



บทที่ 2

ลักษณะและที่มาของการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า ประเด็นที่เป็นปัญหาและอุปสรรคในการจัดตั้งและการบริหารนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรที่เป็นผลมาจากการนำบทบัญญัติของกฎหมายการจัดสรรที่ดินไปบังคับใช้ ซึ่งประกอบด้วย การจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรจะต้องได้รับความเห็นชอบจากผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในโครงการไม่น้อยกว่า กึ่งหนึ่งจะต้องดำเนินการภายในเวลาที่ผู้จัดสรรที่ดินกำหนด การไม่มีโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครอง เมื่อผู้จัดสรรละทิ้งหน้าที่ตามกฎหมาย การบริหารนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรโดยคณะกรรมการหมู่บ้าน ที่ไม่มีประสิทธิภาพการควบคุมดูแลการบริหารโดยที่ประชุมใหญ่แห่งสมาชิกไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย การกำหนดให้หนี้ค่าบำรุงรักษาสาธารณูปโภคเป็นเพียงหนี้บริมสิทธิ์ที่อยู่ในลำดับต่ำกว่า หนี้จำนอง ในบทที่ 2 นี้ จะได้ศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับลักษณะและที่มาของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรโดยจะ แบ่งการพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน คือส่วนที่หนึ่งจะศึกษาเกี่ยวกับลักษณะทั่วไป ความหมาย การเปรียบเทียบข้อแตกต่างของหมู่บ้านจัดสรรกับหมู่บ้านทั่วไป ความเป็นมาของโครงการจัดสรรที่ดินแต่ละยุคสมัยผู้มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายในการจัดสร้างและดูแลสาธารณูปโภค รวมถึงตลอดถึงการศึกษาวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร

ส่วนที่สองจะศึกษาเกี่ยวกับหลักการพื้นฐานทางกฎหมายและแนวคิดที่สำคัญ เช่น หลักนิติรัฐ หลักประโยชน์สาธารณะ หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน แนวคิดเรื่องความเป็นนิติบุคคล นอกจากนี้ ยังได้ศึกษาไปถึงรูปแบบของนิติบุคคลที่เคยจดทะเบียนจัดตั้งเพื่อทำหน้าที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคแล้วไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน โดยได้นำหลักกฎหมายปกครอง มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย

ส่วนที่สามจะศึกษาถึงกฎหมายต่างประเทศที่เป็นต้นแบบหรือที่มาของแนวคิดที่ใช้ประกอบการร่างกฎหมายไทย เช่น กรณีกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย สหรัฐอเมริกา และมาเลเซียเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาว่าประเทศเหล่านี้มีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรที่เป็นนิติบุคคลขึ้นดูแลรักษาสาธารณูปโภคของโครงการจัดสรรในลักษณะใด มีความเหมือนหรือแตกต่างจากกฎหมายไทยอย่างไร ซึ่งจะได้ศึกษาไปตามลำดับดังนี้

2.1 ลักษณะทั่วไปของหมู่บ้านจัดสรร

2.1.1 ความหมายของหมู่บ้านจัดสรร

หมู่บ้านจัดสรร หมายถึง โครงการจัดสรรที่ดินที่ดำเนินการโครงการหนึ่ง โดยแต่ละโครงการมีการสร้างบ้านอยู่อาศัย เช่น บ้านเดี่ยว บ้านแฝด ทาวน์เฮ้าส์ ในที่ดินจัดสรรแต่ละแปลงและอาจมีอาคารพาณิชย์ประกอบด้วยเพื่อให้บริการแก่ผู้อยู่อาศัย และในโครงการจัดให้มีสาธารณูปโภคและอาจมีบริการสาธารณะ เช่นการรักษาความปลอดภัย หรือระบบโทรศัพท์ต่อภายใน¹

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ได้ให้ความหมายของบ้านจัดสรรว่า บ้านซึ่งรัฐหรือเอกชนหรือผู้ลงทุนสร้างให้ก่อน โดยยอมให้ผู้ซื้อผ่อนชำระได้²

แต่ตามความหมายของ The American heritage College Dictionary: Third Edition ให้ความหมายคำว่า Housing development ว่า A Group of houses or apartment buildings on a site USU. Under a single management.³

เนื่องจากหมู่บ้านจัดสรรเกิดจากการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของนักพัฒนาที่ดิน ที่ได้รับอนุญาตให้จัดทำโครงการจัดสรรที่ดินจำหน่ายให้กับคนทั่วไป จึงยังไม่มีกฎหมายฉบับใดที่ให้ความหมายของคำว่าหมู่บ้านจัดสรรไว้เป็นการเฉพาะ ซึ่งหากพิจารณาจากบทบัญญัติตามประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 และพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 จะมีเพียงความหมายของคำว่า การจัดสรรที่ดินเท่านั้น ทั้งนี้เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายทั้งสองฉบับมีจุดเริ่มต้นมาจากการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ที่เอกชนดำเนินการแบ่งที่ดินออกเป็นแปลงย่อยมีจำนวนตั้งแต่ 10 แปลงขึ้นไป โดยมีพื้นที่ติดต่อกัน นำออกเสนอขายให้แก่คนทั่วไปส่วนบ้านจัดสรรนั้นเป็นกิจการที่ต่อเนื่องเกี่ยวพันมาจากการจัดสรรที่ดิน ที่เปลี่ยนรูปแบบการจำหน่าย ด้วยการปลูกสร้างอาคาร หรือบ้านพักอาศัยในหลายรูปแบบ ตามจำนวนเนื้อที่ของแต่ละแปลงก่อนนำออกจำหน่ายในราคาที่สูงขึ้นกว่าการจำหน่ายที่ดินเปล่าเพียงอย่างเดียว

¹ สมชาติ อุบลชาติ, "การดูแลรักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล ศึกษากรณีการแก้ปัญหาด้วยนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร" เอกสารวิจัยส่วนบุคคล วิทยาลัยป้องกันราชอาณาจักร ปีการศึกษา 2539-2540, หน้า 7.

² พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, หน้า 623.

³ The American heritage College Dictionary : Third Edition, P. 659.

เมื่อได้พิจารณาจากความหมายของหมู่บ้านจัดสรรจากรายงานการวิจัยส่วนบุคคล ความหมายตามพจนานุกรม ประกอบกับ ความหมายจาก Dictionary พอที่จะสรุปเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญได้ดังนี้

1. บ้านจัดสรรเป็นชุมชนที่อยู่อาศัยที่เกิดจากรุกจิวสังหาริมทรัพย์
2. เป็นแนวคิดจัดสร้างที่อยู่อาศัยตามแบบชาติตะวันตก
3. เป็นโครงการของนักพัฒนาที่ดินที่ได้รับอนุญาตจากภาครัฐ
4. การปลูกสร้างอาคารในโครงการอาจมีหลายรูปแบบ ขึ้นอยู่กับขนาดของพื้นที่แปลงย่อย
5. มีการเสนอจำหน่ายให้กับคนทั่วไป
6. ผู้จัดสร้างอาจเป็นภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ได้
7. มีการจัดสร้างสาธารณูปโภค หรือให้คำมั่นว่าจะสร้างสาธารณูปโภคในโครงการ
8. มีระบบการดูแลรักษา สาธารณูปโภคที่จัดสร้างขึ้นในโครงการ
9. มีระบบการชำระราคาบ้านจัดสรรด้วยวิธีการผ่อนชำระเป็นงวด
10. เป็นบ้านสำเร็จรูปที่ผู้ซื้อสามารถเข้าอยู่อาศัยได้ทันทีภายหลังการชำระราคา
11. มีกฎหมายเฉพาะควบคุมมาตรฐานการก่อสร้างระบบสาธารณูปโภคในโครงการ

2.1.2 ลักษณะที่แตกต่างของหมู่บ้านจัดสรรกับหมู่บ้านทั่วไป

หมู่บ้านจัดสรร และหมู่บ้านทั่วไปที่ไม่ต้องผ่านการจัดสรร มีที่มาและวัตถุประสงค์ รวมถึงฐานะทางกฎหมายที่แตกต่างกันไป การพิจารณาในรายละเอียดที่เกี่ยวข้องควรจะแยกพิจารณาจากตารางเปรียบเทียบดังนี้

ตารางเปรียบเทียบข้อแตกต่างของหมู่บ้านจัดสรรกับหมู่บ้านทั่วไปที่ไม่ผ่านการจัดสรร		
	หมู่บ้านจัดสรร	หมู่บ้านทั่วไป
1 ที่มา	นักพัฒนาที่ดินขออนุญาตจัดทำโครงการต่อคณะกรรมการควบคุมจัดสรรที่ดิน ปัจจุบัน คือ คณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัด	การจัดตั้งถิ่นฐานของคนทั่วไปโดยไม่มีแกนนำ หรือเจ้าของโครงการ
2. วัตถุประสงค์การจัดตั้ง	รับโอนสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะจากผู้จัดสรรไปบำรุงรักษาและผู้ซื้อที่ดินจัดสรรในโครงการ เน้นการปกครองตนเองในรูปแบบองค์กรเอกชน	การปกครองส่วนภูมิภาคของรัฐในฐานะที่เป็นหน่วยเล็กที่สุด โดยมีผู้ใหญ่บ้านเป็นผู้แทนภาครัฐ ปกครองดูแลความสงบเรียบร้อยทั่วไปให้กับสมาชิกในหมู่บ้านภายในเขตปกครองของหมู่บ้านเท่านั้น

ตารางเปรียบเทียบข้อแตกต่างของหมู่บ้านจัดสรรกับหมู่บ้านทั่วไปที่ไม่ผ่านการจัดสรร		
	หมู่บ้านจัดสรร	หมู่บ้านทั่วไป
3. ฐานะทางกฎหมาย	สามารถจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายฉบับต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น พ.ร.บ. สหกรณ์ พ.ศ. 2542 พ.ร.บ. การจัดสรรที่ดิน ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรืออาจจะไม่จดทะเบียนตามกฎหมายใด ๆ ก็ได้	มีกฎหมายลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ.2457 รับรองการมีสภาพเป็นหมู่บ้าน
4. การจัดสร้างสาธารณูปโภค	ภาคเอกชน	ภาครัฐ
5. องค์การที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภค	องค์การภาคเอกชนที่จัดตั้งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย คณะบุคคลในรูปแบบของคณะกรรมการหมู่บ้าน ผู้จัดสรรที่ดิน องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น	องค์การภาครัฐ เช่น กรมทางหลวง การไฟฟ้า การประปา องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

หมู่บ้านจัดสรร แม้จะใช้คำว่าหมู่บ้านเป็นการเรียกชุมชนที่อยู่อาศัย เช่นเดียวกับหมู่บ้านตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 แต่สถานภาพทางกฎหมายมีความแตกต่างกันมาก หากได้พิจารณาจากสภาพทางกายภาพแล้วจะพบว่า หมู่บ้านจัดสรรน่าจะมีความเหมาะสมที่จะมีสถานภาพทางกฎหมายในทางปกครองมากกว่า ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ มาตรา 8 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์การจัดตั้งหมู่บ้านว่า บ้านหลายบ้านที่อยู่ในท้องที่หนึ่งซึ่งควรอยู่ในความปกครองอันเดียวกันได้ ให้จัดเป็นหมู่บ้านหนึ่งโดยถือเอาจำนวนราษฎรประมาณ 200 คน หรือจำนวนบ้านไม่ต่ำกว่า 5 บ้าน ถ้าเป็นท้องที่มีราษฎรตั้งบ้านเรือนกระจายอยู่ห่างไกลกันถึงแม้จำนวนจะน้อยก็ตาม ส่วนการจัดระเบียบการปกครองหมู่บ้าน ก็จะมีผู้ใหญ่บ้าน ผู้ช่วยผู้ใหญ่บ้าน คณะกรรมการหมู่บ้าน ทำหน้าที่แทนราษฎรในหมู่บ้าน⁴

⁴ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ครั้งที่ 9 สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 140-141.

หมู่บ้านจัดสรรแม้จะมีจำนวนผู้อยู่อาศัยในหมู่บ้านและจำนวนบ้านสูงกว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวหลายเท่าแต่ก็มีได้มีสถานภาพทางกฎหมายเป็นหมู่บ้านตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พ.ศ. 2457 เพราะหมู่บ้านทั่วไปที่มีได้เกิดจากการจัดสรรที่ดินจะมีวัตถุประสงค์การจัดตั้งเพื่อการปกครองให้มีความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของหมู่บ้าน แต่หมู่บ้านจัดสรรจะมีวัตถุประสงค์จัดตั้งเพื่อบริหารจัดการสาธารณูปโภคของหมู่บ้านที่รับโอนกรรมสิทธิ์จากผู้จัดสรรที่ดินกิจการใด ๆ ที่กระทำต่อสมาชิกในหมู่บ้านจัดสรร หากเป็นเรื่องในทางปกครองจะต้องผ่านการพิจารณาดำเนินการโดยผู้ใหญ่บ้าน กำนัน หรือเจ้าหน้าที่ขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีเขตอำนาจเหนือท้องที่นั้น

2.1.3 ความเป็นมาของหมู่บ้านจัดสรรในประเทศไทย

ประเทศไทยเริ่มมีการจัดทำหมู่บ้านจัดสรรออกจำหน่ายให้กับคนทั่วไปเมื่อปี พ.ศ. 2510 โดยเกิดจากผู้ประกอบการธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์ของไทยร่วมลงทุนกับบริษัทจากสหรัฐอเมริกา 2 แห่ง นำแนวคิดการจัดสร้างที่อยู่อาศัยตามแบบตะวันตก มาดำเนินการก่อสร้างในที่ดินจัดสรร เป็นการขยายตลาดการค้าอสังหาริมทรัพย์จากเดิมที่มีเพียงการแบ่งที่ดินแปลงใหญ่ ออกเป็นแปลงย่อยแล้วนำออกจำหน่าย พัฒนาการมาเป็นการนำรูปแบบบ้านที่มีหลายรูปแบบ ลักษณะทันสมัย สวยงาม เน้นประโยชน์ใช้สอยกับจำนวนเนื้อที่ให้คุ้มค่าที่สุด จากคุณลักษณะดังกล่าวทำให้เป็นที่นิยมของประชาชนที่ต้องการที่อยู่อาศัยในเขตเมืองและชานเมือง ธุรกิจบ้านจัดสรรจึงขยายตัวอย่างรวดเร็ว ตามสภาวะทางเศรษฐกิจ ส่งผลให้มีผู้สนใจจัดสร้างบ้านจัดสรรจำนวนมาก เมื่อมีการแข่งขันทางธุรกิจผู้ประกอบการบางส่วนจึงนำกลยุทธ์ทางการตลาดมาใช้รวมถึงการจูงใจผู้ซื้อบ้านจัดสรรด้วยการเสนอสิ่งอำนวยความสะดวกตลอดจนบริการหลังการขายในรูปแบบต่าง ๆ เดิมธุรกิจบ้านจัดสรรจะปรากฏโครงการอยู่ในทำเลแถบชานเมืองรอบ ๆ กรุงเทพมหานคร แต่ปัจจุบันมีการขยายตัวออกไปแทบจะทุกจังหวัดของประเทศ ทั้งนี้เนื่องมาจากสภาพการเปลี่ยนแปลงของสังคมไทยจากภาคเกษตรกรรมไปสู่ภาคอุตสาหกรรม และในอนาคตอันใกล้นี้ สังคมไทยจะพัฒนาไปใกล้เคียงกับสังคมของชาติตะวันตกมากขึ้น ดังนั้นหากจะพิจารณาถึงความเป็นมาและพัฒนาการของบ้านจัดสรรแล้วสามารถแบ่งเป็นยุคต่าง ๆ ของหมู่บ้านจัดสรรได้ดังนี้

