

รายงานการศึกษาวิจัย  
ตามโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง

กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา  
(Escrow Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

(ฉบับสมบูรณ์)

นำเสนอ  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดย  
นางสาวศิริพร เอี่ยมธงชัย  
นางสาวจันทิมา พัฒนางกูร  
28 มีนาคม 2550

# สารบัญ

## หน้า

### บทนำ

|                                                                    |   |
|--------------------------------------------------------------------|---|
| 1. การปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา | 2 |
| 2. ระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา      | 4 |
| 3. การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา                   | 6 |

### บทที่ 1 การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

|                                                                      |    |
|----------------------------------------------------------------------|----|
| 1.1 ความเป็นมาของเอสโครว์                                            | 7  |
| 1.2 ข้อความคิดทั่วไปของเอสโครว์                                      | 8  |
| 1.2.1 ความหมายของเอสโครว์                                            | 8  |
| 1.2.2 ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์                                      | 9  |
| 1.2.3 การเลือกตัวแทนเอสโครว์                                         | 12 |
| 1.2.4 คำสั่งเอสโครว์ (Escrow Instructions)                           | 13 |
| 1.2.5 คุณสมบัติของเอสโครว์ที่สมบูรณ์ (Requirements of an Escrow)     | 14 |
| 1.2.6 กรณีตัวแทนเอสโครว์ก่อความเสียหายขึ้น                           | 16 |
| 1.2.7 หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของตัวแทนเอสโครว์                | 17 |
| 1.2.8 ความขัดแย้งระหว่างคำสั่งเอสโครว์กับสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ | 18 |
| 1.2.9 เอสโครว์กับการส่งมอบ                                           | 19 |
| 1.2.10 การโอนกรรมสิทธิ์ (Title Passage)                              | 20 |
| 1.3 กระบวนการการจัดทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์       | 21 |

### บทที่ 2 กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

|                                                                                              |    |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 2.1 ลักษณะกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา                                                | 23 |
| 2.2 กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย                                                       | 27 |
| หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย (Application of This Division)                                     | 29 |
| หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน (License and Bond)                                             | 30 |
| หมวด 2.5 บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของตัวแทนเอสโครว์<br>(Escrow Agents' Fidelity Corporation) | 34 |
| หมวด 3 ข้อบังคับในการประกอบการเอสโครว์ (Escrow Regulations)                                  | 37 |
| หมวด 4 การเพิกถอนใบอนุญาต (Revocation of License)                                            | 43 |
| หมวด 5 การไต่สวน (Hearings)                                                                  | 45 |

|                   |                                                                                    |    |
|-------------------|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| หมวด 6            | การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี<br>(Liquidation and Conservatorship)    | 46 |
| หมวด 7            | บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา<br>(Crimes and Civil Penalties)                        | 48 |
| 2.3               | กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐอื่น                                                         | 48 |
| <b>บทที่ 3</b>    | <b>บทเปรียบเทียบและข้อเสนอแนะ</b>                                                  |    |
| 3.1               | ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของผู้สัญญาของประเทศไทย<br>และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง       | 52 |
| 3.1.1             | ระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย                                           | 52 |
| 3.1.2             | กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองผู้สัญญาในการซื้อขาย<br>อสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย       | 54 |
| (1)               | พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522                                           | 55 |
| (2)               | พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522                                                    | 56 |
| (3)               | พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540                               | 58 |
| (4)               | พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543                                             | 60 |
| 3.2               | เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของผู้สัญญาของประเทศไทย<br>และประเทศสหรัฐอเมริกา | 62 |
| 3.3               | ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ                                                           | 64 |
| <b>บทสรุป</b>     |                                                                                    | 69 |
| <b>บรรณานุกรม</b> |                                                                                    | 74 |

## บทนำ

ระบบกฎหมายอสังหาริมทรัพย์<sup>1</sup> (real estate law) ในประเทศสหรัฐอเมริกา ประกอบด้วยกฎหมายสองระบบ คือ กฎหมายระดับสหรัฐ (federal laws) และกฎหมายระดับมลรัฐ (state laws) กฎหมายระดับสหรัฐ (federal laws) เป็นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ตลอดทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา โดยมีข้อยกเว้นบางประการที่จะไม่นำไปปรับใช้เท่านั้น ส่วนกฎหมายระดับมลรัฐ เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายในมลรัฐแต่ละมลรัฐ และในแต่ละมลรัฐจะมีคำพิพากษาศาลของมลรัฐเองด้วย ความแตกต่างในสภาพท้องถิ่นของแต่ละมลรัฐทำให้กฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มีความแตกต่างกันออกไปในระหว่างมลรัฐต่างๆ หรือแม้แต่ในระหว่างท้องถิ่นต่างๆ ภายในมลรัฐเดียวกัน กฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ก็แตกต่างกันไปด้วย แต่อย่างไรก็ตาม หลักการพื้นฐานของกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่บังคับใช้ส่วนใหญ่แล้ว จะเป็นหลักการเดียวกันตลอดทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา งานวิจัยฉบับนี้ จะศึกษาลักษณะของกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ในภาพรวม โดยมุ่งเน้นศึกษากฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือ เอสโครว์ (escrow) ซึ่งได้ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สำหรับเนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ผู้วิจัยได้หยิบยกประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนียมาเป็นกรณีศึกษา เนื่องจากมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้มีการบัญญัติกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีการบังคับใช้มานาน (ตั้งแต่ปี ค . ศ . 1 9 5 1 ) และ มีเนื้อหาสาระในรายละเอียดค่อนข้างมากกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่น

ในส่วนบทนำนี้ ผู้วิจัยจะขอก้าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อเป็นพื้นฐานให้เห็นภาพของระบบกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ส่วนบทที่ 1 ผู้วิจัยจะนำเสนอประวัติความเป็นมาและประโยชน์ของเอสโครว์ และ บทที่ 2 ผู้วิจัยจะได้อธิบายเนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ของประเทศสหรัฐอเมริกา เน้นกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นหลัก จากนั้น ผู้วิจัยจะได้ศึกษากฎหมายของไทยเพื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาประกอบการให้ความเห็นถึงความเหมาะสมที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยเอสโครว์ในบทที่ 3 ต่อไป

---

<sup>1</sup> คำว่า “land” หรือคำว่า “real estate” ตามกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาหมายถึงความถึงพื้นดิน ดิน ทุกสิ่งอันติดอยู่กับที่ดินไม่ว่าโดยธรรมชาติ เช่น ต้นไม้ หรือต้นหญ้า หรือสิ่งอันติดกับที่ดินโดยการกระทำของมนุษย์ เช่น อาคาร บ้านเรือน สิทธิในความเป็นเจ้าของ “land” หรือ “real estate” จึงครอบคลุมไม่เฉพาะแต่พื้นดินเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงทุกสิ่งที่อยู่เหนือหรือใต้พื้นดินด้วย

## 1. การปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ในช่วงยุคแรกของการปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา นั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาได้พยายามทำการปฏิรูประบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อที่จะให้เป็นการโอนกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดและปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ (full fee simple absolute) ที่เป็นผลมาจากระบบฟิวด์ล ดังจะเห็นได้จากการยกเลิกระบบสิทธิในการรับมรดกของบุตรคนแรก (primogeniture) การจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของสามีที่ตายไปของหญิงหม้ายที่มีสิทธิได้รับมรดก หรือสิทธิของสามีในกรรมสิทธิ์ที่ดินมรดกของภรรยาที่ตาย (common law marital estates of dower and curtesy to land seized at death) และในขณะเดียวกันด้วยมุมมองที่ว่าอสังหาริมทรัพย์เป็นสินค้าพาณิชย์ ประเทศสหรัฐอเมริกาก็ได้ออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อสร้างข้อจำกัดสิทธิในผลประโยชน์ทางพาณิชย์ เช่น สิทธิยึดหน่วงที่ผู้ใช้แรงงานอ้างบนอสังหาริมทรัพย์ (mechanics' liens) การกำหนดรูปแบบใหม่ของการบังคับเอาทรัพย์สินจำนองหลุด (mortgage foreclosure) เป็นต้น

ระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาคือระบบที่มีการบันทึกนิติกรรมการซื้อขายโดยรัฐ (public records) เพื่อแสดงสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขาย เมื่อเวลาได้ล่วงเลยไป จำนวนการโอนกรรมสิทธิ์ที่เพิ่มมากขึ้นทำให้เกิดความยากลำบากในการตรวจสอบสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้นด้วย ในทางทฤษฎี การสืบค้นกรรมสิทธิ์จากบันทึกตราสารเหล่านั้นต้องสืบค้นไปถึงช่วงเวลาของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์เริ่มแรกซึ่งอาจเป็นรัฐหรือพระมหากษัตริย์หรือระบบฟิวด์ล ท้ายที่สุดจึงได้มีการออกกฎหมายเพื่อจำกัดระยะเวลาที่จะต้องทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์ขึ้น

ผลที่ตามมาจากการที่เอกชนต้องเป็นผู้ทำหน้าที่สืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเอง ทำให้ทนายความในประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคแรก ๆ จำเป็นจะต้องมีทักษะในเรื่องการสืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ควบคู่ไปกับการมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมายการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ งานสืบค้นกรรมสิทธิ์ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสิ่งจำเป็นอย่างมากเพื่อที่ผู้ซื้อจะได้ทราบสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ไม่แต่เฉพาะว่ากรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เป็นของผู้ขายหรือไม่เท่านั้น แต่ผู้ซื้อยังต้องการทราบไปถึงว่ากรรมสิทธิ์ของผู้ขายนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ที่ซื้อขายกันได้ในท้องตลาดหรือไม่ด้วย เมื่อทนายความได้ดำเนินการสืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มากขึ้นเรื่อยๆ ทนายความจะเก็บรวบรวมประวัติความเป็นมาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (abstract of title)<sup>2</sup> เหล่านั้นไว้เพื่อประโยชน์ในการสืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เดียวกันอีกใน

<sup>2</sup> Abstract of title คือ การรวบรวมลำดับเหตุการณ์ของการถือครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยอาจจัดทำเป็นการรายการย่อสรุปหรือทำสำเนาของตราสาร (instrument) ที่ได้รับการบันทึกทั้งหมด ซึ่งรวมถึง

ถ้าหากจะมีขึ้น สำนักงานนายความบางแห่งในยุคนี้ถึงกับต้องจ้างบุคคลทั่วไปที่ไม่ใช่  
 นายความมาทำหน้าที่เป็นผู้สืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และต่อมาได้กลายเป็นทาง  
 ปฏิบัติที่ให้คุณผลธรรมดาทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์ ส่วนนายความจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบ  
 ทบทวนอีกชั้นหนึ่งและทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้น

คำถามที่ตามมาจากระบบดังกล่าวคือ จะทำอย่างไรหากบุคคลที่ทำหน้าที่สืบค้น  
 กรรมสิทธิ์กระทำการโดยประมาทเลินเล่อและก่อให้เกิดความผิดพลาดในสถานะกรรมสิทธิ์ของ  
 อสังหาริมทรัพย์ ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ซื้อ การฟ้องคดีซึ่งอาจต้องใช้ระยะเวลาและ  
 เงินจำนวนมากสำหรับกรณีเช่นนี้จะทำได้หรือไม่ก็ยังคงเป็นสิ่งที่คลุมเครืออยู่ ด้วยเหตุนี้ จึงมีการ  
 คิดค้นระบบการประกันกรรมสิทธิ์ (title insurance)<sup>3</sup> ขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือตอบสนองต่อภัย  
 คุณความดังกล่าว สิ่งเหล่านี้เกิดขึ้นได้เนื่องมาจากการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินเป็นเรื่องที่เอกชน  
 จะต้องทำกันเอง รัฐไม่ได้มีหน้าที่ในการตรวจสอบหรือรับรองสิทธิในที่ดินให้ตนเอง

ในยุคที่สองซึ่งเป็นช่วงเวลาของศตวรรษที่ 20 การปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ใน  
 อสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกาปรากฏออกมาในรูปของการบัญญัติกฎหมายขึ้นมา  
 บังคับใช้เป็นส่วนใหญ่ ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1890 ถึง ปี ค.ศ. 1930 มลรัฐของประเทศ  
 สหรัฐอเมริกาจำนวนมากกว่า 20 มลรัฐ ได้ออกกฎหมายโดยนำระบบทอร์เรนส์ (Torrens) มาใช้  
 ในการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ระบบทอร์เรนส์เป็นระบบที่กำหนดว่า การโอนกรรมสิทธิ์  
 ในอสังหาริมทรัพย์ต้องทำการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์  
 ภายใต้กฎหมายดังกล่าว การสืบค้นกรรมสิทธิ์ก็ยังคงมีการทำกันและมีการออกสิ่งทีเรียกว่าหนังสือ  
 รับรองกรรมสิทธิ์ หรือ “a certificate of title” ซึ่งการโอนหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์นี้จะมีผลทำ  
 ให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โอนไปด้วย กฎหมายทอร์เรนส์ที่มลรัฐต่าง ๆ ตราขึ้นนี้มีลักษณะ  
 เช่นเดียวกับระบบที่ใช้อยู่ในประเทศต่าง ๆ ทั่วโลก คือ ระบบที่ใช้การจดทะเบียนเป็นเครื่องมือ  
 หรือวิธีการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ ระบบทอร์เรนส์ดังกล่าวเป็นระบบที่แตกต่าง  
 จากระบบการบันทึก (a public records office) อย่างไรก็ตาม ระบบทอร์เรนส์ซึ่งดำเนินไปได้ดี  
 ในหลายประเทศทั่วโลก กลับถูกยกเลิกในประเทศสหรัฐอเมริกา ในช่วงปี ค.ศ. 1930 หลายมล

ตราสาร (deed) การจำนอง การปลดจำนอง และสิทธิยึดหน่วงอันเกิดจากภาษี (tax liens) โดยปกติบริษัท  
 ประกันกรรมสิทธิ์ (title company) หรือนายความจะเป็นผู้จัดทำขึ้น

<sup>3</sup> บริษัทที่ทำหน้าที่ในการรับประกันกรรมสิทธิ์เรียกว่า “title company” หน้าที่ของการรับประกันกรรมสิทธิ์เป็น  
 การโอนความเสี่ยงไปยังผู้รับประกัน การประกันกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาที่สร้างขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น  
 จากความบกพร่องในกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิยึดหน่วงหรือภาระผูกพันใดบนอสังหาริมทรัพย์  
 เมื่อได้มีการตรวจสอบเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์แล้วพบว่ากรรมสิทธิ์ถูกต้อง บริษัทประกัน  
 กรรมสิทธิ์จะออกกรมธรรม์ให้และบริษัทจะชดใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับประกันที่ได้รับจากความ  
 บ ก พ ร ้อ ง ใน ก ร ร ม สิ ท ธิ  
 ไม่เฉพาะที่ระบุไว้ในกรมธรรม์เท่านั้น แต่ยังรวมถึงการคุ้มครองป้องกันการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ใน  
 อสังหาริมทรัพย์นั้นซึ่งต้องเป็นการฟ้องคดีที่มีเหตุมาจากความบกพร่องตามที่กรมธรรม์ให้ความคุ้มครองด้วย

รัฐที่ใช้ระบบทอร์เรนส์ได้ยกเลิกระบบนี้ แต่ถึงอย่างไรก็ตาม ระบบทอร์เรนส์ยังคงมีปรากฏอยู่บ้าง  
ในบางมณฑลรัฐ  
ในฐานะเป็นทางเลือกหนึ่งของรูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์

อนึ่ง ในยุคที่สองนี้ ปัญหาเกี่ยวกับการสืบค้นกรรมสิทธิ์ยังไม่ได้หมดไป แม้ว่าจะมีบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (title company) เกิดขึ้นแล้ว แต่การสืบค้นกรรมสิทธิ์กลับต้องสืบค้นให้ครอบคลุมระยะเวลาที่ยาวนานมากขึ้น คงเป็นเพราะผลประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์เพิ่มขึ้นและสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้น ประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นความจำเป็นที่จะต้องออกกฎหมายขึ้นมาเพื่อจำกัดช่วงระยะเวลาที่จะต้องทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์และผลของภาระผูกพันที่มีบนอสังหาริมทรัพย์ให้มีช่วงระยะเวลาที่สั้นลง โดยกฎหมายดังกล่าวเรียกว่า Marketable Record Title Acts ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดช่วงระยะเวลาสำหรับการสืบค้นกรรมสิทธิ์ให้สั้นลงกว่า 60 ปี กฎหมายอีกจำพวกหนึ่งที่มีการออกเช่นกัน คือ กฎหมายที่จำกัดระยะเวลาของภาระผูกพันต่างๆ ที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ให้มีระยะเวลาที่สั้นลง (shorter statutes of limitations)<sup>4</sup> เพื่อเป็นการเยียวยาความบกพร่องที่มีผลต่อกรรมสิทธิ์เด็ดขาดซึ่งปรากฏอยู่ในหน้าเอกสารที่ได้รับการบันทึกไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับจำนอง

## 2. ระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาปัจจุบัน ระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มีทั้งระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) และระบบการจดบันทึก (recording system) โดยระบบทอร์เรนส์ยังคงใช้อยู่ในบางมณฑลรัฐ เนื่องจากมณฑลรัฐนั้นต้องการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อผู้ซื้อและผู้ให้กู้ยืม แต่มณฑลรัฐเกือบทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการจดบันทึก (recording system) ทั้งสิ้น

ระบบการจดบันทึก (recording system) มีขั้นตอนดังนี้ เมื่อผู้โอน (grantor) ได้ทำหนังสือตราสาร (deed)<sup>5</sup> ขึ้นเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับโอนตราสาร (grantee) หนังสือตราสารจะต้องถูกบันทึก โดยผู้บันทึก (recorder) จะจัดทำสำเนาของหนังสือตราสารและเก็บสำเนาไว้ในสมุดบันทึก (record books) สมุดบันทึกนี้ประชาชนทั่วไปสามารถ

<sup>4</sup> Burke, D.B. Real Estate Transactions: Examples and Explanations. The United States of America: Little, Brown and Company, 1993, pp. 6-8.

<sup>5</sup> หนังสือตราสาร หรือที่เรียกว่า “deed” หมายถึง ตราสารที่สร้างขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อโอนความเป็นเจ้าของนั้นไปยังบุคคลอื่น ประเภทของ deed ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบใน 2 รูปแบบ ได้แก่ “quitclaim deeds” และ “warranty deeds”

“quitclaim deeds” คือ หนังสือตราสารที่ผู้โอนแสดงถึงเจตนาที่จะโอนอสังหาริมทรัพย์ในสถานะที่ปรากฏอยู่เท่านั้น โดยผู้โอนจะไม่รับผิดชอบใดๆ หากมีการเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังการโอน

“warranty deeds” คือ หนังสือตราสารที่ผู้โอนออกให้เพื่อรับประกันกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์

ช อ ต ร ว จ ู ไ ต  
เมื่อบันทึกแล้ว ผู้บันทึกจะคืนต้นฉบับหนังสือตราสารให้แก่ผู้รับโอน ทั้งนี้ ผู้บันทึกไม่มีหน้าที่ตรวจสอบถึงความมีผลบังคับใช้ได้ของหนังสือตราสาร หากผู้รับโอนต้องการจะทำให้พอใจว่าตนได้รับโอนกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ (good title) ผู้รับโอนอาจจัดทำประกันกรรมสิทธิ์ (title insurance) ด้วยตนเองได้

ระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) มีวิธีการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การจดทะเบียนที่ Torrens office จะมีผลสะท้อนถึงสถานะของกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ Torrens office จะเก็บรวบรวมหนังสือตราสาร (deeds) การจำนอง สิทธิอาศัย และภาระผูกพันต่าง ๆ บนอสังหาริมทรัพย์ และเอกสารเหล่านี้จะได้รับการจดทะเบียนและบันทึกไว้ในหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ของทางราชการ (official certificate) ต้นฉบับของหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์จะจัดเก็บไว้ในสมุดบันทึก และสำเนาของหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์จะส่งมอบให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์

เมื่อที่ดินแปลงใดได้รับการจดทะเบียนภายใต้ระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) แล้ว ธุรกรรมใด ๆ ที่ทำกันขึ้นภายหลังการจดทะเบียนจะไม่มีผลผูกพันอสังหาริมทรัพย์นี้ น จ น ก ว ำ ร ุกรรมนั้นจะได้รับการจดทะเบียนที่ Torrens office ซึ่งจะเห็นความแตกต่างของระบบทอร์เรนส์ (torrens system) และระบบการจดบันทึก (recording system) ได้ว่า ในระบบทอร์เรนส์ มี อ มี ก ำ ร ุซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กัน ตัวหนังสือตราสาร (deed) ไม่ได้เป็นตัวกำหนดการโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หนังสือตราสารจะถูกนำไปจดทะเบียนที่ Torrens office

ถ้าเป็นที่พอใจแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนว่าหนังสือตราสารมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้ หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ (certificate) ฉบับเดิมจะถูกยกเลิก และจะมีการออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ (certificate) ฉบับใหม่ให้ การจดทะเบียนจึงเป็นตัวชี้ถึงการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ส่วนหนังสือตราสารไม่ได้ส่งคืนให้แก่ผู้รับโอนแต่จะจัดเก็บไว้ที่ Torrens office<sup>6</sup>

ระบบทอร์เรนส์มีการใช้อย่างจำกัดในมหานครต่าง ๆ เช่น Boston Duluth Minneapolis-St. Paul และ New York City แต่มหานครเหล่านี้ก็เริ่มที่จะไม่ใช้ระบบดังกล่าวแล้ว Chicago ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นมลรัฐที่มีระบบทอร์เรนส์ที่ใหญ่ที่สุด กำลังอยู่ในขั้นตอนสุดท้ายของการยกเลิกระบบทอร์เรนส์ และอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการจดทะเบียนทั้งหมดกำลังถูกนำเข้าสู่ระบบ recording system

Torrens certificate มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักฐานที่ถือเป็นยุติว่ากรรมสิทธิ์ถูกต้องตามที่กล่าวอ้างใน certificate แต่ Torrens certificate ไม่ได้เป็นหลักฐานที่แสดงถึงหรือครอบคลุมไปถึงกรรมสิทธิ์อื่น ๆ ซึ่งเรื่องนี้มีความแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ นอกจากนี้ ที่

---

<sup>6</sup> Werner, R. J. Real Estate Law. The United States of America: South-Western, 2002 pp. 198-199.

แตกต่างจากการประกันกรรมสิทธิ์ก็คือ Torrens certificate ไม่ได้เป็นตัวกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนใช้เป็นข้อต่อสู้ในการฟ้องคดีเรียกร้องกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนต้องต่อสู้คดีโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง แต่ถ้าชนะคดี Torrens office จะชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีคืนให้

### 3. การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกา

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาส่วนใหญ่แล้วจะทำผ่านตัวแทนนายหน้า (real estate broker)<sup>7</sup> โดยปกติจะมีการทำสัญญาที่เรียกว่า listing contract<sup>8</sup> ขึ้นระหว่างผู้ขายและตัวแทนนายหน้าเพื่อให้ตัวแทนนายหน้านำทรัพย์สินของผู้ขายออกขายได้ เมื่อมีการทำสัญญาแล้ว ตัวแทนนายหน้าที่ผู้ขายว่าจ้างจะนำรายการทรัพย์สินนั้นเข้าสู่ระบบข้อมูลการขายอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ตัวแทนนายหน้ารายอื่นได้ทราบถึงรายการทรัพย์สินและช่วยในผู้ซื้อหรือที่เรียกว่า multiple listing

เมื่อตัวแทนนายหน้าจัดหาผู้ซื้อได้แล้ว ตัวแทนนายหน้าจะจัดให้ผู้ซื้อลงนามในคำเสนอซื้อ (offer to buy) ไปยังผู้ขาย โดยผู้ขายไม่ผูกพันต่อคำเสนอซื้อนั้นจนกว่าผู้ขายจะได้ลงนามในสัญญาซื้อขาย เมื่อสัญญาซื้อขายได้ลงนามโดยผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว ก่อนที่จะมีการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต้องการระยะเวลาดำเนินการเพื่อปิด

<sup>7</sup> ตัวแทนนายหน้าจะได้รับค่าตอบแทนเป็นค่าคอมมิชชั่น (commission) หรืออาจได้รับค่าตอบแทนเป็นเงินจำนวนร้อยละของราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย มลรัฐส่วนใหญ่กำหนดให้การเป็นตัวแทนนายหน้าต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐ ในการได้รับใบอนุญาต ตัวแทนนายหน้าต้องเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายของแต่ละรัฐกำหนด การเป็นตัวแทนนายหน้าจะถูกควบคุมโดยข้อบังคับของการเป็นตัวแทนนายหน้าทั้งในกฎหมายระดับสหรัฐ (federal laws) และกฎหมายระดับมลรัฐ (state laws) ปัจจุบันผู้ควบคุมดูแล (state regulators) การเป็นตัวแทนนายหน้าของแต่ละมลรัฐ จะอยู่ภายใต้หน่วยงานที่เรียกว่า National Association of Real Estate License Officials

<sup>8</sup> Listing contract ประกอบด้วยรายละเอียดที่สำคัญดังนี้ 1. ชื่อของผู้ขายและตัวแทนนายหน้า 2. การบรรยายถึงลักษณะของทรัพย์สินที่ซื้อขาย 3. เงื่อนไขของสัญญาซึ่งรวมถึงราคาที่ซื้อขาย 4. ระยะเวลาการจ้างงานตัวแทนนายหน้าตามสัญญาฉบับนี้ 5. จำนวนเงินค่าคอมมิชชั่นที่จะได้รับหรือวิธีการคำนวณค่าคอมมิชชั่น และ 6. ข้อตกลงพิเศษ เช่น ข้อตกลงที่ให้ตัวแทนนายหน้าตามสัญญานี้เท่านั้นเป็นตัวแทนนายหน้าของผู้ขายแต่เพียงผู้เดียว (exclusive agency)

ให้มีการสืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ โดยปกติจะใช้ระยะเวลาประมาณ 45 ถึง 90 วัน  
ก่อนที่ธุรกรรมการซื้อขายจะเสร็จสมบูรณ์ลง

## บทที่ 1

### การจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 1.1 ความเป็นมาของเอสโครว์

เอสโครว์ (escrow)<sup>9</sup> นำมาใช้ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเมื่อประมาณหนึ่งศตวรรษที่ผ่านมา แม้อาจกล่าวได้ว่าการทำหน้าที่เป็นเอสโครว์ได้เกิดขึ้นมาพร้อมๆ กับการที่มนุษย์เริ่มมีการแลกเปลี่ยนหรือการซื้อขายสินค้ากัน แต่การทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์อย่างชัดเจนแตกต่างจากเรื่องการให้บริการของบริษัทประกันกรรมสิทธิ์แล้ว ปรากฏขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1890 โดยมีตัวอย่างเหตุการณ์ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์แบบง่าย ๆ ที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียในปี ค.ศ. 1895 ว่า ผู้ชายได้มาที่บริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (title company) และบอกแก่พนักงานของบริษัทว่า ตนมีภาระงานที่จะต้องออกจากเมืองเป็นระยะเวลา 2-3 วัน จึงขอให้พนักงานของบริษัทนำหนังสือตราสาร (deed) ที่ตนทำขึ้นและลงลายมือชื่อไว้แล้วส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อพร้อมกับหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ (certificate of title) และในขณะเดียวกันก็ขอให้พนักงานของบริษัทดังกล่าวเก็บเงินจำนวน 1,000 ดอลลาร์สหรัฐจากผู้ซื้อด้วย ซึ่งหลังจากมีเหตุการณ์ลักษณะเช่นนี้ไม่นาน ก็ได้มีการจัดตั้งแผนกเอสโครว์ขึ้นแยกต่างหากในบริษัทนั้น ปัจจุบัน มีการให้บริการของบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ให้เป็นผู้ดำเนินการเก็บรักษาเงินและเอกสาร กล่าวคือเมื่อเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กำหนดไว้เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ถูกต้องแล้ว และมีการชำระราคาอสังหาริมทรัพย์ครบถ้วนแล้ว บริษัทประกันกรรมสิทธิ์มีหน้าที่ส่งมอบเอกสารให้แก่ผู้ซื้อและส่งมอบเงินให้แก่ผู้ขาย กระบวนการเหล่านี้ได้ปฏิบัติกันเรื่อยมาจนกลายเป็นทางปฏิบัติในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน<sup>10</sup>

สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะทั่วไปเช่นเดียวกับสัญญาอื่นที่ประกอบไปด้วยคำมั่นของคู่สัญญาจำนวนมาก คำมั่นทั้งหลายที่ได้กำหนดไว้ในสัญญาเหล่านี้ คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามเพื่อให้สามารถปิดธุรกรรมการซื้อขายลงได้ อันก่อให้เกิดผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ ดังนั้น สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะปิดลงได้ก็ต่อเมื่อเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาได้บรรลุแล้ว ซึ่งบางครั้งคู่สัญญากำหนดให้การปิดเอสโครว์เป็นเงื่อนไขของสัญญาซื้อขายด้วย โดยการปิดเอสโครว์จะสำเร็จลงก็ต่อเมื่อได้มีการจัดบันทึกลงในเอกสารสำคัญและมีการออกกรรมธรรม์ประกันกรรมสิทธิ์ที่สอดคล้องกับคำสั่งซึ่งผู้ซื้อและผู้ให้กู้ให้ไว้ การปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จึงปรากฏออกมาใน 2 รูปแบบดังนี้

<sup>9</sup> ระบบเอสโครว์ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกามาเป็นเวลานาน โดยนิยมใช้ในดินแดนทางฝั่งตะวันตกของประเทศมากกว่าดินแดนทางฝั่งตะวันออก

<sup>10</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, p. 269

### (1) รูปแบบการปิดธุรกรรมที่เรียกว่า “The New York Style Closing”

ในบางมลรัฐที่ไม่ได้นำระบบเอสโครว์มาใช้ในกระบวนการปิดธุรกรรม คู่สัญญา หรือผู้ซื้อและผู้ขายอาจเป็นผู้ดำเนินการปิดธุรกรรมด้วยตนเองโดยตรง หรืออาจดำเนินการผ่าน ทนายความหรือบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ ในรูปแบบ New York Style นี้ คู่สัญญาทุกฝ่ายจะ มาพบกันในวันที่ทำการปิดธุรกรรมการซื้อขายและทำการแลกเปลี่ยนเอกสารระหว่างกัน ผู้ขายจะ ส่งมอบหนังสือตราสาร (deed) ให้แก่ผู้ซื้อ ผู้ซื้อเองก็จะส่งมอบราคาทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ขาย และผู้รับประกันกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ (title insurer) จะทำการออกกรมธรรม์รับประกัน กรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ หลังจากนั้น ผู้รับประกันกรรมสิทธิ์จะรีบไปดำเนินการให้มีการจดบันทึก หนังสือตราสารที่ผู้ขายส่งมอบโดยมีความเชื่อใจกันระหว่างคู่สัญญาว่าผู้ขายจะไม่ทำการบันทึก เกี่ยวกับโอนสิทธิใดๆ (liens) บนอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายก่อนที่บริษัทประกันกรรมสิทธิ์จะนำ หนังสือตราสารไปบันทึกในนามของผู้ซื้อหรือผู้ให้กู้ในฐานะเป็นผู้รับจำนอง<sup>11</sup>

### (2) รูปแบบการปิดธุรกรรมที่เรียกว่า “The California Closing” หรือ “Western Style Closing”

รูปแบบการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เรียกว่า “The California Closing” นี้ คู่สัญญาจะไม่มาพบกันในวันที่ทำการปิดธุรกรรม แต่จะดำเนินการผ่านทางตัวแทน เอสโครว์ โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้ทำหน้าที่เก็บรักษาหนังสือตราสาร (deed) ที่ผู้ขายออก และได้ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ และตัวแทนเอสโครว์ยังเป็นผู้เก็บรักษาเงินที่ผู้ซื้อได้ฝากไว้ สำหรับเป็นค้ำราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายกัน โดยจะเก็บรักษาไว้จนกว่าผู้รับประกันกรรมสิทธิ์ จะได้แจ้งแก่ตัวแทนเอสโครว์ว่าหนังสือตราสาร (deed) ได้รับการจดบันทึกเรียบร้อยแล้ว และ ไม่มีการบันทึกรายการอื่นใดที่เป็นอุปสรรคต่อการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ของผู้ซื้อ<sup>12</sup>

## 1.2 ข้อความคิดทั่วไปของเอสโครว์

### 1.2.1 ความหมายของเอสโครว์

ความหมายทั่วไปของคำว่า “เอสโครว์” คือ การที่เอกสาร หนังสือตราสาร เงิน หรือรายการอื่นใดตามที่กำหนดไว้โดยคู่สัญญาได้ฝากไว้กับบุคคลที่สามซึ่งเป็นคนที่ไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา ด้วยคำสั่งที่ให้ส่งมอบเอกสาร หนังสือตราสาร หรือทรัพย์สินที่ฝากไว้ให้แก่ คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในคำสั่ง เอสโครว์ (escrow instruction) บุคคลที่สามที่ทำหน้าที่ในการรับฝากดังกล่าวอาจเรียกว่า

<sup>11</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, p. 265.

<sup>12</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, p. 266.

ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งในภาษาอังกฤษมีใช้หลายถ้อยคำ ได้แก่ escrow holder หรือ escrow agent หรือ escrow trustee หรือ escrowee ส่วนเอกสารที่กำหนดเงื่อนไขให้ผู้สัญญาทำหน้าที่ต้องทำให้เสร็จสมบูรณ์ก่อนที่จะมีการส่งมอบ เรียกว่า สัญญาจัดตั้งเอสโครว์ (escrow agreement) หรือ คำสั่งเอสโครว์ (escrow instructions)

นอกจากนี้ ความหมายของเอสโครว์อาจพิจารณาได้จากนิยามตามกฎหมาย ตัวอย่างเช่น ประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code) มาตรา 17003 (a) ได้ให้นิยามของคำว่า เอสโครว์ ไว้ดังนี้

“เอสโครว์” หมายความว่า ธุรกรรมใด ๆ ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย การโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการให้เช่าซึ่งสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ได้ส่งมอบหนังสือตราสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร เงินหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีมูลค่าให้แก่บุคคลที่สามเพื่อถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สามแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้ค้ำประกัน ผู้รับค้ำประกัน เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทนหรือพนักงานของบุคคลใดนั้น

### 1.2.2 ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์

โดยทั่วไปแล้ว สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะกำหนดให้ผู้ขายมีหน้าที่จัดทำหลักฐานที่แสดงกรรมสิทธิ์ (title evidence) เพื่อแสดงสภาพและลักษณะกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายกัน ยกตัวอย่างเช่น ในวันที่ 10 เดือนพฤษภาคม ผู้ขายตกลงจะขายที่ดินให้แก่ผู้ซื้อในราคา 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ โดยสัญญาซื้อขายยังไม่มี การจดทะเบียนที่กและ ผู้ขายยังคงครอบครองที่ดินแปลงดังกล่าวอยู่ ในกรณีนี้ผู้ขายจะสั่งให้มีการจัดทำหลักฐานที่แสดงกรรมสิทธิ์โดยทำเป็นเอกสารที่แสดงถึงภาระผูกพันที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์นั้น (title commitment) สมมุติว่าเอกสารดังกล่าวผู้ซื้อได้รับในวันที่ 20 เดือนพฤษภาคม โดยมีข้อความแสดงว่า ณ วันที่ 15 เดือนพฤษภาคม ผู้ขายเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ปราศจากภาระผูกพันใด ๆ ทั้งสิ้นเหนือที่ดินแปลงที่ซื้อขาย ผู้ซื้อเมื่อได้รับหลักฐานที่แสดงกรรมสิทธิ์ดังกล่าวนี้แล้ว จึงได้ชำระราคาค่าที่ดินและรับมอบหนังสือตราสาร (deed) ในกรณีดังกล่าวนี้ อาจเกิดปัญหาตามมาได้หลายประการ เช่น อาจปรากฏข้อเท็จจริงว่า เมื่อวันที่ 16 เดือนพฤษภาคม ผู้ขายถูกฟ้องร้องในเรื่องภาษีที่ดินที่ต้องชำระ หรืออาจปรากฏว่ามีสิทธิยึดหน่วงหรือภาระผูกพันใด ๆ บนที่ดินแปลงดังกล่าวเกิดขึ้นในช่วงระยะเวลาที่หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ (title evidence) มีผลบังคับจนไปถึงช่วงเวลาที่ผู้ซื้อทำการบันทึกหนังสือตราสาร หรืออาจเกิดปัญหาว่าผู้ขายได้ถึงแก่ความตายก่อนที่จะลงนามในหนังสือตราสาร โดยผู้ขายมีบุตรผู้เยาว์เป็นผู้รับมรดก ซึ่งบุตรผู้เยาว์ไม่มีความสามารถที่จะลงนามในหนังสือตราสารได้

เพื่อเป็นการหลีกเลี่ยงปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นหรือปัญหาอื่นใดในทำนองเดียวกัน สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์บ่อยครั้งจึงทำการปิดธุรกรรมการซื้อขายโดยเอสโครว์ ซึ่งการปิดธุรกรรมการซื้อขายโดยเอสโครว์ (escrow transaction) ผู้ขายจะต้องส่งมอบหนังสือตราสาร เอกสารการจำนองและเอกสารอื่นใดที่ต้องใช้ในการปิดธุรกรรมให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้ว บริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (a title insurance company) จะทำหน้าที่เป็นตัวแทน

เอสโครว์ พร้อมกันนี้ ผู้ซื้อจะมีคำสั่งที่ทำการเป็นลายลักษณ์อักษรให้ตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้ทำการบันทึกหนังสือตราสาร การจำนอง รวมทั้งกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้ครอบคลุมไปจนถึงวันที่มีการบันทึกหนังสือตราสาร ถ้ากรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ ก็ให้บริษัทประกันกรรมสิทธิ์ออกกรมธรรม์รับประกันกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ และตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้ทำหน้าที่จ่ายเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายให้แก่ผู้ขายและส่งมอบเอกสารหรือสิ่งอื่นใดที่รับฝากไว้ตามคำสั่งเอสโครว์ให้แก่ผู้ซื้อ นอกจากนี้ สัญญาจัดตั้งเอสโครว์ยังอาจกำหนดให้ผู้ซื้อที่มีสิทธิได้รับเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายคืนหากปรากฏว่ากรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายมีข้อบกพร่อง (defective) และผู้ขายไม่สามารถที่จะทำการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ ทั้งนี้ ผู้ซื้อที่มีหน้าที่ต้องโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์คืนให้แก่ผู้ขายด้วย

เมื่อกระบวนการได้ดำเนินมาตามข้างต้นแล้ว โดยปกติ ผู้รับโอน (grantee) จะทำการฝากหนังสือตราสารประเภทที่ผู้รับโอนสละสิทธิเรียกร้องที่อาจเกิดขึ้นภายหลังการโอน (quitclaim deed) ซึ่งเรียกว่า reconveyance deed ไว้แก่ตัวแทนเอสโครว์ เพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์คืนให้แก่ผู้โอน (grantor) และถ้าต่อมาปรากฏว่า กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มีข้อบกพร่อง ตัวแทนเอสโครว์จะทำการบันทึกหนังสือตราสารดังกล่าวเพื่อที่กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะได้กลับไปเป็นของผู้โอน (grantor) อีกครั้งหนึ่ง

คำถามที่อาจตามมาได้อีก คือ หากเกิดกรณีที่ว่ากรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มีอยู่อย่างสมบูรณ์ เว้นแต่ยังมีสิทธิยึดเหนี่ยวบนอสังหาริมทรัพย์ต่อผู้ขายอยู่ เช่น การจำนองที่ผู้ขายมีมาแต่เดิมบนอสังหาริมทรัพย์นั้น จะดำเนินการอย่างไร ในกรณีนี้ ทันทันทีที่ปรากฏว่ากรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มีอยู่อย่างสมบูรณ์เว้นแต่เพียงอยู่ภายใต้การจำนองที่ผู้ขายมีมาแต่เดิมนั้น ย่อมถือว่าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์ได้บรรลุลงแล้ว เงินค่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ได้ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์จึงตกเป็นของผู้ขายแล้ว โดยปกติสัญญาจัดตั้งเอสโครว์จะมีข้อกำหนดไว้ในคำสั่งว่าตัวแทนเอสโครว์สามารถใช้เงินดังกล่าวนี้เพื่อชำระหนี้จำนองที่ผู้ขายได้ทำขึ้นไว้แต่เดิมได้ เพื่อเป็นการปลดเปลื้องสิทธิที่เป็นอุปสรรคต่อการเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้ซื้อ กรณีที่มีข้อคัดค้านกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นข้อคัดค้านที่สามารถกำจัดออกไปได้โดยการใช้เงินที่ชำระเป็นค่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ เช่น ภาษีที่ดินที่ผู้ขายยังไม่ได้จ่าย ผู้ซื้อที่มีสิทธิที่จะให้ตัวแทนเอสโครว์ใช้เงินค่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเพื่อกำจัดข้อคัดค้านนั้นได้<sup>13</sup>

ดังนั้น ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์ในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ กล่าวได้ว่ามีดังต่อไปนี้

(1) เป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายว่า ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ซื้อจะได้รับมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ และผู้ขายจะได้รับการชำระราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย

<sup>13</sup> Werner, R. J. Real Estate Law. The United States of America: South-Western, 2002, pp. 183-184.

(2) เพื่อความสะดวกแก่คู่สัญญา ในบางครั้งคู่สัญญาอาจไม่สะดวกที่จะต้องมาปรากฏตัวในวันที่ทำการปิดธุรกรรมซื้อขาย วิธีการปิดธุรกรรมโดยใช้เอสโครว์จะเอื้ออำนวยความสะดวกโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเป็นกรณีคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อยู่กับคนละมลรัฐ หรือเมื่อเป็นกรณีที่คู่สัญญาไม่สามารถมาปรากฏตัวในวันนั้นได้

(3) เป็นการป้องกันการเปลี่ยนใจของคู่สัญญา เนื่องจากว่า เมื่อสัญญาจัดตั้งเอสโครว์ได้มีการลงลายมือชื่อของคู่สัญญาและมีผลบังคับสมบูรณ์แล้ว คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถยกเลิกเอสโครว์และขอรับทรัพย์สินที่ฝากไว้คืนได้ คู่สัญญาทั้งผู้ซื้อและผู้ขายย่อมได้รับการคุ้มครองในกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งอาจเปลี่ยนใจ ตัวอย่างเช่น หากเป็นกรณีการปิดธุรกรรมซื้อขายในรูปแบบปกติที่ไม่ใช่เอสโครว์ ผู้ขายเกิดเปลี่ยนความคิดไม่ประสงค์ที่จะปฏิบัติตามชำระหนี้ตามสัญญาซื้อขายแล้ว อาจจะไม่มาปรากฏตัวในวันที่ทำการปิดธุรกรรมซื้อขาย และปฏิเสธที่จะลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารได้ ผลที่ตามคือ คู่สัญญาต้องไปดำเนินการฟ้องร้องทางศาลให้มีการปฏิบัติตามสัญญาหรือเรียกค่าเสียหายที่เกิดขึ้นกันต่อไป แต่ถ้าคู่สัญญาซื้อขายเลือกใช้เอสโครว์ในการปิดธุรกรรมการซื้อขายกัน ถึงแม้ว่าผู้ขายปรารถนาที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกสัญญาซื้อขาย แต่ตัวแทนเอสโครว์ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมหนังสือตราสารที่ได้รับส่งมอบมาจากผู้ขายยังมีหน้าที่ผูกพันตามคำสั่งเอสโครว์ที่ต้องส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้ซื้อเมื่อเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในคำสั่งเอสโครว์ได้เกิดขึ้น เพราะเอสโครว์เป็นสิ่งที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงหรือเพิกถอนได้ จึงเป็นหลักประกันได้ว่าคู่สัญญาทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจะไม่เปลี่ยนใจไม่ปฏิบัติตามสัญญา

(4) คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาพบเจอกันซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการต้องเผชิญหน้ากับการขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญาและบุคลิกที่แตกต่างกันของคู่สัญญาด้วย โดยเฉพาะถ้าเป็นการซื้อขายบ้าน ส่วนใหญ่แล้วจะมีเรื่องของอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้อง ซึ่งอาจก่อให้เกิดบรรยากาศที่ไม่น่าพึงพอใจแก่คู่สัญญาได้ การพุดจาเสียตีสักเพียงเล็กน้อยระหว่างคู่สัญญาอาจเป็นชนวนให้เกิดข้อพิพาทหรือปัญหาที่ไม่น่าจะเกิดขึ้นได้ ปัญหาดังกล่าวนี้จะไม่เกิดขึ้นหากคู่สัญญาเลือกใช้เอสโครว์ในการปิดธุรกรรมซื้อขายเพราะคู่สัญญาไม่ต้องมาเผชิญหน้ากันอีก ต่างฝ่ายต่างปฏิบัติหน้าที่ซึ่งตนต้องกระทำตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์เท่านั้น<sup>14</sup>

(5) การใช้เอสโครว์เป็นเครื่องมือในการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีความเป็นไปได้น้อยมากที่จะไม่ประสบผลสำเร็จ เพราะว่าบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางต้องรับผิดชอบดำเนินการในรายละเอียดทางด้านเทคนิคของธุรกรรมซื้อขายจึงมักจะเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในด้านต่างๆ เกี่ยวกับการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง การตรวจสอบเอกสาร การคำนวณอัตราส่วนของค่าใช้จ่ายหรือภาษีที่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายต้องแบกรับ หรือการติดต่อประสานงานกับผู้ให้กู้ เป็นต้น

<sup>14</sup> Gibson, F., Karp, J. and Klayman, E. Real Estate Law. Chicago: Real Estate Education Company, 1992, pp. 320-321.

### 1.2.3 การเลือกตัวแทนเอสโครว์

ในการเลือกบริษัทที่จะมาทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์นั้น ผู้ซื้อ ผู้ขาย ตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และผู้ให้กู้ ต้องการตัวแทนเอสโครว์ซึ่งมีสถานประกอบการตั้งอยู่ในที่สะดวกแก่ตนและต้องการตัวแทนเอสโครว์ที่มีเวลาทำงานให้แก่ธุรกรรมการซื้อขายของตน โดยต้องเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถในกระบวนการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ นอกจากนี้ คู่สัญญายังต้องการตัวแทนเอสโครว์ที่มีความมั่นคงทางสถานะการเงิน มีความซื่อสัตย์ และมีประวัติการทำงานที่ดี ทั้งนี้ คู่สัญญาอาจตรวจสอบประวัติการทำงานของตัวแทนเอสโครว์ได้จากหน่วยงานของรัฐที่ออกใบอนุญาตให้กับตัวแทนเอสโครว์<sup>15</sup> สำหรับค่าธรรมเนียมในการใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์นั้น ค่าธรรมเนียมดังกล่าวไม่ได้ถูกกำหนดหรือควบคุมไว้แต่อย่างใด คู่สัญญาสามารถที่จะต่อรองราคาค่าธรรมเนียมกับตัวแทนเอสโครว์ได้

ตัวแทนเอสโครว์อาจเป็นบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (title company) หรือธนาคารก็ได้ ตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือนายความก็อาจทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้นๆ เองได้ อย่างไรก็ตาม หากตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หรือนายความของคู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวยอมเป็นกรณีบุคคลนั้น ยอมรับความเสี่ยงเอง เนื่องจากถ้าเป็นทนายความของคู่สัญญาเพียงฝ่ายเดียวในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทนายความดังกล่าวเสี่ยงที่จะพบปัญหาการขัดกันของผลประโยชน์ เพราะตนกำลังปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นตัวแทนเอสโครว์ซึ่งต้องเป็นอิสระจากคู่สัญญาทุกฝ่าย

นอกจากนี้ ตัวแทนเอสโครว์อาจอยู่ในรูปแบบของบริษัทเอกชนที่จัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์โดยเฉพาะ ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว บริษัทดังกล่าวจะมีขนาดเล็กกว่าบริษัทประกันกรรมสิทธิ์หรือธนาคารหรือสถาบันการเงินที่มีแผนกเอสโครว์อยู่ โดยส่วนมากแล้วบริษัทเอกชนที่ดำเนินธุรกิจเป็นตัวแทนเอสโครว์จะเริ่มก่อตั้งโดยผู้ที่มีความรู้ความสามารถโดดเด่นซึ่งเคยทำงานอยู่ในแผนกเอสโครว์ของสถาบันการเงินหรือธนาคารมาก่อน บุคคลเหล่านี้จะมีความสามารถมากกว่าตัวแทนเอสโครว์ที่จ้างอยู่ในบริษัทประกันกรรมสิทธิ์หรือธนาคาร อย่างไรก็ตาม บริษัทเอกชนที่ดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์นี้ มีเป็นส่วนน้อยที่จะมีทรัพย์สินเพียงพอต่อการคุ้มครองในกรณีมีความเสียหายเกิดขึ้นจากการกระทำของลูกจ้างของบริษัท ดังนั้น คู่สัญญาอาจจะต้องเลือกระหว่างตัวแทนเอสโครว์ที่มีความสามารถสูงกับตัวแทนเอสโครว์ที่เป็นแผนกเอสโครว์ในสถาบันใหญ่ซึ่งมีความมั่นคงทางการเงินที่สามารถจะชำระหนี้ให้ได้เมื่อเกิดความเสียหายขึ้น

---

<sup>15</sup> ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กระทรวงพาณิชย์เป็นหน่วยงานที่มีอำนาจในการออกใบอนุญาตให้กับผู้ยื่นคำขอประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ แต่สำหรับกรณีบริษัทประกันกรรมสิทธิ์นั้น ประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้บริษัทดังกล่าวสามารถทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้โดยไม่ต้องมาขอรับใบอนุญาต แต่การประกอบการเป็นบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ก็ตกอยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานประกันภัย ดังนั้น คู่สัญญาจึงสามารถตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ได้จากหน่วยงานประกันภัย (Insurance Commissioner) นั่นเอง

การเลือกตัวแทนเอสโครว์ที่มีประวัติการทำงานดีจะช่วยให้กระบวนการปิดธุรกรรมเสร็จสิ้นลงได้เป็นอย่างดี แต่คู่สัญญาควรระมัดระวังกรณีที่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเป็นผู้กำหนดตัวแทนเอสโครว์โดยเลือกจากตัวแทนเอสโครว์ซึ่งมีความคุ้นเคยกับคู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นอย่างดี ตัวแทนเอสโครว์ที่ดำเนินธุรกิจอยู่กับคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งอย่างต่อเนื่องอาจปฏิบัติหน้าที่ของตนอย่างไม่เป็นกลาง ด้วยเหตุผลนี้เอง ประมวลกฎหมายแพ่งของมลรัฐแคลิฟอร์เนียจึงได้กำหนดว่า นักพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (real estate developer)<sup>16</sup> ในมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่สามารถที่จะกำหนดให้ใช้ตัวแทนเอสโครว์ที่ตนมีผลประโยชน์ทางการเงิน (financial interest) ร่วมอยู่ด้วยได้ ซึ่งผลประโยชน์ทางการเงินในที่นี้หมายถึง การเป็นเจ้าของธุรกิจเอสโครว์หรือมีส่วนการควบคุมธุรกิจเอสโครว์ในสัดส่วนตั้งแต่ร้อยละ 5 ของธุรกิจเอสโครว์นั้น<sup>17</sup>

สำหรับกรณีที่เป็นการธุรกรรมพาณิชย์ซึ่งมีขนาดใหญ่และมีความสลับซับซ้อน ทนายความบางคนอาจหลีกเลี่ยงการเลือกให้ตัวแทนเอสโครว์ในธุรกรรมดังกล่าว หรืออาจเลือกใช้เอสโครว์สำหรับกระบวนการทางเอกสารเท่านั้น เนื่องจากว่าธุรกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์เป็นธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับปริมาณงานที่เป็นการซื้อขายจำนวนมากและต้องการความรวดเร็ว ดังนั้น ตัวแทนเอสโครว์เองบ่อยครั้งจะวุ่นวายอยู่กับธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จำนวนมากในช่วงเวลาเดียวกัน ทำให้ไม่มีเวลาพอที่จะดูแลธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ขนาดใหญ่ได้เป็นอย่างดี นอกจากนี้ มีตัวแทนเอสโครว์จำนวนน้อยที่จะมีความรู้อย่างละเอียดลึกซึ้งในกฎหมาย บัญชี หรืออสังหาริมทรัพย์ อย่างไรก็ตาม ทนายความที่ทำงานในธุรกรรมขนาดใหญ่ที่มีความสลับซับซ้อนอาจเลือกที่จะทำงานร่วมกับตัวแทนเอสโครว์ได้ เนื่องจากต้องการอาศัยทักษะของตัวแทนเอสโครว์ในเรื่องการประสานงานกับผู้ให้กู้ที่จะชำระหนี้กู้ยืมเดิมและอนุมัติเงินก้อนใหม่สำหรับการกู้ยืมใหม่ หรือทักษะในเรื่องการคำนวณอัตราภาษี การประกันภัย การเช่า การส่งบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ในการสืบค้นเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินและการออกกรมธรรม์รับประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ตลอดจนความแน่นอนในการจัดให้มีการลงนามในหนังสือตราสารและการจำนองได้อย่างเรียบร้อยเพื่อพร้อมสำหรับการนำไปจดบันทึก<sup>18</sup>

#### 1.2.4 คำสั่งเอสโครว์ (Escrow Instructions)

เนื่องจากตัวคำสั่งเอสโครว์เองไม่ใช่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น คำสั่งเอสโครว์จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย Statute of Frauds<sup>19</sup> แต่

<sup>16</sup> มลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่มีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการเป็นนักพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นการเฉพาะ แต่มีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate broker) ซึ่งปรากฏอยู่ใน California Business and Professions Code, Division 4 Real Estate.

<sup>17</sup> California Civil Code, section 2995.

<sup>18</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, p. 271.

<sup>19</sup> Statute of Frauds คือ หลักกฎหมายที่กำหนดให้สัญญาบางประเภทต้องทำตามแบบจึงจะมีผลสมบูรณ์ หลักนี้บัญญัติอยู่ในมาตรา 2-201 Formal Requirements แห่ง Uniform Commercial Code (U.C.C.) ที่ใช้บังคับกับทุกมลรัฐในประเทศสหรัฐอเมริกา

โดยทั่วไปแล้ว คำสั่งเอสโครว์เกือบทั้งหมดจะจัดทำขึ้นเป็นหนังสือ และประกอบด้วยสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง คำสั่งเอสโครว์ที่เฉพาะเจาะจงหรือคำสั่งพิเศษ (special or specific instructions) คำสั่งในส่วนนี้ประกอบด้วยข้อกำหนดของสัญญาซื้อขาย ดังนั้น เนื้อหาของคำสั่งในส่วนนี้จะไม่เกินไปกว่าเนื้อหาที่อยู่ในสัญญาซื้อขายที่คู่สัญญาได้จัดทำขึ้น ส่วนที่สอง คำสั่งที่เป็นชุดของเงื่อนไขที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างตัวการและตัวแทนเอสโครว์ คำสั่งเอสโครว์ในส่วนที่สองนี้ เรียกว่าเป็นคำสั่งเอสโครว์ทั่วไป (general instructions)

คำสั่งเอสโครว์ส่วนใหญ่แล้วจะร่างขึ้นเพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ไม่ต้องประสบปัญหาเกี่ยวกับประเด็นที่ยังโต้แย้งกันอยู่หรือประเด็นที่เป็นเรื่องยุ่งยาก นอกจากนี้ คำสั่งเอสโครว์ยังจำกัดความรับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์ในกรณีที่มีข้อพิพาทกับคู่สัญญาในคำสั่งเอสโครว์ ตัวอย่างเช่น คำสั่งเอสโครว์จะไม่กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์มีอำนาจในการตัดสินใจว่ารายการที่มาจากการสืบค้นกรรมสิทธิ์นั้นเป็นการจำกัดหรือยกเว้นผู้ซื้อจากการได้กรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์หรือไม่ แต่คำสั่งเอสโครว์จะกำหนดในลักษณะที่ว่าตัวแทนเอสโครว์จะดำเนินการปิดธุรกรรม เว้นแต่ผู้ซื้อซึ่งไม่พอใจกับรายงานเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์จะได้แจ้งเป็นหนังสือแก่ตัวแทนเอสโครว์ว่าให้ตัวแทนเอสโครว์ระงับกระบวนการปิดธุรกรรม<sup>20</sup>

### 1.2.5 คุณสมบัติของเอสโครว์ที่สมบูรณ์ (Requirements of an Escrow)

คำสั่งเอสโครว์ที่จะมีผลบังคับใช้ได้ต้องมีองค์ประกอบที่จำเป็นดังต่อไปนี้

(1) หนังสือตราสารที่ใช้บังคับได้ (valid deed) หนังสือตราสารเป็นสิ่งสำคัญมากในเอสโครว์ หนังสือตราสารต้องจัดทำขึ้นให้สอดคล้องกับกฎหมายของมลรัฐที่ใช้บังคับกับสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น หนังสือตราสารที่ขาดสาระสำคัญของการเป็นหนังสือตราสารที่ใช้บังคับได้จะไม่สามารถเป็นวัตถุประสงค์ของธุรกรรมเอสโครว์ได้ และตัวแทนเอสโครว์ซึ่งถือหนังสือตราสารดังกล่าวมีหน้าที่ต้องส่งมอบหนังสือตราสารนั้นกลับคืนให้แก่ผู้ขายเมื่อผู้ขายร้องขอ ตัวอย่างเช่น นาย John Hines ได้ลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารและได้ส่งมอบให้เอสโครว์ แต่หนังสือตราสารไม่มีพยานลงนาม ซึ่งขัดกับกฎหมายของมลรัฐนั้นที่กำหนดให้ผู้โอน (grantor) ต้องจัดให้มีการรับรองการลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารที่ได้ทำขึ้นโดยความสมัครใจของผู้โอน ต่อหน้าพยานสองคน ดังนั้น การฝากหนังสือตราสารไว้กับเอสโครว์จึงไม่ถือว่าเป็นการรับฝากไว้ในฐานะเอสโครว์เพราะขาดการรับรองลายมือชื่อ นาย Hines จึงเรียกคืนหนังสือตราสารดังกล่าวได้

(2) สัญญาซื้อขายที่มีผลบังคับตามกฎหมาย (enforceable contract) เพื่อที่การจัดตั้งเอสโครว์จะมีผลบังคับใช้ได้ จะต้องปรากฏว่าหนังสือสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่คู่สัญญาได้ทำขึ้นนั้นมีผลบังคับใช้ได้ระหว่างคู่สัญญาด้วย เนื่องจากกฎหมาย Statute of Frauds กำหนดให้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องทำเป็นหนังสือและมีลายมือชื่อของคู่สัญญาจึงจะมีผลใช้บังคับได้ ดังนั้น หากสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ไม่ได้ทำขึ้นเป็นหนังสือ การจัดตั้งเอสโครว์

<sup>20</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, p. 271.

ยอมไม่สามารถที่จะบังคับใช้ได้ แม้ว่าจะได้มีการส่งมอบหนังสือตราสารที่สมบูรณ์แล้วโดยฝ่ายผู้ขายก็ตาม หนังสือตราสารนั้นจะตกอยู่ภายใต้การถูกเรียกคืนโดยผู้ขายได้ และตัวหนังสือตราสารเอง (deed) ไม่ใช่หลักฐานเป็นหนังสือของสัญญาซื้อขายตามความต้องการของกฎหมาย Statute of Frauds เพราะว่าเงื่อนไขที่สำคัญของการซื้อขายไม่ได้มีกล่าวไว้ในหนังสือตราสาร เช่น เรื่องของราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย

(3) การส่งมอบเอกสารไปยังบุคคลที่สาม (delivery) ผู้โอน (grantor) หรือตัวแทนของผู้โอนต้องส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ตัวแทนเอสโครว์โดยมีเจตนาที่จะสละการครอบครองในหนังสือตราสารนั้น การสละการครอบครองในกรณีนี้เรียกว่า “first delivery” การสละการครอบครองที่จะมีผลเป็นการส่งมอบนี้ต้องปรากฏว่าผู้โอนสละการควบคุมอย่างเด็ดขาดเหนือหนังสือตราสารนั้น ในกรณีที่หนังสือตราสารยังอาจถูกเรียกคืนได้โดยผู้โอน การส่งมอบเช่นนั้นไม่ถือว่าเป็นสมบูรณ์

(4) ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ถูกกำหนดให้เป็นตัวแทนในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขาย ดังนั้น ตัวแทนเอสโครว์จึงต้องทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายซึ่งต้องปฏิบัติหน้าที่โดยสุจริต ตัวแทนเอสโครว์ไม่มีอำนาจอื่นใดนอกจากอำนาจที่เกิดขึ้นจากสัญญาหรือข้อตกลงหรือคำสั่งเอสโครว์เท่านั้น และตัวแทนเอสโครว์ถูกจำกัดหน้าที่อย่างเคร่งครัดให้ต้องปฏิบัติตามอย่างสอดคล้องกับคำสั่งเอสโครว์ดังกล่าว การบิดเบือนจากคำสั่งเอสโครว์เป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ หากเกิดความเสียหายขึ้นตัวแทนเอสโครว์ต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น

โดยธรรมเนียมปฏิบัติแล้ว ทนายความหรือตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายไม่สามารถปฏิบัติการในฐานะเป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ เพราะการทำเช่นนั้นอาจทำให้เกิดการขัดกันของผลประโยชน์ อย่างไรก็ตาม บางมลรัฐอนุญาตให้ตัวแทนของคู่สัญญาหรือทนายความของคู่สัญญาปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนเอสโครว์ได้ตราบเท่าที่การปฏิบัติหน้าที่เช่นนั้นไม่เป็นการขัดต่อผลประโยชน์ของตัวการ

(5) ข้อตกลงและเงื่อนไขเอสโครว์ (escrow agreement and condition) ข้อตกลงเอสโครว์ไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือ แต่โดยปกติแล้วข้อตกลงเอสโครว์จะทำขึ้นเป็นหนังสือ โดยอาจรวมไว้ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์หรืออาจทำขึ้นเป็นสัญญาแยกต่างหากอีกฉบับก็ได้ ข้อตกลงเอสโครว์ควรกำหนดรายละเอียดอย่างเพียงพอที่จะแสดงให้เห็นถึงเจตนาของคู่สัญญาและควรครอบคลุมถึงเงื่อนไขต่าง ๆ ซึ่งเงื่อนไขที่กำหนดในข้อตกลงเอสโครว์ที่พบเห็นอยู่เป็นประจำ ได้แก่

(5.1) ชื่อและที่อยู่ของผู้ขาย ผู้ซื้อ และตัวแทนเอสโครว์

(5.2) รายละเอียดของทรัพย์สินที่เป็นวัตถุของเอสโครว์

(5.3) หน้าที่ของผู้ซื้อและหน้าที่ของผู้ขายเกี่ยวกับการฝากหนังสือตราสารและเงินไว้แก่เอสโครว์

(5.4) คำสั่งเกี่ยวกับการบันทึกลงในหนังสือตราสารและการเบิกจ่ายเงินค่าราคาทรัพย์สิน

(5.5) เงื่อนไขที่ทำให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โอน

(5.6) คำสั่งให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องปฏิบัติในกรณีที่เงื่อนไขไม่เป็นไปตามที่กำหนดไว้

(5.7) การชำระค่าธรรมเนียมเอสโครว์ ค่าธรรมเนียมของทนายความ ค่าจดบันทึก และค่าใช้จ่ายอื่นๆ

(5.8) ลายมือชื่อของผู้ซื้อ ผู้ขาย และตัวแทนเอสโครว์

ดังได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ข้อตกลงเอสโครว์นี้เป็นสัญญา ดังนั้น คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่สามารถที่จะเพิกถอนได้โดยปราศจากความยินยอมของคู่สัญญาทุกฝ่าย ในกรณีที่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งพยายามที่จะเพิกถอนข้อตกลงเอสโครว์และต้องการได้ทรัพย์สินที่ฝากไว้กับเอสโครว์กลับคืน ตัวแทนเอสโครว์ต้องเพิกเฉยต่อการเรียกร้องดังกล่าว<sup>21</sup>

### 1.2.6 กรณีตัวแทนเอสโครว์ก่อความเสียหายขึ้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ บางครั้งอาจดำเนินการผิดพลาดและก่อให้เกิดความเสียหายแก่คู่สัญญา โดยส่วนใหญ่แล้วความผิดพลาดของเอสโครว์จะเกิดขึ้นโดยบังเอิญและขนาดความเสียหายไม่มาก เช่น กรณีที่บริษัทประกอบการเอสโครว์นำเงินของลูกค้ามาปะปนกับเงินของบริษัท กรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ขโมยเงินของคู่สัญญาและหลบหนีไป หรือกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์โอนหนังสือตราสาร (deed) ที่ผู้ขายได้ลงลายมือชื่อแล้วไปให้กับบุคคลภายนอก ซึ่งได้ปลอมชื่อของผู้รับโอน (grantee) และส่งมอบหนังสือตราสารที่ได้มีการจดบันทึกในชื่อของบุคคลภายนอกคืนให้แก่ผู้ซื้อตัวจริง ทำให้ต้องมีการตรวจสอบจากเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งต้องใช้ระยะเวลาอีกหลายเดือนเพื่อที่จะแก้ไขปัญหาดังกล่าว ตัวอย่างที่เกิดขึ้นจริงในประเทศสหรัฐอเมริกา คือ เมื่อวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1989 กระทรวงพาณิชย์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ยึดทรัพย์สินของตัวแทนเอสโครว์ชื่อ The Escrow Shoppe โดยมีข้อเท็จจริง ดังนี้ นาย David Fein ได้ทำธุรกรรมการขายบ้านที่ Woodland Hills เมื่อวันที่ 17 เดือนมีนาคมในปีเดียวกัน และได้ลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารเพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินการส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อและได้รับชำระราคาบ้านเป็นเช็ค แต่เช็คดังกล่าวถูกปฏิเสธการจ่ายเงิน อีกหนึ่งเดือนต่อมา นาย Fein ก็ยังไม่ได้รับชำระราคาบ้าน กระทรวงพาณิชย์จึงมีคำสั่งไม่ให้มีการเบิกจ่ายเงินจากกองทุนเอสโครว์จนกว่าจะมีการสอบสวนเรื่องราวดังกล่าวเสร็จก่อน ซึ่งส่งผลให้ธุรกรรมเอสโครว์อื่นๆ อีกประมาณ 300-400 คำสั่งต้องหยุดชะงักไปด้วย

ในการพิจารณาเรื่องความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือการยกยอกเงินโดยตัวแทนเอสโครว์นั้น เงินที่ได้ฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์ถือว่าไม่เคยตกเป็นกรรมสิทธิ์ของตัวแทนเอสโครว์เลย ดังนั้น หากเกิดกรณีที่เงินค่าทรัพย์สินหายไปหรือมีการยกยอกเงินจำนวนดังกล่าวไปโดยตัวแทนเอสโครว์ก่อนที่จะมีการส่งมอบให้แก่ผู้ขาย ความเสียหายจะตกแก่คู่สัญญาฝ่ายที่มีกรรมสิทธิ์ในเงินจำนวนดังกล่าว ณ เวลาที่เงินจำนวนดังกล่าวได้สูญหายหรือมีการยกยอกไป

<sup>21</sup> Gibson, F., Karp, J. and Klayman, E. Real Estate Law. Chicago: Real Estate Education Company, 1992, pp. 321-329.

จึงแยกพิจารณาได้เป็น 2 กรณี กล่าวคือ ถ้าเงื่อนไขของเอสโครว์ยังไม่ได้มีการปฏิบัติจนลุล่วง ความสูญหายหรือความเสียหายจากการยกยอกเงินในบัญชีจะตกแก่ผู้ซื้อหรือผู้ให้กู้ซึ่งเป็นผู้นำฝากเงินจำนวนดังกล่าว โดยคู่สัญญาฝ่ายนั้นไม่มีสิทธิที่จะอ้างว่าตนได้ปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายของตนตามคำสั่งเอสโครว์โดยการส่งเงินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์เป็นที่เรียบร้อยแล้ว ตนจึงไม่ต้องรับบาปเคราะห์ และผู้ซื้อหรือผู้ให้กู้ก็ไม่สามารถที่จะบังคับให้ผู้ขายโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ตนได้ ในกรณีกลับกัน หากเงินเกิดสูญหายหรือมีการยกยอกเกิดขึ้น เมื่อเงื่อนไขของเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องแล้ว ผู้ขายหรือผู้กู้คือผู้ที่ต้องรับบาปเคราะห์นั้นไป

หลักการดังกล่าวข้างต้นตั้งอยู่บนข้อเท็จจริงที่ว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ได้เป็นความผิดของคู่สัญญาฝ่ายใด อย่างไรก็ตาม หากมีกรณีที่ความสูญหายหรือการยกยอกเงินมีสาเหตุมาจากหรือได้เกิดขึ้นโดยความช่วยเหลือ โดยจงใจหรือโดยประมาทเลินเล่อของผู้ขายหรือคู่สัญญาฝ่ายอื่น คู่สัญญาฝ่ายนั้นต้องแบกรับความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย ถึงแม้ว่ากรรมสิทธิ์ในเงินจำนวนดังกล่าวยังคงเป็นของผู้ซื้ออยู่ ตัวอย่างเช่น การปิดเอสโครว์ถูกทำให้ล่าช้าออกไปเนื่องจากความบกพร่องในเรื่องกรรมสิทธิ์ที่ดินของผู้ขาย ผู้ขายไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องคดีอย่างจริงจังเพื่อปลดเปลื้องความบกพร่องดังกล่าว และในระหว่างช่วงเวลาของความล่าช้านั้น ตัวแทนเอสโครว์ได้ยกยอกเงินค่าทรัพย์สินไป ศาลตัดสินว่า ความเสียหายจะไม่เกิดขึ้นถ้าหากไม่มีความล่าช้าโดยความประมาทเลินเล่อของผู้ขายในการติดตามฟ้องร้องคดี ดังนั้น ผู้ขายจึงต้องมีส่วนในการแบกรับความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย<sup>22</sup>

### 1.2.7 หน้าที่ในการเปิดเผยข้อเท็จจริงของตัวแทนเอสโครว์

ภายใต้หลักทั่วไปของตัวแทน ตัวแทนมีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงสำคัญทุกเรื่องหรือข้อเท็จจริงใดก็ตามที่อาจมีผลต่อการตัดสินใจของตัวการให้ตัวการทราบ เนื่องจากความรู้ของตัวแทนที่ได้มาจากการเป็นตัวแทนและภายในขอบเขตของการเป็นตัวแทนโดยทั่วไปแล้วถือว่าตัวการได้รับรู้ด้วย

หลักดังกล่าวนี้นำมาปรับใช้อย่างจำกัดกับตัวแทนเอสโครว์เพราะว่าตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย และตัวแทนเอสโครว์เป็นตัวแทนประเภทพิเศษ เพราะหน้าที่ของตัวแทนจะถูกกำหนดไว้โดยคำสั่งเอสโครว์ที่ตัวการให้ไว้ ดังนั้น ตัวแทนเอสโครว์ไม่อยู่ภายใต้หลักทั่วไปของการเปิดเผยข้อเท็จจริงซึ่งเป็นหลักที่ปรับใช้กับตัวแทนทั่วไป ตัวแทนเอสโครว์ไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยข้อมูลต่อคู่สัญญาในส่วนที่เกี่ยวกับเอสโครว์ซึ่งตนกำลังดำเนินการ เพราะการเปิดเผยดังกล่าวอาจเป็นการฝ่าฝืนหน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์ที่มีต่อสัญญาเอสโครว์อื่น

ตัวแทนเอสโครว์โดยหลักแล้วไม่มีหน้าที่ต้องเปิดเผยต่อคู่สัญญาในสัญญาเอสโครว์ว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งกำลังถูกโกงโดยคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือตัวแทนอื่นของตัวการ อย่างไรก็ตาม หน้าที่ดังกล่าวอาจมีได้โดยขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงแต่ละกรณี และขึ้นอยู่กับว่าตัวแทน

---

<sup>22</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993 , pp. 273-274.

