

แนวทางพัฒนากฎหมายและการเสนอแนะแนวทางในการแก้ไขปัญหา

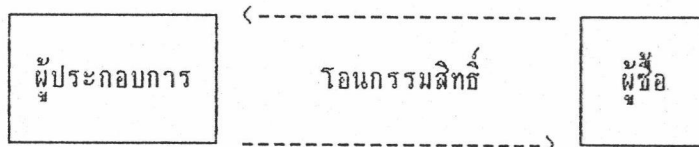
จากปัญหาที่เกิดขึ้นจากการซื้อบ้านจัดสรรหรืออาคารชุด ในช่วงระยะเวลาตั้งแต่วันทำสัญญาจนถึงวันโอนกรรมสิทธิ์ดังกล่าว จึงควรพิจารณาหามาตรการในการพัฒนากฎหมาย เพื่อให้ความคุ้มครองเงินดาวน์ของผู้ซื้อในช่วงระยะเวลาดังกล่าว จึงมีความจำเป็นต้องคิดค้นระบบกฎหมายในการให้ความคุ้มครองผู้ซื้อในการแก้ไขปัญหาดังกล่าว ซึ่งการใช้ระบบเอสโครว์ ในการซื้อขายนี้จำหน่าย เป็นมาตรการในการแก้ไขปัญหที่เกิดขึ้นในปัจจุบันนี้ได้เป็นอย่างดี

ขั้นตอนในการซื้อ-ขายบ้านจัดสรรหรืออาคารชุดในประเทศไทย

1. ผู้ซื้อ-ผู้ขาย เสนอราคาและต่อรองกันด้วยปากเปล่า
2. ทำสัญญาซื้อขาย
3. ผู้ซื้อจ่ายเงินมัดจำให้ผู้ขาย
4. ผู้ซื้อผ่อนชำระเงินดาวน์ (ในระหว่างการก่อสร้างบ้านจัดสรรหรืออาคารชุด)
5. นับวันโอนที่กรมที่ดิน
6. จ่ายเงินและทำการโอนกรรมสิทธิ์กันที่กรมที่ดิน

การซื้อขายดังกล่าวข้างต้นสามารถแสดงเป็นแผนภูมิได้ดังนี้

ชำระราคา



ปัญหาที่เกิดขึ้นระหว่างเวลาทำสัญญาซื้อขายจนโอนกรรมสิทธิ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย

1. ผู้ซื้อไม่รู้ว่าผู้ขายเป็นเจ้าของจริงหรือไม่
 2. ผู้ซื้อและผู้ขายไม่รู้ว่าค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ในการซื้อ-ขายที่แน่นอน
 3. ผู้ซื้อไม่รู้ทำเลที่ตั้งของที่ดินที่แน่นอน
 4. ความชัดเจนของภาระผูกพัน ภาระจำยอม จำนวนเงินการจดจำนองต่าง ๆ ประวัติของกรรมสิทธิ์ที่ดิน
 5. เมื่อผู้ขายรับเงินมัดจำไปแล้ว จะปฏิบัติตามสัญญาหรือไม่ เช่น ก่อสร้างหรือยอมโอนตามเงื่อนไข
 6. ในระหว่างที่ยังไม่โอน ผู้ขายไปขายให้คนอื่น
 7. ผู้รับผิดชอบค่าโอน ค่าธรรมเนียม และค่าภาษีอื่น ๆ
 8. ปัญหาทางด้านการโอน เช่น เอกสาร การประสานงานกับกรมที่ดิน
- ผู้ซื้อ-ผู้ขาย ผู้ให้กู้ เจ้าหนี้¹

เอสโครว์จะสามารถเข้ามามีบทบาทอย่างไรในการซื้อ-ขายในประเทศไทย

1. ทำสัญญาซื้อ-ขาย
2. เปิดบัญชีเอสโครว์ กับตัวแทนเอสโครว์
3. รับเงินมัดจำจากผู้ซื้อ และทำการเปิดบัญชีเอสโครว์ฝากกับสถาบันการเงิน
4. ตัวแทนเอสโครว์ ทำการสอบประวัติของกรรมสิทธิ์ที่ดินจากกรมที่ดิน
 - ชื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์
 - ภาระจำยอม
 - ภาระผูกพัน
 - ลินเชอ

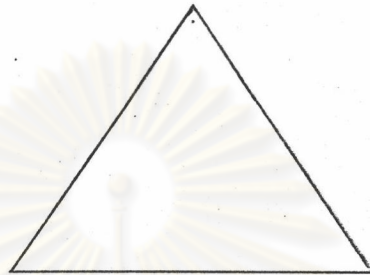
¹ ไพศาล บัณฑิตยานนท์, การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยระบบเอสโครว์ในสหรัฐอเมริกา, หน้า 13.