- ยุคเริ่มมีที่ดินจัดสรร (พ.ศ. 2500-2510)

ในต้นศตวรรษที่ 25 ประเทศไทยได้มีการเร่งรัดพัฒนาโดยเน้นที่ภาคอุตสาหกรรมและการส่งเสริมการลงทุนจากต่างประเทศโดยเฉพาะในพื้นที่กรุงเทพมหานครดังนั้นรัฐบาลจึงได้ออกกฎหมายในรูปแบบของประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 49 พ.ศ. 2502 ให้ยกเลิกมาตรา 34-37 หมวด 3 ของประมวลกฎหมายที่ดิน

ที่ว่าด้วยการจำกัดสิทธิในการถือครองที่ดิน ด้วยเหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นอุปสรรคต่อการลงทุนในประเทศจึงส่งผลให้มีการกว้านซื้อที่ดินแถบชานเมืองของกรุงเทพฯ กักตุนไว้เพื่อเก็งกำไร

ในช่วงเวลานั้นการสร้างที่อยู่อาศัยเพื่อขาย หรือให้เช่าได้เกิดขึ้นบ้างแล้วในเมือง เช่น ตึกแถว และเรือนแถว ซึ่งใช้เป็นที่อยู่อาศัยและที่ประกอบการค้า นอกจากนี้ยังมีการริเริ่มสร้างที่อยู่อาศัยประเภทอาคารสูงที่เรียกว่า แฟลต คอร์ต หรืออพาร์ทเมนต์เพื่อให้เช่า แต่อย่างไรก็ดีกิจกรรมที่นับว่าเฟื่องฟูที่สุดในช่วงเวลาดังกล่าวนี้คือ การจัดสรรที่ดิน (Land Subdivision) ซึ่งได้แก่ การแบ่งที่ดินออกเป็นแปลงย่อยเพื่อขายพร้อมกับการจัดให้มีสาธารณูปโภคตามสมควร เช่น ถนน ไฟฟ้า ประปา โดยมีระยะเวลาการผ่อนชำระที่แตกต่างกันต่อมาธุรกิจเริ่มซบเซาลงในปี พ.ศ. 2510 เนื่องจากมีการเก็งกำไรมาก สถาบันการเงินไม่ให้การสนับสนุนทางการเงินแก่ผู้จัดสรรที่ดิน

- ยุคบ้านจัดสรรหลังแรก (พ.ศ. 2511-2515)

เมื่อธุรกิจจัดสรรที่ดินซบเซาลงผู้จัดสรรที่ดินบางราย จึงเปลี่ยนรูปแบบการลงทุนจากขายที่ดินอย่างเดียวมาเป็นการปลูกบ้านลงบนที่ดินและขายไปปรากฏว่าประสบความสำเร็จเป็นอย่างดี โดยเฉพาะในปี พ.ศ. 2512 พบว่ามีโครงการจัดสรรเกิดขึ้นกว่า 40 โครงการ ต่อมารัฐบาลได้ออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 ควบคุมการจัดสรรที่ดิน เพื่อป้องกันการหลอกลวงหรือเอารัดเอาเปรียบประชาชนส่งผลให้กลายเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินธุรกิจจัดสรรพอสมควร

- ยุคภาวะตกต่ำ (พ.ศ. 2516-2518)

กลางปี พ.ศ. 2516 เกิดวิกฤตการณ์ราคาน้ำมันทำให้วัสดุก่อสร้างและค่าแรงมีราคาสูงขึ้น ทำให้ปริมาณการผลิตบ้านจัดสรรลดลงอย่างเห็นได้ชัด กำลังซื้อของประชาชนก็ถดถอยลง ธุรกิจบ้านจัดสรรจึงทำได้เพียงการพยุงตัวเพื่ออยู่รอดเท่านั้น

- ยุคกลับสู่ความคึกคัก (พ.ศ. 2519-2522)

กิจการบ้านจัดสรรเริ่มฟื้นตัวขึ้นเมื่อมีปัจจัยเกื้อหนุนหลายประการ เช่น นโยบายของรัฐบาลที่จะให้การเคหะแห่งชาติสร้างที่อยู่อาศัย จำนวน 120,000 หน่วย ภายใน 5 ปี ทำให้ผู้จัดสรรที่ดินบางรายเริ่มสร้างบ้านในเมืองในรูปแบบทาวน์เฮาส์ ออกจำหน่าย และปรากฏว่าได้รับความนิยมอย่างมากในขณะนั้น

- ยุคแห่งการปรับตัว (พ.ศ. 2523-2525)

วิกฤตการณ์ราคาน้ำมันครั้งที่ 2 เริ่มขึ้นอีกและมีผลต่อธุรกิจบ้านจัดสรรเนื่องจากรัฐบาลประกาศปรับโครงสร้างอัตราดอกเบี้ยเงินฝากและเงินกู้ บรรดาผู้ประกอบการของธุรกิจบ้านจัดสรรจึงต้องปรับตัวโดยแบ่งโครงการออกเป็นขนาดย่อย ดำเนินการสร้างและขยายเป็นระยะ ๆ เช่น การสร้างเพียงบ้านตัวอย่างในโครงการก่อน เมื่อมีผู้สั่งจองและวางเงินมัดจำจึงค่อยลงมือก่อสร้าง

- ยุคเริ่มขยายตัว (พ.ศ. 2526-2529)

อัตราดอกเบี้ยมีแนวโน้มลดลง สถาบันการเงินมีสภาพคล่องมากขึ้นผู้ประกอบการธุรกิจจัดสรรหลายรายเริ่มจัดทำโครงการระดับราคาต่ำจำหน่ายให้กับข้าราชการเพราะไม่เสี่ยงมาก และมีลูกค้าแน่นอนจนได้รับการผ่อนผันในเรื่องมาตรฐานของ โครงการตาม ปว. 286 นอกจากนี้รัฐบาลมีแนวคิดที่จะแก้ไขข้อกฎหมายและขั้นตอนที่เป็นอุปสรรคต่อการทำธุรกิจบ้านจัดสรรด้วย

- ยุค บูมสุดขีด (พ.ศ. 2530-2533)

ปรากฏการณ์ที่สำคัญในยุคนี้คือ การเข้าคิวซื้อบ้านตั้งแต่เข้ามามีการเปลี่ยนแปลงราคาขายบ้านแทบจะทุกสัปดาห์ เกิดการเก็งกำไรจากบ้านที่ซื้อแล้วนำไปขายต่อได้กำไรสูงขึ้น จนผลิตบ้านไม่ทัน ทาวน์เฮาส์ราคาถูกและห้องชุดในเขตใจกลางเมืองเกิดขึ้นมาก

- ยุคทรงตัว (พ.ศ. 2534-2538)

กลางปี พ.ศ. 2533 เกิดสงครามอ่าวเปอร์เซีย ส่งผลต่อภาวะการเก็งกำไรต่าง ๆ หยุดชะงัก ราคาตึกแถวทรุดตัวลงจากราคาซื้อขายเดิม ทำให้บ้านที่สร้างเสร็จแล้วไม่มีคนเข้าอยู่อาศัยมีจำนวนมาก เกิดภาวะบ้านล้นตลาดตามมา⁵

- ยุควิกฤตทางเศรษฐกิจและทางการเงิน (พ.ศ. 2539-2542)

จากการเกิดภาวะวิกฤตทางการเงินขึ้นในปี พ.ศ. 2540 ภาวะตลาดอสังหาริมทรัพย์ของไทยตกต่ำอย่างรุนแรงและเกิดภาวะอุปทานล้นตลาด ผู้ซื้อที่อยู่อาศัย ผู้ประกอบการด้านโครงการจัดสรร ตลอดจนธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ ต่างประสบปัญหา เนื่องจากธุรกิจอสังหาริมทรัพย์มีความเกี่ยวเนื่องกับอีกหลายธุรกิจ เช่น การออกแบบบ้าน รับเหมาก่อสร้าง วัสดุก่อสร้าง การให้บริการขนส่ง

- ยุคฟื้นตัวอีกครั้ง (พ.ศ. 2543-2547)

ในยุคนี้รัฐบาลได้ออกมาตรการต่าง ๆ มากกระตุ้นตลาดอสังหาริมทรัพย์ให้กลับมาฟื้นตัวอีกครั้ง เช่น การลดค่าธรรมเนียมการโอนและการจดทะเบียน การเพิ่มค่าลดหย่อนทางภาษี อัตราดอกเบี้ยเงินกู้ อยู่ในระดับที่ต่ำมาก ส่งผลให้มีความต้องการที่อยู่อาศัยเพิ่มมากขึ้น เมื่อตลาดอสังหาริมทรัพย์ขยายตัวอย่างต่อเนื่องทำให้ผู้ประกอบการเริ่มกลับมาพัฒนาอสังหาริมทรัพย์อีกครั้ง

⁵ พิภพ รอดภัยและโสภณ พรโชคชัย, ความรู้-ความจริงอสังหาริมทรัพย์ประเทศไทย, (กรุงเทพมหานคร : พิมพ์ที่ บริษัท พี โอ แอด แอนด์ พริน จำกัด, 2539), หน้า 191-201 .

2.1.4 หน้าที่ในการจัดทำและดูแลสาธารณูปโภค

รัฐในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนเหนือราษฎร ในรัฐหนึ่ง ๆ รัฐบาลมีหน้าที่โดยตรงในการจัดหาที่อยู่อาศัยให้กับพลเมืองของตนทั้งนี้เพราะรัฐมีอำนาจบังคับจัดเก็บภาษีอากรจากทุกคนที่มีรายได้ เพื่อนำไปบริหารจัดการสังคมในภาพรวม

ในประเทศไทยเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ปี พ.ศ. 2540 หมวดที่ 4 เรื่อง หน้าที่ของชนชาวไทยมาตรา 69 กำหนดไว้ชัดว่า บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รับราชการทหาร เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พักผ่อน และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติ และภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ⁶

การที่รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ กำหนดหน้าที่ต่าง ๆ ให้พลเมืองปฏิบัติตาม โดยเฉพาะการเสียภาษีอากร ซึ่งมีกฎหมายระดับประมวลกฎหมาย หรือพระราชบัญญัติ อีกหลายฉบับที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการบังคับจัดเก็บภาษีอากรในหลายรูปแบบ เช่น ภาษีที่จัดเก็บจากรายได้ ภาษีจากการถือครองทรัพย์สิน ภาษีจากการบริโภค นำเงินที่ได้ไปใช้จ่ายในการบริหารประเทศ นอกจากนี้ในหมวดที่ 5 เรื่อง แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ มาตรา 87 ยังมีบทบัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่จะต้องจัดทำหรือจัดให้มีสาธารณูปโภค

การจัดสร้างสาธารณูปโภคของรัฐมีวิธดำเนินการโดยหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่โดยเฉพาะ เช่น ถนนสาธารณะ ไฟฟ้า ประปา โทรศัพท์ บ่อบำบัดน้ำเสีย จัดเก็บขยะมูลฝอย กิจกรรมเหล่านี้จะมีหน่วยงานที่รับผิดชอบโดยตรงตามภารกิจ เช่น กระทรวงคมนาคม จะดำเนินการในเรื่องการจราจรโดยจัดสร้างถนนสาธารณะ ส่วนกระทรวงมหาดไทยจะดำเนินการในเรื่องการจัดให้มีกระแสไฟฟ้า น้ำประปา บริการแก้มชนทั่วไป

เมื่อรัฐได้จัดสร้างสาธารณูปโภคต่าง ๆ ให้กับชุมชนทั่วไปแล้ว รัฐโดยหน่วยงานที่มีหน้าที่เฉพาะในการจัดสร้าง จึงมีหน้าที่โดยตรงในการดูแล บำรุงรักษาสาธารณูปโภคที่จัดสร้างขึ้นให้อยู่ในสภาพที่ดี ซึ่งปัจจุบันรัฐบาลพยายามถ่ายโอนหน้าที่ดูแลรักษาสาธารณูปโภคให้กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น ในลักษณะการกระจายอำนาจให้กับ เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล ทำหน้าที่ในด้านต่าง ๆ แทนตามที่กฎหมายให้อำนาจ

แต่อย่างไรก็ดี แม้รัฐจะดำเนินการจัดสร้างและดูแลสาธารณูปโภคตามหน้าที่เพื่อตอบแทนการเก็บภาษีอากรไปจากประชาชน แต่เนื่องจากรัฐมีข้อจำกัดด้านงบประมาณ และจำนวนเจ้าหน้าที่

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

ผู้ให้บริการที่ไม่สามารถตอบสนองความต้องการที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็วตามสภาวะทางเศรษฐกิจได้ จำเป็นต้องยอมให้เอกชนจัดสร้างสาธารณูปโภค ในรูปแบบเดียวกัน โดยรัฐจะทำหน้าที่ควบคุมเอกชน ในลักษณะการออกใบอนุญาตให้เป็นผู้จัดสร้างสาธารณูปโภค โดยการออกกฎหมายมาควบคุมการกระทำ เพื่อเป็นการคุ้มครองผู้ซื้อหรือผู้บริโภคสินค้าให้ได้รับความเป็นธรรม ซึ่งกฎหมายที่ใช้บังคับผู้จัดสร้างและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรในขณะนี้ มีเพียง 2 ฉบับคือ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 พ.ศ. 2515 และพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

การจัดสร้างและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคเป็นเงื่อนไขอันสำคัญที่ผู้จัดสรรที่ดินที่ได้รับใบอนุญาตจัดสรรจะต้องจัดทำและดูแลรักษาให้อยู่ในสภาพที่ดีต่อไป โดยไม่มีกำหนดเวลาสิ้นสุด จึงนับเป็นภาระอันหนักยิ่งของผู้จัดสรร ตามกฎหมายเดิม (ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 พ.ศ.2515) ให้สิทธิผู้จัดสรรที่ดินสามารถโอนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินที่เป็นสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรให้กับบุคคลอื่นต่อไป หรือโอนกรรมสิทธิ์ให้กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเป็นสาธารณะประโยชน์โดยรับโอนหน้าที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคไปด้วย แต่มีองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นบางแห่งไม่ต้องการรับโอนกรรมสิทธิ์ในส่วนนี้ เพราะเป็นภาระต่องบประมาณแผ่นดินแม้จะได้รับโอนกรรมสิทธิ์มาแล้วการบำรุงรักษาก็ไม่ทั่วถึงทุกพื้นที่ ก่อให้เกิดเป็นปัญหาสังคม

