจากผู้ลงทุนเพื่อนำไปซื้ออสังหาริมทรัพย์มาเป็นเจ้าของมาบริหารเพื่อให้มีรายได้สำหรับนำมาจ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นในกองทุนรวมนั้น ดังนั้นถือได้ว่าผู้ถือหุ้นในกองทุนรวมประเภทนี้มีสถานะเหมือนเป็นเจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นจริงๆ และหากมีการเลิกหรือปิดกองทุน กองทุนรวมก็สามารถขายอสังหาริมทรัพย์ชิ้นนั้นออกไปได้ ยิ่งถ้าอสังหาริมทรัพย์มีราคาสูง ผู้ถือหุ้นก็มีโอกาสที่จะได้รับเงินลงทุนคืนจากหน่วยลงทุนที่ถืออยู่ ณ วันเลิกกองทุนรวมด้วย

(ข) การลงทุนในอสังหาริมทรัพย์แบบ Leasehold

กองทุนรวมที่ไม่ได้มีการซื้ออสังหาริมทรัพย์มาเป็นกรรมสิทธิ์ แต่จะซื้อสิทธิการเช่ามาบริหาร ซึ่งในระยะหลังๆ จะเริ่มมีกองทุนรวมประเภทนี้มากขึ้น โดยอาจมีทั้งการเช่าพื้นที่ในอาคารหรือซื้ออาคารบนดินซึ่งเช่ามาอีกทอดหนึ่ง ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในพื้นที่หรือที่ดินที่อสังหาริมทรัพย์นั้นตั้งอยู่จึงไม่ได้ตกเป็นของกองทุนรวมแต่อย่างใด และเมื่อครบกำหนดสัญญาเช่า กองทุนรวมจะต้องส่งมอบพื้นที่ที่เช่าหรือที่ดินที่อาคารนั้นตั้งอยู่คืนเจ้าของไป อีกทั้งไม่มีสิทธิที่จะหาประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นอีกต่อไป

นอกจากนี้มูลค่าของหน่วยลงทุนของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์แบบ Lease Hold จะค่อยๆ ลดลงจนเหลือศูนย์ ณ วันที่สิ้นสุดโครงการ

กล่าวโดยสรุป ข้อแตกต่างของกองทุนรวมที่ “ซื้อ” อสังหาริมทรัพย์ (Freehold) และกองทุนรวมที่ “เช่า” อสังหาริมทรัพย์ (Leasehold) มีดังนี้²¹⁰

กรณีที่กองทุนรวม “ซื้อ” อสังหาริมทรัพย์นั้น กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นย่อมเป็นของกองทุนรวมเมื่อมีเหตุให้ต้องเลิกกองทุนรวม กองทุนรวมก็สามารถขายอสังหาริมทรัพย์นั้นออกไปได้ กองทุนรวมจึงมีโอกาสดำเนินการผลตอบแทนจากมูลค่าที่เพิ่มสูงขึ้นของอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว ดังนั้น นอกจากที่ผู้ลงทุนจะมีโอกาสได้รับ “เงินปันผล” ในช่วงที่กองทุนรวมดำเนินการอยู่แล้ว ก็ยังมีโอกาสได้รับ “เงินลงทุน” คืนตามมูลค่าหน่วยลงทุนของกองทุนรวมในขณะที่เลิกกองทุนรวมอีกด้วย

²¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ฝ่ายกำกับธุรกิจจัดการลงทุน, “ทางเลือกใหม่ของการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์...กับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์,” *วารสารธนาคารอาคารสงเคราะห์*, 13 (มกราคม-มีนาคม, 2550): 53.

แต่ในกรณีที่กองทุนรวม “เช่า” อสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นแต่เพียงผู้มีสิทธิในการใช้อสังหาริมทรัพย์ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น ซึ่งอาจจะเป็น 20 ปี หรือ 30 ปีก็ได้ และเมื่อครบกำหนดเวลาแล้ว ก็ต้องคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของไป ดังนั้น ยิ่งระยะเวลาการเช่าเหลือน้อยลงไปเรื่อยๆ จนกว่าครบกำหนดสัญญาเช่า ซึ่งมีผลทำให้มูลค่าหน่วยลงทุนของกองทุนรวม (NAV) ก็จะต้องต่ำลงไปเรื่อยๆ จนครบกำหนดสัญญาเช่า เช่นกัน ดังนั้น เมื่อถึงเวลาเลิกกองทุนรวมจึงไม่มีอสังหาริมทรัพย์ที่สามารถจำหน่ายเพื่อนำเงินลงทุนมาคืนแก่ผู้ลงทุน ทำให้ผู้ลงทุนมีโอกาสที่จะได้รับ “เงินปันผล” ในช่วงระยะเวลาที่กองทุนรวมเช่า และจัดหาผลประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์นั้นได้เท่านั้น

4.4.4 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน

4.4.4.1 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภท 2, 3 และ 4

ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ก.ล.ต.) ได้ออกกฎระเบียบที่เกี่ยวกับการจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภท 2, 3 และ 4 ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น เพื่อเป็นการส่งเสริมและกระตุ้นให้นักลงทุนสถาบันต่างประเทศเข้ามาลงทุน ซึ่งจะเป็นการบรรเทาภาวะเศรษฐกิจถดถอยที่เกิดขึ้นในขณะนั้น และเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่มีการลงทุนในที่ดินโดยมีแผนพัฒนาเป็นโครงการขนาดใหญ่และมีจำนวนเงินลงทุนอย่างมีนัยสำคัญภายใต้กรอบเวลาที่กำหนด อันจะเป็นการสนับสนุนให้เกิดการลงทุนภายในประเทศซึ่งจะทำให้เศรษฐกิจขยายตัวเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ กองทุนดังกล่าว จะได้รับสัญชาติไทย แม้ว่าผู้ถือหน่วยลงทุนจะเป็นผู้ลงทุนสถาบันซึ่งเป็นผู้ลงทุนต่างประเทศ ดังนั้น กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ทั้ง 3 ประเภทข้างต้นจึงสามารถครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามประเภทที่กฎหมายกำหนดได้

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันไม่สามารถยื่นคำขอจัดตั้งกองทุนอสังหาริมทรัพย์ประเภทกอง 2 กอง 3 และกอง 4 ได้แล้ว และอายุโครงการของกองทุนรวมดังกล่าว จะมีระยะเวลาสิ้นสุดไม่เกินวันที่ 31 สิงหาคม พ.ศ. 2558 เว้นแต่ได้รับการผ่อนผันจาก ก.ล.ต. เป็นกรณีๆ ไป

4.4.4.2 กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภท 1

ในปัจจุบันการจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์มีได้เฉพาะการจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ 1 เท่านั้น

หลักการสำคัญของการลงทุนของกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ คือ ต้องลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ที่มีคุณภาพพร้อมที่จะให้กองทุนรวมจัดหาผลประโยชน์โดยการนำพื้นที่ออกให้เช่าเพื่อให้เกิดรายได้ประจำ นอกจากนี้ การลงทุนนั้นต้องมีลักษณะเป็นการทำระยะสั้น และไม่มีวัตถุประสงค์ที่จะประกอบธุรกิจพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะทำให้กองทุนรวมมีความเสี่ยงในการก่อสร้าง หลักเกณฑ์ในการลงทุนของกองทุนรวมโดยสรุปมีดังนี้

(ก) หลักเกณฑ์ในการลงทุนของกองทุนรวม

- (1) อสังหาริมทรัพย์ที่จะลงทุนนั้นต้องตั้งอยู่ในประเทศไทย²¹¹
- (2) ต้องลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ที่สร้างเสร็จแล้วหรือถ้ายังสร้างไม่เสร็จต้องมีการก่อสร้างไปแล้วไม่น้อยกว่าร้อยละ 80 ของมูลค่าโครงการอาคาร²¹²
- (3) มีการวิเคราะห์และศึกษาความเป็นไปได้ ความเหมาะสมในการซื้อหรือเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้นประกอบการตัดสินใจของกองทุนรวม ก่อนที่จะลงทุน²¹³
- (4) กองทุนรวมจะต้องลงทุนจะต้องลงทุนเพื่อให้ได้มาและมีไว้ซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิในการเช่าอสังหาริมทรัพย์รวมกันไม่น้อยกว่าร้อยละ 75 ของมูลค่าทรัพย์สินสุทธิ (NAV) ของกองทุนรวม²¹⁴
- (5) กองทุนรวมจะต้องถืออสังหาริมทรัพย์ไว้อย่างน้อย 1 ปี เว้นแต่มีเหตุจำเป็นและสมควรโดยได้รับการผ่อนผันจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²¹⁵

²¹¹ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 36 (2).

²¹² ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 36 (3).

²¹³ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 36 (1).

²¹⁴ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 38.

²¹⁵ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 43.

(6) ต้องจัดให้มีประกันวินาศภัยอสังหาริมทรัพย์โดยกำหนดให้กองทุนรวมเป็นผู้รับผลประโยชน์²¹⁶

(ข) ข้อห้ามสำหรับการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ของกองทุนรวม เช่น

(1) ห้ามกองทุนรวมซื้อที่ดินว่างเปล่า เว้นแต่จะเป็นประโยชน์ในการส่งเสริมรายได้ให้แก่อสังหาริมทรัพย์ของกองทุนรวม และต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²¹⁷

(2) ห้ามซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่มีข้อพิพาท เว้นแต่จะเป็นประโยชน์ของกองทุนรวม และต้องได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²¹⁸

(3) ห้ามเช่าช่วงอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่ได้รับความเห็นชอบจากสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์²¹⁹

(ค) การถือหน่วยลงทุนของคนต่างด้าว

ก่อนวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 การจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ 1 ไม่มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือหน่วยลงทุนของคนต่างด้าว อย่างไรก็ตาม สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ได้ออกประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2552 กำหนดห้ามมิให้บริษัทจัดการกองทุนรวมจัดสรรหน่วยลงทุนให้กับผู้ลงทุนต่างด้าวเกินร้อยละ 49 ของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด หากเป็นการเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมที่มีการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์ในลักษณะดังต่อไปนี้

²¹⁶ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 49.

²¹⁷ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 36 (6).

²¹⁸ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 18.

²¹⁹ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 42.

(1) มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือ

(2) มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด ทั้งนี้ เมื่อกำหนดพื้นที่ห้องชุดที่กองทุนรวมจะลงทุนรวมกับพื้นที่ห้องชุดที่ถือกรรมสิทธิ์โดยผู้ลงทุนต่างด้าวในอาคารเดียวกันอยู่ก่อนแล้วคิดเป็นสัดส่วนเกินร้อยละ 49 ของพื้นที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น²²⁰

ทั้งนี้ “ผู้ลงทุนต่างด้าว” หมายความว่า ผู้ลงทุนที่เป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินเสมือนคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด แล้วแต่กรณี²²¹

โดยประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552 เป็นต้นไป

(ง) การตรวจสอบการถือหน่วยลงทุนของคนต่างด้าว

ตามบทเฉพาะกาลของประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2552 หากกองทุนรวมมีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือ มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด ทั้งนี้ เมื่อกำหนดพื้นที่ห้องชุดที่กองทุนรวมจะลงทุนรวมกับพื้นที่ห้องชุดที่ถือกรรมสิทธิ์โดยผู้ลงทุนต่างด้าวในอาคารเดียวกันอยู่ก่อนแล้วคิดเป็นสัดส่วนเกินร้อยละ 49 ของพื้นที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น กฎหมายกำหนดให้บริษัทจัดการกองทุนรวมปฏิบัติดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินการให้มีการปิดสมุดทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุนเพื่อตรวจสอบรายชื่อของผู้ถือหน่วยลงทุนที่เป็นผู้ลงทุนต่างด้าวและสัดส่วนการถือหน่วยลงทุนของผู้ถือหน่วยลงทุนดังกล่าว และแจ้งให้สำนักงานทราบเป็นลายลักษณ์อักษร ภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2553

²²⁰ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 36 (5).

²²¹ ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ข้อ 2 (14/1).

(2) ในกรณีบริษัทจัดการกองทุนรวมพบว่ากองทุนรวมมีผู้ลงทุนต่างด้าวถือหน่วยลงทุนรวมกันเกินกว่าร้อยละ 49 ของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด บริษัทจัดการกองทุนรวมต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

(2.1) ไม่ลงทุนเพิ่มเติมเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือ

(2.2) ไม่ลงทุนเพิ่มเติมเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด ซึ่งเมื่อคำนวณพื้นที่ห้องชุดที่กองทุนรวมจะลงทุนรวมกับพื้นที่ห้องชุดที่ถือกรรมสิทธิ์โดยผู้ลงทุนต่างด้าวในอาคารเดียวกันแล้ว คิดเป็นสัดส่วนเกินร้อยละ 49 ของพื้นที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น

(2.3) ในการขอมติจากผู้ถือหน่วยลงทุนไม่ว่าในเรื่องใดๆ ให้บริษัทจัดการกองทุนรวมนั้นคะแนนเสียงของผู้ลงทุนต่างด้าวที่มีรายชื่ออยู่ในทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุนตาม (1) ในส่วนที่เกินกว่าร้อยละ 49 ของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมด รวมในจำนวนเสียงในการขอมติได้ เว้นแต่ผู้ลงทุนต่างด้าวรายใดมีการลงทุนในหน่วยลงทุนของกองทุนรวมเพิ่มเติมภายหลังจากวันปิดสมุดทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุนตาม (1) ห้ามมิให้บริษัทจัดการกองทุนรวมนับจำนวนหน่วยลงทุนที่ได้มาเพิ่มเติมรวมในจำนวนเสียงในการขอมติ

(2.4) จ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหน่วยลงทุนต่างด้าวที่มีรายชื่อในทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุนตาม (1) ในส่วนที่เกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้แล้วทั้งหมดได้ เว้นแต่ผู้ลงทุนต่างด้าวรายใดมีการลงทุนในหน่วยลงทุนของกองทุนรวมเพิ่มเติมภายหลังจากวันปิดสมุดทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุนตาม (1) ห้ามมิให้บริษัทจัดการกองทุนรวมจ่ายเงินปันผลตามจำนวนหน่วยลงทุนที่ได้มาเพิ่มเติม

(2.5) ระบุการดำเนินการตาม (2.1) ถึง (2.4) ไว้อย่างชัดเจนในโครงการ

(3) ดำเนินการแต่งตั้งนายทะเบียนหน่วยลงทุนตามข้อ 18/1 แห่งประกาศสำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ที่ สน. 25/2552 เรื่องหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ ลงวันที่ 28 กรกฎาคม พ.ศ. 2552 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศนี้ภายในวันที่ 1 มกราคม พ.ศ. 2553 กล่าวคือในการจัดให้มีทะเบียนผู้ถือหน่วยลงทุน กฎหมายกำหนดให้บริษัทจัดการกองทุนรวมแต่งตั้งนายทะเบียนหน่วยลงทุนที่สามารถควบคุมการถือหน่วยลงทุนของผู้ลงทุนต่างด้าว ณ ขณะใด

ขณะหนึ่ง ภายหลังจากการเสนอขายหน่วยลงทุนของกองทุนรวมครั้งแรกให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ 18 รวมทั้งดำเนินการให้มีการปฏิเสธการโอนหน่วยลงทุนที่จะเป็นผลทำให้กองทุนรวมมีผู้ถือหน่วยลงทุนที่เป็นผู้ลงทุนต่างด้าวถือหน่วยลงทุนเกินกว่าอัตราที่กำหนดด้วย

(4) หากกองทุนรวมใดจัดสรรหน่วยลงทุนให้แก่คนต่างด้าวเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนด (ตามที่ได้กล่าวไปในข้อ 1.3) กฎหมายกำหนดให้การอนุมัติให้จัดตั้งและจัดการกองทุนรวมนั้นสิ้นสุด*

4.4.5 นักลงทุนต่างด้าวและกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน

จากการศึกษา สามารถสรุปได้ว่าในปัจจุบันนั้น นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถเลือกลงทุนในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบการจัดตั้งกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ได้อีกต่อไป เว้นแต่เป็นการเข้าซื้อหน่วยลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ทุกประเภทซึ่งมีอยู่แล้วในปัจจุบัน ซึ่งหากเป็นการซื้อหน่วยลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ 2, 3 หรือ 4 นั้น ผู้ซื้อจะต้องเป็นผู้ลงทุนสถาบันตามที่กฎหมายกำหนด

ในกรณีที่เป็นการเข้าซื้อกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ 1 นักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถถือหน่วยลงทุนเกินกว่าร้อยละ 49 ของจำนวนหน่วยลงทุนที่จำหน่ายได้ทั้งหมด หากกองทุนดังกล่าวมีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หรือ มีการลงทุนเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด ทั้งนี้ เมื่อคำนวณพื้นที่ห้องชุดที่กองทุนรวมจะลงทุนรวมกับพื้นที่ห้องชุดที่ถือกรรมสิทธิ์โดยผู้ลงทุนต่างด้าวในอาคารเดียวกันอยู่ก่อนแล้วคิดเป็นสัดส่วนเกินร้อยละ 49 ของพื้นที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารชุดนั้น

4.5 มาตรการควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายไทย

ตามที่ได้ศึกษาไปข้างต้น โดยหลักแล้วในปัจจุบันประเทศไทยไม่ได้ให้สิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์แก่คนลงทุนต่างด้าวโดยเสรี กล่าวคือ การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวซึ่งรวมถึงนักลงทุนต่างด้าวนั้นจะต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ดังนั้น การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยจึงต้องเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้เช่นกัน หากนักลงทุนต่างด้าวรายใดไม่ปฏิบัติตามบทบัญญัติของกฎหมายที่

* ถูกยกเลิกเพื่อแก้ไข โดย ประกาศสำนักงานคณะกรรมการ ก.ล.ต. ที่ สน. 53/2552 เรื่อง หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการจัดตั้งและจัดการกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ (ฉบับที่ 2) ลงวันที่ 29/10/2552.

เกี่ยวข้องกับการลงทุนในธุรกิจที่פקอาศัย ไม่ว่าจะเป็นการถือครองที่ดินตามกฎหมายที่ดินเพื่อการลงทุน หรือการได้รับใบอนุญาตประกอบธุรกิจตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวต้องระวางโทษตามที่กฎหมายบัญญัติ

4.5.1 มาตรการควบคุมตามประมวลกฎหมายที่ดิน

ตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้น กฎหมายให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ ได้แก่ เจ้าพนักงานที่ดิน²²² ผู้ซึ่งเป็นพนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ มีอำนาจสอบสวนคู่กรณีและเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น และถ้าเป็นกรณีที่ควรเชื่อได้ว่าการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น จะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือเป็นที่ควรเชื่อได้ว่าบุคคลใดจะซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว ให้ขอคำสั่งรัฐมนตรี และคำสั่งรัฐมนตรีดังกล่าวถือเป็นที่สุด²²³

กระทรวงมหาดไทยและกรมที่ดินได้วางแนวทางปฏิบัติเพื่อเป็นการควบคุมตรวจสอบการให้สิทธิในที่ดินแก่คนต่างด้าว ดังนี้²²⁴

4.5.1.1 กรณีคนต่างด้าวให้คนไทยถือที่ดินแทน

(ก) ก่อนทำการจดทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องสอบสวนในเรื่องการหลีกเลี่ยงกฎหมาย เช่น การได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว ตามกฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2497) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ข้อ 2 (2)

(ข) ถ้าเป็นกรณีที่ควรเชื่อได้ว่า การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้นจะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือเป็นที่ควรเชื่อได้ว่าจะซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าวให้ขอคำสั่งต่อรัฐมนตรี

(ค) สำหรับคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวขอได้มาซึ่งที่ดิน (ทั้งที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมาย) กระทรวงมหาดไทยและกรมที่ดินวางทางปฏิบัติไว้ว่า ต้องให้คนไทยและคนต่างด้าวให้ถ้อยคำรับรองว่า เงินที่คนไทยนำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัว หรือทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทย ไม่ใช่สินสมรสหรือทรัพย์ที่ทำมาหาได้ร่วมกันแต่อย่างใด

²²² ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 71.

²²³ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 74.

²²⁴ หนังสือกรมที่ดินที่ มท 0515.2/ว 23613 ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2552 เรื่อง มาตรการป้องกันการถือที่ดินแทนคนต่างด้าว.

4.5.1.2 กรณีคนต่างด้าวตั้งบริษัทเพื่อรับโอนที่ดินแทน

เนื่องจากมีปัญหาเกี่ยวกับการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว ในลักษณะตั้งบริษัทเพื่อรับโอนที่ดิน กระทรวงมหาดไทยและกรมที่ดินจึงได้วางทางปฏิบัติให้มีการสอบสวนเพิ่มเติมดังนี้

(ก) การขอได้มาซึ่งที่ดินของบริษัทจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว (ยกเว้นบริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น เช่น ตามมาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นต้น) และมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจสังหาริมทรัพย์ เช่น ซื้อขาย ให้เช่า ประกอบกิจการโรงแรม สร้างบ้านพักตากอากาศ โดยนิติบุคคลนั้นมีคนต่างด้าวถือหุ้น หรือมีคนต่างด้าวเป็นกรรมการ²²⁵ หรือแม้ว่านิติบุคคลนั้นไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจสังหาริมทรัพย์ แต่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าให้คนไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เช่น มีคนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจลงลายมือชื่อแทนบริษัท คนต่างด้าวเป็นผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัท คนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิออกเสียงมากกว่า ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยรายใหญ่มีอาชีพซึ่งไม่ใช่เป็นอาชีพการลงทุนเกี่ยวกับธุรกิจโดยตรง²²⁶ พนักงานเจ้าหน้าที่จะต้องสอบสวนให้ปรากฏข้อเท็จจริงชัดเจนว่า ผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทยทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล เป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริง ไม่ได้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยมีวิธีการสอบสวน ดังนี้

(1) สอบสวนรายได้ของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย ทั้งกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลสัญชาติไทย และนิติบุคคลสัญชาติไทย ยกเว้น บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น โดยสอบสวนว่ามีอาชีพใด รายได้เดือนละเท่าใด และต้องเรียกให้แสดงหลักฐานประกอบ

(2) สอบสวนว่าเงินที่ซื้อหุ้นมีที่มาอย่างไร ทั้งกรณีของผู้ถือหุ้นที่เป็นบุคคลสัญชาติไทย และนิติบุคคลสัญชาติไทย ยกเว้น บริษัทมหาชนจำกัด หรือนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินตามกฎหมายอื่น เช่น เงินเก็บสะสม ขายที่ดิน รับมรดก กู้ยืมมา โดยให้แสดงหลักฐานประกอบเช่น บัญชีเงินฝาก สัญญาซื้อขาย หลักฐานการรับมรดกหรือสัญญากู้ยืม

²²⁵ ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดิน ข้อ 4.

²²⁶ ประกาศกรมที่ดิน เรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดิน ข้อ 5.

(3) กรณีนิติบุคคลซื้อที่ดินในราคาสูงกว่าทุนจดทะเบียนโดยไม่มีภาระจดทะเบียนจำนวนที่ดิน ให้นิติบุคคลนั้นแสดงหลักฐานที่มาของเงินที่นำมาซื้อที่ดิน

(ข) เนื่องจากมีนิติบุคคลบางรายเลี่ยงกฎหมาย โดยรับโอนที่ดินไปในขณะที่ไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าว ต่อมาภายหลังได้เพิ่มทุนจนกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าว กรมที่ดินจึงได้วางทางปฏิบัติว่า ภายในเดือนมิถุนายนของทุกปี ให้สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร และสำนักงานที่ดินจังหวัด ส่งรายชื่อนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นกรรมการ ให้สำนักงานบริการข้อมูลธุรกิจ หรือสำนักพัฒนาธุรกิจการค้าจังหวัดตรวจสอบว่า นิติบุคคลดังกล่าวมีคนต่างด้าวเพิ่มทุนจนกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ ซึ่งหากตรวจสอบแล้วพบว่า มีนิติบุคคลใดกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าว นิติบุคคลนั้นจะต้องถูกบังคับให้จำหน่ายที่ดินทั้งหมด

4.5.1.3 การบังคับและลงโทษในการถือที่ดินแทนคนต่างด้าว

ในกรณีที่ปรากฏข้อเท็จจริงในภายหลังว่า มีการถือที่ดินแทนคนต่างด้าว จะมีการดำเนินการบังคับจำหน่ายที่ดิน และลงโทษผู้กระทำความผิด ดังนี้

(ก) มาตรการเกี่ยวกับที่ดินโดยการบังคับให้จำหน่ายที่ดินตามขั้นตอนของกฎหมาย

(1) กรณีคนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย ซึ่งการได้ซึ่งที่ดินดังกล่าวไม่ได้หมายถึงเฉพาะการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองที่ดินในฐานะเจ้าของด้วย²²⁷ จะต้องจำหน่ายที่ดินภายในระยะเวลาที่อธิบดีกำหนด โดยไม่น้อยกว่า 180 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี และถ้าไม่จำหน่ายที่ดินนั้นภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้น²²⁸

²²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 429-438/2506 การได้มาซึ่งที่ดินตามพระราชบัญญัติที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับคนต่างด้าวและตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้นหาได้หมายความว่าเฉพาะการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินอย่างเดียวไม่แต่ยังหมายถึงการได้มาซึ่งสิทธิครอบครองในฐานะเจ้าของด้วย การที่คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวเป็นความผิดอันเกิดขึ้นครั้งหนึ่งคราวเดียว หากใช้เป็นความผิดต่อเนื่องกันไม่ฉะนั้นอายุความฟ้องร้องคดีจึงต้องเริ่มนับหนึ่งแต่วันที่จำเลยกระทำการได้มาซึ่งที่ดินโดยฝ่าฝืนกฎหมายเป็นต้นไป.

²²⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94.

คนต่างด้าวต้องจำหน่ายที่ดินตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวโดยไม่คำนึงว่าจะมีบทสนธิสัญญาตามมาตรา 86 หรือไม่ สามารถแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี²²⁹ คือ (i) การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การปลอมแปลงเอกสาร และการใช้เอกสารเท็จเพื่อแสดงว่าตนเป็นคนสัญชาติไทย เพื่อจะได้ดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซื้อขายที่ดินให้แก่ตน ภายหลังความปรากฏว่าเป็นคนต่างด้าว จึงเป็นกรณีที่คนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (ii) การได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าวโดยมิได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย เช่น การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการครอบครองปรปักษ์ การได้รับมรดกในฐานะผู้รับพินัยกรรม

(2) นิติบุคคลบางประเภทที่กฎหมายกำหนดให้มีสิทธิในที่ดินเสมือนคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลอื่นที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว หากได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย นิติบุคคลดังกล่าวจะต้องจำหน่ายที่ดินนั้นภายในระยะเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนดโดยไม่น้อยกว่า 180 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี²³⁰

(3) กรณีได้มาซึ่งที่ดินในฐานะตัวแทนคนต่างด้าว การได้มาซึ่งที่ดินของบุคคลสัญชาติไทย โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการกระทำการแทนคนต่างด้าวดังกล่าว นอกจากนิติกรรมการได้มาดังกล่าวจะตกเป็นโมฆะ เนื่องจากวัตถุประสงค์ของนิติกรรมดังกล่าวต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย ตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์แล้ว อธิบดีกรมที่ดินยังมีอำนาจกำหนดเวลาเพื่อให้จัดการจำหน่ายที่ดินดังกล่าวได้ ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวต้องไม่น้อยกว่า 180 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี และถ้าไม่จำหน่ายที่ดินนั้นภายในกำหนดเวลาดังกล่าว อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นต่อไปได้ตามประมวลกฎหมายที่ดิน²³¹

²²⁹ วรุฒิ เทพทอง, คำอธิบายหลักกฎหมายที่ดิน, หน้า 292.

²³⁰ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 99.

²³¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 99; คำพิพากษาฎีกาที่ 344/2511 (ประชุมใหญ่) การที่โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินในต่างจังหวัดและประสงค์จะให้บุตรเป็นผู้รับโอน แต่บุตรยังเป็นเด็กและอยู่ในกรุงเทพฯ จึงให้จำเลยเป็นผู้รับโอนแทนนั้น แม้จำเลยจะเข้าครอบครองเสียภาษี และแจ้งการครอบครองลงชื่อของจำเลยเองในที่ดินแปลงนั้นก็ตาม ก็เป็นการครอบครองแทนโจทก์ ถึงแม้จำเลยจะครอบครองมานานเท่าใดก็ไม่อาจยกอายุความขึ้นใช้ยันโจทก์ได้ และจำเลยจะอ้างว่ายึดถือครอบครองเพื่อตนเองก็ได้ เพราะมิได้มีการเปลี่ยนแปลงลักษณะแห่งการยึดถือ โดยบอกกล่าวไม่เจตนาจะยึดถือแทนหรือครอบครองโดยสุจริตอาศัยอำนาจใหม่อันได้จากบุคคลภายนอก การที่โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินและให้จำเลยซึ่งเป็นคนไทยเป็นผู้รับโอนแทนนั้นวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าวเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เพราะขัดกับประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 และมาตรา 113 จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 โจทก์จะ

(ข) มาตรการเกี่ยวกับตัวบุคคลโดยมีความผิดอาญา และถูกลงโทษตามกฎหมาย

กรณีมีการขอจดทะเบียน โดยมีพฤติการณ์ถือที่ดินแทนคนต่างด้าว จะมีความผิดดังต่อไปนี้

(1) คนต่างด้าวมีความผิดฐานได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²³²

(2) นิติบุคคลมีความผิดฐานได้มาซึ่งที่ดินซึ่งเป็นการฝ่าฝืนประมวลกฎหมายที่ดิน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 50,000 บาท²³³

(3) ผู้ที่ได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าว มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²³⁴

4.5.2 มาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด

ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 หากบุคคลใดถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดในฐานะที่เป็นเจ้าของแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ไม่ว่าจะคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลดังกล่าวจะมีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดตามกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวจะถูกบังคับให้จำหน่ายห้องชุดภายในกำหนดไม่เกิน 1 ปี แล้ว บุคคลดังกล่าวจะต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ²³⁵

บังคับจำเลยให้โอนที่ดินนั้นให้แก่โจทก์โดยโอนในนามของบุตรโจทก์ซึ่งเป็นคนไทยหาได้ไม่และการยึดถือที่ดินของจำเลยเป็นการยึดถือแทนโจทก์ จำเลยก็จะอ้างว่าเป็นเจ้าของไม่ได้ ผลต่อไปต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96.

²³² ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 111.

²³³ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 112.

²³⁴ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 113.

²³⁵ สำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, คำอธิบายกฎหมายอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551, หน้า 72.

4.5.3 มาตรการควบคุมตามประมวลกฎหมายอาญา

กรณีที่มีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการซื้อขายที่ดินโดยกระทำการแทนคนต่างด้าว บุคคลสัญชาติไทยที่จดทะเบียนรับโอนที่ดินแทนคนต่างด้าวดังกล่าว ย่อมมีความผิดฐานแจ้งความเท็จตามมาตรา 137 ประมวลกฎหมายอาญา²³⁶ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 1,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และมีความผิดฐานแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จัดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารราชการ ตามมาตรา 267 ประมวลกฎหมายอาญา²³⁷ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

4.5.4 มาตรการควบคุมตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

การลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของคนต่างด้าวนั้น นอกจากจะถูกลงโทษการประกอบธุรกิจโดยการมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยแล้ว นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวยังถูกลงโทษการประกอบธุรกิจโดยพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งในปัจจุบัน นักลงทุนต่างด้าวถูกลงโทษการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยดังต่อไปนี้

- การประกอบธุรกิจค้าที่ดิน²³⁸ ได้แก่ การประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดิน โดยคนต่างด้าวนั้นถูกห้ามประกอบธุรกิจค้าที่ดินโดยเด็ดขาด*

²³⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 137 บัญญัติว่า

“ผู้ใดแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ซึ่งอาจทำให้ผู้อื่นหรือประชาชนเสียหาย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

²³⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 บัญญัติว่า

“ผู้ใดแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำการตามหน้าที่จัดข้อความอันเป็นเท็จลงในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับไม่เกินหกพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

²³⁸ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8(1).

* ปัจจุบันมาตรา 102 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้ถูกยกเลิกแล้วโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับ 12) พ.ศ. 2551 เนื่องจากบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินเป็นบทบัญญัติที่มีเจตนารมณ์เพื่อยกเว้นการจำกัดจำนวนการถือครองที่ดินและป้องกันการหลีกเลี่ยงการกำหนดสิทธิในที่ดิน โดยที่บทบัญญัติในเรื่องการจำกัดจำนวนการถือครองที่ดินนั้นได้ถูกยกเลิกโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49 ลงวันที่ 13 มกราคม พ.ศ. 2502 แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดินซึ่งเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกันยังไม่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกัน ประกอบกับการค้าที่ดินได้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินควบคุมอยู่แล้ว สมควรยกเลิกบทบัญญัติเกี่ยวกับการค้าที่ดิน.

- การประกอบธุรกิจโรงแรม กล่าวคือ นักลงทุนต่างด้าวอาจประกอบธุรกิจโรงแรมได้ หากได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว หรือได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน²³⁹

- การประกอบธุรกิจบริการ ได้แก่ การให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ เช่น ธุรกิจบ้านพักตากอากาศ ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ โดยนักลงทุนต่างด้าวต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวก่อน จึงจะสามารถประกอบธุรกิจดังกล่าวได้²⁴⁰

4.5.4.1 มาตรการตรวจสอบการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

เนื่องจากมีกรณีเกี่ยวกับกรณีมีคนต่างด้าวจัดตั้งบริษัท และร่วมมือหรือจ้างคนไทยถือหุ้นแทน โดยคนต่างด้าวเป็นผู้ลงทุนเงินทั้งหมดหรือเกือบทั้งหมดเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย ในปัจจุบันกรมพัฒนาธุรกิจการค้าได้ออกคำสั่ง²⁴¹ เพื่อแก้ไขปัญหากรณีดังกล่าวโดยให้มีมาตรการตรวจสอบแหล่งที่มาของเงินลงทุนของคนไทยในกิจการที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าอาจจะมีการถือหุ้นหรือลงทุนแทนคนต่างด้าวเพื่อหลีกเลี่ยงกฎหมาย

คำสั่งของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าดังกล่าวกำหนดให้ผู้ถือหุ้นไทยทุกคนแสดงหลักฐานที่มาของเงินลงทุนประกอบค่าจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด โดยต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินที่ลงทุนสำหรับบริษัทจำกัดที่มีหุ้นส่วนต่างชาติตั้งแต่ร้อยละ 40 แต่ไม่ถึงร้อยละ 50 ของทุนจดทะเบียน หรือเป็นบริษัทที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าร้อยละ 40 แต่คนต่างด้าวเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท ซึ่งหลักฐานดังกล่าวได้แก่

- (1) สำเนาสมุดเงินฝากธนาคารย้อนหลัง 6 เดือน หรือ
- (2) เอกสารที่ธนาคารออกให้เพื่อรับรองหรือแสดงฐานะการเงิน หรือ
- (3) สำเนาหลักฐานที่แสดงแหล่งที่มาของเงินที่นำมาลงทุน

²³⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8(3).

²⁴⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 8(3).

²⁴¹ คำสั่งสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางที่ 102/2549 เรื่อง กำหนดเอกสารประกอบค่าจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัทจำกัด.

โดยเอกสารหลักฐานดังกล่าวต้องแสดงจำนวนเงินที่สอดคล้องกับจำนวนเงินลงทุนของผู้ถือหุ้น หรือผู้เป็นหุ้นส่วนแต่ละราย และเมื่อนายทะเบียนพิจารณาแล้วเชื่อได้ว่าผู้ถือหุ้น หรือผู้เป็นหุ้นส่วนมีความสามารถที่จะลงทุนในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทได้ก็ให้รับจดทะเบียน แต่หากไม่สามารถแสดงเอกสารหลักฐานดังกล่าว หรือเอกสารหลักฐานไม่น่าเชื่อถือ ก็ให้นายทะเบียนปฏิเสธการรับจดทะเบียน ด้วยเหตุที่ไม่น่าเชื่อว่ามีการลงทุนจริง หรือเป็นการถือหุ้นแทนคนต่างด้าว ทำให้จำนวนผู้ถือหุ้นหรือผู้เป็นหุ้นส่วนไม่ครบตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด แล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ กรมพัฒนาธุรกิจการค้ายังกำหนดให้นายทะเบียนรายงานผลการรับจดทะเบียนหรือไม่รับจดทะเบียนดังกล่าวมายังกรมพัฒนาธุรกิจการค้าทุกเดือน ภายในวันที่ 15 ของเดือนถัดไป

4.5.4.2 มาตรการเกี่ยวกับตัวบุคคลโดยมีความผิดอาญา และถูกลงโทษตามกฎหมาย

(ก) ความผิดอาญาต่อนักลงทุนต่างด้าว

นักลงทุนต่างด้าวที่ประกอบธุรกิจตามที่กำหนดไว้ในบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสาม โดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย และไม่ได้รับการส่งเสริมลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับตั้งแต่ 100,000 บาท ถึง 1,000,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และศาลมีอำนาจสั่งเลิกการร่วมทำธุรกิจหรือการประกอบธุรกิจ หรือสั่งเลิกการเป็นผู้ถือหุ้น หรือเป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาล ต้องระวางโทษปรับวันละ 10,000 บาทถึง 50,000 บาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่²⁴²

(ข) ความผิดอาญาต่อบุคคลสัญชาติไทย

หากบุคคลผู้มีสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลที่ไม่ใช่คนต่างด้าวที่ให้ความช่วยเหลือ หรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวที่เป็นธุรกิจที่ระบุไว้ในบัญชีหนึ่ง บัญชีสอง และบัญชีสามทำกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวนั้นโดยที่ไม่ได้รับอนุญาต หรือร่วมประกอบธุรกิจโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตน หรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวที่ไม่ได้รับอนุญาตในนิติบุคคลใดๆ บุคคลดังกล่าวต้องระวางโทษเช่นเดียวกับคนต่างด้าวตามที่ได้

²⁴² พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37.

กล่าวไปข้างต้น²⁴³ ทั้งนี้ กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลที่รู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิด หรือไม่ได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำความผิด ก็ต้องระวางโทษด้วยเช่นกัน²⁴⁴

4.6 สภาพปัญหาการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าวในปัจจุบัน

ตามแนวนโยบายซึ่งปรากฏอยู่ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นโยบายหนึ่งที่สำคัญคือ การสนับสนุนให้คนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศไทยเพื่อสนับสนุนการปรับโครงสร้างทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยเฉพาะการถ่ายทอดและต่อยอดเทคโนโลยี ทั้งนี้ เพื่อผลักดันยุทธศาสตร์การปรับโครงสร้างเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งรวมถึงการปรับโครงสร้างภาคบริการให้เป็นแหล่งรายได้หลักของประเทศ โดยพัฒนาการท่องเที่ยวไทยให้เป็นศูนย์กลางของการท่องเที่ยวทางธรรมชาติและวัฒนธรรมของภูมิภาค และส่งเสริมการลงทุน พัฒนาคุณภาพและมาตรฐานของธุรกิจการท่องเที่ยว²⁴⁵

จากนโยบายการส่งเสริมการลงทุนของคนต่างด้าวและการปรับโครงสร้างภาคบริการดังกล่าว ธุรกิจที่พักอาศัยจึงเป็นธุรกิจหนึ่งที่คนต่างด้าวให้ความสนใจในการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยค่อนข้างมากเพราะเป็นธุรกิจที่ให้ผลตอบแทนสูง และผู้พัฒนาโครงการที่เป็นนักลงทุนต่างด้าวได้รับความไว้วางใจจากคนต่างด้าวด้วยกันซึ่งเป็นผู้ซื้อหรือผู้รับบริการ ไม่ว่าจะเป็นในลักษณะการเข้ามาประกอบธุรกิจโรงแรม ธุรกิจบริการจัดการโรงแรม ธุรกิจที่พักอาศัยประเภทอื่นๆ เช่น อาคารชุด วิลล่า เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น โดยปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญของการลงทุนดังกล่าว คือ อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้แก่ ที่ดินซึ่งเป็นทรัพยากรที่สำคัญของประเทศ หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ และในกรณีต่างๆ ไปแล้ว คนต่างด้าวไม่สามารถถือครองที่ดินในประเทศไทยได้ แต่เพื่อเป็นแรงจูงใจแก่นักลงทุนต่างด้าว ภาครัฐได้มีการออกกฎหมายและแก้ไขกฎหมายบางฉบับเพื่อเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจได้ ดังนี้

²⁴³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36.

²⁴⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 41.

²⁴⁵ แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 10 (พ.ศ. 2550-2554).

วัตถุประสงค์	กฎหมายที่ให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างด้าว
กรณีเพื่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว	<p>มาตรา 27 แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนเห็นสมควร</p> <p>มาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 กำหนดให้คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากผู้ว่าการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ให้เป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ประกอบพาณิชยกรรมในเขตนิคมอุตสาหกรรม สามารถได้รับอนุญาตให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมเพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนที่คณะกรรมการเห็นสมควร</p> <p>พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กำหนดให้คนต่างด้าวสามารถเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม โดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่าไว้เกิน 30 ปี แต่ไม่เกิน 50 ปี</p>
กรณีเพื่อการอยู่อาศัยของนักลงทุนต่างด้าว	<p>มาตรา 96 ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 กำหนดให้คนต่างด้าวที่ได้นำเงินเข้ามาลงทุนในกิจการที่กฎหมายกำหนดเป็นจำนวนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาท สามารถยื่นคำขอให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกิน 1 ไร่</p> <p>มาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 กำหนดให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ โดยคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ในอัตราไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่ห้องชุดทั้งหมดในอาคารนั้น</p>

อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะมีกฎหมายรองรับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนและเพื่อการอยู่อาศัยตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น แต่กฎหมายเหล่านั้นโดยเฉพาะกรณีการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนได้กำหนดเงื่อนไขที่นักลงทุนต่างด้าวจะต้องดำเนินการบางประการ หรือมีข้อจำกัดที่นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าจะไม่สอดคล้องต่อความต้องการของตน เช่น ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกจำกัดไว้ 30 ปี รวมทั้งธุรกิจบางประเภทที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือไม่เข้าข่ายที่จะขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ได้ ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวบางส่วนจึงใช้ช่องว่างของกฎหมายรูปแบบต่างๆ อย่างไม่เหมาะสมเพื่อเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ เช่น การสมรสกับบุคคลผู้มีสัญชาติไทย และให้คู่สมรสถือครองอสังหาริมทรัพย์แทนตน หรือการให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อที่ดินและมีการทำสัญญาจำนองหรือสัญญาเช่าระยะยาวไว้กับคนต่างด้าว หรือการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยนิติบุคคลสัญชาติไทยซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนได้เสีย เป็นต้น

4.6.1 รูปแบบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในปัจจุบัน

แม้คนต่างด้าวไม่สามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้โดยเสรี แต่คนต่างด้าวก็สามารถถือครองที่ดินผ่านการเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือการมีทรัพย์สินเหนือที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้

อย่างไรก็ตาม คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างด้าวนั้นอาจเห็นว่ากฎหมายที่กำหนดสิทธิให้ตนเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยนั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดความสะดวกแก่ตนในการได้มาซึ่งสิทธิหรือในการใช้ประโยชน์จากสิทธิ รวมทั้งไม่สอดคล้องต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าว คนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างด้าวจึงพยายามหาช่องว่างของกฎหมายหรือหาวิธีการรูปแบบต่างๆ เพื่อให้ตนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินหรือมีสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินเพื่อประโยชน์สูงสุดของตน จากการศึกษา ในปัจจุบันรูปแบบการเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ช่องว่างของกฎหมายหรือการหลีกเลี่ยงกฎหมาย มีลักษณะ ดังนี้²⁴⁶

²⁴⁶ สลิตตา โลกัตถกร และคณะ, โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550), หน้า 59-70.

4.6.1.1 การให้บุคคลสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทน

ได้แก่ กรณีที่หลักฐานทางทะเบียนที่ดินปรากฏชื่อบุคคลสัญชาติไทยเป็นเจ้าของที่ดิน ซึ่งในทางข้อเท็จจริงนั้นบุคคลสัญชาติไทยดังกล่าวเป็นเพียงผู้ถือครองที่ดินทางทะเบียนแทนคนต่างด้าวเท่านั้น เนื่องจากคนต่างด้าวจะเป็นผู้ครอบครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินตามความเป็นจริงแม้ว่าชื่อทางทะเบียนจะปรากฏชื่อบุคคลสัญชาติไทยเป็นเจ้าของที่ดินก็ตาม และบุคคลสัญชาติไทยซึ่งเป็นผู้มีชื่อเป็นเจ้าของที่ดินในทางทะเบียนนั้น จะช่วยทำการปกปิดข้อเท็จจริงดังกล่าวโดยอาศัยความไว้เนื้อเชื่อใจระหว่างกัน ทั้งนี้ คนต่างด้าวอาจให้ผลประโยชน์ตอบแทนแก่บุคคลสัญชาติไทยเพื่อช่วยให้ความสะดวกและปกปิดข้อเท็จจริง

อนึ่ง ข้อเท็จจริงของการให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว จะปรากฏขึ้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ก็ต่อเมื่อเกิดความขัดแย้งระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับคนต่างด้าว เช่น

กรณีนางสาวนภาพร (นามสมมติ) ทำการซื้อที่ดินและถือครองที่ดินแทนนางสาวยู จิน อา (นามสมมติ) ซึ่งเป็นคนต่างด้าว เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ. 2516 ต่อมานางสาวยู จิน อา ได้รับอนุญาตจากกระทรวงมหาดไทยให้แปลงสัญชาติเป็นไทยเมื่อวันที่ 1 กันยายน พ.ศ. 2533 นางสาวยู จิน อา จึงขอให้นางสาวนภาพร โอนที่ดินนั้นให้แก่ตน นางสาวนภาพร ไม่ยอมโอนที่ดินดังกล่าวคืน จึงเกิดการฟ้องร้องคดีขึ้นสู่ศาลต่อไป²⁴⁷ หรือ

กรณีของนางหนูนา (นามสมมติ) จดทะเบียนสมรสกับนายเจสัน วอคเกอร์ (นามสมมติ) คนต่างด้าวสัญชาติเยอรมัน ณ ที่ว่าการอำเภอย่านตาขาว จังหวัดตรัง เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2524 และเมื่อวันที่ 21 กันยายน พ.ศ. 2524 นางหนูนา ได้ขอทำนิติกรรมซื้อที่ดิน นส.3 ก. เลขที่ 422/238 ตำบลกรรณ อำเภอมะนัง จังหวัดภูเก็ต โดยนางหนูนา ได้ให้ถ้อยคำในการสอบสวนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนว่า ตนเป็นหญิงหม้ายด้วยหย่าจากสามี (เดิมแล้วแสดงหลักฐานบัตรประจำตัวประชาชน และสำเนาทะเบียนบ้านซึ่งยังไม่มีการแก้ไข พนักงานเจ้าหน้าที่จึงจดทะเบียนนิติกรรมดังกล่าวให้ ต่อมาความปรากฏในคำให้การของนายเจสัน วอคเกอร์ (พยานจำเลย) ในคดีฟ้องบุกรุกที่ดินที่นางหนูนาได้ซื้อไว้หลังสมรสกับนายเจสัน วอคเกอร์ โดยนายเจสัน วอคเกอร์ ให้การว่า ตนสมรสกับนางหนูนาก่อนที่นางหนูนาจะได้ที่ดินแปลงที่พิพาท และเงินที่ซื้อนั้นเป็นของตนส่วนหนึ่งและเป็นของนางหนูนาส่วนหนึ่ง ส่วนคำให้การของนางหนูนา

²⁴⁷ หนังสือกรรมที่ดินที่ มท 0711/519.

