

รายงานการศึกษาวิจัย  
ตามโครงการศึกษาวิจัย เรื่อง

กฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา  
ของประเทศออสเตรเลีย

(ฉบับสมบูรณ์)

นำเสนอ  
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

โดย  
นางสาวศิริพร เอี่ยมธงชัย  
นายอภิวัฒน์ จิระศิริโสภณ  
28 มีนาคม 2550

# สารบัญ

## หน้า

บทนำ	1
บทที่ 1 การซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลีย	4
1.1 ความทั่วไป	4
1.2 กรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศออสเตรเลีย	5
1.3 ระบบการจดทะเบียนที่ดิน	6
1.3.1 ระบบ registration of deeds	7
1.3.2 ระบบ registration of title (Torrens system)	10
1.3.3 ข้อแตกต่างระหว่างระบบ registration of deeds กับ ระบบ registration of title	12
1.4 ประเภทของสิทธิถือครองที่ดิน (types of land tenure)	13
1.5 ประเภทของที่ดิน	14
1.5.1 Crown land	14
1.5.2 freehold land หรือ fee simple	14
1.5.3 leasehold หรือ Crown lease	14
1.6 ระบบการซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลีย	15
1.6.1 ระยะเวลาก่อนทำสัญญา	15
1.6.2 ระยะเวลาหลังลงนามในสัญญา	17
บทที่ 2 กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศออสเตรเลีย	19
2.1 ความนำ	19
2.2 กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales)	20
2.2.1 Property, Stock and Business Agents Act 2002	22
2.2.2 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003	28
บทที่ 3 บทเปรียบเทียบและข้อเสนอแนะ	34
3.1 ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทย และกฎหมายที่เกี่ยวข้อง	34
3.1.1 ระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย	35
3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย	36

(1) พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522	37
(2) พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522	38
(3) พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540	40
(4) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543	42
3.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทย และประเทศออสเตรเลีย	44
3.3 ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ	47
บทสรุป	48
บรรณานุกรม	51

## บทนำ

การดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งในที่นี้หมายถึงคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในรูปแบบ เอสโครว์ (escrow) นั้น ได้แก่ การอาศัยบุคคลที่สามหรือคนกลางที่เรียกว่า (escrow agent) มาดูแลและเก็บรักษาเอกสารหรือตราสารเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายของคู่สัญญาฝ่ายหนึ่งหรือผู้ขาย และเงินค่าทรัพย์สินที่ซื้อขายของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งหรือผู้ซื้อ เพื่อที่จะทำการส่งมอบให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเมื่อได้รับคำสั่ง (escrow instructions) ว่าการปฏิบัติการตามสัญญาได้ลุล่วงลงแล้ว การนำเอสโครว์มาใช้ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จึงมีความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาได้ เพราะช่วยสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ทั้งสองฝ่าย โดยในฝ่ายผู้ซื้อ เอสโครว์ช่วยสร้างความมั่นใจว่าเมื่อตนเสียเงินไปแล้ว จะได้รับโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินอย่างสมบูรณ์ปราศจากการรอนสิทธิหรือภาระผูกพันใดๆ ในฝ่ายผู้ขาย เอสโครว์ช่วยสร้างความมั่นใจว่าเมื่อตนส่งมอบทรัพย์สินที่ซื้อขายแล้ว จะได้รับการชำระเงินครบถ้วน

ระบบเอสโครว์นำมาใช้ในประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นเวลานานนับศตวรรษ โดยเป็นที่นิยมใช้กันในพื้นที่ดินแดนทางฝั่งตะวันตกของประเทศมากกว่าฝั่งตะวันออก แต่สำหรับประเทศออสเตรเลีย ไม่มีการนำระบบเอสโครว์มาใช้ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อย่างแพร่หลาย การใช้ระบบเอสโครว์เป็นเรื่องเฉพาะกรณี ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่สัญญาแต่ละกรณี ทั้งนี้ การใช้ระบบเอสโครว์จะกระทำในรูปของการทำสัญญาเอสโครว์ ซึ่งผลการบังคับใช้เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญา ไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายเฉพาะ

โดยทั่วไป กระบวนการหรือขั้นตอนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลียมีความคล้ายคลึงกับของประเทศไทย กล่าวคือ ในประเทศออสเตรเลีย การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์สามารถทำกันง่ายๆ ในระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขายโดยการทำสัญญาซื้อขาย เมื่อมีการชำระราคาและปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาครบถ้วนแล้ว ผู้ซื้อและผู้ขายจะไปดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กับพนักงานเจ้าหน้าที่ แต่โดยส่วนใหญ่แล้ว การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียจะไม่ทำกันเองในระหว่างผู้ซื้อกับผู้ขาย จะกระทำผ่านบุคคลที่เรียกว่า ตัวแทนนายหน้า (estate agents หรือ real estate agents) ซึ่งมีความรู้ความชำนาญด้านอสังหาริมทรัพย์ โดยบุคคลนั้นมักจะอยู่ในฐานะเป็นตัวแทนของผู้ขาย (เพราะจะได้รับส่วนแบ่งเปอร์เซ็นต์จากการขายอสังหาริมทรัพย์ได้) หน้าที่สำคัญประการหนึ่งของตัวแทนนายหน้า คือ ตัวแทนนายหน้าจะทำการรับเงินค้ำมัดจำ (deposit) ในทรัพย์สินที่ซื้อขายแทนผู้ขาย ซึ่งโดยปกติการซื้อขายทรัพย์สินจะมีการจ่ายมัดจำประมาณหนึ่งในสามของมูลค่าทรัพย์สินที่ซื้อขาย (ในชิตนีย์) หรือร้อยละ 40 ของราคาที่ตกลงซื้อขายกัน (ในเมลเบิร์น) การรับเงินมัดจำนี้จะมีบัญชีเอสโครว์เข้ามาเกี่ยวข้อง กล่าวคือ กฎหมายของมลรัฐต่างๆ ของประเทศออสเตรเลีย จะกำหนดว่าเมื่อผู้ซื้อจ่ายเงินมัดจำให้แก่ตัวแทนนายหน้าแล้ว ตัวแทนนายหน้าต้องฝากเงินนั้นไว้ในบัญชีเอสโครว์ (escrow account) หรือบัญชีทรัสต์ (trust account) จนกว่าการซื้อขายจะแล้วเสร็จ

ตัวแทนนายหน้ามักจะดำเนินการในฐานะเป็นตัวแทนของผู้ขาย ดังนั้น ในการรักษาสติของผู้ซื้อ ผู้ซื้ออาจใช้บริการของบุคคลอีกประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่า ผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) ซึ่งทำหน้าที่ดูแลจัดการเกี่ยวกับการตรวจสอบกรรมสิทธิ์และการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyance) ในทรัพย์สินที่ซื้อขายให้แก่ผู้ซื้อ ผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์นี้มีชื่อเรียกอย่างอื่นได้อีก ได้แก่ land broker หรือ land agent หรือ settlement agent และส่วนใหญ่ผู้ที่ทำหน้าที่เป็นผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ทนายความ (solicitor หรือ lawyer) แต่ผู้ซื้อสามารถทำการเป็นผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์เสียเองได้ หากไม่ต้องการชำระค่าธรรมเนียมเพิ่มเติม

นอกจากการซื้อขายโดยผ่านตัวแทนนายหน้าแล้ว วิธีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นที่นิยมทำกันในประเทศออสเตรเลียอีกวิธีหนึ่ง คือ การซื้อจากการประมูล (auction) และเป็นที่ยอมรับกันมากขึ้นเรื่อยๆ ในยุคหลังนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเกิดกรณีที่อยู่อสังหาริมทรัพย์มีราคาสูงขึ้น ทั้งนี้ ในเมืองเมลเบิร์นได้รับความนิยมมากที่สุด ประมาณร้อยละ 25 ถึง 30 ของบ้านในเมลเบิร์นทำการซื้อขายโดยการประมูล การซื้อทรัพย์สินจากการประมูลนี้ เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อที่ต้องเตรียมพร้อมและหาข้อมูลเกี่ยวกับมูลค่าตลาดของทรัพย์สินที่จะซื้อ แต่ผู้ซื้อรายใดที่ไม่คุ้นเคยกับการประมูลด้วยตนเองก็มักจะว่าจ้างตัวแทนนายหน้า (estate agent) ดำเนินการให้

จะเห็นได้ว่า บุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย นอกจากตัวผู้ซื้อและผู้ขายแล้ว ยังมี ตัวแทนนายหน้า (estate agent) และผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) เข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งทำให้กระบวนการและขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากขึ้น

จากสภาพข้อเท็จจริงของการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลียดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า วิธีการหรือกระบวนการเอสโครว์ทั้งในรูปแบบนายหน้าเอสโครว์ (escrow agent) หรือบัญชีเอสโครว์ (escrow account) ไม่ใช่วิธีการหลักในการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา จึงชัดเจนอยู่เองว่าประเทศออสเตรเลียไม่มีกฎหมายว่าด้วยเอสโครว์บังคับใช้เป็นการเฉพาะ แต่ในกรณีที่คู่สัญญานำระบบเอสโครว์มาใช้ในรูปแบบของการทำสัญญาจัดตั้งเอสโครว์ กฎหมายที่ใช้บังคับกับระบบเอสโครว์จะเป็นไปตามกฎหมายทั่วไปในเรื่องสัญญา ซึ่งไม่จำเป็นต้องศึกษาในงานวิจัยนี้ แต่บทบาทสำคัญในการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียตกอยู่ที่ ตัวแทนนายหน้า (estate agent) ซึ่งมีบทบาทสำคัญมากกว่าผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) อีกด้วย เพราะผู้ซื้อไม่จำเป็นต้องอาศัยผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ดำเนินการในทุกกรณี ตัวผู้ซื้อสามารถดำเนินการตรวจสอบกรรมสิทธิ์และทำการโอนกรรมสิทธิ์ได้เอง การทำงานของตัวแทนนายหน้า (estate agent) จึงมีผลกระทบโดยตรงต่อผลประโยชน์ของคู่สัญญาในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ดังนั้น เมื่อประเทศออสเตรเลียไม่มีกฎหมายว่าด้วยเอสโครว์เป็นการเฉพาะ ในการศึกษากฎหมายออสเตรเลียเกี่ยวกับการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา จึงมุ่งเน้นศึกษากฎหมายที่ควบคุมการประกอบอาชีพ ตัวแทนนายหน้า (estate agent) เป็นสำคัญ เพื่อให้เห็นแนวทางในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในอีกลักษณะหนึ่ง

จากขอบเขตที่กล่าวมาข้างต้น การศึกษากฎหมายการจัดการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย จะเริ่มต้นจากการอธิบายภาพรวมของการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย เพื่อให้เห็นสภาพข้อเท็จจริงของธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย และจะได้ศึกษากฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่รับกับสภาพข้อเท็จจริงนั้น ซึ่งทำให้เห็นว่า ประเทศออสเตรเลียที่ไม่ได้ใช้เอสโครว์เป็นหลักในการปิดธุรกรรมการซื้อขาย มีมาตรการดูแลหรือคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาอย่างไร จากนั้น จะได้ศึกษาข้อเท็จจริงของการทำธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยและกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย เพื่อทำการเปรียบเทียบและให้ความเห็นเกี่ยวกับกฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทย

## บทที่ 1

### การซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลีย

#### 1.1 ความทั่วไป

ประเทศออสเตรเลียเดิมเป็นอาณานิคมของประเทศอังกฤษ ระบบกฎหมายจึงเป็นเช่นเดียวกับประเทศในกลุ่มคอมมอนเวลท์ (Commonwealth) ซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากประเทศอังกฤษ เช่นเดียวกับที่ดินซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากหลักการเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ว่าที่ดินทั้งหมดในประเทศอาณานิคมเป็นของ Crown<sup>1</sup> หลักในเรื่องของกรรมสิทธิ์นี้อาจถือได้ว่าเป็นผลผลิตของหลักพระราชอำนาจของกษัตริย์ (prerogative) ซึ่งเป็นสิทธิที่มีลักษณะสงวนไว้เฉพาะกษัตริย์ (rights proprietary in nature) ที่กำหนดว่าพระราชอำนาจของกษัตริย์ (prerogative of crown) เป็นส่วนหนึ่งของ common law ที่ผู้ล่าอาณานิคมนำมาซึ่งประเทศอาณานิคม ในคดี *R. v. Kidman* มีการวินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้ว่า “พระราชอำนาจขององค์พระราชินี (*Prerogative of Queen*) มีผลขยายไปถึงอาณาเขตการครอบครองของพระราชินีเหมือนที่มีผลในประเทศอังกฤษ เว้นแต่กฎหมายท้องถิ่นหรือกฎเกณฑ์ประจำถิ่นจะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น” หรือสามารถอธิบายได้อีกอย่างหนึ่งคือเป็นผลลัพธ์ของหลักการของระบบฟีวเดิล (feudal principle) จากคดีของ *Isaac J. in william's case* ทั้งนี้ จากคำพิพากษาทั้งสองคดีดังกล่าวข้างต้น ทำให้ที่ดินของประเทศออสเตรเลียกลายเป็นทรัพย์สินของกษัตริย์ของประเทศอังกฤษ (*Attorney-General v. Brown*)

รูปแบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียมีลักษณะเช่นเดียวกับรูปแบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของสหราชอาณาจักรซึ่งมีลักษณะที่ค่อนข้างตรงไปตรงมา การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์สามารถทำได้ 2 วิธี คือ 1) โดยผ่านการประมูล (auction) ผู้ที่ต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์โดยผ่านการประมูล หากชนะการประมูล ต้องเตรียมเงินวางประกันร้อยละ 10 ของราคาอสังหาริมทรัพย์ เงินประกันดังกล่าวไม่สามารถขอคืนได้หากผู้ชนะประมูลเปลี่ยนใจในภายหลัง ดังนั้น การซื้อโดยวิธีการประมูลนี้ ผู้ซื้อต้องทำการสำรวจอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวก่อน รวมทั้งต้องขอสินเชื่อให้พร้อมก่อนเข้าประมูล และ 2) การซื้อขายโดยวิธีปกติ ซึ่งในปัจจุบันวิธีการที่คุ้นเคยของบุคคลทั่วไป เริ่มต้นจากผู้ซื้อทำการสำรวจที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์ที่ต้องการ ก่อนส่งคำเสนอไปยังผู้ขาย เมื่อผู้ขายตอบรับคำเสนอของผู้ซื้อ ผู้ซื้อสามารถวางเงินมัดจำ (holding deposit) ในระหว่างที่มีการร่างสัญญาซื้อขาย โดยเงินมัดจำดังกล่าวสามารถขอคืนได้ในระยะเวลา

<sup>1</sup> Crown เป็นคำที่ใช้เรียกแทนพระมหากษัตริย์ในฐานะเป็นสถาบันไม่ใช่ตัวบุคคล หากกล่าวถึงทรัพย์สินของ Crown มักจะหมายถึงทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ แต่ถ้าจะกล่าวถึง Crown ในความหมายอย่างกว้างแล้ว จะหมายถึงรัฐบาลของประเทศคอมมอนเวลท์ซึ่งถือว่าปกครองในนามของกษัตริย์นั่นเอง

นี้หากผู้ซื้อเปลี่ยนใจไม่ซื้อ เมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญา ผู้ซื้อต้องวางเงินมัดจำอีกร้อยละ 10 ซึ่งโดยทั่วไปแล้วไม่สามารถขอคืนได้หากผู้ซื้อเปลี่ยนใจไม่ต้องการปฏิบัติตามสัญญา ยกเว้นในบางมลรัฐที่อนุญาตให้ผู้ซื้อสามารถเปลี่ยนใจและได้รับค่ามัดจำคืนได้ แม้จะเป็นภายหลังการลงนามสัญญาแล้วก็ตาม แต่ต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเรียกว่า “cooling off period” ภายหลังการเซ็นสัญญาคู่กรณีแต่ละฝ่ายจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กำหนดในสัญญา เช่น ผู้ขายจะต้องทำการกำจัดแมลง หรือซ่อมแซมบ้านให้พร้อมสำหรับการโอน เป็นต้น เมื่อคู่สัญญาปฏิบัติตามเงื่อนไขทุกข้อแล้ว โดยหลัก ถือว่ากระบวนการซื้อขายเสร็จสมบูรณ์

## 1.2 กรรมสิทธิ์ในที่ดินในประเทศออสเตรเลีย<sup>2</sup>

กรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นสิ่งสำคัญต่อการเป็นเจ้าของทรัพย์สินและความเป็นอิสระทางเศรษฐกิจในระบบของตะวันตก การโต้แย้งแนวความคิดเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินนำไปสู่ประเด็นด้านมุมมองที่สำคัญซึ่งเกี่ยวข้องโดยเฉพาะกับความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิบัติต่อที่ดินของคนพื้นเมืองและไม่ใช้คนพื้นเมือง (indigenous and non-indigenous) การใช้และการเป็นเจ้าของทรัพย์สิน และการรักษาวัฒนธรรม สิทธิในการถือครองที่ดินของระบบคอมมอนเวลธ์ในปัจจุบันและระบบกฎหมายกำลังมีปัญหาเมื่อมีความพยายามที่จะประสานการตีความเรื่องกรรมสิทธิ์ในที่ดินและการใช้ที่ดินที่มีความแตกต่างวัฒนธรรมเข้าด้วยกัน

กรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นการบันทึกข้อมูลซึ่งระบุรายละเอียดของที่ดิน กรรมสิทธิ์ในที่ดิน สิทธิประโยชน์ในที่ดิน และภาระติดพันในที่ดิน นายทะเบียนจะเป็นผู้เตรียมและออกเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ (certificate of title) ให้กับเจ้าของที่ดินโดยระบุรายละเอียดเกี่ยวกับชื่อของเจ้าของที่ดินที่จดทะเบียน รายละเอียดเกี่ยวกับที่ดิน หมายเลขการรังวัด (survey plan number) และข้อมูลปัจจุบันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าว เอกสารที่นายทะเบียนออกให้กับเจ้าของที่ดินเป็นเพียงสำเนาโฉนดตัวจริง (title original) เท่านั้น และเอกสารดังกล่าวมีผลเป็นเพียงหลักฐานการแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบุคคล ณ เวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น โฉนดตัวจริงจะถูกเก็บรักษาโดยสำนักงานที่ดินทั้งในรูปของกระดาษและในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ (computerized title) ซึ่งประชาชนที่สนใจสามารถยื่นคำขอคัดสำเนา (title search) ได้ เอกสารแสดงกรรมสิทธิ์เป็นพยานหลักฐานในการบันทึก ณ เวลาที่ออกเอกสารดังกล่าว การทำเช่นนี้สามารถป้องกันการทำโฉนดปลอม หรือการปลอมกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (title fraud) ได้ส่วนหนึ่งเนื่องจากเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ดังกล่าวเป็นเอกสารสำคัญที่ควรเก็บรักษาไว้อย่างดี แม้ว่าจะเป็นเพียงสำเนาของโฉนดตัวจริงก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันการนำเอกสารดังกล่าวไปใช้โดยมิชอบ ผู้ที่ได้รับเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์จึงควรเก็บรักษาเอกสารนั้นไว้เป็นอย่างดี หากไม่สามารถรักษาได้ บุคคลดังกล่าวสามารถส่งเอกสารแสดง

ก ร ร ม สิ ท ธิ

<sup>2</sup> ข้อมูลจาก [http://learnline.cdu.edu.au/units/contestedknowledges/Issues\\_Land.html](http://learnline.cdu.edu.au/units/contestedknowledges/Issues_Land.html)

ที่สำนักงานที่ดินออกไปยังสำนักงานที่ดินเพื่อทำการยกเลิกเอกสารได้ ซึ่งการยกเลิกนี้ไม่มีผลต่อสิทธิใด ๆ ในที่ดินที่อยู่ในโฉนดตัวจริงและที่อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์

สำหรับการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน สามารถทำได้โดยการยื่นคำร้องขอโอนกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายเกี่ยวกับการโอนที่ดินขึ้นอยู่กับว่าที่ดินดังกล่าวตั้งอยู่ในมลรัฐใด เช่น ตามมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน ค.ศ. 1958 ของมลรัฐ Victoria เป็นต้น

ในกรณีที่ทำการซื้อขายที่ดิน หากผู้ซื้อต้องการทราบว่าที่ดินที่ตนต้องการซื้อนั้นเป็นของผู้ใด หรือผู้ขายมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวจริงตามที่อ้างหรือไม่นั้น สามารถยื่นคำขอเพื่อตรวจสอบกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าว ณ สำนักงานที่ดินได้

### 1.3 ระบบการจดทะเบียนที่ดิน<sup>3</sup>

การโอนที่ดินในสมัยก่อนจะกระทำโดยการส่งมอบเอกสารซึ่งแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินให้แก่กันเท่านั้น จากนั้นมีวิวัฒนาการในรูปแบบของการจัดทำสัญญา และต่อมามีการบังคับโดยกฎหมายให้การโอนที่ดินต้องมาจดทะเบียน จึงมีการจัดทำระบบทะเบียนที่ดินขึ้น ซึ่งระบบทะเบียนที่ดินนี้จะมีผลต่อความยากง่ายในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดิน อันจะมีผลต่อวิธีการทำสัญญา ระยะเวลาที่ใช้ในการทำสัญญา การกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้มีส่วนได้เสียในที่ดิน และความมั่นคงของสิทธิในที่ดินภายหลังจากที่ได้ทำสัญญาโอนที่ดิน

ในขั้นนี้ จะขออธิบายระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินเพื่อความเข้าใจในภาพรวมก่อนที่จะได้กล่าวถึงระบบการจดทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลีย โดยการแบ่งระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่จะกล่าวต่อไปนี้เป็น การแบ่งแย ก ใน ทาง ทฤษฎี เท่านั้น ส่วนในทางปฏิบัติทะเบียนที่ดินของบางประเทศอาจมีหลักการของระบบใดระบบหนึ่งโดยชัดเจน แต่บางประเทศอาจมีหลักการที่ไม่อาจจัดเข้าอยู่ในระบบใดระบบหนึ่งได้อย่างเด็ดขาด แต่จะมีหลักการที่ผสมปนเปกันระหว่างสองระบบ หรือแม้แต่ในบางกรณีระบบทะเบียนที่ดินของประเทศใดประเทศหนึ่งอาจมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับระบบใดระบบหนึ่งของประเทศอื่นก็ได้

การจัดทำระบบการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมนั้น มีขึ้นเพื่อวัตถุประสงค์ในการแก้ปัญหาพื้นฐานเกี่ยวกับก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน ซึ่งได้แก่ปัญหาที่ว่า

- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีใครเป็นเจ้าของที่ดินที่แท้จริง
- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีแนวเขตและเนื้อที่ถูกต้องเพียงใด

<sup>3</sup> มัลลิกา คมนอนันต์, เอสโครว์: รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร: วิทยานิพนธ์ปริญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 16-26.

- ทำอย่างไรจึงจะรู้ว่าที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ มีสิทธิหรือภาระผูกพันใดติดอยู่กับที่ดินบ้าง

- ทำอย่างไรเมื่อทำสัญญาโอนที่ดินแล้วจะทำให้เกิดความมั่นคง พ้นจากการกล่าวอ้างจากบุคคลอื่นว่า การโอนที่ดินนั้นไม่ถูกต้องหรือคนอื่นมีสิทธิดีกว่าผู้รับโอน

ในปัจจุบันได้มีการแบ่งระบบทะเบียนที่ดินออกเป็น 2 ระบบใหญ่ คือ ระบบที่เรียกว่า registration of deeds ซึ่งเป็นระบบที่ถือว่าสัญญาที่จดทะเบียนแล้วเท่านั้นที่จะอ้างเป็นพยานเพื่อพิสูจน์สิทธิในที่ดินในศาลได้ และต่อมาได้มีการพัฒนาระบบทะเบียนขึ้นมาอีกระบบหนึ่งเรียกว่า ระบบ registration of title หรือระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) ซึ่งถือว่าทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด ผู้ซื้อที่ได้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน (bona fide purchaser for value) จะต้องได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้ โดยไม่คำนึงว่าเจ้าของเดิมจะได้สิทธิมาโดยถูกต้องหรือไม่ ซึ่งถือว่าเป็นการยกเลิกหลักผู้รับโอนไม่มียุติ (nemo dat quod non habet) แต่ถ้าหากเจ้าของจะต้องเสียสิทธิใดๆ ไปก็จะได้รับการชดเชยค่าเสียหายจากกองทุนประกันความเสียหาย หรือจากรัฐโดยตรง

### 1.3.1 ระบบ registration of deeds

#### ก. ความหมายของคำว่า deed

deed หมายถึง สัญญา สารตรา หรือตราสารที่โอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สิน ในการทำ deed นั้นคู่กรณีจะเป็นผู้จัดทำขึ้นเอง ซึ่งแต่เดิมนั้นจะต้องมีการประทับตราด้วย แต่ต่อมาในภายหลังไม่ถือเคร่งครัดอีกต่อไป ตามรูปศัพท์ registration of deeds คือ ระบบการจดทะเบียนเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน

#### ข. หลักการสำคัญของระบบ registration of deeds แบบดั้งเดิม

(1) ในการทำสัญญาโอนหรือก่อตั้งสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน กฎหมายกำหนดให้ทำเป็นหนังสือและนำมาจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่

(2) การจดทะเบียนจะกระทำโดยบันทึกชื่อคู่สัญญาและสาระสำคัญของสัญญาลงในทะเบียน พร้อมกับคัดลอกข้อความหรือถ่ายเอกสารสัญญาเก็บไว้ที่สำนักทะเบียน การจัดทำทะเบียนยึดถือชื่อคู่กรณีเป็นหลัก แต่จะไม่มีผลอ้างถึงตัวที่ดินที่เกี่ยวข้องกับการจดทะเบียนไว้ในทะเบียนแต่อย่างใด

(3) พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนไม่มีหน้าที่ตรวจสอบความถูกต้องของการทำสัญญาหรือพิสูจน์ตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของแต่อย่างใด และไม่ต้องตรวจสอบว่าสัญญานั้นสอดคล้องกับสัญญาเดิม ๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นหรือไม่ เมื่อมีการยื่นขอจดทะเบียนโดยถูกต้องตามระเบียบแล้ว พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนก็ต้องจดทะเบียนให้

(4) ไม่มีการทำทะเบียนรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินแต่มีทะเบียนรวมเล่มจดทะเบียนเอกสารสัญญาที่ยื่นขอจดทะเบียน การทำทะเบียนรวมเล่มสำหรับจดทะเบียนเอกสารที่ใช้

ในการโอนสิทธิเกี่ยวกับที่ดินในระบบนี้ อาจเปรียบเทียบได้กับการทำบัญชีรับทำการในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมของไทย แต่จะเพิ่มช่องแสดงแฟ้มหรือเล่มและหน้าที่เก็บเอกสารสัญญาไว้ และมีการทำดัชนีผู้โอนและผู้รับโอน (grantor-grantee index) ขึ้นด้วย

(5) เมื่อจดทะเบียนแล้ว กฎหมายจะบัญญัติผลของการจดทะเบียนไว้แบบใดแบบหนึ่งในสามแบบ คือ แบบที่หนึ่งกำหนดให้เอกสารที่จดทะเบียนแล้วใช้เป็นพยานหลักฐาน

ในศาลได้ แบบที่สองกำหนดให้สัญญาที่ไม่จดทะเบียนถือว่าไม่มีผลบังคับ ส่วนแบบที่สามกำหนดให้สัญญาที่จดทะเบียนแล้วมีสิทธิดีกว่าสัญญาที่ไม่ได้จดทะเบียน หรือจดทะเบียนแต่จดทีหลัง แบบที่สามนี้แม้จะไม่ได้เป็นการบังคับโดยตรงให้ต้องจดทะเบียน แต่ก็เป็นการบังคับกลาย ๆ เพราะถ้าไม่นำสัญญามาจดทะเบียนก็จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้กับคนอื่นที่นำสัญญามาจดทะเบียนไม่ได้

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

#### ค. ระบบ registration of deeds แบบปรับปรุงใหม่ (improved registration of deeds)

ในระยะหลังได้มีการปรับปรุงระบบ registration of deeds ให้ดีขึ้นในเรื่องต่อไปนี้ คือ

(1) มีการทำทะเบียนโดยทำดัชนีอ้างอิงแปลงที่ดิน พร้อมกับชื่อคู่สัญญาด้วย  
(2) มีการรังวัดทำแผนที่ที่ดินที่มีมาตรฐาน ที่ดินแต่ละแปลงมีเลขที่ดินกำกับไว้  
ไม่ซ้ำกับแปลงอื่น

(3) ก่อนจดทะเบียนเอกสารสัญญาต่าง ๆ เจ้าหน้าที่ผู้จดทะเบียนจะตรวจว่าสัญญาที่ยื่นขอจดทะเบียนนั้นสอดคล้องกับสัญญาที่เคยทำไว้เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นหรือไม่

#### ง. ข้อบกพร่องของระบบ registration of deeds

ไม่ว่าจะเป็นระบบ registration of deeds แบบดั้งเดิมหรือแบบที่ปรับปรุงใหม่ ก็ยังคงมีข้อบกพร่องที่สำคัญอยู่ดังนี้ คือ

(1) ทะเบียนที่ทำไว้สำหรับใช้ในการจดทะเบียนเอกสารสัญญาต่าง ๆ ไม่ใช่หลักฐานพิสูจน์สิทธิในที่ดินโดยเด็ดขาด แต่มีไว้เพื่ออำนวยความสะดวกแก่ผู้ที่ต้องการซื้อที่ดินหรือต้องการจะทำธุรกรรมอื่น ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้นในการตรวจสอบว่า ผู้ที่อ้างว่าเป็นเจ้าของที่ดินนั้น แท้จริงแล้วเคยทำสัญญารับโอนที่ดินมาจากใคร และเคยทำสัญญาใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นต่อไปอีกหรือไม่ จากนั้นจึงจะตรวจสอบสัญญาที่เก็บไว้ที่สำนักทะเบียนโดยละเอียดต่อไป การจะได้สิทธิในที่ดินหรือไม่ขึ้นอยู่กับตัวสัญญาโดยตรง ไม่ได้ขึ้นอยู่กับการจดทะเบียนสัญญา ถ้า

ทำสัญญากันถูกต้องเมื่อนำสัญญามาจดทะเบียน ผู้รับโอนก็จะได้สิทธิในที่ดินตามสัญญา และมีสิทธิดีกว่าผู้อื่นที่ทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินแปลงนั้นซ้ำอีก แต่ถ้าผู้รับโอนทำสัญญากับผู้โอนโดยไม่ถูกต้อง แม้นำสัญญานั้นมาจดทะเบียน สัญญานั้นก็จะไม่มีผลบังคับใช้ขึ้นมาได้ ถ้าผู้รับโอนที่ดินคนหลังทำสัญญาเกี่ยวกับผู้โอน โดยถูกต้องและนำสัญญามาจดทะเบียน ผู้รับโอนคนหลังจะได้สิทธิไป การจดทะเบียนในระบบนี้ จึงไม่ใช้การจดทะเบียนตัวสิทธิหรือนิติกรรมโดยตรง แต่เป็นการนำเอกสารที่ใช้เป็นหลักฐานในการโอนหรือก่อตั้งสิทธิในที่ดินมาขึ้นทะเบียนไว้ เพื่อใช้ต่อสู้กับผู้รับโอนคนอื่น ๆ ที่ทำแต่เพียงสัญญาแต่ไม่ได้จดทะเบียน หรือจดทะเบียนแต่จดทีหลัง หรืออีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนแบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ที่เข้าทำสัญญาใด ๆ กับเจ้าของที่ดิน ได้มีโอกาสตรวจสอบว่า เจ้าของที่ดินเคยทำสัญญาใด ๆ เกี่ยวกับที่ดินที่ตนจะซื้อไว้บ้างหรือไม่ ถ้าผู้ซื้อตรวจสอบแล้วพบว่าเจ้าของเคยทำสัญญาซื้อขายจริง ก็จะไม่สิ้นสุดอยู่แค่นั้น จะต้องมีการตรวจสอบให้ลึกลงไปว่าสัญญานั้นทำถูกต้องตามกฎหมายด้วยหรือไม่ ถ้าช่วงที่เจ้าของรับโอนมาไม่ถูกต้อง แม้ผู้รับโอนจะรับโอนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน ผู้รับโอนจะไม่ได้สิทธิแต่อย่างใด ระบบทะเบียนแบบนี้จึงมีประโยชน์เพียงแค่ช่วยป้องกันไม่ให้มีการทำสัญญากันอย่างลับ ๆ และช่วยอำนวยความสะดวกในการตรวจสอบสัญญา และเป็นทางให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงอื่น ๆ ต่อไปเท่านั้น แต่ในทางทฤษฎีแล้วจะพึงทะเบียนเสียทีเดียวไม่ได้

(2) การตกทอดสิทธิเกี่ยวกับที่ดินบางกรณีไม่ต้องทำสัญญา แต่เป็นผลของกฎหมาย จึงไม่ต้องมีการจดทะเบียนเอกสารใด ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ผู้รับโอนจึงไม่อาจตรวจสอบทางทะเบียนได้ เช่น การตกทอดโดยทางมรดก ถ้าเป็นการตกทอดสิทธิโดยผลของกฎหมายผู้รับโอนจะต้องตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ เอง เช่น ในกรณีที่เจ้าของที่ดินอ้างว่าตนเป็นเจ้าของเพราะเป็นผู้รับพินัยกรรม ผู้รับโอนจะต้องขอตรวจดูพินัยกรรมว่าทำถูกต้องหรือไม่ ถ้ารับมรดกเพราะเป็นทายาทโดยธรรมก็ต้องตรวจสอบบัญชีเครือญาติเอง ถ้าเชื่อตามนั้นก็ทำสัญญารับโอนกันไป หากภายหลังปรากฏว่าผู้โอนไม่มีสิทธิจริง ผู้รับโอนจะไม่ได้สิทธิแต่อย่างใด ตามหลักผู้รับโอนไม่มีสิทธิดีกว่าผู้โอน

(3) การที่ผู้รับโอนจะมั่นใจได้ว่าตนจะได้สิทธิในที่ดินตามที่ทำสัญญากันไว้ ก็ต่อเมื่อได้ตรวจสอบทั้งข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในทุกแง่ทุกมุมแล้วเท่านั้น จึงต้องใช้เวลาในการตรวจสอบนานมาก และเมื่อตรวจสอบแล้วก็เชื่อว่าวางใจได้ร้อยละเก้าสิบ เพราะอาจมีข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายบางเรื่องที่หลงไป หรือเป็นเรื่องที่มีการปิดบังซ่อนเร้นเป็นอย่างอื่นจนไม่สามารถทราบได้ก่อนที่จะทำสัญญาโอนกัน และเนื่องจากความยุ่งยากในการตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินซึ่งคนธรรมดาสามัญไม่มีความรู้พอ จึงต้องมีการว่าจ้างให้ผู้อื่นเป็นผู้ตรวจสอบสิทธิเกี่ยวกับที่ดินให้ และจากความไม่แน่นอนว่าผู้ซื้อจะได้สิทธิในที่ดินจริงหรือไม่ บางประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกาจึงมีการตั้งบริษัทเอกชนที่เรียกว่า title company หรือบริษัทรับประกันสิทธิ ซึ่งก่อนจะรับประกันสิทธิในที่ดิน บริษัทเหล่านี้จะตรวจสอบเอกสารต่าง ๆ เกี่ยวกับที่ดินนั้น

ถ้าเห็นว่าถูกต้องก็จะรับประกันสิทธิในที่ดินให้ หากต่อมาผู้รับโอนต้องเสียสิทธิในที่ดินไปเพราะมีคนอ้างว่ามีสิทธิดีกว่า บริษัทรับประกันสิทธิในที่ดินก็จะเป็นผู้ชดเชยค่าเสียหายให้

(4) การโอนที่ดินในระบบนี้ ทั้งผู้โอนและผู้รับโอนจะต้องเสียค่าใช้จ่ายมาก เพื่อจ้างทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เนื่องจากว่าในการตรวจสอบข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย ผู้ตรวจสอบจะต้องมีความรู้ด้านกฎหมาย บุคคลทั่วไปมักจะไม่มีความรู้ในด้านนี้ จึงต้องว่าจ้างทนายความหรือผู้ได้รับอนุญาตให้เป็นผู้จัดทำสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์เป็นผู้ดำเนินการให้ ซึ่งผู้ประกอบอาชีพนี้มักจะเรียกค่าบริการสูงมาก

(5) การทำทะเบียนในระบบนี้ให้ความสำคัญกับชื่อคู่สัญญามากกว่าแปลงที่ดิน และการจัดเก็บเอกสารไม่ได้แยกเก็บเป็นรายแปลง จึงทำให้ไม่สะดวกในการตรวจสอบรายละเอียดเกี่ยวกับที่ดินเป็นรายแปลง

### 1.3.2 ระบบ registration of title (Torrens system)

ระบบนี้คิดค้นโดย Sir Torrens ตั้งแต่สมัยที่ประเทศออสเตรเลียยังเป็นเมืองขึ้นของประเทศอังกฤษ ภายใต้การจดทะเบียนในระบบ Torrens รัฐรับประกันกรรมสิทธิ์ในที่ดิน โดยรัฐจะเป็นผู้ชดเชยความเสียหายหากรัฐไม่สามารถรับประกันกรรมสิทธิ์ดังกล่าวได้

#### ก. ความหมายของคำว่า title

คำว่า title หมายถึง กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์หรือหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ตามรูปศัพท์ registration of title หมายถึง การจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน

#### ข. หลักการสำคัญของระบบ registration of title

นักกฎหมายและนักการทะเบียนที่มีชื่อเสียงหลายท่านในต่างประเทศได้สรุปหลักการสำคัญของระบบ registration of title ไว้ดังนี้

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

หลักการนี้จะแตกต่างกับระบบ registration of deeds แบบดั้งเดิมที่จะไม่มีทะเบียนที่ดินเป็นรายแปลง แต่จะทำทะเบียนการรับจดทะเบียนที่ใช้เป็นหลักฐานในการก่อตั้งสิทธิในที่ดินเท่านั้น ในทะเบียนจะไม่อ้างตัวที่ดิน แต่จะอ้างเพียงชื่อคู่สัญญาและรายการย่อของสัญญา และเมื่อจดทะเบียนแล้วจะไม่เก็บเอกสารรวมเป็นรายแปลง แต่จะเก็บเรียงตามลำดับการยื่นขอจดทะเบียนปะปนไปกับสัญญาเกี่ยวกับที่ดินแปลงอื่น ๆ (แต่ในระยะหลัง ระบบ registration of

deeds ของบางประเทศจะมีการเก็บเอกสารเป็นรายแปลง เช่น ในบางมลรัฐของประเทศสหรัฐอเมริกา)