2.1.5 วัตถุประสงค์การจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร

นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรนับเป็นแนวคิดใหม่ที่น่ามาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ทั้งนี้หากได้พิจารณาเหตุผลการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ให้ถี่ถ้วนจะพบว่าต้องการกำหนดมาตรการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยเฉพาะการกำหนดให้มีผู้รับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ⁷ เนื้อหาของกฎหมายในหมวดที่ 4 จะกำหนดรายละเอียดที่เกี่ยวกับนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรไว้สำหรับเหตุผลที่ต้องมีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรนั้น ก็เนื่องมาจาก เดิมประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 พ.ศ. 2515 มิได้บัญญัติรับรองให้มีนิติบุคคลมาดูแลบำรุงรักษาสาธารณูปโภคไว้ เมื่อสภาพปัญหาทางสังคมในส่วนที่เกิดจากสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรมีมากขึ้น ผู้จัดสรรที่ดินไม่ดูแล หน่วยงานของรัฐไม่ยอมรับโอนกรรมสิทธิ์ไปแล้ว ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรขาดปัจจัยที่เป็นองค์ประกอบหลายด้านที่จะดูแลโดยเฉพาะการปกครองตนเองแบบประชาธิปไตย จึงเกิดแนวคิดที่จะนำหลักกฎหมาย ตามแบบสังคมที่พัฒนาแล้วมาใช้แก้ปัญหาของหมู่บ้านจัดสรร เช่น หลักนิติรัฐ หลักประโยชน์สาธารณะมาใช้ ระยะเวลาเริ่มแรกมีการขอจดทะเบียนจัดตั้ง

⁷ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ในรูปแบบของหุ้นส่วน บริษัท สมาคม มูลนิธิ ตามบทบัญญัติของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ให้มีอำนาจหน้าที่ในการรับโอนสาธารณูปโภคมาบำรุงรักษาโดยอาศัยอำนาจตามข้อบังคับที่ออกโดยอำนาจตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติใช้บังคับสมาชิกของนิติบุคคล อันเป็นการแบ่งเบาภาระของผู้จัดสรรและหน่วยงานของรัฐที่ไม่ต้องดูแล รักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรแต่ปรากฏว่าการดำเนินการของนิติบุคคลดังกล่าวไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เพราะนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนเกิดขึ้นได้โดยอาศัยหลักความสมัครใจเข้าทำนิติกรรมต่อมาจึงเกิดแนวคิดจัดตั้งนิติบุคคลในรูปแบบสหกรณ์ ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ ซึ่งหากพิจารณาแล้วจะเห็นว่าน่าจะเป็นนิติบุคคลที่เหมาะสมที่สุดในการดูแลรักษาสาธารณูปโภคหมู่บ้านจัดสรรตามหลักนิติรัฐและหลักประโยชน์สาธารณะได้ ทำให้มีหมู่บ้านจัดสรรหลายแห่ง เลือกจัดตั้งนิติบุคคลในรูปแบบของสหกรณ์ นอกจากนี้ยังมีนักวิชาการด้านอสังหาริมทรัพย์⁸ และผู้จัดสรรที่ดินบางคนเห็นด้วยที่จะให้จัดตั้งนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2511 (ปัจจุบันแก้ไขเมื่อปี พ.ศ. 2542) เนื่องจากวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งสหกรณ์ในรูปแบบต่าง ๆ ก็เพื่อช่วยเหลือ หรือให้บริการชุมชนในระหว่างสมาชิกด้วยกัน แต่อย่างไรก็ดี การจัดตั้งสหกรณ์นั้น จะต้องดำเนินการตามรูปแบบของสหกรณ์นั้นคือแบ่งการมีส่วนร่วมออกเป็นหุ้นให้สมาชิกถือไว้ตามสัดส่วน ซึ่งเป็นรูปแบบที่ไม่เหมาะสมในการนำมาใช้จัดการดูแลรักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรร ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดที่จะให้มีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรโดยเฉพาะซึ่งจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายมหาชน

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่าหมู่บ้านจัดสรรเป็นแนวคิดการสร้างที่อยู่อาศัยตามแบบตะวันตก การบำรุงรักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรก็ควรจะเทียบเคียงของชาติตะวันตกด้วยเช่นกัน ดังนั้นจึงมีนักวิชาการด้านอสังหาริมทรัพย์บางคนพิจารณารูปแบบที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือออสเตรเลีย ซึ่งได้มีกฎหมายรองรับการมีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรโดยเฉพาะเช่น The Community Land Development Act 1985 และ The Community Land Management Act 1989⁹ กฎหมายทั้งสองฉบับนี้

⁸ ยุวดี ศิริ, “แนวทางการจัดตั้งองค์กรบริหารชุมชนสำหรับโครงการบ้านจัดสรร” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ สาขาวิชาเคหกรรม บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 90-91.

⁹ พิษณุพร คันธอุลิส, “ปัญหาและแนวทางของกฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์กรในการบริหารและดูแลชุมชนบ้านจัดสรรในประเทศไทย” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 81.

จะมีบทบัญญัติในเรื่องการจัดตั้งนิติบุคคลดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง การจัดการทรัพย์สินส่วนกลางและการระงับข้อพิพาท

นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรมีบัญญัติไว้เป็นครั้งแรกตามกฎหมายไทย เมื่อ พ.ศ. 2543 วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งนิติบุคคล ก็เป็นไปเพื่อการรับโอนสิ่งที่เป็นสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะของหมู่บ้านจัดสรร ต่อจากผู้จัดสรรที่ดินไปดูแล บำรุงรักษา ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าเป็นกฎหมายที่ถูกต้องและตรงกับกิจกรรมที่นำมาใช้มากที่สุด อีกทั้งยังเป็นไปตามหลักการของกฎหมายที่สำคัญ คือ หลักนิติรัฐและหลักประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากสังคมในหมู่บ้านจัดสรรมีความสลับซับซ้อน จึงมีความจำเป็นที่จะต้องใช้กฎหมายเป็นโครงสร้างหรือกำหนดระเบียบของการอยู่ร่วมกัน รวมทั้งใช้เป็นหลักในการรักษาประโยชน์สาธารณะไว้ให้ได้ซึ่งจะเกิดผลดีต่อทุกฝ่าย

2.2 หลักกฎหมายและแนวความคิดที่เกี่ยวข้อง

ที่มาของแนวคิดบ้านจัดสรรในประเทศไทยนั้นได้มีการนำแนวคิดการจัดสร้างที่อยู่อาศัยตามแบบชาติตะวันตกเข้ามาเมื่อปี พ.ศ. 2510 และได้รับความนิยมจากผู้ต้องการที่อยู่อาศัยจำนวนมากในเวลาต่อมาในส่วนของภาครัฐได้มีการจัดตั้งการเคหะแห่งชาติเมื่อปี พ.ศ. 2516 โดยนำรูปแบบมาจากประเทศสิงคโปร์¹⁰ เพื่อตอบสนองตามความต้องการด้านที่อยู่อาศัยแบบสำเร็จรูป ธุรกิจด้านอสังหาริมทรัพย์เติบโตอย่างรวดเร็วตามความนิยม แต่ปรากฏว่า หมู่บ้านจัดสรรที่เกิดจากธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ก่อปัญหาทางสังคมเป็นอย่างมาก เนื่องจากมีการนำรูปแบบการก่อสร้างบ้านมาใช้ แต่มิได้นำระบบการบริหารและดูแลชุมชนภายหลังการขายมาใช้ด้วย การที่จะทำให้สังคมภายในหมู่บ้านจัดสรรมีความเป็นระเบียบเรียบร้อยนั้นจะต้องมีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นขอบเขตสำหรับสมาชิกในสังคม โดยอาศัยหลักการพื้นฐานทางกฎหมายและแนวความคิดที่เกี่ยวข้องดังนี้

2.2.1 หลักนิติรัฐ (The Rule of law)

นิติรัฐเป็นคำซึ่งนักประวัติศาสตร์และนักปรัชญาการเมืองทางตะวันตกใช้เรียกรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพื่อที่ราษฎรจะได้ใช้สิทธิเสรีภาพเช่นว่านั้นพัฒนาบุคลิกภาพของตนได้ตามที่ราษฎรแต่ละคนจะเห็นสมควร

¹⁰ บริสุทธิ์ กาสินพิลา, พลิกคัมภีร์ 7 เขียนจัดสรรมือทอง, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์พิณณศพรินดีงเซ็นเตอร์ จำกัด), หน้า 16.

สิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรที่รัฐยอมรับรอง และให้ความคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญจำแนกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ

- สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดยแท้ อันได้แก่ สิทธิ เสรีภาพในชีวิต ร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหะสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิ เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ สิทธิเสรีภาพในครอบครัว

- สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน สิทธิ เสรีภาพในการทำสัญญา

- สิทธิ เสรีภาพในอันที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในกระบวนการสร้างเจตนารมณ์ของรัฐที่สำคัญได้แก่ สิทธิเสรีภาพในอันที่จะรวมตัวกันเป็นกลุ่ม เป็นสมาคม หรือเป็นพรรคการเมือง เพื่อดำเนินการทางการเมือง ให้เป็นไปตามความคิดเห็นทางการเมืองของตน รวมตลอดถึงสิทธิเสรีภาพในอันที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครเข้ารับเลือกตั้ง

การปกครองระบอบประชาธิปไตยนั้น เป็นการปกครองโดยราษฎรฝ่ายข้างมากและในขณะเดียวกันก็เคารพราษฎรฝ่ายข้างน้อย การรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของราษฎรจึงเป็นสิ่งจำเป็นอย่างยิ่งโดยเฉพาะต่อราษฎรฝ่ายข้างน้อย ซึ่งมีความคิดเห็นทางการเมืองแตกต่างกับราษฎรฝ่ายข้างมากที่ใช้อำนาจปกครองของรัฐในนามของรัฐอยู่ในขณะใดขณะหนึ่ง เพราะถ้าสิทธิเสรีภาพของราษฎรฝ่ายข้างน้อยไม่ได้รับการรับรองและให้ความคุ้มครองอย่างมีประสิทธิภาพแล้ว การปกครองระบอบประชาธิปไตยก็อาจจะค่อย ๆ เปลี่ยนรูปเป็นการปกครองระบอบเผด็จการโดยราษฎรฝ่ายข้างมากไปในที่สุด

อย่างไรก็ดี การที่รัฐยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ได้หมายความว่า รัฐจะยอมให้ราษฎรใช้สิทธิเสรีภาพของตนกระทำการต่าง ๆ ได้โดยปราศจากการแทรกแซงใด ๆ จากองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งรัฐมีผลประโยชน์ของส่วนรวมหรือผลประโยชน์สาธารณะนั้น บางกรณีรัฐจำเป็นต้องบังคับราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการบางอย่าง องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพของราษฎรได้บ้างเหมือนกัน

แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล้ากรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนเป็นการทั่วไปว่า ให้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกล้ากรายสิทธิ เสรีภาพของราษฎรได้ก็แต่เพียงที่จำเป็นแก่การธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ในอันที่จะล่วงล้ำเข้าไปในแดนแห่งสิทธิ เสรีภาพไว้อย่างคลุมเครือก็ดี ที่ให้อำนาจแก่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐเกินเลยกว่าความจำเป็นแก่การธำรงไว้ซึ่งผลประโยชน์ก็ดี ย่อมขัดต่อเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ด้วยเหตุนี้ในนิติรัฐนั้น ไม่เฉพาะแต่ความสัมพันธ์ระหว่างราษฎรกับราษฎรเท่านั้นที่จะต้องเป็นความสัมพันธ์ซึ่งกฎหมายกำหนด ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐกับราษฎรก็จะต้องเป็นความสัมพันธ์ตามกฎหมายด้วยถึงกับมีผู้กล่าวว่า ผู้ปกครองที่แท้จริงในนิติรัฐคือ กฎหมายที่รัฐตราขึ้นและประกาศใช้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญ องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ว่าจะอยู่ในลำดับชั้นสูงหรือต่ำก็ตามหาอาจที่จะกล้ำกรายสิทธิ เสรีภาพของราษฎรได้ตามอำเภอใจไม่ ตรงข้ามอำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอยู่อย่างจำกัดคือ ถ้าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรใดจะเข้าไปกล้ำกรายสิทธิ เสรีภาพของราษฎรคนหนึ่งคนใดองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐองค์กรนั้นจะต้องแสดงได้ว่ามีกฎหมายฉบับใดให้อำนาจตนกระทำการเช่นนั้นถ้าเพียงแต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐมีนโยบายและแม้ว่านโยบายที่กำหนดขึ้นจะเป็นนโยบายที่กำหนดขึ้นเพื่อการธำรงรักษาไว้ซึ่งผลประโยชน์สาธารณะ ถ้าหากยังไม่ได้มีการนำเอานโยบายนั้นไปบัญญัติเป็นกฎหมายให้อำนาจตนดำเนินการให้เป็นไปตามนโยบายนั้นหาอาจทำได้ไม่

เพื่อที่จะให้การปกครองโดยกฎหมายดำเนินไปอย่างมีประสิทธิภาพ ราษฎรผู้ซึ่งเห็นว่าตนเองถูกองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ ล่วง ละเมิด สิทธิ เสรีภาพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องมีสิทธิโต้แย้งคัดค้านการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ตนเห็นว่า ขัดต่อกฎหมาย ที่มีผลบังคับอยู่ในบ้านเมืองหรืออีกนัยหนึ่งจะต้องมีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ และหากผลการตรวจสอบพบว่า การกระทำอันใดอันหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐขัดต่อกฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ในบ้านเมือง รัฐก็ต้องเพิกถอนการกระทำนั้น และทำให้ราษฎรผู้ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นกลับคืนสู่ฐานะเดิม โดยการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้¹¹

2.2.2 หลักประโยชน์สาธารณะ (Public Interest)

ประโยชน์สาธารณะเป็นวัตถุประสงค์ของการดำเนินการของรัฐเพื่อตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ ซึ่งกฎหมายมหาชนได้กำหนดลักษณะของประโยชน์สาธารณะไว้ว่า ประโยชน์สาธารณะ คือการตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ที่ไม่ใช่ผู้ดำเนินการนั้น ๆ เอง ดังนั้นจึงสามารถพิจารณาหลักประโยชน์สาธารณะเป็น 2 มิติดังนี้

1. มิติ ทางจิตวิทยา ประโยชน์สาธารณะแสดงถึงความต้องการของคน แต่ความต้องการของคน ๆ เดียวหรือคนจำนวนน้อยไม่มีทางที่จะเป็นประโยชน์สาธารณะไปได้ ถ้าความต้องการของคนแต่ละคนในสังคม

¹¹ รศ.ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม 2540), หน้า 1 - 5.