5. สั่งการรังวัด
6. ขอรายละเอียดจากเจ้าหนี้ถึงสภาพหรือสถานะของหนี้สิน และหนี้ค้างชำระ
7. ส่งรายละเอียดให้ผู้ให้กูรรายใหม่
8. ตรวจสอบราคาประเมินกับกรมที่ดิน
9. ตรวจสอบค่าธรรมเนียมการโอนและค่าภาษีการโอน
10. ทบทวนว่าทุกฝ่ายปฏิบัติตามเงื่อนไขทุกชั้นตอน
11. รับเงินผ่อนตามงวดสัญญาจากผู้ซื้อ
12. ตรวจสอบการก่อสร้างตามสัญญาของผู้ขายจากผู้รับผิดชอบ
13. ชำระเงินตามงวดสัญญาให้ผู้ขายเมื่อปฏิบัติตามสัญญา
14. เตรียมบัญชีการเงิน และค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ให้ผู้ซื้อ-ผู้ขายตรวจสอบก่อนโอน
15. ทบทวนรายละเอียดกับเจ้าหนี้เดิมและผู้ให้กูรรายใหม่
16. รับชำระเงินงวดสุดท้ายและค่าธรรมเนียมจากผู้ซื้อและผู้ขายเป็นแคชเชียร์เช็ค
17. รับเงินจากผู้ให้กูรรายใหม่และโฉนดจากเจ้าหนี้หรือผู้ขาย
18. นำเอกสารในการโอนให้ทุกฝ่ายลงนาม
19. ทำการตรวจสอบประวัติกรรมสิทธิ์ที่ดิน ครึ่งสุดท้ายก่อนโอนให้แน่ใจว่าไม่มี
การสอดแทรกสิ่งผิดปกติเข้าไป
20. หากไม่มีปัญหาที่จะทำการลงทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินทันที และทำการ
จดจำนองอีก
21. เมื่อทำการโอนเรียบร้อยก็จะทำการแจกจ่ายเงินและเอกสารให้กับทุกฝ่าย
 - ปลอดจำนองจากเจ้าหนี้เดิม
 - ผู้ขาย
 - นายหน้า
 - ผู้รับเหมา
 - และโฉนดให้กับผู้ซื้อหรือผู้ให้กูร²

² เรื่องเดียวกัน, หน้า 15.

การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในการซื้อขายจึงทำให้ลักษณะการซื้อขายเปลี่ยนแปลงไป โดยจะมีตัวแทนเอสโครว์เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งแสดงเป็นแผนภูมิได้ดังนี้

ตัวแทนเอสโครว์



ผู้ประกอบการ <-- สัญญาซื้อขาย --> ผู้ซื้อ

แต่หลักการในทางปฏิบัติที่เหมาะสมในการนำมาใช้ในประเทศไทย จะมุ่งแต่เฉพาะประเด็นของการคุ้มครองเงินค้ำประกันที่ผู้ซื้อได้ผ่อนชำระให้กับผู้ประกอบการในช่วงตั้งแต่วันทำสัญญา จนถึงช่วงวันโอนกรรมสิทธิ์

ดังนั้น แนวทางที่เหมาะสมในการวางระบบหรือขั้นตอนการดำเนินงานต่าง ๆ ของเอสโครว์ จึงต้องพิจารณารายละเอียดที่สำคัญและจำเป็น 2 ประการ คือ

1. ลักษณะของตัวระบบเอง หมายถึง โครงสร้างของระบบบัญชีค้ำประกัน ควรเป็นอย่างไร ใครทำหน้าที่อะไร ที่ไหน อย่างไร เมื่อใด ได้บ้าง เพื่อให้ระบบเป็นระบบที่มีประสิทธิภาพ เป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และผู้เกี่ยวข้องทั่วไปยอมรับ และจะต้องเกิดผลดีต้องมากกว่าผลเสีย คือ ต้องไม่ก่อให้เกิดต้นทุนทางสังคม หรือต้นทุนในการดำเนินการมากกว่าผลดีที่จะเกิดขึ้นกับส่วนรวม

2. ลักษณะของบุคคลผู้กำกับดูแล องค์กรใดควรทำหน้าที่ดูแลระบบบัญชีค้ำประกัน (Escrow Account) ซึ่งควรกำหนดเงื่อนไขและคุณสมบัติอย่างไร มีข้อที่ควรพิจารณาในการกำหนดรายละเอียดในเรื่องนี้อย่างไร

เนื่องจากระบบบัญชีค่าประกันที่ถูกต้องควรเป็นระบบที่ "สามารถค่าประกัน" ได้ ซึ่งหมายความว่า ต้องสามารถค่าประกันหรือลดความเสี่ยงในการซื้อขายสิ่งหาริมทรัพย์ให้ คู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องมั่นใจได้ว่า เมื่อแต่ละฝ่ายได้ปฏิบัติตามคำสั่งเอสโครว์ (Escrow Instruction) ครบถ้วนแล้ว จะได้รับการปฏิบัติตามที่ระบุในสัญญาเช่นกัน ดังนั้น ปัญหาในการกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ จำเป็นจะต้องเป็นผู้ที่มีความน่าเชื่อถือสูง และมีฐานะการเงินที่มั่นคงสามารถชดเชยคู่กรณีได้ในยามที่เกิดความเสียหายหรือไม่ อย่างไรก็ตาม ข้อขึ้นอยู่กับหลักการว่า ตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้เก็บรักษาเงินเอาไว้เองหรือไม่ ซึ่งประเด็นนี้น่าจะเป็นตัวกำหนดคุณสมบัติของผู้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้เป็นอย่างดี ซึ่งหากว่าตัวแทนเอสโครว์มิใช่ผู้ที่ทำหน้าที่ดูแลแล้ว ปัญหาดังกล่าวก็ไม่จำเป็นต้องพิจารณาแต่อย่างใด นอกจากนี้ องค์กรที่ทำหน้าที่ดูแลบัญชีค่าประกันนี้ จะต้องสามารถรับเงินและดูแลเงินดังกล่าวไม่ให้เกิดความเสียหายด้วยในต่างประเทศนั้น (สหรัฐอเมริกา) ขอมให้ทนายความ, นายหน้า (Broker) ทำหน้าที่เป็นเจ้าหน้าที่เอสโครว์ได้ ซึ่งในกรณีของประเทศไทยเห็นว่าควรจะต้องพิจารณาเพื่อวางหลักเกณฑ์ให้ชัดเจนด้วย ซึ่งอาจพิจารณาหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่เหมาะสมได้ในเรื่องหรือประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1. การเกิดตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

