

บทที่ 3

มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

ในบทนี้ผู้เขียนจะได้กล่าวถึงหลักการและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในต่างประเทศโดยเน้นศึกษาระบบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และศึกษาระบบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของรัฐออสเตรเลียตะวันตก เครือรัฐออสเตรเลีย รวมไปถึงศึกษาระบบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของประเทศไทย

3.1 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในต่างประเทศ

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Law) เป็นกฎหมายที่ออกมาบังคับเพื่อใช้ควบคุมการประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Agent) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจากการถูกฉ้อโกงหรือถูกหลอกลวงของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ซึ่งผู้เขียนขอศึกษาระบบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย และศึกษาระบบกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของรัฐออสเตรเลียตะวันตก เครือรัฐออสเตรเลีย เนื่องจากเป็นกฎหมายที่มีการบังคับใช้มาอย่างยาวนาน

3.1.1 สหรัฐอเมริกา

1) ระบบกฎหมายอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Law)

ในสหรัฐอเมริกามีสองระบบ¹ คือ กฎหมายระดับสหพันธรัฐ (Federal law) เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับทั้งประเทศมีข้อยกเว้นบางประการที่จะไม่นำไปปรับใช้เท่านั้น และกฎหมายระดับมลรัฐ (State Laws) เป็นกฎหมายที่ใช้บังคับภายในแต่ละมลรัฐ ความแตกต่างในสภาพของละมลรัฐทำให้กฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มีความแตกต่างกัน อย่างไรก็ตามหลักการพื้นฐานของกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ที่บังคับใช้ส่วนใหญ่จะเป็นหลักการเดียวกัน

¹ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. (2552). “การดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา”. *วารสารกฎหมายปกครอง*, เล่ม 26 ตอน 2, หน้า 3.

ตลอดทั้งประเทศ กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ หรือ เอส โครว์ (Escrow) ถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์

ในยุคแรกของการปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา นั้นสหรัฐอเมริกาพยายามทำการปฏิรูประบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้เกิดเป็นการโอนกรรมสิทธิ์อสังหาริมทรัพย์ที่มีกรรมสิทธิ์เด็ดขาดและปลอดจากภาระผูกพันใดๆ (Full fee simple absolute) โดยมีการบันทึกนิติกรรมการซื้อขายโดยรัฐ (Public records) เพื่อแสดงสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ซื้อขายเมื่อการโอนกรรมสิทธิ์เพิ่มมากขึ้นความยากลำบากในการตรวจสอบสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ก็เพิ่มมากขึ้น จึงมีการออกกฎหมายเพื่อจำกัดระยะเวลาที่ต้องทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์ ทำให้เอกชนต้องสืบค้นกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ควบคู่กับการมีความรู้เกี่ยวกับกฎหมาย เพื่อผู้ซื้อจะได้ทราบสถานะของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ต่อมาได้กลายเป็นแนวทางปฏิบัติให้บุคคลธรรมดาทำการสืบค้นกรรมสิทธิ์ ส่วนทนายความจะทำหน้าที่ในการตรวจสอบทบทวนและทำความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ปัญหาคือ กรณีบุคคลที่ทำหน้าที่สืบค้นกรรมสิทธิ์ประมาทเลินเล่อก่อให้เกิดความผิดพลาดในสถานะของกรรมสิทธิ์ การฟ้องคดีของผู้เสียหายอาจต้องใช้เวลาและเงินจำนวนมาก จึงมีการคิดค้นระบบการประกันกรรมสิทธิ์ (Title insurance)² ไว้เป็นเครื่องมือตอบรับปัญหาดังกล่าว³

ยุคที่สองเป็นช่วงศตวรรษที่ 20 การปฏิรูปการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของสหรัฐอเมริกาปรากฏในรูปของการบัญญัติกฎหมายขึ้นมาใช้บังคับ ในช่วงปี ค.ศ. 1895⁴ มลรัฐบาง

² บริษัทที่ทำหน้าที่ในการรับประกันกรรมสิทธิ์เรียกว่า “Title company” หน้าที่ของการประกันกรรมสิทธิ์เป็นการโอนความเสี่ยงไปยังผู้รับประกัน การประกันกรรมสิทธิ์เป็นสัญญาที่ทำขึ้นเพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นจากความบกพร่องในกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์หรือสิทธิยึดเหนี่ยวหรือภาระผูกพันใดบนอสังหาริมทรัพย์ เมื่อได้มีการตรวจสอบเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์แล้วพบว่ากรรมสิทธิ์ถูกต้อง บริษัทประกันกรรมสิทธิ์จะออกกรมธรรม์ให้และบริษัทจะชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้รับประกันที่ได้รับจากความบกพร่องในกรรมสิทธิ์ไม่เฉพาะที่ระบุไว้ในกรมธรรม์เท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการคุ้มครองป้องกันการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นซึ่งต้องเป็นการฟ้องคดีที่มีเหตุมาจากความบกพร่องตามที่กรมธรรม์ให้ความคุ้มครองด้วย.

³ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ้างแล้ว เจริญอรุณที่ 1. หน้า 4.

⁴ ชวิชัย บุญแก้ววรรณ. (2550). *การเพิกถอนหรือแก้ไขโฉนดที่ดินหรือหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกโดยคลาดเคลื่อนหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 5.

มลรัฐของสหรัฐอเมริกา ได้นำระบบทอร์เรนส์ (Torrens)⁵ คือ ระบบการจดทะเบียนสิทธิเกี่ยวกับที่ดิน โดยการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ต้องทำการจดทะเบียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงจะมีผลเป็นการโอนกรรมสิทธิ์การสืบคั่นกรรมสิทธิ์มีการออกหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์ (a certificate of title) ซึ่งการโอนหนังสือรับรองกรรมสิทธิ์นี้มีผลทำให้กรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์โอนไปด้วย ระบบทอร์เรนส์ถูกยกเลิกในช่วงปี ค.ศ. 1930 อย่างไรก็ตาม ระบบทอร์เรนส์ยังคงมีปรากฏอยู่บ้างในบางมลรัฐในฐานะเป็นทางเลือกหนึ่งของรูปแบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ แต่ปัญหาเกี่ยวกับการสืบคั่นกรรมสิทธิ์ก็ยังไม่หมดไป แม้ว่าจะมีบริษัทประกันกรรมสิทธิ์ (Title company) เกิดขึ้นแล้วก็ตาม แต่การสืบคั่นกรรมสิทธิ์ก็ยังคงใช้ระยะเวลานาน สหรัฐอเมริกาจำเป็นต้องออกกฎหมาย Marketable Record Title Acts เพื่อจำกัดช่วงระยะเวลาที่ต้องทำการสืบคั่นกรรมสิทธิ์และผลของภาระผูกพันบนอสังหาริมทรัพย์ให้มีช่วงระยะเวลาสั้นลงกว่า 60 ปี และกฎหมายที่จำกัดระยะเวลาของภาระผูกพันต่างๆ ที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ให้มีระยะเวลาที่สั้นลง (Shorter statutes of limitations) เพื่อเป็นการเยียวยาความบกพร่องที่มีผลต่อกรรมสิทธิ์เด็ดขาด⁶

2) ระบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของสหรัฐอเมริกา

ปัจจุบันในสหรัฐอเมริการะบบการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์มีทั้งระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) และระบบการจดบันทึก (recording system) โดยระบบทอร์เรนส์ยังคงใช้อยู่ในบางมลรัฐ เนื่องจากมลรัฐนั้นต้องการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อผู้ซื้อและผู้ให้กู้ยืม แต่มลรัฐเกือบทั้งหมดในประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบการจดบันทึก (Recording system) ทั้งสิ้น

ระบบการจดบันทึก (Recording system) มีขั้นตอนดังนี้ เมื่อผู้โอน (Grantor) ได้ทำหนังสือตราสาร (Deed)⁷ ขึ้นเพื่อโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ให้แก่ผู้รับโอนตราสาร (grantee) หนังสือตราสารจะต้องถูกบันทึก โดยผู้บันทึก (Recorder) จะจัดทำสำเนาของหนังสือตราสารและเก็บสำเนาไว้ในสมุดบันทึก (Record books) สมุดบันทึกนี้ประชาชนทั่วไปสามารถขอตรวจดูได้

⁵ วสันต์ กิจบำรุง. (2552). *คำอธิบายศัพท์งานที่ดิน*. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก: <http://www.bloggang.com/mainblog.php?id=landclinic&month=16>. [2558, 13 สิงหาคม].

⁶ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 4.

⁷ หนังสือตราสาร หรือที่เรียกว่า “Deed” หมายถึง ตราสารที่ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรโดยเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์เพื่อโอนความเป็นเจ้าของนั้นไปยังบุคคลอื่น ประเภทของ deed ที่ใช้กันอยู่ทั่วไปในประเทศสหรัฐอเมริกาจะพบใน 2 รูปแบบ ได้แก่ “Quitclaim deeds” และ “Warranty deeds”

“Quitclaim deeds” คือ หนังสือตราสารที่ผู้โอนแสดงถึงเจตนาที่จะโอนอสังหาริมทรัพย์ในสถานะที่ปรากฏอยู่เท่านั้น โดยผู้โอนจะไม่รับผิดชอบใดๆ หากมีการเรียกร้องที่เกิดขึ้นภายหลังการโอน

“Warranty deeds” คือ หนังสือตราสารที่ผู้โอนออกให้เพื่อรับประกันกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์.

เมื่อบันทึกแล้วผู้บันทึกจะคืนต้นฉบับหนังสือตราสารให้แก่ผู้รับโอน ทั้งนี้ ผู้บันทึกไม่มีหน้าที่ตรวจสอบถึงความมีผลบังคับใช้ได้ของหนังสือตราสาร หากผู้รับโอนต้องการจะทำให้พอใจว่าตนได้รับโอนกรรมสิทธิ์โดยสมบูรณ์ (Good title) ผู้รับโอนอาจจัดทำประกันกรรมสิทธิ์ (Title insurance) ด้วยตนเองได้

ระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) มีวิธีการที่แตกต่างกัน กล่าวคือ การจดทะเบียนที่ Torrens office จะมีผลสะท้อนถึงสถานะของกรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ Torrens office จะเก็บรวบรวมหนังสือตราสาร (Deeds) การจำนอง สิทธิอาศัย และภาระผูกพันต่างๆ บนอสังหาริมทรัพย์ และเอกสารเหล่านี้จะได้รับการจดทะเบียนและบันทึกไว้ในหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ของทางราชการ (Official certificate) ต้นฉบับของหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์จะจัดเก็บไว้ในสมุดบันทึกและสำเนาของหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์จะส่งมอบให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์ เมื่อที่ดินแปลงใดได้รับการจดทะเบียนภายใต้ระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) แล้ว ธุรกรรมใดๆ ที่ทำกันขึ้นภายหลังการจดทะเบียนจะไม่มีผลผูกพันอสังหาริมทรัพย์นั้นจนกว่าธุรกรรมนั้นจะได้รับการจดทะเบียนที่ Torrens office

ซึ่งจะเห็นความแตกต่างของระบบทอร์เรนส์ (Torrens system) และระบบการจดบันทึก (Recording system) ได้ว่า ในระบบทอร์เรนส์เมื่อมีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์กัน ตัวหนังสือตราสาร (Deed) ไม่ได้เป็นตัวกำหนดการโอนไปซึ่งความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ หนังสือตราสารจะถูกนำไปจดทะเบียนที่ Torrens office ถ้าเป็นที่พอใจแก่เจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนว่าหนังสือตราสารมีผลสมบูรณ์บังคับใช้ได้ หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ (Certificate) ฉบับเดิมจะถูกยกเลิก และจะมีการออกหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ (Certificate) ฉบับใหม่ให้ การจดทะเบียนจึงเป็นตัวชี้ถึงการโอนไปซึ่งกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ ส่วนหนังสือตราสารไม่ได้ส่งคืนให้แก่ผู้รับโอนแต่จะจัดเก็บไว้ที่ Torrens office⁸ ระบบทอร์เรนส์มีการใช้อย่างจำกัดในมหานครต่างๆ เช่น Boston Duluth Minneapolis-St. Paul และ New York City แต่มหานครเหล่านี้ก็เริ่มที่จะไม่ใช่ระบบดังกล่าวแล้ว Chicago ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นมลรัฐที่มีระบบทอร์เรนส์ที่ใหญ่ที่สุด กำลังอยู่ในขั้นตอนสุดท้ายของการยกเลิกระบบทอร์เรนส์ และอสังหาริมทรัพย์ที่ได้รับการจดทะเบียนทั้งหมดกำลังถูกนำเข้าสู่ระบบ Recording system Torrens certificate มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นหลักฐานที่ถือเป็นยุดิวากรรมสิทธิ์ถูกต้องตามที่กล่าวอ้างใน Certificate แต่ Torrens certificate ไม่ได้เป็นหลักฐานที่แสดงถึงหรือครอบคลุมไปถึงกรรมสิทธิ์อื่นๆ ซึ่งเรื่องนี้มี ความแตกต่างกันไปในแต่ละมลรัฐ นอกจากนี้ที่แตกต่างจากการประกันกรรมสิทธิ์ก็คือ Torrens certificate ไม่ได้เป็นตัวกำหนดให้เจ้าหน้าที่ผู้รับจดทะเบียนใช้เป็นข้อต่อสู้ในการฟ้องคดีเรียกร้องกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอสังหาริมทรัพย์

⁸ Werner, R. J.. (2002). *Real Estate Law*. The United States of America: South-Western. pp. 198-199.

ที่จดทะเบียน เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จดทะเบียนต้องต่อสู้คดีโดยค่าใช้จ่ายของตนเอง แต่ถ้าชนะคดี Torrens office จะชดใช้ค่าใช้จ่ายในการฟ้องคดีคืนให้⁹

3) ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในสหรัฐอเมริกา
ประโยชน์ของการใช้เอสโครว์ในธุรกรรมซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มีดังนี้¹⁰

(1) สร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาทั้งฝ่ายผู้ซื้อและฝ่ายผู้ขายว่าในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์นั้น ผู้ซื้อจะได้รับมอบกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ซื้อขายปลอดภาระผูกพันใดๆ และผู้ขายจะได้รับการชำระราคาทรัพย์สินที่ซื้อขาย

(2) การปิดธุรกรรมซื้อขายโดยใช้เอสโครว์อำนวยความสะดวกแก่คู่สัญญาโดยเฉพาะอย่างยิ่งถ้าคู่สัญญาอยู่กันคนละมลรัฐ หรือไม่สามารถมาปรากฏตัวในวันนั้นได้

(3) ป้องกันการเปลี่ยนใจของคู่สัญญา เมื่อสัญญาจัดตั้งเอสโครว์มีผลบังคับสมบูรณ์แล้ว คู่สัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียวไม่สามารถยกเลิกเอสโครว์และขอรับทรัพย์สินที่ฝากไว้คืนได้

(4) คู่สัญญาไม่จำเป็นต้องมาพบกันเพื่อหลีกเลี่ยงการเผชิญหน้ากับความขัดกันของผลประโยชน์ระหว่างคู่สัญญา

4) กฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow) สหรัฐอเมริกา มลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California)

กฎหมายการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาหรือกฎหมายเอสโครว์ของรัฐแคลิฟอร์เนีย สหรัฐอเมริกาได้ประมวลเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายการเงินของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย (California financial code) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้เพื่อควบคุมการประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ (Escrow Agent) โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจากการฉ้อโกงหรือจากการหลอกลวงของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญ ดังนี้

⁹ ศิริพร เอี่ยมทรงชัย และจันทิมา พัฒนางกูร. (2550). *กฎหมายการดูแลรักษาผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Escrow Law) ของประเทศสหรัฐอเมริกา*. กรุงเทพฯ: สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. หน้า 7-9.