ตรงกันมากขึ้นเรื่อย ๆ จะทำให้ความต้องการส่วนตัวของแต่ละคนกลายเป็นความต้องการส่วนรวมขึ้นได้ด้วยเหตุนี้เองการป้องกันประเทศที่ดี การศึกษาก็ดี ล้วนแต่เป็นความต้องการส่วนรวมที่เรียกว่าประโยชน์สาธารณะ ในทางตรงกันข้ามถ้าคนแต่ละคนซึ่งเป็นคนหมู่มาก เห็นว่า สิ่งนั้นไม่จำเป็น สิ่งนั้นก็ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะ ด้วยเหตุนี้ประโยชน์สาธารณะจึงต่างจากประโยชน์ส่วนบุคคลหรือประโยชน์ของกลุ่มการที่จะพิจารณาว่าอะไรคือความต้องการของคนหมู่มากจึงเป็นเรื่องอัตวิสัย แต่ทำให้เป็นภาวะวิสัยได้โดยถือว่าผู้บัญญัติกฎหมายหรือรัฐสภาและศาลปกครองเท่านั้นที่จะชี้ขาดในขั้นสุดท้ายว่า สิ่งนั้นเป็นความต้องการส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะหรือไม่

2. มิติทางตัวบุคคลผู้มีความต้องการ ถ้ารัฐทำเพื่อตอบสนองความต้องการของตัวเอง เช่น เพื่อหารายได้ เราเรียกกิจกรรมของรัฐประเภทนี้ว่ากิจกรรมเพื่อหากำไรให้มากที่สุด ซึ่งโดยปกติไม่ถือว่าเป็นความต้องการของคนส่วนใหญ่ ไม่ถือเป็นบริการสาธารณะ เว้นแต่จะเป็นการหากำไรมาเพื่อทำบริการสาธารณะตอบสนองความต้องการของคนส่วนใหญ่ แต่ถ้ารัฐดำเนินการจัดทำสิ่งนั้นเพื่อตอบสนองความต้องการของคนอื่นส่วนใหญ่ (ที่ไม่ใช่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐเอง) กิจกรรมของรัฐประเภทนี้เป็นกิจกรรมเพื่อให้บริการให้มากที่สุด ซึ่งแสดงให้เห็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะที่ชัดเจน¹²

2.2.3 หลักการมีส่วนร่วมของชุมชน (Participation)

การมีส่วนร่วมของชุมชนมีพื้นฐานมาจากแนวคิดเรื่องการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ซึ่งปรัชญาของการมีส่วนร่วมของชุมชนในทัศนคติของสมาชิกแห่งสหประชาชาติ มีพื้นฐานอยู่บนการจัดการชุมชนด้วยเหตุผล 2 ประการคือ เหตุผลด้านจิตวิทยาและเหตุผลด้านการจัดการ

กรณีเหตุผลด้านจิตวิทยานั้น การมีส่วนร่วมของบุคคล ครอบครัวชุมชน จะทำให้ทุกคนเกิดความพึงพอใจในวัตถุประสงค์ของชุมชนและการพึ่งตนเอง

กรณีเหตุผลด้านการจัดการนั้น ความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของชุมชนจะขึ้นอยู่กับความร่วมมือของคนในชุมชนที่จะจัดการแก้ปัญหาของชุมชน¹³

¹² ศ.ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3, พิมพ์ครั้งแรก (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), หน้า 334 - 335.

¹³ วรวิทย์ ก่อทองวิศรุต, "การเลือกกระบวนการบริหารดูแลชุมชนหมู่บ้านจัดสรรระดับราคาปานกลางในเขตกรุงเทพมหานคร" (วิทยานิพนธ์ ปริญญาโทบัณฑิต ภาควิชาเคหการ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543), หน้า 8.

จากแนวคิดพื้นฐานดังกล่าวสรุปได้ว่า การมีส่วนร่วมของชุมชนหมายถึง การที่สมาชิกทั้งหมดของชุมชนมีโอกาสอย่างเท่าเทียมกันที่จะกำหนด และมีส่วนสนับสนุนในกระบวนการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาของชุมชนรวมตลอดถึงการได้รับแบ่งปันผลประโยชน์ที่เป็นธรรม จากผลของการพัฒนานั้นด้วย ความหมายดังกล่าวได้ชี้ให้เห็นถึงองค์ประกอบของการมีส่วนร่วมของชุมชน ซึ่งมีรากฐานเกี่ยวกับประชาชนในฐานะสมาชิกของชุมชนดังนี้

1. มีบทบาทกำหนดวัตถุประสงค์ เป้าหมายของชุมชน และสามารถเลือกวิธีการแก้ไขปัญหาเพื่อพัฒนาชุมชนของตนเอง

2. สนับสนุนการดำเนินงานของชุมชนอย่างกระตือรือร้น

3. ได้รับการแบ่งปันผลประโยชน์ตอบแทนจากผลพวงของการดำเนินงานของชุมชนอย่างเป็นธรรม การมีส่วนร่วมของชุมชนสะท้อนให้เห็นแนวคิดสำคัญ ดังนี้

1. แนวคิดแบบประชาธิปไตย การมีส่วนร่วมของชุมชนจะเกิดขึ้นได้ เมื่อสมาชิกในชุมชนยินยอมพร้อมใจและเต็มใจ รวมทั้งมีความเสมอภาคอย่างเท่าเทียมกัน โดยสมาชิกของชุมชนจะต้องสำนึกในสิทธิและหน้าที่

2. จุดมุ่งหมายและวิธีการ การมีส่วนร่วมของชุมชนเป็นทั้งจุดมุ่งหมายและวิธีการในตัวเอง

3. องค์การและการจัดการ การมีส่วนร่วมของชุมชนจะเกิดขึ้นได้และมีความต่อเนื่อง ต่อเมื่อชุมชนนั้นมีการจัดตั้งองค์กรชุมชน เป็นกลไกระดมการมีส่วนร่วมจากสมาชิก รวมตลอดถึงมีการจัดการชุมชนเพื่อใช้ประโยชน์ทรัพยากรในชุมชนให้บรรลุวัตถุประสงค์และเป้าหมายของชุมชนแบ่งปันผลประโยชน์ให้แก่สมาชิกของชุมชนอย่างเป็นธรรม

2.2.4 แนวคิดเรื่องความเป็นนิติบุคคล

ในอดีตเมื่อกล่าวถึงบุคคลจะหมายถึงบุคคลธรรมดาเท่านั้น ต่อมาเมื่อสังคมมีการพัฒนาสูงขึ้น ประกอบกับมีการรวมตัวกันของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจการค้า จึงเกิดแนวคิดที่จะให้สิ่งที่สามารถตัวนั้นสามารถถือสิทธิในทรัพย์สินและสิทธิอื่น ๆ ได้ ทั้งนี้เพื่อความสะดวกในการดำเนินกิจการดังกล่าวจึงมีการแยกภาวะที่รวมกันนั้นออกเป็นบุคคลตามกฎหมายต่างหากจากบุคคลที่มารวมกัน และเรียกบุคคลนั้นว่า นิติบุคคล¹⁴

¹⁴ สังคม ฮอรินทร์, "ปัญหาข้อกฎหมายในการจดทะเบียนจัดตั้งนิติบุคคล และมาตรการลงโทษผู้บริหารกรณีนิติบุคคลล้มละลาย ศึกษาเฉพาะกรณีบริษัทจำกัดและบริษัทมหาชนจำกัด"(วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2541) , หน้า 12.

การยอมรับสภาพความเป็นนิติบุคคลนั้นมีหลายทฤษฎี แต่มีทฤษฎีที่อ้างถึงและเป็นที่ยอมรับ 2 ทฤษฎี คือ

- ทฤษฎีที่ว่า นิติบุคคลเป็นสิ่งสมมุติ ทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายหาได้มีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริงไม่ นิติบุคคลเป็นแต่เพียงบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้นเพื่อให้มีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดาและให้สามารถแสดงเจตนาได้ด้วย โดยผ่านทางผู้แทนนิติบุคคลที่เป็นบุคคลธรรมดา นิติบุคคลจะมีสิทธิเพียงเท่าที่กฎหมายกำหนดให้เท่านั้น

- ทฤษฎีที่ว่า นิติบุคคลมีสภาพเป็นอยู่อย่างแท้จริง ทฤษฎีนี้ถือว่านิติบุคคลเป็นปรากฏการณ์ธรรมชาติที่เกิดขึ้นจริง มีสภาพความเป็นอยู่อย่างแท้จริง จึงสามารถมีเจตนาผ่านการแสดงเจตนาของบุคคลธรรมดาซึ่งเป็นผู้แทนของนิติบุคคลได้ เพราะนิติบุคคลเป็นที่รวมของบุคคลธรรมดา นิติบุคคลมิใช่สิ่งที่กฎหมายกำหนดขึ้นตามใจชอบ กฎหมายเพียงรับรองสภาพความเป็นอยู่ของนิติบุคคล ซึ่งมีอยู่แล้ว และคอยควบคุมนิติบุคคลโดยกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ ของนิติบุคคลไว้เท่านั้น

จากแนวคิดทั้งสองทฤษฎีสามารถสรุปได้ว่า ปัจจุบันสภาพอันแท้จริงของนิติบุคคล มิได้เป็นบุคคลทางกฎหมายที่กฎหมายสมมุติขึ้น และมีได้เป็นบุคคลที่มีสภาพความเป็นอยู่ที่แท้จริง แต่นิติบุคคลเป็นที่รวมของบุคคลธรรมดาหรือทรัพย์สินเพื่อดำเนินการใด ๆ ตามวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งที่กำหนด ซึ่งมีใช้เพื่อประโยชน์เฉพาะตัวของบุคคลธรรมดา การให้สภาพนิติบุคคลจึงเป็นวิธีการ หรือเทคนิคทางกฎหมายอย่างหนึ่งที่สร้างขึ้นมาเพื่ออำนวยความสะดวกในการที่จะให้บุคคลธรรมดาและทรัพย์สินที่มารวมกันสามารถดำเนินการตามวัตถุประสงค์ได้สะดวกโดยผ่านนิติบุคคลนั่นเอง

นิติบุคคลตามกฎหมายไทยแบ่งได้เป็น 2 ประเภท คือ นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน การแบ่งนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภทดังกล่าวอาศัยหลักเกณฑ์สำคัญ 3 ประการ ประกอบกันคือ กฎหมายที่จัดตั้งนิติบุคคล กิจกรรมที่นิติบุคคลนั้นดำเนินการ และการใช้อำนาจของนิติบุคคลนั้น ถ้านิติบุคคลได้จัดตั้งตามกฎหมายเอกชน แต่มีกิจกรรมที่เรียกว่า บริการสาธารณะและมีการใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักจะเป็นนิติบุคคลมหาชน ในขณะที่นิติบุคคลได้จัดตั้งโดยกฎหมายเอกชนดำเนินกิจการเพื่อผลประโยชน์ของเอกชน ไม่มีการใช้อำนาจมหาชน นิติบุคคลนั้นมักจะเป็นนิติบุคคลเอกชน¹⁵

¹⁵ ชาญชัย แสงศักดิ์, นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน 2541), หน้า 14.

2.3 นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรตามกฎหมายไทย

หมู่บ้านจัดสรรมีรูปแบบการดูแลสาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรจัดสร้างขึ้นในลักษณะของบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลกรณีที่หมู่บ้านจัดสรรเลือกจัดตั้งนิติบุคคลเข้ามารับหน้าที่ดูแลสาธารณูปโภคต่อจากผู้จัดสรรที่ดิน อาจพิจารณาจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชน แต่เนื่องจากนิติบุคคลทั้งสองประเภทมีลักษณะเฉพาะที่เป็นผลมาจากกฎหมายที่ใช้เป็นฐานในการจัดตั้ง ดังนั้น จึงแยกพิจารณาดังนี้

ข้อพิจารณา	ตารางเปรียบเทียบข้อแตกต่างนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนกับนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน	
	นิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน	นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน
1. การจัดตั้ง	ความยินยอมของเอกชน	กฎหมายกำหนดไว้
2. การเป็นสมาชิก	ความสมัครใจ	ผลของกฎหมาย
3. วัตถุประสงค์	ตราสารที่จัดตั้ง	กฎหมายที่จัดตั้ง
4. ผลประโยชน์	เพื่อส่วนตัวของเอกชน	เพื่อประโยชน์มหาชน
5. สถานะทางกฎหมายของคู่สัญญา	เท่าเทียมกัน	ไม่เท่าเทียมกัน

2.3.1 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายเอกชน

กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กล่าวถึงกฎเกณฑ์แห่งความสัมพันธ์ทางกฎหมายระหว่างผู้อยู่ได้ปกครองด้วยตนเอง (เอกชน) เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแบ่งเป็นหมวดหมู่หรือลักษณะแตกต่างกันไปแต่ลักษณะที่สามารถใช้จดทะเบียนเป็นนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรได้มี ดังนี้

1. ห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล (Registered ordinary)

ลักษณะทั่วไปของการจัดตั้งนิติบุคคลในรูปแบบห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล อาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตรา 1012 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มีดังนี้

- มีบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป และต้องเป็นผู้มีความสามารถตามกฎหมาย
- มีการตกลงทำสัญญาโดยแจ้งชัดว่าจะร่วมกันจัดตั้งห้างหุ้นส่วนขึ้น
- มีการนำทุนมาเข้ากันเพื่อทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่ง
- ร่วมกันกระทำการที่ไม่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามตามกฎหมาย
- มีความประสงค์เพื่อหากำไรมาแบ่งปันกัน

การจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคล

มาตรา 1014 ให้ดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนต่อเสนาบดีเจ้ากระทรวงซึ่งปัจจุบันหมายถึงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์เป็นนายทะเบียน ส่วนวิธีดำเนินการนั้นรัฐมนตรีจะอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ออกกฎกระทรวงและระเบียบต่าง ๆ กำหนดรายละเอียดการปฏิบัติไว้ใช้บังคับ เช่น ระเบียบสำนักงานทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทกลางว่าด้วยการจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนและบริษัท พ.ศ. 2538 จะกำหนดอัตราค่าธรรมเนียมการจดทะเบียน สถานที่บริการจดทะเบียน และแบบคำขอจดทะเบียนไว้ด้วย¹⁶

ผลของการจดทะเบียน

เมื่อได้ยื่นคำขอจดทะเบียนห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลต่อนายทะเบียนและนายทะเบียนรับจดทะเบียนแล้ว ห้างหุ้นส่วนนั้นจะมีสถานะภาพเป็นนิติบุคคลแยกต่างหากจากผู้เป็นหุ้นส่วนหรือผู้ถือหุ้นทั้งหลาย มีสิทธิหน้าที่ได้ตามกฎหมาย เช่น การเป็นเจ้าของทรัพย์สิน การเข้าเป็นคู่สัญญา การฟ้องคดีต่อศาล การตั้งตัวแทน

2 ห้างหุ้นส่วนจำกัด (Limited Partnership)

ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีหลักเกณฑ์ทั่วไปในการจัดตั้ง การขอจดทะเบียนจัดตั้ง ผลของการจัดตั้งใกล้เคียงกับห้างหุ้นส่วนสามัญนิติบุคคลเพียงแต่ห้างหุ้นส่วนจำกัดมีลักษณะเฉพาะที่สำคัญคือในห้างหุ้นส่วนจำกัดจะมีผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทจำกัดความรับผิดและหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดในบรรดาหนี้ของห้างที่เกิดขึ้นจากการดำเนินกิจการ นอกจากนี้กฎหมายยังมีบทบัญญัติบังคับให้ห้างหุ้นส่วนจำกัดต้องจดทะเบียนแล้วเท่านั้นจึงจะมีสถานะภาพเป็นห้างหุ้นส่วนจำกัด ทั้งนี้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1077-1079

3. บริษัทจำกัด (Company Limited)

ลักษณะทั่วไปของการจัดตั้งบริษัทจำกัดนั้นก็ยังคงอาศัยหลักเกณฑ์พื้นฐานตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1012 นั่นคือ การแสดงเจตนาทำสัญญาระหว่างบุคคลที่เรียกว่าผู้เริ่มก่อการตั้งบริษัท ซึ่งมีจำนวนไม่น้อยกว่า 7 คนขึ้นไป ตกลงเข้าทำกิจการอย่างใดอย่างหนึ่งในลักษณะ

¹⁶ ผศ.พินิจ ทิพย์มณี, หลักกฎหมายห้างหุ้นส่วน (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2546), หน้า 181-225.

