

มาตรการป้องกันและแก้ไขการกระทำผิดเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

นอกเหนือจากความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา

จากบทที่แล้วในส่วนของการดำเนินการดำเนินคดีกับผู้ประกอบการ จะเห็นได้ว่ายังประสบปัญหาอีกทั้งในส่วนของการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา เช่น ปัญหาการรวบรวมพยานหลักฐาน รวมถึงการฟ้องร้องในทางคดีว่าจะชนะหรือไม่ ดังปรากฏจากคำพิพากษาส่วนใหญ่ศาลจะพิพากษายกฟ้องผู้ประกอบการในความผิดฐานฉ้อโกงหรือฉ้อโกงประชาชน แต่ถึงแม้ว่าศาลจะพิพากษาลงโทษหรือพิพากษาให้ชดเชยค่าเสียหาย โอกาสที่ผู้เสียหายจะได้รับชดเชยค่าเสียหายก็มีน้อยมาก ทั้งนี้เพราะผู้ประกอบการมักจะไม่มียุติกรรมเหลืออยู่เพียงพอที่จะนำมาเฉลี่ยชดเชยได้ เนื่องจากผู้บริโภครู้สึกถึงความเสียหายในเรื่องหนึ่ง ๆ มีเป็นจำนวนมากหรือในบางครั้งผู้ประกอบการก็อาจหลบหนีปิดกิจการไปก่อนที่จะมีการฟ้องคดีด้วยซ้ำ ฯลฯ¹

ดังนั้นจึงเพียงมาตรการทางอาญาจึงไม่อาจนำมาใช้ป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวได้อย่างมีประสิทธิภาพและได้เพียงโทษทางอาญาอย่างเดียวก็ยังไม่อาจบรรลุดังวัตถุประสงค์ในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นอย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้นจึงต้องมีมาตรการอื่น ๆ ที่จะนำมาช่วยส่งเสริมให้สามารถเยียวยาความเสียหายแก่ผู้บริโภคอย่างได้ผลเต็มที่ โดยในบทนี้จะแบ่ง เรื่องที่ศึกษาออกเป็น

1. มาตรการทางกฎหมายอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายอาญา
2. มาตรการเสริม
3. มาตรการทางกฎหมายและมาตรการเสริมของต่างประเทศ

¹ กุศล พลวัน .การละเมิดสิทธิผู้บริโภคด้านที่อยู่อาศัย , หน้า 22-23

อย่างไรก็ตามผู้วิจัยพบว่ามาตรการต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่อาจนำมาใช้แก้ปัญหามิถุนนการมี พฤติกรรมของผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตในภายหลังได้ โดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 เน้น ในเรื่องการต้องขออนุญาตจัดสรรที่ดิน, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 โดยสาระสำคัญ แม้จะคุ้มครองผู้บริโภคได้พอสมควร แต่ก็ยังเป็นกฎหมายในส่วนแห่งเป็นส่วนไหนแม้จะมีโทษในทาง อาญาบ้างก็ตามและเน้นในเรื่องของการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรม ในส่วนของพระราชบัญญัติอาคารถุด พ.ศ. 2522 จะเน้นในเรื่องการบริหารจัดการอาคารชุด เป็นต้น ซึ่งไม่ว่าจะเป็นมาตรการทาง กฎหมายใดก็ยังไม่อาจเอาผิดกับผู้ประกอบการซึ่งมีเจตนาทุจริตในภายหลังได้ และกฎหมายแต่ละ ฉบับก็ยังคงมีปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้เช่นกัน ดังจะได้อธิบายในรายละเอียดดังนี้

4.1. มาตรการทางกฎหมายอื่นนอกเหนือจากประมวลกฎหมายอาญา

ในส่วนของมาตรการทางกฎหมายอื่น ๆ อาทิเช่น ประมวลกฎหมายที่ดิน , ประกาศ คณะปฏิวัติฉบับที่ 286 , พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 หรือพระราชบัญญัติอาคารถุด พ.ศ. 2522 ซึ่งผู้เขียนได้กล่าวมาบ้างแล้วในบทที่ 2 ดังนั้นในส่วนนี้จะกล่าวถึงเฉพาะในส่วนของ ปัญหาและอุปสรรคในการใช้กฎหมายแต่ละฉบับเท่าที่เกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพราะ อาจกล่าวได้ว่ากฎหมายที่จะใช้เป็นเครื่องมือในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศได้จะ ต้องมีความเป็นธรรมและมีความยืดหยุ่นเพื่อให้สามารถเข้าได้กับการเปลี่ยนแปลงของสังคมและ ควบคุมการใช้ดุลพินิจของพนักงานเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง

4.1.1 ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 (พ.ศ. 2515)

โดยที่กฎหมายฉบับนี้มีการบัญญัติมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2515 ซึ่งในขณะนั้นสภาพการต่าง ๆ เช่น การแข่งขันทางธุรกิจ , วิธีการดำเนินการทางธุรกิจยังไม่ยุ่งยากซับซ้อน แต่ในปัจจุบันสภาพ การแข่งขันมีมากขึ้น โดยเฉพาะในการประกอบธุรกิจที่อยู่อาศัย เพราะขณะนี้ธุรกิจนี้กำลังอยู่ใน ภาวะล้นตลาด (OVER-SUPPLY) ผู้ประกอบการจึงต้องพยายามให้โครงการที่ตนทำมาสามารถ ระบายออกไปได้เร็วที่สุด ซึ่งต่างคนต่างต้องแสวงหาวิธีการให้ตนได้เปรียบผู้อื่น จึงมีวิธีการที่ ซับซ้อนมากขึ้น โดยที่กฎหมายเองไม่สามารถเข้าไปควบคุมหรือแก้ไขปัญหานั้นได้ ทั้งนี้

อาจเป็นเพราะความฉ้อฉลของกฎหมายนั่นเอง ดังนั้นกฎหมายฉบับนี้จึงยังมีปัญหาและอุปสรรคอยู่บ้าง เช่น

1) ตามประกาศฉบับนี้กำหนดให้ผู้จำหน่ายที่ดินติดต่อกันเป็นแปลงย่อยตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปต้องขออนุญาตจัดสรรที่ดินก่อน โดยมีคณะกรรมการทำหน้าที่ควบคุมการจัดสรรที่ดิน มีอำนาจหน้าที่ต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด แต่เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ยอมถูกบังคับตามกฎหมาย อาจทำให้ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินหลบเลี่ยงได้ เช่นซื้อที่ดินมาเพื่อจะจัดสรรแบ่งขาย แต่กลับแจ้งเจ้าหน้าที่ว่าซื้อเพื่อปลูกสร้างอย่างอื่น ๆ หรือมีการแบ่งแยกเพียงเก้าแปลง เพื่อไม่ให้ให้อยู่ในข่ายที่จะต้องขออนุญาตจัดสรรที่ดิน²

2) กฎหมายฉบับนี้มุ่งควบคุมการจัดสรรที่ดินแท้จริงแต่เน้นบังคับในด้าน "ผู้จัดสรร" ไม่ได้บังคับเจ้าหน้าที่หรือบุคคลอื่นใดที่เกี่ยวข้อง ทำให้ในบางกรณีคณะกรรมการอาจไม่คำนึงถึงว่าผู้มาขอแบ่งแยกจะเข้าข่ายการจัดสรรและผิดกฎหมายหรือไม่³

3) ประการข้อ 13 กำหนดให้ผู้ขอทำการจัดสรรที่ดินต้องจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินที่คณะกรรมการเห็นชอบเข้ามาทำสัญญาประกัน เพื่อจะจัดสรรที่ดินได้ก่อนออกใบอนุญาตซึ่งจริง ๆ แล้วน่าจะเป็นการดี เพราะการกำหนดเช่นนี้จะทำให้เห็นถึงความมั่นคงและฐานะทางการเงินของผู้ขอ ทั้งนี้เนื่องจากการธนาคารหรือสถาบันการเงินใดจะมาทำสัญญากำประกันนั้นต้องปรากฏว่าผู้นั้นเคยเป็นลูกค้ามาก่อนและมีฐานะทางการเงินดี ไม่เคยมีประวัติเสียด้านการเงิน แต่ก็อาจเป็นช่องว่างให้เกิดการคดโกงได้ โดยทำให้นักฉวยโอกาสฉวยโอกาสจับเสือมือเปล่าได้ เช่นผู้ที่จะขออนุญาตจำหน่ายเงินจำนวน 2 ล้านบาท ไปวางมัดจำซื้อที่ดิน 100 ไร่ แล้วนำไปขออนุญาตจัดสรร โดยในระหว่างนั้นก็ยื่นให้เจ้าพนักงานทำการรังวัดแบ่งแยกที่ดิน เมื่อเขามีสิทธิที่จะทำการ

² "บ้านจัดสรร" วารสารธุรกิจที่ดินฉบับ 60 พ . 7 (2532) หน้า 16.

³ สนิท ศรีทเมวัน, "การจัดสรรที่ดินของเอกชน" วารสารที่ดิน . 22, 2 (มีนาคม-เมษายน) 2519, หน้า 35-36.

