

หลักเกณฑ์การขอได้มาซึ่งที่ดิน ของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น

อวยชัย คุณากาญจน์*

ปัญหาการหลีกเลี่ยงกฎหมายการห้ามถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดินของคนต่างด้าวในประเทศไทยนั้น เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นมานาน ซึ่งในปัจจุบันปัญหาดังกล่าวได้มีความรุนแรงและมีรูปแบบที่สลับซับซ้อนมากขึ้นยากต่อการตรวจสอบ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเป็นการให้คนไทยถือกรรมสิทธิ์ที่ดินแทน การตั้งบริษัทขึ้นโดยให้คนไทยถือหุ้นแทน(นอมินี)โดยให้บริษัทที่ตั้งขึ้นถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดิน หรือการจดทะเบียนสมรสกับคนไทยและให้คู่สมรสที่เป็นคนไทยถือกรรมสิทธิ์ที่ดินแทน กรมที่ดินกระทรวงมหาดไทยซึ่งมีหน้าที่ดูแลรับผิดชอบโดยตรงในการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายที่ดินก็ได้พยายามหาทางแก้ไขปัญหาดังกล่าว ดังจะเห็นได้จากหลักเกณฑ์และมาตรการต่าง ๆ ที่กระทรวงมหาดไทยและกรมที่ดินนำออกมาใช้^{*}

หลักเกณฑ์การขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นก็เป็นมาตรการหนึ่งที่กรมที่ดินได้กำหนดขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว แต่ดูเหมือนว่าหลักเกณฑ์การขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นที่ออกมานั้นยังไม่สามารถแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้ ทั้งนี้ไม่ว่าจะเกิดจากแนวทางการปฏิบัติของกรมที่ดินตามที่ปรากฏในคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น หรือความยากในตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงรายชื่อผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่มีต่างด้าวถือหุ้น เพราะหน่วยงานที่มีข้อมูลการเปลี่ยนแปลงรายชื่อผู้ถือหุ้น คือ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ไม่ใช่

* คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหัวเฉียวเฉลิมพระเกียรติ

* (๑) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๖๑๐/ว ๐๗๗๒๗ ลงวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๓๕ (๒) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๗๑๐/ว ๑๘๐๘๘ ลงวันที่ ๗ กรกฎาคม ๒๕๓๕ (๓) หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๒๖๕๗ ลงวันที่ ๕ สิงหาคม ๒๕๔๖ (๔) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๑๓๗๒๕ ลงวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๔๘ (๕) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๑๒๐๑๓ ลงวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๔๙ (๖) หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๑๕๖๒ ลงวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๔๙ (๗) หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๒๔๓๐ ลงวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๔๙ (๘) หนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๒๒๒๗ ลงวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๕๑ (๙) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๑๕.๒/ว ๒๓๖๑๓ ลงวันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๕๒ และ (๑๐) หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๑๕.๒/ว ๓๓๖๖๘ ลงวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๒

กรมที่ดินกระทรวงมหาดไทย การตรวจสอบการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้นจึงต้องอาศัยความร่วมมือของทั้งสองกระทรวง ซึ่งทำให้เกิดความล่าช้าในการตรวจสอบรายชื่อผู้ถือหุ้นที่เปลี่ยนแปลงไป นอกจากนี้ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์การโอนหุ้นจะมีผลสมบูรณ์และนำมาใช้แก่บริษัทหรือบุคคลภายนอกได้ นั้นเพียงแต่ได้จดทะเบียนการโอนทั้งชื่อและที่อยู่ของผู้รับโอนนั้นลงในสมุดทะเบียนผู้ถือหุ้นเท่านั้น^๒ กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าการโอนหุ้นจะสมบูรณ์ต่อเมื่อได้ทำการจดทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้นกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า ดังนั้นจึงเป็นไปได้ที่บริษัทหรือผู้โอนและผู้รับโอนจะไม่ดำเนินการจดทะเบียนรายชื่อผู้ถือหุ้นกับกรมพัฒนาธุรกิจการค้า

