

# ปัญหาทางกฎหมายในการนำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา พ.ศ.2551 มาบังคับในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

ตวิษา ใจยังยืน\*

รองศาสตราจารย์พินิจ ทิพย์มณี\*\*

## บทคัดย่อ

ประเทศไทยได้มีการตราพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ขึ้นมาเพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาและสร้างความมั่นคงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ อันเนื่องมาจากการทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการทำสัญญาโดยอาศัยความน่าเชื่อถือระหว่างคู่สัญญาในการชำระหนี้ตามที่ตกลงกันไว้เป็นหลัก ในบางครั้งจึงทำให้เกิดปัญหาจากการที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ ถึงแม้จะมีการตรากฎหมายหลายฉบับที่มีการกำหนดมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) โดยกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญานั้น กำหนดให้คู่สัญญาสามารถเรียกเงินคืนได้ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วยังไม่สามารถป้องกันความเสียหายหรือประกันว่าผู้เสียหายได้รับเงินคืนครบถ้วน ดังนั้นจึงได้มีแนวคิดนำระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) โดยระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานี้เป็นระบบที่มีการกำหนดให้มีคนกลาง (Escrow Agent) ซึ่งมีความน่าเชื่อถือมาทำหน้าที่ดูแลการชำระหนี้ตามสัญญาให้เป็นไปตามเจตนาของคู่สัญญาจึงเป็นที่มาของการประกาศใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551

จากการศึกษา ผู้วิจัยพบว่าพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 กรณีการซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบันยังมีปัญหาเกี่ยวกับความไม่ชัดเจนในเรื่องเนื้อหาของกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ ไม่ว่าจะเป็นปัญหาเรื่องความสมัครใจในการทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน การวางหลักประกันของผู้ประกอบธุรกิจ การการพิสูจน์กรณีเกิดความเสียหายจากการทำหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์เป็นต้น จึงส่งผลให้ในปัจจุบันผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ไม่นำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาบังคับใช้เท่าที่ควรถึงแม้จะเป็นกฎหมายที่ดีก็ตาม

ดังนั้น ผู้วิจัยขอเสนอแนะว่าควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 เพื่อแก้ปัญหาข้างต้น เช่น กำหนดให้การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

\* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ ปรีดี พนมยงค์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต

\*\* ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์

ตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ใช้บังคับสำหรับการทำธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ยังก่อสร้างไม่เสร็จ โดยออกเป็นกฎกระทรวงมาบังคับใช้สำหรับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ การแก้ไขพระราชบัญญัติเรื่องหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินกรณีของอาคารชุดและภาระการพิสูจน์กรณีเกิดความเสียหายจากการทำหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ อีกทั้ง ควรเร่งให้ออกกฎกระทรวงเรื่องการวางหลักประกันมาเยียวยาความที่เสียหายที่เกิดจากการกระทำของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

## 1. บทนำ

ปัจจุบันการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยนั้น เป็นการทำสัญญาซื้อขายโดยอาศัยความน่าเชื่อถือระหว่างคู่สัญญาในการชำระหนี้ตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาเป็นหลัก จึงทำให้เกิดปัญหาในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ตกลงกัน ถึงแม้ในปัจจุบันจะมีการตรากฎหมายขึ้นมาแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ได้แก่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2)<sup>1</sup> ซึ่งกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญานั้น ได้มีการกำหนดให้คู่สัญญาสามารถเรียกเงินคืนได้ในกรณีที่อีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามสัญญาก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติแล้วก็ยังไม่สามารถป้องกันความเสียหายหรือประกันว่าผู้เสียหายได้รับเงินคืนครบถ้วนได้ จึงได้มีแนวคิดนำระบบดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) เป็นระบบการค้ำประกันการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของสัญญาต่างตอบแทนต่างๆ โดยระบบดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานี้เป็นระบบที่มีการกำหนดให้มีคนกลาง (Escrow Agent) ที่มีความมั่นคงและน่าเชื่อถือเข้ามาทำหน้าที่ดูแลการชำระหนี้ตามสัญญาให้ถูกต้องและสมบูรณ์ตามเจตนาของคู่สัญญาตามที่ตกลงกันไว้ จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551<sup>2</sup> ขึ้นมาเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่คู่สัญญาพร้อมทั้งสร้างความมั่นคงต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ และยังเป็นการแก้ปัญหาที่เกิดจากการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อขอให้ศาลเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น หรือการบังคับสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมาย ซึ่งการฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นเป็นเรื่องที่เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก และไม่มีค่าน้ำหนักว่าจะได้รับการเยียวยาความเสียหายหรือไม่ ได้มีการประกาศบังคับใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้เมื่อวันที่ 20 พฤษภาคม พ.ศ.2551 แต่จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่มีการนำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่อย่างใด