จัดสรรที่ดินได้ก่อนมิใช่ใบอนุญาตดังนั้นจึงมีสิทธิโฆษณาโครงการ, วิธีการจัดสรรที่ดิน และหากปรากฏว่าในระหว่างนั้นสามารถขายที่ดินได้หมดซึ่งอาจได้เงินเป็นจำนวนถึง 40-50 ล้านบาท เช่นนี้อาจหลบหนีไปพร้อมเงินจำนวนมาก⁴ ทำให้คนที่ซื้อขายได้เงินไปเป็นจำนวนมากและมีการหลีกเลี่ยงจัดสรรที่ดินโดยไม่ขออนุญาต

4) ประกาศฉบับนี้มีผลใช้บังคับเฉพาะการจัดสรรที่ดินซึ่งมีโฉนดที่ดินเป็นหลักภูมิตั้งนั้นผู้ซื้อที่ดินจัดสรรที่มีหลักฐานเป็นหนังสือรับรองการหาประโยชน์จึงไม่ได้รับการคุ้มครอง

จะเห็นได้ว่าประกาศคณะปฏิวัติฉบับ 286 นี้ยังคงไม่รัดกุมเพียงพอ ไม่ก้าวทันต่อสถานการณ์ของการพัฒนาธุรกิจจัดสรร ทั้งนี้เพราะความล่าช้าในการบัญญัติขึ้นเอง ดังนั้นจึงน่าจะมีการแก้ไขวิธีการและแนวความคิดในการจัดสรรที่ดิน โดยน่าจะมีการพัฒนาและปรับปรุงให้ทันสมัย เพราะการตรวจกฎหมายเดิมมักจะหาอย่างวิธวิธีอันไม่ได้ผ่านกระบวนการกลั่นกรองของกฎหมายตามระบอบประชาธิปไตย จึงได้มีการยกว่าพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน⁵ ขึ้นโดยสรุปมีข้อความเพิ่มเติมในสาระสำคัญ เช่น

ก. การขอยกความหมายของ "การจัดสรรที่ดิน" ให้หมายความรวมถึงการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไม่ถึง 10 แปลง และขยายความรวมไปถึงเมื่อปรากฏต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าการจัดสรรที่ดินรายใดขัดต่อกฎหมายนี้ทางมิให้พนักงานเจ้าหน้าที่รับค่าเงินการให้⁶

ข. สิทธิในที่ดิน ให้หมายความถึงกรรมสิทธิและสิทธิครอบครองด้วย ดังนั้นหากเป็น

⁴ สุชาติ มงคลเลิศผล, "มาตรการทางกฎหมายเพื่อกำกับดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดิน," วารสารที่ดิน 41, 1 (มกราคม-กุมภาพันธ์ 2538) หน้า 33.

⁵ มานพ พงศ์ภัค, "กลยุทธ์เชิงพาณิชย์ยุคใหม่ 6" .ในรวมสุดยอดงานเขียนของมานพ พงศ์ภัค, ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2539) หน้า 179

⁶ สนิท ศรีพนมวัน, การจัดสรรที่ดินของเอกชน, หน้า 36

การจากนายที่ดินที่เป็น นส.3ก ก็ต้องขออนุญาตจัดสรร เพื่อคุ้มครองผู้วิกลจริตให้ถูกระงับการ หลีกเลียงกฎหมายแต่อาจมีผลเสีย คือ ในกรณีนี้เมื่อนำไปออกโฉนดแล้วเนื้อที่ลดลง หรือ นส.3ก. นั้นได้มาโดยมิชอบ เช่นนี้อาจเกิดความไม่มั่นใจในการออกใบอนุญาตจัดสรร ทั้งนี้เพราะอาจมีการ สมยอมระหว่างผู้ทำการจัดสรรและหน่วยงานที่ออกใบอนุญาต ⁷

ก. อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการในการให้ความเห็นชอบกับแบบมาตรฐานของสัญญา จะซื้อขายและกำหนดให้สัญญาต้องมีบังคับใช้ได้ เพียงเท่าที่เป็นธรรมและเหมาะสมแก่กรณีเท่านั้น

ง. อัตราโทษรุนแรงขึ้น

จ. การกระจายให้จังหวัดสามารถออกใบอนุญาตจัดสรรได้ โดยสร้างมาตรฐานที่ เหมาะสมของแต่ละจังหวัดเอง ทั้งนี้จะยึดถือมาตรฐานกลางเป็นหลักและต้องได้รับอนุญาตจาก คณะกรรมการกลางก่อน ⁸

ฉ. ให้สิทธิแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรที่จะชำระค่าที่ดินตามสัญญาแก่สถาบันการเงินหรือองค์กร ที่ผู้จัดสรรกำหนด (มาตรา 31 วรรค 2) ซึ่งเป็นพื้นฐานของระบบ ESCROW แต่ทั้งนี้เนื่องจากเป็น เพียงให้สิทธิแก่ผู้ซื้อ แต่ไม่เกี่ยวข้องกับทุกโครงการที่ขอจัดสรรจะต้องจัดทำ

ช. ความพระราชบัญญัตินี้ยังขาดปะเด็น เรื่อง "นิติบุคคลบ้านจัดสรร" โดยแต่ละประเทศ จะมี "นิติบุคคลบ้านจัดสรร" (CCR = CONDITIONS CONVENANTS REGULATION) ซึ่งจะคล้าย ๆ กับ "นิติบุคคลอาคารชุด" ⁹

⁷ ประชาชาติธุรกิจ . (จันทร์ที่ 27 - พุธ 29 พฤษภาคม 2539) หน้า 4

⁸ มานพ พงศ์ภัต, กลยุทธ์อสังหาริมทรัพย์ยุคใหม่ 6, หน้า 181

⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 183

ซ. เกี่ยวกับข้อกำหนดในรายละเอียดปลีกย่อย เช่น สาธารณูปโภคต่าง ๆ ถนน ทางเท้า ระบบการระบายน้ำ ไฟฟ้า ประปา โทรทัศน์ สาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ (ข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2530) เป็นข้อกำหนดปลีกย่อยและบังคับผู้ขอมากเกินไป ซึ่งทำให้มักจะมีการหลีกเลี่ยงการขออนุญาต อาทิ การกำหนดความกว้างของถนน การจัดให้มีสนามเด็กเล่น เหล่านี้ไม่อาจใช้ได้กับการจัดสรรที่ดินทุกรายและทุกพื้นที่ ทั้งนี้เพราะในเขตกรุงเทพมหานครหรือในเมืองกับชานเมืองความต้องการใช้ที่ดินแตกต่างกันไปประกอบกับขนาดของโครงการมีทั้งขนาดเล็กและใหญ่ ทั้งนี้น่าจะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้อย่างกว้าง ๆ โดยมีคณะกรรมการของแต่ละท้องถิ่นกำหนดโดยเฉพาะหรืออาจพิจารณาเป็นรายๆ แต่ต้องมีกรอบกำหนดไว้กว้าง ๆ เพื่อหลีกเลี่ยงการสมยอมกันระหว่างเจ้าพนักงานของรัฐและผู้ขออนุญาต

มีข้อนำส่งเกิดประการหนึ่ง คือ ตามประกาศข้อ 18 หลังจากได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการแล้วถ้าผู้มีผู้จัดสรรที่ดินทำนิติกรรมกับบุคคลใดอันก่อให้เกิดภาระแก่ที่ดินนั้น เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากคณะกรรมการ เนื่องจากสภาพของตลาดอสังหาริมทรัพย์อยู่ในภาวะซบเซาส่งผลให้ผู้ประกอบการขาดสภาพคล่องได้รับความเดือดร้อนจากการที่ต้องทวงหลักทรัพย์เพื่อค้ำประกันเงินกู้ยืมมาพัฒนาโครงการต่อ ซึ่งในทางปฏิบัติคณะกรรมการจึงน่าจะสมควรพิจารณาอนุมัติให้ผู้ขออนุญาตจัดสรรนำเอาที่ดินไปจำนองเพื่อนำเงินมาหมุนใช้พัฒนาโครงการ โดยใช้สิทธิตามกฎหมายที่ได้เปิดช่องไว้ ทั้งนี้ในขณะเดียวกันเพื่อไม่ให้เกิดผลกระทบต่อเนื่องไปถึงผู้ซื้อการพิจารณาอนุมัติต้องพิจารณาเป็นราย ๆ ตามความเหมาะสมและอาจอนุญาตเฉพาะที่ดินแปลงใหญ่ซึ่งไม่มีการแบ่งแปลงย่อยให้แก่ผู้ซื้อรายย่อย ทั้งนี้ต้องกำหนดให้สามารถนำไปก่อภาระผูกพันได้ไม่เกิน 50 % จากราคาประเมิน¹⁰ ทั้งนี้เพราะหากอนุญาตให้ที่ดินที่มีการแบ่งขายแปลงย่อยผู้ซื้อจะเสียเปรียบและเดือดร้อนหนัก หากปรากฏว่าในภายหลังผู้ขายไม่สามารถปลดจำนองได้ จะเป็นการอนุญาตหรือไม่จึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่ผู้ซื้อ

¹⁰ กึ่งธุรกิจ, (จันทร์ 24 กุมภาพันธ์ 2540) หน้า 9

และในส่วนองประกากข้อ 13 เรื่องการกำหนดให้ผู้อนุญาตการจัดสรรที่ดินต้องจัดหา
สถาบันการเงินทำสัญญาค้ำประกันเพื่อจัดสรรที่ดินได้ก่อนออกใบอนุญาต แม้จะเป็นการดีต่อผู้ซื้อ แต่
อาจเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจได้ จึงน่าจะกำหนดเฉพาะการจัดสรรที่ดินแปลงใหญ่หรือโครงการ
การขนาดใหญ่ เพื่อมิให้ผู้จัดสรรที่ดินแปลงเล็กที่ไม่อาจจัดหาสถาบันการเงินได้หลีกเลี่ยงการขอ
อนุญาตจัดสรรที่ดิน