¹⁰ สุพันธุ์ มงคลสุธี. (2553). *ปัญหาการบังคับใช้พระราชบัญญัติการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551*. เอกสารวิชาการหลักสูตร “ผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส)” รุ่น 14. วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม. หน้า 13.

(1) ผู้ประกอบอาชีพเป็นตัวแทนเอสโครว์ในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ผู้ที่จะได้รับอนุญาตให้ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องมีคุณสมบัติดังนี้¹¹

(1.1) ผู้ยื่นขออนุญาตต้องเป็นนิติบุคคล

กฎหมายกำหนดให้ผู้ประสงค์จะประกอบการต้องเป็นนิติบุคคลในรูปบริษัท ซึ่งตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายและมีวัตถุประสงค์เพื่อประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโดยเฉพาะ (มาตรา 17200)¹² ทั้งนี้ ต้องเป็นบริษัทที่มีสินทรัพย์มีรูปร่าง (Tangible net worth) ไม่น้อยกว่า 50,000 ดอลลาร์สหรัฐ (มาตรา 17202)¹³

(1.2) ประสบการณ์ของบุคคลที่ประกอบในนิติบุคคล

นิติบุคคลที่ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้นต้องประกอบไปด้วยบุคคลไม่ว่าจะเป็นเจ้าของ กรรมการ หรือลูกจ้าง ที่มีประสบการณ์ในการทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มาแล้วไม่น้อยกว่า 5 ปี ในกรณีที่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานแห่ง

¹¹ สงา อัครปริดี. (2554). *พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา พ.ศ.2551: ศึกษาประโยชน์และการบังคับใช้*. วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 26-28.

¹² California financial code. Section 17200. It shall be unlawful for any person to engage in business as an escrow agent within this state except by means of a corporation

¹³ California financial code. Section 17202. (a) At the time of filing an application for an escrow agent's license, the applicant shall deposit with the commissioner a bond satisfactory to the commissioner in the amount of at least twenty-five thousand dollars (\$25,000). Thereafter, a licensee shall maintain a bond satisfactory to the commissioner in the amount of: (1) twenty-five thousand dollars (\$25,000) if 150 percent of the previous year's average annual trust fund obligations, as calculated under Section 17348, equals two hundred fifty thousand dollars (\$250,000) or less; (2) thirty-five thousand dollars (\$35,000) if 150 percent of the previous year's average annual trust fund obligations, as calculated under Section 17348, equals at least two hundred fifty thousand one dollars (\$250,001) but not more than five hundred thousand dollars (\$500,000); or (3) fifty thousand dollars (\$50,000) if 150 percent of the previous year's average annual trust fund obligations, as calculated under Section 17348, equals five hundred thousand one dollars (\$500,001) or more. The bond shall run to the state for the use of the state and for any person who has cause against the obligor of the bond under the provision of this division. A deposit given instead of the bond required by this section shall not be deemed an asset of the applicant or licensee for the purpose of complying with Section 17210. An applicant or licensee may obtain an irrevocable letter of credit approved by the commissioner in lieu of the bond.

(b) Escrow agents licensed prior to January 1, 1986, shall comply with the requirements of subdivision (a) on or before July 1, 1986.

ใหญ่ของนิติบุคคล แต่ถ้าเป็นกรณีที่ปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานสาขาของนิติบุคคล ต้องมีบุคคลที่มีประสบการณ์ในการทำงานเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญามาแล้วไม่น้อยกว่า 4 ปี และบุคคลดังกล่าวต้องอยู่ปฏิบัติหน้าที่ในระหว่างเวลาทำการของนิติบุคคลนั้นด้วย (มาตรา 17200.8(a) California financial code)¹⁴

นอกเหนือจากการอนุญาตให้ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะเป็นไปตามเงื่อนไขและคุณสมบัติดังที่ได้กล่าวไปแล้วนั้น กฎหมายยกเว้นให้บุคคลและนิติบุคคลบางประเภทสามารถประกอบการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยไม่ต้องขออนุญาตจากรัฐ (มาตรา 17006 California financial code)¹⁵ ได้แก่

¹⁴ California financial code. Section 17200.8. (a) Within the organization of each escrow agent corporation, either as an owner, officer, or employee, there shall be one or more persons possessing a minimum of five years of responsible escrow or joint control experience to be stationed at the main office of the corporation and one or more persons possessing a minimum of four years of responsible escrow or joint control experience stationed at each branch. At least one such qualified person shall be stationed on duty at each business location licensed by this division during the time the location is open for business. A person who has satisfied educational requirements established by the commissioner may substitute education for up to one year of experience.

¹⁵ California financial code. Section 17006. (a) This division does not apply to:

(1) Any person doing business under any law of this state or the United States relating to banks, trust companies, building and loan or savings and loan associations, or insurance companies.

(2) Any person licensed to practice law in California who has a bona fide client relationship with a principal in a real estate or personal property transaction and who is not actively engaged in the business of an escrow agent.

(3) Any person whose principal business is that of preparing abstracts or making searches of title that are used as a basis for the issuance of a policy of title insurance by a company doing business under any law of this state relating to insurance companies.

(4) Any broker licensed by the Real Estate Commissioner while performing acts in the course of or incidental to a real estate transaction in which the broker is an agent or a party to the transaction and in which the broker is performing an act for which areal estate license is required.

(b) The exemptions provided for in paragraphs (2) and (4) of subdivision (a) are personal to the persons listed, and those persons shall not delegate any duties other than duties performed under the direct supervision of those persons. Notwithstanding the provisions of this subdivision, the exemptions provided for in paragraphs (2) and (4) of subdivision (a) are not available for any arrangement entered into for the purpose of performing escrows for more than one business.

(1) ธนาคาร บริษัททรัสต์ สถาบันเพื่อการรับฝากเงินและให้กู้ยืมเพื่อการซื้อหรือก่อสร้างอสังหาริมทรัพย์ สถาบันเพื่อการรับฝากเงินและการให้กู้ยืมเงินเพื่อที่อยู่อาศัยหรือบริษัทประกันภัย ที่ประกอบธุรกิจภายใต้กฎหมายของรัฐแคลิฟอร์เนียหรือกฎหมายระดับสหรััฐอยู่แล้ว

(2) ทนายความที่ได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพในรัฐแคลิฟอร์เนียซึ่งมีความสัมพันธ์โดยสุจริตกับตัวการในธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์หรืออสังหาริมทรัพย์และไม่เป็นผู้ประกอบธุรกิจผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

(3) บริษัทรับประกันกรรมสิทธิ์ (Title insurance company) ภายใต้กฎหมายว่าด้วยบริษัทประกันของรัฐแคลิฟอร์เนีย

(4) ตัวแทนนายหน้า (Broker) ซึ่งได้รับอนุญาตจากหน่วยงานด้านอสังหาริมทรัพย์ ในขณะที่ทำหน้าที่อันเกี่ยวเนื่องกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งผู้นั้นเป็นตัวแทนหรือเป็นคู่สัญญาของธุรกรรมนั้น และเป็นธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ที่ต้องอาศัยใบอนุญาตการเป็นตัวแทนอสังหาริมทรัพย์

(2) หน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา¹⁶

(2.1) หน้าที่หลักของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ได้แก่ รับเงินหรือทรัพย์สินอื่นใดเพื่อยึดถือไว้ เช่น เงินที่ผู้ซื้อชำระเป็นรายงวดตามเงื่อนไขในสัญญาซื้อขายที่ดิน หรือโฉนดที่ดิน หรือหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินของผู้ขาย เป็นต้น และส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่คู่สัญญาแต่ละฝ่ายแล้วแต่กรณี เมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขของสัญญาซื้อขายดังกล่าวครบถ้วนแล้ว

เงินที่ฝากไว้กับผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จะต้องนำไปฝากไว้กับธนาคารหรือสถาบันการเงิน (มาตรา 17409 (a))¹⁷ ดังนั้น เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้รับเงิน

¹⁶ สง่า อัครปรีดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 30-32.

¹⁷ California financial code. Section 17409. (a) All moneys deposited in escrow to be delivered upon the close of the escrow or upon any other contingency shall be deposited and maintained in a noninterest-bearing demand or checking account in a bank, a state or federal savings bank, or a state or federal savings association or in a noninterest-bearing account subject to immediate withdrawal in an industrial loan company insured by the Federal Deposit Insurance Corporation and approved to receive those moneys by the commissioner. Thereafter, these moneys may be deposited in an interest-bearing account in a bank, a state or federal savings bank, a state or federal savings association, an industrial loan company approved to receive those moneys by the commissioner, or a state or federal credit union, if the depositor is qualified for membership under the bylaws of that credit union, and the moneys are maintained separate, distinct, and apart from funds belonging to the escrow agent. Those funds, when deposited, are to be designated as "trust funds," "escrow accounts," or under

จากผู้ซื้อดังกล่าวข้างต้น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจึงมีหน้าที่หลักอีกประการหนึ่ง คือการเปิดบัญชีกับธนาคาร หรือสถาบันการเงิน (แห่งรัฐแคลิฟอร์เนียหรือรัฐบาลกลาง) เปิดบัญชีประเภทที่ไม่ก่อให้เกิดดอกเบี้ยหรือบัญชีกระแสรายวัน (Escrow Account) เพื่อนำเงินที่ได้รับจากผู้ซื้อดังกล่าวข้างต้นมาเก็บไว้ในบัญชีที่เปิดใหม่นี้

อย่างไรก็ตาม เงินดังกล่าวอาจถูกนำไปฝากไว้ในบัญชีที่ก่อให้เกิดดอกเบี้ย (an interest-bearing account) ในธนาคารหรือสถาบันการเงินต่างๆ ดังกล่าว หากผู้ฝาก (Depositor) มีคุณสมบัติที่จะเป็นสมาชิกตามระเบียบของ Credit union และเงิน (ที่ผู้ซื้อชำระตามงวดโดยผ่านผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา) นั้น ได้จัดเก็บไว้แยกออกจากเงินที่เป็นของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเอง (มาตรา 17409 (a))¹⁸

นอกจากนี้ กฎหมายยังได้กำหนดไว้ชัดเจนแล้วว่า เงินที่เก็บรักษาไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์นั้น ไม่ให้ถือว่าเป็นทรัพย์สินของผู้ได้รับใบอนุญาตหรือของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ทั้งนี้ รวมถึงดอกเบี้ยที่เกิดจากเงินที่เก็บไว้ในบัญชีดังกล่าวด้วย (มาตรา 17410)¹⁹

ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ในการปิดบัญชีเมื่อคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขในสัญญาซื้อขายครบถ้วนแล้ว และเมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ส่งมอบเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ให้แก่ผู้ขาย และส่งมอบโฉนดหรือหลักฐานแสดงกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่ขายให้แก่ผู้ซื้อถูกต้องตามสัญญาดังกล่าว

some other appropriate name indicating that the funds are not the funds of the escrow agent. Upon request of the commissioner, a licensee shall furnish to the commissioner an authorization for examination of financial records of any trust funds or escrow accounts, maintained in a financial institution, in accordance with the procedures set forth in Section 7473 of the Government Code.

¹⁸ California financial code. Section 17409.

¹⁹ California financial code. Section 17410. (a) Escrow or trust funds are not subject to enforcement of a money judgment arising out of any claim against the licensee or person acting as escrow agent, and in no instance shall such escrow or trust funds be considered or treated as an asset of the licensee or person performing the functions of an escrow agent.

(b) Interest paid or payable on funds deposited in escrow by a licensee are not subject to enforcement of a money judgment arising out of any claim against the licensee or person acting as escrow agent.

(3) การขอใบอนุญาตประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา
 ผู้ซึ่งจะได้รับอนุญาตให้ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้อง
 ปฏิบัติตามเงื่อนไขการขออนุญาตประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ดังนี้²⁰

(3.1) ผู้ยื่นคำขอต้องส่งหลักฐานซึ่งแสดงตัวตนและยื่นแบบสอบถามตามแบบ
 ที่ Commissioner กำหนด เกี่ยวกับบุคคลที่เป็นผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสต์ (Trustee) ผู้จัดการ
 และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในธุรกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ไม่ว่าจะโดยทางตรงหรือทางอ้อม
 และรวมถึงลายพิมพ์นิ้วมือที่กระทรวงยุติธรรมเป็นผู้กำหนดเพื่อร้องขอประวัติอาชญากรรม
 (มาตรา 17209)²¹

(3.2) กรณีตรวจพบคุณสมบัติที่ไม่เหมาะสมของผู้ยื่นขออนุญาต ในกรณีที่
 Commissioner ตรวจสอบพบว่ามีบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ผู้ยื่นคำขอได้ส่งหลักฐานให้แก่ Commissioner
 นั้น มีคุณสมบัติไม่เหมาะสมอยู่ด้วย Commissioner จะแจ้งผู้ยื่นคำขอเป็นหนังสือแสดงให้เห็นว่า
 คุณสมบัติของบุคคลซึ่งเป็นผู้ยื่นคำขอว่าจ้างหรือเป็นผู้มีส่วนร่วมหรือมีผลประโยชน์ร่วมกับผู้ยื่นคำ
 ขอฝ่าฝืนต่อหลักเกณฑ์ของกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้ยื่นคำขอต้องดำเนินการแก้ไขรายชื่อบุคคลดังกล่าว
 หากผู้ยื่นคำขอไม่ปฏิบัติตาม Commissioner สามารถปฏิเสธคำขอนั้นได้ (มาตรา 17209.3)²²

²⁰ สง่า อัครปรีดี. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 11. หน้า 28-30.

