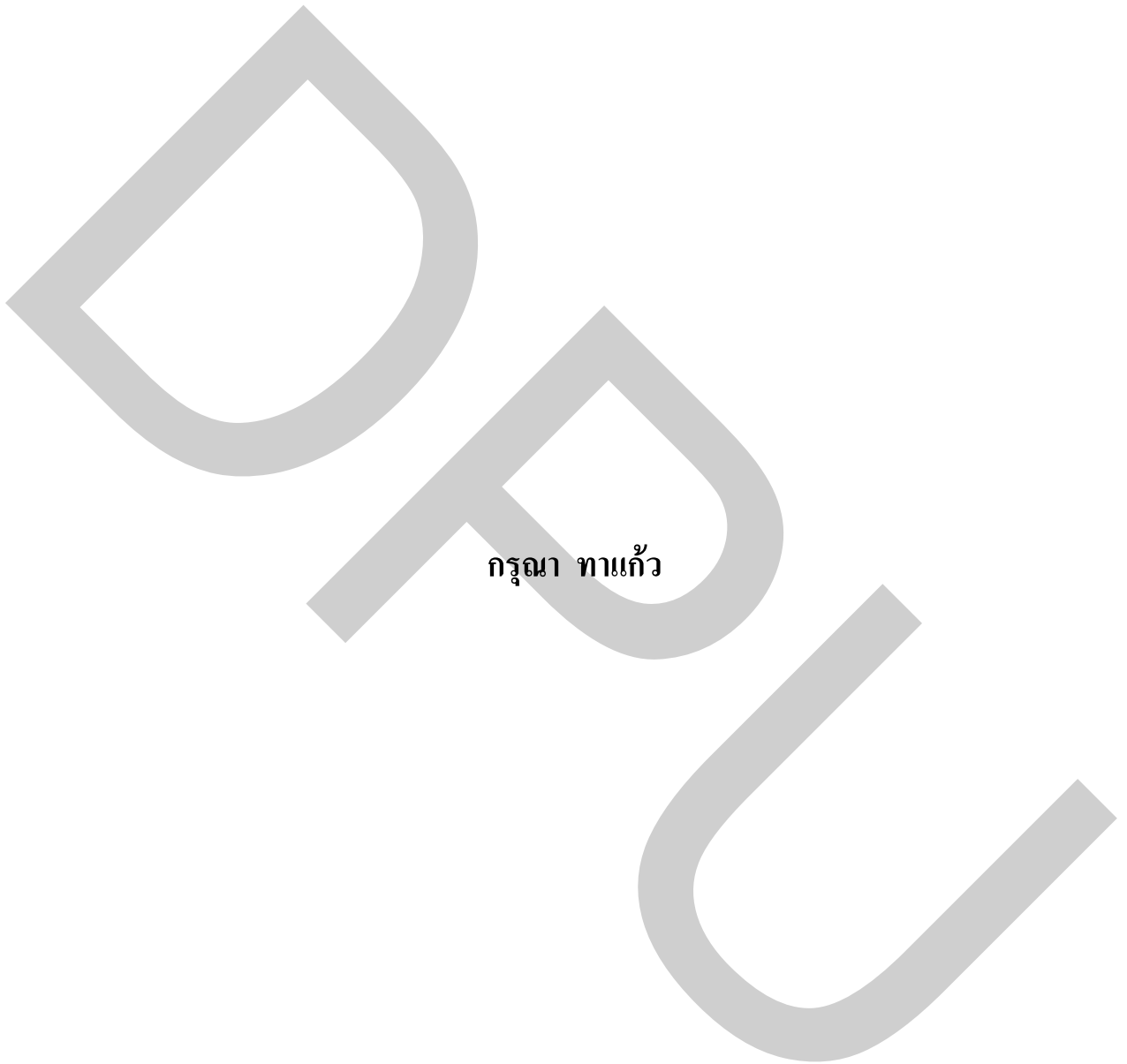


ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับธุรกิจอาคารชุด : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติ
การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551



กรรณา ทาแก้ว

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

พ.ศ. 2552

**Legal Problems on Condominium Business : Case Study
under the Escrow Act. B.E. 2551 (2008)**



KARUNA TAKAEO

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

Department of Law

Graduate School, Dhurakij Pundit University

2009

กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลุล่วงได้ด้วยความกรุณาอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ ที่ให้เกียรติมารับฟังข้อเสนอ พร้อมทั้งให้คำชี้แนะที่เป็นประโยชน์และกรุณารับเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาในการเขียนวิทยานิพนธ์นี้ให้แก่ผู้เขียน

ขอขอบพระคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.วารี นาสกุล ที่กรุณาได้รับเป็นประธานกรรมการวิทยานิพนธ์ ท่านรองศาสตราจารย์ ดร. ภูมิ โชคเหมาะ และท่านรองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี ที่กรุณาได้รับเป็นกรรมการวิทยานิพนธ์ ซึ่งท่านทั้งสามได้ให้คำชี้แนะในข้อบกพร่องต่างๆ เพื่อปรับปรุงแก้ไขวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ผู้เขียนรู้สึกซาบซึ้งใจเป็นอย่างยิ่ง จึงใคร่ขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ทุกท่านเป็นอย่างสูงไว้ ณ ที่นี้

ผู้เขียนขอขอบคุณครอบครัวของผู้เขียน เสกสรร วิทยารุ่งเรืองศรี สุพรรณยา ดินโกส เอพิตุ๊ก เบน อ้อ แนน ไอ้ต นิว และเพื่อนๆ ที่ให้การสนับสนุนและให้กำลังใจตลอดมา จนทำให้การทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้สำเร็จลุล่วงไปได้ด้วยดี

กรุณา ทาแก้ว

สารบัญ

| | หน้า |
|--|----------|
| บทคัดย่อภาษาไทย..... | ฅ |
| บทคัดย่อภาษาอังกฤษ..... | ง |
| กิตติกรรมประกาศ..... | จ |
| บทที่ | |
| 1. บทนำ..... | 1 |
| 1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา..... | 1 |
| 1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา..... | 5 |
| 1.3 สมมติฐานของการศึกษา..... | 6 |
| 1.4 ขอบเขตของการศึกษา..... | 6 |
| 1.5 วิธีดำเนินการศึกษา..... | 6 |
| 1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ..... | 7 |
| 2. วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551..... | 8 |
| 2.1 วิวัฒนาการแนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค..... | 8 |
| 2.1.1 วิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้บริโภค..... | 8 |
| 2.1.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค..... | 12 |
| 2.1.3 บทบาทของภาครัฐและภาคเอกชนในการคุ้มครองผู้บริโภค..... | 19 |
| 2.1.4 หลักการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย..... | 23 |
| 2.2 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม..... | 26 |
| 2.2.1 หลักการพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540..... | 29 |
| 2.2.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541..... | 32 |
| 2.3 วิวัฒนาการเกี่ยวกับอาคารชุด..... | 37 |
| 2.3.1 ความเป็นมาของอาคารชุด..... | 37 |
| 2.3.2 ประวัติการประกอบธุรกิจอาคารชุดในประเทศไทย..... | 39 |

สารบัญ(ต่อ)

| | หน้า |
|---|-----------|
| 2.3.3 ความหมายของอาคารชุด..... | 40 |
| 2.3.4 ความหมายของเจ้าของร่วมอาคารชุด..... | 42 |
| 2.3.5 แนวความคิดในการคุ้มครองเจ้าของร่วมในอาคารชุด..... | 44 |
| 2.3.6 สภาวะธุรกิจอาคารชุดในประเทศไทย..... | 51 |
| 2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด | |
| ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551..... | 52 |
| 2.4.1 การซื้อขายอาคารชุด..... | 52 |
| 2.4.1.1 ความเป็นมาของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 52 |
| 2.4.1.2 คำนิยามของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 53 |
| 2.4.1.3 คำนิยามของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในทางกฎหมาย..... | 55 |
| 2.4.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด | |
| ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551..... | 56 |
| 2.4.3 แนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทการทำธุรกิจอาคารชุด | |
| ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551..... | 60 |
| 3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติ | |
| การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 เปรียบเทียบกับต่างประเทศ..... | 64 |
| 3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด | |
| ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551..... | 64 |
| 3.1.1 ประเภทของการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์..... | 65 |
| 3.1.2 การประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์..... | 66 |
| 3.1.2.1 คุณสมบัติของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 65 |
| 3.1.2.2 การตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 66 |
| 3.1.2.3 หน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 66 |
| 3.1.2.4 ค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ของ | |
| ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 67 |
| 3.1.2.5 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการ | |
| ดูแลผลประโยชน์..... | 67 |

สารบัญ(ต่อ)

| | หน้า |
|---|------|
| 3.1.3 สิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 67 |
| 3.1.3.1 สิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 67 |
| 3.1.3.2 การคุ้มครองเงินในบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สิน ที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาผู้ดูแลผลประโยชน์..... | 68 |
| 3.1.4 การกำกับดูแลและตรวจสอบ..... | 68 |
| 3.1.5 การอุทธรณ์..... | 69 |
| 3.1.6 บทกำหนดโทษ..... | 69 |
| 3.1.6.1 โทษทางปกครอง..... | 69 |
| 3.1.6.2 โทษทางอาญา..... | 72 |
| 3.2 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 74 |
| 3.2.1 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย..... | 75 |
| 3.2.1.1 การบังคับใช้กฎหมาย..... | 76 |
| 3.2.1.2 การอนุญาตและหลักประกัน..... | 78 |
| 3.2.1.3 บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา..... | 82 |
| 3.2.1.4 ข้อบังคับในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์..... | 85 |
| 3.2.1.5 การเพิกถอนใบอนุญาต..... | 88 |
| 3.2.1.6 การไต่สวน..... | 90 |
| 3.2.1.7 การตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี..... | 91 |
| 3.2.1.8 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา..... | 93 |
| 3.2.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา..... | 94 |
| 3.3 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศออสเตรเลีย..... | 94 |
| 3.3.1 กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์..... | 95 |
| 3.3.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย..... | 107 |

สารบัญ(ต่อ)

หน้า

| | |
|---|------------|
| 4. วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด | |
| ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551..... | 109 |
| 4.1 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการบังคับใช้ตาม | |
| พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551..... | 111 |
| 4.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา..... | 114 |
| 4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลตรวจสอบ..... | 119 |
| 4.4 ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันและบริษัทประกันความซื่อสัตย์ | |
| ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา..... | 122 |
| 4.5 ปัญหาเกี่ยวกับดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 19..... | 125 |
| 5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ..... | 128 |
| 5.1 บทสรุป..... | 128 |
| 5.2 ข้อเสนอแนะ..... | 133 |
| บรรณานุกรม..... | 138 |
| ประวัติผู้เขียน..... | 144 |

| | |
|-------------------|--|
| หัวข้อวิทยานิพนธ์ | การทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 |
| ชื่อผู้เขียน | กรรณา ทาแก้ว |
| อาจารย์ที่ปรึกษา | รองศาสตราจารย์ ดร.กัลยา ตันศิริ |
| สาขาวิชา | นิติศาสตร์ |
| ปีการศึกษา | 2552 |

บทคัดย่อ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อศึกษาถึงปัญหาจากการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ที่เกิดจากการฉ้อโกงหรือการหลอกลวง ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์ หรือได้รับกรรมสิทธิ์ที่บกพร่องจากห้องชุดที่ตนซื้อ หรือทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจไม่ได้รับเงินค่าราคาห้องชุด จึงมีการนำเอาระบบการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยมีคนกลาง เรียกว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ทำหน้าที่ดูแลเงินค่างวดระหว่างผู้ซื้อและผู้ประกอบการ โดยผู้ซื้อจะชำระเงินค่างวดไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์และผู้ดูแลผลประโยชน์จะส่งมอบเงินค่างวดของผู้ซื้อให้แก่ผู้ประกอบการต่อเมื่อห้องชุดที่ผู้ซื้อได้ซื้อนั้นสามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้ตามกำหนด

ถึงแม้การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา เกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 จะมีประโยชน์ต่อทั้งผู้ซื้อผู้ประกอบการ และการพัฒนาตลาดที่อยู่อาศัย แต่การนำมาใช้จริงเกี่ยวกับสภาพปัจจุบันนั้น ยังคงต้องพิจารณาและศึกษากันอย่างรอบคอบถึงผลกระทบที่เกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นลักษณะประเภทของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา บทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ปัญหาเกี่ยวกับการดูแลตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันและบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ปัญหาเกี่ยวกับดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 19

อย่างไรก็ดีควรจะต้องมีการศึกษาและจัดหาวิธีการ ที่จะสามารถนำมาคุ้มครองผู้ซื้อห้องชุดเพราะความรุนแรงของปัญหาที่เกิดขึ้นนั้น ได้สร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้ซื้อห้องชุดเป็นอย่างมาก

| | |
|----------------|--|
| Thesis Title | Legal Problems on Condominium Business Case Study under the Escrow Act. B.E. 2551 (2008) |
| Author | Karuna Takaeo |
| Thesis Advisor | Associate Professor Dr. Kallaya Tansiri |
| Department | Law |
| Academic Year | 2009 |

ABSTRACT

The objective of this thesis is legal problems on condominium business case study under the escrow act. B.E. 2551 (2008) ("the Escrow Act") in relation to any cheat or deception which effects to the buyer that cannot take the ownership of the condominium or the defect in the condominium or the developer cannot receive the payment of condominium from the buyer. As a result, the escrow system is applied by the middle person, namely, the escrow agent. The escrow agent is an agent to oversee of down payment of the buyer and the developer. The buyer will pay the down payment to the escrow agent, and the escrow agent will deliver such down payment to the developer when the ownership of the condominium can be transferred to the buyer within the due date.

Although, the escrow regarding the condominium operating business under the Escrow Act B.E. 2551 (2008) makes a benefit to both of the buyer and the developer including the development of resident market. But the utilization of the escrow system has to carefully consideration and study in relation to the affect which is occurred either the category of the Escrow Act's enforcement, the duty of the escrow agent, the problem related to investigation of the official, the problem related to security and the company which guarantees the escrow agent's good faith, or the problem related to the interest from the escrow account.

Due to a lots of problem may occurred to the buyer and make a lot of suffer to the buyer, the study and a good process to protect the buyer form such problem should be provided and obtained.

บทที่ 1

บทนำ

1.1 ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

อสังหาริมทรัพย์ที่มีการซื้อขายเปลี่ยนมือกันมาก นำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการถือ โงง หรือการหลอกลวง ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์ หรือได้รับกรรมสิทธิ์ที่บกพร่องจาก อสังหาริมทรัพย์ที่ตนซื้อ หรือทำให้ผู้ประกอบการไม่ได้รับเงินค่าราคาอสังหาริมทรัพย์ ใน ประเทศไทยนั้นประกอบด้วย อสังหาริมทรัพย์สำคัญ 3 ประเภท คือ ที่ดิน บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร และอาคารชุด¹ ซึ่งวิทยานิพนธ์เล่มนี้ได้นำเอา การซื้อขายอาคารชุดมาเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาเพื่อ หามาตรการการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

อาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม (Condominium) มีผู้เกี่ยวข้องสำคัญสองฝ่ายคือ ฝ่ายผู้ขาย ได้แก่ผู้ประกอบการด้านโครงการที่อยู่อาศัย และฝ่ายผู้ซื้อ ซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปหรือเป็นผู้ซื้อ ห้องชุด² รายย่อยที่ให้ความสำคัญกับการมีที่อยู่อาศัยของตนเอง การซื้อขายอาคารชุดมีลักษณะและ ขั้นตอนการซื้อขาย กล่าวโดยสรุปขั้นตอนได้ดังนี้³

1) การเริ่มต้นซื้อขาย ผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการเจรจาตกลงราคาและเงื่อนไข การซื้อขาย หากตกลงกันได้ โดยปกติผู้ซื้อห้องชุดจะชำระเงินจองให้แก่ผู้ประกอบการ โดยผู้ซื้อ ห้องชุดจะได้รับใบเสร็จรับเงินเป็นหลักฐานเท่านั้น แต่ยังไม่มีการตกลงทำสัญญากันแต่อย่างใด ซึ่ง เงินจองนี้ผู้ประกอบการสามารถนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนของธุรกิจได้ระดับหนึ่ง

2) การทำสัญญาซื้อขาย หลังจากมีการชำระเงินจองแล้ว ขั้นตอนต่อไปผู้ประกอบการ และผู้ซื้อห้องชุดจะนัดกันเพื่อทำสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการอาจทำสัญญา จะซื้อจะขายอาคารชุดเพียงสัญญาเดียวหรืออาจทำสัญญาอื่นพ่วงด้วยก็ได้ เช่น สัญญาว่าจ้างตกแต่ง ห้องชุด ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ด้านค่าใช้จ่ายและภาษี

¹ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “อาคารชุด” หมายความว่า อาคารที่บุคคลสามารถแยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วนๆ โดยแต่ละส่วนประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนบุคคลและกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์ส่วนกลาง.

² พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ห้องชุด” หมายความว่า ส่วนของอาคารชุดที่แยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วน เฉพาะของแต่ละบุคคล.

³ มัลลิกา คมนอนันต์. เอสโครว์ : รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. หน้า 82-85.

3) การก่อสร้างและการชำระเงิน โดยปกติในสัญญาจะซื้อจะขายจะกำหนดให้ผู้ซื้อ หักงวดเงินจำนวนหนึ่งในวันทำสัญญาและชำระเงินค่างวดให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเงินค่างวดนี้เป็นเงินค่าราคาอาคารชุดส่วนหนึ่ง เป็นจำนวนเงินประมาณร้อยละ 10-30 ของราคาซื้อขาย โดยปกติสัญญาจะกำหนดให้ผ่อนชำระเป็นงวด ในระหว่างผ่อนชำระเงินค่างวด ผู้ประกอบการธุรกิจจะนำเงินจำนวนนี้รวมกับเงินกู้จากสถาบันการเงินมาทำการจัดสรรอาคารชุด และสาธารณูปโภคตามที่ได้ตกลงในสัญญา

4) การโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดและการจำนอง เมื่อผู้ประกอบการธุรกิจดำเนินการจัดสรรอาคารชุด และสาธารณูปโภคตามที่ตกลงกันในสัญญาแล้วเสร็จ พร้อมกับได้รับใบอนุญาตต่างๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว และผู้ซื้อห้องชุดชำระเงินค่างวดครบถ้วนแล้ว ผู้ประกอบการธุรกิจจะนัดผู้ซื้อห้องชุดไปทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อห้องชุด⁴ โดยในวันโอนกรรมสิทธิ์ผู้ซื้อห้องชุดจะต้องชำระเงินค่าราคาค่าห้องชุดที่ยังคงเหลือทั้งหมด ซึ่งผู้ซื้อห้องชุดมักจะใช้วิธีการติดต่อขอเงินจากสถาบันการเงินเพื่อนำเงินที่เหลือมาชำระผู้ประกอบการ และจำนองห้องชุดนั้นไว้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันการกู้เงิน ซึ่งในวันจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กันนั้น ผู้ซื้อห้องชุดจะดำเนินการจดทะเบียนจำนองห้องชุดให้แก่สถาบันการเงินไปพร้อมกันด้วย

จะเห็นได้ว่า การซื้อขายอาคารชุดในประเทศไทย ทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการธุรกิจ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเกี่ยวกับการซื้อขายอาคารชุดในประเทศไทย จึงเกิดจากการที่ผู้ประกอบการไม่ทำตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขาย ในขณะที่ได้รับเงินจากผู้ซื้อห้องชุดมาแล้วบางส่วน เช่น นำเงินที่ได้มาไปใช้ในธุรกรรมอื่น ไม่ได้นำไปก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างตามที่กำหนดในสัญญา หรือก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง หรือการสาธารณูปโภค ไม่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันในสัญญา หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ทางทะเบียนให้แก่ผู้ซื้อห้องชุดได้ เพราะตนไม่มีกรรมสิทธิ์หรือมีกรรมสิทธิ์โดยบกพร่อง คือ ดิถภาวะผูกพันต่างๆ เช่น ที่ดินที่ซื้อขายติดจำนองผู้อื่นอยู่ กรณีเหล่านี้สร้างความเสียหายแก่ผู้ซื้อห้องชุดซึ่งส่วนใหญ่เป็นผู้ซื้อรายย่อยที่ต้องเสียเงินไปโดยไม่ได้รับที่อยู่อาศัยตามที่ตนปรารถนา อาจมีบ้างที่เกิดปัญหากับผู้ประกอบการที่ไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ซื้อห้องชุด ทำให้ไม่สามารถนำเงินไปพัฒนาและก่อสร้าง หรือจัดสรรที่ดินได้ตามสัญญา สภาพข้อเท็จจริงและปัญหาดังกล่าว เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและมีให้เห็นอยู่เสมอในประเทศไทย ผู้เสียหายเหล่านั้นจึงพยายาม

⁴ มาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้เมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการโอนนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว กระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยจึงต้องมีขั้นตอนสำคัญคือการไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก็คือ กรมที่ดิน.

เรียกร้องให้รัฐเข้ามาช่วยเหลือ หรือดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหา ซึ่งกลไกในการแก้ปัญหาที่มีประสิทธิภาพและแน่นอนชัดเจน คือ กฎหมาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะพบว่ากฎหมายหลายฉบับเกิดขึ้นจากความพยายามของรัฐ ที่จะหาทางแก้ไขปัญหาเหล่านั้น เพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปที่ตกอยู่ในสภาพที่ผู้ซื้อห้องชุดถูกผู้ประกอบการเอารัดเอาเปรียบ หลอกลวง หรือฉ้อโกง ซึ่งกฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 และพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 แต่มาตรการตามกฎหมายที่เกี่ยวกับการคุ้มครองหรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในการดำเนินธุรกิจอาคารชุดในประเทศไทย ล้วนเป็นมาตรการในเชิงแก้ไข ซึ่งต้องรอให้เกิดปัญหาหรือความเสียหายขึ้นก่อน คู่สัญญาที่เสียหายจึงจะอ้างสิทธิตามกฎหมายเหล่านั้นในการเยียวยาความเสียหายได้ โดยต้องอาศัยอำนาจศาลฟ้องร้องดำเนินคดี ซึ่งเป็นเรื่องที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก

หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจึงได้นำเสนอการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาใช้ โดยให้มีตัวกลางทำหน้าที่เป็นตัวแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือการรับฝากเงินจากผู้ซื้อห้องชุดเพื่อชำระให้กับผู้ประกอบการ และรับมอบอาคารชุดจากผู้ประกอบการเพื่อส่งมอบให้กับผู้ซื้อห้องชุด อันเป็นมาตรการในเชิงป้องกันไม่ให้คู่สัญญาเกิดความเสียหายก่อนที่จะไม่มีการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้น ผู้เขียนเห็นว่า หากพิจารณาให้ถ่องแท้แล้วจะเห็นได้ว่า ยังมีปัญหาที่เกิดจากการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 โดยนำมาแยกพิจารณาออกเป็นเรื่องๆ ดังนี้

ลักษณะประเภทของการบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เห็นได้ว่า พระราชบัญญัตินี้มุ่งจะคุ้มครองผู้บริโภคในเรื่องของเงินดาวน์หรือราคาค่างวดแห่งสัญญา แต่พระราชบัญญัตินี้ก็ไม่ได้กำหนดให้เป็นไปในลักษณะบังคับให้คู่สัญญาต้องเข้าสู่ระบบทั้งหมด แต่กลับให้เป็นไปโดยความสมัครใจของผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการ ซึ่งผู้ซื้อห้องชุดจะไม่ได้รับประโยชน์จากพระราชบัญญัตินี้เท่าที่ควร เนื่องจากผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการที่จะตกลงกันนำระบบนี้มาใช้จะมีน้อยมาก เพราะต้องรับภาระค่าใช้จ่ายที่สูงขึ้น

บทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัตินี้จะทำหน้าที่ในลักษณะที่เป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบการ ในเรื่องของการรับเงินดูแลเงินที่ได้จากผู้ซื้อห้องชุดที่ชำระราคาทรัพย์สินตามสัญญา และเบิกจ่ายเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ ให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับเงินเท่านั้น พระราชบัญญัตินี้จึงควรเสริมหรือเพิ่มบทบาทการคุ้มครองคู่สัญญาในด้านอื่นควบคู่กันไปด้วย อาทิเช่น การตรวจสอบสัญญาจะซื้อจะขายให้ตรง

ตามมาตรฐานของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค การตรวจรับมอบห้องชุดที่จะต้องตรงตามสัญญาและแบบแปลน ตรวจสอบความไม่พร้อมของระบบสาธารณูปโภค และบริการสาธารณะ รวมทั้งการจัดระบบการบริหารอาคารชุดหลังการขาย ให้ตรงตามเจตนาของคู่สัญญาที่ได้มีการกำหนดไว้ในสัญญา ตรวจสอบความสามารถหรือกำลังของผู้ซื้อห้องชุดว่ามีขีดความสามารถมากน้อยเพียงใดแค่ไหนในการทำสัญญาจะซื้อจะขายกันอีกด้วย

ปัญหาเกี่ยวกับการดูแลตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่ จากการที่พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 นี้ กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปในสถานที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในระหว่างเวลาทำการของสถานที่นั้นเพื่อตรวจสอบการทำงานของคู่ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา รวมทั้งเก็บรวบรวมเอกสารหลักฐาน สมควรให้มีการกำหนดหน้าที่ในการเข้าตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ให้มีความชัดเจน เพื่อมิให้เป็นการเข้าไปก้าวก่ายในการทำงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามากนัก และเพื่อมิให้เป็นการใช้ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเครื่องมือในการทำลายฝ่ายตรงข้ามที่ประกอบธุรกิจเช่นเดียวกัน

ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันและบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือตัวแทน หรือลูกจ้าง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของไทยยังไม่มีข้อกำหนดมาตรการให้ชัดเจนเกี่ยวกับการที่ผู้ประกอบดูแลผลประโยชน์ต้องวางเงินประกันรวมไปถึงการกำหนดให้มีกองทุนประกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ลูกจ้างหรือผู้กระทำการแทนผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ปัญหาเกี่ยวกับดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 19 ซึ่งตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 นี้ มิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนเกี่ยวกับเรื่องดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ว่า ควรมีการฝากเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยหรือไม่มีดอกเบี้ย และถ้าฝากเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยแล้ว ใครสมควรเป็นผู้ได้รับผลประโยชน์จากดอกเบี้ยนั้น

จากกรณีปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นเหล่านี้ ทำให้พิจารณาเห็นได้ว่าการนำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 มาใช้เกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุดนั้นมีบุคคลที่ยังคงได้รับผลกระทบจากปัญหาเดิมอยู่ เนื่องจากการควบคุมดูแลยังขาดความชัดเจนหรือความไม่เหมาะสมของกฎหมายในการที่จะได้รับความคุ้มครอง ซึ่งก็เป็นที่น่ากังวลอยู่ไม่น้อย เพราะยังมีบุคคลอีกมากมายที่ยังประสบกับปัญหาที่ไม่มีที่อยู่อาศัยในประเทศ ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำการศึกษาถึงข้อบกพร่องที่เป็นปัญหาในปัจจุบัน และหาแนวทางปรับปรุงแก้ไขทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ จากการศึกษากฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของต่างประเทศ ได้แก่ มลรัฐแคลิฟอร์เนียแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย พบว่ามีบทบัญญัติ

ของกฎหมายที่ครอบคลุมและชัดเจนกำหนดไว้แล้วในเรื่องการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีหลักการและทฤษฎีที่ดีและสำคัญหลายประการ จึงได้เกิดสมมติฐานขึ้นว่าหากมีการศึกษาเพื่อนำรูปแบบ โครงสร้างของกฎหมาย และมาตรการการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยในบางเรื่องบางประเด็นที่พิจารณาแล้วเห็นว่าเหมาะสม น่าจะสามารถแก้ไขปัญหามีอยู่ได้ และเป็นแนวทางในการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศไทยให้มีมาตรฐานมากยิ่งขึ้น และเหมาะสม เป็นแนวทางนำมาใช้ในประเทศไทยได้อย่างสัมฤทธิ์ผล

งานวิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงมุ่งทำการศึกษากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันเป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 รวมทั้งยังได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย เพื่อสร้างความคิดในทางกฎหมาย อันเป็นแนวทางสำหรับการปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้มีความถูกต้องและสมบูรณ์เหมาะสมสอดคล้องกับหลักการและทฤษฎี วัตถุประสงค์ของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และมีมาตรฐานสากลในการนำมาใช้ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผลมากที่สุด

1.2 วัตถุประสงค์ของการศึกษา

1.2.1 เพื่อศึกษาทฤษฎี แนวคิด และวัตถุประสงค์ของหลักการที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

1.2.2 เพื่อศึกษาเปรียบเทียบการคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 โดยศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย

1.2.3 เพื่อศึกษาถึงปัญหาหรือข้อบกพร่องที่เกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด รวมถึงหลักการที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

1.2.4 เพื่อศึกษาค้นหาแนวทาง และมาตรการที่เหมาะสมในการทำธุรกิจอาคารชุด มาใช้ในการแก้ไขปรับปรุงเพิ่มเติม พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 เพื่อหา

บทสรุปและข้อเสนอแนะ รวมทั้งมาตรการเพื่อความคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและบังเกิดผลบังคับได้อย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

1.3 สมมติฐานของการศึกษา

หากมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับ ประเภทของการบังคับใช้ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 บทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา การกำกับดูแลและตรวจสอบ หลักประกันและบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และคอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ ให้ชัดเจน ก็จะเป็นประโยชน์และเป็นธรรมแก่ผู้เกี่ยวข้องยิ่งขึ้น

1.4 ขอบเขตของการศึกษา

การศึกษาค้นคว้าในครั้งนี้เป็นการศึกษาถึงทฤษฎี แนวคิด วิวัฒนาการ และ มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองและดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดย ทำการศึกษาหลักกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครอง ผู้บริโภค และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติอาคารชุด และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันเป็นธรรม พ.ศ. 2540 พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา พ.ศ. 2551 รวมทั้งยังได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย โดยพิจารณาความคล้ายคลึงและความแตกต่าง ของกฎหมาย เพื่อนำมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบข้อดีข้อเสีย และเพื่อนำมาปรับใช้ ให้เกิดความ เหมาะสมและเป็นประโยชน์ในการที่จะพัฒนากฎหมายของไทยให้มีแนวคิดที่เป็นสากลมากยิ่งขึ้น

1.5 วิธีดำเนินการศึกษา

วิทยานิพนธ์นี้ทำการศึกษาวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาค้นคว้า หลักการและหลักเกณฑ์จากบทบัญญัติของกฎหมายไทย แนวคำพิพากษาศาลฎีกาของไทย หนังสือ วิทยานิพนธ์ บทความ วารสาร รายงานการวิจัยจากห้องสมุด หรือสถาบันต่างๆ ที่เป็นภาษาไทย และ กฎหมายต่างประเทศ ข้อมูลในระบบเครือข่าย Internet รวมทั้งข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมา ศึกษาวิเคราะห์ในเชิงเปรียบเทียบ

1.6 ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ

1.6.1 ทำให้ทราบทฤษฎี แนวคิด และวัตถุประสงค์ รวมถึงหลักการที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

1.6.2 ทำให้ทราบถึงการคุ้มครองผู้บริโภคตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ตามที่ได้ศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา กับประเทศออสเตรเลีย

1.6.3 ทำให้ทราบถึงปัญหาหรือข้อบกพร่องที่เกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด รวมถึงหลักการที่จะนำมาใช้ในการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

1.6.4 สามารถนำมาตรการและแนวทางที่ได้จากการศึกษาค้นคว้า ในการทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 เพื่อหาบทสรุปและข้อเสนอแนะรวมทั้งมาตรการเพื่อความคุ้มครองคู่สัญญา เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมและบังเกิดผลบังคับได้อย่างจริงจังและเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎี เกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติ การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551

ในการศึกษาปัญหาของการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 จะเริ่มต้นจากการศึกษาถึงรากฐานความเป็นมา แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค ตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตลอดจนศึกษาถึง ความเป็นมาและแนวความคิด ของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 สามารถสรุปมาตรการในการคุ้มครองหรือดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในการซื้อขายอาคารชุด ตามกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นได้ดังนี้

2.1 วิวัฒนาการ แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภคนั้นมีแนวคิด วิวัฒนาการมาตั้งแต่ในอดีต ซึ่งสามารถแบ่งหน้าที่ในการให้คุ้มครองแก่ผู้บริโภคออกเป็น การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักกฎหมายเอกชนและการคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักกฎหมายมหาชน ซึ่งผู้มีหน้าที่ในการคุ้มครองประชาชนต่างก็มุ่งหวังให้ประชาชนภายใต้การปกครองของตนได้รับความปลอดภัย ความสะดวก และมีบริการสาธารณะหรือบริการขั้นพื้นฐานที่ดี ในหัวข้อนี้จึงทำการศึกษาถึงวิวัฒนาการ แนวคิดและทฤษฎีในการคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อสะท้อนให้เห็นถึงวิธีการคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบัน

2.1.1 วิวัฒนาการในการคุ้มครองผู้บริโภค

หลักการผู้บริโภคโดยทั่วไปจะแบ่งการคุ้มครองออกเป็น การคุ้มครองโดยภาครัฐหรือการคุ้มครองโดยภาคเอกชนด้วยตนเอง ซึ่งการคุ้มครองผู้บริโภคทั้งสองทางนั้นต่างก็มุ่งหวังอย่างเดียวกันคือ ประโยชน์อันสูงสุดของประชาชน ทั้งผู้บริโภคตามหลักกฎหมายเอกชนและตามหลักกฎหมายมหาชน เพื่อนำมาประยุกต์กับการคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบัน

2.1.1.1 วิวัฒนาการตามหลักกฎหมายเอกชน

การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักกฎหมายเอกชน มีผู้ให้คำนิยามของ “กฎหมายเอกชน” ดังนี้

กฎหมายเอกชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนต่อเอกชนในฐานะที่เท่าเทียมกัน แยกออกได้เป็นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และกฎหมายอื่น⁵

กฎหมายเอกชน ได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ในฐานะที่เท่าเทียมกัน แต่ในบางกรณีรัฐก็อาจเข้ามาก่อนนิติสัมพันธ์กับเอกชนได้เหมือนกัน การที่รัฐเข้ามาทำการค้าขายกับเอกชน รัฐก็ต้องลดฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองลงมาเท่ากับราษฎร หรือเหมือนกับเอกชนธรรมดาคนหนึ่ง⁶

กฎหมายเอกชน จึงเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน ได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายดังกล่าวได้บัญญัติเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคไว้หลายมาตราด้วยกัน ดังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย ในเรื่องความรับผิดชอบของผู้ขายกรณีสินค้าชำรุดบกพร่อง เรื่องการรอนสิทธิ ฯลฯ ซึ่งในการทำสัญญาต่างๆ ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายถือเป็นเรื่องของปัจเจกภาคเอกชนทำสัญญากัน ภาครัฐไม่สามารถเข้ามาแทรกแซงการทำสัญญาระหว่างเอกชนได้ อันเป็นไปตามระบบเศรษฐกิจแบบการค้าเสรี ดังนั้นหากภายหลังเกิดมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เอกชนก็ต้องไปฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาลเอง ซึ่งในการตีความสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรนั้นต้องตีความโดยถือตามเจตนารมณ์ในขณะที่ทำสัญญา ยิ่งไปกว่าข้อความที่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะผู้บริโภคส่วนใหญ่ที่มีอำนาจในการต่อรองน้อยกว่า อาจตกอยู่ในฐานะเสียเปรียบอันเนื่องมาจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมได้

ในอดีตก่อนที่จะมีการปฏิวัติอุตสาหกรรมของประเทศไทยในแถบยุโรป การติดต่อสื่อสารยังเป็นไปด้วยความยากลำบาก การค้าขายระหว่างผู้ผลิตและผู้บริโภคอยู่ในรูปแบบของการแลกเปลี่ยนสินค้าระหว่างกัน หรือที่เรียกว่า Barter Trade วิทยาการทางเทคโนโลยีในด้านต่างๆ ยังไม่พัฒนามากนัก กระบวนการผลิตเป็นแบบง่ายๆ อาศัยวัตถุดิบที่มีอยู่ตามธรรมชาติ การผลิตสินค้าที่ใช้ในการบริโภคจึงยังไม่มีขาย

ต่อมาภายหลังเกิดการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) ส่งผลให้ผู้ประกอบการเริ่มพัฒนาสินค้าของตนเองจึงเกิดการแข่งขันสินค้าระหว่างกัน อันนำไปสู่ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez-Faire) มีการใช้เทคโนโลยีเข้าช่วยในกระบวนการผลิตมากขึ้น โดยมีการพัฒนาเทคโนโลยีให้ทันสมัยต่อความเปลี่ยนแปลง และความต้องการของประชาชน ทำให้

⁵ หยุด แสงอุทัย. (ม.ป.ป.). ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป. หน้า 200.

⁶ โปยม จันทรคคะ. (2520). คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย. หน้า 175.

กระบวนการผลิตของสินค้านั้นเริ่มมีความสลับซับซ้อน และยากแก่ความเข้าใจของผู้บริโภคที่จะเข้าใจถึงที่มาที่ไป ในกระบวนการผลิตสินค้าแต่ละชิ้นว่า มีขั้นตอนกระบวนการในการผลิตสินค้าอย่างไร และการใช้เทคโนโลยีเข้าช่วยในการผลิตแทนการใช้แรงงานคนแบบเดิมนั้น ทำให้การผลิตสินค้าที่มีต้นทุนการผลิตต่ำ สามารถขายสินค้าให้แก่ผู้บริโภคได้จำนวนมาก (Mass Product) ซึ่งการผลิตสินค้าปริมาณมาก ทำให้บางครั้งสินค้าที่ผลิตออกมาไม่ได้มาตรฐานเพียงพอแก่การใช้งานของผู้บริโภค ผู้บริโภคซึ่งอยู่ในฐานะคือยกว่าไม่อาจเรียกร้องเอาแก่ผู้ประกอบการธุรกิจ เพื่อให้ได้รับการชดใช้และเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้เท่าที่ควร อีกทั้งการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในระยะแรกยังไม่มีการให้ความสำคัญแก่ผู้บริโภคมากนัก สังเกตได้จาก แต่เดิมนั้นไม่มีกฎหมายที่ออกมาเพื่อควบคุมกระบวนการผลิตและคุณภาพสินค้าที่ออกมาดังเช่นในปัจจุบัน เนื่องจากการปฏิวัติในอุตสาหกรรมยุคแรกๆ นั้น แต่ละรัฐมักจะให้ความสำคัญในด้านการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศว่า ทำอย่างไรถึงจะทำให้สินค้าที่รัฐตนผลิตได้นั้นสามารถจำหน่าย หรือกระจายสินค้าออกไปได้มาก รวมไปถึงการพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ เช่น ด้านเศรษฐกิจ การสงคราม เป็นต้น จนทำให้บางครั้งรัฐเองก็ลืมนึกถึงคุณภาพชีวิตของประชาชนในประเทศ ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของสุขภาพอนามัย ชีวิต ร่างกาย เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ถือเป็นมาตรฐานการดำรงชีวิตของประชาชนในอันที่รัฐจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ประชาชน ควบคู่ไปกับการพัฒนาประเทศในด้านต่างๆ ด้วยเช่นกัน

การค้าในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนั้น ได้ยอมรับให้บุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา (Freedom of Contract) อันเป็นไปตามหลักปัจเจกชนนิยมที่เห็นว่า ทุกคนมีอิสระที่จะกระทำการใดเพื่อตนเอง และทุกคนมีความเสมอภาคกันในฐานะและความรู้ ดังนั้น เมื่อบุคคลมีเสรีภาพในการทำสัญญา หากทำสัญญากันเช่นใดก็ต้องบังคับให้เป็นไปตามสัญญาที่ทำกันเสมอ (Sanctity of Contract) ซึ่งทุกคนมีหน้าที่จะต้องปกป้องประโยชน์ของตนเอง ในการซื้อขายจึงมีหลักว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” (Caveat Emptor หรือ Let the buyer beware) กล่าวคือ ถ้าผู้ซื้อระมัดระวังตรวจสอบสินค้าตามควรขณะรับมอบสินค้า หากปรากฏภายหลังว่ามีข้อบกพร่องใด ผู้ซื้อก็ต้องได้รับความเสียหายไปโดยเรียกกร้องเอาจากผู้ขายไม่ได้⁷ อันแสดงให้เห็นว่าผู้ซื้อในฐานะและมีความรู้ความสามารถ

⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 473 บัญญัติว่า “ผู้ขายย่อมไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังจะกล่าวต่อไปนี้เป็นคือ

- (1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่ามีความชำรุดบกพร่อง หรือควรจะได้รู้เช่นนั้น หากได้ซื้อความระมัดระวังอันจะพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน
- (2) ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นอันเห็นประจักษ์แล้วในเวลาส่งมอบ และผู้ซื้อได้รับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อน
- (3) ถ้าทรัพย์สินนั้นได้ขายทอดตลาด.”

เท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ สามารถเข้าใจกระบวนการผลิตสินค้าต่างๆ ได้เป็นอย่างดี เนื่องจากวิทยาการทางเทคโนโลยียังไม่ถูกนำมาใช้ในกระบวนการผลิตมากนัก

ต่อมาภายหลังเมื่อมีการพัฒนาทางเทคโนโลยีให้มีความเจริญมากขึ้น กฎหมายเดิม ที่ตราขึ้นบนพื้นฐานที่ว่า “ผู้บริโภคมีความรู้เท่าเทียมกับผู้ประกอบธุรกิจ” จึงไม่มีความเป็นธรรมอีกต่อไป เนื่องจากการปฏิวัติอุตสาหกรรมทำให้สภาพตลาดเปลี่ยนแปลงไป จากเดิมที่การขายสินค้าและทำการเจรจาต่อรองได้เต็มที่ แต่การผลิตสินค้าจำนวนมาก (Mass Product) แบบอุตสาหกรรม ทำให้บางครั้งไม่มีการเจรจาในรายละเอียดระหว่างผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคอีกต่อไป อันจะทำให้เกิดมีปัญหาว่าไม่เท่าเทียมกันในด้านอำนาจทางเศรษฐกิจ ผู้บริโภคถูกกดดันให้ยอมรับข้อสัญญาบางข้อที่ตนไม่เต็มใจ สัญญาดังกล่าวจึงกลายเป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้บริโภคได้ ทำให้หลักกฎหมายเรื่องสัญญาผู้บริโภค (Consumer Contract) ต้องพัฒนาตามมาเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคต่อไป และความจำเป็นที่จะต้องมีการมาตรการทางกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจึงเป็นสิ่งที่พึงกระทำและหลีกเลี่ยงมิได้

2.1.1.2 วิวัฒนาการตามหลักกฎหมายมหาชน

การคุ้มครองผู้บริโภคตามหลักกฎหมายมหาชน มีผู้ให้คำนิยามของ “กฎหมายมหาชน” ดังนี้

กฎหมายมหาชนได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎร ในฐานะที่เป็นฝ่ายปกครองราษฎร กล่าวคือในฐานะที่รัฐมีฐานะเหนือราษฎร⁸

กฎหมายมหาชนได้แก่ กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎรในฐานะที่รัฐเป็นฝ่ายปกครอง กล่าวคือ ในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร มีอำนาจในการปกครอง รักษาความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของสาธารณชนเป็นส่วนรวม และจัดให้ราษฎรได้รับสวัสดิภาพและความปลอดภัย ตลอดจนให้ราษฎรมีเสรีภาพในร่างกายทรัพย์สินและเคหะสถาน⁹

กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของบ้านเมืองบังคับเหนือประชาชน¹⁰

⁸ หยุต แสงอุทัย. เล่มเดิม. หน้า 168.

⁹ โปยม จันทรัคคะ. เล่มเดิม. หน้า 175.

¹⁰ สมยศ เชื้อไทย. (2534). วิชากฎหมายแพ่ง : ลักษณะทั่วไป ตามแนวคำสอนของดร.ปรีดี เภษมทรัพย์. หน้า 68.

จึงอาจสรุปได้ว่า กฎหมายมหาชน หมายถึง กฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือหน่วยงานของรัฐกับราษฎร ในฐานะที่รัฐอยู่เหนือราษฎร ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องให้ความคุ้มครอง ดูแลประชาชนของตนในเรื่องต่างๆ ให้เป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย

ตั้งแต่ปลายศตวรรษที่ 18 ถึงต้นศตวรรษที่ 20 นับเป็นยุคปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมทางการเมืองโดยแท้ อำนาจของรัฐและองค์กรทั้งหลาย ถูกจำกัดและควบคุมโดยกลไกหลายประการ ระบอบการเมืองการปกครองเป็นระบอบประชาธิปไตยที่รัฐบาลมาจากความยินยอมของประชาชน จึงกล่าวได้ว่า กฎหมายมหาชนในปลายศตวรรษที่ 18 และในศตวรรษที่ 19 มีบทบาทหลักในการกำหนดอำนาจทั้งหลาย ไม่ให้เข้าไปก้าวก้าวบุคคล กฎหมายมหาชนในยุคนี้ จึงเน้นที่รัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายสูงสุด เป็นสัญญาประชาคมที่จัดโครงสร้างและแบ่งสรรอำนาจการเมืองการปกครอง และในฐานะที่รับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน ดังนั้น บทบาทของรัฐ ไม่ว่าจะในทางเศรษฐกิจ สังคม หรือการเมือง จึงมีน้อย ดังจะเห็นได้จากกฎหมายซึ่งเป็นเรื่องที่ปัจเจกชน จะใช้สิทธิเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครอง ให้ก่อตั้งนิติสัมพันธ์กันเองทั้งทางเศรษฐกิจและสังคม โดยมีเครื่องมือทางกฎหมายสำคัญ 2 ประการ ที่สอดคล้องกับลัทธิปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยมทางเศรษฐกิจ นั่นก็คือ กรรมสิทธิ์และสัญญา

ต่อมาภายหลังกฎหมายมหาชนลดความเด็ดขาดหรือแบ่งแยกที่เห็นได้ชัดเจนมาก โดยเฉพาะเมื่อมีการจัดทำกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะใกล้เคียงกับกฎหมายเอกชนมากขึ้น แต่เนื่องจากกฎหมายประเภทนี้มักมีโทษทางอาญากำกับเรื่องทางแพ่ง หรือนิติสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน ซึ่งบางคนก็เรียกว่า กฎหมายอาญาส่วนแพ่ง หรือกฎหมายแพ่งในทางอาญา (Criminal Private Law) และในที่สุด โดยเหตุที่กฎหมายประเภทนี้มักมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสังคม คือ พัฒนาจากนิติสัมพันธ์และอำนาจต่อรอง เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในสังคม นักกฎหมายส่วนใหญ่จึงมักเรียกกฎหมายดังกล่าวนี้ว่า “กฎหมายสังคม” (Social Legislation) ตัวอย่างเช่น กฎหมายแรงงาน ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายจ้างแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งพัฒนามาจากกฎหมายซื้อขาย กฎหมายละเมิด และอื่นๆ เป็นต้น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค จึงเป็นหนึ่งในสาขากฎหมายมหาชนที่มีความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกับสาธารณประโยชน์ของประชาชนที่เป็นผู้บริโภค ซึ่งรัฐจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซงกิจการที่เกี่ยวข้องให้อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ

2.1.2 แนวคิดและทฤษฎีเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภค

โดยหลักบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการทำนิติกรรมอย่างใดระหว่างกัน トラบใดที่นิติกรรมที่ทำขึ้นนั้น ไม่ขัดต่อกฎหมายหรือความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เอกชนย่อมมีเสรีภาพในการทำนิติกรรมได้โดยอิสระปราศจากการแทรกแซงของรัฐ แต่การทำนิติกรรมระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจและผู้บริโภคนั้น แม้เป็นนิติกรรมที่สร้างขึ้นระหว่างคู่สัญญาต่อกัน แต่ก็ยังเป็น

กรณีที่มีผลกระทบต่อผู้บริโภครายอื่นด้วย อันถือได้ว่าเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะ ซึ่งตามแนวคิดทางกฎหมายมหาชน รัฐจำเป็นต้องเข้ามาควบคุมดูแลผู้ประกอบการไม่ให้เกิดการเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค โดยหากกิจการใดเป็นกิจการที่กระทบต่อประโยชน์สาธารณะ เช่น กิจการที่เกี่ยวข้องกับสาธารณสุข ปลอดภัยความเป็นอยู่ของประชาชน เห็นได้ว่าการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพการทำนิติกรรมของเอกชน เป็นข้อยกเว้นของการจำกัดเสรีภาพของประชาชนในการประกอบกิจการ

ทฤษฎีที่มารองรับแนวคิดตามหลักกฎหมายเอกชน ในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาที่ว่าบุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้โดยอิสระเสรี แต่การใช้เสรีภาพดังกล่าวย่อมถูกจำกัด หากเป็นการใช้เสรีภาพในการประกอบธุรกิจที่กระทบต่อสาธารณชน รัฐย่อมเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจดังกล่าวได้ ตามแนวคิดทางกฎหมายมหาชน ที่รัฐจำเป็นต้องเข้ามาดูแล และให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคในรัฐของตน โดยทฤษฎีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นสามารถแยกศึกษาออกเป็นทฤษฎีตามหลักกฎหมายเอกชน และทฤษฎีตามหลักกฎหมายมหาชน ดังนี้

2.1.2.1 ทฤษฎีตามหลักกฎหมายเอกชน

ในการศึกษาทฤษฎีที่มารองรับหลักการเสรีภาพของเอกชน ที่รัฐไม่ควรเข้ามาแทรกแซง สามารถศึกษาได้จากทฤษฎี ดังนี้

1) ทฤษฎีเสรีนิยมของอดัม สมิธ¹¹

อดัม สมิธ เป็นชาวสก็อต เกิดเมื่อปี ค.ศ. 1723 ที่หมู่บ้าน เคิร์กคอลลี (Kirkcaldy) ใกล้เมืองกลาสโกว์ (Glasgow) มณฑลไฟฟ์ (Fife) และเป็นผู้แต่งหนังสือ “The Wealth of Nations” โดยสาระสำคัญของหนังสือเล่มนี้ คือ อดัม สมิธ พยายามจะตอบปัญหาสำคัญว่าทำอย่างไรประเทศจึงจะมั่งคั่ง ร่ำรวย และอะไรเป็นกลไกสำคัญที่เชื่อมโยงสังคมเข้าด้วยกัน ซึ่งทำให้ธุรกิจและผลประโยชน์ผสมผสานกัน โดยสิ่งที่สมิธค้นพบก็คือ “กลไกตลาด” ซึ่งสมิธเรียกว่า “มือที่มองไม่เห็น” (Invisible Hand) กล่าวคือ การให้โอกาสทุกคนได้ตัดสินใจทำในสิ่งที่เขาคิดว่าดีที่สุดสำหรับเขา ซึ่งความคิดสร้างสรรค์เหล่านั้นจะก่อให้เกิดความมั่งคั่งแก่ประเทศ

แนวคิดทางเศรษฐศาสตร์ของสมิธ คือ ผลประโยชน์ส่วนตัว เป็นปัจจัยที่สำคัญในการกำหนดพฤติกรรมของคน อดัม สมิธ สนับสนุนการแบ่งแยกงานกันทำเป็นอย่างมาก โดย อดัม สมิธ มีความเห็นว่า เพื่อการแบ่งแยกงานที่มีผลดียิ่งขึ้น มีข้อจำเป็นอยู่ 2 ข้อ คือ

(1) ต้องมีตลาดอันกว้างขวางสำหรับการค้าขาย ผลอันเกิดจากแรงงานซึ่งทางที่จะทำได้มีอยู่ทางเดียว คือ ให้มีเสรีภาพในการค้า มิใช่แต่เพียงภายในประเทศหนึ่งเท่านั้น แต่ระหว่างประเทศต่างๆ อีกด้วย

¹¹ สมาคมเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. (2518). *ลัทธิเศรษฐกิจ*. หน้า 56 – 61.

