

เอสโครว์ : รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย



นางมัลลิกา คมน้อยนันต์

สถาบันวิทยบริการ

วิทยานิพนธ์นี้เป็นส่วนหนึ่งของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต

สาขาวิชานิติศาสตร์

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ปีการศึกษา 2544

ISBN 974-17-0012-1

ลิขสิทธิ์ของจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ESCROW : THE APPROPRIATE LAW FOR THAILAND

Mrs. Mallika Khomanant

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

Chulalongkorn University

Academic Year 2001

ISBN 974-17-0012-1

หัวข้อวิทยานิพนธ์                      เอสโครว์ : รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย  
โดย    นางมัลลิกา คมน่อนันต์  
สาขาวิชา                                    นิติศาสตร์  
อาจารย์ที่ปรึกษา                          รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์

---

คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย อนุมัติให้หัวข้อวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่ง  
ของการศึกษาตามหลักสูตรปริญญาโท

..... คณบดีคณะนิติศาสตร์  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

คณะกรรมการสอบวิทยานิพนธ์

..... ประธานกรรมการ  
(รองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ โสวิไลกุล)

..... อาจารย์ที่ปรึกษา  
(รองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์)

..... กรรมการ  
(ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิตินันท์ เชื้อบุญชัย)

..... กรรมการ  
(อาจารย์พัลลภ กฤตยานวัช)

..... กรรมการ  
(อาจารย์ไพศาล บัณฑิตยานนท์)

นางมัลลิกา คมน์นันต์ : เอสโครว์ : รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย  
(ESCROW : THE APPROPRIATE LAW FOR THAILAND) อ. ที่ปรึกษา :  
รองศาสตราจารย์ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ 169 หน้า. ISBN 974-17-0012-1.

การศึกษาวินิจฉัยในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาและคุ้มครองคู่สัญญาโดยเฉพาะผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย ในเรื่องเงินมัดจำและเงินดาวน์ที่ผู้ซื้อจะต้องชำระเป็นค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย ในช่วงระยะเวลาการก่อสร้างโครงการจนถึงช่วงการโอนกรรมสิทธิ์ ซึ่งโดยปกติผู้ขายจะต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ในการพัฒนาโครงการ แต่เนื่องจากไม่มีการจำกัดอำนาจการใช้เงินจำนวนนี้ ผู้ขายส่วนหนึ่งจึงนำเงินดังกล่าวไปใช้ผิดประเภทโดยไม่นำไปพัฒนาโครงการ เป็นเหตุให้โครงการของผู้ขายประสบความล้มเหลว นอกจากนี้ ปัญหาที่เกิดขึ้นอาจเกิดจากการที่ผู้ขายขาดเงินทุนหมุนเวียนเนื่องจากประสบปัญหาทางการเงิน หรืออาจเกิดจากการที่ผู้ขายตั้งใจที่จะหลอกลวงหรือฉ้อโกงผู้ซื้อ โดยผู้ขายไม่ดำเนินการก่อสร้างโครงการ หรือไม่สามารรถก่อสร้างให้แล้วเสร็จตามสัญญาหรือโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้

ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้ผู้ซื้อจะต้องสูญเสียเงินจำนวนดังกล่าวไปเนื่องจากผู้ขายผิดสัญญา ซึ่งการเรียกร้องเงินในส่วนนี้ที่ผู้ซื้อได้ชำระไปคืนค่อนข้างทำได้ยาก หรืออาจต้องใช้เวลานานในการดำเนินการเรียกร้องเงินคืน ซึ่งก็ไม่แน่ว่าผู้ซื้อจะได้รับเงินคืนหรือไม่ ดังนั้นในการศึกษาวินิจฉัยครั้งนี้ จึงได้ทำการศึกษาวินิจฉัยถึงหลักกฎหมายที่สามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อ เนื่องจากกฎหมายที่ควบคุมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์และกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ไม่มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองเงินของผู้ซื้อที่ได้ผ่อนชำระให้แก่ผู้ขายในกรณีดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษากฎหมายในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อที่ซื้อขายในต่างประเทศ ซึ่งก็คือหลักการในเรื่อง escrow ของประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาระบบ escrow ที่ใช้อยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ระบบเอสโครว์นี้สามารถนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีระบบกฎหมายรองรับ ประกอบกับสภาพสังคมและเศรษฐกิจอันทำให้ผู้ขาย ผู้ซื้อ และ escrow agent ต่างได้รับความคุ้มครองและได้รับประโยชน์อย่างเหมาะสม ระบบดังกล่าวจึงสามารถป้องกันไม่ให้ขายทำการฉ้อฉล หรือเอาเปรียบผู้บริโภคได้

อย่างไรก็ตาม หากมีการนำหลักการในเรื่อง escrow มาใช้ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยก็อาจก่อให้เกิดปัญหาทางกฎหมายได้ เนื่องจากแนวคิดในการคุ้มครองคู่สัญญาในระบบ escrow นั้นพัฒนามาจากหลักกฎหมายในเรื่องทรัสต์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระบบ common law ซึ่งต่างจากระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบประมวลกฎหมายหรือ civil law นอกจากนี้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการก่อตั้งทรัสต์ในประเทศไทย ดังนั้น จากผลของการศึกษาสามารถสรุปได้ว่า ในเรื่องความสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างคู่สัญญาในระบบเอสโครว์นั้น กฎหมายไทยที่อาจนำมาปรับใช้ในเรื่องดังกล่าวคือหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 ส่วนในเรื่องการดำเนินการในระบบ escrow ควรที่จะนำแนวทางการดำเนินกิจการ escrow ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาในส่วนที่เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมของประเทศไทยมาปรับใช้ โดยออกเป็นกฎหมายเฉพาะกำหนดรายละเอียดและสาระสำคัญของการดำเนินกิจการ escrow เพื่อให้การดำเนินการในระบบ escrow สามารถให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาโดยเฉพาะผู้ซื้อได้อย่างมีประสิทธิภาพ

สาขาวิชา.....นิติศาสตร์.....ลายมือชื่อนิติศ.....  
ปีการศึกษา.....2544.....ลายมือชื่ออาจารย์ที่ปรึกษา.....

# # 4186112034 : MAJOR LAWS

KEY WORD: ESCROW ACCOUNT

MALLIKA KHOMANANT : ESCROW : THE APPROPRIATE LAW FOR THAILAND. THESIS ADVISOR : ASSOC. PROF. PAITON KONGSOMBOON, 169 pp. ISBN 974-17-0012-1.

The purpose of this study and research is to find out some ways to solve the problems and to protect contractual parties, particularly house buyers, with respect to the deposits and down payments that they have to pay to the sellers for the properties during the construction period until the ownership in the properties is transferred to them. Normally, the sellers will use these deposits and down payments to develop the housing project. There is, however, no limitation of the sellers' power to use the money. Some sellers therefore misuse the payments for other purposes, which causes the projects to fail. In addition, problems may arise from the lack of working capital because the sellers have financial difficulties. In other cases, the sellers may simply want to deceive or cheat the buyers as they do not carry out or do not complete the construction of houses in accordance with the buyers. As the result, the buyers lose the money paid when the sellers default, and any claim for a refund is rather difficult and may take quite a long time. Moreover, it is uncertain whether the buyers will get their money back.

Hence, this study and research analyzes the principles of law that may give protection to house buyers, given that the real estate business laws and the consumer protection laws for the time being in force contain no provisions to protect buyers who have made installment payments to sellers under such circumstances. This thesis examines the principles of an applicable foreign law that give protection to buyers, namely, the Escrow Law of the United States of America.

Our study of the escrow system applicable in the State of California, U.S.A. shows that this escrow system is very effective because it is governed by law. In addition, the socioeconomic conditions there give protection to buyers, sellers and escrow agents who properly gain their benefits. This system can prevent sellers from defrauding or taking advantage of consumers.

In any event, if the principles of the Escrow Law apply to the purchase of immovable properties in Thailand, there may be legal problems the concept of giving protection to the contractual parties in the escrow system was developed from the principles of the Trust Law, which is a common law. It is different from the system of Thai law, which is a civil law. In addition, Section 1686 of the Civil and Commercial Code provides that no trust can be established in Thailand. Hence, the study results show that the Thai law that may apply to the legal relations between the parties in the escrow system is the law governing co-agents under Section 805 of the Civil and Commercial Code. Regarding business operations under the escrow system, the procedures for escrow business operations for the time being in force in U.S.A. that are applicable to the socioeconomic conditions of Thailand should be adopted. This law should be passed in order to specify the details and the essential issues of escrow business operations. Then, business operations under the escrow system can effectively protect the contractual parties, particularly the buyers.

Field of study.....LAWS..... Student's signature .....

Academic year.....2001..... Advisor's signature .....

## กิตติกรรมประกาศ

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ สำเร็จลงได้ด้วยความกรุณาเป็นอย่างยิ่งของท่านรองศาสตราจารย์ ไพฑูรย์ คงสมบูรณ์ ที่ได้ให้ความกรุณาเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้คำแนะนำแนวทาง ตลอดจนแหล่งข้อมูลและแนวความคิดซึ่งเป็นประโยชน์อย่างยิ่งต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ผู้วิจัยขอกราบขอบพระคุณเป็นอย่างสูงต่อท่านรองศาสตราจารย์ ประสิทธิ์ โหมวิไลกุล ที่ได้กรุณาเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ พร้อมทั้งได้ให้ข้อเสนอแนะต่าง ๆ อันเป็นประโยชน์ต่อการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้

ขอกราบขอบพระคุณท่านผู้ช่วยศาสตราจารย์ ธิติพันธ์ุ เชื้อบุญชัย ท่านอาจารย์พัลลภ กฤตยานวัช ท่านอาจารย์ไพศาล บัณฑิตยานนท์ ที่กรุณาสละเวลารับเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ ตลอดจนให้คำแนะนำในการแก้ไขปรับปรุงวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ให้สมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบคุณคุณพรชัย จีระเวช รักษาการหัวหน้าฝ่ายนโยบายรายได้รัฐบาล กองนโยบายและวางแผนการคลัง และคุณอรรรถพล อรรถวรเดช นิติกร 6 ว สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง ที่ได้ให้ความกรุณาเอื้อเฟื้อข้อมูลทางด้านเอกสารที่มีประโยชน์ พร้อมทั้งให้คำแนะนำที่มีส่วนสำคัญยิ่งในการจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ขอขอบคุณเจ้าหน้าที่ฝ่ายรับเรื่องราวร้องทุกข์ กองคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในการให้ข้อมูลซึ่งทำให้วิทยานิพนธ์ฉบับนี้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น

ขอขอบพระคุณบิดา มารดา ญาติพี่น้องและครอบครัวของผู้วิจัยที่มีส่วนสำคัญในการจัดพิมพ์วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ กราบขอบพระคุณผู้มีพระคุณทุกท่านที่ได้ให้การสนับสนุนแก่ ผู้วิจัย และขอขอบคุณคุณยุทธนา สุทธิพงษ์ ที่ช่วยให้ความรู้และคำแนะนำในการจัดทำวิทยานิพนธ์ ขอขอบคุณเพื่อนร่วมรุ่นปริญญาโททุกท่านที่ให้ความช่วยเหลือและเป็นกำลังใจตลอดมา รวมทั้งบุคคลที่ให้ความช่วยเหลืออีกหลายท่านซึ่งไม่อาจกล่าว नामได้ทั้งหมด ผู้ซึ่งมีส่วนช่วยให้การจัดทำวิทยานิพนธ์ฉบับนี้เป็นผลสำเร็จ

## สารบัญ

หน้า

บทคัดย่อภาษาไทย.....	ง	
บทคัดย่อภาษาอังกฤษ.....	จ	
กิตติกรรมประกาศ.....	ฉ	
สารบัญ.....	ช	
บทที่ 1 บทนำ		
ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา.....	1	
สมมติฐานการวิจัย .....	3	
วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย .....	3	
ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย .....	4	
ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย .....	4	
บทที่ 2 ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของระบบเอสโครว์ (Escrow) .....		6
1. ความเป็นมาของระบบเอสโครว์ .....	6	
2. ความหมายของเอสโครว์ .....	8	
3. การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในต่างประเทศ.....	14	
3.1 การจัดทำสัญญาซื้อขาย.....	14	
3.2 การยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม .....	16	
3.3 ระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน.....	16	
3.3.1 ระบบ Registration of deeds.....	18	
3.3.2 ระบบ Registration of title (ระบบทอร์เรนส์).....	22	
3.3.3 ข้อแตกต่างระหว่างระบบ Registration of deedsกับ ระบบ Registration of title.....	25	



## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

3.4	ขั้นตอนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา.....	26
3.4.1	ความหมายของการปิดการขาย.....	27
3.4.2	บุคคลที่เกี่ยวข้องในการปิดการขาย.....	28
3.4.3	การเตรียมการปิดการขาย.....	31
3.4.4	การดำเนินการปิดการขาย.....	39
3.4.5	การปิดการขายแบบไม่ส่งมอบเอกสารและเงินให้แก่ผู้มีสิทธิ.....	42
3.5	ปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เหตุผลและแนวความคิดในการนำระบบเอสโครว์มา ปรับใช้.....	43
<b>บทที่ 3 การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกา....</b>		<b>46</b>
1.	บุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์.....	47
2.	คุณสมบัติและบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์.....	50
3.	สิ่งที่จะต้องพิจารณาก่อนการเริ่มกระบวนการเอสโครว์.....	52
3.1	การกำหนดตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์.....	52
3.2	เกณฑ์ในการเลือกตัวแทนเอสโครว์.....	53
3.3	หน้าที่ในการจ่ายค่าธรรมเนียมเอสโครว์.....	54
4.	ขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์.....	55
4.1	การจัดทำสัญญาซื้อขาย.....	56
4.2	การเปิดเอสโครว์ (Opening Escrow).....	58
4.2.1	สิ่งที่จำเป็นในการเปิดเอสโครว์.....	58
4.2.2	ขั้นตอนในการเปิดเอสโครว์.....	60
4.2.3	การจัดทำบัญชีรายได้รายจ่ายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ ซื้อขาย (Prorating at the closing).....	62
4.3	การทำข้อตกลงเอสโครว์ (Escrow Instruction).....	66



สารบัญ (ต่อ)

หน้า

4.4	ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในเอสโครว์.....	70
4.5	หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์.....	72
4.6	ข้อห้ามมิให้ตัวแทนเอสโครว์กระทำ.....	73
4.7	การสิ้นสุดการทำเอสโครว์.....	74
4.8	การปิดเอสโครว์.....	75
4.9	การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในระบบเอสโครว์.....	77
4.10	ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.....	78
บทที่ 4	สภาพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทยและแนวคิด ในการนำระบบเอสโครว์มาใช้.....	81
1.	สภาพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย.....	81
2.	รูปแบบและขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย ในประเทศไทย.....	82
3.	ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยใน ปัจจุบัน.....	85
4.	กฎหมายหรือมาตรการที่ใช้ในการแก้ไขปัญหา นับแต่อดีตจนถึง ปัจจุบัน.....	88
4.1	การกำหนดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหรือแก้ไข ปัญหา.....	89
4.2	กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์.....	92
5.	แนวคิดและวิวัฒนาการของการเสนอกฎหมายเอสโครว์ในประเทศไทย.....	97
6.	ระบบเอสโครว์ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญา พ.ศ. ....	102
6.1	ความหมายของระบบเอสโครว์ .....	103

## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

6.2	วัตถุประสงค์ของระบบเอสโครว์.....	103
6.3	รูปแบบและขอบเขตของเอสโครว์.....	103
6.4	นิยามของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ .....	104
6.5	ขั้นตอนการดำเนินงานของเอสโครว์ .....	104
6.6	การกำกับดูแลการดำเนินงานของเอสโครว์ .....	106
6.7	ประโยชน์ที่ได้รับจากร่างพระราชบัญญัติจัดการดูแลผลประโยชน์ ของคู่สัญญา.....	107
7.	นิติสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ตามกฎหมายไทย.....	108
7.1	ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาจะซื้อจะขาย.....	108
7.2	ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ตาม ข้อตกลงเอสโครว์.....	119
บทที่ 5	รูปแบบของกฎหมายเอสโครว์ที่เหมาะสมในการป้องกันและแก้ไขปัญหาที่ เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย.....	134
1.	ขอบเขต อำนาจหน้าที่ และความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์.....	136
1.1	ขอบเขตการดำเนินงานของระบบเอสโครว์.....	136
1.2	หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์.....	136
1.3	ความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์.....	142
2.	คุณสมบัติและตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์.....	143
3.	การกำกับดูแลบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์.....	146
บทที่ 6	บทสรุปและข้อเสนอแนะ.....	149
	รายการอ้างอิง.....	156

## สารบัญ (ต่อ)

หน้า

ภาคผนวก.....	159
ภาคผนวก ก.....	160
ภาคผนวก ข.....	162
ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์.....	169



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

# บทที่ 1

## บทนำ

### 1. ความเป็นมาและความสำคัญของปัญหา

เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์ไม่ใช่ทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายกันอย่างง่ายตายดั่งเช่น การซื้อขายทรัพย์สินทั่วไป ด้วยเหตุที่ว่าอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีราคาแพง จึงมักมีเงื่อนไขในการซื้อขายที่สลับซับซ้อนทั้งจากผู้ซื้อและผู้ขาย การซื้อขายจึงต้องพิถีพิถันพอสมควร เพื่อไม่ให้เกิดปัญหา แต่อย่างไรก็ตามหากเราพิจารณาดูจะเห็นได้ว่า นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน เนื่องจากปริมาณการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ทวีเพิ่มมากขึ้น จึงทำให้เกิดปัญหาต่าง ๆ เกิดขึ้น ตามมาอย่างมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อันเป็นที่อยู่อาศัยประเภทบ้านจัดสรรหรือห้องชุดในอาคารชุดจากโครงการจัดสรร ซึ่งมักจะประสบปัญหาในเรื่องการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ระบุไว้ ไม่ว่าจะเป็นจากฝ่ายผู้ขายหรือผู้ประกอบการและผู้ซื้อหรือผู้บริโภค ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นมากที่สุดก็คือการที่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคบางรายไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ตนประสงค์ ทั้งที่ได้จ่ายเงินชำระราคาไปแล้วล่วงหน้า

เนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยมากมักจะไม่ได้ชำระราคากันด้วยเงินสดของผู้ซื้อทั้งหมด หากแต่ผู้ซื้อจะจ่ายเงินในส่วนของตนเองเฉพาะในส่วนของเงินจองหรือเงินมัดจำซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของเงินดาวน์ และทำการผ่อนชำระเงินดาวน์ทุกงวดโดยตรงให้แก่ผู้ประกอบการในช่วงระหว่างเวลาการก่อสร้างบ้านจัดสรรหรืออาคารชุด ซึ่งโดยปกติ เงินจำนวนดังกล่าวจะถูกนำไปใช้ในการพัฒนาและก่อสร้างโครงการ โดยถือเป็นเงินทุนในการพัฒนาโครงการแหล่งหนึ่งนอกเหนือจากการกู้ยืมจากสถาบันการเงินและจากการลงทุนของผู้ประกอบการเอง แต่ด้วยเหตุที่ไม่มีข้อจำกัดขอบเขตอำนาจการใช้เงินนั้น ผู้ประกอบการจึงสามารถนำเงินดาวน์ที่ผู้ซื้อทำการผ่อนชำระให้แก่ตนไปใช้ประโยชน์ในด้านใดก็ได้ ซึ่งมีผู้ประกอบการจำนวนมากนำเงินดาวน์ดังกล่าวไปใช้ผิดประเภท โดยไม่นำไปดำเนินการพัฒนาโครงการ

ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นในช่วงตั้งแต่เมื่อมีการทำสัญญาจะซื้อจะขายจนถึงช่วงของการโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านจัดสรรหรือห้องชุดในอาคารชุด ซึ่งในระยะเวลาดังกล่าวมักจะมีการก่อสร้างบ้านไปพร้อมกับการชำระเงินค่าบ้านซึ่งก็คือเงินดาวน์จากผู้ซื้อ จึงเป็นเหตุให้ผู้ซื้อขาดความมั่นใจว่า ในระหว่างการผ่อนชำระเงินดาวน์ หากผู้ประกอบการไม่สามารถดำเนินโครงการ

ต่อไปได้และต้องเลิกล้มไปเนื่องจากปัญหาทางการเงิน หรือการหลอกลวงของผู้ประกอบการ  
เงินที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปแล้วจะสูญเปล่าหรือไม่ หรือหากผู้ซื้อได้เงินคืนจะได้คืนครบถ้วนหรือไม่  
หรือในกรณีที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระเงินดาวน์ครบถ้วนแล้ว แต่ผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน  
และสิ่งปลูกสร้างให้ผู้ซื้อได้เนื่องจากยังทำการปลูกสร้างไม่เสร็จ ผู้ซื้อควรทำอย่างไร

ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ซื้ออาจประสบปัญหาที่เกี่ยวข้องกับการตรวจสอบเอกสารสิทธิ์ในที่ดิน  
โดยผู้ขายบางรายอาจนำโฉนดปลอมมาหลอกขายผู้ซื้อ หรือบางรายที่ดินยังติดจำนองอยู่  
หรือมีภาระติดพันต่าง ๆ หรือมีปัญหาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เช่น มีสัญญาเช่าผูกพันอยู่  
หรือมีการจดทะเบียนจำนองหลายครั้ง เช่นนี้ ผู้ซื้อที่ดินจะทำอย่างไร

ปัญหาความเดือดร้อนของผู้ซื้อบ้านจัดสรรและห้องชุดจากโครงการจัดสรรดังกล่าว  
กล่าวมานี้นับวันยิ่งจะทวีความรุนแรงและเพิ่มจำนวนมากขึ้น\* แต่จะเห็นได้ว่าในปัจจุบันยังไม่มี  
กฎหมายฉบับใด หรือมีมาตรการใดในการให้ความคุ้มครองหรือหลักประกันแก่ผู้ซื้อในกรณีดัง  
กล่าวเลย ด้วยเหตุนี้ กระทรวงการคลังจึงได้ผลักดันให้มีการยกร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแล  
ผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... เพื่อเป็นแนวทางที่จะป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าว  
และเพื่อสนับสนุนการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาว และเป็นการวางระบบการพัฒนา  
ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่สร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะ  
ผู้ซื้อที่อยู่อาศัยได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ ยังเป็นการเสริมสร้างความมั่นใจแก่สถาบันการเงินใน  
การอนุมัติสินเชื่อเพื่อสนับสนุนโครงการ และสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ประกอบการในการได้รับ  
การสนับสนุนจากสถาบันการเงิน

หลักการสำคัญของระบบเอสโครว์ (Escrow) ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการ  
ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาก็คือ การสร้างมาตรการทางกฎหมายขึ้นมาเพื่อช่วยเสริมสร้าง  
ความมั่นใจ และเป็นหลักประกันให้แก่ผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ได้ชำระเงินมัดจำและเงินดาวน์ให้  
แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งหากโครงการของผู้ประกอบการไม่สำเร็จตามเป้าหมาย ผู้ซื้อก็จะได้รับเงิน  
มัดจำและเงินดาวน์ที่ได้จ่ายไปแล้วทั้งหมดคืน ทำให้เป็นการป้องกันหรือลดจำนวนผู้ขายที่ไม่มี  
ความพร้อมหรือผู้ขายซึ่งเป็นนักแก๊งค์กำไรออกจากระบบ เพื่อลดโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทและการ

---

\* โดยจะเห็นได้จากสถิติการร้องทุกข์ของผู้บริโภคผ่านไปยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครอง  
ผู้บริโภค (ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ได้รับ  
ความเดือดร้อนหรือได้รับความเสียหายจากการกระทำของผู้ประกอบการ) ในปี พ.ศ.2542-  
2544 ตามที่ปรากฏในภาคผนวก ก

ฟ้องร้องในภายหลัง โดยมาตรการดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสให้คู่สัญญา ซึ่งก็คือผู้ซื้อและผู้ประกอบการ (ผู้ขาย) สามารถตกลงทำสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างกันกำหนดให้บุคคลที่สามเป็นตัวแทนเอสโครว์ โดยทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการเก็บรักษาเอกสารหรือทรัพย์สินบางอย่างเพื่อความปลอดภัย ในระหว่างที่คู่สัญญาปฏิบัติการให้เป็นไปตามสัญญาหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้

อย่างไรก็ตาม แม้ว่ามาตรการทางกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นเป็นเพียงส่วนหนึ่งในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งในปัจจุบันยังมีปัญหาที่เกิดขึ้นและทำให้ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อยังมีความเสียเปรียบอีกมากมายก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของร่างกฎหมายที่สร้างขึ้นนี้ จะเห็นได้ว่าร่างกฎหมายฉบับดังกล่าวก็น่าจะเป็นประโยชน์และสามารถเป็นหลักประกันให้กับผู้ซื้อ ผู้ขาย และสถาบันการเงินได้เป็นอย่างดี ดังนั้นจึงสมควรที่จะมีการวิเคราะห์อย่างจริงจังว่า บทบัญญัติของกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะสามารถนำมาใช้แก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างเหมาะสมหรือไม่ ควรจะนำแนวทางและมาตรการที่ต่างประเทศใช้ในการแก้ปัญหาดังกล่าวมาปรับใช้ในประเทศไทยหรือไม่ เพียงใด เพื่อเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ในการให้ความคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายบ้านจัดสรรหรือห้องชุดในอาคารชุด โดยเฉพาะผู้ซื้อให้เหมาะสมกับสภาพเศรษฐกิจและสังคมไทยมากยิ่งขึ้น

## **2. สมมติฐานการวิจัย**

การมีรูปแบบกฎหมายเอสโครว์ที่เหมาะสมจะสร้างความเป็นธรรมให้เกิดแก่คู่สัญญา และเป็นการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

## **3. วัตถุประสงค์ของการศึกษาวิจัย**

1. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในต่างประเทศ แนวความคิดและเหตุผลในการนำระบบเอสโครว์มาใช้ รวมทั้งหลักการและการดำเนินการของระบบเอสโครว์ที่ใช้อยู่ในต่างประเทศ

2. เพื่อศึกษาถึงสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยและการนำแนวความคิดในเรื่องเอสโครว์ในต่างประเทศมาปรับใช้ โดยหารูปแบบของกฎหมายที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สำหรับประเทศไทย



3. เพื่อศึกษาและทำความเข้าใจแนวความคิด หลักการ และการดำเนินการของระบบเอสโครว์ในประเทศไทย ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อวิเคราะห์ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีมาตรการที่เหมาะสมและมีประสิทธิภาพเพียงพอในการแก้ไขปัญหาหรือไม่ เพียงใด พร้อมทั้งเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงแก้ไข เพื่อให้เอสโครว์มีรูปแบบที่เหมาะสมในการทำหน้าที่คุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญา โดยเฉพาะผู้ซื้อได้อย่างมีประสิทธิภาพ

#### 4. ขอบเขตและวิธีการศึกษาวิจัย

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ มุ่งที่จะทำการศึกษาวิจัยถึงความจำเป็นในการนำมาตราทางกฎหมายมาใช้ในการป้องกันและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย เพื่อคุ้มครองเงินดาวน์ของผู้ซื้อที่ได้ชำระให้แก่ผู้ขายในช่วงระยะเวลาตั้งแต่เริ่มทำสัญญาจะซื้อจะขายจนถึงช่วงของการโอนกรรมสิทธิ์ โดยทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงหลักเกณฑ์และกระบวนการเอสโครว์ภายใต้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีระบบเอสโครว์ที่มีประสิทธิภาพและนิยมใช้กันอย่างแพร่หลาย เปรียบเทียบกับกฎหมายในเรื่องเอสโครว์ในประเทศไทย ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ฉบับที่ผ่านกระบวนการรับหลักการของที่ประชุมคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 6 มิถุนายน 2543 เป็นแนวทางในการวิเคราะห์ เพื่อหารูปแบบของกฎหมายที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์สำหรับประเทศไทย โดยวิธีการที่ใช้ในการวิจัยนี้จะเป็นการวิจัยเอกสาร (Documentary Research) โดยศึกษาจากข้อมูลที่เกี่ยวข้องทั้งภาษาไทยและภาษาต่างประเทศ ในรูปแบบของตัวบทกฎหมาย ตำรา บทความทางกฎหมาย และเอกสารทางวิชาการอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อนำมาพิจารณาหาแนวทางในการแก้ไขปัญหาได้อย่างถูกต้องและเหมาะสม

#### 5. ประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับจากการศึกษาวิจัย

1. ช่วยให้ทราบถึงปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยในปัจจุบัน
2. เพื่อให้เกิดความรู้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์ แนวคิดทางกฎหมาย และขั้นตอนต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบการซื้อที่ดินโดยผ่านคนกลางที่ซื้อขายในประเทศที่ได้ทำการศึกษาวิจัย



3. เพื่อให้ทราบถึงหลักการและเหตุผลของระบบเอสโครว์ของไทย และแสดงให้เห็นถึงหลักการและมาตรการที่ยังไม่ชัดเจนของระบบเอสโครว์ภายใต้ร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา และปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากบทบัญญัติดังกล่าว

4. เพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยเอสโครว์ของไทยตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## บทที่ 2

### ประวัติความเป็นมาและวิวัฒนาการของระบบเอสโครว์ (Escrow)

#### 1. ความเป็นมาของระบบเอสโครว์

เป็นเวลากว่าร้อยปีมาแล้ว ก่อนยุคของการมีกฎหมายว่าด้วยทรัพย์สินของชุมชน การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นกระบวนการที่ง่ายตาย โดยบุคคล 2 ฝ่ายที่เรียกกันว่า ผู้ซื้อและผู้ขาย จะทำการส่งมอบเงินหรือสิ่งอื่นที่มีมูลค่าซึ่งก็คือผลตอบแทน เพื่อแลกเปลี่ยนกับ โฉนด (หรือเอกสารซึ่งแสดงกรรมสิทธิ์) ของที่ดินที่ทำการซื้อขายแก่กัน

แต่กระบวนการดังกล่าว จะได้ผลดีตรงเท่าที่ผู้ขายมีความมั่นใจในสิ่งตอบแทนของผู้ซื้อ (เช่น เช็คของธนาคาร) และผู้ซื้อมีความมั่นใจว่าโฉนดของผู้ขายมีความสมบูรณ์ในชุมชนเล็ก ๆ ซึ่งมีประชากรไม่มากนักและผู้คนส่วนใหญ่รู้จักและเชื่อใจกัน วิธีการดังกล่าวจะเป็นวิธีการที่ง่ายที่สุด (แต่ไม่ใช่วิธีการที่รอบคอบ) ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน แต่ปัญหาเริ่มเกิดขึ้นเมื่อชุมชนได้มีการขยายตัว และมีคนแปลกหน้าเข้ามาอาศัยอยู่ในชุมชนเพิ่มมากขึ้น ดังเช่นในปัจจุบัน ซึ่งเป็นที่แน่นอนว่าการทำธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่จะกระทำโดยบุคคลซึ่งไม่มีความคุ้นเคยหรือรู้จักกันมาก่อน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องมีการพัฒนารูปแบบหรือกระบวนการขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งกระบวนการดังกล่าวนี้ก็คือ “เอสโครว์”<sup>1</sup> เพื่อทำให้เกิดความมั่นใจในการปฏิบัติการชำระหนี้ระหว่างกัน

คำว่า “เอสโครว์” นั้นมาจากภาษาฝรั่งเศส คือคำว่า Escroue ซึ่งหมายถึง ม้วนกระดาษหรือแผ่นหนังที่สมัยก่อนใช้แทนหนังสือเล่ม ในอดีตเจ้าของอสังหาริมทรัพย์จะทำการใช้เครื่องมือในรูปแบบของโฉนดในการโอนทรัพย์สินที่ดินไปให้บุคคลอื่นเมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อย เครื่องมือที่เรียกว่า Escroue นี้จะถูกมอบให้แก่บุคคลที่สามพร้อมทั้งคำสั่ง (instruction) ต่าง ๆ และจะมีผลกลายเป็นโฉนดเมื่อการปฏิบัติได้บรรลุผล เช่น มีการชำระเงินตามที่กำหนดไว้ ต่อมาจึงเรียกเป็นภาษาอังกฤษว่า Escrow แปลว่า โฉนด หรือตราสาร (a deed) ข้อผูกมัด หรือพันธกรรม (a bond) หรือพันธบัตร ใบกู้ยืม เงินตรา (money)

---

<sup>1</sup> Lois Kadosh and Gary Beckner, California real estate escrow (n.p. Real Estate Education, 1988), p. 4.

หรืออสังหาริมทรัพย์แปลงหนึ่งที่มาบไว้ให้บุคคลที่สามเป็นผู้พิทักษ์รักษาไว้ และทำการมอบหมายให้กับผู้รับ (grantee) เมื่อได้รับการปฏิบัติเงื่อนไขเป็นที่เรียบร้อย<sup>2</sup>

แนวความคิดของเอสโครว์นั้น ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่ออำนวยความสะดวกในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยอาจกล่าวได้ว่า เอสโครว์เป็นวิธีการในการจัดหาผู้เก็บรักษาทรัพย์สิน (stakeholder) ไว้ ซึ่งหากปราศจากบุคคลผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวแล้ว ผู้ซื้อซึ่งมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายซึ่งมีหน้าที่ในการส่งมอบโฉนดให้แก่ผู้ซื้อ อาจไม่มีความมั่นใจในเรื่องความสุจริตของแต่ละฝ่าย แต่หากมีตัวแทนเอสโครว์ทำหน้าที่ดังกล่าว ผู้ซื้อก็จะได้รับความมั่นใจในเรื่องความสมบูรณ์ของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้ซื้อจะเป็นผู้รับโอน ส่วนผู้ขายก็มั่นใจได้ว่าผู้ซื้อมีเงินเพียงพอที่จะชำระหนี้ให้แก่ตน สิ่งเหล่านี้เป็นเครื่องอธิบายว่า เหตุใดในปัจจุบันจึงมีการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ เพราะเหตุที่ระบบเอสโครว์ทำให้เกิดความมั่นใจได้ว่า การโอนนั้นจะมีผลสมบูรณ์

ถึงแม้ว่าในปัจจุบันจะมีการนำระบบเอสโครว์ไปใช้ในธุรกรรมหลายประเภท ดังเช่น การแลกเปลี่ยน การให้เช่า การเช่าซื้อ การให้กู้ยืมและการรีไฟแนนซ์ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า เอสโครว์ได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายที่สุด ในการช่วยประกันความเสี่ยงในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีราคาหรือมีมูลค่าสูงในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น เอสโครว์อาจช่วยในการโอนอสังหาริมทรัพย์ การโอนอสังหาริมทรัพย์ที่ติดไปกับอสังหาริมทรัพย์ หรือในขั้นตอนของการกู้ยืมเงิน หรืออาจกล่าวได้ว่าจะมีการนำเอสโครว์ไปใช้เมื่อมีความต้องการให้มีบุคคลที่สามทำหน้าที่ในการเก็บรักษาเงินหรือเอกสารไว้อย่างปลอดภัย จนกว่ารายละเอียดทั้งหมดจะได้รับการจัดการ ซึ่งบุคคลที่สามจะทำหน้าที่จัดการรายละเอียดทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อให้ธุรกรรมเสร็จสมบูรณ์ และภายหลังจากที่รายละเอียดทั้งหมดได้รับการจัดการเป็นที่เรียบร้อยแล้ว บุคคลดังกล่าวจะทำการแจกจ่ายเอกสารและเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิในเวลาอันสมควร<sup>3</sup>

ธุรกรรมเอสโครว์จะสร้างความมั่นใจแก่ตัวการว่า เงินและเอกสารสำคัญของตัวการจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สามที่มีความน่าเชื่อถือ และมีหน้าที่ตามกฎหมายที่จะ

<sup>2</sup> ไพศาล บัณฑิตยานนท์, “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ (Escrow) ในสหรัฐอเมริกา,” เอกสารสมาคมตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>3</sup> Lois Kadosh and Gary Beckner, California Real Estate Escrow, p. 4.

รักษาเงินและเอกสารไว้อย่างปลอดภัย เอสโครว์จะเป็นเสมือนองค์กรที่ทำหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนเงินและเอกสาร (clearing house) และจะดำเนินการให้เงื่อนไขทั้งหมดในธุรกรรมสำเร็จก่อนที่ทรัพย์สินจะมีการเปลี่ยนมือ คู่สัญญาทุกฝ่ายในเอสโครว์จะได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมายในระหว่างดำเนินการเอสโครว์ ทุกสิ่งทุกอย่างจะได้รับการจัดการโดยตัวแทนเอสโครว์ที่มีความเป็นกลาง ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นการลดโอกาสของคู่สัญญาในการฉ้อโกงหรือการละเมิดข้อตกลงในสัญญา<sup>4</sup>

## 2. ความหมายของเอสโครว์

เนื่องจาก “เอสโครว์” เป็นเรื่องที่ค่อนข้างจะอยู่ในวงจำกัด ซึ่งมีผู้ที่มีความรู้และความเข้าใจไม่มากนัก เพราะเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่สำหรับประเทศไทยที่ได้มีการพัฒนาขึ้นเพื่อเป็นเครื่องมือในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภคหรือผู้ซื้อที่ประสงค์จะซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างหรือห้องชุดในอาคารชุด ดังนั้น ผู้วิจัยจึงเห็นสมควรที่จะได้หยิบยกความหมายของเอสโครว์ที่มีผู้อธิบายหรือกล่าวถึงไว้ในทุกแง่มุม เพื่อเป็นความรู้แก่ผู้ที่สนใจโดยทั่วไป ดังที่จะกล่าวต่อไปนี้คือ

คำว่า “เอสโครว์” เมื่อพิจารณาประกอบกับถ้อยคำอื่น ๆ สามารถให้คำนิยามได้หลายความหมาย ซึ่งอาจหมายถึงความถึงทรัพย์สิน การจัดการ หรือบุคคลผู้ประกอบธุรกิจเอสโครว์ ซึ่งจะแบ่งแยกความหมายของเอสโครว์ ดังนี้คือ

### 1) Escrow หมายถึง เงินหรือเอกสารสิทธิในกิจการพิทักษ์สัญญา

“สิ่งของมีค่าใด ๆ ที่ได้ฝากไว้กับบุคคลที่ 3 ไม่ว่าจะอยู่ในรูปของเงิน เอกสารสิทธิ พันธบัตร หรืออสังหาริมทรัพย์ สิ่งของเหล่านี้ จะมีการส่งมอบต่อไปเมื่อเงื่อนไขและข้อตกลงร่วมกันของตัวการทั้งสองฝ่ายได้รับการปฏิบัติครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว” (Something of value left in trust to a third party. It can take the form of money, a deed, a bond or real property itself. Upon fulfillment of the condition, and a mutual agreement by the principals, the escrow may be released.)

(Dictionary of Real Estate, 1987)

<sup>4</sup> Ibid., p.5.

“เงิน หลักทรัพย์ หรือทรัพย์สินหรือตราสารใด ๆ ที่เก็บรักษาโดยบุคคลที่สาม (เพื่อส่งมอบต่อ) จนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาแล้ว” (Money, securities, or other property or instruments held by a third party until the conditions of a contract are met)

(Dictionary of Finance and Investment Terms, 1985)<sup>5</sup>

## 2) Escrow หมายถึง กิจการพิทักษ์สัญญา

“การมอบเงิน เอกสาร หรืออื่น ๆ ไว้กับบุคคลที่สาม พร้อมกับการกำหนดคำสั่งในการส่งมอบต่อให้กับผู้อื่น เมื่อได้มีการปฏิบัติตามข้อตกลงหรือเงื่อนไขที่กำหนดแล้ว” (The entrusting of money, documents, or other items to a third party along with instructions on the terms and conditions of the disposition of those items. Often used in contractual situation.)

(Larry E. Wofford, 1986)<sup>6</sup>

“การฝากเงินหรือเอกสารใด ๆ ไว้กับบุคคลที่สามที่เป็นกลาง ผู้ได้รับคำสั่งให้ดำเนินการตามข้อตกลง บุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางนี้คือตัวแทนเอสโครว์ และหน้าที่ของเขาได้ถูกระบุไว้ในข้อตกลง ในบางพื้นที่การปิดการขายอสังหาริมทรัพย์ได้ดำเนินการโดยใช้เอสโครว์ ซึ่งเรียกว่าการปิดการขายโดยเอสโครว์ ซึ่งหมายความว่า เอกสารสิทธิจะถูกส่งจากผู้ขายไปยังตัวแทนเอสโครว์ และจำนวนเงินที่เพียงพอในการซื้อทรัพย์สินจะถูกส่งจากผู้ซื้อไปยังตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะถือเอกสารทั้งหมดไว้จนกระทั่งมีเหตุการณ์หรือการกระทำบางอย่างได้เกิดขึ้นหรือไม่บังเกิดขึ้น โดยปกติ เมื่อมีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์เสร็จสิ้นแล้วและตัวแทนเอสโครว์พอใจว่าผู้ขายได้จัดการในเรื่องกรรมสิทธิ์เรียบร้อยแล้ว เงินที่เก็บจะถูกส่งไปยังผู้ขาย และเอกสารสิทธิจะถูกส่งไปยังผู้ซื้อ” (The deposit of funds or documents with a neutral third party who is instructed to carry out the provisions of an agreement. The neutral third party is known as an *escrow agent* and his or her duties are specified in the agreement. In some location in the country real estate closing are handled through

<sup>5</sup> พัลลภ กฤตยานวัช, “เอสโครว์ กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน.

escrow, referred to as *closing in escrow*, which means that the deed is delivered by the seller to the escrow agent and the money necessary to purchase the property is delivered from the buyer to the escrow agent. The escrow agent will hold all papers until the occurrence or nonoccurrence of some event or act. Normally, once an examination of title is completed and the escrow agent is satisfied that the seller has clear title, the money collected passed to the seller and the deed is delivered to the buyer.)

(Handbook of Real Estate Terms, Revised Edition)

“ระบบที่ให้มีบุคคลที่สามเป็นคนกลางที่ถือบัญชีการรับจ่าย หลักฐานการเงิน และเอกสารต่าง ๆ จากผู้ซื้อและผู้ขาย เช่นการขายอสังหาริมทรัพย์ในช่วงที่ทำสัญญากัน จนกว่าจะมีการตกลงกันเรียบร้อยแล้วจึงจะโอนให้ผู้มีสิทธิถูกต้อง”

(พจนานุกรมศัพท์เศรษฐกิจ วิทยาการ เชียงกุล, 2540)

### 3) Escrow หมายถึง คนกลางพิทักษ์สัญญา

“บุคคลที่สามที่ทำหน้าที่อย่างเป็นคนกลางต่อผู้ซื้อและผู้ขายในการส่งมอบโฉนดที่ดิน เมื่อมีการปฏิบัติในทุกขั้นตอนที่จำเป็นในการปิดการขายอสังหาริมทรัพย์ (A third party that has a fiduciary duty to the buyer and seller to deliver title on performance of all step necessary to a real estate closing.)

(William M. Shenkel, 1978)<sup>7</sup>

นอกจากความหมายของเอสโครว์ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ในทางกฎหมายก็ได้ให้ความหมายของคำว่าเอสโครว์ไว้ต่าง ๆ กันดังนี้ คือ

#### 1) Black's Law Dictionary (Six Edition)

Black's Law Dictionary (Six Edition) ได้ให้ความหมายของเอสโครว์ไว้ว่า หมายถึง “เอกสารทางกฎหมาย เช่น หนังสือที่ใช้โอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (deed), เงิน

---

<sup>7</sup> เรื่องเดียวกัน.



ใบหุ้น หรือทรัพย์สินอื่น ๆ ที่ส่งมอบโดยผู้โอน ผู้ให้ค้ำประกัน หรือเจ้าหนี้ ให้แก่บุคคลที่สามซึ่งได้รับการแต่งตั้งจากบุคคลดังกล่าว จนกว่าจะได้มีการดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ บุคคลที่สามจะทำการส่งมอบต่อไปยังผู้รับโอน ผู้รับค้ำประกัน หรือลูกหนี้ เอกสารสิทธิ พันธบัตร ใบหุ้น เงินหรือทรัพย์สินอื่น ๆ ที่ได้ส่งไปยังบุคคลที่สามทำการเก็บรักษาไว้จะโอนเมื่อเงื่อนไขทั้งหมดในสัญญาสำเร็จ เช่น การส่งมอบเอกสารสิทธิให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ภายใต้สัญญาซื้อขายที่ดินผ่อนชำระเงินเป็นงวด กรรมสิทธิ์จะโอนเมื่อมีการจ่ายเงินค่าที่ดินจนครบถ้วน”

(A legal document (such as a deed, money, stock, or other property) delivered by the grantor, promisor or obligor into the hands of a third person, to be held by the latter until the happening of a contingency or performance of a condition, and then by him delivered to the grantee, promisee or obligee. A system of document transfer in which a deed, bond, stock, funds, or other property is delivered to a third person to hold until all conditions in a contract are fulfilled; e.g. delivery of deed to escrow agent under installment land sale contract until full payment for land is made)

## 2) Law dictionary (Second Edition)

Law dictionary (Second Edition) ให้ความหมายของเอสโครว์ไว้ว่า หมายถึง “หนังสือตราสาร เช่นหนังสือที่ใช้โอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ที่ฝากไว้เป็นการชั่วคราวกับ บุคคลที่สามที่มีความเป็นกลาง (เรียกว่าตัวแทนเอสโครว์) โดยความตกลงของคู่สัญญา 2 ฝ่าย ผู้ซึ่งเข้าทำสัญญาที่สมบูรณ์ ตัวแทนเอสโครว์จะถือเอกสารไว้จนกว่าเงื่อนไขตามสัญญาจะสำเร็จ ในเวลาดังกล่าวเขาจะส่งมอบเอกสารที่ถือไว้ให้แก่ผู้รับโอนหรือลูกหนี้ ผู้ฝากจะไม่สามารถควบคุมเหนือตราสารหลังจากถูกส่งมอบไปยังเอสโครว์ ตามหลักคอมมอนลอว์ เอสโครว์จะใช้เฉพาะการฝากตราสารเพื่อการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินเท่านั้น แต่ในปัจจุบันจะใช้กับตราสารทุกชนิดที่ได้ฝากไว้ เงินที่ได้ฝากไว้ก็จะหมายถึงเอสโครว์ด้วยเช่นกัน” (A written instrument, such as a deed, temporarily deposited with a neutral third party (called the ESCROW AGENT), by the agreement of two parties who have entered into a valid contract. The escrow agent will hold the document until the conditions of the contract are met, at which time he will deliver it to the grantee or obligee. The depositor has no control over the instrument after it is in “escrow”. At common law, “escrow” applied to the deposits only



of instruments for the conveyancer of land, but it now applies to all instruments so deposited. Money so deposited is also loosely referred to as “escrow”)

(Steven H. Gifis)

### 3) ประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Civil Code)

ประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้ให้ความหมายของเอสโครว์ไว้ใน มาตรา 1057 ดังนี้ “ผู้โอนสิทธิอาจนำสิ่งที่จะมอบโอนไปฝากไว้กับบุคคลที่สามเพื่อให้เกิดรักษาไว้ เพื่อให้บุคคลที่สามนั้นทำการส่งมอบต่อไปให้แก่ผู้รับโอน เมื่อได้มีการดำเนินการตาม เงื่อนไขที่กำหนดไว้แล้ว เมื่อบุคคลที่สามที่รับฝากสิ่งที่จะมอบโอนนั้นได้ทำการส่งมอบให้แก่ผู้รับโอนแล้ว การมอบโอนจึงจะมีผล สิ่งที่จะมอบโอนเมื่อยังอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่สามเพื่อให้ทำการโอนต่อไปภายในเงื่อนไขที่กำหนดนั้น เรียกว่า Escrow” (A grant may be deposited by the grantor with a third person, to be delivered on the performance of a condition, and, on delivery by the deposition, it will take effect. While in the possession of the third person, and subject to condition, it is called escrow)<sup>8</sup>

### 4) ประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code)

ประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย มาตรา 17003 ได้ให้ความหมายของเอสโครว์ไว้ดังนี้ “เอสโครว์ หมายความว่าถึงธุรกรรมใด ๆ ที่บุคคลหนึ่ง, เพื่อจุดประสงค์ในการขาย การมอบโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอื่น ทำการส่งมอบเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร เงิน หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หรือสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีมูลค่าแก่บุคคลที่สามเพื่อให้ถือไว้ จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือจนกว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ล่วงหน้าจะได้รับการปฏิบัติเสร็จสิ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สามนั้นแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้รับค้ำประกัน ผู้ให้ค้ำประกัน ลูกหนี้ เจ้าหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทน หรือพนักงานของบุคคลใดนั้น” (Escrow means any transaction wherein one person, for the purpose of effecting the sale, transfer, encumbering or leasing of real or personal property to another person, delivers any written instrument, money, evidence of title to real or personal property, or other

<sup>8</sup> เรืองเดียวกัน.

thing of value to a third person until the happening of specified event or the performance of a prescribed condition, when it is then to be delivered by such third person to a grantee, grantor, promisee, promisor obligee, obligor, bailee, bailor, or any agent or employee of any of the latter.)<sup>9</sup>

นอกจากความหมายของเอสโครว์ดังที่กล่าวมาแล้ว ยังมีนิยามของคำที่เกี่ยวข้องที่ควรศึกษาดังนี้

1) Escrow Agent หมายถึงบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการซื้อขายเปลี่ยนมืออสังหาริมทรัพย์ โดยทำหน้าที่เป็นผู้รับเอกสารสัญญาและเงินที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามสัญญาไว้แทนคู่สัญญา เมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามครบถ้วนตามสัญญาแล้ว บุคคลดังกล่าวจึงจะมอบเงินให้แก่ผู้ขายและมอบสัญญาให้แก่ผู้ซื้อ คนกลางนี้บางทีก็เรียกว่า Escrow Holder หรือ Escrowee<sup>\*</sup>

2) Escrow Account หมายถึง บัญชีเงินฝากพิเศษที่เก็บรักษาโดยนายหน้าทนายความ ธนาคาร หรือตัวแทนเอสโครว์ ผู้ซึ่งได้รับมอบอำนาจให้เก็บรักษาเงินไว้เพื่อจ่ายต่อแก่ผู้อื่น

3) Title Closing หมายถึง กระบวนการปิดการขาย คือการที่ทั้งฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายกระทำการตามสิทธิและหน้าที่ของตนดังนี้คือ ผู้ซื้อชำระราคาที่ดินและผู้ขายส่งมอบสัญญาเพื่อให้ผู้ซื้อนำสัญญาไปยื่นคำขอจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม กระบวนการนี้ บางมลรัฐก็เรียกว่า Closing<sup>10</sup>

<sup>9</sup> เรื่องเดียวกัน.

<sup>\*</sup> ในส่วนของการนำเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยนั้น ได้มีนักวิชาการและนักกฎหมายบางท่านเรียก Escrow Agent ว่า “ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา” หรือ “ตัวแทนร่วมของคู่สัญญา” หรือในร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาซึ่งผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (ตามที่ปรากฏในภาคผนวก ข) ได้เรียก Escrow Agent ว่า “ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” แต่ในวิทยานิพนธ์ฉบับนี้ ผู้วิจัยจะขอเรียก Escrow Agent ว่า “ตัวแทนเอสโครว์” แต่คำว่า “ตัวแทนเอสโครว์” นี้ ถือเป็นตัวแทนตามระบบเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ไม่ใช่ตัวแทนตามความหมายของตัวแทนตามนัยที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะตัวแทนของไทยแต่อย่างใด

<sup>10</sup> สัตย์ชัย ศรีศักดิ์, “คนกลางในการซื้อขายที่ดิน,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537), หน้า 67.

4) Escrow Closing หมายถึง กระบวนการปิดการขายโดยเอสโครว์ คือการที่ผู้ซื้อและผู้ขายนำเงินและเอกสารที่แต่ละฝ่ายจะต้องดำเนินการปฏิบัติตามสัญญาให้ไว้แก่บุคคลที่สาม เพื่อให้บุคคลที่สามทำการเก็บรักษาเงินและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขาย จนกว่าคู่กรณีจะปฏิบัติตามสัญญาครบถ้วน บุคคลที่สามนั้นจึงจะมอบสัญญาโอนที่ดินซึ่งจดทะเบียนแล้วให้แก่ฝ่ายผู้ซื้อและมอบเงินให้แก่ฝ่ายผู้ขาย

5) Closing day หมายถึง วันดำเนินการปิดการขาย (Title closing) เป็นวันที่ผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกัน โดยฝ่ายผู้ซื้อจะนำเงินค่าที่ดินมาเพื่อชำระให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายจะส่งมอบสัญญาโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อเพื่อนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ต่อไป

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่า คำว่า “เอสโครว์” สามารถให้คำนิยามได้หลายความหมาย ดังนั้นการใช้คำดังกล่าวจึงควรมีการกำหนดรายละเอียดของความหมายที่ต้องการถ่ายทอดไว้ให้ชัดเจน ในส่วนของการศึกษาวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ของผู้วิจัยนั้น ผู้วิจัยเห็นว่า “เอสโครว์” หมายถึง ระบบที่ช่วยเสริมสร้างความมั่นใจให้แก่ทุกฝ่ายผู้ร่วมอยู่ในกระบวนการซื้อขายทรัพย์สิน โดยเป็นการตกลงกันระหว่างผู้ซื้อผู้ขายและผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ที่จะทำการส่งมอบเอกสารสัญญาหรือทรัพย์สินที่จะแลกเปลี่ยนกันให้แก่บุคคลที่สามที่เป็นคนกลางผู้ไม่มีส่วนเกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในการซื้อขายเก็บรักษาเอาไว้ เพื่อบริการส่งมอบต่อเมื่อคู่สัญญาแต่ละฝ่ายปฏิบัติตามหน้าที่หรือเงื่อนไขที่ได้ตกลงกันครบถ้วนแล้ว โดยอาศัยหลักการยอมรับในข้อตกลงที่จะปฏิบัติกันระหว่างคู่สัญญา ในการส่งมอบทรัพย์สินและเงินให้อยู่ภายใต้การดูแลของคนกลาง และหลักการการสละสิทธิอันพึงได้จนกว่าจะถึงเวลาอันควร

### 3. การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในต่างประเทศ

เนื่องจากในการศึกษาวิทยานิพนธ์ในเรื่องนี้ จะศึกษาเฉพาะการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น จึงเห็นควรที่จะศึกษาถึงขั้นตอนและวิธีการในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้เกิดความเข้าใจที่ดีขึ้นเมื่อได้ทำการศึกษาถึงการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ในบทต่อไป

#### 3.1 การจัดทำสัญญาซื้อขาย

ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สิ่งที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งก็คือการจัดทำสัญญาซื้อขาย เนื่องจากว่าสัญญาเป็นสิ่งที่แสดงถึงความตกลงระหว่างคู่สัญญา และมีวัตถุประสงค์ในการวางกฎเกณฑ์ที่กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในระหว่างระยะเวลาของสัญญา ซึ่งใน

ประเทศต่าง ๆ ได้มีการกำหนดตัวบุคคลผู้มีหน้าที่ในการจัดทำสัญญา เพื่อการจดทะเบียนสิทธิ และนิติกรรมไว้ 3 ประการ กล่าวคือ <sup>11</sup>

1) กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาจัดทำสัญญากันมาเอง โดยกรอกข้อความ และลงชื่อให้เรียบร้อย แล้วนำมายื่นขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียน และไม่บังคับว่าคู่สัญญา จะต้องว่าจ้างเอกชน เช่น ทนายความ โนตารีพับลิก (notary public) หรือบุคคลอื่นที่ได้รับ อนุญาตจากทางราชการเป็นผู้จัดทำสัญญาดังกล่าวให้ คู่สัญญาจะว่าจ้างเอกชนให้ทำสัญญาให้ หรือไม่ได้ ประเทศที่กำหนดหลักการเช่นนี้มีอยู่เป็นจำนวนมาก เช่น ออสเตรเลีย มาเลเซีย แต่แม้ว่ากฎหมายจะไม่บังคับให้คู่สัญญาจะต้องว่าจ้างทนายความ หรือผู้ที่ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้ จัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ทำสัญญาให้ก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ ประชาชนใน ประเทศที่กล่าวถึงข้างต้นก็นิยมที่จะว่าจ้างทนายความเป็นผู้จัดทำสัญญาให้

2) กำหนดให้คู่สัญญาจะต้องว่าจ้างบุคคลซึ่งได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญา เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ทำสัญญาให้ บุคคลที่กล่าวถึงนี้มักเป็นโนตารีพับลิก (notary public) โนแตร์ (notaire) ในฝรั่งเศส โนตารี (notar) ในเยอรมันนี หรือ ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ในสหรัฐอเมริกา บุคคลเหล่านี้ไม่ได้เป็นข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมแต่อย่างใด แต่ได้รับแต่งตั้งจากทางราชการตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยปกติจะมีหน้าที่ในการจัดทำสัญญา รับรองลายมือชื่อ ให้ทำคำสาบาน หรือ ทำหน้าที่อื่น ๆ ตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ และตามหลักปฏิบัติของประเทศต่าง ๆ บุคคลเหล่านี้ ไม่ได้รับเงินเดือนจากงบประมาณแผ่นดิน แต่จะมีรายได้จากค่าธรรมเนียมที่เรียกจากผู้ที่มาขอ ใช้บริการ และในบางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส แม้จะถือว่าโนแตร์เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ (officer of the state) แต่ก็มิรายได้หลักจากการเก็บค่าธรรมเนียมจากผู้มาใช้บริการเช่นเดียวกับในประเทศ อื่น ๆ ในการเรียกเก็บค่าธรรมเนียมการให้บริการ จะต้องเรียกเก็บตามอัตราที่กฎหมายกำหนด ไว้ ซึ่งอาจกำหนดให้เรียกเก็บเป็นอัตราร้อยละจากราคาซื้อขายหรือตามประเภทการให้บริการ ประเทศที่กำหนดให้คู่สัญญามอบหมายให้บุคคลดังกล่าวเป็นผู้จัดทำสัญญาหรือรับรองความถูกต้อง ได้แก่ ฝรั่งเศส เยอรมันนี ศรีลังกา เนเธอร์แลนด์ ออสเตรเลีย เบลเยียม สวิสเซอร์แลนด์ และ อิหร่าน

<sup>11</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 59-61.

3) กำหนดให้เป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเป็นผู้ จัดเตรียมสัญญา หรืออนุญาตให้คู่สัญญาจัดพิมพ์สัญญากันมาเองก็ได้ แต่จะต้องมาลงชื่อต่อหน้าพนักงานเจ้าหน้าที่ ประเทศที่ใช้หลักการเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศไทย

### 3.2 การยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม

ในเรื่องของการยื่นคำขอจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น ประเทศต่าง ๆ ได้แบ่งวิธีการยื่นคำขอออกเป็น 3 วิธี กล่าวคือ <sup>12</sup>

1) ให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ยื่นคำขอแต่เพียงฝ่ายเดียวก็ได้ ซึ่งโดยมากผู้ยื่นคำขอจะเป็นผู้รับโอนหรือทนายความของผู้รับโอนหรืออาจเป็นผู้รับจ้าง เมื่อดำเนินการยื่นคำขอและเสียค่าธรรมเนียมแล้ว ก็ถือเป็นอันเสร็จสิ้น

2) ยินยอมให้มีการยื่นคำขอด้วยตนเอง หรือส่งคำขอและสัญญาที่จัดทำเรียบร้อยแล้วมาทางไปรษณีย์ก็ได้

3) กำหนดให้คู่สัญญาจะต้องมายื่นคำขอด้วยตนเอง และจะต้องลงชื่อต่อหน้านายทะเบียน ประเทศซึ่งกำหนดหลักการเช่นนี้ ได้แก่ ประเทศไทย และอิสราเอล

### 3.3 ระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดิน

ดังที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า การโอนที่ดินในสมัยก่อนจะกระทำโดยการส่งมอบเอกสารซึ่งแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่กันเท่านั้น แต่ต่อมามีวิวัฒนาการการจัดทำในรูปของสัญญา และต่อมามีการบังคับโดยกฎหมายให้นำมาจดทะเบียน จึงมีการจัดทำเป็นระบบทะเบียนที่ดินขึ้น ซึ่งระบบทะเบียนที่ดินนี้จะมีผลต่อความยากง่ายในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับ ที่ดิน อันจะมีผลต่อวิธีการทำสัญญา ระยะเวลาที่ใช้ในการทำสัญญา การกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียในที่ดิน และความมั่นคงของสิทธิในที่ดินภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาโอน ที่ดิน

การแบ่งระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็น การแบ่งแต่เพียงในทางทฤษฎีเท่านั้น ส่วนในทางปฏิบัติทะเบียนที่ดินของบางประเทศอาจมีหลักการของระบบใดระบบหนึ่งโดยชัดเจน แต่บางประเทศก็อาจมีหลักการที่ไม่อาจจัดเข้าอยู่ใน

<sup>12</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 62-63.



ระบบใดระบบหนึ่งได้อย่างเด็ดขาด แต่จะมีหลักการที่ผสมปนเปกันระหว่างสองระบบ หรือแม้แต่ในบางกรณีที่จัดระบบทะเบียนของบางประเทศอยู่ในระบบเดียวกันก็ตาม ก็ไม่ได้หมายความว่าประเทศเหล่านั้นจะมีหลักการที่เหมือนกันทุกประการ นอกจากนี้ในบางกรณีก็เป็นการยากที่จะจัดระบบทะเบียนที่ดินของประเทศใดประเทศหนึ่งว่าเป็นระบบทะเบียนที่ดินประเภทใด

การจัดทำระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาพื้นฐานเกี่ยวกับก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ซึ่งได้แก่วิธีการที่ว่า

- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีใครเป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริง
- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีแนวเขตและเนื้อที่ที่ถูกต้องเพียงใด
- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีสิทธิหรือภาระผูกพันใดติดอยู่กับที่ดินบ้าง
- ทำอย่างไรเมื่อทำสัญญาโอนที่ดินแล้วจะทำให้เกิดความมั่นคง พ้นจากการกล่าวอ้างจากบุคคลอื่นว่า การโอนที่ดินนั้นไม่ถูกต้องหรือตนมีสิทธิดีกว่าผู้รับโอน

ในปัจจุบันได้มีการแบ่งระบบทะเบียนที่ดินออกเป็น 2 ระบบใหญ่ ๆ กล่าวคือระบบที่เรียกว่า Registration of deeds ซึ่งเป็นระบบที่ถือว่า สัญญาที่จดทะเบียนแล้วเท่านั้นที่จะอ้างเป็นพยานเพื่อพิสูจน์สิทธิในที่ดินในศาลได้ และต่อมาได้มีการพัฒนาระบบทะเบียนขึ้นมาอีก ระบบหนึ่งเรียกว่า ระบบ Registration of title หรือระบบทอร์เรนส์ ซึ่งถือทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด ผู้ซื้อที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน (bona fide purchaser for value) จะต้องได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้ โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของเดิมจะได้สิทธิมาโดยถูกต้องหรือไม่ ซึ่งถือเป็นการยกเลิกหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน (nemo dat quod non habet) แต่ถ้าหากเจ้าของจะต้องเสียสิทธิใด ๆ ไป ก็จะได้รับชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย หรือจากรัฐโดยตรง<sup>13</sup>

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 35-37.