(2) ในการทำทะเบียนที่ดินหรือจดทะเบียนใด ๆ เกี่ยวกับที่ดิน ถือว่าเป็นการทำทะเบียนหรือจดทะเบียนตัวสิทธิในที่ดินโดยตรง ไม่ใช่เป็นแค่การจดทะเบียนเอกสารสัญญา ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการระบุตัวที่ดินที่จะทำทะเบียน และจะต้องมีการกำหนดแนวเขตที่ดินให้ชัดเจน ซึ่งโดยปกติจะมีการรังวัดขีดเขตลงในแผนที่ เมื่อมีการก่อตั้งสิทธิหรือการเปลี่ยนแปลงสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน จะต้องจดบันทึกลงในทะเบียนที่ดินก่อนจึงจะมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับบุคคลทั่วไปได้ ระบบนี้ถือว่าการโอนมีผลเมื่อนายทะเบียนทำการจดทะเบียน การโอนจึงเกิดจากการกระทำของนายทะเบียน มิใช่เกิดขึ้นเมื่อคู่สัญญาตกลงทำสัญญากัน เพราะแม้คู่สัญญาจะทำสัญญากันแล้วแต่ถ้านายทะเบียนปฏิเสธไม่จดทะเบียนให้ สัญญาก็ยังไม่มีผลบังคับ หลักการนี้ถือว่าเป็นหลักการที่สำคัญมากเพราะจะทำให้ทะเบียนแสดงถึงสถานะทางกฎหมายของที่ดินแปลงหนึ่ง ๆ ได้ตรงกับสภาพความเป็นจริง

(3) เมื่อผู้ใดจดทะเบียนสิทธิของตนให้ปรากฏในทะเบียนที่ดินแล้ว จะได้สิทธิตามนั้นตราบเท่าที่ทะเบียนยังคงระบุไว้เช่นนั้น และจะอยู่ภายใต้สิทธิอื่น ๆ เฉพาะที่ระบุไว้ในทะเบียนที่ดิน หรือที่กฎหมายบัญญัติให้ผูกพันที่ดินนั้นแม้ไม่ได้ระบุไว้ในทะเบียนที่ดินก็ตาม ระบบนี้ถือทะเบียนที่ดินเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิเกี่ยวกับที่ดินโดยเด็ดขาด เมื่อผู้ซื้อ (ผู้รับจำนอง) ที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนได้จดทะเบียนสิทธิของตนลงในทะเบียนที่ดิน จะได้สิทธิตามที่จดทะเบียนไว้ แม้ผู้โอนหรือเจ้าของเดิมจะได้สิทธินั้นมาโดยไม่ถูกต้อง หรือมีข้อบกพร่องใด ๆ ในขั้นตอนของการรับโอนในช่วงก่อน ๆ ก็จะนำข้อบกพร่องนั้นมาอ้างเพื่อเพิกถอนสิทธิของผู้รับโอนที่สุจริตและเสียค่าตอบแทนไม่ได้ ระบบนี้จึงเท่ากับเป็นการยกเลิกหลัก “ผู้รับโอนไม่มีสิทธิดี” เพราะถือว่าการได้สิทธิในที่ดินขึ้นอยู่กับกรณีที่นายทะเบียนรับจดทะเบียนสิทธิลงในทะเบียนที่ดิน ไม่ใช่ขึ้นอยู่กับการทำสัญญา หรืออีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนที่ผู้รับโอนสุจริตและเสียค่าตอบแทนมีผลเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องที่มีอยู่แต่เดิม

หลักการดังกล่าวมานี้เรียกอีกอย่างหนึ่งว่า หลักการห้ามลบล้างสิทธิที่ได้จดทะเบียนไว้แล้ว (indefeasibility) ซึ่งแบ่งออกเป็นสองประการ คือ

(ก) แบบ immediate indefeasibility

การห้ามลบล้างสิทธิที่จดทะเบียนแล้วตามหลักการนี้ หมายความว่า เมื่อผู้ใดจดทะเบียนสิทธิของตนโดยสุจริตและเสียค่าตอบแทน เขาจะได้สิทธินั้นทันที โดยไม่คำนึงว่าในขณะนั้น ผู้รับโอนได้เข้าทำสัญญากับเจ้าของตัวจริงหรือตัวปลอม ขอเพียงแต่ว่าผู้จดทะเบียนจะต้องสุจริตและเสียค่าตอบแทนเป็นสำคัญ

(ข) แบบ deferred indefeasibility



อาจมีข้อบกพร่องบางประการ เช่น มีการปลอมลายมือชื่อ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การจดทะเบียนของนายทะเบียนเป็นการแก้ไขข้อบกพร่องให้มีผลบังคับได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าผู้รับโอนเป็นผู้รับโอนสุจริตและเสียค่าตอบแทน

ส่วนระบบ registration of deeds นั้น แม้มีการนำสัญญาจดทะเบียนกฎหมายก็ได้ให้ถือทะเบียนเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดิน แต่ให้ถือเอาสัญญาเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิ เมื่อเป็นเช่นนี้ความสมบูรณ์ในการโอนที่ดินในระบบ registration of deeds

จึงขึ้นอยู่กับสัญญาเก่า ๆ ที่ทำกันไว้ระหว่างเจ้าของเดิมด้วย ถ้าช่วงใดช่วงหนึ่งไม่ถูกต้องจะทำให้การรับโอนช่วงหลังไม่ถูกต้องไปด้วย แต่ระบบ registration of title นั้น การโอนช่วงก่อนแม้จะมีข้อบกพร่องหรือเป็นโมฆะ แต่จะไม่มีผลเป็นการลบล้างการจดทะเบียนโอนช่วงหลัง ถ้าการโอนช่วงหลังผู้รับโอนเป็นผู้สุจริตและเสียค่าตอบแทน กล่าวคือ จะพิจารณาการจดทะเบียนโอนแต่ละครั้งแยกต่างหากจากรายการเก่า

ค. ระบบ registration of deeds รัฐไม่ได้จัดทำทะเบียนที่ดินหรือรับรองสิทธิของเจ้าของที่ดินเป็นรายแปลง และรัฐไม่เคยรับรองความถูกต้องเกี่ยวกับสัญญาของคู่สัญญา เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาที่จะต้องตรวจสอบประวัติที่ดิน และการถือครองที่ดินของเจ้าของเดิมว่าได้มาอย่างไร ถูกต้องหรือไม่ ส่วนระบบ registration of title นั้น นายทะเบียนจะตรวจสอบว่าสัญญาที่ยื่นจดทะเบียนสอดคล้องกับรายการอื่นในทะเบียนที่ดินหรือไม่ หากเห็นว่าไม่ถูกต้องจะต้องปฏิเสธไม่จดทะเบียนให้

ประเทศออสเตรเลีย ใช้ระบบการจดทะเบียนที่ดินแบบ Torrens หรือ registration of title เป็นส่วนใหญ่ โดยในมลรัฐ Queensland หน่วยงานที่รับผิดชอบในการจดทะเบียนที่ดิน คือกรมทรัพยากรธรรมชาติ ส่วนมลรัฐ Western Australia มลรัฐ New South Wales และมลรัฐ Tasmania ใช้ระบบการจดทะเบียนทางอินเทอร์เน็ต ซึ่งทั้งผู้บริโภคและนายหน้าสามารถลงทะเบียนเพื่อตรวจสอบได้ โดยในระบบดังกล่าวจะแสดงที่ตั้ง ขนาดของที่ดิน ประวัติการขาย และเจ้าของที่ดิน เป็นต้น

#### 1.4 ประเภทของสิทธิถือครองที่ดิน (types of land tenure)

ปัจจุบันประเภทของระยะเวลาการครอบครองที่ดินในประเทศออสเตรเลียมีทั้ง  
แ บ บ  
ที่เป็นการครอบครองโดยเอกชน หรือเป็นการครอบครองเพื่อประโยชน์ของ Crown ในกรณีหลังรัฐบาลจะเป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยนำที่ดินดังกล่าวไปไว้ในทรัสต์เพื่อประชาชนของประเทศนั้น ๆ โดยที่ดินจะถูกนำมาให้ประชาชนเช่าช่วง ระยะเวลาการเช่าช่วงนั้นแตกต่างกันขึ้นอยู่กับสถานะของการครอบครองว่าเป็นการครอบครองในฐานะเอกชน หรือเป็นการนำออกมาให้เช่าแก่เอกชนหรือกลุ่มของเอกชนโดยรัฐบาลเพื่อวัตถุประสงค์ทางการค้าหรือชุมชน

ที่ดินเอกชน (private land) ถือเป็นที่ดินประเภท freehold land ผู้ที่ครอบครองที่ดินประเภทนี้มีสิทธิอย่างเต็มที่ในที่ดินนั้น โดยสามารถนำออกให้เช่าหรือสามารถซื้อขายกันเสมือนสินค้าทั่วไป ผู้ครอบครองที่ดินมีหน้าที่ต้องดูแลรักษาทรัพย์สินนั้นด้วยตนเอง แนวความคิดนี้เป็นแนวความคิดเกี่ยวกับที่ดินของทางตะวันตกซึ่งนำที่ดินมาเป็นสินค้า (commodity) ดังนั้น จึงสามารถซื้อขายที่ดินได้เสมือนสินค้าทั่วไป

ผู้ที่เป็นเจ้าของที่ดินประเภท freehold land สามารถนำที่ดินของตนออกให้ผู้อื่นเช่า โดยการเช่าที่ดินดังกล่าว เรียกว่า leasehold สำหรับการให้เช่าในลักษณะนี้ ผู้ให้เช่า (freeholder) ให้สิทธิในการอยู่อาศัยในที่ดินดังกล่าวแก่ผู้เช่า ผู้เช่าจะเป็นเจ้าของทรัพย์สินตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาเช่า เดิมระยะเวลาการเช่าจะนานถึง 999 ปี แต่ปัจจุบันระยะเวลาการเช่าทรัพย์สินจะสั้นลงกว่าเดิม ทรัพย์สินที่นำออกให้เช่าส่วนใหญ่จะเป็นแฟลต โดยทั่วไป สัญญาเช่าจะระบุหน้าที่ในการบำรุงรักษาและซ่อมแซมส่วนต่างๆ ของทรัพย์สินและเงื่อนไขต่างๆ ที่ผู้เช่าต้องปฏิบัติตาม

## 1.5 ประเภทของที่ดิน<sup>4</sup>

1.5.1 **Crown land** ได้แก่ที่ดินซึ่ง Crown ยังคงเป็นเจ้าของอยู่ และกันไว้เพื่อประโยชน์สาธารณะ Crown land สามารถทำให้เป็น freehold land ได้โดยการออก Crown Grant

1.5.2 **freehold land หรือ fee simple** โดยทั่วไปจะเรียกว่า “กรรมสิทธิ์” (ownership) เป็นที่ดินซึ่ง Crown มอบประโยชน์ในทรัพย์สินให้แก่เอกชน ประโยชน์ในทรัพย์สินแบบ freehold นั้นมีข้อจำกัดน้อยที่สุดในบรรดาประโยชน์ที่ดินประเภทอื่นและโดยทั่วไปเป็นที่รู้จักว่าเป็น “กรรมสิทธิ์ในที่ดิน” ที่ดินประเภทนี้แตกต่างจากที่ดินประเภท “leasehold” โดยที่ดินประเภทนี้จะไม่ถูกเรียกว่า Crown land อีกต่อไป หลังจากที่ได้มีการมอบประโยชน์ในฐานะ freehold แล้ว และ Crown ไม่สามารถกำหนดเงื่อนไขใดๆ เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ที่ดินเหมือนในกรณีที่กำหนดใน leasehold แต่ที่ดินดังกล่าวอาจอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดโดยกฎหมายอื่นได้ เช่น กฎหมายท้องถิ่น (local government laws)

ผู้ถือกรรมสิทธิ์ใน freehold land มีสิทธิโดยเด็ดขาดในที่ดินโดยไม่มีการจำกัดระยะเวลา เจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวสามารถขายและให้เช่าที่ดินให้แก่ผู้อื่นได้ โดยจะกำหนดเงื่อนไขใดๆ หรือไม่ก็ได้ เช่นเดียวกับกรณีที่ Crown นำที่ดินออกให้เช่า แต่อย่างไรก็ตาม Crown ยังคงมีสิทธิในการบังคับซื้อที่ดินดังกล่าวคืนไม่ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์จะเห็นด้วยหรือไม่ หากการบังคับซื้อคืนที่ดินดังกล่าวทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ เช่น การสร้างถนน ทางรถไฟ สะพาน โรงเรียน โรงพยาบาล หรือวัตถุประสงค์อื่นใดที่เป็นประโยชน์ต่อรัฐ ในทางปฏิบัติสำหรับการบังคับซื้อที่ดินประเภท freehold คืนจากเจ้าของที่ดินนั้น โดยปกติ Crown จะพยายามตกลง

<sup>4</sup> ข้อมูลจาก [www.dia.wa.gov.au/Land/Facts/Q11.aspx](http://www.dia.wa.gov.au/Land/Facts/Q11.aspx)

ขอซื้อกับเจ้าของที่ดินก่อน ในกรณีที่ตกลงกันไม่ได้จึงใช้มาตรการบังคับซื้อและจ่ายค่าชดเชยแก่เจ้าของที่ดิน

1.5.3 **leasehold หรือ Crown lease** เป็นที่ดิน Crown land ที่ได้มีการให้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวกับบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในรูปของการเช่า โดยผู้เช่าสามารถถือครอง ครอบครอง และใช้ที่ดินตามระยะเวลาการเช่าและตามวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้โดยเฉพาะ และชำระค่าเช่าแก่ Crown ผู้เช่าไม่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินประเภทนี้ และสิทธิประโยชน์ในที่ดินมีน้อยกว่าที่ดินประเภท freehold ที่ดิน leasehold สามารถทำการซื้อขายได้แต่ต้องได้รับการอนุมัติจากรัฐมนตรีที่รับผิดชอบเกี่ยวกับที่ดิน นอกจากนี้ ในบางครั้งที่ดินประเภทนี้สามารถใช้เป็นหลักประกันการกู้เงินจากธนาคารและสถาบันการเงินอื่น ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์การเช่าและระยะเวลาการเช่าและต้องได้รับอนุมัติจากรัฐมนตรี

ปัจจุบันเอกชนสามารถมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและสิ่งปลูกสร้างในออสเตรเลียได้ทั้งหมด แต่การพัฒนาที่ดินหรือก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างใดในที่ดิน เอกชนต้องทำการตรวจสอบว่าที่ดินดังกล่าวมีระบบสาธารณูปโภคพร้อมหรือไม่ รวมทั้งต้องตรวจสอบถึงวัตถุประสงค์ในการใช้ที่ดินดังกล่าวว่าสามารถทำได้หรือไม่ (zoning)

## 1.6 ระบบการซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลีย<sup>5</sup>

การซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลียมีลักษณะคล้ายคลึงกับการซื้อขายที่ดินของประเทศไทย โดยมีผู้ที่เกี่ยวข้องในการซื้อขายคือ ผู้ซื้อ ผู้ขาย และนายหน้าค้าที่ดิน (real estate agent) สามารถแบ่งการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ออกเป็น 2 ระยะ คือ

### 1.6.1 ระยะก่อนทำสัญญา

ในระยะแรก เมื่อผู้ซื้อประสงค์ที่จะซื้อที่ดินแปลงใด ผู้ซื้อจะทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ (title search) เพื่อให้ทราบว่าที่ดินแปลงดังกล่าวใครเป็นเจ้าของและมีภาระติดพันหรือไม่ โดยทั่วไปการตรวจสอบกรรมสิทธิ์สามารถทำได้ด้วยตนเองหรือทำโดยทนายความ (solicitor) หรือผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer)

โดยทั่วไป วัตถุประสงค์ของการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ คือ เพื่อตรวจสอบว่า

(1) ผู้ขายมีสิทธิที่จะขายที่ดินดังกล่าวหรือไม่

(2) มีสิทธิยึดหน่วง (lien) เช่น เพื่อการจำนอง เพื่อการเสียภาษี (back tax) หรือเพื่อค่าแรงงานหรือค่าจ้าง (mechanic's liens) ที่จำเป็นต้องชำระก่อนการปิดการขายหรือไม่ รวมทั้งภาระจำยอม (easements) หรือสิทธิตามกฎหมายใด ๆ ในทรัพย์สินหรือส่วนหนึ่งส่วนใดในทรัพย์สินที่ถูกบันทึกไว้หรือไม่ เช่น เจ้าของเดิมอาจให้สิทธิในการใช้ทางร่วมกับเพื่อนบ้าน เป็นต้น โดยการตรวจสอบดังกล่าวจะทำในรูปของรายงาน (title report)

<sup>5</sup> ข้อมูลจาก <http://www.justlanded.com>

โดยปกติ ผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์จะซื้อประกันที่เรียกว่า ประกันกรรมสิทธิ์ หรือ title insurance เพื่อป้องกันผู้ซื้อจากปัญหาเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ที่อาจเกิดขึ้นหลังจากการขาย การตรวจสอบกรรมสิทธิ์ โดยทั่วไปสามารถทำได้ 2 แบบ คือ

(1) การตรวจสอบแบบครอบคลุมทั้งหมด (full coverage search) โดยจะทำเป็นรายงานกรรมสิทธิ์ ซึ่งมีรายละเอียดครอบคลุม 1) การตรวจสอบสิทธิยึดหน่วง (liens search)

และภาระจำยอม (easements) 2) การตรวจสอบข้อสัญญาผูกพัน (covenant) เงื่อนไข (conditions) และข้อจำกัดในที่ดิน (restrictions) หรือ CCRs 3) การตรวจสอบระเบียบข้อบังคับที่อาจมีผลกระทบต่ออสังหาริมทรัพย์ 4) การตรวจสอบสิทธิยึดหน่วงที่มีต่อคู่สัญญา และ บุ ค ค ล อี น ห รื อ การตรวจสอบสิทธิยึดหน่วงต่อผู้ซื้อ และ 5) การตรวจสอบการดำเนินคดีล้มละลายกับเจ้าของทรัพย์สิน

(2) การตรวจสอบกรรมสิทธิ์แบบจำกัด (limited coverage search) โดยทั่วไปจะเป็นการทำรายงานกรรมสิทธิ์ในกรณีของการขอสินเชื่อใหม่ โดยการตรวจสอบจะครอบคลุม 1) การตรวจสอบสิทธิยึดหน่วง (liens search) 2) การตรวจสอบสิทธิยึดหน่วงต่อเจ้าของและคู่สัญญาอื่น และ 3) การตรวจสอบการดำเนินคดีล้มละลายกับเจ้าของทรัพย์สิน

ปัจจุบัน เพื่อให้กระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีความคล่องตัวและรวดเร็วยิ่งขึ้น รัฐบาลได้กำหนดหน้าที่ให้กับผู้ขายในการให้ข้อมูลโดยจัดทำเป็นแพ็คเกจ ที่เรียกว่า “Compulsory Home Information Package” โดยให้ข้อมูลเกี่ยวกับรายงานการสำรวจ (surveyor’s report) แก่ผู้ที่ต้องการซื้อเพื่อช่วยในการตัดสินใจของผู้ซื้อ ซึ่งในแพ็คเกจดังกล่าวประกอบด้วย 1) ข้อมูลเกี่ยวกับการตรวจสอบกับหน่วยงานท้องถิ่น (local authority search) ซึ่งเป็นการตรวจสอบกับหน่วยงานท้องถิ่นที่บ้านหรือที่ดินนั้นตั้งอยู่ว่ามีโครงการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างบนที่ดินดังกล่าวหรือในบริเวณใกล้เคียงหรือไม่ เป็นต้น 2) สำเนาโฉนด 3) สำเนาความยินยอมก่อสร้างและการอนุญาตแบบ 4) สำเนารับประกันสำหรับทรัพย์สินใหม่ 5) ร่างสัญญา

หลังจากที่มีการตรวจสอบกรรมสิทธิ์เรียบร้อยแล้ว เมื่อผู้ซื้อและผู้ขายมีข้อเสนอสนองตรงกันตามหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญาแล้ว นายหน้าจะจัดเตรียมสัญญาซื้อขายให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายเพื่อลงนาม โดยมีสัญญามาตรฐานที่จัดทำโดย Law Society และ Real Estate Institute ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2001 ซึ่งสัญญามาตรฐานดังกล่าวจะมีข้อความของรัฐที่แนะนำในเรื่องต่างๆ สำหรับคู่สัญญาก่อนเข้าทำสัญญา เช่นข้อแนะนำสำหรับการขอคำปรึกษากฎหมายหรือข้อมูลเกี่ยวกับ cooling-off period และการวางมัดจำ ผู้ขายและนายหน้าจะต้องลงนามในข้อ ค ว า ม ตั ง ก ี่ าว ต่อหน้าพยาน