(โจทก์) ในคดีเดียวกันนี้ ไม่ได้ปฏิเสธคำให้การของนายเจสัน วอคเกอร์ ข้อความนี้ทราบต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินเมื่อถูกเรียกเป็นพยานในคดี สำนักงานจังหวัดภูเก็ตจึงให้เสนอเรื่องมายังกรมที่ดินพิจารณา ซึ่งกรมที่ดินมีความเห็นว่า ขณะที่นางหนูนาซื้อที่ดินแปลงดังกล่าวได้แจ้งต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าตนเป็นหญิงหม้ายและไม่มีสามี ถือได้ว่าเป็นการแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำตามหน้าที่จดข้อความอันเป็นเท็จในเอกสารราชการ เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 267 และมีความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 113 กรมที่ดินจึงเห็นควรให้จังหวัดภูเก็ตแจ้งความต่อพนักงานสอบสวนเพื่อดำเนินคดีต่อไป²⁴⁸

นอกจากนี้ การถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวในหลายๆ กรณีมักมีข้อตกลงหรือการทำสัญญาระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับคนต่างด้าวอีกครั้งหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันและเป็นการสร้างความแน่นอนให้แก่คนต่างด้าวว่าจะมีสิทธิถือครองที่ดินเพื่อประโยชน์ตามที่ตนต้องการ เช่น

(ก) สัญญากู้ยืม

บุคคลสัญชาติไทยซึ่งตกลงถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวนั้น อาจเข้าทำสัญญากู้ยืมเงินโดยเป็นผู้กู้ และคนต่างด้าวเป็นผู้ให้กู้ ทั้งนี้ สัญญากู้ยืมเงินดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นในทางข้อเท็จจริงแต่อย่างใด เนื่องจากในความเป็นจริงแล้ว คนต่างด้าวไม่ได้ส่งมอบเงินกู้ให้แก่บุคคลสัญชาติไทย โดยจำนวนเงินกู้ตามสัญญากู้ยืมนั้นจะมีจำนวนเงินที่สูงกว่าราคาที่ดิน เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คนต่างด้าวได้ว่า หากบุคคลสัญชาติไทยผิดข้อตกลงการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว เช่น ไม่ให้คนต่างด้าวถือครองและเข้าใช้ประโยชน์จากที่ดิน คนต่างด้าวก็สามารถฟ้องให้บุคคลสัญชาติไทยชดใช้เงินกู้สัญญากู้ยืมเงิน (สัญญากู้ยืมเงินมักเป็นการกู้ยืมเงินที่มีกำหนดระยะเวลาชำระเงินกู้เมื่อผู้ให้กู้ทวงถามให้ผู้ชำระหนี้เงินกู้ที่ค้างชำระคืน^{*})

(ข) สัญญาจำนองที่ดิน

สัญญาจำนอง หมายถึง สัญญาซึ่งบุคคลหนึ่งเรียกว่า ผู้จำนองเอาทรัพย์สินตราไว้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่า ผู้รับจำนอง เป็นการประกันการชำระหนี้โดยไม่ต้องส่ง

²⁴⁸ หนังสือกรมที่ดินที่ มท 0711/288.

* The Borrower shall repay the Loan and the accrued and unpaid interest in full on demand by the Lender. Such repayment shall be effected within the date specified in the Lender's notice given to the Borrower.

มอบทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้รับจำนอง²⁴⁹ ทั้งนี้ การจำนองต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มีฉะนั้นเป็นโมฆะ²⁵⁰

การจดทะเบียนจำนองทรัพย์สินนั้นทำขึ้นเพื่อเป็นหลักประกันการชำระหนี้เงินกู้ตามข้อ (ก) ข้างต้น กล่าวคือ เมื่อมีการตกลงกันระหว่างบุคคลสัญชาติไทยและคนต่างด้าวในการถือครองที่ดินแทนแล้วนั้น นอกจากคนต่างด้าวกับบุคคลสัญชาติไทยจะเข้าทำสัญญากู้ยืมตามข้อ (ก) บุคคลสัญชาติไทยอาจเข้าทำสัญญาจำนองที่ดินซึ่งบุคคลสัญชาติไทยมีชื่อเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เพื่อเป็นการประกันหนี้ตามสัญญากู้ยืมเงินให้แก่คนต่างด้าวอีกชั้นหนึ่ง

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า การทำสัญญากู้ยืมพร้อมๆ กับการทำสัญญาจำนองที่ดินระหว่างบุคคลสัญชาติไทยและคนต่างด้าวนั้น เป็นไปเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิในการถือครองและใช้ประโยชน์จากที่ดินให้แก่คนต่างด้าวให้มีความแน่นอนยิ่งขึ้น กล่าวคือ หากเกิดการโต้แย้งสิทธิในที่ดินระหว่างคนต่างด้าวและบุคคลสัญชาติไทย คนต่างด้าวก็อาจฟ้องร้องเรียกเงินตามสัญญากู้ยืมเงินตามข้อ (ก) และถ้าบุคคลสัญชาติไทยไม่สามารถชำระเงินกู้ตามสัญญากู้ยืมเงินได้ คนต่างด้าวย่อมสามารถฟ้องบังคับจำนองที่ดินซึ่งเป็นประกัน และขอให้ศาลมีคำสั่งขายทอดตลาดที่ดินนั้นได้

(ค) สัญญาเช่าที่ดินระยะยาว

เมื่อบุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้มีชื่อเป็นเจ้าของที่ดินในทางทะเบียนแทนคนต่างด้าวแล้ว บุคคลสัญชาติไทยดังกล่าวอาจทำสัญญาเช่าที่ดินเป็นระยะเวลา 30 ปี ให้แก่คนต่างด้าว เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คนต่างด้าวได้อย่างแน่นอนว่า คนต่างด้าวมีสิทธิถือครองและใช้ที่ดินได้เป็นระยะเวลา 30 ปี ซึ่งสัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวมักมีข้อสัญญาให้คำมั่นของผู้ให้เช่า (บุคคลสัญชาติไทย) ว่าจะให้เช่าต่ออีก 30 ปี เมื่อครบกำหนดระยะเวลาเช่าตามสัญญาเช่าที่ดินฉบับแรกอีกด้วย

การทำสัญญาต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นนั้น ล้วนมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คนต่างด้าวผู้เป็นเจ้าของที่ดินในทางข้อเท็จจริง ซึ่งจะเห็นได้ว่าสัญญาต่างๆ จะมีภาระผูกพันที่ทำให้บุคคลสัญชาติไทยผู้ถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวไม่อาจจำหน่ายหรือโอนที่ดินเหล่านั้นได้ ทั้งนี้ การทำสัญญาเพื่อเป็นหลักประกันการถือครองและการเช่าใช้ที่ดินให้แก่คนต่าง

²⁴⁹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 702.

²⁵⁰ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 714.

ดังนั้น อาจทำสัญญาประเภทใดประเภทเดียว หรือทำสัญญาทุกประเภทข้างต้นพร้อมกันก็ได้ ซึ่งหากมีการทำสัญญาต่างๆ ระหว่างบุคคลสัญชาติไทยและคนต่างด้าวพร้อมกันทุกประเภท ย่อมเป็นหลักประกันที่ทำให้คนต่างด้าวมีสสิทธิถือครองและเข้าใช้ที่ดินที่แน่นอน

4.6.1.2 การถือครองที่ดินโดยบุตรผู้เยาว์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้เยาว์ หมายถึง บุคคลที่ยังไม่บรรลุนิติภาวะ ซึ่งบุคคลจะพ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะเมื่อมีอายุครบ 20 ปีบริบูรณ์²⁵¹ หรือผู้เยาว์ซึ่งมีอายุตั้งแต่ 17 ปีบริบูรณ์อาจบรรลุนิติภาวะเมื่อทำการสมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย²⁵² ซึ่งกฎหมายได้กำหนดให้การทำนิติกรรมของผู้เยาว์นั้น จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน มิฉะนั้น นิติกรรมดังกล่าวจะตกเป็นโมฆียะ เว้นแต่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น²⁵³

ในกรณีการถือครองที่ดินโดยบุตรผู้เยาว์นั้น บุตรผู้เยาว์ ได้แก่ บุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวที่มีสัญชาติไทย ซึ่งกรมที่ดินเห็นว่า หากบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวรับกราวให้ที่ดินโดยเสน่หาจากบิดาหรือมารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าว อาจเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายรูปแบบหนึ่ง ดังนั้น จึงได้มีกฎหมายกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการสอบสวนว่าการได้มาซึ่งที่ดินของบุตรผู้เยาว์ที่มีสัญชาติไทยซึ่งเป็นบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวนั้น มีพฤติการณ์หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือไม่ หากพนักงานเจ้าหน้าที่สอบสวนแล้วเห็นว่า การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบุตรผู้เยาว์ดังกล่าวไม่ปรากฏพฤติการณ์หลีกเลี่ยงกฎหมาย ก็พนักงานเจ้าหน้าที่ให้ดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้กับผู้ขอต่อไปได้²⁵⁴

การพิจารณาว่าการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบุตรผู้เยาว์ที่มีสัญชาติไทย ซึ่งเป็นบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวมีพฤติการณ์หลีกเลี่ยงกฎหมายหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาเป็นรายกรณีๆ ไป ยกตัวอย่างเช่น ในกรณีที่บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวถูกบังคับให้จำหน่ายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน และต่อมามีการโอนที่ดินดังกล่าวให้แก่บุตรผู้เยาว์โดยเสน่หา แม้ผลทางกฎหมาย บุตรผู้เยาว์ซึ่งมีสัญชาติไทยเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ในทางข้อเท็จจริงนั้น บุตรผู้เยาว์และทรัพย์สินของบุตรผู้เยาว์ (ในที่นี่ ได้แก่ ที่ดิน) ย่อมอยู่ในอำนาจการปกครองของผู้แทน

²⁵¹ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 19.

²⁵² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 20.

²⁵³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 21.

²⁵⁴ ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่อง บุคคลสัญชาติไทยที่มีหรือเคยมีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวและบุตรผู้เยาว์ของคนต่างด้าวที่มีสัญชาติไทยขอได้มาซึ่งที่ดิน.

โดยชอบธรรม (ได้แก่ บิดาหรือมารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าว) และการทำประโยชน์หรือใช้ประโยชน์จากที่ดินนั้นยังอยู่ภายใต้อำนาจของคนต่างด้าว กรณีเช่นนี้ถือได้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายพนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่ดำเนินการจดทะเบียนการรับให้ที่ดินดังกล่าวให้²⁵⁵

ในกรณีที่บุตรของคนต่างด้าวได้พ้นจากภาวะผู้เยาว์และบรรลุนิติภาวะแล้ว ซึ่งโดยทั่วไปบุคคลธรรมดาเมื่อบรรลุนิติภาวะแล้วย่อมมีความสามารถในการทำนิติกรรมต่างๆ ได้เอง ซึ่งรวมถึงการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน อย่างไรก็ตาม หากบุคคลดังกล่าวมีบิดาหรือมารดาเป็นคนต่างด้าว และต้องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน กรณีนี้บุคคลนั้นอาจขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแทนคนต่างด้าวได้ (มีลักษณะเช่นเดียวกับกรณีการให้บุคคลสัญชาติไทยถือครองที่ดินแทน ตามข้อ (ก) ข้างต้น) เช่น กรณีที่บุคคลผู้ขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซื้อที่ดินซึ่งตั้งอยู่ที่จังหวัดอุดรธานี ได้ให้ถ้อยคำในชั้นสอบสวนว่าต้องการซื้อที่ดินเพื่ออยู่อาศัยและประกอบกิจการของตนเอง และในวันเดียวกันก็ได้ให้ถ้อยคำว่าจะซื้อที่ดินเพื่อให้บิดาและมารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวทำการค้า ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซื้อที่ดินมีภูมิลำเนาอยู่จังหวัดขอนแก่น และในการจดทะเบียนซื้อที่ดินครั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (บุคคลสัญชาติไทย) เป็นผู้ออกคำซื้อขายจำนวนครึ่งหนึ่ง ส่วนบิดามารดาซึ่งเป็นคนต่างด้าวได้ออกคำซื้อขายอีกครึ่งหนึ่ง ดังนั้น การที่ผู้ขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมซื้อที่ดินได้ลงลายมือชื่อในฝ่ายของผู้ซื้อแต่เพียงผู้เดียว ในขณะที่ผลประโยชน์ในที่ดินจะตกแก่บิดามารดาทั้งหมดนั้น ถือได้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายที่ดินมาตรา 74 วรรค 2²⁵⁶

²⁵⁵ หนังสือกรมที่ดินที่ 535/2503 ลงวันที่ 18 เมษายน 2503; คำพิพากษาฎีกาที่ 344/2511 (ประชุมใหญ่) การที่โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินในต่างจังหวัดและประสงค์จะให้บุตรเป็นผู้รับโอน แต่บุตรยังเป็นเด็กและอยู่ในกรุงเทพฯ จึงให้จำเลยเป็นผู้รับโอนแทนนั้น แม้จำเลยจะเข้าครอบครองเสียภาษี และแจ้งการครอบครองลงชื่อของจำเลยเองในที่ดินแปลงนั้นก็ตาม ก็เป็นการครอบครองแทนโจทก์ ถึงแม้จำเลยจะครอบครองมานานเท่าใดก็ไม่อาจยกอายุความขึ้นใช้ยันโจทก์ได้ และจำเลยจะอ้างว่ายึดถือครอบครองเพื่อตนเองก็ไม่ได้ เพราะมิได้มีการเปลี่ยนลักษณะแห่งการยึดถือโดยบอกกล่าวไม่เจตนาจะยึดถือแทนหรือครอบครองโดยสุจริตอาศัยอำนาจใหม่อันได้จากบุคคลภายนอก การที่โจทก์ซึ่งเป็นคนต่างด้าวซื้อที่ดินและให้จำเลยซึ่งเป็นคนไทยเป็นผู้รับโอนแทนนั้นวัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายที่ดินดังกล่าวเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมายเพราะขัดกับประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 และมาตรา 113 จึงเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 โจทก์จะบังคับจำเลยให้โอนที่ดินนั้นให้แก่โจทก์โดยโอนในนามของบุตรโจทก์ซึ่งเป็นคนไทยหาได้ไม่และการยึดถือที่ดินของจำเลยเป็นการยึดถือแทนโจทก์ จำเลยก็จะอ้างว่าเป็นเจ้าของไม่ได้ ผลต่อไปต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96.

²⁵⁶ หนังสือกรมที่ดินที่ 4638/2500.

4.6.1.3 การถือครองที่ดินโดยคู่สมรส

ทรัพย์สินที่คู่สมรสได้มาระหว่างสมรสย่อมเป็นสินสมรสตามมาตรา 1474 (1) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น ดังนั้น การที่บุคคลสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าวต้องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน จึงไม่สามารถยื่นขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการซื้อขายที่ดินดังกล่าวได้ เนื่องจากคู่สมรสที่เป็นคนต่างด้าวย่อมเป็นเจ้าของร่วมอยู่ด้วยกันหนึ่งตามมาตรา 1533 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

อย่างไรก็ตาม บุคคลสัญชาติไทยที่มีคู่สมรสทั้งที่ชอบและมิชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว มีสิทธิรับโอนที่ดินในฐานะที่เป็นสินส่วนตัว (กรณีมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) และในฐานะที่เป็นทรัพย์สินส่วนตัว (กรณีมีคู่สมรสที่มิชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) ได้โดยไม่จำกัดจำนวนเนื้อที่ โดยมีหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้²⁵⁷

(ก) กรณีรับให้ที่ดิน

เมื่อสอบสวนแล้วปรากฏว่า เป็นการรับให้ในฐานะที่เป็นสินส่วนตัวของคนไทย (กรณีมีคู่สมรสที่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) หรือเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทย (กรณีมีคู่สมรสที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นคนต่างด้าว) พนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้กับผู้ขอต่อไป

(ข) กรณีซื้อที่ดิน

ให้คนไทยและคู่สมรสต่างด้าวยืนยันเป็นลายลักษณ์อักษรร่วมกันในหนังสือรับรองตามแบบที่กฎหมายกำหนดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวันจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม ดังนี้

(1) กรณีคนต่างด้าวเป็นคู่สมรสโดยชอบด้วยกฎหมาย ให้คู่สมรสคนไทยยืนยันว่า เงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นสินส่วนตัวของคนไทยแต่เพียงฝ่ายเดียว มิใช่สินสมรส

(2) กรณีคนต่างด้าวเป็นคู่สมรสที่มิชอบด้วยกฎหมาย ให้คนไทยดังกล่าวยืนยันว่า เงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นทรัพย์สินส่วนตัวของคนไทยแต่เพียงฝ่ายเดียว มิใช่ทรัพย์สินที่ทำมาหาได้ร่วมกัน

²⁵⁷ คู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว.

จากหลักเกณฑ์ดังกล่าว ทำให้คนต่างด้าวจำนวนมากที่มีคู่สมรสเป็นคนไทยใช้ช่องทางนี้ในการเข้าถือครองที่ดิน โดยให้คู่สมรสที่เป็นบุคคลสัญชาติไทยทำการถือครองที่ดินแทนตน และปรากฏในบางกรณีว่า เพื่อเป็นการประกันการมีสิทธิถือครองที่ดินของคนต่างด้าว คู่สมรสซึ่งมีสัญชาติไทยและมีชื่อปรากฏในโฉนดที่ดินในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์จะก็ดำเนินการจดทะเบียนจำนวนที่ดินแปลงดังกล่าวไว้ให้แก่คนต่างด้าว²⁵⁸

เนื่องจากการสอบสวนของพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีของการขอได้มาซึ่งที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว ทำให้การได้มาซึ่งที่ดินนั้นเป็นไปได้ยากขึ้น ดังนั้น เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงการสอบสวนของพนักงานเจ้าหน้าที่ ในปัจจุบันการเข้าถือครองที่ดินของคนต่างด้าวในกรณีดังกล่าวจึงทำโดยวิธีการให้มารดาของคู่สมรสซึ่งมีสัญชาติไทยเป็นผู้รับโอนที่ดินจากการซื้อขายที่ดินก่อน และเมื่อเวลาล่วงไปสักระยะเวลาหนึ่งแล้ว มารดาของคู่สมรสจึงดำเนินการโอนที่ดินแปลงเดียวกันนี้ให้แก่คู่สมรสโดยเป็นการให้โดยเสน่หา ที่ดินจึงถือเป็นสินส่วนตัวของคู่สมรสซึ่งมีสัญชาติไทย และการโอนในลักษณะนี้ พนักงานเจ้าหน้าที่จะสอบสวนเพียงว่าการโอนที่ดินนี้มีลักษณะเป็นสินส่วนตัวหรือไม่เท่านั้น ซึ่งโดยมากพนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้ พนักงานเจ้าหน้าที่จะไม่สอบสวนเช่นกรณีของการซื้อที่ดิน กล่าวคือ หากเป็นการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยการซื้อ คู่สมรสจะต้องพิสูจน์ว่า เงินทั้งหมดที่นำมาซื้อที่ดินเป็นเงินสินส่วนตัวของตนแต่ฝ่ายเดียว ซึ่งการพิสูจน์ดังกล่าวเป็นไปได้ค่อนข้างยาก และการอนุญาตให้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการซื้อขายที่ดินดังกล่าวก็ค่อนข้างเป็นไปได้ยากเช่นเดียวกัน

4.6.1.4 การถือครองที่ดินโดยนิติบุคคลสัญชาติไทย

(ก) บททั่วไป

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น คนต่างด้าวนั้นอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยหากคนต่างด้าวดังกล่าวได้นำเงินมาลงทุนไม่น้อยกว่า 40 ล้านบาท ในธุรกิจตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การลงทุนที่ในรูปแบบของพันธบัตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตรรัฐวิสาหกิจหรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกัน ต้นเงินหรือดอกเบี้ย หรือการลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ที่แก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงินที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วย

²⁵⁸ หนังสือกรมที่ดินที่ มท 0515/ว 32988 ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2548.

หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ หรือการลงทุนในเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน เป็นต้น²⁵⁹

เมื่อพิจารณาตามกฎหมายกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545 จะเห็นได้ว่าการ ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้น ไม่รวมถึงการได้มาซึ่ง กรรมสิทธิ์ในที่ดินของนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว จึงอาจสรุปได้ว่านิติบุคคลซึ่ง กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวนั้น อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเฉพาะในกรณีที่ดินบุคคลดังกล่าว ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือได้รับอนุญาตเป็น หนังสือจากผู้ว่าการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยให้เป็นผู้ประกอบอุตสาหกรรมและผู้ ประกอบพาณิชย์กรรมในเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรมเท่านั้น

เนื่องจากการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินไม่ว่าจะเป็นกรณีของคนต่าง ด้าว หรือกรณีของนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวก็ตาม จะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขและ ข้อกำหนดของกฎหมาย ประกอบกับมีขั้นตอนดำเนินการขออนุญาตค่อนข้างมากและใช้เวลา ดำเนินการพอสมควร คนต่างด้าวจึงเห็นว่าเงื่อนไขของกฎหมายไม่เหมาะสมและสอดคล้องต่อ ความต้องการของตน ดังนั้น คนต่างด้าวที่ต้องการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยกลุ่ม หนึ่ง จึงเล็งมาใช้วิธีการการจัดตั้งนิติบุคคลไทยเพื่อถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่ง กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว เนื่องจากตามประมวลกฎหมายที่ดินนั้น การพิจารณาสัญชาติของ นิติบุคคลนั้นพิจารณาเพียง “ทุน” และจำนวนคนต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเท่านั้น หากนิติบุคคลใดมี คนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียนทั้งหมด และมีจำนวนผู้ถือหุ้นซึ่งเป็น คนต่างด้าวไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดแล้ว นิติบุคคลดังกล่าวย่อมเป็นนิติบุคคล สัญชาติไทย และมีสิทธิต่างๆ เกี่ยวกับที่ดินเช่นเดียวกับบุคคลสัญชาติไทย ทั้งนี้ การพิจารณาถึง สัญชาติของนิติบุคคลดังกล่าวไม่ได้พิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการแต่อย่างใด

นิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้แก่ สมาคม มูลนิธิ ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล ห้างหุ้นส่วนจำกัด บริษัทจำกัด ในที่นี้จะขอกกล่าวถึงเฉพาะนิติบุคคล ประเภทที่คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวนิยมจัดตั้งขึ้นเพื่อขอรับโอน ที่ดินแทนคนต่างด้าว ได้แก่ บริษัทจำกัด (ต่อไปจะเรียกว่า “บริษัท”) เนื่องจากบริษัทเป็นนิติบุคคล

²⁵⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96 ทวิ; กฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อ ใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. 2545.

ประเภทที่สามารถจัดตั้งได้โดยง่าย ทำนิติกรรมได้กว้างและสะดวกกว่านิติบุคคลประเภทอื่น อีกทั้งบริษัทเป็นนิติบุคคลประเภทที่จำกัดความรับผิดของผู้ถือหุ้นอีกด้วย

เมื่อพิจารณาถึงการจัดตั้งบริษัทเพื่อถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งบริษัทนี้มีลักษณะเป็นเพียงบริษัทแต่ในนาม กล่าวคือ บริษัทดังกล่าวจะไม่มี การประกอบธุรกิจ ในทางข้อเท็จจริง แต่การจัดตั้งบริษัทดังกล่าวมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อผลประโยชน์แอบแฝงสำหรับการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศไทยและ/หรือเพื่อประกอบธุรกิจต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทยเท่านั้น

(ข) ใครคือคนต่างด้าว

เนื่องจากกฎหมายถือว่าบริษัทเป็นนิติบุคคลประเภทหนึ่งซึ่งมีสิทธิและหน้าที่เสมือนบุคคลธรรมดา ดังนั้น บริษัทที่มีสัญชาติไทยย่อมสามารถได้มาและถือครองที่ดินได้เสมือนบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย ในทางตรงกันข้าม หากบริษัทไม่มีสัญชาติไทยหรือเป็นนิติบุคคลซึ่งกฎหมายที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวย่อมไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ดังนี้ เราจะจำเป็นต้องเข้าใจคำนิยามของ “คนต่างด้าว” เสียก่อน

(1) ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ.

2542²⁶⁰

คนต่างด้าว หมายถึง

(1.1) บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

(1.2) นิติบุคคลที่ไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย

(1.3) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีหุ้นกึ่งหนึ่ง ถือโดยบุคคลตาม (1.1) หรือ (1.2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1.1) หรือ (1.2) ลงทุนถึงกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด และในกรณีของห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญจดทะเบียนที่มีหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย

²⁶⁰ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4.

(1.4) นิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทย ซึ่งมีทุนเรือนหุ้นถึง กึ่งหนึ่ง คือ โดยบุคคลตาม (1.1) (1.2) หรือ (1.3) หรือนิติบุคคลที่มีบุคคลตาม (1.1) (1.2) หรือ (1.3) ลงทุนถึงกึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมด

(2) ตามประมวลกฎหมายที่ดิน

กำหนดให้นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนคนต่างด้าว หรือเป็นนิติบุคคลซึ่งกฎหมายที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าว ได้แก่²⁶¹

(2.1) บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี ทั้งนี้ บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

(2.2) ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้ว ที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนทั้งหมด หรือผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้เป็นหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

(2.3) สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนหรือดำเนินกิจการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

(2.4) มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะ หรือเป็นส่วนใหญ่

ในกรณีที่นิติบุคคลข้างต้น เข้าถือหุ้นหรือลงหุ้นแล้วแต่กรณี ในนิติบุคคลอื่นที่มีลักษณะข้างต้น ให้ถือว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นคนต่างด้าว²⁶²

ตามกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้น หากคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวสามารถจัดตั้งบริษัท โดยมีคนต่างด้าวถือหุ้นหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวถือหุ้นน้อยกว่าหรือเท่ากับร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และมีจำนวนผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าวไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมดแล้ว ก็จะทำให้บริษัทที่จัดตั้งขึ้นนั้น เป็นนิติบุคคลที่มีสัญชาติไทยและมีสิทธิขอได้ซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินใน

²⁶¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 97.

²⁶² ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 98.

ประเทศไทยได้เหมือนบุคคลสัญชาติไทย โดยไม่มีข้อจำกัดใดๆ ทั้งสิ้น หนึ่ง จะเห็นได้ว่าการพิจารณาถึงสัญชาติของนิติบุคคลตามกฎหมายทั้งสองฉบับข้างต้นนั้น ไม่ได้พิจารณาถึงอำนาจในการควบคุมบริหารจัดการของนิติบุคคลแต่อย่างใด

(ค) ลักษณะการจัดตั้งบริษัทเพื่อถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว

(1) การวางโครงสร้างผู้ถือหุ้นของบริษัท

การวางโครงสร้างผู้ถือหุ้นนั้น จะต้องกำหนดสัดส่วนผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวให้ถือหุ้นไม่เกินกว่าร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน และให้บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นที่เหลือ (ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน) ทั้งนี้จำนวนผู้ถือหุ้นที่มีสัญชาติไทย (ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล) จะต้องเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด เพื่อให้บริษัทจำกัดมีสัญชาติไทยตามประมวลกฎหมายที่ดิน และสามารถมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

เมื่อพิจารณาโดยภาพรวมแล้ว จะเห็นได้ว่า บริษัทที่ตั้งขึ้นนั้น จะมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน ซึ่งหมายความว่า อำนาจในการบริหารจัดการบริษัทตลอดจนทรัพย์สินของบริษัท จะต้องอยู่ภายใต้การดำเนินการของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมาก หรืออาจกล่าวได้ว่าคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายที่ถือว่าเป็นคนต่างด้าวเป็นเพียงผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย ไม่อาจสามารถบริหารจัดการทรัพย์สินของบริษัทได้โดยลำพัง แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาในทางข้อเท็จจริง จะพบว่า มีการทำข้อตกลงร่วมกันเกี่ยวกับการถือหุ้นแทน ระหว่างคนต่างด้าวและผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย เพื่อให้คนต่างด้าวมีสิทธิบริหารและจัดการทรัพย์สินของบริษัทได้โดยลำพัง

อย่างไรก็ตาม แม้จะมีการตกลงระหว่างผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยกับคนต่างด้าวเกี่ยวกับการที่ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวก็ตาม แต่คนต่างด้าวส่วนใหญ่ยังรู้สึกว่ตนขาดซึ่งหลักประกันและความเชื่อมั่นว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะไม่ได้แย่งสิทธิของคนต่างด้าวและให้ความร่วมมือตามข้อตกลงตลอดระยะเวลาที่คนต่างด้าวเข้าใช้ประโยชน์จากที่ดินซึ่งบริษัทเป็นเจ้าของในทางทะเบียน ดังนั้น ในปัจจุบันจึงมีวิธีการซึ่งทำให้คนต่างด้าวแน่ใจและมั่นใจได้ว่า คนต่างด้าวจะเป็นผู้มีสิทธิบริหารจัดการทรัพย์สินของบริษัทแต่เพียงผู้เดียว ได้แก่ การกำหนดประเภทของหุ้น และการใช้กลไกของข้อบังคับบริษัท

(2) การกำหนดประเภทของหุ้น

การจัดตั้งบริษัทเพื่อขอรับโอนที่ดินแทนคนต่างด้าว นั้น หุ้นของบริษัทมักถูกแบ่งออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ หุ้นสามัญ และหุ้นบุริมสิทธิ

หุ้นสามัญ คือ หุ้นธรรมดา (Ordinary shares) เป็นหุ้นส่วนใหญ่ของบริษัทซึ่งผู้ถือหุ้นมีสิทธิได้รับเงินปันผลต่อเมื่อบริษัทมีกำไรตามอัตราที่ที่ประชุมใหญ่กำหนด และผู้ถือหุ้นมีสิทธิเข้าประชุมและลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ตามปกติ ทั้งนี้ หุ้นสามัญทั้งหลายย่อมมีสิทธิต่างๆ เท่าเทียมกัน²⁶³

หุ้นบุริมสิทธิ (Preference shares) คือ หุ้นที่ผู้ถือหุ้นมีสิทธิพิเศษกว่าผู้ถือหุ้นสามัญเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผล หรือเกี่ยวกับสิทธิออกเสียงในที่ประชุมใหญ่ ซึ่งสิทธิของผู้ถือหุ้นประเภทนี้จะมีมากน้อยเพียงใดก็ได้แล้วแต่จะได้อำนาจไว้ในหนังสือบริคณห์สนธิ ข้อบังคับ หรือโดยอนุวัติของที่ประชุมใหญ่²⁶⁴ ซึ่งคำว่า “บุริมสิทธิ” นั้น น่าจะหมายถึง สิทธิที่ดีกว่าหุ้นสามัญ แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าสิทธิทุกอย่างที่ดีกว่าจะเป็นบุริมสิทธิเสมอไป กล่าวคือ หุ้นบุริมสิทธินั้นมักจำกัดเกี่ยวกับการได้รับเงินปันผลที่มีอัตราแน่นอนก่อน หรือสิทธิที่จะได้รับเงินค่าหุ้นก่อนเมื่อบริษัทเลิก หรือสิทธิทั้งสองประการรวมกัน แม้สิทธิประการอื่นจะลดน้อยกว่าหุ้นสามัญก็ตาม²⁶⁵ ในเรื่องนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยมีความเห็นว่า ข้อบังคับของบริษัทอาจกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิได้รับเงินปันผลแน่นอนเพียงหุ้นละ 50 สตางค์ก็ได้²⁶⁶ และอาจออกหุ้นบุริมสิทธิโดยกำหนดว่าหุ้นบุริมสิทธิ 50 หุ้น มีคะแนนเท่ากับหุ้นสามัญ 1 หุ้นก็ได้²⁶⁷

ในทางปฏิบัติ บริษัทก็จะออกหุ้นโดยแบ่งหุ้นออกเป็น 2 ประเภทข้างต้น ซึ่งคนต่างด้าวจะเป็นผู้ถือหุ้นสามัญและเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย (ถือหุ้นน้อยกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน) ในขณะที่ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิและเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมาก (ถือหุ้นมากกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน) ซึ่งสิทธิของผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะถูกกำหนดลงในข้อบังคับบริษัท เช่น ในปีที่ประกาศจ่ายเงินปันผล ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลอันเป็น

²⁶³ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2548), หน้า 278.

²⁶⁴ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 279.

²⁶⁵ โสภณ รัตนกร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท, หน้า 282.

²⁶⁶ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาถึงกรมทะเบียนการค้า ที่ นร. 1601/1169 ลงวันที่ 22 ตุลาคม 2534.

²⁶⁷ หนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาถึงกรมทะเบียนการค้า ที่ นร. 1501/1804 ลงวันที่ 21 ตุลาคม 2528.

ส่วนแบ่งผลกำไรของบริษัทในอัตราร้อยละ 5 ต่อปีของมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้วก่อนผู้ถือหุ้นสามัญ โดยสิทธิการได้รับเงินปันผลของผู้ถือหุ้นดังกล่าวเป็นสิทธิไม่สะสม (Non-cumulative) กล่าวคือ ปีไหนไม่มีการประกาศจ่ายเงิน ก็ถือว่าไม่มีสิทธิได้รับเงินปันผลและไม่มีการสะสมไปจ่ายในปีต่อไป หรือ กำหนดให้การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ของหุ้นบุริมสิทธิเท่ากับ 5 หุ้น ต่อ 1 เสียง ส่งผลกระทบต่อผลสัมฤทธิ์ของประเทศไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะมีคะแนนเสียงน้อยกว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าว แม้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะถือหุ้นมากกว่าผู้ถือหุ้นต่างด้าวก็ตาม เป็นต้น*

แม้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมาก แต่คนต่างด้าวที่จัดตั้งบริษัทเพื่อซื้อที่ดินนั้น จะเป็นผู้ออกเงินค่าหุ้นทั้งหมด และอาจมีการทำสัญญาเงินกู้ระหว่างบุคคลสัญชาติไทยกับคนต่างด้าว เพื่อให้บุคคลสัญชาติไทยมีเงินทุนในการซื้อหุ้น ทั้งนี้ การทำสัญญาดังกล่าวจะรวมถึงการที่ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยตกลงโอนหุ้นลอยให้แก่คนต่างด้าวถือไว้ เพื่อเป็นหลักประกันอีกด้วย กล่าวคือ เป็นการทำตราสารการโอนหุ้น (Share transfer document) ของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยให้แก่คนต่างด้าวล่วงหน้า โดยมีการลงลายมือชื่อของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไว้ แต่ตราสารการโอนหุ้นดังกล่าวจะไม่ระบุวันที่โอนหุ้นและชื่อของผู้รับโอนหุ้น นอกจากนี้ ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะส่งมอบตราสารการโอนหุ้นดังกล่าวพร้อมทั้งใบหุ้นของตนให้แก่คนต่างด้าวเพื่อเป็นหลักประกันให้แก่คนต่างด้าวอีกชั้นหนึ่ง โดยลักษณะการดำเนินการดังกล่าวทั้งหมด จะสามารถสังเกตได้จากเส้นทางของการโอนเงินเข้ามายังบริษัท ซึ่งจะมาจากแหล่งเดียวกันคือจากผู้ถือหุ้นต่างด้าวนั่นเอง

เมื่อพิจารณาถึงการกำหนดแบ่งประเภทหุ้นเป็นหุ้นสามัญ และหุ้นบุริมสิทธิของบริษัทจำกัดข้างต้นแล้ว ในเบื้องต้นอาจเห็นว่า บริษัทดังกล่าวน่าจะเป็นบริษัทไทย เพราะผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นเกินกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียนทั้งหมด แต่ถ้าพิจารณาถึงในแง่ความเป็นเจ้าของที่มีส่วนได้เสียอย่างแท้จริง (Beneficial Interest) ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยในบริษัทดังกล่าวไม่น่าจะเป็นผู้ลงทุนที่สุจริต แต่น่าจะถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เนื่องจากการที่บุคคลสัญชาติไทยเข้าไปถือหุ้นในอัตราส่วนมากกว่ากึ่งหนึ่งของทุนจดทะเบียน ทั้งๆ ที่รู้ดีว่าการบริหารจัดการหรือการกำหนดนโยบายในการบริหารถูกครอบงำโดยผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย โดยสิ้นเชิง รวมทั้งการกำหนดว่าจะจ่ายเงินปันผลหรือไม่นั้นก็ขึ้นอยู่กับผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย²⁶⁸ ไม่น่าจะเป็นการลงทุนโดยสุจริตหรือเป็นการลงทุนที่ต้องการมีส่วนได้เสียในทางธุรกิจอย่างแท้จริง

* คัดลอกมาจากข้อบังคับของบริษัทจำกัดแห่งหนึ่งซึ่งได้จดทะเบียนไว้กับกระทรวงพาณิชย์เรียบร้อยแล้ว.

²⁶⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1201.

(3) การใช้กลไกของข้อบังคับบริษัท (Articles of Association)

ในปี พ.ศ. 2550 คณะรัฐมนตรีได้มีมติผ่านร่างแก้ไขพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งสาระสำคัญของการแก้ไขดังกล่าวรวมถึงการเพิ่มเติมคำนิยาม “คนต่างด้าว” โดยให้ดูที่การออกเสียงของคนต่างด้าว (Voting rights) ว่าถ้ามีสิทธิออกเสียงตั้งแต่กึ่งหนึ่งของเสียงทั้งหมดถือว่าเป็นบริษัทของคนต่างด้าวด้วย จากเดิมพิจารณาเฉพาะสัดส่วนการถือครองหุ้นและการลงทุนของคนต่างด้าว ถ้ามีหุ้นหรือลงทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของหุ้นหรือทุนทั้งหมดให้ถือว่าเป็นคนต่างด้าว²⁶⁹ จึงเป็นผลให้ในช่วงระยะเวลาดังกล่าว นายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ มีความเข้มงวดในการรับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดในกรณีที่ข้อบังคับของบริษัทได้แบ่งหุ้นออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ หุ้นสามัญ และหุ้นบุริมสิทธิ และมีข้อกำหนดการออกเสียงของหุ้นบุริมสิทธิที่ต่ำกว่าหุ้นสามัญ เช่น ให้หุ้นบุริมสิทธิ 20 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 1 เสียง เป็นต้น

ในกรณีนี้ นายทะเบียนเคยปฏิเสธไม่รับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทที่มีข้อบังคับรูปแบบดังกล่าว กล่าวคือ เมื่อบริษัทได้ยื่นคำขอแล้ว นายทะเบียนได้มีคำสั่งไม่รับจดทะเบียนโดยได้วินิจฉัยดังนี้ “การกำหนดข้อบังคับให้หุ้นบุริมสิทธิ ออกเสียงต่างไปจากหุ้นสามัญคือ หุ้นบุริมสิทธิ 20 หุ้น มีสิทธิออกเสียง 1 เสียง ซึ่งก็เป็นไปตามที่คณะกรรมการกฤษฎีกาได้เคยวินิจฉัย และสามารถกำหนดเป็นข้อบังคับได้ แต่หุ้นบุริมสิทธิทั้งหมดซึ่งเป็นของคนไทย และมีจำนวนหุ้นมากกว่าหุ้นสามัญ ซึ่งเป็นหุ้นของคนต่างด้าว ทำให้เสียงของหุ้นบุริมสิทธิเป็นของไทย กลับมีเสียงน้อยกว่าเสียงของหุ้นสามัญซึ่งเป็นคนต่างด้าว การกำหนดข้อบังคับให้หุ้น

²⁶⁹ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่ ...) พ.ศ. มาตรา 3

“ให้ยกเลิกคำนิยาม “คนต่างด้าว” ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

“คนต่างด้าว” หมายความว่า

- (1) บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย
- (2) นิติบุคคลซึ่งไม่ได้จดทะเบียนในประเทศไทย
- (3) นิติบุคคลซึ่งจดทะเบียนในประเทศไทย และมีลักษณะดังต่อไปนี้
 - (ก) นิติบุคคลซึ่งมีหุ้นอันเป็นทุนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของนิติบุคคลนั้นถือโดยบุคคลตาม (1) หรือ (2) หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) ลงทุนมีมูลค่าตั้งแต่กึ่งหนึ่งของทุนทั้งหมดในนิติบุคคลนั้น หรือนิติบุคคลซึ่งมีบุคคลตาม (1) หรือ (2) มีอำนาจตามกฎหมายหรือตามข้อบังคับหรือตามข้อตกลงในการออกเสียงลงคะแนนตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงที่มีสิทธิออกเสียงทั้งหมดของนิติบุคคลนั้น
 - (ข) ห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนซึ่งหุ้นส่วนผู้จัดการหรือผู้จัดการเป็นบุคคลตาม (1)...

บุริมสิทธิ มีเสียงด้อยกว่าหุ้นสามัญ เป็นการแสดงออกโดยปริยายให้เห็นว่า คนไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าว หากไม่เป็นเช่นนั้นแล้วคนไทยจะไม่ยอมให้หุ้นบุริมสิทธิที่มีจำนวนมากกว่ากลับมีเสียงน้อยกว่าอันเป็นความผิดตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 281 ข้อ 29 เห็นสมควรไม่รับจดทะเบียน" อย่างไรก็ตาม ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิได้ทำหนังสือชี้แจงต่อนายทะเบียนว่า ผู้ถือหุ้นไม่ได้เข้าถือหุ้นแทนนิติบุคคลต่างด้าวใดๆ และการเข้าถือหุ้นในบริษัทนั้นเป็นไปเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ที่จะได้จากเงินปันผลอย่างแท้จริง โดยผู้ถือหุ้นไม่มีความประสงค์เข้าร่วมบริหารงานของบริษัท ซึ่งทำยที่สุดนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทให้²⁷⁰

จากกรณีข้างต้น ทำให้คนต่างด้าวซึ่งต้องการจัดตั้งบริษัทจำกัดสัญชาติไทยเพื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ตระหนักได้ถึงความเสี่ยงในถูกตรวจสอบเมื่อมียื่นคำขอจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทและข้อบังคับบริษัทได้กำหนดแบ่งหุ้นเป็นหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ดังนั้น คนต่างด้าวซึ่งต้องการตั้งบริษัทจำกัดดังกล่าว จึงเปลี่ยนรูปแบบการจัดตั้งบริษัทโดยการใช้กลไกของการแบ่งกลุ่มหุ้น และใช้กลไกของข้อบังคับบริษัทในการกำหนดสิทธิของผู้ถือหุ้นดังต่อไปนี้ เพื่อให้การจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทเป็นไปได้อย่างราบรื่น

(3.1) การแบ่งกลุ่มหุ้น

ข้อบังคับจะแบ่งหุ้นออกเป็น 2 กลุ่ม โดยหุ้นทั้ง 2 กลุ่มเป็นหุ้นสามัญทั้งสิ้น เช่น บริษัท A จำกัด มีทุนจดทะเบียน 10,000,000 บาท แบ่งออกเป็น 100,000 หุ้น มูลค่าหุ้นละ 100 บาท และได้แบ่งหุ้นออกเป็น 2 กลุ่ม คือ หุ้นกลุ่ม ก. ได้แก่ หุ้นหมายเลข 1 ถึง 53000 (ถือโดยผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย) และหุ้นกลุ่ม ข. ได้แก่ หุ้นหมายเลข 53001 ถึง 100000 (ถือโดยผู้ถือหุ้นต่างด้าว)

(3.2) ข้อจำกัดการโอนหุ้น

ในกรณีที่ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก. ต้องการจำหน่ายหุ้นของตนในบริษัทให้กับบุคคลภายนอก ให้ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. หรือบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่กำหนด มีสิทธิในการซื้อหุ้นที่จำหน่ายนั้นก่อนบุคคลภายนอก

²⁷⁰ กิติพงศ์ อรุณพิพัฒน์พงศ์, “แก้ พ.ร.บ. ประกอบธุรกิจคนต่างด้าว : เดินหน้าหรือถอยหลัง (จบ),” ประชาชาติธุรกิจ (18 มกราคม 2550): 49.