จากที่ได้กล่าวถึงอุปสรรคและการแก้ไขปรับปรุงกฎหมาย จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของ
ประกาศคณะกรรมการปฏิวัติฉบับที่ 286 นี้ไม่อาจนำมาใช้แก้ปัญหาเกี่ยวกับปัญหาการฉ้อโกงของผู้ประกอบการ
ได้ จริงอยู่แม้จะกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องขออนุญาตจัดสรรที่ดิน ซึ่งเข้ามาสู่ระบบการควบคุมของ
รัฐ แต่โดยหลักการแล้วเป็นกฎหมายที่มุ่งผลในเรืองของการวางแผนผังโครงการ มิเพียงเรื่องการ
กำหนดให้ผู้อนุญาตจัดหาสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันเท่านั้นที่พอจะช่วยคุ้มครองผู้ซื้อได้
เพราะหากผู้อนุญาตไม่อาจหาเงินมีสาธาณูปโภคหรือบริการสาธารณะ ผู้ที่ประกันจะรับผิดชอบใช้เงินที่
คณะกรรมการค้ำประกันการไป แต่ประกาศข้อนี้ก็เ็นเรื่องของการจัดสาธารณูปโภค ซึ่งไม่ได้แก้ไข
ปัญหาเกี่ยวกับการฉ้อโกงเลย โดยมาตรการทางอาญาของกฎหมายนี้เป็นเพียงมาตรการเสริมเท่านั้น
นั้น ไม่ใช่ว่ามาตรการหลัก ดังจะเห็นได้จากอัตราโทษซึ่งอยู่ในระดับค่าและใช้เป็นเพียงเครื่องมือที่
ปฏิบัติตามข้อกำหนดในประกาศเท่านั้น ไม่ได้มุ่งที่จะเอาผิดกับผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกง
ผู้ซื้อเลย

4.1.2 พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522

พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคเป็นกฎหมายที่เปรียบเสมือนกฎหมายหลักของมาตรการ
ในการคุ้มครองสิทธิผู้บริโภค ทั้งนี้เนื่องจากหากในกฎหมายอื่น ๆ ไม่มีบทบัญญัติในการคุ้มครอง
ผู้บริโภคไว้โดยเฉพาะแล้ว จะอยู่ในความคุ้มครองของกฎหมายฉบับนี้ แต่เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้
มีการประกาศใช้มานานเกือบ 20 ปี โดยยังไม่มีการแก้ไขเลย ซึ่งจะเห็นได้ว่าปัจจุบันสภาพสังคม
เศรษฐกิจได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว การประกอบธุรกิจซื้อขายสินค้าและบริการมีความซับซ้อน
มากขึ้น ทำให้ผู้ประกอบการที่ไม่ซื่อสัตย์สุจริตอาศัยช่องว่างของกฎหมายใช้เล่ห์เหลี่ยมหลอกลวง
ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนและเศรษฐกิจของประเทศ ซึ่งถึงผลต่อการคุ้มครองผู้บริโภค

ด้วย ¹¹ โดยปัญหาบางประการที่ถือว่าเป็นอุปสรรคต่อการคุ้มครองผู้บริโภค เช่น

1) โทษตามพระราชบัญญัตินี้ยังมีระดับต่ำ ไม่สอดคล้องกับสภาพการกระทำผิดที่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้บริโภคและเศรษฐกิจส่วนรวมของประเทศ ทำให้ผู้ประกอบการเองไม่เกรงกลัวต่อโทษทางอาญา ทำให้เมื่อถูกลงโทษแล้วยังอาจกลับมากระทำผิดใหม่ได้ทันที ¹²

2) ขอบเขตความรับผิดชอบของคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ซึ่งต้องรับผิดชอบครอบคลุมทั่วประเทศในขณะที่มีอัตราค่าล้างจำกัลด ทั้งนี้เนื่องจากปัจจุบันยังอยู่ในระดับกอง ผังกัลด สำนักเลขาธิการรัฐมนตรี สำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจจำกัด แต่กลับต้องรับภาระที่หนัก ¹³

3) เนื่องจากพระราชบัญญัตินี้ไม่ได้ให้ความสำคัญคุ้มครองในด้านสัญญาแก่ผู้บริโภค ทำให้สิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาของประชาชนไม่ได้รับความคุ้มครอง โดยตามพระราชบัญญัติจะกล่าวถึงเฉพาะการโฆษณาที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้น ซึ่งพบว่าโดยทั่วไปสัญญาที่ผู้บริโภคทำกับผู้ประกอบการมักจะระบุเงื่อนไขที่ของผู้บริโภค แต่ในส่วนของผู้ประกอบการมักจะไม่ได้ระบุไว้ ทำให้ผู้บริโภคเสียเปรียบ

จากปัญหาที่เกิดจากความฉ้อฉลของกฎหมาย ดังนั้นจึงน่าจะมีการดำเนินการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยยิ่งขึ้น โดยในเดือนมกราคม 2541 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภคขึ้น โดยมีสาระสำคัญโดยย่อดังนี้ ¹⁴

¹¹ กุลพุด พอลวัน, การละเมิดสิทธิผู้บริโภคด้านที่อยู่อาศัย, หน้า 24

¹² เรื่องเดียวกัน, หน้า 25

¹³ เรื่องเดียวกัน, หน้า 6

¹⁴ พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2541

ก) กำหนดสิทธิที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญาไว้อย่างชัดเจน(มาตรา 3 ทวิ) เพื่อประโยชน์ในการกำหนดมาตรการคุ้มครองสิทธิอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น เช่น การเพิ่มเติมให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญา(มาตรา 14(3)) เป็นองค์กรที่ดำเนินงานคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในด้านสัญญา

ข) กำหนดเพิ่มบทบัญญัติเพื่อรองรับสิทธิของผู้บริโภคที่จะได้รับความเป็นธรรมในการทำสัญญา (ส่วนที่ 2 ทวิ การคุ้มครองผู้บริโภคด้านสัญญา)

ก) ปรับปรุงอัตราโทษเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตามพบว่ากฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถนำมาใช้กับกรณีที่อยู่ประกอบการมีเจตนาทุจริตฉ้อโกงที่อยู่ในส่วนที่ศึกษาเลย แม้จะปรับปรุงในเรื่องสัญญาที่มีความเป็นธรรมแก่ผู้ซื้อมากขึ้น ก็เป็นมาตรการในส่วนแห่งมิใช่มุ่งพิจารณาความผิดของผู้ประกอบการที่มีเจตนาฉ้อโกง เช่นเดียวกับประกาศคณะกรรมการปฏิวัติฉบับที่ 286 นั้นเอง

4.1.3 พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2535

แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้เพิ่งจะมีการตรวจออกมาใช้บังคับเพียงไม่กี่ปี แต่หากพิจารณาแล้วพบว่าในบางมาตรายังไม่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้ เช่น

1) ไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กำหนดรูปแบบว่าอาคารชุดจะต้องมีลักษณะเป็นอาคารสูงและไม่ได้กำหนดขนาดความสูงของอาคารว่าต้องมีลักษณะเป็น เช่นไร. ไม่ได้กำหนดลักษณะสำคัญที่ชี้ว่าจะไร เป็นอาคารชุด ถือการจัดแบ่งกรรมสิทธิ์ว่าสิ่งใด เป็นทรัพย์สินส่วนบุคคลส่วนตัว เป็นทรัพย์สินส่วนกลางยังไม่ชัดเจน ¹⁵ ดังนั้นจึงอาจเป็นช่องโหว่ให้ผู้ประกอบการสามารถฉ้อโกงได้

¹⁵ เรวดี ฉ่ำเฉลิม. "กอนโถมิเนียนกับความมั่นคงทางเศรษฐกิจ" เอกสารพิมพ์ของ
วิชาการของสำนักงานยุติการเขต 1 หน้า 34

หรือหาวน้ำเฮาผีมาตทะเลเบียนอาคารชุด เพื่อเลี้ยงกฎหมายจัดสรรที่ดินก็ได้

ดังนั้นหากจะแก้ไขค่านิยมอาคารชุดให้ชัดเจน โดยอาจกำหนดลักษณะอาคารชุด ที่เรียกว่าควรเป็นอย่างไร, ความสูงเท่าไร, จำนวนห้องชุด เป็นต้น เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้น โดยเฉพาะปัญหาเรื่องแนวคิด "บ้านกอนโดฯ" ¹⁶

2) ก่อนมีการขออนุญาตอาคารทะเลเบียนอาคารชุด ผู้ขายไม่ต้องขออนุญาตก่อสร้างอาคาร ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จึงอาจมีการจ้างสถาปนิกเขียนภาพต่าง ๆ ของอาคารชุดและโฆษณาขายใบจอง เก็บเงินมัดจำ เมื่อได้ยอดขายก็มักกับทุนจึงจะยื่นเรื่องขออนุญาตต่อไป แต่ถ้าขายไม่ได้ถึงเป้าหมายก็อาจล้มเลิกโครงการ โดยอาจคืนเงินให้แก่ผู้ถือหุ้นหรือบางรายก็ฉ้อโกงผู้ซื้อไม่คืนเงินให้เลย ¹⁷

3) ธุรกิจอาคารชุดหรือกอนโด ฯ ก็เป็นเรื่องเกี่ยวกับธุรกิจบ้านจัดสรรซึ่งเป็นธุรกิจเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย โดยในขณะนี้มีมาตรการควบคุมเรื่องการเงินสินเชื่อ ทำให้หลายโครงการหาแหล่งเงินไม่ได้อาจล้มเลิกโครงการ ดังนั้นหากมีการแก้ไขกฎหมายอนุญาตให้คนต่างด้าวมีสิทธิซื้ออาคารชุดได้ก็อาจทำให้ธุรกิจไม่ตัวได้ ¹⁸

¹⁶ "บ้านกอนโดฯ " ชื่องิ้วทางกฎหมายที่รัฐบาลต้องแก้ไข, วารสารธุรกิจที่ดิน , 86 (กันยายน - ตุลาคม 2535) หน้า 127, 130-131

"บ้านกอนโด ฯ เป็นรูปแบบหนึ่งของกอนโด ฯ อยู่อาศัยแนวราบในลักษณะบ้านเดี่ยวหรือทาวน์เฮาส์ที่ขอลทะเลเบียนเป็นอาคารชุด ... โดยผู้ซื้อจะได้กรรมสิทธิ์ในห้องชุด แต่จะไม่มีกรรมสิทธิ์ที่ดินและไม่สามารถต่อเติม หรือถอนหรือตัดแปลงอาคารได้..."