ที่ไม่มีวัตถุประสงค์ที่ขัดต่อกฎหมายร่วมกัน ด้วยประสงค์จะแบ่งปันกำไรอันจะพึงได้จากกิจการที่ทำนั้น บริษัท จำกัดจะแบ่งการลงทุนออกเป็นหุ้น มีมูลค่าเท่า ๆ กัน ผู้ถือหุ้นจะรับผิดชอบในจำนวนที่จำกัดเพียงไม่เกินจำนวนเงินค่าหุ้นที่ยังส่งใช้ไม่ครบ มูลค่าที่ตนถืออยู่ในขณะนั้น

ขั้นตอนการจัดตั้งจะเริ่มต้นด้วยการทำเอกสารที่กฎหมายเรียกว่า หนังสือบริคณห์สนธิ ซึ่งจะมีข้อความประกอบด้วย ชื่อ ที่อยู่ วัตถุประสงค์ของบริษัท จำนวนทุนของบริษัท ผู้เริ่มก่อการจัดตั้ง ธุรกิจการค้า สังกัดกระทรวงพาณิชย์ การจดทะเบียนครั้งแรกนี้เป็นเพียงจดทะเบียนหนังสือบริคณห์สนธิเท่านั้น มิใช่หลักฐานแสดงการจดทะเบียนแต่อย่างใด (มาตรา 1099) จากนั้นก็จะเริ่มขายหุ้น เพื่อหาทุนมาใช้ ในกิจการของบริษัทดำเนินการจัดประชุมตั้งบริษัทเพื่อทำความเข้าใจกันในเรื่องต่าง ๆ เช่น การจัดทำ ข้อบังคับของบริษัท เลือกตั้งกรรมการชุดแรก เลือกตั้งผู้สอบบัญชี รับรองสัญญาที่ผู้ก่อการจัดทำขึ้นก่อน จัดตั้งบริษัท กำหนดค่าตอบแทนให้กับผู้เริ่มกิจการ กำหนดจำนวนหุ้นบุริมสิทธิ นอกจากนี้อาจพิจารณา และตกลงกันในเรื่องอื่น ๆ ก็ได้ตามแต่ที่ประชุมจะเห็นสมควร เมื่อกรรมการบริษัทชุดแรกเกิดขึ้นแล้ว กรรมการก็จะเรียกให้ผู้ถือหุ้นชำระค่าหุ้นจนครบถ้วนแล้วนำไปยื่นขอจดทะเบียนบริษัทต่อนายทะเบียน ภายในกำหนด 3 เดือน นับแต่วันประชุมตั้งบริษัท นายทะเบียนจะจัดทำหลักฐานที่แสดงการจดทะเบียนให้ นั่นคือ หนังสือรับรองการเป็นบริษัทมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ สามารถมีสิทธิ หน้าที่ต่าง ๆ โดยสมบูรณ์ทุกประการ¹⁷

4. สมาคม (Association)

สมาคมเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนประเภทหนึ่งที่มีบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่เนื่องจากกฎหมายฉบับนี้มิได้ให้ความหมายของสมาคมไว้อย่างชัดเจน ดังนั้นจึงสามารถกำหนดลักษณะที่สำคัญของสมาคมได้ดังนี้

- มีการรวมตัวของกลุ่มบุคคล
- มีวัตถุประสงค์กระทำกิจการใด ๆ อันมีลักษณะต่อเนื่องร่วมกัน
- ไม่มีการหากำไรหรือรายได้เพื่อมาแบ่งปันกัน
- มีข้อบังคับตามที่กฎหมายกำหนด
- ต้องจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามที่กฎหมายกำหนด

¹⁷ รศ.พิเศษ เสตเสถียร, บริษัทจำกัด กฎหมายสำหรับนักบริหารและนักธุรกิจ (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 11-15.

การจดทะเบียนสมาคม

บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนนี้ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการให้ผู้ที่ต้องการจะจดทะเบียนจัดตั้งสมาคมจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนดังนี้

1. ในกรุงเทพมหานคร ให้ผู้จะเป็นสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ยื่นคำขอต่อเลขาธิการคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ เพื่อขออนุญาตให้จัดตั้งองค์การตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ พ.ศ. 2485 แก้ไขโดยพระราชบัญญัติวัฒนธรรมแห่งชาติ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2486 เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงยื่นเรื่องราวขอจดทะเบียนสมาคมเป็นนิติบุคคล ณ สำนักงานตำรวจสันติบาล สำนักงานตำรวจแห่งชาติ

2. ในจังหวัดอื่น ให้ผู้จะเป็นสมาชิกจำนวนไม่น้อยกว่า 3 คน ยื่นคำขอตามแบบ ส.ค. 1 ณ ที่ว่าการอำเภอในท้องที่ที่สมาคมจะตั้งขึ้น พร้อมด้วยเอกสารดังต่อไปนี้จำนวน 3 ชุด

- ชื่อบังคับของสมาคม
- รายชื่อ ที่อยู่ และอาชีพของผู้จะเป็นสมาชิกไม่น้อยกว่า 10 คน
- รายชื่อ ที่อยู่ และอาชีพของผู้จะเป็นกรรมการของสมาคม
- รายงานการประชุมก่อตั้งสมาคม
- แผนผังที่ตั้งสิ่งเชยของสมาคม
- หนังสืออนุญาตให้ใช้สถานที่ของสมาคม
- สำเนาหรือภาพถ่ายบัตรประจำตัวประชาชนหรือบัตรอื่นที่ทางราชการออกให้
- ภาพถ่ายสำเนาทะเบียนบ้านของผู้จะเป็นสมาชิก และผู้จะเป็นกรรมการ

เมื่อนายทะเบียนได้รับคำขอจดทะเบียนพร้อมเอกสารประกอบแล้วจะต้องพิจารณาว่าวัตถุประสงค์ขัดต่อกฎหมายหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ รายการซึ่งจดทะเบียนในคำขอหรือชื่อบังคับสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสมาคม และผู้จะเป็นกรรมการของสมาคมมีฐานะ ความประพฤติเหมาะสมในการดำเนินการหรือไม่ แล้วให้นายทะเบียนรับจดทะเบียนและออกใบสำคัญแสดงการจดทะเบียนให้แก่สมาคมนั้น พร้อมกับลงประกาศการจัดตั้งสมาคมในราชกิจจานุเบกษา สมาคมที่ได้จดทะเบียนแล้วจะมีสถานะเป็นนิติบุคคล มีสิทธิหน้าที่ต่าง ๆ ตามกฎหมาย

5. มูลนิธิ (Foundation)

มูลนิธิเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนอีกประเภทหนึ่งที่มีบัญญัติไว้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ตั้งแต่มาตรา 110 ถึงมาตรา 136 แต่เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมิได้ให้ความหมายของคำว่ามูลนิธิไว้ ดังนั้นจึงสมควรที่จะนำหลักเกณฑ์ที่สำคัญตามมาตรา 110 มาอธิบายความหมายของมูลนิธิ ดังนี้

- เป็นทรัพย์สินที่จัดสรรไว้โดยเฉพาะ
- มีวัตถุประสงค์เพื่อสาธารณประโยชน์
- มิได้มุ่งผลประโยชน์มาแบ่งปันกัน

การจดทะเบียนจัดตั้งมูลนิธิ

การจัดตั้งมูลนิธิเป็นนิติบุคคล มีหน่วยงานราชการที่เกี่ยวข้องสองหน่วยงานคือ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ และกระทรวงมหาดไทย ในการจดทะเบียนนั้นจะต้องเริ่มต้นขออนุญาตจัดตั้งมูลนิธิต่อสำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติก่อน เมื่อได้รับอนุญาตแล้วจึงไปจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลที่กองปกครองและทะเบียน กรมการปกครอง

ขั้นตอนการขอจัดตั้งมูลนิธิต่อสำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ (สวช.)¹⁸

- ผู้ขอจัดตั้งอย่างน้อย 3 คน
- จัดประชุมเริ่มขอจัดตั้งเพื่อปรึกษาและพิจารณาร่างข้อบังคับของมูลนิธิ
- จัดทำเอกสารเพื่อยื่นขออนุญาตต่อ สวช. จำนวน 2 ชุด
- เจ้าหน้าที่พิจารณาเสนอความเห็นว่าจะรออนุญาต หรือให้แก้ไขเอกสาร
- หากเป็นกรณีมูลนิธิมีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับศาสนาอื่น นอกจากศาสนาพุทธให้ส่งไป

กรมการศาสนา

- หากเป็นกรณีเกี่ยวกับต่างประเทศและความมั่นคงของชาติให้ส่งไปกระทรวงการต่างประเทศหรือสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ
- ได้รับใบอนุญาตให้จัดตั้งมูลนิธิ
- นำใบอนุญาตไปขอจดทะเบียนเป็นนิติบุคคล

การขอจัดตั้งมูลนิธิสามารถดำเนินการได้ภายในเวลาเพียง 20 วัน ส่วนการจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลกับกรมการปกครองค่อนข้างจะใช้เวลานานกล่าวคือ อาจใช้เวลาถึง 134 วัน จึงจะได้รับจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลที่มีสิทธิ หน้าที่ได้ตามกฎหมาย¹⁹

¹⁸ สำนักงานคณะกรรมการวัฒนธรรมแห่งชาติ กระทรวงศึกษาธิการ, คู่มือการจัดตั้งมูลนิธิ

¹⁹ ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมมาพันธ์, รายงานการวิจัยเรื่อง แนวทางในการส่งเสริมการดำเนินการขององค์กรพัฒนาเอกชนศึกษากรณีกฎหมายและระเบียบต่าง ๆ ที่เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนา, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ พี เพรส จำกัด, 2541), หน้า 60.

2.3.2 นิติบุคคลที่จัดตั้งตามกฎหมายมหาชน

กฎหมายมหาชนแบ่งเป็น 2 สาขาใหญ่ ๆ คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง กฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ บรรดาหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการแบ่งแยกอำนาจในการปกครองประเทศ หลักเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หลักเกณฑ์นี้จะรวมถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจรัฐและประชาชน กฎหมายนี้มักจะถูกรวบรวมไว้เป็นเอกสารที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า รัฐธรรมนูญ

กฎหมายปกครองได้แก่ บรรดาหลักเกณฑ์ทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการจัดตั้งและการดำเนินงานขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกัน ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชนกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายเฉพาะที่ใช้กับฝ่ายปกครอง เนื่องจากการดำเนินงานของฝ่ายปกครองจะมีวัตถุประสงค์ที่ต่างจากการดำเนินงานของเอกชน นั่นคือ ฝ่ายปกครองจะดำเนินกิจกรรมต่างๆ เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ฝ่ายเอกชนจะดำเนินกิจกรรมเพื่อประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้นจึงมีความจำเป็นที่การดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองจะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวดเร็ว และสำเร็จลุล่วงไปได้ เพื่อให้ประชาชนได้รับประโยชน์อย่างเต็มที่และทั่วถึง²⁰

นอกจากความหมายของคำว่ากฎหมายปกครองดังกล่าวแล้ว ยังมีนักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนได้อธิบายถึงความหมายของกฎหมายปกครองไว้หลายท่าน เช่น ศาสตราจารย์ ดร.ประยูร กาญจนดุล ให้ความหมายว่า เป็นกฎหมายที่วางหลักเกี่ยวกับการจัดระเบียบการปกครองรัฐในการปกครองที่เรียกว่า การจัดระเบียบราชการบริหาร รวมทั้งการวางระเบียบเกี่ยวกับกิจกรรมของฝ่ายปกครองที่เรียกว่า บริการสาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชน

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมปุณณ์ ให้ความหมายของกฎหมายปกครองว่า เป็นกฎหมายมหาชนที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบริหารราชการ และกำหนดอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ราชการ

ศาสตราจารย์ ดร. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ให้ความหมายของกฎหมายปกครองว่า กฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดสถานะและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองของรัฐต่อกันและต่อประชาชน²¹

²⁰ ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักพื้นฐานกฎหมายปกครองฝรั่งเศส, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547), หน้า 15-16.

²¹ รศ.ดร. โภคิน พลกุล และคณะ, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 15.

ลักษณะสำคัญของกฎหมายปกครองพอจะสรุปได้เป็น 2 ประการ ดังนี้

1. เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยระเบียบการปกครองขององค์กรปกครองต่าง ๆ ที่รองลงมาจากรัฐ เช่น ระเบียบการปกครอง จังหวัด อำเภอ ตำบล หมู่บ้าน
2. เป็นกฎหมายที่ว่าด้วยรายละเอียดเกี่ยวกับการปกครองเฉพาะเรื่องเฉพาะรายโดยตรง มิได้เกี่ยวกับระเบียบการปกครองของรัฐเป็นส่วนรวม ซึ่งระเบียบการปกครองของรัฐเป็นส่วนรวมและเป็นเรื่องทั่ว ๆ ไปนั้นอยู่ในกรอบของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

กฎหมายปกครองมีเนื้อหาสำคัญ 3 ประการ คือ

1. กำหนดอำนาจของหน่วยราชการต่าง ๆ ที่จะบริหารราชการของประเทศว่ามีขอบเขตกว้างขวางและมากน้อยเพียงใด
2. กำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยราชการ และข้าราชการที่จะปฏิบัติราชการได้ในเรื่องอะไรบ้าง
3. กำหนดขอบเขตพื้นที่การใช้อำนาจของหน่วยราชการและเจ้าหน้าที่นั้น ๆ

กฎหมายปกครองมีความสำคัญในฐานะที่เป็นหลักการ หรือนโยบายการปกครองของประเทศและมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายอื่น ๆ ตรงที่ว่าเมื่อประกาศใช้แล้วอาจต้องปรับปรุงแก้ไขให้เหมาะสมกับภาวะของสังคมอยู่เสมอเพราะสภาพสังคมจะเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลา หากไม่แก้ไขกฎหมายปกครองให้สอดคล้องกับสภาพปัญหา ก็จะไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างแท้จริง

โดยทั่วไปแล้ว กฎหมายปกครองนอกจากจะเป็นกฎหมายที่กำหนดรายละเอียดในการปกครองและจัดระเบียบแห่งองค์กรทางปกครองแล้ว ยังใช้เป็นเครื่องมือของฝ่ายบริหารด้วย ถ้าพิจารณาในแง่นี้ จะเห็นว่าการบริหารราชการมีความสัมพันธ์กับกฎหมายอย่างใกล้ชิด เพราะฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองจะปฏิบัติกิจการใดต้องอาศัยอำนาจแห่งกฎหมายเท่านั้น จะปฏิบัติราชการตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงกฎหมายไม่ได้²²

จากหลักเกณฑ์และความหมายของกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองดังกล่าว จะเห็นได้ว่ากฎหมายมหาชนมีลักษณะที่แตกต่างจากกฎหมายเอกชน โดยเฉพาะทฤษฎีเรื่องผลประโยชน์ และทฤษฎีอำนาจเหนือ เนื่องจากกฎหมายมหาชนจะเน้นที่การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะโดยให้ผู้คุ้มครองประโยชน์

²² อูทัย หิรัญโตและคณะ, ประมวลบทวิเคราะห์และอธิบายศัพท์กฎหมาย, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์ โอเดียนสโตร์), หน้า 155-158.