### 3.3.1 ระบบ Registration of deeds

#### 1) ความหมายของคำว่า deed

deed หมายถึง สัญญา สารตรา หรือตราสารที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในการทำ deed นั้นคู่กรณีจะเป็นผู้จัดทำขึ้นเอง ซึ่งแต่เดิมนั้นจะต้องมีการประทับตราด้วย แต่ต่อมาในภายหลังไม่ถือเคร่งครัดอีกต่อไป ตามรูปศัพท์ Registration of deeds คือ ระบบการ จดทะเบียนเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน<sup>14</sup>

#### 2) หลักการสำคัญของระบบ Registration of deeds แบบดั้งเดิม<sup>15</sup>

(1) ในการทำสัญญาโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและนำมาจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(2) การจดทะเบียนจะกระทำโดยบันทึกชื่อคู่สัญญาและสาระสำคัญของ สัญญาลงในทะเบียน พร้อมกับคัดลอกข้อความหรือถ่ายเอกสารสัญญาเก็บไว้ที่สำนักทะเบียน การจัดทำทะเบียนยึดถือชื่อคู่กรณีเป็นหลัก แต่จะไม่มี การอ้างถึงตัวที่ดินที่เกี่ยวข้องกับการ จดทะเบียนไว้ในทะเบียนแต่อย่างใด

(3) พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนไม่มีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของ การทำสัญญาหรือพิสูจน์ตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของแต่อย่างใด และไม่ต้องตรวจสอบว่าสัญญานั้น สอดคล้องกับสัญญาเดิมๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นหรือไม่ เมื่อมีการยื่นขอจดทะเบียนโดยถูกต้อง ตามระเบียบแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนก็ต้องจดทะเบียนให้

(4) ไม่มีการทำทะเบียนรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินแต่มีทะเบียนรวมสำหรับ จดทะเบียนเอกสารสัญญาที่ยื่นขอจดทะเบียน การทำทะเบียนรวม ๆ สำหรับจดทะเบียน เอกสารที่ใช้ในการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในระบบนี้ อาจเปรียบเทียบได้กับการทำบัญชีรับทำ การในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของไทย แต่จะเพิ่มช่องแสดงแฟ้มหรือเล่มและหน้าที่ เก็บเอกสารสัญญาไว้ และมีการทำดัชนีผู้โอนและผู้รับโอน (grantor , grantee index) ขึ้นด้วย

<sup>14</sup> วสันต์ กิจบำรุง, การปรับปรุงระบบทะเบียนที่ดินและการให้บริการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม (กรุงเทพฯ : กองนิติการ กรมที่ดิน, 2537), หน้า 6.

<sup>15</sup> สัญชัย ศรีศักดิ์, "คนกลางในการซื้อขายที่ดิน", (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 38-39.



(5) เมื่อจดทะเบียนแล้วกฎหมายจะบัญญัติผลของการจดทะเบียนไว้แบบใดแบบหนึ่งในสามแบบคือ แบบที่หนึ่งกำหนดให้เอกสารที่จดทะเบียนแล้วใช้เป็นพยานหลักฐานในศาลได้ แบบที่สองกำหนดให้สัญญาที่ไม่จดทะเบียนถือว่าไม่มีผลบังคับ ส่วนแบบที่สามกำหนดให้สัญญาที่จดทะเบียนแล้วมีสิทธิดีกว่าสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือจดทะเบียนแต่จดทะเบียนที่หลัง แบบที่สามนี้แม้จะไม่ได้เป็นการบังคับโดยตรงให้ต้องจดทะเบียน แต่ก็เป็นการบังคับกลายเป็น เพราะถ้าไม่นำสัญญามาจดทะเบียนก็จะต่อสู้กับคนอื่นที่นำสัญญามาจดทะเบียนไม่ได้

(6) การอ้างถึงที่ดินในเอกสารสัญญาทำได้หลายวิธี เช่นบรรยายลักษณะที่ดินเป็นคำพูดว่า ที่ดินที่ทำการโอนนี้ทิศเหนือติดกับที่ดินของ A ทิศใต้ติดกับที่ดินของ B ทิศตะวันตกติดกับที่ดินของ C ทิศตะวันออกติดกับถนนสาย D หรืออาจมีแผนที่หยาบ ๆ แสดงที่ตั้งของที่ดินก็ได้ ซึ่งโดยปกติมักจะไม่มีรายละเอียดพอที่จะกำหนดตำแหน่งที่ดิน เพราะไม่ได้มีการโยงยึดจากหมุดหลักฐานแผนที่ของทางราชการ

### 3) ระบบ Registration of deeds แบบปรับปรุงใหม่ (improved registration of deeds)

ในระยะหลังได้มีการปรับปรุงระบบ Registration of deeds ให้ดีขึ้น โดยปรับปรุงในเรื่องต่อไปนี้ คือ

- (1) มีการทำทะเบียนโดยทำดัชนีอ้างอิงแปลงที่ดิน พร้อมกับชื่อคู่สัญญาด้วย
- (2) มีการรังวัดทำแผนที่ที่ดินที่มีมาตรฐาน ที่ดินแต่ละแปลงมีเลขที่ดินกำกับไม่ซ้ำกับแปลงอื่น
- (3) ก่อนจดทะเบียนเอกสารสัญญาต่าง ๆ เจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนจะตรวจว่าสัญญาที่ยื่นขอจดทะเบียนนั้นสอดคล้องกับสัญญาที่เคยทำไว้เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นหรือไม่

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

#### 4) ข้อบกพร่องของระบบ Registration of deeds<sup>16</sup>

ไม่ว่าจะเป็นระบบ Registration of deeds แบบดั้งเดิมหรือเป็นระบบที่ปรับปรุง  
ขึ้นใหม่ ก็ยังคงมีข้อบกพร่องที่สำคัญอยู่ดังนี้ คือ

(1) ทะเบียนที่ทำไว้สำหรับใช้ในการจดทะเบียนเอกสารสัญญาต่าง ๆ ไม่ใช่  
หลักฐานพิสูจน์สิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด แต่มีไว้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ต้องการซื้อที่ดิน  
หรือต้องการจะทำธุรกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้นมาตรวจสอบว่า ที่เจ้าของที่ดินอ้างว่าตนเป็น  
เจ้าของที่ดินนั้น แท้จริงแล้วเจ้าของที่ดินผู้นั้นเคยทำสัญญารับโอนที่ดินมาจากใคร และต่อจาก  
นั้นเคยทำสัญญาใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นอีกหรือไม่ แล้วทำการตรวจสอบสัญญาที่เก็บไว้ที่  
สำนักทะเบียนโดยละเอียดต่อไป การจะได้สิทธิในที่ดินหรือไม่นั้นจะขึ้นอยู่กับตัวสัญญาโดยตรง  
ไม่ได้ขึ้นอยู่กับกรจดทะเบียนตัวเอกสารสัญญา ถ้าทำสัญญากันถูกต้องเมื่อนำสัญญามาจด  
ทะเบียน ผู้รับโอนก็จะได้สิทธิในที่ดินตามสัญญา และมีสิทธิดีกว่าผู้อื่นที่ทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดิน  
แปลงนั้นซ้ำอีก แต่ถ้าผู้รับโอนทำสัญญากับผู้โอนโดยไม่ถูกต้อง เมื่อนำสัญญานั้นมาจดทะเบียน  
สัญญานั้นก็จะไม่มีผลบังคับใช้ขึ้นมาได้ ถ้าผู้รับโอนที่ดินคนหลังทำสัญญากับผู้โอนโดยถูกต้อง  
และนำสัญญามาจดทะเบียน ผู้รับโอนคนหลังก็จะได้สิทธิไป การจดทะเบียนในระบบนี้จึงไม่ใช่  
การจดทะเบียนตัวสิทธิหรือนิติกรรมโดยตรง แต่เป็นการนำเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอน  
หรือก่อตั้งสิทธิในที่ดินมาขึ้นทะเบียนไว้ เพื่อใช้ต่อสู้กับผู้รับโอนคนอื่น ๆ ที่ทำแต่เพียงสัญญา  
แต่ไม่ได้จดทะเบียน หรือจดทะเบียนแต่จดทีหลัง หรืออีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนแบบนี้มีวัตถุประสงค์  
ประสงค์เพื่อให้ผู้ที่เข้าทำสัญญาใด ๆ กับเจ้าของที่ดิน ได้มีโอกาสตรวจสอบว่า เจ้าของ ที่ดิน  
เคยทำสัญญาใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินที่ตนจะซื้อไว้บ้างหรือไม่ ถ้าผู้ซื้อตรวจดูแล้วพบว่าเจ้าของเคย  
ทำสัญญาซื้อมาจริง ก็จะไม่สิ้นสุดอยู่แค่นั้น จะต้องมีการตรวจดูให้ลึกกลงไปว่าสัญญานั้นทำถูก  
ต้องตามกฎหมายด้วยหรือไม่ ถ้าช่วงที่เจ้าของรับโอนมาไม่ถูกต้อง แม้ผู้รับโอนจะรับโอนโดย  
สุจริตและเสียค่าตอบแทน ผู้รับโอนก็จะได้ไม่ได้สิทธิแต่อย่างใด ระบบทะเบียนแบบนี้จึงมีประโยชน์  
เพียงแค่ช่วยป้องกันไม่ให้มีการทำสัญญากันลับ ๆ และช่วยอำนวยความสะดวกในการตรวจสอบ  
สัญญา และเป็นทางให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงอื่น ๆ ต่อไปเท่านั้น แต่ในทางทฤษฎี แล้วจะพึง  
ทะเบียนเสียทีเดียวไม่ได้

<sup>16</sup> วสันต์ กิจบำรุง, การปรับปรุงระบบทะเบียนที่ดินและการให้บริการเกี่ยวกับการจด  
ทะเบียนสิทธิและนิติกรรม, หน้า 8-10.

(2) การตกทอดสิทธิเกี่ยวกับที่ดินบางกรณีไม่ต้องทำสัญญา แต่เป็นผลของกฎหมาย จึงไม่ต้องมีการจดทะเบียนเอกสารใด ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้รับโอนจึงไม่อาจตรวจสอบทางทะเบียนได้ เช่น การตกทอดโดยทางมรดก ถ้าเป็นการตกทอดสิทธิโดยผลของกฎหมาย ผู้รับโอนก็ต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เอาเอง เช่นตรวจดูว่าที่เจ้าของอ้างว่าเป็นเจ้าของเพราะเป็นผู้รับพินัยกรรม ผู้รับโอนก็ต้องขอตรวจดูพินัยกรรมว่าทำถูกต้องหรือไม่ ถ้ารับมรดกเพราะเป็นทายาทโดยธรรมก็ต้องตรวจสอบบัญชีเครือญาติเอาเอง ถ้าเชื่อก็ทำสัญญารับโอนกันต่อไป หากภายหลังปรากฏว่าผู้โอนไม่มีสิทธิจริงผู้รับโอนก็จะไม่ได้สิทธิแต่อย่างใด ตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

(3) การที่ผู้รับโอนจะมั่นใจได้ว่าตนจะได้สิทธิในที่ดินตามที่ทำสัญญากันไว้ ก็ต่อเมื่อได้ตรวจสอบทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในทุกแง่ทุกมุมแล้วเท่านั้น จึงต้องใช้เวลาในการตรวจสอบนานมาก และเมื่อตรวจสอบแล้วก็เชื่อว่าวางใจได้ร้อยเปอร์เซ็นต์ เพราะอาจมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายบางเรื่องที่หลงไป หรือเป็นเรื่องที่มีการปิดบังซ่อนเร้นเป็นอย่างดีจนไม่สามารถทราบได้ก่อนที่จะทำสัญญาโอนกัน และเนื่องจากความยุ่งยากในการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินซึ่งคนธรรมดาสามัญไม่มีความรู้พอ จึงต้องมีการว่าจ้างให้ผู้อื่นเป็นผู้ตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินให้ และจากความไม่แน่นอนว่าผู้ซื้อจะได้สิทธิในที่ดินจริงหรือไม่ บางประเทศเช่นประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีการตั้งบริษัทเอกชนที่เรียกว่า Title Company ขึ้นมารับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดินขึ้นในทำนองเดียวกับการประกันภัยอื่น ๆ ซึ่งก่อนจะรับประกันสิทธิในที่ดิน บริษัทเหล่านี้จะตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้น ถ้าเห็นว่าถูกต้องก็จะรับประกันสิทธิในที่ดินให้ หากต่อมาผู้รับโอนต้องเสียสิทธิในที่ดินไปเพราะมีคนอ้างว่ามีสิทธิดีกว่า บริษัทรับประกันสิทธิในที่ดินก็จะเป็นผู้ชดใช้ค่าเสียหายให้

(4) การโอนที่ดินในระบบนี้ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เพื่อจ้างทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากว่าในการตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ผู้ตรวจสอบจะต้องมีความรู้ด้านกฎหมาย แต่คนทั่วไปมักจะไม่มีความรู้ในด้านนี้ จึงต้องว่าจ้างทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับบอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งผู้ประกอบการอาชีพนี้มักจะเรียกค่าบริการสูงมาก

(5) การทำทะเบียนในระบบนี้ให้ความสำคัญกับชื่อคู่สัญญามากกว่าตัวแปลงที่ดิน และการจัดเก็บเอกสารไม่ได้แยกเก็บเป็นรายแปลง จึงทำให้ไม่สะดวกในการจะตรวจสอบเรื่องราวเกี่ยวกับที่ดินเป็นรายแปลง

### 3.3.2 ระบบ Registration of title (ระบบทอร์เรนส์)

#### 1) ความหมายของคำว่า title

คำว่า title หมายถึง กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ตามรูปศัพท์ Registration of title หมายถึง การจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน<sup>17</sup>

#### 2) หลักการสำคัญของระบบ Registration of title

ได้มีนักกฎหมายและนักการทะเบียนที่มีชื่อเสียงหลายท่านในต่างประเทศสรุปหลักการสำคัญของระบบ Registration of title ไว้ดังนี้

(1) การจัดทำทะเบียนที่ดินในระบบนี้จะยึดตัวแปลงที่ดินเป็นหลัก ในทางปฏิบัติจะทำทะเบียนที่ดินเป็นรายแปลง ซึ่งต่างจากระบบ Registration of deeds ซึ่งยึดถือชื่อคู่สัญญาเป็นหลัก ในทะเบียนจะบอกว่าที่ดินนั้นตั้งอยู่ที่ใด การกำหนดตำแหน่งที่ดินนี้ไม่เป็นการตายตัวว่าจะต้องมีมาตรฐานเพียงใด แต่มีหลักว่าต้องกำหนดตัวที่ดินให้ชัดเจนพอที่จะบอกได้ว่าที่ดินตั้งอยู่ตรงไหน ในการทำทะเบียนที่ดินนั้น ที่ดินแต่ละแปลงจะมีหมายเลขประจำแปลงที่ดินไม่ซ้ำกัน และจะบันทึกชื่อเจ้าของที่ดินและสิทธิที่ติดอยู่กับที่ดินแปลงนั้นไว้ให้ครบถ้วนที่สุดเท่าที่จะทำได้ เมื่อจะจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินนั้น ก็จะจดลงในทะเบียนของที่ดินแปลงนั้นโดยตรง

หลักการนี้จะแตกต่างกับระบบ Registration of deeds แบบดั้งเดิมที่จะไม่มีทะเบียนที่ดินเป็นรายแปลง แต่จะทำทะเบียนการรับจดทะเบียนเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการก่อตั้งสิทธิในที่ดินเท่านั้น ในทะเบียนก็จะไม่อ้างตัวที่ดิน แต่จะอ้างเพียงชื่อคู่สัญญาและรายการย่อของสัญญา และเมื่อจดทะเบียนแล้วก็จะไม่เก็บเอกสารรวมเป็นรายแปลง แต่จะเก็บเรียงตามลำดับการยื่นขอจดทะเบียนปะปนไปกับสัญญาเกี่ยวกับที่ดินแปลงอื่น ๆ (แต่ในระยะหลังนี้ ระบบ Registration of deeds ของบางประเทศจะมีการเก็บเอกสารเป็นรายแปลง เช่น ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา)

(2) ในการทำทะเบียนที่ดินหรือจดทะเบียนใด ๆ เกี่ยวกับที่ดิน ถือว่าเป็นการทำทะเบียนหรือจดทะเบียนตัวสิทธิในที่ดินโดยตรง ไม่ใช่เป็นแค่การจดทะเบียนเอกสาร

<sup>17</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 10.

สัญญา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการระบุตัวที่ดินที่จะทำทะเบียน และจะต้องมีการกำหนดแนวเขตที่ดินให้ชัดเจน ซึ่งโดยปกติจะมีการรังวัดขีดเขตลงในแผนที่ เมื่อมีการก่อตั้งสิทธิหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน จะต้องจดบันทึกลงในทะเบียนที่ดินก่อนจึงจะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับบุคคลทั่วไปได้ ระบบนี้ถือว่าการโอนมีผลเมื่อนายทะเบียนทำการจดทะเบียนการโอนจึงเกิดจากการกระทำของนายทะเบียน มิใช่เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน เพราะแม้คู่สัญญาจะทำสัญญากันแล้วแต่ถ้านายทะเบียนปฏิเสธไม่จดทะเบียนให้ สัญญาก็ยังไม่มีผลบังคับ หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญมากเพราะจะทำให้ทะเบียนแสดงถึงสถานะทางกฎหมายของที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ ได้ตรงกับสภาพความเป็นจริง

(3) เมื่อผู้ใดจดทะเบียนสิทธิของตนให้ปรากฏในทะเบียนที่ดินแล้ว ก็จะต้องได้สิทธิตามนั้นตราบเท่าที่ทะเบียนยังคงระบุไว้เช่นนั้น และจะอยู่ภายใต้สิทธิอื่น ๆ ก็เฉพาะที่ระบุไว้ในทะเบียนที่ดิน หรือที่กฎหมายบัญญัติให้ผูกพันที่ดินนั้นแม้ไม่ได้ระบุไว้ในทะเบียนที่ดินก็ตาม ระบบนี้ถือทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด เมื่อผู้ซื้อ (ผู้รับจำนอง ฯลฯ) ที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนได้จดทะเบียนสิทธิของตนลงในทะเบียนที่ดิน ก็จะต้องได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้ แม้ผู้โอนหรือเจ้าของเดิมจะได้สิทธินั้นมาโดยไม่ถูกต้อง หรือมีข้อบกพร่องใด ๆ ในขั้นตอนของการรับโอนในช่วงก่อน ๆ ก็ให้นำข้อบกพร่องนั้นมาอ้างเพื่อเพิกถอนสิทธิของผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้ ระบบนี้จึงเท่ากับเป็นการยกเลิกหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน” เพราะถือว่าการได้สิทธิในที่ดินขึ้นอยู่กับที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนสิทธิลงในทะเบียนที่ดิน ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับการทำสัญญา หรืออีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนที่ผู้รับโอนสุจริตและเสียค่าตอบแทนมีผลเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่แต่เดิม

หลักการดังกล่าวมานี้หรือที่เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักการห้ามลบล้างสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว (Indefeasibility) นี้แบ่งออกเป็นสองประการ คือ <sup>18</sup>

<sup>18</sup> สัญชัย ศรีศักดิ์ดา, “คนกลางในการซื้อขายที่ดิน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 18.



## (ก) แบบ Immediate Indefeasibility

การห้ามลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนแล้วตามหลักการนี้ หมายความว่า เมื่อผู้ใดจดทะเบียนสิทธิของตนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน เขาจะได้สิทธินั้นทันที โดยไม่คำนึงว่า สัญญาที่นำมาจดทะเบียนนั้นเป็นโมฆะหรือโมฆียะหรือไม่ และไม่คำนึงว่าในการจดทะเบียนนั้นผู้รับโอนได้เข้าทำสัญญากับเจ้าของตัวจริงหรือตัวปลอม ขอเพียงแต่ว่าผู้จดทะเบียนจะต้องสุจริตและเสียค่าตอบแทนเป็นสำคัญ

ตัวอย่าง

A เป็นเจ้าของที่ดิน B ขโมยหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินของ A และปลอมลายมือชื่อ A โอนขายที่ดินไปยัง C ในการทำสัญญาซื้อขายนี้ C เป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน เมื่อจดทะเบียนซื้อขายแล้ว C จะได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างได้ A จะฟ้องขอให้เพิกถอนการซื้อขายไม่ได้

## (ข) แบบ Deferred Indefeasibility

การห้ามลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนแล้วตามหลักการนี้ หมายความว่า เมื่อผู้ใดจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนแล้ว จะได้สิทธิที่ลบล้างไม่ได้ก็ต่อเมื่อสัญญาและนิติกรรมนั้นได้ทำการโอนโดยถูกต้องด้วย แต่ถึงแม้สัญญาจะเป็นโมฆะและสิทธิของผู้รับโอนอาจถูกลบล้างได้ แต่ถ้าผู้รับโอนโอนที่ดินไปยังบุคคลอื่นอีก และบุคคลนั้นเป็นผู้รับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ผู้รับโอนคนหลังสุดก็จะกลายเป็นผู้ได้สิทธิที่มีอายุจะลบล้างได้

ตัวอย่าง

จากตัวอย่างข้างต้น ถ้าเป็นประเทศที่ใช้หลักการแบบ Deferred Indefeasibility C จะยังไม่ได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างได้ นั่นก็คือ A สามารถฟ้องเพิกถอนการโอนขายไปยัง C ได้ แต่ถ้าหาก C จดทะเบียนขายให้แก่ D โดย D เป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน D ก็จะได้สิทธิที่ไม่อาจลบล้างได้ ซึ่ง A ไม่อาจฟ้องให้เพิกถอนสิทธิของ D ได้

(4) มีการรับประกันความถูกต้องของทะเบียนที่ดินโดยรัฐ เหตุที่มีหลักการนี้ก็เพื่อไว้รับกับหลักการที่ให้ถือว่า ผู้ที่ได้จดทะเบียนสิทธิของตนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทนจะต้องได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้โดยเด็ดขาด ซึ่งเป็นการให้สิทธิแก่ผู้จดทะเบียน

คนหลัง แต่ทำให้เจ้าของเดิมเสียสิทธิหรือได้รับความเสียหาย ความผิดพลาดนี้อาจเกิดขึ้นได้จากการกระทำของผู้อื่นหรือจากนายทะเบียนที่ดินเอง เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกฎหมายจึงให้ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย

### 3.3.3 ข้อแตกต่างระหว่างระบบ Registration of deeds กับ ระบบ Registration of title

(1) ระบบ Registration of deeds เป็นระบบการจดทะเบียนเอกสารหรือสัญญาที่ใช้ในการก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ไม่ใช่การจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง แต่เป็นไปในลักษณะของการนำเอาสัญญาไปขึ้นทะเบียนไว้เพื่อให้คนรู้จักโดยทั่วไปว่า นาย ก. และนาย ข. ได้ทำสัญญากันไว้อย่างไร เมื่อจดทะเบียนแล้วผลในทางกฎหมายก็คือจะทำให้ใช้เป็นพยานในศาลได้ หากใครไม่นำสัญญาไปจดทะเบียน เมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นก็จะสู้คนที่นำสัญญามาจดทะเบียนไม่ได้ แต่กฎหมายก็ไม่ได้รับรองว่าคู่สัญญาที่นำสัญญามาจดทะเบียนจะต้องได้สิทธิตามที่จดทะเบียน แต่ให้ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ทำระหว่างกันไว้ว่าทำถูกต้องหรือไม่ ถ้าทำถูกต้องก็จะได้สิทธิ แต่หากทำสัญญาไม่ถูกต้องแม้จะนำสัญญามาจดทะเบียน สัญญาก็จะคงยังไม่ถูกต้องอยู่ตามเดิมและจะไม่ทำให้ได้สิทธิขึ้นมาได้

ส่วนระบบ Registration of title นั้น คู่สัญญาจะต้องทำสัญญาและนำสัญญามาจดทะเบียนเช่นกัน แต่กฎหมายบัญญัติให้ผลของการจดทะเบียนในระบบนี้มีมากกว่าระบบ Registration of deeds กล่าวคือ ทำให้ผู้รับโอนได้สิทธิตามที่จดทะเบียนโดยเด็ดขาด (โดยมีข้อยกเว้นบางประการตามที่กฎหมายกำหนดไว้) แม้สัญญาที่ทำกันไว้หรือสิทธิของผู้โอนจะมีความบกพร่องก็ตาม และไม่ว่ากรณีจะเป็นอย่างไร ถ้าผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน เมื่อจดทะเบียนแล้วก็จะกลายเป็นว่าข้อบกพร่องนั้นได้รับการแก้ไขโดยการจดทะเบียน จึงเป็นการได้สิทธิเพราะการจดทะเบียนโดยตรง ไม่ใช่เกิดจากการทำสัญญากันอีกต่อไป แต่ในระบบ Registration of deeds แม้จดทะเบียนเอกสารสัญญาแล้ว ก็ยังไม่ถือว่าได้สิทธิตามที่ปรากฏในทะเบียนโดยทันที แต่ให้ขึ้นกับสัญญาที่ทำกันว่าทำถูกต้องหรือไม่ เพราะถือว่าเป็นแค่การนำตัวเอกสารสัญญาไปขึ้นทะเบียนไว้ เพื่อให้ใช้เป็นหลักฐานว่ามีการทำสัญญากันจริง เพื่อใช้ต่อสู้กับบุคคลอื่นที่ไม่ได้จดทะเบียนหรือนำมาจดทะเบียนทีหลังเท่านั้น แต่กฎหมายไม่ได้ถือเป็นการจดทะเบียนสิทธิหรือนิติกรรมโดยตรง

(2) การพิสูจน์สิทธิในที่ดินของระบบทอร์เรนส์ ขึ้นอยู่กับทะเบียนที่ดินเป็นสำคัญ ไม่ได้ขึ้นอยู่กับตัวสัญญาที่ทำกันแต่อย่างใด เมื่อนายทะเบียนจดทะเบียนลงในทะเบียน



แล้ว ก็ถือว่าผู้ที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนจะต้องได้สิทธิตามที่แสดงในทะเบียน ถึงแม้ว่าสัญญา นั้นอาจมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น มีการปลอมลายมือ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนของ นายทะเบียนเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องให้มีผลบังคับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผู้รับโอนเป็นผู้รับ โอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทน

ส่วนระบบ Registration of deeds นั้น แม้มีการนำสัญญามาจดทะเบียน กฎหมาย ก็มิได้ให้ถือทะเบียนเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดิน แต่ให้ถือเอาสัญญาเป็นหลักฐานใน การพิสูจน์สิทธิ เมื่อเป็นเช่นนี้ความสมบูรณ์ในการโอนที่ดินในระบบ Registration of deeds จึง ขึ้นอยู่กับสัญญาเก่า ๆ ที่ทำกันไว้ระหว่างเจ้าของเดิมด้วย ถ้าช่วงใดช่วงหนึ่งไม่ถูกต้องก็ทำให้ การรับโอนช่วงหลังไม่ถูกต้องไปด้วย แต่ระบบ Registration of title นั้น การโอนช่วงก่อนแม้จะ มีข้อบกพร่องหรือเป็นโมฆะ แต่ก็จะมีผลเป็นการลบล้างการจดทะเบียนโอนช่วงหลัง ถ้าการ โอนช่วงหลังผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน คือ เท่ากับว่าพิจารณาการจดทะเบียนโอน แต่ละครั้งแยกต่างหากจากรายการเก่า ๆ

(3) ระบบ Registration of deeds รัฐไม่ได้จัดทำทะเบียนที่ดินหรือรับรองสิทธิ ของเจ้าของที่ดินเป็นรายแปลง และรัฐไม่เคยรับรองความถูกต้องเกี่ยวกับสัญญาของคู่สัญญา เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องตรวจสอบประวัติที่ดิน และการถือครองที่ดินของเจ้าของเดิมว่า ได้มาอย่างไรถูกต้องหรือไม่ ส่วนระบบ Registration of title นั้น นายทะเบียนจะตรวจสอบว่า สัญญาที่ยื่นให้จดทะเบียนสอดคล้องกับรายการอื่นในทะเบียนที่ดินหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ถูกต้อง จะต้องปฏิเสธไม่จดทะเบียนให้

### 3.4 ขั้นตอนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เกือบทุกประเภทในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ส่วนใหญ่ ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำการซื้อขายโดยผ่านนายหน้า ซึ่งต้องเป็นผู้ได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพนี้ โดยเฉพาะแล้วเท่านั้น (การให้ค่านายหน้าแก่ผู้ที่ไม่ใช่ใบอนุญาตเป็นนายหน้า ถ้าถูกจับได้ อาจ ต้องถูกปรับทั้งคนให้และคนรับ) เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการจะขายทรัพย์สินของตน ตาม ปกติก็จะเรียกนายหน้าตามบริษัทต่าง ๆ หรือนายหน้าที่คุ้นเคยมาปรึกษาหารือในการขาย อสังหาริมทรัพย์นั้น แล้วมอบหมายให้บริษัทนายหน้าหรือนายหน้าคนใดคนหนึ่งที่ตนไว้วางใจเป็น ผู้จัดการนำทรัพย์สินลงสู่ตลาด โดยมีสัญญามอบให้บริษัทนายหน้าหรือนายหน้าผู้นั้นจัดการ ขายแต่เพียงผู้เดียว พร้อมทั้งสัญญาว่าจะจ่ายค่านายหน้าเป็นจำนวนเงินตามที่ตกลงกันหาก ขายได้สำเร็จ และโดยทั่วไปก็จะให้สิทธิแก่นายหน้าผู้ขาย ในการแบ่งค่านายหน้าแก่นายหน้าอื่น

ที่ร่วมกันขายได้สำเร็จด้วย ในการขายทรัพย์สินนั้น นายหน้าผู้ขายจะนำทรัพย์สินที่จะขายลงสู่ตลาดผ่านทางสื่อที่เรียกว่า Multiple Listing Service (MLS) ซึ่งเป็นแหล่งที่รวบรวมข้อมูลอสังหาริมทรัพย์ในตลาดเกือบทั้งหมดไว้ MLS เป็นเครื่องมือสำคัญในการซื้อขายของนายหน้าทั้งหลายในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้ซื้อพบอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการจะซื้อ ซึ่งโดยมากจะมีนายหน้าติดต่อหาข้อมูลให้ ผู้ซื้อก็จะให้นายหน้าของตนเขียนข้อเสนอซื้อและทำการเจรจากับนายหน้าเจ้าของทรัพย์สิน หรือเจ้าของทรัพย์สินในกรณีที่นายหน้าเป็นเจ้าของ Listing เอง<sup>19</sup>

ในการเจรจาซื้อขายกันนี้ นายหน้าที่ดีมักจะไม่นิยมให้ทำการเจรจาต่อรองกันด้วยปากเปล่าดังเช่นการซื้อขายในประเทศไทย เพราะหากถ้าผู้ซื้อและผู้ขายยินยอมเจรจากันด้วยวาจา แม้จะตกลงกันอย่างไรก็อาจไม่สามารถผูกพันซึ่งกันและกันได้ และหากภายหลังฝ่ายหนึ่งต้องการให้เป็นไปตามข้อตกลงที่ได้ทำการเจรจาไว้ เงื่อนไขอื่นๆ ที่ไม่ได้คาดคิดก็อาจตามมาจนทำให้การตกลงซื้อขายกันไม่สำเร็จ เนื่องจากความเข้าใจผิดหรือแกล้งเข้าใจผิดของทั้งสองฝ่าย นายหน้าซื้อขายที่ดีจึงมักหลีกเลี่ยงการเจรจาดังกล่าว แต่จะให้เป็นข้อเสนอซื้อโดยใช้รูปแบบของสัญญาจะซื้อจะขายและวางมัดจำมาตรฐาน (Purchase Agreement & Deposit Receipt) ที่มีอยู่โดยกรอกข้อความและเติมข้อเสนอ พร้อมทั้งเงื่อนไขในการเสนอซื้ออสังหาริมทรัพย์ตามที่ผู้ซื้อต้องการเพิ่มเติม พร้อมด้วยเงินมัดจำจำนวนหนึ่งไปเสนอแก่เจ้าของทรัพย์สินนั้น

หลังจากที่ผู้ซื้อนำสัญญาจะซื้อจะขายพร้อมด้วยเงินมัดจำไปเสนอแก่เจ้าของทรัพย์สิน ซึ่งเป็นผู้ขายแล้ว หากเจ้าของทรัพย์สินพอใจ ทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายก็จะทำการลงนามในสัญญาจะซื้อจะขายกัน ซึ่งภายหลังจากทำสัญญาแล้ว คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องการเวลาในการเตรียมการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายเพื่อให้การซื้อขายสำเร็จลง หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องการระยะเวลาเพื่อทำการปิดการขาย

### **3.4.1 ความหมายของการปิดการขาย**

การปิดการขาย หรือที่เรียกกันว่า Closing the Real Estate Transaction เป็นขั้นตอนสุดท้ายในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งจะเกิดขึ้นเมื่อได้มีการแลกเปลี่ยนโฉนดที่ดินและเงินที่ทำการซื้อขายแก่กัน วัตถุประสงค์ในการปิดการขาย (Closing) ก็คือการทำให้ธุรกรรมซื้อขายสำเร็จลง โดยผู้ซื้อได้รับมอบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์และผู้ขายได้รับเงิน

<sup>19</sup> บริษัท เจนहरษา, "Escrow," 2538. (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ค่าอสังหาริมทรัพย์ การปิดการขายอาจทำในลักษณะที่คู่สัญญาคือทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันและทำการปิดการขายร่วมกัน หรืออาจเป็นกรณีที่คู่สัญญาแต่งตั้งบุคคลหนึ่ง (บุคคลที่ 3) เพื่อทำการปิดการขาย\*

โดยทั่วไป วันปิดการขายจะระบุไว้ในสัญญา ซึ่งระยะเวลาในการปิดการขายที่เร็วที่สุดอาจจะเป็น 2 สัปดาห์นับแต่วันที่ทำสัญญา หรืออาจเป็นเวลา 2 เดือน หรือในบางครั้งอาจนานกว่านั้น การกำหนดระยะเวลาในการปิดการขายนั้น ก็เพื่อให้เวลาแก่ผู้ซื้อและผู้ขายเตรียมความพร้อมในเรื่องต่าง ๆ ดังเช่น ให้เวลาแก่ผู้ซื้อในการจัดหาแหล่งเงินทุน และให้เวลาแก่ผู้ขายในการเตรียมหลักฐานเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์และเอกสารอื่น ๆ ที่จำเป็นตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญา ตามกฎหมาย หรือจารีตประเพณีท้องถิ่น นอกจากนี้ การกำหนดวันปิดการขายจะขึ้นอยู่กับความสะดวกของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องด้วย

ถึงแม้ว่าในสัญญาจะระบุถึงวันปิดการขายไว้ แต่คู่สัญญาก็อาจขอเลื่อนวันปิดการขายออกไปได้ และจะไม่มีผลเป็นการละเมิดสัญญาจะซื้อจะขายตราบเท่าที่การเลื่อนนั้นมีเหตุผล ตัวอย่างเช่น การที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งไม่อาจเตรียมการต่าง ๆ ให้ทันกับวันปิดการขายที่กำหนดไว้โดยมีเหตุผลอันสมควร หรือการที่สถาบันการเงินที่ให้กู้ยืมเงินไม่สามารถอนุมัติเงินกู้ได้ทันในวันปิดการขาย หรือกรณีที่คู่สัญญาไม่อาจทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์ได้ทันในวันดังกล่าว ดังนั้น การปิดการขายก็อาจจะต้องเลื่อนออกไป แต่ในทางกลับกัน หากข้อสัญญาระบุไว้ว่า “เวลาปิดการขายเป็นเงื่อนไขสำคัญ” การเลื่อนแม้แต่เพียงวันเดียวก็จะถือเป็นการละเมิดสัญญา และคู่สัญญาฝ่ายที่มีได้กระทำละเมิดสามารถใช้กฎหมายเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นได้<sup>20</sup>

### **3.4.2 บุคคลที่เกี่ยวข้องในการปิดการขาย**

เมื่อถึงวันปิดการขาย คู่สัญญาและบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายจะมาพร้อมหน้ากัน (closing or settlement meeting) ผู้ขายจะมาพบกับผู้ซื้อเพื่อนำสัญญาโอนที่ดิน (deed) มามอบให้แก่ผู้ซื้อ และในเวลาเดียวกันผู้ซื้อก็นำเงินค่าที่ดินมาเพื่อชำระแก่ผู้ขาย นอกจากนี้

---

\* ซึ่งในบทนี้จะพูดถึงการปิดการขายในลักษณะที่คู่สัญญา คือทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายมาพบกันและทำการปิดการขายร่วมกัน ส่วนกรณีการปิดการขายที่คู่สัญญาแต่งตั้งบุคคลหนึ่งเพื่อทำการปิดการขายนั้น จะกล่าวถึงในบทที่ 3

<sup>20</sup> Frank Gibson, James Karp and Elliot Klayman, Real estate law, 3 rd ed. (n.p.: Real Estate Education , n.d.), p.292.

ทางฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายอาจมีผู้ช่วยในการปิดการขายอยู่ร่วมในการปิดการขาย เพื่อให้การปิดการขายของแต่ละฝ่ายเป็นไปโดยราบรื่น บุคคลดังกล่าวคือ

### 1) นายหน้า (Broker)

โดยปกติ นายหน้าของฝ่ายผู้ขายที่ช่วยดำเนินการให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้เข้าทำสัญญากันมักจะช่วยในการเตรียมการปิดการขาย และเข้าร่วมอยู่ในที่ประชุมการปิดการขายด้วยกัน กฎหมายของแต่ละมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกาจะกำหนดบทบาทหน้าที่ หรือให้อำนาจแก่นายหน้าในการปิดการขายต่างกัน บางมลรัฐอาจอนุญาตให้นายหน้าจัดทำเอกสารทางกฎหมาย ในขณะที่บางมลรัฐอาจจำกัดอำนาจของนายหน้าในการกระทำการดังกล่าว บ่อยครั้งที่นายหน้ามีส่วนช่วยอำนวยความสะดวกในการปิดการขาย โดยทำหน้าที่ติดต่อประสานงานกับสถาบันการเงินผู้ให้กู้ ผู้ซื้อและผู้ขาย หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าวในรายละเอียดขั้นสุดท้ายในการปิดการขาย นายหน้าอาจช่วยเหลือโดยการส่งมอบเอกสารที่เกี่ยวข้องในการปิดการขายแก่คู่สัญญา หรือตัวแทนของบุคคลดังกล่าว เพื่อช่วยลดความเสี่ยงที่จะทำให้การปิดการขายไม่สำเร็จ นอกจากนี้ นายหน้าอาจมีหน้าที่ในการเตือนคู่ความในเรื่องเอกสารที่จำเป็นที่จะต้องนำไปเพื่อการปิดการขาย และในบางกรณีที่กฎหมายอนุญาต นายหน้าอาจช่วยเหลือในการคำนวณรายรับรายจ่าย (computation of prorations) ของผู้ซื้อและผู้ขาย หรือจัดเตรียมค่าแถมการณ์ปิดการขาย ในการปิดการขายที่ผู้ขายไม่มีหนี้ความคอยช่วยเหลือ นายหน้าอาจช่วยผู้ขายโดยการอธิบายขั้นตอนในการปิดการขาย เพื่อลดความกังวลและความสับสนแก่ผู้ขายในการปิดการขายได้

### 2) ทนายความ (Attorney)

บทบาทของทนายความในการปิดการขายนั้นจะแตกต่างกัน ขึ้นอยู่กับกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ประเภทของการปิดการขาย และจารีตประเพณีของแต่ละท้องถิ่น แต่บทบาทหน้าที่ของทนายความโดยทั่ว ๆ ไปก็คือ การอธิบายถึงรายละเอียดของเอกสารต่าง ๆ แก่ลูกความ การเตรียมการปิดการขายโดยตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ ดังเช่น หนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) รายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (abstract) หรือกรรมกรรมประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดิน การจำนอง และแถมการณ์ปิดการขาย ซึ่งหากทนายความได้เตรียมการล่วงหน้าไว้ อย่างเหมาะสมแล้ว การปิดการขายก็จะดำเนินไปอย่างราบรื่น ทนายความจะมีบทบาทที่สำคัญมากขึ้นในกรณีที่การปิดการขายยุ่งยากซับซ้อน หรือเมื่อมีปัญหาทางกฎหมายเกิดขึ้น ดังนั้น เมื่อไม่มีใครสามารถคาดการณ์ล่วงหน้าได้ว่าจะเกิดปัญหาที่ยุ่งยากขึ้นในระหว่างปิดการขาย

หรือไม่ จึงเป็นการดีที่สุดสำหรับคู่ความทุกฝ่ายที่จะมีทนายความคอยช่วยเหลือ และโดยมาก เมื่อคู่สัญญาามีทนายความทำหน้าที่ดำเนินการแทน การปิดการขายก็ดูจะราบรื่นและแทบจะไม่ก่อให้เกิดความสับสนแก่คู่สัญญา เนื่องจากคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีความมั่นใจในตัวทนาย ความของตน

อย่างไรก็ตาม ในการปิดการขายทุกครั้งอาจไม่ได้มีทนายความอยู่ร่วมในการปิดการขาย แต่หากมีทนายความแล้ว ก็ควรจะเป็นทนายความของฝ่ายผู้ซื้อมากกว่าทนายความของฝ่ายผู้ขาย เนื่องจากเหตุผลที่ว่า เป็นการยากที่ผู้ซื้อจะมั่นใจได้ว่าผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์จากผู้ขาย มากกว่าที่ผู้ขายจะได้รับเงินจากผู้ซื้อเต็มตามจำนวน หรืออาจกล่าวอีกในนัยหนึ่งก็คือ ผู้ขายอยู่ในสถานการณ์ที่ดีกว่าที่จะมั่นใจได้ว่า เขาจะได้รับเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการซื้อขายเต็มจำนวน มากกว่าที่ผู้ซื้อจะมั่นใจได้ว่า ผู้ซื้อจะได้รับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่สมบูรณ์ ดังนั้นหน้าที่ของทนายความฝ่ายผู้ซื้อที่สำคัญก็คือ ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้ซื้อในการตรวจสอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน เพื่อให้ผู้ซื้อเกิดความมั่นใจว่า คำบรรยายถึงทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายเป็นไปโดยถูกต้อง และหนังสือโอนนั้นได้ผ่านการดำเนินการตามขั้นตอนที่จำเป็นแล้ว

ในส่วนของผู้ขาย ผู้ขายอาจต้องมีทนายความคอยช่วยเหลือในการปิดการขาย เนื่องจากว่า ผู้ขายมีหน้าที่จัดเตรียมหนังสือโอนสิทธิในที่ดินเพื่อส่งมอบแก่ผู้ซื้อตามสัญญาซื้อขาย ดังนั้น ผู้ขายจึงต้องว่าจ้างทนายความเพื่อจัดทำหนังสือดังกล่าว หรือในกรณีที่ผู้ขายไม่ต้องการจ้างทนายความ ผู้ขายอาจให้ทนายความของสถาบันการเงินที่ให้กู้ยืมเงินเป็นผู้จัดทำเอกสารดังกล่าวก็ได้ ซึ่งในกรณีนี้ผู้ขายจะต้องเป็นผู้เสียค่าธรรมเนียม และหากในสัญญาได้ระบุไว้ ผู้ขายอาจมีหน้าที่ในการจัดทำรายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินที่ทำการซื้อขายที่ผ่านมา (abstract) ซึ่งผู้ขายจะให้ทนายความของผู้ขายเป็นผู้จัดทำ หรือจะให้ผู้จัดทำมืออาชีพ (ที่มีชื่อทนายความ) เป็นผู้จัดทำรายการดังกล่าวก็ได้<sup>21</sup>

### 3) Settlement Clerk

ในการปิดการขาย นอกจากผู้ซื้อและผู้ขายจะมีนายหน้าหรือทนายความคอยให้ความช่วยเหลือแล้ว ผู้ซื้อและผู้ขายอาจกำหนดให้มีบุคคลที่ช่วยในการแลกเปลี่ยนเอกสารต่างต่างในการปิดการขาย หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการปิดการขาย ที่เรียกว่า “Settlement Clerk”

<sup>21</sup> Ibid., pp. 293-294.



ซึ่งหน้าที่ของบุคคลดังกล่าวก็คือ การรับรองว่าเอกสารทั้งหมดได้รับการลงนามและส่งมอบให้แก่ คู่สัญญาฝ่ายที่ควรได้รับ บุคคลที่ทำหน้าที่ดังกล่าวอาจเป็นทนายความ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ลูกจ้างของสถาบันการเงินผู้ให้กู้หรือบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ หรือบุคคลอื่นตามที่คุณซื้อและผู้ขายจะกำหนดก็ได้ ในบางมลรัฐ เอกสารบางประเภทและหนังสือโอนอาจต้องได้รับการรับรองต่อหน้าโนตารีปับลิก ดังนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายอาจแต่งตั้งให้โนตารีปับลิกเป็นผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้

ในวันปิดการขาย เอกสารจำนวนมากจะมีการเปลี่ยนมือ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะถือเป็นเรื่องปกติสำหรับ Settlement Clerk แต่สำหรับผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว การที่ต้องมีการโอนเปลี่ยนมือเอกสารจำนวนมากนั้นอาจทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายสับสน แต่ในบางครั้ง กรณีดังกล่าวก็อาจสร้างความสับสนให้แก่ Settlement Clerk ได้เช่นกัน ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นก็เชื่อได้ว่าคงเป็นการยากที่การปิดการขายจะสำเร็จลง ในการปิดการขายนั้นบุคคลผู้มีหน้าที่ในการแลกเปลี่ยนเอกสารไม่ว่าจะเป็น Settlement Clerk หรือทนายความควรที่จะอธิบายถึงเอกสารแต่ละฉบับ และขั้นตอนของธุรกรรมให้แก่คู่สัญญาทุกฝ่ายทราบ ปัญหาส่วนใหญ่ที่เกิดขึ้นในระหว่างการปิดการขายจะสามารถแก้ไขได้หากใช้ความสุขุมและความระมัดระวังในการแก้ไข<sup>22</sup>

### **3.4.3 การเตรียมการปิดการขาย**

การเตรียมการเป็นกุญแจสำคัญที่จะทำให้การปิดการขายสำเร็จ ทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายจำเป็นต้องเตรียมการบางอย่างก่อนการปิดการขาย เพราะหากฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายไม่ทำเช่นนั้น การปิดการขายก็อาจจะล้มเหลว กฎหมายและจารีตประเพณีที่เกี่ยวข้องกับการเตรียมการเพื่อปิดการขายที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องปฏิบัติตามในแต่ละมลรัฐนั้นจะไม่แตกต่างกันมากนัก โดยจะกำหนดหน้าที่ของฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายในการเตรียมการปิดการขายดังนี้คือ<sup>23</sup>

#### **1) หน้าที่ของผู้ซื้อในการเตรียมการปิดการขาย**

หน้าที่ของผู้ซื้อในการเตรียมการปิดการขาย โดยมากมักจะเกี่ยวกับเรื่องการจัดหาเงินค่าที่ดิน การตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (examining the title) การจัดหาประกันวินาศภัย

<sup>22</sup> Ibid., p. 294.

<sup>23</sup> Ibid., pp. 294-300.



(securing hazard insurance) การคำนวณจำนวนเงินที่จะต้องจ่ายในวันปิดการขาย และการตรวจสอบอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการซื้อขายกัน

### (1) การจัดหาเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ (Obtaining Financing)

ผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ส่วนใหญ่จะไม่มีเงินเพียงพอสำหรับค่าอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดและจำเป็นที่จะต้องหาแหล่งเงินกู้ ผู้ซื้อที่ฉลาดจะเลือกสถาบันการเงินผู้ให้กู้โดยทำการเปรียบเทียบอัตราดอกเบี้ยและค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ด้วยเหตุผลที่ว่า ความแตกต่างของอัตราดอกเบี้ยแม้เพียงเล็กน้อยก็ถือเป็นสิ่งสำคัญสำหรับการเป็นหนี้

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยทั่วไปจะขึ้นอยู่กับเงินกู้ของผู้ซื้อ ดังนั้น หากผู้ซื้อได้กระทำการโดยสุจริตแล้วแต่ผู้ซื้อไม่สามารถจัดหาเงินกู้เพื่อนำมาชำระค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายได้ คู่สัญญาทุกฝ่ายก็จะหลุดพ้นจากภาระหน้าที่และความรับผิดชอบใด ๆ ตามสัญญา

ในการกู้ยืมเงิน สถาบันการเงินผู้ให้กู้จะกำหนดให้ผู้กู้ (ผู้ซื้อ) ทำคำขอกู้ยืม และสถาบันการเงินจะทำการตรวจสอบความน่าเชื่อถือ และทำการประเมินก่อนที่จะพิจารณาอนุมัติเงินกู้ และหากสถาบันการเงินผู้ให้กู้อนุมัติเงินกู้ให้แก่ผู้ซื้อ สถาบันการเงินก็จะจัดให้ผู้ซื้อลงนามในหนังสือสัญญาการจ่ายเงินคืน รวมทั้งให้ผู้ซื้อจำนองทรัพย์สินเพื่อเป็นประกันการจ่ายเงินกู้ โดยให้ผู้ให้กู้ได้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าวด้วย ในการประชุมเพื่อปิดการขาย ผู้ให้กู้จะต้องมั่นใจว่าผู้กู้ได้ลงนามในเอกสารทั้งหมดก่อนที่ผู้ให้กู้จะจ่ายเงินกู้แก่ผู้กู้ต่อไป

### (2) การตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (Examining Title)

ในสัญญาซื้อขายทั่วไป มักจะกำหนดให้ผู้ขายเป็นผู้จัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ (evidence of title) ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของรายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (abstract) หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (certificate of title) หรือการประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (title insurance) ผู้ซื้อควรที่จะเรียกหลักฐานดังกล่าวจากผู้ขายก่อนการปิดการขาย เพื่อให้ทนายความของผู้ซื้อตรวจสอบถึงความน่าเชื่อถือของเอกสารดังกล่าว รายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (abstract) ควรได้รับการปรับปรุงให้เป็นปัจจุบันและไม่ควรมีข้อบกพร่องในระหว่างลำดับการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (certificate of title) ควรได้รับการลงนามโดยทนายความที่น่าเชื่อถือ และควรมีการตรวจสอบกรรมกรรมประกันกรรมสิทธิ์เพื่อให้แน่ใจว่ามีการกำหนดให้กรรมกรรมไม่ครอบคลุมถึงภาระติดพัน

บางประเภทหรือไม่ เนื่องจากการกำหนดเช่นว่านั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในภายหลังได้

ในการซื้อขายทรัพย์สิน ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะได้รับกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ทำให้ผู้ซื้อสามารถทำการโอนขายอสังหาริมทรัพย์นั้นต่อไปได้โดยปราศจากข้อสัญญาใด ๆ ที่เป็นการจำกัดสิทธิของผู้ซื้อ กรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ดังกล่าวนี้เป็นสิ่งหนึ่งที่ทำให้ผู้ซื้อที่มีความรอบคอบและมีเหตุผลเต็มใจที่จะยอมรับและจ่ายเงินในจำนวนที่ยุติธรรม กรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์นี้จะปราศจากข้อคัดค้านหรือภาระติดพันอันเป็นการขัดขวางการใช้หรือการครอบครองโดยสงบสุขของเจ้าของทรัพย์สินหรือทำให้ค่าของทรัพย์สินลดลง การที่จะเป็นกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์หรือไม่นั้นไม่จำเป็นว่าจะต้องปราศจากภาระติดพันทุกประเภท หากเพียงแต่ปราศจากความเป็นไปได้ในการที่จะเป็นคดีความก็เพียงพอ เนื่องจากไม่มีใครต้องการที่จะซื้อคดีความ และในความเป็นจริงกฎหมายก็ไม่ต้องการให้เป็นเช่นนั้น

ข้อบกพร่องซึ่งมีผลทำให้กรรมสิทธิ์ไม่อาจโอนเปลี่ยนมือได้ อาจอยู่ในระหว่างลำดับของการโอนกรรมสิทธิ์ ดังเช่น การโอนที่คู่สมรสของผู้โอนมิได้เซ็นยินยอม การที่ผู้โอนคนก่อนเป็นผู้ไร้ความสามารถในเวลาที่ทำกรโอน หรือการขาดของลำดับการโอนเนื่องมาจากการไม่สามารถค้นหาประวัติของเจ้าของเดิมที่ได้ทำการโอนทรัพย์สินแก่ผู้รับโอน นอกจากนี้ สาเหตุที่ทำให้กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไม่อาจโอนเปลี่ยนมือได้ อาจเกิดขึ้นจากการที่ทรัพย์สินดังกล่าวมีภาระติดพัน

ภาระติดพันเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นกับอสังหาริมทรัพย์ และทำให้การใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าวลดน้อยลง ทำให้ทรัพย์สินเสื่อมราคาหรือทำให้เกิดข้อขัดข้องในการโอน ตัวอย่างของภาระติดพันที่เกิดขึ้นกับทรัพย์สินโดยทั่วไป เช่น สิทธิยึดหน่วง (liens) จำนอง (mortgages) ภาระจำยอม (easements) การเช่า (leases) การถือครอง (tenancies) การมีข้อสัญญา (covenants) การรุกกล้าที่ดิน และการมีกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในตัวอาคาร แต่การเกิดภาระติดพันเพียงเล็กน้อยซึ่งไม่เป็นการขัดขวางการครอบครองและการใช้ประโยชน์ในที่ดิน จะไม่มีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์ของที่ดิน ดังเช่น การรุกกล้าเข้ามาในที่ดินเพียง 2 นิ้ว การวางผังเมือง (zoning) หรือการวางกฎเกณฑ์ในการควบคุมการก่อสร้างอาคาร ก็จะไม่มีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตามการละเมิดกฎเกณฑ์ดังกล่าวจะก่อให้เกิดภาระติดพันซึ่งมีผลให้ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินได้

เมื่อผู้ซื้อได้ตรวจสอบหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ก่อนการปิดการขายแล้ว หากผู้ซื้อพบข้อบกพร่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ผู้ซื้อก็อาจยกข้อบกพร่องขึ้นคัดค้านต่อผู้ขาย เพื่อให้ผู้ขายทำการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวก่อนที่จะมีการปิดการขาย หากในสัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการแก้ไขเยียวยาไว้ ผู้ขายจะมีสิทธิที่จะแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ ภายในระยะเวลาอันเหมาะสม แต่ในบางกรณีอาจมีการกำหนดในสัญญาให้ผู้ซื้อมีหน้าที่ในการแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ โดยให้ผู้ขายเป็นผู้รับผิดชอบในเรื่องค่าใช้จ่าย ในกรณีที่สัญญากำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ในการแก้ไขข้อบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ หากผู้ขายไม่สามารถแก้ไขข้อบกพร่อง หรือไม่ดำเนินการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว ผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธการรับโอนกรรมสิทธิ์ และทำการฟ้องร้องผู้ขายโดยอ้างว่าผู้ขายเป็นฝ่ายละเมิดข้อสัญญาได้

ในกรณีที่สัญญาซื้อขายไม่ได้กำหนดให้ผู้ขายเป็นผู้จัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ ผู้ซื้อก็มีหน้าที่ที่จะชวนชววยให้ได้มาซึ่งหลักฐานดังกล่าวก่อนการปิดการขาย เพื่อทำการตรวจสอบถึงข้อบกพร่อง ซึ่งจะเป็นการดีกว่าที่ผู้ซื้อต้องเสียเงินในการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อผู้ขาย หากพบข้อบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ในภายหลัง

ในการซื้อขายนั้น ผู้ขายอาจกำหนดให้ผู้ซื้อรับประกันภัยสินที่มีสิทธิการเช่าติดอยู่ไปด้วย และผู้ซื้อจะต้องให้ผู้เช่ารายเดิมได้เช่าและอาศัยอยู่ในทรัพย์สินต่อไป ดังนั้นก่อนทำสัญญาซื้อขายผู้ซื้อจึงควรตรวจสอบสิทธิการเช่าของผู้เช่ารายเดิม หรือกำหนดให้ผู้ขายระบุรายละเอียดของการเช่าไว้ในสัญญา นอกจากนี้ผู้ซื้อควรที่จะแน่ใจว่าผู้ขายได้เตรียมการโอนสิทธิการเช่าตามเงื่อนไขที่ผู้ซื้อต้องการ และได้จัดทำจดหมายบอกกล่าวแก่ผู้เช่าเกี่ยวกับเจ้าของกรรมสิทธิ์คนใหม่ ในวันปิดการขาย ผู้ขายจะทำการลงนามในหนังสือโอนสิทธิการเช่าและจดหมายบอกกล่าวที่ระบุที่อยู่ของผู้ซื้อที่ผู้เช่าจะทำการส่งค่าเช่าต่อไป

### (3) การจัดทำประกันวินาศภัย (Securing Hazard Insurance)

การจัดทำประกันวินาศภัยนั้นมีขึ้นเพื่อคุ้มครองทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกัน ดังนั้นการจัดทำประกันวินาศภัยจึงเป็นประโยชน์สำหรับผู้ซื้อและผู้รับจำนองทรัพย์สิน (ผู้ให้ผู้ซื้อกู้ยืมเงิน) โดยปกติแล้วกรมธรรม์จะกำหนดให้การคุ้มครองเริ่มมีผลบังคับในวันปิดการขาย ในกรณีที่มีการจำนองทรัพย์สิน ผู้รับจำนองจะระบุถึงประเภทหลักฐานในการคุ้มครองทรัพย์สินที่ผู้ซื้อ (ผู้จำนอง) ต้องจัดหามาในวันปิดการขาย ผู้รับจำนองบางรายอาจต้องการสำเนากรมธรรม์ประกันวินาศภัย แต่บางรายอาจต้องการเพียงจดหมายหรือหนังสือที่แสดงถึงการคุ้มครอง นอกจากนี้ใน

สัญญาจำนวนส่วนใหญ่ มักจะระบุให้ผู้จำนองทำประกันทรัพย์สินในวงเงินอย่างน้อยที่สุดเท่ากับจำนวนเงินที่จำนอง ซึ่งหากผู้จำนองไม่ปฏิบัติตาม ก็จะต้องถือว่าผู้จำนองผิดสัญญา

#### (4) การคำนวณจำนวนเงินที่จะต้องใช้ในการปิดการขาย (Calculating Amount Needed at Closing)

ในการปิดการขาย ผู้ขายมีสิทธิที่จะได้รับชำระเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงหรือหักกับจำนวนภาษี, ค่าเบี้ยประกันภัยหรือค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกิดขึ้นจากอสังหาริมทรัพย์ตามสัดส่วนที่ผู้ซื้อจะต้องชำระ โดยปกติผู้ซื้อจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่ายในการปิดการขาย ซึ่งรวมถึงค่าธรรมเนียมที่เกิดจากการกู้ยืม ค่าใช้จ่ายในการประเมิน ค่าธรรมเนียมในการจัดทำรายงานความน่าเชื่อถือและค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการกู้ยืมเงิน นอกจากนี้ผู้ซื้ออาจต้องเสียค่าใช้จ่ายประเภทต่าง ๆ ในการตรวจสอบ การจัดเตรียมเอกสาร ภาษีการโอนและค่าจดทะเบียนที่ดินในวันทำการปิดการขาย

ในกรณีที่ผู้ซื้อกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน สถาบันการเงินผู้ให้กู้จะให้ผู้ซื้อจัดทำเช็คฉบับหนึ่งมอบให้แก่ตน และจะออกเช็คของสถาบันการเงินเพื่อชำระให้แก่ผู้ขาย ผู้รับจำนองของผู้ขาย นายหน้าของผู้ขาย และคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิที่จะได้รับเงินตามที่กล่าวมาแล้ว การที่ผู้ซื้อจะต้องทราบถึงจำนวนเงินที่จะต้องนำมาชำระในวันปิดการขาย ทำให้เกิดความจำเป็นที่จะต้องมีการคำนวณโดยการนำองค์ประกอบเหล่านี้มาพิจารณา ผู้ให้กู้ควรที่จะกำหนดจำนวนเงินที่จะให้กู้ยืมเป็นการล่วงหน้า และปรึกษาในเรื่องจำนวนเงินกับผู้ซื้อ เพื่อให้ผู้ซื้อมีเวลาที่จะหาเงินในจำนวนที่เพียงพอ ในกรณีที่ไม่มีสถาบันการเงินเข้ามาเกี่ยวข้อง นายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือทนายความของผู้ซื้อก็สามารถทำหน้าที่ในการคำนวณจำนวนเงินดังกล่าวได้ แต่ไม่ว่าบุคคลใดจะทำหน้าที่ในการคิดคำนวณ ในท้ายที่สุดผู้ซื้อก็จำเป็นต้องตรวจสอบถึงจำนวนเงินและการคิดคำนวณ เพื่อให้แน่ใจว่าจำนวนเงินและการคำนวณดังกล่าวเป็นไปโดยถูกต้อง

นอกจากนี้ ผู้ซื้อจำเป็นต้องรู้ว่าการชำระเงินในรูปแบบใดเป็นที่ยอมรับ เช่นในรูปแบบของเช็คเช็คเช็ค เช็คที่ธนาคารรับรองหรือการชำระเงินเงินสด ในกรณีที่ผู้ซื้อเป็นลูกค่านำเชื่อถือของสถาบันการเงิน สถาบันการเงินมักจะยอมรับเช็คที่ผู้ซื้อออกให้แก่สถาบันการเงิน และสถาบันการเงินจะทำการออกเช็คของตนให้แก่ผู้ขายอีกทอดหนึ่ง

### (5) การตรวจสอบทรัพย์สิน (Inspecting Premises)

ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ อาจกำหนดให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะตรวจสอบทรัพย์สินก่อนการปิดการขาย ซึ่งหากเป็นเช่นนั้นผู้ซื้อควรเตรียมการในการตรวจสอบ เพื่อให้แน่ใจว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีสภาพตามที่ระบุไว้ในสัญญา หรือผู้ขายได้ทำการแก้ไขส่วนที่บกพร่องให้เป็นไปตามสัญญาแล้วหรือไม่ นอกจากนี้ผู้ซื้อควรตรวจสอบว่า ทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันนั้น ได้มีการละเมิดกฎหมายเกี่ยวกับอาคารและผังเมืองหรือไม่ หรือมีสิทธิยึดเหนี่ยวหรือภาระติดพันอื่น ๆ ติดอยู่บนทรัพย์สินนั้นหรือไม่ ในการตรวจสอบทรัพย์สิน ผู้ซื้อส่วนใหญ่มักจะทำการตรวจสอบทรัพย์สินใกล้เวลาปิดการขาย ซึ่งหากผู้ซื้อทำการตรวจสอบในเวลาใกล้วันปิดการขายมากเกินไป และตรวจพบข้อบกพร่องของทรัพย์สินอันอาจยกขึ้นเป็นข้อโต้แย้งคัดค้านแก่ผู้ขายได้ ผู้ขายอาจไม่มีเวลาที่เพียงพอในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวให้เสร็จก่อนการปิดการขาย

ในกรณีที่สัญญาไม่ได้ระบุไว้โดยชัดเจนว่าผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะทำการตรวจสอบทรัพย์สิน ผู้ซื้อจะไม่มีสิทธิเช่นนั้น อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติโดยส่วนใหญ่ ผู้ขายจะไม่ปฏิเสธการที่ผู้ซื้อขอตรวจสอบทรัพย์สินก่อนทำการปิดการขาย

#### 2) หน้าที่ของผู้ขายในการเตรียมการปิดการขาย

ในส่วนของผู้ขายก็มีหน้าที่ในการเตรียมการก่อนการปิดการขายเช่นกัน ซึ่งโดยมากหน้าที่ของผู้ขายจะเกี่ยวข้องกับการจัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ การจัดเตรียมหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) การจัดการให้ทรัพย์สินปลอดจากภาระติดพัน การรวบรวมค่าใช้จ่ายในด้านสาธารณูปโภค รวมทั้งใบเสร็จการชำระภาษีทรัพย์สิน และการนำหนังสือรับรองต่าง ๆ มาในวันปิดการขาย

##### (1) การจัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ (Obtaining Evidence of Title)

ในสัญญาซื้อขายอาจจะระบุให้ผู้ขายมีหน้าที่ในการจัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งอาจอยู่ในรูปแบบของรายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (abstract) หรือการประกันกรรมสิทธิ์ (title insurance) ในกรณีของรายงานผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินนั้น ผู้ขายอาจได้รับมาจากผู้ขายคนก่อน ดังนั้นก่อนที่ผู้ขายจะทำการส่งมอบหลักฐานดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายจึงต้องให้ทนายความหรือผู้ตรวจสอบสิทธิทำการปรับปรุงรายงานดังกล่าวให้เป็นปัจจุบัน แต่หากในสัญญาระบุให้ผู้ขายทำการประกันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน



ผู้ขายก็ต้องเลือกบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ เพื่อซื้อกรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว

### (2) การจัดเตรียมหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดิน (Preparing Deed)

ในมลรัฐส่วนใหญ่ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะกำหนดให้หน้าที่ในการจัดเตรียมหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดินเป็นหน้าที่ของผู้ขาย ในกรณีที่ผู้ขายไม่มีทนายความช่วยดำเนินการแทนในการปิดการขาย ผู้ขายจะต้องว่าจ้างทนายความหรือมอบหมายให้บุคคลหนึ่งจ้างทนายความเพื่อจัดทำหนังสือดังกล่าว ในส่วนของเนื้อหาของหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดินนั้น ส่วนใหญ่จะถูกกำหนดโดยสัญญาซื้อขาย กฎหมายของแต่ละมลรัฐ และประเพณีของท้องถิ่นนั้น ๆ

โดยปกติแล้วการลงนามในหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดินจะกระทำเมื่อทำการปิดการขาย แต่ในกรณีที่ผู้ขายหรือบุคคลอื่นซึ่งมีหน้าที่ในการลงนามในเอกสารฉบับดังกล่าวไม่สามารถมาปรากฏตัวในการปิดการขาย ก็อาจมีการลงนามในเอกสารดังกล่าวเป็นการล่วงหน้าได้

### (3) การขจัดภาระติดพันในทรัพย์สิน (Removing Encumbrances)

เมื่อผู้ซื้อได้ดำเนินการสืบค้นกรรมสิทธิ์หรือตรวจสอบทรัพย์สิน ผู้ซื้ออาจพบว่าทรัพย์สินดังกล่าวมีสิทธิ์ยึดเหนี่ยวหรือภาระติดพันบางประการนอกจากที่ระบุไว้ในสัญญาผูกพันอยู่ เช่น มีภาระจำยอมซึ่งมิได้จดทะเบียน มีการรुकล้ำเข้าไปในทรัพย์สิน หรือทรัพย์สินนั้นได้ละเมิดกฎหมายควบคุมอาคาร ซึ่งหากไม่มีการขจัดสิทธิ์ยึดเหนี่ยวหรือภาระติดพันดังกล่าวออกไป อาจเป็นการเสี่ยงที่จะทำให้การปิดการขายไม่สำเร็จ โดยปกติผู้ขายจะมีโอกาสที่จะขจัดภาระติดพันต่าง ๆ ตามที่ผู้ขายได้ทราบ ซึ่งหากผู้ขายดำเนินการขจัดภาระติดพันในทรัพย์สินได้เสร็จก่อนการปิดการขาย ผู้ขายก็ควรแสดงหลักฐานดังกล่าวในเวลาปิดการขาย ในบางกรณีผู้ขายอาจขจัดภาระติดพันเมื่อเวลาปิดการขาย โดยทำการฝากเงินในจำนวนที่เพียงพอสำหรับการปลดภาระติดพัน หรือยอมให้มีการหักเงินจำนวนดังกล่าวออกจากเงินที่ผู้ขายได้รับจากการขาย

ในเรื่องภาระติดพันในทรัพย์สินนั้น จะเห็นได้ว่า ทรัพย์สินอาจถูกทำให้เกิดภาระติดพันขึ้นจากการจำนอง ซึ่งโดยปกติจะเป็นข้อเท็จจริงที่สามารถรู้ได้จากการสืบค้นกรรมสิทธิ์ ในกรณีนี้ ผู้ขายจะต้องทราบถึงจำนวนหนี้จำนองที่แน่นอนที่จะต้องชำระเมื่อถึงวันปิดการขาย เนื่องจากว่าจำนวนเงินดังกล่าวอาจเกินกว่าราคาทรัพย์สิน ณ วันปิดการขาย ดังนั้นผู้ขายจึงควรเรียกเอกสารซึ่งแสดงถึงยอดเงินที่ผู้ขายยังคงค้างชำระเมื่อถึงวันปิดการขายจากผู้รับจำนอง และอัตราดอกเบี้ยรายวัน ในกรณีที่การชำระหนี้ได้กระทำภายหลังจากวันปิดการขาย ในการปิด



การขายที่สถาบันการเงินผู้ให้กู้เป็นผู้ดำเนินการปิดการขาย สถาบันการเงินมักจะเป็นผู้รับผิดชอบในการจัดทำเอกสารดังกล่าว เอกสารฉบับนี้จะถูกนำมาแสดงเมื่อเวลาปิดการขาย และจะมีการหักเงินในจำนวนที่เพียงพอออกจากราคาทรัพย์สิน และทำการส่งมอบให้แก่ผู้รับจำนองของผู้ขาย<sup>24</sup>

#### (4) การรวบรวมใบเรียกเก็บเงินค่าสาธารณูปโภค (Gathering Utility Bills)

ผู้ขายควรที่จะรวบรวมและนำใบเรียกเก็บเงิน และใบเสร็จรับเงินค่าน้ำประปาที่ยังมิได้ชำระ ค่ากำจัดสิ่งปฏิกูล และใบเสร็จค่าสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไปในเวลาปิดการขายหากมีการร้องขอ โดยปกติค่าใช้จ่ายในเรื่องดังกล่าวจะคิดเป็นจำนวนเงินที่น้อยมาก แต่มักจะก่อให้เกิดปัญหาใหญ่ ในการคิดคำนวณค่าน้ำประปา บริษัทผู้ผลิตน้ำจะอ่านค่าจากเครื่องมือวัด (meter) เป็นช่วง ดังนั้นจึงอาจเป็นการยากที่จะทราบถึงจำนวนเงินที่แน่นอนที่จะต้องชำระเมื่อถึงวันปิดการขาย นอกจากนี้เจ้าของบ้านบางรายอาจเลือกที่จะชำระเงินในส่วนนี้เป็นมาตรฐานเป็นรายเดือน (pay a standard monthly charge) ซึ่งจะมีการปรับปรุงเมื่อถึงเวลาสิ้นปี ทำให้เป็นการยากที่จะทราบถึงค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น

ในบางพื้นที่ หากเจ้าของทรัพย์สินไม่ชำระค่าน้ำประปาหรือค่าใช้จ่ายในการกำจัดสิ่งปฏิกูล เจ้าหนี้จะมีสิทธิยึดหน่วงเหนือทรัพย์สินดังกล่าว แต่ในบางพื้นที่จะถือว่าเป็นหนี้ส่วนตัวซึ่งจะไม่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น ดังนั้น ในกรณีนี้คำพิพากษาในเรื่องค่าใช้จ่ายในเรื่องดังกล่าวที่มีต่อลูกหนี้ (เจ้าของทรัพย์สิน) จึงไม่ทำให้ทรัพย์สินเกิดภาระติดพัน อย่างไรก็ตาม บริษัทผู้ผลิตน้ำก็มีสิทธิที่จะทำการตัดน้ำ และโดยมากไม่มีเจ้าของทรัพย์สินรายใหม่รายใดที่จะโต้แย้งในประเด็นนี้

โดยปกติ บริษัทผู้ผลิตน้ำจะให้ความร่วมมือกับผู้ขายในการอ่านมิเตอร์น้ำเมื่อเวลาปิดการขาย ในเรื่องการคิดคำนวณค่าน้ำนั้น คู่สัญญาอาจทำความเข้าใจในเรื่องจำนวนเงินค่าน้ำเมื่อถึงเวลาปิดการขาย ทั้งนี้การคิดคำนวณถึงจำนวนเงินค่าน้ำจะขึ้นอยู่กับประสบการณ์ของทั้งสองฝ่าย ซึ่งในกรณีนี้ผู้ขายก็ควรที่จะแสดงใบเสร็จค่าใช้จ่ายในครั้งก่อนเพื่อประกอบการพิจารณาด้วย หลักการเดียวกันนี้จะนำมาใช้กับกรณีค่าแก๊ส ค่าไฟฟ้าและค่าบริการโทรศัพท์<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Ibid., p. 299.

