

บทที่ 2

วิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายและหลักการจัดสรรที่ดินตาม กฎหมายต่างประเทศ

ในเรื่องการจัดสรรที่ดินของประเทศไทยนั้น ได้เริ่มมีกฎหมายออกมาควบคุมมีการจัดสรรที่ดินอย่างเป็นทางการเป็นรูปธรรมเมื่อ พ.ศ. 2515 คือคำสั่งคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 แต่ในอีกหลาย ๆ ประเทศที่มีการพัฒนาทางสังคมเร็วกว่าประเทศไทยนั้น ก็ได้มีการออกกฎหมายในเรื่องการจัดสรรที่ดินมาใช้เป็นระยะเวลานานแล้ว เนื่องจากปัญหาเรื่องที่อยู่อาศัยของประชากรในประเทศนั้น ถือเป็นเรื่องสำคัญที่ทุกรัฐ ทุกประเทศจะต้องให้ความสำคัญ เมื่อประเทศไทยเริ่มมีการจัดสรรที่ดินและออกกฎหมายเรื่องการจัดสรรที่ดินออกมาใช้บังคับ ก็ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องนำวิวัฒนาการ แนวคิด ทฤษฎีทางกฎหมายในเรื่องการจัดสรรที่ดินของประเศมาทำการศึกษา วิเคราะห์ เปรียบเทียบ เพื่อให้เกิดความเหมาะสมในการนำมาใช้กับการจัดสรรที่ดินของไทยต่อไป

2.1 ความหมายและลักษณะของการจัดสรรที่ดิน

2.1.1. ความหมายของการจัดสรรที่ดิน

การจัดสรรที่ดินก็คือการนำที่ดินแปลงใหญ่แปลงเดียว หรือหลายแปลง มาแบ่งเป็นแปลงย่อย ๆ ขนาดเล็กลง ซึ่งที่ดินแปลงที่แบ่งย่อยนั้น ต้องมีขนาดไม่น้อยกว่าที่กฎหมายกำหนด¹ เพื่อจำหน่าย โดยได้รับทรัพย์สินหรือค่าตอบแทน ซึ่งความหมายของการจัดสรรที่ดิน ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 หมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อย

¹ ประกาศคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลาง เรื่องกำหนดนโยบายการจัดสรรที่ดินเพื่อที่อยู่อาศัยและพาณิชย์กรรมราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนพิเศษ 61 ง หน้า 89.

ข้อ 2. การกำหนดขนาดความกว้างและความยาวค่าสุด หรือเนื้อที่จำนวนน้อยที่สุดของที่ดินแปลงย่อยที่จะจัดสรร

2.1 การจัดสรรที่ดินเพื่อการจำหน่ายเฉพาะที่ดิน หรือ ที่ดินพร้อมอาคารประเภทบ้านเดี่ยว ที่ดินแปลงย่อย ต้องมีขนาดความกว้างหรือความยาวไม่ต่ำกว่า 10.00 เมตร และมีเนื้อที่ไม่ต่ำกว่า 50 ตารางวา หากความกว้างหรือความยาวไม่ได้ขนาดดังกล่าว ต้องมีเนื้อที่ไม่ต่ำกว่า 60 ตารางวา

2.2 การจัดสรรที่ดินเพื่อการจำหน่ายพร้อมอาคารประเภทบ้านแฝด ที่ดินแต่ละแปลงต้องมีความกว้างไม่ต่ำกว่า 8.00 เมตร และมีเนื้อที่ไม่ต่ำกว่า 35 ตารางวา

2.3 การจัดสรรที่ดินเพื่อการจำหน่ายพร้อมอาคารประเภทบ้านแถวหรืออาคารพาณิชย์ ที่ดินแต่ละแปลง ต้องมีความกว้างไม่ต่ำกว่า 4.00 เมตร และมีเนื้อที่ไม่ต่ำกว่า 16 ตารางวา

รวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลง ที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน (consideration) และให้ หมายความว่ารวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดินแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง และต่อมา ได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป²

2.1.2 ลักษณะของการจัดสรรที่ดิน

การแบ่งที่ดินออกจำหน่ายซึ่งจะมีลักษณะเป็นการจัดสรรที่ดินตามกฎหมายเรื่องการ จัดสรรที่ดินของไทยนั้น นอกจากจะเป็นการนำที่ดินแปลงใหญ่มาแบ่งเป็นแปลงย่อยตั้งแต่สิบ แปลงขึ้นไปแล้ว กฎหมายยังกำหนดให้ผู้ขออนุญาตจัดสรรที่ดินต้องจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวก ต่าง ๆ ในที่ดินจัดสรรด้วย โดยกฎหมายเรื่องการจัดสรรที่ดินของไทยเราได้แบ่งแยกออกเป็น สาธารณูปโภค และ บริการสาธารณะ โดยสาธารณูปโภคหมายถึง สิ่งอำนวยความสะดวกที่ผู้จัดสรร ที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรใช้ประโยชน์ร่วมกันตามสัญญาหรือแผนผังโครงการที่ ได้รับอนุญาต ส่วนบริการสาธารณะ หมายความว่า การให้บริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกใน โครงการจัดสรรที่ดินที่กำหนดไว้ในโครงการที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วก็ พบว่าทั้งสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะนั้นก็มีความหมายที่ใกล้เคียงกันอย่างมาก และก็ เป็นไปโดยวัตถุประสงค์เดียวกันคือให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ใช้ประโยชน์ร่วมกัน แต่เมื่อดูกฎหมายที่ เกี่ยวข้องกับที่อยู่อาศัยซึ่งมีความใกล้เคียงกับพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 อย่าง พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 หรือกฎหมายเรื่องการจัดสรรที่ดินของต่างประเทศในบาง ประเทศแล้ว ก็พบว่ามีการใช้คำว่าทรัพย์สินส่วนกลาง³ โดยมีความหมายและวัตถุประสงค์อย่าง เดียวกันกับสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะตามกฎหมายจัดสรรที่ดิน แต่ไม่มีการแบ่งแยก ประเภทอย่างกฎหมายจัดสรรที่ดินของไทย ทำให้ง่ายต่อการกำหนดกฎหมายเกณฑ์ และการควบคุมดูแล ของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

² พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“การจัดสรรที่ดิน” หมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือ ประโยชน์เป็นค่าตอบแทน และให้หมายความว่ารวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดินแปลงย่อยไว้ไม่ ถึงสิบแปลง และต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป

³ พระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้

“ทรัพย์สินส่วนกลาง” หมายความว่า ส่วนของอาคารชุดที่มีใช้ห้องชุด ที่ดินที่ตั้งอาคารชุด และที่ดินหรือ ทรัพย์สินอื่นที่มีไว้เพื่อใช้หรือเพื่อประโยชน์ร่วมกันสำหรับเจ้าของร่วม

2.2. ประวัติการจัดสรรที่ดินในประเทศไทย

ในสมัยโบราณก่อนที่ประเทศไทยจะมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์⁴ (Absolute monarchy) มาสู่ระบอบประชาธิปไตย (Democracy) นั้น ที่ดินในประเทศไทยทั้งหมดถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ (Ownership) ของพระมหากษัตริย์ ตามแนวความคิดแต่โบราณที่ว่า กรรมสิทธิ์ในที่ดินเป็นของผู้มีอำนาจสูงสุดในประเทศ โดยระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช ก็มีพระมหากษัตริย์เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด หรือหากเป็นระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ พรรคคอมมิวนิสต์ก็เป็นผู้มีอำนาจสูงสุด เป็นต้น พระมหากษัตริย์ของไทยในอดีตจึงเป็นผู้มีอำนาจแต่เพียงผู้เดียว ในการจัดสรร แบ่งปันประโยชน์ในการถือครองที่ดิน (Pemanacy) ให้แก่ราษฎร หรืออนุญาตให้ราษฎรเข้าถือครองที่ดินเพื่ออยู่อาศัย หรือประกอบอาชีพ ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง มีการกระจายการถือครองที่ดินให้แก่ราษฎร โดยกว้างขวางขึ้น ซึ่งในระยะหลังมานี้จะมีเอกสารสิทธิ์ (Title document) ออกให้แก่ผู้ถือครองที่ดิน เพื่อเป็นหลักฐาน โดยชัดเจน โดยประชาชนที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน สามารถปลูกสร้างบ้านพักอาศัยตามกำลังความสามารถของตนเอง

2.2.1 ประวัติการจัดสรรที่ดินของรัฐ

ช่วงระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 2 ปรากฏว่า บ้านเรือนทรัพย์สินของประชาชนถูกทำลายเสียหายไปเป็นจำนวนมาก ทำให้ประชาชนขาดแคลน (Lack of) ที่อยู่อาศัย รัฐบาลในสมัยนั้นจึงต้องให้ความช่วยเหลือจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชน โดยใน พ.ศ. 2483 รัฐได้จัดตั้ง “กองเคหสถานสงเคราะห์” ขึ้น เพื่อทำหน้าที่จัดสร้างที่อยู่อาศัยให้เช่าแก่ประชาชน

อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่า กองเคหสถานสงเคราะห์ ที่รัฐบาลได้จัดตั้งขึ้น ไม่สามารถแก้ปัญหาเรื่องความขาดแคลนที่อยู่อาศัยของประชาชนได้เพียงพอ เนื่องจากความต้องการที่อยู่อาศัยของประชาชนมีการเพิ่มขึ้นทุกปีตามจำนวนประชากรที่เพิ่มขึ้น ในวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 รัฐบาลจึงได้จัดตั้ง “สำนักงานอาคารสงเคราะห์” เพิ่มขึ้นอีกหน่วยงานหนึ่ง เพื่อทำหน้าที่จัดสร้างที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชน เป็นการแบ่งเบาภาระหน้าที่ของกองเคหสถานสงเคราะห์ โดยสำนักงาน

⁴ สมบูรณาญาสิทธิราชย์ คือ ระบอบการปกครองที่มีกษัตริย์เป็นผู้ปกครองและมีสิทธิ์ขาดในการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองนี้ กษัตริย์ก็คือกฎหมาย กล่าวคือ ที่มาของกฎหมายทั้งปวงอยู่ที่กษัตริย์ คำสั่ง ความต้องการต่าง ๆ ล้วนมีผลเป็นกฎหมาย กษัตริย์มีอำนาจในการปกครองแผ่นดินและพลเมืองโดยอิสระ

อาคารสงเคราะห์ และกองเคหสถานสงเคราะห์ ทั้ง 2 หน่วยงาน จะจัดสร้างที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชน ในรูปแบบการให้เช่า (Rent) แก่ประชาชน⁵

ใน พ.ศ. 2496 รัฐบาลได้จัดตั้งธนาคารอาคารสงเคราะห์⁶ (The Government Housing Bank) ขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ความช่วยเหลือด้านเงินทุน (Capital) แก่ประชาชน ที่ต้องการปลูกสร้างบ้านเพื่อพักอาศัยด้วยตนเอง โดยไม่ต้องการเช่าบ้านจากกองเคหสถานสงเคราะห์หรือสำนักงานอาคารสงเคราะห์

ในการจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนโดยรัฐบาล อาคารที่ให้เช่าแก่ประชาชนในระยะแรก ๆ จะเป็นเรือนไม้ ซึ่งมีอายุการใช้งานได้ไม่กี่ปีก็ชำรุดทรุดโทรม อีกทั้งการก่อสร้างอาคารของรัฐบาลมุ่งช่วยเหลือผู้มีรายได้น้อยเป็นหลัก จึงเป็นการสร้างอาคารอย่างแออัดยัดเยียด ซึ่งเมื่อมีอาคารไม้แออัดยัดเยียดจำนวนมากที่อยู่ในสภาพชำรุดทรุดโทรม ทำให้เกิดปัญหาด้านสาธารณสุข (Public Health) และความปลอดภัย (Safety) ต่อประชาชนผู้พักอาศัย ดังนั้นเพื่อแก้ปัญหาดังกล่าวนี้ ในวันที่ 30 เมษายน 2503 รัฐบาลจึงได้จัดตั้ง “สำนักงานปรับปรุงแหล่งชุมชน” เพื่อทำหน้าที่บูรณะฟื้นฟูอาคารที่เสื่อมโทรม

อาคารสงเคราะห์ที่รัฐบาลให้เช่าแก่ประชาชนในระยะแรก ซึ่งเป็นเรือนไม้มีอายุการใช้งานไม่นาน และมีลักษณะเป็นแหล่งเสื่อมโทรม (Slum) ดังนั้น ต่อมาใน พ.ศ. 2506 รัฐบาลจึงได้แก้ปัญหาด้วยการสร้างอาคารคอนกรีตแบบแฟลต (Flat) ขึ้นทดแทนอาคารเรือนไม้เดิมที่ได้ชำรุดทรุดโทรมลงไป ซึ่งการสร้างอาคารคอนกรีตแบบแฟลต เป็นการขยายที่อยู่อาศัยในแนวตั้งไม่ต้องใช้ที่ดินมากเท่าอาคารเรือนไม้แบบเดิมและมีความทนทานกว่าอาคารเรือนไม้แบบเดิม โดยอาคารคอนกรีตแบบแฟลตแห่งแรกคือที่ดินแดง⁷ และถัดมาคือที่ห้วยขวาง

การที่รัฐบาลจัดตั้งหน่วยงานหลายหน่วยงาน มาทำหน้าที่จัดสร้างและดูแลอาคารสงเคราะห์ เป็นเหตุให้การดำเนินงาน (Operate) ไม่เป็นระบบ ไม่มีเป้าหมายที่ชัดเจนร่วมกัน และเป็นการกระจายทรัพยากรในการดำเนินงานของรัฐบาล ทำให้การดำเนินงานไม่มีประสิทธิภาพ

⁵ ประวัติความเป็นมา. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://www.nha.co.th/main.php?filename=History_NHA [2558, 17 กันยายน]

⁶ ธนาคารอาคารสงเคราะห์ หรือ ธอส. เป็นหน่วยงานรัฐวิสาหกิจ สังกัดกระทรวงการคลัง โดยปัจจุบันมีกระทรวงการคลังถือหุ้นทั้งหมด จัดตั้งขึ้นเมื่อวันที่ 24 กันยายน พ.ศ. 2496 ทำหน้าที่ช่วยเหลือทางการเงินให้กับประชาชน ได้มีที่อยู่อาศัยตามสมควรแก่สภาพ

⁷ โครงการเคหะชุมชนดินแดงเริ่มสร้าง พ.ศ. 2506 ครอบคลุมพื้นที่ 635 ไร่ จรดถนนดินแดง ถนนมิตรไมตรีและโดยรอบกระทรวงแรงงาน ปัจจุบันมี 94 อาคาร มีที่พักอาศัย 9,242 หน่วย เป็นอาคารสูง 4 ชั้น ขนาดห้อง 40 ตารางเมตร ต่อ 1 ห้อง

เต็มที่ และไม่สามารถสนองตอบต่อความต้องการที่อยู่อาศัยของประชาชนได้ ดังนั้นต่อมารัฐบาลจึงได้รวมการดำเนินงานของกองเคหสถานสงเคราะห์ สำนักงานอาคารสงเคราะห์ กิจการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาคารสงเคราะห์ของธนาคารอาคารสงเคราะห์ และกิจการของสำนักงานปรับปรุงแหล่งชุมชนมารวมไว้ด้วยกันภายใต้การดำเนินงานของ “การเคหะแห่งชาติ” (National Housing Authority) โดยออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 316 ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2515 จัดตั้งการเคหะแห่งชาติขึ้น⁸

วัตถุประสงค์ของการเคหะแห่งชาติ ตามประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 316 มีดังนี้⁹

- 1) จัดให้มีสิ่งเคหะเพื่อให้ประชาชนเช่า, เช่าซื้อ
- 2) จัดหาเงินกู้มาสร้างที่อยู่อาศัยให้ประชาชนเช่าซื้อหรือให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่บุคคลที่จะสร้างที่อยู่อาศัย
- 3) ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือ จัดหาที่ดิน

ต่อมา พ.ศ. 2537 ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 โดยมีการจัดตั้งหน่วยงานชื่อว่า “การเคหะแห่งชาติ” เรียกโดยย่อว่า “กคช.” โดยวัตถุประสงค์ตามกฎหมายซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 6¹⁰ ดังนี้

- 1) จัดให้มีเคหะเพื่อให้ประชาชนได้มีที่อยู่อาศัย รวมตลอดถึงจัดให้มีสาธารณูปโภค สาธารณูปการ และสิ่งอำนวยความสะดวกแก่ผู้อยู่อาศัย ทำนุบำรุง ปรับปรุง และพัฒนาบรรดาเคหะดังกล่าว รวมทั้งพัฒนาผู้อยู่อาศัยให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้น ทั้งในทางสังคม เศรษฐกิจ และสิ่งแวดล้อม
- 2) ให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ประชาชนผู้ประสงค์ จะมีเคหะของตนเอง หรือแก่บุคคลผู้ประสงค์จะร่วมดำเนินกิจการกับ กคช. ในการจัดให้มีเคหะขึ้นเพื่อให้ประชาชนเช่า เช่าซื้อ หรือซื้อ
- 3) ประกอบธุรกิจเกี่ยวกับการก่อสร้างอาคารหรือจัดหาที่ดิน
- 4) ปรับปรุง รื้อ หรือย้ายแหล่งเสื่อมโทรมเพื่อให้มีสภาพการอยู่อาศัย สิ่งแวดล้อม เศรษฐกิจ และสังคมดีขึ้น

⁸ พรชัย ธนากิจพาณิชย์. (2547). *ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. หน้า 8.

⁹ *ประวัติความเป็นมา* (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://www.nha.co.th/main.php?filename=History_NHA [2558, 17 กันยายน]

¹⁰ พระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 มาตรา 6

5) ประกอบกิจการอื่นที่สนับสนุนหรือเกี่ยวเนื่องกับวัตถุประสงค์ดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้พระราชบัญญัติการเคหะแห่งชาติ พ.ศ. 2537 มาตรา 9 ยังได้กำหนดอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบแห่งวัตถุประสงค์ตามมาตรา 6 ไว้ดังนี้

1) สร้าง ซ่อม จัดหา จำหน่าย เช่า ให้เช่า ให้เช่าซื้อ ยืม ให้ยืม รับจำนอง ว่าจ้าง รับจ้าง แลกเปลี่ยน โอน รับ โอน ถูกรรมสิทธิ์ มีสิทธิครอบครองหรือมีทรัพย์สินอื่น หรือดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับทรัพย์สิน

2) ให้กู้ยืมเงินหรือจัดหาแหล่งเงินกู้หรือค้ำประกันเงินกู้ให้แก่ประชาชนผู้ประสงค์จะมีเคหะเป็นของตนเอง

3) ให้กู้ยืมเงินหรือจัดหาแหล่งเงินกู้หรือค้ำประกันเงินกู้ให้แก่บุคคลผู้ ประสงค์จะร่วมดำเนินกิจการกับ กคช. ในการจัดให้มีเคหะเพื่อให้ประชาชน เช่า เช่าซื้อ หรือซื้อตามข้อบังคับที่คณะกรรมการกำหนดด้วยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี (Cabinet)

4) จัดหาที่ดินและวัสดุก่อสร้างสำหรับการก่อสร้างเคหะ

5) จัดให้มีหรือพัฒนาสาธารณูปโภคหรือบริการอื่นที่จำเป็นเพื่อให้สภาพการอยู่อาศัยดีขึ้น

6) กู้ยืมเงินในประเทศหรือต่างประเทศ หรือจากองค์การระหว่างประเทศ

7) ออกพันธบัตร (Bond) หรือตราสาร (Instrument) อื่นใดเพื่อการลงทุน

8) เข้าร่วมดำเนินกิจการกับบุคคลอื่น หรือถือหุ้นในบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด เพื่อดำเนินกิจการอันอยู่ในขอบแห่งวัตถุประสงค์ของ กคช.

9) เรียกเก็บเงินค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษาและการจัดการสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ

10) กระทำการอย่างอื่นบรรดาที่เกี่ยวข้องกับการจัดการให้สำเร็จตามวัตถุประสงค์ของการเคหะแห่งชาติ

อย่างไรก็ตาม การเคหะแห่งชาติยังคงไม่สามารถจัดหาที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชนได้อย่างทั่วถึง และเพียงพอต่อความต้องการของประชาชน และไม่สามารถสนองต่อความต้องการที่อยู่อาศัยของประชาชนที่มีความแตกต่างกันได้ ดังนั้น ภาคเอกชนจึงได้เริ่มเข้ามามีบทบาทในการจัดสรรที่ดินหรือที่อยู่อาศัยให้แก่ประชาชน

2.2.2. ประวัติการจัดสรรที่ดินของเอกชน

ในระยะแรกที่มีการเริ่มต้นพัฒนาอุตสาหกรรมในประเทศไทย ในช่วง พ.ศ. 2500 ถึง พ.ศ. 2510 มีประชาชนหลังไหลเข้ามาทำงานในกรุงเทพมหานครเป็นจำนวนมาก และในช่วงนี้รัฐบาลได้มีการพัฒนาระบบขนส่งทางถนน สาธารณูปโภค เพิ่มขึ้นจำนวนมาก เป็นเหตุให้มี

ภาคเอกชนมองเห็นช่องทางในการค้าที่ดิน โดยซื้อที่ดินเฉพะย่านชานเมืองเพื่อมาค้าทำกำไร และจะขายเมื่อที่ดินมีราคาสูงขึ้น เช่น เมื่อมีการพัฒนาถนน หรือสาธารณูปโภคมายังที่ดิน เป็นต้น ต่อมาการค้าที่ดินของเอกชน ได้มีการแข่งขันและพัฒนาขึ้นจากเดิมซึ่งขายที่ดินเป็นแปลงใหญ่ ก็นำที่ดินมารังวัด (Measure) แบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยก่อนนำออกจำหน่าย เพื่อตอบสนองต่อผู้ซื้อที่มีรายได้น้อย ซึ่งการรังวัดแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อย เอกชนบางราย อาจสนใจผู้ซื้อเพิ่มขึ้น โดยจัดสร้างถนน ทางระบายน้ำ ไฟฟ้า ประปา ในบริเวณที่ดินที่จำหน่ายด้วย ส่วนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ก็ต้องดำเนินการปลูกสร้างบ้านพักอาศัยด้วยตนเอง ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวนี้อสังหาริมทรัพย์ไม่นิยมปล่อยเงินกู้ให้แก่เอกชนผู้ลงทุนในธุรกิจค้าที่ดิน เพราะสถาบันการเงินมองว่ามีลักษณะเป็นการเก็งกำไรสูงมีความเสี่ยงสูง โดยสาเหตุสำคัญที่มีผลให้เกิดการค้าที่ดินในช่วงเวลาดังกล่าวนี้นั้น เนื่องจากใน พ.ศ. 2502 รัฐบาลได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49¹¹ เพื่อยกเลิกบทบัญญัติ (Provision) ว่าด้วยการกำหนดสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 34 ถึง มาตรา 37 โดยรัฐให้เหตุผลการยกเลิกว่า เพื่อกระตุ้นการลงทุนภายในประเทศ ซึ่งการยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยการกำหนดสิทธิในที่ดินดังกล่าว เปิดช่องให้ภาคเอกชนสามารถทำธุรกิจค้าที่ดินได้คล่องตัวขึ้น¹²

ในช่วง พ.ศ. 2510 ถึง พ.ศ. 2515 ธุรกิจการค้าที่ดินและธุรกิจการจัดสรรที่ดินมีการชะลอตัวลง ผู้ประกอบการในธุรกิจนี้บางรายจึงหาทางออกด้วยการจัดสรรที่ดินแบ่งเป็นแปลงย่อยจัดสร้างสาธารณูปโภคต่าง ๆ เช่น ถนน, ไฟฟ้า, ประปา, ทางระบายน้ำ เป็นต้น และจัดสร้างบ้านพักอาศัยให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรด้วย ซึ่งปรากฏว่าการจัดสรรที่ดินพร้อมบ้านที่สามารถเข้าอยู่อาศัยได้ทันทีเช่นนี้ได้รับความนิยมมากจากประชาชน จึงก่อให้เกิดการจัดสรรที่ดินพร้อมบ้านในลักษณะเดียวกันตามกันออกมาเป็นจำนวนมากมายหลายโครงการ โดยในช่วงนี้สถาบันการเงินได้เข้ามามีบทบาทมากขึ้นในด้านการสนับสนุนแหล่งเงินทุนแก่ผู้ประกอบการในธุรกิจจัดสรรที่ดินส่งผลให้ผู้ประกอบการในธุรกิจจัดสรรที่ดินมีความสามารถในการขยายโครงการจัดสรรที่ดินได้มากขึ้นและเติบโตได้อย่างรวดเร็ว ปรากฏว่า ต่อมาเมื่อสภาพเศรษฐกิจภายในประเทศเกิดภาวะเงินเฟ้อค่าครองชีพมีอัตราสูงขึ้น ยังผลให้ผู้ประกอบการในธุรกิจจัดสรรที่ดินบางรายไม่สามารถจัดสร้างโครงการให้เสร็จสิ้นได้ หรือไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินจัดสรรให้แก่ผู้ซื้อได้ หรือการก่อสร้างไม่มีคุณภาพ เป็นต้น ก่อให้เกิดปัญหาแก่ประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ด้วยเหตุนี้ รัฐบาลจึงต้องเข้ามา

¹¹ ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 49. (2502, 13 มกราคม) ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 76. (ตอน 8), หน้า 12 - 13.

¹² พรชัย ธนากิจพาณิชย์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 8. หน้า 10.

ควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชน โดยการออกประกาศของคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 ใน พ.ศ. 2515¹³

ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 มีการบังคับใช้นับแต่ พ.ศ. 2515 จนถึงช่วงกลาง พ.ศ. 2543 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ ทำให้รัฐบาลสามารถควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชนได้ ในระดับหนึ่ง และคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ในระดับหนึ่ง แต่กฎหมาย ฉบับนี้ก็ยังมีย่อบกพร่องอยู่มาก ทำให้การควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดินของเอกชนโดยรัฐและการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร ไม่ก่อให้เกิดผลได้อย่างเต็มที่ โดยในช่วง พ.ศ. 2515 ถึง พ.ศ. 2543 ธุรกิจการจัดสรรที่ดินของภาคเอกชน มีการขยายตัวมาก นอกจากการจัดสรรที่ดินในกรุงเทพมหานคร และจังหวัดใหญ่ ๆ แล้ว ปรากฏว่าธุรกิจการจัดสรรที่ดินของภาคเอกชน ได้ขยายตัวไปครอบคลุมทุกจังหวัดในประเทศไทย และการพัฒนาโครงการจัดสรรที่ดิน มีรูปแบบหลากหลายมากขึ้นเพื่อแข่งขันกันในการจูงใจผู้ซื้อที่ดินจัดสรร เช่น รูปแบบการปลูกสร้างบ้าน, การจัดสร้างสาธารณูปโภคในโครงการ, การจัดสร้างสโมสรเพื่อการสันทนาการในโครงการ, มีการโฆษณาลดราคาหรือแจกของแถม แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรร เป็นต้น นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในช่วงเวลานี้ ภาคเอกชนได้มีการลงทุนในโครงการจัดสรรที่ดินขนาดใหญ่ใช้เงินลงทุนสูงจำนวนหลายโครงการ และราคาที่ดินจัดสรรที่เอกชนจำหน่ายแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรก็มีราคาจำหน่ายที่สูงมาก ซึ่งหากผู้จัดสรรที่ดินไม่สุจริต หรือมีปัญหาในการก่อสร้างโครงการย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้มาก ปรากฏว่าในช่วง พ.ศ. 2540 เกิดวิกฤตเศรษฐกิจในประเทศไทย มีการลดค่าเงิน มีการปิดสถาบันการเงิน (Financial Institution) จำนวนหลายสิบแห่งภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ผู้ประกอบการธุรกิจจัดสรรที่ดินขาดแหล่งเงินทุนจากสถาบันการเงินมาสนับสนุน (Support) การก่อสร้างโครงการ ทำให้การจัดสรรที่ดินของหลาย ๆ โครงการมีปัญหา ไม่สามารถก่อสร้างให้เสร็จสิ้นได้ หรือไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรได้ หรือโครงการมีการก่อสร้างอย่างไม่มีคุณภาพ ส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรรอย่างมาก และเป็นไปอย่างกว้างขวาง ด้วยเหตุนี้รัฐบาลจึงเห็นความจำเป็นต้องออกพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ที่มีบทบัญญัติครอบคลุมในการควบคุมดูแลธุรกิจการจัดสรรที่ดิน และมีบทบัญญัติครอบคลุมในการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนผู้ซื้อที่ดินจัดสรร โดยเฉพาะการได้สิทธิในที่ดินจัดสรร การกำหนดให้มีผู้รับผิดชอบบำรุงรักษาสาธารณูปโภค และบริการสาธารณะ นอกจากนี้เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินธุรกิจการจัดสรรที่ดิน ที่ได้กระจายอำนาจการ

¹³ วัฒนะ โนนคู่เขตโจง. (2528) บทบาทการพัฒนาที่อยู่อาศัย. วารสารที่ดิน ฉบับพิเศษ ครอบคลุม 84 ปี กรมที่ดิน หน้า 88.

อนุญาตและการควบคุมดูแลการจัดสรรที่ดิน ไปสู่ระดับจังหวัด กับทั้งการกำหนดเวลาในการพิจารณาอนุญาตให้แน่นอน¹⁴ ออกมาบังคับใช้แทน ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286

2.3 ประเภทของสิทธิและหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

อสังหาริมทรัพย์ (Property) โดยเฉพาะที่ดินนั้นจะต้องมีเจ้าของกรรมสิทธิ์เสมอ แต่สังหาริมทรัพย์ไม่จำเป็นต้องมีเจ้าของกรรมสิทธิ์เสมอไป อันนี้เป็นแนวความคิดที่มีมาดั้งเดิมตั้งแต่สมัยโบราณและไม่จำกัดเฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น ในต่างประเทศหรือในที่อื่น ๆ ทั่วโลกไม่ว่าจะมีการปกครองในระบอบใดก็ถือว่าที่ดินนั้นเป็นของแผ่นดิน เป็นของผู้มีอำนาจในแผ่นดิน ในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ก็ถือว่าพระมหากษัตริย์หรือพระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด ในประเทศที่เป็นสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ (Communism) ก็ถือว่าพรรคคอมมิวนิสต์เป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด ในสมัยกลางประเทศทางยุโรปมีระบบเจ้าขุนมูลนาย (Feudal Lord) พวกนี้เป็นเจ้าของที่ดิน มีข้าทาสบริวารในที่ดิน ส่วนเจ้าของที่ดินก็ต้องให้ความคุ้มครอง ผู้ที่อยู่ในที่ดินอาจจะต้องเสียค่าคุ้มครองเป็นภาษี (Tax) ให้ประเทศไทยมีกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จบทที่ 42 และ 43 ถือหลักว่า พระเจ้าแผ่นดินเป็นเจ้าของที่ดินทั้งหมด แม้ว่าในปัจจุบันหลายประเทศในยุโรปตะวันออกจะเป็นประชาธิปไตยแล้ว แต่แนวคิดว่าที่ดินยังเป็นของรัฐนั้นก็ยังมีอิทธิพล (Influence) อยู่ มีการจัดสรรให้ประชาชน แต่ส่วนใหญ่ก็ยังสงวนไว้เป็นของส่วนรวมหรือเป็นของรัฐ¹⁵

2.3.1 ประเภทของสิทธิในที่ดิน

ตามประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แบ่งสิทธิในที่ดินออกเป็นกรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครอง ซึ่งสิทธิทั้งสองประเภทนี้ย่อมมีหลักเกณฑ์และความแตกต่างตามกฎหมายดังนี้

1) กรรมสิทธิ์

คำว่า “กรรมสิทธิ์” ไม่มีกฎหมายใดบัญญัติให้คำนิยามไว้ แต่ก็ถือกันว่ากรรมสิทธิ์เป็นทรัพย์สินสิทธิ (Real right) ชนิดหนึ่ง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีเหนือตัวทรัพย์สิน ที่กฎหมายคุ้มครองและรับรองให้ นักกฎหมายส่วนใหญ่จะกล่าวว่าการสิทธิ์หมายถึง สิทธิในการแสดงความเป็นเจ้าของ

¹⁴ ไพโรจน์ อารักขา. (2547). *คำอธิบายกฎหมายการจัดสรรที่ดิน*. (พิมพ์ครั้งที่ 2). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 12.

