

ปัญหาการกำหนดนิยามและองค์ประกอบความผิด “นอมินี”
ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
Problems Concerning the Definition and Elements of the “Nominee”
Offence under the Foreign Business Act B.E. 2542 (1999)

ปรุงศักดิ์ เชาวนชาติ

Prungsak Chaowachart

มหาวิทยาลัยกรุงเทพ

Bangkok University, Thailand

E-mail: prungsak_c@bu.ac.th

Received May 11, 2026; Revised June 11, 2026; Accepted June 19, 2026

Abstract

This research aimed to: 1) analyze the problem of defining a “nominee” under the Foreign Business Act B.E. 2542 (1999); 2) analyze the constitutive elements of the offenses under Sections 36 and 37, including both actus reus and mens rea; 3) identify the gap between the “nominee shareholding test” and the “control test” and propose legislative measures to close it; and 4) propose reform pathways consistent with the Financial Action Task Force (FATF) Beneficial Ownership standards and Thailand’s international obligations. The study employs doctrinal legal research, supplemented by comparative references and contextual data, in a manner consistent with the methodology articulated by Hutchinson and Duncan (2012). Primary sources include the relevant statutes, Supreme Court judgments, and authoritative academic commentaries. The analysis is framed by Responsive Regulation theory (Ayres & Braithwaite, 1992) and the FATF Beneficial Ownership standards under Recommendations 24 and 25. The findings reveal: 1) the Act provides no direct definition of “nominee,” creating enforcement uncertainty; 2) the definition of “foreigner” in Section 4 (3)–(4) relies solely on a quantitative shareholding test and fails to capture indirect control through contracts, preference shares, or convertible instruments; 3) the elements of Sections 36 and 37 are open-textured and impose heavy evidentiary burdens regarding specific intent; and 4) the Thai framework is misaligned with FATF Recommendations 24 and 25, as revised in March 2022 and February 2023 respectively. The article recommends adding statutory definitions of “nominee” and “Ultimate Beneficial Owner”; supplementing the shareholding test with a “control”

criterion; integrating existing UBO disclosure regimes under the AML Act, the SEC, and the Department of Business Development into a centralized registry; and classifying Sections 36 and 37 as predicate offenses under the Anti-Money Laundering Act. Reform must remain consistent with Thailand's international commitments and constitutional principles.

Keywords: nominee; foreign business operation; Ultimate Beneficial Owner; Section 36; corporate control

บทคัดย่อ

การวิจัยครั้งนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อ 1) วิเคราะห์ปัญหาการกำหนดนิยามคำว่า “นอมินี” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 2) วิเคราะห์องค์ประกอบความผิดมาตรา 36 และมาตรา 37 ทั้งองค์ประกอบภายนอกและองค์ประกอบภายใน 3) ชี้ให้เห็นช่องว่างระหว่างเกณฑ์ “การถือหุ้นแทน” กับเกณฑ์ “การควบคุม” และเสนอแนวทางทางนิติบัญญัติในการปิดช่องว่าง และ 4) เสนอแนวทางปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐาน Beneficial Ownership ของ Financial Action Task Force และพันธกรณีระหว่างประเทศ การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Doctrinal legal research) เสริมด้วยการอ้างอิงกฎหมายเปรียบเทียบและข้อมูลบริบท แหล่งข้อมูลปฐมภูมิประกอบด้วยตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง คำพิพากษาของศาลฎีกา และเอกสารทางวิชาการที่มีอำนาจอ้างอิง การวิเคราะห์ดำเนินภายใต้กรอบทฤษฎี Responsive Regulation และมาตรฐาน Beneficial Ownership ตาม FATF Recommendation 24 และ 25 ผลการวิจัยพบว่า 1) พระราชบัญญัติฯ มิได้นิยาม “นอมินี” ไว้โดยตรง สร้างความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ 2) นิยามคนต่างด้าวตามมาตรา 4 (3)-(4) อาศัยเฉพาะเกณฑ์การถือหุ้นเชิงปริมาณ ไม่อาจจับการควบคุมโดยปริยายผ่านสัญญา หุ้นบริมสิทธิ์ หรือเครื่องมือทางการเงิน 3) องค์ประกอบความผิดมาตรา 36 และ 37 มีถ้อยคำกว้างและสร้างภาระพิสูจน์เจตนาพิเศษอย่างหนัก และ 4) กรอบกฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับมาตรฐาน FATF Recommendation 24 ฉบับปรับปรุงเดือนมีนาคม พ.ศ. 2565 และ Recommendation 25 ฉบับปรับปรุงเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ. 2566 บทความเสนอเพิ่มบทนิยาม “นอมินี” และ “ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง” เพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” บูรณาการระบบเปิดเผย UBO ที่กระจายอยู่ใน พ.ร.บ. พอกเงิน ก.ล.ต. และ DBD เป็นทะเบียนกลาง และกำหนดให้มาตรา 36/37 เป็นความผิดมูลฐาน ทั้งนี้ การปฏิรูปต้องสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศและหลักรัฐธรรมนูญ

คำสำคัญ: นอมินี; การประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว; ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง; มาตรา 36; การควบคุมนิติบุคคล

บทนำ

ปัญหาการใช้ “นอมินี” หรือผู้ถือหุ้นแทนเพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจในประเทศไทยโดยหลีกเลี่ยงข้อจำกัดทางกฎหมายเป็นปรากฏการณ์ที่ดำรงอยู่มาอย่างยาวนานและทวีความรุนแรงขึ้นในปัจจุบัน รายงานของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ ระบุว่าในช่วงระหว่างวันที่ 1 กันยายน 2567 ถึงวันที่ 31 มีนาคม 2568 มีการดำเนินการกับนิติบุคคลที่อาจเข้าข่ายเป็นนอมินี รวม 852 ราย คิดเป็นมูลค่าความเสียหายโดยประมาณ 15,188 ล้านบาท โดยกระจุกตัวในธุรกิจค้าปลีก อสังหาริมทรัพย์ และบริการท่องเที่ยว (Department of Business Development [DBD], 2025) คดีนอมินีอสังหาริมทรัพย์ในจังหวัดภูเก็ต ที่ศาลอาญามีคำพิพากษาลงโทษผู้กระทำ

ความผิดรวม 23 ราย ตามคดีหมายเลขแดงที่ อ.2812/2567 เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2567 เป็นกรณีตัวอย่างที่สะท้อนทั้งขนาดของปัญหาและข้อจำกัดของระบบกฎหมายปัจจุบัน (Thai PBS, 2024)

เมื่อพิจารณาในเชิงปริมาณ ปัญหาขนาดที่นัยสำคัญ ในปัจจุบันมีนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยและมีคนต่างด้าวเป็นผู้ถือหุ้นภายใต้การกำกับดูแลของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า กระทรวงพาณิชย์ จำนวนประมาณ 80,000 ราย ในจำนวนนี้กรมพัฒนาธุรกิจการค้าประเมินว่ามีนิติบุคคลที่มีลักษณะน่าสงสัยเป็นนอมินี ประมาณ 15,000 ถึง 20,000 ราย คิดเป็นร้อยละ 19 ถึง 25 ของบริษัทต่างชาติทั้งหมด โดยกระจุกตัวในธุรกิจค้าปลีกประมาณร้อยละ 32 ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประมาณร้อยละ 28 และบริการท่องเที่ยวประมาณร้อยละ 18 (Department of Business Development [DBD], 2025; Phromphan, 2025) ผลกระทบของปัญหานี้ครอบคลุมทั้งมิติการคลัง การแข่งขันทางธุรกิจ และความมั่นคงทางเศรษฐกิจของชาติ โดยมีการประมาณการว่ารัฐสูญเสียรายได้ภาษีจากโครงสร้างนอมินีในระดับหลายพันล้านบาทต่อปี

แม้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 จะกำหนดความผิดทางอาญาเอาไว้ในมาตรา 36 และมาตรา 37 แต่การบังคับใช้กฎหมายในทางปฏิบัติประสบกับปัญหาในเชิงโครงสร้างหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความไม่ชัดเจนของบทนิยามและองค์ประกอบความผิดซึ่งสร้างความไม่แน่นอนในการบังคับใช้ (Phromphan, 2025)

ในบริบทระหว่างประเทศ Financial Action Task Force ได้ปรับปรุงข้อแนะนำที่ 24 ในเดือนมีนาคม 2565 และข้อแนะนำที่ 25 ในเดือนกุมภาพันธ์ 2566 เพื่อยกระดับมาตรฐานเรื่องความโปร่งใสและการรู้จัก “ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง” (Ultimate Beneficial Owner หรือ UBO) ของนิติบุคคลและผู้รับมอบอำนาจ (FATF, 2023) ประเทศไทยซึ่งจะเข้ารับการประเมินรอบใหม่ตามมาตรฐานดังกล่าวจึงต้องเร่งทบทวนความสอดคล้องของกฎหมายภายในกับมาตรฐานสากลดังกล่าว