¹⁷ เรวดี ฉ่ำเฉลิม, กอนโดมิเนี่ยมกับความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หน้า 36

¹⁸ เรื่องเดียวกัน, หน้า 38

4) โดยที่พระราชบัญญัติอาคารชุดตั้งแต่เริ่มใช้ยังไม่ได้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงเลย โดยหลักการใหญ่ของกฎหมายฉบับนี้มุ่งคุ้มครองการบริหารโครงการหรือนิติบุคคลอาคารชุด แต่ปัญหา ก่อนการซื้อขาย เช่น การโฆษณาขายการก่อสร้าง , การหาสัญญาจะซื้อขาย , การจดทะเบียน อาคารชุด การแบ่งสัดส่วนของกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินส่วนบุคคลและทรัพย์สินส่วนกลางยังไม่รัดกุมเพียงพอ¹⁹ ซึ่งน่าจะมีการแก้ไขในจุดนี้ต่อไป

โดยหลักการของกฎหมายนี้เป็นเรื่องการจัดการอาคารชุด การขออนุญาตจดทะเบียน อาคารชุดหรือไม่เป็นความสมัครใจของผู้ขอ หากไม่ขอจดทะเบียนอาคารชุดก็ไม่อยู่ในความคุ้มครอง ของพระราชบัญญัตินี้ ประกอบกับพระราชบัญญัตินี้มิได้มีมาตราใด เเลยระบุถึงความรับผิดชอบของผู้ขอ จดทะเบียนอาคารชุด ดังนั้นหากมีการกำหนดให้ผู้ขอจดทะเบียนต้องขออนุญาตก่อสร้างอาคารก่อนก็ คงเป็นการดี แต่ถึงอย่างไรก็ตามก็ยังมีอำนาจมาใช้แก้ปัญหานี้ในเรื่องการทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบ การใด้อยู่ และพระราชบัญญัติฉบับนี้ก็มิได้มีมาตรการทางอาญาแต่ประการใด

4.1.4 พระราชบัญญัติว่าด้วยสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540

ดังจะเห็นได้ว่าการหาสัญญาจะซื้อขายบ้านจัดสรร, ที่ดินหรืออาคารชุดนั้น ผู้ซื้อ ไม่มีอำนาจต่อรองแต่อย่างใด โดยผู้ขายซึ่งเป็นฝ่ายที่ได้เปรียบในทางเทคนิคของวิชาชีพซึ่งรู้ถึง ความผูกพันที่จะกำหนดไว้ล่วงหน้าในสัญญา ซึ่งผู้ซื้อหรือผู้บริโภคจากต้องยอมรับเข้าทำสัญญา เพราะอยู่ในฐานะที่ไม่สามารถต่อรองกับผู้ขายในลักษณะเท่าเทียมกัน ดังนั้นสัญญาที่เกิดขึ้นจึงอยู่ในรูปแบบของ สัญญาสำเร็จรูปซึ่งเป็นสัญญาที่มีการพิมพ์ข้อกำหนดส่วนใหญ่เรียบร้อยแล้ว เช่นนี้อาจทำให้ผู้ขายใช้ ความได้เปรียบนี้กำหนดข้อสัญญาตามอำเภอใจโดยอาจไม่เป็นธรรมแก่ผู้ซื้อ²⁰ เช่น ในสัญญา จะซื้อขายบ้านจัดสรร ผู้ขายมักกำหนดระยะเวลาการชำระเงินค่าของของผู้ซื้อไว้แน่นอนว่า ต้องผ่อนทีงวด หากผิดนัดหรือผิดสัญญาจะเป็นอย่างไร ฯลฯ แต่ในฝ่ายของผู้ขายในบางรายกลับ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ซื้อไว้เลย เช่นนี้จะมิใช่หลักการที่จะสามารถ

¹⁹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 40

แก้ไขเยียวยาความไม่ เป็นธรรมที่เกิดจากข้อกำหนดที่มีลักษณะไม่เท่าเทียมกัน

จึงน่าจะมีการใช้อำนาจศาลยุติธรรมในการใช้ดุลพินิจในการกำหนดให้ผลของสัญญา บางประเภทที่มีความสำคัญและวิฤตกระทบต่อส่วนรวมต้องเป็นธรรม และหลวมกว่าแก่กรณีเพื่อให้เกิดความสงบสุขแก่สังคม ทั้งนี้ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 โดยมีผลบังคับใช้ประมาณเดือนพฤษภาคม 2541 กำหนดให้ข้อสัญญาซึ่งมีผลบังคับได้ตาม ที่คู่สัญญาตกลงกันไว้และไม่เป็นโมฆะ เพียงแต่ศาลมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจอ้างกับให้เพียงบางส่วน ที่เห็นว่าเหมาะสมและเป็นธรรม การจำกัดสิทธิในการแสดงเจตนาของคู่สัญญาตามหลักเกณฑ์นี้ น่าจะเป็นหลักเกณฑ์ที่สามารถควบคุมการแสดงเจตนาของคู่สัญญาให้เกิดความเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น ทำให้การแข่งขันเป็นไปโดยความสงบเรียบร้อย คู่สัญญาสามารถปฏิบัติความเจือปนไขของสัญญาได้ดี กว่ากว่าที่จะบังคับคู่สัญญา ²¹ อย่างไรก็ตามการใช้ดุลพินิจของศาลคงต้องมีหลักเกณฑ์การพิจารณา โดยจะต้องพิจารณาโดย เคารพต่อเจตนาของคู่สัญญาด้วยและบังคับให้ตามเห็นตามหลักความศักดิ์สิทธิ์ ของเจตนาและหลักเสรีภาพในการทำสัญญา ²²

เมื่อพระราชบัญญัติสัญญามาตรฐานประกาศใช้ปัญหาที่ผู้บริโภคเผชิญอยู่ในการที่ต้อง เสียเปรียบจากภาวะที่ผู้ประกอบการอาจเฝ้าระวังของตัวสัญญาที่ถ่วงเทไป เพราะเห็นพยามาตรฐาน จะระบุหน้าที่ของทั้งสองฝ่ายไว้อย่างชัดเจนและเป็นธรรมสำหรับคู่สัญญา เช่น ระบุว่าผู้ขายต้อง ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกี่วัน , ข้อกำหนดเรื่องวัสดุก่อสร้าง, ข้างฝีมือดี , สาธารณูปโภค , หากการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จหรือไม่เป็นไปตามที่ตกลงต้องมีการชำระค่าปรับอย่างไร เป็นต้น ²³

สถาบันวิทยบริการ

จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

²⁰ คาราวพร เดชะภาณุ, "ข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา", วารสารนิติศาสตร์ ,16,3 (กันยายน - ตุลาคม 2529) หน้า 132-134

²¹ ภาคอุทร กุลสิมพันธ์, "ข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม", วารสารธรรมนิทัศน์ เอกสารภาควิชากร , 17 ,196 (มกราคม 2541) หน้า 82-84

²² คาราวพร เดชะภาณุ ,อ้างแล้ว หน้า 145

²³ "สัญญาามาตรฐานสินค้า) ของผู้บริโภค" , กึ่งธุรกิจ , (กุมภาพันธ์ 2540) หน้า 10.