¹⁵ กนก อินทร์พรชัย. (2556). *การบรรยายครั้งที่ 2 วิชา ทรัพย์สิน – ที่ดิน*. ใน ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์, รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 66. หน้า 283 - 284.

ซึ่งเป็นสิทธิที่สมบูรณ์ที่สุดที่บุคคลจะพึงมีเหนือทรัพย์สิน¹⁶ จนอาจกล่าวได้ว่าเป็นอำนาจแห่งความเป็นเจ้าของที่เจ้าของสามารถใช้สอย จำหน่าย ได้ดั่งผล ดิดตามและเอาคืนจากผู้ที่ไม่มียุทธิตจะยึดถือไว้ ตลอดจนขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1336¹⁷ อย่างไรก็ตาม ผู้ที่เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ก็ไม่อาจที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้ตามอำเภอใจจนเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลอื่น แต่ต้องใช้สิทธินั้น ภายใต้บังคับของกฎหมายด้วย

ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ ได้แก่ ที่ดินที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 (1)¹⁸ ซึ่งมีอยู่ 2 กรณีคือ ที่ดินที่ได้มาตามบทบัญญัติของกฎหมายก่อนวันที่ประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน (ก่อนวันที่ 1 ธันวาคม 2497) กับที่ดินที่ได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน

ที่ดินที่ได้กรรมสิทธิ์มาก่อนใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ได้แก่ โฉนดแผนที่ (ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน รศ. 127) โฉนดตราจอง (ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจอง รศ. 124 โฉนดตราจองนี้ออกจำกัดเฉพาะในมณฑลพิษณุโลกในขณะนั้น ซึ่งรวมถึงท้องที่จังหวัดสุโขทัย อุตรดิตถ์และพิจิตร) ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” (ซึ่งออกโดยพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน พ.ศ. 2497) และที่บ้านที่สวน ตามกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ บทที่ 42 ที่บ้านหมายถึง ที่ดินซึ่งใช้เป็นที่พักบ้านอยู่อาศัย ที่สวนหมายถึง ที่ดินที่ปลูกสวนคือปลูกไม้ยืนต้นทั้งหลาย ที่บ้านที่สวนนี้ไม่มีเอกสารสิทธิ์¹⁹

2) สิทธิครอบครอง

คำว่าสิทธิครอบครอง (Possessory right) นั้น ได้มีกล่าวอยู่ในบทบัญญัติแห่งประมวล

¹⁶ วรุณี เทพทอง. (2557). *คำอธิบายกฎหมายที่ดิน*. (พิมพ์ครั้งที่ 6). กรุงเทพฯ : นิติธรรม. หน้า 29.

¹⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ภายในบังคับแห่งกฎหมาย เจ้าของทรัพย์สินมีสิทธิใช้สอยและจำหน่ายทรัพย์สินของตนและได้ซึ่งดั่งผลแห่งทรัพย์สินนั้น กับทั้งมีสิทธิติดตามและเอาคืนซึ่งทรัพย์สินของตนจากบุคคลผู้ไม่มีสิทธิจะยึดถือไว้ และมีสิทธิขัดขวางมิให้ผู้อื่นสอดเข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินนั้น โดยมีขอบด้วยกฎหมาย

¹⁸ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 3 บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน ในกรณีต่อไปนี้

(1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้

(2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพหรือกฎหมายอื่น

¹⁹ สมจิตร ทองศรี. (2556). *การบรรยายครั้งที่ 3 และ 4 วิชา ทฤษฎี – ที่ดิน*. ใน ประเสริฐ เสียงสุทิววงศ์, รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 66. หน้า 64.

กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่า บุคคลใดยึดถือทรัพย์สิน โดยเจตนา (Willful) จะยึดถือเพื่อตน ท่านว่า บุคคลนั้นได้ซึ่งสิทธิครอบครอง²⁰ บุคคลอาจได้สิทธิครอบครองโดยผู้อื่นยึดถือไว้แทนก็ได้

ดังนั้น สิทธิครอบครองจึงหมายถึง สิทธิในการยึดถือหรือครอบครองทรัพย์สิน โดยเจตนา จะยึดถือหรือครอบครองเพื่อประโยชน์แห่งตน ผู้ที่จะได้สิทธิครอบครองต้องมีการยึดถือทรัพย์สิน โดยเจตนายึดถือเพื่อตน การกระทำที่จะถือว่าเป็นการยึดถือทรัพย์สินเพื่อตนอันจะได้สิทธิ ครอบครองหรือไม่นั้น ต้องพิจารณาว่าผู้นั้นได้เข้าเกี่ยวข้องกับทรัพย์สินมากน้อยเพียงใด²¹ การที่จะ วินิจฉัยว่าสิทธิครอบครองจะเกิดขึ้นได้อย่างไรนั้น ต้องวินิจฉัยตามเหตุการณ์ข้อเท็จจริงในกิริยา ยึดถืออันเป็นการแสดงออกซึ่งเจตนาจะยึดถือเอาไว้เพื่อตนประกอบกับสภาพของทรัพย์สินที่ยึดถือตาม พฤติการณ์ในคดีเป็นเรื่อง ๆ ไป หากบุคคลใดมีสิทธิครอบครองแล้วย่อมมีสิทธิปลดเปลื้อง การรบกวนการครอบครองเพราะมีผู้สอดเข้ามาเกี่ยวข้องกับ โดยมีชอบด้วยกฎหมายได้ตาม มาตรา 1374²² มีสิทธิเรียกเอาการครอบครองคืนจากผู้ที่มาแย่งการครอบครองโดยมิชอบได้ภายใน หนึ่งปีนับแต่เวลาถูกแย่งการครอบครองตามมาตรา 1375²³ มีสิทธิได้ดอกผลในทรัพย์สินที่ ครอบครองอยู่โดยสุจริต (In good faith) ตามมาตรา 1376²⁴ ประกอบมาตรา 415 ตลอดจนมีสิทธิ สละการครอบครองและการโอนการครอบครอง (Disposition) ไปยังบุคคลอื่นตามมาตรา 1377 ถึง มาตรา 1380 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

แต่อย่างไรก็ตามสิทธิครอบครองตามกฎหมายในประมวลกฎหมายที่ดินตามคำนิยาม คำว่าสิทธิในที่ดินนั้น ต้องหมายความถึงสิทธิในการครอบครองที่ดินในลักษณะที่เป็นเจ้าของที่ดิน

²⁰ วิเชียร คีระอุดมศักดิ์. (2555). *แพ่งพิสดาร เล่ม 4*. กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์. หน้า 180.

²¹ เรื่องเดียวกัน. หน้า 180.

²² ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1374 ถ้าผู้ครอบครองถูกรบกวนในการครอบครองทรัพย์สิน เพราะมี ผู้สอดเข้าเกี่ยวข้องกับ โดยมีชอบด้วยกฎหมายไซ้ ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะให้ปลดเปลื้องการรบกวนนั้น ได้ ถ้า เป็นที่น่าวิตกว่าจะยังมีการรบกวนอีก ผู้ครอบครองจะขอต่อศาลให้สั่งห้ามก็ได้

การฟ้องคดีเพื่อปลดเปลื้องการรบกวนนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาถูกรบกวน

²³ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1375 ถ้าผู้ครอบครองถูกแย่งการครอบครอง โดยมีชอบด้วยกฎหมาย ไซ้ท่านว่าผู้ครอบครองมีสิทธิจะได้คืนซึ่งการครอบครอง เว้นแต่อีกฝ่ายหนึ่งมีสิทธิเหนือทรัพย์สินดีกว่าซึ่งจะ เป็นเหตุให้เรียกคืนจากผู้ครอบครองได้

การฟ้องคดีเพื่อเอาคืนซึ่งการครอบครองนั้น ท่านว่าต้องฟ้องภายในปีหนึ่งนับแต่เวลาถูกแย่งการ ครอบครอง

²⁴ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1376 ถ้าจะต้องส่งทรัพย์สินคืนแก่บุคคลผู้มีสิทธิเอาคืน ไซ้ท่านให้ นำบทบัญญัติมาตรา 412 ถึง 418 แห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม

ด้วยไม่ใช่ในลักษณะที่เป็นเพียงผู้เช่า ผู้ทรงสิทธิเหนือพื้นดิน (Superficiary) หรือผู้ทรงสิทธิอาศัย ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ที่ดินที่มีสิทธิครอบครอง หมายถึง ที่ดินที่ไม่มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์แต่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินอย่างอื่น เช่น ที่ดินที่มีเพียงใบเหยียบย่ำ ตราจองที่เป็นใบอนุญาต ใบของหลักฐานการแจ้งครอบครอง (ส.ค.1) หนังสือแสดงการทำประโยชน์ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3 หรือ น.ส.3 ก หรือ น.ส.3 ข) และย้งรวมถึงที่ดินที่ราษฎรได้เข้าไปครอบครองโดยพลการ ซึ่งไม่มีหนังสือที่เป็นเอกสิทธิ์สำหรับที่ดินเลย

ข้อสังเกต ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองนั้น ผู้มีสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นเจ้าของที่ดินนั้นโดยพฤตินัยอยู่แล้ว จะต่างกันโดยนิตินัย (De jure) ในเรื่องการสูญเสียสิทธิในที่ดิน กล่าวคือ ที่ดินที่มีกรรมสิทธิ์ เจ้าของอาจสูญเสียสิทธิไปได้โดยการครอบครองปรปักษ์ (Adverse possession) ครบ 10 ปี ตามมาตรา 1382²⁵ ส่วนที่ดินที่มีสิทธิครอบครองเจ้าของอาจสูญเสียสิทธิไปได้หากไม่ฟ้องร้องเรียกคืนภายใน 1 ปี นับแต่เวลาที่ถูกระงับการครอบครองตาม มาตรา 1375 วรรคสองแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และผู้ซึ่งมีสิทธิครอบครองดังกล่าว กฎหมายมิได้ให้หมายความรวมถึงผู้ซึ่งได้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินต่อเนื่องจากผู้ซึ่งมีใบจอง ใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” หรือเป็นผู้ซึ่งมีสิทธิตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพด้วย เนื่องจาก การโอนที่มีหนังสือดังกล่าวต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว เช่น กรณีใบจองไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และกรณีใบเหยียบย่ำ หนังสือรับรองการทำประโยชน์ โฉนดตราจอง ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” การโอนต้องทำเป็นหนังสือและจดทะเบียน (Register) การโอนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ มิฉะนั้นผู้รับโอนก็จะเป็นผู้ครอบครองที่ดินโดยไม่มีหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินนั้น²⁶

3) เจ้าของที่ดินกรณีรัฐเป็นเจ้าของที่ดิน

ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นของรัฐ²⁷ ที่ดินใดก็ตามถ้าหากยังมีได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลใดแล้วย่อมเป็นของรัฐ (State) ซึ่งเป็นไปตามหลัก

²⁵ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1382 บุคคลใดครอบครองทรัพย์สินของผู้อื่นไว้โดยความสงบและโดยเปิดเผยด้วยเจตนาเป็นเจ้าของ ถ้าเป็นอสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาสิบปี ถ้าเป็นสังหาริมทรัพย์ได้ครอบครองติดต่อกันเป็นเวลาห้าปีไซ้รู้ ท่านว่าบุคคลนั้นได้กรรมสิทธิ์

²⁶ วรวิทย์ เทพทอง. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 16. หน้า 221.

²⁷ ประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 2 ที่ดินซึ่งมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใดให้ถือว่าเป็นของรัฐ

กฎหมายที่มีมาตั้งแต่โบราณกาลคือ กฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ²⁸ บทที่ 42 มีสาระสำคัญว่า “ที่ดินในแคว้นแคว้นกรุงเทพฯ พระนครศรีอยุธยา เป็นที่แห่งพระเจ้าอยู่หัว หากให้ราษฎรทั้งหลายผู้เป็นข้าแผ่นดินอยู่ จะได้เป็นราษฎรหามิได้” และในกรณีที่ดินใดมีแต่เพียงสิทธิครอบครองในที่ดินยังไม่มีการมสิทธิ์นั้น ที่ดินนั้นก็ยังเป็นของรัฐอยู่จนกว่าได้ดำเนินการออกหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้นให้แล้ว

สำหรับที่ดินของรัฐนี้อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทคือ

- 1) ที่ดินของรัฐที่บุคคลอื่นมีสิทธิครอบครอง เช่น ที่ดินที่มีหลักฐานการแจ้งการครอบครอง ใบจอง หนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นต้น
- 2) ที่ดินของรัฐที่ไม่มีบุคคลใดมีสิทธิครอบครอง เช่น ที่ดินรกร้างว่างเปล่า ที่ดินอันเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดินซึ่งราษฎรใช้ประโยชน์ร่วมกัน เป็นต้น

อนึ่ง การที่จะพิจารณาว่าที่ดินแปลงใดเป็นที่สาธารณะหรือไม่ต้องพิจารณาตามสภาพของที่ดินและการใช้ที่ดินแปลงนั้นว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1304 หรือไม่ หากโดยสภาพของที่ดินเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ แม้ทางราชการจะมีได้ออกพระราชกฤษฎีกา (Royal Decree) กำหนดให้เป็นที่ยกเว้นตามพระราชบัญญัติ (Act of Parliament) ดังกล่าวซึ่งถูกยกเลิกโดยมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ตั้งแต่วันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2497 แล้ว และแม้ทางราชการจะมีได้ขึ้นทะเบียนเป็นที่สาธารณประโยชน์ไว้ก็หาทำให้ที่ดินซึ่งเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์อยู่ แล้วกลับไม่เป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ไปได้ไม่²⁹

²⁸ “เบ็ดเสร็จ” เป็นคำโบราณ มีความหมายตรงกับคำในปัจจุบันว่า “เบ็ดเตล็ด” เหตุที่เรียกชื่อกฎหมายฉบับนี้ว่า “เบ็ดเสร็จ” คือ “เบ็ดเตล็ด” ก็เพราะเป็นกฎหมายย่อย ๆ หลายเรื่องเอามารวมไว้ในที่เดียวกัน และไม่อาจให้ความสำคัญเรื่องใดเรื่องหนึ่งได้นัก

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1381/2539 โจทก์ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งจังหวัดที่ให้เพิกถอนหนังสือรับรองการทำประโยชน์ในที่ดินของโจทก์เป็นคำขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ แม้การเพิกถอนคำสั่งจะมีผลทำให้โจทก์ได้สิทธิครอบครองในที่ดินนั้นและที่ดินดังกล่าวมีราคาไม่เกิน 200,000 บาท ต้องถือว่าคำขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวเป็นคำขอหลักส่วนที่โจทก์จะได้สิทธิครอบครองในที่ดินเป็นผลที่ได้ตามมาจึงไม่ต้องห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ที่ดินแปลงใดเป็นที่สาธารณะหรือไม่ต้องพิจารณาตามสภาพของที่ดินและการใช้ว่าเข้าหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1304 หรือไม่หากโดยสภาพของที่ดินเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์แม้ทางราชการจะมีได้ออกพระราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นที่ยกเว้นและมีได้ขึ้นทะเบียนเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ไว้ก็หาทำให้กลับไม่เป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ไปได้ไม่

2.3.2 ประเภทของหนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน

สิทธิในที่ดิน หมายความว่า กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย ดังนั้น หนังสือแสดงสิทธิในที่ดิน อาจแบ่งออกได้เป็น 2 ประเภทดังนี้ คือ

1) หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์

หนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ หมายถึง เอกสารที่ทางราชการออกให้แก่ผู้มีสิทธิเพื่อรับรองว่าเป็นเจ้าของในที่ดินนั้น ได้แก่ โฉนดที่ดิน (Title deeds) ซึ่งหมายความว่าหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน และได้ให้หมายความรวมถึงโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง ด้วย ดังนั้นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงได้แก่เอกสารดังต่อไปนี้

น.ส.4ก ออกตามกฎกระทรวง (Ministerial Regulation) ฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2497) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510)

น.ส.4ข ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2497) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510)

น.ส.4ค ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 5 (พ.ศ. 2497) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510)

น.ส.4 ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 15 (พ.ศ. 2510) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529)

น.ส.4ง ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 17 (พ.ศ. 2514) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2529)

น.ส.4จ ออกตามกฎกระทรวงฉบับที่ 34 (พ.ศ. 2514) และต่อมาได้ถูกยกเลิกโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ 2537 ใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 1 เมษายน 2537 ซึ่งเป็นโฉนดแบบล่าสุดที่ให้ใช้ตลอดมาจนถึงปัจจุบัน³⁰

โฉนดแผนที่ เป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน ซึ่งออกตามประกาศพระบรมราชโองการให้ออกโฉนดที่ดินมณฑลกรุงเก่าและกรุงเทพฯ ร.ศ. 120 และพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) ซึ่งเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ก่อนประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน

โฉนดตราจอง ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกตราจองชั่วคราว ร.ศ. 121 แล้วต่อมาได้เปลี่ยนชื่อเป็นพระราชบัญญัติออกโฉนดตราจอง ร.ศ. 124 มีเฉพาะในเขตมณฑลพิษณุโลกในขณะนั้น ได้แก่ จังหวัดพิษณุโลก สุโขทัย อุตรดิตถ์และพิจิตร

ตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ ซึ่งออกตามพระราชบัญญัติออกโฉนดที่ดิน (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2479 โดยออกให้แก่ผู้ที่ได้รับอนุญาตให้จับจอง

³⁰ วรุฒิ เทพทอง. อ่างแล้ว เจริญที่ 16. หน้า 61.

ที่ดินเพื่อเข้าทำประโยชน์ในที่ดินที่รกร้างว่างเปล่าและได้รับอนุญาตเป็นตราจองซึ่งทำประโยชน์ในที่ดินที่ได้รับอนุญาตพอสมควรแก่สภาพของที่ดินภายในระยะเวลา 3 ปี หรือได้รับใบเหยียบย่ำซึ่งทำประโยชน์ในที่ดินที่ได้รับอนุญาตพอสมควรแก่สภาพของที่ดินภายในระยะเวลา 2 ปี³¹

ข้อสังเกต โฉนดที่ดินเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินออกตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2497 ส่วนโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ที่ออกตามบทแห่งกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ซึ่งเมื่อประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับแล้วพระราชบัญญัติดังกล่าวทั้ง 3 ฉบับได้ถูกยกเลิกโดยบัญญัติ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 แต่อย่างไรก็ตาม โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ก็ยังคงเป็นเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ในที่ดินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินว่า “โฉนดที่ดินหมายความว่า หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดิน และให้หมายความรวมถึงโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า ได้ทำประโยชน์แล้ว” เป็นการรับรองหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินตามกฎหมายเท่าอย่างใดก็ตาม ในบางมาตราแห่งประมวลกฎหมายที่ดินแม้ใช้คำว่า “โฉนดที่ดิน” ก็มีความหมายถึงโฉนดที่ดินโดยการเดินสำรวจตามมาตรา 58 และ 58 ทวิ และการออกโฉนดที่ดินเฉพาะรายตามมาตรา 59 และ 59 ทวิ เนื่องจากหนังสือสำคัญตามกฎหมายเท่าในปัจจุบันนี้ไม่มีการออกอีกแล้ว

ที่ดินที่มีได้มีหนังสือแสดงกรรมสิทธิ์ประเภท โฉนดที่ดิน โฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง และตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ดังกล่าวมาแล้วนั้น เรียกว่าที่ดินเปล่า ซึ่งเป็นถ้อยคำที่นักกฎหมายหรือคำพิพากษาฎีกา (Definitive Judgment) นิยมใช้เรียกกัน มิได้มีบัญญัติไว้ในกฎหมายโดยชัดแจ้ง จนเป็นที่เข้าใจและยอมรับกันโดยทั่วไป ดังนั้น ที่ดินมือเปล่าจึงหมายความว่ารวมถึงที่ดินที่มีได้มีเอกสารแสดงกรรมสิทธิ์ ซึ่งแม้มีแต่เพียงเอกสารแสดงสิทธิครอบครอง เช่น หนังสือรับรองการทำประโยชน์ก็เป็นเพียงที่ดินมือเปล่า

บุคคลย่อมได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินในกรณีดังต่อไปนี้ คือ

1) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับกล่าวคือได้มาซึ่งโฉนดแผนที่ โฉนดตราจอง หรือตราจองที่ตราว่า “ได้ทำประโยชน์แล้ว” ก่อนวันที่ 1 ธันวาคม 2549 รวมทั้งการได้มาซึ่งที่ดินอันเป็นที่บ้านที่สวน ตามบทที่ 42 แห่งกฎหมายลักษณะเบ็ดเสร็จ ซึ่งใช้อยู่ก่อนวันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ

2) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายที่ดิน ตั้งแต่วันที่ประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ กล่าวคือได้มาซึ่งโฉนดที่ดิน

³¹ วรุฒิ เทพทอง. อ่างแล้วเชิงอรรถที่ 16. หน้า 61 - 62.

3) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ เช่น ได้มาซึ่งหนังสือแสดงการทำประโยชน์จากเจ้าหน้าที่ของกรมประชาสงเคราะห์ เมื่อบุคคลนั้นได้ครอบครองและทำประโยชน์ครบหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อการครองชีพ พ.ศ. 2511

4) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายอื่น เช่น ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์โดยการครอบครองปรปักษ์ การรับมรดก (Inheritance) การซื้อขายการแลกเปลี่ยน การรับให้ หรือการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการนิคมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2539 การได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในที่ดินของเกษตรกรที่ได้ชำระค่าเช่าซื้อครบกำหนดตามสัญญาแก่สำนักงานปฏิรูปที่ดินในกรณีที่ทำกินนั้นมีแผนที่จะวางแล้วตามพระราชบัญญัติปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 เป็นต้น³²

ประโยชน์ของโฉนดที่ดิน³³

- 1) ทำให้ผู้ครอบครองที่ดิน โดยชอบด้วยกฎหมาย ได้มีหนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินยึดถือไว้เป็นหลักฐาน
- 2) ทำให้เกิดความมั่นคงในหลักกรรมสิทธิ์แก่ผู้เป็นเจ้าของที่ดิน
- 3) ใช้เป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิในที่ดินของคนทั้งต่อรัฐและในระหว่างเอกชนด้วยกัน
- 4) ทำให้รู้ตำแหน่งแหล่งที่ตั้ง ตลอดจนขอบเขตและจำนวนเนื้อที่ของที่ดินแต่ละแปลงได้ถูกต้อง
- 5) ทำให้สามารถป้องกันการบุกรุกขยายเขตครอบครองเข้าไปในที่ดินของรัฐ ซึ่งเป็นที่รกร้างว่างเปล่า ที่สงวนหวงห้าม ที่สาธารณประโยชน์ และที่ดินที่ทางราชการกันไว้เป็นเขตป่าไม้
- 6) ทำให้สามารถระงับการทะเลาะวิวาท การโต้แย้ง หรือแย้งสิทธิในที่ดินหรือการรุกล้ำแนวเขตที่ดินซึ่งกันและกัน
- 7) ทำให้ปัจจัยพื้นฐานในการผลิตทางเศรษฐกิจ มีความมั่นคงและมีผลเป็นการลดต้นทุนการผลิตด้วย
- 8) ทำให้เกิดความรักและความห่วงหาอาทรในที่ดินของตน มีแรงจูงใจ (Motivation) ที่จะปรับปรุงและพัฒนาที่ดินของตนให้เกิดประโยชน์สูงสุด

³² วรวุฒิ เทพทอง. อ่างแล้ว เจริญจรที่ 16. หน้า 66 - 69.

³³ มารูจักเอกสารสิทธิเกี่ยวกับ "ที่ดิน" กันดีกว่า. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://www.dol.go.th/dol/index.php?option=com_content&task=view&id=265&Itemid=55 [2558, 21 ตุลาคม]

9) ใช้เป็นหลักฐานแสดงทุนทรัพย์หรือหลักประกันในการขอสินเชื่อ และกู้ยืมเงินเพื่อนำมาใช้เป็นทุนในการเพิ่มกำลังการผลิตและรายได้เพื่อยกฐานะความเป็นอยู่ให้สูงขึ้น

10) ใช้เป็นหลักทรัพย์ในการค้ำประกันบุคคลเข้าทำงาน ประกันตัวผู้ต้องหาหรือจำเลยต่อพนักงานสอบสวน (Inquiry official) พนักงานอัยการ (Prosecutor) หรือศาล (Court) ฯลฯ

11) การตรวจสอบหลักฐานสำหรับที่ดิน สำหรับที่ดินที่เป็นโฉนดกระทำได้โดยสะดวกรวดเร็วเป็นประโยชน์แก่บุคคลที่ ประสงค์จะจำหน่าย จ่าย โอน เนื่องจากการโอนที่ดินที่มีโฉนดที่ดินไม่ต้องประกาศ เว้นแต่มรดก

12) การทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน หรือมีหนังสือรับรองการทำประโยชน์

13) การทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่มีโฉนดที่ดิน เช่น การนำที่ดินไปซื้อขาย ยกให้ แลกเปลี่ยน จำนอง ขายฝาก ฯลฯ จะต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดิน (Land Registry) ที่ที่ดินตั้งอยู่

14) การทำนิติกรรมเกี่ยวกับที่ดินที่มีหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3, น.ส.3 ก, น.ส.3 ข.) จะต้องนำไปจดทะเบียนต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ณ สำนักงานที่ดินอำเภอที่ที่ดินตั้งอยู่ การทำนิติกรรมนั้น จึงจะมีผลตามกฎหมาย เว้นแต่ได้ยกเลิกอำนาจอำเภอเกี่ยวกับการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม จะต้องไปจดทะเบียน ณ สำนักงานที่ดินที่ที่ดินนั้นตั้งอยู่

2) หนังสือแสดงสิทธิครอบครอง

หนังสือแสดงสิทธิครอบครอง หมายถึง เอกสารที่ทางราชการออกให้แก่ผู้มีสิทธิเพื่อรับรองว่าเป็นผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินนั้น โดยชอบ หาได้รับรองถึงความเป็นเจ้าของในที่ดินนั้นไม่³⁴ ได้แก่

1) หนังสือรับรองการทำประโยชน์ ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดินหมายความว่าหนังสือคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว ซึ่งมี 3 แบบตามข้อ 4 แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ได้แก่

น.ส.3 ก เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่มีระวางรูปถ่ายทางอากาศ

น.ส.3 ข เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ตั้งอยู่ในท้องที่ที่ไม่มีระวางรูปถ่ายทางอากาศ ซึ่งรัฐมนตรีได้ประกาศยกเลิกอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติตาม

³⁴ มารู้จักเอกสารสิทธิเกี่ยวกับ "ที่ดิน" กันดีกว่า. (ออนไลน์). เข้าถึงได้จาก : http://www.dol.go.th/dol/index.php?option=com_content&task=view&id=265&Itemid=55 [2558, 21 ตุลาคม]

ประมวลกฎหมายที่ดินของหัวหน้าเขต นายอำเภอ หรือปลัดอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำอำเภอ ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528

น.ส.3 เป็นหนังสือรับรองการทำประโยชน์ที่ออกให้แก่ผู้ครอบครองที่ดินที่ตั้งอยู่ในท้องที่อื่น นอกจากทั้งสองท้องที่ที่ระบุไว้ข้างต้น³⁵

หนังสือรับรองการทำประโยชน์ เป็นเพียงคำรับรองจากพนักงานเจ้าหน้าที่ว่าได้ทำประโยชน์ในที่ดินแล้ว มิใช่หลักฐานที่แสดงว่ามีชื่อในหนังสือเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินนั้น ในทางทะเบียนเช่นเดียวกับโฉนดที่ดิน ทั้งนี้ การมีชื่อหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส.3) นั้นประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1373 ให้สันนิษฐาน (Presume) ไว้ก่อนว่าบุคคลผู้มีรายชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครอง³⁶

2) ใบจอง ตามมาตรา 1 แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน หมายความว่าหนังสือที่ทางราชการออกให้เพื่อเป็นการแสดงความยินยอมให้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินเป็นการชั่วคราว ซึ่งใบจองนี้จะออกให้แก่ราษฎรที่ทางราชการได้จัดที่ดินให้ทำกินตามประมวลกฎหมายที่ดิน ซึ่งทางราชการจะมีประกาศเปิดโอกาสให้จับจองเป็นคราว ๆ ในแต่ละท้องที่และผู้ต้องการจับจองควรคอยฟังข่าวของทางราชการ ซึ่งตามข้อ 2 แห่งกฎกระทรวงฉบับที่ 43 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. 2497 ใบจองมี 2 แบบ³⁷

น.ส.2 เป็นใบจองที่ออกให้สำหรับที่ดินที่ตั้งอยู่ในท้องที่ซึ่งรัฐมนตรียังไม่ได้ประกาศยกเลิกอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติตามประมวลกฎหมายที่ดินของหัวหน้าเขต นายอำเภอผู้เป็นหัวหน้าประจำอำเภอ ตามมาตรา 19 แห่งพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายที่ดิน (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2528

น.ส.2 ก เป็นใบจองที่ออกให้สำหรับที่ดินที่ตั้งอยู่ในท้องที่อื่นซึ่งมิใช่ท้องที่ซึ่งต้องออกเป็น นส.2

มีข้อสังเกตว่า ตามประมวลกฎหมายที่ดิน มาตรา 1 ให้นิยาม “ใบจอง” หมายความว่าหนังสือแสดงการยอมให้เข้าครอบครองที่ดินชั่วคราว เช่นนี้ ใบจองจึงมิใช่หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์เกี่ยวกับที่ดิน และที่ดินที่ยอมให้ราษฎรเข้าครอบครองชั่วคราวนั้นยังคงเป็นของรัฐอยู่ อย่างไรก็ตาม ใบจองก็เป็นหลักฐานแห่งสิทธิในเบื้องต้นที่รัฐอนุญาตให้บุคคลเข้ายึดถือครอบครองที่ดินของรัฐ เพื่อใช้อยู่อาศัยและทำมาหากิน เพื่อได้สิทธิในที่ดินเป็นของตนเองต่อไป³⁸

³⁵ วรุณี เทพทอง. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 16. หน้า 51.

³⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 920/2526 และ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4343/2539.

³⁷ วรุณี เทพทอง. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 16. หน้า 50.

³⁸ กฎกระทรวงฉบับที่ 43 ออกตามความในพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน ข้อ 4.

2.4 นิติกรรมการโอนที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะอันมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

กฎหมายเรื่องนิติกรรมสัญญาเป็นกฎหมายที่บัญญัติถึงสิทธิและหน้าที่ของบุคคล เนื่องจากรัฐ ไม่สามารถจะบัญญัติกฎหมายให้ครอบคลุมถึงกรณีที่จะมีการสร้างสิทธิและหน้าที่ระหว่างบุคคลได้ทุกกรณี ฉะนั้นจึงต้องกำหนดให้มีเครื่องมือที่จะช่วยให้บุคคลสามารถใช้เพื่อจะสร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้ตามความสมัครใจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ กฎหมายที่กำหนดให้บุคคลสามารถใช้เพื่อสร้างสิทธิและหน้าที่ผูกพันกันได้คือกฎหมายลักษณะนิติกรรมสัญญา³⁹

2.4.1 ความหมายของนิติกรรม⁴⁰

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149 ให้คำนิยามของคำว่า “นิติกรรม” (Juristic Act) ว่าการใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ เป็นการกระทำของบุคคลที่ชอบด้วยกฎหมายและมุ่งประสงค์ที่จะให้เกิดผลในกฎหมายผูกพันในการที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ การเปลี่ยนแปลง โอน สงวนหรือระงับซึ่งสิทธิเรามักจะเรียกรวม ๆ กันว่าเป็นการเคลื่อนไหวในสิทธิหรือการเคลื่อนไหวแห่งสิทธิ

การเคลื่อนไหวแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นโดยนิติกรรมจะต้องเป็นการเคลื่อนไหวในทางใดทางหนึ่งใน 5 ประการที่มาตรา 149 กล่าวไว้ คือ เป็นการก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 ประการนั้น ถ้าไม่มีการเปลี่ยนแปลงอย่างใดอย่างหนึ่งใน 5 ประการ ก็จะไม่เป็นนิติกรรม

ผลของนิติกรรมก่อนนี้ (Obligation) ขึ้น เนื่องจากนิติกรรมเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งอย่างหนึ่ง แต่บ่อเกิดแห่งหนึ่งไม่ได้มีแต่เฉพาะนิติกรรมยังมีอย่างอื่นอีก คือ ลากมิควรรได้ (Undue enrichment) จัดการงานนอกสั่ง ละเมิด (Tort) แต่อย่างไรก็ตาม นิติกรรมสัญญาเป็นบ่อเกิดแห่งหนึ่งที่สำคัญที่สุดที่มาตรา 149 ซึ่งเป็นบทวิเคราะห์ศัพท์ของนิติกรรมได้ให้ความหมายของนิติกรรมเอาไว้ว่า การใด ๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ

³⁹ อัครวิทย์ สุมาวงศ์. (2556). *การบรรยายครั้งที่ 1 วิชา นิติกรรม – สัญญา*. ใน ประเสริฐ เสียงสุทธีวงศ์, รวมคำบรรยาย ภาค 1 สมัยที่ 66. หน้า 173.

⁴⁰ เรื่องเดียวกัน. หน้า 173 - 174.

สิทธิ (Authority) หมายถึง ประโยชน์หรือสิ่งที่กฎหมายให้การรับรองและคุ้มครอง เช่น กรรมสิทธิ์ สิทธิครอบครอง ตลอดจนทรัพย์สินอื่น ๆ อาทิ สิทธิอาศัย สิทธิเก็บกิน (Legal usufruct) สิทธิเหนือพื้นดิน (Light of superficies) ภาระจำยอม (Servitude) เป็นต้น ซึ่งอาจได้มาโดยทางนิติกรรมหรือทางอื่นนอกจากนิติกรรม เช่น ได้มาโดยผลของกฎหมาย หรือโดยคำพิพากษาของศาล หรือโดยการรับมรดก⁴¹

2.4.2 องค์ประกอบของนิติกรรม⁴²

องค์ประกอบ (Element) ของนิติกรรมมีอยู่ด้วยกัน 5 ประการดังนี้

1) นิติกรรมจะต้องเป็นการกระทำของบุคคลโดยการแสดงเจตนา เพื่อแสดงความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรมนั้นให้ปรากฏออกมา การแสดงเจตนาคือการกระทำที่จะให้ผู้อื่นเข้าใจความประสงค์ของผู้ทำนิติกรรม ซึ่งการแสดงเจตนา นั้น ทำได้ 3 วิธีด้วยกันคือ แสดงเจตนาโดยชัดแจ้ง (Manifest Intention) แสดงเจตนาโดยปริยาย (Implied Intent) และแสดงเจตนาโดยการนิ่ง

2) การกระทำที่ว่ามันนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย หมายความว่า ถ้าการกระทำของบุคคลเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว แม้ผู้กระทำนั้นประสงค์จะให้การกระทำของตนเกิดผลทางกฎหมาย เกิดสิทธิผูกพันระหว่างบุคคลขึ้น กฎหมายก็ไม่รับรองให้เกิดผลขึ้นเช่นนั้น

3) การกระทำที่ว่ามันนั้นจะต้องเป็นการกระทำโดยมุ่งจะผูกนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล คือ เป็นการกระทำที่กระทำลง โดยไม่มีเจตนาซ่อนเร้น (Hidden Intention) ไม่ได้ทำโดยเจตนาลวงหรือเจตนาอำพรางนิติกรรมอีกนิติกรรมหนึ่ง ซึ่งมีบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 154⁴³ และ มาตรา 155⁴⁴

4) การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำโดยใจสมัคร คือ การแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นจะต้องไม่เกิดจากความสำคัญผิด ไม่ได้เกิดจากการถูกกลั่นแกล้ง และไม่ได้เกิดจากการถูกข่มขู่

⁴¹ วรวิทย์ เทพทอง. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 16. หน้า 351.

⁴² อัครวิทย์ สุมาวงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 174 - 175.

⁴³ มาตรา 154 การแสดงเจตนาใดแม้ในใจจริงผู้แสดง จะมีได้เจตนา ให้ตนต้องผูกพันตามที่ได้แสดงออกมาก็ตามหาเป็นมูลเหตุให้การแสดงเจตนาเป็น โฆษะไม่ เว้นแต่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งจะ ได้รู้ถึงเจตนาอันซ่อนอยู่ในใจของผู้แสดงนั้น

⁴⁴ มาตรา 155 การแสดงเจตนาลวงโดยสมรู้กับคู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่ง เป็น โฆษะ แต่จะยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้กระทำการ โดย สุจริตและต้องเสียหายจากการแสดงเจตนาลวงนั้นมิได้

ถ้าการแสดงเจตนาลวงตามวรรคหนึ่งทำขึ้น เพื่ออำพรางนิติกรรม อื่นให้นำบทบัญญัติของกฎหมายอันเกี่ยวกับนิติกรรมที่ถูกอำพราง มาใช้บังคับ

5) การกระทำนั้นจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่จะก่อ หรือเปลี่ยนแปลง หรือ โอน หรือ สงวน หรือ ระวังซึ่งสิทธิ พุค่างาย ๆ ก็คือจะต้องเป็นการกระทำที่มีจุดมุ่งหมายที่จะก่อให้เกิดความเคลื่อนไหวในสิทธิประการใดประการหนึ่งใน 5 ประการที่กล่าวมา

2.4.3 วัตถุประสงค์ของนิติกรรม⁴⁵

วัตถุประสงค์ของนิติกรรม คือ ประโยชน์อันเป็นผลสุดท้ายที่ผู้แสดงเจตนาทำนิติกรรม ประสงค์จะให้เกิดขึ้นมา หรือให้เป็นผลขึ้นมาจากนิติกรรมที่ตนแสดงเจตนาทำนั้น เช่น ทำสัญญาซื้อขายบ้าน ฝ่ายผู้ซื้อก็จะได้บ้านนั้นเป็นกรรมสิทธิ์ของตน ประโยชน์ที่ผู้ขายจะได้ก็คือจะได้เงินจากการขายบ้านนั้น

วัตถุประสงค์ในการทำนิติกรรมเป็นความมุ่งหมายในการทำนิติกรรมของแต่ละฝ่ายซึ่งไม่ใช่เรื่องเกี่ยวกับเหตุชักจูงใจให้ผู้แสดงเจตนาแสดงเจตนาทำนิติกรรม มูลเหตุชักจูงใจให้ผู้แสดงเจตนาแสดงเจตนาทำนิติกรรมนั้นอาจจะเป็นอย่างหนึ่ง แล้ววัตถุประสงค์ของการทำนิติกรรมนั้น อาจจะเป็นอีกอย่างหนึ่ง

มูลเหตุชักจูงใจในการทำนิติกรรมโดยปกติแล้วไม่มีผลกระทบต่อความสมบูรณ์ของนิติกรรม ผู้ที่ทำนิติกรรมนั้นจะทำนิติกรรมนั้นเพราะมีเหตุจูงใจอย่างไรไม่เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้นิติกรรมสมบูรณ์หรือไม่ นิติกรรมที่เขาทำจะสมบูรณ์หรือไม่ขึ้นอยู่กับวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้น ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าวัตถุประสงค์ของนิติกรรมนั้นชอบด้วยกฎหมายแล้ว กฎหมายก็จะรับบังคับบัญชาให้เป็นไปตามนิติกรรมที่ทำไป แต่ถ้าวัตถุประสงค์นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องห้ามขัดแย้ง โดยกฎหมายหรือเป็นการพ้นวิสัย (Impossibility) หรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (Contrary to public order or good morals) ตาม มาตรา 150⁴⁶ บัญญัติไว้ การกระทำนั้นก็จะ เป็น โฆษะ⁴⁷ (Invalid)

นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์ที่เป็นการต้องห้ามขัดแย้งด้วยกฎหมาย ปกติแล้วถ้ากฎหมายห้ามไม่ให้ทำอะไร การกระทำที่กฎหมายห้ามนั้นก็มักจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนกฎหมายจึงห้าม เพราะว่าถ้าทำไปแล้วจะขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ

⁴⁵ อัครวิทย์ สุมาวงศ์. อ่างแล้ว เชนงอรธที่ 39. หน้า 180.

⁴⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามขัดแย้งโดย กฎหมายเป็นการพ้นวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ

⁴⁷ โฆษะกรรม หมายถึง นิติกรรมที่เมื่อทำขึ้นแล้ว ไม่มีผลผูกพันกัน ในทางกฎหมาย สูญเปล่า เสียเปล่าไป นอกจากนี้ยังมีอีกคำหนึ่งคือ โฆษะกรรม หมายถึง นิติกรรมนั้นยังมีผลบังคับได้โดยชอบด้วยกฎหมาย แต่อาจถูกบอกล้าง ทำให้นิติกรรมตกเป็น โฆษะมาแต่เริ่มแรก หรืออาจได้รับการให้สัตยาบัน นิติกรรมนั้นจะมีผลสมบูรณ์ตั้งแต่เริ่มแรกเช่นกัน

ศีลธรรมอันดีของประชาชนด้วย มีกรณีที่จะต้องวินิจฉัยว่านิติกรรมที่ทำลงไปเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือไม่ บางครั้งศาลก็วินิจฉัยบอกมาตรง ๆ ว่าการกระทำนั้นเป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย แต่บางครั้งศาลอาจวินิจฉัยว่านิติกรรมนั้นเป็นโมฆะเพราะมีวัตถุประสงค์เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

นิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย หมายถึง การกระทำนิติกรรมที่กฎหมายห้าม อาจจะถูกมองออกมาในรูปที่ว่าถ้าทำลงไปแล้ว การกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา (Criminal Offence) กฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอะไรเป็นความผิดอาญา ถ้ามีกฎหมายบัญญัติว่าการกระทำอะไรเป็นความผิดอาญาไว้เช่นนั้น ก็ถือว่าการกระทำที่เขาบัญญัติว่าเป็นความผิดอาญานั้น เป็นการกระทำที่กฎหมายห้ามไม่ให้กระทำ ถ้าใครกระทำเช่นนั้นลงไปการกระทำนั้นก็เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย เช่น กฎหมายห้ามซื้อขายยาเสพติด ถ้าใครไปทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เช่นนั้น ก็ถือว่าเป็นการกระทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย

นอกจากการกระทำที่กฎหมายห้ามโดยตรงว่าการกระทำนั้นเป็นความผิด แล้วการกระทำที่จะถือว่าเป็นการกระทำที่ห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายนั้น อาจเป็นการห้ามในทางแพ่ง เช่น มีกฎหมายห้ามไม่ให้กระทำอย่างใดอย่างหนึ่งในทางแพ่งไว้โดยชัดเจน ก็จะเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายเหมือนกัน เช่น ในเรื่องการขายทอดตลาด (Public Auction) ทรัพย์สิน มาตรา 511⁴⁸ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ห้ามไม่ให้ผู้ทอดตลาดเข้ามาเป็นผู้สุ้ราคาในการขายทอดตลาด⁴⁹ ที่ตนเป็นผู้ดำเนินการเอง ฉะนั้นเมื่อมีกฎหมายห้ามไว้เช่นนี้แล้ว ถ้าในการขายทอดตลาดใดผู้ทอดตลาดเข้ามาสุ้ราคาเอง ก็เป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ฉะนั้นคำเสนอราคาของผู้ทอดตลาดก็จะเป็น โมฆะตาม มาตรา 150⁵⁰

⁴⁸ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 511 ท่านห้ามมิให้ผู้ทอดตลาดเข้าสุ้ราคา หรือใช้ให้ผู้อื่น ผู้ใดเข้าสุ้ราคา ในการทอดตลาดซึ่งตนเป็นผู้ดำเนินการเอง

⁴⁹ ขายทอดตลาด หมายความว่า การขายทรัพย์สินที่กระทำโดยเปิดเผยแก่บุคคลทั่วไปด้วยวิธีเปิดโอกาสให้ผู้ซื้อสุ้ราคากัน ผู้ใดให้ราคาสูงสุดและผู้ทอดตลาดแสดงความตกลงด้วยเคาะไม้ หรือด้วยกิริยาอย่างอื่นตามจารีตประเพณีในการขายทอดตลาด ผู้นั้นเป็นผู้ซื้อทรัพย์สินนั้น

⁵⁰ อัครวิทย์ สุมาวงศ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 39. หน้า 183 - 184.

ในกรณีของการซื้อขายหรือจะซื้อขายที่ดินนั้น ถ้าสัญญาซื้อขายหรือสัญญาจะซื้อจะขาย ที่ดินซึ่งอยู่ภายในกำหนดห้ามโอนตามกฎหมาย เป็นการทำนิติกรรมที่มีวัตถุประสงค์เป็นการ ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตกเป็น โฆษะ⁵¹

คำพิพากษาฎีกาที่ 620/2539⁵² โจทก์จำเลยทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินพิพาทภายใน ระยะเวลาตามข้อกำหนดห้ามโอน เป็นการหลีกเลี่ยงข้อห้ามโอน ย่อมตกเป็น โฆษะ

คำพิพากษาฎีกาที่ 36/2549⁵³ ขณะผู้ร้องกับ ป. ผู้ตายทำสัญญาซื้อขาย ที่ดินดังกล่าวเป็นที่ดินที่มีข้อกำหนดห้ามโอนและยังอยู่ภายในเวลาห้ามโอน สัญญาซื้อขายที่ดินจึงเป็นสัญญาที่มี วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ตกเป็น โฆษะ ไม่ว่าผู้ร้องจะได้ครอบครองมา นานเพียงใดก็ไม่ได้สิทธิครอบครอง แม้ผู้ตายตกลงจะโอนที่ดินให้แก่ผู้ร้องเมื่อพ้นกำหนดเวลาห้าม โอนแล้ว ก็ไม่อาจทำได้เช่นกัน

คำพิพากษาฎีกาที่ 6399/2551⁵⁴ โจทก์ทราบดีมาแต่แรกว่าขณะทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดิน พิพาทนั้นมีข้อกำหนดห้ามโอน 10 ปี แต่โจทก์ก็ยอมตนเข้าผูกพันทำสัญญาดังกล่าว ซึ่งมี วัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมาย ย่อมตกเป็น โฆษะตาม ประมวลกฎหมายแพ่ง และพาณิชย์ มาตรา 150⁵⁵ การที่โจทก์ชำระเงินมัดจำไป 400,000 บาท จึงเป็นการชำระหนี้อันเป็น การฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมาย ตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 411⁵⁶ โจทก์จึงไม่ อาจเรียกเงินมัดจำ 400,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย (Interest) คืนจากจำเลย

2.5 การเป็นภาระจำยอมของที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะในการจัดสรรที่ดิน

แนวคิดเรื่องของภาระจำยอมไม่ใช่หลักการที่มีมาตั้งแต่เดิมของกฎหมายไทย ประวัติของ การปรับใช้เรื่องภาระจำยอมในกฎหมายไทยเมื่อก่อนมีประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 จะพบว่าศาลไทยได้นำเอาหลักกฎหมายของประเทศอังกฤษมาใช้เป็นบางกรณีเพื่อวินิจฉัยข้อพิพาท ของคู่ความ ซึ่งมีการรับเอามาใช้โดยตรงเรียกว่าอีสมেন্ট (Easement)

⁵¹ วิเชียร คีระอุดมศักดิ์. (2555). *แพ่งพิสดาร เล่ม 7*. กรุงเทพฯ: แสงจันทร์การพิมพ์. หน้า 11 - 12.

⁵² เรื่องเดียวกัน. หน้า 12.

⁵³ วิเชียร คีระอุดมศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51. หน้า 12.

⁵⁴ วิเชียร คีระอุดมศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 51. หน้า 13.

⁵⁵ มาตรา 150 การใดมีวัตถุประสงค์เป็นการต้องห้ามชัดแจ้งโดย กฎหมายเป็นการพันวิสัยหรือเป็นการขัดต่อความ สงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การนั้นเป็น โฆษะ

⁵⁶ มาตรา 411 บุคคลใดได้กระทำการเพื่อชำระหนี้เป็นการอันฝ่าฝืน ข้อห้ามตามกฎหมายหรือศีลธรรมอันดี ท่าน ว่าบุคคลนั้นหาอาจจะ เรียกร้องคืนทรัพย์ได้ไม่

2.5.1 ความหมายของภาระจำยอม

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ของไทยไม่ได้ให้ความหมายของภาระจำยอม (Servitude) ไว้ นอกจากมาตรา 1387 บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์อาจต้องตกอยู่ในภาระจำยอมอันเป็นเหตุให้เจ้าของต้องยอมรับกรรมบางอย่างซึ่งกระทบถึงทรัพย์สินของตน หรือต้องงดเว้นการใช้สิทธิบางอย่างอันมีอยู่ในกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้น เพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น”

อสังหาริมทรัพย์ที่ตกอยู่ในภาระจำยอมเรียกว่าภารยทรัพย์ (Servient property) ส่วนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้ประโยชน์เรียกว่าสามยทรัพย์⁵⁷ (Dominant property)

ซึ่งได้มีผู้ที่ให้ความหมายของภาระจำยอมไว้ ดังนี้

ศาสตราจารย์ ดร. ประยูร กาญจนกุล⁵⁸ ได้ให้ความหมายว่า “ภาระจำยอมเป็นทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่มีผลในทางจำกัดกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของผู้อื่น เพื่อประโยชน์แก่ทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์แห่งอสังหาริมทรัพย์ กล่าวคือ เป็นภาระตั้งบังคับเหนืออสังหาริมทรัพย์ของบุคคลหนึ่ง เพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์ที่เป็นของบุคคลอีกคนหนึ่ง”⁵⁹

พระบริรักษ์นิติเกศตร ได้ให้ความหมายว่า “ภาระจำยอม (Servitude) คือ ข้อขัดขวางที่มีในทรัพย์สินหนึ่งเพื่อประโยชน์ของทรัพย์สินอีกอันหนึ่ง คือ สิทธิชนิดหนึ่งเหนือทรัพย์สินของบุคคลอื่นผู้เป็นเจ้าของภาระจำยอมมีสิทธิที่จะทำการบางอย่างอันเป็นปฏิปักษ์ต่อผลประโยชน์ของเจ้าของทรัพย์สินอันหนึ่งได้ เพื่อจะทำให้ทรัพย์สินของตนเกิดผล”⁶⁰

ศาสตราจารย์บัญญัติ สุชีวะ⁶¹ ได้ให้ความหมายไว้ว่า “ภาระจำยอม คือ ทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ตัดทอนอำนาจกรรมสิทธิ์โดยทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์อันหนึ่งเรียกว่า ภารยทรัพย์ ต้องรับกรรมบางอย่างซึ่งกระทบกระเทือนทรัพย์สินของตน หรือทำให้เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ต้องงด

⁵⁷ วิเชียร คีระกุดมศักดิ์. อ้างแล้ว เจริงอรรถที่ 20. หน้า 253.

⁵⁸ ประยูร กาญจนกุล (15 มกราคม 2454 - 16 พฤษภาคม 2549) จบการศึกษานิติบัณฑิต โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม และคณะนิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ดำรงตำแหน่งสำคัญต่าง ๆ อาทิ อธิบดีกรมการค้าภายใน กระทรวงพาณิชย์ และปลัดกระทรวงเศรษฐกิจ นอกจากนี้ยังเป็นคณบดีคนแรกผู้ก่อตั้งคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย สมาชิกวุฒิสภา และนายกราชบัณฑิตยสถาน

⁵⁹ ประยูร กาญจนกุล. คำสอนชั้นปริญญาตรี คณะพาณิชย์ศาสตร์และการบัญชี ปีที่ 1 พ.ศ. 2494 ว่าด้วยทรัพย์สินสัญญา ตัวเงิน. พระนคร : นิติบรรณศาสตร์. (2494) หน้า 74.

⁶⁰ พระบริรักษ์นิติเกศตร. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 4 พร้อมด้วยข้อวิจารณ์และอุทธรณ์พระนคร : เติมเมล์. (ม.ป.ป.) หน้า 2.

⁶¹ บัญญัติ สุชีวะ (23 เมษายน 2467 - 4 สิงหาคม 2540) เป็นอดีตประธานศาลฎีกา และอดีตสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ

เว้นการใช้สิทธิบางอย่างเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินนั้นเพื่อประโยชน์ของอสังหาริมทรัพย์อื่น เรียกว่า สามยทรัพย์⁶²

ภาระจำยอม หมายถึง ทรัพย์สินชนิดหนึ่งที่ตัดทอนอำนาจกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์ของผู้อื่น เป็นเหตุให้เจ้าของทรัพย์สินหนึ่งต้องยอมรับกรรมบางอย่างซึ่งกระทบกระเทือนสิทธิในทรัพย์สินของตนหรือต้องคว่นการใช้สิทธิบางอย่างเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในอสังหาริมทรัพย์นั้นเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น

2.5.2 ลักษณะสำคัญของภาระจำยอม มีดังนี้

1) ภาระจำยอมเป็นทรัพย์สินที่ผูกพันอสังหาริมทรัพย์ เพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น โดยที่อสังหาริมทรัพย์นั้นต้องเป็นของบุคคลต่างเจ้าของกัน ฉะนั้นบุคคลใดไม่สามารถมีภาระจำยอมเหนือทรัพย์สินที่ตนเป็นเจ้าของได้ (Null res suaservit) เพราะเจ้าของจะรับใช้ตนเองและตกอยู่ในภาระต้องทำประโยชน์แก่ทรัพย์สินของตนเองไม่ได้ ตัวอย่างเช่น ข.เป็นเจ้าของที่ดินสองแปลงติดต่อกัน ข. ได้ใช้ที่ดินข้างนอกเป็นทางเดินออกจากที่ดินข้างใน จะเรียกว่าเป็นการใช้สิทธิมีลักษณะเป็นภาระจำยอมไม่ได้ เพราะการที่ ข. ได้ใช้ประโยชน์อะไรหรือคว่นไม่ใช้สิทธิอย่างไรในที่ดินแปลงหนึ่งใดนั้นก็อยู่ในอำนาจกรรมสิทธิ์ของ ข. ตามมาตรา 1336⁶³ ดังนั้นถ้าเจ้าของสามยทรัพย์และเจ้าของภาระทรัพย์สินได้กลายเป็นบุคคลเดียวกัน ภาระจำยอมก็จะสูญสิ้นไปหากภายหลังทรัพย์สินซึ่งเคยเป็นภาระทรัพย์สินและสามยทรัพย์นั้น ได้ตกไปเป็นของเจ้าของต่างคนกัน ภาระจำยอมก็จะไม่กลับฟื้นขึ้นอีกได้⁶⁴

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1398 บัญญัติว่า “ถ้าภาระทรัพย์สินและสามยทรัพย์ตกเป็นของเจ้าของคนเดียวกัน ท่านว่าเจ้าของจะให้เพิกถอน (Quash) การจดทะเบียนภาระจำยอมก็ได้ แต่ถ้ายังมีได้เพิกถอนทะเบียนไว้ ภาระจำยอมยังคงมีอยู่ในส่วนบุคคลภายนอก” ดังนั้น ถ้าภาระจำยอมนั้นเป็นภาระจำยอมที่ได้จดทะเบียน (Register) การได้มา เพียงแต่เหตุภาระทรัพย์สินและสามยทรัพย์ตกมาเป็นของเจ้าของเดียวกันเท่านั้น ไม่ทำให้ภาระจำยอมสิ้นไป เจ้าของจะต้องได้เพิกถอนการจดทะเบียนเสียก่อนจึงจะสิ้นไปได้⁶⁵ ถ้าไม่จดทะเบียนเพิกถอนการระงับนี้จะใช้ยันต่อบุคคลภายนอกมิได้เลย ไม่ว่าบุคคลภายนอกจะสุจริตหรือไม่ และเสีย

⁶² บัญญัติ สุชีวะ. (2535). *กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. (พิมพ์ครั้งที่ 3) กรุงเทพฯ : กรุงเทพมหานคร พรินต์ติ้ง กรุ๊ป. หน้า 258.

⁶³ เสนีย์ ปราโมช. (2528). *คำอธิบายกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายลักษณะทรัพย์สิน*. กรุงเทพฯ : ไทยวัฒนาพานิชย์. หน้า 491.

⁶⁴ W.W. Buckland, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian 2nd. ed.*, (Cambridge : The University Press, 1932), p.260.

⁶⁵ เสนีย์ ปราโมช. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 526.

ค่าตอบแทนหรือไม่ก็ตาม⁶⁶ ภาระจำยอมก็จะมีอยู่ได้ต่อไปตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1398 ตอนท้าย⁶⁷ ทั้งนี้ มิใช่ว่าภาระจำยอมกลับพื้นมีขึ้น ที่จริงเป็นผลร้ายของการที่ไม่เปิดเผยความระงับแห่งสิทธิตามหลักในมาตรา 1299, 1301 นั้นต่างหาก⁶⁸ เพื่อเป็นการคุ้มครองบุคคลภายนอกที่จะได้ทราบว่าสิทธิของบุคคลใดผูกพันอยู่อย่างใดบ้างหรือไม่

2) ภาระจำยอมจะต้องมีอยู่เพื่อประโยชน์แก่สังหาริมทรัพย์ จะก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ตัวบุคคล หรือเพื่อประโยชน์แก่บุคคลไม่ได้ (Servitus In Faciendo consistere nequit) ดังนี้

2.1) ภาระจำยอมจะต้องไม่ก่อให้เกิดภาระผูกพันแก่ตัวบุคคลหรือเพื่อประโยชน์แก่บุคคล เนื่องจากสาระสำคัญของภาระจำยอมมิใช่การบริการส่วนบุคคลที่บังคับให้เจ้าของภารยทรัพย์ จำต้องกระทำการใดเพื่อประโยชน์แก่สามยทรัพย์ ภาระจำยอมมีอยู่เพื่อประโยชน์ของเจ้าของสามยทรัพย์ที่จะได้รับประโยชน์จากภารยทรัพย์นั้น เช่น สิทธิในทางเดิน เป็นต้น และเจ้าของภารยทรัพย์มีหน้าที่เพียงแค่มิขัดขวางต่อการใช้สิทธิของเจ้าของสามยทรัพย์และไม่มีหน้าที่ต้องเข้าช่วยเหลือให้เจ้าของสามยทรัพย์ได้ประโยชน์ยิ่งขึ้น

ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1387 บัญญัติไว้ชัดเจนว่าภาระจำยอมจะผูกพันได้แต่ตัวทรัพย์เท่านั้น และไม่มีอะไรบัญญัติไว้ให้เห็นว่าจะผูกพันตัวคนได้ทั้งหน้าที่ของเจ้าของภารยทรัพย์ก็มีบัญญัติไว้ชัดเจนในมาตรา 1390 ว่า “ท่านมิให้เจ้าของภารยทรัพย์ประกอบกรรมใด ๆ อันจะเป็นเหตุให้ประโยชน์แห่งภาระจำยอมลดไปหรือเสื่อมความสะดวก” ซึ่งเป็นหน้าที่งดเว้น (Passive duty) หากใช้หน้าที่ต้องกระทำการช่วยเหลือ (Active duty) ในการใช้ภาระจำยอมไม่ ถึงแม้ว่าเจ้าของภารยทรัพย์จะได้รับประโยชน์จากภาระจำยอมด้วย เช่น เขาทำถนนผ่าน เจ้าของภารยทรัพย์จึงได้ใช้เข้าออกด้วยก็ตาม เจ้าของภารยทรัพย์มีหน้าที่เพียงแต่ออกค่าใช้จ่ายในการรักษาซ่อมแซมด้วยเท่านั้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 1391 วรรค 2 ว่า “เจ้าของสามยทรัพย์ต้องเสียค่าใช้จ่ายของตนเองรักษาซ่อมแซมการที่ได้ทำไปแล้วให้เป็นไปด้วยดี แต่ถ้าเจ้าของภารยทรัพย์ได้รับประโยชน์ด้วยไซ้ ท่านว่าต้องออกค่าใช้จ่ายตามส่วนแห่งประโยชน์ที่ได้รับ” เจ้าของภารยทรัพย์ไม่มีหน้าที่ต้องลงมือช่วยกระทำการอย่างใดด้วยตนเอง⁶⁹

⁶⁶ บัญญัติ สุชีวะ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 62. หน้า 276.

⁶⁷ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1398 ถ้าภารยทรัพย์และสามยทรัพย์ตกเป็นของเจ้าของคน เดียวกัน ท่านว่าเจ้าของจะให้เพิกถอนการจดทะเบียนภาระจำยอมก็ได้ แต่ถ้า ยังมีได้เพิกถอนทะเบียนไซ้ ภาระจำยอมยังคงมีอยู่ในส่วนบุคคลภายนอก

⁶⁸ เสนีย์ ปราโมช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 527.

⁶⁹ เสนีย์ ปราโมช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 499 - 500.