ในระหว่างที่มีการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับข้อตกลงระหว่างคู่สัญญา ซึ่งโดยทั่วไปจะเป็นหน้าที่ของทนายความ (solicitor) ของแต่ละฝ่ายนั้น บุคคลที่อาจเข้ามามีบทบาทแทนทนายความซึ่งมีค่าวิชาชีพสูงได้ คือ ผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ หรือ conveyancer โดยผู้จัดการโอน



Victoria จะกำหนด cooling-off rights เป็นระยะเวลา 2 ถึง 5 วันทำการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งใน  
มลรัฐ New South Wales ระยะเวลาในการยกเลิกการซื้อที่ดินโดยไม้อถือว่าเป็นการผิดสัญญาของ  
ผู้ซื้อ หรือ cooling-off period มีจนถึงเวลา 5 โมงเย็นของวันทำการวันที่ห้า โดยระหว่าง  
ระยะเวลาดังกล่าวหากผู้ซื้อเปลี่ยนใจยกเลิกการซื้อ ผู้ซื้อจะถูกลงโทษเพียงร้อยละ 0.25 ของราคา  
ที่ตกลงซื้อ แต่อย่างไรก็ดี ระยะเวลา cooling-off period ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีของการซื้อ  
ขาย อสังหาริมทรัพย์ จาก การ  
ขายทอดตลาดได้ และในบางกรณีผู้ขายอาจปฏิเสธทำการซื้อขายที่ดิน จนกว่าผู้ซื้อจะสละสิทธิ์การ  
ใช้ cooling-off period เงื่อนไขใดๆ ที่กำหนดขึ้นเกี่ยวกับการขาย คู่สัญญาจะต้องตกลงกันให้  
เรียบร้อยก่อนลงนามในสัญญาหรือในระหว่างระยะเวลา cooling-off period คู่สัญญาสามารถ  
ทำสัญญาในลักษณะที่กำหนดเงื่อนไขหรือเหตุที่จะทำให้สัญญามีผลได้ นอกจากนี้ หากผู้ซื้อตกลง  
ซื้อสิ่งของหรือเฟอร์นิเจอร์ร่วมด้วย สิ่งเหล่านี้จะต้องนำมาระบุไว้ในใบแนบ (addendum) ด้วย  
และในกรณีที่ผู้ซื้อต้องการสินเชื่อในการซื้อที่ดิน ผู้ซื้อต้องกรอกข้อมูลเกี่ยวกับความสามารถใน  
การหาสินเชื่อของผู้ซื้อไว้ในสัญญาด้วย ซึ่งข้อตกลงดังกล่าวมีผลทำให้ความสมบูรณ์ของสัญญาซื้อ  
ขายขึ้นอยู่กับ การขอสินเชื่อ หากผู้ซื้อไม่สามารถหาสินเชื่อภายในเวลาที่กำหนดในสัญญาและไม่สามารถ  
ตกลงขยายเวลาได้ สัญญาดังกล่าวมีผลเป็นโมฆะ ในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงเกี่ยวกับการขอ  
สินเชื่อไว้ในสัญญา ผู้ซื้ออาจถูกฟ้องร้องหากไม่สามารถซื้อที่ดินดังกล่าวตามสัญญาได้

เมื่อคู่สัญญาดำเนินการตามที่ตกลงกันไว้ในสัญญาแล้ว เมื่อถึงวันที่สัญญามีผลใช้  
บังคับ (completion date) คู่สัญญาโดยนายความจะไปโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ณ สำนักงาน  
ที่ดินซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่ การจดทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลียเป็นระบบการจดทะเบียน  
ก ร ร ม สิ ท ธิ  
หรือเรียกว่าระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) โดยสำนักงานที่ดินจะดำเนินการเปลี่ยนชื่อ  
เจ้าของกรรมสิทธิ์ในโฉนดตัวจริง (original title) ซึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานที่ดินทั้งในรูปของเอกสาร  
อิเล็กทรอนิกส์ และในรูปของกระดาษ และจะออกสำเนาโฉนด หรือ Certificate of Title ให้กับผู้  
ซื้อ

## บทที่ 2

### กฎหมายเกี่ยวกับการรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศออสเตรเลีย

#### 2.1 ความนำ

เนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย นอกจากผู้ซื้อสามารถดำเนินการได้ด้วยตนเองแล้ว โดยปกติยังสามารถทำการผ่านทางตัวแทนนายหน้า (real estate agent) หรือการประมูล (auction) ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รัฐบาลของแต่ละมลรัฐและดินแดนของประเทศออสเตรเลียจึงได้ดำเนินการออกกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภค เพื่อให้มั่นใจว่าผู้บริโภคไม่ถูกเอาเปรียบในการติดต่อกับนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ โดยการประกอบอาชีพนายหน้าค้าที่ดินหรือตัวแทนค้าที่ดินในมลรัฐต่างๆ ของประเทศออสเตรเลียต้องผ่านเงื่อนไขการได้รับใบอนุญาต และกิจกรรมของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวมีข้อจำกัดตามที่กำหนดในกฎหมายของแต่ละมลรัฐ ซึ่งกฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าของมลรัฐต่างๆ มีดังนี้

##### (1) มลรัฐ Queensland

พระราชบัญญัติว่าด้วยนายหน้าอสังหาริมทรัพย์และตัวแทนค้ารถยนต์ (the Property Agents and Motor Dealers Act 2000) กำหนดคุณสมบัติของผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ทั้งหมดในทุกระดับ ไม่ว่าจะเป็น นายหน้าค้าที่ดิน ตัวแทนค้าที่ดิน ผู้ประมูลขายที่ดิน ผู้จัดการค้าที่ดิน เป็นต้น โดยมีสำนักงานการค้าอย่างเป็นธรรม (The Office of Fair Trade) เป็นหน่วยงานกำกับดูแล โดยทั่วไป ผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพนายหน้าค้าที่ดินจะต้องขึ้นทะเบียนก่อนการประกอบอาชีพ ใบอนุญาตนายหน้าค้าที่ดินจะต้องต่ออายุทุกๆ 1 ปี หรือ 3 ปีแล้วแต่กรณี เมื่อได้รับใบอนุญาตในการประกอบอาชีพแล้ว พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่ได้บังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติม แม้ว่าหน่วยงานที่ทำหน้าที่ฝึกอบรมให้ก็ตาม

##### (2) มลรัฐ Western Australia

ตามกฎหมาย the Real Estate and Business Agents Act 1978 ผู้ต้องการประกอบอาชีพตัวแทนค้าที่ดิน (sales representatives) จะต้องผ่านการอบรมหลักสูตรสำหรับการขออนุญาตประกอบอาชีพตัวแทนค้าที่ดิน หลักสูตรดังกล่าวมีระยะเวลา 4 สัปดาห์ สำหรับผู้ที่ต้องการประกอบอาชีพนายหน้าค้าที่ดิน (real estate agent) ต้องเข้ารับการฝึกอบรมอย่างน้อย 500 ชั่วโมง และต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตัวแทนค้าที่ดิน ไม่น้อยกว่า 2 ปี เพื่อให้ได้รับใบอนุญาตประกอบอาชีพนายหน้าค้าที่ดินและตัวแทนการค้า (real estate and business agent license) นอกจากนี้ ตัวแทนค้าที่ดินและนายหน้าค้าที่ดินจะต้องทำงานให้กับบริษัทที่ได้รับ

อนุญาต ซึ่งบริษัทดังกล่าวต้องได้รับใบอนุญาตเพื่อประกอบการประเภทสามปี เพื่อดำเนินการในฐานะนายหน้าค้าที่ดิน เมื่อได้รับใบอนุญาตค้าที่ดินแล้ว นายหน้าค้าที่ดินที่ได้รับใบอนุญาตและตัวแทนค้าที่ดินที่ได้ลงทะเบียนไว้สามารถประกอบอาชีพได้ทุกที่ในมลรัฐ โดยก่อนการประกอบอาชีพในท้องที่ใด นายหน้าค้าที่ดินและตัวแทนค้าที่ดินจะต้องได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานท้องถิ่นด้วย

### (3) มลรัฐ New South Wales

บุคคลที่ต้องการประกอบอาชีพเป็นตัวแทนค้าที่ดินหรือผู้จัดการทรัพย์สิน ต้องได้รับใบอนุญาตจาก Department of Fair Trading ซึ่งเป็นหน่วยงานรับผิดชอบในการบังคับใช้กฎหมาย Property, Stock and Business Agents Act 2002 การขอรับใบอนุญาตผู้ขอต้องผ่านหลักสูตรบังคับไม่ต่ำกว่า 40 ชั่วโมง และต้องผ่านการตรวจประวัติอาชญากรรมสำหรับผู้ที่ต้องการขอใบอนุญาตเป็นนายหน้าค้าที่ดิน ผู้ขอต้องมีประสบการณ์ทำงานไม่น้อยกว่า 2 ปี และได้รับประกาศนียบัตรตามหลักสูตรเกี่ยวกับการอนุญาตประกอบธุรกิจตามที่กำหนดไว้ โดยใบอนุญาตที่ออกให้กับนายหน้าจะต้องต่ออายุทุก ๆ 3 ปี

### (4) มลรัฐ Tasmania

ตามกฎหมาย the Auctioneers & Real Estate Agents Act 1991 ที่ปรึกษาการค้าอสังหาริมทรัพย์หรือผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์จะต้องได้รับใบอนุญาตและต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนด โดยที่ปรึกษาจะต้องเข้าอบรมไม่ต่ำกว่า 8 ชั่วโมงต่อปี ส่วนนายหน้าหรือผู้จัดการอสังหาริมทรัพย์จะต้องได้รับใบอนุญาตและผ่านหลักสูตรประกาศนียบัตรเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ตามที่กฎหมายกำหนด นอกจากนี้ นายหน้าค้าที่ดินจะต้องเข้ารับการฝึกอบรมไม่น้อยกว่า 10 ชั่วโมงต่อปี นายหน้าค้าที่ดินคนใดต้องการแสดงอสังหาริมทรัพย์ใน Tasmania ต้องได้รับใบอนุญาตตามกฎหมายดังกล่าว โดยจะต้องได้รับการต่ออายุทุกปี ใบอนุญาตสำหรับการค้าที่ดินสามารถใช้ได้เฉพาะใน Tasmania เท่านั้น

## 2.2 กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales)

ในงานวิจัยนี้ ผู้วิจัยขออธิบายกฎหมายของมลรัฐ New South Wales เป็นตัวอย่าง ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง 2 ฉบับ ได้แก่

### 2.2.1 Property, Stock and Business Agents Act 2002 และ

### 2.2.2 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

อันมีที่มาและรายละเอียดดังนี้

โดยที่การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย ทำได้ 2 รูปแบบ คือ การซื้อขายผ่านนายหน้า และการซื้อขายผ่านการประมูล (auction) โดย auctioneer กล่าวเฉพาะการซื้อขายผ่านนายหน้า นายหน้าที่ว่านี้ หมายถึง บุคคลที่กระทำการแทนผู้อื่น เช่น ลูกค้า

หรือตัวการ โดยหวังค่าตอบแทนซึ่งโดยปกติได้แก่ค่าธรรมเนียมหรือค่านายหน้า นายหน้ามีหน้าที่  
แ ล ะ

ความรับผิดชอบประกอบด้วย

- เจรจาหรือจัดการธุรกรรมเกี่ยวกับทรัพย์สินต่างๆ รวมทั้ง การซื้อ ขาย แลกเปลี่ยน และให้เช่าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งอาจเป็นอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์หรือที่อยู่อาศัยก็ได้
- ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายจากบริษัทภายใต้ Strata Schemes Management Act 1996 หรือจาก community association, precinct association หรือ neighborhood association ภายใต้ the Community Land Management Act 1989
- เก็บหลักประกัน (bonds) เงินมัดจำ ค่าเช่า หรือค่าธรรมเนียม สำหรับการเช่าอสังหาริมทรัพย์
- จัดการทรัพย์สินที่ให้เช่า หรือ holiday accommodation

โดยหลักแล้ว การทำการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของแต่ละคนนั้นมีน้อยมาก อาจจะมีเพียงไม่กี่ครั้งในชีวิต ดังนั้น นายหน้าอสังหาริมทรัพย์จึงควรนำเอาความรู้ความเชี่ยวชาญ ในด้านอสังหาริมทรัพย์ที่ตนมีอยู่มาช่วยผู้ซื้อผู้ขาย เพื่อให้แต่ละฝ่ายได้ประโยชน์สูงสุด แต่อย่างไร  
ก ็

มีนายหน้าบางคนถือโอกาสจากการขาดความรู้ความเชี่ยวชาญของผู้ซื้อและผู้ขายเอาเปรียบ ผู้บริโภค ในช่วงทศวรรษที่ 1940 รัฐบาลออสเตรเลียมีความกังวลเกี่ยวกับการคุ้มครองบุคคลที่ ติดต่อกับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ท้องถิ่นในการทำธุรกรรมซื้อขายบ้าน เนื่องจากบุคคลเหล่านี้ไม่ มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และอาจตกเป็นเหยื่อของนายหน้าที่ไม่  
ช ี

ได้ง่าย ดังนั้น รัฐบาลจึงเกิดแนวความคิดที่จะคุ้มครองผู้บริโภคเหล่านี้ โดยการออกกฎหมายมา กำกับอาชีพนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ โดยกำหนดให้ต้องมีการขอรับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียน กับหน่วยงานของรัฐ มีการกำหนดคุณสมบัติในด้านต่างๆ ของบุคคลที่ต้องการขึ้นทะเบียนเป็น นายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ เพื่อให้มั่นใจว่า บุคคลที่จะมาประกอบอาชีพเหล่านี้มีคุณสมบัติตามที่  
ดี

ทั้งด้านการศึกษา ทักษะ และความประพฤติ ทั้งนี้ เพื่อลดโอกาสในการเอาเปรียบลูกค้าลง นอกจากนี้ รัฐบาลออสเตรเลียยังได้ออกกฎระเบียบจำนวนมาก เพื่อกำกับการดำเนินงานของ นายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นไปเพื่อคุ้มครองเจ้าของบ้านและผู้ที่ต้องการซื้อบ้านจากนาย หน้าที่ไม่มีความซื่อสัตย์ โดยกฎระเบียบเหล่านี้ครอบคลุมทุกแง่มุม ตั้งแต่การลงลายมือชื่อในเช็ค การเก็บค่าเช่าเพื่อตั้ง trust account และสุดท้ายรัฐบาลได้ดำเนินการตั้งกองทุนตามกฎหมาย (statutory funds) ขึ้นเพื่อชดเชยเงินให้กับบุคคลที่เสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของ นายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์

มลรัฐ New South Wales เป็นมลรัฐหนึ่งที่ได้ออกกฎหมายเพื่อกำกับดูแล ผู้ประกอบอาชีพนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ เป็นเวลาเกินกว่า 60 ปีที่การให้บริการด้าน ทรัพย์สินในมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ซึ่งรวมถึงการประกอบอาชีพนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์อยู่ภายใต้

การกำกับดูแลโดย The Property, Stock and Business Agents Act 1941 กฎหมายดังกล่าวตราขึ้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่ 2 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่มีการย้ายถิ่นฐานและยังไม่มีความแน่นอนใดๆ นับจากนั้น มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายฉบับดังกล่าวหลายครั้ง การแก้ไขแต่ละครั้งสะท้อนถึงการเปลี่ยนแปลงในทางปฏิบัติของตลาดอสังหาริมทรัพย์ และความต้องการที่จะคุ้มครองของผู้บริโภค แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 พระราชบัญญัติปี 1941 มีความซับซ้อน ล้าสมัย และไม่สามารถตอบสนองความเปลี่ยนแปลงมากมายที่เกิดขึ้นในช่วง 20 ปีที่ผ่านมาซึ่งมีการเปลี่ยนแปลงเกิดขึ้นหลายด้าน เช่น ด้านการขายอสังหาริมทรัพย์ การจัดการอสังหาริมทรัพย์ การเติบโตของอสังหาริมทรัพย์เชิงพาณิชย์ ความก้าวหน้าของเทคโนโลยีที่ส่งผลกระทบต่อสื่อสารการถ่ายโอนและจัดการเงินทุน และการเกิดขึ้นของตลาดในระดับประเทศที่เข้มแข็ง ดังนั้นจึงมีการตราพระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 ขึ้นใหม่ เพื่อปรับปรุงและยกเลิกพระราชบัญญัติเดิมที่ล้าสมัย และกำหนดกรอบภาคบริการด้านอสังหาริมทรัพย์ทั้งในปัจจุบันและอนาคตของมลรัฐ New South Wales ขึ้นใหม่

### 2.2.1 Property, Stock and Business Agents Act 2002

พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 กำหนดกรอบทางกฎหมายขึ้นใหม่ เพื่อให้เหมาะสมกับตลาดอสังหาริมทรัพย์ในปัจจุบัน พระราชบัญญัติฉบับนี้แก้ไขการขอรับใบอนุญาต การขึ้นทะเบียน และการดำเนินคดีทางด้านวินัยให้ง่ายขึ้น ที่ไม่จำเป็น เพิ่มเติมการคุ้มครองผู้บริโภคมากขึ้น และมุ่งที่จะยกระดับความสามารถและมาตรฐานวิชาชีพของนายหน้า

สำหรับการคุ้มครองผู้บริโภค พระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนด

- เพิ่มเติมมาตรการที่จะพัฒนาความประพฤติของนายหน้าและมาตรฐานทางจริยธรรม รวมทั้งการกำหนดให้มาตรฐานความสามารถ (competency standards) เป็นส่วนหนึ่งของเงื่อนไขก่อนการขึ้นทะเบียน เพิ่มเติมเงื่อนไขเกี่ยวกับการศึกษาต่อเนื่องเพื่อการพัฒนาด้านอาชีพ และการประกันความเสียหายในด้านอาชีพและกฎเกณฑ์ความประพฤติ
- การห้ามโฆษณาหรือแสดงข้อความที่ทำให้เกิดความเข้าใจผิดเกี่ยวกับราคาประเมินของทรัพย์สินที่อยู่อาศัย
- การป้องกัน “dummy bidding” โดยการกำหนดให้ผู้เสนอราคาในการประมูลทรัพย์สินเกี่ยวกับการอยู่อาศัยและที่ดินชนบทต้องลงทะเบียนใน bidders record และจำกัดการประมูลเพียงหนึ่งการประมูล (vender bids to one single bid)
- การเสริมสร้างความตระหนักในสิทธิของผู้บริโภค โดยกำหนดให้นายหน้าต้องมอบหนังสือแนะนำและ brochures ที่ให้กับลูกค้าและผู้ที่จะเข้ามาเสนอราคาในการประมูลให้กับสำนักงานส่งเสริมการค้าอย่างเป็นธรรม (Office of Fair Trading) เพื่อการตรวจสอบ

- เพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับ cooling-off period สำหรับสัญญาหน้า  
บางประเภท และกำหนดให้นายหน้าต้องเปิดเผยผลประโยชน์ทางการเงินทั้งหมดที่ตนจะได้รับไว้  
ในสัญญาและต้องเปิดเผยโอกาสที่จะมีผลประโยชน์ขัดกันให้กับลูกค้าทราบด้วย

- ขยายการเข้าถึงกองทุนค่าชดเชย (Compensation Fund) ของผู้บริโภคร  
สำหรับผู้เสียหายที่แท้จริงของ “unlicensed trading”