²¹ California financial code. Section 17209. An application for a license as an escrow agent shall be signed and
 verified by an authorized officer of the applicant, and such application shall be accompanied by a certified copy
 of the articles of incorporation and a copy of the bylaws of the proposed licensee. The application shall set
 forth:

(a) The names and addresses of the incorporators, directors, and officers.

(b) An itemized statement of the estimated receipts and expenditures of the proposed first year of
 operations.

(c) An audited financial statement showing compliance with Section

²² California financial code. Section 17209.3. The commissioner may refuse to issue any license being applied
 for, and shall refuse to issue any license being applied for if upon the commissioner's examination and
 investigation, and after appropriate hearing, the commissioner finds any of the following:

(a) That the corporation is to be formed for any business other than legitimate escrow agent services,
 or proposes to use a name that is misleading or in conflict with the name of an existing licensee.

(b) That any incorporator, officer, or director of the applicant has, within the last 10 years, been (1)
 convicted of or pleaded nolo contendere to a crime, or (2) committed any act involving dishonesty, fraud, or
 deceit, which crime or act is substantially related to the qualifications, functions, or duties of a person engaged
 in business in accordance with the provisions of this division.

(3.3) การประกอบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะเป็นสิทธิเฉพาะตัว กฎหมายกำหนดเงื่อนไขในการประกอบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาโดยไม่ต้องมาขออนุญาตว่าสำหรับนายความ และตัวแทนนายหน้า การประกอบการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะเป็นสิทธิเฉพาะตัวของบุคคลนั้นและไม่สามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนตนได้ เว้นแต่ นายความและตัวแทนนายหน้านั้นเป็นผู้ควบคุมโดยตรงและจะไม่สามารถกระทำได้มากกว่าหนึ่งธุรกรรม (มาตรา 17006 (b))²³

(3.4) กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของรัฐแคลิฟอร์เนียกำหนดเหตุแห่งการปฏิเสธสำหรับบุคคลที่ยื่นคำขออนุญาตเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (มาตรา 17209.3)²⁴ สรุปได้ดังนี้

(1) บริษัทมีวัตถุประสงค์ในการประกอบธุรกิจมากกว่าการประกอบกิจการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือบริษัทใช้ชื่อที่อาจทำให้เกิดความสับสนกับผู้อื่นที่ได้รับอนุญาตประกอบธุรกิจผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว

(2) ผู้ก่อการ เจ้าหน้าที่ หรือกรรมการ มีประวัติทางอาชญากรรมหรือกระทำการทุจริตภายในระยะเวลา 10 ปี

(3) ผู้ยื่นคำขอไม่มีเจ้าหน้าที่หรือผู้จัดการที่มีประสบการณ์ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนี้

(4) ผู้ยื่นคำขอไม่มีสถานะทางการเงินที่น่าเชื่อถือ

(c) That there is no officer or manager possessing a minimum of five years of responsible escrow or joint control experience stationed or to be stationed at the main office of the corporation and that there is no officer, manager or employee possessing a minimum of four years of responsible escrow or joint control experience stationed or to be stationed at each branch.

(d) That the proposed licensee's financial program is unsound.

(e) A false statement of a material fact has been made in the application for license.

(f) The applicant, any officer, director, general partner, or incorporator of the applicant, or any person owning or controlling, directly or indirectly, 10 percent or more of the outstanding equity securities of the applicant has violated any provision of this division or the rules thereunder or any similar regulatory scheme of the State of California or a foreign jurisdiction.

(g) The applicant has failed to comply with the Fidelity Corporation's membership requirements set forth in subdivision (b) of Section 17312, in subdivision (a) of Section 17320, and in Sections 17331 and 17331.1.

²³ California financial code. Section 17006 (b).

²⁴ California financial code. Section 17209.3.

(5) การยื่นข้อเท็จจริงที่เป็นเท็จในการขอใบอนุญาต

(6) ผู้ยื่นคำขอ เจ้าหน้าที่ กรรมการ หรือผู้ก่อการของผู้ยื่นคำขอได้กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติของกฎหมายฉบับนี้หรือข้อบังคับอื่นที่ใกล้เคียงหรือคล้ายคลึงกัน

(4) การเพิกถอนใบอนุญาต (Revocation of License)²⁵

กรณีข้อเท็จจริงปรากฏแก่กรรมการ (Commissioner) ว่าตัวแทนผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาได้ดำเนินธุรกิจไปในลักษณะที่ไม่ปลอดภัยหรือเป็นที่เสียหายหรือฝ่าฝืนข้อบังคับของนิติบุคคล หรือกฎหมายหรือข้อบังคับใดๆ ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตาม กรรมการ (Commissioner) มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งเป็นหนังสือให้แก่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเพื่อระงับการฝ่าฝืนดังกล่าวทันที

ทั้งนี้ การเพิกถอนใบอนุญาต การพักใบอนุญาต หรือการสิ้นสุดของใบอนุญาตไม่กระทบต่อสัญญาการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่ได้จัดทำไว้แล้ว และหลังจากถูกเพิกถอนใบอนุญาตแล้วผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะรับเงินหรือเอกสารไม่ได้อีก

(5) การกำกับดูแล

กฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของรัฐแคลิฟอร์เนีย มีกลไกในการควบคุมการประกอบการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ดังนี้

(5.1) ผู้มีหน้าที่กำกับดูแลและคณะกรรมการกำกับดูแล

ผู้มีหน้าที่กำกับดูแลการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้แก่ Commissioner of Corporation (Commissioner) โดยกฎหมายกำหนดให้มีคณะกรรมการที่ปรึกษาคณะหนึ่งเรียกว่า “Escrow Law Advisory Committee” มีอำนาจหน้าที่ในการให้คำแนะนำและช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของ Commissioner คณะกรรมการจะประกอบไปด้วยกรรมการทั้งหมด 11 คน มีทั้งที่เป็นกรรมการโดยตำแหน่งและกรรมการที่ได้รับการแต่งตั้งโดย Commissioner ซึ่งมาจากบุคคลในหลายสาขาอาชีพซึ่งเกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการ ทนายความ ผู้ตรวจสอบบัญชี เป็นต้น โดยคณะกรรมการต้องจัดให้มีการประชุมทุกๆ 3 เดือน (มาตรา 17214)²⁶

²⁵ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 1. หน้า 16.

²⁶ California financial code. Section 17214. (a) There is established in the Department of Business Oversight an Escrow Law Advisory Committee consisting of 11 members. The members shall consist of the commissioner or his or her designee; the chairman of the board and the immediate past chairman of the board for the Escrow Agents Fidelity Corporation; the current chairman of the board and the immediate past chairman of the board for the Escrow Institute of California; a person selected by the commissioner to represent a different type of

(5.2) การกำกับดูแลและตรวจสอบ

บทบัญญัติของกฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาของรัฐแคลิฟอร์เนีย ได้กำหนดมาตรการในการกำกับดูแลการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไว้หลายประการ โดยอาจแบ่งลักษณะของการกำกับดูแลออกเป็นดังนี้

(5.2.1) บทบังคับ

- ห้ามบุคคลผู้ไม่ได้รับอนุญาตใช้ชื่อว่าเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากฎหมายห้ามมิให้บุคคลโฆษณา จัดพิมพ์ หรือใช้ออกสาร ใบบรรองหรือสิ่งตีพิมพ์อื่นใดที่มีชื่อหรือสิ่งอย่างอื่นที่แสดงว่าบุคคลนั้นประกอบกิจการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเว้นแต่เป็นผู้ประกอบการที่ได้รับอนุญาต (มาตรา 17403 (a))²⁷

business ownership under this division; a person selected by the commissioner to represent a different type of business specialization; a person selected by the commissioner to represent small businesses operating pursuant to this division; a person selected by the commissioner to represent medium-sized businesses operating pursuant to this division; an attorney at law experienced in escrow matters selected by the commissioner; and a certified public accountant experienced in the escrow business selected by the commissioner.

Except for the members from the Escrow Agents Fidelity Corporation and the Escrow Institute of California, members appointed by the commissioner shall serve for a term of two years.

The committee shall meet at least quarterly. The commissioner or his or her designee shall chair the committee. All members shall serve without compensation or reimbursement for expenses.

Where the chairman of the board or the immediate past chairman of the board of the Escrow Agents Fidelity Corporation is the same person, or is unable to serve on the advisory committee, then the commissioner, after consultation with the board of directors of the Escrow Agents Fidelity Corporation, shall choose a member of the board of directors to serve on the committee. Where the president or past president of the Escrow Institute of California is the same person, or is unable to serve on the advisory committee, then the commissioner, after consultation with the board of directors of the Escrow Institute of California, shall choose a member of the board of directors to serve on the committee.

(b) The purpose of the committee is to assist the commissioner in the implementation of the commissioner's duties under this chapter.

²⁷ California financial code. Section 17403. (a) No person subject to this division shall issue, circulate, or publish any advertisement by any means of communication, or make use of or circulate any letterheads, billheads, blank notes, blank receipts, blank escrow instructions, certificates, circulars, or any written, printed, partially written or printed paper containing any fictitious or corporate name or other words indicating that the person is in the escrow business, unless the person is a licensed escrow agent.

- ห้ามโอนใบอนุญาต กฎหมายกำหนดให้ใบอนุญาตประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่สามารถโอนได้ไม่ว่าส่วนหนึ่งส่วนใดหรือทั้งหมด และไม่ว่าจะโอนโดยตรงหรือทางอ้อม โดยการซื้อหุ้น การบังคับจำหน่าย หรือวิธีการอื่นใดโดยปราศจากความยินยอมจาก Commissioner และในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องการโอนขายหุ้นมากกว่าอัตราร้อยละ 10 ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบการใหม่ เว้นแต่เป็นการโอนขายหุ้นโดยผู้ถือหุ้นให้แก่ผู้ที่เป็นผู้ถือหุ้นเดิมซึ่งต้องเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ ณ ขณะนั้น ในสัดส่วนที่ไม่น้อยกว่าอัตราร้อยละ 10 ของหุ้นทั้งหมด (มาตรา 17213 (b))²⁸

- ห้ามการใช้ประโยชน์ซึ่งเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างอื่น กฎหมายกำหนดไว้โดยชัดแจ้งห้ามมิให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา หรือกรรมการผู้ถือหุ้น ผู้รับฝากทรัพย์ เจ้าหน้าที่ ตัวแทน หรือพนักงานของบุคคลดังกล่าว กระทำการดังต่อไปนี้ ซึ่งถือเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 17414 (a))²⁹

(1) จงใจหรือประมาทเลินเล่อ ถอนหรือให้มีการถอนเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์อื่นนอกเหนือจากที่กำหนดไว้ในข้อตกลงการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาหรือจงใจหรือประมาทเลินเล่อสั่งให้กระทำ มีส่วนร่วมหรือให้ความช่วยเหลือหรือยุยงส่งเสริมในการกระทำใดที่เป็นการลักทรัพย์หรือการฉ้อฉลในการดำเนินกระบวนการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา (Escrow Transaction)

²⁸ California financial code. Section 17213. (b) An escrow agent's license is not transferable or assignable. Further, no license may be acquired, either in whole or in part, directly or indirectly, through stock purchase, foreclosure pursuant to a pledge or hypothecation, or other devices without the consent of the commissioner. Prior to the transfer of 10 percent or more of the shares of an escrow agent, the escrow agent shall file a new application for licensure as required by Section 17201. However, a new application for licensure shall not be required to be filed by the escrow agent if the transfer of 10 percent or more of the shares of the escrow agent will be made by an existing shareholder to another existing shareholder who also owns 10 percent or more of the shares of the escrow agent before the transfer.

²⁹ California financial code. Section 17414.(a) It is a violation for any person subject to this division or any director, stockholder, trustee, officer, agent, or employee of any such person to do any of the following:

(1) Knowingly or recklessly disburse or cause the disbursement of escrow funds otherwise than in accordance with escrow instructions, or knowingly or recklessly to direct, participate in, or aid or abet in a material way, any activity which constitutes theft or fraud in connection with any escrow transaction.

(2) Knowingly or recklessly make or cause to be made any misstatement or omission to state a material fact, orally or in writing, in escrow books, accounts, files, reports, exhibits, statements, or any other document pertaining to an escrow or escrow affairs.

(2) จงใจหรือประมาทเลินเล่อบันทึกหรือให้มีการบันทึกข้อมูลที่ไม่ตรงกับความเป็นจริงหรือละเว้นการบันทึกข้อมูลใดๆ ไม่ว่าในลักษณะที่เป็นวาจาหรือลายลักษณ์อักษรในสมุดบัญชี รายงานหรือเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

- กรณีมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของการจัดการภายหลังได้รับอนุญาตเมื่อนิติบุคคลใดได้รับอนุญาตให้ประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแล้ว หากต่อมาภายหลังได้มีการเปลี่ยนแปลงผู้ถือหุ้น กรรมการ เจ้าหน้าที่ ทรัสตี (Trustee) ผู้จัดการ และบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องในธุรกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม ผู้ได้รับอนุญาตต้องแจ้งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวต่อ Commissioner โดยการยื่นเอกสารทางไปรษณีย์ ลงทะเบียนตอบรับ (มาตรา 17212.1)³⁰

- การเปลี่ยนแปลงสถานประกอบการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา กฎหมายกำหนดว่าต้องได้รับอนุมัติโดย Commissioner ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาฝ่าฝืนบทบัญญัติดังกล่าว กฎหมายกำหนดบทลงโทษปรับไว้ในอัตราวันละ 10 ดอลลาร์สหรัฐสำหรับ 10 วันแรก และในอัตราวันละ 10 ดอลลาร์สหรัฐในระหว่างระยะเวลาที่ยังคงกระทำการฝ่าฝืนอยู่ (มาตรา 17213.1 และมาตรา 17213.2)

(5.2.2) การตรวจสอบ

- Commissioner มีอำนาจตรวจตราและตรวจสอบกิจการ บัญชี และบันทึกของผู้ได้รับอนุญาตได้ตลอดเวลาโดยไม่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า (มาตรา 17405)³¹

³⁰ California financial code. Section 17212.1. All licensees shall notify the commissioner of any changes in shareholders, directors, officers, trustees, managers, and other persons participating in the escrow business directly or indirectly compensated by the escrow agent (other than usual and customary employees who file pursuant to subdivision (d) of Section 17414.1 and Section 17419), by filing by certified mail, return receipt requested, for those persons a statement of identity and questionnaire, as prescribed by the commissioner for those persons, and fingerprint images and related information, submitted using the process established by the Department of Justice for requesting state and federal summary criminal history information. Persons who have previously submitted fingerprints or fingerprint images and related information to the commissioner may so notify the commissioner and need not submit additional fingerprint images and related information unless requested to do so by the commissioner.