ดังนั้น ถ้าได้กำหนดหน้าที่เจ้าของภารยทรัพย์ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด โดยนิติกรรมสัญญา เพื่อช่วยเหลือในการใช้ภาระจำยอมก็จะมีผลดังนี้ หน้าที่นั้นก่อให้เกิดบุคคลสิทธิ (Personal Right) และมีใช้ภาระจำยอม หน้าที่นี้ไม่สามารถโอนต่อไปยังเจ้าของภารยทรัพย์คนใหม่ได้⁷⁰

2.2) ภาระจำยอมนั้นก็เพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์ ภาระจำยอมควรเกิดขึ้นเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น (สามยทรัพย์) กฎหมายจึงพึงเล็งถึงความสำคัญของตัวอสังหาริมทรัพย์ ไม่ใช่เพื่อประโยชน์แก่ตัวบุคคลผู้เป็นเจ้าของ⁷¹ ทั้งนี้ โดยปราศจากข้อสังเกตว่า ประโยชน์ที่เกิดขึ้นนั้น โดยปกติแล้วเป็นประโยชน์แก่บุคคล เพราะทรัพย์มีอยู่ที่เพื่อประโยชน์แก่บุคคล ความหมายเท่าที่เกี่ยวกับภาระจำยอมก็คือ ประการแรก ต้องเป็นประโยชน์แก่ทรัพย์ผูกพันอยู่กับทรัพย์ โดยไม่คำนึงถึงตัวคนที่จะเข้ามามีสิทธิเกี่ยวข้อง ประการที่สอง กรรมหรือการงดเว้นนั้น เพื่อประโยชน์แก่ทรัพย์โดยตรง มิใช่เพื่อประโยชน์แก่คนโดยตรง⁷² เพราะมาตรา 1387 ไม่ได้บัญญัติไว้ว่า ภาระจำยอมเป็นประโยชน์แก่คนที่อยู่ในอสังหาริมทรัพย์ หากจำกัดให้เป็นประโยชน์แก่ตัวคนที่เป็นเจ้าของ โดยเฉพาะแล้วก็จะมิแต่เจ้าของเท่านั้นที่จะใช้ทางภาระจำยอมได้⁷³

3) ภาระจำยอมนั้นจะต้องเป็นการรับกรรมบางอย่างหรืองดเว้นการใช้สิทธิบางอย่างอันมีอยู่ในกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อื่น โดยลักษณะเช่นนี้กำหนดการที่จะเป็นภาระจำยอมจึงอาจขยายตัวได้ตามกาลสมัยสุดแล้วแต่ว่าจะเป็นประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์ไม่มีอะไรที่จะจำกัดชนิดหรือจำนวนแห่งภาระจำยอมที่อาจมีได้

กรรมหรือการงดเว้นที่จะเป็นภาระจำยอมได้นั้นต้องเป็นกรรมบางอย่าง หรือการงดเว้นการใช้สิทธิบางอย่างเท่านั้น (Certain acts or to refrain from exercising rights) ถ้ายอมให้เข้ามาประกอบกรรมสด ๆ ก็ได้โดยไม่จำกัด หรือยอมงดเว้นการใช้สิทธิใด ๆ ทั้งสิ้น อาจเป็นการโอนกรรมสิทธิ์ให้กันเลย หรืออาจเป็นการกำหนดสิทธิชนิดอื่น ไม่ใช่ภาระจำยอม⁷⁴ และอิสเมนต์จะเกิดขึ้นไม่ได้ถ้าหากว่าเป็นการกำหนดตัดสิทธิของเจ้าของที่ดินเด็ดขาดมิให้เข้ามาเกี่ยวข้องใช้สิทธิในที่ตอนนั้นเสียเลย⁷⁵

⁷⁰ Marcel Planiol. *Treatise on the Civil Law*. p.727.

⁷¹ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 263.

⁷² เสนีย์ ปราโมช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 500.

⁷³ เสนีย์ ปราโมช. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 1076/2480. ธรรมสาร เล่ม 21. พระนคร : โรงพิมพ์บำรุงนุกูลกิจ. (2481). หน้า 1126.

⁷⁴ เสนีย์ ปราโมช. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 63. หน้า 493 - 494.

⁷⁵ พระยานิติศาสตร์ไพศาล (วัน จามรมาน). *คำสอนกฎหมายลักษณะทรัพย์*. พระนคร : ไทยเกษม. หน้า 177.

ดังนั้น ภาระจำยอมเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์มีลักษณะเป็น

1) ภาระจำยอมชนิดประกอบกรรม หรือเรียกว่าภาระจำยอมทางบวก (Ius faciendi หรือ Positive servitude) คือ เจ้าของภารทรัพย์ต้องยอมรับกรรมบางอย่างซึ่งกระทบถึงทรัพย์สินของตน (Affecting his property) โดยต้องยินยอมให้เจ้าของสามยทรัพย์ดำเนินการบางอย่างเกี่ยวกับภารทรัพย์ได้ เช่น ต้องยอมให้เจ้าของที่ดินข้างเคียงขับรถผ่านที่ดินของตนได้ หรือต้องยอมให้เข้ามาสูบน้ำไปใช้รดต้นไม้ในที่ดินของเขา

2) ภาระจำยอมชนิดงดเว้น หรือเรียกว่าภาระจำยอมทางลบ (Ius prohibendi หรือ Negative servitude) คือ เจ้าของภารทรัพย์ต้องงดเว้นการใช้สิทธิบางอย่างอันมีอยู่ในกรรมสิทธิ์ทรัพย์สินของตน ซึ่งโดยปกติเจ้าของภารทรัพย์ย่อมกระทำได้ในฐานะเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์ เช่น จะต้องงดเว้นไม่ปลูกสร้างตึก หรือต้องงดเว้นไม่ต่อชั้นทำตึกโรงเรือนที่มีอยู่แล้วให้สูงไปกว่านั้นอีกเพื่อประโยชน์ที่จะไม่ปิดบังลมอากาศ แสงสว่างในที่ดินข้างเคียง เป็นต้น

2.5.3 วิธีการได้มาซึ่งภาระจำยอม

ภาระจำยอมเป็นทรัพย์สินอย่างหนึ่ง ดังนั้นการได้มาซึ่งภาระจำยอมอาจได้มาโดยนิติกรรม (มาตรา 1299⁷⁶ วรรคหนึ่ง) หรือได้มาโดยทางอื่นนอกจากนิติกรรม (มาตรา 1299 วรรคสอง) ก็ได้⁷⁷ สามารถจำแนกได้ 3 วิธี คือ

1) โดยนิติกรรม

เป็นการตกลงระหว่างเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่จะให้อสังหาริมทรัพย์หนึ่งตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่อสังหาริมทรัพย์อีกอันหนึ่ง โดยจะมีค่าตอบแทนหรือไม่ก็สุดแล้วแต่การทำนิติกรรม เพื่อให้ได้มาซึ่งภาระจำยอมนี้ ต้องอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 วรรคหนึ่ง⁷⁸ ซึ่งบัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์ หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะจัดทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับ

⁷⁶ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าการได้มาโดยนิติกรรมซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์นั้น ไม่บริบูรณ์ เว้นแต่นิติกรรมจะจัดทำเป็นหนังสือและได้จดทะเบียนการได้มากับพนักงานเจ้าหน้าที่

ถ้ามีผู้ได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์หรือทรัพย์สินอันเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ โดยทางอื่นนอกจากนิติกรรมสิทธิของผู้ได้มานั้น ถ้ายังมีได้จดทะเบียนไว้ ท่านว่าจะมีการเปลี่ยนแปลงทางทะเบียนไม่ได้ และสิทธิอันยังมีได้จดทะเบียนนั้น มิให้ยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้ได้สิทธิมาโดยเสียค่าตอบแทนและโดยสุจริต และได้จดทะเบียนสิทธิโดยสุจริตแล้ว

⁷⁷ วิเชียร ดิเรกอุดมศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 20. หน้า 263.

⁷⁸ บัญญัติ สุชีวะ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 62. หน้า 261 – 262.

พนักงานเจ้าหน้าที่” การได้มาโดยนิติกรรม เบื้องต้นต้องเข้าใจว่านิติกรรมนั้นต้องสมบูรณ์ แต่แม้ว่านิติกรรมนั้นจะสมบูรณ์ก็ยังไม่บริบูรณ์เป็นทรัพย์สิน ทรัพย์สินจะไม่บริบูรณ์จนกว่าจะได้จดทะเบียน ซึ่งถ้าหากว่านิติกรรมไม่สมบูรณ์เสียแล้ว ปัญหาความบริบูรณ์ของการได้มาซึ่งภาระจำยอมก็ไม่เกิดขึ้น⁷⁹ การพิจารณาความสมบูรณ์ของนิติกรรมสามารถแยกพิจารณาเป็น 2 กรณีคือ

1.1) นิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน

การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทนนั้น ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 37/2513 วินิจฉัยว่า “โจทก์ (Plaintiff) ทำหนังสือยินยอมข้อความว่า “ข้าพเจ้า นายผ่อง (จำเลย) ยินยอมให้หลวงสุราษฎร์สารภิมย์ (โจทก์) และบริวาร ไร่ที่ดินโฉนดเลขที่ 820 เป็นทางเข้าออกไปสู่ถนนบ้านคอนได้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป โดยข้าพเจ้าไม่ขอรับค่าตอบแทนใด ๆ ทั้งสิ้น” หนังสือนี้มีผลเป็นเพียงให้โจทก์มีสิทธิเดินตามทางพิพาทได้โดยไม่เป็นละเมิดแต่โจทก์ก็ไม่มีสิทธิเอาความยินยอมนั้นผูกพันจำเลย (Accused) ตลอดไป จำเลยอาจเลิกไม่ให้โจทก์ใช้เดินเมื่อไรก็ได้”

ท่านประทีป ชุ่มวัฒนะ ได้ให้ความเห็นว่า “ปัจจัยสำคัญอันจะใช้วินิจฉัยว่าจะมีผลเป็นบุคคลสิทธิ (Personal right) ในอันที่จะเรียกร้องบังคับกันได้หรือไม่ จึงน่าจะอยู่ที่การแปลเจตนาของคู่กรณีว่าเป็นเรื่องที่มีข้อตกลงสัญญาผูกพันกันไว้ หรือว่าเป็นเพียงความเอื้อเฟื้อยินยอมอนุญาตของฝ่ายหนึ่งแต่ละฝ่ายเดียว โดยมีได้มีเจตนาถึงกับจะให้เป็นที่สัญญาผูกพันตลอดไป ดังนั้นจะบอกเลิกการยินยอมอนุญาตเสียเมื่อใดก็ได้”⁸⁰ แต่ศาสตราจารย์จิตติ ดิงศภัทย์ ได้ให้ความเห็นว่า “แต่ว่าในเรื่องภาระจำยอมมันไม่มีแบบ เพราะฉะนั้น จึงไม่ต้องไปจดทะเบียนก็ได้นิติกรรมใช้ได้ แต่ทำไมในเรื่องภาระ จำยอมจึงใช้ไม่ได้ ในเรื่องนี้เห็นว่าจะไปอาศัยหลักในเรื่องแบบของการให้สิทธิที่ก่อตั้งขึ้นมาโดยไม่มีค่าตอบแทน เพราะฉะนั้น คงต้องอาศัยหลักในเรื่องการให้ทรัพย์สินให้สิทธิ คือ ถ้าทรัพย์สินในระหว่างคู่กรณีก็ถือว่าเป็นการได้มาโดยได้เปล่าซึ่งเป็นเรื่องให้ทรัพย์สิน และเมื่อเป็นการให้ทรัพย์สินแล้วไม่จดทะเบียน เจ้าของที่ดินจะไล่เมื่อไรก็ได้”⁸¹

1.2) นิติกรรมที่มีค่าตอบแทน

การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยนิติกรรมที่มีค่าตอบแทนนั้น ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 652/2513 วินิจฉัยว่า “การที่โจทก์จำเลยตกลงกันให้โจทก์ขุดร่องน้ำผ่านที่ดินของจำเลยเพื่อให้สอย

⁷⁹ จิตติ ดิงศภัทย์. (2523). การได้มาซึ่งทรัพย์สินในอสังหาริมทรัพย์. *วารสารนิติศาสตร์*, 11 (1), หน้า 10.

⁸⁰ ประทีป ชุ่มวัฒนะ. หมายเหตุท้ายคำพิพากษาฎีกาที่ 652/2513. คำพิพากษาฎีกา ประจำพุทธศักราช 2513 ตอนที่ 2 กรุงเทพฯ : เนติบัณฑิตยสภา (2514). หน้า 935 – 936.

⁸¹ จิตติ ดิงศภัทย์. อ่างแล้ว เจริญธรรมที่ 79. หน้า 14.

1.2) นิติกรรมที่มีค่าตอบแทน

การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยนิติกรรมที่มีค่าตอบแทนนั้น ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 652/2513 วินิจฉัยว่า “การที่โจทก์จำเลยตกลงกันให้โจทก์ขุดร่องน้ำผ่านที่นาของจำเลยเพื่อให้สอยน้ำร่วมกัน โดยร่องน้ำที่โจทก์ขุดผ่านที่นาของจำเลยกว้าง 1 เมตร ยาว 1 เส้น 10 วา 2 สอก โจทก์ตกลงยกที่ให้กว้าง 3 เมตร ยาว 55 เมตร เป็นการตอบแทน จำเลยได้เข้าทำนาในเนื้อที่ที่โจทก์ยกให้ตลอดมา แม้คู่สัญญาจะไม่ได้จดทะเบียนทรัพย์สินต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1299 ก็ตาม แต่บทมาตรานี้ก็บัญญัติไว้แต่เพียงว่าตราบใดที่นิติกรรมสัญญานั้นยังไม่ทำตามแบบที่กำหนดไว้แล้ว การได้มาซึ่งทรัพย์สินนั้นยังไม่บริบูรณ์ (Plenary) เท่านั้น หาได้บัญญัติให้เป็นผลไปถึงว่าสัญญานั้นเป็นโมฆะเสียเปล่าอย่างใดไม่ สัญญาระหว่างโจทก์จำเลยถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทน (Bilateral contract) อย่างหนึ่ง มีผลก่อให้เกิดบุคคลสิทธิในอันที่จะเรียกร้อง (Demand) บังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา”

ศาสตราจารย์จิติ ดิงศภัทย์⁸² ได้ให้ความเห็นว่า “การยอมให้คนอื่นมีภาระจำยอมในที่ดินโดยมีค่าตอบแทน ซึ่งหากพิจารณาในบรรพ 3 แล้ว จะเห็นว่าไม่ได้เขียนไว้ว่าจะต้องมีแบบ เพราะฉะนั้น ในระหว่างคู่สัญญากันเองจึงผูกพันกันได้โดยมิต้องมีแบบอะไร นอกเสียจากว่าในเรื่องหนึ่งจะมีแบบซึ่งกฎหมายบังคับในเรื่องแบบหรือหลักฐานไว้อย่างไรก็เป็นไปตามนั้น”⁸³

ดังนั้น การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยนิติกรรมที่ไม่มีค่าตอบแทน จึงไม่ก่อให้เกิดบุคคลสิทธิในการที่จะเรียกร้องบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา (Parties) แต่การได้มาซึ่งภาระจำยอมโดยนิติกรรมที่มีค่าตอบแทน ถือได้ว่าเป็นสัญญาต่างตอบแทนอย่างหนึ่ง มีผลก่อให้เกิดบุคคลสิทธิที่จะเรียกร้องบังคับกันได้ระหว่างคู่สัญญา

⁸² จิติ ดิงศภัทย์ (16 มีนาคม 2451 – 3 มีนาคม 2538) สำเร็จนิติศาสตรมหาบัณฑิต LL.M. (Magna Cum Laude) และกฎหมายเปรียบเทียบ MC.L. จากมหาวิทยาลัย Southern Methodist University, Dallas, Texas ประเทศสหรัฐอเมริกาโดยได้รับเกียรตินิยมและเกียรตินิยมพิเศษว่าทำคะแนนเป็นอันดับหนึ่งของห้องและเป็นคะแนนที่สูงสุดนับแต่เปิดหลักสูตรนี้มา

เริ่มรับราชการเป็นพนักงานอัยการในกรมอัยการ กระทรวงมหาดไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2471 และได้โอนย้ายมารับราชการเป็นข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม ต่อมาใน พ.ศ. 2512 จึงลาออกจากราชการในตำแหน่งผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา เคยดำรงตำแหน่งสำคัญ คือ คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ประธานวุฒิสภา ประธานคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ และได้รับพระมหากรุณาธิคุณโปรดเกล้าฯ ให้เป็นองคมนตรี ตั้งแต่วันที่ 3 มีนาคม พ.ศ. 2527 จนถึงแก่อสัญกรรม

⁸³ จิติ ดิงศภัทย์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 79. หน้า 14 – 15.

2) โดยผลแห่งกฎหมาย

การได้ภาระจำยอมโดยผลแห่งกฎหมาย (Operation of law) เป็นเรื่องที่กฎหมายบัญญัติอนุญาตให้มีภาระจำยอมได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าเจ้าของทรัพย์สินจะตกลงยินยอมด้วยหรือไม่ และไม่ต้องอาศัยอายุความ 10 ปีแต่ประการใด⁸⁴ การได้ภาระจำยอมโดยผลแห่งกฎหมาย แยกพิจารณาได้ ดังนี้

2.1) ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้มีการกล่าวถึงการได้มาซึ่งภาระจำยอมไว้ในมาตรา 1312 โดยบัญญัติว่า “บุคคลใดสร้างโรงเรือนรुकล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นโดยสุจริต (In good faith) ไซ้รู้ ท่านว่าบุคคลนั้นเป็นเจ้าของโรงเรือนที่สร้างขึ้น แต่ต้องเสียเงินให้แก่เจ้าของที่ดินเป็นค่าใช้ที่ดินนั้น และจดทะเบียนสิทธิเป็นภาระจำยอม” ภาระจำยอมโดยผลแห่งกฎหมายนี้เป็นเรื่องปลูกโรงเรือนในที่ดินของตน หรือในที่ดินที่ตนมีสิทธิปลูกสร้างลงได้ แต่มีบางส่วนของโรงเรือนนั้นรुकล้ำเข้าไปในที่ดินของผู้อื่นส่วนที่รुकล้ำนั้นจะต้องเป็นส่วนน้อย และส่วนที่อยู่ในที่ดินของตนนั้นจะต้องเป็นส่วนใหญ่ มิฉะนั้น จะเรียกว่าปลูกรुकล้ำมิได้ และส่วนที่รुकล้ำนั้นไม่ว่าส่วนใดของตัวเรือน หรือแม้แต่ชายคาเรือนก็ถือว่าปลูกโรงเรือนรुकล้ำแล้ว

2.2) พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521

ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มีเจตนารมณ์ (Spirit) เพื่อจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้น เพื่อดำเนินธุรกิจปิโตรเลียม (Petroleum) ตั้งแต่การสำรวจหาปิโตรเลียม การจำหน่ายน้ำมันเชื้อเพลิง และผลิตภัณฑ์ปิโตรเลียมที่ได้จากการกลั่นปิโตรเลียม ทั้งนี้เพื่อประโยชน์แก่ประชาชนและความมั่นคงของประเทศ พระราชบัญญัตินี้จึงได้กำหนดว่า ในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ไม่ว่าจะบนบกหรือในน้ำ หรือใต้พื้นท้องน้ำหรือพื้นท้องทะเล ห้ามมิให้ผู้ใดปลูกสร้างอาคาร โรงเรือน ต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดติดตั้งสิ่งใด เเจาะหรือขุดพื้นดิน ถมดิน ทิ้งสิ่งของ หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ที่อาจทำให้เกิดอันตรายหรือเป็นอุปสรรคแก่ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย⁸⁵ ฯลฯ

⁸⁴ บัญญัติ สุชีวะ. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 62. หน้า 265.

⁸⁵ มาตรา 33 ในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ไม่ว่าจะบนบกหรือในน้ำ หรือใต้พื้นท้องน้ำหรือพื้นท้องทะเล ห้ามมิให้ผู้ใดปลูกสร้างอาคาร โรงเรือน ต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดติดตั้งสิ่งใด เเจาะหรือขุดพื้นดิน ถมดิน ทิ้งสิ่งของ หรือกระทำด้วยประการใด ๆ ที่อาจทำให้เกิดอันตรายหรือเป็นอุปสรรคแก่ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก ปตท. และในการอนุญาตนั้น ปตท. จะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดด้วยหรือไม่ก็ได้ ถ้ามีการฝ่าฝืนให้ ปตท. มีอำนาจสั่งให้ผู้ฝ่าฝืนรื้อถอน ขนย้าย ตัดฟัน ทำลาย หรือกระทำการใด ๆ ได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ถ้าผู้นั้นไม่ปฏิบัติตาม หรือในกรณีที่ทำตัวผู้ฝ่าฝืนไม่ได้ เมื่อได้ประกาศคำสั่งไว้ ณ บริเวณนั้น และ ณ ที่ทำการเขตหรืออำเภอ ที่ทำการกำนันและที่ทำการผู้ใหญ่บ้านแห่งท้องที่นั้นเป็นเวลาอันสมควรแล้ว และ

ตามพระราชบัญญัตินี้มีผลทำให้อสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในเขตระบบการขนส่งปี โครเลียมทางท่อต้องยอมรับกรรมบางอย่างหรือวงวนการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์บางอย่าง ถือได้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นตกอยู่ในภาระจำยอมโดยผลแห่งกฎหมาย

2.3) พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511

ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 มีเจตนารมณ์เพื่อให้เกิดการดำเนินการผลิตไฟฟ้ามีประสิทธิภาพ จึงได้มีการบัญญัติว่า ในเขตเคเบิลสายไฟฟ้า ห้ามมิให้ผู้ใดสร้างโรงเรือนหรือสิ่งอื่นปลุกต้นไม้ หรือพืชผล เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ การอนุญาตนั้นให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ กำหนด และโรงเรือนหรือสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น ต้นไม้หรือพืชผลที่ปลูกขึ้น โดยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือไม่ได้รับอนุญาตจากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ ให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตฯ มีอำนาจรื้อถอนทำลายหรือตัดฟันตามควรแก่กรณี โดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน⁸⁶

ตามพระราชบัญญัตินี้มีผลทำให้อสังหาริมทรัพย์ที่อยู่ในเขตเคเบิลสายไฟฟ้าต้องยอมรับกรรมบางอย่าง หรือวงวนการใช้อำนาจแห่งกรรมสิทธิ์บางอย่าง ถือได้ว่าอสังหาริมทรัพย์นั้นตกอยู่ในภาระจำยอมโดยผลแห่งกฎหมายเช่นกัน

2.4) พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

ตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 การจัดสรรที่ดินหมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการแบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลง และต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปด้วย⁸⁷ ซึ่งผู้ที่ประสงค์จะขออนุญาตจัดสรรที่ดินนั้น จะต้องยื่นคำขออนุญาตจัดสรรที่ดิน โดยในคำขอนั้นจะต้องมีระบุการจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ

ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น ให้ ปตท.มีอำนาจรื้อถอน ขนย้าย ตัดฟัน ทำลาย หรือกระทำการใด ๆ ได้ตามสมควรแก่กรณี โดยผู้ใดจะเรียกร้องค่าเสียหายมิได้ และผู้ฝ่าฝืนต้องเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายในการนั้นด้วย

⁸⁶ มาตรา 32 ในเขตเคเบิลสายไฟฟ้า ห้ามมิให้ผู้ใดสร้าง โรงเรือนหรือสิ่งอื่นปลุกต้นไม้ หรือพืชผล เว้นแต่ได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก กฟผ. การอนุญาตนั้นให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่ กฟผ.กำหนด

โรงเรือนหรือสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น ต้นไม้หรือพืชผลที่ปลูกขึ้น โดยไม่ปฏิบัติตามเงื่อนไข หรือไม่ได้รับอนุญาตจาก กฟผ. ให้ กฟผ. มีอำนาจรื้อถอน ทำลายหรือตัดฟันตามควรแก่กรณี โดยไม่ต้องจ่ายค่าทดแทน

⁸⁷ มาตรา 4 ในพระราชบัญญัตินี้ “การจัดสรรที่ดิน” หมายความว่า การจำหน่ายที่ดินที่ได้แบ่งเป็นแปลงย่อยรวมกันตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไป ไม่ว่าจะเป็นการแบ่งจากที่ดินแปลงเดียวหรือแบ่งจากที่ดินหลายแปลงที่มีพื้นที่ติดต่อกัน โดยได้รับทรัพย์สินหรือประโยชน์เป็นค่าตอบแทน และให้หมายความรวมถึงการดำเนินการดังกล่าวที่ได้มีการ

รวมทั้งการปรับปรุงอื่นตามควรแก่สภาพของท้องถิ่น โดยแสดงแผนผัง รายละเอียดและรายการก่อสร้าง ประมาณการค่าก่อสร้าง และกำหนดเวลาที่จะจัดทำให้แล้วเสร็จ⁸⁸ ซึ่งตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 นั้น ได้กำหนดให้สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร⁸⁹

2.6 การจัดสรรที่ดินตามกฎหมายต่างประเทศ

สำหรับการจัดสรรที่ดินในต่างประเทศ ก็จะได้ทำการศึกษาจากประเทศต่าง ๆ ที่มีการจัดสรรที่ดิน ได้แก่ สาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน) เกาหลีรัฐออสเตรเลีย และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งแต่ละประเทศนั้นก็ยังมีหลักเกณฑ์และมีการควบคุมการจัดสรรที่ดิน ซึ่งต่างกับการจัดสรรที่ดินของประเทศไทย ดังจะกล่าวต่อไปนี้

แบ่งที่ดินเป็นแปลงย่อยไว้ไม่ถึงสิบแปลงและต่อมาได้แบ่งที่ดินแปลงเดิมเพิ่มเติมภายในสามปีเมื่อรวมกันแล้วมีจำนวนตั้งแต่สิบแปลงขึ้นไปด้วย

⁸⁸ มาตรา 23 ผู้ใดประสงค์จะทำการจัดสรรที่ดินให้ยื่นคำขอต่อเจ้าพนักงานที่ดิน

จังหวัดหรือเจ้าพนักงานที่ดินจังหวัดสาขาแห่งท้องที่ซึ่งที่ดินนั้นตั้งอยู่พร้อมหลักฐานและรายละเอียดดังต่อไปนี้

(4) โครงการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรร การจัดให้มีสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ รวมทั้งการปรับปรุงอื่นตามควรแก่สภาพของท้องถิ่น โดยแสดงแผนผัง รายละเอียดและรายการก่อสร้าง ประมาณการค่าก่อสร้าง และกำหนดเวลาที่จะจัดทำให้แล้วเสร็จ ในกรณีที่ได้มีการปรับปรุงที่ดินที่ขอจัดสรรหรือได้จัดทำสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะแล้วเสร็จทั้งหมดหรือบางส่วนก่อนขอทำการจัดสรรที่ดิน ให้แสดงแผนผังรายละเอียดและรายการก่อสร้างที่ได้จัดทำแล้วเสร็จนั้นด้วย

⁸⁹ มาตรา 43 สาธารณูปโภคที่ผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้นเพื่อการจัดสรรที่ดินตามแผนผังและโครงการที่ได้รับอนุญาต เช่น ถนน สวน สนามเด็กเล่น ให้ตกอยู่ในภาระจำยอมเพื่อประโยชน์แก่ที่ดินจัดสรร และให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดสรรที่ดินที่จะบำรุงรักษาสาธารณูปโภคดังกล่าวให้คงสภาพดังเช่นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นต่อไป และจะกระทำการใดอันเป็นเหตุให้ประโยชน์แห่งภาระจำยอมลดไปหรือเสื่อมความสะดวกมิได้

ให้ผู้จัดสรรที่ดินจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาทำสัญญาค้ำประกันการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคซึ่งผู้จัดสรรที่ดินได้จัดให้มีขึ้น และยังอยู่ในความรับผิดชอบในการบำรุงรักษาของผู้จัดสรรที่ดินตามวรรคหนึ่งกับคณะกรรมการ และให้นำมาตรา 24 มาใช้บังคับโดยอนุโลม

2.6.1 หลักเกณฑ์การจัดสรรที่ดินตามกฎหมายสาธารณรัฐจีน(ไต้หวัน)

โดยที่สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน)⁹⁰ มีลักษณะพื้นที่ที่ประกอบด้วยเกาะหลัก ๆ ได้แก่ เกาะไต้หวัน หมู่เกาะเผิงหู (Penghu) จินเหมิน (Kinmen) และหม่าจู่ (Matsu) และเกาะเล็กเกาะน้อยอื่น ๆ อีกจำนวนหนึ่ง โดยมีพื้นที่ประมาณ 36,000 ตารางกิโลเมตร

สำหรับการจัดสรรที่ดินนั้น ผู้ขออนุญาตจะต้องทำตามกฎหมาย และจะต้องยื่นคำขออนุญาตต่อสำนักงานที่ดินของรัฐ โดยผู้ขอจัดสรรจะต้องยื่นโครงการซึ่งประกอบด้วย

1) เอกสารแสดงสิทธิในที่ดินที่จะต้องมีการได้กรรมสิทธิ์มาโดยชอบด้วยกฎหมาย(Fair) ตามกฎหมายที่ดินของไต้หวัน

2) โครงการจัดสรรที่ดินซึ่งจะต้องมีแบบบ้าน สาธารณูปโภค เป็นต้น รวมทั้งจัดทำข้อกำหนดดังนี้

- 2.1) ขนาดชุมชน
- 2.2) ความหนาแน่นของชุมชน
- 2.3) อัตราส่วนของการใช้ที่ดิน
- 2.4) บริการสาธารณะและสถานศึกษา
- 2.5) สาธารณูปโภคและมาตรฐาน
- 2.6) ขนาดของแปลงที่ดิน

นอกจากนี้ สาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) ยังมีมาตรการ (Measure) ทางกฎหมายโดยให้ผู้จัดสรรทำสัญญาค้ำประกัน (Contract of suretyship) การจัดทำสาธารณูปโภคกับธนาคารหรือสถาบันการเงิน โดยให้ประชาชนผู้อยู่อาศัยเป็นผู้รับประโยชน์จากสัญญานี้ ตามหลักสัญญาเพื่อประโยชน์แก่บุคคลภายนอกตามประมวลกฎหมายแพ่ง คือ ผู้จัดสรรจัดหาธนาคารหรือสถาบันการเงินมาค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภค เมื่อผู้จัดสรรได้รับใบอนุญาตจัดสรรแล้วผู้จัดสรรจัดทำสัญญาค้ำประกันการจัดทำสาธารณูปโภคกับธนาคารหรือสถาบันการเงินนั้น โดยกำหนดให้ผู้ซื้อที่ดินหรือบ้านจัดสรรนี้ได้รับประโยชน์จากสัญญาค้ำประกันดังกล่าว

⁹⁰ ไต้หวัน ในภาษาไต้หวัน หรือ ไถวาน ในชื่อท้องถิ่น หรือชื่ออย่างเป็นทางการว่า สาธารณรัฐจีน เป็นรัฐในทวีปเอเชียตะวันออก ปัจจุบันประกอบด้วยเกาะใหญ่ 5 แห่ง คือ จินเหมิน ไต้หวัน เผิงหู หม่าจู่ และอูชิง กับทั้งเกาะเล็กเกาะน้อยอีกจำนวนหนึ่ง การเมืองการปกครอง มีประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจสูงสุด รัฐธรรมนูญไต้หวันได้จัดแบ่งอำนาจธิปไตยออกเป็น 5 สภา ได้แก่ 1) สภาบริหาร (The Executive Yuan) 2) สภานิติบัญญัติ (The Legislative Yuan) 3) สภาตุลาการ (The Judicial Yuan) 4) สภาตรวจสอบและคัดเลือก (The Examination Yuan) 5) สภาควบคุม (The Control yuan) เป็นส่วนของการบริหารประเทศสูงสุด

กฎหมายบ้านจัดสรรสาธารณะ (Public Housing Act) ค.ศ. 2005 เป็นกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ร่วมศูนย์อำนาจในการก่อสร้าง (Construction) และการบริหารจัดการก่อสร้างบ้านสาธารณะ รวมทั้งเป็นการสร้างความมั่นคงในชีวิตความเป็นอยู่ของประชาชนชาวสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) (Livelihood) และเป็นการส่งเสริมสวัสดิการสังคม (Social welfare)⁹¹

โดยกฎหมายบ้านจัดสรรสาธารณะมีความมุ่งหมายที่จะควบคุมการก่อสร้างดังต่อไปนี้

1) การก่อสร้างที่รัฐดำเนินการ โดยตรง (By the government)

หมายถึง การสร้างบ้านซึ่งรัฐบาลได้ดำเนินการเวนคืนที่ดิน วางแผน ออกแบบก่อสร้าง รวมทั้งดำเนินการจัดจำหน่ายให้กับประชาชน

ทั้งนี้ การก่อสร้างบ้านสาธารณะในย่านชุมชน รัฐบาลจะต้องจัดให้มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่เป็นสาธารณะในโครงการดังกล่าว ซึ่งอยู่บนพื้นฐานความต้องการที่แท้จริงของประชาชนผู้อยู่อาศัย

โดยกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจในการออกกฎระเบียบในการซื้อขาย หรือให้เช่า⁹²

⁹¹ Public housing Act 2005 Article 1. In order to centralize the construction and management of public housing, stabilize the people's livelihood, and promote social welfare, this Act is enacted; where there are no provisions, other relevant laws shall apply.