(3.3) การกำหนดเรื่องที่สงวนสิทธิ (Reserved matters)

ข้อบังคับอาจกำหนดเรื่องสำคัญที่คนต่างด้าวต้องการสงวนสิทธิในการตัดสินใจหรือต้องการจัดการแต่เพียงผู้เดียว ซึ่งการดำเนินการอาจกำหนดได้ทั้งในชั้นการประชุมคณะกรรมการบริษัท หรือในชั้นการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น เช่น

มติในเรื่องที่ระบุดังต่อไปนี้ จะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากนายคิม ฮอน วู (กรรมการต่างด้าว) เสมอ (เป็นการควบคุมการตัดสินใจในชั้นของการประชุมคณะกรรมการ) หรือ จะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากจากผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข. (ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นต่างด้าว) เสมอ (เป็นการควบคุมการตัดสินใจในชั้นของการประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น)

- การซื้อหุ้น หรือลงทุนในบริษัทอื่น หรือทำกิจการร่วมค้ากับบริษัทอื่นเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท
- การกู้ยืมเงินจากธนาคาร หรือการขอสินเชื่อจากแหล่งภายนอกอื่นเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท หรือการให้กู้ยืมเงินแก่บุคคลอื่นเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท หรือ เป็นเหตุให้การกู้ยืมหรือการให้กู้ยืมเงินของบริษัทต่อบุคคลภายนอกทั้งหมดเป็นจำนวนเงินรวมเกินกว่า 5,000,000 ล้านบาท
- การค้าประกัน หรือใช้ทรัพย์สินเป็นหลักประกัน หรือ จำนอง หรือก่อภาระผูกพันเหนือทรัพย์สินใดๆ ของบริษัทอื่นทำให้หรืออาจทำให้บริษัทมีความรับผิดชอบในวงเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท หรือเป็นเหตุทำให้หรืออาจทำให้บริษัทต้องรับผิดชอบในวงเงินรวมทั้งหมดเกินกว่า 5,000,000 ล้านบาท
- การเข้าทำสัญญาซึ่งมีมูลค่ารวมของสัญญาเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท หรือ เป็น เหตุทำให้มูลค่ารวมของสัญญาที่บริษัทได้เข้าทำทั้งหมดเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 5,000,000 บาท
- การได้มา ขาย ขายฝาก แลกเปลี่ยน ให้ หรือจำหน่ายไปโดยประการอื่นใดซึ่งทรัพย์สินของบริษัทเป็นจำนวนเงินเกินกว่า 1,000,000 บาท
- การตั้งภาระจำยอม สิทธิอาศัย สิทธิเหนือพื้นดิน สิทธิเก็บกิน ภาระติดพันในอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอื่นใดในอสังหาริมทรัพย์

- ขาย หรือ โอนกิจการทั้งหมด หรือส่วนที่เป็นสาระสำคัญของบริษัทให้แก่บุคคลภายนอก
- การทำธุรกรรมกับบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(3.4) การกำหนดองค์ประชุม (Quorum)

การประชุมใหญ่ทุกครั้ง ต้องมีผู้ถือหุ้นหรือผู้รับฉันทะของผู้ถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 25 ของจำนวนหุ้นทั้งหมดที่ออกโดยบริษัท ทั้งนี้จะต้องประกอบด้วยเสียงข้างมากของหุ้นกลุ่ม ข. ด้วย จึงจะครบเป็นองค์ประชุม ซึ่งส่งผลให้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยฝ่ายเดียวไม่อาจจัดการประชุมผู้ถือหุ้นได้เลย

(3.5) การกำหนดการออกคะแนนเสียง (Voting rights)

การออกเสียงลงคะแนนในที่ประชุมใหญ่ให้ถือว่าผู้ถือหุ้นทุกคนมีเสียงหนึ่งเสียงในแต่ละหุ้นที่ตนถืออยู่ การลงมติทุกครั้งเว้นแต่การลงมติพิเศษ ต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ทั้งนี้จะต้องประกอบด้วยเสียงข้างมากของหุ้นกลุ่ม ข. ด้วย และในกรณีการดำเนินการเรื่องที่ต้องใช้มติพิเศษ การลงมติของผู้ถือหุ้นจะต้องได้รับคะแนนเสียงข้างมากไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของจำนวนเสียงทั้งหมดของผู้ถือหุ้นที่มาประชุมและมีสิทธิออกเสียงลงคะแนน ทั้งนี้จะต้องประกอบด้วยเสียงข้างมากของหุ้นกลุ่ม ข. ด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่ากลไกของของข้อบังคับบริษัทดังกล่าว ทำให้ผู้ถือหุ้นต่างด้าว (ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ข.) ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นข้างน้อย มีอำนาจบริหารจัดการบริษัท ซึ่งรวมถึงการจัดการทรัพย์สินของบริษัทด้วย หรืออาจกล่าวได้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย (ผู้ถือหุ้นกลุ่ม ก.) ซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากไม่ได้มีสิทธิครอบงำ บริหาร และจัดการบริษัท กล่าวคือ แม้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากก็ตาม แต่การลงคะแนนเสียงในที่ประชุมใหญ่ในเรื่องต่างๆ รวมทั้งกิจการที่สำคัญที่ถูกสงวนสิทธิตามข้อบังคับนั้น จะต้องขึ้นอยู่กับมติของใจของผู้ถือหุ้นต่างด้าวเป็นสำคัญ ซึ่งกลไกดังกล่าวไม่จำเป็นต้องแบ่งหุ้นเป็นหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิแต่อย่างใด

(4) การแต่งตั้งกรรมการ

โดยที่บริษัทเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น การทำนิติกรรมใดๆ ของบริษัทจึงต้องกระทำผ่านตัวแทนหรือผู้มีอำนาจในการจัดการบริษัทตามที่ปรากฏในหน้าหนังสือรับรองบริษัท ดังนั้น การตั้งกรรมการของบริษัทจึงเป็นส่วนที่สำคัญ เพราะกรรมการมีหน้าที่บริหารงานและควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของบริษัท รวมทั้งต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของบริษัท และอยู่ภายใต้ความควบคุมของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นด้วย ทั้งนี้ กฎหมายไม่ได้กำหนดจำนวนกรรมการ อย่างไรก็ตาม บริษัทจะต้องมีกรรมการอย่างน้อย 1 คน เพื่อบริหารจัดการบริษัทตามข้อบังคับของบริษัทและมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น โดยการเลือกตั้งกรรมการต้องเป็นไปตามมติเสียงข้างมากของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น ซึ่งการตั้งกรรมการชุดแรกนั้นจะอยู่ในขั้นตอนของการประชุมจัดตั้งบริษัท

ในกรณีการจัดตั้งบริษัทเพื่อการขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแทนคนต่างด้าวนั้น การประชุมจัดตั้งบริษัทที่กฎหมายกำหนดให้มีขึ้นนั้นแทบจะไม่เกิดขึ้นจริงเลย เพราะผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยซึ่งถือหุ้นแทนคนต่างด้าว มิได้มีความต้องการที่จะประกอบกิจการตามความจริง ดังนั้น เอกสารเกี่ยวกับการประชุมจัดตั้งบริษัทจึงถูกจัดทำขึ้นโดยไม่มีการประชุมจริง (Paper Meeting) แต่จัดทำขึ้นเพื่อใช้ยื่นต่อกระทรวงพาณิชย์เท่านั้น ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่า มติแต่งตั้งกรรมการของบริษัทในการประชุมดังกล่าว จะต้องแต่งตั้งให้คนต่างด้าว (ไม่ว่าจะเป็นผู้ถือหุ้นหรือไม่) เป็นกรรมการผู้มีอำนาจกระทำการแทนบริษัท หรือในกรณีที่มีการจัดการประชุมจัดตั้งบริษัทขึ้นตามความเป็นจริง ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยก็ไม่ได้มีสิทธิตัดสินใจตั้งกรรมการได้อย่างเด็ดขาดอยู่แล้วไม่ว่าจะเป็นเพราะสิทธิในการออกเสียงที่น้อยกว่าของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยที่ได้อธิบายในข้อ (2) หรือการใช้กลไกของข้อบังคับตามที่อธิบายในข้อ (3) ข้างต้น ทั้งนี้ แม้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากก็ตาม

(ง) ผลภายหลังการจัดตั้งบริษัทเพื่อการถือครองที่ดินแทนคนต่างด้าว

ภายหลังจากการจัดตั้งบริษัทเสร็จสมบูรณ์แล้ว เมื่อคนต่างด้าวต้องการซื้อที่ดินก็จะให้บริษัทสัญชาติไทยที่ได้ตั้งขึ้นนั้น เข้าเป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขายที่ดิน ซึ่งเอกสารสำคัญที่ต้องใช้ประกอบการจดทะเบียนซื้อขายที่ดินในกรณีที่บริษัทจำกัดเป็นผู้ซื้อนั้น ได้แก่ รายงานการประชุมของบริษัท เพื่อแสดงว่า บริษัทได้รับมติเห็นชอบจากที่ประชุมคณะกรรมการบริษัท หรือที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้น (แล้วแต่กรณี) ซึ่งในกรณีนี้ บริษัทก็จะจัดทำรายงานการประชุมว่าเป็นการซื้อเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของกรรมการ หรือเพื่อใช้เป็นสถานที่ตั้งบริษัท สำหรับกรณีของ

คนต่างด้าวที่ต้องการใช้ที่ดินเพื่อเป็นที่อยู่อาศัยโดยมิได้มีความต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทย ในทางตรงกันข้าม ถ้าคนต่างด้าวต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทยก็จะระบุดัตถุประสงค์ของบริษัทว่า จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการประกอบธุรกิจเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยสัดส่วนของการถือหุ้นของคนต่างด้าวก็อาจต้องถือน้อยลงเพื่อไม่ให้เป็นที่สงสัยแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในการตรวจสอบ เช่น จัดตั้งบริษัทโดยให้มีสัดส่วนผู้ถือหุ้นในอัตราส่วนร้อยละ 30 : 70 โดยให้คนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินร้อยละ 30 ของทุนจดทะเบียน และที่เหลือให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้น²⁷¹

จะเห็นได้ว่า คนต่างด้าวอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ง่ายโดยการจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อขอรับโอนที่ดิน ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายที่ดินประการหนึ่งโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายที่กำหนดความเป็นต่างด้าวเฉพาะสัดส่วนการลงทุนเท่านั้น แต่ไม่ได้ดูถึงอำนาจการจัดการหรือการครอบงำบริษัทแต่อย่างใด ดังนั้นแม้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากก็ตาม แต่ด้วยการจำกัดสิทธิในหุ้นบางประเภทที่บุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้ถือ หรือการใช้กลไกของข้อบังคับ จึงทำให้อำนาจการตัดสินใจหรือการดำเนินกิจการของบริษัทอยู่ภายใต้การครอบงำของคนต่างด้าว ซึ่งกรณีนี้อาจกล่าวได้ว่าบุคคลสัญชาติไทยเป็นนอมินีให้แก่คนต่างด้าวในการถือครองที่ดิน

4.6.1.5 การถือครองที่ดินโดยการจดทะเบียนการเช่าระยะยาว

ได้แก่ กรณีนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวขอจดทะเบียนเช่าที่ดินระยะยาวจากบุคคลสัญชาติไทย โดยใช้นิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว 2 นิติบุคคลต่างชื่อกัน ยื่นขอจดทะเบียนการเช่าต่อเนื่องกัน เช่น บริษัท เอบีซี จำกัด โดยนายวิลเลียม บราววิน กรรมการผู้มีอำนาจ ยื่นขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินจากนายแดง โดยมีกำหนดระยะเวลาเช่า 30 ปี ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2554 ถึงวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2584 ต่อมาบริษัท บีอีเอฟ จำกัด โดยนายสก็อต เทเลอร์ กรรมการผู้มีอำนาจ ยื่นขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินจากนายแดง โดยมีกำหนดระยะเวลาเช่า 30 ปี ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2584 ถึงวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2614 ทั้งนี้ นายวิลเลียม บราววินและนายสก็อต เทเลอร์ เป็นนักลงทุนต่างด้าวที่เป็นหุ้นส่วนกัน ดังนั้น จะเห็นได้ว่านายวิลเลียม บราววิน และนายสก็อต เทเลอร์ ซึ่งเป็นนักลงทุนสามารถมีสิทธิเหนือที่ดินของนายแดงเป็นระยะเวลานานถึง 60 ปี ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 540 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

²⁷¹ สลิตตา โลกัตถกร และคณะ, โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550), หน้า 70.

4.6.2 รูปแบบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในปัจจุบัน

โดยที่ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีภูมิประเทศที่สวยงาม มีธรรมชาติที่อุดมสมบูรณ์ และมีสภาพอากาศที่เหมาะสมสำหรับการท่องเที่ยว โดยเฉพาะนักท่องเที่ยวต่างชาติที่ต้องการหลบสภาพอากาศหนาวเย็นจากประเทศของตนเองมาพักผ่อนในประเทศไทย หรือต้องการมีบ้านพักตากอากาศในประเทศไทย(ที่อยู่อาศัย) รวมทั้งเป็นประเทศที่มีศิลปวัฒนธรรมที่งดงาม และลักษณะของคนไทยที่เป็นมิตรและเปี่ยมไปด้วยรอยยิ้ม จนได้รับฉายาว่า สยามเมืองยิ้ม ดังนั้นจากความต้องการที่พักอาศัยดังกล่าว ธุรกิจที่พักอาศัยจึงเป็นธุรกิจที่กำลังเจริญเติบโตอย่างต่อเนื่องในปัจจุบัน มีนักลงทุนทั้งในประเทศและต่างประเทศให้ความสนใจเข้าลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยค่อนข้างมาก ไม่ว่าจะเป็นธุรกิจโรงแรม ธุรกิจบ้านพักตากอากาศ ธุรกิจคอนโดมิเนียม หรือธุรกิจบ้านจัดสรร ซึ่งการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยดังกล่าวมีทั้งการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยตามสถานที่ท่องเที่ยว และการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยในเขตเมือง นอกจากนี้ นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น ยังมีเครือข่ายลูกค้าต่างด้าวซึ่งเป็นผู้มีกำลังซื้อ มีสถานะทางการเงินสูง และต้องการหาที่พักอาศัยในประเทศไทยอยู่แล้ว ประกอบกับลูกค้าซึ่งเป็นคนต่างด้าว มักให้ความเชื่อถือและมีความไว้วางใจต่อผู้พัฒนาโครงการซึ่งเป็นนักลงทุนต่างด้าวชาติเดียวกัน จึงอาจกล่าวได้ว่านักลงทุนต่างด้าวนิยมเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยพร้อมยอมรับความเสี่ยงในกรณีที่การลงทุนไม่ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวมั่นใจในตลาดของผู้บริโภคว่า โครงการที่ลงทุนนั้น จะเป็นที่น่าเชื่อถือและเป็นที่น่าสนใจต่อเครือข่ายลูกค้าต่างด้าวซึ่งเป็นผู้บริโภค ส่งผลให้นักลงทุนต่างด้าวเชื่อมั่นว่าสามารถแข่งขันทางการตลาดกับผู้พัฒนาโครงการซึ่งเป็นคนไทยได้

สำหรับนักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น นอกจากจะต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 แล้ว นักลงทุนต่างด้าวจำเป็นจะต้องมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อการพัฒนาและการดำเนินธุรกิจ ไม่ว่าจะเป็นกรณีสิทธิเหนือที่ดินโดยการมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หรือการมีสิทธิเหนือที่ดินตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งความจำเป็นของการมีสิทธิเหนือที่ดินดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับประเภทของธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนด้วย โดยเราสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

4.6.2.1 การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยซึ่งต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของคนต่างด้าวซึ่งจำเป็นจะต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ได้แก่ ธุรกิจอาคารชุด (คอนโดมิเนียม) และธุรกิจบ้านจัดสรร ตามที่ได้อธิบายไว้ในหัวข้อ 4.2.2 ข้างต้น

เนื่องจากนักลงทุนต่างด้าวไม่อาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย และในปัจจุบันธุรกิจดังกล่าวยังไม่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนอันจะทำให้ให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนเพื่อได้สิทธิในการขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวกลุ่มนี้ จึงต้องหาช่องทางหรือวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ซึ่งวิธีการที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันคือ การจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินทางทะเบียนแทนนักลงทุนต่างด้าว เพราะวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่ง่าย และไม่ซับซ้อน กล่าวคือ เพียงแค่นักลงทุนต่างด้าวสามารถหาซื้อบุคคลสัญชาติไทยเข้ามาถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัทได้เกินกว่าร้อยละ 51 บริษัทดังกล่าวก็สามารถขอจดทะเบียนได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้โดยไม่มีปัญหาแต่อย่างใด

ตามที่ได้อธิบายใน 4.6.1.4 ข้างต้น แม้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากของบริษัทในมุมมองของการลงทุนในเรือนหุ้น (หรือมูลค่าหุ้น) แต่หากพิจารณาถึงกลไกข้อบังคับบริษัท หรือการแบ่งประเภทหุ้นเป็นหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธินั้น ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย (ต้องถือหุ้นไม่น้อยกว่าร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน) ไม่ได้เป็นผู้มีอำนาจบริหารจัดการบริษัทแต่อย่างใด ในทางตรงกันข้ามผู้ถือหุ้นต่างด้าวซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างน้อย (ถือหุ้นได้มากที่สุดเพียงร้อยละ 49 ของทุนจดทะเบียน) กลับมีอำนาจบริหารจัดการบริษัท ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการมีอำนาจบริหารจัดการบริษัทดังกล่าวรวมถึงการมีมติของที่ประชุมใหญ่ผู้ถือหุ้นในการพิจารณาเรื่องการซื้อที่ดินและการกู้ยืมเงิน (กรณีที่ทุนจดทะเบียนบริษัทจำกัดน้อยกว่าราคาซื้อขายที่ดิน)

แม้กรรมที่ดินจะได้ออกประกาศกรรมที่ดินเรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดิน²⁷² เพื่อทำการสอบสวนและตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อนที่จะทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมขอรับโอนที่ดินให้แก่ผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนซึ่งเป็นนิติบุคคลและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เช่น ซื้อขาย ให้

²⁷² ประกาศกรรมที่ดินเรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดิน.

เช่า ประกอบกิจการโรงแรม สร้างบ้านพักตากอากาศ ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายสำหรับการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าวหรือไม่ก็ตาม แต่ขั้นตอนในทางปฏิบัตินั้น ก็เป็นเพียงการตรวจสอบเอกสารซึ่งทางบริษัทผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนต้องจัดเตรียม เช่น

กรณีการสอบสวนที่มาของเงินซึ่งผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนำมาซื้อหุ้น การแสดงหลักฐานประกอบเพื่อขอจดทะเบียนรับโอนที่ดินโดยการยื่นสำเนาบัญชีเงินฝากของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยทุกคน แสดงจำนวนเงินคงเหลือมากกว่ามูลค่าหุ้นที่ตนถืออยู่ในบริษัทนั้นก็เพียงพอ

กรณีการสอบสวนอาชีพของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย สามารถใช้เพียงหนังสือของสถานประกอบการที่รับรองว่า ผู้ถือหุ้นปฏิบัติงานในตำแหน่งใด ตั้งแต่เมื่อใด มีรายได้เดือนละเท่าไร หรือในกรณีที่ไม่มีหนังสือดังกล่าวก็สามารถให้ถ้อยคำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ และพนักงานเจ้าหน้าที่ก็จะบันทึกถ้อยคำดังกล่าวตามแบบฟอร์มซึ่งปรากฏตามภาคผนวก ฉ

กรณีนิติบุคคลซื้อที่ดินที่ราคาสูงกว่าทุนจดทะเบียน จะถูกสอบสวนแหล่งที่มาของเงินที่ซื้อที่ดิน ซึ่งหากเป็นการกู้ยืมจากคนต่างด้าว ก็แสดงเพียงสำเนาสัญญากู้ยืมเงิน หลักฐานการโอนเงินต่างประเทศ และรายงานการประชุมของผู้ให้กู้ หรือถ้าเป็นการกู้ยืมจากสัญชาติไทย หรือนิติบุคคลสัญชาติไทย ให้แสดงงบดุลของบริษัทการถอนเงินจากบัญชีเงินฝาก พร้อมรายงานการประชุมของนิติบุคคลผู้ให้กู้ ซึ่งโดยส่วนมากแล้ว จะเป็นกรณีที่บริษัทสัญชาติไทยทำสัญญากู้ยืมเงินจากบริษัทซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว โดยมีการโอนเงินจากต่างประเทศเข้ามายังบัญชีของบริษัทจำกัดดังกล่าว ดังนั้น หลักฐานที่ใช้จึงได้แก่ สำเนาสัญญากู้ยืมและสำเนาแบบการทำธุรกรรมเงินตราต่างประเทศ (Foreign Exchange Transaction Form)

นอกจากนี้ ประกาศกรมที่ดินเรื่อง หลักฐานที่ใช้ประกอบการสอบสวนกรณีนิติบุคคลที่คนต่างด้าวมีส่วนได้เสียขอได้มาซึ่งที่ดิน ก็ได้เน้นย้ำให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาถึงข้อบังคับของบริษัทในเรื่องสิทธิการออกเสียงของผู้ถือหุ้น และแม้ว่าตามคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น บริษัทผู้ยื่นคำขอจะต้องยื่นสำเนาข้อบังคับเป็นหลักฐานประกอบด้วยก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ พนักงานเจ้าหน้าที่ก็ได้ดูรายละเอียดของข้อบังคับแต่อย่างใด หรืออาจกล่าวได้ว่าในปัจจุบันพนักงานเจ้าหน้าที่จะพิจารณาเพียงว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยสามารถแสดงหลักฐานแหล่งที่มาของเงินที่นำมาซื้อหุ้นได้หรือไม่ ถ้าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยสามารถแสดงหลักฐานดังกล่าวได้ ก็มีแนวโน้มค่อนข้างสูงที่บริษัทซึ่งมีคนต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียสามารถรับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้

เราอาจกล่าวได้ว่า การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมขอรับโอนที่ดินของบริษัท ซึ่งตั้งขึ้นมาโดยมีข้อสงสัยหรือความเป็นไปได้ว่ามีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในบริษัทดังกล่าว จึงไม่ใช่เรื่องยากในทางปฏิบัติแต่อย่างใด กล่าวคือ ผู้รับมอบอำนาจในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของบริษัท เพียงแต่แสดงเอกสารดังกล่าวข้างต้นให้ครบถ้วน และยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่พร้อมทั้งคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม บริษัทดังกล่าวก็สามารถขอรับโอนที่ดินได้ และแม้ว่าพนักงานเจ้าหน้าที่จะมีอำนาจสอบสวนเพิ่มเติมผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเพิ่มเติม ผู้รับมอบอำนาจคนเดียวกันนั้นก็ยังมีอำนาจให้ถ้อยคำแทนผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยทุกคน เนื่องจากโดยส่วนใหญ่ ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะมอบอำนาจให้ผู้รับมอบอำนาจให้ถ้อยคำแทนตนด้วยตามตัวอย่างหนังสือมอบอำนาจเรื่อง ให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการซื้อที่ดินของบริษัทที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นซึ่งปรากฏตาม ภาคผนวก ข

ดังนั้น จากข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในปัจจุบันตามที่ได้กล่าวข้างต้นและความเห็นของผู้วิจัยแล้ว นักลงทุนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ในธุรกิจที่พักอาศัยโดยใช้ช่องว่างของประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งการพิจารณาถึงสัญชาติของนิติบุคคลไม่ได้อ้างอิงถึงอำนาจการบริหารจัดการของนิติบุคคล แต่พิจารณาเฉพาะเรื่องทุนและจำนวนผู้ถือหุ้นเท่านั้น ได้แก่ การจัดตั้งบริษัทซึ่งมีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นตั้งแต่ร้อยละ 51 ของทุนจดทะเบียน และจำนวนผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด เพื่อให้บริษัทดังกล่าวมีสัญชาติไทย และสามารถรับโอนที่ดินได้นั่นเอง ทั้งนี้ การถือหุ้นของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นการถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งเราสามารถสรุปข้อสังเกตการถือหุ้นของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าวว่ามีแนวโน้มเป็นการถือหุ้นแทนนักลงทุนต่างด้าวได้ดังนี้

(ก) กรรมสิทธิ์ในหุ้น

พิจารณาถึงกรรมสิทธิ์ในหุ้น กล่าวคือ เจ้าของหุ้นที่แท้จริงหรือผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยที่ลงทุนโดยสุจริต ควรมีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดในหุ้น มีเสรีภาพในการจำหน่ายจ่ายโอน ไม่ต้องลงลายมือชื่อในใบโอนหุ้นลอยและส่งมอบให้แก่บุคคลอื่นล่วงหน้า ไม่มีการนำหุ้นไปจำหน่ายกับคนต่างด้าวเพื่ออำพรางการถือหุ้นแทน

(ข) อำนาจครอบงำบริษัท

พิจารณาการแบ่งประเภทหุ้นเป็นหุ้นสามัญและหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งทำให้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นบุริมสิทธินั้น มีสิทธิออกเสียงน้อยกว่าจำนวนหุ้นที่ตนถืออยู่ ซึ่งหากเป็นการลงทุนที่แท้จริงหรือเป็นการลงทุนที่สุจริตนั้น เจ้าของหุ้นที่แท้จริงในฐานะผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากไม่ควรจะมีคะแนนเสียงน้อยกว่าผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อย หรือเพิ่มผู้ถือหุ้นฝ่ายข้างน้อยทุกครั้งที่มีการออกเสียงลงมติ

(ค) ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการลงทุนในหุ้น

พิจารณาการกำหนดเงินปันผลของหุ้นบุริมสิทธิ ซึ่งมักกำหนดให้หุ้นบุริมสิทธิมีสิทธิได้รับเงินปันผลเป็นจำนวนที่แน่นอนโดยกำหนดเป็นอัตราที่ชัดเจน เช่น “ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิจะได้รับเงินปันผลอันเป็นส่วนแบ่งของกำไรของบริษัทในอัตราร้อยละ 5 ต่อปีของมูลค่าหุ้นที่ชำระแล้ว และเงินปันผลดังกล่าวจะไม่มีผลกระทบในปีที่ไม่ได้ประกาศจ่าย โดยในกรณีที่กำไรของบริษัทไม่เพียงพอสำหรับการจ่ายเงินปันผลในอัตราดังกล่าว ก็ให้บริษัทเอากำไรเพียงเท่าที่เหลือนั้น จ่ายเป็นเงินปันผลให้แก่หุ้นบุริมสิทธิทุก ๆ หุ้น หุ้นละเท่า ๆ กัน” ดังนี้ จะเห็นได้ว่า นอกจากผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยจะไม่มีสิทธิออกเสียงขณะผู้ถือหุ้นสามัญซึ่งเป็นคนต่างด้าวแล้ว ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าวก็ยังได้รับผลประโยชน์เพียงเล็กน้อยจากการลงทุนในเรือนหุ้น ซึ่งผลประโยชน์ดังกล่าวมักจะน้อยกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินฝากของธนาคารพาณิชย์ ทำให้พิจารณาได้ว่า การลงทุนในเรือนหุ้นบุริมสิทธิดังกล่าวไม่ใช่การลงทุนของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยที่แท้จริง

นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น การประกาศจ่ายเงินปันผลให้แก่ผู้ถือหุ้นนั้น จะต้องได้มีมติที่ประชุมใหญ่ให้ประกาศจ่าย และต้องจ่ายจากเงินกำไรเท่านั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงอำนาจในการออกเสียงแล้ว เป็นไปไม่ได้เลยที่ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยซึ่งถือหุ้นบุริมสิทธิจะออกเสียงฝ่ายเดียวเพื่อให้มีมติประกาศจ่ายเงินปันผลได้ และโดยส่วนใหญ่แล้ว บริษัทจำกัดประเภทนี้ จะไม่ค่อยมีผลกำไรตามที่จะได้อธิบายในหัวข้อถัดไป

(ง) ทุนจดทะเบียนบริษัทและแหล่งเงินทุนสำหรับราคาซื้อที่ดิน

พิจารณาทุนจดทะเบียนบริษัทและราคาซื้อขายที่ดิน กล่าวคือ เมื่อพิจารณาทุนจดทะเบียนของบริษัท ซึ่งมีความเป็นไปได้ว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวนั้น จะสังเกตเห็นว่า ทุนจดทะเบียนบริษัทจะมีจำนวนน้อยกว่าราคาซื้อขายที่ดิน โดย

บริษัทจะแสดงสัญญากู้ยืมต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในขณะจดทะเบียนขอรับโอนที่ดิน เพื่อเป็นหลักฐานแหล่งที่มาของเงินที่นำมาซื้อที่ดิน และจะสังเกตได้ว่า ผู้ให้กู้มักจะเป็นนิติบุคคลต่างดาว ซึ่งกรรมการบริษัท (นิติบุคคลต่างดาวผู้ให้กู้) อาจเป็นบุคคลเดียวกันกับกรรมการของบริษัทที่ได้จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายไทย

การทำสัญญากู้ยืมดังกล่าว นั้น เป็นช่องทางที่ทำให้บริษัทสัญชาติไทยสามารถส่งเงินออกนอกประเทศได้ และเป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้บริษัทดังกล่าวไม่มีกำไรสะสม เนื่องจากสัญญากู้ยืมเงินมักจะกำหนดอัตราดอกเบี้ยเงินกู้สูงกว่าอัตราดอกเบี้ยเงินกู้ของธนาคารพาณิชย์ (ประมาณร้อยละ 12 ถึงร้อยละ 15 ต่อปี) ซึ่งเมื่อบริษัทมีรายได้ ก็จะต้องชำระหนี้เงินกู้คืนให้แก่นิติบุคคลต่างดาว

นอกจากนี้ หากเราพิจารณาถึงธุรกรรมหรือสัญญาต่างๆ ที่บริษัทสัญชาติไทยได้เข้าทำสัญญา เราอาจพบว่าบริษัทดังกล่าวอาจทำสัญญาอื่นๆ กับนิติบุคคลต่างดาวอีกด้วย เช่น สัญญาว่าจ้างบริหาร (Management Agreement) ซึ่งจะต้องมีค่าจ้างในการบริหาร (Management fee) สัญญาขอใช้เครื่องหมายการค้า (Trademark Agreement) ซึ่งจะต้องมีค่าตอบแทนการใช้เครื่องหมายการค้า (Royalty fee) เป็นต้น ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าสัญญาดังกล่าวก็เป็นอีกช่องทางหนึ่งที่สามารถสร้างรายจ่ายให้แก่บริษัท รวมทั้งเป็นช่องทางการส่งเงินออกนอกประเทศ และเป็นที่น่าอนว่า การมีค่าใช้จ่ายตามสัญญาดังกล่าวของบริษัท ย่อมทำให้บริษัทมีกำไรยากยิ่งขึ้น ซึ่งส่งผลโดยตรงให้ผู้ถือหุ้นบุริมสิทธิ (ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย) ไม่อาจได้รับเงินปันผลตามที่กำหนดในข้อบังคับแต่อย่างใด

4.6.2.2 การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยซึ่งต้องไม่จำเป็นต้องได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

การพัฒนาอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยของคนต่างดาว ซึ่งไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ได้แก่ ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ทั้งนี้ ตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 4.2 และ 4.3 ข้างต้น กล่าวคือ นักลงทุนต่างดาวสามารถลงทุนในธุรกิจดังกล่าวโดยอาศัยสิทธิดังต่อไปนี้

(ก) การขอรับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนในกรณีที่ต้องการประกอบกิจการโรงแรมเพื่อขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

(ข) สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือ

(ค) สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือ

(ง) การมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งทรัพย์สิน

อย่างไรก็ตาม การมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวข้างต้น อาจมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าวบางประการหรือไม่ก่อให้เกิดความสะดวกและประโยชน์สูงสุดสำหรับการลงทุนในธุรกิจที่พำนักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว ทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่เลือกใช้สิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ตามสิทธิที่กฎหมายกำหนดตามข้อ (ก) – (ง) ข้างต้น หรือในกรณีที่มีลักษณะของธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่ตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด นักลงทุนต่างด้าวก็ไม่อาจขอรับสิทธิตามข้อ (ก) หรือ (ค) ข้างต้นได้ ซึ่งสามารถสรุปข้อสังเกตของแต่ละประเภทสิทธิตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังนี้

ประเภทสิทธิ	ข้อสังเกต
การขอรับการส่งเสริมการลงทุนจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน ในกรณีที่ต้องประกอบกิจการโรงแรมเพื่อขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน	กิจการโรงแรมขนาดเล็ก (มีจำนวนห้องพักน้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนน้อยกว่า 500 ล้านบาท) กิจการที่อยู่อาศัยซึ่งไม่ใช่สำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง หรือกิจการเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ ไม่สามารถขอรับการส่งเสริมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 ได้
สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์	<ol style="list-style-type: none"> ระยะเวลาการเช่าสูงสุดถูกจำกัดที่ 30 ปี คำมั่นของผู้ให้เช่าในการให้ต่ออายุสัญญาเช่าไม่ผูกพันผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่า ความคล่องตัวในการโอนเปลี่ยนมือของสิทธิการเช่าถูกจำกัดสิทธิไว้โดยผู้ให้เช่า การจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ระยะยาว อาจไม่บรรลุผล หากพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการทำสัญญาเช่าเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าว

ประเภทสิทธิ	ข้อสังเกต
<p>สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ระยะเวลาการเช่าสูงสุดถูกจำกัดที่ 50 ปี และคำมั่นของผู้ให้เช่าในการให้ต่ออายุสัญญาเช่าไม่ผูกพันผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์แห่งสัญญาเช่าเนื่องจากมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ 2. อสังหาริมทรัพย์ที่จะขอเช่าได้นั้นถูกจำกัดเฉพาะพื้นที่พาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมตามกฎหมายผังเมือง ซึ่งทำให้การลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในพื้นที่อื่นๆ ตามกฎหมายผังเมือง เช่น เขตอยู่อาศัย ไม่สามารถขอลดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ 3. ปัญหาในทางปฏิบัติหากมีการนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง เนื่องจากสิทธิการเช่าต่างจากการจำนองอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์
<p>การมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์โดยการก่อตั้งทรัพย์สิน</p>	<p>ระยะเวลาการก่อตั้งทรัพย์สินสูงสุดถูกจำกัดที่ 30 ปี</p>

เมื่อนักลงทุนต่างด้าวไม่อาจขอรับสิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยตามที่กฎหมายกำหนดไว้ได้ หรือนักลงทุนต่างด้าวอาจเห็นว่า สิทธิถือครองอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไม่เหมาะสมและสอดคล้องต่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยของตน ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจดังกล่าว จึงพยายามหาช่องทางของกฎหมายในการเช่าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย ซึ่งจะทำให้นักลงทุนต่างด้าวได้รับประโยชน์สูงสุด ซึ่งวิธีการที่เป็นที่นิยมในปัจจุบัน ได้แก่ การจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินทางทะเบียนแทนนักลงทุนต่างด้าว ตามที่ได้อธิบายไปในข้อ 4.6.1.4 ข้างต้น เนื่องจากวิธีการดังกล่าวเป็นวิธีการที่ง่าย และเป็นวิธีการที่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีความแน่นอนว่าตนจะมีสิทธิเหนืออสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย จนกว่าจะคุ้มค่าแก่มูลค่าการลงทุน

นอกจากนี้ นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจโรงแรม หรือธุรกิจ เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ หรือบ้านพักตากอากาศให้เช่า (วิลล่า) อาจหลีกเลี่ยงบทบัญญัติว่าด้วยการ เช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยวิธีดังต่อไปนี้

วิธีการที่ 1 โดยการทำสัญญาเช่าระยะยาว 2 ฉบับต่อเนื่องกัน

นักลงทุนต่างด้าวอาจใช้บริษัทซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวเช่า อสังหาริมทรัพย์จากบุคคลสัญชาติไทยเพื่อให้ประกอบธุรกิจที่พักอาศัย โดยการทำสัญญาเช่าสอง ฉบับ แต่ละฉบับมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี และจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในวัน เดียวกันหรือระยะเวลาที่ใกล้เคียงกัน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะมีระยะเวลาการเช่ารวมทั้งหมดเป็น 60 ปี ทั้งนี้ นักลงทุนต่างด้าวอาจให้ผู้เช่าเป็นบุคคลเดียวกันทั้งสองฉบับ หรือให้ผู้เช่าตามสัญญาเช่าแต่ ละฉบับเป็นคนละบุคคลก็ได้ เช่น บริษัท เอบีซี จำกัด โดยนายวิลเลียม บราววิน กรรมการผู้มี อำนาจ ยื่นขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินจากนายแดง โดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2554 ถึงวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2584 ต่อมาบริษัท บีอีเอฟ จำกัด โดย นายสก็อต เทเลอร์ กรรมการผู้มีอำนาจ ยื่นขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินจากนายแดง โดยมีกำหนด ระยะเวลาการเช่า 30 ปี ตั้งแต่วันที่ 1 พฤษภาคม พ.ศ. 2584 ถึงวันที่ 30 เมษายน พ.ศ. 2614 ทั้งนี้ นายวิลเลียม บราววิน และนายสก็อต เทเลอร์ เป็นนักลงทุนต่างด้าวที่เป็นหุ้นส่วนกัน ดังนั้น จะ เห็นได้ว่านายวิลเลียม บราววิน และนายสก็อต เทเลอร์ ซึ่งเป็นนักลงทุนสามารถมีสิทธิเหนือที่ดิน ของนายแดงเป็นระยะเวลานานถึง 60 ปี จึงเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 540 ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ ซึ่งเราสามารถพบการจดทะเบียนการเช่ารูปแบบดังกล่าวได้ในปัจจุบัน

วิธีการที่ 2 โดยการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์และทำสัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว (แบบมีเงื่อนไข)

จากการศึกษา นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย ย่อมมี สิทธิถือครองที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์โดยผ่านสัญญาเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจถือครองผ่านการก่อตั้งทรัพย์สินเหนือที่ดิน (ได้แก่ สิทธิเหนือพื้นดิน หรือสิทธิเก็บกิน) ก็ได้ แต่เนื่องจากกฎหมายได้วางกรอบระยะเวลาของสิทธิดังกล่าว ซึ่งคู่สัญญาไม่สามารถตกลง ระยะเวลาของสิทธิเกินกว่า 30 ปี ทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่เห็นว่า สิทธิการเช่าหรือการก่อตั้ง ทรัพย์สิน ไม่สอดคล้องต่อความต้องการทางธุรกิจของตน และสิทธิที่กฎหมายให้นั้นไม่อาจทำให้ การลงทุนของตนได้รับประโยชน์สูงสุด จึงหาวิธีการทำให้ตนเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้ ยาวนานและทำให้ตนได้รับประโยชน์จากการลงทุนสูงสุด ซึ่งนอกจากนักลงทุนต่างด้าวจะใช้

รูปแบบเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อรับโอนที่ดิน หรือการจดทะเบียนการเช่า 30 ปี สองฉบับต่อเนื่องกันแล้ว นักลงทุนต่างด้าวอาจใช้ช่องว่างของกฎหมายโดยการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน หรือสิทธิเก็บกินเหนือที่ดิน โดยมีกำหนดระยะเวลา 30 ปี และหลังจากนั้นก็เข้าทำสัญญาเช่าที่ดิน (แบบมีเงื่อนไข) ปรากฏตามภาคผนวก ซ จากเจ้าของที่ดินคนเดียวกันโดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี นับจากวันที่สิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินสิ้นสุดลง ซึ่งจะทำให้ให้นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์และถือครองที่ดินรวมระยะเวลาทั้งสิ้น 60 ปี

ตัวอย่างเช่น นายแดงซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินได้จดทะเบียนก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินให้แก่บริษัท เจมส์ ยู จำกัด เพื่อให้บริษัทดังกล่าวปลูกสร้างโรงแรม โดยมีกำหนดระยะเวลา 30 ปี นับแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2554 ถึง 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2584 และในขณะเดียวกันนายแดงและบริษัท เจมส์ ยู จำกัด ก็ได้ทำสัญญาเช่าที่ดินแปลงดังกล่าวแบบมีเงื่อนไข โดยกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี นับแต่วันที่ 1 มิถุนายน พ.ศ. 2584 ถึง 31 พฤษภาคม พ.ศ. 2614 เป็นต้นในทางกลับกัน ผู้วิจัยเห็นว่า นักลงทุนต่างด้าวไม่น่าจะเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ก่อนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี และจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวโดยมีระยะเวลา 30 ปี ภายหลังจากที่สัญญาเช่าสิ้นสุดได้ เนื่องจากในปัจจุบัน กรมที่ดินยังไม่มีการเปรียบเทียบเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิเก็บกินแบบมีเงื่อนไขเหมือนเช่นการจดทะเบียนการเช่า อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันยังไม่พบการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยใช้วิธีการดังกล่าว

4.6.3 ผลของการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวในถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

4.6.3.1 ผลทางกฎหมายของการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวในถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

เมื่อพิจารณาการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวในถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย สามารถสรุปกฎหมายที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้

(ก) พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542

การที่บุคคลสัญชาติไทยซึ่งเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากโดยมิได้เป็นผู้ลงทุนโดยสุจริต (Bona Fide Investor) เพื่อให้บริษัทที่ตนถือหุ้นด้วยนั้นสามารถประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวได้เสมือนหนึ่งว่าบริษัทดังกล่าวนั้นเป็นบริษัทไทย น่าจะเป็นการถือ

หุ้นแทนคนต่างด้าว ซึ่งเป็นความผิดตามมาตรา 36²⁷³ และมาตรา 41²⁷⁴ แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ซึ่งส่งผลให้บุคคลสัญชาติไทยและนิติบุคคลไทยที่ดำเนินการดังกล่าวต้องรับโทษในทางอาญา และศาลอาจสั่งให้หยุดการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย

ผลทางกฎหมายตามพระราชบัญญัตินี้ จะเกิดขึ้นเมื่อบริษัทดังกล่าวได้เริ่มประกอบกิจการซึ่งต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทยแล้ว ดังนั้น หากบริษัทซึ่งบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวนั้น ยังไม่เริ่มประกอบธุรกิจต้องห้ามในประเทศไทย บุคคลสัญชาติไทยดังกล่าว ยังไม่น่าจะมีความรับผิดตามพระราชบัญญัติฉบับนี้

(ข) ประมวลกฎหมายที่ดิน

(1) กรณีบุคคลสัญชาติไทยซื้อที่ดินแทนคนต่างด้าว

ตามมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินบัญญัติว่า “คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินก็โดยอาศัยบทสนธิสัญญาซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย”

หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าคนต่างด้าวซื้อที่ดินโดยให้บุคคลสัญชาติไทยเป็นผู้รับโอนที่ดินแทน ศาลฎีกาเคยวินิจฉัยเกี่ยวกับกรณีดังกล่าว ซึ่งปรากฏตามคำ

²⁷³ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36 บัญญัติว่า

“ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว อันเป็นธุรกิจที่กำหนดไว้ในบัญชีท้ายพระราชบัญญัตินี้ โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจดังกล่าว หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียวหรือถือหุ้นแทนคนต่างด้าวในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัทจำกัด หรือนิติบุคคลใดๆ เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลักเล็งหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอมให้ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใจคนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้กระทำการดังกล่าว ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิกการให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือสั่งให้เลิกการร่วมประกอบธุรกิจ หรือสั่งให้เลิกการถือหุ้น หรือการเป็นหุ้นส่วนนั้นเสีย แล้วแต่กรณี หากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งศาลต้องระวางโทษปรับวันละหนึ่งหมื่นบาทถึงห้าหมื่นบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนอยู่”.

²⁷⁴ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 41 บัญญัติว่า

“ในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา 34 มาตรา 35 มาตรา 36 หรือมาตรา 37 กรรมการ หุ้นส่วน หรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคลซึ่งรู้เห็นเป็นใจกับการกระทำความผิดนั้น หรือมิได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

พิพากษาฎีกาที่ 344/2511 โดยศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า กรณีดังกล่าววัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างผู้ขายและผู้ซื้อที่ดินซึ่งเป็นคนต่างด้าว ต้องห้ามขัดแย้งโดยกฎหมาย เพราะขัดต่อมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน จึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น คนต่างด้าวจะฟ้องบังคับผู้รับโอน โอนที่ดินให้ตนในนามบุตรของตนซึ่งเป็นบุคคลสัญชาติไทยไม่ได้ และผู้รับโอนก็จะอ้างว่าเป็นเจ้าของมิได้ ผลต่อไปต้องเป็นไปตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96²⁷⁵ ได้แก่ เมื่อปรากฏว่าผู้ใดได้มาซึ่งที่ดินแห่งใดในฐานะเป็นเจ้าของแทนคนต่างด้าว ให้อธิบดีมีอำนาจทำการจำหน่ายที่ดินนั้น และให้นำบทบัญญัติมาตรา 94 มาใช้บังคับโดยอนุโลม กล่าวคือ จะต้องจำหน่ายที่ดินภายในระยะเวลาที่อธิบดีกำหนด โดยไม่น้อยกว่า 180 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี และถ้าไม่จำหน่ายที่ดินนั้นภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้น²⁷⁶

ตัวอย่างของกรณีดังกล่าวที่น่าสนใจอีกกรณีหนึ่ง ได้แก่ คำพิพากษาฎีกาที่ 301/2538 โจทก์ฟ้องว่า ขณะที่โจทก์เป็นคนต่างด้าว โจทก์ซื้อที่ดินโฉนดเลขที่ 2892 พร้อมสิ่งปลูกสร้างเลขที่ 782 จากนายประยูร โดยโจทก์ตกลงกับจำเลยทั้งสองว่าให้จำเลยที่ 2 ภริยาจำเลยที่ 1 ซึ่งมีสัญชาติไทยเป็นผู้ซื้อถือกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ดินแทนโจทก์เนื่องจากโจทก์ไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้ตามกฎหมายและเมื่อได้รับแจ้งจากโจทก์ จำเลยทั้งสองจะต้องโอนที่ดินในทางทะเบียนให้โจทก์ วันที่ 18 สิงหาคม 2520 นายประยูรได้จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวให้จำเลยที่ 2 นับจากนั้นโจทก์ได้เข้าครอบครองดูแลรักษาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างในฐานะผู้ถือกรรมสิทธิ์ตลอดมา ต่อมาประมาณปี 2528 โจทก์ได้รับอนุญาตให้แปลงสัญชาติเป็นสัญชาติไทย โจทก์แจ้งให้จำเลยทั้งสองโอนที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวให้โจทก์ แต่จำเลยทั้งสองไม่ปฏิบัติตามสัญญาทั้งยังเรียกร้องเอาเงินจากโจทก์เป็นจำนวนมาก โจทก์จึงมอบให้ทนายความทวงถามให้จำเลยทั้งสองปฏิบัติตามสัญญา แต่จำเลยทั้งสองเพิกเฉย ขอศาลพิพากษาแสดงว่าโจทก์เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าว และให้จำเลยทั้งสองจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวให้โจทก์ หากจำเลยทั้งสองไม่ปฏิบัติตามขอให้ถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา หากไม่อาจบังคับได้ ขอให้จำหน่ายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวแก่บุคคลภายนอก โดยโจทก์เป็นผู้จัดการจำหน่ายและให้โจทก์มีสิทธิในเงินที่จำหน่ายโดยให้ถือว่าเป็นการขอให้จำหน่ายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94 และมาตรา 96 หากจำเลยทั้งสองไม่ปฏิบัติตามขอให้ถือเอาคำพิพากษาของศาลแทนการแสดง

²⁷⁵ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96.

²⁷⁶ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94.

เจตนา หากไม่อาจบังคับได้ ให้จำเลยทั้งสองใช้ราคาที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเป็นเงิน 3,000,000 บาทพร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปีจนกว่าจะชำระเสร็จแก่โจทก์

ศาลฎีกาวินิจฉัยว่า ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 97 บัญญัติว่า "คู่ความฝ่ายหนึ่งจะอ้างคู่ความอีกฝ่ายหนึ่งเป็นพยานของตนหรือจะอ้างตนเองเป็นพยานก็ได้" เมื่อกฎหมายบัญญัติให้สิทธิไว้เช่นนี้ ดังนั้น การที่อ้างจำเลยที่ 2 เป็นพยานฝ่ายโจทก์ และจะนำสืบเมื่อใดก็ได้แล้วแต่โจทก์ ไม่เป็นการใช้สิทธิโดยไม่สุจริต

ในขณะที่โจทก์ซื้อที่ดินพิพาทจากบริษัทysin (ประเทศไทย) จำกัด โจทก์เป็นบุคคลต่างด้าว นิติกรรมการซื้อขายที่ดินพิพาทจึงเป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดยประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 และตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 113 เดิม (มาตรา 150 ที่แก้ไขใหม่) เป็นเหตุให้โจทก์ไม่มีสิทธิถือกรรมสิทธิ์ที่ดินพิพาทซึ่งตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94 บัญญัติให้คนต่างด้าวนั้นจัดการจำหน่ายภายในเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนดให้ซึ่งไม่น้อยกว่า 180 วัน แต่ไม่เกิน 1 ปี ถ้าคนต่างด้าวไม่จำหน่ายที่ดินภายในกำหนด ให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้น แต่ผลของการที่นิติกรรมเป็นโมฆะดังกล่าวจะไม่ทำให้นิติกรรมเสียเปล่าไปยังคงมีผลตามกฎหมายอยู่ แต่ประมวลกฎหมายที่ดินให้อำนาจที่จะจำหน่ายที่ดินนั้นได้ และการบังคับให้จำหน่ายดังกล่าวหมายความว่าความเฉพาะกับที่ดินพิพาทเท่านั้น ไม่รวมถึงสิ่งปลูกสร้างพิพาทด้วยเพราะคนต่างด้าวไม่ต้องห้ามมิให้ถือกรรมสิทธิ์สิ่งปลูกสร้างแต่ประการใด

พิพากษาให้โจทก์จำหน่ายเฉพาะที่ดินโฉนดเลขที่ 2892 ภายในเวลาที่อธิบดีกรมที่ดินกำหนด โดยให้จำเลยที่ 2 ผู้มีชื่อถือกรรมสิทธิ์แทนโจทก์ไปจดทะเบียนโอนจำหน่ายให้ หากไม่ได้ให้ถือคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนา และให้โจทก์มีสิทธิในเงินที่จำหน่าย หากไม่ปฏิบัติตามให้อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้นได้ตามกฎหมาย นอกจากนี้ที่แก้คงให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ และให้ศาลชั้นต้นแจ้งคำพิพากษาศาลฎีกาให้อธิบดีกรมที่ดินทราบ

จึงสรุปได้ว่า การทำนิติกรรมซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าวโดยไม่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายย่อมตกเป็นโมฆะตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 86 และมีผลตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94 ซึ่งคนต่างด้าวนั้นจะต้องจำหน่ายที่ดินภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด

(2) กรณีนิติบุคคลสัญชาติไทยซื้อที่ดินแทนคนต่างด้าว

ได้แก่ กรณีที่ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้บริษัทมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย และไม่เข้าหลักเกณฑ์ของนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา 97 หรือมาตรา 98 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน เพื่อให้บริษัทดังกล่าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแทนคนต่างด้าวหรือนักลงทุนต่างด้าว

หากพนักงานเจ้าหน้าที่มีข้อสงสัยว่า การขอได้มาซึ่งที่ดินของบริษัทที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้มีส่วนได้เสียนั้น เป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือเหตุอันสมควรที่จะเชื่อได้ว่าการขอได้มาซึ่งที่ดินเป็นกรณีของการซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าว พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมมีอำนาจสอบสวนคู่กรณี และเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำ หรือส่งเอกสารหลักฐานที่เกี่ยวข้องได้ตามความจำเป็น แล้วให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดำเนินการไปตามควรแก่กรณี ทั้งนี้ หากกรณีดังกล่าวเป็นที่เชื่อได้ว่า การขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น จะเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรือเป็นที่ควรเชื่อได้ว่าบุคคลใดจะซื้อที่ดินเพื่อประโยชน์แก่คนต่างด้าวจริง ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ขอคำสั่งต่อรัฐมนตรี โดยคำสั่งรัฐมนตรีเป็นที่สุด²⁷⁷

กรณีที่หากสามารถพิสูจน์ได้ในภายหลังจากที่มีการโอนที่ดินให้แก่บริษัทจำกัดแล้วว่า การจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัทจำกัดซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยดังกล่าว เป็นไปเพื่อการรับโอนที่ดินแทนคนต่างด้าวจริง โดยผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่ได้มีเจตนาลงทุนในเรือนหุ้นที่แท้จริงหรือโดยสุจริต แต่เป็นกรณีที่ใช้ชื่อผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว เพื่อให้ปรากฏในทางทะเบียนว่าบริษัทจำกัดดังกล่าวเป็นบริษัทที่ไม่มีลักษณะตามที่ประมวลกฎหมายที่ดินกำหนดตามมาตรา 97 หรือมาตรา 98 อันจะทำให้เป็นนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ผู้วิจัยเห็นว่า การทำสัญญาซื้อขายที่ดินระหว่างบริษัทดังกล่าวกับผู้ขายที่ดินย่อมขัดต่อวัตถุประสงค์ของมาตรา 86 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน จึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 150 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นเดียวกับกรณีที่ได้อธิบายไปในข้อ (1)

อย่างไรก็ตาม ในกรณีของการดำเนินการบังคับจำหน่ายที่ดิน ผู้วิจัยเห็นว่า สามารถนำประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96²⁷⁸ กล่าวคือ การขอได้มาซึ่งที่ดินของบริษัทซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยตามกฎหมาย แต่เป็นนิติบุคคลซึ่ง

²⁷⁷ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 74.