(2) ต้องมีทุนเป็นจำนวนมาก กล่าวคือ ต้องให้มีเสรีภาพเต็มเปี่ยมในการทำงานและการหาทุนที่เพิ่มขึ้น

อย่างไรก็ตาม อดัม สมิธ ได้วางข้อยกเว้นของหลักเสรีภาพทางการค้า แทนที่จะปล่อยให้ไปไปตามกลไกตลาด แต่กลับให้รัฐเข้ามาบีบบทบาท เช่น

(1) รัฐควรจำกัดบทบาทให้เหลืออยู่เพียงการป้องกันประเทศ การป้องกันประเทศเป็นสิ่งที่ชอบธรรม แม้ว่าจะต้องเสียผลประโยชน์ในการค้าไปก็ตาม ทั้งนี้เพราะอดัม สมิธ ถือว่าการป้องกันประเทศสำคัญยิ่งกว่าความมั่งคั่งของประเทศ

(2) รัฐควรทำหน้าที่คุ้มครองพลเมืองจากการถูกกดขี่

อดัม สมิธ จึงไม่นิยมการคุ้มครองในรูปแบบใดๆ ทั้งสิ้น เพราะอดัม สมิธ เห็นว่าจะเป็นผลให้เกิดการจำกัด การแบ่งแยกการงานขึ้นเท่านั้น และรัฐบาลไม่ควรเข้าไปแทรกแซงในกิจการของพ่อค้า แต่ควรให้ปัจเจกชนมีการแข่งขันกันอย่างเสรี ให้เป็นไปตามกลไกตลาดอันจะนำไปสู่สวัสดิการของสังคมโดยรวม

2) ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญา

ทฤษฎีเกี่ยวกับการทำสัญญา ที่มารองรับเสรีภาพของบุคคลในการตกลงใจทำนิติกรรมใดๆ ได้แก่

(1) หลักอิสระในทางแพ่ง¹² (Private Autonomy)

หลักอิสระในทางแพ่ง (Private Autonomy) หมายถึง อำนาจของเอกชนในการตัดสินใจเกี่ยวกับขอบเขตทางกฎหมายของตนเองด้วยตนเอง ทั้งทางส่วนตัวและในทางทรัพย์สิน ในทางส่วนตัว อาจเป็นเรื่องการสมรส การหย่า ส่วนในทางทรัพย์สินอาจจัดการโดยใช้นิติกรรมสัญญา

หลักอิสระในทางแพ่ง ถือเป็นหลักการพื้นฐานของการทำนิติกรรมทุกชนิด โดยถือว่าเราทุกคนในฐานะที่เป็นปัจเจกชนมีความเป็นอิสระหรือเสรีภาพ ที่จะกำหนดขอบเขตในทางกฎหมายอย่างไรก็ได้ ตามแต่ต้องการหรือตามแต่เห็นสมควร และเมื่อปัจเจกชนใช้อิสระหรือเสรีภาพนี้แล้ว กฎหมายก็จะมารับรองสิ่งที่ปัจเจกชนทำให้เกิดผลในทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม หลักอิสระในทางแพ่งนี้ ไม่อาจจะแสดงออกมามีอะไรก็ได้ หลักอิสระทางแพ่ง อาจต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือกรอบบางประการ¹³ ได้แก่

ก. การเคารพขอบเขตในทางกฎหมายของบุคคลอื่น กล่าวคือ การใช้อิสระในทางแพ่ง เป็นการแสดงออกเพื่อตอบสนองต่อความจำเป็น และผลประโยชน์เฉพาะของ

¹² สนั่นทกรณ (จำปี) โสคติพันธุ์. (2546). คำอธิบายกฎหมายนิติกรรม – สัญญา. หน้า 31 – 32.

¹³ Scognamiglio R. (n.d.). *Supra note 8*. p. 9.

ชีวิตบุคคลแต่ละคน โดยปราศจากการเข้าไปก้าวก่ายหรือรุกล้ำขอบเขตทางกฎหมายของบุคคลอื่น ไม่ว่าต่อสถานะหรือต่อเสรีภาพ ในการจำหน่ายจ่ายโอนของบุคคลอื่นก็ตาม

ข. การเคารพกฎเกณฑ์ที่มาจากเหตุผลในสำนึกของตนอง หมายความว่า อิสระในทางแพ่ง ต้องอยู่ในกรอบของศีลธรรม หรือของกฎหมายธรรมชาติด้วย

ค. การเคารพบทบัญญัติของกฎหมาย แม้การใช้หลักอิสระในทางแพ่ง จะก่อให้เกิดผลในทางกฎหมายได้ แต่ผลที่เกิดจากหลักอิสระในทางแพ่ง อาจถูกจำกัดหรือเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติม จากบทบัญญัติของกฎหมายได้ ดังเช่น ในกรณีที่มีได้มีการกำหนดราคา ในการซื้อขายไว้ ราคาที่อาจถูกกำหนดจากกฎหมาย หรือกำหนดราคาไว้แล้วแต่แตกต่างจาก ที่กฎหมายกำหนด ราคาตามกฎหมายก็อาจเข้ามาแทนที่ราคาที่เกิดจากการใช้หลักอิสระในทางแพ่ง ก็ได้

สิ่งสำคัญที่การจำกัดเสรีภาพไม่ทำลายรากฐานความคิดของหลัก อิสระในทางแพ่ง ก็เพราะการจำกัดนั้น อาจเกิดขึ้นเพียงบางโอกาสหรือเพียงบางส่วน สำหรับการ กำหนดผลประโยชน์ของเอกชนด้วยตัวเอกชนเอง¹⁴

(2) หลักผู้ซื้อพึงระวัง (Caveat Emptor)

สมัยก่อนเมื่อการค้าและเศรษฐกิจของโลกยังไม่เจริญ ไม่มีการพัฒนา ทางเทคโนโลยี ทำให้การติดต่อสื่อสารระหว่างกันไม่สะดวก ถูกจำกัดอยู่ในวงแคบๆ ในท้องถิ่น หนึ่งหรือในเมืองหนึ่งนั้น สภาพของสินค้าและบริการยังไม่มีควมสลับซับซ้อนมากนัก เพราะ กระบวนการผลิตยังเป็นแบบง่ายๆ อีกทั้งตลาดยังเป็นลักษณะแลกเปลี่ยนสินค้าซึ่งกันและกัน จึงไม่ มีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดหาเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายเป็นพิเศษ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ให้ได้รับความปลอดภัยและเป็นธรรม เนื่องจากอิทธิพลของแนวคิดในระบบการปกครองแบบ ประชาธิปไตย ตั้งอยู่บนรากฐานแห่งความมีอิสระและเสรีภาพของบุคคล ในการดำรงชีวิตได้เท่า เทียมกัน อันทำให้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรี (Laissez Faire) เกิดขึ้น โดยสมมติฐานที่ว่ามนุษย์ทุกคน มีความสามารถในการตัดสินใจในการเลือกบริโภคสินค้าหรือบริการเท่าเทียมกัน รัฐจะไม่เข้าไป แทรกแซงเสรีภาพในการตกลงของเอกชน จึงเกิดหลักกฎหมายในการซื้อขายสินค้าว่า “ผู้ซื้อ ต้องระวัง” โดยถือว่าในการซื้อขายสินค้าอย่างไร ก็เป็นเรื่องที่ผู้ซื้อเองจะต้องรับภาระในความ เสี่ยงภัยนั้น ดังปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย

หลักกฎหมายเรื่อง “ผู้ซื้อต้องระวัง” และ “คู่สัญญาเท่านั้นมีสิทธิ เรียกร้องตามสัญญาได้” ยังคงได้รับการยอมรับอย่างเหนียวแน่น แต่เนื่องจากหลักกฎหมายดังกล่าว เหมาะแก่สภาพการผลิตแบบเดิมที่มีกระบวนการผลิตเป็นไปอย่างง่าย ผู้บริโภคมีความเข้าใจถึงที่มา

¹⁴ Scognamiglio R. (1983). *Manuale del Diritto italiano*. p. 82.

ของสินค้าแต่ละอย่างทำให้ผู้บริโภคและผู้ประกอบธุรกิจอยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกัน หลักดังกล่าวจึงให้ความเป็นธรรมแก่คู่สัญญาทั้ง 2 ฝ่ายได้เป็นอย่างดี แต่หากจะยึดหลักดังกล่าวในสภาวะการณ์ปัจจุบันที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะทางสังคมที่เป็นรองผู้ประกอบธุรกิจอันเนื่องมาจากพัฒนาการทางเทคโนโลยีที่ทันสมัยมากขึ้นแล้ว ผู้บริโภคย่อมไม่อาจได้รับความเป็นธรรมจากการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้บังคับได้อย่างแน่นอน ภายหลังจึงได้ผ่อนคลายหลักดังกล่าวและให้ความสำคัญกับผู้บริโภคมากขึ้น ดังจะเห็นได้จากบทนิยามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2522 ที่แก้ไขปรับปรุงโดยได้เพิ่มนิยาม “ผู้บริโภค” ให้มีความครอบคลุมถึงผู้บริโภคตามความเป็นจริง ที่แม้จะมีไม่ใช่เป็นคู่สัญญาโดยตรงกับผู้ประกอบธุรกิจ ก็ทำให้ผู้บริโภคที่ไม่ใช่คู่สัญญาโดยตรงมีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ประกอบธุรกิจ รับผิดชอบความเสียหายใดๆ ที่เกิดจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ อันทำให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายอย่างเต็มที่

(3) หลักความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา (Autonomy of Will)

เนื่องจากหลัก “ผู้ซื้อต้องระวัง” นั้นเหมาะสมกับสภาพสังคมที่ฐานะของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย มีอำนาจในการเจรจาต่อรองที่เท่าเทียมกัน ต่อมาเมื่อกระบวนการผลิตสินค้าของผู้ประกอบธุรกิจมีความสลับซับซ้อนมากขึ้น จนบางครั้งการผลิตสินค้า อาจใช้วัตถุดิบในการผลิตที่ทันสมัยเกินกว่าความรู้ธรรมดา ของผู้ใช้หรือผู้บริโภคจะตามได้ทัน อีกทั้ง ผู้ผลิตต่างก็หาวิถีทางที่จะลดค่าใช้จ่ายในการผลิต และเพิ่มผลกำไรให้มากที่สุดเท่าที่จะทำได้ จนบางครั้งการขยายกำลังการผลิตอย่างรวดเร็ว ทำให้คุณภาพของวัตถุดิบหย่อนลง ประกอบกับการขยายตัวทางการค้าพาณิชย์ ขยายออกไปจากระดับหมู่บ้าน ระดับเมือง ไปสู่ระดับระหว่างประเทศ ทำให้สินค้าในการตลาด มีการแพร่กระจายและเพิ่มประเภทหรือชนิดมากยิ่งขึ้นกว่าแต่ก่อน จากหลักที่เคยถือว่า “ผู้ซื้อต้องระวัง” จึงขาดความยุติธรรมในแง่ที่ว่า ผู้ซื้ออยู่ในฐานะผู้บริโภคไม่อาจปรับตัวทันกับความเจริญทางเทคโนโลยีต่างๆ ได้ อีกทั้ง ความระมัดระวังในระดับธรรมดาไม่อาจช่วยให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภค ได้รับผลตอบแทนคุ้มค่ากับเงินที่เสียไป ซ้ำร้ายยังอาจทำให้เกิดอันตรายจากการบริโภคสินค้าที่ซื้อมาโดยคาดไม่ถึงด้วย

รัฐซึ่งจำเป็นต้องเข้ามาแทรกแซง เพื่อกำกับดูแลในเรื่องของการทำสัญญาหรือการแสดงเจตนา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจ ไม่ให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ เนื่องจากผลของการทำสัญญานั้น เป็นเรื่องที่กระทบต่อผู้บริโภคส่วนรวม หากรัฐยอมรับหลักในเรื่องของเสรีภาพในการทำสัญญาระหว่างคู่สัญญา (Freedom of Contract) หรือความรับผิดชอบคู่กรณีในสัญญา (Privity of Contract) ที่มีผลสืบเนื่องมาจากการมีเสรีภาพในการทำสัญญา หลักดังกล่าว ย่อมเหมาะสมที่จะนำมาใช้ ในกรณีที่คู่สัญญามีความสามารถในการต่อรองเท่าเทียมกัน มากกว่าสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ที่ผู้บริโภคอยู่ในฐานะที่ด้อยกว่า ฉะนั้น

หลักเกณฑ์หรือทฤษฎีความรับผิดชอบในความเสียหายที่ว่า ต้องอาศัยความผูกพันทางสัญญาที่กฎหมายรับรอง จึงเป็นอุปสรรคใหญ่หลวงในการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ไม่ใช่คู่กรณีในสัญญา ทฤษฎีกฎหมายที่ก่อตั้งสิทธิในการได้รับการเยียวยาชดเชย เมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการบริโภคจึงไม่คำนึงถึงหลักความสัมพันธ์ทางสัญญา (Privity Rule) แต่อย่างใด¹⁵

2.1.2.2 ทฤษฎีตามหลักกฎหมายมหาชน

หลักการตามหลักกฎหมายมหาชนในการคุ้มครองผู้บริโภคนั้น มีแนวคิดที่หลากหลาย ซึ่งแนวคิดต่างๆ ล้วนมุ่งให้ความคุ้มครองความเป็นปัจเจกชน เพื่อสร้างรัฐในอุดมคติ และเพื่อประโยชน์ทั้งหลายตกอยู่กับประชาชนของตน ซึ่งหลักการที่มารองรับแนวคิดดังกล่าวมีดังนี้

1) ทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมืองของจอห์น ล็อก

จอห์น ล็อก (John Locke) เป็นนักปรัชญาชาวอังกฤษ ได้เขียนหนังสือหลายเล่ม แสดงแนวคิดเสรีนิยมประชาธิปไตย เช่น ข้อเขียนเกี่ยวกับอำนาจการเมือง (essays sur le pouvoir civil) ตำราว่าด้วยการเมืองปกครองรัฐ (Traité sur le gouvernement civil 1690) ฯลฯ

ในศตวรรษที่ 17 อิทธิพลของเสรีนิยมทางการเมือง เริ่มถ่ายทอดเข้าสู่แนวคิดทางเศรษฐกิจ ดังจะเห็นได้ว่า ล็อก เริ่มเสนอแนวคิดที่ให้รัฐปล่อยให้เศรษฐกิจเสรีและปรับตัวตามความต้องการเอง ประกอบกับเสรีนิยมทางการเมือง เชื้อในคุณค่าและศักดิ์ศรีของปัจเจกชน การจำกัดอำนาจและบทบาทของรัฐทางหนึ่ง กับการให้ความสำคัญกับปัจเจกชนประการหนึ่ง

จอห์น ล็อก ยืนยันว่า “เสรีภาพ” เป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบบการปกครอง และรัฐหรือผู้ปกครองต้องสร้างสถาบันทางการเมืองขึ้นมา เพื่อคุ้มครองเสรีภาพนี้ โดย “เสรีภาพ” ไม่ได้หมายถึงการแสดงออกซึ่งศักยภาพของปัจเจกชนอย่างเต็มที่ แต่จำเป็นต้องอยู่ภายในขอบเขตอันจำกัดเสรีภาพไว้ ดังที่ล็อกกล่าวว่า “ที่สร้างรัฐขึ้นมาก็เพื่อให้มนุษย์อยู่ภายใต้กฎหมาย ถ้าไม่มีกฎหมายก็ไม่มีเสรีภาพ”¹⁶ ดังนั้น รัฐไม่ควรแทรกแซงเข้าไปในทางเศรษฐกิจ ควรปล่อยให้เศรษฐกิจเสรี (Libéral) ที่สุด

จุดอ่อนในแนวคิดของล็อก ข้างต้น คือ การให้ราษฎรมีสิทธิมากในการจัดตั้งรัฐบาล โดยการยึดเอามโนธรรมเป็นสำคัญ จนถึงขนาดใช้อาวุธเข้าต่อสู้กับรัฐบาล ระบอบการปกครองเช่นนี้ รัฐบาลมีอำนาจไม่มากและอาจเกิดสภาพอนาธิปไตยขึ้นได้ แม้การกระทำ

¹⁵ สุขุม สุภนิคย์. (2540). คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 10.

¹⁶ ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2543). ปรัชญาและพัฒนากฎหมายมหาชน. หน้า 108-109.

อันเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในระยะยาว อาจทำได้ลำบากหากไปขัดกับมติมหาชน ล้อคจึงเน้นให้ทั้งรัฐบาลและราษฎรหันหน้าเข้าหากัน โดยมุ่งถึงความดีของส่วนรวมและเพื่อกันและกัน¹⁷

2) หลักอรรถประโยชน์นิยม

อรรถประโยชน์นิยม คือ หลักธรรมที่เป็นพื้นฐานของศีลธรรม ซึ่งอาจกล่าวได้คือ หลักที่ว่าด้วยความสุขที่สุดสำหรับคนจำนวนมากที่สุด หลักนี้ถือว่าการกระทำที่ชอบธรรมนั้นคือ การกระทำที่ส่งเสริมให้เกิดความสุข ความสุขคือความพอใจไม่มีความทุกข์ สิ่งที่ไม่ใช่ความสุข คือ ความทุกข์ และการถูกบังคับให้เกิดความพอใจ

เมื่อหลักอรรถประโยชน์นิยม มุ่งเสริมสร้างความสุขให้แก่เอกชน โดยการให้หลักประกันแก่เสรีภาพส่วนบุคคล เสรีภาพในการทำนิติกรรมและสัญญา สิทธิในทรัพย์สินส่วนบุคคลและสิทธิเสรีภาพอื่นๆ แล้ว ย่อมกล่าวได้ว่า เป็นทฤษฎีปัจเจกชนนิยม ที่มุ่งคุ้มครองผลประโยชน์ของเอกชน โดยถือว่าความสมบูรณ์พูนสุขของสังคม ย่อมขึ้นอยู่กับความผาสุกของเอกชนเป็นรายบุคคล ดังนั้น โดยหลักทั่วไปแล้วการตรากฎหมายลิดรอนหรือควบคุมเสรีภาพของเอกชนเป็นสิ่งที่ไม่ควรกระทำ

แต่มีข้อยกเว้นให้มีการควบคุมสิทธิเสรีภาพดังกล่าวได้ การใช้เสรีภาพดังกล่าวจะก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อเอกชนหรือสังคม ซึ่งผลประโยชน์ของเอกชนต้องก่อให้เกิดความเสียหายที่แน่นอน จึงเป็นเหตุผลที่อาจสนับสนุนการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับควบคุมพฤติกรรมดังกล่าว ซึ่งต้องมีการตรากฎหมายควบคุม การใช้สิทธิและเสรีภาพเป็นอันมาก การใช้สิทธิเสรีภาพจึงจำเป็นต้องมีวินัยมากกว่านี้

3) หลักประโยชน์สาธารณะ

หลักการดังกล่าวมีพื้นฐานมาจาก รัฐจะกระทำการอย่างใด ๆ นั้น รัฐจะต้องคำนึงถึง “ประโยชน์สาธารณะ” โดยในส่วนของ การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคนั้นถือเป็นนโยบายแห่งรัฐ ซึ่งแต่ละรัฐจะต้องจัดให้มีขึ้น เพื่อให้ความคุ้มครองดูแลประชาชนของแต่ละรัฐ ให้มีความเป็นอยู่อย่างสงบสุข โดยมุ่งถึงประโยชน์สาธารณะเป็นพื้นฐาน ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อูวรรณ โณ ได้ให้คำอธิบายในเรื่องนี้ไว้ พอสรุปได้ดังนี้¹⁸

ในกฎหมายมหาชน มีการคิดค้น “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคม หรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน ซึ่งถ้าปัจเจกชนไม่สมัครใจหรือไม่ยินยอมที่จะ

¹⁷ แหล่งเดิม.

¹⁸ บวรศักดิ์ อูวรรณ โณ ก (2538). กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี. หน้า 298 – 301.

สละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะ ก็จะต้องให้รัฐโดยองค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะแทน และในนามของคนหมู่มากในสังคมได้ โดยให้องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ สามารถใช้อำนาจหน้าที่บังคับปัจเจกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ

ดังนั้น ประโยชน์สาธารณะ หรือความต้องการของคนหมู่มากในสังคม จึงเป็นหัวใจของกิจการของรัฐ และเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการทุกอย่าง ขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กิจกรรมของรัฐที่ดำเนินไป เพื่อประโยชน์สาธารณะนั้นจึงแยกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ การใช้อำนาจควบคุม โดยการออกกฎหมายหรือคำสั่งให้คนในสังคมปฏิบัติตาม เพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมือง และการให้บริการสนองตอบความต้องการด้านต่างๆ ของคนในสังคม ซึ่งหลักประโยชน์สาธารณะนี้ถูกนำมาใช้ในการกำหนดแนวทางนโยบายต่างๆ รวมไปถึงการให้บริการสาธารณะของรัฐ ที่วางไว้เป็นพื้นฐานให้กับประชาชนของแต่ละรัฐ ในการที่จะได้รับการบริการจากรัฐ เช่น การจัดให้มีสาธารณูปโภค รวมไปถึงการให้ความคุ้มครองทางด้านความปลอดภัยแก่ชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินของประชาชนในรัฐด้วย

2.1.3 บทบาทของภาครัฐและภาคเอกชนในการคุ้มครองผู้บริโภค

การคุ้มครองผู้บริโภค อาจมีองค์กรหรือหน่วยงานที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นตัวกลาง ในการให้ความช่วยเหลือ ให้คำปรึกษา หรือเข้ามาดำเนินคดีแทนผู้บริโภคได้ โดยองค์กรหรือหน่วยงานต่างๆ นั้น อาจเป็นองค์กรที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ซึ่งภาครัฐคอยให้การสนับสนุนในส่วนของกำลังคนผู้มีความรู้ความสามารถ ในการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับด้านงบประมาณ และความช่วยเหลืออื่นๆ หรืออาจเกิดขึ้นจากการรวมกลุ่มกันเองของผู้บริโภคภาคเอกชน เพื่อให้ความช่วยเหลือแก่บุคคลที่เข้ามาเป็นสมาชิกในกลุ่มก็ได้

ในปัจจุบันเป็นการรวมตัวของผู้บริโภค เพื่อกระจายข่าวสารข้อมูลต่างๆ ที่เป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภคเอง โดยการรวมตัวดังกล่าวอาจอยู่ในรูปของชมรม มูลนิธิ หรือกลุ่มศึกษาปัญหาต่างๆ การรวมตัวกันนั้น สามารถแบ่งออกเป็นองค์กรหรือหน่วยงาน ที่อยู่ภายใต้การควบคุม กำกับ ดูแลของรัฐหรือเอกชนก็ได้ ซึ่งบทบาทของภาครัฐและภาคเอกชนในการคอยให้ความช่วยเหลือผู้บริโภคนี้ ย่อมมีความสำคัญไม่แพ้กัน แต่การเล็งเห็นถึงความสำคัญของผู้บริโภคเป็นส่วนรวมนั้น ตกอยู่แก่รัฐบาล ซึ่งจะต้องเอาใจใส่ความเป็นอยู่ของประชาชนในทุกๆ ด้าน ดังนั้น ความรับผิดชอบต่อประชาชนผู้บริโภคในส่วนของภาครัฐและภาคเอกชน จึงย่อมมีบทบาทที่แตกต่างกัน ซึ่งบทบาทและความสำคัญขององค์การคุ้มครองผู้บริโภคในภูมิภาคต่างๆ ในโลก มีความเป็นมาและพัฒนาการที่แตกต่างกัน

2.1.3.1 บทบาทของภาครัฐ

ในยุโรป มีแนวความคิดเกี่ยวกับ “รัฐสวัสดิการ” (Social Welfare) หรือแนวคิดที่ถือว่ารัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการคุ้มครองให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน และทำให้เกิดการแข่งขันที่เสรีและเป็นธรรม รัฐจึงเป็นผู้เข้ามาควบคุมการประกอบธุรกิจต่างๆ มีการออกกฎหมายควบคุมกิจการต่างๆ เช่น การควบคุมกิจการธนาคาร กิจการประกันภัย รวมถึงกิจการอื่นๆ ที่กระทบถึงความปลอดภัย และความผาสุกแก่ประชาชน รัฐมีอำนาจเข้ามาแทรกแซงการประกอบธุรกิจของเอกชนได้ตามสมควร เพื่อพิทักษ์ให้เกิดการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและเพื่อประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น รัฐจึงมีหน้าที่หลักในการให้ความคุ้มครองประชาชนผู้บริโภค โดยการใช้กลไกทางกฎหมาย และอำนาจในการบริหารจัดการให้เป็นไปตามกฎหมาย และป้องกันมิให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชน จึงให้ความสำคัญแก่รัฐและเชื่อมั่นในบทบาทของรัฐ ซึ่งรัฐยังคงมีบทบาทเป็นผู้นำในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคมากกว่าองค์กรเอกชน และผู้ควบคุมภาครัฐยังคงได้รับการยอมรับว่า สามารถป้องกันความเสียหาย ที่อาจเกิดจากการบริโภคสินค้าได้อย่างมีประสิทธิภาพ นอกจากนี้ ความนิยมในตัวสินค้าหรือบริการในตลาดสินค้ายุโรป มักมีทุนเดิมมาจากชื่อเสียงและความซื่อตรงในธุรกิจของผู้ผลิต ผู้บริโภคมีความภักดีและเชื่อมั่นในผู้ผลิตมากพอที่จะไว้วางใจในคุณภาพ และไม่เห็นว่าผู้ผลิตเป็นฝ่ายเอาเปรียบ¹⁹

บทบาทภาครัฐในประเทศไทย มุ่งให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค โดยอยู่ในรูปของการทำหน้าที่ดูแลและป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดจากการบริโภค เพราะกฎหมายแต่ละฉบับมีแนวคิดว่ารัฐเป็นผู้มีหน้าที่คุ้มครองให้เกิดความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐ รัฐจึงมีหน้าที่หลักในการคุ้มครองประชาชนผู้บริโภค โดยการใช้กลไกทางกฎหมายและอำนาจในการบริหารจัดการ ให้เป็นไปตามกฎหมาย และป้องกันมิให้เกิดความเสียหายขึ้น

บทบาทภาครัฐได้เริ่มเปลี่ยนแปลงตั้งแต่มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2540 โดยกำหนดให้สิทธิของผู้บริโภคต้องได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งวางหลักทั่วไปในเรื่องการคุ้มครองสิทธิของบุคคลในฐานะผู้บริโภคไว้ในมาตรา 57²⁰

¹⁹ Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson. (1997). **EC and US Consumer Protection**. p. 267.

²⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 57 บัญญัติว่า “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครอง ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องบัญญัติให้มีองค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎหมาย กฎ และข้อบังคับ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค

กฎหมายตามวรรคหนึ่งต้องบัญญัติให้มีองค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎหมาย กฎ และข้อบังคับ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค.”

บทบัญญัติที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ถือไว้ ถือเป็นารับรองสิทธิของผู้บริโภคได้อย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย รัฐเริ่มมีความจำเป็นในการปรับบทบาทของรัฐให้เป็นเสมือนผู้กำกับกร โดยมิประชาชนเป็นส่วนหนึ่งของผู้แสดงกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ตลอดจนแนวคิดเริ่มเปลี่ยนแปลงไป บทบาทของภาครัฐต้องตอบสนองต่อระเบียบสังคมใหม่ ตามรัฐธรรมนูญที่ให้สิทธิในการตรวจสอบกิจกรรมของรัฐมากขึ้น รัฐจึงจัดอยู่ในฐานะเป็นผู้รับใช้และปฏิบัติเพื่อประโยชน์ของประชาชน

2.1.3.2 บทบาทของภาคเอกชน

แต่เดิมกระบวนการผลิตยังไม่มีความซับซ้อนมากนัก ถือว่าผู้บริโภคมีฐานะและความสามารถเท่าเทียมกับผู้ประกอบการ ผู้บริโภคจึงต้องดูแลตัวเองในการซื้อสินค้าหรือบริการ ดังเห็นได้จากแนวคิดในเรื่อง “ผู้ซื้อต้องระวัง” แต่ภายหลังเมื่อกระบวนการผลิตเปลี่ยนแปลงไป ทำให้ผู้บริโภคไม่อยู่ในฐานะที่เท่าเทียมกับผู้ประกอบการเช่นเดิมแล้ว จึงจำเป็นที่จะต้องมีส่วนหรือองค์กร เพื่อทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งในแต่ละประเทศบทบาทของภาคเอกชนที่อยู่ในรูปของสมาคมหรือองค์กรย่อมแตกต่างกัน ดังนี้

ในยุโรป การรวมตัวกันขององค์กรเอกชนเพื่อคุ้มครองตนเองไม่มีบทบาทโดดเด่นมากนัก เพราะแนวคิดและเหตุผลที่รัฐควรเป็นผู้มีหน้าที่จัดการเพื่อประชาชนยังคงมีอยู่อย่างกว้างขวางแม้ในประเทศยุโรปบางประเทศ เช่น เยอรมัน อังกฤษ หรือกลุ่มประเทศนอร์ดิก จะมีกลุ่มของเอกชนดำเนินงาน ด้านการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ก็มี การสนับสนุนจากรัฐอยู่ไม่ขาดเป็นเสมือนองค์กรของรัฐหลายๆ นั่นเอง²¹

ความเข้มแข็งของพลังเอกชนในยุโรป อาจต้องใช้เวลาในการพัฒนา เพราะชาวยุโรปส่วนใหญ่ ยังคงคุ้นเคยกับระบบรัฐสวัสดิการมากกว่าการพึ่งพากระบวนการของภาคเอกชน และหลายประเทศในยุโรป เช่น อังกฤษ องค์กรภาครัฐยังยึดมั่นในแนวคิดที่ไม่เปิดโอกาสให้องค์กรเอกชนใช้สิทธิจัดการกับฝ่ายธุรกิจได้มากนัก การฟ้องคดีเพื่อผู้บริโภคโดยสมาคมผู้บริโภคยังมีน้อย

ในสหรัฐอเมริกา องค์กรเอกชนด้านคุ้มครองผู้บริโภคมีการพัฒนาที่โดดเด่นและเป็นเอกเทศจากรัฐ การรวมกลุ่มของผู้บริโภคเกิดขึ้นเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของสมาชิก และเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบพฤติกรรมในตลาด ทำให้การดำเนินคดีฟ้องเรียกค่าเสียหายโดยเอกชนมีความเข้มแข็งมาก มีบทบาทที่เด่นชัดและการฟ้องคดีโดยเอกชน จนอาจกล่าวได้ว่าสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีสถิติการฟ้องคดีของเอกชนในเรื่องการบริโภคสูงมาก เพราะคนอเมริกันไม่มี

²¹ Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson. Op.cit. p. 212.

แนวคิดเกี่ยวกับรัฐจัดตั้งผู้รับใช้และไม่หวังว่ารัฐจะดูแลได้สมบูรณ์²² องค์กรเอกชนจึงเป็นผู้นำในด้านการเรียกร้องและคุ้มครองสิทธิของเอกชน เมื่อมีความเสียหายจากการบริโภค ผู้ประกอบธุรกิจให้ความสำคัญกับพลังผู้บริโภคที่รวมตัวกันเป็นกลุ่มก้อนอย่างมาก เนื่องจากว่าผู้ประกอบธุรกิจต้องรักษาส่วนแบ่งทางการตลาดของตนไว้ให้มั่นคงและยั่งยืน เสี่ยงของผู้บริโภคและความต้องการของผู้บริโภคจึงเป็นประเด็นสำคัญในการดำเนินธุรกิจ

สำหรับบทบาทของภาคเอกชนในประเทศไทยนั้นไม่ค่อยมีบทบาทที่เด่นชัดเหมือนอย่างบทบาทภาครัฐ เพราะการประกอบธุรกิจของภาคเอกชนเป็นไปเพื่อการสร้างความมั่นคงให้กับธุรกิจของตัวเอง โดยไม่คำนึงถึงการรักษาประโยชน์หรือให้ความสำคัญแก่ผู้บริโภคมากนัก แต่ก็มีกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจให้ความช่วยเหลือสังคมอยู่บ้างในรูปการของการคืนกำไรสู่สังคม เช่น ช่วยเหลือเด็กนักเรียนยากจนโดยให้ทุนเรียนฟรี หรือนโยบายของบริษัทที่นำรายได้บางส่วนจากการขายสินค้ามาสมทบทุนเข้ากองทุนหรือมูลนิธิต่างๆ เพื่อสาธารณกุศล แต่การมีส่วนร่วมในการคุ้มครองผู้บริโภคโดยการให้ผู้บริโภคมีสิทธิเต็มที่ในการคืนสินค้าที่ไม่พอใจโดยไม่มีเงื่อนไขหรือรับชดเชยให้ทุกกรณีไม่ว่าจะเกิดความเสียหายจากเหตุใดยังไม่ปรากฏชัดมากในธุรกิจต่างๆ เว้นแต่มีธุรกิจบางประเภท เช่น ธุรกิจขายสินค้าผ่านทางทีวีโดยที่ผู้บริโภคไม่สามารถตรวจสอบคุณสมบัติของสินค้าได้ก่อนทำการตัดสินใจซื้อ ผู้ประกอบธุรกิจก็อาจให้ผู้บริโภคคืนสินค้าได้หากซื้อสินค้าไปแล้วไม่พอใจ แต่ก็ต้องมีเงื่อนไขหรือเงื่อนไขบางประการด้วย เช่น คืนได้ภายใน 7 วัน นับแต่ซื้อสินค้า

หากพิจารณาถึงบทบาทขององค์กรเอกชนด้านคุ้มครองผู้บริโภคของไทย การรวมตัวของภาคธุรกิจที่อยู่ในรูปของสมาคม หรือสภา มุ่งกระทำกิจกรรมเพื่อธุรกิจที่เป็นสมาชิก บทบาทของภาคธุรกิจเอกชนนั้นมีความเกี่ยวข้องกับภาครัฐอยู่น้อยในระดับนโยบายและการใช้บังคับกฎหมายโดยการเข้าไปร่วมกำหนดนโยบายในระดับต่างๆ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61 วรรค 2 ที่กำหนดให้มีองค์การอิสระซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภคทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎหมาย กฎ และข้อบังคับ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค แต่บทบาทขององค์กรเอกชนยังไม่เด่นชัดในการผลักดันให้เกิดความเปลี่ยนแปลงในการแก้ไขกฎหมายให้มีความเหมาะสมกับสภาพทางสังคม เศรษฐกิจ และการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไป เพราะเหตุที่การรวมตัวขององค์กรเอกชนหรือผู้บริโภคมิได้เกิดขึ้นและมีพลังพอที่จะให้เห็นเป็นรูปธรรมเช่นการรวมตัวกันของภาคธุรกิจ

²² Ibid.

ดังนั้น ในการร่างกฎหมายหรือกำหนดนโยบาย หรือแนวทางการดำเนินงานต่างๆ จึงไม่มีผู้แทนของผู้บริโภคเข้าไปมีส่วนร่วมในการคุ้มครองผู้บริโภคไม่ว่าระดับใด เพราะอาจขาดการสนับสนุนจากภาครัฐ ทั้งในด้านกลไกทางกฎหมายและงบประมาณ แม้ว่ากฎหมายพื้นฐานของไทยจะให้สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันของกลุ่มชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่สมาคมที่มีการขึ้นทะเบียนไว้กับคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ดังนั้น การเรียกร้องความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคโดยการฟ้องคดีต่อศาล ส่วนใหญ่จึงกระทำโดยพนักงานอัยการหรือผู้เสียหายเป็นผู้ฟ้องคดีเสียเองจะมีไม่กี่คดีที่สมาคมหรือองค์กรที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคจะเป็นฝ่ายนำคดีขึ้นสู่ศาล

2.1.4 หลักการคุ้มครองผู้บริโภคในประเทศไทย

แนวคิดทางกฎหมายของไทยตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่ว่า เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องให้ความคุ้มครอง ป้องกันอันตรายที่เกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียง หรือทรัพย์สินของประชาชน รัฐในฐานะผู้ปกครองจึงไม่อาจปฏิเสธความรับผิดชอบดังกล่าวได้ โดยรัฐมีหน้าที่ต่างๆ ที่เกี่ยวกับการดูแลสังคมและประชาชนให้ได้รับความปลอดภัยในการดำรงชีวิตในการประกอบอาชีพดังปรากฏอยู่ในกฎหมายหลายฉบับด้วยกัน ได้แก่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคโดยตรง

2.1.4.1 หลักการคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 รับรองสิทธิของผู้บริโภคเอาไว้เป็นการชัดเจนในมาตรา 61²³

เหตุผลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงสิทธิของผู้บริโภคไว้ เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่ในฐานะผู้บริโภค ไม่สามารถหลีกเลี่ยงผลกระทบอันเกิดจากการบริโภคได้ เนื่องจากความมีฐานะไม่เท่าเทียมกับผู้ผลิต ทำให้ผู้บริโภคตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบ ดังนั้น เพื่อให้ประชาชนใน

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 61 บัญญัติ “สิทธิของบุคคลซึ่งเป็นผู้บริโภคย่อมได้รับความคุ้มครองในการได้รับข้อมูลที่เป็นความจริง และมีสิทธิร้องเรียนเพื่อให้ได้รับการแก้ไขเยียวยาความเสียหาย รวมทั้งมีสิทธิรวมตัวกันเพื่อพิทักษ์สิทธิของผู้บริโภค

ให้มีองค์การเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคที่เป็นอิสระจากหน่วยงานของรัฐซึ่งประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ทำหน้าที่ให้ความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของหน่วยงานของรัฐในการตราและการบังคับใช้กฎหมายและกฎ และให้ความเห็นในการกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค รวมทั้งตรวจสอบและรายงานการกระทำหรือการละเลยการกระทำอันเป็นการคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งนี้ ให้รัฐสนับสนุนงบประมาณในการดำเนินการขององค์การอิสระดังกล่าวด้วย.”

ฐานะผู้บริโภคมีสិทธิได้รับการคุ้มครอง รัฐธรรมนูญจึงจัดให้มีองค์กรอิสระที่ประกอบด้วยตัวแทนผู้บริโภค ที่จะมาทำหน้าที่ให้ความเห็นในการตรากฎ ข้อบังคับและกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อคุ้มครองผู้บริโภค ให้มีส่วนร่วมในการกำหนดทิศทางและแนวทาง เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเองให้พ้นจากการถูกเอาเปรียบ ของผู้ประกอบการผลิตหรือจำหน่ายสินค้าหรือบริการที่ไม่เป็นธรรม ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในระบบการเมืองมากขึ้น²⁴

โดยก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรา 61 นี้ ประเทศไทยมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ทั้งที่เป็นกฎหมายกลางอยู่ในความดูแลของ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และเป็นกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายอาหารและยา กฎหมายมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม หรือแม้กระทั่ง กฎหมายป้องกันการผูกขาดและการกำหนดราคาสินค้า เป็นต้น การให้ความคุ้มครองผู้บริโภคแต่เดิมจึงอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายต่างๆ ที่ค่อนข้างกระจัดกระจาย

2.1.4.2 หลักการคุ้มครองโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค และจัดให้มีองค์กรของรัฐที่เหมาะสมเพื่อตรวจตราดูแลและประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค²⁵ ทั้งในด้านการโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และด้านอื่นๆ ทั้งนี้ มาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ในส่วนที่ถือว่าเป็นการดูแลคุ้มครองประโยชน์ของผู้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจสรุปได้เป็น 2 มาตรการสำคัญดังนี้

1) การคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในด้านสัญญา เนื่องจากมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจ²⁶ ในปี พ.ศ. 2541 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพื่อป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการธุรกิจที่มีเอาเปรียบผู้บริโภค โดยกำหนดวิธีการดังนี้

²⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ข (2547). ภาพรวมของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. หน้า 9.

²⁵ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522.

²⁶ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.

(1) คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาที่มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการที่สัญญาซื้อขายหรือให้บริการของธุรกิจนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือหรือมีปกตีพิมพ์ที่ทำเป็นหนังสือ เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้²⁷ (มาตรา 35 ทวิ วรรคหนึ่ง)

(2) เมื่อเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังนี้

ก. ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร หรือ

ข. ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด (มาตรา 35 ทวิ วรรคสอง และวรรคสาม)

(3) ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องใช้ข้อสัญญาใดหรือใช้โดยมีเงื่อนไขใด ถ้าไม่ใช้ข้อสัญญานั้นหรือใช้โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขนั้นให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้ หรือใช้ข้อสัญญาตามเงื่อนไขที่กำหนดนั้น แล้วแต่กรณี (มาตรา 35 ตริ) แต่ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใด หากใช้ข้อสัญญานั้น ให้ถือว่าสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อสัญญาที่ห้ามใช้นั้น (มาตรา 35 จัตวา)

(4) นอกจากนี้ เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาก็ได้ (มาตรา 35 ทวิ)

2) การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 กำหนดให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคได้ มาตรการนี้กำหนดขึ้นเพื่อต้องการช่วยเหลือผู้บริโภคแต่ละรายแทนที่จะต้องไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเองซึ่งเป็นเรื่องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายและเป็นการไม่คุ้มค่า กฎหมายจึงวางมาตรการให้องค์กรของรัฐช่วยดำเนินคดีแทนให้ โดยกำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีเห็นสมควรเองหรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิและเห็นว่าเป็นการดำเนินคดีที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการ โดยความเห็นชอบของอธิบดีกรมอัยการ (ปัจจุบันคืออัยการสูงสุด) หรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคซึ่งมีคุณวุฒิ

²⁷ ปัจจุบันธุรกิจอาคารชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543.

ไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคนอกจากนี้ให้มีหน้าที่ดำเนินคดีแพ่ง และคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคในศาล และเมื่อคณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่ คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายได้ ทั้งนี้ การดำเนินคดีในศาลแทนผู้บริโภคนั้น เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคนั้นมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอ และเป็นการ ดำเนินคดีที่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง (มาตรา 39)

2.2 แนวคิด และทฤษฎีเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม

เนื่องจากหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาของไทยที่ใช้บังคับอยู่ ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา และหลักเสรีภาพในการทำสัญญาอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมายและโดยใจสมัคร แล้ว คู่กรณีจักต้องผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัด ถึงแม้ผลของการทำ นิติกรรมสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมากเพียงไรก็ตาม

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ เพื่อแก้ไขและบรรเทาปัญหาความไม่เป็นธรรม และความไม่สงบสุขในสังคมอันเกิดจากการที่ผู้มี อำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักของความ ศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งมีอำนาจต่อรอง ทางเศรษฐกิจน้อยกว่าอย่างมาก โดยกฎหมายกำหนดกรอบการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดง เจตนาและเสรีภาพของบุคคล กำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือ ข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้น มี ผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี²⁸

สาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ในส่วนที่ถือว่าเป็นการ ดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาซื้อขายอาคารชุดได้ดังนี้

1) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กำหนดให้ข้อตกลงใน สัญญา ระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือในสัญญาสำเร็จรูปหรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่าย ซึ่งมีได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น และข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

²⁸ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.

ปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนดข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลง โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้ โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้า โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา²⁹ เป็นต้น

²⁹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ข้อตกลงในสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝากที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้า หรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ในกรณีที่มีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปนั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเช่น

- (1) ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา
- (2) ข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด
- (3) ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ
- (4) ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร
- (5) ข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา
- (6) ข้อตกลงในสัญญาขายฝากที่ผู้ซื้อฝากกำหนดราคาสินได้สูงกว่าราคาขายบวกอัตราดอกเบี้ยเกินกว่าร้อยละสิบห้าต่อปี
- (7) ข้อตกลงในสัญญาเช่าซื้อที่กำหนดราคาค่าเช่าซื้อ หรือกำหนดให้ผู้เช่าซื้อต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร
- (8) ข้อตกลงในสัญญาบัตรเครดิตที่กำหนดให้ผู้บริโภคต้องชำระดอกเบี้ย เบี้ยปรับ ค่าใช้จ่ายหรือประโยชน์อื่นใดสูงเกินกว่าที่ควร ในกรณีที่มีผิดนัดหรือที่เกี่ยวข้องกับการผิดนัดชำระหนี้
- (9) ข้อตกลงที่กำหนดวิธีคิดดอกเบี้ยทบต้นที่ทำให้ผู้บริโภคต้องรับภาระสูงเกินกว่าที่ควร

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งตามวรรคสาม จะเป็นการได้เปรียบเกินสมควรหรือไม่ ให้นำมาตรา 10 มาใช้โดยอนุโลม.”

2) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 กำหนดให้สัญญาระหว่าง ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้า ที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมี ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด ของผู้ประกอบธุรกิจการค้า เพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อ การรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้ว ในขณะที่ทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้น มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็น ธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น³⁰ โดยสัญญาที่ทำกันนั้นส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญา สำเร็จรูป³¹ กล่าวคือ สัญญาสำเร็จรูปในการซื้อขายห้องชุดนั้นเป็นสัญญาที่ผู้ขายจัดทำและกำหนด สาระสำคัญของสัญญาไว้ล่วงหน้า ก่อนมีการทำสัญญาและนำมาใช้กับผู้ซื้อทุกคน ที่มาซื้อห้องชุด ในโครงการของตน และผู้ซื้อต้องเข้าทำสัญญาโดยไม่ได้มีการเจรจาต่อรองเงื่อนไขในสัญญา และ ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ จึงปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่าผู้ขายอาจได้ข้อกำหนดใน สัญญา ที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตน และทำให้ผู้ซื้อเสียเปรียบ เช่น ผู้ขายกำหนดยกเว้นหรือจำกัด ความรับผิดของตนจากการผิดสัญญา หรือจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่ซื้อขาย หรือจากการ รอนสิทธิในทรัพย์ที่ซื้อขาย หรือกำหนดข้อตกลงให้สิทธิผู้ขายที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่ง ข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร เป็นต้น เมื่อเกิดกรณี เช่นนี้ขึ้น หากต่อมาผู้ซื้อที่เข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายและชำระเงินค่าห้องชุดไปแล้ว ผู้ขายไม่ยอม ปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่ยอมก่อสร้างอาคารชุดหรือสิ่งสาธารณูปโภคตามสัญญาและอาจยกเว้น ความรับผิดตามสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อที่จะไม่ได้ห้องชุดหรือสิ่งสาธารณูปโภค มาใช้ประโยชน์ กรณีเช่นนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เปิดช่องให้ ผู้ซื้อใช้สิทธิทางศาล เพื่อให้ศาลสั่งให้สัญญาข้อที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าว มีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่เป็น ธรรมและสมควรแก่กรณีได้ แต่อย่างไรก็ตาม การอาศัยมาตรการตามพระราชบัญญัติว่าด้วย ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 นี้ เป็นกรณีที่ผู้ซื้อต้องเข้าทำสัญญาและชำระเงินไปบ้างแล้ว

³⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 6 บัญญัติว่า “สัญญาระหว่าง ผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมี ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อ การรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่องหรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำ สัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควร แก่กรณีเท่านั้น.”

³¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาอันไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 มาตรา 3 บัญญัติว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะ ทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน.”

และเมื่อเกิดความเสียหายจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติดังกล่าวต้องผ่านทางศาล โดยการฟ้องร้องนำคดีขึ้นสู่ศาล

2.2.1 หลักการของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

โดยสภาพสังคมปัจจุบัน ช่องว่างระหว่างบุคคลเริ่มขยายตัวมากขึ้นจนถึงระดับที่ทำให้คนที่ด้อยกว่าตกอยู่ในฐานะที่ไม่เพียงแต่จะตั้งเงื่อนไขต่อรองในเนื้อหาสาระแห่งสัญญาไม่ได้เท่านั้น แม้จะใช้เสรีภาพไม่เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ไม่ได้ด้วย เนื่องจากสภาพความเป็นจริงทางเศรษฐกิจและสังคมมิได้เปิดโอกาสให้มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมเพียงพอสำหรับคนส่วนใหญ่ ซึ่งเป็นผู้บริโภค บรรดาผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ ที่มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจที่เหนือกว่าคนทั่วไปจึงไม่อยู่ในฐานะที่ได้เปรียบในการทำสัญญาอย่างยิ่ง และสิ่งที่ปรากฏให้เห็นในระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมก็คือ ประชาชนไม่มีความเสมอภาค หรืออำนาจต่อรองในทางเศรษฐกิจไม่เท่าเทียมกัน บุคคลที่มีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่า อาทิเช่น กลุ่มบุคคลผู้ยากจนหรือผู้ด้อยโอกาสกว่าในสังคมซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นผู้บริโภคส่วนใหญ่ของประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าหรือได้เปรียบกว่าได้อาศัยข้อได้เปรียบนี้กำหนดเงื่อนไขในร่างสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุดโดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมและนำเสนอร่างสัญญานั้นต่อผู้บริโภค โดยจัดทำในรูปแบบของ “สัญญาสำเร็จรูป” (Adhesion Contract) หรือสัญญามาตรฐาน (Standard Contract) เอาไว้เรียบร้อยแล้ว เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าหรือเสียเปรียบกว่าลงลายมือชื่อ โดยไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อความใดๆ ในสัญญาเลยแม้สัญญาที่ได้จัดทำเอาไว้แล้วนั้นจะมีข้อความที่เอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก อีกทั้งไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสม นอกจากจำยอมเข้าทำสัญญาด้วยซึ่งถือเป็นการตกลงยอมรับข้อกำหนดในสัญญาสำเร็จนั้น โดยปริยาย ถ้าไม่ยอมตกลงทำข้อสัญญาตามเงื่อนไขก็ไปให้พ้น ไม่ต้องมาทำธุรกิจด้วย (Take it or leave it contract)

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 เป็นส่วนหนึ่งของความพยายามที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าวข้างต้นให้บรรเทาเบาบางลง โดยมุ่งที่จะให้ศาลเป็นผู้กำกับการและตรวจสอบสัญญาที่อยู่ขอบเขตของพระราชบัญญัตินี้ว่ามีลักษณะของการเอารัดเอาเปรียบกันมากเกินไปหรือไม่ หากเป็นการเอารัดเอาเปรียบกันเกินไปก็ให้มีศาลมีอำนาจที่จะพิพากษาให้มีผลบังคับกันได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณี เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคม โดยกำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ดุลยพินิจในการพิจารณาที่จะปรับลดระดับความรุนแรงของการเอารัดเอาเปรียบกันทางสัญญาลงได้ตามสมควร ดังนั้น ความสำเร็จของพระราชบัญญัตินี้จึงขึ้นอยู่กับบทบาทและสำนึกแห่งความยุติธรรม

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ได้ให้ความหมายคำนิยามศัพท์ที่เกี่ยวข้องไว้ ดังนี้

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ข้อสัญญา” หมายความว่า ข้อตกลง ความตกลง และความยินยอม รวมทั้งประกาศและคำแจ้งความเพื่อยกเว้นหรือจำกัดความรับผิด

“ผู้บริโภค” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ซื้อ ผู้เช่า ผู้เช่าซื้อ ผู้กู้ ผู้เอาประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใดเพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้น และให้หมายความรวมถึงผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ค้าประกันของบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีได้กระทำการเพื่อการค้า

“ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ” หมายความว่า ผู้เข้าทำสัญญาในฐานะผู้ขายผู้ให้เช่า ผู้ให้เช่าซื้อ ผู้ให้กู้ ผู้รับประกันภัย หรือผู้เข้าทำสัญญาอื่นใด เพื่อให้ได้มาซึ่งทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใด ทั้งนี้ การเข้าทำสัญญานั้นต้องเป็นไปเพื่อการค้าทรัพย์สิน บริการ หรือประโยชน์อื่นใดนั้นเป็นทางค้าปกติของตน

“สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะป็นรูปแบบใด ซึ่งเป็นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน

ลักษณะสำคัญของสัญญาสำเร็จรูป มี 3 ประการ คือ

- 1) ต้องเป็นสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษร (Written Contract)
- 2) ข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญของสัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรนั้นจะต้องกำหนดขึ้นไว้ล่วงหน้าก่อนการทำสัญญา หรือข้อสัญญาส่วนที่เป็นสาระสำคัญนั้นมิได้เกิดจากการเจรจาต่อรองของคู่สัญญาจนตกลงกันได้ หากแต่เป็นคู่สัญญาฝ่ายที่กำหนดสัญญาสำเร็จรูปยืนยันว่าจะใช้ข้อสัญญานั้น มิฉะนั้นจะไม่มีในการทำสัญญาด้วย ซึ่งเท่ากับทำให้อีกฝ่ายหนึ่งหมดโอกาสเจรจาต่อรองที่จะเลือกว่าจะเข้าทำสัญญาต่อรองที่จะเลือกว่าจะเข้าทำสัญญา ที่ผนวกข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเอาไว้แล้ว ดังนั้น จุดสำคัญของสัญญาสำเร็จรูปจึงอยู่ที่จะต้องไม่มีการเจรจาต่อรองในสาระสำคัญของข้อสัญญานั้น
- 3) ข้อสัญญาที่กำหนดไว้ล่วงหน้านั้น จะต้องถูกนำมาใช้ในการประกอบกิจการของคู่สัญญาฝ่ายที่ยืนยันให้มีข้อสัญญาดังกล่าว

ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบการการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาสำเร็จรูปหรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีเท่านั้น

ข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่ วิทยุชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมในสัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด ได้แก่ ข้อตกลงในสัญญา ระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร หรือข้อตกลงในสัญญาสำเร็จรูปที่ทำให้ผู้กำหนดสัญญา สำเร็จรูปได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร หรือข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีก ฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าวิทยุชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ข้อตกลงหรือจำกัดความรับผิดที่เกิดจากการผิดสัญญา หรือข้อตกลงให้ต้องรับผิดหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุด โดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อ สาระสำคัญ หรือข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อใดข้อหนึ่ง หรือปฏิบัติตามสัญญาใน ระยะเวลาที่ล่าช้าได้โดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือ กำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา

ในการพิจารณาข้อตกลงที่ทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งนั้นเป็นการได้เปรียบ เกินสมควรหรือไม่ ศาลจะเป็นผู้ใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและ พอสมควรแก่กรณีเท่านั้น และแนวทางวินิจฉัยของศาลว่า ข้อสัญญาจะมีผลบังคับเพียงใด จึงจะเป็น ธรรมและพอสมควรแก่กรณี ให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้งความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางได้เสียของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็น จริง ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตาม สัญญา และการรับภาระที่หนักมากกว่าของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่าย หนึ่ง³² ผลของสัญญาที่ไม่ได้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมใช้บังคับ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นถือว่าเป็นโมฆะ³³

³² พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 10 บัญญัติว่า “ในการวินิจฉัยว่าข้อสัญญาจะมี ผลบังคับเพียงใดจึงจะเป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีให้พิเคราะห์ถึงพฤติการณ์ทั้งปวง รวมทั้ง

- (1) ความสุจริต อำนาจต่อรอง ฐานะทางเศรษฐกิจ ความรู้ความเข้าใจ ความสันตจิตเจตนา ความ คาดหมาย แนวทางที่เคยปฏิบัติ ทางเลือกอย่างอื่น และทางได้เสียทุกอย่างของคู่สัญญาตามสภาพที่เป็นจริง
- (2) ปกติประเพณีของสัญญาชนิดนั้น
- (3) เวลาและสถานที่ในการทำสัญญาหรือในการปฏิบัติตามสัญญา
- (4) การรับภาระที่หนักกว่ามากของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเมื่อเปรียบเทียบกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง”.