เอสโครว์มีความรู้ที่แน่นอนชัดเจนในเรื่องการโกงดังกล่าวหรือไม่ ถ้าตัวแทนเอสโครว์รู้อย่างแน่ชัดว่าคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งในสัญญาเอสโครว์กำลังทำการโกง ตัวแทนเอสโครว์ย่อมมีหน้าที่เกี่ยวกับความไว้วางใจ ซึ่งเป็นการห้ามไม่ให้ตัวแทนเอสโครว์ดำเนินกระบวนการเอสโครว์ต่อไปโดยปราศจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงดังกล่าวต่อตัวการที่ถูกโกง

คดีที่เกิดขึ้นในรัฐอริโซนา Berry v. McLeod แสดงให้เห็นความแตกต่างในข้อยกเว้นในเรื่องของการโกงในเอสโครว์ ในคดีดังกล่าว ตัวแทนเอสโครว์ถูกตัดสินให้ต้องรับผิดชอบในเรื่องเอสโครว์ซ้อน (double escrow) กล่าวคือ ผู้ซื้อเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นโดยตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ของผู้ขาย และตัวแทนนายหน้าอสังหาริมทรัพย์นั้นได้ว่าจ้างตัวแทนเอสโครว์คนเดียวกันให้เป็นตัวแทนเอสโครว์ในธุรกรรมการขายทรัพย์สินของผู้ซื้อซึ่งเป็นบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาหลอก ๆ ที่ซื้อมาจากผู้ขายให้แก่ตนเอง ศาลของรัฐอริโซนาเห็นว่าตัวแทนเอสโครว์ควรจะเตือนผู้ขายว่านายหน้าอสังหาริมทรัพย์กำลังซื้อทรัพย์สินผ่านบริษัทที่จัดตั้งขึ้นมาหลอก ๆ

อย่างไรก็ตาม ได้มีความเห็นที่โต้แย้งต่อหลักข้อยกเว้นในเรื่องการโกงที่เกิดขึ้นในมลรัฐอริโซนาว่า หน้าที่ของตัวแทนเอสโครว์กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องปฏิบัติงานอย่างแน่นอนและตั้งใจต่อรายละเอียด และต้องปฏิบัติงานด้วยความรวดเร็ว ซึ่งตัวแทนเอสโครว์โดยปกติแล้วจะดำเนินการในฐานะเอสโครว์สำหรับธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อื่นอีกเป็นร้อยรายในเวลาเดียวกัน ดังนั้น ระบบเอสโครว์จะทำงานได้ดีที่สุดถ้าตัวแทนเอสโครว์ไม่ต้องอยู่ภายใต้หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลต่าง ๆ แต่ควรอยู่ภายใต้หน้าที่ในการเก็บรักษาข้อมูลเป็นความลับ

ตัวแทนเอสโครว์ไม่ต้องรับผิดชอบถ้า (1) ปฏิบัติหน้าที่อย่างเคร่งครัดตามเงื่อนไขของสัญญาตั้งเอสโครว์ และ (2) เก็บรักษาความลับของคำสั่งเอสโครว์และทำให้คำสั่งเอสโครว์บรรลุผลด้วยความซื่อสัตย์ ด้วยทักษะ และด้วยความซื่อสัตย์

สำหรับมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ศาลแห่งมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้ไปไกลอย่างศาลในมลรัฐอริโซนา คำตัดสินของศาลไม่เคยกำหนดหน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลในกรณีของการเป็นตัวแทนเอสโครว์ซ้อน (double escrow) หรือแม้แต่เมื่อนายหน้าอสังหาริมทรัพย์กำลังซื้อทรัพย์สินของผู้ขายด้วยมูลค่าที่ต่ำมาก ๆ และนำไปขายต่อเพื่อได้กำไรอย่างลับ ๆ<sup>23</sup>

### 1.2.8 ความขัดแย้งระหว่างคำสั่งเอสโครว์กับสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

โดยหลักแล้ว คำสั่งเอสโครว์ควรจะสอดคล้องต้องตรงกันกับสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ เว้นแต่คู่สัญญาจะได้แสดงเจตนายินยอมอย่างชัดแจ้งโดยทำเป็นหนังสือให้มีการแก้ไขสัญญาซื้อขายได้ อย่างไรก็ตาม ความขัดแย้งระหว่างสัญญาซื้อขายกับคำสั่งเอสโครว์เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นได้

<sup>23</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, pp. 275-276.

หากความขัดแย้งเกิดขึ้นจากความผิดพลาดในการร่าง ปัญหาดังกล่าวยุติได้โดย  
ไม่ยาก แต่หากความขัดแย้งระหว่างสัญญาซื้อขายกับคำสั่งเอสโครว์เกิดขึ้นจากการตีความ  
ข้อตกลงที่ขัดแย้งกัน คู่สัญญาจะต้องทำการเจรจาใหม่ก่อนการปิดธุรกรรมซื้อขาย

ในการยุติปัญหาความขัดแย้งระหว่างสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กับคำสั่ง  
เอสโครว์ จะอาศัยหลักทั่วไปของการตีความ คือ ในระหว่างคู่สัญญาเดียวกัน ถ้ามีการทำเอกสาร  
มากกว่าหนึ่งเอกสารและเป็นเอกสารที่เกี่ยวข้องในเรื่องเดียวกัน เอกสารทั้งหมดที่ทำขึ้นนั้นต้อง  
ตีความไปในทางที่สอดคล้องกัน<sup>24</sup>

อย่างไรก็ตาม ถ้าเอกสารทั้งสองฉบับมีความขัดแย้งกันอย่างชัดเจน หลักทั่วไป  
คือ คำสั่งเอสโครว์ซึ่งถูกทำขึ้นภายหลังสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ย่อมถือเป็นหลักฐานท้ายสุด  
ของข้อตกลงของคู่สัญญา ดังนั้น จึงต้องบังคับตามคำสั่งเอสโครว์ นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลอื่นที่  
สนับสนุนให้คำสั่งเอสโครว์มีผลบังคับเหนือกว่าสัญญาซื้อขาย กล่าวคือ คำสั่งเอสโครว์จะ  
ประกอบด้วยรายละเอียดมากกว่าเนื้อหาที่อยู่ในสัญญาซื้อขาย ดังนั้น คำสั่งเอสโครว์จึงอุดช่องว่าง  
หรือสิ่งที่สัญญาซื้อขายไม่ได้กล่าวถึงโดยไม่เป็นการขัดแย้งกับข้อตกลงในสัญญาซื้อขายได้<sup>25</sup>

### 1.2.9 เอสโครว์กับการส่งมอบ

การส่งมอบเป็นสิ่งสำคัญและเป็นเครื่องมือสำหรับการใช้ระบบเอสโครว์ หนังสือ  
ตราสาร (deed) จะมีผลบังคับเมื่อมีการส่งมอบเท่านั้น หนังสือตราสารที่ยังไม่ได้มีการส่งมอบ  
หากได้รับการจดทะเบียนก็ ผลก็คือ กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ยังไม่มีโอนไปยังผู้รับโอน  
(grantee) ยกตัวอย่างเช่น ผู้ซื้อที่ยังไม่ได้ชำระราคาซื้อขาย ได้นำหนังสือตราสารที่มีการ  
ลงลายมือชื่อของผู้ขายไปโอนเป็นของตนเองและต่อมาได้ขายอสังหาริมทรัพย์นั้นไปยังบุคคลอื่น  
ซึ่งเป็นผู้ซื้อโดยสุจริต ผู้ซื้อโดยสุจริตคนนี้ก็ไม่มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าว เนื่องจาก  
หนังสือตราสารที่ผู้ซื้อนำมาไม่มีผลบังคับได้ เพราะยังไม่มีมีการส่งมอบหนังสือตราสารโดยผู้ขาย  
หรือผู้โอน (grantor) นั่นเอง

การส่งมอบ เป็นการแสดงถึงเจตนาของผู้โอน (grantor) โดยการส่งมอบต้อง  
ประกอบด้วยองค์ประกอบ 2 ประการ ดังนี้

- (1) เจตนาที่จะส่งมอบ และ
- (2) หลักฐานของเจตนาดังกล่าว เว้นแต่ว่าเจตนาของผู้ให้ได้แสดงออกมาอย่าง

ชัดเจนแล้ว

การส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้รับโอนโดยมีเงื่อนไขในการส่งมอบ กฎหมาย  
ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดให้ถือว่าเงื่อนไขนั้นมิได้มี ดังนั้น การส่งมอบจึงเป็นการส่งมอบที่

<sup>24</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, pp. 277.

<sup>25</sup> Burke, D.B. Real Estate Transactions: Examples and Explanations. The United States of America: Little, Brown and Company, 1993, p. 130.

เสร็จเด็ดขาด อย่างไรก็ตาม ในบางมลรัฐได้มีการผ่อนปรนหลักการดังกล่าวโดยถือว่าการส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้รับโอนเป็นการส่งมอบโดยมีเงื่อนไขได้

สำหรับกรณีที่เป็นการส่งมอบหนังสือตราสารต่อคู่สัญญาฝ่ายที่สามโดยมีเงื่อนไขนั้น จะถือว่าการส่งมอบยังไม่สามารถบังคับใช้ได้จนกว่าเงื่อนไขดังกล่าวจะบรรลุแล้ว ผู้ขายซึ่งได้ฝากหนังสือตราสารที่ลงลายมือชื่อไว้แก่ตัวแทนเอสโครว์จะถูกสันนิษฐานว่าได้ส่งมอบหนังสือตราสารแล้ว เนื่องจากตัวแทนเอสโครว์ได้รับหนังสือตราสารนั้นไว้ในฐานะตัวแทนของผู้ซื้อ ผู้ขายที่มีความระมัดระวังจึงไม่ส่งมอบหนังสือตราสารที่ลงลายมือชื่อก่อนวันที่มีการปิดธุรกรรม อย่างไรก็ตาม การส่งมอบหนังสือตราสารของผู้ขายให้แก่เอสโครว์เป็นการส่งมอบอย่างมีเงื่อนไขตามที่คู่สัญญาได้กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์ ดังนั้น ผู้ขายซึ่งต้องการหลีกเลี่ยงความเสี่ยงของการสูญเสียกรรมสิทธิ์ก่อนที่ผู้ซื้อจะได้ปฏิบัติการชำระหนี้ฝ่ายตนเรียบร้อยแล้ว จะไม่ส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้ซื้อโดยตรงก่อนที่ผู้ซื้อจะได้ปฏิบัติการชำระหนี้โดยสมบูรณ์แล้ว ผู้ขายจะต้องรอจนกว่าเงื่อนไขของการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้อง หรือผู้ขายอาจจะส่งมอบหนังสือตราสารโดยมีเงื่อนไขให้แก่บุคคลที่สามซึ่งอาจเป็นใครก็ได้ยกเว้นผู้ซื้อ ด้วยเหตุผลนี้ จึงเป็นแรงผลักดันให้มีการใช้เอสโครว์ในการปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยปกติผู้ซื้อจะได้รับการคุ้มครองเมื่อตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบหนังสือตราสารโดยผิดพลาดหรือมีการจดบันทึกก่อนที่เงื่อนไขทั้งหมดที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์จะบรรลุผล

ระบบคอมมอนลอว์ได้วางหลักในการปิดเอสโครว์ไว้ว่า เอสโครว์จะถูกปิดและถือว่าหนังสือตราสารได้มีการส่งมอบก็ต่อเมื่อผู้ขายได้ลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารและส่งมอบแก่ตัวแทนเอสโครว์และผู้ซื้อได้ชำระราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายแล้ว แต่ในทางปฏิบัติปัจจุบันในคำสั่งเอสโครว์จะกำหนดไว้ว่า การปิดเอสโครว์จะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหนังสือตราสารได้รับการจดบันทึกแล้ว<sup>26</sup>

### 1.2.10 การโอนกรรมสิทธิ์ (Title Passage)

ธุรกรรมเอสโครว์ที่เสร็จสมบูรณ์ต้องประกอบด้วย การส่งมอบทั้งหมดสองครั้ง การส่งมอบครั้งแรก (first delivery) สมบูรณ์เมื่อผู้ให้ยอมสละอำนาจควบคุมของตนที่มีอยู่เหนือหนังสือตราสารนั้น และส่งมอบหนังสือตราสารนั้นให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ การส่งมอบในครั้งที่สอง (second delivery) เกิดขึ้นเมื่อตัวแทนเอสโครว์ได้ส่งมอบหนังสือตราสารนั้นให้แก่ผู้ซื้อ หลังจากที่มีเงื่อนไขตามข้อตกลงเอสโครว์ได้บรรลุแล้ว ผู้รับโอน (grantee) มีสิทธิ์ในการรับมอบหนังสือตราสารที่ฝากไว้กับเอสโครว์ และ ณ เวลานั้น กรรมสิทธิ์จะโอนไปยังผู้รับ<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993, pp. 277-280.

<sup>27</sup> Gibson, F., Karp, J. and Klayman, E. Real Estate Law. Chicago: Real Estate Education Company, 1992, p. 329.

ทฤษฎี Relation Back ได้นำมาใช้กับธุรกรรมเอสโครว์ด้วย โดยหลัก ทฤษฎีดังกล่าวกำหนดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจะย้อนกลับไปที่ เวลาที่ได้มีการส่งมอบหนังสือตราสารในครั้งแรก (first delivery) ต่อตัวแทนเอสโครว์ กล่าวคือ เมื่อผู้ขายได้ส่งมอบหนังสือตราสารแก่เอสโครว์ แม้ต่อมาผู้ขายถึงแก่ความตาย หากเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติถูกต้องแล้ว ให้ถือว่าหนังสือตราสารดังกล่าวเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ย้อนกลับไปถึงเวลาตั้งแต่วันที่ที่มีการส่งมอบหนังสือตราสารแก่ตัวแทนเอสโครว์ ทำนองเดียวกัน หากผู้ซื้อถึงแก่ความตายหลังจากที่ผู้ขายได้ส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว และต่อมาเงื่อนไขตามคำสั่งเอสโครว์สำเร็จลง จะต้องถือว่าได้มีการโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนับตั้งแต่วันที่ที่มีการส่งมอบหนังสือตราสารให้ตัวแทนเอสโครว์ โดยในกรณีนี้ อาจมีการส่งมอบเพื่อประโยชน์แก่ทายาทของผู้ซื้อต่อไป

หลักการเดียวกันนี้นำไปปรับใช้แก่กรณีที่ผู้ขายได้ทำการสมรสหรือตกเป็นผู้ไร้ความสามารถภายหลังจากที่ได้ส่งมอบหนังสือตราสารแก่ตัวแทนเอสโครว์แล้วด้วย

หลัก Relation Back ที่ให้กรรมสิทธิ์มีผลย้อนกลับไปที่ เวลาที่มีได้มีการส่งมอบหนังสือตราสารแก่ตัวแทนเอสโครว์นี้จะนำมาปรับใช้เฉพาะแก่กรณีที่ได้อ้างมาข้างต้นเท่านั้น กรณีนอกเหนือจากนี้ การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะเกิดขึ้น ณ เวลาเมื่อข้อตกลงและเงื่อนไขที่ตกลงไว้ในสัญญาเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติโดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว ตัวอย่างเช่น กรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ได้นำเงินค่าราคาทรัพย์สินที่ซื้อขายซึ่งตนได้รับมอบไว้จากผู้ซื้อหลบหนีไปก่อนที่ข้อตกลงและเงื่อนไขในสัญญาเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องครบถ้วน ความสูญเสียที่เกิดขึ้นดังกล่าวตกแก่ผู้ซื้อเพราะในเวลาที่ได้มีการยกยอกเงินดังกล่าวไปนั้น เงินค่าราคาทรัพย์สินยังคงเป็นของผู้ซื้อ ในทางกลับกัน ถ้าเงื่อนไขของสัญญาเอสโครว์ได้ปฏิบัติแล้ว ต่อมาตัวแทนเอสโครว์ได้ยกยอกนำเงินนั้นหลบหนีไป เงินจำนวนดังกล่าวที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์เป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ขายแล้ว

ในกรณีที่ผู้ให้กู้ยืมเป็นคู่สัญญาในสัญญาเอสโครว์ หากตัวแทนเอสโครว์ยกยอกเงินที่ส่งมอบไว้ในฐานะเป็นเงินจำนองก่อนที่กรรมสิทธิ์จะได้รับการตรวจสอบว่าถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์ กรรมสิทธิ์ในเงินจำนองดังกล่าวยังคงเป็นของผู้รับจำนองซึ่งจะต้องรับผิดชอบต่อความสูญเสียนั้นและไม่สามารถที่จะเรียกร้องจากผู้จำนองได้

ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่า หลักการของทฤษฎี Relation Back ช่วยป้องกันไม่ให้เกิดความไม่เป็นธรรมต่อคู่สัญญาหรือป้องกันการเปลี่ยนแปลงที่มีผลต่อการแสดงเจตนาของคู่สัญญาที่ได้เกิดขึ้นหลังจากการส่งมอบหนังสือตราสารแก่เอสโครว์แล้วอีกด้วย

### 1.3 กระบวนการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์

กระบวนการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นการพัฒนากระบวนการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยวิธีการปกติซึ่งผู้ซื้อและผู้ขายต้องมาพบกันและแลกเปลี่ยนหนังสือตราสารกับเงินค่าทรัพย์สิน

ที่ซื้อขายกัน แต่โดยกระบวนการปิดธุรกรรมโดยใช้เอสโครว์ ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ต้องมาพบกันเอง แต่จะกระทำโดยใช้บุคคลที่สามทำหน้าที่แทนคู่สัญญาในฐานะเป็นคนกลาง<sup>28</sup>

ในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่ผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันเลือกการปิดธุรกรรมโดยใช้เอสโครว์ คู่สัญญาอาจแต่งตั้งธนาคารหรือบริษัทผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้รับผิดชอบในการจัดการปิดธุรกรรมซื้อขาย ผู้ขายจะส่งมอบหนังสือตราสารที่ลงลายมือชื่อถูกต้องครบถ้วนให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะได้รับคำสั่งให้ส่งมอบหนังสือตราสารแก่ผู้ซื้อหลังจากผู้ขายได้รับชำระราคาทรัพย์สินแล้ว เมื่อผู้ซื้อได้ฝากเงินเพื่อชำระเป็นคาราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายไว้กับตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้ซื้อและส่งมอบเงินดังกล่าวให้แก่ผู้ขาย ณ จุดนี้การปิดเอสโครว์เป็นอันสิ้นสุดลง

นอกจากนี้ การปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ยังอาจเกี่ยวข้องกับเงื่อนไขในเรื่องกรรมสิทธิ์ ตัวอย่างเช่น หลังจากที่ผู้ขายส่งมอบหนังสือตราสารและผู้ซื้อส่งมอบเงินค่าทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ เมื่อทนายความของผู้ซื้อได้รับรองเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของทรัพย์สินที่ซื้อขายแล้ว ตัวแทนเอสโครว์ถูกผูกพันโดยสัญญาซื้อขายหรือสัญญาอื่นใดให้ต้องส่งมอบหนังสือตราสารแก่ผู้ซื้อและส่งมอบเงินค่าทรัพย์สินแก่ผู้ขาย ตัวแทนเอสโครว์อาจได้รับคำสั่งให้ทำการบันทึกหนังสือตราสารเพื่อประโยชน์แก่ผู้ซื้อทันทีที่ผู้ซื้อได้ฝากเงินค่าทรัพย์สินไว้แก่ตัวแทนเอสโครว์หรือแม้แต่ก่อนที่กรรมสิทธิ์จะได้รับการตรวจสอบจากทนายความ ดังนั้น หากต่อมาเกิดกรณีที่กรรมสิทธิ์ไม่ได้รับการรับรอง ผู้ซื้อจะมีสิทธิที่จะได้รับเงินค่าทรัพย์สินกลับคืนเมื่อได้มีการโอนหนังสือตราสารคืนให้แก่ผู้ขาย การเปลี่ยนแปลงที่อาจเกิดขึ้นได้ในกรณีเช่นนี้จึงต้องมีการกำหนดให้ผู้ซื้อลงลายมือชื่อในหนังสือตราสารประเภทที่แสดงถึงการสละสิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ (quitclaim deed) เพื่อประโยชน์ของผู้ขาย และผู้ซื้อต้องฝากหนังสือตราสารประเภทดังกล่าวไว้กับตัวแทนเอสโครว์ในเวลาที่ได้มีการฝากเงินค่าราคาทรัพย์สิน จากนั้นหนังสือตราสารที่ผู้ขายได้ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์จะถูกบันทึกไว้เพื่อประโยชน์ของผู้ซื้อเมื่อเกิดกรณีที่กรรมสิทธิ์ไม่ได้รับการรับรอง ตัวแทนเอสโครว์จะต้องทำการบันทึกลงในหนังสือตราสารประเภทที่แสดงถึงการสละสิทธิเรียกร้องอย่างใด ๆ (quitclaim deed) แล้วจึงส่งมอบเงินค่าราคาทรัพย์สินคืนแก่ผู้ซื้อ เช่นนี้ คู่สัญญาก็จะได้กลับคืนสู่สถานะเดิม

ระบบเอสโครว์นี้ไม่ได้จำกัดการใช้เฉพาะกรณีการแลกเปลี่ยนระหว่างหนังสือตราสารในอสังหาริมทรัพย์กับเงินค่าอสังหาริมทรัพย์นั้นเท่านั้น ยังอาจนำไปใช้กับการแลกเปลี่ยนหนังสือตราสารในอสังหาริมทรัพย์ด้วยตนเองได้ด้วย<sup>29</sup>

<sup>28</sup> การปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้ระบบเอสโครว์นั้นอย่าสับสนกับบัญชีเอสโครว์ (escrow account) ซึ่งการจำนองส่วนใหญ่แล้วจะกำหนดเงื่อนไขให้ผู้รับจำนองเปิดบัญชีเอสโครว์สำหรับการเบิกถอนเงินเพื่อใช้ชำระเป็นค่าภาษีอสังหาริมทรัพย์หรือเป็นค่าเบี้ยประกันวินาศภัย โดยทั่วไป ผู้จำนองจะชำระเงินเข้าไปในบัญชีเอสโครว์เป็นรายเดือนจำนวนเท่ากับหนึ่งในสิบสองส่วนของจำนวนภาษีอสังหาริมทรัพย์รายปีและค่าเบี้ยประกันวินาศภัย

<sup>29</sup> Gibson, F., Karp, J. and Klayman, E. Real Estate Law. Chicago: Real Estate Education Company, 1992, pp. 318-320.

## บทที่ 2

### กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา

#### 2.1 ลักษณะกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา

ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศที่มีการออกกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ขึ้นใช้บังคับ โดยเป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ (state law) กล่าวคือ เป็นกฎหมายที่มลรัฐต่างๆ ออกมาเพื่อใช้บังคับภายในอาณาเขตหรือเขตอำนาจของมลรัฐนั้นๆ ไม่ได้มีขอบเขตการบังคับใช้ครอบคลุมทั้งประเทศสหรัฐอเมริกา และจากการสำรวจกฎหมายของมลรัฐทั้ง 50 มลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา<sup>30</sup> ปรากฏว่า มลรัฐต่างๆ มีกฎหมายเอสโครว์บังคับใช้ในลักษณะต่างกัน อาจแยกได้เป็นสองลักษณะใหญ่ดังนี้

(1) กฎหมายที่กำหนดในเรื่อง บัญชีเอสโครว์ (escrow account) มลรัฐส่วนใหญ่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยเรื่องต่างๆ ที่มีบทบัญญัติกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) สำหรับการทำธุรกรรมตามกฎหมายนั้นรวมอยู่ด้วย โดยในมลรัฐเหล่านั้นอาจมีหรือไม่มีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อควบคุมการประกอบกำกับการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ด้วยก็ได้ บัญชีเอสโครว์ในที่นี้เป็นเครื่องมือที่กฎหมายกำหนดให้ใช้สำหรับธุรกรรมตามกฎหมายเพื่อเป็นการคุ้มครองคู่สัญญาในธุรกรรมนั้นๆ สำหรับเหตุผลในการกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ในธุรกรรมต่างๆ นั้น ส่วนใหญ่มีความคล้ายคลึงกัน กล่าวคือ เพื่อเป็นหลักประกันว่าคู่สัญญาจะมีการปฏิบัติตามสัญญาที่ตนได้ทำร่วมกันไว้ หรือเพื่อสร้างความมั่นใจว่าผู้มีสิทธิได้รับเงินที่ฝากอยู่ในบัญชีเอสโครว์จะได้รับเงินนั้นอย่างแน่นอนและได้รับตรงเวลา (on time)<sup>31</sup>

กฎหมายลักษณะนี้จะกำหนดให้เปิดบัญชีเอสโครว์ไว้กับคนกลางซึ่งจะเป็นผู้ดูแลบัญชีเอสโครว์ และอาจเรียกว่า ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) หรือตัวแทนบัญชีเอสโครว์ (escrow account agent) ผู้ดูแลบัญชีเอสโครว์นี้อาจได้แก่ ธนาคาร สถาบันการเงิน บริษัท

<sup>30</sup> 50 State Statutory Surveys, Financial Services Loan Funding: Escrow Accounts, Thomson West June 2006, <http://international.westlaw.com>

<sup>31</sup> เหตุผลที่กล่าวถึงนี้ นำมาจากคำอธิบายทั่วไปว่าด้วยเรื่องเอสโครว์ เช่น

- Understanding escrow accounts, <http://www.bankrate.com/brm/green/mtg/basics6-1a.asp?caret=32>

- 28 American Jurisprudence, 2d, Escrow § 2.

เนื่องจากได้ตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นมาของการร่างมาตราเกี่ยวกับบัญชีเอสโครว์แล้ว ปรากฏว่า ข้อมูลดังกล่าวไม่ได้ให้เหตุผลของการกำหนดในเรื่องบัญชีเอสโครว์ไว้ โดยให้ข้อมูลแต่เพียงว่าได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเพื่อกำหนดบังคับให้มีการฝากเงินในบัญชีเอสโครว์ แต่มีข้อสังเกตว่าบัญชีเอสโครว์เป็นเครื่องมือที่ใช้ในกฎหมายมานานแล้ว เห็นได้จากบทบัญญัติเกี่ยวกับบัญชีเอสโครว์จะปรากฏในกฎหมายมาตั้งแต่แรก และกฎหมายเหล่านั้นหลายฉบับเป็นกฎหมายเก่าที่ใช้บังคับมานาน ซึ่งไม่สามารถตรวจสอบความเป็นมาแต่เริ่มแรกได้ เนื่องจากแหล่งข้อมูลที่เข้าถึงได้มีข้อมูลความเป็นมาของกฎหมายในช่วงหลังๆ เท่านั้น

ประกันภัย นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ทรัสตี หรือหน่วยธุรกิจอื่น (entity) ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายให้เป็นตัวแทนเอสโครว์ หรืออาจรวมถึงตัวแทนเอสโครว์ที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมาย (licensed escrow agent) หากมลรัฐนั้นมีกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์ด้วย

เนื้อหาหลักของกฎหมายที่กำหนดในเรื่องบัญชีเอสโครว์ส่วนใหญ่จะกำหนดในทำนองเดียวกันว่า ในธุรกรรมที่กำหนด จะต้องมีการฝากเงินไว้ในบัญชีเอสโครว์โดยถือเป็นบัญชีแยกต่างหาก และเมื่อคู่สัญญาที่เกี่ยวข้องได้ทำตามข้อกำหนดครบถ้วนก็ให้ผู้ดูแลบัญชีเอสโครว์ จ่ายเงินที่ฝากในบัญชีเอสโครว์ให้แก่คู่สัญญา นอกจากนี้ ยังกำหนดเงื่อนไขต่าง ๆ เกี่ยวกับการเปิดบัญชีเอสโครว์ เช่น ประเภทบัญชีที่เปิดได้ สิทธิในบัญชีจะเป็นของคู่สัญญาฝ่ายใด เป็นต้น ตัวอย่างกฎหมายที่กำหนดในเรื่องบัญชีเอสโครว์ในมลรัฐต่าง ๆ อาทิเช่น

- มลรัฐอลาสกา (Alaska) มีกฎหมายที่ควบคุมเรื่องธุรกิจการซื้อขายสินค้า กำหนดห้ามผู้ขาย (seller) เรียกให้ผู้ซื้อ (buyer) ผลิตภัณฑ์ (products) อุปกรณ์ (equipment) วัสดุดิบ (supplies) หรือบริการต่าง ๆ (services) ชำระเงินดาวน์ (down payment) เกินกว่าร้อยละ 20 ของราคาสินค้าที่ซื้อขาย เว้นแต่ว่าส่วนที่เกินนั้นจะนำไปฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์ (escrow account) โดยบัญชีเอสโครว์นี้ กฎหมายบังคับว่า ผู้ถือบัญชีเอสโครว์ต้องเป็นบุคคลที่เป็นอิสระ (independent) จากผู้ขาย และผู้ถือบัญชีเอสโครว์จะต้องไม่เบิกจ่ายเงินโดยตรงจากบัญชีเอสโครว์ เว้นเสียแต่ว่าจะพ้นกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ผู้ขายลงนามสัญญาและผู้ซื้อได้แจ้งเป็นหนังสือไปยังผู้ถือบัญชีเอสโครว์ว่าตนได้รับส่งมอบสินค้าที่ซื้อแล้ว ภายในระยะเวลาตามที่กำหนดในสัญญาระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย หรือเว้นเสียแต่เป็นกรณีที่ผู้ซื้อแจ้งให้ผู้ถือบัญชีเอสโครว์ทราบว่ามีการยกเลิกสัญญาซื้อขายสินค้าแล้ว กรณีนี้ก็ให้ผู้ถือบัญชีเอสโครว์ถอนเงินจากบัญชีเอสโครว์คืนให้แก่ผู้ซื้อ<sup>32</sup>

- มลรัฐอาร์คันซอร์ (Arkansas) มีกฎหมายกำหนดให้ผู้ทำฟาร์มโคนม (dairy farmer) มีสิทธิเรียกร้องให้ผู้ผลิตนม (milk processors) เปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) เพื่อประโยชน์ของตนในการได้รับชำระราคาน้ำนม ในกรณีที่ผู้ผลิตนมไม่ยอมชำระค่าน้ำนมให้<sup>33</sup>

- มลรัฐคอนเนคติกัต (Connecticut) มีกฎหมายกำหนดให้ธุรกรรมการจำนอง (mortgage) ผู้รับจำนองต้องเปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) สำหรับใช้เบิกถอนเงินเพื่อชำระเป็นค่าภาษีอสังหาริมทรัพย์หรือเป็นค่าเบี้ยประกันวินาศภัย<sup>34</sup>

<sup>32</sup> รายละเอียดโปรดดูใน Alaska Statutes, Title 45 Trade and Commerce, Chapter 66 Sale of Business Opportunities, Section 100 Restrictions on down payment , and Section 110 Escrow account requirements.

<sup>33</sup> รายละเอียดโปรดดูใน Arkansas Code, Title 20 Public Health and Welfare, Chapter 59 Milk and Dairy Products, Subchapter 6 Purchases by Milk Processors, Section 602 Escrow account requirement.

<sup>34</sup> รายละเอียดโปรดดูใน Connecticut General Statutes Annotated, Title 36 A The Banking Law of Connecticut, Chapter 669 Regulated Activities, Part VII Mortgage Servicing, Section 716 Escrow accounts.

- มลรัฐดิสทริค ออฟ โคลัมเบีย (District of Columbia) มีกฎหมายกำหนดให้บุคคลที่ได้รับเงินหรือตราสารใด ๆ ในธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ (real estate transaction) ไม่ว่าจะบุคคลที่ต้องได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายหรือไม่ ต้องฝากเงินหรือตราสารเหล่านั้นไว้ในบัญชี

เอสโครว์ เว้นแต่คู่สัญญาทุกฝ่ายในธุรกรรมนั้นจะมีหนังสือและลงลายมือชื่อทุกคนกำหนดคำสั่งเป็นอย่างอื่น และผู้ถือบัญชีเอสโครว์ต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องทราบถึงบัญชีนั้นและยอมให้ตรวจสอบได้ นอกจากนี้ ผู้ถือบัญชีเอสโครว์ไม่มีสิทธิใด ๆ ในเงินที่ฝากอยู่ในบัญชีเอสโครว์จนกว่า

ธุรกรรมจะเสร็จสิ้น<sup>35</sup>

(2) กฎหมายที่ควบคุม ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) มีมลรัฐจำนวนหนึ่งที่ตรากฎหมายเฉพาะขึ้นเพื่อควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ ทั้งนี้ เหตุผลในการตรากฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทนเอสโครว์ ส่วนใหญ่พบว่ามีความคล้ายคลึงกัน คือ เพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการตัวแทนเอสโครว์จากการฉ้อโกงหรือจากการหลอกลวงของตัวแทนเอสโครว์ซึ่งรัฐได้รับการร้องเรียนเป็นจำนวนมากขึ้น รวมไปถึงจากการที่กิจการเอสโครว์อยู่ในภาวะล้มละลายมากขึ้นส่งผลให้ผู้บริโภคต้องสูญเสียเงินของตนอันเป็นผลจากการล้มละลายนั้น<sup>36</sup> กฎหมายที่ควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ของมลรัฐเหล่านี้กำหนดหลักการไว้คล้ายคลึงกัน คือ ใช้มาตรการอนุญาต (license) มาเป็นมาตรการควบคุม มลรัฐที่มีกฎหมายควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ ได้แก่ มลรัฐอริโซนา (Arizona) (A.R.S. Title 6 Banks and Financial Institutions, Chapter 7 Escrow Agents) มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California) (CA FIN Division 6 Escrow Law) มลรัฐไอดาโฮ (Idaho) (ID ST Title 30 Corporations, Chapter 9 Idaho Escrow Act) มลรัฐวอชิงตัน (Washington) (Chapter 18.44 RCW Escrow agent registration act) และมลรัฐโอเรกอน (Oregon) (ORS Chapter 696: Real Estate and Escrow Activities, Section 505-590) เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม มลรัฐที่มีกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์ในลักษณะที่สองนี้ ก็มีกฎหมายเฉพาะที่กำหนดในเรื่องบัญชีเอสโครว์ในลักษณะที่หนึ่งใช้บังคับด้วย เช่น มลรัฐแคลิฟอร์เนียมีกฎหมายชื่อว่า The Vacation Ownership and Time-Share Act of 2004<sup>37</sup> ในมาตรา 11243 กำหนดให้นักพัฒนาแผนที่พักอาศัยเพื่อการพักผ่อนหรือท่องเที่ยว (developer of a time-share plan) จะต้องฝากเงินทั้งหมดที่ได้รับมาในระหว่างช่วงเวลารอให้ผู้ซื้อตัดสินใจ

<sup>35</sup> รายละเอียดโปรดดูใน District of Columbia Official Code 2001, Title 42 Real Property, Chapter 17 Real Estate Brokers' Duties, Section 1704 Escrow accounts.

<sup>36</sup> เหตุผลดังกล่าวมีปรากฏใน Statement of Purpose ของร่างกฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐไอดาโฮ (Idaho Escrow Act), House Bill No. 159, 2005, <http://international.westlaw.com>

<sup>37</sup> California Business and Professions Code, Division 4 Real Estate, Part 2 Regulation of Transactions, Chapter 2 The Vacation Ownership and Time-Share Act of 2004, Section 11210-11288.

ว่าจะยืนยันหรือยกเลิกสัญญาซื้อแผนที่พักอาศัย (time-share plan)<sup>38</sup> หรือที่เรียกว่า rescission period ในรูปของเอสโครว์ (escrow depository) ซึ่งอาจฝากเงินดังกล่าวไว้กับตัวแทนที่ได้รับอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยตัวแทนเอสโครว์ ธนาคาร บริษัททรัสต์ สถาบันเพื่อการออมและการกู้ยืมเงิน (savings and loan associations) บริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (title insurers or underwritten title companies) (เรียกรวมกันว่า ตัวแทนเอสโครว์) โดยการฝากเงินดังกล่าวต้องมีหลักฐาน คือ การทำสัญญาเอสโครว์ (escrow agreement) ระหว่างนักพัฒนาแผนที่พักอาศัยกับตัวแทนเอสโครว์ ซึ่งอย่างน้อยต้องมีข้อกำหนดดังนี้

- ตัวแทนเอสโครว์จะเบิกเงินจากบัญชีเอสโครว์ให้แก่ นักพัฒนาแผนที่พักอาศัย ก็ต่อเมื่อ rescission period สิ้นสุดลง

- ถ้าผู้ซื้อยกเลิกสัญญา เงินที่ฝากไว้ต้องคืนแก่ผู้ซื้อ หรือคืนแก่นักพัฒนาแผนที่พักอาศัย ถ้านักพัฒนาแผนที่พักอาศัยได้จ่ายเงินคืนแก่ผู้ซื้อไปเองแล้ว

ในกรณีที่นักพัฒนาขายแผนที่พักอาศัยไม่สามารถทำให้สิทธิของผู้ซื้อที่จะเข้าครอบครองที่พักอาศัยตามแผนที่พักอาศัยเรียบร้อยได้ เช่น ก่อสร้างที่พักอาศัยไม่เสร็จ ในขณะที่ rescission period สิ้นสุดลงแล้ว เงินที่นักพัฒนาแผนที่พักอาศัยได้รับจากผู้ซื้อยังคงต้องฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์ จนกว่าจะมีหลักฐานที่ได้รับการรับรองโดยรัฐว่าผู้ซื้อสามารถได้รับประโยชน์จากที่พักอาศัยตามแผนได้แล้ว อย่างไรก็ตาม ในระหว่างนั้น อาจมีการถอนเงินจากบัญชีเอสโครว์ได้

ใ  
น  
ก  
ร  
ณ  
ี  
ที่

ผู้ซื้อยกเลิกสัญญาแผนที่พักอาศัย ซึ่งต้องคืนเงินแก่ผู้ซื้อ หรือในกรณีที่ผู้ซื้อผิดนัดไม่ปฏิบัติตามสัญญา ซึ่งต้องให้เงินนั้นแก่นักพัฒนาแผนที่พักอาศัย หรือในกรณีที่นักพัฒนาแผนที่พักอาศัยมีหลักฐานมาแสดงว่าได้ก่อสร้างที่พักอาศัยเสร็จแล้ว ซึ่งต้องเบิกเงินให้แก่ นักพัฒนานั้น

นักพัฒนาแผนที่พักอาศัยต้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับบัญชีเอสโครว์ต่อหน่วยงานของ  
ร  
ฐ  
ที่รับผิดชอบ (Real Estate Commissioner) และต้องยินยอมเป็นหนังสือให้ Commissioner เข้าตรวจสอบได้ และในกรณีที่มีข้อพิพาทเกี่ยวกับเงินในบัญชีเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์ต้องเก็บรักษาเงินในบัญชีเอสโครว์ไว้จนกว่าจะได้รับคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรลงชื่อโดยคู่กรณีทุกฝ่าย หรือได้ฝากเงินไว้กับศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคดีพิพาทนั้น

อย่างไรก็ตาม กฎหมายเปิดช่องให้นักพัฒนาแผนที่พักอาศัยไม่จำเป็นต้องฝากเงินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ดังที่กล่าวมาข้างต้นก็ได้ หากนักพัฒนาแผนที่พักอาศัยวางเงินประกันแก่ Commissioner เท่ากับจำนวนเงินที่ต้องฝากในบัญชีเอสโครว์ หรือเงินค่าใช้จ่ายที่ต้องใช้เพื่อดำเนินการสร้างที่พักอาศัยให้แล้วเสร็จ เงินประกันดังกล่าวอาจอยู่ในรูปของหนังสือค้ำประกัน (surety bond) หนังสือรับประกันเอสโครว์ (escrow bond) เล็ตเตอร์ออฟเครดิตชนิดเพิกถอน

<sup>38</sup> Time-share plan หมายถึง ข้อตกลงใด ๆ ที่ผู้ซื้อจะได้รับสิทธิในความเป็นเจ้าของหรือสิทธิที่จะใช้ที่พักอาศัย (accommodations) ในช่วงเวลาหนึ่งซึ่งน้อยกว่า 1ปีเต็ม โดยสามารถมีสิทธิดังกล่าวได้อีกในปีต่อ ๆ ไป ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นปีถัดไป (มาตรา 11212 (z)).