ซึ่งพระราชบัญญัตินี้จะ เป็นเสมือนกฎหมายหลักในการให้ความคุ้มครองผู้ถือหุ้นส่วนของการทำสัญญา ให้เป็นธรรมทั้งสองฝ่าย ไม่มีฝ่ายใดได้เปรียบหรือเสียเปรียบ

อาจกล่าวได้ว่าหากพระราชบัญญัตินี้ประกาศใช้ก็จะทำให้ผู้ซื้อได้รับความ เป็นธรรม มากขึ้น เพราะนอกจากการฟ้อง เรียกเงินที่ชำระไปเกินตามหลักสัญญาแล้ว อาจมีการเรียกค่าปรับ ต่าง ๆ โด่ลิกและเมื่อกำหนดค่าก่อสร้างให้แล้วเสร็จภายในกี่วัน ทำให้สิทธิของผู้ซื้อที่จะเกิดมีขึ้น ในกรณีผู้ขายผิดสัญญาปรากฏชัดเจนนั้น ไม่ต้องรอ เป็นระยะเวลาจนถึงจะฟ้องร้องผู้ขายในฐานะผิด สัญญาได้ ทั้งนี้เพราะสัญญาในปัจจุบันมักไม่กำหนดระยะเวลาก่อสร้างไว้

อย่างไรก็ดีจะเห็นได้ว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายในส่วนแห่ง ซึ่งไม่อาจนำมา ใช้ป้องกันหรือแก้ปัญหาในเรื่องเจตนาทุจริตฉ้อโกงของผู้ขายได้เลย และอาจยังทำให้เอาผิดกับ ผู้ประกอบการที่มีเจตนาฉ้อโกงภายหลังได้ยากขึ้นอีก เพราะต่างก็อ้างว่าเป็น เรื่องผิดสัญญาแน่นอน ซึ่งแม้จะเป็นการดี เพราะเป็นการอุดช่องว่างของตัวสัญญาที่ผู้ซื้อเสียเปรียบ แต่ก็ไม้อาจเป็น หลักประกันที่ผู้ซื้อจะได้รับเงินคืนหรือได้รับค่าปรับเพิ่มอีก เพราะจากที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การ ฟ้องร้องคดีเรียกร้องเงินต่าง ๆ มักใช้เวลานานและไม่แน่ว่าจะชนะหรือไม่ และมีค่าใช้จ่ายสูง มิ การชำระค่าขึ้นศาลซึ่งคิดตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้อง ทั้งนี้ยังมีค่าใช้จ่ายในส่วนค่าทนายความ (ในกรณีผู้เสียหายดำเนินการฟ้องร้องเอง) ซึ่งเป็นค่าใช้จ่ายที่มากพอสมควรและที่สำคัญคือเสียไป แล้วจะบังกับก็เอากับผู้ประกอบการได้หรือไม่ และนี่มีความจำเป็นใด ๆ ที่ผู้เสียหายต้องเสียค่า ใช้จ่ายใด หากมีมาตรการที่กำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการให้เหมาะสม

ทั้งนี้อาจสรุปถึงมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวได้ โดยพิจารณาถึงรูปแบบ วิธีการ ปังกับใช้และผลที่ได้รับได้ดังนี้

1. รูปแบบของกฎหมาย

ส่วนใหญ่เป็นมาตรการทางบริหาร โดยกำหนดให้คณะกรรมการหรือเจ้าหน้าที่ของ รัฐเป็นผู้พิจารณาและดำเนินการตามที่กำหนดในกฎหมายแต่ละฉบับ โดยมีมาตรการทางอาญา เช่น โทษปรับ ,จำคุก เป็นมาตรการบังคับให้เป็นไปตามที่กำหนด หากฝ่าฝืนต้องถูกลงโทษ โดยมีเพียง พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้นที่ไม่มีมาตรการทางอาญา เลย

2. วิธีการบังคับใช้

เป็นการให้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้พิจารณาขอต่าง ๆ ทั้งนี้ เฉพาะพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมเท่านั้นที่ให้ดุลพินิจแก่ผู้พิพากษา

3. ผลที่ได้รับ

ยังไม่อาจนำมาใช้แก้ปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการมีผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกงผู้ซื้อได้ เพราะล้วนแล้วแต่เป็นกฎหมายในส่วนแบ่ง ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ประกอบการที่ทุจริตไว้เลย แม้จะสามารถคุ้มครองผู้บริโภคต่าง ๆ เช่นการคุ้มครองด้านสัญญา ,ด้านการโฆษณา โดยกฎหมายแต่ละฉบับยังคงมีปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้ เช่นกัน

จากมาตรการเหล่านี้จะเห็นได้ว่าล้วนแล้วแต่เป็นมาตรการทางบริหาร โดยมีการใช้บทลงโทษทางอาญาบ้างพอสมควร เช่น โทษปรับ, จำคุก แต่ก็ยังเป็นโทษซึ่งอยู่ในระดับต่ำ ทั้งนี้ การแก้ไขกฎหมายนั้นก็จะกำหนดโทษที่สูงขึ้นหรือกำหนดเงินเรื่องอื่น ๆ แต่ก็ไม่อาจนำมาใช้แก้ไขปัญหายุ่งยากในเรื่องของการฉ้อโกงของผู้ประกอบการ เพราะมาตรการทางกฎหมายโดยหลักการจะเป็นมาตรการทางบริหาร ซึ่งมิใช่โทษทางอาญาประกอบเท่านั้น ไม่ใช้กฎหมายที่ใช้รูปแบบของมาตรการทางอาญาโดยตรงเช่นประมวลกฎหมายอาญา เพราะฉะนั้นจึงไม่อาจแก้ไขหรือป้องกันเรื่องการทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบการได้ อย่างไรก็ตามการมีมาตรการทางกฎหมายต่าง ๆ เหล่านี้อาจเป็นส่วนหนึ่งที่จะนำไปสู่ การพิจารณาแยกแยะเกี่ยวกับเจตนาทุจริตฉ้อโกงในความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาได้ง่ายขึ้น

4.2. มาตรการเสริมนอกเหนือจากมาตรการทางกฎหมาย

จากมาตรการทางกฎหมายไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 , พระราชบัญญัติฉ้อโกง, ร่างพระราชบัญญัติฉ้อโกงที่ 11, พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ยังไม่อาจนำมาใช้แก้ปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับเจตนาทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบการได้อย่างมีประสิทธิภาพหรืออาจกล่าวได้ว่าไม่อาจนำมาใช้ได้ ดังนั้นจึงควรต้องศึกษาถึงมาตรการเสริมอย่างอื่น ๆ อีก

1) **มาตรการเสริมของภาครัฐ** โดยที่ขณะนี้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ได้ทรุดตัวลงอย่างมาก ส่งผลให้ผู้ประกอบการที่คาดหวังว่าตนจะได้กำไรจากการประกอบธุรกิจด้านนี้ไม่อาจทำได้ และในบางรายอาจประสบกับสถานะขาดทุน ซึ่งผลเสียก็ตกอยู่กับผู้ซื้อนั่นเอง รัฐบาลจึงมีการนำมาตรการต่าง ๆ มาใช้เพื่อแก้ไขปัญหเกี่ยวกับธุรกิจด้านนี้ โดยกำหนดแผนการฟื้นฟูธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ขึ้น²⁴ เช่น มาตรการปรับขยายเวลาภาระหนี้และดอกเบี้ยของลูกหนี้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ปรับลดดอกเบี้ยในตลาดเงิน การปล่อยเงินกู้แก่ข้าราชการและพนักงานรัฐวิสาหกิจในอัตราดอกเบี้ยต่ำ 7 % การยกเว้นภาษีเงินได้ฯ ซึ่งเป็นมาตรการที่เน้นในเรื่องการทำให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มีผลดีขึ้น เพื่อมิให้เกิดปัญหาต่อเสถียรภาพทางการเงิน และระบบสถาบันการเงินของประเทศ ซึ่งมาตรการเหล่านี้ล้วนแล้วแต่เป็นมาตรการที่ให้ความช่วยเหลือในการอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ประกอบการมากกว่าที่จะคุ้มครองความเสียหายแก่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคที่ได้รับความเดือดร้อน โดยเฉพาะปัญหาที่ผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตฉ้อโกงผู้ซื้อ แต่มีบางมาตรการที่น่าจะนำมาใช้แก้ปัญหเกี่ยวกับเรื่องที่ดินกษาปณ์กรรมกร เช่น

1.1) - การทบทวนกฎเกณฑ์การขอสินเชื่อจากรัฐวิสาหกิจ โดยมีการสร้างมาตรฐานของผู้ประกอบการ เช่น การควบคุมคุณสมบัติของผู้ประกอบการที่จะเข้ามาทำธุรกิจ , ความเป็นมืออาชีพ, ความมั่นคงและประสบการณ์, สนับสนุนให้ผู้ประกอบการดำเนินนโยบายลดราคาเพื่อกระตุ้นอุปสงค์ในตลาด²⁵

1.2) มาตรการเปิดเสรีให้ต่างชาติถือครองกรรมสิทธิ์ในอาคารชุด การที่ชาวต่างชาติจะเข้ามาลงทุนในประเทศไทยหรือไม่ การเปิดเสรีเพื่อซื้ออาคารชุดคงมีอิทธิพลต่อการตัดสินใจเพียงเล็กน้อยเมื่อเทียบกับปัจจัยอื่น ๆ และการเข้ามาซื้อห้องชุดของชาวต่างชาติจะต้องมีจำนวนมากพอจึงจะสามารถส่งผลต่อการเติบโตของอุตสาหกรรมการก่อสร้างภายในประเทศ หากพิจารณา

²⁴ 18 แผนปฏิบัติการฟื้นฟูเศรษฐกิจ" มติชนรายวัน (วันพุธที่ 25 ธันวาคม 2539)

²⁵ ประชาชาติธุรกิจ (15-17 กรกฎาคม 2539) หน้า 25

ถึงความไม่พร้อมในหลายด้านของมาตรการทางกฎหมาย ในการให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้ออย่าง
เหมาะสมบางทีการปรับปรุงแก้ไขปฏิกา เหล่านี้ให้กับผู้ซื้อคนไทยน่าจะได้รับการจัดลำดับความสำคัญ
ไม่น้อยกว่าชาวต่างชาติ เพราะมาตรการทางกฎหมายที่เชื่อมโยงเป็นเชิงห่วงโซ่ที่มีประสิทธิภาพอย่าง
แท้จริงสำหรับผู้ซื้อไม่ว่าจะเป็นชาวต่างชาติหรือคนไทย²⁶ เพราะหากให้ชาวต่างชาติเข้ามา
ถือครองกรรมสิทธิ์ แต่ผู้ประกอบการบังพวนจัดซื้อ (ซึ่งน่าจะสามารถดำเนินการจัดซื้อได้ง่าย
กว่าคนไทยด้วยซ้ำ) ก็คงไม่มีประโยชน์อะไร ซึ่งนำไปสู่ปัญหาการทุจริตจัดซื้อเพิ่มมากขึ้นในอีก
สิ่งสำคัญคงจะต้องให้ความคุ้มครองแก่ผู้ซื้อที่เป็นคนไทยไว้ได้ก่อน เพราะจากพระราชบัญญัติ
จากการชุด พ.ศ. 2522 ดังที่ได้อธิบายมาข้างแล้วยังไม่มมาตรการอะไรที่สามารถคุ้มครองผู้ซื้อได้
เช่นกัน