บทความนี้มุ่งที่จะกล่าวถึงหลักกฎหมายที่อนุญาตให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ที่ดินและวิเคราะห์ถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากแนวทางการพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าว ตามหลักการในคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นของกรมที่ดินเท่านั้น โดยจะไม่วิเคราะห์ถึงแนวทางปฏิบัติและการตีความคำว่าต่างด้าวในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๕๒ ที่แตกต่างไปจากประมวลกฎหมายที่ดิน

หลักกฎหมายไทยที่อนุญาตให้ต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

กฎหมายของประเทศไทยนั้นโดยหลักห้ามมิให้คนต่างด้าวถือกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เว้นแต่คนต่างด้าวจะได้มาซึ่งที่ดินในกรณีดังต่อไปนี้

๑. อาศัยบทสนธิสัญญา ซึ่งบัญญัติให้มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ได้ และอยู่ในบังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ด้วย^๓ โดยจำนวนที่ดินที่อนุญาตให้ถือในนั้นมีหลักดังนี้ (๑) ที่อยู่อาศัย ครอบครัวละไม่เกิน ๑ ไร่ (๒) ที่ใช้เพื่อพาณิชยกรรม ไม่เกิน ๑ ไร่ (๓) ที่ใช้เพื่ออุตสาหกรรม ไม่เกิน ๑๐ ไร่ (๔) ที่ใช้เพื่อเกษตรกรรม ครอบครัวละไม่เกิน ๑๐ ไร่ (๕) ที่ใช้เพื่อการศาสนา ไม่เกิน ๑ ไร่ (๖) ที่ใช้เพื่อการกุศลสาธารณะ ไม่เกิน ๕ ไร่ (๗) ที่ใช้เพื่อการสุสาน ตระกูลละไม่เกิน ๑/๒ ไร่

คนต่างด้าวผู้ใดต้องการมีสิทธิ์ในที่ดิน เพื่อการอุตสาหกรรมเกินกว่าที่บัญญัติไว้ใน (๓) ถ้าเห็นเป็นการสมควรคณะรัฐมนตรีจะอนุญาตให้ได้มาซึ่งที่ดินเกินกว่าจำนวนที่กำหนดไว้โดยกำหนด เงื่อนไขก็ได้^๔

^๒ มาตรา ๑๑๒๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

^๓ มาตรา ๘๖ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗

^๔ มาตรา ๘๗ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗

๒. นำเงินมาลงทุนตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง ซึ่งต้องไม่ต่ำกว่าสี่ล้านบาท โดยให้ได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยได้ไม่เกินหนึ่งไร่และต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรี^๕ โดยการได้มาซึ่งที่ดินตามมาตรานี้จะต้องเป็นไปตามกฎกระทรวง เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๕ (ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๔๕) ซึ่งมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

- คนต่างด้าวต้องนำเงินมาลงทุนในธุรกิจหรือกิจการ ประเภทหนึ่งประเภทใด ดังต่อไปนี้ (ก) การซื้อพันธบัตรรัฐบาลไทย พันธบัตรธนาคารแห่งประเทศไทย พันธบัตร รัฐวิสาหกิจ หรือพันธบัตรที่กระทรวงการคลังค้ำประกันต้นเงินหรือดอกเบี้ย (ข) การลงทุนในกองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์ กองทุนรวมอสังหาริมทรัพย์เพื่อแก้ไข ปัญหาในระบบสถาบันการเงิน หรือกองทุนรวมเพื่อแก้ไขปัญหาในระบบสถาบันการเงิน ที่จัดตั้งขึ้นตาม กฎหมายว่าด้วยหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (ค) การลงทุนในหุ้นเรือนหุ้นของนิติบุคคลที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามกฎหมาย ว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน (ง) การลงทุนในกิจการที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนได้ประกาศให้เป็นกิจการ ที่สามารถขอรับการส่งเสริมการลงทุนได้ตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน

- ระยะเวลาการดำรงการลงทุนต้องไม่น้อยกว่าห้าปี
- บริเวณที่ดินที่อนุญาตให้คนต่างด้าวได้มาต้องอยู่ภายในเขตกรุงเทพมหานคร เขตเมืองพัทยา หรือเขตเทศบาล หรืออยู่ภายในบริเวณที่กำหนดเป็นเขตที่อยู่อาศัยตามกฎหมายว่าด้วย การผังเมือง และต้องอยู่นอกเขตปลอดภัยในราชการทหารตามกฎหมายว่าด้วยเขตปลอดภัยในราชการทหาร^๖

๓. ได้รับมรดกในฐานะที่เป็นทายาทโดยธรรม^๗

๔. การถือกรรมสิทธิ์ในห้องชุด^๘

๕. ได้รับอนุญาตจากสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนให้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินได้เพื่อประกอบกิจการที่ได้รับการส่งเสริมการลงทุนตามจำนวนที่คณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนพิจารณาเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น^๙

^๕ มาตรา ๔๖ ทวิ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗

^๖ กฎกระทรวง เรื่องการกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการได้มาซึ่งที่ดินเพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยของคนต่างด้าว พ.ศ. ๒๕๔๕ (ประกาศใช้เมื่อวันที่ ๑๘ มกราคม พ.ศ. ๒๕๔๕)

^๗ มาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗

^๘ มาตรา ๑๔ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. ๒๕๒๒

^๙ มาตรา ๒๗ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการลงทุน พ.ศ. ๒๕๒๐

๖. ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินในนิคมอุตสาหกรรมหรือในเขตอุตสาหกรรมส่งออก ในกรณีที่เป็นผู้ประกอบการอุตสาหกรรมและผู้ประกอบการค้าเพื่อส่งออกอาจเพื่อประกอบกิจการได้ตามจำนวนเนื้อที่ที่คณะกรรมการการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทยเห็นสมควร แม้ว่าจะเกินกำหนดที่จะพึงมีได้ตามกฎหมายอื่น^{๑๐}

๗. ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการปิโตรเลียมให้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการปิโตรเลียมได้เท่าที่จำเป็น ทั้งนี้แม้ว่าจะเกินกำหนดที่พึงจะมีได้ตามกฎหมายอื่น^{๑๑}

๘. สาขาของธนาคารต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังให้ประกอบกิจการธนาคารพาณิชย์ในประเทศไทย ถือครองที่ดินเพื่อใช้เป็นสถานที่สำหรับดำเนินธุรกิจ หรือสำหรับพนักงานและลูกจ้างของธนาคาร โดยได้รับความเห็นชอบจากธนาคารแห่งประเทศไทย หรือได้มาจากการชำระหนี้หรือจากการประกันการให้สินเชื่อหรือจากการซื้อสิ่งหามทรัพย์ที่จำนองไว้แก่ธนาคารพาณิชย์นั้นจากการขายทอดตลาดโดยคำสั่งศาลหรือเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์^{๑๒}

๙. บริษัทประกันชีวิตต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ให้เปิดสาขาเพื่อประกอบธุรกิจประกันชีวิตในประเทศไทย^{๑๓}

๑๐. บริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศที่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ให้เปิดสาขาเพื่อประกอบธุรกิจประกันวินาศภัยในประเทศไทย^{๑๔}

คำนิยาม “คนต่างด้าว” ตามประมวลกฎหมายที่ดิน

สำหรับลักษณะของบุคคลธรรมดาที่ได้มีคำนิยามไว้ในพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘

^{๑๐} มาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒

^{๑๑} มาตรา ๖๕ แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔

^{๑๒} มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติการธนาคารพาณิชย์ พ.ศ. ๒๕๐๕

^{๑๓} มาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติประกันชีวิตและกฎกระทรวงฉบับที่ ๔ (พ.ศ. ๒๕๓๘) ว่าด้วย หลักเกณฑ์ และวิธีการ การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต และการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันชีวิต โดยตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันชีวิตต่างประเทศ