³³ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม มาตรา 10 บัญญัติว่า “ข้อสัญญาใดที่มีให้นำ บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ข้อสัญญานั้นเป็นโมฆะ.”

นิติกรรมสัญญาที่อยู่ในขอบเขตที่ศาลสามารถให้ความเป็นธรรมได้นั้น โดยหลักแล้วกฎหมายมิได้บัญญัติให้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต้องตกเป็นโมฆะหรือเสียเปล่าไปทั้งหมด ข้อสัญญาเหล่านั้นยังคงสมบูรณ์ตามกฎหมาย เพียงแต่อาจจะบังคับกันให้เต็มตามข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมทั้งหมดไม่ได้ คงบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น³⁴ ซึ่งในการใช้ดุลยพินิจของศาลต้องเป็นไปตามแนวทางที่ระบุไว้ในมาตรา 10

2.2.2 ลักษณะของข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เนื่องจากมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมากร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคว่า ไม่ได้ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจกรณีการซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างผู้ประกอบการส่วนใหญ่ได้จัดทำสัญญาสำเร็จรูปโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคได้จัดทำสัญญาดังกล่าวมาใช้ซึ่งคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ก็ไม่อาจบังคับได้เพราะเสรีภาพของบุคคลตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญาซึ่งยึดหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักแห่งเสรีภาพในการทำสัญญาซึ่งยึดถือหลักแห่งความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และหลักแห่งเสรีภาพในการทำสัญญาโดยเคร่งครัด คือ เมื่อคู่กรณีได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญากันโดยชอบด้วยกฎหมาย และด้วยความสมัครใจแล้ว คู่กรณีจะต้องถูกผูกพันและต้องปฏิบัติตามข้อสัญญาที่ได้ตกลงกันได้อย่างเคร่งครัด แม้ว่าผลของสัญญานั้นจะทำให้ฝ่ายหนึ่งได้เปรียบอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ในอดีตหลักการดังกล่าวได้รับการยอมรับว่าถูกต้องเป็นธรรมแต่ก็ต้องอยู่ภายใต้หลักแห่งความเสมอภาคและเท่าเทียมกันของบุคคล

ในสภาพความจริงของสังคมไทยในปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปแล้วว่าบุคคลมีความเสมอภาคกัน บุคคลไม่มีความเท่าเทียมกัน ไม่ว่าจะเป็นด้านเศรษฐกิจ การศึกษาสติปัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งบุคคลที่อยู่ในฐานะของผู้บริโภคย่อมไม่อยู่ในฐานะที่มีความเสมอภาคและเท่าเทียมผู้ประกอบการไม่มีอำนาจต่อรองกับผู้ประกอบการ ดังนั้น เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาและป้องกันไม่ให้ผู้บริโภคถูกเอารัดเอาเปรียบในการทำสัญญากับผู้ประกอบการพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 กำหนดสิทธิของผู้บริโภคในด้านสัญญาขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 35 ทวิ ถึงมาตรา 35 นว ซึ่งจะขออธิบายดังนี้³⁵

³⁴ เอนก จงเสถียร. (2544). มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 21-22.

³⁵ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค. (2549). สคบ.กับการคุ้มครองผู้บริโภค. หน้า 19.

1) ธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา (มาตรา 35 ทวิ) การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใด ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีทำเป็นหนังสือ คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการนั้นเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้

ในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญา สัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็นซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้น จะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควร

(2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์เงื่อนไขและรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดและเพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดก็ได้

ปัจจุบันคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ได้จัดทำพระราชกฤษฎีกากำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะของสัญญา พ.ศ. 2522 เพื่อให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาถือปฏิบัติในการพิจารณากำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือบริการใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และการกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขรายละเอียดของสัญญาที่ผู้ประกอบธุรกิจทำกับผู้บริโภค สาระสำคัญในพระราชกฤษฎีกาฯ ในมาตรา 3 กำหนดให้ธุรกิจที่ควบคุมสัญญาจะต้องเข้าลักษณะดังต่อไปนี้

(1) เป็นธุรกิจที่มีการใช้ข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค
 (2) เป็นธุรกิจที่มีการใช้สัญญาสำเร็จรูปอย่างแพร่หลาย
 (3) เป็นธุรกิจที่ผู้ประกอบธุรกิจมีอำนาจต่อรองเหนือกว่าผู้บริโภค ทั้งนี้โดยพิจารณาจากฐานะทางเศรษฐกิจความรู้ ความเข้าใจ

และในมาตรา 4 เป็นการกำหนดลักษณะของสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังนี้

(1) ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ โดยชัดเจนตามควรแก่กรณี

(2) ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีเหตุผลที่สมควรเพียงพอ

(3) ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ

(4) ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา

(5) จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เป็นคณะกรรมการเฉพาะเรื่องที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแต่งตั้งขึ้น โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนไม่น้อยกว่า 7 คน แต่ไม่เกิน 13 คน มีวาระการดำรงตำแหน่งได้คราวละ 2 ปีทั้งนี้ กรรมการที่พ้นจากตำแหน่งอาจได้รับแต่งตั้งอีกได้

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาในส่วนของ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 มีดังนี้

(1) มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดที่สัญญาซื้อขายหรือสัญญาให้บริการนั้น มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือที่ตามปกติประเพณีเป็นหนังสือเป็น “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขและรายละเอียดเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาสำหรับธุรกิจที่ควบคุมสัญญาดังกล่าวด้วย

นอกจากนี้เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวม คณะกรรมการว่าด้วยสัญญายังมีอำนาจกำหนดแบบสัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และทำให้ผู้ประกอบธุรกิจจัดทำสัญญาตามแบบดังกล่าวได้ (การกำหนดหลักเกณฑ์ตามข้อ 1 นี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดโดยกฤษฎีกา)

(2) มีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้า หรือบริการอย่างใดอย่างหนึ่งเป็น “ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน” และกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข ตลอดจนรายละเอียด เกี่ยวกับลักษณะหลักฐานการรับเงิน สำหรับธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงินดังกล่าวด้วย (การกำหนดหลักเกณฑ์ตามข้อ 2 นี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการกำหนดโดยกฤษฎีกา)

(3) มีอำนาจกำหนดระยะเวลาโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา ให้ผู้ประกอบธุรกิจส่งมอบสัญญาของ “ธุรกิจที่ควบคุมสัญญา” หรือส่งมอบหลักฐานการรับเงินของ “ธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน” ที่ถูกต้อง

(4) ให้ความเห็นเกี่ยวกับ “แบบสัญญา” หรือ “แบบหลักฐานการรับเงิน” ที่ผู้ประกอบธุรกิจร้องขอ

(5) ดูแลให้ผู้ประกอบธุรกิจที่ขายสินค้า หรือให้บริการ โดยให้คำมั่นว่าจะทำ “สัญญารับประกัน” ให้ไว้แก่ผู้บริโภคนั้น ต้องทำสัญญาดังกล่าวโดยทำเป็นหนังสือ ลงลายมือ

ชื่อของผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้แทน และต้องส่งมอบสัญญานั้นแก่ผู้บริโภคร่วมกับการส่งมอบสินค้า หรือให้บริการ

ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ฉบับที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2541 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับลักษณะของสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไว้ในสองส่วนคือ

(1) ลักษณะของสัญญาที่ควบคุมตามมาตรา 35 ทวิ วรรคสอง

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 ฉบับที่ 2 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2541 ได้บัญญัติบังคับให้การประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาจะต้องมีลักษณะตามที่กฎหมายได้กำหนดขึ้น 2 ประการไว้ คือเป็นข้อสัญญาที่จำเป็นต้องใช้ซึ่งหากไม่ใช่ข้อความนั้นจะทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ ผู้ประกอบธุรกิจเกินสมควรและต้องไม่มีข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมดังที่บัญญัติในมาตรา 35 ทวิ วรรคสอง³⁶

(2) หลักเกณฑ์การกำหนดสัญญาตามพระราชกฤษฎีกา

พระราชกฤษฎีกาที่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ลักษณะของสัญญาในธุรกิจที่ควบคุมสัญญาตามที่มาตรา 35 ทวิ ได้แก่พระราชกฤษฎีกาหลักเกณฑ์และวิธีการในการกำหนดธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและลักษณะสัญญา พ.ศ. 2522 ซึ่งได้บัญญัติหลักเกณฑ์ของลักษณะสัญญาให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ใช้เป็นหลักในการพิจารณาขร่างข้อสัญญาของข้อสัญญาที่ใช้บังคับในการประกอบธุรกิจที่ควบคุมสัญญาในแต่ละประกาศฯ ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ของพระราชกฤษฎีกา ดังนี้

“มาตรา 4 การกำหนดของลักษณะของสัญญาต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้

(1) ให้ผู้บริโภคทราบสิทธิและหน้าที่ของตนตลอดจนข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการ โดยชัดเจนตามควรแก่กรณี

(2) ไม่เป็นการจำกัดหรือยกเว้นความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ โดยไม่มีเหตุที่สมควรเพียงพอ

(3) ต้องคำนึงถึงความสุจริตในการประกอบธุรกิจ

(4) ให้เยียวยาความเสียหายในเวลาอันสมควรในกรณีที่มีการฝ่าฝืนสัญญา

³⁶ ไพโรจน์ อารักษา. (2543). ครบเครื่องเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา. หน้า 60-61.

(5) จัดให้มีหลักฐานที่ชัดเจนเกี่ยวกับการแสดงเจตนาของผู้ประกอบธุรกิจในเรื่องที่เป็นสาระสำคัญต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

(6) ต้องไม่เป็นการเพิ่มภาระเกินควรแก่การประกอบธุรกิจ

ในการพิจารณาออกประกาศกำหนดธุรกิจใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาและกำหนดข้อสัญญาใดๆ มาบังคับใช้ในธุรกิจใดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญานั้น คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาจะต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากผู้ประกอบธุรกิจและผู้บริโภคที่ได้รับผลกระทบโดยตรงเสียก่อน โดยคำนึงถึงขอบเขตและสภาพปัญหา เช่น การจัดสัมมนา การประชุม หรือให้ประชาชนทั่วไปแสดงความคิดเห็นในการนี้ จะรับฟังความคิดเห็นจากหน่วยงานของรัฐองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองผู้บริโภคก็ได้ตามที่บัญญัติในมาตรา 5 ของพระราชกฤษฎีกา

ลักษณะของข้อสัญญาที่ถูกควบคุมตามประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาแยกตามประเภทธุรกิจ

ปัจจุบันคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาได้มีประกาศให้มีธุรกิจต่างๆ ต้องเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา 7 ประเภท ดังนี้

(1) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจขาย ก๊าซหุงต้มที่เรียกเงินประกันถึงก๊าซหุงต้มเป็นธุรกิจที่ควบคุมรายการในหลักฐานการรับเงิน พ.ศ. 2542

(2) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจบัตรเครดิตเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2542

(3) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจเช่าซื้อรถยนต์และรถจักรยานยนต์เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543

(4) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องให้ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543

(5) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องธุรกิจการบริการโทรศัพท์เคลื่อนที่เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543

(6) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องธุรกิจให้กู้ยืมเงินเพื่อผู้บริโภคของสถาบันการเงินเป็นธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544

(7) ประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาเรื่องธุรกิจให้เช่าซื้อเครื่องใช้ไฟฟ้าเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2544

2.3 วิวัฒนาการเกี่ยวกับอาคารชุด

อาคารชุดหรือคอนโดมิเนียม (Condominium) เป็นรูปแบบการอยู่อาศัยร่วมกันหลายครัวเรือนมีอาณาเขตและอาคารเดียวกัน โดยในอาคารหรือบริเวณที่อยู่อาศัยมีการแยกกรรมสิทธิ์การถือครองออกเป็นส่วนๆ ซึ่งประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคล ได้แก่ ห้องชุด สิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่อาจจัดไว้ให้เป็นของห้องชุดแต่ละราย กรรมสิทธิ์อีกส่วนหนึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันระหว่างเจ้าของห้องชุดแต่ละรายที่อยู่ร่วมกัน ได้แก่ ทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดที่ไม่ใช่ห้องชุด และที่ดินหรือทรัพย์สินอื่นที่มีไว้ใช้ประโยชน์ร่วมกันสำหรับเจ้าของร่วม

รูปแบบการอยู่อาศัยในอาคารชุดนั้น เกิดขึ้นมานานแล้ว กล่าวคือ เมื่อประมาณ 3,000 ปีก่อน รูปแบบการอยู่อาศัยร่วมกันในอาณาเขตและอาคารสถานที่เดียวกัน ถือเป็นประเพณีนิยมกันมากในอาณาจักรบาบิโลน และอาณาจักรโรมัน แต่ยังไม่มีความหมายรองรับจนกระทั่งในปี ค.ศ. 1928 ประเทศบราซิลได้ตรากฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่อยู่อาศัยภายในขอบเขต และอาคารเดียวกัน ขึ้นมาใช้เป็นครั้งแรก รูปแบบการอยู่อาศัยแบบอาคารชุด จึงได้รับความนิยมแพร่หลายไปในประเทศต่างๆ เช่น เวเนซุเอลา เปอร์โตริโก และสหรัฐอเมริกา ส่วนประเทศในแถบเอเชียตะวันออกเฉียงใต้นั้น ประเทศฟิลิปปินส์ได้นำกฎหมายของสหรัฐอเมริกามาใช้ จึงมีการนำรูปแบบของอาคารชุดเข้ามาใช้ด้วย หลังจากนั้นไม่นานสิงคโปร์ ก็มีการนำมาใช้ สำหรับฮ่องกงเนื่องจากมีสัญญาเช่าเกาะฮ่องกงของอังกฤษที่ทำไว้กับสาธารณรัฐประชาชนจีน มีอายุการเช่า 99 ปี จึงมีการใช้ในลักษณะเช่ากรรมสิทธิ์ตามข้อตกลง ซึ่งเป็นรูปแบบการอยู่อาศัยคล้ายคลึงกับอาคารชุด³⁷

ปัจจุบันอาคารชุด ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนไทยมากขึ้น ซึ่งแต่เดิมคนไทยเคยชินกับการอยู่อาศัยในบ้าน ทาวน์เฮ้าส์ และแฟลต และนับวันอาคารชุด จะยิ่งมีความสำคัญมากขึ้น ดังจะเห็นจากการมีโครงการก่อสร้างเกิดขึ้นนับร้อยโครงการ และมีบุคคลเข้าจับจองอยู่เป็นจำนวนมาก ดังนั้น การทำความเข้าใจในพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จึงจำเป็นอย่างยิ่งทั้งตัวของผู้ประกอบการและผู้อยู่อาศัย ทั้งนี้เพื่อให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้อง มีความเข้าใจในสิทธิหน้าที่ของตน อันก่อให้เกิดความสงบสุขในการอยู่อาศัยในอาคารชุดต่อไป

2.3.1 ความเป็นมาของอาคารชุด

แม้ว่าประเทศไทยจะยังมีพื้นที่ว่างอยู่อีกมากมายก็ตาม แต่เนื่องจากปัญหาเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยภายในเขตเมืองได้เพิ่มทวีมากขึ้น อันเป็นผลมาจากการเพิ่มของจำนวนประชากรอย่างรวดเร็ว และมีการอพยพจากชนบทเข้าสู่เมืองเพื่อเข้ามาหางานทำเพิ่มมากขึ้น ปัญหาการจราจรติดขัด

³⁷ บรูซเทอร์ กาสินพิลา. (2533). ฝ่าธุรกิจจัดสรรและคอนโดมิเนียม. หน้า 175 – 176.

โดยเฉพาะในกรุงเทพมหานคร ซึ่งก่อความเดือดร้อนให้แก่ประชาชนที่อยู่ตามชานเมือง แต่ต้องเดินทางเข้ามาทำงานในเมืองอย่างมาก รวมทั้งปัญหาที่ดินในเขตเมืองมีราคาแพง โดยเฉพาะในย่านธุรกิจ ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องสร้างตึกให้สูงขึ้นเพื่อให้การใช้ที่ดินในเขตเมืองได้รับประโยชน์คุ้มค่า ทั้งรัฐบาลเองก็ได้เล็งเห็นประโยชน์ในระบบอาคารชุด ซึ่งได้ใช้และประสบความสำเร็จมาแล้วในต่างประเทศ จึงได้คิดริเริ่มที่จะนำระบบกรรมสิทธิ์อาคารชุดมาบังคับใช้เป็นกฎหมาย ซึ่งสอดคล้องกับนโยบาย ของการเคหะแห่งชาติที่ต้องการกฎหมายอาคารชุด เพื่อให้ผู้เช่าซื้ออาคารแฟลตของการเคหะแห่งชาติได้กรรมสิทธิ์ในอาคารแฟลตนั้น และต้องการจะตัดภาระเรื่องการดูแลบำรุงรักษาอาคารแฟลตเหล่านั้นด้วย

ต่อมาในปีพ.ศ. 2511 กระทรวงมหาดไทย ได้ส่งเจ้าหน้าที่ไปสัมมนา เกี่ยวกับอาคารชุดที่ฮาวาย และเมื่อกลับมาได้รายงานผลการประชุมให้กระทรวงมหาดไทยทราบ พร้อมทั้งแสดงความเห็นว่า ในอนาคตอาจจะสร้างอาคารชุดขึ้นในประเทศไทย จึงควรมีกฎหมายเกี่ยวกับการถือกรรมสิทธิ์บังคับใช้ เพื่อให้ประชาชนสามารถซื้อห้องชุดได้โดยมีกรรมสิทธิ์ในหน่วยแต่ละหน่วยเป็นเอกเทศ ซึ่งกระทรวงมหาดไทยก็เห็นชอบด้วย จึงได้เสนอคณะรัฐมนตรี เพื่อขอรับนโยบายในเรื่องนี้ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาแล้วเห็นชอบด้วย และมีมติให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นเพื่อร่างกฎหมายขึ้นใช้บังคับต่อไป ในการร่างกฎหมายนี้ได้อาศัยกฎหมายของฝรั่งเศส กฎหมายของฮาวาย และกฎหมายในประเทศของยุโรปเป็นหลักในการร่าง เมื่อร่างเสร็จแล้วได้เสนอคณะรัฐมนตรี และส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาเมื่อปลายปี พ.ศ. 2516 ในการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้ประสบปัญหาหลายประการ ทั้งในข้อกฎหมายและในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะปัญหาในความเป็นนิติบุคคลอาคารชุด ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกาเห็นว่า ไม่มีลักษณะเป็นนิติบุคคลที่ถูกต้อง ถึงแม้จะมีกฎหมายบัญญัติให้เป็นนิติบุคคลที่ถูกต้อง ก็ไม่เป็นการสมควร ที่จะตราให้มีนิติบุคคลในลักษณะที่ไม่มีตัวตน และไม่มีทรัพย์สินใดๆ เลย ทั้งยังอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกด้วย ในที่สุดคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี ให้ระงับร่างพระราชบัญญัตินี้ไว้ก่อนจนกว่ากระทรวงผู้รับผิดชอบในเรื่องนี้จะหาวิธีการบริหารอาคารชุดได้ใหม่โดยเหมาะสม ซึ่งมีผลทำให้การประกาศใช้กฎหมายอาคารชุดต้องล่าช้าไปเป็นเวลาหลายปี

อย่างไรก็ตามกระทรวงมหาดไทย ได้พยายามพิจารณาแก้ไขปัญหาดังกล่าวเรื่อยมา ในที่สุดได้มอบหมายให้การเคหะแห่งชาติเป็นเจ้าของเรื่อง และคณะรัฐมนตรีได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาร่างขึ้นใหม่ จนออกมาเป็นพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 โดยได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 96 ฉบับพิเศษ ตอนที่ 67 เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2522 และมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 28 ตุลาคม 2522 เป็นต้นไป

2.3.2 ประวัติการประกอบธุรกิจอาคารชุดในประเทศไทย

การริเริ่มประกอบธุรกิจในรูปแบบอาคารชุดได้เริ่มต้นตั้งแต่ พ.ศ. 2513 กล่าวคือ มีผู้ลงทุนจัดทำโครงการอาคารชุดขึ้นบริเวณถนนราชดำริ แต่ต้องล้มโครงการไปเนื่องจากผู้สนใจยังไม่มี ความคุ้นเคยกับรูปแบบการอยู่อาศัยชนิดนี้ ประกอบกับมีราคาค่อนข้างสูงอยู่ด้วย

ต่อมาในปี พ.ศ. 2516 กลุ่มบริษัทพัฒนาที่ดินจากประเทศสิงคโปร์และฮ่องกงได้ร่วมทุนกับบริษัทเฟเมอร์เมอติง จำกัด จัดทำอาคารชุดบริเวณถนนสาทรใต้ขึ้น โดยเสนอขายในราคาชุดละประมาณ 500,000.- บาท ในลักษณะเช่าซื้อระยะยาว และมีข้อสัญญาว่าเมื่อกฎหมายอาคารชุดออกมาแล้วก็จะทำการโอนให้ในภายหลัง แต่โครงการนี้เผชิญกับปัญหาวิกฤตการณ์น้ำมัน และภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ จึงต้องหยุดชะงักโครงการไป

จนกระทั่งในปี 2520 ได้เกิดโครงการเกี่ยวกับลักษณะคล้ายคลึงกับอาคารชุดสำเร็จเป็นผลจริงจึง กล่าวคือ บริษัทสตรามิตบอร์ค จำกัด ได้จัดทำโครงการที่อยู่อาศัยแบบอาคารชุดในบริเวณพญา โดยเสนอกกรรมสิทธิ์ในรูปแบบ “บริษัท ร่วมกรรมสิทธิ์ จำกัด” ซึ่งก็คือการจัดตั้งชื่อบริษัทดังกล่าวขึ้น และให้ผู้ซื้อห้องชุด 1 ห้อง ซื้อหุ้นในบริษัท 1 หุ้น³⁸

แต่ในปี พ.ศ. 2519 – 2520 การเคหะแห่งชาติซึ่งเป็นหน่วยงานจัดหาที่อยู่อาศัยให้กับประชาชนผู้มีรายได้น้อยได้มีนโยบายที่จะขยายแฟลตที่สูงหลายชั้น ให้แก่ประชาชนแต่เนื่องจากติดขัดเรื่องกฎหมายกรรมสิทธิ์รองรับ จึงได้มีการผลักดันให้มีการออกกฎหมายอาคารชุด³⁹ นอกจากนี้ภาครัฐบาลโดยสำนักงานอาคารสงเคราะห์และสำนักงานผังเมืองได้เข้าร่วมประชุมทางด้านที่อยู่อาศัย ที่รัฐสภา ประเทศสหรัฐอเมริกา⁴⁰ จึงเกิดแนวความคิดที่จะให้มีระบบอาคารชุดหรือคอนโดมิเนียมในประเทศไทย จึงมีความพยายามผลักดันให้ออกกฎหมายเรื่องอาคารชุด จนเป็นผลให้พระราชบัญญัติอาคารชุดได้ประกาศออกใช้ในปี พ.ศ. 2522

เมื่อมีพระราชบัญญัติอาคารชุดปี พ.ศ. 2522 แล้ว ผู้เป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุดก็สามารถมีกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดใน 2 ลักษณะคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล และกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินกลาง การให้กรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าว เป็นการตอบสนองความต้องการของผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอาคารชุด อันได้แก่ การเคหะแห่งชาติ สำนักงานอาคารสงเคราะห์และผู้ประกอบธุรกิจภาคเอกชนเพราะหลักกรรมสิทธิ์ดังกล่าว จะทำให้ประชาชนสามารถเป็นเจ้าของ มีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดแต่ละห้องในอาคารหลังหนึ่งๆ ได้ การเป็นเจ้าของทำให้มีความเอาใจใส่

³⁸ วิภรณ์ รักษ์ปวงชน ก (2531, กันยายน). “ปัญหากฎหมายอาคารชุด : กรรมสิทธิ์ช่องว่างในอากาศ?” *บทบัญญัติ*, 44. หน้า 52.

³⁹ บริสุทธิ์ กาสินพิลา. เล่มเดิม. หน้า 176 – 177.

⁴⁰ ไสภณ ชัยสุวรรณ. (2524). *คำอธิบายกฎหมายอาคารชุด*. หน้า 1.

ทะนุถนอม ดูแล และรักษาทรัพย์สินได้ดีกว่า การครอบครองในลักษณะอื่น เช่นการเช่า ไม่ว่าจะ เป็นแฟลตของทางราชการ หรือการเช่าอพาร์ทเมนต์ของเอกชน ผู้อยู่อาศัยมักไม่เอาใจใส่ดูแลรักษา เป็นต้น และยังสามารถจะใช้ประโยชน์จากการมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดได้เต็มที่ เช่น สามารถนำไป เป็นหลักประกันต่อสถาบันการเงินอาทิ จำนอง เป็นต้น

อย่างไรก็ตามเนื่องจากโดยสภาพที่กฎหมาย เรื่องอาคารชุดของไทย นับว่าเป็นกฎหมาย ซึ่งประกาศใช้ไม่นาน การปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายก็ดี การบังคับใช้กฎหมายก็ดี ยังมีความ บกพร่องอยู่ อันเนื่องมาจากกฎหมายอาคารชุดของไทยฉบับนี้ได้เน้นเฉพาะแต่หลักการวางระบบ ห้องชุดเพื่อให้ผู้ที่อาศัยในอาคารเดียวกัน สามารถถือกรรมสิทธิ์ในอาคารส่วนที่เป็นของคนแยกจาก กันเป็นสัดส่วน และสามารถจัดระบบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาอาคารร่วมกัน ได้ ซึ่งเป็นเพียงหลัก พื้นฐาน ในการอยู่อาศัยร่วมกันในอาคารชุด แต่มิได้เน้นหนักถึงวัตถุประสงค์ที่แท้จริง หรือหัวใจ ของการก่อตั้งระบบการอยู่อาศัยในอาคารชุดมีความผาสุกร่วมกันในการอยู่อาศัยร่วมกัน และมี สภาพความเป็นอยู่ที่ดี ซึ่งผลเหล่านี้กระทบกระเทือน ต่อการอยู่อาศัยของผู้เป็นเจ้าของร่วม ใน อาคารชุด

2.3.3 ความหมายของอาคารชุด

คำว่า “อาคารชุด” ตามพจนานุกรม Black’s Law Dictionary หมายถึง ระบบกรรมสิทธิ์ ที่แยกกรรมสิทธิ์ในส่วนบุคคลออกจากกรรมสิทธิ์ในส่วนอาคารทั้งหลัง (System of Separate Ownership of Individuals Units in Multiple-unit Building) แต่ในขณะที่เดียวกันเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ ร่วมกันในส่วนกลาง⁴¹

ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติ อาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้ให้นิยามความหมายของ “อาคารชุด” ไว้ในมาตรา 4 ว่า “อาคาร ชุด” หมายความว่า “อาคารที่บุคคลสามารถแยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วนๆ โดยแต่ละส่วน ประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนบุคคล และกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์ส่วนกลาง”

อาคารชุด มิได้หมายถึงรูปแบบของอาคารที่แบ่งห้องออกเป็นส่วนๆ แต่แท้จริงแล้ว อาคารชุดเป็นเรื่องกรรมสิทธิ์ในอาคาร สามารถถือกรรมสิทธิ์แยกจากกันเป็นสัดส่วนในทรัพย์ส่วน บุคคลและในขณะที่เดียวกันก็ถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในทรัพย์ส่วนรวม

ตามกฎหมาย The Uniform of Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกา รูปแบบ ของอาคารชุดมิได้กำหนดว่า ให้หมายถึงอาคารในแนวสูง และมีห้องอยู่ซ้อนๆ กันเสมอไป รูปแบบ

⁴¹ วิกรณ์ รัชย์ปวงชน ข (2532, ธันวาคม). “คอนโดมิเนียม : ข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงควรรู้.”

อาคารชุดอาจจะเป็นอาคารในแนวราบ ซึ่งมีห้องเรียงอยู่ติดกันก็ได้ การจะเป็นอาคารชุดได้ จะต้องมีการจัดระบบกรรมสิทธิ์ในรูปแบบของอาคารชุด กล่าวคือมีการถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล และถือกรรมสิทธิ์ร่วมกันในทรัพย์สินส่วนรวม เช่น อาคารเป็นอาคารในแนวราบ เป็นห้องเรียงติดกัน ซึ่งสามารถแยกออกเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลได้ และมีทรัพย์สินส่วนกลางใช้ร่วมกัน เช่น สระว่ายน้ำ เฉลียงหน้าบ้าน เป็นต้น

นอกจากนี้ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลและกรรมสิทธิ์รวมในทรัพย์สินส่วนกลาง ดังกล่าวจะต้องอยู่ควบกันเสมอ จะแยกถือกรรมสิทธิ์ออกจากกันไม่ได้⁴² ฉะนั้นจะเป็นการทำลายหลักกรรมสิทธิ์อาคารชุดเลยทีเดียว เหตุที่จะต้องมีการถือระบบกรรมสิทธิ์ในลักษณะดังกล่าวควบกัน เนื่องจากระบบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดได้ถูกสร้างมา เพื่อตอบสนองให้บุคคลจำนวนมากๆ สามารถแยกความเป็นเจ้าของในอาคารหลังหนึ่งได้ ในขณะที่เดียวกันก็ให้มีการร่วมกันใช้สาธารณูปโภคต่างๆ ร่วมกันในอาคาร โดยให้ถือกรรมสิทธิ์ในลักษณะกรรมสิทธิ์ร่วมกัน นอกจากนี้ก็ระบบการบริหารทรัพย์สินส่วนกลางในอาคารชุดร่วมกัน ด้วยเหตุที่ระบบกรรมสิทธิ์ลักษณะนี้ตอบสนองความมุ่งหมายดังกล่าวข้างต้น การแยกกรรมสิทธิ์ออกจากกันจึงทำไม่ได้ ในกฎหมาย The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกาก็ได้สะท้อนความหมายของระบบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดในลักษณะเดียวกันเช่นนี้กล่าวคือ เมื่อมีการเลิกอาคารชุดแล้ว จะมีผลให้มีการเลิกระบบทรัพย์สินส่วนบุคคล และทรัพย์สินส่วนกลาง⁴³

ด้วยเหตุดังกล่าว ความหมายของ “อาคารชุด” จึงหมายถึง การจัดระบบกรรมสิทธิ์ที่ให้ผู้ถือกรรมสิทธิ์แต่ละคนถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลที่แยกออกจากกัน ในส่วนของอาคารทั้งหลังและในขณะเดียวกันผู้ถือกรรมสิทธิ์ทุกคนก็มีกรรมสิทธิ์ร่วมกันในทรัพย์สินส่วนกลาง

อนึ่ง จากการพิจารณาว่าอาคารใดเป็น อาคารชุด “สามารถพิจารณาได้จากระบบกรรมสิทธิ์ดังกล่าวข้างต้น ในปัจจุบันก็ปรากฏว่ามีอาคารในแนวราบ อาทิ บ้านชั้นเดียวเป็นหลังๆ หรือบ้านแฝดที่อยู่ติดกัน ได้ขอจดทะเบียนเป็นอาคารชุดและแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มีผู้กล่าวกันว่า การกระทำเช่นนี้เป็นการหลีกเลี่ยงพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน ซึ่งมีข้อกำหนดต่างๆ ให้ต้องปฏิบัติตามโดยเล็งมาขอจดทะเบียนอาคารชุดแทน ในประเด็นนี้จึงเป็นประเด็นที่สมควรจะต้องปรับปรุงกฎหมายอาคารชุดให้มีมาตรฐานสูงขึ้น เพื่อมิให้มีบุคคลหลีกเลี่ยงมาใช้กฎหมายอาคารชุดแทน โดยกำหนดให้มีการจัดระบบพื้นฐานที่สำคัญไว้ใน

⁴² พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 16 บัญญัติ “ทรัพย์สินส่วนกลางที่เป็นอสังหาริมทรัพย์จะถูกฟ้องให้แบ่งแยกบังคับจำหน่าย หรือบังคับให้ขายทอดตลาด แยกจากทรัพย์สินส่วนบุคคลมิได้.”

⁴³ The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980. มาตรา 2 – 118.

กฎหมายอาคารชุด เช่น ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบระบายน้ำ ระบบบริการสาธารณะที่จำเป็น อาทิ ระบบไฟฟ้า น้ำประปา โทรศัพท์ และระบบป้องกันอัคคีภัย เป็นต้น

2.3.4 ความหมายของเจ้าของร่วมอาคารชุด

ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้ให้คำนิยามความหมายของเจ้าของร่วมไว้ในมาตรา 4 ว่า “เจ้าของร่วม” หมายความว่า “เจ้าของห้องชุดในอาคารชุดแต่ละห้องชุด” ซึ่งการที่มีบทบัญญัติมาตรานี้ก็เพื่อกำหนดความหมายให้เป็นที่เข้าใจว่า มาตราใดกล่าวถึงคำว่า “เจ้าของร่วม” ก็ให้พึงเข้าใจว่าหมายถึงเจ้าของห้องชุดแต่ละห้องชุดนั่นเอง และด้วยเหตุที่พระราชบัญญัติอาคารชุดได้แบ่งระบบกรรมสิทธิ์เป็นกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลและกรรมสิทธิ์ร่วม จึงเรียก ผู้เป็นเจ้าของห้องชุดในอาคารชุดว่า “เจ้าของร่วม” ซึ่งเป็นถ้อยคำที่สอดคล้องกับคำว่า “กรรมสิทธิ์ร่วม” นั้นเอง อนึ่งในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยมีคำว่า “กรรมสิทธิ์ร่วม” ซึ่งหมายถึง การเป็นเจ้าของรวมกัน แต่ในพระราชบัญญัติอาคารชุดใช้ถ้อยคำซึ่งแตกต่างกันออกไปโดยใช้คำว่า “กรรมสิทธิ์ร่วม” ทั้งนี้เพื่อชี้ให้เห็นว่า เป็นระบบกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายอาคารชุดแตกต่างไปจากระบบกรรมสิทธิ์ร่วม ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้ ผู้เป็นเจ้าของห้องชุดในอาคารชุดจึงถูกเรียกว่า “เจ้าของร่วม” ไปในทำนองเดียวกันนั่นเอง

เจ้าของร่วมในห้องชุดจะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลอันได้แก่ ห้องชุดของตนแยกต่างหากออกจากกันเป็นเอกเทศ ซึ่งถือเป็นการกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลและมีกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินส่วนกลางด้วย ด้วยเหตุดังกล่าวจึงจำเป็นต้องเข้าใจความหมายของทรัพย์สินส่วนบุคคลว่าคืออะไร และทรัพย์สินส่วนกลางว่าคืออะไร อนึ่ง กรรมสิทธิ์ร่วมของเจ้าของร่วมจะมีอัตราส่วนเท่าใดนั้น พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 กำหนดให้เป็นไปตามอัตราส่วนระหว่างราคาของห้องชุดแต่ละห้องชุดกับราคาของห้องชุดทั้งหมด ในขณะที่ขอดทะเบียนอาคารชุด (พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 14)

ตาม The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกามาตรา 1-103 (26) ได้ให้คำนิยามความหมายของ “เจ้าของร่วม” (Unit Owner) ไว้ซึ่งมีข้อน่าสังเกตและน่าสนใจดังนี้

“เจ้าของร่วม” หมายถึง “ผู้ขอดทะเบียนจัดตั้งตราสาร” (declarant) หรือบุคคลใดก็ตาม ซึ่งเป็นเจ้าของห้องชุด หรือเป็นผู้เช่าห้องชุดในอาคารชุดประเภท “อาคารชุดเช่า” (Leasehold Condominium) ซึ่งการเช่าห้องชุดดังกล่าวเป็นการเช่าที่มีอยู่จนถึงวันหมดอายุ หรือวันบอกเลิกของอาคารชุดประเภทอาคารชุดเช่า ซึ่งจะเป็นผลให้ผู้เช่าต้องออกจากห้องชุดของอาคารชุดเช่า แต่

ไม่รวมถึงบุคคลที่มีผลประโยชน์เกี่ยวข้องกับห้องชุด เพียงฐานะที่ได้ห้องชุดไว้เพื่อเป็นประกันสำหรับสัญญา หรือข้อผูกพันเพียงอย่างเดียวเท่านั้น⁴⁴

ตาม The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกา สามารถแบ่งเจ้าของร่วมได้เป็น 3 ประเภท คือ

1) ผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสาร

สาเหตุที่ The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกา กำหนดให้ผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารเป็น “เจ้าของร่วม” ด้วย ก็เนื่องจากผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารก็คือกลุ่มบุคคลหรือบุคคลที่ดำเนินการจัดตั้งอาคารชุดและเสนอขายห้องชุดซึ่งไม่เคยเสนอขายมาก่อนเป็นผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสาร เมื่อมีสภาพเป็น “เจ้าของร่วม” แล้ว ก็จะมีผลทำให้ต้องเป็นสมาชิกแห่งสมาคมเจ้าของห้องชุด (The Unit Owner’s Association) และเมื่อมีสมาคมเจ้าของห้องชุดแล้วสมาคมเจ้าของห้องชุดก็จะทำหน้าที่ดูแลแทนเจ้าของร่วมทั้งหมด หรือดูแลผู้ซื้อนั่นเอง เช่น การจ่ายชำระค่าบำรุงรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง เป็นต้น ด้วยเหตุดังกล่าวหากไม่มีบทนิยามกำหนดให้ผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารเป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุดแล้วก็จะทำให้เขาเหล่านั้นพ้นจากข้อผูกพันต่างๆ ในฐานะที่เป็นเจ้าของร่วมไปด้วย

ในส่วนที่เป็น Commissioner’s Comment หรือบทคำอธิบายของ The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ได้กล่าวไว้ว่า บทนิยามแห่ง The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ได้ทำให้ปรากฏชัดเจนว่า ผู้จดทะเบียนจัดตั้งอาคารชุดมีฐานะเป็นเจ้าของร่วมด้วย ดังนั้นบุคคลนั้นจะต้องผูกพันต่อข้อกำหนดต่างๆแห่งกฎหมายในเรื่องเจ้าของร่วม ซึ่งรวมถึงข้อผูกพันในการจ่ายค่าบำรุงรักษาทรัพย์สินส่วนกลางในส่วนที่ตนเป็นเจ้าของห้องชุด ซึ่งบทนิยามนี้ได้กำหนดไว้เพื่อความคลุมเครือแห่งกฎหมายในจุดที่บุคคลนั้นมีหลายฐานะ กล่าวคือ กรณีของบุคคลที่เป็นทั้งผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารและมีฐานะเป็นเจ้าของอาคารชุดด้วย ย่อมจะตกเป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุด

2) ผู้เป็นเจ้าของห้องชุด

ผู้เป็นเจ้าของห้องชุดย่อมจะเป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุด ซึ่งในกรณีนี้เป็นหลักโดยพื้นฐานของอาคารชุด

3) ผู้เช่าห้องชุดในอาคารชุดประเภทอาคารชุดเช่า (Leasehold Condominium) หมายถึงอาคารชุดซึ่งทั้งหมดหรือบางส่วนของอสังหาริมทรัพย์แห่งอาคารติดต่อกับการเช่าซึ่งการเช่านั้นจะมีการหมดอายุการเช่า เมื่อมีการบอกเลิกการเช่าซึ่งจะเป็นผลให้สภาพอาคารชุดจบสิ้นหรือขนาดแห่งอาคารชุดถูกตัดทอนลง เมื่อสภาพอาคารชุดมีลักษณะดังกล่าวผู้จะมาอยู่ในห้องชุดก็ไม่สามารถ

⁴⁴ วิกรณ์ รัชย์ปวงชน ก เล่มเดิม. หน้า 54-55.

จะเป็นเจ้าของห้องชุดโดยการถือกรรมสิทธิ์ได้ แต่จะเป็นผู้เช่า (หรือเป็นผู้เช่าช่วง) ห้องชุด และ The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกาได้ยอมให้อาคารซึ่งมีลักษณะเช่นนี้เป็นอาคารชุดได้ เพราะมีประชากรเข้ามาอยู่ในสภาพเดียวกัน มีลักษณะไม่ต่างจากอาคารชุดแบบปกติ เพียงแต่มีความผูกพันต่างกันในเรื่องการเป็นผู้เช่า เพราะไม่สามารถเป็นเจ้าของได้เนื่องจากสภาพอาคารเกิดขึ้นจากการเช่าที่ดิน ด้วยเหตุนี้ ในบทนิยามจึงต้องนิยามความหมายของ “เจ้าของร่วม” รวมถึงผู้เช่าในอาคารชุดประเภทอาคารเช่าด้วย

“เจ้าของร่วม” ตาม The Uniform Condominium Act ค.ศ. 1980 ของสหรัฐอเมริกา มีข้อนำสังเกตว่า บทนิยามของกฎหมายดังกล่าวได้ขจัดความคลุมเครือในเรื่องการตีความ คือให้ผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารเป็นเจ้าของร่วมด้วย เพราะในสภาพตามความเป็นจริง ผู้จดทะเบียนจัดตั้งตราสารเหล่านั้นเป็นเจ้าของห้องชุดอยู่แล้ว และเขาเหล่านั้นจะต้องผูกพันต่างๆ ในฐานะเจ้าของร่วมด้วย ในแง่นี้แม้ว่า พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 จะไม่ระบุชัดแจ้งแต่ก็มีผลเช่นเดียวกัน คือ “เจ้าของห้องชุดในอาคารชุดแต่ละอาคารชุด” ก็คือ เจ้าของร่วม ดังนั้น ผู้จดทะเบียนอาคารชุดหากมีฐานะเป็นเจ้าของห้องชุดก็จะมีภาระหน้าที่เช่นเดียวกับเจ้าของร่วมอื่นๆ

ข้อสังเกตที่น่าสนใจ คือ บทนิยามที่ระบุให้ผู้เช่าห้องชุดในอาคารชุด ประเภทอาคารชุดเช่าเป็นเจ้าของร่วมด้วย ในจุดนี้แสดงให้เห็นความละเอียดในการบัญญัติกฎหมาย กล่าวคืออาคารซึ่งมีสภาพผูกพันกับการเช่าที่ดิน และมีผู้อยู่อาศัยในอาคารเป็นจำนวนมากก็สามารถอยู่ใต้บทบัญญัติกฎหมายในเรื่องอาคารชุดได้เช่นกัน และผู้เช่าในอาคารดังกล่าวก็ย่อมมีสภาพไม่ต่างกับเจ้าของร่วมเช่นเดียวกัน⁴⁵

2.3.5 แนวความคิดในการคุ้มครองเจ้าของร่วมในอาคารชุด

การอยู่อาศัยร่วมกันในอาคารใหญ่จะต้องมีหลักการหรือกฎเกณฑ์ที่ตั้งขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารนั้น หลักการที่คุ้มครองผู้อยู่อาศัยในอาคารชุดหรือเจ้าของร่วมในอาคารชุดอาจกล่าวได้ดังต่อไปนี้

2.3.5.1 หลักเรื่องกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด

อาคารชุดมีลักษณะพิเศษคือ ผู้เป็นเจ้าของห้องชุดจะมีกรรมสิทธิ์เป็นเจ้าของทรัพย์สินส่วนบุคคลและ ขณะเดียวกันก็เป็นเจ้าของร่วมกับบุคคลอื่นในทรัพย์สินกลางด้วย ซึ่งมีลักษณะพิเศษแตกต่างจากการเป็นเจ้าของทรัพย์สินอื่น ทั่วไปคือ การเป็นเจ้าของร่วมกันในทรัพย์สิน

⁴⁵ ธนพล อินทนนท์. (2534). เจ้าของร่วมอาคารชุด. หน้า 14-15.

ส่วนหนึ่ง แต่แยกจากกันในทรัพย์อีกส่วนหนึ่ง เป็นเรื่องที่น่าออกเหนือขอบเขตกฎหมายเรื่องกรรมสิทธิ์ร่วม⁴⁶

1) ทรัพย์ส่วนบุคคล

เจ้าของห้องชุดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนบุคคลทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า

“ทรัพย์ส่วนบุคคล” หมายความว่า ห้องชุดและหมายความรวมถึงสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่จัดไว้เป็นของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย

ดังนั้น ทรัพย์ส่วนบุคคลจึงแยกออกได้เป็น 2 ส่วน คือ

(1) ห้องชุด⁴⁷

(2) สิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่จัดไว้เป็นของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย “สิ่งปลูกสร้าง” หรือ “ที่ดิน” ที่จัดไว้ให้เป็นของห้องชุดแต่ละรายซึ่งมิใช่เป็นส่วนหนึ่งของอาคารชุดก็นับรวมเข้าเป็นทรัพย์ส่วนบุคคลด้วย เช่น ที่จอดรถซึ่งจัดไว้ให้เจ้าของห้องชุดแต่ละราย

เจ้าของอาคารชุด จะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนบุคคลตามที่กล่าวข้างต้น ซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่นี้ ก็คือ กรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั่นเอง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นมาตรฐานขั้นต้น ในการคุ้มครองเจ้าของร่วมในห้องชุด อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่อาคารชุดเป็นสถานที่ซึ่งมีบุคคลจำนวนมากอาศัยหรือทำการอยู่ร่วมกันในอาคารเดียวกัน สิทธิในการใช้สอยทรัพย์ส่วนบุคคลของแต่ละราย จึงจำเป็นต้องมีข้อจำกัดอยู่ในบางประการอยู่ด้วย

อนึ่ง สำหรับการลงคะแนนเสียงในที่ประชุมเจ้าของร่วมในอาคารชุด ในกรณีที่ห้องชุดเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมแห่งเจ้าของร่วมหลายคน เจ้าของร่วมกลุ่มดังกล่าวจะมีสิทธิลงคะแนนเสียงได้เพียงหนึ่งคะแนนเสียง ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 45⁴⁸ ซึ่งในกรณีนี้เจ้าของร่วมในห้องชุดห้องเดียวกันนั้นจะต้องแต่งตั้งบุคคลใดบุคคลหนึ่งร่วมประชุม และออกคะแนนเสียงในที่

⁴⁶ พิเศษ เสตเสถียร. (2526, กุมภาพันธ์). “ระบบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด.” วารสารกฎหมาย, 7. หน้า 44.

⁴⁷ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติว่า “ห้องชุด หมายความว่า ส่วนของอาคารชุดที่แยกการถือกรรมสิทธิ์ออกได้เป็นส่วนเฉพาะของแต่ละบุคคล.”

⁴⁸ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 45 บัญญัติว่า “ในการลงคะแนนเสียงให้เจ้าของร่วมแต่ละราย มีคะแนนเสียงเท่ากับอัตราส่วนที่ดินมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลาง...”

ประชุมหรือเจ้าของร่วมเหล่านั้นจะเข้าประชุมทั้งหมดแล้วตกลงอาศัยเสียงข้างมากของเจ้าของร่วมทั้งหมดแห่งห้องชุดนั้น

2) ททรัพย์ส่วนกลาง⁴⁹

เจ้าของห้องชุดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนบุคคลที่เป็นของตน และมีกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์ส่วนกลาง ซึ่งพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 15⁵⁰ ได้กำหนดทรัพย์สินที่ถือว่าเป็นทรัพย์ส่วนกลาง

ด้วยหลักเกณฑ์ “กรรมสิทธิ์ร่วม” ดังกล่าว จึงทำให้เกิดระบบการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมกันในทรัพย์ส่วนกลางของอาคารชุด และตามที่ได้กล่าวมาแต่ต้นแล้วว่า กรรมสิทธิ์ร่วมดังกล่าวนี้ มีความแตกต่างจากกรรมสิทธิ์ร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กล่าวคือ “กรรมสิทธิ์ร่วม” นั้น เป็นระบบกรรมสิทธิ์อีกชนิดหนึ่งที่ใช้ในอาคารชุด แต่ “กรรมสิทธิ์ร่วม” นั้น เป็นเรื่องการเป็นเจ้าของร่วมกันในทรัพย์สินทั่วไป

⁴⁹ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 4 บัญญัติ “ทรัพย์ส่วนกลาง หมายความว่า ส่วนของอาคารชุดที่มีใช้ห้องชุด ที่ดินที่ตั้งอาคารชุดและที่ดินหรือทรัพย์สินอื่นที่มีไว้เพื่อใช้ หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกันสำหรับเจ้าของร่วม.”

⁵⁰ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 15 บัญญัติ “ทรัพย์สินต่อไปนี้เป็นทรัพย์ส่วนกลาง

- (1) ที่ดินที่ตั้งอาคารชุด
- (2) ที่ดินที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกัน
- (3) โครงสร้าง และสิ่งก่อสร้างเพื่อความมั่นคงและเพื่อการป้องกันความเสียหายต่อตัวอาคารชุด
- (4) อาคารหรือส่วนของอาคารและเครื่องอุปกรณ์ที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกัน
- (5) เครื่องมือและเครื่องใช้ที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกัน
- (6) สถานที่ที่มีไว้เพื่อบริการส่วนรวมแก่อาคารชุด
- (7) ทรัพย์สินอื่นที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกัน
- (8) สำนักงานของนิติบุคคลอาคารชุด
- (9) อสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อหรือได้มาตามมาตรา 48 (1)
- (10) สิ่งก่อสร้างหรือระบบที่สร้างขึ้นเพื่อรักษาความปลอดภัยหรือสภาพแวดล้อมภายในอาคารชุด เช่น ระบบป้องกันอัคคีภัย การจัดแสงสว่าง การระบายอากาศ การปรับอากาศ การระบายน้ำ การบำบัดน้ำเสีย หรือการกำจัดขยะมูลฝอยและสิ่งปฏิกูล
- (11) ทรัพย์สินที่ใช้เงินตามมาตรา 18 ในการดูแลรักษา.”