<sup>25</sup> Ibid., p. 300.

(5) การจัดเตรียมใบเสร็จการชำระภาษีอสังหาริมทรัพย์ (Providing Real Estate Tax Receipts)

โดยปกติ ในสัญญา มักจะกำหนดให้มีการแบ่งภาระภาษีอสังหาริมทรัพย์ในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเมื่อถึงวันปิดการขาย ภาษีอสังหาริมทรัพย์บางประเภทจะมีการเรียกเก็บ 2 ครั้งในหนึ่งปี ดังนั้นหากการปิดการขายเกิดขึ้นในวันใด ๆ ที่มีวันที่ต้องชำระภาษี หรือหากได้มีการชำระภาษีของรอบระยะเวลาก่อนไปเรียบร้อยแล้ว จะต้องมีการคำนวณสัดส่วนภาษีเพื่อเรียกเก็บจากผู้ซื้อและผู้ขาย ดังนั้นผู้ขายจึงควรเตรียมที่จะแสดงใบเสร็จที่แสดงถึงการชำระภาษีเมื่อถึงเวลาปิดการขาย

(6) การนำหนังสือรับรองต่าง ๆ ไปในวันปิดการขาย (Bringing Sundry Certificates)

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจกำหนดให้ผู้ขายแสดงรายงานการตรวจสอบเกี่ยวกับปลวกที่ได้ลงนามโดยผู้ทำการตรวจสอบ โดยรับรองว่าทรัพย์สินที่ทำการตรวจสอบปลอดจากแมลงซึ่งทำลายไม้ และไม่มีร่องรอยความเสียหายอันเกิดจากแมลงปรากฏขึ้นแก่ทรัพย์สินนั้น ยิ่งไปกว่านั้นในสัญญาอาจระบุเพิ่มเติมให้มีเอกสารจากบริษัทแก๊สที่รับรองว่าไม่มีการรั่วไหลของสายท่อลำเลียงแก๊ส หรือการกำหนดให้มีหนังสือรับรองในเรื่องระบบความร้อน ระบบท่อต่าง ๆ ภายในอาคาร ระบบไฟฟ้า สิ่งปลูกสร้างหรือระบบอื่น ๆ โดยรับรองว่าระบบดังกล่าวอยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและไม่ชำรุดบกพร่อง ดังนั้นผู้ขายจึงควรเตรียมเอกสารดังกล่าวเพื่อนำไปเสนอเมื่อมีการปิดการขาย

### 3.4.4 การดำเนินการปิดการขาย

เมื่อนายหน้าได้ชี้ช่องจนผู้ซื้อและผู้ขายได้ตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายกัน และมีการเตรียมการต่าง ๆ เพื่อการปิดการขายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็จะมีการทำการปิดการขายกัน โดยคู่สัญญาหรือคู่กรณีทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องจะนัดกันเพื่อมาดำเนินการปิดการขายพร้อมกัน ผู้ขาย (หรือตัวแทนของผู้ขาย) จะมาพบกับผู้ซื้อเพื่อนำสัญญาโอนที่ดิน (deed) มามอบให้แก่ผู้ซื้อในเวลาเดียวกันผู้ซื้อก็จะชำระราคาที่ดินให้แก่ผู้ขาย<sup>26</sup> เพื่อที่จะสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ซื้อและผู้

<sup>26</sup> สัตยชัย ศรีศักดิ์ดา, “คนกลางในการซื้อขายที่ดิน”, (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง หน้า 16.

ขยว่ได้ม่การดำเนนการตามข้อตกลงกันโดยครบถ้วน คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจึงอาจมีทนายความมาช่วยดำเนนการให้ นอกจากนี้แล้วนายหน้า (broker) ที่ช่วยดำเนนการให้คู่สัญญาได้เข้าทำสัญญากัน และผู้แทนของบริษัทที่รับทำการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินก็อาจมาอยู่ในที่ประชุมปิดการซื้อขายด้วย ในกรณีที่มีการกู้เงินเพื่อนำมาซื้อทรัพย์สิน หรือมีกรณีจะต้องชำระหนี้เงินกู้ที่นำมาซื้อทรัพย์สินนั้น ผู้แทนของผู้ให้กู้ก็จะมาร่วมอยู่ในการปิดการขายด้วย

สำหรับสถานที่ทำการปิดการขายนั้น จะขึ้นอยู่กับประเพณีของแต่ละท้องถิ่นและลักษณะของการปิดการขาย แต่โดยทั่วไปแล้วการปิดการขายจะกระทำกันในสำนักงานทนายความ สำนักงานของนายหน้า หรือบริษัทที่รับดำเนนการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินหรือรับประกันสิทธิในที่ดิน ในกรณีที่มีการกู้ยืมเงินมาเพื่อซื้อทรัพย์สิน ก็อาจดำเนนการปิดการขายที่สำนักงานของผู้ให้กู้

ในการปิดการขายนั้น ผู้ขายและทนายความของผู้ขายมีหน้าที่จัดทำหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) และนำหนังสือโอนมาในวันปิดการขาย พร้อมกับนำไปเรียกเก็บภาษีทรัพย์สินและใบเสร็จการชำระภาษีทรัพย์สินมาด้วย และหากมีการกำหนดไว้ในสัญญาจะซื้อจะขาย ผู้ขายจะต้องนำกรรมกรรมประกันภัยอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการซื้อขายกัน รายงานการตรวจสอบเกี่ยวกับปลวกและการผุของเนื้อไม้ (the termited and wood-rot inspection report) สัญญาและเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการดำเนนการเพื่อให้ที่ดินพ้นจากสิทธิยึดหน่วงและภาระผูกพันใด ๆ ที่ไม่เป็นที่ยอมรับ (unacceptable liens and incumbrances) นอกจากนี้ผู้ขายยังอาจมีหน้าที่ในการจัดหาหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน (ซึ่งอาจอยู่ในรูปของรายงานผลการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน (abstract) หรือกรรมกรรมประกันกรรมสิทธิ์ (title insurance policy)) แผนที่การรังวัดที่ดิน (survey map) เอกสารเกี่ยวกับการชำระอากรแสตมป์ในการทำสัญญา รายการบัญชีแสดงจำนวนเงินกู้ที่ยังติดค้างอยู่กับที่ดินซึ่งผู้ซื้อยอมรับชำระหนี้ นั้น สมุดคู่มือการชำระหนี้ กุญแจบ้านและโรงรถหรือโรงเรือนอื่น ๆ และถ้าอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการซื้อขายกันนั้นก่อให้เกิดรายได้ เช่นมีการเช่าอยู่ หรือมีค่าใช้จ่ายใด ๆ ที่จะต้องเสีย ก็ต้องมีหนังสือโอนสิทธิการเช่าและจดหมายบอกกล่าวที่บอกให้ผู้เช่ารู้ถึงเจ้าของคนใหม่<sup>27</sup>

ในส่วนหน้าที่ของผู้ซื้อในการปิดการขายนั้น ผู้ซื้อที่มีหน้าที่ในการเตรียมเงินค่าทรัพย์สิน และหากมีการกู้ยืมเงินมาเพื่อซื้อทรัพย์สินนั้น ผู้ซื้อจะต้องแจ้งให้ผู้ให้กูทราบถึงวัน

<sup>27</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 71-72.

เวลาและสถานที่ที่จะทำการปิดการขาย เนื่องจากผู้ให้กู้จะต้องนำเช็คตามจำนวนเงินกู้มาพร้อมกับสัญญา สัญญาจำนอง และเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องมาให้ผู้ซื้อเซ็น นอกจากนี้ หากผู้ขายมีหนี้ที่จะต้องชำระแก่เจ้าหนี้ผู้รับจำนองก่อนทำสัญญาขาย ผู้ให้กู้ยืมเงินแก่ผู้ขายก็จะมาร่วมในการปิดการขายเพื่อมารับชำระหนี้พร้อมกับจัดการเอกสารเพื่อการไถ่ถอนจำนองด้วย แต่หากผู้ให้กู้ไม่ต้องการจะเข้าร่วมในการปิดการขาย ก็อาจมอบอำนาจให้ผู้รับผิดชอบในการปิดการขายเป็นผู้รับเช็คและจัดการเอกสารต่าง ๆ แทนตนตามที่ผู้ให้กู้จะบอกให้ผู้ดำเนินการปิดการขายกระทำ นอกจากนี้ตัวแทนบริษัทที่รับประกันสิทธิในที่ดินก็จะมาเพื่อแจ้งให้ทราบถึงสถานะทางกฎหมายล่าสุดของที่ดินแปลงนั้น พร้อมกับนำกรมธรรม์การรับประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงนั้นมาด้วย แต่ถ้าไม่มีการทำประกันสิทธิกับบริษัทรับประกันสิทธิในที่ดิน ผู้ขายจะมีหน้าที่ในการนำรายงานผลการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน (abstract) มาแสดง หรือผู้ขายอาจขอให้ผู้ทำการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (abstractor) แปลงนั้นมาร่วมในการปิดการขายก็ได้

เมื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องทุกฝ่ายมาพร้อมกันแล้ว ผู้ที่อยู่ในสถานที่นั้นจะบันทึกชื่อคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องและพยานที่อยู่ในที่ประชุมปิดการขาย และทำการแลกเปลี่ยนเอกสารให้อีกฝ่ายหนึ่งตรวจสอบดู ผู้ซื้อและทนายความของผู้ซื้อจะตรวจสอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) ตรวจสอบรายงานผลการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน กรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดิน สัญญาเกี่ยวกับการจำนองเดิม เอกสารการรังวัดที่ดิน การเช่า การเพิกถอนหรือการจดทะเบียนยกเลิกภาระผูกพันต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดิน และบัญชีรายรับรายจ่ายต่าง ๆ ซึ่งเกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้น นอกจากนี้ผู้ให้กู้ของผู้ซื้อก็จะทำการตรวจสอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน การรังวัด รายงานผลการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน และกรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์เกี่ยวกับที่ดินเช่นกัน การดำเนินการในเรื่องนี้จะดำเนินการไปจนกระทั่งทุกฝ่ายได้มีโอกาสตรวจสอบเอกสารที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ของตน

ในเรื่องการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินนั้น โดยปกติแล้ว การดำเนินการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินจะกระทำในวันก่อนมีการปิดการขาย หรือในบางกรณีก็อาจเป็นเวลาหลายวันก่อนทำการปิดการขาย ดังนั้นผู้ซื้อและผู้ให้กู้ยืมเงินจึงควรที่จะป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายจากการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ที่อาจเกิดขึ้นกับสิทธิในที่ดินนั้นก่อนการปิดการขาย ซึ่งวิธีการหนึ่งที่จะป้องกันก็คือ การให้ผู้ขายทำการรับรองสิทธิในที่ดินเป็นลายลักษณ์อักษร (affidavit of title) ในการทำคำรับรองนี้ ผู้ขายจะรับรองว่าตนเป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริง และไม่มีคำพิพากษาหรือการฟ้องล้มละลาย หรือการฟ้องหย่าของผู้ขาย และผู้ขายไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ที่จะทำให้เกิดความเสียหาย หรือเป็นผลร้ายต่อสิทธิในที่ดิน ในช่วงระหว่างวันที่มีการตรวจสอบสิทธิเกี่ยว

กับที่ดินเสร็จสมบูรณ์ จนถึงวันปิดการขาย และหากมีข้อบกพร่องใด ๆ เกิดขึ้นจากการดำเนินการของผู้ขาย ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบในความเสียหายนั้น ยิ่งไปกว่านั้น ผู้ขายอาจมีความผิดทางอาญา หากพิสูจน์ได้ว่าผู้ขายพยายามทำให้ได้มาซึ่งเงินค่าที่ดินโดยการทำคำรับรองอันเป็นเท็จ นอกจากนี้วิธีการป้องกันอีกประการหนึ่งก็คือ การให้ผู้รับผิดชอบในการปิดการขายเป็นผู้รับเงินไว้ก่อนแทนที่จะจ่ายให้แก่ผู้ขาย จนกว่าจะมีการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินอีกครั้งหนึ่งเป็นครั้งสุดท้าย (final title search) หรือจนกว่าจะทำการจดทะเบียนหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน<sup>28</sup>

ในการปิดการขาย ผู้ทำหน้าที่ปิดการขาย จะมีหน้าที่อีกประการหนึ่งคือ หน้าที่ในการส่งมอบใบแสดงรายการค่าใช้จ่ายต่าง ๆ (settlement statement) ที่เกี่ยวข้องกับ การซื้อขายทรัพย์สิน การดำเนินการในเรื่องนี้อาจทำก่อนปิดการขายหรืออาจทำในวันปิดการขายก็ได้ การแสดงรายการค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นี้ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายรู้ว่าเงินของตนถูกใช้จ่ายไปอย่างไร และให้กับใครไปเพื่อดำเนินการปิดการขาย

ถ้าทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการปิดการขาย จัดเตรียมการตามหน้าที่ของตนมาอย่างดี การปิดการขายก็จะดำเนินไปโดยราบรื่น และเมื่อได้มีการจัดการทุกสิ่งทุกอย่างเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ขายก็จะส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ และผู้ซื้อก็จะมอบเช็คค่าเงินดาวน์และค่าใช้จ่ายที่มีการหักลบกันแล้วให้แก่ผู้ขาย ส่วนผู้ให้กู้ก็จะให้ผู้ซื้อเซ็นสัญญาจ้างของพร้อมฉบับที่ต่าง ๆ และส่งมอบเช็คให้แก่ผู้ขาย หรือให้แก่เจ้าหน้าที่ของผู้ขาย ผู้ขายก็จะเซ็นเช็คเป็นค่านายหน้าให้แก่นายหน้า ทนายความ และผู้ตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน และผู้ซื้อก็จะเซ็นเช็คให้เป็นค่านายหน้าของตนเอง การดำเนินการดังกล่าวนี้จะดำเนินการไปจนกระทั่งมีการเซ็นสัญญากันในทุกเรื่อง และมีการชำระเงินตามที่แต่ละฝ่ายมีหน้าที่ที่ต้องชำระ และท้ายที่สุดทุกคนก็จะจับมือกันและแยกย้ายกันไป ขั้นตอนต่อไปก็คือการนำสัญญาโอน สัญญาจ้างฉบับใหม่ และการไถ่ถอนจ้างนายหน้าไปจดทะเบียน ก็เป็นอันว่าการซื้อขายที่ดินรายนี้เป็นอันเสร็จสมบูรณ์

#### 3.4.5 การปิดการขายแบบไม่ส่งมอบเอกสารและเงินให้แก่ผู้มีสิทธิ (dry closing)

บ่อยครั้งที่มีเหตุการ์ณบางอย่างที่ทำให้การปิดการขายเกิดความชะงักงัน ซึ่งอาจเป็นเพราะขาดเอกสารสำคัญบางฉบับ แต่เนื่องจากเป็นการยากลำบากที่จะนัดทำการปิดการขายกันอีกครั้งหนึ่ง ในสถานการณ์เช่นนี้ คู่กรณีที่เกี่ยวข้องก็อาจตกลงกันทำการปิดการขายแบบไม่ส่งมอบเอกสารและเงินให้ผู้มีสิทธิในเอกสารและเงินที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินนั้น (dry

<sup>28</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 74-75.



closing) ซึ่งวิธีการนี้จะกระทำโดยการให้ทุกฝ่ายลงนามในเอกสารที่เกี่ยวข้อง และส่งมอบให้แก่ ทนายความที่รับทำหน้าที่ในการปิดการขายเป็นผู้เก็บรักษาไว้ แต่จะยังไม่มีการส่งมอบหนังสือ สัญญาให้แก่ผู้ที่ได้สิทธิจากสัญญานั้น และจะไม่มี การชำระเงินหรือส่งมอบเอกสารสัญญาต่าง ๆ ให้แก่กันจนกว่าจะได้เอกสารที่ยังขาดไปนั้นมา เมื่อได้เอกสารที่ยังขาดอยู่นั้นมาแล้ว ทนาย ความที่ทำหน้าที่ปิดการขายก็จะส่งมอบเอกสารและเงินให้แก่ผู้มีสิทธิในเอกสารหรือเงินจำนวน นั้นต่อไป

### 3.5 ปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา เหตุผล และแนวความคิดในการนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้

#### 1) ปัญหาที่เกิดขึ้นในขั้นตอนของการทำสัญญาจะซื้อจะขาย

ในขั้นตอนของการทำสัญญาจะซื้อจะขาย เมื่อผู้ซื้อพบอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ซื้อ ต้องการจะซื้อ ผู้ซื้อก็จะทำข้อเสนอซื้อในรูปของสัญญาจะซื้อจะขายและวางมัดจำมาตรฐาน (Purchase Agreement & Deposit Receipt) พร้อมกับนำเงินมัดจำจำนวนหนึ่งไปเสนอแก่ เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ การวางเงินมัดจำไว้ให้พร้อมกับข้อเสนอ นั้น เป็นการที่ผู้ซื้อแสดงความ จริงใจที่จะซื้ออสังหาริมทรัพย์ แต่อย่างไรก็ดี ผู้ซื้ออาจยังมีความไม่แน่ใจในตัวเจ้าของทรัพย์ ว่า เจ้าของทรัพย์ที่ตนติดต่อขอซื้อนั้นเป็นเจ้าของที่แท้จริงและมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นหรือไม่ หรือทรัพย์สินดังกล่าวมีปัญหาในเรื่องการโอน หรือติดจำนองเกินราคาที่ยาหรือไม่ เป็นต้น ซึ่ง ปัญหาเหล่านี้แม้ว่านายหน้าของเจ้าของทรัพย์จะได้ทำการตรวจสอบโดยละเอียดถี่ถ้วนแล้วก่อน ที่จะนำทรัพย์ออกวางตลาดก็ตาม แต่ความผิดพลาดและข้อเท็จจริงอาจเปลี่ยนแปลงก่อนที่จะมี การเปลี่ยนมือกันได้เสมอจึงเป็นการเสี่ยงจนเกินไปที่ผู้ซื้อจะส่งมอบเงินมัดจำให้แก่ผู้ขาย ดังนั้น จึงมีแนวความคิดที่ให้ผู้ซื้อออกเช็คสั่งจ่ายในนามของบุคคลหนึ่งแทนการสั่งจ่ายให้แก่ผู้ขาย โดย ตรง เพื่อเป็นหลักประกันว่า หากผู้ขายไม่ตกลงสนองตอบเงื่อนไข หรือมีอุปสรรคที่ทำให้ผู้ขาย ไม่สามารถตอบสนองต่อเงื่อนไขที่ผู้ซื้อเสนอมา ทั้งสองฝ่ายก็จะไม่มีสัญญาต่อกัน ผู้ขายก็จะ ไม่ได้เงินมัดจำและเงินจำนวนอื่น ๆ ที่ระบุไว้ในสัญญา และผู้ซื้อก็จะไม่สูญเสียเงินโดยไม่จำเป็น

#### 2) ปัญหาในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์

ในการซื้อขายอาจมีปัญหาในเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้ซื้อประสงค์จะ ซื้อ เนื่องจากการจดทะเบียนการขายที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วนใหญ่จะใช้วิธีการจด ทะเบียนแบบ Registration of deeds โดยเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนไม่มีหน้าที่จัดทำสัญญาให้แก่



คู่สัญญา และไม่มีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องเกี่ยวกับสิทธิและความสามารถของคู่สัญญา คู่สัญญาจะต้องตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินเอง หากทำไม่ได้ก็ต้องจ้างทนายความหรือบริษัทที่รับจ้างตรวจสอบกรรมสิทธิ์และรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดินซึ่งเรียกว่า Title Company รวมทั้งจัดทำสัญญากันเองโดยลงชื่อให้เรียบร้อย แล้วฝ่ายผู้ซื้อหรือทนายความของผู้ซื้อก็นำสัญญานั้นไปจดทะเบียนโดยฝ่ายผู้ขายไม่ต้องไปด้วยแต่อย่างใด ในกรณีที่ผู้ซื้อกู้เงินมาซื้อที่ดิน ผู้รับจำนองก็อาจเป็นฝ่ายนำสัญญาซื้อขายและสัญญาจำนองไปจดทะเบียน โดยฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องไปยื่นคำขอแต่อย่างใด เมื่อมีผู้มายื่นคำขอจดทะเบียน เจ้าหน้าที่ก็จะจดทะเบียนให้ตามที่ยื่นมานั้นทันที หากซื้อไปแล้วไม่ได้สิทธิเจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องรับผิดชอบแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้โดยปกติผู้ซื้อหรือผู้รับจำนองของผู้ซื้อจึงมักทำประกันกับบริษัทรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดินด้วย ถ้าหากซื้อหรือรับจำนองไปแล้วไม่ได้สิทธิตามนั้น บริษัทรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดินก็จะชดใช้ค่าเสียหายให้

จากระบบของการจดทะเบียนดังกล่าวทำให้ผู้ซื้อขาดความมั่นใจว่า ผู้ขายจะมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและสามารถโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์ให้แก่ผู้ซื้อตามที่ผู้ซื้อต้องการได้หรือไม่ ผู้ซื้อจึงต้องการผู้เชี่ยวชาญมาช่วยในการตรวจสอบ

### 3) ปัญหาในเรื่องการขาดความไว้วางใจในตัวคู่สัญญา

ในการซื้อขายสังหาริมทรัพย์ นอกจากคู่สัญญาจะต้องตรวจสอบสิทธิกันอย่างละเอียดก่อนแล้ว โดยปกติคู่สัญญามักจะมีการระมัดระวังในเรื่องการชำระเงินและการส่งมอบสัญญาด้วย โดยฝ่ายผู้ขายจะยอมมอบสัญญาโอนที่ดินที่ตนเองลงชื่อเรียบร้อยแล้วให้กับผู้ซื้อ ก็ต่อเมื่อผู้ซื้อมอบเงินค่าที่ดินให้แก่ผู้ขายจนครบถ้วนแล้ว ส่วนฝ่ายผู้รับจำนองก็จะมอบเงินให้แก่ผู้ซื้อ ก็ต่อเมื่อฝ่ายผู้ซื้อเซ็นสัญญาจำนองให้แก่ตน ส่วนฝ่ายผู้ซื้อนั้นก็เซ็นสัญญาจำนองให้กับผู้รับจำนองก็ต่อเมื่อได้รับเงินจากผู้จำนองเพื่อเอาไปให้แก่ผู้ขาย และได้รับสัญญาจากผู้ขายก่อน เมื่อเป็นเช่นนี้จึงก่อให้เกิดความชะงักงันเนื่องจากต่างฝ่ายต่างไม่ต้องการเสียเปรียบ ดังนั้น การกำหนดให้มีบุคคลที่สามเข้ามาเป็นผู้ดำเนินการในการรับและเก็บรักษาเอกสารและเงิน พร้อมทั้งตรวจสอบความถูกต้องจนกว่าเมื่อทุกฝ่ายปฏิบัติตามสัญญาแล้ว บุคคลดังกล่าวก็จะนำเอกสารสัญญาต่าง ๆ ไปจดทะเบียน แล้วจึงส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขายและมอบสัญญาโอนที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ และถ้ามีการกู้เงินมาซื้อที่ดิน บุคคลดังกล่าวก็จะรับเงินจากผู้รับจำนองและส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขายโดยตรง และนำสัญญาโอนที่ดิน (deed) และสัญญาจำนองไปจดทะเบียน และมอบสัญญาโอนที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ และมอบสัญญาจำนองให้แก่ผู้รับจำนอง เมื่อใช้วิธีการเช่นนี้

ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินก็เกิดความมั่นใจ นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า การที่ในสัญญาซื้อขายมีบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฝ่าย และจะต้องมีการเตรียมเอกสารและการตรวจสอบเอกสารที่ใช้ในการโอนกรรมสิทธิ์และการลงลายมือชื่อเป็นจำนวนมาก ดังนั้นผู้ซื้อและผู้ขายจึงต้องอาศัยผู้ที่มีความชำนาญเป็นอย่างมากในการกระทำการดังกล่าว



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

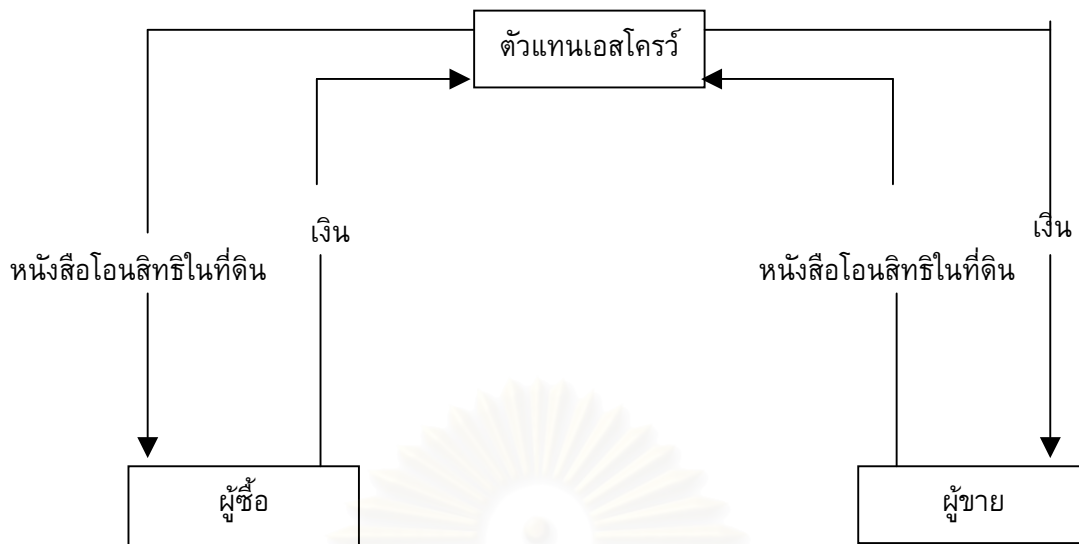
### บทที่ 3

#### การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 1 จะเห็นได้ว่าการดำเนินการปิดการขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา อาจทำโดยการนัดหมายบุคคลที่เกี่ยวข้องในสัญญาทุกฝ่ายมาพร้อมหน้ากันเพื่อทำการปิดการขายร่วมกัน หรืออีกกรณีหนึ่งซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องการที่จะดำเนินการปิดการขายด้วยตนเอง ผู้ซื้อและผู้ขายก็อาจตกลงที่จะเลือกใช้บริการของบุคคลที่สามเป็นคนกลางในการปิดการขาย ซึ่งหากทำการปิดการขายโดยใช้คนกลางแล้ว ก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการนัดหมายให้คู่สัญญามาพร้อมหน้ากัน เนื่องจากส่วนใหญ่จะทำโดยการส่งทางไปรษณีย์

การปิดการขายโดยใช้คนกลาง ซึ่งมีชื่อเรียกว่า escrow agent หรือ escrow holder หรือ escrowee นั้น คนกลางจะทำหน้าที่เป็น trusted stakeholder ผู้เก็บรักษาเงินและเอกสารต่าง ๆ ที่คู่สัญญาจะต้องส่งมอบให้แก่อีกฝ่ายหนึ่งไว้ ในการดำเนินการปิดการขายโดยใช้คนกลางหรือ escrow นี้ แทนที่ผู้ขายจะส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) ให้แก่ผู้ซื้อโดยตรง ผู้ขายจะส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินดังกล่าวให้แก่คนกลาง ซึ่งก็คือตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) โดยส่งให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ ภายหลังจากที่ผู้ซื้อได้ปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายครบถ้วนแล้ว ในทำนองเดียวกัน ผู้ซื้อก็จะส่งมอบเงินค่าที่ดินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ โดยส่งให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขาย เมื่อผู้ขายได้ปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ต่อผู้ซื้อแล้ว\* วิธีการปิดการขายโดยใช้ตัวแทนเอสโครว์นั้นจะเป็นไปตามภาพที่ 3.1 ดังนี้

\*แนวคิดในเรื่องตัวแทนเอสโครว์นั้น พัฒนามาจากหลักกฎหมายในเรื่องทรัสต์ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายในระบบ common law ที่ประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นต้นแบบของการพัฒนาหลักกฎหมายดังกล่าว ซึ่งในการนำหลักในเรื่องตัวแทนเอสโครว์มาปรับใช้ในประเทศไทย เมื่อประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1686 (ซึ่งนำหลักการของระบบประมวลกฎหมาย หรือ civil law มาใช้เป็นสำคัญ) บัญญัติห้ามมิให้มีการก่อตั้งทรัสต์ จึงต้องนำหลักกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับในเรื่องนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ ซึ่งผู้วิจัยจะได้กล่าวถึงในบทที่ 4 หัวข้อ 7.2 ต่อไป



ภาพที่ 1: การปิดการขายโดยใช้ตัวแทนเอสโครว์

### 1. บุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่า ในกระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น บุคคลที่เกี่ยวข้องมักไม่ได้มีแต่เพียงผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้น เพราะในบางครั้งผู้ซื้อและผู้ขายยังต้องมีหน้าที่บางประการเกี่ยวกับทรัพย์สินนั้น เช่น การที่ผู้ซื้อมีหน้าที่ในการสืบหาประวัติที่ดินเพื่อสืบค้นกรรมสิทธิ์การถือครองที่ดินตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน เพื่อที่จะทราบว่าผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวหรือไม่ หรือมีภาระผูกพันใดเกิดขึ้นกับทรัพย์สินนั้นหรือไม่ เพื่อให้ผู้ซื้อมั่นใจได้ว่าตนเองจะได้รับโอนทรัพย์สินที่มีความสมบูรณ์ หรือหากมีการรอนสิทธิใด ๆ เกิดขึ้น ก็จะได้ตัดสินใจว่าควรซื้อทรัพย์สินนั้นหรือไม่ โดยในการดำเนินการดังกล่าวผู้ซื้อจะต้องติดต่อกับบริษัทที่มีหน้าที่ในการสืบหาประวัติที่ดิน (Title Company) และภายหลังจากที่มีการตรวจสอบสิทธิแล้วก็อาจมีการจัดทำประกันกรรมสิทธิ์ ซึ่งจะเป็นการรับประกันว่า ข้อมูลต่าง ๆ ที่ได้สืบค้นมามีความถูกต้อง และจะไม่มีการดำเนินการใด ๆ ที่กระทบถึงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว นับตั้งแต่วันที่ผู้ซื้อได้รับข้อมูลเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์เป็นต้นไป

นอกจากนี้ ในการซื้อขายยังอาจมีการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอีกหลายประการ ดังเช่น การตรวจสอบและการกำจัดปลวกและแมลง และการทำประกันอัคคีภัย เป็นต้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวจะขึ้นอยู่กับความตกลงของผู้ซื้อและผู้ขายว่า ผู้ซื้อและผู้ขายต้องการหลักประกันอย่างไร แค่นั้นและเพียงใด

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า การปิดการขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์จะมีผู้ที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฝ่าย ซึ่งได้แก่บุคคลดังต่อไปนี้คือ

### 1) ผู้ซื้อ (Buyers)

ผู้ซื้อ คือ ผู้ตกลงทำสัญญาซื้อทรัพย์สินจากผู้ขาย และเป็นผู้ที่จะต้องดำเนินการต่างต่างเพื่อให้ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ทรัพย์สิน ซึ่งอาจจะต้องติดต่อขอสินเชื่อจากสถาบันการเงินในการชำระค่าทรัพย์สินนั้นด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้ซื้อจะต้องปฏิบัติตามสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ (escrow instruction) เพื่อให้การโอนกรรมสิทธิ์มีผลโดยสมบูรณ์ และเมื่อผู้ซื้อได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขครบถ้วน (มีการชำระเงินเป็นที่เรียบร้อยแล้ว) ผู้ซื้อจะมีสิทธิในการรับโอนโฉนดภายใต้ข้อผูกพันที่ได้ตกลงกันระหว่างบุคคลทั้งสองฝ่าย ในระหว่างการค้นคว้าหาแหล่งที่มาของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน เงินของผู้ซื้อจะถูกถือไว้ในเอสโครว์<sup>1</sup>

### 2) ผู้ขาย (Sellers)

ผู้ขาย คือ ผู้มีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขาย ถึงแม้ว่าผู้ขายจะได้ตกลงทำสัญญาขายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว แต่ผู้ขายก็ไม่ต้องการที่จะยกเลิกกรรมสิทธิ์ของตนเองจนกว่าจะได้รับเงินครบถ้วนสมบูรณ์ ฉะนั้นผู้ขายจะยังคงรักษากรรมสิทธิ์ในที่ดินตามกฎหมายเพื่อสวัสดิภาพของตนเองจนกว่าจะได้รับเงินไว้ในมือเป็นที่เรียบร้อยแล้ว กรรมสิทธิ์การถือครองของผู้ขายโดยปกติจะโอนโดยวิธีการใช้โฉนด กรรมสิทธิ์การถือครองนี้จะถูกวางไว้กับเอสโครว์จนกว่าผู้ซื้อจะทำการชำระเงินครบถ้วน แต่หากว่าผู้ขายตายก่อนที่การซื้อขายจะเสร็จสมบูรณ์ สิทธิของผู้ขายในการที่จะรับเงินส่วนที่เหลืออาจได้รับการตกทอดถึงทายาทของผู้ขาย แต่หากว่าผู้ซื้อตายขึ้นมา ทายาทที่ยังมีชีวิตอยู่อาจต้องปฏิบัติตามข้อบังคับต่อไป อย่างไรก็ตาม ถ้ามีเรื่องสินเชื่อเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจจะมีปัญหาเกิดขึ้นเกี่ยวกับความสามารถในการขอสินเชื่อ<sup>2</sup> ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า เมื่อมีการทำการซื้อขายโดยใช้ระบบเอสโครว์แล้ว การตายของคู่สัญญาจะไม่มีผลให้เกิดการเปลี่ยนแปลงในสิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญากันแต่อย่างใด

<sup>1</sup> นรินทร์ นิรมล, “เอสโครว์ : กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคประเทศไทยพร้อมแล้วหรือ, ” *The Executive* ปีที่ 5 ฉบับที่ 55 (มิถุนายน 2538): 83.

<sup>2</sup> สมาคมตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ไทย, “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ (Escrow) ในสหรัฐอเมริกา,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)



### 3) ผู้ให้กู้ (Lenders)

ในการให้สินเชื่อแก่ผู้ซื้อ เพื่อที่จะชำระเป็นค่าทรัพย์สินในการซื้อขายนั้นก็เช่นเดียวกัน ผู้ให้กู้ไม่ต้องการที่จะผูกมัดเงินของตนโดยปราศจากหลักประกันว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นจะปลอดจากการจำนองหรือหนี้สินอื่น ฉะนั้น บุคคลที่สามที่ไม่ฝักใฝ่กับฝ่ายใด (ตัวแทนเอสโครว์) จะเป็นผู้ถือเงิน โฉนดและหลักฐานต่าง ๆ ไว้ จนกว่ากรรมสิทธิ์จะปลอดจากหนี้สินและการจำนองอื่นใด และเมื่อมีการดำเนินการต่าง ๆ เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะมีความรับผิดชอบในการแจกจ่ายทุกสิ่งทุกอย่างให้กับบุคคลต่าง ๆ ที่มีสิทธิจะได้รับ

### 4) บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ (Escrow Agent)

คือ ผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางในการเก็บรักษาทรัพย์สินของผู้ซื้อและผู้ขายไว้จนกว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนด ตัวแทนเอสโครว์เป็นบุคคลที่สามที่ไม่มีส่วนได้เสียในกระบวนการซื้อขาย และไม่มีหน้าที่ตัดสินเมื่อเกิดความขัดแย้ง บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์นี้จะมีแนวทางคล้ายกับหลักการของผู้รับฝากทรัพย์สิน (Custodian) ซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ดูแลงานด้านเอกสารและจ่ายเงินในการซื้อขายหลักทรัพย์ โดยจะได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทน

### 5) บริษัทกรรมสิทธิ์ (Title Company)

เนื่องจากกรรมสิทธิ์ในที่ดินมีความสำคัญต่อการซื้อขายเป็นอย่างมาก ดังนั้นสิ่งที่ผู้ซื้อจะต้องดำเนินการประการหนึ่งก็คือ การตรวจสอบหรือการสืบค้นกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ตกลงซื้อขายกัน โดยบริษัทกรรมสิทธิ์จะทำหน้าที่ในการค้นหาข้อมูลหรือรายละเอียดต่าง ๆ เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์หรือข้อบกพร่องของกรรมสิทธิ์ เช่น การรอนสิทธิ ข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ หรือภาระผูกพันประเภทต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับที่ดินนั้นว่ามีอยู่หรือไม่และอย่างไร ตลอดจนการตรวจสอบว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์เป็นบุคคลคนเดียวกับผู้ขายหรือไม่ โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้ส่งให้บริษัทกรรมสิทธิ์ดำเนินการสืบค้นกรรมสิทธิ์ของที่ดินตราบเท่าที่จะสามารถสืบค้นย้อนกลับไปได้ และจะมีการออกรายงานการสืบค้นกรรมสิทธิ์ ที่เรียกว่า "Preliminary Title Report" ซึ่งรายงานดังกล่าวมิใช่เอกสารการรับประกัน หรือมีลักษณะเป็นกรมธรรม์แต่อย่างใด แต่จะเป็นเอกสารต่อเนื่องซึ่งจะนำไปใช้ในการพิจารณาออกกรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อต่อไป

เหตุที่จะต้องมีการทำประกันกรรมสิทธิ์ก็เนื่องจากว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น การตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินเป็นเรื่องที่เอกชนจะต้องทำกันเอง รัฐไม่ได้มีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือรับรองสิทธิในที่ดินดังเช่นในประเทศไทยแต่อย่างใด ดังนั้นจึงมีการรับประกันกรรมสิทธิ์ขึ้นเพื่อให้ผู้ซื้อมีความมั่นใจในการครอบครองและการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สิน และเพื่อเป็นการป้องกันการสูญเสียเงินที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปเป็นค่าทรัพย์สิน อันเนื่องมาจากความบกพร่องของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ผู้ซื้อได้ทราบในภายหลัง ซึ่งหลังจากที่มีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์หรือสืบค้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายกันแล้ว ผู้ซื้อหรือสถาบันการเงินที่ให้สินเชื่อแก่ผู้ซื้อ อาจมีความต้องการให้จัดทำประกันกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในการประกันกรรมสิทธิ์นั้น บริษัทประกันกรรมสิทธิ์จะเป็นผู้รับประกันว่า กรรมสิทธิ์ตามที่เราไปโฉนดมีความถูกต้องและเจ้าของกรรมสิทธิ์คนปัจจุบันมีสิทธิที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว หลังจากนั้น บริษัทกรรมสิทธิ์จะออกกรรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง หากมีผู้อื่นมาอ้างกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่ได้รับมา ผู้รับประกันจะทำการต่อสู้ในเรื่องกรรมสิทธิ์ให้ และถ้าเกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากกรรมสิทธิ์ที่บริษัทได้รับประกันไว้นี้ ผู้ซื้อประกันก็จะได้รับการชดเชยความเสียหายจากบริษัทประกันกรรมสิทธิ์

## **2. คุณสมบัติและบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์**

เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ในการเก็บรักษาทรัพย์สินที่คู่สัญญาส่งมอบไว้แก่ตน สิ่งให้มีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่จะทำการซื้อขายกัน และทำการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขายและโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ เมื่อได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้โดยครบถ้วน ดังนั้นบุคคลผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวจึงต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต และต้องมีความรู้ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมาย และกรรมวิธีในการตรวจสอบสิทธิและการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเป็นสถาบันที่น่าเชื่อถือและสาธารณะยอมรับ เนื่องจากหากเกิดความผิดพลาดในการปฏิบัติหน้าที่แล้ว ก็จะมีหลักประกันที่จะชดเชยความเสียหายแก่ผู้ได้รับความเสียหายได้

ในประเทศสหรัฐอเมริกา บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ในแต่ละมลรัฐอาจกำหนดแตกต่างกันไป ในส่วนของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ภายใต้ประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐ ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเอสโครว์เท่านั้น และจะต้องได้รับอนุญาตในการประกอบอาชีพจาก California Commissioner of

Corporations หรือกระทรวงพาณิชย์ของรัฐแคลิฟอร์เนีย\* บุคคลธรรมดาไม่มีสิทธิที่จะได้รับอนุญาตในการประกอบอาชีพนี้ แต่มีองค์กรบางประเภทและบุคคลธรรมดาบางประเภทได้รับยกเว้นไม่ต้องได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยเอสโครว์ (escrow law) เนื่องจากได้มีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพขององค์กรและบุคคลเหล่านี้โดยเฉพาะอยู่แล้ว ซึ่งบุคคลดังกล่าวคือ

(1) ธนาคาร หรือสถาบันที่ดำเนินการรับฝากและให้กู้ยืมเงิน (Saving and Loan Institutions) ผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์อาจมาจากแผนกเอสโครว์เอเยนต์ของธนาคารหรือสถาบันการเงินแห่งใดแห่งหนึ่ง เพราะโดยปกติแล้ว สถาบันการเงินที่มีการปล่อยสินเชื่อมักจะมีแผนกเอสโครว์คอยทำหน้าที่ให้บริการเป็นตัวแทนเอสโครว์ในการดำเนินการเกี่ยวกับการให้กู้ยืมเงินในการซื้ออสังหาริมทรัพย์ และการรีไฟแนนซ์อยู่ภายในสถาบันการเงินนั้นอยู่แล้ว

(2) บริษัทรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน

(3) ทนายความ (แต่ถ้าทนายความผู้นั้นดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์ในรูปบริษัทจะต้องขออนุญาตก่อน)

(4) นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะสามารถดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์โดยไม่ต้องได้รับใบอนุญาตได้ เฉพาะในกรณีที่นายหน้าผู้นั้นทำหน้าที่เป็นนายหน้าหลักให้แก่ผู้ขายในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (เพราะในการขายที่ดินอาจมีนายหน้าหลายคนร่วมกันขายที่ดินแปลงเดียวกัน ดังนั้นจึงให้แต่เฉพาะนายหน้าที่ทำสัญญากับผู้ขายเท่านั้นที่มีสิทธิทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้) นอกจากนี้ ในการดำเนินการเป็นนายหน้านั้น นายหน้าไม่มีสิทธิที่จะโฆษณาว่าตนจะรับทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ให้ด้วย หากไม่ระบุนว่าการทำหน้าที่ในลักษณะตัวแทนเอสโครว์ของตนนั้น เป็นเพียงหน้าที่ส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่นายหน้าของตนเท่านั้น และเมื่อนายหน้าทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์แล้ว นายหน้าจะต้องละจากความผูกพันในฐานะตัวแทนของผู้ขายหรือประโยชน์ได้เสียใด ๆ และจะต้องวางตัวเป็นกลางเสมือนที่ตัวแทนเอสโครว์อื่น ๆ จะพึงปฏิบัติ

---

\*นอกจากนี้ ตัวแทนเอสโครว์ก็ยังถูกควบคุมการประกอบวิชาชีพโดย California Escrow Association หรือ CEA อีกด้วย โดยตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ให้ถึงมาตรฐานที่ได้กำหนดไว้

ในการประกอบกิจการเอสโครว์ ผู้ยื่นคำขอดำเนินกิจการเอสโครว์จะต้องวางเงินประกันเป็นจำนวนเท่ากับ 10,000 ดอลลาร์ และต้องมีการจัดการค้ำประกันผู้อำนวยการหรือลูกจ้างของบริษัทซึ่งมีสิทธิเข้าถึงเงินหรือทรัพย์สินอันมีค่า

ในส่วนของเงินที่ส่งมอบให้แก่ตัวแทนเอสโครว์เก็บรักษาไว้ ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเก็บไว้ในบัญชี trust account หรือ escrow account ซึ่งเงินในบัญชีดังกล่าวจะไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดีหรือการอายัดในคดีอื่นที่ตัวแทนเอสโครว์ถูกฟ้อง การกำหนดเช่นนี้ก็เพื่อว่าคู่สัญญาที่ใช้กระบวนการเอสโครว์จะได้แน่ใจได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์นั้นจะไม่ใช่ฝ่ายทุจริตเสียเอง

### 3. สิ่งที่จะต้องพิจารณาก่อนการเริ่มกระบวนการเอสโครว์

ก่อนที่จะเริ่มกระบวนการเอสโครว์ได้นั้น จะต้องมีการเตรียมการหลายประการ ซึ่งโดยมากมักเป็นหน้าที่ของนายหน้าผู้ขาย ในการรวบรวมข้อมูลทุกอย่างที่จำเป็นในการเปิดเอสโครว์เป็นการล่วงหน้า ตัวแทนเอสโครว์จะอาศัยข้อมูลเหล่านี้ในการดำเนินการ เพื่อให้การทำงานเป็นไปอย่างสะดวกรวดเร็วและราบรื่นยิ่งขึ้น โดยก่อนที่จะเริ่มกระบวนการเอสโครว์นั้นจะมีสิ่งที่จะต้องพิจารณาดังนี้

#### 3.1 การกำหนดตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

การกำหนดตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ เพื่อดำเนินการปิดการขายในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น อาจทำได้โดยการตกลงร่วมกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งโดยปกติแล้วผู้ซื้อและผู้ขายจะตัดสินใจเลือกตัวแทนเอสโครว์โดยอาศัยคำแนะนำของนายหน้าของตน แต่นายหน้าไม่มีสิทธิตั้งเงื่อนไขว่า ในการซื้อขายนั้นจะให้ผู้ใดทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ นายหน้ามีสิทธิเพียงให้คำแนะนำเมื่อคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอเท่านั้น

ในทางตอนใต้ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นายหน้าอาจถูกร้องขอให้ช่วยในการเลือกตัวแทนเอสโครว์และบริษัทรับประกันสิทธิในที่ดิน แต่ในทางตอนเหนือ นายหน้าจะถูกขอให้ช่วยตัดสินใจเพียงเรื่องเดียว เนื่องจากในทางตอนเหนือ บริษัทรับประกันสิทธิในที่ดินมักจะทำหน้าที่เป็นทั้งตัวแทนเอสโครว์และผู้จัดทำกรรมธรรม์ประกันภัยด้วย แต่ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม นายหน้าก็ควรใช้ความระมัดระวังในการให้คำแนะนำในเรื่องดังกล่าว เนื่องจากว่า ตัวแทนเอสโครว์และบริษัทรับประกันสิทธิในที่ดิน อาจเป็นทั้งผู้ช่วยหรือเป็นผู้ก่อให้เกิดอุปสรรคในการทำธุรกรรมก็เป็นได้ และหากตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นนายหน้าเป็นทั้งผู้ประกอบธุรกิจเอสโครว์และเป็น

บริษัทรับประกันสิทธิในที่ดินด้วยแล้ว นายหน้าผู้นั้นจะไม่สามารถแนะนำให้ผู้ซื้อหรือผู้ขายเลือกบริษัทของตนได้ หากไม่ได้บอกกล่าวแก่ผู้ซื้อและผู้ขายก่อนว่าตนมีผลประโยชน์ในการเลือกนั้น<sup>3</sup>

### 3.2 เกณฑ์ในการเลือกตัวแทนเอสโครว์

ถึงแม้ว่าขั้นตอนในการดำเนินการเอสโครว์จะแตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย แต่เกณฑ์ในการพิจารณาเลือกบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ดังต่อไปนี้ เป็นเกณฑ์ที่ถูกนำมาใช้ในทุก ๆ พื้นที่ ดังนี้คือ

#### 1) ชื่อเสียงของบริษัทเอสโครว์ในชุมชน

ชื่อเสียงของบริษัทเอสโครว์ถือเป็นสิ่งที่สำคัญ เนื่องจากว่าตัวแทนเอสโครว์ที่เชื่อถือได้จะสามารถปกป้องทรัพย์สิน และรักษาผลประโยชน์ของทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรม ดังนั้น หากผู้ซื้อและผู้ขายว่าจ้างนายหน้าที่เป็นมือใหม่ในการให้ความช่วยเหลือและแนะนำในการเลือกตัวแทนเอสโครว์ นายหน้าผู้นั้นควรสอบถามเพื่อนร่วมงานของตนเพื่อให้แนะนำบริษัทเอสโครว์ที่มีคุณสมบัติตามที่ผู้ซื้อและผู้ขายต้องการ

#### 2) ประสบการณ์ในการจัดการ

บริษัทเอสโครว์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะเลือกนั้น ควรเป็นบริษัทที่มีความเชี่ยวชาญในการจัดการและมีความน่าเชื่อถือ และในบริษัทจะต้องมีเจ้าหน้าที่เอสโครว์ที่มีความชำนาญงาน มีความรู้ความสามารถในการดำเนินกิจการเอสโครว์ เป็นมิตร และที่สำคัญคือเป็นผู้ที่สามารถไว้วางใจได้อยู่ภายในบริษัท

#### 3) ที่ตั้งสำนักงาน

เนื่องจากผู้ซื้อ ผู้ขายและนายหน้าจะต้องไปยังสำนักงานของตัวแทนเอสโครว์อย่างน้อยที่สุดครั้งหนึ่งหรือบางทีอาจจะหลายครั้ง เพื่อลงนามในเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการเอสโครว์ซึ่งมีเป็นจำนวนมาก ดังนั้นจึงเป็นความคิดที่ดีที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะเลือกตัวแทนเอสโครว์ซึ่งมีสำนักงานตั้งอยู่ในสถานที่ที่สะดวกในการติดต่อ นอกจากนี้ความเป็นระเบียบเรียบร้อย

<sup>3</sup> Lois Kadosh and Gary Beckner, California real estate escrow, (n.p.: Real Estate Education, 1988), pp. 25-26.



ร้อยภายในสำนักงานก็เป็นอีกส่วนหนึ่งในการตัดสินใจว่า ควรจะเลือกใช้บริการของเอสโครว์ผู้  
นั้นหรือไม่

#### 4) ค่าธรรมเนียม

อัตราค่าธรรมเนียมที่ตัวแทนเอสโครว์เรียกเก็บในการให้บริการนั้นจะมีความแตก  
ต่างกัน ซึ่งโดยปกติแล้ว ผู้ซื้อและผู้ขายควรจะเลือกใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ที่คิดค่าธรรมเนียม  
ที่ไม่แพงจนเกินไป แต่จะต้องเป็นผู้มีชื่อเสียงและมีความชำนาญ

#### 5) การเป็นสมาชิกขององค์กรวิชาชีพ

ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องดูว่า ตัวแทนเอสโครว์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะเลือกนั้นเป็นสมาชิก  
ของ California Escrow Association หรือ Escrow Institute of California หรือไม่ เนื่องจาก  
สมาชิกขององค์กรดังกล่าวจะรักษามาตรฐานในการประกอบวิชาชีพที่สูง ซึ่งมาตรฐานดังกล่าว  
จะถูกกำหนดโดยองค์กรเหล่านั้น

เกณฑ์ในการเลือกตัวแทนเอสโครว์ดังที่กล่าวมานี้ จะเป็นสิ่งที่ช่วยผู้ซื้อและผู้ขาย  
ประกอบการตัดสินใจในการเลือกตัวแทนเอสโครว์ตามที่คุณซื้อและผู้ขายต้องการ แต่ในบาง  
สถานการณ์ ผู้ซื้อและผู้ขายก็อาจไม่มีโอกาสที่จะเลือกตัวแทนเอสโครว์ด้วยตนเอง ดังเช่น ใน  
กรณีที่มีการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ซึ่งสถาบันการเงินบางแห่งจะมีหน่วยงานที่ทำหน้าที่ตัว  
แทนเอสโครว์เป็นของตน และจะกำหนดให้ผู้กู้ใช้ตัวแทนเอสโครว์ของตนดำเนินการในการขอ  
สินเชื่อ<sup>4</sup>

### 3.3 หน้าที่ในการจ่ายค่าธรรมเนียมเอสโครว์

ในเรื่องหน้าที่ในการจ่ายค่าธรรมเนียมให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ (escrow fee) นั้น  
กฎหมายมักจะไม่ได้อำหนดเอาไว้ว่าใครจะต้องเป็นผู้จ่าย แต่ตามปกติมักมีประเพณีท้องถิ่นและ  
วิธีปฏิบัติโดยทั่วไปกำหนดไว้ว่า ผู้ซื้อหรือผู้ขายจะเป็นผู้รับภาระในส่วนนี้ ซึ่งตามธรรมเนียม  
ปฏิบัติโดยส่วนใหญ่แล้ว ภาระในเรื่องค่าธรรมเนียมเอสโครว์จะมีการแบ่งครึ่งระหว่างผู้ซื้อและผู้  
ขาย อย่างไรก็ตาม ในบางเวลาหรือในบางท้องที่ คู่สัญญาอาจเจรจาตกลงกันเป็นอย่างอื่นได้  
เช่น ผู้ขายเป็นผู้ออกทั้งหมด หรือผู้ขายจ่ายสองในสาม และผู้ซื้อจ่ายหนึ่งในสาม เป็นต้น

<sup>4</sup> Ibid., p. 26.

#### 4. ขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์

ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ซื้อและผู้ขายส่วนใหญ่มักจะเลือกใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขาย ก็เนื่องจากว่าการใช้ระบบเอสโครว์เป็นการประกันและสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายว่า จะมีการกระทำ 2 อย่างเกิดขึ้นพร้อมกัน (concurrent performance) ซึ่งหมายถึง การที่โฉนดได้รับการบันทึก ในเวลาเดียวหรือในวันเดียวกันกับวันที่เงินได้ถูกปล่อยออกจากเอสโครว์ กล่าวคือ ภายหลังจากที่หนี้ทั้งหมด เช่น หนี้กู้ยืม ค่าธรรมเนียมในการตรวจสอบทรัพย์สิน ค่าใช้จ่ายในการกำจัดปลวก ค่าธรรมเนียมการโอน (title fees) และค่าใช้จ่ายอื่นอื่นได้ถูกจ่ายออกไป นอกจากนี้ เอสโครว์ยังรับประกันว่า เงินที่ถูกส่งไปยังเอสโครว์จะถูกเก็บรักษาไว้อย่างเหมาะสมและเป็นไปตามกฎหมาย<sup>5</sup>

การใช้เอสโครว์จะเกิดขึ้นเมื่อผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ ทำความตกลงผ่านสัญญาที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่มีผลบังคับใช้ตามกฎหมาย ที่จะสละการควบคุม (control) เหนือเงินที่ผู้ซื้อจะต้องชำระเป็นค่าอสังหาริมทรัพย์เพื่อแลกเปลี่ยนกับโฉนดของผู้ขาย ซึ่งการทำความตกลงในลักษณะนี้ทำให้เอสโครว์เป็นกระบวนการในทางกฎหมาย สัญญาหรือความตกลงที่ทำให้เกิดการใช้อเอสโครว์ในการซื้อขายนั้นก็คือ สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์และวางมัดจำ มาตรฐาน (The real estate purchase agreement and deposit receipt) และตามด้วยสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ (escrow instruction) ที่เป็นลายลักษณ์อักษร เอกสารทั้ง 2 ฉบับนี้หากได้จัดทำขึ้นและลงนามโดยตัวการในเอสโครว์ (ผู้ซื้อ ผู้ขาย และบ่อยครั้งที่มีการให้มาร่วมอยู่ด้วย) ศาลจะบังคับให้เสมือนสัญญาที่มีผลผูกพัน (เนื่องจากการทำเอสโครว์เป็นไปตามหลักกฎหมายในเรื่องสัญญา) ในส่วนของหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญานั้น ไม่เพียงแต่ผู้ซื้อและผู้ขายเท่านั้นที่จะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ลงนามเอาไว้ แต่ตัวแทนเอสโครว์ก็จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงดังกล่าวด้วยเช่นกัน โดยปกติ ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่ในการจัดทำข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งเอกสารฉบับนี้จะช่วยทำให้ธุรกรรมต่าง ๆ ของผู้ซื้อและผู้ขายสำเร็จลง แต่ในเอกสารฉบับดังกล่าวมักจะเขียนในทำนองที่ว่า ผู้ซื้อและผู้ขายได้สั่งให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการตามความประสงค์ของตน เพื่อวัตถุประสงค์ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ibid., p. 5.