ควรจะพิจารณากำหนดให้คู่สัญญาจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร โดยมีลักษณะเช่นเดียวกันกับการเปิดเอสโครว์ (Opening Escrow) กล่าวคือ จะต้องนำหน้าที่ที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามกำหนดเป็นคำสั่ง หรือสัญญาแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา การทำคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา ควรจะต้องกำหนดรายละเอียดในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

- 1.1 ราคาซื้อขาย
- 1.2 รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สินที่ถูกต้องตามกฎหมาย
- 1.3 ที่อยู่ที่ถูกต้อง
- 1.4 ชื่อของคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องในระบบคุ้มครองคู่สัญญา ซึ่งจะต้องระบุให้เต็มและครบถ้วน

- 1.5 รายละเอียดว่า ผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์อย่างไร
- 1.6 ชื่อและที่อยู่ของผู้ซื้อ พร้อมหมายเลขโทรศัพท์
- 1.7 ชื่อและที่อยู่ของผู้ขาย พร้อมหมายเลขโทรศัพท์
- 1.8 ชื่อตัวแทนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ที่อยู่ พร้อมหมายเลขโทรศัพท์ และค่าธรรมเนียมในการซื้อขาย
- 1.9 จำนวนเงินที่อยู่ในความยึดถือของตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา (ซึ่งควรจะนำไปไว้ในบัญชีที่ให้ผลตอบแทนที่อยู่ในระดับสูง โดยเมื่อคืนเงินดังกล่าว ควรจะได้รับผลตอบแทนที่สูงกว่าค่าธรรมเนียมที่เรียกเก็บจากการให้บริการนี้)
- 1.10 รายละเอียดเกี่ยวกับการประกันอัคคีภัย (เป็นกรมธรรม์ใหม่หรือเป็นกรมธรรม์ที่มีอยู่เดิม)
- 1.11 ชื่อของผู้รอนสิทธิ รวมถึงธนาคาร บริษัทจำนองและคู่สัญญาฝ่ายพิเศษ รายละเอียดเกี่ยวกับหมายเลขสัญญา, ที่อยู่, หมายเลขโทรศัพท์ และยอดหนี้คงเหลือ
- 1.12 ข้อความเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทใหม่ หรือการระงับข้อพิพาทที่มีอยู่
- 1.13 อสังหาริมทรัพย์ที่รวมอยู่ในการซื้อขาย (ถ้ามี)
- 1.14 ข้อความเกี่ยวกับการเช่า (ถ้ามี) จำนวนค่าเช่าและเงินมัดจำการเช่า
- 1.15 รายละเอียดอื่น ๆ ตามที่ผู้ซื้อต้องการ

อย่างไรก็ดี ในการใช้ระบบตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาในประเทศไทย

อาจไม่จำเป็นจะต้องให้มีผู้เกี่ยวข้องมากมายเหมือนอย่างเช่นระบบเอสโรว์ในสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ อาจเนื่องจากปัญหาบางประการในเรื่องความถูกต้องแท้จริงของเอกสาร

ในเรื่องของการกำหนดรายละเอียดในสัญญาจะซื้อจะขายที่จะใช้ระบบตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญานั้น เพื่อให้มีหลักฐานที่ชัดเจนและป้องกันปัญหาข้อโต้แย้งระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย จึงควรจะต้องกำหนดเอาไว้เป็นข้อสัญญาในลักษณะที่ว่า ให้การซื้อขายรายนี้ดำเนินการโดยใช้ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

ดังนั้น เพื่อป้องกันปัญหาและ/หรือข้อโต้แย้งที่อาจเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาในการกำหนดให้ใช้ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา และปัญหาในเรื่องความชัดเจนของคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา ซึ่งจะช่วยป้องกันปัญหาและ/หรือข้อโต้แย้งระหว่างผู้ซื้อหรือผู้ขายกับตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา จึงเห็นควรให้การดำเนินการดังกล่าวจะต้องมีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษร หรือทำเป็นหนังสือ

2. คุณสมบัติหรือบุคคลผู้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

สำหรับคุณสมบัติของตัวผู้ทำหน้าที่เป็นตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาในประเทศไทยจะมีหลักการในการกำหนดอย่างไรนั้น สุ่มขึ้นอยู่กับว่าตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญานั้นมีหน้าที่ที่จะต้องดูแลเงินของผู้ซื้อ หรือเป็นผู้เก็บรักษาเงินนั้นเองหรือไม่ หากไม่ใช่ผู้เก็บรักษาเองแล้ว การกำหนดรายละเอียดในเรื่องคุณสมบัติของตัวแทนเอสโครว์ จึงไม่ใช่เรื่องที่เป็นประเด็นสำคัญแต่อย่างใด แต่หากตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้เก็บรักษาเงินเองแล้ว ควรจะต้องกำหนดคุณสมบัติของผู้ที่จะทำหน้าที่เอสโครว์ โดยอาศัยองค์ประกอบดังต่อไปนี้ในการพิจารณา