Property, Stock and Business Agents Act 2002 และกฎระเบียบซึ่งออก  
ตามพระราชบัญญัติดังกล่าว ยังคงมีวัตถุประสงค์เหมือนกับ Property, Stock and Business  
Act 1941 ได้แก่ การลดความเสี่ยงในการเกิดความเสียหายต่อผู้บริโภครอันเป็นผลมาจากการ  
ติดต่อกับนายหน้า ซึ่งความคุ้มครองตามกฎหมายอาจไม่จำเป็นสำหรับทรัพย์สินเชิงพาณิชย์  
(commercial property) ซึ่งผู้ซื้อส่วนใหญ่เป็นสถาบันใหญ่ เช่น property-trusts,  
superannuation fund และ managed investment funds สถาบันเหล่านี้สามารถที่จะคุ้มครอง  
ตัวเองได้ ไม่เหมือนกับกรณีผู้ซื้อที่เป็นบุคคลธรรมดา เช่น หากต้องการซื้ออสังหาริมทรัพย์ใด  
สถาบันเหล่านี้จะทำ due diligence ก่อน โดยทั่วไปการทำ due diligence เกี่ยวข้องกับที่ปรึกษา  
และ ผู้เชี่ยวชาญจำนวนมาก จึงค่อนข้างปลอดภัยจากการถูกเอาเปรียบจากนายหน้า

Property, Stocks and Business Agents Act 2002 ได้กำหนดคุณสมบัติ  
การศึกษา ประสบการณ์ และพฤติกรรมของนายหน้าประเภทต่างๆ รวมทั้งการดำเนินกิจการและ  
การเสริมสร้างความน่าเชื่อถือให้กับกิจการของนายหน้า หน่วยงานที่ทำหน้าที่กำกับดูแลนายหน้า  
ค้าอสังหาริมทรัพย์ในมลรัฐ New South Wales ได้แก่ Department of Fair Trading และเป็น  
หน่วยงานที่ออกใบอนุญาตให้แก่นายหน้าค้าที่ดินด้วย จำนวนผู้มีอาชีพนายหน้าซึ่งได้รับ  
ใบอนุญาต หรือ ใ้ได้รับ  
การขึ้นทะเบียน (แล้วแต่กรณี) ในมลรัฐ New South Wales ภายใต้กฎหมายดังกล่าว ณ วันที่  
31 มีนาคม ค.ศ. 2003 มีทั้งสิ้น 20,757 ราย แบ่งเป็น

- นายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate agent) จำนวน 12,793 ราย
- นายหน้าประเภท stock and station agent จำนวน 3,423 ราย
- นายหน้าธุรกิจ (business agent) จำนวน 3,228 ราย
- นายหน้าประเภท strata managing agent และ community managing agent จำนวน 1,222 ราย
- นายหน้าประเภท on-site residential property manage agent จำนวน 91 ราย

นอกจากนี้ ยังมีผู้ถือประกาศนียบัตรซึ่งสามารถทำงานในฐานะ sales person  
หรือ trainee agent ได้ จำนวน 13,433 ราย

ภายใต้กฎหมาย Property, Stocks and Business Agents Act 2002 สามารถ  
สรุปมาตรการในการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ได้ดังนี้

**(1) ห้ามมิให้นายหน้ากระทำการแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน**

ตามมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้นายหน้าอสังหาริมทรัพย์เป็นนายหน้าให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน นอกจากนี้ ยังกำหนดห้ามมิให้นายหน้าเข้าทำสัญญานายหน้าที่เกี่ยวกับการซื้อหรือขายที่ดิน หากการให้บริการของนายหน้าภายใต้สัญญาดังกล่าวจะมีผลทำให้การทำหน้าที่ของนายหน้าเป็นการทำแทนทั้งผู้ซื้อและผู้ขายในเวลาเดียวกันซึ่งมีบทกำหนดโทษปรับหากฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตาม โดยกรณีนิติบุคคล (corporation) ต้องรับโทษปรับ 200 หน่วย (penalty units) ส่วนกรณีอื่นต้องรับโทษปรับ 100 หน่วย (penalty units)

**(2) ห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นลูกจ้างของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะนายหน้าในการขายทรัพย์สิน**

ตามมาตรา 49 แห่งพระราชบัญญัตินี้ กำหนดห้ามนายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์จากทรัพย์สินในฐานะนายหน้า เว้นแต่กรณีที่ได้รับคามยินยอมเป็นหนังสือในแบบฟอร์มที่กำหนดโดยอธิบดี และบุคคลดังกล่าวกระทำการอย่างเป็นธรรมและสมเหตุสมผลเกี่ยวกับการหาประโยชน์นั้น และต้องไม่รับค่านายหน้าหรือผลประโยชน์ใด ๆ จ าก อ ธุรกรรมที่ดินได้รับประโยชน์แล้ว เว้นแต่ได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากตัวการ กรณีที่ถือว่าได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน ยกตัวอย่างเช่น บุคคลหรือญาติสนิทได้รับประโยชน์ในทรัพย์สินหรือบริษัทที่มีจำนวนลูกจ้างไม่น้อยกว่า 100 คนซึ่งนายหน้าหรือญาติสนิทของนายหน้าเป็นลูกจ้างอยู่ด้วยได้รับประโยชน์จากทรัพย์สิน

**(3) การใช้บัญชีทรัสต์ (trust account หรือ escrow account)**

ตามบทบัญญัติในหมวด 7 แห่ง Property, Stock and Business Agents Act 2002 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่อง บัญชีทรัสต์ (trust account) เพื่อคุ้มครองบุคคลที่นายหน้าหรือตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ทำการเป็นตัวแทนจากการไม่ได้รับเงินตามสัญญา โดยสรุปหลักเกณฑ์ได้ดังนี้

มาตรา 86 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้ตัวแทนนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาตจะต้องทำการฝากเงินใดๆ (trust money) ที่ตนได้มาในฐานะกระทำการแทนบุคคลอันเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานตามที่ตนได้รับใบอนุญาต ไว้ในบัญชีทรัสต์ (trust account) เพื่อประโยชน์ของบุคคลนั้นเท่านั้น (exclusively for that person) และจะถอนเงินหรือจ่ายเงินให้แก่บุคคลนั้นได้ก็ต่อเมื่อได้รับคำสั่งจากบุคคลนั้น ในการเปิดบัญชียังกล่าว ต้องเปิดบัญชีไว้กับสถาบันการเงินที่ อธิบดี(Director-General) ของ Department of Fair-Trading รับรอง (approved) การเปิดบัญชีให้เปิดในนามบริษัทที่ตัวแทนนายหน้าทำงานอยู่ หากเป็นตัวแทนนายหน้าอิสระก็ให้เปิดในนามตัวแทนนายหน้านั้น แต่ต้องแสดงคำว่า บัญชีทรัสต์ ให้เห็นชัดเจนในชื่อบัญชี ในสมุดบัญชีหรือบันทึกต่างๆ ของตัวแทนนายหน้า ตลอดจนในเช็คที่สั่งจ่ายออกจาก

บัญชีนั้น และหากมีการปิดบัญชีทรัสต์จะต้องแจ้งให้อธิบดีทราบภายใน 14 วัน การฝ่าฝืนข้อกำหนดต่าง ๆ ดังกล่าวจะได้รับโทษปรับ 100 หน่วย (penalty units)

นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังกำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเกี่ยวกับบัญชีทรัสต์ในเรื่องหลัก ๆ ดังนี้

มาตรา 88 กำหนดห้ามไม่ให้นำเงินในบัญชีทรัสต์มาชำระหนี้ของตัวแทนนายหน้า

มาตรา 89 กำหนดให้ตัวแทนนายหน้าต้องแจ้งอธิบดีเป็นหนังสือ ในกรณีที่นำจะมีการถอนเงินในบัญชีทรัสต์เกินบัญชีเกิดขึ้น (trust account becoming overdrawn) โดยต้องแจ้งจำนวนเงินที่ถอนเกินบัญชีและเหตุผลที่ถอนเกินบัญชี หากฝ่าฝืนได้รับโทษปรับ 100 หน่วย

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

#### (4) การจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (compensation fund)

พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 กำหนดให้มีการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหายไว้ โดยนายหน้าที่ได้รับการจดทะเบียนจะต้องจ่ายเงินเข้ากองทุนตั้งแต่วันที่ได้รับการขึ้นทะเบียน (มาตรา 14 (1) (e))<sup>6</sup> กองทุนดังกล่าวจัดตั้งขึ้นโดยอธิบดีของ Department of Fair-Trading และประกอบด้วย

(1) เงินที่นายหน้าจ่ายค่าอากร (levy) ภายใต้พระราชบัญญัตินี้

(2) เงินที่อยู่ในบังคับหรือได้รับอนุญาตให้จ่ายเข้าบัญชีของกองทุนเพื่อชดเชยความเสียหาย (compensation fund) ไม่ว่าตามกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่นใด

(3) เงินที่จ่ายจาก the Statutory Interest Account

(4) รายได้ที่เกิดจากการลงทุนของกองทุนเอง

กองทุนนี้ก่อตั้งขึ้นเพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (pecuniary loss) อันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (failure to account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตนหรือผู้ที่เกี่ยวข้องของตนได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ทั้งนี้ ไม่ว่าความเสียหายดังกล่าว

---

<sup>6</sup> 14 Eligibility for license or certificate of registration

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

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

จะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ แต่การเรียกร้องค่าชดเชยความเสียหายจากกองทุนต้องกระทำภายใน 12 เดือนนับแต่วันที่รู้ถึงความบกพร่องดังกล่าว หรือภายในสองปีหลังจากที่มีความบกพร่องเกิดขึ้น แล้วแต่ว่าระยะเวลาใดจะสั้นสุดก่อน แต่อย่างไรก็ตาม อธิบดีอาจไม่อนุญาตให้มีการเรียกร้องค่าชดเชยได้ หากกรณีปรากฏต่ออธิบดีว่าความเสียหายดังกล่าวเป็นผลมาจากการที่ไม่ยอมบรรเทาความเสียหาย หรือก่อให้เกิดความล่าช้าอย่างไม่สมควรในการเรียกร้อง

ในกรณีที่อธิบดีปฏิเสธไม่จ่ายค่าชดเชยความเสียหายให้กับผู้ร้อง มาตรา 174 กำหนดให้ผู้ร้องสามารถดำเนินคดีกับกองทุนได้ โดยถือว่าเป็นการฟ้อง Crown แต่ต้องได้รับอนุญาตจากอธิบดีก่อน และต้องเป็นกรณีที่อธิบดีปฏิเสธการจ่ายด้วย สำหรับจำนวนเงินค่าชดเชยความเสียหายที่สามารถเรียกร้องได้นั้นจะต้องไม่เกินจำนวนที่เสียหายจริง หักด้วยจำนวนเงินทั้งหมดหรือมูลค่าของผลประโยชน์อื่นที่ผู้ฟ้องได้รับจากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่กองทุนชดเชยความเสียหาย และจำนวนเงินหรือมูลค่าของผลประโยชน์ที่อธิบดีคิดว่าผู้ฟ้องน่าจะได้จากแหล่งอื่นแต่ไม่ได้รับเนื่องจากความประมาทเลินเล่อของผู้ฟ้องหรือเนื่องจากความละเลยของผู้ฟ้องเอง สำหรับ  
อ อ ยู ค ว า ม ใน ก ร ณี นี้ คื อ  
หกเดือนหลังจากผู้ฟ้องได้รับแจ้งว่าคำร้องของตนไม่ได้รับการอนุมัติ หรือระยะเวลาที่ศาลอนุญาตให้นานกว่านั้นตามที่ศาลเห็นสมควร

#### (5) มาตรการลงโทษ (sanction)

นอกจากมาตรการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวมาข้างต้น พระราชบัญญัติ Property, Stock and Business Agents Act 2002 ยังมีบทกำหนดโทษทั้งที่เป็นโทษทางวินัย (disciplinary action) และโทษทางอาญา ในกรณีที่นายหน้าดำเนินการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด สรุปได้ดังนี้

โทษทางวินัย มีกำหนดอยู่ในภาค 12 ตั้งแต่มาตรา 194 ถึงมาตรา 203 ของพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยมาตรา 191 กำหนดมูลเหตุสำหรับการลงโทษทางวินัยไว้หลายกรณี เช่น กรณีที่บุคคลฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือหรือพระราชบัญญัติอื่นที่รัฐมนตรี  
เ ี่ น  
ผู้รักษาการ หรือฝ่าฝืนกฎระเบียบที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ไม่ว่าจะบุคคลนั้นจะถูกดำเนินคดีหรือถูกตัดสินว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ กรณีที่บุคคลไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ระบุในใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียน หรือกรณีที่บุคคลดำเนินธุรกิจหรือปฏิบัติหน้าที่ภายใต้ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนโดยไม่ชอบด้วย  
ก ก ห ม า ย ไ ม่ เ ห ม า ะ ส ม ห รื อ  
ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

ขั้นตอนก่อนการลงโทษทางวินัยสำหรับผู้ฝ่าฝืนนั้น สามารถเริ่มต้นได้ 2 ช่องทางได้แก่

ก. กรณีที่มีบุคคลใดยื่นคำร้องต่ออธิบดีกรมการค้าที่เป็นธรรม (Director-General of Department of Fair Trading) โดยคำร้องดังกล่าวต้องระบุข้อกล่าวหาว่ามีการกระทำอันเป็นมูลเหตุในการลงโทษทางวินัยแก่บุคคลผู้ถูกกล่าวหาอย่างไร หรือ

ข. กรณีที่อธิบดีมีเหตุอันควรเชื่อได้ว่ามีมูลเหตุในการลงโทษทางวินัยได้ กรณีเช่นนี้อธิบดีจะมีหนังสือแจ้งไปยังบุคคลดังกล่าวเพื่อให้มาชี้แจง หรือ show cause notice ตามมาตรา 195 โดยหนังสือดังกล่าวจะกำหนดให้บุคคลมาชี้แจงถึงเหตุที่ตนไม่ควรถูกลงโทษทางวินัย และกำหนดระยะเวลาให้มาชี้แจงไม่น้อยกว่า 14 วันหลังจากได้รับหนังสือ บุคคลที่ถูกกล่าวหาอาจส่งคำชี้แจงเป็นหนังสือหรือชี้แจงด้วยวาจาต่ออธิบดีเกี่ยวกับเรื่องที่ตนถูกกล่าวหาได้ อธิบดีอาจพักหรือเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ได้รับใบอนุญาตได้ชั่วคราวเป็นเวลาไม่เกิน 60 วันหากเห็นว่ามีมูลเหตุที่สมควรสั่งพักหรือเพิกถอนใบอนุญาต

ในกรณีที่อธิบดีเห็นว่ามีความผิดที่จะลงโทษทางวินัยได้ อธิบดีอาจกำหนดโทษทางวินัยตามมาตรา 192 โดยออกคำสั่งเป็นหนังสือพร้อมเหตุผลไปยังบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้ โทษทางวินัยตามมาตรา 192 ได้แก่

- 1) การเตือน
- 2) มีคำสั่งให้บุคคลแสดงต่ออธิบดีเกี่ยวกับลักษณะการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนของตน
- 3) มีคำสั่งให้บุคคลกระทำการเกี่ยวกับการดำเนินธุรกิจหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามใบอนุญาตของตนภายในเวลาที่กำหนด
- 4) กำหนดค่าปรับทางแพ่ง<sup>7</sup>
- 5) พักใช้ใบอนุญาตแต่ไม่เกินระยะเวลาใบอนุญาต
- 6) ยกเลิกใบอนุญาต
- 7) ประกาศว่าบุคคลดังกล่าวขาดคุณสมบัติตามพระราชบัญญัตินี้ไม่ว่าชั่วคราวหรือถาวร
- 8) ห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ายุ่งเกี่ยวกับการควบคุม จัดการ หรือการดำเนินธุรกิจที่ได้รับใบอนุญาต

อย่างไรก็ตาม บุคคลที่ถูกลงโทษทางวินัยสามารถยื่นคำร้องขอต่อคณะกรรมการพิจารณาคำสั่งทางปกครอง หรือ Administrative Decision Tribunal (ADT) เพื่อทบทวนคำสั่งของอธิบดีเกี่ยวกับการลงโทษทางวินัยได้ตามมาตรา 200

<sup>7</sup> ค่าปรับทางแพ่ง (civil penalty) เป็นแนวคิดใหม่เกี่ยวกับมาตรการการลงโทษโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคหรือนักลงทุนจากการกระทำความผิดอาญาบางประเภท เช่น ความผิดฐานปั่นหุ้น หรือความรับผิดของผู้จัดการบริษัทมหาชนต่อผู้ถือหุ้น เป็นต้น ซึ่งมาตรการการลงโทษประเภทนี้ใช้มาตรฐานการพิสูจน์ทางแพ่งในการพิสูจน์ความผิดแทนที่จะเป็นมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา โดยในบางกรณีเจ้าหน้าที่จะเป็นผู้กำหนดค่าปรับซึ่งทำให้มีลักษณะใกล้เคียงกับค่าปรับทางปกครองตามกฎหมายไทย

นอกจากการลงโทษทางวินัยแล้ว หากอธิบดีเห็นว่าการฝ่าฝืนหรือการกระทำของผู้ได้รับใบอนุญาตคนใดมีความเสี่ยงต่อประชาชนหรือบุคคลที่ติดต่อกับบุคคลดังกล่าว อธิบดีอาจใช้มาตรการทางปกครองโดยการออกหนังสือเตือนไปยังบุคคลที่เกี่ยวข้องตามมาตรา 201 ในหนังสือเตือนต้องระบุถึงความเสี่ยงในการติดต่อกับบุคคลดังกล่าว การออกหนังสือเตือนจะมีถึงบุคคลที่สอบถามอธิบดีเกี่ยวกับผู้ได้รับใบอนุญาตที่จะออกหนังสือเตือนนั้น โดยวิธีการประกาศผู้ว่า น สี่ อ ห รี่ อ ส่งหนังสือไปยังตัวแทนสื่อ แต่อย่างไรก็ตาม อธิบดีต้องเปิดโอกาสให้บุคคลที่เกี่ยวข้องตั้งตัวแทนเพื่อชี้แจงต่ออธิบดีภายใน 48 ชั่วโมงก่อนการออกหนังสือเตือนดังกล่าว

**โทษทางอาญา** นอกจากโทษที่กำหนดอยู่ในมาตราต่างๆ อันเป็นมาตรการคุ้มครองผู้บริโภคดังกล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีโทษอาญาที่กำหนดอยู่ในมาตรา 211 อีกด้วย ซึ่งกำหนดว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ที่ขึ้นทะเบียนได้รับเงินทั้งหมดหรือแต่บางส่วนแทนบุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมใดในฐานะผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียน โดยเงินที่ได้รับมานั้นเป็นเงินที่ผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนได้รับมาในฐานะผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นเงินที่เก็บไว้ในบัญชีทรัสต์เพื่อรอให้ธุรกรรมสมบูรณ์ และได้กระทำการดังต่อไปนี้

- 1) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนนำเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนไปใช้เพื่อประโยชน์ของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี
- 2) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนละเลยที่จะส่งเงินหรือชำระเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้กับบุคคลที่ตนได้รับเงินมาหรือบุคคลที่มีสิทธิได้รับเงินดังกล่าวโดยฉ้อฉล ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี หรือ
- 3) ผู้รับใบอนุญาตหรือผู้ขึ้นทะเบียนส่งเงินไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนโดยฉ้อฉลไปยังบัญชีอื่นโดยรู้ว่าเป็นบัญชีที่มีความไม่ถูกต้องในรายการสำคัญ (false in any material particular) ต้องรับโทษจำคุกไม่เกินสิบปี

## 2.2.2 Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

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

- ทำให้มั่นใจว่าการดำเนินธุรกิจของนายหน้าเป็นไปในลักษณะที่น่าเชื่อถือทั้งในด้านการเงินและด้านจริยธรรม ทั้งนี้เพื่อเป็นการสนับสนุนวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่ต้องการลดความเสี่ยงต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นผลมาจากการติดต่อกับนายหน้า และ
- เพื่อเป็นการกำหนดรายละเอียดในเชิงบริหารงานที่จำเป็นสำหรับการบังคับใช้พระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