²⁷⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 96.

กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามข้อเท็จจริง ย่อมเป็นการขอได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นเจ้าของที่ดินแทนคนต่างด้าวนั่นเอง ดังนั้น บริษัทจะต้องจำหน่ายที่ดินภายในระยะเวลาที่อธิบดีกำหนด โดยไม่น้อยกว่า 180 วันแต่ไม่เกิน 1 ปี และถ้าไม่จำหน่ายที่ดินนั้นภายในกำหนดระยะเวลาดังกล่าว อธิบดีกรมที่ดินมีอำนาจจำหน่ายที่ดินนั้น²⁷⁹

นอกจากการถูกบังคับให้จำหน่ายที่ดินแล้ว การถือที่ดินแทนคนต่างด้าว หรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ผู้กระทำความผิดจะถูกลงโทษ ดังนี้

- 1) คนต่างด้าวมีความผิดฐานได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁸⁰
- 2) นิติบุคคลมีความผิดฐานได้มาซึ่งที่ดินซึ่งเป็นการฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายที่ดิน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 50,000 บาท²⁸¹

ผู้วิจัยเห็นว่า กรณีนี้อาจเกิดขึ้นได้ หากสามารถพิสูจน์ได้ว่า บริษัทซึ่งรับโอนที่ดินดังกล่าว มีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวจริง เพื่อให้บริษัทนั้นมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย กล่าวคือ แม้บริษัทจะเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย ตามกฎหมาย แต่พิสูจน์ได้ว่า บริษัทดังกล่าวไม่มีผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยที่ลงทุนโดยแท้จริง แต่ชื่อผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยซึ่งปรากฏตามบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นนั้น เป็นตัวแทนในการเข้าซื้อหุ้นและถือหุ้นแทนผู้ถือหุ้นต่างด้าวเท่านั้น

- 3) ผู้ที่ได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าว มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งจำทั้งปรับ²⁸²

(ค) มาตรา 540 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 กำหนดให้สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น มีระยะเวลาได้ไม่เกิน 30 ปี และถ้าคู่สัญญาได้กำหนดระยะเวลาการเช่าไว้ นานกว่านั้น กฎหมายให้ลดระยะเวลาการเช่าลงมาเหลือ 30 ปี ดังนี้ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณา

²⁷⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94.

²⁸⁰ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 111.

²⁸¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 112.

²⁸² ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 113.

ดังต่อไปนี้ว่า การเช่าที่ดินระยะยาวเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายของคนต่างด้าวในการถือครองอสังหาริมทรัพย์หรือไม่

(1) การเช่าที่ดินโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นในข้อ 4.3.1.1 (จ) ในกรณีผู้เช่าซึ่งเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินในระยะยาว พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสอบสวนข้อเท็จจริงให้เป็นที่แน่ชัดว่าการขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวดังกล่าวไม่ใช่การทำสัญญาเช่าเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าว และถ้าพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่าเป็นการเช่าเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าวแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับจดทะเบียน เนื่องจากเป็นนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

จากการศึกษา ผู้วิจัยเห็นว่านิติกรรมการจดทะเบียนการเช่าระยะยาวของคนต่างด้าวไม่สามารถอำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าวได้แต่อย่างใด เนื่องจากนิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าวย่อมไม่สามารถเกิดขึ้นได้โดยผลของกฎหมาย กล่าวคือ นิติกรรมการซื้อขายที่ดินของคนต่างด้าวย่อมตกเป็นโมฆะ เพราะเหตุที่วัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรมขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินโดยชัดแจ้ง ดังนั้น แม้ว่าเจตนาที่แท้จริงของคนต่างด้าวซึ่งขอจดทะเบียนการเช่าที่ดินระยะยาวจะเป็นไปเพื่ออำพรางนิติกรรมการซื้อขายที่ดินจริง คนต่างด้าวก็ไม่ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินแต่อย่างใด

นอกจากนี้ การเช่าที่ดินกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปีนั้น ก็เป็นระยะเวลาที่ไม่เกินเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด จึงอาจสรุปได้ว่า การเช่าที่ดินระยะยาวเป็นระยะเวลา 30 ปี ไม่เป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายที่ดิน เนื่องจากการเช่าที่ดินดังกล่าวไม่ได้ทำให้คนต่างด้าวต่างได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และไม่เป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 เนื่องจากมีกำหนดระยะเวลาไม่เกินเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด

(2) การเช่าที่ดินโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี และมีคำมั่นจะให้เช่าที่ดินต่ออีก 30 ปี

ได้แก่ กรณีที่คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวทำสัญญาเช่าที่ดินมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี และในสัญญาเช่าฉบับเดียวกันนั้น มีคำมั่นของผู้ให้เช่าว่าจะให้ผู้เช่าเช่าที่ดินต่อไปได้อีกเป็นระยะเวลา 30 ปีภายหลังจากสัญญาเช่า

ฉบับแรกสิ้นสุดลง กรณีนี้ผู้วิจัยเห็นว่า ไม่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 540 และไม่เป็นการหลีกเลี่ยงการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากคำมั่นเป็นนิติกรรมฝ่ายเดียวซึ่งไม่ได้ผูกพันคู่กรณีทั้งสองฝ่ายดังเช่นสัญญาเช่า โดยสัญญาเช่าที่ดินอีกฉบับหนึ่งยังไม่เกิดขึ้นจนกว่าผู้เช่าจะได้แสดงความจำนงสนองรับคำมั่นต่อสัญญาเช่าต่อไป ซึ่งเป็นเรื่องอนาคตที่ผู้เช่าอาจไม่สนองรับคำมั่นก็ได้

(3) การเช่าที่ดินโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี และมีการทำสัญญาจะให้เช่าที่ดินต่ออีก 30 ปี

ได้แก่ การทำสัญญาจะให้เช่าที่ดินอีกฉบับหนึ่ง แยกต่างหากจากสัญญาเช่าที่ดินฉบับเดิมที่มีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปีภายหลังจากสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลง ซึ่งสัญญาจะให้เช่าทรัพย์สินนี้จะมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายให้มาทำสัญญาเช่าทรัพย์สินเสร็จเด็ดขาดกันอีกครั้งหนึ่ง²⁸³

กรณีดังกล่าวมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า การทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี ประกอบกับการทำสัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่าอีก 30 ปีต่อจากสัญญาเช่าฉบับแรกนั้นเป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 540 หรือไม่ ในประเด็นนี้ ผู้วิจัยมีความคิดเห็นว่า ไม่เป็นการหลีกเลี่ยงมาตรา 540 โดยเทียบเคียงกับกรณีคำมั่นจะให้เช่าตามข้อ (2) ข้างต้น เนื่องจากหากจะพิจารณาในเบื้องต้นว่าสัญญาจะให้เช่านั้น เป็นสัญญาแล้วก็ตาม แต่สัญญาจะให้เช่านี้ก็ยังไม่ได้ก่อให้เกิดผลสุดท้าย คือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เสร็จเด็ดขาด เพียงแต่คู่สัญญาตามสัญญาจะให้เช่านั้นมีความผูกพันตามสัญญาเป็นเบื้องต้นเท่านั้นที่จะไปทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เด็ดขาดในอนาคตตามกำหนดระยะเวลาหรือเงื่อนไขที่ได้ตกลงกัน ซึ่งหากเช่าเกิน 3 ปี ก็ต้องนำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เสร็จเด็ดดังกล่าวไปจดทะเบียนการเช่าต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ใหม่อยู่ดี นอกจากนี้การทำสัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ได้หมายความว่าสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดจะเกิดขึ้นจริง เพราะคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายอาจไม่ปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือ ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็อาจเลือกหนทางเยียวยาเฉพาะกรณีของการฟ้องเรียกค่าสินไหมทดแทนเท่านั้นก็ได้โดยไม่ต้องการให้มีการบังคับชำระหนี้อย่างเฉพาะเจาะจง หรือขอคำพิพากษาของศาลแทนการแสดงเจตนาเพื่อให้เกิดสัญญาเช่าเสร็จเด็ดขาดก็ได้²⁸⁴ ดังนั้น เมื่อพิจารณาเหตุผลดังกล่าวแล้ว การเช่าที่ดิน

²⁸³ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ, หน้า 50.

²⁸⁴ ศนันทกรณ์ โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ, หน้า 52.

โดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี และมีการทำสัญญาจะให้เช่าที่ดินต่ออีก 30 ปี ก็น่าจะสามารถทำได้ โดยไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540

(4) การเช่าที่ดินโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี 2 ฉบับพร้อมกัน โดยสัญญาเช่าที่ดินฉบับที่ 2 เป็นสัญญาเช่าที่ดินที่มีเงื่อนไขเริ่มต้น

ผลของการทำสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ 2 ฉบับ โดยมีการกำหนดเงื่อนไขเริ่มต้นสำหรับสัญญาฉบับที่ 2 ก็คือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับแรกจะเริ่มมีผลในทันที ส่วนสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 ยังไม่มีผล จนกว่าจะถึงวันที่ที่กำหนดไว้เป็นเงื่อนไข สัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับที่ 2 จึงจะมีผลและบังคับได้ ดังที่ มาตรา 191 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติไว้ว่า “นิติกรรมใดมีเงื่อนไขเริ่มต้นกำหนดไว้ ห้ามมิให้ทวงถามให้ปฏิบัติตามนิติกรรมนั้นก่อนถึงเวลาที่กำหนด” ซึ่งหมายความว่านิติกรรมใดที่มีเงื่อนไขเริ่มต้น นิติกรรมนั้นจะยังไม่มีผลจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดไว้

ดังนั้น ณ เวลาที่สัญญาเช่าที่ดินซึ่งมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปีฉบับแรกมีผล สัญญาเช่าที่ดินฉบับที่ 2 (มีกำหนดระยะเวลาการเช่าอีก 30 ปีภายหลังจากสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลง) ซึ่งมีเงื่อนไขเริ่มต้นย่อมยังไม่มีผลทางกฎหมายจนกว่าจะถึงเวลาที่กำหนดไว้ นักกฎหมายฝ่ายหนึ่งจึงเห็นว่า กรณีนี้ไม่เป็นการเลี่ยงกฎหมายตามมาตรา 540 เนื่องจาก ณ จุดเวลาที่สัญญาเช่าที่ดินฉบับแรกมีผลนั้น สัญญาเช่าที่ดินฉบับที่ 2 ยังไม่เกิดผลตามกฎหมายแต่อย่างใด ระยะเวลาการเช่า ณ ขณะนั้นจึงไม่เกินระยะเวลาการเช่าสูงสุดตามที่กฎหมายกำหนด

อย่างไรก็ตาม อาจมีนักกฎหมายอีกฝ่ายหนึ่งเห็นว่ากรณีดังกล่าวขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 540 หรือกล่าวได้ว่าเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย กล่าวคือ เนื่องจากสัญญาเช่าฉบับที่ 2 เกิดขึ้นและมีผลผูกพันระหว่างผู้ให้เช่าและผู้เช่าแล้ว เพียงแต่ผลของสัญญาจะเกิดขึ้นเมื่อถึงเวลาที่กำหนดไว้ในอนาคต (คืออีก 30 ปีข้างหน้าและผลของสัญญาก็จะเกิดขึ้นอย่างแน่นอน) ดังนั้น ระยะเวลาการเช่าทั้งหมดที่ผู้เช่ามีสิทธิได้ใช้ทรัพย์สินคือ 60 ปี ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเกินกว่าที่กฎหมายกำหนด ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็นว่า กรณีนี้เป็นกรณียกเว้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 เพราะวาระระยะเวลาการเช่าทั้งหมดรวมกันแล้วเกินระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดคือเกิน 30 ปี

อนึ่ง ในปัจจุบันยังไม่มีแนวคำพิพากษาฎีกาตัดสินเกี่ยวกับเรื่อง การทำสัญญาเช่าโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น แต่หากพิจารณาตามบทบัญญัติกฎหมายแล้ว จะเห็นได้ว่าไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้สัญญาเช่าโดยมีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น และในทางปฏิบัตินั้นสำนักงานที่ดิน ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ได้มีคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสิทธิในที่ดิน ประเภทการเช่า (แบบมีเงื่อนไขเวลา) ปรากฏตามภาคผนวก ซ รวมทั้งได้มีการรับผิดชอบทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีลักษณะข้างต้นด้วย ทั้งนี้ ในปัจจุบันการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ 2 ฉบับต่อเนื่องกัน โดยสัญญาเช่าฉบับที่ 2 เป็นสัญญาเช่าแบบมีเงื่อนไขเวลานั้น เป็นไปได้ค่อนข้างยากแล้ว เนื่องจากพนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งรับผิดชอบการเช่ามีนโยบายในการตรวจสอบการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวที่เข้มงวดมากขึ้น เพื่อป้องกันการอำพรางการได้มาซึ่งที่ดินของคนต่างด้าว*

อย่างไรก็ตาม การขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ 2 ฉบับ ต่อเนื่องกันนั้น (โดยสัญญาเช่าฉบับที่ 2 เป็นการเช่าอสังหาริมทรัพย์ แบบมีเงื่อนไขเวลา) อาจมีผู้เช่า ซึ่งเป็นคู่สัญญาของแต่ละสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้เช่าคนละรายต่อเนื่องกัน และยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามสัญญาเช่าฉบับที่ 2 ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ภายหลังจากจดทะเบียนการเช่าตามสัญญาเช่าฉบับแรกช่วงระยะเวลาหนึ่งตามที่ได้อธิบายในข้อ 4.6.1.5 เพื่อให้ง่ายต่อการยื่นขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มากกว่าใช้ชื่อผู้เช่าของสัญญาเช่าทั้ง 2 ฉบับเป็นบุคคลเดียวกัน

ในกรณีการเช่าที่ดินโดยมีกำหนดระยะเวลาการเช่า 30 ปี 2 ฉบับ พร้อมกัน โดยสัญญาเช่าที่ดินฉบับที่ 2 เป็นสัญญาเช่าที่ดินที่มีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น เป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 ผลทางกฎหมายย่อมทำให้สัญญาเช่าที่ดินดังกล่าวมีกำหนดระยะเวลาการเช่าที่ใช้บังคับระหว่างคู่สัญญาได้เพียง 30 ปีเท่านั้นตามมาตรา 540

(ง) มาตรา 1412 และ 1418 ประกอบมาตรา 1403 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้นว่านักลงทุนต่างด้าวอาจถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์มี

* จากการสอบถามจากพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดิน.

ระยะเวลา 30 ปีและทำสัญญาเช่า (แบบมีเงื่อนไข) อสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวโดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปีต่อเนื่องกับสัญญาก่อตั้งทรัพย์สิน ซึ่งเมื่อพิจารณาผิวเผิน อาจเห็นว่าวิธีการดำเนินการดังกล่าวไม่ขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1412 และ 1418 ประกอบมาตรา 1403 เนื่องจากสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินเป็นสัญญาแยกต่างหากออกจากสัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์ และสิทธิของสัญญาทั้ง 2 ฉบับนั้น ก็เป็นสิทธิคนละประเภทกัน กล่าวคือ สิทธิตามสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินเป็นทรัพย์สิน ในขณะที่สิทธิตามสัญญาเช่าเป็นเพียงบุคคลสิทธิเท่านั้น จึงไม่อาจถือว่าระยะเวลา 30 ปีหลังตามสัญญาสัญญาเช่า อสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นระยะเวลาเดียวกันกับระยะเวลาของสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินตาม มาตรา 1412 ประกอบมาตรา 1403 หรือของสัญญาก่อตั้งสิทธิเก็บกินตามมาตรา 1418 ประกอบ มาตรา 1403

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 1412 และ 1418 ประกอบมาตรา 1403 กฎหมายกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่า หากการก่อตั้งทรัพย์สินนั้นมีการกำหนดระยะเวลา กำหนดระยะเวลานั้นห้ามเกิน 30 ปี และถ้าหาก คู่สัญญาตกลงระยะเวลาของทรัพย์สินเกินกว่า 30 ปี กฎหมายให้ลดลงเป็น 30 ปี จึงเห็นได้ว่าการดำเนินการข้างต้นนั้น เป็นการใช้ช่องว่างของกฎหมายที่ไม่เหมาะสม และขัดต่อเจตนารมณ์ของ กฎหมาย เนื่องจากระยะเวลาที่นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์ตาม สัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินทั้งหมดจะเท่ากับ 60 ปี ซึ่งเกินกว่าระยะเวลาที่ กฎหมายกำหนดไว้ และจากการศึกษาผลทางกฎหมายของการวิธีการถือครองอสังหาริมทรัพย์ ดังกล่าว เราอาจพิจารณาได้ดังนี้

(1) เมื่อพิจารณาตามเจตนาของคู่สัญญา จะเห็นได้ว่า เจตนา ภายในของคู่สัญญา (นักลงทุนต่างด้าวและเจ้าของอสังหาริมทรัพย์) ต้องการให้นักลงทุนต่างด้าว มีสิทธิครอบครองและใช้ประโยชน์จากอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนเป็นระยะเวลา 60 ปี แต่ เนื่องจากการจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินนั้น กฎหมายกำหนดว่าคู่สัญญา กำหนดระยะเวลาของสิทธิได้ไม่เกิน 30 ปี คู่สัญญาจึงไม่อาจขอจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน หรือสิทธิเก็บกิน โดยมีกำหนดระยะเวลา 60 ปี โดยตรงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ คู่สัญญาจึงต้อง แบ่งการยื่นขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมออกเป็น 2 ครั้ง คือ ยื่นขอจดทะเบียนก่อตั้งทรัพย์สิน เหนืออสังหาริมทรัพย์ มีกำหนดระยะเวลา 30 ปี และยื่นขอจดทะเบียนเช่าอสังหาริมทรัพย์ มี ระยะเวลาการเช่า 30 ปี อันถือว่าเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรู้ระหว่างคู่สัญญากันต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่ว่ามีเจตนาขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ (แบบมีเงื่อนไข) มี

ระยะเวลาการเช่า 30 ปี นับจากวันที่กำหนดไว้ในอนาคต เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่พิจารณาจับจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์แบบมีเงื่อนไข

(2) ผู้วิจัยเห็นว่า การทำนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์ฉบับหลังนั้น คู่สัญญาามีเจตนาที่จะต่ออายุสัญญาก่อตั้งทรัพย์สินฉบับแรกให้มากกว่า 30 ปี แต่เนื่องจากกำหนดระยะเวลาของการก่อตั้งทรัพย์สินถูกจำกัดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย จึงใช้วิธีการดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นการใช้ช่องว่างทางกฎหมายทางหนึ่งที่ไม่เหมาะสม เพื่อให้ตนสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้ยาวนานมากกว่า 30 ปี กรณีดังกล่าวจึงอาจถือได้ว่า การที่คู่สัญญาทำนิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่ตรงกับเจตนาที่แท้จริงของคู่สัญญา รวมทั้งไม่ประสงค์ให้มีผลบังคับทางกฎหมาย แต่ต้องการลวงเพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่จดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ให้ เพราะหากคู่สัญญาแสดงเจตนาที่แท้จริงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ว่าต้องขอจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินต่ออีก 30 ปี นับจากวันที่สัญญาฉบับแรกสิ้นสุด พนักงานเจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจจดทะเบียนก่อตั้งสิทธิดังกล่าวให้ได้เนื่องจากการขัดต่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนี้ นิติกรรมการเช่าอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นการแสดงเจตนาลวงด้วยสมรู้ระหว่างคู่กรณี นิติกรรมที่แสดงออกมาจึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 155 วรรคหนึ่ง ส่วนนิติกรรมการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินเป็นนิติกรรมที่ไม่เปิดเผย หรือ “นิติกรรมที่ถูกอำพราง” ซึ่งตรงกับเจตนาที่แท้จริงของคู่กรณี และคู่กรณีประสงค์ให้ใช้บังคับระหว่างกันเอง กรณีจึงต้องบังคับตามนิติกรรมที่ถูกอำพราง

(3) ตามแนวคำพิพากษาฎีกาเกี่ยวกับนิติกรรมอำพราง นิติกรรมที่ถูกอำพรางจะมีผลสมบูรณ์หรือบังคับได้ตามกฎหมายเพียงใด ก็ต้องพิจารณาว่านิติกรรมที่ถูกอำพรางนั้นทำถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดในเรื่องนั้นๆ หรือไม่²⁸⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกิน จะเห็นได้ว่าจะต้องทำเป็นหนังสือและจด

²⁸⁵ คำพิพากษาฎีกาที่ 1038-1039/2509 ป.พ.พ. ทำสัญญาจ้างทำนาเป็นหนังสือโดยอำพรางนิติกรรมการเช่านา สัญญาเช่านาที่ถูกอำพรางนั้นต้องมีหลักฐานเป็นหนังสือหรือทำตามกฎหมายบัญญัติไว้ มิฉะนั้นไม่มีผลบังคับและจะถือเอาหลักฐานสัญญาจ้างทำนาเป็นหลักฐานการเช่านาไม่ได้ เมื่อการเช่านาได้มีหลักฐานเป็นหนังสือ และโจทก์ได้บอกกล่าวให้จำเลยออกไปจากนาแล้ว จำเลยก็ไม่มีสิทธิอยู่ในนาที่เช่านั้นต่อไปได้ การอยู่ต่อมาของจำเลยจึงเป็นละเมิด (ประชุมใหญ่ครั้งที่ 20/2509).

ทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน และสามารถใช้บังคับได้ระหว่าง คู่กรณีเท่านั้น²⁸⁶

เมื่อสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินเป็นสัญญาที่เกิดขึ้นจากเจตนาที่แท้จริง สัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินจึงต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อให้บริบูรณ์เป็นทรัพย์สินตามมาตรา 1299 จึงต้องพิจารณาว่าสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไปแล้ว จะถือว่าเป็นการทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1299 หรือไม่

เมื่อเทียบเคียงกับแนวคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2711/2544 ซึ่งเป็นกรณีของการทำสัญญาซื้อขายที่ดินอำพรางสัญญาขายฝากที่ดิน มีการทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เฉพาะตามแบบของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นแบบของสัญญาขายฝากด้วย สัญญาซื้อขายที่ดินตกเป็นโมฆะเพราะเป็นเจตนาลวง ส่วนสัญญาขายฝากเป็นโมฆะเพราะไม่จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่าสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไปแล้ว ไม่ถือว่าเป็นการทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 1299 ซึ่งส่งผลให้การก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน และไม่สามารถใช้ยื่นต่อบุคคลภายนอกได้ ทั้งนี้ การก่อตั้งทรัพย์สินโดยไม่ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่มิได้ตกเป็นโมฆะแต่อย่างใด กล่าวคือ ในระหว่างคู่สัญญาด้วยกันย่อมก่อให้เกิดบุคคลสิทธิเรียกร้องบังคับกันได้²⁸⁷ ซึ่งรวมถึงการฟ้องบังคับให้ไปจดทะเบียนการได้มาให้บริบูรณ์ได้²⁸⁸

²⁸⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2539/2549 ป.พ.พ. มาตรา 1299 วรรคแรก กำหนดให้การได้มาซึ่งทรัพย์สินที่มีได้ทำหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่อาจใช้ยื่นและไม่อาจบังคับบุคคลภายนอกที่มีได้เป็นคู่สัญญาเท่านั้น มิได้เป็นการกำหนดให้นิติกรรมนั้นในส่วนของที่เป็นบุคคลสิทธิตกเป็นโมฆะเสียเปล่าไป นิติกรรมดังกล่าวจึงยังคงมีผลผูกพันบังคับกันได้ ในระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น แม้จะได้ความว่า ข้อตกลงเรื่องภาระจำยอมระหว่างโจทก์กับจำเลยเป็นข้อตกลงที่มีได้จดทะเบียนไว้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ ก็ใช้บังคับกันได้ระหว่างโจทก์กับจำเลย.

²⁸⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 760/2507 การที่โจทก์จำเลยตกลงให้โจทก์ออกทุนขยายทางพิพาทให้กว้างเพื่อใช้ร่วมกัน แต่สัญญาข้อตกลงนี้มีได้จดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 นั้น ย่อมไม่ทำให้โจทก์ได้ทรัพย์สินเป็นการจำยอม แต่การไม่จดทะเบียนฯ ดังกล่าวนั้นหาได้ทำให้สัญญาข้อตกลงนั้นเป็นโมฆะแต่อย่างใด ไม่ คือเป็นเพียงยังไม่บริบูรณ์เท่านั้น โดยเหตุนี้ สัญญาระหว่างโจทก์กับจำเลยจึงมีผลก่อให้เกิดบุคคลสิทธิเรียกร้องบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา ฉะนั้น โดยอาศัยสัญญาดังกล่าวโจทก์จึงมีอำนาจฟ้องห้ามจำเลยคู่สัญญามีให้ขัดขวางในอันที่โจทก์จะใช้ทางพิพาทตามข้อตกลงในสัญญาได้ (ประชุมใหญ่ ครั้งที่ 13/2507); คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2380/2542 การที่จำเลยตกลงด้วย

(4) แม้วานิติกรรมการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินที่ถูกอำนาจจะใช้บังคับระหว่างคู่กรณีได้ แต่เมื่อกำหนดเวลาของการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกินทั้งหมดเกินกว่า 30 ปี (รวมระยะเวลาสิทธิทั้งหมดเท่ากับ 60 ปี) ระยะเวลาดังกล่าวต้องลดลงมาเหลือ 30 ปีอยู่ดีตามมาตรา 1412 ประกอบมาตรา 1403 (กรณีสัญญาก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดิน) หรือตามมาตรา 1418 ประกอบมาตรา 1403 (กรณีสัญญาก่อตั้งสิทธิเก็บกิน)

4.6.3.2 ผลกระทบของการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวในถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

(ก) ข้อดีของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

(1) การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย ย่อมส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศ เนื่องจากการลงทุนดังกล่าวย่อมส่งผลให้มีการนำเงินทุนเข้ามาหมุนเวียนให้แก่ระบบเศรษฐกิจของประเทศ ก่อให้เกิดการจ้างแรงงานในหลายระดับ ก่อให้เกิดกำลังซื้อสินค้าและบริการจากท้องถิ่น ซึ่งส่งผลให้ระบบเศรษฐกิจภายในประเทศเกิดความคล่องตัว

(2) การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย ย่อมส่งเสริมการท่องเที่ยวไปในตัว กล่าวคือ ประเทศไทยเป็นประเทศที่มีธรรมชาติที่สวยงาม มีอากาศที่

วาทะให้โจทก์มีสิทธิเก็บกินในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตลอดชีวิตของโจทก์ก็เพื่อเป็นการ ตอบแทนที่โจทก์ยกที่ดินและสิ่งปลูกสร้างให้แก่จำเลยข้อตกลงดังกล่าวจึงเป็นข้อตกลงพิเศษอย่างสัญญาต่างตอบแทนก่อให้เกิดบุคคลสิทธิแก่โจทก์ในอันที่จะเรียกร้องให้จำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินนั้น และเมื่อได้มีการจดทะเบียนเช่นนั้นแล้ว การได้มาโดยนิติกรรมดังกล่าวซึ่งสิทธิเก็บกินอันเป็นทรัพย์สินก็ย่อมบริบูรณ์ตามกฎหมายสมเจตนาของคู่กรณี สิทธิของโจทก์ตามนิติกรรมดังกล่าวนี้เป็นสิทธิเรียกร้องระหว่างโจทก์จำเลยซึ่งเป็นคู่กรณี ตราบใดที่ จำเลยผู้เป็นเจ้าของที่ดินและสิ่งปลูกสร้างยังมีได้ โอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างให้แก่บุคคลอื่น โจทก์ย่อมมีอำนาจ ฟ้องต่อศาลขอให้บังคับจำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินได้ และคำพิพากษาฎีกาที่ 5560/2537.

²⁸⁸ คำพิพากษาฎีกาที่ 2380/2542 โจทก์จำเลยตกลงกันด้วยวาทะให้โจทก์มีสิทธิเก็บกิน ในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตลอดชีวิตของโจทก์ เพื่อเป็นการตอบแทน ในการที่โจทก์ยกที่ดินและสิ่งปลูกสร้างนั้นให้แก่จำเลย ซึ่งเป็นบุตรของโจทก์ จำเลยจะมีผลประโยชน์จากสิ่งปลูกสร้างโดยได้เงินกินเปล่าจากผู้เช่า ส่วนโจทก์มีรายได้เฉพาะการเก็บค่าเช่าเท่านั้น ข้อตกลงดังกล่าวเป็นข้อตกลงพิเศษอย่างสัญญาต่างตอบแทน ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิแก่โจทก์ ในอันที่จะเรียกร้องให้จำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินนั้น ตราบใดที่จำเลยผู้เป็นเจ้าของที่ดินและสิ่งปลูกสร้าง ยังมีได้โอนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างนั้นให้แก่บุคคลอื่น โจทก์ย่อมมีอำนาจฟ้องขอให้บังคับจำเลยไปจดทะเบียนสิทธิเก็บกินได้.

เหมาะสมต่อการพักผ่อนของชนชาติต่างๆ อยู่แล้ว ซึ่งการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยนักลงทุนต่างด้าว นั้น เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าที่พักอาศัยดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นโรงแรม วิลล่า หรือ คอนโดมิเนียม ย่อมมีมาตรฐานที่ดีทั้งด้านสุขอนามัย และความปลอดภัย ดังนั้น การดำเนินการดังกล่าวโดยนักลงทุนต่างด้าว จึงเป็นที่น่าเชื่อถือต่อนักท่องเที่ยวมากกว่า และน่าจะเป็นแรงจูงใจให้นักท่องเที่ยวมาเที่ยวประเทศไทยมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้ การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัยทั้งในรูปแบบอาคารชุด หรือวิลล่าตามสถานที่ท่องเที่ยว ก็ได้นำเอากำลังซื้อซึ่งเป็นคนต่างด้าวเข้ามาด้วย

(3) การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัยมีการนำระบบจัดการบริหารธุรกิจที่มีประสิทธิภาพมาใช้ ส่งผลให้คนไทยได้เรียนรู้วิธีการบริหารธุรกิจที่มีประสิทธิภาพ ทันสมัย และเป็นที่ยอมรับของนานาชาติ และทำให้มีการพัฒนาองค์ความรู้ในประเทศต่อไป

(4) การลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัยบางกรณีอาจก่อให้เกิดความเจริญขึ้นของพื้นที่ เช่น การพัฒนาพื้นที่ในเขตกันดาร ซึ่งทำให้พื้นที่ที่ความเจริญยังไม่เข้าถึงมีการพัฒนาด้านสาธารณูปโภค

(ข) ข้อเสียของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

(1) การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอยู่นอกระบบของกฎหมาย นักลงทุนต่างด้าวจึงสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ประเทศไทยได้โดยปราศจากการตรวจสอบและการควบคุมของภาครัฐที่เหมาะสม และทำให้ภาครัฐไม่สามารถทราบจำนวนที่แน่นอนของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวว่า นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามามีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทยมากน้อยเพียงใด บริเวณไหนบ้าง ซึ่งอาจมีผลกระทบที่ร้ายแรงตามมาในเรื่องความมั่นคงของประเทศในอนาคต รวมทั้งเรื่องการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมภายในประเทศ

(2) การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยหลีกเลี่ยงกฎหมายนั้น อาจก่อให้เกิดการปั่นราคาที่ดิน ทำให้ราคาที่ดินสูงขึ้นมากกว่าความเป็นจริง โดยเฉพาะราคาที่ดินบริเวณชายทะเลต่างๆ อันเป็นแหล่งท่องเที่ยวที่สำคัญของประเทศ เช่น เกาะสมุย ภูเก็ต พัทยา ทำให้เกิดการแข่งขันในการลงทุนอย่างไม่เป็นธรรม เพราะไม่มีการควบคุม

ราคาซื้อขายที่ดินอย่างเหมาะสม ทำให้นักลงทุนรายอื่นๆ ที่ต้องการลงทุนในประเทศไทยไม่สามารถลงทุนได้ เนื่องจากราคาที่ดินที่สูงเกินไปนั้น ย่อมให้มีต้นทุนในการประกอบธุรกิจที่สูงเกินไป ซึ่งนักลงทุนดังกล่าว อาจเปลี่ยนการลงทุนไปยังประเทศเพื่อนบ้านแทน

(3) การถือครองที่ดินของคนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยที่ขาดมาตรการควบคุมที่เหมาะสมนั้น อาจก่อให้เกิดการขาดแคลนที่ดินทำกินของเกษตรกร ซึ่งส่งผลกระทบต่อ การดำรงชีพของเกษตรกร และอาจก่อให้เกิดเป็นปัญหาสังคมในท้ายที่สุด เนื่องจากในบางกรณีเป็นการกว้านซื้อที่ดินเพื่อรอการจัดสรร ซึ่งหากที่ดินดังกล่าวเป็นพื้นที่สำหรับทำการเกษตร กรณีดังกล่าวย่อมทำให้พื้นที่ประกอบการเกษตรกรรมลดน้อยลง และเกษตรกรอาจขาดแคลนที่ดินทำกิน ส่งผลให้ประเทศขาดความมั่นคงทางอาหาร

(4) การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยหลักเล็งกำไร หมายความว่า อาจส่งผลให้เกิดการบุกรุกพื้นที่ป่าเนื่องจากเกษตรกรได้ขายที่ดินตนให้แก่ นักลงทุนต่างด้าวไปหมดแล้ว ทำให้พื้นที่เกษตรกรรมซึ่งเป็นเศรษฐกิจหลักของประเทศไทยลดลง เกษตรกรก็ต้องแสวงหาที่ดินในเขตป่าสงวนต่อไป

(5) เนื่องจากการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยหลักเล็งกำไร หมายความว่า ทำให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองที่ดินได้โดยปราศจากการควบคุม ดังนั้น หากนักลงทุนต่างด้าวได้เข้าถือครองที่ดินบริเวณที่มีความสำคัญต่อประเทศชาติ เช่น บริเวณจุดผ่านแดน จุดยุทธศาสตร์ กรณีดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ

4.7 มาตรการและแนวทางแก้ไขปัญหาการการหลักเล็งกำไรของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยตามกฎหมายไทยและโดยเปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ

เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่าในปัจจุบันประเทศไทยยังคงต้องการให้นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนในประเทศเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ ดังจะเห็นได้จากความต่อเนื่องของภาครัฐในการออกกฎหมายต่างๆ เพื่อส่งเสริมและเอื้อประโยชน์ต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าว ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง การเปิดเสรีทางการค้า สิทธิพิเศษทางภาษี รวมทั้งการอนุญาตให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้บางกรณี ทั้งนี้ เพื่อเป็นการดึงดูดนักลงทุนจากต่างประเทศเพื่อให้เข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั่นเอง

แม้ว่าในหลายๆ ธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น จะต้องการ มีสิทธิเหนือที่ดินเพื่อประกอบกิจการของตน เช่น ธุรกิจโรงงาน ธุรกิจที่พักอาศัย ธุรกิจค้าปลีกค้าส่ง เป็นต้น อย่างไรก็ตาม การมีสิทธิเหนือที่ดินของคนต่างด้าวนั้นยังมีได้เป็นไปโดยเสรี เนื่องจาก ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น เหตุผลเกี่ยวกับความมั่นคงของประเทศ เหตุผลของความไม่พร้อมในการแข่งขันของคนชาติซึ่งหากเปิดให้การได้มาซึ่งที่ดินในประเทศไทยเป็นไปโดยเสรีแล้ว คนในชาติไทยเราเองอาจขาดแคลนที่ดินทำกิน เป็นต้น

ธุรกิจที่พักอาศัยก็เป็นธุรกิจหนึ่งที่นักลงทุนต่างด้าวให้ความสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น ซึ่งปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญสำหรับการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวใน ธุรกิจที่พักอาศัยได้แก่ การมีสิทธิเหนือที่ดิน เพื่อใช้ในการประกอบกิจการ ซึ่งหากธุรกิจที่พักอาศัย ประเภทใดสอดคล้องกับเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ของกฎหมาย เช่น กิจการโรงแรมที่เข้าเงื่อนไขของ การขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน นักลงทุนต่างด้าวย่อม มีสิทธิขอรับอนุญาตเพื่อให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายดังกล่าว หรือนักลงทุนต่างด้าว อาจเลือกการมีสิทธิเหนือที่ดินตามกฎหมายอื่นๆ ก็ได้ เช่น การเช่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและ พยานิชย์ หรือการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและ อุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่กิจการของนักลงทุนต่างด้าวนั้นไม่ตรงตามหลักเกณฑ์ที่ได้จะขอรับ กรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตาม พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 หรือกรณีที่ นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่า สิทธิเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไม่ สอดคล้องต่อการประกอบธุรกิจของตน หรือไม่อำนวยความสะดวกและก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด แก่ตนตามที่ได้อธิบายในหัวข้อ 4.2 และ 4.3 ข้างต้น นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวจึงพยายามหาช่องทาง เข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์นอกเหนือจากวิธีการที่กฎหมายกำหนด ซึ่งส่งผลกระทบต่อในเชิงลบ หลายประการต่อประเทศไทย

เพื่อจัดการใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมและการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนัก ลงทุนต่างด้าวเพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัย และทำให้การถือครอง อสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวอยู่ในระบบของกฎหมาย ซึ่งทำให้หน่วยงานของรัฐที่ เกี่ยวข้องสามารถตรวจสอบและควบคุมได้ แนวทางการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวมีดังนี้

4.7.1 มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางกฎหมาย

อันที่จริงแล้ว นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยอาจได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้หากได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรืออาจมีสิทธิถือครองที่ดินตามกฎหมายต่างๆ ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น

อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวบางกลุ่มไม่อาจขอได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือยื่นขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 เนื่องด้วยธุรกิจที่ต้องการลงทุนไม่ตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด หรือในบางกรณีนักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าสิทธิเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดไม่สอดคล้องต่อความต้องการของธุรกิจ และสิทธิตามกฎหมายไม่ก่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่นักลงทุนต่างด้าว ตามที่ได้วิเคราะห์ข้างต้น ซึ่งทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย พยายามหาวิธีการหรือช่องทางการถือครองอสังหาริมทรัพย์รูปแบบต่างๆ อย่างไม่เหมาะสม ซึ่งหากเราสามารถแก้ไขกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบันให้เหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยมากยิ่งขึ้น รวมทั้งกำหนดอัตราโทษแก่ผู้กระทำผิดกฎหมายให้สูงขึ้นสอดคล้องกับสภาพสังคมในปัจจุบัน การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวโดยวิธีการที่ไม่เหมาะสมน่าจะมีจำนวนลดน้อยลง ซึ่งผู้วิจัยจะได้วิเคราะห์ถึงแนวทางการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยดังต่อไปนี้

4.7.1.1 พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520

ในปัจจุบันธุรกิจที่พักอาศัยซึ่งอาจยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้นมีเฉพาะกิจการโรงแรม โดยกิจการโรงแรมที่อาจได้รับการส่งเสริมการลงทุนนั้น จะต้องมีย่านห้องพักไม่น้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนไม่น้อยกว่า 500 ล้านบาท²⁸⁹ โดยตั้งแต่ปี พ.ศ. 2513 ถึงปัจจุบันคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ให้การส่งเสริมการลงทุนแก่นักลงทุนต่างด้าวในการประกอบกิจการโรงแรมตามแห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพียง 68 ราย²⁹⁰

²⁸⁹ ประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด เงื่อนไข และสิทธิประโยชน์ของแต่ละประเภทกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน, ราชกิจจานุเบกษา, 3 ธันวาคม 2552.

²⁹⁰ International Affairs Bureau., BOI, FDI PROJECTS APPROVED BY BOI IN 1970-2011 (Act.7.4.3 Hotels), as of June 2, 2011.

อย่างไรก็ตาม ในปัจจุบันกิจการโรงแรมขนาดเล็ก (มีจำนวนห้องพักน้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนน้อยกว่า 500 ล้านบาท) และธุรกิจที่พักอาศัยอื่นๆ เช่น อาคารชุด บ้านจัดสรร (เว้นแต่กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ยังไม่เป็นกิจการที่อาจยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่ากิจการดังกล่าวเพิ่งได้รับความนิยมนักลงทุน

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 นั้น กิจการที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุนจะต้องเป็นกิจการที่สำคัญ และเป็นประโยชน์ในด้านเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงของประเทศ ใช้ทุน แรงงานหรือบริการในอัตราสูง²⁹¹ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงกิจการที่ที่พักอาศัยที่นักลงทุนต่างด้าวให้ความสนใจในการลงทุน แม้จะเป็นกิจการโรงแรมขนาดเล็ก (มีจำนวนห้องพักน้อยกว่า 100 ห้อง หรือจะต้องมีขนาดเงินลงทุนไม่รวมค่าที่ดินและทุนหมุนเวียนน้อยกว่า 500 ล้านบาท) หรือกิจการเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ แต่หากตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจใจกลางเมือง หรือสถานที่ท่องเที่ยวซึ่งเป็นที่ยอมรับ ก็ย่อมเป็นประโยชน์ต่อเศรษฐกิจของประเทศและก่อให้เกิดการจ้างงานในท้องถิ่นเช่นเดียวกัน

ในกรณีของกิจการอาคารชุดและกิจการบ้านจัดสรรนั้น (เว้นแต่กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) เมื่อพิจารณาลักษณะโครงการที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน จะเห็นได้ว่า กิจการดังกล่าวมักเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่มีมูลค่าการลงทุนค่อนข้างสูง ก่อให้เกิดการจ้างแรงงานหลายระดับในจำนวนมาก ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า กิจการอาคารชุดและกิจการบ้านจัดสรรควรได้รับการส่งเสริมการลงทุน เพื่อเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวมียสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในกิจการดังกล่าวได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้วิจัยยังมีความเห็นต่อไปว่า การเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวสามารถขอรับการส่งเสริมในกิจการอาคารชุดและกิจการบ้านจัดสรรเพื่อมีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ไม่ได้ทำให้ประเทศไทยเสียสิทธิในที่ดินให้แก่คนต่างด้าว กล่าวคือ แม้นักลงทุนต่างด้าวจะได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในกิจการอาคารชุดหรือกิจการบ้านจัดสรร แต่นักลงทุนต่างด้าวก็เพียงแต่ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในกิจการเท่านั้น เป้าหมายสุดท้ายของนักลงทุนคือต้องการขายห้องชุดหรือบ้านจัดสรรให้แก่ผู้บริโภคอีกชั้นหนึ่ง ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุดนั้น คนต่างด้าวซึ่งอาจจะเป็นผู้ซื้อห้องชุดนั้นก็สามารรถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้ไม่เกินร้อยละ 49 ของเนื้อที่อาคารชุดทั้งหมด และคนต่างด้าวก็ไม่สามารถซื้อบ้านจัดสรรในโครงการหมู่บ้านจัดสรรได้เช่นกัน ผู้ซื้อบ้านจัดสรรได้จึงมี

²⁹¹ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2542 มาตรา 16.

เฉพาะบุคคลสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลสัญชาติไทย ดังนี้ จะเห็นได้ว่าแม้เปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถขอยื่นขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้และมีสิทธิในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แต่ในท้ายที่สุดผู้ที่ถือครองหรือได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในห้องชุดหรือในบ้านจัดสรรก็ยังเป็นบุคคลสัญชาติไทยหรือเป็นคนต่างด้าวในอัตราส่วนที่กฎหมายอนุญาตอยู่ดี

ยิ่งไปกว่านั้น ในกรณีที่กิจการอาคารชุดและกิจการบ้านจัดสรรได้รับการส่งเสริมการลงทุน นักลงทุนต่างด้าวที่ประสงค์จะขอรับการส่งเสริมการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยย่อมถูกตรวจสอบสถานะและคัดกรองโดยคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเกี่ยวกับการลงทุน ซึ่งส่งผลให้นักลงทุนต่างด้าวที่จะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยนั้น เป็นนักลงทุนต่างด้าวที่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายและเป็นนักลงทุนต่างด้าวที่มีความน่าเชื่อถือ

อนึ่ง การเพิ่มประเภทกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนควรกำหนดเงื่อนไขของการขอรับการส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวโดยอยู่บนพื้นฐานที่ไม่กระทบต่อสิทธิของนักลงทุนไทย กล่าวคือ การให้การส่งเสริมการลงทุนในกิจการที่พักอาศัยแก่นักลงทุนต่างด้าว จะต้องไม่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนไทยในประเทศ ซึ่งการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ ของการขอรับการส่งเสริมการลงทุนในกิจการที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว จะต้องคำนึงถึงสภาวะการณ์ของตลาดอสังหาริมทรัพย์ในขณะนั้นด้วย

กล่าวโดยสรุปได้ว่า หากเราสามารถเพิ่มประเภทของกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยให้เป็นกิจการที่ได้สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ โดยกำหนดเงื่อนไขของการลงทุนเพื่อให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศและต้องไม่กระทบต่อการลงทุนของนักลงทุนไทย เช่น กำหนดจำนวนเงินที่ต้องนำเข้ามาลงทุน จำนวนของการจ้างแรงงานไทย รวมถึงกำหนดให้มีการถ่ายทอดวิทยาการทางการบริหารและการตลาด เป็นต้น การเพิ่มกิจการที่พักอาศัยดังกล่าว น่าจะให้นักลงทุนต่างด้าวที่เข้ามาลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทย ขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามหลักเกณฑ์และข้อกำหนดจากคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน และได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประกอบกิจการดังกล่าวโดยชอบด้วยกฎหมาย แทนที่จะเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมหรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย หรืออาจกล่าวได้ว่า การเพิ่มประเภทกิจการที่พักอาศัยนั้น น่าจะส่งผลโดยตรงทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวมีจำนวนลดน้อยลง เพราะนักลงทุนต่างด้าวไม่มีความ

จำเป็นที่จะต้องเสี่ยงต่อผลของการหลีกเลี่ยงกฎหมาย และการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวก็จะเข้ามาอยู่ในระบบของกฎหมาย ทำให้ภาครัฐสามารถตรวจสอบสถานะการถือครองและการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวได้ นอกจากนี้ การเพิ่มประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุนนั้น ย่อมส่งผลประโยชน์ต่อนักลงทุนไทยด้วยเช่นกัน กล่าวคือ นักลงทุนไทยย่อมมีสิทธิขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้เช่นกัน ส่งผลให้นักลงทุนไทยได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามกฎหมาย และทำให้นักลงทุนไทยสามารถลงทุนในธุรกิจที่พหุภาคย์ได้เองมากยิ่งขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องร่วมลงทุนกับนักลงทุนต่างด้าว หรือร่วมมือกับนักลงทุนต่างด้าวในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย

จากการศึกษา การที่อนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และใช้ที่ดินเพื่อประกอบกิจการใดกิจการหนึ่งตามที่กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุนกำหนด นั้น เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวเปรียบเหมือนกับการได้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแบบมีเงื่อนไข ซึ่งหากผู้รับสิทธิ (Grantee) จากเจ้าของที่ดิน (Grantor) ใช้ที่ดินผิดข้อกำหนดที่ได้ตกลงกับเจ้าของที่ดินไว้ กรรมสิทธิ์ในที่ดินย่อมกลับมาเป็นของเจ้าของที่ดินโดยอัตโนมัติ ซึ่งเมื่อปรับหลักคิดดังกล่าวกับการให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินแก่นักลงทุนต่างด้าวที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุน ก็อาจกำหนดเป็นกฎหมายได้ว่า หากนักลงทุนต่างด้าวใช้ที่ดินผิดไปจากวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนด กรรมสิทธิ์ในที่ดินของนักลงทุนต่างด้าวนั้นย่อมหมดไปโดยอัตโนมัติ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้ประโยชน์จากที่ดินของนักลงทุนต่างด้าวอยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของหน่วยงานรัฐอย่างเหมาะสม

4.7.1.2 พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ในปัจจุบันมีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เพียง 6 ราย เนื่องจากพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 มีข้อบกพร่องบางประการตามที่ได้กล่าวไปในหัวข้อ 4.3.1.2 ข้างต้น ทำให้ไม่เอื้อต่อการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวที่แท้จริง

ผู้วิจัยมีความเห็นว่า พระราชบัญญัตินี้มีหลักการที่ดี สอดคล้องต่อการลงทุน และเป็นวิธีที่ทำให้นักลงทุนต่างด้าวถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยอยู่ในระบบของกฎหมาย ซึ่งหากสามารถปรับใช้กฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพแล้ว ผู้วิจัยเชื่อว่านักลงทุนต่างด้าวจะให้

ความสนใจในการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้แทนการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยหลีกเลี่ยงกฎหมายอย่างแน่นอน

(ก) ความแน่นอนแห่งสิทธิการเช่า

ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กฎหมายกำหนดให้คู่สัญญาสามารถตกลงระยะเวลาการเช่าได้นานถึง 50 ปี และเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าแล้ว กฎหมายเปิดโอกาสให้ผู้เช่าและผู้ให้เช่าตกลงกันต่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดระยะเวลาไม่เกิน 50 ปี ซึ่งจะเห็นได้ว่า การต่ออายุสัญญาเช่าอีก 50 ปีนั้น จะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกครบกำหนดระยะเวลาการเช่าก่อน โดยตามปกติแม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้คู่สัญญาต่อสัญญาได้อีก 50 ปี คู่สัญญาก็สามารถตกลงเช่าอสังหาริมทรัพย์ใหม่ภายหลังสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดลงได้อยู่แล้ว และในทางปฏิบัติ หากคู่สัญญาต้องการให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าได้อีก 50 ปี คู่สัญญามักจะกำหนดว่า ผู้ให้เช่าให้คำมั่นจะให้เช่าต่อผู้เช่าเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าตามสัญญาเช่าฉบับแรก จึงอาจสรุปได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ส่งผลต่อระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด

กรณีดังกล่าว นักลงทุนต่างดาวซึ่งเป็นผู้เช่าย่อมขาดความแน่นอนว่าตนจะได้รับการต่ออายุสัญญาเช่าหรือไม่ ยิ่งไปกว่านั้น แม้ว่าผู้ให้เช่าจะให้คำมั่นว่าจะต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่า ผู้เช่าก็ไม่มีความแน่นอนว่าจะได้รับการต่ออายุสัญญาเช่าเช่นเดียวกัน เนื่องจากในกรณีที่ผู้ให้เช่าได้โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เช่าให้แก่บุคคลภายนอก คำมั่นจะให้เช่านั้นก็ไม่น่าผูกพันผู้รับโอนทรัพย์สินที่เช่าซึ่งเป็นบุคคลภายนอก เพราะมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิ ซึ่งเมื่อพิจารณาตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับการเช่า จะเห็นว่าได้ว่า สิทธิการเช่าตามสัญญาเช่าถือเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง (Property right or proprietary right) ซึ่งผู้เช่ามีเหนือที่ดิน²⁹² และมีหลักการว่า ข้อตกลงตามสัญญาเช่าที่เกี่ยวกับที่ดินที่เช่า จะตกติดไปกับที่ดินที่เช่าเสมอ เรียกว่า ข้อผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Privity of estate)²⁹³ เช่น ข้อตกลงที่ผู้เช่าจะชำระค่าเช่า ข้อตกลงที่ผู้เช่าจะซ่อมแซมทรัพย์สินที่เช่า ข้อตกลงของผู้ให้เช่าที่จะต่ออายุสัญญาเช่าให้ เป็นต้น ดังนั้น เพื่อให้สิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีความแน่นอนอันเป็นสิ่งที่จำเป็นต่อการลงทุน ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็น

²⁹² Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 2; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 242.

²⁹³ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 138.

ทรัพย์สิน²⁹⁴ ซึ่งจะเป็นการขาดความไม่แน่นอนของการต่ออายุสัญญาเช่าให้หมดไป กล่าวคือ สิทธิการเช่าจะมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่เช่าเสมอไม่ว่าจะมีการโอนเปลี่ยนมืออสังหาริมทรัพย์ที่เช่าไปที่ทอด ผู้เช่าก็สามารถบังคับสิทธิการเช่าได้กับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยตรงตามสัญญาเช่า กล่าวคือ สิทธิการเช่าซึ่งเป็นทรัพย์สินยอมให้ยึดกับบุคคลทั่วไป ส่งผลให้ในกรณีที่ผู้ให้เช่าได้โอนอสังหาริมทรัพย์ที่ให้เช่านั้นแก่บุคคลภายนอก ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าจะต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่าเสมอ ซึ่งกรณีนี้ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์จะต้องผูกพันตามคำมั่นจะให้เช่าของผู้ให้เช่าเดิมด้วย ทำให้ผู้เช่ามีความแน่นอนว่าตนจะได้ต่ออายุสัญญาเช่าเมื่อต้องการได้เสมอ

เนื่องจากการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยเป็นการลงทุนที่ใช้มูลค่าการลงทุนค่อนข้างสูง มีการสร้างสิ่งปลูกสร้างที่มีลักษณะถาวร ซึ่งอายุการใช้งานสิ่งปลูกสร้างสำหรับการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยนั้นมีมากกว่า 50 ปี ดังนั้น หากมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของพระราชบัญญัตินี้เกี่ยวกับลักษณะของสิทธิการเช่าให้เป็นทรัพย์สินแล้ว นักลงทุนทั้งไทยและต่างด้าวย่อมมีสิทธิเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฉบับนี้ โดยมีระยะเวลาการเช่าที่แน่นอนได้นานถึง 100 ปี ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศจะพบว่า การแก้ไขดังกล่าวทำให้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยสามารถแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ได้อย่างเหมาะสม²⁹⁵ โดยจากการศึกษา เราสามารถสรุประยะเวลาการเช่าทรัพย์สินตามกฎหมายต่างประเทศได้ดังนี้

ประเทศ	ระยะเวลาการเช่าที่ดินสูงสุด
ประเทศอังกฤษ	ไม่จำกัดระยะเวลาการเช่าสูงสุด
ประเทศฝรั่งเศส	99 ปี
ประเทศสหรัฐอเมริกา	ไม่จำกัดระยะเวลาการเช่าสูงสุด
ประเทศไต้หวัน	20 ปี

²⁹⁴ เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการร่างและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายครั้งที่ 5/2553, 17 สิงหาคม 2553, สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม.

²⁹⁵ Kanana Katharangsiporn, "Developer eye leasehold extension", Bangkok Post (25 January 2011): B2.

แม้ว่ากฎหมายเกี่ยวกับการเช่าของประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา* ไม่จำกัดระยะเวลาการเช่า แต่ปล่อยให้ระยะเวลาการเช่าเป็นไปตามความประสงค์ของคู่สัญญาในการกำหนดระยะเวลาการเช่า ทั้งนี้ อาจเพราะว่าประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว และพร้อมที่จะเปิดให้มีการแข่งขันทางธุรกิจอย่างเสรี โดยจะเห็นได้ว่า ประเทศดังกล่าวเปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว ประเทศไทยยังไม่มีความพร้อมที่จะแข่งขันกับนักลงทุนต่างด้าวอย่างเสรี ดังนั้น ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายไทยจึงไม่ควรปล่อยให้ไปตามความประสงค์ของคู่สัญญา เพื่อป้องกันไม่ให้นักลงทุนต่างด้าวครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยนานเกินกว่าความจำเป็นของการเข้ามาลงทุนในประเทศไทย

เมื่อพิจารณากฎหมายเกี่ยวกับการเช่าประเทศฝรั่งเศส จะกำหนดระยะเวลาการเช่าสูงสุดไว้ 99 ปี แต่ถ้านักลงทุนต่างด้าวต้องการใช้ประโยชน์ที่ดินยาวนานกว่านั้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมสามารถซื้อที่ดินในประเทศฝรั่งเศสได้ ซึ่งเมื่อประเทศไทยมีการแก้ไขให้การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายพิเศษนั้น มีระยะเวลาการเช่าได้นานถึง 100 ปี ย่อมมีระยะเวลาการเช่าไม่น้อยกว่าประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศ ทำให้นักลงทุนต่างด้าวสนใจเข้ามาลงทุนในประเทศไทยมากยิ่งขึ้น

ในกรณีของประเทศไต้หวัน เนื่องจากประเทศไต้หวันเป็นประเทศที่มีพื้นที่ใช้สอยน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนประชากรของตน และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้ว ประเทศไต้หวันมีพื้นที่ประมาณ 36,000 ตารางกิโลเมตร ซึ่งมีขนาดพื้นที่เล็กกว่าไทยประมาณ 14 เท่า²⁹⁶ จากการศึกษาประวัติศาสตร์การปฏิรูปที่ดินของประเทศไต้หวัน การที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาการเช่าสูงสุดไว้ 20 ปี จึงอาจเป็นไปได้เพื่อสงวนที่ดินไว้ให้แก่ประชาชนของประเทศไต้หวันใช้ประโยชน์เอง

ดังนั้น หากมีการแก้ไขพระราชบัญญัติฉบับนี้ตามที่ได้กล่าวไปข้างต้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมมีความสนใจและอาจเลือกวิธีการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการเช่าเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พำนักอาศัยได้ เนื่องจากระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดซึ่งรวมคำนวณจะให้ต่ออายุสัญญาเช่าแล้ว จะมีระยะเวลาเช่าสูงสุดได้ถึง 100 ปี ซึ่งระยะเวลาดังกล่าว

* อย่างไรก็ตาม กฎหมายเกี่ยวกับการเช่าของบางมลรัฐก็กำหนดระยะเวลาการเช่าสูงสุดเอาไว้.

²⁹⁶ กรมส่งเสริมการค้าระหว่างประเทศ, ข้อมูลประเทศไต้หวัน [ออนไลน์], สิงหาคม 2552. แหล่งที่มา

น่าจะเพียงพอทำให้การลงทุนได้รับผลตอบแทนที่คุ้มค่างับมูลค่าการลงทุนที่ได้ลงทุนไป ไม่ต้องมีความเสี่ยงในการย้ายสถานที่ประกอบธุรกิจอันเป็นการเพิ่มต้นทุนของธุรกิจ และทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่มีความจำเป็นที่จะต้องเสี่ยงในการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายอีกต่อไป

(ข) การกำหนดเขตพื้นที่เช่า

ในปัจจุบัน หากนักลงทุนต่างด้าวประสงค์จะลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยดังกล่าว และพื้นที่โครงการตั้งอยู่ในบริเวณที่ดินประเภทที่อยู่อาศัย (พื้นที่สีเหลืองและพื้นที่สีส้ม) ย่อมไม่สามารถยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 4 ให้ขยายขอบเขตพื้นที่เช่าที่สามารถขอจดทะเบียนการเช่าเพิ่มเติมจากบริเวณที่กำหนดให้เป็นที่ดินประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม ให้ครอบคลุมถึงพื้นที่อื่นๆ ซึ่งสามารถประกอบพาณิชยกรรมได้ตามกฎหมายผังเมือง เช่น ที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นน้อย ที่ดินประเภทที่อยู่อาศัยหนาแน่นปานกลาง ซึ่งที่ดินประเภทดังกล่าวสามารถใช้ประโยชน์เพื่อการอยู่อาศัยได้ ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวย่อมพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัย เช่น เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ โรงแรม ในที่ดินประเภทดังกล่าวได้

การขยายขอบเขตพื้นที่เช่าที่สามารถยื่นขอจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ได้ ย่อมทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย มีโอกาสขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้มากยิ่งขึ้น ซึ่งกรณีดังกล่าวย่อมทำให้นักลงทุนต่างด้าวเลือกการถือครองที่ดินผ่านการเช่าโดยชอบด้วยกฎหมายที่มีระยะเวลาการเช่าได้นานถึง 50 ปี มากกว่าการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายซึ่งมีความเสี่ยงต่อการถูกบังคับจำหน่ายที่ดิน และการลงโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายที่ดิน

(ค) การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 นี้ไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง

ตามกฎหมายแล้ว ผู้ให้เช่าย่อมมีสิทธิเลิกสัญญาเช่าได้หากผู้เช่าไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญาเช่า ดังนั้น หากผู้ให้เช่าได้ใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาเช่าซึ่งผู้เช่าได้นำสิทธิการเช่าตามไปจำนองไว้เป็นการประกันการชำระหนี้ของตนไว้กับเจ้าหนี้ เนื่องจากผู้เช่าผิดสัญญา กรณีดังกล่าวย่อมก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิทธิของเจ้าหนี้ผู้รับจำนอง และทำให้สิทธิการเช่าดังกล่าวไม่อาจนำไปประกันการชำระหนี้ได้ในทางปฏิบัติ

ผู้วิจัยจึงมีความเห็นว่า ควรแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาเช่าไว้เป็นกรณีพิเศษเพื่อให้มีการเลิกสัญญาเช่าที่ยั่งยืน เช่น ผู้ให้เช่าต้องแจ้งให้เจ้าหนี้ผู้รับจำนองทราบถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญาเช่าของผู้เช่าเสียก่อน เพื่อให้โอกาสผู้รับจำนองสิทธิการเช่าเข้ามาเยียวยาแก้ไขการผิดสัญญาของผู้เช่าก่อนที่ผู้ให้เช่าจะเลิกสัญญาเช่า และควรมีมาตรการบังคับสิทธิการเช่าในฐานะที่เป็นหลักประกันที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าให้ใช้มาตรการบังคับจำนองโดยทั่วไป เนื่องจากการบังคับจำนองตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ต้องใช้ระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 1 ปี ซึ่งทำให้มูลค่าของสิทธิการเช่าที่จะขายทอดตลาดได้มีมูลค่าลดน้อยลงตามระยะที่ผ่านไป ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิการเช่าสามารถเป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ เมื่อนักลงทุนต้องการแหล่งเงินทุนในการประกอบธุรกิจจากธนาคารพาณิชย์ นักลงทุนสามารถใช้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฉบับนี้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อธนาคารพาณิชย์ได้ ซึ่งจะทำให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับการลงทุนของนักลงทุนทั้งนักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างด้าวมากยิ่งขึ้น

หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องต่างๆ ของพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ตามที่กล่าวไปข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนอย่างแท้จริงไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยบุคคลสัญชาติไทย หรือนักลงทุนต่างด้าวก็ตาม ซึ่งเมื่อนักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนได้ตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่นักลงทุนต่างด้าวจะต้องเสี่ยงต่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสม

4.7.1.3 พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497

ในปัจจุบันการอนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน จะเป็นกรณีของการได้มาเนื่องจากการรับมรดก หรือเพื่อใช้เพื่อการอยู่อาศัยในประเทศไทยเท่านั้น กล่าวคือ ประมวลกฎหมายที่ดินยังไม่อนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี รวมทั้งยังไม่เปิดโอกาสให้คนต่างด้าวได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยอีกด้วย ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวจึงไม่สามารถลงทุนในธุรกิจอาคารชุด หรือธุรกิจบ้านจัดสรรได้โดยปริยาย เนื่องจากธุรกิจดังกล่าวผู้ยื่นคำขออนุญาตจัดสรรที่ดินหรือผู้ขอจดทะเบียนอาคารชุด (ผู้พัฒนาโครงการ) จะต้องเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งของโครงการ²⁹⁷

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับกฎหมายต่างประเทศที่ได้อธิบายไว้ในบทที่ 4 จะเห็นได้ว่าประเทศที่เศรษฐกิจและสังคมมีการพัฒนาแล้ว เช่น ประเทศอังกฤษ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศสหรัฐอเมริกา* จะปล่อยให้การได้มาซึ่งที่ดินของเอกชนเป็นไปอย่างเสรี กล่าวคือ หากเอกชนรายใด ไม่ว่าจะเป็นคนชาติหรือเป็นคนต่างด้าว มีกำลังซื้อที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อื่นๆ ในประเทศของตน เอกชนนั้นๆ ก็ย่อมซื้อที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์เพื่อตนเองได้ โดยกฎหมายของประเทศเหล่านั้นมักกำหนดสิทธิการได้มาซึ่งที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ของคนชาติและคนต่างด้าวไว้อย่างเท่าเทียมกัน ในทางตรงกันข้าม จากการศึกษากฎหมายของประเทศได้วันนั้น แม้ว่าประเทศได้วันจะเป็นประเทศที่พัฒนาแล้ว แต่ประเทศได้วันก็ไม่ได้ให้คนต่างด้าวมีสิทธิเหนือที่ดินโดยเสรี กล่าวคือ เฉพาะคนที่มีความสัมพันธ์ทางการทูตกับประเทศได้วันเท่านั้น ที่จะมียุทธินเหนือที่ดินได้โดยเสรี ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะว่าประเทศได้วันเป็นประเทศที่มีพื้นที่ใช้สอยน้อยเมื่อเทียบกับจำนวนประชากรของตน การกำหนดสิทธิเหนือที่ดินของคนต่างด้าวจึงต้องเป็นไปอย่างมีข้อจำกัด เพื่อสงวนที่ดินไว้ให้แก่ประชาชนของประเทศได้วันเอง

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยมีความเห็นว่า ประเทศไทยยังไม่มีควมจำเป็นที่จะต้องแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินเกี่ยวกับการกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าวเพิ่มเติม เพราะประเทศไทยยังไม่มีควมพร้อมต่อการเปิดให้คนต่างด้าวสามารถได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยเสรี ซึ่งในปัจจุบันเราต้องยอมรับว่าประเทศไทยเป็นประเทศกำลังพัฒนา ยังไม่พร้อมในการแข่งขันและอาชีพหลักของประชากรไทยได้แก่ การเกษตรกรรม ดังนั้น ที่ดินจึงเป็นปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญ

²⁹⁷ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 23.

* ทั้งนี้ หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกา ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐด้วย.

ของการดำเนินชีวิต การประกอบอาชีพ และวิถีชีวิตของชาวไทย ไม่ว่าจะเป็นการทำนาข้าว ทำไร่ ทำสวน ทำนาเกลือ ซึ่งคนไทยส่วนใหญ่ในประเทศยังต้องฝากชีวิตไว้กับอาชีพเกษตรกรรม หากปล่อยให้คนต่างด้าวสามารถซื้อที่ดินได้โดยเสรี ก็อาจเกิดผลเสียหลายประการ แม้มีข้อดีอยู่บ้างแต่ก็คงเป็นข้อได้ที่ไม่คุ้มเสียผลเสีย

อาจกล่าวได้ว่า หากเราต้องการให้สิทธินักลงทุนต่างด้าวในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุน ก็ควรออกเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการได้มาซึ่งที่ดินตามความเหมาะสมของแต่ละการลงทุนแต่ละประเภท

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประมวลกฎหมายที่ดินนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า เพื่อให้ให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการหลีกเลี่ยงกฎหมายนั้นเกรงกลัวต่อผลของกฎหมาย และมีความรู้สึกว่าการถือครองที่ดินเพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยนั้น อาจมีผลได้ไม่คุ้มต่อผลเสีย ควรแก้ไขกฎหมายในประเด็นดังต่อไปนี้

(ก) การเพิ่มระวางโทษทางอาญา

การลงโทษทางอาญา ถือเป็นมาตรการที่สำคัญประการหนึ่งที่นิยมนำมาใช้ในการป้องปรามมิให้อาชญากรกระทำความผิด มีบทกฎหมายหลายบทที่แสดงให้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า กฎหมายที่กำหนดมาตราส่วนโทษที่รุนแรง ทำให้ผู้ที่กำลังคิดที่จะกระทำความผิดเกิดความยับยั้งชั่งใจ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด เนื่องจากเกรงกลัวต่อบทลงโทษตามที่กฎหมายกำหนด ยกตัวอย่างเช่น ความผิดตามพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 ที่กำหนดไว้ในหลายมาตราให้มีระวางโทษสูงถึงประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือปรับตั้งแต่หนึ่งล้านถึงห้าล้านบาท ซึ่งแต่เดิมความผิดตามพระราชบัญญัตินี้มิได้กำหนดระวางโทษไว้สูงถึงขนาดนี้ แต่เนื่องจากสภาพปัญหาเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษ มีแนวโน้มที่จะทวีความรุนแรงยิ่งขึ้น ในปี พ.ศ.2545 ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ทำการปรับปรุงพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ.2522 โดยเฉพาะในส่วนของบทกำหนดโทษ ให้มีความลดหลั่นกันตามความร้ายแรงของการกระทำความผิดและใช้มาตรการโทษปรับในระวางโทษที่สูงขึ้นเป็นหลักในการลงโทษผู้กระทำความผิดที่มุ่งหมายประโยชน์ทางเศรษฐกิจ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมกับความผิดและความเสียหายที่สังคมได้รับ และเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดให้โทษให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ซึ่งแม้ว่าในปัจจุบันจำนวนผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจะมีได้ลดลงมากตามที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งหวังไว้ แต่นั่นก็สืบเนื่องจากผลประโยชน์ที่มีมูลค่าสูงจากยาเสพติด ทำให้ผู้กระทำความผิดกล้าที่จะกระทำความผิด แม้รู้ว่าสุ่มเสี่ยงต่อการถูกจับและถูกลงโทษ

อย่างหนักก็ตาม แต่ก็ยังดีกว่าที่จะไม่มีเครื่องมือทางกฎหมายหรือระวางโทษที่เหมาะสมที่จะนำมาใช้กับผู้กระทำความผิดเลย ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงบทลงโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายที่ดินที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของคนต่างด้าว นั้น จะเห็นได้ว่ามีระวางโทษที่ไม่สูงมากนัก ยกตัวอย่างเช่น ความผิดฐานคนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ตามมาตรา 111 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ, ความผิดฐานการได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนของคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลซึ่งกฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ตามมาตรา 113 ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือทั้งปรับทั้งจำ เป็นต้น ซึ่งเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่ผู้กระทำความผิดได้จะรับจากการฝ่าฝืนบทบัญญัติกฎหมาย นับว่าไม่มีความเหมาะสมกัน หรือในกรณีที่ผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ไม่สามารถลงโทษจำคุกได้ แต่จะสามารถลงโทษได้เพียงโทษปรับเท่านั้น อีกทั้งปรากฏว่า กฎหมายกำหนดโทษปรับสูงสุดสำหรับกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดไว้เพียงไม่เกิน 50,000 บาท ย่อมไม่อาจทำให้นิติบุคคลผู้กระทำความผิดเกิดความเกรงกลัวต่อโทษของการฝ่าฝืนกฎหมายได้ ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นว่า ระวางโทษตามประมวลกฎหมายที่ดินที่เกี่ยวกับการได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของคนต่างด้าว นั้น ไม่มีความเหมาะสมเพียงพอที่จะทำให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่เกี่ยวข้องที่ต้องการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อมุ่งหวังผลประโยชน์ในทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ เกรงกลัวต่อการกระทำความผิด ไม่อาจป้องปรามมิให้เกิดการกระทำความผิดได้มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพราะแม้จะถูกลงโทษก็คุ้มค่ากับผลประโยชน์ที่ได้รับมา จึงเห็นสมควรให้มีแก้ไขระวางโทษปรับ ในกรณีการได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายที่ดิน โดยสมควรให้เพิ่มระวางโทษปรับสูงสุดไม่เกิน 500,000 บาท²⁹⁸ หรืออาจคิดโทษปรับตามมูลค่าราคาซื้อขายหรือมูลค่าที่ดินตามราคาประเมิน เช่น ปรับไม่เกิน 10 เท่าของมูลค่าที่ดินตามราคาประเมิน โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการลงโทษตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ระวางโทษในความผิดดังกล่าวมีความเหมาะสมกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมและเป็นการป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำการความผิด ให้เกิดการยับยั้งชั่งใจ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด อันเนื่องมาจากเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่จะได้รับการฝ่าฝืนกฎหมายกับระวางโทษที่กฎหมายกำหนดแล้วไม่คุ้มกัน

²⁹⁸ สลิตตา โลกัตถกร และคณะ, โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย, หน้า 101.

(ข) ผลของการบังคับจำหน่ายที่ดิน

แม้คนต่างด้าวที่ถูกตรวจสอบว่าได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะไม่มีสิทธิถือครองที่ดินอีกต่อไป เพราะจะถูกบังคับให้จำหน่ายที่ดิน แต่คนต่างด้าวก็มีสิทธิได้รับเงินที่ได้จากการจำหน่ายที่ดินดังกล่าว ตามมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ดังนี้ ผู้วิจัยเห็นว่า หากสามารถแก้ไขกฎหมายให้เพิ่มค่าธรรมเนียมการบังคับจำหน่ายที่ดินสำหรับกรณีการบังคับจำหน่ายที่ดินของคนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 94 ให้สูงขึ้น จากเดิมไม่เกินร้อยละ 5²⁹⁹ ของราคาที่ดินที่จำหน่าย เป็นร้อยละ 20 ของราคาที่ดินที่จำหน่าย เพื่อเป็นการลงโทษทางด้านทรัพย์สินเพิ่มเติมจากโทษทางอาญาอีกประการหนึ่ง ก็จะทำให้คนต่างด้าวเกรงกลัว ไม่กล้าที่จะถือครองที่ดินโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เพราะผลจากการบังคับจำหน่ายที่ดินนั้น คนต่างด้าวจะไม่ได้ทั้งสิทธิในการถือครองที่ดิน และต้องเสียเงินค่าธรรมเนียมการบังคับจำหน่ายที่ดินในจำนวนที่สูงขึ้น ทำให้ผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวจะได้รับลดน้อยลงไป หรืออาจไม่ได้รับผลประโยชน์เลยก็ได้จากมาตรการดังกล่าว ซึ่งน่าจะทำให้ประสิทธิภาพในการป้องปรามมิให้เกิดการกระทำความผิดเกี่ยวกับการได้มาซึ่งที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมายมีมากยิ่งขึ้น

(ค) บทเฉพาะกาล

เพื่อเป็นการจูงใจคนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ในปัจจุบันหรือก่อนวันที่กฎหมายที่มีการแก้ไขมีผลใช้บังคับ ให้ดำเนินการแก้ไขการถือครองที่ดินให้ถูกต้องตามกฎหมาย ผู้วิจัยเห็นว่า ควรมีบทเฉพาะกาลให้คนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว แจ้งการถือครองที่ดินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่ออธิบดีกรมที่ดินตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด ภายในกำหนด 90 วันนับแต่วันที่การแก้ไขกฎหมายข้อ (ก) และ (ข) มีผลใช้บังคับ และให้คนต่างด้าวดำเนินการแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย

²⁹⁹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 50 บัญญัติว่า

“ในการที่อธิบดีใช้อำนาจจำหน่ายที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้อธิบดีมีอำนาจจำหน่ายโดยการขาย หรือให้เช่าซื้อตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้อธิบดีมีอำนาจเรียกค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของราคาที่ดินที่จำหน่ายนั้น ถ้าจำหน่ายไม่ได้ภายใน 2 ปี ให้อธิบดีโดยอนุเมตริรัฐมนตรีมีอำนาจจัดการขายที่ดินนั้นด้วยวิธีผ่อนส่งภายใน 10 ปี”.

ภายในกำหนดเวลา 1 ปีนับแต่วันที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น³⁰⁰

ทั้งนี้ การแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินตามข้อ 4.7.1.3 จะต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันหรือภายหลังดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวตามข้อ 4.7.1.1 (การเพิ่มประเภทกิจการที่พักอาศัยที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้) และ 4.7.1.2 (การแก้ไขพื้นที่ที่ขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542) เพื่อให้คนต่างด้าวได้เข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะโดยการขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือการจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

4.7.2 มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางปฏิบัติ

4.7.2.1 การเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบ

(ก) การตรวจสอบในชั้นจัดตั้งบริษัท

ในปัจจุบันนักลงทุนต่างด้าวนิยมจัดตั้งบริษัทจำกัดซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย เพื่อขอรับโอนที่ดินสำหรับใช้ในการประกอบธุรกิจที่พักอาศัยเป็นจำนวนมาก การเพิ่มการตรวจสอบในชั้นของการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทว่ามีลักษณะที่บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือไม่ (มีลักษณะเป็นนอมินีหรือไม่) โดยพิจารณาจากการกำหนดประเภทหุ้น การมีสิทธิออกเสียง การได้รับเงินปันผล อำนาจกรรมการ เป็นต้น หากข้อเท็จจริงปรากฏว่าการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดดังกล่าว มีลักษณะที่บุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อให้บริษัทจำกัดซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย นายทะเบียนก็อาจไม่รับจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทดังกล่าว หากนายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

³⁰⁰ ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

“มาตรา 9 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ซึ่งกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 37 หรือฝ่าฝืนมาตรา 35 หรือมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ถ้าได้แจ้งถึงการกระทำดังกล่าวต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด ทั้งนี้ ภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องจนไม่อยู่ในข่ายที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 หรือเลิกประกอบธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แล้วแต่กรณี ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น...”

สามารถตรวจสอบลักษณะดังกล่าวได้จริง ย่อมส่งผลทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในนามของบริษัทซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทย ไม่สามารถประกอบธุรกิจต้องห้ามตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 และนักลงทุนต่างด้าวนั้นย่อมไม่อาจขอได้มาซึ่งที่ดินโดยใช้บริษัทดังกล่าวขอรับโอนที่ดินได้เช่นเดียวกัน

(ข) การตรวจสอบก่อนและหลังการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท

กรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่รับจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการได้มาซึ่งสิทธิเกี่ยวกับที่ดินต่างๆ โดยตรงนั้น อาจเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบทั้งก่อนการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท และภายหลังจากการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท ในกรณีที่มีความสงสัยว่าการขอได้มาซึ่งที่ดินของบริษัทนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว ซึ่งอาจทำให้การถือครองที่ดินของนักลงทุนต่างด้าวโดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายเป็นไปได้ยากมากขึ้น โดย

(1) การตรวจสอบก่อนการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท

ก่อนการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท ให้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยทุกคนต้องเข้ารับการสอบสวนและให้ถ้อยคำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ด้วยตนเองและยืนยันว่าเป็นการลงทุนโดยแท้จริง พร้อมแสดงหลักฐานแหล่งที่มาของเงินซึ่งนำมาซื้อหุ้น หลักฐานการประกอบอาชีพที่ชัดเจน ในขณะเดียวกันก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิบัติอย่างเคร่งครัดในการแจ้งผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าวว่า การแจ้งข้อความอันเป็นเท็จต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และมีความรับผิดทางอาญาตามประมวลกฎหมายที่ดิน ทั้งนี้ ห้ามมิให้มีการมอบอำนาจทุกกรณีสำหรับการเข้ารับการสอบสวนและให้ถ้อยคำของผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าว เว้นแต่เสียมีเหตุจำเป็นอันมิอาจก้ำวล่วงได้ เช่น ป่วยและเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาล เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการตามนี้ น่าจะทำให้บุคคลสัญชาติไทยมีความเกรงกลัวต่อผลทางกฎหมาย และไม่กล้าที่จะให้ความช่วยเหลือแก่นักลงทุนต่างด้าว

นอกจากนี้ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบเอกสารบริษัทที่ต้องใช้ยื่นประกอบการขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการได้ขอรับโอนที่ดิน เช่น หนังสือรับรองข้อบังคับบริษัท และเห็นว่าบริษัทผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนนั้น มีโครงสร้างผู้ถือหุ้นในลักษณะที่บุคคลสัญชาติไทยน่าจะถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (มีลักษณะเป็นนอมินี) โดยพิจารณาจากการกำหนด

ประเภทหุ้น การมีสิทธิออกเสียง การได้รับเงินปันผล อำนาจกรรมการ กล่าวคือ ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยไม่ใช่ผู้ลงทุนที่แท้จริง ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่รับคำขอจดทะเบียนของบริษัทดังกล่าว

(2) การตรวจสอบภายหลังการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท

ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าบริษัทซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยนั้น ถือครองที่ดินแทนนักลงทุนต่างด้าวหรือไม่นั้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเข้าตรวจสอบการใช้ประโยชน์ของที่ดินดังกล่าวว่าผู้ใดเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากที่ดินที่แท้จริง ซึ่งหากตรวจสอบและได้ความว่าผู้ใช้ประโยชน์จากที่ดินที่แท้จริงเป็นนักลงทุนต่างด้าว และหากนักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถแสดงหลักฐานหรือเอกสารรองรับสิทธิในการเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวได้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจดำเนินการตามประมวลกฎหมายที่ดิน ตามมาตรา 111 แก่นักลงทุนต่างด้าว³⁰¹ และให้มีการจำหน่ายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

(ค) ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ

ในกรณีที่บริษัทซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยได้จดทะเบียนขอรับโอนที่ดิน หากภายหลังมีการโอนหุ้นภายในบริษัทโดยผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยได้โอนหุ้นของตนให้แก่คนต่างด้าว กรณีดังกล่าวย่อมทำให้สัดส่วนของหุ้นในบริษัทดังกล่าวเปลี่ยนไป และทำให้สถานะของนิติบุคคลนั้น เป็นนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ซึ่งกรณีนี้ กรมที่ดินและกรมพัฒนาธุรกิจการค้าควรประสานงานกันอย่างมีประสิทธิภาพ กล่าวคือ เมื่อนายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าทราบว่า มีการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยและผู้ถือหุ้นต่างด้าว โดยการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนดังกล่าว ทำให้บริษัทเปลี่ยนสถานะจากนิติบุคคลสัญชาติไทยเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ให้นายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าประสานงานแจ้งรายชื่อบริษัทที่มีการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนผู้ถือหุ้นดังกล่าวให้แก่กรมที่ดินทราบโดยไม่ชักช้า เพื่อให้กรมที่ดินดำเนินการตรวจสอบว่าบริษัทเหล่านั้น มีบริษัทใดหรือไม่ที่เคยขอจดทะเบียนรับโอนที่ดิน ซึ่งถ้าพบว่าบริษัทที่เคยขอจดทะเบียนรับโอนที่ดินมีการเปลี่ยนสถานะเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ย่อมมีอำนาจสั่งให้จำหน่ายที่ดินตาม มาตรา 96 ประกอบมาตรา 94 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน

³⁰¹ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 111 บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 86 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกินสองหมื่นบาท หรือจำคุกไม่เกินสองปี หรือทั้งปรับทั้งจำ”.

อย่างไรก็ตาม แม้ในปัจจุบันกรมที่ดินได้วางทางปฏิบัติว่า ภายในเดือน มิถุนายนของทุกปี ให้สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร และสำนักงานที่ดินจังหวัด ส่งรายชื่อนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นกรรมการ ให้สำนักงานบริการข้อมูลธุรกิจ หรือสำนักพัฒนาธุรกิจการค้าจังหวัดตรวจสอบว่า นิติบุคคลดังกล่าวมีคนต่างด้าวเพิ่มทุนจนกลายเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ แต่จากการสอบถามพนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินแล้ว ได้ความว่า ปัจจุบันสำนักงานบริการข้อมูลธุรกิจ หรือสำนักพัฒนาธุรกิจการค้าจังหวัด มีพนักงานเจ้าหน้าที่ไม่เพียงพอในการตรวจสอบเรื่องดังกล่าว จึงไม่อาจดำเนินการตามทางปฏิบัติของกรมที่ดินได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

(ง) การให้ภาคประชาชนเข้ามีส่วนร่วม³⁰²

เนื่องจากประชาชนซึ่งอยู่อาศัยในพื้นที่ใกล้เคียงกับที่ตั้งของที่ดินซึ่งอาจมีการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าว เช่น กรณีบ้านจัดสรรที่ทั้งโครงการมีแต่คนต่างด้าวพักอาศัย หรือกรณีอยู่ระหว่างการดำเนินการก่อสร้างโครงการซึ่งมีคนต่างด้าวเข้า-ออกโครงการจำนวนมาก หากสามารถทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแจ้งเบาะแส กรณีพบเห็นหรือสงสัยว่ามีการถือครองที่ดินโดยคนต่างด้าว ให้แจ้งข้อมูลแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินเพื่อทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่อไป ซึ่งย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระของภาครัฐ โดยอาจกำหนดรางวัลให้แก่ผู้แจ้งเบาะแส โดยเมื่อพบเห็นหรือสงสัยว่าอาจมีคนต่างด้าวที่เข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์อย่างผิดกฎหมายหรือแม้แต่พบเห็นหน่วยงานหรือบุคคลที่ช่วยเหลือให้คนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ได้

(จ) ตรวจสอบแหล่งเงินทุนที่นำมาใช้ซื้อที่ดิน

ขอความร่วมมือให้ธนาคารแห่งประเทศไทย ตรวจสอบเส้นทางเดินของเงินทุนของบริษัท ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าเงินที่นำมาซื้อที่ดินเป็นของคนต่างด้าว

4.7.2.2 การปลูกจิตสำนึกของคนไทยให้รักและหวงแหนแผ่นดิน รักศักดิ์ศรีในความเป็นเจ้าของประเทศ ให้ความรู้และผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับคนรุ่นหลัง และผลกระทบต่อประเทศชาติ และในขณะเดียวกันก็ต้องสร้างสำนึกให้คนไทยเห็นคุณค่าของการเป็นเจ้าของที่ดิน อนึ่ง ภาครัฐควรทำให้ประชาชนเข้าใจถึงโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมาย

³⁰² สลิตตา โลกัตถกร และคณะ, โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย (กรุงเทพฯ : สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550), หน้า 101.

อาญา สำหรับบุคคลสัญชาติไทยที่ให้ความร่วมมือกับคนต่างด้าวในการซื้อที่ดิน หรือการเข้าร่วมมือเพื่อจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทจำกัดเพื่อขอรับโอนที่ดิน กล่าวคือ ตามมาตรา 267 นั้น “ผู้ใดแจ้งให้เจ้าพนักงานผู้กระทำตามหน้าที่ จดข้อความอันเป็นเท็จในเอกสารมหาชนหรือเอกสารราชการ ซึ่งมีวัตถุประสงค์สำหรับใช้เป็นพยานหลักฐาน โดยประการที่น่าจะเสียหายแก่ผู้อื่นหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 6,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” นอกจากนี้ ผู้ที่ได้มาซึ่งที่ดินในฐานะเป็นตัวแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวดังกล่าว ยังมีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 20,000 บาท ตามประมวลกฎหมายที่ดินอีกด้วย เพราะบุคคลทั่วไปมักเข้าใจว่าการกระทำดังกล่าวไม่มีความผิดตามกฎหมายอาญาและความผิดตามประมวลกฎหมายที่ดินที่มีโทษทางอาญา โดยคิดเพียงว่าตนเองจะได้รับผลประโยชน์โดยไม่ต้องเสียหายอะไร ฉะนั้น ถ้าหากภาครัฐสามารถทำให้ประชาชนเข้าใจถึงความผิดดังกล่าวของการช่วยเหลือคนต่างด้าวให้ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว อาจทำให้ประชาชนลังเลในการให้ความช่วยเหลือแก่คนต่างด้าว ซึ่งน่าจะทำให้การกระทำดังกล่าวมีจำนวนน้อยลง

ดังนั้น หากสามารถดำเนินการตามข้อ 4.7.1 ได้ ผู้วิจัยเห็นว่า นักลงทุนต่างด้าวก็ไม่ต้องมีความจำเป็นที่จะต้องใช้ช่องว่างของกฎหมายที่ไม่เหมาะสมหรือการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อถือครองอสังหาริมทรัพย์ในรูปแบบต่างๆ ซึ่งมีความเสี่ยงแต่อย่างใด กล่าวคือ นักลงทุนต่างด้าวย่อมต้องเลือกวิธีการถือครองอสังหาริมทรัพย์ที่เหมาะสมและสอดคล้องต่อลักษณะธุรกิจที่ตนต้องการลงทุน ไม่ว่าจะเป็นการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินผ่านการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือการได้เข้าใช้ประโยชน์และครอบครองอสังหาริมทรัพย์ผ่านสัญญาเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ซึ่งไม่ว่าจะเป็นการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวย่อมเป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และอยู่ในระบบซึ่งหน่วยงานของภาครัฐย่อมสามารถตรวจสอบและควบคุมการใช้ประโยชน์ของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้ในขณะเดียวกันนักลงทุนต่างด้าวย่อมประกอบธุรกิจได้ด้วยความราบรื่น ไม่ต้องมีความเสี่ยงว่าตนจะหมดสิทธิใช้ประโยชน์หรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในอนาคตหากถูกภาครัฐตรวจสอบได้ว่าการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของตนไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมาย รวมทั้งมีความเสี่ยงที่จะต้องรับโทษทางอาญา ซึ่งย่อมเป็นประโยชน์ต่อทุกฝ่าย

ดังนั้น แม้ว่าการดำเนินการข้อ 4.7.1.2 จะเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยโดยมีระยะเวลาการถือครองที่ยาวนาน แต่อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวจะไม่ได้รับประโยชน์จากการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในประเทศไทยเลย

หากนักลงทุนต่างด้าวไม่ได้รับอนุญาตให้ประกอบธุรกิจตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 กล่าวคือ ในทุกกรณีนักลงทุนต่างด้าวจะต้องถูกตรวจสอบความเหมาะสมของการลงทุนโดยกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งหากนักลงทุนต่างด้าวไม่ได้รับอนุญาตจากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวก็ไม่สามารถประกอบธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยได้ นอกจากนี้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ที่ยาวนานยังถูกจำกัดด้วยประเภทของกิจการและพื้นที่ของกิจการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้นด้วย ซึ่งเป็นการควบคุมการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวให้อยู่ในพื้นที่ที่เหมาะสมและมีขอบเขตของพื้นที่ที่จำกัดอีกด้วย

บทที่ 5

บทสรุปการวิจัยและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุปการวิจัย

เนื่องมาจากประเทศไทยเป็นประเทศที่มีทรัพยากรธรรมชาติที่สมบูรณ์ มีภูมิประเทศและภูมิอากาศที่เหมาะสมรวมถึงมีแหล่งท่องเที่ยวมากมายที่เป็นที่นิยมของนักท่องเที่ยวทั่วโลก ทำให้ในปัจจุบันธุรกิจที่พักอาศัยเป็นธุรกิจที่นักลงทุนต่างต่างให้ความสนใจค่อนข้างมาก อาทิเช่น ธุรกิจโรงแรม อาคารชุด บ้านจัดสรร วิลล่า เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ ซึ่งปัจจัยพื้นฐานที่สำคัญอย่างยิ่งของการลงทุนในธุรกิจดังกล่าวนี้คือ อสังหาริมทรัพย์ อันได้แก่ ที่ดิน หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นๆ แต่เนื่องจากที่ดินซึ่งถือเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่สำคัญของประเทศ บทบัญญัติกฎหมายในประเทศไทย จึงไม่อนุญาตให้นักลงทุนต่างต่างได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้ประกอบธุรกิจดังกล่าวได้โดยเสรี หากแต่จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมาย ซึ่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการกำหนดสิทธิในที่ดินของนักลงทุนต่างต่างเพื่อการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัย มีดังนี้

การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ตามประมวลกฎหมายที่ดิน นักลงทุนต่างต่างไม่มีสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการลงทุน แต่กฎหมายเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างต่างที่ได้นำเงินเข้ามาลงทุนเป็นจำนวนไม่ต่ำกว่า 40 ล้านบาทในกิจการที่กฎหมายกำหนด สามารถที่จะยื่นคำขอให้ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ แต่เนื้อที่จะต้องไม่เกิน 1 ไร่ รวมถึงในกรณีที่นักลงทุนต่างต่างต้องการประกอบกิจการโรงแรม นักลงทุนต่างต่างอาจขอรับการส่งเสริมการลงทุนตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 และขอรับสิทธิได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อใช้ประโยชน์ในการประกอบกิจการโรงแรมได้

การเช่าอสังหาริมทรัพย์ ในกรณีที่กิจการที่พักอาศัยที่นักลงทุนต่างต่างต้องการลงทุนในประเทศไทยนั้น ไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน อาทิเช่น ธุรกิจเซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ ธุรกิจโรงแรม ธุรกิจบ้านพักตากอากาศหรือวิลล่า นักลงทุนต่างต่างอาจเลือกวิธีการถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจ โดยใช้วิธีการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกฎหมายกำหนดให้มีระยะเวลาเช่าได้สูงสุด 30 ปี หรือหากกิจการที่นักลงทุนต่างต่างต้องการลงทุนเป็นอุตสาหกรรมหรือพาณิชยกรรมตามที่พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กำหนด นักลงทุนต่างต่างสามารถยื่นคำขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ซึ่งมีระยะเวลาเช่าสูงสุดได้ถึง 50 ปี

การก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ กฎหมายให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย โดยใช้วิธีการก่อตั้งสิทธิเหนือพื้นดินหรือสิทธิเก็บกิน ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งมีกำหนดระยะเวลาสูงสุด 30 ปี ในกรณีที่กิจการที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนในประเทศไทยนั้น ไม่จำเป็นต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

แม้ประเทศไทยจะมีมาตรการตามกฎหมายที่อนุญาตให้นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเหนือที่ดิน ไม่ว่าจะเป็นการมีกรรมสิทธิ์เหนือที่ดิน การมีสิทธิการเช่า หรือการมีทรัพย์สินเหนือที่ดินก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายเหล่านั้นได้กำหนดเงื่อนไขที่นักลงทุนต่างด้าวจะต้องดำเนินการบางประการ หรือมีข้อจำกัดที่นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่า ไม่สอดคล้องและเหมาะสมต่อธุรกิจที่จะลงทุน เช่น ระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกจำกัดไว้ 30 ปี หรือระยะเวลาการก่อตั้งทรัพย์สินซึ่งถูกกำหนดสูงสุดไว้ 30 ปี รวมทั้งธุรกิจบางประเภทที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่เข้าข่ายที่จะได้รับการส่งเสริมการลงทุน หรือไม่เข้าข่ายที่จะขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวบางส่วนจึงใช้ช่องว่างของกฎหมายรูปแบบต่างๆ อย่างไม่เหมาะสมเพื่อเข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย ซึ่งจากการศึกษาสามารถสรุปได้ดังต่อไปนี้

ในกรณีที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการขอรับการส่งเสริมการลงทุนตาม พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 เพื่อขอรับสิทธิประโยชน์ในการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อการประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริม โดยประเภทกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยที่เป็นเป้าหมายในการลงทุนมีเฉพาะกิจการโรงแรมเท่านั้น ซึ่งจะต้องเป็นโรงแรมที่มีลักษณะตรงตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า กิจการโรงแรมที่มีลักษณะไม่ตรงกับเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด เช่น มีจำนวนห้องน้อยเกินไป และกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยอื่นๆ เช่น อาคารชุด (คอนโดมิเนียม) บ้านจัดสรร (เว้นแต่ กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ นักลงทุนต่างด้าวไม่อาจขอรับการส่งเสริมการลงทุนเพื่อประกอบกิจการดังกล่าวได้

สำหรับนักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยบางประเภทที่ไม่จำเป็นต้องถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แม้ว่านักลงทุนต่างด้าวอาจเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองที่ดินเพื่อการดำเนินการกิจการธุรกิจที่พักอาศัยโดยอาศัยสิทธิตามสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ได้ คือ การเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยผ่านสิทธิการเช่าดังกล่าวนี้มีข้อจำกัดอยู่หลายประการ เช่น ระยะเวลาการเช่าซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ว่าห้ามเช่าเกิน 30 ปีนั้น เป็นระยะเวลาที่สั้นเกินไปสำหรับการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย

บางประเภทที่มีความต้องการระยะเวลาในการลงทุนเป็นเวลานานมากกว่า 30 ปี เพื่อให้คุ้มค่ากับมูลค่าการลงทุนที่ได้ลงทุนไป¹ ความไม่แน่นอนของสิทธิการเช่าว่าจะได้รับการต่อสัญญาเช่าหรือไม่ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นักลงทุนต่างด้าวอาจยื่นขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวให้สิทธิแก่นักลงทุนต่างด้าวได้ใช้ประโยชน์และครอบครองที่ดินได้นานถึง 50 ปี และทำให้สิทธิการเช่ามีความมั่นคงและสอดคล้องต่อการลงทุนมากยิ่งขึ้น เช่น กำหนดให้มีการโอนสิทธิการเช่าได้ สิทธิการเช่าสามารถตกทอดทางมรดกได้ รวมทั้งสามารถนำสิทธิการเช่าระยะยาวตามกฎหมายฉบับนี้ไปเป็นหลักประกันเพื่อการชำระหนี้ได้ ทั้งนี้ นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการขอจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ จะต้องลงทุนในพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยในปัจจุบันมีการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้เพียง 6 รายเท่านั้น² ซึ่งจากการศึกษาจะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวยังไม่เป็นที่น่าสนใจของนักลงทุนต่างด้าวด้วยเหตุบางประการ เช่น สิทธิการเช่าไม่สามารถใช้เป็นหลักประกันนี้โดยการจำนองได้ในทางปฏิบัติ หรืออาจเป็นเพราะการกำหนดเขตพื้นที่เช่าจะต้องอยู่ภายในบริเวณที่กำหนดให้เป็นที่ดินประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม³ ซึ่งการกำหนดดังกล่าวทำให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการประกอบพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมนอกพื้นที่ที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดและได้ปฏิบัติถูกต้องตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองนั้น ไม่สามารถยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามกฎหมายฉบับนี้ได้

นอกจากนี้ แม้ว่านักลงทุนต่างด้าวสามารถเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยการก่อตั้งทรัพย์สินเหนืออสังหาริมทรัพย์ เช่น สิทธิเหนือ

¹ Kanana Katharangsiporn, "THE BIG STORY OWING A PIECE OF THAILAND", Bangkok Post (4 September 2010): 6-7.