สาธารณะจะมีอำนาจเหนือกว่าหรือไม่ทัดเทียมกับเอกชน กฎหมายมหาชนที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่เป็นของหมู่บ้านจัดสรรจึงปรากฏในรูปแบบของกฎหมายปกครอง เช่น พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งฝ่ายปกครองจัดทำเพื่อสนองความต้องการส่วนรวมของประชาชนทั่วไป

หมู่บ้านจัดสรรที่เลือกจดทะเบียนเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบัน มีดังนี้

1. สหกรณ์ (Cooperation)

ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2511 แก้ไขปรับปรุงโดยพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของสหกรณ์ว่า คณะบุคคลซึ่งร่วมกันดำเนินกิจการ เพื่อประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคม โดยช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และได้จดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้

สหกรณ์ในประเทศไทยมีหลายชนิด ซึ่งตามกฎหมายกระทรวงที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ ได้แบ่งออกเป็น 7 ชนิดคือ สหกรณ์การเกษตร สหกรณ์ประมง สหกรณ์ร้านค้า สหกรณ์บริการ สหกรณ์ออมทรัพย์สหกรณ์นิคม และสหกรณ์เครดิตยูเนียน ระบบของสหกรณ์คือการทำที่ประชาชนในกลุ่มเดียวกันมีความต้องการเช่นเดียวกัน รวมตัวกันเป็นสมาชิกสหกรณ์ เพื่อทำกิจกรรมร่วมกันโดยก่อให้เกิดประโยชน์แก่สมาชิกและส่วนรวม สำหรับสหกรณ์ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่อยู่อาศัยในรูปแบบของหมู่บ้านจัดสรรคือ สหกรณ์เคหสถานและสหกรณ์สาธารณูปโภค ซึ่งเป็นสหกรณ์บริการรูปแบบหนึ่งที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันสหกรณ์เคหสถานมีวัตถุประสงค์ในการจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่สมาชิกโดยตรง หลังจากนั้นจะมีการให้บริการในด้านสาธารณูปโภค ตลอดจนบำรุงรักษาสาธารณูปโภคในหมู่บ้านสหกรณ์ ที่ให้บริการแก่สมาชิกจะจัดการในรูปของเทศบาล ตามระเบียบเทศบาล พ.ศ. ส่วนสหกรณ์สาธารณูปโภคนั้นจะมีวัตถุประสงค์ในการจัดหาสาธารณูปโภคที่ชุมชนต้องการมาบริการแก่สมาชิก เช่น จัดหาน้ำประปาหรือไฟฟ้า มาใช้ในหมู่บ้าน²³

การจัดตั้งและจดทะเบียนสหกรณ์

ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 33 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า สหกรณ์จะจัดตั้งขึ้นได้โดยการจดทะเบียนตามพระราชบัญญัตินี้ และต้องมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกโดยวิธีช่วยตนเองและช่วยเหลือซึ่งกันและกัน และจะต้อง

²³ ยุวดี ศิริ, "แนวทางการจัดตั้งองค์การบริหารชุมชนสำหรับโครงการบ้านจัดสรร" (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ ภาควิชาเคหการ บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540), หน้า 27-28.

1. มีกิจกรรมร่วมกันตามประเภทของสหกรณ์
2. มีสมาชิกเป็นบุคคลธรรมดาและบรรลุนิติภาวะ
3. มีทุนแบ่งเป็นหุ้นมีมูลค่าเท่า ๆ กัน และสมาชิกแต่ละคนจะต้องถือหุ้นอย่างน้อยหนึ่งหุ้น แต่ไม่เกินหนึ่งในห้าของหุ้นที่ชำระแล้วทั้งหมด

4. มีสมาชิกซึ่งมีคุณสมบัติตามที่กำหนดในข้อบังคับ

มาตรา 34 กำหนดให้ผู้ประสงค์จะเป็นสมาชิกของสหกรณ์ที่ขอจัดตั้งจะต้องประชุมกันเพื่อคัดเลือกผู้มาประชุมให้เป็นคนละผู้จัดตั้งสหกรณ์จำนวนไม่น้อยกว่า 10 คน โดยให้คณะผู้จัดตั้งดำเนินการดังนี้

1. พิจารณาเลือกประเภทของสหกรณ์ที่จะจัดตั้งและกำหนดวัตถุประสงค์ของสหกรณ์ที่จะจัดตั้ง
2. กำหนดแผนดำเนินการเกี่ยวกับธุรกิจหรือกิจกรรมของสหกรณ์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่

นายทะเบียนสหกรณ์กำหนด

3. จัดทำบัญชีรายชื่อผู้จะเป็นสมาชิกพร้อมด้วยจำนวนหุ้นที่แต่ละคนถือ
4. ร่างข้อบังคับเสนอให้ที่ประชุมผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกพิจารณา

เมื่อปรากฏว่าได้ดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวครบถ้วนแล้ว คณะผู้จัดตั้งจะต้องไปยื่นคำขอจดทะเบียนต่อนายทะเบียนสหกรณ์ตามแบบที่กำหนด พร้อมด้วยเอกสารจำนวน 4 รายการ คือ รายงานการประชุม แผนดำเนินการหรือกิจกรรม บัญชีรายชื่อผู้จะเป็นสมาชิกและจำนวนหุ้นที่ถือ ข้อบังคับ จากนั้นนายทะเบียนจะพิจารณาวัตถุประสงค์ของสหกรณ์และเอกสารที่ยื่นตามคำขอ หากเห็นว่าจะไม่เป็นการเสียหายแก่ระบบสหกรณ์ นายทะเบียนจะรับจดทะเบียนและออกใบสำคัญให้ เมื่อสหกรณ์ได้จดทะเบียนแล้วจะมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ สามารถมีสิทธิ หน้าที่ต่าง ๆ สมบูรณ์ตามกฎหมาย

กฎหมายสหกรณ์เป็นกฎหมายเพื่อส่งเสริมการดำเนินธุรกิจของสหกรณ์ ซึ่งเป็นองค์กรเอกชนรูปแบบหนึ่ง แต่ไม่จัดอยู่ในประเภทกฎหมายเอกชน เพราะพระราชบัญญัติสหกรณ์ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะมีบทบัญญัติที่ว่าด้วยภารกิจ อำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีต่อสหกรณ์ในลักษณะที่ส่งเสริม กำกับดูแลรวมทั้งการสั่งการต่าง ๆ ในลักษณะที่เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง เช่น มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ สามารถออกกฎกระทรวงหรือระเบียบเพื่อปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติสหกรณ์กำหนดไว้ นอกจากนี้ยังบัญญัติให้ปลัดกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เป็นนายทะเบียนสหกรณ์ มีอำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การออกระเบียบ หลักเกณฑ์อนุญาต อนุมัติ หรือสั่งการต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการจดทะเบียนจัดตั้งสหกรณ์

การดำเนินงานและการเลิกสหกรณ์ ดังนั้นจึงอาจกล่าวได้ว่า กฎหมาย สหกรณ์เป็นกฎหมายมหาชนในสาขากฎหมายปกครอง²⁴

เมื่อกฎหมายสหกรณ์เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองแล้วทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตามกฎหมายสหกรณ์ต้องตกอยู่ภายใต้ความหมายของคำว่าเจ้าหน้าที่ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 อีกด้วย นั่นคือไม่ว่าจะเป็นบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ไม่จำเป็นต้องได้รับการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐเสมอไปแต่อาจเป็นเอกชนก็ได้ หากเป็นผู้ใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจจากรัฐให้ไปจัดการเรื่องใดเรื่องหนึ่งตามที่กฎหมายสหกรณ์กำหนดไว้ เช่น การอนุมัติการออกกระเบื้อง คำสั่ง ซึ่งมีผลกระทบต่อสหกรณ์ หรือสมาชิก เจ้าหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังการใช้อำนาจอย่างมากโดยเฉพาะการออกคำสั่งทางปกครอง จะต้องให้เหมาะสมกับเรื่องนั้น ๆ เพราะผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง มีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อฝ่ายปกครองและนำข้อพิพาทไปฟ้องศาลปกครองต่อไปได้

จากข้อกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าการเลือกจัดตั้งนิติบุคคลเป็นสหกรณ์ตามพระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายมหาชนให้เข้ามารับโอนสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรต่อจากผู้จัดสรรที่ดินและที่ผ่านมามีหมู่บ้านจัดสรรหลายแห่งเลือกจัดตั้งนิติบุคคลตามกฎหมายนี้เนื่องจากเห็นว่านิติบุคคลในรูปแบบของสหกรณ์น่าจะช่วยในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรร มีประสิทธิภาพมากกว่าการจดทะเบียนเป็นบริษัทจำกัด สมาคม หรือมูลนิธิตามกฎหมายเอกชนแม้สหกรณ์จะเป็นองค์กรเอกชนที่จดทะเบียนจัดตั้งตามกฎหมายมหาชน แต่สหกรณ์ก็เป็นการดำเนินกิจกรรมที่มุ่งผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจและสังคมของบรรดาสมาชิกที่สมัครใจเข้าร่วมเท่านั้น การนำสหกรณ์มาเป็นองค์กรที่รับโอนสาธารณูปโภคต่อจากผู้จัดสรรที่ดินไปบริหาร แม้จะทำได้แต่ก็ไม่ใช่วิธีการที่เหมาะสมกับรูปแบบของหมู่บ้านจัดสรร ดังนั้นจึงเกิดแนวคิดที่จะมีองค์กรเอกชนที่จัดตั้งตามกฎหมายมหาชนในรูปแบบใหม่ ที่เป็นการเฉพาะที่เรียกว่านิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร

2. นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร

พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 เป็นกฎหมายมหาชนและเป็นกฎหมายปกครองฉบับแรกที่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรไว้ในหมวดที่ 4 ในส่วนที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ ที่มาของแนวคิดในการบัญญัติกฎหมายให้มีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรตามกฎหมายไทยนั้น

²⁴ ปรีชา สุวรรณทัต และทรงพล พนาวงศ์, คำอธิบายกฎหมายสหกรณ์ตาม พ.ร.บ.สหกรณ์ พ.ศ. 2542, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2542), หน้า 168-169.

เกิดจากหลายฝ่ายที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ต่างเรียกร้องและร่างกฎหมายเสนอกระทรวงมหาดไทยให้พิจารณานำเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติโดยเฉพาะสมาคมการค้าอสังหาริมทรัพย์ สมาคมธุรกิจบ้านจัดสรร และสมาคมการค้าอาคารชุดเคยยกร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน ที่มีนิติบุคคลบ้านจัดสรรรวมอยู่ด้วย เสนอต่อกระทรวงมหาดไทยโดยนำแนวคิดพื้นฐานเทียบเคียงจากนิติบุคคลอาคารชุด แต่ปรากฏว่าไม่ได้รับความเห็นชอบและมีความเห็นที่ต่างออกไป ทำให้นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร ยังคงไม่เกิดขึ้นตามกฎหมายไทย จากจุดนี้หากพิจารณาย้อนกลับไปถึงที่มาของนิติบุคคลอาคารชุดแล้ว จะพบว่ามันมีที่มาจากกฎหมายของชาติตะวันตก นั่นคือ นำกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสและอเมริกา²⁵ มาเป็นแบบอย่างในการร่างกฎหมายซึ่งมีบทบัญญัติในส่วนที่เป็นนิติบุคคลอาคารชุด ปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 อยู่ด้วยความพยายามที่จะผลักดันให้มีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร มีอยู่ตลอดมานับตั้งแต่ประเทศไทยได้ออกประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน 2515 เนื่องจากกฎหมายดังกล่าวมิได้มีบทบัญญัติที่จะเกิดองค์กรตามกฎหมายมหาชนขึ้นมารับโอนสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรไปบำรุงรักษา สภาพปัญหาที่เกิดขึ้นขณะนั้นคือ มีเพียงคณะกรรมการหมู่บ้านที่จัดตั้งกันเอง แต่ไม่มีกฎหมายรองรับการใช้อำนาจที่จะดำเนินการใด ๆ ได้ หลายฝ่ายพยายามต่อสู้ให้เกิดองค์กรตามกฎหมายขึ้นมาให้ได้ ดังนั้นจึงมีหมู่บ้านบางแห่งทดลองจัดตั้งองค์กรขึ้นมารับผิดชอบดูแลสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรร เช่น จัดตั้งบริษัทจำกัด สมาคมหรือมูลนิธิ ซึ่งมีกฎหมายเอกชนรับรองสถานะความเป็นนิติบุคคล แต่ก็ไม่ได้เกิดประสิทธิภาพเท่าที่ควรจนกระทั่งความพยายามเริ่มเกิดผลขึ้น เมื่อปรากฏว่า ดร.ทิวา เงินยวง ส.ส. กรุงเทพมหานคร พรรคประชาธิปัตย์ในขณะนั้นได้ร่างพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน ซึ่งมีองค์กรที่เรียกว่า นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรรวมอยู่ด้วยเสนอต่อรัฐสภา ส่วนทางด้านกระทรวงมหาดไทย โดยกรมที่ดินก็ตั้งคณะทำงานที่ประกอบด้วยตัวแทนภาคเอกชน ร่างกฎหมายในลักษณะเดียวกันเสนอต่อรัฐสภา การที่ภาครัฐและภาคเอกชนต่างมีความเห็นร่วมกันว่า หมู่บ้านจัดสรรควรจะมีนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนขึ้นมารับโอนสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรจะต้องมีองค์กรเอกชนที่มีกฎหมายมหาชนรับรองฐานะความเป็นนิติบุคคลให้เข้าไปดูแลประโยชน์สาธารณะที่เกิดขึ้นโดยอาศัยหลักนิติรัฐเป็นพื้นฐานของสังคมที่น่าจะมีความเหมาะสมและเกิดประสิทธิภาพมากกว่าการใช้หลักกฎหมายเอกชน เพราะกฎหมายมหาชนสามารถบังคับกับสมาชิกของสังคมได้ทุกคน แม้ไม่สมัครใจ ถ้าปรากฏว่าสิ่งนั้นคือประโยชน์สาธารณะ เนื่องจากกฎหมายกำหนดให้สามารถนำอำนาจรัฐที่มีอยู่เหนือกว่าปัจเจกชนในสังคม

²⁵ ยูวดี ศิริ และรุจน์พวงษ์ สุขสมศักดิ์, ข้อกฎหมายและวิธีการอนุญาตการจดทะเบียนอาคารชุดที่พักอาศัย เอกสารวิชาการหมายเลข 29 (คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 12.