จากกลุ่มคำพิพากษาฎีกา ที่เกี่ยวข้องกับการถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินแทนคนต่างด้าวตามประมวลกฎหมายที่ดิน เช่น คำพิพากษาฎีกาที่ 1038/2538, 792/2540 และ 17923/2557 (Supreme Court of Thailand, 1995, 1997, 2014) แสดงให้เห็นว่าศาลไทยมีหลักการเจาะม่านนิติบุคคลและการตีความตัวการ-ตัวแทนที่นำมาประยุกต์ใช้กับโครงสร้างนอมินีได้ แต่การบังคับใช้ในกรอบของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ยังไม่ตกผลึกในระดับ Precedent ด้วยเหตุนี้ การวิเคราะห์ในระดับนิยามและองค์ประกอบความผิดอย่างเป็นระบบจึงเป็นภารกิจทางวิชาการที่จำเป็น

เมื่อพิจารณาในเชิงวิชาการ การศึกษาเกี่ยวกับปัญหานอมินีในไทย ที่ผ่านมามีส่วนใหญ่มุ่งจับประเด็นในระดับนโยบาย เศรษฐศาสตร์ และมาตรการการบริหารของหน่วยงานรัฐ (TDRI, 2014; Phromphan, 2025) แต่ยังขาดการวิเคราะห์ในระดับ “นิยาม” (definitional layer) และระดับ “องค์ประกอบความผิด” (Elements of offence) อย่างเป็นระบบ การวิเคราะห์สองระดับนี้มีความสำคัญเป็นพิเศษ เนื่องจากปัญหาในระดับการบังคับใช้ที่ปรากฏในปัจจุบันไม่ว่าจะเป็นภาระการพิสูจน์ที่หนัก ความไม่แน่นอนของการตีความ หรือความไม่สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ล้วนสืบสาวกลับไปยังความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติในระดับฐานทั้งสิ้น ดังนั้น การปฏิรูปในระดับนโยบายโดยลำพังไม่อาจแก้ปัญหาได้อย่างยั่งยืน หากปราศจากการปรับปรุงฐานทางนิยามและองค์ประกอบความผิดควบคู่ไปด้วย บทความวิจัยนี้จึงมุ่งเติมเต็มช่องว่างทางวิชาการดังกล่าวโดยวิเคราะห์ปัญหาในระดับฐานของกฎหมาย พร้อมเสนอแนวทางการปฏิรูปที่บูรณาการทั้งระดับนิยาม ระดับองค์ประกอบความผิด และระดับการบังคับใช้

วัตถุประสงค์การวิจัย

1. เพื่อวิเคราะห์ปัญหาการกำหนดนิยามคำว่า “นอมินี” ตามพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542
2. เพื่อวิเคราะห์องค์ประกอบความผิดมาตรา 36 และมาตรา 37 ทั้งองค์ประกอบภายนอก (Actus reus) และองค์ประกอบภายใน (Mens rea) รวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างสองมาตรา
3. เพื่อชี้ให้เห็นช่องว่างระหว่างเกณฑ์ “การถือหุ้นแทน” (Nominee test) กับเกณฑ์ “การควบคุม” (Control test) และเสนอแนวทางเชิงนิติบัญญัติเพื่อปิดช่องว่าง
4. เพื่อเสนอแนวทางปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับมาตรฐาน FATF Beneficial Ownership และพันธกรณีระหว่างประเทศของไทย

ขอบเขตการวิจัย

ขอบเขตด้านเนื้อหา

การวิจัยจำกัดขอบเขตเฉพาะการวิเคราะห์มาตรา 4 (บทนิยาม) มาตรา 36 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยพิจารณาประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้องเท่าที่จำเป็น ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 และพันธกรณีระหว่างประเทศที่ส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติดังกล่าว เช่น Treaty of Amity and Economic Relations (1966), JTEPA (2007) และ AANZFTA

ขอบเขตด้านประชากรและกลุ่มตัวอย่าง

เนื่องจากการวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Doctrinal legal research) “ประชากร” ในที่นี้จึงหมายถึงฐานของแหล่งกฎหมายทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับปัญหานอมินี ในประเทศไทย และ “กลุ่มตัวอย่าง” หมายถึง แหล่งกฎหมายเฉพาะที่ผู้วิจัยคัดเลือกมาวิเคราะห์อย่างเป็นระบบโดยใช้วิธีการเลือกแบบเจาะจง (Purposive selection) ตามหลักการลำดับชั้นของแหล่งกฎหมาย (Hierarchy of legal sources) ดังนี้

(1) ลำดับชั้นที่หนึ่ง: ตัวบทกฎหมาย ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 4, 36 และ 37 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวข้อง ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 และ 59 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542

(2) ลำดับชั้นที่สอง: คำพิพากษาของศาลฎีกาที่เกี่ยวข้องกับการถือกรรมสิทธิ์หรือหุ้นแทนคนต่างด้าว

(3) ลำดับชั้นที่สาม: ตำราหลักของกฎหมายอาญาและกฎหมายธุรกิจของไทย รวมทั้งบทความวิชาการในวารสารกฎหมาย

(4) ลำดับชั้นที่สี่: เอกสารขององค์กรระหว่างประเทศที่กำหนดมาตรฐานสากลที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ Financial Action Task Force (FATF) และ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

การคัดเลือกในแต่ละลำดับชั้นยึดเกณฑ์ความเกี่ยวข้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์การวิจัยทั้ง 4 ข้อ และความเป็นแหล่งกฎหมายที่มีอำนาจอ้างอิง (Authoritative sources) ในระบบกฎหมายไทย

ขอบเขตด้านพื้นที่ ที่ศึกษาระบบกฎหมายไทย (Thai legal system) ซึ่งครอบคลุมการบังคับใช้พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ทั่วราชอาณาจักรไทย

ขอบเขตด้านเวลา ตั้งแต่วันที่พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับจนถึงเดือนพฤษภาคม พ.ศ. 2569 รวมระยะเวลาประมาณ 27 ปี โดยให้ความสำคัญเป็นพิเศษกับพัฒนาการในช่วง พ.ศ. 2567–2569 ที่มีร่างแก้ไข พ.ร.บ.ฯ และร่าง พ.ร.บ.ฟอกเงินอยู่ระหว่างพิจารณา

ทบทวนวรรณกรรม

ทฤษฎีที่ 1: Responsive Regulation

Ayres and Braithwaite (1992) เสนอแนวคิด Responsive Regulation ที่ใช้เครื่องมือกำกับดูแลแบบขั้นบันได (Regulatory pyramid) เริ่มจากมาตรการเชิงให้ความรู้ในระดับล่างสุด ยกระดับเป็นการเตือน การปรับ และการดำเนินคดีอาญาในระดับบนสุด แนวคิดนี้ขยายเพิ่มเติมโดย Arner et al. (2017) ซึ่งเสนอการนำเทคโนโลยี (Regulatory Technology หรือ RegTech) มาใช้เพื่อยกระดับประสิทธิภาพของการกำกับดูแล โดยเฉพาะในการตรวจจับโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อน

สรุปได้ว่า แนวทางการปฏิรูปกฎหมายเรื่องนอมินี ที่มีประสิทธิภาพต้องผสมผสานมาตรการเชิงป้องกันเชิงแก้ไข และเชิงลงโทษ พร้อมการสนับสนุนของเทคโนโลยีในการตรวจจับโครงสร้างที่ซับซ้อน

ทฤษฎีที่ 2: Beneficial Ownership และมาตรฐาน FATF

Financial Action Task Force [FATF] (2019, 2023) กำหนดมาตรฐานเรื่อง Beneficial Ownership ของนิติบุคคลตาม Recommendation 24 ฉบับปรับปรุงเดือนมีนาคม 2565 และ Recommendation 25 ฉบับปรับปรุงเดือนกุมภาพันธ์ 2566 โดยใช้เกณฑ์ “การควบคุมขั้นสุดท้าย” (ultimate control) เป็นหลัก ครอบคลุมการควบคุมทั้งโดยตรงและโดยอ้อม ขณะที่ Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD] (2019) ในเอกสาร Corporate Governance Factbook 2019 อธิบายแนวปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ ในการเปิดเผยโครงสร้างผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง

สรุปได้ว่า มาตรฐานสากลเรื่อง Beneficial Ownership อาศัยเกณฑ์การควบคุมที่ครอบคลุมกว่าการถือหุ้นในนาม ซึ่งสร้างกรอบเปรียบเทียบสำคัญสำหรับการประเมินกรอบกฎหมายไทย

การทบทวนวรรณกรรมที่เกี่ยวข้องและการระบุช่องว่างทางวิชาการ

วรรณกรรมที่ศึกษาปัญหา นอมินีในประเทศไทยปรากฏในหลายมิติ Thailand Development Research Institute (TDRI) (2014) ศึกษาปัญหาเชิงเศรษฐศาสตร์ของพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 โดยวิเคราะห์ผลกระทบของนิยามคนต่างด้าว ต่อโครงสร้างการลงทุนและการแข่งขัน พร้อมเสนอแนวทางการเปิดเสรีบางสาขาธุรกิจ Sukasom (2018) ในวิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต ศึกษาปัญหาการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวในรูปบริษัทจำกัด โดยเน้นเงื่อนไขทุนขั้นต่ำและข้อห้ามตามบัญชีท้ายพระราชบัญญัติฯ ขณะที่ Phromphan (2025) ทบทวนสถานการณ์ปัญหาบริษัทนอมินีอย่างเป็นระบบ พร้อมเสนอจัดตั้งหน่วยงานอิสระแบบสิงคโปร์เพื่อกำกับดูแลการลงทุนของต่างชาติ