สำหรับอัตราส่วนในการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินส่วนกลาง จะมีอัตราส่วนเป็นเท่าใด หรือจะมีผลกระทบต่อการจัดการบริหารทรัพย์สินส่วนกลางอย่างไรนั้น มีผลต่อการออกค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา ตลอดจนกรณีอื่นๆด้วย ตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 14 บัญญัติถึงเรื่องอัตราส่วนการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินส่วนกลางว่า กรรมสิทธิ์ส่วนที่เป็นเจ้าของร่วมในทรัพย์สินส่วนกลาง ให้เป็นไปตามอัตราส่วนระหว่างราคาของห้องชุดแต่ละห้องชุด กับราคารวมของห้องชุดทั้งหมด ในขณะที่ขอดจดทะเบียนอาคารชุดตามมาตรา 6

ดังนั้นจะเห็นการจะขอดทะเบียนอาคารชุดนั้น เจ้าของโครงการอาคารชุด มีบทบาทสำคัญในการกำหนดราคาในห้องชุด ซึ่งราคาที่ขอดทะเบียนนี้จะมีผลคิดตามมาถึงเจ้าของห้องชุดในการเข้าอยู่อาศัย เพราะการออกเสียงในการจัดการบริหารทรัพย์สินส่วนกลาง ก็จะเป็นไปตามอัตราส่วนราคาห้องชุดซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้วราคาห้องชุดที่มีลักษณะเหมือนกัน แต่อาจมีราคาสูงหรือต่ำ แตกต่างกันได้ เช่น ห้องชุดในชั้นระดับสูงอาจจะมีราคาสูงกว่าห้องชุดในชั้นระดับต่ำ หรือในทำนองเดียวกัน ในบางโครงการห้องชุดที่อยู่ในระดับชั้นระดับต่ำ อาจจะมีราคาสูงกว่าห้องชุดในระดับสูง หรือห้องชุดที่อยู่ในมุมอับ แดดไม่ส่อง อาจจะมีราคาถูกกว่า หรือห้องชุดที่อยู่ใกล้ลิฟท์ซึ่งจะได้ยินเสียงรบกวนจากลิฟท์ อาจมีราคาถูกกว่า เหล่านี้เป็นสภาพความเป็นจริงที่ทำให้ผู้เป็นเจ้าของห้องชุดในลักษณะเดียวกัน หรือคล้ายคลึงกันอาจมีสิทธิออกเสียงในการบริหารหรือจัดการทรัพย์สินส่วนกลางแตกต่างกันได้ หรือในบางโครงการเจ้าของโครงการผู้ยื่นขอดทะเบียน อาจกำหนดราคาห้องชุดในการจดทะเบียนอย่างไม่เป็นธรรมก็ได้ เช่น กำหนดให้ห้องชุดที่ผู้เป็นเจ้าของโครงการเองหรือบุคคลในกลุ่มของตนเข้าอยู่อาศัยเองเป็นเจ้าของห้องชุดในราคาต่ำซึ่งจะทำให้บุคคลเหล่านั้นรับภาระในการบำรุงค่าใช้จ่ายในทรัพย์สินส่วนกลางน้อยลงตามไปด้วย ทั้งนี้ย่อมแล้วแต่ความปรารถนาหรือการวางแผนในอนาคตต่อทรัพย์สินส่วนกลางของผู้เป็นเจ้าของโครงการอาคารชุดผู้ขอดทะเบียนนั้น

ในการจัดการทรัพย์สินส่วนกลางนั้น ได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของนิติบุคคลอาคารชุด ซึ่งนิติบุคคลอาคารชุดอาจใช้สิทธิเจ้าของร่วมครบไปถึงทรัพย์สินส่วนกลางทั้งหมด ในการต่อสู้บุคคลภายนอก หรือเรียกร้องเอาทรัพย์สินคืนเพื่อประโยชน์ของเจ้าของร่วมทั้งหมดได้ ตามมาตรา 39 ในการใช้ทรัพย์สินส่วนกลางของเจ้าของอาคารชุด ได้กำหนดว่า ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติอาคารชุดและข้อบังคับ กรณีตามพระราชบัญญัติอาคารชุด เช่น การก่อสร้างต่อเติมทรัพย์สินส่วนกลาง โดยเจ้าของร่วมคนใดคนหนึ่งเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายแต่ละกรณีจะต้องได้รับคะแนนเสียงเห็นชอบจากเจ้าของร่วมเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงของเจ้าของร่วมทั้งหมด หรือการจำหน่ายทรัพย์สินส่วนกลางที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ จะต้องได้รับคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสามในสี่ของจำนวนคะแนนเสียงของเจ้าของร่วมทั้งหมด

ในการลงคะแนนเสียง พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 45 บัญญัติว่า “เจ้าของร่วมแต่ละราย มีคะแนนเสียงเท่ากับอัตราส่วนที่ดินมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนกลาง ถ้าเจ้าของร่วมคนเดียวมีคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนคะแนนเสียงทั้งหมดกฎหมายให้ลดจำนวนคะแนนเสียงของผู้ผู้นั้นลงมาเหลือเท่ากับจำนวนคะแนนเสียงของเจ้าของร่วมคนอื่นๆ ร่วมกัน”

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้มองเห็นว่า ในการอยู่อาศัยร่วมกันในอาคารชุดนั้น แม้ว่าจะไม่มีบุคคลใดเป็นเจ้าของห้องชุดจำนวนมาก โดยมีอัตราราคาเกินกว่ากึ่งหนึ่งของห้องชุดทั้งหมด บุคคลนั้นก็จะถูกลดคะแนนเสียงลงมาเหลือเท่ากับคะแนนเสียงของเจ้าของร่วมคนอื่นๆ ร่วมกัน ซึ่งสะท้อนให้เห็นว่าพระราชบัญญัติอาคารชุด ได้สร้างหลักเกณฑ์นี้ขึ้นเพื่อคุ้มครองการอยู่อาศัยของคนส่วนใหญ่ไว้ อย่างไรก็ตามอัตราส่วนที่เปลี่ยนแปลงไปตามกฎหมายนี้ มีผลเฉพาะเวลาที่ออกเสียงลงคะแนนเท่านั้น ในการออกค่าใช้จ่ายในการซ่อมแซมส่วนที่เสียหาย ก็ยังคงเป็นไปตามอัตราส่วนที่เจ้าของร่วมแต่ละคนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนกลาง⁵¹

ในกรณีมีการเลิกอาคารชุด เมื่อได้มีการชำระบัญชีเสร็จแล้ว ถ้ามีทรัพย์สินเหลือเท่าใด จะต้องแบ่งให้แก่เจ้าของร่วมตามอัตราส่วนที่เจ้าของร่วมแต่ละคนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนกลาง

ที่กล่าวมาข้างต้นจะพบว่า กฎหมายในเรื่องอาคารชุดได้กำหนดหลักเรื่องทรัพย์ส่วนบุคคลและทรัพย์ส่วนกลาง เพื่อแยกระบบกรรมสิทธิ์ออกจากทรัพย์สินส่วนตัวเป็นของเจ้าของห้องชุด และทรัพย์สินใดเป็นทรัพย์สินร่วมกันของเจ้าของห้องชุดในอาคารนั้น นอกจากนี้ระบบเรื่องทรัพย์ส่วนกลางที่ว่า แต่ละบุคคลมีสิทธิในความเป็นเจ้าของในอาคารเป็นกรรมสิทธิ์จำนวนเท่าใด จะส่งผลต่อสิทธิในที่ประชุมเจ้าของห้องชุด ซึ่งจะมีผลต่อการจัดการบริหารทรัพย์สินที่เป็นทรัพย์ส่วนกลาง และการออกค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาทรัพย์ส่วนกลางด้วย และมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะกำหนดให้แน่ชัดว่า ทรัพย์สินใดเป็นส่วนหนึ่งของห้องชุด ประโยชน์ที่จะเห็นได้ชัดก็คือ ภาระในค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาว่าจะตกเป็นของผู้ใด ซึ่งบางครั้งนิติบุคคลอาคารชุดจะเป็นผู้เรียกให้เจ้าของห้องชุดเรียกร้องเอาถือนิติบุคคลอาคารชุด นอกจากนี้ยังคลุมถึงเรื่องค่าใช้จ่ายในการเอาประกันภัยด้วย

⁵¹ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 50 วรรค 3 บัญญัติว่า “ค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างหรือซ่อมแซมอาคารที่เสียหายสำหรับที่เป็นทรัพย์ส่วนกลาง ให้เจ้าของร่วมทุกคนในอาคารชุดเฉลี่ยออกตามอัตราส่วนที่เจ้าของร่วมแต่ละคนมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนกลาง.”

2.3.5.2 หลักเรื่องการคุ้มครองสิทธิ โดยวิธีการจัดการบริหารอาคารชุด

กฎหมายอาคารชุดได้จัดระบบกรรมสิทธิ์ โดยแยกกรรมสิทธิ์ส่วนบุคคลออกจากกรรมสิทธิ์ร่วม ซึ่งเป็นหลักพื้นฐานแห่งสิทธิของเจ้าของร่วมในอาคารชุดดังกล่าว หลักการดังกล่าวเป็นเพียงพื้นฐานข้างต้นในเรื่องการแบ่งแยกสิทธิ แต่หลักหรือหัวใจในการอยู่อาศัยร่วมกันในอาคารชุดก็คือ จะต้องมีการกำหนดแบบแผนหรือระเบียบในการอยู่อาศัยร่วมกัน

วิธีการจัดระเบียบหรือแบบแผนในการบริหารอาคารชุดก็ใช้หลักสิทธิออกเสียง กล่าวคือ เจ้าของร่วมในอาคารชุด จะต้องมิสิทธิออกเสียงในการจัดการอาคารชุด และการครอบงำการบริหารอาคารชุด หลักเรื่องสิทธิออกเสียงนี้อาจเรียกได้ว่าเป็นหลักประชาธิปไตย

เมื่อมีสิทธิออกเสียงเป็นพื้นฐานและการใช้สิทธิพื้นฐานก็กระทำผ่านองค์กรบริหารอาคารชุด และการใช้สิทธิออกเสียงในการควบคุมบริหารงานนี้จะต้องอยู่ภายใต้กรอบบังคับหรือกติกาเบื้องต้น คือ

1) ตราสารจัดตั้ง

ตราสารจัดตั้ง (Declaration) เป็นเอกสารที่ผู้ก่อตั้งอาคารชุดจะต้องจัดทำเพื่อแสดงรายละเอียดต่างๆ อันเกี่ยวกับอาคารชุดนั้น พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 มาตรา 6 ได้กำหนดให้จัดทำรายละเอียด ซึ่งผู้ก่อตั้งจะต้องแสดงรายละเอียดยื่นคำขอจดทะเบียน ซึ่งได้แก่

- (1) โฉนดที่ดิน
- (2) แผนผังอาคารชุด
- (3) อัตราส่วนที่เจ้าของอาคารชุดแต่ละห้องชุดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลาง
- (4) รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนบุคคลและทรัพย์สินส่วนกลาง
- (5) คำรับรองของผู้ยื่นคำขอว่า อาคารที่จะขอจดทะเบียนอาคารชุดนั้นไม่ติดการจำนอง เว้นแต่การจำนองอาคารร่วมกับที่ดิน
- (6) หลักฐานอื่นตามกฎหมาย

ตราสารจัดตั้ง (Declaration) หรือคำขอจดทะเบียนดังกล่าวข้างต้นเป็นพื้นฐานในเรื่องทรัพย์สินส่วนบุคคลและทรัพย์สินส่วนกลางว่าเป็นอย่างไร และสิทธิเบื้องต้นต่างๆ เหล่านี้ นับว่าเป็นกรอบหรือกติกาในการเข้ามาอยู่อาศัยในอาคารชุด ซึ่งผู้ซื้อจะต้องพิจารณาไตร่ตรองก่อนซื้อห้องชุด

2) ข้อบังคับ

เมื่อก่อตั้งกรรมสิทธิ์อาคารชุดขึ้นแล้ว กฎหมายอาคารชุดกำหนดให้ต้องมีการจัดทำข้อบังคับของอาคารชุดนั้น เพื่อเป็นหลักประกันในการอยู่ร่วมกันของเจ้าของห้องชุด ทั้งนี้

เพราะการเข้าอยู่ร่วมกันในอาคารชุดนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์เพื่อความเรียบร้อยและเป็นปกติสุขในการอยู่ร่วมกัน อีกทั้งอาคารชุดแต่ละแห่งก็มีสภาพที่แตกต่างกันออกไป กฎหมายจึงไม่สามารถที่จะกำหนดรายละเอียดทั้งหมดในการอยู่ร่วมกันในกฎหมายได้ สิทธิและหน้าที่ของเจ้าของห้องชุดที่กำหนดไว้ตามกฎหมายเป็นเพียงการวางกรอบไว้ ส่วนรายละเอียดในหลักปฏิบัติเพื่อการอยู่ร่วมกันนั้น กฎหมายกำหนดให้เจ้าของห้องชุดตกลงร่วมกันไว้ในข้อบังคับ ข้อบังคับจึงเปรียบเสมือนธรรมนูญที่ใช้เป็นหลักในการอยู่ร่วมกันของประชามหนึ่งๆ⁵²

วิธีการจัดการบริหารอาคารชุด โดยผ่านกติกา 2 เรื่อง คือ ตราสารจัดตั้งและข้อบังคับ เป็นวิธีการจัดการบริหารอาคารชุดที่จัดตั้งเพื่อประโยชน์ของผู้อยู่อาศัยร่วมกันในอาคารชุด อาจกล่าวได้ว่า การใช้สิทธิออกเสียงของผู้เป็นเจ้าของร่วมในอาคารชุดภายใต้กติกา 2 เรื่องข้างต้น มีลักษณะเช่นเดียวกับการอยู่ร่วมกันในสังคมประชาธิปไตย ในรัฐหนึ่งก็ได้

2.3.5.3 หลักการคุ้มครองตามกฎหมายแพ่ง

นอกจากเรื่องการคุ้มครองตามกฎหมายอาคารชุดแล้ว เจ้าของร่วมยังได้รับความคุ้มครองตามหลักทั่วไปในกฎหมายแพ่งอีกด้วย ซึ่งมีกรณีที่สำคัญดังนี้คือ

1) การคุ้มครองสิทธิ ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1337 ถึงมาตรา 1347 ซึ่งเป็นกรณีที่เกิดขึ้นกับอาคารชุดได้หลายประการ เช่น

ประการแรก คือ บุคคลใดใช้สิทธิของตนเป็นเหตุให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ได้รับความเสียหายหรือเดือดร้อนเกินกว่าที่ควรคิดหรือควรคาดหมายว่าจะจะเป็นไปตามปกติและเหตุอันควร ในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาค้ำประกันประกอบ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์นั้นมีสิทธิที่จะปฏิบัติการเพื่อยังความเสียหาย หรือเดือดร้อนรำคาญให้สิ้นไป นอกเหนือจากการเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนตามลักษณะละเมิดทั่วไป ตามมาตรา 1337 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างเช่นเจ้าของร่วมใช้ห้องชุดของตนเป็นห้องซ้อมดนตรีซึ่งมีเสียงอึกทึกครึกโครมอยู่เป็นนิจ หรือใช้ห้องชุดเป็นสถานที่เพื่อประกอบการบางอย่าง ซึ่งอาจก่อให้เกิดกลิ่นเหม็นจนเกินสมควร ย่อมต้องรับผิดชอบละเมิดต่อผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญนั้น ซึ่งเทียบได้กับแนวคำพิพากษาศาลฎีกา 1719 – 1720/2499⁵³

⁵² วิกรณ์ รัชชปวงชน. (2538). *กรรมสิทธิในอาคารชุด*. หน้า 70 – 71.

⁵³ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1719 – 1720/2499 ตั้งโรงงานส่งกลิ่นเหม็นถือว่าการละเมิดรำคาญแก่ผู้อื่น โรงงานสีครั้งแรกและผลิตครั้งบริสุทธิ์ ใช้ยาเคมีละลายกับน้ำ ทำการล้างครั้งทั้งกลางวันและกลางคืน ส่งกลิ่นเหม็นเป็นอันตรายแก่นามข และทำให้ผู้อยู่บ้านใกล้เคียงเดือดร้อนรำคาญ เจ้าของโรงงานย่อมต้องรับผิดชอบละเมิดต่อผู้ได้รับความเดือดร้อนรำคาญ.

ประการที่สอง คือ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ทำหลังคา หรือการปลูกสร้างอย่างอื่น ซึ่งทำให้น้ำฝนตกยังทรัพย์สินซึ่งอยู่ติดต่อกัน ตามมาตรา 1341 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ตัวอย่างเช่น เจ้าของห้องชุดทำกันสาดหรือสิ่งก่อสร้างอย่างอื่น เพื่อบังมิให้น้ำฝนสาดเข้าไปในห้องนอนของตน เป็นเหตุให้น้ำฝนไหลไปยังห้องชุดที่ติดต่อกัน จึงต้องรับผิดชอบต่อเจ้าของห้องชุดที่อยู่ติดต่อกัน ตามมาตรา 1341

ประการที่สาม คือ ข้อจำกัดสิทธิตามมาตรา 1347 ซึ่งบัญญัติว่า “เจ้าของที่ดินอาจตัดรากไม้ ซึ่งรุกเข้ามาจากที่ดินติดต่อกันและเอาไว้เสีย ถ้ากิ่งไม้ยื่นล้ำเข้ามา เมื่อเจ้าของที่ดินติดต่อกันให้ตัดภายในเวลาอันสมควรแล้ว แต่ผู้นั้นไม่ตัด ท่านว่าเจ้าของที่ดินตัดเอาเสียได้”

ตัวอย่างที่อาจเกิดในกรณีอาคารชุดเช่น ห้องชุดหนึ่งมีสวนหย่อมเป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล เจ้าของห้องชุดที่ปลูกต้นไม้บนที่ดิน ซึ่งเป็นสวนหย่อมของตน ต้องระวังมิให้รากหรือกิ่งไม้รุกเข้าไปในสวนหย่อมของเจ้าของคนอื่น มิฉะนั้นอาจถูกตัดเอาเสียได้ตามมาตรา 1347

2) การคุ้มครองสิทธิตามมาตราประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 421 ซึ่งบัญญัติว่า “การใช้สิทธิซึ่งมีแต่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นนั้น ท่านว่าเป็นการอันมิชอบด้วยกฎหมาย”

ตัวอย่างที่อาจเกิดในกรณีอาคารชุดเช่น เจ้าของห้องชุดห้องหนึ่งประสงค์จะรบกวนเจ้าของห้องชุดอีกห้องหนึ่ง โดยการแก๊งให้เพื่อนๆ ของตนมาสังสรรค์หรือโดยการแก๊งทูปห้องชุดของตนตลอดทั้งคืน เพื่อให้เกิดเสียงอึกทึกครึกโครมเพื่อต้องการจะแก๊งรบกวนมิให้เจ้าของห้องชุดข้างเคียง ได้พักผ่อนหลับนอนโดยเหตุจากการที่เจ้าของห้องชุดนั้นไม่ชอบพอกับเจ้าของห้องชุดข้างเคียง เป็นต้น การกระทำดังกล่าวนี้เป็นการใช้สิทธิ ซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น เป็นละเมิดตามมาตรา 421 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

3) การคุ้มครองตามหลักเรื่อง การใช้สิทธิต้องกระทำโดยสุจริต หลักสุจริต (Good Faith) นี้เป็นหลักทั่วไปซึ่งใช้ได้กว้างขวาง เรียกได้ว่าเป็นหลักทั่วไป ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ท่านว่าบุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต”

2.3.6 สถานะธุรกิจอาคารชุดในประเทศไทย

ในปัจจุบันสังคมไทยประสบกับปัญหาการเพิ่มขึ้นของประชากรและการอพยพเข้าสู่เมืองของแรงงานจากภาคชนบท ประกอบกับการเจริญเติบโตของเมืองเป็นไปอย่างรวดเร็ว ทำให้เกิดการขาดแคลนที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยในเมือง การที่จะขยายเมืองออกไปในทางราบ ก็จะประสบปัญหาในด้านบริการสาธารณูปโภคการสิ้นเปลืองพลังงานและเวลาในการคมนาคม อีกทั้งการ

สูญเสียที่ดินเป็นจำนวนมาก ทำให้ที่ดินภาคเกษตรกรรมถูกทำลาย ตลอดจนเสียคุณภาพทางด้านสภาพแวดล้อม ด้วยเหตุนี้จึงจำเป็นต้องขยายเมืองออกไปในทางสูง ซึ่งได้แก่ การก่อสร้างอาคารชุด และหลังจากที่ประเทศได้เริ่มประกาศใช้พระราชบัญญัติอาคารชุดในปี พ.ศ. 2522 แล้ว ก็ปรากฏว่ามีการจัดสร้างและประกอบธุรกิจที่อยู่อาศัยในรูปของอาคารชุดร่วมร้อยโครงการ และปัจจุบันกำลังจะทวีจำนวนมากยิ่งขึ้นไปในอนาคต

2.4 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

ปัจจุบันการซื้อขายอาคารชุด ได้เข้ามาเกี่ยวข้องกับชีวิตความเป็นอยู่ของคนไทยมากขึ้น และนับวันอาคารชุดยิ่งมีความสำคัญมากขึ้น ดังจะเห็นจากมีโครงการก่อสร้างเกิดขึ้นนับร้อยโครงการ และมีบุคคลเข้าจับจองอยู่อาศัยกันเป็นจำนวนมาก

2.4.1 การซื้อขายอาคารชุด

การซื้อขายอาคารชุดในประเทศไทย ทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย หากตกลงกันได้ ผู้ซื้อจะชำระเงินจองให้แก่ผู้ขาย หลังจากมีการชำระเงินจองแล้ว ผู้ขายและผู้ซื้อจะนัดกันเพื่อทำสัญญาซื้อขาย เมื่อผู้ขายดำเนินการจัดสรรอาคารชุด และสาธารณูปโภคตามที่ตกลงกันในสัญญาแล้วเสร็จ พร้อมกับได้รับใบอนุญาตต่างๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว และผู้ซื้อชำระค่านครบถ้วนแล้ว ผู้ขายจะไปทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้กับผู้ซื้อ โดยในวันโอนกรรมสิทธิ์ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินค่าราคาห้องชุดคงเหลือทั้งหมด จะเห็นได้ว่า สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการซื้อขายอาคารชุดสร้างความเสียหายแก่ผู้ซื้อและผู้ขายเป็นอย่างมาก จึงมีความจำเป็นที่จะต้องทำความเข้าใจกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อสิทธิและหน้าที่ของตนอันจะก่อให้เกิดความสงบสุขในการอยู่อาศัยในอาคารชุดนั้นต่อไป

2.4.1.1 ความเป็นมาของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

คำว่า การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือ Escrow นั้นมาจากภาษาฝรั่งเศส คือคำว่า Escroue แปลว่า ม้วนกระดาษ หรือแผ่นหนังที่สมัยก่อนใช้แทนหนังสือ ในอดีตเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ จะทำการใช้เครื่องมือของโจนคในการโอนทรัพย์สินที่ดิน ไปให้บุคคลอื่น เมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขต่างๆ เป็นที่เรียบร้อย เครื่องมือที่เรียกว่า Escroue จะถูกมอบให้บุคคลที่สาม พร้อมกับคำสั่งต่างๆ และจะมีผลกลายเป็น โจนคเมื่อการปฏิบัติได้บรรลุ เช่น การชำระเงินตามที่กำหนดไว้ ต่อมาจึงเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) แปลว่า โจนคหรือตราสาร (A Deed) ข้อผูกมัด หรือพันธกรรม (A Bond) หรือพันธบัตร ไปกู้ยืมเงินตรา

(Money) หรืออสังหาริมทรัพย์แปลงหนึ่ง ที่มอบไว้ให้บุคคลที่สามเป็นผู้พิทักษ์รักษาไว้ และทำการมอบหมายให้กับผู้รับ (Grantee) เมื่อได้รับการปฏิบัติเงื่อนไขเป็นที่เรียบร้อยแล้ว⁵⁴

ในการซื้อขายที่ดินนั้นสามารถทำได้โดยไม่ต้องใช้การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก็ได้ ในเมืองเล็กๆ ซึ่งประชากรมีจำนวนไม่มาก และการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ใช่สิ่งจำเป็น เพราะผู้คนจะรู้จักกันและเชื่อใจกัน การครอบครองกรรมสิทธิ์ก็ไม่ซับซ้อน แต่ในเมืองใหญ่ การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา นับว่าเป็นส่วนประกอบที่ถูกลำเอามาใช้ในการซื้อขายจนเป็นเรื่องปกติในตอนทำสัญญา ตลอดระยะเวลาไม่ต่ำกว่า 50 ปี (นับจนถึงปี ค.ศ. 1939) การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ถูกใช้เป็นเครื่องมือที่เพิ่มความสะดวกสบายในกระบวนการซื้อขายที่อยู่อาศัย⁵⁵

2.4.1.2 คำนิยามของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ บุคคลที่สามที่มีหน้าที่อย่างเป็นทางการ ต่อทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในการส่งมอบโฉนดที่ดิน เมื่อมีการปฏิบัติในทุกขั้นตอนที่จำเป็นในการปิดการขายอสังหาริมทรัพย์⁵⁶

การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ การมอบเงิน เอกสาร หรืออื่นๆ ไว้กับบุคคลที่สาม พร้อมกับการกำหนดคำสั่งในการส่งมอบต่อให้กับผู้อื่น เมื่อได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว⁵⁷

การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ เงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สิน หรือตราสารใดๆ ที่เก็บรักษาโดยบุคคลที่สามเพื่อส่งมอบต่อจนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาแล้ว⁵⁸

การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ อสังหาริมทรัพย์ เงิน หรือสิ่งที่มีค่าที่อยู่ในการดูแลของบุคคลที่สามที่ระบุไว้ในข้อตกลง

การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ การถือเงิน และหรือเอกสาร โดยบุคคลที่สามที่ไม่มีประโยชน์ได้เสียในระหว่างคอยที่จะปฏิบัติตามคำสั่งซึ่งจะถูกกำหนดโดยการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา⁵⁹

⁵⁴ ชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์แห่งประเทศไทย. การซื้อ – ขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ อสังหาริมทรัพย์ในอเมริกา. หน้า 1 – 2.

⁵⁵ Cribbet J.E. (1962). **Principle of The Law of Property**. p. 161 – 162.

⁵⁶ Shenkel W.M. (1980). **Marketing Real Estate**. p.4 66.

⁵⁷ Wofford L.E. (1986). **Real Estate**. p. 478.

⁵⁸ Downes J. (1985). **Dictionary of Finance and Investment Terms**. p. 116.

⁵⁹ Wondermer, J.P. (1989). **Real Estate Investment**. p. 297.

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ การซื้อขายซึ่งมีบุคคลที่สามทำหน้าที่เป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย ในการดูแลรับผิดชอบในการจัดเก็บเอกสาร และแจกจ่ายหรือชำระเงินค่าสินค้า⁶⁰

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ การฝากเครื่องมือ และเงินพร้อมด้วยคำสั่งไว้ที่บุคคลที่สามที่เป็นกลางซึ่งเป็นผู้ถือข้อกำหนดตามข้อตกลงในสัญญาซื้อขาย⁶¹

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ เอกสารแห่งข้อตกลงที่ถือโดยบุคคลที่สาม จนกระทั่งฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้⁶²

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ สิ่งของใดๆ ที่ได้ฝากไว้กับบุคคลที่สาม ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงิน เอกสารสิทธิพันธบัตร หรืออสังหาริมทรัพย์ สิ่งของเหล่านี้จะมีการส่งมอบต่อไปเมื่อเงื่อนไขและข้อตกลงร่วมกันของตัวการทั้งสองฝ่ายได้รับการปฏิบัติครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ กระบวนการที่มีการฝากสิ่งของใดๆ แก่บุคคลที่ไม่ใช่เป็นคู่สัญญาในการซื้อขายครั้งนี้เพื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว⁶³

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ กระบวนการซึ่งแต่ละฝ่ายได้ฝากเงินและเอกสารไว้ เมื่อเงื่อนไขทั้งหมดได้รับการปฏิบัติครบถ้วน โฉนดอาจจะถูกส่งให้ผู้ซื้อ และเงินก็จะถูกส่งให้ผู้ขาย⁶⁴

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ ข้อตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษร หรือเครื่องมือที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อจัดสรรเงินหรือหลักทรัพย์ที่ฝากไว้แก่บุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Agent) โดยผู้โอน (Grantor) เพื่อสำหรับผลประโยชน์ที่เท่าเทียมกันของฝ่ายที่สองซึ่งเรียกว่า ผู้รับโอน (Grantee) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จะดูแลรักษาสิ่งที่ฝากไว้จนกระทั่งเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้ได้รับการปฏิบัติจนครบถ้วน ผู้โอนจะไม่ได้รับสิ่งที่ฝากไว้กลับคืนยกเว้นว่าผู้รับโอนไม่สามารถปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้ในสัญญาเท่านั้น และผู้รับโอนจะ ได้รับสิ่งที่ฝากไว้เมื่อเงื่อนไขได้รับการปฏิบัติจนครบถ้วน⁶⁵

⁶⁰ Dennis M.W. (1982). **Residential Mortgage Lending**. p. 296.

⁶¹ Maisel S.J. (1987). **Real Estate Finance**.

⁶² Bannock G. (1989). **International Dictionary of Finance**. p. 73.

⁶³ พัดลก กฤตยานวัช. (ม.ป.ป.). เอสโครว์กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.

หน้า 4 – 5.

⁶⁴ แหล่งเดิม.

⁶⁵ Davids L.E. (1985). **Dictionary of Banking and Finance**. p. 216.

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ เอกสารซึ่งถูกเก็บไว้ในความครอบครองของบุคคลที่สาม จะไม่มีผลทางกฎหมายจนกระทั่งผู้รับโอน (Grantee) ได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้ตกลงไว้ครบถ้วน เมื่อเงื่อนไขได้ถูกปฏิบัติตามจนเสร็จสมบูรณ์ เอกสารจะถูกส่งไปยังผู้รับโอน⁶⁶

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ เงินที่ถูกเก็บรักษาโดยบุคคลที่สามจนกระทั่งเงื่อนไขทั้งหมดในสัญญาได้รับการปฏิบัติจนครบถ้วน⁶⁷

ในหนังสือ Dictionary ของ สอ เสถบุตร ฉบับ Library Edition ได้ให้ความหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไว้ว่า “เอกสารหรือสัญญาที่ให้บุคคลที่สามถือไว้จนกว่าจะเป็นไปตามเงื่อนไขจึงมีผลบังคับตามนั้น”

2.4.1.3 คำนิยามของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในทางกฎหมาย

นอกจากคำนิยามของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในตำราต่างๆ ข้างต้นแล้ว ในทางกฎหมายรัฐต่างๆ ในสหรัฐอเมริกาได้มีการนิยามคำว่า การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดังนี้

1) ประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Civil Code)

ประมวลกฎหมายแพ่งของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติคำว่า การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไว้ในมาตรา 1057 ดังนี้ “สิ่งที่จะมอบโอนอาจจะมีการนำไปฝากไว้กับบุคคลที่สามโดยผู้โอน (grantor) เพื่อทำการส่งมอบต่อไปยังผู้รับโอน (grantee) เมื่อได้มีการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว เมื่อบุคคลที่สามที่รับฝากสิ่งของที่จะมอบโอนนั้นได้ทำการส่งมอบให้กับผู้รับโอนแล้ว การมอบโอนจึงมีผล สิ่งที่จะมอบโอนเมื่อยังอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สามเพื่อทำการโอนต่อไปภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด”⁶⁸

2) ประมวลกฎหมายการเงินของรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code)

มาตรา 17003 ได้ให้คำนิยาม ไว้ดังนี้ “ธุรกรรมใดๆ ที่บุคคลหนึ่ง เพื่อจุดประสงค์ในการขาย การมอบโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือการขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น ทำการส่งมอบเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร เงิน หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีมูลค่าแก่บุคคลที่สาม เพื่อให้ถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือจนกว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ล่วงหน้าจะได้รับการปฏิบัติเสร็จสิ้น เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สามแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้คำมั่น ผู้รับคำมั่น เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทนหรือพนักงานของบุคคลนั้น”⁶⁹

⁶⁶ Perry F.E. (1979). *A Dictionary of Banking*. p. 83.

⁶⁷ Richards R.M. (1984). *Personal Finance*. p. 216.

⁶⁸ พัลลภ กฤตยานวิษ. เล่มเดิม. หน้า 5-6

⁶⁹ แหล่งเดิม.

3) หนังสือศัพท์กฎหมายของ โกศล โสภากย์วิจิตร ให้ความหมายคำว่า การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาว่า หมายถึง นิติกรรม สัญญาหรือเอกสารที่มอบไว้แก่บุคคลที่สามเก็บไว้ชั่วคราว จนกลุ่มสัญญาได้ชำระหนี้ตามเงื่อนไขแล้วค่อยส่งมอบเอกสารนี้แก่ผู้รับโอน ปัจจุบันนี้อาจหมายความว่าเงินที่คู่ความหรือกลุ่มสัญญานำมาวางศาล หรือนำมามอบไว้ให้บุคคลที่สามถือไว้ก็ได้ ในกรณีที่ขัดตกลงกันไม่ได้ว่าฝ่ายใดมีสิทธิในทรัพย์สินนั้น

2.4.2 แนวความคิดเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551

2.4.2.1 ผู้ประกอบการ

นายชายนิต โง้วศิริมณี กรรมการผู้จัดการ บริษัท พร็อพเพอร์ตี้เพอร์เฟก จำกัด (มหาชน)⁷⁰

“การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) จะทำให้ผู้ประกอบการต้องปรับตัวมากขึ้น การลงทุนจะเพิ่มขึ้น เพราะเงินคาวนไม่สามารถนำมาเป็นทุนหมุนเวียนได้ สถาบันการเงินจะมีบทบาทมากขึ้น และการแข่งขันระหว่างผู้ประกอบการลดลง เพราะผู้ประกอบการมีทุนหมุนเวียนลดลง”

นายธีรพนธ์ จรุงศรี ประธานกรรมการบริหาร บริษัท จุลติส ดีเวลลอปเม้นท์ จำกัด(มหาชน)⁷¹

“ผู้ซื้อส่วนมากไม่มีความรู้เรื่องนี้ จึงควรมีการให้ความรู้และการศึกษาเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) แก่ผู้ประกอบการ และผู้บริโภคให้มีความเข้าใจในช่วงระยะเวลาหนึ่ง ก่อนที่จะมีการบังคับใช้การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) หากมีการใช้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) โดยผู้ประกอบการห้ามนำเงินคาวนของลูกค้านำไปลงทุน จะเป็นการฆ่าผู้ประกอบการรายเล็กมากกว่า รายใหญ่ไม่กลัวอยู่แล้ว”

นายนิติพน นิติภูมิเวชสกุล กรรมการผู้จัดการบริษัททวภูมิค้าวัตถุก่อสร้าง จำกัด⁷² ซึ่งเป็นผู้ที่ได้นำการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) มาใช้กับโครงการจัดสรรของตน ได้ให้ความเห็นที่มีต่อระบบนี้ว่า

⁷⁰ ชลิต กิติญาณทรัพย์. (2538, 17-20 สิงหาคม). “จับตามองธุรกิจใหม่ เอสโครว์.” ประชาชาติธุรกิจ. หน้า 28.

⁷¹ สมใจ วิริยะบัณฑิตกุล. (2538, พฤษภาคม). “เอสโครว์ กฎหมายเป็นพิษ.” พร็อพเพอร์ตี้มาร์เก็ต. หน้า 102.

⁷² อติศักดิ์ ลิ้มปรุงพัฒนกิจ. (2538, 18 ตุลาคม). “เอสโครว์เอเจนท์ กลยุทธ์ตลาดใหม่.” กรุงเทพธุรกิจ โสมสไตล์. หน้า 3-5.

“การจะเข้ามาสู่ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ท่ามกลางภาวะตลาดที่แข่งขันรุนแรง จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องสร้างทั้งความเชื่อถือ และความไว้วางใจเพื่อให้เป็นที่ยอมรับของลูกค้าให้ได้ ต้องทำให้ลูกค้าเชื่อว่า เงินทุกบาททุกสตางค์ของลูกค้าไม่หายไป ทางโครงการจึงได้ตัดสินใจนำเอา การดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) มาใช้เป็นรายแรก ถึงแม้ว่าการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) จะเป็นระบบที่ดี และมีการใช้ในอเมริกา และในแถบยุโรป แต่ที่ไม่เป็นที่ยอมรับในตลาดอสังหาริมทรัพย์ในเมืองไทย เพราะการไม่ยอมรับของกลุ่มผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ ผู้ประกอบการคำนึงถึงผลต่อเนื่องในแง่กระทบ ที่อาจเกิดกับสภาพคล่องทางการเงินของบริษัท หากนำการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) นี้มาใช้ ผู้ประกอบการจะไม่สามารถนำเงินส่วนหนึ่งจากยอดชำระเงินค่างวดของลูกค้ามาใช้เป็นเงินสดหมุนเวียนได้”

2.4.2.2 นายธนาคาร

นายสิทธิชัย ดันติพิพัฒน์ กรรมการผู้จัดการธนาคารอาคารสงเคราะห์⁷³

“หลักการของการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) น่าจะมีประโยชน์ที่จะส่งเสริมให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นั้นราบรื่นและเจริญไปได้อย่างรวดเร็ว ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจที่ใหญ่มาก เป็นธุรกิจที่สำคัญของธนาคาร ถ้าหากการเงินบริการนี้ราบรื่น เจริญ มีการลงทุนมาก ย่อมดีมาก ผมคิดว่าการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) ถ้าหากใช้ในแนวทางที่ถูกต้องแล้ว จะเป็นการเพิ่มคุณค่าให้กับตลาดอสังหาริมทรัพย์นี้เจริญขึ้นในแง่ที่ดีสำหรับผู้บริโภคนี้แน่นอน ที่สำคัญธนาคารคงจะปล่อยกู้ได้มากขึ้น เพราะที่ผู้ประกอบการไม่สามารถนำเงินค่างวดไปลงทุนได้ และที่สำคัญคงจะเป็นในแง่ที่ว่าทุกอย่างจะเรียบร้อยไม่มีปัญหา ผมยังคิดว่าการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) เป็นสิ่งที่ดีและน่าที่จะนำวิธีมาเลือกใช้ เพื่อที่จะเป็นกลไกที่จะโปรโมท เพื่อที่จะส่งเสริมการซื้อขายกันให้เกิดความมั่นใจแก่ผู้ซื้อ ให้เป็นกลไกที่จะช่วยผู้ขายด้วย ในกรณีที่ผู้ขายเป็นน้องใหม่ในวงการ ยังไม่มีผลงาน การดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) นี้จะช่วยสร้างความมั่นใจให้กับลูกค้าของเขา”

นายพัลลภ กฤตยานวัช ผู้อำนวยการฝ่ายวิชาการธนาคารอาคารสงเคราะห์⁷⁴

“ควรนำการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) เข้ามาใช้ในประเทศไทย เพราะเป็นระบบที่เป็นประโยชน์ในธุรกิจการซื้อขายเปลี่ยนมืออสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะ เป็นประโยชน์แก่ผู้ซื้อ ผู้ขาย สถาบันการเงิน และระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในการนำการดูแลผลประโยชน์ของลูกค้า (Escrow) มาใช้ในประเทศไทยจะต้องพิจารณาถึงประเด็นเหล่านี้

⁷³ สุปรียา สุกสังข์. (2536, ธันวาคม). “จับตามองธุรกิจใหม่เอสโครว์ (Escrow).” วงการก่อสร้าง. หน้า 172.

⁷⁴ พัลลภ กฤตยานวัช. เล่มเดิม. หน้า 11-12.

1) กิจการดูแลผลประโยชน์จะครอบคลุมกิจการซื้อขาย และกิจกรรมอื่นใดบ้าง ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จะครอบคลุมอะไรบ้าง ไม่ว่าจะเป็นการซื้อที่ดินแปลงย่อย ที่ดินจัดสรร บ้านพร้อมที่ดิน และอาคารชุด

2) ใครสามารถประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ได้บ้าง

3) คุณสมบัติของกิจการดูแลผลประโยชน์ หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และเจ้าหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ควรที่จะเป็นประการใด

4) องค์กรที่ควบคุมการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ควรจะเป็นองค์กรใด ของรัฐ

5) การจ่ายค่าธรรมเนียมการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) ฝ่ายใดจะจ่ายในสัดส่วนเท่าไร และจะจ่ายเมื่อใด

6) บทบาทหน้าที่และความรับผิดชอบของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) ควรมีขอบเขตประการใด

7) ข้อห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีอะไรบ้าง

8) หากมีกรณีพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีที่เป็นตัวการฝ่ายต่างๆหรือหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จะมีบทบาทอย่างไร”

2.4.2.3 นักวิชาการ

นายวิโรจน์ ณ บางช้าง สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค

“ปัญหาของผู้บริโภคส่วนใหญ่จะเกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์มากกว่าสินค้าบริการและเมื่อเกิดปัญหากับผู้บริโภค ทางกรมที่ดินก็ไม่สามารถเป็นที่พึ่งให้กับผู้บริโภคได้ ทางสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคก็ช่วยเหลือให้เพียงทำการฟ้องร้องแทนผู้บริโภคเท่านั้น หลักการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจึงช่วยคุ้มครองผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ”

2.4.2.4 นักกฎหมาย

รศ. ประสิทธิ์ โฆวิไลกุล อาจารย์คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย⁷⁵

“ในเรื่องของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow) ถ้ามองว่าทำได้มีข้อยกเว้นว่าทำได้โดยไม่ต้องมีกฎหมาย แต่จะเกิดขึ้นได้มีข้อยกเว้นตอบว่ายาก ในประเทศไทยเกิดขึ้นได้ยาก ไม่มีกฎหมายในเรื่องนี้กำหนดขึ้นมาเป็นกฎหมายก็ได้โดยเฉพาะ แต่สามารถที่จะทำได้ แต่ไม่ใช่ทำได้ที่อยู่ภายใต้การกำกับของกฎหมาย”

⁷⁵ สุปรียา สุกสังข์. (2536, ธันวาคม). “จับตามองธุรกิจใหม่เอสโควว์.” วงการก่อสร้าง. หน้า 177.

2.4.2.5 สมาคมที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

นายไพศาล บัณฑิตยานนท์ ประธานชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์⁷⁶

“ผมคิดว่าเราคู่กับความเสี่ยง เพราะถ้าเราทำโดยที่ไม่มีการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) นี้ความเสี่ยงจะสูงมากและจุดนี้เป็นจุดสำคัญ เมื่อทุกฝ่ายได้เซ็นต์เอกสารอะไรต่างๆ ในการที่จะปิดการขายอะไรเป็นที่เรียบร้อยในวันที่จะทำการโอนผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ที่ดินจะทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ที่ดินในนาทีสุดท้ายเพื่อดูว่าตั้งแต่การเซ็นครั้งสุดท้ายจนถึงปัจจุบันนี้มีการสอดแทรกปัญหาอะไรเข้าไปหรือไม่ ถ้าไม่มีปัญหาอะไรก็จะทำการโอนทันที แต่ถ้ามีการจดจำนองต่อก็จะทำการจดจำนองต่อทันทีด้วยเช่นกัน เมื่อทำการโอนเรียบร้อยแล้วหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ก็คือ ทำการแจกจ่ายเอกสารเงินทองต่างๆ กลับคืน อีกทั้งผู้รับเหมา นายหน้าต่างๆ ก็ไม่ต้องเป็นห่วงเพราะทุกครั้งที่ได้รับเงินมาคำสั่งในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้กำหนดไว้ว่ารับเงินมาเท่าไร ให้ผู้รับเหมาเท่าไร เหล่านี้ระบุไว้ชัดเจน สรุปแล้วก็เหมือนกับที่เราซื้อขายประกันการซื้อขาย”

2.4.2.6 ผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

นายธีรพันธ์ นาทีกาญจนลาภ กรรมการผู้จัดการบริษัทเอสโครว์เอเจนท์⁷⁷ จำกัด

“ได้ให้ความเห็นถึงคุณสมบัติสำคัญของกิจการดูแลผลประโยชน์ว่า ควรเป็นสถาบันที่เชื่อถือได้และมีหลักประกันว่าถ้าเกิดข้อผิดพลาดก็มีหลักประกันที่จะชดใช้ให้ความเสียหายได้ ข้อสำคัญอีกประการหนึ่งคือ การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) จะให้คุณหรือโทษแก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ได้ ไม่เป็นที่ปรึกษาของผู้รับรองหรือคำประกันรวมถึงการเป็นอนุญาโตตุลาการของฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดของคู่สัญญา และเพื่อความมั่นใจผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) ทุกรายจะต้องมีประกันในกรณีที่ทุจริตเกี่ยวกับการเบิกจ่ายเงิน ด้วยคุณสมบัติดังกล่าวหากให้รัฐบาลเข้ามามีบทบาทในจุดนี้ การปฏิบัติหน้าที่ใน 2 สถานะจะยากลำบากเป็นอย่างมาก เพราะเมื่อซื้อบ้านในโครงการที่ธนาคารเข้าไปมีส่วนถือหุ้นอยู่ด้วย มาทำการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) กับธนาคารไว้อีกต่างหาก เมื่อเกิดปัญหาขึ้นจากฝ่ายผู้ซื้อ ทางธนาคารจะวางตัวอย่างไร”

⁷⁶ ชลิต กิติญาณทรัพย์. (ม.ป.ป.). “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ในสหรัฐอเมริกา.” หน้า 106.

⁷⁷ สุชาติ สวัสดิ์ยานนท์. (ม.ป.ป.). “Escrow ของเล่นชิ้นใหม่ของนายแบงค์.” หน้า 174.

2.4.3 แนวความคิดเกี่ยวกับบทบาทการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

แนวความคิดเรื่องการปรับใช้การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) เพื่อคุ้มครองคู่สัญญานี้ ได้มีการนำเสนอมาไม่ต่ำกว่า 10 ปีแล้ว จนกระทั่งได้มีการบรรจุมาตรการเรื่องการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) ครั้งแรกในร่างแนวนโยบายที่อยู่อาศัยแห่งชาติในปี 2536 หลังจากนั้นได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในหน้าหนังสือพิมพ์ และการสัมมนาต่างๆ บ่อยครั้ง จนกระทั่งล่าสุดในปี 2538 ทางกรมได้ให้ความสนใจและผลักดันมาตรการนี้อย่างเป็นรูปธรรม ดังนี้

2.4.3.1 กรมที่ดิน (โดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินและอาคารชุด) ได้ยกร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฉบับใหม่ที่มีบทบัญญัติที่ประยุกต์ใช้หลักการของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาบางส่วน โดยในมาตราที่ 31 ได้กำหนดให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร (ที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดิน) มีสิทธิชำระค่าที่ดิน หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแก่สถาบันการเงินหรือองค์กรที่ผู้ขอทำการที่ดินจัดสรรกำหนดซึ่งได้นำเสนอในการประชุมปรึกษาหารือไปแล้วเมื่อวันที่ 29 เมษายน 2538

2.4.3.2 กระทรวงการคลัง ได้จัดทำแผนแม่บททางการเงิน โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2538 เห็นสมควรให้มีการออกกฎหมายเพื่อรองรับระบบบัญชีค้ำประกัน หรือแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อที่อยู่อาศัยที่ต้องชำระเงินล่วงหน้าก่อนจะได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และต่อมาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2538 กระทรวงการคลังได้ออกคำสั่ง “แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการออกกฎหมายรองรับระบบบัญชีค้ำประกัน” นั้น

2.4.3.3 การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ....

ร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. ได้นำระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาบัญญัติไว้ในมาตรา 31 แต่มิได้บัญญัตินำมาใช้ทั้งระบบ เพียงแต่นำมาใช้โดยปรับบางประเด็นบางเรื่องให้มีความเหมาะสม อันเป็นการนำมาปรับบางส่วนเพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองผู้บริโภคในกรณีการขายที่ดินจัดสรรเท่านั้น จึงจะเรียกการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาอย่างที่เข้าใจในเรื่องการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยทั่วไปไม่ได้ ต้องทำความเข้าใจว่าระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในความหมายของร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. ทำหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเท่านั้น ซึ่งได้บัญญัติในมาตรา 31 เป็นหลักดังนี้

มาตรา 31 “ในกรณีที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินทำการจำหน่ายที่ดินตามความในมาตรา 30 วรรคหนึ่ง สัญญาจะซื้อจะขายระหว่างผู้ขอทำการจัดสรรกับผู้ซื้อที่ดินจัดสรร จะต้องจัดทำตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนดหรือให้ความเห็นชอบ”

ผู้ซื้อที่ดินตามวรรคหนึ่งมีสิทธิชำระค่าที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างตามสัญญาจะซื้อจะขายแก่สถาบันการเงินหรือองค์กรที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินกำหนดให้เป็นผู้ชำระค่าที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแทนและผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจะมีสิทธิได้รับเงินจำนวนดังกล่าวจากสถาบันการเงินหรือองค์กรที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินกำหนดต่อเมื่อผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดิน

ในกรณีที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจะรับเงินที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างตามความในวรรคสอง ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจะต้องจัดหาสถาบันการเงินที่คณะกรรมการเห็นชอบมาทำสัญญาประกันคณะกรรมการก่อนว่า หากจะต้องคืนเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรสถาบันการเงินจะเป็นผู้ชำระเงินดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร

หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีเกี่ยวกับการชำระเงินค่าที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างให้กำหนดในกฎกระทรวง ให้นำความในมาตรา 29 มาใช้บังคับกรณีที่มีผู้ทำการจัดสรรจะทำการจำหน่ายที่ดินตามแผนผัง โครงการและวิธีการจัดสรรที่ดินก่อนได้รับอนุญาตโดยอนุโลม

หลักเกณฑ์การเข้าสู่ระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เริ่มต้นด้วยการที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจังหวัด ตามมาตรา 18 พร้อมทั้งแสดงหลักฐานรายละเอียดรวมถึงการกำหนดสถาบันการเงินหรือองค์กรผู้รับค่าที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแทน ตามมาตรา 20 และเมื่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้พิจารณาเห็นชอบแผนผัง โครงการ และวิธีการในการจัดสรรที่ดิน แต่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตผู้จัดสรรที่ดินก็จำหน่ายที่ดินก่อนได้รับอนุญาตได้ถูกต้องตามกฎหมายมาตรา 30 วรรคหนึ่ง

เมื่อมีการจำหน่ายก่อนได้รับใบอนุญาตก็เข้าสู่ระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยผู้ทำการจัดสรรได้กำหนดสถาบันการเงิน หรือองค์กรเป็นผู้รับชำระค่าที่ดินหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างจากผู้ซื้อแทนตามที่ได้เสนอต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดแล้วเท่านั้น ผู้ซื้อเมื่อตกลงทำการซื้อขายที่ดินที่ขอทำการจัดสรร ผู้ซื้อจะมีสิทธิเลือกว่าจะขอชำระเงินค่าซื้อขายให้กับสถาบันการเงินหรือองค์กรที่ผู้ขอทำการจัดสรรกำหนด หรือจะชำระกับผู้ขอทำการจัดสรรโดยตรงก็ได้ ผู้ขายหรือผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินไม่มีสิทธิบังคับผู้ซื้อว่าให้ชำระเงินที่ดินต่อผู้ขายโดยตรงไม่ได้ เพราะมาตรา 31 วรรคสอง บัญญัติให้เป็นสิทธิของผู้ซื้อที่จะเลือก เมื่อมีการชำระหนี้ค่าซื้อขายที่ดินโดยปกติใช้ระบบขายเงินดาวน์และต่อมาได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดินแล้วผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจะขอรับชำระเงินจากสถาบันการเงินหรือองค์กรได้แต่ผู้ขอจัดสรรที่ดินจะต้องหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาทำสัญญาประกันความรับผิดชอบในกรณีไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์ แต่ผู้ขอจัดสรรที่ดินจะขอลดส่วนการประกันความรับผิดชอบได้ก็เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ที่จัดสรรที่ดินแก่ผู้ซื้อตามส่วน ตัวอย่างถ้าหากมีการขอจัดสรรที่ดิน 200 แปลง ทำการขายไปแล้ว 100 แปลง ต่อมาได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดินก็ทำสัญญาประกันความรับผิดชอบ 100 แปลง ต่อมามีการโอนกรรมสิทธิ์

20 แปลง ก็ขอลดส่วนประกันความรับผิด 20 แปลง และถ้าหากมีการ โอนกรรมสิทธิ์อีก 20 แปลง ก็ขอลดส่วนประกันความรับผิดอีก 20 แปลงได้ เมื่อมีการ โอนกรรมสิทธิ์ทั้งหมดแล้วก็ขอลด การประกันความรับผิดต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดได้ทั้งหมด (เฉพาะประกันความรับผิด ในการโอนกรรมสิทธิ์เท่านั้น) โดยหลักเกณฑ์เงื่อนไขและวิธีการตามกฎหมายกระทรวง ดังนี้ระบบการ ดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 31 จึงเกิดขึ้นในกรณีการขายก่อนได้รับอนุญาตเท่านั้น เมื่อได้รับ ใบอนุญาตแล้วผู้ซื้อก็ต้องชำระค่าที่ดินหรือค่าที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างต่อผู้ขายโดยตรงผู้ซื้อจะอ้าง สิทธิการชำระเงินตามระบบการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ได้

2.4.3.4 ชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์แห่งประเทศไทยได้ลงกำหนด ขั้นตอน ของการใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในการซื้อขายที่อยู่อาศัยในประเทศไทยไว้ ดังนี้⁷⁸

- 1) ทำสัญญาซื้อขาย
- 2) เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา
- 3) รับเงินมัดจำจากผู้ซื้อและทำการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ฝากกับสถาบันการเงิน
- 4) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ทำการสอบประวัติของกรรมสิทธิ์ที่ดินจาก กรมที่ดิน เช่น ชื่อเจ้าของที่ดิน ภาระจำยอม ภาระผูกพัน สิ้นเชื่อ
- 5) ตั้งการรังวัด
- 6) ขอรายละเอียดจากเจ้าหนี้ ถึงสภาพหรือสถานะของหนี้สิน และหนี้ค้างชำระ
- 7) ส่งรายละเอียดจากเจ้าหนี้ ถึงสภาพหรือสถานะของหนี้สิน และหนี้ค้างชำระ
- 8) ตรวจสอบราคาประเมินกับกรมที่ดิน
- 9) ตรวจสอบค่าธรรมเนียมการโอนและค่าภาษีการโอน
- 10) ทบทวนว่าทุกฝ่ายปฏิบัติตามเงื่อนไขทุกขั้นตอน
- 11) รับเงินผ่อนตามงวดสัญญาจากผู้ซื้อ
- 12) ตรวจสอบการก่อสร้างตามสัญญาของผู้ขายจากผู้รับผิดชอบ
- 13) ชำระเงินตามงวดสัญญาของผู้ขายจากผู้รับผิดชอบ
- 14) เตรียมบัญชีการเงิน และค่าใช้จ่ายต่างๆ ให้ผู้ซื้อ-ผู้ขาย ตรวจสอบก่อนโอน
- 15) ทบทวนรายละเอียดกับเจ้าหนี้และผู้ให้กู้รายใหม่

⁷⁸ ชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์แห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). การซื้อการขาย อสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ในสหรัฐอเมริกา. หน้า 15.