³¹ California financial code. Section 17405. (a) The business, accounts and records of every person performing as an escrow agent, whether required to be licensed under this division or not, are subject to inspection and

- การยื่นรายงานการตรวจสอบบัญชีและเอกสารการเงิน ผู้ได้รับอนุญาตแต่ละคนจะต้องยื่นต่อ Commissioner ด้วยค่าใช้จ่ายของผู้ได้รับอนุญาต ซึ่งรายงานการตรวจสอบบัญชีประกอบเอกสารการเงินที่ตรวจสอบแล้วของรอบปีปฏิทิน หรือสำหรับรอบปีบัญชีหากผู้ได้รับอนุญาตได้กำหนดรอบปีทางบัญชี (fiscal year) ภายใน 105 วันนับแต่ปีครบบปีปฏิทินหรือรอบปีบัญชีดังกล่าว นอกจากนี้ ผู้ได้รับอนุญาตจะต้องยื่นเอกสารอื่นเพิ่มเติมตามที่ Commissioner ร้องขอ (มาตรา 17406)³²

examination by the commissioner at any time without prior notice. The provisions of this section shall not apply to persons specified in Section 17006.

(b) Any person subject to this division shall, upon request, exhibit and allow inspection and copying of any books and records by the commissioner or his or her authorized representative.

(c) (1) The commissioner shall conduct an examination of each licensed escrow agent as described in subdivision (a) as often as the commissioner deems necessary and appropriate, but not less than once every 48 months. (2) The examination shall be conducted for the 12-month period immediately preceding the date that the examination is commenced unless the commissioner finds, based on information uncovered in the examination or in the most recent independent audit report, that the examination should be extended beyond the 12-month period. (3) In determining how often an examination shall be conducted, the commissioner may consider each licensed escrow agent's compliance with the requirements set forth in this division and other factors the commissioner may by rule or order designate. (4) This subdivision shall apply only to examinations commenced after the effective date established by the rule or order of the commissioner for the factors described in paragraph (3).

(d) Notwithstanding subdivision (c), the commissioner may conduct an indoctrination or preliminary examination, or both, under this section of any new licensee within one year of the issuance of the license under this division, and an examination described in subdivision (a) within two years of the issuance of the license under this division.

³² California financial code. Section 17406. (a) Each licensee shall submit to the commissioner, at the licensee's own expense, an audit report containing audited financial statements covering the calendar year or, if the licensee has an established fiscal year, then for that fiscal year, within 105 days after the close of the calendar or fiscal year, as applicable. At that time, each licensee shall also file additional relevant information as the commissioner may require.

(b) Within 30 days after receipt of a request from the commissioner, a licensee or other person subject to this division shall submit to the commissioner, at the person's own expense, an audit report containing audited financial statements covering the 12 calendar months next preceding the month of receipt of the request, or for another period as the commissioner may require. Unless the public interest shall otherwise require, the

commissioner shall exempt a licensee from the provisions of subdivision (a) in whole or in part if the licensee has complied with a request pursuant to this subdivision as of a date within the calendar or fiscal year for which the exemption is granted.

(c) A licensee whose license has been revoked shall submit to the commissioner, at its own expense, on or before 105 days after the effective date of the revocation, a closing audit report as of that effective date, or for another period as the commissioner may specify. The report shall include the information specified by the commissioner. A licensee who has complied with this subdivision is exempt from subdivision (a) of this section.

(d) The reports and financial statements referred to in subdivisions (a) and (b) shall include at least a balance sheet and a statement of income for the year ended on the balance sheet date together with other relevant information as the commissioner may require. The reports and financial statements referred to in subdivisions (a), (b), and (c) shall be prepared in accordance with generally accepted accounting principles, and shall be accompanied by a report, certificate, or opinion of, an independent certified public accountant or independent public accountant. The audits shall be conducted in accordance with generally accepted auditing standards and the rules of the commissioner.

(e) A licensee shall make other special reports to the commissioner as the commissioner may from time to time require.

(f) For good cause and upon written request, the commissioner may extend the time for compliance with subdivisions (a) and (b).

(g) A licensee shall, when requested by the commissioner, submit its unaudited financial statements, prepared in accordance with generally accepted accounting principles and consisting of at least a balance sheet and statement of income and expense as of the date and for the period specified by the commissioner. The commissioner may require the submission of these reports on a monthly or other periodic basis.

(h) If the report, certificate, or opinion of the independent accountant referred to in subdivision (d) is in any way qualified, the commissioner may require the licensee to take action as he or she deems appropriate to permit an independent accountant to remove the qualifications from the report, certificate, or opinion.

(i) The commissioner may reject any financial statement, report, certificate, or opinion by notifying the licensee or other person required to make the filing of its rejection and the cause of the rejection. Within 30 days after the receipt of the notice, the licensee or other person shall correct the deficiency and the failure so to do shall be deemed a violation of this division. The commissioner shall retain a copy of all rejected filings.

(j) The commissioner may make rules specifying the form and content of the reports and financial statements referred to in this section, and may require that those reports and financial statements be verified by the licensee in the manner as he or she may prescribe.

- การเข้าตรวจสอบ ณ สถานประกอบการ หาก Commissioner มีเหตุผลอันควรเชื่อได้ว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญารายใดได้ปฏิบัติฝ่าฝืนกฎหมาย Commissioner อาจเข้าตรวจสอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นได้ และตรวจสอบสมุดบัญชีบันทึกและแฟ้มเอกสารต่างๆ ในกิจการนั้นของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและของบุคคลใดที่กระทำการเป็นหรืออ้างว่ากระทำการในฐานะคู่สัญญาหรือตัวแทน เพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าว Commissioner สามารถเข้าไปยังสำนักงานและสถานประกอบการได้ ตลอดจนสามารถตรวจสอบบัญชี บันทึก เอกสาร แฟ้มชื่อ ตู้เซฟและห้องใต้ดิน (vaults) ของบุคคลต่างๆ ที่ถูกตรวจสอบได้ (มาตรา 17601)³³

(k) Upon completion of the reports and financial statements referred to in subdivisions (a), (b), and (c), the independent accountant shall submit to the commissioner complete copies of the reports and financial statements at the same time that copies of the reports and financial statements are submitted to the licensee.

(l) A licensee who engages an independent accountant or other third-party contractor to reconcile trust account records shall request the independent accountant or third-party contractor, at a minimum, to immediately notify the commissioner and Fidelity Corporation in the event of any of the following:

(1) The termination or voluntary withdrawal of the independent accountant or third-party contractor from the engagement.(2) The discovery by the independent accountant or third-party contractor of an unreconcilable trust account debit balance. A debit balance exists if an escrow agent withdraws, pays out, or transfers money from an escrow account in excess of the amount to the credit of that account at the time of the withdrawal, payment, or transfer. (3) The discovery by the independent accountant or third-party contractor that trust account reconciliations have not been performed for two months after the end of any calendar month.(4) The discovery by the independent accountant or third-party contractor of exception items in trust account exception reports, that remain uncorrected for two months after the end of any calendar month. Notification pursuant to this subdivision may be accomplished by transmitting to the commissioner and Fidelity Corporation, in either electronic or paper form, copies of trust account reconciliation exception reports. Nothing in this subdivision imposes any duty or obligation on an independent accountant or third-party contractor to Fidelity Corporation, members of Fidelity Corporation, or the commissioner.

(m) Nothing in this section shall be deemed to require a licensee to contract with a third party to reconcile trust account records

³³ California financial code. Section 17601.If the commissioner has reason to believe that any escrow agent is violating the provisions of this division, the commissioner may investigate the escrow agent's business and examine the books, accounts, records, and files used in the business of every escrow agent and of every person who acts or claims to act as principal or agent under or without the authority of this division. For the purposes of examination the commissioner and representatives of the commissioner shall have free access to the offices and places of business, books, accounts, records, papers, files, safes, and vaults of all persons examined. The

3.1.2 เครือรัฐออสเตรเลีย³⁴

ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก³⁵ เครือรัฐออสเตรเลีย มีการออกกฎหมาย Settlement Agent Act 1981 โดยกฎหมายดังกล่าวมีสาระเป็นการกำหนดเกี่ยวกับบุคคลที่จะทำหน้าที่เป็นตัวแทนของกลุ่มสัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่าย³⁶ ในการทำธุรกรรมทางธุรกิจบางประเภทที่เรียกว่า

“Business settlement agent”³⁷ และในการทำธุรกรรมทางธุรกรรมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ เรียกว่า “Real estate settlement agent”³⁸

กฎหมาย Settlement Agent Act 1981 ได้ให้คำนิยาม “real estate settlement agent” ไว้ว่า หมายถึงบุคคลผู้ทำหน้าที่จัดการหรือทำให้เกิดผลสำเร็จในการตกลงกันเกี่ยวกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์โดยรับค่าตอบแทน หรือบุคคลซึ่งไม่ว่าจะรับค่าตอบแทนหรือไม่ ประกอบกิจการจัดการหรือทำให้เกิดผลสำเร็จในการตกลงกันเกี่ยวกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าการนั้นได้กระทำร่วมกับหรือเป็นส่วนหนึ่งของหรือกระทำเกี่ยวเนื่องกับวิชาชีพ การค้า อาชีพ หรือการจ้างอื่นใด แต่ไม่รวมถึงอาชีพทนายความ นายหน้าอสังหาริมทรัพย์ และผู้ประกอบการวิชาชีพบางประเภทที่กฎหมายกำหนด

cost of any investigation, inspection, and examination of a licensee under this section shall be paid to the commissioner as provided in Section 17405.1.

³⁴ สง่า อัครปริดี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 11. หน้า 51.

³⁵ Western Australia State, Australia.

³⁶ คู่สัญญาสองฝ่ายอาจแต่งตั้ง “Settlement agent” คนเดียวกัน เพื่อให้ทำหน้าที่แทนคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายในธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่งได้เมื่อไม่มีความขัดแย้งกันเกี่ยวกับผลประโยชน์ (conflict of interest) ในกรณีเช่นว่านี้ settlement agent มีลักษณะใกล้เคียงกับ “Escrow agent” ในกฎหมายของสหรัฐอเมริกาที่สุด.

³⁷ business settlement agent means any person who arranges or effects a settlement of a business transaction for reward or who, whether for reward or otherwise, carries on business arranging or effecting settlements of business transactions and whether or not that business is carried on conjunction with or as part of or associated with any other profession, trade, occupation or employment, but does not include the exceptions specified in section 4(1);

³⁸ real estate settlement agent means any person who arranges or effects the settlement of a real estate transaction for reward or who, whether for reward or otherwise, carries on business arranging or effecting settlements of real estate transactions and whether or not that business is carried on in conjunction with or as part of or associated with any other profession, trade, occupation or employment, but does not include the exceptions specified in section 4(1);

1) ลักษณะการใช้บังคับของกฎหมาย

กฎหมาย Settlement Agent Act 1981 ของรัฐออสเตรเลียตะวันตก เครือรัฐออสเตรเลีย เป็นกฎหมายที่ออกบังคับใช้เพื่อควบคุมการประกอบกิจการผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโดยมีวัตถุประสงค์ที่จะคุ้มครองประชาชนทั่วไปที่ใช้บริการผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดยใช้มาตรการอนุญาต (License) เป็นมาตรการควบคุม โดยมีวัตถุประสงค์เป็นการคุ้มครองประชาชนทั่วไปหรือผู้บริโภคที่ใช้บริการผู้ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจากการฉ้อโกงหรือจากการหลอกลวง

ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ระหว่างคู่สัญญาสามารถทำการตกลงซื้อขายกันได้โดยไม่จำเป็นต้องแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา อย่างไรก็ตามเนื่องจากการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ในกระบวนการโอนกรรมสิทธิ์จะต้องมีกระบวนการที่เรียกว่า “Property settlement”³⁹ ซึ่งเป็นกระบวนการที่มีขั้นตอนซับซ้อน ต้องจัดเตรียมเอกสารเป็นจำนวนมาก นอกจากนี้จะต้องมีการนำเอกสารการโอนที่ดินไปเสียค่าอากรที่สำนักงานสรรพากร หากผู้ซื้อและผู้ขายดำเนินการเองอาจเกิดความผิดพลาดและความเสียหายได้ ด้วยเหตุดังกล่าว คู่สัญญาของสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์มักจะแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาขึ้นทำหน้าที่ดังกล่าว

³⁹ ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก การซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะมีกระบวนการขั้นสุดท้ายที่เรียกว่า “property settlement” เป็นกระบวนการโอนกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์จากผู้ขายไปยังผู้ซื้อ เมื่อเงื่อนไขสัญญาซื้อขายบรรลุผล ในรัฐออสเตรเลียตะวันตกสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์จะประกอบด้วยส่วนประกอบสองส่วน ได้แก่

- สัญญาซื้อขายที่ดิน (contract for sale of land หรือ strata title by offer and acceptance) ซึ่งเป็นคำเสนอ-คำสนองระหว่างคู่สัญญา และจะมีเงื่อนไขพิเศษของคู่สัญญาระบุอยู่ เช่น ที่มาของเงินสินเชื่อข้อตกลงเกี่ยวกับการซ่อมแซมบ้าน ข้อตกลงเกี่ยวกับการเข้าตรวจบ้าน เช่น การตรวจระบบท่อระบายน้ำ การกำจัดปลวก ฯลฯ

- แบบแนบข้อตกลงทั่วไปสำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (joint form of general conditions for the sale of land) ซึ่งเกี่ยวกับเงื่อนไขต่างๆ ไปของสัญญา เช่น ภาระคิดค้นในอสังหาริมทรัพย์ การชำระเงินและมัดจำ การผิวนัด-เบี้ยปรับ ความรับผิดชอบเกี่ยวกับค่าไฟฟ้า-ประปา ฯลฯ

กระบวนการ “Property settlement” จะเกิดขึ้นได้ต่อเมื่อข้อตกลงต่างๆ ตามสัญญาบรรลุผลก่อนการเข้าสู่กระบวนการดังกล่าว คู่สัญญาจะต้องนำเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมดไปยื่นที่สำนักงานสรรพากรเพื่อชำระภาษีอากรค่าโอนกรรมสิทธิ์ ในกระบวนการดังกล่าวผู้ซื้อจะต้องวางแผนเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับภาษีอากร และค่าซื้ออสังหาริมทรัพย์ และจะต้องตรวจสอบให้แน่ใจว่ากรรมสิทธิ์ของอสังหาริมทรัพย์ได้โอนมาเป็นของตนโดยถูกต้องแล้ว.