2) มาตรการกึ่งกลางข้อมูล

เกี่ยวกับปัญหาโอเวอร์ซัพพลายนอกจากจะเป็นเพราะได้รับผลกระทบจากภาวะซบเซา
ทางเศรษฐกิจของประเทศแล้ว ยังอาจเกิดจากการที่ผู้ประกอบการตัดสินใจลงทุนโดยขาดข้อมูลที่เป็น
เป็นมาตรฐานโดยเฉพาะในประเทศไทยยังไม่มีการศึกษาวิเคราะห์ที่เศรษฐกิจในระดับมหภาค
และข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่ยังไม่ดี ผู้ประกอบการจึงอาจเกิดการคาดคะเนและคาดเดามากกว่าจะ
อิงข้อมูล ดังนั้นพอเห็นโครงการแล้วประสบผลสำเร็จคนอื่น ๆ ก็มักจะหาตาม มูลนิธิสถาบันกึ่งกลางและ
สภาการวางแผนและเกษตรแห่งชาติ (AAPH) ได้เสนอแนวทางการแก้ไข²⁷ ไว้โดยสรุปคือ

2.1) เြงปรับปรุงระบบข้อมูลให้มีมาตรฐานและเป็นที่ยอมรับอันหนึ่งอันเดียวกันโดย
ให้มี ศูนย์กลางข้อมูลในลักษณะของเฮลท์ซึ่งสตาร์ท(รายงานระหว่างการทำก่อสร้าง)ขึ้น เพื่อเป็น
ข้อมูลอ้างอิงให้กับผู้ประกอบการก่อนตัดสินใจลงทุนในทำเลแต่ละแห่งว่ามีโครงการเกิดขึ้นใหม่มาก

²⁶ ประชาชาติธุรกิจ (1 - 3 กรกฎาคม 2539) หน้า 27

²⁷ "ทางรอดของภาครัฐกับเมืองไทยในสายตาของชาวต่างชาติ" สื่อธุรกิจ.

น้อยเพียงใดและโซนไหนบ้างที่ภาวะตลาด เริ่มอึมครึมหรือภาพรวมของทั้งประเทศมีความต้องการที่อยู่อาศัยจำนวนเปลือเท่าใดซึ่งเหล่านี้จะทำให้สามารถสันนิษฐานได้ว่าปริมาณโครงการที่สร้างใกล้เคียงกับปริมาณความต้องการที่แท้จริงหรือไม่ เพราะสามารถทราบข้อมูลที่แท้จริง เนื่องจากปัจจุบันแม้จะมีแหล่งข้อมูลมากก็จริง แต่มักจะไม่ค่อยใกล้เคียงกัน ทำให้ผู้ประกอบการอาจไขว้เขวไม่รู้จะอ้างอิงข้อมูลใด

2.2) ควบคุมอัตราการเติบโตของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ไม่ให้เกินแบบก้าวกระโดด โดยรัฐต้องเข้าไปควบคุมอย่างใกล้ชิด เช่น การนำเอามาตรการการพัฒนาเป็น "โซนนิ่ง"

ซึ่งหากผู้ประกอบการมีข้อมูลที่เป็นมาครฐานอาจทำให้ลดความเสี่ยงในการดำเนินงาน ทำให้สามารถทำงานได้อย่างประสบผลสำเร็จ ซึ่งผู้ที่ได้รับประโยชน์ก็คือผู้ซื้อนั่นเอง ซึ่งมาตรการนี้คงเป็นมาตรการที่เป็นประโยชน์อย่างยิ่งกับผู้ประกอบการที่สุจริตที่มุ่งจะประกอบการด้านนี้อย่างแท้จริง แต่หากเป็นผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกง อาจใช้ข้อมูลเหล่านี้ไปแสวงหาประโยชน์เช่นกัน เช่น การประกาศจัดสรรบ้านและที่ดินในทำเลที่ประชาชนต้องการ ยังผลให้มีผู้นำเงินมาจองและทำสัญญาจะซื้อจะขายเป็นจำนวนมาก เมื่อได้เงินเพียงพอแล้วผู้ประกอบการอาจหลบหนีไป เพราะขณะนี้ยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายหรือมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถคุ้มครองเงินที่ผู้ซื้อชำระให้แก่ผู้ขายไป โดยไม่ต้องพิจารณาไปถึงปัญหาการลงโทษผู้ประกอบการที่ทุจริตด้วยซ้ำ

3) การส่งเสริมให้เกิดระบบเอสโครว์ (Escrow) ในขณะนี้ประเทศไทยยังไม่มี การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับระบบเอสโครว์เลย เท่าที่พบก็อยู่ในร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน ซึ่งมีหลักการ เอสโครว์ เช่นกัน โดยสรุปตามต้นร่างคือสัญญาจะซื้อจะขายต้องทำตามแบบที่ คณะกรรมการกำหนดหรือไว้ความเห็นชอบ โดยผู้ซื้อที่ดินมีสิทธิชำระราคาค่าที่ดินตั้งกล่าวต่อสถาบันการเงินหรือองค์กรที่ผู้จัดสรรกำหนด โดยผู้จัดสรรจะนำเงินดังกล่าวไปได้อต่อเมื่อผู้จัดสรรได้รับ ใบอนุญาตจัดสรรที่ดินและจัดหาสถาบันการเงินมาทำสัญญาประกันการคืนเงินจำนวนดังกล่าว 28

28 ร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน มาตรา 31 วรรค 1 -3

ทั้งนี้ยังคงหาผลสรุปไม่ได้ว่าจะนำมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ แต่ที่ตามมาคือ
 ข้าพเจ้าเห็นได้ชัดคือระบบนี้คุ้มครองผู้ซื้อไม่ทำให้เสียเงินค่ามัดจำได้ที แต่ก็มีผลเสียแก่ผู้จัดสรรรายเล็ก ๆ
 ดังนั้น หากจะระบุหลักการนี้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรควรจะต้องให้สถาบันการเงินกำกับ
 เทียบแก่ผู้ประกอบการได้ในขอบเขตจัดสรรแล้ว เพราะเมื่อได้รับใบอนุญาตสาธารณูปโภคส่วนใหญ่
 จะเสร็จเรียบร้อยแล้ว ซึ่งน่าจะเป็นหลักประกันว่าผู้ประกอบการจะไม่ผิดสัญญา ดังนั้นเมื่อ
 ผู้ประกอบการได้รับใบอนุญาตจัดสรรแล้วสถาบันการเงินสามารถถอนเงินกำกับประกันได้ หากจะให้
 ผู้ทรงจรรยาบรรณทั้งสงวนบ้านน่าจะกำหนดกฎหมายหลักขึ้นมาโดยเฉพาะ²⁹ ซึ่งอาจตราพระราช
 บัญญัติเอสโครว์ กำหนดหลักเกณฑ์ของระบบเอสโครว์ไว้ ทั้งนี้หากจะนำมาใช้ก็จะต้องศึกษาถึง
 ระบบเอสโครว์ของสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก

4.3. มาตรการทางกฎหมายและมาตรการเสริมของต่างประเทศ

โดยที่กฎหมายของเรายังคงกำลังพัฒนา เพื่อหามาตรการต่าง ๆ มาใช้คุ้มครองผู้ซื้อ
 ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้การศึกษากฎหมายของต่างประเทศ , หรือมาตรการที่แต่ละ
 ประเทศนำมาใช้แก้ปัญหาที่เกิดขึ้นกับธุรกิจนี้ น่าจะเป็นแนวทางหนึ่งที่สามารถคุ้มครองผลประโยชน์
 ให้กับผู้บริโภคได้ ทั้งนี้ย่อมต้องล้มเลิกที่เฉพาะสมกับประเทศของเรา โดยผู้เขียนจะกล่าวถึงเฉพาะ
 บางมาตรการที่น่าสนใจของสังเขป เช่น

4.3.1 เอสโครว์ (escrow)

เอสโครว์ คือ การส่งมอบเอกสารสัญญาที่คู่สัญญาทำไว้เรียบร้อยแล้วให้แก่บุคคลที่สาม
 เป็นผู้เก็บรักษาไว้จนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติเงื่อนไขในสัญญารับถ้วนตามที่ตกลง จึงจะส่ง
 มอบเอกสารสัญญาให้แก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่ง โดยบุคคลที่สามที่เก็บรักษาสัญญาหรือเงินนั้น เรียกว่า
 "เอสโครว์เอเจนต์" (escrow agent) หรือเอสโครว์โฮลเดอร์ (escrow holder) หรือ

²⁹ พระราชบัญญัติธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ . (วันที่ 25 - 28 เมษายน 2539) หน้า 26.