บทบัญญัติท้ายกฎฉบับนี้ (Schedules) วางกฎเกณฑ์ทั่วไปในการปฏิบัติตนสำหรับ ผู้ได้รับใบอนุญาตและผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนตามกฎหมาย (Schedule 1) วางกฎเกณฑ์เฉพาะ สำหรับการดำเนินงานของนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate agents) ตัวแทนขาย อสังหาริมทรัพย์ (real estate salespersons) และ on-site residential property managers (Schedule 2) ตลอดจนวางกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการดำเนินงานของนายหน้าผู้ซื้อ (buyer agents) (Schedule 5) ซึ่งผู้อยู่ใต้บังคับจำเป็นต้องปฏิบัติตาม โดยมีรายละเอียดดังนี้

#### ก. Schedule 1 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation

2003

กำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับการปฏิบัติตน ซึ่งบังคับใช้กับผู้ได้รับใบอนุญาต และ ผู้ได้รับการขึ้นทะเบียนภายใต้กฎหมาย Property, Stock and Business Agents Act 2002 ทุกคน (general rules of conduct applying to all licensees and registered persons) ซึ่งมี ลักษณะเหมือนเป็นประมวลความประพฤติ (code of conduct) หรือประมวลจริยธรรม (code of ethics) สำหรับผู้ประกอบการวิชาชีพนายหน้าทุกประเภท ดังนี้

(1) นายหน้าทุกคนต้องมีความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับพระราชบัญญัติและ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ภายใต้พระราชบัญญัตินี้ รวมทั้งกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเภทของ ใบอนุญาตหรือใบรับรองการจดทะเบียนที่ตนถืออยู่ รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับการเข้า อ ส ัง ห า ริ ม ท ร ั พ ย์ การซื้อขายอย่างเป็นธรรม การดำเนินธุรกิจ การต่อต้านการเลือกปฏิบัติ และข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ เท่าที่จำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตนโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) นายหน้าต้องมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ทางการเงินที่เกิดขึ้นในฐานะ นายหน้า (fiduciary obligation)

(3) นายหน้าต้องปฏิบัติต่อคู่สัญญาทุกฝ่ายอย่างซื่อสัตย์ ยุติธรรม และอย่างเป็น มืออาชีพ และไม่ทำให้คู่สัญญาเข้าใจผิด หรือหลอกลวงในการเจรจาหรือทำธุรกรรม

(4) นายหน้าต้องทำหน้าที่ด้วยความระมัดระวังตามที่บุคคลที่มีอาชีพนายหน้า ควรมี

(5) นายหน้าต้องกระทำการเพื่อประโยชน์สูงสุดของลูกค้าโดยไม่เป็นการฝ่าฝืน กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามกฎหมาย

(6) นายหน้าต้องไม่ใช้หรือเปิดเผยข้อมูลที่ได้รับมาในระหว่างกระทำการแทน ลูกค้าหรือติดต่อกับลูกค้า ยกเว้นกรณีที่ได้รับอนุญาตจากลูกค้าหรือกฎหมายกำหนดให้ต้อง เปิดเผย

(7) นายหน้าต้องไม่กระทำการแทนบุคคลโดยไม่ได้รับมอบอำนาจเป็นลาย ลักษณะอักษร

(8) นายหน้าต้องทำตามคำสั่งของลูกค้า เว้นแต่การกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่น

(9) นายหน้าซึ่งประจำสำนักงานจะต้องดำเนินการตามสมควรเพื่อทำให้มั่นใจว่าผู้ได้รับใบอนุญาตหรือผู้ได้รับการจดทะเบียนอื่นซึ่งสำนักงานได้ว่าจ้างได้ปฏิบัติตามกฎหมาย

(10) นายหน้าต้องปฏิเสธการแต่งตั้งให้กระทำการหรือกระทำการต่อไปในฐานะนายหน้า หากการกระทำดังกล่าวจะทำให้เกิดการขัดกันซึ่งผลประโยชน์ระหว่างนายหน้าและลูกค้า

(11) นายหน้าต้องไม่ทำให้เกิดการเข้าใจผิดในกรณีที่แนะนำลูกค้าให้แก่ผู้ให้บริการอื่นว่าผู้ให้บริการอื่นเป็นอิสระต่างหากจากตน

(12) ผู้ให้บริการจะถือว่าเป็นอิสระจากนายหน้า ต่อเมื่อ

- นายหน้าไม่ได้รับสิทธิในการขอคืนเงิน ส่วนลด ค่านายหน้า หรือประโยชน์อื่นใดจากการแนะนำลูกค้าไปให้ผู้ให้บริการ และนายหน้าจะต้องไม่มีความเกี่ยวข้องทั้งในด้านส่วนตัวและในทางการค้ากับผู้ให้บริการ

- ตัวอย่างของความเกี่ยวข้องกันในด้านส่วนตัวและในทางการค้า เช่น ความสัมพันธ์ทางครอบครัว ความสัมพันธ์ทางธุรกิจ ความสัมพันธ์ทางการเงิน ความสัมพันธ์ซึ่งบุคคลหนึ่งคุ้นเคยหรือมีหน้าที่ต้องกระทำตามคำสั่ง คำแนะนำ ของอีกคนหนึ่ง

(13) ในกรณีที่ผู้ให้บริการไม่เป็นอิสระจากนายหน้า นายหน้าต้องเปิดเผยต่อตัวการถึงลักษณะของความเกี่ยวพันที่ตนมีกับผู้ให้บริการไม่ว่าด้านส่วนตัวหรือด้านการค้า และมูลค่าของผลประโยชน์ที่ตนได้รับ อาจได้รับ หรือคาดว่าจะได้รับอันเนื่องมาจากการแนะนำลูกค้าให้แก่ผู้ให้บริการ

(14) นายหน้ามีหน้าที่ที่จะไม่แนะนำตัวการให้ใช้บริการของทนายความหรือผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) หรือสำนักงานหรือบริษัทของบุคคลดังกล่าว หากนายหน้าพบว่าบุคคลดังกล่าวกระทำการหรือจะกระทำการแทนคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง เว้นแต่ไม่มีทนายความหรือผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) อื่นในบริเวณดังกล่าวแล้ว ซึ่งหากเป็นไปตามกรณียกเว้น นายหน้ามีหน้าที่ต้องให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวแก่ตัวการทราบ

(15) นายหน้าต้องไม่เสนอว่าจะให้ของขวัญหรือผลประโยชน์ใดกับบุคคลอื่น ซึ่งมุ่งใจให้บุคคลดังกล่าวใช้บริการของตน

(16) นายหน้าต้องไม่ชักจูงลูกค้าหรือลูกค้าโดยผ่านการโฆษณาหรือการสื่อสารทางอื่นที่ตนรู้หรือควรรู้ว่าไม่เป็นความจริงหรือทำให้เข้าใจผิด

(17) นายหน้าต้องไม่ส่งหรือเสนอเอกสารใดให้บุคคลเพื่อลงนามในเอกสารดังกล่าว เว้นแต่ในเวลาที่จะส่งหรือเสนอดังกล่าวนั้นได้มีการใส่สาระสำคัญทั้งหมดลงในเอกสารแล้ว

(18) นายหน้าต้องไม่นำเสนอสภาพ (nature) หรือผลบังคับ (effect) ของบทบัญญัติตามพระราชบัญญัตินี้หรือกฎเกณฑ์ที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้อย่างผิด ๆ

(19) นายหน้าต้องไม่เสนอสัญญาขายหน้าหรือเงื่อนไขใดในสัญญาดังกล่าวไม่ว่าเป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ โดยทำให้เข้าใจว่ารูปแบบสัญญาหรือเงื่อนไขที่ระบุในสัญญาดังกล่าวเป็นสิ่งที่กฎหมายบัญญัติไว้

## **ข. Schedule 2 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003**

กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate agents) ตัวแทนค้าอสังหาริมทรัพย์ (real estate salespersons) และ on-site residential property managers ดังนี้

(1) นายหน้าต้องไม่กระทำการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการขายทรัพย์สินแทนตัวการจนกว่าจะได้ทำการตรวจสอบสภาพเบื้องต้นทางกายภาพของทรัพย์สินก่อน

(2) ก่อนที่จะเข้าทำสัญญาตัวแทนนายหน้าเกี่ยวกับการขายทรัพย์สิน นายหน้าต้องเตรียมการและจัดทำรายงานการตรวจสอบที่เกี่ยวกับการขายทรัพย์สิน โดยรายงานต้องระบุรายละเอียดดังต่อไปนี้ และลงนามโดยนายหน้า

- ชื่อและที่อยู่ของตัวการ
- วันที่จัดทำรายงาน
- ชื่อของนายหน้า ที่อยู่สำนักงาน และหมายเลขโทรศัพท์
- รายละเอียดเกี่ยวกับทรัพย์สิน รวมทั้งที่อยู่ของทรัพย์สิน และรายละเอียดอื่น ๆ ที่จำเป็นเพื่อสามารถระบุตัวทรัพย์สินได้ง่าย
- รายละเอียดของส่วนควบหรือสิ่งใดที่จะขายพร้อมกับทรัพย์สิน
- เงื่อนไขในการขายที่นายหน้าทราบ
- ข้อเสนอแนะของนายหน้าเกี่ยวกับวิธีการที่เหมาะสมที่สุดสำหรับการขายทรัพย์สินดังกล่าว
- รายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิยึดเหนี่ยว ภาระติดพัน ข้อบกพร่อง ประกาศหรือคำสั่งของรัฐบาลท้องถิ่น ซึ่งมีผลกระทบต่อทรัพย์สินที่นายหน้าทราบ
- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับการทำการตลาดและการแสดงทรัพย์สิน
- ชื่อ ที่อยู่สำนักงาน หมายเลขโทรศัพท์ และที่อยู่สำหรับส่งเอกสารของทนายความของตัวการ

(3) นายหน้าต้องแจ้งให้ตัวการทราบถึงคำเสนอเสนอซื้อให้เร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้ภายหลังจากที่ได้รับคำเสนอจนกระทั่งมีการแลกเปลี่ยนสัญญา โดยไม่คำนึงถึงคำสั่งของตัวการ หนังสือแจ้งจะต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรและระบุตัวผู้ส่งคำเสนอ กรณีนี้ไม่ใช่บังคับกับการซื้อขายโดยการประมูล

(4) ในกรณีที่เป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์โดยผ่านการประมูล หากการเสนอราคาต่ำกว่าราคาขั้นต่ำที่ตัวการกำหนดไว้ ห้ามมิให้ผู้ดำเนินการประมูลยกเลิกการประมูลจนกว่าจะได้รับความยินยอมจากตัวการหรือผู้รับมอบอำนาจจากตัวการ

(5) นายหน้าต้องออกไปเสรีรับเงินให้กับผู้วางเงินมัดจำ (expression of interest deposit) ที่มอบให้ก่อนการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อผู้วางเงินมัดจำว่าตัวการที่ตนทำการแทนนั้นไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบให้ในเวลาที่ได้รับเงินมัดจำ หลังจากที่ได้รับเงินมัดจำ นายหน้าต้องแจ้งตัวการถึงการวางเงินมัดจำดังกล่าวทันที นอกจากนี้ นายหน้าต้องแจ้งให้ผู้วางเงินมัดจำทราบหากต่อมาตนได้รับคำสั่งเสนอขอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น โดยนายหน้าต้องให้คำแนะนำผู้วางเงินมัดจำถึงสิทธิในการทำข้อเสนอใหม่จนกว่าจะมีการแลกเปลี่ยนสัญญา

(6) ในกรณีที่นายหน้าได้รับการแต่งตั้งให้ขายทรัพย์สินซึ่งมีการเช่าอยู่ นายหน้าต้องทำการแจ้งเกี่ยวกับการแต่งตั้งดังกล่าวพร้อมกับหนังสือแต่งตั้งให้นายหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารทรัพย์สินดังกล่าวทราบ

(7) นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้องค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใดสำหรับการแนะนำตัวการให้แก่ นายหน้าของผู้ซื้อ

(8) นายหน้าต้องไม่ทำการเสนอราคาในการประมูลแทนบุคคลที่สั่งนายหน้าผ่านทางโทรศัพท์ เว้นแต่

- มีการมอบอำนาจเป็นหนังสือซึ่งนายหน้าได้ทำการเสนอราคาตามที่ได้รับมอบอำนาจดังกล่าว โดยหนังสือมอบอำนาจต้องมีรายละเอียดว่าผู้มอบอำนาจได้รับสำเนาของเงื่อนไขซึ่งสามารถปรับใช้เกี่ยวกับการขาย และ

- เป็นที่พอใจของนายหน้าว่าบุคคลดังกล่าวได้รับสำเนาเกี่ยวกับเงื่อนไขทั้งหมดแล้ว

#### ค. Schedule 5 ของ Property, Stock and Business Agents Regulation 2003

กำหนดกฎเกณฑ์เฉพาะสำหรับการทำงานของนายหน้าผู้ซื้อ (buyer agents) ดังนี้

(1) ก่อนที่จะทำสัญญานายหน้าผู้ซื้อกับตัวการเพื่อดำเนินการในฐานะนายหน้าผู้ซื้อ นายหน้าต้องเตรียมและจัดทำคำแถลงเกี่ยวกับรายละเอียดทรัพย์สิน ซึ่งลงนามโดยนายหน้าและ

- รายละเอียดที่นายหน้าทราบเกี่ยวกับชนิดของทรัพย์สินที่ต้องการซื้อ
- รายละเอียดของคำแนะนำพิเศษเกี่ยวกับทรัพย์สินที่จะถูกซื้อ

(2) นายหน้าต้องแจ้งถึงผลของการเจรจาเกี่ยวกับราคาซื้อในแต่ละขั้นตอนตามที่ได้รับคำสั่งจากตัวการให้ตัวการทราบอย่างสม่ำเสมอ แต่กฎนี้ไม่ใช้กับกรณีการเสนอราคาในการประมูล

(3) นายหน้าต้องใช้ความพยายามอย่างที่สุดเพื่อที่จะได้ราคาซื้อต่ำที่สุด โดยไม่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานทางจริยธรรม หรือเป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานวิชาชีพนายหน้า

(4) ในการเจรจา นายหน้าต้องไม่เจรจาเกินราคาที่ตัวการกำหนดไว้แต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย ในกรณีซื้อทรัพย์สินโดยการประมูล ห้ามนายหน้าทำการเสนอราคาที่สูงกว่าที่ตัวการกำหนดไว้แต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากตัวการหรือผู้ที่ได้รับมอบหมาย

(5) เมื่อมีการวางมัดจำ (expression of interest deposit) ที่เกี่ยวกับการเสนอซื้อทรัพย์สินก่อนที่มีการแลกเปลี่ยนสัญญา นายหน้าต้องแจ้งต่อตัวการว่าผู้ขายนั้นไม่มีหน้าที่ต้องขายทรัพย์สินหรือผู้ซื้อต้องซื้อทรัพย์สิน และสามารถขอคืนเงินมัดจำได้หากไม่มีการเข้าทำสัญญาซื้อขายกันจริง โดยข้อมูลดังกล่าวจะต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษรและอาจมอบให้ในเวลาที่ได้รับใบเสร็จรับเงินมัดจำ หลังจากนั้น นายหน้ามีหน้าที่ต้องแจ้งตัวการทราบทันทีเมื่อตนได้ทราบถึงการยื่นคำเสนอขอซื้อทรัพย์สินจากผู้อื่น

(6) นายหน้าต้องไม่รับหรือเรียกร้องค่าธรรมเนียมหรือค่าตอบแทนอื่นใด สำหรับการแนะนำตัวการให้แก่ นายหน้าของผู้ขาย

### บทที่ 3

#### บทเปรียบเทียบและข้อเสนอแนะ

หลังจากที่ได้ศึกษาระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลียมาแล้ว ในบทนี้ จะได้นำข้อมูลเหล่านั้นมาศึกษาเปรียบเทียบกับระบบของประเทศไทยเพื่อใช้พิจารณาประกอบการให้ความเห็นถึงความเหมาะสมของการมีกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ (escrow) ในประเทศไทย โดยจะเริ่มต้นจากการอธิบายภาพรวมของระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง จากนั้นจะทำการศึกษาเปรียบเทียบและเสนอข้อคิดเห็นเป็นลำดับถัดไป ดังต่อไปนี้

#### 3.1 ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

##### 3.1.1 ระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

อสังหาริมทรัพย์ที่มีการซื้อขายเปลี่ยนมือกันมากและนำมาซึ่งปัญหาเกี่ยวกับการฉ้อโกงหรือการหลอกลวงทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถได้รับกรรมสิทธิ์หรือได้รับกรรมสิทธิ์ที่บกพร่องจากอสังหาริมทรัพย์ที่ตนซื้อ หรือทำให้ผู้ขายไม่ได้รับเงินค่าราคาอสังหาริมทรัพย์ จนกลายมาเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาวิจัยเพื่อหามาตรการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศไทยนั้น ประกอบด้วย อสังหาริมทรัพย์สำคัญ 3 ประเภท คือ ที่ดิน บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร และห้องชุดในอาคารชุด ซึ่งจะมีผู้เกี่ยวข้องที่สำคัญสองฝ่ายคือ ฝ่ายผู้ขายมักได้แก่ผู้ประกอบการที่ อ ยู่ อ า คั ย แ ล ะ ฝ่ายผู้ซื้อซึ่งเป็นประชาชนทั่วไปหรือเป็นผู้ซื้อรายย่อยที่ให้ความสำคัญกับการมีที่อยู่อาศัยของตนเอง อสังหาริมทรัพย์ทั้งสามประเภทข้างต้นมีลักษณะและขั้นตอนการซื้อขายในหลักการใหญ่คล้ายคลึงกันแต่แตกต่างกันในรายละเอียด กล่าวโดยสรุปขั้นตอนได้ดังนี้<sup>8</sup>

(1) การเริ่มต้นซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์ทั้งสามประเภทจะเริ่มต้นเหมือนกันคือ ผู้ซื้อและผู้ขายเจรจาทกลงราคาและเงื่อนไขการซื้อขาย หากตกลงกันได้ โดยปกติผู้ซื้อจะชำระเงินจองให้แก่ผู้ขายหรือผู้ดำเนินโครงการที่อยู่อาศัยโดยผู้ซื้อจะได้รับใบเสร็จรับเงินเป็นหลักฐานเท่านั้น แต่ยังไม่มีการตกลงทำสัญญากันแต่อย่างใด ซึ่งเงินจองนี้ผู้ดำเนินโครงการสามารถนำไปใช้เป็นทุนหมุนเวียนของธุรกิจได้ระดับหนึ่ง

<sup>8</sup> มัลลิกา คมนอนันต์, เอสโครว์: รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย, กรุงเทพมหานคร: วิทยานีพนธ์ปริญาโท, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544, หน้า 82-85.