<sup>6</sup> Ibid.

จากที่กล่าวมาข้างต้นนี้จะเห็นได้ว่า ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น หากผู้ซื้อและผู้ขายต้องการที่จะใช้เอสโครว์ในการซื้อขาย สิ่งที่สำคัญที่สุดคือผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องจัดทำสัญญาซื้อขายและข้อตกลงเอสโครว์ โดยดำเนินการตามขั้นตอนและรายละเอียดที่สำคัญดังต่อไปนี้ คือ

#### 4.1 การจัดทำสัญญาซื้อขาย

การใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขายนั้น ชั้นแรกผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องจัดทำสัญญาซื้อขาย หรือที่เรียกกันว่า “Deposit Receipt” เสียก่อน ในเรื่องของสัญญาซื้อขายนั้น บ่อยครั้งที่ผู้ซื้อและผู้ขายมักมีปัญหาเกี่ยวกับการจัดทำสัญญาซื้อขาย โดยเฉพาะเมื่อผู้ซื้อและผู้ขายไม่มีนายหน้าคอยให้ความช่วยเหลือ โดยปกติแล้วสัญญาซื้อขายนั้นอาจทำได้หลายรูปแบบ แต่ไม่一定会ทำในรูปแบบใดก็ตาม เนื้อหาของสัญญาก็ควรที่จะมีข้อความที่ระบุถึงสิ่งที่เป็นพื้นฐานของธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซื้อและผู้ขายไว้ และในสัญญาก็ควรที่จะระบุถึงวันที่ทำสัญญา และจะต้องได้รับการลงนามโดยทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขาย นอกจากนี้ในสัญญาซื้อขายจะต้องกล่าวถึงรายละเอียดและเงื่อนไขต่าง ๆ ในการซื้อขายอย่างชัดเจน โดยเฉพาะการปฏิบัติหรือการดำเนินการต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และที่สำคัญคือในสัญญาควรที่จะระบุถึงข้อมูลที่สำคัญทั้งหมดที่จะต้องใช้ในการเริ่มกระบวนการเอสโครว์

ในการจัดทำสัญญาซื้อขายนั้น ถึงแม้ว่าทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะสามารถร่างสัญญาด้วยตนเองได้ โดยอาศัยแบบร่างสัญญาที่มีอยู่ แต่แม้สัญญาดังกล่าวจะบรรจุข้อความในเชิงป้องกันความเสียหายและสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายว่าจะเกิดขึ้นไว้ก็ตาม ก็จะเป็นการดีกว่าที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะให้นายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ช่วยดำเนินการให้ แต่ด้วยเหตุที่นายหน้าไม่ได้รับอนุญาตให้กระทำการดังกล่าว ดังนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายจึงอาจใช้สัญญาซื้อขายที่จัดทำไว้แล้วซึ่งได้รับการยอมรับจากทนายความ

ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องการที่จะร่างสัญญาด้วยตนเอง หรือใช้สัญญาซื้อขายที่ได้จัดทำไว้แล้ว การให้ทนายความเป็นผู้ร่างสัญญาให้ก็เป็นอีกทางเลือกหนึ่งสำหรับผู้ซื้อและผู้ขาย และถือเป็นทางเลือกที่จำเป็นสำหรับธุรกรรมที่มีความซับซ้อนขึ้น ทางชายฝั่งทะเลด้านตะวันตกของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ทนายความจะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องกับการร่างสัญญาซื้อขายหรือสัญญาแลกเปลี่ยน เว้นแต่ในบางสถานการณ์ เช่น เมื่ออยู่ในระหว่างขั้นตอนของการพิสูจน์พินัยกรรม อยู่ในระหว่างเป็นคดีความหรือขั้นตอนการหย่า อย่างไรก็ตาม ในทางชายฝั่งด้านตะวันออก ทนายความจะมีบทบาทเป็นอย่างมากในธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ และในบางพื้นที่

ทนายความอาจเป็นทั้งผู้ร่างสัญญาซื้อขาย เป็นผู้ดำเนินการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน และทำหน้าที่ในการจัดเตรียมเอกสารทางกฎหมายที่สำคัญ เช่น หนังสือโอนสิทธิในที่ดิน ตัวสัญญาใช้เงินและเอกสารอื่น ๆ

หลังจากที่ผู้ซื้อและผู้ขายได้จัดทำสัญญาซื้อขายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ขั้นตอนต่อไปก็คือ การเปิดเอสโครว์ (Opening Escrow) โดยการนำสัญญาซื้อขายมากำหนดเป็นข้อตกลงเอสโครว์ (Escrow Instruction) ซึ่งข้อตกลงเอสโครว์นั้น จะมีลักษณะเป็นการกำหนดรายละเอียดต่าง ๆ ที่คู่สัญญามีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกัน ดังนั้นในสัญญาซื้อขายจึงต้องกล่าวถึงรายละเอียดต่าง ๆ อย่างชัดเจน โดยเฉพาะการปฏิบัติหรือการดำเนินการต่าง ๆ ก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งสัญญาซื้อขายที่รัดกุมจะต้องประกอบด้วยรายละเอียดต่าง ๆ ที่สำคัญดังนี้<sup>7</sup>

- (1) ชื่อ-นามสกุล หรือบริษัทของกลุ่มสัญญา และวันที่ทำสัญญาซื้อขาย
  - (2) ลักษณะของทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกัน
  - (3) ราคาซื้อขาย และเงื่อนไขการชำระเงิน
  - (4) จำนวนเงินมัดจำที่ผู้ขายได้รับจากผู้ซื้อ และดอกผลที่เกิดขึ้นกับเงินดังกล่าว
- ในกรณีที่มีการยกเลิกสัญญา
- (5) ทรัพย์สินอื่น ๆ ที่เป็นสังหาริมทรัพย์ที่รวมอยู่ในการซื้อขาย ซึ่งจะต้องระบุให้ชัดเจน (รายการอุปกรณ์ทุกชนิดที่มีอยู่ภายในบ้าน)
  - (6) วันในการปิดเอสโครว์ และผลที่เกิดขึ้นในกรณีที่มีการปิดเอสโครว์ล่าช้า
  - (7) หลักเกณฑ์ต่าง ๆ และจำนวนวันที่ใช้ในการคำนวณ

<sup>7</sup> ยุทธนา สุทธิพงศ์, “การพัฒนาระบบบัญชีคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Account) เพื่อความเป็นธรรม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาบริหารธุรกิจ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539), หน้า 19.

(8) ข้อสัญญาในส่วนของกรณีสัญญาหรือผลที่เกิดขึ้นในกรณีที่คู่สัญญาไม่ปฏิบัติตามสัญญา

(9) วันส่งมอบบ้าน หรือกำหนดเวลาที่ผู้ซื้ออาจเข้าอยู่ได้

(10) หลักเกณฑ์การชำระค่าธรรมเนียมต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นกับการซื้อขาย

#### 4.2 การเปิดเอสโครว์ (Opening Escrow)

ก่อนที่จะทำการเปิดเอสโครว์นั้น จะต้องมีการจัดเตรียมรายละเอียดต่าง ๆ รวมทั้งเอกสารที่จำเป็นที่จะต้องใช้ในการเปิดเอสโครว์ให้แก่บริษัทเอสโครว์ และหลังจากที่มีการส่งมอบเอกสารดังกล่าวให้แก่บริษัทเอสโครว์แล้ว ก็จะเข้าสู่ขั้นตอนของการเปิดเอสโครว์และการดำเนินการกระบวนการเอสโครว์ ดังที่จะกล่าวตามลำดับ ดังต่อไปนี้คือ

##### 4.2.1 สิ่งจำเป็นในการเปิดเอสโครว์

ในการเปิดเอสโครว์นั้น นายหน้าจะต้องจัดเตรียมรายละเอียดที่จำเป็นที่จะต้องใช้ในการเปิดเอสโครว์ไว้ให้กับบริษัทเอสโครว์ ซึ่งรายละเอียดดังกล่าวนั้นก็คือ

- (1) ราคาซื้อขาย
- (2) ประเภทของทรัพย์สินในทางกฎหมายที่ถูกต้อง
- (3) ที่อยู่ที่ถูกต้องของทรัพย์สิน
- (4) ชื่อของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในเอสโครว์ ซึ่งจะต้องระบุให้เต็มและครบถ้วน
- (5) รายละเอียดว่า ผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์อย่างไร
- (6) รายละเอียดเกี่ยวกับผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งรวมถึง ชื่อเต็ม ที่อยู่ หมายเลขโทรศัพท์ รหัสไปรษณีย์ และสถานภาพการสมรส
- (7) รายละเอียดเกี่ยวกับนายหน้า และตัวแทนนายหน้าคนอื่นที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับการซื้อขาย รวมทั้งชื่อ ที่อยู่ รหัสไปรษณีย์ เบอร์โทรศัพท์ และค่าธรรมเนียมการซื้อขาย



(8) ชื่อคู่สัญญาที่จะส่งรายงานการตรวจสอบสิทธิเบื้องต้น (preliminary title report) ไปให้ (ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นผู้ซื้อ ผู้ขาย ผู้ให้กู้ และนายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์)

(9) รายละเอียดเกี่ยวกับรายงานการกำจัดปลวกและแมลง

(10) จำนวนเงินที่อยู่ในความยึดถือของเอสโครว์ (ซึ่งควรจะนำไปฝากไว้ในบัญชีที่ให้ผลตอบแทนในระดับสูง โดยเมื่อคืนเงินดังกล่าว ควรจะได้รับผลตอบแทนที่สูงกว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากการให้บริการนี้)

(11) กรมธรรม์ประกันอัคคีภัยที่ได้รับการชำระเงินเป็นที่เรียบร้อย หรืออาจต้องการที่จะโอนให้กับผู้ซื้อ

(12) รายละเอียดเกี่ยวกับสินเชื่อที่มีอยู่ในปัจจุบันสำหรับทรัพย์สินนั้นอันได้แก่

- ชื่อและที่อยู่ของสถาบันการเงินที่มีส่วนเกี่ยวข้อง
- เงินที่ค้างชำระทั้งเงินต้นและดอกเบี้ยสำหรับสินเชื่อนั้น ๆ ถ้าหากมี
- เงินที่ค้างชำระต่าง ๆ นั้นจะต้องแม่นยำและแน่นอน เพราะอาจมีการรับภาระสินเชื่อต่อโดยผู้ซื้อ หรือเงื่อนไขอื่น ๆ
- หมายเลขบัญชีสินเชื่อนั้น ๆ (สิ่งสำคัญเหล่านี้จะช่วยให้การทำงานของตัวแทนเอสโครว์ง่ายขึ้นเป็นอย่างมาก)

(13) ข้อความเกี่ยวกับภาระผูกพันใหม่ หรือภาระผูกพันที่มีอยู่

(14) อสังหาริมทรัพย์ที่รวมอยู่ในการซื้อขาย (ถ้ามี) ซึ่งรวมถึง เครื่องซักผ้า เครื่องเป่าผม ตู้เย็น เตาอบ และโคมไฟระย้า

(15) ข้อความเกี่ยวกับการเช่า (ถ้ามี) ซึ่งรวมถึงรายชื่อและที่อยู่ของผู้เช่า เงินมัดจำที่มีอยู่จากผู้เช่าแต่ละราย สำเนาสัญญาการเช่าต่าง ๆ ราคาเช่าปัจจุบัน และวันที่ต้องชำระค่าเช่า

(16) รายละเอียดอื่น ๆ ตามที่ผู้ซื้อต้องการ

(17) วันปิดการขาย และ

(18) ใบเสร็จค่าภาษีที่ดินครั้งล่าสุดเพื่อนำไปคิดแบ่งตามสัดส่วน (proration) ที่ผู้ซื้อและผู้ขายต้องชำระ และค่าธรรมเนียมประกันกรรมสิทธิ์ (เอกสารตามข้อนี้อาจเป็นประโยชน์ในการเปิดเอสโครว์แต่ไม่ถือว่าเป็นเอกสารที่จำเป็น)

#### 4.2.2 ขั้นตอนในการเปิดเอสโครว์

เมื่อได้มีการจัดทำสัญญาซื้อขาย และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างตกลงที่จะใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขายกันแล้วก็จะมีการเปิดเอสโครว์ขึ้น ซึ่งการเปิดเอสโครว์นั้นจะเป็นไปตามขั้นตอนดังต่อไปนี้ คือ

1) การเปิดเอสโครว์จะทำโดยการไปยังสำนักงานของบริษัทใดบริษัทหนึ่งซึ่งดำเนินธุรกิจเอสโครว์ และทำการส่งมอบเงินมัดจำ (Deposit Monies) พร้อมทั้งรายละเอียดเกี่ยวกับธุรกรรมที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะกระทำให้แก่บริษัทเอสโครว์ (ในทางตอนใต้ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ตัวแทนเอสโครว์จะขอสำเนาสัญญาทุกฉบับรวมทั้งรายงานการตรวจสอบและเอกสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องมาไว้กับตัวแทนเอสโครว์)

การเปิดเอสโครว์เป็นสิ่งที่ใครก็ตามที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมก็สามารถทำได้ ไม่ว่าจะเป็นผู้ซื้อ ผู้ขาย ผู้ให้กู้ หรือแม้แต่นายหน้าของผู้ซื้อและนายหน้าของผู้ขาย แต่โดยปกตินายหน้าของผู้ซื้อหรือนายหน้าของผู้ขายจะเป็นผู้ที่มีความคุ้นเคยกับกระบวนการเอสโครว์มากที่สุด จึงอาจเป็นผู้ริเริ่มและดำเนินการเปิดเอสโครว์ แต่ก็ไม่จำเป็นว่านายหน้าเท่านั้นที่จะดำเนินการเปิดเอสโครว์ บุคคลอื่นก็สามารถทำได้เช่นกัน แต่ในทางปฏิบัติตามประเพณีของท้องถิ่น นายหน้า (ของฝ่ายผู้ซื้อหรือผู้ขาย) จะเป็นผู้ดำเนินการเปิดเอสโครว์<sup>8</sup>

ในการซื้อขายที่ดินที่มีนายหน้าเป็นผู้ดำเนินการให้การขายสำเร็จ นายหน้ามักจะเป็นเพียงผู้เดียวที่ติดต่อกับตัวแทนเอสโครว์ โดยปกติการติดต่อกับตัวแทนเอสโครว์สามารถติดต่อผ่านทางไปรษณีย์ หรือโดยทางโทรศัพท์ก็ได้ ในบางพื้นที่ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย การเปิดเอสโครว์จะทำโดยทางโทรศัพท์ เมื่อนายหน้าได้ให้รายละเอียดที่สำคัญเกี่ยวกับการขายให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ และบริษัทเอสโครว์ได้รับเช็คที่ส่งมอบโดยคนส่งเอกสาร (messenger)

<sup>8</sup> Lois kadosh and Gary Beckner, California real estate escrow, pp. 26-27.

2) หลังจากเปิดเอสโครว์แล้ว บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) จะนำเงินมัดจำที่ผู้ซื้อได้วางไว้ไปฝากไว้กับธนาคาร โดยใช้บัญชีพิเศษที่เรียกว่า special bank trust account ซึ่งบัญชีนี้มีไว้สำหรับเก็บเงินที่คู่สัญญาส่งมอบให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ในระหว่างการทำหน้าที่เกี่ยวกับการปิดการขาย หรือในหน้าที่อื่น ๆ ตามที่ได้รับมอบหมายจากคู่สัญญาเท่านั้น ตัวแทนเอสโครว์จะนำเงินในบัญชีดังกล่าวไปใช้เป็นประโยชน์ส่วนตัว หรือเพื่อบุคคลอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องกับเอสโครว์รายนั้นไม่ได้

3) ต่อจากนั้น ตัวแทนเอสโครว์จะจัดเตรียมเอกสารการกำหนดสิทธิและหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ (escrow instruction) โดยยึดตัวสัญญาจะซื้อจะขายเป็นหลัก เพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายลงนาม ซึ่งเอกสารดังกล่าวจะเป็นการกำหนดหน้าที่หรือการแต่งตั้ง (instruction) ตัวแทนเอสโครว์ให้ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ เอกสารฉบับนี้จะเป็นการผูกมัดการเป็นตัวแทนระหว่างตัวแทนเอสโครว์กับผู้ขายและระหว่างตัวแทนเอสโครว์กับผู้ซื้อ ในเอกสารฉบับนี้จะมีการระบุรายละเอียดเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีการกำหนดว่าคู่สัญญาในสัญญาจะซื้อจะขายจะต้องทำอะไรบ้างก่อนที่จะมีการส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) ให้แก่ผู้ซื้อ ส่วนไหนเป็นภาระของผู้ซื้อ ส่วนไหนเป็นภาระของผู้ขาย และหลักฐานที่ควรจะได้มาประกอบการพิจารณาเพื่อให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ทั้งสองฝ่ายเรียกร้องให้ทำ เช่น ในเรื่องกรรมสิทธิ์ในโฉนด จำนวนเงินที่ติดจำนอง หรือขั้นตอนการก่อสร้างซ่อมแซมที่ต้องสร้างแล้วเสร็จตามที่ระบุไว้ในสัญญา วันเวลาที่ระบุไว้ในสัญญามักจะถือเป็นสาระสำคัญที่ละเมิดมิได้

4) ในเรื่องกรรมสิทธิ์และภาระที่ผูกพันในที่ดิน หรือสิ่งผูกพันที่อาจลดรองสิทธิความเป็นเจ้าของนี้ ตัวแทนเอสโครว์จะต้องดำเนินการให้มีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์เกี่ยวกับที่ดิน (Title Search) โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้สั่งให้บริษัทกรรมสิทธิ์ (Title Company) ทำการตรวจสอบสิทธิ และจัดทำรายงานเบื้องต้น (Preliminary Title Report) ซึ่งเป็นรายงานการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ทำการซื้อขายกันนี้ เพื่อให้แน่ใจว่าผู้ขายเป็นเจ้าของที่แท้จริง และให้ผู้ซื้อทราบว่ามีรายละเอียดอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ในโฉนดที่จะมีผลต่อผู้ซื้อตรงตามที่ได้ระบุไว้ในสัญญาซื้อขายหรือไม่

ถ้าในการซื้อขายนั้นจะต้องมีการชำระหนี้เกี่ยวกับที่ดิน (เช่นที่ดินติดจำนองอยู่) ตัวแทนเอสโครว์จะต้องติดต่อกับเจ้าหนี้เพื่อขอทราบว่ามีหนี้ค้างอยู่เท่าใด เพื่อเตรียมการไถ่ถอนจำนอง ซึ่งเจ้าหนี้จะเข้าทำข้อตกลงกับตัวแทนเอสโครว์ เกี่ยวกับการส่งมอบเอกสารเพื่อการไถ่ถอนจำนองให้ไว้กับตัวแทนเอสโครว์ แต่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องไม่ส่งมอบเอกสารเพื่อใช้ในการ

ไถ่ถอนจำนองให้แก่ผู้ขาย (ผู้จำนอง) จนกว่าตัวแทนเอสโครว์จะส่งเงินที่ผู้ขายเป็นหนี้ให้แก่เจ้าหนี้ แต่ถ้าผู้ซื้อตกลงว่าจะรับชำระหนี้จำนองนั้นเอง ตัวแทนเอสโครว์จะต้องขอทราบจำนวนเงินที่ยังเป็นหนี้อยู่ พร้อมทั้งขอเอกสารที่จะให้ผู้ซื้อลงนาม (เช่นสัญญาจำนอง)

เมื่อมีการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะส่งผลการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินนั้นให้แก่ผู้ซื้อหรือทนายความของผู้ซื้อตรวจดูเพื่อให้ความเห็นชอบ ส่วนผู้ขายจะต้องนำเอกสารที่เกี่ยวกับการประกันภัยทรัพย์สิน และเอกสารเกี่ยวกับการชำระภาษีที่ดินมามอบให้กับตัวแทนเอสโครว์ เพื่อนำไปใช้ประกอบการจัดทำบัญชีรายได้รายจ่ายที่เกิดจากทรัพย์สินที่ขายนั้น เพื่อนำมาหักลบยอดเงินที่จะต้องชำระให้แก่กันในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย (proration)

5) ในกรณีที่ที่ดินมีผู้เช่าอยู่ ผู้ขายจะต้องส่งมอบสัญญาเช่า และหนังสือที่แจ้งให้ผู้เช่าทราบถึงการเปลี่ยนเจ้าของทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ด้วย และให้ผู้ขาย (ปกติเป็นทนายความของผู้ขาย) จัดทำหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) ให้ผู้ขายลงชื่อ แล้วจัดส่งให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ (ในบางมลรัฐตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้จัดทำหนังสือดังกล่าวเอง)

เมื่อมีการส่งมอบเอกสารต่าง ๆ ให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว ถ้าหลังจากนั้นผู้ขายตายหรือทำการสมรส หรือเป็นผู้ไร้ความสามารถตามกฎหมายก่อนที่ตัวแทนเอสโครว์จะดำเนินการตามหน้าที่เสร็จสมบูรณ์ หนังสือโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินก็ยังสามารถใช้โอนที่ดินไปยังผู้ซื้อได้

#### 4.2.3 การจัดทำบัญชีรายได้รายจ่ายที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ซื้อขาย (Prorating at the closing)<sup>9</sup>

##### 1) เหตุผลที่จะต้องมีการทำบัญชี proration

ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือว่า ผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดินเพียงแค่วันก่อนวันปิดการขายเท่านั้น ดังนั้นผู้ขายจึงไม่มีสิทธิที่จะรับรายได้ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินนั้นหลังจากวันปิดการขาย และในทางกลับกัน หากผู้ขายได้ชำระเงินใด ๆ ล่วงหน้าเลยวันปิดการขายไป ผู้ขายก็จะต้องได้รับเงินคืนจากผู้ซื้อ ดังนั้นตัวแทนเอสโครว์จึงต้องจัดทำบัญชีรายได้และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากทรัพย์สินที่จะทำการปิดการขาย เพื่อจะได้

<sup>9</sup> วสันต์ กิจบำรุง, “เอสโครว์ (Escrow) คืออะไร เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินอย่างไร,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ทราบยอดสุทธิว่า ฝ่ายใดจะได้รับหรือจะต้องจ่ายเงินเพิ่มเติมอีกเท่าใด โดยสิ่งที่จะนำมาคำนวณในการทำบัญชีรายได้รายจ่าย (proration) นี้ได้แก่ ค่าเบี้ยประกันภัย (property insurance premiums) ภาษีทรัพย์สิน (property tax) (เทียบได้กับภาษีบำรุงท้องที่และภาษีโรงเรือนและที่ดินของไทย) ดอกเบี้ยที่จะต้องชำระในกรณีที่ผู้ซื้อยอมรับชำระหนี้จำนองแทนผู้ขาย (accrued interest of assumed loans) และจะต้องนำค่าเช่าหรือทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวข้องกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จะโอนกันมาคิดคำนวณ เช่น ถ้าบ้านที่จะทำการซื้อขายมีเครื่องทำความร้อนแบบใช้น้ำมัน และถ้าในถังน้ำมันมีน้ำมันเหลืออยู่ ก็จะต้องคิดราคาน้ำมันที่อยู่ในถังเมื่อทำการโอนที่ดินด้วย นอกจากนี้ก็ต้องคิดค่าใช้จ่ายด้านสาธารณูปโภคที่เจ้าของเก่าใช้ไป (เช่น ค่าไฟฟ้า ค่าน้ำประปา) แต่ยังไม่ได้ชำระเงินเพราะยังไม่ถึงเวลาเรียกเก็บเงิน

## 2) การกำหนดวันที่จะใช้เป็นฐานในการคำนวณเพื่อทำบัญชี proration

ในการทำบัญชี proration นั้น ไม่จำเป็นต้องกำหนดให้ใช้วันทำการปิดการขายเป็นฐานในการคำนวณการทำบัญชี proration เสมอไป แต่อาจใช้วันอื่นแทนก็ได้ เช่น ให้ใช้วันก่อนวันทำการปิดการขาย หรืออาจใช้วันอื่นซึ่งถือกันเป็นประเพณีของท้องถิ่นก็ได้ แต่ในทางทฤษฎีนั้นจะถือว่าผู้ซื้อเป็นเจ้าของใหม่เริ่มตั้งแต่วันที่ปิดการขาย

## 3) วิธีการคิดยอดเงินบางประเภทในการทำบัญชี proration

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ในการจัดทำบัญชีรายได้และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากที่ดินที่จะทำการปิดการขาย เพื่อที่จะทราบว่าฝ่ายผู้ซื้อหรือผู้ขายจะได้รับหรือจะต้องจ่ายเงินเพิ่มเติมอีกเท่าใด โดยสิ่งที่จะนำมาคำนวณในการจัดทำบัญชีรายได้รายจ่ายจะได้แก่ค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ดังต่อไปนี้คือ

### (1) การประกันวินาศภัย (Hazard Insurance)

เนื่องจากผู้ขายอาจทำการประกันภัยทั้งด้านอัคคีภัย วาตภัย และอุทกภัยไว้ และผู้ขายได้เสียเบี้ยประกันภัยล่วงหน้าไปก่อนแล้ว โดยครอบคลุมไปถึงช่วงเวลาภายหลังการซื้อขายด้วย เมื่อมีการขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ซื้อจึงอาจขอให้ผู้ขายโอนสิทธิในการเอาประกันภัยให้แก่ตนได้ แต่ผู้ขายก็มักจะขอให้ผู้ซื้อจ่ายเงินชดเชยค่าเบี้ยประกันให้แก่ผู้ขายสำหรับระยะเวลาส่วนที่ให้ความคุ้มครองผู้ซื้อ เช่น ถ้าผู้ขายจ่ายเบี้ยประกันไป 180 ดอลลาร์ เพื่อเป็นค่าประกัน 1 ปี แต่ในวันปิดการขายระยะเวลาผ่านไปแค่ 6 เดือน ถ้าผู้ซื้อต้องการให้ผู้ขายโอนสิทธิในการประกันให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายก็มีสิทธิขอให้ผู้ซื้อจ่ายค่าเบี้ยประกันคืนให้ 90 ดอลลาร์



## (2) ค่าดอกเบี้ย (Loan interest)

ในกรณีที่ผู้ซื้อตกลงจะรับชำระหนี้จำนวนที่ผู้ขายค้างชำระต่อผู้รับจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้น (assume an existing loan) ก็มีความจำเป็นที่จะต้องมีการคิดบัญชีจำนวนดอกเบี้ยที่ยังค้างชำระอยู่ เช่น ถ้าตกลงกันว่าผู้ซื้อจะรับหนี้จำนวนที่ยังเหลืออยู่ 31,111 ดอลลาร์ ซึ่งเสียดอกเบี้ย 9 เปอร์เซ็นต์ต่อปีในขณะที่ทำการปิดการขาย และกำหนดวันชำระหนี้ทุกวันที่ 10 ของเดือน ถ้าผู้ซื้อผู้ขายตกลงจะทำการปิดการขายกันในวันที่ 3 กรกฎาคม วิธีการคิดจะเป็นดังนี้คือปกติการเสียดอกเบี้ยจะเป็นการเสียย้อนหลัง ถ้าเป็นการชำระรายเดือน ผู้ซื้อก็ต้องชำระเมื่อครบเดือนนับแต่ก่อน เช่น ถ้าทำสัญญาด้วยกันเมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ในกรณีนี้จะต้องชำระดอกเบี้ยในวันที่ 10 ของทุกเดือน ผู้ซื้อก็ต้องชำระหนี้และดอกเบี้ยในจำนวนเงิน 31,111 ดอลลาร์ โดยคิดจากวันที่ 10 มิถุนายน ถึงวันที่ 9 กรกฎาคม แต่เนื่องจากผู้ซื้อผู้ขายตกลงจะทำการปิดการขายในวันที่ 3 กรกฎาคม ผู้ขายจึงเป็นเจ้าของที่ดินถึงแต่วันที่ 2 กรกฎาคม ซึ่งถ้านับจากวันที่ 10 มิถุนายน ถึงวันที่ 2 กรกฎาคม ก็จะเป็นเวลา 23 วัน ในวันปิดการขาย ผู้ขายจึงต้องชำระเงินค่าดอกเบี้ยเพียง 23 วัน ให้แก่ผู้ซื้อเพื่อนำไปให้แก่ผู้ให้กู้ เมื่อหนี้รายนี้คิดดอกเบี้ยร้อยละ 9 ต่อปี จึงต้องชำระดอกเบี้ย 233.33 ดอลลาร์ต่อเดือน ซึ่งเท่ากับวันละ 7.777 ดอลลาร์ (ถ้าตามประเพณีของรัฐนั้นคิด 30 วันเป็นหนึ่งเดือน) ผู้ขายก็จะต้องชำระให้แก่ผู้ซื้อเป็นเงิน 178.89 ดอลลาร์ (23 คูณ 7.777) ดอลลาร์ (แต่ในทางปฏิบัติจะไม่มีการชำระกันที่ละยอดแต่จะนำไปหักลบบัญชีกับรายการอื่น ๆ )

## (3) ค่าเช่า (Rents)

เป็นประเพณีในประเทศสหรัฐอเมริกาที่จะนำค่าเช่าที่เกิดจากการให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ที่จะทำการปิดการขายนั้นมาหักลบบัญชีกัน โดยคิดเป็นเป็นรายวันตามจำนวนวันของเดือนที่ทำการปิดการขาย เช่น สมมติว่าที่ดินที่ซื้อขายกันนั้นมีคนอื่นเช่าอยู่ในอัตราเดือนละ 450 ดอลลาร์และต้องชำระค่าเช่าล่วงหน้าในวันที่ 1 ของทุกเดือน ถ้าในกรณีทำการปิดการขายในวันที่ 3 กรกฎาคม ผู้ขายจะต้องจ่ายเงินค่าเช่าที่รับมาคืนให้แก่ผู้ซื้อ โดยคิดหักจากจำนวนวันที่ผู้ขายมีสิทธิในเงินค่าเช่านั้น (คือคิดว่าผู้ขายมีสิทธิในเงินค่าเช่าเพียงถึงวันที่ 2 เท่านั้น ไม่มีสิทธิรับค่าเช่าไว้ทั้งเดือน) แต่เมื่อมีการรับค่าเช่าล่วงหน้ามาแล้วทั้งเดือนจึงต้องจ่ายเงินค่าเช่าที่รับมาแล้วให้แก่ผู้ซื้อโดยคิดเป็นจำนวน 29 วัน (เนื่องจากเดือนกรกฎาคมมี 31 วัน) จึงคิดเป็นค่าเช่าวันละ 14.516 ดอลลาร์ (450 หารด้วย 31) จึงเป็นเงินที่ผู้ขายจะต้องจ่ายให้แก่ผู้ซื้อเป็นเงินรวมกัน 420.96 ดอลลาร์ (14.516 คูณ 29)

## (4) ภาษีทรัพย์สิน (property tax)

การคิดยอดเงินเกี่ยวกับภาษีทรัพย์สิน (อาจเทียบได้กับภาษีบำรุงท้องที่และภาษีโรงเรือนและที่ดินของไทย) จะต้องจัดทำทุกครั้งที่มีการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน จำนวนเงินที่จะนำมาคิดหักลบบัญชีกัน จะขึ้นอยู่กับจำนวนภาษีที่จะต้องชำระให้แก่ทางราชการว่าได้มีการชำระไปแล้วหรือค้างอยู่เท่าใด และครอบคลุมช่วงเวลาใด เพราะการชำระภาษีทรัพย์สินนั้นเป็นการชำระทุกปี แต่เวลาในการชำระอาจแตกต่างกันไปแล้วแต่ท้องที่ เช่น บางแห่งอาจให้ชำระตอนต้นปีภาษี บางแห่งก็ให้ชำระกลางปีภาษี และบางแห่งต้องชำระเมื่อสิ้นปีภาษี แต่เกือบทุกแห่งจะกำหนดให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ชำระภาษีทรัพย์สินในช่วง 6 เดือนแรกหรือช่วง 6 เดือนหลังของปีภาษีก็ได้ ในการคิดหักภาษีทรัพย์สินในประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีความยุ่งยากอยู่ประการหนึ่งคือ ปกติในวันทำการปิดการขายนั้น ผู้ซื้อและผู้ขายจะยังไม่รู้ว่าในปีนั้นจะต้องเสียค่าภาษีทรัพย์สินเป็นจำนวนเท่าใดแน่ (เพราะภาษีทรัพย์สินขึ้นอยู่กับราคาประเมินทรัพย์สินด้วย ถ้าในปีนั้นกำลังทำการเปลี่ยนแปลงราคาประเมินอยู่และยังไม่เสร็จ ก็จะทำให้ไม่รู้ว่าจะที่ดินแปลงนั้นต้องเสียภาษีเท่าใด นอกจากนี้ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น หน่วยงานปกครองท้องถิ่น เช่น เทศบาล จะสามารถกำหนดการทำโครงการและงบประมาณต่าง ๆ ได้โดยอิสระตามความเหมาะสมของท้องถิ่นเอง ถ้าในปีใดต้องการทำโครงการมากและต้องใช้จ่ายเงินมาก ก็อาจต้องเรียกเก็บภาษีทรัพย์สินมากกว่าปีก่อน ๆ ได้ จึงทำให้การกำหนดจำนวนภาษีทรัพย์สินไม่แน่นอนตายตัวทุกปีไป ต้องรอให้ทางราชการแจ้งจำนวนภาษีที่ต้องเสียก่อน) ทางแก้ในเรื่องนี้คือให้ใช้จำนวนภาษีของปีที่แล้วเป็นฐานในการคำนวณก็จะพอได้ข้อมูลที่ใกล้เคียงที่สุด สมมติว่าการซื้อขายที่ดินรายนี้อยู่ในรัฐที่มีปีภาษีเริ่มต้นวันที่ 1 กรกฎาคม ซึ่งจะครบปีภาษีในวันที่ 30 มิถุนายนของปีถัดไป ถ้าทางราชการได้ส่งใบเรียกเก็บภาษีครั้งแรกในตอนต้นเดือนพฤศจิกายน โดยให้ชำระในวันที่ 10 ธันวาคม และให้ส่งภาษีงวดครึ่งปีหลังในวันที่ 10 เมษายน ถ้าสมมติว่าการปิดการซื้อขายจะทำการกันในวันที่ 5 กันยายน การคิดคำนวณภาษีเพื่อนำมาหักลบบัญชีกันจะเป็นดังนี้ สมมติว่าปีที่แล้วเสียภาษี 1,080 ดอลลาร์ (เฉลี่ยเดือนละ 90 ดอลลาร์ หรือวันละ 3 ดอลลาร์) จำนวนวันที่จะต้องนำมาคิดเงินเพื่อหักลบบัญชีกันคือนับแต่วันที่ 1 กรกฎาคม ถึงวันที่ 4 กันยายน (ซึ่งเป็นวันสุดท้ายที่ผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดิน) ซึ่งเท่ากับสองเดือนกับอีก 4 วัน จึงคิดเป็นเงินภาษีทรัพย์สินที่ผู้ขายจะต้องเสียในช่วงเวลาดังกล่าว 192 ดอลลาร์ (90+90+12) เงินจำนวนนี้ผู้ขายต้องเสียให้แก่ผู้ซื้อ เนื่องจากว่าผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดินเพียงแค่วันวันที่ 4 กันยายน แต่เนื่องจากผู้ซื้อจะต้องชำระภาษีทรัพย์สินในวันที่ 10 ธันวาคม โดยคิดภาษีตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคมจนถึงเดือนธันวาคม แต่ถ้ามีความเป็นไปได้ว่าภาษีในช่วงที่จะต้องชำระนั้น

เปลี่ยนแปลงจากปีก่อนมาก ผู้ซื้อและผู้ขายอาจตกลงกันว่าเมื่อผู้ซื้อได้รับแจ้งจำนวนเงินที่จะต้องชำระภาษีทรัพย์สินในปีนั้นแล้ว ผู้ซื้อสามารถคิดเงินเพิ่มเติมจากผู้ขายในภายหลังก็ได้

#### 4.3 การทำข้อตกลงเอสโครว์ (Escrow Instruction)

ข้อตกลงเอสโครว์นั้น คือ แนวทางปฏิบัติที่ระบุเป็นลายลักษณ์อักษรจากตัวการทุกฝ่ายไปสู่บุคคลที่สาม ซึ่งเรียกว่า ตัวแทนเอสโครว์ ในการที่จะปฏิบัติภารกิจที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุถึงข้อตกลงของฝ่ายตัวการ ในข้อตกลงเอสโครว์จะระบุถึงเงื่อนไขทั้งหมดที่คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามก่อนที่จะทำการปิดเอสโครว์ นอกจากนี้ในข้อตกลงเอสโครว์จะกำหนดว่า ใครจะเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายในส่วนใด และจะมอบหมายให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการแจกจ่ายเงินที่ได้ฝากไว้ให้กับคู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิได้รับ และทำการบันทึกเอกสารที่สำคัญเพื่อเป็นการปิดเอสโครว์หลังจากที่เงื่อนไขต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติแล้ว

ในส่วนของการจัดทำข้อตกลงเอสโครว์นั้น โดยปกติตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้ดำเนินการจัดทำข้อตกลงเอสโครว์ แต่ในบางครั้งตัวการ (หรืออาจเป็นทนายความของตัวการ) ก็อาจเป็นผู้ร่างข้อตกลงดังกล่าวเองได้ แต่การร่างนั้นจะต้องเป็นไปตามที่ตัวแทนเอสโครว์ได้กำหนดไว้ นอกจากนี้ ในการจัดทำข้อตกลงเอสโครว์นั้น จะต้องทำเป็นหนังสือและลงนามโดยคู่สัญญาทุกฝ่ายที่จะต้องส่งข้อตกลงเอสโครว์ให้ ในทางปฏิบัติโดยทั่วไป บริษัทเอสโครว์ส่วนใหญ่จะมีแบบฟอร์มของข้อตกลงเอสโครว์ที่เป็นมาตรฐานอยู่แล้ว ซึ่งตัวแทนเอสโครว์จะใช้แบบฟอร์มดังกล่าวเพื่อความสะดวกในการดำเนินการเอสโครว์ แต่ในบางครั้งทนายความผู้เป็นตัวแทนของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอาจต้องการที่จะร่างข้อตกลงเอสโครว์เอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่แบบฟอร์มดังกล่าวไม่ครอบคลุมถึงข้อสัญญาบางข้อในธุรกรรมที่ซับซ้อน<sup>10</sup>

การทำข้อตกลงเอสโครว์ในแต่ละท้องถิ่นจะมีความแตกต่างกัน ในทางตอนใต้ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย โดยปกติถือเป็นประเพณีที่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะลงชื่อในข้อตกลงเอสโครว์ฉบับเดียวกันทั้งสองคน (bilateral instruction forms) แต่ในทางตอนเหนือของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจะมีการทำข้อตกลงเอสโครว์ในเอกสารคนละฉบับ (unilateral instruction forms) โดยให้ผู้ซื้อและผู้ขายลงนามคนละฉบับ แต่เอกสารทั้งสองฉบับจะมีข้อความเหมือนกันหรือสอดคล้อง

<sup>10</sup> Lois kadosh and Gary Beckner, California real estate escrow, pp. 147-148.

กัน<sup>11</sup> แต่ไม่ว่าข้อตกลงเอสโครว์จะจัดทำในรูปแบบใดก็ตาม ในเนื้อหาของข้อตกลงเอสโครว์จะต้องมีรายละเอียดหรือสาระสำคัญอย่างน้อยดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อและลายมือชื่อของผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ พร้อมทั้งที่อยู่ของคู่สัญญา
- (2) วันที่ทำสัญญา
- (3) สถานที่ทำสัญญา
- (4) การบรรยายถึงลักษณะของธุรกรรม และวัตถุประสงค์ของการทำเอสโครว์
- (5) ประเภทของสิทธิที่จะทำการโอน
- (6) การกำหนดระยะเวลาในการทำเอสโครว์
- (7) วันที่ใช้ในการปิดเอสโครว์
- (8) ข้อตกลงที่แสดงถึงการฝากทรัพย์สินตามเวลาที่ได้ระบุไว้
- (9) การให้อำนาจในการรับเงินและเอกสาร
- (10) รายการเอกสารหรือเงินที่จะต้องจัดส่งให้อยู่ในความดูแลของตัวแทนเอสโครว์ โดยระบุว่าหน้าที่ในการฝากเอกสารดังกล่าวเป็นของฝ่ายใด
- (11) วิธีและเวลาในการส่งมอบเงิน
- (12) เงื่อนไขที่จะต้องทำให้เสร็จก่อนที่ตัวแทนเอสโครว์จะส่งมอบสิ่งที่ฝากไว้ในเอสโครว์
- (13) การจัดทำบัญชีแสดงรายการที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องชำระหรือหักลบบัญชีในเงินที่จะต้องจ่ายให้แก่กัน (proration)
- (14) ค่าใช้จ่ายที่จะต้องจ่ายคืนให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งได้แก่ เงินที่ตัวแทนเอสโครว์ได้ท่ตรงจ่ายไปก่อน

---

<sup>11</sup> วสันต์ กิจบำรุง, “เอสโครว์ (Escrow) คืออะไร เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินอย่างไร,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

- (15) ค่าจ้างตัวแทนเอสโครว์
- (16) วันที่จะให้ผู้ซื้อเข้าทำการครอบครองทรัพย์สิน (ถ้าไม่ได้ระบุไว้ให้ถือวันที่ทำการปิดการขาย)
- (17) การกำหนดสังหาริมทรัพย์ที่จะให้โอนรวมไปด้วย
- (18) การกำหนดบริษัทที่จะรับประกันสิทธิในที่ดิน
- (19) ระยะเวลาที่อนุญาตให้ผู้ขายได้แก้ไขปัญหาในเรื่องของกรรมสิทธิ์
- (20) การคืนทรัพย์สินที่ฝากไว้ให้แก่ฝ่ายที่ควรได้รับ เมื่อพบว่าปัญหาในเรื่องของกรรมสิทธิ์แก้ไขไม่ได้

### การแก้ไขเปลี่ยนแปลงข้อตกลงเอสโครว์

ข้อตกลงเอสโครว์ก็คือสัญญาอย่างหนึ่ง ดังนั้นคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดจึงไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกสัญญาได้โดยที่คู่สัญญาฝ่ายอื่น ๆ ไม่ยินยอม ในกรณีที่มีคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งพยายามที่จะยกเลิกสัญญาและเรียกร้องให้ส่งมอบสิ่งที่ได้ฝากไว้คืน ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเพิกเฉยต่อการเรียกร้องเช่นนั้น<sup>12</sup>

### การตีความสาระสำคัญของข้อตกลงเอสโครว์

ในกรณีที่เกิดความขัดแย้งในเรื่องของการตีความสาระสำคัญของข้อตกลงเอสโครว์ที่ไม่สอดคล้องกัน โดยปกติแล้วตัวแทนเอสโครว์จะไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ซึ่งหากปัญหาดังกล่าวยังไม่คลี่คลายไปในทางที่ดี ตัวแทนเอสโครว์จะต้องนำเรื่องขึ้นสู่การพิจารณาของศาลเพื่อตัดสิน โดยขั้นตอนต่าง ๆ ในกระบวนการพิจารณาคดีนี้ ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่นำเสนอเอกสารและเงินที่เกี่ยวข้องทั้งหมดขึ้นสู่ศาล และจะร่วมกับคู่กรณีในการให้การต่อศาลว่า ปัญหาที่เกิดขึ้นทั้งหมดนั้นตัวแทนเอสโครว์ไม่สามารถแก้ไขหรือตัดสินใจใด ๆ ได้ เมื่อศาลได้พิจารณา

<sup>12</sup> Frank Gibson, James Karp and Elliot Klayman, Real estate law, 3 rd ed. (n.p. : Real estate Education , n.d.), p. 327.



และพิพากษาแล้ว ก็ถือว่ามีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย<sup>13</sup> ดังนั้น หากคู่สัญญาไม่ต้องการที่จะให้เกิดปัญหาดังกล่าว จึงควรจัดทำข้อตกลงเอสโครว์ให้มีความชัดเจนและไม่กำกวม

ข้อตกลงเอสโครว์หรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ อาจเป็นสัญญาเพียงฉบับเดียวเท่านั้นที่คู่สัญญาได้ทำกันขึ้น โดยไม่ได้มีการจัดทำสัญญาซื้อขายกันแต่อย่างใด และเมื่อมีการทำสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์และคู่สัญญาได้ลงลายมือชื่อเรียบร้อยแล้ว ก็ถือว่าได้ทำถูกต้องตามกฎหมายแล้ว\* และจะถือเป็นสัญญาซื้อขายได้ เหตุที่เป็นเช่นนี้เพราะบ่อยครั้งที่มีการตั้งตัวแทนเอสโครว์กันทั้ง ๆ ที่ยังไม่มีการทำสัญญาซื้อขายกันมาก่อนแต่อย่างใด แต่หากมีการทำสัญญาซื้อขายแล้ว และตัวแทนเอสโครว์ได้รับสัญญานั้นไว้ ถ้าสาระสำคัญในสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ไม่เป็นไปตามสัญญาซื้อขาย ตัวแทนเอสโครว์อาจต้องรับผิดชอบหากเกิดความเสียหายขึ้น หรือในกรณีตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนสัญญาดังกล่าว ตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นกับตัวการ

#### กรณีที่สัญญาซื้อขายขัดแย้งกับข้อตกลงเอสโครว์

ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์จะถูกผูกมัดให้ปฏิบัติตามข้อกำหนดในข้อตกลงเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์ไม่อาจปฏิเสธการปฏิบัติตามความตกลงดังกล่าวได้ไม่ว่าในกรณีใด ๆ และหากมีข้อขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างข้อความในสัญญาซื้อขายและข้อตกลงเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะถูกผูกมัดให้ต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ เนื่องจากว่าข้อตกลงเอสโครว์ได้ทำขึ้นภายหลัง ซึ่งเท่ากับเป็นการแสดงเจตนาหลังสุด ดังนั้น การจัดการเอกสารและเงินที่ถูกฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์จึงต้องถูกกำกับโดยข้อตกลงเอสโครว์ ในกรณีที่มีการแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเอสโครว์ และการแก้ไขนั้นมีความขัดแย้งกับสัญญาเดิมก็ให้ถือเอาสัญญาฉบับหลังเป็นหลัก

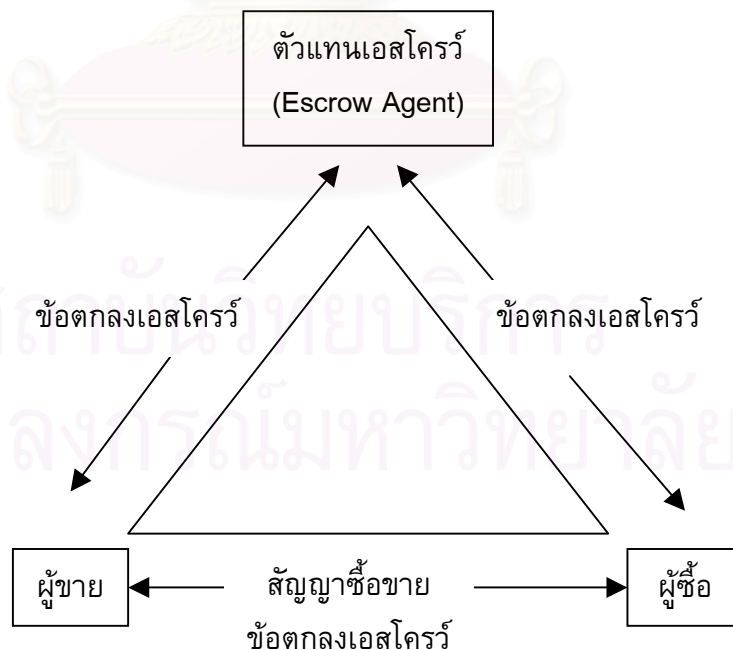
<sup>13</sup> อานันท์ ไม้พุ่ม, “แนวความคิดระบบองค์กรกลางในเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์,” (วิทยานิพนธ์ปริญญา มหาบัณฑิต ภาควิชาเคหการ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537), หน้า 8.

\* กฎหมายดังกล่าวก็คือ State of Frauds ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดให้การทำสัญญาบางอย่าง โดยเฉพาะอย่างยิ่งสัญญาเกี่ยวกับที่ดินจะต้องทำเป็นหนังสือ

#### 4.4 ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในเอสโครว์

ในเรื่องความสัมพันธ์ของคู่สัญญา ซึ่งได้แก่ ผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์ถือเป็นตัวแทนร่วมของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย แต่เมื่อได้มีการดำเนินการตามเงื่อนไขต่าง ๆ ตามข้อตกลงเอสโครว์ (escrow instruction) เป็นที่เรียบร้อยแล้ว สถานภาพของตัวแทนเอสโครว์จะเปลี่ยนไป โดยจะมีฐานะเป็นตัวแทนของแต่ละฝ่ายโดยทันที กล่าวคือ จะเป็นตัวแทนของผู้ขายในการรับมอบเงินค่าที่ดิน และเป็นตัวแทนของฝ่ายผู้ซื้อในการรับมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) การแยกฐานะของตัวแทนเอสโครว์เช่นนี้มีความสำคัญ เนื่องจากว่าหากตัวแทนเอสโครว์ยกยอกเงินก่อนที่การโอนจะสำเร็จ ผู้ซื้อจะเป็นผู้เสียหาย แต่หากว่ามีการยกยอกเงินหลังจากการโอนเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ขายจะเป็นผู้เสียหาย เพราะว่าเงินที่ตัวแทนเอสโครว์ถืออยู่นั้นเป็นเงินของผู้ขายแล้ว

ความสัมพันธ์ของคู่สัญญาในเอสโครว์ ซึ่งได้แก่ ผู้ซื้อ ผู้ขาย และตัวแทนเอสโครว์ ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเป็นดังต่อไปนี้ คือ



### 1) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายจะเป็นไปตามสัญญาซื้อขายและข้อตกลงเอสโครว์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายได้ทำไว้ ซึ่งจะมีผลผูกพันคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนี้คือ

- (1) คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามสัญญาซื้อขายและข้อตกลงเอสโครว์
- (2) คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขสัญญาซื้อขายหรือข้อตกลงเอสโครว์โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมนั้นไม่ได้
- (3) ในกรณีที่ผู้ขายผิดนัดหรือไม่ปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย ผู้ซื้ออาจฟ้องผู้ขายให้ทำการชำระหนี้โดยเฉพาะเจาะจง (specific performance) ซึ่งศาลอาจบังคับให้ผู้ขายปฏิบัติตามสัญญาต่อไปและทำการส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อ
- (4) กรณีที่ผู้ซื้อผิดนัด ผู้ขายมีสิทธิจะฟ้องเรียกได้แต่เฉพาะค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินเท่านั้น (monetary damages) ผู้ขายไม่สามารถบังคับให้ผู้ซื้อปฏิบัติตามสัญญาได้ ผู้ขายมีสิทธิแต่เพียงการไล่เบียดในการรับเงินที่ผู้ซื้อได้ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์เท่านั้น
- (5) กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินต่าง ๆ ของคู่สัญญาที่ส่งมอบให้แก่ตัวแทนเอสโครว์จะยังเป็นของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจนกว่าจะเข้าเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์
- (6) การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย จะเกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายต่างได้ปฏิบัติหน้าที่ในส่วนของตน ตามที่กำหนดไว้ในข้อตกลงเอสโครว์ครบถ้วนแล้ว
- (7) ดอกผลที่เกิดขึ้นจากเงินของผู้ซื้อ (ดอกเบี้ย) ที่ฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์ในระหว่างที่ยังไม่เข้าเงื่อนไขการโอนกรรมสิทธิ์นั้นจะยังเป็นของผู้ซื้อ

### 2) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขายกับตัวแทนเอสโครว์

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ จะเป็นไปตามสัญญาข้อตกลงหรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งจะผูกพันฝ่ายผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ ดังนี้คือ

- (1) ผู้ขายจะมีความรับผิดชอบเต็มที่ที่ได้รับไว้ในข้อตกลงเอสโครว์ และจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ให้ครบถ้วน มิฉะนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มอบไว้กับตัวแทนเอสโครว์จะยังไม่โอนจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ

(2) หากตัวแทนเอสโครว์ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ขายหรือทรัพย์สินของผู้ขาย ไม่ว่าจะป็นทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลครอบครองของตัวแทนเอสโครว์ ก่อนที่ผู้ขายจะปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ที่ดี หรือทรัพย์สินของผู้ซื้อที่ได้โอนกรรมสิทธิ์มายังผู้ขายแล้วก็ตาม ตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ขาย

#### 1) ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อกับตัวแทนเอสโครว์

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อกับตัวแทนเอสโครว์นั้น จะเป็นไปตามสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งจะมีผลผูกพันฝ่ายผู้ซื้อและตัวแทนเอสโครว์ ดังนี้คือ

(1) ผู้ซื้อจะมีความรับผิดชอบตามเงื่อนไขที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงเอสโครว์ โดยผู้ซื้อจะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ให้ครบถ้วน มิฉะนั้นกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่มอบไว้กับตัวแทนเอสโครว์จะยังไม่โอนจากผู้ซื้อไปยังผู้ขาย

(2) หากตัวแทนเอสโครว์ก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ซื้อหรือทรัพย์สินของผู้ซื้อ ในช่วงที่กรรมสิทธิ์ยังไม่ได้โอนจากผู้ซื้อไปยังผู้ขายก็ตาม หรือก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ทรัพย์สินที่ผู้ขายส่งมอบไว้กับตัวแทนเอสโครว์ภายหลังจากที่ทรัพย์สินของผู้ขายได้โอนกรรมสิทธิ์มาเป็นของผู้ซื้อแล้วก็ตาม ตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบต่อผู้ซื้อ

#### 4.5 หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์

ในการทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้ คือ

1) ปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ (escrow instruction) ที่เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเคร่งครัด ทั้งนี้เนื่องจากในข้อตกลงเอสโครว์จะกำหนดหน้าที่ที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญา ทั้งในด้านผู้ซื้อและผู้ขายเอาไว้

2) ปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ด้วยความละเอียดถี่ถ้วนและความระมัดระวัง นอกจากนี้ตัวแทนเอสโครว์จะต้องไม่ลบหรือแก้ไขเพิ่มเติมข้อตกลงเอสโครว์โดยเด็ดขาด เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

3) ปฏิบัติหน้าที่เป็นคนกลางโดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตลอดเวลา และในกรณีที่มีข้อโต้แย้งขึ้นระหว่างคู่สัญญา ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เสนอความเห็นส่วนตัวในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่

ในการเก็บรักษาเงินและทรัพย์สินต่าง ๆ ที่คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องส่งมอบต่อกัน เมื่อเงื่อนไขต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติโดยครบถ้วน หรือเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น

4) รั้งมอบเงินและเอกสารจากคู่สัญญาทุกฝ่าย\* และนำเงินไปฝากเข้าบัญชีเอสโครว์ (escrow account) กับสถาบันการเงิน (โดยบัญชีนี้จะต้องแยกต่างหากจากบัญชีส่วนตัวของตัวแทนเอสโครว์อย่างเด็ดขาด) และทำการส่งมอบต่อ ซึ่งหน้าที่ในส่วนนี้เป็นหน้าที่ตามกฎหมายที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติ อันเนื่องมาจากการรับรู้แล้กรักษาทรัพย์สินของคู่สัญญาที่จะส่งมอบให้แก่ผู้มีสิทธิตามสัญญา และจากการมีฐานะเป็นตัวแทนของทั้งด้านผู้ซื้อและผู้ขายจากการปฏิบัติหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ดังกล่าว

5) รักษาความลับในเรื่องการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่เป็น ตัวแทนเอสโครว์

#### 4.6 ข้อห้ามมิให้ตัวแทนเอสโครว์กระทำ<sup>14</sup>

1) การให้คำตอบแทนแก่ผู้ที่แนะนำลูกค้าให้ เว้นแต่เป็นการให้คำตอบแทนแก่ลูกจ้างของตนตามปกติ

2) ยอมรับสัญญาหรือข้อตกลงเอสโครว์ หรือแก้ไขเอกสารดังกล่าวซึ่งได้ลงชื่อหรือเซ็นชื่อกำกับไว้แล้วแต่ยังกรอกข้อความไม่ครบ เพื่อนำมากรอกข้อความเพิ่มเติมในภายหลัง

3) ส่งมอบเงินที่ผู้ซื้อได้ส่งมอบไว้ให้แก่ผู้ขาย โดยที่ผู้ซื้อยังไม่ได้มอบหมายให้ทำเช่นนั้น หรือจนกว่าที่ผู้ขายจะได้โอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ

4) ยอมให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเอสโครว์

\* ในการส่งมอบเงินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์เก็บรักษาไว้ นั้น ถ้าผู้ซื้อส่งมอบเช็คธรรมดาซึ่งไม่ใช่เช็คเงินสด หรือเช็คที่ธนาคารรับรองแล้ว (cashier's check or certified check) ตัวแทนเอสโครว์ควรรอให้มีการเคลียร์เช็คเสียก่อนที่จะให้ทำการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน เพราะตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบหากเช็คของผู้ซื้อไม่สามารถเบิกเงินได้

<sup>14</sup> วสันต์ กิจบำรุง, “เอสโครว์ (Escrow) คืออะไร เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินอย่างไร,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)



#### 4.7 การสิ้นสุดการทำเอสโครว์

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์จะสิ้นสุดลงในกรณีดังต่อไปนี้ คือ <sup>15</sup>

- 1) เมื่อการดำเนินการตามที่มีการตั้งตัวแทนเอสโครว์เสร็จสมบูรณ์
- 2) เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันให้ยกเลิกการตั้งตัวแทนเอสโครว์ (by the mutual agreement of both the buyer and the seller)
- 3) เมื่อการดำเนินการตามข้อตกลงเอสโครว์เป็นอันพันวิสัยที่จะเป็นไปได้ (impossibility of performance will terminate an escrow)
- 4) ในกรณีที่คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ตั้งตัวแทนเอสโครว์ คู่สัญญาฝ่ายนั้นสามารถยกเลิกสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ได้ ถ้าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งยังไม่ได้ลงนามในสัญญาฉบับดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ผู้ทำสัญญานั้นก็ยังต้องผูกพันกันตามสัญญาจะซื้อจะขายต่อไป
- 5) ถ้าตามประเพณีท้องถิ่นนั้น ๆ ถือว่า เวลาเป็นสาระสำคัญในการดำเนินการเกี่ยวกับเอสโครว์ ดังนั้น หากไม่มีการดำเนินการตามข้อตกลงเอสโครว์ในเวลาที่กำหนด จะถือว่าสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์สิ้นสุดลง และคู่กรณีจะต้องตกลงกันใหม่หากยังต้องการให้มีการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์อยู่ แต่ในทางปฏิบัติโดยส่วนใหญ่มักจะกำหนดไว้ว่า ให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการต่อไป เว้นแต่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งต้องการให้ยกเลิก แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เป็นต้นเหตุให้เกิดความล่าช้าไม่มีสิทธิอ้างเอาความล่าช้านั้นเพื่อให้ยกเลิกการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์
- 6) ในกรณีที่คู่สัญญาไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์ไว้ ตัวแทนเอสโครว์จะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันสมควร และหากตัวแทนเอสโครว์ไม่ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ก็จะมีผลให้สามารถบอกเลิกสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ได้ แต่การยกเลิกสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์จะไม่ทำให้สัญญาซื้อขายสิ้นสุดไปด้วย สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาซื้อขายจึงมีอยู่ตามเดิม

<sup>15</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 46.