⁹² Public housing Act 2005 Article 7. To build public housing which has the nature of a community, the government may make a budget to build necessary public facilities in coordination with the housing project, and based on actual requirement, the government may also build commercial and service facilities and other building.

The commercial and service facility and other buildings built by the government in the forgoing paragraph may be built individually or be established at certain floors of public housing, and together with land, which may be sold or leased through open tender by the competent authority of public housing. Proceeds from such sale and lease may be used as public housing funds or for the expenditure of public facilities of public housing community.

The public housing directly constructed by the government, its regulations for purchase, rental qualification, purchase priority, rental qualifications and proportion, processing procedures, rights and obligations, and for selling or leasing commercial, service facilities and other buildings through open tender and other matters shall be determined by The Ministry of the Interior.

อย่างไรก็ตาม หากเป็นย่านนิคมอุตสาหกรรมที่ดำเนินการพัฒนาโดยรัฐ การก่อสร้างบ้านสาธารณะอยู่บนพื้นฐานความต้องการที่แท้จริงของชุมชนผู้อยู่อาศัย⁹³

2) การก่อสร้างซึ่งดำเนินการโดยประชาชนแต่อาศัยเงินกู้ของภาครัฐ (Government Loan)

หมายถึง บ้านซึ่งดำเนินการก่อสร้างรวมไปถึงการบำรุงรักษาโดยประชาชนบนที่ดินของตนเอง แต่อาศัยเงินกู้ของรัฐ ทั้งนี้ ประชาชนตามกฎหมายได้แก่ ชาวนา ชาวประมง ผู้ใช้แรงงาน ผู้ทำนาเกลือ ซึ่งก่อสร้างบ้านในบริเวณหมู่บ้านชาวนา ชาวประมง บริเวณที่ผลิตเกลือบริเวณเหมือง หรือในที่ห่างไกลอื่น ๆ⁹⁴

ทั้งนี้ บุคคลที่ขออนุมัติเงินกู้เพื่อปลูกสร้างบ้านด้วยตนเองจะต้องนำเสนอโครงการสร้างบ้านในที่ดิน ระยะเวลาดำเนินการ และกระบวนการในการก่อสร้างบ้านเพื่อให้กระทรวงมหาดไทย (Ministry of Interior) ได้พิจารณา

โดยเงินที่กู้ยืมจากรัฐจะต้องชำระคืนภายในกำหนดเวลา 15 ปี และร้อยละ 70 ของเงินกู้จะต้องใช้จ่ายเพื่อเป็นค่าก่อสร้างบ้าน⁹⁵

เป็นที่น่าสังเกตว่าในกรณีที่ผู้กู้ได้ชำระเงินต้นและดอกเบี้ยรวมทั้งครอบครองบ้านดังกล่าวเป็นระยะเวลาไม่น้อยกว่า 1 ปี ย่อมมีสิทธิที่จะขาย จำนอง (Mortgage) ยกให้ แลกเปลี่ยนบ้านและที่ดินก็ได้⁹⁶

⁹³ Public housing Act 2005 Article 8. In the industrial district developed by the government, public housing may be built based on the actual requirement in the industrial residential community for preferential sale or lease to the workers working in the industrial district.

⁹⁴ Public housing Act 2005 Article 24. The public housing means the house built, managed, and maintained by the people themselves with government loan and their own land.

The loan in the forgoing paragraph is limited to farmer's, fishermen's, salt people's, laborer's houses and the houses approved by the competent authority of public housing which are built in the rural village, fishermen's village, salt-producing area, mining area and other remote area.

⁹⁵ Public housing Act 2005 Article 26. The loan borrowed under the provisions of this Chapter may be amortized in a period of more than 15 years, and the amount of the loan shall be no less than 70 percent of the building price.

⁹⁶ Public housing Act 2005 Article 28. The borrower of the government loan for building public housing by himself may, after paying off the principle and interest of his loan, sell, mortgage, grant, exchange his house and land after having occupied the house for one year.

3) การก่อสร้างโดยการลงทุนของภาคเอกชน (Private Investment)⁹⁷ หมายถึง การก่อสร้างบ้านจัดสรรภายใต้การสนับสนุนของรัฐบาล โดยเป็นการลงทุนของภาคเอกชนบนที่ดินของตนเอง⁹⁸

ในการทำโครงการจัดสรรที่ดินโดยภาคเอกชนนั้น เอกชนจะต้องมีกรรมสิทธิ์ในที่ดิน (Ownership) และสิทธิที่จะใช้ที่ดินซึ่งทำโครงการบ้านจัดสรรดังกล่าว โดยจะต้องมีการก่อสร้างบ้านตั้งแต่ 50 ยูนิต ขึ้นไป จึงจะได้รับการอนุมัติจากสำนักงานบ้านจัดสรร (Public Housing Agency)⁹⁹

ทั้งนี้ ผู้ดำเนินการก่อสร้างบ้านจัดสรรจะต้องขออนุมัติสินเชื่อจากสถาบันการเงินเพื่อได้รับการสนับสนุนสินเชื่อในการก่อสร้างบ้านจัดสรร รวมทั้งได้มีการจำนองที่ดินเพื่อใช้เป็นหลักประกันแล้ว

ในส่วนของประชาชนผู้ซื้อบ้านจัดสรรซึ่งรัฐบาลให้ความสนับสนุนจะต้องขออนุมัติเงินกู้ระยะยาว (A long term loan) จากสถาบันการเงินซึ่งผู้ซื้อจะต้องผ่อนชำระเป็นงวด ๆ (Installment)

ทั้งนี้ ผู้ซื้อจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการกู้เงินตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด

⁹⁷ Public housing Act 2005 Article 2. The referred public housing in this act indicates the housing projected by the government and constructed through the following forms for sale or rent to low-income families, or conducted by such families themselves with government loan, or provides the subsidy of loan interest for families who bought the house by themselves:

- I. Construction conducted directly by the government.
- II. Construction conducted by the people themselves with government loan.
- III. Construction by encouraging private investment.
- IV. People purchase the house by themselves with government assistance.

The standard of low-income family in the forgoing paragraph shall be prescribed by the Executive Yuan.

⁹⁸ Public housing Act 2005 Article 30. The public housing built under government encouragement indicates the public housing built by a private investor on his own land under government encouragement in accordance with the provisions of this Act.

⁹⁹ Public housing Act 2005 Article 31. Having acquired the ownership of or the right to use a plot of land on which more than fifty public housing units can be collectively built, any housing builder in the form of corporation may be given encouragement in accordance with this Act provided that its project has been approved by the public housing agency.

The project in the foregoing paragraph shall include land price, construction price, sale price, and other relevant matters stipulated by the central competent authority of public housing.

การก่อสร้างบ้านจัดสรรที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลจะต้องเป็นไปตามข้อกำหนดของกระทรวงมหาดไทยไม่ว่าจะเป็นคุณสมบัติ (Qualification) ของผู้อนุมัติจัดทำโครงการบ้านจัดสรรที่ดินที่ใช้ในการก่อสร้าง มาตรฐานของบ้าน เป็นต้น¹⁰⁰

สำหรับภาษีเงินได้ของผู้ก่อสร้างบ้านจัดสรรจะเสียในอัตราไม่เกินร้อยละ 25 ในขณะที่ผู้ซื้อบ้านจัดสรรในโครงการที่ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลจะได้รับการยกเว้นภาษีการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ (Tax of real estate transaction)¹⁰¹

ทั้งนี้ ความรับผิดชอบของภาครัฐ แบ่งออกเป็น 2 ระดับ กล่าวคือ

- 1) หากเป็นระดับชาติ อยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงมหาดไทย
- 2) หากเป็นระดับท้องถิ่น อยู่ในความรับผิดชอบของเทศบาล

2.6.2 หลักเกณฑ์การจัดสรรที่ดินตามกฎหมายเครือรัฐออสเตรเลีย¹⁰²

กฎหมายควบคุมการแบ่งแยกที่ดินในรัฐนิวเซาท์เวลส์ เครือรัฐออสเตรเลีย¹⁰³ มี 2 ลักษณะด้วยกัน คือ กฎหมายควบคุมการแบ่งแยกที่ดินที่ไม่มีทรัพย์สินส่วนกลาง (Common property) กับกฎหมายควบคุมการแบ่งแยกที่ดินโดยมีทรัพย์สินส่วนกลางและมีนิติบุคคลดูแลรักษาซ่อมแซมบริหารทรัพย์สินส่วนกลาง ในการจัดสรรที่ดินกฎหมายไม่ได้บังคับผู้จัดสรรว่าในโครงการหนึ่ง ๆ จะต้องทำโดยมีทรัพย์สินส่วนกลางหรือไม่ ถ้าหากต้องการให้มีทรัพย์สินส่วนกลางจะต้องดำเนินการไปตามกฎหมายที่เรียกว่า “The Community Land Development Act 1989” ซึ่งกฎหมายดังกล่าวจะมี

¹⁰⁰ Public housing Act 2005 section 32. The public housing builder in the forgoing article shall apply to the bank for construction financing with its building site of public housing as mortgage. The buyer of such public housing may apply to the bank designated by the government for loan.

The buyer in the forgoing article who has participated in the Saving Deposit for Purchasing of House may apply for a long-term loan which is repaid by installments.

The buyer pursuant to paragraph one of this Article who conforms to the qualifications of public housing buyer shall be provided with public housing loan pursuant to the provisions of Article 16.

¹⁰¹ Public housing Act 2005 section 34. In the public housing community built by a private investor, if there are public odd lots which must be incorporated with adjacent land for use, the management agency of public land may be contacted for sale through negotiation for the purpose of an overall planning and use.

¹⁰² พิษณุพร คันธอุลิส. (2539). *ปัญหาและแนวทางของกฎหมายเพื่อตั้งองค์กรในการบริหารและดูแลชุมชนบ้านจัดสรรในประเทศไทย*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 80 - 97.

¹⁰³ (n.d.). *Community Schemes Five years on (Seminar papers)*. p. 4.

บทบัญญัติในเรื่องของการจัดตั้งทรัพย์สินส่วนกลาง นิติบุคคลที่จะดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง การจัดการทรัพย์สินส่วนกลาง

แต่ในกรณีที่ผู้จัดสรรไม่ต้องการให้โครงการจัดสรรของตนมีทรัพย์สินส่วนกลาง และมีนิติบุคคล (Juristic person) ทำหน้าที่บริหารเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลาง ผู้จัดสรรก็ต้องดำเนินโครงการของตนตามกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการแบ่งแยกที่ดิน ซึ่งจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่เรียกว่า “The Local Government Act”

ในส่วนของสารนิพนธ์นี้จะศึกษาเฉพาะส่วนของการจัดสรรที่ดินที่มีทรัพย์สินส่วนกลางและมีนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรทำหน้าที่ดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง เนื่องจากมีลักษณะเดียวกับกฎหมายการจัดสรรที่ดินของไทย ที่กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินจัดทำสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะ

1) ขั้นตอนการจัดสรรที่ดินโดยมีทรัพย์สินส่วนกลาง ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องทำตามระเบียบที่กฎหมายได้กำหนดไว้ดังต่อไปนี้

1.1) เจ้าของโครงการยื่นผังโครงการ และแบบฟอร์ม (Form) แผนการพัฒนาที่ดินเพื่อการจัดสรรที่ดิน (Management Statement)

1.2) เจ้าของโครงการยื่นแบบฟอร์มขอจดทะเบียนผังการจัดสรรที่ดิน โดยมีทรัพย์สินส่วนกลางพร้อมกับแบบฟอร์มแผนการพัฒนาที่ดินเพื่อการจัดสรรที่ดิน (Management Statement) โดยยื่นพร้อมกันและถือเป็นส่วนหนึ่งของผังการจัดสรรที่ดินของโครงการทั้งหมด ทั้งนี้ให้ยื่นต่อหน่วยงานของทางราชการส่วนท้องถิ่น เช่น เทศบาล เพื่อการอนุมัติ

ทั้งนี้วิธีการทำ Management Statement เจ้าของโครงการจัดสรรที่ดินเป็นผู้ทำขึ้น โดยในทางปฏิบัติจะมีที่ปรึกษา (Adviser) มีอาชีพอื่นได้แก่ ทนายความ (Lawyer) หรือนักวางผังร่วมจัดทำรูปแบบของ Management Statement ผู้จัดสรรที่ดินจะต้องวางเป้าหมายหรือจุดมุ่งหมายว่าโครงการจัดสรรที่ดินของตนนั้น มีลักษณะอย่างไร เช่น เป็นหมู่บ้านเพื่อการพักผ่อนหย่อนใจเพื่อทำการเกษตร หรือเป็นที่พักของคนเกษียณอายุแล้ว ซึ่งตัว Management Statement นี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในการดำเนินการของโครงการจัดสรรและมีผลต่อการบริหารของนิติบุคคลบ้านจัดสรร (Association) ในทรัพย์สินส่วนกลางต่อไป โดยนิติบุคคลบ้านจัดสรรจะเป็นผู้บริหารและดูแลรักษาอาคารของโครงการ อันเป็นวัตถุประสงค์หลักตาม Management Statement

1.3) รูปแบบของการทำแผนพัฒนาที่ดิน¹⁰⁴ (Format of the Management Statement) กฎหมายได้กำหนดรูปแบบของแผนพัฒนาที่ดินที่เจ้าของโครงการจัดสรรต้องจัดทำ Management Statement เอาไว้ 5 ส่วน คือ

¹⁰⁴ พิชณพร คันธอุลิส. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 102. หน้า 53.

(1) การจัดทำข้อบังคับเพื่อระบรายละเอียดในเรื่องที่จะทำการพัฒนาที่ดินตามแผนที่วางไว้ต่อไป

(2) กำหนดข้อบังคับหรือเงื่อนไขข้อจำกัดเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินบางประเภทของโครงการแก่บรรดาสมาชิก (Member) เช่น ทรัพย์สินบางอย่างที่อาจมีค่าใช้จ่ายในการบำรุงรักษา เป็นต้นว่า สปอร์ตคลับ สระว่ายน้ำ สนามเทนนิส เมื่อสมาชิกใช้บริการต้องเสียค่าบริการต่างหาก เป็นต้น

(3) ข้อกำหนดที่เป็นส่วนบังคับของกฎหมายให้ต้องมีทุกโครงการ

(4) รายละเอียดเพิ่มเติมบางกรณีที่เจ้าของโครงการกำหนดให้มี

(5) ข้อกำหนดที่พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายกำหนดให้มีขึ้น ซึ่งเมื่อระบุไว้แล้วจะขอเปลี่ยนแปลงภายหลังจะต้องได้รับอนุญาตจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่นั้น ๆ

1.4) สภาพบังคับ (Sanction) ของข้อบังคับตามแผนพัฒนาที่ดินที่กำหนดไว้

ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยการบริหารชุมชนบ้านจัดสรรและที่ดิน ได้บัญญัติว่า ข้อบังคับในการบริหารชุมชนบ้านจัดสรรที่ได้จัดทำขึ้นตามแผนพัฒนาที่ดินนั้นให้มีผลบังคับใช้กับนิติบุคคลจัดสรรและสมาชิกทุกคนที่เป็นเจ้าของที่ดินในโครงการ

1.5) ข้อสัญญาผูกมัดของผู้จัดสรรที่ดินเพื่อพัฒนาโครงการ (Development contract) ถ้าผู้จัดสรรได้ทำสัญญาผูกมัดตกลงกับผู้ซื้อหรือเจ้าของที่ดินแปลงย่อยในเรื่องเกี่ยวกับการปรับปรุงเพื่อพัฒนาโครงการต่อไปในอนาคต เช่น สัญญาว่าจะสร้างสโมสร สระว่ายน้ำ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกและสาธารณูปโภคต่าง ๆ ในที่ดินซึ่งเป็นทรัพย์สินส่วนกลางของนิติบุคคลจัดสรร ผู้จัดสรรก็จะต้องปฏิบัติตามสัญญาผูกมัดนั้นและผู้จัดสรรสามารถเข้าไปในที่ดินอันเป็นทรัพย์สินส่วนกลางเพื่อทำการพัฒนาต่อไปได้ ซึ่งปกติแล้วผู้จัดสรรจะเข้าไปไม่ได้เพราะทรัพย์สินส่วนกลางได้โอน (Assign) มาเป็นของนิติบุคคลจัดสรรแล้ว แต่อย่างไรก็ตามการพัฒนาที่ดินทรัพย์สินส่วนกลางเพื่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ กฎหมายไม่ได้บังคับให้ผู้จัดสรรต้องก่อสร้างตั้งแต่เริ่มเปิดโครงการ โดยผู้จัดสรรสามารถเลื่อนกำหนดเวลา (Term) สร้างออกไปได้จนกว่าจะพร้อมทางการเงิน และรูปแบบทางด้านวิศวกรรม (Engineering) แล้ว

ในรายละเอียดของข้อกำหนดในสัญญาผูกมัดระหว่างผู้จัดสรรกับผู้ซื้อหรือเจ้าของที่ดินแปลงย่อยจะต้องระบุในเรื่องต่อไปนี้

(1) ตัวที่ดินหรือแปลงที่จะทำการพัฒนาปรับปรุง

(2) สิ่งอำนวยความสะดวกที่เสนอจะจัดทำขึ้น

(3) รูปแบบของสถาปัตยกรรม (Architecture) ภูมิสถาปัตยกรรม และจุดมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ของโครงการจัดสรรที่ดินแสดงแผนภูมิที่คาดว่าจะสำเร็จสมบูรณ์ตามโครงการ

ทั้งนี้ กฎหมายบังคับว่าเมื่อผู้จัดสรรที่ดินได้ตกลงทำสัญญาแล้ว ผู้จัดสรรต้องผูกพันตามข้อตกลงนั้น ถ้าผู้จัดสรรไม่ปฏิบัติตามข้อตกลง (Agreement) ดังกล่าว ผู้ซื้อหรือเจ้าของที่ดินแปลงย่อยในสัญญาสามารถฟ้องร้องต่อศาลที่ดินและสิ่งแวดล้อมได้เพื่อบังคับผู้จัดสรรให้ปฏิบัติตามสัญญา

2) ทรัพย์สินส่วนกลาง (Association Property)¹⁰⁵

ในกฎหมาย The Community Land Development Act 1989 ยอมให้มีการจัดสรรที่ดินโดยมีทรัพย์สินส่วนกลาง ซึ่งทรัพย์สินส่วนกลางที่เจ้าของที่ดินแปลงย่อยในโครงการจะเป็นเจ้าของอยู่ด้วยตัวทรัพย์สินส่วนกลางอยู่ในการดำเนินการและดูแลรักษาโดยนิติบุคคลจัดสรร โดยก่อตั้งขึ้นเมื่อมีการเสนอขอทำการจัดสรรที่ดิน ตัวนิติบุคคลจัดสรร เรียกว่า “Association” บรรดาเจ้าของที่ดินทุกแปลงในหมู่บ้านจัดสรรนั้นจะเป็นสมาชิกทันทีที่ซื้อที่ดินในโครงการจัดสรรที่ดินนั้น

การใช้ทรัพย์สินส่วนกลาง กฎหมายไม่ได้ระบุนายละเอียดเรื่องการใช้สอยทรัพย์สินส่วนกลางผู้จัดสรรที่ดินและนิติบุคคลจัดสรรมีอิสระในการกำหนดเรื่องการใช้ทรัพย์สินส่วนกลาง แต่ถ้ามการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลางใดที่ต้องขออนุญาตต่อส่วนราชการก็ต้องขออนุญาตจากหน่วยราชการนั้น ๆ ก่อน โดยปกติทรัพย์สินส่วนกลางนี้มักจะใช้สำหรับกรณีต่อไปนี้

- (1) ถนน
- (2) สวน
- (3) สนามเทนนิส
- (4) สระว่ายน้ำ
- (5) สโมสร

ส่วนขนาดและประเภทของทรัพย์สินส่วนกลาง ตลอดจนสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ ที่ผู้จัดสรรจะสร้างขึ้นเป็นเรื่องของผู้จัดสรรแต่ละโครงการที่จะสร้างสรรค์ขึ้นมาแข่งขันกัน การดูแลรักษาทรัพย์สินส่วนกลาง กฎหมายได้กำหนดให้ทรัพย์สินส่วนกลางอยู่ในความดูแลและรักษาโดยนิติบุคคลจัดสรร ซึ่งทรัพย์สินส่วนกลางนั้นจะตกเป็นของนิติบุคคลจัดสรรเมื่อมีการแบ่งแยกที่ดินตามโครงการ

3) ข้อกำหนดการจัดการนิติบุคคลจัดสรร¹⁰⁶

แบบแผน Management Statement ของผู้จัดสรรเป็นเอกสารที่กำหนดกฎข้อบังคับในการบริหารและการจัดการนิติบุคคลจัดสรร รวมทั้งการกำหนดหนี้ หน้าที่ สิทธิประโยชน์ของสมาชิกที่จะได้รับเป็นการตอบแทนจากนิติบุคคลจัดสรรด้วย ตัว Management Statement ถือเป็นเครื่องมือ

¹⁰⁵ พิชญพร คันธอุลิส. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102. หน้า 10.

¹⁰⁶ พิชญพร คันธอุลิส. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 102. หน้า 53.

ในการที่ผู้จัดสรรที่ดินจะใช้ในการทำตามแนวความคิดในการพัฒนาที่ดินนั้น แบบแผน Management Statement นี้จะต้องยื่นให้จดทะเบียนในเวลาเดียวกันกับการจดทะเบียนแผนผังและถือเป็นส่วนหนึ่งของผังด้วย เมื่อผู้ใดยื่นขอสำเนาผังโครงการจากสำนักงานที่ดินผู้จัดสรรก็จะได้รับ Management Statement ดิคไปด้วย

4) นิติบุคคลบ้านจัดสรร (The Association)

เมื่อผู้จัดสรรที่ดินได้จดทะเบียนผังโครงการแล้วพร้อมกับเอกสาร Management Statement ผู้จัดสรรต้องมีการจัดตั้งนิติบุคคลบ้านจัดสรรทันทีและมีทรัพย์สินส่วนกลางของโครงการโอนไปเป็นของนิติบุคคลบ้านจัดสรรต่อไป ทั้งนี้นิติบุคคลบ้านจัดสรรจะเป็นผู้ดูแลรักษาดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินส่วนกลาง นิติบุคคลบ้านจัดสรรประกอบไปด้วยบุคคลที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาจากบรรดาสมาชิกที่เป็นเจ้าของที่ดินในโครงการ เรียกว่า “คณะกรรมการบริหาร” (Executive committee) ซึ่งหน้าที่ของนิติบุคคลบ้านจัดสรร อาจแตกต่างกันไปตามลักษณะของโครงการ โดยแล้วแต่ความมุ่งหมายของการทำโครงการ และตามแต่สมาชิกจะเห็นสมควร

5) องค์กรในการควบคุมดูแลและไกล่เกลี่ยข้อพิพาทของชุมชนบ้านจัดสรร¹⁰⁷

5.1) The Community Schemes Commissioner ได้รับการตั้งขึ้นโดย The Community Land Development Act 1989 ให้มีหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) ให้คำแนะนำและไกล่เกลี่ยประนอมข้อพิพาทก่อนเป็นทางการ (Commissioners advice and conciliation rule) กฎหมายได้บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะว่าเจ้าหน้าที่ (Commissioner) จะให้คำแนะนำได้ในเรื่องประเภทใดบ้าง และแก่บุคคลใดที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดินหรือผู้ที่มีส่วนร่วมในโครงการ โดยให้คำแนะนำในเรื่องต่อไปนี้

- สัญญาที่เจ้าของโครงการผูกมัดไว้ว่าจะทำการพัฒนาที่ดิน
- ข้อสัญญาหรือข้อกำหนดที่กำหนดไว้ซึ่งจะมีผลเมื่อได้ทำการจดทะเบียน (Statutory covenants)

- การให้ความยินยอมต่าง ๆ

- การแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงสัญญาที่เจ้าของให้สัญญาว่าจะดำเนินการต่าง ๆ เช่น

Development Contract เป็นต้น

- เรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินการ (Operation) การบริหาร (Administration) หรือการจัดการ

โครงการ (Management Statement)

¹⁰⁷ The Community Land Management Act 1989. section 62.

นอกจากนี้ Commissioner ยังมีอำนาจทำการประนีประนอมไกล่เกลี่ย (Compromise) เรื่องที่เกิดขึ้น เพื่อยุติปัญหาในเบื้องต้นก่อนที่จะลุกลามกลายเป็นข้อพิพาท (Conflict) อย่างเป็นทางการ โดย Commissioner สามารถมีอำนาจออกคำสั่งชั่วคราวในปัญหาแวดล้อมที่ถือว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนจากการที่กฎหมายได้จำกัดขอบเขตการให้คำแนะนำของเจ้าหน้าที่นั้น ก็เพื่อมิให้ขัดกับหลักอีกประการหนึ่งของ Commissioner ก็คือการตัดสินชี้ขาดในประเด็นข้อพิพาท เมื่อมีการยื่นคำขอเข้ามาอย่างเป็นทางการให้ดำเนินการเกี่ยวกับข้อพิพาท

(2) วินิจฉัยและออกคำสั่งยุติข้อพิพาทอย่างเป็นทางการ

- ผู้มีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์

1. นิติบุคคลบ้านจัดสรรหรือนิติบุคคลอาคารชุด
2. ผู้จัดการ โครงการ
3. เจ้าของที่ดินแปลงที่จะนำไปจัดสรรหรือที่จะนำไปทำอาคารชุด
4. บุคคลที่มีสิทธิหรือมีส่วนได้เสียเกี่ยวกับที่ดินหรือครอบครองที่ดินนั้นอยู่

- กระบวนการในการดำเนินการเกี่ยวกับคำร้องทุกข์ ถ้าหากมีการรับคำขอหรือร้องทุกข์แล้ว

Commissioner ต้องแจ้งรายละเอียดในการบันทึก ดังนี้

1. พิจารณาว่าเรื่องที่ยื่นนั้นมีคำร้องทุกข์หรือคำขอ (Request)
2. เหตุผลสนับสนุนข้ออ้างที่ทำให้เกิดกรณีตามคำร้องทุกข์
3. คำขอของผู้อื่นที่จะให้ดำเนินการประการใด

- อำนาจในการสอบสวน (Investigate) เกี่ยวกับคำขอหรือคำร้องทุกข์ เจ้าหน้าที่อาจทำการสอบสวนตามคำร้องเรียนเพื่อให้มีการออกคำสั่งที่เห็นว่าสมควรหรืออาจปฏิเสธไม่ดำเนินการใด ๆ เกี่ยวกับคำขออนุญาตว่าจะได้มีการให้ข้อมูลเพิ่มเติม ซึ่งในการดำเนินการ Commissioner จะมอบหมายให้ผู้อื่นกระทำแทนเพื่อการออกคำสั่งในการสอบสวน Commissioner มีอำนาจดังนี้

1. เข้าไปยังทรัพย์สินส่วนกลางหรือของนิติบุคคลบ้านจัดสรร
2. เข้าไปยังที่ดินเป็นแปลงที่จะพัฒนาเพื่อการจัดสรร
3. เข้าไปยังที่ดินซึ่งตาม โครงการจะใช้ทำเป็นบ้านพักอาศัยหรือเป็นอาคารชุด

แต่ Commissioner ไม่มีสิทธิเข้าไปในเคหะสถานเว้นแต่ว่าผู้ครอบครองสถานที่นั้นยินยอม

2.6.3 หลักเกณฑ์การจัดสรรที่ดินตามกฎหมายประเทศสหรัฐอเมริกา¹⁰⁸

ประเทศสหรัฐอเมริกาแม้จะเป็นประเทศที่ใช้กฎหมายแบบระบบจารีตประเพณี¹⁰⁹ (Common Law) เป็นหลัก แต่มิได้หมายความว่าจะไม่มีการร่างกฎหมายแบบระบบประมวลกฎหมาย (Civil Law) ขึ้นใช้เลย ซึ่งในสภาพความเป็นจริงแล้วในทุกประเทศทั่วโลกต่างก็ใช้ระบบกฎหมายทั้งสองระบบผสมผสานกันไป โดยในประเทศสหรัฐอเมริกามีกฎหมายในเรื่องเดียวกันในระดับประเทศ และกฎหมายของท้องถิ่นระดับมลรัฐใช้บังคับ ซึ่งแต่ละมลรัฐก็จะมีกฎหมายที่แตกต่างกันไป จึงเห็นควรศึกษาถึงรูปแบบกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อนำมาเปรียบเทียบในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ ดังนี้

1) การควบคุมการจัดสรรที่ดิน

กฎหมายที่มีความสำคัญและอิทธิพลต่อการวางแผนการใช้ประโยชน์ที่ดินของชุมชนเมือง ได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกข้อบัญญัติมาตรฐานการกำหนดเขตการใช้ที่ดินมลรัฐ ค.ศ. 1926 [Standard state Zoning Enabling Act (1926)] ซึ่งต่อไปจะขอเรียกว่า SZEA และพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกข้อบัญญัติมาตรฐานการวางแผนผังของมลรัฐ ค.ศ. 1928 [Standard City Planning Enabling Act (1928)] ซึ่งต่อไปจะขอเรียกว่า SPEA กฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวใช้สำหรับการออกข้อบัญญัติของชุมชนในมลรัฐต่าง ๆ เกี่ยวกับการกำหนดเขตและการวางแผนผังเพื่อเป็นมาตรฐานในการวางแผนใช้สอยที่ดินของมลรัฐ

โดยใน ค.ศ. 1920 (พ.ศ. 2463) กระทรวงพาณิชย์ของประเทศสหรัฐอเมริกา (Department of Commerce) ได้มีการจัดทำร่างกฎหมายการวางแผนการใช้ที่ดิน โดยกำหนดออกเป็น 2 รูปแบบเพื่อเตรียมกร่างเพื่อเป็นกฎหมายภายใต้การกำกับดูแลของนายเฮอเบิร์ต ฮูเวอร์ เลขาธิการของกระทรวงพาณิชย์ประเทศสหรัฐอเมริกา ต่อมาใน ค.ศ. 1922 (พ.ศ. 2465) จึงได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการออกข้อบัญญัติมาตรฐานการกำหนดเขตการใช้ที่ดินมลรัฐ ค.ศ. 1922

¹⁰⁸ สุคาร์ตัน บุญสร้าง. (2551). *ปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 : กรณีศึกษาว่าด้วยการหลีกเลี่ยงไม่ขออนุญาตจัดสรรที่ดิน*. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต. หน้า 79.