^{๑๔} มาตรา ๗ แห่งพระราชบัญญัติประกันวินาศภัยและกฎกระทรวงฉบับที่ ๔ (พ.ศ. ๒๕๓๘) ว่าด้วย หลักเกณฑ์ และวิธีการ การขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย และการออกใบอนุญาตประกอบธุรกิจประกันวินาศภัย โดยตั้งเป็นสาขาของบริษัทประกันวินาศภัยต่างประเทศ

ว่า “คนต่างด้าว” หมายถึง ผู้ซึ่งมิได้มีสัญชาติไทย^{๑๕} และได้วางหลักการได้มาซึ่งสัญชาติไทยของบุคคลธรรมดาไว้ในหมวด ๑^{๑๖} แต่สำหรับสัญชาติของนิติบุคคลนั้นกฎหมายไทยไม่ได้มีการวางหลักเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ตามมาตรา ๙๗ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗ กำหนดว่า นิติบุคคลดังต่อไปนี้ให้มีสิทธิในที่ดินได้เสมือนกับคนต่างด้าว

๑. บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียน ถือโดยคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนจดทะเบียน หรือผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แล้วแต่กรณี เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้บริษัทจำกัดได้ออกใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือ ให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ

๒. ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้วที่มีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าเกินกว่าร้อยละสี่สิบเก้าของทุนทั้งหมด หรือผู้ถือหุ้นส่วนเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งจำนวนของผู้ถือหุ้นส่วน แล้วแต่กรณี

๓ สมาคมรวมทั้งสหกรณ์ที่มีสมาชิกเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่ง จำนวนหรือดำเนินการเพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่

๔. มูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์คนต่างด้าวโดยเฉพาะหรือเป็นส่วนใหญ่

หลักเกณฑ์การตรวจสอบของกรมที่ดินว่าบริษัทจำกัด บริษัทมหาชนจำกัด ห้างหุ้นส่วนจำกัด หรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียนแล้วเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่

กรมที่ดินได้วางหลักเกณฑ์การพิจารณาว่านิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นจะเป็นนิติบุคคลต่างด้าวหรือไม่ไว้ในคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นดังนี้^{๑๗}

๑. ตรวจสอบว่านิติบุคคลนั้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๙๗ หรือไม่ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

๑.๑ กรณีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ให้ตรวจจากบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้น ถ้าปรากฏว่ามีคนต่างด้าวถือหุ้นไม่เกินกว่าร้อยละ ๔๙ ของทุนจดทะเบียน และจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวมีไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นทั้งหมด ก็ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๙๗ จึงรับโอนที่ดินได้

^{๑๕} มาตรา ๔ แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘

^{๑๖} มาตรา ๗ ถึงมาตรา ๑๒/๑ แห่งพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. ๒๕๐๘

^{๑๗} หนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๑๕/ว ๑๓๗๒๕ ลงวันที่ ๔ พฤษภาคม ๒๕๔๘

๑.๒ กรณีห้างหุ้นส่วนจำกัดหรือห้างหุ้นส่วนสามัญที่จดทะเบียน ให้ตรวจจากหนังสือรับรองการจดทะเบียนจัดตั้งห้างหุ้นส่วน ถ้าปรากฏว่ามีคนต่างด้าวลงหุ้นมีมูลค่าไม่เกินกว่าร้อยละ ๔๙ ของทุนทั้งหมด และจำนวนผู้เป็นหุ้นส่วนที่เป็นคนต่างด้าวมีไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้เป็นหุ้นส่วนทั้งหมด ก็ถือว่านิติบุคคลดังกล่าวไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ จึงรับโอนที่ดินได้

ดังนั้น เมื่อได้ดำเนินการพิจารณาตาม ข้อ ๑.๑ หรือ ข้อ ๑.๒ แล้วปรากฏว่านิติบุคคลซึ่งขอรับโอนที่ดินไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ อีกทั้งนิติบุคคลซึ่งขอรับโอนที่ดินนั้นไม่มีนิติบุคคล (ไทย) ถือหุ้นอยู่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เสนอผู้มีอำนาจพิจารณาสั่งการก่อน แล้วจึงจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้นิติบุคคลผู้ขอต่อไป

๒. เมื่อดำเนินการตาม ข้อ ๑. แล้วปรากฏว่า บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดมีหุ้นอันเป็นทุนจดทะเบียนถือโดยคนต่างด้าวไม่เกินกว่าร้อยละ ๔๙ และมีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวไม่เกินกว่ากึ่งจำนวนผู้ถือหุ้น แต่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นมีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคล (ไทย) อยู่ด้วย กรณีนี้จะต้องดำเนินการตามมาตรา ๔๘ โดยตรวจบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นของนิติบุคคล (ไทย) ว่าเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ หรือไม่ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ดังนี้

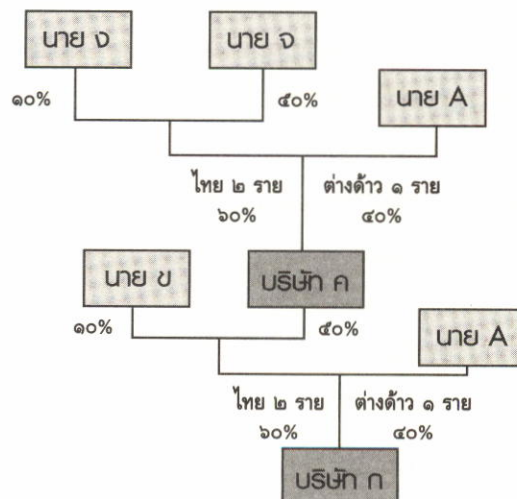
๒.๑ กรณีตรวจบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นแล้วปรากฏว่า นิติบุคคล (ไทย) ที่ถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ไม่เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ ถือได้ว่าจำนวนหุ้นของนิติบุคคล (ไทย) ดังกล่าวที่ถืออยู่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นหุ้นของคนไทยทั้งหมดและถือว่านิติบุคคล (ไทย) ดังกล่าวเป็นคนไทยด้วย

๒.๒ กรณีตรวจบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นแล้วปรากฏว่า นิติบุคคล (ไทย) ที่ถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ ถือได้ว่าจำนวนหุ้นของนิติบุคคล (ไทย) ดังกล่าวที่ถืออยู่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด เป็นหุ้นของคนต่างด้าวทั้งหมดและถือว่านิติบุคคล (ไทย) ดังกล่าวเป็นคนต่างด้าวด้วยและถ้านำจำนวนหุ้นของนิติบุคคล (ไทย) ดังกล่าวที่ถืออยู่ในบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ไปรวมกับหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าวอื่น ๆ ของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีอยู่เดิมแล้ว ทำให้มีจำนวนหุ้นต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ ๔๙ หรือนิติบุคคล (ไทย) นั้นเมื่อรวมกับผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวอื่น ๆ ของบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดที่มีอยู่เดิมแล้ว ทำให้มีผู้ถือหุ้นเป็นคนต่างด้าวเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นแล้วแต่กรณี ก็ให้ถือว่าบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้นเป็นคนต่างด้าว จึงรับโอนที่ดินไม่ได้

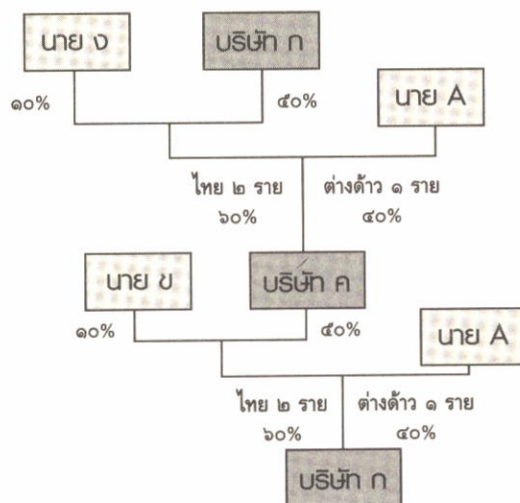
๓. กรณีบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด มีผู้ถือหุ้นเป็นนิติบุคคลและหุ้นของนิติบุคคลนั้นถูกถือโดยนิติบุคคลอื่นอีก เช่นนี้ให้พิจารณาว่านิติบุคคลอื่นนั้นเป็นนิติบุคคลต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ หรือไม่ โดยให้พิจารณาตามข้อ ๒ จนกว่าจะขาดตอน