(2) การทำสัญญาซื้อขาย หลังจากมีการชำระเงินจองแล้ว ขั้นตอนต่อไปผู้ขาย  
แ ล ะ ผู้ซื้อจะนัดกันเพื่อทำสัญญาซื้อขาย โดยรูปแบบของสัญญาแตกต่างกันไปในอสังหาริมทรัพย์แต่ละ  
ประเภท ดังนี้

- ที่ดิน ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญาสองประเภท คือ สัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน หากคู่สัญญามีเจตนาที่จะทำสัญญาซื้อขายและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่กันอีกในภายหลัง หรือสัญญาซื้อขายที่ดิน หากคู่สัญญาไม่มีเจตนาจะทำสัญญาซื้อขายกันอีกและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ในภายหลัง

- บ้านพร้อมที่ดินจัดสรร โดยปกติผู้ซื้อและผู้ขายจะตกลงกันทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้างเพียงฉบับเดียว แต่บางกรณีอาจมีการทำสัญญาอย่างอื่นพ่วงด้วย เช่น สัญญาจ้างเหมาให้ปลูกสร้างบ้าน สัญญาซื้อขายวัสดุก่อสร้าง ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ด้านค่าใช้จ่ายและภาษี

- ห้องชุดในอาคารชุด ผู้ซื้อและผู้ขายอาจทำสัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดเพียงสัญญาเดียวหรืออาจทำสัญญาอื่นพ่วงด้วยก็ได้ เช่น สัญญาจ้างตกแต่งห้องชุด ด้วยเหตุผลที่คล้ายคลึงกับกรณีบ้านพร้อมที่ดินจัดสรรดังกล่าวมาข้างต้น

อนึ่ง การทำสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย ส่วนใหญ่ผู้ซื้อและผู้ขายจะทำสัญญากันเอง มีกรณีไม่มากนักที่จะใช้ตัวแทนนายหน้าหรือนายความเข้ามาช่วยเหลือ  
ใ น ก ร  
ซื้อขายหรือทำสัญญา

(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>9</sup> โดยในวันโอนกรรมสิทธิ์ผู้ซื้อจะต้องชำระเงินค้ำราคารอสังหาริมทรัพย์คงเหลือทั้งหมด ซึ่งผู้ซื้อ

<sup>9</sup> มาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กำหนดให้การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้เมื่อได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ดังนั้น การโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จะมีผลสมบูรณ์ได้ก็ต่อเมื่อได้จดทะเบียนการโอนนั้นต่อพนักงานเจ้าหน้าที่แล้ว กระบวนการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยจึงต้องมีขั้นตอนสำคัญคือการไปจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งก็คือ กรมที่ดิน

มักจะใช้วิธีการติดต่อขอกู้เงินจากสถาบันการเงินเพื่อนำเงินที่เหลือมาชำระผู้ขาย และจำนองอสังหาริมทรัพย์นั้นไว้กับสถาบันการเงินเพื่อเป็นหลักประกันการกู้เงิน ซึ่งในวันจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์กันนั้น ผู้ซื้อจะดำเนินการจดทะเบียนจำนองอสังหาริมทรัพย์ให้แก่สถาบันการเงินไปพร้อมกันด้วย

### 3.1.2 กฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทย

จากที่ได้อธิบายระบบซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยในหัวข้อก่อน จะเห็นได้ว่า การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย และยังถ้าเป็นการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในโครงการที่อยู่อาศัยต่าง ๆ ผู้ซื้อที่สนใจโครงการจะเข้าไปพูดคุยสอบถามกับพนักงานของโครงการนั้น หากตนพอใจก็จะตัดสินใจเข้าสู่กระบวนการขอยุติการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ดังที่ได้กล่าวมาแล้วอย่างรวดเร็ว มีผู้ซื้อน้อยรายที่นำข้อมูลกลับมาศึกษาทบทวน หรือตรวจสอบโครงการหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างละเอียดก่อนตัดสินใจซื้อว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ตนจะซื้อนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ขายหรือไม่ มีภาระผูกพันใด ๆ หรือไม่ ผู้ขายสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้ตนได้หรือไม่ หรือผู้ขายมีความน่าเชื่อถือเพียงใด ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีผู้ซื้อจำนวนไม่น้อยที่ไม่ได้ศึกษาสัญญาซื้อขายที่โครงการจัดทำให้ในลักษณะเป็นสัญญามาตรฐานก่อนที่จะทำการลงนามสัญญา เมื่อทำสัญญาและชำระเงินไปแล้ว เกิดปัญหาขึ้น ความเสียหายจากการสูญเสียเงินออมไปโดยเปล่าประโยชน์ย่อมเกิดขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ทั้งนี้ สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นในปัจจุบันเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยมักเกิดจากการที่ผู้ขายหรือผู้ดำเนินโครงการอสังหาริมทรัพย์ไม่ทำตามสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ได้รับเงินจากผู้ซื้อมาแล้วบางส่วน เช่น นำเงินที่ได้ไปใช้จ่ายในธุรกรรมอื่น ไม่ได้นำไปก่อสร้างบ้านหรือสิ่งปลูกสร้างตามที่กำหนดในสัญญา หรือก่อสร้างบ้านสิ่งปลูกสร้าง หรือสาธารณูปโภค ไม่เป็นไปตามที่ได้ตกลงกันไว้ในสัญญา หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ขายไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ทางทะเบียนให้แก่ผู้ซื้อได้ เพราะตนไม่มีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นหรือมีกรรมสิทธิ์โดยบกพร่อง คือ ติดภาระผูกพันต่าง ๆ เช่น ที่ดินที่ซื้อขายติดจำนองผู้อื่นอยู่หรือบางกรณีถึงขนาดที่ผู้ขายทิ้งโครงการไป กรณีเหล่านี้สร้างความเสียหายแก่ผู้ซื้อซึ่งส่วนใหญ่เป็น ผู้ซื้อรายย่อยที่ต้องเสียเงินไปโดยไม่ได้รับอสังหาริมทรัพย์หรือที่อยู่อาศัยที่ตนปรารถนา อย่างไรก็ตาม อาจมี

บ้างที่เกิดปัญหากับผู้ชายที่ไม่ได้รับชำระเงินจากผู้ซื้อทำให้ไม่สามารถนำเงินไปพัฒนาและก่อสร้างหรือจัดสรรที่ดินได้ตามสัญญา แต่ก็เป็นส่วนน้อย

สภาพข้อเท็จจริงและปัญหาดังกล่าวเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นและมีให้เห็นอยู่เสมอในประเทศไทย ผู้เสียหายก็มีเป็นจำนวนมาก ผู้เสียหายเหล่านั้นจึงพยายามเรียกร้องให้รัฐเข้ามาช่วยเหลือหรือดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขปัญหา ซึ่งกลไกในการแก้ปัญหามีประสิทธิภาพและแน่นอนชัดเจน คือ กฎหมาย เมื่อพิจารณาบทบัญญัติในกฎหมายของประเทศไทยแล้ว จะพบว่ากฎหมายหลายฉบับเกิดขึ้นจากความพยายามของรัฐที่จะหาทางแก้ไขปัญหาเหล่านั้นเพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปที่ตกอยู่ในสภาพผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์ที่ถูกผู้ชายหรือผู้ดำเนินการโครงการอสังหาริมทรัพย์เอาเปรียบ 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>10</sup> ทั้งในด้านการโฆษณา ด้านฉลาก ด้านสัญญา และด้านอื่นๆ ทั้งนี้ มาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคฯ ในส่วนที่ถือว่าการดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของผู้สัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์อาจสรุปได้เป็น 2 มาตรการสำคัญดังนี้

ก. การคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในด้านสัญญา เนื่องจากมีผู้บริโภคจำนวนมากร้องเรียนว่าไม่ได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญากับผู้ประกอบการ<sup>11</sup> ในปี พ.ศ. 2541 จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยเพิ่มบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคในด้านสัญญา เพื่อป้องกันความไม่เป็นธรรมในการทำสัญญาระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่มีเอาเปรียบผู้บริโภค โดยกำหนดวิธีการดังนี้

- คณะกรรมการว่าด้วยสัญญามีอำนาจกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายสินค้าหรือให้บริการที่สัญญาซื้อขายหรือให้บริการของธุรกิจนั้นมีกฎหมายกำหนดให้ต้องทำเป็น

<sup>10</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

<sup>11</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2541

หนังสือหรือมีปกติประเพณีที่ทำเป็นหนังสือ เป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญาได้<sup>12</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>12</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 ร ม สิ ท्ธิ 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 ร ม สิ ท्ธิ ร ่วม กั น ใน ทรั พ ย ส ่ว น ก ล าง อัน ประกอบ ด้วย ส่วนของอาคารชุดที่มีใช้ห้องชุด ที่ดินที่ตั้งอาคารชุด และที่ดินหรือทรัพย์สินอื่นที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกันสำหรับเจ้าของร่วม (บทนิยาม “ทรัพย์สินส่วนกลาง” ในมาตรา 4) ซึ่งมาตรการที่กฎหมายกำหนดเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้แก่ การจดทะเบียนอาคารชุดและการรับรองกรรมสิทธิ์ในห้องชุด วัตถุประสงค์อีกประการของกฎหมายอาคารชุด คือ เพื่อรักษาความสงบสุขในการที่เจ้าของห้องชุดแต่ละห้องต้องมาอยู่ร่วมกันในอาคารเดียวกัน โดยกฎหมายวางระบบนิติบุคคลอาคารชุดเพื่อให้ผู้จัดการและดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางที่ไม่ใช่ห้องชุดของแต่ละบุคคลและเป็นกรรมสิทธิ์ร่วมกันของเจ้าของห้องชุดทุกคน<sup>13</sup>

เมื่อได้พิจารณาเนื้อหาของพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ประกอบกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้นแล้ว สามารถสรุปมาตรการที่กำหนดในพระราชบัญญัติดังกล่าวในส่วนที่ถือว่าเป็นการดูแลและคุ้มครองประโยชน์ของคู่สัญญาซื้อขายห้องชุดได้ดังนี้

ก. การจดทะเบียนอาคารชุด พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดให้ผู้มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินและอาคารที่ประสงค์จะจดทะเบียนอาคารชุดมายื่นคำขอจดทะเบียนอาคารชุดต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ พร้อมด้วยโฉนดที่ดิน แผนผังอาคารชุด อัตราส่วนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินส่วนกลางของเจ้าของห้องชุดแต่ละราย รายละเอียดเกี่ยวกับห้องชุด ทรัพย์สินส่วนบุคคล และทรัพย์สินส่วนกลางของผู้นั้น คำขอว่าอาคารที่ขอจดทะเบียนอาคารชุดไม่ติดการจำนองเว้นแต่การจำนองอาคารรวมกับที่ดิน (มาตรา 6) เมื่อมีการจดทะเบียนอาคารชุดแล้ว และมีการจดทะเบียนโฉนดที่ดินว่าที่ดินนั้นอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ รวมถึงจดทะเบียนความยินยอมของผู้รับจำนองที่ให้จดทะเบียนอาคารชุดและจำนวนเงินที่ผู้รับจำนองจะได้รับชำระหนี้จากห้องชุดแต่ละห้องชุดแล้ว พระราชบัญญัติอาคารชุดฯ กำหนดห้ามมิให้จดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินดังกล่าวไว้ ก ่อ ต ่อ ไป แ ล ะ ห้ อ ง ชุ ด มิ ให้ ขอ จ ะ ย ะ จ ะ น อ ง อ า ค ำ ร ชุ ด เพื่อ ก ่อ ก ำ ร ะ ผุ ก พ ัน ก ี ย ะ กั บ อ า ค ำ ร ชุ ด ด ัง ก ำ ล ำ ( มา ต ร ำ 10 )

<sup>13</sup> วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พิจารณาได้จากเหตุผลในการตราพระราชบัญญัติซึ่งปรากฏอยู่ในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวนี้เอง



ตลอดจนจะมีการจัดระบบค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาอาคารร่วมกัน ทำให้เจ้าของห้องชุดอยู่ร่วมกันในอาคารชุดได้อย่างสงบเรียบร้อย

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

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาความไม่เป็นธรรมและความไม่สงบสุขในสังคมอันเกิดจากการที่ผู้มีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจเหนือกว่าถือโอกาสอาศัยหลักเสรีภาพของบุคคลและหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาโดยเอาเปรียบคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีอำนาจต่อรองทางเศรษฐกิจด้อยกว่าอย่างมาก โดยกฎหมายกำหนดกรอบการใช้หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการแสดงเจตนาและเสรีภาพของบุคคล กำหนดแนวทางให้แก่ศาลเพื่อใช้ในการพิจารณาว่าข้อสัญญาหรือข้อตกลงใดที่ไม่เป็นธรรม และให้อำนาจศาลที่จะสั่งให้ข้อสัญญาหรือข้อตกลงที่ไม่เป็นธรรมนั้นมีผลใช้บังคับเท่าที่เป็นธรรมและพอสมควรแก่กรณี<sup>14</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>14</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>15</sup> มาตรการตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ จึงมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ซื้อ ดังที่กรมที่ดินได้จัดทำข้อมูลเผยแพร่แนะนำให้ผู้ซื้อ “เลือกซื้อบ้านจากโครงการที่ได้รับอนุญาตให้ทำการจัดสรร” เนื่องจากระบบการจัดสรรภายใต้กฎหมายควบคุมการจัดสรรที่ดินจะช้ ว ย ค้ ม ค ร อ ง สิ ท ธิ ข อ ง ผู้ ชื อ ใน รื่ อ ง ต่าง ๆ ดังนี้<sup>16</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>15</sup> หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

<sup>16</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. ผู้ซื้อจะได้ใช้สาธารณูปโภคและบริการสถานะตลอดไป โดยไม่ต้องเกรงว่า จะมีใครมาปิดกั้นหรือขัดขวางการใช้ เนื่องจากพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ที่ดิน อันเป็นสาธารณูปโภคและที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะปลอดจากบุริมสิทธิ์ในมูลซื้อขาย อสังหาริมทรัพย์และภาระการจำนอง (มาตรา 30)

จ. ผู้ซื้อจะไม่ถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการในการเข้าทำสัญญาจะซื้อจะขาย ที่ดินจัดสรร เพราะจะต้องทำสัญญาตามแบบที่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลางกำหนด หากไม่ทำ และกรณีไม่เป็นคุณแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร สัญญาส่วนนั้นไม่มีผลใช้บังคับ (มาตรา 34)

ฉ. ผู้ซื้อไม่ต้องกลัวว่าผู้ขายจะฉ้อโกงโดยกล่าวหาว่าผู้ซื้อขาดการชำระเงินอีก ต่อไป เพราะพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ผู้รับเงินต้องออกหลักฐานเป็นหนังสือ ลงลายมือชื่อผู้รับเงินให้ผู้ซื้อยึดถือไว้ และให้ถือว่าเป็นหลักฐานแสดงการชำระราคาที่ดินจัดสรร (มาตรา 35)

ช. ผู้ซื้อไม่ต้องกลัวว่าเมื่อชำระราคาที่ดินครบถ้วนตามสัญญาจะซื้อจะขาย แล้ว ผู้ขายจะไม่โอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่ซื้อให้อีกต่อไป หรือกรณีที่ผู้ซื้อได้ชำระราคาที่ดิน ครบถ้วนตามสัญญาจะซื้อจะขายแล้ว ผู้จัดสรรที่ดินที่เป็นบุคคลธรรมดาตาย หรือที่เป็นนิติบุคคล เลิกไป ก็ยังสามารถ โอนกรรมสิทธิ์ที่ดินมาเป็นของผู้ซื้อได้ เพราะผู้ซื้อสามารถนำหลักฐานเป็น หนังสือ ที่ แ ส ด ง ว่า ได้ชำระราคาพร้อมโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ไปขอจดทะเบียนต่อพนักงาน เจ้าหน้าที่ได้ ถ้าไม่สามารถนำโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์มาได้ สามารถ ร้องขอให้พนักงานเจ้าหน้าที่เรียกมาได้ และถ้าพ้นกำหนดสามสิบวันนับแต่ผู้ยึดถือหรือ ครอบครองโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ได้รับแจ้งแล้วยังไม่ส่งมอบให้ พนักงาน เจ้าหน้าที่มีอำนาจออกใบแทนและจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรมให้แก่ผู้ซื้อได้ (มาตรา 37)

ซ. ผู้ซื้อได้รับหลักประกันว่าบรรดาสาธารณูปโภคตามแผนผังโครงการ เช่น ถนน สวนสาธารณะ สนามเด็กเล่น จะได้รับการบำรุงรักษาโดยผู้ประกอบการจนกว่าผู้ซื้อที่ดิน จัดสรรได้จัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร หรือนิติบุคคลอื่นรับโอนไปจัดการและดูแลบำรุงรักษา เอง เพราะพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินต้องจัดหาธนาคารหรือ สถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันการบำรุงรักษา และให้อำนาจคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน สามารถนำเงินไปใช้ในการบำรุงรักษาได้ หากผู้จัดสรรที่ดินไม่จัดทำสาธารณูปโภคในระยะเวลายัน สมควร (มาตรา 43 ประกอบกับมาตรา 24)

ญ. ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในโครงการเดียวกัน ถ้าประสงค์ที่จะดูแลบำรุงรักษา สาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะกันเอง ก็สามารถดำเนินการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร เพื่อทำหน้าที่ดูแลบำรุงรักษาได้ (มาตรา 44 และมาตรา 48) โดยเฉพาะการจดทะเบียนโอนที่ดิน ที่ใช้เป็นสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะ 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 จนไม่แน่ว่าจะคุ้มค่าในการดำเนินการหรือไม่เมื่อเทียบกับการสูญเสียหรือความเสียหายที่จะได้รับ ในขณะที่ปัญหาที่เกิดขึ้นในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งปัญหาที่ผู้ซื้อและผู้ขายไม่ประสบผลสำเร็จในการซื้อขาย กล่าวคือ ผู้ซื้อไม่ได้รับสิ่งที่ตนประสงค์จะซื้อทั้งที่ได้ชำระราคาไปแล้วไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน หรือผู้ขายไม่ได้รับชำระราคาทั้งที่ได้ลงมือปฏิบัติตามสัญญา เช่น ก่อสร้างบ้านจัดสรรแล้ว ทำให้เกิดข้อพิพาท ขอร้องเรียน และการฟ้องร้องมากมาย หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยจึงมีความพยายามที่จะเสนอให้นำระบบเอสโครว์ (escrow) หรือระบบการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยให้มีตัวกลางทำหน้าที่เป็นทั้งสองฝ่าย (escrow agent) ดูแลการปฏิบัติตามสัญญาของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย คือ การรับฝากเงินจากผู้ซื้อเพื่อชำระแก่ผู้ขาย และการรับมอบอสังหาริมทรัพย์จากผู้ขายเพื่อส่งมอบให้ผู้ซื้อ อันเป็นมาตรการในเชิงป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาความเสียหายก่อนที่จะไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา

### 3.2 เปรียบเทียบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลีย

เมื่อได้พิจารณาบทบัญญัติในมาตรา 456 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่บัญญัติว่า “การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ถ้ามิได้ทำเป็นหนังสือและจดทะเบียนต่อ



ทางกฎหมายที่นำมาใช้ควบคุมการดำเนินงานของ ตัวแทนนายหน้า (real estate agent) ซึ่งมีบทบาทสำคัญอย่างมากในธุรกรรมการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย

สำหรับส่วนที่คล้ายคลึงกัน กฎหมายของทั้งสองประเทศมีความคล้ายคลึงกันในวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ไม่ว่าจะกฎหมายจะกำหนดมาตรการต่างกันอย่างไร แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมาย คือ มุ่งคุ้มครองสิทธิหรือประโยชน์ของผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง หากแต่ว่าตามกฎหมายไทยที่กล่าวมานั้นส่วนใหญ่เป็นการคุ้มครองผู้ซื้ออสังหาริมทรัพย์จากการเอาเปรียบหรือการหลอกลวงของผู้ขาย ในขณะที่กฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียมุ่งคุ้มครองทั้งคู่สัญญาจากการเอาเปรียบหรือการฉ้อโกงของผู้ประกอบการเป็นตัวแทนนายหน้า (real estate agent)

สำหรับส่วนที่แตกต่างกันระหว่างมาตรการที่ใช้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในกฎหมายของประเทศไทยและประเทศออสเตรเลียนั้น มีดังนี้

(1) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่มีการควบคุมผู้ที่กระทำการเป็นตัวแทนนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียนีมีมาตรการดังกล่าว โดยกฎหมายกำหนดให้การเป็นตัวแทนนายหน้าต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐ ทั้งนี้เนื่องจากประเทศออสเตรเลียนีอาศัยการดำเนินงานของตัวแทนนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์เป็นส่วนใหญ่ คู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขายถือเป็นผู้บริโภคที่ใช้บริการของตัวแทนนายหน้า จึงจำเป็นต้องมีมาตรการควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าเพื่อคุ้มครองผู้ที่อาศัยบริการนั้น ในขณะที่ประเทศไทยไม่ได้นิยมใช้ตัวแทนนายหน้าในการซื้อขาย และส่วนใหญ่ของปัญหาจากการฉ้อโกงหรือหลอกลวงของฝ่ายผู้ขาย