ไม่ได้ (irrevocable letter of credit) หรือหนังสือรับรองทางการเงิน (financial arrangement) ที่ Commissioner ยอมรับ

การศึกษากฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (escrow law) ของประเทศสหรัฐอเมริกาในบทนี้ ผู้วิจัยจะศึกษากฎหมายที่ควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมีขอบเขตเนื้อหาที่ครอบคลุม “เอสโครว์” มากกว่ากฎหมายที่กำหนดแต่เพียงในเรื่องบัญชีเอสโครว์ ทั้งนี้ จากการสำรวจกฎหมายของมลรัฐที่มีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยเอสโครว์ซึ่งควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์นั้น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาในรายละเอียดมากกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่น และเป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้เป็นเวลานาน งานวิจัยนี้จึงได้ศึกษาบทบัญญัติของกฎหมายมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นหลัก โดยจะได้กล่าวถึงกฎหมายมลรัฐอื่น ๆ ในภาพรวมเพื่อให้เห็นความแตกต่างและความคล้ายคลึงของโครงสร้างกฎหมายว่าด้วยเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา ดังต่อไปนี้

## 2.2 กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

มลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ตรากฎหมายว่าด้วยการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือกฎหมายเอสโครว์ (escrow law) มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 และมีการแก้ไขเพิ่มเติมเรื่อยมาจนปัจจุบันมีการแก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดในปี ค.ศ. 2006 กฎหมายเอสโครว์นี้ได้ประมวลรวมเป็นบทบัญญัติส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code)<sup>39</sup> อยู่ในลักษณะ 6 ภายใต้ชื่อ กฎหมายเอสโครว์ (Division 6 Escrow Law) ประกอบด้วยบทบัญญัติ ตั้งแต่มาตรา 17000 ถึงมาตรา 17702 แบ่งเป็น 8 หมวด (Chapters) ได้แก่

|                                                         |                                                    |
|---------------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
| หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย                               | Chapter 1. Application of this Division            |
| หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน                           | Chapter 2. License and Bond                        |
| หมวด 2.5 บริษัทประกันความซื่อสัตย์<br>ของตัวแทนเอสโครว์ | Chapter 2.5 Escrow Agents'<br>Fidelity Corporation |
| ส่วนที่ 1 นิยาม                                         | Article 1. Definitions                             |

<sup>39</sup> 10 C.C.R. sections 17000-17702.

|           |                                                |                                               |
|-----------|------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| ส่วนที่ 2 | วัตถุประสงค์และ<br>ขอบเขตการค้าประกัน          | Article 2. Purpose: Scope of<br>Guarantee     |
| ส่วนที่ 3 | ค่าธรรมเนียมสมาชิกและ<br>เงินประเมิน           | Article 3. Membership Fee and<br>Assessments  |
| ส่วนที่ 4 | บทบัญญัติทั่วไป                                | Article 4. General Provisions                 |
| หมวด 3    | ข้อบังคับในการประกอบการเอส<br>โครว์            | Chapter 3. Escrow Regulations                 |
| หมวด 4    | การเพิกถอนใบอนุญาต                             | Chapter 4. Revocation of License              |
| หมวด 5    | การไต่สวน                                      | Chapter 5. Hearings                           |
| หมวด 6    | การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและ<br>การชำระบัญชี | Chapter 6. Liquidation and<br>Conservatorship |
| ส่วนที่ 1 | การเข้าครอบครองโดย<br>Commissioner             | Article 1. Possession by<br>Commissioner      |
| ส่วนที่ 2 | การตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน                        | Article 2. Conservatorship                    |
| ส่วนที่ 3 | การชำระบัญชีโดย<br>Commissioner                | Article 3. Liquidation by the<br>Commissioner |
| หมวด 7    | บทกำหนดโทษทางแพ่งและทาง<br>อาญา                | Chapter 7. Crimes and Civil Penalties         |

การประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย นั้น กฎหมายเอสโครว์กำหนดให้ต้องได้รับอนุญาตจากรัฐ (มาตรา 17200) โดยตัวแทนเอสโครว์ ต้องเป็นนิติบุคคลที่ตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการนี้เท่านั้น (corporation) และต้องเป็นบริษัทที่มีค่าสุทธิหรือส่วนของผู้ถือหุ้น (tangible net worth)<sup>40</sup> ไม่ต่ำกว่า 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ และมีสินทรัพย์สภาพคล่อง (liquid assets)<sup>41</sup> มากกว่าหนี้สินหมุนเวียน (current liabilities) อย่างน้อย 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ (มาตรา 17210)

เมื่อนิติบุคคล (corporation) หรือบริษัทเอสโครว์ ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์แล้ว กฎหมายเอสโครว์ยังกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์นั้นต้องเป็นสมาชิกของ Fidelity Corporation ซึ่งเป็นกองทุนประกันความเสี่ยงที่เกิดขึ้นจากรูกรวมเอสโครว์ เบี้ยประกันที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องจ่ายเข้าองค์กรดังกล่าวขึ้นอยู่กับความรับผิดชอบที่อาจจะเกิดขึ้นแก่ตัวแทนเอสโครว์

<sup>40</sup> A tangible net worth หมายถึง ส่วนของผู้ถือหุ้นซึ่งเป็นทุนที่มีตัวตน คำนวณได้โดยนำสินทรัพย์ทั้งหมดของบริษัทหักด้วยหนี้สินทั้งหมดของบริษัทและสินทรัพย์ไม่มีตัวตนทั้งหมดของบริษัท

(A tangible net worth = total assets-liabilities-intangible assets)

<sup>41</sup> Dictionary of Banking and Finance, Peter Collin Publishing second edition, 2000 ให้ความหมายของ liquid assets หมายถึง เงินสด หรือ ตัวเงินซึ่งสามารถถูกเปลี่ยนเป็นเงินสดได้ง่าย

ในระหว่างการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ บริษัทที่เป็นตัวแทนเอสโครว์ ต้องเก็บรักษาบันทึก ต้องจัดหาผู้ตรวจสอบ และต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของ Commissioner of Corporation ซึ่งอยู่ในหน่วยงานที่มีชื่อว่า Department of Corporations (น่าจะเทียบได้เป็นกระทรวงพาณิชย์) ตัวแทนเอสโครว์ต้องเก็บรักษาบัญชีเอสโครว์ไว้ในบัญชีที่แยกต่างหากซึ่งเรียกว่า trust account นอกจากนี้ กฎหมายเอสโครว์ยังกำหนดให้พนักงาน (officer) กรรมการ (director) ทรัสตี (trustee) และลูกจ้าง (employee) ของตัวแทนเอสโครว์ ก่อนที่จะมีสิทธิเข้าถึงเงินที่เก็บในบัญชีเอสโครว์ได้ จะต้องวางหลักประกันความไว้วางใจ หรือ fidelity bonds ต่ อ ตั ว แ ท น เ อ ส โ ค ร ว์ เพื่อเป็นประกันความเสียหายให้แก่ตัวแทนเอสโครว์อันเกิดจากการฉ้อโกงหรือความไม่ซื่อสัตย์ ของบุคคลดังกล่าวด้วย (มาตรา 17203.1)

หลักเกณฑ์ตามกฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียสรุปได้ดังนี้

#### หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย (Application of This Division)<sup>42</sup>

บทบัญญัติในหมวด 1 ของกฎหมายเอสโครว์ได้บัญญัติคำนิยามและกำหนดถึงการบังคับใช้กฎหมายเอสโครว์ โดยมาตรา 17003 (a) ได้ให้คำนิยามของคำว่า เอสโครว์ ไว้ดังนี้

“เอสโครว์” หมายความว่า ธุรกรรมใดๆ ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการขาย การโอน การก่อภาระผูกพัน หรือการให้เช่าซึ่งสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ได้ส่งมอบหนังสือตราสารที่เป็นลายลักษณ์อักษร เงิน หลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์ หรือสิ่งอื่นใดที่มีมูลค่าให้แก่บุคคลที่สามเพื่อถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สามแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้ค้ำประกัน ผู้รับค้ำประกัน เจ้าหนี้ ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทนหรือพนักงานของบุคคลใดนั้น

มาตรา 17004 ของกฎหมายเอสโครว์ได้ให้คำนิยามของคำว่า ตัวแทนเอสโครว์ ไว้ด้วยดังนี้

“ตัวแทนเอสโครว์” หมายความว่า บุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมของการรับเอสโครว์เพื่อการรับฝากหรือเพื่อการส่งมอบ

กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดครอบคลุมไปถึงการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ทางอินเทอร์เน็ต (internet escrow agent) โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 17003 (b) ว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับบริษัทเอสโครว์ที่ดำเนินการทางอินเทอร์เน็ต (internet escrow companies) นั้น เอสโครว์ให้หมายความรวมถึง ธุรกรรมใดๆ ที่บุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อวัตถุประสงค์ในการขายหรือการโอนสังหาริมทรัพย์หรือการบริการให้แก่บุคคลอีกคนหนึ่ง ได้

<sup>42</sup> ตั้งแต่มาตรา 17000 ถึงมาตรา 17010

ส่งมอบเงินหรือสิ่งที่มีมูลค่าเท่ากับเงินซึ่งได้รับการรับรองโดยวิธีการทางอินเทอร์เน็ต (internet-authorized equivalent) ให้แก่บุคคลที่สามเพื่อถือไว้จนกว่าจะเกิดเหตุการณ์ตามที่ระบุไว้ หรือการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ได้กำหนดไว้ได้เกิดขึ้นแล้ว เมื่อนั้นจึงจะมีการส่งมอบโดยบุคคลที่สามแก่ผู้รับโอน ผู้โอน ผู้ให้ค้ำประกัน ผู้รับค้ำประกัน ลูกหนี้ ผู้ต้องประกัน ผู้ประกัน หรือตัวแทนหรือพนักงานของบุคคลใดนั้น และมาตรา 17004.5 ได้ให้คำจำกัดความของตัวแทนเอสโครว์ทางอินเทอร์เน็ตไว้ด้วยดังนี้

“ตัวแทนเอสโครว์ทางอินเทอร์เน็ต” (internet escrow agent) หมายความว่าบุคคลใดๆ ที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมของการรับเอสโครว์เพื่อการรับฝากหรือเพื่อการส่งมอบที่กระทำโดยผ่านทางอินเทอร์เน็ต

สำหรับการบังคับใช้กฎหมายฉบับนี้ มาตรา 17006 บัญญัติให้นำมาบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป เว้นแต่บุคคลดังต่อไปนี้

(1) ธนาคาร บริษัททรัสต์ (trust company) สถาบันเพื่อการรับฝากเงินและให้กู้ยืมเงินเพื่อการซื้อหรือก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ (building and loan associations) สถาบันเพื่อการรับฝากเงินและการให้กู้ยืมเงินเพื่อที่อยู่อาศัย (savings and loan associations) หรือบริษัทประกันภัย (insurance company) ที่ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียหรือกฎหมายระดับสหรัรัฐอยู่แล้ว

(2) ทนายความที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพในมลรัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับตัวการในธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์และไม่ได้เป็นผู้ประกอบธุรกิจตัวแทนเอสโครว์

(3) บุคคลใดๆ ที่ประกอบธุรกิจหลักในการรับประกันกรรมสิทธิ์ (title insurance company) ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบริษัทประกันของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

(4) ตัวแทนนายหน้า (broker) ซึ่งได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานด้านอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Commissioner) ในขณะที่ทำหน้าที่อันเกี่ยวเนื่องกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ซึ่งผู้นั้นเป็นตัวแทนหรือเป็นคู่สัญญาของธุรกรรมนั้น และเป็นธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องอาศัยใบอนุญาตการเป็นตัวแทนอสังหาริมทรัพย์ (real estate license)

อย่างไรก็ตาม กฎหมายได้จำกัดอำนาจในการมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำหน้าที่เป็นตัวแทนเอสโครว์แทนบุคคลตาม (2) และ (4) โดยกำหนดให้สิทธิที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ของบุคคลทั้งสองประเภทนั้นเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลนั้น และไม่สามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนตนได้ เว้นแต่บุคคลตาม (2) และ (4) จะ

เป็นผู้ควบคุมโดยตรง ทั้งนี้ การมอบหมายแก่บุคคลอื่นใดโดยมีบุคคล (2) และ (4) เป็นผู้ควบคุมโดยตรงนั้นไม่สามารถกระทำได้มากกว่าหนึ่งธุรกรรม

ในการดำเนินการตามกฎหมายนี้ ภาระการพิสูจน์ถึงข้อยกเว้นจากค่านิยมตามที่กฎหมายกำหนดไว้ตกเป็นภาระของบุคคลที่กล่าวอ้าง

สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดส่งเอกสารใด ๆ ของ Commissioner ภายใต้อำนาจของบทบัญญัติหมวด 1 ต้องส่งโดยไปรษณีย์ลงทะเบียนให้แก่เลขานุการของนิติบุคคล (secretary of the corporation) นั้น โดยให้ส่งไปยังที่อยู่สุดท้ายซึ่งปรากฏในบันทึกหรือในรายงานที่นิติบุคคลยื่นต่อ Commissioner

## หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน (License and Bond)<sup>43</sup>

กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ไว้ว่าต้องได้รับอนุญาตจากกระทรวงพาณิชย์ โดย Commissioner of Corporation เป็นผู้มีอำนาจในการอนุมัติใบอนุญาต บุคคลที่จะประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเท่านั้น โดย Commissioner จะเรียกเก็บค่าธรรมเนียมรายปีไม่เกิน 2,800 ดอลลาร์สหรัฐสำหรับสถานประกอบการเอสโครว์แต่ละแห่ง

กฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดให้มีคณะกรรมการที่ปรึกษาด้านกฎหมายเอสโครว์คณะหนึ่งเรียกว่า Escrow Law Advisory Committee มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำและช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของ Commissioner ตามกฎหมายฉบับนี้ คณะกรรมการชุดนี้ประกอบด้วย กรรมการทั้งหมด 11 คน มีทั้งที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งโดย Commissioner ซึ่งมาจากบุคคลในหลายสาขาอาชีพที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจเอสโครว์ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการธุรกิจ ทนายความ ผู้ตรวจสอบบัญชี เป็นต้น โดยคณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมทุก ๆ 3 เดือน (มาตรา 17214)

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดครอบคลุมไปถึงคุณสมบัติของบุคคลที่ทำงานในนิติบุคคลที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเอสโครว์ด้วยว่า นิติบุคคลที่ประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์นั้นต้องประกอบไปด้วยบุคคล ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของ กรรมการ หรือลูกจ้าง ที่มีประสบการณ์ในการทำหน้าที่เอสโครว์มาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ในกรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ณ แห่งใหญ่ของนิติบุคคล แต่ถ้าเป็นกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานสาขาของนิติบุคคล ต้องมีบุคคลที่มีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวกับเอสโครว์มาแล้วไม่น้อยกว่า 4 ปี และบุคคลดังกล่าวต้องอยู่ปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างเวลาทำการของนิติบุคคลนั้นด้วย

สำหรับการยื่นขอใบอนุญาต ผู้ยื่นคำขอจะต้องทำเป็นหนังสือและใช้แบบฟอร์มที่ Commissioner กำหนดไว้ ในขณะที่ยื่นคำขอ ผู้ขอจะต้องนำหลักประกัน (surety bond) มาวางไว้แก่ Commissioner เป็นจำนวนไม่น้อยกว่า 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ และหลังจากได้รับอนุญาตให้เป็นตัวแทนเอสโครว์แล้ว ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องรักษาหลักประกันตามจำนวนที่กฎหมาย

<sup>43</sup> ตั้งแต่มาตรา 17200 ถึงมาตรา 17215

กำหนด ซึ่งจะเป็นจำนวนที่แตกต่างจากหลักประกันที่ได้วางไว้ในครั้งที่ยื่นคำขออนุญาตประกอบ การ ดังนี้

หลักประกันจำนวน 25,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ใน มลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน (previous year's average annual trust fund obligations<sup>44</sup>) มี ค่าเท่ากับ 250,000 ดอลลาร์สหรัฐหรือน้อย กว่า

หลักประกันจำนวน 35,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ใน มลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน (previous year's average annual trust fund obligations) มีค่า ตั้งแต่ 250,001 ดอลลาร์สหรัฐ แต่ไม่มากกว่า 500,000 ดอลลาร์สหรัฐ

หลักประกันจำนวน 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ เมื่อร้อยละ 150 ของจำนวนเงินหรือทรัพย์สิน โดยเฉลี่ยต่อปีที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ใน มลรัฐแคลิฟอร์เนียในปีก่อน (previous year's average annual trust fund obligations) มีค่า ตั้งแต่ 500,001 ดอลลาร์สหรัฐขึ้นไป

หลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องวางไว้แก่รัฐในขณะที่ยื่นคำขออนุญาตหรือเมื่อ ได้รับอนุญาตแล้วนี้ เป็นการวางเพื่อเป็นประกันว่าตัวแทนเอสโครว์จะต้องปฏิบัติตามและผูกพัน ตามบทบัญญัติของกฎหมายเอสโครว์และกฎข้อบังคับทั้งหลายที่ออกโดย Commissioner อย่าง ซื่อสัตย์สุจริต ต้องจัดการเงินหรือทรัพย์สินที่ตนได้รับฝากไว้อย่างซื่อสัตย์สุจริต ต้องจ่ายเงินแก่รัฐ ห รื อ บุคคลใดๆ ที่ถึงกำหนดชำระหรือที่ตนเป็นหนี้ซึ่งต้องชำระตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายเอสโครว์ รวมถึงบรรดาค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นจากการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี โดยนำส่งเข้ารัฐ เพื่อการใช้ของรัฐหรือการใช้ในกรณีมีการฟ้องร้องตัวแทนเอสโครว์ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมาย

<sup>44</sup> trust fund obligation คือ เงินหรือทรัพย์สินใดๆ ที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ตามธุรกรรมเอสโครว์ หรือเงินหรือทรัพย์สินทั้งหลายที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ซึ่งถือไว้โดยทรัสต์ในมลรัฐ แคลิฟอร์เนียตามกฎหมายสหรัฐ (Federal law) หรือ กฎหมายของแต่ละมลรัฐหรือตามข้อกำหนดของ หน่วยงานราชการ

เอสโครว์ กล่าวคือ หากตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนการที่ตนประกันไว้ รัฐหรือบุคคลที่มีเหตุฟ้องคดีสามารถฟ้องร้องตัวแทนเอสโครว์หรือผู้ค้ำประกันภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายเอสโครว์ให้รับผิดชอบโดยเรียกเอาจากหลักประกันได้ (มาตรา 17202 และ มาตรา 17203) ทั้งนี้ การฟ้องร้องใดๆ แก่หลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์วางไว้กับรัฐนี้ กฎหมายกำหนดอายุความไว้ 2 ปี นับแต่วันที่การกระทำอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องร้องเกิดขึ้นหรือนับแต่วันที่มีการผิดนัด (มาตรา 17205)

อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการฟ้องร้องคดีเอาที่ตัวแทนเอสโครว์เพื่อเรียกร้องให้มีการรับผิดชอบจากหลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์วางไว้กับรัฐเกิดขึ้นแล้ว กฎหมายเอสโครว์ได้กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องวางหลักประกันใหม่ที่ที่มีการนำหลักประกันไปเสียหายความเสียหายที่มีการฟ้องร้องคดีนั้น หากตัวแทนเอสโครว์ไม่วางหลักประกันใหม่ภายใน 10 วันนับแต่วันที่ได้นำหลักประกันไปเสียหายความเสียหายในการฟ้องร้องคดีดังกล่าว หรือภายใน 10 วันนับแต่วันที่ Commissioner ได้แจ้งให้ตัวแทนเอสโครว์วางหลักประกันใหม่ ถือเป็นเหตุพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ (มาตรา 17206)

นอกจากนี้ กฎหมายยังเข้าไปควบคุมให้ผู้ยื่นคำขอต้องส่งหลักฐานซึ่งแสดงตัวตนและยื่นแบบสอบถามตามแบบที่ Commissioner กำหนด เกี่ยวกับบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสตี (trustee) ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในธุรกิจเอสโครว์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และรวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือที่กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้กำหนดเพื่อร้องขอประวัติอาชญากรรม และในกรณีที่ Commissioner ตรวจสอบพบว่ามีบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ผู้ยื่นคำขอได้ส่งหลักฐานให้แก่ Commissioner นั้น มีคุณสมบัติไม่เหมาะสมรวมอยู่ด้วย Commissioner จะแจ้งผู้ยื่นคำขอเป็นหนังสือแสดงให้เห็นว่าคุณสมบัติของบุคคลที่ผู้ยื่นคำขอว่า ำ จ้ ำ ง ห รื อ เ ป็ น ผู้ มี ส ่ว น ร ่วม ห รื อ มีผลประโยชน์ร่วมกับผู้ยื่นคำขอฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอต้องดำเนินการแก้ไขรายชื่อของบุคคลดังกล่าว หากผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตาม Commissioner ปฏิเสธคำขอนั้นได้ (มาตรา 17209) ทั้งนี้ ในการตรวจคำขอรับใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ Commissioner มีอำนาจที่จะเรียกผู้ยื่นคำขอมาไต่สวนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมก็ได้

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตว่าจะต้องเป็นนิติบุคคลที่มีทรัพย์สินมากกว่าหนึ่งล้านดอลลาร์มาแล้วในตอนต้น (มาตรา 17210)

กฎหมายเอสโครว์ได้กำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธคำขอไว้ดังนี้ (มาตรา 17209.3)

(1) บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจมากกว่าการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ หรือบริษัทใช้ชื่อที่อาจทำให้เกิดความสับสนกับผู้อื่นที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจตัวแทนเอสโครว์แล้ว

(2) ผู้ก่อการ เจ้าหน้าที่ หรือกรรมการ มีประวัติทางอาชญากรรมหรือกระทำการทุจริตภายในระยะเวลา 10 ปี

(3) ผู้ยื่นคำขอไม่มีเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการที่มีประสบการณ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

- (4) ผู้ยื่นคำขอไม่มีสถานะทางการเงินที่น่าเชื่อถือ
- (5) การยื่นข้อเท็จจริงที่เป็นเท็จในการขอใบอนุญาต
- (6) ผู้ยื่นคำขอ เจ้าหน้าที่ กรรมการ หรือผู้ก่อการของผู้ยื่นคำขอได้กระทำการ

ฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้หรือข้อบังคับอื่นที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกัน

เมื่อนิติบุคคลใดได้รับอนุญาตให้ประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์แล้ว หากต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสต์ (trustee) ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในธุรกิจเอสโครว์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ผู้ได้รับอนุญาตต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต่อ Commissioner โดยการยื่นเอกสารทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ

ในกรณีที่ Commissioner ได้แจ้งแก่ผู้ที่ได้รับใบอนุญาตว่า ผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสต์ (trustee) ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในธุรกิจเอสโครว์ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมเป็นผู้มีประวัติอาชญากรรมในช่วง 10 ปีที่ผ่านมา หรือเป็นผู้ที่ถูกศาลตัดสินเป็นทัณฑ์โทษในช่วง 7 ปีที่ผ่านมา (มาตรา 17414.1) ห้ามบุคคลเหล่านั้นใช้เงินในทรัสต์หรือส่งจ่ายเช็คหรือกระทำการเอสโครว์ (มาตรา 17212.1)

สำหรับเรื่องหลักประกันนั้น กฎหมายได้กำหนดประเภทของหลักประกันที่ผู้ยื่นคำขอหรือผู้ที่ได้รับใบอนุญาตต้องนำมาวางไว้แก่ Commissioner ไว้หลายประเภท ซึ่งอาจจะอยู่ในรูปของเงินสด (cash bond) ตราสารการลงทุน (investment certificate) ซึ่งออกโดยบริษัทผู้ให้กู้ที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจในตลาดหลักทรัพย์และเป็นบริษัทที่ได้รับการค้ำประกันจาก Federal Deposit Insurance Corporation หรือตราสารการลงทุนหรือบัญชีร่วม (share account) ซึ่งออกโดยสถาบันเพื่อการรับฝากเงินและการให้กู้ยืมเงินเพื่อที่อยู่อาศัย (savings and loan associations) ที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินธุรกิจในตลาดหลักทรัพย์และเป็นบริษัทที่ได้รับการค้ำประกันจาก Federal Deposit Insurance Corporation โดยบรรดาหลักประกันตามที่กล่าวมาข้างต้นนี้ไม่ว่าจะเป็นเงินฝาก ตราสาร หรือบัญชีซึ่งเก็บรักษาไว้ที่ Commissioner ตามเงื่อนไขที่ Commissioner กำหนดไว้ นั้น กฎหมายกำหนดไม่ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ยื่นขอใบอนุญาตหรือผู้ที่ได้รับใบอนุญาต จนกว่าหลักประกันจะได้รับคืนจาก Commissioner

ในกรณีที่มีการฟ้องร้องเพื่อเรียกเงินจากหลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์ให้ไว้กับ Commissioner กฎหมายให้อำนาจ Commissioner ที่จะกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์นำหลักประกันมาวางใหม่ก็ได้ และในกรณีที่มีการชดเชยค่าเสียหายจากหลักประกันที่ได้วางไว้ กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ต้องนำหลักประกันมาวางใหม่ หากตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนไม่นำหลักประกันมาวางใหม่ กฎหมายกำหนดให้ Commissioner มีสิทธิที่จะพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการตัวแทนเอสโครว์ได้ (มาตรา 17206)

กฎหมายได้กำหนดให้ใบอนุญาตประกอบการตัวแทนเอสโครว์ไม่สามารถโอนได้ไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมด และไม่ว่าจะโอนโดยทางตรงหรือทางอ้อม โดยการซื้อขายหุ้น การบังคับจำหน่าย หรือวิธีการอื่นใดโดยปราศจากความยินยอมจาก Commissioner และใน

กรณีที่ผู้ประกอบการเอสโครว์ต้องการโอนขายหุ้นมากกว่าอัตราร้อยละ 10 ผู้ประกอบการเอสโครว์ต้องยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบการใหม่ เว้นแต่เป็นการโอนขายหุ้นโดยผู้ถือหุ้นให้แก่ผู้ที่เป็นผู้ถือหุ้นในตัวแทนเอสโครว์ซึ่งต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ ณ ขณะนั้น ในสัดส่วนที่ไม่น้อยกว่าอัตรา 10 ของจำนวนหุ้นทั้งหมด (มาตรา 17213)

นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงสถานประกอบการของตัวแทนเอสโครว์ กฎหมายกำหนดว่าต้องได้รับอนุมัติโดย Commissioner ในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดบทลงโทษปรับไว้ในอัตราวันละ 100 ดอลลาร์สหรัฐสำหรับ 10 วันแรก และในอัตราวันละ 10 ดอลลาร์สหรัฐในระหว่างระยะเวลาที่ยังคงกระทำการฝ่าฝืนอยู่ (มาตรา 17213.1 และมาตรา 17213.2)

## หมวด 2.5 บรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของตัวแทนเอสโครว์ (Escrow Agents' Fidelity Corporation)<sup>45</sup>

กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดให้การเป็นตัวแทนเอสโครว์ในกิจการบางประเภทต้องเป็นสมาชิกของบรรษัทประกันความซื่อสัตย์ของตัวแทนเอสโครว์ (Escrow Agents' Fidelity Corporation) ซึ่งการเป็นตัวแทนเอสโครว์ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นหนึ่งในประเภทที่ต้องเข้าเป็นสมาชิกของบรรษัทดังกล่าว โดยการเป็นตัวแทนเอสโครว์ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นั้น รวมถึงการซื้อขาย การก่อภาระผูกพัน การเช่า การแลกเปลี่ยน การกู้ยืม หรือ สิทธิยึดหน่วง ซึ่งมีขึ้นบนอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นต้น (มาตรา 17312 (c) (1)) โดยตัวแทนเอสโครว์ที่เป็นสมาชิกของ Fidelity Corporation ต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวด 2.5 และ กฏระเบียบที่ออกโดยคณะกรรมการบริหารของ Fidelity Corporation (Board of Directors of Fidelity Corporation) ทั้งนี้ Fidelity Corporation ไม่สามารถปฏิเสธการเข้าเป็นสมาชิกของตัวแทนเอสโครว์ที่ถือใบอนุญาตซึ่งมีผลบังคับใช้ได้อยู่ได้

กฎหมายได้จัดตั้ง Fidelity Corporation ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยความเสียหายให้แก่สมาชิกหรือตัวแทนเอสโครว์ที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายเอสโครว์จากการสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินที่เรียกว่า trust obligation<sup>46</sup> ซึ่งสมาชิกได้รับฝากไว้เฉพาะที่เกิดขึ้นในมลรัฐแคลิฟอร์เนียเท่านั้น ในกรณีที่เงินหรือทรัพย์สินดังกล่าวถูกเจ้าหน้าที่ กรรมการ ทรัสตี ผู้ถือ

<sup>45</sup> ตั้งแต่มาตรา 17300 ถึงมาตรา 17350

<sup>46</sup> Trust obligation คือ เงินหรือทรัพย์สินใดๆ ที่ฝากไว้กับสมาชิกในมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามธุรกรรมเอสโครว์หรือเงินหรือทรัพย์สินทั้งหลายที่ฝากไว้กับสมาชิกซึ่งถือไว้โดยทรัสตีในมลรัฐแคลิฟอร์เนียตามกฎหมายสหรัฐ (Federal law) หรือ กฎหมายของแต่ละมลรัฐ หรือตามข้อกำหนดของหน่วยงานราชการ

หุ้น ผู้จัดการ หรือลูกจ้างของสมาชิคนั้นเองกระทำการฉ้อฉล เอาไปโดยทุจริตหรือยักยอกไป โดยกฎหมายกำหนดให้ Fidelity Corporation พิจารณาว่าจะจ่ายหรือไม่จ่ายค่าเสียหายดังกล่าว ตามที่สมาชิกเรียกร้องภายใน 90 วัน นับแต่วันที่สมาชิกยื่นหลักฐานแสดงความเสียหาย สำหรับ วงเงินที่ตัวแทนเอสโครว์ซึ่งเป็นสมาชิกของ Fidelity Corporation จะได้รับความคุ้มครองขึ้นอยู่กับ อัตราเฉลี่ยของความรับผิดที่เกิดขึ้นต่อสมาชิกคิดเป็นรายเดือนต่อสถานประกอบการที่ได้รับ ใ บ อ นุ ญ า ต แต่ละแห่ง (monthly average escrow liability per location) ดังต่อไปนี้ (มาตรา 17314)

| อัตราเฉลี่ยของความรับผิดที่เกิดขึ้นเป็นรายเดือน ต่อสถานประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตแต่ละแห่ง (monthly average escrow liability per location) |              | วงเงินที่ได้รับความคุ้มครอง (coverage) |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------|----------------------------------------|
| ตั้งแต่ 0 - 1,000,000                                                                                                                      | ดอลลาร์สหรัฐ | 1,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ                 |
| มากกว่า 1,000,000 - 3,000,000                                                                                                              | ดอลลาร์สหรัฐ | 2,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ                 |
| มากกว่า 3,000,000 - 5,000,000                                                                                                              | ดอลลาร์สหรัฐ | 3,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ                 |
| มากกว่า 5,000,000 - 7,500,000                                                                                                              | ดอลลาร์สหรัฐ | 4,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ                 |
| มากกว่า 7,500,000 - 10,000,000                                                                                                             | ดอลลาร์สหรัฐ | 5,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ                 |

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้สมาชิกมีหน้าที่ต้องตรวจสอบวงเงินความรับผิดที่เกิดขึ้นในแต่ละรอบเดือน หากสมาชิกพบว่าวงเงินความรับผิดได้เพิ่มจำนวนจนเกินกว่าอัตรา เฉลี่ย ข อง ความรับผิดดังแสดงไว้ข้างต้นแล้วนั้น สมาชิกมีหน้าที่ต้องแจ้งต่อ Fidelity Corporation โดยทันที เพื่อที่ Fidelity Corporation จะได้จัดหางเงินคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นให้ โดย Fidelity Corporation จะเรียกเก็บเงินค่าเบี้ยประกันรายปีในส่วนของความคุ้มครองที่เพิ่มขึ้นนี้ด้วย

ในกรณีที่อัตราเฉลี่ยความรับผิดของสมาชิกมากกว่า 10,000,000 ดอลลาร์สหรัฐ สมาชิกจะต้องจัดหาหลักประกันจากผู้ค้าประกันซึ่งต้องเป็นผู้รับประกันในมลรัฐ แคลิฟอร์เนียเท่านั้น ในสัดส่วนความคุ้มครองหนึ่งดอลลาร์สหรัฐต่อทุกๆ สามดอลลาร์สหรัฐของ จำนวนเงินหรือทรัพย์สินที่สมาชิกได้รับเก็บรักษาไว้ (trust obligations) ในส่วนที่เกินจากที่ได้รับ ความคุ้มครองโดย Fidelity Corporation

บุคคลที่มีสิทธิเรียกร้องให้ Fidelity Corporation ชดใช้ความเสียหายได้นั้น ได้แก่สมาชิกหรือบุคคลซึ่งเป็นผู้สืบสิทธิของสมาชิกเท่านั้น (มาตรา 17330) และหาก Fidelity Corporation ได้วินิจฉัยแล้ว สมาชิกที่ได้รับความเสียหายจากคำวินิจฉัยดังกล่าวสมาชิกมีสิทธิยื่น คำร้องต่อ Commissioner เพื่อให้มีการไต่สวนได้ โดยต้องยื่นภายในกำหนด 30 วันนับแต่วันที่ Fidelity Corporation มีคำวินิจฉัย และกฎหมายกำหนดให้ Commissioner กำหนดวันเวลา เพื่อให้สำนักงาน Office of Administrative Hearings ทำการไต่สวนภายในกำหนด 10 วันนับ

แต่วันที่ได้รับคำร้องให้มีการไต่สวน และแจ้งกำหนดวันเวลาที่ทำการไต่สวนให้แก่สมาชิกผู้ยื่นคำร้องและ Fidelity Corporation ทราบ การไต่สวนดำเนินโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตัดสินคดีทางปกครอง (administrative law judge ) โดยกระบวนการไต่สวนต้องดำเนินไปอย่างสอดคล้องกับกระบวนการไต่สวนทางปกครอง (administrative adjudication provisions) และคำตัดสินต้องแล้วเสร็จภายใน 120 วันนับแต่วันวันที่มีการยื่นคำร้อง แต่ระยะเวลาดังกล่าวนี้สามารถขยายออกไปได้โดยผู้กรณหรือโดยคำสั่งของเจ้าหน้าที่ไต่สวนคำร้อง หากมีเหตุสมควร

อย่างไรก็ตาม หากเป็นคำร้องในกรณีดังต่อไปนี้ กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการสอบสวนพิจารณาตัดสินชี้ขาดโดยศาลที่มีเขตอำนาจเท่านั้น (มาตรา 17345.1)

(ก) คำร้องที่เกิดขึ้นเนื่องจาก Fidelity Corporation ปฏิเสธที่จะชดใช้ความเสียหายสำหรับการสูญเสียเงินหรือทรัพย์สินที่เป็น trust obligation และ

(ข) คำร้องที่มีมูลมาจากธุรกรรมเอสโครว์ซึ่งมีการกล่าวหาว่าพนักงาน กรรมการ ทรัสต์ ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ ลูกจ้างของสมาชิกที่มีคำร้องนั้นเป็นตัวการในการกระทำความผิด หรือคำร้องที่จำเป็นต้องตัดสินข้อขัดแย้งหรือข้อพิพาทในอสังหาริมทรัพย์และมีความเป็นไปได้ว่าจะมีการชดใช้ค่าเสียหายซ้ำซ้อนแก่ตัวแทนเอสโครว์

กฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องจ่ายค่าสมาชิกหรือ membership fee ในอัตรา 3,000 ดอลลาร์สหรัฐต่อหนึ่งสถานประกอบการของตัวแทนเอสโครว์ นอกจากค่าการเข้าเป็นสมาชิกแล้ว สมาชิกยังต้องจ่ายค่าเบี้ยประกันรายปี (annual premium) ในอัตราที่กฎหมายกำหนดด้วย