1. ความมั่นคงทางการเงิน เนื่องจากต้องรับผิดชอบเงินค่านายหน้าของผู้ซื้อชำระให้แก่ผู้ขายให้ไว้แก่ตัวแทนกลางเป็นจำนวนที่ค่อนข้างสูง
2. ความซื่อสัตย์ หรือการมีจรรยาบรรณในการดำเนินธุรกิจ
3. ความเป็นกลางอย่างแท้จริง โดยไม่ควรจะมีส่วนได้เสียกับทั้งฝ่ายผู้ซื้อ และ/หรือผู้ขายแต่อย่างใดทั้งสิ้น

3. สิทธิและหน้าที่ของตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

เห็นว่า ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาควรมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติ ดังนี้

1. ปฏิบัติหน้าที่ตามคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Instruction) อย่างเคร่งครัด และจะต้องรักษาความลับของคู่สัญญาอันเนื่องจากเป็นข้อมูลที่รัฐรายละเอียดต่าง ๆ ได้เป็นอย่างดี จึงควรห้ามเปิดเผยข้อมูลใด ๆ เกี่ยวกับระบบคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow) ให้ผู้ที่ไม่เกี่ยวข้องทราบ

2. ปฏิบัติหน้าที่เป็นคนกลางที่ไม่ฝักใฝ่ฝ่ายใดตลอดเวลา หากมีข้อโต้แย้งโต้เถียงกันระหว่างตัวการ (ผู้ซื้อและผู้ขาย) ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาควรแนะนำให้คู่กรณีปรึกษานายความของตน

3. เงินทั้งหมดที่ได้รับจากทุกฝ่าย จะต้องนำเข้าบัญชีคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Fund Account) กับสถาบันการเงิน ซึ่งควรมีกฎหมายระบุให้นำเงินค่างวดผ่อนชำระของผู้ซื้อไปฝากไว้กับบัญชีของสถาบันการเงิน เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา บัญชีนี้ต้องแยกต่างหากจากบัญชีส่วนตัวของตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาอย่างเด็ดขาด

4. ปฏิบัติงานอย่างดีถ่วงและระมัดระวังและจะต้องไม่ลบ แก้วไข เพิ่มเติมคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาโดยเด็ดขาด เว้นแต่จะได้รับความเห็นชอบจากทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้องคือ ผู้ซื้อและผู้ขายที่ลงลายมือชื่อไว้ก่อนนั้น

4. สิทธิและหน้าที่ระหว่างผู้ซื้อ, ผู้ขายกับตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

เนื่องจากตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญามีลักษณะเป็นคนกลางที่ไม่มีผลประโยชน์ได้เสียกับฝ่ายใด (Disinterested Neutral/Impartial Third Party) และเป็นตัวแทนที่ทำการเฉพาะกิจ (Limited Agent) เท่านั้น กล่าวคือ จะกระทำหรือดำเนินการต่าง ๆ ตามคำสั่งที่ตกลงร่วมกันของทั้งสองฝ่ายเท่านั้น ดังนั้น ก่อนที่การซื้อขายมีผลสมบูรณ์คือ มีการโอนกรรมสิทธิ์กันเรียบร้อยแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะมีฐานะเป็น "ตัวแทนร่วมของสองฝ่าย" (Dual Agent)³ กล่าวคือ หากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งแต่งตั้ง

ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา หรือมีการผิดสัญญาแล้ว ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาอาจใช้สิทธิของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการบอกเลิกสัญญาและริบทรัพย์สินที่คู่สัญญานำมาส่งมอบให้ดูแลรักษาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาซื้อขายได้ ดังนั้น ควรกำหนดสิทธิของคู่สัญญาให้ชัดเจนว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะโอนให้แก่กันเมื่อไร เนื่องจากในภายหลังจากการจดทะเบียนเปลี่ยนชื่อผู้รับโอนแล้ว ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาจะเปลี่ยนฐานะเป็นตัวแทนของแต่ละฝ่ายทันที⁴ คือเป็นตัวแทนของผู้ซื้อในการรับมอบโฉนด และเป็นตัวแทนของผู้ขายในการรับมอบเงิน การแยกเช่นนี้สำคัญเนื่องจากหากตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญายักขอกเงินก่อนที่การโอนจะสำเร็จ ผู้ซื้อจะเป็นผู้เสียหาย แต่หากมีการยักขอกเงินหลังจากการโอนเสร็จสิ้นแล้ว ผู้ขายจะเป็นผู้เสียหายเพราะว่าเงินที่เอสโครว์ถือนั้น ถือว่าเป็นเงินของผู้ขายแล้ว ซึ่งเป็นการสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่า คู่สัญญาฝ่ายใดจะต้องรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้น โดยพิจารณาจากเงื่อนไขต่าง ๆ ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายปฏิบัติครบถ้วนแล้วหรือยัง หากยังปฏิบัติไม่ครบถ้วนจะต้องเป็นฝ่ายที่ต้องรับผิดชอบนั้น แต่หากปฏิบัติครบถ้วนแล้วอีกฝ่ายจะต้องเป็นผู้รับผิดชอบ

อย่างไรก็ดี หากตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาเป็นผู้ก่อความเสียหายขึ้น ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาจะต้องรับผิดชอบในผลแห่งความเสียหายนั้นด้วย

ศูนย์วิทยทรัพยากร จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

³ พัลลภ กฤตยานวิชัย, เอสโครว์กับการคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์, หน้า 15.

⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

5. กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่อยู่ในความดูแลของตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา

ในการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญานั้น กรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินยังคงอยู่กับคู่สัญญาแต่ละฝ่าย จนกว่าคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขและรายละเอียดในคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Instruction) ครบถ้วนแล้ว จึงจะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินดังกล่าว

การกำหนดหลักเกณฑ์ในการออกกฎหมายมาใช้บังคับในส่วนนี้จึงควรจะต้องระบุหรือกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินให้ชัดเจนว่า กรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะโอนต่อกันเมื่อใด เพื่อป้องกันข้อโต้แย้งต่าง ๆ ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

6. ความสมบูรณ์ของการซื้อขายในกรณีที่คู่สัญญาเลือกใช้ระบบคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow) ในการซื้อขาย

ความสมบูรณ์ของการซื้อขายในกรณีดังกล่าว จะมีผลสมบูรณ์โดยไม่ว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะเสียชีวิตลงก่อนการโอนกรรมสิทธิ์หรือไม่ก็ตาม หรือแม้กระทั่งการตกเป็น ผู้ไร้ความสามารถในภายหลังจากการทำคำสั่งแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Instruction) แล้วก็ตาม โดยคู่สัญญาจะต้องสละสิทธิ์ในการเรียกทรัพย์สินดังกล่าวคืนจากตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา ซึ่งเมื่อครบเงื่อนไขต่าง ๆ แล้ว การโอนกรรมสิทธิ์จะย้อนกลับไปในวันส่งมอบตามทฤษฎี Relation Back นั้น

ในการนำมาใช้ในประเทศไทยอาจไม่จำเป็นต้องกำหนดอย่างเช่นทฤษฎี Relation Back ดังกล่าว เนื่องจากหากเกิดกรณีที่คู่สัญญาเกิดตกเป็น ผู้ไร้ความสามารถ หรือเสียชีวิตลงแล้วก่อนการโอนกรรมสิทธิ์แล้วทายาทของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียชีวิตยังคงจะต้องรับผิดชอบตามสัญญานั้นต่อไป เนื่องจากสิทธิและหน้าที่ตามสัญญาดังกล่าวได้เกิดขึ้นก่อนการเสียชีวิตของคู่สัญญาฝ่ายนั้น ทายาทของคู่สัญญาฝ่ายที่เสียชีวิตจะต้องรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่อื่น

เป็นกองมรดกของผู้ตาย (ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1599 ประกอบ มาตรา 1600)*

7. ภาระในเรื่องค่าธรรมเนียม และ/หรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ

การชำระค่าธรรมเนียมต่าง ๆ นั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกากฎหมายมักจะไม่ได้กำหนดเอาไว้ เนื่องจากไม่ได้ให้ความสำคัญในส่วนนี้มากนัก ดังนั้นในการกำหนดภาระของคู่สัญญาในการชำระค่าธรรมเนียม และ/หรือค่าใช้จ่ายต่าง ๆ นั้น จึงอาจให้คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้รับผิดชอบ หรืออาจให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายร่วมกันรับผิดชอบก็ได้ แต่โดยธรรมเนียมปฏิบัติส่วนใหญ่แล้วจะมีการแบ่งครึ่งระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย อย่างไรก็ตามในบางเวลาหรือในบางพื้นที่ ค่าธรรมเนียมนี้อาจมีการเจรจาตกลงกันเป็นอย่างอื่นก็ได้เช่น ผู้ขายเป็นผู้ออกทั้งหมด หรือผู้ขายจ่ายสองในสาม และผู้ซื้อจ่ายหนึ่งในสาม เป็นต้น สำหรับหลักเกณฑ์การกำหนดตัวผู้รับภาระค่าธรรมเนียมสำหรับประเทศไทยนั้นเห็นว่า ควรกำหนดเอาไว้ให้คู่สัญญารับผิดชอบกันฝ่ายละครึ่ง หรือรับผิดชอบคนละเท่า ๆ กัน เช่นเดียวกับที่กำหนดเรื่องค่าธรรมเนียมการโอนกรรมสิทธิ์จากคนซื้อขายตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 457**

* มาตรา 1599 เมื่อบุคคลใดตาย มรดกของบุคคลตกทอดแก่ทายาท ทายาทอาจเสียไปซึ่งสิทธิในมรดกได้ แต่โดยชอบกับบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น

มาตรา 1600 ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ กองมรดกของผู้ตาย ได้แก่ ทรัพย์สินทุกชนิดของผู้ตาย ตลอดทั้งสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบต่าง ๆ เว้นแต่ตามกฎหมาย หรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของผู้ตายโดยแท้