เช็ค

16) รับชำระเงินงวดสุดท้ายและค่าธรรมเนียมจากผู้ซื้อและผู้ขายเป็นแคชเชียร์

17) รับเงินจากผู้ให้กู้รายใหม่และ โฉนดจากเจ้าหนี้หรือผู้ขาย

18) นำเอกสารในการ โอนให้ทุกฝ่ายลงนาม

19) ทำการตรวจสอบประวัติกรรมสิทธิ์ที่ดินครั้งสุดท้ายก่อน โอน ให้แน่ใจว่า
ไม่มีการสอดแทรกสิ่งที่มีคปคติเข้าไป

20) หากไม่มีปัญหาก็จะทำการลงทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินทันที และทำการ
จดจำนองอีก

21) เมื่อทำการ โอนเรียบร้อย ก็จะทำการแจกจ่ายเงินและเอกสารให้กับทุกฝ่าย

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติ การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 เปรียบเทียบกับต่างประเทศ

พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ฉบับนี้เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์การรองรับระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ในการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ของคนกลางที่จะทำหน้าที่ดูแลการชำระหนี้ของกลุ่มสัญญาตามสัญญาต่างตอบแทน เรียกว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา” ให้มีความน่าเชื่อถือและความเป็นกลางอันจะทำให้กลุ่มสัญญา มีความมั่นใจในการทำธุรกรรมระหว่างกัน

ในบทนี้ผู้เขียนได้ทำการศึกษาถึงบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย ว่าในแต่ละประเทศมีหลักเกณฑ์การใช้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา แตกต่างกันอย่างใด เพื่อใช้พิจารณาเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ที่มีอยู่ กับทั้งหาแนวทางที่เหมาะสมที่สุดในการนำมาปรับใช้ต่อไป

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแล ผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551

เนื่องจากระบบการทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ หรือสัญญาต่างตอบแทนอื่นใดในปัจจุบัน ดำเนินการโดยอาศัยความน่าเชื่อถือระหว่างคู่สัญญาเป็นหลัก ในการชำระหนี้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญา การที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามที่กำหนดไว้ในสัญญา หรือมีเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือของคู่สัญญา จะทำให้ระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือการทำสัญญาต่างตอบแทนเกิดความเสียหายหรือหยุดชะงัก อันส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ดังนั้น เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญา และสร้างความมั่นคงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ สมควรให้มีคนกลางที่มีความมั่นคงและน่าเชื่อถือเพื่อทำ

หน้าที่ดูแลการชำระหนี้ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้⁷⁹ จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

3.1.1 ประเภทของการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

ระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามร่างพระราชบัญญัตินี้สามารถใช้ได้กับทรัพย์สินทุกประเภทที่จะมีการทำสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาต่างตอบแทนอย่างใด ๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีหนี้ในการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหนี้ในการชำระเงินตามสัญญา

การทำสัญญาต่างตอบแทนอย่างใด ๆ คู่สัญญาอาจตกลงกันจัดให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยการทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ สัญญาดูแลผลประโยชน์ต้องทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- 1) ชื่อและที่อยู่ของคู่สัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา
- 2) วันที่ทำสัญญาดูแลผลประโยชน์
- 3) ชื่อสัญญาต่างตอบแทนที่กำหนดระหว่างคู่สัญญา
- 4) ระยะเวลาหรือเงื่อนไขในการส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ และการส่งมอบเงินของคู่สัญญา
- 5) หลักเกณฑ์ในการโอนเงินออกจากบัญชีดูแลผลประโยชน์
- 6) สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของคู่สัญญาและของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา
- 7) ค่าตอบแทนและค่าบริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผลประโยชน์
- 8) รายการอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

หน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ ดูแลให้คู่สัญญาปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และดูแลรักษาเงิน ทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ที่คู่สัญญาได้ส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของตนพร้อมทั้งดำเนินการส่งมอบเงินและจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญานอกจากนี้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาอาจให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามที่มีข้อตกลงกับคู่สัญญาได้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำหนด ให้คู่สัญญาออกค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายละเท่ากัน ถ้าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้มีการปฏิบัติหน้าที่เพิ่มให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นผู้ออกค่าบริการตามที่ร้องขอ

⁷⁹ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551.

3.1.2 การประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรี ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ การขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตให้เป็นไปตาม หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยคุณสมบัติของบุคคลที่ประสงค์จะ ได้รับใบอนุญาต ต้องเป็นสถาบันการเงิน หรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

3.1.2.1 คุณสมบัติของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

ผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องเป็นคนกลางที่มีความน่าเชื่อถือและมีความมั่นคงทางการเงิน ในระยะเริ่มแรกจึงกำหนดให้สถาบันการเงินซึ่งได้แก่ ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์ ธนาคารที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้น โดยเฉพาะ และบริษัทเงินทุนตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุนหลักทรัพย์ และธุรกิจเครดิต ฟองซิเออร์ สามารถขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ และหากกระทรวง การคลังเห็นว่า ถ้ามีนิติบุคคลอื่นใดมีความพร้อมและความน่าเชื่อถือและมั่นคงเช่นเดียวกับสถาบัน การเงิน ก็สามารถออกกฎกระทรวงกำหนดให้นิติบุคคลอื่นสามารถขอรับใบอนุญาตเพื่อประกอบ กิจการดูแลผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้เพิ่มเติมได้

3.1.2.2 การตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

เป็นสิทธิของกลุ่มสัญญาที่จะตกลงกันให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเพื่อ เข้ามาดูแลการปฏิบัติการชำระหนี้ระหว่างกลุ่มสัญญา โดยจัดทำเป็นสัญญาดูแลผลประโยชน์และ ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่พระราชบัญญัตินี้กำหนดไว้

3.1.2.3 หน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

1) กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญามีหน้าที่หลักในการดูแลให้ กลุ่มสัญญาปฏิบัติการชำระหนี้ตามระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และ ดำเนินการส่งมอบเงินและจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินแก่กลุ่มสัญญา เมื่อกลุ่มสัญญา ได้ปฏิบัติตามที่ได้ตกลงกันไว้ และกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาสามารถให้บริการอื่น เพิ่มเติมตามที่กลุ่มสัญญาร้องขอได้ เช่น ให้ดำเนินการตรวจสอบความสมบูรณ์ของทรัพย์สินที่จะมีการส่ง มอบ เป็นต้น

2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องดำเนินการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ไว้ กับสถาบันการเงินสำหรับสัญญาดูแลผลประโยชน์แต่ละราย และนำเงินที่ได้รับจากกลุ่มสัญญา ที่ต้องชำระเงินฝากไว้ในบัญชีดังกล่าว

3) ในกรณีที่สัญญาดูแลผลประโยชน์เลิกกันไม่ว่าด้วยเหตุใดผู้ดูแลผล ประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องดำเนินการเพื่อให้กลุ่มสัญญาได้รับชำระหนี้จากเงินในบัญชีดูแล

ผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

3.1.2.4 ค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

กำหนดให้ผู้สัญญาต้องออกค่าตอบแทนสำหรับการปฏิบัติหน้าที่หลักของผู้ดูแลผลประโยชน์ฝ่ายละเท่ากัน และในกรณีที่ผู้สัญญาฝ่ายใดร้องขอให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาให้บริการอื่นเพิ่มเติม ผู้สัญญาฝ่ายที่ร้องขอจะต้องชำระค่าบริการในส่วนดังกล่าว

3.1.2.5 หลักเกณฑ์ในการกำกับดูแลการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

1) ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีส่วนได้เสียกับผู้สัญญาไม่ว่าโดยตรงหรือทางอ้อม ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในกรณีที่ตนมีส่วนได้เสีย

2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องจัดทำสมุดทะเบียนเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์และจัดเก็บสมุดทะเบียนและสำเนาสัญญาดูแลผลประโยชน์ไว้เพื่อให้มีการตรวจสอบได้ไม่น้อยกว่าห้าปี

3) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องจัดเก็บทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาแยกออกจากทรัพย์สินของตน โดยต้องจัดทำบัญชีของกลุ่มสัญญาแต่ละรายแยกออกจากบัญชีทรัพย์สินของตน

4) ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาประสงค์จะเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีไม่น้อยกว่าหกสิบวัน และต้องดำเนินการจัดการเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ตนรับผิดชอบอยู่ให้เสร็จเรียบร้อยก่อนที่จะเลิกประกอบกิจการ

3.1.3 สิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

เมื่อผู้สัญญาตกลงกันให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาดำเนินการจัดทำสัญญาดูแลผลประโยชน์

3.1.3.1 สิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญาและผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

1) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องนำเงินที่ได้รับจากผู้สัญญาฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ภายในหนึ่งวันทำการ

2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงิน และจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

3) เมื่อผู้สัญญาได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโอนเงินพร้อมดอกเบี้ยในบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่ผู้สัญญาฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน และจัดให้มีการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือ

4) การโอนเงินออกจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ต้องดำเนินการโอนเข้าบัญชีของคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิได้รับชำระเงิน โดยตรง ห้ามถอนเป็นเงินสดหรือออกเป็นตัวเงิน เพื่อป้องกันการทุจริต

5) การเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์ไม่ว่าด้วยเหตุใดไม่กระทบสิทธิของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จะได้รับค่าตอบแทนและค่าบริการเพื่อการทำงานที่ได้จัดทำไปแล้ว เว้นแต่การเลิกสัญญาเกิดจากความผิดของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

6) ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงิน หรือ โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกว่าคู่สัญญาจะได้ออกคำสั่งหรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด

3.1.3.2 การคุ้มครองเงินในบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์

ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือสถาบันการเงินที่รับเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือถูกสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ได้กำหนดให้เงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์ได้รับความคุ้มครองโดยไม่ถือเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การยึดหรืออายัดในคดีแพ่งหรือเป็นทรัพย์สินที่อาจแบ่งแก่เจ้าหนี้ในคดีล้มละลาย

ส่วนในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาหรือถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ในระหว่างที่การปฏิบัติการชำระหนี้ตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ยังไม่ครบถ้วนนั้น ในพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้กำหนดมาตรการคุ้มครองเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์ไว้ เนื่องจากในกรณีนี้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องดำเนินการพิสูจน์สิทธิและหน้าที่ของตนที่จะได้รับตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งหรือคดีล้มละลาย แล้วแต่กรณี

3.1.4 การกำกับดูแลและตรวจสอบ

ให้มีคณะกรรมการกำกับการดูแลประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกอบด้วยปลัดกระทรวงการคลังเป็นประธานกรรมการ อธิบดีกรมที่ดิน ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนการธนาคารแห่งประเทศไทยและผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกิน 5 คน เป็นกรรมการ เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง และให้คำเสนอแนะแก่รัฐมนตรีในการออกใบอนุญาตและเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

3.1.5 การอุทธรณ์

การกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาสิทธิอุทธรณ์คำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองของคณะกรรมการต่อรัฐมนตรีได้ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งและกำหนดให้รัฐมนตรีต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ให้แล้วเสร็จภายใน 60 วันนับแต่วันที่รับอุทธรณ์

3.1.6 บทกำหนดโทษ

ร่างพระราชบัญญัตินี้ได้แยกบทกำหนดโทษทางปกครองและโทษทางอาญาออกจากกัน

3.1.6.1 โทษทางปกครอง

กำหนดให้การกระทำความผิดที่ไม่กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนและไม่รุนแรงต้องรับโทษทางปกครอง

ในกรณีที่ปรากฏแก่คณะกรรมการว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ใดดำเนินกิจการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 7 วรรคสอง⁸⁰ มาตรา 13⁸¹ มาตรา 15⁸² มาตรา 18⁸³ หรือมาตรา 24⁸⁴ ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ปรับปรุง ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนหรือปฏิบัติให้ถูกต้องหรือเหมาะสมภายในระยะเวลาที่กำหนด และในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการดังกล่าวให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง

⁸⁰ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 7 วรรคสอง บัญญัติว่า “...นอกจากหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาอาจให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ ตามที่มีข้อตกลงกับกลุ่มสัญญาได้ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด.”

⁸¹ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 13 บัญญัติว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องจัดทำทะเบียนเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องรักษาทะเบียน และสำเนาสัญญาดูแลผลประโยชน์ไว้ไม่น้อยกว่าห้าปีนับแต่วันที่ได้ลงรายการครั้งสุดท้ายในทะเบียนหรือวันที่ทำสัญญาดูแลผลประโยชน์โดยจะเก็บไว้ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบใดก็ได้.”

⁸² พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 15 บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาขึ้นรายงานหรือเอกสารใดๆเกี่ยวกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ โดยจะให้ทำคำชี้แจงเพื่ออธิบายหรือขยายความแห่งรายงานหรือเอกสารนั้นด้วยก็ได้.”

⁸³ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 18 บัญญัติว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องมีหนังสือแจ้งให้ผู้สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงิน และจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด.”

⁸⁴ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 24 บัญญัติว่า “เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์สิ้นสุดลง และได้มีการโอนเงินออกจากบัญชีดูแลผลประโยชน์หมดสิ้นแล้ว ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 17 วรรคหนึ่ง และแจ้งให้ผู้สัญญาทราบโดยทันที.”

ได้ กรณีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดใน กฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 10 วรรคสอง⁸⁵ หรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา 12⁸⁶ มาตรา 14⁸⁷ มาตรา 17⁸⁸ หรือมาตรา 22⁸⁹ ให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองได้ไม่เกิน

⁸⁵ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 10 วรรคสอง บัญญัติว่า “...ในการออก กฎกระทรวงกำหนดให้นิติบุคคลใดประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เกี่ยวกับการดำรงฐานะการเงิน การวางหลักประกันหรือหลักเกณฑ์อื่นใดให้นิติบุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติเพิ่มเติม จากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ก็ได้.”

⁸⁶ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 12 บัญญัติว่า “ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาซึ่งมีส่วนได้เสียกับคู่สัญญาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กับคู่สัญญาซึ่งตนมีส่วนได้เสีย.”

⁸⁷ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 14 บัญญัติว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาต้องจัดเก็บทรัพย์สินของคู่สัญญาแยกออกจากทรัพย์สินของตน โดยต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของคู่สัญญา แต่ละรายแยกออกจากบัญชีทรัพย์สินของตนรวมทั้งเก็บรักษาบัญชีดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการ ประกาศกำหนด.”

⁸⁸ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 17 บัญญัติว่า “เมื่อคู่สัญญาตกลงกันให้มี ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาดำเนินการจัดทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ตาม มาตรา 6 และดำเนินการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อสัญญาขายนั้นกับสถาบันการเงิน และนำเงินที่ได้รับจาก คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ดังกล่าวภายในหนึ่งวันทำการ

ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาออกหลักฐานเป็นหนังสือรับรองการฝากเงินส่งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ ต้องชำระเงินทุกครั้ง โดยให้ถือว่าหลักฐานดังกล่าวเป็นหลักฐานในการปฏิบัติเกี่ยวกับการชำระหนี้เงินตามสัญญา และให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแจ้งเป็นหนังสือให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการฝากเงินนั้น โดยทันที

ในกรณีที่ทรัพย์สินที่คู่สัญญาต้องส่งมอบหรือโอนสิทธิเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือแสดงสิทธิใน ที่ดิน ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินทราบและ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวบันทึกเป็นหลักฐานไว้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งสัญญาดูแลผล ประโยชน์ และห้ามจดทะเบียนโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญา.”

⁸⁹ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 22 บัญญัติว่า “เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์ เลิกกัน ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาพิจารณาดำเนินการ ดังต่อไปนี้

(1) ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินได้รับเงินและดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ หรือ

(2) ให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ได้รับเงิน และดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์

ให้คณะกรรมการประกาศกำหนดระยะเวลาการดำเนินการตาม (1) หรือ (2).”

ห้าแสนบาท ในการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง ให้คณะกรรมการคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่กระทำผิด ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครอง ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม และในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่ง หรือมีแต่ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ ให้คณะกรรมการมีอำนาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ ในกรณีนี้ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งให้ชำระค่าปรับนั้นชอบด้วยกฎหมาย ให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาและบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับได้ และให้กรรมการผู้จัดการหรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้น ต้องรับโทษปรับทางปกครองในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องรับโทษปรับทางปกครองด้วย เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่า มิได้มีส่วนร่วมในการกระทำความผิดนั้น หรือตนได้ป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว ให้คณะกรรมการเสนอให้รัฐมนตรีสั่งให้เพิกถอนใบอนุญาตของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ในกรณี

- 1) ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือเงื่อนไขของรัฐมนตรีในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาประสงค์จะเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ โดยรัฐมนตรีได้มีการกำหนดหรือมีคำสั่งให้ต้องปฏิบัติ
- 2) เคยถูกลงโทษปรับทางปกครองและกระทำการอันเป็นความผิดอย่างเดียวกัน และถูกลงโทษทางปกครองซ้ำอีก
- 3) กระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้

4) กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ดูแลประโยชน์ของคู่สัญญากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 48⁹⁰

ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาซึ่งถูกเพิกถอนใบอนุญาตหมดสิทธิในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ นับแต่วันที่มิคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ทำไว้กับคู่สัญญาก่อนถูกเพิกถอนใบอนุญาตและยังมีผลผูกพันอยู่ และให้คณะกรรมการมีอำนาจดำเนินการโอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ยังมีผลผูกพันอยู่ ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญารายอื่นดำเนินการแทนตามที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว โดยคณะกรรมการจะมอบอำนาจให้บุคคลใดดำเนินการแทนก็ได้

3.1.6.2 โทษทางอาญา

การกระทำความผิดที่รุนแรงและกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนต้องรับโทษทางอาญา โดยการกำหนดโทษทางอาญาได้ใช้โทษปรับทางอาญาเป็นหลัก

1) ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 9 วรรคหนึ่ง⁹¹ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท

⁹⁰ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 48 บัญญัติว่า “กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือพนักงานของผู้ดูแลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ใด กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(1) หลอกลวงคู่สัญญาด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งเกี่ยวกับกิจการที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่กระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาและการกระทำดังกล่าวทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของคู่สัญญา

(2) ยักยอกหรือทำให้เงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ลดลงจากจำนวนที่คู่สัญญาได้ฝากไว้

(3) ครอบครองทรัพย์สินของคู่สัญญาซึ่งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับ ไว้เนื่องจากการประกอบกิจการตามพระราชบัญญัตินี้ และเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สาม

(4) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีหรือเอกสารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จัดทำขึ้นตามหน้าที่ในการประกอบกิจการตามพระราชบัญญัตินี้

(5) กระทำการหรือไม่กระทำการโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวโดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของคู่สัญญา.”

⁹¹ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 9 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บุคคลตามมาตรา 10 ผู้ใดประสงค์จะประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการ.”

- 2) ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 11⁹² ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท
- 3) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่าฝืนมาตรา 16 วรรคหนึ่ง และวรรคสี่⁹³ มาตรา 20⁹⁴ หรือมาตรา 23⁹⁵ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าแสนบาท
- 4) ผู้ใดขัดขวางหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 34⁹⁶

⁹² พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 11 บัญญัติว่า “ห้ามบุคคลใดนอกจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อในธุรกิจว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา” หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเช่นเดียวกัน.”

⁹³ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 16 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาผู้ใดประสงค์จะเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่าหกสัปดาห์ก่อนเลิกประกอบกิจการ...

วรรคสี่ บัญญัติว่า “...ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาส่งคืนใบอนุญาตแก่รัฐมนตรีภายในสามสัปดาห์นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งอนุญาตให้เลิกประกอบกิจการ.”

⁹⁴ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 20 บัญญัติว่า “การโอนเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องโอนเข้าบัญชีของกลุ่มสัญญาซึ่งมีสิทธิได้รับเงิน โดยตรง และต้องแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้สัญญาดังกล่าวทราบโดยทันที.”

⁹⁵ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 23 บัญญัติว่า “เว้นแต่ในสัญญาดูแลผลประโยชน์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของกลุ่มสัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาส่งเงินหรือโอนทรัพย์สินให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกว่าผู้สัญญาจะได้รับความตกลงกันหรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด.”

⁹⁶ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 34 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในระหว่างเวลาทำการของสถานที่นั้นเพื่อตรวจสอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา รวมทั้งเก็บรวบรวมเอกสารหลักฐาน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

(2) อาศัยเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบหรือดำเนินคดีซึ่งต้องไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน

(3) สั่งให้กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือพนักงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญามาให้ถ้อยคำหรือให้แสดงหรือส่งสมุดบัญชี เอกสาร ดวงตราหรือสิ่งอื่นอันเกี่ยวกับกิจการ สินทรัพย์ และหนี้สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาและบุคคลข้างต้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ตาม (1) พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่หรือเป็นการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา.”

หรือไม่อำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 35⁹⁷ ต้องระวางโทษไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการหรือพนักงานของผู้ดูแลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ใดกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

1) หลอกลวงคู่สัญญาด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งเกี่ยวกับกิจการที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่กระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาและการกระทำได้กล่าวทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของคู่สัญญา

2) ชักยอกหรือทำให้เงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ลดลงจากจำนวนที่คู่สัญญาได้ฝากไว้

3) ครอบครองทรัพย์สินของคู่สัญญาซึ่งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับไว้เนื่องจากการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้ และเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สาม

4) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีหรือเอกสารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จัดทำขึ้นตามหน้าที่ในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้

5) กระทำการหรือไม่กระทำการโดยอาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวโดยทุจริตจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของคู่สัญญา

ผู้กระทำความผิดในส่วนอาญานี้ยกเว้นมาตรา 48 เป็นนิบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของนิบุคคลนั้น ต้องรับโทษไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น หรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว และบรรดาความผิดในโทษอาญานี้ยกเว้นมาตรา 48 ให้มีคณะกรรมการ 3 คน ซึ่ง 1 คน ต้องเป็นพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเปรียบเทียบกับที่รัฐมนตรีแต่งตั้งมีอำนาจเปรียบเทียบได้

3.2 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Law) ขึ้นใช้บังคับ โดยเป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ (state law) กล่าวคือ เป็น

⁹⁷ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 35 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ตามมาตรา 34 ให้บุคคลซึ่งเกี่ยวข้องอำนวยความสะดวกตามสมควร.”

กฎหมายที่มลรัฐต่างๆ ออกมาเพื่อใช้บังคับภายในอาณาเขตหรือเขตอำนาจของมลรัฐนั้นๆ ไม่ได้มีขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา และจากการสำรวจกฎหมายของมลรัฐทั้ง 50 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่า มลรัฐต่างๆ มีกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาบังคับใช้ในลักษณะต่างกัน

การศึกษากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาในบทนี้ กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาในรายละเอียดมากกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่น และเป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้เป็นเวลานาน วิทยานิพนธ์เล่มนี้ จึงได้ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นหลัก โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายมลรัฐอื่นๆ ในภาพรวมเพื่อให้เห็นความแตกต่างและความคล้ายคลึงของโครงสร้างกฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาดังต่อไปนี้

3.2.1 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

มลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ตรากฎหมายว่าด้วยการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมาจนปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี ค.ศ. 2006 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ ได้ประมวลรวมเป็นบทบัญญัติส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code) อยู่ในลักษณะ 6 ภายใต้ชื่อกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Division 6 Escrow Law) ประกอบด้วยบทบัญญัติตั้งแต่มาตรา 17000 ถึงมาตรา 17703 แบ่งเป็น 8 หมวด (Chapters) ได้แก่

| | |
|---|--|
| หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย | Chapter 1 Application of this Division |
| หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน | Chapter 2 License and Bond |
| หมวด 2.5 บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา | Chapter 2.5 Escrow Agents' Fidelity Corporation |
| ส่วนที่ 1 นิยาม | Article 1 Definitions |
| ส่วนที่ 2 วัตถุประสงค์และ ขอบเขตการค้าประกัน | Article 2 Purpose: Scope of Guarantee |
| ส่วนที่ 3 ค่าธรรมเนียมสมาชิกและ เงินประเมิน | Article 3 Membership Fee and Assessments |
| ส่วนที่ 4 บทบัญญัติทั่วไป | Article 4 General Provisions |
| หมวด 3 ข้อบังคับในการประกอบกิจการ ดูแลผลประโยชน์ | Chapter 3 Escrow Regulations |

| | |
|---|--|
| หมวด 4 การเพิกถอนใบอนุญาต | Chapter 4 Revocation of License |
| หมวด 5 การไต่สวน | Chapter 5 Hearings |
| หมวด 6 การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและ การชำระบัญชี | Chapter 6 Liquidation and Conservatorship |
| ส่วนที่ 1 การเข้าครอบครองโดย กรรมการ | Article 1 Possession by Commissioner |
| ส่วนที่ 2 การตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน | Article 2 Conservatorship |
| ส่วนที่ 3 การชำระบัญชีโดย กรรมการ | Article 3 Liquidation by the Commissioner |
| หมวด 7 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา | Chapter 7 Crimes and Civil Penalties |

3.2.1.1 การบังคับใช้กฎหมาย (Application of This Division)⁹⁸

บทบัญญัติในหมวด 1 ของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้บัญญัติคำนิยามและกำหนดถึงการบังคับใช้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยมาตรา 17003 (a) ได้ให้คำนิยามของคำว่า “การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” ไว้ดังนี้

“การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” หมายความว่า ชุกรกรรมใดๆ ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย การโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการให้เช่าซึ่งสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ได้ส่งมอบหนังสือตราสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร เงินหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ ในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีมูลค่าให้แก่บุคคลที่สาม เพื่อถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สาม แก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้คำมั่น ผู้รับคำมั่น เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทนหรือพนักงานของบุคคลใดนั้น

มาตรา 17004 ของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ให้คำนิยามของคำว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไว้ด้วยดังนี้

“ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” หมายความว่า บุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อการรับฝากหรือเพื่อการส่งมอบ กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดครอบคลุมไปถึงผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทางอินเทอร์เน็ต (Internet Escrow Agent) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 17003 (b) ว่าในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกิจการดูแลผลประโยชน์ ที่ดำเนินการทางอินเทอร์เน็ต (Internet Escrow

⁹⁸ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17000 ถึงมาตรา 17010.

Companies) นั้น การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้หมายความรวมถึง ธุรกิจใดๆ ที่บุคคลใด บุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการขายหรือการโอนสังหาริมทรัพย์หรือการบริการให้แก่บุคคลอีก คนหนึ่ง ได้ส่งมอบเงินหรือสิ่งที่มีมูลค่าเท่ากับเงิน ซึ่งได้รับการรับรองโดยวิธีการทางอินเทอร์เน็ต (Internet authorized Equivalent) ให้แก่บุคคลที่สาม เพื่อถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคล ที่สามแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้ค้ำประกัน ผู้รับค้ำประกัน เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทน หรือพนักงานของบุคคลใดนั้น และมาตรา 17004.5 ได้ให้คำจำกัดความของผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาทางอินเทอร์เน็ตไว้ด้วยดังนี้

“ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทางอินเทอร์เน็ต” (Internet Escrow Agent) หมายความว่า บุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อการรับ ฝากหรือเพื่อการส่งมอบที่ได้กระทำโดยผ่านทางอินเทอร์เน็ต

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 17006 บัญญัติให้นำมาบังคับใช้ แก่บุคคลทั่วไป เว้นแต่บุคคลดังต่อไปนี้

(1) ธนาคาร บริษัททรัสต์ (Trust Company) สถาบันเพื่อการรับฝากเงินและให้ กู้ยืมเงินเพื่อการซื้อหรือก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ (Building and Loan Associations) สถาบันเพื่อ การรับฝากเงินและการให้กู้ยืมเงินเพื่อที่อยู่อาศัย (Savings and Loan Associations) หรือบริษัท ประกันภัย (Insurance Company) ที่ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียหรือ กฎหมายระดับสหรัฐอยู่แล้ว

(2) ทนายความที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพในมลรัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งมี ความสัมพันธ์โดยสุจริตกับตัวการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์หรือสังหาริมทรัพย์และไม่ได้เป็น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(3) บุคคลใดๆ ที่ประกอบธุรกิจหลักในการรับประกันกรรมสิทธิ์ ภายใต้ กฎหมายว่าด้วยบริษัทประกันของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

(4) ตัวแทนนายหน้า ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานด้านอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Commissioner) ในขณะที่ทำหน้าที่อันเกี่ยวเนื่องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งผู้ นั้นเป็นตัวแทนหรือเป็นคู่สัญญาของธุรกิจนั้น และเป็นธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องอาศัย ใบอนุญาตการเป็นตัวแทนอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate License)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้จำกัดอำนาจในการมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำ หน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแทนบุคคลตาม (2) และ (4) โดยกำหนดให้สิทธิที่ได้รับ อนุญาตให้ประกอบอาชีพเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของบุคคลทั้งสองประเภทนั้นเป็นสิทธิ เฉพาะตัวของบุคคลนั้นและไม่สามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนตนได้ เว้นแต่บุคคล

ตาม (2) และ (4) จะเป็นผู้ควบคุมโดยตรง ทั้งนี้ การมอบหมายแก่บุคคลอื่นใดโดยมีบุคคล (2) และ (4) เป็นผู้ควบคุมโดยตรงนั้นไม่สามารถกระทำได้มากกว่าหนึ่งธุรกรรม

ในการดำเนินการตามกฎหมายนี้ ภาระการพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นจากคำนิยามตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตกเป็นภาระของบุคคลที่กล่าวอ้าง

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดส่งเอกสารใดๆ ของกรมการในการอนุมัติใบอนุญาต ภายใต้บทบัญญัติหมวด 1 ต้องส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียนให้แก่เลขานุการของนิติบุคคล (Secretary of The Corporation) นั้น โดยให้ส่งไปยังที่อยู่สุดท้าย ซึ่งปรากฏในบันทึกหรือในรายงาน ที่นิติบุคคลนั้นได้ยื่นต่อกรมการในการอนุมัติใบอนุญาต

3.2.1.2 การอนุญาตและหลักประกัน (License and Bond)⁹⁹

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้วางมาตรการควบคุมการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ไว้ว่า บุคคลที่จะประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น โดยกรมการเป็นผู้มีอำนาจในการอนุมัติใบอนุญาต และจะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมรายปีไม่เกิน 2,800 ดอลลาร์สหรัฐสำหรับสถานประกอบการดูแลผลประโยชน์แต่ละแห่ง

กฎหมายฉบับดังกล่าว ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow Law Advisory Committee) มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำและช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของกรมการ ตามกฎหมายฉบับนี้ คณะกรรมการชุดนี้ประกอบไปด้วย กรรมการทั้งหมด 11 คน มีทั้งที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้ง ซึ่งมาจากบุคคลในหลายสาขาอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ทนายความ ผู้ตรวจสอบบัญชี เป็นต้น โดยคณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมทุกๆ 3 เดือน (มาตรา 17214)

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดครอบคลุมไปถึงคุณสมบัติของบุคคลที่ทำงานในนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ด้วยว่า นิติบุคคลที่ประกอบกิจการดูแลประโยชน์นั้น ต้องประกอบไปด้วยบุคคลไม่ว่าจะเป็นเจ้าของ กรรมการ หรือลูกจ้าง ที่มีประสบการณ์ในการทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ในกรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานแห่งใหญ่ของนิติบุคคล แต่ถ้าเป็นกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานสาขาของนิติบุคคล ต้องมีบุคคลที่มีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาแล้วไม่น้อยกว่า 4 ปี และบุคคลดังกล่าวต้องอยู่ปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างเวลาทำการของนิติบุคคลนั้นด้วย

⁹⁹ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17200 ถึงมาตรา 17215.

สำหรับการยื่นขอใบอนุญาต ผู้ยื่นคำขอจะต้องทำเป็นหนังสือและใช้แบบฟอร์มที่กรมการกำหนดไว้ ในขณะที่ยื่นคำขอ ผู้ขอจะต้องนำหลักประกัน (Surety Bond) มาวางไว้แก่กรมการ เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ และหลังจากได้รับอนุญาตแล้ว ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องรักษาหลักประกันตามจำนวนที่กฎหมายกำหนด ซึ่งจะเป็นจำนวนที่แตกต่างจากหลักประกันที่ได้วางไว้ในครั้งที่ยื่นคำขออนุญาตประกอบการ ดังนี้

| | |
|-------------------------------------|---|
| หลักประกันจำนวน 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ | ร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน มีค่าเท่ากับ 250,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือน้อยกว่า |
| หลักประกันจำนวน 35,000 ดอลลาร์สหรัฐ | ร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน มีค่าตั้งแต่ 250,001 ดอลลาร์สหรัฐแต่ไม่มากกว่า 500,000 ดอลลาร์สหรัฐ |
| หลักประกันจำนวน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ | ร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน มีค่าตั้งแต่ 500,001 ดอลลาร์สหรัฐขึ้นไป |

หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องวางไว้แก่รัฐ ในขณะที่ยื่นคำขออนุญาตหรือเมื่อได้รับอนุญาตแล้วนี้ เป็นการวางเพื่อเป็นประกันว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จะต้องปฏิบัติตามและผูกพันตามบทบัญญัติของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และกฎข้อบังคับทั้งหลายที่ออกโดยกรมการอย่างซื่อสัตย์สุจริต ต้องจัดการเงินหรือทรัพย์สินที่ตนได้รับฝากไว้อย่างซื่อสัตย์สุจริต ต้องจ่ายเงินแก่รัฐหรือบุคคลใดๆ ที่ถึงกำหนดชำระ หรือที่ตนเป็นหนี้ซึ่งต้องชำระตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา รวมถึงบรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี โดยนำส่งเข้ารัฐเพื่อการใช้ของรัฐ หรือการใช้ในกรณีมีการฟ้องร้องผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กล่าวคือ หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่าฝืนการที่ตนประกันไว้ รัฐหรือบุคคลที่มีเหตุฟ้องคดีสามารถฟ้องร้องผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือผู้ค้า

ประกันภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ให้รับผิดชอบโดยเรียกเอาจากหลักประกันได้ (มาตรา 17202 และ มาตรา 17203) ทั้งนี้ การฟ้องร้องใดๆแก่หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาวางไว้กับรัฐนี้ กฎหมายกำหนดอายุความไว้ 2 ปี นับแต่วันที่การกระทำอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องเกิดขึ้นหรือนับแต่วันที่ที่มีการผิคนัด (มาตรา 17205)

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการฟ้องร้องคดีเอาจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบจากหลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาวางไว้กับรัฐเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องวางหลักประกันใหม่ทันทีที่มีการนำหลักประกันไปเยียวยาความเสียหายที่มีการฟ้องร้องคดีนั้น หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่วางหลักประกันใหม่ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้นำหลักประกันไปเยียวยาความเสียหายในการฟ้องร้องคดีดังกล่าว หรือภายใน 10 วันนับแต่วันที่กรมการ ได้แจ้งให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาวางหลักประกันใหม่ ถือเป็นเหตุพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ (มาตรา 17206)

นอกจากนี้ กฎหมายยังเข้าไปควบคุมให้ผู้ยื่นคำขอต้องส่งหลักฐานซึ่งแสดงตัวตนและยื่นแบบสอบถามตามแบบที่กรมการกำหนด เกี่ยวกับบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้นกรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสต์ ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการดูแลผลประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และรวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือที่กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้กำหนดเพื่อร้องขอประวัติอาชญากรรม และในกรณีที่กรมการตรวจสอบพบว่ามีบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ผู้ยื่นคำขอได้ส่งหลักฐานให้แก่กรมการนั้น มีคุณสมบัติไม่เหมาะสมรวมอยู่ด้วยกรมการจะแจ้งผู้ยื่นคำขอเป็นหนังสือ แสดงให้เห็นว่าคุณสมบัติของบุคคลที่ผู้ยื่นคำขออ้าง หรือเป็นผู้มีส่วนร่วม หรือมีผลประโยชน์ร่วมกับผู้ยื่นคำขอ ผ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอต้องดำเนินการแก้ไขรายชื่อของบุคคลดังกล่าว หากผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตาม กรมการสามารถปฏิเสธคำขอนั้นได้ (มาตรา 17209) ทั้งนี้ ในการตรวจคำขอรับใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้กรมการ มีอำนาจที่จะเรียกผู้ยื่นคำขอมาได้สวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมก็ได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตว่าจะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีทรัพย์สินมากกว่าหนึ่งลีน (มาตรา 17210)

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธคำขอไว้ดังนี้ (มาตรา 17209.3)

(1) บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจมากกว่าการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ หรือบริษัทใช้ชื่อที่อาจทำให้เกิดความสับสนกับผู้อื่นที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์แล้ว

(2) ผู้ก่อการ เจ้าหน้าที่ หรือกรรมการ มีประวัติทางอาชญากรรมหรือกระทำการทุจริตภายในระยะเวลา 10 ปี

(3) ผู้ยื่นคำขอไม่มีเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการที่มีประสบการณ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

(4) ผู้ยื่นคำขอไม่มีสถานะทางการเงินที่น่าเชื่อถือ

(5) การยื่นข้อเท็จจริงที่เป็นเท็จในการขอใบอนุญาต

(6) ผู้ยื่นคำขอ เจ้าหน้าที่ กรรมการ หรือผู้ก่อการของผู้ยื่นคำขอได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้หรือข้อบังคับอื่นที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกัน

เมื่อนิติบุคคลใดได้รับอนุญาต ให้ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว หากต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรสต์ ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในกิจการดูแลผลประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ผู้ได้รับอนุญาตต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต่อกรมการ โดยการยื่นเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

ในกรณีที่กรมการได้แจ้งแก่ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตว่า ผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรสต์ ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในกิจการดูแลผลประโยชน์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม เป็นผู้ที่มีประวัติอาชญากรรมในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา หรือเป็นผู้ที่ถูกศาลตัดสินเป็นที่สุดท้ายให้ต้องรับผิดทางแพ่งในช่วง 7 ปีที่ผ่านมา (มาตรา 17414.1) ห้ามบุคคลเหล่านั้นใช้เงินในทรัสต์หรือส่งจ่ายเช็คหรือทำกิจการดูแลผลประโยชน์ (มาตรา 17212.1)

กฎหมายได้กำหนดให้ใบอนุญาตในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ไม่สามารถโอนได้ไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมด และไม่ว่าจะโอนโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยการซื้อขายหุ้น การบังคับจำนำ หรือวิธีการอื่นใดโดยปราศจากความยินยอมจากกรมการ และในกรณีที่ผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องการ โอนขายหุ้นมากกว่าอัตราร้อยละ 10 ผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบการใหม่ เว้นแต่เป็นการโอนขายหุ้นโดยผู้ถือหุ้นให้แก่ผู้ที่เป็นผู้ถือหุ้นที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ ณ ขณะนั้น ในสัดส่วนที่ไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด (มาตรา 17213)

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงสถานประกอบการดูแลผลประโยชน์ กฎหมายกำหนดว่าต้องได้รับอนุมัติโดยกรมการ ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ดังกล่าว กฎหมายกำหนดบทลงโทษปรับไว้ในอัตราวันละ 10 ดอลลาร์สหรัฐสำหรับ 10 วันแรก และในอัตราวันละ 10 ดอลลาร์สหรัฐในระหว่างระยะเวลาที่ยังคงกระทำการฝ่าฝืนอยู่ (มาตรา 17213.1 และมาตรา 17213.2)

3.2.1.3 บริษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow Agents' Fidelity Corporation)¹⁰⁰

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดให้การเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในกิจการบางประเภท ต้องเป็นสมาชิกของบริษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow Agents' Fidelity Corporation) ซึ่งการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เป็นหนึ่งในประเภทที่ต้องเข้าเป็นสมาชิกของบริษัทดังกล่าว โดยการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นั้นรวมถึงการซื้อขาย การก่อการผูกพัน การเช่า การแลกเปลี่ยน การกู้ยืม หรือสิทธิยัดหน่วง ซึ่งมีขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นต้น (มาตรา 17312 (c) (1)) โดยผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่เป็นสมาชิกของบริษัทประกันความซื่อสัตย์ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 2.5 และกฎระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการบริหารของบริษัทประกันความซื่อสัตย์ (Board of Directors of Fidelity Corporation) ทั้งนี้ บริษัทประกันความซื่อสัตย์ไม่สามารถปฏิเสธการเข้าเป็นสมาชิกของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่ถือใบอนุญาตซึ่งมีผลบังคับใช้อยู่ได้

กฎหมายได้จัดตั้งบริษัทประกันความซื่อสัตย์ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่สมาชิกหรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจากการสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินที่เรียกว่า Trust Obligation¹⁰¹ ซึ่งสมาชิกได้รับฝากไว้เฉพาะที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเท่านั้น ในกรณีที่เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ถูกเจ้าหน้าที่ กรรมการ ทริสตี ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ หรือลูกจ้างของสมาชิกกระทำการฉ้อฉลเอาไปโดยทุจริตหรือยกออกไป โดยกฎหมายกำหนดให้บริษัทประกันความซื่อสัตย์พิจารณาว่าจะจ่ายหรือไม่จ่ายค่าเสียหายดังกล่าว ตามที่สมาชิกเรียกร้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่สมาชิกยื่นหลักฐานแสดงความเสียหาย สำหรับวงเงินที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ซึ่งเป็นสมาชิกของบริษัทประกันความซื่อสัตย์จะได้รับความคุ้มครองขึ้นอยู่กับอัตราเฉลี่ยของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นต่อสมาชิก คิดเป็นรายเดือนต่อสถานประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ที่ได้รับใบอนุญาตแต่ละแห่งดังต่อไปนี้ (มาตรา 17314)

¹⁰⁰ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17300 ถึงมาตรา 17350.

¹⁰¹ Trust Obligation คือ เงินหรือทรัพย์สินใดๆ ที่ฝากไว้กับสมาชิกในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ตามธุรกรรม การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาหรือเงินหรือทรัพย์สินทั้งหลายที่ฝากไว้กับสมาชิก ซึ่งถือไว้โดยทรัสต์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามกฎหมายสหรัฐ (Federal Law) หรือ กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือตามข้อกำหนดของหน่วยงานราชการ.

| | |
|---|---|
| อัตราเฉลี่ยของความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นรายเดือน ต่อสถานประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ที่ได้ รับใบอนุญาตแต่ละแห่ง (Monthly Average Escrow Liability Per Location) | วงเงินที่ได้รับความคุ้มครอง (Coverage) |
| ตั้งแต่ 0 - 1,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ | 1,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ |
| มากกว่า 1,000,000 - 3,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ | 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ |
| มากกว่า 3,000,000 - 5,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ | 3,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ |
| มากกว่า 5,000,000 - 7,500,000 ดอลลาร์สหรัฐ | 4,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ |
| มากกว่า 7,500,000 - 10,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ | 5,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ |

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้สมาชิก มีหน้าที่ต้องตรวจสอบวงเงินความรับผิด ที่เกิดขึ้นในแต่ละรอบเดือน หากสมาชิกพบว่า วงเงินความรับผิดได้เพิ่มจำนวน จนเกินกว่าอัตราเฉลี่ยของความรับผิดดังกล่าวไว้ข้างต้นแล้วนั้น สมาชิกมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อบริษัทประกันความซื่อสัตย์ โดยทันที เพื่อที่บริษัทประกันความซื่อสัตย์จะได้จัดหาวงเงินคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นให้ โดยบริษัทประกันความซื่อสัตย์จะเรียกเก็บเงินค่าเบี้ยประกันรายปีในส่วนของความคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นนี้ด้วย

ในกรณีที่อัตราเฉลี่ยความรับผิดของสมาชิกมากกว่า 10,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ สมาชิกจะต้องจัดหาหลักประกันจากผู้ค้าประกัน ซึ่งต้องเป็นผู้ค้าประกันในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เท่านั้น ในสัดส่วนความคุ้มครองหนึ่งดอลลาร์สหรัฐต่อทุกๆ สามดอลลาร์สหรัฐ ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่สมาชิกได้รับเก็บรักษาไว้ ในส่วนที่เกินจากที่ได้รับความคุ้มครองโดย บริษัทประกันความซื่อสัตย์

บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องให้บริษัทประกันความซื่อสัตย์ชดเชยความเสียหายได้นั้น ได้แก่สมาชิกหรือบุคคลซึ่งเป็นผู้สืบสิทธิของสมาชิกเท่านั้น (มาตรา 17330) และหากบริษัทประกันความซื่อสัตย์ได้วินิจฉัยแล้ว สมาชิกที่ได้รับความเสียหายจากคำวินิจฉัยดังกล่าว มีสิทธิยื่นคำร้องต่อกรรมการเพื่อให้มีการไต่สวนได้ โดยต้องยื่นภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่บริษัทประกันความซื่อสัตย์มีคำวินิจฉัย และกฎหมายกำหนดให้กรรมการ กำหนดวันเวลาเพื่อให้สำนักงานทำการไต่สวนภายในกำหนด 10 วันนับแต่วันที่รับคำร้องให้มีการไต่สวน และแจ้งกำหนดวันเวลาที่ทำการไต่สวนให้แก่สมาชิกผู้ยื่นคำร้องและบริษัทประกันความซื่อสัตย์ทราบ การไต่สวนดำเนินโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินคดีทางปกครอง (Administrative Law Judge) โดยกระบวนการไต่สวนต้องดำเนินไปอย่างสอดคล้องกับกระบวนการไต่สวนทางปกครอง (Administrative Adjudication Provisions) และคำตัดสินต้องแล้วเสร็จภายใน 120 วันนับแต่วันที่

มีการยื่นคำร้อง แต่ระยะเวลาดังกล่าวนี้สามารถขยายออกไปได้โดยผู้กรณีหรือโดยคำสั่งของเจ้าหน้าที่ไต่สวนคำร้อง หากมีเหตุสมควร

อย่างไรก็ตาม หากเป็นคำร้องในกรณีดังต่อไปนี้ กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาตัดสินชี้ขาดโดยศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น (มาตรา 17345.1)

(1) คำร้องที่เกิดขึ้นเนื่องจากบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ปฏิเสธที่จะชดใช้ความเสียหายสำหรับการสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินที่เป็น Trust Obligation และ

(2) คำร้องที่มีมูลมาจากกรรมการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ซึ่งมีการกล่าวหาว่าพนักงาน กรรมการ ทรัสต์ ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ ลูกจ้างของสมาชิกที่มีคำร้องนั้น เป็นตัวการในการกระทำความผิด หรือคำร้องที่จำเป็นต้องตัดสินข้อขัดแย้ง หรือข้อพิพาทในอสังหาริมทรัพย์ และมีความเป็นไปได้ว่า อาจจะมีการชดใช้ค่าเสียหายซ้ำซ้อนแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องจ่ายค่าสมาชิกในอัตรา 3,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อหนึ่งสถานประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์นอกจากค่าการเข้าเป็นสมาชิกแล้ว สมาชิกยังต้องจ่ายค่าเบี้ยประกันรายปี (Annual Premium) ด้วย

ในอัตราที่กฎหมายกำหนดในการดำเนินงาน ตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวมาข้างต้น กฎหมายกำหนดให้บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ต้องจัดตั้งและรักษาไว้ซึ่งกองทุนจำนวน 3 กองทุน เพื่อไว้ใช้สำหรับเป็นค่าใช้จ่าย ที่เกิดจากข้อเรียกร้องให้รับผิดชอบในความเสียหาย และเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการดำเนินงานของบรรษัทประกันความซื่อสัตย์กองทุนดังกล่าว ได้แก่

- (1) กองทุนค่าธรรมเนียมสมาชิก (Membership Fund)
- (2) กองทุนดำเนินงาน (Operations Fund)
- (3) กองทุนชดใช้ค่าเสียหาย (Fidelity Fund)

โดยหลักการในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่สมาชิกของบรรษัทประกันความซื่อสัตย์จะนำเงินจากกองทุนชดใช้ค่าเสียหาย มาใช้ในลำดับแรก หากเกิดกรณีที่ค่าเสียหายที่สมาชิกเรียกร้องมีจำนวนเกินกว่าเงินกองทุนชดใช้ค่าเสียหาย ก็จะนำเงินจากกองทุนค่าธรรมเนียมสมาชิก มาใช้โดยบรรษัทประกันความซื่อสัตย์จะเรียกเก็บเงินจากกองทุนค่าธรรมเนียมสมาชิก โดยเฉลี่ยระหว่างบัญชีของสมาชิกแต่ละราย และเงินที่นำมาเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับข้อเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ จะต้องนำมาเติมจำนวนที่นำออกไปจากกองทุนดำเนินงานหรือกองทุนชดใช้ค่าเสียหายในการเรียกร้องค่าเสียหาย กฎหมายกำหนดให้สมาชิกต้องเรียกร้องให้บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ชดใช้ค่าเสียหายภายในระยะเวลา 2 ปี (มาตรา 17314.1)

กรณีที่มีการเรียกเก็บเงินค่าเบี้ยประกัน แต่สมาชิกไม่ยอมชำระภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด ให้กรรมการมีอำนาจในการสั่งพักใช้ใบอนุญาตการประกอบกิจการของสมาชิกได้ (มาตรา 17323 (b))

ทั้งนี้ กล่าวโดยสรุปกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของมลรัฐ แคลิฟอร์เนีย กำหนดหลักประกันไว้ 2 ประเภท คือ

1) Surety Bond ได้แก่หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องวางไว้แก่กรมการในขณะยื่นขอรับใบอนุญาตเพื่อนำมาชดใช้ความเสียหายในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและทำให้รัฐหรือบุคคลภายนอกเสียหาย

2) Fidelity Bond ได้แก่หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องจ่ายเบี้ยประกันเข้าบริษัทประกันความซื่อสัตย์ในฐานะเป็นสมาชิกเพื่อนำมาชดใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในกรณีที่บิรวารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ทำให้เกิดความเสียหายในเงินหรือทรัพย์สินที่ฝากไว้กับสมาชิกตามธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Trust Obligation)

ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักประกันทั้ง 2 ประเภท อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่บิรวารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สินที่ฝากไว้กับสมาชิกตามธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Trust Obligation) และส่งผลให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก โดยบุคคลภายนอกดังกล่าว สามารถเรียกร้องให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจาก Surety Bond ได้ ในขณะเดียวกันผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เมื่อต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้ว ย่อมเรียกค่าเสียหายคืนจากบริษัทประกันความซื่อสัตย์ (Fidelity Bond) ได้

3.2.1.4 ข้อบังคับในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ (Escrow Regulations)¹⁰²

บทบัญญัติหมวด 3 ของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดข้อบังคับ เพื่อให้ผู้ได้รับใบอนุญาต ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ต้องปฏิบัติตาม ในขณะที่ดำเนินการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไว้หลายประการ ได้แก่

การห้ามบุคคลใดใช้ชื่อ หรือโฆษณาว่าตนเป็นผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เว้นแต่จะได้รับการได้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการดังกล่าว (มาตรา 17403) การห้ามบุคคลใดทำการแก้ไข ลบทิ้ง หรือเพิ่มเติม คำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไม่ว่าจะทำโดยทางอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่ หลังจากที่ได้มีการลงนาม หรือจัดทำคำสั่งเสร็จแล้ว ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นการแก้ไข ลบทิ้ง หรือเพิ่มเติม โดยบุคคลทั้งหมดที่เป็นคนจัดทำคำสั่งแรกเริ่ม รวมทั้งการห้ามไม่ให้ยอมรับคำสั่งที่ทำเป็นกระดาษเปล่า เพื่อมาเติมข้อความในภายหลัง หลังจากที่ได้มีการลงนามหรือจัดทำคำสั่งขึ้นแล้ว (มาตรา 17403.2) การกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ยื่น

¹⁰² California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17400 ถึงมาตรา 17425.