ในการดำเนินงานตามวัตถุประสงค์ดังกล่าวมาข้างต้น กฎหมายกำหนดให้ Fidelity Corporation ต้องจัดตั้งและรักษาไว้ซึ่งกองทุนจำนวน 3 กองทุน เพื่อไว้ใช้สำหรับเป็นค่าใช้จ่ายที่เกิดจากข้อเรียกร้องให้รับผิดชอบในความเสียหายและเป็นค่าใช้จ่ายเพื่อใช้ในการดำเนินงานของ Fidelity Corporation กองทุนดังกล่าว ได้แก่

- (1) กองทุนค่าธรรมเนียมสมาชิก (membership fund)
- (2) กองทุนดำเนินงาน (operations fund)
- (3) กองทุนชดใช้ค่าเสียหาย (fidelity fund)

โดยหลักการในการชดเชยค่าเสียหายให้แก่สมาชิก Fidelity Corporation จะนำเงินจากกองทุน fidelity fund มาใช้ในลำดับแรก หากเกิดกรณีที่ค่าเสียหายที่สมาชิกเรียกร้องมีจำนวนเกินกว่าเงินกองทุน fidelity fund ก็ sẽนำเงินจาก membership fund มาใช้ โดย Fidelity Corporation จะเรียกเก็บเงินจากบัญชีของค่าสมาชิก (membership fund) โดยเฉลี่ยระหว่างบัญชีของสมาชิกแต่ละราย และเงินที่นำมาเป็นค่าใช้จ่ายสำหรับข้อเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นนี้ จะต้องนำมาเติมจำนวนที่นำออกไปจากกองทุน operations fund หรือ fidelity fund ในการเรียกร้องค่าเสียหาย กฎหมายกำหนดให้สมาชิกต้องเรียกร้องให้ Fidelity Corporation ชดใช้ค่าเสียหาย

ระยะเวลา 2 ปี (มาตรา 17314.1)

กรณีที่มีการเรียกเก็บเงินค่าเบี้ยประกัน แต่สมาชิกไม่ยอมชำระภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด Commissioner มีอำนาจในการสั่งพักใช้ใบอนุญาตการประกอบการของสมาชิกได้ (มาตรา 17323 (b))

ทั้งนี้ กล่าวโดยสรุปกฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดหลักประกันไว้ สองประเภท คือ Surety bond ซึ่งได้แก่หลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องวางไว้แก่ Commissioner ในขณะที่ยื่นขอรับใบอนุญาตเพื่อนำมาชดใช้ความเสียหายในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ไม่ปฏิบัติตามหรือฝ่าฝืนกฎหมายเอสโครว์และทำให้รัฐหรือบุคคลภายนอกเสียหายและ Fidelity bond ได้แก่หลักประกันที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องจ่ายเบี้ยประกันเข้า Fidelity Corporation ในฐานะเป็นสมาชิกเพื่อนำมาชดใช้ความเสียหายให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ในกรณีที่บริวารของตัวแทนเอสโครว์ทำให้เกิดความเสียหายในเงินหรือทรัพย์สินที่เรียกว่า trust obligation ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างหลักประกันทั้งสองประเภทอาจเกิดขึ้นได้ในกรณีที่บริวารของตัวแทนเอสโครว์ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ trust obligation ย่อมเกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอก บุคคลภายนอกดังกล่าวก็สามารถเรียกให้มีการชดใช้ค่าเสียหายจาก Surety bond ได้ ในขณะที่ตัวแทนเอสโครว์เมื่อต้องชดใช้ค่าเสียหายแก่บุคคลภายนอกแล้วย่อมเรียกค่าเสียหายคืนจาก Fidelity bond

### หมวด 3 ข้อบังคับในการประกอบการเอสโครว์ (Escrow Regulations)<sup>47</sup>

บทบัญญัติหมวด 3 ของกฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้กำหนดข้อบังคับเพื่อให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องปฏิบัติตามในขณะที่ดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์ไว้หลายประการ ได้แก่ การห้ามบุคคลใดใช้ชื่อหรือโฆษณาว่าตนเป็นผู้ประกอบการตัวแทนเอสโครว์เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการดังกล่าว (มาตรา 17403) การห้ามบุคคลใดทำการแก้ไข ลบทิ้ง หรือเพิ่มเติม คำสั่งเอสโครว์ ไม่ว่าจะทำโดยทางอิเล็กทรอนิกส์หรือไม่หลังจากที่ได้มีการลงนามหรือจัดทำคำสั่งเสร็จแล้ว ทั้งนี้ เว้นแต่เป็นการแก้ไข ลบทิ้ง หรือเพิ่มเติมโดยบุคคลทั้งหมดที่เป็นคนจัดทำคำสั่งแรกเริ่ม รวมทั้งการห้ามไม่ให้ ย อ ม ร ี บ ค ี่ ำ ล ั้ง ที่ทำเป็นกระดาษเปล่าเพื่อมาเติมข้อความในภายหลัง หลังจากที่ได้มีการลงนามหรือจัดทำคำสั่งขึ้นแล้ว (มาตรา 17403.2) หรือการกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ยื่นรายการค่าใช้จ่ายส่วนตัวและรายงานสถานะทางการเงินของตัวแทนเอสโครว์เป็นประจำทุกปี โดยเอกสารทั้งสองประเภทจะต้องได้รับการรับรองจากผู้ตรวจสอบบัญชีซึ่งต้องเป็นผู้ตรวจสอบบัญชีที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนด หากมีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ตรวจสอบจากปีก่อน ตัวแทนเอสโครว์ต้องทำหนังสือชี้แจงเหตุผลของการเปลี่ยนผู้ตรวจสอบนั้น หากผู้ตรวจสอบในปีก่อนไม่เห็นด้วยกับเหตุผลของ

<sup>47</sup> ตั้งแต่มาตรา 17400 ถึงมาตรา 17423.1

ด้ ว แ ท น เ อ ส โ ค ร ว์  
ก็มีสิทธิที่จะทำการชี้แจงเป็นหนังสือตอบกลับเช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ตาม หาก Commissioner เห็นว่ามีเหตุที่ควรให้ตัวแทนเอสโครว์ยื่น  
เอกสารเป็นรายเดือนหรือตามกำหนดระยะเวลาอื่นที่ไม่ใช่รายปีก็สามารถจะกำหนดได้

มาตรา 17408 แห่งกฎหมายเอสโครว์นี้ กำหนดให้อำนาจแก่ Commissioner  
สั่งให้มีการดำเนินการตรวจสอบเอกสารต่างๆ ที่ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ยื่นต่อ Commissioner  
ไม่ว่าต้องยื่นตามที่กฎหมายบัญญัติหรือตามคำสั่งของ Commissioner ก็ตาม แต่ตัวแทนเอส  
โครว์กลับละเลยที่จะยื่นเอกสารเหล่านั้น นอกจากนี้ Commissioner มีอำนาจในการกำหนด  
บทลงโทษแก่ตัวแทนเอสโครว์ที่ฝ่าฝืนการยื่นเอกสารดังกล่าวด้วย โดยกฎหมายกำหนดให้  
ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องจ่ายเงินค่าปรับสำหรับ 5 วันแรกนับจากวันที่ครบกำหนด  
ต้องยื่นเอกสารเป็นเงินจำนวนวันละ 100 ดอลลาร์สหรัฐ หลังจากนั้น ให้ปรับในอัตราวันละ 500  
ด อ ล ล า ร ์ ส ห ร ัฐ อ ย ่ า ง ไ ร  
ก็ตาม ตัวแทนเอสโครว์มีสิทธิยื่นคำร้องขอให้มีการไต่สวนเกี่ยวกับคำสั่งดังกล่าวได้ภายใน  
กำหนดเวลา 30 วันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งดังกล่าว หากไม่มีการยื่นคำร้องให้มีการไต่สวน  
กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ต้องชำระค่าปรับภายใน 5 วันทำการหลังจากนั้น

เมื่อคู่สัญญาได้ฝากเงินไว้แก่ตัวแทนเอสโครว์เพื่อปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้  
ในคำสั่งเอสโครว์เพื่อให้ตัวแทนเอสโครว์ส่งมอบต่อไปให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีที่มีการ  
ป

ด  
เอสโครว์ กฎหมายกำหนดให้เงินทั้งหมดที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับฝากเพื่อการดังกล่าวต้องทำการ  
ฝากหรือเก็บรักษาไว้ในบัญชีหนึ่ง เรียกบัญชีนี้ว่า trust funds หรือ escrow accounts หรือ  
อาจจะเรียกชื่อเป็นอย่างอื่นก็ได้เพื่อแสดงให้เห็นว่าเงินในบัญชีไม่ใช่เป็นเงินของตัวแทนเอสโครว์  
โดยให้ฝากในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยหรือบัญชีกระแสรายวัน (noninterest-bearing  
demand or checking account)<sup>48</sup> ไว้กับธนาคารของสหรัฐหรือของมลรัฐ (state or federal  
savings bank) หรือไว้กับสถาบันเพื่อการรับฝากเงินของสหรัฐหรือของมลรัฐ (state or federal  
saving association) หรืออาจฝากในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยและสามารถเบิกจ่ายได้ทันที  
(noninterest-bearing demand account subject to immediate withdrawal) ไว้กับบริษัทให้  
กู้เงินเพื่ออุตสาหกรรม (industrial loan company) ที่ได้รับการค้ำประกันโดยบริษัทประกัน  
เงินฝากแห่งสหรัฐ (Federal Deposit Insurance Corporation) และได้รับอนุมัติให้รับเงินได้  
จาก Commissioner แต่ภายหลังจากนั้น เงินจำนวนดังกล่าวสามารถฝากในบัญชีประเภทมี  
ดอกเบี้ย (interest-bearing account) ไว้กับธนาคารของสหรัฐหรือของมลรัฐ สถาบันเพื่อการรับ  
ฝากเงินของสหรัฐหรือของมลรัฐ บริษัทให้กู้เงินเพื่ออุตสาหกรรม เมื่อได้รับอนุมัติจาก  
Commissioner ให้รับเงินนั้นได้ หรือฝากไว้กับเครดิตยูเนียนทั้งในระดับสหรัฐหรือมลรัฐ (state  
or federal credit union) หากผู้ฝากมีคุณสมบัติที่จะเป็นสมาชิกของเครดิตยูเนียนได้ตาม  
ข้อบังคับของเครดิตยูเนียนนั้น ทั้งนี้ เงินจำนวนที่ฝากดังกล่าวต้องฝากและเก็บรักษาไว้ต่างหาก

<sup>48</sup> Checking account คือ บัญชีฝากเงินที่ผู้ฝากสามารถเขียนเช็คส่งจ่ายเงินได้ทันที

จากเงินที่เป็นของตัวแทนเอสโครว์ และ  
ในการนี้ Commissioner มีอำนาจกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์จัดส่งบันทึกทางการเงินของ  
trust funds หรือ escrow accounts เพื่อตรวจสอบได้ (มาตรา 17409)

ในเรื่องการเปิดบัญชีเอสโครว์ (trust funds หรือ escrow accounts) ดังกล่าว  
ข้างต้นมีข้อพิจารณาเพิ่มเติมในสามประเด็นดังนี้

### ประเด็นที่หนึ่ง เหตุผลของการเปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทมีดอกเบี้ยหรือไม่มี ดอกเบี้ย

มาตรา 17409 กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องเปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทไม่มี  
ดอกเบี้ย แต่ภายหลังจากนั้นอาจเปิดบัญชีประเภทมีดอกเบี้ยได้ เหตุผลที่กำหนดเช่นนั้นนั้นไม่

ทราบแน่ชัด เนื่องจากการตรวจสอบข้อมูลเกี่ยวกับความเป็นมาของการร่างมาตรา 17409 ปรากฏ  
ข้อมูลย้อนหลังถึงปี ค.ศ. 1993 เท่านั้น ในขณะที่มาตราดังกล่าวมีการแก้ไขครั้งสุดท้ายในปี ค.ศ.  
1984<sup>49</sup> ซึ่งบทบัญญัติเดิมของมาตรา 17409 ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1984 กำหนดไว้  
แต่เพียงว่า เงินทั้งหมดที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับเพื่อการส่งมอบต่อไปเมื่อมีการปิดเอสโครว์หรือ  
เมื่อ  
เหตุการณ์ในอนาคตเกิดขึ้นต้องฝากและเก็บรักษาไว้ในบัญชีธนาคารประเภทตามคำสั่งหรือ  
ประเภทที่สั่งจ่ายโดยเช็ค (a demand or checking account in a bank) โดยมีข้อยกเว้นว่าเงิน  
ดังกล่าวอาจฝากไว้ในบัญชีประเภทมีดอกเบี้ยในธนาคารหรือสถาบันเพื่อการออมและการกู้เงิน  
ของรัฐหรือสหรัฐก็ได้ อย่างไรก็ตามเงินนั้นต้องเก็บรักษาแยกต่างหากจากเงินของตัวแทนเอส  
โครว์

ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวไม่ได้บ่งบอกอย่างชัดเจนเหมือนในบทบัญญัติปัจจุบันว่าตัวแทนเอสโครว์ต้อง  
ฝากเงินไว้ในบัญชีประเภทไม่มีดอกเบี้ย แต่ต่อมา มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 17409 จนเป็น  
บทบัญญัติในปัจจุบันที่กำหนดอย่างชัดเจนว่าเงินที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับต้องฝากในบัญชีเอส  
โครว์ประเภทไม่มีดอกเบี้ย แต่หลังจากนั้นอาจฝากในบัญชีเอสโครว์ประเภทมีดอกเบี้ยได้ ซึ่ง  
หลังจากการแก้ไขเพิ่มเติมนี้ ได้มีคดีฟ้องร้องขึ้นสู่ศาลของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไปจนถึงศาลอุทธรณ์  
ซึ่งคำพิพากษาศาลอุทธรณ์ในคดีนี้เป็นที่สุดและถือเป็นบรรทัดฐานในการบังคับใช้บทบัญญัติ  
มา ต ร 1 7 4 0 9  
ในปัจจุบัน กล่าวคือ ในคดี *Hannon v. Western Title Ins. Co.*<sup>51</sup> โจทก์คือนาย Hannon ได้

<sup>49</sup> Historical and Statutory Notes ท้ายมาตรา 17409, www.international.westlaw.com.

<sup>50</sup> First Sentence of Section 17409 before 1984 read as "All moneys deposited in escrow to be delivered upon the close of a escrow or upon any other contingency, shall be deposited and maintained in a demand or checking account in a bank, except that such moneys may be deposited in an interest-bearing account in a bank or a state or federal savings and loan association and kept separate, distinct, and apart from funds belonging to the escrow agent."

<sup>51</sup> *Hannon v. Western Title Ins. Co.* (1989) 211 Cal.App.3d 1122, 1127- 1129 [260 Cal.Rptr. 21].

อุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียขอให้ทบทวนคำวินิจฉัยของศาลชั้นต้นให้จำเลยต้องรับผิดชอบในประเด็นที่ว่าจำเลยซึ่งเป็นตัวแทนเอสโครว์ประเภทบริษัทประกันกรรมสิทธิ (Western Title Insurance Company) ได้เลือกที่จะนำเงินที่โจทก์ฝากไว้ในบัญชีธนาคารประเภทไม่มีดอกเบี้ย (a non-interest bearing account) แทนที่จะไปฝากไว้ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ย ทำให้โจทก์เสียประโยชน์จากการไม่ได้รับดอกเบี้ยในเงินที่ฝากนั้น ศาลอุทธรณ์ได้วินิจฉัยในประเด็นที่ว่า ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ตามกฎหมายคอมมอนลอว์ที่จะต้องฝากเงินไว้ในบัญชีที่มีดอกเบี้ย (an interest bearing account) หรือไม่ โดยศาลวางหลักว่า การทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญาทุกฝ่ายของตัวแทนเอสโครว์นั้นมีข้อจำกัดเท่าที่เป็นไปตามคำสั่งเอสโครว์ (escrow instructions)

ที่ได้รับมาจากคู่สัญญานั้นๆ ดังนั้น ตัวแทนเอสโครว์จึงไม่ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติในสิ่งที่คู่สัญญาไม่ได้สั่งไว้ในคำสั่งเอสโครว์ หรือไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดจากการปฏิบัติตามคำสั่งเอสโครว์แต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จำเลยจึงไม่มีหน้าที่ต้องฝากเงินของโจทก์ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ย หากไม่ได้รับคำสั่งจากโจทก์ให้ทำเช่นนั้น

จากคำพิพากษาดังกล่าว การบังคับใช้มาตรา 17409 จึงมีหลักอยู่ว่า เงินทั้งหมดที่ตัวแทนเอสโครว์ได้รับมาจากคู่สัญญาเอสโครว์ซึ่งจะต้องส่งมอบต่อไปเมื่อปิดเอสโครว์นั้นจะต้องนำไปฝากไว้ในบัญชีประเภทที่ไม่มีดอกเบี้ยและส่งจ่ายตามคำสั่งหรือโดยออกเช็ค และต้องแยกต่างหากจากเงินของตัวแทนเอสโครว์ อย่างไรก็ตาม ตัวแทนเอสโครว์จะฝากเงินที่ได้รับมาจากการเป็นตัวแทนเอสโครว์ไว้ในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ยได้ ก็ต่อเมื่อได้รับคำสั่งเป็นการเฉพาะเจาะจงจากคู่สัญญาเอสโครว์ให้ทำเช่นนั้น โดยดอกเบี้ยทั้งหมดที่ได้จากการฝากเงินในบัญชีประเภทที่มีดอกเบี้ยต้องเป็นของคู่สัญญาฝ่ายที่ฝากเงินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ เว้นแต่คู่สัญญาฝ่ายนั้นจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น<sup>52</sup>

ทั้งนี้ จากข้อพิพาทเกี่ยวกับผลประโยชน์ในดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีเอสโครว์นี้อาจมีความเป็นไปได้ว่า การที่กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องเปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทไม่มีดอกเบี้ยเป็นหลัก ก็เพื่อป้องกันปัญหาความขัดแย้งระหว่างคู่สัญญากับตัวแทนเอสโครว์ในเรื่องดอกเบี้ยที่เกิดจากบัญชีเอสโครว์ ดังมีคำอธิบายเกี่ยวกับการเปิดบัญชีเอสโครว์หรือบัญชีทรัสต์ไว้ว่า ในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กฎหมายและทางปฏิบัติส่วนใหญ่ บัญชีเอสโครว์หรือบัญชีทรัสต์ที่มีบุคคลที่สามซึ่งเป็นกลางมาดูแลบัญชี จะเปิดในประเภทไม่มีดอกเบี้ย (non-interest bearing account) เนื่องจากดอกเบี้ยในบัญชีที่เปิดเพื่อเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา (security deposits) เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่สร้างความขัดแย้งได้ง่าย (touchy thing) แต่กฎหมายก็เปิด

<sup>52</sup> Harry D. Miller and Marvin B. Starr, **Miller and Starr California Real Estate 3D**, Chapter 6. Escrows, E. Rights and Duties of the Escrow Agent, [www.international.westlaw.com](http://www.international.westlaw.com).

เอสโครว์ประเภทมีดอกเบียได้หากเป็นไปตามคำสั่งเอสโครว์ หรือในบางมลรัฐที่มีกฎหมายระบุไว้ว่าใครจะเป็นผู้ได้รับดอกเบียจากบัญชีนั้น<sup>53</sup>

### ประเด็นที่สอง จำนวนบัญชีเอสโครว์ที่จะเปิดได้

ถ้อยคำในมาตรา 17409 ที่ว่า เงินทั้งหมดที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ต้องนำไปฝากไว้ในบัญชีหนึ่ง<sup>54</sup> ไม่ได้บ่งชี้อย่างชัดเจนว่าตัวแทนเอสโครว์จะเปิดบัญชีเอสโครว์เพื่อฝากเงินทั้งหมดที่ได้รับจากลูกค้าทุกรายของตนไว้ในหนึ่งบัญชีหรือแยกเปิดหลายบัญชีตามลูกค้าแต่ละราย และจากการตรวจสอบข้อมูล ก็ไม่ปรากฏคำอธิบายที่ชัดเจนเช่นกัน อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากถ้อยคำในมาตรา 17409 ที่ใช้ถ้อยคำอย่างกว้าง ประกอบกับข้อพิจารณาในประเด็นที่หนึ่งที่ว่า หากตัวแทนเอสโครว์ได้รับคำสั่งให้เปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทที่มีดอกเบีย ก็ให้ตัวแทนเอสโครว์เปิดบัญชีประเภทดังกล่าว ซึ่งคำสั่งเอสโครว์นี้ย่อมเป็นคำสั่งเฉพาะเจาะจงของลูกค้าแต่ละราย จึงเป็นไปได้ว่า ถ้าตัวแทนเอสโครว์เปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทไม่มีดอกเบียไว้แล้ว หากได้รับคำสั่งโดยเฉพาะเจาะจงจากลูกค้าบางรายให้เปิดบัญชีประเภทมีดอกเบีย ตัวแทนเอสโครว์อาจเปิดบัญชีเอสโครว์ประเภทมีดอกเบียสำหรับลูกค้ารายนั้นได้อีก แสดงให้เห็นว่า กฎหมายไม่ได้บังคับในเรื่องจำนวนของบัญชี

เอสโครว์ที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องเปิดเพื่อฝากเงินที่ตนได้รับจากการเป็นตัวแทนเอสโครว์ แต่เป็นเรื่องที่ตัวแทนเอสโครว์แต่ละรายจะไปดำเนินการเองตามที่เหมาะสมกับสภาพการประกอบการของตน ทั้งนี้ อาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับการเปิดบัญชีทรัสต์ (trust account) ของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate broker) ตามกฎหมายว่าด้วยอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอยู่ในประมวลกฎหมายวิชาชีพและธุรกิจ (Business and Professional Code, Division 4 Real Estate) มาตรา 10145 ซึ่งใช้ถ้อยคำคล้ายคลึงกับมาตรา 17409 แห่งกฎหมายเอสโครว์ โดยมาตรา 10145 กำหนดว่า เงินของบุคคลอื่นที่นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ได้รับเนื่องจากการทำธุรกรรมเป็นนายหน้าอสังหาริมทรัพย์หากไม่ได้ฝากไว้ในบัญชีเอสโครว์จะต้องนำไปฝากไว้ในบัญชีหนึ่งเรียกว่า บัญชีทรัสต์ (a trust fund account) ในธนาคารที่เป็นที่ยอมรับในมลรัฐแคลิฟอร์เนีย จำนวนบัญชีที่ต้องเปิดตามมาตราดังกล่าวมีผู้ให้คำอธิบายไว้ว่า กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ไม่สนใจว่านายหน้าอสังหาริมทรัพย์จะเปิดบัญชีทรัสต์เพียงหนึ่งบัญชีเพื่อรวมเงินทั้งหมดที่ได้รับไว้ด้วยกันหรือหลายบัญชีแยกตามเจ้าของเงินแต่ละราย ขึ้นอยู่กับการประกอบการของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์แต่ละราย บางรายอาจเปิดบัญชีทรัสต์ไว้เฉพาะสำหรับลูกค้าบางรายซึ่งมีธุรกรรมที่ซับซ้อนกว่ารายอื่นเพื่อความสะดวกในการทำบัญชีแยกต่างหากและเพื่อให้เจ้าของเงินตรวจสอบได้ง่ายขึ้น<sup>55</sup>

<sup>53</sup> Ellen Romano and Robert Griswold, **Avoiding Trust Account Pitfalls Commingling of Funds**, <http://www.griswoldremgmt.com/Article-AvoidingTrustAccountPitfalls.htm>.

<sup>54</sup> “**All moneys** deposited in escrow..., shall be deposited and maintained in a non-interest bearing demand or checking **account**...”

<sup>55</sup> *Ibid*, footnote 24

### ประเด็นที่สาม การเปิดบัญชีเอสโครว์และการเบิกจ่ายเงินในบัญชีเอสโครว์

เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายตกลงกันใช้บริการตัวแทนเอสโครว์ในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และได้ส่งมอบเงินหรือทรัพย์สินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์แล้ว การเปิดบัญชีเอสโครว์จะเป็นหน้าที่รับผิดชอบของตัวแทนเอสโครว์ตามคำสั่งเอสโครว์ โดยตัวแทนเอสโครว์จะเป็นผู้เปิดบัญชีเอสโครว์ไว้กับสถาบันการเงินที่กฎหมายกำหนดในนามของตัวแทนเอสโครว์เอง แต่ต้องใช้ชื่อเรียกบัญชีนั้นว่า เงินทรัสต์ (trust funds) หรือบัญชีเอสโครว์ (escrow accounts) หรือชื่ออื่นที่แสดงให้เห็นว่าเงินในบัญชีนั้นไม่ใช่เงินของตัวแทนเอสโครว์ (มาตรา 17409) ทั้งนี้ในความสัมพันธ์ระหว่างตัวแทนเอสโครว์กับลูกค้าที่ฝากเงินกับตนนั้น ตัวแทนเอสโครว์จะกำหนดหมายเลขอ้างอิงให้แก่ลูกค้าเพื่อใช้อ้างอิงในการดำเนินธุรกรรมกับตัวแทนเอสโครว์<sup>56</sup> และจะออกใบรับเงินที่รับฝากให้แก่ลูกค้า นอกจากนี้ เมื่อทำการปิดเอสโครว์แล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะจัดทำรายงานสุดท้าย (final statement) ซึ่งแจ้งเกี่ยวกับบัญชีเอสโครว์และการเบิกจ่ายเงินของลูกค้าจากบัญชีเอสโครว์ให้แก่ลูกค้าเพื่อการตรวจสอบด้วย<sup>57</sup>

เงินที่ฝากในบัญชีเอสโครว์จะต้องนำมาใช้เพื่อการปฏิบัติตามสัญญาเอสโครว์เท่านั้น และจะต้องไม่นำมาใช้จนกว่าเงื่อนไขตามสัญญาเอสโครว์ได้รับการปฏิบัติเรียบร้อยแล้ว โดยหลักแล้วเงินในบัญชีเอสโครว์ไม่สามารถเบิกถอนออกมาได้จนกว่าจะได้มีการปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในคำสั่งเอสโครว์และมีการปิดเอสโครว์แล้ว<sup>58</sup> และกฎหมายยังกำหนดห้ามตัวแทนเอสโครว์หรือผู้กระทำการแทนตัวแทนเอสโครว์เบิกจ่ายเงินจากบัญชีเอสโครว์ที่ไม่ได้เป็นไปตามคำสั่งเอสโครว์ด้วย (มาตรา 17414) อย่างไรก็ตาม ตัวแทนเอสโครว์อาจถอนเงินจากบัญชีเอสโครว์ก่อนมีการปิด

เอสโครว์ได้หากคู่สัญญาทุกฝ่ายได้มีคำสั่งเป็นลายลักษณ์อักษรให้ทำเช่นนั้น (มาตรา 17421)

ตัวแทนเอสโครว์ที่มีสถานประกอบการหลายแห่ง และแต่ละแห่งได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์แยกจากกัน ต้องจัดให้มีบัญชีเอสโครว์ (escrow trust account) แยกจากกันตามสถานประกอบการที่ได้รับใบอนุญาตแต่ละแห่งนั้น (Each person subject to this chapter shall maintain separate escrow trust accounts for each licensed location.) ไม่อาจใช้บัญชีร่วมกันได้ และห้ามมีการโอนเงินกันในระหว่างบัญชีเหล่านั้น เว้นแต่จะทำได้เป็นเช็คจากบัญชีเอสโครว์หนึ่งให้แก่อีกบัญชีเอสโครว์หนึ่ง หรือโดยการฝากเช็คนั้นในอีกบัญชีเอสโครว์หนึ่ง และจะต้องมีการออกใบรับเงินโดยบัญชีเอสโครว์ที่ได้รับโอนเงินนั้นมา ทั้งนี้

<sup>56</sup> When is Escrow Considered Open?,

<http://www.escrowhelp.com/articles/20000225.html>.

<sup>57</sup> The Escrow Process,

<http://72.14.253.104/search?q=cache:Ne4zXHIUJKsJ:www.roycavellini.com/escrow.html+california+open+escrow+account&hl=th&ct=clnk&cd=21&gl=th>.

<sup>58</sup> *Ibid*, footnote 24.

การโอนเงินดังกล่าวจะต้องมีหลักฐานการมอบอำนาจให้โอนเงินเป็นคำสั่งเอสโครว์ที่ให้ไว้โดย  
ตัวการ และอาจโอนเงินกันทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ (มาตรา 17409.1)

เมื่อคู่สัญญาได้ส่งมอบเงินให้แก่ตัวแทนเอสโครว์และตัวแทนเอสโครว์ได้นำเก็บ  
รักษาไว้ในบัญชี trust funds หรือ escrow accounts แล้ว กฎหมายกำหนดให้เงินในบัญชีดังกล่าว  
ไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดีที่เกิดขึ้นจากการฟ้องร้องบังคับคดีแก่ตัวแทนเอสโครว์ และไม่อยู่ใน  
ฐานะเป็นทรัพย์สินของตัวแทนเอสโครว์ ทั้งนี้ หากมีดอกเบี้ยเกิดขึ้นแก่บัญชีดังกล่าว ดอกเบี้ยนั้น  
ก็ไม่อยู่ในข่ายของการบังคับคดีเช่นเดียวกัน (มาตรา 17410)

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดถึงกรณีที่ว่า หาก Commissioner พบ  
ข้อเท็จจริงจากการตรวจสอบหรือจากรายงานใดๆ ที่ส่งมาให้เห็นว่า ตัวแทนเอสโครว์อยู่ในฐานะมี  
ห นี ลี น  
ล้มพันตัว หรือดำเนินกิจการอันมีลักษณะที่ไม่น่าจะปลอดภัยหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหาย  
แก่สาธารณะหรือลูกค้าได้หากยังคงให้ดำเนินกิจการต่อไป หรือพบว่าตัวแทนเอสโครว์ปล่อยให้  
มูลค่าทรัพย์สินสุทธิของกิจการต่ำกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือละเลยที่จะรักษาสินทรัพย์สภาพ  
คล่องตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือไม่อาจปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องการวางหลักประกัน  
ได้ Commissioner มีอำนาจที่สั่งให้หยุดการเบิกจ่ายเงินจาก trust fund หยุดการส่งมอบหรือการ  
บันทึกเอกสารที่ได้รับจากการเป็นเอสโครว์ หรือหยุดดำเนินกิจการ การส่งคำสั่งต้องทำโดยการส่ง  
ไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับหรือนำส่งด้วยตนเอง ทั้งนี้ ผู้ได้รับคำสั่งดังกล่าวมีสิทธิร้องขอให้ไต่  
สวนคำสั่งนั้นภายใน 15 วันนับแต่ได้รับคำสั่ง ถ้าไม่มีการร้องขอดังกล่าวภายใน 30 วัน ผู้ได้รับ  
คำสั่งต้องดำเนินการตามคำสั่งต่อไป (มาตรา 17415)

#### หมวด 4 การเพิกถอนใบอนุญาต (Revocation of License)<sup>59</sup>

ในกรณีที่ Commissioner มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าตัวแทนเอสโครว์กำลัง  
กระทำการฝ่าฝืนต่อกฎหมายฉบับนี้ Commissioner มีอำนาจที่จะทำการสอบสวนธุรกิจของ  
ตัว แทน และ ท น  
เอสโครว์ และมีอำนาจทำการตรวจสอบหนังสือ บัญชี บันทึก หรือเอกสารที่ใช้ในการดำเนินธุรกิจ  
ของตัวแทนเอสโครว์หรือของบุคคลใดๆ ซึ่งได้กระทำหรืออ้างว่าได้กระทำในฐานะตัวการหรือ  
ตัวแทน เพื่อให้การดำเนินการสอบสวนของ Commissioner บรรลุวัตถุประสงค์ กฎหมาย  
กำหนดให้ Commissioner มีอำนาจที่จะเข้าไปยังสถานประกอบการของตัวแทนเอสโครว์ และมี  
อำนาจที่จะตรวจสอบเอกสารต่างๆ ได้อย่างเต็มที่ (มาตรา 17601)

ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่ Commissioner ว่า ตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนข้อบังคับ  
ข อ ง  
นิติบุคคล หรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดที่ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม  
Commissioner ต้องส่งคำสั่งเป็นหนังสือแก่ตัวแทนเอสโครว์เพื่อระงับการฝ่าฝืนดังกล่าวและ

<sup>59</sup> ตั้งแต่มาตรา 17600 ถึงมาตรา 17609.2

คำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ตัวแทนเอสโครว์ทันที แต่ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งเด็ดขาดเว้นแต่จะสอดคล้องกับมาตรา 17604 จึงจะถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด (มาตรา 17602)

ถ้าตัวแทนเอสโครว์เพิกเฉยที่จะจัดทำรายงานตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือตามที่ Commissioner กำหนด ภายใน 10 วันนับจากวันที่กำหนดไว้ การเพิกเฉยหรือไม่ปฏิบัติตามดังกล่าวให้ถือเป็นเหตุสำหรับการพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (มาตรา 17602.5)

ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏแก่ Commissioner ว่า ตัวแทนเอสโครว์กำลังดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหาย Commissioner ต้องมีคำสั่งโดยทำเป็นหนังสือถึงตัวแทนเอสโครว์ให้ระงับการดำเนินการในลักษณะดังกล่าว คำสั่งนั้นให้มีผลบังคับแก่ตัวแทนเอสโครว์ทันที แต่ยังไม่ถือว่าเป็นคำสั่งเด็ดขาดเว้นแต่จะสอดคล้องกับมาตรา 17604 จึงจะถือว่าเป็นคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด (มาตรา 17603)

ทั้งนี้ มาตรา 17604 ที่อ้างถึงข้างต้นนั้น กำหนดไว้ว่า คำสั่งที่ออกตามมาตรา 17602 -17603 (ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น) ไม่เป็นที่สุด เว้นแต่ Commissioner ได้แสดงเจตนาให้คำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุดพร้อมทั้งแสดงเหตุผลประกอบ และตัวแทนเอสโครว์สามารถแสดงเจตนาขอให้มีการไต่สวน (hearing) ภายใน 15 วันทำการหลังจากได้รับคำสั่งดังกล่าวได้ แต่ถึงถ้าตัวแทนเอสโครว์ไม่ได้ร้องขอให้มีการไต่สวนภายใน 30 วันหลังจากวันที่ส่งคำสั่งและไม่มีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นโดย Commissioner ให้ถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นที่สุด ตัวแทนเอสโครว์ต้องระงับการกระทำที่ถูกกำหนดไว้ในคำสั่งทันที แต่ในกรณีที่มีการร้องขอให้มีการไต่สวน กฎหมายกำหนดให้การไต่สวนเป็นไปตามกฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง (Administrative Procedure Act) โดยกำหนดให้ Commissioner เป็นผู้มีอำนาจภายใต้กฎหมายดังกล่าว เมื่อมีการไต่สวนแล้ว หากปรากฏข้อเท็จจริงแก่ Commissioner ว่า ตัวแทนเอสโครว์ได้ดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหายหรือตัวแทนเอสโครว์ได้ฝ่าฝืนข้อบังคับของนิติบุคคลหรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ที่ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม Commissioner มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งอันเป็นที่สุดและตัวแทนเอสโครว์ต้องระงับการกระทำที่ระบุไว้ในคำสั่งนั้นโดยทันที

เมื่อตัวแทนเอสโครว์ได้รับคำสั่งอันเป็นที่สุดให้ระงับการกระทำใดๆ จาก Commissioner กฎหมายกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์มีสิทธินำคดีไปศาลภายในกำหนดระยะเวลา 10 วันนับแต่วันที่คำสั่งเป็นที่สุด ซึ่งมีผลให้การบังคับตามคำสั่งของ Commissioner ถูกระงับเป็นระยะเวลา 10 วันโดยศาลที่มีการฟ้องร้องคดี หากตัวแทนเอสโครว์ไม่นำคดีไปศาลภายใน 10 วันนับแต่วันที่คำสั่งเป็นที่สุด ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งนั้นโดยทันที (มาตรา 17605)

ในกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งใดๆ ของ Commissioner กฎหมายกำหนดให้ Commissioner มีอำนาจที่จะเพิกถอนใบอนุญาตประกอบการเป็นตัวแทน

เอส โครว์ ไต้  
โดยทันที เว้นเสียแต่ว่า ตัวแทนเอสโครว์ได้มีคำขอคุ้มครองจากศาลให้มีการระงับใช้คำสั่งที่ให้  
เพิกถอนใบอนุญาตนั้น (มาตรา 17606)

ในอนุญาตประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ให้ถือว่าถูกเพิกถอนเมื่อศาลมีคำสั่ง  
ให้มีการชำระบัญชีของบริษัท เว้นแต่ว่า ตัวแทนเอสโครว์จะไต่ยื่นคำขอคุ้มครองต่อศาลภายใน  
กั า ห น ด  
10 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำสั่งให้มีการชำระบัญชีของบริษัท เพื่อระงับคำสั่งเพิกถอนไม่ให้ผล  
บังคับ (มาตรา 17606.1)

หลังจากที่ Commissioner ได้ออกคำสั่งและได้ให้โอกาสที่จะรับฟังตัวแทน  
เอสโครว์แล้ว Commissioner มีอำนาจที่จะพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ ในกรณีดังต่อไปนี้  
(มาตรา 17608)

(1) ตัวแทนเอสโครว์ไม่รักษาหลักประกันตามที่กฎหมายกำหนด

(2) ตัวแทนเอสโครว์ทำการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ หรือข้อบังคับใด ๆ ที่