² รายงานการจดทะเบียนการเช่าที่ดินและอสังหาริมทรัพย์อื่นตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542; แบบรายงานการจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542, สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานคร สาขาบางขุนเทียน ข้อมูล ณ วันที่ 21 เมษายน พ.ศ. 2553.

³ กฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 4.

พื้นดินหรือสิทธิเก็บกินได้ก็ตาม แต่ระยะเวลาการก่อตั้งทรัพย์สินดังกล่าวมีกรอบระยะเวลาตามกฎหมายได้ไม่เกิน 30 ปี ซึ่งระยะเวลา 30 ปีนั้นอาจไม่เพียงพอต่อความต้องการของนักลงทุนต่างด้าว ซึ่งต้องการลงทุนธุรกิจที่ต้องใช้เงินทุนจำนวนมากและต้องการระยะเวลามากกว่า 30 ปีเพื่อให้คุ้มค่าต่อเงินที่ตนได้ลงทุนไป

จากหลักเกณฑ์และข้อจำกัดของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ข้างต้น ทำให้นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่า สิทธิตามกฎหมายไม่สอดคล้องต่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยหรือธุรกิจที่พักอาศัยที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนนั้นไม่มีลักษณะที่จะขอรับสิทธิการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน หรือไม่อาจยื่นขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ดังนั้น นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการเข้ามาพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยในประเทศไทยนั้น จึงพยายามหาช่องว่างของกฎหมายหรือวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อให้ตนมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองที่ดินในระยะเวลาที่นานที่สุดตามประเภทธุรกิจที่เข้ามาลงทุนเพื่อให้คุ้มค่าแก่มูลค่าของการลงทุน

การใช้ช่องว่างของกฎหมายหรือหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวเพื่อการลงทุนในธุรกิจอาศัยที่ได้รับความนิยมในปัจจุบันได้แก่ การจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินทางทะเบียนแทนนักลงทุนต่างด้าว หรือการจดทะเบียนการเช่าที่ดินซึ่งมีระยะเวลาการเช่า 30 ปีต่อเนื่องกัน 2 ฉบับ เพื่อให้ให้นักลงทุนต่างด้าวมีสิทธิเข้าใช้ประโยชน์และครอบครองที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจได้โดยไม่มีข้อจำกัดด้านระยะเวลา

แม้ว่าในกรณีที่มีการจัดตั้งบริษัทสัญชาติไทยเพื่อขอรับโอนที่ดินแทนนักลงทุนต่างด้าวตามสัญญาซื้อขายที่ดินแทน ซึ่งถือเป็นการหลีกเลี่ยงกฎหมายนั้น อาจทำให้นักลงทุนต่างด้าวและผู้ที่มีความช่วยเหลือมีความเสี่ยงที่จะต้องรับผลตามกฎหมาย กล่าวคือ การหลีกเลี่ยงกฎหมายดังกล่าวย่อมส่งผลให้สัญญาซื้อขายที่ดินตกเป็นโมฆะด้วยเหตุที่วัตถุประสงค์ของสัญญาซื้อขายขัดต่อประมวลกฎหมายที่ดินโดยชัดแจ้งและต้องจำหน่ายที่ดินภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด⁴ รวมทั้งส่งผลให้บุคคลสัญชาติไทยซึ่งให้ความช่วยเหลือในการถือหุ้นแทนและนักลงทุนต่างด้าวนั้น มีความผิดและต้องโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ประมวลกฎหมายที่ดิน และประมวลกฎหมายอาญา (กรณีของบุคคลสัญชาติไทยซึ่งให้ความช่วยเหลือ) ก็ตาม แต่เนื่องจากในทางปฏิบัตินั้น การตรวจสอบกรณีการถือหุ้นของ

⁴ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 94.

บุคคลสัญชาติไทยในบริษัทดังกล่าวยังขาดความเข้มงวด นักลงทุนต่างด้าวและบุคคลสัญชาติไทย จึงดำเนินการดังกล่าวโดยไม่เกรงกลัวต่อผลของกฎหมาย ดังนั้น การจัดตั้งบริษัทจำกัดสัญชาติไทยโดยวิธีการหาบุคคลสัญชาติไทยถือหุ้นแทนคนต่างด้าวเพื่อขอรับโอนที่ดินและ/หรือประกอบธุรกิจที่ต้องห้ามสำหรับคนต่างด้าวในประเทศไทยจึงยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง

นอกจากนี้ แม้ว่าการจดทะเบียนการเช่าที่ดินโดยมีระยะเวลาการเช่า 30 ปี 2 ฉบับ ต่อเนื่องกัน โดยสัญญาเช่าที่ดินฉบับที่ 2 เป็นสัญญาเช่าที่ดินที่มีเงื่อนไขเวลาเริ่มต้น (ไม่ว่าผู้เช่าจะเป็นรายเดียวกันหรือไม่) ถือว่าเป็นการหลีกเลี่ยงประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 540 และทำให้ระยะเวลาการเช่าต้องลดลงเหลือ 30 ปีก็ตาม แต่เนื่องจากในทางปฏิบัติ พนักงานเจ้าหน้าที่ยังคงรับจดทะเบียนการเช่าดังกล่าวให้ และยังไม่มีการพิพาทขึ้นสู่ศาล วิธีการจดทะเบียนการเช่าดังกล่าวจึงยังคงเกิดขึ้นอยู่ในปัจจุบัน

การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายด้วยวิธีการต่างๆ ข้างต้น แม้จะส่งผลดีต่อเศรษฐกิจของประเทศไทยอยู่บ้าง แต่ก็ส่งผลเสียหลายประการต่อประเทศชาติ ได้แก่ ทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวอยู่นอกกรอบของกฎหมาย ไม่สามารถตรวจสอบและควบคุมโดยมาตรการที่เหมาะสมได้ และทำให้ไม่สามารถทราบจำนวนที่แน่นอนของการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวว่า นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามามีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทยมากน้อยเพียงใด บริเวณไหนบ้าง ซึ่งหากนักลงทุนต่างด้าวได้เข้าถือครองที่ดินบริเวณที่มีความสำคัญต่อประเทศชาติ ย่อมส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศโดยตรง รวมทั้งเรื่องการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ และสังคมภายในประเทศ และอาจก่อให้เกิดการปั่นราคาที่ดิน ทำให้ราคาที่ดินสูงขึ้นมากกว่าความเป็นจริง รวมถึงอาจก่อให้เกิดการขาดแคลนที่ดินทำกินของเกษตรกร ซึ่งส่งผลให้เกษตรกรบุกรุกพื้นที่ป่าเพื่อแสวงหาพื้นที่สำหรับการทำเกษตรกรรมต่อไป

จากการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า เมื่อประเทศไทยยังต้องการสงวนที่ดินไว้เพื่อคนไทย แต่ในขณะเดียวกันประเทศไทยก็ต้องการเม็ดเงิน การลงทุน และวิทยาการการบริหารจัดการธุรกิจจากนักลงทุนต่างด้าว ดังนั้น มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาคารหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือใช้ช่องว่างกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าว จึงเป็นสิ่งที่สมควรนำมาพิจารณาแก้ไขต่อไป รวมทั้งควรมีการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์อย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ สอดคล้องต่อสถานการณ์ปัจจุบัน

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและปัญหาข้อกฎหมายซึ่งเกี่ยวข้องกับการพัฒนา อสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวในธุรกิจที่พักอาศัย ผู้วิจัยเห็นว่า สาเหตุที่ทำให้นักลงทุนต่าง ด้าวถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนโดยใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมหรือโดย การหลีกเลี่ยงกฎหมาย ได้แก่ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิให้นักลงทุนต่างด้าวนั้น ยังมี ข้อจำกัดบางประการที่นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าไม่สอดคล้องและเหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจที่ พักอาศัย หรือประเภทและลักษณะธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่อาจขอรับสิทธิตาม กฎหมายได้ ประกอบกับการตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ในกรณีดังกล่าวก็ยังคงขาดความ เข้มงวดและกวดขันให้เป็นที่ไปตามกฎหมาย แม้ว่าหน่วยงานที่เกี่ยวข้องได้ออกระเบียบเพื่อ ตรวจสอบการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือการใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมของนักลงทุน ต่างด้าวแล้วก็ตาม รวมทั้งบทลงโทษที่ไม่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริง ส่งผลให้การถือครอง อสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือการใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมของ นักลงทุนต่างด้าวยังคงเกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง

เมื่อเรายังไม่สามารถป้องกันการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือการใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่ เหมาะสมในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวได้โดยสิ้นเชิง และเมื่อแนวนโยบาย ของรัฐยังคงต้องการให้นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนประเทศไทย ผู้วิจัยเห็นว่า การแก้ไขปัญหา และป้องกันปัญหาดังกล่าวควรใช้มาตรการในทางกฎหมายและมาตรการในทางปฏิบัติควบคู่กัน ไป ดังนี้

5.2.1 มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางกฎหมาย

การเสนอแก้ไขและเพิ่มเติมกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยพิจารณาเปรียบเทียบกับ กฎหมายต่างประเทศ

5.2.1.1 การเพิ่มประเภทกิจการที่อาจขอรับการส่งเสริมการลงทุน

เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนที่ 10/2552 เรื่อง ประเภท ขนาด และเงื่อนไขของกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุน โดยเพิ่มประเภท ของกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัย เช่น อาคารชุด บ้านจัดสรร (เว้นแต่กิจการที่อยู่อาศัยสำหรับผู้ มีรายได้น้อยหรือปานกลาง) เซอร์วิสอพาร์ทเมนท์ เป็นต้น ให้เป็นกิจการที่สามารถขอรับการ ส่งเสริมการลงทุนได้ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกิจการดังกล่าว น่าจะส่งผลให้นักลงทุนต่างด้าวที่

ต้องการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัย สามารถดำเนินการลงทุนตามเงื่อนไขและข้อกำหนดของกฎหมาย ทำให้นักลงทุนต่างด้าวมีโอกาสได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะส่งผลโดยตรงทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวมีจำนวนลดน้อยลง และการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวก็จะเข้ามาอยู่ในระบบของกฎหมาย ทำให้ภาครัฐสามารถตรวจสอบสถานะการถือครองและการใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวได้ อนึ่ง การเพิ่มประเภทกิจการเกี่ยวกับธุรกิจที่พักอาศัยที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้นั้น คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนควรกำหนดเงื่อนไขของการขอรับการส่งเสริมการลงทุนของนักลงทุนต่างด้าวโดยอยู่บนพื้นฐานที่ไม่กระทบต่อสิทธิและการลงทุนของนักลงทุนไทยในประเทศ และจะต้องคำนึงถึงสภาวะการณ์ของตลาดอสังหาริมทรัพย์ในขณะนั้นด้วย

นอกจากนี้ การเพิ่มประเภทกิจการที่ให้การส่งเสริมการลงทุนนั้น ย่อมส่งผลประโยชน์ต่อนักลงทุนไทยด้วยเช่นกัน กล่าวคือ นักลงทุนไทยย่อมมีสิทธิขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้เช่นกัน ส่งผลให้นักลงทุนไทยได้รับสิทธิประโยชน์ต่างๆ ตามกฎหมาย และนักลงทุนไทยสามารถลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยได้เองมากยิ่งขึ้นโดยไม่จำเป็นต้องร่วมลงทุนกับนักลงทุนต่างด้าวหรือร่วมมือกับนักลงทุนต่างด้าวในการหลีกเลี่ยงกฎหมาย

5.2.1.2 การแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม

เพื่อให้พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 สอดคล้องและส่งเสริมต่อการลงทุนมากยิ่งขึ้น ควรมีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัตินี้ดังต่อไปนี้

(ก) ความแน่นอนแห่งสิทธิการเช่า

พระราชบัญญัตินี้กำหนดว่า เมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าแล้ว คู่สัญญาอาจตกลงกันต่อระยะเวลาการเช่าออกไปอีกได้มีกำหนดไม่เกิน 50 ปีนับแต่วันที่ตกลงกัน จะเห็นได้ว่า การต่ออายุสัญญาเช่านั้น จะต้องรอให้สัญญาเช่าฉบับแรกครบกำหนดระยะเวลาการเช่าก่อน ดังนี้ แม้กฎหมายไม่ได้บัญญัติให้คู่สัญญาต่อสัญญาได้อีก 50 ปี คู่สัญญาตามสัญญาเช่าก็สามารถตกลงเช่าอสังหาริมทรัพย์ใหม่ภายหลังสัญญาเช่าฉบับแรกสิ้นสุดได้อยู่แล้ว และในทางปฏิบัติ หากคู่สัญญาต้องการให้มีการต่ออายุสัญญาเช่าได้อีก 50 ปี คู่สัญญา

มักจะกำหนดว่า ผู้ให้เช่าให้คำมั่นจะให้เช่าต่อผู้เช่าเมื่อครบกำหนดระยะเวลาการเช่าตามสัญญาเช่าฉบับแรก จึงอาจสรุปได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้ส่งผลกระทบต่อระยะเวลาการเช่าอสังหาริมทรัพย์แต่อย่างใด ยิ่งไปกว่านั้น แม้ว่าผู้ให้เช่าจะให้คำมั่นจะต่ออายุสัญญาเช่าให้แก่ผู้เช่า ผู้เช่าก็ไม่มี ความแน่นอนว่าจะได้รับการต่ออายุสัญญาเช่า เนื่องจากในกรณีที่ผู้ให้เช่าได้โอนกรรมสิทธิ์ใน ทรัพย์สินที่เช่าให้แก่บุคคลภายนอก คำมั่นจะให้เช่าซึ่งมีลักษณะเป็นบุคคลสิทธิจะไม่ผูกพันผู้รับ โอนทรัพย์สินที่เช่าซึ่งเป็นบุคคลภายนอก

ดังนั้น เพื่อให้สิทธิการเช่าเป็นสิทธิที่มีความแน่นอนอันเป็นสิ่งที่ จำเป็นต่อการลงทุนและเป็นการขจัดความไม่แน่นอนของการต่ออายุสัญญาเช่าให้หมดไป ผู้วิจัย จึงมีความเห็นว่า ควรกำหนดให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวเป็น ทรัพย์สินสิทธิ⁵ กล่าวคือ สิทธิการเช่าจะมีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ที่เช่าตลอดอายุสัญญาเช่า ผู้เช่า สามารถบังคับตามสิทธิการเช่าได้กับอสังหาริมทรัพย์นั้นโดยตรง และสิทธิการเช่าซึ่งเป็น ทรัพย์สินสิทธิย่อมใช้ยันได้กับบุคคลทั่วไป ส่งผลให้ในกรณีที่ผู้ให้เช่าได้โอนอสังหาริมทรัพย์ที่ให้เช่า นั้นแก่บุคคลภายนอก ผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์ที่เช่าจะต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาเช่า ซึ่งกรณีนี้รวมถึงผู้รับโอนอสังหาริมทรัพย์จะต้องผูกพันตามคำมั่นจะให้เช่าของผู้ให้เช่าเดิมด้วย ทำ ให้ผู้เช่ามีความแน่นอนว่าตนจะได้ต่ออายุสัญญาเช่าเมื่อต้องการได้เสมอ ซึ่งเป็นหลักการที่ปรากฏ ตามกฎหมายของประเทศอังกฤษเกี่ยวกับเรื่องเช่าที่ถือว่า สิทธิการเช่าเป็นทรัพย์สินสิทธิอย่างหนึ่ง (Property right or proprietary right) ซึ่งผู้เช่ามีเหนือที่ดิน⁶ และข้อผูกพันในอสังหาริมทรัพย์ (Privity of estate)⁷ ซึ่งเป็นข้อตกลงตามสัญญาเช่าที่เกี่ยวกับที่ดินที่เช่าจะตกติดไปกับที่ดินที่เช่า เสมอ

(ข) การกำหนดเขตพื้นที่เช่า

ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความใน พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ข้อ 4 ให้ขยาย ขอบเขตพื้นที่เช่าอสังหาริมทรัพย์ที่อาจขอลดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ได้ โดย

⁵ เอกสารประกอบการประชุมคณะกรรมการร่างและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายครั้งที่ 5/2553, 17 สิงหาคม 2553, สำนักงานปลัดกระทรวงยุติธรรม.

⁶ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 2; Martin Dixon, *Modern Land Law* (Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009), at 242.

⁷ Michael Haley, *Nutshells Land Law* (London: Sweet & Maxwell, 2007), at 138.

เพิ่มเติมจากบริเวณที่กำหนดให้เป็นที่ดินประเภทพาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรือเขตนิคมอุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม ให้ครอบคลุมถึงพื้นที่อื่นๆ ซึ่งสามารถประกอบพาณิชยกรรมได้ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง เพื่อเปิดโอกาสให้นักลงทุนต่างด้าวที่ต้องการประกอบธุรกิจในประเทศไทยมีโอกาสในการขอจดทะเบียนการเช่าตามพระราชบัญญัตินี้มากขึ้น

(ค) การนำสิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ไปประกันการชำระหนี้โดยการจำนอง

ควรแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายให้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการเลิกสัญญาไว้เป็นกรณีพิเศษเพื่อให้มีการเลิกสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้น และควรมีมาตรการบังคับสิทธิการเช่าในฐานะที่เป็นหลักประกันที่รวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากกว่าให้ใช้มาตรการบังคับจำนองทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยทั่วไป ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักประกันการชำระหนี้ได้อย่างแท้จริง กล่าวคือ เมื่อนักลงทุนต้องการแหล่งเงินทุนในการประกอบธุรกิจจากธนาคารพาณิชย์ นักลงทุนสามารถใช้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายฉบับนี้เป็นหลักประกันการชำระหนี้ต่อธนาคารพาณิชย์ได้ ซึ่งจะช่วยให้สิทธิการเช่าอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวสอดคล้องกับการลงทุนของนักลงทุนทั้งนักลงทุนไทยและนักลงทุนต่างด้าวมากยิ่งขึ้น

หากได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องต่างๆ ของพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 ตามที่กล่าวไปข้างต้น ผู้วิจัยเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่ส่งเสริมการลงทุนอย่างแท้จริงไม่ว่าจะเป็นการลงทุนโดยบุคคลสัญชาติไทย หรือนักลงทุนต่างด้าวก็ตาม ซึ่งเมื่อนักลงทุนต่างด้าวสามารถถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนได้ตามกฎหมายฉบับนี้แล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่นักลงทุนต่างด้าวจะต้องเสี่ยงต่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์โดยการหลีกเลี่ยงกฎหมายหรือใช้ช่องว่างของกฎหมายอย่างไม่เหมาะสม

5.2.1.3 การแก้ไขเพิ่มเติมบทลงโทษต่อผู้กระทำความผิด

ผู้วิจัยเห็นว่า ควรแก้ไขพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 เกี่ยวกับระวางลงโทษทางอาญา เพื่อให้บุคคลที่เกี่ยวข้องมีความรู้สึกเกรงกลัวต่อผลของกฎหมาย ทำให้ผู้ที่กำลังคิดที่จะกระทำความผิดเกิดความยับยั้งชั่งใจ และเห็นว่าการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อ

การถือครองที่ดินนั้น อาจมีผลได้ไม่คุ้มต่อผลเสีย จึงเห็นสมควรให้มีแก้ไขระวางโทษปรับ ในกรณี การได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามประมวลกฎหมายที่ดิน โดยสมควรให้เพิ่มระวาง โทษปรับสูงสุดไม่เกิน 500,000 บาท หรืออาจคิดโทษปรับตามมูลค่าราคาซื้อขายหรือมูลค่าที่ดิน ตามราคาประเมิน เช่น ปรับไม่เกิน 10 เท่าของมูลค่าที่ดินตามราคาประเมิน โดยให้ศาลเป็นผู้ใช้ดุลพินิจในการลงโทษตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ระวางโทษในความผิดดังกล่าวมีความเหมาะสมกับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสังคมและเป็นการป้องปรามผู้ที่คิดจะกระทำการความผิด ให้เกิดการยับยั้งชั่งใจ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด อันเนื่องมาจากเมื่อเปรียบเทียบระหว่างผลประโยชน์ทาง เศรษฐกิจที่จะได้รับการฝ่าฝืนกฎหมายกับระวางโทษที่กฎหมายกำหนดแล้วไม่คุ้มกัน

นอกจากนี้ ในกรณีที่ดินต่างด้าวถูกบังคับให้จำหน่ายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน หากสามารถแก้ไขกฎหมายให้เพิ่มค่าธรรมเนียมการบังคับจำหน่ายที่ดินสำหรับ กรณีการบังคับจำหน่ายที่ดินของคนต่างด้าวได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 94 ให้สูงขึ้น จากเดิมไม่เกินร้อยละ 5⁸ ของราคาที่ดินที่จำหน่าย เป็นร้อยละ 20 ของราคาที่ดินที่ จำหน่าย เพื่อเป็นการลงโทษทางด้านทรัพย์สินเพิ่มเติมจากโทษทางอาญ่อีกประการหนึ่ง กรณี ดังกล่าวน่าจะทำให้ผู้ที่คิดจะกระทำความผิดเกิดความลังเลใจในการถือครองที่ดินโดยหลีกเลี่ยง กฎหมายมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน เพราะผลสุดท้ายแล้ว คนต่างด้าวจะไม่ได้ทั้งสิทธิในการถือ ครองที่ดิน และต้องเสียเงินค่าธรรมเนียมการบังคับจำหน่ายที่ดินในจำนวนที่สูงขึ้น ทำให้ ผลประโยชน์ที่คนต่างด้าวจะได้รับลดน้อยลงไป หรืออาจไม่ได้รับผลประโยชน์เลยก็ได้จาก มาตรการดังกล่าว ซึ่งน่าจะทำให้ประสิทธิภาพในการป้องปรามมิให้เกิดการกระทำความผิด เกี่ยวกับการได้มาซึ่งที่ดินโดยมิชอบด้วยกฎหมายมากยิ่งขึ้น

ทั้งนี้ เพื่อเป็นการจูงใจคนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอยู่ ในปัจจุบันหรือก่อนวันที่กฎหมายที่มีการแก้ไขมีผลใช้บังคับ ให้ดำเนินการแก้ไขการถือครองที่ดิน ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ควรมีบทเฉพาะกาลให้คนต่างด้าวที่ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แจ้งการถือครองที่ดินที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายต่ออธิบดีกรมที่ดินตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดี กำหนดภายในกำหนด 90 วันนับแต่วันที่การแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินข้างต้นมีผลใช้บังคับ และ

⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 50 บัญญัติว่า

“ในการที่อธิบดีใช้อำนาจจำหน่ายที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ ให้อธิบดีมีอำนาจจำหน่ายโดยการขาย หรือ ให้เช่าซื้อตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง และให้อธิบดีมีอำนาจเรียกค่าธรรมเนียมได้ไม่เกินร้อยละ 5 ของ ราคาที่จำหน่ายนั้น ถ้าจำหน่ายไม่ได้ภายใน 2 ปี ให้อธิบดีโดยอนุเมตริรัฐมนตรีมีอำนาจจัดการขายที่ดินนั้นด้วยวิธีผ่อนส่ง ภายใน 10 ปี”.

ให้คนต่างด้าวดำเนินการแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายภายในกำหนดเวลา 1 ปีนับแต่วันที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับ คนต่างด้าวผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น⁹ โดยการแก้ไขประมวลกฎหมายที่ดินต้องเกิดขึ้นในเวลาเดียวกันหรือภายหลังดำเนินการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ตามข้อ 5.2.1.1 และ 5.2.1.2 เพื่อให้คนต่างด้าวได้เข้าถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายตามพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. 2520 หรือพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี

5.2.2 มาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายในทางปฏิบัติ

5.2.2.1 การเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบ

(ก) การตรวจสอบในชั้นจัดตั้งบริษัท

เมื่อวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวซึ่งเป็นที่ยอมรับ คือ การจัดตั้งบริษัทจำกัด หากกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ซึ่งเป็นหน่วยงานที่รับผิดชอบทะเบียนจัดตั้งบริษัท ให้ความร่วมมือในการช่วยตรวจสอบสถานะของบริษัทว่าผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยนั้นเป็นผู้ถือหุ้นที่แท้จริงหรือเป็นผู้ถือหุ้นที่ไม่ได้ลงทุนโดยสุจริตแต่ถือหุ้นแทนคนต่างด้าว โดยนายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าสามารถตรวจสอบข้อเท็จจริงดังกล่าวและระงับการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทได้

(ข) การตรวจสอบก่อนและหลังการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัท

กรมที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจรับผิดชอบการได้มาซึ่งสิทธิเกี่ยวกับที่ดินต่างๆ นั้น อาจเพิ่มประสิทธิภาพในการตรวจสอบก่อนการจดทะเบียนขอรับโอนที่ดินของบริษัทจำกัด ให้ผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยทุกคนต้องเข้ารับการสอบสวนและให้ถ้อยคำต่อพนักงาน

⁹ ร่างพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว (ฉบับที่...) พ.ศ. ...

“มาตรา 9 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 หรือมาตรา 8 ซึ่งกำหนดโทษไว้ตามมาตรา 37 หรือฝ่าฝืนมาตรา 35 หรือมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ถ้าได้แจ้งถึงการกระทำดังกล่าวต่ออธิบดีตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่อธิบดีกำหนด ทั้งนี้ ภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับและแก้ไขหรือปฏิบัติให้ถูกต้องจนไม่อยู่ในข่ายที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 35 หรือมาตรา 36 หรือเลิกประกอบธุรกิจที่เป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตราดังกล่าว แล้วแต่กรณี ภายในกำหนดเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับผู้นั้นไม่ต้องรับโทษตามที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้น...”

เจ้าหน้าที่ด้วยตนเองและยืนยันว่าเป็นการลงทุนโดยแท้จริง พร้อมแสดงหลักฐานแหล่งที่มาของเงินซึ่งนำมาซื้อหุ้น หลักฐานการประกอบอาชีพที่ชัดเจน ในขณะเดียวกันก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งต่อผู้ถือหุ้นสัญชาติไทยดังกล่าวว่าการแจ้งข้อความอันเป็นเท็จต่อพนักงานเจ้าหน้าที่นั้น มีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา และการช่วยเหลือนักลงทุนต่างด้าวในการได้มาซึ่งที่ดินนั้น ยังมีความรับผิดชอบตามกฎหมายตามที่ดินอีกด้วย นอกจากนี้ หากพนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบเอกสารบริษัทที่ต้องใช้ยื่นประกอบการขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมการได้ขอรับโอนที่ดิน เช่น หนังสือรับรอง ข้อบังคับบริษัท และเห็นว่าบริษัทผู้ยื่นคำขอจดทะเบียนนั้น มีโครงสร้างผู้ถือหุ้นในลักษณะที่บุคคลสัญชาติไทยน่าจะถือหุ้นแทนคนต่างด้าว (มีลักษณะเป็นนอมินี) ก็ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่รับคำขอจดทะเบียนของบริษัทดังกล่าว

ในกรณีที่เป็นที่สงสัยว่าบริษัทซึ่งมีสถานะทางทะเบียนเป็นนิติบุคคลสัญชาติไทยนั้น อาจถือครองที่ดินแทนนักลงทุนต่างด้าวหรือไม่นั้น ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเข้าตรวจสอบการใช้ประโยชน์ของที่ดินดังกล่าวว่า ผู้ใดเป็นผู้ใช้ประโยชน์จากที่ดินที่แท้จริง ซึ่งหากตรวจสอบและได้ความว่าผู้ใช้ประโยชน์จากที่ดินที่แท้จริงเป็นนักลงทุนต่างด้าว และหากนักลงทุนต่างด้าวไม่สามารถแสดงหลักฐานหรือเอกสารรองรับสิทธิในการเข้าใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวได้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งความดำเนินคดีแก่นักลงทุนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน ตามมาตรา 111 และดำเนินการจำหน่ายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

(ค) ความร่วมมือระหว่างหน่วยงานของรัฐ

หน่วยงานของรัฐที่อาจเกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าว เช่น กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กรมที่ดิน ธนาคารแห่งประเทศไทย เป็นต้น ควรให้ความร่วมมือกันในการแจ้งข้อมูลที่เป็นประโยชน์ซึ่งกันและกัน เช่น เมื่อนายทะเบียนของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าทราบว่ามีการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนผู้ถือหุ้นระหว่างผู้ถือหุ้นสัญชาติไทย และผู้ถือหุ้นต่างด้าว และผลการเปลี่ยนแปลงอัตราส่วนดังกล่าวทำให้บริษัทนั้นเปลี่ยนสถานะจากนิติบุคคลสัญชาติไทยเป็นนิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าว ให้นายทะเบียนประสานงานแจ้งรายชื่อบริษัทดังกล่าวให้แก่กรมที่ดินทราบทันที หรือ ให้กรมที่ดินประสานงานขอความร่วมมือให้ธนาคารแห่งประเทศไทย ตรวจสอบเส้นทางเดินของเงินทุนของบริษัท ในกรณีที่มีข้อสงสัยว่าเงินที่นำมาซื้อที่ดินเป็นของคนต่างด้าว เป็นต้น

(ง) การให้ภาคประชาชนเข้ามีส่วนร่วม

เนื่องจากประชาชนซึ่งอยู่อาศัยในพื้นที่ใกล้เคียงกับที่ตั้งของที่ดินซึ่งอาจมีการประกอบธุรกิจของนักลงทุนต่างด้าว หากสามารถทำให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการแจ้งเบาะแส กรณีพบเห็นหรือสงสัยว่ามีการถือครองที่ดินโดยคนต่างด้าว ให้แจ้งข้อมูลแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินเพื่อทำการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่อไป ซึ่งย่อมเป็นการแบ่งเบาภาระของภาครัฐ โดยอาจกำหนดรางวัลให้แก่ผู้แจ้งเบาะแส

5.2.2.2 การปลูกจิตสำนึกของคนไทยให้รักและหวงแหนแผ่นดิน รักศักดิ์ศรีในความเป็นเจ้าของประเทศ ให้ความรู้และผลกระทบที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายกับคนรุ่นหลัง และผลกระทบต่อประเทศชาติ และในขณะเดียวกันก็ต้องสร้างสำนึกให้คนไทยเห็นคุณค่าของการเป็นเจ้าของที่ดิน อนึ่ง ภาครัฐควรทำให้ประชาชนเข้าใจถึงโทษทางอาญา สำหรับบุคคลสัญชาติไทยที่ให้ความร่วมมือกับคนต่างด้าวในการซื้อที่ดิน หรือการเข้าร่วมมือเพื่อจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท จำกัดเพื่อขอรับโอนที่ดิน ว่าบุคคลดังกล่าวอาจมีความผิดฐานแจ้งเจ้าพนักงานจัดข้อความอันเป็นเท็จ ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 267 และอาจมีความรับผิดทางอาญาตามกฎหมายอื่นๆ เช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 อีกด้วย ซึ่งหากภาครัฐสามารถทำให้ประชาชนเข้าใจถึงความผิดดังกล่าวของการช่วยเหลือคนต่างด้าวให้ได้มาซึ่งที่ดินโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างถ่องแท้ ย่อมส่งผลให้ประชาชนลงมือในการให้ความช่วยเหลือแก่คนต่างด้าว ซึ่งน่าจะทำให้การกระทำดังกล่าวมีจำนวนน้อยลง

จากการศึกษาปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปัญหาการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยของนักลงทุนต่างด้าว ผู้วิจัยเห็นว่า การที่นักลงทุนต่างด้าวเข้ามาลงทุนและพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยโดยการให้ช่องว่างกฎหมายอย่างไม่เหมาะสมหรือการหลีกเลี่ยงกฎหมายในรูปแบบต่างๆ นั้น เนื่องจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องในการให้สิทธินักลงทุนต่างด้าวนั้น ยังมีข้อจำกัดบางประการที่นักลงทุนต่างด้าวเห็นว่าไม่สอดคล้องและเหมาะสมต่อการประกอบธุรกิจที่พักอาศัย หรือประเภทและลักษณะธุรกิจที่นักลงทุนต่างด้าวต้องการลงทุนไม่อาจขอรับสิทธิตามกฎหมายได้ ประกอบกับการตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในกรณีดังกล่าวก็ยังขาดความเข้มงวดและกดดันให้เป็นไปตามกฎหมาย ซึ่งการหลีกเลี่ยงกฎหมายของนักลงทุนต่างด้าวดังกล่าว ย่อมส่งผลกระทบต่อประเทศไทยทั้งในด้านความมั่นคง เศรษฐกิจ และสังคม รวมทั้งทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวอยู่นอกระบบของกฎหมาย ส่งผลให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไม่สามารถทราบจำนวนที่แน่นอนของ

การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวได้ว่า นักลงทุนต่างด้าวดังกล่าวเข้ามามีอำนาจเหนือที่ดินในประเทศไทยมากน้อยเพียงใด บริเวณไหนบ้าง ทำให้การถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวขาดการตรวจสอบและควบคุมโดยภาครัฐ (ทำให้นักลงทุนต่างด้าวถือครองอสังหาริมทรัพย์เพื่อการลงทุนในธุรกิจที่พักอาศัยโดยปราศจากการควบคุมที่เหมาะสม) ดังนั้นผู้วิจัยเห็นว่า หากเราสามารถแก้ไขสาเหตุของปัญหาดังกล่าวโดยใช้มาตรการทางกฎหมายที่มีอยู่ และแก้ไขเพิ่มเติมข้อกฎหมายบางประการให้สอดคล้องต่อสถานการณ์ปัจจุบัน รวมทั้งการใช้มาตรการทางปฏิบัติในการตรวจสอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องโดยเคร่งครัด ย่อมทำให้เกิดการบังคับใช้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของนักลงทุนต่างด้าวอย่างถูกต้องและมีประสิทธิภาพ ทำให้นักลงทุนต่างด้าวไม่มีความจำเป็นที่จะต้องหาวิธีการหลีกเลี่ยงกฎหมายเพื่อการถือครองอสังหาริมทรัพย์อีกต่อไป ในทางตรงกันข้าม นักลงทุนต่างด้าวจะเข้าถือครองและพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ในธุรกิจที่พักอาศัยโดยชอบด้วยกฎหมายและอยู่ในระบบของกฎหมายที่สามารถตรวจสอบและควบคุมได้

รายการอ้างอิง

ภาษาไทย

กันยี่ลีณี ซาลาประศาสน์. ปัญหาการยอมรับสิทธิในการถือครองที่ดินของเอกชนต่างด้าวในประเทศไทย. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545.

กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. แก้ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว : เดินหน้าหรือถอยหลัง (1). ประชาชาติธุรกิจ (15 มกราคม 2550): 21.

กิติพงศ์ อรุณพัฒน์พงศ์. แก้ พ.ร.บ.การประกอบธุรกิจคนต่างด้าว : เดินหน้าหรือถอยหลัง (จบ). ประชาชาติธุรกิจ (18 มกราคม 2550): 49.

กรมที่ดิน. รวมกฎหมายเกี่ยวกับที่ดิน 100 ปี กรมที่ดิน. กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, 2544. สำนักพิมพ์โฮมบายเออร์ไกด์, 2553.

กรมส่งเสริมการส่งออก. France Country Profile. [ออนไลน์] 2550, แหล่งที่มา: www.depthai.go.th. [2554, มีนาคม 29]

กรมส่งเสริมการส่งออก. ข้อมูลการลงทุนในต่างประเทศ ภูมิภาคยุโรป. [ออนไลน์] 2554, แหล่งที่มา: www.depthai.go.th. [2554, มีนาคม 29]

กรมส่งเสริมการส่งออก. ข้อมูลประเทศไต้หวัน [ออนไลน์], 2552. แหล่งที่มา: <http://www.ryt9.com/s/expd/636624> [2554, กรกฎาคม 28]

กรมส่งเสริมการส่งออก. ข้อมูลการลงทุนในต่างประเทศ ภูมิภาคอเมริกา. [ออนไลน์] 2554, แหล่งที่มา: www.depthai.go.th. [2554, เมษายน 26]

จเร จารุวงศ์สันติ. การกำหนดสิทธิในที่ดินของคนต่างด้าว. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551.

ชาญพิชญ์ สมบูรณ์. ปัญหาเกี่ยวกับสิทธิการถือครองที่ดินของคนต่างด้าว. วิทยานิพนธ์ปริญญาามหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2534.

ชูเกียรติ จุ่มทอง. กฎหมายถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย.

กรุงเทพมหานคร: แสงสิริ, 2542.

เดียนเด่น นิคมบริรักษ์, สุณีพร ทวรรณกุล และสฤณี อาชวานันทกุล. นอมีนี่. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์ openbooks, 2549.

ธีมา วรากุล. วิพากษ์ร่าง พ.ร.บ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว. วารสารกฎหมายใหม่ 81, 4

(มีนาคม 2550): 47-51.

นิพนธ์ จิตะสมบัติ. การถือครองที่ดินและอาคารชุดของคนต่างด้าว. วารสารดุลพาน ฉบับที่ 52 ปีที่

3 (กันยายน-ธันวาคม 2548): 76-84.

บัญญัติ สุชีวะ. กฎหมายลักษณะทรัพย์. พิมพ์ครั้งที่ 13. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์พลสยาม,

2553.

บรรจง ศ. นาคประดา. วิทยายุทธที่ดิน. พิมพ์ครั้งที่ 6. กรุงเทพมหานคร: บัณฑิตอักษร, (ม.ป.ป.).

บำรุง ดันจิตติวัฒน์. การถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของคนไทยที่มีคู่สมรสเป็นคนต่างด้าว. วารสาร

กฎหมาย 3, 8 (กุมภาพันธ์ 2527): 75-86.

ปภาวดี ธรรมสนอง. แนวทางการพิจารณาของกรมที่ดินเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่าง

ด้าวและ นิติบุคคลต่างด้าว. วารสารที่ดิน 4, 51(กรกฎาคม – สิงหาคม 2548): 42-47.

ปภาวดี ธรรมสนอง. การจำหน่ายจ่ายโอนที่ดินของคนต่างด้าวซึ่งได้ที่ดินมาตามความในประมวล

ที่ดิน. วารสารที่ดิน 6, 46 (ธันวาคม 2546): 12-15.

ประมุข สุวรรณศรี. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์. กรุงเทพมหานคร :

นิติบรรณการ, 2550.

ปรีชา พรหมเพชร. มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมการถือครองที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญา

มหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

รามคำแหง, 2541.

ไพฑูริย์ เอกจริยกร. คำอธิบายเช่าทรัพย์ เช่าซื้อ. พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์

วิญญูชน, 2552.

พิทินัย ไชยแสงสุขกุลม. กฎหมายเกี่ยวกับการลงทุน. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, 2538.

พินันท์ ลักษณะศิริ. มาตรการทางกฎหมายในการกำหนดสิทธิถือครองที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญา
มหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์
มหาวิทยาลัย, 2539.

พีรพัฒน์ พงศ์โรจน์เฝ้า (และคนอื่นๆ), “รายงานเรื่องการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าว
ในประเทศไทย”: ศึกษาเฉพาะกรณีการขอรับการส่งเสริมการลงทุนและการขอใช้ที่ดินใน
นิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย” โครงการประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายธุรกิจ
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2541.

เพชร จารุสกุล. นอมีนี่ ใครได้ ไทยเสีย. วารสารกฎหมายสุโขทัยธรรมมาธิราช 2, 21 (ธันวาคม
2552): 11-19.

ไพโรจน์ อาจารย์ภา. คำอธิบายกฎหมายการจัดสรรที่ดิน. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน,
2549.

ภัทธีรา จริยธรรมาสิทธิ์. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในประเทศไทยภายใต้พระราชบัญญัติ
การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เปรียบเทียบกับประกาศของคณะปฏิวัติ
ฉบับที่ 281. รพีพัฒน์คดี 43: 56-70.

ภูวนารถ ณ สงขลา. นอมีนี่ เมืองไทยถึงเวลาที่ต้องชัดเจน. วารสาร Tax & Business 147, 13
(ธันวาคม 2549): 58-61.

มานิตย์ จุมปา. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน. กรุงเทพมหานคร:
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551.

รุ่งนภา อติศรมงคล. พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรม
พ.ศ. 2542. วารสารนิติศาสตร์ 4, 29 (ธันวาคม 2542): 708-710.

รณภพ เวียงสิมมา. เอกสารประกอบการบรรยายกฎหมายโรงแรม. (กรุงเทพมหานคร: สำนักการ
สอบสวนและนิติการ กรมการปกครอง, (ม.ป.ป.).

ฤกษ์ฤทธิ เพชรวรกุล. ปัญหาทางด้านกฎหมายภาษี: กรณีคนต่างด้าวใช้บริษัทเป็นนอมีนี่
(Nominee) ในการถือครองที่ดินเพื่อประโยชน์คนต่างด้าว. เอกสารภาษีอากร 312, 26
(กันยายน 2550): 102-105.

- วานิช ชุตินวงศ์. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับคนต่างด้าวถือครองที่ดินในประเทศไทย. วารสารกฎหมาย 1, 13 (พฤศจิกายน 2532): 30-42.
- วันทิพย์ จันทกิจ. การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวภายใต้พระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน. สารนิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.
- วันเพ็ญ หรุจิตตวิวัฒน์. ทุนและทุนขั้นต่ำตามกฎหมายธุรกิจของคนต่างด้าว. วารสาร Tax & Business 126, 11 (มีนาคม 2548): 58-61
- วิริยะ นามศิริพงศ์พันธุ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยทรัพย์สิน บรรพ 4. กรุงเทพมหานคร: หสม. แก้วขวัญข้าง, 2545.
- วีรวุฒิ จันทโชติ. งานศึกษาตามโครงการวิจัยเรื่อง การปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม. สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2547.
- วรวุฒิ เทพทอง. คำอธิบายหลักกฎหมายที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน. กรุงเทพมหานคร: นิติธรรม, พ.ศ. 2550.
- ศันนัทกรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2550.
- ศันนัทกรณ โสทธิพันธุ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะเช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551.
- สลิตตา โลกัตถกร และคณะ. โครงการศึกษาสภาพปัญหาการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของคนต่างด้าวในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2550.
- สำนักส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย. “คำอธิบายกฎหมายอาคารชุดตาม พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551. กองการพิมพ์ กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย, 2553
- ศยามล ไกยูรวงศ์ และคณะ. ข้อพิพาทและความขัดแย้งปัญหาที่ดินในประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549.

ศิริ เกวลินสกุลย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน. กรุงเทพมหานคร: พณิชการพิมพ์ จำกัด,
2531.

ศูนย์ข้อมูลอสังหาริมทรัพย์ ธนาคารอาคารสงเคราะห์. “เอกสารประกอบการสัมมนา ทางออก
Nominee อสังหาริมทรัพย์ไทย, 2552.

ส. จันทรแสงศรี. คนไทยซื้อที่ดินแทนคนต่างด้าวเป็นโมฆะหรือไม่. วารสารสหภาพนายความ 62, 12
(กันยายน 2547): 29-30.

สกล หาญสุทธีวารินทร์. คำอธิบายพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542.
กรุงเทพมหานคร: สวัสดิการกรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักพิมพ์ ซี.พี. บุ๊ค สแตนดาร์ด,
2548.