ปัญหาและข้อสังเกตบางประการจากการใช้คู่มือการได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคล ที่มีคนต่างด้าวถือหุ้น

จากหลักเกณฑ์การพิจารณาของกรมที่ดินที่กำหนดไว้ในคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นข้างต้น จะเห็นได้ว่ากรมที่ดินพิจารณาแต่เพียงว่าผู้ถือหุ้นที่เป็นนิติบุคคลนั้นมีผู้ถือหุ้นที่เป็นต่างด้าวถือหุ้นอยู่ไม่เกินกว่าร้อยละ ๔๙ ของทุนจดทะเบียนและจำนวนผู้ถือหุ้นของนิติบุคคลที่เป็นต่างด้าวมีไม่เกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนผู้ถือหุ้นหรือไม่เท่านั้นโดยที่กรมที่ดินไม่ได้พิจารณาว่าสัดส่วนหุ้นที่ต่างด้าวถืออยู่ (ไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อม) ในบริษัททั้งหมดที่แท้จริงแล้วมีจำนวนเท่าใด ซึ่งอาจทำให้บริษัทที่จะรับโอนที่ดินเป็นต่างด้าวและต้องห้ามรับโอนที่ดิน ตัวอย่างเช่น บริษัท ก. มีผู้ถือหุ้น ๓ ราย คือ (๑) นาย A (ต่างด้าว) ถือหุ้นอยู่ ๔๐ % (๒) นาย ข. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๑๐% (๓) บริษัท ค. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๕๐% และบริษัท ค. (ไทย) มีผู้ถือหุ้น ๓ รายคือ (๑) นาย A (ต่างด้าว) ถือหุ้นอยู่ ๔๐% (๒) นาย ง. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๑๐% และ(๓) นาย จ. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๕๐% เช่นนี้ถ้าพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกรมที่ดินบริษัท ก. จะสามารถรับโอนที่ดินได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายที่ดินไม่ได้ถือว่าบริษัท ก. เป็นคนต่างด้าว เนื่องจากพิจารณาว่าหุ้นทั้งหมดของบริษัท ค. เป็นหุ้นของคนไทยทั้งหมดและถือว่าบริษัท ค. เป็นนิติบุคคลไทย แต่หากพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นที่แท้จริงของคนต่างด้าวในบริษัท ก. แล้วจะพบว่าการที่นาย A (ต่างด้าว) ถือหุ้นบริษัท ค. (ไทย) อยู่ ๔๐% นั้นทำให้สัดส่วนการถือหุ้นของบริษัท ค. (ไทย) ในบริษัท ก. ที่แสดงไว้ว่า ๕๐% ถือโดยนิติบุคคลไทยแท้ที่จริงแล้วมีส่วนของคนต่างด้าวอยู่ ๒๐% และคนไทยอยู่ ๓๐% ดังนั้นบริษัท ก. จึงเป็นคนต่างด้าว เนื่องจากที่แท้จริงมีคนไทยถืออยู่ ๔๐% (นาย ข. ๑๐% บวกกับ ๓๐% ของ นาย ง. และนาย จ.) และต่างด้าวถืออยู่ ๖๐% (นาย A ถือโดยตรง ๔๐% บวกกับ ๒๐% ที่ถือโดยอ้อมผ่านบริษัท ค.) และบริษัท ก. จะไม่สามารถรับโอนที่ดินได้ (โปรดดูแผนภูมิโครงสร้างการถือหุ้นด้านล่างประกอบ)