¹⁰⁹ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (อังกฤษ: Common law) เป็นกฎหมายซึ่งพัฒนาขึ้นโดยผู้พิพากษาผ่านการตัดสินใจคดีความของศาล และศาลชั้นอุทธรณ์อื่น ๆ มากกว่าผ่านทางพระราชบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือการดำเนินการของฝ่ายบริหาร เป็นระบบกฎหมายซึ่งให้น้ำหนักในการปฏิบัติตามคำพิพากษาที่มีมาก่อนเป็นอย่างมาก บนแนวคิดซึ่งเชื่อว่าจะเป็นการยุติธรรม หากตัดสินดำเนินคดีต่อข้อเท็จจริงที่คล้ายคลึงกันในโอกาสที่ต่างกัน ทำให้การตัดสินคดีตาม "คอมมอนลอว์" ผูกมัดการตัดสินคดีในอนาคตตามไปด้วย

(พ.ศ. 2465) ต่อมาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในบางประเด็น และยกร่างใหม่และประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้อีกครั้งใน ค.ศ. 1926 (พ.ศ. 2469) ถัดมาอีก 2 ปี ได้มีการยกร่างและประกาศพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกข้อบัญญัติมาตรฐานการวางแผนผังของมลรัฐ ค.ศ. 1928 กฎหมาย SZA เป็นกฎหมายที่ใช้อำนาจองค์กรท้องถิ่นของรัฐบาลในการออกข้อกำหนดหรือบัญญัติต่าง ๆ เพื่อควบคุมการใช้สอยที่ดิน เกี่ยวกับขนาดที่ดินหรือ พื้นที่ก่อนการก่อสร้าง และการควบคุมปริมาณของพื้นที่ให้อยู่รวมกันเป็นกลุ่ม หรือควบคุมอาคารที่กระจัดกระจาย การควบคุมความสูงของอาคาร และอาคารที่อยู่ในชุมชนที่มีการใช้อย่างหลากหลายเพื่อควบคุมให้เป็นไปตามกฎหมาย ในการออกกฎหมายมีคณะกรรมการปรับปรุงและกำหนดเงื่อนไขมอบหมายแก่ตัวแทนเพื่อดำเนินการตามข้อบัญญัติ

การควบคุมการใช้ที่ดินได้ถูกกำหนดให้ชัดเจนขึ้น โดยการออกกฎหมาย SPEA โดยอำนาจรัฐบาลท้องถิ่น (Local Government) เพื่อให้มีอำนาจในการควบคุมการใช้ที่ดินแปลงต่าง ๆ ซึ่งมีที่มาจากจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติของท้องถิ่นในศตวรรษที่ 19 ซึ่งได้รวบรวมบันทึกไว้และบัญญัติขึ้นเป็นข้อบังคับ (Regulation) เกี่ยวกับพื้นที่ที่ได้มีการสำรวจและจัดแผนผังที่ดินของเอกชนแบ่งออกเป็นแปลง ๆ ก่อนการขายซึ่งได้มีการรวบรวมข้อมูลขึ้นอย่างไม่ซ้ำซ้อนและนำไปลงทะเบียนไว้

ในการควบคุมการใช้สอยที่ดินนี้ ได้มีแนวคิดในการแบ่งแยกอำนาจการควบคุมเกิดขึ้น ด้วยการมอบหมายให้ตัวแทนมีอำนาจในการวางแผนที่ดินโดยการนำบรรทัดฐานของการวางแผนที่อยู่ในแฟ้มเอกสารที่รวบรวมไว้มาพิจารณาก่อนที่จะอนุญาตใช้แผนผังของการแบ่งแยกที่ดินอย่างไรก็ตามตัวแทนที่ได้รับมอบหมายอาจออกข้อกำหนดสำหรับถนนและบริการหรือสิ่งอำนวยความสะดวกต่าง ๆ เพื่อวัตถุประสงค์ให้เกิดความกลมกลืนของระบบถนนของพื้นที่ในชุมชน

2) สารสำคัญของพระราชบัญญัติว่าด้วยการออกข้อบัญญัติมาตรฐานการกำหนดเขตการใช้ที่ดินมลรัฐ ค.ศ. 1926

กฎหมายฉบับนี้ได้มีการแก้ไขด้วยเหตุดังกล่าวมาใน ค.ศ.1926 โดยมีชื่อว่า The standard Zoning Enabling Act. (1926) มีฐานะเป็นพระราชบัญญัติ มีเจตนารมณ์ในการควบคุมการออกพระราชบัญญัติ ข้อกำหนด ระเบียบ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขององค์กรท้องถิ่นระดับเทศบาล เพื่อใช้บังคับแก่ชุมชนในเขตเทศบาลเพื่อควบคุมการใช้สอยที่ดินและอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างอย่างมีระบบและเป็นไปตามสุนทรียภาพ และไม่ให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญ เพื่อความปลอดภัย อนามัย ศิลธรรม หรือสวัสดิภาพของชุมชน ซึ่งมลรัฐต่าง ๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาจะต้องปฏิบัติตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของพระราชบัญญัติ SZA เจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้บัญญัติขึ้นเพื่อส่งเสริมการอนามัย ความปลอดภัย ศิลธรรม หรือ

สวัสดิภาพของชุมชนเพื่อออกข้อกำหนดของเมืองทั้งหลายซึ่งประกอบด้วยหมู่บ้านหลายแห่งเข้าด้วยกัน โดยมอบอำนาจให้ออกข้อกำหนดการจำกัดเกี่ยวกับความสูง จำนวนของชั้น และขนาดอาคาร และสิ่งปลูกสร้างอื่น ปริมาณของการครอบครองและการใช้ประโยชน์ที่ดินของแต่ละแปลง ขนาดของสนาม สนามกีฬา และ พื้นที่ว่างเปล่าอื่น ๆ การควบคุมปริมาณความหนาแน่นของประชากร ตำแหน่งและที่ตั้งการใช้อาคารและสิ่งปลูกสร้าง รวมทั้งการใช้ที่ดินเพื่อการพาณิชย์ อุตสาหกรรมที่อยู่อาศัย และเพื่อการอย่างอื่น (SECTION 1. Giant of Power. For the purpose of promoting health, safety, morals, or the general welfare of the community, the legislative body of cities and incorporated villages is hereby empowered to regulated and restrict the height, number of stories, and size of buildings and other structures, the percentage of that may be occupied, the size of yards, courts, and other open spaces, the density of population, and the location and use of buildings, structures, and land for trade. Industry, residence, or other purposes)

2.1) ขอบเขตของกฎหมาย

ขอบเขตอำนาจตามพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่าสภานิติบัญญัติแห่งมลรัฐอาจมอบอำนาจให้องค์กรท้องถิ่น ได้แก่ เทศบาลนครเป็นผู้ออกข้อบัญญัติระเบียบ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับจำนวน ขนาด ตำแหน่งของพื้นที่ที่ตั้ง การกำหนดเขตการใช้สอยที่ดินอาคาร การก่อสร้างอาคาร สิ่งปลูกสร้างต่าง ๆ ซึ่งข้อบัญญัติ ระเบียบ กฎเกณฑ์ต่าง ๆ จะมีรูปแบบตามชนิดหรือประเภทของอาคารในแต่ละเขต ซึ่งอาจแตกต่างกันในแต่ละเขต

2.2) วัตถุประสงค์ของกฎหมาย

วัตถุประสงค์ของกฎหมาย กำหนดไว้ในมาตรา 3 ซึ่งกำหนดให้ครอบคลุมรูปแบบการควบคุมความหนาแน่นของการจราจร ความปลอดภัยเกี่ยวกับอัคคีภัย ความหวาดกลัวและอันตรายต่าง ๆ โดยจะต้องไม่ขัดแย้งต่อประโยชน์ของสาธารณะ (Public benefit) นอกจากนี้ยังเป็นบทบัญญัติส่งเสริมเกี่ยวกับการอนามัย และความหนาแน่นของประชากร การขนส่ง การประปา น้ำเสีย โรงเรือน ที่จอดรถ และบริการสาธารณะอื่น ๆ

2.3) วิธีการและขั้นตอนการออกข้อบัญญัติท้องถิ่น

ในการออกข้อกำหนด ระเบียบ กฎเกณฑ์ เพื่อจำกัดและควบคุมการใช้ที่ดินและอาคารในพื้นที่ของเทศบาลตามมาตรา 4 กำหนดให้การออกข้อกำหนด ระเบียบ กฎเกณฑ์ จะต้องคำนึงถึงธรรมเนียมแห่งท้องถิ่นของแต่ละแห่ง และการกำหนดแนวเขตตามข้อกำหนดจะต้องกระทำโดยชัดเจน การก่อตั้งหรือบังคับการตามข้อบัญญัติ ระเบียบ กฎเกณฑ์ ต้องมีความชัดเจนเช่นกัน นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือเปลี่ยนแปลง ระเบียบ ข้อกำหนด การกำหนดแนวเขตจะมีผลบังคับต่อเมื่อได้มีการรับฟังประชามติในเรื่องที่เกี่ยวข้องนั้นแล้ว ซึ่งจะต้องแถลงแก่

ประชาชนไม่น้อยกว่า 15 วัน ก่อนการรับฟังประชาคมติ เพื่อให้โอกาสประชาชนทั่วไปและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียร่วมพิจารณา และให้โฆษณาประชาคมติหรือกระทำการใด ๆ เพื่อให้ประชาคมนั้นได้เปิดเผยต่อสาธารณชนในเขตเทศบาลนั้น ๆ

3) ความหมายของการจัดสรรที่ดิน

การจัดสรรที่ดิน คือการดำเนินการแบ่งที่ดินแปลงใหญ่ออกเป็นแปลงเล็กหลาย ๆ แปลง ซึ่งเป็นการดำเนินการที่เรียบง่ายและตรงไปตรงมา เกิดขึ้นในประเทศสหรัฐอเมริกาและถูกควบคุมมาตั้งแต่เริ่มต้น โดยปกติความประสงค์ของการแบ่งแยกแปลงที่ดินก็เพื่อเปิดโอกาสให้มีการโอนย้ายที่ดินแปลงเล็กที่แบ่งแยกแล้วไปให้คนอื่น ๆ นอกเหนือจากเจ้าของที่ดินแปลงเดิม นอกจากนี้การแบ่งแยกยังได้ดำเนินการเพื่อความประสงค์ของการเปิดโอกาสให้เกิดการพัฒนา เช่น ที่อยู่อาศัย พาณิชยกรรมหรืออุตสาหกรรม การใช้ที่ดินและอาคารเพื่อประโยชน์ของสาธารณะ หรือส่วนบุคคลเกิดขึ้น สิ่งที่ต้องการหรือความมุ่งหมายของการแบ่งแยกแปลงที่ดินก็คือการเปลี่ยนแปลงสถานภาพเดิมของแปลงที่ดิน ความประสงค์สำหรับการแบ่งแยกยังมีอีก ตัวอย่างเช่น การโอนกรรมสิทธิ์ในการเป็นเจ้าของซึ่งยังคงใช้ประโยชน์เช่นเดิมต่อไปอีก (เช่น การขายที่นาให้แก่ชาวนาคนอื่น) การซื้อที่ดินเพิ่มเติมโดยผู้ประสงค์จะเพิ่มเนื้อที่ดินเพื่อที่จะสงวนรักษาลักษณะที่เปิดโล่งซึ่งเดิมเป็นการแบ่งแยกที่ดินในระหว่างผู้รับมรดก แต่ความประสงค์เหล่านี้มีจำนวนน้อย เมื่อพิจารณาถึงเจตนาส่วนใหญ่ของการแบ่งแยกแปลงที่ดิน

4) ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดิน

4.1) เนื้อหาที่ควบคุม

ในด้านการออกแบบผังบริเวณและความสัมพันธ์กับบริเวณข้างเคียง ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินโดยทั่วไปมุ่งที่จะสร้างหลักประกันว่าการแบ่งแยกนั้นสอดคล้องและเหมาะสมสัมพันธ์กับบริเวณโดยรอบ ตามปกติแล้วมักจะกำหนดให้การจัดสรรที่ดินสอดคล้องกับผังเมืองรวมของบริเวณนั้น ๆ การควบคุมมีเจตนาเพื่อสร้างความมั่นใจว่าสาธารณูปโภค (เช่น ถนนในท้องถนน ท่อระบายน้ำ และการบำบัดน้ำเสีย) เชื่อมต่อเข้ากับของเดิมที่มีอยู่แล้วหรือของใหม่ที่วางแผนไว้ สำหรับทรัพย์สินที่อยู่ข้างเคียง นอกจากนี้การควบคุมยังมีเจตนาเพื่อสร้างความมั่นใจว่าตัวโครงการจัดสรรที่ดินเองมีความสัมพันธ์กับที่ตั้งโครงการและจะสามารถทำงานได้อย่างมีประสิทธิภาพ ความกว้างของถนน ความยาวของบล็อก ขนาดของแปลงที่ดิน และการออกแบบบริเวณด้านหน้าที่ดินตามแนวถนนสายหลัก เป็นเนื้อหาสาระที่มักจะถูกควบคุมตามปกติ

ในด้านการแบ่งสรรค่าใช้จ่ายในการก่อสร้างสิ่งอำนวยความสะดวก ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินอาจกำหนดวิธีการ (Provisions) ที่มีประสิทธิภาพในการแบ่งสรรค่าใช้จ่ายของสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะระหว่างผู้จัดสรรกับผู้เสียภาษีในท้องถิ่น โดยปกติข้อบัญญัติ

กำหนดให้ผู้จัดสรรอูทิสที่ดินสำหรับถนน และติดตั้งสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะต่าง ๆ เพื่อให้บริการแก่การพัฒนาที่เกิดขึ้น โดยเป็นผู้รับภาระค่าใช้จ่ายทั้งหมด สิ่งเหล่านี้รวมถึงถนน ทางเดินเท้าข้างถนน ท่อระบายน้ำฝนและน้ำทิ้ง และไฟส่องสว่างถนน นอกจากนี้ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินยังได้กำหนดให้ผู้จัดสรรต้องอูทิสที่ดินสำหรับสวนสาธารณะและบางครั้งที่ดินสำหรับสร้างโรงเรียนมากขึ้นตามลำดับ หรือไม่ก็จ่ายเป็นเงินสดแทนการอูทิสที่ดิน ข้อบัญญัติบางครั้งยังคงกำหนดให้จ่ายค่าธรรมเนียมเพื่อนำไปใช้เป็นค่าใช้จ่ายหลักของภาครัฐ เช่น การก่อสร้างโรงงานและอุปกรณ์บำบัดน้ำเสีย เป็นต้น

4.2) การบริหาร

ข้อบัญญัติจัดสรรที่ดินมุ่งแสวงหากระบวนการบริหารที่ทันสมัยมากขึ้นกว่าที่ใช้ในการบริหารการควบคุมย่านตามปกติ แทนที่จะอธิบายหรือให้แนวทางตำแหน่งที่ตั้งของแปลงที่ดินในอนาคตอย่างแน่นอน ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินจะกำหนดมาตรฐานการออกแบบโดยทั่วไปมากกว่า โดยอ้างอิงกับผังเมืองท้องถิ่น คณะกรรมการผังเมืองท้องถิ่นหรือหน่วยงานที่ควบคุมเป็นผู้ใช้มาตรฐานนี้ในเวลาทำการพิจารณาตรวจสอบแผนผังเบื้องต้นและแผนผังฉบับสมบูรณ์ที่ยื่น โดยเจ้าของโครงการจัดสรรที่ดิน

4.3) ความสัมพันธ์ระหว่างการควบคุมย่านกับการควบคุมการจัดสรรที่ดิน

ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินนำไปใช้ควบคุมการพัฒนาที่ดินของภาคเอกชน เช่นเดียวกับข้อบัญญัติควบคุมย่าน ประชาชนทั่วไปหรือแม้กระทั่งนักผังเมืองและนักกฎหมายมักจะคิดว่าข้อบัญญัติทั้งสองคล้ายคลึงกันหรือมีความแตกต่างจากข้อบัญญัติควบคุมย่านดังนี้ โดยทั่วไปข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินประกอบด้วยกฎ (Rules) และมาตรฐาน (Standards) ที่นำไปใช้เพื่อเปลี่ยนแปลงที่ไร่หรือที่ดินที่รกร้างว่างเปล่าไปเป็นแปลงและผืนที่ดินสำหรับการพัฒนาเป็นชุมชนเมือง กฎและมาตรฐานนี้เกี่ยวข้องกับขนาดและรูปร่างของแปลงและบล็อก และความกว้างและความยาวของถนน นอกจากนี้ข้อบัญญัติยังประกอบด้วยมาตรฐานสำหรับการก่อสร้างถนน ขอบทางเท้า รางระบายน้ำ ท่อระบายน้ำเสีย ท่อประปาหลัก และทางเดินเท้าข้างถนน

ส่วนข้อบัญญัติควบคุมย่าน (Zoning Ordinance) แบ่งแยกพื้นที่เมืองหรือเคาน์ตีออกเป็นย่านสำหรับการใช้ประโยชน์ที่ดินหลาย ๆ ประเภท เช่น ที่อยู่อาศัย (Residential) พาณิชยกรรม (Commercial) และอุตสาหกรรม (Industrial) และกำหนดหรือออกข้อบังคับว่าที่ดินหรืออาคารอาจใช้ประโยชน์อย่างไร ยิ่งไปกว่านี้ข้อบัญญัติควบคุมย่านยังระบุความสัมพันธ์ทางพื้นที่ (Spatial) ระหว่างที่ดินและการวางตำแหน่งของอาคารบนที่ดิน ตัวอย่างเช่น ขนาดของสนามและที่เปิดโล่งที่จะต้องล้อมรอบอาคาร

4.4) ความสนใจของฝ่ายต่าง ๆ ในการจัดสรรที่ดิน

ภาคเอกชนมักจะเป็นฝ่ายริเริ่มโครงการจัดสรรที่ดินเพื่อแสวงหากำไรและผลประโยชน์ทางธุรกิจ ในขณะที่ภาครัฐจะเป็นผู้ออกกฎหมายควบคุมการจัดสรรที่ดินเพื่อให้การดำเนินการได้มาตรฐานตามที่กำหนดเพื่อผลประโยชน์ของผู้ซื้อและส่วนรวม ตลอดจนป้องกันปัญหาต่าง ๆ ไม่ให้เกิดในอนาคต ความสนใจของทั้งสองฝ่ายในการจัดสรรที่ดินจึงมีความแตกต่างกัน

4.5) ความสนใจของภาคเอกชนในการจัดสรรที่ดิน

ความสนใจของภาคเอกชนในการจัดสรรที่ดินเป็นการแสวงหาที่ดินมาเพื่อหาโอกาสสำหรับการพัฒนาหรือการพัฒนาในพื้นที่ดินใหม่ (Redevelopment) ผู้ลงทุนจะพิจารณาถึงปัจจัยหลายอย่าง เช่น ความเหมาะสมของขนาดและรูปร่างของที่ดินและที่ตั้งโครงการสำหรับการใช้ประโยชน์ที่ดินที่ประสงค์จะพัฒนา (เช่น ที่อยู่อาศัย พาณิชยกรรม และอุตสาหกรรม) ตำแหน่งที่ตั้งของที่ดิน และระยะห่างจากบริการสาธารณะที่จำเป็น (เช่น ประปา ท่อระบายน้ำเสีย ถนน การดับเพลิง โรงเรียน และสวนสาธารณะ) ความสะดวกสบายและสวยงามตามธรรมชาติ (Natural Amenities) ความยากง่ายในการพัฒนา การปรับปรุงที่จำเป็นเพื่อให้ที่ตั้งโครงการใช้งานได้ ข้อบัญญัติของท้องถิ่น การออกแบบภายในที่ตั้งโครงการ ความสัมพันธ์กับการใช้ประโยชน์ที่ดินที่มีอยู่ในปัจจุบันหรือที่มีแนวโน้มของทรัพย์สินที่อยู่ข้างเคียง การเขียนข้อตกลงระบุข้อจำกัดหรือกติกาก

สำหรับการพัฒนาหรือการใช้ประโยชน์ของที่ดิน ช่วงเวลาและความเป็นไปได้ทางด้านการตลาดที่สัมพันธ์กับค่าใช้จ่ายเริ่มแรก ค่าใช้จ่ายในการปรับปรุง แนวโน้มของราคาขายเมื่อเปรียบเทียบกับราคาในตลาดทั้งหมด ศักยภาพหรือโอกาสสำหรับการจัดสรรที่ดินที่จะประสบความสำเร็จขึ้นอยู่กับปัจจัยที่กล่าวถึงข้างต้นทั้งหมดนี้ และคุณภาพของการออกแบบวางผังบริเวณโครงการเอง ปัจจัยแต่ละอันจะมีความสำคัญแตกต่างกันตามลักษณะของการใช้ที่ดินที่เสนอในโครงการ ตัวอย่างเช่น การจัดสรรที่ดินเพื่อพาณิชยกรรมและอุตสาหกรรมจะขึ้นอยู่กับความสะดวกในการเข้าถึงการคมนาคมขนส่ง ในขณะที่การจัดสรรที่ดินเพื่อการอยู่อาศัยจะถูกกระทบอย่างมากจากระยะห่างของที่ตั้งโครงการจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติ รวมทั้งจากโรงเรียนและสวนสาธารณะที่มีคุณภาพ

4.6) ความสนใจของภาครัฐในการจัดสรรที่ดิน

เมื่อมีการเสนอโครงการจัดสรรที่ดิน รัฐบาลท้องถิ่นมีหน้าที่รับผิดชอบการพิจารณาตรวจสอบโครงการ ซึ่งมีปัจจัยหลายอย่างที่จะต้องพิจารณา รัฐบาลท้องถิ่นต้องพยายามสร้างหลักประกันว่าโครงการพัฒนาที่เสนอนั้นสอดคล้องและเข้ากันได้กับบริเวณ โดยรอบหน่วยงานพิจารณาตรวจสอบจำเป็นต้องพิจารณาเรื่องต่อไปนี้เป็นต้นคือ ถนนสายหลักได้แนวกับ (Align) ถนนที่มีอยู่

ในปัจจุบันหรือถนนโครงการที่อยู่ข้างเคียงกับที่ตั้งโครงการหรือไม่ ท่อสาธารณูปโภคใช้ขนาดที่เหมาะสมและเข้ากับระบบของชุมชนหรือไม่ การระบายน้ำหรืออันตรายจากภัยธรรมชาติอื่น ๆ จะไม่สร้างปัญหาต่อทรัพย์สินที่อยู่ข้างเคียงหรือต่อผู้อยู่อาศัยในอนาคตในโครงการการจัดสรรที่ดิน การก่อสร้างสาธารณูปการเพียงพอที่จะให้บริการตามโครงการและคุณภาพของการก่อสร้างดีพอหรือไม่ เพื่อลดค่าใช้จ่ายของภาครัฐในการบำรุงรักษาอนาคต ความสวยงามตามธรรมชาติของสภาพภูมิประเทศ จะได้รับการสงวนรักษาหรือไม่ ขนาดและรูปร่างของแปลงที่ดินและบล็อกนั้น สอดคล้องกับการใช้ประโยชน์ที่เสนอในโครงการ และเป็นไปตามการควบคุมย่านและข้อจำกัดในการใช้ประโยชน์ที่ดิน การจัดสรรที่ดินจะได้รับการโดยสาธารณูปโภค สาธารณูปการที่จำเป็นหรือไม่ และระยะเวลานั้นจะต้องจัดช่วงให้สัมพันธ์กับความสามารถของชุมชนในการจัดหาบริการธรรมชาติของการวางผังบริเวณนั้น สอดคล้องกับชุมชนย่อยและชุมชนใหญ่หรือไม่ การออกแบบของการจัดสรรที่ดินสร้างความปลอดภัยที่มากที่สุดสำหรับผู้อยู่อาศัยในอนาคตหรือไม่ ทั้งหมดนี้เกือบจะสะท้อนปัจจัยอันเดียวกันที่ผู้ลงทุน (Developer) ควรให้ความสนใจ นอกจากนี้ยังมีคำถามอีกเช่น อะไรที่ประกอบกันขึ้นเป็นข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดีหรืออะไรคือสิ่งที่เหมาะสมที่ภาครัฐควรสนใจ หรืออะไรคือการออกแบบการจัดสรรที่ดี ทำไมจึงยังมีการออกแบบที่ไม่ดี และการจัดสรรที่ดินที่กระจุกกระจายในพื้นที่ชานเมือง อาจมีผู้สงสัยว่าทำไมสาธารณูปการไม่คอยเพียงพอกับความต้องการที่เกิดขึ้น ทำไมราคาค่าใช้จ่ายในการพัฒนาหรือบำรุงรักษา ถนน สาธารณะและระบบสาธารณูปการจึงมีราคาสูง ถ้าหน่วยการปกครองท้องถิ่นจะต้องควบคุมรูปแบบของการพัฒนาทำไมรูปแบบการพัฒนาที่ไม่ดีดังกล่าวจึงยังคงเกิดขึ้น

5) บริบทของข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดิน

โดยทฤษฎีแล้วชุมชนจะเป็นผู้กำหนดความมุ่งหมายและวัตถุประสงค์เพื่อการพัฒนาในอนาคตแสดงออกในรูปของแนวทางแนะนำ (Guide) เรียกชื่อว่า ผังเมืองรวม (Comprehensive plan General plan หรือ Master plan) หลังจากนั้นก็สร้างเครื่องมือเพื่อนำผังเมืองไปปฏิบัติสิ่งเหล่านี้แทบจะไม่เกิดขึ้นในอดีต บรรทัดฐาน (Norm) กลับกลายเป็นเรื่องตรงกันข้าม เครื่องมือในการควบคุมส่วนใหญ่สร้างขึ้นโดยมีพื้นฐานอยู่ในแบบจำลองสำเร็จรูปที่จัดทำมาให้โดยสำนักงานผู้ประกอบวิชาชีพหรือใช้ตัวอย่างจากชุมชนอื่น หรือเป็นคำสั่งจากหน่วยงานของมลรัฐส่วนใหญ่การเขียนข้อบัญญัติควบคุมการพัฒนาชุมชนมักถือว่าเป็นการทำงานที่เป็นอิสระหรือเอกเทศ เครื่องมือควบคุมควรได้รับการตรวจสอบกับความมุ่งหมายของชุมชน และข้อบัญญัติควบคุมการพัฒนาอื่น ๆ เพื่อให้เกิดการสนับสนุนและส่งเสริมซึ่งกันและกัน

แนวโน้มในปัจจุบันประชาชนและชุมชนจำนวนมากเริ่มจะสงสัยการพัฒนาที่เกิดขึ้นว่ามีค่าใช้จ่ายสูงเท่าไร ใครเป็นผู้จ่ายให้ และจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างไร เมื่อราคาที่อยู่อาศัย

สูงขึ้นจนถึงจุดที่ผู้มีรายได้น้อยรวมถึงผู้มีรายได้ปานกลางไม่สามารถซื้อได้ ความจำเป็นที่จะต้องประสานงานระหว่างผังเมือง และเครื่องมือที่ใช้ควบคุมก็เริ่มปรากฏให้ทุกคนเห็น แต่ละชุมชนต้องมีแนวความคิดว่าอะไรคือสิ่งที่แสวงหา แต่ละอย่างเชื่อมโยงกันอย่างไร และอะไรคือสิ่งที่ต้องการจะอนุรักษ์และบรรลุเมื่อการพัฒนาเกิดขึ้น นักสิ่งแวดล้อม ผู้สร้างบ้าน นักผังเมืองสถาปนิก ผู้เชี่ยวชาญทางการเงิน ผู้นำทางการเมือง และประชาชนส่วนใหญ่เริ่มจะตระหนักถึงข้อบกพร่องของการควบคุมการพัฒนาในปัจจุบันและอดีต ข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินจะไม่ประสบความสำเร็จในการยกระดับสภาพแวดล้อมของที่อยู่อาศัยนอกจากชุมชนจะพัฒนาแผนการให้บริการที่จำเป็นและหลังจากนั้นทำการประเมินโครงการจัดสรรที่ดินแต่ละโครงการกับแผนนี้ ในฐานะที่เป็นส่วนประกอบพื้นฐานที่ผสมผสานของกระบวนการวางแผน การอนุมัติโครงการจัดสรรที่ดินจะต้องรวมการพิจารณาถึงองค์ประกอบพื้นฐานต่างๆ ของนโยบาย แผน และมาตรฐานของชุมชน แผนผังและนโยบายที่สำคัญในบริบทของการจัดสรรที่ดินได้แก่

5.1) แผนผังน้ำประปาและการระบายน้ำเสียซึ่งกำหนดขอบเขตของการบริการ ขนาดมาตรฐาน ตำแหน่งที่ตั้งและช่วงระยะของโรงงานบำบัด และแนวเส้นทางที่จะให้บริการแก่พื้นที่ แผนผังนี้ควรตั้งอยู่บนฐานของรูปแบบการใช้ที่ดินสำหรับการเติบโตในอนาคตตามที่ประสงค์ค่าใช้จ่ายของการเริ่มบริการ และค่าใช้จ่ายในการเปิดดำเนินการที่จะมีอย่างต่อเนื่องสำหรับชุมชน

5.2) แผนผังสวนสาธารณะและที่เปิดโล่งที่ระบุตำแหน่งที่ตั้งและมาตรฐานสำหรับสวนสาธารณะและบริเวณพักผ่อนหย่อนใจที่จะให้บริการแก่การเติบโตในอนาคต บริเวณที่เปิดโล่งตามธรรมชาติซึ่งจะต้องสงวนรักษา

5.3) แผนผังสิ่งแวดล้อมที่ระบุบริเวณวิกฤต (Critical areas) ซึ่งควรจะได้รับการศึกษาจากการพัฒนาบริเวณดังกล่าวรวมถึงพื้นที่อันตราย (Hazardous areas) เช่น พื้นที่น้ำท่วม ที่ลาดชัน บริเวณที่มีปัญหาทางภูมิศาสตร์ของชั้นใต้ดิน บริเวณที่หินหรือดินพังทลาย หรือเคลื่อนตัวบริเวณที่มีลมพัดแรง เป็นต้น บริเวณที่อ่อนไหว (Sensitive areas) เช่น บริเวณพื้นที่ดินมีน้ำใต้ดิน (Aquifer recharge) บริเวณที่มีความสำคัญทางประวัติศาสตร์ บริเวณที่มีพืชพรรณหายาก บริเวณที่อยู่อาศัยของสัตว์ป่า บริเวณที่มีทรัพยากรแร่ธาตุ และบริเวณที่มีความสำคัญต่อฐานเศรษฐกิจของชุมชน เช่น ที่ดินเกษตรกรรม ป่าไม้ บริเวณที่พักผ่อนหย่อนใจ ที่ส่งเสริมความมั่นคงทางด้านเศรษฐกิจของเมือง

5.4) แผนผังถนนและการคมนาคมขนส่งซึ่งระบุตำแหน่งที่ตั้ง ความจุหรือความสามารถในการรองรับและลักษณะธรรมชาติของระบบซึ่งรวมถึงรถยนต์ การคมนาคมขนส่งสาธารณะ รถจักรยานและทางเดินเท้า ผลกระทบต่อการใช้ที่ดินปัจจุบันและที่จะเกิดขึ้นเป็นองค์ประกอบ

พื้นฐานที่วิกฤตในการพัฒนาแผนผังนี้ เมื่อมีความสัมพันธ์กับการพัฒนาชุมชนและการพัฒนาใหม่ในพื้นที่เก่า (Redevelopment)

5.5) แผนผังสิ่งอำนวยความสะดวกสำหรับโรงเรียนที่ระบุมาตรฐานสำหรับขนาดของโรงเรียน (จำนวนนักเรียน) บริเวณที่ดินที่จะพัฒนาสิ่งอำนวยความสะดวก และการพิจารณาคำแหน่งที่ตั้ง เมื่อคำนึงถึงระยะห่าง ถนน และความสัมพันธ์กับบริเวณการใช้ที่ดินอื่น ๆ

5.6) มาตรฐานของหน่วยงานสาธารณสุข สำหรับการควบคุมระบบบ่อเกรอะบ่อซึม โรงงานบำบัดน้ำเสีย ระบบบำบัดน้ำเสีย บริเวณที่บ่อน้ำและระบบบ่อเกรอะบ่อซึมที่จะไม่อนุญาตให้ก่อสร้าง

5.7) แผนการเงินที่ระบุสัดส่วนของค่าใช้จ่ายของสิ่งอำนวยความสะดวกสาธารณะและบริการที่จะต้องเรียกเก็บมาชดเชยจากการจัดสรรที่ดินใหม่

5.8) โปรแกรม (Program) การลงทุนปรับปรุงสาธารณูปโภคสาธารณูปการ (Capital improvements program) ที่บ่งชี้การพัฒนาทางกายภาพจะเกิดขึ้นที่ไหนและเมื่อไร ขนาดของการปรับปรุง และลงทุนเป็นอย่างไร ข้อบัญญัติควบคุมการพัฒนาที่นอกเหนือจากข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินที่ยังคงใช้บังคับอยู่และต้องมีการประสานงาน (Coordinate) ข้อบัญญัติควบคุมย่านสิ่งแวดล้อม อาคาร หรือการออกแบบ หรือแนวทางแนะนำที่มีผลกระทบหรือถูกกระทบโดยการวางผังบริเวณที่เป็นผลมาจากกระบวนการจัดสรรที่ดิน

รายการที่กล่าวถึงทั้งหมดข้างต้นเป็นองค์ประกอบพื้นฐาน (Elements) ของกระบวนการวางแผนในเมืองหรือเคาน์ตีควรจะทำเพื่อสร้างโปรแกรมการวางแผนและผังที่ครอบคลุม หากปราศจากการประสานงานขององค์ประกอบเหล่านี้ การบริหารข้อบัญญัติควบคุมการจัดสรรที่ดินจะไม่มีประสิทธิภาพ ซึ่งจะทำให้การพัฒนาชุมชนไม่เป็นเอกภาพ (Unity)

2.7 ที่ดินที่ใช้เพื่อบริการสาธารณะกับทฤษฎีบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในกฎหมายมหาชนมีการคิดค้น “รัฐ” ขึ้นมาเป็นผู้ดูแลรักษาประโยชน์ส่วนรวมของคนจำนวนมาก ในกรณีที่ประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชนไม่สอดคล้องกับประโยชน์ส่วนรวมของคนหมู่มากในสังคมหรือที่เรียกว่า “ประโยชน์สาธารณะ” จะต้องให้ประโยชน์สาธารณะมาก่อนหรืออยู่เหนือประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกชน

ศาสตราจารย์ ฌ็อง ริเวโร¹¹⁰ ยังได้อธิบายไว้ว่า นอกจากรัฐจะมีหน้าที่ดูแลรักษาประโยชน์ควบคุมการใช้สิทธิเสรีภาพของเอกชนแล้ว องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารยังมีอำนาจในการจัดทำกิจการที่เรียกว่า “บริการสาธารณะ” คือ การตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนที่เป็นสมาชิกของสังคมในอันที่จะได้รับบริการจากรัฐในเรื่องที่เอกชนหรือวิสาหกิจเอกชนไม่อาจตอบสนองได้ไม่ว่าจะเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะ ในด้านให้ความคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน การจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคต่าง ๆ ฯลฯ¹¹¹

ในส่วนของการจัดสรรที่ดินนั้น ที่ดินทั้งหมดซึ่งอยู่ในการจัดสรรก็เปรียบเหมือนประเทศ ๆ หนึ่ง ซึ่งมีผู้จัดสรรที่ดินทำหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหาร ที่จะต้องดูแลรักษาประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคต่าง ๆ เพื่อตอบสนองความต้องการของสังคมและปัจเจกชนนั่นก็คือบรรดาผู้ซื้อที่ดินจัดสรร การจัดทำบริการสาธารณะและสาธารณูปโภคในการจัดสรรที่ดิน จึงมีที่มาจากแนวความคิดและทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ อันเป็นแนวความคิดของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

2.7.1 ทฤษฎีบริการสาธารณะ

ในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ได้เกิดความเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ในประเทศฝรั่งเศสในเรื่องโครงสร้างทางเศรษฐกิจและสังคม อันเป็นจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม จึงทำให้ความคิดทางลัทธิกฎหมายปกครองเปลี่ยนแปลงไปด้วย และส่งผลให้ความคิดทฤษฎีอำนาจมหาชนซึ่งเป็นพื้นฐานของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสใช้ไม่ได้อีกต่อไป เนื่องจากพลเมืองมีความต้องการมากขึ้นเป็นผลให้ความคิดที่ว่า หน้าที่ของรัฐที่จะเป็นเรื่องเฉพาะทางการเมืองการปกครอง เช่น การจัดตั้งและการดำเนินการทางด้านสังคม การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและความยุติธรรมเปลี่ยนไปคือรัฐจะมีการพัฒนาหน่วยงานทางเทคนิคของรัฐเพื่อบริการด้านต่าง ๆ แก่ประชาชน เช่น การศึกษา การจำหน่ายกระแสไฟฟ้า ซึ่งกิจกรรมเหล่านี้จะมีความแตกต่างจากการดำเนินการของรัฐในสมัยก่อน และกิจกรรมเหล่านี้เรียกว่า “บริการสาธารณะ” (Service public)

1. วิวัฒนาการของทฤษฎีบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะมีมานาน นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มกันเป็นสังคม โดยในสมัยโบราณขุนนางเจ้าที่ดินต้องการหาประโยชน์จากที่ดินของตนยอมให้ประชาชนเข้ามาทำมาหากินใช้ประโยชน์ในที่ดินของตน โดยจ่ายค่าตอบแทนไม่ว่าเป็นการตอบแทนด้วยแรงงาน ภาษี ค่าเช่า และขุนนางได้สร้างสิ่งต่าง ๆ ที่ให้ผู้ใช้ประโยชน์ โดยผู้เช่าสามารถใช้ประโยชน์ได้เท่าเทียมกัน การ

¹¹⁰ ฌ็อง ริเวโร (อังกฤษ : Jean Rivro) (ค.ศ. 1910 - ค.ศ. 2001) เป็นศาสตราจารย์ด้านกฎหมายมหาชนชาวฝรั่งเศส

¹¹¹ ชาญชัย แสงศักดิ์. (2555). *คำอธิบายกฎหมายปกครอง*. (พิมพ์ครั้งที่ 19). กรุงเทพฯ : วิญญูชน. หน้า 71 - 75.

สร้างสิ่งต่าง ๆ ที่ให้ผู้เช่าใช้ประโยชน์ร่วมกันขุนนางผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว เพื่อจูงใจและอำนวยความสะดวกแก่ผู้เช่า แต่ผู้เช่าต้องจ่ายค่าตอบแทนแก่ขุนนาง โดยขุนนางต้องบำรุงรักษาสิ่งอำนวยความสะดวกเหล่านั้นให้อยู่ในสภาพดี ที่ผู้เช่าทุกคนจะสามารถใช้ประโยชน์ได้ และนอกจากนี้ผู้อยู่อาศัยในเขตอำนาจของขุนนาง จะได้รับการดูแลปกป้องคุ้มครองจากขุนนางอีกด้วย¹¹²

ต่อมาในสมัยศตวรรษที่ 11 โครงสร้างของชุมชนเปลี่ยนจากการปกครองดูแลโดยขุนนางมาเป็นชุมชนที่ปกครองดูแลกันเอง ชุมชนรวมตัวกันเป็นเมืองหรือเป็นเทศบาล เพื่อต่อต้านอำนาจของขุนนางเพื่อปกครองดูแลกันเอง รวมทั้งเพื่อดูแลจัดทำบริการสาธารณะที่เป็นผลประโยชน์ร่วมกัน อันได้แก่ กำแพงป้อม การดูแลรักษาถนนหนทาง สถานที่ที่ใช้ประโยชน์ร่วมกัน ตลาด การร่วมมือกันต่อสู้ภัยพิบัติจากธรรมชาติรวมทั้งร่วมมือกันกระทำกิจกรรมต่าง ๆ เพื่อให้ชุมชนของตนมีความกินดีอยู่ดี ซึ่งเห็นได้จากบันทึกทางประวัติศาสตร์ว่ามีการจัดทำโรงฆ่าสัตว์ สถานพยาบาล โรคเรื้อน มีการเกณฑ์แรงงานไปซ่อมถนนหรือสะพาน ซึ่งการกระทำดังกล่าวที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ผู้อาศัยร่วมกัน¹¹³

ทั้งนี้ใน ค.ศ. 1464 พระเจ้าหลุยส์ที่ 11 ได้สร้างระบบไปรษณีย์ (Post) ขึ้น โดยจัดให้มีการสร้างถนน จัดให้มีรถม้าเพื่อนำสารจากพระองค์ไปยังที่ต่าง ๆ ในราชอาณาจักรและในปลายศตวรรษที่ 15 ก็จัดให้มีตำรวจขึ้นดูแลความสงบเรียบร้อยของสังคม อีกทั้งยังมีกิจการอีกหลายประเภท ที่กษัตริย์หรือเจ้าครองนครจัดให้มีขึ้นในพื้นที่ ที่อยู่ในเขตอำนาจของตน เพื่อปกป้องดูแลประชาชน รวมทั้งเพื่ออำนวยความสะดวกสบายให้แก่ประชาชนผู้อยู่อาศัยในพื้นที่นั้น จนกระทั่ง ค.ศ. 1789 มีการปฏิบัติเพื่อล้มเลิกระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ได้มีการปรับปรุงระบบการปกครองประเทศใหม่ โดยพลเมืองเข้ามาปกครองประเทศแทนกษัตริย์ เกิดรัฐที่เป็นนิติบุคคลขึ้น และกิจการที่รัฐจะต้องจัดทำขึ้น โดยระยะแรกงานที่รัฐจะต้องจัดทำนี้มีหลายประเภท และยังไม่มีความหมายถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองทุกประเภท แต่ต่อมามีการวางกรอบความหมายเสียใหม่ ให้หมายถึงเฉพาะกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะหรือสิ่งที่รัฐจะทำให้แก่ประชาชนเป็นการตอบแทนการเสียภาษีของประชาชน¹¹⁴

การเกิดขึ้นของทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ มีวิวัฒนาการมาจากคำวินิจฉัยขององค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส ที่สร้างหลักเกณฑ์ให้เหตุผลอธิบายขยาย

¹¹² นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2543). *หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ*. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

หน้า 17.

¹¹³ เรื่องเดียวกัน.

¹¹⁴ นันทวัฒน์ บรมานันท์. *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 112. หน้า 17.

ความและสร้างทฤษฎีขึ้นมาจากการวินิจฉัยคดีปกครองที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ที่ภายหลังการปฏิวัติใน ค.ศ. 1789 ได้มีรัฐบัญญัติลงวันที่ 16 ถึง 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ห้ามศาลยุติธรรมขัดขวางการปฏิบัติงานขององค์กรฝ่ายปกครองไม่ว่าด้วยวิธีใด หรือพิจารณาคดีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองถูกฟ้องเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ ต่อมาได้มีการตรารัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1794 ออกมาขึ้นยืนยันข้อห้ามดังกล่าว และรัฐบาลในขณะนั้นออกประกาศให้รัฐมนตรี เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาข้อพิพาททางปกครองได้เป็นการทั่วไป จนถึง ค.ศ. 1799 นโปเลียน โบนาปาร์ต¹¹⁵ ได้จัดตั้งสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่สองประการ คือ ร่างกฎหมายให้กับประมุขฝ่ายบริหารกับเป็นที่ปรึกษาของฝ่ายบริหาร และในฐานะที่เป็นที่ปรึกษาฝ่ายบริหาร ทำให้สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาข้อพิพาททางปกครอง คำวินิจฉัยของสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองดังกล่าว จึงเป็นที่มาที่สำคัญประการหนึ่ง ของหลักและทฤษฎีเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ ถือว่ามีที่มาโดยตรงจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง จากความเห็นของพนักงานผู้รับผิดชอบจำนวนหรือความเห็นของศาลคดีขัดกันดังต่อไปนี้¹¹⁶

1. คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 ในคดี Blanco เป็นคำวินิจฉัยแรกที่เป็นพื้นฐานของหลักกฎหมายปกครองและอำนาจของศาลปกครอง ในคดีนี้เด็กหญิง Agnes Blanco ได้รับบาดเจ็บเนื่องจากถูกรถบรรทุกของโรงงานยาสูบชนบิดาของเด็กยื่นฟ้องผู้ว่าราชการจังหวัด ซึ่งเป็นผู้แทนของรัฐต่อศาลยุติธรรมให้รับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง ผู้ว่าราชการจังหวัดได้แย้งอำนาจการพิจารณาคดีดังกล่าวของศาลยุติธรรม

ศาลคดีขัดกันได้วางหลักกฎหมายที่สำคัญหลักหนึ่ง เป็นหลักกฎหมายที่ถือเป็นต้นกำเนิดทฤษฎีบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับบริการสาธารณะซึ่งเป็นหน้าที่ของรัฐที่จะจัดทำแล้ว หากมีข้อพิพาทจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชนความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อเอกชนจากการกระทำของบุคคลที่ทำงานในองค์กรที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแพ่ง ในระบบกฎหมายเอกชนมาใช้ได้ ความผิดดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็น

¹¹⁵ นโปเลียน โบนาปาร์ต (ฝรั่งเศส: Napoléon Bonaparte; 15 สิงหาคม 2312 - 5 พฤษภาคม 2364) เป็นนายพลในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศส ดำรงตำแหน่งกงสุลใหญ่ของฝรั่งเศส ตั้งแต่ปลาย พ.ศ. 2342 (ค.ศ. 1799) และได้กลายเป็นจักรพรรดิ ของชาวฝรั่งเศสระหว่าง พ.ศ. 2347 (ค.ศ. 1804) ถึง พ.ศ. 2357 (ค.ศ. 1814) ภายใต้พระนามว่า นโปเลียนที่ 1 ผู้ได้มีชัยและปกครองดินแดนส่วนใหญ่ของทวีปยุโรป และได้แต่งตั้งให้แม่ทัพและพี่น้องของเขาขึ้นครองบัลลังก์ในราชอาณาจักรยุโรปหลายแห่งด้วยกัน เช่น ราชอาณาจักรสเปน, เมืองเนเปิลส์ในราชอาณาจักรอิตาลี, แคว้นเวสต์ฟาเลียในราชอาณาจักรเยอรมนี, ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์ และ ราชอาณาจักรสวีเดน

¹¹⁶ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 112. หน้า 20 - 21.

การทั่วไปหรือเด็ดขาดและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์พิเศษซึ่งแตกต่างกันตามความจำเป็นของบริการ และความจำเป็นที่จะต้องประสานประโยชน์ของรัฐและของเอกชน ดังนั้น เรื่องดังกล่าวจึงเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะวินิจฉัยชี้ขาดและอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน

ผลจากคำพิพากษาดังกล่าว ที่ศาลคดีขัดกันคดีอำนาจศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดีเกี่ยวกับบริการสาธารณะซึ่งถือเป็นกิจกรรมของรัฐ พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนในคดีดังกล่าว ได้ชี้ให้เห็นอย่างชัดเจนว่าศาลยุติธรรม ไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาข้อกล่าวหาทุกประเภทที่มีต่อรัฐอันเกี่ยวกับบริการสาธารณะ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศาลคดีขัดกันได้สร้างหลักกฎหมายมหาชน ขึ้นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่สำคัญหลักหนึ่ง นั่นคือ หากเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ที่คู่กรณีมีฐานะที่ไม่เท่าเทียมกันและเกี่ยวกับมหาชนแล้ว จะต้องใช้กระบวนการยุติธรรมทางปกครองในระบบกฎหมายมหาชน ที่แตกต่างและมีวิธีแยกออกมาจากระบบกฎหมายเอกชน เพื่อให้มีการคุ้มครองสิทธิของคู่สัญญาหรือคู่กรณีฝ่ายเอกชน

คดี Blanco จึงถือว่าเป็นการก่อตัวและเป็นต้นกำเนิดของทฤษฎีบริการสาธารณะ หลักกฎหมายที่ศาลคดีขัดกันได้สร้างขึ้น จะอธิบายว่าบริการสาธารณะเป็นหน้าที่ของรัฐ หรือผู้กระทำแทนรัฐซึ่งก็คือ ฝ่ายปกครอง การวินิจฉัยข้อพิพาทจึงอยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักกฎหมายนี้ได้มีการพัฒนาการมาอย่างต่อเนื่อง จนพัฒนามาเป็นหลักเกณฑ์ทางกฎหมายที่สำคัญ ในการใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ต่อมาประเทศไทยได้พัฒนาระบบศาลจนกลายเป็นระบบศาลคู่ที่มีศาลปกครองและศาลยุติธรรม ได้รับเอาทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในระบบกฎหมายไทยด้วย

2. ในคดี Terrier สภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ซึ่งทำหน้าที่ศาลปกครอง ได้มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1903 เกี่ยวกับมติของสภาจังหวัดที่ให้รางวัลแก่เอกชน ที่ช่วยกำจัดงูพิษในเขตจังหวัดดังกล่าว ว่าเมื่อนาย Terrier นักล่างูพิษซึ่งเป็นหนึ่งในผู้เข้ามาช่วยกำจัดงูพิษได้มาขอรับรางวัล แต่ผู้ว่าราชการจังหวัดได้ปฏิเสธการจ่ายรางวัล อ้างว่างบประมาณที่ตั้งไว้หมด นาย Terrier จึงร้องขอต่อศาลปกครองให้วินิจฉัยให้จังหวัด ต้องรับผิดชอบละเมิดสัญญาที่ทำไว้กับนักล่างูพิษ

คดีนี้ศาลปกครองได้พัฒนาหลักกฎหมาย ที่สำคัญหลักหนึ่งของกฎหมายปกครองเอาไว้ และสนับสนุนหลักกฎหมายที่ศาลคดีขัดกันไว้สร้างขึ้นในคดี Blanco โดย Romieu พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน ได้ให้ความเห็นไว้ว่าการใดที่เกี่ยวข้องกับการจัดองค์กร และการดำเนินงานขององค์กรจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะป็นระดับรัฐหรือระดับท้องถิ่น ถือได้ว่าเป็นการกระทำทางปกครองซึ่งโดยสภาพอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง และบรรดาคดีต่าง ๆ ระหว่างนิติบุคคลตาม

กฎหมายมหาชนกับบุคคลอื่นหรือระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนด้วยกัน ที่เกิดขึ้นเนื่องจากการจัดทำบริการสาธารณะ ไม่ว่าจะการไม่จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดทำบริการสาธารณะไม่ดี จะอยู่ในอำนาจศาลปกครองทั้งสิ้น คำพิพากษาในคดีนี้ของศาลปกครองสนับสนุนหลักกฎหมายในคดีแรกว่าหากเป็นเรื่องเกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ ที่จะเกี่ยวข้องกับมหาชนแล้วหากข้อพิพาทจะต้องได้รับวินิจฉัยชี้ขาดโดยกระบวนการ โดยองค์กรและภายใต้นิติวิธีในกฎหมายมหาชน

3. คดี Therond ศาลปกครองได้มีคำวินิจฉัยลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 1910 เกี่ยวกับสุนัขจรจัดว่าเมือง Montpellier ได้ทำสัญญากับนาย Therond เพื่อทำกรงสำหรับขังสุนัขจรจัดและกำจัดซากสัตว์ ต่อมาเกิดการฝ่าฝืนสัญญาบางข้อ นาย Therond จึงขอเลิกสัญญาและเรียกค่าเสียหาย ศาลปกครองได้วางหลักเกี่ยวกับความรับผิดชอบไว้ว่าเมือง Montpellier กระทำการดังกล่าวเพื่อสุขอนามัยและเพื่อความปลอดภัยของประชาชน เป็นการทำให้มีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นสัญญาทางปกครอง อยู่ภายใต้ระบบกฎหมายปกครองในระบบกฎหมายมหาชน

ดังนั้น หากมีข้อพิพาทใด ๆ เกี่ยวกับการมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจปกครองแทนรัฐ จะอยู่ในอำนาจศาลปกครองที่มีวิธีพิจารณาและกระบวนการทางกฎหมาย แตกต่างไปจากระบบศาลยุติธรรมในระบบกฎหมายเอกชน ทั้งเมื่อศึกษาคดีนี้ก็พบว่าหลักกฎหมายที่ถูกสร้างขึ้นในคดีแรกนั้น ได้พัฒนามาจนมีการสร้างหลักกฎหมายใหม่ขึ้นมารับรองการมอบหมายบริการสาธารณะให้เอกชนจัดทำแทนรัฐ กล่าวคือ กิจกรรมที่เกี่ยวกับบริการสาธารณะ ทางด้านสุขอนามัยและความปลอดภัยของประชาชน โดยสภาพแล้วจะเป็นหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการ แต่ฝ่ายปกครองสามารถมอบหมายเอกชนทำการแทนรัฐได้

การมอบหมายให้เอกชนทำแทนรัฐ หรือจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐนี้เครื่องมือสำคัญที่ก่อนนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างรัฐหรือฝ่ายปกครองที่มอบหมาย กับเอกชนฝ่ายที่รับมอบหมายนั้นก็คือสัญญาทางปกครองนั่นเอง เมื่อมีข้อพิพาทกับรัฐก็ต้องถือว่าข้อพิพาทนั้นเกิดขึ้นเนื่องจากการดำเนินการแทนฝ่ายปกครอง จึงจะต้องวินิจฉัยชี้ขาด โดยศาลปกครอง ทั้งคำพิพากษาคดีนี้ได้รับรองว่ารัฐมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐได้ ภายใต้นิติสัมพันธ์หรือสัญญาทางปกครอง

คำวินิจฉัยทั้งสามคดีดังกล่าว เป็นคำวินิจฉัยที่สร้างทฤษฎีบริการสาธารณะขึ้นในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส และคำวินิจฉัยในคดีต่อ ๆ มา ได้รับรองหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ และพัฒนามาเป็นทฤษฎีที่ใช้วินิจฉัยสัญญาทางปกครอง โดยผู้มีบทบาทสำคัญในการ

พัฒนาหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ คือ Leon Duguit¹¹⁷ และสำนักความคิด Ecole de Bordeaux โดย Duguit มีความเห็นว่าบริการสาธารณะ เป็นเสมือนรากฐานของทฤษฎีว่าด้วยรัฐ บริการสาธารณะถือเป็นการรับรองความมีอยู่ของรัฐ เป็นระบบผลิตงานในรัฐ Duguit ให้ความสำคัญถึงสิ่งที่เรียกว่าบริการสาธารณะว่าบริการสาธารณะคือทุกกิจกรรมซึ่งหากดำเนินการให้เป็นผลสำเร็จต้องได้รับการจัดการจัดการหรือการควบคุม โดยฝ่ายปกครอง เพราะกิจกรรมต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับการพัฒนาสังคม¹¹⁸

สำนักความคิดทางกฎหมาย Ecole de Bordeaux มีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงหลายคน ทั้ง Jeze, Rolland, Bonnard, de Laubadere ซึ่งต่างเป็นลูกศิษย์ Duguit ทั้งสิ้น และภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 Rolland นักกฎหมายคนหนึ่งของสำนักได้สร้างหลักเกณฑ์สำคัญอันแสดงถึงเงื่อนไขสำคัญ 3 ประการของบริการสาธารณะ กล่าวคือ

1) บริการสาธารณะเป็นงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง โดยฝ่ายปกครองระดับสูง จะเป็นผู้วางกฎเกณฑ์ในการจัดตั้ง เลือกวิธีการจัดตั้งเลือกวิธีดำเนินการ และควบคุมการดำเนินการ กับฝ่ายปกครองระดับปฏิบัติงานซึ่งต้องเป็นผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะตามหลักเกณฑ์ที่ฝ่ายปกครองระดับสูงได้วางไว้

2) บริการสาธารณะจะต้องตอบสนองต่อความต้องการของสังคม

3) บริการสาธารณะต้องเป็นส่วนเสริมข้อบกพร่อง หรือความไม่เพียงพอของเอกชน

ซึ่งเงื่อนไขทั้งสามประการดังกล่าวของสำนักความคิด Ecole de Bordeaux ได้กลายเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะในปัจจุบัน

2. ความหมายของบริการสาธารณะ

จากการศึกษาวิวัฒนาการทางทฤษฎีของบริการสาธารณะ จะเห็นว่า บริการสาธารณะ ได้แก่ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดทำ และเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ดังนั้น ประเด็นที่จะต้องศึกษาต่อมา ก็คือ ความหมายของบริการสาธารณะ โดยความหมายที่แท้จริงแล้วครอบคลุมถึงกิจกรรมใดบ้าง ซึ่งก็ต้องพิจารณาถึงกิจกรรมของฝ่ายปกครองกล่าวคือกิจกรรมหรืองานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองจะแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ ดำรงทางปกครองและบริการสาธารณะ

ดำรงทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่ฝ่ายปกครองจัดให้มีเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม การป้องกันดังกล่าวนั้นสามารถทำได้ในรูปแบบของการออกกฎ หรือคำสั่งมาใช้บังคับล่วงหน้า ส่วนผู้ใช้อำนาจดังกล่าวจะเป็นดำรงทางปกครองหรือไม่ก็ได้ การออก

¹¹⁷ ลีออน ดิวกี ภาษาฝรั่งเศส : Léon Duguit (ค.ศ. 1859 - ค.ศ. 1928) เป็นนักวิชาการชั้นนำของฝรั่งเศสในการบริหารกฎหมาย เขาได้รับแต่งตั้งให้เป็นประธานของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่มหาวิทยาลัยบอร์โดซ์ใน ค.ศ. 1892

¹¹⁸ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เชิงบรรณคดี 112. หน้า 22.

กฎหรือออกคำสั่งดังกล่าวนี้ อาจจะมีผลเป็นการวางกฎเกณฑ์ระเบียบทั่วไป เช่น กฎจราจร หรือ อาจมีผลเป็นการสั่งเฉพาะราย เช่น การอนุมัติการอนุญาตให้เอกชนจัดตลาดนัด ทั้งนี้ คำรวิวทางปกครองมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการที่แตกต่างจากคำรวิวทางยุติธรรม คือ คำรวิวทางปกครองจะมีหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้เกิดความไม่สงบในสังคม ส่วนคำรวิวทางยุติธรรมมีหน้าที่ปราบปรามการกระทำผิดที่เกิดขึ้นแล้ว

ส่วนบริการสาธารณะเป็นกิจกรรมอีกประเภทหนึ่ง ซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องจัดทำขึ้นเพื่อสนองความต้องการของประชาชน โดยส่วนรวม บริการสาธารณะจะมีลักษณะที่แตกต่างจากคำรวิวทางปกครอง คือ คำรวิวทางปกครองจะเป็นกิจกรรมที่ทางตำรวจใช้อำนาจฝ่ายเดียว ในการควบคุมและรักษาความสงบเรียบร้อย ส่วนบริการสาธารณะเป็นการให้บริการแก่ประชาชน คือ การดำเนินการเพื่อสนองความต้องการของประชาชนซึ่งรัฐอาจจัดทำบริการสาธารณะ โดยหน่วยงานทางปกครองจะเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นเองบริการสาธารณะ หรืออาจจะมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะแทน โดยใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือก็ได้

ประการต่อมา เมื่อทราบถึงกิจกรรมหรืองานในหน้าที่ของฝ่ายปกครองแล้วก็จะต้องทำความเข้าใจความหมายของบริการสาธารณะด้วย โดยความหมายของบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสนั้น นักกฎหมายมหาชนหลายท่านอธิบายไว้ตามที่มาและมุมมองที่แตกต่างกันไป ดังนี้¹¹⁹

Rene Chapus กล่าวว่า กิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะได้ ก็ต่อเมื่อนิติบุคคลมหาชนเป็นผู้ดำเนินการหรือดูแลกิจกรรมนั้นเพื่อสาธารณประโยชน์

Geston Jeze¹²⁰ กล่าวว่า การพิจารณาว่ากิจกรรมใดจะเป็นบริการสาธารณะก็ให้ดูที่จุดมุ่งหมายของการก่อตั้งองค์กรหรือกิจกรรมนั้น

Jean de Soto กล่าวว่า คำนิยามของบริการสาธารณะแยกออกเป็น 2 ลักษณะ โดยพิจารณาจากลักษณะทางด้านการเมืองกับลักษณะทางด้านกฎหมาย กล่าวคือ

1) ลักษณะทางด้านการเมือง บริการสาธารณะ ได้แก่ สิ่งที่รัฐจะต้องจัดทำเพื่อสนองความต้องการของคนในชาติ ไม่ว่าจะเป็นความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น ความปลอดภัย จนกระทั่งถึงความต้องการทางด้านเศรษฐกิจ โดยรัฐอาจทำเองหรือให้คนอื่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำก็ได้

2) ลักษณะทางด้านกฎหมาย บริการสาธารณะจะประกอบด้วยเงื่อนไขสามประการ คือ

¹¹⁹ นันทวัฒน์ บรมานันท์. (2538). *เค้าโครงการบรรยายวิชากฎหมายเกี่ยวกับการบริการสาธารณะหลัก*. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย. หน้า 3.

¹²⁰ Geston Jeze (2 มีนาคม 1869 - 5 สิงหาคม 1953) เป็นนักวิชาการฝรั่งเศสมนุษยธรรมและนักกิจกรรมด้านสิทธิมนุษยชน เป็นอาจารย์ด้านกฎหมายมหาชน เป็นประธานของกฎหมายสถาบันระหว่างประเทศผู้ก่อตั้งและผู้อำนวยการของวารสารวิทยาศาสตร์และการออกกฎหมายการเงิน ผู้อำนวยการทบวงกฎหมายมหาชน

- 1) เกิดขึ้นจากผู้ปกครองประเทศ หรือจากแนวทางที่ผู้ปกครองประเทศวางไว้
- 2) มีความต้องการจากประชาชนเพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม
- 3) เกิดความไม่เพียงพอหรือไม่สามารถจัดทำได้โดยเอกชน

Leon Duguit กล่าวว่า บริการสาธารณะนั้น หมายถึง กิจกรรมทุกประเภท ที่ถูกควบคุมจัดการ โดยฝ่ายปกครองเพื่อให้บรรลุผลสำเร็จ ทั้งนี้ เพราะกิจการเหล่านี้ โดยสภาพแล้วไม่อาจทำสำเร็จได้หากปราศจากการแทรกแซงของอำนาจบังคับทางปกครองซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำจำกัดความที่นักกฎหมายมหาชนหลายท่านได้อธิบายไว้ สามารถสรุปได้ว่า บริการสาธารณะนั้นจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไขสองประการ คือ

1) กิจกรรมที่ถือว่าเป็นบริการสาธารณะ จะต้องเป็นกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับนิติบุคคลมหาชน หมายถึง กรณีที่นิติบุคคลมหาชน เป็นผู้ประกอบกิจกรรมด้วยตนเองอันได้แก่กิจกรรมที่รัฐองค์กรปกครองท้องถิ่น หรือรัฐวิสาหกิจเป็นผู้ดำเนินการ และยังหมายความรวมถึงกรณีที่รัฐมอบกิจกรรมของรัฐบางประเภทให้เอกชนเป็นผู้ดำเนินการแทนด้วย

2) กิจกรรมที่กล่าวมาข้างต้นนั้น จะต้องเป็นกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะและตอบสนองความต้องการของประชาชน

จากการศึกษาทฤษฎีเกี่ยวกับบริการสาธารณะ พบว่า บริการสาธารณะเป็นสิ่งที่อยู่คู่กับสังคมมนุษย์มานานแล้ว นับตั้งแต่มนุษย์เริ่มรวมกลุ่มกันเป็นสังคม จนกระทั่งวิวัฒนาการมาเป็นรัฐสมัยใหม่ ที่เป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่เป็นสังคมนิติรัฐ¹²¹ ทั้งบริการสาธารณะมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน โดยเฉพาะหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าทฤษฎีบริการสาธารณะ และเป็นที่มาของสัญญาทางปกครองอันเป็นสัญญาในระบบกฎหมายมหาชน นำไปสู่การแบ่งแยกระบบสัญญาและระบบกฎหมาย เป็นนิติสัมพันธ์ทางกฎหมายมหาชน ที่ต้องใช้ระบบกฎหมายมหาชนและอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

2.7.2 บริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

จากการศึกษาความเป็นมา และวิวัฒนาการทางทฤษฎีของบริการสาธารณะ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกันและสภาที่ปรึกษาแห่งรัฐ รวมทั้งจากความเห็นของนักกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสข้างต้น พบว่าทฤษฎีว่าด้วยบริการสาธารณะ เป็นแนวความคิดของระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสนั้น การแยกประเภทของบริการสาธารณะ เกิดขึ้นจากแนวคำวินิจฉัยของศาลในคดีต่าง ๆ ที่วางหลักเกี่ยวกับบริการสาธารณะไว้ และความเห็นของ

¹²¹ นิติรัฐ คือ หลักที่ควบคุมการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้กฎหมาย เป็นแนวคิดที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อควบคุมการกระทำของรัฐมิให้ดำเนินไปตามอำเภอใจของผู้มีอำนาจทางการเมือง การใช้อำนาจของรัฐต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายที่วางไว้ล่วงหน้า

นักกฎหมายมหาชน ที่แต่เดิมนั้นบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะ เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน

ในระยะแรกบริการสาธารณะ จะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและภายนอกประเทศ รวมทั้งการให้ประชาชนอยู่ดีกินดีมีสุข ที่ฝ่ายปกครองจะเป็นผู้จัดทำ แต่ต่อมาเมื่อสังคมเจริญขึ้นและเทคโนโลยีพัฒนาก้าวหน้า ทำให้ประชาชนมีความต้องการในหลาย ๆ สิ่งที่เกี่ยวข้องกับการดำรงชีวิต รัฐจึงพัฒนารูปแบบการจัดให้มีบริการสาธารณะด้วยวิธีการต่าง ๆ ทั้งการมอบให้เอกชนทำหรือตั้งหน่วยงานพิเศษขึ้นมาทำ โดยผู้ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะแทนรัฐ จะใช้อำนาจแทนฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น เมื่อเกิดข้อพิพาทหรือข้อขัดข้องในการดำเนินงานศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ก็จะสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ ๆ ขึ้นมา ทั้งนี้ บริการสาธารณะที่รัฐจัดทำจะมีลักษณะแตกต่างกันไป เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นศาลที่มีหน้าที่ชี้ขาด จึงได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับบริการสาธารณะ ขึ้นมาใช้ในระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งในทางทฤษฎีแล้ว ระบบกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส จะแบ่งบริการสาธารณะออกเป็นสองประเภทใหญ่ ๆ คือ บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง กับบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม¹²² ตามลักษณะของนิติสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นและการใช้อำนาจและเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1) ประเภทของบริการสาธารณะในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

1.1 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง ได้แก่ กิจกรรมที่โดยสภาพแล้วเป็นงานในหน้าที่ฝ่ายปกครอง ที่ต้องดำเนินการจัดทำเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชน กิจกรรมเหล่านี้ส่วนใหญ่เป็นเรื่องการดูแลการรักษาความปลอดภัย และความสงบสุขของชุมชน บริการสาธารณะประเภทนี้ ฝ่ายปกครองจะต้องอาศัยอำนาจพิเศษในกฎหมายมหาชนจัดทำ และบริการสาธารณะทางปกครองส่วนใหญ่ ประชาชนไม่ต้องเสียค่าตอบแทน บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครองนี้ จะต้องอาศัยเทคนิคพิเศษ และอาศัยอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะด้วย ดังนั้น บริการสาธารณะประเภทนี้ฝ่ายปกครองจึงไม่สามารถมอบให้องค์กรอื่น หรือเอกชนเข้ามาดำเนินการแทนฝ่ายปกครองได้ เช่น กิจกรรมที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบภายในความมั่นคง การป้องกันประเทศ การยุติธรรม และการคลัง (Finance) เป็นต้น

¹²² นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 112. หน้า 26.

1.2 บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม

บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม มีที่มาจากคำพิพากษาศาลคดีขัดกัน (Tribunal des Conflicts) ที่ได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะขึ้นใหม่ โดยหลักดังกล่าวอยู่ในคำวินิจฉัยเรื่อง Bac d' Eloka ลงวันที่ 23 มกราคม ค.ศ. 1921 ที่มีข้อเท็จจริงว่าประเทศ Ivory Coast ซึ่งเป็นอาณานิคมของฝรั่งเศส ฝ่ายปกครองของประเทศ จัดให้มีเรือขนส่งบรรทุกสิ่งของและผู้โดยสารข้ามฟาก ต่อมา เรือข้ามฟากลำหนึ่งชื่อ Bac d' Eloka จมลง เกิดความเสียหายแก่รถยนต์ของบริษัทเอกชนรายหนึ่ง บริษัทจึงยื่นฟ้องฝ่ายปกครองผู้ทำการจัดท่าเรือข้ามฟากต่อศาลยุติธรรม แต่ฝ่ายปกครองโต้แย้งว่าเป็นการจัดให้มีบริการสาธารณะ อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ศาลคดีขัดกันพิจารณาว่าการที่ฝ่ายปกครอง จัดบริการเรือข้ามฟากโดยเก็บค่าตอบแทน มีลักษณะเป็นการจัดทำบริการขนส่งเหมือนกับเอกชนทั่วไป จึงต้องตกอยู่ในบังคับกฎหมายเอกชน และอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรมที่จะพิจารณาคดี คำพิพากษานี้ถือเป็นต้นกำเนิดของบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมคือเป็นกิจการที่รัฐจัดทำแต่มีวัตถุประสงค์เช่นเดียวกับเอกชน

ต่อมา ศาลปกครองได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 6 พฤษภาคม ค.ศ. 1931 ในเรื่อง ผู้ใช้บริการสาธารณะที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมว่ากิจกรรมที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม ที่จัดทำโดยนิติบุคคลมหาชนนั้นจะต้องอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายมหาชน ศาลปกครองยังวางหลักไว้ในคดี Union Syndicale des Industries Aeronautiques ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956 ว่าบริการสาธารณะใดจะเป็นบริการสาธารณะ ที่มีลักษณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมได้บริการสาธารณะนั้นต้องมีลักษณะคล้ายคลึงกับวิสาหกิจของเอกชน ทั้งในด้านวัตถุประสงค์แห่งบริการ แหล่งที่มาของเงินทุน และวิธีปฏิบัติงาน หากบริการสาธารณะนั้นแตกต่างไปจากวิสาหกิจเอกชนไม่ว่าด้านหนึ่งด้านใดแต่เพียงด้านเดียว ให้ถือว่าบริการสาธารณะนั้นเป็นบริการสาธารณะที่มีลักษณะทางปกครอง

ทั้งนี้ นอกจากบริการสาธารณะทางปกครอง และบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมแล้ว คำวินิจฉัยของศาลปกครองยังได้สร้างประเภทของบริการสาธารณะอีกหลายประเภท ตามวัตถุประสงค์ของบริการสาธารณะ กล่าวคือ¹²³

(1) บริการสาธารณะทางสังคม ได้แก่ กิจกรรมทุกประเภทที่จัดขึ้นเพื่อให้ความช่วยเหลือทางสังคม ซึ่งส่วนใหญ่บริการสาธารณะประเภทนี้ เป็นบริการสาธารณะที่ทำกันจนเป็นประเพณีนิยม (Tradition) และจะพบบริการสาธารณะประเภทนี้ในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น โรงเรียน สถานชนานูบาล (Pawnshop) สถานเลี้ยงเด็กแรกเกิด

¹²³ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 112. หน้า 30 – 31.

(2) บริการสาธารณสุขทางสุขภาพ ได้แก่ กิจกรรมที่รัฐจัดขึ้นเพื่อให้ข้อมูลเกี่ยวกับการดูแลสุขภาพ การรณรงค์ต่อต้านโรคร้ายไข้เจ็บ รวมทั้งการจัดตั้งองค์กรหรือสถาบันพิเศษขึ้นเพื่อรักษาโรคบางประเภท บริการสาธารณสุขทางสุขภาพถูกกล่าวถึงเป็นครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ลงวันที่ 8 พฤศจิกายน ค.ศ. 1935 ในคดี Deme Philipponeau ว่าการตั้งสถาบันพิเศษขึ้นมาดูแลรักษาคนป่วยบางประเภทถือว่าเป็นการจัดทำบริการสาธารณสุขประเภทหนึ่ง ต่อมาศาลคดีขัดกัน ได้มีคำวินิจฉัยในคดี Eugene Marquis ใน ค.ศ. 1961 ว่าศูนย์รณรงค์ต่อต้านโรคมะเร็ง (Cancer) ถือว่าได้เป็นองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณสุข

(3) บริการสาธารณสุขทางวัฒนธรรม บริการสาธารณสุขประเภทนี้ มีที่มาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองคดี Astruc et Societe du Theatre des Champs-Elysees c/Ville de Paris ลงวันที่ 7 เมษายน ค.ศ. 1916 โดยนาย Astruc และบริษัท Theatre des Champs – Elysees ได้ร้องขอต่อศาลปกครองให้พิจารณาสั่งการให้เมือง Paris ปฏิบัติตามคำสัญญาที่จะให้สัมปทานเช่าสถานที่เพื่อก่อสร้างโรงละคร ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง เนื่องจากโรงละครไม่ได้สร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการจัดทำบริการสาธารณสุขหรือเพื่อประโยชน์สาธารณสุข แต่ 7 ปีต่อมาศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยในคดี Sieur Gheusy ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1923 ว่าสัญญาที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐกับโรงละครอุปรากรในคดีนี้เป็นสัญญาจัดทำบริการสาธารณสุข ศาลตรวจสอบเอกสารแนบท้ายสัญญา เห็นว่าไม่ได้เป็นสัญญาธรรมดาตามกฎหมายเอกชน เพราะรัฐต้องให้สัมปทานที่ดินแก่เอกชนโดยไม่คิดค่าตอบแทน พร้อมสัญญาว่าจะให้เงินอุดหนุนรายปีด้วย ส่วนเอกชนก็มีข้อผูกมัดที่รัฐกำหนด เช่น โปรแกรมการแสดง ราคาค่าเข้าชม การกำกับดูแลโดยรัฐ การเพิกถอนการอนุญาต ศาลปกครองเห็นว่ากิจกรรมดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณสุขทางด้านศิลปวัฒนธรรม เป็นการยอมรับว่ามีบริการสาธารณสุขด้านศิลปวัฒนธรรมแล้ว¹²⁴

2) หลักเกณฑ์ในการจัดทำบริการสาธารณสุขในระบบกฎหมายฝรั่งเศส¹²⁵

กิจกรรมที่เป็นบริการสาธารณสุข ไม่ว่าจะเป็นบริการสาธารณสุขประเภทใด หรือบริการสาธารณสุขที่จัดทำโดยผู้ใด ย่อมอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์หรือหลักเกณฑ์เดียวกันทั้งสิ้น แม้ในทางทฤษฎีไม่ปรากฏว่ามีหลักเกณฑ์ร่วม สำหรับการจัดให้มีบริการสาธารณสุขทุกประเภท แต่มีหลักเกณฑ์บาง

¹²⁴ สุนทร ทรัพย์ต้นติกุล. (2550). ปัญหาทางกฎหมายในการตีความสัญญาทางปกครอง: ศึกษากรณีสัญญาให้จัดทำบริการสาธารณสุขและสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค. วิทยานิพนธ์นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยรามคำแหง. หน้า 34 - 35.

¹²⁵ เรื่องเดียวกัน. หน้า 35 - 36.

ประการที่ถือเป็นหลักเกณฑ์ร่วมกันของบริการสาธารณะแต่ละประเภท ซึ่งเป็นหลักเกณฑ์ที่พัฒนามาจากลักษณะสำคัญของบริการสาธารณะของ Louis Rolland แห่ง Ecole de Bordeaux ซึ่งต่อมาในแวดวงนักกฎหมายมหาชนเรียกว่ากฎหมายของบริการสาธารณะ ซึ่งได้แก่

2.1 หลักว่าด้วยความเสมอภาค

หลักว่าด้วยความเสมอภาค ถือเป็นหลักเกณฑ์ที่สำคัญประการแรกในการจัดทำบริการสาธารณะ เนื่องจากรัฐมิได้จัดทำบริการสาธารณะ โดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อประโยชน์ของผู้หนึ่งผู้ใดโดยเฉพาะ แต่จะทำเพื่อประโยชน์ทุกคน กิจกรรมใดที่รัฐจัดทำเพื่อบุคคลใดโดยเฉพาะจะไม่ใช่บริการสาธารณะ ซึ่งหลักว่าด้วยความเสมอภาคที่มีต่อบริการสาธารณะ มีที่มาจากหลักความเสมอภาคกันในสิทธิ ซึ่งบัญญัติไว้ในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ลงวันที่ 26 สิงหาคม ค.ศ. 1789 ในมาตรา 1 ที่ว่ามนุษย์ทุกคนเกิดมาและดำรงอยู่อย่างมีอิสระและเสมอภาคกันในสิทธิ การแบ่งแยกทางสังคม จะกระทำได้ก็แต่เพื่อประโยชน์ร่วมกัน

นอกจากนี้แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ในคดี Chomel ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน ค.ศ. 1911 ได้วางหลักกฎหมายเพื่อรองรับความเสมอภาคของผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยวางหลักไว้ว่าผู้ใช้บริการสาธารณะทุกคน ใช้บริการสาธารณะประเภทเดียวกัน ย่อมอยู่ในสถานะที่เท่าเทียม (Equal) กัน ทั้งนี้ศาลปกครองยังได้วางหลักความเสมอภาคเกี่ยวกับบริการสาธารณะไว้ ทั้งในส่วนผู้ใช้บริการสาธารณะ ผู้จัดทำบริการสาธารณะและการเข้าไปทำงานในหน่วยงานสาธารณะที่จัดทำบริการสาธารณะ ที่จะต้องมีความเสมอภาคภายใต้กฎระเบียบเดียวกันด้วย

2.2 หลักว่าด้วยความต่อเนื่อง

หลักนี้เป็นผลที่เกิดขึ้นโดยตรง จากหลักที่ว่าด้วยความต่อเนื่องของรัฐหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้ ถูกกล่าวถึงครั้งแรกในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (Administrative Court) คดี Winhell ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1909 โดยพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวนว่าความต่อเนื่องเป็นหัวใจสำคัญของบริการสาธารณะ ซึ่งหลักนี้ยังได้รับการยอมรับจากศาลรัฐธรรมนูญ (Constitutional Court) ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1979 ว่าความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ มีลักษณะเป็นหลักตามรัฐธรรมนูญ คือ นิติบุคคลผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ จะต้องจัดทำบริการสาธารณะอย่างสม่ำเสมอต่อเนื่องตลอดเวลา หากมีกรณีที่เกิดการหยุดชะงักจะต้องมีการรับผิดชอบ และในกรณีที่เกิดการหยุดชะงักขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรมหาชนอิสระ องค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลจะต้องเข้าดำเนินการแทน เพื่อเป็นหลักประกันในความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่จะต้องตอบสนองต่อความต้องการใช้บริการของประชาชน

ทั้งนี้ ในประเด็นที่เกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง แม้รัฐจะมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการ สาธารณะบางอย่างแทน แต่รัฐก็ยังคงต้องรับผิดชอบในเรื่องความต่อเนื่องของกิจกรรมที่มอบหมาย ให้เอกชนทำ เอกชนคู่สัญญาจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขสามประการ คือ

(1) การเปลี่ยนแปลงสัญญา ซึ่งให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองที่จะแก้ไขข้อสัญญาได้เพียงฝ่าย เดียว เพื่อสนองตอบความต้องการของบริการสาธารณะ

(2) การลงโทษในกรณีที่เกิดความผิดร้ายแรงที่ขัดขวางการดำเนินงานของบริการ สาธารณะ ซึ่งฝ่ายปกครองรับผิดชอบ จะต้องแก้ไขด้วยการเข้าไปทำแทนคู่สัญญาฝ่ายเอกชน หรือ ยึดกลับมาทำเองเพื่อความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ

(3) หลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ จะเป็นส่วนหนึ่งของทฤษฎีว่าด้วยเหตุ ที่ไม่สามารถคาดหมายล่วงหน้าได้ คือเมื่อเกิดเหตุการณ์บางอย่างเกิดขึ้น ที่เอกชนนั้นไม่สามารถ ดำเนินการตามสัญญาต่อไปได้ตามปกติ ฝ่ายปกครองต้องเข้าไปปรับบางส่วนร่วมกับเอกชน คู่สัญญา เพื่อไม่ให้หยุดชะงักลง¹²⁶

2.3 หลักว่าด้วยการปรับปรุงเปลี่ยนแปลง

บริการสาธารณะที่ดี ต้องสามารถปรับปรุงเปลี่ยนแปลงได้ตลอดเวลาเพื่อให้เหมาะสมกับ เหตุการณ์ และความจำเป็นในทางการปกครองที่จะรักษาประโยชน์สาธารณะ รวมทั้งปรับปรุงให้ เข้ากับวิวัฒนาการ (Evolution) ของความต้องการของประชาชนด้วยหลักว่าด้วยการปรับปรุง เปลี่ยนแปลง หมายถึง การปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะให้ทันกับความต้องการของ ผู้ใช้บริการสาธารณะ โดยในส่วนของผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น ผู้ใช้บริการสาธารณะในทาง ปกครอง ไม่มีสิทธิจะคัดค้านการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงบริการสาธารณะทางปกครอง เพราะโดย สภาพแล้วเป็นการจัดทำบริการสาธารณะตามกฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่กฎหมายกำหนด ในขณะที่ผู้ใช้บริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม ก็อยู่ภายใต้หลักนี้เช่นกัน ซึ่งศาล ปกครองฝรั่งเศส เคยวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการคมนาคมทางอากาศว่า เนื่องจากปัญหาทางเศรษฐกิจ และการขาดแคลนน้ำมัน สายการบินสามารถลดเที่ยวบินที่มีคนน้อยได้¹²⁷

3) องค์กรผู้มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ

บริการสาธารณะเป็นกิจกรรมที่จัดทำขึ้นเพื่อสาธารณประโยชน์ ตอบสนองต่อการใช้ บริการของประชาชนหรือของสาธารณชน ดังนั้น โดยส่วนใหญ่แล้วรัฐจะเป็นผู้จัดทำบริการ สาธารณะในด้านต่าง ๆ โดยมอบหมายให้องค์กรภายในฝ่ายปกครองเป็นผู้จัดทำ แต่เมื่อสังคม ใหญ่โตขึ้นรัฐมีภาระหน้าที่ในด้านต่าง ๆ มากขึ้น รวมทั้งเมื่อมีการกระจายอำนาจการปกครองไปสู่

¹²⁶ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 111. หน้า 80 - 81.

¹²⁷ ชาญชัย แสงศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 111. หน้า 82.

ท้องถิ่น ก็มีการมอบบริการสาธารณะหลายประเภทไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจัดทำ รวมทั้ง หากบริการสาธารณะใด โดยสภาพแล้วรัฐไม่สามารถทำเองได้ หรือรัฐไม่จำเป็นต้องจัดทำบริการ สาธารณะนั้นเอง รัฐก็จะมอบบริการสาธารณะนั้นไปให้เอกชนดำเนินการแทน ดังนั้น ผู้มีหน้าที่ใน การจัดทำบริการสาธารณะ จึงมีทั้งบริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ บริการสาธารณะที่จัดทำโดย เอกชน

3.1 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยรัฐ

บริการสาธารณะที่อยู่ในอำนาจการจัดทำของรัฐนี้ จะต้องเป็นบริการสาธารณะที่เมื่อ พิจารณาจากสภาพของบริการสาธารณะนั้นแล้ว เป็นหน้าที่ของรัฐแต่เพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้ทำ เช่น บริการสาธารณะระดับชาติ¹²⁸ ไม่ว่าจะบริการสาธารณะทางด้านความมั่นคง ด้านความยุติธรรม ระบบ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง บริการสาธารณะทางด้านการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ความ มั่นคงของชาติ ตำรวจทางยุติธรรม ตำรวจทางปกครอง หรือบริการสาธารณะในระดับท้องถิ่น ทั้งบริการสาธารณะทางด้านสุขอนามัย บริการสาธารณะเกี่ยวกับอุทยาน เป็นต้น

การจัดทำบริการสาธารณะ โดยรัฐนั้น รัฐจะเป็นผู้เดียวที่ผูกขาดอำนาจในการจัดตั้งและ ยุบเลิก การจัดตั้งอาจจัดตั้งโดยตรากฎหมาย จัดตั้งบริการสาธารณะขึ้นในบางกรณีอาจทำได้ใน รูปแบบของสัญญา ทั้งอาจมีการจัดตั้งโดยปริยาย ส่วนวิธีการจัดทำบริการสาธารณะ หากเป็น บริการสาธารณะทางปกครอง จะมีทั้งบริการสาธารณะทางปกครองที่ทำโดยรัฐ โดยองค์กรของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ดำเนินการจัดทำและอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมาย มหาชน (Public law) แต่ทั้งนี้บริการสาธารณะทางปกครองที่จัดทำโดยเอกชนก็มีได้เช่นกัน เช่น บริการสาธารณะทางสังคม การจัดการศึกษา สวัสดิการสังคม การสาธารณสุข สถานพยาบาล เอกชน รวมทั้งบริการสาธารณะที่เกี่ยวกับวิชาชีพ โดยการจัดทำบริการสาธารณะเหล่านี้ จะมี บางส่วนที่อยู่ภายใต้หลักกฎหมายมหาชน ทั้งในการจัดทำบริการสาธารณะทางปกครองโดยเอกชน นั้น จะต้องมีเครื่องมือพิเศษในการจัดทำ คือ คำสั่งฝ่ายเดียว คำสั่งขององค์กรที่จัดทำบริการ สาธารณะทางปกครองที่เป็นเอกชน จะมีผลเป็นนิติกรรมทางปกครอง¹²⁹ ที่อยู่ภายใต้ระบบกฎหมาย ปกครอง อันเป็นระบบกฎหมายมหาชน

¹²⁸ ชาญชัย แสวงศักดิ์. อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 111. หน้า 82.

¹²⁹ นิติกรรมทางปกครอง ได้แก่การกระทำทางปกครองที่เป็นนิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว เช่น การออกกฎ หรือ การออกคำสั่ง นิติกรรมทางปกครองสามารถแยกได้เป็นสองประเภทอีกเช่นกัน คือ นิติกรรมทางปกครองที่มีผล เป็นการทั่วไป เช่น บรรดากฎ ระเบียบต่าง ๆ และนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะตัว เช่น คำสั่งต่าง ๆ เป็นต้น

บริการสาธารณะทางปกครองที่เป็นเอกชน ต้องประกอบด้วยเงื่อนไข คือ เอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะ ตั้งใจจะจัดกิจกรรมดังกล่าวให้เป็นบริการสาธารณะเอกชนผู้จัดทำบริการสาธารณะนั้นต้องมีอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครอง และอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองดังกล่าว จะต้องใช้เพื่อจัดทำบริการสาธารณะ¹³⁰ ส่วนบริการสาธารณะทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรมนั้นสามารถดำเนินการได้ทั้งโดยรัฐและโดยเอกชน โดยมีเครื่องมือในการดำเนินการ ทั้งการออกคำสั่งทางปกครองฝ่ายเดียว หรือใช้สัญญาและบุคลากรเป็นเครื่องมือ ทั้งนี้ รูปแบบการจัดทำบริการสาธารณะ รัฐสามารถเลือกทำบริการสาธารณะได้สองรูปแบบ ได้แก่ การจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การของรัฐและจัดทำบริการสาธารณะโดยองค์การมหาชนอิสระ¹³¹ ทั้งนี้การจัดทำโดยองค์การของรัฐจะมีทั้งจัดทำโดยองค์การของรัฐทั่วไป ทั้งในส่วนกลางและส่วนภูมิภาค และองค์การขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เป็นอิสระ ที่จัดตั้งขึ้นเพื่อจัดทำบริการสาธารณะด้านใดด้านหนึ่งที่มีลักษณะเฉพาะต้องการความคล่องตัวและความอิสระในการบริหาร เช่น การพัฒนาชุมชนเมือง การจัดระบบขนส่งมวลชนขนาดใหญ่ เป็นต้น

3.2 บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชน

บริการสาธารณะที่จัดทำโดยเอกชนนี้ รัฐเห็นว่าบริการสาธารณะนั้นรัฐไม่จำเป็นต้องดำเนินการเอง เช่น การเก็บขยะ การขนส่งมวลชน ก็สามารถมอบหมายให้เอกชนทำแทนได้ ซึ่งการเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะของเอกชน จะมีทั้งการเข้าร่วมทางอ้อม เช่น การเลือกตั้งเพื่อให้คณะผู้บริหารท้องถิ่น ไปจัดทำบริการสาธารณะและการเข้าร่วมทางตรง ทั้งในรูปแบบการร่วมทุน รับสัมปทาน หรือองค์กรวิชาชีพ โดยการมอบบริการสาธารณะให้เอกชนไปจัด จะต้องผ่านกระบวนการต่าง ๆ ซึ่งในขั้นต้นแรก จะต้องมีการมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะ อันเป็นอำนาจที่มีลักษณะผูกขาด โดยฝ่ายปกครองไปยังเอกชนเสียก่อน เอกชนนั้นจึงจะสามารถเข้าจัดทำบริการสาธารณะได้ การมอบอำนาจหมายถึง นิติกรรมทุก ๆ แบบซึ่งฝ่ายปกครองได้จัดทำขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์ที่จะมอบอำนาจในการจัดทำบริการสาธารณะนั้น ๆ ไม่ว่าจะทั้งหมดหรือแต่บางส่วนให้เอกชนเป็นผู้จัดทำ ซึ่งส่วนใหญ่การมอบอำนาจจะกระทำในรูปของสัญญาทางปกครอง

¹³⁰ นันทวัฒน์ บรมานันท์. อ้างแล้ว เจริญรอดที่ 112. หน้า 76.

¹³¹ องค์การมหาชน เป็นหน่วยงานของรัฐบาลไทยประเภทที่สาม นอกเหนือจากส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 และพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งหน่วยงาน เพื่อรับผิดชอบภารกิจของรัฐในการให้บริการสาธารณะหรือดำเนินกิจกรรมเฉพาะด้านที่ภาครัฐยังจำเป็นต้องดำเนินการและจัดให้มี หรือภาครัฐต้องมีบทบาทให้การสนับสนุนในเรื่องงบประมาณเพื่อให้เกิดการดำเนินงาน เป็นบริการในส่วนที่รัฐต้องการส่งเสริม หรือเป็นบทบาทของรัฐในการให้บริการการแทรกแซงตลาด หรือบริการที่ภาคเอกชนยังไม่สนใจหรือมีศักยภาพที่จะดำเนินการ

เนื่องจากวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมักจะมีเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง เนื่องจากวิธีการที่ฝ่ายปกครองใช้ ในการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะมักจะมีเอกลักษณ์ของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองแต่เพียงฝ่ายเดียวอยู่ด้วย ที่จะใช้เพื่อบรรลุถึงวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้นการใช้สัญญาทางปกครองเป็นเครื่องมือมอบอำนาจจัดทำบริการสาธารณะให้ทำแทนรัฐนั้น จะมีผลต่อลักษณะของสัญญาทางปกครอง และผลของสัญญาทางปกครองที่มีความแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่งทั่วไปในระบบกฎหมายเอกชน