รายการค่าใช้จ่ายส่วนตัว และรายงานสถานะทางการเงิน ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นประจำทุกปี โดยเอกสารทั้ง 2 ประเภท จะต้องได้รับการรับรองจากผู้ตรวจสอบบัญชี ซึ่งต้องเป็นผู้ตรวจสอบบัญชีที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด หากมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ตรวจสอบบัญชีจากปีก่อน ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องทำหนังสือชี้แจงเหตุผล ของการเปลี่ยนผู้ตรวจสอบบัญชีนั้น หากผู้ตรวจสอบบัญชีในปีก่อน ไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาก็มีสิทธิที่จะทำการชี้แจงเป็นหนังสือตอบกลับเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หากกรรมการเห็นว่ามีความเหตุที่ควรให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญายื่นเอกสารเป็นรายเดือน หรือตามกำหนดระยะเวลาอื่นที่ไม่ใช่รายปี ก็สามารถจะกำหนดได้ มาตรา 17408 แห่งกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานี้ กำหนดให้อำนาจแก่กรรมการสั่งให้มีการดำเนินการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ยื่นต่อกรรมการ ไม่ว่าจะยื่นตามที่กฎหมายบัญญัติหรือตามคำสั่งของกรรมการก็ตาม แต่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากลับละเลยที่จะยื่นเอกสารเหล่านั้น นอกจากนี้กรรมการยังมีอำนาจในการกำหนดบทลงโทษแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ฝ่าฝืนการยื่นเอกสารดังกล่าวด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องจ่ายเงินค่าปรับสำหรับ 5 วันแรก นับจากวันที่ครบกำหนดต้องยื่นเอกสาร เป็นเงินจำนวนวันละ 100 ดอลลาร์สหรัฐ หลังจากนั้น ให้ปรับในอัตราวันละ 500 ดอลลาร์สหรัฐอย่างไรก็ตาม ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีสิทธิยื่นคำร้องขอให้มีการไต่สวน เกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าวได้ภายในกำหนดเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว หากไม่มีการยื่นคำร้องให้มีการไต่สวน กฎหมายกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับภายใน 5 วันทำการหลังจากนั้น

เมื่อคู่สัญญาได้ฝากเงิน ไว้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ส่งมอบต่อไปให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่มีการปิดธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กฎหมายกำหนดให้เงินทั้งหมด ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับฝากเพื่อการดังกล่าว ต้องทำการฝากหรือเก็บรักษาไว้ในบัญชีหนึ่ง เรียกบัญชีนี้ว่าบัญชีดูแลผลประโยชน์ (Trust Funds) หรือ (Escrow accounts) หรืออาจจะเรียกชื่อเป็นอย่างอื่นก็ได้เพื่อแสดงให้เห็นว่า เงินในบัญชีไม่ใช่เป็นเงินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยให้ฝากในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยหรือบัญชีกระแสรายวัน (Noninterest-Bearing Demand or Checking Account)¹⁰³ ไว้กับธนาคารของรัฐหรือของมลรัฐ (State or Federal Savings Bank) หรือไว้กับสถาบันเพื่อการรับฝากเงิน

¹⁰³ Checking account คือ บัญชีเงินฝากกระแสรายวันของประเทศสหรัฐอเมริกา.

ของสหรัฐหรือของมลรัฐ (State or Federal Saving Association) หรืออาจฝากในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยและสามารถเบิกจ่ายได้ทันที (Noninterest-Bearing Demand Account Subject to Immediate Withdrawal) ไว้กับบริษัทให้กู้เงินเพื่ออุตสาหกรรม (Industrial Loan Company) ที่ได้รับการค้ำประกัน โดยบริษัทประกันเงินฝากแห่งสหรัฐ (Federal Deposit Insurance Corporation) และได้รับอนุมัติให้รับเงินได้จากกรมการ แต่ภายหลังจากนั้นเงินจำนวนดังกล่าว สามารถฝากในบัญชีประเภทมีดอกเบี้ย (Interest-Bearing Account) ไว้กับธนาคารของสหรัฐหรือของมลรัฐ สถาบันเพื่อการรับฝากเงินของสหรัฐหรือของมลรัฐ บริษัทให้กู้เงินเพื่ออุตสาหกรรม เมื่อได้รับอนุมัติจากกรมการให้รับเงินนั้นได้ หรือฝากไว้กับเครดิตยูเนียน ทั้งในระดับสหรัฐหรือมลรัฐ (State or Federal Credit Union) หากผู้ฝากมีคุณสมบัติที่จะเป็นสมาชิกของเครดิตยูเนียนได้ ตามข้อบังคับของเครดิตยูเนียนนั้น ทั้งนี้ เงินจำนวนที่ฝากดังกล่าว ต้องฝากและเก็บรักษาไว้ต่างหากจากเงินที่เป็นของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และในการนี้กรมการ มีอำนาจกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จัดส่งบันทึกทางการเงินของบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อตรวจสอบได้ (มาตรา 17409)

เมื่อกลุ่มสัญญาได้ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้นำเก็บรักษาไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์แล้ว กฎหมายกำหนดให้เงินในบัญชีดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดีที่เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องบังคับคดีแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และ ไม่อยู่ในฐานะเป็นทรัพย์สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ทั้งนี้ หากมีดอกเบี้ยเกิดขึ้นแก่บัญชีดังกล่าว ดอกเบี้ยนั้นก็มิอยู่ในข่ายของการบังคับคดีเช่นเดียวกัน (มาตรา 17410)

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดถึงกรณีที่ว่า หากกรมการพบข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบหรือจากรายงานใดๆ ที่ส่งมาให้เห็นว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาอยู่ในฐานะมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือดำเนินกิจการอันมีลักษณะที่ไม่น่าจะปลอดภัย หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สาธารณะหรือลูกค้าได้ หากยังคงให้ดำเนินกิจการต่อไป หรือพบว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ปล่อยให้มูลค่าทรัพย์สินสุทธิของกิจการต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือละเลยที่จะรักษาสินทรัพย์สภาพคล่องตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่อาจปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องการวางหลักประกันได้ กรมการมีอำนาจที่สั่งให้หยุดการเบิกจ่ายเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ หยุดการส่งมอบหรือการบันทึกเอกสารที่ได้รับจากการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา หรือหยุดดำเนินกิจการดูแลผลประโยชน์ การส่งคำสั่งต้องทำโดยการส่งไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ หรือนำส่งด้วยตนเอง ทั้งนี้ ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าวมีสิทธิร้องขอให้ไต่สวนคำสั่งนั้นภายใน 15 วันนับแต่ได้รับคำสั่ง ถ้าไม่มีการร้องขอดังกล่าวภายใน 30 วัน ผู้ได้รับคำสั่งต้องดำเนินการตามคำสั่งต่อไป (มาตรา 17415)

3.2.1.5 การเพิกถอนใบอนุญาต (Revocation of License)¹⁰⁴

ในกรณีที่กรรมการมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา กำลังกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ กรรมการมีอำนาจที่จะทำการสอบสวนกิจการดูแลผลประโยชน์ และมีอำนาจทำการตรวจสอบหนังสือ บัญชี บันทึกร หรือเอกสารที่ใช้ในการดำเนินกิจการดูแลผลประโยชน์หรือของบุคคลใดๆ ซึ่งได้กระทำหรืออ้างว่าได้กระทำ ในฐานะตัวการหรือตัวแทน เพื่อให้การดำเนินการสอบสวนของกรรมการบรรลุล่วงวัตถุประสงค์ กฎหมายกำหนดให้กรรมการมีอำนาจที่จะเข้าไปยังสถานประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ และมีอำนาจที่จะตรวจสอบเอกสารต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ (มาตรา 17601) ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่กรรมการว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่าฝืนข้อบังคับของนิติบุคคล หรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเห็นว่าต้องปฏิบัติตาม กรรมการต้องส่งคำสั่งเป็นหนังสือแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเพื่อระงับการฝ่าฝืนดังกล่าวและคำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทันที แต่ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งเด็ดขาดเว้นแต่จะสอดคล้องกับมาตรา 17604 จึงจะถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด (มาตรา 17602)

ถ้าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเพิกเฉยที่จะจัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือตามที่กรรมการกำหนด ภายใน 10 วันนับจากวันที่กำหนดไว้ การเพิกเฉยหรือไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวให้ถือเป็นเหตุสำหรับการพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ (มาตรา 17602.5)

ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่กรรมการว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากำลังดำเนินการไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหาย กรรมการต้องมีคำสั่งโดยทำเป็นหนังสือถึงผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ให้ระงับการดำเนินการในลักษณะดังกล่าว คำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทันที แต่ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งเด็ดขาด เว้นแต่จะสอดคล้องกับมาตรา 17604 จึงจะถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด (มาตรา 17603)

มาตรา 17604 กำหนดไว้ว่า คำสั่งที่ออกตามมาตรา 17602 -17603 ไม่เป็นที่สุด เว้นแต่ กรรมการได้แสดงเจตนาให้คำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดพร้อมทั้งแสดงเหตุผลประกอบ และผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาสามารถแสดงเจตนาขอให้มีการไต่สวน ภายใน 15 วันทำการ หลังจากได้รับคำสั่งดังกล่าวได้แต่ถ้าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ได้ร้องขอให้มีการไต่สวน ภายใน 30 วันหลังจากวันที่ส่งคำสั่งและไม่มีมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นโดยกรรมการ ให้ถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องระงับการกระทำที่ถูกกำหนดไว้ในคำสั่งทันที แต่ในกรณีที่มีการร้องขอให้มีการไต่สวน กฎหมายกำหนดให้การไต่สวนเป็นไปตาม

¹⁰⁴ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17600 ถึงมาตรา 17609.2.

กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (Administrative Procedure Act) โดยกำหนดให้กรรมการเป็นผู้มีอำนาจภายใต้กฎหมายดังกล่าว เมื่อมีการไต่สวนแล้ว หากปรากฏข้อเท็จจริงแก่กรรมการว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหายหรือ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ฝ่าฝืนข้อบังคับของนิติบุคคลหรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ที่ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม กรรมการมีหน้าที่ต้องออกคำสั่งอันเป็นที่สุดและผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องระงับการกระทำที่ระบุไว้ในคำสั่งนั้น โดยทันที

เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับคำสั่งอันเป็นที่สุด ให้ระงับการกระทำใดๆ จากกรรมการ กฎหมายกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีสิทธินำคดีไปสู่ศาลภายในกำหนดระยะเวลา 10 วัน นับแต่วันที่คำสั่งเป็นที่สุด ซึ่งมีผลให้การบังคับตามคำสั่งของกรรมการถูกระงับเป็นระยะเวลา 10 วัน หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่นำคดีไปสู่ศาลภายใน 10 วันนับแต่วันที่คำสั่งเป็นที่สุด ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นโดยทันที (มาตรา 17605)

ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามคำสั่งใดๆ ของกรรมการ กฎหมายกำหนดให้กรรมการมีอำนาจที่จะเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ได้โดยทันที เว้นเสียแต่ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้มีคำขอคุ้มครองจากศาลให้มีการระงับใช้คำสั่งที่ทำให้เพิกถอนใบอนุญาตนั้น (มาตรา 17606)

ใบอนุญาตการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ให้ถือว่าถูกเพิกถอนเมื่อศาลมีคำสั่งให้มีการชำระบัญชีของบริษัท เว้นแต่ว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะไต่ยื่นคำขอคุ้มครองต่อศาลภายในกำหนด 10 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้มีการชำระบัญชีของบริษัท เพื่อระงับคำสั่งเพิกถอนไม่ให้มีผลบังคับ (มาตรา 17606.1)

หลังจากที่กรรมการได้ออกคำสั่งและได้ให้โอกาสที่จะรับฟังผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว กรรมการมีอำนาจที่จะพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ ในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่รักษาหลักประกันตามที่กฎหมายกำหนด
- 2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ หรือข้อบังคับใดๆ

ที่กรรมการ กำหนด

3) มีข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขใดซึ่งถ้ากรรมการได้ทราบในขณะที่ยื่นขอใบอนุญาตแล้วจะเป็นเหตุอันสมควรที่ทำให้กรรมการปฏิเสธการออกใบอนุญาตได้ (มาตรา 17608)

การเพิกถอน การพักใช้ใบอนุญาต การเวนคืน หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาต ไม่กระทบต่อสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ได้จัดทำไว้แล้ว แต่ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

เงินหรือเอกสารอื่นใดอีกหลังจากมีการเพิกถอน การพักใช้ใบอนุญาต การเวนคืน หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาตนั้น (มาตรา 17609)

3.2.1.6 การไต่สวน (Hearings)¹⁰⁵

ในการสอบสวน สืบสวน หรือการไต่สวนตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กรรมการอาจจัดให้มีการสาบาน การเบิกความของพยาน หรือออกหมายเรียกเพื่อให้พยานมาให้การและให้ทำหนังสือ เอกสาร และสิ่งอื่นใดได้ (มาตรา 17610)

กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่กรรมการจัดให้มีการสืบสวนเมื่อตนเห็นสมควรเพื่อกำหนดว่าบุคคลได้กระทำการฝ่าฝืน หรือกำลังกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติข้อบังคับ หรือคำสั่งใดของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือไม่ โดยกรรมการอาจจัดให้มีการเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอื่นใดของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (มาตรา 17611)

การสืบสวนดังกล่าวข้างต้น กฎหมายกำหนดให้กรรมการเข้าครอบครองหนังสือ บันทึก บัญชี หรือเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ภายในระยะเวลาตามสมควรแต่ไม่เกิน 30 วัน และต้องเก็บรักษาหลักฐานต่างๆ เป็นอย่างดี ไว้ในสถานที่เก็บรักษาตามปกติของหลักฐานเหล่านั้น ในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวห้ามบุคคลใดเคลื่อนย้ายหรือพยายามที่จะเคลื่อนย้ายหลักฐานเหล่านั้น เว้นแต่จะเป็นคำสั่งของศาลหรือได้รับความยินยอมจากกรรมการ (มาตรา 17611 (b))

เพื่อวัตถุประสงค์ในการสืบสวน หรือกระบวนการอื่นใดภายใต้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กรรมการอาจจัดให้มีการสาบานและการยืนยัน หมายเรียกพยาน การบังคับให้มาปรากฏตัวจัดหาพยานหลักฐาน และกำหนดให้มีการทำหนังสือ เอกสาร หนังสือโต้ตอบ บันทึกความเข้าใจ ข้อตกลง หรือเอกสารหรือบันทึกอื่นใด ซึ่งกรรมการเห็นว่าเกี่ยวข้องหรือเป็นหลักฐานที่สำคัญก็ได้ (มาตรา 17611 (c))

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหมายเรียกของกรรมการ เมื่อกรรมการยื่นคำขอต่อศาล ศาลอาจออกคำสั่งให้บุคคลนั้นปรากฏตัวต่อหน้ากรรมการ เพื่อแสดงพยานเอกสารหรือเพื่อส่งพยานหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำการสืบสวน หากบุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของศาล ศาลมีอำนาจที่จะสั่งว่าบุคคลนั้นละเมิดอำนาจศาลได้ (มาตรา 17611 (d))

ในการสืบสวนนั้น บุคคลที่ถูกเรียกให้มาพบกรรมการและมาให้การหรือเบิกความ หรือเสนอเอกสารหรือบันทึกใดๆ หรือถูกหมายเรียกให้มานั้น ไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามเช่นว่านั้น โดยอ้างเหตุว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการให้การปรักปรำบุคคล หรือทำให้ตน

¹⁰⁵ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17610 ถึงมาตรา 17614.

ต้องได้รับโทษทางอาญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ห้ามไม่ให้ฟ้องร้องหรือลงโทษบุคคลหรือบริวารทรัพย์สินของบุคคลจากธุรกรรม ที่บุคคลนั้นถูกบังคับให้เบิกความหรือเสนอพยานหลักฐาน หลังจากได้มีการเรียกร้องเอกสิทธิ์ที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองโดยชอบแล้ว เว้นแต่เป็นการฟ้องร้องหรือลงโทษในข้อหาเบิกความเท็จหรือหมิ่นอำนาจศาลจากการที่บุคคลนั้นได้เบิกความไว้ (มาตรา 17611 (e))

คำสั่ง คำตัดสิน การอนุญาต หรือการกระทำใดๆ ของกรมการฯ อยู่ภายใต้การทบทวนคำสั่งตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (มาตรา 17614)

3.2.1.7 การตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี (Liquidation and Conservatorship)¹⁰⁶

ในกรณีที่มีข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์มีเหตุดังต่อไปนี้

- 1) ล้มละลาย
- 2) ดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือในลักษณะไม่ปลอดภัย
- 3) ผ่าฝืนกฎหมายใดๆ ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย
- 4) ปฏิเสธที่จะยื่นหนังสือ เอกสาร หรือการงานใดๆ เพื่อการตรวจสอบของผู้ตรวจสอบ
- 5) ละเลยหรือปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งของกรมการฯ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจไว้ภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะมีการระงับคำสั่งดังกล่าว
- 6) เจ้าหน้าที่ กรรมการ หรือทรัสต์ ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ปฏิเสธที่จะให้คำสาบานเกี่ยวกับกิจการดูแลผลประโยชน์
- 7) เจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น ทนายความ ทรัสต์ ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้กระทำการชักออก หรือโอนถ่ายทรัพย์สิน หรือเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์จากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้น
- 8) ยอมให้มูลค่าทรัพย์สินสุทธิ (Tangible Net Worth) ต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย
- 9) เพิกเฉยที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องหลักประกันตามที่กำหนดในหมวด 2 ของกฎหมายนี้ที่ต้องให้แก่กรมการฯ (มาตรา 17621)

กฎหมายกำหนดให้กรมการฯ ต้องส่งหนังสือโดยสรุปข้อเท็จจริงโดยย่อไปยังสำนักงานแห่งใหญ่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีโอกาสที่จะแก้ไขตามที่กรมการฯ เห็นสมควร อย่างไรก็ดี ถ้าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

¹⁰⁶ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17621 ถึงมาตรา 17654.

ไม่ปฏิบัติตามหนังสือแจ้งภายในกำหนด 5 วัน หลังจากได้รับหนังสือแจ้ง หรือในกรณีที่
 กรรมการเห็นว่าการปฏิบัติตามเป็นไปไม่ได้ กรรมการมีอำนาจที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สิน
 และกิจการดูแลผลประโยชน์ได้ทันที และเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของ
 คู่สัญญาจะสามารถทำให้กิจการกลับไปเป็นเหมือนเดิมได้หรือกิจการดูแลผลประโยชน์ได้ทำการ
 ชำระบัญชีตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยความยินยอมของ
 กรรมการ สามารถเข้ามาฟื้นฟูกิจการได้ตามเงื่อนไขที่กรรมการกำหนด (มาตรา 17621)

ถ้าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของกรรมการใน
 เรื่องการเข้าครอบครองทรัพย์สินและกิจการ ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่ได้รับคำสั่งนั้นแล้ว
 กรรมการอาจร้องขอให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการบังคับตามคำสั่งของกรรมการ (มาตรา
 17625)

ในการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินหรือกิจการดูแลประโยชน์ให้แก่
 กรรมการ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องจัดทำและส่งมอบรายการทรัพย์สินและเงินที่ถือไว้
 ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ (มาตรา 17626)

ถ้ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้กรรมการ เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการของ
 ผู้ดูแลผลประโยชน์ กรรมการสามารถแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (Conservator) ของผู้ดูแลผลประโยชน์
 ของคู่สัญญานั้น และกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาดังกล่าววางหลักประกันตามที่
 กรรมการเห็นสมควร คณะกรรมการของกิจการดูแลผลประโยชน์สามารถร้องขอต่อกรรมการ
 เพื่อให้มีการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินดังกล่าว ภายใต้การควบคุมของกรรมการ กรรมการสามารถ
 เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการดูแลผลประโยชน์ และดำเนินการใดๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อเก็บ
 รักษาทรัพย์สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาระหว่างรอการจำหน่ายโอนกิจการดูแล
 ผลประโยชน์ ผู้ดูแลทรัพย์สินจะต้องเก็บรักษาทรัพย์สินและกิจการดูแลผลประโยชน์ จนกว่าทรัพย์สิน
 จะถูกส่งคืนแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือจนกว่ากรรมการจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น
 (มาตรา 17630)

ผู้ดูแลทรัพย์สินในขณะที่ครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการดูแลผลประโยชน์มี
 อำนาจและสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับกรรมการ ค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์สินให้จ่ายจากทรัพย์สินของ
 ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นสิทธิยึดหน่วง (Lien) ที่อยู่เหนือกว่าสิทธิ
 ยึดหน่วงอื่น (มาตรา 17631)

ถ้าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาสามารถแสดงให้กรรมการพอใจได้ว่า
 ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาสามารถดำเนินการได้อย่างปลอดภัยและเป็นประโยชน์ต่อ
 สาธารณชน กรรมการมีอำนาจสั่งให้ยกเลิกการดูแลทรัพย์สินนั้นได้ภายในเงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ
 ที่ กรรมการกำหนด (มาตรา 17634)

เมื่อกรรมการได้เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการดูแลผลประโยชน์แล้ว กรรมการอาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์ (Receiver) เพื่อทำการชำระบัญชีกิจการผู้ดูแลผลประโยชน์ (มาตรา 17636)

3.2.1.8 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา (Crimes and Civil Penalties)¹⁰⁷

บุคคลใดจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใดแห่งกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ต้องได้รับโทษปรับไม่เกินกว่า 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือต้องได้รับโทษจำคุก ถ้าเป็นการจำคุกในเรือนจำของมลรัฐ ให้ต้องโทษจำคุกเป็นเวลาตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ถ้าเป็นการจำคุกในเรือนจำของเทศมณฑล (County) ให้ต้องโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี แต่ห้ามไม่ให้บุคคลใดต้องถูกจำคุกในกรณีที่ว่าฝ่าฝืนข้อบังคับหรือคำสั่งใดแห่งกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ เว้นแต่บุคคลนั้นได้รู้ข้อบังคับหรือคำสั่งนั้น บุคคลที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามมาตรานี้ไม่เป็นการตัดสิทธิกรรมการจากการใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17423 ซึ่งเป็นอำนาจที่จะสั่งให้บุคคลที่น่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาหรือแก่สาธารณะ ห้ามไม่ให้ทำงาน ดูแลจัดการ หรือควบคุมผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาหรือสั่งยุติการกระทำดังกล่าวหรือพักการกระทำดังกล่าวเป็นเวลาไม่เกิน 12 เดือน (มาตรา 17700)

บุคคลใดที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ หรือฝ่าฝืนข้อบังคับหรือคำสั่งใด ที่ทำขึ้นตามกฎหมายผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ ต้องรับโทษปรับในทางแพ่งสำหรับการกระทำดังกล่าวเป็นเงินไม่เกิน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับแต่ละกระทงความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำโดยกรรมการจะเป็นผู้ที่นำคดีดังกล่าวฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในนามของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อให้ศาลกำหนดอัตราโทษดังกล่าว บทกำหนดโทษทางแพ่งนี้ไม่เป็นการระงับการเยียวยาทางอื่นที่ได้กำหนดไว้ในมาตราอื่น บทกำหนดโทษในทางแพ่งนี้อาจนำไปใช้ควบคู่กับบทกำหนดโทษอื่นๆ ได้ (มาตรา 17701)

บุคคลใดที่กระทำโดยเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในใบคำขอ หนังสือบอกกล่าว หรือรายงาน เพื่อยื่นต่อกรรมการภายใต้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ หรือภายใต้กฎข้อบังคับที่ออกภายใต้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ หรือจงใจเพิกเฉยไม่แสดงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งกำหนดให้ต้องแสดงในใบคำขอ หนังสือบอกกล่าว หรือรายงาน ถือว่าบุคคลนั้นกระทำการอันผิดกฎหมาย (มาตรา 17702)

¹⁰⁷ California Financial Code ตั้งแต่มาตรา 17700 ถึงมาตรา 17703.

3.2.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกา

มาตรการที่ใช้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอาคารชุดที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศไทยกับกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มีส่วนที่คล้ายคลึงและแตกต่างกันดังนี้

1) วัตถุประสงค์ของกฎหมายคล้ายคลึงกัน ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ว่าจะกำหนดมาตรการแตกต่างกันอย่างไร สิ่งที่คล้ายคลึงคือ กฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

2) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้มีการกำหนดในเรื่องหลักประกันความเสียหาย ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องวางในขณะยื่นขอรับใบอนุญาต รวมถึงไม่ได้มีการกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ได้รับใบอนุญาตต้องเป็นสมาชิกของบริษัทประกันความซื่อสัตย์ ทั้งนี้เพื่อเป็นการประกันความเสียหายแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา อันเกิดจากการปฏิบัติงานของตัวแทนหรือลูกจ้างของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ivo อย่างชัดเจน ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ที่กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องวางเงินหรือหลักประกันความเสียหาย อันเกิดจากการฝ่าฝืน หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือคำสั่งของหน่วยงานกำกับดูแลตามกฎหมาย

3) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่เมื่อไม่ได้มีลักษณะเป็นการบังคับให้คู่สัญญาต้องเลือกใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จึงไม่เป็นการสร้างกระบวนการที่เพิ่มขึ้นในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้ซื้อและผู้ขายยังเป็นตัวละครสำคัญและสามารถดำเนินการได้เองเพื่อปิดธุรกรรมการซื้อขายของตน ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างกระบวนการที่เพิ่มขึ้น ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทำให้ตัวละครที่เข้ามาเกี่ยวข้องในธุรกรรมซื้อขายมีเพิ่มมากขึ้น คือมีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพิ่มเข้ามา ทำให้ มีขั้นตอนที่สลับซับซ้อนขึ้น เพราะต้องทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ ทำการส่งมอบเอกสารและฝากเงินไว้กับบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์ รวมไปถึงมีค่าใช้จ่าย เพื่อปิดธุรกรรมขายที่เพิ่มขึ้นจากการที่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการใช้กิจการดูแลผลประโยชน์ด้วย

3.3 กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศออสเตรเลีย

เนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย นอกจากผู้ซื้อสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองแล้ว โดยปกติยังสามารถทำการผ่านทางตัวแทนนายหน้า (Real Estate Agent) หรือการประมูล (Auction) ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รัฐบาลของ

แต่ละมลรัฐและดินแดนของประเทศออสเตรเลีย จึงได้ดำเนินการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภครวม เพื่อให้มั่นใจว่าผู้บริโภครวมไม่ถูกเอาเปรียบ ในการติดต่อกับนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ โดยการประกอบอาชีพนายหน้าค้าที่ดินหรือตัวแทนค้าที่ดินในมลรัฐต่างๆของประเทศออสเตรเลีย ต้องผ่านเงื่อนไขการได้รับใบอนุญาต และกิจกรรมของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าว มีข้อจำกัดตามที่กำหนดในกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งกฎหมายการควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียนี้ ผู้ศึกษาขออธิบายกฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์

3.3.1 กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์

กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ มีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง 2 ฉบับ อันมีที่มาและรายละเอียดดังนี้

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย ทำได้ 2 รูปแบบ คือการซื้อขายผ่านนายหน้า และการซื้อขายผ่านการประมูล (Auction) โดย ผู้ขายทอดตลาด (Auctioneer) กล่าวเฉพาะการซื้อขายผ่านนายหน้า นายหน้าที่ว่านี้ หมายถึง บุคคลที่กระทำการแทนผู้อื่น เช่น ลูกค้าหรือตัวการ โดยหวังค่าตอบแทนซึ่งโดยปกติได้แก่ค่าธรรมเนียมหรือค่านายหน้า นายหน้ามีหน้าที่และความรับผิดชอบประกอบด้วย

1) เจริญหรือจัดการธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินต่างๆ รวมทั้ง การซื้อขายแลกเปลี่ยน และให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์หรือที่อยู่อาศัยก็ได้

2) ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทภายใต้ Strata Schemes Management Act 1996 หรือจาก Community Association, Precinct Association หรือ Neighborhood Association ภายใต้ The Community Land Management Act 1989

3) เก็บหลักประกัน (Bonds) เงินมัดจำ ค่าเช่า หรือค่าธรรมเนียม สำหรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์

4) จัดการทรัพย์สินที่ให้เช่า

โดยหลักแล้ว การทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ของแต่ละคนนั้นมีน้อยมากอาจจะมีเพียงไม่กี่ครั้งในชีวิต ดังนั้น นายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงควรนำเอาความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านอสังหาริมทรัพย์ที่ตนมีอยู่มาช่วยผู้ซื้อผู้ขาย เพื่อให้แต่ละฝ่ายได้ประโยชน์สูงสุด แต่มีนายหน้าบางคนและผู้ขายเอาเปรียบผู้บริโภครวม ถือเป็นโอกาสจากการขาดความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ซื้อ ในช่วงทศวรรษที่ 1940 รัฐบาลออสเตรเลียมีความกังวล เกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่ติดต่อกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ท้องถิ่นในการทำธุรกรรมซื้อขายบ้าน เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และอาจตกเป็นเหยื่อของนายหน้าที่ไม่ซื่อสัตย์ได้ง่าย ดังนั้น รัฐบาลจึงเกิดแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภครวมเหล่านี้ โดยการออกกฎหมายมากำกับอาชีพ

นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยกำหนดให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติในด้านต่างๆ ของบุคคลที่ต้องการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้มั่นใจว่า บุคคลที่จะมาประกอบอาชีพเหล่านี้ มีคุณสมบัติตามที่ต้องการทั้งด้านการศึกษา ทักษะ และความประพฤติ ทั้งนี้ เพื่อลดโอกาสในการเอาเปรียบลูกค้าลง นอกจากนี้รัฐบาลออสเตรเลียยังได้ออกกฎระเบียบจำนวนมาก เพื่อกำกับการค้าเงินงานของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองเจ้าของบ้านและผู้ที่ต้องการซื้อบ้านจากนายหน้าที่ไม่มีจริยธรรม โดยกฎระเบียบเหล่านี้ครอบคลุมทุกแง่มุม ตั้งแต่การลงลายมือชื่อในเช็คการเก็บค่าเช่าเพื่อตั้ง trust account และสุดท้าย รัฐบาลได้ดำเนินการตั้งกองทุนตามกฎหมาย (statutory funds) ขึ้นเพื่อชดเชยเงินให้กับบุคคลที่เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ เป็นมลรัฐหนึ่งที่ได้ออกกฎหมาย เพื่อกำกับดูแลผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ เป็นเวลาเกินกว่า 60 ปีที่การให้บริการด้านทรัพย์สินในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ ซึ่งรวมถึงการประกอบอาชีพนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนการจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 1941 (The Property, Stock and Business Agents Act 1941) กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการย้ายถิ่นฐาน และยังไม่มีความแน่นอนใดๆ นับจากนั้น มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับดังกล่าวหลายครั้ง การแก้ไขแต่ละครั้งสะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงในทางปฏิบัติของตลาดอสังหาริมทรัพย์ และความต้องการที่จะคุ้มครองผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 พระราชบัญญัติปี 1941 มีความซับซ้อนล้าสมัย และไม่สามารถตอบสนองความเปลี่ยนแปลงมากมายที่เกิดขึ้นในช่วง 20 ปีที่ผ่านมา ซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นหลายด้าน เช่น ด้านการขายอสังหาริมทรัพย์ การจัดการอสังหาริมทรัพย์ การเติบโตของอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์ ความก้าวหน้าของเทคโนโลยี ที่ส่งผลกระทบกับการสื่อสารการถ่ายโอนและจัดการเงินทุน และการเกิดขึ้นของตลาดในระดับประเทศที่เข้มแข็ง ดังนั้นจึงมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนการจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2000 (Property, Stock and Business Agents Act 2002) ขึ้นใหม่ เพื่อปรับปรุงและยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมที่ล้าสมัย และกำหนดกรอบภาคบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ ทั้งในปัจจุบันและอนาคตของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ขึ้นใหม่

3.3.1.1 Property, Stock and Business Agents Act 2002 หรือ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเป็นตัวแทนการจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2000

ภายใต้กฎหมาย Property, Stocks and Business Agents Act 2002 สามารถสรุปมาตรการในการคุ้มครองคู่สัญญาจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ดังนี้

1) ห้ามมิให้นายหน้ากระทำการแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน

Property, Stocks and Business Agents Act 2002 ตามมาตรา 48 กำหนดห้ามมิให้นายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นนายหน้าให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน นอกจากนี้ยังกำหนดห้ามมิให้นายหน้าเข้าทำสัญญานายหน้าที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายที่ดิน หากการให้บริการของนายหน้าภายใต้สัญญาดังกล่าว จะมีผลทำให้การทำหน้าที่ของนายหน้าเป็นการทำแทนทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกันซึ่งมีบทกำหนดโทษปรับหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม โดยกรณีนิติบุคคล (Corporation) ต้องรับโทษปรับ 200 หน่วย (Penalty Units) ส่วนกรณีอื่นต้องรับโทษปรับ 100 หน่วย (Penalty Units)

2) ห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ ที่เป็นลูกจ้างของนายหน้า และตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ หาประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะนายหน้าในการขายทรัพย์สิน

Property, Stocks and Business Agents Act 2002 ตามมาตรา 49 กำหนดให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์จากทรัพย์สินในฐานะนายหน้า เว้นแต่กรณีที่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือในแบบฟอร์มที่กำหนดโดยอธิบดี และบุคคลดังกล่าวกระทำการอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเกี่ยวกับการหาประโยชน์นั้น และต้องไม่ได้รับค่านายหน้าหรือผลประโยชน์อื่นใดจากธุรกรรมที่ตนได้รับประโยชน์แล้ว เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากตัวการ กรณีที่ถือว่าได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน ยกตัวอย่างเช่น บุคคลหรือญาติสนิทได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินหรือบริษัทที่มีจำนวนลูกจ้างไม่น้อยกว่า 100 คนซึ่งนายหน้าหรือญาติสนิทของนายหน้าเป็นลูกจ้างอยู่ด้วยได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน

3) การใช้บัญชีดูแลผลประโยชน์ (Trust Account หรือ Escrow Account)

ตามบทบัญญัติในหมวด 7 แห่ง Property, Stock and Business Agents Act 2002 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อคุ้มครองบุคคลที่นายหน้าหรือตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ ทำการเป็นตัวแทนจากการไม่ได้รับเงินตามสัญญา โดยสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

Property, Stocks and Business Agents Act 2002 ตามมาตรา 86 กำหนดให้ตัวแทนนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาต จะต้องทำการฝากเงินใดๆ ที่ตนได้มาในฐานะกระทำการแทนบุคคล อันเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามที่ตนได้รับใบอนุญาตไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้นเท่านั้น (Exclusively for That Person) และจะถอนเงินหรือจ่ายเงินให้แก่บุคคลนั้นได้ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากบุคคลนั้น ในการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ดังกล่าว ต้องเปิดบัญชีไว้กับสถาบันการเงินที่อธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม (Director-General Department of Fair-Trading) รับรอง การเปิดบัญชีให้เปิดในนามบริษัทที่ตัวแทนนายหน้าทำงานอยู่ หากเป็นตัวแทนนายหน้าอิสระ ให้เปิดในนามตัวแทนนายหน้านั้น แต่ต้องแสดงคำว่าบัญชีทรัสต์ (Trust Account)

ให้เห็นชัดเจนในข้อบัญญัติ ในสมุดบัญชีหรือบันทึกต่างๆ ของตัวแทนนายหน้า ตลอดจนในเช็คที่ส่งจ่ายออกจากบัญชีนั้น และหากมีการปิดบัญชีทรัสต์จะต้องแจ้งให้อธิบดีทราบภายใน 14 วัน การฝ่าฝืนข้อกำหนดต่างๆ ดังกล่าวจะได้รับโทษปรับ 100 หน่วย (Penalty Units)

กฎหมาย Property, Stocks and Business Agents Act 2002 ยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับบัญชีดูแลผลประโยชน์ในเรื่องหลักๆ ดังนี้

มาตรา 88 กำหนดห้ามมิให้นำเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์มาชำระหนี้ของตัวแทนนายหน้า

มาตรา 89 กำหนดให้ตัวแทนนายหน้าต้องแจ้งอธิบดีเป็นหนังสือ ในกรณีที่น่าจะมีการถอนเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์เกินบัญชีเกิดขึ้น (Trust Account Becoming Overdrawn) โดยต้องแจ้งจำนวนเงินที่ถอนเกินบัญชีและเหตุผลที่ถอนเกินบัญชี หากฝ่าฝืนได้รับโทษปรับ 100 หน่วย

มาตรา 90 กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ สถาบันการเงินที่รับฝากจะต้องนำส่งเข้าบัญชีของรัฐ (Statutory Interest Account) หากฝ่าฝืนได้รับโทษปรับ 100 หน่วย

4) การจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund)

Property, Stock and Business Agents Act 2002 กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหายไว้ โดยนายหน้าที่ได้รับการจดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการขึ้นทะเบียน (มาตรา 14 (1) (e))¹⁰⁸ กองทุนดังกล่าวจัดตั้งขึ้นโดยอธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม และประกอบด้วย

¹⁰⁸ 14 Eligibility for license or certificate of registration

(1) A natural person is eligible to hold a license only if the Director-General is satisfied that the person:

- (a) is at least 18 years of age, and
- (b) is a fit and proper person to hold a license and each person with whom the person is in partnership in connection with the business concerned is a fit and proper person to hold a license, and
- (c) has the qualifications required for the issue of the license, and
- (d) is not a disqualified person, and
- (e) has paid such part of any contribution or levy payable under Part 10 (Compensation Fund) as is due and payable on the granting of the license.

(1) เงินที่นายหน้าจ่ายค่าอกรภายใต้พระราชบัญญัตินี้
 (2) เงินที่อยู่ในบังคับหรือได้รับอนุญาตให้จ่ายเข้าบัญชีของกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหายไม่ว่าตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นใด

(3) เงินที่จ่ายจากบัญชีของรัฐ

(4) รายได้ที่เกิดจากการลงทุนของกองทุนเอง

กองทุนนี้ก่อตั้งขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (Pecuniary Loss) อันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (Failure to Account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับตน ได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ทั้งนี้ ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่การเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายจากกองทุนต้องกระทำภายใน 12 เดือน นับแต่วันที่รู้ถึงความบกพร่องดังกล่าว หรือภายในสองปีหลังจากที่มีความบกพร่องเกิดขึ้น แล้วแต่ว่าระยะเวลาใดจะสิ้นสุดก่อน แต่อย่างไรก็ตาม อธิบดีอาจไม่อนุญาตให้มีการเรียกร้องค่าชดเชยได้ หากกรณีปรากฏต่ออธิบดีว่าความเสียหายดังกล่าว เป็นผลมาจากการที่ไม่ยอมบรรเทาความเสียหาย หรือก่อให้เกิดความล่าช้าอย่างไม่สมควรในการเรียกร้อง

ในกรณีที่อธิบดีปฏิเสธไม่จ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้กับผู้ร้อง มาตรา 174 กำหนดให้ผู้ร้องสามารถดำเนินคดีกับกองทุนได้ แต่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีก่อน และต้องเป็นกรณีที่อธิบดีปฏิเสธการจ่ายด้วย สำหรับจำนวนเงินค่าชดเชยความเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้นั้น จะต้องไม่เกินจำนวนที่เสียหายจริง หักด้วยจำนวนเงินทั้งหมด หรือมูลค่าของผลประโยชน์อื่น ที่ผู้ฟ้องได้รับจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่กองทุนชดเชยความเสียหาย และจำนวนเงินหรือมูลค่าของผลประโยชน์ ที่อธิบดีคิดว่าผู้ฟ้องน่าจะได้จากแหล่งอื่น แต่ไม่ได้รับเนื่องจากความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้อง หรือเนื่องจากความละเลยของผู้ฟ้องเอง สำหรับอายุความในกรณีนี้คือ หกเดือนหลังจากผู้ฟ้องได้รับแจ้งว่าคำร้องของตนไม่ได้รับการอนุมัติ หรือระยะเวลาที่ศาลอนุญาตให้นานกว่านั้นตามที่ศาลเห็นสมควร

5) มาตรการลงโทษ (Sanction)

นอกจากมาตรการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวมาข้างต้น Property, Stock and Business Agents Act 2002 ยังมีบทกำหนดโทษทั้งที่เป็นโทษทางวินัย (Disciplinary Action) และโทษทางอาญา ในกรณีที่นายหน้าดำเนินการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด สรุปได้ดังนี้

โทษทางวินัย มีกำหนดอยู่ในภาค 12 ตั้งแต่มาตรา 194 ถึงมาตรา 203 ของ Property, Stock and Business Agents Act 2002 โดยมาตรา 191 กำหนดมูลเหตุสำหรับการลงโทษทางวินัยไว้หลายกรณี เช่น กรณีที่บุคคลฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือหรือพระราชบัญญัติอื่นที่รัฐมนตรีเป็นผู้รักษาการ หรือฝ่าฝืนกฎระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่ว่า

บุคคลนั้นจะถูกดำเนินคดีหรือถูกตัดสินว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ กรณีที่บุคคลไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุในใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน หรือกรณีที่บุคคลดำเนินธุรกิจหรือปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่เหมาะสมหรือไม่เป็นธรรมเป็นต้น

ขั้นตอนก่อนการลงโทษทางวินัยสำหรับผู้ฝ่าฝืนนั้น สามารถเริ่มต้นได้ 2 ช่องทางได้แก่

(1) กรณีที่มีบุคคลใดยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม (Director-General of Department of Fair-Trading) โดยคำร้องดังกล่าว ต้องระบุข้อกล่าวหาว่ามีการกระทำอันเป็นมูลเหตุในการลงโทษทางวินัย แก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาอย่างไร หรือ

(2) กรณีที่อธิบดีมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่า มีมูลเหตุในการลงโทษทางวินัยได้ กรณีเช่นนี้ อธิบดีจะมีหนังสือแจ้งไปยังบุคคลดังกล่าวเพื่อให้มาชี้แจง (Show Cause Notice) ตามมาตรา 195 โดยหนังสือดังกล่าว จะกำหนดให้บุคคลมาชี้แจงถึงเหตุที่ตนไม่ควรถูกลงโทษทางวินัย และกำหนดระยะเวลาให้มาชี้แจงไม่น้อยกว่า 14 วัน หลังจากได้รับหนังสือ บุคคลที่ถูกกล่าวหาอาจส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาต่ออธิบดี เกี่ยวกับเรื่องที่ตนถูกกล่าวหาได้ อธิบดีอาจพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ได้รับใบอนุญาตได้ชั่วคราว เป็นเวลาไม่เกิน 60 วัน หากเห็นว่ามูลเหตุสำหรับการลงโทษทางวินัยเหมาะสมกับการพักหรือเพิกถอนใบอนุญาต

ในกรณีที่อธิบดีเห็นว่ามิมีเหตุที่จะลงโทษทางวินัยได้ อธิบดีอาจกำหนดโทษทางวินัย ตามมาตรา 192 โดยออกคำสั่งเป็นหนังสือพร้อมเหตุผลไปยังบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ โทษทางวินัยตามมาตรา 192 ได้แก่

- (1) การเตือน
- (2) มีคำสั่งให้บุคคลแสดงต่ออธิบดีเกี่ยวกับลักษณะการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนของตน
- (3) มีคำสั่งให้บุคคลกระทำการเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตของตนภายในเวลาที่กำหนด
- (4) กำหนดค่าปรับทางแพ่ง¹⁰⁹

¹⁰⁹ ค่าปรับทางแพ่ง (Civil Penalty) เป็นแนวคิดใหม่เกี่ยวกับมาตรการการลงโทษโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคหรือนักลงทุนจากการกระทำความผิดอาญาบางประเภท เช่น ความผิดฐานปั่นหุ้น หรือความรับผิดชอบของผู้จัดการบริษัทมหาชนต่อผู้ถือหุ้น เป็นต้น ซึ่งมาตรการการลงโทษประเภทนี้ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ทางแพ่งในการพิสูจน์ความผิดแทนที่จะเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา โดยในบางกรณีเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้กำหนดค่าปรับซึ่งทำให้มีลักษณะใกล้เคียงกับค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายไทย.

- (5) พักใช้ใบอนุญาตแต่ไม่เกินระยะเวลาใบอนุญาต
- (6) ยกเลิกใบอนุญาต
- (7) ประกาศว่าบุคคลดังกล่าวขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร
- (8) ห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ายุ่งเกี่ยวกับการควบคุม จัดการ หรือการดำเนินธุรกิจที่ได้รับใบอนุญาต

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ถูกลงโทษทางวินัยสามารถยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการพิจารณาคำสั่งทางปกครอง (Administrative Decision Tribunal (ADT)) เพื่อทบทวนคำสั่งของอธิบดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยได้ตามมาตรา 200

นอกจากการลงโทษทางวินัยแล้ว หากอธิบดีเห็นว่าการฝ่าฝืนหรือการกระทำของผู้ได้รับใบอนุญาตคนใด มีความเสี่ยงต่อประชาชนหรือบุคคลที่ติดต่อกับบุคคลดังกล่าว อธิบดีอาจใช้มาตรการทางปกครองโดยการออกหนังสือเตือนไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 201 ในหนังสือเตือนต้องระบุถึงความเสี่ยงในการติดต่อกับบุคคลดังกล่าว การออกหนังสือเตือนจะมีถึงบุคคลที่สอบถามอธิบดีเกี่ยวกับผู้ได้รับใบอนุญาตที่จะออกหนังสือเตือนนั้น โดยวิธีการประกาศผ่านสื่อหรือส่งหนังสือไปยังตัวแทนสื่อ แต่อย่างไรก็ตาม อธิบดีต้องเปิดโอกาสให้บุคคลที่เกี่ยวข้องตั้งตัวแทนเพื่อชี้แจงต่ออธิบดีภายใน 48 ชั่วโมงก่อนการออกหนังสือเตือนดังกล่าว

โทษทางอาญา นอกจากโทษที่กำหนดอยู่ในมาตราต่างๆ อันเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีโทษอาญาที่กำหนดอยู่ในมาตรา 211 อีกด้วย ซึ่งกำหนดว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนใดรับเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแทนบุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมใดในฐานะผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียน โดยเงินที่ได้รับมานั้นเป็นเงินที่ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนได้รับมาในฐานะผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นเงินที่เก็บไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อรอให้ธุรกรรมสมบูรณ์ และได้กระทำการดังต่อไปนี้

- 1) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนนำเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
- 2) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนทะเลยที่จะส่งเงินหรือชำระเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้กับบุคคลที่ตนได้รับเงินมาหรือบุคคลที่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าวโดยฉ้อฉล ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือ
- 3) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนส่งเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยฉ้อฉลไปยังบัญชีอื่นโดยรู้ว่าเป็นบัญชีที่มีความไม่ถูกต้องในรายการสำคัญ (False in Any Material Particular) ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี

3.3.1.2 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003 หรือ กฎระเบียบว่าด้วยการเป็นตัวแทนการจัดการทรัพย์สิน หุ่น และธุรกิจการค้า ค.ศ. 2003

Property, Stock and Business Agents Regulation 2003 ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อ

- 1) ทำให้มั่นใจว่าการดำเนินธุรกิจของนายหน้าเป็นไปในลักษณะที่น่าเชื่อถือทั้งในด้านการเงินและด้านจริยธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการลดความเสี่ยงต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการติดต่อกับนายหน้า และ
- 2) เพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดในเชิงบริหารงานที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้

บทบัญญัติท้ายกฎระเบียบฉบับนี้ (Schedules) วางกฎเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติตนสำหรับผู้ได้รับใบอนุญาตและผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมาย (Schedule 1) วางกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการดำเนินงานของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Agents) ตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salespersons) และ On-Site Residential Property Managers (Schedule 2) ตลอดจนวางกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการดำเนินงานของนายหน้าผู้ซื้อ (Buyer Agents) (Schedule 5) ซึ่งผู้อยู่ได้บังคับจำเป็นต้องปฏิบัติตาม โดยมีรายละเอียดดังนี้

(1) Schedule 1 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติตน ซึ่งบังคับใช้กับผู้ได้รับใบอนุญาตและผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนภายใต้กฎหมาย Property, Stock and Business Agents Act 2002 ทุกคน ซึ่งมีลักษณะเหมือนเป็นประมวลความประพฤติ (Code of Conduct) หรือประมวลจริยธรรม (Code of Ethics) สำหรับผู้ประกอบการวิชาชีพนายหน้าทุกประเภท ดังนี้

ก. นายหน้าทุกคนต้องมีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับพระราชบัญญัติและกฎระเบียบต่างๆ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเภทของใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนที่ตนถืออยู่ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับการเช่าอสังหาริมทรัพย์การซื้อขายอย่างเป็นธรรม การดำเนินธุรกิจ การต่อต้านการเลือกปฏิบัติ และข้อมูลส่วนบุคคล เท่าที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย

ข. นายหน้าต้องมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ทางการเงินที่เกิดขึ้นในฐานะนายหน้า (Fiduciary Obligation)

ค. นายหน้าต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายอย่างซื่อสัตย์ ยุติธรรม และอย่างเป็นมืออาชีพ และไม่ทำให้คู่สัญญาเข้าใจผิด หรือหลอกลวงในการเจรจาหรือทำธุรกรรม

ง. นายหน้าต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามที่บุคคลที่มีอาชีพนายหน้าควรมี

จ. นายหน้าต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของลูกค้าโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมาย

ฉ. นายหน้าต้องไม่ใช่หรือเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาในระหว่างการทำการแทนลูกค้าหรือติดต่อกับลูกค้า ยกเว้นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากลูกค้าหรือกฎหมายกำหนดให้ต้องเปิดเผย

ช. นายหน้าต้องไม่กระทำการแทนบุคคลโดยไม่ได้รับมอบอำนาจเป็นลายลักษณ์อักษร

ซ. นายหน้าต้องทำตามคำสั่งของลูกค้า เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น

ฌ. นายหน้าซึ่งประจำสำนักงานจะต้องดำเนินการตามสมควรเพื่อให้มั่นใจว่าผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ได้รับการจดทะเบียนอื่นซึ่งสำนักงานได้ว่าจ้างได้ปฏิบัติตามกฎหมาย

ญ. นายหน้าต้องปฏิเสธการแต่งตั้งให้กระทำการหรือทำการต่อไปในฐานะนายหน้า หากการกระทำดังกล่าวจะทำให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ระหว่างนายหน้าและลูกค้า

ฎ. นายหน้าต้องไม่ทำให้เกิดการเข้าใจผิดในกรณีที่แนะนำลูกค้าให้แก่ผู้ให้บริการอื่นว่าผู้ให้บริการอื่นเป็นอิสระต่างหากจากตน

ฏ. ผู้ให้บริการจะถือว่าเป็นอิสระจากนายหน้า ต่อเมื่อ

- นายหน้าไม่ได้รับสิทธิในการขอคืนเงิน ส่วนลด ค่านายหน้า หรือประโยชน์อื่นใดจากการแนะนำลูกค้าไปให้ผู้ให้บริการ และนายหน้าจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องทั้งในด้านส่วนตัวและในทางการค้ากับผู้ให้บริการ

ตัวอย่างของความเกี่ยวข้องกันในด้านส่วนตัวและในทางการค้า เช่น ความสัมพันธ์ทางครอบครัว ความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ความสัมพันธ์ทางการเงิน ความสัมพันธ์ซึ่งบุคคลหนึ่งคุ้นเคยหรือมีหน้าที่ต้องกระทำตามคำสั่ง คำแนะนำ ของอีกคนหนึ่ง

ฐ. ในกรณีที่ผู้ให้บริการไม่เป็นอิสระจากนายหน้า นายหน้าต้องเปิดเผยต่อตัวการถึงลักษณะของความเกี่ยวพันที่ตนมีกับผู้ให้บริการ ไม่ว่าด้านส่วนตัวหรือด้านการค้า และมูลค่าของผลประโยชน์ที่ตนได้รับ อาจได้รับ หรือคาดว่าจะได้รับอันเนื่องมาจากการแนะนำลูกค้าให้แก่ผู้ให้บริการ

ฑ. นายหน้ามีหน้าที่ที่จะไม่แนะนำตัวการให้ใช้บริการของทนายความหรือผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (Conveyancer) หรือสำนักงานหรือบริษัทของบุคคลดังกล่าว หากนายหน้าพบว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการหรือจะกระทำการแทนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ไม่มี

ทนายความหรือผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (Conveyancer) อื่นในบริเวณดังกล่าวแล้ว ซึ่งหากเป็นไปได้ตามกรณียกเว้น นายหน้ามีหน้าที่ต้องให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่ตัวการทราบ

ค. นายหน้าต้องไม่เสนอว่าจะให้ของข่วหรือผลประโยชน์ใดกับบุคคลอื่น เพื่อชักจูงใจให้บุคคลดังกล่าวใช้บริการของตน