เอสโครว์เอเย่นต์(escrowee) 30

เนื่องจากเอสโครว์เอเย่นต์เป็นบุคคลที่เก็บเอกสารสำคัญไว้ ดังนั้นเอสโครว์เอเย่นต์จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริตและมีความรู้ในเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายและกรรมวิธีในการตรวจสอบสิทธิ และการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้เพราะในระบบการซื้อขายที่ดินในอเมริกา ผู้ที่ต้องรับผิดชอบเกี่ยวกับความถูกต้องของสิทธิและความสามารถของคู่สัญญาคือคู่สัญญาหรือในกรณีบริษัทรับประกันสิทธิ บริษัท ฯ นั้นก็จะเป็นผู้รับผิดชอบ หากผู้ขายไม่ใช่มูลนิธิในที่ดินที่ซื้อขาย ซึ่งต่างจากของไทยซึ่งเจ้าพนักงานที่ดินจะเป็นผู้ตรวจสอบสิทธิของเจ้าของที่ดิน และตรวจสอบความถูกต้องในเรื่องตัวบุคคล ดังนั้นในต่างประเทศจึงจัดทาระบบเอสโครว์ขึ้น โดยเอสโครว์เอเย่นต์จะเป็นผู้รับผิดชอบเอง 31 ตัวอย่างการบันทึกกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการเอสโครว์ เช่น

1) บันทึกกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการเอสโครว์เอเย่นต์ของรัฐจอร์เจีย

โดยสรุปจะกล่าวถึงผู้ที่ทำหน้าที่เป็นเอสโครว์เอเย่นต์ เกี่ยวกับการทำนิติกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์(real estate transaction) ต้องมีการสอบเพื่อขอใบอนุญาต ยกเว้นบุคคลบางประเภทที่ไม่ต้องขอใบอนุญาต สถานะภาพของเอสโครว์เอเย่นต์จะเป็นตัวแทนของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายและหากมีการดำเนินการตามเงื่อนไขตามสัญญา สถานะภาพของเอสโครว์เอเย่นต์จะเปลี่ยนแปลงไป โดยเป็นตัวแทนของผู้ขายในเรื่องเงินค่าที่ดินและเป็นตัวแทนของผู้ซื้อในกรณีหนังสือโอนสิทธิในที่ดิน เอสโครว์เอเย่นต์จะต้องทำบันทึกและเก็บหลักฐานเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ต้องเปิดบัญชีเพื่อใช้เก็บเงินที่ได้รับมอบจากการปฏิบัติหน้าที่(escrow fund account) และหากเอสโครว์เอเย่นต์กระทำความผิดต่าง ๆ อาจมีการสั่งพักใบอนุญาตหรือเพิกถอนใบอนุญาตได้ ทั้งนี้เอสโครว์เอเย่นต์มีสิทธิว่าจ้างเจ้าหน้าที่ช่วยทำหน้าที่ได้ เรียก escrow officer ซึ่ง escrow

30 วสันต์ ภิชาตวงษ์."เอสโครว์(escrow) คืออะไรเกี่ยวข้องกับการซื้อขายที่ดินอย่างไร" วารสารที่ดิน 41, 3(พฤษภาคม-มิถุนายน 2538) หน้า 27.

31 เรื่องเดียวกัน หน้า 29-29

officer นี้ก็ต้องได้รับใบอนุญาตประเภท escrow officer's license ด้วย ฯลฯ³²

2) หลักการ escrow และกฎหมายควบคุมเอสโกรว์เอเยนต์ในรัฐแคลิฟอร์เนีย

การประกอบกิจการเป็นเอสโกรว์เอเยนต์ต้องได้รับใบอนุญาต เว้นแต่บุคคลที่ได้รับยกเว้นตามกฎหมายเกี่ยวกับการทำเอสโกรว์ (escrow law) ซึ่งเอสโกรว์เอเยนต์มีหน้าที่ต่อคู่สัญญาที่จะต้องเก็บรักษาความลับในเรื่องการดำเนินการที่เกี่ยวข้องกับหน้าที่ของเอสโกรว์เอเยนต์ โดยใช้หน้าที่ของผู้ซื้อและผู้ขายที่จะกำหนดผู้ที่ทำหน้าที่เอสโกรว์เอเยนต์ ทั้งนี้อาจทำสัญญาตั้งหรือกำหนดหน้าที่เอสโกรว์เอเยนต์(escrow instructions)³³ ไว้

4.3.2 การทำสัญญาซื้อขายที่ดินโดยผ่านหน่วยความนิยมาเลเซีย

ในการทำสัญญาเกี่ยวกับที่ดินในประเทศมาเลเซียจะมีหลักการ เช่นเดียวกับในอเมริกา กล่าวคือ เจ้าพนักงานที่ดินจะไม่จัดทำสัญญาให้แก่คู่สัญญา แต่เป็นหน้าที่ของคู่สัญญาเองที่จะต้องจัดทำมา ซึ่งต่างจากของไทยโดยที่เจ้าพนักงานที่ดินจะเป็นผู้จัดทำให้ เช่น สัญญาซื้อขาย , สัญญาจำนอง เป็นต้น ปกติส่วนใหญ่แล้วทั้งในประเทศมาเลเซียหรืออเมริกาคู่สัญญามักจะไม่ทำกันเองแต่จะให้ทนายความเป็นผู้จัดทำให้ โดยหลักแล้วในประเทศมาเลเซียจะไม่ทำทนายความที่จะดำเนินการให้ทั้งฝ่ายผู้ซื้อและผู้ขาย เว้นแต่กรณีการทำสัญญาระหว่างผู้จัดสรรที่ดินและผู้ซื้อที่ดิน โดยทนายความจะต้องตรวจสอบหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิของคู่สัญญา เช่น กระทำการเองหรือเป็นตัวแทนผู้อื่น, ผู้ขายเป็นผู้มีสิทธิในที่ดินหรือไม่, มีข้อจำกัดหรือข้อห้ามหรือเงื่อนไขใดๆเกี่ยวกับที่ดินหรือไม่ เป็นต้น โดยทนายความต้องสอบถามด้วยว่าการซื้อขายเป็นการซื้อขายด้วยเงินสดหรือเป็นการผ่อนและต้องกู้เงินหรือไม่ ทั้งนี้จะต้องตรวจสอบภาระผูกพันของที่ดินด้วย เช่น ติดอาัยด , หรือติดจำนองหรือไม่ เมื่อตรวจสอบแล้วเห็นว่าถูกต้อง ทนายความจะเป็นผู้จัดทำสัญญาจะซื้อจะขาย โดยในมาเลเซีย

³² เรื่องเดียวกัน หน้า 39-36

³³ เรื่องเดียวกัน หน้า 36-46

การซื้อขายผู้ซื้อจะต้องมีการวางเงินมัดจำ 10 % ของราคาซื้อขาย ซึ่งเงินจำนวนนี้แทนความ
 ของผู้ซื้อหรือผู้ขายจะเป็นผู้เก็บไว้ และจะจ่ายเงินให้แก่ผู้ขายเมื่อมีการจดทะเบียนการซื้อขายแล้ว
 โดยปกติเมื่อทำสัญญาแล้วหนี้ความของผู้ซื้อจะต้องขออายุักที่ดินไว้ก่อนเพื่อป้องกันความเสียหาย
 ที่ผู้ขายจะขายที่ดินซ้ำให้แก่บุคคลอื่นได้ เมื่อผู้ซื้อทำตามสัญญาซื้อขายแล้วจะตกลงทำการปิดสัญญา
 ซื้อขาย ซึ่งผู้ซื้อจะต้องนำเงินค่าที่ดินทั้งหมดมาชำระแก่ผู้ขาย ส่วนผู้ขายมีหน้าที่ส่งมอบหนังสือโอน
 สิทธิที่ดินให้แก่ผู้ซื้อนำไปจดทะเบียนต่อสำนักงานที่ดิน ทั้งนี้หากเกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อหรือผู้ขาย
 หนี้ความต้องรับผิดชอบในความประมาทเงินแล้ว ³⁴

ซึ่งต่างจากระบบการทำสัญญาโดยผ่านนายความในประเทศไทย เพราะหากผู้สัญญา
 มีนายความเป็นผู้ร่างสัญญาหรือทำการเจรจาตกลงแล้ว นายความก็มีหน้าที่เพียงเจรจาเพื่อให้
 ฝ่ายของตนไม่เสียเปรียบอีกฝ่ายหนึ่ง และในการทำสัญญาโดยปกติก็จะเป็นรูปแบบมาตรฐานทั่วไป
 ไป โดยนายความในประเทศไทยไม่จำเป็นต้องรับผิดชอบในการที่ในบางครั้งผู้ขายอาจไม่ใช่ผู้มีสิทธิ หรือ
 ไม่มีสิทธิกับที่ดินที่นายความต้องตรวจสอบความถูกต้อง เหมือนกับนายความในประเทศมาเลเซีย
 ดังนั้นหากเกิดกรณีเสียหายขึ้นแก่ผู้ความหากไม่เป็นที่แน่ชัดที่นายความมักจะไม่มีควมรับผิดชอบ
 ประมาทเงินแล้วแต่อย่างใด และหากพิจารณาจากระบบการซื้อขายโดยผ่านนายความของมาเลเซีย
 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่าคล้ายกับระบบเอสโครว์ของอเมริกา ต่างกันเพียงอเมริกาเอสโครว์เอเจนต์
 เป็นผู้ดูแลเงินหรือทรัพย์สิน แต่ในมาเลเซียนายความเป็นผู้ดำเนินการเอง