สถิตย์ เล็งไธสง. คู่มือกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวล
กฎหมายที่ดิน กฎหมายปฏิรูปที่ดิน และพระราชบัญญัติอาคารชุด. กรุงเทพมหานคร:
พิมพ์อักษร, 2550.

สรารัฐ ไกรลาศศิริ. สิทธิครอบครองในที่ดินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวล
กฎหมายที่ดิน วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต, สาขาวิชานิติศาสตร์ ภาควิชานิติศาสตร์
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

สุชาติ มงคลเลิศพล. กฎหมายที่ดินและธุรกิจการค้าอสังหาริมทรัพย์. กรุงเทพมหานคร: บพิธการ
พิมพ์, 2544.

สุชาติ มงคลเลิศพล. กฎหมายและระเบียบปฏิบัติเกี่ยวกับธุรกิจการค้าอสังหาริมทรัพย์.
กรุงเทพมหานคร: กรมที่ดิน, (ม.ป.ป.).

สุวิทย์ สุวรรณ. กฎหมายไทยกับการถือหุ้นแทนกัน (Nominee Shareholding). วารสารกฎหมาย
ใหม่ 71, 4 (พฤษภาคม 2549): 47-51.

สุรศักดิ์ มณีศรี. ปัญหาสิทธิของคนต่างด้าวในการทำงานและประกอบธุรกิจ. วารสารนิติศาสตร์
4, 23: 719-730.

สุนทร มณีสวัสดิ์. นิติบุคคลที่กฎหมายถือว่าเป็นคนต่างด้าวในกฎหมายอาคารชุด. วารสาร
นิติศาสตร์ 4, 23 (ธันวาคม 2536): 708-718.

สมจิตร ทองประดับ. คำอธิบายประมวลกฎหมายที่ดิน. กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณการ, 2551.

โสภณ รัตนากร, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหุ้นส่วนและบริษัท.

กรุงเทพมหานคร: นิติบรรณาการ, 2548.

สำเรียง เมฆเกรียงไกร. คำบรรยายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยเช่าทรัพย์.

กรุงเทพมหานคร: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2523.

สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ ฝ่ายกำกับธุรกิจจัดการลงทุน.

ทางเลือกใหม่ของการลงทุนในอสังหาริมทรัพย์...กับกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์. วารสาร
ธนาคารอาคารสงเคราะห์. 13 (มกราคม-มีนาคม, 2550): 53.

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. นโยบายส่งเสริมการลงทุน. [ออนไลน์]. 2553

แหล่งที่มา: http://www.boi.go.th/thai/about/boi_policies.asp [2553, พฤศจิกายน 13]

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. หลักเกณฑ์การอนุมัติโครงการ. [ออนไลน์]. 2553

แหล่งที่มา: http://www.boi.go.th/thai/about/boi_policies.asp [2553, พฤศจิกายน 13]

สำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุน. หลักเกณฑ์การถือหุ้นของต่างชาติ. [ออนไลน์]. 2553

แหล่งที่มา: http://www.boi.go.th/thai/about/boi_policies.asp [2553, พฤศจิกายน 13]

สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงลอนดอน กรมส่งเสริมการค้าส่งออก. UK Country

Profile. [ออนไลน์] 2553, แหล่งที่มา: www.depthai.go.th. [2554, เมษายน 2]

สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ นครลอสแอนเจลิส กรมส่งเสริมการค้าส่งออก. USA

Country Profile. [ออนไลน์] 2550, แหล่งที่มา www.depthai.go.th. [2554, เมษายน 27]

สำนักงานส่งเสริมการค้าในต่างประเทศ ณ กรุงมะนิลา (ส่วนที่ 2) กรมส่งเสริมการค้าส่งออก.

Taiwan Country Profile. [ออนไลน์] 2550, แหล่งที่มา: www.depthai.go.th. [2554,

มีนาคม 16]

อิสระ บุญยัง. ทางออกการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของต่างชาติ (1). โพสต์ทูเดย์ (17 มิถุนายน

2551): B4

อิสระ บุญยัง. ทางออกการถือครองอสังหาริมทรัพย์ของต่างชาติ (จบ). โพสต์ทูเดย์ (22 กรกฎาคม

2551): B4

อนุชา กุลวิสุทธิ์. ลงทุนในอสังหาริมทรัพย์แบบมืออาชีพ. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์โฮมบาย

เออร์ไกด์, 2547.

อนุชา กุลวิสุทธิ. ที่ดิน เล่น ลงทุน ทำเงิน และหากำไรอย่างชาญฉลาด. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์โฮมบายเออร์ไกด์, 2549.

อนุชา กุลวิสุทธิ. ลงทุน: ถูกที่ ถูกเวลา 1 ตอน ช่องทางการลงทุนในสินทรัพย์. กรุงเทพมหานคร:

สำนักพิมพ์โฮมบายเออร์ไกด์, 2553.

ภาษาอังกฤษ

Arthur, Gand Denny, M., Real Estate Law in California. New Jersey: Prentice-Hall, 2000.

Cavendish Law Cards. Land Law. London: Cavendish Publishing Limited, 1998.

Clive C. and Karen G., UK Investment Guide - Legal issues affecting overseas investors.

United Kingdom: Baker & McKenzie, 2004.

Cheng, C., Land Reform in Taiwan. Taiwan: China Publishing Company, 1962.

COUDERT BROTHERS. FRANCE LAW DIGEST. PARIS, 1990.

Dennis, C., Legal Aspects of Alien Acquisition of Real Property, 1980

Fetherstonhaugh, G. and Mark, S. and Edward, P., Commonhold. Great Britain: Oxford University Press, 2004.

George J. and Robert J., Real Estate Law. United State of America: Thomson/South-Western, 2006.

Henry, D., French Property and Inheritance Law – Principles and Practice. Great Britain: Oxford University, 2003.

Invest In France Agency. Doing Business in France 2010 Edition. [Online] 2010.

Available from: <http://www.invest-in-france.org> [2011, March 29]

Investment Commission, MOEA. Negative List for Investment by Overseas Chinese and Foreign Nationals. [Online] Available from:

http://www.moeaic.gov.tw/system_external/ctrl?PRO=LawsLoad&lang=1&id=32

[2011, March 16].

John S. & Robert A. P., Land Law. London: Sweet & Maxwell, 1998.

- Kanana K. THE BIG STORY OWING A PIECE OF THAILAND. Bangkok Post (4 September 2010): 6-7.
- Kanana K. Developers eye leasehold extension, 50-year period could spur more investment. Bangkok Post (25 January 2011): B1-B2.
- Martin, D., Modern Land Law. Great Britain: Routledge-Cavendish, 2009.
- Michael H., Nutshells Land Law. London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Meryl, T., Blackstone's Statutes on Property Law. London: Blackstone Press Limited, 1998.
- Murray S. B., Thomas E. H. and Michael S. W., Taiwan: Legal Brief. Republic of China: Baker & McKenzie, 2008.
- Paul, B., Conveyancing. Bristol: Jordan Publishing Limited, 2001.
- Peter, B., Land Law. Sydney: Lawbook Co., 2001.
- Philippe N. and Sophie G., The International Comparative Legal Guide To Real Estate 2010 [Online]. 2010. Available from:
<http://www.iclg.co.uk/khadmin/Publications/pdf/3441.pdf> [2011, March 29]
- Raymond, J. and Robert, K., Real Estate Law. United State of America: Prentice Hall, 1993.
- Sorachon B. and Natthawit I. THE LIKELYHOOD OF LEASEHOLD EXTENSION OPTIONS IN THAILAND. Bangkok Post (29 May 2010): B6.
- Sorachon B. and Natthawit I. LEASEHOLD EXTENSION OPTIONS NOT AS ELUSIVE AS THEY SEEM. Bangkok Post (8 June 2010): B10.
- Stevens, J. and Robert A., Land Law. London: Sweet & Maxwell, 1998.

ภาคผนวก

ภาคผนวก ก
กฎหมายของประเทศไทย

1. Law of Property Act 1925

Section 1 Legal estates and equitable interests.

(1) The only estates in land which are capable of subsisting or of being conveyed or created at law are –

- (a) An estate in fee simple absolute in possession;
- (b) A term of years absolute.

...

Section 52 Conveyances to be by deed.

(1) All conveyances of land or of any interest therein are void for the purpose of conveying or creating a legal estate unless made by deed.

(2) This section does not apply to—

- (a) assents by a personal representative;
- (b) disclaimers made in accordance with sections 178 to 180 or sections 315 to 319 of the Insolvency Act 1986, or not required to be evidenced in writing;
- (c) surrenders by operation of law, including surrenders which may, by law, be effected without writing;
- (d) leases or tenancies or other assurances not required by law to be made in writing;
- (e) receipts other than those falling within section 115 below;
- (f) vesting orders of the court or other competent authority;
- (g) conveyances taking effect by operation of law.

Section 54 Creation of interests in land by parol.

(1) All interests in land created by parol and not put in writing and signed by the persons so creating the same, or by their agents thereunto lawfully authorised in writing, have, notwithstanding any consideration having been given for the same, the force and effect of interests at will only.

(2) Nothing in the foregoing provisions of this Part of this Act shall affect the creation by parol of leases taking effect in possession for a term not exceeding three years (whether or not the lessee is given power to extend the term) at the best rent which can be reasonably obtained without taking a fine.

Section 141 Rent and benefit of lessee's covenants to run with the reversion.

(1) Rent reserved by a lease, and the benefit of every covenant or provision therein contained, having reference to the subject-matter thereof, and on the lessee's part to be observed or performed, and every condition of re-entry and other condition therein contained, shall be annexed and incident to and shall go with the reversionary estate in the land, or in any part thereof, immediately expectant on the term granted by the lease, notwithstanding severance of that reversionary estate, and without prejudice to any liability affecting a covenantor or his estate.

(2) Any such rent, covenant or provision shall be capable of being recovered, received, enforced, and taken advantage of, by the person from time to time entitled, subject to the term, to the income of the whole or any part, as the case may require, of the land leased.

(3) Where that person becomes entitled by conveyance or otherwise, such rent, covenant or provision may be recovered, received, enforced or taken advantage of by him notwithstanding that he becomes so entitled after the condition of re-entry or forfeiture has become enforceable, but this subsection does not render enforceable any condition of re-entry or other condition waived or released before such person becomes entitled as aforesaid.

(4) This section applies to leases made before or after the commencement of this Act, but does not affect the operation of—

(a) any severance of the reversionary estate; or

(b) any acquisition by conveyance or otherwise of the right to receive or enforce any rent covenant or provision;

effected before the commencement of this Act.

Section 142 Obligation of lessor's covenants to run with reversion.

(1) The obligation under a condition or of a covenant entered into by a lessor with reference to the subject-matter of the lease shall, if and as far as the lessor has power to bind the reversionary estate immediately expectant on the term granted by the lease, be annexed and incident to and shall go with that reversionary estate, or the several parts thereof, notwithstanding severance of that reversionary estate, and may be taken advantage of and enforced by the person in whom the term is from time to time vested by conveyance, devolution in law, or otherwise; and, if and as far as the lessor has power to bind the person from time to time entitled to that reversionary estate, the obligation aforesaid may be taken advantage of and enforced against any person so entitled.

(2) This section applies to leases made before or after the commencement of this Act, whether the severance of the reversionary estate was effected before or after such commencement:

Provided that, where the lease was made before the first day of January eighteen hundred and eighty-two, nothing in this section shall affect the operation of any severance of the reversionary estate effected before such commencement.

This section takes effect without prejudice to any liability affecting a covenantor or his estate.

Section 146 Restrictions on and relief against forfeiture of leases and under leases.

(1) A right of re-entry or forfeiture under any proviso or stipulation in a lease for a breach of any covenant or condition in the lease shall not be enforceable, by action or otherwise, unless and until the lessor serves on the lessee a notice—

- (a) specifying the particular breach complained of; and
- (b) if the breach is capable of remedy, requiring the lessee to remedy the breach; and
- (c) in any case, requiring the lessee to make compensation in money for the breach;

and the lessee fails, within a reasonable time thereafter, to remedy the breach, if it is capable of remedy, and to make reasonable compensation in money, to the satisfaction of the lessor, for the breach.

...

(6) This section applies although the proviso or stipulation under which the right of reentry or forfeiture accrues is inserted in the lease in pursuance of the directions of any Act of Parliament.

...

Section 149 Abolition of *interesse termini*, and as to reversionary leases and leases for lives.

...

(3) A term, at a rent or granted in consideration of a fine, limited after the commencement of this Act to take effect more than twenty-one years from the date of the instrument purporting to create it, shall be void, and any contract made after such commencement to create such a term shall likewise be void; but this subsection does not apply to any term taking effect in equity under a settlement, or created out of an

equitable interest under a settlement, or under an equitable power for mortgage, indemnity or other like purposes.

...

Section 153 Enlargement of residue of long terms into fee simple estates.

(1) Where a residue unexpired of not less than two hundred years of a term, which, as originally created, was for not less than three hundred years, is subsisting in land, whether being the whole land originally comprised in the term, or part only thereof,

(a) without any trust or right of redemption affecting the term in favour of the freeholder, or other person entitled in reversion expectant on the term; and

(b) without any rent, or with merely a peppercorn rent or other rent having no money value, incident to the reversion, or having had a rent, not being merely a peppercorn rent or other rent having no money value, originally so incident, which subsequently has been released or has become barred by lapse of time, or has in any other way ceased to be payable;

the term may be enlarged into a fee simple in the manner, and subject to the restrictions in this section provided.

2. Law of Property (Miscellaneous provisions) Act 1989

Section 1 Deeds and their execution.

...

(2) An instrument shall not be a deed unless—

(a) it makes it clear on its face that it is intended to be a deed by the person making it or, as the case may be, by the parties to it (whether by describing itself as a deed or expressing itself to be executed or signed as a deed or otherwise); and

(b) it is validly executed as a deed by that person or, as the case may be, one or more of those parties.

(3) An instrument is validly executed as a deed by an individual if, and only if—

(a) it is signed—

(i) by him in the presence of a witness who attests the signature; or

(ii) at his direction and in his presence and the presence of two witnesses who each attest the signature; and

(b) it is delivered as a deed by him or a person authorised to do so on his behalf.

...

Section 2 Contracts for sale etc. of land to be made by signed writing.

(1) A contract for the sale or other disposition of an interest in land can only be made in writing and only by incorporating all the terms which the parties have expressly agreed in one document or, where contracts are exchanged, in each.

(2) The terms may be incorporated in a document either by being set out in it or by reference to some other document.

(3) The document incorporating the terms or, where contracts are exchanged, one of the documents incorporating them (but not necessarily the same one) must be signed by or on behalf of each party to the contract.

(4) Where a contract for the sale or other disposition of an interest in land satisfies the conditions of this section by reason only of the rectification of one or more documents in pursuance of an order of a court, the contract shall come into being, or be deemed to have come into being, at such time as may be specified in the order.

(5) This section does not apply in relation to—

(a) a contract to grant such a lease as is mentioned in section 54(2) of the Law of Property Act 1925 (short leases);

(b) a contract made in the course of a public auction; or

(c) a contract regulated under the Financial Services and Markets Act 2000, other than a regulated mortgage contract;

and nothing in this section affects the creation or operation of resulting, implied or constructive trusts.

3. Land Registration Act 2002

Section 4 When title must be registered

(1) The requirement of registration applies on the occurrence of any of the following events—

(a) the transfer of a qualifying estate—

(i) for valuable or other consideration, by way of gift or in pursuance of an order of any court, or

- (ii) by means of an assent (including a vesting assent);
 - (b) the transfer of an unregistered legal estate in land in circumstances where section 171A of the Housing Act 1985 (c. 68) applies (disposal by landlord which leads to a person no longer being a secure tenant);
 - (c) the grant out of a qualifying estate of an estate in land—
 - (i) for a term of years absolute of more than seven years from the date of the grant, and
 - (ii) for valuable or other consideration, by way of gift or in pursuance of an order of any court;
 - (d) the grant out of a qualifying estate of an estate in land for a term of years absolute to take effect in possession after the end of the period of three months beginning with the date of the grant;
 - (e) the grant of a lease in pursuance of Part 5 of the Housing Act 1985 (the right to buy) out of an unregistered legal estate in land;
 - (f) the grant of a lease out of an unregistered legal estate in land in such circumstances as are mentioned in paragraph (b);
 - (g) the creation of a protected first legal mortgage of a qualifying estate.
- (2) For the purposes of subsection (1), a qualifying estate is an unregistered legal estate which is—
- (a) a freehold estate in land, or
 - (b) a leasehold estate in land for a term which, at the time of the transfer, grant or creation, has more than seven years to run.
- (3) In subsection (1)(a), the reference to transfer does not include transfer by operation of law.
- (4) Subsection (1)(a) does not apply to—
- (a) the assignment of a mortgage term, or
 - (b) the assignment or surrender of a lease to the owner of the immediate reversion where the term is to merge in that reversion.
- (5) Subsection (1)(c) does not apply to the grant of an estate to a person as a mortgagee.

(6) For the purposes of subsection (1)(a) and (c), if the estate transferred or granted has a negative value, it is to be regarded as transferred or granted for valuable or other consideration.

(7) In subsection (1)(a) and (c), references to transfer or grant by way of gift include transfer or grant for the purpose of—

(a) constituting a trust under which the settlor does not retain the whole of the beneficial interest, or

(b) uniting the bare legal title and the beneficial interest in property held under a trust under which the settlor did not, on constitution, retain the whole of the beneficial interest.

(8) For the purposes of subsection (1)(g)—

(a) a legal mortgage is protected if it takes effect on its creation as a mortgage to be protected by the deposit of documents relating to the mortgaged estate, and

(b) a first legal mortgage is one which, on its creation, ranks in priority ahead of any other mortgages then affecting the mortgaged estate.

(9) In this section—

“land” does not include mines and minerals held apart from the surface;

“vesting assent” has the same meaning as in the Settled Land Act 1925 (c. 18).

Section 6 Duty to apply for registration of title

(1) If the requirement of registration applies, the responsible estate owner, or his successor in title, must, before the end of the period for registration, apply to the registrar to be registered as the proprietor of the registrable estate.

(2) If the requirement of registration applies because of section 4(1)(g)—

(a) the registrable estate is the estate charged by the mortgage, and

(b) the responsible estate owner is the owner of that estate.

(3) If the requirement of registration applies otherwise than because of section 4(1)(g)—

(a) the registrable estate is the estate which is transferred or granted, and

(b) the responsible estate owner is the transferee or grantee of that estate.

(4) The period for registration is 2 months beginning with the date on which the relevant event occurs, or such longer period as the registrar may provide under subsection (5).

(5) If on the application of any interested person the registrar is satisfied that there is good reason for doing so, he may by order provide that the period for registration ends on such later date as he may specify in the order.

(6) Rules may make provision enabling the mortgagee under any mortgage falling within section 4(1)(g) to require the estate charged by the mortgage to be registered whether or not the mortgagor consents.

Section 7 Effect of non-compliance with section 6

(1) If the requirement of registration is not complied with, the transfer, grant or creation becomes void as regards the transfer, grant or creation of a legal estate.

(2) On the application of subsection (1)—

(a) in a case falling within section 4(1)(a) or (b), the title to the legal estate reverts to the transferor who holds it on a bare trust for the transferee, and

(b) in a case falling within section 4(1)(c) to (g), the grant or creation has effect as a contract made for valuable consideration to grant or create the legal estate concerned.

(3) If an order under section 6(5) is made in a case where subsection (1) has already applied, that application of the subsection is to be treated as not having occurred.

(4) The possibility of reverter under subsection (1) is to be disregarded for the purposes of determining whether a fee simple is a fee simple absolute.

Section 27 Dispositions required to be registered

(1) If a disposition of a registered estate or registered charge is required to be completed by registration, it does not operate at law until the relevant registration requirements are met.

4. Landlord and Tenant Act 1927

Section 19 Provisions as to covenants not to assign, &c. without licence or consent.

(1) In all leases whether made before or after the commencement of this Act containing a covenant condition or agreement against assigning, underletting, charging or parting with the possession of demised premises or any part thereof without licence or consent, such covenant condition or agreement shall, notwithstanding any express provision to the contrary, be deemed to be subject—

(a) to a proviso to the effect that such licence or consent is not to be unreasonably withheld, but this proviso does not preclude the right of the landlord to require payment of a reasonable sum in respect of any legal or other expenses incurred in connection with such licence or consent; and

(b) (if the lease is for more than forty years, and is made in consideration wholly or partially of the erection, or the substantial improvement, addition or alteration of buildings, and the lessor is not a Government department or local or public authority, or a statutory or public utility company) to a proviso to the effect that in the case of any assignment, under-letting, charging or parting with the possession (whether by the holders of the lease or any under-tenant whether immediate or not) effected more than seven years before the end of the term no consent or licence shall be required, if notice in writing of the transaction is given to the lessor within six months after the transaction is effected.

5. Landlord and Tenant Act 1954

Section 26 Tenant's request for a new tenancy.

(1) A tenant's request for a new tenancy may be made where the tenancy under which he holds for the time being (hereinafter referred to as "the current tenancy") is a tenancy granted for a term of years certain exceeding one year, whether or not continued by section twenty-four of this Act, or granted for a term of years certain and thereafter from year to year.

Section 30 Opposition by landlord to application for new tenancy.

(1) The grounds on which a landlord may oppose an application under subsection (1) of section 24 of this Act are such of the following grounds as may be stated in the landlord's notice under section 25 of this Act or, as the case may be, under subsection (6) of section 26 thereof, that is to say:—

(a) where under the current tenancy the tenant has any obligations as respects the repair and maintenance of the holding, that the tenant ought not to be granted a new tenancy in view of the state of repair of the holding, being a state resulting from the tenant's failure to comply with the said obligations;

(b) that the tenant ought not to be granted a new tenancy in view of his persistent delay in paying rent which has become due;

(c) that the tenant ought not to be granted a new tenancy in view of other substantial breaches by him of his obligations under the current tenancy, or for any other reason connected with the tenant's use or management of the holding;

(d) that the landlord has offered and is willing to provide or secure the provision of alternative accommodation for the tenant, that the terms on which the alternative accommodation is available are reasonable having regard to the terms of the current tenancy and to all other relevant circumstances, and that the accommodation and the time at which it will be available are suitable for the tenant's requirements (including the requirement to preserve goodwill) having regard to the nature and class of his business and to the situation and extent of, and facilities afforded by, the holding;

(e) where the current tenancy was created by the sub-letting of part only of the property comprised in a superior tenancy and the landlord is the owner of an interest in reversion expectant on the termination of that superior tenancy, that the aggregate of the rents reasonably obtainable on separate lettings of the holding and the remainder of that property would be substantially less than the rent reasonably obtainable on a letting of that property as a whole, that on the termination of the current tenancy the landlord requires possession of the holding for the purpose of letting or otherwise disposing of the said property as a whole, and that in view thereof the tenant ought not to be granted a new tenancy;

(f) that on the termination of the current tenancy the landlord intends to demolish or reconstruct the premises comprised in the holding or a substantial part of those premises or to carry out substantial work of construction on the holding or part thereof and that he could not reasonably do so without obtaining possession of the holding;

(g) subject as hereinafter provided, that on the termination of the current tenancy the landlord intends to occupy the holding for the purposes, or partly for the purposes, of a business to be carried on by him therein, or as his residence.

(2) The landlord shall not be entitled to oppose an application on the ground specified in paragraph (g) of the last foregoing subsection if the interest of the landlord, or an interest which has merged in that interest and but for the merger would be the interest of the landlord, was purchased or created after the beginning of the period of

five years which ends with the termination of the current tenancy, and at all times since the purchase or creation thereof the holding has been comprised in a tenancy or successive tenancies of the description specified in subsection (1) of section 23 of this Act.

(3) Where the landlord has a controlling interest in a company any business to be carried on by the company shall be treated for the purposes of subsection (1)(g) of this section as a business to be carried on by him.

For the purposes of this subsection, a person has a controlling interest in a company if and only if either—

(a) he is a member of it and able, without the consent of any other person, to appoint or remove the holders of at least a majority of the directorships; or

(b) he holds more than one-half of its equity share capital, there being disregarded any shares held by him in a fiduciary capacity or as nominee for another person;

and in this subsection “company” and “share” have the meanings assigned to them by section 455(1) of the M1Companies Act 1948 and “equity share capital” the meaning assigned to it by section 154(5) of that Act.

Section 33 Duration of new tenancy.

Where on an application under this Part of this Act the court makes an order for the grant of a new tenancy, the new tenancy shall be such tenancy as may be agreed between the landlord and the tenant, or, in default of such an agreement, shall be such a tenancy as may be determined by the court to be reasonable in all the circumstances, being, if it is a tenancy for a term of years certain, a tenancy for a term not exceeding fourteen years, and shall begin on the coming to an end of the current tenancy.

Section 34 Rent under new tenancy.

(1) The rent payable under a tenancy granted by order of the court under this Part of this Act shall be such as may be agreed between the landlord and the tenant or as, in default of such agreement, may be determined by the court to be that at which, having regard to the terms of the tenancy (other than those relating to rent), the holding might reasonably be expected to be let in the open market by a willing lessor, there being disregarded—

(a) any effect on rent of the fact that the tenant has or his predecessors in title have been in occupation of the holding,

(b) any goodwill attached to the holding by reason of the carrying on thereat of the business of the tenant (whether by him or by a predecessor of his in that business),

(c) any effect on rent of an improvement to which this paragraph applies, (d) in the case of a holding comprising licensed premises, any addition to its value attributable to the licence, if it appears to the court that having regard to the terms of the current tenancy and any other relevant circumstances the benefit of the licence belongs to the tenant.

Section 37 Compensation where order for new tenancy precluded on certain grounds.

(1) Where on the making of an application under section 24 of this Act the court is precluded (whether by subsection (1) or subsection (2) of section 31 of this Act) from making an order for the grant of a new tenancy by reason of any of the grounds specified in paragraphs (e), (f) and (g) of subsection (1) of section 30 of this Act and not of any grounds specified in any other paragraph of that subsection, or where no other ground is specified in the landlord's notice under section 25 of this Act or, as the case may be, under section 26(6) thereof, than those specified in the said paragraphs (e), (f) and (g) and either no application under the said section 24 is made or such an application is withdrawn, then, subject to the provisions of this Act, the tenant shall be entitled on quitting the holding to recover from the landlord by way of compensation an amount determined in accordance with the following provisions of this section.

Section 38 Restriction on agreements excluding provisions of Part II.

(1) Any agreement relating to a tenancy to which this Part of this Act applies (whether contained in the instrument creating the tenancy or not) shall be void (except as provided by subsection (4) of this section) in so far as it purports to preclude the tenant from making an application or request under this Part of this Act or provides for the termination or the surrender of the tenancy in the event of his making such an application or request or for the imposition of any penalty or disability on the tenant in that event.

6. Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995

Section 6 Landlord may be released from covenants on assignment of reversion.

(1) This section applies where a landlord assigns the reversion in premises of which he is the landlord under a tenancy.

(2) If the landlord assigns the reversion in the whole of the premises of which he is the landlord—

(a) he may apply to be released from the landlord covenants of the tenancy in accordance with section 8; and

(b) if he is so released from all of those covenants, he ceases to be entitled to the benefit of the tenant covenants of the tenancy as from the assignment.

(3) If the landlord assigns the reversion in part only of the premises of which he is the landlord—

(a) he may apply to be so released from the landlord covenants of the tenancy to the extent that they fall to be complied with in relation to that part of those premises; and

(b) if he is, to that extent, so released from all of those covenants, then as from the assignment he ceases to be entitled to the benefit of the tenant covenants only to the extent that they fall to be complied with in relation to that part of those premises.

(4) This section applies as mentioned in subsection (1) whether or not the landlord is landlord of the whole of the premises comprised in the tenancy.

Section 16 Tenant guaranteeing performance of covenant by assignee.

(1) Where on an assignment a tenant is to any extent released from a tenant covenant of a tenancy by virtue of this Act (“the relevant covenant”), nothing in this Act (and in particular section 25) shall preclude him from entering into an authorised guarantee agreement with respect to the performance of that covenant by the assignee.

(2) For the purposes of this section an agreement is an authorised guarantee agreement if—

(a) under it the tenant guarantees the performance of the relevant covenant to any extent by the assignee; and

(b) it is entered into in the circumstances set out in subsection (3); and

(c) its provisions conform with subsections (4) and (5).

(3) Those circumstances are as follows—

(a) by virtue of a covenant against assignment (whether absolute or qualified) the assignment cannot be effected without the consent of the landlord under the tenancy or some other person;

(b) any such consent is given subject to a condition (lawfully imposed) that the tenant is to enter into an agreement guaranteeing the performance of the covenant by the assignee; and

(c) the agreement is entered into by the tenant in pursuance of that condition.

(4) An agreement is not an authorised guarantee agreement to the extent that it purports—

(a) to impose on the tenant any requirement to guarantee in any way the performance of the relevant covenant by any person other than the assignee; or

(b) to impose on the tenant any liability, restriction or other requirement (of whatever nature) in relation to any time after the assignee is released from that covenant by virtue of this Act.

(5) Subject to subsection (4), an authorised guarantee agreement may—

(a) impose on the tenant any liability as sole or principal debtor in respect of any obligation owed by the assignee under the relevant covenant;

(b) impose on the tenant liabilities as guarantor in respect of the assignee's performance of that covenant which are no more onerous than those to which he would be subject in the event of his being liable as sole or principal debtor in respect of any obligation owed by the assignee under that covenant;

(c) require the tenant, in the event of the tenancy assigned by him being disclaimed, to enter into a new tenancy of the premises comprised in the assignment—

(i) whose term expires not later than the term of the tenancy assigned by the tenant, and

(ii) whose tenant covenants are no more onerous than those of that tenancy;

(d) make provision incidental or supplementary to any provision made by virtue of any of paragraphs (a) to (c).

(6) Where a person ("the former tenant") is to any extent released from a covenant of a tenancy by virtue of section 11(2) as from an assignment and the assignor under the assignment enters into an authorised guarantee agreement with the landlord with respect to the performance of that covenant by the assignee under the assignment—

(a) the landlord may require the former tenant to enter into an agreement under which he guarantees, on terms corresponding to those of that authorized guarantee agreement, the performance of that covenant by the assignee under the assignment; and

(b) if its provisions conform with subsections (4) and (5), any such agreement shall be an authorised guarantee agreement for the purposes of this section; and

(c) in the application of this section in relation to any such agreement—

(i) subsections (2)(b) and (c) and (3) shall be omitted, and

(ii) any reference to the tenant or to the assignee shall be read as a reference to the former tenant or to the assignee under the assignment.

(7) For the purposes of subsection (1) it is immaterial that—

(a) the tenant has already made an authorised guarantee agreement in respect of a previous assignment by him of the tenancy referred to in that subsection, it having been subsequently re-vested in him following a disclaimer on behalf of the previous assignee, or

(b) the tenancy referred to in that subsection is a new tenancy entered into by the tenant in pursuance of an authorised guarantee agreement;

and in any such case subsections (2) to (5) shall apply accordingly.

(8) It is hereby declared that the rules of law relating to guarantees (and in particular those relating to the release of sureties) are, subject to its terms, applicable in relation to any authorised guarantee agreement as in relation to any other guarantee agreement.

Section 22 Imposition of conditions regulating giving of landlord's consent to assignments.

After subsection (1) of section 19 of the M16Landlord and Tenant Act 1927 (provisions as to covenants not to assign etc. without licence or consent) there shall be inserted—

“(1A) Where the landlord and the tenant under a qualifying lease have entered into an agreement specifying for the purposes of this subsection—

(a) any circumstances in which the landlord may withhold his licence or consent to an assignment of the demised premises or any part of them, or

(b) any conditions subject to which any such licence or consent may be granted, then the landlord—

(i) shall not be regarded as unreasonably withholding his licence or consent to any such assignment if he withholds it on the ground (and it is the case) that any such circumstances exist, and

(ii) if he gives any such licence or consent subject to any such conditions, shall not be regarded as giving it subject to unreasonable conditions;

and section 1 of the Landlord and Tenant Act 1988 (qualified duty to consent to assignment etc.) shall have effect subject to the provisions of this subsection.

(1B) Subsection (1A) of this section applies to such an agreement as is mentioned in that subsection—

(a) whether it is contained in the lease or not, and

(b) whether it is made at the time when the lease is granted or at any other time falling before the application for the landlord's licence or consent is made.

(1C) Subsection (1A) shall not, however, apply to any such agreement to the extent that any circumstances or conditions specified in it are framed by reference to any matter falling to be determined by the landlord or by any other person for the purposes of the agreement, unless under the terms of the agreement—

(a) that person's power to determine that matter is required to be exercised reasonably, or

(b) the tenant is given an unrestricted right to have any such determination reviewed by a person independent of both landlord and tenant whose identity is ascertainable by reference to the agreement, and in the latter case the agreement provides for the determination made by any such independent person on the review to be conclusive as to the matter in question.

(1D) In its application to a qualifying lease, subsection (1)(b) of this section shall not have effect in relation to any assignment of the lease.

(1E) In subsections (1A) and (1D) of this section—

(a) "qualifying lease" means any lease which is a new tenancy for the purposes of section 1 of the Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995 other than a residential lease, namely a lease by which a building or part of a building is let wholly or mainly as a single private residence; and

(b) references to assignment include parting with possession on assignment."

ภาคผนวก ข
กฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

1. Civil Code

Art. 526

The usufruct of immovable things;

Servitudes or land services;

Actions for the purpose of recovering an immovable,
are immovables by the object to which they apply.

Art. 578

Usufruct is the right to enjoy things of which another has ownership in the same manner as the owner himself, but on condition that their substance be preserved.

Art. 579

Usufruct is established by law or by a person's wish.

Art. 580

Usufruct may be established outright, or at a certain date, or conditionally.

Art. 581

It may be established on any kind of movable and immovable property.

Art. 582

A usufructuary has the right to enjoy all kinds of fruits, either natural or cultural, or revenues, which the thing of which he has the usufruct can produce.

Art. 595

(Act no 65-570 of 13 July 1965)

A usufructuary may enjoy by himself, give on lease to another, even sell or transfer his right gratuitously.

Leases that a usufructuary made alone for a period exceeding nine years are, in case of termination of the usufruct, binding with regard to the bare-owner only for the time remaining to run, either of the first period of nine years where the parties are still in it, or of the second period, and so on in order that the lessee has only the right to conclude the enjoyment of the period of nine years in which he is.

Leases of nine years or under which an usufructuary alone makes or renews more than three years before termination of a current lease where it relates to rural property, or

more than two years before the same time where it relates to houses, are without effect, unless their performance began before termination of the usufruct.

A usufructuary may not, without the assistance of the bare-owner, give on lease a rural tenement or an immovable intended for commercial, industrial or craft use. Failing assent of the bare-owner, a usufructuary may be authorized by a court to do that transaction alone.

Art. 596

A usufructuary enjoys the increase resulting from alluvion to the thing of which he has the usufruct.

Art. 597

He enjoys the rights of servitude, of way and generally all rights which an owner may enjoy, and he enjoys them in the same way as the owner himself.

Art. 600

A usufructuary takes things in the condition in which they are; but he may enter into enjoyment only after having an inventory of the movables and a statement as to the immovables subject to the usufruct drawn up, the owner being present or he having been duly summoned.

Art. 601

He shall give security to enjoy as a prudent administrator, unless he is dispensed with by the instrument creating the usufruct; however, the father and mother who have the legal usufruct of their children's property, a seller or donor who reserved the usufruct, are not obliged to give security.

Art. 617

A usufruct is extinguished:

By the natural [repealed by implication] death of the usufructuary;

By the expiry of the time for which it was granted;

By the consolidation or vesting in the same person of the two capacities of usufructuary and of owner;

By non-user of the right during thirty years;

By the total loss of the thing upon which the usufruct was established.

Art. 618

Usufruct may also cease through abuse which a usufructuary makes of his enjoyment, either by committing dilapidations upon the tenement, or by allowing it to decay for want of maintenance.

Creditors of a usufructuary may intervene in controversies, for the preservation of their rights; they may offer to repair the dilapidations committed and to give guarantees for the future.

Judges may, according to the seriousness of the circumstances, order either the absolute extinguishment of the usufruct, or the re-entry of the owner into the enjoyment of the thing subject thereto, provided that he pays annually to the usufructuary, or to his assigns, a fixed sum, up to the time when the usufruct should have ceased.

Art. 619

A usufruct which is not granted to private individuals may last only thirty years.

Art. 620

A usufruct granted until a third party reaches a fixed age lasts until that time, even though the third party dies before the fixed age.

Art. 621

The sale of a thing subject to usufruct involves no change in the right of the usufructuary; he continues to enjoy his usufruct unless he has formally waived it.

Art. 623

Where a part only of a thing subject to usufruct is destroyed, usufruct is preserved on what remains.

Art. 624

Where a usufruct is established only on a building, and that building is destroyed by fire or other accident, or collapses from decay, the usufructuary may not have the right to enjoy the ground or the materials.

Where the usufruct was established on an area of which the building was a part, the usufructuary enjoys the ground and the materials.

Art. 1583

It is complete between the parties, and ownership is acquired as of right by the buyer with respect to the seller, as soon as the thing and the price have been agreed upon, although the thing has not yet been delivered or the price paid.

Art. 1714

(Ord. of 17 Oct. 1945; Act no 46-682 of 13 April 1946)

One may lease either in writing or verbally, except, as regards rural property, for the application of the rules particular to agricultural leases and sharecropping.

Art. 1736

Where a lease was made without writing, one of the parties may give the other notice to quit only by observing the period fixed by the usage of the place.

Art. 1738

Where, at the expiry of written leases, the lessee remains and is left in possession, a new lease takes place, whose effect is regulated by the Article relating to leases made without writing.

Art. 1743

(Ord. no 45-2380 of 17 Oct. 1945; Act no 46-682 of 13 April 1946)

Where a lessor sells a thing leased, the purchaser may not evict the agricultural tenant, sharecropper or tenant who has an authentic lease or one whose date is undisputable.

He may, however, evict a tenant of non-rural property where he has reserved that right by the contract of lease.

2. Commercial Code**Article L145-1**

I.- The provisions of this chapter shall apply to leases of immovable properties or for premises in which the business is operated irrespective of whether this business is owned by a merchant or a manufacturer registered in the commercial and companies register or to a head of an undertaking registered in the craft directory, whether trading or not, and also:

1. To leases for premises or immovable properties accessory to the operation of a business when their loss would be likely to compromise the operation of the business and they belong to the owner of the premises or the real property where the principal place of business is located. Should there be more than one owner, the associated premises must have been leased to the certain knowledge of the lessor with a view to shared use

2. To leases of undeveloped land on which buildings for commercial, industrial or craft use are erected, either before or after the lease, on condition that these buildings have been erected or operated with the explicit consent of the owner.

II. - If the business is operated under the form of a real estate management in application of Chapter IV of this title, the owners of the business shall nevertheless benefit from these provisions without having to prove registration in the commercial and companies register or in the craft directory.

Article L145-4

The term of the lease contract may not be less than nine years.

However, in the absence of agreement to the contrary, the lessee shall have the option of giving notice on expiration of a term of three years in the forms and deadline of Article L. 145-9.

The lessor shall have the same option if they intend to invoke the provisions of Articles L. 145-18, L. 145-21 and L.145-24 in order to build, rebuild, raise the height of the existing real property or to carry out the works prescribed or authorised within the framework of an real property restoration operation.

A lessee having made a request to take advantage of their rights to retirement from the social security system to which they subscribe or having been accepted as a beneficiary of an invalidity pension allocated within the framework of the social security system shall have the option of giving notice in the forms and deadline of Article L. 145-9.

The provisions of the preceding subparagraph shall apply to the sole member of a one-man limited liability company or a majority shareholder manager of at least two years' tenure of a limited liability company when they are the leaseholder.

Article L145-5

When the lessee enters the premises, the parties may depart from the provisions of this chapter on condition that the lease is agreed for a term of no more than two years.

If the lessee remains and is allowed to remain in possession on expiration of this term, a new lease shall be formed, the effect of which shall be regulated by the provisions of this chapter.

The same shall apply in the event of explicit renewal of the lease or of agreement between the same parties of a new lease for the same premises.

The provisions of the two preceding subparagraphs shall not apply if the lease is of a seasonal nature.

Article L145-9

Notwithstanding Articles 1736 and 1737 of the civil code, leases for premises subject to the provisions of this chapter shall end only by virtue of a notice given in accordance with custom and practice in respect of premises and at least six months in advance.

In the absence of notice, a written lease shall continue by tacit renewal beyond the term stated in the contract, in conformity with Article 1738 of the civil code and subject to the reserves specified by the preceding subparagraph. Beyond the term of nine years, a lease with a period conditional upon an event, the occurrence of which will authorize the lessor to demand its cancellation shall terminate only by virtue of notice given six months in advance and for a customary term. This notice must state the occurrence of the event specified in the contract.

If the lease is for several terms and the lessor terminates the lease at the end of the first nine years or on expiration of one of the subsequent terms, the notice must be given within the deadline stated in subparagraph one above.

The notice must be given by extra-judicial means. In order to be valid, it must state the reasons for which it is given and state that a lessee wishing either to dispute the notice or demand payment of compensation for eviction must refer the matter to the court within a deadline of two years with effect from the date for which the notice has been given in order not to be out of time.

Article L145-10

In the absence of notice, a tenant wishing to renew their lease must request this either within the six months prior to expiration of the lease or, if appropriate, at any time during its renewal.

The request for renewal must be served on the lessor by extra-judicial means. In the absence of conditions or notifications to the contrary on the part of this latter, it may be addressed equally validly either to the lessor or to the manager, who shall be deemed to be authorised to receive it. Should there be more than one owner, a request addressed to one of them shall be valid in respect of them all in the absence of conditions or notifications to the contrary.

In order to be valid, it must reproduce the terms of the subparagraph below.

Within three months of service of the request for renewal, the lessor must inform the lessee, within the same forms, if they refuse the renewal, stating the reasons for this refusal. Should the lessor fail to communicate their intentions within this deadline, the lessor shall be deemed to have accepted the principle of renewal of the previous lease.

In order to be valid, the extra-judicial means giving notice of refusal to renew the lease must state that a lessee wishing either to dispute the refusal to renew the lease or demand payment of compensation for eviction must refer the matter to the court before expiration of a deadline of two years with effect from the date on which notice of the refusal to renew was served.

Article L145-11

A lessor wishing, while not being opposed to the principle of renewal, to obtain an amendment of the price of the lease must give notice of the rent they propose within the period of notice specified in Article L. 145-9 or in the reply to the request for renewal specified in Article L. 145-10, in the absence of which the new price shall be due only with effect from a demand made subsequently in accordance with the terms and conditions defined by Conseil d'Etat decree.

Article L145-12

The term of the renewed lease shall be nine years in the absence of agreement between the parties on a longer term. The provisions of subparagraphs two and three of Article L. 145-4 shall apply during the term of the renewed lease.

The new lease shall take effect from expiration of the preceding lease or, if appropriate, from its renewal, this latter date being either that for which the notice had been given or, if a request for renewal has been made, the customary term which follows this request.

However, if the lessor has communicated, either by giving a period of notice or by refusal of renewal, their intention not to renew the lease and if, subsequently, they decide to renew it, the new lease shall take effect from the date on which this acceptance has been communicated to the lessee by extra-judicial means.

Article L145-14

A lessor may refuse the renewal of a lease. However, except in cases of the exceptions specified in Articles L.145-17 onwards, the lessor must pay the evicted tenant compensation for eviction equal to the prejudice caused by the absence of renewal.

This compensation shall include in particular the market value of the business, determined in accordance with custom and practice of the profession, potentially increased by the normal expenses of removal and reinstallation, plus the expenses and duties of assignment of a business of the same value, except in the event of the owner providing proof that the prejudice is lower.

Article L145-16

Irrespective of their form, agreements whose object is to prohibit the tenant from assigning their lease or the rights held by virtue of this chapter to a purchaser of their business or undertaking shall also be null and void,

In the event of the merger of companies or the contribution of part of the assets of a company carried out within the conditions specified in Article L. 236-22, the company resulting from the merger or the company receiving the contribution shall, notwithstanding any condition to the contrary, replace the party in whose favour the lease was granted in respect of all rights and obligations resulting from this lease.

If the guaranty obligation can no longer be maintained within the terms and conditions of the agreement in the event of assignment, merger or contribution, the court may substitute any guaranties it may deem sufficient.

Article L145-17

I. – A lessor may refuse the renewal of a lease without being obliged to pay any compensation if:

1. They can provide proof of a serious and legitimate reason against the tenant whose lease is ending. However, should this involve either failure to perform an obligation or cessation of operation of a business in the absence of genuine and legitimate reason, taking into account the provisions of Article L. 145-8, the breach committed by the lessee may be invoked only if it has been continued or renewed more than one month after the lessor has given formal notice to cause it to cease. In order to be valid, this formal notice must be served by extra-judicial means, stating the reason invoked and reproducing the terms of this subparagraph;

2. If proof is provided that the building must be totally or partially demolished due to being acknowledged by the administrative authority as in an unfit condition for occupation or if proof is provided that it may no longer be occupied without danger due to its condition.

II. - In the event of rebuilding of a new building containing commercial premises by the owner or their beneficiary, the tenant shall have a preferential right to enter into a lease in the rebuilt building, subject to the terms and conditions specified in Articles L. 145-19 and L. 145-20.

Article L145-31

Unless otherwise stated in the lease or with the lessor's agreement, no sub-leasing, whether total or in part, shall be allowed.

In the event of authorised sub-leasing, the owner shall be called upon to be a party to the document.

Should the sub-leasing rent be in excess of the primary lease price, the owner shall have the option of requiring a corresponding increase in the rent for the primary lease, which increase, in the absence of agreement between the parties, shall be determined in accordance with a procedure laid down by Conseil d'Etat decree in application of the provisions of Article L. 145-56.

The tenant must notify the owner of their intention to sub-lease by extra-judicial means or by registered letter with confirmation of delivery. Within two weeks of receipt of this notice, the owner must give notice of whether they intend to be a party to the document. Should the lessor refuse or fail to reply despite the authorisation specified in subparagraph one, they shall be disregarded.

Article L145-33

(Act No. 2001-1168 of 11 December 2001 Art. 33 V Official Journal of 12 December 2001)

The amount of the rent payable under the renewed or revised leases corresponds to their rental value.

Failing agreement thereon, the said value shall be determined on the basis of:

- 1 The features of the premises concerned;
- 2 The use of the premises;
- 3 The respective obligations of the parties;
- 4 The local commerciality factors;
- 5 The prices commonly applied in the vicinity.

A Conseil d'Etat Decree determines the relative weightings of these elements.

Article L145-38

(Act No. 2001-1168 of 11 December 2001 Art. 26 Official Journal of 12 December 2001)

Application for a review cannot be made until at least three years have elapsed since the date on which the lessee entered into possession or since the commencement of the renewed lease.

Further applications may be made every three years with effect from the date on which the new amount becomes applicable.

Notwithstanding the provisions of Article L145-33, and failing production of proof of a material change in the local commerciality factors which has of itself given rise to a variation of more than 10% of the rental value, the rent increase or decrease following a triennial review shall not exceed the variation in the quarterly Construction Cost Index since the previous amicable or judicial determination of the rent.

Under no circumstances shall any investment made by the lessee or any capital gains or losses resulting from its management during the term of the lease be taken into account for calculation of the rental value.

ภาคผนวก ค
กฎหมายของสหรัฐอเมริกา

1. California

1.1 The Constitution of California

ARTICLE 1 DECLARATION OF RIGHTS

Section 20 Noncitizens have the same property rights as citizens.

1.2 California Civil Code

Section 671 Any person, whether citizen or alien, may take, hold, and dispose of property, real or personal, within this State.