Commissioner กำหนด

(3) มีข้อเท็จจริงหรือเงื่อนไขใดซึ่งถ้า Commissioner ได้ทราบในขณะที่ยื่น  
ขอใบอนุญาตแล้วจะเป็นเหตุอันสมควรที่ทำให้ Commissioner ปฏิเสธการออกใบอนุญาตได้

การเพิกถอน การพักใช้ใบอนุญาต การเวนคืน หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาต  
ไม่กระทบต่อสัญญาเอสโครว์ที่ได้จัดทำไว้แล้ว แต่ห้ามตัวแทนเอสโครว์รับเงินหรือเอกสารอื่นใด  
อีกหลังจากมีการเพิกถอน การพักใช้ใบอนุญาต การเวนคืน หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาตนั้น  
(มาตรา 17609)

### หมวด 5 การไต่สวน (Hearings)<sup>60</sup>

ในการสอบสวน สืบสวน หรือการไต่สวนตามกฎหมายเอสโครว์นี้  
Commissioner อาจจัดให้มีการสาบาน การเบิกความของพยาน หรือออกหมายเรียกเพื่อให้  
พยานมาให้การและให้ทำหนังสือ เอกสาร และสิ่งอื่นใดได้ (มาตรา 17610)

กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ Commissioner จัดให้มีการสืบสวนเมื่อตน  
เห็นสมควร เพื่อกำหนดว่าบุคคลได้กระทำการฝ่าฝืนหรือกำลังกระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติ  
ข้อบังคับหรือคำสั่งใดของกฎหมายเอสโครว์นี้หรือไม่ โดย Commissioner อาจจัดให้มีการ  
เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการฝ่าฝืนบทบัญญัติ ข้อบังคับ หรือคำสั่งอื่นใดของกฎหมายเอส  
โครว์นี้ (มาตรา 17611)

การสืบสวนดังกล่าวมาข้างต้น กฎหมายกำหนดให้ Commissioner เข้า  
ครอบครองหนังสือ บันทึก บัญชี หรือเอกสารอื่นใดที่เกี่ยวข้องการประกอบธุรกิจของตัวแทนเอส  
โครว์ ภายในระยะเวลาตามสมควรแต่ไม่เกิน 30 วัน และต้องเก็บรักษาหลักฐานต่างๆ เป็นอย่างดี

<sup>60</sup> ตั้งแต่มาตรา 17610 ถึงมาตรา 17614

ไว้ในสถานที่เก็บรักษาตามปกติของหลักฐานเหล่านั้น ในระหว่างระยะเวลาดังกล่าวห้ามบุคคลใดเคลื่อนย้ายหรือพยายามที่จะเคลื่อนย้ายหลักฐานเหล่านั้น เว้นแต่จะเป็นคำสั่งของศาลหรือได้รับความยินยอมจาก Commissioner (มาตรา 17611 (b))

เพื่อวัตถุประสงค์ในการสืบสวนหรือกระบวนการอื่นใดภายใต้กฎหมายเอสโครว์นี้ Commissioner อาจจัดให้มีการสาบานและการยืนยัน หมายถึงพยาน การบังคับให้มาปรากฏตัวจัดทำพยานหลักฐาน และกำหนดให้มีการทำหนังสือ เอกสาร หนังสือโต้ตอบ บันทึกความเข้าใจ ข้อตกลง หรือเอกสารหรือบันทึกอื่นใด ซึ่ง Commissioner เห็นว่าเกี่ยวข้องหรือเป็นหลักฐานที่สำคัญก็ได้ (มาตรา 17611 (c))

ในกรณีที่มีการฝ่าฝืนหมายเรียกของ Commissioner เมื่อ Commissioner ยื่นคำขอต่อศาล ศาลอาจออกคำสั่งให้บุคคลนั้นปรากฏตัวต่อหน้า Commissioner เพื่อแสดงพยานเอกสารหรือเพื่อส่งพยานหลักฐานใดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่ทำกรสืบสวน หากบุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าวของศาล ศาลมีอำนาจที่จะสั่งว่าบุคคลดังกล่าวละเมิดอำนาจศาลได้ (มาตรา 17611 (d))

ในการสืบสวนนั้น บุคคลที่ถูกเรียกให้มาพบ Commissioner และมาให้การหรือเบิกความ หรือเสนอเอกสารหรือบันทึกใด ๆ หรือถูกหมายเรียกให้มานั้น ไม่อาจปฏิเสธที่จะไม่ปฏิบัติตามเช่นว่านั้นโดยอ้างเหตุว่าการกระทำดังกล่าวจะเป็นการให้การปกปิดหรือทำให้ตนต้องได้รับโทษทางอาญาได้ แต่อย่างไรก็ตาม ห้ามไม่ให้ฟ้องร้องหรือลงโทษบุคคลหรือบริวารทรัพย์สินของบุคคลจากธุรกรรม เรื่องหรือสิ่งใด ที่บุคคลนั้นถูกบังคับให้เบิกความหรือเสนอพยานหลักฐาน หลังจากได้มีการเรียกร้องเอกสารสิทธิ์ที่จะไม่ให้การปกปิดตนเองโดยชอบแล้ว เว้นแต่เป็นการฟ้องร้องหรือลงโทษในข้อหาเบิกความเท็จหรือหมิ่นอำนาจศาลจากการที่บุคคลนั้นได้เบิกความไว้ (มาตรา 17611 (e))

คำสั่ง คำตัดสิน การอนุญาตหรือการกระทำใด ๆ ของ Commissioner อยู่ภายใต้การทบทวนคำสั่งตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย (มาตรา 17614)

## **หมวด 6 การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี (Liquidation and Conservatorship)<sup>61</sup>**

ในกรณีที่มิใช่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ประกอบกรเป็นตัวแทนเอสโครว์มีเหตุดังต่อไปนี้ (มาตรา 17621)

- (1) ล้มละลาย
- (2) ดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือในลักษณะไม่ปลอดภัย
- (3) ฝ่าฝืนกฎหมายใด ๆ ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย
- (4) ปฏิเสธที่จะยื่นหนังสือ เอกสาร หรือการงานใด ๆ เพื่อการตรวจสอบของผู้ตรวจสอบ (examiner)

<sup>61</sup> ตั้งแต่มาตรา 17621 ถึงมาตรา 17654

(5) ละเลยหรือปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งของ Commissioner ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ให้อำนาจไว้ภายในระยะเวลาที่กำหนด เว้นแต่จะมีการระงับคำสั่งดังกล่าว

(6) เจ้าหน้าที่ กรรมการ หรือทรัสต์ ของตัวแทนเอสโครว์ปฏิเสธที่จะให้คำสาบานเกี่ยวกับธุรกิจของตัวแทนเอสโครว์

(7) เจ้าหน้าที่ กรรมการ ผู้ถือหุ้น นายความ ทรัสต์ ของตัวแทนเอสโครว์ได้กระทำการยกยอกหรือโอนถ่ายทรัพย์สินหรือเงินใน trust fund จากตัวแทนเอสโครว์นั้น

(8) ยอมให้มูลค่าทรัพย์สินสุทธิ (tangible net worth) ต่ำกว่าจำนวนที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

(9) เพิกเฉยที่จะปฏิบัติตามเงื่อนไขในเรื่องหลักประกันตามที่กำหนดในหมวด 2 ของกฎหมายนี้ที่ต้องให้แก่ Commissioner

กฎหมายกำหนดให้ Commissioner ต้องส่งหนังสือโดยสรุปข้อเท็จจริงโดยย่อไปยังสำนักงานแห่งใหญ่ของตัวแทนเอสโครว์ และตัวแทนเอสโครว์มีโอกาที่จะแก้ไขตามที่ Commissioner เห็นสมควร อย่างไรก็ตาม ถ้าตัวแทนเอสโครว์ไม่ปฏิบัติตามหนังสือแจ้งภายในกำหนด 5 วัน หลังจากได้รับหนังสือแจ้ง หรือในกรณีที่ Commissioner เห็นว่าการปฏิบัติตามเป็นไปได้ Commissioner มีอำนาจที่จะเข้าครอบครองทรัพย์สินและกิจการของตัวแทนเอสโครว์ได้ทันทีและเก็บรักษาทรัพย์สินนั้นไว้จนกว่าตัวแทนเอสโครว์จะสามารถทำให้กิจการกลับไปเป็นเหมือนเดิมได้หรือกิจการของตัวแทนเอสโครว์ได้ทำการชำระบัญชีตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตัวแทนเอสโครว์ โดยความยินยอมของ Commissioner สามารถเข้ามาฟื้นฟูกิจการได้ตามเงื่อนไขที่ Commissioner กำหนด (มาตรา 17621)

ถ้าตัวแทนเอสโครว์ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของ Commissioner ในเรื่องการเข้าครอบครองทรัพย์สินและกิจการ ภายใน 24 ชั่วโมง นับแต่ได้รับคำสั่งนั้นแล้ว Commissioner อาจร้องขอให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการบังคับตามคำสั่งของ Commissioner (มาตรา 17625)

ในการส่งมอบการครอบครองในทรัพย์สินหรือกิจการให้แก่ Commissioner ตัวแทนเอสโครว์ต้องจัดทำและส่งมอบรายการทรัพย์สินและเงินที่ถือไว้ใน escrow account (มาตรา 17626)

ถ้ามีข้อเท็จจริงที่ทำให้ Commissioner เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการของตัวแทนเอสโครว์ Commissioner สามารถแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (Conservator) ของตัวแทนเอสโครว์นั้น และกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ดังกล่าววางหลักประกันตามที่ Commissioner เห็นสมควร คณะกรรมการของบริษัทสามารถร้องขอต่อ Commissioner เพื่อให้มีการแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน และผู้ดูแลทรัพย์สินดังกล่าว ภายใต้การควบคุมของ Commissioner สามารถเข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการของตัวแทนเอสโครว์และดำเนินการใดๆ เท่าที่จำเป็นเพื่อเก็บรักษาทรัพย์สินของตัวแทนเอสโครว์ระหว่างรอการจำหน่ายจ่ายโอนกิจการของบริษัทเอสโครว์ ผู้ดูแลทรัพย์สินจะต้องเก็บรักษาทรัพย์สินและกิจการของตัวแทนเอสโครว์จนกว่าทรัพย์สินจะถูก

สื่ ง คี น แ ก่ ตั ว แ ท น  
เอสโครว์หรือจนกว่า Commissioner จะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น (มาตรา 17630)

ผู้ดูแลทรัพย์สินในขณะที่ครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการของตัวแทนเอสโครว์มีอำนาจและสิทธิหน้าที่เช่นเดียวกับ Commissioner ค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์สินให้จ่ายจากทรัพย์สินของตัวแทนเอสโครว์ และค่าใช้จ่ายดังกล่าวเป็นสิทธิยึดหน่วง (lien) ที่อยู่เหนือกว่าสิทธิยึดหน่วงอื่น (มาตรา 17631)

ถ้าตัวแทนเอสโครว์สามารถแสดงให้เห็นให้ Commissioner พอใจได้ว่า ตัวแทนเอสโครว์สามารถดำเนินกิจการได้อย่างปลอดภัยและเป็นประโยชน์ต่อสาธารณชน Commissioner มีอำนาจสั่งให้ยกเลิกการดูแลทรัพย์สินนั้นได้ภายใต้เงื่อนไขหรือข้อจำกัดใดๆ ที่ Commissioner กำหนด (มาตรา 17634)

เมื่อ Commissioner ได้เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือธุรกิจของตัวแทนเอสโครว์แล้ว Commissioner อาจยื่นคำร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลแต่งตั้งเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์สิน (receiver) เพื่อทำการชำระบัญชีกิจการของตัวแทนเอสโครว์ (มาตรา 17636)

## หมวด 7 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา (Crimes and Civil Penalties)<sup>62</sup>

บุคคลใดจงใจฝ่าฝืนบทบัญญัติ ข้อบังคับ หรือคำสั่งใดแห่งกฎหมายเอสโครว์นี้ ต้องได้รับโทษปรับไม่เกินกว่า 10,000 ดอลลาร์สหรัฐ หรือต้องได้รับโทษจำคุก ถ้าเป็นการจำคุกในเรือนจำของมลรัฐ ให้ต้องโทษจำคุกเป็นเวลาตั้งแต่ 1 ปีขึ้นไป ถ้าเป็นการจำคุกในเรือนจำของเทศมณฑล (county) ให้ต้องโทษจำคุกเป็นเวลาไม่เกิน 1 ปี แต่ห้ามไม่ให้บุคคลใดต้องถูกจำคุกในกรณีที่ฝ่าฝืนข้อบังคับหรือคำสั่งใดแห่งกฎหมายเอสโครว์นี้ เว้นแต่บุคคลนั้นได้รู้ข้อบังคับหรือคำสั่งนั้น บุคคลที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดตามมาตรา 17423 นี้ไม่เป็นการตัดสิทธิ Commissioner จากการใช้อำนาจตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17423 ซึ่งเป็นอำนาจที่จะสั่งให้บุคคลที่น่าจะก่อ ใ ห้ เ กิ ด ความเสียหายแก่ตัวแทนเอสโครว์หรือแก่สาธารณะ ห้ามไม่ให้ทำงาน ดูแลจัดการ หรือควบคุม ตั ว แ ท น เอสโครว์ หรือสั่งยุติการกระทำดังกล่าวหรือพักการกระทำดังกล่าวเป็นเวลาไม่เกิน 12 เดือน (มาตรา 17700)

บุคคลใดที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมายเอสโครว์นี้ หรือฝ่าฝืนข้อบังคับหรือคำสั่งใด ที่ทำขึ้นตามกฎหมายเอสโครว์นี้ ต้องรับโทษปรับในทางแพ่งสำหรับการกระทำดังกล่าวเป็นเงินไม่เกิน 2,500 ดอลลาร์สหรัฐ สำหรับแต่ละกระทงความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำ โดย Commissioner จะเป็นผู้นำคดีดังกล่าวฟ้องร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจในนามของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเพื่อให้ศาลกำหนดอัตราโทษดังกล่าว บทกำหนดโทษทางแพ่งนี้ไม่เป็นการระงับการ

<sup>62</sup> ตั้งแต่มาตรา 17700 ถึงมาตรา 17702

เยียวยาทางอื่นที่ได้กำหนดไว้ในมาตราอื่น บทกำหนดโทษในทางแพ่งนี้อาจนำไปใช้ควบคู่กับบทกำหนดโทษอื่นๆ ได้ (มาตรา 17701)

บุคคลใดที่กระทำโดยเจตนาแสดงข้อความอันเป็นเท็จซึ่งเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญในใบคำขอ หนังสือบอกกล่าว หรือรายงาน เพื่อยื่นต่อ Commissioner ภายใต้กฎหมายเอสโครว์นี้หรือภายใต้กฎข้อบังคับที่ออกภายใต้กฎหมายเอสโครว์นี้ หรือจงใจเพิกเฉยไม่แสดงข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญซึ่งกำหนดให้ต้องแสดงในใบคำขอ หนังสือบอกกล่าว หรือรายงาน ถือว่าบุคคลนั้นกระทำการอันผิดกฎหมาย (unlawful) (มาตรา 17702)

### 2.3 กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐอื่น

จากการศึกษาบทบัญญัติในกฎหมายเอสโครว์ของ 3 มลรัฐ ได้แก่ มลรัฐวอชิงตัน (Escrow Agent Registration Act) มลรัฐโอเรกอน (Real Estate and Escrow Activities) และมลรัฐไอดาโฮ (Idaho Escrow Act) ซึ่งเป็นมลรัฐที่เพิ่งจะมีกฎหมายดังกล่าวออกใช้บังคับไป ในปี ค.ศ. 2005 เนื้อหาในบทบัญญัติของกฎหมายเอสโครว์ของทั้งสามมลรัฐนั้นมีความคล้ายคลึงกัน เป็นส่วนใหญ่ และมีเนื้อหาคล้ายคลึงกับกฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนียที่ได้ศึกษามาแล้วด้วย ทั้งนี้ สามารถสรุปโครงสร้างหรือหลักการของกฎหมายเอสโครว์ที่มีร่วมกันในกฎหมายของทุกมลรัฐที่ศึกษา (ซึ่งมีรายละเอียดที่แตกต่างกันบ้าง) ได้ดังต่อไปนี้

(1) บทนิยาม กฎหมายของมลรัฐทั้งสามกำหนดนิยามคำสำคัญไว้คล้ายคลึงกับที่กำหนดในกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย คำนิยามสำคัญที่มีเหมือนกัน คือ “เอสโครว์” และ “ตัวแทนเอสโครว์” ซึ่งมีความหมายคล้ายคลึงกับที่กำหนดในกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียดังได้กล่าวมาแล้ว

(2) ข้อบังคับเรื่องการอนุญาต กฎหมายของมลรัฐทั้งสามกำหนดมาตรการอนุญาตเป็นมาตรการควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ในมลรัฐนั้นๆ ไว้เหมือนกัน และเหมือนกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียด้วย โดยมีโครงสร้างเนื้อหาหลักประกอบด้วยข้อกำหนดว่าผู้ที่จะประกอบการเป็นเอสโครว์ได้ต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐ โดยต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด ซึ่งไม่เพียงแต่คุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอที่เป็นนิติบุคคลจะต้องเป็นไปตามที่กำหนดเท่านั้น แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลนั้น เช่น กรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน ก็จะต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดด้วย แต่ข้อกำหนดในเรื่องการอนุญาตนี้มีข้อที่แตกต่างกันในกฎหมายของมลรัฐต่างๆ ที่ศึกษา กล่าวคือ

- กฎหมายของมลรัฐโอเรกอนและมลรัฐไอดาโฮ ไม่ได้จำกัดว่าผู้ที่จะยื่นคำขอต้องเป็นนิติบุคคลเท่านั้น บุคคลธรรมดาที่ยื่นคำขออนุญาตได้ โดยกฎหมายของมลรัฐโอเรกอนกำหนดให้บุคคลธรรมดาต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป (ORS 696.511) ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐวอชิงตันกำหนดคล้ายกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียคือผู้ขออนุญาตต้องเป็นนิติบุคคล แต่

ต่างกันตรงที่กฎหมายของมลรัฐวอชิงตันกำหนดให้เจ้าหน้าที่เอสโครว์ (escrow officer) ที่ทำงานอยู่ในนิติบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตให้เป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) และทำงานเป็นผู้กำกับดูแลธุรกรรมเอสโครว์นั้นต้องได้รับใบอนุญาตด้วย (RCW 18.44.071)

- กฎหมายของมลรัฐทั้งสามกำหนดให้ต้องมีการต่ออายุใบอนุญาต (renewal) การเป็นตัวแทนเอสโครว์ด้วยซึ่งในกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้พูดถึง โดยกฎหมายทั้งสามมลรัฐกำหนดเงื่อนไขการต่ออายุใบอนุญาตไว้คล้ายคลึงกันคือ ต้องมีการต่ออายุใบอนุญาตทุกปี (ตามที่กำหนดเวลาไว้ซึ่งแตกต่างกัน มลรัฐวอชิงตันต้องต่ออายุก่อนวันที่ 1 มกราคมของทุกปี ในขณะที่มลรัฐโอเรกอน ต้องต่ออายุก่อนวันที่ 1 กรกฎาคมของทุกปี และมลรัฐไอดาโฮ ต้องต่ออายุก่อนวันที่ 1 เมษายนของทุกปี) การต่ออายุใบอนุญาตต้องยื่นคำขอและจะต่อได้ด้วยการชำระค่าธรรมเนียมการต่ออายุนั่นเอง

(3) ข้อยกเว้นการขออนุญาต กฎหมายทั้งสามมลรัฐรวมทั้งกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดในเรื่องบุคคลที่ได้รับยกเว้นให้เป็นผู้แทนเอสโครว์ได้โดยไม่ต้องขออนุญาตไว้คล้ายคลึงและสอดคล้องกัน โดยได้แก่ ทนายความอาชีพ ธนาคารหรือสถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย บริษัทอสังหาริมทรัพย์ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับใบอนุญาต เจ้าพนักงานบังคับคดี และเจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์

(4) ข้อบังคับเรื่องหลักประกัน กฎหมายของทุกมลรัฐที่ศึกษากำหนดเหมือนกันในเรื่องการวางหลักประกันซึ่งประกอบด้วยการวางเงินประกัน (fidelity bond) เพื่อเป็นหลักประกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นจากผู้ขออนุญาตหรือกรรมการ ผู้จัดการ พนักงาน หรือลูกจ้างของผู้ขออนุญาต และการค้ำประกัน (surety bond) โดยบริษัทที่รับค้ำประกันตามวงเงินที่กำหนดไว้ที่อัตราหนึ่งเปอร์เซ็นต์ การปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ขออนุญาต ซึ่งกฎหมายทั้งสามมลรัฐกำหนดให้ต้องวางหลักประกันในขณะยื่นคำขออนุญาต อย่างไรก็ตาม กฎหมายทั้งสามมลรัฐไม่มีข้อกำหนดในเรื่อง Escrow Agents' Fidelity Corporation ดังเช่นที่มีในกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย

(5) ข้อห้ามและข้อที่ต้องกระทำการ กฎหมายของทุกมลรัฐที่ศึกษากำหนดเหมือนกันในข้อห้ามกระทำการเรื่องให้ผู้ประกอบการเอสโครว์ต้องไม่ปล่อยให้มีการทำคำสั่งเอสโครว์เป็นกระดาษเปล่าเพื่อให้มีการเติมข้อความภายหลังจากการลงนามโดยผู้ทำคำสั่งแล้ว ผู้ประกอบการเอสโครว์ต้องไม่โฆษณาหรือใช้ชื่อว่าเป็นตัวแทนเอสโครว์หากยังไม่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดข้อที่ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องกระทำไว้คล้ายคลึงกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดให้ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องทำตามคำสั่งเอสโครว์

ในการเปิดและการดูแลบัญชีเอสโครว์ ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องทำงานด้วยความเป็นกลางและไม่มีผลประโยชน์ขัดกัน และต้องเก็บรักษาบรรดาคงบัญชี หนังสือหลักฐาน หรือเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับการทำธุรกรรมเอสโครว์ เพื่อการตรวจสอบโดยรัฐ

(6) เงื่อนไขการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต กฎหมายทุกมลรัฐที่ศึกษา กำหนดเหมือนกันในเรื่องการให้อำนาจรัฐในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ประกอบการ เป็นตัวแทนเอสโครว์ หากมีเหตุการณ์ตามที่กำหนดเกิดขึ้น ได้แก่ ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎระเบียบข้อบังคับที่ออกตามกฎหมายนั้น หรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือประกอบกิจการในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรืออาจทำให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ พร้อมทั้งมีการกำหนดมาตรการเยียวยาทางปกครองรองรับไว้ด้วย เช่น สิทธิขอให้ไต่สวนหรือ ทบทวนคำสั่ง

(7) การควบคุมกิจการโดยรัฐ กฎหมายของทุกมลรัฐที่ศึกษากำหนดเหมือนกัน ในเรื่องการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในตำแหน่งที่กำหนดมีอำนาจตรวจสอบและควบคุมกิจการ เอสโครว์ รวมไปถึงข้อกำหนดในเรื่องการพิทักษ์ทรัพย์และการชำระบัญชีที่คล้ายคลึงกันด้วย

(8) เจ้าหน้าที่รัฐที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย กฎหมายแต่ละมลรัฐที่ศึกษา กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการออกใบอนุญาตและในการควบคุมตรวจสอบ การประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์ไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ

กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ Commissioner of Corporation ซึ่งอยู่ใน Department of Corporations

กฎหมายของมลรัฐโอเรกอน กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ Real Estate Commissioner

กฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ Director of the Financial Institutions ซึ่งประจำอยู่ใน Department of Financial Institutions

กฎหมายของมลรัฐไดาโฮ กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ Director of the Idaho Department of Finance

นอกจากนี้ กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียและมลรัฐวอชิงตันมีบทบัญญัติที่ แตกต่างจากกฎหมายของมลรัฐโอเรกอนและมลรัฐไดาโฮในเรื่องที่ กฎหมายของมลรัฐ แคลิฟอร์เนียและมลรัฐวอชิงตันกำหนดให้มี คณะกรรมการเอสโครว์ (Escrow Commission) เพื่อ ี่ อ ท า ห นั ง ที่ เ ป็ น ที่ ป ร ิ ก ษ า ให้แก่เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดังกล่าวข้างต้น เช่น เป็นที่ปรึกษาด้าน กฎหมาย เป็นที่ปรึกษาในเรื่องการออกแบบทดสอบผู้ขอรับใบอนุญาต การกำหนดค่าธรรมเนียม การอนุญาต การกำหนดโครงการศึกษา การตรวจสอบบัญชี และการสอบสวนตัวแทนเอสโครว์ เพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายของมลรัฐวอชิงตันแตกต่างจากกฎหมายของมลรัฐ แคลิฟอร์เนียตรงที่กำหนดให้คณะกรรมการประกอบด้วย Director of the Financial Institutions

หรือ ผู้ ใ ต้ ร ับ ม อ บ ห ม า ย ทำหน้าที่เป็นประธาน และกรรมการอีก 5 คน แต่งตั้งโดย Director จากบุคคลที่มีถิ่นที่อยู่ในมล รัฐวอชิงตันไม่น้อยกว่า 5 ปี และมีประสบการณ์ด้านธุรกรรมเอสโครว์อย่างน้อย 5 ปี วาระการ ดำรงตำแหน่งของกรรมการทั้ง 5 คนแตกต่างกัน กล่าวคือ กรรมการหนึ่งคนมีวาระ 1 ปี กรรมการอีกคนมีวาระ 2 ปี กรรมการอีกคนมีวาระ 3 ปี กรรมการอีกคนมีวาระ 4 ปี และ ก ร ร ม ก า ร ค น ส ู ด ท ำ ย มี ว า ร ะ

5 ปี ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐโอเรกอนและมลรัฐไอดาโฮไม่มีบทบัญญัติในเรื่องการตั้งคณะกรรมการดังกล่าว

(9) บทกำหนดโทษ กฎหมายของมลรัฐโอเรกอนและไอดาโฮคล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียคือนอกจากโทษทางปกครองในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตแล้ว ยังกำหนดโทษปรับทางแพ่งด้วย (civil penalties) แต่ไม่มีบทกำหนดโทษทางอาญาเหมือนกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย ในขณะที่กฎหมายของมลรัฐวอชิงตันกำหนดโทษทางอาญากรณีเป็นตัวแทนเอสโครว์โดยไม่มีใบอนุญาตและโทษทางปกครองกรณีพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต แต่ไม่มีบทกำหนดโทษปรับทางแพ่ง (civil penalties)

### บทที่ 3

#### บทเปรียบเทียบและข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ได้ศึกษาระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา รวมทั้งกฎหมายในเรื่องดังกล่าว (escrow law) มาแล้วในบทก่อน ๆ ในบทนี้ จะได้นำข้อมูลเหล่านั้นมาศึกษาเปรียบเทียบกับระบบของประเทศไทย เพื่อใช้พิจารณาประกอบการให้ความเห็นถึงความเหมาะสมของการมีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ (escrow) ในประเทศไทย โดยจะเริ่มต้นจากการอธิบายภาพรวมของระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจะทำการศึกษาเปรียบเทียบและเสนอข้อคิดเห็นเป็นลำดับถัดไป ดังต่อไปนี้

#### 3.1 ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

##### 3.1.1 ระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

อสังหาริมทรัพย์ที่มีการซื้อขายเปลี่ยนมือกันมากและนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือการหลอกลวงทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์หรือได้รับกรรมสิทธิ์ที่บกพร่องจากอสังหาริมทรัพย์ที่ตนซื้อ หรือทำให้ผู้ขายไม่ได้รับเงินค่าราคาอสังหาริมทรัพย์ จนกลายมาเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาวิจัยเพื่อหามาตรการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศไทยนั้น ประกอบด้วย อสังหาริมทรัพย์สำคัญ 3 ประเภท คือ ที่ดิน บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร และห้องชุดในอาคารชุด ซึ่งจะมีผู้เกี่ยวข้องที่สำคัญสองฝ่ายคือ ฝ่ายผู้ขายมักได้แก่ผู้ประกอบการที่อยู่อาศัย และฝ่ายผู้ซื้อซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปหรือเป็นผู้ซื้อรายย่อยที่ให้ความสำคัญกับการมีที่อยู่อาศัยของตนเอง อสังหาริมทรัพย์ทั้งสามประเภทข้างต้นมีลักษณะและขั้นตอนการซื้อขายในหลักการใหญ่คล้ายคลึงกันแต่แตกต่างกันในรายละเอียด กล่าวโดยสรุปขั้นตอนได้ดังนี้<sup>63</sup>

(1) การเริ่มต้นซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ทั้งสามประเภทจะเริ่มต้นเหมือนกันคือผู้ซื้อและผู้ขายเจรจาทกลงราคาและเงื่อนไขการซื้อขาย หากตกลงกันได้ โดยปกติผู้ซื้อจะชำระเงินจองให้แก่ผู้ขายหรือผู้ดำเนินโครงการที่อยู่อาศัยโดยผู้ซื้อจะได้รับใบเสร็จรับเงินเป็นหลักฐานเท่านั้น แต่ยังไม่มีการตกลงทำสัญญากันแต่อย่างใด ซึ่งเงินจองนี้ผู้ดำเนินโครงการสามารถนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนของธุรกิจได้ระดับหนึ่ง

<sup>63</sup> มัลลิกา คมนอนันต์, เอสโครว์: รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร: วิทยานีพนธ์ปริญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 82-85.

(2) การทำสัญญาซื้อขาย หลังจากมีการชำระเงินจองแล้ว ขั้นตอนต่อไปผู้ขายและผู้ซื้อจะนัดกันเพื่อทำสัญญาซื้อขาย โดยรูปแบบของสัญญาแตกต่างกันไปในอสังหาริมทรัพย์แต่ละประเภท ดังนี้

- ที่ดิน ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญาสองประเภท คือ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน หากคู่สัญญามีเจตนาที่จะทำสัญญาซื้อขายและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กันอีกในภายหลัง หรือสัญญาซื้อขายที่ดิน หากคู่สัญญาไม่มีเจตนาจะทำสัญญาซื้อขายกันอีกและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในภายหลัง

- บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร โดยปกติผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงกันทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเพียงฉบับเดียว แต่บางกรณีอาจมีการทำสัญญาอย่างอื่นพ่วงด้วย เช่น สัญญาจ้างเหมาให้ปลูกสร้างบ้าน สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้าง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ด้านค่าใช้จ่ายและภาษี

- ห้องชุดในอาคารชุด ผู้ซื้อและผู้ขายอาจทำสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดเพียงสัญญาเดียวหรืออาจทำสัญญาอื่นพ่วงด้วยก็ได้ เช่น สัญญาจ้างตกแต่งห้องชุด ด้วยเหตุผลที่คล้ายคลึงกับกรณีบ้านพร้อมที่ดินจัดสรรดังกล่าวมาข้างต้น

อนึ่ง การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย ส่วนใหญ่ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญากันเอง มีกรณีไม่มากนักที่จะใช้ตัวแทนนายหน้าหรือนายความเข้ามาช่วยเหลือซื้อขายหรือทำสัญญา

(3) การก่อสร้างและการชำระเงิน โดยปกติในสัญญาจะซื้อจะขายจะกำหนดให้ผู้ซื้อวางเงินจำนวนหนึ่งในวันทำสัญญาและชำระเงินดาวน์ให้แก่ผู้ขายก่อนที่จะมีการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเงินดาวน์นี้เป็นเงินค้ำราคารอสังหาริมทรัพย์ส่วนหนึ่งมักเป็นจำนวนเงินประมาณร้อยละ 10-30 ของราคาซื้อขาย โดยปกติสัญญาจะกำหนดให้ผ่อนชำระเป็นงวด ในระหว่างผ่อนชำระเงินดาวน์ ผู้ขายจะนำเงินจำนวนนี้รวมกับเงินกู้สถาบันการเงินมาทำการจัดสรรที่ดิน ก่อสร้างบ้านหรือห้องชุด และสาธารณูปโภค ตามที่ได้ตกลงกันในสัญญา

(4) การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์และการจำนอง เมื่อผู้ขายดำเนินการจัดสรรที่ดิน ก่อสร้างบ้านหรือห้องชุด และสาธารณูปโภคตามที่ตกลงกันในสัญญาแล้วเสร็จและได้รับใบอนุญาตต่าง ๆ ตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องแล้ว เช่น ใบอนุญาตจัดสรรที่ดินจากทางราชการ และผู้ซื้อชำระเงินดาวน์ครบถ้วนแล้ว ผู้ขายจะนัดผู้ซื้อไปทำการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อ<sup>64</sup> โดยในวันโอนกรรมสิทธิ์ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินค้ำราคารอสังหาริมทรัพย์คงเหลือทั้งหมด ซึ่งผู้

<sup>64</sup> มาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้เมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการโอนนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว กระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยจึงต้องมีขั้นตอนสำคัญคือการไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก็คือ กรมที่ดิน

ซื้อมักจะใช้วิธีการติดต่อขอกู้เงินจากสถาบันการเงินเพื่อนำเงินที่เหลือมาชำระผู้ชาย และจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้นไว้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันการกู้เงิน ซึ่งในวันจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กันนั้น ผู้ซื้อจะดำเนินการจดทะเบียนจำนองอสังหาริมทรัพย์ให้แก่สถาบันการเงินไปพร้อมกันด้วย

### 3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

จากที่ได้อธิบายระบบซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยในหัวข้อก่อน จะเห็นได้ว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ชาย และยังถ้าเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในโครงการที่อยู่อาศัยต่าง ๆ ผู้ซื้อที่สนใจโครงการจะเข้าไปพูดคุยสอบถามกับพนักงานของโครงการนั้น หากตนพอใจก็จะตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการขอยุติการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วอย่างรวดเร็ว มีผู้ซื้อน้อยรายที่นำข้อมูลกลับมาศึกษาทบทวน หรือตรวจสอบโครงการหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างละเอียดก่อนตัดสินใจซื้อว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ตนจะซื้อนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ชายหรือไม่ มีภาระผูกพันใด ๆ หรือไม่ ผู้ชายสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้ตนได้หรือไม่ หรือผู้ชายมีความน่าเชื่อถือเพียงใด ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีผู้ซื้อจำนวนไม่น้อยที่ไม่ได้ศึกษาสัญญาซื้อขายที่โครงการจัดทำขึ้นลักษณะเป็นสัญญามาตรฐานก่อนที่จะทำการลงนามสัญญา เมื่อทำสัญญาและชำระเงินไปแล้ว เกิดปัญหาขึ้น ความเสียหายจากการสูญเสียเงินออมไปโดยเปล่าประโยชน์ย่อมเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ทั้งนี้ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยมักเกิดจากการที่ผู้ชายหรือผู้ดำเนินโครงการอสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ได้รับเงินจากผู้ซื้อมาแล้วบางส่วน เช่น นำเงินที่ได้ไปใช้จ่ายไปใช้ในธุรกรรมอื่น ไม่ได้นำไปก่อสร้างบ้านหรือสิ่งปลูกสร้างตามที่กำหนดในสัญญา หรือก่อสร้างบ้านสิ่งปลูกสร้าง หรือสาธารณูปโภค ไม่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ชายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ทางทะเบียนให้แก่ผู้ซื้อได้ เพราะตนไม่มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นหรือมีกรรมสิทธิ์โดยบกพร่อง คือ ติดภาระผูกพันต่าง ๆ เช่น ที่ดินที่ซื้อขายติดจำนองผู้อื่นอยู่หรือบางกรณีถึงขนาดที่ผู้ชายทิ้งโครงการไป กรณีเหล่านี้สร้างความเสียหายแก่ผู้ซื้อซึ่งส่วนใหญ่เป็น ผู้ซื้อ ราย ย่อย ที่ต้องเสียเงินไปโดยไม่ได้รับอสังหาริมทรัพย์หรือที่อยู่อาศัยที่ตนปรารถนา อย่างไรก็ตาม อาจมี

บ้างที่เกิดปัญหากับผู้ขายที่ไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ซื้อทำให้ไม่สามารถนำเงินไปพัฒนาและก่อสร้างหรือจัดสรรที่ดินได้ตามสัญญา แต่ก็เป็นส่วนน้อย

สภาพข้อเท็จจริงและปัญหาดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและมีให้เห็นอยู่เสมอในประเทศไทย ผู้เสียหายก็มีเป็นจำนวนมาก ผู้เสียหายเหล่านั้นจึงพยายามเรียกร้องให้รัฐเข้ามาช่วยเหลือหรือดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหา ซึ่งกลไกในการแก้ปัญหามีประสิทธิภาพและแน่นอนชัดเจน คือ กฎหมาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะพบว่ากฎหมายหลายฉบับเกิดขึ้นจากความพยายามของรัฐที่จะหาทางแก้ไขปัญหานั้นเพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปที่ตกอยู่ในสภาพผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ถูกผู้ขายหรือผู้ดำเนินการโครงการอสังหาริมทรัพย์เอารัดเอาเปรียบ หลอกหลวง หรือน้อยโกง กฎหมายที่สำคัญ ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ทั้งนี้ สามารถสรุปมาตรการในการคุ้มครองหรือดูแลประโยชน์ของผู้สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ตามกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นได้ดังนี้