ด. นายหน้าต้องไม่ชักจูงลูกค้าหรือลูกค้าโดยผ่านการโฆษณาหรือการสื่อสารทางอื่นที่ตนรู้หรือควรรู้ว่าไม่เป็นความจริงหรือทำให้เข้าใจผิด

ค. นายหน้าต้องไม่ส่งหรือเสนอเอกสารใดให้บุคคลเพื่อลงนามในเอกสารดังกล่าว เว้นแต่ในเวลาที่ยังหรือเสนอเอกสารนั้นได้มีการใส่สาระสำคัญทั้งหมดลงในเอกสารแล้ว

ค. นายหน้าต้องไม่นำเสนอสภาพหรือผลบังคับของบทบัญญัติ ตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้อย่างผิดๆ

ค. นายหน้าต้องไม่เสนอสัญญาขายหน้าหรือเงื่อนไขใดในสัญญาดังกล่าวไม่ว่าเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยทำให้เข้าใจว่ารูปแบบสัญญาหรือเงื่อนไขที่ระบุในสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้

(2) Schedule 2 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Agents) ตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Salespersons) และ On-Site Residential Property Managers ดังนี้

ก. นายหน้าต้องไม่กระทำการใดๆ ที่เกี่ยวกับการขายทรัพย์สินแทนตัวการจนกว่าจะได้ทำการตรวจสอบสภาพเบื้องต้นทางกายภาพของทรัพย์สินก่อน

ข. ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาตัวแทนนายหน้าเกี่ยวกับการขายทรัพย์สิน นายหน้าต้องเตรียมการและจัดทำรายงานการตรวจสอบที่เกี่ยวข้องกับการขายทรัพย์สิน โดยรายงานต้องระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้ และลงนามโดยนายหน้า

- ชื่อและที่อยู่ของตัวการ
- วันที่จัดทำรายงาน
- ชื่อของนายหน้า ที่อยู่สำนักงาน และหมายเลขโทรศัพท์
- รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมทั้งที่อยู่ของทรัพย์สิน และ

รายละเอียดอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อสามารถระบุตัวทรัพย์สินได้ง่าย

- รายละเอียดของส่วนควบหรือสิ่งใดที่จะขายพร้อมกับทรัพย์สิน
- เงื่อนไขในการขายที่นายหน้าทราบ

- ข้อเสนอแนะของนายหน้าเกี่ยวกับวิธีการที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการขายทรัพย์สินดังกล่าว

- รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิยึดหน้าวง ภาระค้ำประกัน ข้อบกพร่องประกาศหรือคำสั่งของรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินที่นายหน้าทราบ

- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับการทำการตลาดและการแสดงทรัพย์สิน

- ชื่อ ที่อยู่สำนักงาน หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่สำหรับส่งเอกสารของนายความของตัวการ

ค. นายหน้าต้องแจ้งให้ตัวการทราบถึงคำเสนอเสนอซื้อให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ภายหลังจากที่ได้รับคำเสนอจนกระทั่งมีการแลกเปลี่ยนสัญญา โดยไม่คำนึงถึงคำสั่งของตัวการหนังสือแจ้งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุตัวผู้ส่งคำเสนอ กรณีนี้ไม่ใช่บังคับกับการซื้อขายโดยการประมูล

ง. ในกรณีที่เป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยผ่านการประมูล หากการเสนอราคาต่ำกว่าราคาขั้นต่ำที่ตัวการกำหนดไว้ ห้ามมิให้ผู้ดำเนินการประมูลยกเลิกราคาดังกล่าวจนกว่าจะได้รับความยินยอมจากตัวการหรือกรรมการจากตัวการ

จ. นายหน้าต้องออกไปเสร็จรับเงินให้กับผู้วางเงินมัดจำ (Expression of Interest Deposit) ที่มอบให้ก่อนการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อผู้วางเงินมัดจำว่าตัวการที่ตนทำการแทนนั้น ไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบให้ในเวลาที่ได้รับเงินมัดจำ หลังจากที่ได้รับเงินมัดจำ นายหน้าต้องแจ้งตัวการถึงการวางเงินมัดจำดังกล่าวทันที นอกจากนี้ นายหน้าต้องแจ้งให้ผู้วางมัดจำทราบหากต่อมาตนได้รับคำเสนอขอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น โดยนายหน้าต้องให้คำแนะนำผู้วางเงินมัดจำถึงสิทธิในการทำคำเสนอใหม่ จนกว่าจะมีการแลกเปลี่ยนสัญญา

ฉ. ในกรณีที่นายหน้าได้รับการแต่งตั้งให้ขายทรัพย์สินซึ่งมีการเช่าอยู่ นายหน้าต้องทำการแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งดังกล่าวพร้อมกับหนังสือแต่งตั้งให้นายหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารทรัพย์สินดังกล่าวทราบ

ช. นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้องค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใดสำหรับการแนะนำตัวการให้แก่นายหน้าของผู้ซื้อ

ซ. นายหน้าต้องไม่ทำการเสนอราคาในการประมูลแทนบุคคลที่ส่งนายหน้าผ่านทางโทรศัพท์ เว้นแต่

- มีการมอบอำนาจเป็นหนังสือซึ่งนายหน้าได้ทำการเสนอราคาตามที่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าว โดยหนังสือมอบอำนาจต้องมีรายละเอียดว่าผู้มอบอำนาจได้รับสำเนาของเงื่อนไขซึ่งสามารถปรับใช้เกี่ยวกับการขาย และ

- เป็นที่พอใจของนายหน้าว่าบุคคลดังกล่าวได้รับสำเนาเกี่ยวกับเงื่อนไขทั้งหมดแล้ว

(3) Schedule 5 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าผู้ซื้อ (Buyer Agents) ดังนี้

ก. ก่อนที่จะทำสัญญานายหน้าผู้ซื้อกับตัวการเพื่อดำเนินการในฐานะนายหน้าผู้ซื้อ นายหน้าต้องเตรียมและจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับรายละเอียดทรัพย์สิน ซึ่งลงนามโดยนายหน้าและมีรายละเอียด ดังต่อไปนี้

- รายละเอียดที่นายหน้าทราบเกี่ยวกับชนิดของทรัพย์สินที่ต้องการซื้อ

- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะถูกซื้อ

ข. นายหน้าต้องแจ้งถึงผลของการเจรจาเกี่ยวกับราคาซื้อในแต่ละขั้นตอนตามที่ได้รับคำสั่งจากตัวการให้ตัวการทราบอย่างสม่ำเสมอ แต่กฎนี้ไม่ใช้กับกรณีการเสนอราคาในการประมูล

ค. นายหน้าต้องใช้ความพยายามอย่างที่สุดเพื่อที่จะได้ราคาซื้อต่ำที่สุดโดยไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรม หรือเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานวิชาชีพนายหน้า

ง. ในการเจรจา นายหน้าต้องไม่เจรจาเกินราคาที่ตัวการกำหนดไว้แต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ในกรณีซื้อทรัพย์สินโดยการประมูล ห้ามนายหน้าทำการเสนอราคาที่สูงกว่าที่ตัวการกำหนดไว้แต่จะได้รับการอนุญาตเป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

จ. เมื่อมีการวางมัดจำ (Expression of Interest Deposit) ที่เกี่ยวกับการเสนอซื้อทรัพย์สินก่อนที่มีการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อตัวการว่าผู้ขายนั้นไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบไว้ในเวลาที่ได้รับใบเสร็จรับเงินค่ามัดจำ หลังจากนั้น นายหน้ามีหน้าที่ต้องแจ้งตัวการทราบทันทีเมื่อคนได้ทราบถึงการยื่นคำเสนอขอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น

ฉ. นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้องค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใดสำหรับการแนะนำตัวการให้แก่ นายหน้าของผู้ขาย

3.3.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย

ในเบื้องต้น กล่าวได้ว่าระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทย คล้ายคลึงกับระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย ซึ่งผลที่ตามมา ก็คือ คู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะทำการตรวจสอบหรือพิสูจน์สิทธิกันได้โดยการตรวจสอบจากทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลและรับรองให้ เมื่อรัฐเข้ามาดูแลการจัดเก็บรักษาและรับรองทะเบียนกรรมสิทธิ์ ทำให้การตรวจสอบและพิสูจน์สิทธิในอสังหาริมทรัพย์ของทั้งสองประเทศทำได้ง่ายและชัดเจนยิ่งขึ้น และคู่สัญญาสามารถดำเนินการได้เอง แต่การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลียมีความแตกต่างจากประเทศไทยตรงที่ ในประเทศออสเตรเลียผู้ซื้อและผู้ขายส่วนใหญ่จะทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ผ่านตัวแทนนายหน้า (Real Estate Agent)¹¹⁰ ด้วยวิธีการในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์แตกต่างกัน การตรากฎหมายเพื่อกำหนดมาตรการในการคุ้มครองหรือดูแลรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาจึงมีความแตกต่างกันไปตามข้อเท็จจริงของแต่ละประเทศ กฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันในวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะกฎหมายจะกำหนดมาตรการต่างกันอย่างไร แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ของผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่ว่ากฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียมุ่งคุ้มครองคู่สัญญาจากการเอาเปรียบหรือการฉ้อโกงของผู้ประกอบการเป็นตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Agent) สำหรับส่วนที่ต่างกันระหว่างมาตรการที่ใช้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในกฎหมายของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียนั้น มีดังนี้

1) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่มีการควบคุมผู้ที่กระทำการเป็นตัวแทนนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ประเทศออสเตรียมีมาตรการดังกล่าว โดยกฎหมายกำหนดให้การเป็นตัวแทนนายหน้าต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศออสเตรียอาศัยการดำเนินงานของตัวแทนนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นส่วนใหญ่ คู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายถือเป็นผู้บริโภคที่ใช้บริการของตัวแทนนายหน้า จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าเพื่อคุ้มครองผู้ที่อาศัยบริการนั้น ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้ยินยอมให้ตัวแทนนายหน้าในการซื้อขาย

¹¹⁰ ศิริพร เอี่ยมรงค์ชัย, อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ. (2550). กฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศออสเตรเลีย. หน้า 45.

2) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่ได้มีการกำหนดให้ชัดเจนในเรื่องกองทุนประกันความเสียหายที่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อได้ทันที แตกต่างจากกฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดให้มีกองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund) เพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (Pecuniary Loss) ให้แก่บุคคลที่ได้รับ ความเสียหายอันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (Failure to Account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตัวแทนนายหน้าได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ไม่ว่าจะความเสียหายดังกล่าว จะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาทันทั่วถึง ถือเป็น หลักประกันที่สร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาได้อย่างชัดเจน สำหรับปัญหาของประเทศไทยเกี่ยวกับ กรณีที่ผู้ซื้อมักจะโดนผู้ขายหรือผู้ประกอบการเอารัดเอาเปรียบหรือหลอกลวงง้อโกงนั้น ทำให้ รับทราบข้อเท็จจริงว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียนั้น มีลักษณะที่แตกต่าง จากประเทศไทย โดยผู้ซื้อจะซื้อบ้านและที่ดินจัดสรรได้เมื่อได้มีการก่อสร้างเสร็จแล้ว ข้อเท็จจริง เช่นนี้ ทำให้ปัญหาที่ผู้ซื้อมักถูกโกงหรือเอารัดเอาเปรียบย่อมเกิดขึ้นได้น้อย และสามารถ ใช้ มาตรการตามกฎหมายทั่วไปมาเยียวยาได้โดยไม่ต้องออกกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้¹¹¹

จากการศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการ ทำธุรกิจอาคารชุดของไทยและต่างประเทศ ซึ่งได้แก่ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศ ออสเตรเลียแล้ว ทำให้ได้ทราบและเข้าใจในหลักเกณฑ์ของต่างประเทศ ซึ่งสามารถนำหลักเกณฑ์ บางประการมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ ซึ่งเป็นสิ่งที่วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ต้องการศึกษาเพื่อ จะได้นำมาวิเคราะห์ถึงปัญหาในแต่ละกรณี และนำมาวางเป็นมาตรฐานในการออกกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับต่างๆ ซึ่งจะได้ทำการศึกษาในบทต่อไป

¹¹¹ แหล่งเดิม.

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหากฎหมายเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติ การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

การขยายตัวอย่างรวดเร็วของธุรกิจอาคารชุดช่วงต้นปี 2532 เป็นสาเหตุส่วนหนึ่งของการขาดแคลนบุคลากรในสาขาการก่อสร้าง การขาดแคลนวัสดุก่อสร้าง การเพิ่มขึ้นของต้นทุนการก่อสร้าง ซึ่งส่งผลสะท้อนให้โครงการอาคารชุดต่างๆ เกิดความไม่แน่นอน นอกจากนี้ยังมีปัญหาอื่นตามมา หลังจากโครงการต่างๆ เริ่มดำเนินการและได้ก่อสร้างเสร็จแล้ว เช่น ความไม่พร้อมของระบบสาธารณูปโภคของโครงการ และที่สำคัญคือปัญหาการจัดระบบการบริหารอาคารชุดหลังการขาย ซึ่งเคยเป็นจุดล้มเหลวของธุรกิจอาคารชุดมาแล้วในยุคแรก ปัญหาต่างๆ แยกพิจารณาได้ดังนี้¹¹²

1) ปัญหาที่เกิดจากความไม่แน่นอนของโครงการ

สืบเนื่องมาจากปัญหาการขาดแคลนบุคลากรและวัสดุก่อสร้าง ส่งผลให้โครงการต่างๆ ไม่สามารถดำเนินการตามแผนการการลงทุนที่กำหนดไว้ได้ ผู้ลงทุนจึงจำต้องแบกรับภาระต้นทุนโครงการที่เพิ่มขึ้น บางรายที่ฐานะการเงินหรือการสนับสนุนทางการเงินไม่ดีพออาจต้องล้มเลิกโครงการไปซึ่งเป็นที่ผู้ลงทุนกระทำไม่ได้โดยไม่ยากนัก ผู้จองซื้อห้องชุดจะมีเพียงสัญญาจองซื้อห้องชุดกับความศรัทธาและความเชื่อมั่นต่อเจ้าของโครงการเท่านั้น ผู้ซื้อห้องชุดก็จะทำได้เพียงการฟ้องเรียกค่าเสียหายทางคดีแพ่งเท่านั้น

2) ปัญหาความไม่พร้อมของระบบสาธารณูปโภค

ซึ่งภาครัฐบาลยังไม่สามารถจัดหาบริการสาธารณูปโภค สำหรับการรองรับการเติบโตของธุรกิจอาคารชุดได้เพียงพอ โดยเฉพาะระบบการจราจร ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ ระบบป้องกันอัคคีภัย และระบบกำจัดขยะมูลฝอย เป็นต้น

3) ปัญหาการจัดระบบการบริหารอาคารชุดหลังการขาย

เนื่องจากการอาศัยอยู่ในอาคารชุดสมาชิกในอาคารชุดจะต้องรับผิดชอบทรัพย์สินส่วนกลางของอาคารชุดร่วมกัน ซึ่งขัดกับนิสัยรักอิสระของคนไทย ประกอบด้วยกับบริษัทที่มีความ

¹¹² ไชยยศ เหมะรัชตะ. (ม.ป.ป.). คู่มือคอนโดมิเนียม กฎหมายเกี่ยวกับคอนโดมิเนียม. หน้า 192-193.

ชำนาญในการรับจ้างบริหารอาคารชุดที่มีจำนวนน้อย โดยเฉพาะปัญหาของโครงการอาคารชุดที่มีราคาถูก เจ้าของโครงการต่างพยายามลดต้นทุนเพื่อขายในราคาต่ำ ทำให้อาคารชุดราคาถูก ขาดสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ วัสดุที่ใช้บางรายก็ไม่ได้มาตรฐานตรงตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา ค่าใช้จ่ายในทรัพย์สินส่วนกลาง หากระบบการบริหารอาคารชุดล้มเหลวจะก่อให้เกิดปัญหาการอยู่ร่วมกันจนนำไปสู่การเสื่อมของธุรกิจอาคารชุดเหมือนอย่างเช่นในอดีตอีก

สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน อีกสาเหตุหนึ่งมาจากสัญญาสำเร็จรูปที่ผู้ประกอบการธุรกิจจัดสรรทำกับผู้ซื้อนั้นไม่เป็นธรรม เพราะผู้ประกอบการธุรกิจอาคารชุดเป็นฝ่ายร่างข้อสัญญาขึ้นใช้ในทางธุรกิจการค้าปกติของตน ซึ่งอยู่ในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป โดยมุ่งสนับสนุนผลประโยชน์สูงสุดของผู้ประกอบการธุรกิจอาคารชุด ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา โดยผนวกข้อสัญญาที่ได้เปรียบบางประการเข้าไว้ในสัญญาสำเร็จรูปทุกประเภทที่ใช้ในทางธุรกิจการค้าปกติของตน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจอง สัญญาจะซื้อจะขายอาคารชุดพร้อมสิ่งปลูกสร้าง ทั้งนี้โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย อาทิเช่น ข้อตกลงเกี่ยวกับการผลัดภาระค่าใช้จ่ายในการทำสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียมการโอน ภาษีเงินได้ ช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบ ข้อความเพิ่มสิทธิบางประการให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจอาคารชุดนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด หรือข้อความตัดสิทธิของกลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง

จากการศึกษาวิเคราะห์และเปรียบเทียบกฎหมายการทำธุรกิจอาคารชุด ที่เกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของประเทศไทยกับต่างประเทศ ดังที่ได้กล่าวมาในบทที่ 3 แล้วนั้น แม้ว่าในปัจจุบันการทำธุรกิจอาคารชุดจะมีพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 เข้ามามีส่วนช่วยควบคุมและป้องกันผู้ประกอบการที่แสวงหาผลประโยชน์จากการทำธุรกิจอาคารชุด โดยเฉพาะในช่วงที่ผู้ซื้อห้องชุดมีความต้องการซื้อห้องชุดเป็นจำนวนมาก และช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ซื้อห้องชุดที่ต้องการซื้อที่อยู่อาศัย ซึ่งจะเป็นตัวช่วยให้ผู้ซื้อห้องชุดกล้าที่จะตัดสินใจจองและทำสัญญา ถ้าหากผู้ประกอบการธุรกิจประสบปัญหาขาดสภาพคล่องทางการเงินจนไม่สามารถทำโครงการต่อไปได้ ผู้ซื้อห้องชุดสามารถขอรับเงินค้ำประกันที่ผ่อนชำระไปแล้วกลับคืนพร้อมดอกเบี้ยได้ทันที และยังช่วยลดปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ซื้อห้องชุดหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งมาตรการตามกฎหมายดังกล่าว มีลักษณะเป็นมาตรการในเชิงป้องกันความเสียหายไม่ให้เกิดขึ้น มีผลบังคับใช้ไปแล้วตั้งแต่วันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ.2551 แต่ก็มีผู้ซื้อห้องชุดอยู่อีกเป็นจำนวนมาก ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือยังไม่ได้รับความคุ้มครองที่เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริง เนื่องจากความไม่ชัดเจนหรือความไม่เหมาะสม ของบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งในบทนี้จะได้อธิบายถึงปัญหาต่างๆ ที่เกิดจากการทำธุรกิจอาคารชุด ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ.2551 รวมทั้งจะได้อธิบายถึงปัญหาอื่นๆ ที่เกิดขึ้นอันมีผลเกี่ยวเนื่องจากกรณีดังกล่าวข้างต้น

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับประเภทของการบังคับใช้ในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

การทำธุรกิจอาคารชุดนั้น ถ้าให้มีคนกลางมาเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือเงินค่าทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้วว่า สัญญาได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องครบถ้วน ย่อมเป็นการป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างชัดเจน เพราะเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายว่า ในการซื้อขายอาคารชุดนั้น ผู้ซื้อจะได้รับมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายที่ปลอดจากภาระผูกพันใดๆ และผู้ขายจะได้รับชำระราคาที่ดินที่ซื้อขาย และเป็นการป้องกันการเปลี่ยนใจของคู่สัญญา เนื่องจากว่า เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์ ได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาถือว่าสัญญาดูแลผลประโยชน์มีผลบังคับสมบูรณ์แล้ว คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถยกเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์และจะขอรับทรัพย์สินที่ฝากไว้คืนได้ ตัวอย่างเช่น หากเป็นการซื้อขายอาคารชุดในรูปแบบปกติที่ไม่ได้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ขายเกิดเปลี่ยนความคิด หรือมีเหตุขัดข้องที่ไม่สามารถปฏิบัติตามภาระหนี้ตามสัญญาซื้อขายได้แล้ว อาจไม่มาปรากฏตัวในวันโอนกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดให้กับผู้ซื้อ ผลที่ตามมาคือ คู่สัญญาต้องไปดำเนินการฟ้องร้องทางศาลให้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกันต่อไป แต่ถ้าคู่สัญญาทำการซื้อขายอาคารชุดกันโดยเลือกใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ถึงแม้ผู้ขายปรารถนาที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกสัญญาซื้อขาย ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมหนี้ในการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน หรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนึ่งของคู่สัญญา ทำให้ผู้ขายยังมีหน้าที่ต้องผูกพันตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ ที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนึ่งให้แก่ผู้ซื้อ เมื่อเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ได้เกิดขึ้นแล้ว ซึ่งการใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นเครื่องมือในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุดนั้น มีความเป็นไปได้น้อยมากที่จะไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะการที่บุคคลที่สามซึ่งเป็นคนกลางที่ต้องเข้ามารับผิดชอบดำเนินการในรายละเอียดทางด้านเทคนิคของธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุดเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญไม่ว่าจะเป็นในเรื่องตรวจสอบเอกสาร การคำนวณอัตราส่วนของค่าใช้จ่าย หรือภาษีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องแบกรับ หรือการติดต่อประสานงานกับผู้ให้กู้ เป็นต้น ทั้งนี้เพื่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าว คู่สัญญาควรต้องเลือกผู้ดูแลผลประโยชน์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านอสังหาริมทรัพย์ มีทักษะสูง และมีความน่าเชื่อถือและน่าไว้วางใจ

จากการศึกษาเพิ่มเติม ตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาประเทศสหรัฐอเมริกา จากการสำรวจกฎหมายของมลรัฐทั้ง 50 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่า มลรัฐต่างๆ มีกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาบังคับใช้ในลักษณะต่างกัน อาจแยกได้เป็น 2 ลักษณะใหญ่ๆ ดังนี้คือ

1) กฎหมายที่กำหนดในเรื่อง บัญชีดูแลผลประโยชน์ มลรัฐส่วนใหญ่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยเรื่องต่างๆ ที่มีบทบัญญัติกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์สำหรับการทำธุรกรรมตามกฎหมายนั้นรวมอยู่ด้วย โดยในมลรัฐเหล่านั้นอาจมีหรือไม่มีกรออกกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมการประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ด้วยก็ได้ บัญชีดูแลผลประโยชน์ในที่นี้จึงเป็นเครื่องมือที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สำหรับธุรกรรมตามกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาในธุรกรรมนั้นๆ สำหรับเหตุผลในการกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ในธุรกรรมต่างๆ นั้น ส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาจะมีการปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้ทำร่วมกันไว้ หรือเพื่อสร้างความมั่นใจว่าผู้มีสิทธิได้รับเงินที่ฝากอยู่ในบัญชีดูแลผลประโยชน์จะได้รับเงินนั้นอย่างแน่นอนและได้รับตรงเวลา ตัวอย่างกฎหมายที่กำหนดในเรื่องการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในมลรัฐต่างๆ อาทิเช่น

(1) มลรัฐอลาสก้า (Alaska) มีกฎหมายที่ควบคุมเรื่องธุรกิจการซื้อขายสินค้า กำหนดห้ามผู้ขายเรียกให้ผู้ซื้อผลิตภัณฑ์ อุปกรณ์ วัสดุคิบ หรือบริการต่างๆ ชำระเงินดาวน์ เกินกว่าร้อยละ 20 ของราคาสินค้าที่ซื้อขาย เว้นแต่ว่าส่วนที่เกินนั้นจะนำไปฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์โดยบัญชีดูแลผลประโยชน์นี้ กฎหมายบังคับว่า ผู้ถือบัญชีดูแลผลประโยชน์ต้องเป็นบุคคลที่เป็นอิสระจากผู้ขาย และผู้ถือบัญชีดูแลผลประโยชน์จะต้องไม่เบิกจ่ายเงินโดยตรงจากบัญชีดูแลผลประโยชน์เว้นเสียแต่ว่าจะพ้นกำหนด 30 วัน นับแต่วันที่ผู้ขายลงนามสัญญา และผู้ซื้อได้แจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้ถือบัญชีดูแลผลประโยชน์ ว่าตนได้รับส่งมอบสินค้าที่ซื้อแล้ว ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดในสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย หรือเว้นเสียแต่เป็นกรณีที่ผู้ซื้อ แจ้งให้ผู้ถือบัญชีดูแลผลประโยชน์ทราบว่าการยกเลิกสัญญาซื้อขายสินค้าแล้ว กรณีนี้ก็ให้ผู้ถือบัญชีดูแลผลประโยชน์ถอนเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์คืนให้แก่ผู้ซื้อ

(2) มลรัฐอาร์คันซอร์ (Arkansas) มีกฎหมายกำหนดให้ผู้ทำฟาร์มโคนม มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ผลิตนม เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อประโยชน์ของตนในการได้รับชำระราคาน้ำนม ในกรณีที่ผู้ผลิตนมไม่ยอมชำระค่าน้ำนมให้

2) กฎหมายที่ควบคุมกิจการดูแลผลประโยชน์ มีมลรัฐจำนวนหนึ่งที่ตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ทั้งนี้ เหตุผลในการตรากฎหมายควบคุมกิจการดูแลผลประโยชน์ ส่วนใหญ่พบว่ามีคล้ายคลึงกัน คือ เพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จากการฉ้อโกงหรือจากการหลอกลวงของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งรัฐได้รับการร้องเรียนเป็นจำนวนมากขึ้น รวมไปถึงจากการที่กิจการดูแลผลประโยชน์ อยู่ในภาวะล้มละลายมากขึ้นส่งผลให้ผู้บริโภคต้องสูญเสียเงินของตนอันเป็นผลจากการล้มละลายนั้น อย่างไรก็ตาม มลรัฐที่มีกฎหมายควบคุมผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในลักษณะที่สองนี้ ก็มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องบัญชีดูแลผลประโยชน์ใน

ลักษณะที่หนึ่งใช้บังคับด้วย เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีกฎหมายชื่อว่า The Vacation Ownership and Time-Share Act of 2004

นอกจากนี้ จากการศึกษากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาตามกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ได้มีกระบวนการหรือขั้นตอนการซื้อขายอาคารชุดที่มีความคล้ายคลึงกันกับประเทศไทย กล่าวคือในประเทศออสเตรเลีย การซื้อขายอาคารชุดนั้นสามารถทำกันอย่างง่าย ๆ ในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายโดยการทำสัญญาซื้อขายกัน เมื่อมีการชำระราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขแล้วในสัญญาครบถ้วนแล้ว ผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบธุรกิจจะไปทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กับพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว การซื้อขายอาคารชุดในประเทศออสเตรเลียนั้น จะไม่ทำกันเองในระหว่างผู้ซื้อห้องชุดกับผู้ประกอบธุรกิจ จะกระทำกับบุคคลที่เรียกว่า ตัวแทนนายหน้า (Estate Agents หรือ Real Estate Agent) ซึ่งมีความรู้ความชำนาญด้านการซื้อขายอาคารชุด เนื่องจากการซื้อขายอาคารชุดของประเทศออสเตรเลีย ตัวแทนนายหน้า มีบทบาทอย่างมาก เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจอาคารชุด ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายอาคารชุดรัฐบาลของแต่ละมลรัฐหรือดินแดนของประเทศออสเตรเลียจึงได้ดำเนินการออกกฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้า เพื่อคุ้มครองผู้ซื้อห้องชุดจากการเอาเปรียบของตัวแทนนายหน้า โดยกฎหมายมลรัฐต่างๆ จะกำหนดให้การประกอบอาชีพตัวแทนนายหน้า ต้องได้รับใบอนุญาต และการดำเนินกิจกรรมของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวมีข้อจำกัดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

การที่ประเทศไทยตราพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ในลักษณะที่ควบคุมกิจการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์แต่เพียงอย่างเดียว นั้น ทำให้ไม่สามารถแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้กำหนดเพียงแค่หลักเกณฑ์และมาตรการในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เพื่อคุ้มครองกลุ่มสัญญาจากการใช้บริการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 5¹¹³ ไม่ได้มีการกำหนดในลักษณะบังคับให้ผู้สัญญา ต้องใช้บริการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในการทำธุรกรรมต่างๆ การใช้หรือไม่ใช้บริการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้น ให้เป็นไปตามความสมัครใจของผู้ซื้อห้องชุดและผู้ประกอบกิจการเอง ดังนั้นหากกลุ่มสัญญาไม่เลือกที่จะใช้บริการการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาและเลือกที่จะทำธุรกรรมกันเอง ความประสงค์ที่จะให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญามาเป็นคนกลางเพื่อดูแล

¹¹³ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ.2551 มาตรา 5 บัญญัติว่า “ในการทำสัญญาต่างตอบแทนอย่างใด ๆ กลุ่มสัญญาอาจตกลงกันจัดให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยการทำสัญญาดูแลผลประโยชน์และปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้.”

ผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ และปัญหาเกี่ยวกับการทำธุรกิจอาคารชุดก็ยังคงเกิดขึ้นอยู่ต่อไป

ประเทศไทยควรพิจารณาให้มีการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ใช้บังคับด้วย โดยที่ กำหนดให้การทำธุรกิจอาคารชุด รวมไปถึงธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์หรือธุรกรรมอย่างอื่นที่จำเป็นต้องอาศัยความน่าเชื่อถือระหว่างคู่สัญญาเป็นหลัก เพื่อเป็นการประกันว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้ทำร่วมกันไว้ หรือเพื่อสร้างความมั่นใจว่าผู้มีสิทธิได้รับเงินที่ฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ จะได้รับเงินนั้นอย่างแน่นอน เพราะการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ตามที่กำหนดนั้น อาจส่งผลกระทบต่อระบบการซื้อขายอาคารชุด อสังหาริมทรัพย์หรือสัญญาต่างตอบแทนอื่นๆ เกิดความเสี่ยงหรือหยุดชะงักอันส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ อย่างเช่นมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ที่มีกฎหมายที่ควบคุมกิจการดูแลผลประโยชน์ แต่ยังมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องบัญชีดูแลผลประโยชน์ใช้บังคับด้วย

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ข้อควรปฏิบัติที่ผู้ซื้อห้องชุดควรทราบก่อนที่จะตัดสินใจเลือกซื้อห้องชุด คือการตรวจสอบหลักฐานและข้อเท็จจริงด้วยตัวของผู้ซื้อห้องชุดเอง ดังนี้¹¹⁴

4.2.1 ตรวจสอบว่า ทางราชการมีโครงการที่จะดำเนินการใดในบริเวณที่ดินนั้นหรือไม่ เช่น มีข้อห้ามมิให้ดำเนินการก่อสร้างอาคารสูงๆ หรือบริเวณดังกล่าวรัฐกำลังจะดำเนินการเวนคืนในอนาคต เป็นต้น โดยตรวจสอบจากสำนักผังเมือง หรือสำนักงานเขตที่โครงการอาคารชุดตั้งอยู่ในต่างจังหวัดสามารถตรวจสอบได้ที่เทศบาล หรือสำนักงานโยธาจังหวัดที่โครงการจัดสรรตั้งอยู่

4.2.2 สถานที่ตั้งโครงการอาคารชุด สะดวกต่อการเดินทางไปทำงาน ไม่มีมลภาวะ เช่น ฝุ่นละอองหรือเสียงรบกวนต่างๆ หรือมีน้ำท่วมขัง ซึ่งอาจทำให้ผู้ซื้อห้องชุดเดือดร้อนได้ในภายหลัง

4.2.3 ตรวจสอบผลงาน หากผู้ประกอบการได้เคยดำเนินการมาแล้ว ต้องพิจารณาว่าโครงการที่ดำเนินการมาแล้วนั้นมีสภาพเป็นอย่างไร ทำตามโครงการหรือสัญญาครบถ้วนหรือไม่ มีการส่งมอบงานหรือโอนอาคารชุดตามกำหนดหรือไม่ ทั้งนี้อาจสอบถามได้จากผู้ซื้อรายก่อน เช่น โครงการอาคารชุดหลายแห่งที่ดำเนินการเสร็จสิ้นโครงการไปแล้ว มีการหลีกเลี่ยงการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคโดยโอนให้เทศบาล หรือเขตสุขาภิบาลที่อาคารชุดอยู่ในเขต เมื่อถนนชำรุด หรือท่อตัน จึงเป็นหน้าที่ของผู้ซื้อห้องชุดต้องแก้ไขเอง เป็นต้น

¹¹⁴ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (ม.ป.ป.). คำแนะนำเกี่ยวกับการซื้อที่ดินบ้านจัดสรรและอาคารชุด. หน้า 5-6.

ผู้บริโภคที่ประสงค์จะซื้อห้องชุด ต้องพิจารณาให้ละเอียดรอบคอบเช่นเดียวกัน อย่ารีบร้อนหรือด่วนตัดสินใจซื้อห้องชุด อาคารชุดที่โฆษณาขายอยู่ในประเทศไทย แบ่งออกเป็น 2 ลักษณะดังนี้¹¹⁵

4.2.3.1 กรณีที่ยังไม่ได้มีการก่อสร้างอาคารชุด ผู้ซื้อห้องชุดควรตรวจสอบ ดังนี้

1) ตรวจสอบใบอนุญาตก่อสร้างอาคารชุดว่า ได้รับอนุญาตหรือยังไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งสามารถขอตรวจสอบได้จากผู้ประกอบการกิจการอาคารชุด

2) ตรวจสอบชื่อผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน แผนผังแสดงเขตที่ดินที่จะก่อสร้างอาคารชุด เลขที่ของโฉนดที่ดิน ตรวจสอบได้จากกรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

3) ตรวจสอบชื่อ ที่อยู่ และสถานภาพของผู้ประกอบการกิจการอาคารชุด ว่าเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล และเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่จะก่อสร้างอาคารชุดหรือไม่ ถ้ากรณีเป็นนิติบุคคล ได้จดทะเบียนบริษัท หรือห้างหุ้นส่วนกับทางราชการถูกต้องแล้วหรือไม่ มีทุนจดทะเบียน ทุนที่ชำระแล้วเท่าไร ใครเป็นกรรมการผู้จัดการ หรือหุ้นส่วนผู้จัดการหรือกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัทหรือห้างหุ้นส่วน ตรวจสอบได้จากกรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ หรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัด แล้วแต่กรณี

4) ตรวจสอบว่าที่ดินที่จะก่อสร้างอาคารชุดมีภาระผูกพันกับนิติบุคคลอาคารชุด หรือสถาบันการเงินหรือไม่ อย่างไร คือนำไปจำนองไว้กับธนาคารหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์ หรือไม่นั่นเอง ผู้ซื้อห้องชุดสามารถตรวจสอบได้จากกรมที่ดิน หรือสำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

5) ต้องสอบถามเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่นอกเหนือจากค่าซื้ออาคารชุดซึ่งผู้เป็นเจ้าของห้องชุดจะต้องร่วมกันออกตามส่วน เช่นค่าบริการที่เป็นส่วนรวม ค่าดูแลรักษาและดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลาง ค่าภาษีอากร เป็นต้น ผู้ซื้อห้องชุดสามารถสอบถามได้จากผู้ประกอบการกิจการอาคารชุด กรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

6) ต้องสอบถามหรือขอคำรับรองจากผู้ประกอบการกิจการอาคารชุดด้วยว่าจะเริ่มก่อสร้างและแล้วเสร็จเมื่อใด

4.2.3.2 กรณีที่ก่อสร้างอาคารชุดเสร็จเรียบร้อยแล้ว ผู้ซื้อห้องชุดควรตรวจสอบ ดังนี้

1) ตรวจสอบว่า ได้มีการจดทะเบียนอาคารชุดแล้วหรือไม่ มีเลขที่ของทะเบียนอาคารชุดแล้วหรือไม่ เลขที่ทะเบียนของอาคารชุดเลขที่เท่าไร ใครเป็นผู้จดทะเบียนอาคารชุด ผู้ซื้อสามารถขอตรวจสอบได้จากผู้ประกอบการกิจการอาคารชุด ถ้าหากว่าไม่แน่ใจว่าจะถูกต้องหรือไม่ ผู้ซื้อห้องชุด สามารถตรวจสอบได้จากกรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

¹¹⁵ แหล่งเดิม.

2) ตรวจสอบเลขที่โฉนดของที่ดิน จำนวนเนื้อที่ของโครงการอาคารชุด แผนผังแสดงเขตที่ดินและที่ตั้งอาคารชุดว่าตรงกันกับที่ได้จดทะเบียนอาคารชุดแล้วหรือไม่ ผู้ซื้อห้องชุดสามารถตรวจสอบได้จากกรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

3) ตรวจสอบชื่อ ที่อยู่ และสถานภาพของผู้จดทะเบียนอาคารชุดว่าเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคล ถ้ากรณีเป็นนิติบุคคลใครเป็นกรรมการผู้จัดการ หรือหุ้นส่วนผู้จัดการ หรือกรรมการผู้มีอำนาจลงนามผูกพันบริษัท หรือห้างหุ้นส่วน ผู้ซื้อห้องชุดสามารถตรวจสอบได้จาก กรมทะเบียนการค้า กระทรวงพาณิชย์ หรือสำนักงานพาณิชย์จังหวัด แล้วแต่กรณี

4) ตรวจสอบว่าที่ดินที่ก่อสร้างอาคารชุดมีภาระผูกพันกับนิติบุคคลหรือสถาบันการเงินหรือไม่ อย่างไร คือนำไปจำนองไว้กับธนาคารหรือบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์หรือไม่ ผู้ซื้อห้องชุด สามารถตรวจสอบได้จากกรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด แล้วแต่กรณี

5) ตรวจสอบรายการและขนาดของทรัพย์สินที่ใช้เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคล และทรัพย์สินกลาง ว่าตรงกันกับที่ได้มีการโฆษณาไว้หรือไม่ ตรวจสอบได้จากที่ตั้งโครงการและผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด

6) สอบถามเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายอื่นๆ ที่นอกเหนือจากค่าซื้อห้องชุด ซึ่งผู้เป็นเจ้าของห้องชุดจะต้องร่วมกันออกตามส่วน เช่นค่าบริการที่เป็นส่วนรวม ค่าดูแลรักษาและดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินกลาง ค่าภาษีอากร เป็นต้น ผู้ซื้อห้องชุดสามารถขอทราบได้จากผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด กรมที่ดิน สำนักงานที่ดินจังหวัด อำเภอ หรือสำนักงานเขตที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่แล้วแต่กรณี

สำหรับรายละเอียดดังกล่าวข้างต้น ทางราชการได้ออกกฎกระทรวง ตามความในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 บังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด ต้องบอกกล่าวหรือระบุไว้ในคำโฆษณาแล้ว แต่ยังไม่ควรมั่นใจว่าจะถูกต้องหรือเป็นจริงและเพียงพอที่จะตัดสินใจซื้อ หรือเข้าทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด ผู้ซื้อห้องชุดควรที่จะได้ตรวจสอบกับทางราชการที่เกี่ยวข้องอีกครั้งหนึ่ง เพื่อความรอบคอบ และจะได้ไม่ถูกหลอกหลวง หรือถูกเอาเปรียบ ผู้ซื้อห้องชุดต้องเก็บเอกสารคำโฆษณาและเอกสารอื่นๆ ที่เกี่ยวกับโครงการและการติดต่อกับผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด เพื่อใช้เป็นหลักฐานในการดำเนินคดี กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุดทำการหลอกหลวง นอโกง เอาเปรียบและโฆษณาไม่ตรงตามความเป็นจริง

เมื่อผู้ซื้อห้องชุดตกลงใจหรือตัดสินใจที่จะซื้อห้องชุดแล้ว สิ่งที่ผู้ซื้อห้องชุดจะต้องทำต่อไปคือ ทำสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมากที่สุด เพราะผู้ซื้อห้องชุดจะต้องลงชื่อผูกพันในหนังสือสัญญากับผู้ประกอบธุรกิจ การเอาเปรียบของ ผู้ประกอบธุรกิจหรือความเสียหายเปรียบของผู้ซื้อห้องชุดจะเกิดขึ้นได้หรือไม่อย่างไรจะอยู่ที่หนังสือ

สัญญาฉบับนี้ ดังนั้น ก่อนที่ผู้ซื้อห้องชุดจะลงชื่อในหนังสือสัญญาจะต้องคำนึงถึงสิ่งเหล่านี้ โดยไม่ต้องเกรงใจผู้ประกอบการ ผู้ซื้อห้องชุดต้องตรวจสอบในหนังสือสัญญาให้ละเอียด และทำความเข้าใจให้แจ่มชัดก่อนที่จะลงลายมือชื่อของตนในหนังสือสัญญาฉบับนั้น ถ้าอ่านแล้วยังไม่เข้าใจก็ควรหาผู้รู้มาให้คำแนะนำ หรือถ้าสงสัยในเรื่องใดก็ต้องสอบถามผู้ประกอบการให้เป็น ที่ตกลงกันได้โดยแน่นอนเสียก่อน มิฉะนั้นอาจตกเป็นผู้เสียเปรียบในการทำสัญญาได้¹¹⁶ เช่น

1) แบบห้องชุดที่ทำสัญญาถูกต้องตรงตามตัวอย่างที่โฆษณาหรือไม่ จะต้องตรวจในรายละเอียดด้วย เพราะมีผู้ประกอบการบางรายอาจทำแบบห้องชุดอย่างหนึ่ง แต่เวลาทำสัญญาได้มีการเปลี่ยนแปลงรายการในรายละเอียดบางประการซ่อนไว้ หากไม่ตรวจสอบจะไม่ทราบ

2) ห้องชุดที่ตกลงทำสัญญาซื้อนั้นถูกต้องตรงตามที่ผู้ซื้อจองตามผังจัดสรรหรือไม่

3) ระยะเวลาเริ่มต้นก่อสร้าง และระยะเวลาการสร้างอาคารชุดแล้วเสร็จส่งมอบให้ผู้ซื้อห้องชุดได้เมื่อใด ควรต้องมีกำหนดไว้ในสัญญาด้วย

4) หากในสัญญามีการกำหนดเบี้ยปรับไว้กรณีผู้ซื้อห้องชุดผิดนัด ก็ควรกำหนดเบี้ยปรับไว้ในสัญญาด้วยในกรณีที่ผู้ประกอบการผิดนัด

5) ข้อตกลงต่างๆ ที่ต้องการให้มีผลบังคับควรทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ประกอบการด้วย

6) ควรมีการกำหนดเวลาการประกันกรณีห้องชุดชำรุดบกพร่องไว้ด้วยว่าจะให้ผู้ประกอบการปฏิบัติอย่างไร

เมื่อผู้ซื้อห้องชุดไม่ได้รับความเป็นธรรมจากผู้ประกอบการ ผู้ซื้อห้องชุดมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครอง โดยนำหลักฐานเอกสารสัญญาต่างๆ รวมทั้งเอกสารโฆษณาและใบเสร็จรับเงิน ไปร้องเรียนได้ที่สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หรือต่างจังหวัด ร้องเรียนได้ที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำจังหวัด ณ ศาลากลางจังหวัดที่ผู้ซื้อห้องชุดมีภูมิลำเนาอยู่

จากการศึกษาค้นคว้าเพิ่มเติม ตามกฎหมายดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศสหรัฐอเมริกา ได้กำหนดไว้ชัดเจน เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาการซื้อขายอาคารชุดที่กล่าวมาข้างต้นหรือปัญหาอื่นใดในทำนองเดียวกันนี้ว่า สัญญาซื้อขายอาคารชุดจำเป็นต้องมีการปิดธุรกรรมการซื้อขายโดยใช้บริการกิจการดูแลผลประโยชน์ ซึ่งการปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุดโดยผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งผู้ประกอบการมีหน้าที่ต้องส่งมอบหนังสือตราสาร

¹¹⁶ แหล่งเดิม.

เอกสารการจ้าง และเอกสารอื่นใดที่ต้องใช้ในการปิดธุรกรรมให้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา พร้อมกันนี้ผู้ซื้อห้องชุดจะมีคำสั่งที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาเป็นผู้ทำการบันทึกหนังสือตราสาร การจ้าง รวมทั้งกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา ทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดให้ครอบคลุม ไปจนถึงวันที่การบันทึกหนังสือตรา สาร ถ้ากรรมสิทธิ์ในอาคารชุดปลอดจากภาระผูกพันอย่างใด ๆ ก็ให้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาจะเป็นผู้ทำหน้าที่จ่ายเงินค่าห้องชุดที่ซื้อขายกันให้แก่ผู้ประกอบการ และส่งมอบห้องชุด ตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ให้แก่ผู้ซื้อห้องชุด

ทั้งนี้ในการเลือกผู้ที่จะมาทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา นั้น ผู้ซื้อห้องชุดหรือผู้ประกอบการต้องเลือกผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีสถานประกอบการดูแลผลประโยชน์ตั้งอยู่ในที่สะดวกแก่ตน และผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีความ มั่นคงทางสถานะทางการเงิน มีความซื่อสัตย์และมีประวัติการทำงานที่ดี ซึ่งคู่สัญญาอาจตรวจสอบ ประวัติการทำงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้จากหน่วยงานของรัฐที่ออกใบอนุญาต ให้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและคู่สัญญายังต้องเลือกผู้ที่มีเวลาทำงานให้แก่ธุรกรรม การซื้อขายอาคารชุดของตน โดยต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในกระบวนการซื้อขายปิดธุรกรรม การซื้อขายอาคารชุด ในเรื่องของการประสานงานกับผู้ให้กู้ที่จะชำระหนี้กู้ยืม และอนุมัติเงิน สำหรับการกู้ยืม หรือทักษะในเรื่องการคำนวณอัตราภาษี การประกันภัย การสั่งบริษัทประกัน กรรมสิทธิ์ในการสืบค้นเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ตลอดจนความแน่นอนในการลงนามในหนังสือ ตราสารและการจ้างได้อย่างเรียบร้อยเพื่อพร้อมสำหรับการนำไปจดบันทึก

ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามพระราชบัญญัติการดูแล ผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 นั้น มีหน้าที่จัดทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 6 คือ เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์พร้อมทั้งออกหลักฐานเป็นหนังสือรับรองการฝากเงิน ส่งให้ผู้สัญญาฝ่าย ที่ต้องชำระเงินทุกครั้ง แจกเป็นหนังสือให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการฝากเงินนั้น โดยทันที และผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินพร้อมดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่ คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน และจัดให้มีการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือ เอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ตามสัญญา ให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องชำระเงิน เมื่อคู่สัญญา ได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ครบถ้วนแล้ว สรุปแล้วผู้ดูแล ผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 นั้น มี หน้าที่หลักเพียงแค่ ดูแลรักษาเงินที่ผู้ซื้อจะต้องชำระให้แก่ผู้ขาย โดยจะต้องนำไปฝากไว้ในบัญชี ที่เปิดไว้กับสถาบันการเงิน และดำเนินการ โอนเงินและจัดให้มีการ โอน หรือส่งมอบทรัพย์สินตาม สัญญาให้แก่คู่สัญญาเท่านั้น ซึ่งหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานี้ อยู่ในขอบเขตแห่งทาง

ปฏิบัติที่ธนาคารพาณิชย์ได้ให้บริการอยู่แล้วในปัจจุบัน¹¹⁷ หากให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีหน้าที่หลักเพียงแค่รักษาเงินคาวนดังกล่าว การเลือกให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาดูแลการปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุด ก็คงไม่เกิดประโยชน์หรือผู้ซื้อห้องชุดก็อาจขาดความสะดวก เพราะถ้าเป็นการซื้อขายอาคารชุดต่างๆ ที่ผู้ซื้อห้องชุดให้ความสนใจจะเข้าไปพูดคุยสอบถามกับพนักงานของโครงการนั้น หากพูดคุยสอบถามแล้ว ผู้ซื้อห้องชุดเกิดความพอใจ ก็จะตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการซื้อขายห้องชุดได้อย่างรวดเร็ว โดยที่ไม่มีการนำข้อมูลกลับมาศึกษาทบทวน หรือตรวจสอบโครงการอาคารชุดอย่างละเอียดก่อนตัดสินใจซื้อว่า อาคารชุดนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ประกอบธุรกิจหรือไม่ มีภาระผูกพันใดๆหรือไม่ ผู้ประกอบธุรกิจสามารถโอนกรรมสิทธิ์ได้หรือไม่ ทั้งนี้ตามหลักการที่ได้ให้ไว้ตอนต้นเกี่ยวกับหน้าที่ที่ผู้ซื้อห้องชุดต้องทำการตรวจสอบก่อนที่จะตัดสินใจกระทำการใดลงไปเพื่อที่ไม่ให้ตนเองต้องเสียเงินออกไปโดยเปล่าประโยชน์

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลตรวจสอบ

ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา บางครั้งอาจดำเนินการผิดพลาดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา โดยส่วนใหญ่แล้วความเสียหายและความผิดพลาดของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะเกิดขึ้นโดยบังเอิญและขนาดของความเสียหายนั้นไม่มาก เช่น กรณีที่กิจการดูแลผลประโยชน์นำเงินของลูกค้มาปะปนกับเงินของบริษัท กรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินของคู่สัญญาแล้วหลบหนีไป หรือกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนหนังสือตราสารที่ผู้ขายลงลายมือชื่อแล้วไปให้กับบุคคลภายนอกซึ่งได้ปลอมชื่อของผู้รับโอน และส่งมอบหนังสือตราสารที่ได้มีการจดบันทึกในชื่อของบุคคลภายนอกคืนให้แก่ผู้ซื้อตัวจริง ทำให้ต้องมีการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การที่มีคนกลางทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งต้องเกี่ยวข้องกับการดูแลเงินหรือทรัพย์สินของบุคคลอื่น ซึ่งเมื่อรวมกันหลายๆ รายแล้วก็เป็นจำนวนมาก หากไม่มีการกำกับดูแลที่ดีและเหมาะสมให้กับผู้ที่จะมาเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว ในกรณีที่เกิดข้อขัดแย้งระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายก็จะไม่ได้รับการแก้ไขเยียวยาที่ถูกต้องและเหมาะสมเท่าที่ควร ซึ่งพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 37 ในเบื้องต้นได้มีการกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา¹¹⁸ สามารถเข้าไปใน

¹¹⁷ เอนก จงเสถียร (ม.ป.ป.). *มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ซื้อบ้านจัดสรร*. หน้า 51.

¹¹⁸ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 37 บัญญัติว่า “ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา.”