มาใช้โดยการออกกฎระเบียบในการอยู่ร่วมกันได้เพราะเหตุว่ารัฐไม่มีงบประมาณและบุคลากรที่เพียงพอต่อการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคได้ทั่วถึงไม่ว่าในระดับที่เป็นการบริหารในส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่น ดังนั้นจึงจำเป็นต้องให้อำนาจรัฐบางส่วนแก่องค์กรเอกชนในรูปแบบของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร เพื่อใช้ในการรักษาประโยชน์สาธารณะของแต่ละชุมชน

นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเป็นองค์กรเอกชนที่ดำเนินการโดยตัวแทนของสมาชิกในแต่ละชุมชน ทำหน้าที่แทนในรูปแบบของคณะกรรมการหมู่บ้าน เป็นการส่งเสริมการอยู่ร่วมกันในสังคมประชาธิปไตย โดยภาครัฐจะทำหน้าที่กำกับดูแลและควบคุมการดำเนินการในลักษณะคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลาง และคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัด มีเจ้าหน้าที่ของกรมที่ดินทำหน้าที่ด้านธุรการ วิธีการจัดตั้งและการบริหารนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรจะต้องอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กฎกระทรวง ระเบียบประกาศ คำสั่ง หนังสือเวียน เป็นหลักในการดำเนินการ หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น จะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีว่า ข้อพิพาทนั้นจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม ต่างจากนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ที่หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นไม่ว่ากรณีใดจะต้องนำเข้าสู่การพิจารณาของศาลยุติธรรมเท่านั้น ทั้งนี้ เพราะกฎหมายมหาชนจะเกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะ แต่กฎหมายเอกชนจะเกี่ยวข้องเฉพาะประโยชน์ของปัจเจกชน

นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรและนิติบุคคลอาคารชุดมีแนวคิดพื้นฐานอันเดียวกันคือ ต้องการให้มีผู้รับผิดชอบดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางที่สมาชิกของชุมชนมีสิทธิที่จะใช้ร่วมกัน แต่จะมีข้อแตกต่างในรายละเอียดอื่นๆ เช่น สมาชิกหมู่บ้านจัดสรรจะได้ภาระจ่ายออมซึ่งเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่งเหนือที่ดินอันเป็นสาธารณูปโภคของหมู่บ้าน ส่วนสมาชิกของอาคารชุดที่เรียกว่าเจ้าของร่วมจะมีกรรมสิทธิ์ร่วมกันในทรัพย์สินส่วนกลาง ตามอัตราส่วนแห่งทรัพย์ของตน ซึ่งนิติบุคคลทั้งสองต่างก็เป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนที่จะต้องดูแลประโยชน์สาธารณะของสังคมไว้แทนรัฐ เพียงแต่การบัญญัติกฎหมายส่วนที่เป็นรายละเอียดมีข้อแตกต่างกันพอสมควร ซึ่งจะได้นำเสนอในเนื้อหาของบทต่อ ๆ ไป

2.4 นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรตามกฎหมายต่างประเทศ

หมู่บ้านจัดสรรเป็นชุมชนที่อยู่อาศัยที่มีแนวคิดมาจากชาติตะวันตก เนื่องจากมีบริษัทต่างชาติจากอเมริกานำแนวคิดเข้ามาร่วมกับบริษัทของไทยดำเนินธุรกิจอสังหาริมทรัพย์จำหน่ายให้กับคนไทย เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2510 การนำแนวคิดดังกล่าวมาใช้เป็นเพียงรูปแบบการก่อสร้างทางกายภาพเท่านั้น ส่วนวิธีการบริหาร จัดการ ดูแลรักษา สาธารณูปโภคและทรัพย์สินส่วนกลางของหมู่บ้านมิได้นำมาด้วย ทำให้หมู่บ้านจัดสรรของไทยขาดระบบดังกล่าวและก่อปัญหาทางสังคมเป็นอย่างมาก ต่อมาเมื่อมีการปลูกสร้างอาคารชุดเกิดขึ้นจึงพบว่า การดูแลสาธารณูปโภคซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนกลางสำหรับสมาชิก

ในชุมชนจะต้องมีการดูแลรักษาอย่างเป็นระบบ โดยมีองค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายเข้ามาดำเนินการ เมื่ออาคารชุดและหมู่บ้านจัดสรรต่างมีที่มาจากชาติตะวันตกจึงสมควรที่จะต้องศึกษาถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการดูแลสาธารณูปโภคของหมู่บ้านจัดสรรในต่างประเทศว่ามีกฎหมายในลักษณะใดบ้าง ดังนี้

2.4.1 กฎหมายของประเทศออสเตรเลีย

ในการร่างกฎหมายอาคารชุดของไทยผู้ร่างขณะนั้นได้นำแนวคิดและรูปแบบกฎหมายมาจากประเทศออสเตรเลียเป็นบางส่วน โดยเฉพาะระบบจดทะเบียนทรัพย์สิน (Registration of Title) หรือที่เรียกว่า ระบบทอร์เรนส์ (Torrenvis System) เข้ามาใช้ด้วย²⁶ เมื่อแนวคิดทางกฎหมายของประเทศออสเตรเลียมีอิทธิพลต่อระบบกฎหมายของไทย แม้การร่างกฎหมายการจัดสรรที่ดินของไทยจะมีได้นำรูปแบบมาจากประเทศออสเตรเลียโดยตรง แต่การยกร่างกฎหมายก็ได้มีการนำแนวคิดดังกล่าวมาเป็นองค์ประกอบเพื่อร่วมพิจารณาด้วย ดังนั้นจึงสมควรที่จะศึกษาหลักการจัดสรรที่ดินของประเทศออสเตรเลียว่ามีกฎหมายในลักษณะใดบ้าง

รัฐนิวเซาท์เวลส์ เป็นมลรัฐหนึ่งของประเทศออสเตรเลียที่ได้บัญญัติกฎหมายขึ้นเพื่อควบคุมการแบ่งแยกที่ดินในโครงการจัดสรรใน 2 รูปแบบ คือ

1. การแบ่งแยกที่ดินแบบไม่มีทรัพย์สินกลาง
2. การแบ่งแยกที่ดินแบบมีทรัพย์สินกลางและมีนิติบุคคลดูแลรักษาทรัพย์สินกลาง

ในการจัดสรรที่ดินของผู้จัดสรร กฎหมายจะให้สิทธิแก่ผู้จัดสรรที่จะตัดสินใจว่าจะเลือกรูปแบบที่มีทรัพย์สินกลางหรือไม่ก็ได้ ซึ่งหากผู้จัดสรรเลือกรูปแบบนี้ก็ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เรียกว่า The Community Land Development Act 1989 และ The Community Land Management Act 1989 กฎหมายทั้งสองฉบับนี้จะกำหนดในเรื่องการจัดตั้งทรัพย์สินกลาง นิติบุคคลที่จะดูแลรักษาทรัพย์สินกลาง การจัดการทรัพย์สินกลางและการระงับข้อพิพาท

กรณีที่ผู้จัดสรรไม่ต้องการให้มีทรัพย์สินกลางในโครงการจัดสรรของตนก็ต้องดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับการควบคุมการแบ่งแยกที่ดินภายใต้กฎหมายที่ชื่อว่า The Local government Act

²⁶ ยุวดี ศิริ และรุจน์พงษ์ สุขสมศักดิ์, ข้อกฎหมายและวิธีการขออนุญาตจดทะเบียนอาคารชุดที่พักอาศัย เอกสารวิชาการหมายเลข 29 (คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548), หน้า 14.

ขั้นตอนการจัดสรรที่ดินกรณีมีทรัพย์สินกลางในโครงการมีดังนี้

1. เจ้าของโครงการยื่นผังโครงการและแผนการพัฒนาที่ดิน (Management Statement)
2. เจ้าของโครงการยื่นแบบฟอร์มขอจดทะเบียนผังการจัดสรรที่ดินโดยมีทรัพย์สินกลาง พร้อมกับแผนการพัฒนาที่ดินเพื่อการจัดสรร ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของผังการจัดสรรที่ดินของโครงการทั้งหมด โดยยื่นต่อสำนักงานที่เป็นราชการส่วนท้องถิ่น เพื่อขออนุมัติ

แผนการพัฒนาที่ดินเพื่อการจัดสรรนี้ ผู้จัดสรรจะจัดทำขึ้นโดยปรึกษากับผู้เป็นมืออาชีพด้านการจัดทำแผนดังกล่าว โดยผู้จัดสรรจะต้องมีเป้าหมายที่ชัดเจนว่า โครงการจัดสรรของตนจะมีลักษณะอย่างไร เช่น เป็นหมู่บ้านเพื่อการพักอาศัยของคนกลุ่มใด แผนการพัฒนาที่ดินนี้จะมีผลต่อการดำเนินโครงการจัดสรรและการบริหารนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรในส่วนที่เป็นทรัพย์สินกลางในอนาคต เนื่องจากต้องดูแลรักษาทรัพย์สินกลางให้เป็นไปตามเป้าหมายของโครงการอันเป็นวัตถุประสงค์หลัก

รูปแบบของแผนพัฒนาที่ดินที่เจ้าของโครงการต้องจัดทำ กฎหมายกำหนดไว้เป็น 5 ส่วน ดังนี้

1. การจัดทำข้อบังคับเพื่อระบุนรายละเอียดในเรื่องที่จะทำการพัฒนาที่ดินตามแผนที่วางไว้
2. กำหนดข้อบังคับหรือเงื่อนไขข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินบางประเภทของโครงการแก่บรรดาสมาชิกในโครงการ เช่น การใช้บริการสนามเทนนิสจะต้องชำระค่าบริการด้วย
3. ข้อกำหนดที่เป็นส่วนบังคับของกฎหมายให้มีทุกโครงการ
4. รายละเอียดเพิ่มเติมบางกรณีที่เจ้าของโครงการกำหนดให้มี
5. ข้อกำหนดที่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดให้มีขึ้น เมื่อจะขอเปลี่ยนแปลงภายหลังจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่นั้น

สภาพบังคับของข้อบังคับตามแผนพัฒนาที่ดิน

ตามบทบัญญัติของกฎหมาย The Community Land management Act Section 13 ได้กำหนดให้ข้อบังคับในการบริหารชุมชนบ้านจัดสรรที่ได้จัดทำขึ้นตามแผนพัฒนาที่ดินให้มีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรและสมาชิกทุกคนที่เป็นเจ้าของที่ดินในโครงการ เช่น ผู้เช่าที่ดินภายในโครงการจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามแผนการพัฒนาที่ดินที่กำหนดไว้ หากมีผู้ฝ่าฝืนข้อบังคับผู้มีส่วนเกี่ยวข้องสามารถยื่นคำร้องต่อหน่วยงานที่ดูแลชุมชนบ้านจัดสรรและอาคารชุดให้ไกล่เกลี่ยหรือชี้ขาดข้อพิพาทแล้วมีคำสั่งได้

ข้อสัญญาผูกมัดของผู้จัดสรรที่ดินเพื่อพัฒนาโครงการ

กรณีที่ผู้จัดสรรโครงการได้ทำสัญญาผูกมัดกับผู้ซื้อที่ดินแปลงย่อยในโครงการ เรื่องการปรับปรุงพัฒนาโครงการในอนาคตเช่น สัญญาว่าจะจัดสร้างสโมสร คลับเฮ้าส์ สิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ ในที่ดิน ซึ่งเป็นทรัพย์สินกลางของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร ผู้จัดสรรจะต้องปฏิบัติตามสัญญาผูกมัดนั้น แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายไม่ได้บังคับให้ผู้จัดสรรต้องก่อสร้างตั้งแต่เริ่มเปิดโครงการ โดยอาจเลื่อนเวลาออกไปจนกว่าจะมีความพร้อมทางด้านการเงิน หากผู้จัดสรรไม่ปฏิบัติตามข้อผูกมัดดังกล่าว ผู้ซื้อที่ดินแปลงย่อยในโครงการสามารถนำคดีไปฟ้องต่อศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมเพื่อบังคับผู้จัดสรรได้

ทรัพย์สินส่วนกลาง (Association Property)

The Community Land Management Act 1989 กำหนดให้การจัดสรรที่ดินมีทรัพย์สินส่วนกลาง ซึ่งเจ้าของที่ดินแปลงย่อยในโครงการจะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ โดยมีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรทำหน้าที่ดูแลรักษาแทนเจ้าของที่ดิน นิติบุคคลนี้จะจัดตั้งขึ้นตั้งแต่ผู้จัดสรรยื่นขออนุญาตจัดสรรที่ดิน เมื่อผู้ซื้อที่ดินทำสัญญาซื้อขายกับผู้จัดสรรผู้ซื้อ ก็จะเป็นสมาชิกของนิติบุคคลทันที สำหรับการใช้จ่ายทรัพย์สินส่วนกลางนั้น กฎหมายนี้ไม่ระบุรายละเอียดไว้ ดังนั้นผู้จัดสรรและนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรจึงมีอิสระในการกำหนดวิธีการใช้ทรัพย์สินส่วนกลาง โดยปกติแล้วการใช้ทรัพย์สินส่วนกลางจะใช้ในกรณีต่อไปนี้

1. ถนน
2. สวน
3. สนามเทนนิส
4. สระว่ายน้ำ
5. สโมสร

ในการดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรจะทำหน้าที่คล้ายกับกรณีของนิติบุคคลอาคารชุด เนื่องจากทรัพย์สินส่วนกลางจะโอนมาเป็นของนิติบุคคลตั้งแต่เริ่มมีการแบ่งแยกที่ดินตามโครงการ การกำหนดค่าใช้จ่ายของสมาชิกในการดูแลทรัพย์สินส่วนกลาง (Unit Entitlement) การพิจารณา กำหนดอัตราส่วนของค่าใช้จ่ายในการดูแลทรัพย์สินส่วนกลางได้มีการนำหลักจากกรณีของอาคารชุดมาใช้ โดยใช้เป็นตัวกำหนดอำนาจในการออกเสียงและหนี้ที่จะต้องจ่ายให้กับนิติบุคคล ที่ดินแต่ละแปลงในโครงการ จะถูกกำหนดค่าใช้จ่ายไม่เท่ากัน ขึ้นอยู่กับราคาประเมินของนักประเมินราคาที่ได้รับใบอนุญาต (Registered Valuer) โดยผู้ประเมินต้องออกหนังสือรับรองราคา เอกสารนี้ผู้จัดสรรจะต้องแนบติดกับแผนผังการจัดสรรที่ดินทุกครั้งที่มีการแบ่งแยกที่ดินออกไป เพื่อเป็นการแสดงอัตราส่วนของค่าใช้จ่ายของที่ดินเดิมและที่ดินที่แบ่งแยกใหม่

นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร (The Association)²⁷

เมื่อผู้จัดสรรที่ดินได้จดทะเบียนผังโครงการแล้ว พร้อมกับข้อกำหนดการจัดการนิติบุคคล (Management Statement) ผู้จัดสรรต้องจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรทันที และมีทรัพย์สินส่วนกลาง โอนไปเป็นของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรร ทั้งนี้นิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเป็นผู้ดูแลรักษาและดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลาง โดยมีคณะกรรมการบริหารที่ผ่านการเลือกตั้งจากสมาชิกที่เป็นเจ้าของที่ดินในโครงการ ซึ่งกิจกรรมและหน้าที่ของนิติบุคคลอาจจะมี ความแตกต่างกันตามความมุ่งหมายของการทำโครงการและความเห็นของสมาชิก

2.4.2 กฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา

แม้ประเทศสหรัฐอเมริกาจะมีการใช้ระบบกฎหมายแบบ Common Law (กฎหมายจารีตประเพณี) เป็นหลัก แต่มีได้หมายความว่า จะไม่มีการร่างกฎหมายแบบ Civil Law (ระบบประมวลกฎหมาย) ขึ้นใช้เลย เพราะในสภาพความเป็นจริงแล้วทุกประเทศในโลกต่างก็ใช้ระบบกฎหมายแบบผสมผสานกันไปทั้งสองระบบ ทั้งนี้เพราะในการยกร่างกฎหมายฉบับใด ๆ ก็ตาม มักจะต้องมีการนำรูปแบบกฎหมายของประเทศอื่นๆ มาเป็นแบบอย่าง หรือแนวทางในการร่างกฎหมายอยู่เสมอ เมื่อพิจารณาระบบกฎหมายที่ใช้ในประเทศนั้นๆ แล้ว ยังมีความจำเป็นต้องทราบถึงกฎหมายในประเทศนั้นๆ อีกว่าเป็นกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา หรือสภาท้องถิ่นของแต่ละมลรัฐ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีกฎหมายในเรื่องเดียวกันในระดับประเทศ และกฎหมายของท้องถิ่นระดับมลรัฐใช้บังคับ ซึ่งแต่ละมลรัฐก็จะมีกฎหมายที่แตกต่างกันโดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินในโครงการหมู่บ้านจัดสรร ดังนั้น จึงสมควรที่จะนำรูปแบบของกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา มาพิจารณาเปรียบเทียบในส่วนที่เป็นสาระสำคัญดังนี้

โครงการจัดสรรที่ดิน (Planned Unit Developments)

โครงการจัดสรรที่ดินเป็นแนวคิดใหม่ของการพัฒนาที่อยู่อาศัย ซึ่งประกอบไปด้วยบ้านแถว (town houses) บ้านเดี่ยว (homes) อพาร์ทเมนต์ (apartments) และส่วนเพิ่มเติมอื่น ๆ รวมทั้งพื้นที่ว่าง และส่วนอำนวยความสะดวกต่าง ๆ โดยมีข้อดีคือ

²⁷ พิษณุพร คันธอุลิต, "ปัญหาและแนวทางของกฎหมายเพื่อจัดตั้งองค์กรในการบริหาร และดูแลชุมชนบ้านจัดสรรในประเทศไทย" (วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2539), หน้า 84.

1. ทำให้บ้านมีราคาต่ำ สามารถกำหนดการใช้พื้นที่อย่างมีประสิทธิภาพตามแผนผัง
2. เป็นการใช้พื้นที่ขนาดเล็กแต่ได้ประโยชน์สูงสุด
3. มีพื้นที่ส่วนกลางปลูกต้นไม้สีเขียวให้ดูร่มรื่น
4. ในบางโครงการจะมีสิ่งอำนวยความสะดวกอื่นไว้ให้บริการเช่น สระว่ายน้ำ สนามกอล์ฟ บ่อตกปลา สถานที่นัดพบปะสังสรรค์ เพื่อทำกิจกรรมเป็นกลุ่ม

5. การบำรุงรักษาพื้นที่ส่วนกลางจะมีสมาคมเจ้าของบ้านในโครงการทำหน้าที่ดูแลสมาคมบ้าน (Home association) สมาคมบ้านเป็นสิ่งที่สำคัญมากต่อโครงการจัดสรรที่ดิน เนื่องจากจะต้องทำหน้าที่ควบคุมดูแลการใช้พื้นที่ส่วนกลาง ซึ่งการทำหน้าที่ดังกล่าวนี้จะมีลักษณะขององค์กรที่ไม่หวังผลกำไร และทำงานภายใต้เงื่อนไขที่ปรากฏอยู่ในเอกสารที่กำหนดไว้แล้วดังนี้

1. เจ้าของบ้านแต่ละหลังจะเป็นสมาชิกโดยอัตโนมัติและมีสิทธิ์เข้าร่วมลงมติในปัญหาต่าง ๆ ได้ในอัตรา 1 เสียง ต่อ 1 แปลง

2. ราคาของที่ดินแต่ละแปลงจะเป็นสิ่งที่กำหนดอัตราค่าใช้จ่ายในการดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางของสมาคมบ้าน เช่น ค่าไฟฟ้า ค่าบำรุงรักษาถนน ระบบประปา การตัดแต่งต้นไม้ การเก็บขยะ การดูแลความสงบเรียบร้อยทั่วไป

ขั้นตอนการดำเนินการโครงการจัดสรร (Outline of Legal Steps to take in creating a PUD)

1. กฎหมายจะกำหนดให้เป็นสมาชิกโดยอัตโนมัติในองค์กรที่ดูแลสิทธิประโยชน์ของแต่ละครอบครัว
2. เป็นการร่วมทำสัญญากับผู้จัดสรรที่จะโอนความเป็นเจ้าของพื้นที่ส่วนกลางให้กับสมาคมบ้านภายในกำหนดเวลาที่เหมาะสม
3. กำหนดข้อจำกัดการใช้ประโยชน์ในพื้นที่ส่วนกลางให้กับแต่ละบ้าน
4. การอนุญาตให้ผู้ได้ภาระจำยอมในที่ดินแต่ละแปลงใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินส่วนกลางอย่างเหมาะสม
5. เจ้าของที่ดินแต่ละแปลงมีภาระร่วมกันในการออกค่าใช้จ่ายเพื่อจัดตั้งกองทุนที่จะดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง

6. การนำข้อบังคับที่ออกโดยสมาคมบ้านไปดำเนินการดูแลพื้นที่ส่วนกลาง

ก่อนจำหน่ายที่ดินแปลงแรกออกไป ผู้จัดสรรจะต้องจัดตั้งองค์กรที่ไม่หวังผลกำไรที่เป็นสมาคมบ้านพร้อมกับกำหนดรายละเอียดที่เป็นข้อบังคับ ระเบียบ ซึ่งเกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในที่ดินของโครงการจัดสรรแบ่งเป็นทรัพย์สินใดจะโอนให้กับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อใช้ประโยชน์เป็นทางสาธารณะ พื้นที่ของบ้านส่วนบุคคล พื้นที่ส่วนกลางที่จะโอนให้กับสมาคมบ้าน พื้นที่อื่น ๆ ที่อาจจะเป็นโบสถ์หรือร้านค้า

สมาคมเจ้าของบ้าน (homeowners Association)

รูปแบบทางกฎหมายเป็นที่รู้จักในนามขององค์กรเอกชนชนิดหนึ่ง เป็นองค์กรแห่งความร่วมมือที่จัดตั้งขึ้นโดยไม่หวังผลกำไร ซึ่งจะอยู่ภายใต้ประกาศที่มีข้อจำกัดต่าง ๆ (หลักกฎหมายนี้มีที่มาจากข้อพิพาทหลายคดี เช่น Merrionette Manor homes VS. Heda, 11 illinois. App. 2d 186, 136 NE 2d 556; Garden Dist.Prop. Owners Assn. VS. New Orleans, 98 So 2d 922 ; Neponsit Property Owners' Assn. VS. Emigrant Industrial Savings Bank, 278 New York 248, 15 NE 2d 793; Rodruck VS. Sand point Maintenance comm.. 40 Wash. 2d 565, 295 P2d 714.) สมาคมจะถูกจัดตั้งขึ้นตามประกาศหรือปฏิญญาและเอกสารแนบท้าย (corporate charter) ในระยะแรกผู้จัดสรรและสมาคมจะเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรที่ดำเนินการโดยไม่หวังผลกำไร ต่อมาเมื่อมีการจำหน่ายบ้านไปแล้ว เจ้าของบ้านแต่ละหลังจะเข้าเป็นสมาชิกขององค์กรโดยอัตโนมัติ

สมาคมที่ถูกจัดตั้งขึ้นจะเป็นผู้บังคับการตามข้อจำกัด พันธกรณี และข้อบังคับต่าง ๆ เนื่องจากได้รับโอนหน้าที่นี้โดยประกาศหรือปฏิญญาที่ผู้จัดสรรได้จัดทำขึ้น สมาคมบ้านในโครงการจัดสรรจะมีหน้าที่เฉพาะคือการดูแลสวน (parks) ถนนส่วนบุคคล (private streets) สระว่ายน้ำ (swimming pools) และพื้นที่ส่วนกลางอื่น ๆ (other common areas)²⁸

จากแนวคิดและหลักกฎหมายเกี่ยวกับโครงการจัดสรรที่ดินของประเทศสหรัฐอเมริกาในหลายมลรัฐ จะมีกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรเอกชนที่เรียกว่า สมาคมเจ้าของบ้าน (Homeowens Association) ให้ดูแลพื้นที่ส่วนกลาง (common areas) ที่เกิดจากโครงการจัดสรรซึ่งหลักกฎหมายเหล่านี้มีที่มาจาก การตัดสินใจของศาลในมลรัฐต่าง ๆ เช่น แคลิฟอร์เนีย นิวเจอร์ซีย์ อิลลินอยส์ เนื่องจากกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายแบบ (Common Law) กล่าวคือ หลักกฎหมายจะมีที่มาจากจารีตประเพณี คำพิพากษาของศาลในคดีก่อน ๆ อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาหลักกฎหมายดังกล่าวแล้วจะเห็นว่ามีส่วนที่คล้ายคลึงกับกฎหมายของประเทศออสเตรเลีย ทั้งนี้เพราะต่างก็กำหนดให้มีองค์กรเอกชนเข้ามาดูแลพื้นที่ส่วนกลางแทนสมาชิกในโครงการจัดสรรโดยจัดเก็บค่าใช้จ่ายการบำรุงรักษาพื้นที่ส่วนกลางตามอัตราส่วนพื้นที่ที่ถือครองไว้ในโครงการ

²⁸ Robert Kratovil, Real Estate Law sixth Edition (New Jersey : 1974 Prentice-Hall, inc, Englewood cliffs.), PP. 393-411

2.4.3 กฎหมายของประเทศมาเลเซีย

ประเทศมาเลเซียมีระบอบการปกครองแบบสหพันธรัฐ ในอดีตเคยอยู่ภายใต้การปกครองของประเทศอังกฤษเช่นเดียวกับประเทศออสเตรเลีย ทำให้ระบบกฎหมายภายในประเทศมีลักษณะที่คล้ายคลึงกันโดยเฉพาะกฎหมายเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate Law) และการจัดสร้างที่อยู่อาศัย (housing projects) ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น Apartments หรือ Condominiums จะอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายที่เรียกว่า The Strata Title Act 1985

กฎหมาย The Strata Title Act 1985 จะกำหนดให้มีการจัดตั้งบริษัทจัดการ (Management Corporations) ทำหน้าที่ดูแลจัดการทรัพย์สินส่วนกลาง (common property) รวมทั้งให้บริการด้านต่าง ๆ ตามที่เจ้าของโครงการได้กำหนดไว้ บริษัทจัดการดังกล่าวนี้จะเป็นองค์กรเอกชนที่ทำหน้าที่แทนเจ้าของร่วม (co-owners) ใน Condominiums หรือ Apartments

โครงการจัดสร้างที่อยู่อาศัย (Housing Projects) ในประเทศมาเลเซียไม่ว่าจะเป็นโครงการเล็กหรือใหญ่จะประกอบไปด้วยชุมชนต่าง ๆ (Community) ที่มีความเป็นเจ้าของร่วมในพื้นที่ส่วนกลาง (common areas) ถนน (roads) สวนสาธารณะ (parks) สถานที่พักผ่อนหย่อนใจอื่น ๆ ซึ่งเจ้าของร่วมจะแบ่งเฉลี่ยความรับผิดชอบโดยกำหนดเป็นรูปแบบของสมาคม (association) เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะของชุมชนสมาคมดังกล่าวนี้มีชื่อว่า Residents Association (RA)²⁹

จากการศึกษาค้นคว้าในบทนี้อาจสรุปได้ว่า ลักษณะและที่มาของการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรมีแนวคิดพื้นฐานมาจากความต้องการให้มีองค์กรเอกชนที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายมหาชนขึ้นมารับโอนสาธารณูปโภคจากผู้จัดสรรไปดูแลบำรุงรักษาเพื่อเป็นการลดภาระภาครัฐและสามารถตอบสนองความต้องการได้อย่างทั่วถึง โดยมีหลักการพื้นฐานและแนวคิดทางกฎหมายมหาชนมารับกรณีการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวนี้ในต่างประเทศที่เป็นแม่แบบทางความคิดก่อนร่างกฎหมายต่างก็มีกฎหมายเฉพาะเรื่องในลักษณะที่ให้มีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นดูแลทรัพย์สินส่วนกลาง (Common Property) ต่อจากผู้จัดสรรที่ดินเช่นเดียวกับกรณีการดูแลรักษาสาธารณูปโภคของนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรของไทย โดยเฉพาะกฎหมายประเทศออสเตรเลียจะบัญญัติกฎหมายในลักษณะที่ชัดเจนว่า กรณีโครงการจัดสรรที่ดินที่มีทรัพย์สินส่วนกลางจะต้องบังคับใช้ตามกฎหมายใด และหากเป็นโครงการจัดสรรที่ดินที่ไม่มีทรัพย์สินส่วนกลางจะบังคับตามกฎหมายใด ซึ่งวิธีการจะแตกต่างกันตามแต่กรณีในประเทศสหรัฐอเมริกาและมาเลเซีย นั้น ต่างก็มีกฎหมายที่กำหนดองค์กรของเอกชนที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเฉพาะ

²⁹ [Http : //www.nbg.org.my/articles/buyer_watch/2002/forming-re_sidents.htm](http://www.nbg.org.my/articles/buyer_watch/2002/forming-re_sidents.htm)

ขึ้นมารองรับการทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลางของโครงการจัดสรรที่ดินเช่นเดียวกัน ซึ่งในบทต่อไปจะได้ทำการศึกษาถึงกฎหมายไทยโดยเฉพาะกฎหมายที่มีการกำหนดรูปแบบองค์กรในการดูแลสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะอันเกิดจากการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ว่ามีอยู่กี่ฉบับและมีสาระสำคัญอย่างไรบ้าง