2) คุณสมบัติและเงื่อนไขการประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา⁴⁰

การประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (Real State Settlement Agent) ผู้ขออนุญาตจะต้องได้รับ “ใบอนุญาต” (License) จากคณะกรรมการที่มีหน้าที่กำกับดูแล (The Settlement Agent Supervisory Board หรือ SASB) และคณะกรรมการจะต้องได้รับ “ใบอนุญาตรายสามปี” ที่เรียกว่า “Current triennial certificate” ซึ่งจะต้องมีการต่ออายุทุกๆ สามปี อีกด้วย

การออกใบอนุญาต คณะกรรมการ SASB จะออกใบอนุญาตให้กับบุคคลธรรมดา ห้างหุ้นส่วน และบริษัทโดยมีหลักเกณฑ์ ดังต่อไปนี้

(1) กรณีบุคคลธรรมดา จะต้องมีความสมบัติ (มาตรา 27)⁴¹ ดังนี้

(1.1) ผู้ขอรับใบอนุญาตจะต้องมีอายุ 18 ปีขึ้นไป

(1.2) มีฐานะทางการเงินเพียงพอที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย

(1.3) เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก

(1.4) มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับหน้าที่และความรับผิดชอบของการประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(1.5) มีใบอนุญาตนายความ มีวุฒิการศึกษาด้านการเงิน หรือมีวุฒิการศึกษา ด้านการไอที และต้องผ่านการอบรมหลักสูตรการประกอบการตามที่กฎหมายกำหนด

⁴⁰ สง่า อัครปรีดี. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 11. หน้า 54-57.

⁴¹ Settlement Agent Act 1981. Article 27. Grant of licence to a natural person

(1) Subject to this Act, a person, not being a body corporate, who applies to the Board for a real estate settlement agent’s licence or a business settlement agent’s licence, or both, and pays to the Board the prescribed fee for the licence shall be granted and may hold a licence if the Board is satisfied that

(a) he is of or over the age of 18 years;

(b) he is a person of good character and repute and a fit and proper person to hold a licence;

(c) he has sufficient material and financial resources available to him to enable him to comply with the requirements of this Act;

(d) he is ordinarily resident in the State; and

(e) he understands fully the duties and obligations imposed by this Act on settlement agents.

(2) In subsection (1) (b) fit and proper includes being qualified in accordance with Schedule 1 subject to the savings and exceptions provided therein and elsewhere in this Act, but nothing in that Schedule shall derogate from the discretion conferred on the Commissioner by subsection (1) in the granting of a licence.

นอกจากนี้ ภายในหกเดือนหลังการได้รับอนุมัติใบอนุญาต (License) จากคณะกรรมการ จะต้องตกลงเข้าสัมมนาเกี่ยวกับเรื่องบัญชีทรัสต์

(2) กรณีห้างหุ้นส่วน จะต้องมีคุณสมบัติ (มาตรา 28)⁴² ดังนี้

(2.1) ผู้เป็นหุ้นส่วนเป็นผู้มีชื่อเสียงอันดี มีความเหมาะสมที่จะประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(2.2) มีฐานะทางการเงินเพียงพอที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย

(2.3) กรณีห้างหุ้นส่วนมีหุ้นส่วนไม่เกินสามคน หุ้นส่วนอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาต หากมีหุ้นส่วนมากกว่าสามคน หุ้นส่วนอย่างน้อยสองคนต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาต

(2.4) หุ้นส่วนที่เป็นหุ้นส่วนผู้จัดการจะต้องได้รับใบอนุญาตและใบอนุญาตรายสามปี เป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก และหุ้นส่วนผู้จัดการดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีอำนาจรอบงำกิจการนั้นอีกด้วย ไม่ว่าจะด้วยการถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งหรือโดยข้อสัญญา ทั้งนี้ หากห้าง

⁴² Settlement Agent Act 1981. Article 28. Grant of licence to a firm

(1) Subject to this Act, 2 or more persons constituting a firm who apply to the Commissioner for a real estate settlement agent's licence or a business settlement agent's licence, or both, and pay to the Commissioner the prescribed fee for the licence shall be granted and may hold a licence if the Commissioner is satisfied that —

(a) all of the natural persons, if any, by whom the firm is constituted and all of the directors of, and all of the persons concerned in the management or control of, any body corporate by which the firm is constituted are persons of good character and repute and are persons fit to be concerned as directors of, or in the management and control of, a settlement agent's business; and

(b) the persons by whom or by which the firm is constituted have sufficient material and financial resources available to them to enable them to comply with the requirements of this Act; and

(c) where the firm is constituted by not more than 3 persons, at least one of them is licensed or where the firm is constituted by more than 3 persons at least 2 of them are licensed; and

(d) the person in bona fide control of the business operated under the licence is —

(i) in the case of an application for a real estate settlement agent's licence, licensed as a real estate settlement agent and holds a current triennial certificate; and

(ii) in the case of an application for a business settlement agent's licence, licensed as a business settlement agent and holds a current triennial certificate; and

(iii) ordinarily resident in the State.

(2) The provisions of clause 10 of Schedule 1 apply to a licence granted under this section.

หุ้นส่วนมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารงานของห้างหุ้นส่วนๆ จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบทุกครั้ง

(3) กรณีบริษัทจะต้องมีคุณสมบัติ (มาตรา 29)⁴³ ดังนี้

(3.1) กรรมการทั้งหมดและกรรมการผู้จัดการเป็นผู้มีชื่อเสียงอันดี มีความเหมาะสมที่จะประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(3.2) มีฐานะทางการเงินเพียงพอที่จะปฏิบัติตามข้อกำหนดของกฎหมาย

(3.3) กรณีบริษัทมีกรรมการไม่เกินสามคน กรรมการอย่างน้อยหนึ่งคนต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาต หากมีกรรมการมากกว่าสามคน กรรมการอย่างน้อยสองคนต้องเป็นผู้ที่ได้รับใบอนุญาต

(3.4) กรรมการผู้จัดการจะต้องได้รับใบอนุญาตและใบอนุญาตรายสามปีเป็นผู้มีถิ่นที่อยู่ในรัฐออสเตรเลียตะวันตก และกรรมการผู้จัดการดังกล่าวจะต้องเป็นผู้มีอำนาจครอบงำกิจการนั้นอีกด้วย ไม่ว่าจะด้วยการถือหุ้นเกินกึ่งหนึ่งหรือโดยข้อสัญญา ทั้งนี้ หากบริษัทมีการเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการบริหารงานของบริษัทฯ จะต้องแจ้งให้คณะกรรมการทราบทุกครั้ง

⁴³ Settlement Agent Act 1981. Article 29. Grant of licence to body corporate

(1) Subject to this Act, a body corporate which applies to the Commissioner for a real estate settlement agent's licence or a business settlement agent's licence, or both, and pays to the Commissioner the prescribed fee for the licence shall be granted and may hold a licence if the Commissioner is satisfied that —

(a) all of the directors of the body corporate, and all of the persons concerned in the management or conduct of the body corporate, are persons of good character and repute and are persons fit to be concerned as directors of, or in the management and control of, a settlement agent's business; and

(b) it has sufficient material and financial resources available to it to comply with the requirements of this Act; and

(c) unless for good cause shown by the applicant the Commissioner otherwise determines, where there are not more than 3 directors of the body corporate at least one of them is licensed where there are more than 3 directors of the body corporate at least 2 of them are licensed; and

(d) the person in bona fide control of the business operated under the licence is —

(i) in the case of an application for a real estate settlement agent's licence, licensed as a real estate settlement agent and holds a current triennial certificate; and

(ii) in the case of an application for a business settlement agent's licence, licensed as a business settlement agent and holds a current triennial certificate; and

(iii) ordinarily resident in the State.

(2) The provisions of clause 10 of Schedule 1 apply to a licence granted under this section.

3) หน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา⁴⁴

นอกจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะมีหน้าที่ในการรับเงินหรือเอกสารของคู่สัญญาเพื่อยึดถือไว้แทนคู่สัญญาและส่งมอบทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่บุคคลที่มีสิทธิตามกฎหมายเมื่อมีการปฏิบัติตามข้อสัญญาแล้ว กฎหมาย Settlement Agent Act 1981 กำหนดหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาไว้ในมาตรา 46 ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะมีหน้าที่ประกอบกิจการจัดการหรือกระทำการให้มีการตกลงกันเกี่ยวกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์ภายใต้กฎหมาย Transfer of Land Act 1893 หรืออาจกล่าวได้ว่า ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา คือ มีอาชีพที่จะช่วยอำนวยความสะดวกให้กับคู่สัญญาในการโอนทรัพย์สิน หรือการตกลงกัน (Settlement) เกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์⁴⁵

ทั้งนี้ หน้าที่โดยละเอียดของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะถูกกำหนดไว้ในตารางท้ายกฎหมาย (Schedule 2 Functions of a settlement agent⁴⁶) สรุปได้ดังต่อไปนี้

⁴⁴ สง่า อัครปรีดี. อ่างแล้ว เจริงอรรถที่ 11. หน้า 58-60.

⁴⁵ Government of Western Australia Department of Commerce. (2015). *Choosing a Settlement Agent*. (Online). Available: <http://www.sasb.wa.gov.au/PDF/Publications/ChoosingASettlementAgent.pdf>. [2015, April 2].

⁴⁶ Article 1. Real estate settlement agent

(1) A licensee who holds a real estate settlement agent's licence and a current triennial certificate may perform the following functions —

(a) searching land titles and dealings in the records of the Western Australian Land Information Authority established by the Land Information Authority Act 2006 section 5 (the Authority) and searching for caveats against any of those dealings;

(b) searching and inquiring at other Government offices and at the offices of statutory authorities and local governments, and obtaining certificates there from, in respect of records, plans and policies and making inquiries with respect to adjustment of rates, taxes and other outgoings of a periodical nature in respect of the real estate the subject of the transaction involved in a settlement;

(c) preparing a settlement statement and an authority for the payment or receipt of moneys in respect of the transaction involved in a settlement;

(d) arranging the payment of duty imposed under the Duties Act 2008 , and any other imposts or fees on documents in respect of the real estate transaction;

(e) arranging and attending on settlement, including exchanging documents and receiving and disbursing moneys to effect the settlement;

(f) lodging documents in respect of the real estate transaction with the Authority or other Government offices or the offices of statutory authorities for registration;

- (1) ตรวจสอบกรรมสิทธิ์ที่ดินหรือภาระติดพันของที่ดินนั้น
- (2) ตรวจสอบกฎระเบียบของหน่วยงานรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมถึงอัตราภาษี ค่าธรรมเนียมต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์นั้น
- (3) จัดเตรียมเอกสารที่เกี่ยวข้องและจัดการด้านการเงินที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์นั้น
- (4) จัดการเกี่ยวกับการชำระอากรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์นั้น
- (5) จัดการและเข้าร่วมในธุรกรรมนั้น รวมถึงการแลกเปลี่ยนเอกสาร การรับชำระหรือการชำระเงินเพื่อให้การทำธุรกรรมนั้นมีผลบังคับ
- (6) ยื่นเอกสารเกี่ยวกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์นั้นแก่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง
- (7) รายงานผลสำเร็จของการทำธุรกรรมให้แก่คู่สัญญา

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเปิดบัญชีทรัสต์หนึ่งบัญชีหรือมากกว่ากับสถาบันการเงินที่ได้รับอนุญาต เพื่อใช้บัญชีดังกล่าวเก็บรักษาที่ตนได้รับมาแทนบุคคลอื่นจากการประกอบการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

นอกจากหน้าที่ที่ได้กล่าวข้างต้น เมื่อคู่สัญญาได้แต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในธุรกรรมใดธุรกรรมหนึ่งแล้ว ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่ต้องรักษาประโยชน์ของคู่สัญญา (Client's best interest) อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาอาจมีความทับซ้อนกันของผลประโยชน์จากความสัมพันธ์บางประการกับผู้เกี่ยวข้องกับธุรกรรมดังกล่าว

เมื่อเกิดการทับซ้อนกันผลประโยชน์ทางธุรกิจหรือทางการเงินขึ้น กฎหมายกำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องจัดทำแบบฟอร์มเปิดเผยความเกี่ยวกันของผลประโยชน์ (Disclosure of Interest form) ก่อนการตกลงทำหนังสือแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยแบบฟอร์มดังกล่าวจะประกอบด้วยข้อมูลดังต่อไปนี้

(g) uplifting such documents from the Authority or other Government offices or the offices of statutory authorities;

(h) completing powers of attorney in such form and subject to such conditions as are prescribed;

(i) subject to any conditions imposed by the code of conduct, drawing or preparing and arranging the execution of the documents set forth in subclause (2);

(j) reporting on the progress of the settlement to the party to the transaction by whom the licensee was appointed to arrange or effect the settlement.

(1) ผลประโยชน์ส่วนตัวเกี่ยวกับธุรกรรม ตัวอย่างเช่น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายในธุรกรรมนั้นหรือมีความสัมพันธ์อย่างไรกับกลุ่มสัญญาที่เป็นผู้ซื้อหรือผู้ขายในธุรกรรมนั้น เป็นต้น

(2) ความสัมพันธ์ทางธุรกิจกับบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นๆ ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญารายนั้นมักจะถูกแนะนำโดยนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ ตัวแทนขายหรือผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่ขายอสังหาริมทรัพย์นั้นๆ เป็นต้น

(3) ความสัมพันธ์ทางการเงินกับบุคคลซึ่งมีส่วนเกี่ยวข้องกับธุรกรรมนั้นๆ ตัวอย่างเช่น ความสัมพันธ์กับนายหน้าอสังหาริมทรัพย์ที่ขายอสังหาริมทรัพย์ หรือกับสถาบันการเงินซึ่งเป็นผู้ให้กู้ในธุรกรรมนั้น มีฐานะเป็นผู้ถือหุ้นหรือเป็นเจ้าของบริษัทที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาสังกัดอยู่ เป็นต้น

4) การกำกับดูแลผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

ผู้มีหน้าที่กำกับดูแลผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา คือ คณะกรรมการที่เรียกว่า “The Settlement Agent Supervisory Board” หรือ “SASB” มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อควบคุมการประกอบกิจการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โดย “SASB” จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ มีหน้าที่และความรับผิดชอบ สรุปได้ดังนี้

(1) ดำเนินการเกี่ยวกับระบบการออกใบอนุญาตผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา

(2) ให้บริการการศึกษาและให้คำปรึกษาแก่ผู้บริโภคและอุตสาหกรรมเกี่ยวกับข้อกำหนด นโยบายของคณะกรรมการ และแนวปฏิบัติต่างๆ

(3) ดำเนินการเกี่ยวกับเงินในบัญชีประกันความเสียหาย และให้การชดเชยแก่บุคคลผู้ได้รับความเสียหายทางอาญาหรือจากการฉ้อฉลของผู้ประกอบกิจการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาที่เกิดระหว่างกระบวนการ “Property settlement”

(4) กำหนดมาตรการเพื่อให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องทำประกันความเสียหายจากการประกอบวิชาชีพ

(5) ให้คำปรึกษาแนะนำรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เกี่ยวกับการบริหารงานตามกฎหมาย Settlement Agent Act 1981 และให้คำปรึกษาแนะนำเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหรือระเบียบต่างๆ

กฎหมายมาตรา 12 กำหนดให้มิ้นายทะเบียนของคณะกรรมการ (Registrar of the Board) ทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคณะกรรมการในการใช้อำนาจดำเนินการต่างๆ ในกรณีมีการฝ่าฝืนกฎหมายนี้ โดยนายทะเบียนมีอำนาจในการสอบสวน เรียกบุคคลให้ส่งข้อมูล มาให้ปากคำหรือเข้าตรวจค้นสถานที่ได้ (มาตรา 15) ทั้งนี้ ผู้ฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามจะมีโทษทางอาญา

5) มาตรการในการกำกับดูแลผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

กฎหมาย Settlement Agent Act 1981 กำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกร โดยแบ่งกฎหมายการควบคุมการประกอบกรเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาออกเป็น 3 ส่วน ดังนี้

(1) การควบคุมทั่วไป

ความในส่วนนี้จะกำหนดเกี่ยวกับการควบคุมการประกอบกรของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั่วไป ในมาตรา 43 – มาตรา 47

โดยมาตรา 43⁴⁷ จะกำหนดเงื่อนไขในการที่ทำให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จะเรียกเก็บค่าบริการได้ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

⁴⁷ Article 43. Entitlement to remuneration

(1) A settlement agent is not entitled to receive any reward in respect of his services in that capacity unless he has a valid appointment to act in that capacity which is in writing signed, before the services are rendered, by the party to the transaction for whom the services are to be rendered or by some other person lawfully authorised to sign on behalf of the person for whom the services are to be rendered, who is not a real estate agent or other commission agent or a servant or agent thereof, acting for a party in the transaction and —

(a) where the service is rendered in relation to a real estate transaction, he is licensed as a real estate settlement agent and he holds a current triennial certificate in respect of his licence when he renders the services;

(b) where the service is rendered in relation to a business transaction, he is licensed as a business settlement agent and he holds a current triennial certificate in respect of his licence when he renders the services.