7) ในกรณีที่มีการผิดสัญญาที่เป็นสาระสำคัญโดยคู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิบอกเลิกสัญญานั้นได้

8) ถ้าผู้ที่ทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ให้คู่สัญญาเลือกตัวแทนเอสโครว์อื่นให้ทำหน้าที่แทน และคู่สัญญาได้เลือกผู้อื่นทำหน้าที่แทนแล้วสัญญาเดิมก็สิ้นสุด

เมื่อได้มีการทำสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ แม้ผู้ซื้อหรือผู้ขายตายก็ไม่ทำให้สัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์สิ้นสุดลง แต่กองมรดกของผู้ตายยังต้องถูกผูกพันตามสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ต่อไป

ในส่วนของเงินมัดจำและเงินที่ผู้ซื้อได้มอบไว้ให้แก่ตัวแทนเอสโครว์นั้น โดยปกติเมื่อสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์สิ้นสุดลง ตัวแทนเอสโครว์จะขอให้คู่สัญญาลงนามในหนังสือเกี่ยวกับการยกเลิกข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งในหนังสือฉบับดังกล่าวจะระบุไว้ว่าจะให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการอย่างไรเกี่ยวกับเงินที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับไว้ การที่ตัวแทนเอสโครว์คืนเงินให้แก่ผู้ซื้อ หรือการจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายเป็นค่าเสียหายตามที่กำหนดไว้ในสัญญาโดยทันทีอาจทำให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องรับผิดชอบในเงินนั้น ถ้าหากภายหลังศาลตัดสินว่าการดำเนินการของตัวแทนเอสโครว์ไม่เหมาะสม

ในกรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายต่างอ้างสิทธิในเงินมัดจำหรือเงินที่ส่งมอบให้แก่ตัวแทนเอสโครว์เมื่อข้อตกลงเอสโครว์สิ้นสุดลง ตัวแทนเอสโครว์ก็ควรยื่นคำร้องต่อศาลเพื่อให้ศาลตัดสินว่าใครควรมีสิทธิในเงินจำนวนนั้น แต่โดยปกติแล้ว เงินที่ผู้ซื้อมอบไว้แก่ตัวแทนเอสโครว์นั้นจะให้ไว้โดยมีเงื่อนไขว่า ให้ตัวแทนเอสโครว์จ่ายให้แก่ผู้ขายเมื่อได้มีการโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว เงินจำนวนนี้จึงยังเป็นของผู้ซื้ออยู่จนกระทั่งถึงเวลาปิดการขาย ถึงแม้ว่าผู้ซื้อจะไม่ได้เป็นผู้ควบคุมเงินจำนวนนี้ก็ตาม ดังนั้น ในช่วงเวลาดังกล่าวผู้ซื้อจึงเป็นผู้รับความเสี่ยงในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ยกยอกเงินที่ตัวแทนเอสโครว์เก็บไว้ หรือในกรณีที่ธนาคารล้ม (bank failure) แต่ถ้าความเสียหายเกิดจากความล่าช้าในการปิดการขาย ซึ่งมีต้นเหตุจากการกระทำหรือความประมาทเลินเล่อของผู้ขาย ผู้ขายจะเป็นผู้รับความเสี่ยงในความเสียหายนั้น

#### 4.8 การปิดเอสโครว์

เมื่อใกล้จะถึงวันปิดการขาย (closing date) และเมื่อการดำเนินการอื่น ๆ ที่จะต้องทำเสร็จแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะขอให้ผู้ซื้อหรือผู้ให้กู้เงิน นำเงินมามอบให้แก่ตนเพื่อใช้ในการปิดการขาย เมื่อตัวแทนเอสโครว์ได้รับเงินตลอดจนหลักฐานต่าง ๆ และคำสั่งที่จำเป็นในการ

ปิดเอสโครว์ทั้งหมดเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์ก็จะทำการคิดคำนวณค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับปิดการขาย และในวันก่อนทำการปิดการขาย ตัวแทนเอสโครว์จะเรียกให้บริษัทรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (title company) ทำการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินอีกครั้งเป็นครั้งสุดท้าย (last minute check on title) เพื่อให้แน่ใจว่า ไม่มีการสอดแทรกสิ่งผิด ปกติเข้าไปในบันทึกต่าง ๆ ก่อนการจดทะเบียนที่แท้จริง\* ซึ่งถ้าไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินนั้นหลังจากที่ได้ทำการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในครั้งแรก (first preliminary title search) แล้ว ในวันรุ่งขึ้นก็จะทำการจดทะเบียนไถ่ถอนจำนอง (mortgage release) จดทะเบียนหนังสือโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน (deed) จดจำนองรายใหม่ และเอกสารอื่น ๆ ที่ต้องทำการจดทะเบียนเพื่อให้การซื้อขายที่ดินนั้นเสร็จสมบูรณ์

ในวันที่ที่มีการยืนยันว่ามีการจดทะเบียนเอกสารต่าง ๆ แล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะทำการแจกจ่ายเงินให้แก่คู่กรณีทุกฝ่ายที่มีสิทธิได้รับเงินตามข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งโดยปกติจะได้แก่ผู้ขาย นายหน้า เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ดินของผู้ขาย และผู้รับเหมาทุกฝ่าย เช่น งานตรวจปลวก งานซ่อม หลังคา ประตู ไฟฟ้า เป็นต้น พร้อมกับส่งเอกสารที่กำหนดกันไว้ว่าให้ส่งผ่านทางตัวแทนเอสโครว์ เช่น กรมธรรม์ประกันอัคคีภัย (fire insurance policy) ใบเสร็จการชำระภาษีทรัพย์สิน (copy of the property tax bill) และสัญญาของผู้เช่า (tenant lease) ในการส่งมอบเงินให้แก่ผู้มีสิทธินั้น ตัวแทนเอสโครว์อาจจะนำไปให้เองหรือจัดส่งทางไปรษณีย์ก็ได้ และในวันที่ทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ บริษัทรับประกันสิทธิจะต้องทำการออกกรมธรรม์ประกันสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้รับจำนองที่ดินของผู้ซื้อ และเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนก็จะส่งเอกสารซึ่งจดทะเบียนแล้วให้แก่คู่กรณี ดังนี้คือ หนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) จะส่งไปให้แก่ผู้ซื้อ หนังสือปลดจำนอง (mortgage release) จะส่งให้แก่ผู้ขาย (ในกรณีที่ดินของผู้ขายติดจำนองและได้ทำการไถ่ถอนก่อนทำการโอนขาย) ส่วนสัญญาจำนองฉบับใหม่ก็ส่งให้ผู้รับจำนองของผู้ซื้อ

---

\* ในวันที่มีการตรวจสอบสิทธิในที่ดินเป็นครั้งสุดท้ายนี้ บริษัทรับประกันสิทธิในที่ดินจะออกกรมธรรม์ประกันสิทธิในที่ดินเพื่อเป็นการประกันว่า ไม่มีการสอดแทรกการจดทะเบียนภาระจำยอม หรือภาระ หนี้สินใด ๆ บนที่ดินแปลงนั้น ตั้งแต่วันที่ทำการค้นคว้าประวัติกรรมสิทธิ์ในที่ดินครั้งสุดท้ายจนถึงวันโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน

การปิดการขายโดยใช้ตัวแทนเอสโครว์นี้ ผู้ขายไม่ได้เป็นผู้ยื่นหรือส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) ให้แก่ผู้ซื้อโดยตรงแต่อย่างใด แต่เมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในข้อตกลงเอสโครว์แล้ว จะถือว่าตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนของผู้ขายในเงินที่ผู้ขายจะได้รับจากการขายนั้น และเป็นตัวแทนของผู้ซื้อในการที่จะรับหนังสือโอน ดังนั้นจึงถือว่าผู้ซื้อได้รับหนังสือโอนโดยผ่านทางตัวแทนเอสโครว์ และให้ถือว่าได้มีการส่งมอบหนังสือโอนตามกฎหมายแล้ว ทั้งที่ความจริงแล้วสำนักทะเบียนจะเป็นผู้ส่งหนังสือโอนให้แก่ผู้ซื้อด้วยซ้ำไป ดังนั้นในการปิดการขายที่ใช้ระบบเอสโครว์ จึงไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่ผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องมาพบหน้ากัน ซึ่งจะทำให้เกิดผลดีในแง่ที่ว่าจะช่วยไม่ให้คู่สัญญาที่เข้าหน้ากันไม่ได้ต้องมาพบหน้ากัน เพราะหากให้พบกันอาจทำให้การปิดการขายไม่ราบรื่นก็ได้ เพราะถ้าตัวแทนเอสโครว์ได้รับเอกสารที่จำเป็นทุกอย่าง และได้รับความเห็นชอบในเรื่องต่าง ๆ โดยครบถ้วนก่อนทำการปิดการขายแล้ว ตัวแทนเอสโครว์ก็สามารถทำการปิดการขายได้แต่โดยลำพัง

#### 4.9 การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในระบบเอสโครว์

ในระหว่างการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายยังคงเป็นของผู้ขายอยู่ แม้ว่าตัวแทนเอสโครว์จะยึดถือหนังสือโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินที่ผู้ขายได้ทำไว้ก็ตาม แต่เมื่อมีการส่งมอบเงินค่าที่ดินและเอกสารที่ต้องใช้ในการโอนที่ดินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ และเงื่อนไขในข้อตกลงเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติครบถ้วนแล้ว จะถือว่าผู้ซื้อ มีสิทธิในที่ดินตามหลักเอควิตี (equitable title) หรือตามหลักความยุติธรรมทันที แต่โดยปกติแล้วคู่สัญญาจะตกลงกันให้กรรมสิทธิ์โอนไปยังผู้ซื้อ เมื่อได้มีการจดทะเบียนหนังสือโอนสิทธิในที่ดินตามวันเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ ในกรณีที่ไม่ได้มีการตกลงกัน กรรมสิทธิ์จะโอนไปเมื่อเงื่อนไขต่างสำเร็จครบถ้วน เมื่อเป็นเช่นนั้นผู้ซื้อก็อาจต้องได้รับความเสี่ยงในเสียหายได้ทั้ง ๆ ที่ผู้ซื้อยังไม่ทราบว่าในข้อกฎหมายนั้นกรรมสิทธิ์ได้โอนไปยังตนแล้ว และโดยปกติกรรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์เกี่ยวกับที่ดินจะยังไม่ผลบังคับจนกว่าจะได้มีการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์เสร็จสิ้นแล้ว ดังนั้น ผู้ซื้อที่เข้าครอบครองที่ดินหรือได้สิทธิในที่ดินก่อนการสิ้นสุดการดำเนินการโดยตัวแทนเอสโครว์ จึงจำเป็นที่จะต้องกำหนดให้การคุ้มครองตามกฎหมายครอบคลุมถึงช่วงเวลาดังกล่าวด้วย<sup>16</sup>

<sup>16</sup> วสันต์ กิจบำรุง, “เอสโครว์ (Escrow) คืออะไร เกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินอย่างไร,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์นี้ จะเห็นได้ว่าหากผู้ซื้อได้ฝากเงินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ และตัวแทนเอสโครว์ก็ยกเงินและหลบหนีไปก่อนที่เงื่อนไขในข้อตกลงเอสโครว์ จะได้รับการปฏิบัติ ความเสียหายนี้จะตกเป็นของผู้ซื้อ เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าว กรรมสิทธิ์ในเงินยังเป็นของผู้ซื้ออยู่ ในทางตรงกันข้าม หากเงื่อนไขในข้อตกลงเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติครบถ้วนแล้ว และตัวแทนเอสโครว์ได้ยกเงินไป ความเสียหายจะตกเป็นของฝ่ายผู้ขายโดยทันที เพราะหลังจากที่เงื่อนไขในข้อตกลงเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติจนครบถ้วนแล้ว เงินจำนวนนี้จะเป็นของผู้ขาย

ในกรณีที่ผู้ซื้อได้หว่านล้อมให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบโฉนดให้แก่ผู้ซื้อในขณะที่เงื่อนไขทั้งหมดยังได้รับการปฏิบัติไม่ครบถ้วน การส่งมอบโฉนดจะถือว่าไม่เป็นผลและกรรมสิทธิ์จะยังไม่ถูกโอนไปเป็นของผู้ซื้อ และหากตัวแทนเอสโครว์ได้ส่งมอบโฉนดให้แก่ผู้ซื้อก่อนที่ผู้ซื้อจะชำระเงินส่วนที่เหลือจนครบตามสัญญา จะถือว่าตัวแทนเอสโครว์ได้ปฏิบัติผิดข้อตกลงเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบหากเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ขายในทำนองเดียวกัน ถ้าตัวแทนเอสโครว์ได้ทำการส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขายในขณะที่กรรมสิทธิ์ยังไม่ชัดเจน เช่น ที่ดินอาจติดจำนองอยู่ ตัวแทนเอสโครว์ก็จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบความเสียหายต่อผู้ซื้อ

นอกจากนี้ หากเกิดกรณีที่ผู้ขายซึ่งมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดินได้ตายลง ทำการสมรส ตกเป็นผู้ไร้ความสามารถ หรือกลายเป็นบุคคลล้มละลายภายหลังจากผู้ขายได้ทำการส่งมอบหนังสือโอนสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว สิ่งเหล่านี้จะไม่มีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์ และจะถือว่ากรรมสิทธิ์ในเงินได้โอนไปยังผู้ขาย เมื่อผู้ขายทำการส่งมอบหนังสือโอนให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ในทางกลับกัน หากผู้ซื้อได้ตายภายหลังจากที่ผู้ซื้อส่งมอบเงินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว จะถือว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินได้โอนในวันที่ผู้ซื้อทำการส่งมอบเงินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ และหนังสือโอนจะถูกส่งไปยังทายาทของผู้ซื้อ<sup>17</sup>

#### 4.10 ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จะเห็นได้ว่า ผลประโยชน์ที่เด่นชัดในการใช้เอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีดังต่อไปนี้ คือ

<sup>17</sup> William L. Atterberry, Karl G. Pearson and Michael P. Litka, Real estate law, 2 nd ed. (Ohio: Grid, n.d.), p. 225.



(1) ทำให้ผู้ซื้อได้รับความมั่นใจว่า ผู้ซื้อจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยปลอดภัยจากภาระผูกพันใด ๆ หรือหากมีภาระผูกพันเกิดขึ้นบนทรัพย์สินนั้น ก็จะทำให้ผู้ซื้อได้ทราบถึงประเภทของภาระผูกพันที่เกิดขึ้น เพื่อประกอบการตัดสินใจในการซื้อทรัพย์สินของผู้ซื้อต่อไป

(2) ทำให้ผู้ขายได้รับความไว้วางใจจากผู้ซื้อมากยิ่งขึ้น และผู้ขายเองก็เกิดความมั่นใจว่า ผู้ซื้อจะปฏิบัติตามสัญญาซื้อขาย และผู้ขายจะได้รับชำระเงินครบถ้วน

(3) ช่วยให้การซื้อขายทรัพย์สินมีผลในการโอนกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์ซึ่งเป็นผู้ที่มีความชำนาญเป็นอย่างมากในการจัดเตรียมเอกสาร จะทำหน้าที่ในการจัดเตรียมเอกสารสำหรับการโอนกรรมสิทธิ์และที่ใช้ในการลงลายมือชื่อ นอกจากนี้การใช้เอสโครว์ยังเป็นการช่วยลดภาระหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายในการตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารต่าง ๆ หรือการดำเนินการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม รวมทั้งทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายได้รับความมั่นใจว่า การซื้อขายจะเป็นไปโดยถูกต้องชอบธรรม

(4) ช่วยให้เกิดความสะดวกแก่คู่สัญญา เนื่องจากคู่สัญญาไม่ต้องมาปิดธุรกรรมด้วยตนเอง เพราะในบางครั้งผู้ซื้อ ผู้ขาย และบุคคลที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายอาจไม่สะดวกที่จะมาในวันปิดการขาย โดยเฉพาะการปิดการขายที่เกิดขึ้นระหว่างบุคคลที่อยู่กันคนละมลรัฐ หรือการปิดธุรกรรมอื่นที่คู่สัญญาไม่สามารถไปทำการปิดการขายได้

(5) ทำให้เกิดความเชื่อมั่นแก่คู่สัญญาว่า เงินและเอกสารสำคัญของคู่สัญญาจะอยู่ในความครอบครองของบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือ เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์จะให้ความอารักขาในการเก็บรักษาเงิน เอกสาร คำสั่ง และหลักฐานต่าง ๆ ไว้อย่างปลอดภัยจนมีการปิดการขายเสร็จสิ้นสมบูรณ์ นอกจากนี้ ตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้จัดการบัญชีตัวเลขการซื้อขายโดยไม่มีข้อผิดพลาด

(6) ทำให้เกิดความเชื่อมั่นและหลักประกันว่า เงินของผู้ซื้อจะไม่ได้รับการส่งมอบจนกว่าทุกฝ่ายจะปฏิบัติตามเงื่อนไขและข้อตกลงตามสัญญาเท่านั้น

(7) เป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะไม่เปลี่ยนใจ เนื่องจากเมื่อทั้งสองฝ่ายได้ตกลงที่จะใช้ตัวแทนเอสโครว์ในการซื้อขายแล้ว การที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะยกเลิกสัญญากลางคันย่อมทำไม่ได้ เนื่องจากถ้าเป็นในกรณีการปิดการขายทั่วไป หากผู้ขายเปลี่ยนใจไม่ต้องการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายก็อาจทำได้โดยการไม่ไปในวันนัดทำการปิดการขาย

และไม่ลงนามในหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) แต่ในกรณีที่มีการปิดการขายโดยใช้เอสโครว์ แม้ผู้ขายจะเปลี่ยนใจ แต่เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว ตัวแทนเอสโครว์ก็จะถูกผูกมัดให้ทำการส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินฉบับดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อ เมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในสัญญาโดยครบถ้วนแล้ว ซึ่งสิ่งนี้ทำให้ผู้ขายไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ตามอำเภอใจ<sup>18</sup>

(8) การปิดการขายโดยใช้เอสโครว์จะช่วยลดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการซื้อขาย เนื่องจากการใช้เอสโครว์จะช่วยหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากันระหว่างคู่สัญญา ดังนั้น จึงมีผลเป็นการหลีกเลี่ยงการเผชิญความขัดแย้งด้านผลประโยชน์และลักษณะของคู่สัญญา โดยปกติแล้วคดีที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายบ้านส่วนใหญ่มักเกิดขึ้นจากอารมณ์ของคู่สัญญา ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะมีผลทำให้เกิดบรรยากาศที่ไม่ดีสำหรับคู่สัญญาได้ นอกจากนี้ การพุดจาเสียดสีกันแม้เพียงเล็กน้อยก็อาจก่อให้เกิดการโต้เถียงและปัญหาตามมาได้ ดังนั้น เมื่อวิธีการปิดการขายโดยใช้เอสโครว์ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องมาพบกัน จึงเป็นวิธีการป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้นได้<sup>19</sup>

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

<sup>18</sup> Frank Gibson, James Karp and Elliot Klayman, Real Estate law, (n.p : Real estate Education Company), p. 321.

<sup>19</sup> Ibid.

## บทที่ 4

### สภาพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย

#### และแนวความคิดในการนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้

#### 1. สภาพธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย

ในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้เจริญเติบโตอย่างรวดเร็วควบคู่ไปกับการขยายตัวของเศรษฐกิจ โดยเฉพาะธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย เนื่องจากเหตุผลที่ว่า ที่อยู่อาศัยเป็นปัจจัยที่สำคัญปัจจัยหนึ่งของมนุษย์ ทำให้ปริมาณการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยได้ทวีเพิ่มมากขึ้น แต่เนื่องจากอสังหาริมทรัพย์เป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าสูง จึงทำให้เกิดปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายอสังหาริมทรัพย์ อยู่เสมอ ซึ่งปัญหาที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักจะเกี่ยวข้องกับขั้นตอนต่าง ๆ ในการทำสัญญาซื้อขาย เริ่มตั้งแต่การจองซื้อตลอดจนการทำสัญญาจะซื้อจะขาย ซึ่งในบางกรณีผู้ขายไม่สามารถดำเนินการตามโครงการที่ได้โฆษณาไว้ หรือผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อได้ ซึ่งอาจเป็นเพราะผู้ขายขาดเงินทุนหมุนเวียนเนื่องจากประสบปัญหาทางการเงินหรือจากการตั้งใจที่จะหลอกลวงของผู้ขาย นอกจากนี้ ในการซื้อขายยังอาจมีปัญหาลักษณะการตรวจสอบเอกสารสิทธิในที่ดินที่ทำการซื้อขาย ผู้ขายบางรายอาจนำโฉนดปลอมมาหลอกลวงขายผู้ซื้อ บางรายอาจมีการละเมิดที่ดินต่าง ๆ เช่น มีการจ้างหรือมีสัญญาเช่าผูกพันอยู่ หรืออาจมีการจดทะเบียนจำนองหลายครั้ง หรือในบางกรณี ผู้ขายอาจนำโฉนดฉบับเดียวไปทำโครงการหลายโครงการซึ่งเป็นการตั้งใจหลอกลวงผู้ซื้ออย่างชัดเจน

ปัญหาดังที่ได้กล่าวมาได้ส่งผลให้ผู้ซื้อ ซึ่งได้ผ่อนชำระราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการซื้อขายจะต้องสูญเสียเงินจำนวนดังกล่าวไปเนื่องจากผู้ขายผิดสัญญา ซึ่งการเรียกร้องเงินในส่วนดังกล่าวที่ผู้ซื้อได้ชำระไปคืนก่อนข้างจะทำได้ยาก หรืออาจต้องใช้เวลาในการดำเนินการเรียกร้องเงินคืน ซึ่งก็ไม่แน่ว่าผู้ซื้อจะได้รับเงินคืนหรือไม่ ในส่วนของภาครัฐเองแม้จะได้นำความสนใจในการให้ความคุ้มครองผู้ซื้อหรือบริโภคมานาน โดยได้มีการออกกฎหมายหลายฉบับเพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของคู่สัญญาโดยตรง ไม่ว่าจะเป็นประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พระราชบัญญัติการจดทะเบียนที่ดิน รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และประมวลกฎหมายอาญาก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่า ยังไม่มีกฎหมายหรือมาตรการในส่วนใดที่ให้ความคุ้มครองเงินดาวน์ของผู้ซื้อที่ได้

ผ่อนชำระเป็นค่าอสังหาริมทรัพย์แก่ผู้ขายหรือผู้ประกอบการ ส่งผลให้ผู้ซื้อขาดความมั่นใจในการซื้อที่อยู่อาศัย เนื่องจากผู้ซื้อไม่รู้ว่าโครงการที่ผู้ซื้อได้จองซื้อไปนั้นจะสร้างเสร็จหรือไม่ หรือหากโครงการล้ม ผู้ซื้อจะได้รับเงินดาวน์ที่ผ่อนชำระไปแล้วคืนหรือไม่

นอกจากนี้ปัญหาในกรณีดังกล่าวก็ได้ส่งผลกระทบต่อสถาบันการเงินและผู้ขายด้วยเช่นกัน ในกรณีของสถาบันการเงินนั้น ปัญหาดังกล่าวส่งผลให้สถาบันการเงินขาดความมั่นใจในการปล่อยสินเชื่อเพื่อสนับสนุนโครงการ เพราะไม่สามารถทราบได้ว่าโครงการนั้นจะขายได้จริงเป็นจำนวนเท่าใด มีนักเก็งกำไรซื้อไว้มากน้อยแค่ไหน และทางด้านผู้ขายจะนำเงินดาวน์ที่เก็บจากผู้ซื้อไปใช้ในทางอื่นหรือไม่ ส่วนผู้ประกอบการเองก็ขาดความมั่นใจในการทำโครงการ เนื่องจากไม่รู้ว่าโครงการที่จะทำออกมานั้นจะประสบผลสำเร็จในการขายมากน้อยแค่ไหน มีผู้ซื้อที่เป็นนักเก็งกำไรมากน้อยแค่ไหน และจะได้รับการสนับสนุนจากสถาบันการเงิน หรือไม่ ซึ่งกฎหมายหรือการให้ความคุ้มครองเพื่อให้ผู้ซื้อ ผู้ขาย และสถาบันการเงินเกิดความมั่นใจในจุดนี้ยังไม่มีในประเทศไทย

ดังนั้นจึงได้มีการศึกษาแนวทางที่จะป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวขึ้น เพื่อเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ และเพื่อเป็นการสนับสนุนการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาว โดยการนำระบบที่ใช้กันอยู่ในต่างประเทศที่เรียกกันว่า “ระบบเอสโครว์” (Escrow) มาปรับใช้ เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อในเรื่องเงินดาวน์ ซึ่งหากโครงการของผู้ขายไม่เป็นไปตามเป้าหมาย ผู้ซื้อก็จะได้รับเงินที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระแก่ผู้ขายไปแล้วคืน ดังนั้นก่อนที่จะกล่าวถึงเนื้อหาของระบบเอสโครว์ที่จะนำมาใช้ในประเทศไทย จึงควรศึกษาถึงรูปแบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย และปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าว เพื่อให้ทราบถึงแนวความคิดในการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทย และเพื่อให้เกิดความเข้าใจเมื่อพิจารณาถึงร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในหัวข้อต่อไป

## **2. รูปแบบและขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย**

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทยนั้น แบ่งออกเป็น 3 ประเภทใหญ่ ๆ คือ การซื้อขายที่ดิน การซื้อขายบ้านพร้อมที่ดินจัดสรรพร้อมและการซื้อขายห้องชุดในอาคารชุด ซึ่งในส่วนของการซื้อขายบ้านพร้อมที่ดินจัดสรรและห้องชุดในอาคารชุดนั้น ส่วนใหญ่จะมีลักษณะเป็นการเปิดขายโครงการใหม่มากกว่าการซื้อขายบ้านจัดสรรหรืออาคารชุดที่อยู่อาศัยแล้ว โดยขั้นตอนในการซื้อขายทรัพย์สินทั้งสามประเภทนั้น จะเริ่มจากการที่ผู้ซื้อและผู้ขาย

เสนอราคาและต่อรองราคากันด้วยปากเปล่า และหากผู้ซื้อตกลงใจที่จะซื้อทรัพย์สินดังกล่าว โดยปกติผู้ซื้อจะต้องชำระเงินจอบให้แก่ผู้ขายหรือผู้จัดสรรที่ดิน (ผู้ประกอบการ) เป็นเงินจำนวนหนึ่ง โดยผู้ซื้อจะได้รับใบเสร็จเป็นหลักฐานเท่านั้น ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายยังไม่มี การตกลงทำสัญญากันแต่อย่างใด เงินจำนวนนี้ผู้ขายสามารถนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนในการทำ ธุรกิจได้ส่วนหนึ่ง

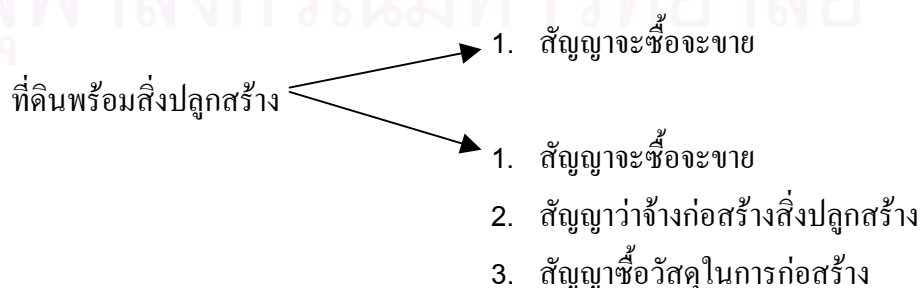
หลังจากนั้นผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญาซื้อขายกัน โดยรูปแบบของสัญญาที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายจะมีลักษณะดังต่อไปนี้ คือ

### 1) การซื้อขายที่ดิน



หากเป็นกรณีการซื้อขายที่ดิน ผู้ซื้อและผู้ขายอาจตกลงทำสัญญาซื้อขายหรือ สัญญา จะซื้อจะขายที่ดินกันก็ได้ ขึ้นอยู่กับเจตนาของคู่สัญญาว่าคู่สัญญาที่มีความตั้งใจจะไปทำเป็นสัญญา ซื้อขายและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กันในภายหลังหรือไม่ ถ้าหากคู่สัญญาไม่มีเจตนา ดัง กล่าวก็ถือเป็นสัญญาซื้อขาย แต่หากคู่สัญญามีเจตนาที่จะไปทำสัญญาซื้อขายและจดทะเบียนต่อ พนักงานเจ้าหน้าที่กันในภายหลัง ก็จะถือว่าเป็นสัญญาจะซื้อจะขาย ซึ่งเจตนาหรือความตั้งใจเช่นว่า นี้ย่อมคู่ได้จากพฤติการณ์เป็นเรื่อง ๆ ไป

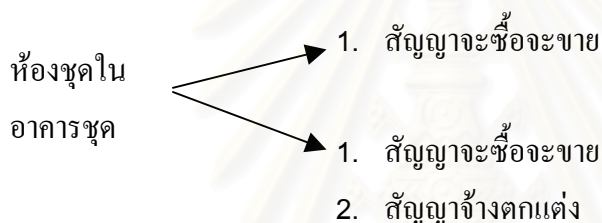
### 2) การซื้อขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง (บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร)





หากเป็นกรณีการซื้อขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง โดยปกติผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเพียงฉบับเดียว แต่บางครั้งในทางปฏิบัติอาจพบว่า นอกจากจะทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์แล้ว ผู้ขายอาจจะแยกสัญญาอื่นออกจาก สัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์นั้นด้วย เช่น อาจทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน 1 ฉบับ และมี สัญญาจ้างเหมาให้ปลูกสร้างบ้านอีก 1 ฉบับ หรืออาจจะทำสัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้างอีก 1 ฉบับ ซึ่งเหตุผลของการแยกสัญญาออกมาเป็นหลายสัญญานั้น เพื่อการประหยัดค่าใช้จ่ายต่าง ๆ และเพื่อลดต้นทุนที่อาจจะเกิดขึ้นกับผู้ขาย โดยเฉพาะต้นทุนทางด้านภาษี เนื่องจากการแยกสัญญาเป็นหลายฉบับจะทำให้เสียภาษีน้อยลง \*

### 3) การซื้อขายห้องชุดในอาคารชุด



ในกรณีของการซื้อขายห้องชุดในอาคารชุดก็เช่นเดียวกัน ผู้ซื้อและผู้ขายอาจทำสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดเพียงสัญญาเดียว หรืออาจทำสัญญาจ้างตกแต่งห้องชุดเป็นสัญญาอีกฉบับก็ได้ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับความตกลงของกลุ่มสัญญาที่ได้ทำสัญญากันขึ้น

ในการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยโดยทั่วไปนั้น กลุ่มสัญญาคือผู้ซื้อและผู้ขายจะเป็นผู้จัดทำสัญญากันขึ้นเอง ต่างจากการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในต่างประเทศซึ่งกลุ่มสัญญาจะให้ทนายความเป็นผู้จัดทำสัญญาให้ นอกจากนี้ ขั้นตอนในการซื้อขายในประเทศไทยโดยมากผู้ขายมักจะกำหนดให้ผู้ซื้อจะต้องวางเงินจำนวนหนึ่งในวันทำสัญญาและให้ผู้ซื้อชำระเงินดาวน์ ซึ่งเป็นเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้ขายก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ใน

\* เนื่องจากหากทำสัญญาเพียงฉบับเดียวขายทั้งบ้านและที่ดิน จำนวนภาษีที่จะต้องเสียจะต้องคำนวณจากราคาที่ดินและราคาบ้านรวมกัน แต่หากทำสัญญาแยกเป็น 2 ฉบับ ฉบับหนึ่งเป็นสัญญาซื้อขายที่ดิน ส่วนอีก ฉบับเป็นสัญญาจ้างเหมาปลูกสร้างบ้าน การคิดภาษีจะคิดแยกเป็นราคาที่ดินและราคาบ้าน

อสังหาริมทรัพย์นั้น ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวจะอยู่ระหว่าง 20%-30% ของราคาซื้อขายเงินงวดแรกหรือเงินคาวนนี้โดยทั่วไปผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงให้มีการผ่อนชำระเป็นงวด โดยมักจะกำหนดเป็นรายเดือน ซึ่งการจ่ายชำระเงินคาวนนี้ ส่วนใหญ่จะมีงวดการชำระอยู่ระหว่าง 12-24 เดือน (งวด) ขึ้นอยู่กับผู้ขาย เงินจำนวนนี้ผู้ซื้อจะจ่ายให้แก่ผู้ขาย (หรือผู้จัดสรรที่ดิน) โดยตรง ผู้ขายจึงสามารถนำเงินคาวนนี้ไปใช้ได้โดยไม่เสียดอกเบี้ยและไม่มีการจำกัดอำนาจการใช้เงินจำนวนนี้ ในระหว่างที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินคาวนอยู่นั้นผู้ขายจะเริ่มลงมือก่อสร้างบ้านและสาธารณูปโภคโดยใช้เงินจากเงินคาวนส่วนหนึ่ง อีกส่วนหนึ่งจากเงินกู้ยืมจากสถาบันการเงินที่ให้การสนับสนุนโครงการและจากเงินทุนของผู้ขายเอง เมื่อผู้ขายดำเนินการสร้างบ้านและสาธารณูปโภคสำเร็จแล้วและได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดินจากราชการแล้ว และผู้ซื้อได้ชำระเงินคาวนครบถ้วนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ผู้ขายก็จะนัดผู้ซื้อไปทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็ต้องชำระเงินคงเหลือทั้งหมด โดยผู้ซื้ออาจไปติดต่อกับสถาบันการเงินเพื่อกู้เงินมาชำระให้แก่ผู้ขาย แล้วทำการจำนองที่ดินให้กับสถาบันการเงินนั้น ไปพร้อมกับการจดทะเบียนซื้อขายที่ดิน

### 3. ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในปัจจุบัน

เนื่องจากในช่วงเวลาที่ผ่านมารุทกิจอสังหาริมทรัพย์ได้มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว ทำให้ปริมาณการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีจำนวนมากและมีวิธีการซื้อขายที่มีความซับซ้อนยิ่งขึ้น ส่งผลให้เกิดปัญหาและข้อพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเพิ่มมากขึ้น โดยปัญหาต่าง ๆ จะเกิดขึ้นในขั้นตอนการซื้อขาย เริ่มตั้งแต่การจองซื้อ การวางมัดจำในการทำสัญญา และการผ่อนชำระเงินคาวน ซึ่งการจ่ายเงินจำนวนดังกล่าวนี้ผู้ซื้อจะต้องจ่ายให้แก่ผู้ขายโดยตรง เงินจำนวนนี้เป็นสิ่งที่ดึงดูดใจให้นักพัฒนาทำธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากการจัดสรรบ้านพร้อมที่ดินหรืออาคารชุดขายนั้น เป็นธุรกิจที่ใช้เงินของผู้ซื้อมาดำเนินการ โดยขายหรือผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินสามารถนำเงินจำนวนดังกล่าวมาหมุนเวียนทำประโยชน์ได้โดยไม่ต้องเสียดอกเบี้ยแต่อย่างใด ซึ่งหากผู้ขายที่ดินนำเงินที่ได้รับไปใช้จ่ายอย่างถูกต้องในการสร้างบ้านหรือพัฒนาโครงการให้แก่ผู้ซื้อตามสัญญา และธุรกิจของผู้ขายเป็นไปตามแผนการก็คงจะไม่มีปัญหาอะไร แต่ด้วยเหตุที่ไม่มีการจำกัดขอบเขตอำนาจการใช้เงินดังกล่าว ผู้ขายส่วนหนึ่งจึงนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ผิดประเภท โดยไม่นำมาพัฒนาโครงการเป็นเหตุให้โครงการของผู้ขายประสบความล้มเหลว

ในการทำธุรกิจจัดสรรนั้น ผู้ขายหรือผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินอาจเป็นผู้ที่มีเงินทุนและมีความตั้งใจที่จะสร้างชื่อเสียงให้แก่ตนในธุรกิจประเภทนี้ แต่ในขณะที่เดียวกันก็อาจมีผู้ขายหรือผู้จัดสรรที่ดินบางรายซึ่งไม่มีเงินทุนในการดำเนินการและไม่สนใจชื่อเสียงของตน แต่เข้ามาทำธุรกิจนี้เพียงเพื่อหวังเอาแต่ผลประโยชน์เพียงอย่างเดียว ผู้จัดสรรที่ดินประเภทนี้จะเข้ามาในธุรกิจนี้ในลักษณะของการจับเสือมือเปล่า กล่าวคือจะมีเงินทุนเพียงน้อยนิดในการดำเนินโครงการ โดยมีรูปแบบในการจัดสรรโครงการดังนี้ คือ ผู้ขายหรือผู้จัดสรรที่ดินอาจมีเงินทุนเพียงประมาณ 20% ของราคาที่ดิน แต่ต้องการทำการจัดสรรที่ดินจึงได้ติดต่อขอซื้อที่ดินกับเจ้าของที่ดิน เมื่อผู้ขายได้วางเงินมัดจำให้แก่เจ้าของที่ดินแล้ว ผู้ขายก็จะขอสำเนาโฉนดที่ดินเพื่อใช้ดำเนินการขอกู้เงินกับสถาบันการเงิน ในการขอกู้เงินกับสถาบันการเงินนั้น ผู้ขายก็จะมีวิธีที่จะขอกู้ให้ได้วงเงินตามที่ต้องการ โดยปกติสถาบันการเงินจะให้วงเงินกู้ประมาณ 60-70% ของราคาที่ดิน และในระหว่างที่รอการโอนที่ดินนี้ ผู้ขายก็จะเริ่มเปิดขายโครงการของตนเพื่อที่จะได้เงินจากผู้ซื้อมาหมุนใช้ก่อนทั้ง ทั้งที่ยังไม่ได้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และยังไม่ได้รับอนุญาตจัดสรรที่ดินตามกฎหมาย จากกรณีข้างต้นนี้อาจส่งผลดังต่อไปนี้คือ

(1) ในการขอกู้เงินกับสถาบันการเงินนั้น ถ้าไม่ได้หรือไม่ได้เงินตามเป้าหมายที่วางไว้และผู้ขายไม่มีเงินทุนอีก โครงการของผู้ขายก็มีโอกาสและเงินคาวนที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปแล้วนั้นอาจจะสูญไม่ได้คืน

(2) ถ้าการขอกู้เงินเป็นไปตามเป้าหมาย ก็ต้องพิจารณากันต่อไปว่าผลงานของโครงการเป็นอย่างไร

(2.1) ถ้ายอดขายโครงการไปได้ดี ผู้ขายก็จะมีเงินทุนเป็นค่าใช้จ่ายในการทำโครงการต่อไป โครงการนี้อาจจะไม่มีปัญหา

(2.2) ถ้ายอดขายของโครงการไปได้ดี แต่ผู้ขายนำเงินออกไปใช้ในกระบวนซึ่งไม่เกี่ยวกับการทำโครงการ หรือนำไปใช้ผิดประเภท เช่น อาจจะนำเงินไปใช้ส่วนตัวหรือนำเงินไปลงทุนในโครงการอื่นหรือธุรกิจอื่น จนทำให้เงินทุนหมดไม่มีเงินสำหรับใช้จ่ายในการทำโครงการ โครงการนี้อาจมีปัญหา และเงินคาวนที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปและนั่นก็อาจจะไม่ได้รับคืน

(2.3) ถ้ายอดขายของโครงการไม่ดี ซึ่งอาจจะมาจากผลของตลาดโดยรวม ก็จะทำให้เงินที่ผู้ขายได้รับจากลูกค้ามีจำนวนน้อย ประกอบกับตัวผู้ขายเองไม่มีเงินทุน โครงการนี้อาจจะมีปัญหา เงินคาวนที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปแล้วนั้นก็อาจจะไม่ได้รับคืนเช่นกัน

นอกจากปัญหาข้างต้นนี้แล้ว ปัญหาที่ผู้ซื้ออาจจะประสบก็มีอีกหลายประการไม่ว่าจะเป็น

(1) ปัญหาอันเกิดจากการผิดสัญญา เนื่องจากผู้ขายบางรายตั้งใจที่จะหลอกลวงหรือน้อโกงผู้ซื้อ โดยในช่วงระยะเวลาที่ผู้ซื้อชำระเงินค่างาน ผู้ขายอาจไม่ดำเนินการก่อสร้างหรือทิ้งโครงการ หรือการที่ผู้ขายไม่จัดทำสาธารณูปโภคตามที่ได้แจ้งไว้ในขั้นตอนการขออนุญาตจัดสรรที่ดิน หรือขนาดที่ดินหรืออาคารมิได้เป็นไปตามสัญญาจะซื้อจะขาย ทำให้ผู้ซื้อเสียเปรียบ

(2) ผู้ขายทำการริบเงินมัดจำและเงินค่างวดของผู้ซื้อโดยอ้างว่าผู้ซื้อไม่ไปรับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างตามวันและเวลาที่ผู้ขายกำหนด ซึ่งโดยข้อเท็จจริงกลับปรากฏว่า ผู้ซื้อไม่ได้รับหนังสือแจ้งการนัดโอนกรรมสิทธิ์จากผู้ขายแต่อย่างใด

(3) ในระหว่างที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินค่างาน การก่อสร้างเป็นไปอย่างล่าช้าและไม่มีความที่จะเสร็จทันตามกำหนดการโอน เมื่อผู้ซื้อทวงถามก็ได้แต่รับคำแก้ตัวต่าง ๆ นานา จากผู้ขาย เช่น ผู้รับเหมาก่อสร้างไม่ตี ทุ้งงาน และกำลังหาผู้รับเหมาก่อสร้างรายใหม่ เป็นต้น

(4) เมื่อผู้ซื้อได้ผ่อนชำระเงินค่างานครบถ้วนแล้วและพร้อมที่จะรับโอนกรรมสิทธิ์ แต่การก่อสร้างยังไม่เสร็จ เมื่อผู้ซื้อทวงถามก็อาจได้รับแต่รับคำแก้ตัวจากผู้ขาย

(5) เมื่อผู้ซื้อได้จ่ายเงินค่างานครบแล้วและบ้านสร้างเสร็จแล้ว แต่ผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ เนื่องจากผู้ขายที่ดินนำที่ดินไปจำนองเป็นประกันหนี้เงินกู้ไว้กับสถาบันการเงิน และปรากฏว่าผู้ขายเป็นหนี้จำนวนมากไม่สามารถไถ่ถอนจำนองได้ และเป็นจำนวนหนี้ที่สูงกว่าจำนวนเงินที่ผู้ซื้อค่างานชำระแก่ผู้ขาย ทำให้ผู้ซื้อไม่อาจรับภาระหนี้จำนองแทนผู้ขายได้

(6) หลังจากที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระเงินค่างานไปแล้ว ผู้ซื้อกลับพบว่าโฉนดที่ดินแปลงนั้นไม่ได้เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ขาย หรือโฉนดดังกล่าวเป็นโฉนดปลอม หรือผู้ขายหลอกลวงเอาโฉนดที่ดินของผู้อื่นมาแก้ไขชื่อผู้ถือกรรมสิทธิ์ให้เป็นชื่อของตนแล้วนำมาจัดสรรโครงการ หากเป็นลักษณะนี้ก็มั่นใจได้เลยว่าผู้ซื้อจะไม่ได้รับเงินคืนอย่างแน่นอน เพราะผู้ขายตั้งใจโกงอยู่แล้ว

(7) ผู้ขายมีที่ดินจริงเพียงไม่กี่แปลง แต่หลอกขายผู้ซื้อหลายคนในที่ดินแปลงเดียวกัน

จากปัญหาดังกล่าวนี้ ส่งผลให้ผู้ซื้อขาดความมั่นใจในการทำสัญญา เนื่องจากผู้ซื้อไม่อาจรู้ได้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริงหรือไม่ หรือหากผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริง แต่ที่ดินดังกล่าวอาจมีภาระผูกพัน หรือการจดจำนองต่าง ๆ บนที่ดิน ซึ่งอาจทำให้ผู้ซื้อเกิดความเสียหายได้ นอกจากนี้หากผู้ซื้อได้ทำการผ่อนชำระเงินค่างวดให้แก่ผู้ขายไปแล้ว แต่ในช่วงระหว่างการผ่อนค่างวดนี้ หากผู้ขายไม่สามารถดำเนินโครงการต่อไปได้ ไม่ว่าจะด้วยเหตุใดก็ตาม เงินที่ผู้ซื้อได้จ่ายไปแล้วจะสูญเปล่าหรือไม่ หรือถ้าได้รับคืนจะได้คืนครบถ้วนหรือไม่ หรือถ้าผู้ซื้อพบว่าโครงการก่อสร้างบ้านมีความล่าช้ากว่าที่ควรจะเป็น ผู้ซื้อจะหยุดการผ่อนชำระเงินค่างวดไว้ก่อนจนกว่าจะมั่นใจว่าการก่อสร้างจะเสร็จพอดีกับการชำระเงินค่างวดสุดท้าย ผู้ซื้อจะทำได้หรือไม่ และจะถูกผู้ประกอบการฟ้องร้องหรือไม่ หรือในกรณีที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินค่างวดครบถ้วนแล้ว แต่ผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อได้ เนื่องจากยังสร้างไม่เสร็จ หรือที่ดินยังติดจำนองอยู่ หรือมีปัญหาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ ผู้ซื้อจะขอเงินทั้งหมดคืนได้หรือไม่ และจากใคร นอกจากนั้นโครงการสร้างเสร็จแล้วและพร้อมที่จะโอน แต่ขนาดของที่ดิน หรืออาคารหรือระบบสาธารณูปโภคต่าง ๆ ไม่เป็นไปตามที่ผู้ขายโฆษณาไว้หรือตามสัญญา จะซื้อจะขาย ผู้ซื้อจะอย่างไร

จะเห็นได้ว่าในช่วงระยะเวลาที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินค่างวดให้แก่ผู้ขายที่ดิน ผู้ซื้อไม่อาจหาหลักประกันในกรณีดังกล่าวได้เลย แม้ในส่วนของการทางราชการจะมีการให้ความช่วยเหลือก็ตาม แต่ก็ยังไม่มีความหมายหรือมาตรการใดที่ช่วยในการแก้ไขปัญหาและสร้างความมั่นใจให้กับทุกฝ่ายในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจน

#### 4. กฎหมายหรือมาตรการที่ใช้ในการแก้ไขปัญหา นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน

นับแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าภาครัฐได้ให้ความสำคัญของการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มาโดยตลอด โดยเฉพาะปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย โดยได้มีการออกมาตรการและการกำหนด หน่วยงานที่ให้ความช่วยเหลือหรือแก้ไขปัญหาให้แก่ผู้ซื้อที่ได้รับผลกระทบจากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้น นอกจากนี้ยังมีการบัญญัติกฎหมายหรือการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อมากยิ่งขึ้น ดังที่จะกล่าวต่อไปนี่คือ



#### 4.1 การกำหนดหน่วยงานที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือหรือแก้ไขปัญหา

เมื่อผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อนเสียหาย สิ่งที่มาคือคือการดำเนินการเพื่อเยียวยาความเสียหาย โดยหน่วยงานของรัฐจะต้องอำนวยความสะดวกในการให้ความช่วยเหลือหรือแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้น ซึ่งหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ก็คือ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) และกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ (สศก.) โดยทั้งสองหน่วยงานจะมีขั้นตอนในการดำเนินงานดังนี้

##### 1) สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)

สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือ สคบ. นั้น เป็นหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานหนึ่งที่ทำหน้าที่ให้ความช่วยเหลือแก่ผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการซื้อสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจ โดยใน สคบ. จะมีฝ่ายที่ทำหน้าที่ในการรับเรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากการซื้อสินค้าและบริการทุกเรื่อง และให้คำปรึกษาแนะนำข้อสงสัยทางด้านกฎหมาย รวมถึงการฟ้องคดีแทนผู้บริโภค ทั้งทางคดีแพ่งและคดีอาญา แต่บทบาทของ สคบ. ในธุรกิจที่อยู่อาศัยนั้นโดยมากจะมุ่งเน้นในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นแล้ว เช่น การตรวจสอบการละเมิดสิทธิของผู้บริโภคโดยการใช้ข้อความในการโฆษณา หรือการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรบ้านจัดสรร หรืออาคารชุด ซึ่งในการทำหน้าที่ดังกล่าว สคบ. จะดำเนินการช่วยเหลือผู้ซื้อที่ประสบปัญหาโดยจะส่งเรื่องให้หน่วยงานที่รับผิดชอบพิจารณา เช่น หากเกิดปัญหาในเรื่องสาธารณูปโภค สคบ. ก็จะส่งเรื่องไปยังกรมที่ดินหรือสำนักงานที่ดิน หรือหากเกิดปัญหาขึ้นระหว่างผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อ สคบ. จะทำหน้าที่เป็นคนกลางช่วยดำเนินการไกล่เกลี่ยปัญหาให้ซึ่งขั้นตอนในการดำเนินการของ สคบ. จะมีดังนี้คือ<sup>1</sup>

(1) สคบ. จะออกหนังสือหรือเชิญคู่กรณีทั้งสองฝ่ายมาชี้แจงข้อเท็จจริงและเจรจาไกล่เกลี่ยกันที่ สคบ. พร้อมกับมีหนังสือไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อขอทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินโครงการของผู้จัดสรรที่ดินว่าผู้จัดสรรที่ดินได้ดำเนินการไปตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับของทางราชการหรือไม่ อย่างไร

<sup>1</sup> สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, “ถาม-ตอบเรื่องซื้อบ้าน,” สคบ.สาร ปีที่ 22 ฉบับที่ 230 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2544): 9.

(2) กรณีที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายสามารถเจรจาตกลงกันได้ สคบ. ก็สามารถยุติเรื่องร้องเรียนได้ทันที แต่ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ผู้ซื้อสามารถเลือกดำเนินการได้ 2 ทาง คือ

1. ใช้สิทธิฟ้องคดีตามสัญญาในชั้นศาลด้วยตนเอง

2. ขอให้ สคบ. นำเรื่องเสนอให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณาในการดำเนินคดีแก่ผู้จัดสรรเพื่อบังคับให้คืนเงินหรือโอนกรรมสิทธิ์แทนผู้ซื้อที่ถูกละเมิดสิทธิ

(3) หากผู้ซื้อขอให้ สคบ. นำเรื่องเสนอคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคให้ดำเนินการแทนตนนั้น เจ้าหน้าที่จะรวบรวมและนำข้อเท็จจริงต่าง ๆ เสนอให้คณะอนุกรรมการถ่วง กรอง เรื่องราวร้องทุกข์จากผู้บริโภคพิจารณาตามที่ผู้บริโภคร้องขอ และถ้าเป็นกรณีที่ผู้บริโภค นั้นถูกละเมิดสิทธิ และการดำเนินคดีแก่ผู้จัดสรรที่ดินหรือผู้ดำเนินโครงการนั้นเป็นประโยชน์ต่อผู้บริโภค เป็นส่วนรวม คณะอนุกรรมการฯ จะมิมติให้นำเรื่องเสนอคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณา ดำเนินการตามที่ผู้บริโภคร้องขอต่อไป

(4) หากคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (คคบ.) พิจารณาแล้วมีความเห็นตามที่ คณะอนุกรรมการฯ มิมติมา ให้คณะกรรมการฯ พิจารณาใช้อำนาจตามมาตรา 39 แห่ง พ.ร.บ.คุ้มครองผู้บริโภคมีมติให้พนักงานเจ้าหน้าที่หรือข้าราชการในสคบ.นำเรื่องดังกล่าวไปดำเนินคดีแก่ผู้จัดสรรในชั้นศาลแทนผู้ซื้อ รวมถึงผู้ซื้อรายอื่นที่ถูกละเมิดสิทธิจากการทำสัญญากับผู้จัดสรรหรือผู้ดำเนินโครงการดังกล่าว

(5) เจ้าหน้าที่จะนำเอกสารหลักฐานข้อเท็จจริงต่าง ๆ และคำร้องเรียนของผู้ซื้อ ทุก รายไปดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้ขายหรือจัดสรรที่ดิน โดยจะส่งเรื่องให้อัยการเป็นผู้ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีแก่ผู้จัดสรรตามมติของคณะกรรมการต่อไป

(6) เมื่อ สคบ. ได้ดำเนินคดีแก่ผู้จัดสรรที่ดินแล้ว ผู้ซื้อจะต้องรอให้การดำเนินคดีต่าง ๆ นั้นถึงที่สุดเสียก่อน และหากศาลมีคำพิพากษาออกมาแล้ว ผู้จัดสรรที่ดินยังไม่ดำเนินการตามที่ศาลมีคำพิพากษา สคบ. ในฐานะผู้รับมอบอำนาจจากผู้บริโภคและผู้มีอำนาจในการดำเนินคดีแทนผู้บริโภค จะเป็นผู้ดำเนินการให้มีการบังคับคดีแก่ผู้จัดสรรที่ดินตามที่ศาลมีคำพิพากษาต่อไป

จากขั้นตอนการดำเนินงานของ สคบ. ดังที่กล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่า สคบ. น่าจะเป็นหน่วยงานที่สามารถแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนให้แก่ผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ในความเป็นจริง เนื่องจากขอบเขตความรับผิดชอบของ สคบ. ซึ่งมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อสินค้าและบริการต่าง ๆ มากมายหลายประเภทรวมถึงที่อยู่อาศัยด้วยอัตรากำลังเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอยู่จำกัด ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงขนาดของหน่วยงานประกอบกับปัญหาเรื่องเรียนที่เกิดขึ้นจะพบว่า สคบ. ไม่สามารถรองรับปริมาณปัญหาที่เกิดขึ้น ทำให้ประสิทธิภาพการทำงานของ สคบ. ไม่ดีเท่าที่ควร

## 2) กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ (สศก.)

กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจหรือ สศก. ก็เป็นอีกหน่วยงานหนึ่งที่มีส่วนรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนให้แก่ผู้บริโภค เนื่องจากในช่วงที่ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ประสบปัญหาอย่างรุนแรง สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไม่สามารถรองรับปริมาณปัญหาที่เพิ่มมากขึ้น จึงมีการกำหนดให้ สศก. ช่วยแบ่งเบาภาระ โดยทำหน้าที่รับเรื่องร้องทุกข์ของประชาชนดังเช่นที่ สคบ. ดำเนินการ โดยขั้นตอนในการดำเนินการของ สศก. ก็มีลักษณะเช่นเดียวกับ สคบ. กล่าวคือ เมื่อมีผู้ร้องเรียนติดต่อเข้ามา สศก. จะพิจารณาลักษณะปัญหาความเดือดร้อน โดยหากเป็นเรื่องที่ไม่เกี่ยวกับโทษทางอาญาแล้วก็จะส่งเรื่องไปให้ สคบ. เป็นผู้ดำเนินการ แต่หากเป็นเรื่องความผิดทางอาญา พนักงานสอบสวนจะส่งหนังสือเรียกเจ้าของโครงการที่ถูกกล่าวหาเข้ามาชี้แจง หากไม่มาจะถือว่าจัดขึ้นเจ้าพนักงานมีโทษปรับ ในรายที่ไม่สามารถตกลงกันได้ สศก. จะดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำผิดต่อไป ทั้งนี้โทษทางอาญานั้นไม่จำเป็นต้องเป็นโทษตามประมวลกฎหมายอาญา โดยพนักงานสอบสวนสามารถใช้กฎหมายต่าง ๆ เข้ามาร่วมในการพิจารณาคดี เช่น พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค เป็นต้น ดังนั้น หากเป็นเรื่องที่มีความผิดทางอาญา สศก. ก็จะพิจารณาดำเนินคดีไปตามตัวบทกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

จะเห็นได้ว่า การดำเนินการของ สศก. ก็มีลักษณะเดียวกันกับที่ สคบ. ปฏิบัติ กล่าวคือ จะทำหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาหรือมุ่งในการปราบปรามมากกว่าป้องกัน และจากลักษณะงานของ สศก. ที่รับผิดชอบในงานที่เกี่ยวกับคดีเศรษฐกิจทุก ๆ เรื่อง จึงเห็นได้ว่าหน่วยงานนี้ก็ไม่เพียงพอที่จะรองรับปัญหาที่เกิดขึ้นกับธุรกิจประเภทนี้ได้เช่นเดียวกัน

#### 4.2 กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

จากปัญหาต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นและผู้บริโภคได้รับ ทำให้รัฐจำเป็นต้องหามาตรการในการป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งมาตรการหนึ่งที่รัฐได้สร้างขึ้นก็คือ การออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อควบคุมไม่ให้เกิดปัญหา หรือช่วยบรรเทาความเดือดร้อนที่เกิดขึ้นแก่ประชาชน สำหรับประเทศไทยในขณะนี้ก็มีกฎหมายซึ่งบัญญัติขึ้นมาเพื่อควบคุมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ อยู่หลายฉบับ กล่าวคือ ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการจัดสรรที่ดินของภาคเอกชน โดยกำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องมีการขออนุญาตจัดสรรที่ดิน ภายใต้งบเงื่อนไขและอยู่ในการควบคุมของคณะกรรมการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ซึ่งในปัจจุบันกฎหมายฉบับนี้ได้ถูกยกเลิกและมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ขึ้นใช้บังคับแทน, พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมดูแลการจัดการอาคารชุด, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองคู่สัญญาฝ่ายที่มีอำนาจต่อรองน้อยกว่าไม่ให้ต้องเสียเปรียบหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมอันเนื่องมาจากการทำสัญญา และพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ฉบับที่ 2 (พ.ศ.2541) ซึ่งมีสาระสำคัญในการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการทำสัญญาไปในทางที่เอาเปรียบผู้บริโภค

เมื่อพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับจะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวจะมุ่งคุ้มครองผู้บริโภคมิให้ผู้ประกอบการเอาเปรียบในเกือบทุกด้าน เช่น การควบคุมการดำเนินการจัดสรรที่ดินของผู้ประกอบการจัดสรรที่ดิน การควบคุมการทำสัญญาไม่ให้ผู้ประกอบการทำสัญญาไปในเชิงเอาเปรียบผู้บริโภค และคุ้มครองผู้บริโภคเมื่อเกิดปัญหาจากการที่ผู้ประกอบการได้จัดทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมขึ้น แต่กฎหมายแต่ละฉบับดังที่กล่าวมานี้ไม่ได้มีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองแก่เงินของผู้ซื้อที่ได้ชำระให้แก่ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดิน ในช่วงที่ผู้ประกอบการเปิดขายโครงการและดำเนินการก่อสร้างโครงการแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ผู้วิจัยจะขอกล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายดังที่กล่าวมานี้เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงกรอบของการคุ้มครองผู้บริโภคตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละฉบับ ดังนี้คือ

##### 1) ประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 (พ.ศ.2515)

สืบเนื่องมาจากการเพิ่มขึ้นของประชากรอย่างรวดเร็ว ส่งผลให้ความต้องการที่อยู่อาศัยได้เพิ่มมากขึ้น และถึงแม้ภาครัฐจะเป็นผู้ให้ความช่วยเหลือในการจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนได้อย่างเพียงพอ เนื่อง

จากประสบปัญหาหลายประการ โดยเฉพาะด้านเงินทุน ดังนั้นภาคเอกชนจึงเข้ามามีบทบาทในธุรกิจนี้ในรูปของการจัดสรรบ้านและที่ดิน แต่เนื่องจากในขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ทำหน้าที่ควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชน จึงทำให้ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินบางรายกระทำการหลอกลวงหรือเอาเปรียบประชาชน ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อน ดังเช่นผู้จัดสรรที่ดินบางรายนำที่ดินซึ่งตนยังไม่มีกรรมสิทธิ์มาทำการจัดสรร โดยหลอกผู้ซื้อว่าเป็นที่ดินผู้จัดสรรมีกรรมสิทธิ์ เมื่อผู้ซื้อหลงเชื่อและชำระเงินให้แก่ผู้จัดสรรไปแล้ว ผู้จัดสรรก็ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อได้ หรือในกรณีที่ผู้จัดสรรได้โฆษณาถึงการจัดทำสาธารณูปโภคต่างๆไว้ แต่เมื่อประชาชนเข้าซื้อก็ไม่มีการจัดทำตามที่ได้อธิบายไว้<sup>2</sup> หรือจัดทำสาธารณูปโภคไม่ได้มาตรฐานที่กำหนด ทำให้เกิดปัญหาและข้อพิพาทขึ้น

จากปัญหาดังกล่าว รัฐจึงได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 (พ.ศ.2515) เพื่อควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชน โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรให้ได้รับความเป็นธรรม และป้องกันการทุจริตฉ้อโกงของผู้จัดสรรที่ดิน โดยกำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมผู้ประกอบการจัดสรรที่ดิน ให้จัดทำบัญชีเกี่ยวกับการชำระราคาที่ดินในกรณีที่มีการชำระราคาที่ดินบางส่วน ไปยังพนักงานเจ้าหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม นอกจากนี้ กฎหมายฉบับดังกล่าวยังกำหนดไว้ว่า สัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรร จะต้องทำเป็นหนังสือสัญญาซื้อขายและนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ และเมื่อได้ดำเนินการจดทะเบียนแล้ว ให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ตกลงกันตามสัญญาซื้อขาย เฉพาะส่วนตามแผนผังหรือโฉนดที่ดินที่แบ่งแยกเป็นแปลงย่อยนั้น โอนไปยังผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยให้ผู้จัดสรรที่ดินมีบุริมสิทธิในมูลค่าซื้อขายส่งหาริมทรัพย์สำหรับราคาที่ดินที่ยังค้างชำระอยู่ และให้ถือว่าเป็นบุริมสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์<sup>3</sup>

## 2) พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ.2534)

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2534) หรือที่เรียกกันว่ากฎหมายอาคารชุด หรือกฎหมายคอนโดมิเนียม นั้น มีวัตถุประสงค์ในการรับรองและคุ้มครองสิทธิ

<sup>2</sup> กรมที่ดิน กองวิชาการ คณะนิติกร, “ขั้นตอนการขออนุญาตค้าและจัดสรรที่ดิน”, (ม.ป.ท., ม.ป.ป.), หน้า 2.

<sup>3</sup> วัจนะ โนนคู่เขตโขง, “คำแนะนำว่าด้วยการทำสัญญาซื้อขายและการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินจัดสรร,” วารสารที่ดิน ปีที่ 30 เล่มที่ 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2527)



รวมถึงการรักษาความสงบสุขของประชากรที่อาศัยอยู่ในอาคารชุดหลังเดียวกัน โดยมีเจตนารมณ์ในการจัดระบบกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดเป็นสำคัญ เพื่อให้ผู้ซื้ออาคารชุดได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายมากที่สุด โดยเนื้อหาหรือสาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้จะกล่าวถึงผู้มีสิทธิที่จะขอจดทะเบียนอาคารชุดว่าจะต้องเป็นเจ้าของที่ดินซึ่งมีโฉนด และต้องเป็นเจ้าของอาคารซึ่งตั้งอยู่บนโฉนดที่ดินแปลงนั้นด้วย และอาคารที่จะขอจดทะเบียนอาคารชุดต้องเป็นอาคารที่สร้างเสร็จเรียบร้อยแล้ว โดยมีหลักสำคัญว่า บุคคลแต่ละคนสามารถแยกการถือกรรมสิทธิ์ในอาคารหลังเดียวกันออกเป็นส่วนตัว และกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดแต่ละส่วนนั้นจะประกอบด้วยกรรมสิทธิ์ 2 ชนิดด้วยกันคือ กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคล (Personal Property) และกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินกลาง (Common Property) เมื่อเข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าวแล้ว เจ้าของโครงการก็สามารถยื่นคำขอต่อพนักงานเจ้าหน้าที่เพื่อขอจดทะเบียนเป็นอาคารชุดตามกฎหมาย<sup>4</sup>

นอกจากนี้ กฎหมายฉบับนี้ยังรับรองสิทธิในหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดแต่ละห้องชุดว่ามีอยู่เช่นเดียวกับโฉนดที่ดิน สามารถนำไปจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมได้เหมือนกับโฉนดที่ดินทั่วไปคือ สามารถซื้อขาย จำนอง หรือให้เช่าได้เช่นเดียวกับโฉนดที่ดินทั่วไป ในส่วนของการบริหารงานอาคารชุดนั้น เมื่อเจ้าของโครงการได้รับจดทะเบียนเป็นอาคารชุดและได้รับหนังสือกรรมสิทธิ์ในห้องชุดแล้ว จะต้องมีการจัดตั้งองค์กรหนึ่งขึ้นมาเพื่อดูแลจัดการทรัพย์สินส่วนกลาง ซึ่งองค์กรนี้เรียกว่า “นิติบุคคลอาคารชุด” โดยจะต้องจดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และมีผู้จัดการเป็นผู้แทนของนิติบุคคลอาคารชุด 1 คน ทั้งนี้การดำเนินงานของผู้จัดการหรือนิติบุคคลอาคารชุด ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมของที่ประชุมใหญ่ของเจ้าของห้องชุดทั้งหมด<sup>5</sup>

เมื่อได้รับจดทะเบียนเป็นอาคารชุด ได้รับหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดและได้จดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุดครบถ้วนแล้ว อาคารชุดแห่งนั้นก็จะตกอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายอาคารชุดหรือพระราชบัญญัติอาคารชุดฉบับนี้ หากเจ้าของร่วมคือเจ้าของห้องชุดทั้งหมดต้องการเปลี่ยนแปลงเป็นอาคารธรรมดา คือไม่ต้องการให้อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายอาคารชุด ก็สามารถลงมติเป็นเอกฉันท์ให้ยกเลิกการเป็นอาคารชุดได้ตามกฎหมาย<sup>6</sup>

<sup>4</sup> วิชัย ตันติกุลานันท์, คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับอาคารชุด, (กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์, 2532), หน้า 1-2.

<sup>5</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 2.

<sup>6</sup> เรื่องเดียวกัน., หน้า 3.

### 3) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540

กฎหมายว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ถือเป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาอันเกิดจากระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยม ในลักษณะของการทำนิติกรรมสัญญาที่เอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เนื่องจากในปัจจุบันสภาพสังคมได้เปลี่ยนแปลงไป การพัฒนาทางสังคมและเศรษฐกิจได้เจริญก้าวหน้าอย่างมากและโดยรวดเร็ว อันเป็นเหตุให้ธุรกิจและการค้าต่าง ๆ ในประเทศมีการพัฒนาเป็นเงาตามตัว ทำให้บทบัญญัติของกฎหมาย คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในส่วนที่เกี่ยวกับนิติกรรมสัญญา ซึ่งได้ยึดหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาถูกกระทบ โดยเฉพาะคู่สัญญาที่มีความแตกต่างกันทางเศรษฐกิจ ความรอบรู้และประสบการณ์ทางกฎหมาย อันนำมาซึ่งอำนาจการเจรจาต่อรองที่น้อยกว่า ทำให้นิติกรรมสัญญาบางประเภทซึ่งประชาชนทั่วไปมีความจำเป็นต้องเข้าทำนิติกรรมกับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเสียเปรียบหรือไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างน่าเห็นใจ เนื่องจากขาดความรู้ความเข้าใจในเรื่องของนิติกรรมสัญญา ซึ่งมีการพัฒนาในด้านรูปแบบและผลที่จะผูกพันคู่กรณี และไม่มีโอกาสที่จะศึกษาและทำความเข้าใจข้อสัญญาอย่างถ่องแท้ก่อนที่จะเข้าผูกพันเป็นคู่สัญญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทำสัญญาประเภทที่เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูป” หรือสัญญาที่เขียนโดยคู่สัญญาฝ่ายเดียวตามอำเภอใจ ดังนั้น จึงมีการออกกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ.2540 ซึ่งมีผลบังคับใช้เมื่อวันที่ 15 พฤษภาคม 2541 เพื่อกำหนดกรอบของการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล เพื่อแก้ไขความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมดังกล่าว โดยบัญญัติให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบนิติกรรมสัญญาว่ามีความถูกต้องชอบธรรมเพียงใด พร้อมทั้งกำหนดแนวทางแก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้น มีผลบังคับอยู่เท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี<sup>7</sup>

### 4) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541

เนื่องจากมีผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก ได้ทำการร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) ว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการธุรกิจ กรณีการซื้อที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างและห้องชุดในอาคารชุด ซึ่งผู้ประกอบการส่วนใหญ่ได้จัดทำสัญญาสำเร็จรูป โดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้บริโภค ทำให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบ

<sup>7</sup> สุพิศ ปรานิตพลกรัง, สัญญาที่ไม่เป็นธรรม, (ม.ป.ท., 2541), หน้า 4-5.

