

บทที่ 4

วิเคราะห์ปัญหาและอุปสรรคในการควบคุมผู้ประกอบการ ในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ของประเทศไทย

มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมผู้ประกอบการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอสังหาริมทรัพย์ประเภทที่อยู่อาศัย เช่น บ้านจัดสรรและอาคารชุด ซึ่งมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องอยู่หลายฉบับ แต่กฎหมายที่นำมาใช้ควบคุมการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการในแต่ละโครงการนั้น โดยหลักแล้วจะใช้กฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินเป็นสำคัญ เพราะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาและวัตถุประสงค์มุ่งควบคุมการใช้ที่ดินของผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินภาคเอกชน ส่วนกฎหมายอื่นเช่น กฎหมายผังเมือง กฎหมายสิ่งแวดล้อม เป็นเพียงกฎหมายที่นำมาใช้ประกอบการพิจารณาอนุญาตให้จัดสรร นอกจากนี้แล้วกฎหมายที่ดิน กฎหมายควบคุมอาคาร กฎหมายอาคารชุด และกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ก็เป็นกฎหมายที่นำมาใช้ต่อเนื่องตามแต่วัตถุประสงค์และลักษณะของการดำเนินงานพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีความแตกต่างกันตามนโยบาย วัตถุประสงค์ และกลุ่มประชาชนผู้บริโภค ซึ่งสามารถแยกกลุ่มของผู้ประกอบการได้ตามประเภทของธุรกิจ โดยมีธุรกิจอสังหาริมทรัพย์อยู่หลายประเภท อาทิเช่น ประเภทที่อยู่อาศัย เช่น บ้านจัดสรร อาคารชุด ประเภทประกอบการค้าเชิงพาณิชย์ เช่น ศูนย์การค้า อาคารสำนักงาน ประเภทอุตสาหกรรม เช่น มินิแฟคเตอรี นิคมอุตสาหกรรม ประเภทเกษตรกรรม เช่น สวนเกษตร และประเภทพักผ่อนหย่อนใจ เช่น สนามกอล์ฟ รีสอร์ท เป็นต้น ดังนั้น การพิจารณาเพื่อออกกฎหมายควบคุมผู้ประกอบการจึงจำเป็นต้องมีการวิเคราะห์และศึกษาถึงปัญหาและอุปสรรคต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากบทกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายในปัจจุบันที่ใช้ควบคุมผู้ประกอบการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์แต่ละประเภท เพื่อหาจุดบกพร่องและแนวทางในการนำไปพัฒนา ปรับปรุง และแก้ไขกฎหมายให้เหมาะสมกับวิถีหรือแนวทางปฏิบัติของกลุ่มผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ และนำไปสู่การยกระดับมาตรฐานและจรรยาบรรณของผู้ประกอบการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ เพื่อที่อยู่อาศัยในประเทศไทยต่อไป

1 ปัญหาและอุปสรรคจากการใช้มาตรการทางกฎหมายในปัจจุบัน เพื่อควบคุมผู้ประกอบการ

1.1 ปัญหาในการควบคุมผู้ประกอบการตามกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินและ กฎหมายอาคารชุด

1.1.1 ผู้ประกอบการละทิ้งโครงการและมีเจตนาฉ้อฉลละเมิดสัญญา

ปัญหาที่พบบ่อยเป็นอันดับต้นๆ ซึ่งเป็นปัญหาที่ผู้บริโภคร้องเรียนเข้ามามากที่สุด คือ ผู้ประกอบการผิดสัญญาโดยก่อสร้างไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ซึ่งก็รวมไปถึงกรณีผู้ประกอบการละทิ้งโครงการที่ยังสร้างไม่เสร็จเพื่อหนีความรับผิดชอบที่ต้องรับผิดชอบตามสัญญาหรือภาระหนี้สิน ซึ่งปัญหาเหล่านี้ถือได้ว่าเป็นปัญหาใหญ่ที่ยังไม่ได้รับการแก้ไขในปัจจุบัน การบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายส่วนใหญ่เป็นการเรียกร้องให้รับผิดชอบตามสัญญา โดยให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินตามที่ระบุไว้ในข้อสัญญา แต่บรรดาความเสียหายที่ผู้ซื้อซึ่งเป็นคู่สัญญาได้รับนั้นมีมากกว่าที่จะได้รับการเยียวยาด้วยการชดเชยเป็นเงิน อีกทั้งในกรณีที่มีการฟ้องร้องเป็นคดีความก็ยังไม่เป็นที่แน่นอนอีกว่าผู้ซื้อจะได้รับเงินครบถ้วนตามที่เรียกร้องหรือไม่ เพราะผู้ซื้อหรือผู้บริโภคไม่มีหลักประกันใดๆ เลยเมื่อเข้าทำสัญญากับผู้ขายหรือเจ้าของโครงการว่าผู้ซื้อจะได้บ้านแน่นอน หรือผู้ซื้อจะได้รับเงินที่ชำระไปแล้วคืนแน่นอนหากผู้ขายไม่สามารถโอนบ้านที่สร้างเสร็จแล้วให้แก่ผู้ซื้อได้ ผู้ซื้อบ้านในปัจจุบันจึงต้องซื้อบ้านโดยอยู่บนความเสี่ยงว่าจะสูญเสียเงินที่ได้วางไปแล้วหรือไม่ หรือซื้อบ้านแล้วจะได้บ้านหรือไม่

ส่วนหนึ่งของปัญหาที่เกิดขึ้นมาจากการที่มีผู้สนใจเข้ามาประกอบธุรกิจประเภทนี้จำนวนมาก เพราะเป็นธุรกิจที่สามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจและเลิกกิจการได้โดยง่าย ทั้งยังสร้างกำไรให้แก่นักลงทุนค่อนข้างสูงทำให้มีผู้ประกอบการหลากหลายประเภทเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการหน้าเก่าที่มีประสบการณ์มาบ้างแล้ว หรือผู้ประกอบการรายใหม่ที่ตั้งใจเข้ามาดำเนินธุรกิจอย่างจริงจัง โดยเฝ้ามหาความรู้และสรรหาผู้เชี่ยวชาญที่มีประสบการณ์เข้ามาบริหารกิจการ รวมถึงผู้ประกอบการที่เข้ามาเพื่อหวังค้าหากำไร แต่ไร้ซึ่งจรรยาบรรณและขาดความชำนาญในการบริหารงาน ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาเช่นโครงการขาดสภาพคล่องทางการเงินขึ้นมา ผู้ประกอบการบางรายก็จำเป็นต้องละทิ้งกิจการและผิดสัญญากับผู้ซื้อ เนื่องจากการบริหารงานที่ผิดพลาดและขาดผู้บริหารงานที่มีประสิทธิภาพ ในกรณีเช่นนี้ผู้บริโภคอาจใช้สิทธิเรียกร้องโดยฟ้องร้องเป็นคดีแพ่งให้ผู้ประกอบการรับผิดชอบตามสัญญา แต่สำหรับกรณีปัญหาที่เกิดขึ้นจากผู้ประกอบการบางรายที่เข้ามาด้วยเจตนาไม่สุจริต ไม่มีเงินทุนและไม่สนใจชื่อเสียง แต่หวังเข้ามา

ทำธุรกิจเพื่อเข้ามาครอบงำผลประโยชน์หรือที่เรียกว่า “จับเสือมือเปล่า” นั้น เป็นผู้ประกอบการที่มีเงินลงทุนเพียงเล็กน้อย แต่หวังจะได้คืนเงินจากสถาบันการเงินเพื่อลงทุนหาผลประโยชน์จากเงินดาวนซ์ของลูกค้าและแสวงหาช่องทางในการทำกำไรจากการทำธุรกิจเป็นจำนวนมาก โดยอาจลงทุนเพียงค่าที่ดิน ค่าก่อสร้างบางส่วนและมีการโฆษณาชวนเชื่อที่ดูว่าโครงการมีความน่าเชื่อถือ ผู้ประกอบการอาจเปิดขายโครงการก่อนดำเนินการสร้างแล้วเสร็จ เพื่อที่จะได้เงินจากผู้ซื้อมาหมุนใช้ก่อน เมื่อได้เงินดาวนซ์หรือเงินมัดจำจากผู้ซื้อแล้ว ผู้ขายเห็นว่าผลประกอบการที่คุ้มทุนแล้วหรือกิจการกำลังไปได้ดี ก็อาจนำเงินที่ได้มานั้นไปใช้ในระบบปิดประเภท ไม่นำมาใช้ลงทุนในโครงการ ซึ่งอาจทำให้เกิดปัญหาเงินทุนหมดและโครงการมีปัญหาขาดสภาพคล่อง ทำให้ผู้ซื้อมีความเสี่ยงที่จะไม่ได้รับเงินดาวนซ์คืนและต้องฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้บังคับชำระหนี้คืนตน เป็นต้น

ปัญหาเหล่านี้เกิดขึ้นจากการที่ประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเข้ามาควบคุมการใช้จ่ายเงินในบัญชีของผู้ประกอบการในการดำเนินกิจการ จึงทำให้มีปัญหาเกี่ยวกับการนำเงินของผู้ซื้อไปใช้จ่ายโดยปราศจากการควบคุม และนอกจากนี้ในกรณีที่ผลประกอบการของบริษัทมีปัญหาและทำกำไรได้ไม่ดีนัก หากทำต่อไปอาจประสบกับภาวะขาดทุน ผู้ประกอบการก็อาจเลิกกิจการและละทิ้งโครงการที่กำลังดำเนินการอยู่ เพื่อนำเงินทุนที่เหลือไปลงทุนบริหารในโครงการใหม่ที่ น่าจะทำกำไรได้มากกว่า ทำให้ผู้ซื้อที่ชำระเงินไปแล้วบางส่วนต้องเสียเงินไปโดยไม่รู้จะฟ้องเรียกคืนได้เมื่อไหร่ และแม้แต่ผู้ซื้อที่ได้รับโอนบ้านเรียบร้อยแล้วก็ตาม ก็ต้องทนอยู่กับสภาพโครงการที่ยังสร้างไม่เสร็จ โดยไม่รู้ว่าในอนาคตสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะในโครงการนั้นจะได้รับการจัดสร้างหรือบำรุงรักษาหรือไม่ และจะมีผู้ใดเข้ามาดำเนินการหรือบริหารงานต่อจากผู้ประกอบการรายเดิม

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าไม่ว่าผู้ประกอบการจะมีเจตนาทุจริตในการดำเนินกิจการหรือมีความตั้งใจในการประกอบธุรกิจแต่ขาดประสบการณ์ในการบริหารงานจนทำให้ประสบปัญหาต้องละทิ้งโครงการ ต่างก็เป็นปัญหาสำหรับผู้บริโภคที่เป็นผู้ทำสัญญาจะซื้อขายและวางเงินบางส่วนแล้วทั้งสิ้น ทั้งนี้เนื่องจากการไม่มีหลักประกันให้กับผู้บริโภคว่าโครงการนั้นจะต้องดำเนินการจนแล้วเสร็จแน่นอน ประกอบกับในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายหรือระบบที่เปิดช่องให้รัฐสามารถเข้ามาควบคุมดูแลการจัดการเกี่ยวกับบัญชีรับจ่ายในโครงการของผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ได้ ทำให้ผู้ประกอบการสามารถนำเงินในบัญชีโครงการไปใช้จ่ายได้โดยเสรีและปราศจากตรวจสอบ ทั้งการนำเงินไปใช้ลงทุนเพื่อดำเนินการตามแผนผังของโครงการหรือแม้กระทั่งการเบิกเงินไปใช้จ่ายในเรื่องอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวกับโครงการ ถ้าหากไม่มีการทบทวนการเบิกจ่ายเงินของโครงการซึ่งเงินส่วน

หนึ่งเป็นเงินของผู้ซื้อซึ่งได้วางชำระไว้ล่วงหน้าแล้ว ก็อาจเป็นช่องว่างและเป็นหนทางที่ผู้ประกอบการจะแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบจากเงินดังกล่าวได้

นอกจากนี้กฎหมายที่เกี่ยวข้องในการควบคุมผู้ประกอบการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่บังคับใช้ยังไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดิน กฎหมายอาคารชุด หรือกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคก็ตาม ต่างก็ไม่มีบทลงโทษหากพบว่าผู้ประกอบการรายนั้นดำเนินธุรกิจโดยขาดจรรยาบรรณและขาดความรับผิดชอบละทิ้งการดำเนินโครงการอสังหาริมทรัพย์นั้นให้ตลอด เนื่องจากมาตรการทางกฎหมายที่ใช้อยู่ในปัจจุบันเป็นมาตรการในทางแพ่งแทบทั้งสิ้นซึ่งไม่อาจนำมาลงโทษผู้ประกอบการหรือจำแนกเจตนาทุจริตข้อโกงของผู้ประกอบการได้ ประกอบกับเป็นมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นแล้ว แต่ไม่ได้มีมาตรการในการป้องกันไม่ให้นักลงทุนเหล่านั้นเข้ามาประกอบธุรกิจโดยแสวงหาประโยชน์จากธุรกิจประเภทที่อยู่อาศัยของประชาชนด้วยเจตนาอันทุจริตได้

สำหรับมาตรการทางอาญานั้น ถึงแม้ประมวลกฎหมายอาญามีบทลงโทษผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาข้อโกงทุจริตหวังจะใช้ธุรกิจเพื่อบังหน้าและเป็นเครื่องมือในการแสวงหาประโยชน์โดยมิชอบและมีหน่วยงานของรัฐ คือ กองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ หรือ สศก. รับผิดชอบในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนรับเรื่องร้องทุกข์จากผู้บริโภคในส่วนที่เป็นความผิดอาญาแล้วก็ตาม แต่ก็ยังคงมีปัญหาซึ่งพบมากในทางปฏิบัติในการดำเนินคดีเอาผิดแก่ผู้ประกอบการเหล่านี้ เพราะหลักทั่วไปตามกฎหมายอาญานั้น องค์ประกอบความผิดฐานข้อโกงผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาชั่วหรือเจตนาทุจริตก่อนที่จะได้รับทรัพย์สินจากผู้ถูกหลอกลวง ซึ่งผู้เสียหายต้องมีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่า ในขณะที่ผู้ประกอบการโฆษณาให้ประชาชนเข้าไปทำสัญญาจะซื้อจะขายหรือสัญญาเช่าซื้อกับโครงการนั้นผู้ประกอบการมีเจตนาอย่างไร หากไม่สามารถนำสืบพิสูจน์ให้ศาลเห็นได้ว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตหลอกลวง ในขณะที่ทำสัญญาศาลก็จะต้องยกฟ้อง เพราะถือว่าบุคคลนั้นไม่มีเจตนาในการกระทำความผิดอาญาจึงไม่สามารถลงโทษในทางอาญาได้ เป็นแต่เพียงการผิดสัญญาในทางแพ่งเท่านั้น ซึ่งหากพบว่าผู้ประกอบการมีเจตนาทุจริตข้อโกงเกิดขึ้นภายหลังจากทำสัญญาซื้อขายหรือภายหลังจากการชำระเงินบางส่วนไปบ้างแล้ว ซึ่งมักเป็นกรณีที่ผู้ประกอบการรู้อยู่ว่าตนไม่สามารถปฏิบัติตามสัญญาได้แล้วแต่ยังคงเพิกเฉยไม่บอกกล่าวและรับเงินของผู้ซื้อเรื่อยมา เช่นนี้ผู้ประกอบการก็อาจมีความผิดฐานข้อโกงได้

อย่างไรก็ดี มาตรการทางอาญาดังกล่าวก็ไม่อาจชดเชยความเสียหายให้แก่ผู้ซื้อที่ได้รับความเสียหายได้ เพราะการฟ้องร้องดำเนินคดีนั้นผู้เสียหายไม่ได้มุ่งเพียงแต่จะให้ผู้กระทำ

ความผิดต้องรับโทษทางอาญาหรือถูกจำคุกเท่านั้น แต่สิ่งที่ผู้ซื้อหวังจะได้รับจากการฟ้องร้องดำเนินคดี คือ การได้รับการเยียวยาแก้ไขหรือได้รับเงินที่เขาสูญเสียไปคืน รวมถึงค่าเสียหายและค่าชดเชยต่างๆ ด้วย ฉะนั้น โทษทางอาญาที่มีวัตถุประสงค์เพื่อยับยั้งการกระทำความผิดโดยการลงโทษผู้กระทำผิดเพียงอย่างเดียว จึงไม่สามารถชดเชยความเสียหายที่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับจากการซื้อของของผู้ประกอบธุรกิจได้ ดังนั้น การมีมาตรการในการป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดจากการฉ้อฉลและฉกฉวยโอกาสของผู้ประกอบธุรกิจไม่ให้เกิดขึ้นกับประชาชนผู้บริโภคจึงเป็นมาตรการสำคัญที่ควรจะต้องมีการบัญญัติไว้เป็นพิเศษ

1.1.2 ผู้ประกอบการไม่บำรุงรักษาระบบสาธารณสุขบริโภคและบริการสาธารณะ

ผู้ประกอบการหมู่บ้านจัดสรรนอกจากจะมีหน้าที่ในการส่งมอบบ้านจัดสรรตามที่ได้ตกลงขายกับผู้ซื้อในสภาพที่ตกลงกันไว้แล้ว ผู้ประกอบการยังมีหน้าที่ในการจัดให้มีและดูแลจัดการสาธารณสุขบริโภคต่างๆ ในโครงการ ทั้งในขณะที่ยังไม่เปิดโครงการและหลังจากเปิดโครงการแล้วตามที่ได้ให้สัญญาหรือโฆษณาประชาสัมพันธ์ไว้ด้วย ผู้ประกอบการส่วนใหญ่เมื่อสร้างบ้านเสร็จก็จะนัดโอนกรรมสิทธิ์บ้านไปก่อนโดยอ้างว่าจะดำเนินการก่อสร้างทรัพย์สินส่วนกลางให้แล้วเสร็จ แต่เมื่อโอนกรรมสิทธิ์บ้านจัดสรรครบถ้วนแล้ว ก็จะปิดโครงการโดยไม่รับผิดชอบในการก่อสร้างสาธารณสุขบริโภคหรือทรัพย์สินส่วนกลางต่างๆ ทำให้เกิดเรื่องร้องเรียนจำนวนมาก แต่อย่างไรก็ดีเมื่อได้มีการแก้ไขกฎหมายโดยให้ผู้ขออนุญาตจัดสรรที่ดินจะต้องมีประกันการก่อสร้างทรัพย์สินส่วนกลางและสาธารณสุขบริโภคไว้กับทางราชการก่อน จึงทำให้โครงการบ้านจัดสรรที่เกิดขึ้นใหม่หลังพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 มีผลบังคับ มักจะไม่ค่อยมีปัญหาเกี่ยวกับการไม่จัดทำระบบสาธารณสุขบริโภคมากนัก เพราะหากผู้ประกอบการไม่จัดทำระบบสาธารณสุขบริโภค ทางราชการก็จะนำเงินประกันดังกล่าวมาดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จได้

แต่จากข้อมูลที่ได้รับเรื่องร้องเรียนมายังกรมที่ดินเมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2551 มีผู้อยู่อาศัยร้องทุกข์เกี่ยวกับการที่โครงการบ้านจัดสรรหลายโครงการไม่จัดทำระบบสาธารณสุขบริโภค และปล่อยให้ถนนที่มีอยู่ชำรุดทรุดโทรมไม่มีการบำรุงรักษาให้อยู่ในสภาพดีทั้งสิ้น จำนวน 97 ราย ซึ่งพบว่าเกิดปัญหาทั้งจากผู้ประกอบการรายเล็กไปถึงผู้ประกอบการรายใหญ่ จากกรณีปัญหาดังกล่าวกรมที่ดินจึงได้มีการตั้งคณะทำงานขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบสาธารณสุขบริโภคและบริการสาธารณะในโครงการบ้านจัดสรร เฉพาะรายที่ได้รับอนุญาตในเขตกรุงเทพมหานครว่ามีสภาพดีพร้อมใช้งานหรือไม่ หากพบว่ามีข้อบกพร่องก็จะให้เจ้าของโครงการรีบดำเนินการแก้ไขภายใน 60 - 90 วัน หากพ้นกำหนดเวลาแล้วยังไม่ดำเนินการ ผู้ประกอบการต้องถูกปรับเป็นรายวันๆ ละ 1,000 บาท จนกว่าจะดำเนินการแก้ไขเรียบร้อย อย่างไรก็ตามถึงแม้จะมีการตั้ง

คณะทำงานขึ้นมาตรวจสอบ แต่ปัญหาที่พบในทางปฏิบัติคือเจ้าหน้าที่ตรวจสอบในคณะทำงานของกรมที่ดินดังกล่าวมีปริมาณน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนโครงการทั้งหมดในกรุงเทพมหานคร ทำให้เป็นอุปสรรคไม่สามารถทำการตรวจสอบการจัดทำระบบสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะในทุกโครงการได้อย่างทั่วถึง ผู้ประกอบการบางรายจึงอาศัยข้อบกพร่องนี้เพื่อหาโอกาสหลีกเลี่ยงการจัดทำและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคในโครงการ

นอกจากการไม่จัดทำระบบสาธารณูปโภคแล้วยังพบว่า ยังมีปัญหาที่เกิดจากการไม่ดูแลและให้บริการระบบสาธารณะของผู้ประกอบการบางรายซึ่งยังมีหน้าที่ต้องบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและบริการสาธารณะต่างๆ ตามข้อตกลงในสัญญา แต่เมื่อปิดโครงการแล้วกลับไม่รับผิดชอบในการบำรุงรักษาบริการสาธารณะดังกล่าว ทำให้ผู้ซื้อที่อยู่อาศัยในหมู่บ้านต้องได้รับความเดือดร้อน เพราะทราบได้ที่ผู้ประกอบการยังไม่ได้มีการโอน หรืออุทิศกิจการสาธารณูปโภคให้เป็นสาธารณประโยชน์ หรือโอนให้แก่เทศบาล สุขาภิบาล หรือองค์การบริหารส่วนจังหวัด ผู้ประกอบการมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคในที่ดินจัดสรรในโครงการ แม้จะมีข้อตกลงในสัญญาให้ผู้ซื้อรับผิดชอบชำระค่าบริการในการบำรุงรักษาแล้วผู้ซื้อบางรายไม่ชำระก็ตาม ผู้ประกอบการจะต้องใช้สิทธิทางศาลฟ้องร้องบังคับให้ผู้ซื้อปฏิบัติตามสัญญาที่ตกลงไว้ แต่จะระงับการให้บริการอันเป็นบริการสาธารณะและกิจการสาธารณูปโภคในที่ดินจัดสรรอันกระทบต่อส่วนรวม ซึ่งกำหนดให้เป็นหน้าที่ของผู้ประกอบการในการบำรุงดูแลรักษาไม่ได้ (ตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองซึ่งได้วินิจฉัยไว้เมื่อวันที่ 20 เมษายน 2549)

ฉะนั้น หากผู้ประกอบการรายใดไม่ประสงค์ที่จะพ้นจากหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคหรือบริการสาธารณะตามที่กฎหมายเปิดช่องไว้ตามมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินก็ยังคงมีหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคดังกล่าวให้คงสภาพดังเช่นที่ได้จัดทำขึ้นนั้นต่อไป ซึ่งเมื่อเกิดปัญหาเกี่ยวกับการไม่จัดทำหรือบำรุงรักษาของผู้ประกอบการ ผู้ซื้อมีสิทธิในการร้องเรียนไปยังกรมที่ดินเพื่อให้ตรวจสอบและมีคำสั่งไปยังผู้ประกอบการที่ขออนุญาตจัดสรรที่ดินหรือใช้สิทธิทางศาลโดยตรงก็ได้ ซึ่งก็ติดปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับเรื่องปริมาณเจ้าหน้าที่ตรวจสอบที่มีอัตรากำลังไม่พอ ประกอบกับการดำเนินคดีในชั้นศาลอาจใช้ระยะเวลาอันยาวนานพอสมควร ทำให้อาจไม่ช่วยบรรเทาหรือแก้ปัญหาความเดือดร้อนของประชาชนผู้อยู่อาศัยในโครงการนั้นได้ ถึงแม้ปัจจุบันกฎหมายจะเปิดช่องให้สมาชิกในหมู่บ้านจัดสรรรวมตัวกันจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรขึ้นมารับโอนสาธารณูปโภคไปดูแลบำรุงรักษาตนเอง เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาที่เกิดจากการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคโดยผู้ประกอบการได้ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้เฉพาะกรณีที่ผู้ประกอบการประสงค์จะหลุดพ้นจาก

หน้าที่ในการดูแลสาธารณูปโภคเท่านั้น ดังนั้นหากผู้ประกอบการยังคงต้องการที่จะบำรุงและดูแลจัดการบริการดังกล่าวด้วยตนเองอยู่ต่อไป สมาชิกผู้อยู่อาศัยในโครงการก็ไม่สามารถบังคับผู้ประกอบการให้หยุดพ้นจากหน้าที่และจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรขึ้นมาได้ และนอกจากนั้น ในกรณีที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งรวมกันตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรขึ้นมาเพื่อดูแลจัดการสาธารณูปโภคภายในหมู่บ้านกันเองตามมาตรา 44 (1) ผู้จัดสรรที่ดินก็ยังมีสิทธิคัดค้านการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรได้ โดยคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดจะต้องพิจารณาว่าผู้จัดสรรที่ดินได้ปฏิบัติหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคหรือไม่ หากพิจารณาได้ว่าผู้จัดสรรที่ดินได้ปฏิบัติหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคแล้วก็จะสั่งยกเลิกคำร้องขอจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรและให้ผู้จัดสรรที่ดินเป็นผู้บำรุงรักษาสาธารณูปภคนั้นต่อไป โดยต้องจัดหาอาคารหรือสถาบันการเงินมาค้ำประกัน การบำรุงรักษาสาธารณูปโภคและเข้าสู่ระบบปกติในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภค¹

จะสังเกตได้ว่า บทบัญญัติในเรื่องการโอนสาธารณูปโภคหรือสิทธิในการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรของผู้ซื้อที่ดินจัดสรรตามมาตรา 44 นั้น พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ ไม่ได้บังคับให้จัดตั้งเหมือนนิติบุคคลอาคารชุด แต่กฎหมายเปิดช่องให้ผู้จัดสรรที่ดินมีทางเลือกและให้สิทธิในการโอนสาธารณูปโภคให้ผู้อื่นดูแลรักษาต่อไปได้ เนื่องจากเห็นว่าผู้จัดสรรที่ดินมีหน้าที่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคในโครงการจัดสรรที่ดินในระยะเริ่มต้นแล้ว แต่จะให้ผู้จัดสรรที่ดินแบกรับภาระในการดูแลรักษาสาธารณูปโภคตลอดไปโดยไม่สิ้นสุดย่อมเป็นการฝืนธรรมชาติ เพราะผู้จัดสรรที่ดินเป็นผู้พัฒนาอสังหาริมทรัพย์ที่ทำการค้าหากำไร มิใช่องค์กรสาธารณกุศล² และให้สิทธิผู้จัดสรรที่ดินในฐานะเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินที่จัดสร้างสาธารณูปโภคกำหนดเวลาที่ตนจะต้องรับผิดชอบดูแลรักษาสาธารณูปโภคไว้ในคำขออนุญาตจัดสรรที่ดินและอาจเลือกที่จะดูแลรักษาสาธารณูปภคนั้นในระยะเวลานานได้ หากเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวมีลักษณะได้รับประโยชน์ตอบแทนคุ้มค่า ซึ่งเมื่อพ้นจากระยะเวลาเบื้องต้นที่แจ้งไว้ในคำขอว่าต้องรับภาระในการบำรุงรักษาสาธารณูปโภคแล้ว หากผู้จัดสรรที่ดินประสงค์จะพ้นจากภาระการบำรุงรักษา

¹ ไพโรจน์ อาจรักษา, คำอธิบายกฎหมายการจัดสรรที่ดิน, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2547), น. 84.

² สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา กลุ่มกฎหมายทรัพยากรธรรมชาติ, พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพมหานคร : บริษัทการพิมพ์, 2543), น.160

สาธารณสุขปโภคก็จะดำเนินการตามขั้นตอนในมาตรา 44 ซึ่งกฎหมายจะให้โอกาสผู้ซื้อในการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรหรือนิติบุคคลตามกฎหมายอื่นเพื่อรับโอนสาธารณสุขปโภคไปดูแลรักษาตนเองได้ต่อไปตามลำดับ

ดังนั้นจะเห็นได้ว่าการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรขึ้นมาเพื่อดูแลจัดการสาธารณสุขปโภคนั้นอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหลายประการ ทั้งเรื่องของกำหนดระยะเวลาที่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรต้องรวมตัวกันจัดตั้งนิติบุคคลภายในระยะเวลาที่ผู้จัดสรรที่ดินกำหนดซึ่งไม่น้อยกว่า 180 วัน หากพ้นกำหนดแล้วจะตกเป็นสิทธิของผู้จัดสรรที่ดินในการเลือกขออนุมัติดำเนินการอื่นใดเพื่อดูแลรักษาสาธารณสุขปโภคต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัด หรือโอนสาธารณสุขปโภคให้เป็นการสาธารณสุขปโภคตามมาตรา 44 (2), (3) ซึ่งหากผู้ซื้อที่ดินประสงค์จะจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นมาดูแลรักษาสาธารณสุขปโภคกันเอง ก็ต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่าผู้จัดสรรที่ดินประสงค์จะพ้นจากหน้าที่ในการบำรุงรักษาสาธารณสุขปโภคหรือไม่ และแม้ผู้ซื้อจะจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรได้ ผู้จัดสรรก็ยังมีสิทธิที่จะคัดค้านการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรได้ ถ้าคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดเห็นว่าผู้จัดสรรได้ปฏิบัติหน้าที่ในการบำรุงรักษาตามสมควรแล้ว เพราะหากติดขัดเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งสิทธิในการจัดการสาธารณสุขปโภคก็จะขึ้นอยู่กับผู้จัดสรร และถ้าผู้จัดสรรไม่ประสงค์จะดูแลจัดการเองก็อาจจดทะเบียนโอนให้เป็นสาธารณประโยชน์ได้ โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบหรือความยินยอมจากผู้ซื้อที่ดิน ซึ่งการโอนโดยไม่ให้ออกาสผู้ซื้อได้ร่วมตัดสินใจก่อนนี้ อาจก่อให้เกิดปัญหาในการใช้ประโยชน์จากสาธารณสุขปโภคของผู้ซื้อที่ดินหรือผู้อยู่อาศัยโดยส่วนรวมได้ เช่น ในกรณีที่สาธารณสุขปโภคเป็นถนน ก็จะทำให้ความเป็นสัดส่วนที่เคยใช้เฉพาะผู้อยู่อาศัยภายในหมู่บ้านลดลง เพราะทางราชการอาจเชื่อมต่อถนนในหมู่บ้านกับถนนภายนอก ทำให้มียานพาหนะแล่นผ่านโดยไม่อาจจำกัดการใช้ถนนได้ ผู้ซื้อที่ดินจึงไม่อาจทราบได้ล่วงหน้าว่าโครงการหมู่บ้านจัดสรรที่ตนเองอยู่อาศัยนั้นจะมีระบบการจัดการดูแลสาธารณสุขปโภคและบริการสาธารณะในรูปแบบใด และใครจะเป็นผู้ดูแลรับผิดชอบ ซึ่งทำให้ผู้ซื้อที่ดินมักตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบและขาดโอกาสในการจัดการดูแลสาธารณสุขปโภคด้วยตนเอง

และนอกจากปัญหาในการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรดังที่ได้กล่าวมาแล้วนั้น ถ้าสังเกตจากปริมาณสถิติการออกใบอนุญาตนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรในช่วงระหว่างปี 2546 ถึง 2549 จะพบว่ามีการออกใบอนุญาตนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับจำนวนใบอนุญาตจัดสรรที่ดินที่ออกในช่วงดังกล่าว เมื่อรวมช่วงเวลาทั้ง 4 ปีแล้ว มีการออกใบอนุญาตจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรเพียง 193 ราย ซึ่งถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก คิดเป็นสัดส่วนไม่ถึง 10% เมื่อเทียบกับปริมาณใบอนุญาตจัดสรรที่ดินที่ออกให้แก่ผู้ประกอบการในช่วงเวลาเดียวกันซึ่ง

มีจำนวนรวมกันทั่วประเทศ 1,831 ราย³ ซึ่งจะเห็นได้ว่าการรวมตัวการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรยังเป็นเรื่องใหม่สำหรับโครงการหมู่บ้านจัดสรรประกอบกับประชาชนผู้ซื้อบ้านยังไม่ได้รับข้อมูลและการประชาสัมพันธ์ที่ดีพอเกี่ยวกับการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าว รวมถึงการได้รับการสนับสนุนและประสานงานที่ดีกับผู้ประกอบการในเรื่องดังกล่าวด้วย ทำให้ที่ผ่านมามีการจัดตั้งนิติบุคคลหมู่บ้านจัดสรรขึ้นมาเพื่อให้ความคุ้มครองผู้ซื้อบ้านและแก้ปัญหาในเรื่องของการไม่บำรุงรักษาสาธารณูปโภคของผู้ประกอบการเป็นจำนวนที่น้อยมาก

1.1.3 ปัญหาเกี่ยวกับการทำข้อตกลงหรือสัญญาจะซื้อขายที่ไม่เป็นธรรม

ปัญหาส่วนใหญ่ที่พบมากในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์คือ การที่ผู้ขายไม่ส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ในบ้านและที่ดินให้แก่ผู้ซื้อตามกำหนดในสัญญา หรือส่งมอบแล้วแต่ทรัพย์สินที่ส่งมอบชำรุดบกพร่อง ทำให้ผู้ซื้อไม่สามารถเข้าอยู่อาศัยในบ้านได้และไม่เป็นไปตามความประสงค์ในการเข้าทำสัญญา สาเหตุส่วนหนึ่งก็เนื่องมาจากในขั้นตอนการทำสัญญาผู้ขายจะเป็นฝ่ายกำหนดรายละเอียดในสัญญาเองทั้งหมด ผู้ซื้อไม่อยู่ในฐานะที่จะมีอำนาจต่อรองกับผู้ขาย เพราะหากผู้ซื้อไม่ทำสัญญากับผู้ขายรายนี้และเปลี่ยนไปทำสัญญากับรายอื่นก็จะต้องประสบปัญหาเช่นเดียวกัน ถึงแม้รัฐจะได้พยายามแก้ไขปัญหาลักษณะเกี่ยวกับการทำสัญญาดังกล่าวโดยกำหนดแบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรรโดยคณะกรรมการจัดสรรที่ดินกลาง ซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้ผู้จัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ ต้องใช้แบบมาตรฐานของสัญญาจะซื้อขายที่ดินจัดสรร (มาตรา 34) เพื่อให้ผู้ซื้อได้ใช้สัญญาที่รัฐกำหนดขึ้นและได้รับความเป็นธรรมมากขึ้นก็ตาม แต่ในความเป็นจริงแล้วในทางปฏิบัติบางโครงการผู้ประกอบการจะใช้แบบมาตรฐานของสัญญาเฉพาะในขั้นตอนการยื่นขออนุญาตเพื่อจัดสรรที่ดินเท่านั้น แต่ในขั้นตอนการทำสัญญากับผู้ซื้อจริงๆ ผู้ขายจะนำสัญญาซึ่งผู้ขายร่างไว้เองมาใช้กับผู้ซื้อ ซึ่งผู้ขายมักกำหนดข้อความในสัญญาที่ทำให้ตนได้เปรียบและไม่เป็นธรรมต่อผู้ซื้อ และยิ่งไปกว่านั้นโดยส่วนใหญ่การทำสัญญาจะซื้อขายบ้านและที่ดิน รวมถึงการทำสัญญาขายห้องชุดในคอนโดมิเนียมจะเป็นสัญญาที่ทำกันขึ้นเองระหว่างผู้บริโภคร่วมกับผู้ประกอบการ และเป็นการทำสัญญากันก่อนที่ผู้ประกอบการจัดสรรที่ดินจะได้รับใบอนุญาตจัดสรรหรือก่อนดำเนินการจดทะเบียนอาคารชุด

ดังนั้นสัญญาดังกล่าวส่วนใหญ่จึงไม่มีข้อความที่รัดกุม ขาดการตรวจสอบ และไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ และพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ ทำให้

³ ข้อมูลจากสำนักงานส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ กรมที่ดิน

ผู้บริโภครู้สึกเอาเปรียบจากข้อตกลงในสัญญา เพราะอยู่ในสถานะที่มีอำนาจต่อรองในการทำสัญญาน้อยกว่าผู้ประกอบการ ผู้ประกอบการมักอาศัยความไม่เท่าเทียมกันในฐานะคู่สัญญา เช่นนี้จัดทำสัญญาที่มีข้อความและเนื้อหาที่ตนเองเป็นฝ่ายได้ประโยชน์ และหลอกลวงให้ผู้ซื้อเข้าทำสัญญาที่ผู้ซื้ออาจตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบได้ เพราะหลักพื้นฐานในการทำสัญญาตามกฎหมายถือว่าคู่สัญญาได้แสดงเจตนาทำนิติกรรมสัญญาโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัครแล้ว คู่กรณีจึงต้องผูกพันให้ปฏิบัติตามสัญญาที่ได้ตกลงกันไว้อย่างเคร่งครัดตามหลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งการแสดงเจตนา

ในกรณีเช่นนี้เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นจากการที่ผู้ประกอบการไม่ปฏิบัติตามสัญญาหรือผิดสัญญา ผู้ซื้อก็ไม่สามารถฟ้องร้องบังคับตามที่ได้ตกลงกันหรือเรียกร้องค่าเสียหายได้ เพราะผู้ขายเป็นผู้มีอำนาจต่อรองเหนือกว่ามักเป็นผู้กำหนดรายละเอียดและเงื่อนไขในสัญญาแต่เพียงฝ่ายเดียว โดยผู้ซื้อไม่สามารถขอแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมสัญญาได้ ผู้ซื้อจึงจำยอมต้องเข้าทำสัญญาถึงแม้จะพบว่าข้อสัญญาที่อยู่ในสัญญานั้นผู้ซื้อจะเป็นฝ่ายเสียเปรียบก็ตาม ซึ่งสัญญาลักษณะนี้เรียกว่า “สัญญาสำเร็จรูป” ผู้ขายจึงมักจะกำหนดข้อความในสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแก่ผู้ซื้อและเอื้อประโยชน์แก่ผู้ขายอย่างเต็มที่เพื่อทำให้ตนได้เปรียบผู้ซื้อ ปัญหาที่พบมากเกี่ยวเนื่องจากการทำสัญญาจะซื้อจะขายบ้านจัดสรรหรือห้องชุดที่ผู้ขายกำหนดข้อความในสัญญาเอง คือ ผู้ซื้อชำระเงินค่างวดครบถ้วนถูกต้องไปแล้วล่วงหน้า แต่สัญญากลับไม่ระบุนวันที่เริ่มต้นก่อสร้างและวันที่คาดว่าจะสร้างแล้วเสร็จ และในกรณีที่ผู้ขายก่อสร้างล่าช้ากว่ากำหนดและก่อสร้างไม่แล้วเสร็จ ทั้งๆ ที่ผู้ซื้อชำระเงินค่างวดครบแล้ว แต่กลับไม่ได้บ้านหรือห้องชุดเพราะโครงการยังก่อสร้างไม่เสร็จจึงไม่สามารถส่งมอบและโอนกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อได้ ทั้งสัญญาจะซื้อจะขายก็ไม่ได้กำหนดความรับผิดชอบของผู้ขายหรือค่าเสียหายที่ต้องชำระเนื่องจากการผิดสัญญาผู้ซื้อแต่อย่างใด ทำให้ผู้ซื้อต้องชำระเงินไปล่วงหน้าโดยยังไม่ได้บ้านและใช้ประโยชน์ในที่อยู่อาศัยได้อย่างเต็มที่

ดังนั้น เมื่อผู้ซื้อพบว่าข้อสัญญาดังกล่าวไม่เป็นธรรมแก่ผู้ซื้อ จึงตกเป็นภาระหน้าที่ของผู้ซื้อที่จะต้องตรวจสอบว่าสัญญาส่วนใดไม่เป็นคุณและถูกผู้ขายเอาเปรียบ ซึ่งผู้ซื้อก็ต้องฟ้องร้องดำเนินคดีต่อศาลหรือนำเรื่องเข้าร้องเรียนต่อสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) เอง โดยให้ สคบ. ทำหน้าที่ดำเนินการกับผู้ประกอบการแทนผู้บริโภคต่อไป ซึ่งกลายเป็นการเพิ่มปัญหาและผลภาระในการแก้ไขปัญหาทั้งหมดให้กับ สคบ. เพื่อทำหน้าที่เยียวยาและบรรเทาปัญหาความเดือดร้อนที่เกิดกับผู้บริโภค อันเนื่องมาจากการขาดมาตรการการป้องกันและการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุที่ไม่สามารถนำกฎหมายที่มีอยู่มาบังคับใช้ให้เกิดประสิทธิภาพมากที่สุด เพราะผู้ขายก็ยังสามารถนำสัญญาที่ตนร่างขึ้นมาเองมาใช้ได้อยู่ดี

นอกจากปัญหาที่เกิดจากการหลอกลวงผู้บริโภครให้เข้าทำสัญญาที่ไม่เป็นธรรมแล้ว ยังมีปัญหาที่พบในทางปฏิบัติในการใช้กฎหมายอาคารชุดเพื่อควบคุมผู้ประกอบการอาคารชุดเกี่ยวกับการทำสัญญาอีกเช่น กรณีผู้ซื้อห้องชุดทำสัญญาจะซื้อห้องชุดโดยวางมัดจำไว้ล่วงหน้า ตั้งแต่อาคารนั้นยังไม่ก่อสร้างและยังไม่ได้รับจดทะเบียนเป็นอาคารชุด หรือแม้แต่บางโครงการที่ดำเนินการก่อสร้างไปแล้วแต่ยังไม่จดทะเบียนเป็นอาคารชุด ผลที่ตามมาก็คือ สัญญาดังกล่าวที่ผู้ซื้อทำกับเจ้าของโครงการนั้นก็เพียงสัญญาจะซื้อจะขายทั่วไปตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เท่านั้น คู่สัญญายังไม่อยู่ในสถานะที่จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอาคารชุดเพราะไม่ใช่สัญญาจะซื้อจะขายห้องชุดหรืออาคารชุด กฎหมายอาคารชุดจะถือว่าอาคารที่ก่อสร้างแล้วเสร็จในโครงการเป็นอาคารชุดได้ก็ต่อเมื่อได้รับการจดทะเบียนเป็นอาคารชุดแล้วเท่านั้น เมื่อยังไม่มีการจดทะเบียนอาคารชุด ผู้ซื้อจึงยังไม่สามารถใช้สิทธิเรียกร้องภายใต้กฎหมายอาคารชุดได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติอาคารชุดฉบับนี้ ก็ไม่มีบทบัญญัติที่ออกมาควบคุมผู้ประกอบการหรือผู้ที่เข้ามาบริหารอาคารชุด ในระหว่างที่กำลังดำเนินการก่อสร้างอาคารก่อนที่จะจดทะเบียนอาคารชุด ดังนั้น ผู้ซื้อที่ทำนิติกรรมสัญญากับเจ้าของโครงการในระหว่างนี้ จึงถือว่าเป็นคู่สัญญาตามกฎหมายทั่วไป หากมีเหตุขัดข้องประการใด เช่น อาคารนั้นสร้างไม่แล้วเสร็จ ผู้ประกอบการละทิ้งโครงการ หรือเจ้าของโครงการถูกฟ้องร้องยึดทรัพย์เป็นเหตุให้อาคารนั้นไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้ คู่สัญญาซึ่งได้รับความเสียหายจะต้องฟ้องร้องบังคับคดีโดยอาศัยประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เพื่อเรียกร้องค่าเสียหายค่าต่อไป เนื่องจากอาคารดังกล่าวยังไม่มีลักษณะเป็นอาคารชุดตามความหมายของพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ ฉบับนี้

นอกจากนี้ ในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่กำหนดแบบข้อสัญญามาตรฐานตามประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญา ซึ่งกำหนดให้การประกอบธุรกิจขายห้องชุดเป็นธุรกิจที่ควบคุมสัญญา และสัญญาขายห้องชุดต้องถูกควบคุมและเป็นมาตรฐานตามแบบที่คณะกรรมการฯ กำหนด แต่ในทางปฏิบัติแล้วคณะกรรมการฯ ไม่ได้มีอำนาจในการตรวจสอบสัญญาและติดตามการปฏิบัติตามข้อสัญญาของผู้ขายให้เป็นไปตามมาตรฐานตามประกาศฯ แต่อย่างใด ฉะนั้นเมื่อกฎหมายไม่ได้บังคับว่าผู้ขายจะต้องนำแบบฟอร์มสัญญาที่ผู้ขายยกร่างเพื่อใช้กับผู้ซื้อมาให้คณะกรรมการว่าด้วยสัญญาตรวจสอบและให้ความเห็นชอบก่อนนำไปใช้ทำสัญญากับผู้ซื้อ กฎหมายเพียงแต่บังคับให้ส่งมอบสัญญาที่มีข้อสัญญามาตรฐานตามที่กำหนดในประกาศคณะกรรมการว่าด้วยสัญญาให้แก่ผู้ซื้อเท่านั้น ในทางปฏิบัติแล้วสัญญาที่ส่งมอบให้แก่ผู้ซื้อจึงขึ้นอยู่กับความพอใจและการพิจารณาของผู้ซื้อว่าสัญญานั้นมีข้อความถูกต้องตามข้อสัญญามาตรฐานในประกาศฯ หรือไม่ เพราะเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครอง

ผู้บริโภคจะได้เข้ามาตรวจสอบสัญญาดังกล่าวก็ต่อเมื่อได้รับคำร้องทุกข์หรือร้องเรียนมาจากผู้บริโภคที่ไม่ได้รับความเป็นธรรมจากสัญญา หรือเจ้าหน้าที่ออกไปตรวจสอบเองตามโอกาสที่เหมาะสม ทั้งนี้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่มีจำนวนจำกัด และส่วนใหญ่ก็มักเป็นการตรวจสอบการขายห้องชุดในโครงการใหญ่ๆ เท่านั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า มาตรการในการกำหนดข้อสัญญามาตรฐานในธุรกิจซื้อขายห้องชุดนี้ไม่สามารถนำมาใช้แก้ปัญหาข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรมและป้องกันการเอาเปรียบผู้บริโภคได้ดีเท่าที่ควร เพราะการเข้ามาตรวจสอบความถูกต้องของสัญญาระหว่างผู้ประกอบการกับผู้บริโภคเพื่อบังคับตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค คงมีผลบังคับใช้ได้ต่อเมื่อคู่สัญญาได้ลงชื่อเข้าทำสัญญากันเรียบร้อยแล้วและต่อมาก่อให้เกิดความเสียหายกับผู้ซื้อ จนในที่สุดผู้ซื้อได้นำเรื่องมาร้องเรียนยังสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแล้วเท่านั้น

1.1.4 ผู้ประกอบการหลอกลวงและโฆษณาเกินจริง

ปัญหาเรื่องการโฆษณาของผู้ประกอบการในธุรกิจบ้านจัดสรรในปัจจุบันนี้ สาเหตุส่วนหนึ่งมาจากการโฆษณาก่อนที่จะได้รับอนุญาตจัดสรรที่ดิน ก่อนทำสัญญาหรือก่อนโครงการหมู่บ้านจัดสรรจะก่อสร้างแล้วเสร็จ ผู้จัดสรรมักโฆษณาหลอกลวงเกินกว่าความเป็นจริงเพื่อโน้มน้าวใจให้ผู้ซื้อตกลงซื้อที่ดินและบ้านจัดสรรในโครงการของตน แล้วต่อมาภายหลังกลับไม่ปฏิบัติตามที่ได้โฆษณาไว้ ซึ่งส่วนใหญ่เป็นการโฆษณานอกเหนือไปกว่าที่คณะกรรมการควบคุมการจัดสรรที่ดินบังคับไว้ในข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดสรรที่ต้องจัดให้มีในโครงการ เช่น โฆษณาว่าจะจัดให้มีสโมสร สระว่ายน้ำ โรงเรียนอนุบาล คลับเฮ้าส์ ฯลฯ แต่เมื่อขายบ้านให้ผู้ซื้อได้แล้ว ก็มีได้จัดให้มีบริการหรือสถานที่ดังกล่าวตามที่ได้โฆษณาไว้แต่อย่างใด ซึ่งเดิมนั้นการโฆษณาขายบ้านในโครงการได้จะต้องได้รับใบอนุญาตให้จัดสรรที่ดินจากคณะกรรมการควบคุมการจัดสรรที่ดินเสียก่อนตามที่ประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 (พ.ศ. 2515) ข้อ 40 และข้อ 39 ได้บัญญัติห้ามทำการโฆษณาแผนผังโครงการหรือวิธีการจัดสรรที่ผิดไปจากที่ได้รับอนุญาต แต่เนื่องจากขั้นตอนและระยะเวลาในการขออนุญาตจัดสรรต้องใช้เวลามาก ทำให้เกิดความไม่สะดวกและเป็นอุปสรรคในการโฆษณาชี้ชวนและเสนอขายสินค้าแก่ผู้ซื้อเพราะต้องรอให้ได้ใบอนุญาตก่อน ประกอบกับการโฆษณาประชาสัมพันธ์เป็นสิ่งจำเป็นสำหรับธุรกิจการค้า ถ้าหากไม่มีการโฆษณาประชาสัมพันธ์ประชาชนก็จะไม่มีโอกาสได้รับรู้และสินค้าก็จะจำหน่ายไม่ได้ ซึ่งไม่คุ้มกับการลงทุนด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดินฯ ซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในปัจจุบันจึงมิได้บัญญัติกำหนดโทษในกรณีที่ผู้จัดสรรที่ดินโฆษณาแผนผัง โครงการ หรือวิธีการจัดสรรที่ดินก่อนที่จะได้รับใบอนุญาตเหมือนข้อ 40 ในประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 286 และไม่บังคับให้ผู้ขายต้องได้รับใบอนุญาตจัดสรรก่อนจึงจะทำการโฆษณาได้ กฎหมายว่าด้วยจัดสรรที่ดิน มาตรา 23

กำหนดไว้เพียงว่าให้ผู้ประกอบธุรกิจสามารถโฆษณาโครงการจัดสรรของตนได้ แต่ต้องโฆษณาให้ตรงกับหลักฐานและรายละเอียดที่ได้ยื่นไว้ในการขออนุญาตจัดสรรที่ดินตามรายการที่กำหนด เพื่อป้องกันมิให้ผู้จัดสรรที่ดินทำการโฆษณาโครงการจัดสรรที่ดินในลักษณะโอ้อวดทำให้ผู้บริโภคหลงเชื่อ ดังนั้น ในทางปฏิบัติผู้จัดสรรที่ดินจึงสามารถโฆษณาแผนผังโครงการและทำสัญญาจะซื้อจะขายที่ดินตามแผนผังโครงการไปก่อนได้ โดยยังไม่จำเป็นต้องแบ่งที่ดินออกเป็นแปลงย่อยให้เสร็จเรียบร้อยก่อน ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ประกอบการมักจะโฆษณาขายโครงการก่อนที่ตนจะได้รับอนุญาตจัดสรร จึงทำให้ไม่ต้องขออนุญาตต่อหน่วยงานใดและขาดการตรวจสอบจากภาครัฐ นอกจากนี้หากเป็นการโฆษณานอกเหนือไปจากรายการที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 23 ก็จะไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตามกฎหมายจัดสรรที่ดินฉบับนี้ด้วย แต่ทั้งนี้ทั้งนั้นในส่วนที่อยู่นอกเหนือการบังคับของกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดิน จะมีบทบัญญัติในกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่ออกมาเพื่อกำกับดูแลและตรวจสอบการโฆษณาขายที่ดินและบ้านจัดสรรของผู้ประกอบการครอบคลุมอยู่แล้ว

ถึงกระนั้นก็ดี แม้จะมีกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคออกมาควบคุมดูแลและตรวจสอบการโฆษณาของผู้ประกอบธุรกิจที่อยู่นอกเหนือภายใต้บังคับของกฎหมายจัดสรรที่ดิน ทั้งโครงการที่มีการขออนุญาตจัดสรรแล้วและยังไม่ได้มีการขออนุญาตจัดสรร ซึ่งกำหนดไว้ว่าเมื่อจะทำการโฆษณาขายที่ดินดังกล่าวทางหนังสือพิมพ์หรือสื่อสิ่งพิมพ์ ซึ่งหมายความรวมถึงแผ่นพับหรือโบรชัวร์ด้วยนั้น ผู้ประกอบธุรกิจต้องใช้ข้อความโฆษณาที่เป็นธรรมต่อผู้บริโภคหรือใช้ข้อความที่ไม่ก่อให้เกิดผลเสียต่อสังคมส่วนรวม ซึ่งกำหนดไว้ในกฎกระทรวงฉบับที่ 7 (พ.ศ. 2538) แต่ขอบเขตของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคคือ เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายในการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหาย ภายหลังจากผู้บริโภคได้หลงเชื่อหรือเกิดความสงสัยถึงข้อความชวนเชื่อตามสื่อโฆษณาที่ปรากฏอยู่นอกเหนือจากรายการตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น กล่าวคือ ต้องรอให้มีเจ้าทุกข์ร้องเรียนเข้ามาทางคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคแล้วเสียก่อน จึงจะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค โดยจะมีการส่งเจ้าหน้าที่เข้าไปดูแลตรวจสอบว่าผู้ประกอบการปฏิบัติตามกฎหมายหรือไม่ ฉะนั้น การตรวจสอบเบื้องต้นว่าผู้ประกอบการโฆษณาขอด้วยกฎหมายหรือไม่ ก็เป็นหน้าที่ของผู้ซื้อที่จะต้องพิจารณาและร้องเรียนไปยัง สคบ. เพื่อพิสูจน์ข้อเท็จจริงจากการโฆษณาของผู้ประกอบการดังกล่าว ทำให้ผู้จัดสรรที่ดินสามารถโฆษณาโครงการก่อนขออนุญาตจัดสรรได้โดยไม่ต้องผ่านการอนุมัติหรือตรวจสอบจากหน่วยงานใดๆ ก่อน

เหล่านี้เป็นสาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการโฆษณาเกินจริงและชักจูงล่อลวงผู้บริโภคให้หลงเชื่อตามคำโฆษณาของผู้ประกอบการ ทำให้ผู้ซื้อบ้านและที่ดินจัดสรรต้องออกมา

เรียกร้องและใช้สิทธิร้องเรียนต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง หรืออาจใช้สิทธิทางศาลโดยดำเนินการฟ้องร้องบังคับคดี เพื่อบังคับให้ผู้จัดสรรที่ดินปฏิบัติตามสัญญาหรือตามคำโฆษณาชวนเชื่อเป็นจำนวนมาก ซึ่งสร้างความเดือดร้อนให้แก่ผู้ซื้อหรือผู้บริโภค ทั้งเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดี โดยทำที่สุดแล้วผลจากการดำเนินคดีและบังคับคดีตามกฎหมายก็อาจไม่ได้ช่วยเยียวยาหรือบรรเทาความเดือดร้อนต่างๆ ของผู้บริโภคได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควร

1.2 ปัญหาในการควบคุมผู้ประกอบการตามกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค

ปัญหาที่เกี่ยวกับการร้องเรียนเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นั้นในปัจจุบันยังคงมีอยู่อย่างต่อเนื่องและมีแนวโน้มที่จะสูงขึ้นเรื่อยๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในสภาวะที่เศรษฐกิจตกต่ำ ราคาวัสดุก่อสร้างปรับตัวสูงขึ้นเป็นเหตุให้ผู้ประกอบการขาดเงินทุนหมุนเวียนที่จะนำไปก่อสร้างบ้านตามแผนการดำเนินงานที่วางไว้ได้ ส่งผลให้ผู้ประกอบการที่ประสบปัญหาตัดสินใจละทิ้งโครงการหรือขายโครงการให้กับผู้ประกอบการที่มีความแข็งแกร่งกว่า หรือขายให้แก่รายทุนที่ต้องการอาศัยช่วงเศรษฐกิจฝืดเคืองเข้ามาฉกฉวยเอากำไรจากโครงการที่ขายในราคาถูกโดยเข้ามาจับเสือมือเปล่าหรือซื้อไว้เพื่อขายเก็งกำไรต่อไป จากรายงานสถิติของสำนักงานคุ้มครองผู้บริโภคที่ได้รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชน พบว่ากว่าร้อยละ 80 ของเรื่องราวร้องทุกข์ทั้งหมดเป็นปัญหาด้านอสังหาริมทรัพย์เกี่ยวกับบ้านและที่ดิน ส่วนใหญ่ปัญหาที่พบมากในปัจจุบันจะเป็นเรื่องของการไม่สามารถโอนกรรมสิทธิ์ให้ผู้ซื้อได้เนื่องจากติดปัญหาการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จ ปัญหาที่ดินติดจำนองกับสถาบันการเงิน ปัญหาบ้านชำรุดบกพร่อง เป็นต้น ปัญหาส่วนหนึ่งเกิดจากเจตนาแอบแฝงของผู้ประกอบการที่ไร้ซึ่งจิตสำนึกและความรับผิดชอบต่อผู้บริโภคและสังคม โดยหวังฉกฉวยเอาแต่ผลประโยชน์จากผู้บริโภค ซึ่งผู้ประกอบการเหล่านี้จะมีวิธีการหลอกลวงผู้บริโภคในหลายรูปแบบด้วยกันโดยที่กฎหมายไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้ทั่วถึง

ถึงแม้พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. 2522 จะมีหลักกฎหมายที่นำเอามาตรการเชิงป้องกันมาใช้ในบางส่วน เช่น การให้ผู้บริโภคได้รับข่าวสารเกี่ยวกับสินค้าหรือบริการที่ครบถ้วนถูกต้อง และการให้ผู้บริโภคได้รับความเป็นธรรมตั้งแต่ในขั้นตอนของการทำสัญญา ซึ่งเป็นวิธีการคุ้มครองผู้บริโภคที่มีประสิทธิภาพที่สุด แต่เมื่อพิจารณาจากสภาพความเป็นจริงแล้วเราจะเห็นว่าผู้บริโภคส่วนใหญ่มักไม่ค่อยใช้สิทธิในการร้องเรียนเกี่ยวกับโครงการบ้านจัดสรรและส่วนใหญ่มักรอให้ปัญหาเกิดขึ้นก่อนแล้วจึงร้องเรียน ซึ่งกลายเป็นว่าเมื่อผู้บริโภคได้รับความเสียหายเดือดร้อนเสียก่อนแล้วจึงมาแจ้งให้สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคทราบ ซึ่งทำให้เป็นปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเพื่อควบคุมผู้ประกอบการในธุรกิจพัฒนาที่อยู่อาศัย เพราะเป็นการนำกฎหมายมาใช้เพื่อเยียวยาแก้ไขที่ปลายเหตุและเพื่อบรรเทาความ

ทุกซ็อนของผู้บริโภคเท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการป้องกันเพื่อแก้ไขที่ต้นเหตุแห่งปัญหา หรือป้องกันการประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการที่ไม่มีจริยธรรมหรือเอาเปรียบผู้บริโภค

ในปัจจุบันยังคงมีผู้บริโภคจำนวนมากที่ได้รับความเสียหายจากการบริโภคสินค้าและบริการที่ไม่มีคุณภาพและต้องการการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพอย่างแท้จริงในการให้ความคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคได้ ปัญหาที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคในการเยียวยาความเสียหายของผู้บริโภค สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ขั้นตอน คือ

1) ขั้นตอนทางปฏิบัติในการเยียวยาความเสียหายก่อนใช้สิทธิทางศาล เนื่องจากเมื่อมีความเสียหายเกิดขึ้น ผู้ซื้ออาจใช้สิทธิร้องเรียนเกี่ยวกับความเสียหายที่ตนได้รับไปยังหน่วยงานที่รับผิดชอบ ได้แก่ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) และกองบังคับการสืบสวนสอบสวนคดีเศรษฐกิจ (สศก.) สำหรับหน้าที่และความรับผิดชอบหลักของ สคบ. นั้นจะพิจารณารับเรื่องร้องเรียนในปัญหาคดีแพ่งและเรียกชดเชยค่าเสียหายให้แก่ผู้เสียหาย ส่วน สศก. จะพิจารณารับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับโทษทางอาญา และถ้ารายได้ไม่สามารถตกลงกันได้ สศก. จะเป็นผู้ฟ้องร้องดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดต่อไป

ทั้งสองหน่วยงานดังกล่าวนี้มีหลักการดำเนินงานที่คล้ายกัน คือมุ่งทำหน้าที่ในการแก้ไขปัญหาหรือมุ่งในการปราบปรามมากกว่าการป้องกัน และมีขอบเขตหน้าที่ความรับผิดชอบที่กว้างมาก กล่าวคือ สคบ. มีหน้าที่ให้ความคุ้มครองผู้บริโภคในการซื้อสินค้าและบริการต่างๆ มากมายหลายประเภทซึ่งรวมถึงที่อยู่อาศัยด้วย ส่วน สศก. เองต้องรับผิดชอบงานที่เกี่ยวกับคดีเศรษฐกิจทุกเรื่อง แต่มีอัตรากำลังเจ้าหน้าที่ที่มีจำนวนจำกัด ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงขนาดของหน่วยงาน อัตรากำลังเจ้าหน้าที่ประกอบกับปัญหาเรื่องร้องเรียนที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมาก ทำให้หน่วยงานดังกล่าวไม่สามารถรองรับปริมาณงานปัญหาที่เกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่มีเป็นจำนวนมากทั้งหมดได้ ทำให้ประสิทธิภาพในการทำงานเพื่อช่วยเหลือผู้บริโภคไม่ดีเท่าที่ควร และนอกจากนี้ปัญหาที่ผู้บริโภคร้องเรียนเข้ามาไม่ใช่ว่าทุกเรื่องจะได้รับการพิจารณาและเยียวยาแก้ไข เพราะหากในขั้นตอนการไกล่เกลี่ยหาข้อยุติไม่ได้และต้องมีการฟ้องร้องดำเนินคดีต่อไปเพื่อให้ศาลพิจารณาตัดสินแล้ว สคบ. จะตั้งคณะกรรมการเพื่อพิจารณาว่าจะฟ้องร้องให้หรือไม่ ทั้งนี้จะพิจารณาในประเด็นหลักที่ว่า “เป็นเรื่องที่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมหรือไม่” โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค หากเห็นว่าไม่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมก็จะให้ผู้เสียหายไปดำเนินการฟ้องร้องเอาเอง ส่วนในความผิดอาญาพนักงานสอบสวนก็ต้องใช้ดุลพินิจก่อนว่าการกระทำของผู้ประกอบการเข้าองค์ประกอบความผิดอาญาหรือไม่ หากเข้าองค์ประกอบความผิด สศก. ก็ถึงจะฟ้องร้องดำเนินคดีให้

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าจากขั้นตอนการดำเนินงานของหน่วยงานดังกล่าวอาจทำให้เกิดความล่าช้าในทางปฏิบัติและทำให้ผู้บริโภครับไม่ได้รับการบรรเทาความเสียหายได้อย่างรวดเร็ว ประกอบกับบางกรณีที่เจ้าหน้าที่อาจมีความเห็นว่าเป็นคดีที่ไม่เป็นประโยชน์ต่อส่วนรวม หรือการกระทำของเจ้าของโครงการไม่เป็นความผิด หรือผู้ร้องเรียนไม่ใช่ผู้เสียหายทางอาญา ซึ่งในกรณีเช่นนี้อาจทำให้ผู้ได้รับเสียหายหรือผู้บริโภคไม่ได้รับการเยียวยาจากภาครัฐและต้องนำคดีขึ้นฟ้องร้องต่อศาลเอง

2) ขั้นตอนการดำเนินคดีระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภค เนื่องจากเมื่อผู้เสียหายหรือผู้บริโภคเป็นผู้นำคดีขึ้นสู่ศาลเองจะเกิดปัญหาในเรื่องของความเท่าเทียมกันระหว่างคู่กรณี เนื่องจากคู่ความมีความแตกต่างกันมากทั้งในเรื่องฐานะทางเศรษฐกิจ ระดับการศึกษา หรืออำนาจต่อรอง ซึ่งผู้ประกอบการมักมีสถานะที่เหนือกว่าผู้บริโภค ทำให้ความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบการและผู้บริโภคจึงอยู่บนพื้นฐานของความไม่เท่าเทียมกัน ส่งผลให้ผู้บริโภคถูกเอาเปรียบทั้งในด้านคุณภาพและมาตรฐานของสินค้า รวมถึงการให้บริการที่แย่ง ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพชีวิตของคนในสังคมและระบบเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศได้

รัฐจึงได้ตราพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ขึ้น (มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2551) เพื่อใช้เป็นมาตรการเชิงเยียวยาที่เหมาะสมเพื่อคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในการดำเนินคดีในชั้นศาลโดยเฉพาะ นอกเหนือไปจากการใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ใช้อยู่เดิมก่อนมีการตรากฎหมายฉบับนี้ ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้ผู้บริโภคมีโอกาสเข้าถึงความยุติธรรมได้โดยสะดวกยิ่งขึ้น เป็นการช่วยปรับปรุงระบบวิธีพิจารณาคดีให้รวดเร็วและเอื้อต่อการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้บริโภคมากขึ้น และนอกจากนี้ ยังเป็นการเสริมสร้างมาตรฐานทางจริยธรรมในการดำเนินธุรกิจและป้องปรามผู้ประกอบการที่ไม่สุจริตอีกด้วย

สำหรับคดีที่พิพาทระหว่างผู้บริโภคกับผู้ประกอบการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์นั้น คดีใดจะเป็นคดีผู้บริโภคที่ได้รับความคุ้มครองและอยู่ภายใต้บังคับของบทบัญญัตินี้ได้ จะต้องพิจารณาโดยอาศัยหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 มาตรา 3 ประกอบด้วย กล่าวคือ

1) เป็นคดีแพ่งที่พิพาทระหว่างผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภคตามมาตรา 19 หรือตามกฎหมายอื่น กับผู้ประกอบการซึ่งพิพาทกันเกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมายอันเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการ (มาตรา 3 (1)) ซึ่งการพิจารณาว่าคดีใดเป็นคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 นี้ ต้องพิจารณาถึงสถานะของคู่ความและสาเหตุของข้อพิพาทที่เกิดขึ้นว่า

เนื่องมาจากการบริโภคสินค้าหรือบริการหรือไม่เป็นสำคัญ ส่วนมูลหนี้ที่พิพาทถ้าเป็นคดีแพ่งแล้ว ไม่ว่าจะมิได้มีประเด็นข้อพิพาทเกี่ยวกับเรื่องสัญญา ละเมิด หรือสิทธิที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ล้วนแต่เป็นคดีผู้บริโภคทั้งสิ้น ซึ่งกรณีนี้ไม่จำกัดว่าต้องเป็นคดีที่ผู้บริโภคเป็นโจทก์ฟ้องผู้ประกอบการธุรกิจเท่านั้น แต่รวมถึงคดีที่ผู้ประกอบการธุรกิจเป็นโจทก์ฟ้องผู้บริโภคเป็นจำเลยด้วย

2) เป็นคดีแพ่งตามกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย (มาตรา 3 (2)) กล่าวคือ ถ้าเป็นคดีที่มีข้อพิพาทตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย พ.ศ. 2551 (มีผลบังคับใช้วันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2551) ก็ถือว่าคดีนั้นเป็นคดีผู้บริโภค ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องรับผิดชอบต่อผู้เสียหายที่ได้รับอันตรายหรือความเสียหายจากสินค้าที่ไม่ปลอดภัย เว้นแต่ผู้ประกอบการจะพิสูจน์ได้ว่าสินค้านั้นได้เป็นสินค้าที่ไม่ปลอดภัยหรือความเสียหายเป็นความผิดของผู้เสียหายเอง ดังนั้นภาระในการพิสูจน์หรือผู้มีหน้าที่ในการนำสืบว่ากรณีดังกล่าวเป็นความผิดตามกฎหมายฉบับนี้หรือไม่จึงตกอยู่กับผู้ประกอบการซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องเป็นจำเลย

3) เป็นคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีตามมาตรา 3 (1) หรือ (2) ซึ่งเป็นคดีที่ไม่อยู่ในความหมายของคดีผู้บริโภคตามมาตรา 3 (1) หรือ (2) คดีที่เกี่ยวข้องกับคดีผู้บริโภค ได้แก่ คดีที่ฟ้องให้รับผิดชอบตามสัญญาค้ำประกัน สัญญาจ้างเอง สัญญาจ้างนำ หรือสัญญาประกันภัยค้ำจุน เป็นต้น

4) เป็นคดีแพ่งที่มีกฎหมายบัญญัติให้ใช้วิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้ (มาตรา 3 (4)) ซึ่งเป็นบทกฎหมายที่บัญญัติไว้เพื่อเปิดโอกาสให้กฎหมายที่ออกมาในภายหลังสามารถกำหนดให้นำวิธีพิจารณาตามพระราชบัญญัตินี้ไปใช้กับคดีอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ข้างต้น และถือว่าคดีเหล่านั้นเป็นคดีผู้บริโภคด้วย

นอกจากนี้ เพื่อควบคุมให้ผู้ประกอบการธุรกิจตระหนักถึงจริยธรรมและการรักษามาตรฐานในกระบวนการผลิต ตลอดจนการให้บริการแก่ผู้บริโภค อันเป็นการช่วยส่งเสริมการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคอย่างยั่งยืนและแก้ไขปัญหาข้อพิพาทอันสืบเนื่องมาจากการบริโภคสินค้าและบริการให้มีประสิทธิภาพและเป็นธรรมมากยิ่งขึ้น จึงได้มีการนำบทกฎหมายเกี่ยวกับหลักสุจริตโดยคำนึงถึงความสุจริตและชอบธรรมของผู้ประกอบการธุรกิจมาบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย เช่น

มาตรา 12 “ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี ผู้ประกอบการธุรกิจต้องกระทำด้วยความสุจริตโดยคำนึงถึงมาตรฐานทางการค้าที่เหมาะสมภายใต้ระบบธุรกิจที่เป็นธรรม” ซึ่ง

เป็นบทบัญญัติที่วางหลักเกณฑ์ควบคุมคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ประกอบธุรกิจไว้โดยนำหลักสุจริตมาพิจารณาประกอบ

มาตรา 42 ที่กำหนดบทลงโทษแก่ผู้ประกอบธุรกิจที่มีพฤติการณ์และเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค ใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้ผู้บริโภคได้รับความเสียหาย หรือกระทำการอันฝ่าฝืนต่อความรับผิดชอบในฐานะผู้มีอาชีพหรือธุรกิจอันยอมเป็นที่ไว้วางใจของประชาชน ต้องชดใช้เงินค่าเสียหายเพิ่มมากขึ้นกว่าค่าเสียหายตามจริง

หรือมาตรา 18 วรรคสอง ที่กำหนดว่า ถ้าผู้บริโภคหรือผู้มีอำนาจฟ้องคดีแทนผู้บริโภค นำคดีมาฟ้องโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้บุคคลนั้นชำระค่าฤชาธรรมเนียมที่ได้รับยกเว้นได้ อันเป็นบทบัญญัติที่มีสภาพบังคับให้คู่ความนำคดีมาสู่ศาลโดยสุจริต

ฉะนั้น ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบธุรกิจหรือผู้บริโภคจึงต้องกระทำด้วยความสุจริต ซึ่งรวมไปถึง ผู้เป็นหุ้นส่วน ผู้ถือหุ้น หรือบุคคลที่มีอำนาจควบคุมการดำเนินงานของนิติบุคคล หรือผู้รับมอบทรัพย์สินจากนิติบุคคลที่ต้องร่วมรับผิดชอบในหนี้ของนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นหรือดำเนินการโดยไม่สุจริตด้วยตามมาตรา 44

แต่อย่างไรก็ดี บทกฎหมายในพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ฉบับนี้ก็มีข้อจำกัดในการนำมาบังคับใช้แก่กรณี กล่าวคือ สามารถนำมาบังคับใช้ได้เฉพาะคดีที่มีข้อพิพาทในทางแพ่งเท่านั้น ไม่อาจนำไปใช้ในคดีอาญาด้วย แม้ว่าคดีอาญานั้นจะมีข้อพิพาทส่วนแพ่งที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการบริโภคสินค้าหรือบริการอยู่ด้วยก็ตาม เนื่องจากนิยามของคำว่า “คดีผู้บริโภค” ในมาตรา 3 นั้น จำกัดไว้เฉพาะคดีแพ่งเท่านั้นที่จะถือว่าเป็นคดีผู้บริโภค ส่วนคดีที่มีข้อพิพาททางแพ่งที่พิจารณารวมกับคดีอาญาจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยการฟ้องคดีแพ่งที่เกี่ยวข้องกับคดีอาญาเท่านั้น

และยิ่งไปกว่านั้น หลักกฎหมายที่บัญญัติมาใช้เพื่อกำกับดูแลความชอบธรรมและความสุจริตของผู้ประกอบการในการดำเนินธุรกิจดังกล่าว เป็นบทคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคที่มีเนื้อหาสาระเพื่อกำหนดสิทธิและหน้าที่ของผู้ประกอบการตามกฎหมายสารบัญญัติ แต่กลับนำมาบัญญัติอยู่ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภคซึ่งเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งอาจทำให้เกิดข้อโต้แย้งและปัญหาในทางปฏิบัติได้ว่าจำเป็นต้องนำคดีผู้บริโภคขึ้นมาสู่กระบวนการพิจารณาในชั้นศาลแล้วเท่านั้นหรือไม่ ศาลจึงจะสามารถยกยกบทกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาประกอบดุลพินิจในการวินิจฉัยคดีเพื่อพิจารณาถึงความสุจริตและการดำเนินธุรกิจด้วยความเป็นธรรมได้ ทั้งที่ในความเป็นจริงแล้วผู้ประกอบการมีเจตนาไม่สุจริตและเอาเปรียบผู้บริโภคตั้งแต่เริ่มก่อนนิติสัมพันธ์ มิใช่เพิ่งเริ่มมีในขณะที่ยื่นสู่การพิจารณาของศาล ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าผู้บริโภคจะพึงได้รับ

ความคุ้มครองและเป็นธรรมตามกฎหมายก็ต่อเมื่อได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผู้ประกอบธุรกิจที่ไร้ซึ่งคุณธรรมและได้มีการนำคดีข้อพิพาทเข้ามาสู่กระบวนการพิจารณาของศาลแล้วเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าการนำหลักสุจริตมาใช้บังคับในกฎหมายฉบับนี้มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อมุ่งคุ้มครองสิทธิและเยียวยาความเสียหายของผู้บริโภคในกระบวนการยุติธรรมมากกว่าการป้องกันดูแลและควบคุมผู้ประกอบการให้ดำเนินธุรกิจด้วยความสุจริตและมีจริยธรรม

1.3 ปัญหาในการควบคุมผู้ประกอบการตามระบบเอสโครว์หรือพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551

ปัจจุบันประเทศไทยได้นำ “ระบบเอสโครว์” หรือ “ระบบการจัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา” ที่ใช้อยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาไปปรับใช้เพื่อต้องการสร้างระบบการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ในประเทศให้มีความรัดกุม โดยมีตัวแทนเอสโครว์เป็นผู้ดูแลไม่ให้เงินดาวน์ที่ผู้ซื้อผ่อนชำระให้แก่ผู้ขายไปอยู่กับผู้ขายตั้งแต่แรก เพื่อเป็นหลักประกันสำหรับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์และสร้างความคุ้มครองแก่ผู้บริโภค โดยผู้ขายจะได้รับประโยชน์จากการนำสัญญาไปแสดงกับสถาบันการเงิน เพื่อให้เห็นว่ามิใช่ผู้ซื้อจริงและไม่มีปัญหาในการดำเนินโครงการ⁴ ซึ่งรัฐได้นำหลักการดังกล่าวมาร่างเป็นกฎหมายโดยออกเป็นพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญา พ.ศ. 2551 ทั้งนี้ คณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาฯ ได้ให้นิยามของคำว่า “ระบบเอสโครว์” ตามกฎหมายไทย หมายถึง ระบบที่มีสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างบุคคลสองฝ่าย ซึ่งกำหนดให้บุคคลที่สามเก็บรักษาเอกสารหรือสัญญาหรือทรัพย์สินบางอย่างเพื่อความปลอดภัย ในระหว่างที่คู่สัญญาปฏิบัติกรให้เป็นไปตามสัญญาหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ส่วนคำว่า “กิจการดูแลผลประโยชน์” ก็มีกรให้คานิยามว่า หมายถึง การทำหน้าที่เป็นคนกลางเพื่อดูแลการชำระหนี้ของคู่สัญญาให้เป็นไปตามที่ตกลงกันได้ ในสัญญาดูแลผลประโยชน์ โดยการกระทำเป็นไปทางค้ำปกติและได้รับค่าตอบแทนหรือค่าบริการ และนิยามคำว่า “คู่สัญญา” ว่าหมายถึง คู่สัญญาตามสัญญาต่างตอบแทนใดๆ ที่คู่สัญญาฝ่ายหนึ่งมีหนี้ในการโอนหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือเอกสารอันเป็นหลักฐานแห่งหนี้ และคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งมีหนี้ในการชำระเงินตามสัญญา⁵

⁴ มัลลิกา คมนอนันต์, “เอสโครว์ : รูปแบบกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับประเทศไทย.” (วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), น. 103.

⁵ สัมมา คีตสิน, “กฎหมายเอสโครว์,” โพสต์ทูเดย์ (27 พฤษภาคม 2551) : น. B4.

Escrow Account เป็นหนึ่งในมาตรการที่มีการพยายามผลักดันให้ภาครัฐออกเป็นกฎหมายเพื่อบังคับใช้แก่ผู้ประกอบการ อันเป็นการสร้างความมั่นใจให้แก่ผู้บริโภคว่าจะได้รับความเป็นธรรมหลังชำระค่าที่อยู่อาศัยงวดแรก (Down Payment) ไปแล้ว ซึ่งระบบนี้จะกำหนดให้ผู้ซื้อ ผู้ขาย และผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง ที่จะทำการส่งมอบเอกสารสัญญาหรือทรัพย์สินที่จะแลกเปลี่ยนกัน โดยให้คนกลางผู้ไม่มีส่วนได้เสียในการซื้อขาย ซึ่งอาจเป็นธนาคารเป็นผู้เก็บรักษาเอาไว้ จนกว่าคู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งจะปฏิบัติตามหน้าที่หรือเงื่อนไขที่ได้ตกลงกัน อันเป็นการอาศัยหลักการยอมรับข้อตกลงที่จะปฏิบัติระหว่างคู่สัญญาในการส่งมอบทรัพย์สินและเงินให้อยู่ภายใต้การดูแลของคนกลางและหลักการสละสิทธิอันพึงได้จนกว่าจะถึงเวลาอันสมควร⁶

ถึงแม้ระบบเอสโครว์จะสร้างความมั่นใจให้แก่คู่สัญญาในการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ และเป็นการพัฒนาธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในระยะยาว โดยมีผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทำหน้าที่เป็นตัวแทนของคู่สัญญา ทั้งผู้บริโภคและผู้ประกอบการที่ซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ รวมถึงการรับชำระหนี้เป็นงวดจากผู้ซื้อ และจะโอนให้ผู้ขายเมื่อได้มีการโอนสิทธิในทรัพย์สินที่ขายแล้ว ซึ่งระบบนี้ถือเป็นมาตรการหนึ่งในการควบคุมผู้ประกอบการโดยมุ่งแก้ไขปัญหอันเนื่องมาจากการผิดสัญญาหรือการไม่ปฏิบัติตามสัญญาของผู้ประกอบการ และเป็นมาตรการเชิงป้องกัน (Preventive Measure) แทนที่มาตรการเดิมๆ ที่มุ่งแก้ไขปัญหาและเยียวยาความเสียหายซึ่งต้องรอให้เกิดปัญหาหรือมีความเสียหายเกิดขึ้นก่อน แต่ทั้งนี้หลักการเบื้องต้นในการกำหนดให้มีการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญานั้นต้องอยู่บนพื้นฐานของความสมัครใจ โดยเปิดโอกาสผู้ซื้อและผู้ขายที่ดินหรือที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง หรือผู้ว่าจ้างปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างหรือทรัพย์สินอื่น อาจตกลงกันให้มีตัวแทนกลางทำหน้าที่เป็นผู้จัดการดูแลผลประโยชน์ของคู่สัญญาทั้งสองฝ่ายได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวเป็นทางเลือกให้แก่คู่สัญญาที่จะสามารถตกลงกันให้นำระบบนี้มาใช้

แต่อย่างไรก็ดี ระบบเอสโครว์อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ประกอบการธุรกิจโดยตรงได้ กล่าวคือ ผู้ประกอบการจะนำเงินที่ผู้ซื้อผ่อนชำระเป็นงวดมาเป็นส่วนหนึ่งของเงินทุนในการก่อสร้างไม่ได้ เพราะเงินที่ผู้ซื้อผ่อนชำระแล้วนี้จะอยู่ในความดูแลของตัวแทนเอสโครว์ ทำให้ผู้ประกอบการรายย่อยที่มีเงินต้นทุนไม่สูงนักไม่สามารถนำเงินดาวน์ที่ผู้ซื้อชำระแล้วไปใช้เป็นทุนในการพัฒนาโครงการอสังหาริมทรัพย์ได้ จึงทำให้ผู้ประกอบการส่วนใหญ่ที่สมัครใจนำระบบนี้มาใช้ในโครงการจึงมักจำกัดอยู่แค่ผู้ประกอบการรายใหญ่ที่มีเงินทุนสูงและมีสถานะทางการเงิน

⁶ สุมาลี ถายะเดช, “Escrow Account ผู้ประกอบการอาจผลักดันทุนให้ผู้บริโภค,” อีคอนนิวส์, ปีที่ 11, ฉบับที่ 396, น. 39 (30 เมษายน 2544).

ค่อนข้างดีเท่านั้น ฉะนั้น ระบบนี้จึงสามารถนำมาใช้ได้จริงกับบริษัทที่มีเงินทุนเพียงพอในการประกอบธุรกิจที่หวังจะนำระบบนี้มาใช้เพื่อสร้างภาพพจน์ของผู้ประกอบการอันเป็นกลยุทธ์ทางการตลาดและช่วยเพิ่มยอดขายเพราะทำให้ลูกค้ามีความเชื่อมั่นมากขึ้นเท่านั้น จึงเท่ากับเป็นการจำกัดและกีดกันผู้ประกอบการรายย่อยไม่ให้เข้ามาแข่งขันในตลาดไปด้วย เนื่องจากส่วนใหญ่แล้วผู้ประกอบการรายย่อยจะมีเงินทุนค่อนข้างน้อย โครงการจึงมักนำเงินที่ลูกค้าวางชำระล่วงหน้าแล้วบางส่วนมาเป็นต้นทุนและค่าใช้จ่ายในการดำเนินการก่อสร้างที่อยู่อาศัยตามแผนผังของโครงการ

เนื่องจากการจะใช้ระบบเอสโครว์ต้องเกิดจากการตกลงใจร่วมกันระหว่างผู้ซื้อและผู้ขาย ฉะนั้นหากฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งไม่ต้องการใช้ก็ไม่สามารถนำกฎหมายนี้มาบังคับใช้ได้ การที่พระราชบัญญัติฉบับนี้ออกมาในลักษณะที่ไม่บังคับใช้ แต่ขึ้นอยู่กับความสมัครใจของคู่สัญญา จึงทำให้มักเกิดปัญหาแก่ผู้ซื้อในทางปฏิบัติคือ แม้ผู้ซื้อบ้านต้องการทำ Escrow Account แต่หากผู้ประกอบการไม่ยินดีทำ ผู้ซื้อก็ไม่อาจได้รับความคุ้มครองตามระบบกฎหมายนี้ได้ นอกจากนี้ปัญหาที่มักเกิดแก่ผู้ซื้อในการนำระบบเอสโครว์มาใช้ คือ ในกรณีที่ผู้ประกอบการบางรายใช้ระบบเอสโครว์กับลูกค้าเพื่อสร้างความเชื่อมั่นแก่โครงการ แต่เนื่องจากการปรับใช้ระบบนี้ผู้ประกอบการจะต้องมีค่าใช้จ่ายเพิ่มมากขึ้น เพราะการให้ธนาคารเข้ามาเป็นคนกลางในการดูแลเงินดาวน์จะต้องเสียค่าธรรมเนียมและต้องมีการร่างสัญญาขึ้นมาใหม่ อันเป็นการเพิ่มขึ้นต่อนในการทำงานทำให้ยุ่งยากและเสียเวลา ซึ่งผู้ประกอบการบางรายอาจผลักราคาใช้จ่ายในส่วนที่เพิ่มขึ้นนี้ให้แก่ผู้ซื้อก็ได้ ทำให้ผู้ซื้อที่ประสงค์จะได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในการซื้อบ้าน อาจจำต้องแบกรับภาระค่าใช้จ่ายจากราคาบ้านที่สูงขึ้นตามไปด้วย และในกรณีที่เงินโครงการที่กิจการขายดีมีคนซื้อเยอะ แต่ถ้าผู้ซื้อเกิดความไม่เชื่อมั่นในสถานะทางการเงินหรือไม่มั่นใจว่าจะปฏิบัติตามสัญญาได้หรือไม่ เมื่อผู้ซื้อร้องขอให้โครงการนำเอสโครว์มาใช้ ผู้ขายหรือเจ้าของโครงการก็อาจปฏิเสธได้เพราะเห็นว่ายังมีลูกค้ารายอื่นที่ยังต้องการซื้อและมั่นใจในโครงการอยู่มาก เป็นต้น⁷

จะเห็นได้ว่า มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวนี้เมื่อนำมาใช้ในทางปฏิบัติแล้วไม่อาจให้ความคุ้มครองประชาชนผู้บริโภคได้เท่าเทียมกันทุกคน แต่จะเป็นประโยชน์ค่อนข้างมากแก่ผู้ประกอบการธุรกิจทางด้านกลไกการตลาดโดยจะช่วยส่งเสริมการขายบ้านในโครงการ เนื่องจากโครงการที่มีเงินทุนน้อยและยังไม่มีควมมั่นคงในศักยภาพการบริหารงานหรือโครงการซึ่งมีแนวโน้มว่าจะประสบปัญหาในการดำเนินกิจการได้ในอนาคต ก็มักจะไม่นำระบบนี้มาใช้

⁷ ข้อมูลจาก โฟสต์ทูเดย์, (24 มี.ค. 2551)

เพราะนอกจากจะต้องหาแหล่งเงินทุนเพิ่มในการดำเนินโครงการแล้ว การจัดทำระบบดังกล่าวยังเป็น การเพิ่มค่าใช้จ่ายและเพิ่มขึ้นตอนยุ่งยากให้กับโครงการอีกด้วย ทำให้ในทางปฏิบัติแล้วมักไม่ค่อยเป็นที่นิยมและนำมาใช้มากนัก ยกเว้นในโครงการใหญ่ๆ ที่มีทุนประกอบการสูงอยู่แล้ว และต้องการสร้างความเชื่อมั่นแก่ลูกค้าโดยยกระดับความน่าเชื่อถือของโครงการ จึงนำระบบนี้มาใช้ เพื่อประกันความเสี่ยงให้แก่ลูกค้าที่ซื้อบ้านในโครงการของตน

2 ปัญหาและอุปสรรคในการนำมาตรการทางกฎหมายมาบังคับใช้แก่ผู้ประกอบการ

2.1 ผู้ประกอบการหมู่บ้านจัดสรรหลีกเลี่ยงการขออนุญาตจัดสรรตามกฎหมายจัดสรรที่ดิน

สาเหตุที่ทำให้ผู้ประกอบการธุรกิจจำนวนมากไม่ที่จะเป็นการประกอบธุรกิจ ในสาขาใด จงใจหลีกเลี่ยงการบังคับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่ต้องมีระเบียบขั้นตอนยุ่งยาก ในการพิจารณาเพื่ออนุมัติหรืออนุญาต และให้ความรับรองสถานะของผู้ยื่นคำขอตามกฎหมาย เช่น กระบวนการยื่นคำขอมิใบอนุญาตจัดสรรที่ดิน ส่วนหนึ่งอาจเกิดจากขั้นตอนการดำเนินงาน ของหน่วยงานราชการที่ซับซ้อนยุ่งยากและก่อให้เกิดความล่าช้าในแต่ละขั้นตอนของการ ปฏิบัติงาน

จากการศึกษาที่ผ่านมาจะพบว่า กฎหมายไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการตัดสินใจเข้ามา ประกอบธุรกิจของเหล่าผู้ประกอบการที่อยู่อาศัย แต่กฎหมายและข้อบังคับเป็นตัวก่อให้เกิดความ ยุ่งยากต่อการประกอบธุรกิจและกลายเป็นต้นทุนการผลิตของผู้ประกอบการ เนื่องจากการที่มี ขั้นตอนและหน่วยงานหลายหน่วยงานเข้ามาเกี่ยวข้อง ประกอบกับมีกฎหมายหลายฉบับที่ เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดินซึ่งมีความยุ่งยากซับซ้อน ส่งผลให้เกิดความล่าช้าในขั้นตอนของการ ขออนุญาตและมีความซ้ำซ้อนกันในทางปฏิบัติ เพราะขั้นตอนการทำงานหรือการพิจารณา อนุญาตของเจ้าหน้าที่ไม่มีมาตรฐานหรือกฎเกณฑ์ที่ชัดเจน ทำให้เกิดความขัดแย้งไม่สอดคล้องกัน กับระเบียบปฏิบัติของแต่ละหน่วยงาน ทั้งระยะเวลาในการพิจารณาอนุญาตแต่ละประเภทใช้ เวลานานและผู้ประกอบการส่วนใหญ่กำหนดเวลาแล้วเสร็จที่แน่นอนไม่ได้ ทำให้เกิดปัญหาแก่ ผู้ประกอบการที่จะต้องยื่นขออนุญาตต่อหลายหน่วยงานและต้องใช้เวลาเวลานานมาก เช่น การ ขออนุญาตจัดสรรที่ดินในต่างจังหวัดยังคงต้องผ่านการรับรองจากผู้ว่าราชการจังหวัดในจังหวัด นั้นๆ ก่อนจะได้รับการอนุมัติจากคณะกรรมการควบคุมการจัดสรรที่ดินในส่วนกลาง ซึ่งจะเห็นได้ ว่านอกจากขั้นตอนและหน่วยงานที่ต้องขออนุญาตเป็นจำนวนมากแล้ว ในแต่ละเรื่องที่ต้องขอ

อนุญาตแม้จะอยู่ในหน่วยงานเดียวกันก็จะมีขั้นตอนของตนเองอีก ประกอบกับการที่ตลาดที่อยู่อาศัยเป็นตลาดค่อนข้างเสรี มีการเข้ามาประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการจำนวนมากและมีการแข่งขันอย่างรุนแรง ทำให้ผู้ประกอบการบางรายพยายามหลีกเลี่ยงข้อบังคับของกฎหมายและหาช่องว่างทางกฎหมายต่างๆ เพื่อสร้างความได้เปรียบในการแข่งขัน และหลีกเลี่ยงการตรวจสอบตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด เช่น การจัดทำระบบสาธารณสุขปโภคและระบบการกำจัดน้ำเสีย เป็นต้น ด้วยสาเหตุดังกล่าวนี้นำมาซึ่งปัญหาการทุจริตและการให้สินบนแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ เพื่อให้การดำเนินงานที่ต้องติดต่อกับหน่วยงานราชการต่างๆ เป็นไปด้วยความสะดวกรวดเร็วและหลีกเลี่ยงการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งในที่สุดก็ส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมายในการควบคุมผู้ประกอบการไม่มีประสิทธิภาพและไม่สามารถแก้ปัญหาของผู้บริโภคที่ถูกเอารัดเอาเปรียบได้ ซึ่งนำไปสู่การร้องเรียนต่อหน่วยงานต่างๆ ดังนี้ รัฐจึงจำเป็นต้องเข้ามาดูแลแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการปรับองค์กรการทำงานให้แต่ละหน่วยงานทำงานสอดคล้องกันและลดความยุ่งยากในการดำเนินการลง

นอกจากนี้โครงการบ้านจัดสรรและอาคารชุดที่หลีกเลี่ยงการขออนุญาตจัดสรรตามกฎหมายนั้น ผู้ประกอบการมักจะไม่จัดทำสาธารณสุขปโภคตามที่กฎหมายกำหนด เช่น ก่อสร้างขนาดของถนน ขนาดทางเท้า ขนาดของท่อระบายน้ำ หรือขนาดของแปลงที่ดินที่ไม่ตรงตามมาตรฐานที่กฎหมายกำหนด การไม่จัดทำระบบบำบัดน้ำเสีย ไม่จัดทำสวนสาธารณะตามกฎหมาย และรวมถึงไม่จัดทำหนังสือค้ำประกันสาธารณสุขปโภค ซึ่งปกติโครงการที่ขออนุญาตจัดสรรต้องจัดทำหนังสือค้ำประกันสาธารณสุขปโภคจำนวน 115% ของค่าก่อสร้างสาธารณสุขปโภคเพื่อใช้เป็นหลักประกันได้ว่าหากผู้ประกอบการไม่จัดทำสาธารณสุขปโภคก็สามารถนำเงินจากสถาบันการเงินผู้ออกหนังสือค้ำประกันมาดำเนินการได้ ผลที่ตามมาคือผู้บริโภคซึ่งซื้อที่อยู่อาศัยจากโครงการที่ไม่ได้ขออนุญาตจัดสรรก็จะไม่ได้รับการคุ้มครองเรื่องการมีระบบสาธารณสุขปโภค รวมถึงการดูแลรักษาสาธารณสุขปโภคส่วนกลางด้วย ทั้งนี้เพราะโครงการเหล่านั้นจะไม่สามารถดำเนินการจัดตั้งนิติบุคคลบ้านจัดสรรได้ตามกฎหมายและจะไม่มีการค้าประกันการบำรุงรักษา อีกทั้งสาธารณสุขปโภคต่างๆ ก็จะไม่อยู่ภายใต้การบังคับใช้ตามสัญญามาตรฐาน รวมถึงผู้ประกอบการก็ไม่จำเป็นต้องเฉลี่ยหนี้จํานองตามกฎหมาย เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ได้กำหนดเรื่องการเฉลี่ยหนี้จํานองรายแปลงนี้ไว้เพื่อเป็นมาตรการในการคุ้มครองผู้บริโภค โดยให้ผู้บริโภคสามารถชำระหนี้จํานองรายแปลงต่อสถาบันการเงินและรับโอนกรรมสิทธิ์ในที่ดินแปลงดังกล่าวได้ ในกรณีที่ผู้ประกอบการประสบกับปัญหาไม่สามารถไถ่ถอนที่ดินที่จํานองไว้กับสถาบันการเงินนั้น ฉะนั้น หากผู้บริโภครายใดซื้อที่อยู่อาศัยจากผู้ประกอบการที่ไม่ได้ขออนุญาต

จัดสรร ผู้บริโภคก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายและต้องประสบกับปัญหาต่างๆ มากมาย ซึ่งนำไปสู่การร้องเรียนต่อ สคบ. และต่อสื่อสาธารณะต่างๆ ตามมา

ยิ่งไปกว่านั้น มาตรการทางกฎหมายของกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดินก็ไม่สามารถใช้เพื่อควบคุมหรือเป็นอุปสรรคขัดขวางการดำเนินธุรกิจของบรรดาผู้ประกอบการที่งใจหลีกเลี่ยงการขออนุญาตได้แต่อย่างใด เพราะถึงแม้กฎหมายจะกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดทำการจัดสรรที่ดิน เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากคณะกรรมการเสียก่อน แต่ผลของการฝ่าฝืนและไม่ปฏิบัติตามกฎหมายก็มีเพียงบทลงโทษให้ผู้ฝ่าฝืนต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีและปรับตั้งแต่สี่หมื่นบาทถึงหนึ่งแสนบาทตามมาตรา 59 เท่านั้น และในทางปฏิบัติแม้เจ้าพนักงานที่ดินจะทราบว่ามีกรขอแบ่งแยกที่ดินเพื่อนำไปจัดสรรที่ดินโดยหลีกเลี่ยงกฎหมาย แต่เจ้าพนักงานที่ดินก็ไม่มีอำนาจที่จะปฏิเสธไม่ดำเนินการแบ่งแยกที่ดินให้ จึงเป็นสาเหตุให้มีการจัดสรรที่ดินโดยไม่จำเป็นต้องปฏิบัติตามกฎหมายต่อไปได้ ทั้งนี้เพราะหลักการของกฎหมายมาตรา 22 ให้อำนาจเจ้าพนักงานรอกการดำเนินการแบ่งแยกที่ดินไว้ก่อน เฉพาะในกรณีที่ผู้ขอแบ่งแยกที่ดินไม่สามารถแสดงได้ว่าไม่ได้แบ่งแยกที่ดินเพื่อทำการจัดสรรที่ดิน ดังนั้น ผู้ขอจึงสามารถแสดงหลักฐานประกอบคำขอไว้แต่ต้นได้เลยว่าไม่ได้ทำเพื่อการจัดสรรที่ดิน มิใช่ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้รอกการดำเนินการไว้ก่อน จนกว่าจะพิสูจน์ได้ในภายหลังว่าไม่ได้ทำเพื่อการจัดสรร เพราะหากสันนิษฐานว่าผู้ขอแบ่งแยกที่ดินเป็นแปลงย่อยเกินกว่าสิบแปลงเป็นการทำเพื่อการจัดสรรที่ดินและให้รอเรื่องไว้พิสูจน์หรือให้ไปขออนุญาตจัดสรรที่ดินทุกกรณีก็อาจสร้างความเดือดร้อนแก่ประชาชนผู้สุจริตจำนวนมากโดยไม่เป็นการสมควร ซึ่งการที่กฎหมายเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้ขอแบ่งแยกที่ดินส่วนมากและจำกัดอำนาจเจ้าพนักงานที่ดินในการตรวจสอบพิสูจน์และปฏิเสธการแบ่งแยกที่ดินให้แก่ผู้ขอบางราย เช่นนี้ ถือได้ว่าเป็นการเปิดช่องให้ผู้ประกอบการสามารถหลีกเลี่ยงการขออนุญาตจัดสรรได้ทางหนึ่งที่เดียว

ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่านอกจากปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายและขั้นตอนในทางปฏิบัติแล้ว ส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดการหลีกเลี่ยงกฎหมายจัดสรรที่ดินก็เนื่องมาจากบทบังคับหรือบทลงโทษ (Sanction) ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย นั้นยังไม่มี ความรุนแรงและเคร่งครัดอย่างชัดเจน การกำหนดโทษแก่ผู้กระทำความผิดที่เบาเกินไป อาจทำให้ผู้กระทำความผิดไม่เกิดความเกรงกลัวที่จะได้รับโทษตามกฎหมาย รวมทั้งไม่รู้สึกกลัวบาปหรือรู้สำนึกในการกระทำความผิดและโทษที่ได้รับไปแล้ว ทำให้เกิดการฝ่าฝืนกฎหมายขึ้นซ้ำแล้วซ้ำอีก ยิ่งเมื่อประกอบกับการละเลยเพิกเฉยและการตรวจสอบกำกับดูแลโครงการต่างๆ โดยเจ้าหน้าที่รัฐที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างครอบคลุมทั่วถึงด้วยแล้ว ก็ยิ่งทำให้เป็นช่องว่างและเปิด

โอกาสให้มีการกระทำผิดกฎหมายได้โดยง่าย ทำให้ในความเป็นจริงแล้วจะพบว่าผู้กระทำ ความผิดที่ได้รับการลงโทษจริงๆ ตามบทบัญญัติของกฎหมายเป็นจำนวนน้อยมาก ซึ่งผู้กระทำผิด เหล่านี้ส่วนหนึ่งก็รวมไปถึงผู้ประกอบการที่มีเจตนาไม่สุจริต ใจเขาเปรียบผู้บริโภค และคอยฉก ฉวยหาโอกาสในการละเมิดกฎหมายโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมายเพื่อหลีกเลี่ยงการขออนุญาต จัดสรรด้วย

อย่างไรก็ดี ถึงแม้โครงการที่หลีกเลี่ยงมิได้ขออนุญาตจัดสรรตามกฎหมาย ผู้บริโภค จะไม่ได้รับความคุ้มครองในหลายกรณีด้วยกัน แต่ก็ยังมีผู้บริโภคจำนวนหนึ่งที่ประสงค์จะซื้อบ้าน จากโครงการที่มีได้ขออนุญาตจัดสรร สาเหตุหลักก็เนื่องมาจากบ้านจัดสรรที่ขายจากโครงการ เหล่านี้จะมีราคาถูกกว่าราคาบ้านจัดสรรในโครงการที่ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายอยู่ ค่อนข้างมาก เพราะผู้ประกอบการไม่ต้องดำเนินการตามกฎหมายหลายๆเรื่อง และลดขั้นตอนการ ขออนุญาตจากหน่วยงานต่างๆ ลงกว่า 10 หน่วยงาน ซึ่งจะช่วยลดค่าใช้จ่ายและเวลาในการ ดำเนินงานเพื่อให้โครงการสำเร็จตามแผนได้มากที่สุด และแม้ว่าการหลบเลี่ยงกฎหมาย ดังกล่าวจะช่วยทำให้ผู้ประกอบการขายบ้านจัดสรรได้เร็วและช่วยกระตุ้นสภาพคล่องทาง เศรษฐกิจแล้ว แต่ผลกระทบที่เกิดจากการเลี่ยงกฎหมายก็เป็นมูลเหตุหนึ่งที่ทำให้เกิดปัญหา กับ ผู้บริโภคได้ในภายหลัง และยังเป็นผลกระทบทำให้เป็นต้นทุนของสังคมอีกด้วย เช่น การแบ่งขาย ที่ดินเป็นแปลงย่อยโดยยกถนนเป็นสาธารณะประโยชน์ และให้กรุงเทพมหานครหรือองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้ดำเนินการจัดทำถนน ท่อระบายน้ำ รวมถึงระบบไฟฟ้า ประปา ซึ่ง ปัญหาที่เกิดจากการซื้อที่อยู่อาศัยที่หลบเลี่ยงกฎหมายหรืออาศัยช่องว่างของกฎหมายนี้ เป็น ต้นเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการที่ไม่มีความพร้อมและขาดคุณสมบัติสามารถเข้ามาดำเนินธุรกิจ ได้และส่งผลให้เกิดการกระทำที่ฝ่าฝืนข้อกำหนดทางกฎหมาย อันเป็นปัญหาที่พบอยู่เป็นจำนวน มากในหลายๆ โครงการในปัจจุบัน

2.2 ผู้ประกอบการอาคารชุดหลีกเลี่ยงการขออนุญาตก่อสร้างอาคารตามกฎหมาย ควบคุมอาคาร

เนื่องจากขั้นตอนการขออนุญาตก่อสร้างอาคารต่อส่วนราชการมีความล่าช้า ทำให้ ผู้ประกอบการหลายรายเสียโอกาสทางธุรกิจและต้องแบกรับภาระดอกเบี้ยที่ผู้ประกอบการกู้ยืม จากสถาบันการเงินมาลงทุนในโครงการ ทำให้ผู้ประกอบการต่างหาช่องทางเพื่อให้ตนได้มาซึ่ง ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยเร็ว ซึ่งส่วนใหญ่ผู้ประกอบการก็มักจะผลัดภาระดังกล่าวคืนแก่ผู้ซื้อ หรือผู้บริโภคทำให้ต้องซื้อห้องชุดที่มีราคาแพงขึ้น ด้วยเหตุดังกล่าวประกอบกับบทกฎหมายใน มาตรา 39 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่เปิดโอกาสให้ก่อสร้างอาคารได้

ก่อนที่จะได้รับใบอนุญาต จึงทำให้ผู้ประกอบการหรือผู้พัฒนาที่ดินส่วนใหญ่หันมาใช้มาตรา 39 ทวิ โดยเริ่มดำเนินการก่อสร้างไปก่อน และในระหว่างนั้นถึงยื่นขออนุญาตก่อสร้าง

ปัญหาที่เกิดขึ้นจากการใช้มาตรา 39 ทวิ คือ การก่อสร้างอาคารผิดแบบ เพราะอาคารดังกล่าวที่ได้สร้างไปนั้นเป็นอาคารที่ยังไม่ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างหรือผ่านการตรวจสอบจากสำนักการโยธาหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นในเขตนั้นๆ และส่วนใหญ่มักเป็นผู้ประกอบการรายใหญ่ ทั้งในและนอกตลาดหลักทรัพย์ที่มีทั้งชื่อเสียงและความเชี่ยวชาญ ซึ่งมักได้รับความเชื่อถือและมั่นใจว่าอาคารที่ออกแบบก่อสร้างมาต้องผ่านการอนุญาตก่อสร้างตามแบบที่กฎหมายกำหนดอย่างแน่นอน แต่เมื่อมีการตรวจสอบจากหน่วยงานท้องถิ่นเพื่อพิจารณาออกใบอนุญาตก่อสร้างในภายหลังแล้วพบว่ามีการก่อสร้างผิดแบบ ผลคือหน่วยงานท้องถิ่นจะไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างให้และต้องมีคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างและแก้ไขให้ถูกต้องตามแบบ ซึ่งการแก้ไขอาคารใหม่ ทบอาคารทิ้งบางส่วนหรือหยุดการก่อสร้างอาคารเหล่านั้น นับว่าเป็นต้นทุนของการผลิตทั้งสิ้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นบางส่วนอาจเกิดจากความไม่เจตนาของผู้ประกอบการ เพราะกฎหมายมีช่องโหว่และมีการตีความที่แตกต่างกันออกไป และบางส่วนก็เกิดจากการที่ผู้ประกอบการจงใจหลีกเลี่ยงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร อย่างไรก็ตามผู้ที่ได้รับผลกระทบมากที่สุดก็คงหนีไม่พ้นผู้บริโภคที่ได้เสียเงินหรือมัดจำหรือวางเงินเพื่อชำระราคาห้องชุดไปแล้วแต่กลับยังไม่ได้กรรมสิทธิ์ในห้องชุดนั้น เพราะผู้ประกอบการจะต้องแก้ไขอาคารให้ถูกต้องแล้วไปขออนุญาตใหม่ เสร็จแล้วจึงจะจดทะเบียนโอนแก่ลูกค้าได้ ซึ่งอาจต้องใช้เวลานานกว่าผู้ซื้อจะได้รับโอนกรรมสิทธิ์และมักจะเกินกว่ากำหนดระยะเวลาที่โครงการคาดไว้ว่าอาคารดังกล่าวจะสร้างแล้วเสร็จ นอกจากนี้ต้นทุนต่างๆ ที่เกิดขึ้นจากการก่อสร้างผิดพลาด ไม่ว่าจะเป็นค่าวัสดุ ก่อสร้าง ค่าแรงงาน ค่าดอกเบี้ยที่เพิ่มขึ้น ฯลฯ ผู้ประกอบการก็มักจะนำมารวมเป็นต้นทุนของอาคารชุดที่ปลูกสร้าง ซึ่งนำมาตั้งเป็นราคาของห้องชุดแต่ละห้องที่แบ่งขายแก่ผู้บริโภคนั่นเอง ทำให้ผู้บริโภคจำต้องแบกรับภาระในการซื้อที่อยู่อาศัยที่แพงขึ้นแต่มีคุณภาพเท่าเดิม และนอกจากนี้หากเป็นโครงการขนาดใหญ่ที่จำต้องรื้ออาคารที่สร้างมาแล้วใหม่หรือต้องหยุดการก่อสร้าง ก็อาจส่งผลกระทบต่อภาระดำเนินงานของผู้ประกอบการรายนั้นซึ่งอาจถึงขั้นขาดทุนและต้องปิดกิจการเลยก็เป็นได้ ก่อให้เกิดปัญหาผู้ประกอบการละทิ้งโครงการและผิดสัญญาจะซื้อขายห้องชุดกับผู้ซื้อ

ปัญหาเหล่านี้ทำให้ผู้ประกอบการโครงการขนาดใหญ่บางรายไม่กล้านำกฎหมายมาตรา 39 ทวิ มาใช้สำหรับการก่อสร้างเพราะมีความเสี่ยงสูง ทำให้ผู้ประกอบการกลับไปใช้กฎหมายเดิมที่มีอยู่ ซึ่งมีขั้นตอนและใช้ระยะเวลาค่อนข้างมากกว่าจะได้รับใบอนุญาตจากหน่วยงานราชการ และอาจนำไปสู่ปัญหาในการเลี่ยงกฎหมายควบคุมอาคารในที่สุด ในปัจจุบันมี

โครงการคอนโดมิเนียมของบริษัทอสังหาริมทรัพย์รายใหญ่ เช่น บริษัท ปริณสุริ จำกัด (มหาชน) และ บริษัท พลัส พร็อพเพอร์ตี้ จำกัด ที่กำลังถูกตรวจสอบถึงความไม่ถูกต้องของการก่อสร้างที่ผิดไปจากแบบอันเนื่องมาจากการใช้กฎหมายในมาตรา 39 ทวิ⁸ ทำให้โครงการดังกล่าวต้องประสบกับปัญหาที่ไม่สามารถจดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ในห้องชุดให้แก่ลูกค้าได้จนกว่าจะได้แก้ไขปรับปรุงอาคารที่ได้ก่อสร้างไปแล้วและได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารจากกรุงเทพมหานครตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเสียก่อน

2.3 ปัญหาในการกำกับดูแลและตรวจสอบการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการโดยหน่วยงานภาครัฐ

บทบาทหน้าที่ของเจ้าหน้าที่รัฐในการตรวจสอบดูแลเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินนั้น ประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 286 (พ.ศ. 2515) ข้อ 7 และข้อ 8 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมการจัดสรรที่ดินไว้ (ปัจจุบันคือ คณะกรรมการจัดสรรที่ดิน) โดยให้มีอำนาจในการพิจารณาคำขออนุญาตและออกหรือโอนใบอนุญาตให้จัดสรรที่ดิน รวมถึงมีอำนาจตรวจสอบการจัดสรรที่ดิน เพื่อให้ดำเนินการไปตามที่ออกใบอนุญาตและแต่งตั้งคณะกรรมการหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดเพื่อพิจารณาหรือปฏิบัติการอย่างใดตามที่คณะกรรมการมอบหมาย ซึ่งปัจจุบันคณะกรรมการจัดสรรที่ดินได้แต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อดำเนินการตามที่ได้รับมอบหมายรวม 6 คณะด้วยกัน ซึ่ง 1 ใน 6 คณะนั้น คือ คณะอนุกรรมการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรร และคณะเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการจัดสรรที่ดิน ซึ่งเป็นคณะเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายและมีอำนาจตามกฎหมายเกี่ยวกับการตรวจสอบการดำเนินการจัดสรรที่ดินของผู้ประกอบการ ซึ่งคณะเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการจัดสรรที่ดินสามารถแบ่งแยกย่อยออกไปได้อีก 12 คณะด้วยกัน แต่ละคณะก็มีหน้าที่ตามที่ได้กล่าวมาแล้วในบทที่ 2 ซึ่งถือได้ว่าหน้าที่ในการตรวจสอบดังกล่าวเป็นความรับผิดชอบของกรมที่ดินในการจัดเจ้าหน้าที่ออกไปตรวจสอบ ซึ่งการตรวจสอบนั้นกรมที่ดินได้แบ่งเป็น 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนที่ 1 คือ ตรวจสอบก่อนออกใบอนุญาต เพื่อประมาณค่าใช้จ่ายในการจัดทำสาธารณูปโภค และขั้นตอนที่ 2 คือ ตรวจสอบภายหลังการออกใบอนุญาต เพื่อตรวจสอบว่าได้มีการจัดทำไปตามที่ได้ขออนุญาตไปจริงหรือไม่ ทั้งนี้จะมีการจัดเจ้าหน้าที่ออกไปตรวจสอบในรายที่ได้รับอนุญาตไปแล้วเป็นบางครั้งบางคราวด้วย นอกจากนี้กรม

⁸ “ก่อสร้างโดยอาศัย ม. 39 ทวิ ช่องทางเลี่ยงกฎหมาย!! (หรือ) ไม่ให้เสียโอกาสทางธุรกิจ.” ผู้จัดการรายวัน (14 เมษายน 2551) สืบค้นเมื่อวันที่ 23 มิถุนายน 2551 จาก http://www.reic.or.th/news/news_detail.asp?nID=17871&p=2&s=15&t=15

ที่ดินยังมีหน้าที่ในการตรวจสอบการโฆษณาเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินโดยการตั้งคณะกรรมการเฉพาะกิจขึ้นมา โดยในส่วนกรุงเทพมหานครจะจัดให้มีเจ้าหน้าที่ของกองควบคุมธุรกิจที่ดิน (สำนักงานส่งเสริมธุรกิจอสังหาริมทรัพย์) ออกไปดำเนินการตรวจสอบเอง ส่วนในพื้นที่ต่างจังหวัดให้เป็นหน้าที่ของสำนักงานที่ดินจังหวัดนั้นๆ เป็นผู้ตรวจสอบเป็นประจำทุกเดือนแล้วแจ้งให้กรมที่ดินทราบในกรณีที่พบผู้ประกอบการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

ปัญหาที่พบในปัจจุบันเกี่ยวกับการตรวจสอบการจัดสรรที่ดิน คือ อัตรากำลังของคณะเจ้าหน้าที่ตรวจสอบการดำเนินการจัดสรรที่ดินของกรมที่ดินมีจำนวนจำกัดและไม่เพียงพอต่อความต้องการ ซึ่งสวนทางกับอัตราการเจริญเติบโตของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่มีแนวโน้มว่าจะมีจำนวนโครงการบ้านจัดสรรและอาคารชุดเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ จึงทำให้เกิดปัญหาและเป็นช่องทางในการดำเนินธุรกิจที่ขัดต่อกฎหมายและเอาเปรียบผู้บริโภคอยู่เป็นประจำ ถึงแม้ในกรุงเทพมหานครจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรกรุงเทพมหานครและคณะเจ้าหน้าที่ตรวจสอบขึ้นมาดูแลเป็นการเฉพาะแล้วก็ตาม แต่ในส่วนในพื้นที่ต่างจังหวัดกลับมีคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดเพียงคณะเดียว ซึ่งต้องทำหน้าที่หลายอย่างในเวลาเดียวกัน และมีเพียงบางจังหวัดเท่านั้นที่มีการตั้งคณะกรรมการคุ้มครองผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจังหวัดขึ้น จึงทำให้เจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ออกไปตรวจสอบมีจำนวนน้อยและไม่ค่อยมีเวลาดลงพื้นที่เพื่อตรวจสอบการดำเนินการจัดสรรที่ดินของผู้ประกอบการในแต่ละโครงการ ส่งผลให้การตรวจสอบโครงการจัดสรรที่ดินและหมู่บ้านจัดสรรในท้องที่ไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร และเป็นเหตุให้เกิดปัญหาการร้องเรียนของผู้ซื้อบ้านในโครงการหมู่บ้านจัดสรรต่างๆ ตามมา นอกจากนี้กฎหมายของไทยก็ยังไม่มียระบบตรวจสอบอาคารสิ่งปลูกสร้างภายในโครงการ ทั้งในขณะที่ผู้ประกอบการกำลังจะส่งมอบการครอบครองบ้านให้แก่ผู้ซื้อและภายหลังจากได้อินกรรมสิทธิ์ให้แก่ผู้ซื้อเรียบร้อยแล้ว ซึ่งมักจะทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับการส่งมอบอาคารสิ่งปลูกสร้างที่ชำรุดบกพร่องและผู้ซื้อมาพบในภายหลังจากรับโอนกรรมสิทธิ์แล้ว อีกทั้งเจ้าของโครงการก็มักจะบ่ายเบี่ยงปฏิเสธความรับผิดชอบโดยไม่รับดำเนินการแก้ไขความผิดพลาดให้แก่ผู้อยู่อาศัย ทำให้ผู้ซื้อหรือผู้บริโภคได้รับความเดือดร้อนในการอยู่อาศัยและไม่อาจมีหลักประกันเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายในบางประเทศที่กำหนดให้ผู้ควบคุมการก่อสร้างหรือวิศวกรประจำโครงการต้องให้การรับรองสภาพของอาคารก่อนที่จะทำการโอนให้แก่ผู้ซื้อ เพื่อเป็นการประกันคุณภาพและรับรองมาตรฐานบ้านพักอาศัยว่าผู้ขายได้ส่งมอบบ้านในสภาพที่ดี มีคุณภาพและความปลอดภัยให้ผู้ซื้อบ้านได้เข้าพักอาศัยแล้ว ซึ่งจะเป็นการสะดวกในการตรวจสอบหาผู้รับผิดชอบและช่วยป้องกัน

ปัญหาที่เกิดจากความชำรุดบกพร่องซึ่งตรวจพบในภายหลังส่งมอบตัวบ้านแล้ว อันเนื่องมาจากความผิดพลาดของผู้ประกอบการที่ก่อสร้างอาคารและสิ่งปลูกสร้างโดยไม่ได้มาตรฐานได้

2.4 การขาดองค์การที่กำกับดูแลมาตรฐานและจรรยาบรรณของผู้ประกอบการ

เนื่องจากตลาดที่อยู่อาศัยยังคงเป็นธุรกิจที่บริหารงานกันโดยไม่มีการแข่งขันกันตามความชำนาญเฉพาะอย่าง หรือให้ความสำคัญกับหน้าที่และบทบาทของแต่ละวิชาชีพ กล่าวคือ ผู้ประกอบธุรกิจบ้านจัดสรรบางรายทำหน้าที่เป็นทั้งผู้บริหารโครงการ ผู้รับเหมาก่อสร้าง และนายหน้าขายที่อยู่อาศัยในโครงการของตนเอง ซึ่งเป็นช่องทางให้ผู้ประกอบการสามารถบิดเบือนข้อมูลของผู้บริโภค และขาดหลักเกณฑ์และมาตรฐานสากลในการที่จะนำมาใช้กำกับดูแลผู้ดำเนินงานในแต่ละสาขาวิชาชีพ เช่น การประเมินค่าอสังหาริมทรัพย์ ทำให้การประเมินค่าอสังหาริมทรัพย์ไม่มีมาตรฐานและทำให้ขาดความน่าเชื่อถือ หากประเมินราคาที่สูงเกินจริงก็อาจเป็นการกระตุ้นให้เกิดการเก็งกำไรขึ้นได้ ซึ่งจะก่อให้เกิดการก่อสร้างที่อยู่อาศัยมากเกินไปจนเกินความต้องการหรือเกินกว่าอุปสงค์ที่แท้จริงในตลาด และจากการที่ยังไม่มีองค์กรใดเข้ามาควบคุมผู้ประกอบการวิชาชีพด้านนี้โดยเฉพาะ ประกอบกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องในหลายหน่วยงานขาดการตรวจสอบและดูแล (Enforcement) ทำให้มีการก่อสร้างที่อยู่อาศัยโดยฝ่าฝืนกฎหมายอยู่เนืองๆ เหล่านี้เป็นสาเหตุหนึ่งที่ทำให้ผู้ประกอบการหลายรายเข้ามาทำธุรกิจโดยมีวัตถุประสงค์อื่นมากกว่าการเข้ามาเพื่อก่อสร้างที่อยู่อาศัย จนเกิดเป็นปัญหาการเก็งกำไร การฉ้อโกง หรือเจตนาเอาเปรียบผู้บริโภค เช่น การนำเงินที่ผู้ซื้อชำระเป็นเงินสดมาเป็นเงินดาวน์ หรือผ่อนชำระค่าบ้านไปใช้ในธุรกิจอื่น จนสุดท้ายก็ไม่สามารถก่อสร้างบ้านได้เสร็จตามกำหนด เป็นต้น

ถึงแม้จะมีมูลนิธิหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องกับผู้ประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เกิดขึ้นมากมาย แต่สมาคมเหล่านั้นก็ไม่มีอำนาจควบคุมผู้ประกอบการได้ตามกฎหมาย เนื่องจากไม่มีกฎหมายใดออกมารองรับและให้อำนาจสมาคมในการควบคุมตรวจสอบผู้ประกอบการพัฒนาอสังหาริมทรัพย์ ส่วนใหญ่สมาคมหรือมูลนิธิจะมีนโยบายเพื่อช่วยสนับสนุนและส่งเสริมการดำเนินธุรกิจของสมาชิก พร้อมทั้งให้คำแนะนำและความช่วยเหลือเพื่อประสานงานกับหน่วยงานราชการต่างๆ เท่านั้น แต่ในส่วนของการกำกับดูแลการประกอบกิจการก็จะจำกัดอยู่แค่ในระหว่างสมาชิกด้วยกัน และหากสมาชิกรายใดฝ่าฝืนกฎระเบียบหรือจรรยาบรรณที่วางไว้ก็มีผลเพียงเป็นการเพิกถอนสมาชิกภาพ แต่ไม่มีบทลงโทษในทางอาญาหรือเพิกถอนใบอนุญาตให้ประกอบวิชาชีพแต่อย่างใด

2.5 การขาดกฎหมายที่บัญญัติเพื่อควบคุมคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ประกอบการ

ในปัจจุบันประเทศไทยยังไม่มีมาตรการทางกฎหมายที่จะควบคุมอำนาจและการตัดสินใจของเอกชนในการใช้ที่ดินในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ให้อยู่ในขอบเขตได้ เพราะไม่มีการบัญญัติกฎหมายออกมารองรับวิชาชีพและควบคุมผู้ประกอบการ โดยออกใบอนุญาตให้ประกอบอาชีพในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ หรือ Real Estate License จึงทำให้มาตรฐานวิชาชีพและจรรยาบรรณของผู้ประกอบธุรกิจที่เกี่ยวข้องกับอสังหาริมทรัพย์ไม่ค่อยมีบรรทัดฐานและแนวทางที่ชัดเจน ทั้งๆ ที่ภายใต้ภาวะการแข่งขันทางการค้าที่รุนแรงในปัจจุบัน การบริหารต้นทุนและค่าใช้จ่ายถือเป็นเครื่องมือสำคัญในการบริหารธุรกิจ จรรยาบรรณในการประกอบธุรกิจจึงได้รับการยอมรับและให้ความสำคัญมากขึ้น ว่าเป็นเครื่องมือสำคัญสำหรับพนักงาน ผู้บริหาร และกรรมการใช้ยึดถือปฏิบัติเพื่อสร้างคุณค่าให้แก่องค์กรธุรกิจไม่น้อยกว่าเครื่องมือด้านกฎหมาย กฎระเบียบ และข้อบังคับ⁹ มาตรการทางกฎหมายของไทยที่สามารถนำมาใช้ควบคุมการใช้ประโยชน์จากที่ดินของนักพัฒนาที่ดินหรือการทำการค้าหากำไรจากอสังหาริมทรัพย์ เช่น กฎหมายควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดิน หรือกฎหมายอาคารชุดนั้น ต่างก็ไม่มีบทบัญญัติใดที่สามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมจรรยาบรรณ คุณสมบัติ หรือรูปแบบในการดำเนินธุรกิจของผู้ประกอบการในธุรกิจเหล่านั้นให้อยู่บนพื้นฐานและมาตรฐานเดียวกันได้ ซึ่งถือเป็นต้นเหตุสำคัญที่ทำให้ปัญหาต่างๆ เกิดขึ้นมากมายจากการบริหารงานและดำเนินธุรกิจที่ผิดพลาดของผู้ประกอบการและทำให้ผู้ซื้อได้รับความเดือดร้อนเสียหายเป็นจำนวนมาก

บทบัญญัติของกฎหมายที่แสดงให้เห็นได้ว่ากฎหมายของไทยไม่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์เพื่อควบคุมคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ประกอบการ เช่น ในกรณีของการพิจารณาออกใบอนุญาตจัดสรรที่ดินตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 คณะกรรมการจัดสรรที่ดินไม่จำเป็นต้องพิจารณาถึงคุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้ยื่นคำขอจัดสรรในการออกใบอนุญาต แต่จะพิจารณาขนาดที่ดินและการใช้ประโยชน์บนที่ดินเป็นสำคัญ ฉะนั้นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาอนุญาตแก่ผู้จัดสรรแต่ละรายจึงไม่ถือคุณสมบัติของผู้จัดสรรเป็นการเฉพาะตัว สังเกตได้จากบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 ที่กำหนดให้มีการโอนใบอนุญาตจัดสรรที่ดินได้ ดังนี้

⁹ สุภาพร พิศาลบุตร, *จริยธรรมทางธุรกิจ*, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพมหานคร : คณะวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนดุสิต, 2548), น. 122.

มาตรา 38 บัญญัติให้มีการโอนใบอนุญาตจัดสรรได้โดยให้ยื่นคำขอต่อคณะกรรมการจัดสรรที่ดิน โดยกำหนดให้บรรดาสีทธิและหน้าที่ของผู้โอนที่มีต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรรตกแก่ผู้รับโอนด้วยตามมาตรา 39 ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวนี้ผู้รับโอนใบอนุญาตจึงสามารถมีใบอนุญาตจัดสรรได้โดยการโอนและไม่ต้องผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดหรือคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดสาขา เพียงแต่มีเงื่อนไขว่า ผู้ขอใบอนุญาตจัดสรรจะต้องขอความยินยอมจากผู้ค้าประกันก่อนเพื่อให้โอกาสผู้ค้าประกันซึ่งเป็นธนาคารหรือสถาบันการเงินได้พิจารณาว่าจะยินยอมผูกพันตามสัญญาค้ำประกันกับผู้รับโอนใบอนุญาตต่อไปหรือไม่ เพราะหลักทั่วไปของการค้ำประกันจะอาศัยความเชื่อถือไว้วางใจในระหว่างผู้ค้าประกันและผู้ถูกค้ำประกัน ดังนี้เมื่อจะเปลี่ยนแปลงผู้ได้รับอนุญาตจัดสรรที่ดินจึงต้องได้รับความยินยอมจากผู้ค้าประกันก่อนและเมื่อคณะกรรมการเห็นว่าการโอนนั้นไม่เป็นที่เสียหายแก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรจึงจะอนุญาตให้โอนได้ ดังนั้นจะเห็นได้ว่า ในส่วนของการโอนใบอนุญาตจัดสรรที่ดินนั้น ผู้ที่มีส่วนสำคัญในการพิจารณาคูณสมบัติของผู้รับโอนจึงไม่ใช่คณะกรรมการจัดสรรที่ดินซึ่งเป็นหน่วยงานภาครัฐ แต่กลับเป็นหน้าที่และภาระของธนาคารและสถาบันการเงินผู้ค้าประกันในการพิจารณาความสามารถในการบริหารโครงการ ซึ่งก็มักจะมีกฎเกณฑ์และหลักในการพิจารณาแตกต่างกับของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินฯ

มาตรา 40 บัญญัติไว้ในกรณีที่ผู้จัดสรรที่ดินตายก่อนจัดสรรที่ดินเสร็จและมีทายาทหรือผู้จัดการมรดกขอรับโอนก็ให้โอนใบอนุญาตให้แก่ผู้ขอรับโอนเพื่อให้การจัดสรรที่ดินดำเนินการต่อไปได้ และกำหนดให้ธนาคารผู้ค้าประกันจะต้องผูกพันรับผิดชอบต่อไป ทั้งนี้เพื่อให้มีการก่อสร้างและบำรุงรักษาสาธารณูปโภคตามค้ำประกันที่ผู้จัดสรรที่ดินได้ให้ไว้แก่ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรต่อไป โดยไม่ต้องได้รับความยินยอมจากธนาคารก่อน ฉะนั้นจึงกล่าวได้ว่า สิทธิในการจัดสรรที่ดินไม่ใช่สิทธิเฉพาะตัวของผู้จัดสรรที่ดินผู้ตาย แต่เป็นกองมรดกและตกทอดแก่ทายาทได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1600

และมาตรา 41 กำหนดให้ผู้ซื้อที่ดินโครงการจัดสรรที่ดินจากการขายทอดตลาดต้องรับโอนใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดิน และรับไปทั้งสิทธิและหน้าที่ของผู้จัดสรรที่ดินที่มีต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรรด้วย เพื่อให้เป็นผู้รับผิดชอบโครงการจัดสรรที่ดินนั้นต่อไปโดยไม่ต้องเลิกโครงการไป ซึ่งจะทำให้ผู้ซื้อที่ดินจัดสรรถูกทอดทิ้งไม่ได้รับโอนที่ดินจัดสรรและไม่มีบริการสาธารณูปโภคตามที่คาดหวังไว้ ทั้งนี้ผู้ที่เข้าสู่ราคาในการขายทอดตลาดต้องพิจารณาความพร้อมของตนก่อนว่ามีความสามารถในการดำเนินโครงการจัดสรรที่ดินหรือไม่ โดยผู้ซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดทั้งโครงการได้จะต้องจัดหาผู้ค้าประกันมาใหม่ เพราะผู้ค้าประกันรายเดิมย่อมหลุดพ้นจากภาระ

ผูกพัน เนื่องจากการค้าประกันต้องอาศัยความไว้วางใจระหว่างผู้ค้าประกันและผู้ถูกค้าประกัน และผู้ซื้อที่ดินจากการขายทอดตลาดเป็นบุคคลอื่นที่ไม่ได้กำหนดไว้ในสัญญาการค้าประกันจึงไม่มีผลผูกพันตามสัญญาการค้าประกัน ทั้งนี้ เว้นแต่สัญญาการค้าประกันจะได้กำหนดไว้เป็นอย่างอื่น¹⁰

นอกจากนี้ จะสังเกตได้ว่าหลักในการพิจารณาออกใบอนุญาตให้จัดสรรที่ดินตามกฎหมายจัดสรรที่ดิน คณะกรรมการจัดสรรที่ดินจะพิจารณาจากรายละเอียดของที่ดินแต่ละแปลงที่ยื่นขออนุญาตจัดสรร ไม่ใช่คุณสมบัติเฉพาะตัวของผู้จัดสรรที่ได้รับใบอนุญาตให้จัดสรรที่ดิน โดยจะพิจารณาจากคำขออนุญาตให้เป็นไปตามข้อกำหนดเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินของจังหวัดนั้นๆ โดยคำขอนั้นต้องผ่านขั้นตอนการเห็นชอบและรับรองจากหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว เมื่อเป็นไปตามข้อกำหนดการจัดสรรที่ดินและมีเอกสารหลักฐานครบถ้วน คณะกรรมการจัดสรรที่ดินจึงจะพิจารณาออกใบอนุญาตให้ ซึ่งจะเห็นได้ว่าคณะกรรมการจัดสรรที่ดินไม่มีบทบาทหน้าที่ในการพิจารณาคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอ สถานะทางการเงิน รวมถึงแผนการดำเนินงานของโครงการเลย สิ่งที่คุณสมบัติอาจนำมาพิจารณาประกอบการขออนุญาตจัดสรรได้ก็มีเพียงแผนผังของโครงการและวิธีการจัดสรรที่ดินเท่านั้น ส่วนคุณสมบัติและมาตรฐานของผู้ยื่นคำขอจัดสรรจะเป็นอย่างไรไม่ได้อยู่ในกรอบอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการจัดสรรที่ดินจังหวัดหรือสาขาที่ต้องนำมาพิจารณาประกอบการอนุมัติใบอนุญาตจัดสรร

ฉะนั้น เมื่อคุณสมบัติของผู้ยื่นคำขอจัดสรรที่ดินไม่ใช่สาระสำคัญในการพิจารณาออกใบอนุญาต ดังนั้นแม้ต่อไปผู้จัดสรรที่ดินที่ได้รับใบอนุญาตจัดสรรจะโอนเปลี่ยนมือที่ดินแปลงที่ได้รับการจัดสรรไป แต่ที่ดินแปลงดังกล่าวก็ยังคงอยู่ในสถานะที่ได้รับการพิจารณาอนุญาตให้ดำเนินการจัดสรรได้ ตราบใดที่ยังไม่มีการยกเลิกใบอนุญาตให้จัดสรร ผู้ประกอบการรายใหม่ที่ยังไม่ได้ขอใบอนุญาตจัดสรร และประสงค์จะเข้ามาประกอบธุรกิจจัดสรรที่ดินบนที่ดินแปลงนั้น ก็ไม่สามารถยื่นคำขออนุญาตจัดสรรซ้อนใบอนุญาตเดิมที่มีในที่ดินแปลงดังกล่าวได้ เมื่อใบอนุญาตเดิมยังคงมีผลอยู่จะออกใบอนุญาตใหม่ให้มีได้¹¹

ด้วยเหตุผลข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า ใบอนุญาตจัดสรรจึงถือเป็นใบอนุญาตที่ใช้แสดงสถานะของที่ดินว่าที่ดินแปลงดังกล่าวได้รับการพิจารณาอนุญาตให้จัดสรรได้โดยมีผู้ยื่นคำขอ

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 2*, น. 153.

¹¹ ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย คณะที่ 7) ปราบกฎตามบันทึกของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 309/2534 เรื่อง การขอโอนใบอนุญาตให้ทำการจัดสรรที่ดิน

จัดสรรที่ดิน แต่ไม่ได้เป็นการแสดงถึงสถานะของผู้ขออนุญาตจัดสรรว่าเป็นบุคคลที่มีคุณสมบัติที่จะดำเนินการจัดสรรที่ดินและใช้ประโยชน์บนที่ดินแปลงที่ขออนุญาตเพื่อดำเนินการจัดสรรนั้นได้หรือไม่ เพราะถึงแม้ที่ดินจะเปลี่ยนมือไป แต่สถานะของที่ดินที่ได้รับอนุญาตจัดสรรก็ยังคงเดิม และผู้ที่ได้รับโอนที่ดินพร้อมใบอนุญาตจัดสรรก็ต้องรับไปซึ่งสิทธิและหน้าที่อันเกี่ยวกับการจัดสรรที่ดินซึ่งมีต่อผู้ซื้อที่ดินจัดสรรนั้นด้วย¹² ถึงแม้ผู้รับโอนจะไม่ได้เป็นผู้ที่ยื่นคำขออนุญาตจัดสรรต่อทางราชการมาแต่ต้นก็ตาม

จะสังเกตได้ว่า ในส่วนของผู้ประกอบการอาคารชุดในประเทศไทยนั้น ถึงแม้จะมีพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ ออกมาตั้งแต่ปี 2522 แต่เนื้อหาและวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวกลับไม่ได้มุ่งควบคุมหรือกำหนดเงื่อนไขในการเข้ามาประกอบธุรกิจของผู้ประกอบการหรือบรรดานักพัฒนาที่ดินทั้งหลาย แต่เน้นให้ความสำคัญคุ้มครองผู้ซื้อในเรื่องของการได้กรรมสิทธิ์ในห้องชุด และการจัดการดูแลสาธารณูปโภคหรือทรัพย์สินส่วนกลางภายหลังโอนกรรมสิทธิ์ และยิ่งไปกว่านั้นหากยังไม่มีมาตรการที่เบียดเบียนอาคารนั้นให้เป็นอาคารชุด ผู้บริโภคก็ยังไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายฉบับนี้ ถึงแม้ก่อนที่ผู้ประกอบการอาคารชุดจะดำเนินการจดทะเบียนอาคารชุดจะมีกฎหมายควบคุมอาคารและกฎหมายว่าด้วยการจัดสรรที่ดิน (ในกรณีที่เข้าเงื่อนไขต้องขออนุญาตจัดสรรที่ดิน) มาควบคุมดูแลแล้วก็ตาม แต่กฎหมายเหล่านั้นก็ไม่มีเนื้อหาหรือบทบัญญัติที่จะสามารถนำมาปรับใช้เพื่อจำกัดสิทธิหรือควบคุมการดำเนินกิจการในโครงการ การทำสัญญาและการโฆษณาของผู้ประกอบการอาคารชุดไว้เป็นกรณีเฉพาะได้ อีกทั้งการทำสัญญาจองบ้านหรือห้องชุดของไทยก็ยังไม่มียกกฎหมายใดออกมารองรับหรือให้ความคุ้มครองผู้ซื้อ

ฉะนั้น トラบิตที่ผู้ประกอบการยังไม่ดำเนินการจดทะเบียนอาคารชุดตามพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 หากมีปัญหาก่อขึ้นกับผู้บริโภคหรือแม้แต่เกิดขึ้นกับผู้ประกอบการเองในระหว่างนี้ คู่กรณีก็จะไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของกฎหมายเฉพาะหรือพระราชบัญญัติอาคารชุดฯ แต่อย่างใด แต่จะต้องนำกฎหมายทั่วไป เช่น กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายอาญามาใช้บังคับแทน ซึ่งมักทำให้ผู้ประกอบการและผู้บริโภคประสบกับปัญหาที่ไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าที่ควร ทั้งนี้ เพราะปัญหาที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นหมู่บ้านจัดสรรหรือคอนโดมิเนียม นั้น ถือเป็นปัญหาสำคัญและมีผลกระทบต่อประชาชนผู้บริโภคเป็นจำนวนมาก ซึ่งข้อจำกัดเงื่อนไข ข้อสัญญา และข้อกำหนดเกี่ยวกับความรับผิดชอบของผู้สัญญาในการตกลงซื้อขายที่

¹² มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543

อยู่อาศัยดังกล่าว มักมีความสลับซับซ้อนและมีประเด็นปลีกย่อยที่ทำให้ผู้บริโภคมักตกเป็นฝ่ายเสียเปรียบ ซึ่งบทกฎหมายทั่วไปมีเนื้อหาไม่ครอบคลุมในทุกประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นและไม่อาจนำมาปรับใช้เพื่อให้ความคุ้มครองแก่คู่สัญญาได้ ทำให้ท้ายที่สุดแล้วผู้บริโภคมักจะถูกเอาเปรียบจากผู้ประกอบการโดยอาศัยช่องว่างของกฎหมาย ต้นเหตุของปัญหาเหล่านี้ส่วนหนึ่งเพราะกฎหมายที่ออกมาเพื่อควบคุมผู้ประกอบการในธุรกิจอสังหาริมทรัพย์โดยเฉพาะนั้นบกพร่องและขาดประสิทธิภาพ ทั้งในด้านการควบคุมคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้ามาประกอบธุรกิจ การควบคุมการทำสัญญาและการโฆษณา เป็นต้น

ในปัจจุบันประเทศไทยไม่มีบทบัญญัติหรือบทกฎหมายที่ออกมาบังคับใช้และรับรองให้มีการออกใบอนุญาตประกอบวิชาชีพของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ (Real Estate License) ไม่ว่าจะเป็นผู้ประกอบการพัฒนาที่ดิน นายหน้า หรือผู้ประเมินค่าทรัพย์สินก็ตาม ทั้งนี้เนื่องจากใบอนุญาต (License) จะสามารถออกให้ได้เฉพาะแก่ผู้ประกอบการวิชาชีพที่มีกฎหมายออกมารองรับ ซึ่งผู้ขอต้องปฏิบัติและผ่านหลักเกณฑ์ เงื่อนไขและวิธีการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น เหมือนอย่างเช่น ธุรกิจการธนาคาร ธุรกิจเงินทุน ธุรกิจหลักทรัพย์ ธุรกิจเครดิตฟองซิเอร์ ธุรกิจประกันวินาศภัยและประกันชีวิต เป็นต้น ตราบใดที่รัฐยังไม่ยกระดับความสำคัญของผู้ประกอบอาชีพที่เกี่ยวข้องกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ให้เทียบเท่าผู้ประกอบการวิชาชีพที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายที่ต้องได้รับใบอนุญาตเพื่อประกอบวิชาชีพเป็นการเฉพาะตัวแล้ว รัฐก็ไม่อาจที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายในการควบคุมอำนาจและการตัดสินใจเกี่ยวกับการบริหารงานของเอกชนในการใช้ที่ดินเพื่อประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ให้อยู่ในขอบเขตและภายใต้เงื่อนไขที่รัฐกำหนดได้

ฉะนั้น เมื่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการจัดสรรที่ดินและการใช้ประโยชน์ในที่ดินซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 และพระราชบัญญัติอาคารชุด พ.ศ. 2522 ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายที่สามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมและกำกับดูแลการดำเนินงานและบริหารโครงการ รวมถึงเจตนาในการเข้ามาทำธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจพัฒนาที่ดินได้แล้ว มาตรการทางกฎหมายดังกล่าวจึงไม่สามารถนำมาใช้ควบคุมหรือคัดกรองผู้ประกอบการในการเข้ามาทำธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ในประเทศไทยได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาผู้ประกอบการมีเจตนาฉ้อฉล ทุจริต และขาดจรรยาบรรณและศีลธรรม โดยหวังเข้ามาเพื่อโอบฉวยโอกาสในการทำการค้าหากำไร แต่ปราศจากความรับผิดชอบต่อลูกค้าและสังคม ซึ่งอาจนำมาซึ่งปัญหาความเดือดร้อนและเรื่องราวร้องเรียนจำนวนมากอย่างที่เห็นอยู่ในปัจจุบัน

3 วิเคราะห์นโยบายและมาตรการของภาครัฐที่นำมาใช้กำกับดูแลและตรวจสอบ มาตรฐานและจรรยาบรรณของผู้ประกอบการ

จากกรณีที่เกิดปัญหาเรื่องร้องเรียนจากประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับการซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค (สคบ.) จึงจำเป็นต้องเข้าไปเจรจาไกล่เกลี่ยข้อพิพาทระหว่างผู้บริโภคและผู้ประกอบการ ตลอดจนหามาตรการต่างๆ ในการแก้ไขปัญหาและเยียวยาบรรเทาความเดือดร้อนของผู้บริโภคอยู่ตลอดเวลา ด้วยเหตุนี้ สคบ.จึงได้ร่วมกับหน่วยงานภาครัฐและเอกชน เช่น การเคหะแห่งชาติ กรมที่ดิน สภาวิศวกรรรมสถาน ศูนย์ข้อมูลอสังหาริมทรัพย์ สมาคมอาคารชุด สมาคมอสังหาริมทรัพย์ไทย และสมาคมธุรกิจบ้านจัดสรร จัดตั้งโครงการคัดเลือกผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ดีครั้งที่ 1 ขึ้นในปี พ.ศ. 2550 เพื่อส่งเสริมและยกย่องผู้ประกอบการที่มีจริยธรรมและความรับผิดชอบต่อสังคมในการโฆษณา การทำสัญญา การผลิต และจำหน่ายสินค้าหรือบริการ รวมทั้งเพื่อเป็นการยกระดับคุณภาพของการทำธุรกิจอสังหาริมทรัพย์อีกด้วย โครงการนี้จะทำการคัดเลือกผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ดิน และมอบประกาศเกียรติบัตรและตราสัญลักษณ์ให้กับผู้ประกอบการที่ผ่านการคัดเลือก คณะอนุกรรมการพิจารณาคัดเลือกธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ดีจึงได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการคัดเลือก โดยมีหลักการพิจารณาดังนี้

1. สถานะของผู้ประกอบการธุรกิจ โครงสร้างขององค์กร ทีมงาน และฐานะความมั่นคงของบริษัทโดยมีการดำเนินธุรกิจอสังหาริมทรัพย์เป็นธุรกิจหลักอย่างต่อเนื่อง
2. พิจารณาผลงานที่ผ่านมาของผู้ประกอบการธุรกิจ ตั้งแต่ปี 2545 เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ประกอบการรายใหม่
3. มาตรฐานการออกแบบและการก่อสร้างที่ได้แล้วเสร็จตามแผนงาน การควบคุมการก่อสร้างให้เป็นไปตามมาตรฐาน
4. ความรับผิดชอบต่อผู้ประกอบการต่อผู้บริโภค สังคมและสิ่งแวดล้อม
5. การวัดความพึงพอใจของผู้บริโภค ข้อมูลการร้องเรียนต่อของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค และการตอบสนองต่อข้อร้องเรียนต่างๆ ว่ามีการเร่งแก้ไขปัญหาแก่ผู้บริโภคหรือไม่

ทั้งนี้ ผู้ประกอบการที่เป็นผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ด้านจัดสรรที่ดิน ที่ดินพร้อมสิ่งปลูกสร้าง อาคารชุด และมีคุณสมบัติครบถ้วนทุกรายมีสิทธิเข้าร่วมโครงการโดยไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายใดๆ ทั้งสิ้น ผู้ประกอบการที่ผ่านเกณฑ์ทั้ง 5 ข้อ จะได้รับใบประกาศเกียรติคุณเป็น

เวลา 2 ปี และทางคณะกรรมการจะมีการติดตามผลอย่างต่อเนื่อง ถ้าหากผู้ประกอบการรายใดไม่รักษามาตรฐาน ก็จะได้โดนยึดใบประกาศเกียรติคุณกลับคืนทันที ซึ่งจากการประกาศผลการประกวดโครงการผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ที่ดีสู่สาธารณชนของสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคประจำปี 2549 - 2551 นั้น มีบริษัทพัฒนาที่ดินที่เสนอตัวเข้าร่วมโครงการจำนวน 18 บริษัท รวม 132 โครงการ ปรากฏว่ามีบริษัทที่ผ่านเกณฑ์และได้รับประกาศเกียรติคุณทั้งสิ้นจำนวน 11 ราย ประกอบไปด้วย 1.บริษัท แอล พี เอ็น ดีเวลลอปเม้นท์ 2.บริษัท ศุภาลักษณ์ 3.บริษัท เอสเตท เพอร์เฟค 4.บริษัท เมโทรสตาร์ พร็อพเพอร์ตี้ 5.บริษัท โฮมเพลส ดีเวลลอปเม้นท์ 6.บริษัท คาซ่า วิลล์ 7.บริษัท พฤษภา เรียดเอสเตท 8.บริษัท เอ็น ซี เฮ้าส์ซิง 9.บริษัท ควอลิตี้ เฮ้าส์ 10.บริษัท โฮมเพลส กรุ๊ป 11.บริษัท เฉลิมนคร โดยเมื่อเร็ว ๆ นี้ สำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภคได้นำมาตรการดังกล่าวกลับมาใช้อีกครั้ง โดยจัดทำโครงการคัดเลือกผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ที่ดีขึ้นเป็นครั้งที่ 2 (ประจำปี 2552 - 2553) มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและสนับสนุนให้ผู้ประกอบการมีมาตรการในการดำเนินธุรกิจอย่างมีจริยธรรมและความรับผิดชอบต่อสังคม โดยเล็งเห็นความสำคัญในการคุ้มครองผู้บริโภคและให้ความร่วมมือกับหน่วยงานราชการ และเพื่อนำข้อมูลต่างๆ ที่ได้จากการสำรวจมาใช้ในการพัฒนา ปรับปรุงองค์กรของผู้ประกอบการ ทั้งช่วยเพิ่มความน่าเชื่อถือของผู้บริโภคที่มีต่อผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์ด้วย

จากการดำเนินงานตามนโยบายและมีการจัดตั้งโครงการดังกล่าวขึ้นมานี้ จะสังเกตได้ว่า หน่วยงานภาครัฐได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของจริยธรรมและความรับผิดชอบต่อผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์มากยิ่งขึ้น สาเหตุส่วนหนึ่งในการตั้งโครงการก็เนื่องมาจากการเกิดปัญหาและเรื่องร้องเรียนจากผู้บริโภคเป็นจำนวนมากเกี่ยวกับธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะเป็นกรณีปัญหาจากการทำนิติกรรมสัญญาเกี่ยวกับอสังหาริมทรัพย์ แต่ผู้ประกอบการสร้างบ้านไม่เสร็จเรียบร้อยหรือไม่ได้มาตรฐานตามที่ระบุไว้ในสัญญา ก่อสร้างเสร็จแล้วแต่จดทะเบียนโอนกรรมสิทธิ์ไม่ได้ ผู้ประกอบการไม่คืนเงินกรณีผู้บริโภคไม่ได้รับอนุมัติสินเชื่อ บ้านชำรุดบกพร่องก่อนและหลังโอนกรรมสิทธิ์ การไม่จัดให้มีระบบสาธารณูปโภครวมทั้งไม่ดูแลระบบสาธารณูปโภค ทั้งปัญหาการบริหารงานของนิติบุคคลบ้านจัดสรรหรืออาคารชุด การไม่จัดระบบรักษาความปลอดภัยตามสัญญา และปัญหาการโฆษณาเกินจริง เนื่องจากผู้ประกอบการไม่มีจริยธรรมและขาดความรับผิดชอบต่อสังคม เป็นต้น ทั้งนี้ เพราะมาตรการในปัจจุบันที่ใช้ควบคุมและส่งเสริมให้ผู้ประกอบการมีจริยธรรมและจรรยาบรรณในการประกอบธุรกิจยังไม่มีประสิทธิภาพเพียงพอ แต่อย่างไรก็ดี แม้โครงการนี้จะมีวัตถุประสงค์เพื่อยกระดับการประกอบธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ให้มีมาตรฐานเป็นสากลขึ้น แต่เนื่องจากเป็นโครงการที่รับสมัครผู้ประกอบการตามความสมัครใจ ซึ่งส่วนใหญ่

ผู้ประกอบการที่เข้าร่วมโครงการก็มักเป็นผู้ประกอบธุรกิจที่มีการดำเนินการและบริหารโครงการ อสังหาริมทรัพย์ดีอยู่แล้วในระดับหนึ่ง แต่สนใจสมัครเข้าร่วมโครงการนี้โดยประสงค์จะใช้ใบประกาศเกียรติคุณเป็นเครื่องมือทางการตลาดเพื่อกระตุ้นยอดขายให้สูงขึ้น ทั้งยังช่วยยกระดับมูลค่าของสินค้าและมาตรฐานของโครงการให้สูงขึ้นตามไปด้วย

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าโครงการนี้มุ่งเน้นที่จะช่วยส่งเสริมและสนับสนุนการดำเนินธุรกิจ แก่เจ้าของโครงการผู้ประกอบการในเขตกรุงเทพมหานครและปริมณฑล ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากสำหรับผู้ประกอบการรายใหญ่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรายที่มีผลประกอบการดีเยี่ยมและประสบความสำเร็จในการบริหารโครงการแล้วเท่านั้น เนื่องจากการประกาศเกียรติคุณดังกล่าวจะเป็นการช่วยต่อยอดและสร้างภาพลักษณ์ที่ดียิ่งขึ้นให้แก่ผู้ประกอบการ ซึ่งในความเป็นจริงแล้ว มาตรการในการคัดเลือกผู้ประกอบการและโครงการดีเด่นอาจจะไม่สามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมหรือช่วยยกระดับมาตรฐานและจรรยาบรรณของบรรดาผู้ประกอบการทุกรายในธุรกิจประเภทนี้ได้ เนื่องจากมาตรการดังกล่าวนี้ไม่ได้มีเป้าหมายเพื่อควบคุมการดำเนินกิจการในโครงการของผู้ประกอบการธุรกิจ แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมและยกย่องผู้ประกอบการที่มีจริยธรรมและมีความรับผิดชอบต่อสังคม รวมทั้งช่วยยกระดับของธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ สำหรับโครงการที่จะอยู่ในข่ายของการพิจารณาตรวจสอบจะต้องเป็นโครงการที่มีคุณสมบัติตามที่กำหนดและผู้ประกอบการสนใจสมัครเข้าร่วมในโครงการคัดเลือกนี้เท่านั้น ฉะนั้น ผู้ประกอบธุรกิจที่ไม่ได้สมัครเข้าร่วมโครงการก็จะไม่ได้รับการตรวจสอบและผ่านขั้นตอนในการพิจารณาจากคณะกรรมการ ซึ่งส่งผลให้นโยบายและมาตรการนี้ของรัฐไม่สามารถนำมาใช้บังคับแก่ผู้ประกอบการอสังหาริมทรัพย์เป็นการทั่วไป แต่จะสามารถนำมาใช้ได้เฉพาะในระหว่างกลุ่มผู้ประกอบการบางกลุ่มที่เต็มใจให้รัฐเข้ามาตรวจสอบและกำหนดมาตรฐานคุณภาพโครงการของตนเท่านั้น ดังนั้นจะเห็นได้ว่า โครงการคัดเลือกผู้ประกอบการธุรกิจอสังหาริมทรัพย์ที่ดีนี้ จึงไม่ใช่มาตรการอันเหมาะสมที่จะนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์ในการกำกับดูแลและควบคุมการประกอบธุรกิจของบรรดาผู้ประกอบการพัฒนาที่อยู่อาศัยทั้งหลายที่ดำเนินธุรกิจอยู่ในประเทศไทยให้ประกอบกิจการภายใต้มาตรฐานและกฎเกณฑ์เดียวกันได้อย่างมีประสิทธิภาพสูงสุด