จากมาตรการต่าง ๆ ในต่างประเทศ ไม่ว่าจะระบบเอสโครว์ของอเมริกาหรือ
 การทำสัญญาซื้อขายโดยผ่านนายความของมาเลเซีย ต่างก็เป็นระบบที่คุ้มครองผู้ซื้อไม่ให้ถูก
 เหวี่ยงเอาเปรียบจากฝ่ายผู้ขายโดยจะมีองค์กรฯ ที่มีส่วนช่วยเหลือและคุ้มครองผลประโยชน์ของผู้ซื้อ
 ซึ่งหากเกิดความเสียหายขึ้นก็จะมีหลักประกันว่าผู้ซื้อจะไม่สูญเสียเงินไปเปล่า ๆ ซึ่งต่างจากของไทย
 โดยในขณะนี้ยังไม่มีองค์กรใดที่จะเข้ามารองรับความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ไม่ว่าจะ เป็นสำนักงาน

³⁴ วสันต์ ภูพานาวง . "การทำสัญญาซื้อขายที่ดินโดยผ่านนายความในมาเลเซีย" .
วารสารที่ดิน . 40,3 (พฤศจิกายน-ธันวาคม 2537) หน้า 27-30

คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคหรือกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ เพราะต่างก็เป็นเพียงหน่วยงานที่ดำเนินภารกิจร้อง เพื่อเรียกค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อเท่านั้น โดยหากผู้ประกอบการที่ถูกฟ้องร้องไม่ยอมหรือหลบหนีไปหรือไม่จ่ายเงินที่จะนำมาเฉลี่ยคืนให้แก่ผู้ซื้อ หน่วยงานเหล่านี้ก็ไม่มี ความรับผิดชอบใดอีก ซึ่งเท่ากับไม่มีการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อที่ได้รับความเดือดร้อน แต่ประการใด ดังนั้นจึงน่าจะมีการศึกษาอย่างจริงจัง เช่นอาจนำเอาระบบเอสโกรว์ของอเมริกา มาใช้ ซึ่งขณะนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าน่าจะมีการออกกฎหมาย"พระราชบัญญัติการประกอบกิจการบัญชีคุ้มครองผู้บริโภค" ซึ่งก็คือกฎหมายที่จะเข้ามาควบคุมหรือกำหนดองค์การขึ้นมามีส่วนรับผิดชอบใน ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น โดยจัดให้มีระบบบัญชีคุ้มครองผู้บริโภคหรือแปลมาจากคำว่า "escrow" นั้นเอง

3.3 Criminal Consumer Fraud Act

การที่ต้องสูญเสียเงินเป็นจำนวนหลายล้านดอลลาร์ เนื่องจากความเสียหายที่เกิดจากการฉ้อโกง เป็นปัญหาที่ต้องมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเพื่อป้องกันความเสียหายอันจะเกิดแก่ผู้บริโภค แต่การใช้กฎหมายบังคับเพื่อความเหมาะสมในการแก้ปัญหาที่ยากแก่การแก้ไขยังคงเป็นสิ่งที่ทำได้ยาก โดยสิ่งหนึ่งซึ่งเป็นทางออกที่จะยับยั้งการฉ้อโกงได้ก็คือการเข้มมาตรการทางอาญา โดยที่ The Federal Trade Commission มุ่งแต่เพียงขจัดความเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ซึ่งเป็นมาตรการทางแพ่ง ดังนั้นการเข้มมาตรการทางอาญาจึงน่าจะเป็นกระบวนการที่สามารถยับยั้งการกระทำผิดได้ ไม่ใช่เพียงมุ่งขจัดความเสียหายที่เกิดขึ้นเท่านั้นแต่แม้ว่าการใช้การลงโทษทางอาญาจะมีประสิทธิภาพในการข่มขู่หรือยับยั้งการกระทำผิด แต่การเข้มมาตรการทางอาญาเพียงประการเดียวก็ไม่อาจขจัดความเสียหายที่ผู้เสียหายได้รับจากการฉ้อโกงได้ ดังนั้นจึงต้องใช้ทั้ง มาตรการทางอาญา, ทางแพ่ง, การบริการและการเยียวยาความเสียหายให้แก่บุคคลธรรมดาทั้งหมดไปเพื่อ ให้สามารถยับยั้งความผิดและป้องกันความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ด้วย ³⁵

³⁵ Nancy H.Kirschner. "Criminal Consumer Fraud : Must the Goal of Deterrence and Compensation Be Mutually Exclusive ? ", American Journal Criminal Law . 7, 355 (1979), p 355.

แนวคิดของ Criminal Consumer Fraud ถือเป็นส่วนหนึ่งของ white collar crime ซึ่งไม่ใช่ความผิดอาญาทั่วไป ถือเป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจอย่างหนึ่ง ซึ่งกระทำโดยบุคคลที่หาธุรกิจที่ถูกกฎหมาย ฉะนั้นการฟ้องร้องทางแพ่งเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจจึงไม่อาจหยุดยั้งการกระทำผิดเกี่ยวกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจได้³⁶ การสืบสวนสอบสวนคดีเกี่ยวกับ Criminal consumer fraud เป็นสิ่งที่ยากลำบากเนื่องจากเป็นการใช้ธุรกรรมทางการค้าเป็นเกราะอำพราง พนักงานสอบสวนไม่เพียงแต่จะต้องค้นพบให้ได้ว่าการกระทำของบุคคลเหล่านั้นผิดกฎหมายแล้ว ยังต้องชี้ไปที่เจตนาซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญ โดยการพิสูจน์เกี่ยวกับ criminal consumer fraud ก็เหมือนกับการดำเนินคดีอาญาทั่วไป ก็ต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิด³⁷

ในแต่ละรัฐของสหรัฐอเมริกาได้นำแนวคิดนี้ไปบัญญัติเป็นกฎหมายของรัฐ เช่น The Illinois Consumer Fraud and Deceptive Business Practices Act

จากมาตรการทางกฎหมายของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็น escrow, การซื้อขายผ่านนายความในมาเลเซีย, หลักการใช้มาตรการทางอาญาเพื่อยับยั้งการกระทำผิดแล้วแต่เป็นมาตรการที่ดำเนินการนำมาปรับใช้เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้ทั้งสิ้น ในขณะที่ไม่ว่าจะเป็นมาตรการตามประมวลกฎหมายอาญา, มาตรการทางกฎหมายอื่นๆ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522, พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 หรือพระราชบัญญัติข้อกำหนดที่ไม่เป็นธรรมในสัญญา ล้วนแล้วแต่ไม่สามารรถที่จะนำมาใช้บังคับกับผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกงในภายหลัง เช่นนี้จึงน่าจะมีการทบทวนมาตรการอื่น ๆ ที่สามารถนำมาแก้ไขปัญหหรือป้องกันปัญหาเกี่ยวกับเรื่องนี้ เพราะความเสียหายที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักจะเป็นกรณีที่ปรากฏว่าผู้ประกอบการอ้างว่ามีเจตนาทุจริตในภายหลังแทบทั้งสิ้น ไม่ว่าจะเป็นเพราะโหมว่าโอกาสที่จะได้กำไรมีน้อยหรือไม่อาจจะขาดทุน ซึ่งท้ายที่สุดก็หลีกเลี่ยงไม่ปฏิบัติความเสียหาย จริงอยู่แม้ว่าผู้เสียหาย

³⁶ Ibid . .pp. 360-361

³⁷ Ibid . .p. 366

อาจดำเนินการฟ้องร้องทางแพ่ง เรื่องผิดสัญญาก็ตาม แต่หากถ่วงถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นซึ่งมีมูลค่า ความเสียหายเป็นจำนวนมาก ฉะนั้นโทษทางแพ่งจึงไม่อาจเยียวยาความเสียหายหรือยับยั้งสิ่งที่จะ เกิดขึ้นได้

ถึงนั้นการแก้ไขปัญหานี้เรื่องนี้น่าจะได้ผลมากที่สุด ภาครัฐจะต้องมีการบัญญัติกฎหมาย พิเศษขึ้นมา เนื่องจากการแก้ไขหลักกาวัดความกฎหมายอาญา เรื่องฉ้อโกงนั้นน่าจะไม่สามารถทำได้ เพราะ เป็นธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งมีมานานแล้ว การตีความความบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลฎีกา เรื่องก่อน ๆ ก็ถูกยึดถือเป็นขนบธรรมเนียมปฏิบัติซึ่งยากแก่การเปลี่ยนแปลง ฉะนั้นหากพิจารณาถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้วจึงสมควรที่จะบัญญัติกฎหมายขึ้นมา เพื่อป้องกัน แก้ไขปัญหานี้ โดยตัวอย่าง ที่เห็นได้ชัดคือการบัญญัติกฎหมายในส่วนพระราชกำหนดการกู้ยืมเงินอันเป็นการฉ้อโกงประชาชน ซึ่งเป็นการบัญญัติกฎหมายในความผิดฐานฉ้อโกงนอกเหนือจากการใช้ประมวลกฎหมายอาญา โดยขยายแนวความคิดในการลงโทษผู้ที่หลอกลวงประชาชนในการกู้ยืมเงินหรือฝากเงินจากประชาชน ที่ทั่วไป โดยมีการจ่ายดอกเบี้ยและผลประโยชน์ที่ตอบแทนสูงกว่าประโยชน์ที่ผู้กู้ยืมเงินหรือผู้รับฝากเงินพึงหามาได้จากการประกอบธุรกิจตามปกติ ซึ่งถือว่าเป็นความผิดฐานฉ้อโกงประชาชนและมีลักษณะ เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ ๑๘

สถาบันวิทยบริการ
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

๑๘ เฉลิมพล ช่อโพธิ์ทอง, "ความผิดฐานลักทรัพย์และฉ้อโกง : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมาย อังกฤษ เยอรมันและไทย", หน้า 122