และถึงแม้ว่าสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้เคยจัดทำแบบสัญญา มาตรฐานขึ้น พร้อมทั้งได้แจ้งให้ผู้ประกอบธุรกิจทราบแล้วก็ตาม แต่ผู้ประกอบการก็ไม่นำแบบสัญญาดังกล่าวมาใช้ ซึ่ง สคบ. เองก็ไม่อาจบังคับให้ผู้ประกอบธุรกิจใช้สัญญาดังกล่าวได้ เนื่องจากเป็นเสรีภาพของบุคคลตามหลักแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยนิติกรรมสัญญา ดังนั้น รัฐบาลจึงเห็นความสำคัญของปัญหาดังกล่าวและกำหนดให้มีการปรับปรุงกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค ซึ่งก็คือ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ.2522 เพื่อให้ มาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภคมีประสิทธิภาพมากขึ้น โดยได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2541 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2541 โดยกำหนดสิทธิของผู้บริโภคเพิ่มขึ้นคือ “สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา” และกำหนดมาตรการการคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญาขึ้น โดยให้อำนาจคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาพิจารณากำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็นหนังสือ หรือตามปกติประเพณีต้องทำเป็นหนังสือ เป็นธุรกิจที่ควบคุม สัญญาและลักษณะของสัญญาได้ ทั้งนี้ภายใต้เงื่อนไขและรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วย สัญญา กำหนด เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคโดยรวม และเพื่อป้องกันมิให้ผู้ประกอบการทำ สัญญาเอาเปรียบผู้บริโภค ซึ่งในปัจจุบันนี้มีธุรกิจหลายประเภทรวมถึงธุรกิจขายห้วงชุดได้ถูก ประกาศให้เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา

##### 5) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543

แต่เดิมกฎหมายที่ควบคุมการจัดสรรที่ดินของเอกชนมีบัญญัติอยู่ในประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับดังกล่าวได้ประกาศใช้มาเป็นเวลานานแล้ว จึงมีหลักการและรายละเอียดที่ไม่เหมาะสมหลายประการ ทำให้ไม่สามารถให้ความคุ้มครองและแก้ไขปัญหาของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้อย่างแท้จริง จึงได้มีการยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 และตรากฎหมายฉบับใหม่ขึ้น คือ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 ซึ่งมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 22 กรกฎาคม พ.ศ.2543 เป็นต้นไป ซึ่งกฎหมายฉบับนี้สามารถครอบคลุมและแก้ไขปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ ได้อย่างเป็นรูปธรรม โดยการกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยเฉพาะการได้สิทธิในที่ดินจัดสรร และการกำหนดให้มีผู้รับผิดชอบในการจัดทำและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ โดยกำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาค้ำประกันเกี่ยวกับการจัดทำและการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค นอกจากนี้กฎหมายฉบับนี้ยังคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยการกำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรร ซึ่งผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจะต้องทำสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด นอกจากนี้ ยัง

กำหนดให้ผู้รับชำระเงินค่าที่ดินจัดสรรต้องออกไปเสร็จรับเงินเป็นหนังสือให้แก่ผู้ชำระเงินด้วย มิฉะนั้นจะมีความผิดทางอาญา

สาระสำคัญของกฎหมายฉบับนี้อีกประการหนึ่งก็คือ การจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร โดยผู้ซื้อที่ดินจัดสรรตั้งแต่กึ่งหนึ่งของจำนวนที่ดินจัดสรรทั้งหมด สามารถยื่นคำขอต่อพนักงานที่ดินเพื่อจดทะเบียนนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเพื่อทำหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาทรัพย์สินที่เป็นสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะของหมู่บ้านจัดสรร

##### 5. แนวคิดและพัฒนาการของการเสนอกฎหมายเอสโครว์ในประเทศไทย

แนวความคิดเรื่องการปรับใช้ระบบเอสโครว์เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคนี้ ได้มีการเสนอมานับไม่ต่ำกว่า 10 ปีแล้ว โดยได้มีการบรรจุมาตรการเรื่องการใช้เอสโครว์ครั้งแรกในร่างแนวนโยบายที่อยู่อาศัยระยะยาวของคณะกรรมการนโยบายที่อยู่อาศัย คณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในปี 2536 หลังจากนั้นก็ได้มีการวิพากษ์วิจารณ์ในหน้าหนังสือพิมพ์ และการสัมมนาต่าง ๆ บ่อยครั้ง จนกระทั่งล่าสุดในปี 2538 ทางกรมก็ได้ให้ความสนใจและผลักดันมาตรการนี้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยหน่วยงานราชการ 2 แห่ง คือ

1) กรมที่ดิน โดยคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินและอาคารชุด) โดยยกร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฉบับใหม่ ที่มีบทบัญญัติที่ประยุกต์ใช้ หลักการของเอสโครว์บางส่วนโดยกำหนดไว้ในมาตรา 31 ให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร (ที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดิน) มีสิทธิชำระราคาที่ดิน หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแก่สถาบันการเงิน หรือองค์กรที่ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินกำหนด<sup>8</sup> ให้เป็นผู้รับชำระราคาค่าที่ดินหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างแทน โดยผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินจะมีสิทธิได้รับเงินจำนวนดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินได้รับใบอนุญาตจัดสรรที่ดินและจัดหาสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันการคืนเงินจำนวนดังกล่าวแล้ว ซึ่งร่างฉบับดังกล่าวได้นำเสนอในการประชุมประชาพิจารณ์ เมื่อวันที่ 29 เมษายน 2538

<sup>8</sup> พัลลภ กฤตยานวัช, “เอสโครว์ กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์,” (ม.ป.ท., 2538), หน้า 3.



2) กระทรวงการคลัง ได้จัดทำแผนแม่บททางการเงิน โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2538 เห็นสมควรให้มีการออกกฎหมายเพื่อรองรับระบบบัญชีค้ำประกัน (escrow account) หรือแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อรองรับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อที่อยู่อาศัยที่ต้องชำระเงินล่วงหน้าก่อนที่จะได้รับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และต่อมาเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2538 กระทรวงการคลังก็ได้ออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาการออกกฎหมายรองรับระบบบัญชีค้ำประกันขึ้น

แต่กฎหมายทั้ง 2 ฉบับก็ไม่สามารถออกมาใช้บังคับได้ จนในที่สุด เมื่อปี พ.ศ. 2543 กองนโยบายและวางแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจ สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง ก็ได้พยายามผลักดันให้มีการเสนอกฎหมายเอสโครว์ขึ้นใช้บังคับอีกครั้งหนึ่ง โดยกระทรวงการคลังได้ทำการพิจารณาร่วมกับผู้แทนจากภาครัฐและภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์และสถาบันการเงิน และได้มีการยกร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. .... ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภคในการชำระเงินเพื่อซื้อที่อยู่อาศัยเช่นเดิม

หลังจากนั้นกระทรวงการคลังก็ได้ดำเนินการตามขั้นตอนในการออกกฎหมาย โดยได้เสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อให้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาเมื่อวันที่ 19 เมษายน พ.ศ. 2543 (ตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0312/8800 ลงวันที่ 19 เมษายน 2543)

วันที่ 25 เมษายน พ.ศ. 2543 สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ส่งร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. .... ที่กระทรวงการคลังเสนอ ให้สำนักนายกรัฐมนตรีพิจารณาเสนอความเห็นเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ซึ่งสำนักนายกรัฐมนตรีได้ส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งเป็นหน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณา (ตามหนังสือสำนักงานเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ค่วนที่สดที่ นร 0204/5142 ลงวันที่ 25 เมษายน 2543 ประกอบกับหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรี ค่วนที่สดที่ นร 1305/3776 ลงวันที่ 27 เมษายน 2543)

วันที่ 8 พฤษภาคม 2543 สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคพิจารณาแล้วเห็นด้วยในหลักการของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ พร้อมทั้งเสนอข้อสังเกตเพื่อประกอบการพิจารณา (ตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ นร 2100.5/3111 ลงวันที่ 8 พฤษภาคม 2543)



วันที่ 12 พฤษภาคม 2543 สำนักนายกรัฐมนตรีได้ส่งความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (ตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ที่ นร 2100.5/3111 ลงวันที่ 8 พฤษภาคม 2543) พร้อมด้วยความเห็นของสำนักนายกรัฐมนตรีซึ่งพิจารณาเห็นชอบด้วยความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคไปยังเลขาธิการคณะรัฐมนตรี เพื่อนำเสนอต่อคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป (ตามหนังสือสำนักนายกรัฐมนตรีที่ นร 1305/4280 ลงวันที่ 12 พฤษภาคม 2543)

วันที่ 22 พฤษภาคม 2543 สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ได้มีหนังสือถึงนายกรัฐมนตรีแจ้งให้ทราบว่า สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีพิจารณาแล้วเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ที่กระทรวงการคลังเสนอนั้นเป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาระบบธุรกิจที่สำคัญของประเทศ จึงเห็นสมควรเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณา และหากคณะรัฐมนตรีอนุมัติในหลักการ สมควรส่งให้คณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาโดยนำความเห็นของสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) ไปประกอบการพิจารณาด้วย (ตามหนังสือสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ที่ นร 0204/1402/พ ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2543)

วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2543 นายกรัฐมนตรีเห็นชอบและอนุมัติให้นำเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้คณะรัฐมนตรีพิจารณา

วันที่ 6 มิถุนายน พ.ศ. 2543 คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ตามที่กระทรวงการคลังเสนอและให้ส่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณา โดยให้รับข้อสังเกตของสำนักนายกรัฐมนตรี (สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค) และข้อสังเกตของคณะรัฐมนตรีไปประกอบการพิจารณาด้วย

วันที่ 25 สิงหาคม 2543 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ประชุมเพื่อตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... และได้ขอให้กระทรวงการคลังพิจารณาทบทวนนโยบายที่ยังมีความจำเป็นต้องเสนอร่างกฎหมายดังกล่าว โดยให้ความเห็นว่าเนื่องจากในปัจจุบันมีสถาบันการเงินบางแห่งสามารถประกอบธุรกิจในลักษณะดังกล่าวได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะกำกับดูแล

วันที่ 1 กันยายน 2543 กระทรวงการคลังได้มีหนังสือถึงเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาแจ้งให้ทราบถึงเหตุผลและความจำเป็นที่จะต้องจัดให้มีกฎหมายเฉพาะ ตามหนังสือกระทรวงการคลังที่ กค 0305/20305 ลงวันที่ 1 กันยายน 2543

เดือนพฤศจิกายน พ.ศ. 2543 คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้วิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พร้อมทั้งให้เหตุผลว่า ในขณะนี้ยังไม่มีความจำเป็นที่จะต้องตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับ เนื่องจากเหตุผลที่ว่า การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow agent) มีลักษณะเป็นเอกเทศสัญญารูปแบบหนึ่ง โดยมีคู่สัญญา 3 ฝ่าย กล่าวคือ ผู้ซื้อฝ่ายหนึ่ง ผู้ขายฝ่ายหนึ่ง และผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้ซื้อและผู้ขายอีกฝ่ายหนึ่ง โดยผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย (ซึ่งเป็นคู่สัญญาในสัญญาซื้อขาย) อันเป็นเอกเทศอย่างหนึ่งที่คู่สัญญาตกลงกันได้อยู่แล้วตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายเฉพาะ และในปัจจุบัน ธนาคารพาณิชย์หลายแห่งก็ได้บริการ escrow account ซึ่งเป็นบริการที่อยู่ในขอบเขตหน้าที่ของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ตามที่กำหนดไว้ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้อยู่แล้ว\* นอกจากนี้ ตามหลักการของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้นำระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาใช้บังคับกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) มีความเห็นว่า ในปัจจุบันมีกฎหมายที่ใช้บังคับเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยตรงอยู่แล้วคือ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ดังนั้นจึงเป็นการเหมาะสมกว่าที่จะให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องไปดำเนินการเพื่อให้มีการแก้ไขกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าว เพื่อให้ครอบคลุมหลักการตามร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ แทนที่จะต้องตราเป็นกฎหมายใหม่<sup>9</sup>

วันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2543 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือแจ้งให้กรมที่ดินเสนอความเห็นเกี่ยวกับผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผล

\* เนื่องจากตามหลักการของร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ได้จำกัดหน้าที่ของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยจะทำหน้าที่สำคัญแต่เพียงการเปิดบัญชีเพื่อนำเงินที่ได้รับชำระจากผู้ซื้อมาฝากไว้ในบัญชีนี้ และการเบิกจ่ายเงินจากบัญชีดังกล่าวให้แก่ผู้มีสิทธิได้รับเงินเท่านั้น ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวก็อยู่ในขอบเขตแห่งทางปฏิบัติที่ธนาคารพาณิชย์ได้ให้บริการอยู่ในปัจจุบัน

<sup>9</sup> สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกเรื่อง การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ....” พฤศจิกายน 2543.

ประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจะได้ดำเนินการเสนอต่อคณะรัฐมนตรีตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ด่วนที่สุด ที่ นร 0601/188 ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน 2543

วันที่ 7 ธันวาคม พ.ศ.2543 กรมที่ดินได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและให้ความเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... มีหลักการที่มุ่งจะดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะคู่สัญญาในสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 โดยได้กำหนดมาตรการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรไว้แล้ว ประกอบกับธนาคารพาณิชย์หลายแห่งได้ให้บริการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow account) โดยได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแต่อย่างใด (ตามหนังสือกรมที่ดิน ที่ มท 0712/38400 ลงวันที่ 7 ธันวาคม 2543)

นอกจากนี้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือถึงธนาคารแห่งประเทศไทย เพื่อให้แจ้งยืนยันความเห็นเกี่ยวกับผลการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ซึ่งธนาคารแห่งประเทศไทยได้ประสานงานกับกระทรวงการคลัง และกระทรวงการคลังได้แจ้งยืนยันความเห็นเกี่ยวกับผลการพิจารณาว่าเห็นควรให้มีการตราร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับเป็นกฎหมายเฉพาะ เพื่อให้มีหลักเกณฑ์การทำหน้าที่ escrow agent เป็นมาตรฐานและใช้บังคับกับ escrow agent ที่ดำเนินกิจการโดยบริษัททั่วไปที่ไม่ใช่ธนาคารพาณิชย์ได้ด้วย (ตามหนังสือสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ด่วนที่สุด ที่ กค 0305/3628 ลงวันที่ 6 ธันวาคม 2543)

วันที่ 26 ธันวาคม พ.ศ. 2543 สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แจ้งให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีทราบ ว่า คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ได้ตรวจพิจารณาร่างกฎหมายฉบับนี้แล้ว เห็นว่าในขณะนี้ไม่จำเป็นต้องมีร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นการเฉพาะ พร้อมทั้งส่งความเห็นของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อประกอบการพิจารณา ตามหนังสือสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ นร 0601/1245 ลงวันที่ 26 ธันวาคม 2543

วันที่ 23 มกราคม พ.ศ. 2544 คณะรัฐมนตรีได้ประชุมปรึกษาและลงมติเห็นชอบผลการตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... ตามความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ตามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเสนอ

และให้กระทรวงมหาดไทยรับไปพิจารณาคำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 เกี่ยวกับการจัดให้มีบัญชีดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow account) ตามความเหมาะสมต่อไป

#### **6. ระบบเอสโครว์ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ....**

เนื่องจากในช่วงระยะเวลาที่ผ่านมา ผู้ที่อยู่ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายส่วนหนึ่งประสบกับปัญหาที่เกิดขึ้นจากความไม่สัมฤทธิ์ผลของการซื้อขาย อันเนื่องมาจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาที่ระบุไว้ ไม่ว่าจะจากทั้งฝ่ายผู้ขายหรือผู้ประกอบการและผู้ซื้อหรือผู้บริโภค กล่าวคือ ผู้ซื้อ หรือผู้บริโภคบางรายไม่ได้สิ่งที่ตนประสงค์ ทั้งที่ได้จ่ายเงินชำระราคาไปแล้วส่วนหนึ่ง ในขณะที่ผู้ขายบางรายไม่ได้รับชำระราคาทั้งที่ได้มีการก่อสร้างไปแล้ว ทำให้เป็นปัญหาฟ้องร้องและข้อพิพาทเกิดขึ้นมากมาย ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่าในประเทศไทยยังไม่มีมาตรการที่ช่วยในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาดังกล่าว เพื่อสร้างความมั่นใจให้กับทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงได้มีการศึกษาถึงแนวทางที่จะสามารถป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้น โดยการนำระบบที่ใช้ อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกกันว่า “ระบบเอสโครว์” มาปรับใช้ โดยจะเรียกระบบดังกล่าวว่า “ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” เพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และเพื่อเป็นการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาว โดยการจัดทำร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... โดยมีตัวแทนกลางทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายรวมถึงการรับชำระหนี้เป็นงวดจากผู้ซื้อ และจะทำการโอนให้แก่ผู้ขายเมื่อได้มีการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ซื้อขายกันแล้ว ซึ่งหลักการดังกล่าวจะเป็นทางเลือกให้แก่คู่สัญญาที่จะสามารถตกลงกันให้นำระบบนี้มาใช้ แต่จะมีผลให้ผู้ประกอบการจำเป็นต้องมีแหล่งเงินทุนเพียงพอที่จะก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ที่จะขายทั้งหมดเสียก่อน ผู้ประกอบการจะใช้วิธีนำเงินที่ผู้ซื้อชำระเป็นงวดมาเป็นส่วนหนึ่งของเงินทุนในการก่อสร้างไม่ได้ เพราะเงินที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเป็นงวดจะอยู่ในความดูแลของตัวแทนเอสโครว์

การให้บริการคุ้มครองคู่สัญญาโดยตัวแทนเอสโครว์นี้จะเป็นการปิดช่องว่างของกฎหมาย โดยการสร้างมาตรการหรือกลไกที่ไม่ขัดต่อหลักกฎหมายแพ่งโดยทั่วไปของไทยในการให้ความคุ้มครองคู่สัญญาจากความเสียหายก่อนหรือในขณะที่เกิดสัญญา อันเป็นมาตรการในเชิงป้องกัน (Preventive Measure) แทนที่มาตรการดั้งเดิมซึ่งเป็นการมุ่งแก้ไขที่ต้องรอให้เกิดปัญหา

หรือความเสียหายขึ้นมาก่อนอย่างเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ซึ่งรายละเอียดของระบบเอสโครว์ตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. .... จะมีดังต่อไปนี้คือ<sup>10</sup>

### 6.1 ความหมายของระบบเอสโครว์

คณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ. .... ได้ให้นิยามความหมายไว้ว่า ระบบเอสโครว์ หมายถึง ระบบที่มีสัญญาหรือ ข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่สามเก็บรักษาเอกสารหรือสัญญาหรือ ทรัพย์สินบางอย่างเพื่อความปลอดภัย ในระหว่างที่คู่สัญญาปฏิบัติกรให้เป็นไปตามสัญญาหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้

### 6.2 วัตถุประสงค์ของระบบเอสโครว์

เป็นการสร้างระบบเพื่อให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีความรัดกุม โดยมีตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้ดูแลไม่ให้เงินคาวนที่ผู้ซื้อผ่อนชำระให้แก่ผู้ขายไปอยู่กับผู้ขายตั้งแต่แรก เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และสร้างความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค โดยผู้ขายจะได้รับประโยชน์จากการนำสัญญาไปแสดงกับสถาบันการเงิน เพื่อให้เห็นว่าผู้ซื้อจริงและไม่มีปัญหาในการดำเนินโครงการ

### 6.3 รูปแบบและขอบเขตของเอสโครว์

การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยในขั้นแรกนั้นจะนำมาใช้กับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น โดยมีข้อกำหนดในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่สำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ

- (1) ต้องเป็นธุรกรรมที่มีการชำระเงินคาวน
- (2) ต้องมีสัญญาซื้อขาย และ
- (3) ต้องมีการโอนกรรมสิทธิ์เกิดขึ้น

ทั้งนี้ ในเบื้องต้นกำหนดให้การดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา อยู่บนพื้นฐานของ “ความสมัครใจ” โดยเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อและผู้ขายที่ดิน หรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง หรือว่าจ้าง

<sup>10</sup> หนังสือกระทรวงการคลัง ที่ กค 0312/8800, (วันที่ 19 เมษายน 2543), หน้า 1-3.



ปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างและส่วนควบของสิ่งปลูกสร้างนั้น หรือทรัพย์สินอื่นที่รัฐมนตรีประกาศ กำหนดอาจตกลงกันจัดให้มีผู้จัดการผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้

#### 6.4 นิยามของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ (ร่างมาตรา 3)

- (1) ผู้ซื้อ หมายถึง บุคคลที่ทำสัญญาในฐานะผู้จะซื้อ ผู้ซื้อ หรือผู้ว่าจ้าง
- (2) ผู้ขาย หมายถึง บุคคลซึ่งจดทะเบียนประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ หรือรับจ้างปลูกสร้างทรัพย์สิน และทำสัญญากับผู้ซื้อในฐานะผู้จะขาย ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง
- (3) ตัวแทนเอสโครว์ หมายถึง บริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัดที่ได้จดทะเบียนเป็นตัวแทนเอสโครว์ และดำเนินการเป็นตัวแทนผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาแต่งตั้งโดยได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทน

#### 6.5 ขั้นตอนการดำเนินงานของเอสโครว์<sup>11</sup>

ขั้นตอนการดำเนินการเอสโครว์ที่จะนำมาปรับใช้ในประเทศไทยอาจแบ่งได้เป็น 3 ช่วง กล่าวคือ

- (1) เริ่มจากการที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงทำสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็น สิ่งปลูกสร้าง หรือสิ่งปลูกสร้างพร้อมที่ดิน โดยมีเงื่อนไขว่าจะต้องมีการชำระเงินดาวน์เพื่อเป็นส่วน หนึ่ง ก่อนถึงเวลาในการรับมอบสิ่งปลูกสร้าง ซึ่งการชำระเงินดาวน์ดังกล่าวสามารถผ่อนชำระเป็นงวดได้ หลังจากนั้นผู้ซื้อและผู้ขายจะจัดหาคนกลางที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้จัดเตรียมบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ (escrow instruction) ที่จะกำหนดให้มีการส่งมอบเงินดาวน์รายงวดไปอยู่ภายใต้การดูแลของตัวแทนเอสโครว์ซึ่งไม่มีส่วนได้เสียในการทำสัญญาซื้อขาย เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์เก็บรักษาเงินจำนวนดังกล่าวไว้จนกว่าผู้ขายจะได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้กำหนดไว้และมีการส่งมอบสิ่งปลูกสร้างตามสัญญา

ในบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ จะระบุวันเดือนปีที่สิ่งปลูกสร้างแล้วเสร็จ คุณสมบัติของสิ่งปลูกสร้าง เช่น แบบบ้าน วัสดุอุปกรณ์ เฟอร์นิเจอร์หรือสิ่งอำนวยความสะดวก

<sup>11</sup> สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง กระทรวงการคลัง, “เอกสารสรุปผลการศึกษาและจัดตั้งระบบ escrow สำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์,” (เอกสารไม่ตีพิมพ์เผยแพร่)

สะดวกต่าง ๆ รวมถึงจำนวนเงินคาวนทั้งหมดที่ผู้ซื้อต้องนำเข้าบัญชีเงินฝากที่เป็น escrow account นอกจากนี้ในบันทึกข้อตกลงยังจะต้องประกอบด้วยรายการที่สำคัญ ดังต่อไปนี้

- (ก) ชื่อและที่อยู่ของกลุ่มสัญญา
- (ข) หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขแห่งสัญญาเพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ปฏิบัติ
- (ค) ประเภทสิทธิหรือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่กลุ่มสัญญาตกลงให้ตัวแทนเอสโครว์จัดการดูแลผลประโยชน์
- (ง) หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเปิดบัญชี การฝากหรือเบิกถอนเงิน และการปิดบัญชีของกลุ่มสัญญา
- (จ) สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของผู้ซื้อ ผู้ขาย และตัวแทนเอสโครว์
- (ฉ) ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในการจัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้ซื้อ ผู้ขาย และตัวแทนเอสโครว์
- (ช) วันเริ่มต้นและวันสิ้นสุดเอสโครว์

หลักจากนั้นจะมีการนำบันทึกข้อตกลงหรือสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ไปให้ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องพิจารณาและลงนาม และจะมีการเปิดบัญชีเอสโครว์เพื่อเก็บรักษาเงินคาวนของผู้ซื้อ

(2) ต่อจากนั้นจะเป็นขั้นตอนของการเริ่มทำตามหน้าที่หรือเงื่อนไขของกลุ่มสัญญาซึ่งกำหนดไว้ในสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ โดยผู้ขายจะทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้าง ในขณะที่ผู้ซื้อก็เริ่มชำระเงินคาวนเป็นงวด ๆ ตามที่ตกลงกันไว้ โดยตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่เก็บรักษาเงินคาวนโดยนำเงินไปฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์ที่ได้เปิดไว้ ในขั้นตอนนี้หากผู้ซื้อหรือผู้ขายต้องการเปลี่ยนแปลงหรือแก้ไขสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ จะสามารถทำได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมและลงนามจากกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่าย

ในการเบิกจ่ายเงินออกจากบัญชีเอสโครว์เพื่อชำระเป็นมูลค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายจะทำได้ต่อเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เว้นแต่ในสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น เช่น กำหนดให้มีการนำเงินงวดของผู้ซื้อไปชำระให้แก่ผู้ขาย เพื่อแลกกับ

เอกสารที่แสดงขั้นตอนและรายละเอียดของการก่อสร้างซึ่งเป็นไปตามความสำเร็จของงานในระหว่างก่อสร้าง

(3) เมื่อผู้ขายทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างเสร็จเรียบร้อย และผู้ซื้อได้ผ่อนชำระเงินค่างวดครบตามจำนวนและตามระยะเวลาที่กำหนดแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะทำการตรวจสอบรายละเอียดและความถูกต้องของเอกสารที่เกี่ยวข้องกับกรรมสิทธิ์ และตรวจสอบถึงความสามารถในการชำระเงินงวดสุดท้ายและเงินค่าสิ่งปลูกสร้างที่เหลือทั้งหมดก่อนการรับโอนของผู้ซื้อ ในขั้นตอนนี้ตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้จัดเตรียมเอกสารที่จำเป็นทั้งหมดให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายหรือสถาบันการเงิน และเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินไปเป็นของผู้ซื้อ (หรือสถาบันการเงินที่ให้การสนับสนุนด้านการเงินแก่ผู้ซื้อ) เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะเบิกเงินค่างวดพร้อมดอกเบี้ยทั้งหมดออกจากบัญชีเอสโครว์ เพื่อนำมาชำระเป็นค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายและถือเป็นการสิ้นสุดระบบเอสโครว์ โดยตัวแทนเอสโครว์จะได้รับค่าตอบแทนจากผู้ซื้อหรือผู้ขายตามแต่จะตกลงกัน

กรณีที่มีการผิดสัญญาเกิดขึ้น ถ้าผู้ซื้อเป็นผู้ทำผิดสัญญา เช่น หยุดการผ่อนชำระเงินค่างวดเกินกว่าระยะเวลาที่กำหนด ผู้ขายจะได้รับสิทธิในเงินค่างวดพร้อมดอกเบี้ยที่อยู่ในบัญชีที่ฝากไว้ แต่ถ้าผู้ขายผิดสัญญา เช่น ไม่ก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างหรือไม่สามารถก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างให้เสร็จทันเวลา ผู้ซื้อจะได้รับเงินค่างวดพร้อมดอกเบี้ยคืนจากบัญชีดังกล่าวเช่นกัน

ในการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้น ตัวแทนเอสโครว์จะต้องแยกบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของตนเองออกจากบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของกลุ่มสัญญา เพื่อรักษาประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโดยเด็ดขาด นอกจากนี้บรรดาเงินที่อยู่ในบัญชีเพื่อการจัดการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่อยู่ในความครอบครองของตัวแทนเอสโครว์ มิใช่ทรัพย์สินของตัวแทนเอสโครว์ที่เจ้าหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์จะยึดหรืออายัดเพื่อจะบังคับชำระหนี้ทั้งในคดีแพ่งและคดีล้มละลายได้

## 6.6 การกำกับดูแลการดำเนินงานของเอสโครว์

เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์จะต้องทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการดูแลทรัพย์สินของบุคคลอื่นซึ่งเมื่อรวมกันแล้วจะเป็นจำนวนมาก หากไม่มีการกำกับดูแลที่ดีและเหมาะสมอาจก่อให้เกิดผลเสียหายต่อระบบการเงินได้ ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงได้กำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมดูแล ดังนี้คือ

(1) กำหนดให้ผู้ที่จะเป็นตัวแทนเอสโครว์จะต้องเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด และต้องจดทะเบียนเป็นตัวแทนเอสโครว์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง (ร่างมาตรา 5)

(2) กำหนดให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเป็นผู้มีอำนาจในการกำกับดูแล เช่นออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของตัวแทนเอสโครว์ การเปิดบัญชี การกำหนดค่าธรรมเนียมในการจัดการ รวมทั้งสั่งให้มีการยื่นรายงานเกี่ยวกับการดำเนินกิจการ และหากเห็นว่าตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการใดที่อาจทำให้คู่สัญญาเสียหาย ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งให้ตัวแทนเอสโครว์แก้ไขหรือระงับการกระทำนั้น หรือสั่งถอดถอนตัวแทนเอสโครว์ได้ (ร่างมาตรา 16)

(3) กำหนดให้มีบทกำหนดโทษกรรมการ ผู้จัดการ หรือพนักงานที่กระทำการหรือได้กระทำการโดยทุจริตหรือฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด (ร่างมาตรา 18 - มาตรา 22)

นอกจากนี้ ในร่างกฎหมายฉบับนี้ยังกำหนดให้บุคคลซึ่งประกอบกิจการเอสโครว์ หรือกิจการอื่นใดในลักษณะเดียวกันอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ใช้บังคับ จะต้องยื่นคำขอรับใบอนุญาตจดทะเบียนเป็นตัวแทนเอสโครว์ภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัติฉบับนี้มีผลบังคับใช้ (ร่างมาตรา 23)

6.7 ประโยชน์ที่ได้รับจากร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(1) ระบบดังกล่าวสามารถสร้างความมั่นใจและเป็นหลักประกันให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

(2) ช่วยป้องกันหรือลดจำนวนผู้ขายที่ไม่มีความพร้อมหรือเป็นนักแก๊งกำไรออกจากระบบ

(3) ลดโอกาสที่จะเกิดข้อพิพาทและการฟ้องร้องในภายหลัง

## 7. นิติสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ตามกฎหมายไทย

ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์ ซึ่งได้แก่ ผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ตามกฎหมายไทยนั้น สามารถแยกได้เป็นความสัมพันธ์ของผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาจะซื้อจะขาย และความสัมพันธ์ของผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ตามข้อตกลงหรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ (escrow instruction) ซึ่งสามารถพิจารณาได้ ดังนี้คือ

### 7.1 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาจะซื้อจะขาย



ภาพที่ 2 : ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาจะซื้อจะขาย

สัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายเป็นนิติกรรมสองฝ่าย เกิดขึ้นโดยอาศัยการแสดงเจตนาของคู่กรณี โดยการเสนอและสนองรับตรงตามความประสงค์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย เมื่อคู่สัญญาทำความตกลงกันแล้วก็เกิดเป็นสัญญาซื้อขายขึ้นทันที และเนื่องจากสัญญาซื้อขายเป็นสัญญาต่างตอบแทน จึงก่อให้เกิดหนี้หรือหน้าที่รวมถึงความรับผิดชอบตามสัญญาแก่คู่สัญญาดังต่อไปนี้คือ

#### 7.1.1 หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขาย

หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ขายตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายมีดังต่อไปนี้ คือ



### 1) หน้าที่ในการส่งมอบทรัพย์สิน

เมื่อสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายได้เกิดขึ้นแล้ว คู่สัญญาต่างฝ่ายต่างก็มีสิทธิและหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อกันตามกฎหมายหรือตามข้อกำหนดในสัญญา โดยผู้ขายจะมีหน้าที่ในการโอนการครอบครองหรือส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อ เหตุผลที่กฎหมายจำเป็นต้องกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ประการนี้เพราะโดยหลักของสัญญาซื้อขาย กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินย่อมโอนไปยังผู้ซื้อในทันทีที่ได้ทำสัญญา ดังนั้นกรรมสิทธิ์อาจโอนไปโดยที่ผู้ซื้อยังไม่ได้รับมอบทรัพย์สินไว้ในความครอบครอง และโดยที่ผู้ซื้ออาจจะยังไม่ได้ชำระราคาให้แก่ผู้ขายก็ตาม ซึ่งการที่ผู้ซื้อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อโดยที่ยังไม่ได้ครอบครองนั้น อาจทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถใช้อำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามมาตรา 1336 กล่าวคือ การใช้สอยหรือได้ดอกผลได้ในทันที แม้ผู้ซื้อจะมีอำนาจตามมาตรา 1336 อยู่ก็ตาม ผู้ซื้อจะสามารถใช้อำนาจความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ได้ก็ต่อเมื่อผู้ซื้อได้เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือได้รับโอนการครอบครองในลักษณะที่เป็นรูปธรรมเสียก่อน กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่ในการส่งมอบหรือโอนการครอบครองให้แก่ผู้ซื้อตามบทบัญญัติในมาตรา 461 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ขายจำต้องส่งมอบทรัพย์สินซึ่งขายนั้นให้แก่ผู้ซื้อ”<sup>12</sup>

ในการส่งมอบทรัพย์สินของผู้ขายนั้น จะมีหลักในการส่งมอบดังต่อไปนี้

(1) ผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินตามเวลาที่ได้ตกลงกันไว้ แต่หากผู้ซื้อและผู้ขายไม่ได้ตกลงกำหนดเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินไว้เป็นที่แน่นอนว่าเมื่อใด ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 203 วรรค 1 บัญญัติไว้ว่า หนี้ของผู้ขายจะถึงกำหนดในทันทีที่ผู้ซื้อทวงถาม ดังนั้นผู้ขายจึงมีหน้าที่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อทันทีที่ผู้ซื้อทวงถาม

(2) ผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อตามสถานที่ที่ได้ตกลงกันไว้ แต่หากผู้ซื้อและผู้ขายมิได้ตกลงกันไว้ว่าให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สิน ณ ที่ใด หากทรัพย์สินที่ซื้อขายกันเป็นทรัพย์สินเฉพาะสิ่ง ผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สิน ณ สถานที่ที่ทรัพย์สินนั้นตั้งอยู่ (มาตรา 324) แต่หากทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ใช่ทรัพย์สินเฉพาะสิ่งแล้ว ผู้ขายมีหน้าที่จะต้องส่งมอบ ณ ภูมิลำเนาของผู้ซื้อ

<sup>12</sup> จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), หน้า 143 - 144.

(3) ผู้ขายจะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายตามวิธีการที่ได้ตกลงกัน แต่ถ้ามิได้ตกลงกันไว้ ผู้ขายจะมีหน้าที่ส่งมอบด้วยวิธีการที่ทำให้ทรัพย์สินเข้าไปอยู่ในเงื้อมมือของผู้ซื้อ กล่าวคือ ทำให้ผู้ซื้อสามารถครอบครองและใช้อำนาจกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นได้ ตามมาตรา 462

(4) การส่งมอบตามปริมาณที่ได้ตกลงกัน กล่าวคือ ไม่มากเกินไปหรือน้อยเกินไป หรือที่ภาษากฎหมายใช้คำว่า ขาดตกบกพร่องหรือล้าจำนวน ดังนั้น หากผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้กับผู้ซื้อในปริมาณที่ผิดไปจากข้อตกลง กฎหมายก็ได้ให้สิทธิบางประการแก่ผู้ซื้อที่จะปฏิเสธไม่รับเลย หรือรับไว้แล้วใช้ราคาตามส่วน หรืออาจมีสิทธิบอกเลิกสัญญา

(5) ส่งมอบทรัพย์สินในสภาพที่ใช้งานได้ตามสัญญา พร้อมทั้งมีหน้าที่ประกันความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ส่งมอบ ตามมาตรา 472

(6) ผู้ขายมีหน้าที่ประกันการรอนสิทธิของทรัพย์สินตามตามมาตรา 475

(7) ผู้ขายมีหน้าที่ในการเสียค่าใช้จ่ายสำหรับการเตรียมทรัพย์สินให้อยู่ในสภาพพร้อมที่จะส่งมอบตามมาตรา 325 หากมิได้มีการตกลงไว้เป็นประการอื่น

เมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของผู้ซื้อดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จะเห็นได้ว่า เมื่อผู้ขายมีหนี้หรือหน้าที่ดังกล่าว ก็เท่ากับว่าผู้ซื้อจะมีสิทธิในเรื่องเดียวกัน ดังนั้น ผู้ซื้อจึงมีสิทธิดังนี้คือ<sup>13</sup>

(1) ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินตามเวลา สถานที่ วิธีการและปริมาณที่ได้ตกลงกันไว้ และหากผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินผิดเวลา สถานที่ วิธีการหรือปริมาณ ผู้ซื้อที่มีสิทธิปฏิเสธไม่รับมอบทรัพย์สินนั้นได้

สำหรับกรณีของการส่งมอบสังหาริมทรัพย์นั้น หากผู้ขายส่งมอบขาดตกบกพร่องคือน้อยกว่าที่ได้ตกลงทำสัญญาไว้ ผู้ซื้อที่มีสิทธิปฏิเสธหรือบอกปิดไม่รับทรัพย์สินนั้นเลย หรืออาจรับมอบตามจำนวนที่ผู้ขายส่งมอบให้น้อยกว่าที่ตกลง และใช้ราคาน้อยลงตามส่วน

ส่วนในกรณีที่ผู้ขายส่งมอบให้ล้าจำนวนคือมากกว่าจำนวนที่ได้ตกลงกันไว้ ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะรับมอบตามจำนวนที่กำหนดในสัญญาและปฏิเสธส่วนที่ล้าจำนวนไป หรืออาจ

<sup>13</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 144 – 148.

บอกปิดไม่รับทรัพย์สินนั้นเลย หรือผู้ซื้ออาจรับมอบตามจำนวนที่ผู้ขายส่งมอบและใช้ราคามากขึ้นตามส่วน

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผู้ขายอาจไม่ได้ส่งมอบทรัพย์สินในปริมาณไม่ตรงตามสัญญาโดยตรง แต่กลับส่งมอบประเภทของทรัพย์สินไม่ตรงกับที่ได้ตกลงกันในสัญญาในลักษณะของการปะปนจนยากที่จะแยกจากกัน ซึ่งในกรณีนี้ผู้ซื้ออาจรับเฉพาะทรัพย์สินประเภทที่ระบุไว้ในสัญญาส่วนที่เหลือก็คืนไป หรือผู้ซื้ออาจคืนทั้งหมดก็ได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังบัญญัติถึงกรณีการส่งมอบสังหาริมทรัพย์ขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนเกินกว่าร้อยละห้าแห่งเนื้อที่ทั้งหมดซึ่งได้ระบุไว้ ซึ่งผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะปฏิเสธไม่รับมอบสังหาริมทรัพย์นั้นเลย หรือผู้ซื้ออาจรับมอบตามที่ผู้ขายส่งมอบให้และใช้ราคาตามส่วน กับอีกกรณีหนึ่งคือกรณีที่ผู้ขายส่งมอบสังหาริมทรัพย์ขาดตกบกพร่องหรือลำจำนวนไม่เกินกว่าร้อยละห้าแห่งเนื้อที่ทั้งหมดอันได้ระบุไว้ ดังนี้ ผู้ซื้อไม่มีสิทธิปฏิเสธ ผู้ซื้อจะต้องรับไว้และใช้ราคาตามส่วน แต่หากส่วนที่ผู้ขายส่งมอบให้มากเกินไปหรือน้อยเกินไปนี้ แม้จะไม่เกินกว่าร้อยละห้าก็ตาม หากสำหรับผู้ซื้อแล้วถือว่าส่วนที่เกินหรือขาดนี้เป็นสาระสำคัญสำหรับผู้ซื้อจนถึงขั้นที่ว่าถ้าผู้ซื้อได้รู้มาก่อนว่าผู้ขายจะส่งมอบที่ดินให้เกินหรือให้ขาด ผู้ซื้อก็คงไม่เข้าทำสัญญาซื้อขาย เช่นนี้กฎหมายก็ให้สิทธิผู้ซื้อที่จะเลิกสัญญาได้

(2) ผู้ซื้อที่มีสิทธิยึดหน่วงราคาเมื่อทรัพย์สินที่ซื้อนั้นเกิดความชำรุดบกพร่องถึงขนาดที่ทำให้ทรัพย์สินที่ส่งมอบนั้นเสื่อมราคาหรือประโยชน์มุ่งหมายจะใช้ตามปกติหรือตามสัญญา และผู้ซื้อได้เห็นความชำรุดบกพร่องนั้นก่อนที่จะชำระราคา กฎหมายจึงให้สิทธิแก่ผู้ซื้อโดยผู้ซื้อสามารถยึดหน่วงราคาหรือยังไม่ชำระราคาทรัพย์สินได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ถึงแม้ว่าหนี้ในการชำระราคาจะถึงกำหนดแล้วก็ตาม

เหตุผลที่ผู้ซื้อที่มีสิทธิยึดหน่วงราคาไว้ก็เนื่องจากว่า เมื่อผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินที่มีความชำรุดบกพร่อง ผู้ซื้อก็เกิดความเสี่ยงว่าหากผู้ซื้อชำระราคาไปแล้ว การจะเรียกให้ผู้ขายรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องอาจทำได้ยาก อย่างไรก็ตาม สิทธิในการยึดหน่วงราคานี้จะหมดไปหากผู้ขายหาประกันที่สมควรให้แก่ผู้ซื้อ

(3) ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่ผู้ขายไม่ชำระหนี้ กล่าวคือเมื่อผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย หรือการส่งมอบทรัพย์สินของผู้ขายนั้นไม่เป็นไปตามความ

ประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ เพราะส่งมอบผิดเวลา ผิดสถานที่ หรือผิดวิธีการที่ตกลง หรือในกรณีที่ไม่ได้ตกลงไว้และผู้ขายส่งมอบผิดไปจากที่กฎหมายกำหนด

(4) ผู้ซื้อ มีสิทธิในการบอกเลิกสัญญาตามหลักเกณฑ์ทั่วไปในมาตรา 387 และมาตรา 388 เมื่อผู้ขายไม่ชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขาย หรือชำระหนี้ผิดไปจากที่ตกลงกันอันเข้าลักษณะของการชำระหนี้ไม่ต้องตามความประสงค์อันแท้จริงแห่งมูลหนี้ แต่หากผู้ซื้อมิได้ใช้สิทธิในการบอกเลิกสัญญา สัญญาซื้อขายก็ยังคงอยู่ต่อไป และคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายย่อมมีหนี้หรือหน้าที่ตามสัญญาซื้อขายที่จะต้องปฏิบัติตามการชำระกันต่อไป

ในกรณีที่ผู้ซื้อใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาไม่ว่าจะโดยเหตุที่มาจากข้อสัญญาที่ดี หรือจากบทบัญญัติของกฎหมาย เช่น มาตรา 466 วรรค 2 หรือมาตรา 387 หรือ 388 ก็ดี สัญญาซื้อขายนั้นย่อมระงับสิ้นไป และเมื่อสัญญาซื้อขายระงับแล้ว หนี้ทั้งหลายก็ย่อมจะระงับตามไปด้วย ดังนั้น หนี้ส่วนใดที่มีการชำระกันไว้แล้วก็ต้องคืนแก่กัน เช่น หากผู้ซื้อชำระราคาไว้ก่อนแล้ว เมื่อผู้ซื้อบอกเลิกสัญญา ผู้ขายต้องคืนเงินพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ซื้อตามมาตรา 391

(5) ผู้ซื้อ มีสิทธิในการรับมัดจำ หากในการซื้อขายนั้นผู้ขายได้ส่งมอบมัดจำให้แก่ผู้ซื้อเพื่อเป็นประกันการชำระหนี้ของผู้ขาย เมื่อผู้ขายไม่ชำระหนี้ กล่าวคือไม่ส่งมอบทรัพย์สินหรือชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ผู้ซื้อ ก็มีสิทธิรับมัดจำได้ตามมาตรา 378

(6) ผู้ซื้อ มีสิทธิที่จะเรียกเบี้ยปรับ หากในสัญญาซื้อขายมีการกำหนดเบี้ยปรับสำหรับการไม่ชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ถูกต้องไว้ ดังนั้นเมื่อผู้ขายไม่ชำระหนี้โดยการไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขาย หรือผู้ขายชำระหนี้ผิดไปจากที่ได้ตกลงไว้ ผู้ซื้อ ก็มีสิทธิเรียกเบี้ยปรับได้ตามมาตรา 379

## 2) ความรับผิดชอบของผู้ขายเพื่อความชำรุดบกพร่อง

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้บัญญัติถึงหน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายในการใช้ความระมัดระวังในการตรวจตราทรัพย์สินที่ซื้อขายกันตามสมควรแก่กรณี แต่เนื่องจากผู้ขายมีหน้าที่ที่จะต้องส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อ กฎหมายจึงได้วางข้อกำหนดให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่องไว้เป็นเบื้องต้นตามมาตรา 472 ส่วนหน้าที่ในการระมัดระวังของผู้ซื้อนั้นเป็นไปตามข้อยกเว้นตามมาตรา 473

ความชำรุดบกพร่องนั้น หมายถึง ความเสื่อมเสียในเนื้อหาของวัตถุหรือทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกัน ซึ่งเพียงแต่ทรัพย์สินชำรุดบกพร่องนั้นไม่ได้ทำให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบไป ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบก็ต่อเมื่อความชำรุดบกพร่องนั้นเป็นเหตุให้เสื่อมราคา หรือเสื่อมความเหมาะสมแก่ประโยชน์อันมุ่งจะใช้เป็นปกติ หรือที่มุ่งหมายโดยสัญญา ซึ่งความชำรุดบกพร่องอันจะทำให้ผู้ขายต้องรับผิดชอบนี้จะต้องมีอยู่ก่อนหรือขณะทำสัญญาซื้อขายโดยที่ผู้ซื้อไม่รู้ หากความชำรุดบกพร่องเกิดขึ้นหลังจากทำสัญญาซื้อขายกันแล้ว ผู้ขายก็ไม่ต้องรับผิดชอบ<sup>14</sup>

สำหรับความชำรุดบกพร่องในทรัพย์สินที่ขายนั้น หากเป็นไปในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้ขายก็ยังคงได้รับยกเว้นไม่ต้องรับผิดชอบ กล่าวคือ

(1) ถ้าผู้ซื้อได้รู้อยู่แล้วแต่ในเวลาซื้อขายว่าทรัพย์สินนั้นมีความชำรุดบกพร่อง หรือควรจะได้รู้เช่นนั้นหากได้ใช้ความระมัดระวังอันพึงคาดหมายได้แต่วิญญูชน (มาตรา 473 วรรค 1)

(2) แม้ผู้ซื้อจะไม่รู้ถึงความชำรุดบกพร่องในเวลาซื้อขาย หากแต่ในเวลาส่งมอบความชำรุดบกพร่องนั้นเห็นประจักษ์อยู่ และผู้ซื้อรับเอาทรัพย์สินนั้นไว้โดยมิได้อิดเอื้อนแต่ประการใด แต่ถ้าความชำรุดบกพร่องนั้นไม่เห็นประจักษ์ ผู้ขายก็ยังคงต้องรับผิดชอบ (มาตรา 473 วรรค 2)

(3) ในการขายทอดตลาด ผู้ขายไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบสำหรับความชำรุดบกพร่องของทรัพย์สินที่ขาย (มาตรา 473 วรรค 3)

(4) เมื่อคู่สัญญาตกลงกันว่า ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบในความชำรุดบกพร่อง (มาตรา 483)

### 3) ความรับผิดชอบของผู้ขายในการรอนสิทธิ

เมื่อผู้ขายได้ตกลงขายทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อไปแล้ว ผู้ขายยังต้องมีหน้าที่ที่จะต้องให้ประกันแก่ผู้ซื้อในอันที่จะได้กรรมสิทธิ์เหนือทรัพย์สินที่ขาย และได้ครอบครองทรัพย์สินนั้นโดยปกติสุข ถ้ามีผู้อื่นซึ่งมีสิทธิมารบกวนขัดขวางสิทธิของผู้ซื้อ ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบ เว้นแต่จะมีข้อ

<sup>14</sup> ประพนธ์ ศาตะมานและไพจิตร บุญญพันธ์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะซื้อขาย, พิมพ์ครั้งที่ 8 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2529), หน้า 148 – 149.



ตกลงกันในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายเป็นอย่างอื่น เช่น ถ้าผู้ขายเอาทรัพย์สินของผู้อื่นมาขายโดยไม่  
มีอำนาจที่จะขายได้ และผู้ซื้อต้องเสียกรรมสิทธิ์ที่ตนซื้อไป ผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบ หรือในกรณีที่ผู้  
ขายขายทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้ซื้อไปแล้ว แต่ผู้ซื้อถูกรบกวนขัดสิทธิไม่ให้ผู้ซื้อเข้าครอบครอง  
ทรัพย์สินที่ซื้อเพราะบุคคลนั้นมีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ได้ซื้อขายกัน ผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบเช่นเดียว  
กันซึ่งการรอนสิทธิเช่นว่านี้ อาจเป็นการรอนสิทธิโดยสิ้นเชิงหรือแต่บางส่วนก็ได้

ความรับผิดชอบในการรอนสิทธิเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมาย แม้จะไม่มีข้อตกลงกัน  
ไว้ผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบไม่ว่าผู้ขายจะรู้หรือไม่ก็ตาม ผู้ที่มารบกวนสิทธิของผู้ซื้อนั้นจะต้องเป็นผู้มี  
สิทธิตามกฎหมาย โดยเป็นผู้มีสิทธิเหนือทรัพย์สินที่ซื้อขายกันและมีสิทธิดีกว่าผู้ขาย นอกจากนี้  
ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบแต่เฉพาะการรอนสิทธิอันเนื่องมาแต่เหตุที่มีอยู่ในเวลาทำสัญญาซื้อขาย  
ดังนั้นหากปรากฏว่าเหตุแห่งการรอนสิทธิเกิดขึ้นภายหลัง ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ เว้นแต่เหตุตั้ง  
กล่าวเกิดขึ้นเพราะความผิดของผู้ขาย (มาตรา 475)

นอกจากการรบกวนสิทธิของผู้ซื้อในอันที่จะครอบครองทรัพย์สินโดยปกติสุข ซึ่ง  
เป็นการรอนสิทธิที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบตามมาตรา 475 แล้ว ถ้าทรัพย์สินที่ซื้อขายกันหลุดไปจาก  
ผู้ซื้อทั้งหมดหรือแต่บางส่วนเพราะเหตุแห่งการรอนสิทธิ หรือทรัพย์สินนั้นตกอยู่ในบังคับแห่ง  
สิทธิอย่างใดอย่างหนึ่ง อันเป็นเหตุให้ทรัพย์สินเสื่อมราคา เสื่อมความเหมาะสมแก่การที่จะใช้  
หรือเสื่อมความสะดวกในการใช้สอยหรือเสื่อมประโยชน์อันพึงได้แต่ทรัพย์สินนั้น ซึ่งผู้ซื้อไม่อาจ  
รู้ได้ในเวลาซื้อขาย ผู้ขายก็ต้องรับผิดชอบ (มาตรา 470) เว้นแต่กรณีทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็น  
อสังหาริมทรัพย์ซึ่งตกอยู่ในบังคับภาระจำยอม ผู้ขายไม่ต้องรับผิดชอบ (มาตรา 480)<sup>15</sup>

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องความรับผิดชอบต่อการรอนสิทธินี้ ผู้ขายอาจจำกัดความ  
รับผิดชอบไว้โดยการทำความตกลงกับผู้ซื้อว่าตนจะไม่รับผิดชอบในการรอนสิทธิ แต่การจำกัดเช่นว่านี้จะ  
ไม่คุ้มครองถึงการต้องส่งคืนราคาแก่ผู้ซื้อ เว้นแต่จะมีข้อตกลงกันว่าผู้ขายไม่ต้องส่งคืนราคาไว้  
ด้วย อย่างไรก็ตามหากการรอนสิทธิเกิดขึ้นเพราะการกระทำของผู้ขายเองหรือเนื่องมาจากพฤติ  
การณ์ที่ผู้ขายได้ทราบแต่ปกติความจริง ผู้ขายก็ยังไมพ้นจากความรับผิดชอบในการที่ผู้ซื้อถูกรอน  
สิทธิ

<sup>15</sup> ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้ (ม.ป.ท.: ม.ป.ป.), หน้า 241.

เมื่อผู้ซื้อถูกรอนสิทธิ ผู้ซื้อจะมีสิทธิเรียกร้องต่อผู้ขาย ดังนี้

(1) ผู้ซื้อที่มีสิทธิเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายที่ได้รับเนื่องจากการรอนสิทธิ (มาตรา 215)

(2) หากมีข้อตกลงให้เลิกสัญญาได้เพราะเหตุการรอนสิทธิ ผู้ซื้อยอมมีสิทธิเลิกสัญญา แต่หากไม่มีข้อสัญญาดังกล่าว ตามปกติผู้ซื้อไม่มีสิทธิเลิกสัญญา (มาตรา 386, 391)

(3) ถ้าหากการถูกรอนสิทธิเป็นการเสียหายถึงขนาดที่ผู้ซื้อไม่ได้รับประโยชน์ตามสัญญาอย่างใดเลย ผู้ซื้อยอมมีสิทธิเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายจากผู้ขายได้ แม้จะไม่มีข้อตกลงให้ผู้ซื้อเลิกสัญญาได้ในเมื่อถูกรอนสิทธิก็ตาม (มาตรา 218)

ในบางกรณี ถึงแม้จะมีผู้มาทำการรอนสิทธิของผู้ซื้อก็ดี หรือมีผู้มาฟ้องเรียกกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายจากผู้ซื้อก็ดี แม้จะอยู่ในหลักเกณฑ์ที่ผู้ขายจะต้องรับผิดชอบดังกล่าวมาแล้ว ผู้ขายก็ยังอาจปิดความรับผิดชอบได้ตามมาตรา 482 ในกรณีดังต่อไปนี้คือ

(1) ถ้าไม่มีการฟ้องคดีและผู้ขายพิสูจน์ได้ว่า สิทธิของผู้ซื้อได้สูญไปโดยความผิดของผู้ซื้อเอง หรือ

(2) ถ้าผู้ซื้อไม่ได้เรียกผู้ขายเข้ามาในคดีและผู้ขายพิสูจน์ได้ว่าถ้าได้เรียกเข้ามาคดีฝ่ายผู้ซื้อจะชนะ หรือ

(3) ถ้าผู้ขายเข้ามาในคดี แต่ศาลได้ยกค่าเรียกร้องของผู้ซื้อเพราะความผิดของผู้ซื้อเอง

### 7.1.2 หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ซื้อ

สำหรับหนี้หรือหน้าที่ของผู้ซื้อนั้น ได้มีบทบัญญัติในมาตรา 486 กำหนดไว้ว่า “ผู้ซื้อจำต้องรับมอบทรัพย์สินที่ตนได้รับซื้อและใช้ราคาตามข้อสัญญาซื้อขาย” ดังนั้น ผู้ซื้อจึงมีหนี้ หรือหน้าที่ 3 ประการดังต่อไปนี้

#### 1) หน้าที่ในการรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อ

หน้าที่ประการหนึ่งของผู้ซื้อก็คือ การรับมอบทรัพย์สินหรือการรับโอนการครอบครอง ผู้ซื้อจะปฏิเสธไม่ยอมรับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายไม่ได้ หากผู้ซื้อปฏิเสธโดยไม่มีสิทธิผู้ซื้อ

จะกลายเป็นผู้ผิดนัด และส่งผลให้ผู้ขายหลุดพ้นความรับผิดชอบสำหรับสิ่งที่จะตามมา ผู้ซื้อจะปฏิเสธไม่รับมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายกันได้ต่อเมื่อมีสิทธิที่จะปฏิเสธตามที่กฎหมายกำหนดไว้ใน มาตรา 465 และมาตรา 466 ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หรือในกรณีที่ผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินไม่ถูกต้องในลักษณะของการชำระหนี้ไม่ถูกต้องเท่านั้น

## 2) หน้าที่ในการชำระราคา

หน้าที่ที่ผู้ซื้อจะต้องตอบแทนผู้ขายในการปฏิบัติการส่งมอบทรัพย์สินก็คือหน้าที่ในการใช้ราคาทรัพย์สินนั้นให้แก่ผู้ขาย โดยจะถือว่าหนี้ดังกล่าวถึงกำหนดชำระเมื่อผู้ขายส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ แต่ถ้การชำระราคานั้นได้มีการตกลงกำหนดเวลาการชำระตามปฏิทินไว้เป็นที่แน่นอนแล้ว ผู้ซื้อก็ต้องชำระตามกำหนดเวลานั้น หากผู้ซื้อไม่ชำระก็จะตกเป็นฝ่ายผิดนัด แต่ถ้ากำหนดเวลาในการชำระราคาไม่ได้ตกลงกันไว้ ก็เป็นหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องทวงถามให้ผู้ซื้อชำระราคาเสียก่อนและเมื่อได้ทวงถามแล้ว หากผู้ซื้อไม่ชำระจึงจะเป็นฝ่ายผิดนัด (มาตรา 204)<sup>16</sup>

## 3) หน้าที่ในการเสียค่าขนส่ง

มาตรา 464 บัญญัติว่า “ค่าขนส่งทรัพย์สินซึ่งได้ซื้อขายกันไปยังที่แห่งอื่นนอกจากสถานที่อันพึงชำระหนี้ นั้น ผู้ซื้อพึงออกใช้”

สำหรับหนี้ในการชำระค่าขนส่งนี้หากคู่สัญญาซื้อขายตกลงกันให้ผู้ขายเป็นคนออกก็ย่อมเป็นไปตามนั้น แต่หากมิได้มีการตกลงกำหนดเกี่ยวกับค่าขนส่งกันไว้ มาตรา 464 กำหนดให้ผู้ซื้อมีหน้าที่ที่จะต้องชำระ เนื่องจากถือว่าผู้ซื้อเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการขนส่ง ทั้งการขนส่งก็ไม่ใช่เรื่องปกติที่จะเกิดขึ้นในสัญญาซื้อขาย ดังนั้นผู้ขายจึงไม่ควรเป็นผู้รับภาระนี้<sup>17</sup>

จากหน้าที่ของผู้ซื้อดังกล่าวมานี้ จะเห็นได้ว่าผู้ขายย่อมมีสิทธิหลายประการอันเกี่ยวเนื่องกับหนี้ของผู้ซื้อ ดังนี้คือ

<sup>16</sup> ปรีชา สุมาวงศ์, คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 251 – 252.

<sup>17</sup> จำปี โสคติพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 169.

## (1) สิทธิในการที่จะได้รับการชำระราคาจากผู้ซื้อ

เมื่อหนี้หรือหน้าที่หลักของผู้ซื้อก็คือการชำระราคา ผู้ขายจึงมีสิทธิที่จะได้รับการชำระราคาจากผู้ซื้อเป็นการตอบแทนการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

## (2) สิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สิน

ในกรณีที่ผู้ซื้อผิดนัดไม่ชำระราคาแก่ผู้ขาย หากผู้ขายยังไม่ได้ทำการส่งมอบทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ขายก็มีสิทธิที่จะงดการส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือผู้ขายมีสิทธิในการยึดหน่วงทรัพย์สินไว้จนกว่าผู้ซื้อจะชำระราคา ตามบทบัญญัติมาตรา 468 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าในสัญญาไม่มีกำหนดเงื่อนไขให้ชำระราคาไว้ ผู้ขายชอบที่จะยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้จนกว่าจะใช้ราคา ”

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ทันทีกู้และผู้ซื้อและผู้ขายตกลงทำสัญญาซื้อขายกัน ผลประการแรกที่เกิดขึ้นทันทีโดยผลของกฎหมายก็คือ การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามหลักเกณฑ์ของมาตรา 458 ทั้งยังก่อให้เกิดหนี้ต่อผู้ซื้อและผู้ขายตามหลักเกณฑ์ในเรื่องสัญญาต่างตอบแทน โดยหนี้หลักของผู้ซื้อก็คือการชำระราคา และหนี้หลักของผู้ขายก็คือการส่งมอบทรัพย์สินที่ขาย หากในขณะที่ตกลงทำสัญญากัน คู่สัญญามีได้กำหนดว่าให้ผู้ขายต้องส่งมอบทรัพย์สินเมื่อใดหรือให้ผู้ซื้อต้องชำระราคาเมื่อใด ตามกฎหมายลักษณะหนี้ในมาตรา 203 นั้นจะถึงกำหนดทันทีคือต่างฝ่ายต่างเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชำระหนี้ได้ทันที การที่คู่สัญญาซื้อขายต่างเรียกให้อีกฝ่ายชำระหนี้ได้ทันทีตามหลักกฎหมายในเรื่องนี้มาตรา 203 นั้น หากว่าคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ชำระหนี้ก็ฝ่ายที่มีสิทธิไม่ชำระหนี้ตอบแทน ดังนั้น หากผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินที่ขายผู้ซื้อก็มีสิทธิไม่ชำระราคา และโดยนัยกลับกันหากผู้ซื้อไม่ชำระราคา ผู้ขายก็มีสิทธิไม่ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อเป็นการตอบแทน การที่ผู้ขายไม่ส่งมอบทรัพย์สินหรือไม่โอนการครอบครองให้กับผู้ซื้อทั้ง ๆ ที่กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายตกเป็นของผู้ซื้อแล้วนี้มีลักษณะของการที่ผู้ขายเป็นผู้ครอบครองทรัพย์สินของบุคคลอื่นซึ่งก็คือผู้ซื้อ และมีหนี้อันเป็นคุณประโยชน์ตนเกี่ยวกับทรัพย์สินซึ่งครอบงำนั้น เข้าลักษณะของสิทธิยึดหน่วงตามมาตรา 241 ซึ่งมาตรา 468 ได้นำมาบัญญัติให้ชัดเจนในลักษณะของการซื้อขายอีกครั้งหนึ่งว่า ถ้าผู้ซื้อถึงกำหนดต้องชำระหนี้ของตนแล้ว แล้วยังไม่ชำระ ผู้ขายก็มีสิทธิยึดหน่วงทรัพย์สินที่ขายไว้ก่อนได้จนกว่าผู้ซื้อจะชำระราคาให้อันเป็นหลักเกณฑ์ของสัญญาต่างตอบแทนในมาตรา 369 <sup>18</sup>

<sup>18</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 170 – 171.