สถานที่ประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา หรือมีหน้าที่สามารถอายัดเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือมีหน้าที่สั่งให้กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือพนักงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาให้ถ้อยคำหรือให้แสดงหรือส่งสมุดบัญชี เอกสาร ควงตราหรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องกับการ สินทรัพย์ และหนี้สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

ผู้เขียนเห็นว่า การตราพระราชบัญญัติดังกล่าวยังคงขาดความชัดเจนของการตรากฎหมาย ตรงที่ได้มีการกำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่เข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา หรือมีหน้าที่สามารถอายัดเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด หรือมีหน้าที่สั่งให้กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือพนักงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาให้ถ้อยคำหรือให้แสดงหรือส่งสมุดบัญชี เอกสาร ควงตราหรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องกับการ สินทรัพย์ และหนี้สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยที่ยังไม่มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา กำลังกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ เพราะในการที่พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องเข้ามาทำการตรวจสอบในแต่ละครั้ง ผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จะต้องมีการเตรียมข้อมูล เอกสารหรือหลักฐานในการดำเนินธุรกิจที่มีอยู่มากมายนั้นให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่ที่ต้องเข้ามาตรวจสอบ และเพื่ออำนวยความสะดวกให้กับพนักงานเจ้าหน้าที่เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ต้องการเอกสารเพิ่มเติม ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้นก็ต้องจัดหาเอกสารนั้นมาให้ ซึ่งจะทำให้เห็นว่า ในช่วงที่พนักงานเจ้าหน้าที่เข้ามาตรวจสอบนั้นทำให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่สามารถทำงานที่ตนต้องทำอยู่เป็นประจำได้อย่างเต็มที่ ทั้งนี้เพื่อความสะดวกและความเป็นอิสระในการทำงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ควรกำหนดเวลาตรวจสอบให้ชัดเจน และนอกจากการเข้าตรวจสอบของพนักงานเจ้าหน้าที่นั้นควรกำหนดให้เข้ามาตรวจสอบได้เมื่อเห็นว่ามีความสมควรให้เข้าไป ทั้งนี้เพื่อเป็นการป้องกันการแข่งกันทางการค้ากันระหว่างผู้ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ในลักษณะเดียวกัน โดยใช้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเครื่องมือในการทำลายฝ่ายตรงข้าม ซึ่งจะเห็นได้จากการที่กฎหมายได้เปิดช่องให้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญารายอื่นดำเนินการแทนผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญารายเดิมได้ เนื่องจากมิใช่เป็นการกระทบกระเทือนถึงสัญญาดูแลผลประโยชน์ ที่กลุ่มสัญญาได้ทำกันไว้ก่อนที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเดิมจะ ได้ถูกเพิกถอนใบอนุญาต และเพื่อให้สัญญายังคงมีผลผูกพันอยู่จึงให้อำนาจคณะกรรมการดำเนินการโอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ยังมีผลผูกพันอยู่นั้นให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญารายอื่นเป็น

ผู้ดำเนินการแทน¹¹⁹ ยกตัวอย่างเช่น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก. ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ทำหน้าที่เป็นคนกลางเพื่อดูแลการชำระหนี้ระหว่าง ข. ผู้ประกอบธุรกิจอาคารชุด กับ ค. ผู้ซื้อห้องชุด ให้เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ โดยได้กระทำเป็นทางคำปกติและได้รับค่าตอบแทนหรือค่าบริการ และมีนาย ง. ซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ โดยทำหน้าที่เป็นคนกลางเพื่อดูแลการชำระหนี้ของกลุ่มสัญญา โดยกระทำเป็นทางคำปกติและได้รับค่าตอบแทนหรือค่าบริการเช่นเดียวกัน แต่ผู้ดูแลผลประโยชน์ ง. มีทักษะของการเป็นดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาน้อย จึงทำให้มีผู้มาใช้บริการน้อยกว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก. จึงได้มีการจ้างคนให้ไปบอกพนักงานเจ้าหน้าที่ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก. กำลังกระทำการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัตินี้ เพื่อให้พนักงานเจ้าหน้าที่เข้าไปตรวจสอบกิจการ ทำให้กิจการดูแลผลประโยชน์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก. ได้รับความเสียหายและเสียชื่อเสียง ทำให้ไม่มีผู้มาใช้บริการ และเปลี่ยนไปใช้บริการกิจการผู้ดูแลผลประโยชน์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ง. แทน เพราะกว่าจะได้มีการตรวจสอบข้อเท็จจริงว่าเป็นอย่างไรนั้น ใช้เวลานาน และเมื่อผลปรากฏว่ากิจการดูแลผลประโยชน์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก. ไม่มีผิดนั้น ก็ต้องใช้เวลานานในการที่จะให้ผู้มาใช้บริการมีความเชื่อถือในการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ก.

ตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย สามารถที่จะกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาอื่นเอกสารเป็นรายเดือน หรือกำหนดเวลาอื่นที่ไม่ใช่รายปี และให้อำนาจกรรมการดำเนินการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่ยื่นต่อกรรมการตามที่กำหนดไว้ หากกรรมการพบข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบหรือจากรายงานใดๆ ที่ส่งมาให้ตนว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาอยู่ในฐานะมีหนี้สินล้นพ้นตัว หรือดำเนินการที่ไม่น่าปลอดภัย หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่สาธารณะหรือลูกค้าได้ หากยังคงดำเนินการต่อไป หรือพบว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาปล่อยให้มูลค่าทรัพย์สินสุทธิของกิจการต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนด หรือละเลยที่จะรักษาสินทรัพย์ ในกรณีที่กรรมการมีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา กำลังกระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ กรรมการมีอำนาจที่จะทำการสอบสวน

¹¹⁹ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาตรา 43 วรรคสาม บัญญัติว่า “คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาตตามวรรคหนึ่ง ไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้ทำไว้กับคู่สัญญาก่อนถูกเพิกถอนใบอนุญาตและยังมีผลผูกพันอยู่และให้คณะกรรมการมีอำนาจดำเนินการโอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ยังมีผลผูกพันอยู่ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญารายอื่นดำเนินการแทนตามที่คู่สัญญาตกลงกัน โดยให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่ถูกเพิกถอนใบอนุญาตเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว...”

กิจการดูแลผลประโยชน์ และมีอำนาจทำการตรวจสอบหนังสือ บัญชี บันทึกร หรือเอกสาร ที่ใช้ในกิจการดูแลผลประโยชน์ หรือของบุคคลใดๆ ซึ่งได้กระทำหรืออ้างว่าได้กระทำในฐานะตัวการหรือตัวแทน เพื่อให้การดำเนินการสอบสวนของพนักงานเจ้าหน้าที่บรรลุล่วงวัตถุประสงค์ และกฎหมายได้กำหนดให้กรรมการ มีอำนาจที่จะเข้าไปยังสถานประกอบการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และมีอำนาจที่จะตรวจสอบเอกสารต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่กรรมการว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่าฝืนข้อบังคับของนิติบุคคล หรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญามีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม กรรมการต้องส่งคำสั่งเป็นหนังสือแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเพื่อระงับการฝ่าฝืนดังกล่าวและคำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทันที

ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่กรรมการว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากำลังดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหาย คณะกรรมการต้องมีคำสั่งโดยทำเป็นหนังสือถึงผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาให้ระงับการดำเนินการในลักษณะดังกล่าว คำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาทันที

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันและบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

เพื่อประโยชน์สูงสุดของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจำเป็นต้องวางหลักประกันไว้แก่รัฐในขณะที่ได้มีการยื่นคำขออนุญาตหรือเมื่อได้รับอนุญาต ซึ่งการวางหลักประกันนี้เป็นการวางเพื่อประกันว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องปฏิบัติตามและผูกพันตามตามบทบัญญัติของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาและกฎข้อบังคับทั้งหลายที่ออกโดยผู้ที่มีอำนาจในการอนุมัติใบอนุญาต ต้องจัดการเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้รับฝากไว้อย่างซื่อสัตย์สุจริต การวางหลักประกันนี้ จำเป็นต้องใช้ในกรณีที่มีการฟ้องร้องผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาฝ่าฝืนการที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาประกันไว้ บุคคลที่มีเหตุพ้องคดี สามารถฟ้องร้องผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ให้รับผิดชอบโดยสามารถเรียกเอาจากหลักประกันได้ และเมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้วางหลักประกันแล้ว ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่ได้รับใบอนุญาตแล้วยังต้องเป็นสมาชิกของบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ออกโดยบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ซึ่งการจัดตั้งบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานี้ ก็เพื่อชดใช้ความเสียหายให้แก่สมาชิก หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่ได้รับอนุญาตแล้วตามกฎหมาย ที่ต้องได้รับความเสียหายจากการสูญเสียเงินหรือ

ทรัพย์สินที่ได้ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามบัญชีดูแลผลประโยชน์นั้น ในกรณีที่เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ได้ถูกเจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ หรือลูกจ้างของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากระทำการฉ้อฉล เอาไปโดยทุจริตหรือยกออกไป โดยกำหนดให้บริษัทประกันความซื่อสัตย์นั้นพิจารณาว่าจะจ่ายหรือไม่จ่ายค่าเสียหายดังกล่าวตามที่สมาชิกเรียกร้อง

ทั้งนี้ กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดไว้ชัดเจนสำหรับการกำหนดหลักประกันไว้ สองประเภท คือ

1) Surety Bond ได้แก่ หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องวางไว้แก่กรมการในขณะยื่นขอรับใบอนุญาต เพื่อนำมาขอใช้ความเสียหายในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและทำให้รัฐหรือบุคคลภายนอกเสียหาย

2) Fidelity Bond ได้แก่ หลักประกันที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องจ่ายเบี้ยประกันเข้าบริษัทประกันความซื่อสัตย์ ในฐานะเป็นสมาชิกเพื่อนำมาขอใช้ความเสียหายให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ในกรณีที่บริวารของตัวแทนผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ทำให้เกิดความเสียหายในเงินหรือทรัพย์สินที่ฝากไว้กับสมาชิกตามธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักประกันทั้ง 2 ประเภทอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่บริวารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สินที่ฝากไว้กับสมาชิกตามธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งย่อมเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกโดยบุคคลภายนอกดังกล่าวสามารถเรียกให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจาก Surety Bond ได้ ในขณะที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เมื่อต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้วย่อมเรียกค่าเสียหายคืนจาก Fidelity bond ได้

นอกจากนี้ พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 ของประเทศออสเตรเลีย ได้มีการกำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund) โดยนายหน้าที่ได้รับการจดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการขึ้นทะเบียน ซึ่งกองทุนดังกล่าวจัดตั้งขึ้นโดยอธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม กองทุนนี้ก่อตั้งขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (Pecuniary Loss) อันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (Failure to Account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องกับตน ได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ทั้งนี้ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าวจะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ

การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 10 วรรค 2¹²⁰ กลับได้มีการกำหนดไว้แค่ หลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำรงฐานะทางการเงิน การวางหลักประกันหรือหลักเกณฑ์อื่นใด โดยให้มีการออกเป็นกฎกระทรวง ซึ่งนับตั้งแต่พระราชบัญญัตินี้บังคับใช้ มีเพียงแค่กฎกระทรวงว่าด้วยการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ พ.ศ.2551 ซึ่งเป็นเพียงแค่การกำหนดหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขการขอรับใบอนุญาตและการออกใบอนุญาตประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามที่พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 บัญญัติ เพื่อเป็นการควบคุมผู้ประกอบการดูแลผลประโยชน์ โดยมีสาระสำคัญดังนี้

1) กำหนดให้สถาบันการเงินที่ประสงค์จะประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาต ณ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง

2) กำหนดระยะเวลาการออกใบอนุญาต โดยให้คณะกรรมการพิจารณาเสนอแนะให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังพิจารณาออกใบอนุญาตภายในหกสิบวันนับแต่สำนักงานเศรษฐกิจการคลังได้รับคำขอพร้อมเอกสารหลักฐานครบถ้วน

ปัจจุบัน ยังไม่มีการกำหนดเกี่ยวกับมาตรการที่ให้ผู้ประกอบการดูแลผลประโยชน์ต้องวางเงินประกันหรือหลักประกันการปฏิบัติตามกฎหมาย รวมไปถึงการกำหนดให้มีกองทุนประกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือลูกจ้างหรือผู้กระทำการแทนผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาขึ้นมา เพื่อประกันว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องจัดการเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับฝากไว้อย่างซื่อสัตย์สุจริต และเพื่อชดใช้ความเสียหายให้แก่สมาชิก หรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมาย จากการสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินที่ได้ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามบัญชีดูแลผลประโยชน์ ในกรณีที่เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าว ได้ถูกเจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการหรือลูกจ้างของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากระทำการฉ้อฉล เอาไปโดยทุจริต

¹²⁰ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 10 วรรค 2 บัญญัติว่า “...ในการออกกฎกระทรวงกำหนดให้นิติบุคคลใดประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการดำรงฐานะการเงิน การวางหลักประกันหรือหลักเกณฑ์อื่นใดให้นิติบุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ก็ได้.”

4.5 ปัญหาเกี่ยวกับดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตาม มาตรา 19

เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ทำการตกลงให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาก็จะดำเนินการจัดทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ และทำการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพื่อให้ผู้ซื้อห้องชุดซึ่งเป็นฝ่ายที่จะต้องชำระเงินค่าซื้อห้องชุดให้กับผู้ประกอบการทุกครั้งให้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา การที่ต้องชำระเงินดังกล่าวให้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้น พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ไม่ได้มีการกำหนดไว้ให้ชัดเจนเกี่ยวกับการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ ว่าผู้ดูแลผลประโยชน์นั้นควรจะเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ เป็นบัญชีประเภทใด ซึ่งจากปัญหาดังกล่าว ทำให้ผู้เขียนมีความกังวลเกี่ยวกับผลประโยชน์ในดอกเบี้ย ที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ เพราะเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่สามารถสร้างความขัดแย้งได้ง่าย

เหตุผลของการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาประเภทมีดอกเบี้ยหรือไม่มีดอกเบี้ยนั้น ได้มีคดีฟ้องร้องขึ้นสู่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ไปจนถึงศาลอุทธรณ์ซึ่งคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดีนี้เป็นที่สุดและถือเป็นบรรทัดฐานในการบังคับใช้บทบัญญัติ มาตรา 17409 ในปัจจุบัน กล่าวคือ ในคดี *Hannon v. Western Title Ins. Co.*¹²¹ โจทก์คือ นาย Hannon ได้อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ขอให้ทบทานคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้น ให้จำเลยต้องรับผิดชอบประเด็นที่ว่า จำเลยซึ่งเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาประเภทบริษัทประกันกรรมสิทธิ (Western Title Insurance Company) ได้เลือกที่จะนำเงินที่โจทก์ฝากไว้ในบัญชีธนาคารประเภทไม่มีดอกเบี้ย (a non-interest bearing account) แทนที่จะไปฝากไว้ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ย ทำให้โจทก์เสียประโยชน์จากการไม่ได้รับดอกเบี้ยในเงินที่ฝากนั้น ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะต้องฝากเงินไว้ในบัญชีที่มีดอกเบี้ย (an interest bearing account) หรือไม่ โดยศาลวางหลักว่า การทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทุกฝ่ายของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้น มีข้อจำกัดเท่าที่เป็นไปตามคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow instructions) ที่ได้รับมาจากคู่สัญญานั้นๆ ดังนั้น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจึงไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติในสิ่งที่คู่สัญญาไม่ได้สั่งไว้ในคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จำเลยจึงไม่มีหน้าที่ต้องฝากเงินของโจทก์ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ย หากไม่ได้รับคำสั่งจากโจทก์ให้ทำเช่นนั้น

¹²¹ *Hannon v. Western Title*. (1989) 211 Cal.App.3d 1122, 1127- 1129 (260 Cal.Rptr. 21). (อ้างถึงใน ศิริพร เอี่ยมทรงชัย และ จันทิมา พัฒนาการ, 2550 : 39)

จากคำพิพากษาดังกล่าว การบังคับใช้มาตรา 17409 จึงมีหลักอยู่ว่า เงินทั้งหมดที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ได้รับมาจากคู่สัญญาในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งจะต้องส่งมอบต่อไปเมื่อมีการปิดธุรกรรมการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นจะต้องนำไปฝากไว้ในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยและสั่งจ่ายตามคำสั่งหรือโดยออกเช็ค และต้องแยกต่างหากจากเงินของการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา อย่างไรก็ตาม การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จะฝากเงินที่ได้รับมาจากการเป็นการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไว้ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ยได้ ก็ต่อเมื่อได้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะเจาะจงจากคู่สัญญาในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้ทำเช่นนั้น โดยดอกเบี้ยทั้งหมดที่ได้จากการฝากเงินในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ยต้องเป็นของคู่สัญญาฝ่ายที่ฝากเงินไว้กับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น

กฎหมาย Property, Stocks and Business Agents Act 2002 กำหนดให้ดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ สถาบันการเงินที่รับฝากจะต้องนำส่งเข้าบัญชีของรัฐ (Statutory Interest Account)

ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 มาตรา 19 บัญญัติว่า “...ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินพร้อมดอกเบี้ย...” จากบทบัญญัติดังกล่าว จึงทำให้ทราบได้ว่า เมื่อคู่สัญญาได้ฝากเงินไว้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ เพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาส่งมอบต่อไปให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามข้อตกลงในสัญญาดูแลผลประโยชน์ กฎหมายได้กำหนดให้เงินทั้งหมดที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับฝากเพื่อการดังกล่าวต้องทำการฝากหรือเก็บไว้ในอีกบัญชีหนึ่ง โดยให้ฝากในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ย เพื่อเป็นการแสดงให้เห็นว่าเงินในบัญชีไม่ใช่เงินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ทั้งนี้ จากปัญหาที่เกี่ยวกับผลประโยชน์ในดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์นี้ ผู้เขียนเห็นสมควร ให้มีการกำหนดให้ชัดเจนว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทไม่มีดอกเบี้ย เพื่อป้องกันปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญากับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในเรื่องดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ ดังมีคำอธิบายเกี่ยวกับการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ไว้ว่า ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กฎหมายและทางปฏิบัติส่วนใหญ่ บัญชีดูแลผลประโยชน์ที่มีบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางมาดูแลบัญชี จะเปิดในประเภทไม่มีดอกเบี้ย (Non-Interest Bearing Account) เนื่องจากดอกเบี้ยในบัญชีที่เปิดเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา (Security Deposits) เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่สร้างความขัดแย้งได้ง่าย (Touchy Thing) และให้กฎหมายเปิดช่องให้เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยได้ ถ้าเป็นไปตามคำสั่งของคู่สัญญาตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ควรกำหนดไว้ด้วยว่าใครจะเป็นผู้ได้รับดอกเบี้ย

เมื่อผู้เขียนมีความเห็นว่า ควรกำหนดกฎหมายให้ชัดเจนว่า บัญชีดูแลผลประโยชน์ต้องเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทไม่มีดอกเบี้ยแล้ว และเห็นสมควรให้กฎหมายเปิดช่องให้เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยได้ ถ้าเป็นไปได้ตามคำสั่งของคู่สัญญาตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ควรกำหนดไว้ด้วยว่าใครจะเป็นผู้ได้รับดอกเบี้ยนั้น จากข้อกำหนดตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 มาตรา 19 ที่บัญญัติว่า “...โอนเงินพร้อมดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สิน...” จึงเห็นควรให้มีการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกข้อกำหนดดังกล่าว ให้มีความสอดคล้องไปในทางที่ว่า หากคู่สัญญาได้มีการกำหนดให้เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยแล้ว ดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์นั้นให้เป็นไปตามที่คู่สัญญาดูแลผลประโยชน์ได้ตกลงกันไว้ ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมและเหมาะสมแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย

บทที่ 5

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

ในการศึกษาค้นคว้าสภาพปัญหา ของการทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ตลอดจนการวิเคราะห์เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามกฎหมายไทยและกฎหมายต่างประเทศ ในบทที่ 2 บทที่ 3 บทที่ 4 ทำให้ผู้เขียนทราบว่า การซื้อขายอาคารชุดในประเทศไทยนั้น ทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จึงส่งผลกระทบต่อผู้ซื้อห้องชุด เมื่อจ่ายเงินค่างวดครบตามสัญญาแล้ว แต่ผู้ประกอบการอาคารชุดกลับไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ และสาเหตุหนึ่งของปัญหาการทำธุรกิจอาคารชุดมาจากสัญญาสำเร็จรูป ที่ผู้ประกอบการอาคารชุดทำกับผู้ซื้อนั้นไม่เป็นธรรม เพราะผู้ประกอบการอาคารชุดเป็นฝ่ายร่างสัญญาขึ้นใช้ในทางธุรกิจการค้าปกติของตน โดยมุ่งสนับสนุนผลประโยชน์สูงสุดของผู้ประกอบการอาคารชุด ตามหลักเสรีภาพในการแสดงเจตนา (freedom of contract) โดยผนวกข้อสัญญาที่ได้เปรียบบางประการเข้าไปในสัญญาสำเร็จรูป ไม่ว่าจะเป็นสัญญาจอง สัญญาจะซื้อจะขายห้องชุด และสัญญาว่าจ้างก่อสร้างอาคารชุด เป็นต้น ทั้งนี้โดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย อาทิเช่น ข้อสัญญาเกี่ยวกับการผลัดภาระค่าใช้จ่ายในการทำสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ ไม่ว่าจะเป็นค่าธรรมเนียมการโอน ภาษีเงินได้ ช้อยกเว้นหรือข้อจำกัดความรับผิดชอบ ข้อความเพิ่มสิทธิบางประการให้แก่ผู้ประกอบการอาคารชุดนอกเหนือไปจากที่กฎหมายกำหนด หรือข้อความตัดสิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งกฎหมายมุ่งคุ้มครอง

ปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมระหว่างการทำธุรกิจอาคารชุดกับผู้ซื้อเมื่อขึ้นสู่ศาล ศาลมักจะพิจารณาโดยใช้หลักเรื่องความศักดิ์สิทธิ์ในการแสดงเจตนา และเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา มาปรับใช้แก่กรณี อันแสดงให้เห็นถึงนโยบายของรัฐที่จะไม่แทรกแซงกิจการของภาคเอกชน และนำหลักกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 เอกเทศสัญญา ลักษณะ 1 เรื่องซื้อขาย มาใช้วินิจฉัยแก่คดีนั้น จนระบบเสรีประชาธิปไตยหรือเศรษฐกิจเสรีเดินมาถึงระดับหนึ่ง ซึ่งมีการแข่งขันกันทางธุรกิจมากขึ้นและนับวันยิ่งทวีความรุนแรง ระบบการผลิต การจำหน่ายสินค้าและบริการ การประกอบธุรกิจในรูปแบบต่างๆ มีความเข้มแข็งและมีอำนาจครอบงำตลาดมากขึ้น ส่งผลกระทบต่อประชาชนส่วนใหญ่ที่อยู่ในฐานะผู้บริโภคสินค้าและบริการเหล่านั้น ช่องว่างระหว่างบุคคลเริ่มขยายตัวมากขึ้นจนถึงระดับที่ทำให้คนที่ด้อยกว่าตกอยู่ในฐานะที่ไม่เพียงแต่จะตั้ง

เงื่อนไขต่อรองในเนื้อหาสาระไม่ได้เท่านั้น แม้แต่จะใช้เสรีภาพในการไม่เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมนั้นก็ไม่ได้ด้วย กลุ่มผู้ประกอบการธุรกิจอาคารชุดอาจได้เปรียบและมีอำนาจต่อรองที่เหนือกว่ากลุ่มบุคคลผู้ซื้อห้องชุดผู้ยากจนหรือผู้ด้อยโอกาส จึงอาศัยข้อได้เปรียบนี้กำหนดเงื่อนไขในร่างสัญญาให้เป็นประโยชน์แก่ตนมากที่สุด โดยไม่คำนึงถึงความเป็นธรรมและนำเสนอร่างสัญญานั้นต่อผู้ซื้อห้องชุด โดยจัดทำในรูปแบบของสัญญาสำเร็จรูป (adhesion contract) หรือ สัญญามาตรฐาน (standard contract) เอาไว้เรียบร้อย เพื่อให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองน้อยกว่าหรือเสียเปรียบกว่าลงลายมือชื่อ โดยไม่มีอำนาจเปลี่ยนแปลงข้อความใดๆ ในสัญญา แม้สัญญาที่ได้จัดทำเอาไว้แล้วนั้นจะมีข้อความที่เอาเปรียบอีกฝ่ายหนึ่งอย่างมาก อีกทั้งไม่มีทางเลือกอื่นที่เหมาะสม นอกจากจำยอมเข้าทำสัญญา ซึ่งถือเป็นการตกลงยอมรับข้อกำหนดในสัญญานั้นโดยปริยาย ถ้าไม่ยอมตกลงเข้าทำสัญญาก็ไม่จำเป็นต้องทำธุรกิจร่วมกัน

ประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาเหล่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาความไม่เป็นธรรม และความไม่สงบสุขในสังคมอันเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาส อาศัยหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก โดยกฎหมายกำหนดกรอบการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล กำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรม และพอสมควรแก่กรณี พระราชบัญญัติการคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ได้แก้ไขเพิ่มเติมในส่วนที่ว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพื่อให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมที่ใช้บังคับอยู่ โดยกำหนดวิธีการเพื่อป้องกันการหลอมน้ำที่ไม่เป็นธรรมในการเข้าทำสัญญา ระหว่างผู้ประกอบการธุรกิจกับผู้บริโภค โดยกำหนดให้ผู้ประกอบการธุรกิจต้องจัดทำสัญญาให้เป็นไปตามข้อกำหนดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาประกาศในพระราชกฤษฎีกา โดยได้กำหนดให้รัฐเข้ามาแทรกแซงเสรีภาพในการเข้าทำสัญญา โดยใช้วิธีประกาศ กำหนดรายละเอียด และลักษณะของข้อความที่ถือว่าไม่เป็นธรรม ตลอดจนข้อความที่จำเป็นต้องมีเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อผู้บริโภค การคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญาเป็นเรื่องจำเป็นอย่างยิ่ง และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2551 ได้มีการรับรองคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อห้องชุดว่าถ้าซื้อห้องชุดไปแล้วผู้ซื้อห้องชุดจะได้กรรมสิทธิ์ในห้องชุดนั้น

แม้กฎหมายทั้ง 3 ฉบับจะได้ประกาศใช้บังคับแล้ว แต่ก็ยังเป็นหลักเกณฑ์ที่วางไว้อย่างกว้างๆ ซึ่งไม่อาจควบคุมการใช้สัญญาสำเร็จรูปของผู้ประกอบการธุรกิจอาคารชุดที่ทำกับผู้ซื้อห้องชุด

ซึ่งเป็นผู้บริโภครู้สึกเกิดความไม่สบายใจหรือเกิดความไม่พอใจ เพราะมาตรการตามกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นนั้น ล้วนเป็นมาตรการในเชิงแก้ไข ซึ่งต้องรอให้เกิดปัญหาหรือความเสียหายขึ้นก่อน คู่สัญญาจึงจะอ้างสิทธิตามกฎหมายเหล่านั้นในการเยียวยาความเสียหายได้ และการอ้างสิทธิเพื่อการเยียวยาจำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาล จึงต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อให้ศาลเยียวยาความเสียหายให้ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่า การฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นเรื่องที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก จนไม่แน่ว่าจะคุ้มค่าในการดำเนินการหรือไม่ เมื่อเทียบกับความสูญเสียหรือความเสียหายที่ได้รับ ในขณะที่ปัจจุบันปัญหาที่เกิดขึ้นในการทำธุรกรรมของประเทศไทยนั้นยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่ผู้ซื้อไม่ได้รับสิ่งที่ตนประสงค์จะซื้อทั้งที่ได้ชำระราคาไปแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือผู้ขายไม่ได้รับชำระราคาทั้งที่ได้ปฏิบัติตามสัญญาไปแล้ว

หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจึงได้มีความพยายามนำเอาระบบการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) คือธุรกรรมที่มีการฝากเอกสาร หนังสือตราสาร เงิน หรือรายการอื่นใดตามที่คู่สัญญา กำหนดไว้กับบุคคลที่สาม ซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา โดยมีคำสั่งให้ส่งมอบเอกสาร หนังสือตราสาร หรือทรัพย์สินที่ฝากไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow instruction) บุคคลที่สามซึ่งทำหน้าที่ในการรับฝากดังกล่าวเรียกว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow agent) บุคคลที่เกี่ยวข้องกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยหลักจึงประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่ายซึ่งปกติได้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายอาคารชุดและผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยมีการทำสัญญาหลักสองสัญญาซึ่งอาจรวมอยู่ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ได้ ประกอบด้วย สัญญาซื้อขายอาคารชุดและสัญญาดูแลผลประโยชน์ (escrow agreement) ซึ่งปัจจุบันได้มีการตราเป็นกฎหมายใช้ชื่อว่า พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ. 2551 จะเห็นได้ชัดเจนว่า การให้มีคนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยยังไม่มีการส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือเงินค่าทรัพย์สินนั้นนั้นจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว ว่าคู่สัญญาได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องครบถ้วน ย่อมเป็นการป้องกันปัญหาที่เกิดขึ้นในอนาคตได้อย่างชัดเจน เพราะถ้าคู่สัญญาไม่อาจปฏิบัติได้อย่างลุล่วง ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องดำเนินการให้คู่สัญญากลับคืนสู่ฐานะเดิม จึงมีความเป็นไปได้น้อยที่คู่สัญญาจะต้องประสบกับความสูญเสียหรือความเสียหายจากการทำธุรกรรมนั้น พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 จึงเป็นมาตรการในเชิงป้องกันซึ่งน่าจะมีประสิทธิภาพ แต่ก็ยังมีผู้บริโภคอยู่อีกเป็นจำนวนมาก ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือยังไม่ได้รับความคุ้มครอง ที่เหมาะสมกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจริง เนื่องจากความไม่ชัดเจนหรือความไม่เหมาะสม ของบทบัญญัติกฎหมาย

จากการศึกษาถึงข้อบกพร่องที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในปัจจุบัน เพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ พบว่าประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย มีบทบัญญัติของกฎหมายที่ครอบคลุมและชัดเจนกำหนดไว้แล้วในเรื่องของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีหลักการที่ดีและสำคัญหลายประการจึงขอสรุปเป็นแต่ละประเทศ โดยเริ่มจากประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุดกันอย่างแพร่หลาย เนื่องด้วยมีประโยชน์หลายประการ ได้แก่ การใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สร้างความสะดวกแก่คู่สัญญาที่ไม่จำเป็นต้องมาปรากฏตัวในวันปิดธุรกรรมซื้อขาย สัญญาจัดตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาช่วยป้องกันการเปลี่ยนใจของกลุ่มสัญญา เพราะเมื่อทำสัญญาแล้วคู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่สามารถยกเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์และขอรับทรัพย์ที่ฝากไว้คืนได้ นอกจากนี้การใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นเครื่องมือในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุดที่มีโอกาสทำให้การชื้อขายนั้นประสบผลสำเร็จสูง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าว คู่สัญญาควรต้องเลือกผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านอสังหาริมทรัพย์ มีทักษะสูง และมีความน่าเชื่อถือและไว้วางใจ

การปิดธุรกรรมซื้อขายอาคารชุดโดยใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีขั้นตอนดังนี้ คู่สัญญาทำการแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นผู้รับผิดชอบการปิดธุรกรรม จากนั้นผู้ประกอบการจะส่งมอบหนังสือตราสารที่ลงลายมือชื่อถูกต้องครบถ้วนให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะได้รับคำสั่งให้ส่งมอบหนังสือตราสารแก่ผู้ซื้อห้องชุดหลังจากผู้ประกอบการได้รับชำระราคาค่าทรัพย์สินแล้ว เมื่อผู้ซื้อห้องชุดได้ฝากเงินเพื่อชำระเป็นค่าราคาห้องชุดที่ชื้อขายไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ที่ชื้อขายเป็นที่พอใจแล้ว ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จะส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้ซื้อห้องชุดและส่งมอบเงินดังกล่าวให้แก่ผู้ประกอบการ เช่นนี้ การปิดธุรกรรมโดยใช้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นอันสิ้นสุดลง

กฎหมายเกี่ยวกับการดูแลรักษาผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ (State Law) แบ่งได้เป็นสองลักษณะใหญ่คือ กฎหมายเฉพาะว่าด้วยเรื่องต่างๆ ที่บทบัญญัติกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ สำหรับการทำธุรกรรมตามกฎหมายเฉพาะนั้นรวมอยู่ด้วย อีกลักษณะหนึ่งคือ กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมผู้ประกอบการดูแลผลประโยชน์ ให้มีความน่าเชื่อถือและเป็นที่น่าไว้วางใจของผู้ใช้บริการ ทั้งนี้ กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาในรายละเอียดมากกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่นและใช้บังคับมาเป็นเวลานาน จึงเป็นกฎหมาย

หลักที่นำมาศึกษาในงานวิทยานิพนธ์เล่มนี้ โดยสรุปสาระของกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ ดังนี้

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติลักษณะ 6 แห่งประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประกอบด้วยบทบัญญัติ 8 หมวด มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย ว่าด้วยการกำหนดนิยามคำสำคัญที่ใช้ในกฎหมาย

หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน ว่าด้วยข้อกำหนดในเรื่องการขอรับใบอนุญาตคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาต ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาต โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกรมการในการอนุมัติใบอนุญาต พิจารณาอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตต้องวางหลักประกันความเสียหาย (Surety Bond) ในขณะยื่นคำขอ

หมวด 2.5 บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ว่าด้วยเงื่อนไขที่กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องเป็นสมาชิกบรรษัทประกันความเสียหาย ซึ่งเป็นองค์กรในลักษณะกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในเงินหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ กรรมการ ทรัสต์ดี ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ ลูกจ้างของสมาชิก ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ที่กระทำการ โกง ชักยอก ทุจริต นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์การขอรับชดเชยค่าเสียหายจากองค์กรดังกล่าว

หมวด 3 ข้อบังคับในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ กำหนดข้อบังคับเพื่อให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต้องปฏิบัติตามในขณะที่ดำเนินการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

หมวด 4 การเพิกถอนใบอนุญาต กำหนดเหตุและหลักเกณฑ์ในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

หมวด 5 การไต่สวน กำหนดหลักเกณฑ์ในการสอบสวนหรือไต่สวนที่จะมีขึ้นตามกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานี้เพื่อการออกคำสั่งของกรมการในการอนุมัติใบอนุญาต หรือเพื่อทบทวนคำสั่งของกรมการในการอนุมัติใบอนุญาต

หมวด 6 การตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมกิจการดูแลผลประโยชน์ โดยให้อำนาจกรมการในการอนุมัติใบอนุญาตเข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการดูแลผลประโยชน์ การเข้าครอบครองนี้สามารถแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน เพื่อเข้าดูแลกิจการดูแลผลประโยชน์ได้ หากมีเหตุเกี่ยวกับการดำเนินกิจการดูแลผลประโยชน์ไปในทางที่ไม่ปลอดภัยและทำให้ฐานะการเงินย่ำแย่

หมวด 7 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา กำหนดให้มีบทลงโทษกรณีมีการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยมีการลงโทษทางอาญา ได้แก่ โทษปรับหรือโทษจำคุก และการลงโทษทางแพ่ง ได้แก่ โทษปรับ

กฎหมายดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่ กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพตัวแทนนายหน้า (Estate Agent) เนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย ตัวแทนนายหน้า มีบทบาทอย่างมาก เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รัฐบาลของแต่ละมลรัฐและดินแดนของออสเตรเลียจึงได้ดำเนินการออกกฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของตัวแทนนายหน้า โดยกฎหมายของมลรัฐต่างๆ จะกำหนดให้การประกอบอาชีพตัวแทนนายหน้าต้องได้รับใบอนุญาต และการดำเนินกิจกรรมของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวมีข้อจำกัดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ประกอบด้วย

(1) Property, Stock and Business Agents Act 2002 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้า อันได้แก่ การกำหนดมาตรการอนุญาตห้ามมิให้นายหน้ากระทำการแทนกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน การห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นลูกจ้างของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะนายหน้าในการขายทรัพย์สิน การนำบัญชีทรัสต์ (Trust Account หรือ Escrow Account) มาใช้ตลอดจนการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (Compensation Fund)

(2) Property, Stock and Business Agents Regulation 2003 ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับกฎ ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 เพื่อวางกฎเกณฑ์การดำเนินงานของตัวแทนนายหน้า ในลักษณะคล้ายกับประมวลความประพฤติ (Code of Conduct) อันจะสร้างความน่าเชื่อถือทั้งด้านการเงินและด้านจริยธรรมให้แก่ตัวแทนนายหน้า

5.2 ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาเพื่อหาแนวทางในการปรับปรุงแก้ไขทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศออสเตรเลีย ทำให้ได้ทราบถึงความไม่ครอบคลุมและชัดเจนของการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ผู้เขียนขอเสนอมาตรการทางกฎหมายและแนวทางที่ควรจะเป็นการคุ้มครองการทำธุรกิจอาคารชุด ตามตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ดังนี้

5.2.1 ปัญหาเกี่ยวกับมาตรการในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

การทำธุรกิจอาคารชุดตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ควรมีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องบัญชีดูแลผลประโยชน์ใช้บังคับด้วย เนื่องจากการทำธุรกิจอาคารชุดนั้นมีผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ ทั้งนี้เนื่องจากการลงทุนมีผลต่อการเพิ่มรายได้ประเทศชาติ และการลงทุนก่อให้เกิดการจ้างแรงงานในกิจการการก่อสร้าง ผลจากการจ้างงานทำให้ปัญหาการว่างงานผ่อนคลายลง นอกจากนี้อาคารชุดจะก่อให้เกิดธุรกิจอีกประเภทหนึ่งอันได้แก่ การมีนิติบุคคลอาคารชุด โดยจะต้องจ้างผู้จัดการคอยดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง ซึ่งจะต้องมีคนช่วยงาน อาทิเช่น คนคอยดูแลทำความสะอาด และการทำธุรกิจอาคารชุดนั้นต้องดำเนินการโดยอาศัยความน่าเชื่อถือระหว่างคู่สัญญาเป็นหลัก ถ้าการที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ทำตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา หรือมีเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อการทำสัญญา จะทำให้การซื้อขายอาคารชุดเกิดความเลื่อง หรือหยุดชะงักและส่งผลกระทบต่อคู่สัญญาและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ

ส่วนการทำธุรกรรมหรือการทำสัญญาต่างตอบแทนอย่างอื่นที่ไม่ได้มีอัตราความเสี่ยงสูง โดยไม่ทำให้การทำธุรกรรมหรือสัญญาต่างตอบแทนนั้นหยุดชะงัก และไม่ได้ส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ คู่สัญญานั้นอาจตกลงกันจัดให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้

การที่ให้มีคนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะทำให้วัตถุประสงค์ของการตราพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 เพื่อมาแก้ไขปัญหาที่เกิดจากการทำธุรกิจอาคารชุดนั้นเป็นไปได้จริง และผู้เขียนมีข้อเสนอแนะต่อไปว่า รัฐหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมอาคารชุด จะต้องดำเนินการให้คำแนะนำหรือประชาสัมพันธ์ความรู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ในการซื้อขายอาคารชุดควบคู่ไปด้วยเพราะข้อเท็จจริงในปัจจุบัน ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคนในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังไม่รู้จัก หากได้มีการแนะนำหรือประชาสัมพันธ์ จะทำให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภครู้จักการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและเลือกที่จะใช้บริการการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามากขึ้น และพัฒนาไปสู่การใช้กันอย่างแพร่หลาย เพราะหากทำได้เช่นนี้ มาตรการตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 จะเอื้อประโยชน์ต่อการแก้ปัญหาที่ต้องการได้ ดังนั้นหากมีกฎหมายออกมาใช้แต่ไม่มีการใช้กฎหมายที่ออกมาเพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าวก็ไม่มีความหมาย

5.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับบทบาทและหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

มาตรการตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ที่มีอยู่ ควรให้มีการเพิ่มบทบาทหน้าที่ของผู้ที่จะมาทำหน้าที่ในการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่นอกเหนือจากการดูแลเพียงแค่เงินที่ผู้ซื้อห้องชุดจะต้องชำระให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ และดำเนินการโอนเงิน และจัดให้มีการโอน หรือส่งมอบทรัพย์สินตามสัญญาให้แก่กลุ่มสัญญา อาทิเช่น การตรวจสอบสัญญา จะซื้อจะขายให้ตรงตามมาตรฐานของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด ตรวจสอบมอบห้องชุดที่จะต้องส่งมอบให้ตรงตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา การตรวจสอบความไม่พร้อมของระบบสาธารณูปโภค รวมทั้งระบบการบริหารอาคารชุดหลังการขาย ดำเนินการติดต่อสถาบันการเงินให้กับผู้ซื้อห้องชุดในการทำสัญญาจะซื้อจะขาย ทั้งนี้เพื่อตรวจสอบความสามารถหรือกำลังของผู้ซื้อห้องชุดว่ามีขีดความสามารถมากน้อยเพียงใดและแค่ไหนได้อีกทางหนึ่งด้วยซึ่งเป็นการดีสำหรับผู้ขายทำให้ให้ผู้ขายมั่นใจได้ว่าเมื่อได้ก่อสร้างอาคารชุดเสร็จแล้วตนจะได้รับชำระค่าห้องชุดอย่างแน่นอน ถ้ากรรมสิทธิ์ในอาคารชุดปลอดจากภาระผูกพันอย่างใดๆ ก็ให้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นผู้ทำหน้าที่จ่ายเงินค่าห้องที่ซื้อขายกันให้แก่ผู้ประกอบการธุรกิจ และส่งมอบห้องชุด ตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาให้แก่ผู้ซื้อห้องชุด ปัญหาในเรื่องของการที่ผู้ซื้อห้องชุดต้องเสียเงินออกไปโดยเปล่าประโยชน์ในการตกลงเข้าทำสัญญาซื้อขายห้องชุด โดยที่ไม่นำกลับมาทบทวนให้ละเอียดรอบคอบนั้นก็จะต้องหมดไป เพราะผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในกระบวนการซื้อขายปิดธุรกรรมการซื้อขายอาคารชุด

5.2.3 ปัญหาเกี่ยวกับการกำกับดูแลตรวจสอบ

มาตรการตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 ที่มีอยู่สมควรให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญายื่นเอกสารหรือหลักฐานสมุดบัญชี เอกสาร ดวงตราหรือสิ่งอื่นที่เกี่ยวข้องกับกิจการ สินทรัพย์ และหนี้สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นรายเดือนหรือตามกำหนดระยะเวลาอื่นที่ไม่ใช่รายปี และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ มีอำนาจในการดำเนินการตรวจสอบเอกสารที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีหน้าที่ต้องยื่นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามที่ได้กำหนดไว้ตามระยะเวลานั้น เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่พบเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากำลังกระทำการฝ่าฝืนต่อพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. 2551 นี้แล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่จึงจะมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบกิจการดูแลผลประโยชน์ รวมทั้งเก็บรวบรวมเอกสารหลักฐาน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

5.2.4 ปัญหาเกี่ยวกับหลักประกันและบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา

มาตรการตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ที่มีอยู่ควรมี การกำหนดในเรื่องหลักประกัน และบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ เนื่องจากความไม่ซื่อสัตย์หรือ จากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องในการทำธุรกิจอาคารชุด ให้มีความชัดเจนมาก ยิ่งขึ้นและโดยเร็วที่สุด โดยเห็นสมควร มีการกำหนดให้มีการยื่นหลักประกันพร้อมกับการยื่น ขอรับใบอนุญาตหรือเมื่อได้รับใบอนุญาตแล้ว รวมทั้งควรให้มีการกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญาที่ได้รับใบอนุญาตแล้ว ต้องเป็นสมาชิกของบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแล ผลประโยชน์ของคู่สัญญา และผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติที่ออกโดย บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อชดใช้ความเสียหายในกรณี ที่ลูกจ้าง ตัวแทนของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สิน ที่ฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ บุคคลภายนอกดังกล่าวสามารถเรียกให้มีการชดใช้ค่าเสียหาย จากหลักประกันได้ และในขณะเดียวกันผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เมื่อต้องชดใช้ค่าเสียหาย แก่บุคคลภายนอกแล้วย่อมเรียกค่าเสียหายคืนจากบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของผู้ดูแล ผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้

5.2.5 ปัญหาเกี่ยวกับดอกเบี้ยจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตาม มาตรา 19

มาตรการตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ที่มีอยู่ ควร กำหนดให้ บัญชีดูแลผลประโยชน์ต้องเปิดเป็นบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทไม่มีดอกเบี้ย เพื่อ ป้องกันปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญากับผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในเรื่องดอกเบี้ยที่ เกิดจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ เนื่องจากดอกเบี้ยในบัญชีดูแลผลประโยชน์ที่เปิดเพื่อเป็น หลักประกันการปฏิบัติตามสัญญาเป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่สร้างความขัดแย้งได้ง่าย และให้กฎหมาย เปิดช่องให้เปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ประเภทมีดอกเบี้ยได้ ถ้าเป็นไปตามคำสั่งของคู่สัญญาตามที่ ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ควรกำหนดไว้ด้วยว่าใคร จะเป็นผู้ได้รับดอกเบี้ย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรให้ดอกเบี้ยคืนแก่คู่สัญญาฝ่ายที่ได้ตกลงกันไว้ใน สัญญา ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของรัฐ โดยมีการเสนอให้มีการแก้ไขปรับปรุง พระราชบัญญัติ การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 19 จากที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาได้ ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญาโอนเงินพร้อมดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องโอน หรือส่งมอบทรัพย์สิน และจัดให้มีการ โอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐาน แห่งหนี้ตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องชำระเงิน” ให้แก้ไขปรับปรุงเป็นว่า ในกรณีที่

คู่สัญญาได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องโอน หรือส่งมอบทรัพย์สิน และจัดให้มีการโอนหรือดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้เป็นไปตามที่ คู่สัญญาที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ภายใต้การควบคุมกำกับดูแลของรัฐ



กรม
การ
การ
การ

บรรณานุกรม

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

หนังสือ

- คาราพร ธีระวัฒน์. (2538). **กฎหมายสัญญา : สถานะใหม่ของสัญญาในปัจจุบัน และปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม**. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บริสุทธิ กาสินพิลา. (2533). **ผ่าธุรกิจบ้านจัดสรรและคอนโดมิเนียม พิมพ์ครั้งที่ 2**. กรุงเทพฯ : สมิต.
- บวรศักดิ์ อูวรรณ โณ. (2538). **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี**. กรุงเทพฯ : นิติธรรม.
- _____. (2547). **ภาพรวมของรัฐธรรมนูญ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**. นนทบุรี : สถาบันพระปกเกล้า.
- ไพยม จันทร์คคะ. (2520). **คำบรรยายความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมาย**. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- ไพโรจน์ อารักขา. (2543). **ครบเครื่องเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ภูริชญา วัฒนรุ่ง. (2543). **ปรัชญาและพัฒนาการกฎหมายมหาชน**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ศันนัฏกรณ์ (จำปี) โสทธิพันธุ์. (2546). **คำอธิบายกฎหมายนิติกรรม – สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 8)**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.
- ศักดิ์ สนองชาติ. (2549). **คำอธิบายนิติกรรม สัญญา**. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.
- สถิตย์ เล็งไธสง. **คู่มือกฎหมายแพ่ง เล่ม 1 ว่าด้วยนิติกรรม-สัญญา (ระยะเวลาและอายุความ)**. กรุงเทพฯ : ม.ป.ท.
- สมยศ เชื้อไทย. (2534). **วิชากฎหมายแพ่ง : ลักษณะทั่วไป ตามแนวคำสอนของดร. ปรีดีเกษมทรัพย์ (พิมพ์ครั้งที่ 2)**. กรุงเทพฯ : ประกายพริก.
- สหัส สิงหวิริยะ. **คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทนนายหน้า**. กรุงเทพฯ : นิติบรรณการ.
- สุขุม ศุภนิติย์. (2540). **คำอธิบายกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค**. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.
- โสภณ ชัยสุวรรณ. (2524). **คำอธิบายกฎหมายอาคารชุด**. กรุงเทพฯ : ป.สัมพันธ์พาณิชย์.
- โสภณ รัตนากร. (2521-2522). **คำอธิบายนิติกรรม-สัญญา (พิมพ์ครั้งที่ 13)**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

หยุด แสงอุทัย. (2528). **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป** (พิมพ์ครั้งที่ 12). กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

บทความ

ชมรมธุรกิจตัวแทนการค้าอสังหาริมทรัพย์แห่งประเทศไทย. (ม.ป.ป.). **การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ในสหรัฐอเมริกา**. หน้า 15.

ชลิต กิติญาณทรัพย์. (2538, 17-20 สิงหาคม). “จับตามองธุรกิจใหม่ เอสโครว์.” **ประชาชาติธุรกิจ**.
 พลลภ กฤตยานวิษ. (ม.ป.ป.). “เอสโครว์กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.”
 พิเศษ เสตเสถียร. (2526, กุมภาพันธ์). “ระบบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด.” **วารสารกฎหมาย**, 7.

หน้า 44.

วิกรณ์ รักษ์ปวงชน. (2531, กันยายน). “ปัญหากฎหมายอาคารชุด : กรรมสิทธิ์ช่องว่างในอากาศ?” **บทบัณฑิตย**, 44. หน้า 51 – 72.

_____. (2532, ธันวาคม). “คอนโดมิเนียม : ข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงควรรู้.” **วารสารกฎหมาย (สุโขทัยธรรมมาธิราช)**, 2. หน้า 40.

สมใจ วิริยะบัณฑิตกุล. (2538, พฤษภาคม). “เอสโครว์ กฎหมายเป็นพิษ.” **พร็อพเพอร์ตี้มาร์เก็ต**. หน้า 102.

สุชาติ สวัสดิ์ยานนท์. (ม.ป.ป.). “Escrow ของเล่นชิ้นใหม่ของนายเบงก์.” หน้า 174.

สุปรียา สุกกสังข์. (2536, ธันวาคม). “จับตามองธุรกิจใหม่เอสโครว์.” **วารสารสุโขทัยธรรมมาธิราช**. หน้า 177.

อดิศักดิ์ ลิ้มปรุงพัฒน์กิจ. (2538, 18 ตุลาคม). “เอสโครว์เอเจนท์ กลยุทธ์ตลาดใหม่.” **กรุงเทพฯ ธุรกิจ โฮมสไตล์**. หน้า 3-5.

วิทยานิพนธ์

ชนพล อินทนนท์. (2534). **เจ้าของร่วมอาคารชุด**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

ไพรัช วิเศษศิริลักษณ์. (2540). **การคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจจัดสรรที่อยู่อาศัย : กรณีศึกษาเอสโครว์**. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

- มัลลิกา คมน่อนันต์. (2544). **เอสโครว์: รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย.**
 วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์
 มหาวิทยาลัย.
- วิกรณ์ รักรักษ์ปวงชน. (2538). **กรรมสิทธิ์ในอาคารชุด.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา
 นิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- วิลาสินี อัครวิบูลย์. (2550). **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจขายตรง :
 ศึกษากรณีอันมีลักษณะเป็นแชร์ลูกโซ่.** วิทยานิพนธ์ปริญญาโท สาขา
 สาขาวิชานิติศาสตร์. กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต.

รายงานการวิจัย

- ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ จันทิมา พัฒนางกูร. (2550). **กฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของ
 คู่สัญญา (Escrow Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา** (รายงานการศึกษาวิจัยตาม
 โครงการศึกษาวิจัย). กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ. (2550). **กฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์
 ของคู่สัญญาของประเทศออสเตรเลีย** (รายงานการศึกษาวิจัยตามโครงการศึกษาวิจัย).
 กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.
- เอนก จงเสถียร. (2544). **มาตรการทางกฎหมายในการคุ้มครองผู้ซื้อบ้านจัดสรร** (งานวิจัย
 หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง). กรุงเทพฯ : วิทยาลัยการยุติธรรม
 สำนักงานศาลยุติธรรม.

เอกสารอื่นๆ

- ไชยยศ เหมะรัชตะ. (ม.ป.ป.). **คู่มือคอนโดมิเนียม กฎหมายเกี่ยวกับคอนโดมิเนียม.** กรุงเทพฯ :
 ม.ป.ท.
- สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค. (2549). **สคบ.กับการคุ้มครองผู้บริโภค พิมพ์ครั้งที่ 10.**
 กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค.

กฎหมาย

พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551.

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการคุ้มครอง
ผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541.

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540.

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 และแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชบัญญัติอาคารชุด (ฉบับที่ 4)
พ.ศ. 2551.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550.

ภาษาอังกฤษ

BOOKS

Bannock G. (1989). **International Dictionary of Finance**. London.

Burke D.B. (1993). **Real Estate Transactions: Examples and Explanations**.

Cribbet J.E. (1962). **Principle of The Law of Property**. Brooklyn : Foundation Press.

Dauids L.E. (1985). **Dictionary of Banking and Finance**.

Dennis M.W. (1982). **Residential Mortgage Lending**. Mason, OH : Thomson South-Western.

Downes J. (1985). **Dictionary of Finance and Investment Terms**.

Gibson F, Karp J, and Klayman E. (1992). **Real Estate Law**. Chicago: Real Estate Education.

Lefcoe G. (1993). **Real Estate Transactions**. Virginia: The Michie Company Law.

Maisel S.J. (1987). **Real Estate Finance**. Sandiago, CA : Harcourt Brace Javanovich.

Perry F.E. (1979). **A Dictionary of Banking**. Plymouth : Macdonald and Evans.

Richards R.M. (1984). **Personal Finance**. LLinois Scott : Freshman and company.

Scognamiglio R. (1983). **Manuale del Diritto italiano**. Napoli : Jovene

_____. (n.d.). **Supra note 8**.

Shenkel W.M. (1984). **Marketing Real Estate**. Texas : Business Publication.

Wofford L.E. (1986). **Real Estate**. Newyork : John Wiley & Sons.

LAWS

California Financial Code Division 6 Escrow Law.

Property, Stock and Business Agents Act 2002.

Property, Stock and Business Agents Regulation 2003.

ประวัติผู้เขียน

ชื่อ – สกุล

กรรณา ทาแก้ว

ประวัติการศึกษา

สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาตรี จากมหาวิทยาลัยรามคำแหง
ปีการศึกษา 2545สอบผ่านหลักสูตรวิชาว่าความของสำนักอบรมวิชา
ว่าความแห่งสหภาพนายความ รุ่นที่ 24