(2) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่เป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาหรือการแก้ไขที่ปลายเหตุ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียมีมาตรการในเชิงป้องกันอยู่ด้วย ซึ่งก็คือ การกำหนดให้เงินที่ตัวแทนนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาตได้รับในฐานะกระทำการแทนบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากการทำงานที่ได้รับอนุญาตนั้น จะ ะ ตั อ ง ฝ า ก ไ ว้ ใน บัญชีทรัสต์ (trust account) เพื่อบุคคลนั้นในสถาบันการเงินที่รัฐกำหนด โดยจะจ่ายเงินจากบัญชีดังกล่าวตามคำสั่งของบุคคลนั้น บัญชีทรัสต์นี้เรียกอีกอย่างได้ว่า บัญชีเอสโครว์ (escrow account) นอกจากนี้ รัฐเข้ามาตรวจสอบการจ่ายเงินในบัญชีดังกล่าวได้ด้วย ซึ่งมาตรการนี้เป็นมาตรการในเชิงป้องกันไม่ให้ความเสียหายเกิดขึ้นแก่ตัวการ เพราะได้ปิดกั้นโอกาสที่ตัวแทนนายหน้าจะทำการฉ้อโกงหรือนำเงินที่ต้องส่งให้แก่ตัวการไปใช้อย่างอื่น

(3) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ไม่มีการกำหนดในเรื่องกองทุนประกันความเสียหายที่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อได้ทันที แตกต่างจากกฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดให้มีกองทุนชดเชยความเสียหาย (compensation fund) เพื่อชดเชยความเสียหายทางการเงิน (pecuniary loss) ให้แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากความบกพร่องในหน้าที่ (failure to account) ในการดูแลเงินหรือทรัพย์สินที่ตัวแทนนายหน้าได้รับมอบหมายให้ดูแลในฐานะนายหน้า ไม่ว่าจะความเสียหาย

ด้ ง ก ด้ ล ำ ว  
จะเกิดขึ้นโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อ ซึ่งทำให้ผู้เสียหายได้รับการเยียวยาทั้ท่วงที่ ถือเป็น  
หลักประกันที่สร้างความมั่นใจแก่คู่สัญญาได้อย่างชัดเจน

อนึ่ง สำหรับปัญหาของประเทศไทยเกี่ยวกับกรณีและผู้ซื้อมักจะโดนผู้ขายหรือ  
ผู้ประกอบการโครงการที่อยู่อาศัยหรือบ้านและที่ดินจัดสรรเอาไรต์เอาเปรียบหรือหลอกลวงฉ้อโกง  
นั้นจากการได้พูดคุยสอบถามเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินของประเทศไทยซึ่งได้เคยไปดูงานการซื้อขาย  
อสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย ทำให้รับทราบข้อเท็จจริงว่า การซื้อขายที่อยู่อาศัยใน  
โครงการจัดสรรในประเทศออสเตรเลีย นั้น มีลักษณะที่แตกต่างจากประเทศไทย โดยผู้ซื้อจะซื้อ  
บ้านและที่ดินจัดสรรได้เมื่อได้มีการก่อสร้างเสร็จแล้ว ข้อเท็จจริงเช่นนี้ ทำให้ปัญหาที่ผู้ซื้อมักถูก  
โ ก ง ห รื อ เ อ ำ ร ี ด  
เอาเปรียบยอมเกิดขึ้นได้น้อย และสามารถใช้มาตรการตามกฎหมายทั่วไปมาเยียวยาได้โดยไม่ต้อง  
ต้องออกกฎหมายเฉพาะมาบังคับใช้

### 3.3 ความคิดเห็นและข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาของประเทศไทยที่ผู้ซื้อมักจะโดนเอาไรต์เอาเปรียบจากผู้ขาย  
และจากสภาพข้อเท็จจริงที่ผู้ซื้อและผู้ขายมักเข้าทำสัญญากันเองโดยขาดความรู้ความชำนาญ  
ประกอบกับมาตรการทางกฎหมายของประเทศไทยที่มีอยู่ในขณะนี้ เป็นมาตรการในเชิงเยียวยา  
แก้ไขที่ต้องอาศัยการฟ้องร้องในศาลซึ่งมีต้นทุนเวลาและค่าใช้จ่ายมาก ผู้วิจัยจึงมีความเห็นในทาง  
สนับสนุนให้มีการนำระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามาใช้ในประเทศไทย ในลักษณะที่ให้  
มีคนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของทั้งผู้ซื้อและผู้ขายก่อนที่การปฏิบัติตามสัญญาจะเสร็จสิ้นลง  
อันเป็นมาตรการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น และจากการที่ได้ศึกษากฎหมายของประเทศ  
ออสเตรเลียในการควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของตัวแทนนายหน้า ถึงแม้จะไม่ใช้มาตรการที่  
เหมือนกันในแง่ที่เป็นคนกลางดูแลผลประโยชน์ของทั้งสองฝ่าย แต่มาตรการตามกฎหมาย  
ดังกล่าวมีข้อดีที่ควรนำมาปรับใช้สำหรับประเทศไทยได้ ทั้งนี้ ผู้วิจัยมีข้อเสนอแนะประกอบการ  
พิจารณาออกกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศไทยบางประการดังนี้

(1) การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทยส่วนใหญ่ผู้ซื้อผู้ขายดำเนินการ  
เอง การมีกฎหมายรองรับให้มีคนกลางเข้ามาเกี่ยวข้องในธุรกรรมการซื้อขายด้วย จึงจำเป็นต้อง  
กระทำความคู่กับการประชาสัมพันธ์ให้เห็นถึงข้อดีของการใช้คนกลางมาดูแลผลประโยชน์ มิ  
เช่นนั้น แม้จะมีกฎหมายควบคุมคนกลางในการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา แต่หากใน  
ข้อเท็จจริงไม่มีการใช้บริการของคนกลางนั้น กฎหมายที่ออกมาย่อมไม่มีประโยชน์

(2) ควรพิจารณานำระบบการเปิดบัญชีทรัสต์ หรือบัญชีเอสโครว์มาใช้ โดยอาจ  
บังคับให้ธุรกรรมการซื้อขายต้องมีการเปิดบัญชีทรัสต์หรือบัญชีเอสโครว์เพื่อป้องกันปัญหาการ  
เสียเงินไปก่อนที่จะได้รับทรัพย์สินมาอันเป็นมาตรการป้องกันล่วงหน้า

(3) ควรพิจารณานำระบบกองทุนชดเชยหรือประกันความเสียหายมาปรับใช้ เพื่อเพิ่มช่องทางในการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาโดยเฉพาะฝ่ายผู้ซื้อให้ได้รับการเยียวยา ทันที โดยกองทุนควรมีเงินสนับสนุนจากฝ่ายผู้ขายโดยเฉพาะอย่างยิ่งผู้ขายที่เป็น ผู้ประกอบการโครงการที่อยู่อาศัยต่างๆ เพื่อเป็นประกันความเสี่ยงจากการดำเนินงานโดย ผิดพลาดหรือโดยฉ้อฉล

(4) การจะแก้ปัญหาให้ได้ผล จำเป็นต้องอาศัยมาตรการอื่นนอกจากมาตรการ ทางกฎหมายเข้ามาสนับสนุนด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรการในการเสริมสร้างความเข้าใจ ในสิทธิของผู้บริโภค และแนวทางในการป้องกันสิทธิของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคหรือส่วนใหญ่ คี อ ผู้ ชี อ ได้ตระหนักถึงความสำคัญของสิทธิตนและใส่ใจที่จะป้องกันสิทธิของตนจากการเอารัดเอาเปรียบ โดยอาศัยช่องทางที่กฎหมายให้ไว้

## บทสรุป

การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียส่วนใหญ่กระทำในสองรูปแบบคือ การใช้ตัวแทนนายหน้า (real estate agent) และการซื้อจากการประมูล (auction) โดยที่แพร่หลายมากกว่าคือการใช้ตัวแทนนายหน้า ดังนั้น บุคคลที่เกี่ยวข้องในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลีย จึงประกอบด้วย ผู้ซื้อ ผู้ขาย ตัวแทนนายหน้า (real estate agent) และในบางกรณีจะมี ผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) ซึ่งส่วนใหญ่ได้แก่ ทนายความ (solicitor) เข้ามาช่วยผู้ซื้อในการตรวจสอบกรรมสิทธิ์และการโอนกรรมสิทธิ์ด้วย ทำให้กระบวนการและขั้นตอนในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียมีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนมากขึ้น อย่างไรก็ตาม สำหรับการใช้ตัวแทนเอสโครว์ (escrow agent) ที่เป็นคนกลางดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในประเทศออสเตรเลียนั้น มีการใช้อยู่บ้างแต่ไม่แพร่หลาย ขึ้นอยู่กับความประสงค์ของคู่สัญญาแต่ละกรณี และมักจะทำในรูปของสัญญาจัดตั้งเอสโครว์ ซึ่งผลการบังคับใช้เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยสัญญาที่เข้าใจกันทั่วไปแล้ว จึงไม่ได้นำมาศึกษาในรายงานนี้

การซื้อขายที่ดินในประเทศออสเตรเลียมีลักษณะคล้ายคลึงกับการซื้อขายที่ดินของประเทศไทย กล่าวคือ ประกอบด้วยขั้นตอนการทำสัญญาซื้อขาย และการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดิน ซึ่งต้องไปดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศออสเตรเลียแบ่งได้เป็น 2 ระยะ คือ

(1) ระยะก่อนทำสัญญา ผู้ซื้อจะทำการตรวจสอบกรรมสิทธิ์ (title search) เพื่อให้ทราบว่าอสังหาริมทรัพย์ที่ตนจะซื้อเป็นของใครและมีภาระติดพันหรือไม่ โดยอาจตรวจสอบด้วยตนเองหรือมอบหมายผู้จัดการโอนกรรมสิทธิ์ (conveyancer) หรือทนายความ (solicitor) ดำเนินการให้ หลังจากตรวจสอบกรรมสิทธิ์เสร็จแล้ว และคำเสนอและคำสนองของผู้ซื้อและผู้ขายต้องตรงกัน ตัวแทนนายหน้าจะจัดเตรียมสัญญาซื้อขายให้คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายลงนาม โดยคู่สัญญาจะกำหนดวันที่สัญญาจะมีผลบังคับใช้ (completion date) โดยทั่วไป คือ ประมาณ 2 สัปดาห์นับจากวันที่ลงนามในสัญญา ในวันลงนามสัญญา (exchange) ปกติผู้ซื้อต้องวางมัดจำไว้ก่อน เงินมัดจำของผู้ซื้อที่จ่ายให้กับตัวแทนนายหน้าจะนำไปฝากไว้ในบัญชี escrow หรือ trust ของตัวแทนนายหน้าจนกว่าจะดำเนินการตามสัญญาซื้อขายเสร็จ

(2) ระยะหลังลงนามในสัญญา คู่สัญญาทั้งสองฝ่ายมีภาระหน้าที่ต่อกันตามกฎหมายที่ต้องปฏิบัติตามสัญญา ภายใต้สิทธิที่เรียกว่า cooling-off rights ซึ่งได้แก่สิทธิที่จะยกเลิกการซื้อโดยไม่ถือว่าเป็นความผิดของผู้ซื้อหากทำภายในเวลาที่กำหนด เมื่อคู่สัญญาปฏิบัติตามสัญญาแล้ว เมื่อถึงวันที่สัญญาจะมีผล (completion date) คู่สัญญาจะไปดำเนินการจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขาย ณ สำนักงานที่ดิน ซึ่งการจดทะเบียนที่ดินของประเทศออสเตรเลียเป็นระบบการจดทะเบียนกรรมสิทธิ์ (registration of title) หรือที่เรียกว่า Torrens system กล่าวคือ สำนักงานที่ดินจะดำเนินการเปลี่ยนชื่อเจ้าของกรรมสิทธิ์ในโฉนดตัวจริง

(original title) ซึ่งเก็บไว้ที่สำนักงานที่ดินทั้งในรูปของเอกสารอิเล็กทรอนิกส์และในรูปของกระดาษ และออกสำเนาโฉนด หรือ certificate of title ให้กับผู้ซื้อ

กฎหมายดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในประเทศออสเตรเลีย ได้แก่ กฎหมายควบคุมการประกอบอาชีพตัวแทนนายหน้า (estate agent) เนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ของประเทศออสเตรเลีย ตัวแทนนายหน้า มีบทบาทอย่างมาก เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้องอาศัยความเชี่ยวชาญสำหรับการทำธุรกรรมที่เกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รัฐบาลของแต่ละมลรัฐและดินแดนของประเทศออสเตรเลียจึงได้ดำเนินการออกกฎหมายควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้าเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคจากการเอาเปรียบของตัวแทนนายหน้า โดยกฎหมายของมลรัฐต่างๆ จะกำหนดให้การประกอบอาชีพตัวแทนนายหน้าจำเป็นต้องได้รับใบอนุญาต และการดำเนินกิจกรรมของผู้ประกอบอาชีพดังกล่าวมีข้อจำกัดตามที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ตัวอย่างเช่น กฎหมายของมลรัฐนิวเซาท์เวลส์ (New South Wales) ประกอบด้วย

(1) Property, Stock and Business Agents Act 2002 ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ควบคุมการเป็นตัวแทนนายหน้า อันได้แก่ การกำหนดมาตรฐานการอนุญาตห้ามมิให้นายหน้ากระทำการแทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในเวลาเดียวกัน การห้ามมิให้นายหน้าและตัวแทนขายอสังหาริมทรัพย์ที่เป็นลูกจ้างของนายหน้าค้าอสังหาริมทรัพย์หาประโยชน์ในทรัพย์สินในฐานะนายหน้าในการขายทรัพย์สิน การนำบัญชีทรัสต์ (trust account หรือ escrow account) มาใช้ ตลอดจนการจัดตั้งกองทุนชดเชยความเสียหาย (compensation fund)

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

สำหรับประเทศไทย การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ทำกันอย่างง่าย ๆ ด้วยการเจรจาตกลงกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย จึงมักเกิดปัญหาที่ผู้ซื้อถูกผู้ขายโกงหรือหลอกลวงทำให้เสียเงินไปแล้วไม่ได้ทรัพย์สินที่ตนต้องการ ซึ่งประเทศไทยมีกฎหมายหลายฉบับที่ตราขึ้นเพื่อแก้ไขหรือบรรเทาปัญหาเหล่านั้น ได้แก่ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 และพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรการตามกฎหมายดังกล่าวมีลักษณะเป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาเมื่อเกิดความเสียหายแก่คู่สัญญาแล้ว และต้องอาศัยการฟ้องร้องบังคับคดีเพื่อการเยียวยานั้น ทำให้เกิดความล่าช้าและสิ้นเปลืองค่าใช้จ่ายโดยไม่คุ้มค่า เมื่อนำมาตรการตามกฎหมายเหล่านั้นมาเปรียบเทียบกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายควบคุมการดำเนินงานของตัวแทนนายหน้า (estate agent) จะพบว่ามีส่วนที่คล้ายคลึงกันในเรื่องของวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคเป็นสำคัญ และมีส่วนที่แตกต่างกันหลายประการ ได้แก่

(1) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยไม่มีการควบคุมผู้ที่กระทำการเป็นตัวแทนนายหน้าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ประเทศออสเตรเลียมีมาตรการดังกล่าว โดยกฎหมายกำหนดให้การเป็นตัวแทนนายหน้าต้องได้รับใบอนุญาตจากรัฐ

(2) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยเป็นมาตรการแก้ไขเยียวยาหรือการแก้ไขที่ปลายเหตุ ในขณะที่มาตรการตามกฎหมายตัวแทนนายหน้าของของประเทศออสเตรเลียมีมาตรการในเชิงป้องกันอยู่ด้วย ซึ่งก็คือ การกำหนดให้เงินที่ตัวแทนนายหน้าที่ได้รับใบอนุญาตได้รับในฐานะกระทำการแทนบุคคลอื่นอันเนื่องมาจากการทำงานที่ได้รับอนุญาตนั้น จะต้องฝากไว้ในบัญชีทรัสต์ (trust account) หรือบัญชีเอสโครว์ (escrow account)

(3) มาตรการตามกฎหมายของประเทศไทยไม่มีการกำหนดในเรื่องกองทุนประกันความเสียหายที่สามารถเยียวยาหรือแก้ไขความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อได้ทันที แตกต่างจากกฎหมายตัวแทนนายหน้าของประเทศออสเตรเลียที่กำหนดให้มีกองทุนชดเชยความเสียหาย (compensation fund) แก่บุคคลที่ได้รับความเสียหายจากความบกพร่องในหน้าที่ของตัวแทนนายหน้า

ปัจจุบัน หน่วยงานของรัฐในประเทศไทยพยายามที่จะเสนอกฎหมายเอสโครว์เพื่อนำระบบเอสโครว์มาใช้แก้ไขปัญหาการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้น ซึ่งผู้วิจัยจึงมีความเห็นในทางสนับสนุนให้มีการนำระบบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในรูปแบบเอสโครว์มาใช้ในประเทศไทย เนื่องจากการซื้อขายในประเทศไทยผู้ซื้อและผู้ขายมักดำเนินการกันเองโดยขาดความรู้ความชำนาญ จึงมักโดนเอารัดเอาเปรียบจากฝ่ายที่มีกำลังหรืออำนาจต่อรองมากกว่าซึ่งส่วนใหญ่คือฝ่ายผู้ขาย จึงควรมีกฎหมายรองรับให้มีการใช้คนกลางเข้ามาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย โดยมีข้อเสนอแนะบางประการดังนี้

(1) ควรมีการประชาสัมพันธ์ให้เห็นถึงข้อดีของการใช้คนกลางมาดูแลผลประโยชน์ มิเช่นนั้น กฎหมายจะไม่มีประโยชน์ ถ้าไม่มีคนใช้

(2) ควรพิจารณานำระบบการเปิดบัญชีทรัสต์หรือบัญชีเอสโครว์มาใช้ โดยอาจบังคับให้ธุรกรรมซื้อขายต้องมีการเปิดบัญชีทรัสต์หรือบัญชีเอสโครว์เพื่อป้องกันปัญหาการเสียเงินไปก่อนที่จะได้รับทรัพย์สินมาอันเป็นมาตรการป้องกันล่วงหน้า

(3) ควรพิจารณานำระบบกองทุนชดเชยหรือประกันความเสียหายมาปรับใช้เพื่อเพิ่มช่องทางในการเยียวยาความเสียหายของคู่สัญญาโดยเฉพาะฝ่ายผู้ซื้อให้ได้รับการเยียวยาทันที

(4) ควรใช้มาตรการอื่นเสริม เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจในสิทธิของผู้บริโภค และแนวทางในการป้องกันสิทธิของผู้บริโภค เพื่อให้ผู้บริโภคป้องกันตนเองจากการเอารัดเอาเปรียบ อันจะเป็นการแก้ไขปัญหาที่เกิดผลอย่างแท้จริง

## บรรณานุกรม

### ภาษาไทย

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

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

### กฎหมายไทย

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

### ภาษาอังกฤษ

[http://learnline.cdu.edu.au/units/contestedknowledges/Issues\\_Land.html](http://learnline.cdu.edu.au/units/contestedknowledges/Issues_Land.html)

[www.dia.wa.gov.au/Land/Facts/Q11.aspx](http://www.dia.wa.gov.au/Land/Facts/Q11.aspx)

<http://www.justlanded.com>

### กฎหมายออสเตรเลีย

มลรัฐนิวเซาท์เวลส์ Property, Stock and Business Agents Act 2002

Property, Stock and Business Agents Regulation 2003