(2) An appointment to act as a settlement agent is not valid unless —

(a) it is contained in a document which —

(i) clearly identifies the real estate transaction or the business transaction, as the case may be; and

(ii) contains such other information, if any, as is prescribed;

(b) if it is contained in an offer to purchase or in a contract for sale, it is separately and distinctly signed; and

(c) the person obtaining the signature to the document gives a true copy thereof to the signatory immediately after the signing thereof (the onus of proof of which is upon the person obtaining the signature).

(3) A settlement agent shall supply to a person for whom he is acting or who may wish to engage him to act, upon request by that person, a true copy of the scale of remuneration fixed under section 44 and a bona

(1.1) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาชอบที่ได้รับค่าจ้างจากการที่ตนได้กระทำในฐานะที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาก็ต่อเมื่อก่อนเริ่มการให้บริการได้มีการทำสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาโดยกลุ่มสัญญาที่เกี่ยวข้องได้ลงนามและทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้นได้รับใบอนุญาตและใบอนุญาตรายสามปี

(1.2) สัญญาการแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะไม่มีผลบังคับหากไม่ปรากฏรายการ เช่น ข้อมูลอธิบายเกี่ยวกับธุรกรรมอสังหาริมทรัพย์นั้น และมีข้อมูลที่เกี่ยวข้องประกอบกรณีเป็นสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาเป็นส่วนหนึ่งของการทำสัญญาซื้อขายจะต้องมีการแยกส่วนสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาและมีการลงนามแยกต่างหาก เป็นต้น

vide estimate of the cost of the services of the settlement agent in respect of the particular settlement to which the request relates.

(4) A person may recover remuneration for services rendered as a settlement agent notwithstanding his failure to comply with subsection (1)(a) or (b) if subject to the provisions of Division 2 of Part IV, the person suing is the personal representative of a deceased or mentally incapable settlement agent or the trustee in bankruptcy or liquidator of a settlement agent.

(5) A person may recover remuneration for services rendered as a settlement agent notwithstanding that he has no valid appointment as required by subsection (1) if —

(a) the party to the transaction for whom the services were rendered has certified that he is aware of the provisions of subsections (1), (2) and (3) and has ratified in writing the appointment of the settlement agent; or

(b) a court before which the claim for remuneration is heard is satisfied that in all the circumstances it would be unjust to deprive the settlement agent of all or a part of the remuneration.

(6) Where an appointment of a settlement agent is terminated prior to settlement the settlement agent shall be entitled to recover such proportion of the prescribed remuneration as is reasonable in the circumstances.

(7) A settlement agent is not entitled to claim a possessory or other lien over documents for his fees or otherwise.

(8) A person shall not, whether directly or indirectly, demand, receive, or hold, any reward in contravention of this section.

Penalty: \$5000 and in the case of conviction for a second or other subsequent offence the convicting court or tribunal may call upon the settlement agent to show cause why his licence should not be cancelled or suspended.

(9) Any reward received or held in contravention of this section may be recovered as a civil debt recoverable summarily in any court of competent jurisdiction.

(1.3) เมื่อมีการทำสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องส่งมอบสำเนาตารางอัตราค่าบริการตามที่กฎหมายกำหนด และจัดเตรียมประมาณการค่าบริการในการดำเนินการของธุรกรรมนั้นเพื่อส่งมอบให้กับกลุ่มสัญญาเมื่อได้รับการร้องขอ

(1.5) กรณีมีการเลิกสัญญาแต่งตั้งผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะได้รับค่าจ้างที่ได้ยื่นประมาณการค่าบริการในการดำเนินการของธุรกรรมไว้เพียงบางส่วนตามความเหมาะสม

(1.6) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่มีสิทธิยึดเอกสารของกลุ่มสัญญาไว้เป็นกรรมสิทธิ์เพื่อหักกลบลบหนี้กับค่าบริการของตนหรือค่าใช้จ่ายในกรณีอื่นๆ

นอกจากนี้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องจัดเก็บข้อมูลการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาแยกออกจากข้อมูลการทำธุรกิจอื่นๆ ของตน และจะต้องมีการจัดการกับเอกสารหลักฐานอย่างเหมาะสม (มาตรา 45) และนอกจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายนี้แล้ว ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องอีกหลายฉบับ เช่น กฎหมายว่าด้วยผังเมือง กฎหมายที่ดิน ฯลฯ อีกด้วย

(2) การควบคุมบัญชีทรัสต์

มาตรา 49⁴⁸ กำหนดเกี่ยวกับบัญชีทรัสต์ไว้ สรุปได้ดังนี้

⁴⁸ Article 49. Trust accounts

(1) Every licensee who holds a current triennial certificate shall maintain one or more trust accounts, designated or evidenced as such in the prescribed manner and maintained exclusively for the purposes of this Act, with an authorised financial institution and shall, as soon as practicable, pay to the credit of that account or those accounts all moneys received by him for or on behalf of any other person in respect of settlements to be arranged or effected, or arranged or effected, by the settlement agent.

(2) Moneys so paid into any such trust account shall not be available for the payment of the debt of any other creditor of the settlement agent, or be liable to be attached or taken in execution under the order or process of any court at the instance of any such creditors.

(3) A settlement agent may pay out of a trust account such of the proper charges relating to settlements as are payable by the persons on whose behalf the moneys are received but may do so only when those charges lawfully fall due.

(4) Settlement moneys received by a settlement agent in the course of arranging or effecting a settlement shall not be withdrawn from a trust account except for the purpose of completing the settlement, or in accordance with the contract entered into between the parties to the transaction, or as otherwise authorised by this Act, or by the prior written consent of all parties to the transaction involved.

(2.1) เงินในบัญชีทรัสต์จะไม่ถือเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การยึดหรืออายัดของเจ้าหนี้ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

(2.2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะเรียกเก็บเงินค่าใช้จ่ายในการดำเนินการจากบัญชีทรัสต์ เมื่อค่าใช้จ่ายนั้นเป็นไปตามกฎหมายและถึงกำหนดชำระแล้ว

(2.3) ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาถอนเงินที่ได้รับไว้เพื่อจะนำมาชำระให้กับคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งในการทำธุรกรรมจากบัญชีทรัสต์ เว้นแต่จะถอนไปเพื่อชำระให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ธุรกรรมสมบูรณ์ หรือตามที่ได้กำหนดไว้ในสัญญา หรือเมื่อได้รับความยินยอมเป็นหนังสือจากคู่สัญญาทุกฝ่ายที่เกี่ยวข้อง

(5) A settlement agent shall pay moneys withdrawn from a trust account to the person or persons lawfully entitled or authorised to receive them.

(5a) If —

(a) a settlement of a real estate transaction or a business transaction is completed; and

(b) the settlement agent who arranged or effected the settlement received moneys in respect of the real estate transaction or business transaction in the course of arranging or effecting the settlement; and

(c) the settlement agent is authorised in writing by the vendor to make a payment from those moneys to an agent as payment of the whole or part of the commission, reward or remuneration to which the agent is entitled for arranging the real estate transaction or business transaction to which the settlement relates, the settlement agent may, despite subsections (4) and (5), pay to the agent from those moneys such sum as the settlement agent is so authorised to pay.

(5b) In subsection (5a) —

agent means an agent as defined in section 4(1) of the Real Estate and Business Agents Act 1978 who is entitled to a commission, reward or remuneration for arranging the real estate transaction or business transaction to which a settlement relates;

vendor means the person or persons lawfully entitled to receive the purchase price in respect of a real estate transaction or business transaction.

(6) A settlement agent shall —

(a) keep full and accurate accounts of all money received or held by him on account of any other person and of all payments made by him of that money; and

(b) before the end of the next business day after the day on which the money is received or paid, enter in the accounts particulars of the amount so received or paid and the person from whom it was so received or to whom it was so paid; and

(c) keep the accounts in such manner that they can be conveniently and properly audited; and (d) correctly balance the accounts at the end of each month and certify in records that this has been done.

(2.4) การถอนเงินจากบัญชีทรัสต์ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเพื่อชำระให้กับบุคคลใด จะกระทำได้เฉพาะเมื่อบุคคลนั้นมีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับเงินนั้น

(2.5) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องจัดทำบัญชี เพื่อบันทึกข้อมูลเกี่ยวกับเงินที่ตนได้รับจากคู่สัญญา ต้องทำการปิดบัญชีทุกเดือน และจะต้องเก็บรักษาบัญชีไว้ให้พร้อมสำหรับการตรวจสอบโดยผู้สอบบัญชี

(2.6) เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับเงินจากคู่สัญญา ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องนำฝากเข้าบัญชีภายในก่อนสิ้นวันทำการถัดไป

ทั้งนี้ กฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีการประกอบการในปีนั้นๆ จะต้องจัดให้มีผู้สอบบัญชีเข้าทำการตรวจสอบบัญชีทรัสต์ของตน โดยผู้สอบบัญชีจะต้องนำส่งรายงานการตรวจสอบบัญชีส่งให้กับคณะกรรมการทุกสิ้นปี และจะต้องจัดทำรายงานการตรวจสอบบัญชีส่งให้กับคณะกรรมการทุกไตรมาสอีกด้วย (มาตรา 51)

(3) การควบคุมด้านวินัย

กฎหมายให้อำนาจคณะกรรมการ SASB ในการออกมาตรฐานจริยธรรมแห่งวิชาชีพ (Code of conduct) สำหรับผู้ประกอบการวิชาชีพดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ โดยความเห็นชอบของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ กรณีผู้ประกอบการวิชาชีพดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาถูกกล่าวหาโดยคณะกรรมการ SASB ต่อศาลปกครองของรัฐ (State Administrative Tribunal) ว่าได้กระทำผิดวินัย หากศาลเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดจริง ศาลอาจมีคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งหรือหลายอย่าง ดังนี้ (มาตรา 84 (1))⁴⁹

- (1) ตำหนิหรือว่ากล่าวตักเตือนผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา
- (2) สั่งปรับไม่เกิน 10,000 ดอลลาร์ออสเตรเลีย

⁴⁹ Article 384.Powers on inquiry

(1) If, in a proceeding commenced by an allegation under section 83 the State Administrative Tribunal is satisfied that proper cause exists for disciplinary action, the State Administrative Tribunal may do any one or more of the following things —

- (a) reprimand or caution the settlement agent;
- (b) impose a fine not exceeding \$10 000 on him;
- (c) suspend or cancel his licence and any triennial certificate in respect thereof and, in addition, disqualify him either temporarily or permanently, or until the fulfilment of any condition which may be imposed by the State Administrative Tribunal or until the further order of the State Administrative Tribunal, from holding a licence or triennial certificate, or both.

(3) พักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตและใบอนุญาตรายสามปี นอกจากนี้อาจสั่งห้ามมิให้มาขอใบอนุญาตใบอนุญาตหรือใบอนุญาตรายสามปีตามระยะเวลาที่กำหนดหรือห้ามเป็นการถาวรหรือให้มาขอใบอนุญาตประกอบการใหม่จนกว่าจะได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขที่ศาลกำหนดหรือจนกว่าศาลจะมีคำสั่งเปลี่ยนแปลง

3.2 มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาในประเทศไทย

3.2.1 หลักเกณฑ์ในการประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา⁵⁰

1) บุคคลที่ประสงค์จะประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องเป็นสถาบันการเงิน ได้แก่ ธนาคารพาณิชย์และบริษัทเงินทุนหรือนิติบุคคลอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง⁵¹ และได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์จากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวงการคลัง⁵² (ตามมาตรา 9)

2) หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มีส่วนได้เสียกับคู่สัญญาต่างตอบแทนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม จะทำหน้าที่ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากับคู่สัญญา ซึ่งตนมีส่วนได้เสียมิได้ ทั้งนี้ กรณีใดจะถือว่าเป็นการมีส่วนได้เสียกับคู่สัญญาดังกล่าวนั้นให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด⁵³ (ตามมาตรา 12)

นอกจากนี้ บุคคลอื่นนอกจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาจะใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อในธุรกิจว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา” หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเช่นเดียวกันมิได้ (ตามมาตรา 11)

⁵⁰ สุพันธุ์ มงคลสุธี. อ้างแล้ว เจริญรทที่ 10. หน้า 48

⁵¹ ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย ที่ สนส.1/2554 เรื่อง การอนุญาตให้ธนาคารพาณิชย์ประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ลงวันที่ 25 เมษายน 2554.

⁵² ประกาศธนาคารแห่งประเทศไทย. คู่มือสำหรับประชาชน: การขออนุญาตประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของธนาคารพาณิชย์ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2558.

⁵³ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์. หลักเกณฑ์เรื่องการมีส่วนได้เสียของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากับคู่สัญญา (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2556 .

3.2.2 หน้าที่และแนวทางปฏิบัติของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา⁵⁴

1) เมื่อคู่สัญญาต่างตอบแทนตกลงกันให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาดำเนินการจัดทำ “สัญญาดูแลผลประโยชน์” โดยทำเป็นหนังสือลงลายมือชื่อของคู่สัญญา และผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (ตามมาตรา 6)

ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จักการดูแลให้คู่สัญญาปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามระยะเวลาและเงื่อนไขของสัญญาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา และดูแลรักษาเงิน ทรัพย์สิน หรือเอกสาร อันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ที่คู่สัญญา ได้ส่งมอบให้อยู่ในความครอบครองของตน พร้อมทั้งดำเนินการส่งมอบเงินและจัดให้มีการโอนกรรมสิทธิ์หรือสิทธิในทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญา (ตามมาตรา 7)

2) ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดำเนินการเปิด “บัญชีดูแลผลประโยชน์” เพื่อสรุปรายรายนั้นกับสถาบันการเงิน และนำเงินที่ได้รับจากคู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ดังกล่าวภายใน 1 วันทำการ นับแต่วันที่คู่สัญญาตกลงกันให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ โดยต้องออกหลักฐานเป็นหนังสือรับรองการฝากเงินส่งให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินทุกครั้ง โดยให้ถือว่าหลักฐานดังกล่าวเป็นหลักฐานในการปฏิบัติเกี่ยวกับการชำระหนี้เงินตามสัญญา และให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาแจ้งเป็นหนังสือให้คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งทราบถึงการฝากเงินนั้นโดยทันที (ตามมาตรา 17)

3) การโอนเงินจาก “บัญชีดูแลผลประโยชน์” นั้น ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องโอนเข้าบัญชีของคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิได้รับเงินโดยตรง และต้องแจ้งเป็นหนังสือให้คู่สัญญาดังกล่าวทราบโดยทันที (มาตรา 17วรรคสอง)

4) ในกรณีที่ทรัพย์สินที่คู่สัญญาต้องส่งมอบหรือโอนสิทธิเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินทราบ และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวบันทึกเป็นหลักฐานไว้ว่า “อสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งสัญญาดูแลผลประโยชน์ และห้ามจดทะเบียนโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (ตามมาตรา 17วรรคสาม)

5) ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดูแลให้คู่สัญญาปฏิบัติตามการชำระหนี้ตามระยะเวลาและเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์

6) ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา จัดทำทะเบียนเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด⁵⁵ โดย

⁵⁴ สุพันธุ์ มงคลสุธี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 10. หน้า 49-50.

ต้องรักษาทะเบียน และสำเนาสัญญาดูแลผลประโยชน์ไว้ ไม่น้อยกว่า 5 ปี นับแต่วันที่ได้ลงรายการครั้งสุดท้ายในทะเบียนหรือวันที่ทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ โดยจะเก็บไว้ในรูปของข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์หรือรูปแบบใดก็ได้ (ตามมาตรา 13)

7) ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา จัดเก็บทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาแยกออกจากทรัพย์สินของตน โดยต้องจัดทำบัญชีทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาแต่ละรายแยกออกจากบัญชีทรัพย์สินของตน รวมทั้งเก็บรักษาบัญชีดังกล่าวตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด (ตามมาตรา 14)

8) ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องมีหนังสือแจ้งให้คู่สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงิน และจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด (ตามมาตรา 18)

โดยคณะกรรมการได้ออกประกาศหลักเกณฑ์การแจ้งความเคลื่อนไหวของเงินฝากในบัญชีดูแลผลประโยชน์⁵⁶ กำหนดให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องมีหนังสือแจ้งรายการฝากหรือโอนเงินและจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีดูแลผลประโยชน์ไปยังคู่สัญญาอย่างน้อยเดือนละหนึ่งครั้ง หลังจากได้มีการดำเนินการทางบัญชีด้วยวิธีหนึ่งต่อไปนี้ ได้แก่

- (1) ทางไปรษณีย์
- (2) จดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-Mail)
- (3) โดยวิธีอื่นใดที่คู่สัญญาสามารถเก็บไว้เป็นหลักฐานได้

ทั้งนี้ หากการดำเนินการโดยวิธีการตาม (2) (3) ต้องทำความตกลงกับคู่สัญญาก่อน

9) เมื่อคู่สัญญาปฏิบัติตามข้อกำหนดในสัญญาดูแลผลประโยชน์ครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา โอนเงินพร้อมดอกเบี้ยจากบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์ให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินและจัดให้มีการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ตามสัญญาให้แก่คู่สัญญาซึ่งเป็นฝ่ายที่ต้องชำระหนี้ ในการนี้ หากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งปฏิเสธการรับชำระหนี้ ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาส่งเงินหรือโอนทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกว่าคู่สัญญาจะได้ทำความตกลงกัน หรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ เว้นแต่จะมีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นในสัญญาดูแลผลประโยชน์ (ตามมาตรา 19)

⁵⁵ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เรื่องหลักเกณฑ์การจัดทำทะเบียนเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2551.

⁵⁶ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เรื่อง หลักเกณฑ์การแจ้งความเคลื่อนไหวของเงินฝากในบัญชีดูแลผลประโยชน์ ลงวันที่ 28 ตุลาคม พ.ศ. 2551.

10) ในกรณีที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาส่งเงินหรือโอนเงินทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกว่าคู่สัญญาจะได้ทำความตกลงกันหรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุด ทั้งนี้ เว้นแต่ในสัญญาดูแลผลประโยชน์จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น (ตามมาตรา 23)

11) ยื่นรายงานหรือเอกสารใดๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ต่อคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ตามคำสั่งของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา (ตามมาตรา 15)

13) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามที่มีข้อตกลงกับคู่สัญญาได้ ตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด

14) ค่าตอบแทนในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา มาตรา 8 ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีสิทธิได้รับค่าตอบแทนหรือค่าบริการ จากการปฏิบัติหน้าที่ตามอัตราที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการผู้ดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด โดยคณะกรรมการได้ออกประกาศค่าตอบแทนและค่าบริการในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์⁵⁷ ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์เรียกเก็บค่าตอบแทนในอัตราไม่เกินร้อยละศูนย์จุดสามต่อปีของจำนวนเงินทั้งหมดที่คู่สัญญาฝ่ายที่มีหนี้ในการชำระเงินตามสัญญาต้องชำระไว้ในบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์ก่อนที่จะมีการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้นตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ทั้งนี้ หากการชำระหนี้ของคู่สัญญาได้สิ้นสุดลงก่อนครบกำหนดระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องคืนค่าตอบแทนให้แก่คู่สัญญาตามสัดส่วนของระยะเวลาที่เหลือ สำหรับภาระค่าตอบแทนหากคู่สัญญาไม่ได้ตกลงว่าคู่สัญญาฝ่ายใดจะเป็นผู้รับภาระ ก็ให้เรียกค่าตอบแทนจากคู่สัญญาทั้งสองฝ่าย ฝ่ายละเท่ากัน และหากคู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้องขอให้มีการปฏิบัติหน้าที่ในการให้บริการอื่น เพิ่มเติมมาตรา 7 วรรคสอง ให้คู่สัญญาฝ่ายนั้นเป็นผู้ออกค่าบริการตามที่ร้องขอโดยห้ามเรียกเก็บจากเงินในบัญชีผู้ดูแลผลประโยชน์

3.2.3 การเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

จากการศึกษากฎหมายการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ผู้เขียนเห็นว่าสาเหตุของการเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดังนี้

⁵⁷ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เรื่อง ค่าตอบแทนและค่าบริการในการปฏิบัติหน้าที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ. 2556.

1) ในขณะที่สัญญาดูแลผลประโยชน์มีผลใช้บังคับ หากเกิดเหตุที่ทำให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากลายเป็นผู้มีส่วนได้เสีย⁵⁸ ผู้ดูแลผลประโยชน์จะต้องแจ้งให้คู่สัญญาทราบเพื่อขอยกเลิกการเป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา⁵⁹ ตามมาตรา 12

2) เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาประสงค์จะเลิกประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามมาตรา 16

ซึ่งสาเหตุที่ 1) และ 2) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาต้องดำเนินการให้คู่สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงิน ได้รับเงินและดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ และให้คู่สัญญาที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งนั้น ได้รับเงินและดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 22 โดยระยะเวลาการดำเนินการให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกาศกำหนด⁶⁰ เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์เลิกกันโดยไม่มีข้อโต้แย้ง ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาจะต้องดำเนินการเพื่อให้คู่สัญญา ได้รับชำระหนี้จากเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ให้เสร็จสิ้นโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 30 วัน นับแต่วันที่สัญญาดูแลผลประโยชน์เงินกัน

หากกรณีมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ห้ามผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาส่งเงินหรือโอนทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งจนกว่าคู่สัญญาจะได้ทำความตกลงกันหรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดตามมาตรา 23

นอกจากนี้ การเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์ ย่อมไม่กระทบสิทธิของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จะได้รับค่าตอบแทนและค่าบริการเพื่อการทำงานที่ตนได้จัดทำไปแล้วตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ เว้นแต่การเลิกสัญญานั้นเกิดจากความผิดของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตามมาตรา 21

3) คู่สัญญาประสงค์จะเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์ เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาและถูกศาลสั่งพิทักษ์ทรัพย์ ตามมาตรา 25

⁵⁸ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์. หลักเกณฑ์เรื่องการมีส่วนได้เสียของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากับคู่สัญญา (ฉบับที่ 3) ลงวันที่ 22 สิงหาคม 2556 .

⁵⁹ สง่า อัครปรีดี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 11. หน้า 87.

⁶⁰ ประกาศคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ เรื่อง กำหนดระยะเวลาการดำเนินการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์เลิกกัน ลงวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2551.

3.2.4 การเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์คู่สัญญา

ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ใดประสงค์จะเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 16 ให้ยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 60 วัน ก่อนเลิกประกอบกิจการ โดยในการพิจารณาอนุญาตนั้น รัฐมนตรีจะกำหนดเงื่อนไขหรือมีคำสั่งให้ผู้ยื่นคำขออนุญาตปฏิบัติด้วยก็ได้

ทั้งนี้ ในการยื่นคำขออนุญาตเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องแสดงหลักฐานว่าได้ดำเนินการดังต่อไปนี้เรียบร้อยแล้ว

- 1) การบอกกล่าวให้คู่สัญญา และผู้มีส่วนได้เสียทราบและใช้สิทธิตามกฎหมาย
- 2) การจัดการหรือโอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ยังมีผลผูกพันอยู่ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญารายอื่นดำเนินการแทนตามที่คู่สัญญาตกลงกัน
- 3) การจัดการโอนเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์หรือทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์คืนให้แก่คู่สัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์หรือไม่สามารถโอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญารายอื่นไปดำเนินการแทนได้

นอกจากนี้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ต้องส่งคืนใบอนุญาตแก่รัฐมนตรีภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งอนุญาตให้เลิกประกอบกิจการ

3.2.5 ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาถูกระงับการดำเนินการ⁶¹

ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาตกเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษาและถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ในคดีล้มละลาย หรือถูกทางการหรือหน่วยงานที่มีหน้าที่กำกับดูแลตามกฎหมายอื่นสั่งระงับการดำเนินการบางส่วนหรือทั้งหมด ตามมาตรา 25

ให้เงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์ได้รับความคุ้มครอง โดยไม่ถือว่าเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การยึดหรืออายัดในคดีแพ่งซึ่งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาเป็นลูกหนี้ตามคำพิพากษา หรือเป็นทรัพย์สินที่อาจแบ่งแก่เจ้าหน้าที่ในคดีล้มละลายของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา หรือเป็นทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้การห้ามจำหน่ายจ่าย หรือโอน ตามคำสั่งระงับการดำเนินการบางส่วนหรือทั้งหมด เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาถูกศาลมีคำสั่งพิทักษ์ทรัพย์ให้เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และคณะกรรมการกำกับประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ดำเนินการแยกเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์ รวมทั้งมีอำนาจดำเนินการดังต่อไปนี้

⁶¹ สุพันธุ์ มงคลสุธี. อ่างแล้ว เริงอรรดที่ 11. หน้า 51.

1) รวบรวมเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์และจัดสรรคืนให้แก่คู่สัญญา ในกรณีที่คู่สัญญาประสงค์จะเลิกสัญญาดูแลผลประโยชน์

2) โอนสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ยังมีผลผูกพันอยู่ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา รายอื่นดำเนินการแทนตามที่คู่สัญญาตกลงกัน

3) ประนีประนอมยอมความ ฟ้องร้อง ต่อผู้คดี หรือดำเนินการอื่นใด เพื่อให้การจัดการเงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์และทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้บังคับสัญญาดูแลผลประโยชน์เสร็จสิ้นไป โดยในการดำเนินการดังกล่าวนี้ เจ้าพนักงานพิทักษ์ทรัพย์และคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ จะมอบอำนาจให้บุคคลใดดำเนินการแทนก็ได้

3.2.6 การกำกับดูแลกิจการผลประโยชน์ของคู่สัญญา⁶²

พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มีกลไกการควบคุมการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ดังนี้

1) คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

กำหนดให้คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ประกอบด้วย ปลัดกระทรวงเป็นกรรมการ อธิบดีกรมที่ดิน ผู้อำนวยการสำนักงานเศรษฐกิจการคลัง ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค ผู้แทนธนาคารแห่งประเทศไทย และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐมนตรีแต่งตั้งอีกไม่เกินห้าคนเป็นกรรมการ เพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามพระราชบัญญัตินี้

2) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

(1) เสนอความเห็นต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการออกประกาศตามพระราชบัญญัตินี้

(2) ออกประกาศกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ตามมาตรา 7 มาตรา 12 มาตรา 13 มาตรา 18 และมาตรา 22

(3) ออกประกาศกำหนดค่าตอบแทนและค่าบริการอื่นใดที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตาม มาตรา 8

(4) ปฏิบัติการอื่นตามที่กฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ หรือ ตามที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมอบหมาย

(5) มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างหนึ่ง อย่างไม่ตามที่คณะกรรมการมอบหมายได้ ให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการประชุมของคณะกรรมการ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครอง

⁶² สุพันธุ์ มงคลสุธี. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 11. หน้า 52-54.

3) การประชุมคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ การประชุมคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์นั้น ต้องมี กรรมการมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการทั้งหมด จึงจะเป็นองค์ประชุม

ในกรณีที่ประธานกรรมการไม่มาประชุมในการประชุมคณะกรรมการหรือไม่อาจ ปฏิบัติหน้าที่ได้ให้กรรมการที่มาประชุมเลือกกรรมการคนหนึ่งเป็นประธานในที่ประชุมแทน

การวินิจฉัยชี้ขาดของที่ประชุมให้ถือว่าเสียงข้างมาก กรรมการคนหนึ่งให้มีเสียงหนึ่ง เสียงในการลงคะแนน ถ้าคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่ง เป็นเสียงชี้ขาด

3.2.7 พนักงานเจ้าหน้าที่

“พนักงานเจ้าหน้าที่” คือ ผู้ซึ่งรัฐมนตรีว่ากระทรวงการคลังแต่งตั้งให้ปฏิบัติการตาม พระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา โดยมีอำนาจหน้าที่ ดังต่อไปนี้

1) เข้าไปในสถานที่ประกอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาในระหว่าง เวลาทำการของสถานที่นั้นเพื่อตรวจสอบกิจการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา รวมทั้งเก็บ รวบรวมเอกสารหลักฐาน หรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของ คู่สัญญาโดยในการปฏิบัติหน้าที่ พนักงานเจ้าหน้าที่ต้องไม่กระทำการอันมีลักษณะเป็นการข่มขู่ หรือเป็นการค้นตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

2) อาศัยเอกสาร หรือหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับการทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ เพื่อประโยชน์ในการตรวจสอบหรือดำเนินคดีซึ่งต้องไม่เกิน 180 วัน

3) สั่งให้กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการ หรือพนักงานของผู้ดูแล ผลประโยชน์ของคู่สัญญามาให้ถ้อยคำหรือให้แสดงหรือส่งสมุดบัญชี เอกสาร ดวงตราหรือสิ่งอื่น อันเกี่ยวกับกิจการ สินทรัพย์ และหนี้สินของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาและบุคคลข้างต้น

ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้พนักงานเจ้าหน้าที่เป็นเจ้าพนักงานตาม ประมวลกฎหมายอาญา ทั้งนี้ ในการปฏิบัติหน้าที่ของพนักงานเจ้าหน้าที่ดังที่กล่าว บุคคลที่เกี่ยวข้อง ต้องอำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามสมควร ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ทุกครั้ง พนักงาน เจ้าหน้าที่จะต้องแสดงบัตรประจำตัวต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องด้วย

3.2.8 บทกำหนดโทษ⁶³

1) โทษทางปกครอง

⁶³ ชัยสิทธิ์ เกียรติสมาน. (2556). *ปัญหาการนำพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 มาใช้กับการซื้อขายบ้านจัดสรร*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม. หน้า 50-54.

(1) ในกรณีที่ปรากฏแก่คณะกรรมการว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาผู้ใด ดำเนินกิจการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติ ดังต่อไปนี้

(1.1) มิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเกี่ยวกับการที่ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา อาจทำให้บริการอื่นที่เกี่ยวข้องกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ตามที่มี ข้อตกลงกับกลุ่มสัญญา

(1.2) มิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเกี่ยวกับการที่ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องจัดทำทะเบียนเกี่ยวกับสัญญาดูแลผลประโยชน์ หรือมิได้รักษา ทะเบียนและสำเนาสัญญาดูแลผลประโยชน์ไว้ไม่น้อยกว่า 5 ปี นับแต่วันที่ได้ลงรายการครั้งสุดท้าย ในทะเบียนหรือวันที่ทำสัญญาดูแลผลประโยชน์

(1.3) มิได้ปฏิบัติตามที่คณะกรรมการใช้อำนาจสั่งให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของ กลุ่มสัญญาขึ้นรายงาน หรือเอกสารใดๆ เกี่ยวกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์

(1.4) มิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนดเกี่ยวกับการ จัดทำหนังสือแจ้งให้ผู้สัญญาทราบถึงรายการฝากหรือโอนเงิน และจำนวนเงินคงเหลือในบัญชีดูแล ผลประโยชน์

(1.5) เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์สิ้นสุดลงและได้มีการโอนเงินออกจากบัญชี ดูแลผลประโยชน์หมดสิ้นแล้ว แต่มิได้ดำเนินการปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์ หรือดำเนินการปิด บัญชีดูแลผลประโยชน์แล้วมิได้แจ้งให้ผู้สัญญาทราบโดยทันทีหากมีการดำเนินการฝ่าฝืนหรือไม่ ปฏิบัติดังกล่าว คณะกรรมการมีอำนาจสั่งให้ ปรับปรุง ระงับการกระทำที่ฝ่าฝืน หรือปฏิบัติให้ ถูกต้องหรือเหมาะสมภายใต้ระยะเวลาที่กำหนดในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาไม่ปฏิบัติ ตามคำสั่งของคณะกรรมการให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่ง ลงโทษปรับทางปกครอง ไม่เกิน 100,000 บาท

(2) ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาผู้ใด ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตาม หลักเกณฑ์ของกฎกระทรวงที่ว่าด้วย การกำหนดให้นิติบุคคลใดประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ หรือ หลักเกณฑ์ที่กำหนดเพิ่มเติมจากราชบัญญัติในกฎกระทรวงดังกล่าว เกี่ยวกับการดำรง สถานะการเงิน การวางหลักประกันหรือหลักเกณฑ์อื่นใดที่กำหนดให้นิติบุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติ เพิ่มเติมจากหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับ ทางปกครองไม่เกิน 500,000 บาท

(3) ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาซึ่งมีส่วนได้เสียกับกลุ่มสัญญาไม่ว่าโดย ทางตรงหรือทางอ้อม ทำหน้าที่เป็นผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญากับกลุ่มสัญญาซึ่งตนมีส่วนได้เสีย ให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 500,000 บาท

(4) ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา มิได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการประกาศกำหนด ในการจัดเก็บทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาแยกออกจากทรัพย์สินของตน โดยต้องจัดทำและเก็บรักษาบัญชีทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาแต่ละรายการออกจากบัญชีทรัพย์สินของตน ให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 500,000 บาท

(5) เมื่อผู้สัญญาตกลงกันให้มีผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาแล้วพระราชบัญญัติได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องดำเนินการจัดทำสัญญาดูแลผลประโยชน์ และดำเนินการเปิดบัญชีดูแลผลประโยชน์เพื่อสัญญารายนั้นกับสถาบันการเงินและนำเงินที่ได้รับจากผู้สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินฝากไว้ในบัญชีดูแลผลประโยชน์ดังกล่าวภายใน 1 วันทำการรวมทั้งต้องออกหลักฐานเป็นหนังสือรับรองการฝากเงินส่งให้ผู้สัญญาฝ่ายที่ต้องชำระเงินทุกครั้ง โดยให้ถือว่าหลักฐานดังกล่าวเป็นหลักฐานในการปฏิบัติเกี่ยวกับการชำระหนี้เงินตามสัญญา และแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งทราบถึงการฝากเงินนั้น โดยทันที

นอกจากนี้ ในกรณีที่ทรัพย์สินของกลุ่มสัญญาต้องส่งมอบหรือโอนสิทธิเป็นอสังหาริมทรัพย์ที่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ต้องมีหนังสือแจ้งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามประมวลกฎหมายที่ดินทราบและให้พนักงานเจ้าหน้าที่ดังกล่าวบันทึกเป็นหลักฐานไว้ว่า “อสังหาริมทรัพย์นั้นอยู่ภายใต้บังคับแห่งสัญญาดูแลผลประโยชน์ และห้ามจดทะเบียนโอนสิทธิในทรัพย์สินนั้นจนกว่าจะได้รับแจ้งเป็นหนังสือจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา”

หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติข้างต้น ให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 500,000 บาท

(6) เมื่อสัญญาดูแลผลประโยชน์เลิกกัน ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องพิจารณาดำเนินการภายใต้ประกาศกำหนดระยะเวลาการดำเนินการของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ดังต่อไปนี้

(6.1) ดำเนินการให้ผู้สัญญาที่ต้องชำระเงินได้รับเงินและดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ หรือ

(6.2) ดำเนินการให้ผู้สัญญาฝ่ายที่ต้องโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ได้รับเงินและดอกผลจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ตามที่กำหนดไว้ในสัญญาดูแลผลประโยชน์

หากผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญา ผ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติข้างต้น ให้คณะกรรมการพิจารณามีคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองไม่เกิน 500,000 บาท

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญาต้องรับโทษปรับทางปกครองให้กรรมการผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของกลุ่มสัญญานั้นต้อง

รับโทษปรับทางปกครองที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น หรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว

อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาออกคำสั่งลงโทษปรับทางปกครองทั้งหมดข้างต้น คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ จำต้องคำนึงถึงความร้ายแรงแห่งพฤติกรรมที่กระทำผิดประกอบการพิจารณาด้วย

นอกจากนี้ หากผู้ถูกลงโทษปรับทางปกครองไม่ยอมชำระค่าปรับทางปกครองให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับโดยอนุโลม และในกรณีที่ไม่มีเจ้าหน้าที่ดำเนินการบังคับตามคำสั่งหรือมีแต่ไม่สามารถดำเนินการบังคับทางปกครองได้ คณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ก็มีอำนาจในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อบังคับชำระค่าปรับ และถ้าศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งให้ชำระค่าปรับนั้นชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจพิจารณาพิพากษาและบังคับให้มีการยึดหรืออายัดทรัพย์สินขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าปรับได้ต่อไป

ทั้งนี้ ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งให้ชำระค่าปรับทางปกครองของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้ภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง โดยรัฐมนตรีจะต้องวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายใน 60 วัน นับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีให้ถือเป็นที่สุด

2) โทษทางอาญา

(1) ผู้ใดประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์โดยไม่ได้รับใบอนุญาตจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 1,000,000 บาท

(2) ผู้ใดนอกจากผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาใช้ชื่อหรือคำแสดงชื่อในธุรกิจว่า “ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” หรือคำอื่นใดที่มีความหมายเช่นเดียวกัน ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 บาท

(3) ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ใดเลิกประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์โดยมิได้ยื่นคำขออนุญาตต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง เป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 60 วัน ก่อนเลิกประกอบกิจการหรือยื่นคำขออนุญาตเลิกประกอบกิจการ แต่มิได้ส่งคืนใบอนุญาตแก่รัฐมนตรีภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งอนุญาตให้เลิกประกอบกิจการ ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 บาท

โอนเงินจากบัญชีดูแลผลประโยชน์ โดยมิได้โอนเข้าบัญชีของคู่สัญญาซึ่งมีสิทธิได้รับเงินโดยตรง และ/หรือ มิได้แจ้งเป็นหนังสือให้คู่สัญญาดังกล่าวทราบถึงการ โอนเงินโดยทันที ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 บาท

ส่งเงินหรือโอนทรัพย์สินให้แก่คู่สัญญาฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง ในขณะที่มีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของคู่สัญญาตามสัญญาดูแลผลประโยชน์ ก่อนที่คู่สัญญาจะได้ทำความตกลงกันหรือศาลมีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้ว และโดยในสัญญาดูแลผลประโยชน์มิได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500,000 บาท

(4) ผู้ใดขัดขวางไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือไม่อำนวยความสะดวกแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5) กรรมการ ผู้จัดการ บุคคลผู้มีอำนาจในการพิจารณา หรือพนักงานของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาผู้ใด กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 500,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

(5.1) หลอกลวงคู่สัญญาด้วยการแสดงข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อความจริงที่ควรบอกให้แจ้งเกี่ยวกับกิจการที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญามีหน้าที่กระทำเพื่อประโยชน์ของคู่สัญญาและการกระทำได้กล่าวทำให้ได้ไปซึ่งทรัพย์สินของคู่สัญญา

(5.2) ยักยอกหรือทำให้เงินในบัญชีดูแลผลประโยชน์ลดลงจากจำนวนที่คู่สัญญาได้ฝากไว้

(5.3) ครอบครองทรัพย์สินของคู่สัญญาซึ่งผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้รับไว้เนื่องจากการประกอบกิจการตามพระราชบัญญัตินี้และเบียดบังเอาทรัพย์สินนั้นเป็นของตนหรือบุคคลที่สาม

(5.4) ทำให้เสียหาย ทำลาย เปลี่ยนแปลง ตัดทอน หรือปลอมบัญชีหรือเอกสารของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาที่จัดทำขึ้นตามหน้าที่ในการประกอบกิจการตามพระราชบัญญัตินี้

(5.5) กระทำการหรือไม่กระทำการ โดยอาศัยโอกาสที่ตนมีตำแหน่งหน้าที่ดังกล่าวโดยทุจริตเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ของคู่สัญญา

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติ นอกจากมาตรา 48 เป็นนิติบุคคล กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่บัญญัติไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดนั้น หรือตนได้จัดการตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้เกิดความผิดนั้นแล้ว

บรรดาความผิดอาญาตามพระราชบัญญัตินอกจากมาตรา 48 ให้ “คณะกรรมการเปรียบเทียบ” ซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังแต่งตั้ง จำนวน 3 คน โดยคนหนึ่งต้องเป็น “พนักงานสอบสวน” ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญานั้น มีอำนาจเปรียบเทียบได้

ทั้งนี้ เมื่อคณะกรรมการเปรียบเทียบได้ทำการเปรียบเทียบในกรณีใด และทั้งผู้ต้องหาได้ชำระค่าปรับตามค่าเปรียบเทียบ ภายในระยะเวลาที่คณะกรรมการเปรียบเทียบกำหนดแล้ว ให้ถือว่าคดีเลิกกัน ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาอาญา

3.2.9 การเพิกถอนใบอนุญาตการประกอบกิจการการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังมีอำนาจสั่งเพิกถอนใบอนุญาตของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการกำกับการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ตามมาตรา 43 เมื่อปรากฏว่าผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา ไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือคำสั่งของรัฐมนตรี ตามมาตรา 16 วรรคสาม หรือ เคยถูกลงโทษปรับทางปกครองและกระทำการอันเป็นความผิดอย่างเดียวกันและถูกลงโทษปรับทางปกครองซ้ำอีก หรือกระทำการอันเป็นการฝ่าฝืนบทบัญญัติที่มีโทษทางอาญาตามพระราชบัญญัตินี้ หรือ กรรมการ ผู้จัดการ หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการของผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา 48

เมื่อผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญารายใดถูกเพิกถอนใบอนุญาตแล้ว ก็จะหมดสิทธิในการประกอบกิจการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา นับแต่วันที่มีคำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ทั้งนี้ คำสั่งเพิกถอนใบอนุญาต ไม่กระทบกระเทือนถึงสัญญาดูแลผลประโยชน์ที่ผู้ดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาได้ทำไว้กับคู่สัญญาก่อนถูกเพิกถอนใบอนุญาตและยังมีผลผูกพันอยู่