เมื่อพิจารณาวรรณกรรมข้างต้นเปรียบเทียบกับวัตถุประสงค์ของบทความวิจัยนี้ สามารถระบุช่องว่างทางวิชาการ (Research gap) ได้สามประการ ประการแรก งานเดิมส่วนใหญ่จับประเด็นในระดับ “นโยบาย” และ “มาตรการบริหาร” เช่น การจัดตั้งหน่วยงาน การเปิดเสรีสาขาธุรกิจ การพัฒนาฐานข้อมูล แต่ยังขาดการวิเคราะห์

ในระดับ “นิยาม” และ “องค์ประกอบความผิด” ของบทบัญญัติทางอาญาในมาตรา 36 และมาตรา 37 อย่างเป็นระบบ ประการที่สอง ยังไม่ปรากฏการวิเคราะห์ที่จำแนกอย่างชัดเจนระหว่างเกณฑ์ “การถือหุ่นแทน” (nominee test) ตามกฎหมายไทยกับเกณฑ์ “การควบคุม” (Control test) ตามมาตรฐาน FATF Recommendation 24 ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นกรอบเปรียบเทียบที่สำคัญในระดับสากล ประการที่สาม การประเมินข้อเสนอการปฏิรูปในมิติของพันธกรณีระหว่างประเทศของไทย โดยเฉพาะ Treaty of Amity and Economic Relations กับสหรัฐอเมริกา ความตกลง JTEPA และ AANZFTA ยังไม่ได้รับการวิเคราะห์อย่างเป็นระบบในวรรณกรรมเรื่องนอมินีของไทย บทความวิจัยนี้จึงมุ่งเติมเต็มช่องว่างทั้งสามประการดังกล่าว

จากการทบทวนทฤษฎีทั้งสองและวรรณกรรมข้างต้น สามารถสรุปกรอบการวิเคราะห์ของบทความนี้ได้ว่าการประเมินบทบัญญัติเรื่องนอมินีในกฎหมายไทย ต้องดำเนินในสามระดับที่เชื่อมโยงกัน ได้แก่ (1) ระดับการประเมินประสิทธิภาพของการบังคับใช้ โดยอาศัยกรอบ Responsive Regulation (2) ระดับการเปรียบเทียบกับมาตรฐานสากล โดยอาศัยกรอบ FATF Recommendation 24 และ (3) ระดับการเติมเต็มช่องว่างทางวิชาการที่งานก่อนหน้ายังไม่ได้วิเคราะห์ ทั้งสามระดับสร้างเป็นกรอบบูรณาการในการวิเคราะห์ ดังจะนำมาประยุกต์ในส่วนผลการวิจัยและอภิปรายผล

วิธีดำเนินการวิจัย

การวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ (Doctrinal legal research) ซึ่งเป็นระเบียบวิธีวิจัยที่อาศัยการตีความและสังเคราะห์ด้วยบทกฎหมาย คำพิพากษา และเอกสารทางวิชาการ เพื่อหาคำตอบของปัญหาทางกฎหมาย ตามแนวทางที่ Hutchinson and Duncan (2012) เสนอ เสริมด้วยการอ้างอิงกฎหมายเปรียบเทียบ (Comparative reference) และข้อมูลบริบท (Contextual data) โดยใช้วิธีการดังนี้

1) การศึกษาในเชิงเอกสาร (Documentary Study)

ทำการศึกษาและรวบรวมข้อมูลจากเอกสารและหลักฐานที่เกี่ยวข้องตามลำดับชั้นของแหล่งกฎหมาย ได้แก่ (1) ตัวบทกฎหมายปฐมภูมิ ได้แก่ พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 ฉบับเดิม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายที่ดิน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 และพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 (2) คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1038/2538, 792/2540 และ 17923/2557 (3) ร่างพระราชบัญญัติที่อยู่ระหว่างพิจารณา และเอกสารทางการของหน่วยงานรัฐ ได้แก่ กรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน กรมสอบสวนคดีพิเศษ (4) เอกสารทางวิชาการของไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ตำรากฎหมายอาญาไทย บทความวิชาการในวารสารกฎหมาย และเอกสารขององค์กรระหว่างประเทศ ได้แก่ FATF และ OECD

2) แหล่งข้อมูลที่มีอำนาจอ้างอิง (Authoritative Sources)

เนื่องจากการวิจัยครั้งนี้เป็นการวิจัยทางนิติศาสตร์ที่อาศัยเอกสารเป็นหลัก จึงได้กำหนดผู้ให้ข้อมูลสำคัญในรูปของบุคคลผู้ให้สัมภาษณ์ แต่ใช้ “ตัวบทกฎหมายและคำวินิจฉัยของศาล” เป็นแหล่งข้อมูลสำคัญในฐานะ Authoritative sources โดยจัดลำดับความสำคัญตามลำดับชั้นของแหล่งกฎหมายไทย ได้แก่ รัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายเป็นแหล่งที่มีอำนาจสูงสุด รองลงมาคือพระราชบัญญัติ คำพิพากษาของศาลฎีกา และตำราหลักของนักวิชาการที่ได้รับการยอมรับ

3) หลักการตีความที่ใช้ในการวิเคราะห์

ผู้วิจัยใช้หลักการตีความทางกฎหมายสี่ประการ ได้แก่ (1) การตีความตามตัวอักษร (Textual interpretation) เพื่อทำความเข้าใจถ้อยคำของบทบัญญัติ (2) การตีความตามเจตนารมณ์ (Purposive interpretation) เพื่อสืบหาวัตถุประสงค์ของกฎหมาย (3) การตีความเชิงระบบ (Systematic interpretation) เพื่อพิจารณาบทบัญญัติในกรอบของระบบกฎหมายโดยรวม และ (4) การตีความเชิงประวัติศาสตร์ (Historical interpretation) เพื่อสืบหาบริบทของการตรากฎหมาย หลักการเหล่านี้เป็นเครื่องมือมาตรฐานของการวิจัยทางนิติศาสตร์ที่ใช้แทน “เครื่องมือเก็บข้อมูล” ในการวิจัยเชิงประจักษ์

4) การคัดเลือกและจัดลำดับชั้นแหล่งกฎหมาย

การคัดเลือกแหล่งข้อมูลใช้วิธีเลือกแบบเจาะจง (Purposive selection) ตามเกณฑ์สามประการ ได้แก่ (1) ความเกี่ยวข้องโดยตรงกับวัตถุประสงค์การวิจัยทั้ง 4 ข้อ (2) ความเป็นแหล่งกฎหมายที่มีอำนาจอ้างอิงในระบบกฎหมายไทย และ (3) ความทันสมัยและความครบถ้วนของข้อมูล การจัดลำดับชั้นของแหล่งกฎหมายในการวิเคราะห์ยึดหลักว่า แหล่งปฐมภูมิ (ตัวบทและคำพิพากษา) มีน้ำหนักสูงสุด รองลงมาคือตำราและบทความวิชาการของผู้เชี่ยวชาญที่ได้รับการยอมรับ และเอกสารขององค์กรระหว่างประเทศใช้เป็นกรอบเปรียบเทียบ

5) การเก็บรวบรวมข้อมูล

(1) การสืบค้นเอกสารปฐมภูมิจากระบบสืบค้นคำพิพากษาศาลฎีกา (<https://deka.supremecourt.or.th/>) และเว็บไซต์ของคณะกรรมการกฤษฎีกา (<https://www.krisdika.go.th>) (2) การสืบค้นเอกสารทางวิชาการจากฐานข้อมูล TCI ฐานข้อมูลของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และฐานข้อมูลต่างประเทศ ได้แก่ HeinOnline, JSTOR, SSRN (3) การสืบค้นเอกสารขององค์กรระหว่างประเทศจากเว็บไซต์ทางการ ได้แก่ www.fatf-gafi.org, www.oecd.org, www.unctad.org

6) การวิเคราะห์ข้อมูลและการให้เหตุผลทางกฎหมาย

ผู้วิจัยใช้การให้เหตุผลทางกฎหมาย (Legal reasoning) และการสังเคราะห์ทางนิติศาสตร์ (Doctrinal synthesis) ในการวิเคราะห์ข้อมูลที่รวบรวมได้ ไม่ใช้การวิเคราะห์เนื้อหา (Content analysis) ตามความหมายทางสังคมศาสตร์ ขั้นตอนการวิเคราะห์ประกอบด้วย การตีความถ้อยคำของบทบัญญัติแต่ละมาตราอย่างเคร่งครัด การสืบหาเจตนารมณ์ของกฎหมายตามบันทึกการประชุมและคำอธิบายของกฤษฎีกา การวิเคราะห์ความสอดคล้องระหว่างบทบัญญัติต่าง ๆ ในระบบกฎหมายไทย และการเปรียบเทียบกับมาตรฐานสากลและกฎหมายต่างประเทศ

7) วิธีการสังเคราะห์ข้อเสนอเชิงนิติบัญญัติ

จากผลการวิเคราะห์ ผู้วิจัยสังเคราะห์ข้อเสนอเชิงนิติบัญญัติโดยอาศัยกรอบทฤษฎี Responsive Regulation และมาตรฐาน FATF Recommendation 24 เป็นเครื่องมือออกแบบ และตรวจสอบความเป็นไปได้ของข้อเสนอกับเงื่อนไขเชิงพันธกรณีระหว่างประเทศ (Treaty of Amity, JTEPA, AANZFTA) และเงื่อนไขรัฐธรรมนูญ (โดยเฉพาะหลัก presumption of innocence ตามมาตรา 29 วรรคสอง)

8) การนำเสนอผลการศึกษาวิจัย

การนำเสนอข้อมูลอยู่ในลักษณะการพรรณนาความ (Descriptive Presentation) จำแนกตามวัตถุประสงค์การวิจัยทั้ง 4 ข้อ พร้อมการอภิปรายผลและการสังเคราะห์เป็นข้อเสนอเชิงนิติบัญญัติในรูปของ Triple-Layer Reform Concept เพื่อนำไปสู่การประยุกต์ใช้ในระดับนโยบาย ระดับนิติบัญญัติ และระดับการบังคับใช้กฎหมาย

ผลการวิจัย

วัตถุประสงค์ที่ 1: ปัญหาการกำหนดนิยาม “นอมินี”

ผลการวิจัยพบว่า พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มิได้บัญญัติคำว่า “นอมินี” หรือ “ผู้ถือหุ้นแทน” ไว้ในบทนิยามมาตรา 4 หรือในบทบัญญัติส่วนใดของกฎหมายโดยตรง คำว่า “นอมินี” จึงเป็นคำที่ใช้กันในทางปฏิบัติและในเอกสารของหน่วยงานรัฐ โดยอาศัยการตีความผ่านองค์ประกอบของมาตรา 36 ซึ่งสร้างปัญหาสามประการ ประการแรก ผู้ปฏิบัติตามกฎหมายไม่มีแนวทางที่แน่ชัดว่าโครงสร้างใดเข้าข่าย ประการที่สอง พนักงานสอบสวนต้องอาศัยดุลพินิจเป็นรายกรณี ประการที่สาม ศาลต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงและตีความถ้อยคำของกฎหมายไปพร้อมกัน ทำให้คตินอมินีมีความซับซ้อนและใช้ระยะเวลานาน (Phromphan, 2025)

ในส่วนของการตีความ ผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตว่า ความผิดตามมาตรา 36 และมาตรา 37 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 เป็นความผิดอาญาที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม จึงต้องอาศัยบรรทัดฐานของศาลฎีกาเป็นหลัก แต่จนถึงปัจจุบันคำพิพากษาฎีกาที่ตีความความหมายของ “นอมินี” ตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติฯ ในระดับ precedent ยังมีจำกัด การกำหนดความหมายในทางปฏิบัติจึงต้องอาศัยการตีความเชิงวิชาการและทางปฏิบัติของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง

Phromphan (2025) สังเคราะห์จากเอกสารทางการของหน่วยงานรัฐและการศึกษาที่ผ่านมา และสรุปว่า บริษัทนอมินี หมายถึง “การจัดตั้งนิติบุคคลที่มีชาวไทยเป็นผู้ถือหุ้นตามสัดส่วนที่กฎหมายกำหนด แต่การควบคุมและผลประโยชน์ที่แท้จริงยังคงอยู่ในมือของคนต่างด้าว” นิยามเชิงปฏิบัติดังกล่าวยังสอดคล้องกับท่าทีของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าที่ปรากฏในแถลงการณ์ของอธิบดี เมื่อวันที่ 23 เมษายน 2568 (Department of Business Development [DBD], 2025) ซึ่งให้น้ำหนักไปที่ “การควบคุมและผลประโยชน์ที่แท้จริง” มากกว่าตัวบุคคลที่ปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้น

อย่างไรก็ดี การตีความของหน่วยงานรัฐและในวรรณกรรมวิชาการดังกล่าวไม่อาจทดแทนการบัญญัติบทนิยามในกฎหมายได้ ตามหลักกฎหมายอาญาว่า nullum crimen, nulla poena sine lege ที่บัญญัติในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 ซึ่งกำหนดให้บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาก็ต่อเมื่อได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้ในขณะกระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ การที่บทบัญญัติของกฎหมายไม่นิยามคำว่า “นอมินี” อย่างชัดเจน จึงเปิดให้การบังคับใช้ในชั้นศาลอาญาอาศัยการตีความของศาลและพนักงานอัยการเป็นรายกรณี ซึ่งสุ่มเสี่ยงต่อหลักความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา (Wajanasawat, 2019; Meenakornit & Boonmee, 2025)

วัตถุประสงค์ที่ 2: ปัญหาองค์ประกอบความผิด มาตรา 36 และมาตรา 37

ผลการวิจัยพบว่า มาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า:

“ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวตามพระราชบัญญัตินี้ ให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุนหรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว... โดยคนต่างด้าวนั้นมิได้รับอนุญาต... หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าวโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งคนต่างด้าวซึ่งยินยอม... ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งให้เลิก...” (พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 36)

จากบทบัญญัติดังกล่าว มาตรา 36 ประกอบด้วยองค์ประกอบภายนอก (actus reus) สามฐานความผิดย่อย ได้แก่ ฐานที่หนึ่ง “การให้ความช่วยเหลือหรือสนับสนุน หรือร่วมประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว” ที่มีถ้อยคำกว้างมาก ฐานที่สอง “การร่วมประกอบธุรกิจโดยแสดงออกว่าเป็นธุรกิจของตนแต่ผู้เดียว” ที่สะท้อนการ “ออกหน้าแทน” และ ฐานที่สาม “การถือหุ้นแทน” ที่อนุมานได้จากบทกำหนดโทษส่วนท้ายของมาตรา

ในส่วนองค์ประกอบภายใน (mens rea) ความผิดตามมาตรา 36 เป็นความผิดที่ต้องมีเจตนาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 ประกอบด้วยสองชั้น ได้แก่ (ก) เจตนาทั่วไป และ (ข) “เจตนาพิเศษ” (dolus specialis) คือ “เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยงหรือฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้” การที่กฎหมายระบุเจตนาพิเศษไว้ ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิสูจน์เจตนาทั้งสองชั้น (Wajanasawat, 2019; Na Nakorn, n.d.)

ผู้วิจัยตระหนักว่าการตีความข้างต้นว่ามาตรา 36 ต้องการ Dolus specialis เป็นการตีความที่ยังมีการถกเถียงในวงวิชาการ ฝ่ายหนึ่งเห็นว่าคำว่า “เพื่อให้คนต่างด้าวประกอบธุรกิจโดยหลีกเลี่ยง” เป็นเจตนาพิเศษที่ต้องพิสูจน์เพิ่มจากเจตนาทั่วไป (Wajanasawat, 2019) ขณะที่อีกฝ่ายอาจเห็นว่าเป็นเพียงคำขยายของเจตนาทั่วไปที่อธิบายลักษณะของการกระทำ (Meenakornit & Boonmee, 2025) ผู้วิจัยยึดถือแนวการตีความแรกตามหลักการตีความเคร่งครัด (Strict interpretation) ในกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดให้ตีความเอนเอียงไปในทางที่เป็นประโยชน์แก่จำเลย (In dubio pro reo) เมื่อมีถ้อยคำที่อาจตีความได้สองทาง

เมื่อวันที่ 11 กันยายน 2567 ศาลอาญามีคำพิพากษาในคดีอาญานี้อสังหาริมทรัพย์ภูเก็ต ตามคดีหมายเลขแดงที่ อ.2812/2567 ลงโทษจำเลยรวม 23 ราย โดยปรับรายละ 200,000 บาท จำคุก 2 ปี รอลงอาญา 2 ปี คุมประพฤติ 1 ปี และให้จดทะเบียนเลิกบริษัท (Thai PBS, 2024; Bangkok Insight, 2024) ผู้ถูกดำเนินคดีรวมถึงสำนักงานกฎหมายและสำนักงานบัญชีที่รับจ้างจดทะเบียนนิติบุคคลโดยใช้ชื่อคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นแทน ซึ่งอาจเป็นสัญญาณเบื้องต้นว่าศาลเริ่มตีความ “การให้ความช่วยเหลือ” อย่างกว้าง

สำหรับมาตรา 37 บัญญัติว่า:

“คนต่างด้าวผู้ใดประกอบธุรกิจโดยฝ่าฝืนมาตรา 6 มาตรา 7 มาตรา 8 หรือมาตรา 16 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปี หรือปรับตั้งแต่หนึ่งแสนบาทถึงหนึ่งล้านบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และให้ศาลสั่งเลิกการประกอบธุรกิจ หรือเลิกกิจการ หรือเลิกการเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นหุ้นส่วน...” (พระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว พ.ศ. 2542 มาตรา 37)

ผลการวิจัยพบว่า มาตรา 37 มีลักษณะเป็น “ความผิดทางการกระทำ” (conduct offence) ที่อาศัยเพียงเจตนาทั่วไปในการประกอบธุรกิจ องค์ประกอบสำคัญที่สุดคือ “ผู้กระทำความผิดต้องเป็นคนต่างด้าว” ซึ่งโยงกลับไปที่นิยามในมาตรา 4 ในคดีอาญามีจริงคนต่างด้าวมักดำเนินการผ่านนิติบุคคลที่จดทะเบียนในประเทศไทยซึ่งมีคนไทยเป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมาก ทำให้นิติบุคคลนั้นไม่ใช่ “คนต่างด้าว” ตาม ม.4 (3) อัยการต้องพิสูจน์ถึงอีกชั้นว่า บุคคลธรรมดาผู้เป็นคนต่างด้าวเป็น “ผู้ประกอบธุรกิจตัวจริง” ผ่านการควบคุมโดยปริยาย

วัตถุประสงค์ที่ 3: ช่องว่างระหว่าง “การถือหุ้นแทน” กับ “การควบคุม”

ผลการวิจัยพบว่า กฎหมายไทยใช้ “เกณฑ์การถือหุ้นแทน” (nominee test) ซึ่งพิจารณาจากตัวบุคคลที่มีชื่ออยู่ในทะเบียนผู้ถือหุ้นและสัดส่วนของหุ้นที่ถือ ในขณะที่ความเป็นจริงทางเศรษฐกิจของโครงสร้างนั้นมีอาศัย “การควบคุม” (control) ซึ่งดำรงอยู่ในรูปแบบที่หลากหลายและซับซ้อน อย่างน้อยห้ารูปแบบที่ปรากฏในคดีและรายงานของหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย

รูปแบบที่หนึ่ง คือ การใช้สัญญาแยกต่างหาก (side agreement) เช่น สัญญาให้กู้ยืมเงิน สัญญาทรัสต์ หรือ สัญญาเสียง (voting agreement) ซึ่งทำให้ผู้มีสัญชาติไทยที่มีชื่อเป็นผู้ถือหุ้นต้องดำเนินการตามคำสั่งของคนต่างด้าว อย่างมีนัยสำคัญ รูปแบบนี้ไม่อยู่ในขอบเขตของเกณฑ์ตามมาตรา 4 เนื่องจากผู้ถือหุ้นไทยอาจถือหุ้นจริงด้วยทุนของตนเอง แต่ยอมรับการควบคุมผ่านสัญญาที่อยู่นอกขอบเขต

รูปแบบที่สอง คือ การออกหุ้นบุริมสิทธิที่มีสิทธิพิเศษในการออกเสียง (super-voting preference shares) ซึ่งให้คนต่างด้าวที่ถือหุ้นบุริมสิทธิเสียงข้างน้อยมีอำนาจครอบงำการออกเสียงในที่ประชุมผู้ถือหุ้น รูปแบบนี้สามารถดำรงอยู่ภายใต้กรอบมาตรา 4 (3) (ก) ได้อย่างชอบธรรม เนื่องจากเกณฑ์ที่กฎหมายใช้คือสัดส่วนของ “หุ้นอันเป็นทุน” ไม่ใช่สัดส่วนของสิทธิออกเสียง

อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยขอตั้งข้อสังเกตว่า ในระบบกฎหมายไทย การออก “super-voting shares” ในความหมายอย่างเข้มงวด (เช่น dual-class share structure ที่แพร่หลายในสหรัฐและสิงคโปร์) อาจทำได้จำกัด เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1108 (4) กำหนดให้ที่ประชุมตั้งบริษัทเป็นผู้วางกำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิและสภาพแห่งบุริมสิทธิ ขณะที่มาตรา 1182 และมาตรา 1183 ยึดหลัก “หนึ่งหุ้นหนึ่งเสียง” (one share, one vote) สำหรับการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมใหญ่ เว้นแต่ข้อบังคับของบริษัทจะกำหนดเป็นอย่างอื่น ดังนั้น การให้สิทธิออกเสียงเกินสัดส่วนหุ้นจึงต้องอาศัยกลไกอื่นแทน เช่น การกำหนดสิทธิพิเศษของหุ้นบุริมสิทธิในการแต่งตั้งกรรมการ การกำหนดสิทธิในการยับยั้ง (veto rights) ในเรื่องสำคัญ หรือการทำข้อตกลงระหว่างผู้ถือหุ้น (shareholders' agreement) ที่ผูกพันการลงคะแนนเสียง กลไกเหล่านี้สามารถทำให้คนต่างด้าวมีอำนาจควบคุมโดยพฤตินัยเกินสัดส่วนการถือหุ้น แต่อยู่นอกขอบเขตของเกณฑ์ตามมาตรา 4 ทำให้เกิดความไม่ตรงกันระหว่างเจตนารมณ์ของกฎหมายกับถ้อยคำของกฎหมายที่จำกัดเฉพาะการถือหุ้นเชิงปริมาณ

รูปแบบที่สาม คือ การใช้หุ้นกู้แปลงสภาพ (convertible debenture) หรือสัญญาเปลี่ยนสภาพหนี้เป็นทุน (debt-to-equity conversion) ซึ่งทำให้คนต่างด้าวสามารถเปลี่ยนสถานะจากเจ้าหนี้เป็นผู้ถือหุ้นเสียงข้างมากได้ทันทีเมื่อต้องการ ในระหว่างที่ยังไม่แปลงสภาพ คนต่างด้าวยังคงมิใช่ผู้ถือหุ้นในเชิงตัวอักษร จึงไม่อยู่ในขอบเขตของเกณฑ์ตามมาตรา 4 แต่มีอำนาจในเชิงเศรษฐกิจที่จะเปลี่ยนสถานะได้ตลอดเวลา

รูปแบบที่สี่ คือ การใช้สัญญาบริหารจัดการ (management agreement) หรือสัญญาแฟรนไชส์ที่ให้สิทธิคนต่างด้าวในการบริหารงานกิจการของบริษัท รับค่าธรรมเนียมในอัตราที่สูงผิดปกติ และมีอำนาจตัดสินใจในเรื่องสำคัญ รูปแบบนี้ไม่ปรากฏในทะเบียนผู้ถือหุ้นเลย เนื่องจากการควบคุมเกิดผ่านสัญญาทางพาณิชย์ ไม่ใช่ผ่านโครงสร้างทุน

รูปแบบที่ห้า คือ การใช้โครงสร้างข้ามประเทศ (cross-border structure) ผ่านบริษัทในประเทศที่สาม โดยอาศัยช่องว่างของอนุสัญญาภาษีซ้อนและการจัดสรรกำไรผ่านกลไก transfer pricing รูปแบบนี้มีความซับซ้อนสูงสุดและตรวจสอบยากที่สุด เพราะเกี่ยวข้องกับเขตอำนาจของหลายประเทศและกฎหมายของหลายระบบกฎหมาย

ทั้งห้ารูปแบบสะท้อนช่องว่างที่สำคัญคือ การควบคุมทางความเป็นจริง (de facto control) ตกอยู่กับคนต่างด้าว แต่ในทางตัวอักษรของมาตรา 4 ไม่อาจจัดให้บุคคลนั้นเป็น “คนต่างด้าว” ได้ เพราะกฎหมายอาศัยเฉพาะเกณฑ์เชิงปริมาณของการถือหุ้น การพิจารณาพิสูจน์ของพนักงานสอบสวนจึงหนักขึ้นมาก เพราะต้องหาพยานหลักฐานทางเอกสาร เช่น สัญญาแยกต่างหาก ที่มักถูกเก็บเป็นความลับ การปิดช่องว่างนี้จึงต้องอาศัยการแก้ไขในระดับนิยามและระดับองค์ประกอบความผิด ดังจะเสนอในข้อเสนอแนะ (FATF, 2019, 2023; Phromphan, 2025)

วัตถุประสงค์ที่ 4: แนวทางปรับปรุงให้สอดคล้องกับมาตรฐาน FATF และพันธกรณีระหว่างประเทศ

ผลการวิจัยพบว่า กรอบกฎหมายไทยไม่สอดคล้องกับมาตรฐาน FATF Recommendation 24 และ 25 ฉบับปรับปรุง พ.ศ. 2565 และ 2566 ตามลำดับ (FATF, 2023) ในสามประการ ประการแรก กฎหมายไทยใช้เกณฑ์ “การถือหุ้น” เป็นหลัก โดยไม่ได้บัญญัติเกณฑ์ “การควบคุมชั้นสุดท้าย” ประการที่สอง กฎหมายไทยขาดระบบการลงทะเบียน beneficial ownership แบบรวมศูนย์ ปัจจุบันการเปิดเผยข้อมูลผู้ถือหุ้นกระจัดกระจายในกฎหมายหลายฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 16 ระเบียบของสำนักงาน ก.ล.ด. และคำสั่งของ DBD (OECD, 2019) ประการที่สาม เพดานค่าปรับที่หนึ่งล้านบาทอาจน้อยเกินไปเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ได้รับ ในด้านพันธกรณีระหว่างประเทศ การปฏิรูปต้องคำนึงถึง Treaty of Amity and Economic Relations ระหว่างไทยกับสหรัฐฯ ค.ศ. 1966 (U.S. Department of State, 2017) Japan–Thailand Economic Partnership Agreement พ.ศ. 2550 (Ministry of Foreign Affairs of Japan, 2007) และ ASEAN–Australia–New Zealand Free Trade Agreement (AANZFTA) ที่ให้สิทธิยกเว้นแก่นักลงทุนของประเทศคู่สัญญา การออกแบบเกณฑ์ “การควบคุม” ใหม่ต้องระมัดระวังไม่ให้ขัดพันธกรณีดังกล่าว

อภิปรายผล

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 1 พบว่า การไม่มีบทนิยาม “นอมินี” โดยตรงในพระราชบัญญัติฯ สร้างความไม่แน่นอนในการบังคับใช้กฎหมายอย่างมีนัยสำคัญ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะกฎหมายร่างขึ้นในยุคที่ปรากฏการณ์นอมินียังไม่ซับซ้อนเท่าปัจจุบัน สอดคล้องกับการศึกษาของ Phromphan (2025) ที่ชี้ว่ากฎหมายจัดทำมาเมื่อยี่สิบกว่าปีที่แล้วและไม่สามารถรองรับความซับซ้อนของการลงทุนในปัจจุบันได้อย่างมีประสิทธิภาพ และสอดคล้องกับ FATF (2023) ที่เสนอให้ประเทศสมาชิกบัญญัตินิยาม Beneficial Owner ที่ครอบคลุมการควบคุมชั้นสุดท้ายเพื่อลดความไม่แน่นอนของการบังคับใช้

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 2 พบว่า องค์ประกอบความผิดของมาตรา 36 และ 37 มีถ้อยคำที่กว้างและสร้างภาระการพิสูจน์เจตนาพิเศษอย่างหนัก ทั้งนี้อาจเป็นเพราะการบัญญัติเดิมพยายามครอบคลุมพฤติการณ์หลากหลายโดยใช้ถ้อยคำกว้าง สอดคล้องกับการวิเคราะห์ของ Wajanasawat (2019) เรื่องการตีความองค์ประกอบความผิดในกฎหมายอาญาเศรษฐกิจของไทย และสอดคล้องกับการศึกษาของ Arner et al. (2017) ที่ชี้ให้เห็นว่าการบัญญัติองค์ประกอบที่กว้างสร้างปัญหาในการบังคับใช้ในยุคที่โครงสร้างทางการเงินและองค์กรซับซ้อนมากขึ้น

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 3 พบว่า ช่องว่างระหว่าง Nominee test กับ Control test เป็นปัญหาเชิงโครงสร้างของกฎหมายที่ไม่สามารถปิดได้ด้วยการตีความเพียงอย่างเดียว ต้องอาศัยการแก้ไขกฎหมายในระดับนิยาม ทั้งนี้อาจเป็นเพราะกฎหมายไทยยึดเกณฑ์เชิงปริมาณตามแบบกฎหมายเก่าของยุค 2515 สอดคล้องกับ FATF (2019, 2023) ที่ระบุว่ากลไกการกำกับดูแลที่อาศัยเกณฑ์เดียวมีประสิทธิภาพต่ำในการป้องกันการใช้นิติบุคคลเพื่อวัตถุประสงค์ผิดกฎหมาย และสอดคล้องกับ OECD (2019) ที่เสนอแนวทางการเปิดเผยข้อมูลผู้รับประโยชน์ที่แท้จริงตามเกณฑ์การควบคุมชั้นสุดท้าย

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 4 พบว่า การปฏิรูปกฎหมายต้องสมดุลระหว่างการเสริมสร้างประสิทธิภาพการบังคับใช้กับการรักษาพันธกรณีระหว่างประเทศ ทั้งนี้อาจเป็นเพราะ Treaty of Amity ให้สิทธิ National treatment แก่นักลงทุนสหรัฐฯ ในฐานะที่เกือบเทียบเท่านิติบุคคลไทย สอดคล้องกับการศึกษาของ U.S. Department of State (2017) เรื่องสภาพแวดล้อมการลงทุนในไทย และสอดคล้องกับ Ayres and Braithwaite

(1992) ที่เสนอ Responsive Regulation อันเน้นความยืดหยุ่นในการบังคับใช้ตามระดับของความเสี่ยงและการปฏิบัติตามกฎหมาย ดังนั้น การปฏิรูปจึงควรออกแบบเกณฑ์ “การควบคุม” ให้บังคับเฉพาะกรณีที่มีพยานหลักฐานชัดเจนของการหลีกเลี่ยงกฎหมาย ไม่ใช่ทุกกรณีที่มีอำนาจควบคุม

ข้อโต้แย้งและข้อจำกัดของข้อเสนอ

ในด้านความสมดุลทางวิชาการ ผู้วิจัยตระหนักว่าข้อเสนอเชิงนิติบัญญัติที่นำเสนอข้างต้นอาจประสบข้อโต้แย้งจากฝ่ายผู้ลงทุนต่างประเทศและภาคธุรกิจ ในที่นี้ผู้วิจัยจึงอภิปรายข้อโต้แย้งที่สำคัญสามประการ

ข้อโต้แย้งประการแรก การเพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” ในมาตรา 4 อาจสร้างความไม่แน่นอนแก่นักลงทุนสุจริต (Legitimate investors uncertainty) เนื่องจากข้อตกลงทางการเงินจำนวนมาก เช่น Financing covenant, Board representation rights และ Veto rights ในเรื่องสำคัญ ล้วนเป็นเงื่อนไขของการลงทุนของสถาบันการเงินและกองทุนระหว่างประเทศ การตีความเกณฑ์ “การควบคุม” อย่างกว้างอาจทำให้นักลงทุนต่างชาติที่มีเจตนาดีถูกพิจารณาเป็นนอมนิโดยไม่ตั้งใจ ทางออกคือการบัญญัติเกณฑ์ที่ชัดเจนพร้อม Safe harbour สำหรับธุรกรรมทางการเงินมาตรฐาน

ข้อโต้แย้งประการที่สอง การเพิ่มภาระการกำกับดูแลและต้นทุนการปฏิบัติตามกฎหมาย (Compliance cost) อาจส่งผลกระทบต่อ FDI inflow โดยเฉพาะในภาวะที่ไทยกำลังแข่งขันกับเวียดนาม อินโดนีเซีย และมาเลเซีย ในการดึงดูดการลงทุนต่างชาติ การปฏิรูปกฎหมายที่เข้มงวดอาจสร้างสัญญาณเชิงลบต่อตลาดทุนระหว่างประเทศ ทางออกคือการสื่อสารอย่างชัดเจนว่าการปฏิรูปมุ่งจัดการเฉพาะโครงสร้างนอมนิที่หลีกเลี่ยงกฎหมาย ไม่กระทบการลงทุนที่สุจริต

ข้อโต้แย้งประการที่สาม การเพิ่มเพดานโทษและการเปิดทางสำหรับการยึดทรัพย์ทางแพ่งอาจถูกใช้ในทางที่ผิดเป็นเครื่องมือกลั่นแกล้งทางธุรกิจ (Legal harassment) โดยเฉพาะในสภาพแวดล้อมที่การบังคับใช้กฎหมายอาจไม่สม่ำเสมอ ทางออกคือการสร้างกลไกการตรวจสอบและถ่วงดุล (Checks and balances) ผ่านการอุทธรณ์ทางปกครองและการพิจารณาโดยศาลที่เป็นอิสระ พร้อมการอาศัย Treaty rights preservation clause เพื่อคุ้มครองนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาที่มีอยู่

ผู้วิจัยเห็นว่า ข้อโต้แย้งทั้งสามประการเป็นข้อพึงระวังที่สำคัญในการออกแบบกฎหมายใหม่ แต่ไม่ใช่เหตุที่ทำให้การปฏิรูปเป็นไปไม่ได้ ตรงกันข้าม กลับเป็นสิ่งที่ตอกย้ำว่าการปฏิรูปต้องอาศัยการออกแบบที่ละเอียดอ่อนและบูรณาการ ไม่ใช่การแก้ไขผิวเผินที่อาจสร้างผลกระทบเชิงลบโดยไม่จำเป็น

สรุป

ผลการวิจัยนี้สรุปได้ว่าปัญหาของกฎหมายเรื่องนอมนิในไทยมีต้นเหตุพื้นฐานร่วมกันประการเดียว กล่าวคือการที่กฎหมายอาศัยเฉพาะเกณฑ์เชิงปริมาณของการถือหุ้นโดยไม่จับเชิงคุณภาพของ “การควบคุม” ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาแตกแขนงเป็นปัญหาในระดับการพิสูจน์ การลงโทษ การยึดทรัพย์ และความสอดคล้องกับมาตรฐานสากล กรอบกฎหมายปัจจุบันมีจุดแข็งในเรื่องโครงสร้างที่ครอบคลุมและองค์การบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพ แต่มีจุดอ่อนสำคัญในเรื่องนิยามที่ไม่ครอบคลุมและองค์ประกอบความผิดที่กว้าง ส่งผลให้การบังคับใช้ขาดประสิทธิภาพและไม่สอดคล้องกับมาตรฐาน Beneficial Ownership ของ FATF

ข้อเสนอของบทความ ได้แก่ การเพิ่มบทนิยาม “นอมินี” และ “ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง” เพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” เป็นเกณฑ์เสริมบูรณาการระบบ UBO ที่มีอยู่ในประเทศไทย และกำหนดมาตรา 36 และ 37 เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงิน ต้องถูกออกแบบบนเงื่อนไขสองประการ ได้แก่ (1) ความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของไทย โดยเฉพาะ Treaty of Amity, JTEPA และ AANZFTA และ (2) การยึดหลัก presumption of innocence ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง

ในด้านวิชาชีพ คดีนอมินีในจังหวัดภูเก็ตเมื่อวันที่ 11 กันยายน 2567 ตามคดีหมายเลขแดงที่ อ.2812/2567 ที่ศาลอาญาพิพากษาลงโทษจำเลย 23 ราย ประกอบด้วยทั้งคนต่างด้าวที่ใช้นอมินี ผู้ถือหุ้นไทยที่ยอมเป็นนอมินี และผู้ประกอบการวิชาชีพ (สำนักงานกฎหมายและสำนักงานบัญชี) ที่รับจ้างจัดโครงสร้างให้ เป็นกรณีที่จุดประเด็นสำคัญที่บทความนี้ขอชี้ การปฏิรูปกฎหมายต้องครอบคลุมความรับผิดชอบของผู้ประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานและผู้สอบบัญชีไม่ใช่ผู้ให้บริการตามหน้าที่หรือเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด แต่เป็นองค์ประกอบของระบบที่ทำให้โครงสร้างนอมินีดำรงอยู่ได้

ข้อเสนอแนะ

จากผลการวิจัย ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

1. ข้อเสนอแนะจากการวิจัย

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 1 พบว่า พระราชบัญญัติฯ มิได้นิยาม “นอมินี” ดังนั้น กระทรวงพาณิชย์ควรเสนอแก้ไขมาตรา 4 โดยเพิ่มบทนิยาม “นอมินี” หมายความว่า ผู้มีสัญชาติไทยหรือนิติบุคคลที่มีใช้คนต่างด้าวซึ่งถือหุ้นเป็นกรรมการ หรือมีตำแหน่งใดในนิติบุคคลในประเทศไทยในนามของคนต่างด้าว โดยที่อำนาจการตัดสินใจการบริหารจัดการ หรือผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจที่แท้จริงตกอยู่กับคนต่างด้าวผู้นั้น และนิยาม “ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง” (Ultimate Beneficial Owner)

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 2 พบว่า องค์ประกอบความผิดมาตรา 36 มีถ้อยคำกว้าง ดังนั้น ควรปรับปรุงให้ครอบคลุมการควบคุมโดยปริยายผ่านสัญญาแยกต่างหาก หุ้่นบุริมสิทธิ หุ้่นกู้แปลงสภาพ และโครงสร้างข้ามประเทศ และควรปรับเพดานโทษปรับเป็น “ตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงสิบล้านบาท หรือไม่น้อยกว่าสองเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับ”

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 3 พบว่า ช่องว่างระหว่าง Nominee test กับ Control test ดังนั้น ควรแก้ไขมาตรา 4 (3) และ (4) เพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” โดยให้ถือว่านิติบุคคลที่มีคนต่างด้าวมียานาจควบคุมเกินกึ่งหนึ่งเป็น “คนต่างด้าว” แม้สัดส่วนการถือหุ้นในนามไม่ถึงเกณฑ์

ผลจากการวิจัยวัตถุประสงค์ที่ 4 พบว่า กรอบกฎหมายไม่สอดคล้องกับ FATF ดังนั้น ควรเร่งรัดการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. 2542 มาตรา 3 ให้มาตรา 36 และ 37 เป็น “ความผิดมูลฐาน” และจัดตั้งทะเบียน UBO กลางภายใต้กรมพัฒนาธุรกิจการค้า โดยบูรณาการระบบที่มีอยู่ใน พ.ร.บ.ฟอกเงิน, ก.ล.ต. และคำสั่ง DBD ภายใต้กรอบ พ.ร.บ.คุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล พ.ศ. 2562

ในการนำข้อเสนอไปปฏิบัติ ผู้วิจัยเสนอลำดับการดำเนินงานดังนี้ ระยะสั้น (ภายใน 1 ถึง 2 ปี) ได้แก่ การออกคำสั่งและระเบียบของกรมพัฒนาธุรกิจการค้าเรื่องการตรวจสอบ UBO และการเร่งรัดการแก้ไขพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่อยู่ระหว่างพิจารณา โดยมีสำนักงาน ป.ป.ง. เป็นหน่วยงานเจ้าภาพ ระยะกลาง (2 ถึง 3 ปี) ได้แก่ การเสนอแก้ไขมาตรา 36 ในพระราชบัญญัติการประกอบธุรกิจ

ของคนต่างด้าวฯ โดยมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกระทรวงพาณิชย์เป็นหน่วยงานเจ้าภาพ และระยะยาว (3 ถึง 5 ปี) ได้แก่ การแก้ไขมาตรา 4 เพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” และการจัดตั้งทะเบียน UBO กลาง โดยต้องอาศัยมติคณะรัฐมนตรีและการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร และการดำเนินการต้องทำควบคู่กับการเจรจาบทสนธิสัญญาที่อาจได้รับผลกระทบ โดยมีกระทรวงการต่างประเทศและกรมเจรจาการค้าระหว่างประเทศเป็นหน่วยงานเจ้าภาพร่วม

2. ข้อเสนอแนะในการทําริวิจัยครั้งต่อไป

- (1) การศึกษาเชิงประจักษ์ที่อาศัยข้อมูลปฐมภูมิจากการสัมภาษณ์ผู้พิพากษา อัยการ และทนายความที่ปฏิบัติงานในคดีอาญา เพื่อเติมเต็มมิติเชิงปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมาย
- (2) การศึกษาเปรียบเทียบในเชิงลึกระหว่างกฎหมายไทยกับกฎหมายของประเทศสมาชิกอาเซียน เช่น สิงคโปร์ มาเลเซีย และอินโดนีเซีย ในการกำกับดูแลโครงสร้างนอมนี
- (3) การวิเคราะห์ผลกระทบของการแก้ไขกฎหมายต่อการลงทุนจากต่างประเทศ โดยใช้ข้อมูลของสำนักงานคณะกรรมการส่งเสริมการลงทุนและกระทรวงพาณิชย์
- (4) การศึกษาเรื่องความรับผิดชอบทางวิชาชีพของทนายความและผู้สอบบัญชีในกรณีคดีอาญา ซึ่งบทความนี้กล่าวถึงในเบื้องต้นเท่านั้น

องค์ความรู้ใหม่

งานวิจัยนี้สร้างองค์ความรู้ใหม่ในรูปของ “แนวคิดการปฏิรูปสามชั้นเชื่อมโยง” (Triple-Layer Reform Concept) สำหรับการปฏิรูปกฎหมายอาญาของประเทศไทย องค์ความรู้นี้แตกต่างจากการศึกษาก่อนหน้าที่มักเสนอข้อเสนอแยกส่วน โดยชี้ให้เห็นว่าการแก้ไขปัญหานอมนี้อย่างยั่งยืนต้องอาศัยการปฏิรูปสามชั้นพร้อมกันและเชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบ มิใช่การแก้ไขทีละจุด

ในการระบุความเป็นองค์ความรู้ใหม่ ผู้วิจัยขอชี้ความแตกต่างระหว่าง Triple-Layer Reform Concept ที่บทความนี้เสนอ กับ Regulatory Pyramid ของ Ayres and Braithwaite (1992) ซึ่งเป็นกรอบที่ผู้อ่านอาจเข้าใจว่าใกล้เคียงกัน ความแตกต่างที่สำคัญมีสองประการ ประการแรก Regulatory Pyramid เป็น “แกนของเครื่องมือการกำกับดูแล” (vertical axis of regulatory tools) ที่จัดลำดับมาตรการกำกับดูแลจากเบาไปหนัก เริ่มจากการให้ความรู้ การเตือน การปรับ ไปจนถึงการดำเนินคดีอาญา ภายในกฎหมายเดียวกัน ขณะที่ Triple-Layer Reform Concept เป็น “แกนของโครงสร้างกฎหมาย” (structural axis of legal architecture) ที่ปฏิรูปกฎหมายในสามชั้นเชิงสถาปัตยกรรม ได้แก่ ชั้นนิยาม ชั้นองค์ประกอบความผิด และชั้นการบังคับใช้ ประการที่สอง Regulatory Pyramid มุ่งตอบคำถาม “ควรใช้เครื่องมือใดในการกำกับดูแลในระดับใด” ขณะที่ Triple-Layer Reform Concept มุ่งตอบคำถาม “ต้องปฏิรูปกฎหมายในระดับใดบ้างเพื่อให้แก้ปัญหาได้อย่างยั่งยืน” มูลค่าทางทฤษฎีของแนวคิดนี้คือการเป็นกรอบบูรณาการสำหรับการปฏิรูปกฎหมายอาญาเศรษฐกิจที่อาศัยนิยามเป็นฐานหลัก ซึ่งเป็นกรอบที่ยังไม่ปรากฏในวรรณกรรมไทย

ชั้นที่หนึ่งคือ ชั้นนิยาม (Definitional Layer) ซึ่งเป็นฐานหลักของระบบทั้งหมด ประกอบด้วยการบัญญัตินิยาม “นอมนี” อย่างชัดเจน การบัญญัตินิยาม “ผู้รับประโยชน์ที่แท้จริง” (Ultimate Beneficial Owner) ตามมาตรฐาน FATF Recommendation 24 และการเพิ่มเกณฑ์ “การควบคุม” เสริมเกณฑ์ “การถือหุ้น” ในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติฯ ชั้นนี้เป็นฐานราก เพราะหากไม่มีนิยามที่ชัดเจน ชั้นที่สองและสามจะไม่สามารถดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ

ชั้นที่สองคือ ชั้นองค์ประกอบความผิด (Elements Layer) ซึ่งต่อยอดจากชั้นนิยาม โดยปรับองค์ประกอบความผิดของมาตรา 36 ให้ครอบคลุมการควบคุมโดยปริยายผ่านสัญญาแยกต่างหาก หุ่นบริมสิทธิที่มีสิทธิพิเศษในการออกเสียง หุ่นแปลงสภาพ สัญญาบริหารจัดการ และโครงสร้างข้ามประเทศ พร้อมการปรับเพดานโทษปรับให้สอดคล้องกับขนาดของผลประโยชน์ที่ได้รับ ในระดับ “ตั้งแต่ห้าแสนบาทถึงสิบล้านบาท หรือไม่น้อยกว่าสองเท่าของผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกระทำความผิด แล้วแต่จำนวนเงินจะสูงกว่า” ชั้นนี้ทำให้กฎหมายมีความครอบคลุมเชิงคุณภาพและมีอำนาจเชิงกฎหมายเพียงพอที่จะป้องปรามผู้กระทำความผิดที่เป็นนิติบุคคลขนาดใหญ่

ชั้นที่สามคือ ชั้นการบังคับใช้ (Enforcement Layer) ซึ่งเป็นชั้นสุดท้ายที่ทำให้ระบบทำงานในเชิงปฏิบัติ ประกอบด้วยการบูรณาการระบบเปิดเผย UBO ที่ปัจจุบันกระจายอยู่ในกฎหมายของกรมพัฒนาธุรกิจการค้า สำนักงาน ก.ล.ต. และสำนักงาน ป.ป.ง. ให้เป็นทะเบียนกลางที่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมายเข้าถึงได้ทันทั่วถึง การกำหนดให้มาตรา 36 และมาตรา 37 เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายฟอกเงิน เพื่อเปิดช่องสำหรับการยึดและริบทรัพย์สินทางแพ่งที่มีมาตรฐานพยานหลักฐานต่ำกว่าคดีอาญา และการนำเทคโนโลยีกำกับดูแล (Regulatory Technology หรือ RegTech) เช่น Artificial Intelligence และ Machine Learning มาช่วยในการตรวจจับโครงสร้างการถือหุ้นที่ซับซ้อน

ความใหม่ของแนวคิดสามชั้นนี้อยู่ที่การชี้ให้เห็นว่าการปฏิรูปต้องเดินไปพร้อมกันทั้งสามชั้น การแก้ไขเฉพาะชั้นใดชั้นหนึ่งจะไม่ก่อให้เกิดผลลัพธ์ที่คาดหวัง กล่าวคือ การแก้ไขเฉพาะชั้นที่หนึ่งโดยไม่ปรับชั้นที่สองและสามจะทำให้กฎหมายมีนิยามที่ดีแต่บังคับใช้ไม่ได้ การแก้ไขเฉพาะชั้นที่สามโดยไม่ปรับฐานทางนิยามและองค์ประกอบความผิด จะทำให้การบังคับใช้ติดขัดในชั้นการพิสูจน์ตามตัวบทเดิม และการแก้ไขเฉพาะชั้นที่สองโดยไม่มีฐานนิยามที่ชัดเจนและไม่มีระบบบังคับใช้ที่บูรณาการ จะทำให้องค์ประกอบความผิดเป็นแค่ตัวอักษรในกฎหมายโดยไม่มีผลในทางปฏิบัติ

นอกจากการเชื่อมโยงสามชั้นแล้ว แนวคิดนี้ยังเน้นเงื่อนไขสำคัญสองประการที่บังคับครอบคลุมทุกชั้น ได้แก่ ความสอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศของไทย โดยเฉพาะ Treaty of Amity and Economic Relations กับสหรัฐอเมริกา ความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น (JTEPA) และความตกลงการค้าเสรีอาเซียน-ออสเตรเลีย-นิวซีแลนด์ (AANZFTA) และการยึดหลัก Presumption of innocence ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสอง ที่ห้ามมิให้กฎหมายระดับพระราชบัญญัติกำหนดข้อสันนิษฐานที่พลิกภาระการพิสูจน์ในความผิดอาญาไปยังจำเลย เงื่อนไขทั้งสองทำให้การปฏิรูปต้องระมัดระวังการออกแบบในเชิงเทคนิค โดยใช้ข้อสันนิษฐานทางปกครอง (Administrative presumption) และทางแพ่งแทนข้อสันนิษฐานทางอาญา และใช้บทบัญญัติคงสิทธิเดิม (Treaty rights preservation clause) เพื่อคุ้มครองนักลงทุนภายใต้สนธิสัญญาที่มีอยู่

องค์ความรู้ที่สามารถนำไปประยุกต์ใช้ได้สามระดับ ในระดับนโยบาย ผู้กำหนดนโยบายสามารถใช้แนวคิดสามชั้นเป็นกรอบในการออกแบบยุทธศาสตร์การปฏิรูปกฎหมายนอมนี้อย่างเป็นระบบ ในระดับนิติบัญญัติ ผู้ร่างกฎหมายสามารถใช้แนวคิดนี้เป็นแม่บทในการพิจารณาว่าร่างกฎหมายแต่ละฉบับครอบคลุมชั้นใดและขาดชั้นใด ในระดับการบังคับใช้กฎหมาย หน่วยงานปฏิบัติสามารถใช้แนวคิดนี้เป็นกรอบในการประเมินจุดอ่อนของระบบและออกแบบมาตรการเสริมในชั้นที่จำเป็น แนวคิดสามชั้นเชื่อมโยงนี้จึงเป็นองค์ความรู้ใหม่ที่มีคุณค่าทั้งในเชิงทฤษฎีและเชิงปฏิบัติสำหรับการปฏิรูปกฎหมายนอมนีของประเทศไทย

References

- Arner, D. W., Barberis, J., & Buckley, R. P. (2017). FinTech, RegTech, and the reconceptualization of financial regulation. *Northwestern Journal of International Law & Business*, 37(3), 371–413. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njilb/vol37/iss3/2>
- Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford University.
- Bangkok Insight. (2024, October 11). *Criminal Court sentences 23 nominee defendants in Phuket real estate case: Fines of THB 200,000 each, two-year suspended imprisonment, and ordered business dissolution*. <https://www.thebangkokinsight.com/news/business/1396371/>
- Department of Business Development [DBD], Ministry of Commerce of Thailand. (2025, April 23). *Strict measures against foreigners using Thai nominees: 852 cases worth THB 15,188 million in the September 2024–March 2025 period. Press release by Director-General Oramon Subthawitham*. <https://www.dbd.go.th/>
- Financial Action Task Force [FATF]. (2019). *Best practices on beneficial ownership for legal persons*. FATF Secretariat.
- Financial Action Task Force [FATF]. (2023). *Guidance on beneficial ownership and transparency of legal arrangements*. FATF Secretariat.
- Hutchinson, T., & Duncan, N. (2012). Defining and describing what we do: Doctrinal legal research. *Deakin Law Review*, 17(1), 83–119. <https://ojs.deakin.edu.au/index.php/dlr/article/view/70>
- Meenakornit, T., & Boonmee, R. (2025). *Commentary on criminal law: Specific offences and lesser offences* (21st ed.). Winyuchon.
- Ministry of Foreign Affairs of Japan. (2007). *Agreement between Japan and the Kingdom of Thailand for an economic partnership (JTEPA)*. MOFA. <https://www.mofa.go.jp/region/asia-paci/thailand/epa0704/agreement.pdf>
- Na Nakorn, K. (n.d.). *Criminal law: General part*. Winyuchon.
- Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD]. (2019). *Corporate Governance Factbook 2019*. OECD.
- Phromphan, S. (2025). Nominee companies or shell companies in Thailand: Solutions and future directions. *Journal of the Office of the Ombudsman*, 18(2), 411–435. <https://so04.tci-thaijo.org/index.php/ombudsman/article/view/280946>

- Sukasom, P. (2018). *Issues concerning foreign business operation in the form of limited companies* [Master's thesis in law, Kasem Bundit University]. <http://law.master.kbu.ac.th/StudentTheses/2561/04.pdf>
- Supreme Court of Thailand. (1995). *Judgment No. 1038/2538 on land acquisition by foreigners under Section 86 of the Land Code*. <https://deka.in.th/view-2136.html>
- Supreme Court of Thailand. (1997). *Judgment No. 792/2540 on principal-agent relationship in nominee land holding*.
- Supreme Court of Thailand. (2014). *Judgment No. 17923/2557 on the use of juristic persons to hold land on behalf of foreigners*.
- Thai PBS. (2024, October 21). *The Criminal Court orders 23 nominees in the Phuket real estate case fined THB 200,000 each and two years suspended imprisonment, with company dissolution. Criminal Court Red Case No. Or. 2812/2567*. <https://www.thaipbs.or.th/news/content/345504>
- Thailand Development Research Institute [TDRI]. (2014). *Issues with the Foreign Business Act of Thailand*. TDRI. <https://tdri.or.th/2014/10/kt31/>
- U.S. Department of State. (2017). *2017 Investment climate statements: Thailand*. <https://www.state.gov/reports/2017-investment-climate-statements/thailand>
- Wajanasawat, K. (2019). *Commentary on criminal law: Part 1* (11th ed.). Krung Siam.