<sup>1</sup> พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

<sup>2</sup> พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

## 2. ความหมายและสาระสำคัญของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ความหมายทั่วไปของคำว่า “เอสโครว์” คือ การที่เอกสาร หนังสือตราสาร เงิน หรือรายการอื่นใดตามที่กำหนดไว้ โดยคู่สัญญาได้ฝากไว้กับบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา ด้วยคำสั่งที่ให้ส่งมอบเอกสาร หนังสือตราสาร หรือทรัพย์สินที่ฝากไว้ให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เมื่อคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติตามภาระหนี้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์ บุคคลที่สามที่ทำหน้าที่ในการรับฝากดังกล่าวอาจเรียกว่า ตัวแทนเอสโครว์ ส่วนเอกสารสัญญาที่กำหนดเงื่อนไขให้คู่สัญญาต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขให้เสร็จสมบูรณ์ก่อนที่จะมีการส่งมอบจะเรียกว่า สัญญาจัดตั้งเอสโครว์ (ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ จันทิมา พัฒนางกุล, 2550, น.12)

ดังนั้น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจึงมีหน้าที่ต้องเก็บรักษาเงิน ทรัพย์สิน และเอกสารสิทธิในทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขายซึ่งคู่สัญญาได้ส่งมอบไว้แก่ตน และจะต้องส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขายและโอนกรรมสิทธิ์หรือส่งมอบทรัพย์สินให้ผู้ซื้อ เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงในสัญญาซื้อขายอย่างถูกต้องและครบถ้วนแล้ว โดยมีหลักการสำคัญดังนี้

1. ผู้ซื้อ หมายถึง คู่สัญญาผู้ซึ่งทำความตกลงซื้อทรัพย์สินจากคู่สัญญาฝ่ายที่เรียกว่าผู้ขาย ผู้ซื้อทำหน้าที่ชำระราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย และรับโอนทรัพย์สินนั้น เมื่อได้ปฏิบัติตามภาระหนี้ในส่วนของตนครบถ้วนตามสัญญา ตามระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ซื้อจะต้องส่งมอบเงินค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อยึดถือไว้ในระหว่างการดำเนินการตามสัญญา

2. ผู้ขาย คือ คู่สัญญาผู้ซึ่งทำความตกลงขายทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อ โดยผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย และจะยังคงมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายดังกล่าวจนกว่าจะได้รับชำระราคาครบถ้วน ตามระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้ขายมีหน้าที่ต้องส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารสิทธิในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อยึดถือไว้เป็นหลักประกันแก่ผู้ซื้อว่าเมื่อผู้ซื้อได้ชำระราคาครบถ้วนแล้ว ผู้ซื้อจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว

3. ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ บุคคลภายนอกสัญญาซื้อขาย โดยจะต้องทำหน้าที่เป็นคนกลาง เก็บรักษาทรัพย์สินหรือเอกสารสิทธิในทรัพย์สินตามสัญญาซื้อขาย ของทั้งผู้ขายและผู้ซื้อ จนกว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาครบถ้วน โดยผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะไม่มีส่วนได้เสียใด ๆ ในสัญญาซื้อขาย ซึ่งจะเป็นผู้ดูแลงานรับเอกสารและการจ่ายเงินในการซื้อขายหลักทรัพย์ และจะได้รับค่าธรรมเนียมตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตอบแทน

ซึ่งในการประกอบธุรกิจการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญาจะต้องมีคุณสมบัติ และเงื่อนไขการประกอบกิจการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์คู่สัญญาจะต้องได้รับอนุญาตจากรัฐมนตรีตามข้อเสนอของคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 9 โดยผู้มีสิทธิยื่นขอใบอนุญาตจะต้องเป็นไปตามมาตรา 10 ดังนี้

1. สถาบันการเงิน  
2. นิติบุคคลอื่นตามที่กฎหมายกำหนดในกระทรวง  
ผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์จะต้องเป็นคนกลางที่มีความน่าเชื่อถือและมีความมั่นคงทางการเงิน จึงได้อนุญาตให้เฉพาะสถาบันการเงินเท่านั้น  
โดยปัจจุบันกระทรวงการคลังได้ออกใบอนุญาตประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์  
คู่สัญญาให้แก่ธนาคารพาณิชย์แล้วจำนวน 9 แห่ง ดังนี้

1. ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน)
2. ธนาคารฮ่องกงและเซี่ยงไฮ้แบงกิงคอร์ปอเรชั่น จำกัด
3. ธนาคารกสิการไทย จำกัด (มหาชน)
4. ธนาคารซูมิโมโต มิทซุย แบงกิ้ง คอร์ปอเรชั่น
5. ธนาคารไทยพาณิชย์ จำกัด (มหาชน)
6. ธนาคารเอบีเอ็น แอมโร เอ็น.วี สาขากรุงเทพมหานคร
7. ธนาคารซิตีแบงก์ สาขากรุงเทพมหานคร
8. ธนาคารสแตนดาร์ดชาร์เตอร์(ไทย) จำกัด (มหาชน)
9. ธนาคารกรุงศรีอยุธยา จำกัด (มหาชน)<sup>3</sup>

### 3. มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามกฎหมายของต่างประเทศ

#### 3.1 มาตรการทางกฎหมายของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกาคือประเทศที่มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ ( Escrow Law) ขึ้นใช้บังคับ โดยเป็นกฎหมายระดับมลรัฐ (state law) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มลรัฐต่างๆออกมาเพื่อใช้บังคับภายในอาณาเขตหรือในเขตอำนาจของมลรัฐนั้นๆ ไม่ได้มีขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมทั้งสหรัฐอเมริกา และจากการสำรวจกฎหมายของมลรัฐทั้ง 50 มลรัฐของสหรัฐอเมริกา ปรากฏว่า มลรัฐต่างๆมีกฎหมายเอสโครว์บังคับใช้ในลักษณะต่างกัน อาจแยกได้เป็นสองลักษณะใหญ่ดังนี้

1.1 กฎหมายที่กำหนดเรื่องบัญชีเอสโครว์ (escrow account) โดยไม่ได้ควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทน (escrow agent) ซึ่งได้แก่กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ที่นำบัญชีเอสโครว์มาใช้เป็นเครื่องมือคุ้มครองคู่สัญญาในการทำธุรกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายได้กำหนดให้การทำธุรกรรมดังกล่าวต้องปิดบัญชีเอสโครว์เป็นบัญชีแยกต่างหากเพื่อเป็นการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา ได้แก่ มลรัฐอาร์คันซอ มลรัฐคอนเน็คติคัต มลรัฐดิสตริคออฟโคลัมเบีย เป็นต้น

<sup>3</sup> ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส. 1/2554

1.2 กฎหมายที่ควบคุมตัวแทน (escrow agent) โดยใช้มาตรการการอนุญาต (license) และการควบคุมกิจการเป็นตัวแทน เหตุผลในการตรากฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทน ส่วนใหญ่พบว่าความคล้ายคลึงกัน คือ เพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการตัวแทน เอสโครว์จากการถือโงงหรือจากการหลอกลวงของตัวแทนซึ่งรัฐได้รับการร้องเรียนเป็นจำนวนมากขึ้น กฎหมายที่ควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ของมลรัฐเหล่านี้กำหนดหลักไว้คล้ายคลึงกัน คือการใช้มาตรการอนุญาต (license) มาเป็นมาตรการควบคุม ได้แก่ กฎหมายของมลรัฐออริโชน่า มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐไอดาโฮ มลรัฐวอชิงตัน และมลรัฐโอเรกอน เป็นต้น (ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ, 2550, น.27)