หรือในกรณีของบริษัท ก. มีผู้ถือหุ้น ๓ รายคือ (๑) นาย A (ต่างด้าว) ถือหุ้นอยู่ ๔๐% (๒) นาย ข. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๑๐% (๓) บริษัท ค. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๕๐% และบริษัท ค. (ไทย) มีผู้ถือหุ้น ๓ ราย (๑) นาย A (ต่างด้าว) ถือหุ้นอยู่ ๔๐% (๒) นาย ง. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๑๐% (๓) บริษัท ก. (ไทย) ถือหุ้นอยู่ ๕๐% ถ้าพิจารณาตามหลักเกณฑ์ของกรมที่ดินบริษัท ก. จะสามารถรับโอนที่ดินได้ เนื่องจากตามประมวลกฎหมายที่ดินไม่ได้ถือว่าบริษัท ก. เป็นคนต่างด้าว เพราะเมื่อพิจารณาว่าหุ้นทั้งหมดของบริษัท ค. เป็นหุ้นของคนไทยทั้งหมดและถือว่าบริษัท ค. เป็นนิติบุคคลไทย แต่หากพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นที่แท้จริงของคนต่างด้าวในบริษัท ก. แล้วจะพบว่าการที่ถือหุ้นไขว้กันระหว่างบริษัท ก. และบริษัท ค. ทำให้ทั้งบริษัท ก. และบริษัท ค. แท้จริงแล้วมีหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าวประมาณ ๘๐% (โปรดดูแผนภูมิโครงสร้างการถือหุ้นด้านล่างประกอบ)



ผู้เขียนเห็นว่าการพิจารณาว่านิติบุคคลใดเป็นคนต่างด้าวตามมาตรา ๔๗ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินนั้นควรต้องพิจารณาว่าสัดส่วนหุ้นทั้งหมดของบริษัทที่ถือโดยคนต่างด้าวที่แท้จริงว่ามีอยู่จำนวนเท่าไร หากบริษัทที่จะรับโอนที่ดินมีผู้ถือหุ้นเป็นบริษัท ก็ควรพิจารณาว่าบริษัทดังกล่าวมีผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวหรือไม่ โดยต้องพิจารณาขึ้นไปถึงลำดับผู้ถือหุ้นชั้นสุดท้ายที่เป็นบุคคลธรรมดา และพิจารณาว่าเมื่อนำสัดส่วนการถือหุ้นของต่างด้าวตลอดสายการถือหุ้นทั้งหมดแล้วมีผู้ถือหุ้นที่เป็นต่างด้าวในบริษัทที่จะรับโอนที่ดินอยู่เท่าไร หากมีจำนวนผู้ถือหุ้นที่เป็นคนต่างด้าวเกินกว่าร้อยละ ๔๙ ก็ไม่สามารถรับโอนที่ดินได้ ทั้งนี้ หากใช้หลักการพิจารณาการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นของกรมที่ดิน^{๑๔} แล้วจะทำให้คนต่างด้าวสามารถถือกรรมสิทธิ์ที่ดินได้ ซึ่งไม่น่าจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ของมาตรา ๔๗ แห่งประมวลกฎหมายที่ดินที่ต้องการให้ต่างด้าวถือครองกรรมสิทธิ์ที่ดิน

^{๑๔} มาตรา ๔๗ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๗

กรมที่ดินควรพิจารณาบทวนหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาว่าบริษัทใดเป็นคนต่างด้าวที่ปรากฏในคู่มือการขอได้มาซึ่งที่ดินของนิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวถือหุ้นว่าควรพิจารณาสัดส่วนการถือหุ้นของต่างด้าวตลอดสายการถือหุ้น และออกกฎหมายบังคับกับบริษัท (เว้นแต่บริษัทจดทะเบียนในตลาดหลักทรัพย์) ที่ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินว่า เมื่อไหร่ก็ตามที่ผู้ถือหุ้นของบริษัททำการโอนหุ้นให้คนต่างด้าวหรือนิติบุคคลที่มีผู้ถือหุ้นเป็นบริษัท บริษัทที่ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินดังกล่าวจะต้องยื่นบัญชีรายชื่อผู้ถือหุ้นฉบับใหม่ให้กับกรมที่ดินหรือสำนักงานที่ดินที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ต้องคำนวณสัดส่วนหุ้นที่ถือโดยคนต่างด้าวทั้งหมดตลอดสายการถือหุ้นด้วย หากมีเช่นนั้นกรรมการของบริษัทอาจต้องรับโทษ