#### (1) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกฎหมายที่ให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นการทั่วไป เพื่อให้ความเป็นธรรมตามสมควรแก่ผู้บริโภค และจัดให้มีองค์กรของรัฐที่เหมาะสมเพื่อตรวจตราดูแลและประสานงานการปฏิบัติงานของส่วนราชการต่างๆ ในการให้ความคุ้มครองผู้บริโภค<sup>65</sup> ทั้งในด้านการโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และด้านอื่นๆ ทั้งนี้ มาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ในส่วนที่ถือว่าการดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของผู้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจสรุปได้เป็น 2 มาตรการสำคัญดังนี้

ก. การคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในด้านสัญญา เนื่องจากมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการ<sup>66</sup> ในปี พ.ศ. 2541 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพื่อป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่มีเอารัดเอาเปรียบผู้บริโภค โดยกำหนดวิธีการดังนี้

- คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการที่สัญญาซื้อขายหรือให้บริการของธุรกิจนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็น

<sup>65</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

<sup>66</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

หนังสือหรือมีปกติประเพณีที่ทำเป็นหนังสือ เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้<sup>67</sup> (มาตรา 35 ทวิ วรรคหนึ่ง)

- เมื่อเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาแล้ว สัญญาที่ผู้ประกอบการทำกับ ผู้บริโภคจะต้องมีลักษณะดังนี้ (1) ใช้ข้อสัญญาที่จำเป็น ซึ่งหากมิได้ใช้ข้อสัญญาเช่นนั้นจะทำให้ ผู้บริโภคเสียเปรียบผู้ประกอบการเกินสมควร หรือ (2) ห้ามใช้ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมต่อ ผู้บริโภค ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์และรายละเอียดที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนด (มาตรา 35 ทวิ วรรคสอง และวรรคสาม)

- ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ต้องใช้ข้อสัญญาใดหรือใช้โดยมีเงื่อนไขใด ถ้าไม่ใช้ข้อสัญญานั้นหรือใช้โดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไข นี้ ให้ถือว่าสัญญานั้นใช้ข้อสัญญาที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ใช้ หรือใช้ข้อสัญญาตาม เงื่อนไขที่กำหนดนั้น แล้วแต่กรณี (มาตรา 35 ตรี) แต่ถ้าคณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดให้ สัญญาของธุรกิจที่ควบคุมสัญญาต้องไม่ใช้ข้อสัญญาใด หากใช้ข้อสัญญานั้น ให้ถือว่าสัญญาดังกล่าวไม่มีข้อสัญญาที่ห้ามใช้นั้น (มาตรา 35 จัตวา)

- นอกจากนี้ เพื่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม คณะกรรมการว่าด้วย สัญญาจะให้ผู้ประกอบการจัดทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการว่าด้วยสัญญากำหนดตาม หลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยพระราชกฤษฎีกาก็ได้ (มาตรา 35 ทวิ)

ข. การดำเนินคดีแทนผู้บริโภค พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ กำหนดให้อำนาจคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคเข้าดำเนินคดีเกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของ ผู้บริโภคได้ มาตรการนี้กำหนดขึ้นเพื่อต้องการช่วยเหลือผู้บริโภคแต่ละรายแทนที่จะต้องไป ดำเนินการฟ้องร้องดำเนินคดีเองซึ่งเป็นเรื่องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายและเป็นการไม่คุ้มค่า กฎหมาย จี ง ว า ง ม า ต ร ร ก า ร ให้อำนาจของรัฐช่วยดำเนินคดีแทนให้ โดยกำหนดให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคในกรณี เห็นสมควรเอง หรือเมื่อได้รับคำร้องขอจากผู้บริโภคที่ถูกละเมิดสิทธิและเห็นว่าเป็นการดำเนินคดี ที่เป็นประโยชน์แก่ผู้บริโภคเป็นส่วนรวม มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการโดยความเห็นชอบของ อธิบดีกรมอัยการ (ปัจจุบันคืออัยการสูงสุด) หรือข้าราชการในสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครอง ผู้บริโภคซึ่งมีคุณวุฒิไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีทางนิติศาสตร์ เป็นเจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคเพื่อให้มี หน้าที่ดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาแก่ผู้กระทำการละเมิดสิทธิของบริโภคในศาล และเมื่อ คณะกรรมการได้แจ้งไปยังกระทรวงยุติธรรมเพื่อแจ้งให้ศาลทราบแล้ว ให้เจ้าหน้าที่คุ้มครอง ผู้บริโภคมีอำนาจดำเนินคดีตามที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคมอบหมายได้ ทั้งนี้ การ ดำเนินคดีในศาลแทนผู้บริโภคนี้ เจ้าหน้าที่คุ้มครองผู้บริโภคมีอำนาจฟ้องเรียกทรัพย์สินหรือ ค่าเสียหายให้แก่ผู้บริโภคที่ร้องขอ และเป็นการดำเนินคดีที่ได้รับยกเว้นค่าฤชาธรรมเนียมทั้งปวง (มาตรา 39)

<sup>67</sup> ปัจจุบัน ธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา ตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา เรื่อง ให้ธุรกิจ ขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา พ.ศ. 2543

## (2) พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์สำคัญสองประการ คือ เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อห้องชุดว่าถ้าซื้อไปแล้ว ผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ในอาคารชุดในสองส่วนคือ ผู้ซื้อสามารถมีกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของตนแยกต่างหากกันไป ต่ า ม แ ต่ ล ะ ห้ อ ง ชุ ด ที่ ชื อ โ ด ย ไม่ ต้ อ ง ถื อ ก ร ม สิ ท ธิ ร ่วม กั บ ผู้ อื่น และ ผู้ ชื อ ห้ อ ง ชุ ด แ ต่ ละ ร าย จะ ได้ เป็น เจ้ า ก ร ม สิ ท ธิ ร ่วม กั น ใน ท ร ั พ ย์ ส ่ว น ก ล ำ ง อ น ั ปร ะ ก อ บ ต ัว ย ส ่ว น ของ อ า ค ำ ร ชุ ด ที่ มี ชื อ ห้ อ ง ชุ ด ที่ ดิ น ที่ ดั ัง อ า ค ำ ร ชุ ด และ ที่ ดิ น หรือ ท ร ั พ ย์ สิ น อื่ น ที่ มี ไว้ เพื่อ ชื อ หรือ เพื่อ ปร ะ โย ช น ์ ร ่วม กั น ล ำ ร ับ เจ้ า ช ่อ ง ร ่วม (บทนิยาม “ทรัพย์ส่วนกลาง” ในมาตรา 4) ซึ่งมาตรการที่กฎหมายกำหนดเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แก่ การจดทะเบียนอาคารชุดและการรับรองกรรมสิทธิ์ในห้องชุด วัตถุประสงค์อีกประการของกฎหมายอาคารชุด คือ เพื่อรักษาความสงบสุขในการที่เจ้าของห้องชุดแต่ละห้องต้องมาอยู่ร่วมกันในอาคารเดียวกัน โดยกฎหมายวางระบบนิติบุคคลอาคารชุดเพื่อให้ผู้จัดการและดูแลรักษาทรัพย์ส่วนกลางที่ไม่ใช่ห้องชุดของแต่ละบุคคลและเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของเจ้าของห้องชุดทุกคน<sup>68</sup>

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาของพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ประกอบกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถสรุปมาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่ถือว่าเป็นการดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาซื้อขายห้องชุดได้ดังนี้

ก. การจดทะเบียนอาคารชุด พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดให้ผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอาคารที่ประสงค์จะจดทะเบียนอาคารชุดมายื่นคำขอจดทะเบียนอาคารชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมด้วยโฉนดที่ดิน แผนผังอาคารชุด อัตราส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์ส่วนกลางของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย รายละเอียดเกี่ยวกับห้องชุด ทรัพย์ส่วนบุคคล และทรัพย์ ส ่ว น ก ล ำ ง ก ำ ร ำ ง ค ำ ร ับ ร ่อ ง ของ ผู้ ยื่น ค ำ ข อ ว่า อ า ค ำ ร ที่ ข อ จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น อ า ค ำ ร ชุ ด ไม่ ตี ด ก ำ ร จ ำ น อ ง เว ้น แ ต่ ก ำ ร จ ำ น อ ง อ า ค ำ ร ร วม กั บ ที่ ดิ น (มาตรา 6) เมื่อมีการจดทะเบียนอาคารชุดแล้ว และมีการจดทะเบียนโฉนดที่ดินว่าที่ดินนั้นอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ รวมถึงจดทะเบียนความยินยอมของผู้รับจำนองที่ ให้ จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น อ า ค ำ ร ชุ ด และ จ ำ น ว น เ จ ี น ที่ ผู้ ร ับ จ ำ น อ ง จะ ได้ รั บ ช ำ ร ะ ห ี น ์ จ ำ ก ห้ อ ง ชุ ด แ ต่ ละ ห้ อ ง ชุ ด แ ล ้ว พ ร ะ ร ำ ช บ ั ญ ญ ั ต ิ อ า ค ำ ร ชุ ด ฯ ก ำ ร ำ น ด ห ำ ม มิ ให้ จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น สิ ท ธิ และ น ิ ต ิ ก ร ม ก ี ย วั ก บ ที่ ดิ น ด ั ัง ก ล ำ ว ว ี ก ต ่อ โ ป แ ล ะ ห ำ ม มิ ให้ ข อ จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น อ า ค ำ ร ชุ ด เพื่อ ก ่อ ก ำ ร ะ ผุ ก พ ัน ก ี ย วั ก บ อ า ค ำ ร ชุ ด ด ั ัง ก ล ำ ว (มาตรา 10) ม ำ ร ำ ต ร ำ ร ำ ร ำ จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น อ า ค ำ ร ชุ ด ด ั ัง ก ล ำ ว ม ำ น ี เป็น การ ให้ ล ั ก ั ปร ะ ก ัน แก่ ผู้ ที่ จะ ชื อ ห้ อ ง ชุ ด ว่า ที่ ดิ น และ อ า ค ำ ร ที่ จะ น ำ มา ส ำ ร ำ ง ห้ อ ง ชุ ด เพื่อ ข ำ ย ให้ แก่ ต ัน น ั น ั น ห ำ ก ได้ รั บ ก ำ ร จ ด ทะ เ ย จ ะ บ ี ย น เป็น อ า ค ำ ร ชุ ด แ ล ้ว แ ส ด ง ว่า

<sup>68</sup> วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พิจารณาได้จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติซึ่งปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวนั่นเอง

ที่ดินและอาคารนั้นได้รับการตรวจสอบและรับรองจากรัฐว่ามีกรรมสิทธิ์ถูกต้องและปลอดจากภาระผูกพันใด ๆ (ยกเว้นการจำนองที่ดินที่ผู้รับจำนองยินยอม) รวมทั้ง ไม่สามารถนำไปจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินหรือก่อภาระผูกพันใด ๆ เกี่ยวกับอาคารชุดนั้นได้อีก ผู้ซื้อ ก็จะมี ความมั่นใจในระดับหนึ่งว่าเมื่อซื้อห้องชุดแล้ว จะไม่มีปัญหาเรื่องกรรมสิทธิ์ในอาคารชุดบกพร่องหรือมีภาระผูกพันให้ตนต้องรับผิดชอบ

**ข. การรับรองกรรมสิทธิ์ห้องชุด** พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดให้เจ้าของห้องชุดมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนบุคคลที่เป็นของตน (ประกอบด้วยห้องชุดและสิ่งปลูกสร้างหรือที่ดินที่จัดไว้ให้เป็นของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย) และมีกรรมสิทธิ์ร่วมในทรัพย์สินกลาง (มาตรา 13) ตลอดจนมีสิทธิได้รับโอนหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดจากผู้จดทะเบียนอาคารชุดมาเป็นหลักฐานแห่งกรรมสิทธิ์ (มาตรา 21) ซึ่งหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดนี้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นผู้ออกให้เมื่อมีการจดทะเบียนอาคารชุดแล้ว (มาตรา 20) ในกรณีที่ดินและอาคารที่จดทะเบียนเป็นอาคารชุดติดจำนองอยู่ก่อนจดทะเบียนและผู้รับจำนองยินยอมให้จดทะเบียนอาคารชุด การจำนองนั้นจะได้รับการจดทะเบียนไว้ในหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดทุกฉบับพร้อมทั้งจำนวนเงินที่ผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้จากห้องชุดแต่ละห้องชุด (มาตรา 22) แต่เมื่อผู้จดทะเบียนอาคารชุดซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดเป็นคนแรกได้จำหน่ายห้องชุดแต่ละห้องในครั้งแรก พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดให้ผู้รับโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดในกรณีดังกล่าวได้รับโอนโดยปลอดจำนอง (มาตรา 23) มาตรการที่กล่าวมานี้ เป็นการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ที่ซื้อห้องชุดว่าหากตนซื้อห้องชุดในที่ดินและอาคารที่ได้รับการจดทะเบียนเป็นอาคารชุดแล้ว ตนจะได้รับกรรมสิทธิ์ในห้องชุดของตนและได้รับหนังสือกรรมสิทธิ์ในห้องชุด ซึ่งสามารถนำไปใช้ใน การ จ ด ท ะ เ บี ย น สิ ท ธิ แ ล ะ นิ ติ ก ร ร ม ก ี่ ย ว กั บ ห้องชุดได้ (มาตรา 29) เช่น นำไปขาย โอน แลกเปลี่ยน หรือให้ นอกจากนี้ ผู้ซื้อห้องชุดเป็นครั้งแรกจากผู้จดทะเบียนอาคารชุดที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในหนังสือกรรมสิทธิ์ห้องชุดที่มีจำนองอยู่ ยังได้รับการรับรองโดยกฎหมายดังกล่าวด้วยว่าจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ห้องชุดโดยปลอดจำนอง ทำให้ซื้อห้องชุดด้วยความสบายใจได้ในระดับหนึ่ง

**ค. นิติบุคคลอาคารชุด** พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดให้การโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุดให้แก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดจะต้องทำพร้อมกับการจดทะเบียนนิติบุคคลอาคารชุดพร้อมด้วยสำเนาข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุดและหลักฐานการจดทะเบียนอาคารชุด (มาตรา 31) เมื่อได้รับการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลอาคารชุดแล้ว นิติบุคคลอาคารชุดจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดการและดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง ตามมติของเจ้าของร่วมภายใต้ข้อบังคับของนิติบุคคลอาคารชุด (มาตรา 33) การวางระบบนิติบุคคลอาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ ดังกล่าวเป็นการสร้างความมั่นใจแก่ผู้ซื้อห้องชุดว่าเมื่อได้ซื้อไปแล้วจะมีระบบการจัดการในการใช้ทรัพย์สินส่วนกลางร่วมกันในระหว่างเจ้าของห้องชุดอื่น ๆ ในอาคารชุด จะมีระบบการดูแลรักษาอาคารชุดที่เป็นทรัพย์สินสมบัติร่วมกันของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย

ตลอดจนจะมีการจัดระบบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาอาคารร่วมกัน ทำให้เจ้าของห้องชุดอยู่ร่วมกันในอาคารชุดได้อย่างสงบเรียบร้อย

### (3) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมอันเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก โดยกฎหมายกำหนดกรอบการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล กำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี<sup>69</sup> ซึ่งอาจสรุปสาระสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ ในส่วนที่ถือว่าเป็นการดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ดังนี้

ก. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ กำหนดให้ข้อตกลงในสัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือในสัญญาสำเร็จรูป หรือในสัญญาขายฝาก ที่ทำให้ผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพ หรือผู้กำหนดสัญญาลำเร็จรูป หรือผู้ซื้อฝากได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเกินสมควร เป็นข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม และให้มีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ในกรณีมีข้อสงสัย ให้ตีความสัญญาสำเร็จรูปไปในทางที่เป็นคุณแก่ฝ่ายซึ่งมิได้เป็นผู้กำหนดสัญญาลำเร็จรูปนั้น และข้อตกลงที่มีลักษณะหรือมีผลให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติหรือรับภาระเกินกว่าที่วิญญูชนจะพึงคาดหมายได้ตามปกติ เป็นข้อตกลงที่อาจถือได้ว่าทำให้ได้เปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบที่เกิดจากการผิดสัญญา ข้อตกลงให้ต้องรับผิดชอบหรือรับภาระมากกว่าที่กฎหมายกำหนด ข้อตกลงให้สัญญาสิ้นสุดลงโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือให้สิทธิบอกเลิกสัญญาได้โดยอีกฝ่ายหนึ่งมิได้ผิดสัญญาในข้อสาระสำคัญ ข้อตกลงให้สิทธิที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้า โดยไม่มีเหตุผลอันสมควร หรือข้อตกลงให้สิทธิคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งเรียกร้องหรือกำหนดให้อีกฝ่ายหนึ่งต้องรับภาระเพิ่มขึ้นมากกว่าภาระที่เป็นอยู่ในเวลาทำสัญญา เป็นต้น (มาตรา 4)

ข. พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ กำหนดให้สัญญาระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพที่มีการชำระหนี้ด้วยการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้บริโภค จะมีข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของผู้ประกอบธุรกิจการค้าหรือวิชาชีพเพื่อความชำรุดบกพร่องหรือเพื่อการรอนสิทธิไม่ได้ เว้นแต่ผู้บริโภคได้รู้ถึงความชำรุดบกพร่อง

<sup>69</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

หรือเหตุแห่งการรอนสิทธิอยู่แล้วในขณะที่ทำสัญญา ในกรณีนี้ให้ข้อตกลงยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบนั้นมีผลบังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น (มาตรา 6)

การใช้พระราชบัญญัติดังกล่าวในการดูแลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจเป็นได้ดังนี้ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในโครงการบ้านพร้อมที่ดินจัดสรรหรืออาคารชุดต่างๆ ในประเทศไทย เป็นการเข้าทำสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายระหว่างผู้ซื้อ

รายย่อย หรือเป็น “ผู้บริโภค” ประเภทหนึ่งตามนิยามในพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ กับผู้ขายซึ่งมักเป็นผู้ประกอบธุรกิจทางด้านนี้ หรือตามพระราชบัญญัติดังกล่าวรวมอยู่ในนิยามคำว่า “ผู้ประกอบการค้าหรือวิชาชีพ” โดยสัญญาที่ทำกันนั้นส่วนใหญ่จะอยู่ในรูปของสัญญาสำเร็จรูป ซึ่งตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ “สัญญาสำเร็จรูป” หมายความว่า สัญญาที่ทำเป็นลายลักษณ์อักษรโดยมีการกำหนดข้อสัญญาที่เป็นสาระสำคัญไว้ล่วงหน้า ไม่ว่าจะทำในรูปแบบใด ซึ่งคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดนำมาใช้ในการประกอบกิจการของตน (มาตรา 3) กล่าวคือ สัญญาสำเร็จรูปในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น เป็นสัญญาที่ผู้ขายจัดทำและกำหนดสาระสำคัญของสัญญาไว้ล่วงหน้าก่อนมีการทำสัญญาและนำมาใช้กับผู้ซื้อทุกคนที่มาซื้ออสังหาริมทรัพย์ในโครงการของตน และผู้ซื้อต้องเข้าทำสัญญาโดย

ไม่ ได้ มี ก า ร เ จ ร จ า ต์ อ ร อ ง เ จ็ อ น ไ ข ในสัญญาและไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาได้ จึงปรากฏข้อเท็จจริงอยู่เสมอว่าผู้ขายอาจใส่ข้อกำหนดในสัญญาที่เป็นประโยชน์ต่อฝ่ายตนและทำให้ผู้ซื้อเสียเปรียบ เช่น ผู้ขายกำหนดยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดชอบของตนจากการผิดสัญญาหรือจากความชำรุดบกพร่องของทรัพย์ที่ซื้อขายหรือจากการรอนสิทธิในทรัพย์ที่ซื้อขาย หรือกำหนดข้อตกลงให้สิทธิผู้ขายที่จะไม่ปฏิบัติตามสัญญาข้อหนึ่งข้อใด หรือปฏิบัติตามสัญญาในระยะเวลาที่ล่าช้าโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

ปี น ตั น

เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ขึ้น หากต่อมาผู้ซื้อที่เข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายและชำระเงินค่าอสังหาริมทรัพย์ไปแล้ว ผู้ขายไม่ยอมปฏิบัติตามสัญญา เช่น ไม่ยอมก่อสร้างบ้านหรือสิ่งสาธารณูปโภคตามสัญญา และอาจขอยกเว้นความรับผิดชอบตามสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อที่จะไม่ได้บ้านหรือสิ่งสาธารณูปโภคมาใช้ประโยชน์ กรณีเช่นนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ เปิดช่องให้ผู้ซื้อใช้สิทธิทางศาลเพื่อให้ศาลสั่งให้สัญญาข้อที่ไม่เป็นธรรมดังกล่าวมีผลบังคับใช้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและสมควรแก่กรณีได้ แต่อย่างไรก็ตาม การอาศัยมาตรการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมฯ นี้ เป็นกรณีที่ผู้ซื้อต้องเข้าทำสัญญาและชำระเงินไปบ้างแล้ว และเมื่อเกิดความเสียหายจากข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม การใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ก ล ่า ว ตั อ ง ผ ำ น ทางศาลโดยการฟ้องร้องนำคดีขึ้นสู่ศาล

(4) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อยกเลิกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการจัดสรรที่ดินที่ใช้บังคับมานานแล้วและมีหลักการไม่เหมาะสมหลายประการ จึงได้ตรากฎหมายมาแก้ไขปรับปรุงเพื่อกำหนดมาตรการในการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยเฉพาะการได้สิทธิในที่ดินจัดสรรและการกำหนดให้มีผู้รับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ<sup>70</sup> มาตรการตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ จึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อ ดังที่กรมที่ดินได้จัดทำข้อมูลเผยแพร่แนะนำให้ผู้ซื้อ “เลือกซื้อบ้านจากโครงการที่ได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรร” เนื่องจากระบบการจัดสรรภายใต้กฎหมายควบคุมการจัดสรรที่ดินจะ ช่วย คุ ม ค ร อ ง สิ ท ธิ ข อ ง ผู้ ช ื อ ใน ร ี อ ง ต่าง ๆ ดังนี้<sup>71</sup>

ก. ผู้ซื้อจะได้ที่อยู่อาศัยในทำเลที่เหมาะสมตามสภาพแห่งท้องที่ที่ตั้งโครงการ ในด้านสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การคมนาคม การจราจร ความปลอดภัย การสาธารณสุข และการผังเมือง ตลอดจนการอื่น ๆ ที่จำเป็น เนื่องจากการที่จะอนุญาตให้ทำการจัดสรรแต่ละโครงการ คณะกรรมการจัดสรรที่ดินซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิหลายสาขาอาชีพจะร่วมกันออกข้อกำหนดให้เหมาะสมกับสภาพท้องถิ่น (มาตรา 16)

ข. ผู้ซื้อจะได้รับสาธารณูปโภค หรือบริการสาธารณะ หรือการปรับปรุงที่ดินตามแผนผังโครงการภายในเวลาที่กำหนด เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ผู้ขอจัดสรรจะต้องจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันกับคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน และให้อำนาจคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน นำเงินไปดำเนินการจัดให้มีสาธารณูปโภค บริการสาธารณะ และปรับปรุงที่ดินได้ (มาตรา 24)

ค. ผู้ซื้อจะไม่ถูกผู้ประกอบการหลอกลวงโดยการโฆษณา เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดไว้ว่า การโฆษณาในเรื่องเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ขอจัดสรร บุริมสิทธิ์หรือภาระการจำนองของที่ดินจัดสรร จำนวนแปลงย่อยและเนื้อที่โดยประมาณ โครงการปรับปรุงที่ดิน การจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ แผนงาน โครงการ และระยะเวลาการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค วิธีการจำหน่ายและการชำระราคาหรือค่าตอบแทน ภาระผูกพันที่บุคคลอื่นมีล่วงหน้าได้เสียเกี่ยวกับที่ดินจัดสรร แบบสัญญาจะซื้อจะขาย ที่ตั้งสำนักงาน ชื่อธนาคารหรือสถาบันที่จะเป็นผู้ค้ำประกันการจัดให้มีสาธารณูปโภค บริการสาธารณะหรือการปรับปรุงที่ดิน จะต้องตรงกับหลักฐานและรายละเอียดที่กำหนดไว้ในคำขออนุญาตด้วย (มาตรา 23 และมาตรา 29)

<sup>70</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

<sup>71</sup> ซื้อบ้านจัดสรรได้อย่างไร, กรมที่ดิน กระทรวงมหาดไทย,

[http://www.dol.go.th/article/main\\_article.php](http://www.dol.go.th/article/main_article.php)

25 มกราคม 2550.

ง. ผู้ซื้อจะได้ใช้สาธารณูปโภคและบริการสาธารณะตลอดไป โดยไม่ต้องเกรงว่าจะมีใครมาปิดกั้นหรือขัดขวางการใช้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ที่ดินอันเป็นสาธารณูปโภคและที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะปลอดจากบุริมสิทธิ์ในมูลซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์และภาระการจำนอง (มาตรา 30)

จ. ผู้ซื้อจะไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการในการเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินจัดสรร เพราะจะต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด หากไม่ทำและกรณีไม่เป็นคุณแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ (มาตรา 34)

ฉ. ผู้ซื้อไม่ต้องกลัวว่าผู้ขายจะฉ้อโกงโดยกล่าวหาว่าผู้ซื้อขาดการชำระเงินอีกต่อไป เพราะพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ผู้รับเงินต้องออกหลักฐานเป็นหนังสือลงลายมือชื่อผู้รับเงินให้ผู้ซื้อยึดถือไว้ และให้ถือว่าเป็นหลักฐานแสดงการชำระราคาที่ดินจัดสรร (มาตรา 35)

ช. ผู้ซื้อไม่ต้องกลัวว่าเมื่อชำระราคาที่ดินครบถ้วนตามสัญญาจะซื้อจะขายแล้ว ผู้ขายจะไม่โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ซื้อให้อีกต่อไป หรือกรณีที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาที่ดินครบถ้วนตามสัญญาจะซื้อจะขายแล้ว ผู้จัดสรรที่ดินที่เป็นบุคคลธรรมดาตาย หรือที่เป็นนิติบุคคลเลิกไป ก็ยังสามารถ โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินมาเป็นของผู้ซื้อได้ เพราะผู้ซื้อสามารถนำหลักฐานเป็นหนังสือที่แนบมาแสดงว่าได้ชำระราคาพร้อมโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปขอจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้ ถ้าไม่สามารถนำโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์มาได้ สามารถร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่เรียกมาได้ และถ้าพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่ผู้ยึดถือหรือครอบครองโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้รับแจ้งแล้วยังไม่ส่งมอบให้ พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจออกใบแทนและจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้แก่ผู้ซื้อได้ (มาตรา 37)

ซ. ผู้ซื้อได้รับหลักประกันว่าบรรดาสาธารณูปโภคตามแผนผังโครงการ เช่น ถนน สวนสาธารณะ สนามเด็กเล่น จะได้รับการบำรุงรักษาโดยผู้ประกอบการจนกว่าผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้จัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร หรือนิติบุคคลอื่นรับโอนไปจัดการและดูแลบำรุงรักษาเอง เพราะพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินต้องจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันการบำรุงรักษา และให้อำนาจคณะกรรมการจัดสรรที่ดินสามารถนำเงินไปใช้ในการบำรุงรักษาได้ หากผู้จัดสรรที่ดินไม่จัดทำสาธารณูปโภคในระยะเวลายันสมควร (มาตรา 43 ประกอบกับมาตรา 24)

ญ. ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในโครงการเดียวกัน ถ้าประสงค์ที่จะดูแลบำรุงรักษาสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะกันเอง ก็สามารถดำเนินการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเพื่อทำหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาได้ (มาตรา 44 และมาตรา 48) โดยเฉพาะการจดทะเบียนโอนที่ดินที่ใช้เป็นสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะ กฎหมายบัญญัติให้ยกเว้นทั้งค่าธรรมเนียมจดทะเบียน ค่าภาษี และอากร (มาตรา 51)

นอกจากนี้ การที่ผู้ซื้อจะทราบว่าโครงการที่ดินจะซื้ออยู่ในระบบจัดสรรตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ หรือไม่ ผู้ซื้อสามารถพิจารณาได้จากใบอนุญาต แผนผังโครงการ และวิธีการที่คณะกรรมการอนุญาต ซึ่งผู้จัดสรรที่ดินจะต้องแสดงไว้ในที่เปิดเผยเห็นได้ง่าย

สำนักงานที่ทำการจัดสรรที่ดิน (มาตรา 31) มาตรการต่าง ๆ ตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ เป็นมาตรการที่ช่วยสร้างหลักประกันให้แก่ผู้ที่จะซื้อที่อยู่อาศัยในรูปแบบบ้านจัดสรรได้

มาตรการตามกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองหรือดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยดังที่กล่าวมาข้างต้นทั้งหมดนั้น ล้วนเป็นมาตรการในเชิงแก้ไขซึ่งต้องรอให้เกิดปัญหาหรือความเสียหายขึ้นก่อน คู่สัญญาที่เสียหายจึงจะอ้างสิทธิตามกฎหมายเหล่านั้นในการเยียวยาความเสียหายได้ และการอ้างสิทธิเพื่อการเยียวยาจำเป็นต้องอาศัยอำนาจศาล จึงต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อให้ศาลเยียวยาความเสียหายให้ ซึ่งเป็นที่ทราบกันดีว่าการฟ้องร้องดำเนินคดีเป็นเรื่องที่ต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายมาก จนไม่แน่ว่าจะคุ้มค่าในการดำเนินการหรือไม่ เมื่อเทียบกับการสูญเสียหรือความเสียหายที่จะได้รับ ในขณะที่ปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ประสบผลสำเร็จในการซื้อขาย กล่าวคือ ผู้ซื้อไม่ได้รับสิ่งที่ตนประสงค์จะซื้อทั้งที่ได้ชำระราคาไปแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือผู้ขายไม่ได้รับชำระราคาทั้งที่ได้ลงมือปฏิบัติตามสัญญา เช่น ก่อสร้างบ้านจัดสรรแล้ว ทำให้เกิดข้อพิพาท ขอร้องเรียน และการฟ้องร้องมากมาย หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจึงมีความพยายามที่จะเสนอให้นำระบบเอสโครว์ (escrow) หรือระบบการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยให้มีตัวกลางทำหน้าที่เป็นทั้งสองฝ่าย (escrow agent) ดูแลการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ การรับฝากเงินจากผู้ซื้อเพื่อชำระแก่ผู้ขาย และการรับมอบอสังหาริมทรัพย์จากผู้ขายเพื่อส่งมอบให้ผู้ซื้อ อันเป็นมาตรการในเชิงป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาความเสียหายก่อนที่จะไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา

### 3.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยและประเทศสหรัฐอเมริกา

ข้อแตกต่างประการแรกระหว่างกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยกับกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา ก็คือ ประเทศไทยไม่มีกฎหมายว่าด้วยเอส

โคโรวีเหมือนดังเช่นที่ประเทศสหรัฐอเมริกา มี กล่าวคือ กฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ยังไม่มีการกำหนดในเรื่องที่ให้มีคนกลางเข้ามาดูแลการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างผู้ซื้อและผู้ขายหรือการเปิดบัญชีเอสโครว์แต่อย่างใด การเปรียบเทียบกฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวระหว่างประเทศไทยกับประเทศสหรัฐอเมริกาจึงไม่อาจกระทำได้ ในที่นี้ จึงขอเปรียบเทียบมาตรการที่ใช้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่มีอยู่ในกฎหมายของประเทศไทยกับมาตรการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในรูปแบบเอสโครว์ตามกฎหมายของประเทศไทยกับสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีส่วนที่คล้ายคลึงและแตกต่างกันดังนี้

(1) วัตถุประสงค์ของกฎหมายคล้ายคลึงกัน ทั้งกฎหมายของประเทศไทยและกฎหมายของสหรัฐอเมริกาไม่ว่าจะกำหนดมาตรการแตกต่างกันอย่างไร แต่สิ่งที่เหมือนกันคือกฎหมายมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่ว่าตามกฎหมายไทยที่กล่าวมานั้นส่วนใหญ่เป็นการคุ้มครองผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์จากการหลอกลวงของผู้ขาย ในขณะที่กฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาคุ้มครองทั้งผู้ซื้อและผู้ขายจากการเอาเปรียบหรือการฉ้อโกงของผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์

(2) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่เป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาหรือแก้ไขที่ปลายเหตุ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นมาตรการในเชิงป้องกัน หรือแก้ไขที่ต้นทาง ซึ่งเป็นข้อที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การใช้มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่นั้น ผู้ซื้อจะใช้ได้เมื่อได้มีความเสียหายเกิดขึ้นแล้ว คือ ผู้ซื้อได้เสียเงินชำระราคาค่าอสังหาริมทรัพย์ไปแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน โดยไม่ได้รับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อไปหรือได้รับโดยบกพร่องเพราะความผิดของผู้ขาย ผู้ซื้อต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อเรียกความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือเงินที่เสียไปแล้วกลับคืนมาในลักษณะเป็นการเยียวยาสิ่งที่เสียไปแล้ว ในขณะที่การใช้ระบบเอสโครว์ในประเทศสหรัฐอเมริกา ผู้ซื้อฝากเงินไว้กับตัวแทนเอสโครว์ในบัญชีเอสโครว์ซึ่งเป็นบัญชีกลางที่แยกต่างหากจากบัญชีของตัวแทนเอสโครว์ เงินในบัญชีจะยังไม่ไปถึงมือของผู้ขายจนกว่าผู้ขายจะปฏิบัติตามสัญญาจนเป็นที่พอใจแก่ผู้ซื้อแล้ว ผู้ซื้อจึงจะสั่งให้ตัวแทนเอสโครว์จ่ายเงินในบัญชีเอสโครว์ที่ตนฝากไว้ให้แก่ผู้ขาย แต่ถ้าผู้ขายไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้ ผู้ซื้อย่อมมีสิทธิเรียกเงินคืนจากตัวแทนเอสโครว์ได้ ผู้ซื้อจึงยังไม่ต้องเสียเงินไป ก่อน ซึ่ง เป็นการ ป้อง กัน ความ เสีย หาย หรือ การเสียเงินไม่ให้เกิดขึ้นได้

(3) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่เป็นมาตรการที่ต้องอาศัยการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ศาลเยียวยาหรือบังคับสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายให้ ซึ่งการฟ้องร้องนำคดีขึ้นสู่ศาลเป็นเรื่องที่เสียเวลาและค่าใช้จ่ายมากและไม่มีความแน่นอนว่าจะได้รับการเยียวยาหรือไม่หรือการเยียวยาที่ได้รับจะคุ้มค่างับความเสียหายที่เสียไปหรือไม่ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีโอกาสที่จะใช้สิทธิทางศาลน้อย เนื่องจากหากมีกรณีที่ไม่เป็นไปตามสัญญาซื้อขายเกิดขึ้น คู่สัญญาย่อมกลับคือสู่ฐานะเดิมได้โดยการถอนสิ่งที่ฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ เมื่อได้กลับสู่ฐานะเดิมแล้วก็ไม่จำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อการเยียวยา

เรื่องได้อีก หรือแม้แต่จะเกิดกรณีที่ตัวแทนเอสโครว์ฉ้อโกงหรือยกยอกนำเงินไป หากธุรกรรมการซื้อขายเสร็จสมบูรณ์แล้ว กฎหมายก็รับรองสิทธิของผู้ซื้อและผู้ขายตามธุรกรรมนั้นต่อไป แต่คู่สัญญาฝ่ายที่เสียหายจากการกระทำของเอสโครว์ก็ต้องใช้สิทธิติดตามเอาคืนจากตัวแทนเอสโครว์ กรณีเช่นนี้จะไม่แตกต่างกับบริบทของกฎหมายไทยที่ผู้เสียหายต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อการเยียวยาความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนเอสโครว์

(4) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่มีการกำหนดในเรื่องกองทุนประกันความเสียหายหรือหลักประกันความเสียหายจากความไม่ซื่อสัตย์หรือจากการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ แตกต่างจากกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องวางเงินหรือหลักประกันความเสียหายอันเกิดจากการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของหน่วยงานกำกับดูแลตามกฎหมาย (surety bond) รวมถึงกำหนดให้ผู้ประกอบการเอสโครว์ที่ได้รับใบอนุญาตประกอบการต้องเป็นสมาชิกขององค์กรที่เรียกว่า Escrow Agents' Fidelity Corporation เพื่อให้การประกันความเสียหายอันเกิดจากการปฏิบัติงานของตัวแทนหรือลูกจ้างของตน (fidelity bond)

(5) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ต้องอาศัยตัวผู้ซื้อและผู้ขายเป็นสำคัญในการขับเคลื่อนให้มาตรการเหล่านั้นบรรลุผล กล่าวคือ ทั้งผู้ซื้อและผู้ขายต้องศึกษาและใส่ใจในสิทธิที่กฎหมายรับรองให้แก่ตน และต้องกล้าที่จะโต้แย้งคัดค้านสิทธิของตนต่อคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกามีบุคคลที่เป็นคนกลางเข้ามาดูแลรักษาผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คู่สัญญาจึงไม่ต้องดำเนินการด้วยตนเอง หากแต่ต้องเลือกตัวกลางที่เข้ามาดูแลผลประโยชน์ที่เป็นกลาง มีความเชี่ยวชาญ และไว้วางใจได้