** มาตรา 457 ค่าธรรมเนียมทำสัญญาซื้อขายนั้น ผู้ซื้อขายพึงออกใช้เท่ากันทั้งสองฝ่าย

การกำหนดคำนิยามขึ้นเพื่อใช้เรียกลักษณะต่าง ๆ ของเอสโครว์ที่ใช้ในประเทศไทย จากที่ได้กล่าวมาแล้วในส่วนของเอสโครว์ในบทก่อน ๆ จึงเห็นควรเรียกคำต่าง ๆ อันเกี่ยวข้องกับเอสโครว์ที่สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในประเทศไทยตามความหมายดังนี้

1. คำว่า "เอสโครว์" หรือ "Escrow" เป็น "ระบบคุ้มครองคู่สัญญา"
2. คำว่า "ตัวแทนเอสโครว์" หรือ "Escrow Agent" เป็น "ตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา"
3. คำว่า "บัญชีเอสโครว์" หรือ "Escrow Account" เป็น "บัญชีคุ้มครองคู่สัญญา"

จากที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่า ระบบกฎหมายในประเทศไทยมีลักษณะแตกต่างกับในประเทศสหรัฐอเมริกา ดังนั้น การนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยจึงไม่สามารถนำมาใช้โดยตรงได้ จากลักษณะว่าตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนร่วมของทั้งสองฝ่าย ซึ่งเป็นตัวแทนเฉพาะกิจการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ดังนั้น จึงน่าจะพิจารณาจากกฎหมายในลักษณะตัวแทนว่า สามารถนำบทบัญญัติในเรื่องตัวแทนร่วม หรือใช้เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ตามมาตรา 805 มาใช้จะกระทำได้หรือไม่

จากการพิจารณากฎหมายในเรื่องดังกล่าวแล้ว เห็นว่าหลักกฎหมายในเรื่องตัวแทนตามมาตรา 805 สามารถนำมาประยุกต์ใช้ในการกำหนดหลักเกณฑ์ของระบบคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow) สำหรับการนำมาใช้ในประเทศไทยได้ เนื่องจากการดำเนินการต่าง ๆ ในระบบคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow) ล้วนเป็นไปเพื่อการปฏิบัติการชำระหนี้ของคู่สัญญาแต่ละฝ่ายทั้งสิ้น ซึ่งจะต้องกำหนดประเด็นการพิจารณาในเรื่องต่าง ๆ ดังนี้

1. การกำหนดหน้าที่ตามสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างผู้ซื้อและผู้ประกอบการให้ชัดเจนว่า ฝ่ายใดจะต้องดำเนินการอะไรบ้าง เพื่อใช้ในการกำหนดรายละเอียดในสัญญาแต่งตั้งตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา (Escrow Agent) ต่อไป

2. การพิจารณาปัญหาในเรื่องกรรมสิทธิ์ในเงินค่าน้ำที่จะมอบให้ตัวแทนกลาง ค้ำครองค้ำสัญญา (Escrow Agent) เก็บรักษาไว้จะเป็นของใครนั้น จากการพิจารณาความหมายของตัวแทนแล้ว จะเป็นกิจการที่ทำแทนตัวการต่อบุคคลที่สาม คือ มีเจตนาหรือวัตถุประสงค์เพื่อติดต่อกับบุคคลที่สาม และการนั้นไม่เฉพาะแต่การทำสัญญา หรือนิติกรรมเท่านั้น รวมทั้งกิจการอื่นซึ่งไม่ใช่สัญญาหรือนิติกรรม⁵ ดังนั้น ทรัพย์สินที่อยู่ในครอบครองยึดถือของตัวแทนจึงไม่ใช่ทรัพย์สินของตัวแทน หากแต่เป็นของตัวการ

3. การส่งมอบเงินค่าน้ำให้ตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญา (Escrow Agent) รักษาเอาไว้ นั้น เห็นควรกำหนดให้องค์กรอื่นเป็นผู้เก็บรักษาเงินค่าน้ำของผู้ซื้อดังกล่าว ซึ่งน่าจะเก็บรักษาเอาไว้กับสถาบันการเงิน โดยกำหนดให้ตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญาจะต้องนำไปฝากไว้กับสถาบันการเงิน แต่หากสถาบันการเงินดังกล่าวทำหน้าที่เป็นตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญาอยู่ด้วยก็ไม่น่าจะเป็นปัญหาแต่อย่างใด ทั้งนี้ เนื่องจากได้กำหนดหลักการให้นำเงินค่าน้ำฝากไว้กับสถาบันการเงินดังกล่าว มิได้ก่อให้เกิดผลเสียหายอย่างไรในประเทศไทย เนื่องจากสถาบันการเงินมีความน่าเชื่อถือในเรื่องสถานะทางการเงิน ความมั่นคง และความสามารถในการบริหารเงินอยู่แล้ว

4. การจัดตั้งคณะกรรมการควบคุมตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญาขึ้น เพื่อกำกับควบคุมการปฏิบัติของตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญา เช่น อาจกำหนดคุณสมบัติของสถาบันการเงินที่ตัวแทนกลางค้ำครองค้ำสัญญาจะต้องนำเงินค่าน้ำของผู้ซื้อไปฝากเอาไว้ เป็นต้น

เนื่องจากระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกาจะมีความแตกต่างจากระบบกฎหมายที่ใช้ในประเทศไทย ดังนั้น การนำระบบเอสโครว์ในสหรัฐอเมริกามาใช้ จึงจำเป็นต้องประยุกต์ หรือดัดแปลงให้เหมาะสมกับประเทศไทยด้วย โดยเฉพาะในนิยามกฎหมาย

⁵ กุศล บุญสิน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน
 นายหน้า, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานครการพิมพ์), 2528, หน้า 6.

ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะเห็นได้ว่าการกล่าวถึงกฎหมายในเรื่องทรัพย์สินตลอดทั้งระบบ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของทฤษฎี Relation Back กิติ หรือหลักเกณฑ์ในการโอนกรรมสิทธิ์ ในทรัพย์สินที่ซื้อขายกัน หรือการชำระหนี้ระหว่างคู่สัญญาตามคำสั่งเอสโครว์ (Escrow Instruction) ล้วนเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่มีปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายไทยทั้งสิ้น โดยเฉพาะ ในประเด็นของเรื่องทรัพย์สินนั้น ปรากฏว่าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1686 ได้บัญญัติเอาไว้โดยเฉพาะว่า ห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งทรัพย์สินในประเทศไทย ***

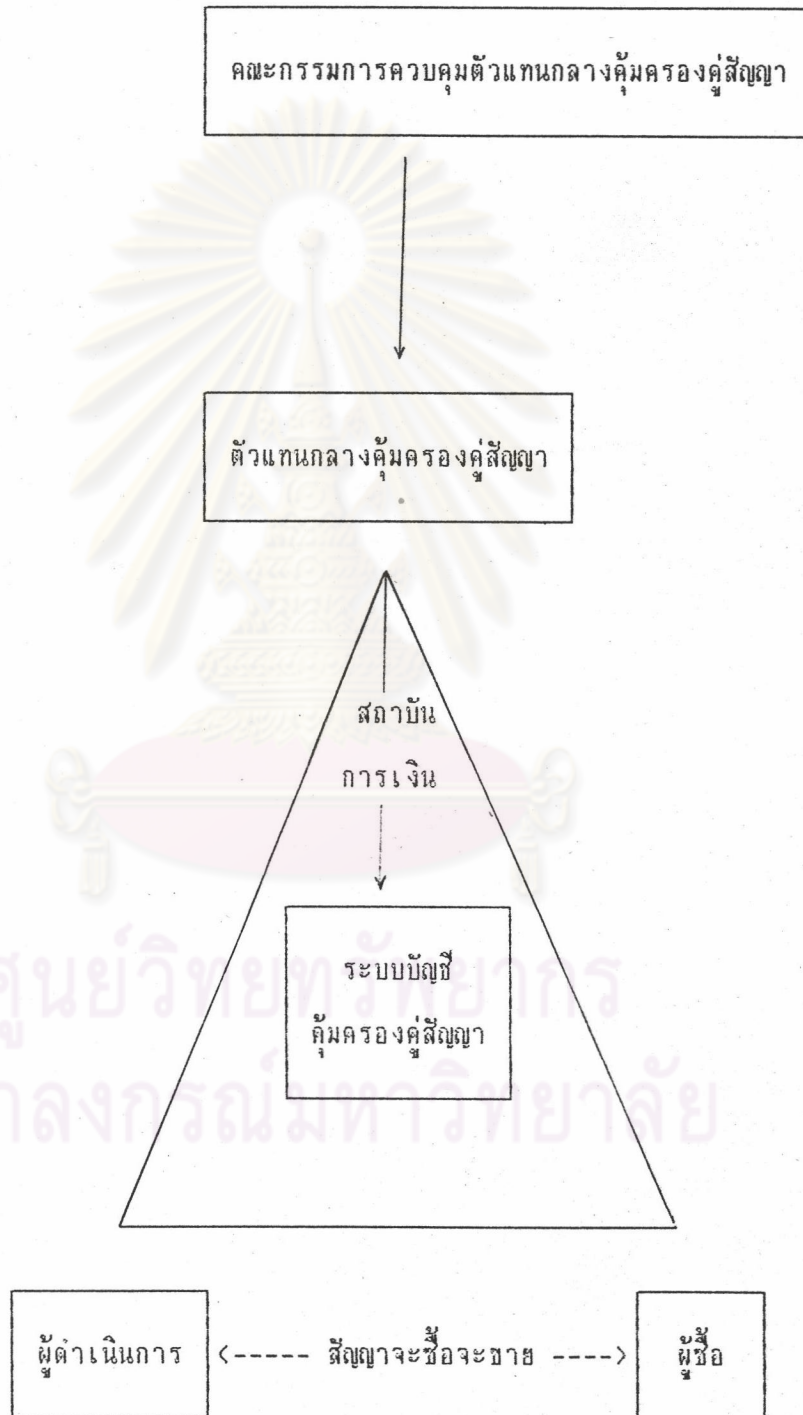
แต่อย่างไรก็ดี เนื่องจากลักษณะเด่นหรือข้อดีของหลักกฎหมายดังกล่าว ซึ่งจำเป็นต้องนำมาใช้ในประเทศไทย เพื่อให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อบ้านจัดสรรและอาคารชุดดังกล่าว จึงเห็นว่า น่าจะนำกฎหมายในเรื่องตัวแทนมาใช้ในการแก้ไขปัญหานี้ อันเนื่องจากความขัดแย้งของระบบกฎหมายดังกล่าวข้างต้นได้ ซึ่งหลักการของระบบเอสโครว์จะมีลักษณะของการเป็นตัวแทนร่วมของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในการชำระหนี้ หรือการปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งในกฎหมายไทยตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 805**** ในเรื่องตัวแทน เว้นแต่ นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่ในการชำระหนี้ ซึ่งโดยหลักแล้ว กฎหมายไทยจะห้ามไม่ให้ตัวแทนทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ทั้งนี้ เนื่องจากการทำนิติกรรมสองฝ่าย โดยบุคคล เดียวกัน เป็นไปได้ยากที่จะปฏิบัติได้โดยเที่ยงธรรม เพราะเป็นธรรมดาที่ฝ่ายหนึ่งต้อง พยายามหาประโยชน์ในส่วนตน ประโยชน์ทั้งสองฝ่ายจึงขัดกันหรือเป็นปฏิปักษ์ต่อกัน กฎหมาย จึงห้ามมิให้ตัวแทนเอาเปรียบตัวการ หรือเพื่อมิให้ประโยชน์ของตัวการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งต้อง เสียหาย⁶