1.3 Public Resource Code

Section 7601 Any person desiring to purchase any of the lands uncovered by the recession or drainage of the waters of inland lakes, and inuring to the State by virtue of her sovereignty, or the swamp and overflowed lands not segregated by the United States, shall make an application therefore to the commission. The application shall be accompanied by the applicant's affidavit that he is a citizen of the United States, or has declared his intention to become such, that he is a resident of this State, of lawful age, that he desires to purchase such lands (describing them by legal subdivisions, or by metes and bounds, if the legal subdivisions are unknown), under the provisions of this chapter, for his own use and benefit, and for the use and benefit of no other person whomsoever, and that he has made no contract or agreement to sell the lands, and that he does not now own any State lands which, together with that now sought to be purchased, exceeds 640 acres.

This section shall not affect or apply to any land uncovered by the recession or drainage of the waters of any lake or other body of water, the waters of which are so impregnated with minerals as to be valuable for the purpose of extracting therefrom such minerals.

2. Colorado

2.1 Colorado Constitution

Article II, Bill of Rights

Section 27. *Property rights of aliens.* Aliens, who are or may hereafter become bona fide residents of this state, may acquire, inherit, possess, enjoy and dispose of property, real and personal, as native born citizens.

2.2 Colorado Revised Statutes

Article 90 Colorado Corporation and Association Act

Title 7 Corporation and Association

§ 7-90-805 Effect to statement of foreign entity authority

- (1) A foreign entity is authorized to transact business or conduct activities in this state from the effective date of its statement of foreign entity authority until the effective date of its statement of foreign entity withdrawal.
- (2) A foreign entity that has authority to transact business or conduct activities in this state has the same rights and privileges as, but no greater rights or privileges than, and, except as otherwise provided by this title, is subject to the same duties, restrictions, penalties, and liabilities imposed upon, a functionally equivalent domestic entity.
- (3) Nothing in this part 8 authorizes this state to regulate the organization, formation, existence, or internal activities of a foreign entity authorized to transact business or conduct activities in this state.
- (4) As to any foreign entity transacting business or conducting activities in this state, the law of the jurisdiction under the law of which the foreign entity is formed shall govern the organization and internal affairs of the foreign entity and the liability of its owners and managers.

3. Louisiana

Louisiana Constitution

Article 1 Declaration of rights

§4. Right to Property

(A) Every person has the right to acquire, own, control, use, enjoy, protect, and dispose of private property. This right is subject to reasonable statutory restrictions and the reasonable exercise of the police power.

...

4. Mississippi

MISSISSIPPI CODE OF 1972

TITLE 29 Public Lands, Buildings and Property

Chapter 1 Public Lands

§ 29-1-75. Who may not purchase public lands.

Except as otherwise provided in this section, neither a corporation nor a nonresident alien, nor any association of persons composed in whole or in part of nonresident aliens, shall directly or indirectly purchase or become the owner of any of the public lands; and every patent issued in contravention hereof shall be void. A banking corporation owning such tax-forfeited lands or holding a mortgage or deed of trust thereon at the time of the sale to the state, and whose mortgage or deed of trust is still in force and effect, may purchase such lands, regardless of acreage, owned by it as aforesaid or on which it held a mortgage or deed of trust. In event of a purchase by such corporation as a mortgagee, such lands shall be held for the benefit of the mortgagor subject to all the terms and conditions of the mortgage or deed of trust held by the purchasing banking corporation and, upon payment of the debt secured by such mortgage or deed of trust, together with interest and incidents, such banking corporation shall in that event reconvey such lands to the original mortgagor, his heirs or assigns.

Nonresident aliens may acquire and hold not to exceed three hundred twenty (320) acres of public lands in this state for the purpose of industrial development thereon. In addition, any nonresident alien may acquire and hold not to exceed five (5) acres of public lands for residential purposes. If any land acquired by a nonresident alien for the purpose of industrial development ceases to be used for industrial development, it shall escheat to the public body that sold such land to the nonresident alien.

TITLE 89 REAL AND PERSONAL PROPERTY

CHAPTER 1 LAND AND CONVEYANCES

§ 89-1-23. Aliens holding land.

Resident aliens may acquire and hold land, and may dispose of it and transmit it by descent, as citizens of the state may. Except as otherwise provided in this section, nonresident aliens shall not hereafter acquire or hold land, but a nonresident alien may have or take a lien on land to secure a debt, and at any sale thereof to enforce payment of the debt may purchase the same, and thereafter hold it, not longer than twenty (20) years, with full power during said time to sell the land, in fee, to a citizen; or he may retain it by becoming a citizen within that time. All land held or acquired contrary to this section shall escheat to the state; but a title to real estate in the name of a citizen of the United States, or a person who has declared his intention of becoming a citizen, whether resident or nonresident, if he be a purchaser or holder, shall not be forfeited or escheated by reason of the alienage of any former owner or other person.

Any person who was or is a citizen of the United States and became or becomes an alien by reason of marriage to a citizen of a foreign country, may hereafter inherit, or if he or she heretofore inherited or acquired or hereafter inherits, may hold, own, transmit

by descent or transfer land free from any escheat to the State of Mississippi, if said land has not heretofore escheated by final valid order or decree of a court of competent jurisdiction.

Nonresident aliens who are citizens of Syria or the Lebanese Republic may inherit property from citizens or residents of the State of Mississippi.

Nonresident aliens may acquire and hold not to exceed three hundred twenty (320) acres of land in this state for the purpose of industrial development thereon. In addition, any nonresident alien may acquire and hold not to exceed five (5) acres of land for residential purposes. The nonresident alien may dispose of any such land, but if any land acquired for industrial development ceases to be used for industrial development while owned by a nonresident alien, it shall escheat to the state. The limitation set forth in this paragraph shall not apply to corporations in which the stock thereof is partially or wholly owned by nonresident aliens.

5. New York

Real Property

Article 2 Tenure of Real Property

§10. Capacity to hold real property.

1. A citizen of the United States is capable of holding real property within this state, and of taking the same by descent, devise or purchase.

2. Aliens are empowered to take, hold, transmit, and dispose of real property within this state in the same manner as native-born citizens and their heirs and devisees take in the same manner as citizens.

3. For the purpose of maintaining offices and places of residence for its ambassadors and consular officers and for its representatives at the United Nations, a foreign government is empowered to hold, transmit and dispose of real property within this state. Title to such property may be taken either in the name of the foreign government or in the name of its ambassador or consul or in the name of its minister to the United Nations. If a conveyance of real property is made to an ambassador or consul or minister of a foreign government as such, or contains appropriate words showing the intention to vest the title in the holder of the office rather than in the named individual, the title to the real property shall pass from time to time without any further conveyance to the respective successors in such office, who shall have full power to dispose of such property.

6. Oklahoma

6.1 CONSTITUTION OF THE STATE OF OKLAHOMA

SECTION XXII-1 Aliens - Ownership of land prohibited - Disposal of lands acquired.

No alien or person who is not a citizen of the United States, shall acquire title to or own land in this state, and the Legislature shall enact laws whereby all persons not citizens of the United States, and their heirs, who may hereafter acquire real estate in this state by devise, descent, or otherwise, shall dispose of the same within five years upon condition of escheat or forfeiture to the State: Provided, This shall not apply to Indians born within the United States, nor to aliens or persons not citizens of the United States who may become bona fide residents of this State: And Provided Further, That this section shall not apply to lands now owned by aliens in this State.

6.2 OKLAHOMA STATUTES

§18-1020. Limitations Upon Real Estate Ownership.

LIMITATIONS UPON REAL ESTATE OWNERSHIP

A. No corporation of any sort, whether coming within the general scope of the Oklahoma General Corporation Act or not, except as provided for in this section, shall own, hold, or take any real estate located in this state outside of any incorporated city or town, or any addition thereto.

B. The provisions of the Oklahoma General Corporation Act shall not be construed to prohibit the owning, holding or taking of:

1. Such real estate as is necessary and proper for carrying on the business for which any corporation has been lawfully formed or domesticated in this state;

2. Naked title to real estate by any trust company, as trustee, to be held solely as security for indebtedness pursuant to such trust or as trustee of an express or testamentary trust for the benefit of natural persons;

3. Any real estate mortgage held by any corporation to secure any loan or debt;

4. Any real estate acquired by any corporation upon the foreclosure of any real estate mortgage held by such corporation or acquired in the collection of any loan or debt due such corporation, except as provided for in subsection C of this section; or

5. Any real estate acquired by any corporation for lease or sale to any other corporation, if such latter corporation could have legally acquired the same in the first instance.

C. Any real estate located in this state outside of any incorporated city or town, or any addition thereto, acquired by any corporation by mortgage foreclosure or in collection of debt as provided for in paragraph 4 of subsection B of this section, shall be sold and disposed of within seven (7) years from such acquisition.

D. The provisions of subsections A through C of this section shall not apply to religious, educational, charitable or scientific corporations, owning or holding taxable property.

E. 1. Any person who takes or holds any real estate for the use or benefit of any corporation with the intent of evading the provisions of this section, shall, upon conviction, be deemed guilty of a misdemeanor and punished by a fine of not less than Fifty Dollars (\$50.00) nor more than Five Hundred Dollars (\$500.00) or by imprisonment in the county jail for a term not less than thirty (30) days nor more than six (6) months, or by both such fine and imprisonment.

2. Any corporation that fails or refuses to file a statement as required by the provisions of subsection F of this section shall, upon conviction, be deemed guilty of a misdemeanor and punished by a fine not exceeding One Thousand Dollars (\$1,000.00).

7. Wisconsin

7.1 WISCONSIN CONSTITUTION

ARTICLE I. DECLARATION OF RIGHTS

Article I, §15 Equal property rights for aliens and citizens.

Section 15. No distinction shall ever be made by law between resident aliens and citizens, in reference to the possession, enjoyment or descent of property.

7.2 WISCONSIN STATUTES

CHAPTER 710 MISCELLANEOUS PROPERTY PROVISIONS

§710.02 Limitation on nonresident aliens and corporations.

(1) LIMITATION.

The following persons may not acquire, own or hold any interest, directly or indirectly, except an interest used to secure repayment of a debt incurred in good faith, in more than 640 acres of land in this state:

(a) Aliens not residents of a state of the United States.

(b) Corporations not created under the laws of the United States or a state of the United States.

(c) 1. Corporations, limited liability companies, partnerships or associations having more than 20% of their stock, securities or other indicia of ownership held or owned by persons under par. (a) or (b).

2. Trusts having more than 20% of the value of their assets held for the benefit of persons under par. (a) or (b).

(2) EXCEPTIONS.

Except as provided in sub.(3), sub. (1) does not apply to:

(a) Subject to sub. (5), any person acquiring an interest in land by devise, inheritance or in the good faith collection of debts by due process of law.

(b) Citizens, foreign governments or subjects of a foreign government whose rights to hold larger quantities of land are secured by treaty.

(c) Railroad or pipeline corporations.

(d) An exploration mining lease as defined in s. 107.001 (1) and land used for mining and associated activities.

(e) Manufacturing activities specified under division D of the standard industrial classification manual published by the U.S. printing office, 1972 and later editions.

(f) Mercantile activities specified under divisions C, E, F, G, H and I of the standard industrial classification manual published by the U.S. printing office, 1972 and later editions.

(g) Leases for exploration or production of oil, gas, coal, shale and related hydrocarbons, including by products of the production, and land used in connection with the exploration or production.

ภาคผนวก ง
กฎหมายของประเทศไทย

1. The Land Act

Article 2

Land is hereby classified according to its use into the following types:

Type I. Land used for construction, such as land for dwelling houses, government offices, public buildings, schools, factories, warehouses, parks, amusement centers, clubs, ancestral halls, temples, churches, city walls and battlements, barracks, fortresses, jetties, wharves, air bases, cemeteries, etc.

Type II. Land used for direct production, such as agriculture land, forest land, fisheries, pastures, hunting grounds, lands with mineral deposits, salt fields, sources of water, ponds, etc.

Type III. Land used for communication and water conservancy, such as highways and roads, canals and ditches, waterways, lakes, harbors, bays, coasts, embankments, dikes, etc.

Type IV. Other lands such as deserts, snowy mountains, etc.

Each of the preceding types of land may be subdivided into categories.

Article 17

Lands of the following descriptions shall not be transferred or leased to aliens, nor may encumbrance on them be created in favor of aliens:

- (1) Forest lands.
- (2) Fisheries.
- (3) Hunting grounds.
- (4) Salt fields.
- (5) Lands with mineral deposit.
- (6) Sources of water.
- (7) Lands lying within fortified and military areas and lands adjacent to the national frontiers.

The transfer referred to in the preceding paragraph shall not include the acquisition of land through inheritance. But the said land shall be disposed of to Chinese nationals within three years after the completion of the registration of inheritance.

If the land is not duly disposed of within this time limit, the competent Municipal or County (City) Government shall transfer it to the National Property Bureau for public

tendering. The procedure for public tendering provided by Article 73-1 shall, *mutatis mutandis*, apply.

The provisions referred to in the preceding paragraph shall, *mutatis mutandis*, apply to the acquisition of land, listed in (1) to (7) above, through inheritance before the revision of this Act, where the registration of inheritance has not yet been completed.

Article 18

Only those aliens may acquire or create rights over land in the Republic of China who are nationals of States that have diplomatic relations with the Republic of China and permit, according either to treaty or to their municipal Acts, Chinese nationals to enjoy the same rights in their respective countries.

Article 19

Aliens may acquire land of the following usages for self use, investment and public welfare, but the area and location of such land shall be subject to restrictions imposed according to Act by the competent Municipal or County (City) Government:

- (1) Residences.
- (2) Business place, office buildings, shops and factories.
- (3) Churches.
- (4) Hospitals.
- (5) Schools for the children of aliens.
- (6) Diplomatic and consular buildings and office buildings of organizations for the promotion of public welfare.
- (7) Cemeteries.
- (8) Investments helping important construction in the country, the economy as a whole, and agriculture and pasture, which have been approved by the central authority in charge of the business.

A regulation governing the procedure for application, documents to be attached, the method of examination and other regulatory matters shall be enacted by the Executive Yuan.

Article 20

In leasing or purchasing land for any one of the purposes specified in the preceding Article, aliens shall submit jointly with the original landowner a written request to the competent Municipal or County (City) Government for examination and approval.

Aliens shall file an application together with related documents to the competent Municipal or County (City) Government for approval if they intend to acquire land for the usages referred to in the preceding Article. This applies to where there is a change of usages for the land or a transfer of landownership except through inheritance. An acquisition according to Section (8) of the preceding Paragraph requires the advance approval of the central authority in charge of the business.

The Municipal or County (City) Government shall decide whether an application within the terms of the preceding paragraph is to be approved within 14 days of receipt and shall then refer the matter to the Central Land Administration for examination after approval.

Aliens shall use the land, acquired according to Section (8) of the preceding Paragraph, within the prescribed time limit and usage. Aliens shall apply to the central authority in charge of the business for an extension with full explanation of the causes, if they fail to use the land within the prescribed time limit. The competent Municipal or County (City) Government shall instruct the landowners, if they fail to use the land according to the prescribed time limit and usage, to dispose of their land within three years of receiving such notification. If they fail to dispose of the land after the expiration of the said period, the competent Municipal or County (City) Government may directly invite a public tender, and return the proceeds to the landowners. Any improvements thereto may be disposed of together.

Rules governing the procedure for public tender, the calculation of proceeds, the treatment of objections and other matters to follow, shall be formulated by the Executive Yuan.

2. The Land Registration Regulation

Article 4

The acquisition, creation, transfer, change, or nullification of the following land rights, shall be duly registered:

- (1) Ownership
- (2) Superficies
- (3) Permanent lease established prior to August 3, 2010
- (4) Real estate easement
- (5) Dien
- (6) Mortgage
- (7) Cultivation

- (8) Agricultural exploitation
- (9) Right in Rem created by custom

Any land right with a name different from any of those rights listed in Subparagraph (1) to (8) in the previous paragraph and the nature of the name being equivalent or similar to any one of the first eight subparagraphs in the previous paragraph, may be registered as the same right with added remark of the original name provided the Central Land Administration approves the equivalence or similarity of said name.

Article 6

The registration of any land right shall be deemed as duly completed after the said right has been entered into the official record, examined, and affixed with the seal(s) of the responsible registrar(s) pursuant to the due process provided by the Regulation.

The land registration, if processed by computer, shall be deemed as duly completed after the said right has been entered into the computer system and examined, and the concerning update(s) has been made to the main cadastral file(s).

3. Regulations Governing Land Acquisition by Foreigners for Investments in Major National Infrastructure Projects, Overall Economic Development, or Agricultural and Animal Husbandry Industries

Article 2

Investments in major infrastructure projects, overall economic development, or agricultural and animal husbandry industries mentioned in Item 8, Paragraph 1, Article 19 of the Law refer to:

1. Investment in major infrastructure projects means investment in projects approved by the central government authorities concerned or reported to Executive Yuan for approval.
2. Investment in overall economic development means investments as listed below:
 - (1) Development of tourist hotels, entertainment and tourist facilities, sport centers or stadiums.
 - (2) Residences and buildings.
 - (3) Industrial plants or factories.
 - (4) Development of industrial zones, business and industry complexes, high-technology scientific parks and other special zones.
 - (5) Tidal land.

(6) Public infrastructure construction.

(7) Development of new cities/towns and new communities, or urban renovation.

(8) Other permissible investments announced by the central government authorities concerned.

3. Investment in agricultural and animal husbandry industries means investments that comply with the categories and criteria of technical intensive and capital-intensive agriculture specified and announced by the Council of Agriculture (COA), Executive Yuan.

4. Civil Code

Article 422

A lease of real property for a period exceeding one year shall be executed in writing. If it is not so executed in writing, it is deemed to have been made for an indefinite period.

Article 422-1 (880421)

Leasing a land (station) for building a house, a lessee may demand a lessor to register superficies after a contract constituted.

Article 425 (880421)

A lease continues to exist to the transferee notwithstanding the lessor transfers the ownership of the thing leased to a third party after the lessor delivered the thing leased and the lessee has possessed such thing.

The provisions of preceding paragraph shall not apply to a lease of real property without notarizing, the period exceeding five years or an indefinite period.

Article 426-1 (880421)

Leasing a land (station) for building a house, when the lessee transfers the ownership of the house, the lease of land (station) continues to exist to the transferee of house.

Article 426-2

Leasing a land (station) for building a house, if the lessor sells the station, the lessee is entitled to have a first right to buy it according to the same condition. If the lessee sells the house, the owner of the land (station) is entitled to have a first right to buy it according to the same condition.

In the case specified in the paragraph, the seller shall notify the conditions of sale in writing to the person who has a first right to buy it. The person who has a first right to

buy it is deemed to give up his right, if he doesn't express his intent to buy it within ten days after the notice arrived. If the seller doesn't notify the person who has a first right to buy it and registers the ownership of transferring, he shall not against the person who has a first right to buy it.

Article 443

The lessee shall not sublet the thing leased to another person without the consent of the lessor. But if the thing leased is a house, the lessee may sublet a part of it to another person, unless otherwise agreed upon a contrary intention.

If the lessee sublets the thing leased to another person against the provisions of the preceding paragraph, the lessor may terminate the lease.

Article 444

If the lessee sublets the thing leased to another person in conformity with the provisions of the preceding article, the lease is still continuous between the lessor and the lessee.

The lessee is bound to compensate for injury arising from circumstances for which the sublessee shall be responsible.

Article 449 (880421)

The period of a lease shall not exceed twenty years. If a period longer than twenty years, such period is to be reduced to twenty years.

The period specified in the preceding paragraph may be renewed by the parties. Leasing a land (station) for building a house, the provisions of the first paragraph shall not be applied.

Article 450

When the lease is made for a definite period, the lease terminates at the end of such period.

If no such period has been specified for the termination of the lease, each party may terminate it at any time. However, if customs is in favor of the lessee, such customs shall be followed.

To terminate a lease as specified in the preceding paragraph a notice shall be given in advance according to customs, but if the rental of a real property is payable weekly, fortnightly or monthly, termination is effective only at the end of the calendar week, or fortnight, or month, and a notice shall be given at least one week or fortnight or month in advance.

Article 451

If, after the end of the lease, the lessee still continues to use the thing leased or to collect profits therefrom, and the lessor does not immediately express his intent to the contrary, the lease is deemed to be continued for an indefinite period.

Article 452

If the lessee died, his successor may terminate the lease by giving notice in advance according to the provisions of the third paragraph of Article 450, even if the lease was made for a definite period of date.

Article 757

No rights in rem shall be created unless otherwise provided by the statutes or customs.

Article 758

The acquirement, creation, loss and alternation of rights in rem of real property through the juridical act will not effect until the recordation has been made. The acts as specified of the preceding paragraph shall be made in writing.

Article 832

A general superficies is the right to use the land of another person with the purpose of constructing a building or other works thereon or thereunder.

Article 833-1

If the superficies without a definite duration has existed for more than twenty years, or the purpose of establishing the superficies has no longer existed, the court may, upon the request claim by the parties, fix the duration or terminate the superficies after considering the purpose of establishing the superficies as well as the type, nature, and using conditions of the building or works.

Article 834

If a superficies is of no rental, the superficiary may waive his/her right at any time.

Article 835

If the superficies has a fixed duration and an agreed-upon rental, the superficiary may waive his/her rights after having paid the rental for the next three years.

If the superficies has an indefinite duration and an agreed-upon rental, and the superficiary may waive his/her rights, by either notifying the landowner one year before the waiver, or paying one-year rental.

If the land cannot satisfy the original purpose of use for reasons not imputable to the superficiary, the superficiary may waive his/her rights after paying half of the rental as specified in the preceding two paragraphs. If the land cannot satisfy the original purpose of use for reason imputable to the landowner, the superficiary may waive his/her rights and therefore be exempted from paying the rental.

Article 836

Where the superficiary has delayed the payment of the rental which has accumulated to the amount equivalent to the total rental for two years, the landowner is entitled to fix a reasonable time and notified the superficiary to pay the rental, if the superficiary does not pay within the fixed period, the landowner is entitled to terminate the superficies, unless otherwise provided by the custom. If a mortgage is created on the superficies, the mortgagee shall also be informed about such notice.

If the agreement of rental has been registered, when the superficies is transferred, the rental owed by the former superficiary shall also be taken into consideration. The transferee is jointly and severally liable with the transferor for the rental owed by the former superficiary.

The termination as specified in the first paragraph shall be made by an expression of intent to the superficiary.

Article 836-1

When the ownership of the land is transferred, the rental paid in advance shall not be effective against a third party unless it has been registered.

Article 836-2

The superficiary shall use the land and acquire profits therefrom according to the purpose of creating such superficies and the agreed method of use. If the method of use has not been agreed upon, the nature of the land shall be followed. However, the sustainable use for the land shall be maintained in following either one.

The agreed method of use as specified in the preceding paragraph shall not be effective against a third party unless it has been registered.

Article 836-3

When the superficiary violates the provision of the first paragraph of the preceding article, the landowner is entitled to terminate the superficies if the superficiary ignores his inhibition. If a mortgage is created on the superficies, the mortgagee shall also be informed about such inhibition.

Article 838

The superficiary is entitled to transfer his/her rights to another person or create a mortgage, unless otherwise provided by the agreement of contract or the custom.

The agreement as specified in the preceding paragraph shall not be effective against a third person unless it has been registered.

A building or other works and the superficies thereon cannot be separately transferred or created other rights.

Article 839

When the superficies is extinguished, the superficiary is entitled to take his works back provided that the status quo ante of the land shall be restored.

If the superficiary does not take his works back within a month after the superficies is extinguished, those works belong to the landowner, and if it obstructs the use of the land, the landowner is entitled to have the status quo ante restored.

The superficiary shall inform the landowner before he takes his works back. If the landowner would like to purchase them at current market price, the superficiary can not refuse to sell without a good cause.

Article 840

Where the work of the superficiary is a building and the superficies is extinguished due to expiration, the superficiary is entitled to fix a period more than a month before the expiration, and request the landowner to compensate him according to the current market price of such building. However if it is otherwise provided by the agreement of contract, such agreement shall be followed.

The landowner refuses the request for compensation as specified in the preceding paragraph or does not respond within the period fixed, the duration of superficies shall consider to be extended. If the superficiary refuses to extend, he is not entitled to request for compensation as specified in the preceding paragraph.

If the current market price as specified in the first paragraph cannot be agreed upon, the superficiary or the landowner may apply to a court to determine it. The provision of the preceding paragraph shall be applied if the landowner refuses to compensate according to the current market price decided.

Extending the duration according to the second paragraph, the duration shall be determined by agreement between the landowner and superficiary. If such an agreement cannot be reached, they can apply to a court for a judgment to determine it by taking the interest of using the building and the land into consideration.

The provisions of the first and the second paragraph shall not apply after the expiration as specified in the preceding paragraph, except there is an agreement between the land owner and the superficiary.

Article 841

A superficies is not extinguished by virtue of the loss or destruction of the building or other works.

Article 911

Dian is, by delivering a price, the right to use and collect profits on a real property of another person, and the ownership of such real property is acquired if the said person refuses to redeem.

Article 912

The period of dian cannot exceed thirty years. If a period exceeding thirty years has been agreed upon, such period is to be reduced to thirty years.

Article 913

If a period of a dian less than fifteen years has been agreed upon, a clause, which provides that the property not redeemed on the date of expiration will be considered sold without a right of redemption, cannot be included in the contract.

If a clause, which provides that the property not redeemed on the date of expiration will be considered sold without a right of redemption, has been agreed upon, the dian-holder acquires the ownership of the property dianaed if the dian-maker refuses to redeem at the original dian price on the date of expiration.

A clause, which provides that the property not redeemed on the date of expiration will be considered sold without a right of redemption, shall not be effective against a third party unless it has been registered.

Article 915

For the duration of the dian, the dian-holder may sub-dian or lease the property dianaed to another person. Unless it is otherwise provided by agreement or by customs, such agreement or custom shall apply.

If the dian's duration has been fixed, the duration of the sub-dian or lease cannot exceed that of the original dian. In the absence of such fixed duration, the sub-dian or lease shall not have a fixed duration.

The price for the sub-dian cannot exceed the price of the original dian.

If the land and the buildings thereon belong to the same person, and a dian is created for one person, the dian-holder shall not separately sub-dian or dispose of the property dianed.

Article 916

The dian-holder is liable to compensate for any injury caused to the property dianed resulting from the sub-dian or lease.

Article 917

The dian-holder may transfer the dian to another person or create a mortgage.

If the property dianed is a land, and the dian-holder has a building thereon, the dian and such building cannot be separately transferred or disposed of.

Article 918

The dian-maker may after the creation of the dian transfer the property dianed to another person. However, the dian remains un-affected

Article 919

When the dian-maker sells the property dianed to another person, the dian-holder has the right of first purchasing under the same terms and conditions.

In the case of the preceding paragraph, the dian-maker shall notify the dian-holder in writing accordingly. If the dian-holder fails to express his intent of purchasing in writing under the same terms and conditions within ten days after receiving the notice of sell, his right of first purchasing is deemed waived.

If the dian-maker violates the provision of notice of the preceding paragraph and transfers the ownership of the property dianed, such transfer shall not be effective against the dian-holder.

Article 920

If, for the duration of the dian, the property dianed has been wholly or partially destroyed by force majeure, both the dian and the right of redemption are extinguished in respect to the part destroyed.

In the case of the preceding paragraph, if the dian-maker redeems the part remaining, he may deduct from original price received for the dian the price for the dian of the destroyed part. The price for the dian of the destroyed part is calculated according to the proportion of the value which the part destroyed had at the time of such destruction and the value which the property dianed had at the time of such destruction.

Article 921

If, for the duration of the dian, the property dianed is wholly or partially destroyed by force majeure, the dian-holder may reconstruct or repair the property dianed within the value which the part destroyed had at the time of such destruction, unless otherwise agreed by the dian-maker. Original dian is deemed continually existing on the reconstruction.

Article 922

If, for the duration of the dian, the property dianed is wholly or partially destroyed due to the dian-holder's fault, he is liable for such destruction to the extent of the amount of the price given for the dian. However, if the destruction is caused by his intentional actions or gross negligence, he shall compensate for further injury, in addition to that covered by the price given for the dian.

Article 922-1

A reconstruction is financed by the compensation received from the loss of the property dianed, the original dian shall be deemed as continuously existing upon the reconstructed property.

Article 923

If a period has been fixed for the duration of the dian, the dian-maker may redeem the property dianed at the original price received for the dian after the end of such period.

If the dian-maker does not redeem the property dianed at the original price received for the dian within two years from the end of the said period, the dian-holder acquires the ownership of the property dianed.

Article 924

If no period has been fixed for the duration of the dian, the dian-maker may redeem the property dianed at any time at the original price received for the dian. However, if it is not redeemed within thirty years from the creation of the dian, the dian-holder acquires the ownership of the property dianed.

Article 925

The redemption made by the dian-maker shall be informed to the dian-holder six months beforehand.

ภาคผนวก จ

เอกสารที่ใช้ประกอบการจดทะเบียนการเช่าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรมตาม
พระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542

ตามกฎกระทรวง (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเข้าสังหาริมทรัพย์ เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 การจดทะเบียนการเข้าตามกฎหมายฉบับนี้ คู่สัญญาจะต้องจัดทำหรือจัดให้มีเอกสารดังต่อไปนี้เพื่อใช้ประกอบการจดทะเบียนการเข้าเพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม คือ

1. แผนงานโครงการเกี่ยวกับการลงทุนในกิจการพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมที่จะทำการเข้าโดยอย่างน้อยต้องแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับแผนการใช้ที่ดิน แหล่งที่มา และจำนวนของเงินทุน ระยะเวลาดำเนินการตามขั้นตอนของการประกอบกิจการและรายละเอียดการจ้างแรงงาน
2. รายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ
3. หนังสือรับรองจากผังเมืองจังหวัดหรือการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยว่าที่ดินที่จะขอเข้าอยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นประเภทพาณิชย์กรรมหรืออุตสาหกรรมตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง หรืออยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย
4. หลักฐานการยื่นคำขอหรือการได้รับอนุญาตหรือได้รับความเห็นชอบจากหน่วยงานของรัฐหรือองค์การของรัฐที่เกี่ยวข้อง
5. หลักฐานการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักร หรือหลักฐานบัญชีเงินตราต่างประเทศ หรือหลักฐานบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศในกรณีและผู้ขอจดทะเบียนเป็นคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา 97 ประมวลกฎหมายที่ดิน

ตามระเบียบของกรมที่ดิน⁶⁰² ได้วางแนวปฏิบัติเกี่ยวกับหลักฐานตามข้อ 5. มีรายละเอียดดังต่อไปนี้

5.1 กรณีหลักฐานการนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักร เพื่อขอจดทะเบียนการเข้าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ให้แสดงหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) หลักฐานแบบสำแดงเงินตราต่างประเทศซึ่งออกให้โดยเจ้าหน้าที่กรมศุลกากร (Foreign Currency Declaration Form the Customs Department)

⁶⁰² ระเบียบกรมที่ดินว่าด้วยการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับการเข้าสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการเข้าสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 พ.ศ. 2552.

(ข) การนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรก่อนวันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2534 ให้ใช้หลักฐานการเสนอขายเงินตราต่างประเทศตามแบบ ล.ป.71 ก. หรือ ล.ป.71 ข. ซึ่งลงลายมือชื่อและประทับตราธนาคารในช่องตัวแทนรับอนุญาตของแบบดังกล่าว

(ค) การนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2534 ถึงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2543 ให้ใช้หลักฐานสำเนาแบบ ธ.ต.3 หรือหนังสือที่ธนาคารรับอนุญาตได้รับรองการรับซื้อเงินตราต่างประเทศหรือนำเงินตราต่างประเทศเข้าฝากในบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ

(ง) การนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักรตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543 ถึงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2547 ให้ใช้หลักฐานแบบ ธ.ต.3 (ก) หรือหลักฐานแบบ ธ.ต.3 (ข) หรือหลักฐานใบรับซื้อเงินตราต่างประเทศซึ่งออกให้โดยบริษัทรับอนุญาตหรือบุคคลรับอนุญาตเป็นผู้รับซื้อเงินตราต่างประเทศ โดยมีหลักฐานของบริษัทรับอนุญาตหรือบุคคลรับอนุญาตที่ออกให้โดยธนาคารแห่งประเทศไทยแนบประกอบด้วย หรือให้ใช้หนังสือที่ธนาคารรับอนุญาตได้รับรองการรับซื้อเงินตราต่างประเทศ หรือนำเงินตราต่างประเทศ เข้าฝากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ

(จ) การนำเงินตราต่างประเทศเข้ามาในราชอาณาจักร ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2547 เป็นต้นไป ให้ใช้หลักฐานแบบการทำธุรกรรมเงินตราต่างประเทศ หรือใบรับซื้อเงินตราต่างประเทศซึ่งออกให้โดยบริษัทรับอนุญาต หรือบุคคลรับอนุญาตเป็นผู้รับซื้อเงินตราต่างประเทศ โดยมีหลักฐานของบริษัทรับอนุญาต หรือบุคคลรับอนุญาตที่ออกให้โดยธนาคารแห่งประเทศไทยแนบประกอบด้วย หรือให้ใช้หนังสือที่ธนาคารรับอนุญาตได้รับรองการรับซื้อเงินตราต่างประเทศ หรือนำเงินตราต่างประเทศเข้าฝากในบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ

5.2 กรณีการถอนเงินจากบัญชีเงินบาทของบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศ เพื่อขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ทั้งกรณีที่เป็นบัญชีของคนต่างด้าวหรือไม่ใช่บัญชีของคนต่างด้าว ให้แสดงหลักฐานหนังสือรับรองของธนาคารพาณิชย์ซึ่งรับรองการถอนเงินจากบัญชีเงินฝากที่เป็นเงินบาทของผู้ที่มีถิ่นที่อยู่นอกประเทศ

5.3 กรณีการถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ เพื่อขอจดทะเบียนการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม ให้แสดงหลักฐานอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(ก) ในกรณีที่เป็นกรณการถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ ตั้งแต่วันที่ 28 เมษายน พ.ศ. 2542 ถึงวันที่ 31 ตุลาคม พ.ศ. 2543 ให้ใช้หลักฐานแบบ ธ.ต.3 ที่ธนาคารพาณิชย์จัดให้ผู้ขายเงินตราต่างประเทศยื่นประกอบการขอขายเงินตราต่างประเทศ หรือหลักฐานที่ธนาคารพาณิชย์ออกให้แก่ลูกค้า หรือหนังสือรับรองของธนาคารในการรับซื้อเงินตราต่างประเทศ

(ข) ในกรณีที่เป็นกรณการถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ ตั้งแต่วันที่ 1 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543 ถึงวันที่ 31 มีนาคม พ.ศ. 2547 ให้ใช้หลักฐานแบบ ธ.ต.3 (ก) หรือหลักฐานแบบ ธ.ต.3 (ข) หรือให้ใช้หลักฐานที่ธนาคารพาณิชย์ออกให้แก่ลูกค้า หรือหนังสือรับรองของธนาคารในการรับซื้อเงินตราต่างประเทศ

(ค) การถอนเงินจากบัญชีเงินฝากเงินตราต่างประเทศ ตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน พ.ศ. 2547 เป็นต้นไป ให้ใช้หลักฐานแบบการทำธุรกรรมเงินตราต่างประเทศที่ธนาคารพาณิชย์จัดให้ผู้ขายเงินตราต่างประเทศยื่นประกอบการขอขายเงินตราต่างประเทศ หรือหลักฐานที่ธนาคารพาณิชย์ออกให้แก่ลูกค้าหรือหนังสือรับรองของธนาคารในการรับซื้อเงินตราต่างประเทศ

นอกจากนี้ ตามกฎกระทรวง ฉบับที่ 2 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติการเช่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อพาณิชย์กรรมและอุตสาหกรรม พ.ศ. 2542 กำหนดให้ในกรณีที่ผู้เช่าเป็นคนต่างด้าวและนิติบุคคลตามมาตรา 97 ประมวลกฎหมายที่ดิน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจสอบเอกสารหลักฐานการอนุญาตประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว และให้จัดทำแบบตรวจสอบหลักฐานกรณีคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลตามมาตรา 97 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินขอจดทะเบียนเช่า เช่าช่วง หรือรับโอนสิทธิการเช่า เช่น สำเนาหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินแปลงที่ขออนุญาต สำเนาใบสำคัญประจำตัวคนต่างด้าว สำเนาหนังสือเดินทางที่เจ้าหน้าที่ออกให้ หรือในกรณีนิติบุคคลต่างด้าวต้องมีหลักฐานเกี่ยวกับบริษัท ได้แก่ หลักฐานการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล หนังสือบริคณห์สนธิและข้อบังคับ วัตถุประสงค์ บัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น และรายงานการประชุม

ภาคผนวก ข
แบบฟอร์มกรมที่ดินบันทึกซื้อขายและผู้ถือหุ้น (บุคคลสัญชาติไทย)



**บันทึกถ้อยคำผู้ถือหุ้น (บุคคลสัญชาติไทย)
กรณีนิติบุคคลขอได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับบ่อสงฆาริมทรัพย์**

ที่ดิน

ระวาง 5136 III 80xx-xx ตำบล ท่าทราย
เลขที่ 7 หน้าสำรวจ 153xx อำเภอ เมืองนนทบุรี
โฉนดหมายเลขที่ 12345 จังหวัด นนทบุรี

ที่ว่าการ สำนักงานที่ดินจังหวัดนนทบุรี

วันที่ 15 เดือน มีนาคม พ.ศ. 2554

ข้าพเจ้า นายเจริญ ชื่นนิยม บัตรประจำตัวประชาชน 3 4455 88889 345
อายุ 45ปี เชื้อชาติ ไทย สัญชาติ ไทย บิดา/มารดาชื่อ นายตั้งอยู่ - นางยิ้มแย้ม
อยู่ที่บ้าน / หมู่บ้าน - เลขที่ 11/12 ตรอก/ซอย งามวงศ์วาน 55 ถนน งามวงศ์วาน หมู่ที่ -
ตำบล/แขวง บางกระสอ อำเภอ/เขต เมือง จังหวัด นนทบุรี หมายเลขโทรศัพท์ -
ขอปฏิญาณตนและให้ถ้อยคำต่อ เจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดนนทบุรี
ด้วยความสัตย์จริง ดังต่อไปนี้

๑. ข้าพเจ้าเป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ยิงบัวทอง จำกัด ถือหุ้นจำนวน 255 หุ้น มีมูลค่า 255,000 บาท
ข้าพเจ้าประกอบอาชีพ พ่อค้า โดยทำงานที่ เป็นเวลา ปี มีรายได้เดือนละ
บาท (บาทถ้วน) ปรากฏตามหลักฐาน (หนังสือรับรองของสถานประกอบการ ฯลฯ) โดยเงินที่ซื้อ
หุ้น ข้าพเจ้านำมาจาก (เงินสะสม / ขายที่ดิน / รับมรดก / กู้ยืมมา ฯลฯ) ปรากฏตามหลักฐาน (บัญชีเงินฝากธนาคาร /
หนังสือสัญญาขายที่ดิน / หลักฐานการรับมรดก / สัญญากู้ยืม ฯลฯ)

๒. ข้าพเจ้าขอยืนยันว่าไม่ได้ถือหุ้นแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวแต่อย่างใด ข้าพเจ้าทราบว่าการถือ
ที่ดินแทนคนต่างด้าวหรือนิติบุคคลต่างด้าวเป็นความผิดตามมาตรา ๑๑๓ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน และมีความผิด
ฐานแจ้งข้อความอันเป็นเท็จแก่เจ้าพนักงาน ตามมาตรา ๑๓๗ แห่งประมวลกฎหมายอาญา โดยอธิบดีมีอำนาจจำหน่าย
ที่ดิน

๓. ข้าพเจ้าขอรับรองว่าข้อความข้างต้นเป็นความจริงทุกประการ จึงลงลายมือชื่อไว้เป็นหลักฐาน

หมายเหตุ ให้แนบหลักฐานที่อ้าง
มาประกอบการพิจารณา

ลงชื่อ.....ผู้ให้ถ้อยคำ
ลงชื่อ.....พยาน
ลงชื่อ.....พยาน
ลงชื่อ.....เจ้าพนักงานที่ดิน

ภาคผนวก ข

ตัวอย่างหนังสือมอบอำนาจ เรื่อง ให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการซื้อที่ดินของบริษัทที่มีคนต่างดาว
เป็นผู้ถือหุ้น

หนังสือมอบอำนาจ

เรื่อง ให้ถ้อยคำเกี่ยวกับการซื้อที่ดินของบริษัทที่มีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้น

เขียนที่ 11/12 ถ.งามวงศ์วาน

ต.บางกระสอ อ.เมือง จ.นนทบุรี

วันที่ 15 เดือน มีนาคม พุทธศักราช 2554

โดยหนังสือฉบับนี้ข้าพเจ้า นายเจริญ ชื่นนิยม อายุ 45 ปี เชื้อชาติไทย สัญชาติไทย อยู่บ้านเลขที่ 11/12 ถนนงามวงศ์วาน ตำบลบางกระสอ อำเภอเมือง จังหวัดนนทบุรี ขอมอบอำนาจให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งที่มีรายชื่อดังต่อไปนี้

นายเที่ยง ตรงเวลา อายุ 43 ปี เชื้อชาติไทย สัญชาติไทย บุตรนายเช่า - นางปาย อยู่บ้านเลขที่ 912 แขวงท่าแร้ง เขตบางเขน กรุงเทพมหานคร หรือ

นายสาย สายเสมอ อายุ 40 ปี เชื้อชาติไทย สัญชาติไทย บุตรนายเย็น - นางคำ อยู่บ้านเลขที่ 518/602 ถนนสวรรควิถี ตำบลนครสวรรค์ตก อำเภอเมือง จังหวัดนครสวรรค์

เป็นผู้มีอำนาจจัดการ ให้ถ้อยคำต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในฐานะที่เป็นผู้ถือหุ้นของบริษัท ยิงบัวทอง จำกัด จำนวน 255 หุ้น คิดเป็นเงินจำนวน 255,000 บาท (สองแสนห้าหมื่นห้าพันบาทถ้วน) ตลอดจนให้มีอำนาจรับรองเอกสารและให้ถ้อยคำต่างๆ ต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ แทนข้าพเจ้าจนเสร็จการ การใดที่ผู้รับมอบอำนาจได้กระทำไปภายใต้หนังสือมอบอำนาจฉบับนี้ ถือเสมือนว่าข้าพเจ้าได้กระทำด้วยตนเองทุกประการ และยินยอมให้ผู้รับมอบอำนาจเป็นตัวแทนของอีกฝ่ายหนึ่งได้ด้วย

เพื่อเป็นหลักฐานแห่งการนี้ ข้าพเจ้าได้ลงลายมือชื่อและประทับตราบริษัทไว้เป็นสำคัญต่อหน้าพยานแล้ว

ลงชื่อ _____ ผู้มอบอำนาจ

(นายเจริญ ชื่นนิยม)

ข้าพเจ้าขอรับรองว่าเป็นลายมือชื่ออันแท้จริงของผู้มอบอำนาจ และผู้มอบอำนาจได้ลงลายมือชื่อต่อหน้าข้าพเจ้า

ลงชื่อ _____ พยาน

()

ลงชื่อ _____ พยาน

()

ภาคผนวก ซ

แบบคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมและการสอบสวนสิทธิในที่ดิน ประเภท เช่า (มีเงื่อนไข
เวลา)

(ท.ค. ๑)

ตัวอย่าง



- ที่บ้าน
- ที่สวน / ไร่
- ที่
- ที่
- นอกเขต
- ในเขต

คำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม
และการสอบสวนสิทธิในที่ดิน ประเภท เช่ามีกำหนด..... (มีเงื่อนไขเวลา)

ผู้ยื่นคำขอ ๑ ค
 ราษฎร ๒ ๐ ตำบล บางลำพู
 เลขที่ดิน ๑๑ อำเภอ พระนคร
 หน้าสำรวจ ๑๑ จังหวัด กรุงเทพมหานคร

โฉนดที่ดิน
 เลขที่ ๑๑ เล่ม หน้า
 จำนวนที่ดิน ๑ ไร่ งาน ตารางวา

๑. จำหน่ายผู้ยื่นคำขอไปนี้ มีความประสงค์ขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับสิทธิในที่ดินดังกล่าวข้างบนนี้ และได้ปฏิบัติตามแล้ว
 ขอให้ได้ออกคำด้วยความสุจริตใจ ถ้าจำนำให้ได้ออกคำไม่เป็นความจริงจึงไม่ใช้ได้ออกคำนี้อันจำนำในทางคดีอาญาได้

๒. จำหน่าย นาย ก. ผู้ ให้เช่า

อายุ ปี สัญชาติ บิดา/มารดาชื่อ
 โสด หม้าย คู่สมรสชื่อ
 อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน เลขที่ ตรอก/ซอย ถนน
 หมู่ที่ ตำบล/แขวง อำเภอ/เขต จังหวัด
 หมายเลขโทรศัพท์
 ๓. จำหน่าย นาย ข. ผู้ เช่า

อายุ ปี สัญชาติ บิดา/มารดาชื่อ
 โสด หม้าย คู่สมรสชื่อ สัญชาติ
 อยู่ที่บ้าน/หมู่บ้าน เลขที่ ตรอก/ซอย ถนน
 หมู่ที่ ตำบล/แขวง อำเภอ/เขต จังหวัด
 หมายเลขโทรศัพท์

๔. จำหน่ายเอกสารการสิทธิ์ที่ขอทำนิติกรรมนี้เป็นเงิน บาท สตางค์
 ๕. จำหน่ายกรอกประวัติ
 (๑) จำหน่ายไม่ได้ยื่นโฉนดแทนหรือเพื่อประโยชน์แก่บุคคลอื่นใด
 (๒) รวบรวมทรัพย์สินใน ๕. เป็นราคาทั้งหมดจริง
 (๓) เข้าเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัย มีกำหนด นับแต่วันที่ (ในอนาคต)
 (๔) ชำระค่าเช่าเดือนละ ภายในวันที่ ๑๐ ของทุกเดือน

(๕) ผู้เช่ายินยอมให้เช่าช่วงได้ วันที่ เดือน พ.ศ.
 (๖) ข้อตกลงอื่น ๆ เช่นไปตาม ลงชื่อ นาย ก. ผู้ขอ ให้เช่า
 สัญญาต่อท้าย ลงชื่อ นาย ข. ผู้ขอ เช่า
 ลงชื่อ ผู้สอบสวน
 (.....)

สำหรับพนักงานเจ้าหน้าที่
 ๑) วัตถุประสงค์ทุนทรัพย์ บาท สตางค์
 ๒) โฉนดที่ดินหมายเลข เลขที่ดิน หน้าสำรวจ
 โฉนดที่ดินเลขที่ เล่ม หน้า
 จำนวนที่ดิน ไร่ งาน ตารางวา
 กงเหลือ ไร่ งาน ตารางวา
 ๓) ได้จดทะเบียนแล้วแต่วันที่ เดือน พ.ศ.

หมายเหตุ ข้อความที่มีเครื่องหมาย / ลงชื่อ
 ใช้กึ่งวงเล็บ (.....)
 เจ้าหน้าที่ที่ดิน

f การเช่ารายผู้ดำรงตำแหน่งผู้มีถิ่นกำเนิดใน.....

หมายเหตุ ๑. ให้ทำเครื่องหมาย ใน หน้าข้อความที่ต้องการ.
 ๒. ให้ขีดฆ่าข้อความที่ไม่ต้องการออก.

ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางสาวอรวดี ลีวรรณวัฒน์ เกิดเมื่อวันที่ 12 กันยายน พ.ศ. 2528 สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาวิทยาศาสตรบัณฑิต จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปีการศึกษา 2550 สอบไล่ได้ความรู้ชั้นเนติบัณฑิต ตามหลักสูตรของสำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 61 ปีการศึกษา 2551 และเข้ารับการศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายเอกชนและธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปีการศึกษา 2552 ขณะที่กำลังศึกษาทำงานที่บริษัท เบเคอร์ แอนด์ แม็คเคนซี จำกัด ถึงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554