(6) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่ได้สร้างกระบวนการที่เพิ่มขึ้นในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้ซื้อและผู้ขายเป็นตัวละครสำคัญและสามารถดำเนินการได้เองเพื่อปิดธุรกรรมซื้อขายของตน ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาได้สร้างกระบวนการที่เพิ่มขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ทำให้ตัวละครที่เข้ามาเกี่ยวข้องในธุรกรรมซื้อขายมีเพิ่มมากขึ้น คือมีตัวแทนเอสโครว์เพิ่มเข้ามา มีขั้นตอนที่สลับซับซ้อนขึ้น เพราะต้องทำสัญญาเอสโครว์ ทำคำสั่งเอสโครว์ ทำการส่งมอบเอกสารและฝากไว้กับเอสโครว์ในบัญชีเอสโครว์ รวมไปถึงมีค่าใช้จ่ายเพื่อปิดธุรกรรมขายที่เพิ่มขึ้นจากการที่ต้องจ่ายค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในการใช้บริการเอสโครว์ด้วย

### 3.3 ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

มาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติไว้ว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ใช้หรือทำนว่าเป็นโมฆะ วิธีนี้ให้ใช้ถึงซื้อขายเรือกำปั่น หรือเรือมีระวางตั้งแต่หกตันขึ้นไป เรือกลไฟหรือเรือยนต์มีระวางตั้งแต่ห้าตันขึ้นไป ทั้งซื้อขายแพและสัตว์พาหนะด้วย” เป็นการสะท้อนให้เห็นว่าการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นนิติกรรมที่ต้องทำตามแบบจึงจะสมบูรณ์และมีผลใช้บังคับได้ แบบนิติกรรมในที่นี้คือการทำสัญญาเป็นหนังสือและการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยจะถือว่ามีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายกันโดยสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการซื้อขายต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว ลักษณะของการโอนกรรมสิทธิ์ที่ต้องอาศัยการจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในการรับรองความสมบูรณ์เช่นนี้ ก็คือ ระบบการโอนกรรมสิทธิ์แบบทอร์เร็นส์ (torrens system) นั่นเอง ซึ่งผลที่ตามมาคือ คู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะทำการตรวจสอบหรือพิสูจน์สิทธิกันได้โดยการตรวจสอบจากทะเบียนอสังหาริมทรัพย์ที่มีเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดูแลและรับรองให้ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องไปสืบเสาะและพิสูจน์สิทธิกันเองเหมือนดังเช่นในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ส่วนใหญ่ใช้ระบบการโอนกรรมสิทธิ์แบบบันทึก (recording system) โดยรัฐบาลบันทึกและเก็บเอกสารเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ให้ในฐานะเป็นศูนย์หรือแหล่งข้อมูลกลางของเอกสารกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ แต่รัฐไม่ได้เป็นผู้ตรวจสอบหรือรับรองความถูกต้องของกรรมสิทธิ์ในเอกสารนั้น ด้วยเหตุนี้เอง คู่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศสหรัฐอเมริกาจึงต้องทำการสืบเสาะหาความถูกต้องของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ตนจะซื้อด้วยความละเอียดรอบคอบและใช้ความระมัดระวังอย่างสูง ความจำเป็นนี้เองที่ทำให้ผู้ซื้อและผู้ขายต้องอาศัยบุคคลที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญมาดำเนินการ จึงพบข้อเท็จจริงในประเทสหรัฐอเมริกาว่า การทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีการว่าจ้างบุคคลเข้ามาช่วยดำเนินการ ไม่ว่าจะเป็นการจ้างทนายความ (attorney) หรือตัวแทนนายหน้า (broker) ในฐานะตัวแทนของผู้ซื้อหรือผู้ขายแยกกันไป รวมไปถึงตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ในฐานะตัวแทนของทั้งผู้ซื้อและผู้ขาย

ดังนั้น ในประเทศสหรัฐอเมริกา การนำเอสโครว์มาใช้ในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จึงเป็นไปอย่างแพร่หลายและเป็นที่คุ้นเคยของประชาชน และกฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ก็ได้รับรองให้มีการใช้บัญชีเอสโครว์ในธุรกรรมต่างๆ ไม่เพียงแต่ธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เท่านั้น ในบางมลรัฐถึงขั้นต้องออกกฎหมายมาควบคุมการประกอบกิจการเป็นตัวแทนเอสโครว์เนื่องจากเพื่อคุ้มครองผู้ใช้บริการตัวแทนเอสโครว์ที่ไม่น่าเชื่อถือและมีปัญหาทางการเงิน ปรากฏการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าระบบเอสโครว์เป็นที่ต้องการของคู่สัญญา และเป็น การสะท้อนว่าระบบเอสโครว์ช่วยทำให้ธุรกรรมต่างๆ สำเร็จลงได้ ในอีกประการหนึ่ง หากจะพิจารณาที่ตัวของวิธีการในเอสโครว์ จะเห็นได้ชัดเจนว่า การให้มีคนกลางมาเป็นผู้รักษาผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายโดยยังไม่มี การส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายหรือเงินค่าทรัพย์สินนั้นนั้นจนกว่าจะเป็นที่พอใจแก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายแล้วว่าสัญญาได้รับการปฏิบัติอย่างถูกต้องครบถ้วน ย่อมเป็นการป้องกันปัญหาที่จะเกิดขึ้นในอนาคตได้ชัดเจน เพราะถ้าสัญญาไม่อาจปฏิบัติได้อย่างลุล่วง ตัวกลางผู้ดูแล

ผลประโยชน์จะต้องดำเนินการให้คู่สัญญาคืนกลับสู่ฐานะเดิม จึงมีความเป็นไปได้น้อยที่คู่สัญญาจะต้องประสบกับความสูญเสียหรือความเสียหายจากการทำธุรกรรมนั้น วิธีการเอสโครว์จึงเป็นมาตรการในเชิงป้องกันที่น่าจะได้ผลดี ซึ่งประเทศไทยยังไม่มีการใช้มาตรการในเชิงป้องกันเช่นนี้

จากข้อพิจารณาข้างต้น ด้วยปัจจัยสองประการที่ว่าระบบเอสโครว์มีการใช้ที่แพร่หลายในประเทศสหรัฐอเมริกา และตัววิธีการเอสโครว์เป็นมาตรการในเชิงป้องกันที่น่าจะมีประสิทธิภาพ ผู้วิจัยจึงมีความเห็นในทางสนับสนุนให้มีการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทย ซึ่งวิธีการที่จะนำเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทยที่รวดเร็วและชัดเจนก็คือ การออกกฎหมายรองรับระบบเอสโครว์และการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ แต่ในการออกกฎหมายนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะบางประการดังนี้

(1) การที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเอสโครว์ในลักษณะควบคุมการประกอบธุรกรรมโดยมีตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ผู้วิจัยเห็นว่า รัฐหรือผู้ที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์จะต้องดำเนินการให้คำแนะนำหรือประชาสัมพันธ์การใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ควบคู่ไปด้วย เพราะข้อเท็จจริงในปัจจุบัน ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคในประเทศไทยส่วนใหญ่ยังไม่รู้จักระบบเอสโครว์ และผู้ประกอบการเอสโครว์ก็ไม่แน่ว่ามีหรือไม่ หรือมีมากน้อยเพียงใด หากได้มีการแนะนำหรือประชาสัมพันธ์ จะทำให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภครู้จักกับระบบเอสโครว์ และเลือกที่จะใช้บริการตัวแทนเอสโครว์มากขึ้นและพัฒนาไปสู่การใช้อย่างแพร่หลาย หากทำได้เช่นนี้ กฎหมายเอสโครว์จะเอื้อประโยชน์ต่อการแก้ปัญหาที่ต้องการได้ มิฉะนั้น หากมีกฎหมายออกมาแต่ไม่มีการใช้เอสโครว์ในสภาพความเป็นจริง กฎหมายที่ออกมาย่อมไม่มีประโยชน์

(2) กฎหมายเอสโครว์ที่ใช้บังคับในประเทศสหรัฐอเมริกามีสองลักษณะ คือ กฎหมายเฉพาะว่าด้วยการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ควบคุมผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ให้มีความน่าเชื่อถือและเป็นที่น่าไว้วางใจของผู้ใช้บริการ กับกฎหมายเฉพาะว่าด้วยเรื่องต่างๆ ที่มีบทบัญญัติกำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) สำหรับการทำธุรกรรมตามกฎหมายเฉพาะนั้นรวมอยู่ในกฎหมายนั้นด้วย โดยกฎหมายลักษณะดังกล่าวจะกำหนดให้เปิดบัญชีเอสโครว์ไว้กับคนกลางที่เรียกว่าตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) หรือตัวแทนบัญชีเอสโครว์ (escrow account agent) ซึ่งอาจได้แก่ตัวแทนเอสโครว์ที่ได้รับใบอนุญาตตามกฎหมาย หากมลรัฐนั้นมีกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์ด้วย หรืออาจได้แก่สถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย หรือหน่วยธุรกิจอื่น (entity) ที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายให้เป็นตัวแทนเอสโครว์ได้ โดยไม่มีกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์เป็นการเฉพาะอีก

ผู้วิจัยเห็นว่า การที่ประเทศไทยจะมีกฎหมายเอสโครว์ในลักษณะที่ควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์แต่เพียงอย่างเดียว ไม่อาจแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นได้อย่างเด็ดขาด เนื่องจากกฎหมายควบคุมตัวแทนเอสโครว์กำหนดแต่หลักเกณฑ์และมาตรการในการ

ประกอบการของตัวแทนเอสโครว์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ ไม่ได้กำหนดบังคับให้ผู้บริโภคต้องใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ในการทำธุรกรรมต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในทางตรงกันข้าม การใช้หรือไม่ใช้บริการตัวแทนเอสโครว์เป็นความสมัครใจของผู้บริโภคเอง ดังนั้น หากผู้บริโภคไม่เลือกที่จะใช้ตัวแทนเอสโครว์และทำธุรกรรมกันเอง ความประสงค์ที่จะให้ตัวแทนเอสโครว์เป็นคนกลางมาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ก็ไม่อาจเกิดขึ้นได้ และปัญหาก็ยังคงเกิดขึ้นได้ต่อไป ดังนั้น ผู้วิจัยมีความเห็นว่า การที่จะแก้ไขปัญหาค่าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ประเทศไทยควรพิจารณากำหนดมาตรการบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) ในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือรวมไปถึงในธุรกรรมอื่นที่จำเป็น โดยกำหนดไว้ในกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น เนื่องจากการกำหนดดังกล่าวเท่ากับบังคับให้มีคนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งจะทำให้วัตถุประสงค์ที่จะใช้เอสโครว์มาแก้ไขปัญหาเป็นไปได้จริง ทั้งนี้ การกำหนดมาตรการบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ในประเทศไทยนั้นเมื่อเทียบกับลักษณะของกฎหมายเอสโครว์ประเทศสหรัฐอเมริกาแล้ว พิจารณากำหนดได้สองลักษณะ คือ

**ลักษณะแรก** กำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ โดยไม่จำเป็นต้องออกกฎหมายควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ก็ได้ เนื่องจากผู้ประกอบการเอสโครว์ในประเทศไทยส่วนใหญ่ได้แก่สถาบันการเงิน จึงอาจกำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ที่จะเข้ามาดูแลบัญชีเอสโครว์ ได้แก่ สถาบันการเงินที่มีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพอยู่แล้ว หรืออาจรวมไปถึงองค์กรอื่นใดที่มีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะแล้ว เพื่อจะได้ไม่ต้องออกกฎหมายใหม่มาควบคุมอีก แต่อาจต้องพิจารณากำหนดบทบัญญัติควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ของสถาบันการเงินหรือองค์กรเหล่านั้นเพิ่มเติมเพื่อความชัดเจนและครอบคลุมโดยอาจกระทำได้ด้วยการออกกฎหมายลำดับรองภายใต้อำนาจตามกฎหมายควบคุมการประกอบการสถาบันการเงินนั้น ๆ ซึ่งต้องพิจารณารายละเอียดของกฎหมายควบคุมแต่ละฉบับต่อไป

**ลักษณะที่สอง** กำหนดบังคับให้มีการเปิดบัญชีเอสโครว์ไว้ในกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และออกกฎหมายควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ด้วย ซึ่งจะคล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย เนื่องจากในมลรัฐแคลิฟอร์เนียผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ นอกจากนิติบุคคลที่ได้รับใบอนุญาตให้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ตามกฎหมายเอสโครว์แล้ว ยังหมายรวมถึง สถาบันการเงิน บริษัทประกันภัย นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ หรือทนายความ ซึ่งมีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพอยู่แล้วด้วย

ใน ล ก ษ ณ ะ ที่ สองนี้ ผู้ที่จะประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์จึงเปิดกว้างมากกว่าในลักษณะแรก แต่ต้องมีการออกกฎหมายใหม่เพิ่มขึ้น

(3) กฎหมายเอสโครว์ของประเทศไทยควรพิจารณากำหนดมาตรการที่ให้ผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องวางเงินประกันหรือหลักประกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ออกตามกฎหมายเอสโครว์ รวมไปถึงการกำหนดให้มีกองทุนประกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนเอสโครว์ หรือลูกจ้างหรือผู้กระทำการแทนตัวแทนเอสโครว์ โดยนำแนวคิดในเรื่อง surety bond และ fidelity bond ตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศไทย

(4) กฎหมายเอสโครว์ของประเทศไทยมีการบังคับใช้มาเป็นเวลานาน และมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติหลายครั้งแม้ในกระทั่งปัจจุบัน การแก้ไขเพิ่มเติมมีทั้งเพื่อสนองต่อการเรียกร้องของภาคผู้ประกอบการเอสโครว์และภาคผู้บริโภคเพื่อให้ได้กฎหมายที่บังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความสบายใจของทุกฝ่าย การแก้ไขเพิ่มเติมอีกประการคือเพื่อรองรับสภาพการประกอบการเอสโครว์ที่เปลี่ยนแปลงไปโดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคหลังการประกอบการเอสโครว์อาศัยอินเทอร์เน็ต เป็นสื่อกลางของการดำเนินกิจกรรมเอสโครว์มากขึ้น กฎหมายเอสโครว์จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อรองรับธุรกรรมเอสโครว์ที่เพิ่มขึ้นโดยอินเทอร์เน็ต (internet escrow) ในการจัดทำกฎหมายเอสโครว์ของประเทศไทยควรคำนึงถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีดังกล่าวที่จะมาใช้ในการดำเนินกิจกรรมเอสโครว์ด้วยว่าจำเป็นต้องมีบทบัญญัติรองรับไว้เป็นการล่วงหน้าหรือไม่

(5) การมีกฎหมายเอสโครว์จะต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่อาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงเพื่อให้สอดคล้องกับวิธีการเอสโครว์ ดังที่ได้อธิบายระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยมาแล้วว่า โดยปกติผู้ขายหรือผู้ดำเนินโครงการอสังหาริมทรัพย์มักนำเงินดาวน์ที่ได้รับจากผู้ซื้อไปเป็นทุนเพื่อทำการก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ตามสัญญาซื้อขาย หากมีการใช้ระบบเอสโครว์ ผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องให้เงินดาวน์แก่ผู้ขายอีก แต่จะนำเงินนั้นไปฝากไว้กับตัวแทนเอสโครว์ในบัญชีเอสโครว์ ผู้ขายก็จะขาดแคลนทุนที่จะนำมาประกอบการในส่วนนี้ จึงควรพิจารณาผลกระทบในเรื่องนี้ด้วย นอกจากนี้ การมีเอสโครว์เป็นการเพิ่มกระบวนการหรือขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งแม้ว่าจะเป็นการเพิ่มขั้นตอนที่ยุ่งยากขึ้นและต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มขึ้น ในการออกกฎหมายเพื่อรองรับระบบเอสโครว์ควรจะได้พิจารณาทำความเข้าใจกับผู้ใช้งานกฎหมายในเรื่องของขั้นตอนและภาระที่เพิ่มขึ้นนี้ด้วย

(6) การมีกฎหมายเอสโครว์ไม่ได้เป็นวิธีการเบ็ดเสร็จที่จะช่วยแก้ปัญหาการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในบริบทของประเทศไทย เนื่องจากผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์หรือผู้บริโภคส่วนใหญ่ไม่ตระหนักถึงสิทธิของตนเอง และไม่ใส่ใจศึกษามาตรการที่รัฐออกมาเพื่อคุ้มครองสิทธิของตนเอง การใช้กฎหมายจะได้ผลเป็นอย่างดี หากผู้ซื้อหรือผู้บริโภคเหล่านี้มีความตื่นตัวและตระหนัก

ในสิทธิของผู้บริโภค สนใจตรวจสอบข้อมูลและสิทธิของตนตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จะทำให้การ  
ใช้กฎหมายต่างๆ มีประสิทธิภาพมากขึ้น รวมถึงกฎหมายเอสโครด์ด้วย

## บทสรุป

“เอสโครว์” คือ ธุรกรรมที่มีการฝากเอกสาร หนังสือตราสาร เงิน หรือรายการอื่นใดตามที่คู่สัญญากำหนดไว้กับบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลที่ไม่มีส่วนได้เสียในสัญญา โดยมีคำสั่งให้ส่งมอบเอกสาร หนังสือตราสาร หรือทรัพย์สินที่ฝากไว้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อคู่สัญญาได้มีการปฏิบัติการชำระหนี้ตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในคำสั่งเอสโครว์ (escrow instruction) บุคคลที่สามซึ่งทำหน้าที่ในการรับฝากดังกล่าวเรียกว่า ตัวแทนเอสโครว์ หรือ escrow agent บุคคลที่เกี่ยวข้องกับเอสโครว์โดยหลักจึงประกอบด้วยคู่สัญญาสองฝ่ายซึ่งปกติได้แก่ผู้ซื้อและผู้ขายในสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และตัวแทนเอสโครว์ โดยมีการทำสัญญาหลักสองสัญญาซึ่งอาจรวมอยู่ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับก็ได้ ประกอบด้วย สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และสัญญา

สัญญา

เอสโครว์ (escrow agreement)

ประเทศสหรัฐอเมริกามีการใช้เอสโครว์ในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กันอย่างแพร่หลาย เนื่องจากมีประโยชน์หลายประการ ได้แก่ การใช้เอสโครว์สร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายว่าจะได้รับการปฏิบัติตามสัญญาจากคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง สร้างความสะดวกแก่คู่สัญญาที่ไม่จำเป็นต้องมาปรากฏตัวในวันปิดธุรกรรมซื้อขาย สัญญาจัดตั้งเอสโครว์ช่วยป้องกันการเปลี่ยนใจของคู่สัญญาเพราะเมื่อทำสัญญาแล้วคู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถยกเลิกเอสโครว์และขอรับทรัพย์สินที่ฝากไว้คืนได้ คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาพบกันซึ่งเป็นการหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้าระหว่างคู่สัญญาที่มีผลประโยชน์หรือบุคลิกที่แตกต่างกัน นอกจากนี้ การใช้เอสโครว์เป็นเครื่องมือในการปิดธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีโอกาสทำให้การซื้อขายนั้นประสบความสำเร็จสูง ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์ดังกล่าว คู่สัญญาควรต้องเลือกตัวแทนเอสโครว์ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านอสังหาริมทรัพย์ มีทักษะสูง และมีความน่าเชื่อถือและไว้วางใจ

การปิดธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยใช้เอสโครว์ มีขั้นตอนดังนี้ คู่สัญญาทำการแต่งตั้งตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้รับผิดชอบการปิดธุรกรรม จากนั้น ผู้ขายจะส่งมอบหนังสือตราสารที่ลงลายมือชื่อถูกต้องครบถ้วนให้แก่ตัวแทนเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์จะได้รับคำสั่งให้ส่งมอบหนังสือตราสารแก่ผู้ซื้อหลังจากผู้ขายได้รับชำระราคาทรัพย์สินแล้ว เมื่อผู้ซื้อได้ฝากเงินเพื่อชำระเป็นคาราคาอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายไว้กับตัวแทนเอสโครว์และตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายเป็นที่พอใจแล้ว ตัวแทนเอสโครว์จะส่งมอบหนังสือตราสารให้แก่ผู้ซื้อและส่งมอบเงินดังกล่าวให้แก่ผู้ขาย เช่นนี้ การปิดธุรกรรมโดยใช้เอสโครว์เป็นอันสิ้นสุดลง

กฎหมายเกี่ยวกับการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นกฎหมายในระดับมลรัฐ (state law) แบ่งได้เป็นสองลักษณะใหญ่คือ กฎหมายที่กำหนดในเรื่อง บัญชีเอสโครว์ (escrow account) โดยไม่ได้ควบคุมการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ด้วย ได้แก่กฎหมายของมลรัฐส่วนใหญ่ ซึ่งบัญชีเอสโครว์นำมาใช้เป็นเครื่องมือคุ้มครองคู่สัญญาในธุรกรรมตามที่กฎหมายกำหนด โดยกฎหมายกำหนดให้ธุรกรรมดังกล่าวต้องเปิดบัญชีเอสโครว์เป็นบัญชีแยกต่างหาก เพื่อดูแล

การปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญา กฎหมายเอสโครว์อีกลักษณะหนึ่งคือ กฎหมายที่ควบคุมตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) โดยใช้มาตรการอนุญาต (license) และการควบคุมกิจการ ได้แก่ กฎหมายของมลรัฐออริโซน่า มลรัฐแคลิฟอร์เนีย มลรัฐไอดาโฮ และมลรัฐวอชิงตัน เป็นต้น ทั้งนี้ กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาในรายละเอียดมากกว่ากฎหมายของมลรัฐอื่นและใช้บังคับมาเป็นเวลานาน จึงเป็นกฎหมายหลักที่นำมาศึกษาในงานวิจัยนี้ โดยศึกษากฎหมายของมลรัฐอื่นประกอบเพื่อให้เห็นโครงสร้างรวม โดยอาจสรุปสาระของกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียได้ดังนี้

กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (escrow law) ใช้บังคับมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1951 โดยปรากฏอยู่ในบทบัญญัติลักษณะ 6 แห่งประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California Financial Code) ประกอบด้วยบทบัญญัติ 8 หมวด (Chapters) มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

หมวด 1 การบังคับใช้กฎหมาย (Application of this Division) ว่าด้วยการกำหนดนิยามคำสำคัญที่ใช้ในกฎหมาย เช่น คำว่า เอสโครว์ และ ตัวแทนเอสโครว์ และกำหนดให้กฎหมายนี้ไม่ใช้บังคับกับบุคคลบางประเภท ได้แก่ ธนาคารหรือสถาบันการเงิน ทนายความที่ได้รับใบอนุญาต บริษัทรับประกันกรรมสิทธิ์ (Title Insurance Company) และตัวแทนนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาต (broker)

หมวด 2 การอนุญาตและหลักประกัน (License and Bond) ว่าด้วยข้อกำหนดในเรื่องการขอรับใบอนุญาต คุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอซึ่งต้องเป็นนิติบุคคลประเภท corporation และต้องมีทรัพย์สินมากกว่าหนึ่งล้าน บุคคลที่เป็นตัวแทนนิติบุคคลต้องมีประสบการณ์ด้านเอสโครว์ และไม่มีประวัติอาชญากรรม นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการอนุญาต โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของ Commissioner of Corporation ในการพิจารณาอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขที่ผู้ยื่นคำขอต้องวางหลักประกันความเสียหาย (surety bond) ในขณะยื่นคำขอด้วย

หมวด 2.5 บริษัทประกันความซื่อสัตย์ของตัวแทนเอสโครว์ (Escrow Agents' Fidelity Corporation) ว่าด้วยเงื่อนไขที่กำหนดให้ตัวแทนเอสโครว์ต้องเป็นสมาชิกใน Escrow Agents' Fidelity Corporation ซึ่งเป็นองค์กรในลักษณะกองทุนที่มีวัตถุประสงค์ในการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้นในเงินหรือทรัพย์สินอันเนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ กรรมการ ทริสต์ตี ผู้ถือหุ้น ผู้จัดการ ลูกจ้างของสมาชิก ของตัวแทนเอสโครว์กระทำการโกง ยักยอก ทุจริต นอกจากนี้ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์การขอรับชดเชยค่าเสียหายจากองค์กรดังกล่าว

หมวด 3 ข้อบังคับในการประกอบการเอสโครว์ (Escrow Regulations) กำหนดข้อบังคับเพื่อให้ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ต้องปฏิบัติตามในขณะดำเนินการเป็นตัวแทนเอสโครว์ เช่น ห้ามใช้ชื่อหรือโฆษณาว่าตนเป็นตัวแทนเอสโครว์เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาต ห้ามบุคคลใดทำการแก้ไขเพิ่มเติมคำสั่งเอสโครว์หลังจากที่ได้มีการลงนามหรือจัดทำคำสั่งเสร็จแล้ว เว้นแต่เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยบุคคลทั้งหมดที่จัดทำคำสั่งแรกเริ่ม ห้ามไม่ให้ยอมรับคำสั่งที่ทำเป็นกระดาษเปล่าเพื่อมาเติมข้อความในภายหลัง นอกจากนี้ ยังกำหนดข้อที่ตัวแทนเอสโครว์ต้องกระทำการ เช่น ตัวแทนเอสโครว์มีหน้าที่ยื่นรายการค่าใช้จ่าย

ส่วนตัวและรายงานสถานะทางการเงินของตัวแทนเอสโครว์เป็นประจำทุกปี หรือตัวแทนเอสโครว์ต้องส่งมอบเงินที่ได้รับฝากให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในกรณีมีการปิดเอสโครว์ ตัวแทนเอสโครว์ฝากเงินหรือเก็บรักษาเงินที่คู่สัญญานำมาฝากไว้ในบัญชีธนาคาร โดยเรียกบัญชีนี้ว่า trust funds หรือ escrow accounts ซึ่งเป็นบัญชีที่แยกจากบัญชีของตัวแทนเอสโครว์ และเงินในบัญชีไม่ใช่สิทธิของตัวแทนเอสโครว์และไม่อยู่ในข่ายการบังคับคดีที่กระทำต่อตัวแทนเอสโครว์

หมวด 4 การเพิกถอนใบอนุญาต (Revocation of License) กำหนดเหตุและหลักเกณฑ์ในการพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตการเป็นตัวแทนเอสโครว์ เช่น ตัวแทนเอสโครว์ฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของ Commissioner หรือประกอบกิจการในทางไม่ปลอดภัยหรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสาธารณะ หรือตัวแทนเอสโครว์ไม่รักษาหลักประกันตามที่กำหนด โดยเปิดโอกาสให้ตัวแทนเอสโครว์ชี้แจงและขอให้มีการไต่สวนคำสั่งได้

หมวด 5 การไต่สวน (Hearings) กำหนดหลักเกณฑ์ในการสอบสวนหรือไต่สวนที่จะมีขึ้นตามกฎหมายเอสโครว์นี้เพื่อการออกคำสั่งของ Commissioner หรือเพื่อทบทวนคำสั่งของ Commissioner

หมวด 6 การแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สินและการชำระบัญชี (Liquidation and Conservatorship) กำหนดหลักเกณฑ์ในการควบคุมกิจการของผู้ประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ โดยให้อำนาจ Commissioner เข้าครอบครองทรัพย์สินหรือกิจการของตัวแทนเอสโครว์ การเข้าครอบครองนี้ Commissioner สามารถแต่งตั้งผู้ดูแลทรัพย์สิน (conservator) เพื่อเข้าดูแลกิจการของตัวแทนเอสโครว์ได้ หากมีเหตุเกี่ยวกับการดำเนินกิจการของตัวแทนเอสโครว์ไปในทางที่ไม่ปลอดภัยและทำให้ฐานะการเงินย่ำแย่

หมวด 7 บทกำหนดโทษทางแพ่งและทางอาญา (Crimes and Civil Penalties) กำหนดบทลงโทษกรณีมีการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ โดยมีทั้งโทษทางอาญา ได้แก่ ปรับหรือจำคุก และโทษปรับทางแพ่ง (civil penalties)

กฎหมายเอสโครว์ของมลรัฐอื่นที่ศึกษาได้แก่ กฎหมายของมลรัฐวอชิงตัน (Escrow Agent Registration Act) มลรัฐโอเรกอน (Real Estate and Escrow Activities) และมลรัฐไอดาโฮ (Idaho Escrow Act) ซึ่งโครงสร้างกฎหมายและเนื้อหาในส่วนที่เป็นสาระสำคัญมีความคล้ายคลึงกับกฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย กล่าวคือ กำหนดมาตรการอนุญาตและการควบคุมและกำกับดูแลกิจการโดยเฉพาะในด้านการเงินของกิจการ ส่วนที่แตกต่างเป็นเพียงรายละเอียดปลีกย่อย เช่น กฎหมายของมลรัฐแคลิฟอร์เนียไม่ได้บัญญัติในเรื่องการต่ออายุใบอนุญาตในขณะที่กฎหมายอีกสามมลรัฐบัญญัติไว้

สำหรับประเทศไทย การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จึงมักเกิดปัญหาที่ผู้ซื้อถูกผู้ขายโกงหรือหลอกลวงทำให้เสียเงินไปแล้วไม่ได้ทรัพย์สินที่ตนต้องการ ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาเหล่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

และพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็น มาตรการแก้ไขเยียวยาเมื่อเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาแล้ว และต้องอาศัยการฟ้องร้องบังคับคดี เพื่อการเยียวยานั้น ทำให้เกิดความล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่คุ้มค่า เมื่อนำมาตรการ ตามกฎหมายเหล่านั้นมาเปรียบเทียบกับกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา จะพบว่ามีส่วนที่คล้ายคลึงกันในเรื่องของวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็น สำคัญ และมีส่วนที่แตกต่างกันหลายประการ ได้แก่

- มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยเป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกาคือ มาตรการป้องกันความเสียหายไม่ให้เกิดขึ้น

- มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยต้องอาศัยการนำคดีขึ้นสู่ศาลเพื่อขอให้ ศาลเยียวยาหรือบังคับสิทธิที่มีอยู่ตามกฎหมายให้ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของ ประเทศสหรัฐอเมริกามีโอกาสที่จะใช้สิทธิทางศาลน้อยเพราะเป็นมาตรการป้องกัน โอกาสเกิด ความเสียหายและนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงน้อยกว่า

- มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยไม่มีการกำหนดในเรื่องกองทุนประกัน ความเสียหายหรือหลักประกันความเสียหายจากความไม่ซื่อสัตย์หรือจากการกระทำที่ฝ่าฝืน กฎหมายของผู้ที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่กฎหมายเอสโครว์ของประเทศ สหรัฐอเมริกามีกำหนดในเรื่องนี้ไว้สำหรับการประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์

- มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยต้องอาศัยตัวผู้ซื้อและผู้ขายเป็นสำคัญ ในการบังคับตามมาตรการเหล่านั้นให้บรรลุผล ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของ ประเทศสหรัฐอเมริกาคือคนกลางเข้ามาดูแลรักษาผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ซึ่ง ต้องมีความเป็นกลาง มีความเชี่ยวชาญ และไว้วางใจได้

- มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยไม่ได้สร้างกระบวนการที่เพิ่มขึ้นใน อุดมการณ์การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศ สหรัฐอเมริกาส่งเสริมขั้นตอนที่เพิ่มขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งเพิ่มค่าใช้จ่ายในการ ดำเนินการด้วย

ปัจจุบัน หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยพยายามที่จะเสนอกฎหมายเอสโครว์ เพื่อนำระบบเอสโครว์มาใช้แก้ไขปัญหาการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้วิจัยมีความเห็น ในทางสนับสนุนให้มีการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทย โดยการออกกฎหมายเอสโครว์มา รองรับเนื่องจากเอสโครว์ใช้กันอย่างแพร่หลายในสหรัฐอเมริกาแสดงว่าเป็นที่ยอมรับว่าใช้ได้ผล และเป็นมาตรการในเชิงป้องกันซึ่งยังไม่มีปรากฏในกฎหมายของประเทศไทย ทั้งนี้ มีข้อเสนอแนะ เพิ่มเติมดังนี้

- ควรแนะนำหรือประชาสัมพันธ์การใช้ระบบเอสโครว์ในการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้บริโภคของไทยได้รู้จักเพื่อให้มีการใช้เอสโครว์ในสภาพความเป็นจริง

- ควรพิจารณากำหนดบังคับให้ธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ต้องเปิดบัญชีเอสโครว์ (escrow account) มากกว่าที่จะให้เป็นทางเลือกของคู่สัญญากันเองที่จะเลือกใช้ใช้บริการของตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ในการกำหนดบังคับให้เปิดบัญชีเอสโครว์ดังกล่าว อาจกระทำได้ในสองลักษณะ คือ กำหนดบังคับไว้ในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับธุรกรรมนั้น ๆ โดยกำหนดให้ใช้สถาบันการเงินหรือองค์กรที่มีกฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพอยู่แล้วเป็นตัวแทนเอสโครว์เพื่อที่จะได้ไม่ต้องออกกฎหมายใหม่มาควบคุมการประกอบการเอสโครว์ หรือ กำหนดบังคับไว้ในกฎหมายเฉพาะเกี่ยวกับธุรกรรมนั้น ๆ และออกกฎหมายใหม่มาควบคุมการประกอบการเอสโครว์ด้วย เพื่อเปิดให้มีบุคคลหรือนิติบุคคลในวงกว้างเข้ามาประกอบการเป็นตัวแทนเอสโครว์ได้

- ควรพิจารณานำแนวคิดในเรื่องการวางเงินหรือหลักประกันการปฏิบัติตามกฎหมายหรือกฎระเบียบที่ออกตามกฎหมายเอสโครว์ (surety bond) และแนวคิดในเรื่องกองทุนประกันความเสียหายอันเกิดจากการกระทำของตัวแทนเอสโครว์ หรือลูกจ้างหรือผู้กระทำการแทนตัวแทนเอสโครว์ (fidelity bond) ตามกฎหมายเอสโครว์ของประเทศสหรัฐอเมริกา มาปรับใช้

- ควรพิจารณากำหนดบทบาทบัญญัติรองรับความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีไว้ล่วงหน้า เพื่อให้ทันการเปลี่ยนแปลง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพัฒนาการใช้อินเทอร์เน็ตในเอสโครว์ (internet escrow)

- ควรคำนึงถึงผลกระทบต่อระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่อาจต้องมีการเปลี่ยนแปลงเมื่อมีการใช้เอสโครว์ เช่น ภาระและขั้นตอนที่เพิ่มขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

- การมีกฎหมายเอสโครว์ไม่ได้เป็นวิธีแก้ปัญหาที่เด็ดขาด การให้ผู้บริโภคตระหนักถึงสิทธิของตน และพยายามศึกษาตรวจสอบข้อมูลเพื่อรักษาสิทธิของตนย่อมเป็นหนทางแก้ปัญหาที่ชัดเจนและทำให้การใช้กฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเหล่านี้บรรลุผล

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

ไพรัช วิเศษศิริลักษณ์. 2540. การคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจจัดสรรที่อยู่อาศัย : กรณีศึกษา เอสโครว์. กรุงเทพมหานคร: วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

มัลลิกา คมน่อนันต์. 2544. เอสโครว์: รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย. กรุงเทพมหานคร: วิทยานิพนธ์ปริญญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย.

### ภาษาอังกฤษ

Burke, D.B. Real Estate Transactions: Examples and Explanations. The United States of America: Little, Brown and Company, 1993.

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

Harry D. Miller and Marvin B. Starr, Miller and Starr California Real Estate 3D, Chapter 6. Escrows, E. Rights and Duties of the Escrow Agent, [www.international.westlaw.com](http://www.international.westlaw.com).

Hinkel, D. F. Practical Real Estate Law. 2000.

Jacobus, C. J. Real Estate Law. New Jersey: Prentice-Hall, Inc., 1998.

Jacobus, C. J. Texas Real Estate Law. Ohio: South-Western, 2005.

Lefcoe, G. Real Estate Transactions. Virginia: The Michie Company Law Publishers, 1993.

Siedel, G. J., Cheezem, J. K. Real Estate Law. The United States of America: South-Western College Publishing, 1999.

Understanding escrow accounts, <http://www.bankrate.com/brm/green/mtg/basics6-1a.asp?caret=32>

Werner, R. J. Real Estate Law. The United States of America: South-Western, 2002.

28 American Jurisprudence, 2d, Escrow § 2.

50 State Statutory Surveys, Financial Services Loan Funding: Escrow Accounts, Thomson West June 2006, <http://international.westlaw.com>

## กฎหมายไทย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

## กฎหมายสหรัฐอเมริกา

Arizona -- A.R.S. Title 6 Banks and Financial Institutions, Chapter 7 Escrow Agents

California -- CA FIN Division 6 Escrow Law

Idaho -- ID ST Title 30 Corporations, Chapter 9 Idaho Escrow Act

Washington -- Chapter 18.44 RCW Escrow agent registration act

Oregon -- ORS Chapter 696: Real Estate and Escrow Activities, Section 505-590