สำหรับการยึดหน่วงทรัพย์สินของผู้ขายนี้ จะกระทำได้อีกต่อเมื่อทรัพย์สินที่ขายนั้น ยังคงอยู่ในความครอบครองของผู้ขายในฐานะของความเป็นผู้ขาย\* หากทรัพย์สินนั้นผู้ขายได้ส่งมอบให้ผู้ซื้อไปแล้ว สิทธิในการยึดหน่วงย่อมไม่มีอยู่อีกต่อไป หรือหากผู้ขายได้ครอบครองทรัพย์สินอยู่ในฐานะอื่น เช่นเป็นผู้รับฝากทรัพย์สินของผู้ซื้อ เช่นนี้ผู้ขายก็จะใช้สิทธิยึดหน่วงไม่ได้

### (3) สิทธิของผู้ขายในการบังคับชำระหนี้ด้วยตนเอง

โดยปกติแล้วถ้าลูกหนี้ซึ่งในกรณีนี้ก็คือผู้ซื้อผิดนัด เจ้าหนี้หรือผู้ขายจะบังคับให้ผู้ซื้อชำระหนี้ด้วยการบังคับชำระหนี้เองมิได้ แต่ต้องอาศัยกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้อันได้แก่การฟ้องร้องให้ศาลพิจารณา เนื่องจากหากกำหนดให้มีการบังคับชำระหนี้จากลูกหนี้แต่ละคนได้เองแล้ว อาจเกิดความวุ่นวายหรือความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น ดังนั้น การบังคับชำระหนี้จึงต้องอาศัยกระบวนการหรือขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้เสมอ<sup>19</sup>

แต่ในเรื่องดังกล่าว กฎหมายก็ได้กำหนดข้อยกเว้น โดยเปิดโอกาสให้ผู้ขายซึ่งเป็นเจ้าหนี้ที่จะได้รับการชำระราคาสามารถที่จะบังคับชำระหนี้ได้ด้วยตนเอง ดังที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 470 ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าผู้ซื้อผิดนัด ผู้ขายซึ่งได้ยึดหน่วงทรัพย์สินไว้ตามมาตราทั้งหลายที่กล่าวมาอาจจะใช้ทางแก้ต่อไปนี้แทนทางแก้สามัญในการไม่ชำระหนี้ได้ คือมีจดหมายบอกกล่าวไปยังผู้ซื้อให้ใช้ราคากับค่าจับจ่ายเกี่ยวกับการภายในเวลาอันควรซึ่งได้กำหนดลงในคำบอกกล่าวนั้นด้วย ถ้าผู้ซื้อละเลยเสียไม่ทำตามคำบอกกล่าว ผู้ขายอาจนำทรัพย์สินนั้นออกขายทอดตลาดได้”

### (4) สิทธิในการริบมัดจำ

ในกรณีที่ผู้ซื้อได้ส่งมอบเงินหรือสิ่งหามทรัพย์ที่มีค่าไว้เป็นมัดจำ ทันทีที่ผู้ซื้อไม่ชำระราคาไม่ว่าผลที่สุดจะมีการบอกเลิกสัญญาหรือไม่ก็ตาม ผู้ขายย่อมมีสิทธิริบมัดจำได้ทันที

\* เนื่องจากหากกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินยังไม่เปลี่ยนมือจากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ผู้ขายย่อมมีสิทธิยึดถือไว้ด้วยอาศัยอำนาจของเจ้าของกรรมสิทธิ์ ตามมาตรา 1336.

<sup>19</sup> จำปี โสทธิพันธ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้, หน้า 176 – 177.



### (5) สิทธิในการบอกเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหายตามหลักทั่วไป

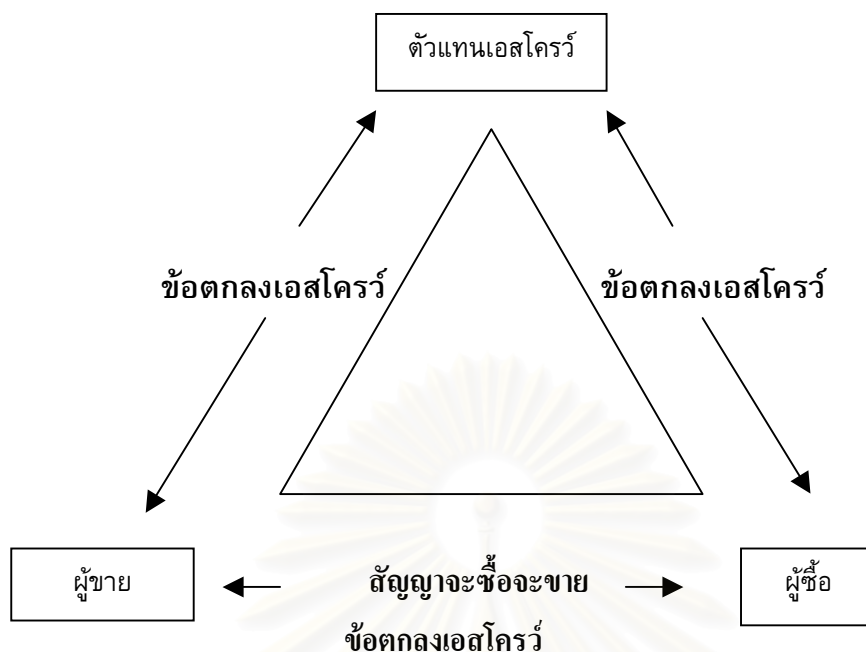
กรณีนี้เป็นกรณีที่ผู้ขายไม่ประสงค์จะรักษาสัญญาซื้อขายหรือนิติสัมพันธ์กันต่อไป ผู้ขายอาจใช้สิทธิบอกเลิกสัญญา ซึ่งสิทธินี้อาจมาจากการที่ผู้ซื้อไม่ปฏิบัติตามข้อสัญญา หรือ การไม่ชำระหนี้ของผู้ซื้อตามบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา 387 ประกอบกับมาตรา 388 แล้ว แต่กรณี และเมื่อผู้ขายใช้สิทธิบอกเลิกสัญญาโดยชอบแล้ว สัญญาซื้อขายก็จะระงับไป กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายย่อมโอนกลับมายังผู้ขายทันทีตามบทบัญญัติแห่งมาตรา 391

### 7.2 ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ตามข้อตกลงเอสโครว์

ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์นั้น จะเป็นไปตามข้อตกลงเอสโครว์หรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ที่ผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ได้ทำไว้ ซึ่งจะมีผลผูกพันและก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่แก่คู่สัญญาทุกฝ่ายให้ปฏิบัติตาม โดยเฉพาะแก่บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ ด้วยเหตุผลที่ว่าข้อตกลงเอสโครว์หรือ Escrow Instruction นั้น เป็นเอกสารซึ่งกำหนดสิทธิหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ หรืออาจกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์เพื่อให้บรรลุถึงข้อตกลงของผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งก็คือการซื้อขายที่เสร็จสมบูรณ์นั่นเอง

โดยปกติแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้จัดเตรียมข้อตกลงหรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ โดยจะยึดสัญญาจะซื้อจะขายเป็นหลักเพื่อให้ผู้ซื้อและผู้ขายลงนาม ซึ่งเอกสารดังกล่าวจะเป็นการกำหนดหน้าที่หรือการแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ให้ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ ในเอกสารฉบับนี้จะมีการระบุถึงเงื่อนไขทั้งหมดที่คู่สัญญาจะซื้อจะขายจะต้องปฏิบัติตามก่อนที่จะมีการโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ นอกจากนี้ ในสัญญาฉบับนี้จะกำหนดว่า คู่สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายในส่วนใด

ดังนั้น หากจะพิจารณาถึงนิติสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในข้อตกลงเอสโครว์หรือสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ตามกฎหมายไทยว่ามีอยู่อย่างไร ประการแรกจะต้องทราบถึงสิทธิและหน้าที่ที่คู่สัญญาทุกฝ่ายในระบบเอสโครว์มีต่อกันตามหลักการของระบบเอสโครว์ ประกอบกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งจะได้อธิบายดังต่อไปนี้



ภาพที่ 3 : ความสัมพันธ์ของบุคคลที่เกี่ยวข้องในระบบเอสโครว์

(1) สิทธิของคู่สัญญาในระบบเอสโครว์

ตามหลักการของระบบเอสโครว์ คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะมีสิทธิต่อกันดังนี้คือ

(ก) ในการปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาจะซื้อจะขายของคู่สัญญาซึ่งก็คือผู้ซื้อและผู้ขายนั้น หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเรียกให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบเงินที่ตัวแทนเอสโครว์ถือไว้ให้แก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น เช่น ในกรณีที่ผู้ขายเป็นฝ่ายผิดสัญญา ผู้ซื้อก็มีสิทธิเรียกให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบเงินที่ผู้ซื้อได้ฝากไว้คืนแก่ผู้ซื้อได้ แต่ถ้าผู้ซื้อเป็นผู้ผิดสัญญา ผู้ขายก็มีสิทธิที่จะเรียกให้ตัวแทนเอสโครว์จ่ายเงินที่ถือไว้ให้แก่ผู้ขายได้เช่นเดียวกัน

(ข) ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ หากตัวแทนเอสโครว์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ซื้อ ต่อทรัพย์สินของผู้ซื้อ หรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์ทำให้ผู้ซื้อเสียหาย ผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะเรียกให้ตัวแทนเอสโครว์รับผิดชอบผู้ซื้อ

(ค) ในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ขาย ต่อทรัพย์สินของผู้ขาย หรือไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์เป็นเหตุให้ผู้ขายเสียหาย ผู้ขายก็มีสิทธิที่จะเรียกให้ตัวแทนเอสโครว์รับผิดชอบผู้ขายได้เช่นเดียวกัน

(ง) ในส่วนของการแก้ไขข้อตกลงเอสโครว์นั้น คู่สัญญาตามสัญญาจะซื้อจะขาย (ผู้ซื้อหรือผู้ขาย) ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจะแก้ไขข้อตกลงเอสโครว์ โดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ยินยอมไม่ได้

(จ) ในเรื่องค่าธรรมเนียมในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์มีสิทธิที่จะได้รับค่าธรรมเนียมรวมทั้งค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้จ่ายจริง

## (2) หน้าที่ของคู่สัญญาในระบบเอสโครว์

หน้าที่ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายนั้น จะเป็นไปตามสัญญาจะซื้อจะขายตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น กล่าวคือ ผู้ซื้อและผู้ขายมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามสัญญาจะซื้อจะขายที่คู่สัญญาลงนามผูกพัน นอกจากนี้ผู้ซื้อและผู้ขายยังมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ให้ครบถ้วน เพื่อต่างฝ่ายจะได้มีสิทธิในการรับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของอีกฝ่ายหนึ่งตามที่กำหนดไว้ในสัญญา ในส่วนของหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติต่อผู้ซื้อและผู้ขายดังต่อไปนี้คือ

(ก) ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์อย่างเคร่งครัด ทั้งนี้เนื่องจากในข้อตกลงดังกล่าวจะกำหนดหน้าที่ที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญา ทั้งในด้านผู้ซื้อและผู้ขายเอาไว้

(ข) ปฏิบัติตามข้อตกลงในสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ หรือข้อตกลงเอสโครว์ด้วยความละเอียดถี่ถ้วนและความระมัดระวัง

(ค) ปฏิบัติหน้าที่เป็นคนกลางโดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดตลอดเวลา และในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญา ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่เสนอความเห็นส่วนตัวในการแก้ปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ในการเก็บรักษาเงินและทรัพย์สินต่าง ๆ ที่คู่สัญญามีหน้าที่จะต้องส่งมอบต่อกันเมื่อเงื่อนไขต่าง ๆ ได้รับการปฏิบัติโดยครบถ้วน หรือเมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น

(ง) เมื่อได้มีการจัดทำข้อตกลงเอสโครว์แล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และเมื่อพบความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์ หรือมีภาระผูกพันอื่นใดซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญา

ของคู่สัญญาฝ่ายใด ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่แจ้งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบนั้นทราบโดยพลัน (ร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 8)

(จ) ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่รับมอบเงินที่ผู้ซื้อชำระหนี้แก่ผู้ขายไว้แทนผู้ขาย และนำเงินไปฝากกับสถาบันการเงิน โดยจะทำการส่งมอบเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ขายเมื่อผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

(ฉ) กรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์จนเป็นเหตุให้ไม่สามารถโอนสิทธิ์ในทรัพย์สินได้ ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ในการโอนเงินและดอกเบี้ยให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง

(ช) ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่แยกบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของตนออกจากบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของคู่สัญญา เพื่อรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเด็ดขาด

(ซ) ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่จัดทำบัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินให้ครบถ้วนถูกต้องเป็นปัจจุบันตามความเป็นจริงตามมาตรฐานการบัญชีและตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด

(ฅ) ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ยื่นรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานเป็นการทั่วไปหรือเป็นการเฉพาะ โดยมีรายการและตามระยะเวลาที่กำหนด

เมื่อพิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาในข้อตกลงเอสโครว์แล้ว จะเห็นได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น มีลักษณะของการเป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย กล่าวคือ ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่หลักในการรับชำระเงินค่างวดที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระไว้แทนผู้ขาย และเมื่อผู้ขายได้ทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างตามสัญญาจะซื้อจะขายเสร็จเป็นที่เรียบร้อยแล้ว และมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ตัวแทนเอสโครว์ก็จะมีหน้าที่ในการส่งมอบเงินจำนวนดังกล่าวที่ตัวแทนเอสโครว์ได้ถือไว้ให้แก่ผู้ขายแทนผู้ซื้อ ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในประเทศไทยมีลักษณะการดำเนินงานเช่นเดียวกับการเป็นตัวแทนในการรับชำระหนี้และตัวแทนในการชำระหนี้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนร่วมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายดังเช่นหลักการของกฎหมายเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่เนื่องจากระบบกฎหมายในประเทศไทยมีลักษณะแตกต่างจากระบบกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกา \* การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยจึงไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยตรง แต่จากลักษณะของตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งทำหน้าที่เป็นตัวแทนร่วมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ในกิจการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ จึงเห็นสมควรที่จะได้ศึกษาถึงกฎหมายลักษณะตัวแทนเพื่อพิจารณาว่าจะสามารถนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนร่วม หรือการเป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 มาใช้บังคับได้หรือไม่ และหากเข้าลักษณะของการเป็นตัวแทนแล้ว จะสามารถนำบทบัญญัติของกฎหมายลักษณะตัวแทนตามมาตราอื่นมาใช้บังคับได้หรือไม่ เพียงใด ซึ่งในการศึกษาในเบื้องต้นจะขอกล่าวถึงสาระสำคัญของกฎหมายตัวแทนเพื่อประโยชน์ในการวิเคราะห์ ดังนี้คือ

### สาระสำคัญของกฎหมายลักษณะตัวแทน

#### 1. ความหมายของตัวแทน

ตัวแทน คือ บุคคลผู้กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งแทนตัวการในลักษณะที่จะก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ตามกฎหมาย และหมายความรวมถึงบุคคลผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้อื่นโดยอำนาจแห่งกฎหมาย เช่น ผู้แทนโดยชอบธรรม หรือเจ้าพนักงานบังคับคดี เป็นต้น \*\*

#### 2. การเกิดขึ้นของตัวแทน

การเป็นตัวแทนเกิดขึ้นได้ 2 ประการ กล่าวคือ เกิดขึ้นโดยการแต่งตั้งแสดงออกชัดอันอาศัยความตกลงยินยอมของคู่สัญญาประการหนึ่ง กับตัวแทนโดยปริยายอีกประการหนึ่ง

การแต่งตั้งแสดงออกชัดเป็นเรื่องของการมีสัญญาระหว่างกัน ซึ่งสัญญาดังกล่าวอาจทำด้วยวาจาหรืออาจทำเป็นหนังสือ ในการทำสัญญาตั้งตัวแทนเป็นหนังสือนั้น สามารถทำได้ 2

---

\* กล่าวคือ ระบบกฎหมายในประเทศสหรัฐอเมริกาจะใช้ระบบ common law ต่างจากระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบกฎหมาย civil law นอกจากนี้ ระบบเอสโครว์ได้พัฒนามาจากกฎหมายทรัสต์ในระบบ common law แต่สำหรับประเทศไทย เนื่องจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ไม่อนุญาตให้มีการก่อตั้งทรัสต์ได้ ดังนั้น การนำแนวความคิดของระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้จึงต้องพิจารณาถึงกฎหมายไทยที่เกี่ยวข้อง

\*\* แต่ตัวแทนเอสโครว์ตามระบบเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกานั้นเป็นตัวแทนตามหลักกฎหมายทรัสต์ ซึ่งหลักกฎหมายดังกล่าวไม่มีในประเทศไทย ไม่ใช่ตัวแทนตามความหมายของกฎหมายไทยแต่อย่างใด



กรณี กล่าวคือ อาจทำเป็นข้อตกลงมอบอำนาจหรือสัญญาระหว่างกันเอง หรืออีกกรณีหนึ่งคือ การทำใบมอบอำนาจ เพื่อใช้แสดงต่อบุคคลทั่วไปหรือบุคคลภายนอกที่เกี่ยวข้องให้ทราบถึงอำนาจของตัวแทน

ในส่วน of ตัวแทนโดยปริยายนั้น การเป็นตัวแทนโดยปริยายอาจเกิดขึ้นจาก 2 กรณี กล่าวคือ เป็นกรณีที่รู้จักกันของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยอาจเป็นเรื่องที่ได้เคยปฏิบัติต่อกัน มาจนเป็นปกติ ไม่จำเป็นต้องมอบหมายกันอีก หรือตามพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องกันบ่งชี้ชัดว่าเป็น การทำแทน ซึ่งกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ มีสัญญาระหว่างกันโดยปริยาย กรณีที่สองคือ ความสัมพันธ์ของการเป็นตัวแทนมีต่อกันตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในเรื่องนั้น ๆ หรือเรียกอีก อย่างหนึ่งว่า ตัวแทนโดยอำนาจของกฎหมาย เช่น การเป็นผู้จัดการมรดก ซึ่งตามสภาพย่อมถือ ได้ว่าเป็นตัวแทนของทายาท ตัวแทนโดยอำนาจของกฎหมายนี้ จะมีบทบัญญัติกำหนดหน้าที่ และความรับผิดชอบไว้ต่างหากโดยเฉพาะ จะนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนมาใช้บังคับโดยตรงไม่ได้ เว้นแต่จะมีบทบัญญัติให้นำกฎหมายลักษณะตัวแทนมาใช้บังคับ<sup>20</sup>

### 3. ความสามารถของตัวการ

ตัวการจะต้องเป็นผู้ที่สามารถทำกิจการนั้นได้ จึงแต่งตั้งตัวแทนให้ทำการแทนได้ บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลหากสามารถทำกิจการใดด้วยตนเองได้ ย่อมตั้งตัวแทนให้ทำการ แทนตนได้ แต่ถ้าไม่มีความสามารถทำการใดด้วยตนเองแล้วย่อมตั้งตัวแทนให้ทำการนั้นไม่ได้<sup>21</sup>

### 4. กิจการที่ตัวการมอบหมายต้องไม่ใช่กิจการเฉพาะตัว

ในการมอบหมายหน้าที่ให้ตัวแทนดำเนินการแทนตัวการนั้น กิจการที่ตัวการมอบ หมายให้ตัวแทนกระทำจะต้องไม่ใช่กิจการเฉพาะตัวของตัวการ กิจการเฉพาะตัวของตัวการอาจ แบ่งได้เป็น 2 ประเภท กล่าวคือ กิจการเฉพาะตัวตามที่กฎหมายบังคับ และกิจการเฉพาะตัว โดยสภาพ

<sup>20</sup> กุศล บุญเย็น, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 10 (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536), หน้า 12-15.

<sup>21</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 11-12.

กิจการเฉพาะตัวตามที่กฎหมายบังคับ ก็เช่น การทำพินัยกรรม เนื่องจากพินัยกรรมทุกแบบกฎหมายบังคับให้ผู้ทำพินัยกรรมต้องลงลายมือชื่อในพินัยกรรมทั้งสิ้น (มาตรา 1656, มาตรา 1657, มาตรา 1658 และมาตรา 1660) แสดงว่าการทำพินัยกรรมเป็นกิจการเฉพาะตัวตามที่กฎหมายบังคับ กล่าวคือ เป็นสิทธิเฉพาะตัวตามกฎหมาย ดังนั้นจึงให้ผู้อื่นทำแทนไม่ได้

ส่วนกิจการเฉพาะตัวโดยสภาพนั้น หมายถึง การที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญของตนเองโดยเฉพาะ ไม่เปิดช่องให้ผู้อื่นทำได้ เช่น การเล่นละคร การร้องเพลง หรือการวาดเขียน เป็นต้น ดังนั้นบุคคลผู้มีความรู้ความชำนาญดังกล่าวจะตั้งตัวแทนให้ทำแทนไม่ได้ นอกจากนี้ กิจการบาง อย่างก็ถือว่าเป็นการเฉพาะตัว เช่น การหมั้น ซึ่งเป็นสัญญาที่ชายหรือหญิงตกลงจะทำการสมรสกัน ดังนั้นฝ่ายชายหรือฝ่ายหญิงจะตั้งผู้อื่นให้ไปสมรสแทนไม่ได้<sup>22</sup>

##### 5. การเป็นตัวแทนจะต้องมีการติดต่อกับบุคคลภายนอกหรือไม่

การจะพิจารณาว่าบุคคลใดทำหน้าที่เป็นตัวแทนหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 797 วรรค 1 ซึ่งบัญญัติไว้ว่า

มาตรา 797 “อันว่าสัญญาตัวแทนนั้น คือสัญญาซึ่งให้บุคคลคนหนึ่ง เรียกว่าตัวแทน มีอำนาจทำการแทนบุคคลอีกคนหนึ่ง เรียกว่าตัวการ และตกลงจะทำการตั้งนั้น ... ”

นักกฎหมายส่วนหนึ่งมีความเห็นว่า ตัวแทนคือบุคคลผู้กระทำการแทนตัวการต่อบุคคลภายนอก ถ้ากิจการใดที่ไม่เกี่ยวกับบุคคลภายนอกแล้วย่อมไม่เรียกการนั้นว่าทำแทน ซึ่งความจริงแล้ว กฎหมายไม่ได้กำหนดว่าตัวแทนจะต้องกระทำการกับบุคคลภายนอกหรือบุคคลที่สามเสมอไป มาตรา 797 ก็กล่าวแต่เพียงว่า ตัวแทนคือบุคคลผู้กระทำการแทนตัวการเท่านั้น และการทำแทนตัวการนั้นก็ตีความกันว่า การใดก็ได้ที่พึงทำแทนกันได้ตามกฎหมาย ซึ่งอาจเป็นนิติกรรม เช่น ซื้อขาย หรือไม่ใช่นิติกรรม เช่น การร้องทุกข์หรือการฟ้องคดี ตลอดจนการประชุมหรือแม้แต่การมอบทรัพย์สินให้ผู้อื่นครอบครอง ซึ่งไม่ได้ไปยุ่งเกี่ยวกับบุคคลภายนอก ก็ต้องยอมรับว่าบุคคลนั้นเป็นตัวแทนครอบครองทรัพย์สินของตัวการ ความเห็นที่ว่าตัวแทนจะต้อง

<sup>22</sup> เรื่องเดียวกัน, หน้า 9-11.

ทำการกับบุคคลภายนอกนั้น จึงไม่น่าจะตรงกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย ดังนั้น ตัวแทนก็คือผู้ทำการแทนตัวการ ไม่ว่าจะทำโดยลำพังหรือทำกับบุคคลที่สาม<sup>23</sup>

### การวินิจฉัยสัญญาตัวแทน

เมื่อได้พิจารณาถึงสิทธิและหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ ประกอบกับลักษณะของสัญญาตัวแทนดังที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าตัวแทนเอสโครว์น่าจะถือว่าเป็นตัวแทนลักษณะหนึ่ง ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้คือ

1. ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่ในการรับชำระหนี้แทนผู้ขาย และทำหน้าที่ในการชำระหนี้ให้แก่ผู้ขายแทนผู้ซื้อ ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าวของตัวแทนเอสโครว์ มีผลให้หนี้หรือหน้าที่ที่คู่สัญญามีต่อกันระงับ เพราะถือว่าคู่สัญญาได้ปฏิบัติชำระหนี้ กล่าวคือผู้ซื้อได้ชำระเงินให้แก่ผู้ขาย เมื่อผู้ขายทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำการซื้อขายกันให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งก็ถือเป็นการชำระหนี้ของผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญาต่างตอบแทน

2. โดยปกติแล้ว การเป็นตัวแทนจะเกิดขึ้นจากสัญญา หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือมีการแต่งตั้งมอบหมายให้ทำหน้าที่เป็นตัวแทน ดังนั้น ในการวินิจฉัยว่าเป็นตัวแทนหรือไม่ ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาว่ามีการแต่งตั้งมอบหมายหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงการแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์แล้วจะเห็นได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์เกิดขึ้นจากความตกลงยินยอมของคู่สัญญาโดยได้จัดทำเป็นข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวก็ได้กำหนดหน้าที่หรือการแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ให้ทำหน้าที่อย่างเป็นทางการ และเอกสารฉบับนี้จะเป็นการผูกมัดการเป็นตัวแทนระหว่างตัวแทนเอสโครว์กับผู้ขายและระหว่างตัวแทนเอสโครว์กับผู้ซื้อตามข้อตกลงที่ระบุไว้ในสัญญานั้นเอง

3. ในเรื่องความสามารถของตัวการ ซึ่งในกฎหมายตัวแทนกำหนดไว้ว่า ตัวการจะต้องมีความสามารถในการทำกิจการนั้นได้ จึงสามารถตั้งตัวแทนให้กระทำการแทนตนได้ จะเห็นได้ว่า ในเรื่องของตัวแทนเอสโครว์นั้น โดยหลักตัวการซึ่งก็คือคู่สัญญาตามสัญญาจะซื้อจะขาย หรือผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องมีความสามารถในการทำกิจการได้อยู่แล้ว ในกรณีที่ตัวการ

<sup>23</sup> สติต เล็งไธสง, คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : ศรีสมบัติการพิมพ์, ม.ป.ป.), หน้า 8-9.

เป็นนิติบุคคล ความสามารถของตัวการจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้น ๆ เนื่องจากนิติบุคคลจะมีความสามารถกระทำการใดขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของนิติบุคคล ดังนั้นหากนิติบุคคลซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ในการทำสิ่งหนึ่งสิ่งใด นิติบุคคลนั้นก็จะต้องตั้งตัวแทนไปทำกิจการดังกล่าวไม่ได้

4. ในกฎหมายลักษณะตัวแทนจะกำหนดไว้ว่า กิจการที่จะตั้งตัวแทนกระทำการแทนได้นั้นจะต้องไม่ใช่กิจการเฉพาะตัว ซึ่งเมื่อวิเคราะห์ในเรื่องตัวแทนเอสโครว์แล้วจะเห็นว่า การตั้งตัวแทนของผู้ขายนั้นเป็นไปเพื่อการรับชำระหนี้ ในส่วนของผู้ซื้อก็เช่นเดียวกัน ผู้ซื้อทำการตั้งตัวแทนเอสโครว์ก็เพื่อวัตถุประสงค์ในการชำระหนี้ให้แก่ผู้ขายแทนตน ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การรับชำระหนี้หรือการชำระหนี้ไม่ใช่กิจการเฉพาะตัวซึ่งจะมีผลให้มีการตั้งตัวแทนในกิจการดังกล่าวได้

5. การทำการเป็นตัวแทนนั้น ถึงแม้ว่าบุคคลผู้กระทำการแทนตัวการไม่ได้กระทำการแทนตัวการต่อบุคคลภายนอกหรืออยู่กับบุคคลภายนอก เช่นนี้ก็ถือว่าเป็นตัวแทน ดังนั้น หากพิจารณาในเรื่องตัวแทนเอสโครว์แล้วจะเห็นว่า การทำการแทนคู่สัญญา ดังเช่นการที่ตัวแทนเอสโครว์ทำการรับชำระหนี้แทนผู้ขาย ซึ่งกระทำต่อผู้ซื้อ จะเห็นได้ว่าผู้ซื้อมิได้เป็นบุคคลภายนอก หากแต่เป็นคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในข้อตกลงเอสโครว์ ในทางกลับกันก็เช่นเดียวกัน การที่ตัวแทนเอสโครว์ทำการชำระหนี้แก่ผู้ขายแทนผู้ซื้อ ก็เป็นการกระทำต่อผู้ขายซึ่งมิได้เป็นบุคคลภายนอกสัญญาเช่นเดียวกัน

จากที่ได้กล่าวมาข้างต้นนี้ น่าจะถือได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์มีลักษณะสำคัญของตัวแทน หรืออาจกล่าวได้ว่าตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนประเภทหนึ่ง แต่เป็นตัวแทนที่มีการกำหนดหน้าที่ไว้อย่างชัดเจนแล้ว ซึ่งหน้าที่ที่สำคัญก็คือการปฏิบัติการชำระหนี้ ดังนั้นผู้วิจัยจึงเห็นว่า เมื่อตัวแทนเอสโครว์ถือเป็นตัวแทนร่วมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้ว จึงควรพิจารณาว่าจะนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนร่วมตามมาตรา 805 และบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนตามมาตราอื่นมาปรับใช้ได้ หรือไม่ โดยจะมีข้อพิจารณาดังต่อไปนี้คือ

มาตรา 805 “ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการ จะเข้าทำนิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเองหรือในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอกหาได้ไม่เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้”

มาตรา 805 เป็นมาตราที่กำหนดหน้าที่ของตัวแทน โดยบัญญัติไว้ว่า ตัวแทนมีหน้าที่ที่จะต้องกระทำการด้วยความซื่อสัตย์สุจริตและจงรักภักดี (Fiduciary Duty) กล่าวโดยเฉพาะก็คือ ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนนั้น ตัวแทนจะต้องกระทำการเพื่อตัวการแต่ผู้เดียว เสมือนหนึ่งตัวการกระทำการนั้นด้วยตนเอง ซึ่งย่อมไม่นำเอาประโยชน์ผู้อื่นมาขัดกับประโยชน์ตน เพราะฉะนั้น กฎหมายมาตรานี้จึงห้ามมิให้ตัวแทนทำนิติกรรมกับตัวการ ไม่ว่าจะในนามของตนเองหรือทำในฐานะเป็นตัวแทนของบุคคลภายนอก เพราะประโยชน์อาจขัดกันและอาจทำให้เกิดความเสียหายแก่ตัวการ

การที่กฎหมายกำหนดไว้ดังมาตรานี้ก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การทำนิติกรรมสองฝ่ายโดยบุคคลคนเดียวกัน เป็นไปได้ยากที่จะปฏิบัติได้โดยเที่ยงธรรม เพราะเป็นธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งต้องพยายามหาประโยชน์ในส่วนตัวตน ประโยชน์ทั้งสองฝ่ายจึงขัดหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน กฎหมายจึงห้ามมิให้ตัวแทนเอาเปรียบตัวการ หรือเพื่อมิให้ประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียหาย กฎหมายจึงวางหลักไว้ว่า ตัวแทนจะกระทำการดังกล่าวจะต้องได้รับความยินยอมจากตัวการก่อน เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่การชำระหนี้ เพราะนิติกรรมชำระหนี้เป็นนิติกรรมอย่างหนึ่งที่ทำให้ระงับเสียซึ่งสิทธิในหนี้ตามมาตรา 149 ซึ่งตัวแทนไม่อาจเอาเปรียบตัวการได้

เมื่อได้พิจารณาถึงหลักการและวัตถุประสงค์ของมาตรา 805 ประกอบกับหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว จึงเห็นได้ว่า หน้าที่หลักของตัวแทนเอสโครว์ซึ่งก็คือการเป็นตัวแทนของผู้ขายในการรับชำระหนี้จากผู้ซื้อ และเมื่อคู่สัญญาคือผู้ซื้อและผู้ขายได้ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ระบุไว้ในข้อตกลงเอสโครว์ครบถ้วน รวมถึงผู้ขายพร้อมที่จะโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จึงทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ซื้อในการชำระหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขาย ดังนั้นจึงถือได้ว่าตัวแทนเอสโครว์ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเรื่องการชำระหนี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากมาตรา 805 แล้ว ตัวแทนสามารถทำได้โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากตัวการทั้งสองฝ่าย แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากการตั้งตัวแทนเอสโครว์ได้กำหนดให้คู่สัญญาทำข้อตกลงเอสโครว์โดยทำเป็นหนังสือ จึงไม่มีปัญหาในเรื่องการขัดกันของผลประโยชน์ของตัวการ เนื่องจากในข้อตกลงดังกล่าว ตัวการทั้งสองฝ่ายได้ตกลงกันที่จะตั้งบุคคลคนเดียวกันให้ทำหน้าที่แทนของคู่สัญญา

วัตถุประสงค์ของมาตรา 805 นี้ มีขึ้นเพื่อไม่ให้เกิดกรณีของประโยชน์ที่ขัดกันระหว่างตัวการและตัวแทนอันเนื่องมาจากการที่ตัวแทนไปเป็นตัวแทนของบุคคลอื่น หรือเพื่อมิ



ให้ประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้องเสียหาย แต่ในกรณีของเอสโครว์นั้นจะเห็นได้ว่าการเป็นตัวแทนเอสโครว์ซึ่งถือเป็นตัวแทนของกลุ่มสัญญาทั้งสองฝ่ายคือผู้ซื้อและผู้ขาย เกิดจากการตกลงยินยอมของกลุ่มสัญญา นอกจากนี้ยังเป็นการทำหน้าที่เป็นตัวแทนในการชำระหนี้เท่านั้น จึงเห็นได้ว่า การทำหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ไม่ได้ทำให้ประโยชน์ของตัวการทั้งสองฝ่ายขัดหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกันแต่อย่างใด และการทำหน้าที่ดังกล่าวก็ได้เป็นการเปิดช่องให้ตัวแทนหาประโยชน์หรือเอาเปรียบตัวการได้ เนื่องจากการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการชำระหนี้และการรับชำระหนี้เท่านั้น

ในส่วนของหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในเรื่องอื่นที่นอกเหนือไปจากหน้าที่ในการชำระหนี้แล้ว จะเห็นได้ว่าตัวแทนเอสโครว์ยังมีหน้าที่อื่นตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาอีก กล่าวคือ

1. หน้าที่ในการตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่ของกลุ่มสัญญา
2. หน้าที่ในการโอนเงินและดอกเบี้ยให้แก่กลุ่มสัญญาฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่กลุ่มสัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์
3. หน้าที่แยกบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของตน ออกจากบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของกลุ่มสัญญา เพื่อรักษาประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโดยเด็ดขาด
4. หน้าที่จัดทำบัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินให้ครบถ้วนถูกต้องเป็นปัจจุบันตามความเป็นจริงตามมาตรฐานการบัญชีและตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด
5. หน้าที่ยื่นรายงานเกี่ยวกับการดำเนินกิจการเป็นการทั่วไป หรือเป็นการเฉพาะ โดยมีรายการและตามระยะเวลาที่กำหนด

เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ดังที่ได้กล่าวข้างต้นนี้ จะเห็นได้ว่าตัวแทนเอสโครว์ปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นตัวแทนร่วมของกลุ่มสัญญา กล่าวคือ ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในการกระทำการต่าง ๆ ดังเช่น การตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของกลุ่มสัญญา ซึ่งหมายถึง ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของผู้ขายในการตรวจสอบสิทธิและหน้าที่ของผู้ซื้อ และเป็นตัวแทนของผู้ซื้อใน

การตรวจสอบสิทธิและหน้าที่ของผู้ขายว่ามีอยู่อย่างไร หรือหน้าที่ในการโอนเงินและดอกเบี้ยให้แก่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่ง ในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงตามสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์ รวมถึงหน้าที่อื่น ๆ ตามที่ได้กล่าวไว้ ซึ่งการกระทำการดังกล่าวของตัวแทนเอสโครว์ ถือเป็นการทำงานแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ การเป็นตัวแทนร่วมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามข้อตกลงที่คู่สัญญาทุกฝ่ายได้ลงนามผูกพันเอาไว้ให้ต้องปฏิบัติตาม

นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ทั้งหมดจะเห็นได้ว่า ถึงแม้ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่หลักในการรับชำระหนี้และกระทำการชำระหนี้ก็ตาม แต่ตัวแทนเอสโครว์ก็ยังมีหน้าที่อื่นนอกเหนือไปจากการชำระหนี้ตามที่ข้อตกลงเอสโครว์ได้กำหนดไว้ ซึ่งการทำหน้าที่ทั้งหมดของตัวแทนเอสโครว์ดังที่ได้กล่าวมา น่าจะถือได้ว่าตัวแทนเอสโครว์ทำการเป็นตัวแทนร่วมของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย และสามารถนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนร่วมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805 มาปรับ ใช้กับเรื่องนี้ได้

เมื่อถือว่าตัวแทนเอสโครว์คือตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปก็คือ ผลในทางกฎหมายหรือความผูกพันระหว่างผู้ซื้อ ผู้ขายและตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งจะมีประเด็นในเรื่องดังกล่าวดังต่อไปนี้คือ

1. เมื่อตัวแทนเอสโครว์ถือได้ว่าเป็นตัวแทนของผู้ขายในการรับชำระหนี้จากผู้ซื้อ ดังนั้นเมื่อผู้ซื้อได้ชำระหนี้ให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ จะถือว่าหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งผู้ซื้อมีหน้าที่ในการชำระราคาให้แก่ผู้ขายระงับหรือไม่

ในกรณีนี้จะเห็นได้ว่าหนี้ในส่วนของผู้ซื้อระงับ เนื่องจากผู้ซื้อได้ชำระหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขายให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ซึ่งถือเป็นตัวแทนของผู้ขายเรียบร้อยแล้ว โดยเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 820 ในเรื่องตัวแทน และมาตรา 315 ในเรื่องความระงับแห่งหนี้ ดังนี้คือ

มาตรา 820 “ตัวการย่อมมีความผูกพันต่อบุคคลภายนอกในกิจการทั้งหลายอันตัวแทนหรือตัวแทนช่วงได้ทำไปภายในขอบอำนาจแห่งฐานตัวแทน”

มาตรา 315 “อันการชำระหนี้นั้นต้องทำให้แก่ตัวเจ้าหนี้หรือแก่บุคคลผู้มีอำนาจรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้ การชำระหนี้ทำให้แก่บุคคลผู้ไม่มีอำนาจรับชำระหนี้นั้น ถ้าเจ้าหนี้ให้สัตยาบันก็นับว่าสมบูรณ์”

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าเมื่อผู้ซื้อได้ชำระหนี้ให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งถือว่าเป็นบุคคลผู้มีอำนาจในการรับชำระหนี้แทนเจ้าหนี้แล้วหนี้ในส่วนของผู้ซื้อจึงระงับ นอกจากนี้ การที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับชำระหนี้จากผู้ซื้อ ย่อมมีผลผูกพันผู้ขายเสมือนหนึ่งผู้ขายได้รับชำระหนี้ นั้นด้วยตนเอง ในฐานะที่ตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนของผู้ขาย

2. ปัญหาที่น่าคิดประการต่อไปก็คือ หากผู้ซื้อยังไม่ปฏิบัติตามการชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดชำระ ตัวแทนเอสโครว์จะมีสิทธิเรียกให้ผู้ซื้อชำระหนี้ให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ได้หรือไม่

ในเรื่องนี้ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายนั้น จะเห็นได้ว่า หนี้ดังกล่าวซึ่งก็คือหน้าที่ของผู้ซื้อในการชำระราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย เกิดขึ้นจากสัญญาจะซื้อจะขายซึ่งเป็นสัญญาต่างตอบแทน กล่าวคือในสัญญาจะซื้อจะขายนั้นก่อให้เกิดหนี้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยฝ่ายผู้ซื้อมีหน้าที่ที่จะต้องชำระราคาให้แก่ผู้ขาย และผู้ขายก็มีหน้าที่ในการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ซึ่งหนี้หรือหน้าที่ดังกล่าวถือเป็นบุคคลสิทธิหรือสิทธิที่ผูกพันคู่สัญญาเท่านั้น ดังนั้น เมื่อการรับชำระหนี้เป็นสิทธิของผู้ขายในฐานะเจ้าหนี้ตามสัญญาจะซื้อจะขาย จึงเห็นได้ว่า ผู้ขายเท่านั้นที่มีสิทธิเรียกให้ผู้ซื้อชำระหนี้เมื่อหนี้ถึงกำหนดเวลา ตัวแทนเอสโครว์ซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ขายไม่มีสิทธิในการกระทำการดังกล่าว เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์เป็นเพียงตัวแทนของผู้ขายในการรับชำระหนี้แทนผู้ขายเท่านั้น

ในกรณีของฝ่ายผู้ซื้อก็เช่นเดียวกัน หากผู้ขายไม่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อก็มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายดำเนินการดังกล่าวได้ ตัวแทนเอสโครว์ไม่มีสิทธิเรียกให้ผู้ขายกระทำการเช่นนั้นแต่อย่างใด

3. ในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคู่สัญญา (รวมถึงดอกผลของทรัพย์สินดังกล่าว) ซึ่งก็คือเงินของผู้ซื้อที่ได้ส่งมอบให้แก่ตัวแทนเอสโครว์เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์เก็บรักษาไว้แทนผู้ขายนั้น จะถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ซื้อ หรือจะถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ในเงินดังกล่าวได้โอนจากผู้ซื้อไปยังผู้ขายเป็นที่เรียบร้อยแล้ว

ในเรื่องกรรมสิทธิ์ในเงินที่ผู้ซื้อชำระหนี้ให้แก่ผู้ขายโดยฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์นั้น จะเห็นได้ว่า ผู้ขายจะยังไม่มีสิทธิในเงินดังกล่าวจนกว่าผู้ขายจะได้ทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างแล้วเสร็จตามสัญญาและทำการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ ถึงแม้ตามหลักกฎหมายทั่วไปผู้

ขายจะมีสิทธิในเงินที่ผู้ซื้อได้ชำระหนี้แก่ตนก็ตาม และแม้ตามบทบัญญัติของกฎหมายในเรื่องตัวแทนตาม มาตรา 810 จะกำหนดให้ตัวแทนจะต้องส่งมอบเงินที่ตัวแทนได้รับไว้เกี่ยวกับการเป็นตัวแทนให้แก่ตัวการ แต่เนื่องจากมีข้อตกลงในระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายว่า ให้ตัวแทนเอสโครว์ถือเงินดังกล่าวไว้จนกว่าคู่สัญญาจะปฏิบัติตามสัญญา ตัวแทนเอสโครว์จึงจะส่งมอบเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ขาย ดังนั้นกรรมสิทธิ์ในเงินที่อยู่ในความดูแลของตัวแทนเอสโครว์จึงยังคงเป็นของผู้ซื้ออยู่โดยผลของข้อตกลงแห่งสัญญา

นอกจากนี้ ในประเด็นที่ว่ากรรมสิทธิ์ในเงินจะเป็นของใครนั้น จะต้องพิจารณาว่ามีการผิดสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือไม่ เนื่องจากหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งผิดสัญญา คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งก็จะมีสิทธิที่จะได้รับเงินจำนวนดังกล่าวพร้อมดอกเบี้ยที่ได้ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์

จากการศึกษาในเรื่องตัวแทนดังกล่าวมาข้างต้นสามารถสรุปได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์นั้นถือเป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยการทำหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ได้ถูกกำหนดไว้ในสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ ซึ่งเป็นแนวทางในการดำเนินการของตัวแทนเอสโครว์เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จึงต้องปฏิบัติหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวอย่างเคร่งครัด เนื่องจากสัญญาก็ถือเสมือนเป็นกฎหมายในระหว่างคู่สัญญาที่จะต้องปฏิบัติตามกัน ในส่วนของบทบัญญัติของกฎหมายตัวแทนตามมาตราอื่นที่มีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่าจะสามารถนำมาปรับใช้กับความสัมพันธ์ระหว่างคู่สัญญาในสัญญาตั้งตัวแทนเอสโครว์หรือข้อตกลงเอสโครว์ได้หรือไม่นั้น จำเป็นที่จะต้องพิจารณาถึงความแตกต่างของลักษณะตัวแทนตามกฎหมายไทย และตัวแทนเอสโครว์ในระบบเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา สภาพการดำเนินธุรกรรมเอสโครว์ และความเป็นธรรมในการนำกฎหมายในเรื่องตัวแทนมาใช้บังคับเป็นรายมาตราไป ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า ควรมีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องตัวแทนเอสโครว์ขึ้นโดยเฉพาะ เพื่อกำหนดกฎเกณฑ์เป็นพิเศษแก่นิติสัมพันธ์ในธุรกรรมเอสโครว์แยกต่างหากจากความสัมพันธ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องตัวแทน เนื่องจากสัญญาตัวแทนเป็นเอกเทศสัญญา ซึ่งกฎหมายได้กำหนดลักษณะของสัญญาตัวแทนไว้โดยเฉพาะ ประกอบกับการดำเนินธุรกิจเอสโครว์ก็เป็นเรื่องของการเป็นตัวแทนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งถือเป็นตัวแทนในการดำเนินการเฉพาะเรื่องเช่นเดียวกัน นอกจากนี้ เนื่องจากระบบเอสโครว์ได้มีการพัฒนามาจากกฎหมายทรัสต์ ไม่ได้มีการพัฒนามาจากกฎหมายลักษณะตัวแทน จึงเป็นการ

เหมาะสมกว่าที่จะสร้างกลไกทางกฎหมายขึ้นมารองรับธุรกรรมดังกล่าวที่จะนำมาใช้ในประเทศไทย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## บทที่ 5

### รูปแบบของกฎหมายเอสโครว์ที่เหมาะสมในการป้องกันและแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัยในประเทศไทย

จากการศึกษาวิเคราะห์ในบทที่ 4 ได้ชี้ให้เห็นว่า ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นและเป็นกรณีพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายนั้น มักเกิดจากการที่ผู้ซื้อไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาจะซื้อจะขาย ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า ในทางปฏิบัติทั่วไปในการทำสัญญาจะซื้อจะขาย คู่สัญญามักจะไม่ว่าจ้างผู้รู้หรือทนายความเป็นตัวแทนในการจัดทำสัญญาให้ดังเช่นการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในต่างประเทศ แต่คู่สัญญามักจะจัดทำสัญญากันเอง ซึ่งส่วนใหญ่การทำสัญญาในลักษณะนี้จะทำให้ผู้ซื้อเสียเปรียบ เนื่องจากผู้ขายมีอำนาจในการต่อรองที่เหนือกว่า จึงสามารถกำหนดข้อสัญญาในเชิงผูกมัดและกำหนดความรับผิดชอบให้แก่ผู้ซื้อ เช่น สัญญาที่มีเงื่อนไขว่าผู้ซื้อจะต้องชำระเงินตามจำนวนและตามกำหนดเวลาที่แน่นอน หากไม่ชำระผู้ขายมีสิทธิบอกเลิกสัญญา และริบมัดจำหรือนำทรัพย์สินไปขายให้แก่ผู้อื่นได้ แต่ในขณะเดียวกันในสัญญาไม่ได้ระบุว่าผู้ขายจะเริ่มปลูกสร้างบ้านเมื่อใด และไม่ระบุว่าบ้านจะสร้างเสร็จเมื่อใด นอกจากนี้ เหตุผลอีกประการหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาขึ้นก็คือ การที่ผู้ซื้อขาดความรู้และประสบการณ์ในการทำสัญญาจะซื้อจะขาย กล่าวคือ ผู้ซื้อไม่รู้ว่าก่อนที่จะทำสัญญาจะซื้อจะขายนั้น ผู้ซื้อควรที่จะตรวจสอบหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดินของผู้ขายว่าผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่แท้จริงหรือไม่ หรือการตรวจสอบว่าผู้ขายเป็นผู้ได้รับอนุญาตทำการจัดสรรที่ดินหรือไม่ ซึ่งสิ่งเหล่านี้จะมีผลต่อการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินในภายหลัง

ปัญหาที่ผู้บริโภคไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญานับเป็นปัญหาที่สำคัญมาก เนื่องจากเป็นต้นเหตุของปัญหาอื่น ๆ ที่จะติดตามมา เช่น การที่ผู้ซื้อไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อ ส่งผลให้ผู้ซื้อต้องมาเรียกร้องเงินที่ได้ผ่อนชำระไปคืนจากผู้ขาย ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การแก้ปัญหาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้น จะต้องเริ่มต้นจากสัญญาจะซื้อจะขายก่อน ซึ่งในปัจจุบัน กรมที่ดินกำลังจัดทำแบบหนังสือสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรรที่ใช้ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่ดินจัดสรรและสิ่งปลูกสร้างพร้อมที่ดิน ซึ่งจะส่งผลให้ผู้ขายต้องจัดทำสัญญาจะซื้อจะขายตามแบบสัญญาที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด ส่วนในกรณีของอาคารชุด ก็ได้มีประกาศของคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา กำหนดให้การซื้อขายห้องชุดในอาคารชุดเป็นธุรกิจที่ถูกควบคุมสัญญา พร้อมทั้งกำหนดลักษณะของข้อสัญญาที่จะต้องมีการมีและข้อสัญญาที่ห้ามมิให้มีในสัญญาดังกล่าว ซึ่งการกำหนดในลักษณะของสัญญา

มาตรฐานนี้เป็นการแก้ไขปัญหาที่ต้นเหตุ โดยเป็นการให้ความคุ้มครองผู้บริโภคตั้งแต่เริ่มทำสัญญา ซึ่งจะสามารถแก้ไขปัญหาในเรื่องการทำสัญญาที่ผู้ขายเอาเปรียบผู้ซื้อได้ในระดับหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม แนวทางในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวเป็นเพียงการป้องกันมิให้ผู้ซื้อได้รับความเสียหายจากการทำสัญญาที่ผู้ขายเป็นผู้กำหนดข้อความในสัญญาในลักษณะที่เอาเปรียบผู้ซื้อเท่านั้น แต่แนวทางดังกล่าวไม่ได้เป็นการแก้ไขปัญหาหรือให้ความคุ้มครองในเรื่องเงินดาวน์ของผู้ซื้อที่ได้ผ่อนชำระให้แก่ผู้ขายแต่อย่างใด ซึ่งผู้ซื้ออาจต้องสูญเสียเงินจำนวนดังกล่าวไป หากภายหลังปรากฏว่า ผู้ขายหรือผู้ประกอบการไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้ กล่าวคือ ผู้ขายไม่สามารถทำการก่อสร้างที่อยู่อาศัยได้เสร็จ หรือแม้จะสร้างเสร็จแล้วแต่ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ ทำให้ผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อน เพราะนอกจากจะไม่ได้ที่อยู่อาศัยแล้ว เงินดาวน์ที่ผ่อนชำระไปก็อาจไม่ได้รับคืนด้วย

ปัญหาในเรื่องเงินดาวน์ตามที่กล่าวถึงนี้ ในปัจจุบันยังไม่มีมาตรการที่ใช้ในการป้องกันหรือแก้ไขปัญหาดังกล่าวแต่อย่างใด ดังนั้นจึงเห็นว่าหากนำเอาหลักการของระบบเอสโครว์ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นระบบที่ช่วยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทย เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวกลางในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ซื้อ เชื่อว่าน่าจะช่วยในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวและให้การคุ้มครองผู้ซื้อได้เป็นอย่างดี อันจะส่งผลไปถึงการลดปัญหาข้อพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายลงได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากระบบกฎหมายของประเทศไทยมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย และการที่ระบบเอสโครว์สามารถนำมาใช้ได้มีประสิทธิภาพ ก็เนื่องจากในประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบกฎหมาย สภาพเศรษฐกิจและสังคมมารองรับอย่างเหมาะสม จึงทำให้ระบบเอสโครว์สามารถให้ความคุ้มครองทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายได้เป็นอย่างดี อีกทั้งยังเป็นการป้องกันมิให้ผู้ประกอบการหรือผู้ขายทำการฉ้อฉลหรือเอาเปรียบผู้ซื้อได้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากความแตกต่างกันของทั้งสองประเทศนี้ ส่งผลให้การจะนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้จำเป็นต้องปรับปรุงระบบเอสโครว์ให้เหมาะสมกับลักษณะการค้าในธุรกิจและระบบกฎหมายของประเทศไทยด้วย ดังนั้นจึงเห็นควรที่จะพิจารณาถึงสาระสำคัญของกฎหมายเอสโครว์ดังต่อไปนี้

## 1. ขอบเขต อำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์

### 1.1 ขอบเขตการดำเนินงานของระบบเอสโครว์

จากการศึกษาถึงภาพรวมของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่า ขั้นตอนในการซื้อขายในประเทศสหรัฐอเมริกา มีความยุ่งยาก เนื่องจากมีบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายเป็นจำนวนมาก ประกอบกับคู่สัญญายังมีหน้าที่ที่จะต้องดำเนินการเพื่อให้การซื้อขายทรัพย์สินเป็นไปอย่างสมบูรณ์หลายประการ ดังนั้นระบบเอสโครว์จึงถูกสร้างขึ้นเพื่อให้การทำธุรกรรมที่มีบุคคลที่เกี่ยวข้องหลายฝ่ายเป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็ว และที่สำคัญคือเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของบุคคลทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในการซื้อขาย หรืออาจกล่าวได้ว่า ระบบเอสโครว์คือวิธีหรือกลไกในการโอนกรรมสิทธิ์เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ประกอบกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นโดยเปรียบเทียบระหว่างประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า หลักการในทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้ในประเทศไทยนั้นควรมุ่งแต่เฉพาะประเด็นในการคุ้มครองเงินมัดจำและเงินดาวน์ของผู้ซื้อที่ได้ผ่อนชำระให้แก่ผู้ขาย ในช่วงตั้งแต่วันทำสัญญาจะซื้อจะขายจนถึงช่วงของการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเท่านั้น เนื่องจากการซื้อขายที่ดินของไทย ไม่ยุ่งยากซับซ้อนเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบกับสภาพปัญหาอันทำให้เกิดความจำเป็นในการนำระบบเอสโครว์มาใช้นั้นมีความแตกต่างกัน

### 1.2 หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์

ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียของประเทศสหรัฐอเมริกา บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ จะมีหน้าที่ในการดำเนินการเกือบทุกขั้นตอนเพื่อให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์สำเร็จลง โดยจะมีหน้าที่ดังต่อไปนี้คือ

- 1) รับเงินมัดจำและเงินดาวน์จากผู้ซื้อ และทำการเปิดบัญชีเงินฝากกับสถาบันการเงิน
- 2) ให้มีการตรวจสอบประวัติของกรรมสิทธิ์ในที่ดินเพื่อให้แน่ใจว่า ผู้ขายเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่แท้จริงหรือไม่ และมีภาระผูกพันหรือสิ่งผูกพันอื่นอันอาจลดรอนสิทธิ

ความเป็นเจ้าของในที่ดินแห่งนี้หรือไม่ โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้สั่งให้บริษัทกรรมสิทธิ์ (Title Company) เป็นผู้ดำเนินการดังกล่าว

3) ถ้าในการซื้อขายจะต้องมีการชำระหนี้เกี่ยวกับที่ดิน เช่น ที่ดินติดจำนองอยู่ ตัวแทนเอสโครว์จะทำการติดต่อกับเจ้าหนี้เพื่อขอทราบว่ามีหนี้ค้างชำระอยู่เท่าใด เพื่อเตรียมการไถ่ถอนจำนอง ซึ่งเจ้าหนี้จะเข้าทำข้อตกลงกับตัวแทนเอสโครว์ เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ทำหน้าที่ในการไถ่ถอนจำนองแทน

4) ในกรณีที่ที่ดินมีผู้เช่าอยู่ ตัวแทนเอสโครว์จะรับมอบสัญญาเช่าและหนังสือที่แจ้งให้ผู้เช่าทราบถึงการเปลี่ยนเจ้าของทรัพย์สินเพื่อส่งมอบต่อให้แก่ผู้เช่า

5) จัดให้มีการตรวจสอบตัวอาคารเพื่อการกำจัดปลวกและแมลง

6) จัดทำบัญชีรายได้และค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ซื้อขาย (prorating at the closing) การที่ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ดังกล่าวก็เนื่องจากว่า ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะถือว่า ผู้ขายเป็นเจ้าของที่ดินเพียงแค่วันก่อนวันปิดการขายเท่านั้น ดังนั้นผู้ขายจึงไม่มีสิทธิที่จะรับรายได้ใด ๆ ที่เกิดขึ้นจากที่ดินนั้นหลังจากวันปิดการขาย และหากผู้ขายได้ชำระเงินใด ๆ เป็นการล่วงหน้าเลยวันปิดการขายไป ผู้ขายก็จะต้องได้รับเงินคืนจากผู้ซื้อ ดังนั้นตัวแทนเอสโครว์จึงต้องจัดทำบัญชีรายได้และค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากที่ดินที่จะทำการปิดการขาย เพื่อจะได้ทราบยอดสุทธิว่า ฝ่ายใดจะได้รับหรือต้องจ่ายเงินเพิ่มเท่าใด ซึ่งสิ่งที่น่าสนใจคำนวณก็คือ ค่าเบี้ยประกันภัย ภาษีทรัพย์สิน ดอกเบี้ยที่จะต้องชำระในกรณีที่ผู้ซื้อยอมรับชำระหนี้จำนองแทนผู้ขาย และค่าเช่าหรือทรัพย์สินอื่นที่เกี่ยวข้องกับที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่จะทำการโอน

7) ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่รับมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน (deed) จากผู้ขายเพื่อนำไปจดทะเบียนให้แก่ผู้ซื้อ

8) เมื่อถึงวันปิดการขาย ตัวแทนเอสโครว์จะนำหนังสือโอนสิทธิในที่ดินไปจดทะเบียนโอนให้แก่ผู้ซื้อ จัดจำนองรายใหม่ และจดทะเบียนเอกสารอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อให้การซื้อขายเสร็จสมบูรณ์

9) เมื่อมีการจดทะเบียนเอกสารต่าง ๆ ดังที่กล่าวมาเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะทำการแจกจ่ายเงินให้แก่คู่กรณีทุกฝ่ายที่มีสิทธิได้รับเงินตามข้อตกลงเอส

โครว์ ซึ่งโดยปกติจะได้แก่ ผู้ชาย นายหน้า เจ้าหนี้ผู้รับจำนองที่ดินของผู้ชาย และผู้รับเหมาทุกฝ่าย พร้อมกับทำหน้าที่ส่งเอกสารที่กำหนดกันไว้ว่าให้ส่งผ่านทางตัวแทนเอสโครว์ให้แก่ผู้ที่มีสิทธิได้รับ

จากหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ดังที่กล่าวมานี้จะเห็นได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ดำเนินการในทุกขั้นตอนที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขาย เพื่อให้การซื้อขายเป็นไปด้วยความสะดวกและราบรื่น การที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องมีหน้าที่ดังกล่าวก็เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายและขั้นตอนที่จะต้องดำเนินการหลายประการ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากประเทศไทยซึ่งมีกฎหมายและประเพณีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์แตกต่างไปจากประเทศสหรัฐอเมริกา การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยจึงต้องคำนึงถึงความเหมาะสมและกฎเกณฑ์ที่มีอยู่ด้วย ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์ของไทยควรจะมีความหน้าที่ดังต่อไปนี้ คือ

1) หน้าที่ในการรับเงินมัดจำและเงินดาวน์จากผู้ซื้อ และนำไปเปิดบัญชีเงินฝากกับสถาบันการเงิน เพื่อใช้เก็บเงินที่ได้รับมอบจากการปฏิบัติหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งบัญชีดังกล่าวจะต้องแยกต่างหากจากบัญชีส่วนตัวของตัวแทนเอสโครว์อย่างเด็ดขาด และตัวแทนเอสโครว์จะต้องเก็บรักษาเงินจำนวนนี้ไว้จนกว่าจะถึงเวลาจ่ายให้แก่ผู้ขายตามข้อตกลงเอสโครว์

วิธีการฝากเงินที่ผู้ซื้อได้ชำระเป็นค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายโดยการฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์จะต้องนำไปฝากเข้าบัญชีอย่างช้าภายในวันทำการถัดไป แต่หากในวันดังกล่าวเป็นวันปิดทำการของสถาบันการเงิน ตัวแทนเอสโครว์จะต้องนำเงินจำนวนดังกล่าวไปเข้าบัญชีไม่ช้ากว่าวันแรกของวันเปิดทำการของสถาบันการเงิน หากฝ่าฝืนควรกำหนดให้ถือเป็นเหตุให้ตัวแทนเอสโครว์อาจถูกพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตได้

2) หน้าที่ในการตรวจสอบว่าผู้ซื้อเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ซื้อขายเป็นบุคคลคนเดียวกับกับผู้ขายหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบดังกล่าวนี้จะทำ 2 ครั้ง กล่าวคือ ครั้งแรกภายหลังจากที่ผู้ซื้อและผู้ขายจัดทำสัญญาจะซื้อขาย และครั้งสุดท้ายก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน

เหตุผลที่ตัวแทนเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องมีหน้าที่ในการจัดการให้มีการตรวจสอบสิทธิในที่ดิน ก็เนื่องมาจากระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของประเทศ



สหรัฐอเมริกา กล่าวคือ การซื้อขายที่ดินในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่จะใช้วิธีการจดทะเบียนแบบ Registration of deed ซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนจะไม่มีหน้าที่ในการจัดทำสัญญาให้แก่คู่สัญญา และไม่มีหน้าที่ในการตรวจสอบความถูกต้องเกี่ยวกับสิทธิและความสามารถของคู่สัญญา คู่สัญญาจะต้องจัดทำสัญญากันมาเองและนำมาจดทะเบียน ซึ่งการจดทะเบียนดังกล่าวนี้เป็นเพียงการจดทะเบียนเอกสารหรือสัญญาที่ใช้ในการก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ไม่ใช่การจดทะเบียนตัวสิทธิโดยตรง แต่เป็นไปในลักษณะของการนำเอาสัญญาไปขึ้นทะเบียนไว้เพื่อให้คนรู้จักกันโดยทั่วไปว่า ได้มีการทำสัญญากันไว้อย่างไร แต่กฎหมายไม่ได้รับรองว่าคู่สัญญาที่ทำสัญญามาจดทะเบียนจะต้องได้สิทธิตามที่ได้จดทะเบียนไว้ แต่ให้ขึ้นอยู่กับสัญญาที่ทำกันระหว่างคู่สัญญาว่าทำถูกต้องหรือไม่ ถ้าทำสัญญาถูกต้องก็ได้สิทธิ แต่หากทำสัญญากันโดยไม่ถูกต้องก็จะได้ไม่ได้สิทธิ ดังนั้นจึงเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องตรวจสอบประวัติที่ดินและการถือครองที่ดินของเจ้าของเดิมว่าได้มาอย่างไร ถูกต้องหรือไม่ เนื่องจากถ้าการทำสัญญาในช่วงใดช่วงหนึ่งไม่ถูกต้อง ก็จะทำให้ผู้รับโอนไม่ได้สิทธิแต่อย่างใด