อย่างไรก็ตาม มลรัฐที่มีกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์ในลักษณะที่สองนี้ ก็มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องบัญชีเอสโครว์ในลักษณะที่หนึ่งใช้บังคับด้วย เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียตั้งนั้น สหรัฐอเมริกาจึงมีการใช้กฎหมายดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการทำธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เพราะทำให้คู่สัญญาที่มีความมั่นใจว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง ป้องกันการเปลี่ยนใจของคู่สัญญาเพราะเมื่อทำสัญญาแล้ว คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถยกเลิกสัญญาได้ อีกทั้งยังเป็นการอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญา เพราะคู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาเผชิญหน้าระหว่างผู้ซื้ออีกด้วย

### 3.2 มาตรการทางกฎหมายของเครื่องรัฐออสเตรเลีย

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของเครื่องรัฐออสเตรเลียนั้นผู้ซื้อสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเอง และยังสามารถทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ผ่านทางตัวแทนนายหน้า (Realestate Agent) หรือการประมูล (Auction) เครื่องรัฐออสเตรเลียจะมีการระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์คล้ายคลึงกับประเทศไทย คือผู้ซื้อและผู้ขายสามารถเจรจาตกลงทำสัญญาซื้อขายกันเองเมื่อปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วนแล้ว ก็จะส่งมอบเงินและส่งมอบทรัพย์สินแต่การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะแตกต่างกับประเทศไทยตรงที่โดยส่วนใหญ่ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ผ่านตัวแทนนายหน้าหรือคนกลาง เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคจึงได้มีการออกกฎหมายมาควบคุมการเป็นนายหน้าเพื่อคุ้มครองผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่จะถูกเอารัดเอาเปรียบจากตัวแทนนายหน้าหรือคนกลาง และเป็นการควบคุมการดำเนินงานของตัวแทนนายหน้า (Real Estate Agent) ซึ่งมีบทบาทสำคัญอย่างมากในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในเครื่องรัฐออสเตรเลีย ซึ่งรูปแบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในเครื่องรัฐออสเตรเลียสามารถทำได้ 2 วิธี คือ

1. การประมูลโดย Auctioneer
2. การซื้อขายผ่านนายหน้า

โดยมีหน้าที่และความรับผิดชอบดังนี้

- เจรจาหรือจัดการธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินต่างๆ รวมทั้ง การซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน และให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์หรือที่อยู่อาศัยก็ได้
- ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากบริษัท
- จัดการทรัพย์สินที่ให้เช่าลง

การทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของเครือรัฐออสเตรเลีย นั้น มีน้อยมากอาจจะไม่มีเลยไม่กี่ครั้งในชีวิต ดังนั้น รัฐบาลจึงเกิดแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภค โดยการออกกฎหมายมากำกับอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยกำหนดให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติในด้านต่างๆ ของบุคคลที่ต้องการขึ้นทะเบียนเป็นนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้มั่นใจว่าบุคคลที่จะมาประกอบอาชีพเหล่านี้มีคุณสมบัติตามที่ต้องการ ทั้งด้านการศึกษา ทักษะ และความประพฤติ เพื่อลดโอกาสในการเอาเปรียบลูกค้า รัฐบาลออสเตรเลียยังได้ออกกฎระเบียบจำนวนมาก เพื่อกำกับการดำเนินงานของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อคุ้มครองเจ้าของบ้านและผู้ที่ต้องการซื้อบ้านจากนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ (ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ, 2550, น. 22)

ดังนั้น กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของสหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย จะเห็นได้ว่าทั้งสองประเทศจะใช้มีการบังคับใช้กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการทำธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งได้ใช้มาเป็นระยะเวลานานแล้วและได้มีการใช้กันอย่างแพร่หลายจึงทำให้ได้รับการยอมรับจากผู้ให้บริการทั่วไป

#### 4. วิเคราะห์ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 มีดังต่อไปนี้

จากการศึกษาพบว่าพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มีการประกาศใช้มาแล้วเป็นระยะเวลา 8 ปี แต่ยังมีข้อบกพร่องที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการนำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาใช้บังคับในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ จึงทำให้ในปัจจุบันยังไม่มีให้นำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาใช้ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ถึงแม้จะเป็นกฎหมายที่มีหลักการที่ดีในการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ไม่มีการนำมาใช้ให้เกิดประโยชน์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ซึ่งปัญหาที่ทำให้ไม่สามารถนำพระราชบัญญัติฉบับนี้มาใช้บังคับในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มีดังต่อไปนี้

1. ปัญหาทางกฎหมายเกี่ยวกับมาตรา 5 ในเรื่องความสมัครใจในการทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ เนื่องจากพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 เป็นเรื่องการคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยยึดหลักสมัครใจทั้งสองฝ่าย พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจึงไม่มีบทบัญญัติที่เป็นบทบังคับให้นำพระราชบัญญัติดังกล่าวไปใช้กับ

ทุก ๆ สัญญา ดังนั้น การจะบังคับตามกฎหมายดังกล่าวได้ทั้งสองฝ่ายจึงต้องสมัครใจตกลงกันที่จะใช้กฎหมายคุ้มครองผลประโยชน์ของคู่สัญญา ปัจจุบันพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 จึงจะนำมาใช้หรือไม่ใช้กับสัญญาก็ได้

2. ปัญหาเกี่ยวกับหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ตามมาตรา 17 วรรคสาม เนื่องจากตามมาตรา 17 วรรคสาม ระบุว่าในกรณีที่ทรัพย์สินที่คู่สัญญาต้องส่งมอบหรือโอนสิทธิเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ทราบและให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวบันทึกเป็นหลักฐานไว้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งสัญญาดูแลผลประโยชน์ และห้ามจดทะเบียนโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ผู้วิจัยพบว่ากฎหมายดังกล่าวระบุครอบคลุมอายุแต่เพียงที่ดินที่มีโฉนด และหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (นส.3 ก) เท่านั้น แต่ไม่ครอบคลุมถึงในกรณีโครงการอาคารชุดที่อยู่ระหว่างดำเนินการออกหนังสือแสดงสิทธิ ดังนั้นในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจไม่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินก็จะไม่สามารถใช้กฎหมายฉบับนี้บังคับใช้ได้

3. ปัญหาเกี่ยวกับการวางหลักประกันตามมาตรา 10 วรรคสอง พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาตรา 10 วรรคสองได้กำหนดเรื่องการวางหลักประกันเอาไว้ โดยกำหนดให้ออกกฎกระทรวงมากำหนดให้นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจการดูแลผลประโยชน์จะต้องวางหลักประกันโดยให้นิติบุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ แต่จนถึงปัจจุบันยังไม่มีกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดให้นิติบุคคลที่ประกอบธุรกิจการดูแลผลประโยชน์จะต้องวางหลักประกันแต่อย่างใด

4. ปัญหาเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ กรณีเกิดความเสียหายจากการทำหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 นั้น มีการกำหนดโทษทางปกครองต่อผู้ดูแลผลประโยชน์ในกรณีที่ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย โดยมีโทษคือ การชำระค่าปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งแสนบาท และมีบทกำหนดโทษทางอาญาสูงสุด คือ ปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาทและจำคุกไม่เกินห้าปี ซึ่งการกำหนดโทษทางปกครองและโทษทางอาญานั้นไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่สัญญาที่อาจได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ดูแลผลประโยชน์ เนื่องจากโทษทางปกครองและโทษทางอาญาไม่เป็นการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่คู่สัญญาแต่อย่างใด หากคู่สัญญาต้องการให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ชดเชยค่าเสียหายก็จำต้องไปฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งในลักษณะเป็นการชดเชยค่าเสียหายจากการกระทำละเมิดซึ่งภาระการพิสูจน์ย่อมตกเป็นของคู่สัญญา ตามประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1<sup>4</sup> ซึ่งเป็นเรื่องยากที่คู่สัญญาจะพิสูจน์ถึงเจตนาหรือความบกพร่องโดยประมาทในการทำหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ จึงเป็นการเพิ่มภาระให้แก่ผู้เสียหาย

<sup>4</sup> ประมวลวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 84/1

5. ปัญหาร่องเรียนที่เกิดขึ้นในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน พบว่าทุกวันนี้ยังมีการร่องเรียนในเรื่องของอาคารชุดและบ้านจัดสรรในกรณีที่ผู้ประกอบการธุรกิจก่อสร้างอาคารไม่เสร็จตามสัญญาจะซื้อจะขาย โดยเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นนั้นอาจเกิดจากกรณีที่ผู้ประกอบการที่ไม่มีเงินลงทุนในการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ อันเนื่องมาจากโครงการที่ดำเนินการก่อสร้างนั้นมียอดการซื้อขายไม่เป็นไปตามที่ผู้ประกอบการคาดการณ์ไว้ ผู้ประกอบการจึงไม่ก่อสร้างโครงการต่อไปให้เสร็จตามสัญญา ส่วนผู้ซื้อที่ได้ชำระเงินจองและเงินดาวน์ไปแล้วทั้งหมด แต่โครงการไม่มีการก่อสร้างก็ต้องมาใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายคืนจากผู้ประกอบการ ซึ่งมีทั้งได้เงินคืนและไม่ได้เงินคืน

ทั้งนี้ พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญา พ.ศ. 2551 เป็นกฎหมายที่ตรา มาโดยมีเจตนารมณ์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคในการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และเพื่อแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ แต่ยังมีปัญหาที่ยังไม่สามารถนำพระราชบัญญัติดังกล่าวมาใช้ให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย จึงควรมีการแก้ไขพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญา พ.ศ. 2551 เพื่อให้มีการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ให้เกิดประโยชน์ต่อไป

## 5. ข้อเสนอแนะ

จากการวิเคราะห์ปัญหาของพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ทำให้ทราบถึงความไม่ครอบคลุมและชัดเจนของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว เพื่อให้การบังคับใช้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ประสบความสำเร็จตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่จะแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ จึงขอเสนอแนะแนวทางแก้ไขปัญหาดังนี้

1. ควรแก้ไขพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญา พ.ศ. 2551 โดยนำแนวทางกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ที่ใช้ในสหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลียมาปรับใช้กับกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของประเทศไทย กล่าวคือ ควรมีการแก้ไขมาตรา 5 ให้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกกฎกระทรวงกำหนดให้นำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551 มาใช้บังคับสำหรับการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ยังก่อสร้างไม่เสร็จ เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้ผู้ประกอบการทำการโกง หรือเอาผิดเอาเปรียบผู้บริโภค อันจะเป็นการแก้ไขปัญหาการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประโยชน์ต่อประชาชนมากที่สุด

2. ควรให้บัญญัติเพิ่มเติมในมาตรา 17 วรรคสาม ว่า “ในกรณีที่คู่สัญญาอยู่ระหว่างดำเนินการเรื่องหนังสือแสดงสิทธิกับทางสำนักงานที่ดิน ให้คู่สัญญานำหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินที่เป็นที่ตั้งโครงการอสังหาริมทรัพย์นั้น แจ้งต่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้มีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินทราบและให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวบันทึกเป็น



หลักฐานไว้ว่าสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งสัญญาดูแลผลประโยชน์ และห้ามจดทะเบียนโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” เพื่อที่จะสามารถใช้บังคับกับผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่ระหว่างดำเนินการเรื่องหนังสือแสดงสิทธิได้อีกด้วย

3. ควรพิจารณาเร่งให้ภาครัฐมีการประกาศกฎกระทรวงกำหนดเรื่องการวางหลักประกันของผู้ประกอบธุรกิจเพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญา พ.ศ.2551 เพื่อลดปัญหาในการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อ อีกทั้งยังเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาที่ใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดังเช่นกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของสหรัฐอเมริกา และเครือรัฐออสเตรเลีย ที่ได้มีการกำหนดเรื่องการวางหลักประกันไว้ในกฎหมายเพื่อเป็นการประกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนหรือผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญา ดังนั้นประเทศไทยควรเร่งให้มีการประกาศกฎกระทรวงฉบับนี้ขึ้นมาคุ้มครองคู่สัญญาต่อไป

4. ควรให้พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มีบทบัญญัติเกี่ยวกับภาระการพิสูจน์ไว้โดยเฉพาะเหมือนที่มีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 29 และ พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 มาตรา 6 ดังนี้

1. พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ.2551 มาตรา 29 ได้กำหนดประเด็นข้อพิพาทข้อใดจำเป็นต้องพิสูจน์ถึงข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับการผลิต การประกอบ การออกแบบ หรือส่วนผสมของสินค้า การให้บริการ หรือการดำเนินการใด ๆ ซึ่งศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงดังกล่าวอยู่ในความรู้เห็นโดยเฉพาะของคู่ความฝ่ายที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจให้ภาระการพิสูจน์ในประเด็นดังกล่าวตกอยู่แก่คู่ความที่เป็นผู้ประกอบธุรกิจนั้น

2. พระราชบัญญัติความรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 มาตรา 5 ผู้ประกอบการทุกคนต้องร่วมกันรับผิดชอบผู้เสียหายในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย และสินค้านั้นได้มีการขายให้แก่ผู้บริโภคแล้ว ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อของผู้ประกอบการหรือไม่ก็ตาม และตามมาตรา 6 เพื่อให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดตามมาตรา ๕ ผู้เสียหายหรือผู้มีสิทธิฟ้องคดีแทนตามมาตรา ๑๐ ต้องพิสูจน์ว่าผู้เสียหายได้รับความเสียหายจากสินค้าของผู้ประกอบการและการใช้หรือการเก็บรักษาสินค้านั้นเป็นไปตามปกติธรรมดา แต่ไม่ต้องพิสูจน์ว่าความเสียหายเกิดจากการกระทำของผู้ประกอบการผู้ใด

ดังนั้น ในกรณีที่ผู้ใช้บริการอ้างว่าผู้ประกอบธุรกิจดูแลผลประโยชน์กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งที่ทำให้เกิดความเสียหาย หรือจงใจปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ จนเป็นเหตุให้ผู้ใช้บริการต้องฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ดูแลผลประโยชน์ จึงควรมีการกำหนดให้ผู้ใช้บริการมีหน้าที่นำสืบพิสูจน์ข้อเท็จจริงแต่เพียงว่าผู้ใช้บริการได้รับความเสียหายจากการบริการของผู้ประกอบธุรกิจ

ดูแลผลประโยชน์ว่าได้ปฏิบัติหน้าที่นั้นเป็นไปตามปกติธรรมดาหรือไม่ โดยผู้ให้บริการไม่ต้องพิสูจน์ถึงการทำหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจดูแลผลประโยชน์ โดยให้กฎหมายได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบธุรกิจในการนำสืบหักล้าง เนื่องด้วยผู้ดูแลผลประโยชน์มีหน้าที่เป็นคนกลางในการดูแลการชำระหนี้ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์อยู่ในความรู้เห็นของผู้ดูแลผลประโยชน์แต่เพียงฝ่ายเดียวยากแก่การพิสูจน์ในการทำหน้าที่ดังกล่าว เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในการใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ในการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ควรรให้ภาระการพิสูจน์ตกอยู่กับผู้ดูแลผลประโยชน์

### บรรณานุกรม

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ.2551

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ จันทิมา พัฒนางกุล. (2550). กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของ

คู่สัญญา (Esceow Law) ของสหรัฐอเมริกา (รายงานการศึกษาวิจัยตามโครงการ  
ศึกษาวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

ศิริพร เอี่ยมธงชัย และ อภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ. (2550). กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(Esceow Law) ของประเทศออสเตรเลีย (รายงานการศึกษาวิจัยตามโครงการ

ศึกษาวิจัย. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

สำนักนโยบายระบบการคุ้มครองผลประโยชน์ทางการเงิน สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ณ วันที่ 1

เมษายน พ.ศ. 2553