*** มาตรา 1686 อันว่าทรัพย์สินนั้น จะก่อนตั้งขึ้นโดยตรง หรือโดยทางอ้อมด้วย นิติกรรมหรือด้วยนิติกรรมใด ๆ ที่มีผลในระหว่างมีชีวิตกิติ หรือเมื่อตายแล้วกิติห้ามมิผลไม่

**** มาตรา 805 ตัวแทนนั้น เมื่อไม่ได้รับความยินยอมของตัวการ จะเข้าทำ นิติกรรมอันใดในนามของตัวการทำกับตนเองในนามของตนเอง หรือในฐานะเป็นตัวแทน ของบุคคลภายนอกหาได้ไม่ เว้นแต่นิติกรรมนั้นมีเฉพาะแต่ในการชำระหนี้

⁶ กุศล บุญสิน, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยตัวแทน นายหน้า, หน้า 52.

จากหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น สามารถกำหนดแผนภูมิและนิติสัมพันธ์ของบุคคลต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องได้ดังนี้



ลักษณะในการทำงานของระบบบัญชีคุ้มครองคู่สัญญาดังกล่าว จะมีลักษณะที่คล้ายกันกับที่ใช้อยู่ในสหรัฐอเมริกา ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในบทก่อน ซึ่งในการทำนิติกรรมระหว่างผู้ประกอบการ, ผู้ซื้อกับตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญา นอกจากจะต้องกำหนดข้อสัญญาที่ให้สิทธิแก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายให้ชัดเจนแล้ว ยังจะต้องจัดทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งตัวแทนกลางในการคุ้มครองคู่สัญญาให้มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ให้ครบถ้วน โดยเฉพาะประเด็นการโอนเงินจากผู้ซื้อไปยังผู้ประกอบการ ซึ่งหากกรรมสิทธิ์โอนทันทีเมื่อได้ชำระเงินค่างแล้ว ก็อาจมีปัญหาขึ้นได้ ดังนั้น จึงควรกำหนดการดำเนินการต่าง ๆ เป็นขั้นเป็นตอนว่า ทางผู้ซื้อจะต้องชำระเงินค่างเป็นจำนวนกี่งวด โดยให้ตัวแทนเป็นผู้รวบรวมเอาไว้ในระบบบัญชีคุ้มครองคู่สัญญา จนกว่าจะครบจำนวนเงินผ่อนชำระทั้งหมด จึงจะโอนให้ผู้ประกอบการพร้อมเงินส่วนที่เหลือทั้งหมด ส่วนผู้ประกอบการจะเริ่มมีกรรมสิทธิ์เงินนั้น หรือมีสิทธิจะรับเงินนั้น นับตั้งแต่วันที่ผู้ซื้อโอนมาให้กับผู้ประกอบการ ซึ่งรายละเอียดในส่วนนี้จะต้องกำหนดในสัญญาจะซื้อขายให้เห็นเป็นขั้นเป็นตอนให้ชัดเจน ส่วนทางด้านผู้ประกอบการ ในการส่งมอบโอนคดีปฏิบัติตามหลักการเดียวกัน

ปัญหาการบงคับคู่สัญญาแต่ละฝ่ายในการปฏิบัติตามสัญญาอย่างไร ในช่วงที่ยังไม่มีการโอนกรรมสิทธิ์นั้น อาจกำหนดในลักษณะเป็นข้อรับรองให้คู่สัญญาแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามสัญญาที่ให้ไว้ โดยกำหนดคบทกลงโทษดังกล่าวอยู่ในลักษณะของการผิดสัญญาก็ได้

ปัญหากรณีหน้าที่และความรับผิดชอบของตัวแทนกลางคุ้มครองคู่สัญญาจะมีประการใดนั้น ควรกำหนดในลักษณะให้ต้องรับผิดชอบในผลนั้น การกระทำที่จงใจ หรือประมาทเลินเล่อ เช่น เดียวกันกับหลักการในเรื่องละเมิด ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 420 *****

***** มาตรา 420 ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมาย ให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น