ในส่วนของประเทศไทยนั้น ถึงแม้การจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในประเทศไทยจะมีเจ้าหน้าที่ดำเนินการตรวจสอบสิทธิของเจ้าของที่ดินและความถูกต้องในเรื่องตัวบุคคล และเป็นผู้จัดเตรียมเอกสารและทำสัญญาให้แก่คู่สัญญา โดยคู่สัญญามีหน้าที่เพียงตอบคำถามและลงลายมือชื่อในเอกสารที่เกี่ยวข้องเท่านั้น และเมื่อได้จดทะเบียนเป็นที่เรียบร้อยแล้ว จะถือว่ารัฐเป็นผู้รับรองสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้ก็ตาม\* แต่เหตุผลที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องมีหน้าที่ตรวจสอบผู้มีชื่อเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ตามที่ปรากฏในโฉนดที่ดินก็เนื่องจากว่า หลักการของระบบเอสโครว์นั้นมีเพื่อสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้ซื้อว่า ผู้ซื้อจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่สมบูรณ์ปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ และผู้ขายจะได้รับชำระเงินโดยถูกต้องครบถ้วนตามกำหนดเวลา ซึ่งในส่วนของการสร้างหลักประกันแก่ผู้ซื้อในเรื่องของการได้รับโอนกรรมสิทธิ์ที่สมบูรณ์นั้น ระบบเอสโครว์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดหน้าที่ของผู้ขายที่จะต้องส่งมอบหนังสือโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ถือครองกรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้ขายไว้ ซึ่งหากเปรียบเทียบกับประเทศไทยแล้วจะเห็นได้ว่า เนื่องจากประเทศไทยถือว่าโฉนดที่ดินเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดิน และโดยปกติผู้ขายก็มักจะนำโฉนดที่ดินไปวางไว้กับสถาบัน

\* เว้นแต่ในกรณีที่การทำสัญญากระทำไปโดยไม่ถูกต้อง หรือผู้โอนไม่มีสิทธิจริง หรือมีสิทธิโดยบกพร่อง ผู้ที่จดทะเบียนสิทธิของตนลงในโฉนดที่ดินแม้จะเป็นผู้รับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ก็อาจถูกฟ้องเพิกถอนสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว หรืออาจถูกเพิกถอนรายการจดทะเบียนตามมาตรา 61 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินได้

การเงินเพื่อเป็นประกันหนี้ที่ผู้ขายกู้ยืมมาเพื่อพัฒนาโครงการ จึงเห็นได้ว่า ในทางปฏิบัติคงเป็นไปได้ยากที่ผู้ขายจะสามารถวางโฉนดหรือเอกสารแสดงสิทธิในที่ดินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ตามหลักการของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ ดังนั้นหากให้ตัวแทนเอสโครว์ทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในที่ดินในตอนแรกเริ่มทำสัญญา และทำการตรวจสอบอีกครั้งหนึ่งก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อให้ผู้ซื้อทราบว่าผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าวหรือไม่ และมีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ เกิดขึ้นหรือไม่ ก็น่าจะเป็นวิธีที่แก้ปัญหาดังกล่าว และสามารถให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อในเรื่องกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อได้เช่นเดียวกัน

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อการตรวจสอบถึงผู้มีชื่อเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินในประเทศไทยไม่มีความยุ่งยาก เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการในการตรวจสอบ รวมถึงการที่รัฐได้รับรองสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้ให้ ดังนั้นจึงไม่มีความจำเป็นที่ผู้ซื้อจะต้องจ้างผู้เชี่ยวชาญหรือบริษัทที่ทำหน้าที่ตรวจสอบสิทธิในที่ดิน รวมถึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องทำการประกันสิทธิในที่ดินดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

3) เมื่อใกล้จะถึงวันโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน และภายหลังจากที่มีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นครั้งสุดท้ายเพื่อให้แน่ใจว่าไม่มีการเปลี่ยนแปลงใด ๆ ในสิทธิในที่ดินดังกล่าวแล้ว ตัวแทนเอสโครว์ก็จะรับชำระเงินงวดสุดท้ายจากผู้ซื้อ

หากไม่มีปัญหาใด ๆ เกิดขึ้น คู่สัญญาก็จะดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินโดยทันที ถ้าในการซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวผู้ซื้อจะต้องดำเนินการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินมาเพื่อซื้อทรัพย์สิน ผู้ซื้อก็ต้องทำการจดทะเบียนจำนองเพื่อเป็นประกันการกู้ยืม ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในขั้นตอนของการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์และการจดทะเบียนจำนองตัวแทนเอสโครว์จะไม่เข้ามาเกี่ยวข้องหรือดำเนินการแทนคู่สัญญาดังเช่นหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียแต่อย่างใด เหตุผลของการที่คู่สัญญาจะต้องดำเนินการจดทะเบียนสิทธิด้วยตนเองก็เนื่องจากว่า วิธีการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมในประเทศไทยจะกำหนดให้คู่สัญญาซึ่งก็คือผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องเป็นผู้ดำเนินการด้วยตนเอง เนื่องจากในการจดทะเบียน พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ทำการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมจะต้องสอบสวนความสามารถของคู่กรณี และตรวจพิสูจน์ว่าบุคคลดังกล่าวเป็นคู่สัญญาที่แท้จริงหรือไม่ นอกจากนี้คู่สัญญายังมีหน้าที่ในการตอบคำถามที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขาย พร้อมทั้งลงลายมือชื่อในสัญญาที่เจ้าหน้าที่เป็นผู้จัดทำขึ้น

4) เมื่อได้ทำการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะทำการเบิกจ่ายเงินออกจากบัญชีเพื่อชำระเป็นมูลค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขาย\* ซึ่งเงินจำนวนดังกล่าวจะรวมถึงดอกเบี้ยที่เกิดขึ้นจากเงินจำนวนที่ฝากไว้ด้วย

จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่ในการชำระเงินให้แก่ผู้ขายเท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากการทำหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ซึ่งจะมีหน้าที่ในการแจกจ่ายเงินให้แก่ผู้ที่เกี่ยวข้องทุกฝ่าย ซึ่งได้แก่นายหน้า เจ้าหนี้ผู้รับจำนองของผู้ขายและผู้รับเหมาทุกฝ่าย ไม่ว่าจะเป็นผู้รับเหมาก่อสร้างบ้านหรือบริษัทกำจัดปลวก ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวนี้ สืบเนื่องมาจากแนวความคิดในการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทยมีความแตกต่างกัน การซื้อขายในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นจะมีบุคคลที่เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ซึ่งสิ่งนี้ก็เป็เหตุผลหนึ่งในการมีตัวแทนเอสโครว์ เนื่องจากหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกามีประการหนึ่งก็คือ การอำนวยความสะดวกให้แก่คู่สัญญาในทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขาย เพื่อให้การซื้อขายสำเร็จลงด้วยความสะดวกราบรื่น ส่วนการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยนั้น จะมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเงินดาวน์ของผู้ซื้อเท่านั้น

ในกรณีที่เกิดข้อพิพาทระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในเรื่องการผิดสัญญา ตัวแทนเอสโครว์จะไม่มีหน้าที่ในการตัดสินในเรื่องดังกล่าว หรือไม่มีหน้าที่ในการตัดสินข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายในทุกเรื่อง เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติหน้าที่เป็นกลางโดยไม่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่อื่นนอกจากหน้าที่ที่กำหนดไว้ในสัญญาหรือข้อตกลงเอสโครว์ ดังนั้นเมื่อเกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ผู้ซื้อและผู้ขายก็ต้องดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีกันเอง ซึ่งในระหว่างที่มีการดำเนินคดี ตัวแทนเอสโครว์จะทำหน้าที่ในการเก็บรักษาเงินจำนวนดังกล่าวไว้ เพื่อรอผลของคำพิพากษาว่าฝ่ายใดจะมีสิทธิได้รับเงินจำนวนนั้น ตัวแทนเอสโครว์จึงจะส่งมอบเงินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีสิทธิ

จากที่ได้กล่าวมานี้ คือบทบาทและหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย ซึ่งในการทำหน้าที่ดังกล่าว ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติดังต่อไปนี้

\* เว้นแต่กรณีที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันให้มีการเบิกจ่ายเงินออกจากบัญชีให้แก่ผู้ขายในเวลาอื่น เช่น เมื่อการก่อสร้างเป็นไปตามขั้นตอนหรือความสำเร็จของงาน เช่นนี้ก็สามารถทำได้

1) ปฏิบัติหน้าที่ตามข้อตกลงเอสโครว์ (escrow instruction) โดยเคร่งครัด เนื่องจากข้อตกลงเอสโครว์คือแนวทางซึ่งกำหนดหน้าที่ที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญา

2) ตัวแทนเอสโครว์จะต้องทำหน้าที่เป็นคนกลางที่ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งตลอดเวลา เหตุผลที่จะต้องกำหนดไว้เช่นนี้เนื่องจากว่า การทำหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น ตัวแทนเอสโครว์จะถือเป็นตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาสองฝ่าย อาจมีกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องตัดสินใจหรือดำเนินการบางอย่างซึ่งจะส่งผลกระทบต่อผลประโยชน์ของตัวการฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็เป็นได้ ดังนั้น ตัวแทนเอสโครว์จึงต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางต่อผู้ซื้อและผู้ขาย

3) ตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความละเอียดถี่ถ้วนและด้วยความระมัดระวัง

ในเรื่องระดับความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น มีปัญหาว่าตัวแทนเอสโครว์ควรจะใช้ความระมัดระวังในระดับใด ซึ่งเมื่อพิจารณาจากหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์แล้วจะเห็นได้ว่า เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่หลักในการรับฝากเงินหรือดูแลเงินที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระเป็นค่าทรัพย์สินแทนผู้ขาย จึงเห็นว่าตัวแทนเอสโครว์ก็น่าจะมีความระมัดระวังในการดูแลทรัพย์สินในระดับที่สูงกว่าปกติ เนื่องจากในการรับฝากนั้นตัวแทนเอสโครว์ถือเป็นผู้ประกอบอาชีพในการรับดูแลทรัพย์สินที่ฝากไว้และได้รับค่าตอบแทนในการรับฝาก ทั้งนี้ผู้วิจัยเห็นว่า น่าจะนำบทบัญญัติในเรื่องการฝากทรัพย์สินตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 3 ลักษณะ 10 มาปรับใช้ได้ ซึ่งหากนำบทบัญญัติดังกล่าวมาปรับใช้ การใช้ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ก็ต้องดูว่าผู้ที่ประกอบอาชีพในเรื่องนั้น ๆ ธรรมดาเขาจะระวังและสงวนรักษาทรัพย์สินกันอย่างไร ตัวแทนเอสโครว์ก็ต้องใช้ความระมัดระวังให้ถึงขนาดนั้น

### 1.3 ความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์

ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์ควรจะต้องมีความรับผิดชอบในกรณีดังต่อไปนี้

- 1) ตัวแทนเอสโครว์ควรมีความรับผิดชอบในผลของความเสียหายจากการกระทำที่จงใจหรือประมาทเลินเล่อ เช่นเดียวกับหลักการในเรื่องละเมิดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420\*
- 2) ตัวแทนเอสโครว์จะต้องรับผิดชอบ ในกรณีทำการสับเปลี่ยนหรือเปลี่ยนแปลงเงินสัญญา บันทึก การทำรายการประวัติที่ดินหรือหลักฐานที่ใช้พิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินที่ได้ส่งมอบให้ในการปฏิบัติหรือตามเงื่อนไขใด ๆ ไปเป็นประโยชน์ของตนเองหรือตัวการของตน หรือเพื่อบุคคลอื่นโดยฝ่าฝืนหน้าที่
- 3) การไม่ยอมคืนเงินหรือเอกสารต่าง ๆ ให้แก่เจ้าของหรือผู้มีสิทธิในเงินหรือเอกสารนั้น ๆ
- 4) การรับหรือเรียกบำเหน็จที่ไม่เปิดเผย หรือแสวงหากำไรจากการหักค่าใช้จ่ายจากตัวการ
- 5) กระทำการฉ้อฉล หรือกระทำการซึ่งถือว่าไม่สุจริตต่อหน้าที่ หรือฝ่าฝืนหน้าที่ซึ่งตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติตามข้อตกลงเอสโครว์หรือตามกฎหมาย
- 6) ทำการแก้ไขข้อตกลงเอสโครว์โดยไม่ได้รับความยินยอมจากตัวการ หรือยอมให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแก้ไขสัญญาหรือข้อตกลงเอสโครว์โดยพลการ
- 7) การส่งมอบเงินที่ผู้ซื้อได้ส่งมอบไว้ให้แก่ผู้ขายโดยที่ผู้ซื้อยังไม่ได้มอบหมายให้ทำเช่นนั้น หรือก่อนที่ผู้ขายจะทำการโอนสิทธิในที่ดินให้แก่ผู้ซื้อ

## 2. คุณสมบัติและตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

ในเรื่องคุณสมบัติของบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งมีปัญหาที่จะต้องพิจารณาว่า ตัวแทนเอสโครว์ในประเทศไทยควรมีคุณสมบัติเช่นไรนั้น ด้วยเหตุที่ระบบเอสโครว์เป็นระบบที่ค้ำประกันหรือลดความเสี่ยงในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ให้แก่คู่สัญญา เพื่อให้คู่สัญญาได้มั่นใจว่า เมื่อคู่สัญญาแต่ละฝ่ายได้ปฏิบัติตามสัญญาหรือเงื่อนไขหรือข้อตกลงโดย

---

\* มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น



ครบถ้วนแล้ว ฝ่ายนั้นก็จะได้รับการปฏิบัติตามที่ได้ระบุไว้เช่นเดียวกัน โดยจะมีตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้ทำหน้าที่เก็บรักษาทรัพย์สินที่คู่สัญญาส่งมอบไว้ในระหว่างที่คู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญา ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเมื่อตัวแทนเอสโครว์จะต้องมีหน้าที่ในการเก็บรักษาเงินหรือทรัพย์สินที่ผู้ซื้อได้ชำระไว้ซึ่งเมื่อรวมแล้วเป็นจำนวนค่อนข้างสูง ผู้ทำหน้าที่ดังกล่าวจึงควรเป็นผู้มีความซื่อสัตย์สุจริต มีจรรยาบรรณในการดำเนินธุรกิจ และโดยที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ดังนั้นตัวแทนเอสโครว์จึงต้องเป็นผู้มีความเป็นกลางอย่างแท้จริงในการปฏิบัติหน้าที่ โดยจะต้องไม่มีส่วนได้ส่วนเสียไม่ว่ากับผู้ซื้อหรือผู้ขาย นอกจากนี้การที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องดำเนินการในการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ทำการซื้อขาย ตลอดจนส่งมอบเงินจำนวนดังกล่าวให้แก่ผู้ขายเมื่อมีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ตกลงกันไว้โดยครบถ้วน ตัวแทนเอสโครว์จึงต้องมีความรู้ในเรื่องที่เกี่ยวกับกฎหมาย วิธีการตรวจสอบสิทธิในที่ดินและการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเป็นบุคคลที่มีความน่าเชื่อถือและมีฐานะทางการเงินที่มั่นคง เพื่อสามารถชดเชยคู่กรณีได้ในกรณีที่เกิดความเสียหายอันเนื่องมาจากการทำหน้าที่ในการดูแลรักษาเงินของผู้อื่น

เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์จะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของบุคคลอื่นซึ่งก็คือเงินของผู้ซื้อซึ่งเมื่อรวมแล้วจะเป็นจำนวนเงินที่มาก ดังนั้นเพื่อเป็นหลักประกันหรือเพื่อสร้างความมั่นใจแก่ผู้ซื้อว่าตัวแทนเอสโครว์จะไม่ใช่ผู้ทุจริตเสียเอง จึงควรมีการกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์จะต้องวางเงินประกันการดำเนินการ หรืออาจจัดให้มีการค้ำประกันโดยสถาบันการเงิน (Bank Guarantee) นอกจากนี้จะต้องมีการกำหนดโทษทางอาญาหากตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนในเรื่องดังกล่าว

การที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องมีคุณสมบัติดังที่กล่าวมานี้ จึงเห็นควรเสนอให้ผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ จะต้องเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเอสโครว์เท่านั้น และจะต้องได้รับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพการเป็นตัวแทนเอสโครว์ นอกจากนี้จะต้องมีการกำหนดทุนในการจดทะเบียนของนิติบุคคลดังกล่าว เพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ซื้อ

ในส่วนของปัญหาที่เกี่ยวกับตัวบุคคลที่เหมาะสมในการทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์นั้น จากการศึกษาถึงระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์อาจเป็นนิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจเอสโครว์และได้รับอนุญาตให้ดำเนินการเอสโครว์ หรืออาจเป็นสถาบันการเงิน บริษัทรับประกันสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ทนายความ หรือนาย

หน้าอสังหาริมทรัพย์ การที่ประเทศสหรัฐอเมริกาอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ได้ก็เนื่องจากว่า ในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่ควบคุมการประกอบอาชีพของบุคคลหรือองค์กรดังกล่าวที่มีประสิทธิภาพอยู่แล้ว นอกจากนี้ยังมีระบบกฎหมายในเรื่อง trust ซึ่งเชื่อว่าสามารถแยกแยะถึงประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ในฐานะตัวแทนออกจากกันได้ ซึ่งในประเทศไทยไม่มีระบบกฎหมายในเรื่องนี้ ดังนั้นจึงไม่ควรที่จะอนุญาตให้บุคคลดังกล่าวทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ เนื่องจากอาจมีปัญหาในเรื่องการไม่สามารถรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อย่างเป็นธรรม

นอกจากนี้เหตุผลที่ไม่ควรให้นายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และทนายความสามารถดำเนินกิจการเอสโครว์ได้ก็เนื่องจากว่า ทั้งนายหน้าและทนายความต่างก็ต้องมีหน้าที่ในการปกป้องผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่ายที่ตนรับเป็นนายหน้าหรือเป็นทนายความให้ ซึ่งอาจทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างเป็นกลางและยุติธรรม

ส่วนในกรณีของสถาบันการเงินนั้น มีประเด็นที่น่าจะต้องพิจารณาว่าหากกำหนดให้สถาบันการเงินสามารถดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์ได้จะมีความเหมาะสมหรือไม่ เนื่องจากหลักการสำคัญของระบบเอสโครว์ก็คือ ผู้ทำหน้าที่เป็นคนกลางผู้ไม่มีส่วนได้เสียกับฝ่ายหนึ่งฝ่ายใด ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้นอนุญาตให้สถาบันการเงินทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ แต่เนื่องจากระบบสถาบันการเงินในประเทศสหรัฐอเมริกาแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับระบบในประเทศไทยในแง่ของการผูกขาดและความมีส่วนได้เสียในธุรกิจอื่นที่มีใช้ธุรกิจการเงิน ซึ่งระบบสถาบันการเงินของประเทศไทยเป็นระบบกึ่งผูกขาด และสถาบันการเงินได้รุกเข้ามาทำธุรกิจอื่นที่ไม่ใช่ธุรกรรมทางการเงิน (เช่น ในปัจจุบันสถาบันการเงินบางแห่งจะเข้าทำการพัฒนาที่ดินเสียเอง) ตลอดจนจนการมีส่วนได้ส่วนเสียกับคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง เช่น ในทางปฏิบัติสถาบันการเงินซึ่งทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์อาจเป็นผู้ที่ปล่อยสินเชื่อให้แก่ผู้ขาย ดังนั้นจึงเห็นว่าหากให้สถาบันการเงินทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ คงจะเป็นไปได้ยากที่สถาบันการเงินจะปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นกลางได้ นอกจากนี้หากอนุญาตให้สถาบันการเงินสามารถทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์อาจเกิดปัญหาในเรื่องผลประโยชน์ที่ขัดกัน เนื่องจากสถาบันการเงินจะทำหน้าที่เป็นทั้งผู้รับฝากเงินและเป็นผู้นำเงินดังกล่าวไปหาผลประโยชน์อีกด้วย

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า ถึงแม้สถาบันการเงินของไทยจะเป็นผู้ที่มีความพร้อมทั้งทางด้านเงินทุน บุคลากรและสถานที่ก็ตาม แต่อาจขาดความเหมาะสมในเรื่องความเป็นกลางและการมีส่วนได้เสียในทรัพย์สินที่ได้รับฝากดูแลเอาไว้ โดยเฉพาะในเรื่องดอกเบี้ยที่จะต้องจ่ายให้

แก่ผู้มีสิทธิได้รับเงิน เนื่องจากหลักการของระบบเอสโครว์ก็คือ ผู้ที่มีความเป็นกลางอย่างแท้จริง (Neutral or Impartial or Uninterested Third Party) นอกจากนี้จะเห็นได้ว่าในประเทศสหรัฐอเมริกา แนวคิดในการคุ้มครองคู่สัญญามาจากเรื่องทรัสต์ (Trust) ในระบบ Common Law ซึ่งมีรากฐานและหลักกฎหมายที่แตกต่างจากระบบกฎหมายไทยซึ่งเป็นระบบ Civil Law (ประมวลกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร) ด้วยเหตุนี้เองจึงทำให้ประเทศสหรัฐอเมริกาได้อนุโลมให้ผู้มีส่วนได้เสียทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ เนื่องจากเชื่อในระบบทรัสต์ว่าจะสามารถแยกแยะถึงประโยชน์ส่วนตนกับประโยชน์ในฐานะผู้ดูแลทรัพย์สินของบุคคลอื่นออกจากกันได้ ซึ่งตามกฎหมายไทยไม่มีหลักในเรื่องดังกล่าว จึงไม่สมควรให้สถาบันการเงิน นายหน้า หรือทนายความทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญา

นอกจากการกำหนดคุณสมบัติของนิติบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว สิ่งที่สำคัญอีกประการหนึ่งในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ซื้อก็คือ การกำหนดคุณสมบัติของผู้บริหารขององค์กรดังกล่าว เนื่องจากผู้บริหารเป็นผู้ที่ทำหน้าที่กำหนดนโยบายในการดำเนินกิจการ ดังนั้น หากมีผู้บริหารที่ดีแล้วก็จะช่วยในการบรรเทาปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น

### 3. การกำกับดูแลบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์จะเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของประชาชนเป็นจำนวนมาก ซึ่งหากไม่มีการควบคุมดูแลที่ดีอาจส่งผลกระทบต่อระบบการเงินของประเทศได้ ดังนั้นจึงควรมีการกำกับดูแลการดำเนินกิจการดังกล่าว โดยเริ่มตั้งแต่การควบคุมการออกใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ โดยเห็นควรที่จะให้ตัวแทนเอสโครว์ทำการจดทะเบียนกับหน่วยงานของรัฐก่อน เพื่อตรวจสอบถึงคุณสมบัติว่าเป็นไปตามที่ได้กำหนดไว้หรือไม่ นอกจากนี้ยังจะต้องมีการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินงานให้กับตัวแทนเอสโครว์ เพื่อใช้เป็นแนวทางในการปฏิบัติหน้าที่อีกด้วย

ในร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้กำหนดให้หน้าที่ในการกำกับดูแลและควบคุมให้อยู่ใน 2 หน่วยงาน กล่าวคือ อยู่ในอำนาจของกระทรวงการคลัง ตามมาตรา 3 ในส่วนของการประกาศ และในมาตรา 4 ในส่วนของการออกกฎกระทรวง ส่วนการจดทะเบียนรับอนุญาตประกอบกิจการ รวมถึงการกำหนดหลักเกณฑ์ในการดำเนินกิจการจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด ซึ่งที่ควรจะเป็นก็คือ ควรให้หน่วยงานเดียวกันเป็นผู้ดูแลทั้งหมด

นอกจากนี้จะเห็นได้ว่า เมื่อตัวแทนเอสโครว์เป็นนิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินกิจการเอสโครว์ การให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเข้าไปกำกับดูแลบริษัททั่วไปที่มีใช้ธนาคารพาณิชย์ก็อาจไม่เหมาะสม และยิ่งอาจไม่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของธนาคารแห่งประเทศไทยตามกฎหมายว่าด้วยธนาคารแห่งประเทศไทยที่พึงประกอบธุรกิจอันเป็นงานของธนาคารกลางเท่านั้น ดังนั้นหน่วยงานของรัฐที่ควรมีหน้าที่ให้ใบอนุญาตในการประกอบอาชีพตัวแทนเอสโครว์ พร้อมทั้งออกข้อกำหนดหรือหลักเกณฑ์ในการปฏิบัติหน้าที่ควรจะเป็นกรมที่ดิน

การกำหนดให้กรมที่ดินทำหน้าที่ในการควบคุมดูแลการดำเนินกิจการเอสโครว์ เนื่องจากว่า กรมที่ดินเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์เกือบทั้งหมดอยู่แล้ว นอกจากนี้ กรมที่ดินยังเป็นหน่วยงานซึ่งทำหน้าที่จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม รวมทั้งการเก็บรักษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด จึงเป็นการสมควรที่จะให้กรมที่ดินทำหน้าที่ดังกล่าว

ถึงแม้ว่าระบบเอสโครว์จะทำให้ผู้ซื้อเกิดความมั่นใจว่าเงินที่ผู้ซื้อได้ชำระไปแล้วจะไม่สูญเปล่า แต่การนำระบบนี้มาใช้จะส่งผลกระทบต่อในเรื่องราคาบ้านจัดสรรหรืออาคารชุดที่เพิ่มสูงขึ้น เนื่องจากจะต้องมีค่าใช้จ่ายหรือค่าธรรมเนียมของตัวแทนเอสโครว์ นอกจากนี้การที่ระบบเอสโครว์ได้กำหนดให้ผู้ซื้อจะต้องนำเงินดาวน์ไปฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ โดยผู้ขายหรือผู้ประกอบการไม่สามารถเบิกเงินจำนวนดังกล่าวมาพัฒนาโครงการได้ ส่งผลให้ผู้ขายหรือผู้ประกอบการรายย่อยที่ไม่มีเงินทุนเพียงพอ ขาดเงินทุนหมุนเวียนที่จะนำมาพัฒนาโครงการ (เนื่องจากลักษณะการดำเนินโครงการพัฒนาที่ดินของเอกชนโดยทั่วไป มักจะอาศัยเงินทุนจาก 3 แหล่ง กล่าวคือ จากการกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงินประมาณ 50 % จากเงินดาวน์ของผู้ซื้อ 30-35% และจากการลงทุนของผู้ประกอบการเองอีก 15-30%) ดังนั้นการนำเงินดาวน์ไปฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ จึงทำให้ผู้ประกอบการสูญเสียเม็ดเงินเป็นจำนวนมากถึง 30-35% ซึ่งเงินจำนวนนี้โดยปกติจะเป็นเงินที่ผู้ซื้อชำระให้แก่ผู้ขายหรือผู้ประกอบการโดยตรง ผู้ขายจึงสามารถนำเงินจำนวนนี้ไปใช้ในการลงทุนได้โดยไม่ต้องเสียดอกเบี้ย ซึ่งเป็นการลดต้นทุนในการกู้เงินจากสถาบันการเงินได้ส่วนหนึ่ง แต่หากมีการนำระบบเอสโครว์มาใช้จะส่งผลให้ผู้ประกอบการจำเป็นต้องมีแหล่งเงินทุนที่เพียงพอ เพราะไม่สามารถนำเงินดาวน์ของผู้ซื้อมาใช้ในการพัฒนาโครงการได้เหมือนเช่นเคย ดังนั้นผู้ขายจึงต้องกู้ยืมเงินจากสถาบันการเงิน ซึ่งโดยมากผู้ขายจะทำการผลัดภาระในการเสียดอกเบี้ยให้ตกมายังผู้ซื้อ ส่งผลให้บ้านมีราคาที่สูงขึ้น อย่างไรก็ตามหากผู้ซื้อได้พิจารณาถึงผลประโยชน์ของการใช้ระบบเอสโครว์ ซึ่งเป็นการป้องกันความเสี่ยงในการผ่อนชำระเงินเป็นค่าทรัพย์สินดังกล่าว ก็น่าจะยอมรับค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้น

ได้ เนื่องจากเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นได้ว่า ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นนั้นคิดเป็นเงินเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับความเสี่ยงที่จะได้รับ และเมื่อมีการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยแล้ว จะต้องมีการให้ความรู้แก่บุคลากร เพื่อให้มีความรู้และความเชี่ยวชาญในเรื่องนี้โดยเฉพาะ เพราะระบบเอสโครว์เป็นระบบที่ใช้แพร่หลายอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา และยังเป็นระบบที่ค่อนข้างใหม่สำหรับผู้ซื้อ ผู้ขาย และประชาชนโดยทั่วไป อย่างไรก็ตามแนวทางในการเตรียมความพร้อมของบุคลากรและตลาดในเมืองต้น สามารถดำเนินการได้โดยการเร่งรัดพัฒนาบุคลากรที่มีความรู้ความสามารถในสาขาที่เกี่ยวข้อง เช่น การเงินและกฎหมาย ให้มีความรู้และความเข้าใจในระบบดังกล่าว และในขณะเดียวกันก็ควรจะมีการประชาสัมพันธ์ให้ประชาชนทั่วไปมีความเข้าใจในระบบดังกล่าวด้วย



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



## บทที่ 6

### บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาดังที่ได้กล่าวมาทั้งหมดนี้สามารถชี้ให้เห็นได้ว่า วิธีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยในปัจจุบันยังไม่เป็นระบบหรือยังไม่มีวิธีการปฏิบัติที่แน่นอน โดยเฉพาะ นอกจากนี้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้ซื้อก็ยังไม่ีผลบังคับใช้ที่แน่นอนและมีประสิทธิภาพ ดังเช่นวิธีการซื้อขายที่เป็นอยู่ในปัจจุบันซึ่งผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินหรือผู้ขายสามารถเปิดให้มีการจองซื้อโครงการที่อยู่อาศัยก่อนที่ผู้ขายจะมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงที่จะดำเนินการก่อสร้างโครงการหรือก่อนที่จะมีการลงมือปลูกสร้าง หรือการที่ผู้ขายสามารถเปิดขายโครงการได้ก่อนที่จะได้รับอนุญาตจัดสรรที่ดินจากทางราชการ จึงก่อให้เกิดปัญหาขึ้นกับผู้ซื้อ นอกจากนี้ ด้วยลักษณะของวิธีการซื้อขายที่กำหนดให้ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินดาวน์เป็นงวด ๆ และทำการโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อภายหลังจากที่ผู้ซื้อชำระเงินครบถ้วนและผู้ขายได้ทำการก่อสร้างเสร็จแล้ว โดยผู้ขายสามารถอาศัยเงินดังกล่าวเป็นแหล่งเงินทุนในการก่อสร้างโครงการบางส่วน ส่งผลให้ผู้ขายสามารถนำเงินจำนวนดังกล่าวไปใช้ในส่วนที่ไม่เกี่ยวข้องกับการ ทำให้โครงการประสบปัญหาทางการเงินและไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้

จากรูปแบบของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นอยู่ในปัจจุบันประกอบกับปัญหาที่เกิดขึ้น ก่อให้เกิดความไม่มั่นใจแก่ผู้ซื้อ ผู้ขาย และสถาบันการเงินผู้ให้สินเชื่อ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของผู้ซื้อที่ต้องจ่ายชำระเงินดาวน์ไปก่อนโดยยังไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ซึ่งหากต่อมาปรากฏว่าผู้ขายไม่สามารถทำการก่อสร้างโครงการให้แล้วเสร็จ หรือสร้างเสร็จแต่ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่ผู้ซื้อได้ จะส่งผลให้ผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อน เพราะนอกจากจะไม่ได้ที่อยู่อาศัยแล้ว เงินดาวน์ที่ผ่อนชำระไปแล้วก็อาจไม่ได้รับคืนอีกด้วย

ดังนั้น การนำระบบเอสโครว์มาใช้จะช่วยให้ปัญหาดังกล่าวได้ เนื่องจากระบบเอสโครว์จะให้ความคุ้มครองผู้ซื้อในการได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินตามสัญญา หรือหากผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ ผู้ซื้อก็จะได้รับเงินที่จ่ายชำระไปแล้วคืน นอกจากนี้ ระบบเอสโครว์ยังสามารถป้องกันผู้ประกอบการหรือผู้ขายนำเงินดาวน์ไปใช้ผิด

ประเภท อีกทั้งเป็นการสนับสนุนผู้ประกอบการที่ดำเนินการโดยสุจริตทั้งรายใหญ่และรายย่อย อีกด้วย เนื่องจากการที่ผู้ขายยอมรับการนำระบบเอสโครว์มาใช้ จะเป็นการแสดงถึงความตั้งใจของผู้ขายที่จะปฏิบัติตามสัญญา ทำให้ผู้ซื้อเกิดความเชื่อมั่นในการเข้าทำสัญญากับผู้ขาย ส่งผลให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มีการพัฒนามากยิ่งขึ้น ซึ่งการที่จะได้รับประโยชน์จากระบบเอสโครว์ ตามที่ได้กล่าวมานี้จำเป็นที่จะต้องมีการกฎหมายรองรับ โดยการนำระบบเอสโครว์ที่ใช้อยู่ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ ดังนั้น จากผลของการศึกษาวิจัย ผู้วิจัย จึงมีข้อเสนอแนะที่สำคัญ 2 ประการดังนี้

### 1. ควรมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อรองรับการนำระบบเอสโครว์มาใช้

การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยนั้น เห็นควรออกเป็นกฎหมายเฉพาะเนื่องจากเหตุผลที่ว่า ถึงแม้การทำหน้าที่เป็นคนกลางหรือตัวแทนของผู้สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะสามารถทำได้โดยความตกลงในลักษณะของสัญญา ซึ่งคู่สัญญาสามารถทำความตกลงกันได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยไม่ต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ และแม้ในปัจจุบันจะปรากฏว่ามีธนาคารพาณิชย์หลายแห่งได้ให้บริการเอสโครว์โดยได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทยอยู่แล้วก็ตาม แต่จะเห็นได้ว่า ยังไม่มีการกำหนดถึงรายละเอียดหรือการกำกับดูแลการทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ดังกล่าว แต่อย่างใด ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ที่สำคัญของการนำระบบเอสโครว์มาใช้ ซึ่งก็คือการให้ความคุ้มครองหรือสร้างความมั่นใจและเป็นหลักประกันให้กับผู้บริโภคหรือผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ โดยกำหนดให้มีตัวแทนเอสโครว์ซึ่งเป็นคนกลางเข้ามาดูแลเงินดาวน์ที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเป็นมูลค่าทรัพย์สินที่ซื้อขายตามสัญญา ดังนั้นหากไม่มีกฎหมายกำหนดกฎเกณฑ์ในการควบคุมตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ รวมถึงแนวทางการดำเนินกิจการเอสโครว์แล้ว อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้ซื้อได้

เหตุผลที่ไม่ควรให้มีการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งก็คือพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ.2543 และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ.2522 ก็เนื่องจากว่า ถึงแม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ และมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ซื้อก็ตาม แต่เนื่องจากระบบเอสโครว์นั้น สามารถนำมาใช้กับธุรกิจใด ๆ ก็ตามที่ต้องมีการส่งมอบหรือโอนทางทะเบียนและมีการชำระราคาโดยมี

เงื่อนไข ไม่ได้ใช้เฉพาะกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น และถึงแม้ในทางปฏิบัติเอสโครว์จะนำมาใช้กับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มากที่สุดก็ตาม ดังนั้น ถ้าในอนาคตมีการนำระบบเอสโครว์ไปใช้ในธุรกิจอื่นก็ต้องมีการออกกฎหมายเพื่อความคุ้มครองอีกเช่นกัน

ด้วยเหตุผลดังที่ได้กล่าวมานี้ จึงเห็นควรที่จะร่างกฎหมายเอสโครว์เป็นกฎหมายเฉพาะ และนำเอาหลักการที่แท้จริงของระบบเอสโครว์มาบัญญัติไว้ โดยกำหนดเนื้อหาและสาระสำคัญของการดำเนินการเอสโครว์ดังต่อไปนี้

### (1) ขอบเขตของการนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้

ในการนำระบบเอสโครว์มาปรับใช้ในเริ่มแรกนั้น จะนำมาใช้กับอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ซึ่งตามร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในมาตรา 3 กำหนดให้ระบบเอสโครว์สามารถนำมาใช้กับสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สัญญาจะซื้อจะขาย รวมถึงสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างทรัพย์สิน ซึ่งในส่วนของข้อกำหนดให้มีการใช้ระบบเอสโครว์กับสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างทรัพย์สินในร่างกฎหมายฉบับนี้ เห็นว่าอาจเป็นการที่กฎหมายสนับสนุนให้มีการทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยแยกสัญญาเป็นหลายฉบับ ซึ่งจะมีผลทำให้รัฐสูญเสียเงินภาษีที่ควรได้รับจากการซื้อขายทรัพย์สินดังกล่าวด้วย นอกจากนี้หากมีการแยกสัญญาการจัดการเอสโครว์ก็อาจไม่ครอบคลุมถึงสัญญาทุกฉบับ เช่นหากผู้ขายซึ่งต้องการขายบ้านพร้อมที่ดิน แต่จัดทำสัญญาเป็น 3 ฉบับ กล่าวคือทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน สัญญาซื้อวัสดุในการก่อสร้าง และสัญญารับจ้างปลูกสร้างบ้าน ซึ่งจะเห็นได้ว่าเอสโครว์จะไม่ครอบคลุมถึงสัญญาซื้อวัสดุในการก่อสร้าง ดังนั้นอาจเป็นช่องทางให้ผู้ขายนำมาใช้ในการเอาเปรียบผู้บริโภคได้ โดยผู้ขายอาจกำหนดราคาวัสดุก่อสร้างในสัดส่วนที่สูงและปฏิบัติตามข้อสัญญาในส่วนนั้น ซึ่งผลก็คือผู้ขายจะได้รับชำระเงินตามสัญญา แต่ผู้ขายอาจตั้งใจที่จะผิดสัญญาในส่วนของสัญญาซื้อขายที่ดินและสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างทรัพย์สิน ซึ่งผลที่ออกมาก็คือ ผู้ซื้อจะต้องสูญเสียเงินไปจำนวนหนึ่งพร้อมทั้งไม่ได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินเช่นเดิม

ดังนั้นจึงเห็นว่า ไม่ควรมีการกำหนดให้มีการใช้เอสโครว์กับสัญญาว่าจ้างปลูกสร้างทรัพย์สินดังเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น

### (2) การใช้ระบบเอสโครว์ควรเป็นทางเลือกหรือบังคับ

เนื่องจากการใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ย่อมนำมาซึ่งค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นแก่ทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย ซึ่งในส่วนของผู้ขายย่อมจะผลัดภาระในส่วนนี้ให้แก่ผู้ซื้อในท้ายที่สุด นอกจากนี้

การที่ระบบเอสโครว์เป็นระบบที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้นประชาชนทั่วไปจึงยังไม่เข้าใจถึงผลดีที่จะได้รับจากระบบดังกล่าวและยังอาจไม่ยากเสียค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้น ด้วยเหตุนี้จึงเห็นควรที่จะกำหนดให้เป็นสิทธิของคู่สัญญาที่จะตกลงกันให้มีการใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรือไม่ก็ได้ เนื่องจากหากการใช้ระบบเอสโครว์สามารถให้ความคุ้มครองผู้ซื้อได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นการลดความเสี่ยงให้แก่ผู้ซื้อ ก็จะทำให้ประชาชนสมัครใจใช้ระบบนี้เอง

ด้วยเหตุนี้จึงอาจกล่าวได้ว่า การใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ไม่ควรจะมีสภาพบังคับ แต่รัฐอาจสนับสนุนให้มีการใช้ระบบเอสโครว์โดยการใช้มาตรการลดหย่อนค่าธรรมเนียมหรือภาษีอากรให้แก่ผู้สมัครใจใช้ระบบดังกล่าว เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญา ตลอดจนทำให้คู่สัญญาเข้าสู่ระบบที่ถูกต้อง

### (3) ค่าธรรมเนียมการดำเนินการเอสโครว์

สำหรับในประเทศไทย การคิดค่าธรรมเนียมเอสโครว์ควรจะเป็นเท่าไรนั้นคงจะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น ต้นทุนในการดำเนินการของตัวแทนเอสโครว์ไม่ว่าจะเป็นต้นทุนทางด้านทรัพย์สินหรือทางด้านบุคลากร และภาระหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ที่จะต้องดำเนินการ เนื่องจากหากตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ซึ่งจะต้องรับผิดชอบหลายประการแล้ว ค่าธรรมเนียมในการดำเนินการก็ควรจะต้องเพิ่มขึ้นตามภาระหน้าที่นั้นด้วย เหตุผลที่จะต้องมีการพิจารณาถึงองค์ประกอบต่าง ๆ เพื่อคิดค่าธรรมเนียมของการจัดการโดยระบบเอสโครว์ก็เนื่องจากว่า หากคิดค่าธรรมเนียมเอสโครว์สูงเกินไป ผู้ประกอบการก็อาจผลักราคาให้แก่ผู้ซื้อ ดังนั้นเพื่อเป็นการกระตุ้นให้เกิดแรงจูงใจในการใช้ระบบนี้ จึงไม่ควรคิดค่าธรรมเนียมที่สูงนัก หรือรัฐอาจกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมขั้นสูงเพื่อคุ้มครองผู้ซื้อก็ได้

### (4) ใครมีหน้าที่เลือกตัวแทนเอสโครว์

หน้าที่ในการเลือกตัวแทนเอสโครว์นั้น ควรเป็นหน้าที่ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่งก็คือผู้ซื้อและผู้ขาย นอกจากนี้ ควรมีข้อกำหนดในกฎหมายเอสโครว์ที่ห้ามมิให้ผู้ขายกำหนดเงื่อนไขในการขายที่อยู่อาศัยว่า ตัวบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์จะต้องเป็นผู้ที่ผู้ขายมีผลประโยชน์ทางการเงินอยู่ด้วย เนื่องจากหากอนุญาตให้มีการกำหนดเงื่อนไขในลักษณะดังกล่าว จะเป็นการขัดกับหลักการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่เป็นคนกลางโดยไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอยู่ตลอดเวลา เพราะหากให้ตัวแทนเอสโครว์เป็นบุคคลที่

ผู้ขายมีผลประโยชน์อยู่ด้วยแล้ว ก็อาจทำให้ตัวแทนเอสโครว์ไม่สามารถรักษาประโยชน์ของ คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้อย่างเป็นธรรม

#### (5) หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์

เมื่อมีการทำสัญญาแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์ บุคคลดังกล่าวจะทำหน้าที่หลักในการ รับเงินที่ผู้ซื้อชำระเป็นมูลค่าทรัพย์สินตามสัญญา และดูแลเงินที่ได้รับจากผู้ซื้อ โดยจะต้องนำไป ผากไว้ในบัญชีของสถาบันการเงิน ดำเนินการตรวจสอบสิทธิในทรัพย์สิน และทำการชำระเงิน เป็นมูลค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายเมื่อมีการโอนสิทธิในทรัพย์สินตามสัญญา

ในเรื่องหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์นั้น มีประเด็นว่าตัวแทนเอสโครว์ควรมีหน้าที่ ตรวจสอบการก่อสร้างหรือทำการตรวจสอบว่าผู้ขายได้ก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างตามรายละเอียดที่ได้ กำหนดไว้ในสัญญาจะซื้อจะขายหรือไม่ ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ในมลรัฐ แคลิฟอร์เนียจะเห็นได้ว่าตัวแทนเอสโครว์ไม่มีหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าว แต่เมื่อพิจารณา ถึงวัตถุประสงค์ของการตรวจสอบการก่อสร้างซึ่งเป็นไปเพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อ กล่าวคือ ในการ ทำสัญญาซื้อขายทรัพย์สิน ผู้ซื้อก็มีความมุ่งหมายที่จะได้รับการโอนทรัพย์สินที่มีคุณภาพและมี รายละเอียดดังที่ได้ตกลงไว้ในสัญญา ดังนั้นจึงเห็นว่า ผู้ซื้อควรที่ว่าจ้างบริษัทที่มีความรู้ และเป็นผู้เชี่ยวชาญโดยเฉพาะมาเพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งน่าจะเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อได้ดีกว่า เนื่องจากคงเป็นไปได้ยากที่จะกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์จะต้องมีความรู้ในเรื่องรายละเอียดของ การก่อสร้างด้วย

#### (6) การตัดสินในกรณีเกิดข้อพิพาท

กรณีที่เกิดข้อพิพาทขึ้นระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ตัวแทนเอสโครว์จะไม่มีหน้าที่ใน การตัดสินข้อพิพาทใด ๆ โดยผู้ซื้อและผู้ขายจะต้องดำเนินการฟ้องร้องและดำเนินคดีกันเอง ตัวแทนเอสโครว์จะมีหน้าที่ถือเงินไว้รอจนกว่าศาลจะพิพากษาว่าฝ่ายใดมีสิทธิในเงินจำนวน ดังกล่าว ตัวแทนเอสโครว์จึงจะเบิกเงินเพื่อชำระให้แก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

#### (7) บุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

ผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์ในประเทศไทยควรจะเป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการประกอบกิจการเอสโครว์เท่านั้น และจะต้องได้รับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพ



การเป็นตัวแทนเอสโครว์ นอกจากนี้จะต้องมีการกำหนดทุนในการจดทะเบียนของนิติบุคคลดังกล่าวเพื่อสร้างความเชื่อมั่นให้แก่ผู้ซื้อ \*

### (8) ปัญหาเรื่องความไว้วางใจบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

เพื่อเป็นการเพิ่มความไว้วางใจในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ ควรมีการกำหนดบทลงโทษในทางอาญาสำหรับการกระทำความผิดของตัวแทนเอสโครว์เอาไว้ นอกจากนี้ควรมีการกำหนดให้มีการวางหลักประกันในการประกอบอาชีพตัวแทนเอสโครว์ เพื่อเป็นการป้องกันความเสี่ยงที่อาจจะเกิดขึ้นจากการดำเนินการของตัวแทนเอสโครว์ด้วย

### (9) กรณีตัวแทนเอสโครว์รายเดิมถูกเพิกถอนใบอนุญาต

ในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์รายเดิมถูกเพิกถอนใบอนุญาต ควรกำหนดให้มีการตั้งตัวแทนเอสโครว์รายใหม่ให้เข้ามาดำเนินการต่อไป

## 2. หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลบุคคลผู้ทำหน้าที่ตัวแทนเอสโครว์

จากการที่ได้ศึกษาในบทที่ 5 หัวข้อที่ 3 เห็นว่า กรมที่ดินควรเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลการดำเนินกิจการเอสโครว์ เนื่องจากกรมที่ดินเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เกือบทั้งหมดอยู่แล้ว นอกจากนี้กรมที่ดินยังเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่ในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม รวมทั้งการเก็บรักษาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมด จึงเป็นการเหมาะสมที่สุดที่จะให้กรมที่ดินทำหน้าที่ดังกล่าว

จากการที่ได้ศึกษาวิเคราะห์ถึงการซื้อขายที่ดินโดยใช้ระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะเห็นได้ว่า การนำระบบดังกล่าวมาปรับใช้จะช่วยในการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย โดยให้ความคุ้มครองผู้ที่เกี่ยวข้องในสัญญาโดยเฉพาะผู้ซื้อได้เป็นอย่างดี ซึ่งแนวทางในการนำเอาระบบเอสโครว์มาใช้ให้เกิดผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริงนั้น ควรมีการออกกฎหมายเฉพาะมารองรับ โดยให้ครอบคลุมถึงการจัดตั้งองค์กร รวมถึงบุคลากร ขั้นตอนการดำเนินงาน ตลอดจนคุณสมบัติและสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์ และโดยที่ข้อตกลงเอสโครว์ถือเป็นสิ่งสำคัญยิ่งของการดำเนินการเอสโครว์

\* รายละเอียดดังกล่าวได้มีการกล่าวถึงในบทที่ 5 หัวข้อที่ 2

จึงควรมีการออกแบบสัญญาหรือข้อตกลงเอสไครว์มาตรฐาน เพื่อให้ใช้เป็นบรรทัดฐานของการ  
ทำสัญญา และเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมต่อทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต่อไป



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## รายการอ้างอิง

### ภาษาไทย

การคลัง, กระทรวง. สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง. เอกสารสรุปผลการศึกษาและจัดตั้งระบบ escrow สำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

การคลัง, กระทรวง. หนังสือที่ กค 0312/8800, 19 เมษายน 2543.

กุศล บุญเย็น. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 10. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2536.

คณะกรรมการกฤษฎีกา, สำนักงาน. บันทึกเรื่องการวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. .... . พฤศจิกายน 2543.

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค, สำนักงาน. ถาม-ตอบเรื่องซื้อบ้าน. สคบ.สาร ปีที่ 22 ฉบับที่ 230 (มิถุนายน-กรกฎาคม 2544): 7-9.

จำปี โสคติพันธ์. คำอธิบายกฎหมายลักษณะซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

ที่ดิน, กรม. กองวิชาการ คณะนิติกร. ขั้นตอนการขออนุญาตจำและจัดสรรที่ดิน. (ม.ป.ท., ม.ป.ป.)

นรินทร์ นิรมล. เอสโครว์ : กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคประเทศไทยพร้อมแล้วหรือ. The Executive ปีที่ 5 ฉบับที่ 55 (มิถุนายน 2538): 78-84.

บริษัท เจนहरธา. Escrow. (ม.ป.ท.), 2538. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

ปรีชา สุมาวงศ์. คำบรรยายลักษณะวิชากฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วย ซื้อขาย แลกเปลี่ยน ให้. (ม.ป.ท., ม.ป.ป.).

ประพันธ์ ศาตะมาน และ ไพจิตร บุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะซื้อขาย. พิมพ์ครั้งที่ 8. กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติบรรณการ, 2529.

พัลลภ กฤตยานวัช. เอสโครว์ กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์.  
(ม.ป.ท.), 2538. (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

ไพศาล บัณฑิตยานนท์. การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์ (Escrow) ในสหรัฐอเมริกา. เอกสารสมาคมตัวแทนและนายหน้าอสังหาริมทรัพย์. (ม.ป.ท., ม.ป.ป.) (เอกสารไม่ตีพิมพ์)

ยุทธนา สุทธิพงษ์. การพัฒนาระบบบัญชีคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Account) เพื่อความเป็นธรรม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539.

วสันต์ กิจบำรุง. การปรับปรุงระบบทะเบียนที่ดินและการให้บริการเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม. กรุงเทพมหานคร: กองนิติการ กรมที่ดิน, 2537.

วัฒน์ โนนคู่เขตโขง. คำแนะนำว่าด้วยการทำสัญญาซื้อขายและการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินจัดสรร. วารสารที่ดิน ปีที่ 30 เล่มที่ 6 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2527):  
3-9.

วิชัย ตันติกุลานันท์. คำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับอาคารชุด. กรุงเทพมหานคร: ประยูรวงศ์, 2532.

สัญญาชัย ศรีศักดิ์ดา. คนกลางในการซื้อขายที่ดิน. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537.

สถิต เล็งไธสง. คำอธิบายกฎหมายตัวแทนและนายหน้า. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพมหานคร: ศรีสมบัติการพิมพ์, ม.ป.ป.

สุพิศ ปราณีตพลกรัง. สัญญาที่ไม่เป็นธรรม. (ม.ป.ท.), 2541.

อานันท์ ไม้พุ่ม. แนวความคิดระบบองค์กรกลางในเรื่องการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์. วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชาเคหการ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537.

## ภาษาอังกฤษ

Atterberry, W. L., Pearson, K. G., and Litka, M.P. Real estate law. 2 nd ed. Ohio: Grid, (n.d.)

Gary, A., and Hughes, J. D. Escrow. American jurisprudence, 2 nd ed. (n.p.): West Publishing, (n.d.)

Gibson, F., Karp J., and Klayman, E. Real estate law. 3 rd ed. (n.p.): Real Estate Education, n.d.

Kadosh, L., and Beckner, G. California real estate escrow. (n.p.): Real Estate Education, 1988.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย





ภาคผนวก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย



ภาคผนวก ก

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

## สถิติการร้องทุกข์ของผู้บริโภคผ่านสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ปี พ.ศ.2542-2544

ลักษณะการร้องทุกข์ของผู้บริโภค	มกราคม-ธันวาคม 2542 จำนวน (ราย)	มกราคม-ธันวาคม 2543 จำนวน (ราย)	มกราคม-ธันวาคม 2544 จำนวน (ราย)
<b>งานร้องทุกข์เกี่ยวกับบ้านและที่ดินจัดสรร</b>			
1. ไม่จัดสรรที่ดินหรือสร้างบ้านให้แล้วเสร็จตามสัญญาหรือโฆษณา	1,844	2,223	2,234
2. ไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงที่จัดสรร	42	-	-
3. ไม่จัดทำสาธารณูปโภคต่าง ๆ ในที่ดินแปลงที่จัดสรร	2	-	-
4. ไม่ดำเนินการแบ่งแยกโฉนดหรือโอนกรรมสิทธิ์	6	-	-
5. ปลุกสร้างบ้านไม่เรียบร้อยหรือไม่ได้มาตรฐาน	18	-	-
6. อื่น ๆ	11	-	-
รวมจำนวนผู้ร้องทุกข์ในแต่ละปี (ราย)	1,923	2,265	2,457
<b>งานร้องทุกข์เกี่ยวกับอาคารชุด</b>			
1. ไม่จัดทำสาธารณูปโภคต่าง ๆ ในอาคารชุดให้ถูกต้องตามสัญญาหรือโฆษณา	112	782	873
2. ไม่ดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุด	4	-	-
3. ปลุกสร้างอาคารชุดล่าช้า	21	-	-
4. ผู้จัดการนิติบุคคลอาคารชุดไม่บริหารอาคารชุดตามมติที่ประชุมนิติบุคคลอาคารชุด	8	-	-
5. อื่น ๆ	2	-	-
รวมจำนวนผู้ร้องทุกข์ในแต่ละปี (ราย)	147	782	876

ที่มา : สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.)



ภาคผนวก ข

สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ร่าง  
พระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา  
พ.ศ. ....

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

โดยที่เป็นการสมควรให้มีกฎหมายว่าด้วยการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติให้กระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

.....  
.....

มาตรา 1 พระราชบัญญัตินี้เรียกว่า “พระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. ....”

มาตรา 2 พระราชบัญญัตินี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา เป็นต้นไป

มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้  
“คู่สัญญา” หมายความว่า ผู้ซื้อและผู้ขายตามสัญญา ดังต่อไปนี้  
(1) สัญญาจะซื้อจะขายทรัพย์สิน  
(2) สัญญาซื้อขายทรัพย์สิน  
(3) สัญญาว่าจ้างปลูกสร้างทรัพย์สิน  
(4) สัญญาอื่นใดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา  
“ทรัพย์สิน” หมายความว่า

(1) ที่ดิน สิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง และให้หมายความรวมถึงส่วนควบของสิ่งปลูกสร้างนั้นด้วย

(2) ทรัพย์สินอื่นใดตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษา  
“ผู้ซื้อ” หมายความว่า บุคคลซึ่งเข้าทำสัญญาในฐานะผู้จะซื้อ ผู้ซื้อหรือผู้ว่าจ้าง



“ผู้ขาย” หมายความว่า บุคคลซึ่งจดทะเบียนประกอบธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์หรือรับจ้างปลูกสร้างทรัพย์สิน และทำสัญญาในฐานะผู้จะขาย ผู้ขายหรือผู้รับจ้าง

“การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” หมายความว่า การเป็นตัวแทนของคู่สัญญาเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ให้เป็นไปตามข้อตกลงที่คู่สัญญากำหนดไว้ โดยได้รับค่าธรรมเนียมเป็นการตอบแทน

“ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” หมายความว่า นิติบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตให้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

“สถาบันการเงิน” หมายความว่า

- (1) ธนาคารพาณิชย์ตามกฎหมายว่าด้วยการธนาคารพาณิชย์
- (2) บริษัทเงินทุนตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์และธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์

(3) สถาบันการเงินที่มีกฎหมายเฉพาะจัดตั้งขึ้น

“บริษัท” หมายความว่า บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 4 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ และมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้

#### หมวด 1

#### การจดทะเบียนเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 5 การจดทะเบียนบริษัทจำกัดเป็นผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะกระทำได้อต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากธนาคารแห่งประเทศไทย

หลักเกณฑ์และวิธีการยื่นคำขอจดทะเบียน การพิจารณารับจดทะเบียน และค่าจดทะเบียนให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

ในการดำเนินการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา บริษัทจำกัดที่ได้จดทะเบียนเป็นผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

## หมวด 2

### ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 6 ผู้ซื้อและผู้ของอาจตกลงกันจัดให้มีผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาก็ได้ หากคู่สัญญาใดตกลงกันจัดให้มีผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นตามวรรคหนึ่งแล้วให้จัดทำสัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 7 สัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาอย่างน้อยต้องมีรายการดังต่อไปนี้

- (1) ชื่อ และที่อยู่ของคู่สัญญา
- (2) หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขแห่งสัญญาเพื่อให้จัดการดูแลผลประโยชน์
- (3) ประเภทสิทธิหรือกรรมสิทธิในทรัพย์สินที่คู่สัญญาตกลงให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์
- (4) หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการเปิดบัญชี การฝากหรือการเบิกถอนเงิน และการปิดบัญชีของคู่สัญญา
- (5) สิทธิ หน้าที่และความรับผิดชอบของผู้ซื้อ ผู้ขายและผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา
- (6) ค่าใช้จ่ายและค่าธรรมเนียมในการจัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้ซื้อ ผู้ขาย และผู้จัดการดูแลผลประโยชน์
- (7) วันเริ่มและสิ้นสุดการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา
- (8) รายการอื่นตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยประกาศกำหนด

## หมวด 3

### หลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไข การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 8 เมื่อได้จัดทำสัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตรวจสอบความถูกต้องของเอกสารเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา และเมื่อพบความบกพร่องหรือความไม่สมบูรณ์หรือมีภาระผูกพันอื่นใดซึ่งอาจมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายใดให้แจ้งต่อคู่สัญญาฝ่ายที่ได้รับผลกระทบนั้นทราบโดยพลัน

มาตรา 9 เมื่อผู้ซื้อได้ชำระเงินเพื่อเป็นมูลค่าทรัพย์สินในคราวแรกตามสัญญา ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเปิดบัญชีกับสถาบันการเงินเป็นบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและนำเงินฝากไว้ในบัญชีดังกล่าวอย่างช้าภายในวันทำการถัดไป

ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานำเงินที่ได้รับจากผู้ซื้อเพื่อชำระมูลค่าทรัพย์สินในคราวต่อไปฝากไว้ในบัญชีของคู่สัญญาตามวรรคหนึ่ง

ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาออกหลักฐานแสดงการรับชำระเงินค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อทุกคราวด้วย

มาตรา 10 เว้นแต่สัญญาการแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทำการเบิกจ่ายออกจากบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อชำระเป็นมูลค่าทรัพย์สินให้แก่ผู้ขายได้เมื่อมีการโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้น

มาตรา 11 เมื่อคู่สัญญาได้ปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาถูกต้องครบถ้วนแล้ว ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินและดอกเบี้ยทั้งสิ้นในบัญชีเพื่อจัดการผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้แก่ผู้ขายและต้องจัดให้มีการโอนสิทธิในทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อด้วย

เมื่อได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาปิดบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 12 หากคู่สัญญาฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงแห่งสัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ในสาระสำคัญจนเป็นเหตุให้ไม่อาจโอนสิทธิในทรัพย์สินได้ ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโอนเงินและดอกเบี้ยในบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งและให้ดำเนินการตามมาตรา 11 วรรคสองต่อไป

มาตรา 13 ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแยกบัญชี และเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของตนออกจากบัญชีและเอกสารเกี่ยวกับการเงินหรือทรัพย์สินอื่นของคู่สัญญาเพื่อประโยชน์ในการรักษาประโยชน์ของคู่สัญญาโดยเด็ดขาด

บรรดาเงินที่อยู่ในบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือทรัพย์สินอื่นใดของคู่สัญญาที่อยู่ในความครอบครองของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีใช้ทรัพย์สินของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่เจ้าหน้าที่ของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นจะยึดหรืออายัดเพื่อบังคับชำระหนี้ทั้งในคดีแพ่งและคดีล้มละลายได้

มาตรา 14 ให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจัดทำบัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินให้ครบถ้วนถูกต้องเป็นปัจจุบันตามความเป็นจริงตามมาตรฐานการบัญชีและตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด

มาตรา 15 ห้ามมิให้บุคคลใดนอกจากผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

หมวด 4  
การกำกับดูแลและการตรวจสอบ

มาตรา 16 ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจกำกับดูแลและตรวจสอบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เพื่อประโยชน์ในการนี้ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจ ดังต่อไปนี้

(1) ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการดำเนินกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา การเปิดบัญชีเพื่อจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา การกำหนดค่าธรรมเนียม และการดำเนินการอื่นใดที่เกี่ยวกับการผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(2) กำหนดให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ยื่นรายงานเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นการทั่วไปหรือเป็นการเฉพาะโดยมีรายการและตามระยะเวลาที่กำหนด

(3) สั่งให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทำคำชี้แจงเพื่ออธิบายหรือขยายความรายงานที่ได้จัดทำขึ้นตาม (2)

เมื่อธนาคารแห่งประเทศไทยเห็นว่าผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใดดำเนินการในลักษณะที่อาจเป็นเหตุให้เสียหายแก่ผู้ซื้อหรือผู้ขาย ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งให้ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแก้ไขหรือระงับการกระทำนั้นหรือสั่งถอดถอนผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

มาตรา 17 ให้ธนาคารแห่งประเทศไทยมีอำนาจสั่งเพิกถอนการจดทะเบียนของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ เมื่อปรากฏหลักฐานว่ามีเหตุหนึ่งเหตุใด ดังต่อไปนี้

(1) ดำเนินงานส่อไปในทางทุจริตหรืออาจทำให้คู่สัญญาหรือประชาชนเสียหาย

(2) ละเว้นการดำเนินการตามที่กฎหมายบัญญัติ

(3) ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการหรือเงื่อนไขตามที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนดตามพระราชบัญญัตินี้

หมวด 5  
บทกำหนดโทษ

มาตรา 18 “กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากระทำการหรือไม่กระทำการ เพื่อแสวงหา

ประโยชน์ที่สมควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นอันเป็นการเสียหายแก่คู่สัญญาหรือประชาชน ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งล้านบาท

มาตรา 19 ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใดไม่ปฏิบัติตามมาตรา 13 วรรคหนึ่ง หรือมาตรา 14 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท

มาตรา 20 ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใดลงรายการเท็จในบัญชี แก้ไขบัญชี หรือเอกสารประกอบการลงบัญชีเพื่อให้ผิดความจริง ละเว้นการลงรายการในบัญชี หรือไม่จัดทำบัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินตามมาตรา 14 หรือผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใดไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือเงื่อนไขตามสัญญาแต่งตั้งผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่ธนาคารแห่งประเทศไทยกำหนด หรือไม่ยื่นรายงาน ไม่ส่งเอกสาร ไม่ทำคำชี้แจงตามคำสั่งของธนาคารแห่งประเทศไทย หรือแสดงข้อความอันเป็นเท็จตามมาตรา 16 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามแสนบาท

มาตรา 21 ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา 15 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าปี หรือปรับไม่เกินห้าแสนบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ

มาตรา 22 ในกรณีที่ผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใดกระทำความผิดตามมาตรา 19 หรือมาตรา 20 กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินการงานของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้น ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสามปีหรือปรับไม่เกินสามแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

#### บทเฉพาะกาล

มาตรา 23 บุคคลใดประกอบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกิจการอื่นใดในลักษณะทำนองเดียวกันอยู่ก่อนวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ ให้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตตามมาตรา 5 ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ

.....  
นายกรัฐมนตรี



## ประวัติผู้เขียนวิทยานิพนธ์

นางมัลลิกา คมน้อยันต์ เกิดเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ.2520 ที่กรุงเทพมหานคร สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับสอง จากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2540 เข้าศึกษาต่อในหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิตที่จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เมื่อปี พ.ศ.2541.



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย