

## บทที่ 5

### บทวิเคราะห์และข้อเสนอนแนะ

การประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Business) คือ การดำเนินธุรกิจเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นการซื้อขาย เช่าทรัพย์สิน เช่าซื้อ จำนอง จำน่า ฯลฯ โดยมุ่งแสวงหากำไร ซึ่งธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ใหญ่ที่สุดและเป็นปัญหาสำคัญในขณะนี้คือ "ธุรกิจเกี่ยวกับที่อยู่อาศัย" เช่น ธุรกิจจัดสรรที่ดิน บ้านจัดสรร ออการชุด เป็นต้น

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 2 สาเหตุประการหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหาในการดำเนินธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ คือ การขาดประสบการณ์ของผู้ประกอบการเมื่อเห็นว่าธุรกิจอสังหาริมทรัพย์สามารถทำเงินได้มากจึงเข้ามาประกอบอาชีพนี้ รวมทั้งผู้ที่มีประสบการณ์ด้านนี้มาก่อนแต่มีเจตนาทุจริตหวังใช้ธุรกิจบังหน้า เพื่อเป็นเครื่องมือแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบ

การขาดประสบการณ์ของผู้ประกอบการหรือการทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบการ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ซื้อเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขาย และแม้ว่าผู้ซื้อสามารถฟ้องร้องผู้ประกอบการในทางแพ่งตามกฎหมายได้ก็ตาม แต่หากเป็นการที่ผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตฉ้อโกงแล้ว ลำพังเพียงมาตรการทางแพ่งน่าจะยังไม่อาจคุ้มครองผู้ซื้อซึ่งการกระทำผิดได้เพียงพอ เนื่องจากความมุ่งหมายของกฎหมายแพ่งเป็น เรื่องของการชดเชยเงินให้เพื่อลงโทษ ประกอบกับการฟ้องร้องคดีก็ไม่แน่ว่าจะชนะหรือไม่ และแม้ว่าจะชนะคดีผู้ประกอบการอาจไม่มีทรัพย์สินที่เข้าประกันคดีเพื่อนำมาชำระคดีได้ จึงควรที่จะศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายอาญาและมาตรการอื่น ๆ เพื่อนำมาใช้กับความผิดของผู้ประกอบการ

ในปัจจุบันมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์หลายฉบับ เช่น ความผิดตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา , ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286, พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 , พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 เป็นต้น แต่จากการวิจัยพบว่ากฎหมายแต่ละฉบับยังมีปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้ผู้บ้างดังนี้

ความผิดความประมาทประมาทของอาชญา

จากที่ผู้เขียนวิเคราะห์ในบทที่ ๒ เกี่ยวกับปัญหาและประสิทธิผลในการบังคับใช้กฎหมายอาญากับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์พบว่า ในการฟ้องร้องผู้ประกอบการในกรณีผิดฐานฉ้อโกงนั้น ศาลมักจะพิพากษาพิพากษายกฟ้อง โดยให้เหตุผลว่า "โจทก์ไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ขณะที่ทำการโฆษณาให้ประชาชนเข้าไปทำสัญญาซื้อขายหรือเช่าซื้อนั้นผู้ประกอบการมีเจตนาอย่างใด เป็นแต่เพียงผิดสัญญาในทางแห่งเท่านั้น"

การที่นักกฎหมายยึดติดอยู่กับ เรื่องของการไม่ปฏิบัติตามสัญญา เป็นเรื่องทางแพ่งไม่เป็นฉ้อโกงโดยยึดถือตามบทพิพากษาศาลฎีกา ผู้เขียนเห็นว่า เป็นเรื่องที่ไม่ถูกต้องไม่สมประโยชน์ของการตรากฎหมายอาญาฐานฉ้อโกง เนื่องจากแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับข้อเท็จจริงในคดีเป็นเรื่องๆ ไป หากในกรณีนั้นไม่อาทาศาสนาหลักฐานเพื่อชี้ให้เห็นเจตนาทุจริตของจำเลยให้ศาลเห็นศาลก็จะพิพากษายกฟ้อง เช่นมีถึงขั้นอยู่กับทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานที่จะแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อแสดงให้ศาลเห็นถึงเจตนาทุจริตที่ขอบแย้งนั้นได้

จากการศึกษาบทบัญญัติความผิดฐานฉ้อโกงของต่างประเทศในบทที่ 3 หัวข้อ 3.4 พบว่าลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายด้วยคำซึ่งคล้ายกับของไทย แต่กลับไม่เกิดปัญหาเช่นในประเทศไทย ทั้งนี้เนื่องมาจากทฤษฎีการตีความกฎหมายแตกต่างกัน โดยในกรณีปัญหาเกี่ยวกับ "เจตนาทุจริต" ต้องเกิดขึ้นก่อนที่จะได้ทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกเท่านั้น ดังนั้นกรณีที่ว่าขายหากเจตนาทุจริตเกิดขึ้นภายหลังการทำสัญญาซื้อขายหรือภายหลังจากการชำระเงินงวดต่าง ๆ ผู้ประกอบการก็มีความผิดฐานฉ้อโกงได้ เมื่อตระหนักว่าไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้แต่ยังคงเก็บเงินของผู้ซื้อเรื่อยมา ประกอบกับในต่างประเทศให้ความสำคัญกับธุรกิจด้านนี้มีมากมีองค์กรหรือหน่วยงานที่เข้ามาดูแลในธุรกิจด้านนี้ไปโดยเร็วเรียบร้อย ไม่ว่าจะเป็นระบบ Escrow Account ของสหรัฐอเมริกา หรือในกรณีพิพดกันเยอรมัน (จากการสัมภาษณ์คุณวีรนา อัญมณราชอน) ทำให้โอกาสในการทุจริตฉ้อโกงผู้ซื้อทำได้ยาก

ความผิดฐานฉ้อโกงหรือยักยอกทรัพย์สินอันว่าอาญาแผ่นดินซึ่งไทยผู้ประกอบกาณ์ทุจริต หลอกลวงผู้อื่นได้เช่นกัน เนื่องจากทรัพย์สินที่ถูกระงับ (ผู้ประกอบกาณ์) ได้ไป คือ เงินที่ผู้ซื้อถอนชำระ ราคาเป็นเรื่องการชำระราคาล่วงหน้า เงินนั้นจึงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ประกอบกาณ์ ดังนั้นจึงไม่ใช่ว่ากรรมที่ถูกระงับเอาไปหรือ เบียดบังเอาไปซึ่งทรัพย์สินของผู้อื่น อันจะเป็นความผิดฐานฉ้อโกงหรือ ยักยอกทรัพย์สินได้

พระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับองค์การประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์

ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทที่ 4 เกี่ยวกับมาตรการป้องกันและแก้ไขการกระทำความผิด เกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นอกเหนือจากความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ไม่ว่าจะ เป็นประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ,พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค ,พระราชบัญญัติอาคารชุด , หรือพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 ยังไม่อาญาแผ่นดินซึ่งไทยผู้ประกอบกาณ์ ที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกงได้ ทั้งนี้เนื่องจากมาตรการตามกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวเป็นมาตรการ ทางแห่งแยกที่สิ้น มีเพียงโทษทางอาญาเล็กน้อยที่นำมาใช้เพื่อความสะดวกแก่ผู้ปฏิบัติงานเท่านั้น

ฉะนั้นเมื่อกฎหมายที่มิใช่จะเป็นประมวลกฎหมายอาญา ,ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 , พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค , พระราชบัญญัติอาคารชุด , พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมไม่สามารถแยกผู้ประกอบกาณ์ที่ทุจริตกลางไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทำให้ผู้ทุจริต อาศัยช่องโหว่ของกฎหมายหลอกลวงผู้อื่นให้ได้รับความเสียหาย ดังนั้นจึงควรพิจารณาแก้ไขปัญหา เกี่ยวกับเรื่องนี้อย่างเร่งด่วน

แม้มาตรการทางอาญาจะไม่อาญาชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้เสียหายได้ แต่การมี โทษทางอาญาก็ไม่ได้นำให้ธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ต้องเลวลง แต่กลับเป็นการทำให้มันคงขึ้น วิจัย เป็นการชี้ หรือผู้ลงโทษเท่านั้น แต่อาจเป็นผลลึกลับระงับให้แก่ผู้ซื้อ เชื่อมั่นได้ว่าผู้ขายจะไม่ทุจริต และสถานะใดที่ทรัพย์สินคืนแก่ผู้ขายนั้นอาจปฏิบัติได้เฉพาะเฉพาะได้

อย่างไรก็ตามมาตรการทางอาญายังไม่เพียงพอที่จะบรรเทาความเสียหายได้อย่างแท้จริง เพราะการฟ้องร้องก็ขึ้นกับผู้เสียหายไม่ได้มุ่งเพียงแต่ให้ถูกระงับก็ต้องถูกเอาคืน

แต่สิ่งที่มีมุ่งหวังอีกประการหนึ่งคือ เขาจะได้รับเงินที่สูญเสียบไป รวมถึงค่าเสียหายและค่าชดเชยต่าง ๆ

### ข้อเสนอแนะ

ผู้วิจัยมีความเห็นว่าความผิดปกติฐานฉ้อโกงสามารถนำมาใช้ลงโทษผู้ประกอบการที่มีเจตนาทุจริตฉ้อโกงได้ หากการตีความไม่ขัดถืออยู่กับการตีฉ่องเป็นเจตนาทุจริตต้องมีมาแต่แรก (ก่อนทำสัญญา) เท่านั้น และหากนักกฎหมายยังคงมีความเห็นว่าการผิดสัญญาเป็นเรื่องทางแพ่ง ไม่ใช่เป็นฉ้อโกง จะทำให้ขาดความพยายามที่จะแสวงหาพยานหลักฐานที่จะชี้ให้เห็นถึงเจตนาทุจริตตลอดวงได้ ทำให้ถ้าหากกษยาส่วนใหญ่มักระบกล้องผู้ประกอบการในความผิดฐานฉ้อโกง อย่างไรก็ตามเป็นเรื่องของการใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมาย ซึ่งไม่ว่าจะกล่าวได้ว่าฝ่ายใดถูกหรือผิดขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถของผู้ใช้กฎหมายเอง

เนื่องจากธุรกิจอาจถึงเหตุล้มเหลว โดยเฉพาะธุรกิจเกี่ยวกับที่อยู่อาศัยเป็นธุรกิจที่เป็นปัจจัยขั้นพื้นฐานที่จำเป็นของประชาชน ฉะนั้นเพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้น เมื่อการใช้กฎหมายอาญาที่มีอยู่ยังขาดประสิทธิภาพ ผู้เขียนเห็นว่าควรมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขกฎหมายเกี่ยวกับกรณี โดยปัญหาที่ต้องพิจารณาในเบื้องต้น คือ "ควรมีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาฐานฉ้อโกงหรือไม่ หรือการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นพิเศษต่างหาก" (เช่น เกี่ยวกับการออกพระราชกำหนดว่าด้วยการกู้ยืมเงินฉ้อโกงเป็นการฉ้อโกงประชาชน)

1. องค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงในปัจจุบันนี้ สามารถครอบคลุมไปถึงการทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบการได้ ปัญหาที่เกิดขึ้นขึ้นอยู่กับการใช้ดุลพินิจในการตีความกฎหมายมากกว่า ฉะนั้นจึงไม่น่าจะแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาฐานฉ้อโกง แต่อาจบัญญัติเพิ่มเติมในส่วนขององค์ประกอบภายนอกโดยเพิ่ม "วิธีการใด ๆ อันทุจริต" เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้เพียง "การหลอกลวง" (เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศส) และในกรณีของการได้ไปซึ่งทรัพย์สินอันอาจบัญญัติไว้รวมถึง "ประโยชน์อันใดอันจะทำให้ผู้กระทำได้รับความมั่งมีขึ้น" (เช่นเดียวกับประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน) ซึ่งจะกระทำให้เป็นประโยชน์แก่การตีความเจตนาได้กว้างขึ้น

2. การบัญญัติกฎหมายเป็นนิติเกณฑ์ต่างหาก โดยที่วัตถุประสงค์ของโทษทางอาญามีขึ้น เพื่อยับยั้งการกระทำความผิด ฉะนั้นโทษทางอาญาเพียงอย่างเดียวจึงอาจไม่สามารถขจัดเซยกความเสียหายที่ได้รับจากการฉ้อโกงได้ จึงควรที่จะใช้โทษตามประมวลกฎหมายอาญากว้างไปถึงมาตรการทางแพ่ง ทั้งนี้ผู้เขียนเห็นว่ามาตรการทางแพ่งที่มีอยู่ในขณะนี้มียังไม่อาจนำมาใช้กับการประกอบธุรกิจด้านนี้ได้เป็นอย่างดี มีประสิทธิผล จึงควรมีการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาเป็นนิติเกณฑ์ เพื่อควบคุมการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะ เนื่องจากในปัญหาที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มีอยู่อย่างกระจัดกระจายและไม่ถึงผู้คุ้มครองธุรกิจด้านนี้โดยเฉพาะ ทั้งยังเป็นมาตรการในส่วนแห่งหรือมาตรการทางบริหาร ซึ่งไม่อาจนำมาใช้ลงโทษผู้ประกอบการหรืออาชญากรเจตนาทุจริตฉ้อโกงของผู้ประกอบการได้ โดยหากกฎหมายเป็นนิติเกณฑ์ใช้บังคับช่วยเหลือแก้ไขปัญหาก็สามารถแยกแยะเจตนาทุจริตฉ้อโกงได้ อันส่งผลให้สามารถนำกฎหมายอาญาฐานฉ้อโกงที่มีอยู่ได้อย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นและทำให้การใช้ดุลพินิจในการตีความคำว่า "เจตนาทุจริต" ทำได้ง่ายขึ้น โดยหากผู้ประกอบการยังชี้แจงในข้อกฎหมายที่ย่อมชี้ให้เห็นถึงเจตนาทุจริตได้ชัดเจนยิ่งขึ้น

ผู้เขียนจะขอกล่าวถึงรายละเอียดเบื้องต้นที่อาชญากรเหล่านี้ ดังนี้

1) ต้องมีการขออนุญาตประกอบธุรกิจ โดยผู้ที่ทำขออนุญาตดำเนินธุรกิจต้องเป็น "นิติบุคคล" และการขอคำเงินการตั้งวางเงินประกันเป็นจำนวนหนึ่ง ขึ้นอยู่กับประเภทและขนาดของธุรกิจที่ขออนุญาต การกำหนดเช่นนี้เพื่อถ่วงดุลของบุคคลที่จะดำเนินกิจการนี้ และการกำหนดการวางเงินประกันก็เพื่อป้องกันการฉ้อฉลของมูลค่าของผู้ประกอบการ เนื่องจากหากต่อมาภายหลังผู้ประกอบการไม่อาจดำเนินกิจการต่อไปได้ เงินจำนวนนี้ย่อมสามารถนำมาเฉลี่ยชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้ซื้อได้ ทั้งนี้เงินจำนวนนี้ต้องไม่อยู่ในข่ายการบังคับคดีหรือการอาชญากรรมคดีอื่น ๆ ที่ผู้ประกอบการถูกฟ้องร้อง (ศึกษาจากกฎหมายควบคุมเอสโคโนวีเอเยนส์ในรัฐแคลิฟอร์เนีย)

2) การกำหนดเงื่อนไขการมีกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่นำมาขอคำเงินการตั้งวางเงินประกัน .อาชญากร โดยอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวต้องไม่ตกอยู่ภายใต้การระงับคดีใด ๆ (พระราชบัญญัติอาชญากรรม พ.ศ.2522 มาตรา 6 ,ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 296 ข้อ 11(1))

3) ข้อตกลงในสัญญาที่หาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้ซื้อหลักทรัพย์บังคับได้เพียงเท่าที่เป็นธรรมและลดความแก่การดี (พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540)

4) ผู้ประกอบการต้องจัดทำ "ระบบบัญชีกรมร่างสัญญา" หรือ "ระบบเอสโกรว์" โดยค่าใช้จ่ายในการนี้อาจกำหนดให้ผู้ซื้อและผู้ประกอบการออกแต่ละครั้ง แต่ความข้อนี้ไม่ใช้บังคับหากผู้ซื้อไม่ต้องการให้มี \ โดยต้องแสดงออกเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเจตนาดังกล่าว (ระบบนี้ช่วยคุ้มครองไม่ให้ผู้ซื้อสูญเสียเงินที่ชำระล่วงหน้าได้ก็)

แต่หากจะกำหนดเช่นนี้ได้จะต้องมี "กฎหมายเกี่ยวกับการประกอบกิจการบัญชีกรมร่างสัญญา" หรือ "กฎหมายควบคุมผู้ประกอบการอาชีพเป็นเอสโกรว์เอเจนต์" (ศึกษาได้จาก The Escrow Agent Registration Act ในรัฐออซซิงตัน , แกลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกา)

5) กฎหมายอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจดังกล่าวข้างต้น นำมาใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายฉบับนี้ เช่น ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 296 , พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค , พระราชบัญญัติอากรผูก , พระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม เป็นต้น

6) หากผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามข้อหนึ่งข้อใดตามกฎหมายนี้ รวมตลอดถึงการสามารถดำเนินการตามสัญญาได้แต่ไม่ดำเนินการ โดยไม่มีเหตุอันสมควร ให้ถือว่าเป็นการกระทำด้วยวิธีการใด ๆ อันทุจริต ซึ่งมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาด่วนฉับไว

7) หากมีการฝ่าฝืนข้อกำหนดดังกล่าวให้เอาโทษและวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 50 มาใช้บังคับ เพื่อป้องกันการค้าที่มิชอบของผู้ประกอบการ เช่น การประกอบอาชีพเป็นเวลา .... ปี ฯลฯ

อย่างไรก็ตามการที่จะเปลี่ยนแปลงขอบทกฎหมายใด กงต้องมีการศึกษาและพิจารณาอย่างรอบคอบ เพราะเป็นสิ่งที่กระทบกระเทือนต่อสังคมส่วนรวม ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการหรือผู้บริโภคอื่น ๆ การบังคับกฎหมายเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสิ่งที่ไม่กระทบการดำรง แต่ต้องนำส่งผลเสียแก่ผู้บริโภคหรือกระทบกระเทือนอย่างร้ายแรงต่อระบบของการประกอบธุรกิจเองเช่นกัน

วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ เป็นเพียงแนวทางที่ชี้ให้เห็นถึงปัญหาและการแก้ไขอย่างกว้าง ๆ เท่านั้น เนื่องจากได้สังเกตเห็นผลเสียหายของการที่กฎหมายที่มีอยู่ในส่วนที่ระบอบการปกครองแบบเผด็จการทหารของประเทศไทยซึ่งมีผลกระทบต่อประชาชนและผู้มีวิชาความรู้จำนวนมาก สมควรที่จะมีมาตรการทางกฎหมายมาใช้ เพื่อลดโทษแก่ผู้ทุจริตเอาเปรียบผู้ด้วยโอกาสมากกว่า



สถาบันวิทยบริการ  
จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย